الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية
مخبر الدراسات و البحوث الإسلامية و القانونية و الاقتصاد الإسلامي

كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

شهادة مشاركة

يشهد السيد عميد كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية
و السيد مدير مخبر الدراسات و البحوث الإسلامية و القانونية و الاقتصاد الإسلامي
أن **الدكتور خليل يامن - جامعة محمد بوضياف -المسيلة-**
قد شارك في الملتقى الدولي الموسوم بـ:
تطبيقات القواعد الفقهية على القضايا الطبية المستجدّة المتعلّقة بنقل الأعضاء وزرعها على ضوء الطب والقانون
يومي: 09 - 10 ذو القعدة 1446هـ الموافق 07- 08 ماي 2025
بتقنية التحاضر عن بُعد-بمداخلة بعنوان: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في مسألة نقل وزرع الأعضاء

عميد الكلية
المكلف بتسيير عمادة كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية
رحاب مختار

مدير المخبر
مخبر الدراسات و البحوث الإسلامية و القانونية و الاقتصاد الإسلامي
جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بسم الله الرحمان الرحيم

عنوان المداخلة: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في مسألة نقل وزرع الأعضاء

وهي مداخلة ضمن الملتقى الوطني الموسوم ب: تطبيقات القواعد الفقهية على القضايا الطبية المستجدة المتعلقة بنقل الأعضاء وزرعها على ضوء الطب والقانون

قسم العلوم الإسلامية

كلية العلوم الانسانية والاجتماعية

جامعة محمد بوضياف– مسيلة

إعداد:

ط. د / أسامة معوش

مشاركة وإشراف:

د/ يامن خليل

مقدمة

لا يمتري الناظر المتبصر في الشريعة الإسلامية أنها شريعة خالدة ورسالة باقية وحجة دائمة من الله على خلقه إلى قيام الساعة، لما حباها الله من شمولية للزمان وعموم ودوام، واحتواء للقضايا والمسائل التي تطرأ للأنام، فقواعدها العامة وأصولها الكبرى وضوابطها المحكمة تضفي عليها صفة الصلاحية المستمرة، ويتحقق فيها قول الحق تبارك وتعالى " ما فرطنا في الكتاب من شيء" وقوله تعالى" ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء" فقلد بينت الشريعة للناس إبان نزولها الأحكام بيانا وافيا، وأجابت عن سؤالاتهم بالوحي الكريم النازل من رب العزة سبحانه، فكانوا يسألون الرسول صلى الله عليه وسلم في كل شأنهم... ثم بعد عصر النبوة ظهر اجتهاد الصحابة في القضايا التى نزلت بهم ظهورا واضحا، إذ كانوا لا يجتهدون في حياته إلا فيما كانوا فيه بمكان بعيد عن الوحي، ومرد اجتهاداتهم لتقرير الرسول صلى الله عليه وسلم، لكن بعد ذلك توسع اجتهادهم، فكانوا يجدون في النصوص حكم الله، ولو آل اجتهادهم إلى الرأي فإنه إعمال له في النصوص من قياس واستحسان واستصلاح وغير دلك، وهكذا عبر كل عصر من العصور ... ولا تزال تطرأ للناس قضايا وأحكام ونوازل يتوجب على أهل العلم إيجاد حكم الله فيها لأنه لا تخلو واقعة من حكم لله.

أهمية الموضوع

ومن المسائل المستجدات والنوازل الطارئات، مسألة طبية كثر الكلام حولها وشغلت العلماء والمجامع والباحثين، وهي مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية من جسم الى جسم، أو في ذات الجسم الواحد، تلكم المسائل المهمة التي يحتاجها كثير من الناس على تنوع تخصصاتهم واختلاف مشاربهم؛ لأن الحاجة إليها عامة، سواء للعمل بها، كما هو الأمر عند الناقل والمنقول إليه، أو يحتاجها المباشر لها وهو الطبيب. فكانت العناية بها من العناية بموضوع له تطبيقاته في الواقع، وحاجة الناس إليه ماسة، إضافة إلى الثروة العظيمة المودعة في مسائله من قواعد مختلفة، وضوابط متنوعة وتقريرات للاجتهاد الفردي والجماعي وتأصيل وتقعيد فالبحث فيه ثري والنظر فيه غني.

أسباب اختيار الموضوع

من أسباب اختياري للموضوع سببان رئيسان: موضوعي وذاتي

أما الذاتي فمن ذلك الرغبة الشديدة في معرفة ما للعلماء من كلام وتأصيل وتفريع واجتهاد.

وأما الموضوعي فجمع شتات كثير من المسائل تحت القاعدة الجامعة لها، لندرك مدى صلاحية الشريعة وقواعدها المستنبطة من النصوص لكل زمان ومكان، وكون نقل وزرع الأعضاء من المواضيع التي يكثر سؤال الناس عنها، إما ضرورة أو حاجة، فهذا نوع إسهام فيه بالبحث.

إشكالية البحث

– هل عملية نقل وزع الأعضاء عملية مرنة يتصرف فيها الإنسان كما شاء ومتى شاء وبما شاء، أعني بالمرونة أنها خاضعة لرغبته وهواه ولتقديره المصالح، أم أنها مسألة تحكمها ضوابط وقواعد شرعية لا بد من مراعاتها؟

– ما هي قواعد الفقه التي حكمت اجتهاد العلماء في مسألة نقل وزرع الأعضاء؟ وما مدى إسهامها في تقييد الاجتهاد وضبطه والعون عليه؟

الدراسات السابقة

حسب اطلاعي، لم يكن هناك من أفرد بحثا مستقلا بعنوان القواعد الفقهية وتطبيقاتها على مسألة نقل وزرع الأعضاء، نعم وجدت بعض الدراسات التي أفردت قاعدة معينة بالبحث لا في مجال النقل والزرع فقط وإنما في المسائل الطبية عامة، من ذلك:

. رسالة بعنوان: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها الطبية" للباحث الدكتور عايض بن عبد الله الشهراني، أستاذ مساعد بقسم الفقه وأصوله– كلية الشريعة بالرياض. إلا أن البحث هذا على عمومه لم يستوعب كثيرا من المسائل التي يمكن أن نقول عنها إنها من تطبيقات القاعدة المذكورة وهذا يكفي في بيان اختلاف بحثه عن هذا البحث إذ لا عناية لنا بكل مسألة طبية.

. ومثل هذا قد يقال في رسالة الماجستير للباحث: عبد الرحمن بن عبد الرحمن الرزق وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه المقارن، بجامعة الإمام محمد بن سعود بالمملكة العربية السعودية.

لذلك كان هذا البحث أكثر استيعابا لتطبيقات القواعد الفقهية على مسائل نقل وزرع الأعضاء وإن كنت لا أدعي فيه تماما أو كمالا، فالعمل البشري قاصر، والكمال للواحد القادر.

خطة البحث

وقد اعتمدت في هذا البحث على الخطة التالية

مقدمة

المبحث الأول: مفاهيم البحث ومصطلحاته

المطلب الأول: معنى القاعدة الفقهية وحجيتها

المطلب الثاني: في معنى نقل وزرع الأعضاء

المبحث الثاني: القواعد المعينة على الحكم الكلي في مسائل نقل وزرع الأعضاء وتطبيقاته

المطلب الأول: قاعدة اليقين لا يزول بالشك

المطلب الثاني: قاعدة ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته

المبحث الثالث: قواعد الضرر وتطبيقاتها

المطلب الأول: لا ضرر ولا ضرار

المطلب الثاني: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

المطلب الثالث: الضرر لا يزال بمثله

المطلب الرابع: الضرورة تقدر بقدرها

فالله أسأل أن يكون عملا خالصا وأن ينفعنا به، وما توفيقي إلا بالله.

المبحث الأول: مفاهيم البحث ومصطلحاته

المطلب الأول: معنى القاعدة الفقهية وحجيتها

الفرع الأول: معنى القاعدة الفقهية باعتبارها مركبا

ونعني بهذا تعريف القاعدة الفقهية باعتبار تركيبها من مفردات، فنحتاج إلى معرفة المفردات لهذا المركب الوصفي فنقول

أولا: تعريف القاعدة

أ– لغة: قاعدة على وزن فاعلة، وتجمع على قواعد، وهي من صفات الإناث، وقواعد البيت أسسه التي يبنى عليها وأساطينه التي تعمده، وقواعد الهودج: خشبات أربع معترضة في أسفله تركب عيدان الهودج فيها[1]. وقال الراغب الأصفهاني: القاعدة في اللغة: الأساس، وهي تجمع على قواعد، وهي أسس الشيء وأصوله حسيا كان ذلك الشيء أو معنويا، فالحسي كقواعد البيت ومنه قوله تعالى: "قد مكر الذين من قبلهم فأتى الله بنيانهم من القواعد"[2] والمعنوي كقواعد الدين[3]

ومن هذا نجد أن معنى القاعدة يدور حول ما يبنى عليه غيره ويعتمد عليه في قيامه، سواء كان انبناء حسيا أم معنويا

ب– اصطلاحا: هي حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه[4] ومن العلماء من يرى أن القاعدة هي حكم أكثري لا كلي، لورود الاستثناء على القواعد، وعند التحقيق نجد أنه لا فرق بين الأمرين فمن قال هي حكم كلي أراد بالكلية الكثرة وتغليب ما اندرج على ما خرج، لأن الحكم للغالب، ولكون الفروع الخارجة مندرجة تحت قواعد أخرى جعلتها تلحق بها، فهي ليست من فروع القاعدة على التحقيق، ومن عبر بالأكثرية أو الأغلبيه فمعلوم مشربه.

ثانيا: تعريف الفقه

لغة: الفقه، بالكسر: العلم بالشيء والفهم له والفطنة، وغلب على علم الدين لشرفه، وقيل الفهم الدقيق، وقيل فهم غرض المتكلم من كلامه[5]

اصطلاحا: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[6]

الفرع الثاني: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علما ولقبا

---

[1]– ينظر: لسان العرب لابن منظور،دار صادر– بيروت ج3، ص361 ، مادة قعد.

[2]– سورة النحل، الآية رقم:26.

[3]– ينظر: المفردات للراغب الأصفهاني، دار المعرفة، ص 409.

[4]– شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ج1 ص34.

[5]– القاموس المحيط للفيروزآبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث، دار الرسالة،ص 1250.

[6]– الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي، دار الكتب العلمية، ج1 ص 28 .

مما سبق تبين أن القاعدة هي الأساس الذي يقوم عليه غيره، وأن الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية، وهذا يبين لنا أن القول في تعريف المركب إنما يكون بضم المعاني بعضها إلى بعض.

فنقول: القاعدة الفقهية باعتبارها لقبا هي" الحكم الكلي الذي تبنى عليه الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من الأدلة التفصيلية".

وكأنه صار لدينا عمليتان: الأولى استخراج المسائل من أدلتها التفصيلية وهو معنى الفقه. والثانية ضمها إلى حكم كلي يجمع المتشابه منها وهو معنى القاعدة.

الفرع الثالث: حجية القاعدة الفقهية

إذا كانت القاعدة الفقهية حكما كليا ينطبق على جميع الجزئيات، فهل هذا يعني أنه يمكن للمستدل أن يستدل بهذا الحكم الكلي على إثبات فروع فقهية دون استناد إلى أدلة غيرها، أم أنه لا يمكنه ذلك وإنما غاية ما يطيقه أن يستأنس بها على صحة ما يراه، أو يكفيه أن تجمع له القاعدة شتات المسائل المتشابهات فيكون في حقيقته جامعا بين الفروع بالشبه لا مستنبطا من القاعدة مباشرة؟

وهذا هو الذي عناه العلماء ببحثهم في حجية القاعدة وقد يعبرون عن المسألة بقولهم" دليلية" القاعدة الفقهية. أي هل تصلح دليلا مستقلا أم لا؟

ولا نفيض البحث فيها إنما نعرضها عرضا يسيرا

أولا: مذهب القائلين بعدم حجية القاعدة الفقهية وأدلتهم في ذلك

نسب القول بعدم حجية القاعدة الفقهية إلى الإمام الجويني، وفهم ذلك من خلال كلامه في كتابه "غياث الأمم" حيث ذكر أن الاستناد لا يكون إلا إلى مقطوع به[1] وابن دقيق العيد، وابن نجيم، وهو المفهوم من كلام بعض واضعي تقرير مجلة الأحكام العدلية.

ومن أدلتهم في هذا ما يلي:

. أن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية والاستثناءات الكثيرة واردة عليها ولعل الفرع المراد إلحاقه بالقاعدة مما شمله الاستثناء.

. القواعد الفقهية نتجت عن طريق الاستقراء الناقص وهو ليس بسبيل إلى العلم القطعي بل في حجيته خلاف وليس مما تطمئن النفس إليه.

ثانيا:القول بالتفريق بين المجتهد والمقلد

[1]- ينظر القواعد الفقهية للندوي، ص 293

ودليل هذا القول أن المجتهد قد حصل من العلوم والنظر والإحاطة بمدارك الشرع ما يؤهله للاستناد على هذه القواعد في استنباط الأحكام، بخلاف المقلد فلعل النظر أن يقصر به، ولعل بعضا من الفتوى خرجت عن اطرادها بقيد زائد ...وهذا يحتاج إلى نظر دقيق[1]

ثالثا: مذهب القائلين بجواز الاستدلال بها

استدل أرباب هذا المذهب بجملة من الأدلة منها

. أن الاستقراء الناقص الذي استخرجت به القواعد الفقهية وإن كان لا يفيد إلا ظنا فالعمل به لازم، لأننا متعبدون بالظن[2].

رابعا: مذهب التفصيل

ومقتضى هذا الرأي أنه أصحابه يقولون بحجية القاعدة إذا كانت نصوصا من الوحي كقاعدة لا ضرر ولا ضرار وأما ما عداها فيختلف القول بحجيتها بناء على مدى الاتفاق والاختلاف في القاعدة ومصدريتها. ودليلهم واضح وهو أن القواعد التي هي نصوص صارت حجة لكونها نصا.[3]

المطلب الثاني: في معنى نقل وزرع الأعضاء وبيان أقسامه

الفرع الأول: في معنى النقل والزرع

أولا: معنى النقل لغة

قال ابن فارس: النون والقاف واللام أصل يدل على تحويل الشيء من مكان إلى مكان آخر[4]

ثانيا: في معنى النقل اصطلاحا

غرس الأعضاء أو زرع الأعضاء يقصد به "نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف"[5]

الفرع الثاني: أقسام نقل وزرع الأعضاء

إن عملية النقل ليست صورة واحدة وإنما هي صور متعددة نذكرها بإيجاز

. نقل الأعضاء من إنسان حي إلى حي آخر

. نقل الأعضاء من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه ويسمى النقل الذاتي

---

[1]- القواعد الفقهية للباحسين، ص 268.

[2]- المصدر السابق ص 275

[3]- المصدر السابق، ص278.

[4]- مقاييس اللغة لابن فارس، دار الجيل بيروت لبنان، ط1، 1991م، ج5 ص 463.

[5]- مجلة مجمع الفقه الاسلامي الدورة الرابعة العدد الرابع ج1، 1408هـ 1988م، ص 97.

. نقل الاعضاء من ميت الى حي

المبحث الثاني: القواعد الفقهية المعينة على الحكم الكلي في مسألة نقل وزرع الأعضاء وتطبيقاتها

في هذا المبحث يتم تناول بعض القواعد الفقهية التي لها صلة بموضوع نقل وزرع الأعضاء من حيث التصور الكلي لها من الجواز وعدمه وهل يتم النقل في بعض الحالات أم يمنع لعدم توفر شرط الجواز وغير ذلك

المطلب الأول: قاعدة اليقين لا يزول بالشك[1]

الفرع الأول: معنى القاعدة

تعني القاعدة: أن الأمر المتيقن لا يرتفع ثبوته إلا بدليل قطعي، ولا يحكم بزواله بمجرد الشك والأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك، لأن الشك أضعف من اليقين فلا يعارضه وجودا ولا عدما[2]

الفرع الثاني: أدلة القاعدة

. من القران

. قوله تعالى:" إن الظن لا يغني من الحق شيئا"[3]. ووجه الدلالة: أن الظن بمعنى الشك، لأن الأمر ما لم يصل درجة اليقين فالشك مخالطه لا محالة، واليقين حق وإذا كان الظن لا يغني من الحق شيئا فالمتعين هو العمل باليقين والحق وجودا وعدما، ولا يترك المغني لما لا يغني.

. من السنة

. عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال: شكي إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال:"لا ينصرف حتى يجد ريحا أو يسمع صوتا"[4]

ووجه الدلالة: أن الرجل كان متيقنا طهارته فشك في نقضها فنهاه عن الالتفات إلى الشك،وأمره بالبقاء على العمل بيقينه الأول، وأن اليقين لا يبطله إلا اليقين الذي هو مثله، لا بالشك الذي هو دونه.

. من العقل

---

[1]- انظر القاعدة في : الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج1 ص 47، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي، ج1 ص 96. المبسوط للسرخس يتح خليل محي الدين الميس، دار الفكر العربي، ط1، 1421هـ 2000م، ج 3 ص 115.

[2]- شرح مجلة الأحكام للأتاسي ج1 ص18 نقلا عن الوجيز في إيضاح القواعد الكلية للبورنو ص 169.

[3]- سورة يونس، الآية رقم: 36.

[4]- متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب الطهارة، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، برقم137، ومسلم كتاب الحيض باب الدليل أن من تيقن الطهارة ثم شك فله أن يصلي بطهارته تلك، برقم 361.

العقل يقتضي العمل بالأقوى وترك الأضعف، فلو ترك الأقوى لكل ضعيف لما استقام أمر ولا صلح شيء.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة في مسائل نقل وزرع الأعضاء

المسألة الأولى: هل موت الدماغ دون القلب يوجب الحكم بموت صاحبه أو لا؟

أولا: الأقوال في المسألة

تعتبر هذه النازلة من أهم المسائل النازلة في العصر الحديث، وقد ثار حولها خلاف كبير من طرف العلماء والأطباء وسائر الناس، ولا يزال هناك خلاف في القوانين الطبية الدولية حولها...وصلة هذه المسألة بمباحث نقل وزرع الأعضاء تكمن في أن نقل وزرع الأعضاء لا بد أن يتم في أغلب حالاته والقلب لا يزال يضخ الدم، والدورة الدموية لا تزال قائمة، لأن توقف القلب والدورة الدموية عن هذه الأعضاء يؤدي إلى عدم صلاحيتها، فلا لابد من نقل هذه الأعضاء وهي حية...وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يعتبر موت دماغ الشخص دون قلبه موتا، بل لا بد من توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان.

وعلى هذا الرأي جماعة من العلماء، منهم الشيخ بكر أبو زيد، والبسام، والدكتور توفيق الواعي، والشيخ محمد المختار السلامي، وغيرهم، وبه أفتت لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية.

القول الثاني: يعتبر موت دماغ الشخص دون قلبه موتا حقيقيا، ولا يشترط توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان.

وهذا رأي جماعة من أهل العلم، منهم عمر سليمات الأشقر، والدكتور أحمد شرف الدين، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي.[1]

ثانيا: أدلة الأقوال[2]

أ. أدلة المذهب الأول

كان مما استدل به أصحاب القول الأول جملة من الأدلة منها:

. قاعدة" اليقين لا يزول بالشك" وما تفرع عنها كقاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[1] ووجه الاستدلال بالقاعدة أن اليقين في هذه الحالة المختلف فيها هو حياة المريض، فهي ثابتة بيقين، والشك وارد على موته هل هو ميت أم لا ولا يترك اليقين للشك فلا نحكم بموته لمجرد الشك الذي لا يقاوم اليقين المقطوع به.

---

[1]- صدر هذا القرار من مجمع الفقه في جلسته المنعقدة في دورة مؤتمره الثالث بعمان بالمملكة الأردنية الهاشمية،في الفترة ما بين 8 -13 صفر 1407هـ الموافق ل 16 أكتوبر 1986م قرار رقم 5 د 86/7/3 بشأن أجهزة الإنعاش.

[2]- ينظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها لمحمد بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الصحابة ط2، 1415هـ 1994م، ص 342 فما بعدها.

وكذا بالنسبة للقاعدة الأخرى، فان الأصل الذي هو الحياة والذي كان موجودا، نحكم ببقائه على ما كان ولا نحكم بخلافه إلا بناقل قوي يفيد اليقين، فالأصل هو بقاء الحياة، واندراج القاعدة الثانية تحت القاعدة الأولى أمر ظاهر، فالإبقاء على ما كان هو عمل باليقين وتركه مستمرا هو عدم زواله بالشك.

ب ـ أدلة المذهب الثاني

عمدة ما استدل به أصحاب هذا القول أن حياة الإنسان تنتهي عندما تكون الأعضاء عاجزة عن خدمة الروح وعن الانفعال لها وهذا موجود في الموت الدماغي.

ج ـ الترجيح في المسألة

ما استند إليه أصحاب القول الثاني هو العمل بغلبة الظن، حيث يغلب على الظن أن عدم استجابة الأعضاء للروح وانعدام الانفعال لها في موت الدماغ علامة على موت الشخص، ولكن غلبة الظن لا تقاوم اليقين، خاصة في مسألة الحكم على الشخص بموت أو حياة لا سيما وقد ثبتت حياة بعض الأطفال الذين عاشوا دون دماغ وإذا ثبتت الحياة مع فقد المخ كلية فلأن تثبت مع موته وبقاء القلب نابضا أولى، فالراجح أنه لا يحكم بموته؛ لأن اليقين لا يزول بالشك، ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، ولا يترك متحقق لمتوهم.

المسألة الثانية: نقل الأعضاء من جسم حي قد يؤدي نقلها إلى وفاته

كان ممن ذكر هذه المسألة الشيخ بكر أبو زيد أثناء حديثه عن أنواع نقل الأعضاء، فذكر أن منها النقل من حي إلى حي حيث لا ضرر يحتمل، كنقل الدم مثلا وبين أن هذا لا خلاف في جوازه، ثم ذكر مسألة ما إذا كان النقل يؤدي إلى ضرر فاحش بالغ بتفويت أصل الانتفاع كقطع كلية أو يد أو رجل وقال: "والذي يظهر والله أعلم تحريمه وعدم جوازه لأنه تهديد لحياة متيقنة بعملية ظنية موهومة أو إمداد بمصلحة مفوتة لمثلها بل أعظم منها"[2]

وكون هذه المسألة من تطبيقات القاعدة يظهر في استناده إليها في بناء الحكم، حيث قرر أن الحياة المتيقنة وهي حياة المنقول منه لا تترك لمتوهم أو مظنون، وهو صلاحية العضو في حياة المنقول إليه فاليقين لا يزال بالشك.

المطلب الثاني: قاعدة ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا[3]

الفرع الأول: معنى القاعدة

يقصد بهذه القاعدة أن كل ما جاز بيعه من متملك ولم يكن ممنوعا فلصاحبه أن يهبه، ولا حرج عليه في ذلك، وما يمنع العبد من بيعه كأن يكون غير مملوك له أو شيئا محرما فلا يجوز له هبته، فما يقبل التمليك بالبيع يقبله بالهبة.

الفرع الثاني: أدلة القاعدة

---

[1]- انظر القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 49، إيضاح المسالك للونشريسي، ص386.

[2]- ينظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، الجزء 1، ص 180.

[3]- معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مجلد 22 ص 257.

كان مما ذكره العلماء دليلا على هذه القاعدة أو الضابط أمران اثنان

1. باب الهبة أوسع من باب البيع فما صح بيعه صحت هبته.

2. القياس، فالهبة عقد تمليك كالبيع فما صح تمليكه بالبيع صح تمليكه بالهبة.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة

من أهم مسائل القاعدة هي مسألة: هل يجوز للإنسان التبرع بأعضائه حال حياته أو الوصية بها بعد موته؟

أولا: نقل أقوال العلماء في المسألة

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: منع التبرع بالأعضاء ونقلها وزرعها، وهو قول أصحاب المذاهب الأربعة وقول جماعة من العلماء المعاصرين

القول الثاني جواز نقل الأعضاء وزرعها، وعلى هذا أكثر العلماء كالشيخ القرضاوي و الشيخ جاد الحق علي جاد الحق وبه أفتت المجامع الفقهية، وكذا المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر.

ثانيا: أدلة المذاهب

. استدل المانعون بجملة من الأدلة من بينها القاعدة الفقهية المذكورة وقرروا أن بدن الإنسان ليس ملكا له وإنما هو ملك لله تعالى فلا يتصرف فيه إلا وفق ما عينه الشارع لقول الله تعالى"لله ملك السماوات والأرض وما فيهن"[1] وقوله" أمن يملك السمع والأبصار"[2] ولذلك لم يجز له بيعه لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، فكذلك لا يجوز له هبته والتبرع به، لأن مالا يجوز بيعه لا تجوز هبته.

واستدل المجيزون بجملة أدلة منها القواعد الفقهية المقررة في باب الضرر كقول الفقهاء الضرر يزال والضرورات تبيح المحظورات ولا ضرر ولا ضرار.

وفي المبحث الموالي عناية بهذه القواعد . أعني قواعد الضرر. وبيان فروعها وتطبيقاتها فلذلك نرجئ الحديث عن هذه القواعد إلى مظانها.

---

[1]- سورة المائدة، الآية رقم: 120.

[2]- سورة يونس، الآية رقم:31

المبحث الثالث: قواعد الضرر وتطبيقاتها

المطلب الأول: مفهوم الضرر وأقسامه

الفرع الأول: مفهوم الضرر

أولا: لغة

الضرر من الضر، وهو النقصان يدخل في الشيء، نحو قولهم: دخل عليه ضرر في ماله أو بدنه ... وقوم أضراء: ذاهبو البصر[1] والضر بضم الضاد الشدة والبلاء وبالفتح ضد النفع[2] ومنه قول الله تعالى" وان يمسسك الله بضر فلا كاشف له الا هو"[3] وقوله قل لا املك لنفسي نفعا ولا ضرا ".

ثانيا: اصطلاحا

هو الفعل الذي يحصل به إضرار بالغير، سواء عاد بالنفع على الفاعل أم لا، إلا أنهم خصوا ما يعود بالنفع على الفاعل باسم الضرر، وما لا يعود به باسم الضرار. وسيأتي في قاعدة" لا ضرر ولا ضرار" زيادة توضيحه.

الفرع الثاني: أقسام الضرر

ينقسم الضرر إلى أقسام عدة بحسب متعلقاته[4]

أولا: باعتبار من يلحق به الضرر

ينقسم الضرر بهذا الاعتبار إلى ضرر عام وضرر خاص، فالعام هو الذي يقع على جميع الأفراد أو معظمهم، كالضرر اللاحق بالاحتكار مثلا، وضرر خاص وهو الذي يقع على آحاد الناس كالتغرير في معاملة معينة أو الاعتداء على شخص بغير حق، ولذلك كان من القواعد المقررة فقها أنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ثانيا: باعتبار حكمه

---

[1]- كتاب العين للخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي ج7 ص7.

[2]- الصحاح للجوهري، ج1 ص 408.

[3]- سورة الأنعام، الآية رقم 17

[4]- من مقال : قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، للدكتور خالد عبد الله الشعيب، أستاذ مشارك بقسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية الأساسية بدولة الكويت.

ينقسم إلى ضرر مشروع وضرر غير مشروع

فالمشروع ما شهدت الشريعة له بالاعتبار، فكان إما واجبا أو جائزا، فالواجب كالتعازير والقصاص، فما فيهما من الضرر واجب تحصيله لأنه سيدفع به ضرر أشد منه، فلم يتخلص الفعل هنا لمحض الضرر ولم يكن هو الغالب، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.أما غير المشروع فهو ما لا يجوز إيقاعه بحال كقتل النفس بغير حق وغير ذلك...

ثالثا: باعتبار ذاته

ينقسم بهذا الاعتبار إلى ضرر مادي محسوس، كالضرر الذي يكون على الأبدان، وإلى ضرر معنوي وهو ما يكون على النفس البشرية ومزاجها ومعنوياتها ومشاعرها.

المطلب الثاني: قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها

الفرع الأول: معنى القاعدة

هذه القاعدة هي نص للحديث النبوي الشريف الذي رواه احمد وغيره، فعن ابن عباس رضي الله عنه أنم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا ضرر ولا ضرار"[1] ومعنى ذلك أن الشريعة نفت وقوع الضرر ونهت عنه فالنفي يرجع إلى ما شرعه الله تعالى من أحكام لعباده فلا يوجد فيها ضرر بحال، بل كلها مصلحة ورحمة وحكمة" وما جعل عليكم في الدين من حرج" والنهي راجع إلى العباد فهم مخاطبون بعدم إيقاع الضرر العائد على أنفسهم أو على غيرهم، والحديث عم جميع أنواع الضرر، لأنه نكرة في سياق النهي فتعم كل أنواع الضرر، والمراد هنا إلحاق الضرر بغير حق أما ما كان بحق فلا يتعلق به النهي، وهذه القاعدة محل اتفاق بين الفقهاء.[2]

الفرع الثاني: أدلة القاعدة:

أكبر دليل على القاعدة كونها نصا نبويا، فهي دليل قائم بذاته ولو لم يأت ما يعضده من الأدلة، لأن النص إذا ثبت كان أصلا بنفسه، وإنما يذكر الفقهاء نصوصا أخرى ليس للدلالة على صحة القاعدة، وإنما لبيان أن القاعدة منصوص عليها ومعناها مما تظافرت النصوص على بيانه وترادفت على تأكيده فكأنها من باب ترادف الأدلة على مدلول واحد، لا من باب التدليل على صحة حكم معين. ومن النصوص العاضدة للقاعدة تلكم النصوص التي ورد فيها النهي عن الإضرار بالغير ومنها:

. قوله تعالى:" من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار"[3]

. وقوله تعالى:" ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا" [1]

---

[1]- رواه أحمد في مسنده، تح شعيب الأرناؤوط ومحمد مرشد مؤسسة الرسالة، ج5 ص 55 برقم 2865، وابن ماجة، تح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية،ج2 ص 784 برقم 2340.

[2]- ينظر جامع العلوم والحكم لابن رجب، تح: محمد الأحمدي أبو النور، دار السلام، ج3ص911. ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجلد 7 ص 475.

[3]- سورة النساء، الآية رقم 12.

ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم" من ضار أضر الله به، ومن شاق شآق الله عليه "[2]

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة

1. يجوز نقل الأعضاء من الميت إلى جسم الحي لأن الضرر اللاحق بالحي يجب رفعه ولا يمكن إبقاؤه لأنه لا ضرر.

2. إذا ثبت تضرر المنقول منه أو غلب على الظن تضرره وهلاكه بالنقل منه فلا يجوز ذلك للنهي عن إلحاق الضرر بالغير لأنه لا ضرار.

المطلب الثالث قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

الفرع الأول: معنى القاعدة

من الفقهاء من يعبر عن هذه القاعدة بقوله" يدفع أعظم الضررين بأهونهما"[3] ومثلها كذلك " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"[4] وهذه القاعدة كما هو مفهوم من عبارتها من القواعد المشتركة بين الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية، لأن الضرر مفسدة، ودفعه منفعة ومصلحة، والمصالح والمفاسد لب علم المقاصد، ومفادها أنه إذا دار الأمر بين ضررين واضطر الإنسان لارتكاب أحد الفعلين من دون تعين أحدهما عليه كان لزاما عليه أن يرتكب الفعل الذي هو أخفهما ضررا وأقلهما مفسدة وشرا، لأن مقصود الشارع تحصيل المصالح وتكثيرها ودفع المضار وتقليلها.[5]

الفرع الثاني: دليل القاعدة

1. قوله تعالى" يسئلونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل" ووجه الدلالة أن ههنا فعلين وهما القتال في الشهر الحرام وعند البيت الحرام وإزهاق النفوس وهو مفسدة، واستيلاء الكفار وظهورهم مفسدة أعظم من الأولى، فأمر بارتكاب الفعل الأقل ضررا وهو القتال لدفع الضرر العظيم وهو ظهور الكفار.

2. عن أنس بن مالك أن أعرابيا بال في المسجد فقاموا إليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم" لا تزرموه" ثم دعا بدلو من ماء فصب عليه.[6]

ووجه الدلالة أنه ترك الأعرابي يتم بوله وهو فعل فيه ضرر على طهارة المسجد وغير ذلك، دفعا للضرر اللاحق بالأعرابي لو زرمه الصحابة وقطعوا بوله فارتكب الفعل الأقل ضررا لدفع أعظمهما.

---

[1]- سورة البقرة، الآية رقم 231.

[2]- رواه أبو داود برقم 3635،ج3 ص 315، والترمذي برقم1940 ج4 ص232.

[3]- ينظر:المبسوط للسرخسي دار الفكر،ط1 1421هـ 200م، ج7 ص135.

[4]- مجلة الأحكام العدلية، المادة 28، ص 19.

[5]- ينظر معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجلد7، ص507.

[6]- رواه البخاري، كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله ، برقم 6020،ج8 ص12.

3- دليل العقل ومفاده أنه متى اجتمع فعلان مشتملان على ضرر، فالاحتمالات العقلية محصورة في أربعة: إما أن يتركا معا وهذا غير ممكن لأنه يتعين فعل أحدهما، وتركهما معا يفضي إلى استفحال الضررين معا، أو يفعلا معا وهذا كالأول، أو يرتكب الأكثر ضررا ويدفع الأقل وهذا ليس من شيم العقلاء، فتعين ارتكاب الأخف ضررا ليدفع به الأعظم، وهذا ما اتفق عليه العقلاء.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة

1. يجوز بل ويجب أخذ جسم من الإنسان لزراعته أو الترقيع به في جسم نفسه كأخذ قطعة من جلده أو عظمه لترقيع ناحية أخرى وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم، لأن دفع الضرر لازم، وتأذيه بالأخذ منه ضرر أدنى يزال به الضرر الأشد.[1]

2. جواز نقل أعضاء الميت إلى الحي ولا يعتبر ذلك مثلة بالميت، ولأن الحي مضطر لذلك، وقد فصل لنا في القرآن ما حرم إلا ما اضطررنا إليه، وقد تعارضت هنا مفسدتان فروعيت أعظمهما بارتكاب أخفهما، ففي هتك حرمة الميت مفسدة وفي تلف الحي ما لم تنقل له الأعضاء مفسدة أخرى، فكان هتك حرمة الميت أخف المفسدتين.[2]

المطلب الرابع قاعدة الضرورة تقدر بقدرها

ومن ألفاظها أيضا الثابت بالضرورة لا يتعدى به موضعه[3]

الفرع الأول: معنى القاعدة

قد علمنا أن المراد بالضرورة ما يلجئ المكلف إلى ارتكاب الممنوع لإنقاذ نفسه من الهلاك أو المشقة غير المعتادة، والمراد بتقديرها تقدير ما يباح بها، فمعنى القاعدة أن الضرورة المبيحة للمحرم لا تبيح منه إلا بمقدار ما تندفع به وتزول، فإذا زال الخطر واندفعت المشقة والهلاك عاد المحرم إلى أصله، وذلك لأن ارتكاب المحرم رخصة أباحها الشارع للمضطرين، فيجب ألا تتعدى محلها ولا يتجاوز بها موضعها لأن المكلف إذا جاوز بها موضعها صار مرتكبا للحرام دون مسوغ فيكون آثما من باب أن الدوام على الشيء كابتدائه... وهذه القاعدة تعتبر من المقيدات لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات.

الفرع الثاني: أدلة القاعدة

1. قوله تعالى: فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه" ووجه الدلالة أن الله تعالى رخص الرخص في حالة الاضطرار، وشرط على عدم الإثم عدم التعدي والبغي، وملابسة الممنوع حال زوال سبب الترخص من التعدي المحرم.

2. الزيادة على قدر الضرورة توسع في الحرام وهو ممنوع.

---

[1]- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، ج7، ص456.

[2]- المصدر السابق، ص462.

[3]- ينظر موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، ج1، ص341.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة

من ذلك مسالة نقل الأعضاء التي لا يتوقف نقلها على حياة المنقول إليه، ولا تدفع عنه هلاكا معتبرا ومحتملا، كاليد والرجل والكلية الثانية لمن عنده كلية صحيحة لا يجوز نقلها؛ لأن علة الجواز هي إنقاذ الحياة، وهذه لا تتوفر فيها العلة فلا يجوز نقلها بناء على أن الضرورة وهي حفظ الحياة تقدر بقدرها وهي نقل ما يحفظ الحياة فقط لا غير.

المطلب الخامس: قاعدة الضرر لا يزال بمثله[1]

الفرع الأول: معنى القاعدة

إذا تقرر أن الضرر يزال، وأن الضرورة تقدر بقدرها وأن الشريعة جاءت لرفع الضرر بعد وقوعه ودفعه إن وقع، فإنها لم تأذن في رفعه بكل ضرر، وإنما رخصت في رفعه بارتكاب ضرر أقل منه، فالضرر لا يزال بضرر مساو له في الشر أو أعظم منه وإنما بضرر أخف.

فإذا كانت شدة الضرر لا تتيسر إزالتها إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يرفع بل يجبر قدر الإمكان.[2]

الفرع الثاني: أدلة القاعدة

. دليل عقلي: وذلك أن مقصود العاقل من الفعل هو دفع الضرر أو تقليله ما أمكنه ذلك، فإن كان دفعه لضرر سيجلب ضررا مساويا أو ضررا أشد فلا فائدة إذن من فعله وصار عبثا يتنزه عنه سعي العقلاء.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة[3]

. لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، فإنقاذ حياة الغير سيترتب عليها إزهاق نفس بغير حق، إلا إذا كان الإجهاض مشروعا لإنقاذ حياة الأم فحينئذ يجوز لأنه إنقاذ لحياة محققة

. يحرم نقل عضو من إنسان حي يؤدي نقله إلى تعطيل وظيفة الحياة الأساسية وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها كنقل القرنيتين معا.

---

[1]- ينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، شرح الحموي، دار الكتب العلمية،ط1، 1405هـ 1985م، ج1، ص280.

[2]- شرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقا، ط2، دار القلم دمشق، ص 195.

[3]- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، ج7، ص 479 فما بعدها.

خاتمة

في ختام هذا البحث نخلص إلى النتائج التالية:

1. علم القواعد الفقهية من أجل العلوم؛ لأنه يجمع شتات المسائل ويلم متفرقاتها تحت ظل واحد يمكن الفقيه من الإحاطة بها بيسر.

2. من المسائل المهمة في الفقه الحديث أو ما يسمى بفقه النوازل تلك المسائل الطبية التي تكثر الحاجة إليها وتشرئب أعناق الكثيرين لمعرفة حكمها ومن أهمها مسائل نقل وزرع الأعضاء.

3. استيعاب الشريعة لجميع مناحي الحياة، فما من مسألة إلا وتجد حكمها في النصوص وفي دلالاتها، وهذا يسهم في عملية النداء إلى تفعيل الشريعة وتحكيمها والرجوع إليها في كل نازلة تنزل بالأمة لتتمكن من بيان أن الشريعة قادرة على استيعاب الأقضية كلها.

4. الشريعة الإسلامية جاءت لرفع الضرر وتقليله قدر الإمكان، ونهت عنه فهي لا تريده شرعا وإن وقع قدرا

5. عملية نقل وزرع الأعضاء خاضعة للموازنة بين قواعد المفاسد والمصالح، فمتى غلبت المصلحة أبيح النقل ومتى غلبت الأخرى منع منه.

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم
- الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي، دار الكتب العلمية، ج1.
- انظر القاعدة في : الأشباه والنظائر لابن نجيم، ج1 ص 47، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي، 1ج. المبسوط للسرخس يتح خليل محي الدين الميس، دار الفكر العربي، ط1، 1421هـ 2000م، ج 3 .
- انظر القاعدة في: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 49، إيضاح المسالك للونشريسي،.
- رواه أبو داود برقم 3635،ج3 ص 315، والترمذي برقم1940 ج4 .
- رواه أحمد في مسنده، تح شعيب الأرناؤوط ومحمد مرشد مؤسسة الرسالة، ج5 ص 55 برقم 2865، وابن ماجة، تح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية،ج2 .
- رواه البخاري، كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله، برقم 6020،ج8 · الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، ج7 .
- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ج1.
- شرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقا، ط2، دار القلم دمشق، .
- شرح مجلة الأحكام للأتاسي ج1 ص18 نقلا عن الوجيز في إيضاح القواعد الكلية للبورنو .
- الصحاح للجوهري، ج1 .

- صدر هذا القرار من مجمع الفقه في جلسته المنعقدة في دورة مؤتمره الثالث بعمان بالمملكة الأردنية الهاشمية،في الفترة ما بين 8 -13 صفر 1407هـ الموافق ل 16 أكتوبر 1986م قرار رقم 5 د 86/7/3 بشأن أجهزة الإنعاش.
- القاموس المحيط للفيروزآبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث، دار الرسالة،.
- القواعد الفقهية للباحسين، .
- كتاب العين للخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي ج7 .
- متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب الطهارة، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، برقم137، ومسلم كتاب الحيض باب الدليل أن من تيقن الطهارة ثم شك فله أن يصلي بطهارته تلك، برقم 361.
- مجلة الأحكام العدلية، المادة 28.
- مجلة مجمع الفقه الاسلامي الدورة الرابعة العدد الرابع ج1، 1408هـ 1988م،.
- معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مجلد 22 .
- مقاييس اللغة لابن فارس، دار الجيل بيروت لبنان، ط1، 1991م، ج5 .
- من مقال: قاعدة الضرر يزال وشمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، للدكتور خالد عبد الله الشعيب، أستاذ مشارك بقسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية الأساسية بدولة الكويت.
- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة، ج7 .
- ينظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، الجزء 1،.
- ينظر القواعد الفقهية للندوي،.
- ينظر جامع العلوم والحكم لابن رجب، تح: محمد الأحمدي أبو النور، دار السلام، ج3ص911. ومعلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجلد 7 .
- ينظر معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، المجلد7،.
- ينظر موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، ج1 .
- ينظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها لمحمد بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الصحابة ط2، 1415هـ 1994م.
- ينظر: المفردات للراغب الأصفهاني، دار المعرفة،.
- ينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، شرح الحموي، دار الكتب العلمية،ط1، 1405هـ 1985م، ج1،.
- ينظر: لسان العرب لابن منظور، دار صادر- بيروت ج3، ص361 ، مادة قعد.
- ينظر:المبسوط للسرخسي دار الفكر،ط1 1421هـ 200م، ج7 .