

## الأخطاء الطبية وأثارها المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية

أ. أعمار شويمت

جامعة الحاج لخضر 01- باتنة

### ملخص الدراسة:

يتضمن هذا البحث دراسة فقهية في بيان الأحكام الشرعية للأخطاء الطبية المتعلقة أساساً بمهنة الطب، هذه الأخيرة التي ترتبط بمقصودٍ عظيم من مقاصد الشرع، وهو حفظ النفس، بل وبقية الكليات الأربعة المتمثلة في الدين، العقل، النسل والمال التي قام الإسلام على رعايتها والحفاظ عليها.

مُبيّنة النصح والإرشاد للمريض ما له من حق، وللطبيب ما له من حدود أثناء ممارسة عمله الطبي، وأن الله عز وجل أكرمنا بهذا الجسد الذي به تقوم حياتنا.

اعتمدت الدراسة في ذلك عدّة جوانب فكرية، تربوية، اجتماعية متخذة من المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي منهجاً في البحث، والمراد من كل هذا، التعريف بجملّة من المفاهيم المتعلقة بمسألة الخطأ الطبي وما يتعلق فيها من أحكام وما يترتب على هذا الفعل من آثار، ومرجعية الباحث في ذلك القرآن وسنة رسول الله اللذان هما عماد الشريعة الإسلامية وكذا أقوال الفقهاء وآراء القانونيين الذين تناولوا هذا الجانب من الدراسة.

### The Effects of Medical Errors and Their Consequences in the Islamic Legislation

#### Summary:

This research is a jurisprudential study to demonstrate the legitimate verdicts of medical errors related mainly to the profession of medicine which relates not only to the

protection of one of the major destinations of the Islamic legitimacy (legislation), the soul protection, but also to the protection of the other entireties; the religion, the mind, the offspring and the wealth. The study also supplies advice and guidance to help the patient be aware of the legal rights, and traces limits to not be exceeded by the doctor when exercising the job.

The current study includes intellectual, educational and social sides, taking the descriptive, inductive and analytical approaches as the main methods of research. It aims at defining, analysing and criticising a set of concepts related to medical errors, their verdicts and consequences.

The researcher's main references in this study are the Holy Quran and the Sunnah of the prophet (PBUH) which are the pillars of the Islamic legislation, besides to the consensus of scholars of Islam and opinions of jurists who have undertaken this topic.

اعتمدت الدراسة الحالية على خطة منهجية عملية للبحث، جاءت على شكل ثلاثة مباحث تدرج تحتها مطالب وفروع بمقدمة وخاتمة.

## مقدمة:

أثار التقدم العلمي في مجالات العلوم الطبية عدّة تساؤلات يمكن إرجاع موضوعاتها الرئيسية إلى ثلاث:

الأول يتعلق بآثار الأساليب الحديثة لهذه العلوم على حياة الإنسان، ويدور الموضوع الثاني حول تأثير هذه الأساليب على القواعد المنظمة للأعمال التي تمس الإنسان في حياته، ويتعلق الموضوع الثالث بمدى شرعية الأخذ بأساليب التقدم العلمي في حالات الخطأ الطبي ذاته في هذه العلوم.

لقد أبرزت هذه المواضيع في السنوات الأخيرة عدة مشاكل؛ بصفة خاصة، في نطاق العلاقة بين فرع علم الطب، من ناحية وعلوم الشريعة من ناحية أخرى، فلقد ترتب على اكتشاف بعض الإمكانيات الحديثة في مجال علم الطب تغيير بعض المعطيات التقليدية التي

ترتكز عليها القواعد المنظمة للأعمال التي تتصل بحياة الإنسان وجسده، كما أن تطبيق هذه الإمكانيات على الإنسان، أو مجرد التفكير في ذلك، أبرزَ مشاكل جديدة لم تعالجها النصوص القائمة بصفة مباشرة، وترجع خطورة هذه المشاكل أنها تتعلق بالنفس والنسل والعقل، كما أن حفظها يُعدُّ من المقاصد الأساسية للشرع، ومن هنا جاءت دراستنا المتواضعة هذه التي توضح الحدود التي يمكن فيها تحديد مكنتسات الطب على الذرية الأدمية على نحو لا يخلُّ بالقواعد الأساسية للشريعة ولا يهدر المصالح التي تدور حولها أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء.

### **المبحث الأول: الإطار المنهجي للدراسة المطلب الأول: مفاهيم الدراسة.**

ارتكزت الدراسة الحالية على مفهوم جوهرى ومركزي للبحث ككل ألا وهو الخطأ الطبي، إذ أن تعريفه يتطلب توضيح معنى الخطأ المهني قبل كل شيء، ذلك أن الخطأ الطبي ما هو إلا أحد أوجه الخطأ المهني.

لا شك أن الخطأ المهني لا يمكن أن يقوم مبدئياً إلا أثناء ممارسة مهنة معينة<sup>(1)</sup>، وهو ينجم عن الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية والمتعارف عليها، كما لو مورست المهنة بشكل غير مشروع<sup>(2)</sup>.

فالخطأ المهني هو كل خطأ يتعلق بمهنة الشخص أثناء مزاولته إياها، متمثلاً في انحرافه أو خروجه عن القواعد والأصول المستقرة لهذه المهنة.

ولعل من أحسن وأشمل التعريفات للخطأ المهني ما أورده الدكتور عبد اللطيف الحسيني: "بأنه ذلك الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم، ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف طبقاً لأصول المستقرة"<sup>(3)</sup>، وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها<sup>(4)</sup>.

أصبح من السهولة بمكان بيان وتوضيح مفهوم الخطأ الطبي باعتباره خطأ مهنيا مرتبطا بمهنة الطب. لكن قبل ذلك يتوجب علينا البحث بشأن تعريف كل من القانون والفقهاء وكذا الشريعة الإسلامية للخطأ الطبي.

أولاً: تعريف التشريعات: إن غالبية التشريعات كعادتها لم تُعط تعريفًا للخطأ الطبي، باستثناء القلة منها، حيث جاء المشرع الليبي بمنظومة قانونية متكاملة حدّد من خلالها معالم المسؤولية الطبية. فعرف الخطأ الطبي في نص المادة 23 منه: "تترتب المسؤولية الطبية عن كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضرراً للغير. ويعتبر خطأ مهني كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانات المتاحة. ويُعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام".<sup>(5)</sup>

كما عرّف المشرع الإماراتي الخطأ الطبي بأنه "الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمر فنية يفترض في كل من يمارس ذات المهنة الطبية الإلمام بها، أو كان هذا الخطأ راجعاً إلى الإلهام أو عدم بذل العناية اللازمة".<sup>(6)</sup>

أما نظام مزاولة المهن الصحية السعودي فقد حاول إعطاء تعريف للخطأ الطبي المهني، من خلال حصره سبعة حالات تشكل في معظمها أخطاء طبية. حيث نصت المادة 27 منه. "كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي، وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض. ويُعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يأتي:

- الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة.

- الجهل بأمر فنية يفترض في من كان في مثل تخصصه الإلمام بها...".<sup>(7)</sup>

ويبدو أن التشريع الليبي سائر إلى حد بعيد وجهة نظر كل من والفقهاء القضاء في تحديد مفهوم الخطأ الطبي كما سيتضح.

ثانياً: تعريف الفقه القانوني: يكاد يجمع الفقه على تعريف مشترك للخطأ الطبي من حيث أنه "تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول".<sup>(8)</sup>

كما يعتبر خطأ طبيًا " إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة".<sup>(9)</sup>

إجمالاً لما سبق يمكن القول بأن الخطأ الطبي هو "الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالاً بالتزام بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائماً والتي قد تقترن أحياناً بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه".<sup>(10)</sup>

ثالثاً: تعريف الفقه الإسلامي: المقصود بالخطأ هو "ما لم يقصد الطبيب نتيجه رغم اجتهاده لتلافي حدوثها"<sup>(11)</sup>. وقد أجمع فقهاء الشريعة على أن الخطأ الذي يوجب مسؤولية الطبيب هو " الخطأ الخارج عن أصول مهنة الطب"<sup>(12)</sup> والذي لا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص.<sup>(13)</sup>

فيرى الخليفة أن ما يسأل عنه الطبيب الحاذق المأذون له من أخطاء، هو ذلك الخطأ الفاحش الذي لا يقع من طبيب آخر، وهو الذي يتجاوز به الحدود المتعارف عليها عند أهل الصنعة الطبية.<sup>(14)</sup>

أما المالكية فيرون أن الطبيب يسأل عن الأخطاء الناشئة عن عدم مراعاة قواعد المهنة في التطبيب، أو تجاوز الحدّ فيما أذن له فيه إلى غيره، أو قصر فيه عن المقدار المطلوب، أو أذن له في شيء ففعل غيره.<sup>(15)</sup>

في حين يرى فقهاء الشافعية أن ما يُسأل عنه الطبيب الحاذق المأذون له من أخطاء هي تلك التي لا يفعلها مثله من أهل الصنعة ممن أراد الصلاح للمفعول به.<sup>(16)</sup>

أما الفقه الحنبلي فيقصد بالأخطاء التي يسأل عنها الطبيب تلك التي تنشأ عن عدم مراعاة المأذون له فيه إذا كان حاذقا وأعطى الصنعة حقها إلا أن يده أخطأت، كأن أذن له في فعل شيء معين فتركه وفعل ما لم يُؤذن له فيه، أو جاوز الموضع الذي أذن له في معالجته إلى غيره.<sup>(17)</sup>

خلاصة القول أن الخطأ الطبي عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو الخطأ الذي لا تقره أصول الطب، ولا يُقره أهل الفن والعلم.<sup>(18)</sup>

## المطلب الثاني منهج الدراسة وأهميتها:

### 1- منهج الدراسة

اعتمدت الدراسة الحالية على المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي والذي يتلخص في عمليات ثلاث، قد تجتمع كلها أو بعضها في العمل الواحد وهي: التفسير أي التفكيك والنقد: أي التقييم، ثم الاستقطاب أو التركيب.

ولقد اعتمد الباحث على التفسير بعرض الأعمال العلمية على سبيل التأويل والتعليل وهو عمل علمي جليل، ذلك أن التراث الإسلامي اليوم محتاج فيما هو محتاج إليه إلى فهم صحيح لمقاصده.

أما النقد فقد إعتدناه كعملية تقييم وتصحيح وترشيد، وهو كذلك بالنسبة للباحث محاولة إلى ضبط قواعد متفق عليها، وجاء الاستنباط كحالة للاستنساخ الاجتهادي من طرفنا باعتباره تجديد علمي، فالتأمل في أمور جزئية ثابتة لاستنتاج أحكام منها مهم في مثل هكذا

بحوث فقهية. ولقد اعتمد الباحث على هذه العمليات البنائية في المنهج الاستقرائي التحليلي والتي خدمت موضوع الدراسة أكثر وستوضح ركائزها في محتوى هذا البحث.

## 2-أهمية الدراسة:

إن أهمية هذا البحث لا تبرز في نطاق العلوم الشرعية فحسب، ولكن أيضا في مجال علوم القانون الوضعي، فن ناحية أولى إذا ثبت أن الطبيب حينما يمارس عملاً من الأعمال الطبية الحديثة، إنما يستعمل حقه في حدود الإباحة الشرعية فلا محل لمساءلته سواء جنائياً أو مدنياً والأساس في ذلك القوانين الوضعية التي تنص على أنه " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر في الشريعة".

وتظهر أهمية هذه النتيجة في القوانين الوضعية التي تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع الوضعي، فما يعتبر حقاً للطبيب وفقاً للشريعة الإسلامية يجب اعتباره سبباً لإباحة عمله في القانون الوضعي.

والحقيقة أن أهمية البحث لا تقتصر على بيان الحدود الشرعية التي يستطيع الإنسان فيها أن يتصرف في الحق في سلامة الحياة والجسد، ولكن أيضا في بيان مدى إمكان الإنسان الإذن لغيره بالمساس بجسمه دون أن تتعدّد مسؤوليته المدنية في القانون الوضعي كما أشرنا إليه آنفاً. إضافة أن هذه الدراسة تهدف إلى استخلاص القواعد الشرعية للطب وتجميعها تجميعاً علمياً، بيان حكم الشريعة في بعض التطبيقات الحديثة للطب تحديداً عند وقوع الخطأ الطبي.

## المبحث الثاني: حرمة جسم الانسان وعناية الاسلام به

### مقدمة:

لسنا بحاجة إلى الإسهاب في بيان أهمية الطب والجراحة في المحافظة على النفس البشرية التي تعتبر أحد المصالح الخمس (الدين، النفس، العقل، النسل، المال) التي من أجل صيانتها وضعت الأحكام الشرعية. غير أن ممارسة الطبيب أو الجراح لعمله تقتضي المساس بجسم

الإنسان وجثته، ومن هنا يثور التساؤل عن كيفية التوفيق بين مبدأ حرمة الجسم والجثة والمبدأ الذي يسمح للطبيب بالتدخل الجراحي في جسم الإنسان وتشريح جثته. لا شك أن هذا التوفيق يتم عن طريق وضع الضوابط التي يجب أن يتقيد بها العمل الطبي أو الجراحي حتى لا يخرج عن هدفه النهائي وهو المحافظة على الحياة وصيانة الصحة<sup>(19)</sup>.

وبناء عليه فسوف نعرض هنا لمبدأ حرمة الجسم والجثة قبل أن نبين كيف أن رعاية أحد المصالح الخمس تقتضي التخفيف من حدة هذا المبدأ، ونأخذ تطبيقاً لذلك مسألة إباحة عمل الطبيب أو الجراح في جسم الإنسان لنستطيع في النهاية استخلاص القواعد الحاكمة للطب.

### المطلب الأول: حرمة جسم الإنسان وجثته:

الإنسان محترم حيا وميتا في الإسلام<sup>(20)</sup>، ولقد خلقه الله وقدره وعززه وكرمه وأودع فيه سر خلقه ما يحميه إلى حين ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...﴾ الإسراء: ٧٠ وهو تعالى الذي خلق الإنسان في أحسن تقويم: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ التين: ٤، وتجلت عظمته في خلقه<sup>(21)</sup>: ﴿فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾ المؤمنون: ١٤، الذي جعل الإنسان هو الهدف الأسمى للخلق<sup>(22)</sup>.

لذلك عنيت الشريعة الإسلامية، أيما عناية، بحماية النفس البشرية<sup>(23)</sup>، فحرمت قتل النفس إلا بالحق، ﴿...وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ أَنْفِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾ الأنعام: ١٥١<sup>(24)</sup>، وجعل الشارع أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة هو الدماء (حديث نبوي)<sup>(25)</sup>، وتوعد الله مرتكب القتل العمد بالعذاب: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَدِّيًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَعَظِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ النساء: ٩٣ وإلى جوار العقوبة الأخروية وضع الشارع عقوبة دنيوية على مقترف جرائم قتل النفس والجرح العمدية وهي القصاص: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ



فِي الْقَتْلِ... ﴿١٧٨﴾ البقرة: ١٧٨، وأضاف إليها عقوبات دنيوية أخرى منها دفع الديات للمعتدى عليه أو أهل حرمان القاتل ومن ميراث القاتل ومن وصيته<sup>(26)</sup> ولقد وصلت الشريعة في مبلغ حرصها على حماية النفس الإنسانية إلى تقرير المسؤولية في حالة القتل أو الجرح الخطأ وما في حكمه ففرضت الدية على الجاني<sup>(27)</sup> والكفارة على من قتل مؤمناً خطأ<sup>(28)</sup>. وسنت الشريعة الأحكام الكفيلة بعدم ضياع حق المجنى عليه<sup>(29)</sup>.

وإذا كان قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة وكذا قطع عضو من أعضائه<sup>(30)</sup> فإنه لا يحل شيء من ذلك بإذن المجنى عليه<sup>(31)</sup>. وليس للإنسان أن يقتل نفسه ﴿... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ...﴾ ﴿٢٩﴾ النساء: ٢٩<sup>(32)</sup> أو يتلف أعضاء جسمه ﴿... وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ...﴾ ﴿١٦٥﴾ البقرة: ١٩٥، لأن الحق في سلامة الحياة والجسد حق مشترك بينه وبين ربه<sup>(33)</sup>. وبلغت حرمة جسد الإنسان في نظر بعض الفقهاء حدا جعلهم يذهبون إلى أن ما سقط منه أو زال عنه فحظه من الحرمة قائم ويجب دفنه<sup>(34)</sup>.

### المطلب الثاني: حماية الشريعة لجسم الانسان

وسبقت حماية الشرع فأدركت الإنسان حتى قبل خروجه من بطن أمه، فأوجب دية الجنين على من تسبب في خروجه<sup>(35)</sup> ميتاً، هذا فضلاً عن العقوبة الأخروية<sup>(36)</sup>. فإن ألقته حياً ثم مات بسبب الجناية ففيه دية كاملة<sup>(37)</sup>. بل لقد قيل بأن الأم إذا أجهضت نفسها وجبت دية الجنين لو أسقطه غيرها<sup>(38)</sup>.

ويرى البعض أنه إذا شربت الأم دواء فأسقطت الجنين فعليها الكفارة وتعطي أباه غرة ولا ترث منها شيئاً<sup>(39)</sup>. ويذهب الفقه الإسلامي إلى أنه إذا وجب القصاص على الأم الحامل فيجب تأخيرها حتى ترضعه ويستغنى عنها يستوى في ذلك القصاص في النفس أو في الطرف<sup>(40)</sup>، والأمر كذلك بالنسبة لإقامة الحد على الزانية الحبلية<sup>(41)</sup>. وسوف نرى فيما بعد

أنه يجوز شق بطن الأم إذا ماتت وولدها حي لإخراجه لأن حفظ حياته أعظم مصلحة من مفسدة انتهاك حرمة الموتي<sup>(42)</sup>.

وليس المقام هنا بيان حكم الإجهاض بالتفصيل ويكفي هنا أن نشير إلى أن فقهاء المذاهب يجمعون على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح إلا لعذر، أما قبل نفخ الروح فإن كلمة الفقهاء قد تفرقت بين الإباحة والكراهية والتحريم<sup>(43)</sup>. ولكن إذا ثبت عن طريق موثوق أن بقاء الجنين في بطن أمه يؤدي لا محالة إلى موتها فيجب إسقاطه تطبيقاً لقاعدة ارتكاب أخف الضررين، وفي إسقاطه في هذه الحالة تضحية بالجزء في سبيل إنقاذ الكل أو بالفرع في سبيل إنقاذ الأصل، فالأم أصل الجنين ولها حظ مستقل في الحياة، كما أنها عماد الأسرة حين أن الجنين لم يستقل بحياته<sup>(44)</sup>. كذلك فإنه إذا ثبت موت الجنين وخيف على الأم من الهلاك قطع الجنين وأخرج ميتاً<sup>(45)</sup>.

وبالنسبة للإنسان بعد موته، فقد تولى الشرع حماية الجثة من عبث العابثين فورد في الحديث النبوي أن كسر عظم الميت ككسره حياً<sup>(46)</sup>، الأمر الذي اقتضى حرمة نبش مقابر المسلمين وهشم عظام الموتي إلا لضرورة لأن في ذلك هتكاً لحرمة الميت<sup>(47)</sup>. والذي يراجع كتب الفقه الإسلامي يجد أنها تخصص، عادة، باباً للجناز بآدابها ويظهر في جلاء مدى حرمة المساس بالميت<sup>(48)</sup>. بحيث أن كل من تسول له نفسه انتهاكها يعرض نفسه للعقوبة<sup>(49)</sup>.

وبعد أن ثبت لنا مدى أهمية مبدأ حرمة جسم الإنسان وجثته في الشرع، فإنه يعيننا الآن أن نبحث عما إذا كان هذا المبدأ مطلقاً أم أنه يحتمل الاستثناء في حدود معينة تبيح العمل الطبي أو الجراحي على جسم الإنسان وتشريح جثته.

### المبحث الثالث: إباحة العمل الطبي والجراحة على جسم الإنسان:

بالرغم من أن مبدأ حرمة جسم الإنسان يقتضي حظر المساس به، إلا أن ضرورة العلاج أو الحاجة إليه تبرر ما هو محظور شرعا. وحتى إذا لم يعتبر العلاج ضرورة فحاجة الأحياء إليه تنزل منزلة الضرورة التي يباح من أجلها ما هو محظور<sup>(50)</sup> ومؤدى ذلك أن مبدأ حرمة جسم الإنسان يحتمل الاستثناء في الحدود التي تقتضيها مصلحة راجحة. وإذا كان التداوي أو علاج الأمراض أمرا مأمورا به من قبل الشارع حفظا للنوع الإنساني فإن ذلك يتضمن الأمر بممارسة الطب كطريق للعلاج<sup>(51)</sup>. لذلك فإن تعلم الطب وممارسته يعتبران من فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها وإلا ائمت جميعا<sup>(52)</sup>. وفي المقابل تجسدت رعاية الشارع الحكيم للأطباء في إباحة عملهم وعدم مساءلتهم متى تقييد هذا العمل بشروط معينة، فما هو أساس عدم مساءلتهم وما هي الشروط الواجب توافرها في عملهم؟

### المطلب الأول: أساس إباحة العمل الطبي والجراحي:

إذا أردنا أن نصل إلى الأساس السليم لعدم مسئولية الطبيب أو الجراح فيجب أن نحدد أصحاب الحق في سلامة الحياة والجسد، فصاحب الحق هو الذي يستطيع أن يأذن بالمساس بحله فتسقط بذلك مسئولية من يقوم به. وبعد أن نحدد أصحاب هذا الحق نستطيع أن نحدد مصدر الإذن للطبيب أو الجراح بالمساس بحله.

#### 1- أصحاب الحقوق على النفس والجسد:

الحق إما أن يكون لله تعالى أو للعبد وقد يجتمعان فيه. وحق الله تعالى هو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، وحق الله تعالى يتجسد أساس في العبادات والحدود<sup>(53)</sup>. وهذا الحق لا خيرة فيه للمكلف ولا يسقط بإسقاطه فلا يجرى فيه العفو أو الإبراء أو الصلح<sup>(54)</sup>. أما حق العبد فهو ما يتعلق به مصلحة

خاصة كحرمة مال الغير، وهذا الحق يسقط بإسقاط العبد ويجوز فيه العفو والإبراء والصلح<sup>(55)</sup>.

أما ما يجتمع فيه حق الله وحق العبد، فقد يكون حق العبد هو الغالب كحق القصاص، وبرر أحد الفقهاء<sup>(56)</sup> ذلك بأن ((الله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد وللبعد حق الاستمتاع، وفيه شرعية القصاص بقاء للحقين، ولكن حق العبد راجع ولهذا فوض استيفاؤه إلى الولي وجرى فيه الاعتياض بالمال)). وهذا التبرير يشير إلى وجود حقوق تتعلق بنفس العبد والتي تدخل، فيما نرى، في الطائفة التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد ولكن حق الله هو الغالب<sup>(57)</sup>. ونحن نرحم الرأي الذي يذهب أنصاره<sup>(58)</sup> إلى أن ((نفس المكلف داخله في هذا الحق، إذ ليس للمكلف (العبد) التسلط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالإتلاف)). فحق الله في حياة المكلف وسلامة جسده إنما تقرر حتى يستطيع القيام بالتكاليف الشرعية والواجبات المفروضة عليه. ونظراً إلى اجتماع جانبي الله والعبد في هذا الحق فإنه من يعتدي عليه فقد عصى الله وأذى العبد بانتهاك حرمة، ولذلك يجب القصاص أو الدية لما فات من حق الإنسان واجب الكفارة وجبراً لما فوت من حق الله تعالى<sup>(59)</sup>.

ولعلنا لاحظنا أنه بينما يعتبر الحق في سلامة الحياة والجسد من الحقوق التي يختلط فيها حق الله بحق العبد مع رحمان جانب الأول، فإن جوارب الاعتداء على هذا الحق يختص بها مرة العبد، وهذا هو حال القصاص والدية، ويتعلق بها حق الله مرة أخرى، وهذا هو حال الكفارة.

وإذا كان الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية يدخلان في طائفة الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد، فإن مؤدى ذلك أنه إذا جاز للعبد أن يسقط جزئيات الحق الذي ينسب إليه، فإنه لا يجوز له إسقاط الحق في مجموعة<sup>(60)</sup>. كما أنه ليس للعبد إسقاط حقه إذا أدى ذلك إلى إسقاط حق الله تعالى<sup>(61)</sup>. وإذن فكون الحق يثبت، في بعض جزئياته، للعبد

لا يلزم منه أن تكون له الخيرة فيه بإسقاطه<sup>(62)</sup>. وتطبيقا لذلك ليس للعبد أن يقتل نفسه أو يفوت عضوا من أعضائه، ولا يملك أن يأذن لغيره بذلك، فإذا أكل الله تعالى على عبده حياته وجسمه وعقله الذي يتم به القيام بما كلف به فلا يصح للعبد إسقاط شيء من ذلك<sup>(63)</sup>.

يتضح مما سبق أن حق الله تعالى وحق العبد يوكلان، كما يقول القرافي في الفروق<sup>(64)</sup>، لمن هو منسوب إليه ثبوتا واسقاطا. مؤدى ذلك أن ما جعله الله تعالى حقا للعبد لا يسقط الضمان في اتلافه إلا بإذن العبد<sup>(65)</sup>، كما أن ما هو حق الله تعالى لا يتمكن العبد من إسقاطه أو الإبراء منه بل يرجع ذلك إلى صاحب الشرع<sup>(66)</sup>. ومن هنا ليس للفرد أن يتصرف في حياته بدون إذن الشرع فالحق في ذلك مشترك بينهما<sup>(67)</sup>. ومن هنا أيضا لا يمنع إذن الفرد لغيره بالاعتداء على نفسه بالقتل من مساءلة القاتل، فحق الله غالب وهو لم يأذن بقتل النفس بدون وجه حق<sup>(68)</sup>، وإذا كان بعض الفقهاء يرى عدم استحقاق القصاص في هذه الحالة، فإن ذلك يرجع إلى أن إذن المجني عليه يورث شبهة عفو المقتول، الأمر الذي يترتب عليه سقوط حق القصاص مع استحقاق الدية في مال القاتل<sup>(69)</sup>، فالمسئولية ما زالت قائمة لم يعد لها الرضاء بالقتل وأن تغيير وصف الجزاء لمعنى الشبهة<sup>(70)</sup>.

وهذا الحكم، الذي يسرى في حالة الاعتداء على النفس، كان يجب أن ينطبق أيضا على حالة الإذن بالاعتداء على ما دون النفس (المساس بالأعضاء- الجروح) خشية أن يؤثر هذا الاعتداء في قيام المجني عليه بالتكاليف الشرعية التي من أجلها ثبت لله تعالى الحق في سلامة الأعضاء، ومع ذلك فإن الفقه الحنفي يرى سقوط الضمان في هذه الحالة الأخيرة، لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال بالنسبة لصاحبها، ولذلك فالحق في سلامتها حق للعبد يجوز له التنازل عنه<sup>(71)</sup>. ولكننا نرى أن استعمال الفرد لحقه على أطرافه وأعضائه مقيد بعدم افضائه إلى هلاك النفس، لأنه في هذه الحالة يكون قد تعدى حدود حقه واعتدى على حق

الله بدون إذنه. وفي جميع الأحوال، وعلى فرض انتفاء المسؤولية الدنيوية، فإن المسؤولية الأخروية لا تنتفي لمجرد إذن المجنى عليه<sup>(72)</sup>.

وإذا فات شيء من حياة الإنسان أو من جسمه أو عقله بغير كسبه، أي بسبب لا دخل له فيه، فله حينئذ فقط الخيرة في حقه البديل، لأن حقه في الجزاء أو الضمان صار ديناً من الديون إن شاء استوفاه وإن شاء تركه<sup>(73)</sup>. وهكذا فإذا كان حق الله متغلباً على حق العبد في سلامة الحياة أو في سلامة جسده فإن حق العبد متغلب على حق الله في ضمان الضرر المترتب على الاعتداء عليها، فالقصاص نفسه أو جسده يجوز له التنازل عنه، أما حق الله فقد فات ولا جبر له بالضمان<sup>(74)</sup>. ومع ذلك فإن المعتدي يلقى إلى جوار الجزاء الأخرى، وحتى بعد عفو المجنى عليه أو وليه عنه، عقوبة دنيوية تعزيزاً له وزجراً للاعتداء على حق الله تعالى<sup>(75)</sup>.

نستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية من الحقوق التي يجتمع بها الله تعالى والعبد، وإنه يلزم لإباحة المساس بمحل هذين الحقين أن يأذن أصحابهما به، فلا يغني إذن واحد من صاحبيهما عن إذن الآخر، وهكذا فإن عدم مساءلة من يقوم بعمل يترتب عليه المساس بمحل الحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية يفترض توافر إذن الشرع إضافة إلى إذن الفرد والسؤال الآن هل تنطبق هذه النتيجة على عمل الطبيب أو الجراح؟

## 2- إذن الشرع وإذن الفرد المريض:

اعتقد بعض الفقهاء أنه يمكن أن يستنتج، من قول الاتجاه الفقهي التقليدي الذي يذهب انصاره إلى سقوط القصاص أو الدية إذا أذن المجنى عليه بالاعتداء، أن الإنسان يستطيع أن يتنازل عن حقه في سلامة جسده، وأن هذا الحكم يسرى على الطبيب بحيث يمكن إرجاع عدم مسؤوليته عن المساس بهذا الحق إلى رضا المريض به<sup>(76)</sup>. ورغم أن هذا الاستنتاج تعوزه الدقة، لأن هناك فرقاً بين الحق في سلامة الحياة والجسد وبين الحق في الجزاء المستحق

عن الاعتداء عليه، فلا يلزم من تمكن الإنسان اسقاط الحق الثاني أنه يستطيع اسقاط الحق الأول<sup>(77)</sup>، أقول رغم أن هذا الاستنتاج تعوزه الدقة، إلا أن بعض الفقهاء يذهب صراحة إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب يرجع إلى إذن المريض<sup>(78)</sup>.

ومثل هذا الرأي لا أساس له من الصحة في الشرع لأن انتفاء المسؤولية ممن يقترب فعلا يمس محل الحق في سلامة الحياة والجسد يفترض صدور الإذن له من أصحاب هذا الحق كما سبق البيان، ويلزم لذلك صدور إذن الشرع إضافة إلى إذن المريض. ولا يصح الأخذ بمثل هذا الرأي لأن مؤده عدم مساءلة المعالج مهما كانت صفته ولو لم يكن يقصد العلاج<sup>(79)</sup>. ومع ذلك فإن مثل هذا القيد وحده لا يكفي لجعل رضاء المريض الأساس الوحيد لعدم مسؤولية الطبيب أو الجراح عن المساس بجسده لأن رضاء المريض يقتصر أثره على الجانب الفردي للحق ولا يبرر المساس بجانبه الاجتماعي الذي يجسد فيه حق الله، وهو تعالى لا يأذن بهذا المساس إلا باجتماع شروط متعددة، وإلا ظل الفعل خاضعا للمساءلة<sup>(80)</sup>.

مأذوناً من جهة الشارع ومن جهة المريض<sup>(81)</sup>. وهذا تطبيق للقاعدة الكلية القائلة بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان<sup>(82)</sup>، فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعا فلا يسأل عن الضرر الحادث وإن كان سببا له<sup>(83)</sup>.

\* وفي اعتقادي أن سبب إباحة عمل الطبيب أو الجراح يكمن في إذن الشرع الذي ينشأ له رخصة، استثناء من المحذور، لا يستطيع، في الأصل، إن يستعملها على جسم المريض إلا بإذنه، فكأن إذن الشرع هو الذي أنشأ سبب الإباحة من الناحية التجريدية، أما إذن المريض فلا يعدو أن يكون العامل المباشر الذي يمكن الطبيب من العمل بالرخصة التي خولها له الشرع على جسم المريض وذلك باختيار طريقة العلاج التي تناسب مرضه<sup>(84)</sup>. فكأن رضاء المريض لا يعدو أن يكون أحد شروط وضع مبدأ الإباحة موضع التطبيق<sup>(85)</sup>.

وإذا كان إذن الشرع هو الأساس الصحيح لإباحة عمل الطبيب أو الجراح<sup>(86)</sup> فإن ذلك يرجع إلى أن حق الله تعالى في سلامة حياة وجسد المريض يبرح على حق هذا الأخير فيها. وإذا كما فقد راعينا حق المريض هذا باشتراك إذنه لممارسة الرخصة التي خولها الشرع للطبيب أو الجراح، فإن الإباحة تبقى، مع ذلك، في حالات الضرورة التي يتعذر فيها أخذ إذن المريض أو إذن وليه. وهكذا فإنه بالنسبة لحق الشرع في سلامة الحياة والجسد فإن إباحة المساس بمجمله يتم عن طريق إذن الشارع الذي لا يستفيد منه الطبيب أو الجراح إلا إذا اجتمع في عمله عدة شروط من بينها رضاه المريض الذي يبرر مساس الطبيب أو الجراح بما يخصه في الحق في سلامة الحياة والجسد. وبذلك تنقلب الرخصة التي قررها الشرع للطبيب أو الجراح إلى حق لهما في مواجهة مريض معين.

وعلى هذا الأساس فإننا نفسر ما يقول به فقهاء المذهب الحنفي<sup>(87)</sup> من أن أساس عدم مسؤولية الطبيب هو الضرورة أو الحاجة الاجتماعية ورضاء المريض على النحو التالي<sup>(88)</sup>: ترفع المسؤولية عن الطبيب لأن عمله تقتضيه الضرورة الاجتماعية، أي حاجة الناس إليه، وإلا لا نصرف الطبيب عن مزاوله عمله مع مسيس الحاجة إليه<sup>(89)</sup>. وإذا كان الشارع قد راعى هذه الضرورة بإذنه للطبيب بممارسة عمله دون أن تتعقد مسؤوليته عن المساس بحق الشرع مقامه يأتي، ليشترك مع إذن الشرع في رفع ما تبقى من مسؤولية مترتبة على المساس بحق المريض على جسده.

وإذا تساءلنا عن سبب إذن الشارع للطبيب والجراح بمزاوله عملهما بالرغم من أنه يتضمن مساسا بجسم المريض قلنا أن علة الإباحة تكمن في الفائدة التي تعود على الفرد والمجتمع من قيامها بواجب المعالجة<sup>(90)</sup>. فإذا كانت الأفعال المكونة للجنایات الجسدية على نوعين الأفعال التي تمس مادة الجسم والأفعال التي تمس مصلحته في صيانة منافعه<sup>(91)</sup>، فإن الشارع قدر أن العمل الطبي أو الجراحي، وإن مس مادة جسم المريض، يحفظ مصلحة المريض والشرع في



صيانة منافع جسم الأول وحياته، وبذلك يؤدي عمل الطبيب إلى حفظ وحماية حق الله وحق العبد على نفس وجسم هذا الأخير، فإباحة الشارع في هذه الحدود<sup>(92)</sup>.

وإذا كان الشارع قد أباح عمل الطبيب والجراح لأنه يحفظ مصالح راجحة، تتمثل في صيانة الحياة والصحة، الأمر الذي يجعل منه ضرورة اجتماعية، فإن الإباحة لا تنتج أثرها الكامل إلا إذا جرى هذا العمل في نطاق قواعد تضمن عدم انحراف الطبيب في الغاية التي من أجلها عمله، فما هي هذه القواعد؟

### **المطلب الثاني: قيود إباحة العمل الطبي والجراحي:**

أشرنا إلى أن إباحة عمل الطبيب أو الجراح تتقيد بعدة شروط تهدف في مجموعها إلى عدم تجاوزه حدودا معينة يحفظ فيها هذا العمل مصلحة راجحة قدر الشارع أنها تبرر إباحته. فإذا خرج الطبيب عن هذه الحدود خضع للمساءلة، ومع ذلك فلقد راعى الفقه الإسلامي مركز الطبيب وطبيعة عمله تخفف من هذه المسؤولية، وهذا ما نعرضه فيما يلي:

#### **1- شروط إباحة عمل الطبيب أو الجراح:**

رأينا أن أساس إباحة عمل الطبيب أو الجراح يتجسد، في التحليل الأخير، في وجود حق للطبيب أو الجراح، وفي نفس الوقت واجبهما في ممارسة أعمالهما، وأن مصدر هذا الحق يتمثل في إذن الشرع وإذن المريض. غير أن إذن الشرع مقيد بعدة شروط، تضمن عدم تجاوز الطبيب أو الجراح في عمله لحدود هذا الحق، وهذه الشروط تتعلق بصفة المعالج والباعث على عمله واحتياجاته في ممارسته، كما أن إذن المريض مقيد بصدوره من ذوي الصفة والأهلية. وإذن فبعض شروط الإباحة يرجع إلى إذن الشارع وبعضها الآخر يتعلق بإذن المريض.

### أ: شروط إذن الشرع:

يجب لإنتفاء المسؤولية عن العمل الطبي والجراحي أن يكون صادرا عن ذي صفة، وأن تستدعيه حالة المريض بأن يتم بقصد العلاج، وأن يكون معتادا داخل الرسم المتبع في أمثاله<sup>(93)</sup>.

**صفة المعالج:** يشترط فيمن يشخصون المرض ويصفون الدواء أو يقومون بالجراحة ((أن يكونوا من ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة))<sup>(94)</sup>.

أما من تطيب ولم يعرف الطب فهو ضامن ( حديث نبي شريف)<sup>(95)</sup>. ولمنع الطبيب الجاهل<sup>(96)</sup> ولحماية مهنة الطب من الدخلاء يجب صدور الترخيص بممارسة العمل الطبي أو الجراحي من صاحب الرعية المختص<sup>(97)</sup>. ونص الفقهاء على أنه يحجر على المتطيب الجاهل، أي يمنع من عمله، لأنه يفسد أبدان الناس، وإذا قام بالعمل الطبي أو الجراحي فهو متعد لأنه غير مأذون من جهة الشرع<sup>(98)</sup>، كما أنه بادعائه الطب غرر بالعليل، ويلزمه حينئذ الضمان<sup>(99)</sup>.

**قصد العلاج:** يجب أن يكون الباعث على عمل الطبيب هو علاج المريض أو بصفة عامة رعاية مصلحة مشروعة<sup>(100)</sup>، وهذا هو السبب الذي من أجله رخص له الشارع بممارسة عمله، ويسأل الطبيب إذا استهدف بعمله غرضا آخر غير علاج المريض. فإذا طلب شخص منه أن يقطع شيئاً سليماً من جسده حتى يعفى من الخدمة العسكرية مثلاً ففعل حقت عليه المساءلة<sup>(101)</sup>، بعكس ما إذا كان القطع تستدعيه ضرورة إنقاذ حياة الشخص أو صحته<sup>(102)</sup>. ويسأل الطبيب أيضا عن عمله إذا استهدف به إجراء اكتشاف علمي دون أن يقصد علاج المريض. ولكن يجوز للطبيب إجراء عمل جراحي معين كتجربة لعلاج المريض بشرط أن تكون مزاياه أعظم من مضاره، أو على الأقل أن لا يترتب عليه إصابة المريض بضرر أعظم من ضرر المرض الذي يشكو منه<sup>(103)</sup>.

اتباع أصول الصنعة: يجب أن تكون أعمال الطبيب أو الجراح على وفق الرسم المعتاد أي موافقة للقواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب<sup>(104)</sup>، فإن فعل ما لا يفعله مثله ممن أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن<sup>(105)</sup>. ولكن يجوز للطبيب، عند البعض، أن يجتهد في علاج المريض، فلا يسأل لو خالف بعض آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم<sup>(106)</sup>. وإذّن فالمطلوب من الطبيب أن يكون، حسب تعبير الفقهاء، حاذقا يعطى المهنة فيحتاط في عمله ويبدل العناية المعتادة من أمثاله في التشخيص والعلاج.

#### ب: شروط إذن المريض:

يشترط أن يكون تدخل الطبيب بناء على إذن المريض أو وليه إن كان قاصرا أو من في حكمه<sup>(107)</sup>. ولقد عرفنا، فيما سبق، الأساس الفقهي لاستلزام رضاء المريض لإباحة عمل الطبيب الجراح، ونحن نضيف إليه هنا سببا فنيا قوامه أن الصلة بين الطبيب والمريض يحكمها العقد الطبي، ومعلوم أن قيام العقد يستلزم توافق إرادة طرفيه<sup>(108)</sup>، وهكذا لا يجوز إرغام الشخص على معالجة نفسه إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك كما هو الحال في الأمراض المعدية<sup>(109)</sup>. كما يستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض أو وليه الحالات العاجلة باعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات<sup>(110)</sup>، أو لأن هذا الاستثناء يقتضيه العرف<sup>(111)</sup> أو المصلحة<sup>(112)</sup>.

ويجب أن يصدر الإذن ممن هو أهل له بأن يكون بالغاً<sup>(113)</sup> عاقلا، وأن يعطى الإذن وهو على بينة من أمره<sup>(114)</sup>.

فإذا تدخل الطبيب أو الجراح بدون إذن المريض، وبدون ضرورة توجب الاستثناء حقن عليه المسؤولية<sup>(115)</sup> لخروج عمله من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي<sup>(116)</sup> وتخضع هذه المسؤولية للقيود التي تخضع لها مسؤولية الطبيب أو الجراح عن الضرر الناتج عن عدم استيفاء عمله لبقية شروط إباحتها، فما هي هذه القيود؟

### المطلب الثالث: قيود مسئولية الطبيب:

الأصل أنه إذا تخلف شرط من شروط إباحة العمل الطبي أو الجراحي قامت مسئولية الطبيب أو الجراح عن الضرر الذي أصاب المريض (ويسميه الفقه السراية أي ما ينتج عن العمل من الضرر)<sup>(117)</sup>. لذلك يضمن المعالج الضرر المترتب على فعله إذا كان جاهلاً أو كان فعله غير مآذون فيه أو أخطأ فيه وبصفة عامة إذا جاوز حدود حقه. ومن المفيد أن نبرز هنا مظاهر رعاية الفقه الإسلامي للطبيب باستعراض القيود التي اوردها على مسئوليته.

#### أولاً: طبيعة التزام الطبيب (عدم تقيد عمله بشرط السلامة):

أول ما يلفت النظر هنا أن الفقه الإسلامي يقرر أن فعل الطبيب أو الجراح لا يتقيد بشرط السلامة، وهذا ما يعبر عنه في الفقه الوضعي أن التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، ومفاد ذلك أنه نظراً للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي، فإن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو بضمنان سلامته من مخاطره<sup>(118)</sup>، فهذا ليس وسعه<sup>(119)</sup>. فكل ما يطلب من الطبيب أو الجراح هو بذل العناية المعتادة من مثله في ممارسته للعمل. فإذا راعى الطبيب أو الجراح في عمله الشروط السابق بيانها، أي استعمل حقه في حدوده الشرعية، ونتج عن ذلك ضرر لحق بالمريض لا يمكن الاحتراز منه فلا ضمان عليه<sup>(120)</sup>.

والطبيب إن كان يستعمل حقه في هذه الحالة فهو يقوم بواجبه في نفس الوقت والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة<sup>(121)</sup>.

#### ثانياً: خطأ الطبيب ومدى ضمان السراية (الضرر):

ذهب البعض من الفقه الإسلامي<sup>(122)</sup> إلى أن الجراح، أو الطبيب بصفة عامة، لا يسأل إلا عن الخطأ الفاحش وهو الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر<sup>(123)</sup>، فإن فعل الطبيب مالا يفعله مثله ممن أراد الصلاح وكان عالماً بهذا فهو ضامن لتجاوزه في عمله الحدود المتعارف عليها عند أهل المهنة، أما إذا كان فعل الطبيب هو ما يفعله مثله من أهل العلم بصناعة الطب،

فلا ضمان عليه وإن ارتكب خطأ يسيراً، وهو الذي يمكن أن يقع فيه طبيب مماثل<sup>(124)</sup>. ولقد روعى في هذا الرأي، فيما يبدو، طبيعة مهنة الطب وما تقوم عليه من الاحتمال. والواقع أن الطبيب الذي يفعل ما يفعله طبيب وسط من نفس مستواه وفي نفس ظروفه، لا يصح وصف سلوكه بالخطأ، لأن الفعل يكون حينئذ على وفق الرسم المعتاد أي موافق للقواعد الفنية بحسب ما وصلت إليه عند أهل الصنعة في مهنة الطب، وإذا كان هناك خطأ فهو خطأ يرجع إلى مهنة الطب ويتصل بها بسبب قصورها وعنصر الاحتمال اللصيق بها<sup>(125)</sup>.

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بضمان السراية المترتبة على عمل الطبيب أو الجراح إذا لم يستوف هذا العمل شروط إباحتها<sup>(126)</sup> وبصفة خاصة في حالة إجراء الجراحة بغير إذن المريض أو بإذنه متى كان غير معتبر كإذن الصبي<sup>(127)</sup>. وما يعيننا هنا هو أن نبرز ذلك الاتجاه الفقهي الذي يذهب بعض أنصاره إلى أن خطأ الطبيب في العلاج يعد، بصفة عامة، من قبيل جنابة الخطأ التي يقتصر الضمان فيها على الدية<sup>(128)</sup>. فالطبيب وإن أخطأ في الفعل فهو لم يقصد سرايته<sup>(129)</sup>. ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك حين قال من ناحية بأنه يحتمل ألا يضمن الطبيب سراية فعله الذي أخطأ فيه لأنه تولد عن فعل مباح<sup>(130)</sup>، ومن ناحية أخرى بأنه لا يضمن فعله المعتاد غير المأذون فيه من جهة المريض لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل<sup>(131)</sup>.

### ثالثاً: علاقة السببية بين خطأ الطبيب وبين الضرر:

بلغ حرص الفقهاء على عدم عرقلة أعمال التشخيص، والعلاج والجراحة أن بعضهم ذهب إلى أن الطبيب الحاذق، والمأذون له والماهر بصناعته لا يضمن الضرر إذا اقتصر دوره على التسبب فيها دون أن يباشرها<sup>(132)</sup> (كأن يصف الدواء خطأ للمريض)، أما إذا ارتفع تدخله إلى درجة مباشرة الضرر بنفسه (كان أجرى الجراحة بنفسه فأخطأ) فإنه لا يضمن السراية إلا إذا تعمدتها<sup>(133)</sup>. وهذا الحكم في الحالتين، التسبب والمباشرة، مخالف للقاعدة الكلية التي تقضي

بأن المباشر ضامن وإن لم يتعمد من ناحية<sup>(134)</sup> وبأن المتسبب يضمن إذا تعمد من ناحية أخرى<sup>(135)</sup>. وإذن ووفقا لهذا الرأي لا يسأل الطبيب أو الجراح عن سرية فعله، في حالة المباشرة، إلا إذا تعمدها، أي أنه لا يسأل عنها إذا ترتب على مجرد خطئه أي فعله غير العمد، وهذا بلا شك تخفيف كبير من المسؤولية عن نتائج العمل الطبي أو الجراحي<sup>(136)</sup>.

وتحقيقا لنفس الغاية ذهب جانب آخر من الفقهاء<sup>(137)</sup> إلى أن السرية المترتبة على مباشرة الطبيب للفعل هي جناية خطأ لا يضمن منها إلا ثلث الدية في حين أنه لا يسأل شخصا عن تسببه في السرية.

وليس معنى تقييد مسؤولية الطبيب أو الجراح بالقيود السابقة ذكرها أن يهدر حق المريض في الضمان، فكل ما تؤدي إليه هو نقل الضمان عن الضرر كله أو بعضه إلى شخص آخر، فمن هو هذا الشخص؟

#### رابعاً: المسئول عن ضمان سرية (الضرر) فعل الطبيب أو الجراح:

بعد أن رأى الفقهاء أن ضمان سرية العمل الطبي أو الجراحة يتجسد في الدية، اتجه بعضهم إلى إقامة نظام توزيع عبء المسؤولية المقصود منه ترك مجال للطبيب ليتصرف فيه بحرية ولا يخشى فيه المسؤولية. فلقد قيل بأن الطبيب المباشر للضرر لا يتحمل في ماله إلا ثلث الدية أما يجاوز ذلك، وكذلك الدية بكاملها في حالة التسبب في الضرر، فإنه يقع على عاتق عاقلة الطبيب<sup>(138)</sup>، فإن لم يوجد ففي بيت المال<sup>(139)</sup>. والدولة إذ تسأل هنا عن خطأ الطبيب فإن ذلك يرجع إما إلى الطبيب معين من قبلها فهو تابع لها وإما إلى أن الدولة هي التي سمحت له بمزاولة المهنة<sup>(140)</sup>.

ويلاحظ على هذا الاتجاه أن عاقلة الطبيب أو الدولة، ويفترض أنها المتسبب في الضرر بحكم كونها متبوعا للطبيب، تتحمل العبء الأكبر من الدية، على خلاف القواعد العامة، التي يعرفها الفقه الحنفي، والتي توزع الضمان بين المباشر والمتسبب. فهذه القواعد تقضي من جانب

ثان باشتراك المباشر والمتسبب في الضمان إذا كان لكل واحد منهما دور سببي مساو لفعل الآخر في إحداث الضرر<sup>(141)</sup>، ومن جانب ثالث بوقوع الضمان على المتسبب وحده إذا كان فعله هو العامل الأهم في إحداث الضرر ولم تكن المباشرة عدواناً أو كانت مسؤولية المتسبب قائمة على الإخلال بالتزام تعاقدية<sup>(142)</sup>. ولا شك أن أعمال هذه القواعد يصطدم بعقبة في حالة توزيع الدية بين الطبيب والدولة، تتجسد في صعوبة تحديد الدور السببي لفعل الدولة، إن كان لها فعل حقيقي، ويؤدي في جميع الأحوال إلى تحميل الطبيب بالعبء الأكبر من الدية. لذلك فإن الأخذ بالاتجاه المشار إليه فيما سبق فيه تخفيف على الطبيب، روعي فيه، فيما يبدو، طبيعة عمل الطبيب وحاجة الناس إليه، بحيث تتحمل الدولة بالعبء النهائي للدية إذا كان فعل الطبيب من قبيل التسبب أو كانت تزيد عن الثلث إذا كان فعله من قبيل المباشرة.

يتضح مما سبق، في عرض اتجاهات الفقه الإسلامي في تحديد مجال مسؤولية الطبيب والجراح، أنه على الرغم من تعددها وخروجها في بعض الحالات من القواعد العامة للمسئولية، إلا أنها تنبئ في مجموعها عن إدراك جانب من الفقهاء لطبيعة العمل الطبي والجراحي واحتمالات الأخطار المحيطة به، ومن ثم محاولة رعاية الطبيب أو الجراح في حدود معقولة تتفق مع استهداف عملهما لتحقيق مصالح رابحة تعلق على مخاطرة المحتملة. وهذه قاعدة من بين القواعد الكلية التي تنطبق في المجال الطبي والجراحي، والتي تضع ترتيباً بين المصالح المتزاحمة عند ممارسة الطبيب أو الجراح لعمله على جسم الإنسان الحي.

### الخاتمة:

لقد كان للإكتشافات العلمية في مجال الطب والجراحة وقع القنابل في عالم تسوده المبادئ التقليدية التي ترى أن حرمة النفس والجسم والجنّة وهذه أحد الأركان الأساسية للنظام الشرعي والقانوني السائد. هذه الاكتشافات، التي لو تركت دون ضابط فإنها سيؤدي إلى تغيير الأعراف والأفكار بل والأخلاق، يجب أن يتسلح الفقهاء لمواجهتها بحكمها الشرعي حتى لا

تتعدى حدودها فتصطدم بسنة الله ﴿...وَلَنْ نَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا﴾ ﴿٢٣﴾ الفتح: ٢٣ كذلك فإن الفقه مطالب بالبحث عن أحكام مستحدثات الطب في الشريعة حتى لا نكون تابعين في هذه الأحكام.

وإذا كان يطلب من الفقه والقانون أن يراعي الإمكانات الحديثة للطب والبيولوجيا في وضع أحكامهما، فإن ذلك مقيد بعدم التعارض مع كليات الشريعة ويقدر ما تحفظه هذه الإمكانات من مصالح جديرة بالرعاية، وإلا فإن للإكتشافات الحديثة للعلوم البيولوجية والطبية إستعمالات لا فائدة منها بل إنها قد تكون مضرّة. إن قواعد الشريعة، على سعتها وترحيبها بكل تقدم علمي لمصلحة البشرية، لا يمكن أن ترضخ للإمكانات الحديثة للعلوم لأن الشرع يحيط بعلمه وبأحكامه كل شيء، حين أن العلم لا يمكن أن يتسع لإدراك عواقب اكتشافاته ﴿... يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِّنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ...﴾ ﴿٢٥٥﴾ البقرة: ٢٥٥

وإزاء طرق العلم، المفيدة منها والضارة، على أبواب الفقه والقانون، فإن الفقيه يجد نفسه أمام طريقين متقابلين الأول طريق اليقين طريق الله الخالق العالم بمن خلقه، والثاني طريق العلم والتجارب وهو طريق لا يتسم بالثبات أو باليقين. وليس معنى إختيار الفقيه للطريق الأول أنه يرفض سلوك الطريق الثاني ولكن معناه أنه لا يأخذ من العلم إلا ما يحفظ مصالح راجحة في الشرع، فحيث توجد المصلحة فثم شرع الله. إنما يجب على الفقيه، وهو بصدد بيان الحدود الشرعية لمكتسبات العلوم، ألا يقيد نفسه باجتهادات فقهية تقليدية صدرت في عصر لم يكن يعي بعد الكنوز التي اكتشفها العقل البشري في العصر الحديث.

وإذا كان لكل حدث جديد فقه جديد يستند إلى أصول الشريعة ذاتها الواردة في القرآن والسنة، فإن الأحكام الفقهية التي هي مجرد اجتهادات وتفسيرات لما أجمل القرآن والسنة، يمكن أن تتغير بتغير الزمان، ولا يبقى ثابتاً إلا أصول الشريعة الواردة في القرآن والسنة. لذلك



فإن المعيار، الذي استندنا إليه في البحث عن الحكم الشرعي للإنجازات الطبية الحديثة، هو مدى اتفاق هذه الإنجازات مع كليات وأصول الشريعة، بينما اقتصر دور الفروع والاجتهادات الفقهية على تحديد الإطار الشرعي الذي يجب أن تبحث فيه المسألة ومن هنا جاء هذا البحث.

## الهوامش

- <sup>1</sup> - Mazeaud(Henri et Léon) et Tunc (André) : op.cit,p.475.
- <sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968، ص822.
- وحيد الدين سواز: النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، (مصادر الالتزام)، مطبعة رياض، دمشق، 1981/1980، ص107.
- <sup>3</sup> - عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص73.
- <sup>4</sup> - محمد بشير شريم: الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع، عمان، 2000، ص159، 161.
- <sup>5</sup> - القانون رقم 17 الصادر في 1986/11/24 المتعلق بالمسؤولية الطبية، ج.ر. رقم 28، السنة الرابعة والعشرون، الصادر بتاريخ: 1986/12/21.
- <sup>6</sup> - المادة 27 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 10 الصادر سنة 2000 في شأن المسؤولية والتأمين الطبي.
- <sup>7</sup> - نظام مزاوله المهن الصحية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/59) بتاريخ: 1426 / 11/04 هـ.
- <sup>8</sup> - وفاء حلمي أبو جميل: اخطأ الطبي (دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م، ص41.
- <sup>9</sup> - منذر محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الثامنة عشر، 1948، القاهرة، ص300.
- <sup>10</sup> - عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص119.
- <sup>11</sup> - محمود محمد عبد العزيز الزيني: مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص113.

- <sup>12</sup> - محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، جدة، 1416هـ/1995م، ص120.
- <sup>13</sup> - عبد السلام الشريف: مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، العدد الحادي عشر، 1994م، طرابلس، ص158.
- <sup>14</sup> - أحمد بن محمد الطهطاوي، حاشية الطهطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1365هـ/1975م، ص276.
- محمد بن حسين بن علي الطوري: تكملة البحر الرائق على شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، القاهرة، 1311هـ، ص33.
- أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: المبسوط، الجزء السادس عشر، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ، ص13.
- <sup>15</sup> - برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن فرحون المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناجح الأحكام، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ/2001م، ص252.
- أبي عبد الله محمد الخرشيني: شرح مختصر خليل، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1317هـ، ص115.
- <sup>16</sup> - أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1325هـ، ص66.
- محمد أحمد الشربيني الخطيب: معنى المحتاج إلى معرفة ألقاظ المناجح، الجزء الرابع، المطبعة المنمنية، مصر، 1329هـ، ص202، 203.
- <sup>17</sup> - موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المغني شرح مختصر الخواري، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض (السعودية)، 1426هـ/2005م، ص117.
- إبراهيم بن محمد بن سالم ابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، دار اليقين، المنصورة (مصر)، 1425هـ/2004م، ص380.
- منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي: الإقناع كشاف القناع، الجزء الرابع، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، 1366هـ، ص14.
- <sup>18</sup> - عبد السلام التونجي: مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، 1994، ص164.
- عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، 1975، ص333، 337.

- محمد فؤاد توفيق: المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، نشرة الطب الإسلامي، العدد الأول، الطبعة الثانية، (أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي)، (ربيع الأول 1401هـ/1981م)، الكويت، ص 547.
- <sup>19</sup>- ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدى خير العباد، ج3، المطبعة المصرية 1379 هـ، ص 134.
- <sup>20</sup>- السرخسي: المبسوط، ج2، 1331 هـ، القاهرة، ص 59.
- <sup>21</sup>- عزت محمد خيرى: دلائل الحق في عظمة الوجود، منبر الإسلام، السنة (يوليو 1962) العدد الخامس، ص 155.
- <sup>22</sup>- عفيفي عبد الفتاح: مركز الإنسان في الوجود بين الدين والعلم، مجلة الأزهر، نوفمبر 1968، ص 524.
- <sup>23</sup>- محمد المدني: الحقوق الطبيعية للمواطنين كما قررها الإسلام، مجلة الأزهر، 1926، ص 1313.
- <sup>24</sup>- الإسرائ، 33، من هنا جاءت القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه (( لا يجوز المساس بدم الآدمي أو عرضه بغير الحق )): عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 7 مطبعة دار الكتب المصرية، 1935 س 133، محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج2، الطبعة الثانية، القاهرة، 1344 هـ، ص 39.
- <sup>25</sup>- الشوكاني، ج7، ص 192.
- <sup>26</sup>- محمد جمال الدين عواد: جناية القتل العمد في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر (كلية الشريعة والقانون)، القاهرة، 1974، ص 34.
- <sup>27</sup>- على الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ج1، معهد الدراسات العربية بالقاهرة 1971، ص 11، ج2، (1973) ص 160. وما بعدها. ويرى بعض الفقهاء وجوب حكومة عدل (مبلغ يقدره ذي الخبرة) في حالة الإعتداء على الجسم الذي لم يعقب ضرراً، حتى لا تهدر الجناية، نهاية المحتاج، ج7، القاهرة، 1304 هـ، ص 316، 327.
- <sup>28</sup>- النساء، 93.
- <sup>29</sup>- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، القاهرة 1910، ص 308.
- <sup>30</sup>- الكاساني، ج7، ص 177، الطوري: البحر الرائق، ج8، القاهرة 1388 هـ، ص 74، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ط2، القاهرة، 1309 هـ، ص 25.
- <sup>31</sup>- ابن قدامة: المعنى، ج7، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1327 هـ، ص 723.
- <sup>32</sup>- النساء، 29، وعبد الله البخاري: صحيح البخاري، ج7، طبعة دار الشعب بمصر، ص 120-121.
- <sup>33</sup>- ابن عبد السلام، ج1، ص 122.
- <sup>34</sup>- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج2، ص 103، ابن حزم، المحلى ج1، القاهرة 1349 هـ، ص 1118، محمد انشربيني الخطيب، معنى المحتاج، ج10، القاهرة 1347 هـ، ص 348.
- <sup>35</sup>- محمد الشربيني الخطيب: معنى المحتاج، الجزء العاشر، القاهرة، 1347 هـ، ص 348. دية الجنين هي جزء من الدية وقيمتها نصف عشر دية الرجل، المغنى، ج7، ص 799.

- <sup>36</sup> - حسن الشاذلي: الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة الكويت، مارس 1979، ص38.
- <sup>37</sup> - نفس المرجع، ص243.
- <sup>38</sup> - محمد الشربيني، المرجع السابق، ج7، ص816 .
- <sup>39</sup> - ابن حزم، ج11، ص31، 35، المغني، ج7، ص816 .
- <sup>40</sup> - حاشية الدسوقي، ج4، ص260، المغني ج7، ص731.
- <sup>41</sup> - ابن حزم، ج11، ص210-2011، محمد ابن إسرائيل، جامع الفصولين، ج1، ط4، المطبعة أميرية الكبرى، القاهرة، 1301هـ، ص196.
- <sup>42</sup> - ابن عبد السلام، ص97.
- <sup>43</sup> - محمد عليش:النووي المجموع شرح المذهب، ج5، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، بدون تاريخ، ص301، الفتاوى الهندية، ج5، ص376.
- <sup>44</sup> - محمود شلتوت:الفتاوى، القاهرة، 1959، ص263، الشاذلي، ص26-30.
- <sup>45</sup> - إين عابدين:رد المختار على الدر المختار، ج1، 1353هـ، القاهرة، ص602.
- <sup>46</sup> - السيوطي:الجامع الصغير وشرحه، ج4، طبعة المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1356 هـ، ص550.
- <sup>47</sup> - أحاديث نبوية تنفيدها هذا الأمر صحيح البخاري، ج3، مطابع دار الشعب، القاهرة، 1970، ص178، محمد العباس المهدي، الفتاوى الهندية، ج5، ط1، المطبعة الأزهرية، القاهرة، 1301هـ، ص289، ابن عبد السلام، ص96، الخطيب، ص366، عليش، ص132.
- <sup>48</sup> - الكاساني، ج1، ص325، النووي، ج5، ص104 وما بعدها، ابن عابدين، ج1، ص594 وما بعدها، آداب الجنائز ومظاهر تكريم الجثة الرملي، نهاية المحتاج، ج3، مكتبة الحلبي، 1304-1938 هـ، ص2 وما بعدها
- <sup>49</sup> - الرملي، ج7، ص14، الخطيب، ص354:الفتاوى الهندية، ج1، ص123. القرطبي، ج6، ص164، المغني، ج8، ص272، ويلزم من ينتهك حرمة الميت بضمان حتى أسرته في حرمة: ابن عبد السلام، ج1، ص96.
- <sup>50</sup> - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، القاهرة، 1938هـ، ص89.
- <sup>51</sup> - وقد ثبت أن الرسول ﷺ قال: (( تداووا فإن الله لم يضع داء إلا يضع له دواء (أو شفاء)، غير داء واحد: الهرم)) رواه أبو دادو في سننه في كتاب الطب ج4، ص3.
- <sup>52</sup> - محمد حسنين مخلوف:فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، ج1، ط2، القاهرة، 1975، ص360، محمد فتحي بهنسي:المسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي، القاهرة، 1961، ص148.
- <sup>53</sup> - ابن مسعود والفتاوى:التنبيه والتوضيح، ج3، ص129، الشاطبي، الموافقات ج1، ص221، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، طبعة معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1956، ص108.

- <sup>54</sup> - القرافي، ج 1، ص 195، 140.
- <sup>55</sup> - ابن مسعود والتفتازاني، المرجع والمكان السابقان، السهوري المرجع والمكان السابقان.
- <sup>56</sup> - ابن مسعود والتفتازاني، ج 3، ص 138.
- <sup>57</sup> - ابن عبد السلام، ج 2، ص 7.
- <sup>58</sup> - الشاطبي، ص 224.
- <sup>59</sup> - ابن عبد السلام، ج 1، ص 183.
- <sup>60</sup> - الشاطبي، المرجع والمكان السابقان.
- <sup>61</sup> - الشاطبي، ص 262-القرافي، ج 1، ص 140.
- <sup>62</sup> - الشاطبي، ص 263.
- <sup>63</sup> - الشاطبي، ص 221، 262، 263.
- <sup>64</sup> - ج 1، ص 195، وقد ورد هذا الحكم تحت الفرق الثاني والثلاثين بين قاعدة الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات وبين إذن المالك الآدمي في التصرفات في أن الأول لا يسقط الضمان والثاني يسقطه.
- <sup>65</sup> - ولذلك فإن إذن الشرع لا يسقط حق العبد في ماله وتطبيقاً لذلك فإنه إذا اضطر إنسان إلى أكل طعام الغير بدون إذنه، فإن الاضطرار لا يبطل حق الغير بالضمان- يتفرع عن هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الغير يضمن قيمته.
- <sup>66</sup> - القرافي المرجع والمكان السابقان، م 96 من مجلة الأحكام العدلية: لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه.
- <sup>67</sup> - ابن عابدين، ج 4، ص 412، محمد أبو زهرة، فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي، ج 2، القاهرة، 1966، ص 178.
- <sup>68</sup> - الكاسانين ج 7، ص 177، على الخفيف، الضمان، ج 1، القاهرة، 1971، ص 233.
- <sup>69</sup> - محمد عليش، فتح العلي المالك، ص 271.
- <sup>70</sup> - المراغي، ص 213.
- <sup>71</sup> - الكاساني، ج 7، ص 202، 236، 243، 299.
- <sup>72</sup> - محمد علي التجار: حول مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1368 هـ، ص 53.
- <sup>73</sup> - الشاطبي، ص 263.
- <sup>74</sup> - الشاطبي، المرجع والمكان السابقان.
- <sup>75</sup> - محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ج 1، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ، ص 55، حاشية الدسوقي، ج 4، 1309 هـ، القاهرة، ص 255، أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ط 2، 1961، القاهرة، ص 65.

- <sup>76</sup> - أحمد إبراهيم: **مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن**، مجلة الأزهر، المجلد 19، 1367هـ، ص 819، محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ص 533.
- <sup>77</sup> - فالحق في سلامة الحياة والجسد، وهو الحق الأصيل، فيه جانب لله تعالى وجانب للعبد مع رجحان جانب الله فيه، حين أن حق القصاص أو الدية، وهو الحق البديل، يرح فيه جانب العبد فيجوز له إسقاطه - وعلى كل حال فقياس عمل الطبيب على فعل الجاني قياس مع الفارق، لأن إباحة عمل الطبيب بتقيد، فضلا عن الإذن به، بأن يتم بقصد العلاج وأن لا يتجاوز الرسم المعتاد: المراغي، ص 213.
- <sup>78</sup> - محمد علي النجار: **حول مسؤولية الأطباء**، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1368هـ، ص 52.
- <sup>79</sup> - أحمد إبراهيم: **مسئولية الأطباء**، ص 819، 820.
- <sup>80</sup> - الرملي، ج 3، ص 32، المعنى، ج 10، ص 349، 350.
- <sup>81</sup> - مجلة الأحكام العدلية المادة، 91.
- <sup>82</sup> - وهبة الزحيلي: **نظرية الضمان**، ص 212.
- <sup>83</sup> - التونجي، ص 12.
- <sup>84</sup> - التونجي، ص 12.
- <sup>85</sup> - قرب ابن الهمام: **فتح القدير**، القاهرة، 1318هـ، ص 291.
- <sup>86</sup> - يذهب الرأي الراجح في فقه القانون الوضعي والقضاء إلى أن إباحة عمل الطبيب أو الجراح تستند إلى حق خوله له القانون: على راشد ويسر أنور، شرح النظريات العامة للقانون الجنائي، القاهرة، 1972، ص 542، 544، محمد نجيب حسني، شرح **قانون العقوبات المصري**، ط 3، 1963، ن 190، ص 185، نفض جنائي مصري 1960/12/19 - الموسوعة التشريعية الحديثة، المجلد 16، تحت كلمة طب نقض - ر 3.
- <sup>87</sup> - الكاساني، ج 7، ص 305، أبو زهرة: **مسئولية الأطباء**، مجلة لواء الإسلام - السنة الثانية العدد 12، ص 53.
- <sup>88</sup> - ينبغي أن يراعي، عند قراءة هذا التفسير، عدم وضوح التفرقة، في الفقه الإسلامي بصفة عامة، بين المسؤولية المدنية والمسئولية الجنائية وغموض طبيعة القصاص والدية.
- <sup>89</sup> - يراعي أن حالة الضرورة وتبرر، في القانون الوضعي، عمل الطبيب ولكنها تعد مانعا من المسؤولية مع بقاء الفعل مؤثما، أنظر في التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية: راشد ويسر، ص 529، محمود مصطفى، شرح **قانون العقوبات**، القسم العام، الطبعة السابقة، 1967، ص 132، نجيب حسني، المرجع السابق، ف 163، ص 174.
- <sup>90</sup> - أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، ص 820، عبد العزيز المراغي، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 20، 1368هـ، ص 213.

- <sup>91</sup> - الكاساني، 7، ص296. المغني، ج7، ص835، حاشية الدسوقي، ج4، ص255، ابن جزي، القوانين الفقهية، تونس، 1962، ص335، 336، ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية، 1966، ص414.
- <sup>92</sup> - أحمد إبراهيم القصاص، ص213، المراغي، ص213.
- <sup>93</sup> - المراغي، ص213.
- <sup>94</sup> - المغني، ج6، ط1، 1347هـ، ص120.
- <sup>95</sup> - أورده السيوطي: الجامع الصغير وشرحه، ج6، مصر، 1356هـ، ص106.
- <sup>96</sup> - أوردت مجلة الأحكام العدلية (م26) منع الطبيب الجاهل كتطبيق لقاعدة تحمل الضرر انخاص لدفع الضرر العام.
- <sup>97</sup> - أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، 1961، القاهرة، ص150.
- <sup>98</sup> - المغني، المرجع والمكان السابقان، ابن عابدين، ج8، ص183.
- <sup>99</sup> - المراغي، ص207، 2102.
- <sup>100</sup> - لا تكون جراحة التجميل مشروعة إلا إذا أثرت حالة المريض قبلها على صحته النفسية، فهنا يكون الهدف من الجراحة هدف علاجي (فتوى إدارة الإفتاء المصرية سجل 103 مسلسل 211، أحمد إبراهيم مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 19، ص906.
- <sup>101</sup> - ايم إدريس البهوتي: كشاف القناع، ج3، 1947، ص473، أحمد إبراهيم، ص841.
- <sup>102</sup> - الزيلعي: تبيين الحقائق، ج5، ص190.
- <sup>103</sup> - ورد في كتاب الطب النبوي، ص115.
- <sup>104</sup> - حاشية الطهطاوي: على الدر المختار، ج4، المطبعة العامرة، القاهرة، 1283هـ، ص275، المغني، ج10، ص349، 350، المراغي، ص211.
- <sup>105</sup> - النجار، ص51.
- <sup>106</sup> - أحمد إبراهيم: مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 200، 1368هـ، ص46، قانون التونجي، ص100.
- <sup>107</sup> - أحمد إبراهيم: مجلة الأزهر، المجلد 20، ص47، ابن حزم، المحلى، ج10، 1352هـ، ص444، المغني، ج6، ص121، أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ج1، ص475.
- <sup>108</sup> - أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص48، ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج2، ط1، ص167، وأنظر السرخسي، المبسوط، ج26، حيث ورد أن ضمان الفصاد ضمان العقد .
- <sup>109</sup> - ولقد وضع الشرع نظاما للحجر الصحي: مصطفى الطير، بين الطب والشريعة، مجلة الأزهر، 1968، ص252.
- <sup>110</sup> - المراغي، ص416، أحمد إبراهيم، مجلة الأزهر، المجلد 9، ص49.
- <sup>111</sup> - إن القيم الجزوية: إعلام الموقعين، ج2، القاهرة، المجلد 19، ص22.

- <sup>112</sup> - ابن حزم المحلي، ج10، ص444 .
- <sup>113</sup> - أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص71، محمود بن إسرائيل، جامع الفصولين، ج1، 14، القاهرة، 1301هـ، ص83.
- <sup>114</sup> - فهذه هي مقومات الرضاء كركن في العقد الطبي، محمد حافظ المقارنات، ط1، القاهرة، 1905، المادة/157، الغزالي، الوجيز، ج1، القاهرة، 1317هـ، ص133، محمد الشوكاني: إرشاد الفحول، القاهرة، 1327هـ، إبراهيم، ص10.
- <sup>115</sup> - ابن الهمام وآخرون: الهداية والعناية، ج7، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، ص206، المراغي، ص112، ابن حزم، ج10، ص444، أحمد إبراهيم، ص48.
- <sup>116</sup> - مخلوف، ص111.
- <sup>117</sup> - المغني، ج، ص12.
- <sup>118</sup> - عبد الستار أبو غدة، فقه الطبيب وأدبه، أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، ص444، واختلف في مدى جواز المشاركة على البئر حين يشترط المريض في التعاقد مع الطبيب الشفاء من المرض، فبعض الفقهاء رأى عدم جوازها لما فيه من الجهالة، حين يذهب البعض الآخر إلى جوازها على أساس أنها من قبيل الجمالة التي تجوز على عمل مجهول.
- <sup>119</sup> - قاصيخان، الفتاوى الهندية، ج5، ص355.
- <sup>120</sup> - حاشية الدسوقي، ج4، ص25، ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، المطبعة الجمالية القاهرة، 1329 هـ، ص194، الكاساني، ج7، ص305، الخرشبي، شرح مختصر، خليل، ج6، ص17، مخلوف، ص108.
- <sup>121</sup> - حاشية الطهطاوي، على الدار المختار، ج4، ص275.
- <sup>122</sup> - حاشية الطهطاوي، ج4، ص176، التونجي، ص9، 8.
- <sup>123</sup> - محمد هشام القاسم، اخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة (الكويت)، مارس 1979، ص11، 10، وقريب من هذا ما كان يذهب إليه بعض فقهاء القانون الوضعي من أن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه المهني الجسم ولكن الإتجاه السائد الآن لا يفرق في مسؤولية الطبيب بين خطئه المهني وخطئه العادي وبين خطئه الجسم وخطئه اليسير .
- <sup>124</sup> - التونجي المرجع والمكان السابقان ويرى الأستاذ التونسي (ص11) أن خطأ الطبيب ينتهي كلية إذا كان عمله فيه نفع للمريض وأداه بقصد حسن.
- <sup>125</sup> - الدسوقي: الشرح الكبير، ج4، ط2، القاهرة، 1309هـ، ص27، 25.
- <sup>126</sup> - فذهب البعض إلى أن الضمان هنا هو القصاص، أحمد إبراهيم، مجلة الأزهر، المجلد20، ص48، المغني، ج6، ص120.
- <sup>127</sup> - جراحة التجميل يتشدد في شروط إجرائها فإن الشافعي يذهب إلى وجوب القصاص على الجراح إذا قطع (سلعة) من رأس المريض بغير إذنه لأنه تعدي بالقطع: أحمد إبراهيم، ص48.



- 128 - النجار، ص 51.
- 129 - مخلوف، ص 109، المراغي، ص 415، إن إسرائيل، جامع الفصولين، ج 1، ص 83، الخرش، ج 8، ص 111.
- 130 - وهذا في رواية عن مالك، أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، 1961، ص 150. هـ 1.
- 131 - ابن القيم، الطب النبوي، ص 111، مخلوف، ص 110.
- 132 - ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكم، ج 2، المطبعة الشرقية، 1301هـ، ص 243.
- 133 - ولذلك فإنه إذا قطع الطبيب في الموضع المعتاد فمات المريض لم يكن عليه شيء: الخرش، ج 8، ص 115.
- 134 - مجلة الأحكام العدلية، م 82، والمباشر هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة أي دون تدخل فعل آخر، سليم بن رستم، شرح المجلة، بيروت، 1898، ص 52.
- 135 - مجلة الأحكام العدلية م 93، والمتسبب هو الذي يحدث أمراً يؤدي بعد تدخل أمر آخر، إلى حدوث الضرر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 79، ابن رستم، المرجع والمكان السابقان، الخفيف المرجع والمكان السابقان.
- 136 - يرى البعض أن القاعدة التي تقيد ضمان المتسبب دون المباشر بالتعمد إنما تقصد التعدي فيكون منطوق القاعدة هكذا: المباشر ضامن وإن لم يعتمد حين أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي (الزحيلي ص 166، الخفيف، ج 1، ص 74، 75، والتعدي إنما يكون يتجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادة (الزحيلي ص 199).
- 137 - الطب النبوي، ص 111.
- 138 - العاقلة هم من يلزمون بالدية من العصبية والأقارب والعشيرة. الخفيف، ج 2، ص 177.
- 139 - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 1329هـ، ص 194، مخلوف، ص 110، المراغي، ص 211، (التونجي، ص 7).
- 140 - التونجي، ص 7، 8.
- 141 - مجلة الأحكام العدلية م 90.
- 142 - وهذا هو الحكم أيضاً عند المالكية: الزحيلي، نظرية الضمان، ص 45.

