

تمهيد

وفيه مباحث :

المبحث الأول : المراد بالنّازلة.

المبحث الثاني: أنواع النّازلة.

المبحث الثالث : ضوابط النظر في النّازلة.

المبحث الرابع : أهمية دراسة النّازلة.

المبحث الخامس : منهج الإسلام في التعامل مع النّازلة.

المبحث السادس : تعريف الطب ، والألفاظ ذات الصلة به.

المبحث السابع : حكم ممارسة العمل الطبي وشروطه ومراحله.

المبحث الثامن : تعريف الجريمة ، والألفاظ ذات الصلة بها.

المبحث التاسع: المراد بالجريمة الطبية باعتبارها لفظاً مركباً.

المبحث العاشر : المراد بالمسؤولية الجنائية.

المبحث الأول المراد بالنازلة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : النازلة لغة :

هي المصيبة الشديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس ^(١) ، يقال: نزلت بهم نازلة ونائبة وحادثة ، ثم أبدت وداهية وباقعة ، ثم باقعة وحاطمة وفاقرة ، ثم غاشية وواقعة وقارعة ، ثم حاقة وطامة وصاخة ^(٢).

وهذا التقسيم اللغوي للتوازل باعتبار درجة ومرتبة شدة هذه النازلة بالناس ، وتجمع على نوازل ونازلات ^(٣).

ومما يتصل بهذا المصطلح من ألفاظ ما يلي :

١ - الحوادث ، ومفردها حادثة ، جاء في لسان العرب : " الحدث من أحداث الدهر : شبه النازلة " ^(٤).

٢ - الوقائع ، ومفردها واقعة ، يقول ابن منظور : " الواقعة : الداهية ، والواقعة : النازلة من صروف الدهر " ^(٥).

٣ - المسائل والقضايا والمستجدات ^(٦).

إلا أن بين هذه الألفاظ وبين لفظة النازلة فرق يأتي بيانه - إن شاء الله - عند ذكر التعريف الاصطلاحي المختار للنازلة.

(١) ينظر : المقاييس في اللغة لابن فارس كتاب النون ، باب النون والزاي وما يثلهما مادة نزل ص 1023 ، ومختار الصحاح للرازي ص 273 ، ونزهة الأعين التواظر في علم الوجوه والنظائر لابن الجوزي ص 127 ، والمطلع على أبواب المقنع للبعلي 95/1.

(٢) ينظر : فقه اللغة وسر العربية لأبي منصور الثعالبي ، (في الدواهي) ص 1139.

(٣) ينظر : منهج استنباط أحكام التوازل الفقهية المعاصرة للدكتور/ مسفر القحطاني ص 87.

(٤) 132/2.

(٥) لسان العرب 403/8.

(٦) من بحث المدخل إلى فقه النوازل للدكتور/ عبدالناصر أبو البصل من كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة لمجموعة من الباحثين ص 603.

المطلب الثاني : النازلة اصطلاحاً :

جاء ذكر مصطلح التّوازل في كتب الفقهاء القدماء ، ومن ذلك قول ابن عبد البر - رحمه الله - :
" باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النّازلة " (١).

وقول النووي - رحمه الله - : " وفيه اجتهاد الأئمة في التّوازل وردّها إلى الأصول " (٢).

وقول ابن القيم - رحمه الله - : " فصل ، وقد كان أصحاب رسول الله يجتهدون في التّوازل " (٣).
بل كان لهم مؤلفات تحوي عناوينها هذا المصطلح ، من ذلك كتاب أبي الوليد القرطبي " المفيد
للحكّام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام " ، وكتاب " مذاهب الحكّام في نوازل الأحكام "
للقاضي عياض ، وغيرهما.

ومع ذلك لم يكن لهم تعريف دقيق للنّازلة ، يصلح أن يكون حدّاً لها ، وإنما أعطوا تصوّراً عاماً
عن التّوازل ؛ لأسباب :

- ١ - عدم انتشار مصطلح النّازلة وتداوله إلا في القرون المتأخّرة ، وليس عند جميع الفقهاء
والأصوليين بل عند بعضهم ، وهذا بالمقارنة مع مرادفاته ، حيث كانت الأكثر شيوعاً
وتداولاً في ذلك الوقت.
- ٢ - أن الذين كتبوا في التّوازل اهتمّوا بالجوانب العملية التطبيقية المعالجة للوقائع والفتاوى النّازلة
بالناس ، ولم يهتموا بالجوانب النّظرية التي تؤصل وتبين مصطلح التّوازل ، ومنهج استخراج
الأحكام فيه.
- ٣ - أن وضوح المعنى وشيوعه قد يغني - أحياناً - عن بيان حده وتعريفه ، ولعل التّوازل من هذا
القبيل (٤).

ولقد عرّفها بعض الباحثين ببعض التعريفات ، ومن ذلك قولهم هي : المسائل والوقائع التي
تستدعي حكماً شرعياً ، وهي بهذا المعنى تشمل جميع الحوادث التي تحتاج إلى فتوى تبينها ،

(١) جامع بيان العلم وفضله 2/120.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ذكره - رحمه الله - عند شرحه حديث : (أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله
إلا الله... الحديث) 1/213.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين 1/203.

(٤) ينظر : منهج استنباط أحكام التّوازل ص 89-90.

سواءً كانت هذه الحوادث كثير حدوثها ، أم نادرة ، وسواءً كانت قديمة أم مستجدة^(١).

وقيل : هي الوقائع الجديدة التي لم يُسبق فيها بنصٍّ أو اجتهاد^(٢).

وقيل : ما استدعى حكماً شرعياً من الوقائع المستجدة^(٣).

والتعريف الأخير هو التعريف المختار؛ لاشتماله على القيود الثلاثة التي ينبغي توافرها في

النَّازلة، وهي:

القيد الأول :

الوقوع ، وهو الحصول ، وقد خرج بهذا القيد المسائل غير الواقعة ، وهي المسائل الافتراضية.

القيد الثاني :

الجِدَّة ، والمعنى عدم وقوع المسألة من قبل ، والمراد بذلك عدم التكرار، وخرج بهذا القيد

نوازل العصور السالفة ، وهي تلك المسائل التي سبق وقوعها من قبل ، فيما إذا تكرر وقوعها.

فالتَّوازل إذن تختص بنوع من الوقائع ، وهي المسائل الحادثة التي لا عهد للفقهاء بها ، حيث لم

يسبق أن وقعت من قبل .

القيد الثالث: الشِدَّة ، ومعنى ذلك أن تستدعي هذه المسألة حكماً شرعياً ؛ بحيث تكون ملحّة

من وجهة النظر الشرعي .

وخرج بهذا القيد : ما نزل من وقائع جديدة ، إلا أنها غير ملحّة من الناحية الشرعية ،

كالتقلبات الاقتصادية والسياسية ، والكوارث الطبيعية ، فهذه الوقائع لا تعد من قبيل التَّوازل بهذا

الاصطلاح، اللهم إلا إذا تعلق بها حكم شرعي ، ومثلها كل واقعة جديدة لم تنزل بالمسلمين ،

وإنما نزلت بالكفار وحدهم ، وكذا كل نازلة لم ترتق إلى درجة الشُّهرة والذُّيوع ؛ لكونها خاصّة

، أو نادرة ونحو ذلك.

وبناءً على ما سبق ، يتبين الفرق بين مصطلح التَّوازل والوقائع والحوادث والمستجدات :

فالتَّوازل تطلق على المسائل الواقعة إذا كانت مستجدة وملحّة ، وأما الوقائع فإنها تطلق على

كل واقعة مستجدة كانت أو غير مستجدة ، وقد تستدعي الواقعة حكماً شرعياً ، وقد لا

تستدعيه ، بمعنى أنها قد تكون ملحّة ، وقد لا تكون ، وأما المستجدات فتطلق على كل مسألة

(١) ينظر : المدخل إلى فقه التَّوازل للدكتور/ أبوالبصل ص 602.

(٢) ينظر : منهج استنباط أحكام التَّوازل ص 90.

(٣) ينظر : فقه التَّوازل دراسة تأصيلية تطبيقية لمحمد الحيزاني ص 24.

جديدة ، سواء كانت من قبيل الوقائع أم المفترضات ، ثم إن هذه المسألة الجديدة قد تستدعي حكماً شرعياً ، وقد لا تستدعيه^(١).

ومثل ذلك الحوادث ، حيث تشمل ما يستدعي حكماً شرعياً ، وما لا يستدعي .
وعليه فبين لفظة النّازلة وغيرها مما له صلة بها عموم وخصوص ؛ حيث إن لفظة النّازلة أشمل وأدق ، ولكن قد تطلق -أحياناً- على ما سبق من الألفاظ ؛ لوجود قيد أو قرينة تخصصها بالنّوازل^(٢).

(١) ينظر: فقه النّوازل لمحمد الجيزاني ص22-24.

(٢) ينظر: منهج استنباط أحكام النّوازل للدكتور/ مسفر القحطاني ص93.

المبحث الثاني أنواع النازلة

أولاً- تنوع النّوازل من حيث الوقوع إلى الأنواع التالية :

النوع الأول : نوازل وقعت في الماضي وأجيب عنها ؛ كالتّوازل التي حدثت في عهد النّبي ﷺ وأجاب عنها الوحي ، والنّوازل التي حدثت زمن الصحابة أو التابعين ، واجتهدوا فيها وانتهت، ثم عادت في زماننا هذا مرة أخرى ، كمسألة وقوع الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد .

النوع الثاني : نوازل أخبر النّبي ﷺ أنّها ستقع في المستقبل ، ومنها ما تحدث عنه النّبي ﷺ من أخبار الدجال .

النوع الثالث : نوازل لم تقع ، ولكن الفقهاء تحدثوا عنها ، وأفتوا فيها على سبيل الافتراض.

النوع الرابع : نوازل لم تحدث من قبل ، ولم يشر إليها الفقهاء بأي طريق كان ، وهذا النوع من المسائل هو الذي يصدق عليه إطلاق مصطلح (النّوازل) ؛ لأنها تكون بمعنى الأمر والخطب العظيم الشّديد الذي ينزل بالنّاس ، فيحتاجون لرفعه عنهم بيان الحكم الشرعي فيه^(١).

ثانياً- تنوع النّوازل من حيث الموضوع إلى النوعين التاليين :

النوع الأول : نوازل فقهية ، وهي ما كان من قبيل الأحكام الشرعية العملية.

النوع الثاني : نوازل غير فقهية ، مثل النّوازل العقدية ؛ كظهور بعض الفرق والنحل ، والصور المستجدة للشرك ، والنّوازل اللغوية كتسمية بعض المخترعات الجديدة بألفاظ عربية تدل عليها ، والنّوازل في التربية ، والنّوازل في الأمور العلمية المبتكرة.

ثالثاً- تنوع النّوازل من حيث الخطورة إلى النوعين التاليين :

النوع الأول : نوازل كبرى ، وهي القضايا المصيرية التي نزلت بالمسلمين ، وما يتصل بذلك من المكائد والمؤامرات والحروب المعلنة وغير المعلنة في شتى المجالات ، العسكرية والفكرية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

النوع الثاني : نوازل أخرى دون ما سبق .

رابعاً- تنوع النّوازل من حيث الابتلاء بها إلى أربعة أنواع :

النوع الأول: نوازل لا يسلم -في الغالب- من الابتلاء بها؛ كالتصوير، والتعامل بالأوراق النقدية.

النوع الثاني : نوازل يعظم وقوعها ؛ كالصلاة في الطائرة ، والتعامل بالبطاقات البنكية .

(١) ينظر : المدخل في فقه النّوازل للدكتور/ عبد الناصر أبو البصل ص603-604.

النوع الثالث: نوازل يقل وقوعها ؛ كالجوء السياسي ، وتأجير الأرحام.
النوع الرابع: نوازل انقطع وجودها واندثرت ، وصارت نسياً منسياً ؛ كاستخدام المدافع والبرقيات
في إثبات دخول شهر رمضان^(١).

(١) ينظر : فقه النوازل ص 28-29.

المبحث الثالث ضوابط النظر في النازلة

لا يجوز النظر في التّوازل والاجتهاد فيها، ولا يستقيم إلا بثلاثة ضوابط :

الضابط الأول: أن يكون الناظر من أهل العلم الشرعي، وهو من توافرت فيه الصفات التالية:

١ - الإحاطة بمدارك الأحكام وأدلتها.

٢ - العلم بمقاصد الشريعة .

٣ - العلم بلسان العرب .

٤ - المعرفة التامة بأصول الفقه .

٥ - بذل الوسع في البحث والنظر^(١).

٦ - العلم بالعوائد والأعراف.

ومن توافرت فيه هذه الصفات فهو المجتهد الذي له الفتوى في النّازلة ، أما العامي فلا يجوز له أن يفتي في شيء من ذلك ، جاء في القول السديد : " وهذا الخلاف كله في المجتهدين ، وأما عوام الناس فليسوا مقصودين في الخلاف، فإنهم لا مذهب لهم يعولون عليه، وإنما فرضهم التقليد عند نزول النّازلة ، فمن أفتاهم من أهل الفتوى وجب عليهم قبول قوله "^(٢).

كما أن هناك الكثير من الآداب والضوابط ذكرها العلماء في معرض حديثهم عن الاجتهاد وأدب المفتي ، منها ما نقله ابن القيم عن الإمام أحمد - رحمهما الله - من قوله : " لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى يكون فيه خمس خصال :

١ - أن تكون له نيّة ، فإن لم يكن له نيّة ، لم يكن عليه نور، ولا على كلامه نور .

٢ - أن يكون له علم وحلم ووقار وسكينة .

٣ - أن يكون قوياً على ما هو فيه وعلى معرفته .

٤ - الكفاية، وإلا مضغه الناس .

٥ - معرفة الناس "^(٣).

وقد أسهب ابن القيم - رحمه الله - في شرحها وبيانها بالدليل.

(١) ينظر : فقه التّوازل ص 61-62.

(٢) لمحمد بن عبد العظيم الموري الحنفي 165/1.

(٣) ينظر : إعلام الموقعين 4/152.

ومن أطل في ذكر صفات المجتهد الخطيب البغدادي - رحمه الله - حيث يقول : "ينبغي -أي للنّاظر المجتهد- أن يكون : قوي الاستنباط ، جيد الملاحظة ، رصين الفكر ، صاحب أناة وتؤدة ، وأخا استنبات وترك عجلة ، بصيراً بما فيه المصلحة ، مستوقفاً بالمشاورة ، حافظاً لدينه ، مشفقاً على أهل ملته ، مواظباً على مروءته ، حريصاً على استطابة مأكله ، فإن ذلك أول أسباب التوفيق، متورعاً عن الشبهات ، صادفاً عن فاسد التأويلات ، صليماً في الحق ، دائم الاشتغال بمعادن الفتوى ، وطرق الاجتهاد ، ولا يكون ممن غلبت عليه الغفلة ، واعتراه دوام السّهو ، ولا موصوفاً بقلّة الضبط ، منعوتاً بنقص الفهم ، معروفاً بالاختلال ، يجيب بما لا يسّح له ، ويفتي بما يخفى عليه..."^(١).

ويكفي توافر تلك الصفات في المجتهد على الصحيح من أقوال الأصوليين في المسألة التي ينظر فيها ، وإن كان جاهلاً بما عداها من المسائل ؛ وذلك أن وجود المجتهد المطلق أمر عزيز^(٢). لكن ينبغي مع توافر الأهلية والقدرة على النظر في المجتهد في جزئية من الجزئيات ، أن يستجمع ما يتعلق بهذه الجزئية من أدلة وقواعد^(٣).

يقول ابن القيم - رحمه الله - في معرض حديثه عن حكم الإفتاء في بعض المسائل دون بعض، وهو ما يعرف بتجزؤ الاجتهاد : "الاجتهاد حالة تقبل التجزؤ والانقسام : فيكون الرجل مجتهداً في نوع من العلم ، مقلداً في غيره ، أو باب من أبوابه ؛ كمن استفرغ وسعه في نوع العلم بالفرائض وأدلتها واستنباطها من الكتاب والسنة دون غيرها من العلوم ، أو في باب الجهاد أو الحج أو غير ذلك ، فهذا ليس له الفتوى فيما لم يجتهد فيه ، ولا تكون معرفته بما اجتهد فيه مسوغة له الإفتاء بما لا يعلم في غيره"^(٤).

الضابط الثاني : أن يحصل للمجتهد التصور التّام ، والفهم الصحيح والدقيق للنّازلة التي يراد الاجتهاد فيها ؛ إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوّره ، فلا بد حينئذ من تفهّم المسألة من جميع

(١) الفقيه والمتفقه 333/2.

(٢) ينظر : المستصفى 345/1 ، والتقريب والتجريب 390/3-391 ، وتيسير التحرير 246/4 ، والبحر المحييط 496/4 ، والإحكام للآمدي 171/4 ، والإبهاج 256/3 ، وحاشية البيطار على جمع الجوامع 425/2 ، ومذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص 312.

(٣) ينظر: البحر المحييط للزرّكشي 498/4.

(٤) إعلام الموقعين 216/4.

جوانبها، والتعرف على جميع أبعادها وظروفها وأصولها وفروعها ومصطلحاتها، وغير ذلك مما له تأثير في الحكم فيها^(١).

وقد أكد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على هذا الضابط ، حيث جاء في كتابه إلى أبي موسى - رضي الله عنه - : " أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلي إليك بحجة ، وأنفذ الحق إذا وضح ، فإنه لا ينفع تكلم بالحق لا نفاذ له ... ثم الفهم الفهم فيما يختلج بصدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة ، اعرف الأمثال والأشباه ، ثم قس الأمور ، فاعمد فيما ترى إلى أحبها عند الله ، وأشبهها بالحق "^(٢).

ولا بد من التَّحَرِّي والتَّثَبُّت، وقد جاء في الحديث ما يؤكد أهمية التَّحَرِّي والتَّثَبُّت لمن يتولى منصب الفتيا، حيث يقول ﷺ : (من أفتي بفتيا غير ثبت ، فإنما إثمه على من أفتاه)^(٣). كما أنه يجب الرجوع للمراجع المتخصصة والموثوقة ، وأهل الخبرة الثقات ، واستشارتهم ؛ إذ قد تكون المسألة لها علاقة بعلم الطب ، أو بالاقتصاد والمال ، فلا بد من الرجوع حينئذ للمختصين ، فلا يمكن للمجتهد أن يحكم في مسألة الاستنساخ البشري مثلاً ، حتى يتصور ماهيته، وكيف يتم ، ويعني المراد به.

كما أنه من الأمور المعينة على فهم النَّازِلَة ، ومن ثم القدرة على استنباط حكم مناسب لها، فقه الواقع المحيط بالنَّازِلَة ، فاعتبار الزمان والمكان والظروف والأحوال التي تحيط بالنَّازِلَة أمر له اعتباره في الشرع.

فقد تختلف الفتاوى في المسألة الواحدة تبعاً لاختلاف الزمان وتغير الأحوال ، وعلى هذا

(١) ينظر : ضوابط للدراسات الفقهية للدكتور/ سلمان العودة ص 53 ، والفتوى بين الانضباط والتسيب ص 72 ،

وضوابط الفتيا في التَّوَازُل المعاصرة للدكتور/ مسفر القحطاني ص 35 ، ومنهج استنباط أحكام التَّوَازُل ص 315.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى رقم (20324) 15/10 ، والدارقطني في سننه (15) و (16) (206/4 - 207) ، وذكره ابن القيم في الإعلام 86/1 ، وقال : " هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول " .

(٣) الحديث يرويه أبوهريرة - رضي الله عنه - ، وأخرجه ابن ماجه في سننه باب اجتناب الرأي والقياس من كتاب الزهد رقم (53) 20/1 ، والإمام أحمد في مسنده (8266) 17/14 ، والبيهقي في سننه الكبرى (20111) 112/10 ، والدارمي في سننه (159) 69/1 ، والحاكم في مستدركه وصححه (349) 183/1 ، ووافقه الذهبي ، وأخرج أبو داود نحوه في سننه ، باب التوقي في الفتيا من كتاب العلم (3657) 321/3 .

الأساس جاءت القاعدة الفقهية القائلة : " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " (١).

الضابط الثالث : أن يستند المجتهد في حكمه إلى دليل شرعي معتبر.

وهذا الدليل الذي يستند إليه المجتهد قد يكون دليلاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو غيرها ، مما يعد دليلاً شرعياً على ما سيأتي بيانه في المبحث الخامس.

وقد ذكر ابن القيم -رحمه الله- في الإعلام ما يدل على هذه الضوابط ، حيث يقول : "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم :

أحدهما : فهم الواقع ، والفقه فيه ، واستنباط علم حقيقة ما وقع ؛ بالقرائن والأمارات والعلامات ؛ حتى يحيط بها علماً .

والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع ، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه ، أو على لسان رسوله في هذا الواقع ، ثم يطبق أحدهما على الآخر.

فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجراً.

فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله " (٢).

وعلى المجتهد إذا عجز عن تصور التآزلة ، أو إذا لم يتوصل إلى حكم فيها لتكافؤ الأدلة وعدم القدرة على الترجيح ، أو عجز عن توصيفها فقهياً ، فعليه أن يتوقف ، ولا يتكلم بما لا يعلم ، وليلتزم حمى (لا أدري) عند عدم العلم ، فإن هذا لا يضع من قدره ، ولا يحطُّ من شأنه ؛ وذلك أن الإحاطة متعذرة ، ولا بد من أشياء تكون مجهولة ، ومن طمع في الإحاطة فهو جاهل ، ومن تقدم لما ليس به علم فهو كذاب (٣).

فإذا تقرّر هذا فلا يجوز لمجتهد أن يحكم بالهوى ، أو دون دليل ؛ لأن ذلك من القول على الله بلا علم ، ومتى كان الاجتهاد باطلاً لعدم اعتماده على الدليل الشرعي عمداً أو تهاوناً كان الجريمة الكبرى التي يضيع بها الحق ، ويستحق فاعلها الوعيد الشديد الذي نصت عليه السنة في قوله ﷺ : (القضاة ثلاثة : واحد في الجنة ، واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى

(١) تنظر القاعدة في : مجلة الأحكام العدلية م (39) 20/1 ، ودرر الحكام 43/1 ، وقواعد الفقه للبركي 113/1 ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا 227/1 ، والوجيز في القواعد للبورنو ص253 .

(٢) إعلام الموقعين 87/1-88.

(٣) ينظر : منهج الاستنباط نقلاً عن الدكتور/ محمد رياض في كتابه أصول الفتوى والقضاء ص231.

به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار^(١).

يقول ابن عبد البر - رحمه الله - مؤكداً هذا الأمر : " ومن أشكل عليه شيء لزمه الوقوف ، ولم يجز له أن يحيل على الله قولاً في دينه ، ولا نظير له من أصل ، ولا هو في معنى أصل ، وهذا لا خلاف فيه بين أئمة الأمصار قديماً وحديثاً ، فتدبره " ^(٢).

(١) الحديث يرويه بريدة الأنصاري - رضي الله عنه - ، وأخرجه أبو داود في سننه باب في القاضي يخطئ من كتاب الأفضية (3573) 299/3 ، وابن ماجه باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق من كتاب الأحكام (2315) 776/2 ، والبيهقي في سننه الكبرى (20141) 116/10 ، والحاكم في مستدركه (7012) 101/4 ، وصححه وأخرجه الترمذي بلفظ آخر ، باب ما جاء عن رسول الله - ﷺ - في القاضي من كتاب الأحكام ، وصححه الألباني في إرواء الغليل (2614) 235/8 .

(٢) جامع بيان العلم وفضله 123/2 .

المبحث الرابع أهمية دراسة النازلة

لدراسة النازلة أهمية تتضح فيما يلي :

- ١ - التأكيد على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، وقدرتها على استيعاب كل ما هو جديد ، وتقديم الحلول الناجعة لكل المشكلات والمعضلات .
- ٢ - التأكيد على مراعاة الشريعة وعنايتها بمحاجات العباد ومصالحهم .
- ٣ - تحديد الفقه الإسلامي .
- ٤ - ارتباط قوة الأمة وتقدمها بقوة الاجتهاد . يقول الشهرستاني ^(١) - رحمه الله - : " ولم تنضبط قط شريعة من الشرائع إلا باقتران الاجتهاد بها ؛ لأن من ضرورة الانتشار في العالم الحكم بأن الاجتهاد معتبر " ^(٢) .
- ٥ - أن إعطاء كل نازلة حكماً شرعياً فيه تفويت الفرصة على من ينادي بتطبيق القوانين الوضعية ، وفيه دعوة صريحة إلى تحكيم الشريعة في جميع جوانب الحياة ، كما أن الحكم الشرعي الصادر من أهل النظر الصحيح يحفظ الأمة من تأثير الشبهات والشهوات ، ويقطع الطريق على أهل الزيغ والأهواء ، يقول الإمام الشافعي - رحمه الله - : " وذلك أن الله - عز وجل - يبتلي عباده ، فينظر أيجتهدون في طلب الحق ، مبتعدين عن تأثير الشبهات والشهوات ، أم يقصرون في طلبه " ^(٣) .
- ويقول الشاطبي - رحمه الله - : " فلأن الوقائع في الوجود لا تنحصر ، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة ، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره ، فلا بد من حدوث وقائع لا يكون منصوص على حكمها ، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد ، وعند ذلك ،

(١) هو أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أحمد الشهرستاني ، ولد سنة 467 هـ ، شيخ أهل الكلام والحكمة ، برع في الفقه ، وقرأ الأصول ، وكان كثير الحفظ ، قوي الفهم ، توفي سنة 548 هـ ، من مصنفاته : "نهاية الإقدام في علم الكلام" ، و"الملل والنحل" ، و"تلخيص الأقسام لمذهب الأعلام" .

ينظر في ترجمته : سير أعلام النبلاء 287/20 ، وطبقات الشافعية 323/1 .

(٢) الملل والنحل 204/1 .

(٣) الرسالة ص 22 ، مسألة رقم 59 .

فإما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم ، أو ينظر فيها بغير اجتهاد شرعي ، وهو أيضاً اتباع للهوى" (١).

المبحث الخامس منهج الإسلام في التعامل مع النازلة

وضع الإسلام للمجتهد الذي اكتملت فيه آلة البحث والنظر وحاز الشروط الواجب توافرها فيه، وفهم النازلة الفهم الدقيق، وتصورها التصور السليم المحيط بجميع جوانبها، منهجاً يسير عليه؛ ليتمكن من الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح، وهو كالتالي:

١. عرض المسألة على النصوص الشرعية المتمثلة في نصوص الكتاب والسنة، والإجماع، ثم القياس، وهو ما يعرف في اصطلاح الأصوليين بالأدلة المتفق عليها "عند الأئمة المعتبرين"^(١)، ومما يدل على وجوب الرد للكتاب والسنة عند حصول التنازع:

أ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (سورة النساء من الآية 59).

ب - قوله - ﷺ - لمعاذ - رضي الله عنه - عندما بعثه إلى أهل اليمن: (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟) قال: بكتاب الله، قال: (فإن لم تجد في كتاب الله؟) قال: فبسنة رسول الله، قال: (فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟) قال: أجتهد رأيي ولا آلو، قال: فضرب رسول الله في صدره وقال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)^(٢).

(١) لخلاف الخوارج والنظام من المعتزلة في الإجماع. ينظر: اللمع في أصول الفقه 87/1، والبرهان في أصول الفقه 434/1، وإرشاد الفحول 132/1، والإحكام للآمدي 254/1.

وخلاف الجعفرية والظاهرية في القياس، ينظر: الإهاج 7/3 وما بعدها، وتيسير التحرير 106/4، وهؤلاء نص بعض أهل العلم على عدم اعتبار خلافهم، ينظر: البحر المحيط 468/4، وشرح الكوكب المنير 277/2، وشرح النووي على مسلم 142/3، وأصول السرخسي 311/1.

(٢) الحديث يرويه الحارث بن عمرو عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ رضي الله عنهم أجمعين، وأخرجه أبو داود في سننه واللفظ له باب اجتهد الرأي في القضاء من كتاب الأفضية (3592) 303/3، والترمذي في سننه، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي؟ من كتاب الأحكام (1327) 616/3، والبيهقي في سننه الكبرى (20126) 114/10، والدارمي في سننه (168) 72/1، واختلف في الحديث فضعه فريق منهم كالإمام البخاري والترمذي والدارقطني وابن الجوزي والعقيلي وابن كثير وابن حجر وابن حزم وغيرهم، وبعضهم صححه كابن العربي والرازي وابن القيم والخطيب البغدادي. ينظر: التلخيص الحبير 183/4، والعلل المتناهية 758/2، وإعلام الموقعين 202/1، وتحفة الطالب 152/1، والإحكام لابن حزم 417/7، وخلاصة البدر المنير 424/2، ونصب الراية 63/4.

كما تدل أفعال الصحابة -عليهم السلام- إلى وجوب الرجوع لهذين الأصلين ، ومن ذلك ما روي عن أبي بكر -عليه السلام- من أنه كان إذا وقعت له خصومة أو قضية ، نظر في كتاب الله ، ثم في سنة النبي -عليه السلام- .

وكان عمر -عليه السلام- أيضاً ينظر في القرآن والسنة إذا حدثت حادثة ، فإن لم يجد نظر في قضاء أبي بكر ، فإن لم يجد دعا رؤوس المسلمين فاستشارهم^(١).

وأما وجوب الرد للإجماع فيدل على وجوب الرد إليه ما ذكره المسيب بن رافع^(٢) -رحمه الله- حيث قال : " كانوا إذا نزلت بهم قضية ليس فيها من رسول الله -عليه السلام- أمر ، اجتمعوا لها وأجمعوا ، فالحق فيما رؤوا"^(٣).

ومما يدل على اعتبار القياس ، قول القاضي شريح -رحمه الله- : " قال لي عمر : اقض بما استبان لك من قضاء رسول الله -عليه السلام- ، فإن لم تعلم كل أقضية رسول الله -عليه السلام- ، فاقض بما استبان لك من قضاء الأئمة المجتهدين ، فإن لم تعلم فاجتهد رأيك ، واستشر أهل العلم والصلاح"^(٤). يقول الإمام الشافعي -رحمه الله- مقررّاً اعتماد ما سبق عند الحكم في مسألة ما : " نعم يحكم بالكتاب والسنة المجتمعة عليها التي لا اختلاف فيها ، فنقول لهذا : حكمنا بالحق في الظاهر والباطن . ويحكم بالسنة التي قد رويت من طريق الانفراد ، لا يجتمع الناس عليها فنقول : حكمنا بالحق في الظاهر ؛ لأنه يمكن الغلط فيمن روى الحديث . ونحكم بالإجماع ثم القياس ، وهو أضعف من هذا ، ولكنها منزلة ضرورة ؛ لأنه لا يحلّ القياس والخبر موجود"^(٥).

(١) ينظر في طريقة اجتهد أبي بكر وعمر -رضي الله عنهما- إلى ما أورده البيهقي في سننه الكبرى عن ميمون بن مهران (114/10(20128) ، والدارمي في سننه (161) 69/1 ، وقد صحّح الحافظ ابن حجر إسناده أثر ميمون بن مهران في الفتح 342/13.

(٢) هو أبو العلاء المسيب بن رافع الأسدي الكاهلي ، تابعي جليل ، يروي عن البراء بن عازب وجابر بن سمرة ، عداة في أهل الكوفة ، روى عنه الأعمش ، وابنه العلاء بن المسيب ، توفي سنة 105هـ . قال ابن حبان رحمه الله : " حدثنا الحسن بن سفيان ، ثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، ثنا يزيد بن هارون عن العوام بن حوشب عن المسيب بن رافع ، أنه كان يهتم القرآن كل ثلاث ثم يصبح صائماً" .

ينظر في ترجمته : الثقات لابن حبان 437/5 ، وتهذيب التهذيب 153/32.

(٣) أخرجه الدارمي في سننه (115) 61/1 ، وذكره السيوطي في مفتاح الجنة 60-59/1.

(٤) لم أعثر عليه في كتب الآثار لكن ذكره الخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه 491/1 ، والفيروزآبادي في عون معبود 371/9 ، وابن القيم في الإعلام 204/1.

(٥) الرسالة ص 599.

ويقول أبو عبد الله المقرئ - رحمه الله - : " والواجب الاشتغال بحفظ الكتاب والسنة وفهمهما ، والتفقه فيهما ، والاعتناء بكل ما يتوقف عليه المقصود منهما ، فإذا عرضت نازلة عرضها على النصوص ، فإن وجد فيها فقد كُفي أمرها ، وإلا طلبها بالأصول المبنية عليها ، فقد قيل : إن النازلة إذا نزلت أعين المفتي عليها " (١).

٢. بعد النظر في الأدلة المتفق عليها ، على المجتهد النظر في الأدلة المختلف فيها ؛ إذ لها من الأهمية ما لا يستغني عنه الناظر في النوازل ، وهذه الأدلة أوصلها الإمام القرافي إلى خمسة عشر دليلاً (٢).

ومن أهمها وأكثرها حاجة للمجتهد ليحكم في النوازل المستجدة ستة : قول الصحابي ، والاستحسان ، والاستصحاب ، والعرف ، وسد الذرائع ، والمصلحة المرسلة.

٣. على المجتهد أيضاً رد النازلة إلى القواعد الفقهية ، كقاعدة : " المشقة تجلب التيسير " (٣) ، وقاعدة : " الضرر يزال " (٤) ، وقاعدة : " العادة محكمة " (٥) ، وغيرها .

وفي أهميتها وضرورة حفظها يقول القرافي - رحمه الله - : " ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ؛ لاندراجها في الكليات " (٦).

ويقول عنها ابن رجب - رحمه الله - : " تنظم له منشور المسائل في سلك واحد ، وتقيّد له الشوارد ، وتقرب إليه كل متباعد " (٧).

بل عدّها ابن نجيم - رحمه الله - هي الأصول للفقه ومسائله ، وأن الفقيه يرتقي بها إلى درجة الاجتهاد ، ولو في الفتوى (٨).

(١) القواعد ، تحقيق: الدكتور/ أحمد بن حميد 175/1 ، كما ذكره في 467/2.

(٢) الفروق 7/1.

(٣) ينظر: مجلة الأحكام العدلية م (17) 18/1 ، ودرر الحكام 31/1 ، والأشباه والنظائر للسيوطي 76/1 ، والمنثور 3/169 ، وغمز عيون البصائر 68/4 ، وقواعد الفقه 122/1 ، وشرح القواعد الفقهية 157/1.

(٤) ينظر : مجلة الأحكام العدلية م (20) 18/1 ، ودرر الحكام 184/2 ، والأشباه والنظائر للسيوطي 83/1 ، وغمز عيون البصائر 37/1 ، وقواعد الفقه 88/1 ، وشرح القواعد الفقهية 179/1.

(٥) ينظر : درر الحكام 40/1 ، والأشباه والنظائر 89/1 ، والبرهان في أصول الفقه 377/1 ، وقواعد الفقه 90/1 ، وغمز عيون البصائر 295/1 ، وقواعد الفقه 90/1 ، وشرح القواعد الفقهية 219/1.

(٦) الفروق 7/1.

(٧) القواعد ص 3.

(٨) ينظر : الأشباه والنظائر مطبوع مع غمز عيون البصائر 34/1 .

٤. من الأمور المعتمدة عند الحكم في نازلة ما ، رُدُّها إلى مسألة منصوص عليها تشبهها ، والتسوية بينهما في الحكم ، وهو ما يعرف أصولياً بالتَّخْرِيجُ ^(١) ، والفقيه إذا اجتهد في التَّخْرِيجِ على أقوال أئمة المذهب ، وتمرَّس على هذا النوع من الاستنباط فإنه سيكون الأقدر على معرفة أحكام ما يجد من نوازل معاصرة ، ويكون الأعراف بالأقوى والأرجح من الأقوال ، فيقدم منها ما ترجَّح له بالنظر إلى مأخذه ودليله ، ويسهل عليه حينئذ الإفتاء فيما لم ينص عليه .

يقول ابن الصلاح - رحمه الله - : " يجوز له - أي للمخرِّج - أن يفتي فيما لا يجده من أحكام الوقائع منصوصاً عليه لإمامه بما يخرجُه على مذهبه ، هذا هو الصحيح الذي عليه العمل ، وإليه مفزع المفتين من مدد مديدة ، فالجته في مذهب الشافعي مثلاً ، المحيط بقواعد مذهبه ، المتدرب في مقاييسه وسبل تصرفاته ، متنزِّل كما قدمنا ذكره في الإلحاق بمنصوصاته ، وقواعد مذهبه منزلة المجتهد المستقل في إلحاق ما لم ينص الشارع بما نص عليه ، وهذا أقدر على هذا من ذاك ، فإن هذا يجد في مذهب إمامه من القواعد الممهَّدة ، والضوابط المَهْدَبَة ما لا يجده المستقل في أصل الشرع ونصوصه ، ثم إن هذا المستفتي فيما يفتيه به من تخريجه هذا مقلد لإمامه لا له " ^(٢) .

٥. من المناهج المتبعة في استنباط حكم للتَّازِلَة ؛ رُدُّ التَّازِلَة لمقاصد الشريعة ، ويراد بها المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها ، بحيث لا تختص ملاحظتها في نوع خاص من أحكام الشريعة ^(٣) ، وقيل هي الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد ^(٤) .

يقول ابن القيم - رحمه الله - في أهمية النظر في مقاصد الشريعة وغاياتها : " القرآن وسنة رسول الله - ﷺ - مملوءان من تعليل الأحكام بالحكم والمصالح وتعليل الخلق بهما ، والتنبيه على وجه الحكم التي لأجلها شرع تلك الأحكام ، ولأجلها خلق تلك الأعيان ، ولو كان هذا في

(١) ينظر هذا المصطلح عند السرخسي في : أصوله 200/1 ، والبخاري في كشف الأسرار 400/4 .

(٢) أدب المفتي والمستفتي ص 96 .

(٣) هذا التعريف لمقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور ذكره في كتابه مقاصد الشريعة ص 51 ، وهو تعريف للمقاصد العامة للشريعة كما نص عليه ، وينظر أيضاً : موسوعة الفقه الكويتية 329/38 ، والاجتهاد المقاصدي للدكتور/ نور الدين الخادمي ص 34 .

(٤) ينظر : نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي للدكتور/ أحمد الريسوني ص 119 ، والمقاصد عند الإمام الشاطبي دراسة أصولية فقهية للدكتور/ محمود فاعور ص 161 .

القرآن والسنة في نحو مائة موضع أو مائتين لسقناهما ، ولكنه يزيد على ألف موضع بطرق متنوعة"^(١).

ومما ينبغي الإشارة إليه ، أن على الناظر في النّازلة ، قبل البدء ببحث النّازلة والاجتهاد في استنباط الحكم الشرعي لها ، أن يلتجئ إلى الله حق الالتجاء ، ويسأله الإعانة والتوفيق ، ويفزع إليه عند المسائل المشككة ؛ ليوثق للصواب ، ويفتح عليه الجواب ، ولقد كان هذا هو دأب السلف الصالح عندما تعرض له المسألة .

يقول ابن القيم -رحمه الله- مؤكداً هذا الأدب : "ينبغي للمفتي الموفق إذا نزلت به المسألة أن ينبعث من قلبه الافتقار الحقيقي الحالي لا العلمي المجرد إلى ملهم الصواب ، ومعلم الخير ، وهادي القلوب ، أن يلهمه الصواب ، ويفتح له طريق السداد ، ويدله على حكمه الذي شرعه لعباده في هذه المسألة ، فمضى قرع هذا الباب فقد قرع باب التوفيق ، وما أجدر من أمل فضل ربه أن لا يجرمه إياه ، فإذا وجد في قلبه هذه الهممة فهي طلائع بشرى التوفيق ، فعليه أن يوجه وجهه ويحدق نظره إلى منبع الهدى ، ومعدن الصواب ، ومطلع الرشد ، وهو التّصوص من القرآن والسنة ، وآثار الصحابة ، فيستفرغ وسعه في تعرف حكم تلك النّازلة منها ، فإن ظفر بذلك أخبر به ، وإن اشتبه عليه بادر إلى التوبة والاستغفار والإكثار من ذكر الله ، فإن العلم نور الله يقذفه في قلب عبده ، والهوى والمعصية رياح عاصفة تطفئ ذلك النور أو تكاد ، ولا بد أن تضعفه ، وشهدت شيخ الإسلام ابن تيمية - قدس الله روحه - إذا أعيته المسائل واستصعب عليه ، فرّ منها إلى التوبة والاستغفار والاستغاثة بالله واللجوء إليه ، واستنزال الصواب من عنده ، والاستفتاح من خزائن رحمته ، فقلما يلبث المدد الإلهي أن يتتابع عليه مدداً ، وتزدلف الفتوحات الإلهية إليه بأيتهن يبدأ"^(٢).

ولعل من أشد المزالق التي يقع فيها بعض المفتين ، ضعف الصلة بالله وقلة الورع ، مما يؤدي إلى سلوك هذا الصنف من المفتين مسلك إرضاء أهوائهم ، أو أهواء غيرهم ممن ترجى عطاياهم وتخشى رزاياهم ، أو قد يكون باتباع أهواء العامة ، والجري وراء إرضائهم بالتساهل أو التشديد ، وكله من أتباع الهوى^(٣) المنهي عنه في قوله تعالى : ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا

(١) مفتاح دار السعادة 22/2.

(٢) إعلام الموقعين 4/172.

(٣) ينظر : منهج استنباط أحكام التّوازل للدكتور/ مسفر القحطاني ص 321-322.

تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾ إِنَّهُمْ لَنُغْنُوا عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ
بَعْضٍ ۖ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُتَّقِينَ ﴿١٩﴾ (سورة الجاثية ، الآيتان 18 - 19) .

المبحث السادس تعريف الطب ، والألفاظ ذات الصلة به

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الطب :

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : تعريف الطب لغة :

يراد بالطب لغة : العلم بالشيء ، والمهارة فيه ، يقال : رجل طب ، وطبيب ، أي عالم حاذق ، والطب علاج الجسم والنفس ، والمتطبب الذي يتعاطى علم الطب ، وكل حاذق بعمله طبيب عند العرب^(١).

المسألة الثانية : الطب اصطلاحاً :

عرفه ابن رشد الطبيب الفيلسوف بأنه " علم تُعرف فيه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يعرض له من صحة وفساد " ^(٢).

وعرفه داود الأنطاكي بأنه : "علم بأحوال بدن الإنسان ، يحفظ به حاصل الصحة ، ويسترد به زائلها " ^(٣).

ويتبين - مما سبق - الغاية من علم الطب ، وهو تحقيق أمرين :

١ - حفظ الصحة ، حال بقائها في جسم الإنسان عن أن تزول .

٢ - إعادة مازال عن جسم الإنسان من الصحة إليه^(٤).

والثاني أشهر ، فالأصل في الطب أن يكون علاجياً ، أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته ، أو مجرد تخفيف آلامه ، ويعدُّ كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب حفظ الصحة ،

(١) ينظر: المقاييس في اللغة ، كتاب الطاء، باب الطاء والمضاعف والمطابق ، مادة (طب) ص 617 ، ولسان العرب فصل الطاء حرف الباء مادة (طب) 553/1 وما بعدها.

(٢) المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب للدكتور / محمد البارص 55.

(٣) المرجع السابق ، ونسبه المؤلف إلى جالينوس ص 55 ، وينظر أيضاً : التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية للدكتور / قيس بن محمد مبارك ص 29.

(٤) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص 29.

ومجرد الوقاية من الأمراض^(١).

يقول العز بن عبد السلام - رحمه الله - مبيناً الغاية من الطب : " والطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدفع مفسد المعاطب والأسقام "^(٢).

ويقول ابن الأخوة^(٣) - رحمه الله - : " الطب علم نظري عملي أباحت الشريعة تعلمه ؛ لما فيه من حفظ الصحة ، ودفع العلل والأمراض عن هذه البنية الشريفة "^(٤).

وهما بذلك يؤيدان قول ابن خلدون - رحمه الله - في مقدمته : " وصناعة الطب صناعة ضرورية في المدن والأمصار ؛ لما عرف من فائدتها ، فإن ثمرتها حفظ الصحة للأصحاء ودفع المرض عن المرضى ، بالمداواة حتى يحصل لهم البرء من أمراضهم "^(٥).

والطب نوعان كما ذكر بعض أهل العلم : طب جسد ، وطب قلب ، وطب القلب ومعالجته خاصة بما جاء به الرسول ﷺ - عن ربه سبحانه وتعالى .

وأما طب الجسد فمنه ما جاء في المنقول عنه ﷺ ، ومنه ما جاء عن غيره ، وغالبه راجع إلى التجربة^(٦).

أما العمل الطبي فعُرِّف بأنه : " نشاط يتفق في كَيْفِيَّتِهِ وظُرُوفِ مَبَاشَرَتِهِ مع القواعد المقررة في علم الطب ، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأُمُور إلى شفاء المريض "^(٧).

وقيل : " هو العمل وفق العلم المختص بأحوال بدن الإنسان ونفسه ؛ لحفظ حاصل الصحة ، واسترداد زائلها "^(٨).

(١) ينظر: شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، للدكتور/ محمود نجيب حسني ص 172.

(٢) قواعد الأحكام 4/1 .

(٣) هو ضياء الدين محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة القرشي ، ولد سنة 648هـ ، محدث ، له من المصنفات : معالم القربة في أحكام الحسبة مع ترجمة انجليزية ، وتوفي سنة 729هـ .

ينظر في ترجمته : طبقات السبكي 31/6 ، والأعلام للزركلي 34/7 .

(٤) معالم القربة في أحكام الحسبة ص 176.

(٥) ص 264.

(٦) ينظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني 134/10.

(٧) ينظر : مبادئ التشريع الإسلامي للدكتور/ فوزي شريف ص 104 ، وشرح قانون العقوبات ص 172.

(٨) التداوي والمسؤولية الطبية ص 44.

وقيل : " هو العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير ، طالما استند هذا العمل إلى الأصول الطبية المقررة في علم الطب " ^(١).

فالحجوة إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يُميّز الطب عن أعمال السحر والشعوذة ^(٢).

وعُرف بأنه : " ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض ، طبقاً للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب " ^(٣).

(١) المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة ليوسف جمعة الحداد ص 51 .

(٢) ينظر : المرجع السابق ص 51 .

(٣) المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب لإيهاب أيسر أنور علي ص 11.

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالطب :

أولاً- المداواة : مصدر، يقال : داويته أدوايه مداواة ودواء بكسر الدال^(١) ، يقول البعلي -رحمه الله- : " والطب المداواة بكسر الطاء " ^(٢) ، ويسمى طلب الدواء تدوي ، وقد عُرِّف التدوي بأنه : " استعمال ما يكون به شفاء المرض -بإذن الله- من عقار طبي ، أو رقية ، أو علاج طبيعي ، كالتسميد ونحوه " ^(٣).

يقول ابن حجر - رحمه الله - في الفتح : " ونقل أهل اللغة أن الطِّبَّ بالكسر يقال بالاشتراك للمداوي وللتدوي وللدواء أيضا فهو من الأضداد " ^(٤).

ثانياً- العلاج أو المعالجة : والعين واللام والجيم أصل صحيح يدل على تمرس ومزاولة ^(٥) ، وقد قرن بعض الفقهاء بين المعالجة والتدوي بما يشعر بترادف اللفظين ؛ حيث جاء في الفتاوى الهندية ما نصه : " والرجل إذا استطلق بطنه أو رمدت عيناه فلم يعالج حتى أضعفه ذلك وأضناه ومات منه لا إثم عليه ، فرق بين هذا وبين ما إذا جاع ولم يأكل مع القدرة حتى مات ؛ حيث يأثم والفرق أن الأكل مقدار قوته مشبع ييقن فكان تركه إهلاكاً ولا كذلك المعالجة والتدوي " ^(٦).

وقد عُرِّف العلاج بأنه : " مجموعة الأعمال التي يتخذها الطبيب ، للتخفيف عن المريض ، ولحمايته من المرض " ^(٧) ، لذا فإن أهل الطبَّ يعدُّون العلاج مرحلة من مراحل العمل الطبي ، كما كما سيأتي في المبحث التالي.

ثالثاً- الأسى : مفتوح مقصور يراد به المداواة والعلاج ، يقال : أسوتُ الجرح إذا داويته ، والإساءة مكسور ممدود الدواء ، والآسي الطبيب ، ويجمع على أساة كالراعي والرعاة^(٨).

(١) ينظر : المقاييس في اللغة لابن فارس ، كتاب : الدال ، باب : الدال والواو وما يثلاثهما ، مادة : (دوي) ص 368.

(٢) المطلع على أبواب المقنع 103/1.

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعه جي وقنيبي ص 126.

(٤) 134/10.

(٥) ينظر : المقاييس في اللغة كتاب : العين ، باب : العين واللام وما يثلاثهما ، مادة : (علاج) ص 694.

(٦) 355/5.

(٧) المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية للدكتور / عبداللطيف الحسيني ص 157.

(٨) ينظر : مختار الصحاح مادة (أسو) 7/1 ، ولسان العرب ، مادة (أسا) 34/14.

المبحث السابع حكم ممارسة العمل الطبي وشروطه ومراحله

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم ممارسة العمل الطبي :

عدَّ بعض أهل العلم تعلُّم الطبِّ فرضاً من فروض الكفاية ، إذا قام به من يكفي سقط الحرج عن الأمة^(١).

وقد نعى الإمام الشافعي ، وبعده الغزالي -رحمهما الله- على المسلمين تقاعسهم عن تعلُّم الطبِّ ، واعتمادهم على الأطباء من اليهود والنصارى ، فقد نقل الذهبي -رحمه الله- في الطب النبوي عن الإمام الشافعي قوله : " لا أعلم علماً بعد الحلال والحرام أفضل من الطب " ، وعلّق الذهبي بعد ذلك قائلاً : " كان -أي الإمام الشافعي- يتلهّف على ما ضيع المسلمون من الطب ويقول : ضيعوا ثلث العلم ، ووكّلوه إلى النصارى " ^(٢).

ويقول الغزالي في الإحياء من كتاب العلم: "فكم من بلدة ليس فيها طبيب إلا من أهل الذمة"^(٣).

ويقول ابن الأخوة القرشي - رحمه الله - : " الطب من فروض الكفاية ، ولا قائم به من المسلمين ، وكم من بلد ليس فيها طبيب إلا من أهل الذمة " ^(٤).
وفي فضل هذا العلم وأهمية طلبه ، نقل عن الإمام الشافعي قوله : "صنفان لا غنى بالناس

(١) كالغزالي في إحياء علوم الدين 16/1 ، والسيوطي في الأشباه والنظائر ص 415 ، والزرکشي في المنثور 35/3 ، وابن عابدين في حاشيته 42/1 ، والبهوتي في كشف القناع 34/3 ، والشرواني في حاشيته 214/9 ، والنووي في روضة الطالبين 223/1 ، وابن مفلح في الآداب الشرعية 335/2 ، ونقل الأستاذان عبدالقادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي 520/2 ، وفوزي شريف في مبادئ التشريع الإسلامي الإجماع على كون الطب من فروض الكفايات .

(٢) ص 228 . كما نقله ابن طولون في المنهل الروي في الطب النبوي ص 5 ، والبغدادی في الطب من الكتاب والسنة ص 187 ، وذكر في مناقب البيهقي 116/2 ، كما ذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء عند ذكره سيرة الإمام الشافعي 57/10 ، كما ذكره الشيخ محمد المختار الشنقيطي في دروس عمدة الفقه 44/6 (الرقم 6 يرمز لرقم الدرس) ، وصالح أحمد الشامي في كتابه مواعظ الإمام الشافعي ص 6.

(٣) 21/1 .

(٤) معالم القرية في أحكام الحسبة ص 254 .

عنهما، العلماء لأديانهم ، والأطباء لأبدانهم" (١).

وقد حث النبي الكريم الناس على التداوي وطلب العلاج ، وأمره ﷺ بالتداوي يتضمن الأمر بممارسة الطب ، والحث على تعلّمه ، حيث جاء أن النبي -ﷺ- سأله الأعراب ، فقالت: ألا نتداوى ؟ فقال: (نعم يا عباد الله ، تداووا ، فإن الله لم يضع داءً إلا وضع له شفاء) (٢).

وقد نصّ كثير من العلماء على مشروعية التداوي ، يقول الشاطبي -رحمه الله-: "... غير أن المؤذيات والمؤلمات خلقها الله تعالى ابتلاءً للعباد وتمحيصاً ، وسلطها عليهم كيف شاء ، وبما شاء ﴿لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾ (سورة الأنبياء، الآية 23) ، وفهم من مجموع الشريعة الإذن في دفعها على الإطلاق ؛ دفعاً للمشقة اللاحقة ؛ وحفاظاً على الحظوظ التي أذن لهم فيها " (٣).

بل نقل بعض أهل العلم الإجماع على جواز التداوي ، يقول الذهبي -رحمه الله-: "أجمعوا على جوازه - أي التداوي - ، وذهب قوم إلى أن التداوي أفضل" (٤).

يقول ابن رشد -رحمه الله-: " لا اختلاف فيما أعلمه أن التداوي بما عدا الكي من الحجامة، وقطع العروق ، وأخذ الدواء مباح في الشريعة غير محذور ، وقد كرهه بعض السلف (٥) ، ورأى

(١) الطب النبوي للذهبي ص 219.

(٢) الحديث يرويه أسامة بن شريك -رضي الله عنه-، وقد أخرجه الترمذي في سننه واللفظ له ، باب ما جاء في الدواء والحث عليه من كتاب الطب (2038) 383/4 ، وقال : حديث حسن صحيح ، وأبو داود في سننه، باب في الرجل يتداوى من كتاب الطب (3855) 3/4 ، والنسائي باب الأمر بالدواء من كتاب الطب (7553) 368/4 ، وابن ماجه في سننه، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء من كتاب الطب (3436) 1137/2 ، جاء في مصباح الزجاجة 49/4 : (هذا إسناد صحيح رجاله ثقات) ، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد (291) ص 109 ، وصححه الألباني في صحيح الأدب المفرد 125/1 ، وينظر : تصحيح الألباني له في كتابه صحيح وضعيف سنن الترمذي 38/5.

(٣) الموافقات 2/ 150 .

(٤) الطب النبوي ص 220 .

(٥) يقول ابن عبد البر في التمهيد 278/5 - 279 في مسألة ترك التداوي اتكالاً على فضل الله : "قد كان خيار هذه الأمة سلفها وعلمائها، قوم يصيرون على الأمراض حتى يكشفها الله، ومعهم الأطباء، فلم يعابوا بترك المعالجة"، بل نقل عن الإمام أحمد أنه سئل عن الرجل يمرض ، فيترك الأدوية أو يشرّبها؟ فقال: "إذا توكل فتركها أحب إلي". ينظر: الآداب الشرعية 333/2 ، والطب النبوي للذهبي ص 221 ، كما نقل ابن مفلح أيضاً في الآداب الشرعية عن الإمام أحمد قوله : " أحب لمن عقد التوكل ، وسلك هذا الطريق ترك التداوي من شرب الدواء وغيره " ، ومن كره التداوي كان مستنده قول النبي ﷺ : "يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفاً بغير حساب" ، قالوا من هم يا رسول الله؟ قال: "الذين لا يسترقون ، ولا يتطيرون ، ولا يكتبون ، وعلى رءسهم يتوكلون" ، وقد ذكر ابن حجر في فتح الباري 135/1 وما بعدها أن هذا القول يخالفهم فيه جمهور العلماء ، حيث يرون أن التداوي لا ينافي حقيقة التوكل ، كما لا ينافيها دفع الجوع والعطش ، وإن =

تركه اتكالا على الله أفضل " (١).

وكما نقل الإجماع على جوازه ، نقل بعض أهل العلم الإجماع على عدم وجوبه (٢).
يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - : " ولا أعلم سالفاً أوجب التدوي ، وإنما كثير من أهل الفضل والمعرفة يفضل تركه تفضيلاً واختياراً لما اختار الله ، ورضي به ، وتسليماً له " (٣).
ومما ذكره أهل العلم في إباحة التدوي ، قول ابن العربي - رحمه الله - : " والذي عندي أنه إذا رأى المرض ، أو خشي من نزوله ، أنه يجوز له قطع سببه بالتدوي ، فإن قطع السبب قطع للمسبب " (٤).

وجاء في الفتاوى الهندية : " الاشتغال بالتدوي لا بأس به ؛ إذا اعتقد أن الشافي هو الله تعالى " (٥).

بل نص بعضهم على استحبابه ، يقول النووي - رحمه الله - تعليقاً على حديث : (لكل داء دواء ، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله - عز وجل -) (٦) ، يقول : " وفي هذا الحديث إشارة إلى استحباب الدواء ، وهو مذهب أصحابنا ، وجمهور السلف وعامة الخلف ، قال القاضي : في هذه

من وثق بالله تعالى وفضله لم يقدح في توكله على الله تعالى تعاطي الأسباب ، ويحملون النهي الوارد في الحديث على ثلاثة احتمالات :

- ١ - محمول على من يعتقد نفع الأدوية بطبيعتها.
- ٢ - يحمل النهي عن التدوي على ما كان قبل خلق المرض .
- ٣ - النهي محمول على التدوي مع اليأس من الشفاء ، وكون ثمرة مداواة موهومة ، يقول الغزالي في الإحياء 283/4 : " وأما الموهوم فشرط التوكل تركه ؛ إذ به وصف رسول الله ﷺ المتوكلين " كما جاء نحوه في الفتاوى الهندية 355/5 ، ونهاية الأرب 272/5.

(١) الجامع من المقدمات ص 313 .

(٢) نقله الرملي في نهاية المحتاج 19/3 عن بعض أهل العلم ، كما نقل الإجماع على عدم وجوب التدوي الحافظ الذهبي في الطب النبوي ص 221.

(٣) مجموع الفتاوى 564/21.

(٤) القبس شرح الموطأ ص 165 .

(٥) 355-354/5.

(٦) الحديث يرويه جابر بن عبد الله ، وأخرجه مسلم في صحيحه باب لكل داء دواء ، واستحباب التدوي ، من كتاب السلام (5871) 21/7.

الأحاديث جمل من علوم الدين والدنيا ، وصحة علم الطب ، وجواز التطيب في الجملة ، واستحبابه بالأمور المذكورة في هذه الأحاديث ^(١).

كما أن النبي - ﷺ - اعتنى باختيار الطبيب المعروف بالحذق والمهارة ، فعن زيد بن أسلم ^(٢) - ﷺ - أن رجلاً في زمان النبي - ﷺ - أصابه جرح فاحتقن الجرح الدم ، وإن الرجل دعا رجلين من بني أنمار ، فزعم أن رسول الله - ﷺ - قال لهما : (أيكما أطب ؟) فقالا : أوفي الطب خير يا رسول الله ؟ فزعم زيد أن رسول الله - ﷺ - قال : (أنزل الدّواء الذي أنزل الأدواء) ^(٣).
ففي سؤاله ، أيكما أطب ؟ دليل ظاهر على أهمية اختيار الطبيب الحاذق ، يقول القاضي أبو الوليد الباجي - رحمه الله - : " وفي هذا دليل على أن الطب معنى صحيح ، ولذلك سألهما النبي - ﷺ - عن أفضلهما فيه " ^(٤).

كما يدل على فضل علم الطب دخوله في عموم قوله ﷺ : (العلم ثلاثة ، آية محكمة ، وسنة قائمة ، وفريضة عادلة) ^(٥) ، يقول الإمام الذهبي معلقاً : " فالطب من السنن القائمة ؛ لأنه ﷺ فعله فعله وأمر به " ^(٦).

(١) شرح صحيح مسلم 14/ 191.

(٢) هو أبو أسامة زيد بن أسلم العدوي ، مولى عمر بن الخطاب ، روى عنه مالك ، توفي سنة 136هـ في شهر ذي الحجة في العشر الأول من سنة ، وأخوه خالد بن أسلم.

ينظر في ترجمته : الثقات لابن حبان 4/ 246 ، وتهذيب التهذيب 13/ 94.

(٣) أخرجه الإمام مالك في الموطأ (1689) 2/ 943 ، وابن أبي شيبة في مصنفه (23420) 5/ 31 ، قال ابن عبد البر في التمهيد 5/ 263 : " هذا الحديث في الموطأ منقطع " ، وذكر ابن حجر أنه مرسل ، ينظر : فتح الباري 10/ 134 ، لكن الزرقاني قال في شرحه 4/ 418 : " حديث مالك وإن كان مرسلًا ، لكن شواهده كثيرة صحيحة مسندة " .
(٤) المنتقى 4/ 362 .

(٥) هذا الحديث يرويه عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - ، وأخرجه أبو داود في سننه باب ما جاء في تعليم الفرائض ، من كتاب الفرائض ، (2885) 3/ 119 ، وابن ماجه باب اجتناب الرأي والقياس من كتاب الزهد (54) 1/ 21 ، والبيهقي في سننه الكبرى (11952) 6/ 208 ، والدارقطني في سننه (2) 4/ 67 ، والحاكم في مستدركه (7949) 4/ 369 ، وسكت عنه ، وضعفه الذهبي في تعليقاته في التلخيص (مطبوع مع المستدرک) 4/ 369 ، وضعفه المناوي في التيسير بشرح الجامع الصغير 2/ 303 ، وابن مفلح في الآداب الشرعية 2/ 124 ، والألباني في أكثر من موضع ، ينظر : كتابه ضعيف أبي داود 1/ 2 ، وكتابه ضعيف ابن ماجه 1/ 126 ، وكتابه صحيح وضعيف الجامع الصغير 17/ 454 ، وقال ابن شاهين في شرح مذاهب أهل السنة 1/ 45 : (منكر) .

(٦) الطب النبوي ص 219 .

كما أن من المقاصد العظمى للشريعة حفظ النفس^(١)، وعلم الطب غايته - كما بينت سابقاً - حفظ البدن والصحة مما قد يعرض لهما ، فهو يخدم هذا المقصد .
يقول العز بن عبد السلام: "والطب كالشرع ، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدفع مفسد المعاطب والأسقام"^(٢).

(١) ينظر : إرشاد الفحول 366/1 ، والإحكام للآمدي 314/3 ، والحصول 220/5 ، والبحر المحيط 188/4 ، وتيسير التحرير 306/3.

(٢) قواعد الأحكام 4/1 .

المطلب الثاني : شروط ممارسة العمل الطبي^(١):

يشترط لمزاولة مهنة الطب عدة شروط ، وهي كالتالي :

١ - الإذن الشرعي بممارسة الطب :

يعبر عن هذا الشرط في نصوص النظام بـ (الترخيص بمزاولة المهنة) ، ويقصد بهذا الشرط أن الشريعة الإسلامية وسائر الأنظمة لا تبيح التدخل الطبي والجراحي على جسم الإنسان ، إلا إذا كان المتدخل يحمل ترخيصاً طبياً من الجهات المختصة .
ويحصل الإذن الشرعي أو الترخيص في زماننا للإنسان الذي يحمل المؤهل العلمي أو الإجازة العلمية ، وفي زمان مضى يحصل له الإذن إذا كان مشهوداً له بحسن التطبيب ، مشهوراً بالحدق والمعرفة بالعلوم الطبية^(٢) ؛ إذ الجاهل يحرم عليه ممارسة الطب شرعاً ويضمن ، دلّ على ذلك حديث عمرو بن شعيب^(٣) ، عن أبيه ، عن جده أن رسول الله - ﷺ - قال : (من تطبّب ولم يعلم منه طبٌّ فهو ضامن)^(٤).

(١) ينظر : المسؤوليتان الجنائية والمدنية في القتل والإصابة الخطأ في ضوء الفقه والقضاء للدكتورين /الدناصوري والشواري ص 250-251.

(٢) ينظر : إعانة الطالبين 122/3 ، وحاشية البجيرمي 140/4 ، وفتح المعين 122/3.

(٣) هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي ، من بني عمرو بن العاص : من رجال الحديث ، سكن مكة ، وتوفي في الطائف سنة 118هـ .

ينظر في ترجمته : تهذيب التهذيب 48/8 ، والأعلام 79/5 .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت من كتاب الطب (4586) 195/4 ، وقال : " هذا لم يروه إلا الوليد ، لا ندري هو صحيح أم لا " ، وأخرجه ابن ماجه في سننه باب من تطبب ولم يعلم منه طب ، من كتاب الطب (3466) 1148/2 ، والنسائي في سننه ، باب تضمين المتطبب من كتاب القسامة (7068) 248/4 ، وقد أخرجه النسائي مسنداً ومنقطعاً ، ينظر : عون المعبود 215/12 ، كما أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (16307) 141/8 ، والدارقطني في سننه (335) 195/3 ، والحاكم في مستدركه (7484) 236/4 ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد " ، ووافقه الذهبي ، وكأن السيوطي في جامع الأحاديث 160/2 يميل إلى تصحيحه . أما الشوكاني في النيل 36/6 فيقول : " في إسناده مجهول لا يعلم هل له صحبة أم لا ؟ " .

وأما الصنعاني في سبل السلام 250/3 فيرى أن القول بإرساله أقوى من القول بوصله ، إلا أن ابن مفلح في الآداب الشرعية 438/2 يقول : " وهو حديث حسن ، وعمرو بن شعيب الكلام فيه مشهور في الاحتجاج به " ، تبعاً لما نقله ابن حجر في تهذيب التهذيب 49/8 عن البخاري من أنه قال : " رأيت أحمد بن حنبل ، وعلي بن المديني ، وإسحاق بن راهويه ، وأبا عبيد ، وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ما تركه أحد من المسلمين " .

فنصَّ الحديث على مسؤولية من لم يُأذن له بممارسة المهنة لجهله ، وقد نقل الإجماع على تضمين المتطبب الجاهل بعض أهل العلم ، يقول ابن رشد الحفيد - رحمه الله - : " لا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن ؛ لأنه متعدد " ^(١) .
والذي يملك الإذن ومنح التراخيص الطبية ولي أمر المسلمين ، أو الحاكم ، أو الجهات التي يعينها ، حيث تنوب عنه وتقوم مقامه ؛ كوزارة الصحة ، أو نقابة الأطباء ، أو المجلس الطبي ، أو الجمعية الطبية ^(٢) .

٢ - رضا المريض أو وليه إذا كان المريض ناقصاً أو معدوم الأهلية :

يشترط في الشريعة الإسلامية رضا المريض بالمداواة ، ويستثنى من ذلك حالات الحوادث أو الطوارئ التي تستدعي تدخلاً طبياً عاجلاً ؛ لإنقاذ حياة المصاب ، أو إنقاذ عضو من أعضائه ، كما لو كانت حالة المريض لا تسمح بأن يبدي رضاه صريحاً أو بالإشارة أو بالكتابة ، ولا يوجد له ولي أو ممثل قانوني ، فالرضا قد يكون في مثل هذه الحالات مفترضاً .

ويشترط في الرضا شروط أبرزها:

- ١ - أن يكون الرضا متبصراً ، أي صادر من المريض العالم بحقيقة حالته الصحية ، ونوع العمل الطبي أو الجراحي المقترح تنفيذه ، وما ينطوي عليه من نتائج ومخاطر .
- ٢ - أن يكون الرضا حراً ، وعليه فلا يحل للطبيب أو الجراح أن يحل محل المريض في اتخاذ القرار الطبي، أو يفرض عليه علاجاً ، أو تدخلاً جراحياً .
- كما يجب استبعاد الضغوط العائلية ؛ لأنها تؤثر على حرية المريض في اتخاذ القرار .
- ٣ - أن يكون موضوع الرضا مشروعاً ، ويقصد بهذا الشرط أن يكون التدخل الطبي بقصد العلاج للمريض ، وألا يخالف العمل الطبي النظام والآداب العامة ^(٣) .

(١) بداية المجتهد 2/ 313 .

(٢) ينظر : المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب للدكتور/ محمد البار ص 68.

(٣) ينظر في ذلك : القانون الجنائي والطب الحديث للدكتور/ أحمد شوقي أبو خطوة ص 115 - 120 ، والمسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة دراسة مقارنة، للدكتور / محمد عبد الوهاب اللخولي ص 17 - 19 ، والمسؤولية الجنائية للأطباء للدكتور/ أسامة قايد ص 168 .

والأدلة على اشتراط الرضا بالتطبيب لانتفاء المسؤولية ما يلي :

أ - عن أم المؤمنين عائشة الصديقة بنت الصديق - رضي الله عنهما - أنها قالت: لدنا رسول الله - ﷺ - فأشار أن لا تلدوني، فقلنا : كراهية المريض للدواء ، فلما أفاق ، قال : (ألم أنحكم أن لا تلدوني ، لا يبقى أحد إلا لدّ ، غير العباس فإنه لم يشهدكم)^(١).
قال النووي - رحمه الله - عند شرحه الحديث : " قال أهل اللغة : اللدود - بفتح اللام - هو الدواء الذي يصب في أحد جانبي فم المريض ويسقاه ، أو يدخل هناك بإصبع وغيرها ، ويحنك به ... وإنما أمر ﷺ بلدهم عقوبة لهم حين خالفوه في إشارته إليهم (لا تلدوني) ، وفيه أن الإشارة المفهمة تصريح العبارة في نحو هذه المسألة ، وفيه تعزيز المتعدي بنحو من فعله الذي تعدى به ، إلا أن يكون فعلاً محرماً " ^(٢).

يقول ابن حجر - رحمه الله - : " فيه إشارة إلى مشروعية الاقتصاص من المرأة بما جنته على الرجل ؛ لأن اللذين لدّوه كانوا رجالاً ونساءً ... قال الخطابي : فيه حجة لمن رأى القصاص في اللطمة " ^(٣).

فالحديث دال على اعتبار إذن المريض ، فإن لم يأذن بالتداوي بصريح عبارته أو إشارته المفهمة ، فلا يحق لأحد إجباره على التداوي ، فإن أجبر كان ذلك تعدياً موجباً للعقوبة ، وقد نصت على ذلك سائر الأنظمة المعاصرة ^(٤).

والحديث دال أيضاً على أن الرضا وعدمه ليس قاصراً على العبارة الصريحة ، بل هو معتبر أيضاً بالإشارة المفهمة ، ويمكن أن يستفاد من ذلك أيضاً أن التعبير عن الرضا بالكتابة معتبر ؛ لأن الكتابة أقوى من الإشارة ، بل هي في الدلالة كالقول ؛ لقاعدة : " الكتاب كالخطاب " ^(٥).

ب - أن مباشرة الطبيب لجسم المريض غير جائزة إلا بعد إذنه ؛ لأن منافعه وأطرافه حق له بتملك الله تعالى ، فلا يجوز التعدي عليها بغير إذنه ، قال القرافي - رحمه الله - : " إن الله

(١) أخرجه البخاري باب اللدود من كتاب الطب (5382) 2159/5 ، ومسلم باب كراهية التداوي باللدود من كتاب السلام (2213) 1733/4 .

(٢) شرح صحيح مسلم 199/14 - 200 .

(٣) فتح الباري 215/12 .

(٤) ينظر : المسؤولية الجنائية للأطباء للخولي ص 13 .

(٥) مجلة الأحكام العدلية م (69) 24/1 ، ودرر الحكام 61/1 ، وقواعد الفقه 99/1 ، وشرح القواعد الفقهية 349/1 ، والوجيز للبورنوني ص 242 .

تعالى تفضل على عباده فجعل ما هو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل الملك فيه إلا برضاه ، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم ، ولذلك لا يسقط الضمان في إتلافه إلا بإذنه في إتلافه ، أو بالإذن في مباشرته على سبيل الأمانة " (١)، فحيث لم يأذن المريض للطبيب بذلك ، فإن إقدامه على العلاج يعدُّ عملاً مضموناً (٢).

ت إن إقدام الطبيب على المعالجة بدون إذن المريض أو وليه يحيل عمله من عمل مباح إلى عمل محرم ، فحيث استحال عمله إلى عمل محرم ، فإنه يعتبر واجب الضمان (٣).

وقد أشار إلى ذلك ابن قدامة - رحمه الله - بقوله : " لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً فيضمن سرائته كالقطع ابتداءً " (٤).

٣ - النية الحسنة من الطبيب:

ويقصد به كون الطبيب يريد من العمل الطبي علاج المريض وشفائه ؛ إذ من المتفق عليه عقلاً أن أعمال الطبيب لا يمكن أن تكون مشروعة ، إلا إذا كان قصد الطبيب أو الجراح حسناً ، وهو علاج المريض أو تخفيف آلامه ، أو تحقيق مصلحة مشروعة له (٥).

يقول الإمام الشافعي - رحمه الله - في أثر القصد الحسن في رفع المسؤولية : " أن يأمر الرجل به الداء الطبيب أن يبطّ جرحه ، أو الأكلة أن يقطع عضواً يخاف مشيها إليه ، أو يفجر له عرقاً ، أو الحجّام أن يحجمه ، أو الكاوي أن يكويه ، أو يأمر أبو الصبي ، أو سيد المملوك ، الحجّام أن يحنّته ، فيموت من شيء من هذا ، ولم يتعد المأمور ما أمره به ، فلا عقل ولا مأخوذية إن حسنت نيته إن شاء الله تعالى ؛ وذلك أن الطبيب والحجّام إنما فعلاه للصالح بأمر المفعول به أو والد الصبي أو سيد المملوك الذي يجوز عليهما أمره في كل نظر لهما " (٦).

٤ - اتباع قواعد مزاوله مهنة الطب :

- (١) الفروق : الفرق الثاني والثلاثون 341/1.
- (٢) ينظر : التداوي والمسؤولية الطبية للدكتور/ قيس مبارك ص 201.
- (٣) ينظر : المرجع السابق ص 201.
- (٤) المغني 5/312.
- (٥) ينظر : القانون الجنائي للدكتور/ أبوخطوة ص 30 ، والمسؤولية المدنية والجنائية للطبيب لإيهاب يسر أنور علي ص 26 ، والنظرية العامة للحق في سلامة الجسم للدكتور/ عصام أحمد محمد ص 944 ، والمسؤولية الجنائية للأطباء للدكتور/ الخولي ص 20 ، والأحكام الشرعية للأعمال الطبية للدكتور/ أحمد شرف الدين ص 48 .
- (٦) الأم 6/175-176.

يتعين على الطبيب اتباع القواعد المتفق عليها في علم الطب ، والطبيب الذي يخالف هذه القواعد ، يُعرض حياة المريض أو شيئاً من أعضائه للأذى ، فلا بد أن يسأل جنائياً عن فعله ، وإذا اتبع الطبيب قواعد مزاوله المهنة ، فإن فعله يعدُّ مباحاً ، ولا يسأل عن الأذى الذي يصيب المريض، ولو مات نتيجة ذلك مادام أخذ موافقة المريض ، ولم يقع منه خطأ في العلاج ^(١)، وهو ما يُعبّر عنه الفقهاء -أحياناً- بـجناية اليد على ما سيأتي في آخر فصل من هذا البحث.

(١) ينظر : النظرية العامة للدكتور/ عصام أحمد ص 976 ، والمسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية ليوسف الحداد ص

المطلب الثالث : مراحل العمل الطبي :

المرحلة الأولى : مرحلة الفحص الطبي :

وهو بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب ، وعُرِّفَ الفحص الطبي بأنه : "كل عمل يقوم به الطبيب ، أو من في معناه من أجل معرفة العلامات ، والدلائل التي تشير إلى نوع المرض ، وطبيعته"^(١).

وهذه المرحلة تتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض ، بفحصه فحصاً ظاهرياً بملاحظة العلامات أو الدلائل المرضية ، كمظهر المريض وجسمه ، وربما يستعين في هذه المرحلة ببعض الأدوات الطبية البسيطة ، كالسماعة الطبية ، وجهاز قياس الحرارة ، وجهاز قياس ضغط الدم ؛ وذلك للتحقق من وجود دلائل أو ظواهر تساعد على تشخيص المرض ، كما يلجأ الطبيب - أحياناً- إلى بعض الإجراءات ؛ كالفحوص المخبرية ، واستخدام الأشعة ، ورسوم القلب ، والمناظير التي من شأنها أن تساعد على التشخيص المناسب^(٢).

وغالب الأخطاء الطبية تقع بسبب عجلة الطبيب ، وتسرعِهِ في الفحص ، وعدم الدقة فيه ، وإلى هذه الحقيقة يشير التاج السبكي - رحمه الله - حيث يقول : "وأكثر ما يؤتى الطبيب من عدم فهمه حقيقة المرض واستعجاله في ذكر ما يصفه"^(٣).

يقول بعض الباحثين تعليقاً على قول السبكي : "فاعتبر - رحمه الله - جهل الطبيب بحقيقة المرض الناشئ من استعجاله في وصف العلاج ، وعدم تأكده من معرفة حقيقة المرض بالتدقيق في الفحص ، اعتبره أكثر الأسباب المؤدية إلى الخطأ في العلاج"^(٤).

وقد قُسمت هذه المرحلة إلى ثلاث مراحل : الفحص الابتدائي ، والفحص السريري ، والفحص التكميلي^(٥).

(١) التداوي والمسؤولية الطبية للدكتور/ قيس مبارك ص 53 .

(٢) ينظر : المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية ليوסף الحداد ص 56-57 ، والمسؤولية الجنائية للأطباء للدكتور/ أسامة قايد ص 61.

(٣) معيد النعم ومبيد النقم ص 133.

(٤) التداوي والمسؤولية الطبية ص 56.

(٥) ينظر : مسؤولية الأطباء والجراحين للدكتور/ حسن الإبراهيمي ص 256 ، والتداوي والمسؤولية الطبية ص 62.

المرحلة الثانية : مرحلة التشخيص :

وهي المرحلة الثانية ، وهي مرحلة البحث والتحقيق من نوع المرض الذي يعاني منه المريض^(١).

وعُرِّف التشخيص بأنه : العمل الذي يشتمل على بحث الأمراض ، وتحديدتها ، أو الإصابات الجراحية عند الشخص المريض ، وفي مرحلة التشخيص يسعى الطبيب إلى ترجمة الدلائل والظواهر التي توصل إليها في مرحلة الفحص الطبي ؛ ليستخلص منها النتائج المنطقية لوضع التشخيص ، والتوصل إلى تحديد نوع المرض وموضعه ، وفي سبيل التشخيص قد يلجأ الطبيب إلى الاستعانة بأطباء الأشعة التشخيصية ، والتحاليل الطبية لوصف العلاج^(٢) .

المرحلة الثالثة : مرحلة العلاج :

وعُرِّفَتْ بأنها : " مجموعة الأعمال التي يتخذها الطبيب للتخفيف عن المريض ولحمايته من المرض " ^(٣) .

وقيل في تعريف العلاج : " هو كل إجراء أيّاً كان ؛ يؤدي إلى شفاء المريض ، أو تخفيف حالته المرضية " ^(٤) .

وهذه المرحلة تعقب مرحلة تشخيص الحالة المرضية ، حيث يأتي دور العلاج ، وفيها يحدد الطبيب المعالج الدواء المناسب للمريض ، ويرتبط التشخيص بالعلاج ؛ إذ بناءً على ما يظهر له أثناء تشخيصه الحالة يكون صرف الدواء ، أو اتخاذ الإجراء العلاجي المناسب^(٥) .

المرحلة الرابعة : مرحلة الرقابة العلاجية :

تعدُّ هذه المرحلة من المراحل المهمّة في العمل الطّبي ؛ لما قد يترتب على عدم إبداء الطبيب الرقابة الطّبية الكافية من أضرار ، وتزداد أهمية الرقابة بعد العمليات الجراحية .

(١) ينظر : المسؤولية الجنائية للأطباء للدكتور/ أسامة قايد ص 62 ، والمسؤولية الجنائية ليوסף حداد ص 57 .

(٢) ينظر : المسؤولية الجنائية للأطباء ص 62 ، والمسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية ص 57.

(٣) المسؤولية المدنية في الأخطاء الطبية المهنية للدكتور/ عبد اللطيف الحسيني ص 157 .

(٤) ذكر هذا التعريف في التداوي والمسؤولية الطبية ص 85 ، والمسؤولية الجنائية للأطباء ص 67 ، والمسؤولية الجنائية ليوסף حداد ص 58.

(٥) ينظر : المسؤولية الجنائية ليوסף حداد ص 58 .

وقد خصَّ بعضهم هذه المرحلة بالعلاج الجراحي ، دون العلاج بالأدوية^(١).
ويعد الجراح مسؤولاً عن الأضرار المترتبة على عدم قيامه بما يجب عليه ، من البقاء على مقربة
من المريض إلى أن يعود لهذا المريض وعيه ، وعليه فعنصر الرقابة هو المكمل لعنصر العلاج ، وهو
من العناصر الفاعلة في إتمام العلاج^(٢).

(١) ينظر : التداوي والمسؤولية الطبية ص 85.

(٢) ينظر : المسؤولية الجنائية ليوسف حداد ص 69 .

المبحث الثامن تعريف الجريمة ، والألفاظ ذات الصلة بها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف الجريمة :

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : الجريمة لغة :

من الفعل جَرَمَ ، يقال : جَرَمَ يَجْرُمُ جَرَمًا ، وَاجْتَرَمَ وَاجْتَرَمَ ، فهو مجرم وجريم ، وَجَرُمَ - بضم
الراء - إذا عَظَّمَ أمره ، والجَرُمُ القطع ، يقال : شجرة جريمة ، أي مقطوعة ، ومما يرد إليه قولهم
جرم أي كسب ؛ لأن الذي يحوزه كأنه اقتطعه ، والجرم والجريمة : الذنب ؛ لأنه كسب ،
والكسب اقتطاع^(١) ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ
أَنْ تَعْتَدُوا ﴾ (سورة المائدة من الآية 2) .

نقل القرطبي - رحمه الله - عن بعض أهل العلم قوله : " معنى لا يجرمكم أي : لا يكسبنكم
بغض قوم أن تعتدوا الحق إلى الباطل ، والعدل إلى الظلم ، وأجرم فلان أي اكتسب الإثم " ^(٢) .

المسألة الثانية : الجريمة اصطلاحاً :

عرفها بعض الفقهاء بأنها : " محظورات شرعية زجر الله عنها بحدٍّ أو تعزير " ^(٣) .

وقد ذكر بعض الباحثين أن المعاصرين من رجال التشريع الجنائي لم يتفقوا في إيجاد تعريف
واحد للجريمة ، بل اختلفوا باختلاف مذاهبهم واتجاهاتهم فلسفية كانت أو اجتماعية أو سياسية ،
وأكثر تعاريفهم تدور حول صياغة مفهوم للجريمة كعمل يحرمه القانون ، ويفرض له عقوبة^(٤) .
ومما ذكروا في تعريف الجريمة أنها : " كل نشاط خارجي يأتيه الإنسان ، سواء كان هذا النشاط
في صورة فعل ، أو في صورة امتناع مادام القانون قد فرض له عقوبة ، أو تدبيراً وقائياً " ^(٥) .

(١) ينظر : المقاييس في اللغة لابن فارس كتاب الجيم ، باب الجيم والراء وما ينلثهما ، مادة (جرم) ص 210-211 ، ولسان
العرب لابن منظور ، مادة (جرم) 90/12 - 91 .

(٢) تفسير القرطبي 44/6 - 45 .

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي ص 438 .

(٤) ينظر : مبادئ التشريع الجنائي للدكتور / شريف فوزي ص 50 .

(٥) الأسباب المسقطه للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لجمعية فرج بشير ص 36 .

المطلب الثاني : الألفاظ ذات الصلة بالجريمة :

١ - الجناية :

لغة : من الفعل جنى ، يقال : جنى يجني جناية ، والجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة ، وجنى فلان على نفسه ، إذا جرّ جريرةً عليها ، وتجنّى فلان على فلان ذنباً إذا تقوله عليه ، وهو بريء منه^(١).

وعرّفها بعض الفقهاء بأنها : " التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً ، أو غيره " ^(٢).

وقد استعمل الفقهاء لفظة الجناية كثيراً للتعبير عن الجريمة .

والفرق بين لفظتي الجريمة والجناية ، أن من الفقهاء من يعبر عن الجريمة بلفظة الجناية ، سواء

وقع الاعتداء على النفس ، أم على المال ، أم العرض ، أم غير ذلك .

يقول ابن رشد - رحمه الله - : " والجنايات التي لها حدود مشروعة أربع ^(٣) :

أ - جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء ، وهو المسمى قتلًا وجرحاً .

ب - وجنايات على الفروج ، وهو المسمى زناً وسفاحاً .

ت - وجنايات على الأموال ، وهذه ما كان مأخوذاً بحرب سمي حرايةً إذا كان بغير تأويل ، وإن

كان بتأويل سمي بغيّاً مأخوذاً على وجه المغافصة ^(٤) من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها

بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصباً .

ث - وجنايات على الأعراض ، وهو المسمى قذفاً .

ج - وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد

فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط " ^(٥).

ويقول القرافي - رحمه الله - : " كتاب الجنايات : وهي سبعة : البغي ، والردة ، والزنا ،

والقذف ، والسرقة ، والحراية ، والشرب " ^(٦).

(١) ينظر : لسان العرب ، مادة (جنى) 91/12.

(٢) الإقناع للحجاوي مطبوع مع كشف القناع على الإقناع 503/5 .

(٣) نصّ ابن رشد - رحمه الله - على كون الجنايات التي لها حدود مشروعة أربعاً ، وعدّ خمساً ، فتأمل.

(٤) وهي الأخذ على غرّة وغفلة ، يقول الفيروزآبادي في القاموس المحيط 807/1 : " غافصه فاجأه وأخذه على غرة " ، وذكر

المرتضى الزبيدي في تاج العروس نحوه . ينظر : 55/18.

(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد 296/2.

(٦) الذخيرة 5/12.

ويقول البكري^(١) - رحمه الله - : " وأما الجناية على الأموال والأعراض والأنساب " ^(٢).
ويقول ابن القيم - رحمه الله - : " وأما الجلد فجعلته - أي الشريعة - عقوبة الجناية على
الأعراض والعقول وعلى الألبضاع " ^(٣).

وهذا يعني أن كل جريمة تعتبر جناية^(٤)، غير أنه ينبغي ملاحظة أن أغلب الفقهاء ^(٥) عند
التعريف الاصطلاحي للجناية خصّوها بالجرائم الواقعة على نفس الإنسان وأطرافه .
يقول النسفي - رحمه الله - في الكنز بعد تعريفه الجناية في اللغة: " إلا أنه في الشرع خُصَّ بفعل
محرم حلّ بالنفوس والأطراف، فالأول: يسمى قتلاً، وهو فعل العباد تزول به الحياة، والثاني: يسمى
قطعاً وجرحاً " ^(٦).

ويقول المرداوي - رحمه الله - في الإنصاف: " فسمّوا - أي في الاصطلاح الشرعي - ما كان
على الأبدان جنايةً ، وسمّوا ما كان على الأموال غصباً ، وإتلافاً ، ونهباً ، وسرقةً ، وخيانةً " ^(٧).
ويقول البهوتي في الكشف معرّف الجناية بأنها : " التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو
غيره ، أي مالاً أو كفارةً ، وسمّوا الجناية على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً " ^(٨).
كما ذكر ذلك غيرهم^(٩).

٢ - الجرم :

وعرف بأنه : " عمل مضر بمصلحة الغير عن قصد وبدون حق ، وكل عمل من أحد الناس

(١) هو أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدميّاطي الشافعي ، البكري ، فقيه مصري ، استقر في مكة حتى وفاته سنة 1302هـ -
، من مصنفاته : إعانة الطالبين في حل ألفاظ فتح المعين ، والدرر البهية فيما يلزم المكلف من العلوم الشرعية ، والقول
المبرم في الموارث ، وكفاية الأتقياء.

ينظر في ترجمته : الأعلام 214/4 ، ومعجم المؤلفين 270/6 .

(٢) إعانة الطالبين 109/4 .

(٣) إعلام الموقعين 116/2 .

(٤) ينظر : التشريع الجنائي للدكتور/ عبدالقادر عودة 67/1 ، ومبادئ التشريع الجنائي للدكتور/ شريف فوزي ص 53 .

(٥) ينظر : تبصرة الحكام لابن فرحون 210/2 ، والشرح الكبير للدردير 292/4 ، والإقناع للحجاوي 441/4 .

(٦) كنز الدقائق مطبوع مع البحر الرائق لابن نجيم 326/8 .

(٧) 433/9 .

(٨) ما بين الأقواس متن الإقناع للحجاوي ، وشرحه كشف القناع 503/5 .

(٩) ينظر: المبسوط 84/27، والبحر الرائق 327/8، والمغني 207/8، والروض المربع 253/3، ومطالب أولي النهي 3/6 .

ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير يجبر فاعله إذا كان مميزاً على التعويض " (١).

٣ - الجناح أو الجنحة :

لغة : من الفعل جنح يجنح ، والجناح هو الميل إلى الإثم ، وقيل : هو الإثم عامة ، يقول ابن فارس : " الجيم والنون والحاء أصل واحد يدل على الميل والعدوان " (٢)، وجاء في لسان العرب "الجناح الجناية والجرم " (٣).

قال تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾ (سورة البقرة من الآية 235)، قال القرطبي - رحمه الله - : " لا جناح عليكم أي لا إثم ، والجناح الإثم " (٤)، وسمي الإثم جناحاً ؛ لميله عن الحق (٥).

ومن الألفاظ المتصلة بالجريمة في معناها اللغوي أيضاً الحريرة (٦) والمعصية والمخالفة والذنب والإثم ونحوها، وقد ذكر بعض الباحثين أن هذه الألفاظ - ومثلها الجرم والجناح - مترادف الجريمة في معناها العام وهو : " مخالفة أوامر الله أو نواهيه ، سواء كانت هذه المعصية نتيجة سلوك يمكننا أن نلمسه مادياً ، أم كانت مستترة في النفس البشرية ، وسواء كانت عقوبتها المقدرة دنيوية أم أخروية ، وذكر أن الفقهاء عرّفوا الجريمة وفقاً لهذا المفهوم بأنها " فعل ما نهى الله عنه ، وترك ما أمر الله به " (٧).

والجريمة أخص من تلك الألفاظ الآتية الذكر إذا أريد بها السلوك الإنساني المادي الملموس ، الذي تجري عليه البينات والإثباتات في مجلس القضاء (٨).

(١) معجم المصطلحات الفقهية والقانونية للدكتور/ جرجس جرجس ص 125 .

(٢) المقاييس في اللغة كتاب الجيم ، باب الجيم والنون وما يثلهما ، مادة (جنح) ص 226 .

(٣) فصل الجيم ، حرف الحاء ، مادة (جنح) 430/2 .

(٤) تفسير القرطبي 187/3 .

(٥) ينظر : المقاييس في اللغة ص 226 .

(٦) قال ابن فارس : "ومن هذا الباب الحريرة، ما يجره الإنسان من ذنب؛ لأنه يجره إلى نفسه" المقاييس في اللغة ص 196 .

(٧) مبادئ التشريع الجنائي للدكتور/ شريف فوزي ص 50 .

(٨) ينظر : مبادئ التشريع الجنائي (مرجع سابق) ص 50 .

وأما في بعض الأنظمة المعاصرة فتعتبر كل من الجناية والجنحة والمخالفة أشكالاً مختلفة ودرجات متفاوتة للجريمة ، واعتبار الجريمة جنائية أو جنحة أو مخالفة مرتبط بما يقرره النظام من عقوبات على هذه الجريمة ، ولأجل ذلك جاء تعريف الجريمة في معجم المصطلحات الفقهية والقانونية بأنها : "جنائية أو جنحة أو مخالفة ، حسبما يعاقب عليها بعقوبة جنائية ، أو جنحية ، أو تكديرية ، وتكون مقصودة وغير مقصودة"^(١).

وذكروا في تعريف الجنحة أنها : "شكل من أشكال الجريمة ، ولكنها تختلف عنها من حيث جسامتها ، إذ تعتبر فوق المخالفة ، ودون الجنائية ، وهي في كل الأحوال إتيان العمل غير المشروع الذي توافرت فيه نية الجرم ، والذي يؤدي إلى الإضرار بالمجتمع أو بالأشخاص"^(٢).

(١) ص 125.

(٢) معجم المصطلحات الفقهية ص 130 .

المبحث التاسع المراد بالجريمة الطبية باعتبارها لفظاً مركباً

سبق تعريف الجريمة ، وإضافتها إلى الطبّ يقصر مدلول هذه العبارة على معنى خاص ، وهو الطب دون النظر إلى ما سواه ، وبذلك تخرج الجرائم الأخرى غير المتعلقة بالطب ، فتخرج جرائم القضاء والهندسة ونحوهما ، وحينئذ يمكن أن نُعرّف الجريمة الطبية ، بأنها جناية الطبيب الموجبة للقصاص ، أو التعزير ، أو الضمان .

واختلاف الأثر الحاصل من جناية الطبيب ناتج عن اختلاف درجة الجنائية منه ، فإن كانت متعمدة واكتملت فيها شروط الإتيان المتعمد فأثرها القصاص ، وإن كانت الجنائية غير عمدية ، وإنما من باب الخطأ ، فأثرها أقل أو أضعف .

وتتنوع الجرائم الطبية إلى ما يلي :

أ - أنواعان بحسب متعلقها ، وهما :

١ - جريمة طبية أخلاقية :

وهي الجرائم المتعلقة بالأخلاق والآداب العامة التي يجب على الطبيب مراعاتها ، وتُسمّى بالجرائم الأدبية ، وأحياناً يطلق عليها الجرائم العادية ، وهي كما تتعلق بالسلوك الطبي يمكن أن تصدر من غير الأطباء من أصحاب المهن المختلفة ، ومن أمثلتها قضايا الغش والتزوير ، وانتحال الألقاب ، وابتزاز الأموال وغيرها ، وهي جرائم يُسأل عنها الطبيب ، ويتحمل عقوبتها ، إذا ما ثبت تورطه في شيء منها^(١).

٢ - جريمة طبية مهنية :

وهي الجريمة المتعلقة بمهنة الطب وقواعدها وأصولها ، والتي يفترض التزام الطبيب بها ، وهي ليست خاصة بالطبيب ، بل قد تقع من غيره من موظفي الهيئة الطبية ؛ من ممرضين وفنيين المختبرات والأشعة والصيدالة وغيرهم ، ومن أمثلة هذا النوع من الجرائم ؛ العدوان على الأعضاء البشرية بالاستئصال، وإجراء التجارب الطبية على الأحياء المخضعين لذلك قسراً وغيرها^(٢).

(١) ينظر : جرائم الخطأ الطبي للدكتور/ يوسف الطباخ ص 12 ، والمسؤولية الطبية المدنية والجزائية لبسام محتسب ص 349 ، ومسؤولية الطبيب الجنائية لأسامة التايه ص 81.

(٢) ينظر : المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب للدكتور/ محمد البار ص 104 - 105 ، ومسؤولية الطبيب الجنائية لأسامة التايه ص 126.

ب - خوعان بحسب ماهية سلوك الجاني ، وهما :

١ - جرائم طبية إيجابية :

وهي التي تتكون من ارتكاب فعل مادي ، ويتميز هذا النوع من الجرائم بوجود النشاط الإيجابي ، ومن أمثلته : كتابة التقارير الكاذبة ، وشهادة الزور من الطبيب ونحوهما.

٢ - جرائم طبية سلبية :

وهي الجرائم التي يمتنع فيها الجاني عن القيام بفعل مأمور به ، وهي في المجال الطبي ؛ كإحجام الطبيب عن تقديم الخدمة الطبية لمن يحتاجها في أحوال معينة ، ووفق شروط مخصوصة^(١).

ج - خوعان بحسب وقت اقترافها، وهما:

١ - جرائم وقتية :

وهي الأنشطة الإجرامية التي تتم وتنتهي في زمن معين ، ليس لها صفة الاستمرار ، ولم يباشرها المجرم بشكل متكرر ، وهي في مجال العمل الطبي ؛ كعمليات حقن المريض بحقنة سامة ، وشهادة الزور من الطبيب في واقعة معينة ، ونحوهما^(٢).

٢ - جرائم مستمرة أو متكررة :

وهي الجرائم التي يمارسها الطبيب بشكل مستمر ، كمن يمارس الطب بشهادة مزورة ، أو بلا ترخيص ، أو ينتحل ألقاباً طبية ، أو يمارسها بشكل متكرر، كعمليات رتق غشاء البكارة ، أو الجراحات التحسينية ، أو جراحات تغيير الجنس ، أو الإجهاض الجنائي ، ونحوها^(٣).

(١) ينظر : مسؤولية الطبيب الجنائية لأسامة التايه صـ 87.

وقد ذكر المؤلف هذه الأحوال والشروط ، وهي :

1- أن يتحقق الترك إرادياً.

2- أن يعلم الطبيب أن لا مسعف غيره .

3- أن يترتب على الترك في الغالب موت المتروك . صـ 89.

وقيل الشروط هي :

1- وجود شخص في حالة خطر .

2- أن يكون الخطر وشيك الوقوع ومستمراً ، ويستدعي التدخل الفوري ، ويدرك الطبيب شخصياً الخطر .

3- إمكانية تقديم المساعدة .

4- الامتناع العمدي . ينظر في ذلك : الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي للدكتور/ محمد سامي الشوا صـ 25-26 .

(٢) ينظر : مبادئ التشريع الجنائي للدكتور/ شريف فوزي صـ 68-69.

(٣) ينظر : مبادئ التشريع الجنائي صـ 68-69 .

د- نوعان بحسب وجود نية العدوان والقصد الجنائي فيها ، وهما :

١ جرائم طبية عمدية :

ويراد بها التعدي القائم على عنصري العلم والإرادة الحرة ، والموجب للقصاص أو التعزير ، وعَرَّف جمهور الفقهاء جريمة القتل العمد بكون الجاني يقصد ويتعمد قتل المحمي عليه المعصوم بما يقتل غالباً^(١).

وبعض الباحثين يُقسَّم صور الجرائم العمدية إلى قسمين:

الأول : جرائم عمدية يتوافر فيها القصد الجنائي المباشر.

والثاني : جرائم عمدية يتوافر فيها القصد الجنائي المحتمل .

وهذا التقسيم يأتي من اختلاف درجة تصميم مرتكب الجريمة على تحقيق النتيجة الإجرامية ، ودرجة علمه وإرادته لسلوكه^(٢).

ولا بد من التذكير بكون الأصل في الطبيب عدم العدا ، فيبعد أن يتعمد الإضرار بمريضه ؛ وذلك أن مهنة الطب لا يقصد منها إلا مساعدة المرضى ، والسعي للتخفيف من معاناتهم ، ولكن هذه الجرائم وإن كان حدوثها مخالفاً للأصل ، لكنها واقعة وحاصلة ، لاسيما في زمن غفت فيه الضمائر ، وآثر كثير من الناس الدنيا ، وفتنوا بجمع المال أياً كان مصدره.

فإن ثبت بالأدلة قيام الطبيب بالعدوان ، فعليه العقوبة^(٣).

٢ جرائم طبية غير عمدية أو ما يعرف بجرائم الخطأ الطبي:

عَرَّف الفقهاء جنابة الخطأ بأنها : الجنابة غير المقصودة^(٤) ، وهذا النوع من الجرائم عَرَّفه

الفقهاء المعاصرون بأنه : " إتيان الفعل المحذور دون قصد العصيان"^(٥).

(١) يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة أن العبرة بكون الجريمة عمدية الآلة المستخدمة ، وهي الآلة التي تقتل غالباً ، وإن كان الحنفية يخصصونها بالآلة المحددة التي تفرق الأجزاء دون المثقل من الآلات ، ينظر: البحر الرائق 327/8 ، والإقناع للشريبي 495/2 ، والروض المربع 253/3 . وأما المالكية فالعبرة عندهم بحصول القتل بالاعتداء وإن كان الضرب بالإصبع ، يقول الإمام مالك : " العمد ما عمد به إنسان آخر ، ولو ضربه بإصبعه فمات من ذلك دفع إلى ولي المقتول " ، ينظر: الاستذكار 164/8 ، وسيأتي في هذا التمهيد مزيد بيان لما ذكر.

(٢) ينظر: القصد الجنائي الخاص للطيفة حميد ، دراسة مقارنة ، ماجستير ص 18 ، والمسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية ليوסף حداد ص44.

(٣) ذكر الدسوقي نحواً مما ذكر في حاشيته 295/4.

(٤) ينظر : البحر الرائق 327/8 ، وبداية المجتهد 297/2-298 ، والإقناع للشريبي 495/2 ، والروض المربع 253/3 .

(٥) مبادئ التشريع الجنائي ص91.

أو هي : " فعل أو قول يصدر من الإنسان بغير قصد ؛ بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود" ^(١).

والخطأ في الأنظمة المعاصرة يراد به : "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيلة والحذر التي يفرضها القانون" ، وقيل هو : " الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل بهذا الإخلال دون أن يقصد إلى الإضرار بالغير" ^(٢).

وسمي هذا النوع من الأعمال الحاصلة مع التقصير جريمة ؛ لوجود التفريط من الفاعل ، وقد قرن الفقهاء عند حديثهم عن وجوب الضمان بين التفريط والتعدي ^(٣).

يقول الشيخ عبد القادر عودة : " والمخطئ كالعامد مسؤولٌ جنائياً ، كلما وقع منه فعل يجرمه الشارع ؛ وسبب مسؤوليته أنه عصى الشارع لا عن قصد ، ولكن عن تقصير وعدم احتياط" ^(٤).

(١) مبادئ التشريع الجنائي ص 92 .

(٢) جرائم الخطأ الطبي للدكتور/ يوسف الطباخ ص 11 و 15 .

(٣) ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام 309/2 ، والمدونة الكبرى 389/11 ، والفواكه الدواني 173/2 ، والتاج والإكليل 267/5 ، والفروق 31/4-32 ، والأم 218/6 ، ونهاية المحتاج 363/7 ، ومغني المحتاج 92/4 ، والإنصاف 224/6 ، والفروع 390/4 ، والمبدع 40/5 ، والروض المربع 256/2 ، ومجموع الفتاوى 316/30 .

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي 432/1 .

المبحث العاشر المراد بالمسؤولية الجنائية

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المسؤولية الجنائية :

وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى- تعريف المسؤولية :

المسؤولية كلمة حديثة الاستعمال ليس لها وجود في استعمالات الفقهاء الأقدمين ، وإنما هي تعبير معاصر استعمله القانونيون^(١).

ولو أردنا تأصيل هذه الكلمة من جهة اللغة العربية لقلنا : هي مصدر صناعي ، فهي اسم مفعول معناها معنى المصدر ، كقولنا : ميسور ، ومعسور ، ونحو ذلك^(٢).

والمسؤولية مأخوذة من الفعل سلته أسأله ، فهو مسؤول نحو قولهم : خفته فهو مخوف ، أو هي مأخوذة من سئل بالبناء للمجهول من يسأل سؤالاً ، فهو مسؤول^(٣) ، والقاعدة فيها أن تكون على واو ؛ لأن الهمزة مضمومة ، وقبلها سكون ، وأما جعل الهمزة على نبرة والواو بعدها (مسئول) فوجه في كتابتها لكنه ضعيف^(٤).

وقد أدخلت ياء النسبة وتاء التأنيث على المصدر ، لتصبح بذلك ما يسمى في هذا العصر بالمصدر الصناعي^(٥).

والمسؤولية يراد بها التبعة والمؤاخذه ، أو هي حال أو صفة من يُسأل عن أمر تقع عليه تبعته^(٦) ، تبعته^(٦) ، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَقِفُوهُمْ ^ع إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ ﴾ (سورة الصافات ، الآية 24) ، أي : عن أعمالهم أعمالهم وأقوالهم وأفعالهم ، وقيل : خطاياهم^(٧) مؤاخذون بها.

(١) ينظر : المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون للدكتور/ عثمان بطيخ (رسالة دكتوراه مقدمة لمعهد أصول الدين بالجامعة الزيتونة تـ 1407هـ ص 10).

(٢) ينظر : النحو الوافي للدكتور/ عباس حسن 84/3 ، والقواعد الأساسية للغة العربية للدكتور/ أحمد الهاشمي ص 307.

(٣) ينظر : لسان العرب 318/11 ، والمعجم الوسيط 411/1.

(٤) ينظر : اللباب في علل البناء والإعراب لأبي البقاء العكبري 486/2 ، وشرح قطر الندى وبل الصدى للدكتور/ محمد السبيهين 6/1 ، ومعجم القواعد العربية للشيخ عبدالغني الدقر ص 44.

(٥) ينظر : النحو الوافي 84/3 ، والقواعد الأساسية للغة ص 307.

(٦) المعجم الوسيط 411/1.

(٧) ينظر : تفسير القرطبي 74/15 ، وزاد المسير 53/7.

ومنه قوله ﷺ : " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته " (١).

يقول الخطابي - رحمه الله - في معالم السنن عند شرحه الحديث : " معنى الراعي ههنا المؤمن على ما يليه ، يأمرهم بالنصيحة فيما يلونه ، ويحذرهم أن يخونوا فيما وكل إليهم منه أو يضيعوا ، وأخبر أنهم مسؤولون عنه مؤاخذون به ".

ويقول المناوي (٢) - رحمه الله - : "مسؤول عن رعيته متحمل بكل ما يأتون به من أوزار" (٣).

المسألة الثانية : الألفاظ ذات الصلة بالمسؤولية :

من الألفاظ المتصلة بلفظة المسؤولية لفظة المؤاخذة أو المؤاخذية :

وهي المصدر من الفعل آخذ ، يقال : آخذه بذنبه مؤاخذة أي : عاقبه قال تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن كُسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ (سورة البقرة من الآية 286) ، ويقال : أخذ فلان بذنبه إذا حبس وجوزي عليه (٤).

وقد استعمل الإمام الشافعي - رحمه الله - هذه اللفظة للدلالة على معنى المسؤولية ، في معرض حديثه عن ضمان الطبيب الحاذق المأذون له ، حيث قال : " ... فلا عقل ولا مأخوذية إن حسنت نيته لله " (٥).

كما وردت لفظة المؤاخذة في النص السابق للخطابي - رحمه الله - مقرونة بلفظة المسؤولية. وقد استحسن بعض الباحثين هذا التعبير من الإمام الشافعي ، ورأى أنه أليق بالمعنى المراد من كلمة المسؤولية ، معللاً رأيه بأن كلمة المسؤولية تكون فيما يسأل عنه المرء ، مما لا يكون فيه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عبدالله بن عمر ، باب المرأة راعية في بيت زوجها من كتاب النكاح (4904)
1996/5 ، ومسلم في صحيحه ، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم من كتاب الإمارة (1829) 1459/3.

(٢) هو زين الدين محمد عبدالرؤف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي المناوي القاهري ، الشافعي ، من كبار العلماء ، ولد سنة 952هـ ، وتوفي سنة 1031هـ ، وله العديد من المصنفات ، منها: كنوز الحقائق ، والتيسير في شرح الجامع الصغير ، واختصره في شرحه فيض القدير ، وشرح الشمائل للترمذي ، وسيرة عمر بن عبدالعزيز ، وغيرها .
ينظر في ترجمته : الأعلام 204/6.

(٣) فيض القدير 182/3.

(٤) ينظر : لسان العرب 473/3.

(٥) الأم 176/6.

تبعة، أما كلمة المؤاخذة أو المأخوذية ، فلا تكون إلا فيما فيه تبعة ومؤاخذة^(١).

والتأمل يدرك أن لهاتين الكلمتين معنى مشتركاً يجمع بينهما ، كما أن كلاهما تختص وتستقل بمعنى آخر ، فالمعنى المشترك بينهما هو أن كل كلمة منهما تدل على معنى واحد ، يبدأ بالسؤال والتحقيق ، وينتهي بالمجازاة والتأديب .

وأما المعنى المستقل لكل منهما فهو أن كلمة المسؤولية يتقدم فيها معنى المساءلة والتحقيق والتثبت من حقيقة الأمر ، قبل الإقدام على العقاب عليه، بخلاف كلمة المؤاخذة أو المأخوذية التي يكون فيها معنى الأخذ والعقوبة أقوى من معنى المساءلة ، فأول ما يتبادر لذهن السامع من كلمة المسؤولية التثبت والتحقيق ، بينما أول ما يتبادر لذهن السامع من كلمة المؤاخذة العقوبة والردع ، فتكون كلمة المسؤولية الدالة على التثبت أولى^(٢).

كما ذكر بعض الباحثين جملة من الألفاظ عدّها مما له صلة بلفظة المسؤولية ، من ذلك الأهلية والجزاء والعقاب والتعويض^(٣).

والظاهر أن ما ذكر آنفاً من ألفاظ لا يخرج عن كونه شرطاً للمسؤولية كالأهلية ، أو أثراً من آثارها كالجزاء والعقاب والتعويض .

المسألة الثالثة : تعريف المسؤولية اصطلاحاً :

المسؤولية - كما ذكر آنفاً- مصطلح حادث معاصر ، عرفه الفقهاء المعاصرون بأنه : "إلزام شخص بضمان الضرر الواقع بالغير نتيجة لتصرف قام به " ^(٤) ، وليس له ذكر عند الفقهاء الأقدمين، ولذا ذكر بعض الفقهاء المعاصرين أن كلمة المسؤولية اصطلاح حادث يقابل كلمة الضمان في الفقه الإسلامي ، فهما كلمتان مترادفتان تدلان على معنى واحد.

(١) ينسب هذا الرأي للشيخ محمد علي النجار ، ينظر : مجلة الأزهر مجلد (20) عدد محرم 1368هـ ص 52 نقله عنه

الدكتور/ قيس مبارك في كتابه التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ص 21 .

(٢) ينظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص 21.

(٣) ينظر: مسؤولية الطبيب الجنائية لأسامة التايه ص 27-31.

(٤) معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعه جي وحامد قنبي 425/1.

وبناءً على ذلك عرّفوا الضمان بأنه : " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال ، أو ضياع المنافع ، أو الضرر الجزئي ، أو الكلي ، الحادث بالنفس الإنسانية " ^(١).

أو بأنه : " الالتزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير " ^(٢).

وهذان التعريفان تبع لتعريف الشوكاني والذي عرّف الضمان بأنه : " غرامة التالف " ^(٣).

وقد ذكر بعض متأخري الفقهاء أن الضمان هو : جبر الضرر وإزالته ، وهو الشائع في الفقه ، ويصح أن يعبر عنه بالتعويض ^(٤).

والضمان عند من سبق يعني أداء ما وجب في الذمة نتيجة التعدي بارتكاب فعل ، أو تركه ، مما أضر بالغير ضرراً أو جرح الشارع رفعه ، وتشترك التعريفات السابقة في إطلاقها الضرر وسببه الموجب للتعويض ، خلافاً لبعض التعريفات التي تحصر الضمان في قضايا التعدي على الأموال ، أو إتلافها دون مبرر لغوي أو شرعي لهذا الحصر ^(٥)، ومن تلك التعريفات ما ذكر في بعض المصنفات الفقهية من أن الضمان هو: رد مثل الهالك إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً ^(٦).

ونظراً لكون المسؤولية من المصطلحات الحادثة ، فقد عرفها الباحثون المعاصرون بجملة من التعريفات ، ومن ذلك قولهم هي : " إلزام شخص لضمان الضرر الواقع بالغير نتيجة لعمل قام به " . وقيل هي : " التزام شخص بتحمل العواقب التي تترتب على فعله الذي باشره مخالفاً به أصولاً أو قواعد معينة " ^(٧).

وقيل : " هي حالة الشخص الذي يرتكب أمراً يستوجب المؤاخظة " ^(٨).

(١) نظرية الضمان للدكتور/ وهبه الزحيلي ص 16.

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا 1032/2.

(٣) نيل الأوطار 41/6.

(٤) ينظر : حاشية ابن عابدين 177/2.

(٥) ينظر : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد أحمد سراج ص 47.

(٦) ينظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 151 ، وغمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي 20/7 ، والكيليات للكنوي 142/3 ، وورد نحوه في الفتاوى الهندية 148/3 ، ومجلة الأحكام العدلية م (416) 80/1 ، ودرر الحكم 378/1.

(٧) معجم لغة الفقهاء ص 425.

(٨) موانع المسؤولية الجنائية للتونجي ص 50 ، والمسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون لأحمد الأشهب ص 20.

وأما مصطلح الجنائية ، فلفظة الجنائية أضيفت إليها ياء النسبة وتاء التأنيث ، وقد مر بنا تعريف الجنائية لغة واصطلاحاً.

المسألة الرابعة : تعريف المسؤولية الجنائية باعتبارها لفظاً مركباً:
عرفت المسؤولية الجنائية بجملة من التعريفات منها :

- ١ - " صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي عما يرتكبه من جرائم " ^(١).
 - ٢ - " أهلية الشخص لتوقيع العقوبة عند إخلاله بالتزام، إذا توفرت في هذا الإخلال أركان الجريمة " ^(٢).
 - ٣ - " ثبوت الوضع الإجرامي للواقعة المادية التي يجرمها القانون إلى شخص معين متهم ، بحيث يضاف هذا الوضع إلى حسابه، فيتحمل تبعته، ويصبح مستحقاً للمؤاخذه عنه بالعقاب " ^(٣).
 - ٤ - " واجب أو تكليف يتم تحميله لشخص حقق بسلوكه عناصر الجريمة " ^(٤).
- وبالمناسبة فالمسؤولية الجنائية فرع من المسؤولية القانونية، حيث تنقسم الأخيرة إلى قسمين: مسؤولية جنائية ، وأخرى مدنية . ويراد بالمسؤولية المدنية (التزام المسؤول بتعويض المتضرر) وهي نوعان : عقدية ، وتقصيرية ^(٥).

(١) النظرية العامة للمسؤولية الجنائية عن جرائم الأشخاص والأحوال للدكتور/ عادل سيد فهميم ص 31، والمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في القانونين الليبي والأجنبي دراسة تفصيلية مقارنة لمحمود سليمان موسى ص18.

(٢) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ص22 ، والمسؤولية الجنائية أساسها وتطورها للدكتور/ محمد كمال الدين إمام ص111.

(٣) موانع المسؤولية الجنائية للتونجي ص50 ، والمسؤولية الجنائية للأشهب ص20.

(٤) المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية للدكتورين/ عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي ص14.

(٥) ينظر : المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ص20.

المطلب الثاني : أركان المسؤولية الجنائية :

ترتكز المسؤولية الجنائية على ركنين :

- الركن الأول : الجاني ، وهو محل المسؤولية الجنائية ، ولهذا الجاني شروط ؛ إذ ليس كل من باشر جناية أخذ بها ، وهي كالتالي :
- أ- أن يكون الجاني إنساناً حياً .

وعليه فلا يسأل عن أفعاله ، ومن ثم يعاقب عليها إلا الإنسان الحي ، وهذا المبدأ العظيم جاءت به الشريعة الإسلامية ، وأخذت به تبعاً التشريعات الأخرى ، وبمقتضاه لا سبيل لمساءلة جثث الموتى والحيوانات والجمادات ؛ لأن المساءلة سببها مخالفة الأوامر أو إتيان النواهي ، والإنسان الحي هو المخاطب بهذه الأوامر والنواهي دون غيره ، وهو وحده القادر على فهمها وإدراك معانيها ، واشتراط هذا الشرط يأتي خلافاً لما كان سائداً عند بعض أهل الشرائع القديمة من معاقبة الحيوان والجماد على ما سيأتي بيانه - إن شاء الله - في المطلب الثالث من هذا المبحث.

ب- أن يكون الجاني عاقلاً بالغاً (مكلفاً) .

والتكليف في الفقه الإسلامي شرط لتحمل الإنسان عواقب فعله ، والخرج في الشريعة مرفوع عن المجنون والصغير ومن في حكمهما ، يدل عليه قوله ﷺ : (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم) ، وفي رواية : (عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المعتوه حتى يبرأ)^(١).

(١) أخرج الروائين أبو داود الأولى من حديث علي بن أبي طالب ﷺ ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً من كتاب الحدود (4401) 140/4 ، والثانية من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - في الباب والكتاب السابقين (4398) 139/4 ، والترمذي في سننه عن علي بن أبي طالب ﷺ ، في باب فيمن لا يجب عليه الحد من كتاب الحدود (1423) 32/4 ، قال أبو عيسى : " حديث علي حديث حسن غريب " ، وأخرجه ابن ماجه في سننه من حديث عائشة رضي الله عنها ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم من كتاب الطلاق (2041) 658/1 ، والنسائي في سننه ، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج ، من كتاب الطلاق (5625) 360/3 ، والدارقطني في سننه عن علي (173) 138/3 ، والدارمي في سننه من حديث عائشة (2296) 225/2 ، والحاكم في مستدركه (2350) 67/2 ، وقال : " حديث صحيح " ، كما ذكره ابن حبان في صحيحه (142) (143) 355/1-356 ، وابن خزيمة في صحيحه (3048) 348/4 ، كما صححه النووي في شرح صحيح مسلم 14/8 ، ويرى بعض أهل الحديث أن حديث عائشة أقوى إسناداً من حديث علي ، ينظر : خلاصة البدر المنير 92/1 ، وبعد أن ذكر ابن حجر طرق الحديث قال في التلخيص 121/12 : " وهذه طرق تقوي بعضها بعضاً " ، وينظر : تصحيحه في تحفة المحتاج 259/1.

يقول الآمدي - رحمه الله - : " اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف ؛ لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم بحال كالجماد والبهيمة ، ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، ومن كون الأمر هو الله تعالى ، وأنه واجب الطاعة ، وكون المأمور على صفة كذا وكذا ، كالجنون والصبي الذي لا يميز ، فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة بالنظر إلى أصل فهم الخطاب ، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأي من يميز تكليف ما لا يطاق ؛ لأن المقصود أن التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب ، فهو متوقف على فهم تفاصيله .

وأما الصبي المميز ، وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز ، غير أنه أيضاً غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى ، وكونه متكلماً مخاطباً مكلفاً بالعبادة ... فنسبته إلى غير المميز كنسبة المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف" ^(١).

وكثيراً ما يُعبر في نصوص الأنظمة المعاصرة عن هذا الشرط بـ " الإدراك أو العلم " ^(٢) ، أو " التمييز " ^(٣) .

بل إن بعض الباحثين يرى أن المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي تعني التكليف ^(٤) ، لكن الصحيح أن التكليف شرط لها.

ج- أن يكون الجاني مختاراً مريداً :

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية في حق الجاني كونه بالغاً عاقلاً ، إذ لا بد أن يكون لدى الجاني قدر كافٍ من حرية الاختيار والإرادة ؛ حتى يمكن إسناد الجريمة إليه . أما إن كان مسلوب الإرادة ، معدوم الاختيار عنوة ، كما لو حمل شخص آخر ، وألقاه على ثالث فقتله ، فالحمول مكره لا إرادة له ولا اختيار أشبه آلة القتل . وكذا لو قبض رجل كفّ آخر ووضع بصمة إبهامه على بعض الأوراق والصكوك ، وهذا النوع من الإكراه هو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالإكراه

(١) الإحكام للآمدي 1/ 199.

(٢) ينظر : المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ليوسف الحداد ص 43 ، والمسؤولية الجنائية للدكتور / أحمد فتحي البهنسي ص 23 ، والموجز في القانون الجنائي لراشد علي ص 17 .

(٣) ينظر : مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي ص 84 ، والمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي ص 151 ، والمسؤولية الجنائية أساسها وتطورها ص 296 .

(٤) ينظر : القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية للدكتور / سليمان بن محمد الشعبي ص 384.

الملجئ^(١)، الذي لا تترتب عليه أي تبعة شرعية ، أو مسؤولية جنائية ، والخرج منفي في الشريعة الإسلامية عن المكره إكراهاً يلجئه إلى ارتكاب الفعل المحظور ؛ لما يلي :

- ١ - قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ (سورة النحل من الآية 106)، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ (سورة البقرة من الآية 173) .
- ٢ - جاءت السنة بالتجاوز عن المكره ، حيث يقول ﷺ : (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٢).

(١) عرّف بعض العلماء الإكراه الملجئ بأنه : الإكراه الذي انتهى إلى حد الإلجاء بحيث صارت نسبة فاعله إلى الفعل المكره عليه كنسبة المرتعش ، ينظر: الإلهاج شرح منهاج الوصول للسبكي 162/1، وجاء في منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي ص173 : " الإكراه الملجئ يمنع التكليف لزوال القدرة " ، وفي نهاية السؤل ص 173 : "الإكراه قد ينتهي إلى حد الإلجاء - وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار ، كالإلقاء من شاهق " ، وعرفه بعض الفقهاء بـ " أن يهدد مكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه " . ينظر : (نهاية المحتاج للرملي 6/ 644 ، والإقناع للشريبي 3/290 ، وأسنى المطالب 3/282) ، وقيل هو : هو الإكراه الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع العضو . ينظر : (مجلة الأحكام العدلية م 949 ، ومعجم المصطلحات الفقهية والقانونية للدكتور جرجس جرجس ص66) ، لكن التعريفات الأخيرة للإكراه دالة على بقاء شيء من الإرادة والاختيار للمكلف ، وإن كان اختياراً ناقصاً معيباً ، ومع ذلك يصح مؤاخذته ببعض الأفعال مما لا يباح بالإكراه مما يتعلق به حق للآدمي قتل نفس غيره ؛ إذ لا مسوغ شرعي ، ولا حق للمكره أن يدفعه الإكراه إلى الإضرار بغيره بحجة دفع الضرر عن نفسه ، ولا يجوز له أن يقتل نفساً ليستبقي نفسه؛ لأن من شروط رفع المؤاخذة في الإكراه الذي يتضمن الإرادة المعيبة كون وسيلة الإكراه أشد ضرراً من التصرف المطلوب من المكره، فإن كان المطلوب أشد أو مساوياً للوسيلة، لم يكن إكراهاً مانعاً من المسؤولية الجنائية ، وهذا هو الحاصل في الإكراه على قتل الغير. ينظر في الإكراه وحكمه : البحر الرائق 8/79 ، وتبيين الحقائق 5/182 وما بعدها ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام 1/39 و2/238، ومختصر خليل 8/9 ، وحاشية الدسوقي 4/246 ، والمجموع 9/152 ، وإعانة الطالبين 4/113 ، والمغني 7/291 ، والإنصاف 9/456 ، وينظر أيضاً : التوضيح في حل غوامض التنقيح 2/416-417 ، وتيسير التحرير 2/312 ، وشرح التلويح على التوضيح 2/42 ، والإكراه وأثره في التصرفات الشرعية للدكتور/ محمد المعيني ص136 وما بعدها.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - باب طلاق المكره والناسي ، من كتاب الطلاق (2045) 1/659 ، وأورده أيضاً من طريق أبي ذر الغفاري - رضي الله عنه - (2043) بلفظ إن الله تجاوز عن أمتي ... الحديث ، وأبي هريرة رضي الله عنه (2044) بلفظ حديث أبي ذر نفسه، يقول الكناي في مصباح الزجاجة عن إسناد حديث ابن عباس 2/162: "هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع، والظاهر أنه منقطع"، كما أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (11236) 6/84 ، والدارقطني في سننه (33) 4/170 ، والحاكم في مستدركه من عدة طرق، وصححه من طريق ابن عباس (2801) 2/216 ، وذكره ابن حبان في صحيحه (7219) 16/252 ، وعبد الرزاق في مصنفه (20588) 11/298 ، يقول الزيلعي في نصب الراية 3/223 لما ذكر طرقه: "أصحها حديث ابن عباس"، ويقول الشوكاني في السيل الجرار 2/124: "له طرق يقوي بعضها بعضاً"، وفي موضع آخر يقول 4/171: "هو حديث صالح للاحتجاج به" =

٣ - أن التأديب والعقوبات الشرعية إنما هي للزجر ، ولا حاجة إليه عند الإكراه ؛ إذ المباشر للجريمة منزجر في الأصل ، وإنما دفع إليها دفعاً.

٤ - أن مؤاخضة المكره على الفعل تفضي إلى اتخاذ الجناة الإكراه وسيلة لإلحاق الأذى بغيرهم. يقول الزركشي - رحمه الله - : " الشرط السادس : الاختيار ، فيمتنع تكليف الملجأ ، وهو من لا يجد مندوحة عن الفعل مع حضور عقله ؛ كمن يلقي من شاهق ، فهو لا بد له من الوقوع ، ولا اختيار له فيه ، ولا هو بفاعل له ، وإنما هو آلة محضة ، كالسكين في يد القاطع ، وحركته كحركة المرتعش ، ومثله المضطر" ^(١).

ويقول الآمدي - رحمه الله - معلقاً على الاختلاف في تكليف المكره الملجئ الذي لا اختيار له : " واختلفوا في الملجئ إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسعه تركه جواز تكليفه ذلك الفعل إيجاباً وعدمياً ، والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار ، وصارت نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه كنسبة حركة المرتعش إليه كان تكليفه إيجاباً وعدمياً غير جائز ، إلا على القول بتكليف ما لا يطاق ، وإن كان ذلك جائزاً عقلاً ، ولكنه ممتنع الوقوع سماعاً ، لقوله ﷺ : (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ^(٢) ، والمراد رفع المؤاخضة ، وهو مستلزم لرفع التكليف ، وما يلزمه من الغرامات فقد سبق جوابه غير مرة ، وأما إن لم ينته إلى حد الاضطرار - يقصد بالاضطرار هنا عدم التمكن من الفعل ونقيضه ، وهو سلب الإرادة - فهو مختار ، وتكليفه جائز عقلاً وشرعاً" ^(٣).

ومفاد ما سبق أن الشروط السابقة يمكن إجمالها في عنصرين أساسيين ، تقوم عليهما المسؤولية الجنائية هما : الإدراك ، والاختيار .

فالإدراك يعني قدرة الشخص على فهم ماهية سلوكه ، وتقدير النتائج التي تترتب عليه .

ويقول ابن حجر في الفتح عنه 5/ 161 : " حديث جليل " . وصحح الألباني - رحمه الله - طرقه عن أبي ذر وأبي هريرة وابن عباس ، ينظر : صحيح وضعيف سنن ابن ماجة (2043) ، (2044) ، (2045) 43/5-45 ، وينظر : تصحيح الألباني له أيضاً في إرواء الغليل (82) 123/1 .

(١) البحر المحيط في أصول الفقه 1/ 287 .

(٢) يرد بهذا اللفظ في مصنفات الأصوليين والفقهاء والمفسرين وشرح الحديث ، ولم أعثر عليه بلفظ (رفع عن أمتي الخطأ...) في كتب السنن ، والمصنفات .

(٣) الإحكام للآمدي 1/ 203 .

وحرية الاختيار تعني قدرة الشخص على توجيه إرادته الوجهة التي يبتغيها ، بحيث يكون حراً في اختيار السلوك الذي يقوم به .

وهذان العنصران لا يتصور وجودهما إلا في الإنسان الحي المكتمل القوى العقلية والموجود في ظروف عادية ، ولا يغني أحدهما عن الآخر ، فإذا اجتمعا قامت المسؤولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدهما سقطت^(١).

وقد اتفق الفقهاء^(٢) على أن من اعتدى مدركاً مختاراً فهو مستحق للعقوبة ، وقد نقل ابن رشد - رحمه الله - الاتفاق على أن الجاني العاقل البالغ والمختار يقاد منه إن قتل نفساً معصومة^(٣). وقد نصَّ ابن القيم - رحمه الله - على استحقاق الجاني المدرك المختار للعقوبة ، حيث يقول : "إن الله خلق العباد ... وركب الله في فطرهم معرفة الخير والشر ، والنافع والضار ، وعرفهم بذلك مفصلاً على ألسنة رسله ، وبين لهم أسباب العقوبة والثوبة والبشارة والنذارة والرغبة والرغبة ... فإن عصوا بعد هذا وهم مختارون مدركون ، فقد حقت عليهم العقوبة " ^(٤). كما أجمعت الأنظمة المعاصرة على اعتبار هذين الشرطين^(٥).

• الركن الثاني : الجنائية أو الجريمة :

وقد سبق تعريف الجريمة وبيان أنواعها ، وتعتبر الجريمة بنوعيتها العمد والخطأ من موجبات المسؤولية الجنائية .

(١) ينظر : القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية للدكتور / الشيعبي ص 306 .

(٢) ينظر: الهداية 164/4 ، والبحر الرائق 328/8 ، والشرح الكبير 238/4 ، وبلغة السالك 161/4 ، ونهاية المحتاج 265/7 ، والإقناع للشريبي 497/2 ، والإنصاف 479/9 ، والروض المربع 265/3 ، والمحلى لابن حزم 344/10 .

(٣) ينظر : بداية المجتهد 296/2-297 .

(٤) إعلام الموقعين 3 / 214-216 .

(٥) ينظر نصوصها في النظام العراقي (م 60-64) ، والليبي (م 79 - 87) ، والأردني (م 91-94) ، واللبناني (م 231-238) ، والعماني (م 98 - 104) ، والبحريني (م 21 - 26) ، والسوري (م 230 - 235) ، والجزائري (م 45 - 51) ، والكويتي (م 18 - 25) ، والقطري (م 18 - 25) ، والسوداني (م 49 - 51) ، والمصري (م 245 - 251) ، والفرنسي (م 64 - 65) ، وغيرها .

ينظر: موانع المسؤولية الجنائية في التشريعات الإسلامية والتشريعات العربية لمصطفى الزلي ص 19 ، والمسؤولية الجنائية للدكتورين / الدناصوري والشواربي ، ص 68 ، والمسؤولية الجنائية لأشهب ص 117 ، والأسباب المسقطه للمسؤولية الجنائية لجمعة بشير ص 103 وما بعدها .

ويراد بالعمد - كما سبق - ما توافر فيه قصد العدوان ، كالقيام بأمر محذور يعلم الجاني بترتب الضرر عليه ، ويكون مراده الاعتداء على الإنسان وإيذائه ويعبر عنه الفقهاء المعاصرون بالقصد الجنائي ، وهو في مجال الطب كقيام الطبيب بوصف دواء سام للمريض رغبة في إهلاكه والتخلص منه لثأر كان بينهما ، أو تواطئه مع امرأة لإجهاض حملها بعد نفخ الروح فيه إخفاءاً لجريمة الزنا ، أو يحقن مريضاً بحقنة مهلكة ، أو غيرها مما سيرد في الفصول التالية - بإذن الله - .

وأما الخطأ فقد سبق بيان المراد منه ، وسيأتي ذكر شيء من صورته في الطب في الفصل الأخير من هذا البحث ، وبعض تلك الصور توجب المسؤولية الجنائية على ما سيأتي .

وللجريمة في الفقه الإسلامي أركان عددها بعضهم ثلاثة :

- ١ - ركن شرعي : وهو النص الذي يحظر الجريمة ، ويعاقب عليها .
 - ٢ - ركن مادي : وهو الفعل المكون للجريمة فعلاً كانت أو امتناعاً .
 - ٣ - ركن معنوي أو أدبي : وهو وجود الإرادة الآثمة ، ويراد بها الاتجاه إلى مخالفة أوامر الشرع^(١) .
- والركن المادي - بناء على ما سبق - يتكون من ثلاثة أمور بحسب ما يذكره الفقهاء :
- الأول: التعدي ويقصد به : الاعتداء على حق الغير ، والتعدي من الطبيب هو : إتيانه فعلاً محظوراً بالمباشرة أو التسبب^(٢) ، سواء كان الفعل إيجابياً أو سلبياً ، وقد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه : النشاط أو السلوك الإجرامي إيجابياً كان أو سلبياً^(٣) .
- الثاني: حصول الضرر ، ويعرف الفقهاء الضرر بأنه : " إلحاق مفسدة بالغير " ^(٤) ، وهذا الضرر قد يكون حسيماً مادياً سواء وقع على بدن المريض ؛ كالقتل والقطع ، ونحوهما ، أو واقعاً على المال ، كما في تجارة الوهم لابتزاز الأموال ، وقضايا الاختلاس ونحوها - والذي سيأتي التفصيل فيها لاحقاً - ، وقد يكون الضرر من الطبيب أدبياً معنوياً وهذا النوع من

(١) ينظر: التشريع الجنائي للدكتور/عبد القادر عودة 110/1 - 111 ، والمسؤولية الجنائية للدكتورين / الدناصوري والشواربي ص 79 - 82 ، والمسؤولية الجنائية عن فعل الغير للدكتور/ محمود عثمان الممشري ص 83 - 89 ، وجرائم القتل العمد وشبه العمد والخطأ وجرائم الحدود في الشريعة والقانون للدكتورة/ بدرية حسونة ص 325 - 326 ، والقصد الجنائي للشعبي ص 91 ، وقد سبق بيان المراد بالجريمة الإيجابية والجريمة السلبية عند الحديث عن أنواع الجرائم .

(٢) لا فرق في المسؤولية الجنائية بين المباشر والمتسبب ، فكلاهما مسؤول جنائياً عن فعله . ينظر : التشريع الجنائي الإسلامي لعودة 111/1 ، وسيأتي في هذه المسألة مزيد بحث إن شاء الله .

(٣) ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي 111/1 .

(٤) الفتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي ص 237 .

الأضرار يصيب كرامة المريض وشعوره وسمعته ، كما في جريمة إفشاء أسرار المريض بلا مبرر .

ويعبر المعاصرون عن هذا الركن بـ (النتيجة الإجرامية) .

الثالث: الإفضاء وهو : كون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع^(١) ، ويعبر عنه المعاصرون بالرابطة السببية، بحيث يكون السلوك سبباً في حدوث النتيجة المنهي عنها، وتعرف الرابطة السببية بأنها "صلة مادية تربط بين سلوك معين ونتيجة محظورة"^(٢). وقيل في تعريفها أيضاً هي : " الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة ، وتثبت أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة " ^(٣).

ومجرد وقوع الضرر للمريض ، وثبوت خطأ الطبيب لا يكفي لقيام المسؤولية ، بل يجب لتوافرها علاقة سببية بين الخطأ والضرر^(٤).

أما الركن المعنوي ويراد به إتيان الفعل الممنوع بإرادة واعية واختيار ، ولهذه الإرادة صورتان^(٥):

الصورة الأولى : العمد وقصد العدوان ، وهو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه^(٦)، ويسمى القصد الجنائي أو القصد الجزائي^(٧). وعرف بعدة تعريفات ، منها أنه : القصد إلى الفعل مع الرضا بنتائجه ، أو اتجاه الإرادة إلى طلب هذه النتيجة^(٨). وقيل هو : اتجاه إرادة الفعل ، أو الترك المعاقب عليه^(٩).

(١) من بحث : ضمان الطبيب للدكتور / حسان شمسى باشا ضمن مجموعة بحوث ضمتها مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الخامسة عشرة ، ع 15 ، ج 4 ، ص 476.

(٢) مبادئ التشريع الإسلامي ص 72 .

(٣) أحكام الرابطة السببية في الجرائم العمدية وغير العمدية دراسة علمية على ضوء الفقه وقضاء النقض للدكتور/ عبد الحكم فودة ص 8 .

(٤) ينظر: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ص 255.

(٥) ينظر : المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ص 365 ، ومبادئ التشريع الجنائي ص 85-86 .

(٦) ينظر : التشريع الجنائي لعودة 409/1 ، ومبادئ التشريع الإسلامي ص 86 .

(٧) ينظر : المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ص 356 .

(٨) ينظر : الجريمة والعقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص 348 .

(٩) ينظر : المسؤولية الجنائية للدكتورين/ الدناصوري والشواربي ص 31 وما بعدها .

والعمد هو أشد أنواع العصيان وأعظم أنواع الجرائم .
ولكون نية الاعتداء والقصد الجنائي أمرين لا يطلع عليهما، بل هما من أفعال القلب، فإن أغلب الفقهاء يستدلون على هذا الأمر المعنوي بالآلة المستخدمة في نحو جرائم القتل والجرح والضرب، جاء في الدرر الحكام : " فإن القصد فعل القلب، لا يتوقف عليه فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه، فإن الآلة القاتلة غالباً هي المحدودة ؛ لأنها هي المعدة للقتل ، وأما الضرب بالحجر والخشب فهي شبه عمد عند أبي حنيفة ؛ لأن في هذا الفعل معنى العمدية باعتبار قصد القاتل إلى الضرب، ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده إلى القتل ؛ لأن الآلة التي استعمالها ليست بآلة القتل"^(١).

ويقول ابن عابدين-رحمه الله- في حاشيته : "(القتل خمسة: عمد، وهو أن يتعمد ضربه بآلة تفرق الأجزاء) إنما شرط فيها ذلك ؛ لأن العمد هو القصد، ولا يوقف عليه إلا بدليله، ودليله استعمال القاتل آله، فأقيم الدليل مقام المدلول؛ لأن للدلائل مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية"^(٢).

ويقول الماوردي-رحمه الله- في تعريفه العمد : "أن يتعمد قتل النفس بما يقطع بحده ، أو بما يمور في اللحم مور الحديد ، أو بما يقتل غالباً بثقله ؛ كالحجارة والخشب "^(٣).
كما عدّ الحنابلة من صور القتل العمد أن يضربه بما يغلب على الظن موته به كالحجر الكبير، أو يلقي عليه حائطاً أو سقفاً ، أو نحوهما^(٤).
بل ذكر الحنابلة أن العبرة بالآلة المستخدمة ، فإن كانت مما يقتل غالباً أقيد به ، فإن ادّعى عدم القصد لم يقبل منه - أي القاتل - لأن الظاهر خلافه^(٥) .

(١) الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشهير بمغلا خسرو 88/2 ، وذكر السرخسي نحوه في المبسوط 65/26.

(٢) 527/6 ، وما بين الأقواس هو متن الدر المختار للحصكفي .

(٣) الأحكام السلطانية ص 466.

(٤) ينظر : الفروع لابن مفلح 471/5 ، وكشاف القناع للبهوتي 506/5 ، وشرح الزركشي 5-4/3 .

(٥) ينظر : الفروع 471/5 .

وبالنظر إلى ما ذكره الفقهاء في مصنفاتهم ، يتبين أن الحنفية يشترطون كون الآلة المستخدمة في القتل آلة محددة مفرقة للأجزاء ؛ كالكسكاكين وما جرى مجراها ؛ لما فيها من الدلالة على القصد^(١)، بينما لم يشترط الجمهور ذلك ، بل يكفي عندهم كون الآلة مما يقتل غالباً^(٢). وأما المالكية فالقتل عندهم عمد عدوان بمجرد حصوله بأي آلة ، حتى وإن لم تكن مما يقتل غالباً ، فالعمد حاصل ولو حصلت الوفاة بسبب قضيب ، فلا يشترط عندهم كون الآلة المستخدمة للقتل مما يقتل مثلها^(٣).

وتوافق جميع النظم المعاصرة ما اتفق عليه فقهاء الشريعة من اعتبار الآلة المستخدمة في الاستدلال على قصد الجاني^(٤).

وبناء على ما سبق فالأساس المعنوي لجرائم العمد العدوان هو (القصد الجنائي) ، ويتمثل في عنصرين : أحدهما الإرادة والاختيار للسلوك المحظور ، والثاني العلم والرضا بنتائج هذا السلوك ، وكلاهما نشاط نفسي يدفع الفاعل إلى ممارسة العمل الإجرامي^(٥).

الصورة الثانية : الخطأ الموجب للضمان ، وهو الناتج عن تعدي وتقصير ، وعُرف بأنه : " فعل أو قول يصدر من الإنسان بغير قصد بسبب ترك الثبوت عند مباشرة أمر مقصود " ^(٦).
وقيل هو : " المخالفة لا عن قصد ، ولكن عن تقصير وعدم تثبت " ^(٧).

ويعبر عنه أحياناً بالخطأ الجنائي أو الجزائي ، باعتبار موجب ، وعرف الخطأ الجنائي بأنه : " كل فعل أو امتناع لا يتفق مع واجب الحيطة والحذر " ^(٨)، وقيل هو : " عدم اتخاذ الجاني واجب الحيطة والحذر الذي يقتضيه النظام القانوني ، وعدم حيلولته تبعاً لذلك من أن يؤدي سلوكه إلى

(١) ينظر : المبسوط 59/26 ، والدر المختار 527/6.

(٢) ينظر : منهاج الطالبين 122/1 ، وكشاف القناع 505/5.

(٣) ينظر : الكافي لابن عبد البر 587/1-588 ، والقوانين الفقهية 226/1 ، ومواهب الجليل للخطاب 24/5 .

(٤) ينظر بعض النصوص الواردة في ذلك في : المجلة القضائية سنة 1968 م ص 111 نقلاً عن كتاب جرائم القتل العمد وشبه العمد والخطأ للدكتورة/ بدرية حسونة ص 41-42 .

(٥) ينظر : مبادئ التشريع الإسلامي ص 86-87 ، والأسباب المسقطه للمسؤولية الجنائية لجمعة بشير ص 55-58.

(٦) كشف الأسرار على أصول الإمام فخر الإسلام البزدوي 534/4.

(٧) أصول الفقه لمحمد الخضير ص 131 .

(٨) مبادئ التشريع الجنائي ص 92 .

حدوث النتيجة المجرّمة ، بينما يكون بوسع الشخص المعتاد إذا وجد في ظروف الفاعل أن يحول دون حدوثها" (١).

وهذه الصورة لا يتوافر فيها القصد الجنائي ، ولا يعني ذلك عدم حصول المسؤولية ، بل الفاعل مسؤول عن جنائته لحصول الجريمة بسبب منه ، أو لإخلاله بما يجب عليه من واجبات الحيلة والحذر والتحرز ، مما يفضي إلى وقوع الجناية أو الجريمة غير العمدية . يقول البجيرمي -رحمه الله- مبيناً العلة من وجوب الدية في جناية الخطأ : " والقصد منها - أي الدية- تدارك ما فرط من التقصير، وهو في الخطأ الذي لا إثم فيه ترك الثبوت مع خطر النفس" (٢).

وقد نص الفقهاء على مسؤولية الجاني عن هذا النوع من الجرائم ، ومن ذلك ما ذكره الزيلعي -رحمه الله- في كتابه تبين الحقائق ، حيث قال : " فهذا النوع من القتل ، وهو الخطأ لا يَأْثُمُ القتل ، وإنما يَأْثُمُ ترك التحرز والمبالغة في الثبوت ؛ لأن الأشياء المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط ألا يؤدي أحداً ، فإذا آذى أحداً ، فقد تحقق ترك التحرز والتأثير " (٣).

ويقول الفتازاني - رحمه الله - : " ويجوز المؤاخذة بالخطأ لقوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن دُسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا ﴾ (سورة البقرة من الآية 286) ، فإنه لو لم يجز لم يكن للدعاء فائدة ، وعند المعتزلة ، لا يجوز ؛ لأن المؤاخذة إنما هي على الجناية وهي بالقصد ، والجواب أن ترك الثبوت منه جناية وقصد ، وبهذا الاعتبار جعل الخطأ من العوارض المكتسبة " (٤).

ومع ثبوت مسؤولية الجاني في هذه الصورة ، إلا أنها تبقى مسؤولية مخففة ، ويضيف الفقهاء على هذين النوعين نوعين آخرين ، فمع العمد هناك شبه العمد ، وهو أن يقصد الجاني المجني عليه المعصوم بما لا يقتل غالباً ؛ كالعصا الصغيرة لغرض التأديب ونحوه ، وهذا القسم اعتبره جمهور الفقهاء من الحنفية (٥)،

(١) المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية للدكتور /أحمد الأشهب ص105.

(٢) حاشية البجيرمي 191/4.

(٣) 101/6 ، وجاء في كشف الأسرار نحواً منه 535/4.

(٤) شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه 411/2.

(٥) ينظر : البحر الرائق 327/8.

والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وأبطله المالكية^(٣) يقول الإمام مالك - رحمه الله - : " الأمر شبه العمد باطل ، وإنما هو عمد وخطأ ، ولم أجد في القرآن غير ذلك ، وهو الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه " ^(٤)، وأدخلوا صورته ضمن العمد^(٥) .

كما زاد الحنفية^(٦) ، وبعض الحنابلة^(٧) على أقسام الجناية الثلاثة ما جرى مجرى الخطأ ، والقتل والقتل بالتسبب .

(١) ينظر : الإقناع للشريبي 495/2 .

(٢) ينظر : الإنصاف 433/9 .

(٣) ينظر : بداية المجتهد 297/2-298 .

(٤) الاستذكار 164/8 .

(٥) ينظر : القوانين الفقهية 226/1 .

(٦) ينظر : حاشية ابن عابدين 527/6 .

(٧) ينظر : الإنصاف 433/9 .

المطلب الثالث : المسؤولية الجنائية في التشريعات القديمة :

كانت الشرائع القديمة كالرومانية واليونانية والفارسية والبابلية تجعل الحيوان والجماد كالإنسان في اعتباره محلاً للمسؤولية ، وصلاحيّة المساءلة الجنائية ، والعقوبة الجزائية ، فقد كانت تعاقب الجماد بالتحطيم والإحراق والمصادرة ، وتعاقب الحيوان بالإعدام أو بالتخلي ، ويراد بالتخلي تمكين المجني عليه من الحيوان مسبب الضرر .

كما كانت تستهدف الإنسان بعقوبات لا تتناسب مع قدر الجريمة ، كما في تخلي الأسرة أو العشيرة أو القبيلة عن الجاني تخلياً كاملاً^(١).

ولقد كانت العقوبة بالنسبة للإنسان في تلك التشريعات تصيب الأموات كما تصيب الأحياء ، والإنسان فيها يعدُّ مسؤولاً عن عمله ، سواءً أكان رجلاً أم طفلاً مميزاً أم غير مميز، مختاراً أم غير مختار، مدركاً أم غير مدرك^(٢).

ومن ناحية أخرى فالمسؤولية الجنائية في هذه الشرائع البالية لا تقف عند مساءلة الجاني فحسب، بل تتعداه إلى مساءلة باقي أفراد الأسرة التي يرتكب الجرم أحد أفرادها ، وخاصة في الجرائم الخطيرة كجريمة الخيانة العظمى ، والجرائم الدينية .

كما أن العقوبة تقع أيضاً على ممتلكات المجرم والأسرة التابع لها من حيوان وجماد وغير ذلك ، حيث تطبق العقوبة عليها بالإبادة أو التحطيم أو الإحراق أو المصادرة^(٣).

وحيث إن البحث يتناول المسؤولية الجنائية للطبيب خاصة ، فإن من مظاهر تحمل الطبيب لهذه المسؤولية في الشرائع القديمة أن الطبيب إذا لم يراع الأسس والقواعد الطبية المقننة في تلك الشرائع ، وترتب على ذلك موت المريض فعقوبته بالإعدام ، وفي حال مراعاتها فلا شيء عليه وإن مات المريض^(٤) ، كما ذكر أرسطو مثلاً مدى مسؤولية الأطباء في العصر الفرعوني ، حيث قال :

(١) ينظر : مدونة جستنيان ، ترجمة : الدكتور/ عبدالعزيز فهمي ص 292 ، وموانع المسؤولية الجنائية للتونجي ص 16 .

(٢) ينظر : التشريع الجنائي الإسلامي للدكتور/ عبد القادر عودة 381/1 .

(٣) ينظر : الظاهرة الإجرامية لأحمد المجدوب ص 24 ، وموانع المسؤولية الجنائية للتونجي ص 16 ، والأسباب المسقطّة للمسؤولية الجنائية لجمعة بشير ص 24-27 .

(٤) ينظر : المسؤولية الجنائية للأطباء للدكتور/ أسامة قايد ص 14-15 ، والمسؤولية الطبية المدنية والجزائية لبسام محتسب

" لا يسمح للأطباء المصريين بأن يصرحوا للمريض بأن يتحرك من فراشه ثلاثة أيام متوالية ، فإذا أباح له أحدهم فعل ذلك فعليه أن يتحمل مسؤولية المخاطرة" ^(١).

وكان القانون الفرعوني يحرم الإجهاض ، ويعاقب الطبيب الذي يساعد امرأة على حصوله ^(٢).

وأما التشريعات العراقية القديمة ، فقد جاء في بعض نصوص حمورابي ما يتعلق بتحميل الأطباء المسؤولية عن بعض أعمالهم الطبية ، ومن ذلك ما ورد في المادة رقم 218 ، حيث جاء فيها : " إذا عالج الطبيب رجلاً حراً من جرح خطير بمشرط من البرونز وتسبب في موت الرجل ، أو إذا فتح خراجاً في عينه ، وتسبب بذلك في فقد عينه تقطع يده " ^(٣).

كما اهتم الآشوريون بقضية الإجهاض ، وفرض غرامات مالية على الطبيب المجhez ، بالإضافة إلى خمسين جلدة .

وأما الطبيب في قوانين اليونان فعقوبته القتل إذا ما تسبب الدواء الذي أعطاه للمريض في موته ، ويلزم بمتابعة حالة المريض باستمرار ودون انقطاع ، وإلا عرض نفسه للعقوبة ^(٤).

وعقوبة الأطباء تتباين عند اليونانيين تبعاً لتباين حالتهم وحالة المرضى الاجتماعية .

وأما الرومان فالطبيب في قوانينهم مسؤول إذا أدى الدواء إلى إصابة المريض أو موته ، وإذا غش الطبيب عندهم أو أهمل ، فلا يفلت من العقوبة ، واختلاف العقوبة تبعاً لاختلاف المكانة الاجتماعية للأشخاص أمر معتبر عند الرومان ، كما هو عند اليونان ^(٥).

وعند اليهود يعاقب الطبيب إذا خالف أصول المهنة ، أو طب دون إذن مجلس القضاء المحلي ، أو أدت مداواته إلى موت المريض أو زمانته ، أو إذا أجهض امرأة بدواء ، وتصل عقوبته عندهم إلى الموت إذا ثبت تعمدته أو إهماله ، ومات المريض بسبب ذلك ^(٦).

(١) الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ للدكتور/ معوض عبد التواب ص 449 .

(٢) ينظر : تاريخ الطب والصيدلة لسمير يحيى الجمال ص 122 ، والمسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ليويسف الحداد ص 4-5 .

(٣) المسؤولية الطبية لبسام محتسب ص 37 .

(٤) ينظر : المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية ليويسف الحداد ص 6-7-9 ، والمسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب للدكتور/ محمد البار ص 29 .

(٥) ينظر : المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب ص 31 .

(٦) ينظر : المرجع السابق ص 32 .

ويتبين -مما سبق- أن الشرائع الوضعية القديمة عرفت المسؤولية الجنائية في الجملة ، مع التحفظ على الكثير من الظلم والجهل الذي يعتري تلك الأنظمة ؛ إذ لا تحديد لمحل المسؤولية ، ولا اعتبار لشروطها ، ولا تناسب بين الجريمة والعقوبة المقدرة عليها ، وهذا ما يدفعني لتناول المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية في المبحث التالي ؛ إذ بضدها تتميز الأشياء .

المطلب الرابع : المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية^(١):

تميزت الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع بما يلي :

- ١ - اهتمت الشريعة الإسلامية بإقرار المسؤولية الفردية ، وتميز مسؤولية كل فرد عن غيره ، وتميزها أيضاً عن المسؤولية الجماعية ، حيث قررت أن كل إنسان مسؤول عما جنت يده ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، ولا يتحمل أحد شيئاً من عقوبة الجاني في الدنيا ، وإن كان من ذويه وقرابته^(٢) ، وأما في الآخرة فسيجازى المرء وحده على أعماله إن خيراً فخير ، وإن شراً فشر ، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (سورة المدثر الآية 38)، وقوله: ﴿وَمَنْ يَكْسِبْ إِثْمًا فَإِنَّمَا يَكْسِبُهُ عَلَى نَفْسِهِ﴾ (سورة النساء ، من الآية 111) ، وقوله تعالى : ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ (سورة الأنعام من الآية 164) .

- ٢ - محل المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية الإنسان الحي المكلف المختار ، فالخرج فيها مرفوع عن الصغار والمجانين ونحوهم ، حيث قال النبي ﷺ : (رفع القلم عن ثلاثة ؛ عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم)^(٣).

كما أن الشريعة لا تؤاخذ من لا إرادة له من البشر ، فضلاً عن محاسبة الحيوان والجماد ، كما كان مقرراً في التشريعات القديمة وقوانين العصور الوسطى في أوروبا التي كانت تحكم على الحيوانات بأحكام جنائية^(٤).

ويبين لنا الغزالي - رحمه الله - علة تخصيص الإنسان المدرك دون غيره بالتكليف ، حيث يقول: "فلا يصح خطاب الجماد والبهيمة ، بل خطاب المجنون والصبي الذي لا يميز ؛ لأن التكليف

(١) ينظر في ذلك : الأسباب المسقطة للمسؤولية الجنائية لجمعة بشير ص 34 ، والمسؤولية الطبية للدكتور/ محمد البار ص 99 ، والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية للأشهب ص 14 - 15 .

(٢) يستثنى من ذلك الدية في القتل الخطأ ، فتتحملها العاقلة وهم عصبة الرجل ، يقول ابن المنذر في الإجماع ص 120 : (أجمع أهل العلم على أن دية الخطأ تحمله العاقلة) ، وينظر : المبسوط 181/13 ، ورسالة القيرواني 125/1 ، وروضة الطالبين 245/9 ، والمبدع 20/9 .

(٣) سبق تخريجه ص 63 .

(٤) ينظر : مسؤولية الطبيب الجنائية لأسامة التايه ص 64 .

- مقتضاه الطاعة والامتثال ، ولا يمكن ذلك إلا بقصد الامتثال ، وشرط القصد العلم بالمقصود والفهم للتكليف، فكل خطاب متضمن للأمر بالفهم ، فمن لا يفهم، كيف يقال له افهم؟^(١).
- ٣ - قررت الشريعة مبدأ " الضرورات تبيح المحظورات " ^(٢) ، وليست الإباحة هنا بإطلاقها ، بل إن الضرورة تقدر بقدرها . ومن أمثلة ذلك في الفقه الإسلامي ؛ إباحة أكل الميتة لمن لم يجد غيرها ويخشى الهلكة بتركها، فيباح له الأكل منها بقدر ما يدفع الضرر عنه .
- ٤ - راعت الشريعة الظروف والأحوال التي أحاطت بالسلوك الإجرامي، واعتبرتها عند مساءلة الجاني، ومن أمثلة ذلك في الفقه الإسلامي اجتهاد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في منع إقامة حد السرقة في عام الرمادة ؛ إذ كان زمن مجاعة شديدة^(٣).
- ٥ - لا عقوبة في الشريعة الإسلامية إلا بعد الإنذار ، ولا يحكم بتجريم عمل إلا بنص ، وعليه فكل ما لم ينصّ الشرع على تحريمه فهو من الأفعال المباحة ، ومتى ما علم الإنسان بالتحريم عوقب على اقتراف المحرم ، وقبل ذلك هو معذور بجهله إن كان لهذا الجهل سبب مقبول كحديث عهد بالإسلام ، ونحوه ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ (سورة الإسراء من الآية 15) ، وقوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا ﴾ (سورة القصص الآية 59) .
- ٦ - ليس للقضاء في الشريعة الإسلامية حرية اختيار العقوبة أو تقديرها في جرائم القصاص والحدود، بخلاف العقوبات التعزيرية التي يحكم بها القاضي وفقاً للمصلحة التي يراها ؛ إذ إن " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة " ^(٤) كما هو مقرر شرعاً.

(١) المستصفى 67/1.

(٢) ينظر : مجلة الأحكام العدلية م (21) 18/1 ، والمنثور في القواعد 317/2 ، وقواعد الفقه للبركي 89/1 ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا 163/1.

(٣) أخرج الإمام مالك في موطأه 748/2 ، والإمام الشافعي في مسنده 224/1 أن رقيقاً لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها ثم أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ، فلما ذهب بهم دعاه وقال لحاطب: أراك تجيعهم ، وغرّمه ثمن الناقة ، ولم يقطعهم. قال ابن حزم في المحلى 325/11: (هذا أثر عن عمر كالشمس)، وفيه أنه رضي الله عنه عدل عن قطعهم لما استبان أن جنائهم كانت بسبب جوعهم . قال الزرقاني في شرحه 48/4 : (وهذا معلوم من عمر أنه لم يقطع سارقاً عام الرمادة).

(٤) ينظر : مجلة الأحكام م (58) 22/1 ، ودرر الحكام 251/2 ، ومجمع الضمانات 821/2 ، والأشباه والنظائر 121/1 ، والمنثور 309/1 ، وقواعد الفقه 70/1 ، وشرح القواعد الفقهية 309/1 ، والوجيز للبورنو ص 292.

٧ -المجرمون في الشريعة الإسلامية سواسية ، لا فرق بين غني وفقير ، وشريف ووضيع ، وقوي وضعيف ، فالكل أمام حكم الله سواء ، بل إن الإسلام يمقت أشد المقت التمييز بين الناس ، أو النظر للغنى أو اللون أو الجنس ونحوها عند إقامة حدود الله ، بل قررت على لسان نبينا الكريم أن التمييز بين الناس ، واعتبار ما لا يعتبر من شرف ونحوه كان سبباً في هلاك الأمم السابقة ، حيث قال ﷺ : (إنما أهلك الناس أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد)^(١).

أما المسؤولية الجنائية للطبيب في الشريعة الإسلامية فعلى ما يلي :

١ -حثت الشريعة على تعلّم مهنة الطب ، وأمرت الناس بطلب أسباب العافية والتداوي ، ومن ذلك ما جاء في الحديث الشريف من أنه ﷺ لما سئل عن التداوي قال : (نعم يا عباد الله تداووا)^(٢).

٢ -تعترف الشريعة الإسلامية بأن الأصل في التزام كل من يمارس مهنة طبية هو التزام ببذل عناية تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها ، ولا يمكن أن يكون مسؤولاً عن النتيجة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة لمريضه^(٣)؛ إذ من المسلم به علمياً أن الطبيب مهما بلغ من العلم والمعرفة لا يلزم بتحقيق الشفاء للمريض، وقد يموت المريض مع بذل الجهد والرعاية، وتوخي الحذر والحيلة ؛ لأن شفاء المريض لا يتحقق من حسن التطبيب فقط ، وإنما يكون لقوة طبيعة المريض ، ومناعة جسمه وقدرته على مدافعة المرض ، وهذا مما لا تحكم للبشر فيه ، وإنما هو من عند الله عز وجل ، فلا يصح أن تكون سبباً للمسؤولية^(٤).

وقد أشار الفقهاء -رحمهم الله- إلى ذلك ، يقول الزرقاني : " وهذا يصحح أن المعالجة إنما هي لتطبيب نفس العليل وأنسه للعلاج ، ورجاء أنه من أسباب الشفاء ، كالتسبب بطلب الرزق المفروغ منه ، وفيه أن البرء ليس في وسع مخلوق تعجيله قبل حينه ، وقد رأينا الأطباء

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، باب من شهد الفتح من كتاب المغازي (4053) 1566/4 ، ومسلم في صحيحه باب قطع السارق الشريف وغيره ، والنهي عن الشفاعة في الحدود من كتاب الحدود (1688) 1315/3.

(٢) سبق تخريجه ص 37.

(٣) المادة (4) من مشروع القانون الاتحادي ، ينظر : المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية ليوسف الحداد ص 109 .

(٤) ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 28/4 ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل 29/7 ، وتبصرة الحكام 231 ، والتداوي والمسؤولية الطبية للدكتور/ قيس مبارك ص 270 .

يعالج أحدهم اثنين علتها واحدة في زمن واحد وسن واحد وبلد واحد ، وربما كانا توأمين فيعالجهما بعلاج واحد، فيصح أحدهما ويموت الآخر، أو تطول علته، ثم يصح عند الأمد المعدود له^(١).

ويقول قليوبي-رحمه الله- في حاشيته : " ويستحق الأجرة -أي الطبيب- وإن لم يحصل الشفاء ، فلو شرط في العقد الشفاء ، والعود عليه بما أخذه فسد العقد ؛ لأن الشفاء بمحض صنع الله تعالى^(٢) ، كما ذكر غيره من فقهاء الشافعية استحقات الطبيب أجرته، وإن لم يبرأ المريض^(٣). ويقول البعلي-رحمه الله- : " ولا يجوز أن يستأجر الطبيب على الشفاء ؛ لأنه غير مقدور عليه^(٤) .

ويمكن أن يستأنس في هذه المسألة بحديث : " لكل داء دواء ، فإذا أصيب دواء الداء برئ بإذن الله عز وجل^(٥) ، وكأن لفظ الحديث مشعر بأن الطبيب لا يلزمه إصابة الدواء للداء ، بل قد تحصل الإصابة وقد لا تحصل ، وإنما الواجب على الطبيب بذل الجهد في تعيين الدواء المناسب ، وهذا الأمر الذي أقرته الشريعة يخالف ما هو مقرر في بعض التشريعات البالية التي تنزل بالطبيب أقصى العقوبات إذا ما توفي المريض دون النظر في كون الطبيب معتدٍ أو غير معتدٍ ؛ إذ العقوبة تتعلق عندهم بحال المريض عقب المداواة ، بل إن بعض هذه التشريعات تنكر على الطبيب مطالبتة بأجره وأتعابه إذا لم يشف المريض ، لاعتبار الأجر عندهم مقابل الشفاء^(٦) .

٣ - أكدت الشريعة الإسلامية على ملكية نفس الإنسان وجسده لله عز وجل ، وأن ليس للإنسان إلا حق الانتفاع والتمتع بنفسه وجسده في حدود ما أباح الله تعالى ، وعليه فلا يجوز للإنسان الاعتداء على نفسه أو نفس غيره ، أو يلحق الضرر بها سواء أكان التعدي مباشراً كالقتل

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل 418/4.

(٢) 79/3.

(٣) ينظر : إعانة الطالبين 122/3 ، وفتح المعين (مطبوع مع إعانة الطالبين) 122/3.

(٤) مختصر الفتاوى المصرية 527/1.

(٥) سبق تخرجه ص 38.

(٦) ينظر: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية لبسام محتسب بالله ص 43 .

والضرب ، أم غير مباشر كتكليف الإنسان نفسه ما لا يستطيع تحمله ، أو يعرض نفسه للمخاطر أيا كان نوعها ^(١).

قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (سورة النساء من الآية 29) ، وقال : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (سورة البقرة من الآية 195) .

إلا أن اعتراف الشريعة بمهنة الطب ، بل وحثها عليها يقتضي إباحة ممارسة سائر الأعمال

الطبية وما قد تتضمنه من مساس بالأبدان ، وعلى عدم مسؤولية الطبيب عن هذا المساس ، ويستثنى من ذلك ما لو تعدى الطبيب ، فإنه حينئذ يكون كغيره مسؤولاً عن تعديه ، سواء أكان متعمداً أم مخطئاً نتج خطؤه عن تقصير وإهمال ، بل قد تكون مسؤوليته أعظم لكونه مؤتمناً على نفوس مرضاه وأبدانهم. ومن منطلق حرمة الجسد ، حذرت الشريعة من تطيب الجاهل ، والتعرض لأبدان الناس دون سابق علم؛ لما في ذلك من عظيم الخطر ، وضمنته ما حصل من فعله من ضرر، قال رسول الله ﷺ : (من تطيب ولم يعلم منه طب فهو ضامن) ^(٢)، وفي رواية : (أيما طبيب تطيب على قوم لا يعرف له تطيب قبل ذلك ، فأعنت فهو ضامن) ^(٣).

٤ في الشريعة الإسلامية يشترط لممارسة الطب بعض الشروط من توافرت فيه من الأطباء ، فلا مسؤولية، ومن اختل فيه شرط منها فهو مسؤول ^(٤)، وهي أن يكون الممارس للطب طبيباً لا

(١) ينظر: مسؤولية الطبيب المهنية للمستشار القانوني/ عبدالله بن سالم الغامدي ص 48 .

(٢) هذه الرواية سبق تخريجها ص 41.

(٣) أخرج هذه الرواية أبو داود في سننه عن عبدالعزيز بن عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله- قال : حدثني بعض الوفد الذين قدموا على أبي قال : قال رسول الله ﷺ - قال : (أيما طبيب ... الحديث) باب فيمن تطيب بغير علم فأعنت ، من كتاب الدييات (4587) 711/4.

(٤) إلا أن ابن فرحون -رحمه الله- نقل رواية مخالفة ، حيث يقول : " وإذا أذن الرجل لحجام أن يفصده أو يحنّ ولده أو البيطار في دابة ، فتولد من ذلك الفعل ذهاب عضو ، أو تلفت الدابة ، أو العبد ، فلا ضمان عليه لأجل الإذن ، قال ابن راشد : وحكى القاضي أبو محمد رأيه بال ضمان ؛ لأنه قتله خطأ" ينظر : تبصرة الحكام 408/5. يقول قيس مبارك في كتابه التداوي ص 163: "فما ذكره ابن فرحون يفيد أن الطبيب المؤهل الذي لم يحصل الهلاك من فعله، وإنما حصل من سرية جرحه، يجب تضمينه، وهذا لا يمكن القول به، ولم يقل به حتى الحنفية الذين يوجبون الضمان من سرية الفعل المباح".

والصحيح حمل قوله على ما لو أخطأ الطبيب فجنت يده من غير قصد ؛ إذ هي الأشهر ، وفيها الروايتان التي ذكرهما، كما أنه علّل للقول بوجوب الضمان بذات العلة التي ذكرها أصحابه عندما ذكروا وجوب تضمين الطبيب المخطئ ، يقول ابن شاس في عقد الجواهر الثمينة 117/2: (قال القاضي أبو محمد: ما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان: إحداهما أنه يضمنه ؛ لأنه قتل خطأ ، والآخر أنه لا يضمن ؛ لأنه تولد عن فعل مباح مأذون له فيه قد إنسان فمات).

متطبياً ، وأن يكون مرخصاً له بمزاولة المهنة من ولي الأمر، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية ، وأن يعمل الطبيب وفقاً للقواعد الطبية ، وأن يحصل على موافقة المريض ، وأن لا تجن يده، فإن ترتب على تطبيقه مع استكمال هذه الشروط تلف نفس المريض أو شيء من أطرافه فلا ضمان^(١).

يقول ابن المنذر - رحمه الله - : " وأجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن " ^(٢). وجاء في الفتاوى الهندية ما نصه : " البزَّاع أو الفصَّاد أو الحجَّام إذا بزغ أو فصد أو حجم، وكان بإذن المولى في العبد ، أو بإذن الولي في الصبي ، وسرى إلى النفس ، ومات ، فلا ضمان عليهم، وكذلك الختان في هذا ، فهؤلاء لا يضمنون السراية بلا خلاف " ^(٣). ويقول ابن عبد البر - رحمه الله - : " أجمع العلماء على أن المداوي إذا تعدَّى ما أمر به ضمن ما أُلِف بتعديده " ^(٤)، ومفهومه دالٌّ على أنه - رحمه الله - يرى أنه إذا لم يتعدَّ لم يضمن . وقد نقل ابن القيم - رحمه الله - الاتفاق على عدم تضمين الطبيب الملتزم بشروط ممارسة المهنة، حيث يقول : " طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده ، فتولد من فعله المأذون به من جهة الشرع ، ومن جهة من يطبه ، تلف العضو أو النفس ، أو ذهاب صفة ، فهذا لا يضمن اتفاقاً " ^(٥)، والعمدة في ذلك ما يلي :

١ - مفهوم قوله ﷺ : " من تطب ولم يعلم منه طب فهو ضامن " ^(٦).

ويؤيده قول ابن رشد في بداية المجتهد 313/2: "وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك ؛ لأنه في معنى الجاني خطأ، وعن مالك رواية أنه ليس عليه شيء، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب".

(١) ينظر : الفتاوى الهندية 6/ 34 ، والدر المختار 68/6 ، وحاشية الدسوقي 28/4 ، والتاج والإكليل 5/ 431 ، والأم 175/6-176 ، ومغني المحتاج 4/202 ، وحاشية البجيرمي 4/242 ، والمغني 5/312 ، والمبدع 5/110 ، والفروع 4/337 ، والحرر في الفقه للمجد بن تيمية 1/358 ، والآداب الشرعية 2/438 ، والنشرع الجنائي للدكتور/ عبد القادر عودة ص 523 ، والمسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ليويسف الحداد ص 15- 16 .

(٢) الإجماع ص 119 .

(٣) 6/ 34 .

(٤) الاستذكار 8/63 .

(٥) زاد المعاد 4/124 .

(٦) سبق تخريجه ص 41 .

- ٢ - عملاً بقاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان " ^(١) ، وعمل الطبيب إذا استكمل الشروط السابقة ، فهو على الجواز الشرعي ، والجواز الشرعي بناءً على القاعدة الفقهية السابقة يمنع المؤاخذه ، ويدفع الضمان ، وإن ترتب على الفعل المأذون فيه ضرر على الآخرين.
- ٣ -التطبيب أمر مباح مأذون في فعله ، فهو كقطع الإمام يد السارق ، حيث لا ضمان بالسراية ^(٢) .
- يقول ابن نجيم -رحمه الله - : " ومن حُدَّ أو عَزَّرَ فمات ، فدمه هدر ؛ لأنه فعل ما فعل بأمر الشارع ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة ؛ كالفَصَّاد والْبَزَّاع " ^(٣) .
- ٤ -لو قيل بالضمان على الطبيب الذي استكمل الشروط السابقة ، لأدى ذلك إلى إعراض الناس عن مهنة الطب ؛ خوفاً من التبعات المالية التي قد تحصل بسبب تغريم الطبيب بغير جناية .

(١) ينظر : مجلة الأحكام العدلية م (91) 27/1 ، ودرر الحكام 310/2 ، وقواعد الفقه للبركتي 75/1 ، وقواعد الخادمي وشرحها ص35 ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا 449/1 ، والوجيز للبورنو ص308.

(٢) ينظر: المغني 312/5-313 ، والمنتقى شرح الموطأ للباجي 206/4 .

(٣) البحر الرائق 53/5.