ضمان الطبيب

الدكتور /صغيّر بن محمد بن فالح الصغيّر
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك سعود
المملكة العربية السعودية

" المقدمة "

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد/

فالأمور الضرورية في مقاصد الشريعة ترجع إلى حفظ خمسة أشياء: الدين – العقل – النفس – النسل – المال. وقد نبه بعض علماء الأصول إلى أن هذه الضروريات مشار إليها بقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا وَلَا يَسْرِقْنَ وَلَا يَزْنِينَ وَلَا يَقْتُلْنَ أَوْلَادَهُنَّ وَلَا يَأْتِينَ بِبُهْتَانٍ يَفْتَرِينَهُ بَيْنَ أَيْدِيهِنَّ وَأَرْجُلِهِنَّ}(١)، إذ لا خصوصية لنساء المؤمنات فقد كان رسول الله ﷺ يأخذ على الرجال بمثل ما نزل في المؤمنات.

وهذه المقاصد منها ما هو أصلي أي مقصود لذاته، ومنها ما هو تابع للأصلي ومكمل له، ويتضح ذلك بالأمثلة لكل من الأصلي والتبعي(٢) ولا مجال لشرح ذلك هنا لكن نقول إنها ترجع إلى مايلي :

أولا: حفظ الدين: الذي عليه مدار الحياة السليمة المستقرة للأفراد والشعوب. وقد شرع الله تعالى لحفظ الدين وجوب الإيمان بالله وحرمة الكفر، وشرع الجهاد مثلا، هو الأصل وشرع للزواجر عن الردة والبدع مكمل لمقصود الجهاد، وهو المحافظة على الدين.

ثانيا: حفظ النفس: وقد شرع الله لذلك تحريم القتل العمد العدوان، وأوجب القصاص، والقول بالمائة في اسيفاء القصاص بأن يفعل بالقاتل كما فعل من المكملات لمشروعيته.

(١) [الممتحنة: ١٢]

(٢) مقاصد الشريعة / ابن عاشور / (ص ٨٠).

ثالثا: حفظ العقل: شرع الله لحفظه وجوب التعليم على كل مسلم ومسلمة، وشرع تحريم المسكرات، وتحريم القدر المسكر هو الأصل، وتحريم اليسير الذي لا يسكر مكمل له مبالغة في مقصود الشارع وهو حفظ العقل.

رابعا: حفظ النسل: شرع الله النكاح كطريق للنسل، وحرم الزنا كذلك لحفظ النسل، فتحريم الزني أصلي وهو مقصود بالذات، وحرم تكملة لهذا المقصود النظر إلى الأجنبية بغير وجه شرعي مبالغة في حفظ النسل.

خامسا: حفظ المال: وقد شرع تحريم الاعتداء عليه بالسرقة والغصب وقطع الطريق، وأوجب الحد بالسرقة، وحرم أكل أموال الناس بالباطل وكل ما يؤدي إلى ذلك حرم تكميلا لهذا الأصل(٣).

فهذه هي الضروريات الخمسة التي لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا؛ لأنها لو فقدت كلها أو أحدها لم تقم ولا تستقيم أمور حياة التكليف والمكلفين، بل تفوت الحياة ويفوت النعيم الأبدي الأخروي ، وعمل الطبيب يتعلق بها كلها لكن أهم مقصد ينتمي إليه من مقاصد الشريعة الإسلامية هو : حفظ النفس والعناية بها ، ولذا نصّ العلماء رحمهم الله أن حفظ النفس مجمع عليه [٤] ، فإذا عُلم هذا علم مثل أهمية هذا الموضوع " ضمان الطبيب " وهو من الأهمية بمكان إذْ أغلب الناس– إن لم يكن كلهم – بحاجة ماسة ولو لفترات من حياتهم إلى الأطباء أو الحكماء .. ليساعدوهم بإذن الله على تخطي مشكلاتهم الصحية .

وقد ينجم عن ذلك بعض الأخطاء الطبية التي يترتب عليها مسؤوليات مباشرة أو غير مباشرة من قبل المعالجين من هنا حرصت على هذا الموضوع واخترته مع ما يلي :

١. فيه المساهمة بتحقيق مقصد من مقاصد الشريعة وهو حفظ النفس.
٢. ولأهمية وحاجة الناس الماسة إليه ، مع قلة ما كُتب فيه .
٣. أن غالب مَنْ كتب فيه كتب بنظرةٍ قانونية بحته ، أو نظرة شرعية فقهية بحته دون المقارنة بينهما وتقويم القانون بالشريعة السمحة .

---

(٣) المقاصد العامة للشريعة / يوسف العالم / (ص ١٦٢ – ١٦٣).

٤ _ انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد محمد عليش ٥٧٦/٨ ، (دار الفكر ط: ١٤٠٩)

نسأل المولى عز وجل التوفيق والسداد والتيسير .

خطة البحث :

مقدمة

تمهيد : وفيه التعريف بمصطلحات البحث ، ويشمل عدة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الطب لغة وشرعاً واصطلاحاً .

أولاً : المقصود بالطبيب في اللغة :

ثانياً : المفصود بالطبيب عند الفقهاء .

ثالثاً: الطب في مصطلح الأطباء أنفسهم .

المبحث الثاني : تعريف المسؤولية والضمان بشكل عام .

أولاً : تعريف المسؤولية المدنية العقدية بشكل عام .

ثانياً : تعريف المسؤولية المدنية التقصيرية بشكل عام .

ثالثا: تعريف الضمان .

المبحث الثالث : تحديد الخطأ الطبي الذي ينتج عنه مسؤولية طبية .

الفصل الأول : الحالة التي لا تُلْحق الطبيب المسؤولية والضمان (إذا كان حاذقاً ولم تجن يده).

أولاً : نظرة فقهية شرعية

ثانياً : نظرة قانونية

الفصل الثاني : الحالات التي تُلْحق المُعالج (الطبيب أو المتطبب) المسؤولية التقصيرية.

الحالة الأولى: إذا كان جاهلاً ثم تطبب وعالج وترتب على علاجه ضرراً أو أضراراً.

أولاً : نظرة قانونية .

ثانياً : نظرة فقهية شرعية .

الحالة الثانية : إذا كان الطبيب عالماً ، لكنه عالج بدون إذن المريض أو وليه وترتب على علاجه ضرراً أو أضراراً .

أولاً : نظرة قانونية .

ثانياً : نظرة فقهية شرعية .

الفصل الثالث : الحالة التي لا تُلْحق الطبيب أو المعالج المسؤولية المدنية العقدية .

(إذا كان حاذقاً وأذن له لكنه أخطأ فأتلف)

أولاً : نظرة قانونية

ثانياً : نظرة فقهية شرعية

الخاتمة : وفيها أهم النتائج والتوصيات .

فهرس للمصادر والمراجع

فهرس للموضوعات

وختاماً بعد شكر الله عز وجل لا يسعني إلا أن أشكر كل من أعانني بهذا البحث وأشار بفائدة أو نصيحة أو معلومة ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد .

وكتبه

د صغيّر بن محمد فالح الصغيّر

عضو هيئة التدريس بجامعة الملك سعود

" **تمهيد** "

قبل الخوض في هذا الموضوع نُعرِّف في هذا التمهيد بعض المصطلحات التالية :

- المبحث الأول : ما يُقصد بالطب لغة وشرعاً واصطلاحاً :

أولاً : **المقصود بالطبيب في اللغة :**

من الطاء والباء والباء . . . (ط ، ب ، ب)

قال في مختار الصحاح : الطبيب العالم بالطب ، وجمع القلة أطبّةٌ ، والكثرة أطباء .. ومنه (طبِبتَ) يا رجُلُ : بالكسر أي : صرت طبيباً ، والمُتطبب الذي يتعاطى علم الطب .. وكل حاذق عند العرب طبيب [٥].

وهناك معانٍ أخرى ذكرها ابن القيم رحمه الله تأتي بالفقرة التالية .

ثانياً : **المقصود بالطبيب عند الفقهاء :**

ذكر ابن القيم رحمه الله تعالى بإسهاب معانٍ كثيرة للطب في معرض شرحه لحديث النبي ε : من تطبَّب ولم يعلم منه الطب مثل ذلك فهو ضامن [٦]. وأشار بذلك رحمه الله إلى أنها معان لغوية ، ولا شك أن هناك ارتباط بين المعاني اللغوية والشرَّعية ـ إذ أن تلك المعاني التي ذكرها تستخدم لغةً وشرعاً .

ومن تلك المعاني التي ذكرها رحمه الله : الإصلاح ، الخدمة ، العادة ليس ذلك بطبي أي عادتي ، ومنها : السحر رجل مطبوب أي مسحور [٧].

وفي شرح هذا الحديث أيضاً أشار صاحب عون المعبود : أن الطب هو المعالجةُ للمريض [٨].

ولا شك أن المتأمل لكلام ابن القيم رحمه الله الآنف الذكر يُدرك أن المقصود بالطب عند المسلمين الأوائل كل تلك المعاني .

---

٥ ـ مختار الصحاح للرازي صـ ٣٤٠ ، مكتبة لبنان .

٦ ـ أخرجه ابو داود (٤٥٨٦) باب من تطبب بغير علم ، والنسائي في القسامه ٥٣/٨ ، وابن ماجه في الطب (٣٤٦٦) باب من تطبب ولم يعلم منه الطب وحسنه الألباني في الصحيحة ٢٤٦/٢

٧ ـ زاد المعاد ١٢٤/٤ .

٨ـ عون المعبود ٢١٥/١٢ .

غير أن المقصود في هذا البحث المختصر يقتصر على المعالجة للمريض . أو كما نص على ذلك غير واحد هو علاج الجسم والنفس ومداوتهما [٩] ..والطبيب لا شك هو منْ يقوم بهذا العلاج وتلك المداواة ..

ثالثاً : **تعريف الطب في مصطلح الأطباء أنفسهم :**

وردت تعريفات عندهم منها :

أ. هو علم يُعرف فيه أحوال بدن الإنسان ، من جهة ما يعرض لها من صحة أو فساد ، ونسب هذا التعريف لقدماء الأطباء .

ب. هو علم بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة ويسترد زائلها .

ج. هو علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة ، ويستردها زائلة . [١٠]

٩ ـ لسان العرب ٥٥٣/١ .

١٠ ـ انظر : النزهة المبهجة في تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة للانطاكي ٣٤/١ ، ٣٥، بحث تضمين الطبيب د / خالد المشيقح صـ ٤١٣ ، ونسب التعريف (ب) لجاليونس والتعريف (ج) لابن سيناء ، المسؤولية الطبية د قيس المبارك ص٣٤

- **المبحث الثاني :**

تعريف المسؤولية والضمان بشكل عام:

أولاً : **تعريف المسؤولية المدنية العقدية بشكل عام :**

يرى الدكتور وهبة الزحيلي أنّ كلمة المسؤولية اصطلاح قانوني يقابله اصطلاح الضمان في الفقه الإسلامي ، وعرّف الضمان بأنه " الالتزام بتعويض الغير ، عمّا لحقه من تلف المال ، أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي ، الحادث بالنفس الإنسانية ."[١١]

ولاشك أنّ قيام المسؤولية العقدية يفترض أن يكون هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه ، فإذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن أجبر المدين عليه ، أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني ، أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توفرت شروطه جزاء عدم تنفيذ الالتزام[١٢]..

ثانياً : **تعريف المسؤولية المدنية التقصيرية بشكل عام :**

إذا كانت المسؤولية العقدية تقوم في حالة الإخلال بالتزام عقدي ، فالمسؤولية التقصيرية تقوم في حالة الإخلال بواجب يفرضه القانون ..

وقد عرف الفقه الإسلامي التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في صورة التميز بين ضمان العقد وضمان العدوان .

فالضمان بإطلاق هو شغل الذّمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً لضرر لحق بالغير ، سواء كان هذا الضرر ناشئاً من مخالفة عقد أو شرط من شروطه ، أو كان ناشئاً عن ارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع .

---

[١١] _ نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ل د/ وهبة الزحيلي ص٦ ، المسؤولية الطبية د/ قيس المبارك ص٣١

١٢ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، د/ عبد الرزاق السنهوري صـ ١١١ ــ ومحاضرات لـ أ. د/ محمد الألفي بتصرف .

وضمان العقد يختص بجبر الضرر الناشئ عن مخالفة العقد أو عدم الوفاء به ذاتا أو مآلا ، وضمان العدوان يختص بجبر الضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشرع المحرمة لدم المسلم وماله وعرضه وسائر حقوقه [١٣].

وفي كلا النوعين يوجد التعدي ، لكن المسؤولية التقصيرية كما هو معلوم تختص بالثاني ..

ثالثاً :: تعريف الضمان :

ضمان العقد: هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه.

وضمان العدوان: هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وسائر حقوقه مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقد.

والفرق بينهما:

(١) أن الخطأ في الأول يتمثل بمخالفة ما أوجبه الشخص على نفسه بالعقد، وفي الثاني يتمثل فيما أوجبه الشارع على الكافة.

(٢) الضرر في الأول يتعلق بحق شخصي نشأ لفرد على آخر نتيجة العلاقة التعاقدية التي بينهما، أما في الثاني فيتعلق بالحقوق العامة التي تجب للفرد على الكافة .[١٤]، وعلى كلٍ فضمان العقد بالمعنى القانوني هو المسؤولية التعاقدية ، وضمان العدوان هو المسؤولية التقصيرية .

١٣ - مصادر الالتزام ، لـ أ . د / مصطفى حمد الجمال صـ ٥٢٨ .

[١٤] ملخص من : شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ١-١٠ /ج٩ ، مذكرة ضمان العدوان ص٢ .

- **المبحث الثالث :**

تحديد الخطأ الطبي الذي ينتج عنه مسؤولية طبية .

من المعلوم أن الخطأ الطبي يقوم على توافر مجموعة من العناصر تتمثل بعدم مراعاة الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطب ، والإخلال بواجب الحيطة والحذر ، بمعنى إغفال بذل العناية التي كان باستطاعة الطبيب فعلها ، إلى جانب مدى توافر رابطة أو علاقة رابطة نفسية بين إرادة الطبيب والنتيجة الخاطئة .

والخطأ الطبي تعرفه المادة ٢٧ من نظام مزوالة المهن الصحية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٥٩ / بتاريخ ١٤٢٦/٤/١١هـ أنه كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم بالتعويض وتحدد (الهيئة الصحية الشرعية) المنصوص عليها في النظام مقدار هذا التعويض ويعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يلي :

١. الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة .
٢. الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان تخصصه الإلمام بها .
٣. إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان بالمخالفة للقواعد المنظمة لذلك .
٤. إجراء التجارب أو البحوث العلمية غير المعتمدة على المريض .
٥. إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختبار .
٦. استعمال آلات أو أجهزة طبية دون علمٍ كاف بطريقة استعمالها أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضر ر من جراء هذا الاستعمال .
٧. التقصير في الرقابة والإشراف .
٨. عدم استشارة من تستعدي حالة المريض الاستعانة به .

ويعتبر باطلاً كل شرط يتضمن تحديد أو إعفاء الممارس الصحي من المسؤولية [١٥].

١٥ ـ نظام مزاولة المهن السعودي المادة ٢٧ .

الفصل الأول

الحالة التي لا تُلْحق الطبيب المسؤولية والضمان

إذا كان الطبيب حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها ، ولم تجنِ يده بحيث لم يتجاوز ما أذن له فيه

أولاً : نظرة فقهية شرعية :

اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن الطبيب إذا كان حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها ، ولم تجنِ يده بحيث لم يتجاوز ما أذن له فيه .. ففي هذه الحال لا يضمن فيما لو ترتب على مداواته من تلف لعضو أو نفس أو ذهاب صفة .[١٦] .

ومن الأدلة ما يلي :

١. قال تعالى (فلا عدوان إلا على الظالمين) [١٧].

فدلت الآية على أنه الأصل في الضمان عدم وجوبه إلا على المعتدي والطبيب إذا كان حاذقاً ولم تجنِ يده فليس بمعتدي .

٢. قوله ε " من تطبب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن " [١٨]

فمفهوم الحديث يدل على أنه إذا كان عالماً بالطب ولم يخطئ فلا يضمن .

٣. القاعدة الفقهية " الجواز الشرعي أو الإذن الشرعي ينافي الضمان " [١٩].

فالطبيب في هذه الحال قد فعل فعلاً مأذوناً له فيه ، فلم يضمن سرايته قياساً على الحد

ثانياً : نظرة قانونية :

نقل المستشار القانوني (رشيد موعد) اتفاق الشُرّاح على أنّ التزام الطبيب أمام المريض ينحصر في الالتزام ببذل عناية لا تحقيق غاية أو نتيجة ، وأن الغاية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقه ويقضه تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب[٢٠].

وبناءً على ما سبق فيتضح اتفاق فقهاء الشريعة وشراح الأنظمة على أن الطبيب لا يضمن ولا تحلقه مسؤولية إذا كان من أهل الاختصاص وأعطى المهنة حقها ولم يتجاوز ما أذن له فيه ... والله أعلم

---

١٦ - زاد المعاد لابن القيم ٤ / ١٢٨ ، الإجماع لابن المنذرص١٤١.
١٧ - البقرة ١٩٣.
١٨ - سبق تخريجه .
١٩ - الاشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٢٨٩ ـ تضمين الطبيب بحث د / خالد المشيقح صـ ٨ .
٢٠ - مجلة النور صـ ٤٨ ، بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٤م

الفصل الثاني

الحالات التي تُلْحِق المُعالج (الطبيب أو المتطبب) المسؤولية التقصيرية

الحالة الأولى : **من الحالات التي تُلحق المعالج المسؤولية التقصيرية ..**

إذا كان جاهلاً لم يتقن صنعة الطب ، ثم تطبب وعالج وترتب على علاجه ضرراً أو أضراراً

أولاً : نظرة قانونية :

إذا كان جاهلاً لم يتقن صنعة الطب ... ثم تطبب وعالج وترتب على علاجه ضرراً أو أضراراً .

وكونه حُكم عليه بأن مسؤوليتهُ مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية ، فهذا لأنه اعتدى بجهله وتطفله على علم ليس من اختصاصه .. مخالفاً النظام العام بذلك .

بل نصَّ نظام مزاولة المهن الصحية السعودي رقم م/٥٩ وتاريخ ١٤٢٦/٤/١٠هـ .. على ذلك كما في المادة (٢٨) ، فقرة (٢) ، يعد من قبيل الخطأ الصحي المهني الصحي الذي يعوض عنه (الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها ...) بل يفهم من المادة (٢٨) زيادة على المسؤولية التقصيرية أنها تكون مسؤولية جنائية .. حيث نصت المادة على العقوبات التي توقع على الطبيب في حالة مخالفته لنظام مزاولة المهن الصحية أو ارتكابه لأخطاء طبية ، مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى ، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ستـ ٦ ـة أشهر وبغرامة لا تزيد عن مـ ١٠٠ ـئة ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين وذكرت المادة المخالفات فيما لو خالف المادة (٢٧) فقرة (٣) والتي منها إجراء عمليات جراحية تجريبية غير مسبوقة .. بمعنى أنه كان يجهلها .

ثانياً : نظرة فقهية شرعية في هذا الشأن :

وأما فقهاء الشريعة فلعلهم كانوا أعمّ بنظرتهم من شراح الأنظمة ، حيث قالوا في هذه الحالة (إذا لم يكن الطبيب حاذقاً بل كان متطببا جاهلاً قالوا هنا لا يخلو من أمرين :

الأمر الأول : أن لا يعلم المريض أنه جاهل بل ظنه حاذقاً

ففي هذه الحالة يضمن الطبيب باتفاق الأئمة .. بل نص بعضهم الإجماع على ذلك .. [٢١].

قال ابن القيم رحمه الله تعالى :- " فإيجاب الضمان على الطبيب الجاهل فإذا تعاطى علم الطب وعمله ، ولم يتقدم له به معرفة ، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه فيكون قد غررّ بالعليل فيلزمه الضمان لذلك وهذا إجماع من أهل العمل بذلك " [٢٢].

الأمر الثاني : **أن يعلم المريض أنه جاهل لا علم له ، وأذن له في معالجته** فظاهر كلام الفقهاء أنه يضمن . قال ابن قدامة رحمه الله تعالى " ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيدهم " وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين :

أحدهما: أن يكونوا ذا حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لأنه لو لم يكن كذلك لم يحل لهم مباشرة القطع وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن سراتيه كالقطع ابتداء" أ . هـ[٢٣]

إذاً يُفهم من هذا أنه إذا لم يكن عالماً بالطب فعالج يضمن ، وهذا في الجملة هو ما دلت عليه النصوص الشرعية مثل قوله ε " من تطبب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن " [٢٤].

لكن ابن القيم رحمه الله تعالى له رأي هنا حيث يقول :-" لم يضمن ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ، فإنه السياق وقوة الكلام يدل على أنه غرّ العليل وأوهمه أنه طبيب وليس كذلك " [٢٥].

الترجيح :

٢١ - الأشتباه والنظائر لا بن نجيم صـ ٢٩ ــ معالم السنة للخطابي ٣٩/٤ ــ عون المعبود ٢١٥/١٢ .
٢٢ - زاد المعاد لابن القيم ١٢٨/٤ ــ تضمين الطبيب د / خالد المشيقح صـ ٨ .
٢٣ - المغنى ١١٤/٨ .
٢٤ - سبق تخريجه .
٢٥ - زاد المعاد ١٢٩/٤ .

ولعّل الراجح هنا أن الطبيب يضمن لما يلي :

١. لأنه ظالم معتد بجهله والله تعالى يقول : " فلا عدوان إلا على الظالمين " .

٢. صراحة الحديث " من تطبب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن " .

٣. القياس على مَنْ تطبب والمريض لا يعلم أنه حاذق بجامع أن كلا منهما ارتكب أمراً محرماً لا يحل له ،.وهذا ذكره ابن قدامة رحمه الله بقوله " لأنه لم يكن كذلك (أي عالماً) لم يحل لهم مباشرة القطع وإذا قطع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً " [٢٦] والله أعلم .

٢٦ - انظر صـ ١٤ من هذا البحث .

الحالة الثانية : **وهي التي تُلحق المعالج المسؤولية التقصيرية فيما إذا كان الطبيب أو المعالج (عالماً بصنعته) لكنه عالج بدون إذن المريض وترتب ضرراً من المعالجة :**

أولاً : نظرة قانونية ..

هنا تلحق الطبيب مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية وذلك لأنه عالج بلا إذن وترتب على معالجته ضرراً .. ولم تكن تلك المعالجة عقداً بين طرفين ..

وفي هذا الصدد نجد المادة التاسعة عشر من نظام مزاولة المهن الصحية نصّت على أنه " يجب أن لا يُجرى أي عمل طبي لمريض إلا برضاه أو بموافقة من يمثله أو ولي أمره إذا لم يعتد بإرادته هو " .. وقد استثنت طبعاً تلك المادة حالات الطوارئ والحوادث والحالات المرضية الحرجة .

ثانياً : نظرة فقهية شرعية :

إذا كان الطبيب حاذقاً (عالماً بصنعته) لكنّه عالج المريض بلا إذن .

هنا لا يخلو الطبيب من أمرين :

الأول : **أن يكون الطبيب غير متبرع بالمداواة أي مستأجر** : فهنا لا بد من رضا المريض وأهليته بالإذن ، بمعنى أن يكون عاقلاً بالغاً ، فإن لم يكن أهلاً فلا بد من إذن وليه لأن الله تعالى يقول " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم " [٢٧] ، والإجارة تجارة .

ويعتبر فيها أهلية العاقد فلا تصح الإجارة من صبي ومجنون لأنه محجور عليهما في تصرفاتهما المالية .. وعلى هذا فيضمن الطبيب في هذه المسألة (حاذق وعالج بلا إذن المريض وليس متبرعاً) .

وهذا ظاهر كلام الفقهاء ولم ينصوا على خلاف ذلك [٢٨].

الثاني : **أن يكون الطبيب متبرعاً بالعلاج :**

أي : حاذق عالم بمهنته .. لكنه داوى بلا إذن بل من باب التبرع .

فهنا هل يضمن الطبيب ؟! خلاف على قولين في هذه المسألة :

---

٢٧ ـ النساء ٢٩ .

٢٨ ـ المبدع ١١٠/٥ ـ المغني ١١٧/٨ ـ تضمين الطبيب د/ المشيقح صـ ١٨ .

القول الأول : أن الطبيب لا يضمن في هذه الحالة ، قال ابن القيم رحمه الله تعالى " طبيبٌ حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعةً من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه فتلف ، **فقال أصحابنا** : يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه ، وإن إذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن ، قال : ويحتمل أن لا يضمن مطلقا لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل .. وأيضاً فإنه إن كان متعدياً فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان ، وإن لم يكن متعديا فلا وجه لضمانه .. فإن قلتَ هو متعدٍ عند عدم الإذن غير مُتعدٍ عند الإذن قُلتُ : العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو فلا أثر للإذن وعدمه فيه وهذا موضوع نظر " (٢٩).

القول الثاني : وهو قول الجمهور أن الطبيب يضمن في هذه الحالة وذلك لأمور :

أ) لأنه تعدٍ غير مأذون فيه سرت جنايته فيضمن . وهذا الدليل ناقشه ابن القيم كما سبق بقوله .. " العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو فلا أثر للإذن وعدمه فيه "

ب) أن الأصل إيجاب الضمان فإن أذن المريض للطبيب كان مسقطاً لحقه ...

ونوقش أيضاً: بأنه لا يسلم بأن الأصل إيجاب الضمان إلا إذا تعدى المريض وهنا لم يتعد... (٣٠).

الترجيح :

من الملاحظ قوة ما استدل به الجمهور في ضمان الطبيب بهذه المسألة وأما ما ناقشهم به ابن القيم رحمه الله فيمكن أن يجاب بأن لم تسر الجناية التي في المريض إلا لتعدي الطبيب سواءً قصد أم لم يقصد ، وعلى هذا فالذي يراه الباحث هنا أنه يضمن إلا في حالات ، كما لو تعذر استئذان المريض أو وليه .. أو كان في تأخير المداواة ضرر على المريض بتلف النفس أو عضو أو منفعة .. لإذن الشارع له بذلك قال تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى " (٣١).

٢٩ - زاد المعاد ١٣٠/٤ .
٣٠ - المراجع السابقة .
٣١ - المائدة ٢ .

ولأنه يغلب على الظن موافقة المريض لو علم بحاله إذ الإنسان حريصٌ على نجاة نفسه وسلامة أعضائه ... وأيضاً لا يضمن الطبيب فيما لو كان ترك المعالجة يؤدي إلى انتقال العدوى لمريض آخر .. لقوله " ولا تلقوا بأيدكم إلى التهلكة " [٣٢].

ومن القواعد الفقهية المقررة في الشريعة الإسلامية .. " لا ضرر ولا ضرار " " و الضرر يزال" [٣٣] ويستحسن هنا أن نذكر أن المادة (١٩) من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي استثنت ذلك من عدم ضرورة أخذ الأذن من المريض أو وليه كما مرّ في ثنايا هذا البحث .

٣٢ - البقرة ١٥٢ .

٣٣ - المراجع السابقة ــ الأشباه والنظائر للسيوطي ١١٢/١ .

الفصل الثالث

الحالة التي تلحق الطبيب أو المعالج المسؤولية المدنية العقدية

إذا كان الطبيب أو المعالج حاذقاً (عالماً بالصنعة) وقد أذن له لكنه أخطا خطأ فأتلف نفساً أو عضواً أو منفعة .. وهذه مسؤولية عقديه لأنها نتجت بين شخصين المريض والطبيب فأخطأ الطبيب وأخل بالتزامه ..

أولاً : نظرة قانونية :

نصت المادة السادسة والعشرون من نظام مزاولة المهن الصحية بالمملكة العربية السعودية على أن التزام الممارس الصحي الخاضع لهذا النظام هو التزام عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها.

كما نصت المادة السابعة والعشرون أيضاً على أنّ كل خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض وتحدد الهيئة الصحية الشرعية المنصوص عليها في هذا النظام مقدار هذا التعويض ..

فهنا نجد أن النظام ألزم بالتعويض ذلك الخطأ المهني الصادر من الممارس الصحي بشكل عام أو الطبيب بشكل خاص ..

ثانياً نظرة فقهية شرعية :

إذا كان الطبيب حاذقاً (عالماً بصنعته) وقد أذن له لكنه أخطأ فأتلف نفساً أو عضواً أو منفعة ..

فهنا المسألة في نظر فقهاء الشريعة لا تخلو من أمرين :

الأمر الأول : **أن يتعدى الطبيب أو يفرط** .. وضابط التعدي : فعل ما لا يجوز كمن يزيد من التخدير أو يغير محل القطع .

وضابط التفريط : ترك ما يجب ..

كمن يقلل من التخدير أو يقصر في العلاج ونحو ذلك .

فهذا يضمن بالاتفاق [٣٤].

لقوله تعالى : " فلا عدوان إلا على الظالمين " [٣٥].

---

٣٤ - زاد المعاد ١٢٩/٤ .

ولقوله ρ : " من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن " [٣٦].

فإذا ضمن الجاهل فالعالم المتعدي والمفرط من باب أولى ..

الأمر الثاني : **أن لا يتعدى ولا يفرط لكن تخطأ يده أثناء العمل**

مثل أن تزل يد الخاتن فيتجاوز محل القطع ، أو تتحرك يد الطبيب فيقطع شريانا ونحو ذلك ..

فاختلف العلماء في تضمين الطبيب هنا على قولين :

القول الأول : أنه لا ضمان عليه .. وهو رواية عن الإمام مالك رحمه الله تعالى [٣٧].

واستدلوا بالآية : " فلا عدوان إلا على الظالمين " .

والطبيب إذا كان حاذقاً في صنعته فلا ضمان عليه لعدم تعديه ..

وأيضاً قوله ρ في الحديث السابق : " ... وهو لا يعلم منه طب " وهذا علم منه طب ولم يتعد ولم يفرط فلا يضمن .

القول الثاني : " **أنه ضامن** " وهو قول الجمهور وقد نقل بعضهم الإجماع على ذلك [٣٨].

واستدلوا أنّه في معنى الجاني خطأ .

الترجيح :

الذي يظهر والله أعلم أن الطبيب يضمن في هذه المسألة لكن ليس كضمان المتعدي والمفرط .

بمعنى : أن التعويض يكون أخف هنا ، ولعل هذا ما أشار إليه بعض الأحناف رحمهم الله تعالى حينما قال : " فإن جاوز المعتاد ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك المجنى عليه ، وأن هلك ضمن نصف دية النفس لتلفها بمأذون فيه أو غير مأذون فيه فينتصف " [٣٩].

---

٣٥ - البقرة ١٩٣ ــ عون المعبود ٢١٥/١٢ ــ فيض القدير ١٠٦/١٦ ..

٣٦ - سبق تخريجه .

٣٧ - بداية المجتهد ٧٣٤/٢ .

٣٨ - بداية المجتهد ٧٣٤/٢ ــ المغني ١١٧/٨ ــ الإجماع لابن المنذر ١٧١ .

٣٩ - حاشية ابن عابدين ٦٨/٦ .

وبناءً على ذلك فإن هذا التعويض هنا (مقدار الضمان) الذي تقدره الهيئة التي نص عليها النظام .. وهي الهيئة الصحية الشرعية كما في المادة السابعة والعشرين من نظام مزاولة المهن الصحية الجديد .

وهذا لأن الطبيب جنت يده خطأ فيتحمّل ما جنت يده ، وأما الآية والحديث فليس فيها دلالة ظاهرة على هذه المسألة والله أعلم .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم نلقاه .

وبعد :

ففي خاتمة هذا البحث الذي أسال الله أن أكون قد وفقت فيه .. أذكر بعض النتائج والتوصيات وهي كما يلي :

(١) أن ما يُقصد بالطبيب في هذا البحث هو : من يقوم بمعاجلة المريض أو : هو القائم بعلاج الجسم والنفس ومداواتهما .

(٢) أن الخطأ الطبي يقوم على توافر مجموعة من العناصر تتمثل بعدم مراعاة الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطب والإخلال بواجب الحيطة والحذر بمعنى إغفال بذل العناية التي كان باستطاعة الطبيب فعلها إلى جانب مدى توافر رابطة أو علاقة بين إرادة الطبيب والنتيجة الخاطئة.

(٣) اتفق الفقهاء والشرّاح رحمهم الله على أن الطبيب إذا كان حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده بحيث لم يتجاوز ما أذن له فيه ، ففي هذه الحالة لا يضمن فيما لو ترتب على مداوته من تلف العضو أو النفس أو ذهاب الصفة .

(٤) مما يلحق المعالج المسؤولية التقصيرية أوالضمان ما يلي :

أ) إذا كان جاهلاً لم يتقن صنعة الطب وترتب على علاجه ضرراً ، فهنا مسؤولية المعالج مسؤولية تقصيرية ويضمن .

ب) إذا كان عالماً ولكنه عالج بدون أذن ، فهنا مسؤوليته تقصيرية ، والراجح من ظاهر كلام الفقهاء إنه يضمن سواء كان متبرع أو غير متبرع .

(٥) الحالة التي تلحق الطبيب أو المعالج المسؤولية العقدية :

هي ما إذا كان المعالج عالماً بصنعته وقد أذن له لكنه أخطا فأتلف نفساً أو عضواً أو منفعة .

فالنظام يلزمه التعويض .

وأما الفقهاء رحمهم الله تعالى ، فقد فرقوا بين المتعدي والمفرط وغيره .

فأما المتعدي والمفرط فيضمن بالاتفاق .

وأما من أخطأت يده بدون تعدٍ أو تفريط ، ففيه خلاف والراجح أنه يضمن لكن ليس كضمان المتعدي والمفرط ... والله أعلم .

وبعد : فهذا جهد بشري اجتهادي ، ما كان فيه من صواب فمن الله وحده وما كان فيه من خطأ فأسال الله العفو والتجاوز .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم
٢. الإجماع لابن المنذر ، مكتبة الفرقان ، ط:٢ ، ١٤٢٠هـ ، تحقيق: د. أبو حماد صغيّر حنيف .
٣. الأشباه والنظائر للسيوطي ، مؤسسة الكتب الثقافية ، تحقيق : خالد عبدالفتاح
٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن مرشد القرطبي ، دار ابن حزم ، ط:١.
٥. تضمين الطبيب ، بحث د / خالد الشيقح ، منشور عبر الشبكة .
٦. الدار المختار لابن عابدين الحنفي ، دار الفكر ، بيروت ، ط:١ ، ١٣٨٦هـ ، المعروف بشرح ابن عابدين الحنفي .
٧. زاد المعاد للحافظ شمس الدين ابن قيم الجوزية ، مؤسسة الرسالة تحقيق : شعيب الأرناؤوط.
٨. سنن ابن ماجة لمحمد بن يزيد القزويني، دار الفكر ، بيروت ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.
٩. سنن أبي داود لسليمان بن الاشعث أبو داود السجستاني ، دار الفكر ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد .
١٠. سنن النسائي لأحمد بن شعيب النسائي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤١١هـ .
١١. عون المعبود لمحمد شمس الحق العظيم آبادي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط:٢ ،١٩٩٥م .
١٢. فيض القدير لعبدالرؤف المناوي ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ط:١،١٣٥٦هـ
١٣. لسان العرب لمحمد بن منظور الأفريقي المصري ، دار صادر ، بيروت ط:١ .
١٤. المبدع لابن مفلح الحنبلي ، المكتب الإسلامي .
١٥. مجلة النور صـ ٤٨ ، بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٤م
١٦. محاضرات لـ د / محمد الألفي بالمعهد العالي للقضاء .
١٧. مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ، مكتبة لبنان ١٩٨٩م .

١٨. مصادر الالتزام ، لـ أ . د / مصطفى حمد الجمال ، مصّور .
١٩. مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، د/ عبد الرزاق السنهوري ، مصّور .
٢٠. معالم السنة للخطابي .
٢١. المغنى لابن قدامه المقدسي ، دار عالم الكتب ، ط ١٤٢٦هـ ، تحقيق : د. عبدالله التركي .
٢٢. منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد محمد عليش ٥٧٦/٨ ، (دار الفكر ط: ١٤٠٩)
٢٣. النزهة المبهجة في تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة للأنطاكي .
٢٤. نظام مزاولة المهن السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٩/تاريخ ١٤٢٦/٤/١١هـ .