

# مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

الخطأ الطبي مفهومه ومعايره ومسؤولية مرتكبه

د. عبد الجليل زهير عبد الجليل ضمرة

جامعة  
الكويت

مجلس  
النشر العلمي



ISSN: 1029-8908

العدد ١٠١ - السنة ٣٠

شعبان، ١٤٣٦هـ - يونيو ٢٠١٥م

# الخطأ الطبي مفهومه ومعايره ومسؤولية مرتكبه

د. عبد الجليل زهير عبد الجليل ضمرة<sup>(\*)</sup>

---

(\*) أستاذ مشارك بقسم العلوم الإسلامية - كلية التربية - جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان.

## ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى إبراز حقيقة الخطأ الطبي ومعاييرها الفقهية الناهضة بتحقيق مفهومه وما يترتب على مرتكبه من الأطباء ومساعدتهم من المسؤولية .

وقد اعتمد - الباحث لتحقيق هذا الغرض - على المنهج الاستقرائي لحصر مذاهب الفقهاء، سالكاً المنهج التحليلي لاستنباط المعايير المقررة لحقيقة الخطأ الطبي والمسؤولية المترتبة على مرتكبه .

وانتهى الباحث إلى أن الخطأ الطبي: هو الخروج عن مقتضيات السلامة الطبية عَرَضاً أثناء المعالجة بغير قصد، ويقوم هذا المفهوم على معيارين رئيسين :  
الأول : مخالفة أصول الإجراءات الطبية العلاجية المعتمدة نظرياً أو عملياً .

الثاني : كون المخالفة لأصول الإجراءات الطبية عارضة على معالجة مأمونة النتائج في الأصل؛ بحيث يغدو إفضاؤها إلى الضرر محتملاً لا غالباً، وانتهى الباحث إلى أن كون الخطأ الطبي غير جسيم لا يعد مانعاً من إثبات المسؤولية، إذ المسؤولية مدنية أو جنائية تثبت بكل خطأ طبي يقترفه الطبيب بتقصيره أو بتعديه، فيغدو ضامناً لما يلحق بالمريض من أضرار تنتج عن الخطأ الطبي .

## المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، محمد بن عبدالله ﷺ، وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين، وبعد

فلما كانت حاجة الناس إلى التطبيب حاجة ملحة متجددة بطرء العوارض المرضية، وكانت النفس البشرية مصانة معصومة سلكت الشريعة الإسلامية مسلك المحافظة على المهج بتقرير مشروعية المعالجة والتطبيب؛ إذ الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة؛ وحيث إن التطبيب نتاج عمل الطبيب المعالج وكان من شأن البشر أن يرد عليهم التقصير والذهول وقلة التحرز أحياناً، راعت الشريعة الإسلامية ترتيب المؤيدات المانعة للطبيب من الخروج عن مقتضيات السلامة باجتراحه خطأ طبياً إبان قيامه بالمعالجة.

ومع أن الإجراءات الطبية في هذا الزمان تقدمت تقدماً مذهلاً، بل يمكن القول: بأنها انتقلت من مسالك التخمين إلى سمو التحقيق والتدقيق، إلا أن الأخطاء الطبية لا تزال تتوارد متزايدة مطردة، ولا يزال المرضى يعانون من تجاوزات لحقت بهم، إما لاعتداء من معالجيهم، أو إهمال وتقصير أصابهم؛ من هنا تأتي هذه الدراسة في سياق تحرير الحقيقة الفقهية للخطأ الطبي، وتقرير المعايير الفقهية المحققة لطبيعة الخطأ الطبي بصورة جلية واضحة، مع تحديد للمسؤولية المترتبة على الطبيب المخطئ.

## مشكلة البحث

في ظل وفرة المراجع والمصادر القانونية في موضوع الخطأ الطبي فقد ألقى الباحث تأثر العديد من الأبحاث الفقهية بما يصدر عن القانونيين في ضبط مفهوم الخطأ الطبي وترتيب المسؤولية على مرتكبه، مع عدم وضوح المعايير الفقهية الناهضة بتقرير حقيقته، والميل في الغالب إلى التفرع، مع مجانبة التأصيل والتحرير للأسس المقتضية لتحميل الطبيب تبعة الخطأ الطبي، من هنا يمكن التعبير عن الإشكالية التي عليها مدار هذا البحث بالأسئلة الآتية:

- ١ - ما حقيقة الخطأ الطبي، وما هي المعايير الفقهية المحققة لمفهومه؟
- ٢ - ما هي الأسس الفقهية الذي تبنى عليها مسؤولية الطبيب عند اقترافه خطأ طبياً؟
- ٣ - ما هي الحالات المستوجبة لثبوت المسؤولية المدنية على الطبيب عند وقوعه بخطأ طبي؟

## منهج البحث

انتهج الباحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي حصراً وإيعاباً لمذاهب الفقهاء من المتقدمين والمعاصرين في موضوع الخطأ الطبي، ومن ثمّ اعتمد المنهج التحليلي الاستنباطي إذ حاول الباحث تحليل المعايير المحققة لماهية الخطأ الطبي على الوجه المميز له عن جنائتي العمد وشبه العمد، مع تقرير الأسس التي يستند إليها في تحميل الطبيب التبعة عند ارتكابه للخطأ الطبي.

## خطة البحث

تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، على النحو الآتي:

**المبحث الأول:** الخطأ الطبي تعريفه وأقسامه . وفيه مطلبان:

**المطلب الأول:** تعريف الخطأ الطبي .

**المطلب الثاني:** أقسام الخطأ الطبي .

**المبحث الثاني:** المعايير الفقهية في الخطأ الطبي . وفيه ثلاثة مطالب:

**المطلب الأول:** مخالفة أصول الإجراءات الطبية العلاجية المعتمدة .

**المطلب الثاني:** كينونة المخالفة للأصول الطبية عارضة محتملة الإفضاء إلى الضرر .

**المطلب الثالث:** مدى صحة الاعتداد بالجسامة معياراً في تقرير حقيقة الخطأ الطبي .

**المبحث الثالث:** المسؤولية المترتبة على الطبيب عند اقترافه خطأ طبياً . وفيه مطلبان:

**المطلب الأول:** الأساس الفقهي المؤسس لمسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي .

**المطلب الثاني:** الأحوال المقتضية لتحمل الطبيب المسؤولية عن الخطأ الطبي .

ثم ختم البحث بخاتمة تضمنت أبرز النتائج المتوصل إليها فيه مشفوعة بالتوصيات .

# المبحث الأول

## الخطأ الطبي، تعريفه، أقسامه

### المطلب الأول

#### تعريف الخطأ الطبي

الخطأ لغة: ضد الصواب فيما قصد أولم يقصد، ويطلق - أيضاً - على ما كان قبيلاً للعمد. يقال لمن أراد الصواب فصار إلى غيره: أخطأ ومخطئ، ويقال لمن تعمد ما لا ينبغي: حَطِيءٌ وخاطيء<sup>(١)</sup>.

ويغلب استعمال الخطأ - عند الفقهاء والأصوليين - على ما كان قبيلاً للعمد<sup>(٢)</sup>، يقول الغزالي: «اسم الخطأ يطلق على من طلب شيئاً فلم يصب، أو على من وجب عليه الطلب فقصر»<sup>(٣)</sup>. ويعرّف البخاري الخطأ بأنه: «ما يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه»<sup>(٤)</sup>.

ويقول ابن عبد البر: «وقد أجمعوا أن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يردّه، وأراد غيره، وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى»<sup>(٥)</sup>.

في حين جرى القانونيون في تحديدهم لمفهوم الخطأ على أنه قبيل لمفهوم الصواب على الجملة؛ لذا فهم يعرفونه بأنه: «الإخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه»<sup>(٦)</sup>؛ ولهذا يلاحظ المطالع في المصنفات القانونية المتعلقة بموضوع الخطأ الطبي أنها

(١) ابن منظور: لسان العرب ٦٥/١ وما بعدها، الرازي: مختار الصحاح ٧٥.

(٢) البايبرتي: التقرير لأصول البيزدي ٢٧٧/٨.

(٣) الغزالي: المستصفى ١٢١/١.

(٤) البخاري: كشف الأسرار ٦٢٥/٤، وانظر السفناقي: الكافي شرح البيزدي ٢٤٢٣/٥، الأزميري: شرح المرأة ٤٦٠/٢.

(٥) ابن عبد البر: الاستنكار ٦٢/٨، انظر عثمان: إجماعات ابن عبد البر ٥٢٣.

(٦) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ٨٧٨/١، شمس: المسؤولية التقصيرية للأطباء ٢٣-٢٤.

أوسعت مفهومه، حيث لم يشترطوا في المخطئ أن يكون ذاهلاً عن أثر الفعل المقدم عليه؛ إذ يُفترض في مرتكب الخطأ الطبي الفاحش أن يقدم عليه مستحضراً أثره، لاسيما فيمن كان بمثل حالة الطبيب ومساعديه في الدقة المهنية وعمق الاختصاص<sup>(١)</sup>.

وبناءً على هذه الوجهة القانونية جرت تعريفات القانونيين لمفهوم الخطأ الطبي فقد عرفه التونسي بأنه: «عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته»<sup>(٢)</sup>. ويعرفه الحسيني بأنه «الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته مهنته إخلالاً بموجب بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر، ولا يراعي 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»<sup>(٣)</sup>.

ويعرفه قايد بأنه: «كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقتضي العلم بها أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذها للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يكون يقظاً وحذراً؛ حتى لا يضر بالمريض»<sup>(٤)</sup>.

ويمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه: «خروج الطبيب عن الأصول الطبية المقررة بتعريض المريض للخطر أو مظلته - من غير - قصد إبان القيام بمعالجة مأمونة العاقبة في الأصل؛ بحيث يحتمل إفضاؤها إلى الضرر».

ويلاحظ أنه روعي في التعريف طريقة الفقهاء - خلافاً للقانونيين - حيث ضبط

(١) تونجي: مؤسسة المسؤولية ١٦٩، حجازي: المسؤولية الطبية ١٥٦، منصور: المسؤولية الطبية ١٦،

القرشي: المسؤولية المدنية للطبيب ٥٨، عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب ١٨٣، غصن: الخطأ الطبي ٢١.

(٢) تونجي: مؤسسة المسؤولية ١٦٩، لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ١٢٢.

(٣) الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ١١٨، وانظر عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب ١٨٦.

(٤) قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء ٢٢٤، وانظر أيضاً معاينة: المسؤولية المدنية والجنائية للأخطاء

الطبية ٤٣.

مفهوم الخطأ الطبي بما يكون خارجاً عن إرادة المعالج أثناء المعالجة وكان وروده عارضاً لا راسخاً في الإجراء العلاجي تمييزاً لحالتي العمد وشبه العمد عن مفهوم الخطأ كما تقرر عند عامة الفقهاء .

## المطلب الثاني

### أقسام الخطأ الطبي

يقسّم القانونيون الأخطاء الطبية في الجملة إلى قسمين رئيسين:

أ- الأخطاء العادية. ب- الأخطاء الفنية .

أولاً: الأخطاء الطبية العادية: تلك الأخطاء التي لا يتصل معيار تقديرها بالأصول الفنية للمهنة الطبية بل يتعلق بتقديرها بحسب الشخص العادي ذي الحيطة والحرص، فووقع الطبيب بخطأ لا يقع به شخص عادي يتصف بالحرص والحيطة يعد هذا خطأ طبياً عادياً<sup>(١)</sup>. ومن أمثلته: إجراء الطبيب عملية جراحية بناء على نتائج مخبرية لا تختص بمن أجريت له العملية الجراحية تسرعاً أو غفلة، ونسيان الطبيب أو أحد معاونيه أثناء إجراء العملية الجراحية مَبْضَعاً طبيّاً داخل جسد المريض بغير أن يستشعروا نقصانه، ولم يستظفروا هذا الخطأ إلا بعد ظهور الالتهابات المبرحة، ونحوه.

ثانياً: الأخطاء الطبية الفنية: تلك الأخطاء التي يرتكبها المعالج والتي يخرج بها عن الأصول والقواعد المتعارف عليها في مهنة الطب؛ سواء أكانت نظرية أم عملية<sup>(٢)</sup>.

ومن أمثلته: إجراء عملية جراحية قبل استكمال الفحوصات والتحاليل اللازمة

---

(١) معاينة: المسؤولية المدنية والجنائية للأخطاء الطبية ٤٧، منصور: المسؤولية الطبية ٢٤، القرشي: المسؤولية المدنية للطبيب ٦١، لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ١٢٣، حومد: المسؤولية الطبية الجزائية ١٥٤.

(٢) غصن: الخطأ الطبي ٨٨، القاسم: الخطأ الطبي ١٠، منصور: المسؤولية الطبية ٢٧، القرشي: المسؤولية المدنية للطبيب ٦٣، لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ١٢٤، قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء ١٩٦.



للتحقق من سلامة المريض، أو صرف دواء خطأ لا يناسب حالة المريض أو عمره مما يؤدي إلى مضاعفات ضرورية، أو خطأ طبيب التخدير بزيادة الجرعة مما من شأنه الإفشاء إلى موت المريض أو شلله ونحوها. والملاحظ أن هذا التقسيم للخطأ الطبي لا يترتب عليه آثار فقهية أو قانونية، لاسيما مع استقرار الوجة القانونية بمؤاخذة الطبيب على جملة الأخطاء الصادرة عنه بغض النظر عن ضالتها أو جسامتها.

يقول السنهوري: «إن التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الفني في مزاوله المهنة - فوق أنه دقيق في بعض الحالات - لا مبرر له، وإذا كان الطبيب أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطار الفنية فالواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولاً عن خطئه الفني مسؤوليته عن خطئه العادي»<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### المعايير الفقهية المعتمدة في تقرير حقيقة الخطأ الطبي

بتتبع كلام الفقهاء والقانونيين في الخطأ الطبي يظهر أن ثمة ثلاثة معايير رئيسة يستند إليها في تقرير واقعة الخطأ الطبي:

الأول: مخالفة أصول الإجراءات الطبية العلاجية المعتمدة .

الثاني: كينونة المخالفة لأصول الإجراءات الطبية عارضة محتملة الإفشاء إلى الضرر.

الثالث: كينونة المخالفة لأصول الإجراءات الطبية متصفة بالجسامة لا النزارة.

وتجدر الإشارة إلى أن المعيارين الأولين محل اتفاق بين الفقهاء في حين أن الثالث يعد مثاراً للخلاف بين المعاصرين، وسيتم تحريره وتحديد مدى اعتماده في تقرير حقيقة الخطأ الطبي.

(١) السنهوري: مصادر الالتزام ١١٤٧-١١٤٨ فقرة ٥٤٨.

## المطلب الأول

### مخالفة أصول الإجراءات العلاجية المعتمدة بين الأطباء

إن الملاحظ في قواعد علم الطب أنها متطورة متباينة، لا تتسم بالثبات على الجملة، ويرجع هذا إلى عوامل متعددة، أبرزها أن علم الطب يقوم على تراكمات معرفية تنتهج البحث التجريبي للوصول إلى النتائج، وهذا ما يجعله في تطور مستمر للوقوف على أسرار حفظ الصحة وتبقيتها، ودفع غائلة المرض بالجزء أو الكل<sup>(١)</sup>.

وقد أدت هذه المزية لعلم الطب إلى تغاير المعالجات وأساليبها تبعاً للتوسع في النتائج المتوصل إليها، مما جعل النظريات الطبية تتغير زمنياً ومكاناً، فما يكون من إجراء علاجي مرضيٍّ ومقبول في عصر أو مصر يغدو ذاته - فيما بعد - يشكّل انسلاخاً صارخاً عن قواعد علم الطب وأصوله العلاجية، وهذا يعني أن توصيف الإجراءات العلاجي المعين بأنه خطأ طبي لا يعد وصفاً لازماً في كل حين بله هو وصف عارض بحسب ما يتوصل إليه من نتائج علمية يفترض معرفتها من قبل المختصين<sup>(٢)</sup>.

إذا تقرر هذا المعنى فيتعين التنبيه إلى أن الاعتداد بأن الإجراءات الطبي المعين مخالف لأصول المعالجات الطبية يقوم على ركنين اثنين: أحدهما نظري معرفي، والآخر عملي تطبيقي.

### الركن النظري لمخالفة أصول الإجراءات الطبية العلاجية .

يتوقف تقرر مخالفة أصول الإجراءات الطبية من قبل الطبيب المعالج أو مساعديه على ثبوت المعلومة الطبية ثبوتاً مؤكداً مع إمكان اطلاع عامة المختصين عليها

(١) هذا الأصل يقرره الأطباء والفقهاء معاً، انظر الرازي: القانون في الطب ٧، وانظر القليوبي: حاشيته على المنهاج ٣/١٧٠، الزيلعي: تبين الحقائق ٣/١٩٤، ابن عبد السلام: قواعد الأحكام ١/١٩٤، ابن القيم: زاد المعاد ٤/١٤٤-١٤٥.

(٢) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية ٤٧٦، آل الشيخ مبارك: التداوي ١٧٩، التايه: مسؤولية الطبيب الجنائية ٨٥، حومد: المسؤولية الطبية الجزائرية ١٤٥، الشوا: مسؤولية الأطباء ١٣١-١٣٢، لافي: المسؤولية الجزائرية عن الخطأ الطبي ١٢٠.

وتضمينها في مصادرهم الطبية، حتى يغلب على الظن إمكان إحاطة كل مختص بهذه المعلومة الطبية المتوصل إليها؛ بحيث يحتسب غير المحيط بها معدوداً في المقصّرين، منسوباً إلى الجهل النسبي في تخصصه الطبي<sup>(١)</sup>.

وقد جرت تنبيهات الفقهاء في هذه القضية بصورة إجمالية<sup>(٢)</sup>، حيث اشترطوا لعدم تقرّر مخالفة الطبيب للأصول العلاجية «أن يكون الخاتن عارفاً بالصناعة»<sup>(٣)</sup>، حيث لا يقل عن كونه «ذا درجة وسطى من معرفة حقيقة الطب»<sup>(٤)</sup>، وهي «المعرفة بتركيب ما يحتاج إليه لبرء الأدوية من الدواء على أوضاعها المعتمدة وقوانينها المحرّرة من غير إخلال بجزئية ولا كلية»<sup>(٥)</sup>، ولا يتحقق هذا إلا «أن يكون الطبيب قد أحكم الأصول وقرأ الفروع؛ فإنه من غير هذين لا يصح له شيء، ولا يهتدي لأمر من أمور الصناعة»<sup>(٦)</sup>؛ لذا يتعين على الطبيب المختص أن يوجب مما هو «معلوم في الطب عند أهل المعرفة»<sup>(٧)</sup>، وأن يكون له شيخ معروف وثق من نفسه بجودة الصنعة وإحكام المعرفة<sup>(٨)</sup>.

ويفهم من عبارات الفقهاء السابقة التركيز على قضيتين:

**الأولى:** ثبوت المعرفة الطبية بين خبراء الأطباء ممن سبروا أغوار الصنعة وأحاطوا

---

(١) قايده: المسؤولية الجنائية للأطباء ١٥٩-١٦٠، وانظر غصن: الخطأ الطبي ٦٥، الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية ٤٧٣، لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ١٢١، القرشي: المسؤولية المدنية للطبيب ٤٣.

(٢) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٢٨/٤، الفتاوى الهندية ٥٤/٥، المواقي: التاج والإكليل ٦/٣٢١، عليش: منح الجليل ٧/٥١٦، وانظر حنا: الخطأ الطبي الجراحي ١٢٢، غصن: الخطأ الطبي ٦٦.

(٣) ابن القيم: تحفة المولود ١١٦، وانظر الطب النبوي ١٠٩، زاد المعاد ٤/١٤٠، ابن مفلح: المبدع ١١٠/٥.

(٤) ابن رسلان: شرح رسالة ابن رسلان ٤/٢١٠.

(٥) الأسويطي: جواهر العقود ٢/٣٧٨ (بشيء من التصرف)، وانظر الجراح باشي: الراحة في أعمال الجراحة ٣.

(٦) الرازي: أخلاق الطبيب ٧٦، القرشي: معالم القرية في طلب الحسبة ١/٢١٦.

(٧) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/٣٥٥ (بتصرف)، وانظر العدوي: حاشيته على مختصر الأمير ٢/٤٠٦، ابن الهمام: فتح القدير ٣/٢٤٥، ابن نجيم: البحر الرائق ٨/٣٢، الحصكفي: الدر المختار مع شرح رد المحتار ٥/٤٣.

(٨) الصنعاني: سبيل السلام ٣/٢٥٠، ومعناه حصوله على شهادة الطب من كلية معترف بها.

بمصادرها المعرفية؛ ذلك «أنا إذا صدقنا أهل الطب فمدار علمهم غالباً إنما هو على التجربة التي بناؤها على ظن غالب!»<sup>(١)</sup>.

الثانية: اشتهار المعرفة الطبية، وجريانها مجرى الأصل المقرّر مهنيّاً بحيث يعد غير المطلع عليها مقصراً، وهو المعنى في قول الغزالي: «التواتر المورث للعلم يعتبر في كل فن في حق أهل الخبرة به»<sup>(٢)</sup>. وعليه فمخالفة أصول الإجراءات الطبية نظرياً تعني: الجهل بالأصول العلاجية المقررة مما تعارف عليه الأطباء ذوي الاختصاص، مما لا يعذر بجهله الطبيب المختص<sup>(٣)</sup>.

### الركن العملي لمخالفة أصول الإجراءات الطبية العلاجية .

لما كان الإجراء الطبي عملاً مهنيّاً اختصاصياً اعتُد بأراء الخبراء في البت بثبوت المخالفة لأصول الإجراءات الطبية عملياً<sup>(٤)</sup>؛ لاسيما أن مسؤولية الأطباء عما تحت أيديهم من المرضى مقررة شرعاً بصفة الإطلاق، «وكل ما ورد في الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف»<sup>(٥)</sup>، والمعنى به في هذا المقام هو العرف الطبي الذي اطرد بين مهرة الأطباء وحذاقهم.

ويلاحظ أن معيار المخالفة للإجراءات الطبية من الناحية العملية يقوم على أساس موضوعي حاصله: خروج المعالج إبان قيامه بالمعالجة عن سلوك طبيب من أوسط الأطباء كفاءةً وخبرةً وتبصراً ودقة بالمعالجة في فرعه الاختصاصي أو ما يفترض أن

(١) العسقلاني: فتح الباري ١٠/١٤٥، وانظر الرحيباني: مطالب أولي النهى ١/٧١٠، ابن تيمية: منهاج السنة النبوية ٥/٩٣.

(٢) الغزالي: المنحول ٢٣٧.

(٣) قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء ١٦٠، وانظر الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية ٤٧٣، آل الشيخ مبارك: التداوي ١٦٨.

(٤) يقول النووي: «ومتى اختلفا -أي الطبيب والمريض- في التعدي ومجاوزة الحد عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة» انظر النووي: روضة الطالبين ٥/٢٢٩، ١٨٤، وانظر الشافعي: الأم ٦/٥٢-٥٣، الأنصاري: أسنى المطالب ٤/٣٥، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/٣٥٥، وانظر غصن: الخطأ الطبي ٢٣، القرشي: المسؤولية المدنية للطبيب ١١٣.

(٥) السيوطي: الأشباه والنظائر ٩٨، الزركشي: المنثور في القواعد ٢/٣٩١.

يكون في مثل مستواه مهنيًا، بحيث يغدو هذا الإجراء الطبي الصادر مجافياً لصنيع أمثاله من الأطباء. هذا هو المعتمد عند عامة المعاصرين من القانونيين<sup>(١)</sup>.

وإلى قريب من هذا المعنى جرى الفقهاء في تقرير معيارية ثبوت الخطأ الطبي بأن تكون المعالجة الصادرة عن الطبيب المعين مجافية لصنيع أمثاله من الأطباء ممن يتصف بالخبرة والمهارة، بحيث يظهر أن صنيعه قد شابه التفريط أو ضعف العناية مما لا يقع فيه أمثاله.

يشير الإمام الشافعي إلى هذا المعنى بقوله: «فإن فَعَلَ ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله ممن أراد الصلاح وكان عالماً فهو ضامن»<sup>(٢)</sup>.

ويمثل ابن مفلح لصورة قلّة تحرز الطبيب مما يخالف به صنيع أمثاله من الأطباء بقول: «إِنْ فَعَلَ بِهِ فِي شِدَّةِ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ أَوْ مَرَضٍ يَخَافُ مِنْ مِثْلِهِ الْمَوْتَ مِنَ الْخِتَانِ يَضْمَنُ ما يلحقه من ضرر»<sup>(٣)</sup>، ومن الصور التي يذكرها الحنابلة - أيضاً - في مثل هذا السياق: استعمال آلة طبية كآلة يعظم ألمها ولا يؤمن ضررها، ففي مثله يعد الطبيب مجافياً لصنيع أمثاله من مهرة الأطباء، خارجاً عن الأصول الطبية العلاجية المطردة من الناحية العملية<sup>(٤)</sup>؛ ذلك أن فعله صار «لا ينفك عن ضرب من تقصير، وهو ترك التثبت والاحتياط... فتكون جناية قاصرة تصلح سبباً لجزاء قاصر»<sup>(٥)</sup>، وهو تقرّر الضمان على الطبيب.

(١) غصن: الخطأ الطبي ٢٣، حجازي: المسؤولية الطبية ١٥٦، منصور: المسؤولية الطبية ١٧، لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ١٢٢، عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب ١٢، ٢١٧، تونجي: مؤسسة المسؤولية ١٣٠.

(٢) الشافعي: الأم ١٧٢/٦، انظر المواق والتاج والأكليل ١٠ / ١٣١، الخرشي: شرح المختصر ٣ / ٢٤٧.

(٣) ابن مفلح: الفروع ١ / ١٠٦، وانظر المبدع شرح المقنع ٤ / ٨٦.

(٤) انظر الرحيباني: مطالب أولي النهي ٣ / ٦٧٥، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢ / ٢٦٩، وقد كان لابن القيم تفصيل بديع فيما يجب على الطبيب رعايته من الناحية العملية إبان قيامه بالمعالجة الطبية. انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤ / ١٤٢-١٤٣.

(٥) انظر التفتازاني: التلويح شرح التوضيح ٢ / ٤١٢.

يقول ابن غانم البغدادي: «الفصاد والبزّاغ - أي البيطار - والحجّام والختّان لا يضمنون بسرّاية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوز الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه»<sup>(١)</sup>.

والملاحظ أن فقهاء الحنفية<sup>(٢)</sup> يركزون في تقرير الخطأ الطبي على عدم مجاوزة الموضع المعتاد، مقارنة بما يعهد عند المهرة من الأطباء؛ لذا يلخص ابن نجيم هذا الأمر بقوله: «الضمان ينتفي بعدم مجاوزة المعتاد»<sup>(٣)</sup>.

فالاعتداد بمعيارية عدم المجاوزة للموضع المعتاد في تقرير الخطأ الطبي يعد الأقسط في حق الأطباء والمرضى بحد سواء<sup>(٤)</sup>؛ إذ التحقق من السلامة إبان القيام بالإجراءات العلاجية غير ممكن؛ لأن طبيعة المعالجات الطبية لا تنفك عن مصاحبة مضاعفات غير متوقعة تختلف باختلاف المرضى وطبائع الأبدان؛ لذا كان ضمان السلامة ابتداءً أمراً لا سبيل إليه من قبل الأطباء؛ من هنا تعيّن المصير إلى المقارنة والمقايسة للوقوف على حقيقة ثبوت مخالفة الطبيب المعين للأصول الطبية العلاجية على الجملة.

ومع أن المعيار المقتضى في إثبات مخالفة الأصول الطبية من الناحية العملية يعد معياراً موضوعياً في الأصل إلا أنه يتعين - أحياناً - مراعاة الظروف الشخصية التي قد تحيط بالطبيب أثناء قيامه بالمعالجة، إذ قد تحتف به ظروف استثنائية يعد عدم مراعاتها إجحافاً بحق الطبيب بحيث ينسب إلى التقصير بغير وجه حق. فقيام الطبيب - مثلاً - بإجراء ولادة قيصرية طارئة أثناء التحليق في الأجواء بالطائرة لا يمكن مقارنتها بولادة قيصرية قام بها الطبيب بمركز طبي مجهز بما يحتاج إليه تحقيقاً لدقة الإجراءات الطبية<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن غانم البغدادي: مجمع الضمانات ٢٨٤.

(٢) ابن عابدين: رد المحتار ٣٥٤/٦، الزيلعي: تبين الحقائق ١٣٧/٥، السرخسي: المبسوط ١٠٤/١٥، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٢٤٥/٣، الحصكفي: شرح الدر المختار ٤٣/٥ وما بعدها، حيدر: درر الحكام ٦٠٦/١، شيخي زاده: ملتي الأبحر ٥٤٦.

(٣) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣٣/٨.

(٤) السرخسي: المبسوط ١٠٤/١٥، ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣٣/٨.

(٥) البيه: خطأ الطبيب والمسؤولية المدنية ١٤٧-١٤٨، حنا: الخطأ الطبي الجراحي ١٣٥ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### كينونة المخالفة للأصول الطبية واردة على معالجة لا يغلب

#### إفضاؤها إلى الضرر

لما كان «الطب كالشرع وضع لجلب السلامة والعافية ولدرء مفسد المعاطب والأسقام»<sup>(١)</sup> تعين على الطبيب الموازنة بين مخاطر المرض القائم ومخاطر العلاج المستعمل، بحيث يُستظهر أنه متى غلبت المفسدة والضرر على المصلحة والسلامة تجلت الحرمة، فيفتقد الإجراء الطبي عندئذ صفة المشروعية، بله يغدو سبباً في تحميل الطبيب المسؤولية مدنياً أو جنائياً.

يقول المواق: «لو استأجر على قطع سن صحيحة أو قطع يد صحيحة لم يجز، ولو كانت اليد متأكلة والسن وجعة جاز. قال ابن وهب وأشهب: من ذهب بعض كفه فخاف على باقي يده لا بأس أن يقطع يده من المفصل إن لم يُخف عليه الموت»<sup>(٢)</sup>.

من هنا يتعين النظر إلى عاملين اثنين أثناء المعالجة من قبل الطبيب: المرض ومدى خطورته على المريض، والإجراء الطبي ومدى مأمونيته بترجُّح جانب السلامة على جانب الضرر؛ لذا يشترط في جميع الأحوال أن تكون الإجراءات العلاجية مأمونة العاقبة تربو فائدتها على خطرها وضررها، وإلا لم تتقرر مشروعية إجرائها ابتداءً<sup>(٣)</sup>!! يقول البغوي: «والعلاج إذا كان فيه الخطر العظيم كان محظوراً»<sup>(٤)</sup>، ويفيد ابن مفلح «أن الدواء المسموم إن غلب منه السلامة ورجي نفعه أبيح شربه لدفع ما هو أخطر منه كغيره من الأدوية»<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن عبدالسلام: قواعد الأحكام ٤/١ .

(٢) المواق: التاج والإكليل ٤٢٢/٥ .

(٣) ابن تيمية: الفتاوى المصرية ٦٤٤/١، مجموع الفتاوى ٥٣/٢٠ .

(٤) البغوي: شرح السنة ١٢/١٤٧، وانظر الفتاوى الهندية ٥/٣٥٤، ابن تيمية: الفتاوى ٢١/٥٧١، عون المعبود ١٠/٢٤٨ .

(٥) ابن مفلح: الفروع ٢/١٣٢، وانظر المبدع ٢/٢١٤ .

وعليه يتجلى أن المعالجة إن أورثت احتمالاً مقابلاً بمثيله، بحيث لا يفيد ترجيحاً، فلا يشرع عندئذٍ التطبيب؛ ذلك أن حصول الشفاء عقيب هذا الإجراء يغدو موهوماً ولا اعتداد بمثله في الشرع ولا في الطب<sup>(١)</sup>.

يقول العز بن عبد السلام: «الأطباء يدفعون أعظم المرضى بالترزام بقاء أديانها ويجلبون أعلى السلامة والصحة، ولا يباليون بفوات أديانها، ويتوقفون عند الحيرة في التساوي... وكما لا يحل الإقدام للمتوقف في الرجحان في المصالح الدينية حتى يظهر له الرجح، فكذلك لا يحل للطبيب الإقدام مع التوقف في الرجحان إلى أن يظهر له الرجح»<sup>(٢)</sup>.

وتفريعاً على هذه الحالة تتخرج صورة أخرى حاصلها: إن ظهر ثمة مريض لوحظ أن مداواته تورث احتمالاً للضرر يتساوى مع تضرره بالمرض القائم على فرض عدم التداوي<sup>(٣)</sup>، ففي هذه الصورة يتجلى عدم مشروعية المعالجة من قبل الطبيب، بل تعد هذه الصورة أقوى في اقتضاء التحريم من صورة احتمال الانتفاع بالدواء أو عدمه؛ ذلك «أن الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى المفسدة»<sup>(٤)</sup>، علاوة على أن الأصل حرمة الجسد الإنساني وهذا يقتضي صيانتها عما قد يلحق به من الأذى، وكيونة الدواء غير مأمون العاقبة يتعين الامتناع عن استعماله.

يقول الشاطبي: «الترك للمطلوب خوفاً من حدوث مفسدة، أعظم من تحصيل مصلحة ذلك المطلوب!!»<sup>(٥)</sup>.

(١) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/٣٥٥، الفتاوى الهندية ٥/٣٥٥، ابن عابدين: حاشية رد المحتار ١/٣٩٧، ابن مفلح: الآداب الشرعية ٢/٣٤٢، ابن تيمية: الفتاوى ١٨/١٢، الغزالي: إحياء علوم الدين ٤/٢٨٢.

(٢) ابن عبد السلام: قواعد الأحكام ١/٤، وانظر الفتاوى الهندية ٥/٣٦٠، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦/٢٧٢.

(٣) ويمثل له بتعريض مريض السرطان للعلاج الكيميائي الذي لا يغلب على الظن استئصاله الخلايا السرطانية لاستفحالها.

(٤) الشاطبي: الموافقات ٣/٨٥.

(٥) الشاطبي: الموافقات ٤/٤٢٨.



وقد يُشكل على ما تقدم ما يذهب إليه بعض فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup>، وبعض المالكية<sup>(٢)</sup>، وهو المعتمد عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، وقول عند الحنابلة<sup>(٤)</sup> وحاصله: القول بجواز القيام بالإجراء الطبي الذي يحتمل أن يفضي إلى مضار تساوى المضار المترتبة عن المرض في حال عدم الاستشفاء، «فإذا تساوى الخطر جاز القطع على الأصح، إذ لا معنى للمنع مما لا خطر فيه»<sup>(٥)</sup>.

يقول صاحب الفتاوى الهندية: «الجراحات المخوفة والقروح العظيمة والحصاة الواقعة في المثانة ونحوها إن قيل: قد ينجو وقد يموت أو ينجو ولا يموت، يعالج. وإن قيل: لا ينجو أصلاً، لا يداوى بل يترك»<sup>(٦)</sup>.

يستفاد مما تقدم بأنه عند تأرجح احتمال حصول الضرر وعدمه يجوز إجراء المعالجة الطبية والمداواة، عند هذا الفريق بخلاف الحالة التي يتحقق فيها من وقوع الضرر فيمنع المريض فيها من المعالجة.

والذي يتجلى للباحث بأن ما ذهب إليه هذا الفريق من الفقهاء يعد قولاً غير مستند إلى دليل سالم عن الاعتراض؛ إذ الأصل حرمة الجسد الإنساني بما يقتضي صيانته عن الضرر والتوقى عن أسبابه و مضافاً له دفعاً له قبل الوقوع، ورفعاً لآثاره إن وقعت، كما يلاحظ أن تعريض النفس لاحتمال الضرر المتأرجح غير المترجّح بدون فائدة تسوّغه يخلي الإجراء الطبي عن المصلحة التي هي مبنى المشروعية وأساسها،

---

(١) هذا قول ضعيف عند الحنفية، يذكر قبيلاً للمعتمد في المذهب، لاسيما أنها ورواية من الكيسانيات عن الشيباني، وهي ليس من الكتب المعتمدة في الفتوى في المذهب. انظر ابن عابدين: الرسائل ١٦/١، الفتاوى الهندية ٣٦٠/٥.

(٢) عيش: منح الجليل ١٢٥/١، وانظره ينبه قائلًا: «إخبار عالم بالطب يقيناً أو ظناً لا شكاً أو وهماً» منح الجليل ١٤٤/١.

(٣) يفرق الشافعية بين حالتي الكبير الذي صدر الإذن منه لنفسه مع اطلاعه على تساوي احتمال الضرر وعدمه وبين حالة الإذن لغير المكلف كالصغير، انظر الرملي: نهاية المحتاج ٣٢/٨، النووي: روضة الطالبين ١٨٠/١٠، مغني المحتاج ٢٠٠/٤.

(٤) ابن مفلح: الآداب الشرعية ٤٣٧/٢.

(٥) النووي: روضة الطالبين ١٧٩/١٠.

(٦) الفتاوى الهندية ٣٦٠/٥.

لاسيما مع معارضته للعموم الوارد في قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>، ومقتضى القاعدة الناصة «الضرر لا يزال بمثله»<sup>(٢)</sup>، وعندئذ لا يبقى لهذا التوجه الفقهي إلا مجرد النقل المذهبي غير المستند إلى دليل يعتمد عليه !!

إذا تقرر أن مشروعية الإجراء الطبي تثبت حين يغلب فيه جانب المصلحة والسلامة على جانب المفسدة والضرر - بحسب الطبيب الحاذق - ويلاحظ حرص جماهير الفقهاء<sup>(٣)</sup> على إبراز الفرق بين الإجراءات الطبية التي يتجلى فيها مصلحة المريض بدفع غائلة المرض لانسجامها وأصول الإجراءات الطبية المعتمدة - وإن طرأ عليها عارض ضرري محتمل - وبين تلك الإجراءات الطبية التي تعد نافية عن مقتضيات السلامة الطبية ابتداءً بحيث يغدو جانب الضرر والخطر فيها غالباً أو متعيناً؛ حتى إنها لا تصدر عن طبيب ماهر طال ممارسته لمهنة الطب.

وعليه يمكن تقسيم الإجراءات الطبية الصادرة عن المعالج بحسب درجة خطورتها وإفضائها إلى الضرر إلى ثلاثة أقسام رئيسية:

**القسم الأول:** ما يكون إفضاؤه إلى الضرر مغموراً مرجوحاً، مع رجحان جانب السلامة والسادات من الناحيتين النظرية والعملية - على فرض عدم طروء عارض يخل بمثل هذا الرجحان - وقد تقدم تقرّر المشروعية في مثل هذا الإجراء الطبي، فإذا طرأ تقصير من الطبيب أو سوء تقدير للحالة الطبية عدّت هذه المخالفة خطأً طبيياً يتحمل الطبيب تبعته، وهذا القسم هو المستحق لأن يرد عليه الخطأ الطبي في الاصطلاح الفقهي.

(١) أخرجه الدار قطني: السنن، كتاب البيوع رقم (٢٨٨)، الحاكم: المستدرک کتاب البيوت ٥٧/٢، البيهقي: السنن الكبرى ٦/٦٦٩، وهو صحيح بمجموع طرقه انظر ابن رجب: جامع العلوم والحكم ٢/٢١٠، السلسلة الصحيحة رقم (٢٥٠).

(٢) السيوطي: الأشباه والنظائر ٨٦.

(٣) النووي: روضة الطالبين ٥/١٣٠، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٢٢، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/٣٥٥، الصاوي: حاشيته على الشرح الصغير ٤/٥٠٥، الشيرازي: المهذب ٢/٣٠٦، الخرشي: شرحه على المختصر ٨/١٥.

**القسم الثاني:** ما يكون إفضاؤه إلى الضرر غير مأمون، بحيث لا يتحقق من تحصيل السلامة في مثله، ففي مثل هذه الحالة لا يشرع القيام بالإجراء الطبي ابتداءً، بل يعد قيام الطبيب بمثل هذه المعالجة مشغلاً لزمته بضمان ما سيتعرض له المريض من أضرار لتقرر الاعتداء من قبل الطبيب، ومن أمثلة هذا القسم: تغيير الطبيب بالمريض للقيام بتجربة طبية غير مأمونة العاقبة أو قيام متدرب بإجراء جراحة لا يشرف عليه طبيب من ذوي الخبرة والكفاءة، ويعد التوصيف الفقهي لهذه الإجراءات التي لا يؤمن فيها جانب السلامة أنها جنائية شبه عمد شريطة أن لا يغلّب على الظن حصول الضرر والإعدت عمداً لا شبه عمد<sup>(١)</sup>.

يقول النووي: «وليس لأجنبي المعالجة ولا القطع المخطر بحال، ولو فعل فسرى تعلق بفعله القصاص والضمان»<sup>(٢)</sup>. ويقول الشربيني: «ومن ختنه ولي أو غيره في سن لا يحتمله فمات لزم القصاص إن علم أنه لا يحتمله؛ لتعديه بالجرح المهلك؛ لأنه غير جائز في هذه الحالة قطعاً، فإن ظن احتمالاًه - كأن قال أهل الخبرة: يحتمله - فمات فلا قصاص، وتجب شبه العمد»<sup>(٣)</sup>.

**القسم الثالث:** ما يكون إفضاؤه إلى الضرر غالباً أو محققاً بحيث يفترض بمن كان في مثل حال الطبيب أو المعالج ألا يخفى عليه مثل هذا المآل الضرري المحقق، فإن قام المعالج بهذا الإجراء عمداً مرتكباً لجريمة يواخذ عليها ويثبت في حقه المساءلة وتحمل التبعة، بحيث لو أفضى هذا الفعل إلى موت المريض عمداً الطبيب في رتبة القاتل المتعمد المستحق للقصاص. يقول الهيثمي: «والدواء المذفف فيقتل فاعله»<sup>(٤)</sup>. ويقول الرملي: «ومن الدواء خياطة جرحه، فإن خاطه في لحم حي وهو يقتل غالباً فالقود»<sup>(٥)</sup>.

(١) النووي: روضة الطالبين ١٤٦/٩، الرملي: نهاية المحتاج ٢٧٦/٧، الرملي: حاشيته على أسنى المطالب ١٨/٤، الشرواني: حواشي الشرواني على التحفة ٤٠٩/٨، المرادوي: الإنصاف ٤٦٠/٩، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢٦٤/٣.

(٢) النووي: روضة الطالبين ١٣٠/٩.

(٣) الشربيني: مغني المحتاج ٢٠٠/٤، وانظر الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٣٥٥/٤، ابن عابدين: رد المحتار ٤٣/٥.

(٤) الهيثمي: فتح الجواد ٥٨/٢.

(٥) الرملي: نهاية المحتاج ٢٧٧/٧.

ويرد في هذا المقام إشكال حاصله: إن ادعى الطبيب عدم معرفته لهذه النتيجة وعدم إحاطته بهذا المآل، فهل يعد هذا مسوِّغاً لعدم الاعتداد بالعمدية في مثل هذه الأحوال؟ ويجب بأن من عادة الشارع إقامة مظنة الشيء مقام الشيء وإعطاء المظنة حكم مظنونها، وهذا يعني الاعتماد على شهادة الخبراء من الأطباء، فإن شهدوا بأن هذا الإجراء الصادر من المعالج يفضي إلى مآل ضرري غالباً كان العبرة بمظنة إفضاء الفعل إلى نتيجته ومآله، وعندها فلا عبرة بقول المعالج وإن ادعى عدم المعرفة. يقول الإمام الشافعي: «يسأل أهل العلم، فإن قالوا: قد يخطئ بمثل هذا، سئل: فإن قال: أخطأت حلف ولا قصاص عليه، وتحمل ذلك عاقلته. وإن قالوا: لا يخطئ بمثل هذا، فللمستقاد منه القصاص بقدر الزيادة»<sup>(١)</sup>. ويقول أيضاً: «ولو كان حين أمره أن يختنهما أخطأ فقطع طرف الحشفة وذلك مما يخطئ مثله بمثله فلا قصاص، وعليه من دية الصبي وقيمة العبد بحساب ما بقي، ويضمن ذلك العاقلة. ولو قطع الذكر من أصله وذلك لا يخطأ بمثله حُبس حتى يبلغ الصبي فيكون له القَوْد أو أخذ الدية»<sup>(٢)</sup>.

وعليه لا يوصف فعل المعالج بأنه خطأ طبي إلا حين يكون الإفضاء الضرري المترتب عن المعالجة عارض على إجراء علاجي مشروع ومأمون العاقبة في الأصل، كما يتعين النظر إلى طبيعة الإجراء العلاجي بحسب إفضائه إلى الضرر أو عدمه فإن كانت المخالفة الواقعة لأصول الإجراءات العلاجية محتمة الإفضاء إلى الضرر صح القول بأن هذه المخالفة العارضة خطأ طبي، أما إن كان الإفضاء إلى الضرر غالباً أو كثيراً عدت جناية عمدية أو شبه عمد بحسب درجة قوة الإفضاء الضرري .

(١) الشافعي: الأم ٦/٥٢-٥٣ .

(٢) الشافعي: الأم ٦/٦١ .

## المطلب الثالث

### مدى صحة الاعتداد بالجسامة معياراً في تقرير واقعة الخطأ

#### الطبي

اختلف فقهاء القانون الفرنسي القديم في مساءلة الطبيب عن أخطائه الطبية معيار التفرقة بين كينونة الخطأ الطبي الناتج جسيماً (فاحشاً) وبين كونه يسيراً، حيث ذهبوا إلى أن الطبيب لا يسأل إلا عن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها دون الأخطاء اليسيرة سواء على صعيد المسؤوليتين المدنية والجنائية، وجرى على هذه التفرقة بين الأخطاء الطبية القانون الفرنسي المعاصر وتبعه المصري إلى النصف الأول من القرن العشرين، ثم بدأ هذا التوجه القانوني الذي يعفي الطبيب عن أخطائه اليسيرة بالتحول، إذ توجهوا للاعتداد بالجسامة في الخطأ الطبي معياراً للتفرقة بين المسؤوليتين المدنية والجنائية، فالطبيب يسأل مدنياً عن كل خطأ يقترفه سواء كان خطؤه يسيراً أو جسيماً، أما جنائياً فلا يسأل إلا عن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها أثناء قيامه بالإجراءات الطبية<sup>(١)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القانونيين قد اختلفوا في تحديد مفهوم الخطأ الطبي الجسيم، ويتجه أكثرهم إلى أنه الخطأ الطبي الذي يصدر من المعالج والذي من شأنه أن يظهر جهلاً فاضحاً بأصول المعارف الطبية أو إهمالاً واضحاً عن القيام بالالتزامات المهنية مما من شأنه تعريض سلامة المريض إلى الخطر، بحيث لا يتوقع صدوره عن طبيب يتصف بالمهنية والحرص واليقظة في عمله<sup>(٢)</sup>.

(١) البية: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ٢١ وما بعدها، حنا: الخطأ الطبي الجراحي ١٩٠، حومد: المسؤولية الطبية الجزائية ١٧١ وما بعدها، القاسم: الخطأ الطبي ٨٠، عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب ٢٠٠-٢٠٢، شمس: المسؤولية التقصيرية للأطباء ١٠٥، ٢١٩، غسن: الخطأ الطبي ٨٦، لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ١٢٣.

(٢) وينب الزرقا إلى مفهوم الضرر الفاحش فقهاً بقوله: «هذا ولم أر من أفصح عن ضابط كلي يميز الضرر الفاحش من غير الفاحش تطبق عليه الفروع، وإنما بينت المجلة الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ بأنه كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة». انظر شرح القواعد الفقهية ١٠٣.

أما بالنظر إلى فقهاء الشريعة الإسلامية من المعاصرين فقد ظهر لديهم اتجاهان اثنان في قضية الاعتداد بالجسامة معياراً للخطأ الطبي.

**الاتجاه الأول:** يرى أن الطبيب لا يسأل عن أخطائه الطبية إلا إذا كانت جسيمة، بحيث لو كان الخطأ يسيراً لم يتحمل الطبيب تبعه المساءلة لا مدنياً ولا جنائياً، وإلى هذا المذهب مال أبو زهرة<sup>(١)</sup>، عبدالقادر عودة<sup>(٢)</sup>، وأحمد شرف الدين<sup>(٣)</sup>، ومحمود السرطاوي<sup>(٤)</sup>، عبدالسلام تونجي<sup>(٥)</sup>، وعبدالفتاح إدريس<sup>(٦)</sup>، عبدالله الجبوري<sup>(٧)</sup>، وهو ما اعتمده المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية<sup>(٨)</sup>.

**الاتجاه الثاني:** يذهب هذا الفريق إلى أن الطبيب يسأل مدنياً عن كل خطأ يرتكبه سواء كان يسيراً أم جسيماً، في حين أنه لا يسأل جنائياً إلا عن الأخطاء الجسيمة الفاحشة التي تشكل خطراً على سلامة المريض والتي قد تشكل مناطقاً لتوصيف الإجراء الطبي بالعمد أو شبه العمد، وإلى هذا المذهب مال مجمع الفقه الإسلامي<sup>(٩)</sup>، والسنهوري<sup>(١٠)</sup>، ومحمد الشنقيطي<sup>(١١)</sup>، وقيس آل الشيخ مبارك<sup>(١٢)</sup>، وعبدالله الغامدي<sup>(١٣)</sup>، وأسامة التايه<sup>(١٤)</sup>، ومحمد يسري إبراهيم<sup>(١٥)</sup>، وهو ما يتجلى بوضوح في فقه المذاهب الأربعة

(١) أبو زهرة: الجريمة والعقوبة ٤٦٠.

(٢) عودة: التشريع الجنائي ٥٢٢/١.

(٣) شرف الدين: مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام ٢١٧، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ٥٤.

(٤) السرطاوي: المسؤولية المدنية للطبيب ١٤٩.

(٥) تونجي: مؤسسة المسؤولية ١٧٩، ١٥٨.

(٦) إدريس: قضايا طبية من منظور إسلامي ٦٥.

(٧) الجبوري: فقه الطبيب وأدبه ٥٨، وانظر أيضاً المعاينة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ٥٠.

(٨) المنظمة العالمية للطب الإسلامي: الدستور الإسلامي للمهن الطبية (وثيقة الكويت) ٦١.

(٩) الدورة الخامسة عشرة والمنعقدة في مسقط سنة ٢٠٠٤م، قرار رقم ١٤٢ (١٥/٨).

(١٠) السنهوري: مصادر الالتزام ١١٤٨، فقرة ٥٤٨، الوسيط في القانون المدني ٩٢٣/١.

(١١) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية ٤٥٢، ٤٨١ وما بعدها.

(١٢) آل الشيخ مبارك: التداوي والمسؤولية الطبية ١٦٤.

(١٣) الغامدي: مسؤولية الطبيب المهنية ١٢٧.

(١٤) التايه: مسؤولية الطبيب الجنائية ١٥٠.

(١٥) يسري: سرقة الأعضاء بالجراحة الطبية ٢٤٨.

على الجملة<sup>(١)</sup>، وهو ما يفهم من نص الإمام الشافعي<sup>(٢)</sup>.

يقول الخرشي: «قال اللخمي: إذا قطع الطبيب في الموضع المعتاد فمات لم يكن عليه شيء، وإن زاد يسيراً ووقع القطع فيما قارب كان خطأً، وإن زاد على ذلك فيما لا يشك فيه أن ذلك عمد كان فيه القصاص، وإن تُردد بين الخطأ والعمد كانت مغلظة!»<sup>(٣)</sup>.

**ما يستدل به لكل من المذهبين:**

**أولاً: ما يستدل به للمذهب الأول**

١- إن الإجراء الطبي العلاجي عمل إنساني يكتنفه عوارض لحظية ونتائج احتمالية تطرأ تبعاً واستمراراً، بحيث تغدو الحالات المرضية المعروضة بين يدي الطبيب طبيعتها التغير والتبدل الدائم، علاوة على أن العمل الطبي يقوم على فرضيات علمية تعتمد الحدس والتخمين في تحقيق مناطاتها مما يجعل الإجراء الطبي عرضة لتوارد الخطأ عليه، فإذا ما أضيف أنه يتعين على الطبيب أحياناً اتخاذ قرارات حاسمة في أوقات حرجة لا فسحة فيها لتدارك ما يتعذر استدراكه بالفوات، مما يورث تشويشاً في ذهن الطبيب وصعوبة في اتخاذ القرارات المناسبة والذي يكون له أكبر الأثر بالوقوع في الأخطاء الطبية اليسيرة مما تعم بها البلوى<sup>(٤)</sup>.

وبناءً على ما سبق يغدو مساءلة الطبيب عن أخطائه اليسيرة إلحاق له بالمشقة

(١) الزيلعي: تبين الحقائق ٢٢/٨، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤٧/٤، البجيرمي: حاشيته على

التحفة ٣٢٨/٤، المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٧٤/٦.

(٢) الأم ٦١/٦، وقد أوردت نص الإمام الشافعي في هذا البحث ص ١٦ ففرق رحمه الله بين ما يمكن أن يخطئ الطبيب فيه مما يقع غيره من الأطباء بمثله فيضمن ما أخطأ، أما إن كان خطأه فاحشاً لا يخطئ أمثاله في مثله، فقد نصَّ رحمه الله على أنه يصار إلى القصاص اعتداداً بأنه جناية عمد أو شبه عمد، وفي هذا دليل واضح على أن التفريق بين الفاحش وغيره يقتضي المغايرة بين ثبوت المسؤولية الجنائية أو المدنية!!

(٣) الخرشي: شرحه على المختصر الخليلي ٨/١٥، كما ثبت عند فقهاء الحنفية كما في قول ابن عابدين:

«الجراحة اليسيرة كالكثيرة في حكم الضمان» انظر رد المحتار ٣٦/٦، الكاساني: بدائع الصنائع

٢١٤/٤.

(٤) البية: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ٤٣-٤٤.

المدفوع مثلها شرعاً، والذي يؤدي بدوره إلى امتناع الأطباء عن تقبل الكثير من الحالات المرضية التي تعرض عليهم والذي من شأنه تعريضهم للمساءلة، علاوة عن دور هذا التوجه الفقهي في إحباط روح الاكتشاف والابتكار الذي يشكّل ركيزة رئيسة في تقدم علم الطب وتطور فروعه، وهذا كله يجعل من مساءلة الطبيب عن أخطائه اليسيرة سبباً للضرر بالأطباء والمضارة بالمرضى على حد سواء، هذا فضلاً عن أن تقدير الخطأ الطبي اليسير في كثير من الحالات يكون تقديره بمجرد الشك والتقدير لا على جهة التحقق واليقين وما كان هذا شأنه لا يشرع؛ إذ هو عود على المحافظة على النفس بالمعارضة، وإن تلبّس في الظاهر بلبوس الرعاية والحفظ<sup>(١)</sup>.

ويعترض على هذا الدليل بأنه يقوم على الخلط بين ما يمكن تحرز الأطباء عن مثله من الأخطاء اليسيرة وبين ما لا يمكن التحرز عن مثله، إذ وقوع الطبيب بما يمكنه التحرز عن مثله من الأخطاء اليسيرة يشكّل منطوقاً شرعياً يقتضي انشغال ذمته؛ لأنه حقيقة الاعتداء المستوجب لتحمل تبعة الضمان!!

٢ - إن الإجراء الطبي في الأصل مستند في المشروعية للإذن الصادر من المريض، ومن مقتضيات هذا الإذن القيام بالمعالجة بحسب الممكن؛ وبناءً عليه لم يضمن الطبيب ما يقع من مضاعفات جانبية ترد على المريض مما لم يثبت تسببه فيه؛ لأنه مما لا يمكن التوقي عن مثله في المعالجات الطبية، فيقاس عليه الأخطاء الطبية اليسيرة؛ إذ يعد التحاشي عنها متعسر أو متعذر - أحياناً - فتأخذ الأخطاء الطبية اليسيرة حكم المضاعفات الجانبية المحتمل ورودها في الإجراءات الطبية على الجملة، بحيث يظهر استناد الأخطاء الطبية اليسيرة إلى الإذن الصادر من المريض ابتداءً، وهذا يقتضي عدم مساءلة الطبيب على الجملة؛ عملاً بالقاعدتين

(١) البية: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ٤٢ وما بعدها، القاسم: الخطأ الطبي ١٠، الجبوري: فقه الطبيب وأدبه ٥٨، السرطاوي: المسؤولية المدنية للطبيب ٥١ (بحث محكم في مجلة دراسات، الجامعة الأردنية).



الفقهيتين «الجواز الشرعي ينافي الضمان»<sup>(١)</sup>، و«الإذن بالشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه»<sup>(٢)</sup>.

ويُعرض على هذا الدليل بمثل ما اعترض به على سابقه بأن إذن المريض مقتصر على ما لا يمكن تحرز الطبيب عن مثله عند قيامه ببذل العناية المفترضة سواء أكان الضرر اللاحق فاحشاً أو يسيراً؛ لذا كان القول بأن الأخطاء الطبية اليسيرة مُتضمنة في إذن المريض للطبيب المستوجب إسقاط حقه عند وقوع يسير الخطأ؛ توجيهاً بين العوار مفضٍ إلى بدو الاستهتار بأرواح المرضى!!

٣ - إن إلزام القضاة النظر في تقدير الأخطاء الطبية اليسيرة متعسر؛ ذلك أن الخطأ اليسير موضع نقاش علمي بين المتخصصين من الأطباء أنفسهم فمنهم من يعدّه خطأ في حين يعتد الآخر بأنه محتمل لوجه من الصحة، وهذا يعني أن الأحكام القضائية ستتعلق بمسائل طبية دقيقة تفضي إلى اشتباه حقيقتها من الناحية الطبية والعلمية، وهو أمر غاية في الصعوبة؛ مما يجعل إمام القضاة بالمسائل الطبية بحاجة إلى أزمان متطاولة تتراكم معه القضايا أو أن الأحكام القضائية ستصدر غير مستوفاة للنظر القضائي السديد، وعلى كلا الاحتمالين سيتعطل إقامة العدالة القضائية بوجه ما، ولا سبيل لصيانة منصب القضاء عن مثل ذلك إلا بعدم عدّ الأخطاء الطبية اليسيرة مثبتة للمسؤولية المدنية وعدم المآخذة عليها<sup>(٣)</sup>. ويعترض على هذا الدليل بأنه يمكن للقضاة أن يستعينوا بالخبراء من الأطباء على الوجه المعين لهم على استجلاء الحقائق الطبية مما يمكنهم من البت بالأخطاء الطبية فاحشها ويسيرها.

(١) الزرقا: شرح القواعد الفقهية ٤٣١، الندوي: القواعد الفقهية ٣٥١، وانظر الزحيلي: نظرية الضمان ٢١١.

(٢) المقري: القواعد ٥٩٩/٢، الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية ١٠٨/١.

(٣) البية: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ٣١ وما بعدها، حنا: الخطأ الطبي الجراحي ١٨٥ وما بعدها.

ثانياً: ما يستدل به للمذهب الثاني

١ - يقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ (النساء: ٩٢).

أفادت الآية بعمومها أن القاتل بطريق الخطأ يلتزم أداء دية المقتول مطلقاً، والقول بالتفريق بين الخطأ الجسيم واليسير في حق الطبيب، يعد تخصيصاً لعموم هذه الآية بغير دليل مخصّص والتالي باطل؛ لاقتضائه إبطال دلالة العموم في بعض أفرادها بغير موجب من دلائل الشرع، وهذا لا سبيل إليه.

ويعترض على هذا الاستدلال بأن موضوع الآية القتل الخطأ لا الأخطاء الطبية، مما يظهر بأن الآية لا دلالة لها على تقرير حكم الخطأ الطبي اليسير، لا سيما أنه في الغالب الأعم لا يفضي إلى القتل.

٢ - يقول تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ (البقرة: ١٩٣). تفيد الآية عموماً محققاً بأداة الحصر المسبوق بالنفي المتعلق بالنكرة المستدل به على نفي العدوان عن كل من لم يصدر منه الظلم، ولهذا لم يُسأل الطبيب المحسن الحاذق عن ترتب المضاعفات الجانبية بالمريض بعد تطبيقه إذ لم يثبت منه الخطأ ولا عدوان فكانت النتيجة نفي الضمان عنه ورفع مساءلته عن تبعه الضرر، في حين أن صدور الخطأ من الطبيب يشكل اعتداءً يقتضي ردمه بالضمان لا تكريسه بنفي المسؤولية عن المعتدي المتلبس بارتكاب الأخطاء الطبية اليسيرة التي لا تكاد تنقطع ما لم يطالب الطبيب بضمانها !!

يعترض على هذا الاستدلال بأن توصيف الطبيب بكونه معتدياً عند الوقوع في خطأ طبي من شأنه امتناع الأطباء عن تقبل الكثير من الحالات المرضية التي تعرض عليهم والمفضي إلى ضرر عام بالمرضى، علاوة عن إحباط روح الاكتشاف والابتكار لدى الأطباء الذي يشكل الركيزة الرئيسة في تقدم علم الطب.

٣ - انعقد الإجماع على وجوب تضمين الطبيب عن كل ما يصدر عنه من أخطاء

مطلقاً بغير تفريق بين خطأ جسيم وآخر يسير، والقول بالتفريق يقتضي نقضاً وخروجاً عن دلالة الإجماع على الجملة.

يقول ابن عبد البر: «أجمعوا أن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره، وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى»<sup>(١)</sup>. ويقول ابن رشد الحفيد: «وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك؛ لأنه في معنى خطأ الجاني»<sup>(٢)</sup>.

### الترجيح

بعد استعراض ما يستدل به لكل من المذهبين والاعتراضات الواردة عليها يظهر قوة أدلة من يرى لزوم مساءلة الطبيب عن كل ما يصدر عنه من أخطاء، وأن التفريق بين الخطأ الجسيم واليسير يقتضي تعريض سلامة المرضى للخطر بغير موجب لاسيما مع ثبوت مقتضى الاعتداء متمثلاً بالفعل الضار من الطبيب، ومآل القول بنفي المسؤولية عن الأخطاء الطبية اليسيرة يفضي إلى تكاثرها وتسلسلها بغير توقف عند حد، وفي هذا ضرر كبير بالعامّة ومصادرة للعدالة. علاوة على أن نفي مسؤولية الطبيب عن الأخطاء اليسيرة يرجع على الإطلاق الوارد في الأدلة الشرعية بالتقييد بما لا يستند إلى أصل شرعي مقبول يعتد به، وهذا لا سبيل إليه لتضمنه مصادمة أصول الشريعة جملةً بغير موجب، لذا يقتصر في التفريق بين الأخطاء الجسيمة واليسيرة فيما يميّز بين المسؤوليتين المدنية والجنائية المتوجهة للأطباء فقط!

(١) ابن عبد البر: الاستنكار ٦٢/٨ .

(٢) ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٤١٨/٢ .

## المبحث الثالث

### المسؤولية المترتبة على الطبيب عند اقترافه خطأ طبياً

#### المطلب الأول

#### الأساس الفقهي المؤسس لمسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي

اعتماداً على التعريف المختار للخطأ الطبي بأنه الخروج عن مقتضيات السلامة المقررة طبياً بغير قصد إبان القيام بمعالجة مأمونة العاقبة، فسيتم تركيز الحديث على ضمان الطبيب للأضرار الناتجة عن الخطأ الطبي، والذي يطلق عليه قانونياً اسم المسؤولية المدنية؛ ذلك أن فرضية ثبوت المسؤولية الجنائية بارتكاب الطبيب مخالفة صارخة نابية عن جملة التزاماته المهنية، والذي من شأنه تعريض حياة المريض إلى الخطر، تعد حالة استثنائية ليست أصيلة في حالة الطبيب، فضلاً عن أنها خارجة عن مفهوم الخطأ الطبي كما تقرّر.

تنقسم المسؤولية المدنية في الاصطلاح القانوني إلى قسمين: مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية. ويقصد بالمسؤولية العقدية الحالة التي يكون فيها الشخص قد أخلّ بالتزام تعاقدى مُبرم. في حين يقصد بالمسؤولية التقصيرية الحالة التي يكون فيها الشخص مخالفاً بالالتزام القانوني حيث ألحق الضرر بالغير<sup>(١)</sup>.

والسؤال الوارد في هذا السياق هل تستند مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي في الأصل على أساس المسؤولية العقدية أم على أساس المسؤولية التقصيرية ؟

اختلفت آراء القانونيين في هذا الأمر وإن كان التوجه العام الاعتداد بأن مسؤولية الطبيب عقدية وليست تقصيرية؛ استناداً على حكم محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٣٦ بإبرامها ما يسمى بقرار «مرسي» حيث جرى بموجبه الاعتداد بأن الأصل

(١) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ١/٦١٨، مرقس: شرح القانون المدني (الالتزامات) ٢/٢ وما بعدها.

في خطأ الطبيب المسؤولية العقدية<sup>(١)</sup>.

وإذا يميننا باتجاه البحث الفقهي فيلاحظ بأن المذاهب الفقهية الأربعة قد ميزت بين المسؤوليةين العقدية والتقصيرية بدقة<sup>(٢)</sup>. يقول السرخسي مفرقاً بينهما: «إِنَّ مَا يَجِبُ مِنَ الضَّمَانِ بِإِتْلَافِ النَّفُوسِ ضَمَانٌ الْجِنَايَةِ، وَضَمَانٌ الْجِنَايَةِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ ضَمَانِ الْعَقْدِ»<sup>(٣)</sup>.

والسؤال الذي يرد في هذا المقام: هل يخرج الفقهاء واقعة الخطأ الطبي على مقتضى المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية؟

من خلال سبر أقوالهم وتعليلاتهم في ثبوت مسؤولية الطبيب أو انتفائها عند حصول الضرر الناتج عن معالجته، يتجلى افتراق الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين:

**الفريق الأول:** وهم فقهاء الحنفية<sup>(٤)</sup> القائلون بأن مسؤولية الطبيب عن جملة إجراءاته العلاجية هي مسؤولية عقدية في الأصل إلا أن يصدر عن الطبيب مجاوزة فاحشة تجافي مقتضيات عقد المعالجة، بحيث تقضي هذه المجاوزة إلى وجوب الدية بموت المريض أو تلف أحد أعضائه، وعندئذ يعدُّ بالمسؤولية التقصيرية أساساً في مساءلة الطبيب عن الأضرار الناجمة إضافة إلى المسؤولية العقدية.

**الفريق الثاني:** وهم جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(٥)</sup>، والشافعية<sup>(٦)</sup>، والحنابلة<sup>(٧)</sup> القائلون

(١) البية: خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ١٦٤، القرشي: المسؤولية المدنية للطبيب ٢٥، غصن: الخطأ الطبي ٨٤.

(٢) السرخسي: المبسوط ٢٨/٢٧١، ٢٩/٣٥٧، القراني: الذخيرة ٥/٣٧٣، الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية ٢/٣٢٢.

(٣) السرخسي: المبسوط ١٨/٢٤٧، وانظر الشربيني: مغني المحتاج ١١/٣١٣.

(٤) السرخسي: المبسوط ١٥/١٠٥، الزيلمي: تبيين الحقائق ٥/١٣٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٨/٣٣، المرغيناني: الهداية ٣/٢٤٥، ابن عابدين: رد المحتار ٦/٦٨، ابن غاتم البغدادي: مجمع الضمانات ١٠٣.

(٥) ابن عبد البر: الاستنكار ٨/٦٣، ابن رشد: بداية المجتهد ٢/٣١٣، عيش: منح الجليل ٩/٣٦.

(٦) الهيتمي: الفتاوى الفقهية الكبرى ٤/٢٢٠، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٧١، الشرواني: حواشي الشرواني والعبادي ٧/١٩٧.

(٧) ابن مفلح: الفروع ٤/٣٣٧، المبدع شرح المقنع ٥/١١٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩، كشاف القناع ٤/٣٥.

بأن مسؤولية الطبيب عما يصدر عنه إبان المعالجة هي مسؤولية تقصيرية بإطلاق.

### الأصل الفقهي المعتمد لدى الفريقين:

أ- يرى الحنفية أن الأساس في علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة عقدية؛ لذا فإن ذمة الطبيب لا تنشغل إلا عند مخالفته لجملة التزاماته التعاقدية التي أبرمها، مؤكداً بأن السبب في انتفاء مسؤوليته عن الأضرار المترتبة عن تطبيقه؛ لأنه ملتزم بمقتضيات عقد المعالجة بغير مجاوزة لها؛ إذ «الضمان ينتفي بعدم المجاوزة»<sup>(١)</sup>. وفي السياق نفسه يضبطون الحدود الموضوعية لمسؤولية الطبيب في العقد بما يدخل في مقدوره من العناية الطبية؛ بحيث يغدو ما لا يمكنه التحرز عنه من الأضرار والمضاعفات غير المتوقعة إبان المعالجة مما لا يندرج في التزامات عقد المعالجة؛ «لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الطبيب لا على ما ليس في وسعه»<sup>(٢)</sup>. يقول السرخسي: «المستحق على الطبيب عمل معلوم بحدّه لا عمل غير ساري؛ لأن ذلك ليس في مقدور أحد من البشر، فالجرح فتح باب الروح والبُرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة، وليس ذلك بمقدور البشر، فلا يجوز التزامه بعقد المعاوضة»<sup>(٣)</sup>.

أما في حال ارتكاب الطبيب خطأ طبياً يجافي الالتزامات التعاقدية التي أبرمها حتى أفضى إلى تحصيل ضرر فاحش بالمريض مما يستوجب الدية، فيغدو الطبيب مرتكباً لجناية تنشغل معها ذمته على أساس المسؤولية التقصيرية؛ إذ هذا النوع من الأضرار غير مندرج بمقتضى عقد المعالجة «فلا يُضمن بالعقد؛ لأن ضمان الأدمي إنما يجب بالجناية!!»<sup>(٤)</sup>.

(١) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٢/٨.

(٢) برهان الدين: المحيط البرهاني ٢٧٤/٨، وانظر الزركشي: المنتور في القواعد الفقهية ١٠٨/١، ١٩٩/٣.

(٣) السرخسي: المبسوط ٣١٢/١٨.

(٤) الزيلعي: تبين الحقائق ١٣٦/٥، وانظر السرخسي: المبسوط ٣٥٧/٢٩، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٣/٨، المرغيناني: الهداية ٢٤٥/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٦٨/٦، ابن غانم البغدادي: مجمع الضمانات ١٠٢.

ب - يرى جمهور الفقهاء أن الأصل الشرعي الكلي يقضي بصيانة جسد آدمي عن الاعتداء، فإذا ما قصد المريض طبيباً لمعالجته فلا يشرع للطبيب أن يعرض حياة المريض للخطر؛ اعتداداً بهذا الأصل التشريعي؛ من هنا تعين النظر إلى إجراءات الطبيب من خلال اتصافها بالمشروعية أو عدم المشروعية؛ لأن الأصول الشرعية الكلية أقوى اقتضاءً في التكليف الشرعي من الالتزامات العقدية الجعلية، وإحالة الأحكام على أقوى مقتضياتها واجب متعين.

بناءً على ما تقدم يذهب جمهور الفقهاء إلى أن ذمة الطبيب لا تنشغل إلا إذا اتصف صنيعه بعدم المشروعية حال ارتكابه ما من شأنه الإفضاء إلى الإضرار بالمريض؛ لذا يحرص هذا الفريق على نفي المسؤولية عن الطبيب لانقضاء صفة الجنائية أو التعدي<sup>(١)</sup>.

في حين يعللون انتفاء المسؤولية التقصيرية عن الأطباء وإن ترتبت المضاعفات الناتجة عن العلاج فيما لم يثبت منهم تعدٍ أو تقصير بأنهم «فعلوا مباحاً مأذوناً فيه»<sup>(٢)</sup>، ولأنه «إنما فعله للصالح بأمر المفعول به»<sup>(٣)</sup>.

بعد تحرير الأصل الفقهي المقتضى لدى الفريقين، قد يقول قائل: ما دام أن فقهاء الحنفية يعتبرون بالمسؤولية التقصيرية أساساً للمساءلة عند ارتكاب خطأ فاحش يستوجب الدية، فهذا يعني أن الخلاف بين الفريقين آيل إلى اللفظية بمطالبة الطبيب بالدية !!

ويجاب بأن الخلاف بين الفريقين لا يؤول إلى اللفظية؛ ذلك أن فقهاء الحنفية يعتبرون بتزاحم ورود المسؤوليتين العقدية والتقصيرية معاً إبان ارتكاب الطبيب فاحش الخطأ المستوجب للدية، فإن أمكن إعمالهما معاً بحيث يظهر أثر الإذن المترتب عن المسؤولية العقدية إبان المساءلة بمقتضى المسؤولية التقصيرية ليكون الواجب المطالبة بنصف

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ٢/٣١٣، وانظر ابن قدامة: المغني ٥/٣١٥.

(٢) البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩-٢٧٠، كشف القناع ٤/٣٥.

(٣) الشافعي: الأم ٦/١٧٥، انظر ابن مفلح: المبدع ٥/١١٠، والبهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩-٢٧٠.

الدية، وإلا تعيَّنت المساءلة بمقتضى المسؤولية التقصيرية منفردة بحيث يلتزم الطبيب بأداء الدية تامة غير منقوصة.

ويتخرج على هذا التوجه الفقهي لدى الحنفية<sup>(١)</sup> مسألة يعدونها الأغرَب والأندر في مسائل الجنایات، صورتها: أن الطبيب إذا أخطأ فقطع أثناء الختان الحَشَفَةَ، نُظِر فإن مات المريض على أثرها وجب نصف الدية، وإن بقي حياً وجبت الدية كاملة، معللين بأن المريض إن مات فالموت قد حصل بسرية جرح مأذون فيه بمقتضى عقد المعالجة، فظهر أنه قد اجتمع في حالة الموت جهتان: الأولى تقتضي وصف فعل الطبيب بالمشروعية لأجل عقد المعالجة؛ فالسرية الحاصلة بمقتضى هذا العقد غير مضمونة، والثانية تقتضي اتصافه بعدم المشروعية لأجل الخطأ الطبي المجاني لمقتضى العقد، فالواجب عندئذ الالتزام بأداء نصف الدية. أما إن بقي المريض حياً فيظهر أن الخطأ أفضى إلى إتلاف عضو كامل، وهذه جنایة مجافية لمقتضى عقد المعالجة جملة؛ فيلتزم الطبيب بضمان ما ترتب عن الخطأ الطبي، وهي دية كاملة<sup>(٢)</sup>.

وأجدني في المحصلة ميالاً لمذهب الحنفية في الاعتداد بأن مسؤولية الطبيب عما يصدر عنه إبان المعالجة مسؤولية عقدية؛ ذلك أن السبب في وصف صنيع الطبيب بالمشروعية يعتمد على مدى التزامه بحدود تعاقد مع المريض، في حين يوصف فعله بعدم المشروعية عند مخالفته لموضوع التعاقد، وعندئذ يغدو ثبوت صفة المشروعية أو عدمها تابع للعقد؛ لذا لا يصح إهمال الطبيعة التعاقدية في تقرير التزامات الطبيب!!

ويتعين التنبيه إلى أن ما يذهب إليه فقهاء الحنفية من القول بتزاحم ورود المسؤوليتين العقدية والتقصيرية إبان ارتكاب الطبيب الخطأ الفاحش المستوجب للدية، محل نظر؛ ذلك أن المساءلة بمقتضى المسؤوليتين التقصيرية والعقدية معاً يؤول إلى الجمع بين نقيضين، والتالي باطل لامتناع اجتماعهما شرعاً وعقلاً!!

(١) السرخسي: المبسوط ١٦٠/١١٠، ابن نجيم: البحر الرائق ٣٢/٨، الزيلعي: تبين الحقائق ١٣٧/٥، ابن عابدين: رد المحتار ٧٥/٦.

(٢) انظر المراجع السابقة.



بيان ذلك بأن المسؤولية العقدية إنما تقررت بناءً على ثبوت وصف المشروعية لموضوع التعاقد المتعلق بمعالجة يقصد بها رعاية صلاح المريض بحفظ الموجود وتحصيل المفقود من الصحة بقدر المستطاع، فإذا صدر عن الطبيب ما يجافي موضوع التعاقد بصورة صارخة حتى أفضى إلى موت المريض أو تلف أحد أعضائه، فيظهر بأن المسؤولية العقدية افتقدت الأساس الذي عليه تستند باتصاف فعل الطبيب بالمشروعية، وعندئذٍ تتقرر المساءلة بمقتضى المسؤولية التقصيرية؛ القائمة على اتصاف فعل الطبيب بعدم المشروعية، من هنا امتنع اجتماع المسؤوليتين معاً.

لا يقال: كانت بعض معالجات الطبيب متصفة بالمشروعية لالتزامه بينود العقد وبعضها غير متصف بالمشروعية حال ارتكابه خطأ طبياً فاحشاً؛ لذا تزامحت المسؤوليتان معاً؛ ذلك أن الاتصاف بالمشروعية أو عدمه ثابت لجملة ما يصدر عن الطبيب، وإلا لكان فعله موصوفاً بالمشروعية وبعدمها في آن واحد، ولا معنى لهذا إلا التناقض، والشريعة مصانة عن مثله؛ لذا امتنع اجتزاء النظر في الحكم على تصرفاته صيانة للأحكام من شبهة التخالف والتناقض.

والسؤال المتعين في هذا السياق ما هي طبيعة الالتزامات التعاقدية التي تثبت على الطبيب عند المعالجة؟

لما كانت الإجراءات العلاجية تستند في كثير من الأحوال إلى الحدس والتخمين استناداً إلى القرائن الطبية؛ مما يجعل ورود الاحتمالات الطارئة أمراً غير مستغرب في مهمة الطبيب؛ وعليه يتفق الفقهاء على أن عقد المعالجة بين الطبيب والمريض إنما هو عقد إجارة، يلتزم الطبيب بمقتضاه بذل العناية الطبية المتيسرة لديه؛ أملاً في تحصيل السلامة من المرض<sup>(١)</sup>.

ويستفاد هذا المعنى مما ورد عن أبي رُمثة قال: «دَخَلْتُ مَعَ أَبِي عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٤٢/٥، ابن البزاز: الفتاوى البزازية ٩٠/٥، ابن عبد البر: التمهيد ٢٦٤/٥، القرافي: الذخيرة ٢٥٧/١٢، ابن رشد: بداية المجتهد ٣١٣/٢، القليوبي: حاشيته على شرح المنهاج ٧٩/٣، الشرواني: حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج ٤١٧/٦، الدمياطي: إعاة الطالبين ١٢٢/٣، ابن قدامة: المغني ٣١٤/٥، البهوتي: كشف القناع ١٤/٤.

فَرَأَى أَبِي الذِّي بَطَّهَرِ رَسُولِ اللّٰهِ ﷺ - أَي خَاتَمِ النُّبُوَّةِ - فَقَالَ: دَعْنِي أَعَالِجِ الذِّي بَطَّهَرَكَ فَإِنِّي طَيِّبٌ ! فَقَالَ ﷺ: «أَنْتَ رَفِيقٌ، وَاللّٰهُ الطَّيِّبُ». ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللّٰهِ ﷺ: «مَنْ هَذَا مَعَكَ؟». قَالَ: ابْنِي أَشْهَدُ بِهِ. فَقَالَ: «أَمَّا إِنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>. فقد سَمَّى النَّبِيُّ ﷺ الطَّيِّبَ - القاصِدَ لِطَبْيِيهِ مِمَّا ظَنَّهُ أَنَّهُ وَرَمَ فِي ظَهْرِهِ ﷺ - رَفِيقًا؛ لِأَنَّ المَطْلُوبَ مِنْهُ الِاتِّزَامَ بِبِذْلِ عِنَايَتِهِ الخَالِصَةَ لِلْمَرِيضِ أَمْلًا فِي تَحْصِيلِ مَأْمُولِ الشِّفَاءِ مِنَ الأَسْقَامِ، كَمَا يَسْتَفَادُ مِنْ تَسْمِيَةِ اللّٰهِ عَزَّ وَجَلَّ بِأَنَّهُ هُوَ الطَّيِّبُ أَنْ أَحَدًا لَا يَعْلَمُ حَقِيقَةَ المَرَضِ وَمَسَالِكِ الشِّفَاءِ التَّامَةِ مِنْهُ إِلَّا اللّٰهُ سُبْحَانَهُ جَلَّ جَلَالُهُ<sup>(٢)</sup>.

ولهذا فقد حرص الفقهاء على تقرير أن التعاقد على المعالجة لا يتضمن الالتزام بتحقيق الشفاء من المرض، ولا الالتزام بعدم حدوث مضاعفات جانبية ناتجة عن العمليات الجراحية أو الأدوية المستعملة؛ لأن ذلك أمر غير ممكن الوفاء به؛ لأنه مبني على اختلاف طبائع الأبدان وتمايزها في تحمل الأدوية وتفاوتها في مدى الاستجابة لها، وعليه فالحيلولة دون وقوع هذه المضاعفات أثناء الإجراءات الطبية غير مقدور لأحد، بحيث يغدو إلزام الأطباء بتحصيل ما ليس مقدوراً لهم من باب التكليف بما لا يطاق وهو مما لم يرد في الشرع، فلا يحل وروده في عقد المعالجة الطبية، وإلا لكان ضرباً من ضروب التفرير بالأطباء والمضارة لهم، ويفضي إلى تقاعسهم عن التطبيب، كما أن مطالبتهم بالضمان مع عدم التعدي أو التقصير يعد إجحافاً بحقهم<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على ما تقدم فقد اتفق الفقهاء على عدم تضمين الطبيب لما يترتب عن معالجته من مضاعفات في الجراحات أو الأدوية إذا كان الطبيب حاذقاً وقد قام بكافة ما يتعين

(١) أحمد: المسند رقم (١٧٥٢٧)، البيهقي: السنن الكبرى، باب إيجاب القصاص على القاتل رقم (١٥٦٧٥)، الطبراني: المعجم الكبير رقم (٧١٥)، الحميدي: المسند رقم (٨٦٦)، ابن أبي شيبة: المصنف رقم (١٠٨٥٥)، وانظر صحيح الجامع الصغير رقم (١٤٨١).  
(٢) المناوي: فيض القدير ٢/١٢٦، الزرقاني: شرحه على الموطأ ٤/٤١٨، العظيم آبادي: عون المعبود ١١/١٧٥.

(٣) ابن عابدين: رد المحتار ٥/٤٣، السرخسي: المبسوط ١٢/٣١٢، الزيلعي: تبين الحقائق ٥/١٣٥، ابن عبد البر: التمهيد ٥/٢٦٤، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/٢٨، العبدري: التاج والإكليل ٥/٤٣١، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٣٥، الشربيني: مغني المحتاج ٤/٢٠٢، ابن مفلح: الآداب الشرعية ٢/٤٣٨.

عليه استناداً لأصول الإجراءات الطبية المرعية في زمانه من غير تقصير ولا اعتداء<sup>(١)</sup>. وقد وقع الخلاف بين الفقهاء في مشروعية إبرام عقد المعالجة على شرط شفاء المريض من الأسقام، وحاصل الخلاف في هذه المسألة متقررٌ في صورتين:

الأولى: حال تكييف عقد المعالجة على أنه إجارة.

الثانية: حال تكييف عقد المعالجة على أنه جعالة.

**الصورة الأولى: اشتراط شفاء المريض من الأسقام حال تكييف عقد المعالجة بكونه إجارة.**

يتفق الفقهاء على عدم مشروعية اشتراط شفاء المريض ولا الالتزام بانتفاء مضاعفات الجراحة والآثار الجانبية للأدوية في عقد الإجارة على المعالجة الطبية؛ لأنه أمر محتمل الوقوع لا سبيل إلى التحقق من حصوله أو عدمه؛ لذا لا يصح وروده في عقد الإجارة على المعالجة مطلقاً، لكنهم اختلفوا في أثر هذا الاشتراط على عقد الإجارة على مذهبين:

الأول: مذهب الشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>، وحاصله: أن إبرام عقد الإجارة على المعالجة الطبية بشرط شفاء المريض يفضي إلى فساد عقد الإجارة؛ لأن هذا الشرط متضمن للغرر المفضي إلى التظالم والتنازع.

الثاني: مذهب الحنفية<sup>(٣)</sup>، وحاصله: أن إبرام عقد الإجارة على المعالجة الطبية بشرط

---

(١) ابن المنذر: الإجماع ١٤١، ابن القيم: زاد المعاد ٤/١٣٩، الشرواني: حاشيته على تحفة المحتاج ٩/١٩٧، البجيرمي: حاشيته على المنهج ٤/٢٤٢، ابن عابدين: رد المحتار ٦/٧٢، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٦٨/٨، الدسوقي: حاشيته ٤/٢٨.

(٢) النووي: روضة الطالبين ٧/٣٩١، الدمياطي: إعانة الطالبين ٣/١٢٢، المليباري: فتح المعين ٣/١٤٥، قلوبجي: حاشيته ٣/٧٩، الرملي: نهاية المحتاج ٥/٢٩٧، الهيثمي: تحفة المحتاج ٤/٤٤٧، ابن قدامة: المغني ٥/٣١٤، البهوتي: كشاف القناع ٤/٢٧، ابن مفلح: المبدع ٣/٩٧.

(٣) السرخسي: المبسوط ١٢/٣١٢، الفتاوى الهندية ٤/٥١٢، الزيلعي: تبين الحقائق ٥/١٣٧، المحيط البرهاني ٨/٣٩١، يقول ابن نجيم: «لو قال الرجل للكحال: داو بشرط أن لا يذهب البصر، فذهب البصر لم يضمن»، ويعلل ابن عابدين عدم الاعتداد بهذا الشرط في عقد الإجارة على المعالجة بقوله: «قلت: إنما لم يعتبر شرط الضمان؛ لما تقرر أن شرطه على الأمين باطل، على ما عليه الفتوى. اهـ انظر ابن نجيم: البحر الرائق ٨/٣٣، ابن عابدين: رد المحتار ٦/٥٦٨، وانظر ابن غانم البغدادي: مجمع الضمانات ٤٧/١.

شفاء المريض يقتضي صحة عقد الإجارة مع إلغاء الشرط؛ لأنه شرط ينافي الطبيعة التعاقدية للإجارة على المعالجة، فيلغو الشرط بغير التأثير على صحة التعاقد؛ لإمكان انفكاك العقد عنه.

والباحث يميل إلى القول بفساد عقد الإجارة المقترن بشرط شفاء المريض؛ لأن ورود الشرط على هذا العقد يجعله من جملة الالتزامات التعاقدية، فيغدو فصله عنه غير ممكن إلا مع حصول النزاع والمخاصمة، والأصل المقرّر شرعاً صيانة العقود عن مثله، ولا سبيل إليه إلا بالقول بفساد عقد الإجارة؛ إذ الدفع أسهل من الرفع.

**الصورة الثانية اشتراط شفاء المريض من الأسقام حال تكييف عقد المعالجة بكونه جعالة.**

اختلف الفقهاء في مشروعية اشتراط شفاء المريض من الأسقام في عقد المعالجة حال تكييفه بأنه عقد جعالة على قولين:

الأول: وإليه يذهب الإمام مالك في أظهر قوليه<sup>(١)</sup>، وهو المعتمد عند المالكية<sup>(٢)</sup>، والشافعية<sup>(٣)</sup>، والحنابلة<sup>(٤)</sup> وحاصله: مشروعية اشتراط الشفاء اعتماداً على كون العقد جعالة، بأن يجعل المريض للطبيب مبلغاً يعينه إن شُفي من مرضه، فإن لم يُشفَ فلا يستحق الطبيب شيئاً على المعالجة لكن بغير تعيين زمن يحصل في أثناءه

---

(١) ظاهر الرواية عن الإمام مالك تدل على مشروعية الكراء على البرء من المرض. وقد نقل عنه التردد في إجراء مشاركة الطبيب على البرء على أصل الإجارة أو الجعالة، والمعنى بالإجارة في هذا المقام الإجارة على البلاغ وهي في معنى الجعالة، غير أنهما يفترقان بأن الطبيب في الإجارة على البلاغ يلتزم بمواصلة عمله إذا ظهرت القرائن المرجحة لإمكانية بلوغ غاية الشفاء، أما في الجعالة فلا يلتزم بالاستمرار في المعالجة؛ لأنه مبني على الإرادة المنفردة من الطبيب فأشبهه حالة المتبرع. انظر المدونة الكبرى ٤٢٢/٦، ابن عبد البر: الكافي ١/٣٧٥، القرافي: الذخيرة ٦/٢٢، شرح ميارة ٢/١٨١.

(٢) الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٤/٦١، الخرخشي: شرحه على المختصر ٧/٦١، العدوي: حاشيته على كفاية الطالب ٢/٢٥٦-٢٥٥، النفراوي: الفواكه الدواني ٢/١١٥، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ٢/١٧٧، ابن جزى: القوانين الفقهية ١٨٢.

(٣) البيهقي: تحفة المحتاج ٦/٤٢٧، البجيرمي: حاشيته على المنهج ٣/٢٨، الشرواني: حاشيته على التحفة ٦/٣٦٣.

(٤) ابن قدامة: المغني ٥/٣١٤، البهوتي: كشاف القناع ٤/٢٧، ابن مفلح: المبدع ٣/٩٧، المرادوي: الإنصاف ٦/٧٥، ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٢٠/٥٠٧، ابن القيم: إعلام الموقعين ٢/٥.

الشفاء، ويشترط المالكية في الجعالة على الشفاء ألا يكون الدواء مقدماً من الطبيب كيلا يجتمع البيع والجعالة معاً؛ لأن الجمع بينهما جمع بين معاوضة وتبرع وهو غير جائز، في حين يشترط الشافعية في عقد الجعالة على الشفاء أن تكون المعالجة صادرة عن الطبيب متصفة باقتضائها للمشقة أو الكلفة.

ويستند هذا الفريق في إثبات مشروعية الجعالة على الشفاء في عقد المعالجة بما ثبت أن نقرأ من الصحابة رضي الله عنهم - وفيهم أبو سعيد الخدري رضي الله عنه - مروا بحي من أحياء العرب استضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلما لدغ سيد الحي اتفقوا معهم على أن يرقوه بشرط أن يعطوهم قطيعاً من الغنم إن شفي، فلما رقاه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قام سيد الحي بعدها وما به من بأس، فأوفوهم ما وعدوهم. ثم اتفقوا فيما بينهم ألا يقسموا العطية حتى يأتوا رسول الله ﷺ يسألوه عما كان من أمرهم، فلما أخبر ﷺ أقرهم، وقال لهم: «قد أصبتم اقسما واضربوا لي معكم سهماً»<sup>(١)</sup>. والحديث نص في المشاركة على الشفاء، وقد أقرهم رسول الله ﷺ عليها بما يدل على تقرُّر المشروعية في مثله.

القول الثاني: وإليه يذهب الإمام مالك في قول ثانٍ له<sup>(٢)</sup>، وهو المعتمد عند الحنفية<sup>(٣)</sup>، وهو اختيار القاضي الفراء من فقهاء الحنابلة<sup>(٤)</sup>، وابن حزم الظاهري<sup>(٥)</sup>، وحاصله: عدم مشروعية اشتراط شفاء المريض في عقد المعالجة المتصف بكونه جعالة.

ويستندون إلى أن المشاركة على الشفاء يتجلى فيها حقيقة الغرر المنهي عنه شرعاً. لا يقال: إن عقد الجعالة يبرم بإرادة منفردة من الطبيب فلا يؤثر فيه الغرر؛ ذلك أن

(١) متفق عليه أخرجه البخاري: الصحيح، كتاب الطب باب ما يعطى في الرقية على القرآن رقم (٢١٥٦)،

مسلم: الصحيح، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأنكار رقم (٢٢٠١).

(٢) ابن عبد البر: الكافي ١/٣٧٥، القراني: الذخيرة ٦/٢٢، شرح ميارة ٢/١٨١، النفراوي: الفواكه الدواني ٢/١١٥، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ٢/١٧٧، ابن جزى: القوانين الفقهية ١٨٢.

(٣) السرخسي: المبسوط ١٢/٣١٢، الفتاوى الهندية ٤/٥١٢، ابن نجيم: البحر الرائق ٨/٣٣، ابن عابدين: رد المحتار ٦/٥٦٨.

(٤) ابن قدامة: المغني ٥/٣١٤، المرادوي: الإنصاف ٦/٧٥.

(٥) ابن حزم: المحلى ٨/١٩٦.

الطبيب قد تؤثر معالجاته بتحسين الحالة الصحية للمريض وإن لم يبلغ مبلغ الشفاء التام، فتغدو الفائدة قد تحققت للمريض دون الطبيب، وفي هذا اختلال في توازن الالتزامات التعاقدية بما لا ينفي ظهور صفة الغرر المنهي عنه.

بعد استعراض وجهتي النظر بين الفريقين يتجلى صحة اشتراط المريض للشفاء في عقد المعالجة الطبية بكونه عقد جعالة لا إجارة؛ اعتداداً بما ثبت في رواية أبي سعيد الخدري رضي الله عنه المتقدمة، بحيث يحدد المريض مبلغاً من المال يستحقه الطبيب بمعالجته له إلى غاية الشفاء، لكن إن لم يتحقق الشفاء لم يستحق الطبيب شيئاً؛ إذ قيامه بالتطبيب كان بإرادته المنفردة فأشبهت التبرع، والمتبرع لا يرجع على أحد بما تبرع به، وأحسب أن واقع المعالجات الطبية في المشافي المعاصرة يأبى مثل هذه الصورة -على الأغلب- اللهم إلا أن يكون المبلغ المرصود من المريض كبيراً أو أن يشكّل نجاح العلاج مكافأة معنوية للطبيب تظهره بين أقرانه في مظهر المتفوق من الناحية العلمية والمهنية.

ويحسن بالباحث في نهاية هذا المطلب التأكيد على قضيتين:

الأولى: أن مهمة الطبيب على الجملة: الالتزام ببذل العناية الطبية الحذرة<sup>(١)</sup>.

الثانية: إن الأعمال الطبية المساعدة مما يضعف فيها الحدس والتخمين، بحيث يمكن التحقق من نتائجها بصورة أكيدة يغدو التزام المعالج فيها هو تحقيق غاية من خلال تأدية العمل الطبي تاماً على النحو المعهود المتعارف عليه، ويصوّره الفقهاء باستئجار الكّال لكل العينين بالإئتمد تجلية للنظر أو لدفع الرمذ<sup>(٢)</sup>. ويمثل لها القانونيون

---

(١) يمثل الفقهاء له بحسن اختيار وقت المعالجة، وسلامة القرارات الطبية في نوعية الأساليب العلاجية المتبعة، مع التحقق من مدى مأمونيته على صحة المريض. انظر الرحيباني: مطالب أولي النهى ٦٧٥/٣، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩، ابن القيم: زاد المعاد ٤/٤٢-٤٣، الشرواني: حاشيته على التحفة مع ابن قاسم العبادي ٢٠١/٩.

(٢) انظر ابن قدامة: المغني ٥/٢٦٢، المرادوي: الإنصاف ٦/٧٥، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٥١، وبناءً على هذا المنطق الفقهي اعتمد ابن الصلاح التفريق بين حالتين في ذهاب البصر بالتكحيل، الأولى: إذا قام الطبيب بالاجتهاد في تحديد الدواء فأخطأ به فنص على ضمانه، والثانية: إذا قال المريض للطبيب داوئي بهذا الدواء المعين فقام بما أمر به، فنص على عدم ضمانه لأنه قام بمهمته تامةً بغير خطأ، وبهذا يظهر الفرق بين مسؤولية الطبيب وطاقم المساعدة الطبية. انظر فتاوى ابن الصلاح ٤٦٤/٢،



للخطر فعلياً بالوقوع في الخطأ الطبي يعد مناطاً يقتضي تحميله تبعة الضمان للأضرار الناتجة عن معالجته، لكنه يختلف معهم في المظنة المقتضية لتعريض سلامة المريض للمخاطرة حيث يرى أن الطبيب لا يتحمل تبعة الضمان في مثل هذه الحالة ما لم يتصف الطبيب بصفة التغرير، وهو ما سيظهر تفصيلاً في الأحوال الآتية.

والسؤال الذي يتعين طرحه في هذا المقام : من الذي سيحدد إن كان الطبيب قد عرض المريض للخطورة؟

تدل تصريحات جماهير الفقهاء<sup>(١)</sup> بأن هذه المهمة منوطة في الأصل بخبراء الأطباء ممن طالت خبرتهم وتجلت مهارتهم، ويوافق المالكية<sup>(٢)</sup> على هذا الأمر على الجملة مع تأكيدهم على أن للحاكم ومن ينيبه الدور الرئيس في الإشراف على العمليات الخطرة التي من شأنها تعريض سلامة المريض لما لا تؤمن عاقبته.

وسيقوم الباحث في هذا المطلب بتقسيم البحث في تحميل الطبيب تبعة الضمان إلى قسمين :

الأول: تعريض المريض للخطر فعلياً بوقوع الطبيب في خطأ طبي إبان معالجة مأمونة في الأصل.

الثاني: أمثلة لبعض الأحوال المحتسبة مظنة لتعريض المريض للخطر.

أولاً: تعريض المريض فعلياً للخطر بوقوع الطبيب بخطأ طبي أثناء معالجة مأمونة في الأصل.

مقتضى هذه الحالة قيام الطبيب الحاذق المأذون له من قبل المريض بمعالجته - كعملية جراحية مثلاً- وأثناء الجراحة يصاب الطبيب بذهول أو غفلة أو إرهاق

(١) الشافعي: الأم ٦١/٦، النووي: روضة الطالبين ١٣٠/٩، الرملي: حاشيته على أسنى المطالب ٤٢٧/٢، ابن الهمام: فتح القدير ٣٢٢/٦، ابن قدامة: المغني ٢٠٦/١٤، ابن فرحون: تبصرة الحكام ٨٠/٢، الطرابلسي: معين الحكام ١٣٠، مجمع الضمانات ١٤٧.

(٢) ابن عبد البر: الاستذكار ٦٣/٨، ابن رشد الجد: البيان والتحصيل ٣٤٨/٩، ابن الحاجب: جامع الأمهات ٥٢٥/١، عليش: منح الجليل ٣٦٢/٩، القرافي: الذخيرة ٢٥٧/١٢، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٣٥٥/٤، المواق: التاج والإكليل ٣٢١/٦.



فتترامى يده حتى يقطع عصباً أو موضعاً غير مقصود بالعلاج أو يقصّر في اتخاذ تدابير طبية كان المتعين عليه رعايتها قبل أو أثناء الجراحة بحيث أفضت هذه الأحوال إلى إحداث أضرار ومضاعفات ما كانت لتقع لولا الخطأ الطبي.

ومع أن الخطابي<sup>(١)</sup>، وابن المنذر<sup>(٢)</sup>، وابن عبد البر<sup>(٣)</sup>، وابن رشد الحفيد<sup>(٤)</sup> حكوا إجماع الفقهاء على وجوب تضمين الطبيب في مثل هذه الحالة استناداً لما صدر عنه من خطأ طبي، غير أن الذي يتجلى بعد تدقيق النظر في مصنفات الفقهاء أن الخلاف متقرر في هذه المسألة على قولين:

**القول الأول:** نص عليه الأئمة مالك، والشافعي، وأحمد بن حنبل<sup>(٥)</sup>، وهو المعتمد في مذهب الحنفية<sup>(٦)</sup>، والمالكية<sup>(٧)</sup>، والشافعية<sup>(٨)</sup>، والحنابلة<sup>(٩)</sup>، والظاهرية<sup>(١٠)</sup> وحاصله: وجوب تضمين الطبيب لما صدر عنه من خطأ طبي أثناء معالجته المأذون له بها.

- 
- (١) معالم السنن ٣٩/٤، وانظر ابن مفلح: الآداب الشرعية ٤٢٨/٢، عظيم آبادي: عون المعبود ٢١٥/١٢.
  - (٢) الإجماع ٧٤، وانظر الشرواني: حاشيته على تحفة المحتاج ١٩٧/٩، البجيرمي: حاشيته على منهج الطلاب ٢٤٢/٤.
  - (٣) الاستذكار ٦٣/٨-٦٤/٢٥، وانظر ابن حزم: المحلى ٣٦٠/١٠، عثمان: إجماعات ابن عبد البر ٥٢٦.
  - (٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٤١٨/٢.
  - (٥) انظر بالترتيب مالك: الموطأ ٨٥٢/٢، الزرقاني: شرح الموطأ ٢٢١/٤، المدونة الكبرى ٢٨٢/١٦، الشافعي: الأم ٥٢-٥٣، ٦١، المروزي: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه ٢٢٩/٢.
  - (٦) الفتاوى الهندية ٤٩٩/٤، ٣٤/٦، شيعي زاده: مجمع الأنهر ٥٤٦/٣، ابن عابدين: رد المحتار ٦٨/٦، ابن نجيم: البحر الرائق ٢٣/٨، الزليعي: تبيين الحقائق ١٣٧/٥، ابن غانم البغدادي: مجمع الضمانات ١٤٥.
  - (٧) المواق: التاج والإكليل ٣٢١/٦، النفراوي: الفواكه الدواني ١٩١/٢، القرافي: الذخيرة ٥٠٩/٥، الحطاب: مواهب الجليل ٢٦٥/٦، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٣٥٥/٤، عيش: منح الجليل ٥١٦/٧، الخرشبي: شرحه على المختصر ١٥/٨.
  - (٨) الرملي: نهاية المحتاج ٣٥/٨، حاشيته على أسنى المطالب ١٦٦/٤، الشريبي: مغني المحتاج ٢٠٢/٤، القليوبي: حاشيته على المنهاج ٢١١/٤، الشرواني: حاشيته على التحفة ١٩٧/٩، البجيرمي: حاشيته على شرح منهج الطلاب ٢٤٢/٤.
  - (٩) ابن قدامة: المغني ٣١٢/٥، ابن مفلح: الفروع ٣٣٧/٤، المبدع ١١٠/٥، البهوتي: شرح منتهى الإيرادات ٢٦٩-٢٧٠، كشاف القناع ٣٤/٤، الرحيباني: مطالب أولي النهى ٦٧٥/٣، المرادوي: الإنصاف ٧٤/٦، ابن القيم: زاد المعاد ١٤٠-١٤١.
  - (١٠) ابن حزم: المحلى ١٩٦/٨.

ويلاحظ بأن الحنفية<sup>(١)</sup> يفرّقون في ضمان خطأ الطبيب بين ما يترتب من أضرار يستقل الخطأ الطبي بإحداثها مما لا علاقة له بالجراحة المأذون بها وبين ما يمكن أن يترتب من أضرار ناتجة عن مجموع مضاعفات الجراحة المأذون بها مقترنة مع خطأ الطبيب، فيلزمون الطبيب بضمان كامل الأضرار الناجمة في الحالة الأولى، في حين يلزمونه بضمان نصف قيمة الأضرار الناجمة في الحالة الثانية<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** يذهب إليه ابن سريج وبعض من الشافعية<sup>(٣)</sup>، والإمام مالك في رواية ثانية له -مخالفة لما ورد في الموطأ والمدونة<sup>(٤)</sup>- وحاصله: عدم وجوب تضمين الطبيب لما صدر عنه من خطأ أثناء المعالجة ما دام أنه حاذق ومأذون له بالمعالجة.

### ما يستدل للقول الأول:

١ - إن الخطأ الصادر عن الطبيب أثناء المعالجة يعد جنائية تقضي إلى إلحاق الضرر والتلف بمحل معصوم شرعاً فأوجب الضمان، لاسيما أن الإلتلاف لا يختلف عمده عن خطئه في اقتضاء الضمان<sup>(٥)</sup>؛ إذ الخطأ على حد تعبير التفقازاني: «لا ينفك عن ضرب من تقصير، وهو ترك التثبيت والاحتياط... فيكون جنائية قاصرة تصلح سبباً لجزاء قاصر»<sup>(٦)</sup>، وهذا يقتضي إلزام الطبيب بالضمان من غير تعريضه للعقوبة.

(١) السرخسي: المبسوط ١٤/١٦، الفتاوى الهندية ٤/٤٩٩، ابن عابدين: رد المحتار ٦/٦٩، الزيلعي: تبين الحقائق ٥/١٣٧.

(٢) يتعين ضمان الأضرار بعد استقرار حالة المريض طبيّاً، ليظهر مقدار الواجب المتعين ضمانه. يقول الجصاص: «حكم الجراحة بحسب ما يؤول إليه حالها». أحكام القرآن ١/٢٠٠، وانظر ابن عابدين: رد المحتار ٥٨٦/٦.

(٣) انظر الهيتمي: الفتاوى الفقهية الكبرى ٤/٢٢٠، الرملي: حاشيته على أسنى المطالب ٤/١٦٦.

(٤) نقل هذه الرواية القاضي عبد الوهاب بن نصر والقراقي وابن رشد الحفيد. انظر التلقين ٢/٤٩٥، الذخيرة ٢٥٧/١٢، بداية المجتهد ٢/١٨٨، ولا يبعد أن تكون جرت مجرى التخريج الفقهي على قول الإمام مالك؛ إذ الثابت في معتمدات الرواية عنه يخالف هذه الرواية صراحاً!! انظر جامع الأمهات ١/٤٩٤.

(٥) ابن مفلح: الفروع ٤/٣٣٧، المبدع ٥/١١٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩، كشف القناع ٤/٣٤، الرحيباني: مطالب أولي النهى ٣/٦٧٥، المرادوي: الإنصاف ٦/٧٤.

(٦) انظر التفقازاني: التلويح شرح التوضيح ٢/٤١٢.

٢ - يقول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(١)</sup>. الحديث دال على نفي الضرر والمضارة عموماً، المقتضي رفع الضرر قبل وجوده، أو تقليل أثره إن وجد، وبناءً عليه فإن وقوع الطبيب بالخطأ الطبي فعلياً يستوجب تقليل أثر الضرر الواقع بقدر الإمكان عملاً بالقاعدة الفقهية «يدفع الضرر بقدر الإمكان»<sup>(٢)</sup>، وقد تعيّن ردم الضرر الواقع بالمريض بسبب خطأ الطبيب؛ لذا وجب إلزامه بالضمان.

٣ - ويستأنس لهذا القول بما وري عن أبي المليح أنه قال: إن امرأة كانت تخفض الجوارى فأعنتت، فضمنها عمر رضي الله عنه، وقال: ألا أبقيت كذا. وروي مثله عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه<sup>(٣)</sup>.

ما يستدل للقول الثاني:

١ - عن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: قال: رسول الله ﷺ: «من تطيب ولم يُعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن»<sup>(٤)</sup>. يدل هذا الحديث على أن المتطيب غير الماهر في الطب ممن لا يعلم له خبرة ومعرفة تامة في الطب فهو - على العموم - ضامن لما يحدثه من أضرار بالمريض سواء أصاب في تطيبه أم أخطأ، ويستفاد بالمفهوم المخالف أن من طبّب وكان خبيراً بالطب ماهراً في معالجاته لا يضمن أخطأ أم أصاب<sup>(٥)</sup>.

٢ - عن جابر رضي الله عنه قال: خرجنا في سفر فأصاب رجلاً منا حجر فشجه في رأسه، ثم احتلم فسأل أصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم. فقالوا: ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء، فاغتسل فمات، فلما قدمنا على رسول الله ﷺ أخبر بذلك فقال رضي الله عنه: «قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذ لم يعلموا إنما شفاء العي

(١) سبق تخريج هذا الحديث انظر ص ١٣ .

(٢) البورنو: موسوعة القواعد الفقهية ٦/ ٢٥٩ .

(٣) عبدالرزاق: المصنف رقم (١٨٠٤٥)، ابن أبي شيبة: المصنف رقم (٢٧٦٠١)، السيوطي: جامع الأحاديث رقم (٢٨٢٢٨)، يقول ابن عبدالبر: «لا تقوم لحديث أبي قلابة عن أبي المليح هذا حجة» انظر الاستنكار ٨/ ٦٣ .

(٤) سيأتي تخريجه بعد صفحة .

(٥) انظر المشيخ: تضمين الطبيب، مجلة العدل عدد ٦، ص ٢٩، المملكة العربية السعودية.

يدل هذا الحديث على أن المفتي المخطئ المتسبب في موت المستفتي لم يأمره النبي ﷺ بضمان ديته مع تقرّر الخطأ في فتياه، فكذاك الطبيب المتصدي لعلاج مريض، لكن يعرض عليه الخطأ فيترتب عن خطئه ضرر فلا يطالب بالضمان، بل هو أولى ألا يضمن؛ حيث كان الطبيب أهلاً للقيام لما تصدى له من التطبيب.

وبعد النظر والتدقيق فيما استدل به الفريقان يتبين للباحث رجحان القول بوجود ضمان خطأ الطبيب؛ ذلك أن ما ساقه القائلون بعدم إلزام الطبيب بالضمان غير سالم من النقد؛ إذ الدليل الأول وهو قوله ﷺ: «من تطبب ولم يعلم منه طب...» يُستند في الاستدلال به على عموم ضعيف استفيد بمفهوم المخالفة -ينكره فريق من الأصوليين ويثبته آخرون<sup>(٢)</sup>- فكيف وقد عارضه أصل تشريعي يتضمن عموماً معنوياً قاضياً بتضمن كل مخطئ يفضي خطؤه إلى إتلاف مال أو نفس؟! فيقدم عندئذ العموم المعنوي السالم عن المعارضة والاختلاف على الآخر المحتل غير السالم عن المعارضة ولا عن الاختلاف.

ولتأكيد ما تقدم يلاحظ أن هذا الحديث ورد بروايتين<sup>(٣)</sup>:

الرواية الأولى: قوله ﷺ: «من تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن». تضمنت قيماً واحداً في قوله ﷺ «ولم يعلم منه طب» فيفيد بأن العالم بالطب لا يضمن مطلقاً كما تقرّر في الاستدلال للقول الثاني.

(١) النسائي: السنن الصغرى، كتاب الطهارة باب التيمم رقم(٢١٥)، أبو داود: السنن، الطهارة، باب في المجروح يتيمم رقم(٣٣٦)، ابن ماجه: السنن، الطهارة باب في المجروح تصيبه الجنابة رقم (٥٧٢)، الحاكم: المستدرک، كتاب الطهارة رقم(٦٣٠) ووافقه الذهبي .

(٢) الجصاص: الفصول ١/١٥٥، الباقلائي: التقريب والإرشاد ٣/٣٣٢، الآمدي: الأحكام ١/٤٢٠، الباجي: أحكام الفصول ١/١٥٥، العطار: حاشيته على جمع الجوامع ١/٣٥٥، الشوكاني: إرشاد الفحول ٣٠٣، ابن النجار: شرح الكوكب المنير ٣/٤٨٩ .

(٣) النسائي: السنن الكبرى، كتاب القسامة، باب صفة شبه العمدة رقم(٤٨٤٥)، أبو داود: السنن، كتاب الديات، فيمن تطبب فأعنت رقم(٤٥٨٦، ٤٥٨٧)، ابن ماجه: السنن، الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب رقم (٢٤٦٦)، الدارقطني: السنن، كتاب الحدود والديات رقم(٣٣٥، ٣٣٦)، وانظر الألباني: السلسلة الصحيحة ٢/١٣٤.

الرواية الثانية: قوله ﷺ: «أيما طبيب تطبّب على قوم لا يعرف له تطبّب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن». تضمنت هذه الرواية قيدين: أحدهما «لا يعرف له تطبّب». والثاني «فأعنت» أي فأخطأ<sup>(١)</sup>. فبترتب على ثبوت القيدين لزوم الضمان ولا ينتفي إلا بانتفائهما معاً، بحيث يستفاد بالمفهوم المخالف أن الماهر غير المخطئ لا يضمن، وأن الماهر المخطئ يضمن؛ لفوات أحد القيدين الواردين وإن تحقق الآخر منهما. وكلتا الروايتين صحيحة سنداً علاوة على أن الثانية فيها زيادة الثقة فتقبل، فكيف وقد استقامت مع العموم المطرد معنوياً؟! بحيث يتعين معه اطّراح الرواية الأولى لمخالفتها للعموم المعنوي المتقرّر.

أما الدليل الثاني المتضمن لقياس الطبيب المخطئ على المفتي المخطئ: فقياس مع الفارق؛ لأن مسؤولية البحث عن المفتي المتأهل للإخبار عن حكم الله تعالى هي مسؤولية المستفتي، علاوة على أنه هو من باشر العمل بالفتيا مما أفضى إلى الإضرار بنفسه، والمفتي متسبب، فلا يسأل المتسبب مع المباشر، أما الطبيب في واقع المعالجات الطبية: فهو المسؤول عن بذل العناية الطبية المقتضية للمحافظة على سلامة المريض ثم إنه هو من باشر اقتراح الخطأ الذي أفضى إلى لحوق الضرر الموجب للضمان فيلزم الطبيب بمقتضاه؛ وهذا هو الفارق المؤثر بين الصورتين.

ثانياً: أمثلة لبعض الأحوال التفصيلية المحتسبة مظنة لتعريض المريض للخطر.

سيكتفي الباحث في هذا المقام بإيراد مثالين اثنين للأحوال التي تعد مظنة لتعريض المريض للخطورة:

#### ١ - المتطبّب الجاهل أو غير الماهر.

يرى الحنفية بأن «المتطبّب الجاهل من يسقي دواءً مهلكاً، أو إذا قوي على المرضى الدواء لا يقدر على إزالة ضرره»<sup>(٢)</sup>، في حين يضبط الشافعية الطبيب غير الماهر بأنه

(١) انظر أبو داود: السنن، كتاب الديات، فيمن تطيب فأعنت رقم (٤٥٨٧)، ابن أبي شيبة: المصنف باب الطبيب والمداوي رقم (٢٧٥٩١).

(٢) ابن عابدين: رد المحتار ٦/١٤٧، الزيعلّي: تبين الحقائق ٥/١٩٣، ابن غانم البغدادي: مجمع الضمانات ١٤٧.

من يكثر خطؤه وتقل إصابته كلما عالج مريضاً<sup>(١)</sup>. ويرى الحنابلة بأنه «من ليس له حذق ومعرفة وبصارة في المعالجات»<sup>(٢)</sup>.

ويذهب عامة الفقهاء<sup>(٣)</sup> إلى وجوب تضمين الطبيب الجاهل أو غير الماهر مطلقاً فيما إذا أفضت معالجاته إلى إلحاق الضرر بالمريض؛ ذلك أنه بجهله في المعرفة الطبية نظرياً أو عدم مهارته إجرائياً يكون قد عرض المريض إلى مخاطر لا تؤمن معها العاقبة، لذا يلزمه الضمان بمباشرته إلحاق الضرر.

في حين يرى ابن القيم<sup>(٤)</sup> أن المتطبب الجاهل لا يضمن؛ بناءً على أنه عرض المريض لخطورة كان يمكن التحرز عنها فيما لو عالجه غيره من حذاق الأطباء؛ ذلك أنه يخرج تضمين المتطبب الجاهل على أصل التفرير فيرى أن المتطبب الجاهل يضمن الضرر لخديعته المريض وتغيره له؛ إذ ظنه طبيباً ماهراً عالماً بالطب وهو على خلافه في الحقيقة، أما إن كان المريض عالماً بجهل الطبيب أو عدم مهارته ورضي بتطبيبه فإن المتطبب الجاهل لا يضمن الأضرار التي يمكن أن يتسبب بإحداثها لجهله وعدم مهارته.

يستدل عامة الفقهاء بالعموم الوارد في قوله ﷺ: «من تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن» بما يفيد تضمين المتطبب الجاهل مطلقاً، في حين يرى ابن القيم بأن «السياق وقوة الكلام - في الحديث - يدل على أنه غرّ العليل وأوهمه أنه طبيب وليس كذلك»<sup>(٥)</sup>.

(١) الرملي: نهاية المحتاج ٥/٢٩٧، الهيثمي: تحفة المحتاج ٦/٤٢٧، الدمياطي: إعانة الطالبين ٣/١٢٢.

(٢) ابن قدامة: المغني ٥/٣١٢، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩.

(٣) ابن عابدين: رد المحتار ٦/١٤٧، الطوري: تكملة البحر الرائق ٨/٣٣، ابن غانم البغدادي: مجمع الضمانات ١٤٧، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٥/٣٥٥، المواق: التاج والإكليل ٦/٢٢١، البجيرمي: حاشيته على منهج الطلاب ٢/٥٠٣، الهيثمي: الفتاوى الكبرى ٤/٢٢٠، القليوبي: حاشيته ٣/٧٨، ابن قدامة: المغني ٥/٣١٢، ابن مفلح: المبدع ٥/١١٠، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩.

(٤) ابن القيم: زاد المعاد ٤/١٤٠، وقد أبدى ابن مفلح من الحنابلة ميلاً لهذا القول. انظر الآداب الشرعية ٢/٤٣٨.

(٥) ابن القيم: زاد المعاد ٤/١٤٠.

والذي يظهر للباحث: أن العموم الوارد في الحديث والمقتضي تضمين المتطبب الجاهل مطلقاً أظهر في مقصود الشارع من الاختصاص بحالة التفرير؛ صيانة للنفوس المعصومة بإطلاق، فضلاً عن أن أكثر الأصوليين<sup>(١)</sup> يذهبون إلى عدم جواز استنباط معنى من النص يكرُّ على ظاهره بالمعارضة، لاسيما أن القصد إلى صيانة العموم الوارد في السياق أظهر من تخصيصه بمعنى خاص محتمل !!

## ٢ - معالجة الطبيب بغير إذن المريض.

يتعين على الطبيب الحصول على إذن المريض قبيل قيامه بالمعالجة الطبية لتتقرَّر معالجاته متصفاً بصفة المشروعية؛ إذ المريض مستأمن على بدن نفسه، وهو الأرفق به، فلا يعرضه للخطر، ولا يسوقه إلى الضرر؛ لاسيما أن الأعمال الطبية محتملة لمخاطر رابية وأضرار عديدة لا يأذن بها المريض لو تبصر بما يمكن أن تؤول إليه من نتائج، ليغدو الطبيب المعالج غير المتحصّل على الإذن متعدياً، حيث عرّض المريض لمظنة الخطر واحتمال الضرر المستوجب لانشغال ذمته بضمان ما يمكن أن يترتب على المعالجات الطبية من أضرار وأخطار، وإلى مثل هذا المذهب صار عامة الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

ويرى ابن حزم الظاهري وابن القيم من الحنابلة<sup>(٣)</sup> أن الطبيب قد يكون تدخله العلاجي متعيناً إذا تحقّق من لحوق ضرر أعظم بالمريض لو لم يقم بالمعالجة حالاً؛ لذا يذهبان إلى أن «العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعل الطبيب، فلا أثر للإذن وعدمه فيه»<sup>(٤)</sup>.

(١) الغزالي: المنحول ١٩٣، المقرئ: قواعده ق ٢٤٢، الشاطبي: الموافقات ٢/٤٨، ابن السبكي: الأشباه والنظائر ١/١٥٢.

(٢) الطوري: تكملة البحر الرائق ٣٣/٨، الزيلعي: تبيين الحقائق ١٣٦/٥، الفتاوى الهندية ٤/٤٩٩، عليش: منح الجليل ٩/٣٦٢، ابن الحاجب: جامع الأمهات ٥٢٥، الدسوقي: حاشيته على الشرح الكبير ٥/٣٥٥، النووي: روضة الطالبين ١٠/١٨١، الشرواني: حاشيته على تحفة المحتاج ٩/٢٠١، البجيرمي: حاشيته على منهج الطلاب ٤/٣٢٨، ابن قدامة: المغني ٥/٢١٢، المرادوي: الإنصاف ٧٥/٦، البهوتي: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩-٢٧٠.

(٣) ابن حزم: المحلى ١٠/٤٤٤، ابن القيم: زاد المعاد ٤/١٤١.

(٤) انظر ابن القيم: زاد المعاد ٤/١٤١ (بتصرف يسير).

ولعل ما ذهب إليه عامة الفقهاء أصح مسلماً وأقوم نظراً؛ ذلك أن دعوى ضرورة إجراء العلاج حالاً بغير استئذان أمر محتمل، وثبوت صفة الاعتداء بتصرف الطبيب غير المستند لإذن المريض متقرر ابتداءً، ولا يترك المتقرر الثابت بالمحتمل العارض؛ لاسيما أن العارض ملتحق بالعدم شرعاً<sup>(١)</sup>، ثم دعوى أن الطبيب محسن لقيامه بالمعالجة لقوله تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (التوبة ٩١) لا يُقبل، يؤكد هذا المعنى ما روته عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لَدَدْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي مَرَضِهِ، فَجَعَلَ يَشِيرُ إِلَيْنَا أَنْ لَا تَلْدُونِي، فَقَلْنَا كِرَاهِيَةَ الْمَرِيضِ لِلدَّوَاءِ، فَلَمَّا أَفَاقَ قَالَ: أَلَمْ أَنهَكُمْ أَنْ تَلْدُونِي؟! لَا يَبْقَى أَحَدٌ فِي الْبَيْتِ إِلَّا لَدٌّ»<sup>(٢)</sup>.

فقد عاقب رسول الله ﷺ من لدّه بعد نهيه له عن ذلك، والعقوبة لا تكون إلا لتعد، وهذا يوضّح أن إذن المريض متعين لإجراء المعالجة الطبية وإلا لكان الطبيب متعدياً بفعله<sup>(٣)</sup>، ويستثنى منه ما يتعذر فيه من الحصول على إذن المريض أو وليه عند اتخاذ كافة التدابير التي تدرأ أو تدفع سوء الظن بالطبيب<sup>(٤)</sup>.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(١) أمير بادشاه: تيسير التحرير ٢/٣٧٢، ابن أمير الحاج: التقرير والتحرير ٣/٤١١.

(٢) أخرجه البخاري: الصحيح، كتاب المغازي، باب مرض النبي صلى الله عليه وسلم ووفاته، حديث رقم (٤١٨٩).

(٣) النووي: شرحه علي صحيح مسلم ٤/١٩٩.

(٤) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثامنة عشرة في ماليزيا عام ١٤٢٨ هـ.



- الحمد لله تعالى في الأولى والأخرى، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، ثم إنني أخص في هذا المقام أبرز النتائج المتوصل إليها في البحث، وهي على النحو الآتي:
- ١ - يعرّف الخطأ الطبي بأنه الخروج عن الأصول الطبية المقررة بتعريض المريض للخطر فعلياً أو مظنته من غير قصد أثناء القيام بمعالجة مأمونة العاقبة في الأصل تقضي إلى إلحاق الضرر.
  - ٢ - قسمة الخطأ الطبي إلى خطأ عادي وخطأ فني لا يترتب عليها آثار فقهية ولا قانونية فضلاً عن أن التمييز بين هذين القسمين قد يكون عسيراً في بعض الصور.
  - ٣ - جهل الطبيب بالأصول الطبية المرعية عند أهل التخصص مما شأنه إلحاق الأذى بالمرضى يعد ارتكاباً لخطأ طبي، كما أن مجافاته لصنيع أمثاله من الأطباء من ذوي الخبرة والمهارة مما يفضي إلى لحوق الخطر بالمرضى يعد ارتكاباً لخطأ طبي مشغل لذمته بالمسؤولية المدنية أو الجنائية.
  - ٤ - المخالفة للأصول الطبية تعد خطأ طبيًا إن وردت على معالجة مأمونة في الأصل لا يتوقع إفضاؤها إلى ضرر غالب، وإلا عدت جناية عمد أو شبه عمد.
  - ٥ - لا يعدد بالجسامة شرطاً في ثبوت المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، غير أنه يعتمد عليها في التمييز بين ثبوت المسؤوليتين المدنية والجنائية.
  - ٦ - مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي عقدية في الأصل ببذله العناية الممكنة إلا أن يظهر بأن فعله يعد جناية موجبة لتحمل دية المريض في النفس أو ما دونها فيجتمع عليه المسؤوليتان العقدية والتقصيرية.
  - ٧ - تعريض المريض للخطر أثناء المعالجة فعلياً أو مظنته مما يجافي الأعمال الطبية في أمثاله يعد مناطاً مشغلاً ذمة الطبيب بتحمل المسؤولية عن الأضرار حال وقوعها.

يوصي الباحث بما يأتي:

- ١ - زيادة الدورات الفقهية والقانونية للأطباء فيما يتعلق بالأخطاء الطبية، مع توضيح المؤيدات العقابية المترتبة على إخلال الأطباء بالتزاماتهم المهنية، وبيان الأسباب الداعية إلى وقوعها.
- ٢ - العناية بتوثيق الإجراءات والقرارات التي يتخذها الأطباء إبان قيامهم بالتطبيق بصورة دقيقة ومستمرة؛ لتكون حججاً قضائية يستند إليها في إثبات واقعة الخطأ الطبي، لاسيما أن مطالبة المريض بعبء الإثبات قد يكون مجحفاً في حقه مع تساعد الطاقم الطبي وتستره على الأخطاء الطبية الواقعة.

## المصادر والمراجع

- ١- أحكام الجراحة الطبية . محمد المختار الشنقيطي : ط . مكتبة دار الصحابة ، جدة ، ط الثانية ١٤١٥ هـ .
- ٢- الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، أحمد شرف الدين ، ط الثانية ١٤٠٧ هـ .
- ٣- أسنى المطالب . لأبي زكريا الأنصاري : ط . المطبعة الميمنية بمصر ، سنة ١٣١٣ هـ .
- ٤- إعانة الطالبين ، الدمياطي ، أبو بكر بن السيد محمد شطا ، دار الفكر ، بيروت الثانية ، ١٣٩٦ هـ .
- ٥- الأشباه والنظائر . للسيوطي (ت ٩١١ هـ) : ط . دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣ هـ .
- ٦- الأشباه والنظائر . لابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ) : ط . دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠ هـ .
- ٧- البحر الرائق ، ابن نجيم ، زين العابدين إبراهيم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية .
- ٨- الأم . الإمام الشافعي ، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤ هـ) : ط . دار المعرفة ، الثانية ، بيروت ، ١٣٩٣ هـ .
- ٩- الإجماع . لابن المنذر (ت ٣١٨ هـ) : ت . فؤاد عبد المنعم أحمد ، ط . دار الكتب العلمية ، بيروت .
- ١٠- الإنصاف . للمرداوي ، علي بن سليمان (ت ٨٨٥ هـ) ، ت : محمد حامد الفقي ، ط . دار إحياء التراث بيروت ط أولى .
- ١١- الاستذكار . ابن عبد البر ، (ت ٤٦٣ هـ) : ط . الأولى ، دار قتيبة للنشر ، بيروت ، ت . عبد المعطي قلججي .
- ١٢- بدائع الصنائع . للكاساني (ت ٥٨٧ هـ) : ط . دار الكتاب العربي ، بيروت ،

- ١٣ - بداية المجتهد . لابن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ) : ط . دار الكتب العربية، مصر سنة ١٣٣٥هـ .
- ١٤ - تاج العروس . للزبيدي (ت ١٢٠٥هـ) : ط . الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٦هـ .
- ١٥ - تبصرة الحكام . لابن فرحون : ط . المطبعة العامرة بمصر، الأولى ١٣٠١هـ .
- ١٦ - تبين الحقائق . الزيلعي، عثمان بن علي (ت ٧٤٣هـ)، دار الكتب العلمية مصور عن الطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٣هـ، ط . الثانية .
- ١٧ - تحفة المودود . لابن القيم (ت ٧٥١هـ) : ط . دار الكتب العلمية، بيروت .
- ١٨ - التعريفات . للجرجاني : ط . مطبعة أحمد كامل، استانبول، تركيا، سنة ١٣٢٧هـ .
- ١٩ - التداوي والمسؤولية الطبية، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، مؤسسة الريان، بيروت، الثانية، ١٤١٨هـ .
- ٢٠ - التشريع الجنائي في الإسلام، عبدالقادر عودة، دار التراث، القاهرة .
- ٢١ - الجامع الصحيح . للبخاري (ت ٢٥٦هـ) : ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة، الأولى ١٤٠٠هـ .
- ٢٢ - تضمين الطبيب في ضوء الشريعة الإسلامية، خالد المشيقح، بحث منشور في مجلة العدل العدد السادس، السعودية .
- ٢٣ - تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطوري، ط أولى دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٥م .
- ٢٤ - حاشية البجيرمي على منهج الطلاب، سليمان بن عمر (ت ١٢٢١)، المكتبة الإسلامية، ديار بكر تركيا .
- ٢٥ - حاشية البجيرمي على شرح الخطيب المسماة بتحفة الحبيب، ط مطبعة مصطفى

- ٢٦ - حاشية الدسوقي . للدسوقي : ط. المطبعة العامرة بمصر، سنة ٢٨٧ هـ.
- ٢٧ - حاشية رد المحتار. ابن عابدين : ط. دار الفكر، بيروت ١٤٢١ هـ.
- ٢٨ - حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج، دار الفكر، بيروت.
- ٢٩ - الخطأ الطبي، علي عصام غصن، منشورات زين الحقوقية بيروت ط أولى ٢٠٠٦ م.
- ٣٠ - خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، محسن عبدالحميد البيه، جامعة الكويت، ط أولى ١٩٩٣ م.
- ٣١ - روضة الطالبين . النووي، يحيى (ت ٦٧٦ هـ) : ط. المكتب الإسلامي، بيروت، الثانية ١٤٠٥ هـ.
- ٣٢ - الروض المربع، البهوتي، منصور بن يونس (١٠٥١ هـ)، ط مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الأولى ١٣٩٠ هـ.
- ٣٣ - زاد المعاد . ابن القيم (ت ٧٥١ هـ) : ط. دار الرسالة، ط. الثانية ١٤٠١ هـ.
- ٣٤ - سنن أبي داود . لأبي داود (ت ٢٧٥ هـ) : ط. دار الحديث للطباعة والنشر، بيروت، الأولى ١٣٨٨ هـ.
- ٣٥ - سنن ابن ماجه . لابن ماجه (ت ٢٧٥ هـ) : دار الفكر، بيروت .
- ٣٦ - سنن الدارقطني . للدارقطني (ت ٣٨٥ هـ) : تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني، دار المحاسن، القاهرة .
- ٣٧ - السنن الكبرى . للبيهقي (ت ٤٥٨ هـ)، ط أولى دار الفكر، بيروت .
- ٣٨ - سنن النسائي (المجتبى) . للنسائي : دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦ هـ .
- ٣٩ - شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، دار الكتب العلمية، ط ثانية ١٩٨٤ م.

- ٤٠ - شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، ط ثانية، دار القلم ١٩٩٣ م.
- ٤١ - شرح منتهى الإرادات البهوتي، منصور بن يونس (١٠٥١ هـ)، ط عالم الكتب، بيروت الثانية، ١٩٩٦ م.
- ٤٢ - شرح المواق المسمى بالتاج والإكليل، المواق، محمد بن يوسف، ط أولى، دار الفكر، بيروت.
- ٤٣ - صحيح مسلم . للإمام مسلم (ت ٢٦١ هـ) : دار إحياء التراث العربي .
- ٤٤ - الطب النبوي . لابن القيم (٧٥١ هـ) : ط . مصطفى عيسى البابي الحلبي، سنة ١٣٧٧ هـ.
- ٤٥ - الفتاوى الفقهية الكبرى . ابن حجر الهيتمي، ، ط مكتبة المشهد الحسيني، مصر بدون تاريخ.
- ٤٦ - فتاوى قاضيخان . لحسن الفرغاني : ط . الرابعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٤ م .
- ٤٧ - الفتاوى الهندية، نظام الدين وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، ١٩٩١ م.
- ٤٨ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر : أحمد بن علي، تحقيق عبدالعزيز ابن باز، دار الفكر.
- ٤٩ - فتح المعين، الملباري زين الدين بن عبدالعزيز، دار الفكر، ط أولى بيروت ١٩٨٠ م.
- ٥٠ - فقه الطبيب وأدبه، عبدالله الجبوري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية، مجلد ٣، ع ١، فبراير ٢٠٠٦ م.
- ٥١ - الفروع . لمحمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ) : ت أبو حازم القاضي، ط . دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤١٨ هـ.
- ٥٢ - القانون في الطب . لابن سينا : ط . ثانية دار الفكر، بيروت ١٩٨٤ م.

- ٥٣ - قضايا طبية معاصرة، محمود السرطاوي، ط أولى دار الفكر ٢٠٠٧ م.
- ٥٤ - قواطع الأدلة في أصول الفقه، ابن السمعاني: منصور بن محمد عبد الجبار، تحقيق د.علي الحكمي، د.عبدالله الحكمي، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.
- ٥٥ - القوانين الفقهية. لابن جزي الكلبي (ت ٧٤١هـ): ط. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.
- ٥٦ - الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار. ابن أبي شيبه (ت ٢٣٥هـ): ط. الدار السلفية، الأولى، ١٤٠١ هـ.
- ٥٧ - كشاف القناع. البهوتي، منصور بن يونس (ت ١٠٥١هـ): ط دار الفكر، بيروت، الأولى ١٤٠٢ هـ.
- ٥٨ - كشف الأسرار عن أصول البزدوي، البخاري: عبد العزيز، بن أحمد، دار الكتاب العربي، طبعة أولى ١٩٩٣ م.
- ٥٩ - لسان العرب. لابن منظور (ت ٧١١هـ): ط. دار صادر، بيروت، عام ١٣٧٥ هـ.
- ٦٠ - مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، عبدالسلام تونجي، ط جمعية الدعوة العالمية، طرابلس، أولى.
- ٦١ - المبدع. ابن مفلح، إبراهيم (ت ٨٨٤هـ): ط. المكتب الإسلامي، الأولى ١٣٩٩ هـ، بيروت.
- ٦٢ - المبسوط. للسرخسي: ط. دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩ هـ.
- ٦٣ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الهيثمي: نور الدين علي بن أبي بكر، طبع سنة ١٣٢٥ هـ.
- ٦٤ - المجموع، شرف الدين النووي، دار الفكر بيروت، ط أولى ١٩٩٧ م.
- ٦٥ - مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم (ت ٧٢٨هـ)، ت النجدي، ط مكتبة ابن تيمية، الثانية.
- ٦٦ - مجمع الضمانات، ابن غانم البغدادي، أبو محمد بن غانم البغدادي، ط أولى، عالم

الكتب، بيروت، ١٩٨٦م.

٦٧- المحلى . لابن حزم علي بن أحمد (ت ٤٥٦هـ)، ط. المطبعة المنيرية بمصر، الأولى سنة ١٣٥١هـ.

٦٨ - المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، محمد زكي شمس، مؤسسة غبور للطباعة دمشق أولى.

٦٩ - مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، محمود مصطفى، ط دار الإسرائ، عمان ١٩٩٨م.

٧٠ - المسؤولية الجنائية للأطباء . د. أسامة بن عبد الله فايد : ط. دار النهضة العربية بمصر، ١٩٨٧م.

٧١ - المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، منير رياض حنا، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩م.

٧٢ - المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، ماجد لافي، دار الثقافة عمان، ط أولى ٢٠٠٩م. علي البار، ط دار القلم دمشق، ط أولى ٢٠٠٤م.

٧٣ - مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، حسان شمسي باشا، محمد علي البار، دار القلم دمشق ط. أولى ٢٠٠٤م.

٧٤ - المسؤولية الطبية، محمد حسين منصور، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ١٩٩٨م.

٧٥ - المسؤولية الطبية في قانون العقوبات . فائق الجوهري : ط. دار الجوهري للطبع بمصر، ١٩٥١م.

٧٦ - المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، عبدالفتاح بيومي حجازي، ط دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ٢٠٠٨م.

٧٧ - المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، منصور عمر معايطه، منشورات جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، الأولى ٢٠٠٤م.



٧٨ - المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الأردني، سليمان عبده القرشي، دار الكتاب الثقافي، أولى ٢٠٠٧م.

٧٩ - المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، طلال عجاج، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس ط أولى ٢٠٠٤م.

٨٠ - المستصفي من علم الأصول، الغزالي: محمد بن محمد، تحقيق محمد الأشقر، دار الرسالة الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

٨١ - المسند الإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ): ط. دار الفكر، بيروت.

٨٢ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبدالرزاق السنهوري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت ١٩٥٤م.

٨٣ - مطالب أولي النهى. الرحيباني، مصطفى السيوطي (ت ١٢٤٣هـ)، ط المكتب الإسلامي، دمشق ١٩٦١م.

٨٤ - المطلع. للبعلي (ت ٧٠٩هـ): ط. المكتب الإسلامي، سنة ١٤٠١هـ، بيروت.

٨٥ - معين الحكام. للطرابلسي علي بن خليل، (ت ٨٣٢هـ) ط. مصطفى البابي الحلبي، القاهرة الثانية عام ١٣٩٣هـ.

٨٦ - المغني. ابن قدامة، عبدالله بن أحمد (ت ٦٢٠هـ): ط. دار الفكر، بيروت، الأولى ١٤٠٥هـ.

٨٧ - مغني المحتاج، الشربيني، محمد الخطيب، دار الفكر، بيروت.

٨٨ - الموطأ. للإمام مالك (ت ١٧٩هـ): ط. السابعة ١٤٠٤هـ، دار النفائس، بيروت، ت. أحمد عرموش.

٨٩ - مواهب الجليل، الخطاب، محمد بن عبدالرحمن، ط دار السعادة مصر ١٣٣٩هـ.

٩٠ - المنتور في القواعد الفقهية، محمد بن بهادر الزركشي، تحقيق تيسير فائق، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ثانية ١٤٠٥هـ.

- ٩١ - نهاية المحتاج. للرملي (ت ١٠٠٤هـ) : ط. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ.
- ٩٢ - نيل الأوطار . للشوكاني (ت ١٢٥٥هـ) : ط. المطبعة المنيرية بمصر، سنة ١٣٤٤هـ.
- ٩٣ - الهداية شرح بداية المبتدي . المرغيناني (ت ٥٩٣هـ) : مطبوع مع فتح القدير، ط. الأولى ١٣٨٩هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي .
- ٩٤ - وثيقة الكويت عن الدستور الإسلامي للمهن الطبية الصادر عن المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي المنعقد في الكويت من الفترة ١٢-١٦/١٢/١٩٨١م.
- ٩٥ - الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة القاهرة ١٩٦٧م.