

المبحث الثالث : لا يجوز التداءي بمحرم إلا لضرورة^١

التدءوي : هو العلاج . وهو تعاطي الدواء بقصد معالجة المرض أو الوقاية منه^٢.

بمحرم : أي بما ذم الشرع تعاطيه .

والضرورة : تقدم تعريفها^٣.

معنى القاعدة : أنه لا يجوز تعاطي الأدوية التي ذم الشارع تعاطيها إلا عند الضرورة .

وينقسم التداءي بالمحرمات إلى ستة أقسام :

الأول : التداءي بالنجاسات .

والمقصود : التداءي بكل عين حرم تناولها ، مطلقاً ، في حالة الاختيار ، لذاتها ، لا لحرمتها ، ولا لضررها في بدن أو عقل^٤.

فاحترز بمطلقاً عما يباح قليله كبعض النباتات السمية.

وبحالة الاختيار عن حالة الضرورة فيباح تناول النجاسة.

وبالبقية عن الآدمي ، وعن المخدر ، والسسم الذي يضر قليله وكثيره ، والتراب ؛ فإنه لم يحرم تناولها لنجاستها بل لحرمة الآدمي ، وضرر البقية^٥.

ومن أمثلته : الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير.

^١ ينظر : الذخيرة - القرافي حيث جاء فيه 4 / 112 : " لا يتدأوى بخمر ولا بنجاسة خلافاً ل... عند الضرورة" ، المغني - ابن قدامة 13/ 343 حيث جاء فيه : "ولا يجوز التداءي بمحرم ، ولا بشيء فيه محرم".

^٢ ينظر : الموسوعة الطبية الفقهية - كنعان 193.

^٣ ينظر : ص 88 .

^٤ ينظر : مغني المحتاج - الشربيني 1 / 127 ، كشاف القناع - البهوتي 1/ 44 ، التداءي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 1/ 698 بتصرف.

^٥ ينظر في شرح التعريف : مغني المحتاج - الشربيني 1 / 127 ، كشاف القناع - البهوتي 1/ 44 .

الثاني : التداوي بالمسكرات.

والمقصود : ما حرم تعاطيه لإسكاره ؛ كالخمر ، والمشروبات المسكرة (الكحولية) ،
ويلحق بذلك الحشيش^٢ .

^١ لفظ الكحول هو تحريف لاسم (الغول) نقله الغربيون عن العرب ، ولفظ الغول في اللغة العربية هو ما ينشأ عن الخمر من صداع وسكر ، والغول هو اسم يطلق على جملة من المركبات الكيميائية العضوية ، ومن أنواعه الكحول الميثيلي (الميثانول) ويحضر الميثانول من غاز الميثان ، كما يحضر من نشارة الخشب ، وهو شديد السمية ومسكر في آن معاً. ويستخدم كحافظ ومذيب لبعض المواد ، ومنها الروائح العطرية ، ويوجد في الكولونيا ، ويؤدي شربه إلى إصابة مباشرة بعضلة القلب قد تؤدي إلى الوفاة ، وثاني هذه السلسلة هو الكحول الإيثيلي (الإيثانول)، وهو روح الخمر والمادة المسكرة فيها ، ويتكون من تخمر السكريات والنشويات بفعل الخميرة (الفطر) ، كما يمكن تخضيره من غاز الإيثان الموجود من غازات البترول ، وتستخدم الخميرة في صناعة الخبز والبسكويت وغيره ، ويتكون الكحول الإيثيلي في عصيرات الفواكه بكميات ضئيلة ، وهذه الكميات ضئيلة ولا تسكر. كما أن الكحول الإيثيلي يتكون أيضاً في أمعائنا بكميات محدودة أثناء هضم الطعام وتحطيم النشويات والسكريات. و تستخدم الكحول في مجال التنظيف والتعقيم للجلد والجروح ، وفي إذابة بعض المواد الطبي حيث تستخدم الكحول لإذابة المواد القلوية التي لا تذوب في الماء ، ولا يمكن أن يكون هناك كحول في الأقراص والحبوب ، وإنما يوجد الكحول في الأشربة والعوقات والسوائل المستخدمة في الحقن . وهناك مجموعة من الأشربة المستخدمة لداواة الكحة (السعال)، تحتوي على كميات متفاوتة من الكحول الإيثيلي، وهي تستخدم كمادة مذيبة أو حافظة ، ولا يستخدم الكحول فيها كدواء. ومع هذا فيمكن استبدالها بمواد أخرى مأمونة ، هذا مع العلم أن بعض أشربة الكحة والمقويات السائلة لا حاجة أصلاً لوجود الكحول فيها، وإنما تضاف إليها لإعطائها النكهة المطلوبة من الجماهير الغربية التي تحب طعم الكحول . وقد توجد أنواع أخرى من الكحول غير الكحول الإيثيلي وهو الموجود في الخمر والمسبب للإسكار ، ومثال ذلك الكحول البنزيلي أو الكحول الارثويتول الموجودة في بعض الحقن ، وهذه الأغوال لا علاقة لها بالكحول الإيثيلي الذي هو روح الخمر . ينظر : الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات - البار ضمن (بحوث مقدمة للدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي) 255-257.

^٢ هو الاسم العربي لمادة مخدرة تحضر من نبات القنب ، وتستعمل الأجزاء المختلفة من النبات ، لتحضير مستحضرات تسمى بأسماء مختلفة ؛ مثل البانج والكراس والخيجا والكيف. وأما لفظ حشيش، فيقتصر إطلاقه في بعض الأحيان على خلاصة مخضرة من الأوراق. وتستعمل كل هذه المستحضرات ، إما بالمضغ ، أو بالتدخين ، أو يتعاطاها على هيئة سائل . والحشيش من المواد المهلوسة . وتدخين الحشيش أكثر الطرق انتشاراً، وأسرعها تأثيراً على الجهاز العصبي المركزي نظراً لسرعة وصول المادة الفعالة من الرئة إلى الدم. ومنه إلى أنحاء المخ ليشعر الشخص بالاسترخاء والنعاس والابتهاج والانتعاش والمرح. والشعور بضعف شديد في القدرة على التركيز والانتباه ، وفي قدرة التذكر المباشر وقريب المدى، كما يعاني الشخص من خلل في التوازن الحسي والحركي مع زيادة ضربات القلب وارتفاع النبض وهبوط ضغط الدم وجفاف الفم والحلق والحنجرة. استخدامه على المدى

وذلك بجامع الإسكار في كل^١ .

الثالث : التداوي بالمخدرات.

والمقصود : ما حرم تعاطيه لما ينشأ عنه من فتور وانكسار بدن واختلاط عقل ؛ كالبنج^٢ ، والأفيون^٣ .^٤

الرابع : التداوي بالضرار.

والمقصود بالضرار : ما حرم تعاطيه لما به من الضرر أو الهلاك ؛ كالسموم ونحوها.

الخامس : التداوي بالمحرم لحرمة .

والمقصود : ما حرم تعاطيه لحرمة ؛ كأعضاء الإنسان.

السادس : التداوي بالمحرمات الأخرى.

=الطويل يؤدي إلى الكثير من الآثار السلبية على الفرد : الدماغ : ضعف التركيز والذاكرة والقدرة على التعلم.

ينظر: موقع الطبي على الرابط : <http://www.altibbi.com/definition/hyocyamus>.

^١ ينظر : الشرح الممتع على زاد المستقنع - ابن عثيمين 14 / 303 بتصرف ، التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 698/1.

^٢ نبات عشبي بري مخدر من فصيلة الباذنجانيات ، وهو مهدئ ومخدر للجهاز العصبي. عرفه الطب القديم ، في حوض البحر المتوسط ، كالمصريين القدماء والبابليين ، واليونان ، واستعمله العرب في التخدير للجراحة. ينظر :

موقع الطبي على الرابط : <http://www.altibbi.com/definition/hyocyamus>.

^٣ هو : عصارة لبنية كثيفة ، تستخرج من الخشخاش ، وتحتوي على مواد متنوعة منها المورفين . وتخفف العصارة

جزئياً بالتبخير، وجزئياً بالحرارة الموضوعية ، وعمله الرئيس هو كمنوم ، ولكنه يستعمل كمهدئ لعلاج السعال والبرد. وقد عرفت البشرية الأفيون منذ أزمان سحيقة ، واستخدمه لتسكين الألم السومريون منذ ستة آلاف عام ،

وكذلك استخدمه ووصفه الفراعنة والآشوريون واليونان وغيرهم من الأمم القديمة . ينظر : موقع الطبي على الرابط : <http://www.altibbi.com/definition/hyocyamus> ، الأدوية المشتملة على الكحول

والمخدرات - البار ضمن (بحوث مقدمة للدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي) 317.

^٤ ينظر : التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام)

698/1.

ويشمل ذلك : كل ما حرم الشرع تناوله أو استعماله مما لا يدخل تحت الأقسام السابقة؛ كالتداوي بالسحر ، وتعليق التماائم ، والذهب ، والحرير ، والموسيقى ، والنظر إلى الحرام^١.

وقد اتفق العلماء على حرمة التداوي بالحرمة المهلك .

قال ابن حزم - رحمه الله -^٢ : "واتفقوا على أن السموم القتالة حرام".

وكذا قد اتفق العلماء على أنه لا يجوز التداوي بالحرمة إذا أمكن التداوي بغيرها من المباحات^٣.

أما عند الضرورة فاختلف الفقهاء في جواز التداوي بالحرمة على قولين - في الجملة^٤ - :

القول الأول : جواز التداوي بالحرمة عند الضرورة.

وقال به : بعض الحنفية^٥ ، وبعض الشافعية^٦.

القول الثاني : عدم جواز التداوي بالحرمة عند الضرورة.

^١ ينظر في هذا التقسيم : التداوي بالحرمة - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 698/1 ، 699.

^٢ مراتب الإجماع 115.

^٣ ينظر : المبسوط - السرخسي 10 / 24 ، الذخيرة - القرافي 112 / 4 ، المجموع - النووي 42 / 9 ، المغني - ابن قدامة 343/13 .

^٤ وذلك أن كل قول قد يرد عليه استثناءات عند بعض أصحابه . والمعيار الذي تُعرف به الاتجاهات في هذه القاعدة هو اعتبارهم الضرورة مسوغاً للتداوي بالخمر من عدمه ، لأن الخمر هو الذي نص على عدم كونه دواء بنص خاص دون غيره كما سيأتي - إن شاء الله - ، فمن سوغ التداوي به عند الضرورة فهو معتبر للضرورة ، ومن لم يسوغ فهو قد نظر إلى عدم زوال الضرورة به ، فلم يعتبر الضرورة هنا .

^٥ ينظر : الفتاوى الهندية 5 / 435 حيث جاء فيه : " ولو أن مريضاً أشار إليه الطبيب بشرب الخمر روي عن جماعة من أئمة بلخ أنه ينظر إن كان يعلم يقيناً أنه يصح حل له التناول".

^٦ ينظر : روضة الطالبين - النووي 551 / 2 حيث جاء فيه : "القسم الثاني : المسكر ، والمذهب عند جمهور الأصحاب: أنه لا يحل شرب الخمر ، لا للتداوي ، ولا للعطش . وقيل: يجوز لهما . وقيل : لهذا دون ذاك . وقيل : بالعكس".

وهو مذهب الحنفية^١، والمالكية^٢، والشافعية^٣، والحنابلة^٤.

واستدل أصحاب القول الأول :

1. بعموم آيات إباحة المحرم عند الاضطرار ، كقوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (١٤٥) الأنعام: 145.

حيث إنها تشمل حال الاضطرار عموماً ، وأنه مبيح للحرام ، سواء الاضطرار إلى الغذاء، أو إلى الدواء.

ويناقش : بأن هذا العموم أتى ما يخصه فيما يتعلق بالتداوي.

2. عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير في قميص من حرير من حكة كانت بهما^٥.

حيث أباح التداوي بالمحرم ، بلبس الحرير هنا.

^١ المبسوط - السرخسي 24 / 25 حيث جاء فيه : "أما الاستشفاء بعين الخمر فقد بينا أنه لا يحل عندنا" ، الفتاوى الهندية 5 / 435 حيث جاء فيه : "ولو أن مريضاً أشار إليه الطبيب بشرب الخمر ... وقال الفقيه عبد الملك حاكياً عن استاذه أنه لا يحل تناول كذا في الذخيرة ولا يجوز أن يداوي بالخمر جرحاً".
^٢ ينظر : الذخيرة - القرافي حيث جاء فيه 4 / 112 : "لا يتداوى بخمر ولا بنجاسة خلافاً ل... عند الضرورة".
^٣ ينظر : روضة الطالبين- النووي 2 / 551 حيث جاء فيه : "القسم الثاني : المسكر ، والمذهب عند جمهور الأصحاب: أنه لا يحل شرب الخمر ، لا للتداوي ، ولا للعطش. وقيل: يجوز لهما. وقيل : لهذا دون ذاك. وقيل : بالعكس".

^٤ ينظر : المغني - ابن قدامة 13/343 حيث جاء فيه : "ولا يجوز التداوي بمحرم ، ولا بشيء فيه محرم مثل ألبان الأتان ولحم شيء من المحرمات ولا شرب الخمر للتداوي به".

^٥ أخرجه البخاري . كتاب الجهاد والسير - باب الحرير في الحرب 4 / 50 (2919).

ويناقش : بأنه الحرير هنا لم يتخذ دواء ، وإنما لأنه - والله أعلم - لا يترتب على لبسه من بقاء الحكمة أو زيادتها ما يترتب على لبس غيره .

أو يقال : أنه يجوز التداوي بالحرير عند عدم غيره ، ومثله الذهب ؛ لأن عدم الشفاء بالتداوي بالمحرم إنما هو لما هو محرم لعينه¹ ؛ كالخمر والميتة ونحوهما ، والله أعلم.

واستدل أصحاب القول الثاني بما يلي :

1. عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : اشتكت ابنة لي فنبذت لها في كوز فدخل النبي صلى الله عليه و سلم وهو يغلي فقال : " ما هذا " ؟ فقالت : إن ابنتي اشتكت فنبذنا لها هذا فقال صلى الله عليه و سلم : " إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام "².

حيث يدل على أن المحرمات لا شفاء فيها ، فلا تدفع الضرورة ، فلا يجوز التداوي بها عند الضرورة .

2. عن سويد بن طارق أنه سأل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن الخمر وقال : إنا نصنعها فنهائهم رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال يا رسول الله إنها دواء فقال صلى الله عليه و سلم : "إنها ليست بدواء ولكنها داء"³.

¹ المحرم لعينه هو : ما حرمه الشارع ابتداء لمعنى قائم فيها لا يريد الشارع ، ومعنى آخر : ما كانت الحرمة فيها منصرفة لمجموع أجزائها المكونة لأصلها لوصف قائم بما قد يظهر لنا كالنجاسة ، وقد لا يظهر ، إلا أن منشأ الحرمة يبقى هو عين الحل لا غيره. ينظر : الانتفاع بالأعيان المحرمة - جمانة أبو زيد 59.

² أخرجه أبو يعلى في مسنده 12 / 402 (696)، وابن حبان في صحيحه - كتاب الطهارة - باب النجاسة وتطهيرها 4 / 233 (1391)، قال الهيثمي في المجمع 5 / 140: "رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان ابن مخرق وقد وثقه ابن حبان"، وقال حسين سليم أسد محقق مسند أبي يعلى : إسناده جيد . فيه حسان ابن مخرق ذكره ابن حبان في (الثقات 4 / 163)، وقال الألباني السلسلة الصحيحة 4 / 174: "وهذا إسناد رجاله كلهم ثقات معروفون غير حسان بن مخرق ، فهو مستور لم يوثقه أحد غير ابن حبان". وللحديث شاهد من حديث ابن مسعود موقوفا عليه أنه قال في السكر : "إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم". علقه البخاري بصيغة الجزم - كتاب الأشربة - باب شراب الحلواء والعسل 7 / 143، وذكره ابن حجر موصولاً وصحح إسناده . ينظر : تلخيص الحبير 4 / 141.

³ أخرجه أبو داود - كتاب الطب - باب في الأدوية المكروهة 4 / 7 (3875)، والترمذي - أبواب الطب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب ما جاء فيمن قتل نفسه بسم أو غيره 3 / 567 (2046) وقال : " هذا

حيث يدل على أن الخمر لا يمكن أن تكون دواء ، فلا يجوز التداوي بها حال الضرورة.
3. ولأن المحرم لو كان دواءً ما حرمه الله . عزّ وجل . على عباده ، فإن الله لا يحرم على عباده ما كان نافعاً لهم¹.

والراجع : عدم جواز التداوي بالمحرم عند الضرورة ؛ لأنه قد جاء التصريح بعدم كونه سبباً للشفاء ، وبالتالي لا تندفع الضرورة به ، والمضطر لا يجوز له أن يتناول من الحرام ما يعرف أنه لا تندفع ضرورته به ، وعليه فإنه لا بد أن يكون لهذه الضرورة سبباً للشفاء مباح ، فيصار إليه.

فإن قيل : قد ثبت علمياً في بعض الأدوية المحرمة أنها سبب للشفاء في بعض الأمراض.
فيقال : إن ظهر تعارض بين النص من جهة والعلم والتجربة من جهة أخرى ، فإنه كان النص غير صحيح أو غير صريح فإنه لا يعمل بالنص إذا كان غير صحيح ، أو يُؤوّل بما يوافق العلم والتجربة الثابتة ثبوتاً يقينياً إذا كان غير صريح ؛ لأنه لا يمكن أن يأتي النص بخلاف حقيقة مشاهدة يقينية.

أما إن كان النص صحيحاً صريحاً فإنه لا يمكن أن يخالف العلم والتجربة النصّ الصحيح الصريح ، وبالتالي يكون الخطأ هنا عائداً إلى العلم والتجربة ولا بد².

=حديث حسن صحيح " ، وأحمد في مسنده 151 / 31 (1885) ، وابن حبان في صحيحه - كتاب الطهارة - باب النجاسة وتطهيرها 232 / 4 (1390) ، وقال شعيب الأرنؤوط : إسناده حسن.

¹ ينظر : الشرح الممتع على زاد المستقنع - ابن عثيمين 14 / 301 بتصرف.

² يؤيد هذا ما ظهر بطلانه عند علماء الطب من كون الخمر يشفى بها بعض الأمراض وتستخدم علاجاً لها ، والذي كان يذكر على أنه حقيقة ثابتة في يوم من الأيام ، ثم ظهر الخطأ في ذلك. يقول د. البار في بحث الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات ضمن (بحوث مقدمة للدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي) 259 - بعد أن ذكر الوهم الذي كان عند العرب بمنفعة الخمر كدواء ، بل عند بعض أطباء المسلمين - : "وكذلك فعل ابن سينا في القانون وسار على نهجهما كثير من قدامى الأطباء، وهو منهج خاطئ بعد أن أوضح لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخمر داء ، وقد جاءت أحاديثه معجزة في هذا الباب . فقد كشف الطب الحديث زيف ما كانوا يعتقدون ، وأبان أن ما جاءت به الأحاديث الصحيحة هو الحق الذي لا مرية فيه ، وأن كلام الأطباء القدامى هو الغناء والهراء"

ويدخل في ذلك التداوي بالنجاسات ، أو المسكرات ، أو السحر ، أو الرقى الشريكية ، أو الموسيقى ، أو النظر إلى الحرام.

كلها لا يجوز التداوي بها بأي حال حتى عند الضرورة^١.

أما المخدرات غير المسكرة ، وكذا الأشياء الضارة فإنه يمكن أن يقال فيها : أنها جائزة عند الضرورة ، إذا كان سيدفع بها مفسدة أعظم من مفسدتها ؛ وذلك لأنها ليست محرمة لعينها ، وإنما لأمر آخر وهو وجود الضرر فيها بالعقل أو بالبدن ، ولذا لا تدخل فيما جاء في نفي الشفاء فيما حُرِّم ؛ لأن ذلك يخص ما حرم لعينه^٢.
ولأن الدواء لا يخلو غالباً من خوف ضرر .

قال ابن قدامه - رحمه الله - ٣ : " وما فيه السموم من الأدوية ، إن كان الغالب من شربه واستعماله الهلاك به أو الجنون لم يبح شربه ، وإن كان الغالب منه السلامة ويرجى منه المنفعة فالأولى بإباحة شربه ؛ لدفع ما هو أخطر منه ، كغيره من الأدوية ، ويحتمل أن لا يباح ؛ لأنه يعرض نفسه للهلاك فلم يبح ، كما لو لم يرد به التداوي ، والأول أصح ؛ لأن كثيراً من الأدوية يخاف منه ، وقد أبيض لدفع ما هو أضر منه فإذا قلنا يحرم شربه فهو كالحرمات من الخمر ونحوه وإن قلنا يباح فهو كسائر الأدوية المباحة والله أعلم^٤ .

وكذا الأمر في الذهب ، والحريز ، إلا أنها تجوز حتى عند الحاجة ؛ لأن أمرها أخف ، ولما جاء في الترخيص بالحريز للحكمة^٥ .

^١ وإن كان لا يتصور وجود الضرورة للتداوي بالموسيقى والنظر إلى الحرام.

^٢ ينظر : موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - توصيات الندوة الثامنة على الرابط :

<http://islamset.com/arabic/aioms/index.html> حيث جاء فيه : "المواد المخدرة محرمة لا يحل

تناولها إلا لغرض المعالجة الطبية المتعينة ، وبالمقادير التي يحددها الأطباء" ، وينظر تفصيل المسألة في المبحث القادم - إن شاء الله - .

^٣ المغني 2 / 52.

^٤ وينظر : روضة الطالبين- النووي 2 / 548 ، الأحكام المتعلقة بالسموم - دراسة فقهية - نسبية البخيت 79 ، التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 755/1.

^٥ في حديث أنس السابق . ينظر : ص 474 .

قال ابن تيمية - رحمه الله -^١ : "وأما الحلية : فإنما أبيع الذهب للأنف وربط الأسنان ؛ لأنه اضطرار وهو يسد الحاجة يقيناً كالأكل في المخصصة . وأما لبس الحرير : للحكمة والجرب إن سُلّم ذلك فإن الحرير والذهب ليسا محرّمين على الإطلاق ، فإنهما قد أبيحا لأحد صنفَي المكلفين ، وأبيع للصنف الآخر بعضهما ، وأبيع التجارة فيهما ، وإهداؤهما للمشرّكين . فعلم إنهما أبيحا لمطلق الحاجة ، والحاجة إلى التداوي أقوى من الحاجة إلى تزيين النساء ، بخلاف المحرمات من النجاسات . وأبيع أيضاً لحصول المصلحة بذلك في غالب الأمر".

أما التداوي بالمحترم كجزء الآدمي ، فقد تم بيان حكمه في مباحث سابقة^٢.

لكن يشترط لتحريم التداوي بالمحرم عدة شروط :

الشرط الأول : أن يستعمل المحرم كدواء للداء ؛ كشرب الخمر للتداوي أو الدم أو غيرها ؛ لأنه بذلك يكون قد حصل التداوي بمحرم الذي بيّن الشرع أنه لا يحصل به الشفاء.

أما إن استعمل المحرم كغذاء فإنه يجوز عند الضرورة ، وذلك كاستعمال الميتة ونحوها لدفع الجوع .

وكذا إن حصل التداوي بشيء حلال فيه شيء محرم ، لكن لم يستعمل المحرم كدواء للداء ، وإنما التداوي بالحلال ، فإنه جائز كذا عند الضرورة ، وذلك ككثير من الأدوية المشتملة على نسبة من الكحول إذا لم يوجد غيرها ، وإذا ثبت أن هذه الكحول لا يقصد به أي تداوي ، بل هي لإذابة المواد التي في الدواء^٣.

^١ مجموع الفتاوى 21 / 567.

^٢ ينظر : ص 333 ، 337 .

^٣ ينظر : مجموع فتاوى ورسائل العثيمين 17 / 30 حيث جاء فيها : "وأما ما يكون من مواد الكحول في بعض الأدوية ، فإن ظهر أثر ذلك الكحول بهذا الدواء بحيث يُسكر الإنسان منه فهو حرامٌ، وأما إذا لم يظهر الأثر وإنما جعلت فيه مادة الكحول من أجل حفظه، فإن ذلك لا بأس به، لأنه ليس لمادة الكحول أثر فيه" ، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - توصيات الندوة الثامنة على الرابط : <http://islamset.com/arabic/aioms/index.html>

وكذا يخرج بذلك ما لم يحصل التداوي بمحرم ، وإنما فعل المحرم من أجل التداوي فإنه جائز كذلك إذا لم يوجد سبيل آخر ، ومن ذلك كل جراحة في الجسم ، فإنها في الأصل فعل لمحرم من أجل التداوي عندما لا يوجد سبيل آخر ، وليست هي الدواء بذاتها.

وكذا ما يحدثه الطبيب من قطع أو إتلاف في جسم المريض من أجل عيب فيه ، أو من أجل دفع ضرر أعظم هو جائز ، مع أنه محرم في الأصل ، إلا أنه لم يتخذ كدواء هنا.

ولعل من ذلك ما يوجد في بعض الأدوية من سموم هي محرمة ، إلا أنها تجوز لأنها لدفع أو رفع ضرر أعظم منها ، وهي هنا كذلك لم تتخذ كدواء.

مع أنها حتى لو اتخذت دواء فإن ذلك جائز عند الضرورة^١.

ومن ذلك أيضاً تخدير المريض^٢ ، حتى ولو كان تخديره كلياً إذا وجد الداعي لذلك ، لأنه هنا أيضاً لم يتخذ التخدير دواء.

= حيث جاء فيه : " لما كان الكحول مادة مسكرة فيحرم تناولها ، ورثما يتحقق ما يتطلع إليه المسلمون من تصنيع أدوية لا يدخل الكحول في تركيبها ولا سيما أدوية الأطفال والحوامل ، فإنه لا مانع شرعا من تناول الأدوية التي تصنع حاليا ويدخل في تركيبها نسبة ضئيلة من الكحول ، لغرض الحفظ ، أو إذابة بعض المواد الدوائية التي لا تذوب في الماء مع عدم استعمال الكحول فيها مهدئا، وهذا حيث لا يتوافر بديل عن تلك الأدوية" . ولا احتاج هنا أن أثبت الفرق بين الخمر والكحول من أجل بيان حل استعمال الكحول في الأدوية عند عدم غيرها ؛ لأن الصحيح أنه لا فرق بينهما ، وأتبع في الحكم سواء بجامع علة الإسكار في كل . أما هنا فجاز استعمال الكحول لأنه لم يتخذ دواء .

^١ ينظر : ص 477 .

^٢ التخدير : وسيلة طبية لتعطيل حس الألم بصورة مؤقتة ، وقد يكون عاماً وهو ما يفقد به المريض وعيه ، وجزئي وهو ما يفقد به حس الألم في موضع معين. ينظر : الموسوعة الطبية الفقهية - كنعان 189 ، الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات - البار ضمن (بحوث مقدمة للدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي) 312. ويقول د. البار في موضع آخر 316: وبدون شك؛ فإن استخدام عقاقير التخدير الموضعية والعامة قد أتاحت للجراحين إجراء عمليات كبيرة ومعقدة وصارت فتحاً في ميدان العلاج، ولا يوجد أي خطر منها على الإطلاق في إحداث الإدمان، طالما أنها تستخدم في مجال التخدير لإجراء العمليات الجراحية فقط" .

هذا كله فيما تجيزه الضرورة ، أما ما لا تجيزه الضرورة كالسحر والرقى الشرعية والتمائم ونحوها ، وكذا ما لا تتصور فيه الضرورة كالموسيقى والنظر إلى الحرام ونحوها فكل ذلك لا يجوز بحال .

الشرط الثاني من شروط تحريم التداوي بالمحرم : أن لا يتغير تغيراً يزيل علة تحريمه .

أما إن تغير تغيراً أزال علة تحريمه فإنه يعود إلى الجواز ؛ لزوال علة التحريم ، وذلك ؛ كالخمر إذا تخللت ^١ ، أو إذا استهلكت ^٢ في حلال فلم يبق لها ريح أو طعم أو لون أو تأثير ، وكذلك النجاسة ؛ كالذي يكون من ميتة ونحوها إذا استحالت ^٣ ، أو استهلكت ، وكذلك المخدر كالبنج ونحوه ، وكذلك الضار ؛ كالسم إذا زال ضرره ولم يبق له أثر^٤ .
وذلك كله بقيد ، وهو أن تزول العلة التي من أجلها حرم المحرم زوالاً تاماً ؛ بحيث لا يبقى لها أثر^٥ .

^١ التخلل : هو تحول الخمر إلى خل . ينظر : المصباح المنير - الفيومي مادة "خلل".

^٢ الاستهلاك : هو تصيير الشيء هالكا أو كالهالك . ينظر : معجم الألفاظ والمصطلحات الفقهية - عبد المنعم 167/1 ، الموسوعة الفقهية الكويتية 4 / 129 .

^٣ استحالة الشيء بمعنى تغير الشيء عن طبعه ووصفه . وتكون باستهلاك الشيء بغيره ، وبالاحتراق وبالذباغة وبالتفاعل وغير ذلك . ينظر : المصباح المنير - الفيومي مادة " ح و ل " ، التداوي بالحرمان - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 717/1.

^٤ ينظر في هذه المسألة : شرح فتح القدير على الهداية 139 / 1 (ط الأمانة - بولاق) ، الفتاوى الهندية 50/1 ، الذخيرة - القرافي 189/1 ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 57 / 1 ، نهاية المحتاج - الرملي 230 / 1 ، مجموع الفتاوى - ابن تيمية 481 / 21 ، فتاوى اللجنة الدائمة 92 / 22 ، الشرح المتع على زاد المستقنع - ابن عثيمين 297 / 14 ، التداوي بالحرمان - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 717/1-755.

^٥ ينظر : توصيات الندوة الثامنة - موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على الرابط : <http://islamset.com/arabic/aioms/index.html> حيث جاء فيه : "المواد الغذائية التي يدخل

شحم الخنزير في تركيبها دون استحالة عينه مثل بعض الأجبان وبعض أنواع الزيت والدهن والسمن والزبد وبعض أنواع البسكويت والشكولات والآيس كريم ، هي محرمة ولا يحل أكلها مطلقا ، اعتبارا لإجماع أهل العلم على نجاسة الخنزير وعدم حل أكله ، ولانتفاء الاضطراب إلى تناول هذه المواد " ، أما ما استحالت استحالة تامة فيجوز .
ينظر أيضاً : توصيات الندوة الثامنة - موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على الرابط :

مع التنبيه على أنه في المسكرات لا يكفي عدم وجود علة التحريم في المتداوي به ، بل لا بد من أمر آخر ، وهو أن لا يسكر الكثير من هذا الدواء ، حتى وإن لم يسكر قليله ؛ وذلك بخلاف غيره من النجاسات ، والمخدرات ، والأمور الضارة ؛ وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المسكرات : " ما أسكر كثيره فقليله حرام " ^١ ، ولم يقل ذلك في المخدرات وغيرها ؛ وذلك سداً لباب المسكرات أكثر من غيره ^٢.

الشرط الثالث : أن يكون الدواء المحرم مستعملاً استعمالاً محرماً ؛ وذلك كاستعمال المسكر ؛ كالخمر شرباً ، أو النجس ؛ كالذي يكون من ميتة ونحوها أكلاً ، وكذلك المخدر ، والضرار ، وكذلك فيما هو كالأكل والشرب مما فيه إدخال للمحرم لداخل الجسم.

أما إذا استعمل المحرم استعمالاً غير محرم ، فإنه يجوز التداوي به ؛ لأنه لم يحصل التداوي بمحرم هنا ، ومن هنا جاز استعمال النجاسات في ظاهر البدن للضرورة إذا أمكن

<http://islamset.com/arabic/aioms/index.html> = حيث جاء فيه : " الاستحالة التي تعني انقلاب العين إلى عين أخرى تغيرها في صفاتها تدول المواد النجسة أو المتنجسة إلى مواد طاهرة ، وتحول المواد المحرمة إلى مواد مباحة شرعاً. وبناء على ذلك : الجيلاتين المتكون من استحالة عظم الحيوان النجس وجلده وأوتاره طاهر وأكله حلال . الصابون الذي ينتج من استحالة شحم الخنزير أو الميتة يصير طاهراً بتلك الاستحالة ويجوز استعماله ".

^١ أخرجه أبو داود من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما - كتاب الأشربة - باب النهي عن المسكر 368/3 (3683) ، والترمذي - أبواب الأشربة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام 356/3 (1865). وقال : " هذا حديث حسن غريب " ، وقال الألباني في صحيح سنن أبي داود (3681) "حسن صحيح".

^٢ ينظر : النوازل الطبية عند المحدث الألباني - مرجعاً 186 بتصرف . وينظر : توصيات الندوة الثامنة - موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على الرابط : <http://islamset.com/arabic/aioms/index.html> حيث جاء فيه : " ولا حرج في استعمال جوزة الطيب في إصلاح نكهة الطعام بمقادير قليلة لا تؤدي إلى التفتير أو التخدير ". الأدوية المشتملة على الكحول والمخدرات - حماد ضمن (بحوث مقدمة للدورة 16 للمجمع الفقهي الإسلامي) 234 حيث جاء فيه : " وقد استثنى كثير من الفقهاء من عموم حظر تناولها بعض المواد المخدرة التي درج كثير من الناس على استخدامها في الأغذية بكميات ضئيلة لا تؤدي إلى شيء من التخدير أو التفتير ، مثل العنبر الذي يقصد لرائحته العطرية ، والزعفران الذي يتخذ كمادة ملونة ومنكهة ، وجوزة الطيب التي تخلط مع التوابل لتحسين نكهة الطعام ورائحته ، وذلك لانتفاء علة التحريم في تناولها بهذه الصورة.

إزالتها؛ لأن الاستعمال المحرم في النجس كالميتة هو في الأكل ونحوه، أما مسحها ، أو وضعها على البدن للحاجة ثم إزالتها فهو ليس محرماً .

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : وجد النبي صلى الله عليه وسلم شاة ميتة أعطيتها مولاة ليمونة من الصدقة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : "هلا انتفعتم بجلدها" . قالوا : إنها ميتة . قال : "إنما حرم أكلها"^٢ .

قال ابن تيمية - رحمه الله -^٣ : "ملا بسة النجاسة للحاجة جائز إذا طهر بدنه وثيابه عند الصلاة ونحوها" .

وبناء على ما تقدم فإن إطلاق القاعدة بجواز التداوي بالمحرم عند الضرورة فيه نظر ، بل يُقَيَّد بما ذُكر ، والله أعلم .

دليل القاعدة :

1. عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "تداؤوا ، ولا تتداؤوا بحرام"^٤ .

والنهي يقتضي التحريم .

^١ ينظر : الفتاوى الهندية 1 / 50 ، الذخيرة - القرافي 13 / 308 ، مجموع الفتاوى - ابن تيمية 21 / 609 . وينظر : التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 709/1 .

^٢ أخرجه البخاري - كتاب الزكاة - باب الصدقة على موالى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم 158/2 (1492) .

^٣ مجموع الفتاوى 21 / 609 .

^٤ أخرجه أبو داود - كتاب الطب - باب في الأدوية المكروهة 6/4 (3876) ، والطبراني 24/254 وأورده الهيثمي في المجمع 141/5 وقال : رجال الطبراني ثقات .هـ . والأحاديث في القاعدة يشهد بعضها لبعض . ينظر : السلسلة الصحيحة - الألباني 4 / 174 .

2. عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : اشتكت ابنة لي فنبذت لها في كوز فدخل النبي صلى الله عليه و سلم وهو يغلي فقال : " ما هذا " ؟ فقالت : إن ابنتي اشتكت فنبذنا لها هذا فقال صلى الله عليه و سلم : "إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام"^١.

حيث يدل على أن المحرمات لا شفاء فيها ، وأن الاستشفاء بها لا ينفي صفة التحريم عنها^٢.

3. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال نبي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء الخبيث^٣.

قال الترمذي^٤ : "يعني السم" .

وقال الحاكم^٥ : "الدواء الخبيث هو الخمر بعينه بلا شك فيه".

4. عن سويد بن طارق أنه سأل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن الخمر وقال : إنا نصنعها فنهأ رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال يا رسول الله إنها دواء فقال صلى الله عليه و سلم : "إنها ليست بدواء ولكنها داء"^٦.

حيث يدل على أن بالخمر ومثله المحرمات لا شفاء فيها ، وأن الاستشفاء بها استشفاء بما يضر ولا ينفع^٧.

^١ تقدم تخريجه ص 475 .

^٢ ينظر : التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 705/1.
^٣ أخرجه أبو داود - كتاب الطب - باب في الأدوية المكروهة 4 / 6 (3872) ، والترمذي - أبواب الطب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب ما جاء فيمن قتل نفسه بسم أو غيره 3 / 567 (2045) ، وأحمد في مسنده 13 / 416 (8048) وقال محققو المسند : "إسناده حسن" ، والحاكم في المستدرک 4 / 570 (8329) وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه اهـ . وقال الألباني في (صحيح سنن أبي داود 7 / 4): "صحيح".

^٤ جامع الترمذي 3 / 567 .

^٥ المستدرک 4 / 570.

^٦ تقدم تخريجه ص 475 .

^٧ ينظر : التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 706/1.

فروع القاعدة :

1. تحريم الأدوية المشتمة على الجيلتين^١ لأنها مشتقة من ميتة^٢ ، والميتة نجسة ومحرمة ، ولا يجوز التداوي بمحرم .

وذلك إذا استعمل كدواء ، وبالشروط المذكورة في القاعدة^٣.

2. تحريم التداوي باستعمال الأنواع من الأنسولين^٤ المستخلص من الخنزير^٥ ؛ لأن الخنزير الخنزير نجس ومحرم ، ولا يجوز التداوي بمحرم .

3. تحريم شرب الدم للتداوي^٦ ، لأنه تداوي بنجس ومحرم ، ولا يجوز التداوي بمحرم.

4. تحريم التداوي بالكحول الخالصة ؛ لأنها في حكم الخمر الخالصة^٧ ، والخمر محرم ، ولا يجوز التداوي بمحرم.

5. تحريم التداوي بالأدوية المشتمة على كحول إذا كان فيها الشدة المسكرة ؛ لأنها في حكم الخمر الخالصة^٨ ، والخمر محرم ، ولا يجوز التداوي بمحرم ، وذلك إذا استعمل الكحول كدواء.

^١ هي مادة شبه زلالية لينة لزجة غير قابلة للذوبان في الماء تستخرج من عظام الحيوان وأنسجته بإغلاته الطويل في الماء . ينظر : المعجم الوسيط - إبراهيم مصطفى وآخرون 1 / 150.

^٢ ينظر : التداوي بالحرمانات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 725/1.

^٣ وكذا بقية الفروع المذكورة .

^٤ الانسولين في الأصل : هرمون تفرزه غدد في البنكرياس وظيفته أنه ينبه أنسجة الجسم لاستعمال السكر، حيث يساعد الأنسجة على أكسدة السكر إلى ثاني أكسيد الكربون وماء وإطلاق ما به من طاقة، لاستعمالها في الوظائف الحيوية. ينظر : المعجم الطبي - أبو حاتم 53. والانسولين المستخرج من الخنزير بديل يعوض فقده في الإنسان.

^٥ ينظر : فتاوى اللجنة الدائمة 25 / 28.

^٦ ينظر : فتاوى اللجنة الدائمة 25 / 36 .

^٧ ينظر : التداوي بالحرمانات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 736/1.

^٨ ينظر : التداوي بالحرمانات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 737/1.

6. تحريم التداءوي بما فيه السموم من الأدوية ، إن كان الغالب من شربه واستعماله الهلاك به أو الجنون^١ ؛ لأنه محرم ، والتداءوي بالمحرم لا يجوز ، ولما يفضي إليه من ضرر الهلاك أو الجنون.

8. تحريم التداءوي بالموسيقى^٢ ؛ لأنه محرم ، والتداءوي بالمحرم لا يجوز.

9. تحريم التداءوي بالنظر إلى المحرمات^٣ ؛ لأنها محرمة ، والتداءوي بالمحرم لا يجوز.

10. تحريم التداءوي بلبن الحمير^٤ ؛ لأنه محرم ، والتداءوي بالمحرم لا يجوز.

^١ المغني - ابن قدامة 2 / 52.

^٢ ينظر : التداءوي بالمحرمات - صالح أبو طه 239.

^٣ ينظر : التداءوي بالمحرمات - صالح أبو طه 239.

^٤ ينظر : المغني - ابن قدامة 13 / 343 .

المبحث الرابع : يحرم التداوي بالحرم لخبثه دون غيره^١

لخبثه : أي من أجل خبث عينه لسبب ما ؛ كنجاسته - مثلاً - .

دون غيره : أي دون المحرم لغير الخبث .

ومعنى القاعدة : أنه يحرم التداوي بالشيء الذي حرم من أجل خبث عينه لسبب ما ؛ كنجاسته - مثلاً - ، ولا يجوز التداوي فيه بأي حال ، أما ما لم يحرم من أجل خبث عينه ، وإنما لأمر آخر خارج عنه فإنه يجوز التداوي به .

والأعيان التي حرّمها الشارع يمكن أن تقسم إلى قسمين :

القسم الأول : الأعيان المحرمة لعينها .

والحرم لعينه هو : ما حرّمها الشارع ابتداء لمعنى قائم فيها لا يريد الشارع ، ومعنى آخر: ما كانت الحرمة فيها منصرفة لمجموع أجزائها المكونة لأصلها لوصف قائم بها قد يظهر لنا ؛ كالنجاسة ، وقد لا يظهر ، إلا أن منشأ الحرمة يبقى هو عين المحل لا غيره .

القسم الثاني : الأعيان المحرمة لغيرها .

وهي : ما كانت مباحة في أصلها ؛ لاشتغالها على منفعة ذاتية مباحة ، وحرمت لمعنى خارج عنها لا يريد الشارع ، فمنشأ الحرمة في الغير المتعلق بها لا في عين المحل ، وذلك ؛ كالمسروقات ، والمغصوبات ، ولبس الذهب ، ولبس الحرير^٢ .

^١ ينظر : المغني - ابن قدامة 501 / 12 حيث جاء فيه : "ولأنه [أي الخمر] محرم لعينه فلم يباح للتداوي كلحم الخنزير" ، مجموع الفتاوى 82 / 21 حيث جاء فيه : "ثم ما حرم لخبث جنسه أشد مما حرم لما فيه من السرف والفخر والخيلاء ؛ فإن هذا يحرم القدر الذي يقتضي ذلك منه ويباح للحاجة ... ولهذا كان الصحيح ... جواز التداوي بهذا الضرب دون الأول" .

^٢ ينظر هذا التقسيم في : الانتفاع بالأعيان المحرمة - جمانة أبو زيد 59 - 63 .

ومن الفروق بينهما : أن التحريم في العين المحرمة لعينها أصلي ، بمعنى أنه ثبت للعين ابتداء في نفسها ، بينما في المحرمة لغيرها التحريم تبعي ، تَتَبَعَ العَيْنُ فِيهِ الوصفَ المحرّم الذي طرأ عليها ، وتعلّق بها^١.

والقاعدة تقرر أنه لا يجوز التداوي بما حرم لخبثه ، ويشمل ذلك حتى حال الضرورة على خلاف بين العلماء - كما تقدم -^٢ ، وأن ما حرم لأمر خارج يجوز التداوي به.

ويدخل فيما حرم لخبثه ولعينه - إضافة إلى النجاسات - المسكرات ؛ كالخمر فإنها محرمة لخبثها ولعينها ، والمحرمة فيها منصرفة لمجموع أجزائها المكونة لأصلها لوصف قائم بها وهو السكر ، فلذا لا يجوز التداوي بها.

كما يدخل في ذلك الحيوان المحرم الأكل فإنه محرم لخبثه ولعينه ، ولذا لا يجوز التداوي به.

أما المواد المخدرة فلا تخلو إما أن تكون مسكرة أو لا .

فإن كانت مسكرة كالحشيشة فإنها محرمة لخبثها ولعينها ؛ لأن الحرمة فيها منصرفة لمجموع أجزائها المكونة لأصلها لوصف قائم بها وهو السكر ، فلذا لا يجوز التداوي بها. وإن لم تكن مسكرة فلا يخلو إما أن لا يباح قليلها ، أو يباح .

فإن لم يباح قليلها لكونه مخدراً فإنها كذلك محرمة لخبثها ولعينها ؛ لأن الحرمة فيها منصرفة لمجموع أجزائها المكونة لأصلها لوصف قائم بها وهو الضرر بالعقل ب اختلاطه ، فلذا لا يجوز التداوي بها .

وإن أبيع قليلها لعدم تخديره ، وكان كثيرها مخدراً محرماً ، فالذي يظهر أنها لا تعتبر محرمة لخبثها ولعينها ؛ لأن الحرمة فيها ليست منصرفة لمجموع أجزائها المكونة لأصلها ، ولأنها مباحة في أصلها ؛ لاشتغالها على منفعة ذاتية مباحة ، ولذا يجوز التداوي بها ، وإن

^١ ينظر : الانتفاع بالأعيان المحرمة - جمانة أبو زيد 63.

^٢ ينظر : ص 473 .

كان يحتمل أن يقال بأن القدر المخدر منها محرم لحبثه ولعينه ، لكونه لا يحل شيء منه ، والله أعلم .

أما الأشياء الضارة غير القاتلة كبعض السموم فإنه يمكن أن يقال فيها : أن التداوي بها جائز ، إذا كان سيدفع بها مفسدة أعظم من مفسدتها ؛ وأنها ليست محرمة لعينها ، وإنما لأمر آخر وهو وجود الضرر بالبدن ، ولذا لا تدخل فيما جاء في نفي الشفاء فيما حرم ؛ لأن ذلك يخص ما حرم لعينه^١.

ولأن الدواء لا يخلو غالباً من خوف ضرر .

قال ابن قدامة - رحمه الله - ٢ : " وما فيه السموم من الأدوية ، إن كان الغالب من شربه واستعماله الهلاك به أو الجنون لم ييح شربه ، وإن كان الغالب منه السلامة ويرجى منه المنفعة فالأولى بإباحة شربه ؛ لدفع ما هو أخطر منه ، كغيره من الأدوية ، ويحتمل أن لا يباح ؛ لأنه يعرض نفسه للهلاك فلم ييح ، كما لو لم يرد به التداوي ، والأول أصح ؛ لأن كثيراً من الأدوية يخاف منه ، وقد أبيح لدفع ما هو أضر منه فإذا قلنا يحرم شربه فهو كالحرمات من الخمر ونحوه وإن قلنا يباح فهو كسائر الأدوية المباحة والله أعلم^٣ .

دليل القاعدة :

1. عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : اشتكت ابنة لي فنبذت لها في كوز فدخل النبي صلى الله عليه و سلم وهو يغلي فقال : " ما هذا " ؟ فقالت : إن ابنتي اشتكت فنبذنا لها هذا فقال صلى الله عليه و سلم : " إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام^٤ .

١ ينظر : توصيات الندوة الثامنة - موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية على الرابط :

<http://islamset.com/arabic/aioms/index.html> حيث جاء فيه : "المواد المخدرة محرمة لا يحل

تناولها إلا لغرض المعالجة الطبية المتعينة ، وبالمقادير التي يحددها الأطباء".

٢ المغني 2 / 52.

٣ وينظر : روضة الطالبين- النووي 2 / 548 ، الأحكام المتعلقة بالسموم - دراسة فقهية - نسبية البخيت 79 ،

التداوي بالمحرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 755/1.

٤ تقدم تخريجه ص 475 .

حيث يدل على أن الخمر لا يجوز التداوي بها ؛ وذلك لأنه محرمة لخبثها .

2. عن سويد بن طارق أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخمر وقال : إنا نصنعها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال يا رسول الله إنها دواء فقال صلى الله عليه وسلم : "إنها ليست بدواء ولكنها داء"^١.

حيث يدل على أن الخمر لا يمكن أن تكون دواء ، فلا يجوز التداوي بها ، وذلك ؛ لأنها خبيثة .

3. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء الخبيث .

وتقدم تفسير الترمذي له بالسم ، وتفسير الحاكم له بالخمر^٢.

ولعل حمله على الدواء المحرم لخبثه عموماً أولى .

4. عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير في قميص من حرير من حكة كانت بهما^٣.
حيث أباح التداوي بالمحرم ، بلبس الحرير هنا ، وذلك ؛ لأنه ليس محرماً لخبثه ، بل لأمر خارج ، فجاز التداوي به.

5. ولأن الضرورة لا تندفع بالتداوي بالمحرم لعينه فلم يبح ؛ كالتداوي بها فيما لا تصلح له^٤.

6. ولأن المحرم لخبثه لو كان دواءً ما حرمه الله . عز وجل . على عباده تحريماً عينياً ، فإن الله لا يحرم على عباده ما كان نافعاً لهم^٥.

^١ تقدم تخريجه ص 475 .

^٢ ينظر : ص 483 .

^٣ تقدم تخريجه ص 474 .

^٤ ينظر : المغني - ابن قدامة 12 / 501.

^٥ ينظر : الشرح الممتع على زاد المستقنع - ابن عثيمين 14 / 301 بتصرف.

فروع القاعدة :

1. تحريم الأدوية المشتملة على الجيلاتين لأنها مشتقة من ميتة^١ ، والميتة نجسة ومحرمة لحبثها ، ولا يجوز التداوي بمحرم لحبثه ، وذلك إذا استعمل كدواء^٢.
2. تحريم التداوي باستعمال الأنواع من الأنسولين المستخلص من الخنزير^٣؛ لأن الخنزير نجس ومحرم لحبثه ، ولا يجوز التداوي بمحرم لحبثه .
3. تحريم شرب الدم للتداوي^٤ ، لأنه تداءي بنجس ومحرم لحبثه ، ولا يجوز التداوي بمحرم لحبثه.
4. تحريم التداءي بالخمير^٥ ، لأن الخمر محرم لحبثه ، ولا يجوز التداءي بمحرم لحبثه.
5. تحريم التداءي بلبن الحمير^٦؛ لأنه محرم لحبثه ، والتداوي بالمحرم لحبثه لا يجوز.
6. عدم جواز التداءي بالترياق^٧؛ لأنه يجعل فيه لحوم الحيات ، ولحوم الحيات حرام^٨ ، وهي محرمة لحبثها ، والتداوي بالمحرم لحبثه لا يجوز.

^١ ينظر : التداءي بالخرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 725/1.

^٢ أي أنه إذا استعمل كدواء يحرم حتى للضرورة ، بخلاف ما إذا لم يستعمل كدواء فتبيحه الضرورة .

^٣ ينظر : فتاوى اللجنة الدائمة 25 / 28.

^٤ ينظر : فتاوى اللجنة الدائمة 25 / 36 .

^٥ ينظر : التداءي بالخرمات - آل فريان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الثاني - جامعة الإمام) 736/1.

^٦ ينظر : المغني - ابن قدامة 343/13 .

^٧ الترياق : قيل بأنه : مأخوذ من الريق والتاء زائدة ووزنه تفعال بكسرهما لما فيه من ريق الحيات . ينظر : المصباح المنير - الفيومي - مادة [ت ر ي ا ق] . وقيل بأنه : دواء يتعالج به من السم ويجعل فيه من لحوم الحيات . ينظر : المغني - ابن قدامة 343/13 . وقيل بأنه : ما يمنع ميكانيكياً امتصاص السم من المعدة أو الأمعاء . ينظر : المعجم الوسيط - إبراهيم مصطفى وآخرون (1 / 85) ، وقيل : هي مادة تضاد عمل سم معين وتبطل مفعوله . ينظر : المعجم الطبي - أبو حاتم 91 . ويظهر أنه في الاصطلاح المعاصر عام في ما يداوى به السم ، فلا يشمل التحريم هنا إذا لم يكن فيه لحوم الحيات.

^٨ ينظر : المغني - ابن قدامة 343/13.

7. جواز التداوي بالحرير لإذهاب الحكّة ؛ لأنه ليس محرماً لخبثه ، بل لأمر خارج ، وهو النعومة التي لا تليق بالرجل ، فجاز التداوي به^١.

8. جواز التداوي بالذهب^٢ ؛ لأنه ليس محرماً لخبثه ، بل لأمر خارج ، فجاز التداوي به.

9. جواز التداوي بالدواء المسروق أو المغصوب عند الضرورة ؛ لأنه ليس محرماً لخبثه ، بل لأمر خارج ، فجاز التداوي به ، مع ضمانه.

^١ شرح بلوغ المرام - ابن عثيمين - كتاب الصلاة - الشريط 30 - الوجه الأول .

^٢ على فرض حصوله ، أما ربط الأسنان به ونحو ذلك فلا يعتبر من التداوي ؛ لأن الذهب هنا لم يتخذ دواءً ، وهو جائز عند الحاجة.

المبحث الخامس : تجوز تجربة الدواء بما لا يضر المريض أثره^١

التجربة لغة : مأخوذة من الفعل جَرَّبَ .

يقال : (جَرَّبْتُ) الشيء (تَجَرَّبْتُ) اختبرته مرة بعد أخرى والاسم (التَّجَرُّبَةُ)^٢.

وتجربة الدواء هي : اختباره ، ومعرفة ما فيه من نفع أو ضرر^٣.

ومعنى القاعدة : أنه يجوز اختبار الدواء ، ومعرفة ما فيه من نفع أو ضرر ، بإعطائه لإنسان حي مريض ، بشرط أن لا ينتج عن ذلك ضرر عليه .

ويمكن تقسيم تجربة الدواء إلى قسمين :

القسم الأول : تجربته من أجل الشفاء ، والذي يوصل إلى إثبات كونه دواء في البحث العلمي تبعاً.

القسم الثاني : تجربته من أجل إثبات كونه دواء في البحث العلمي ، والذي يوصل إلى الشفاء تبعاً.

ويعنى بالأول : تجربة دواء على مريض معين من أجل شفائه من مرض معين.

ويعنى بالثاني : تجربة دواء على عدة مرضى بمرض معين من أجل معرفة صلاحيته كدواء لهذا المرض ، ومعرفة الجرعة التي تكفي منه ، ومعرفة الآثار الضارة ، والاحتياطات اللازمة.

^١ ينظر : زاد المعاد - ابن القيم 4 / 146 حيث جاء فيه : " وإذا أشكل عليه المرض أحرار هو أم بارد ؟ فلا يقدم حتى يتبين له ، ولا يجربه بما يخاف عاقبته ، ولا بأس بتجربته بما لا يضر أثره " ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 83 حيث جاء فيه : " وله أن يجرب الدواء بما لا يضر أثره ، ولكن ليس له أن يجربه بما تخاف عاقبته " .

^٢ ينظر : المصباح المنير - الفيومي - مادة (جرب) 49/1.

^٣ ينظر : أحكام الأدوية - الفكي 168.

أي أن المصلحة المقصودة أصالة في القسم الأول خاصة ، أي للمريض ، وفي القسم الثاني عامة ، أي للناس عموماً^١.

والحكم فيهما متقارب ، وهو الجواز بشروط .

فيشترط في تجربة الدواء عموماً عدة شروط :

الشرط الأول : الأمن من الضرر على المريض محل التجربة .

بحيث لا يجرب الطبيب على المريض تجربة يخاف عاقبتها ، ويخاف وجود ضرر منها عليه^٢.

يؤيد ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : "إن كان في شيء من أدويتكم أو يكون في شيء من أدويتكم خير ففي شرطة محجم أو شربة عسل أو لدعة بنار توافق الداء وما أحب أن أكتوي"^٣.

حيث قال ابن حجر - رحمه الله -^٤ : "قوله : "توافق الداء" فيه إشارة إلى أن الكي إنما يشرع منه ما يتعين طريقاً إلى إزالة ذلك الداء ، وأنه لا ينبغي التجربة لذلك ولا استعماله إلا بعد التحقق ، ويحتمل أن يكون المراد بالموافقة موافقة القدر".

ومثل ذلك من يجرب علاج ما ، عن جهل ، حتى وإن كان قد جُرب مرة فحصل شفاء^٥.

^١ وما نقل في ألفاظ القاعدة أعلاه وارد على القسم الأول .

^٢ ينظر : زاد المعاد - ابن القيم 4 / 146 ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 83 .

^٣ أخرجه البخاري . كتاب الطب - باب الدواء بالعسل 7 / 159 (5683) .

5683

^٤ فتح الباري 13 / 66 .

^٥ أخلاق الطبيب - الرازي 76 ، 77 حيث قال : "ويجب في ذلك أن يكون الطبيب قد أحكم الأصول ، وقرأ الفروع ؛ فإنه من غير هذين لا يصح له شيء..." ثم قال : "ودع ما يهذي به جهال العامة ، أن فلاناً قد وقعت له التجربة في غير علم يُرجع إليه ؛ فإن ذلك لا يكون ، ولو كان من أطول الناس عمراً ، وما نفع له من علاج

ولْيَعْلَم أنه إذا كانت التجربة لمصلحة المريض فإنه يجوز التجربة بالدواء إذا كان مصيره الهلاك إذا لم يتم تجربة الدواء ، حتى وإن خيف الضرر الذي لا يؤدي للوفاة عليه ، بشرط أن يكون الدواء محتملاً للشفاء .

أما إن كانت التجربة لمصلحة الناس وخيف عليه الضرر فلا يجوز إجراؤها حتى بإذنه ؛ لأن في ذلك تعريض له للهلاك لنفسه ، أو أحد أجزاء بدنه ، ولأن مصلحة المريض في شفائه أهم من مصلحة المساهمة في تقدم العلوم الطبية^١.

الشرط الثاني : أن لا يجزم بعدم نفع الدواء.

فإذا جزم بعدم فائدة الدواء لم يجز تجربته.

ومن ذلك : أن يعلم عدم نجاة المريض ، فهنا لا حاجة للدواء فضلاً عن تجربته^٢.

الشرط الثالث : أن لا يوجد دواء يغني عن تجربة غيره.

فإن وجد دواء بحيث لا يترتب على تجربة دواء غيره فائدة ، فهنا لا داعي لتجربة الدواء.

وإذا لم تكن هناك ضرورة علمية لإجراء بحوث وتجربة لدواء ، فكذلك لا داعي لتجربته^٣.

الشرط الرابع : أن لا يغلب الفضول العلمي في إجراء التجربة على مصلحة المريض.

=موافق، فهو من حسن الاتفاق" ثم قال : "وقد نهي عن ذلك المعلم الحكيم أبقراط فقال العمر قصير ، والصناعة طويلة ، والزمان جديده والتجربة خطر . فقد صدق لعمرى في قوله ! . وإني أنهي عن التجربة في صناعة الطب" .
^١ ينظر : التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه - الشيخلي ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 3515/4 بتصرف.

^٢ ينظر : الفتاوى الهندية 440/5 .

^٣ ينظر : التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه - الشيخلي ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 3516/4 بتصرف.

فُيَحْظَرُ عَلَى الطَّبِيبِ وَصْفَ عِلَاجٍ أَوْ مَعَالِجَةٍ يَغْلِبُ فِيهَا الْفُضُولُ الْعِلْمِيُّ عَلَى مَصْلَحَةِ الْمَرِيضِ الْمَتَمَثِّلَةِ فِي شَفَائِهِ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ تَحْسُنُ حَالَتِهِ الصَّحِيَّةَ بِأَقْلَى تَكَلُّفٍ ، خَاصَّةً إِذَا كَانَ الْعِلَاجُ بِأَجْرٍ ، فَمَصْلَحَةُ الْمَرِيضِ فِي شَفَائِهِ أَهَمُّ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمُسَاهِمَةِ فِي تَقْدِيمِ الْعِلْمِ الطَّبِيِّ^١.

الشرط الخامس : أن يبدأ بتجربة الدواء على غير الإنسان ؛ كالفئران ، أو الأرانب ، أو القردة ، أو الخنازير ؛ وذلك لأنه إذا استخدم الإنسان قبل فإنه يكون عرضة لأخطار عظيمة قد تصل للوفاة ، ولأنه إذا كان الإنسان في مراحل التجربة الأخيرة فإن الدواء يكون قد وصل إلى درجة الأمان الغالب^٢.

وهذا الشرط إنما يكون إذا جهلت آثار وأضرار الدواء ، أما إذا علم أن الدواء ليس فيه ضرر فلا حاجة إلى تجربته على غيره قبل^٣.

أما مع الجهل فيجب التجربة على غيره أولاً.

وتجربة الدواء تكون بإجراء الدراسة المطلوبة عليه ، عبر مراحل معينة ؛ لمعرفة مدى ما فيه من علاج ، ومدى صلاحيته للإنسان ، وما يتبع ذلك من تحديد الجرعة ، ومعرفة الآثار الضارة ، والاحتياطات اللازمة.

ومن أجل ذلك لا بد أن يمر على عدد من التجارب والاختبارات من المختبرات ، مروراً بالحيوانات ، إلى الإنسان ، وذلك باختيار مجموعة محدودة من البشر على مراحل متعاقبة يزداد فيها العدد في كل مرحلة عن سابقتها.

^١ ينظر : التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمرضه - الشيخلي ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 3515/4 .

^٢ ينظر : أحكام الأدوية - الفكي 170 - 171.

^٣ وعلى هذا يحمل كلام ابن القيم - رحمه الله - المذكور في صيغ القاعدة .

وبذلك يعلم أن تجربة الدواء على الإنسان واقعاً تكون في المراحل الأخيرة ، وفي مرحلة تكون درجة الأمان كبيرة^١.

الشرط السادس : موافقة المريض الذي تجرى عليه التجربة^٢.

فلا تجوز تجربة الدواء عليه بدون رضاً منه .

دليل القاعدة :

1. عن جابر رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل »^٣.

قال ابن القيم - رحمه الله -^٤ : " وفي قوله صلى الله عليه وسلم : " لكل داء دواء " تقوية لنفس المريض والطبيب ، وحث على طلب ذلك الدواء والتفتيش عليه".

2. ولأنه لا يمكن معرفة واعتماد الدواء إلا عن طريق التجربة^٥.

3. قاعدة (ترتكب أدنى المفسدتين لدفع أعلاها)^٦.

حيث إن المفسدة التي تلحق الجماعة من عدم القيام بالتجارب أشد من احتمال ضعيف للضرر المترتب على تجربة الدواء^٧.

^١ ينظر : أحكام الأدوية - الفكي 168-170 ، صناعة الدواء والأحكام المتعلقة بها - الراددي ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 1207/2.

^٢ ينظر : التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه - الشيخلي ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 3516/4.

^٣ أخرجه مسلم - كتاب السلام - باب لكل داء دواء واستحباب التداوى 7 / 21 (5871).

^٤ زاد المعاد 15/4 .

^٥ ينظر : أحكام الأدوية - الفكي 170.

^٦ ينظر : الأشباه والنظائر - ابن نجيم 98 .

^٧ ينظر : صناعة الدواء والأحكام المتعلقة بها - الراددي ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 1205/2 بتصرف.

فروع القاعدة :

1. جواز تجربة التداوي بالعسل للأدواء الحديثة كالأورام السرطانية على مريض ؛ لأنه مأمون الجانب غالباً ، ولأنه تجوز تجربة الدواء بما لا يضر المريض أثره.
2. وكذا جواز تجربة التداوي بغيره من الأدوية مأمونة الجانب كالحبة السوداء على عدد من الناس لإجراء الأبحاث التي تفيد في إثبات صلاحيته دواء لمرض من الأمراض.
3. جواز تجربة دواء جديد مستحدث لداء من الأدوية على إنسان ؛ لأنه تجوز تجربة الدواء بما لا يضر المريض أثره ، وذلك بشرط مروره على غيره أولاً ، وذلك لأن الدواء هنا مجهول العاقبة غالباً.

الفصل الثاني : القواعد الفقهية المتعلقة بالعمل الطبي الجراحي وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : غلبة ظن النجاح شرط في العمل الطبي الجراحي .

المبحث الثاني : عدم البديل الأخف ضرراً شرط في العمل الطبي الجراحي.

المبحث الثالث : عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.

المبحث الرابع : الحاجة شرط في العمل الطبي الجراحي.

المبحث الخامس : كل جراحة تشتمل على عبث فهي محرمة .

المبحث السادس : كل جراحة تشتمل على إسراف فهي محرمة.

المبحث الأول : غلبة ظن النجاح من شروط العمل الطبي الجراحي^١

غلبة ظن : الظن هو : أخذ طرفي الشك بصفة الرجحان^٢ ، وهو أيضاً : التردد الراجح بين طرفي الاعتقاد غير الجازم^٣.

وغلبة الظن أعلى مرتبة من الظن^٤ .

النجاح : أي الإصابة ، والسلامة ، وضده الفشل.

الجراحي : نسبة إلى الجراح . والجراح جمع جرح .

والجرح لغة : أصلها الجيم والراء والحاء . وهي أصلان : أحدهما الكسب ، والثاني شق الجلد . فالأول قولهم اجترح إذا عمل وكسب ، وإنما سمي ذلك اجترحا ؛ لأنه عمل بالجوارح ، وهي الأعضاء الكواسب.

وأما الآخر فقولهم جرحه بجديدة جرحاً ، والاسم الجرح^٥.

والمعنى الثاني هو الذي له علاقة بالمعنى الاصطلاحي للجراحة .

وقد عُرِّفَ العمل الجراحي عند الأطباء بأنه : "فن من فنون الطب يعالج الأمراض بالاستئصال ، أو الإصلاح ، أو الزراعة ، أو غيرها من الطرق التي تعتمد كلها على الجرح والشق والخياطة"^٦.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 117 حيث جاء في شروط الجراحة الطبية : "أن يغلب على ظن الطبيب الجراح نجاح الجراحة" ، الفتاوى الطبية المعاصرة - الجرعي 68 حيث جاء فيه : "إجراء العمليات الجراحية يشترط له ... أن يغلب على الظن نجاح هذه العملية" .

^٢ الكليات لأبي البقاء الكفوي 67.

^٣ ينظر : الكليات لأبي البقاء الكفوي 594.

^٤ ينظر في هذه المسألة : الكليات لأبي البقاء الكفوي 594.

^٥ ينظر : مقاييس اللغة - لابن فارس 1 / 451 مادة (جرح) .

^٦ الموسوعة الطبية الفقهية - كنعان 234.

ومعنى القاعدة : أنه يشترط لجواز فعل الجراحة أن يغلب على ظن الطبيب الجراح نجاحها ، بمعنى أن تكون نسبة نجاة المريض من أخطارها أكبر من نسبة عدم نجاته، وهلاكه.

وبناء على ذلك : فإنه إذا غلب على ظنه هلاك المريض بسببها فإنه لا يجوز له فعلها^١.

وقد قال العز بن عبد السلام - رحمه الله - ^٢: "وأما ما لا يمكن تحصيل مصلحته إلا بإفساد بعضه فكقطع اليد المتأكلة حفظاً للروح إذا كان الغالب السلامة فإنه يجوز قطعها، وإن كان إفساداً لها ؛ لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة ، وهو حفظ الروح".

فبين - رحمه الله - أن جواز فعل القطع مقيد بحصول غلبة الظن بسلامة المريض ، ومفهوم هذا الشرط المذكور أنه إذا لم تحصل تلك الغلبة أنه لا يجوز له القطع ، وفي حكم القطع بقية أنواع الجراحة لاتحاد العلة ، وهي المحافظة على الروح وسلامتها^٣.

لكن الجراحة الطبية تختلف نسب نجاحها بحسب اختلاف درجات الخطورة الموجودة فيها ، وبحسب اختلاف الجراحين أنفسهم من حيث المهارة ، وطول التجربة ، فالجراحة المتعلقة بباطن الإنسان وداخل جوفه أشد خطورة في غالب صورها من الجراحة المتعلقة بظاهره . ثم الجراحة الجوفية تختلف نسبة الخطورة فيها بحسب أهمية العضو المصاب ، فجراحة القلب ، والدماغ أشد خطورة من غيرها في الغالب^٤.

ويعتبر الطبيب الجراح هو المرجع في الحكم بغلبة الظن بسلامة المريض من أخطار الجراحة أو عدمها^٥.

^١ ينظر : روضة الطالبين - النووي 333/3 .

^٢ قواعد الأحكام 129/1.

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 117.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 117.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 118 بتصرف.

وإنما اعتبر الشرع غلبة الظن في ذلك لأنها في حكم اليقين ، (فالشيء الغالب كالحقق حكماً)^١ ، ومن ثم فإنه لا ينبغي للطبيب الجراح أن يلتفت إلى النسبة الضعيفة التي تقابل النسبة الراجحة ؛ لأنها لا تقوى على معارضتها فلا يلتفت إليها^٢ .

قال العز - رحمه الله - ^٣ : "الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين ودرء مفاسدهما على ما يظهر في الظنون . وللدارين مصالح إذا فاتت فسد أمرهما، ومفاسد إذا تحققت هلك أهلها ، وتحصيل معظم هذه المصالح بتعاطي أسبابها مظنون غير مقطوع به ، فإن عمال الآخرة لا يقطعون بحسن الخاتمة وإنما يعملون بناء على حسن الظنون ... فكذا أهل الدنيا إنما يتصرفون بناء على حسن الظنون ، وإنما اعتمد عليها ؛ لأن الغالب صدقها عند قيام أسبابها" .

ثم ذكر أمثلة على ذلك وقال : " والمرضى يتداوون لعلمهم يشفون ويبرءون . ومعظم هذه الظنون صادق موافق غير مخالف ولا كاذب ، فلا يجوز تعطيل هذه المصالح الغالبة الوقوع خوفاً من ندور وكذب الظنون ، ولا يفعل ذلك إلا الجاهلون" .

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء : ٢٩) .

وفي العمل الطبي الجراحي الذي يغلب على الظن فيه الهلاك تعريض للنفس للقتل ، فلا يجوز .

2. ولأن الجراحة التي يغلب على الظن هلاك المريض بسببها مخالفة لمقصد من مقاصد الشرع وضرورة من ضرورياته ، وهو حفظ النفس .

^١ ينظر : الكليات لأبي البقاء الكفوي 594 .

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 118 .

^٣ قواعد الأحكام 6/1 .

3. أن في ذلك مخالفة لقاعدة (بدن الإنسان محترم) ؛ حيث إن إجراء العمل الجراحي مع الخوف من الهلاك منه فيه إهانة وعدم احترام لهذا البدن .

فروع القاعدة :

1. تحريم جراحة الخصاء في الآدمي ؛ لأنه ١ يتسبب ألماً ربما يفضي بصاحبه إلى الهلاك ١، وغلبة ظن النجاح من شروط العمل الطبي الجراحي.
2. تحريم جراحة قطع البواسير ٢، إذا كان يفضي إلى هلاك النفس ٣، بحسب قول الأطباء ، وإن بقيت آلامه ٤؛ لأن غلبة ظن النجاح من شروط العمل الطبي الجراحي.
3. تحريم جراحة الختان إذا كان بالمراد ختنه عارض يخاف معه من الختان ٥ ؛ لأن غلبة ظن النجاح من شروط العمل الطبي الجراحي.
4. تحريم قطع الأصبع الزائدة إذا خيف الضرر ٦؛ لأن غلبة ظن النجاح من شروط العمل الطبي الجراحي.
5. تحريم العلاج بالكوي في بعض الأعضاء التي يعظم خطره فيها ؛ لأن غلبة ظن النجاح من شروط العمل الطبي الجراحي ٧.

١ الجامع لأحكام القرآن - القرطبي 391/5.

٢ البواسير هي أوردة الشرج المتوسعة بسبب الضغط المتزايد باستمرار داخلها ، وتحدث غالباً أثناء الحمل ، وبعد المخاض مباشرة. ينظر : دليل الأسرة الطبي المصور - عرموش 612.

٣ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 8/4 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 302 .

٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 302.

٥ ينظر : روضة الطالبين - النووي 333/3 بتصرف.

٦ ينظر : روضة الطالبين - النووي 333/3 بتصرف.

٧ ينظر : شرح السنة - البغوي 147/12 .

المبحث الثاني : عدم البديل الأخف ضرراً شرط في العمل الطبي الجراحي^١

معنى القاعدة : أنه يشترط في جواز العمل الطبي الجراحي ألا يوجد علاج آخر يزيل المرض أقل ضرراً منه ، فإن وجد لم تجز الجراحة ولزم المصير إلى البديل^٢.

قال ابن رسلان - رحمه الله - ^٣ : "اتفق الأطباء على أنه متى أمكن التداوي بالأخف ، لا ينتقل إلى ما فوقه".

ومما يعد أقل ضرراً من الجراحة في الجملة الأدوية الطبية النافعة ^٤ ، سواء كانت مما يشرب ، أو يؤكل ، أو يدهن به ، أو غير ذلك .

ويشترط لاعتبار البديل موجباً لصرف الطبيب عن العلاج بالجراحة :

أن يكون أخف ضرراً ، ومحققاً للشفاء المطلوب .

فإذا كان أشد ضرراً وخطراً ، أو لا ينفع في علاج الدواء وزواله فإنه لا يعتبر موجباً لصرف الدواء عن الجراحة^٥.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 120 حيث ذكر من شروط الجراحة الطبية : "أن لا يوجد البديل الذي هو أخف ضرراً من الجراحة".

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 120 بتصرف.

^٣ ينظر نيل الأوطار - الشوكاني 231/8 نقلاً عنه .

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 120.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 120.

دليل القاعدة :

1. أن في المصير إلى البديل الأخف وترك الجراحة صيانة لأرواح الناس وأجسادهم حتى لا تتعرض لأخطار الجراحة وأضرارها^١.
2. قاعدة (العلاج بالأسهل فالأسهل) ، والتي تقرر أنه لا يصار إلى الأصعب مع وجود الأسهل .
3. ولأن العلاج بالأخف أرفق بحال المريض ، وأيسر له^٢.
4. ولأن العلاج بالجراحة إذا كانت أصعب يعتبر تغريراً بالمريض ، وتعرضاً له للخطر دون وجه شرعي^٣.

فروع القاعدة :

1. أن مرض القرحة الهضمية في بدايته يتم علاجه بالأدوية التي ثبت تأثيرها على القرحة وأنها أنجع العلاج دون الجراحة^٤ ، فيصار إليه^٥ ؛ لأن عدم البديل الأخف ضرراً شرطاً في العمل الطبي الجراحي.
2. أنه لا يُنتقل إلى الحجامة إلا عند تعذر العلاج بالدواء^٦ ؛ لأن عدم البديل الأخف ضرراً شرطاً في العمل الطبي الجراحي.
3. أنه لا ينتقل إلى قطع العروق إلا عند تعذر الحجامة^٧ ؛ لأن عدم البديل الأخف ضرراً شرطاً في العمل الطبي الجراحي.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 120.

^٢ ينظر الأحكام الفقهية المتعلقة بالنساء - منصور 163 بتصرف.

^٣ ينظر الأحكام الفقهية المتعلقة بالنساء - منصور 163 بتصرف.

^٤ ينظر : دليل الأسرة الطبي المصور - عرموش 586.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 120.

^٦ ينظر: نيل الأوطار - الشوكاني 231/8 نقلاً عن ابن رسلان.

^٧ ينظر: نيل الأوطار - الشوكاني 231/8 نقلاً عن ابن رسلان.

المبحث الثالث : عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي^١

استعمال المحرم : أي الاستعانة به .

ومعنى القاعدة : أنه يشترط في العمل الطبي الجراحي أن لا يستعان فيه بأي شيء محرم، في أي مرحلة من مراحلها ، سواء قبله ، أو أثناءه ، أو في نهايته .

ويقصد بما هو قبله : مرحلة الفحص الطبي وتوابعها .

ويقصد بما في نهايته : مرحلة إنهاء العمل الجراحي بإغلاق الجرح .

وهذه القاعدة يمكن تقييدها بالمحرم المستعمل لا على وجه التداوي ، لأنه لاستعمال المحرم على وجه التداوي قاعدة تخصه^٢.

ويمكن تقسيم المحرم المستعمل في العمل الطبي الجراحي إلى خمسة أقسام :

القسم الأول : النجاسات . كجزء من الميتة أو الخنزير.

القسم الثاني : المسكرات . كالخمر.

القسم الثالث : المخدرات . كالبنج.

القسم الرابع : الأشياء الضارة . كالسموم.

القسم الخامس : الأشياء المحترمة . كجزء من الإنسان.

وهذه القاعدة تقرر الأصل في حكم استعمال المحرم بأقسامه في العمل الطبي الجراحي ، وأنه محرم ، لكن وجود الضرورة أو الحاجة مسوّغ لانتقال الحكم من التحريم إلى الإباحة.

^١ ينظر : العمليات التجميلية - الفوزان ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 2401/3 حيث جاء في ضوابط الجراحة التجميلية : "أن تكون المواد المستخدمة في الترقيع والحقن ونحوهما طاهرة".

^٢ ينظر : ص 470 وما بعدها .

وهي بذلك تختلف عن التداوي بالمحرم ، لاسيما المحرم لعينه ، والذي سبق^١ أن الضرورة والحاجة لا تغير الحكم فيه.

فإن قيل : إذا كانت الحاجة تبيح استعمال المحرم في العمل الطبي الجراحي فلا وجه لذكر هذه القاعدة ؛ لأنه من المعلوم أن الجراحة لا تجوز إلا للحاجة .

فالجواب :

أولاً : ليست الحاجة مسوغة لاستعمال كل المحرمات هنا ، فهناك محرمات لا تباح إلا عند الضرورة ؛ كالخمر - مثلاً -^٢.

ثانياً : أنه قد توجد الحاجة لإجراء العمل الطبي الجراحي ، ولا توجد الحاجة لاستعمال المحرم فيه لوجود بديل يغني عنه ، فناسب التأكيد على اشتراط الحاجة في الموضعين.

ثالثاً : أن التعليل بهذه القاعدة في الجراحة التي لا توجد لها حاجة ، واستعمل فيها محرم يقوي ويؤكد جانب المنع منها ، وأنه مخالف لأمرين ، أولهما : الجراحة بلا حاجة ، والثاني : استعمال المحرم ، والله أعلم.

دليل القاعدة :

1. الآيات العامة الناهية عن ارتكاب الحرام ؛ كقوله تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكُمْ إِلَّا رَحْمَةً مِّنَ رَبِّكُمْ ﴾

فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَأَنْتَهُمْ ﴿ الحشر: ٧.

حيث تدل على وجوب ترك ما حرم الله ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وفي استعمال المحرم هنا مخالفة لذلك.

2. عموم قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ البقرة : ١٧٣.

^١ ينظر : ص 487 .

^٢ بخلاف البنج - مثلاً - فإنه يباح عند الحاجة . ينظر : حاشية ابن عابدين 5 / 297.

حيث تدل على أن من اضطر لا إثم عليه ، بشرط أن لا يكون (باغياً) ، وهو الذي ينبغي الحرام مع قدرته على الحلال ، ولا (عادياً) وهو الذي يتعدى القدر المحتاج إليه من المحرم¹. ويدخل في ذلك كل أمر اضطرُّ أو احتيج إليه ، ومن ذلك الجراحة إذا احتيج إليها فلا يتعدى فيها إلى استعمال حرام.

فروع القاعدة :

1. أنه لا يجوز استعمال الخمر من أجل إذهاب الإحساس بالألم عند قطع جزء من البدن كيد أو رجل لمرض الأكلة²؛ لأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.
2. أنه لا يجوز استعمال الكحول المسكرة³ كمطهر للجروح خلال العملية الجراحية ؛ لأن الكحول المسكرة لها حكم الخمر ، والخمر يحرم استعماله ؛ لأنه يجب اجتنابه ، ولأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.
3. أن من أسباب تحريم الجراحة التجميلية أنه لا يتم فعلها إلا بارتكاب بعض المحظورات، ومن تلك المحظورات التخدير ، إذ لا يمكن فعل شيء من الجراحة التجميلية إلا بعد تخدير المريض تخديراً عاماً أو موضعياً ، والتخدير لا يجوز إلا عند الحاجة ، وهنا لا حاجة ، فلم تجز الجراحة⁴ ؛ لأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.

¹ ينظر : مجموع الفتاوى - ابن تيمية 111/24.

² ينظر : حاشية ابن عابدين 5 / 297 حيث جاء فيه : "لا بأس بشرب ما يذهب بالعقل لقطع نحو اكله . أقول : ينبغي تقييده بغير الخمر". لكن هذا يقيد بعدم الاضطرار للخمر لوجود بنج ونحوه.

³ قيدت الكحول بالمسكرة لإخراج الكحول غير المسكرة .

⁴ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 196.

4. تحريم جراحة تجميل الثديين بتكبيرها عن طريق حقن مادة السيليكون^١ ، التي تؤدي إلى حدوث أضرار وأخطار كثيرة^٢ ؛ لأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.

5. تحريم استعمال قدر زائد من المخدر عن القدر المحتاج إليه في الجراحة الحاجية ، وكذا تحريم التخدير التام إذا كان يغني عنه التخدير الموضعي^٣ ؛ لأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.

6. تحريم الترقيع الجلدي إذا أخذت المواد من مصدر نجس ، ولم تتغير صفاتها^٤ ؛ لأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.

7. عدم جواز استعمال الأشعة السينية^٥ للفحص من أجل العملية الجراحية إذا كان يخاف رجحان ضررها على نفعها^٦ ؛ لأن عدم استعمال المحرم شرط في العمل الطبي الجراحي.

^١ يستخدم السيليكون في عملية تكبير الثدي ، وقد تحصل مضاعفات من السيليكون ، وآخر الأخبار من فرنسا أنه تم سحب المادة من الأسواق ، نتيجة تسببها مشاكل ، ويستخدم السيليكون الصلب لتصليح الحدود والذقن وعظام الوجنة والعظام الصدرية. ينظر : موقع الطبي على الرابط : <http://www.altibbi.com/question/66830>

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 196.

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 290.

^٤ ينظر : العمليات التجميلية - الفوزان في 2401/3 .

^٥ هي أشعة عالية الطاقة ، ولها موجات أقصر في الطول من موجات الضوء ، وتستعمل بقلّة لتشخيص الأمراض ، وبكثرة لعلاج السرطان . ينظر : المعجم الطبي - أبو حاتم 24.

^٦ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 230 ، القواعد الفقهية المتعلقة بأحكام التداوي - السراح ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 404/1 بتصرف فيهما.

المبحث الرابع : الحاجة شرط في العمل الطبي الجراحي^١

معنى القاعدة : أنه من شروط العمل الطبي الجراحي أن يكون المريض محتاجاً إلى الجراحة، سواء كانت حاجته إليها ضرورية بأن خاف على نفسه الهلاك ، أو تلف عضو من أعضاء جسده ، أو حاجة دون ذلك بأن بلغت مبلغ الحاجيات التي يلحقه فيها الضرر بسبب آلام الأمراض الجراحية ومتاعبها^٢.

وقد أشار الفقهاء المتقدمون إلى اعتبار هذا الشرط ، وأن وجوده بمثابة الإذن الشرعي بفعل الجراحة^٣.

دليل القاعدة :

1. أن الأصل حرمة فعل الجرح بدون موجب شرعي إلا لدفع الضرر والمشقة^٤.

^١ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 9 / 95 حيث جاء فيه : " (ومع عدمها) أي عدم الحاجة إلى قطع شيء من جسده (يحرم) القطع " ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 105 حيث جاء في شروط الجراحة : "أن يكون المريض محتاجاً إلى الجراحة" ، أحكام جراحة التجميل - شبير ضمن (دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة) 584/2 حيث جاء فيها : "الجراحة تعذيب وإيلاء للإنسان الحي ، فلا تجوز إلا الحاجة أو ضرورة" ، الجراحة التجميلية - الفوزان 104 حيث جاء فيه : "وحرمة جسم الإنسان تقتضي عدم المساس به بجرح أو قطع إلا بموجب شرعي من حاجة أو ضرورة".

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 105.

^٣ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 9 / 95 حيث جاء فيه : " (ويصح استئجاره لخلق الشعر) المطلوب أو المباح أخذه (و) ل (تقصيره ولختان وقطع شيء من جسده للحاجة إليه) أي إلى قطعه لنحو أكله لأن ذلك منفعة مباحة مقصودة (ولا يصح) الاستئجار له". وأيضاً نجد الفقهاء يؤكدون هذا المعنى عندما يقولون بفسخ عقد الإجارة على فعل الجراحة إذا زالت الحاجة الداعية إليها ببراء المرض . ففي الفتاوى الهندية 519/4: "لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقطع السن عند الوجع فبرئت الأكلة وزال الوجع تنتقض الإجارة لأنه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعاً". ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 106.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 105. وينظر : حكم التبرع بالأعضاء في ضوء الشريعة الإسلامية - نعيم ياسين - ضمن (أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة) 152 ، الجراحة التجميلية - الفوزان 104.

2. ولأن الجراحة فيها مخاطرة ؛ حيث يحتمل نزف الجرح واستمراره ، وبالتالي لم تجز إلا للحاجة.

3. ولأن بدن الإنسان ملك لله ، فلا يجوز أن يتصرف فيه بجراحة ولا بغيرها بدون إذن شرعي ؛ كوجود حاجة ؛ لأن التصرف فيه بذلك اعتداء على ملكه^١.

4. ولأن بدن الإنسان محترم ، والجراحة بلا حاجة تنافي حرمة .

5. ولأن "الجراحة تعذيب وإيلام للإنسان الحي ، فلا تجوز إلا لحاجة أو ضرورة"^٢.

فروع القاعدة :

1. أنه إذا شخص الطبيب المرض وخلص إلى لزوم الجراحة ، وحُكم له بجواز هذه الجراحة ، ثم زال المرض قبل مباشرة الجراحة فإن الجراحة لا تجوز ؛ لأن الحاجة شرط في العمل الطبي الجراحي^٣.

2. عدم جواز الجراحة التجميلية التحسينية والتي لا حاجة لها ؛ لأن الحاجة شرط في العمل الطبي الجراحي.

3. أنه لا ينتقل إلى العمل الجراحي إلا عند تعذر العلاج بالدواء^٤ ؛ لعدم الحاجة له عند وجود الدواء ، والحاجة شرط في العمل الطبي الجراحي .

4. أنه لا يجوز إجراء التجارب على المحكوم عليهم بالإعدام ولا اقتطاع أعضاء منهم ، حتى وإن أذنوا بذلك ؛ لأن ذلك تجاوز للحد ؛ ولأن الحاجة شرط في العمل الطبي الجراحي ، ولا حاجة هنا.

^١ ينظر : ص 324 حيث جاءت هذه القاعدة وُذكر في معناها : "أن صاحب البدن - نفسه - لا يملك بدنه ، ولا يملك التصرف به ، سواء بإتلاف ، أو نقل ، أو بجرح ."

^٢ أحكام جراحة التجميل - شبير ضمن (دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة) 548/2 .

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 107.

^٤ ينظر : التداعي بالوسائل الطبية المعاصرة - منال الصاعدي ضمن السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام/266/1.

المبحث الخامس : كل جراحة تشتمل على عبث فهي محرمة¹

معنى القاعدة : أن كل جراحة من غير غرض معين فهي محرمة².

ويدخل في القاعدة : ما إذا كانت الجراحة برضا صاحب البدن أو بغير رضاه .

ولذلك ، يجب على الطبيب الامتناع عن الجراحة إن لم يكن لها مبرر طبي ، وإن وافق عليها المريض³.

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا بَعِيدًا ۝١١٦﴾

يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَرِيدًا ۝١١٧ لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا

مَفْرُوضًا ۝١١٨ وَلَا ضِلَّةَ لَهُمْ وَلَا يُغْنِي عَنْهُمْ كَيْدُهُمْ وَلَا تَنْصُرُهُمْ الْعِلَّةُ أَذَانُ الْأَنْعَامِ

¹ ينظر : التمهيد - ابن عبد البر 24 / 234 حيث جاء فيه : " وكذلك المثلة لا تحل بإجماع ، والمثلة المعروفة نحو قطع الأنف والأذن وفقر العين وشبه ذلك من تغيير خلق الله عبثاً " ، توصيات ندوة (العمليات التجميلية بين الشرع والطب . إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 154 حيث جاء منها : "الجراحات التجميلية العبثية ... تُعد من الجراحات التي لا يقرها الشرع" ، أثر القواعد الفقهية في بيان أحكام الجراحات التجميلية - السلمي ضمن (ندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية - إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 1120/3 حيث جاء فيه : "والإنسان ليس له ... ، وليس له أن يجرح نفسه أو يقتلها أو يقطع طرفاً منها بغير سبب مشروع".

² ينظر : توصيات ندوة (العمليات التجميلية بين الشرع والطب . إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 154.

³ ينظر : الضوابط القانونية والأخلاقية لجراحة التجميل - محمد بن ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 3457/4 بتصرف.

وَلَا مَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرْ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا ﴿١١٩﴾ النساء: ١١٦ - ١١٩.

حيث دلت الآية على تحريم تغيير خلق الله ، والتغيير العبثي من أظهر صور تغيير خلق الله تعالى^١، والذي يندرج تحت ما يسمى بالجراحة العبثية.

2. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ الإسراء: ٧٠.

والجراحة ببدن الإنسان عبثاً تنافي كرامته وحرمته.

3. ولأن في الجراحة عبثاً تعد على البدن الذي هو أمانة عند العبد ، ولا يملك التصرف فيه ، فلا يملك التغيير فيه إلا فيما أذن به مالكة^٢.

4. ولأن فيها من الإسراف ، والمخاطرة ، والانشغال بما لم يخلق العبد من أجله ما يجعله محرماً تحريماً أكيداً^٣.

5. قاعدة (إذا كانت العلة لا يمكن علاجها امتنع الطبيب عن العلاج)^٤، حيث تفيد أنه لا يجوز معالجة البدن من علته حتى بما دون الجراحة إذا كانت العلة لا يمكن علاجها ، فمن باب أولى أن لا تجوز الجراحة عند ذلك ، وأولى من ذلك أن لا تجوز مع عدم وجود علة.

^١ ينظر : توصيات ندوة (العمليات التجميلية بين الشرع والطب . إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 154.

^٢ ينظر : تحميل أعضاء الوجه أحكام وضوابط شرعية - الشبيلي 10 ، أثر القواعد الفقهية في بيان أحكام الجراحات التجميلية - السلمي ضمن (ندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية - إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 1120/3 بتصرف فيهما.

^٣ ينظر : تحميل أعضاء الوجه أحكام وضوابط شرعية - الشبيلي 10 بتصرف.

^٤ ينظر : ص 142. وينظر : زاد المعاد 142/4 حيث عرف ابن القيم الطبيب الخبير بأنه الذي يراعي في علاجه عشرين أمراً ذكر منها : أن ينظر في العلة هل هي مما يمكن علاجها أم لا؟ فإن لم يمكن علاجها حفظ صناعته وحرمته ولا يحملها الطمع على علاج لا يفيد شيئاً .

فروع القاعدة :

1. تحريم عملية شق اللسان ؛ لأنها جراحة على وجه العبث^١ ؛ وكل جراحة تشتمل على عبث فهي محرمة.
2. تحريم جراحة تغيير الجنس ، وهي الجراحة التي يتم بها تحويل الذكر إلى أنثى ، وذلك باستئصال عضو الرجل وخصيتيه ثم بناء مهبل وتكبير الثديين ، أو العكس ، وذلك باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية وبناء عضو الرجل^٢ ؛ لأنها جراحة على وجه العبث ؛ وكل جراحة تشتمل على عبث فهي محرمة.
3. أنه إذا كان المرض مستعصياً غير قابل للعلاج ، وأن الموت محقق فإنه لا يُعالج بالجراحة ولا بغيرها^٣ ؛ لأنه لا يعتبر علاجاً يرجى منه شفاء المريض ، ولأنها جراحة على وجه العبث.
4. أنه إذا كان المريض في حالة عجز ، أو في حالة خمول ذهني مع مرض مزمن ، أو مرض السرطان في مرحلة متقدمة ، أو مرض القلب والرئتين المزمن ، مع تكرار توقف القلب والرئتين فإنه لا يُعالج بالجراحة ولا بغيرها^٤ ؛ لأنه لا يعتبر علاجاً يرجى منه شفاء المريض ، ولأنها جراحة على وجه العبث.

^١ ينظر : توصيات ندوة (العمليات التجميلية بين الشرع والطب - إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 154 بتصرف.

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 200.

^٣ ينظر : الفتاوى الهندية 440/5 ، فتاوى اللجنة الدائمة 82-80/25 .

^٤ ينظر : فتاوى اللجنة الدائمة 82-80/25.

المبحث السادس : كل جراحة تشتمل على إسراف فهي محرمة^١

معنى القاعدة : أن كل جراحة تشتمل على كلفة زائدة عن الحد المعتاد فهي محرمة.

وهو يختلف باختلاف الشيء وصاحب هذا الشيء .

ولذا فما يكون إسرافاً بحق شخص قد لا يكون كذلك في حق غيره^٢.

وضابطه العادة : فما عده الناس إسراف فهو إسراف وما لا فلا .

ولا يتحقق الإسراف إلا باجتماع أمرين :

الأول : ألا يكون ثمة حاجة لإجراء العملية.

والثاني : أن تكون تكلفة العملية كثيرة بالنظر إلى حال من يريد إجرائها^٣.

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿يَبْنِيْءَ آدَمَ حُذُوًا زَيْنَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ

لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ الأعراف: ٣١.

2. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ

قَوَامًا﴾ الفرقان: ٦٧ .

^١ ينظر : الجراحة التجميلية - الفوزان 75 حيث ذكرها من أشهر العلل التي كانت سبباً في تحريم بعض مظاهر التجميل ، توصيات ندوة (العمليات التجميلية بين الشرع والطب . إدارة التوعية الدينية بصحة الرياض) 154

حيث جاء في ضوابط العملية التجميلية : "ألا يكون في العملية إسراف".

^٢ ينظر : الجراحة التجميلية - الفوزان 86 .

^٣ ينظر : تجميل أعضاء الوجه أحكام وضوابط شرعية - الشبيلي 17.

فيؤخذ من الآيتين أن الإسراف منهي عنه نهياً عاماً ، ويدخل في ذلك الإسراف في الجراحة الطبية.

3. ولأنه إذا نهي عن الإسراف في العبادات كالصدقة ، وفي الأمور الحاجية كالطعام واللباس ، فمن باب أولى فيما لا حاجة له كالإسراف في الجراحة¹.

4. ولأن السرف يضر بمعيشة الإنسان حتى إنه ربما أدت به الحال إلى أن يعجز عما يجب عليه من النفقات².

فروع القاعدة :

1. تحريم جراحة تجميل الثدي ؛ لأنها تستهلك كثير من المال ، إذا لم تكن الحاجة معتبرة³؛ لأن كل تغيير للبدن يشتمل على إسراف فهو محرم.

2. أنه إذا كان المرض مستعصياً غير قابل للعلاج ، وأن الموت محقق فإنه لا يُعالج بالجراحة ولا بغيرها؛ لأنه لا يعتبر علاجاً يرجى منه شفاء المريض ، فلا حاجة له ، وعليه فإنه يكون إسرافاً.

3. أنه إذا كان المريض في حالة عجز ، أو في حالة خمول ذهني مع مرض مزمن ، أو مرض السرطان في مرحلة متقدمة ، أو مرض القلب والرئتين المزمن ، مع تكرار توقف القلب والرئتين فإنه لا يُعالج بالجراحة ولا بغيرها⁴؛ لأنه لا يعتبر علاجاً يرجى منه شفاء المريض ، فلا حاجة له ، وعليه فإنه يكون إسرافاً.

¹ ينظر : الجراحة التجميلية - الفوزان 86 بتصرف.

² ينظر : تيسير الكريم الرحمن - السعدي 287.

³ ينظر : عملية تجميل الثدي - حنان القحطاني ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 3372/4.

⁴ ينظر : الفتاوى الهندية 440/5 ، فتاوى اللجنة الدائمة 80/25-82 .

⁵ ينظر : فتاوى اللجنة الدائمة 80/25-82.

الفصل الثالث : القواعد الفقهية المتعلقة بعقد العمل الطبي

وفيه ثمانية مباحث :

المبحث الأول : أهلية المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل

الطبي

المبحث الثاني : رضا المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي

المبحث الثالث : بيان العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل

الطبي

المبحث الرابع : معلومية الأجرة شرط لصحة عقد العمل

الطبي

المبحث الخامس : مشروعية العمل الطبي شرط لصحة عقد

العمل الطبي

المبحث السادس : الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي

المبحث السابع : الأصل في عقد العمل الطبي اللزوم

المبحث الثامن : الشروط بين المتعاقدين في عقد العمل الطبي

معتبرة

المبحث الأول : أهلية المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي^١

أهلية : الأهل للشيء لغة : المستحق له^٢.

والأهلية اصطلاحاً : قسمان : أهلية وجوب ، وأهلية أداء . والمقصود هنا أهلية الأداء .

وأهلية الأداء اصطلاحاً : "صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل"^٣.

صلاحية : أي استحقاق.

الأعمال : أي سواء كانت عبادات دينية كالصلاة والصيام ، أو عقود كالهبة والبيع.

التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل : أي التي لا يمكن إسباغ الاعتبار عليها من الشارع ما لم يكن لدى فاعلها من التعقل والإدراك ما تكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر.

ويختلف القدر المطلوب من التعقل والإدراك باختلاف الفعل ، فمنها ما يشترط له العقل والبلوغ ، ومنها ما يكفي فيه العقل والتمييز^٤.

والمطلوب هنا : أن يكون العاقد بالغاً عاقلاً^٥.

المتعاقدين : هما الطرفان اللذان يتم بينهما إجراء العقد.

فأما الطرف الأول : فهو الشخص المريض أو من يقوم مقامه سواء كان ولياً أو وكيلًا.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 611 حيث جاء من شروط عقد الإجارة على الجراحة : "أهلية المتعاقدين".

^٢ ينظر : المصباح المنير- الفيومي 1 / 16 مادة (أهل).

^٣ المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا 786.

^٤ ينظر : المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا 787 - 791 بتصرف.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 611 ، عقد العلاج الطبي في الفقه والنظام - الزامل 50.

وأما الطرف الثاني : فهو الطبيب ، ومساعدوه ، وتارة يكون مسؤول المستشفى الذي يفوض عادة في إجراء هذه العقود¹.

عقد العمل الطبي : العقد لغة : العين والقاف والذال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق ، وإليه ترجع فروع الباب كلها².

والعقد في اصطلاح الفقهاء : "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله".

إيجاب : هو أول بيان من أحد المتعاقدين معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد.

قبول : هو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه.

على وجه شرعي : أي بشروطه الشرعية.

يظهر أثره في محله : أي نتيجه المقصودة التي وجد العقد من أجلها ، وهو يختلف باختلاف العقد ، فآثر عقد البيع يختلف عن آثر عقد الإجارة والرهن والنكاح وغيرها³.

والمراد بعقد العمل الطبي هو أنه : اتفاق يتعهد فيه الطبيب أو من ينوب عنه بالقيام بعمل معين مقابل أجر يدفعه المريض أو من يقوم مقامه⁴.

ويُكَيَّف عقد العمل الطبي بأنه : عقد إجارة ، ويصنف الطبيب في هذا العقد بأنه (أجير مشترك) ، ويستثنى من ذلك : ما إذا حصلت المشاركة على البرء بينهما فإن العقد هنا يعد (عقد جعالة)⁵.

¹ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 611.

² معجم مقاييس اللغة - لابن فارس 4 / 86 مادة (عقد).

³ ينظر : المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا 382 بتصرف.

⁴ ينظر في تعريف عقد العمل الطبي : عقد العلاج الطبي في الفقه والنظام - الزامل 14.

⁵ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 120/15، 131، عقد العلاج الطبي في الفقه والنظام - الزامل 36، طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية - محمد آل الشيخ ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني بجامعة الإمام) 2858/3، 2872. والكلام في هذا الفصل باعتبار العقد هنا (عقد إجارة) .

ومعنى القاعدة : أنه يشترط في طرفي عقد العمل الطبي أن تتوفر فيهما أهلية التصرف بأن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً حتى يعتد بقولهما ويصح العقد¹.

وهذه القاعدة مبنية على ما نص عليه أهل العلم - رحمهم الله - من اشتراط أهلية التصرف في المتعاقدين على الإجارة².

دليل القاعدة :

1. أنه يشترط في العاقدين أن يكونا عاقلين بالغين لأن عقد العمل الطبي إجارة ، وهو يشترط فيه ذلك قياساً على البيع بجامع أنهما عقد تمليك في الحياة³.

2. ولأن عقد الإجارة يعتبر من عقود المعاوضات لاشتماله على بذل الثمن وهو المال عوضاً عن المثلن وهو العمل ، وهنا في عقد الإجارة على العمل الطبي سواء كان دوائياً أو جراحياً يبذل المريض الثمن مقابل العمل الطبي الذي سيقوم به الطبيب ، فهو على هذا داخل في عقود المعاوضات المالية ، ومن المعلوم أن الصبي والمجنون محجور عليهما في تصرفاتهما المالية ، فلا تصح إجارتهما لاشتمالهما على المعاوضة المالية كما لا يصح بيعهما⁴.

¹ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 611.

² ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 176 حيث جاء فيه : " لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما " ، الذخيرة - القرافي 5 / 372 حيث جاء فيه : " الركن الأول والثاني : المتعاقدان ويشترط أهلية المعاملة " ، روضة الطالبين - النووي 4 / 247 حيث جاء فيه : " الركن الأول : العاقدان ، ويعتبر فيهما العقل والبلوغ كسائر التصرفات " ، الشرح الكبير - ابن قدامة 14 / 263 حيث جاء فيه : " ولا تصح إلا من جاز التصرف ؛ لأنه عقد تمليك في الحياة أشبه البيع " ، وينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 611.

³ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 176 ، روضة الطالبين - النووي 4 / 247 ، الشرح الكبير - ابن قدامة 14 / 263 فيما يتعلق بالإجارة .

⁴ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 612 بتصرف .

3. ولأنه إن لم يكن العاقدان عاقلين بالغين لم يعتد برضاهما بالعلاج ، والرضا بالعلاج شرط¹.

فروع القاعدة :

1. أنه لا يصح عقد الإجارة على فعل الجراحة إذا كان أحد الطرفين فاقداً لأهلية التصرف بأن كان صبيّاً أو مجنوناً؛ لأن أهلية المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي.
2. أنه إن ختن الطبيب صبيّاً بدون إذن وليه لم يصح العقد ، وضمن سرايته³؛ لأن أهلية المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي.

¹ ينظر : عقد العلاج الطبي في الفقه والنظام - الزامل 50 بتصرف.

² ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 612.

³ ينظر : تحفة المودود - ابن القيم 1 / 195 حيث جاء فيه : "فإن أذن له أن يحنثه في زمن حر مفرط أو برد مفرط أو حال ضعف يخاف عليه منه فإن كان بالغاً عاقلاً لم يضمنه ؛ لأنه أسقط حقه بالإذن فيه ، وإن كان صغيراً ضمنه ؛ لأنه لا يعتبر إذنه شرعياً".

المبحث الثاني : رضا المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي^١

معنى القاعدة : أن من شروط صحة عقد العمل الطبي أن تحصل موافقة الطرفين على هذا العقد بمحض اختيارهما دون إكراه من الغير^٢.

وهذه القاعدة مبنية على ما نص عليه بعض الفقهاء - رحمهم الله - من اشتراط الرضا في المتعاقدين على الإجارة^٣، وكذلك هي مبنية على ما نصوا عليه من اشتراط الرضا في المتعاقدين على البيع^٤.

وبناء على ما سبق فإنه لا يصح عقد الإجارة على فعل الجراحة إذا أكره المريض أو الطبيب الجراح عليه ، ويحرم على الطبيب أن يفعل الوسائل الموجبة لإكراه المريض على الموافقة^٥.

ويشترط لصحة الرضا : أن يكون مبنياً على معرفة العمل الطبي ، ومخاطره ، وآثاره^٦.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 613 حيث جاء من شروط عقد الإجارة على الجراحة : "رضا المتعاقدين".

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 613.

^٣ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 179 حيث جاء فيه : " أما الذي يرجع إلى العاقد فرضا المتعاقدين " . وينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 613.

^٤ ينظر : حاشية الدسوقي 3/3 حيث جاء فيه : "ينعقد البيع بما يدل على الرضا" ، روضة الطالبين - النووي 3 / 9 حيث جاء فيه : " ويشترط في المتعاقدين الاختيار " ، الشرح الكبير - ابن قدامه 16/11 حيث جاء فيه : "لا يصح البيع إلا بشروط سبعة : أحدها : التراضي به".

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 613.

^٦ ينظر : عقد العلاج الطبي - الزامل 104.

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ النساء : ٢٩ .

والإجارة تجارة ؛ لأن التجارة تبادل المال بالمال ، والإجارة كذلك ^١ ، وعقد العمل الطبي يُعدُّ إجارة .

2. ولأن عقد العمل الطبي عقد إجارة ، والإجارة يشترط فيه الرضا قياساً على البيع.

فروع القاعدة :

1. أنه يحرم أن لا يخبر الطبيب المريض بعزمه على الجراحة إلا بعد الشروع في بعض مراحلها كما في جراحة الأسنان ؛ وذلك ليحصل منه القبول ^٢ ، ولا يعد هذا القبول رضاً معتبراً ؛ لأن المريض مكره حكماً ، فلا يصح العقد ؛ لأن رضا المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي.

2. أنه يحرم كذلك ما يفعله بعض الأطباء من الضغط على المريض بالمبالغة الكاذبة في وصف المرض إلى درجة يشتد فيها خوف المريض ، ويضطر للقبول على التعاقد مع المستشفى لإجراء تلك الجراحة ^٣ ، ولا يعد هذا القبول رضاً معتبراً ؛ لأن المريض مكره حكماً ، ولا يصح العقد هنا كذلك ؛ لأن رضا المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي.

^١ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 179.

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 614.

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 614.

3. أنه يحرم كذلك الكذب عليه بقولهم : إنه إذا لم يبادر فوراً بإجراء الجراحة فإنه مهدد بالموت، أو تلف عضو منه ، ويكون الواقع بخلاف ذلك^١، ولا يعد هذا القبول رضاً معتبراً ؛ لأن المريض مكره حكماً ؛ لأن رضا المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي.

4. أنه يجب على الطبيب أن لا يخفي عن المريض العمل الطبي المعقود عليه ، والمخاطرة المحتملة ، ولا يعد رضا المريض في هذه الحالة رضاً معتبراً^٢ ؛ لأن المريض مكره حكماً ؛ لأن رضا المتعاقدين شرط لصحة عقد العمل الطبي.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 614.

^٢ ينظر : عقد العلاج الطبي - الزامل 104.

المبحث الثالث : بيان العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي^١

معنى القاعدة : أنه يشترط لصحة عقد العمل الطبي العلم بالمنفعة المقدمة من الطبيب إلى المريض^٢.

وقد جعل الفقهاء - رحمهم الله - العلم بالمنفعة شرطاً لصحة عقد الإجارة^٣.

والإجارة على فعل العمل الطبي يشملها هذا الشرط ، فيجب على كلا المتعاقدين أن يقوموا بتحديد العمل الطبي ، وبيانه على وجه ترتفع به الجهالة^٤.

فيذكران اسم نوع العمل الطبي المطلوب ، وهل هو عمل جراحي أو غير جراحي ، ومحلّه ، ونوعية الفحص الذي يجري قبل مباشرته ، والوسائل التي يتم بها ذلك الفحص من أشعة وتحاليل تحدد نوعيتها ، وكذلك يقومان بتحديد نوعية المخدر الذي سيتم إجراؤه هل هو عام أو موضعي ، ثم يحددان مكان العمل الطبي وحدوده ، إن احتاج الأمر لذلك، كما في جراحة استئصال السرطان ونحوه ، ثم يقومان بتحديد نوعية الخدمة والعناية التي ستعقب الجراحة ، ومدة الأيام التي يقيمها المريض في المستشفى لتلك الفترة^٥.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617 حيث جاء من شروط عقد الإجارة على الجراحة : " بيان العمل الجراحي ومستلزماته".

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617 بتصرف . وهذا بناء على اعتبار عقد العمل الطبي (عقد إجارة) - كما سبق ص 518- ، أما إذا كان (عقد جعالة) فيما إذا تشارطا على البرء فإنه لا يشترط هذا الشرط.

^٣ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 179 حيث جاء فيه : "وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فضروب منها أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع من المنازعة " ، المهذب مع المجموع - الشيرازي 15/260 حيث جاء فيه : "ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة القدر ؛ لأننا بينا أن الإجارة بيع ، والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر فكذلك الإجارة" ، الشرح الكبير - ابن قدامة 14/266 حيث جاء فيه : "لا بد من معرفة المنفعة في الإجارة؛ لأنها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع". وينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617 بتصرف.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617 بتصرف.

وكذلك يجب معرفة ما يدخل من الرعاية الطبية ضمن عقد العمل الطبي ، وما لا يدخل^١.

ويكون بيان هذه الأمور بالنص عليها عند العقد ، وأحياناً بالعرف إذا كان مطرداً ؛ وذلك لأن (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^٢ ، ولأنه يكتفى في معرفة المعقود عليه في عقد الإجارة بالعرف^٣ ، وعقد العمل الطبي يعتبر إجارة.

ثم إنه ينبغي العناية ببيان العمل الجراحي - خصوصاً - ، ووصفه وصفاً ترتفع به الجهالة المؤثرة ، مع كتابة عقد بين الطرفين يشتمل على ذلك الوصف في كل جراحة بحسبها^٤.

دليل القاعدة :

1. القياس على البيع الذي يشترط فيه العلم بالمبيع^٥.
2. وكذلك قطعاً للجهالة المفضية إلى الخصومة والنزاع^٦.
3. أنه بذلك لا يستطيع أحد الطرفين أن يؤذي الآخر أو يححف به بمطالبته بأمر زائد عن ذلك القدر المتفق عليه بينهما^٧.

^١ وذلك كالأدوية التي تعطى للمريض أثناء تنويمه في المستشفى هل تدخل ضمن العقد العام أو لا.

^٢ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر - الحموي 306/1.

^٣ ينظر : الشرح الكبير - ابن قدامة 266/14 .

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617 تصرف.

^٥ ينظر : المهذب مع المجموع - الشيرازي 260/15 ، الشرح الكبير - ابن قدامة 266/14 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617.

^٦ بيان هذه الأمور وتوضيحها للمريض يجعله على بينة من أمره ، الأمر الذي يؤدي إلى قطع النزاعات والخصومات مستقبلاً ، ويجعل الأمور تسير في وضعها الطبيعي دون أن يستغل أحد الطرفين نظيره أو يظلمه . ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617.

^٧ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617.

4. كما أن علم المستأجر بطبيعة العمل الجراحي يمكنه من المقارنة بين الأطباء لمعرفة الأجر المناسب كما هو الحال في سائر الإجازات¹.

فروع القاعدة :

1. عدم صحة عقد العمل الطبي إذا كان المريض بالباسور لا يعلم هل العمل الطبي بالجراحة باستئصاله ، أو بالمراهم² المسكنة ، أو غيرها ؛ لأن بيان العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي.
2. عدم صحة عقد العمل الطبي إذا كان المريض بالورم السرطاني لا يعلم هل العمل الطبي بالجراحة باستئصاله ، أو بالمعالجة الشعاعية³ ، أو بالمعالجة الكيميائية⁴ ؛ لأن بيان العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي.
3. عدم صحة عقد العمل الطبي بعلاج الأسنان إذا كان المريض بألم في ضرس العقل⁵ لا يعلم عن طبيعة العمل هل هو بقلع الضرس أو بإعطاء مسكنات ؛ لأن بيان العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي.

¹ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617.

² يتألف المهرم عادة من سواغ دهني ومن مادة أو عدة مواد دوائية مؤثرة مختلطة به جيداً، والسواغ الدهني هو نوع من السواغ المائي في الزيت ، حيث تمزج قطيرات الماء في الزيت . وتستعمل المراهم في معالجة الإصابات الجلدية المزمنة والجافة والمتقرنة والمتشققة . ينظر : المعجم الطبي - أبو حاتم 394.

³ هي مداواة بعض الحالات المرضية باستعمال الأشعة السينية أو النووية ، كما هو الحال في بعض حالات السرطان. ينظر : دليل الأسرة الطبي المصور - عرموش 14.

⁴ هو تعبير خاص للدلالة على معالجة السرطانات - حصراً - بالأدوية المضادة للسرطان. ينظر : دليل الأسرة الطبي المصور - عرموش 14.

⁵ هو آخر سن من الأسنان من كل جانب ، أي أن لكل إنسان في الحالة الطبيعية أربعة منه . ينظر : دليل الأسرة الطبي المصور - عرموش 553.

المبحث الرابع : معلومية الأجرة شرط لصحة عقد العمل الطبي^١.

معنى القاعدة : أنه يشترط لصحة عقد العمل الطبي أن يكون الثمن معلوماً عند الطرفين، فلا تجوز الإجارة بثمان مجهول سواء جهله الطرفان أو أحدهما^٢.

وهذه القاعدة مبنية على ما نص عليه الفقهاء - رحمهم الله - من اشتراط العلم بالثمان لصحة عقد الإجارة^٣.

قال ابن قدامه - رحمه الله -^٤ : "لا نعلم في ذلك خلافاً".

وترتفع الجهالة عن الثمن بوصفه و بيان قدره ، كأن يقول الطبيب - على سبيل المثال - عند تعاقد مع المريض على جراحة استئصال اللوزتين إنهما بخمسائة ريال سعودي^٥ . وبناء على هذا فإنه لا يصح الإجارة على العمل الطبي إذا كان الثمن مجهولاً ، ولو تم العقد بينهما بثمان مجهول فإنه يحكم بفساده ، ولو فعل الطبيب الجراحة - مثلاً - فإنه يستحق أجرة المثل^٦.

قال النووي - رحمه الله -^٧ : "فلو قال: اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً ، وما أشبهه ، فسد العقد ، وإذا عمل استحق أجرة المثل".

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 618 حيث جاء من شروط عقد الإجارة على الجراحة : "أن يكون ثمن الجراحة معلوماً".

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 618 بتصرف.

^٣ ينظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي - الدردير 3/4 حيث جاء فيه : "(صحة الإجارة بعاقده وأجر كالبيع) فيكون طاهراً ... معلوماً" ، روضة الطالبين - النووي 4 / 249 حيث جاء فيه : " يشترط العلم بقدر الأجرة ووصفها" ، المغني - ابن قدامه 8 / 14 حيث جاء فيه : "يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً".

^٤ المغني 8 / 14.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 619.

^٦ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 619 بتصرف.

^٧ روضة الطالبين 4 / 249.

والجراحة الطبية - مثلاً - تشتمل على العمل الجراحي ، ولوازم أخرى تعتبر تابعة لها ، وموجبة لنجاحه كالفحص قبل الجراحة ، والتخدير والعناية التي تتم بعد العمل وتشتمل على تدبير الجرح ومتابعة المريض . وهذه المراحل تعتبر مختلفة عن ذات العمل ، وتشتمل على منفعة يستحق القائمون بها في مقابلها الأجرة ، فوجب حينئذ بيان تكاليفها ، وأجرة العمل الذي يقوم به أصحابها قطعاً للنزاع والخصومة¹.

دليل القاعدة :

1. أن الأجرة عوض في عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً ، كالثمن في البيع².
2. وكذلك قطعاً للجهالة المفضية إلى الخصومة والنزاع³.

فروع القاعدة :

1. أنه لا يصح عقد العمل الطبي بأن يقول المريض للطبيب الجراح : اقلع سني وأنا أرضيك⁴ ؛ لأن الأجرة غير معلومة ، ومعلومية الأجرة شرط لصحة عقد العمل الطبي.
2. أنه لا يصح عقد العمل الطبي بأن يقول استأصل لي الزائدة الدودية وأنا أعطيك ما تحب ونحو ذلك مما لا يعلم به قدر الثمن ولا صفته⁵ ؛ لأن الأجرة غير معلومة ، ومعلومية الأجرة شرط لصحة عقد العمل الطبي .

¹ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 619.

² ينظر : المغني - ابن قدامه 8 / 14.

³ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617.

⁴ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 619.

⁵ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 619.

المبحث الخامس : مشروعية العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي^١

معنى القاعدة : أنه يشترط لصحة عقد العمل الطبي أن يكون جائزاً غير محرماً .

وقد أشار الفقهاء - رحمهم الله - إلى اعتبار هذه القاعدة في الإجارة على فعل الجراحة، وقد نصوا على عدم صحة عقد الإجارة على فعل بعض الجراحات ، وذلك لحرمة فعلها^٢.

واشترط هؤلاء الفقهاء لهذا الشرط في الإجارة على فعل الجراحة يتفق مع ما نصوا عليه من أنه يشترط لصحة عقد الإجارة أن تكون المنفعة مباحة^٣.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 617 حيث جاء من شروط عقد الإجارة على الجراحة : "أن تكون الجراحة مشروعة".

^٢ روضة الطالبين - النووي 4 / 259 حيث جاء فيه : " لا يصح الاستئجار لقلع سن صحيحة ، أو (قطع) يد صحيحة" ، كشف القناع - البهوتي 9 / 95 حيث جاء فيه : " (ويصح استئجاره لخلق الشعر ولتقصيره ولختان وقطع شيء من جسده للحاجة إليه) (ومع عدمها) أي عدم الحاجة إلى قطع شيء من جسده (يجرم) القطع) ولا يصح (الاستئجار له " ، وينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 615.

^٣ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 189 حيث جاء فيه : "وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصي أنه لا يصح لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً كاستئجار الإنسان للعب واللهو وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح" ، المهذب مع المجموع - الشيرازي 15 / 251 حيث جاء فيه : " و لا تجوز على المنافع المحرمة " ، مغني المحتاج - 2 / 431 حيث جاء فيه : "وضابط ما يجوز استئجاره كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة معلومة" ، كشف القناع - البهوتي 9 / 57 حيث جاء فيه : " الشرط (الثالث) للإجارة (أن تكون المنفعة مباحة لغير ضرورة) أي بأن تباح مطلقاً . وينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 615.

دليل القاعدة :

1. أن الإجارة لا تجوز على المنافع المحرمة ؛ لأنه يحرم الانتفاع بها ، فلا يجوز أخذ العوض عليه ؛ كالميتة والدم ¹ .

أي أن حرمة الانتفاع بالشيء موجبة لحرمة أخذ العوض عليه كالحال في الميتة والدم ؛ فإنه لما حرم الانتفاع بهما حرم أخذ العوض عليهما ، وإذا تقرر أن أخذ العوض حرام دل ذلك على حرمة عقد الإجارة الموجب لأخذ العوض ² .

2. ولأن (العجز الشرعي كالحسي) ³ ، فكما لا يجوز استئجار ما غير المقدور على تسليمه؛ للعجز الحسي ، فكذا لا يجوز استئجار المحرم ؛ للعجز الشرعي.

فروع القاعدة :

1 أنه لا يصح عقد الإجارة لقلع سن صحيحة ⁴ ؛ لحرمة قلعها ، ولأن مشروعية العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي .

2. أنه لا يصح عقد الإجارة لقطع عضو سليم من آدمي ⁵ ؛ لحرمة قطعه ؛ ولأن مشروعية مشروعية العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي .

3. أنه لا يصح عقد الإجارة على فعل جراحة التجميل التحسينية ؛ لأنها غير مشروعة ، ولأن مشروعية العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي ⁶ .

¹ ينظر : المهذب مع المجموع - الشيرازي 15 / 251 بتصرف .

² ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 616.

³ روضة الطالبين - النووي 4 / 259 ، كشاف القناع - البهوتي 9 / 95.

⁴ ينظر : روضة الطالبين - النووي 4 / 259 ، مغني المحتاج - الشريبي 2 / 431.

⁵ ينظر : روضة الطالبين - النووي 4 / 259 ، مغني المحتاج - الشريبي 2 / 431 ، كشاف القناع - البهوتي 95/9 .

⁶ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 616.

4. أنه لا يصح عقد الإجارة على فعل جراحة تغيير الجنس ، لأنها غير مشروعة ^١ ، ولأن مشروعية العمل الطبي شرط لصحة عقد العمل الطبي .

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 616.

المبحث السادس : الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي^١

معنى القاعدة : أن الأطباء ومساعدوهم يستحقون الأجرة بمجرد الانتهاء من المهمة المطلوبة منهم ، كل حسب اختصاصه^٢.

وقد قرر الفقهاء - رحمهم الله - بأن أجرة الأجير عموماً تستحق بعد استيفاء المنفعة من المستأجر^٣.

ومفهوم القاعدة أن الطبيب ومن يقوم مقامه لا يستحق الأجرة قبل الانتهاء من أداء العمل الطبي ، فلا يستحق المطالبة بها.

وإذا اتفق الطرفان على تقديم الأجرة قبل المنفعة ، أو تأخيرها بعد استيفاء المنفعة بمدة ، أو أدائها على دفعات فلا حرج في ذلك كله ؛ لأن (المسلمون على شروطهم)^٤.

^١ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 131/15 حيث جاء فيه : "(والأجير المشترك من قدر نفعه بالعمل) كخياطة ثوب ... أو على عمل في مدة لا يستحق نفعه في جميعها كالطبيب والكحال ... (ولا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله)" ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 621 حيث جاء فيه : "يستحق الأطباء ومساعدوهم الأجرة بمجرد انتهائهم من أداء المهمات المتعلقة بهم" ، عقد العلاج الطبي - الزامل 98 حيث جاء فيه : "يستحق الطبيب الأجر بمجرد انتهائه من أداء المهمة المطلوبة منه".

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 621 ، عقد العلاج الطبي - الزامل 98.

^٣ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 204 حيث جاء فيه : "وأما في النوع الآخر وهو استئجار الصانع والعمل فلا يجب تسليم شيء من البذل إلا عند انتهاء المدة ، أو قطع المسافة بعد الفراغ من العمل بلا خلاف ، حتى قالوا في الحمال ما لم يحط المتاع من رأسه لا يجب الأجر ؛ لأن الخط من تمام العمل" ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي - الدردير 4/4 حيث جاء فيه : "وأما الصانع والأجير فليس لهما أجرة إلا بعد التمام" ، الإقناع مع الكشاف - الحجاوي 131/15 حيث جاء فيه : "(والأجير المشترك من قدر نفعه بالعمل ... ولا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله)".

^٤ ينظر في هذه المسألة : بدائع الصنائع - الكاساني 4 / 203 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 621.

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ الطلاق: ٦.

فألزم الأزواج بدفع الأجرة لقاء منفعة الإرضاع المستوفاة ، مما يدل على أنه يلزم المستأجر بدفع الأجرة عند استيفاء المنفعة ، ومن ذلك دفعها للطبيب عند استيفاء المنفعة^١.

2. عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "قال الله : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ، ولم يعط أجره"^٢.

فقد دل الحديث على حرمة منع الأجير أجرته بعد استيفاء المنفعة منه ، والأطباء ومساعدوهم إذا انتهوا من أداء المهمات المتعلقة بهم كان المريض مستوفياً المنفعة منهم ، فحرم عليه منعهم الأجرة^٣.

فروع القاعدة :

1. أن طبيب الفحص يستحق أجرته بعد انتهاء مهمة الفحص والتشخيص ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

2. أن أخصائي المختبر يستحق أجرة التحاليل بعد قيامه بالتحاليل المطلوبة وكتابة التقارير عن نتيجة تحليلها ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

3. أن أخصائي التخدير يستحق الأجرة بعد انتهائه من آخر مرحلة من مراحل مهمة التخدير الجراحي ، والتي تتمثل في إفاقة المريض بعد انتهاء العمل الجراحي ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 621 بتصرف.

^٢ أخرجه البخاري . كتاب البيوع - باب إثم من باع حراً 3 / 108 (2227).

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 621.

4. أن الطبيب الجراح يستحق الأجرة بعد انتهاء مهمته الجراحية ، وذلك بخياطة الجرح وإغلاقه^١ ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

5. أن الطبيب الجراح لا يستحق أجرة الجراحة كاملة في حال عدم التمكن من إكمال الجراحة لموت المريض ، وله من الأجرة بقسطها^٢ ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

6. أن الطبيب الكحال لا يستحق أجرة عمله كاملة في حال عدم التمكن من إكمال العمل لبرء المريض ، وله من الأجرة بقسطها^٣ ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

7. أن الطبيب الجراح لا يستحق الأجرة على الجراحة في حال اتفاق الطرفين على فسخ العقد بعد التشخيص وقبل الجراحة^٤ ؛ لأن الأجرة تستحق بأداء العمل الطبي.

^١ ينظر في هذا الفرع وما قبله : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 622.

^٢ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 9 / 96 . وينظر : القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 226.

^٣ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 9 / 96 . وينظر : القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 226.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 623.

المبحث السابع : الأصل في عقد العمل الطبي اللزوم^١

اللزوم : أي عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، بمعنى أن العاقد لا يقدر على فسخ العقد إلا برضا الآخر^٢.

معنى القاعدة : أن القاعدة المستمرة في عقد العمل الطبي أنه يجب المضي فيه من كلا الطرفين ، وأنه لا يقدر أحدهما على الفسخ إلا برضا الآخر.

أي : أنه يجب للمريض على الطبيب أن يقوم بالعمل الطبي المتفق عليه ، ويجب للطبيب على المريض الأجرة المتفق عليها ، ولا يقدر أحدهما على فسخ العقد إلا برضا الآخر.

وهذه القاعدة مبنية على ما نص عليه أهل العلم — رحمهم الله — من لزوم عقد استئجار الطبيب — خصوصاً^٣ — ، وعقد الإجارة — عموماً^٤ — .

وبناء على ذلك ؛ إذا امتنع الطبيب عن تنفيذ العقد بدون عذر ألزمه الحاكم بذلك ، وأما المريض فإنه إذا امتنع عن الوفاء لم يجبر على قبول العمل الطبي ، لكن يجبره الحاكم على دفع الأجرة إذا مكنه الطبيب من نفسه مدة يمكن فيها العمل ، لكن إذا حكم الحاكم بالأجرة للطبيب وأخذها لم تستقر ملكية الطبيب لها ؛ حيث إنه إذا وجد عذر شرعي

^١ ينظر : كشاف القناع — البهوتي 96 / 9 حيث جاء فيه : " (ويصح أن يستأجر كحالاً ليكمل عينيه ... فإن امتنع المريض من ذلك) أي من إتمام الكحل (مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجرة بمضي المدة) لأن الإجارة عقد لازم " ، أحكام الجراحة الطبية — الشنقيطي 624 حيث جاء فيه : " الأصل في عقد الإجارة أنه من العقود اللازمة ... وعلى هذا فإنه إذا تعاقد المريض مع الطبيب والمستشفى على فعل الجراحة بالأجرة ، فإنه ينبغي على كلا الطرفين الوفاء بذلك العقد " .

^٢ ينظر : المدخل الفقهي العام — مصطفى الزرقا 513.

^٣ ينظر : نهاية المحتاج — الرملي 273 / 5 حيث جاء فيه : " فإن منعه من قلعها ولم تبرأ لم يجبر عليه ، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه ومضي مدة إمكان العمل ، لكنها غير مستقرة ، حتى لو سقطت رد الأجرة " ، كشاف القناع — البهوتي 96 / 9 حيث جاء فيه : " (ويصح أن يستأجر كحالاً ليكمل عينيه ... فإن امتنع المريض من ذلك) أي من إتمام الكحل (مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجرة بمضي المدة) " .

^٤ ينظر : كشاف القناع — البهوتي 96 / 9 حيث جاء فيه : " الإجارة عقد لازم " .

موجب للفسخ بعد أخذه لها وجب عليه ردها ، وكذلك لو تراجع المريض وطالب الطبيب بالعمل ألزم الطبيب بفعالها^١.

ويدخل في القاعدة أي عمل طبي سواء كان عملاً جراحياً أو غير جراحى ، وسواء كان عملاً علاجياً أو كشفياً ممهداً للعلاج.

ويجوز لكل من المريض والطبيب فسخ العقد في الأحوال الثلاثة التالية^٢ :

1. أن يتعذر فعل الجراحة لزوال موجبها ؛ كزوال آلام الضرس المتفق على قلعه .

2. إذا مات أحد الطرفين .

3. إذا اتفق الطرفان على الفسخ .

ويضاف أمر رابع : وهو إخلال أحد الطرفين بشرط من شروط العقد الطبي .

وذلك ؛ كعدم اتباع المريض لتعليمات الطبيب في استعمال العلاج^٣.

دليل القاعدة :

1. أن الأصل في عقد الإجارة أنه من العقود اللازمة ، وذلك لقوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا

الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ المائدة : ١ .

والإجارة عقد ، والعمل الطبي إجارة فيكون الأصل فيه كذلك اللزوم^٤.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 624. وينظر : فقه الطبيب - الجبوري ضمن (مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية - المجلد 3 العدد 1) 11.

^٢ ينظر في هذه الأسباب أو بعضها : كشاف القناع - البهوتي 9 / 96 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 625 - 626 ، طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية - محمد آل الشيخ ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني بجامعة الإمام) 3/2864-2865.

^٣ ينظر : عقد العلاج الطبي - الزامل 102.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 625 بتصرف.

2. ولأن العقد - عموماً - رابطة تقيّد المتعاقدين ، وإرادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله¹ ، وعقد العمل الطبي مندرج في ذلك.

فروع القاعدة :

1. أنه إذا تعاقد المريض مع الطبيب أو المستشفى على الكشف الطبي وجب على كل من الطرفين تنفيذ العقد ؛ لأن الأصل في عقد العمل الطبي اللزوم .
2. أنه إذا تعاقد المريض مع الطبيب أو المستشفى على موعد للعلاج وجب على كل من الطرفين تنفيذ العقد ؛ لأن الأصل في عقد العمل الطبي اللزوم .
3. أنه إذا تعاقد المريض مع الطبيب أو المستشفى على موعد لمتابعة حالة المريض وجب على كل من الطرفين تنفيذ العقد² ؛ لأن الأصل في عقد العمل الطبي اللزوم .

¹ ينظر : المدخل الفقهي العام - مصطفى الزرقا 521.

² هذا وما قبله فيما إذا لم يكن شرط أو عرف يسوغ لأحدهما إلغاء العقد ؛ كما هو الواقع الآن في المستشفيات الأهلية حيث إنها تسوغ للمريض إلغاء العقد لكن قبل الموعد بوقت كافٍ.

المبحث الثامن : الشروط بين المتعاقدين في عقد العمل الطبي معتبرة

الشروط : جمع شرط .

والشرط لغة : (بالسكون) إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشرطية ، وجمعه : شروط ، (وبالفتح) : العلامة ، وجمعه أشراف^١.

والمراد بالشرط هنا : ما يلزم به أحد العاقدين الآخر^٢.

معتبرة : أي معتد بها ، ويجب مراعاتها .

ومراعاتها بتنفيذها^٣.

ومعنى القاعدة : أن الشروط التي يلزم بها الطبيب المريض ، أو المريض الطبيب عند عقد العمل الطبي معتد بها ، ويجب تنفيذها.

وهذه القاعدة يمكن إدراجها تحت قاعدة (المسلمون على شروطهم)^٤ ، وقاعدة (الأصل في الشروط الصحة)^٥ ؛ وذلك لأن القاعدتين عامتان في الشروط في أي عقد ، وهذه خاصة في عقد العمل الطبي.

والمراد بالشروط هنا الشروط الصحيحة ؛ كالحال في الشروط في العقود - عموماً - والشروط الصحيحة : هي الشروط التي لها نفع ، ولم ينه عنها الشرع^٦.

^١ ينظر : القاموس المحيط - الفيروزآبادي ، المصباح المنير - الفيومي ، الصحاح - الجوهري مادة (شرط).

^٢ ينظر في تعريف الشرط وأقسامه : المدخل الفقهي العام - الزرقا 573 ، الوجيز - البورنو 358 .

^٣ ينظر : المدخل الفقهي العام - الزرقا 1035 ، موسوعة القواعد الفقهية - البورنو 451/12.

^٤ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 7 / 29 ، الذخيرة - القرافي 8 / 109 ، المغني - ابن قدامة 423/8 ، القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 155.

^٥ ينظر : القواعد النورانية - ابن تيمية 272 ، إعلام الموقعين - ابن القيم 379/5.

^٦ ينظر في الشروط الصحيحة : إعلام الموقعين - ابن القيم 379/5 ، القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 296 ، الوجيز - البورنو 358.

دليل القاعدة :

1. قوله صلى الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم"¹.

حيث يدل على وجوب الوفاء بالشروط عموماً ، والشروط في عقد العمل الطبي مندرجة تحت ذلك.

2. ولأن الالتزام بالشروط كالاتزام بالنذر ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله ، والالتزام به أوفي من الالتزام بالنذر².

فروع القاعدة³ :

1. أنه يصح أن يستأجر المريض كحالاً ليكحل عينيه ، ويشترط الكحل عليه ؛ لأن الشروط بين المتعاقدين في عقد العمل الطبي معتبرة.

2. أنه لو اشترط المريض على الطبيب البرء من المرض ، فإن الشرط هنا معتبر ، لكن يكون العقد هنا جعالة لا إجارة⁴ ؛ لأن الشروط بين المتعاقدين في عقد العمل الطبي معتبرة.

3. أنه لو اشترط الطبيب على المريض دفع الأجرة كاملة في بداية العقد ، فإن الشرط هنا معتبر⁵ ؛ لأن الشروط بين المتعاقدين في عقد العمل الطبي معتبرة.

¹ أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم . كتاب الشفعة - باب أجر السمسة 3 / 120 ، وأخرجه أبو داود - كتاب الأقضية - باب في الصلح 332/3 (3596)، وحسن إسناده النووي في المجموع 464/9 ، وقال الألباني في السلسلة الصحيحة 6 / 992 : "الحديث صحيح بمجموع طرقه".

² ينظر : إعلام الموقعين - ابن القيم 5 / 380.

³ فروع القاعدة كثيرة لا تحصى ، لكن أردت هنا إبراز الفروع التي قد تكون محل تردد بين الاعتبار وعدمه ، وكان للقاعدة دور في القول بالاعتبار.

⁴ ينظر : كشاف القناع - البهوتي 15/120 ، 131 ، عقد العلاج الطبي في الفقه والنظام - الزامل 36 ، طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية - محمد آل الشيخ ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني بجامعة الإمام) 3/2858، 2872.

⁵ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 622.

الفصل الرابع : القواعد الفقهية المتعلقة بالمسؤولية في العمل الطبي .

وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : الطبيب مؤتمن .

المبحث الثاني : جهل الطبيب موجب للضمان.

المبحث الثالث : خطأ الطبيب موجب للضمان.

المبحث الرابع : اعتداء الطبيب موجب للضمان.

المبحث الخامس : عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية موجب للضمان.

المبحث السادس : إذا فعل الطبيب ما يجوز له فعله فلا يسأل عن الضرر الحادث ولو كان سبباً له .

المبحث السابع : رضا المريض بعلاج معين رضا بما يتولد عنه

المبحث الأول : الطبيب مؤتمن^١

مؤتمن : أي يده على بدن المريض يد أمانة.

ويد الأمانة : هي التي لا تضمن ما تلف بيدها بلا تعد ولا تفريط^٢.

ومعنى القاعدة : أن الطبيب لا يضمن ما تلف بيده من بدن المريض بلا تعد ولا

تفريط.

والتعدي : هو فعل ما لا يجوز ، والتفريط : هو ترك ما يجب^٣.

وقد اتفق الفقهاء على أن الطبيب لا يضمن ما تلف بيده من بدن المريض بلا تعد ولا

تفريط^٤.

^١ ينظر : الدر المختار مع رد المحتار - الحصكفي 364/5 حيث جاء فيه : "وفي الفتن : سئل محمد بن نجم الدين عن صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها ، فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم ماتت وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ، ثم ماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن؟ فتأمل ملياً ، ثم قال : لا إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتاداً ، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم ، قيل له : فلو قال إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن؟ قال : لا . هـ قلت : إنما لم يعتبر شرط الضمان لما تقرر أن شرطه على الأمين باطل على ما عليه الفتوى اهـ" فأطلق على الجراح وصف الأمين . لكن نقل ابن عابدين في حاشيته عليه الاعتراض على وصف الجراح بالأمين ، فقال : "اعترضه الرملي بأنه بعيد عن اصطلاح الفقهاء لعدم ما يطلق عليه اسم الأمانة إذ هي المال القابل لإثبات اليد عليه ، واستظهر أن العلة كونه غير مقدور عليه كما هو شرط المكفول به والله تعالى أعلم" . وعلى كل حال فلا اعتراض لو سُلّم فهو منصب على تسميته بالأمين ، لا على عدم ضمانه ما تلف بيده بلا تعد وتفريط. وينظر أيضاً : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 13) حيث جاء فيه : "أنه [أي الطبيب] مؤتمن على بدن المريض" .

^٢ ينظر في تعريف يد الأمين : القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 121.

^٣ ينظر : القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 122.

^٤ ينظر : المبسوط - السرخسي 11/16 حيث جاء فيه : " وإذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو حقن الحاقن بأجر حراً أو عبداً بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان عليه " ، بدائع الصنائع - الكاساني 7 / 305 حيث جاء فيه : "الفصاد والبزاغ والحجام إذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالإجماع" ، الذخيرة - القرافي 12 / 257 حيث جاء فيه : "لا ضمان على الطبيب و... إن لم يخالفوا" ، الشرح الكبير - الدردير مع

قال ابن المنذر - رحمه الله -^١ : " أجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن".

وقال ابن القيم - رحمه الله -^٢ : "طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً".

ويشترط لعدم تضمين الطبيب عدة شروط^٣ :

1. عدم التعدي بفعل ما يحرم في بدن المريض.

وذلك مثل أن يزيد في قدر المواد المخدرة ، أو يزيد في قدر الأشعة ، أو يقطع في غير محل القطع^٤.

2. عدم التفريط بترك ما يجب من أجل المريض.

وذلك مثل أن يقصر في الكشف أو العلاج^٥.

حاشية الدسوقي 4 / 355 حيث جاء فيه : " (كطبيب جهل) التشبيه في الضمان أي أن الطبيب في زعمه إذا جهل علم الطب في الواقع (أو) علم و (قصر) في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه ... ومفهوم الوصفين أنه إذا لم يقصر وهو عالم أنه لا ضمان عليه بل هدر" ، الأم - الشافعي 6 / 172 حيث جاء فيه : "وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يخنن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه" ، مغني المحتاج - الشريبي (4 / 202) حيث جاء فيه : " (ومن حجم ... بإذن) معتبر كقول حر مكلف لحاجم احجمني ... ففعل وأفضى للتلف (لم يضمن) ما تولد منه" ، المغني - ابن قدامة 8 / 117 حيث جاء فيه : "(ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم) : وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين أحدهما : أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة ... الثاني : أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا" ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 5 / 337 حيث جاء فيه : "(ولا) يضمن أيضاً (حجام، وطبيب، وبيطار) وختان (لم تجن أيديهم إن عرف حذقهم) أي معرفتهم صنعتهم".

^١ الإجماع 171.

^٢ زاد المعاد 4 / 139.

^٣ هذه الشروط سيأتي الحديث عنها أكثر في المباحث القادمة - إن شاء الله - .

^٤ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 11).

^٥ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 11).

وضابط ما لا يوقع بالتفريط هو القيام بالعناية المعتادة¹ ، فلو حصل تقصير من الطبيب عن العناية المعتادة ، فإنه يتوجب عليه الضمان² .

3. عدم الخطأ .

وذلك بأن تميل يده إلى قطع ما لا يقطع - مثلاً - .

4. أن يكون الطبيب حاذقاً ، أي (مؤهلاً عالماً بالعمل الطبي الذي يقوم به)³ .

5. وجود الإذن من المريض أو من يقوم مقامه للطبيب بالعلاج.

فإن لم يوجد الإذن له بالعلاج فإن الطبيب هنا يكون في حكم الضامن لما تلف بيده حتى وإن لم يتعد أو يفرط⁴ .

وذلك ؛ لأن يده في هذه الحال متعدية ، وليست مؤتمنة ، واليد المتعدية سبب من أسباب الضمان⁵ .

6. أن يكون الهدف من العمل الطبي شفاء المريض .

أما إن لم يهدف إلى ذلك فإنه يضمن ما ترتب على فعله ، حتى وإن لم يقصد الضرر ؛ وذلك كما لو جرب دواء على مريض بقصد البحث العلمي ، فترتب على ذلك ضرر⁶ .

¹ وينظر : ص 128 وما بعدها .

² ينظر : القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في أحكام العمل الطبي - الجبير ضمن (ندوة تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية - إدارة التوعية الدينية الشؤون الصحية بمنطقة الرياض) 1319/3 .

³ ينظر : الموسوعة الطبية الفقهية - كنعان 862 . وقد ذكر ابن القيم أوصاف الطبيب الحاذق . ينظر : زاد المعاد 142/4 .

⁴ ينظر : المبسوط - السرخسي 11/16 ، الشرح الكبير - الدردير مع حاشية الدسوقي 4 / 355 ، مغني المحتاج - الشريبي 4 / 202 ، المغني - ابن قدامة 8/117 ، كشاف القناع - البهوتي 9/134 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 531 ، تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 18) .

⁵ ينظر أسباب الضمان في : القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 378 .

⁶ ينظر : الخطأ الطبي - الجبير ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 5/4383 . وينظر : ص 531 وما بعدها .

ومن باب أولى أن يضمن إذا قصد الضرر^١.

دليل القاعدة :

١. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ (١٩٣) البقرة : ١٩٣.

حيث دلت الآية الكريمة على أن الأصل في الضمان عدم وجوبه على المعتدي ، والطبيب إذا كان حاذقاً ، ولم تجن يده ليس بمعتد^٢.

2. قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)^٣ ، والتي تدل على أن من يفعل فعلاً مباحاً لا يضمن ما ترتب على فعله .

والطبيب يفعل فعلاً مباحاً ، فلا يضمن^٤.

3. أنه لو تم تضمين الطبيب بكل تلف لأدى ذلك إلى عدم تحقيق وجود الكفاية من الأطباء ، وعدم تحقيق فرض الكفاية في ذلك ؛ لما في المهنة من التعرض للتضمين في أحوال كثيرة^٥.

4. أن وجود الإذن من المريض للطبيب بالعلاج هو متضمن لائتمان الطبيب ، وأنه في حكم الأمين على بدنه.

^١ ينظر : التشريع الجنائي في الإسلام - عودة 522/1 . وينظر : ص 600.

^٢ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 7).

^٣ درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (المادة 91) ، المدخل الفقهي العام - الزرقا 1035/2 ، جمهرة القواعد الفقهية - الندوي 537/1 ، الوجيز - البورنو 308 ، المفصل في القواعد الفقهية - الباسين 559 ، المتع في القواعد الفقهية - الدوسري 365.

^٤ ينظر : المغني - ابن قدامة 117/8 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 337/5.

^٥ ينظر : مغني المحتاج - الشريبي 4 / 202 بتصرف.

فروع القاعدة :

1. أن الخائن لا يضمن ما تلف بيده ما لم تجن يده أو يتعدّ أو يفرط^١ ؛ لأن الطبيب مؤتمن.
2. أن الحجام لا يضمن ما تلف بيده ما لم تجن يده أو يتعدّ أو يفرط^٢ ؛ لأن الطبيب مؤتمن.
3. أنه لو سقطت صبية من السطح فانتفخ رأسها ، فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم ماتت وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ، ثم ماتت بعد يوم أو يومين فإنه لا يضمن إذا كان الشق معتاداً ، وكان بإذن ، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم^٣ ؛ لأنه لم يتعد ولم يفرط ، وهو مؤتمن.
4. أن طبيب الأشعة لا يضمن ما تلف بيده ما لم تجن يده أو يتعدّ أو يفرط ؛ لأن الطبيب مؤتمن.
5. أن طبيب التخدير لا يضمن ما تلف بيده ما لم تجن يده أو يتعدّ أو يفرط ؛ لأن الطبيب مؤتمن.
6. أن المتطبيب بالأعشاب العارف بذلك والمشهود له بذلك لا يضمن إذا حصل في علاجه شيء من التلف^٤ ، وهو لم يتعد ولم يفرط ؛ لأن الطبيب مؤتمن.

^١ ينظر : الأم - الشافعي 6 / 172 ، المغني - ابن قدامة 8 / 117 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 وقد ضبط ذلك فقال : "إذا ختن الصبي في وقت ، وسنّه قابل للختان ، وأعطى الصنعة حقها فتلف العضو أو الصبي لم يضمن" .

^٢ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 7 / 305 ، الذخيرة - القرافي 12 / 257 ، الأم - الشافعي 6 / 172 ، المغني - ابن قدامة 8 / 117 ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 5 / 337 .

^٣ ينظر : مجمع الضمانات - البغدادي 1 / 147 . وقوله خارج الرسم : أي بعيداً عن الأصول المرسومة في المهنة . ينظر تحقيق كتاب : مجمع الضمانات للبغدادي - محمد سراج وعلي جمعة 1 / 147 .

^٤ ينظر : الإفادة الشرعية في بعض المسائل الطبية - السعيدان 281 .

المبحث الثاني : جهل الطبيب موجب للضمان^١

الجهل : خلاف العلم^٢.

و هو على قسمين :

1. الجهل البسيط . وهو : عدم الإدراك بالكلية.

2. الجهل المركب : إدراك الشيء على خلاف ما هو عليه في الواقع^٣.

الضمان لغة : الالتزام . يقال : ضَمِنْتُ المَالَ "ضَمَانًا" فأنا "ضَامِنٌ" و"ضَمِينٌ" التزمته^٤.

واصطلاحاً هو : "التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير"^٥.

ويشمل ذلك إطلاقه على : رد مثل الهالك أو قيمته ، وعلى غرامة المتلفات ، والغصب، والعيوب.

حيث إن كل ذلك مندرج تحت الالتزام.

^١ ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد 2 / 418 حيث جاء فيه : " لا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن " ، معالم السنن للخطابي 39/4 حيث جاء فيه : " لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدي " ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 حيث جاء فيه : "وأما الأمر الشرعي فيإيجاب الضمان على الطبيب الجاهل" ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 471 حيث ذكر من موجبات المسؤولية المهنية للطبيب : "الجهل".

^٢ ينظر : معجم مقاييس اللغة - ابن فارس ، المصباح المنير - الفيومي مادة (جهل).

^٣ ينظر في هذه المسألة : التعريفات - الجرجاني 84 ، التوقيف على مهمات التعاريف - المناوي 260 ، الأصول من علم الأصول - ابن عثيمين 12.

^٤ ينظر : المصباح المنير - الفيومي 6/2.

^٥ المدخل الفقهي العام - الزرقا 2 / 1035

وأقرب المعاني إلى ما يتعلق بضمان الطبيب : هو التزامه المالي بغرم الضرر الواقع منه^١.

ومعنى القاعدة : أن إقدام الطبيب على فعل أي مهمة من المهمات المتعلقة بالعمل

الطبي دون أن يكون مؤهلاً لفعلها مثبت لالتزامه المالي بغرم الضرر الواقع منه^٢.

ويشمل الجهل هنا الجهل البسيط بأن يقدم على عمل من أعماله وهو لا يدركه بالكلية، وكذا الجهل المركب بأن يقدم عليه وهو مدرك له على خلاف ما هو عليه في الواقع.

وكذا يشمل الجهل الجهل بنوعيه ؛ الكلي ، والذي يسمى صاحبه بـ(المتطبيب) ، والجزئي ، والذي يدرك فيه الطبيب شيئاً من مهمته ، أو يكون مدركاً للمعلومات كلها لكن يجهل الطريقة التي يتم فيها تطبيق تلك المعلومات^٣.

وكذا تشمل القاعدة التطبيب بأنواعه سواء كان بعمل جراحي أو دوائي ، وسواء كان بعمل علاجي أو ممهداً للعمل العلاجي.

قال ابن القيم - رحمه الله - في شرحه لدليل القاعدة "من تطيب ولم يعلم منه الطب..."^٤ : "والطبيب في هذا الحديث يتناول من يطب بوصفه وقوله ، وهو الذي يخص باسم الطبائعي ، وبمروده وهو الكحال ، وبمبضعه ومراهمه وهو الجرائحي ، وبموساه وهو الخائن ، وبريشته وهو الفاسد ، وبمحاجمه ومشروطه وهو الحجام ، وبخلعه ووصله ورباطه وهو الجبر ، وبمكواته وناره وهو الكواء ، وبقربته وهو الحاقن".

وهذا النوع من موجبات الضمان يعتبر من أشدها إثماً ، وأعظمها جرماً بعد موجب العدوان ؛ لما يشتمل عليه من الاستخفاف بحرمة الأجساد والأرواح وتعريضها للتلف^٥.

وقد اتفق العلماء رحمهم الله على اعتباره موجباً للضمان.

^١ ينظر في هذه المسألة : غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر - الحموي 7/4 ، تضمين الطبيب - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 2).

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 482 بتصرف.

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 519 .

^٤ زاد المعاد 142/4.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 482 بتصرف.

قال ابن رشد - رحمه الله - ^١ : "ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن".
وقال الخطابي - رحمه الله - ^٢ : " لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدي ".
وقال ابن القيم - رحمه الله - ^٣ : "وأما الأمر الشرعي فأيجاب الضمان على الطبيب الجاهل ، فإذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه ، فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذلك ، وهذا إجماع من أهل العلم".

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ البقرة: ١٩٣.

حيث دلت الآية الكريمة على أن الأصل في المعتدي الضمان ، ويدخل في ذلك الطبيب إذا لم يكن حاذقاً.

2- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «من تطب ولا يعلم منه طب فهو ضامن» °.

^١ بداية المجتهد ونهاية المقتصد 418 / 2.

^٢ معالم السنن 39/4.

^٣ زاد المعاد 139 / 4.

^٤ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 9).

° أخرجه أبو داود - كتاب الديات - باب فيمن تطب ولا يعلم منه طب فأعنت 4 / 320 (4588) من طريق الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فذكره . و قال أبو داود : " لم يروه إلا الوليد ، لا ندرى هو صحيح أم لا ؟ " ، و الدارقطني 4 / 266 (3439)، والحاكم - كتاب الطب 4/336 (7564) وقال : " صحيح الإسناد " ووافقه الذهبي . قال الألباني في السلسلة الصحيحة 2 / 134: وهذا بعيد فإن ابن جريج و الوليد مدلسان و قد عنعناه ، لكن عند الدارقطني والحاكم قد وقع فيه تصريح الوليد بالتحديث . فانحصرت العلة في عنعنة شيخه ابن جريج ا.هـ . لكن أعلاه

- حيث دل ظاهر هذا الحديث على أن الطبيب الجاهل ملزم بضمان ما نتج عن طبه¹ .
3. ولأن المتطبب الجاهل متعدي²، والمتعدي ضامن.
4. ولأنه قد غرر بالعليل ، فيلزمه الضمان لذلك³.

فروع القاعدة :

1. إذا قام الطبيب المختص بعملية جراحية ، وهو ليس أهلاً لها ، وليست من اختصاصه، فإنه يضمن ما ترتب على ذلك ؛ لأن جهل الطبيب موجب للضمان.
2. إذا قام الممرض بمداواة المريض مع جهله بذلك ، فإنه يضمن ما ترتب على ذلك⁴ ؛ لأن جهل الطبيب موجب للضمان.
3. أنه إذا أذن الطبيب لمساعديه بمهمة يجهلونها فحصل من ذلك ضرر على المريض فإن المساعدين يتحملون المسؤولية المباشرة ، ويجب عليهم الضمان ؛ لأن الجهل موجب للضمان ، ويتحمل الطبيب المسؤولية السببية ؛ لأنه تسبب بذلك بإذنه لهم⁵.

=الدارقطني بالإرسال فقال : " لم يسنده عن ابن جريج غير الوليد بن مسلم ، و غيره يرويه عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم " . وقال ابن حجر في البلوغ 304 "إلا أن من أرسله أقوى ممن وصله" وتعقب الألباني هذا الإعلال فقال : "و ذا لا يضر ؛ فإن الوليد ثقة حافظ ، وإنما العلة العنينة كما بينا . وللحديث شاهد من رواية عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز : حدثني بعض الوفد الذين قدموا على أبي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أيما طبيب تطب على قوم لا يعرف له تطب قبل ذلك ، فأعنت ، فهو ضامن". و إسناده حسن لولا أنه مرسل مع جهالة المرسل ، لكن الحديث حسن بمجموع الطريقين . و الله أعلم "

¹ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 519.

² ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد 2 / 418 ، معالم السنن - الخطابي 39/4 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139.

³ ينظر : زاد المعاد 4 / 139.

⁴ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 511 بتصرف.

⁵ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 509.

المبحث الثالث : خطأ الطبيب موجب للضمان^١

الخطأ لغة : مجاوزة حد الصواب . يقال أخطأ إذا تعدى الصواب^٢.

ويطلق على ما لم يُتَّعَمَدَ^٣.

واصطلاحاً : عرفه بعض العلماء - رحمهم الله - بقوله : "هو ما ليس للإنسان فيه قصد"^٤. فانتفاء قصد الشيء من فاعله موجب لوصفه بكونه مخطئاً^٥.

ومعنى القاعدة : أن فعل الطبيب إذا كان بغير قصد وترتب عليه ضرر بالمريض فإنه يثبت به عليه الالتزام بغرم الضرر.

ويدخل في ذلك : ما إذا كان الضرر بتلف لنفس أو عضو أو منفعة.

وهذه القاعدة مفترضة في غير حالة التعدي أو التفريط ، وفي حال كون الطبيب حاذقاً. وقد تقدم أن الطبيب يضمن أيضاً عند التعدي أو التفريط ، وهو من باب أولى^٦ ، وكذلك إذا لم يكن حاذقاً^٧.

وقد اختلف العلماء - رحمهم الله - في هذه القاعدة على قولين :

القول الأول : أنه يضمن .

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 481 حيث ذكر من موجبات المسؤولية المهنية للطبيب : "الخطأ".

^٢ ينظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس 2 / 198 ، لسان العرب - ابن منظور 1192 مادة (خطأ).

^٣ ينظر : لسان العرب - ابن منظور 1193 مادة (خطأ).

^٤ التعريفات - الجرجاني 104.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 481.

^٦ ينظر : ص 586 .

^٧ ينظر : ص 586 .

وقال به : جمهور أهل العلم من الحنفية^١ ، والمالكية^٢ ، والشافعية^٣ ، والحنابلة^٤.

وقد حكى ابن المنذر - رحمه الله - ° الإجماع عليه ، فقال : " وأجمعوا على أن قطع الختان إذا أخطأ ، فقطع الذكر والحشفة ، أو بعضها ، فعليه ما أخطأ به ".

وكذا ابن رشد - رحمه الله - ٦ قال : " وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان ، وما أشبه ذلك ".

وقال ابن قدامه - رحمه الله - ٧ : " لا نعلم فيه خلافاً ".

^١ ينظر : المبسوط - السرخسي 11/16 حيث جاء فيه : " وإذا حجم الحمام بأجر أو بزغ البيطار أو حقن الحاقن بأجر حراً أو عبداً بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان عليه ... إلا أن يخالف لمجاوزة الحد ، أو يفعل بغير أمره فيكون ضامناً حينئذ ".

^٢ ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد 418 / 2 حيث جاء فيه : " وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان ، وما أشبه ذلك "، الذخيرة - القرافي 257 / 12 حيث جاء فيه : " وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان يضمن ... ولا يضمن ، وقال محمد بن حارث إن فعل الجائر فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان ، أو أراد فعل الجائر ، ففعل غيره خطأ ، أو جاوزه ، أو قصر عن الجائر فترتب عليه هلاك كذلك ضمن " ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي - الدردير 355 / 4 حيث جاء فيه : " أن الطبيب في زعمه إذا جهل علم الطب في الواقع (أو علم و (قصر) في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه يضمن " قال الدسوقي : " (قوله أو قصر في المعالجة) أي كأن أراد قلع سن فقلع غيرها خطأ ، أو تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة كأن زلت أو ترامت يد خاتن أو سقى علبلاً دواء غير مناسب للداء معتقداً أنه يناسبه وقد أخطأ في اعتقاده ".

^٣ ينظر : مغني المحتاج - الشربيني 266 / 4 حيث جاء فيه : " (ومن حجم) غيره (أو فصد) ه (بإذن) معتبر كقول حر مكلف لحاجم احجمني أو افصدي ففعل وأفضى للتلف (لم يضمن) ما تولد منه فإن أخطأ ضمن ".

^٤ ينظر : المغني - ابن قدامه 117/8 حيث جاء فيه : " فأما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة ضمن فيه كله ... ولا نعلم فيه خلافاً " ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 337/5 حيث جاء فيه : " (ولا يضمن أيضاً) (حمام، وطبيب، وبيطار) وختان (لم تكن أيديهم إن عرف حذقهم) أي معرفتهم صنعتهم ... فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا ... وكذا لو كان حاذقاً وجنت يده ، بأن تجاوز بالختان إلى بعض الحشفة ".

° الإجماع 172.

٦ بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2 / 418.

٧ المغني 117/8.

القول الثاني : أنه لا يضمن .

وهو قول للإمام مالك^١.

أدلة الأقوال في القاعدة :

أدلة القول الأول :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ النساء : ٩٢.

فقد دلت الآية على وجوب ضمان النفس المتلفة خطأ ، وهي عامة للخطأ الناشئ عن الطبيب أو غيره^٢.

2. ولأن جناية الخطأ يجب ضمانها ، وهذه جناية خطأ^٣.

3. ولأن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يردده وأراد غيره ، وفعل الطبيب هنا في هذا المعنى^٤.

4. ولأن جناية يد الطبيب إتلاف ، والإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، كإتلاف المال^٥.

^١ ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد 418 / 2 حيث جاء فيه : " وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ... ، وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب " الذخيرة - القرافي 257 / 12 حيث جاء فيه : " وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان يضمن ... ولا يضمن " .

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 529.

^٣ ينظر : الذخيرة - القرافي 257 / 12 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 529.

^٤ ينظر : الذخيرة - القرافي 257 / 12 بتصرف.

^٥ ينظر : المعني - ابن قدامة 117/8.

أدلة القول الثاني :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ (البقرة : ١٩٣).

والطبيب إذا كان حاذقاً في صنعته ، فلا ضمان عليه ؛ لعدم تعديده^١.

ويناقش : بأن الإلتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، ولا يختص بالظالم المعتدي ؛ كإلتلاف المال.

2. أنه مؤتمن على بدن المريض ، والأصل عدم تضمين الأمين إلا بالتعدي أو التفريط ، دون الخطأ ، كسائر الأمناء^٢.

ونوقش : بأن قياسه على سائر الأمناء لا يصح ؛ لعدم الخطأ في فعلهم^٣.

3. لأن التلف تولد عن فعل مباح ، وما تولد عن فعل المباح لا يضمن^٤.

ويناقش : بأنه لا يسلم بذلك ، بل هو أراد فعل المباح ولم يفعله . وهو وإن كان لا يأثم، فإن ذلك لا يعني أنه لا يضمن ؛ كالحال في القاتل خطأً عموماً.

والراجع هو القول الأول ، وهو الموافق للقاعدة ؛ لقوة أدلته ، ولما ورد على أدلة القول الثاني من مناقشات.

ويختلف الحكم هنا عن الحكم في قاعدة (الطبيب مؤتمن) ، فيما إذا ترتب على فعل الطبيب تلف ؛ حيث قيل هناك أنه لا يضمن^٥ ، بأن الفعل هناك وقع على النحو المعتبر عند أهل الاختصاص ، وهذا مخالف لما نحن فيه لأن الفعل الذي نشأ عنه الضرر هنا لم

^١ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 13).

^٢ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 13).

^٣ ينظر : الخطأ الطبي - الجبير ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 4376/5.

^٤ ينظر : الذخيرة - القرافي 12 / 257.

^٥ ينظر : ص 541 .

يقع موافقاً للمعتبر عندهم ، بل هو خارج عنه بالكلية ، فوجب إلحاقه بالجناية غير المقصودة^١.

فروع القاعدة :

1. أنه إذا أراد الطبيب قلع سن فقلع غيرها خطأ فإنه يضمن^٢؛ لأن خطأ الطبيب موجب للضمان.
2. أنه إذا زلت يد خاتن فقطع ما لا يقطع خطأ فإنه يضمن^٣؛ لأن خطأ الطبيب موجب للضمان.
3. أنه إذا تجاوز الطبيب بقطع السلعة^٤ موضعها فإنه يضمن^٥؛ لأن خطأ الطبيب موجب للضمان.
4. أنه إذا زلت يد الطبيب الجراح بلا شعور منه فقطع شرياناً أو جرح موضعاً فتضرر المريض من ذلك فهنا يثبت الضمان عليه^٦؛ لأن خطأ الطبيب موجب للضمان.
5. أنه قد تنحرف يد طبيب الأشعة ، فتسقط الأشعة على موضع غير مراد تصويره ، ويؤدي ذلك إلى حدوث تلف بالجلد ونحوه فهنا يثبت الضمان عليه^٧؛ لأن خطأ الطبيب موجب للضمان.

^١ ينظر : الذخيرة - القرافي 12 / 257 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 530 بتصرف.

^٢ ينظر : حاشية الدسوقي 4 / 355.

^٣ ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد 2 / 418 ، حاشية الدسوقي 4 / 355 ، المغني - ابن قدامة 117/8 ، زاد المعاد - ابن القيم 4/141 ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 5/337

^٤ السلعة هي زيادة تحدث في الجسد كالغدة ، تتحرك إذا حركت . ينظر : الصحاح للجوهري 4 / 366 مادة (سلع).

^٥ ينظر : الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 5/337.

^٦ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 528.

^٧ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 528.

المبحث الرابع : اعتداء الطبيب موجب للضمان^١.

الاعتداء : هو الظلم وتجاوز الحد^٢.

ومعنى القاعدة : أن إقدام الطبيب على فعل يوجب الضرر بالمريض ، مع قصده له ، أو معرفته بوقوع الضرر عليه يثبت به عليه الالتزام بغرم الضرر^٣.

ويدخل في ذلك : ما إذا كان الضرر بتلف لنفس أو عضو أو منفعة.

وسواء كان ذلك بالعمل الطبي العلاجي ، بالجراحة أو بغيرها ، أو بما تستلزمه من مهام ممهدة له ؛ كالفحص ، والتخدير ، ونحو ذلك^٤.

ويجب في هذا النوع القصاص أولاً^٥ ، ثم يجب الضمان (الدية) عند عدم القصاص منه ؛ كالحال في القتل العمد أو الجرح العمد - عموماً -.

ويعتبر هذا النوع أشنع الموجبات ؛ نظراً لما يتضمنه من الاستهتار بجرمة الأجساد والأرواح.

^١ ينظر : التشريع الجنائي في الإسلام - عودة 522/1 حيث جاء فيه : " فإذا قصد [أي الطبيب] قتل المريض أو كان سبب النية في عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً " ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 483 حيث ذكر من موجبات المسؤولية المهنية للطبيب : "الاعتداء".

^٢ ينظر : المصباح المنير - الفيومي 23/2 مادة (عدا).

^٣ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 483 ، الخطأ الطبي - الجبير ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 4385/5 بتصرف.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 483 بتصرف.

^٥ ينظر : حاشية الدسوقي 4 / 355 حيث جاء فيه : " إنما لم يقتص من الجاهل ؛ لأن الفرض أنه لم يقصد ضرراً ، وإنما قصد نفع العليل ، أو رجا ذلك ، وأما لو قصد ضرره ، فإنه يقتص منه " . بل إنه مع قصده السيء يجب معاقبته حتى وإن لم يحدث ضرراً ، بل حتى ولو تم بفعله الشفاء ؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلاً محرماً معاقباً عليه . ينظر : التشريع الجنائي في الإسلام - عودة 522/1 .

كما أنه من الصعب إثباته ؛ نظراً لارتباطه بالقصد الباعث على فعل جريمته ^١ ، ولأن (الأصل في الطبيب عدم العداء إن ادعى عليه ذلك) ^٢.

والغالب في إثباته أن يكون بدليل الإقرار ؛ نظراً لصعوبة الاطلاع على القصد الموجود في القلب ، إلا أنه يمكن الاهتداء إليه بواسطة القرائن القوية التي تشير إلى وجود قصده مع دلالة الحال الظاهرة من حصول الضرر بطريقة واضحة .

ومن أمثلة تلك القرائن : أن تقع الخصومة والمنازعة بين الشخص المتهم ، والمريض أو ذويه ، أو يثبت بالبيئة سبق التهديد من الشخص المتهم ، ونحو ذلك من القرائن ^٣.

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ۖ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأْتِبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ ۖ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۚ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝١٧٨﴾ البقرة: ١٧٨.

حيث أثبتت القصاص أولاً ثم الدية ، وهي عامة في القتل العمد من طبيب وغيره.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 484.

^٢ ينظر : حاشية الدسوقي 4 / 355 .

^٣ وهذا كله في الحقيقة مما يُجلُّ عنه الأطباء ومساعدوهم الذين نذروا حياتهم لخدمة المرضى ورعايتهم . ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 484.

فروع القاعدة¹ :

1. أن يقوم الطبيب بإجراء جراحة تضر المريض مع علمه بآثارها السيئة وقصده لها ، فهنا عليه ضمان الضرر ؛ لأن اعتداء الطبيب موجب للضمان.
2. أو يقوم الطبيب الفاحص بادعاء إصابة المريض بمرض يستلزم التدخل بجراحة إذا أجريت له هلك أو تضرر في جسده مع علمه بتلك العواقب السيئة وقصده لها ، فهنا أيضاً عليه ضمان الضرر ؛ لأن اعتداء الطبيب موجب للضمان.
3. أو يقوم المخدر باختيار نوعية من المواد المخدرة التي لا تتفق مع المريض أو يزيد في جرعة التخدير مع علمه بالنتائج السلبية المترتبة على فعله وقصده لها ، فهنا أيضاً عليه ضمان الضرر ؛ لأن اعتداء الطبيب موجب للضمان.

¹ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 483.

المبحث الخامس : عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية موجب للضمان¹

الأصول العلمية : "هي الأصول الثابتة ، والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء"².

وبناء على هذا التعريف فإن الأصول العلمية تشمل النوعين التاليين من المعارف الطبية :
النوع الأول : العلوم الثابتة التي أقرها علماء الطب قديماً وحديثاً في فروع الطب ومجالاته المختلفة ، ومن أمثلتها المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية .

فهذه المواد تعتبر علوماً أقرها أهل الاختصاص والمعرفة ، فتطبيقها والسير على طريقتهما يعتبر اتباعاً للأصول العلمية ، بشرط أن يبقى اعتباراً طبياً إلى حين تنفيذها .

النوع الثاني : العلوم المستجدة ، وهي العلوم والمعارف التي يطرأ اكتشافها ، فتكون حديثة عند الأطباء ومن أمثلتها : النظريات والأساليب التي وصل إليها الباحثون المختصون من خلال بحوثهم ودراساتهم³ .

وهذه العلوم تعتبر أصولاً علمية بشرطين :

¹ ينظر : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 46 حيث جاء فيه : "يجب لانتفاء المسؤولية عن العمل الطبي والجراحي أن يكون ... ، وأن يكون معتاداً داخل الرسم المتبع في أمثاله" ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 471 حيث ذكر من موجبات المسؤولية المهنية للطبيب : "عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية" ، الخطأ الطبي - الجبير - السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام 4377/5 حيث جاء فيه : "أما الأخطاء المهنية التي يؤاخذ بها الطبيب فمعياريها عند الفقهاء هو الخروج عن السلوك المعتاد الذي يسلكه أي طبيب آخر في العادة".

² ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 473.

³ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 473.

أ. أن تكون صادرة من جهة معتبرة ؛ مثل المدارس الطبية المختصة بالأبحاث والدراسات الطبية.

ب. أن يشهد أهل الخبرة بكفاءتها وصلاحياتها للتطبيق^١.

ومعنى القاعدة : أن خروج الطبيب في العمل الطبي عن القواعد المتعارف عليها نظرياً وتطبيقاً بين الأطباء ، والذي يترتب عليه ضرر ، يثبت به عليه الالتزام بغرم الضرر^٢.

وهذه القاعدة مبنية على ما نص عليه الفقهاء في تضمين الطبيب الذي خالف المتبع^٣.

وهذه القضية تعتبر من أهم القضايا الطبية التي يعاني منها القضاة في العصر الحاضر ؛ نظراً لاختلاف الأطباء في حكمهم ، مع عظم الآثار والنتائج السلبية المترتبة على ذلك الخروج المختلف فيه^٤.

ولكل مهمة من المهمات المتعلقة بالعمل الطبي كالجراحة جانبان :

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 474.

^٢ ينظر : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 49 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 479 بتصرف.

^٣ ينظر : المبسوط - السرخسي 11/16 حيث جاء فيه : " وإذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو حقن الحاقن بأجر حرّاً أو عبداً بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان عليه ... إلا أن يخالف لمجاوزة الحد ، أو يفعل بغير أمره فيكون ضامناً حينئذ " ، مجمع الضمانات - البغدادي 147/1 حيث جاء فيه : " لو سقطت صبية من السطح فانتفخ رأسها ، فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم ماتت وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ، ثم ماتت بعد يوم أو يومين فإنه لا يضمن إذا كان الشق معتاداً ، وكان بإذن ، ولم يكن فاحشاً خارج الرسم " . وقوله خارج الرسم : أي بعيداً عن الأصول المرسومة في المهنة. ينظر تحقيق كتاب : مجمع الضمانات للبغدادي - محمد سراج وعلي جمعة 147/1 ، الذخيرة - القرافي 12 / 257 حيث جاء فيه : " لا ضمان على الطبيب والحجام والبيطار إن مات حيوان مما صنع به إن لم يخالفوا " ، الأم - الشافعي 6 / 172 حيث جاء فيه : " وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه ، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن " ، المغني - ابن قدامة 117/8 حيث جاء فيه : " فأما إن كان حاذقاً وجنت يده ؛ مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها ، أو قطع في غير محل القطع ... ، أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشبه هذا ضمن فيه كله ... ، ولا نعلم فيه خلافاً " .

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 472.

الجانب الأول : علمي نظري.

والجانب الثاني : عملي تطبيقي^١.

وبناء على ذلك ، فإن الأطباء إذا خرجوا عن الأصول العلمية أثناء قيامهم بمهامهم ، فإنهم إما أن يخرجوا بالكلية ، وذلك بعدم اتباعهم للأصول العلمية من الناحيتين النظرية والتطبيقية ، أو يخرجوا في إحدى الناحيتين.

والخروج بالكلية أكثر ما يقع في الجراحة التجريبية التي يقوم الطبيب بإجرائها للمريض مستنداً على اجتهاداته الشخصية دون مراعاة للضوابط والحدود التي ينبغي مراعاتها أثناء مهمة الجراحة ؛ حيث إنه هنا يعتبر مخالفاً للأصول العلمية من الناحية النظرية ؛ لأن هذه الجراحة لم يثبت اعتبارها علمياً من قبل الأطباء المختصين ، وكذا مخالفاً من الناحية التطبيقية ؛ لأن الطريقة الاجتهادية التي سار عليها لم تستند إلى منهج صحيح معتبر.

أما في حالة الخروج عن الأصول العلمية من الناحية التطبيقية فقط ، ففي هذه الحالة تكون الجراحة معتبرة من الناحية النظرية ، لكن يخرج عنها تطبيقياً.

وعكسها حالة الخروج عن الأصول العلمية من الناحية النظرية ، ففيها يتفق العمل مع القواعد والأصول العلمية ، لكن الجراحة نفسها غير معتبرة من الناحية النظرية عند أهل الاختصاص ؛ وذلك كالجراحات الملغاة ، التي جرى العمل بها فترة ، ثم ألغيت بسبب وجود البديل عنها ، فإنه حتى إذا التزم بأصولها تطبيقياً فإنه مخالف للأصول العلمية من الناحية النظرية ، والتي اعتمدت بديلاً عنها^٢.

ويعد الخروج عن الأصول العلمية بالكلية أخطر من غيره ، ويلحق صاحبه بالطبيب الجاهل جهلاً جزئياً ، الذي سبق الكلام عليه ، وأنه يجب عليه الضمان^٣.

ومن جهة أخرى يمكن أن نجعل عدم الاتباع للأصول العلمية على نوعين :

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 476.

^٢ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 477.

^٣ ينظر : ص 547 .

النوع الأول : مجاوزة الحد المعتبر عند أهل الاختصاص.

النوع الثاني : التقصير في أداء الواجب^١.

وهما عائدان إلى التعدي والتفريط ، الذين يعدان من أهم شروط عدم ضمان الطبيب.

وقد تقدم^٢ أن الفقهاء جعلوا معيار الخطأ الذي يؤاخذ به الطبيب بأنه : الخروج عن السلوك المعتاد الذي يسلكه أي طبيب آخر في العادة ، إذا كان في نفس الظروف التي تحيط بالطبيب ، سواءً كان الخطأ صغيراً أو كبيراً ، وسواءً كان أثر الخطأ هيناً أو جسيماً^٣.

وعليه ، فالعناية المعتادة والمطلوبة من الطبيب هي التزام الطبيب بالأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء ، والتي هي محل تسليم بين الأطباء.

أما المسائل التي يتجادل ويختلف فيها الأطباء ، فلا يكون سلوك أحد طرقها سبباً لتخطئة الطبيب ومحاسبته^٤.

ويدخل في القاعدة ما كان في العمل الطبي العلاجي ، بالجراحة أو غيرها ، أو بما تستلزمه من مهام ممهدة له ؛ كالفحص ، والتخدير ، ونحو ذلك.

والفرق بين هذه القاعدة وبين قاعدة (خطأ الطبيب موجب للضمان) أن الفعل الموجب للضرر هناك ليس من الأفعال المتعلقة بالمهمة ، بل هو خارج عنها ، بخلاف الفعل هنا^٥.

^١ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 525.

^٢ ينظر : ص 130 .

^٣ ينظر : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 54 ، الخطأ الطبي - الجبير ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 4377/5.

^٤ ينظر : الخطأ الطبي - الجبير ضمن (السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - جامعة الإمام) 4378/5.

^٥ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 529 بتصرف.

دليل القاعدة :

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ البقرة: ١٩٣.

حيث دلت الآية الكريمة على أن الأصل في المعتدي الضمان^١، ويدخل في ذلك الطبيب الخارج عن الأصول العلمية.

2. ولأن الخارج عن الأصول العلمية إما متعدي أو مفرط^٢، والمتعدي أو المفرط ضامن.

3. ولأن الخارج عن الأصول العلمية قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك^٣.

4. ولأن الإذن بالعمل الطبي يُعنى به - فقط - عملاً مخصوصاً شهد الأطباء المختصون بكونه الطريق الصحيح للوصول للنتيجة المرجوة، أما غيره فلم يحصل الإذن به فيكون كالعمل بلا إذن، والذي يجب فيه الضمان^٤.

فروع القاعدة :

1. أنه إن ختن الخاتن صبياً وفعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح، فتلف، فإنه ضامن^٥؛ لأن عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية موجب للضمان.

2. أنه إذا قطع الطبيب السلعة في وقت لا يصلح للقطع، فحصل ضرر، فإنه يضمن^٦؛ لأن عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية موجب للضمان.

^١ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 9).

^٢ ينظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد 2 / 418، معالم السنن للخطابي 39/4، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 بتصرف فيها.

^٣ ينظر : زاد المعاد 4 / 139 بتصرف.

^٤ ينظر : أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 479 بتصرف.

^٥ ينظر : الأم - الشافعي 6 / 172، تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 11).

^٦ ينظر : المغني - ابن قدامة 8 / 117.

3. أنه إذا استخدم الطبيب للقطع آلة لا تصلح لذلك ، فحصل ضرر ، فإنه يضمن^١ ؛ لأن عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية موجب للضمان.

4. أنه إذا زاد طبيب التخدير في قدر المواد المخدرة دون داع لذلك ، وترتب عليه ضرر بالمريض ، فإنه يضمن^٢ ؛ لأن عدم إتباع الطبيب الأصول العلمية موجب للضمان.

^١ ينظر : المغني - ابن قدامة 117/8.

^٢ ينظر : تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 11).

المبحث السادس : إذا فعل الطبيب ما يجوز له فعله فلا يسأل عن الضرر الحادث ولو كان سبباً له^١

معنى القاعدة : أنه إذا فعل الطبيب عملاً طبيّاً للمريض ، وكان العمل مباحاً ، فإنه غير مسؤول عن أي ضرر يطرأ على المريض بعد عمله ، ولو تبين أن عمله هو سبب هذا الضرر.

وهذه القاعدة هي قاعدة متفرعة عن قاعدة فقهية معروفة ، وهي قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)^٢ ، والتي قررها الفقهاء - رحمهم الله - ، وقرر بعضهم هذه القاعدة فرعاً من فروعها^٣.

كما اتفق الفقهاء على القول بعدم ضمان الطبيب الذي فعل ما له فعله ، ولم يتعد ، ولم يفرط^٤.

قال ابن المنذر - رحمه الله - ° : " أجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن ".

^١ ينظر : الذخيرة - القرافي 12 / 257 حيث جاء فيه : " وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان يضمن ... ولا يضمن ، وقال محمد بن حارث إن فعل الجائز فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان " ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 337/5 حيث جاء فيه : " (ولا) يضمن أيضاً (حجام، وطبيب، وبيطار) وختان (لم تكن أيديهم إن عرف حذقهم) أي معرفتهم صنعتهم ؛ لأنه فعل فعلاً مباحاً فلم يضمن سرايته " ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 84 حيث جاء فيه : " فإذا فعل الطبيب ما يجوز له فلا يسأل عن الضرر الحادث وإن كان سبباً له ".

^٢ ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (المادة 91) ، المدخل الفقهي العام - الزرقا 1035 ، جمهرة القواعد الفقهية - الندوي 537/1 ، الوجيز - البورنو 308 ، المفصل في القواعد الفقهية - الباحسين 559 ، المتع في القواعد الفقهية - الدوسري 365).

^٣ ينظر : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 42 .

^٤ ينظر : ما تقدم ص 541 حاشية 4 حيث أوردت النقول في هذه المسألة .

° الإجماع 171.

وقال ابن القيم - رحمه الله - ^١: "طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً".

ويشترط لعدم تضمين الطبيب هنا ما ذكر من الشروط في المبحث الأول من هذا الفصل^٢.

ويشترط أيضاً أن يكون الفعل الذي فعله وترتب عليه هلاك مباحاً ، أما إن "أراد فعل الجائر ، ففعل غيره خطأ ، أو جاوزه ، أو قصر عن الجائر فترتب عليه هلاك كذلك ضمن"^٣.

ويدخل ضمن المسؤولية المنتفية هنا كل أنواع المسؤولية ، سواء كانت بالعقوبة من قصاص ونحوه ، أو بالضمان من دية ونحوها.

دليل القاعدة :

1. قاعدة (الجواز الشرعي ينفي الضمان) ، والتي تدل على أن من يفعل فعلاً مباحاً لا يضمن ما ترتب على فعله .

والطبيب يفعل فعلاً مباحاً ، فلا يضمن^٤.

2. ولأن تسويغ الشارع ذلك الفعل يقتضي رفع المسؤولية عنه ، وإلا لم يكن جائزاً^٥.

^١ زاد المعاد 4 / 139.

^٢ ينظر : ص 542 وما بعدها .

^٣ الذخيرة - القرافي 12 / 257 . وينظر ما تقدم : ص 543.

^٤ ينظر : المغني - ابن قدامة 8 / 117 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 5 / 337.

^٥ ينظر : المدخل الفقهي العام - الزرقا 2 / 1035.

3. ولأن الضمان يكون بالتعدي ، وبفعل ما لا يجوز ، فكيف يجتمع مع التجويز الشرعي؟ فهما ضدان لا يجتمعان^١.

4. وقياساً على إقامة الإمام للحدود والقصاص ، إذا سرت إلى القتل أو تلف عضو أو منفعة ، فإن سرايتها هدر ، فكذلك هنا ؛ بجامع فعل المباح في كل^٢.

5. ولأنه لا يمكن أن يقال للطبيب اقطع قطعاً لا يسري^٣؛ لأن هذا ليس بيده.

فروع القاعدة :

1. أن الخائن لا يضمن ما تلف بيده ما لم تكن يده أو يتعدّ أو يفرط^٤ ؛ لأنه إذا فعل الطبيب ما يجوز له فعله فلا يسأل عن الضرر الحادث ولو كان سبباً له.

2. أن الحجام لا يضمن ما تلف بيده ما لم تكن يده أو يتعدّ أو يفرط^٥ ؛ لأنه إذا فعل الطبيب ما يجوز له فعله فلا يسأل عن الضرر الحادث ولو كان سبباً له.

3. أن المتطبيب بالأعشاب العارف بذلك والمشهود له بذلك لا يضمن إذا حصل في علاجه شيء من التلف^٦، وهو لم يتعد ولم يفرط ؛ لأنه إذا فعل الطبيب ما يجوز له فعله فلا يسأل عن الضرر الحادث ولو كان سبباً له.

^١ ينظر : المفصل في القواعد الفقهية - الباحسين 560.

^٢ ينظر : المغني - ابن قدامة 117/8.

^٣ ينظر : حاشية الروض المربع - ابن قاسم 338/5.

^٤ ينظر : الأم - الشافعي 6 / 172 ، المغني - ابن قدامة 117/8 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 وقد ضبط ذلك فقال : "إذا ختن الصبي في وقت ، وسنّه قابل للختان ، وأعطى الصنعة حقها فتلف العضو أو الصبي لم يضمن" .

^٥ ينظر : بدائع الصنائع - الكاساني 7 / 305 ، الذخيرة - القرافي 12 / 257 ، الأم - الشافعي 6 / 172 ، المغني - ابن قدامة 117/8 ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 337/5.

^٦ ينظر : الإفادة الشرعية في بعض المسائل الطبية - السعيدان 281.

المبحث السابع : رضا المريض بعلاج معين رضا بما يتولد عنه^١

معنى القاعدة : أن موافقة المريض أو من يقوم مقامه على عمل طبي علاجي من الطبيب يعتبر موافقة منه على ما يحتمل أن ينتج من هذا العمل من الضرر ، أي أنه إسقاط لحقه في تضمين الطبيب الذي قام بالعمل الطبي.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا رضي المريض بالعلاج فلا ضمان على الطبيب^٢.

قال ابن القيم - رحمه الله -^٣: "طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً".

ويشترط لعدم تضمين الطبيب هنا ما ذكر من الشروط في المبحث الأول من هذا الفصل^٤.

ويضاف إلى ذلك : أن يكون المريض على علم بما قد ينتج عن العمل الطبي من المخاطر والمضاعفات ، فإن جهل شيئاً من ذلك ، وحصل الضرر به ضمن الطبيب^٥.

^١ ينظر : مغني المحتاج - الشريبي (4 / 202) حيث جاء فيه : "(ومن حجم ... بإذن) معتبر كقول حر مكلف لحاجم احجمني ... ففعل وأفضى للتلف (لم يضمن) ما تولد منه" ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية - شرف الدين 84 حيث جاء فيه : "الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه".

^٢ ينظر : المبسوط - السرخسي 11/16 حيث جاء فيه : " وإذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو حقن الحاقن بأجر حراً أو عبداً بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان عليه " ، الأم - الشافعي 6 / 172 حيث جاء فيه : "وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يخن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه" ، المغني - ابن قدامة 117/8 حيث جاء فيه : "وإن ختن صبياً بغير إذن وليه ، ... فسرت جنايته ضمن ... وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه أو فعله من أذن له لم يضمن".

^٣ زاد المعاد 4 / 139.

^٤ ينظر : ص 542 وما بعدها .

^٥ ينظر : عقد العلاج الطبي - الزامل 104 بتصرف.

ومفهوم القاعدة أنه إذا لم يرض بالعلاج فإن الطبيب يضمن ما يحصل من الضرر بفعله^١؛ وذلك ؛ لأن يده في هذه الحال متعدية ، وليست مؤتمنة ، واليد المتعدية سبب من أسباب الضمان^٢.

دليل القاعدة :

1. قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ، والتي تدل على أن من يفعل فعلاً مباحاً مأذوناً له فيه لا يضمن ما ترتب على فعله .

والطبيب يفعل فعلاً مباحاً مأذوناً له فيه ، فلا يضمن^٣.

2. أن وجود الإذن من المريض للطبيب بالعلاج هو متضمن لائتمان الطبيب ، وأنه في حكم الأمين على بدنه ، والأمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تعد أو تفريط.

فروع القاعدة :

1. أن الخاتن للصبي إذا أذن له وليه لا يضمن ما تلف بيده ما لم يتعد أو يفرط^٤ ؛ لأن رضا المريض بعلاج معين رضا بما يتولد عنه.

2. إذا قطع الجراح سلعة من المريض بإذنه ، ثم سرى الجرح ، فإن الطبيب لا يضمن^٥ ؛ لأن رضا المريض بعلاج معين رضا بما يتولد عنه.

^١ ينظر : المبسوط - السرخسي 11/16 ، الشرح الكبير - الدردير مع حاشية الدسوقي 4 / 355 ، مغني المحتاج - الشريبي 4 / 202 ، المغني - ابن قدامة 8/117 ، كشاف القناع - البهوتي 9/134 ، أحكام الجراحة الطبية - الشنقيطي 531 ، تضمين الطبيب في ضوء الشريعة - المشيخ ضمن (مجلة العدل عدد 6 ص 18).

^٢ ينظر أسباب الضمان في : القواعد والأصول الجامعة مع تعليق ابن عثيمين - ابن سعدي 378.

^٣ ينظر : المغني - ابن قدامة 8/117 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 ، الروض المربع مع الحاشية - البهوتي 5/337.

^٤ ينظر : الأم - الشافعي 6 / 172 ، المغني - ابن قدامة 8/117 ، زاد المعاد - ابن القيم 4 / 139 .

^٥ ينظر : المغني - ابن قدامة 8/117.

3. إذا وصف الطبيب الدواء بعد إخباره بالمضاعفات والأضرار التي قد تحصل ، ثم حصلت فإن الطبيب لا يضمن¹؛ لأن رضا المريض بعلاج معين رضا بما يتولد عنه.

¹ وهل يكفي الاعتماد على النشرة الخاصة المرفقة بالدواء لحصول العلم بالمخاطر عن إخبار الطبيب له ؟ الظاهر أنه لا يكفي ، لأنه لا يجوز صرف الأدوية هذه إلا بوصف الطبيب ، والذي يعد وصفه للدواء الذي كتب في نشرته بعض المخاطر ، مع عدم ذكره لمخاطره دليلاً على عدم وجود هذه المخاطر على المريض ، لذا يعد عدم إخبار الطبيب تفريطاً منه فيضمن إذا حصل التلف.