

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه
حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل درجة أو لقب علمي أو
بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

DECLARATION

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification

Student's name:

اسم الطالب/ة: هدى فرج أبو اسماعيل

Signature:

التوقيع: 

Date:

التاريخ: 20 أكتوبر 2015



الجامعة الإسلامية - غزة
شؤون البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
قسم الفقه المقارن

إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

Proof of Medical Error In Islamic Jurisprudence

إعداد الطالبة

هدى فرج أبو إسماعيل

إشراف فضيلة

الأستاذ الدكتور/ مازن إسماعيل هنية

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن

1436 هـ - 2015 م



نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة شئون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحثة/ هدى فرج مصطفى محمد أبو اسماعيل لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم الفقه المقارن وموضوعها:

إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

وبعد المناقشة التي تمت اليوم الخميس 21 شوال 1436 هـ، الموافق 2015/08/06م الساعة

الواحدة ظهراً، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

.....
.....
.....

أ.د. مازن إسماعيل هنية مشرفاً و رئيساً
د. منال محمد رمضان/العشي مناقشاً داخلياً
د. بسام حسن العف مناقشاً خارجياً

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحثة درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/قسم الفقه المقارن.

واللجنة إذ تمنحها هذه الدرجة فإنها توصيها بتقوى الله ولزوم طاعته وأن تسخر علمها في خدمة دينها ووطنها.



والله ولي التوفيق ،،،

مساعد نائب الرئيس للبحث العلمي والدراسات العليا

.....
.....
.....
أ.د. فؤاد علي العاجز

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى:

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

(هود : 88)

إِهْدَاء

- ◆ إلى قرة العيون وضياء القلوب الشفيح لنا يوم لا ينفع مال ولا بنون؛ محمد صلى الله عليه وسلم.
- ◆ إلى من أحبهم كلَّ الحب والديّ الحبيبين، من غمراني بالحب في الصغر وبالدهاء في الكبر أطل الله في عمرهما وأعانني على برهما.
- ◆ إلى أنيس دربي ورفيق عمري زوجي الغالي " أبو أحمد " الذي كان له كلَّ الفضل بعد الله عز وجل في سلوكي درب العلم ومساندتي فيه.
- ◆ إلى فرحة الدنيا وزينتها " أحمد وأسيد وسارة وسراء " أحباب قلبي، أعانني الله على أن أجعل الأمة تفخر بأمثالهم.
- ◆ إلى جدتي الغالية وأخوالي وخالاتي في بلاد الحرمين جمعني الله بهم عما قريب.
- ◆ إلى عائلتي الثانية " أهل زوجي " من ساندوني وتحملوا عني الكثير من المسؤوليات فجزاهم الله خير الجزاء.
- ◆ إلى أخواتي في طريق العلم والدعوة الغراء من كانت تصلني دعواتهم في ظهر الغيب.
- ◆ إلى كل من تمنى لي خيراً أو قدم لي عوناً ولو بالدهاء

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكرتكم

أحمد الله عز وجل حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه أن منّ عليّ وهياً لي سبل التوفيق لإتمام هذا البحث فله الحمد حتى يرضى وله الحمد إذا رضي وله الحمد بعد الرضى.

واعترافاً مني لأهل الفضل بفضلهم؛ فإنني أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى شيخي وأستاذي الفاضل فضيلة الأستاذ الدكتور / مازن إسماعيل هنية - حفظه الله ورعاه -، والذي تكرم بقبول الإشراف على هذه الرسالة؛ فلم يألُ جهداً في مساعدتي وتقديم النصح والإرشاد لي أثناء عملي لإتمامها، ولم يبخل علي بعلمه الممتين ووقته الثمين؛ مما كان له كبير الأثر في إنجازها وإخراجها بهذه الصورة، فجزاه الله عني وعن كل طلبة العلم خير ما جازا الله عباده الصالحين.

كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي الكريمين :

فضيلة الدكتور / بسام حسن العف حفظه الله.

وفضيلة الدكتورة / منال محمد رمضان العشي حفظها الله.

الذين تكروا وقبلا مناقشة هذه الرسالة فجزاهما الله خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعد وأعان على إتمام هذه الرسالة؛ بتقديم النصح والمشورة وأخص بالذكر الدكتورة الفاضلة / منال العشي التي غمرتني بوافر عطفها وكريم نصحتها فلها مني كلُّ الحب والتقدير.

كذلك الشكر موصول إلى أساتذتي الكرام في كلية الشريعة والقانون، وإلى عمادة الكلية والدراسات العليا وإلى كل العاملين في جامعتي الحبيبة - الجامعة الإسلامية - حفظها الله، فأسأله عز وجل أن يكرمهم بكرمه وأن يرفع قدرهم في الدنيا والآخرة.

المقدمة

الحمد لله على نعمة الإسلام وكفى بها من نعمة، والحمد لله على نعمة الإيمان وكفى بها من نعمة، والحمد لله على نعمة الرباط على هذه الأرض المباركة وكفى بها من نعمة، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين محمد الصادق الأمين وعلى الآل والأصحاب والتابعين ومن اهتدى بهداهم إلى يوم الدين؛ وبعد :

فإن الله عز وجل كرم بني آدم وفضلهم على سائر المخلوقات وأرسل لهم الرسل مبشرين ومنذرين، يبشرونهم بنعيم الله وجزيل أجره لمن أطاعه وخضع لأوامره، وينذرونهم بغضبه وشديد عقابه على من حاد منهم عن الصراط المستقيم.

فأرسل إلينا محمداً ﷺ برسالة الإسلام الخالدة الكاملة الشاملة وشرع فيها من الأحكام ما ينظم حياة المسلمين في الدنيا والآخرة.

ومن الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية حرمة المساس بالنفس البشرية ومنع الاعتداء عليها بأي شكل من الأشكال؛ حيث يعتبر الحفاظ على روح الإنسان وجسده مقصداً مهماً من المقاصد الشرعية والتي لأجلها كانت الرسالة المحمدية.

لكن قد يمر بالإنسان لحظات من الضعف والمرض لا يقوى معها على تحمل ما أصاب جسده من آلام وأوجاع، فيحتاج إلى من يخلصه من ذلك الألم ويعيد لجسده الصحة والنشاط.

لأجل ذلك أبحاث الشريعة الغراء التداوي من الأمراض والبحث عن سبل مقاومتها ودفعها عن الأجساد فأجازت للطبيب مساس جسد المريض بشيء من الأذى على جزء منه حفاظاً على الجسد بأكمله، لكنها لم تترك الأمر مباحاً هكذا دون تقييد فوضعت من الشروط والضوابط على العمل الطبي ومن يمارسه ما يحقق الهدف من التداوي والعلاج ويمنع الضرر عن المريض.

فإذا ما خرج الطبيب عن تلك القيود أثناء العمل وترتب الضرر على المريض فإن له كامل الحق في رفع الدعوى ضد الطبيب وإثبات حقه لينال التعويض عما أصابه.

أولاً - طبيعة الموضوع :

يتناول البحث موضوعاً تطرق له القانونيون بكثير إسهابٍ وتفصيل في حين لم يتناوله الباحثون في المجال الشرعي سوى بإشارة موجزة عن إثباته، مع كونه يتعلق بمهنة لا غنى عنها للفرد والمجتمع المسلم وهي مهنة الطب، فالبحث عبارة عن دراسة فقهية مقارنة لحكم إثبات وقوع الخطأ الطبي، والآثار المترتبة على الطبيب نتيجة ذلك الإثبات.

ثانياً - مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في أن الطب مهنة إنسانية وضرورية لسلامة المجتمع المسلم لأجل الحفاظ عليه وعلى أهم كنز فيه وهو الفرد المسلم؛ ووقوع الخطأ الطبي يحول دون تحقيق هذا الهدف من المهنة الطبية ويلحق الضرر بالمجتمع وأفراده.

ومن هنا نشأت مشكلة البحث فجاءت هذه الدراسة لتجيب على الأسئلة الآتية:

- ما هو مفهوم الخطأ الطبي، أسبابه، أنواعه، ومعياره؟
- على عاتق من يقع عبء إثبات الخطأ الطبي؛ على المريض أم الطبيب؟
- ما هي أهم الوسائل التي يمكن من خلالها إثبات الخطأ الطبي؟
- وما هي طبيعة الأحكام المترتبة على المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب؟

ثالثاً - أهمية الموضوع :

تكمن أهمية الموضوع من الآتي :

- 1- في الوقت الذي كثرت فيه الأخطاء الطبية والتي يدفع ثمنها المريض من حياته أو جزء من جسده أو ماله أو عرضه دون أن يعرف سبباً لهذا الخطأ ولا من يتحمل تبعاته وآثاره.
- 2- عملية إثبات الخطأ على الطبيب تعتبر من المسائل التي يصعب على المريض إنجازها أو تحقيقها؛ لما لطبيعة العلاقة بينهما وهي التقاء ضمير بثقة خاصة وأنه في الغالب يتم صرف الأخطاء الطبية في بنك القضاء والقدر.
- 3- معرفة آليات إثبات الخطأ الطبي على الطبيب، وطبيعة ما يستحقه المريض مقابل الضرر الذي لحق به، وما يتحمله الطبيب من عقوبة جزاء ذلك.

رابعاً - أسباب اختيار الموضوع :

تعود أسباب اختيار الموضوع لما يلي :

- 1- من أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختياره حادثة خاصة حدثت مع طفلي الصغير "أسيد" حيث شخص بعض الأطباء أنه يعاني من مرض في القلب لنكتشف بعدها أنها مجرد تخمينات.
- 2- ما سبق من بيان أهمية الموضوع يعد من الأسباب التي دفعتني إلى الكتابة فيه.
- 3- ما لفت نظري من تعرض الباحثين القانونيين لموضوع البحث بشكل مفصل وعدم تعرض الباحثين في الجانب الشرعي له؛ مع ما يحمله من الأهمية والضرورة بالنسبة للفرد والمجتمع المسلم بأكمله.

4- كذلك التطور التكنولوجي والمهني الكبير الحاصل في المجال الطبي وما وصل إليه من أبعاد وأفق، والذي جعل مسألة الاحتمال والتخمين أمراً قليل الحدوث.

خامساً - الجهود السابقة :

تناول العلماء القدامى موضوع الخطأ الطبي بشكل غير مباشر في كتاباتهم، حيث أوردوه ضمن عناوين متفرقة وليس تحت عنوان صريح أو مستقل. مثل إيراده ضمن كتاب "علاج المرضى" أو "ضمان الأجير" وقد تناوله الإمام الشافعي ضمن باب "خطأ الطبيب والإمام يؤدب"، كذلك من الكتب التي تناولته كتاب المغني لابن قدامة المقدسي، حيث تناول بعض الأحكام المتعلقة بالموضوع كحكم قطع جزء أو عضو من إنسان للعلاج سواء بإذنه أو بالإكراه، كما تكلم أيضاً عن حكم الضرر الواقع على نفس الشخص نتيجة تعدي الفاعل عمداً أو خطأً، وأورد ذلك كله تحت كتاب الأشربة والجراح.

وقد ظهرت دراسات وأبحاث معاصرة تتحدث عن الخطأ الطبي إما بعنوان مستقل أو تناولته تحت عنوان الجريمة أو المسؤولية الجنائية، وأغلبها تناول الموضوع بعمومه دون تخصيص لموضوع الإثبات فيه؛ ولم تقف الباحثة في حدود اطلاعها على دراسة فقهية شرعية تحدثت عن إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي بشكل خاص أو مستقل.

فاحتاج الموضوع إلى من يلم شتات أمره ويجمع متعلقاته تحت أطروحة واحدة أسأل الله أن أكون قد وفقت في ذلك.

ومن هذه الأبحاث والدراسات :

- رسالة ماجستير بعنوان " الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة " للباحث / مصطفى أشرف الكوني
- رسالة ماجستير بعنوان " المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب " للباحث / نائل محمد يحيى.
- رسالة ماجستير بعنوان " إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني " للباحثة / سايبى وزنة.

سادساً - خطة البحث :

اقتضت طبيعة الدراسة تقسيم الخطة إلى :

المقدمة السابقة، وثلاثة فصول، وخاتمة تحوي جملة من النتائج والتوصيات، وهي على النحو التالي :

الفصل الأول

مفهوم الخطأ الطبي والإثبات في الفقه الإسلامي

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي، أسبابه، وأنواعه ومعياره.

المبحث الثاني : مفهوم الإثبات، أنواعه وطرقه.

الفصل الثاني

عبء إثبات الخطأ الطبي ووسائله في الفقه الإسلامي

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : مسؤولية عبء إثبات الخطأ الطبي.

المبحث الثاني : وسائل إثبات الخطأ الطبي.

الفصل الثالث

الأحكام المترتبة على إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : الأحكام المدنية المترتبة على إثبات الخطأ الطبي.

المبحث الثاني : الأحكام الجنائية المترتبة على إثبات الخطأ الطبي.

الخاتمة :

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

سابعاً - منهج البحث :

اتبعت الباحثة المنهج الوصفي الاستقرائي القائم على جمع المعلومات من المصادر والمراجع حول المشكلة المراد بحثها لبيان حكمها الشرعي ولتحقيق أهداف الدراسة خطوات الخطوات التالية:

1- عنيت بتوثيق ما جمعته من المعلومات والفوائد وعزوها لأصحابها متحرية في ذلك الأمانة العلمية ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

- 2- قمت بعزو الآيات إلى سورها مع ذكر رقم الآية منها.
- 3- قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مظانها والحكم عليها إن كانت في غير الصحيحين.
- 4- رتبت أقوال العلماء في المسائل بحسب القوة والضعف، فقدمت القول الأقوى والأرجح في الذكر ثم أتبعته بالذي يليه في القوة.
- 5- اتبعت في طريقة توثيق المعلومة من مصدرها؛ ذكر اسم الشهرة للمؤلف ثم اسم الكتاب ثم رقم الجزء إن وجد يليه رقم الصفحة التي وردت فيها المعلومة.
- 6- راعيت في فهرستي لقائمة المصادر والمراجع الترتيب الأبجدي لها.

الفصل الأول

مفهوم الخطأ الطبي والإثبات في الفقه الإسلامي

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي، أسبابه، أنواعه
ومعياره.

المبحث الثاني: مفهوم الإثبات، أنواعه وطرقه.

المبحث الأول

مفهوم الخطأ الطبي، أسبابه، أنواعه ومعياره.

أولاً - مفهوم الخطأ الطبي :

يرنو الطب إلى صلاح الأبدان وتخليصها مما يفسدها من العلل والأمراض، فإذا خرج عن هدفه وما يرنو إليه ضاعت الأبدان وهلكت الأنفس، والشريعة الإسلامية من أعظم مقاصدها حفظ النفس من كل سبب يهلكها، وقد يكون الخطأ من الطبيب أحدها، وحديثي عن مفهوم الخطأ الطبي يفرض علي التعرض لمفهوم الخطأ والطب في اللغة والإصطلاح.

أ - مفهوم الخطأ :

1- في اللغة: ضد الصواب، والمخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره، وأخطأ الطريق عدل عنه، والخطأ: الذنب والاثم ⁽¹⁾، ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾ ⁽²⁾، فالخطأ هو إرادة الصواب والعدول عنه.

2- في الاصطلاح : وأعرض لمفهومه عند القدامى والمحدثين :

- عند القدامى : بتتبع أقوال الفقهاء القدامى وكتاباتهم عن الخطأ، أجد أنهم لم يفرّدوا له تعريفاً مستقلاً، وإنما تناولوه تحت مسائل مختلفة في فروع الفقه ⁽³⁾، ويفسر ذلك بوضوح معناه لديهم، إذ لم يخرج استعمالهم له عن معناه في اللغة.

- عند المحدثين: بعد تتبع ما كتبه العلماء المحدثون عن الخطأ وجدت أن بعضهم قد سار على خطى العلماء القدامى في عدم وضع حدٍ للخطأ، والبعض الآخر صاغ له تعريفاً يدلُّ عليه، أذكر من تعريفاتهم:

التعريف الأول: (الخطأ ما قصد فيه الجاني الفعل دون الشخص، ولكنه أخطأ في فعله أو في ظنه) ⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب، مادة (خطأ) (65/1)؛ فيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة (خطء) (ص 39)؛

الرازي: مختار الصحاح، مادة (خ ط أ) (ص 92)

(2) الأحزاب: الآية (5)

(3) الكاساني: بدائع الصنائع (234/7)؛ البابرتي: العناية شرح الهداية (204/10)؛ البغدادي: ارشاد السالك (ص

110)؛ الحطاب: مواهب الجليل (232/6)؛ الشيرازي: المهذب (170/3)؛ النووي: روضة الطالبين

(123/9)؛ ابن قدامة: المغني (260/8)؛ الحجاوي: الاقتناع (168/4)

(4) عودة: التشريع الجنائي (104/2)

وقد أشار هذا التعريف إلى نوعي الخطأ وهما الخطأ في الفعل والخطأ في القصد⁽¹⁾.
التعريف الثاني: (الخطأ كل ما يصدر عن الإنسان بإرادته، فيؤدي إلى الإضرار بإنسان أو بغيره ممن لم يرد وقوع الفعل به)⁽²⁾.

قيد التعريف السابق الفعل الصادر من الشخص بمطلق الإرادة منه، ولم يشمل الأفعال الصادرة بغير إرادته فلا تعتبر من الخطأ بناءً على هذا التعريف.

التعريف الثالث: (هو ما يوجب الضرر من دون قصد)⁽³⁾.

التعريف المختار: أختار من التعريفات السابقة للخطأ التعريف الثالث وهو : (هو ما يوجب الضرر من دون قصد)، لسببين :

1- شملت ألفاظه جميع أنواع الضرر وكل أنواع الخطأ.

2- قصر عبارته ودلالاتها على المعنى المراد.

وألاحظ أن هناك ارتباطاً في المعنى والألفاظ ما بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي للخطأ ، ووجه الارتباط هو دورانهما حول انتفاء القصد بالعدول عن الصواب.

ب- مفهوم الطبي :

1- **في اللغة:** طبب أي عالج، ويقصد به علاج الجسم والنفس، ورجل طب وطبيب: عالم بالطب.⁽⁴⁾

2- **في الاصطلاح :** لم يخرج المعنى الاصطلاحي للطب والطبيب عن المعنى اللغوي لهما، فالطب هو : (علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة ويستردها زائلة)⁽⁵⁾، والطبيب: هو (الشخص المؤهل الذي يمارس الطب ويعالج المرضى)⁽⁶⁾.

(1) عودة: التشريع الجنائي (104/2).

(2) الشاذلي: الجنائيات في الفقه الإسلامي (ص: 376)

(3) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 481)

(4) ابن منظور: لسان العرب، مادة (طبب) (553/1)؛ الرازي: مختار الصحاح، مادة (ط ب ب) (ص: 188)؛

الفيومي: المصباح المنير، مادة (ط ب ب) (368 /2)

(5) ابن سينا: القانون في الطب (2/1)

(6) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 651)

ت- مفهوم الخطأ الطبي :

وللوقوف على مقصوده سأعرض له عند العلماء القدامى والمحدثين:

1- **عند القدامى:** يعتبر مصطلح الخطأ الطبي من المصطلحات الحديثة، إذ لم يتعرض العلماء القدامى إلى مفهوم الخطأ الطبي كمصطلح مستقل (مركب) ضمن كتاباتهم، وإنما ذكروا أمثلة تبين صورة خطأ الطبيب ومن في حكمه، ويرجع السبب في ذلك إلى إسقاطهم الخطأ الصادر من الطبيب على الخطأ بشكل عام، ولذلك لم يحددوا مفهوماً له⁽¹⁾.

2- **عند المحدثين:** أما العلماء المحدثون فلم يحظ مفهوم الخطأ الطبي بوضع حدٍ أو تعريفٍ شرعي خاص به، إما لأنَّ البعض قد سار على نهج القدامى بذكر خطأ الطبيب ضمن مفهوم الخطأ بشكل عام، أو لأنه مصطلح حديث فتناوله البعض الآخر ضمن الكتابة عن مهنة الطب في العصر الحاضر، وأذكر بعضاً من التعريفات التي وقفت عليها للخطأ الطبي:

التعريف الأول: هو: (الخروج عن الأصول الطبية المتعارف عليها من قبل الطبيب أو مساعديه أثناء مزاوله الأعمال الطبية، دون قصد الإضرار بالمريض)⁽²⁾.

ويؤخذ على التعريف أنه قاصر وغير جامع؛ حيث قصر خطأ الطبيب على الأخطاء المهنية فقط، وغير جامع إذ لم يشمل الأخطاء البشرية التي تصدر من الطبيب⁽³⁾.

التعريف الثاني: هو: (الإخلال بالالتزامات الخاصة التي تفرضها مهنة الطب دون قصد الإضرار بالغير، ويكون هذا الإخلال بترك ما يجب فعله أو فعل ما يجب الإمساك عنه)⁽⁴⁾.

ويؤخذ عليه أنه قصر الأسباب المؤدية لوقوع الضرر في إخلال الطبيب بالتزامات مهنة الطب، ولم يشمل غيره من الأسباب.

التعريف الثالث: هو: (ما يصدر عن الطبيب من عمل أو علاج أثناء ممارسة مهنته، ويتسبب في ضرر صحي للمريض، دون أن يقصد الطبيب الإضرار)⁽⁵⁾.

ويؤخذ على التعريف بأنه غير جامع؛ حيث لم يشمل جميع الأضرار التي يسببها خطأ الطبيب للمريض من أضرار نفسية ومالية واقتصر على الأضرار الصحية فقط.

(1) البابرّي: العناية (127/9)؛ ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد (18/4)؛ النووي: روضة الطالبين (229/5)

(2) سويلم: بحث بعنوان " الخطأ الطبي حقيقته وآثاره " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4451) .

(3) سيأتي الحديث عن أنواع الأخطاء الطبية ضمن هذا المبحث إن شاء الله.

(4) الحسن: بحث بعنوان "الخطأ الطبي" مقدم امؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4428).

(5) جعفر: بحث بعنوان "أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4657).

وخلاصة التعريفات السابقة أنها جعلت السبب الرئيس في تحديد مفهوم الخطأ الطبي هو مخالفة الفعل الصادر من الطبيب للأصول والقوانين الخاصة بمهنة الطب في العصر الحاضر.

وبالنظر إلى الشريعة الإسلامية أجد أنها أولت الطب اهتماماً بالغاً؛ حيث جعلت تعلمه من الفروض الكفائية⁽¹⁾ ووضعت له من الشروط والأحكام ما يضبط العمل الطبي ويضمن حقوق الطبيب والمريض⁽²⁾.

ويعد عرض تعريفات الخطأ الطبي، يمكن تعريفه تعريفاً جامعاً بأنه : **انتفاء قصد الطبيب المعالج إيقاع الضرر بالمريض عند ممارسته لعمله بسبب مخالفته شروط العمل الطبي في الشريعة الإسلامية.**

شرح التعريف:

- (انتفاء قصد الطبيب المعالج): قيد خرج به الفعل المقصود المتعمد من الطبيب.
- (إيقاع الضرر بالمريض): شمل كل أنواع الضرر الذي قد يقع على المريض سواء الصحي أو النفسي أو المالي.
- (عند ممارسته لعمله): قيد خرج به ما يصدر من الطبيب من أخطاء خارج العمل فلا يطلق عليها أخطاء طبية.
- (بسبب مخالفته شروط العمل الطبي) : أي وقوع فعله على خلاف الضوابط والشروط التي صاغتها الشريعة الإسلامية لضبط عمل الطبيب أثناء علاجه للمرضى.

ثانياً - أسباب الخطأ الطبي :

إن لوقوع الخطأ من الطبيب حال ممارسته لأعمال الطب أسباب عدة، ومن هذه الأسباب:

أ- **الجهل**⁽³⁾: ويعد أخطر الأسباب المؤدية لوقوع الخطأ الطبي، حيث حذر النبي ﷺ من تطبيب الجاهل بقوله: "من تطب ولم يعرف منه طب قبل ذلك فهو ضامن"⁽⁴⁾.

(1) الفرض الكفائي هو: الذي ان قام به جماعة من المسلمين سقط عن الباقيين، الغزالي: إحياء علوم الدين (16/1)

(2) ابن قدامة: المغني (5 / 398).

(3) وهو نقيض العلم؛ الفيومي: المصباح المنير، مادة (جهل) (113/1) والطبيب الجاهل هو (من تنقصه الخبرة والتدريب) أنظر / خضير: الآثار المترتبة على الخطأ الطبي (5 / 4724)

(4) أبي داود: سنن أبي داود [كتاب الديات، باب فيمن تطب ..، (ح: 4585)، (643/6)]؛ ابن ماجة: سنن ابن ماجة، [كتاب الطب، باب من تطب، (ح: 3466)، (136/5)]؛ حسنه الالباني في ذات المصدر، واللفظ لابن ماجة .

صورة الجهل الطبي :

وصورة الجهل كما ذكرها العلماء كون الطبيب من غير أهل المعرفة بمهنة الطب⁽¹⁾. هذا وقد يكون الجهل:

- 1- بالكلية وهو الذي لم يتعلم الطب أصلاً ويدعيه ، كأن يقوم ممرض أو عامي بممارسة الطب.
- 2- بالجزئية وهو الذي علمه لكن جهل الفرع الذي عالج فيه المريض ، كأن يقوم طبيب باطني بإجراء جراحة في العيون⁽²⁾.

واتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽³⁾ على وجوب تضمين الطبيب الجاهل إذا تولد عن فعله ضرر لحق بالمريض، لقول النبي ﷺ: (من تطب ولم يعرف منه طب قبل ذلك فهو ضامن)⁽⁴⁾.

وصورة جهل الطبيب في عصرنا الحاضر تتمثل في عدم حصول الطبيب على شهادة تثبت دراسته للعلوم الطبية ، وشهادة ترخيص مزاولة المهنة المعتمدة من وزارة الصحة في الدولة، كذلك عدم إتمامه لدورات علمية وعملية تخصصية في مهنة الطب⁽⁵⁾.

ب- إخلال الطبيب بواجب الاهتمام والعناية تجاه المريض:

ويتمثل الإخلال في واحد مما يأتي :

- 1- الإهمال⁽⁶⁾ وعدم الإنتباه: ويقصد به ترك الطبيب واجبه في بذل الرعاية والإهتمام تجاه المريض مما يسبب له ضرراً جسدياً أو نفسياً أو مالياً، مثل أن يترك الطبيب الجراح فتاتاً من العظم في لحم المريض أو يترك في جوفه قطعة من القطن بعد العملية⁽⁷⁾.
- 2- عدم الاحتياط وترك التحرز⁽⁸⁾: ويكون بتقصير الطبيب في اتخاذ التدابير والخطوات الوقائية في حق المريض لمنع تدهور حالته الصحية؛ مثل الجراح الذي لا يتحقق من خلو

(1) الدسوقي: حاشية الدسوقي (28/4)

(2) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 448)؛ الشاذلي: الجريمة (ص: 636)

(3) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (147/6)؛ المواق: التاج والاكليل (439/8)؛ الرملي: نهاية المحتاج

(35/8)؛ البهوتي: كشف القناع (35/4)

(4) الخطابي: معالم السنن (39/4)

(5) بن أحمد: الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، (ع 52 / ص: 12)

(6) الإهمال يعني الترك؛ الرازي: مختار الصحاح، مادة (ه م ل) (ص: 328)

(7) الجبير: بحث بعنوان "الخطأ الطبي" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5/ 4373).

(8) ترك التحرز: هو ترك الحفظ وعدم المبالغة فيه، الزيات وعدة مؤلفين: المعجم الوسيط، مادة (ح ر ز) (166/1)

معدة المريض من الطعام قبل إجراء العملية الجراحية، أو معالجة الطبيب للمريض بأجهزة يعلم أنها غير صالحة للإستخدام (1).

3- الرعونة⁽²⁾ والطيش: حيث الإقدام على الفعل دون التفكير بالعواقب؛ مثل أن يقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية دون الاستعانة بطبيب تخدير⁽³⁾.

ت- عدم مراعاة الطبيب للأصول العلمية⁽⁴⁾ لمهنة الطب:

وهي الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي⁽⁵⁾، ويعدّ مخالفة الطبيب لها سبباً لوقوع الأخطاء الطبية.

ث- مخالفة الطبيب لأنظمة وقواعد⁽⁶⁾ مهنة الطب:

فمخالفة الطبيب للأنظمة والقواعد التي تقوم عليها مهنة الطب يعتبر مسوغاً للإضرار بالمريض وسبباً من أسباب وقوع الخطأ الطبي⁽⁷⁾.

(1) الزحيلي: الفقه والفكر المعاصر (ص: 335)

(2) الرعونة: التسرع والحمق؛ ابن منظور: لسان العرب، مادة (رعن) (182/13)

(3) الصالح: الخطأ وأثره في المجال الطبي، مجلة أبحاث اليرموك (ع: 3 / م: 18 / ص: 669)

(4) تتنوع هذه الأصول والقواعد بين جانبيين لمهنة الطب: جانب علمي نظري وجانب عملي تطبيقي، ولهذين الجانبين نوعان من العلوم: النوع الأول/علوم طبية ثابتة: وهي العلوم التي أقرها علماء الطب قديماً وحديثاً، النوع الثاني/علوم طبية مستجدة: وهي العلوم التي تكشف عنها البحوث العلمية الطبية يومياً من نظريات وعلاجات جديدة، للمزيد/ الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 473)؛ الكوني: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة؛ رسالة ماجستير باشراف: دكتور محمد الصليبي و د/ أدهم طه (جامعة النجاح 2009 م) (ص: 66)

(5) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 473)؛ الكوني: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة؛ رسالة ماجستير باشراف: د/ محمد الصليبي و د/ أدهم طه (جامعة النجاح 2009 م) (ص 66)

(6) من هذه الأنظمة: 1- الحصول على الإذن بالعلاج، 2- عدم الامتناع عن علاج المريض، 3- حرمة إفشاء الطبيب للسر الطبي، 4- المنع من إجراء التجارب الطبية على المرضى لغرض غير العلاج، 5- عدم إنهاء حياة المريض الميؤس من شفائه بما يعرف بقتل الرحمة، 6- المنع من نقل أعضاء المريض دون علمه، للمزيد/ حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين (ص: 37)؛ عودة: التشريع الجنائي (87/1)؛ الصالح: الخطأ عند الأصوليين، مجلة اليرموك، (ع: 3 / م: 18 / ص: 668 وما بعدها)؛ أبو زهرة: الجريمة والعقوبة (ص: 451)؛ القاضي: الامتناع عن علاج المريض (ص: 206)؛ الشاذلي: الجريمة (ص: 645)

(7) كنعان: الموسوعة الطبية (ص: 52)؛ الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر (ص: 327)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 163)؛ بن أحمد: الأخطاء المدنية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (ع: 52 / ص: 31- 48 - 50)؛ أبو غدة: المبادئ الشرعية للتطبيق، مجلة مجمع الفقه الاسلامي (ع: 8 / ص: 142)

ثالثاً- أنواع الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي :

يتنوع الخطأ الطبي تبعاً لتنوع الأسباب والظروف التي أدت إلى وقوعه، إضافةً إلى الطبيعة الخطرة التي تمتاز بها مهنة الطب؛ وما يصاحبها من مضاعفات وآثار جانبية للدواء والعلاج، وللوقوف على أنواع الخطأ الطبي أعرض لأنواع الخطأ بشكلٍ عام ثم لأنواع الطبي منه، على النحو التالي:

أ- أنواع الخطأ العام:

الخطأ على ثلاثة أنواع (1):

النوع الأول: خطأ في الفعل: كأن يرمي طيراً يظنه صيداً فإذا هو آدمي (2).

النوع الثاني: خطأ في القصد: كأن يقصد إصابة من يعتقد أنه حربي فيتبين أنه مسلم (3).

النوع الثالث: خطأ في الفعل والقصد معاً: كما لو رمى آدمياً يظنه صيداً، فأخطأ فأصاب غيره من الناس، فإن الرمية كانت موجهةً إلى هدفٍ يظنه صيداً ولكنه في الحقيقة آدمي، ومثله إذا سقط إنسان على آخر وهو نائم فقتله، أو حفر حفرةً بدون إذن الإمام فسقط فيها إنسان ومات (4). ومن تقسيمات العلماء للخطأ يبدو لي أنها تتمثل في الإهمال مع ترك الاحتياط والتحرز وإيقاع الفعل مخالفاً لقواعد الشريعة في الإذن بالتصرف.

ب- أنواع الخطأ الطبي:

وبإسقاط أنواع الخطأ بشكل عام على الأفعال الصادرة من الأطباء والعاملين في المجال الطبي تكون أنواعه هي :

النوع الأول - الخطأ البشري:

وهو الخطأ الذي يؤثر في سلوك وطبيعة الإنسان ؛ إذ يرد على الطبيب وغيره من البشر ولا يتعلق بمهنة الطب، والسبب المباشر فيه الإهمال والتقصير وترك الاحتياط والتحرز (5).

(1) هذا التقسيم اشتهر به الحنفية والحنابلة وقد تعرض الشافعية والمالكية له ضمن حديثهم عن صور الخطأ،

انظر: الحصكفي: الدر المختار (7/ 94)؛ القرافي: الذخيرة (12 م 281)؛ النووي: روضة الطالبين

(9/ 123)؛ ابن قدامة: المغني (8/ 271)

(2) البابرّي: العناية (10/ 213)

(3) ابن قدامة: المغني (8/ 272)

(4) الكاساني: بدائع الصنائع (7/ 283)؛ الشاذلي: الجنايات في الفقه الإسلامي (ص: 378)

(5) الصالح: الخطأ عند الأصوليين، مجلة أبحاث اليرموك (ع: 3 / ص 668- 670)؛ الجبير: بحث بعنوان "

الخطأ الطبي حقيقته وآثاره " مقدم مؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4373)

ومن أمثله قديما :

- 1- (قطع الحجام لحماً من عينيه ، وكان غير حاذق فعميت ، فعليه نصف الدية)⁽¹⁾ .
- 2- (تزل يد الخاتن أو القاطع فيتجاوز في القطع، أو الكاوي فيتجاوز في الكي، أو يد الحجام فيقطع غير الضرس التي أمر بها، فإن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك خطأ)⁽²⁾.

ومن أمثله في الطب الحديث:

المثال الأول: أن تزل يد الطبيب الجراح أو أخصائي التخدير أو الممرض أو المصور بالأشعة والمنظار، وينشأ عن ذلك ضرر بجسم المريض.

المثال الثاني: ترك الطبيب الجراح بعض الأدوات المتعلقة بالعمليات الجراحية داخل جسد المريض كالشاش أو المشرط أو المقص.

المثال الثالث: خطأ الطبيب في شق الدماغ فيشق الجزء الأيمن بدل الأيسر.

المثال الرابع: أن يجري الطبيب عملية جراحية للمريض ويكون في حالة لايسمح له وضعه الصحي بإجرائها.

المثال الخامس: تباطؤ الطبيب في تلبية نداء المريض في المستشفى بسبب نومه أو انشغاله بغير العلاج⁽³⁾ .

النوع الثاني - الخطأ المهني :

وهو الضرر⁽⁴⁾ الواقع من الطبيب نتيجة ممارسته لمهنة الطب⁽⁵⁾.

ويرجع هذا النوع من الخطأ إلى أمرين :

الأمر الأول: مخالفة الطبيب لأصول وقواعد مهنة الطب والمتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين: الدر المختار (567/6)

(2) المواق: التاج والاكليل (560/ 7)

(3) الشихلي: بحث بعنوان " التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه" مقدم مؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (3 / 3480).

(4) الضرر هو: نقص الشيء حقه وقيل ما تضر به صاحبك وتنتفع به، الجمل: حاشية الجمل (5 / 206)

(5) سويلم: بحث بعنوان "الخطأ الطبي حقيقته وآثاره" مقدم مؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4468)

(6) أبو غدة: المبادئ الشرعية للتطبيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، (ع: 8 / ص: 142)؛ أحمد: مسؤولية الطبيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي (ع: 8 / ص: 188)

الأمر الثاني: مخالفة الطبيب لضوابط وشروط ممارسة المهنة في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

ويتمثل الأمر الأول والمتعلق بمخالفة الطبيب لأصول وقواعد مهنة الطب :

في خطأ الطبيب بالتشخيص والعلاج، حيث إن نجاح العمل الطبي يتمركز حول ركنين أساسيين، هما تشخيص المرض والوقوف على أعراضه الحقيقية ووصف العلاج المناسب له، فإذا فشل الطبيب في التشخيص السليم للمرض سيفشل حتماً في وصف علاج ملائم ينتهي بالمرضى إلى الشفاء⁽²⁾.

ووقوع هذا الفشل سببه خروج الطبيب ومخالفته لأصول وقواعد الطب والتي لا بد لكل طبيب أن يلم بها ويتقنها ؛ لأنها من صميم مهنته، ومن أساسيات عمله، فالعلوم الطبية إما ثابتة أو مستجدة⁽³⁾، وإن الخطأ في الثابتة منها لا يغتفر حيث يطلق عليه العلماء (الخطأ الفاحش)، إذ لا يتصور صدوره من طبيب متمرس في مهنة الطب⁽⁴⁾.

ومن الأمثلة على الخطأ في التشخيص والعلاج :

- 1- إعطاء المريض دواء لا يلائم الأعراض التي يشعر بها.
- 2- استعمال الطبيب لآلات أو أجهزة طبية دون أن يكون على دراية كافية بطريقة استعمالها، أو دون أن يتخذ الاحتياطات الكافية لمنع حدوث أضرار جراء هذا الإستعمال.
- 3- التقصير في الإشراف والرقابة على من يخضعون تحت إشرافه من المساعدين.
- 4- عدم قيام الطبيب بتزويد المريض بالتعليمات الضرورية بعد الإنتهاء من المعالجة أو العملية الجراحية.
- 5- أن يقوم الطبيب بتشخيص المرض عن طريق الحدس والتوقع والتخمين.
- 6- عدم استشارة الطبيب لمن يفوقه خبرة وتخصصاً من الأطباء في المسائل اللازمة للتشخيص والعلاج.

(1) ابن نجيم: البحر الرائق (33/8)؛ النفراوي: الفواكه الدواني (117/2)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (427/7)؛ أبو النجا: زاد المستقنع (ص: 129)؛ عودة: التشريع الجنائي (87/1 وما بعدها)؛ أبو زهرة: الجريمة والعقوبة (ص: 452)؛ الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر (ص: 327)؛ كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 52)؛ أبو غدة: المبادئ الشرعية للتطبيق والعلاج، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع 8/ ص: 142)

(2) الجبير: بحث بعنوان "الخطأ الطبي" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (4373/5)؛ بن أحمد: الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، (ع: 52 / ص: 14)

(3) انظر هامش (ص: 12) من هذا البحث

(4) البغدادي: مجمع الضمانات (145/1)؛ الخرشي: شرح الخرشي (111/8)؛ النووي: روضة الطالبين (184/5)؛ ابن قدامة: المغني (5/ 398) .

7- عدم طلب الطبيب من المريض كافة الإجراءات اللازمة للتشخيص من عمل التحاليل والفحوصات المخبرية وصور الأشعة، أو يحيله إلى من هو غير أهل لعمل هذه الفحوصات.

8- عدم وضوح البيانات والمعلومات التي يكتبها الطبيب على الوصفة الطبية والمتعلقة بعمر المريض ومقدار الدواء وطريقة استعماله والشروط المصاحبة لذلك.

9- قيامه بعملية الجراحة دون التأكد من وجود علة أو مرض جراحي، مع عدم فحصه لقدرة المريض على تحمل مضاعفات وأخطار هذه الجراحة. (1)

أما الأمر الثاني والمتعلق بمخالفة الطبيب لضوابط وشروط ممارسة المهنة في الشريعة الإسلامية فيتمثل في :

1- ممارسة الطبيب للأعمال الطبية دون إذن (2) معتبر في الشرع :

فقد أولى الشارع اهتماماً بالغاً بإرادة الانسان ورضاه بأي تصرف يخصه، وأوقف إنجاز كثير من الأفعال والتصرفات على رضا أصحابها، ومن ضمنها الأعمال التي يمارسها الطبيب أثناء علاجه للمريض، حيث إن إتمامها مرهون برضى المريض صاحب الأهلية الكاملة أو وليه إن كانت أهليته ناقصة (3).

فالإذن الطبي يرجع بأصله إلى الشرع ؛ الذي لم يطلق الحرية لأحد في التصرف بجسد الإنسان وحياته، بل وضع ضوابط لهذا التصرف، فإذا ما خالف الطبيب وياشر الأعمال الطبية دون إذن من الشرع بأن كان جاهلاً بالعلوم الطبية أو بغير إذن صريح من المريض بالموافقة على

(1) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 231 - 238)؛ الكوني: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة، رسالة ماجستير، إشراف: د/محمد الصليبي ود/أدهم أبو طه؛ جامعة النجاح (2009) (ص: 103 - 112)؛ صبايح ويحي: المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيق، مجلة الجامعة الإسلامية (ع:2) (ص: 128)؛ سليمان: الخطأ الطبي حقيقته وآثاره (5 / 4467)؛ العيوني والعلمي: الخطأ الطبي بين الشرع والقانون (5 / 4618)؛ الصالح: الخطأ عند الأصوليين، مجلة أبحاث اليرموك (ع:3) (م / 18) (ص: 669)

(2) الإذن: من الإعلام والإطلاق؛ ابن منظور: لسان العرب، مادة (أذن) (9/13)، وهو نوعان: الأول/إذن عام من الشرع: وينفذه ولي الأمر بالتصريح للطبيب بممارسة أعمال التطبيق على من يحتاجها من أفراد المجتمع، ويوازيه في عصرنا الحاضر ما يعرف بشهادة رخصة مزاوله المهنة الطبية، الثاني/إذن خاص من المريض: إذ يكون تدخل الطبيب المعالج بناء على رضاه أو وليه إن كان صغيراً أو مجنوناً، حيث يعطي المريض موافقته للطبيب على إجراء ما يراه مناسباً من كشف سريري وتحاليل مخبرية ووصف الدواء وغيره من الإجراءات الطبية التي تلزم لتشخيص المرض وعلاجه، ويطلب الطبيب بإعلام المريض بطبيعة مرضه وما ينتج عنه من آثار ومضاعفات نتيجة العلاج: الشاذلي: الجريمة (ص: 641)، أحمد، مسؤولية الطبيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، (ع: 8/م: 3 / ص: 188)

(3) الشافعي: الأم (65/6)؛ ابن قدامة: المغني (6 / 133)

علاجه وإجراء العمليات الجراحية له، فإن الطبيب في هذه الحالة يكون متعدياً على حق من الحقوق التي كفلتها الشريعة وحذرت من المساس بها، فيتحمل الطبيب ما يتولد عن فعله غير المأذون فيه من ضرر يلحق بنفس المريض أو عقله أو ماله ، ويستثنى من ذلك حالات يتعذر معها الحصول على الإذن⁽¹⁾، وهي على النحو التالي:

1- أن يكون المرض المصاب به المريض من الأمراض المعدية فيستدعي تدخلاً سريعاً من الطبيب للعلاج وإجراء اللازم لمنع انتشاره.

2- أن يكون المريض في حالة حرجة يكون فيها مهدداً بفقد حياته أو تلف عضو من أعضاء جسده ، فيكون من الواجب على الطبيب التدخل السريع لانقاذ حياة المريض وتقليل الضرر الواقع عليه، كما في حالات الحوادث المرورية أو حوادث القصف والاختيالي في الحروب والصراعات.⁽²⁾

ومما سبق فإنه يتعذر على الطبيب أخذ إذن مباشر من المريض، كما أن الانتظار حتى الحصول عليه فيه مفسدة عظيمة إذ قد تهدر حياته خلالها أو تتلف أعضاء من جسده، فوجب على الطبيب في مثل تلك الحالات أن يباشر العلاج دون انتظار الإذن إنقاذاً للمريض، ودرءاً للمفسدة عن المجتمع.⁽³⁾

ومن الأمثلة على مخالفة الطبيب لشرط الحصول على الإذن عند الفقهاء :

المثال الأول: (لو قطع السلعة⁽⁴⁾ أو العضو المتآكل... بغير إذنه فمات)⁽⁵⁾.

المثال الثاني: (وإن ختن صبياً بغير إذن وليه أو قطع سلعة من رجل بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن، لأنه قطع غير مأذون فيه، وإن فعل ذلك الحاكم أو من له ولاية عليه، أو فعله من أذن له، لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعاً)⁽⁶⁾.

فهذه النصوص وغيرها تدلل على اشتراط الاذن المسبق من المريض، حتى يكون العمل الطبي مشروعاً، وتقل معه فرصة حدوث خطأ من الطبيب فلا يعود ذلك على المريض بالضرر.

(1) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 52)

(2) الشاذلي: الجريمة (638)، الكوني: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره، رسالة ماجستير، اشراف: د/محمد الصليبي،

د / أدهم أبو طه؛ جامعة النجاح (2009 م) (ص: 89)

(3) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 54)

(4) السلعة: خراج كهيئة الغده يخرج بين الجلد واللحم يكون من الحمصة إلى البطيخة، الشربيني: مغني المحتاج

(536 /5)

(5) النووي: روضة الطالبين (7 / 386)

(6) ابن قدامة: المغني (133/6)

2- إفشاء الطبيب للسر الطبي:

يعتبر السر في الشريعة الإسلامية من الأمانة التي أمر الشارع بالحفاظ عليها وصيانتها من الضياع، يقول تعالى في مدحه للمؤمنين: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ (1)

والسر على ثلاثة أنواع:

الأول: ما أمر الشرع بكتمانها.

الثاني: ما طلب صاحبه كتمانها.

الثالث: ما من شأنه الكتمان واطلع عليه بسبب الخلطة أو المهنة (2).

وما يختص ببحثنا منها هو النوع الثالث الذي يطلع عليه بحكم المهنة.

ومن جملة المهن التي يطلع من خلالها على الأسرار المهنة الطبية، حيث إن طبيعة العمل الطبي تستدعي إطلاع الطبيب على خصوصيات المريض وما يحمله من أسرار سواء بالنسبة لمرضه أو بالنسبة لحياته الشخصية، والتي قد يتعلق جزء كبير منها بمرضه، ويطلق عليه السر الطبي، وبيان مفهومه على النحو التالي:

أولاً - مفهوم السر:

أ- في اللغة: السر ما يكتُم وهو خلاف الإعلان، والجمع أسرار، يقال أسررت الحديث إسراراً: أخفيتَه (3).

ب- في الاصطلاح: وبتناول مفهومه في اصطلاح العلماء القدامى والمحدثين:

1- عند القدامى: لم يخرج معنى السر في اصطلاح العلماء عن معناه في اللغة؛ حيث

استخدموه فيما يكتُم وما يخالف الإعلان (4)؛ ولأجل ذلك لم يضعوا حداً أو تعريفاً له.

2- عند المحدثين: عرفه هاني الجبير بأنه: (الذي يفضي به إنسان إلى غيره، أو يطلع عليه

بحكم معاشرته أو مهنته ويستكتم عليه، أو دلت القرائن على طلب الكتمان، أو كان من

شأنه في العادة أن يكتُم، أو تضمن ضرراً أو عيباً يكره إطلاع الناس عليه، أو تضمن

إفشاؤه الإفساد بينه وبين غيره) (5).

(1) سورة المؤمنون: الآية (8)

(2) الدسوقي: حاشية الدسوقي (236/2)؛ ابن مفلح: الآداب الشرعية (166/2)

(3) الفيومي: المصباح المنير، مادة (س ر ر) (273/1)

(4) الحطاب: مواهب الجليل (26/2)؛ السيوطي: مطالب أولي النهى (442/6)

(5) الجبير: السر المهني، موقع الاسلام اليوم www.islamtoday.net

وقد ظهر في التعريف أنواع الأسرار وهي: ما أمر الشرع بكتمانه وما طلب صاحبه كتمانها وما من شأنه الكتمان واطلع عليه بسبب الخلطة أو المهنة (1).

ثانياً - مفهوم الطبي: تقدم إيضاحه سابقاً في مفهوم الخطأ الطبي فلا أكرره (2).

ثالثاً - مفهوم السر الطبي: وردت للسر الطبي تعريفات عدة منها:

- **التعريف الأول:** (هو الذي يعلمه الطبيب بإرادة المريض أو أثناء التشخيص وكان للمريض ولأسرته مصلحة مشروعة في كتمانها) (3).

- **التعريف الثاني:** (هو كل معلومة تتعلق بالمرض وتصل إلى الطبيب أو أحد العاملين في المؤسسة الطبية، وتوجب عليهم حفظها وكتمتها) (4).

- **التعريف الثالث:** (هو جميع المعلومات التي يطلع عليها الطبيب من مريضه، سواء منها المتعلقة بمرضه أو بحياته الخاصة) (5).

وبالنظر إلى التعريفات السابقة أجد أن التعريفين الأول والثاني قد ركزا على الأثر المترتب نتيجة إطلاع الطبيب على السر الطبي وهو وجوب الكتمان، أما التعريف الثالث فركز على ماهية السر الطبي، وأنه يشمل المعلومات التي يطلع عليها الطبيب.

- **التعريف المختار:** بعد عرض تعريفات العلماء للسر الطبي يمكنني أن أجمع بين من ركز على أثر السر الطبي ومن ركز على ماهيته فأعرف السر الطبي بأنه: (المعلومات المرضية والشخصية التي يطلع عليها الطبيب بحكم مهنته ويتعين عليه كتمانها)

رابعاً - ما يترتب على السر الطبي :

ويقع على عاتق الطبيب إخفاء ما اطلع عليه من أسرار خاصة بالمريض، والذي كان على استعداد أن يبذل أي شيء مقابل تخفيف ألمه وشفائه، لكونه يمر بأشد حالاته ضعفاً أثناء المرض، فهي أمانه وضعها المريض على عاتق طبيبه، والطبيب في هذه الحالة مطالب بتحمل مسؤوليته تجاه هذه الأمانة التي أوكلت إليه، بتأديتها على الوجه الذي يرضي الله ورسوله ويحقق الطمأنينة والأمن لمريضه الذي استأمنه على حياته، وما كان له ذلك إلا لثقتة بأن الطبيب صاحب رسالة

(1) انظر: (ص: 18) من هذا البحث

(2) أنظر (ص: 8) من هذا البحث .

(3) محمد: مسؤولية الطبيب، موقع الجمعية السعودية لطب الأسرة والمجتمع www.ssfcm.org

(4) منصور: أخلاقيات طبية، بحث على الانترنت www.karmel.co.il

(5) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 557)

سامية فهو طبيب للقلوب قبل الأجساد؛ فوجب عليه أن يقوم بدوره الإيجابي في تخفيف آلام المريض وإزالتها وليس مضاعفتها باللعب بأسراره وكشفها على الملاء، كذلك من واجب الطبيب ألا يبخل بأسراره ونصائحه الطبية على المريض بوصفه علاجاً معيناً أفضل من غيره أو طريقة طبية تخفف ألمه وتحقق مراده بالشفاء، لكن يوجد حالات تعد استثناءً على الأصل في حرمة إفشاء سر المريض، إذ يجوز فيها للطبيب إفشاء السر الطبي (1).

خامساً - حالات إفشاء السر الطبي:

الحالة الأولى - أن يكون في كتمان السر ضرراً أبلغ من ضرر الإفشاء:

كأن يكون المريض مصاباً بمرض خطير ومعدٍ، أو يكون مضمون السر ارتكاب جريمة أو جنائية، أو يكتشف الطبيب أن المريض مجرمٌ فإز من العدالة، فهنا يتعين على الطبيب الإخبار وإفشاء السر، درءاً للمفسدة وحفاظاً على المصلحة العامة (2).

الحالة الثانية - الشهادة (3):

قد يُحتاج إلى شهادة الطبيب وخبرته في الأمور الطبية وما يمر به المريض من حالة مرضية، وذلك عند حدوث جنائية أو جريمة فيجوز له حينها أن يفشي ما يحمله من سر طبي (4).

الحالة الثالثة - الدفاع الشرعي (5):

إذا كان الإفشاء من أجل دفاع الطبيب عن نفسه ودفعه التهمة الموجهة إليه أمام أهل المريض، فيجوز له ذلك بشرط ألا يتجاوز حد الضرورة التي تقتضيها حالة الدفاع (6).

الحالة الرابعة - إفشاء المريض لسره أو طلب إفشائه:

بأن أذاع المريض سره بين الناس وجاهر به، أو طلب من الطبيب إخباره بنوع مرضه أو نتيجة فحصه، فيجيب لطلبه إلا إذا خاف الطبيب أن يؤدي ذلك إلى سوء حالته وتأخر شفائه، فعلى الطبيب أن يكتمه عنه ويخبر شخصاً من أهله (7).

(1) الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر (ص: 327)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 139 - 145)؛ كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 558 - 559)

(2) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 558)

(3) الشهادة هي: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة، البابرتي: العناية (364/7)

(4) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 144)

(5) الدفاع الشرعي هو: رد خصومة المدعي وإبطال دعواه، ابن فرحون: التبصرة (212/1)

(6) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 145)؛ كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 558)

(7) الزحيلي: أخلاقيات المهنة الطبية (ص: 331)

3- امتناع الطبيب عن علاج المريض:

قد يعرض مانع قوي يمنع الطبيب من تقديم المساعدة التي يحتاجها المريض، إذ لا يتصور من الطبيب وهو الذي يحمل الكثير من معاني الإنسانية والرحمة في تخفيف الآلام أن يمتنع عن علاج مريض ضعيف يتألم ويحتاج إلى المساعدة العاجلة؛ إلا في حالات تعد استثناءً على الأصل⁽¹⁾، وهي:

أ- أن يكون المريض في مكان خطر لا يستطيع الطبيب أن يصل إليه، أو يشكل الوصول خطراً على حياة الطبيب.

ب- كون المريض حاملاً لمرضٍ معدٍ، فيخاف الطبيب من علاجه.

ت- أن يقع في ذهن الطبيب أن هناك من الأطباء من قام بالمهمة عوضاً عنه، فيتبين خلاف ذلك.

ث- أن يمتنع الطبيب عن وضع أجهزة التنفس والإنعاش على المريض الذي في حالة الموت السريري لاعتقاده أنه ميئوس منه وهو ما يعرف بقتل الرحمة⁽²⁾.

ومهما كانت الأسباب فإن على الطبيب أن يبذل قصارى جهده في تقديم الإسعاف العاجل للمريض ومساعدته في تخفيف ألمه؛ لأن هذا هو دوره الأساسي وواجبه الذي حمل الشهادة لأجله وأدى القسم عليه⁽³⁾.

ويعدُّ امتناع الطبيب عن علاج المريض دون عذر جريمة يعارضها الشرع والعرف الطبي بل والأعراف الإنسانية كلها، كأن يرفض علاجه في المشفى الحكومي ويطلب منه القدوم إلى عيادته الخاصة، أو يمتنع عن علاجه؛ لأنه لم يف بمسئولياته المالية، أو يتركه ينزف لاعتقاده أن الجرح غير خطير.

فهذه الصور وغيرها مما قد يحدث نتيجة امتناع الطبيب عن علاج مريضه تعدُّ جريمة يحاسب عليها ويطالب بتعويض المريض عن الضرر الذي لحقه نتيجة هذا الامتناع، حيث أجمع الفقهاء على تضمين من يمنع وسائل النجاة عن إنسان يحتاجها فأدى ذلك إلى موته⁽⁴⁾.

(1) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 654)

(2) القاضي: الامتناع عن علاج المريض (ص: 202)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 163)؛ بن أحمد:

الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، (ع: 52 / ص: 32)

(3) أبو لبة: مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون (ص: 163)؛ ضمرة والعبري: بحث بعنوان " التكليف

الفقهي للخطأ الطبي " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4555) .

(4) الكاساني: بدائع الصنائع (234/7)؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي (242/4)؛ الشربيني: نهاية المحتاج

(304/7)؛ البهوتي: كشاف القناع (507/5)؛ بن أحمد: الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه

الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، (ع: 52 / ص: 31)

وهنا يتضح جلياً مدى حجم الجريمة التي يرتكبها الأطباء في سجون الاحتلال الصهيوني في حق الأسرى الفلسطينيين، بامتناعهم عمداً عن تقديم العلاج الكافي والمناسب لهم وتركهم بالشهور والسنوات يتألمون، ويكتفى بإعطائهم بعض المسكنات التي تؤدي إلى أمراض ومضاعفات لديهم، وقد تنهي حياتهم وتؤدي لإستشهادهم، فهذه الجريمة المنظمة التي تمارس على الأسرى من قبل من يوصفون بملائكة الرحمة وسفراء الراحة، تظهر الوجه البشع للاحتلال وجرائمه النكراء في حق الأسرى وفي حق شعب مظلوم يرزح تحت ظلمه.

رابعاً - معيار⁽¹⁾ الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي:

تصدر من الطبيب أفعال كثيرة حال ممارسته لمهنة الطب، لكن أي هذه الأفعال يوصف بأنه صواب قد أحسن فيه أو أنه خطأ توجب عليه حمله؟؟

إن الذي يميز لنا بين هذا وذاك هو معيار نقيس به الفعل؛ فيصنف على إثره أنه صواب أو خطأ، والخطأ في الشريعة الإسلامية يقاس بمعيار له قاعدتين :

القاعدة الأولى : كل ضرر يمكن التحرز منه⁽²⁾ وتركه الشخص الذي صدر منه الفعل أعتبر فعله خطأً.

القاعدة الثانية: كل ضرر تولد عن فعل غير مأذون فيه شرعاً، سواء تحرز منه أم لم يتحرز كان هذا الفعل من الخطأ⁽³⁾.

وكون الخطأ الطبي يرجع مبناه في الأصل إلى الخطأ بشكل عام، فلا يخرج المعيار الذي يقاس به فعل الطبيب حال ترتب الضرر عليه عن معيار الخطأ في الشرع، وهذا ما قرره الفقهاء عندما تحدثوا عن ضمان الطبيب ومن في حكمه، إذ علقوا سبب الضمان بترك التحرز والتقصير، وكون الفعل الذي أتى به الطبيب غير مأذون فيه، فكأنما جعلوا ذلك معياراً لقياس فعل الطبيب حال ترتب الضرر عليه⁽⁴⁾.

(1) المعيار: الميزان الذي يوزن به الأشياء، الرازي: مختار الصحاح، مادة (وزن) (ص: 222)

(2) يعتبر الشخص أنه تحرز من الشيء إذا لم يهمل أو يقصر في الاحتياط له، أنظر / عبد المحسن: النظام الجنائي (366/1)

(3) عودة: التشريع الجنائي (111/2)؛ عبد المحسن: النظام الجنائي (366/1-367)

(4) البابرتي: العناية (127/9)؛ البغدادي: مجمع الضمانات (ص: 48)؛ القرافي: الذخيرة (257/12)؛ المواق:

التاج والاكليل (439/8)؛ الشافعي: الام (65/6)؛ النووي: روضة الطالبين (229/5)؛ ابن قدامة: المغني

(398/5)؛ ابن مفلح: المبدع (447/4)

المبحث الثاني الإثبات أنواعه وطرقه في الفقه الإسلامي

أولاً- مفهوم الإثبات :

أ- الإثبات في اللغة: الإثبات من ثَبَّتَ ثَبَاتًا وَثُبُوتًا، والجمع (أَثْبَاتٌ)، ويطلق في اللغة على عدة معانٍ منها: الاستقرار والحبس والتأني والإقامة والحجة⁽¹⁾.

فالإثبات في اللغة هو: (الحكم بثبوت شيءٍ لآخر)⁽²⁾ ، وعليه فإن الإثبات هو إقامة الحجة والبرهان وإستقرار الحق لصاحبه .

ب- الإثبات في الاصطلاح: للوقوف على المعنى الاصطلاحي للإثبات أعرض له عند العلماء القدامى والمحدثين :

1- عند العلماء القدامى: إن المفهوم الاصطلاحي للإثبات عند العلماء القدامى لم يخرج عن مفهومه في اللغة وهو إقامة الحجة والبرهان، وهذا ما يفسر سبب عدم رصدهم تعريفاً خاصاً به، لوضوح مقصوده لديهم.

2- عند المحدثين: تقاربت ألفاظ العلماء المحدثين في تعريفهم للإثبات، ودارت معظمها حول إقامة المدعي للدليل على دعواه، فقد عرفه الزحيلي بأنه :

(إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية)⁽³⁾.

فالمقصود من الإثبات وصول المدعي إلى حقه أو منع التعرض له، فإذا أثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي، وتبين أن المدعى عليه مانع لحقه أو متعرض له بغير وجه حق، يمنعه القاضي عن تمرده في منع الحق ويوصله إلى مدعيه⁽⁴⁾.

ثانياً - أنواع الإثبات :

للوصول إلى الحق المدعى به أمام القضاء لابد من طريق تعين القاضي في ترجيح جانب

(1) ابن منظور: لسان العرب، مادة (ثبت) (2 / 19)؛ الفيومي: المصباح المنير، مادة (ثبت) (80/1)؛ مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط (93/1)

(2) الجرجاني: التعريفات (ص: 9)

(3) الزحيلي: وسائل الإثبات (ص: 23)

(4) مجلة الأحكام العدلية: (ص: 321)

الصدق على جانب الكذب في الدعوى حتى يثبت الحق لصاحبه، وقد نصت الشريعة الإسلامية على بعض طرق إثبات الحقوق وتوثيقها كالشهادة والإقرار واليمين⁽¹⁾.

لكن السؤال هنا، هل يقتصر القاضي في الحكم وإثبات الحق على تلك الطرق التي حددتها الشريعة ويتقيد بها فقط؟ أم أن له مطلق الإثبات فيستعين بطرق أخرى لم ينص الشارع عليها؟ فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك بين مطلق ومقيد⁽²⁾، على قولين:

القول الأول: يقضي بتقييد الإثبات، وقال به جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽³⁾.

القول الثاني: يقضي بإطلاق الإثبات، وقال به ابن تيمية وتلميذه ابن القيم والشوكاني وابن فرحون⁽⁴⁾.

✓ الأدلة :

أ- أدلة القول الأول : استدلت أصحاب القول الأول من جمهور العلماء على قولهم بتقييد الإثبات بالمعقول من وجوه:

◆ **الوجه الأول:** إن الشارع الحكيم قد حدد الطرق التي يستعين بها القاضي في الإثبات بنصوص محددة في القرآن الكريم والسنة فوجب الوقوف عليها وعدم التعدي إلى غيرها، لأنه لا اجتهاد مع وجود النص⁽⁵⁾.

(1) الحلبي: لسان الحكام (226/1)؛ الخطاب: مواهب الجليل (150/6)؛ النووي: روضة الطالبين (186/11)، الزركشي: شرح الزركشي (369/7) .

(2) بسبوني: أصول الإثبات (ص: 11 وما بعدها)؛ بك وإبراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 35)

(3) الكاساني: بدائع الصنائع (231/6)؛ الزيلعي: تبيين الحقائق (175/4)؛ مالك: المدونة (4/468)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (245/4)؛ الشافعي: الأم (244/6)؛ الهيثمي: تحفة المحتاج (60/9)؛ المرداوي: الإنصاف (238/11)؛ ابن قدامة: المغني (32/10) .

(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (392/35)؛ ابن القيم: الطرق الحكمية (ص: 11)؛ الشوكاني: نيل الأوطار (332/8)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (12/1)

(5) ومن هذه النصوص: آيات الشهادة كقوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم ...) البقرة: (الآية: 282)، كذلك حكم النبي ﷺ على من أقر عنده بالزنا بناء على إقراره: مسلم: صحيح مسلم [كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى (ح: 1691) (1318/3)] ومنه قوله عليه الصلاة والسلام لأشعث بن قيس - وقد اختصم مع رجل على بئر - " شاهدك أو يمينه " البخاري، صحيح البخاري [كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود (ح: 2668) ، (178/3)]

◆ **الوجه الثاني:** أن في إطلاق الإثبات وعدم تقييده بطرق معينة فيه تعريض لحقوق الناس وأموالهم للضياع والتفريط، مما يجعلها عرضة للظالمين من الحكام وضعاف النفوس من البشر، حيث لا يتورع حاكم ظالم بأن يغصب حقوق الناس بادعاء أنها ثبتت لديه من طريق كذا وكذا (1).

ب- **أدلة القول الثاني:** وقد استدلت أصحاب القول الثاني على قولهم بإطلاق الإثبات بالمعقول من وجوه:

◆ **الوجه الأول:** أن لفظة البينة في القرآن الكريم والسنة هي بمعنى الحجة والدليل والبرهان؛ فكل بينة أظهرت الحق وأثبتته كانت طريقاً من طرق الإثبات (2).

◆ **الوجه الثاني:** إن الغاية العظمى للقضاء هي صيانة الحقوق والحفاظ عليها من الضياع، وتحقيق العدل وطمس الظلم فأبي طريق يؤدي إلى هذه الغاية ويحققها ضمن ضوابط الشريعة الإسلامية فهو من طرائق الإثبات ووسائله؛ يقول ابن القيم في ذلك: (إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر عن وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه..... وأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له) (3).

سبب الخلاف:

يرجع اختلاف العلماء في المسألة السابقة إلى اختلافهم في المعنى المراد من لفظة (البينة) في قول النبي ﷺ: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (4)، فالجمهور على أن المراد بها هم الشهود فتتبع بهم وبكل طريقة دلت عليها مصادر الشريعة من (الكتاب والسنة والمصادر الاجتهادية الاخرى) فلا تتعدى إلى طرق أخرى، أما القائلون بالإطلاق فيرون أن البينة هي كل ما

(1) الكاساني: بدائع الصنائع (282/6)؛ مالك: المدونة (353/2)؛ الشافعي: الأم (303/5)؛ ابن قدامة: المغني

(48/8)؛ بك، وإبراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 41)؛ الرجوب: التعارض والترجيح في طرق الإثبات،

ماجستير، إشراف: د/ محمد منصور، الجامعة الأردنية (آب - 2006 م) (ص: 19)

(2) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (392/35)؛ ابن القيم: الطرق الحكمية (ص: 11)؛ الشوكاني: نيل الأوطار

(332/8)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (12/1)؛ بك و إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 43)؛ الرجوب:

التعارض والترجيح في طرق الإثبات، ماجستير، إشراف: د/محمد منصور، الجامعة الأردنية (آب- 2006 م)

(ص: 20)

(3) ابن القيم: الطرق الحكمية (ص: 13)

(4) البيهقي: السنن الكبرى (ح: 21201) (427/10)؛ حسن إسناده الحافظ في " الفتح " والحديث في "

الصحيحين " بلفظ: " لكن اليمين على المدعى عليه " / ابن الأثير: جامع الأصول (10 / 183)

يبين الحق ويظهره فلا تخصص بطريق دون أخرى، فهم يرون قبول أي حجة تؤيد دعوى المدعي، ويبيحون للقاضي التوسع في طرق الإثبات دون تقييد (1).

ت- مناقشة أدلة القولين :

أولاً - مناقشة أدلة القول الأول:

◆ مناقشة الوجه الأول: وقد نوقش استدلالهم بوجود الوقوف على الآيات والأحاديث التي نص عليها الشارع باعتراضين:

الإعترض الأول: عدم وجود نص صريح يحدد طرق الإثبات ويحصرها في عدد معين، ولا يوجد في النصوص ما يشير إلى ذلك، بل وجد من النصوص ما يدل على ثبوت غيرها من الطرق مثل ما ثبت في الصحيح أن عتبة بن الحارث جاء النبي ﷺ فقال: (إني تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء فقالت أنها أرضعتنا، فأمره بفراق امرأته فقال: إنها كاذبة، فقال دعها عنك)(2). ففيه قبول شهادة المرأة الواحدة على فعل نفسها وإن كانت أمة، وفي ذلك يقول ابن القيم: (وقد ذكر الله سبحانه نصاب الشهادة في القرآن في خمسة مواضع، فذكر نصاب شهادة الزنا أربعة في سورة النساء وسورة النور، وأما في غير الزنا فذكر شهادة الرجلين والرجل والمرأتين في الأموال..... فهذا في التحمل والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه، لا في طرق الحكم وما يحكم به، فإن هذا شيء وهذا شيء).(3)

الإعترض الثاني: إن ثبوت الحق من قبل القاضي في الواقعة غير متحقق في الغالب، وإنما هو ترجيح لجانب الصدق على جانب الكذب فيها، ولو ترك الحكم بما تراءى له صدقه وجزم به مع قيام الإحتمال للذي لا دليل عليه في الظاهر؛ لكان ذلك إقراراً للظلم وإطالة لأمدته وهو محرم كما حرم الظلم(4).

(1) بسيوني: أصول الإثبات (ص: 11 وما بعدها)

(2) البخاري: صحيح البخاري [كتاب الشهادات، باب شهادة الإماء (ح: 2659) (173/3)؛ وباب شهادة

المرضعة (ح: 2660) (173/ 3)]

(3) ابن القيم: إعلام الموقعين (72/1)

(4) أبو صفية: فقه القضاء وطرق الإثبات (ص: 91)، الرجوب: التعارض والترجيح في طرق الإثبات، رسالة

ماجستير، إشراف: د/ محمد منصور، الجامعة الأردنية (آب 2006 م) (ص: 20)، أبو الحاج: دور القرائن

الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير إشراف: د/ ماهر الحولي، الجامعة الإسلامية -

غزة - (1426 - 2005 م) (ص: 12)

◆ مناقشة الوجه الثاني:

وأجيب على قولهم بأن في إطلاق الإثبات ضياع للحقوق وتفريط بها ؛ بأن ضياع الحقوق والتفريط فيها يكون بالتقييد والحصص لا بالإطلاق لأنه ربما لم يثبت الحق بإحدى الطرائق المحصورة والتي قد يعجز القاضي بالحكم بها مع وجود أخرى تثبته قد تكون أقوى وأصح من المقيدة⁽¹⁾.

ثانياً - مناقشة أدلة القول الثاني :

اعترض على قولهم بأن إطلاق أدلة الإثبات فيه حفاظ على الحقوق من الضياع بأن الأمر على خلاف ذلك حيث سيعرض الإطلاق حقوق الناس للضياع ويجعلها عرضة للظالمين من الحكام وضعاف النفوس⁽²⁾.

ث - القول الراجح:

بعد استعراض أقوال العلماء في مسألة إطلاق أو تقييد طرق إثبات الحقوق ومناقشة الأدلة فيها يظهر لي الجمع بين القولين، للأسباب التالية :

- 1- أن لكل قول منهما وجهة حق يستند إليها ووجه صواب يعتمد عليه.
 - 2- أن القول بالتقييد وحده فيه إجحاف لأصحاب الحقوق وتضييع لكثير منها، فقد يثبت الحق بطريق غير التي وقفت عليها النصوص الشرعية.
 - 3- إن الإعتماد على ما جاء في الشريعة من طرق وحدها في هذا الزمن الذي فسدت فيه الذمم وساد الشر على الخير، حيث لا يتورع الشهود عن قول الزور، ولا يتورع المدعى عليهم عن الحلف كذباً، يقع به ظلم كبير.
 - 4- أن القول بالإطلاق وحده فيه تجرئة للعامة على ادعاء حقوق وأموال وأعراض أشرف الناس ووجهائهم ؛ وللظلمة على سلب حقوق ضعاف الناس وفقرائهم.
 - 5- لا يمكن التعامي عن الوسائل والأدوات التي ظهرت في عصرنا الحاضر والتي لا يتداخل معها الشك في الإثبات كالبصمة الوراثية والتحليل المخبرية والتشريح الجنائي وغيرها.
- وبناءً على هذه المعطيات يترك الأمر للقاضي في الموازنة بين الإطلاق والتقييد فلا يعطل وسائل فتضيع الحقوق، ولا يطلق العنان لأخرى فتسلب الحقوق.

(1) ابن القيم: الطرق الحكمية (ص:11)؛ بك و ابراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 41)؛ شنيور: الإثبات بالخبرة (ص: 21)

(2) الكاساني: بدائع الصنائع (6 / 282)

ثالثاً - طرق الإثبات :

إن الحق حتى يثبت لصاحبه لابد له من وسيلة أو طريقة تؤكد وتوصله إلى مستحقه وقد انقسمت طرق الإثبات للحقوق في كتب الفقهاء إلى طرق متفق على مشروعيتها ودلالاتها على الحقوق والأحكام وأخرى مختلف فيها بينهم في المشروعية والدلالة، أما المتفق عليها فهي: (الإقرار - الشهادة - اليمين)، والمختلف فيها هي: (الكتابة - القرائن - علم القاضي - القسامة - المعاينة والخبرة) (1).

وفي هذا المطلب سأعرض بإيجاز لبعض هذه الطرق على النحو التالي:

الطريق الأول - الإقرار:

أ- مفهوم الإقرار في اللغة والاصطلاح:

- 1- في اللغة: هو الإذعان للحق والإعتراف به، يقال: أقر به أي اعترف والإقرار إثبات الشيء (2).
- 2- في الاصطلاح: (هو إخبار عن حق ثابت للغير على المخبر) (3).

ب- أدلة مشروعية الإقرار:

وقد ثبتت مشروعية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

• الكتاب:

1- قول الله تعالى: ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ ﴾ (4)

وجه الدلالة: طلب الله تعالى من النبيين الإقرار على عهدهم بالإيمان بمحمد ﷺ ونصرته، وبهذا الاعتراف أقام الله الحجة عليهم وعلى أتباعهم من بعدهم على وجوب الإيمان بمحمد ﷺ. (5)

(1) زيدان: نظام القضاء (ص: 155)

(2) ابن منظور: لسان العرب، مادة (قرر) (88/5)؛ الزبيدي: تاج العروس، مادة (قرر) (395/13)

(3) الحلبي: لسان الحكام (1/ 265)؛ القرافي: الذخيرة (9/257)؛ الشربيني: مغني المحتاج (3/ 268)؛

المرداوي: الإنصاف (125/12)

(4) سورة آل عمران: الآية (81)

(5) القرطبي: تفسير القرطبي (124/4)

2- قول الله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: طلب الله عزوجل في هذه الآية من المدين أن يملي على الكاتب مقدار الدين الذي في ذمته

لتوثيقه، فيكون إملاؤه هذا اعترافاً منه وإقراراً بالدين الذي عليه، فيكون حجة عند النزاع⁽²⁾.

• السنة النبوية:

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أتى رجل النبي صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فناده، فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "أبك جنون؟" قال: لا، قال: "هل أحصنت؟" قال: نعم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "أذهبوا به فارجموه"⁽³⁾.

وجه الدلالة: إن في أخذ النبي صلى الله عليه وسلم بإقرار الرجل بالزنا ورجمه تبعاً لذلك الإقرار دليل على اعتبار الإقرار طريقاً من طرق الإثبات تترتب عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية.

2- عن عمران ابن حصين رضي الله عنه أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنى، فقالت يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليها فقال: (أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني بها) ففعل، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت، ثم صلى عليها، فقال له عمر: تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت؟ فقال صلى الله عليه وسلم: (لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت توبة أفضل من أن جادت بنفسها لله تعالى)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر برجم المرأة بناءً على اعتراف صريح وواضح منها بالزنا، وهذا دليل قوي على حجية الإقرار ومشروعيتها في ثبوت الحقوق والأحكام.

• الإجماع :

أجمعت الأمة من زمن محمد صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على مشروعية الإقرار وحجيته في ثبوت الحقوق والأحكام ولا يُعرف مخالف فيه⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة: الآية (282)

(2) النسفي: تفسير النسفي (1/228)؛ الشوكاني: فتح القدير (1/344)

(3) البخاري: صحيح البخاري [كتاب الاحكام، باب من حكم في المسجد، (ح: 7167) (68/9)]

(4) مسلم: صحيح مسلم [كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (ح: 1696) (1324/3)]

(5) البابرتي: العناية شرح الهداية (8/321)؛ القرافي: الذخيرة (9/257)؛ الماوردي: الحاوي الكبير (4/7)؛ ابن

قدامة: المغني (5/109)

• المعقول :

بما أن الإقرار إخبار متردد بين الصدق والكذب، فكان محتملاً لهذين الأمرين، إلا أنه جعل حجة بدليل معقول: وهو أنه ظهر رجحان الصدق على الكذب فيه؛ لأن الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه، فالمال محبوب المرء طبعاً، فلا يقر به لغيره كاذباً، فلم يكن في الإقرار تهمة أو ريبة.⁽¹⁾

ت- حكم الإقرار :

إذا وقع الإقرار من المقر فإنه يلزم بالحق الذي أقر به، فالإقرار حجة كاملة بنفسه، حيث يطلق عليه بأنه سيد الأدلة، لا يحتاج إلى طريق أخرى لتأييده، بل يترتب أثره على الفور وبهذا ينقطع النزاع في الخصومة، ويكون دور القاضي في هذه الحالة تسليم الحق لصاحبه الذي أعفي من عناء استجلاب ما يثبت به حقه من وسائل وطرق، لكن الإقرار في نفس الوقت يعتبر حجة قاصرة، ومعنى ذلك أن أثره في الإثبات لا يتعدى المقر إلى غيره، فلو أن رجلاً أقر بأنه زنى بامرأة، فأنكرت ولم تعترف فإنه يرجح بإقراره ولا شيء عليها⁽²⁾.

ث- ما يثبت بالإقرار من الحقوق:

تثبت بالإقرار جميع الحقوق؛ سواء كانت حقوقاً لله تعالى كالحدود أو حقوقاً للبشر كالأموال والأبدان أو ما يؤول إلى مال، كذلك الأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق والنسب والرجعة والرضاع والعدة⁽³⁾.

الطريق الثاني - الشهادة :

أ- مفهوم الشهادة في اللغة والاصطلاح:

1- في اللغة: وتأتي في اللغة بعدة معان:

- فتأتي بمعنى الحضور لقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾⁽⁴⁾

(1) ابن مودود: الاختيار لتعليل المختار (172/2)؛ المواق: التاج والاكليل (219/7)؛ الشرييني: مغني المحتاج

(268/3)؛ أبو الفرج: الشرح الكبير (271/5)

(2) العيني: البناية (428/9)؛ ابن فرحون: التبصرة (51/2)؛ الشيرازي: المهذب (470/3)؛ المرادوي: الانصاف

(127/12)؛ بك وابراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 462)

(3) الكاساني: بدائع الصنائع (46/7)؛ ابن فرحون: التبصرة (53/2)؛ الشافعي: الام (166/6)؛ المرادوي:

الانصاف (284/10)

(4) سورة البقرة: الآية (185)

أي من كان حاضراً رمضان وجب عليه الصوم⁽¹⁾.

– وشهد شهادة بمعنى يبين ووضح ومنه قوله ﷺ: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾⁽²⁾، أي وضح وبين للناس أنه لا إله إلا هو⁽³⁾.

– وقد تكون بمعنى الحلف مثل قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾⁽⁴⁾، أي تحلف أربعاً أنه من الكاذبين.

وعليه فالشهادة في اللغة تعني حضور الدليل وبيانه ووضوحه .

2- في الاصطلاح:

تنوعت تعريفات الشهادة في اصطلاح الفقهاء تبعاً لتنوع الأحكام المتعلقة بها لديهم⁽⁵⁾، وسأذكر تعريفاً لها في كل مذهب :

– **التعريف الأول عند الحنفية:** (إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة)⁽⁶⁾.

– **التعريف الثاني عند المالكية:** (إخبار عدلٍ حاكماً بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه)⁽⁷⁾.

– **التعريف الثالث عند الشافعية :** (إخبارٌ بحق للغير على الغير بلفظ أشهد)⁽⁸⁾.

– **التعريف الرابع عند الحنابلة :** (الإخبار بما علمه بلفظ خاص)⁽⁹⁾.

والتعريفات السابقة دلت في مجملها على أن الشهادة تأتي بمعنى الإخبار والحضور والبيان، وبذلك يظهر ارتباط التعريف اللغوي بالتعريف الاصطلاحي لها .

– **التعريف المختار:** وأختار من التعريفات السابقة تعريف الحنفية، وهو: (إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة)، وذلك لأنه قيد الشهادة بمجلس الحكم في حين أن التعريفات الأخرى قد أطلقتهما، وهو المفهوم الذي يخدم بحثنا في إثبات الخطأ الطبي.

(1) فيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة (شهد) (292/1)

(2) سورة آل عمران: الآية (18)

(3) ابن منظور: لسان العرب، مادة (شهد) (239/3)؛ الفيومي: المصباح المنير، مادة (ش ه د) (324/1)

(4) سورة النور: الآية (8)

(5) إدريس: الإثبات بالقرائن (ص: 35)

(6) البابرتي: العناية (364/7)

(7) الصاوي: حاشية الصاوي (238/4)

(8) قليوبي وعميرة: حاشية قليوبي وعميرة (3/3)

(9) الحجاي: الاقتناع (430/4)

ب- أدلة مشروعية الشهادة :

وقد ثبتت مشروعية الشهادة في الشرع بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع:

• الكتاب:

وردت نصوص عدة في القرآن الكريم تدل على مشروعية الشهادة كطريق من طرق الإثبات منها:

1- قول الله ﷻ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴾ إلى قوله: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ (1).

وجه الدلالة: أمر الله المؤمنين في هذه الآية بإشهاد رجلين أو رجل وامرأتين بعد الفراغ من كتابة الدين، وذلك لتوثيقه والرجوع إليه عند النزاع، فدل ذلك على مشروعية الشهادة في الإثبات (2).

2- وقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ ﴾ (3).

وجه الدلالة: دل الأمر من الله ﷻ للمؤمنين بالإشهاد على مشروعية الشهادة كطريق من طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية.

• السنة النبوية :

1- روي عن الأشعث بن قيس أنه قال: (كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاخصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال: "شاهدك أو يمينه"، فقلت له: إنه إذن يحلف ولا يبالى، فقال النبي ﷺ: "من حلف على يمين يستحق بها مالا، وهو فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان"، فأنزل الله تصديق ذلك، ثم اقترا الآية: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (4) (5).

(1) سورة البقرة: الآية (282)

(2) ابن كثير: تفسير القرآن (721/1)؛ بن عبد السلام: تفسير العز ابن عبد السلام (249/1)؛ الجصاص: أحكام القرآن (205/2)

(3) سورة الطلاق: الآية (2)

(4) سورة آل عمران: الآية (77)

(5) مسلم: صحيح مسلم [كتاب الايمان، باب وعيد من من اقتطع حق مسلم، (ح: 138) (123/1)]

وجه الدلالة: الحديث واضح الدلالة في مشروعية الشهادة كطريق من طرق إثبات الحق ؛ حيث طلب الرسول ﷺ من ابن قيس أن يأتي بالبينة والحجة على دعواه وخصها بالشاهد دلالة منه عليه الصلاة والسلام على أهميتها كطريق من طرق الإثبات في الفقه الإسلامي.

2- ما جاء عن ابن عباس ؓ أن النبي ﷺ قال لمن سأله عن الشهادة " أترى الشمس " ؟ قال : نعم، فقال : "على مثلها فاشهد، أودع" (1).

وجه الدلالة: في الحديث إقرار من النبي ﷺ على مشروعية الشهادة في إثبات الحقوق حيث دلّ السائل على مفتاح أدائها وقت طلبها ولم يعترض على سؤاله عنها فكان دليلاً على مشروعيتها.

• الإجماع:

اجتمعت الأمة من عهد النبي محمد ﷺ إلى يومنا هذا على اعتبار الشهادة من طرق حفظ الحقوق وإثباتها، ولم يخالف أحد، حيث اعتبر الأمر توقيفياً (2).

ت- حكم الشهادة :

يتمثل حكمها في وجوب قضاء القاضي بموجبها بعد توافر شروطها، وثبوت ما يترتب عليها من أحكام، فالشريعة الإسلامية قد حرصت على الشهادة ، واعتبرتها من أهم وسائل إثبات الحقوق وتوثيقها، ولأجل ذلك اهتم الفقهاء بضبطها ووضعوا لها الشروط التي تضمن أداءها على أكمل وجه (3).

ث- ما يثبت بالشهادة من الحقوق:

يثبت بالشهادة كل الحقوق سواء ما تعلق منها بحقوق الله عزوجل أو بحقوق العباد، مع اختلاف مراتب نصاب الشهادة بما تعلق به من حقوق وأحكام، إذ تثبت الحدود - عدا الزنا - والقصاص بنصاب الرجلين، ويثبت الزنا بنصاب الأربعة رجال، أما الأموال فتثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين (4).

(1) البيهقي: شعب الإيمان، [كتاب الزهد، باب الجود والسخاء، (ح: 10469) (349/13)]

(2) الزيلعي: تبيين الحقائق (207/4)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (57/7)؛ الشافعي: الام (46/7)؛ الشريبي:

مغني المحتاج (339/6)؛ ابن قدامة: المغني (128/10)؛ البيهوتي: كشف القناع (404/6)

(3) الكاساني: بدائع الصنائع (266/6 وما بعدها)؛ الدردير: الشرح الكبير (165/4)؛ الشريبي: مغني المحتاج

(387/6)؛ ابن قدامة: المغني (195/10) .

(4) السرخسي: المبسوط (37/9)؛ مالك: المدونة (9/4)؛ الأنصاري: أسنى المطالب (339/4)؛ البيهوتي: كشف

القناع (405/6)

الطريق الثالث - اليمين:

أ- مفهوم اليمين في اللغة والاصطلاح:

1- في اللغة: تطلق اليمين على القوة، واليد، والجهة، والقسم والحلف، وسميت بذلك؛ لأن العرب في الجاهلية كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمين صاحبه، وقيل؛ لأنها تحفظ الشيء على الحالف كما تحفظه اليد، وسمي الحلف بالله يمينا، لأن به يتقوى أحد طرفي الخصومة⁽¹⁾.

2- في الاصطلاح:

- عند القدامى: لم يخرج تعريف اليمين عند الفقهاء القدامى عن معناها في اللغة، حيث دارت تعريفاتهم حول مفهومها العام وهو تأكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتاً أو نفياً بذكر اسم الله أو صفة من صفاته⁽²⁾، أما ما يقصد بها كطريق لإثبات الحق أو نفيه فلم يتعرضوا له صراحة وإنما ذكروها ضمن أبواب القضاء والدعاوى والبيانات⁽³⁾.

فقد ورد في البحر الرائق: (ودعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين فيحلف على العلم لو أنكرها، وإذا تنازعا في كونها ميراثا فقال المدعى عليه ورثتها فاحلف على العلم وكذبه المدعي حلف على البتات)⁽⁴⁾.

- عند المحدثين: أما المحدثون فقد خصصوها باليمين القضائية لإثبات الدعوى⁽⁵⁾، ومن تعريفاتهم تعريف الدكتور الزحيلي، حيث عرف اليمين القضائية بأنها: (تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته)⁽⁶⁾.

- (1) الرازي: مختار الصحاح، مادة (ي م ن) (ص:305)؛ الفيومي: المصباح المنير، مادة (ي م ن) (2/ 681)
- (2) البابرّي: العناية (5/ 59)؛ خليل: مختصر خليل (1/ 82)؛ الشرييني: مغني المحتاج (6/ 180)؛ أبو النجا: الاقتناع (4/ 329)
- (3) ابن نجيم: البحر الرائق (7/ 218)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (4/ 249)؛ الشيرازي: المهذب (3/ 425)؛ ابن قدامة: المغني (10/ 202)، هذا و تنقسم اليمين في الفقه الاسلامي إلى: - يمين تقع في خصومة وهي موضع بحثنا ويمين تقع في غير خصومة، وهي ما اعتاده الناس من اللغو في الأيمان، أنظر/ الأسيوطي: جواهر العقود (2/ 254).
- (4) ابن نجيم: البحر الرائق (7/ 217)
- (5) الزحيلي: الاثبات في الفقه الإسلامي (ص: 58)، أبو صافية: فقه القضاء (ص: 133)، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (8/ 6063)
- (6) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (8/ 6063)

ب- أدلة مشروعية اليمين:

ثبتت اليمين كطريق من طرق إثبات الحقوق في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والاجماع: (1)

• الكتاب :

كقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ...﴾ (2)

وجه الدلالة : أن الله سبحانه وتعالى قد رتب الأحكام على اليمين المقصودة وهذا دليل على اعتبار اليمين في الإثبات والأحكام.

• السنة النبوية :

وردت أحاديث عدة في مشروعية اليمين منها:

1- ما رواه ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه) (3).

وجه الدلالة: أثبت النبي ﷺ اليمين للمدعى عليه، فدل ذلك على مشروعيتها كطريق من طرق الحفاظ على الحقوق وإثباتها.

2- عن الأشعث ابن قيس قال: (كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا الى رسول الله ﷺ، فقال: "شاهدك أو يمينه"، فقلت: انه اذن يحلف ولا يبالي، فقال: "من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم، هو فيها فاجر، لقي الله وهو عليه غضبان) (4).

وجه الدلالة: لم يقبل النبي ﷺ من المدعي إلا البينة أو يمين المدعى عليه، حتى وإن كان كاذباً، فدل ذلك على اعتبار اليمين طريقاً لفض الخصومة وإثبات الحق.

(1) البابرّي: العناية (5/ 59)؛ خليل: مختصر خليل (1/ 82)؛ الشرييني: مغني المحتاج (6/ 180)؛ أبو النجا: الإقناع (4/ 329) .

(2) سورة البقرة: الآية (225)

(3) مسلم: صحيح مسلم [كتاب الاقضية، باب اليمين على المدعى عليه (ح: 1711) (3/ 1336)]

(4) سبق تخريجه (ص: 32) من هذا البحث

• الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على مشروعية اليمين كطريق من طرق الإثبات وإنهاء الخصومة عند النزاع، ولم يُعرف مخالف في ذلك⁽¹⁾.

ت- حكم اليمين:

اتفق الفقهاء على أن اليمين تتعين على المدعى عليه إذا عجز المدعي عن الإتيان بدليل قاطع على دعواه، وبيمين المدعى عليه تنقطع الخصومة وتسقط الدعوى وينتهي النزاع⁽²⁾، لكنهم اختلفوا في سقوط الحق بسقوط الدعوى، وهل تبرأ ذمة المدعى عليه، أم أن في وسع المدعي معاودة الطلب ورفع الدعوى، إذا ظهر له دليل يثبت الحق المدعى به؟⁽³⁾ على ثلاثة أقوال، وبيانها على النحو التالي:

القول الأول: أن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى، وأن الخصومة قد سقطت مؤقتاً بأداء المدعى عليه لليمين، وقال به الجمهور من الحنفية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾.

القول الثاني: أن الحق يسقط بسقوط الدعوى، وليس للمدعي أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين، إلا لعذر كنسيان أو عدم علم بالدليل، فتقبل منه ويحلف على عذره، وقال به المالكية⁽⁷⁾.

القول الثالث: أن الحق يسقط بسقوط الدعوى نهائياً في الدنيا، ولا يحق للمدعي أن يقيم الدليل أو الحجة بعد ذلك، إلا إذا كانت الحجة يقينية أو متواترة، وقال به الظاهرية⁽⁸⁾ وبعض المالكية⁽⁹⁾.

✓ الأدلة:

أ- أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول القائل بأن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى بالمعقول: أن البينة هي الأصل في الإثبات واليمين خلف عنها فإذا حضر الأصل بطل حكم الخلف⁽¹⁰⁾.

(1) ابن المنذر: الإجماع (ص: 65)

(2) البابرّي: العناية شرح الهداية (170/8)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (255/4)؛ الاسيوطي: جواهر العقود (253/2)؛ ابن قدامة: المغني (487/9).

(3) ابن حزم: مراتب الاجماع (ص: 54)

(4) الكاساني: بدائع الصنائع (15/3)

(5) الشيرازي: المهذب (94/3)

(6) ابن قدامة: المغني (201/10)

(7) القرافي: الذخيرة (9/11)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (256/4)

(8) ابن حزم: المحلى (8/447)

(9) العدوي: حاشية العدوي (342/2)

(10) ابن نجيم: البحر الرائق (300/4)؛ الشرييني: مغني المحتاج (180/6)؛ المرادوي: الانصاف (372/11)

ب- أدلة القول الثاني : استدل أصحاب القول القائل بأن الحق يسقط بسقوط الدعوى لكن يمكن للمدعي الإتيان بالدليل إن كان له عذر بالمعقول:

أن اليمين لا تبرئ الذمة، فإذا وجد المدعي بينة غائبة لا يسقط حقه بعذر الغياب، فيجوز إقامتها مرة أخرى لتنتهي الخصومة ويثبت الحق لصاحبه (1) .

ت- أدلة القول الثالث : وقد استدل أصحاب القول القائل بأن الحق يسقط نهائياً بسقوط الدعوى بالسنة والقياس ؛ على النحو التالي:

• السنة:

ما روي عن عَقْمَةَ بْنِ وَاثِلِ بْنِ حُجْرٍ قَالَ: (كُنْتُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَتَاهُ رَجُلَانِ يَخْتَصِمَانِ فِي أَرْضٍ فَذَكَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِلطَّالِبِ: يَبِّتُكَ؟ قَالَ: لَيْسَ لِي بَيِّنَةٌ، قَالَ: يَمِينُهُ قَالَ: إِذَا يَذْهَبُ بِهَا - يَعْنِي بِمَا لِي - قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ) (2).

وجه الدلالة: قالوا إن النبي ﷺ جعل البينة للمدعي، فإن لم يكن له بينة فله حق تحليف المدعي عليه، وليس له كلا الأمرين معاً بنص الحديث (3).

• القياس:

حيث قاسوا سقوط الدعوى والحق باليمين على سقوطهما بالشهادة، بجامع أن كليهما من وسائل الإثبات، ويترجح فيهما جانب الصدق على الكذب (4) .

الراجع:

يظهر لي رجحان القول الأول القائل بعدم سقوط الحق بعد سقوط الدعوى، للأسباب التالية:

1- أن اليمين شرعت حتى لا تبقى الخصومة معلقة، فمتى ما ثبتت بينة صالحة بعد يمين المدعي عليه كان على القاضي اعتبارها والحكم بموجبها.

2- القول بعدم سقوط الحق فيه انصافاً وعدلاً واحقاقاً للحق، وهذه هي المهمة الأساسية للقضاء في الإسلام.

(1) العدوي: حاشية العدوي (342/2)

(2) مسلم: صحيح مسلم [كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم، (ح: 276) (87/1)]

(3) ابن حزم: المحلى (442/8)

(4) نفس المصدر السابق

3- أن القول بسقوط الحق نهائياً يعتبر اجحافاً وظلماً لأصحاب الحقوق، في زمن فسدت فيه الذمم ، وتجرات فيه النفوس على حقوق الله عوضاً عن حقوق العباد.

ث- ما يثبت باليمين من الحقوق :

يثبت باليمين بعض الحقوق بينما لا يثبت بها البعض الآخر، وبيان ذلك كالتالي:

أولاً - الحقوق التي تثبت باليمين:

أجمع العلماء على أن اليمين يثبت بها ما كان حقاً للعباد في الأموال وما يؤول إلى مال، سواء بالاثبات أو النفي⁽¹⁾.

أما الحقوق التي ليست بمال ولا تؤول إلى مال كالأبدان والأحوال الشخصية فتثبت باليمين إلا في بعض المسائل منها كالنكاح والنسب والرجعة⁽²⁾ والولاء⁽³⁾ والاستيلاء⁽⁴⁾

والعتق⁽⁵⁾ والفيء في الإيلاء⁽⁶⁾، فقد اختلفت اتجاهات الفقهاء في ثبوت اليمين بها من عدمه:

فالحنفية والحنابلة⁽⁷⁾ على عدم الجواز بالتحليف فيها على العموم، والمالكية والشافعية⁽⁸⁾ على جواز التحليف فيها، واستثنى المالكية منها النكاح فلم يجيزوا التحليف فيه.

ثانياً - الحقوق التي لا تثبت باليمين:

وهي حقوق الله تعالى من عبادات وحدود، لأنها مبنية على الستر والدرء فلا يُحلف بها⁽⁹⁾.

(1) ابن المنذر: الإجماع (ص: 66)

(2) هي: إعادة المطلقة طلاقاً غير بائن إلى الزواج في العدة بغير عقد، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (6986/9)

(3) هو: قرابة حكمية أنشأها الشارع من العتق، الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (7706/10)

(4) هو: تصيير الجارية أم ولد، يقال: فلان استولد جاريته إن صيرها أم ولده، الكاساني: بدائع الصنائع (123/4)

(5) هو: قوة حكمية يصير بها العبد أهلاً للتصرفات الشرعية، الجرجاني: التعريفات (ص: 147)

(6) الإيلاء هو: اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر فصاعداً، ابن مازة: المحيط (439/3)، والفيء:

الرجوع / نفس المرجع السابق (451/3)

(7) المولى: درر الحكام (341/2)؛ المرداوي: الانصاف (110/12)

(8) الخرشي: شرح مختصر خليل (294/3)؛ الشيرازي: المهذب (52/3)

(9) السرخسي: المبسوط (117/16)؛ المواق: التاج والاكليل (234/8)؛ الشافعي: الأم (165/6)؛ ابن قدامة:

المغني (81/4)

الطريق الرابع - الإثبات بالكتابة :

أ- مفهوم الكتابة في اللغة والاصطلاح:

1- في اللغة: معناها الخط، يقال: كتب الشيء أي خطه (1) .

2- في الاصطلاح:

- عند الفقهاء القدامى: إن المنتبِع لمفهوم الكتابة عند الفقهاء القدامى يجد أنهم يسقطونها على المعنى اللغوي والعرفي لها وهو ما يخط باليد، وهذا يفسر سبب عدم إفرادهم لها مباحث مستقلة أو تعريف خاص، وإنما اكتفوا بذكرها ضمن أبواب الدعوى والبيئات أو أبواب الأفضية والحكم، تحت مسميات عدة كالصك والمحضر والسجل والوثيقة وكتاب القاضي وديوان القضاء(2).

- عند المحدثين: أما الفقهاء المحدثون فمنهم من سلك مسلك القدامى في التعامل مع مفهوم الكتابة، ومنهم من أفرد لها تعريفاً خاصاً يُظهر المقصود بها في الفقه، أذكر من تعريفاتهم: **التعريف الأول:** (هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق، وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات) (3) .

التعريف الثاني: (هي كل خط توثق به الحقوق بطريقة مخصوصة، للرجوع إليه عند الحاجة) (4).

وأجد أن التعريفين السابقين يدوران حول ذات المعنى، وهو أن الكتابة تعني الخط الذي توثق به الحقوق حتى يعتمد عليها وقت الخصومة.

مشروعية الإثبات بالكتابة :

ثبتت مشروعية أصل الكتابة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول:

• **الكتاب:**

قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ

(1) الفارابي: الصحاح، مادة (كتب)(209/1)؛ الرازي: مقاييس اللغة، مادة (كتب) (158/5 - 159)؛ ابن

منظور: لسان العرب، مادة (كتب) (698/1)

(2) الحلبي: لسان الحكام (ص: 220)؛ الثعلبي: التلغين (212/2)؛ الشيرازي: المهذب (401/3)؛ الكرمي: دليل

الطالب (ص: 349)

(3) الزحيلي: وسائل الإثبات (ص: 417)

(4) السوسي: فقه القضاء وطرق الإثبات (ص: 212)

الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِي اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسُ مِنْهُ شَيْئًا ۝ (1)

وجه الدلالة: في الآية الكريمة أمر من الله سبحانه وتعالى بكتابة المعاملات ومنها الدين وتوثيقها بالخط، حتى تكون حجة يثبت بها الحق وقت التنازع، ولو لم يكن للكتابة من أهمية وأصل في الشريعة الإسلامية، لما كان لهذا الأمر من معنى، وحاشاه ﷺ أن ينزل أو يأمر بما لا فائدة له ولا معنى (2).

• السنة النبوية:

ثبت عن النبي ﷺ استخدامه للكتابة في كثير من المجالات في حياته، فقد استخدمها في البيوع والصلح والمعاهدات والأحكام والقضاء مما يدل بلا شك على اعتماده عليه الصلاة والسلام على الكتابة وجعلها وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، (3) وأذكر بعضاً من النصوص النبوية التي تدل على ذلك :

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: (مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ، إِمَّا أَنْ يُفْدَى وَإِمَّا أَنْ يُقِيدَ ، فَقَامَ أَبُو شَاهٍ - رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْيَمَنِ - فَقَالَ: اكْتُبُوا لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: " اكْتُبُوا لِأَبِي شَاهٍ) (4).

وجه الدلالة: دلَّ أمر النبي ﷺ للصحابة بالكتابة لأبي شاه على أصل مشروعية الكتابة وأنها وسيلة يعتدُّ بها في إثبات الحقوق، حيث لم ينكر النبي ﷺ سؤال الرجل له.

2- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (مَا حَقَّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ) (5).

وجه الدلالة: يدلُّ حث النبي ﷺ لأمرته على كتابة الوصية على أصل مشروعية الكتابة والاعتماد عليها كطريق من طرق الإثبات للحقوق في الفقه.

(1) سورة البقرة: الآية (282)

(2) القرطبي: تفسير القرطبي (383/3)

(3) بك وإبراهيم: طرق الإثبات (ص: 92)؛ أبو بكر: نظام الإثبات، مجلة الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة، (ع: 63 - 64 / ص: 112)

(4) البخاري: صحيح البخاري [كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة، (ح: 2434) (125/3)]

(5) البخاري: صحيح البخاري [كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي وصية الرجل مكتوبة عنده، (ح: 2738)

[(2/4)]

• الإجماع:

دل عمل النبي الكريم ﷺ وأصحابه من بعده بالكتابة واعتمادها في المعاملات والصلح والتوثيق؛ على الإجماع منهم على أصل مشروعيتها والعمل بها حيث نقل غير واحد من العلماء إجماع الصحابة على ذلك⁽¹⁾، وأما من بعد الصحابة فقد دلت الكتب والمصنفات التي تركها العلماء على الاعتماد على الكتابة في كثير من المسائل وذكرهم لها في صورة الصكوك والدواوين وكتب القضاة وغيرها⁽²⁾، كما أن اعتماد الرواة والمحدثين للكتابة في النقل عن النبي ﷺ دليل إجماع الأمة على مشروعية الكتابة والعمل بها⁽³⁾.

• المعقول :

ثبتت مشروعية الكتابة بالمعقول من وجهين :

◆ **الوجه الاول:** إن الخط والكتابة كاللفظ في الدلالة على القصد والإرادة، بل إن الخط أكثر ثباتاً من اللفظ؛ حيث إن الإنسان لا يستطيع أن يعيد كلامه بنفس الألفاظ التي نطقها، لكن الخط يبقى على حاله دون تغيير، والله ﷻ قد جعل لخط كل إنسان ما يميز به عن خط غيره كتميز صورته ونبرة صوته، فإذا كانت الأدلة قد تظافت على قبول شهادة الأعمى فيما طريقه السمع، إذا عرف الصوت، فمن باب أولى أن يُقبل خط الإنسان ورسمه إذا كان معروفاً ومشهوراً أنه خطه، حيث إن الأصوات تتشابه بل قد يكون تشابهها أعظم من تشابه الخطوط⁽⁴⁾.

◆ **الوجه الثاني:** إن حاجة الناس ودفع المشقة عنهم في استجلاب الشهود تقتضي اللجوء إلى الكتابة، خاصة مع تفرعهم وكثرة المعاملات بينهم، وقد ينسى الشهود أو يغيبون لمرض أو موت وقت النزاع والخصومة مما يؤدي إلى ضياع الحقوق ويسبب حرجاً بين الناس عند التعامل؛ فالكتابة ترفع هذا الحرج عنهم وتؤدي مهمة صيانة الحقوق والحفاظ عليها بكل يسر وسهولة، خاصة في وقتنا الحاضر حيث فسدت الذمم وانتشر الفساد، فكان لابد للناس من طريق قوي رسمي يدفع عنهم الفساد وأهله⁽⁵⁾.

(1) الرازي: المحصول (4/416)؛ محمد خان: الظفر اللاطي (ص: 105)

(2) ابن عابدين: رد المحتار (35/434)؛ مالك: المدونة (4/14)؛ الشيرازي: المهذب (3/401)؛ ابن قدامة :

المغني (10/80)؛ ابن تيمية: مختصر الفتاوى المصرية (ص: 601)؛ ابن المنذر: الإجماع (ص: 65)

(3) ابن القيم: الطرق الحكيمة (ص: 175)

(4) البيهوتي: كشف القناع (6/361)؛ ابن القيم: الطرق الحكيمة (ص: 175)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام

(440/1)

(5) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (35/434)؛ مالك: المدونة (4/463)؛ المطيعي : تكملة المجموع

(20/164)؛ بك وإبراهيم: طرق الاثبات الشرعية (ص: 91)

ب- حكم الكتابة:

تقرر معنا أن الكتابة مشروعة في أصلها، وما وُجد من اختلاف عند العلماء في حكم الكتابة، وثبوت الأحكام بها، خلاف ظاهري يرجع إلى اختلافهم في أنواعها والجهة التي تصدرها وفي الشروط والقيود التي وضعها كل مذهب، ومجمل القول أنهم يتفقون على العمل بالكتابة إذا كانت موثقة وغير مزيفة⁽¹⁾.

وفي عصرنا الحاضر حيث يعتمد العالم بأسره على الكتابة في توثيق الحقوق بطرق ووسائل لا يدخلها الشك أو الريبة؛ إذ لا يعتد بأي ورقة إلا إذا كانت صادرة عن جهة حكومية رسمية، ومذيلة بالتوقيع والختم، فلا يعترف بأي وثيقة لا تحمل هذه الشروط والمواصفات، بل أصبح ذلك من المعلوم والمعروف بالضرورة في معاملات الناس وعقودهم وفض نزاعاتهم.

فيكون حكم العمل بالأوراق المكتوبة جائزاً ومشروعاً؛ فإذا كانت وفقاً لشروط وضوابط الشريعة الإسلامية توجب على القاضي العمل بمقتضاها وترتيب الأحكام عليها⁽²⁾.

ت- ما يثبت بالكتابة من الحقوق:

تختلف الحقوق التي تثبت بالكتابة باختلاف أقسامها، إذ هي على قسمين :

القسم الأول: الوثائق الكتابية الرسمية:

وهي الوثائق الصادرة من الحاكم أو من الجهات الحكومية العليا المختصة بإدارة الشؤون الداخلية للدولة⁽³⁾.

وقد بين العلماء حكم نوعين منها وما يثبت بها من الحقوق:

النوع الأول - البراءات السلطانية:

وهي مجموعة القوانين والأوامر التي يصدرها الحاكم على الرعية حيث يفرض عليهم الالتزام بها والعمل بمقتضاها⁽⁴⁾.

(1) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (434/35)؛ مالك: المدونة (14/4)؛ الشيرازي: المهذب (401/3)؛ ابن قدامة: المغني (80/10)؛ محمد خان: الظفر اللاطي (ص: 105)؛ الزحيلي: فقه القضاء وطرق الإثبات (ص: 275)؛ داود: القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية (131/1)

(2) الزحيلي: وسائل الإثبات (ص: 436)؛ بك وإبراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 91)؛ بسيوني: أصول الإثبات (ص: 51)

(3) داود: القضاء والدعوى (183/2)

(4) الزحيلي: التنظيم القضائي (ص: 395).

وقد أجاز العلماء الإثبات بها في كل الحقوق واعتبروها حجة أمام القاضي⁽¹⁾.

النوع الثاني - كتاب القاضي إلى القاضي:

ويقصد به ما يرسله القاضي من دعاوى أو بينات استمع إليها أو أحكام أصدرها في حق شخص غائب يوجد تحت سلطة القاضي الآخر فيرسل له ما يتعلق بالدعوى ضده⁽²⁾.
والعلماء مجمعون على الأخذ به في الإثبات⁽³⁾، لكنهم اختلفوا فيما يثبت به من الحقوق على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: أنه يقبل في كل الحقوق ما عدا الحدود والقصاص؛ لأنها تدرء بالشبهات، وقال به الحنفية⁽⁴⁾.
- القول الثاني: أنه يقبل في جميع الحقوق بلا استثناء، وذلك لجواز الشهادة عليها، وهو للمالكية وأحد قولي الشافعية⁽⁵⁾.
- القول الثالث: يقبل في كل الحقوق ما عدا الحدود والعبادات لله تعالى، لأنها مبنية على الستر والدراء، وقاله الحنابلة والشافعية في القول الآخر⁽⁶⁾.

الراجع :

ويظهر لي رجحان القول الثالث القائل بثبوته في جميع الحقوق ما عدا الحدود والعبادات؛ للأسباب التالية:

- 1- أنه يتسم مع روح الشريعة في درء الحدود وسترها حفاظاً على النسيج الجماعي للمجتمع المسلم.
- 2- أنه أظهر حرص الشارع في الحفاظ على الحقوق وصيانتها ضد من يعتدون عليها .

القسم الثاني : الوثائق الكتابية غير الرسمية:

وهي الأوراق والوثائق التي يحررها الأشخاص بمفردهم، ولا تكون صادرة من جهات حكومية⁽⁷⁾، وأهم أنواعها:

- (1) المولى: درر الحكام (480/4)
- (2) الطرابلسي: معين الحكام (ص: 118)
- (3) ابن المنذر: الاجماع (ص: 65)
- (4) السرخسي: المبسوط (97/16)
- (5) المواق: التاج والاكليل (150/8)؛ الشافعي: الأم (53/7)
- (6) المرادوي: الإنصاف (321/11)؛ الشافعي: الأم (53/7)
- (7) أبو بكر: نظام الاثبات، مجلة الجامعة الاسلامية- المدينة المنورة (ع: 63 - 64 / ص 116)؛ إدريس: الإثبات بالقرائن (ص: 60)

أ- صكوك العقود والتصرفات:

والصك هو الورقة التي يدون فيها التصرفات والعقود بين الاطراف المتعاقدة مع الإشهاد عليها وتوقيعها، وهو ما يعرف عند العلماء بعلم الوثائق أو الشروط⁽¹⁾.

فإذا ثبت الصك أو الوثيقة عند القاضي كان حجة لصاحب الحق في استيفاء حقه عند الخصومة، ويعتبر دليلاً ملزماً لخصمه برد الحق إليه⁽²⁾.

ب- صكوك الحقوق والديون، وتتمثل في عدة أنواع :

النوع الأول - خط المورث:

إذا وُجد صكّ أو ورقة بخط شخص متوفى فيها إقرار بدين أو وصية، فهل يعتد بهذه الوثيقة في إثبات ما تنص عليه ؟

اختلفت آراء الفقهاء على قولين:

- **القول الأول:** أنه يعتمد على هذه الوثيقة وتعتبر حجة بما ورد فيها، بشرط معرفة خط الكاتب وشهرته للآخرين، حيث أنها تعتبر بمثابة إقرار من المورث بما عليه من حقوق، واستثنوا منها ما كان متعلقاً بحقوق المورث على غيره فإنه لا يعتد بها في ذلك عندهم، وهو للحنفية والشافعية والحنابلة⁽³⁾.

- **القول الثاني:** يعتد بها في كل ما أقر به إلا في الوصية إذا لم يُشهد عليها قبل موته، وإن تمّ التأكد من خطه وهو للمالكية⁽⁴⁾.

الراجع:

وترى الباحثة رجحان القول الثاني الذي لم يقبل خط المورث في الوصية ؛ وذلك للأسباب التالية:

1- حرصاً على مال الورثة فقد يدعي أحدهم بأن المورث قد أوصى له أو لابنه شيئاً ويكون الأمر على خلافه.

2- أن فيه حثاً على تأمين الوصية قبل الموت تطبيقاً لأمر النبي ﷺ .

(1) الزحيلي: التنظيم القضائي (ص: 400)

(2) حيدر: درر الحكام (159/4)

(3) حيدر: درر الحكام (165/4)؛ الجمل: حاشية الجمل على فتوحات لوهاب (421/5)؛ البهوتي: كشف القناع (183/4)

(4) الحطاب: مواهب الجليل (371/6)

النوع الثاني - الرسائل:

اتفق الفقهاء على ثبوت جميع الحقوق بها ما عدا الحدود والقصاص، إذا كانت الرسالة موثقة ومعنونة وموقعة وفق العرف⁽¹⁾.

ووجه اعتمادها عند الفقهاء، أنهم اعتبروا حكم الكتابة بين الغائبين كحكم النطق بين الحاضرين، ومنها القاعدة الفقهية: (الكتاب كالخطاب)⁽²⁾.

النوع الثالث - دفاتر التجار والبياعين والصرافين والسماسرة:

ويقتصر إثباتها على الحقوق والديون التي في ذمتهم إلى الآخرين، وأجازها المالكية والحنفية، ووجه إجازتها عندهم أنها مما تعارف عليه عند التجار أن لهم دفاتر يكتبون ما لهم وما عليهم⁽³⁾.

الطريق الخامس - الإثبات بالقرائن:

أ- مفهوم القرائن في اللغة والاصطلاح:

1- في اللغة: مفردتها قرينة، مأخوذة من قرن، بمعنى جمع، يقال: قرنت بين الحج والعمرة بإحرام واحد أي جمعت بينهما، والقرين: الزوج، والقرينة: الزوجة، لأنها تقارن بزوجه أي تجمع به، وتأتي بمعنى الملازمة والمصاحبة، فالنفس قرينة صاحبها؛ لأنها تلازمه وتصاحبه⁽⁴⁾.

إذن فالقرينة في اللغة هي الجامعة لكل ما يصاحب الشيء ويلزمه.

2- في الاصطلاح:

- عند القدامى: إن القرينة في مصطلح الفقهاء القدامى تعرف بالعلامة والأمانة ومعناها المراد منها يكاد يكون واضحاً جلياً لديهم، وهذا ما يفسر صمتهم عنها وعدم إفرادهم تعريفاً خاصاً لمصطلح القرينة لوضوح مقصده لديهم.

- عند المحدثين: أمّا المحدثون فقد تعددت تعريفاتهم وتنوعت لمصطلح القرينة أذكر بعضاً منها:

(1) الزيلعي: تبين الحقائق (218/6)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (51/2)؛ النووي: روضة الطالبين (44/8)؛

أبو النجا: الاقناع (349/4)

(2) حيدر: درر الحكام (70/1)

(3) ابن عابدين: حاشية رد المختار (437/5)؛ عليش: فتح العلي (311/2)

(4) ابن منظور: لسان العرب، مادة (قرن) (336/13)؛ الفيومي: المصباح المنير، مادة (ق ر ن) (500/2)

التعريف الأول: (القرينة هي كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة) (1).

التعريف الثاني: (هي أمارات معلومة تدل على أمور مجهولة) (2) .

التعريف الثالث: (القرينة هي الأمارات والعلامات التي يستدل بها على وجود الشيء أو نفيه) (3).

التعريف الرابع: (هي الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال) (4) .

التعريف المختار: أختار من بين ما سبق ذكره من تعريفات للقرينة ؛ التعريف الرابع: الذي عرفها بأنها: (الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال) .

سبب اختياره:

1- أنه اقتصر على القرائن الفقهية دون غيرها.

2- يشمل جميع أشكال وضروب القرائن الفقهية(5).

فكان التعريف لهذين الأمرين جامعاً مانعاً بخلاف التعريفات الأخرى والتي كانت مطلقة حيث شملت القرينة عند فقهاء الشريعة وغيرهم من أصحاب العلوم الأخرى (6).

ب- مشروعية القرائن:

إن الأصل في مشروعية القرائن في الإثبات مأخوذ من الكتاب والسنة والمعقول (7):

(1) الزرقا: المدخل الفقهي العام (936/2)

(2) الزحيلي: وسائل الإثبات، (ص: 489)

(3) زيدان: نظام القضاء في الشريعة (ص: 219)

(4) دبور: القرائن ودورها في الإثبات (ص: 9)

(5) للقرينة ثلاثة أنواع:

أ- القرائن التي نص عليها الشارع، سواء وردت في القرآن أم في السنة .

ب- القرائن التي استنبطها الأئمة المجتهدون من علماء الشريعة، وذكروها في مؤلفاتهم .

ت- القرائن التي يستنبطها القضاة من الوقائع والظروف والملابسات المحيطة بها . دبور: القرائن (ص: 9)

(6) دبور: القرائن (ص: 9)

(7) ابن القيم: الطرق الحكيمة (ص: 3)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (101/2)، الطرابلسي: معين الحكام

(ص: 166)؛ القرافي: الفروق (139/4)

• الكتاب :

1- قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾ (1).

وجه الدلالة: أن يعقوب عليه السلام استدل على كذب أبنائه في قضية قتل الذئب ليوسف بقريظة سلامة القميص وعدم تمزقه، حيث إنه اعتمد القرينة في الحكم على أبنائه بأنهم أضروا بيوسف، وفي هذا يقول القرطبي: (استدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل الفقه كالقسامة وغيرها ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت... ولا خلاف بالحكم بها) (2).

2- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ (3)

وجه الدلالة: أن الشارع ﷺ قد جعل القرء دليلاً وعلامةً على عدم الحمل، ومنه يُستدل على مشروعية الأخذ بالقرينة والاستدلال بها في الاحكام (4).

• السنة النبوية :

دل على مشروعية العمل بالقرينة في السنة النبوية من قوله وفعله ﷺ أحاديث عدة منها:

1- عن ذكوان مولى السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قال: سمعت عائشة تقول: سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها، أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله ﷺ: (نعم تستأمر) فقالت عائشة: فقلت له فإنها تستحي، فقال رسول الله ﷺ (فذلك إذنها إذا سكتت) (5) .
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل سكوت البكر علامةً دالةً على رضاها وموافقها بالنكاح ، وهذا دليل على مشروعية العمل بالقرائن في الشرع (6) .

(1) سورة يوسف: الآية (18)

(2) القرطبي: تفسير القرطبي (150/9)

(3) سورة البقرة: الآية (228)

(4) القرطبي: تفسير القرطبي(115/3) .

(5) مسلم: صحيح مسلم [كتاب النكاح ،باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت،(ح: 1420

[(1037/2)

(6) النووي: شرح النووي (204/9)

2- ما روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: اخْتَصَمَ سَعْدُ وَابْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنِ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ، وَاحْتَجِي مِنْهُ يَا سَوْدَةَ» زَادَ لَنَا قُتَيْبَةُ، عَنِ اللَّيْثِ: «وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» (1).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قد حكم بثبوت النسب إلى ابن زمعة بالقرينة القائمة وهي ثبوت الفرّاش بينهما، إذ أن الفرّاش يدل على المخالطة بين الزوجين وعلى سكب ماء الزوج في رحم زوجته؛ ولأنها من الأمور المستورة والتي لا يُطلع عليها فأخذت قرينة دالة عليها وهي الفرّاش؛ فثبت النسب به (2).

• المعقول:

إن كثيراً من المسائل والقضايا قد لا يُمكن من إثباتها بالوسائل المقررة في الشريعة الإسلامية كالشهادة والإقرار واليمين، أو يُفقد فيها الدليل أو يكون ضعيفاً لا يقوى على الإثبات، فقد شرع الأخذ بالقرائن حفاظاً على الحقوق من الضياع وصيانة لها من الظلمة والمفسدين الذين يتقوى جانبهم عند فقدان الدليل القاطع، فكان للأخذ بالقرائن دوراً هاماً في ردعهم وصيانة الحقوق وفض النزاع وإنهاء الخصومة (3).

ت- حكم العمل بالقرائن:

يختلف حكم العمل بالقرينة تبعاً لاختلاف أنواع القرائن وأحوالها والظروف المحيطة بها، وتبعاً لقوتها وضعفها، وبما أن أصل القرائن مشروع وجائز العمل بها، فمتى ثبتت عند القاضي قرينة قاطعة وصریحة في دلالتها تعين عليه الأخذ بها والحكم بمقتضاها، والمنتبغ لأقوال الفقهاء يجد أنهم اعتمدوا القرينة كطريق للإثبات وبنوا عليها الأحكام في كثير من المسائل الفقهية (4).

ث- ما يثبت بالقرينة من الحقوق:

لقد ثبت الأخذ بالقرينة في جميع الحقوق في الفقه الإسلامي؛ من حدود وقصاص وتعزير ومعاملات وأحوال شخصية، على اختلاف بين الفقهاء في قوة القرينة أو ضعفها في موضع الإثبات بها (5).

(1) البخاري: صحيح البخاري [كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، (ح: 6817)، (8/165)]

(2) ابن حجر: فتح الباري (34/12).

(3) ابن القيم: الطرق الحكيمة (ص: 4)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (104/2)؛ بسيني: أصول الإثبات (ص: 98)

(4) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (354/5)؛ القرافي: الذخيرة (66/11)؛ الشافعي: الأم (64/8)؛ الحجاوي:

الإقناع (24/3)

(5) ابن نجيم: البحر الرائق (225/7)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (146/2)؛ السنيكي: أسنى المطالب

(229/2)؛ الماوردي: الإنصاف (373/11)

وأورد بعضاً من المسائل التي كانت القرينة فيها موضع إثبات وطريقاً من طرقه الشرعية:

- 1- ثبوت الزنا على المرأة غير المتزوجة بقرينة الحمل⁽¹⁾.
- 2- انعقاد التباعد بالمعاطاة؛ اكتفاءً بالقرائن والأمارات الدالة على التراضي⁽²⁾.
- 3- دفع اللقطة لوصف عفاصها ووكائنها اعتماداً على مجرد القرينة وظهور الدلالة بها على صدقه بأنها ملكه⁽³⁾.
- 4- إذا اختلف الزوجان في متاع البيت؛ وإن كانا مفصولين، وادعى كل منهما أن المتاع له ولا بينة لهما، فلكل منهما ما يصلح له، فما يصلح للرجال يكون للزوج كالعمامة والسلاح، وما يصلح للنساء يكون للزوجة كالخمار والحلي بشهادة الظاهر لكل منهما⁽⁴⁾.

(1) مالك: المدونة (4/482)؛ ابن القيم: إعلام الموقعين (1/100)

(2) ابن فرحون: تبصرة الحكام (2/125)؛ ابن قدامة: الشرح الكبير (4/5).

(3) الكاساني: بدائع الصنائع (6/202)؛ مالك: المدونة (4/456)؛ الشافعي: الأم (4/69)؛ المقدسي: العدة (ص: 289)

(4) البابرّي: العناية (8/235)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (1/143)؛ الهيثمي: تحفة المحتاج (10/328)؛ ابن النجار: منتهى الإرادات (5/329)

الفصل الثاني عبء إثبات الخطأ الطبي ووسائله في الفقه الاسلامي

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: مسؤولية عبء إثبات الخطأ الطبي.

المبحث الثاني: وسائل إثبات الخطأ الطبي.

المبحث الأول

مسؤولية عبء إثبات الخطأ الطبي

أولاً - مفهوم عبء إثبات الخطأ الطبي:

عبء الإثبات مصطلح مركب يشمل لفظي (عبء) و(إثبات) وسأعرض لكلٍ منهما على حدا انتهاءً بمفهوم عبء إثبات الخطأ الطبي، على النحو التالي:

أ - مفهوم العبء في اللغة والاصطلاح:

1- **العبء في اللغة:** العبء من عبأ عبئاً ويُجمع على أعباء، ويستعمل في معانٍ عدة منها:

- **التجهيز:** يقال عبأ الجيش أي جهزه⁽¹⁾.

- **المثيل والنظير:** يقال هذا عبء هذا أي مثله ونظيره⁽²⁾.

- **الحمل والثقل:** فالعبء هو الحمل والثقل من أي شيء كان⁽³⁾.

والمعنى الأخير هو ما يتعلق بموضوع بحثي، حيث إن إثبات الحق على الغير يُعد حملاً ثقيلًا على من يكلف به⁽⁴⁾.

2- العبء في الاصطلاح:

لم يخرج المعنى الاصطلاحي للفظ العبء عن المعنى الذي اخترته في اللغة وهو الحمل والنقل، ويظهر ذلك في استعمالات العلماء لكلمة ثقل في مواضع مختلفة من المسائل الفقهية ومنها:

- **الموضع الأول:** في بيان أحكام إجارة الظهر للركوب، حيث منعوا المستأجر من زيادة الحمل على الظهر وإتقاله، لأن ذلك قد يؤدي إلى إتلافه⁽⁵⁾.

- **الموضع الثاني:** في حكم دية اللسان، حيث لم يفرقوا في وجوب الدية بين ما خف من الحروف على اللسان وما ثقل⁽⁶⁾.

(1) مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، مادة (عبأ) (2 / 579)

(2) ابن منظور: لسان العرب، مادة (عبأ) (1 / 118)

(3) فيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة (عبء) (ص: 47)

(4) عالية: نظام الدولة والقضاء (ص: 366)

(5) السبكي: تكملة المجوع (8 / 11)؛ السمرقندي: تحفة الفقهاء (2 / 359)

(6) ابن قدامة: المغني (8 / 448) .

- **الموضع الثالث:** في مسألة الاستثناء في الطلاق عند من يعتبره، حيث قالوا أنه لو طال الأمد بين الطلاق والاستثناء وكان بسبب ثقل في لسان منشئه وقد علم عنه ذلك؛ فيجوز وإن طال الفصل⁽¹⁾.

فيكون مفهوم العبء في اصطلاح العلماء ما ثقل أو صعب من الأمور.

ب- مفهوم الإثبات في اللغة والاصطلاح:

تحدثت سابقاً عن مفهوم الإثبات بالتفصيل؛ وأذكر هنا بما خاصت إليه من معنى على النحو التالي:

1- **الإثبات في اللغة:** هو إقامة الحجة وثبوتها⁽²⁾.

2- **الإثبات في الاصطلاح:** هو (إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية)⁽³⁾.

ت- مفهوم عبء الإثبات:

بعد التعريف بلفظي (العبء) و(الإثبات) أعرض لمفهوم المصطلح الشامل لهما عند العلماء القدامى والمحدثين على النحو التالي:

1- **عند العلماء القدامى:** لم يرد مصطلح عبء الإثبات في كلام العلماء القدامى؛ ويرجع السبب في ذلك إلى وضوح المعنى المراد منه لديهم حيث لم يخرج عن المعنى اللغوي لهما، وهو النقل في إقامة الحجة.

2- **عند المحدثين:** يعدُّ مصطلح عبء الإثبات من المصطلحات الحديثة؛ حيث أدرجه العلماء المحدثون ضمن كتاباتهم عن القضاء الإسلامي بغية مجارة الكتابات الوضعية لإظهار سبق الإسلامي لها⁽⁴⁾.

فقد كان ذكرهم لهذا المصطلح إما بالاكْتفاء بذكره ضمن الحديث عن الإثبات ووسائله أو التعريف له بشكل خاص، وفي العموم لم يخرج المعنى المراد منه لديهم عما تقرر من مفهوم العبء والإثبات وأذكر من تعريفاتهم:

(1) ابن مازة: المحيط (3 / 287)، ابن مودود: الاختيار (3 / 142)

(2) انظر (ص 23) من هذا البحث

(3) انظر (ص 23) من هذا البحث

(4) بك وإبراهيم: طرق الإثبات الشرعية (ص: 47)؛ الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (6 / 4327)

- **التعريف الأول:** عرّف د. الزحيلي عبء الإثبات بأنه: (تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والدليل على دعواه) (1).

- **التعريف الثاني:** عرّف الباحث الربيش عبء الإثبات بأنه: (تكليف أحد المتداعين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه) (2).

والتعريفان السابقان لم يختلفا في الإشارة إلى المعنى المراد من عبء الإثبات وهو التكليف بإقامة الدليل والحجة أمام القاضي.

ث- مفهوم عبء إثبات الخطأ الطبي:

ومما سبق يمكن تعريف عبء إثبات الخطأ الطبي بأنه: (تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والدليل على دعواه في دعوى وقوع الخطأ الطبي).

فالقاضي عندما تعرض له دعوى بالخطأ الطبي فلا بد أن يحدد أحد الخصوم ليكلفه بعبء الإثبات ليتحمل المسؤولية عن إقامة الدليل أمامه.

ثانياً - مسؤولية عبء إثبات الخطأ الطبي:

إن مهمة إقامة الحجة والدليل لإثبات الخطأ الطبي أمام القاضي تحتاج إلى من يتحمل عبئها وتقلها، ولتحديد المسؤول عن هذه المهمة أعرض للمسؤول عن عبء الإثبات بشكل عام ثم للمسؤول عن عبء إثبات الخطأ الطبي بشكل خاص، على النحو التالي:

1- المسؤول عن عبء الإثبات:

إن ترتب الآثار الشرعية على حق أو واقعة نتج عنها ضرر لأحد طرفي الخصومة لا يتم إلا بعد حكم عادل من قبل القاضي، والذي يرفع له الطرف المضرور الدعوى بهذا الحق، وحتى يكون الحكم عادلاً ومنصفاً لأبد للقاضي من تحديد المسؤول عن تحمل عبء إثبات الحق المدعى، فما مفهوم الدعوى التي يصل بها العلم إلى القاضي بحق ضاع عن صاحبه، ومن هما طرفا الخصومة فيها، وكيف للقاضي أن يميز بينهما ليكلف أحدهما بعبء الإثبات، وما أهمية ذلك بالنسبة للحكم الصادر منه؟ والجواب بعرض مفهوم الدعوى والمدعي والمدعى عليه وكيف للقاضي أن يميز بينهما وأهمية ذلك، والبيان على النحو التالي:

(1) الزحيلي: وسائل الإثبات (2 / 646)

(2) الربيش: سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير: إشراف: د/ إبراهيم الخضري، أكاديمية نايف العربية - الرياض - (1423هـ -

1424هـ) (ص: 173)

أ - مفهوم الدعوى في اللغة والاصطلاح:

الدعوى في اللغة:

دعوى اسم مفعول من ادعى يدعي ادعاءً، وادعيت الشيء زعمته لي حقاً كان أو باطلاً، وادعى على فلان كذا نسبه إليه وخاصمه فيه، وتجمع على دعاوى أو دعاوي⁽¹⁾.

الدعوى في الاصطلاح:

تعددت تعريفات العلماء لمفهوم الدعوى ؛ أذكر منها:

- **التعريف الأول:** الدعوى هي: (مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته)⁽²⁾ .
 - **التعريف الثاني:** هي: (طلب معين أو ما في ذمة معين)⁽³⁾ .
 - **التعريف الثالث:** هي: (إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم)⁽⁴⁾ .
 - **التعريف الرابع:** هي: (إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته)⁽⁵⁾ .
- مما سبق يظهر من التعريفات السابقة لمفهوم الدعوى أن التعريفين الأول والثالث قد تقاربت ألفاظهما في الدلالة على الدعوى بتقييدها بمكان المطالبة والإخبار بها وهو مجلس الحكم أو القضاء⁽⁶⁾ .

أما التعريفان الثاني والرابع فلم يقيدا الدعوى بمكان المطالبة بها فدخل المعنى اللغوي فيهما⁽⁷⁾ . كما اجتمعت عبارتهما على ذكر نوعين من أنواع الدعوى، وهما دعوى العين ودعوى الدين، ولم يشملا أنواعاً أخرى للدعاوى⁽⁸⁾ .

الخلاصة:

وأخلص مما سبق إلى أن العلماء قد اتجهوا اتجاهين في تفسيرهم لمفهوم الدعوى:

- (1) ابن منظور: لسان العرب، مادة (دعا) (14 / 261)؛ فيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة (دعا) (ص: 1283)؛ الفيومي: المصباح المنير، مادة (د ع و) (1 / 194)
- (2) البابرّي: العناية (8 / 152)
- (3) القرافي: الذخيرة (11 / 5)
- (4) الشربيني: مغني المحتاج (6 / 399)
- (5) ابن قدامة: المغني (10 / 242)
- (6) الدغمي: دعوى التناقض (ص: 26)
- (7) ياسين: نظرية الدعوى (ص: 83)؛ الدغمي: دعوى التناقض (ص: 26)
- (8) بني بكر: نظرية الدفع الموضوعي (ص: 35)

الاتجاه الأول: ركّز على حقيقة الدعوى والهدف من رفعها وهو رفعها أمام القاضي.

الاتجاه الثاني: ركّز على أنواع الدعوى التي يتم رفعها أمام القاضي.

التعريف المختار: ومن التعاريف السابقة لمفهوم الدعوى أختار التعريف الثالث الذي ينص على أن الدعوى هي: (إخبار عن حق على غيره عند حاكم)؛ للأسباب التالية:

- 1- أنه قيّد الدعوى بمجلس الحكم، وهو ما يخدم بحثي عن إثبات الخطأ الطبي.
- 2- أنه بإطلاقه لكلمة (إخبار) شمل الإخبار بالحق في الدعوى بالقول والكتابة والإشارة⁽¹⁾.
- 3- كما أنه بإطلاق كلمة (حق) لم يقتصر على الدعوى التي يرفعها الإنسان لحقه؛ وإنما شمل كل أنواع الدعوى⁽²⁾.

هذا وتعتبر الدعوى وسيلة مهمة لوصول الإنسان إلى حقه عند الخصومة والنزاع، فقد أباحتها الشريعة لكل فرد من أفراد المجتمع لاسترداد حقه وحمايته من عدوان الآخرين⁽³⁾. ولتحقق هذه الغاية من الدعوى كان لابد من جهة تتحمل عبء رفعها إلى القاضي.

ب- مفهوم المدعي والمدعى عليه:

تحتاج الدعوى إلى من يتحمل عبء إثباتها أمام القاضي، ليحمل لواء الحق فيرجع إلى مستحقه، وقد أشارت الشريعة إلى حامل هذا اللواء بإقرار قاعدة عامة لعبء الإثبات تتمثل في قول النبي ﷺ: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)⁽⁴⁾ فقد أظهرت هذه القاعدة أن المدعي هو صاحب الأولوية في أن يكون المسؤول عن عبء إثبات الحق المدعى به، ضمن ضوابط وشروط شرعية حتى يصل القاضي إلى تمييزه عن المدعى عليه.

وقد اجتهد العلماء في وضع هذه الشروط والضوابط لبيان مفهوم المدعي والمدعى عليه وتطبيق القاعدة السابقة عليهما فينطلق كل منهما في مهمته، إذ ذكروا تعريفات عدة للمدعي والمدعى عليه أذكر منها:

- (1) بني بكر: نظرية الدفع الموضوعي (ص: 35)
- (2) كدعوى الوصي والوكيل وغيره، للمزيد: الزحيلي: فقه القضاء (ص: 192)؛ ياسين: نظرية الدعوى (ص: 85)
- (3) الزحيلي: الفقه الإسلامي (8 / 5980)
- (4) الترمذي: سنن الترمذي، [باب ما جاء بأن البينة على المدعي (ح = 1341)، (3 / 618)]؛ صححه الألباني في ذات المصدر.

- **التعريف الأول:** عَرَفَ المولى من الحنفية المدعى والمدعى عليه بـ: (أن المدعى هو من إذا تَرَكَ تُرْكُ أي لا يجبر على الخصومة، والمدعى عليه من إذا تَرَكَ لا يُتَرَكَ أي يجبر على الخصومة) (1)
- وظاهر من التعريف أن الضابط في التفريق بين المدعي والمدعى عليه راجع إلى طبيعة الدعوى باعتبارها مرتبطة بإرادة الإنسان، والذي يملك بدوره صلاحية إقامتها أو تركها فيكون هو المدعى، ومن لا يملك ذلك فهو المدعى عليه (2).
- **التعريف الثاني:** وعَرَفَ القرافي من المالكية المدعى والمدعى عليه بـ: (أن المدعى من خالف قوله أصلاً أو عرفاً، والمدعى عليه من وافق قوله أصلاً أو عرفاً) (3).
- ويظهر الضابط في التعريف أنه موافقة الأصل أو العرف للقول المدعى به، فمن وافق قوله الأصل أو العرف كان مدعياً عليه ومن خالفهما كان مدعياً (4).
- **التعريف الثالث:** عَرَفَ الأسيوطي من الشافعية المدعى والمدعى عليه بـ: (أن المدعى من يدعي أمراً باظناً، والمدعى عليه من يدعي أمراً ظاهراً) (5).
- والضابط هنا هو مخالفة أو موافقة الظاهر فمن وافقه كان مدعياً عليه ومن خالفه كان مدعياً (6).
- **التعريف الرابع:** بينما عَرَفَ الماوردي من الحنابلة المدعى والمدعى عليه بـ: (أن المدعى هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وإذا سكت تُرْكُ، والمدعى عليه المُتَظَلَّبُ وإذا سكت لم يُتَرَكَ) (7).

(1) المولى: درر الحكام (2 / 329)

(2) ياسين: نظرية الدعوى (ص: 177)

(3) القرافي: الذخيرة (8 / 11)

(4) الأصل المراد به هنا هو استصحاب الحال الأول، وقد ذكروا أنواعاً منه كالأصل براءة الذمة، والصحة من المرض، وعدم الإضرار بالغير وغير ذلك، والمقصود بالعرف هنا ما استقر في النفوس من جهة العقول، ويطلقون عليه المعهود والغالب والعادة أيضاً، ويكون هو الظاهر من الأحوال مع القرائن وغلبة الظن، وإذا ما تعارض الأصل والعرف فإنهم يقدمون العرف لاعتبارات عدة، ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 / 140)؛ ابن الجزري: القوانين الفقهية (ص 197)؛ للمزيد انظر: ياسين: نظرية الدعوى (ص: 181 وما بعدها)

(5) الأسيوطي: جواهر العقود (2 / 395)

(6) يقصد بالظاهر عند أصحاب هذا التعريف ما كان نوعان: الأول وهو الظاهر بنفسه وهو مبني على الأصول كأصل براءة الذمة، والثاني الظاهر بغيره ويستفاد من أمرين: أحدهما العرف والعوائد والثاني القرائن ودلائل الحال، وعند التعرض بين الظاهر بنفسه والظاهر بغيره فإنهم يقدمون الموافق للأصل، ابن عبد السلام: قواعد الأحكام (2/32)؛ الشربيني: مغني المحتاج (6/404)، وللمزيد انظر: ياسين: نظرية الدعوى (ص 187)

(7) الماوردي: الإقناع (4 / 419)

ويظهر في هذا التعريف أن الضابط في التفريق بينهما مشتق من تعريف الدعوى نفسها، فالمدعي هو مقدم الدعوى بفعله، والمدعى عليه من تقدمت ضده الدعوى⁽¹⁾.

ويبدو لي من التعريفات السابقة أن الأول والرابع منها جعل الضابط فيهما في جانب المدعي من طرفي الخصومة ومن خالفه فهو مدعاً عليه لا يطالب بعبء الإثبات، في حين جعل الضابط في الثاني والثالث منها في جانب المدعى عليه ومن خالفه كان مدعياً يطالب بعبء الإثبات.

التعريف المختار:

بعد ذكر تعريفات العلماء لكل من المدعي والمدعى عليه يظهر أنه وإن اختلفت عباراتهم إلا أنها تتفق من حيث المعنى، فالمقصود من اجتهاد العلماء في تعريف المدعي والمدعى عليه هو وضع معيار شامل يحدد الفرق بينهما حال الخصومة⁽²⁾.

وهذا لا يعني صلاح البعض من هذه الضوابط والمعايير دون البعض الآخر لكن العلماء ركزوا في بيانهم لمفهوم طرفي الخصومة على ما ترجح لديهم أنه المعيار أو الضابط للتفريق بينهما، إذ تعتبر كلها علامات خاضعة لتأمل ونظر القاضي ليختار منها ما يناسب الدعوى أو الموضوع المائل أمامه⁽³⁾.

وعليه فلا أرى ترجيح أي تعريف منها كونها تصلح كلها معياراً وضابطاً يعتمد عليه القاضي للتفريق بين المدعي والمدعى عليه.

الخلاصة:

وبعد العرض السابق لمفهوم المدعي والمدعى عليه وعدم ترجيح أي من التعريفات التي ذكرها العلماء تكون الخلاصة أن المدعي الذي يطالب بالبينة هو من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب، والمدعى عليه الذي يطالب باليمين يكون بخلافه، أي من يوافق قوله الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب⁽⁴⁾، فمن ترجح جانبه بواحد منها كان مدعاً عليه يعفى من عبء الإثبات وعلى الآخر المسؤولية عن ذلك.

(1) ياسين: نظرية الدعوى (ص: 192)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (2 / 652)

(2) الدغمي: دعوى التناقض (ص: 37)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (2 / 654)

(3) الزحيلي: وسائل الإثبات (2 / 655)؛ ياسين: نظرية الدعوى (ص: 176)

(4) حسان: مقدمة في معنى الضمان (ص: 4)

هذا ويصح أن يعتبر كلا الخصمين مدعياً من جانب ومدعاً عليه من جانب آخر، فالمدعى عليه والذي يوافق قوله الأصل هو مدعٍ بطلبه دفع التعرض⁽¹⁾ أو حقه في الحفاظ على سمعته أو استمرار براءة ذمته، ويرجع الأمر في ذلك كله إلى نظرة القاضي وحنكته فيما يعرض أمامه من قضايا ونزاعات⁽²⁾.

ت- أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

لم تغفل الشريعة عن أهمية التمييز بين طرفي الخصومة بالنسبة لعمل القاضي، وما كان اجتهاد العلماء في وضع الضوابط والشروط للتمييز بينهما إلا مساهمة منهم في تسهيل المهمة عليه، حيث يستطيع القاضي بعد تعرفه على المدعي والمدعى عليه أن يكلف كلاهما بما يدعم جانبه ويقويه، فيكلف المدعي بعبء إثبات الحق المدعى به فإن نجح استحقه وإن لم ينجح كلف المدعى عليه باليمين حتى تنقطع الخصومة بينهما ولو مؤقتاً⁽³⁾.

ويعلّل العلماء السبب في كون المدعي هو المسؤول عن عبء الإثبات؛ أن المدعي بادعائه الحق على غيره يدعي خلاف الأصل العام، وهو براءة الذمة من الحقوق للغير، فجعل هذا الأمر موقفه هو الموقف الضعيف بين طرفي النزاع، فاحتاج إلى ما يقوي ويدعم ضعفه، فأوكلت له المهمة الأثقل وهي إحضار البيينة على دعواه، والتي تملك قوةً في إظهار الحق فناسبه ذلك.

أما المدعى عليه فإنه صاحب الموقف القوي بين طرفي الخصومة لموافقته الأصل العام، فلم يحتاج إلا إلى تدعيمه فأوكلت له المهمة الأخف وهي اليمين⁽⁴⁾.

فإذا ما أخطأ القاضي في التمييز بين المدعي والمدعى عليه، ترتب على ذلك تكليفه لكل طرف بما لا يتناسب مع موقفه فيصدر الحكم على إثر ذلك مجاناً للعدل ومجانياً له⁽⁵⁾.

2-المسؤول عن عبء إثبات الخطأ الطبي:

في حال الدعوى بوقوع خطأ طبي فإن طرفي الخصومة فيها هما المريض والطبيب، حيث

(1) دفع التعرض يعني الدفاع الشرعي وهو: رد خصومة المدعي وإبطال دعواه بالإتيان بالبيينة المضادة، ابن فرحون: التبصرة (1 / 212)

(2) الزحيلي: وسائل الإثبات (2 / 655)؛ عثمان: النظام القضائي (ص: 220)؛ بك وإبراهيم: طرق الإثبات (ص: 48)

(3) شموط: العدالة القضائية (ص: 166)؛ زرواتي: أحكام الادعاء (ص: 24)

(4) الكاساني: بدائع الصنائع (6 / 221)؛ العدوي: حاشية العدوي (2/339)؛ النووي: روضة الطالبين (7/12)؛ ابن مفلح: المبدع (8 / 248)

(5) ياسين: نظرية الدعوى (ص: 196)

يدعي المريض وقوع الضرر عليه نتيجةً لفعل الطبيب، بينما يدعي الطبيب عدم الخطأ ؛ وأن الضرر الناتج ليس من فعله.

فالقاضي في هذه الحالة مطالبٌ بمراعاة جانبين:

الأول: مراعاة جانب المريض وحقه في التعويض عما تسبب له الطبيب من ضرر أو أضرار نتيجة لخطئه.

الثاني: مراعاة جانب الطبيب ومكانته الإجتماعية وسمعته المهنية والطبيعة الحساسة التي يمتنعها في عمله كونه يقع على جسد الإنسان.

وإذا ما أعملنا القاعدة العامة في الإثبات وما تقرر معنا من ضوابط وشروط للتمييز بين المدعي والمدعى عليه يكون المريض بادعائه الضرر نتيجةً لممارسة العمل الطبي عليه هو المدعي من طرفي الخصومة، ذلك أنه يدعي الضرر على الطبيب وهذا مخالف لأصل براءة الذمة والظاهر من الأطباء حيث إنهم يقصدون في الظاهر إلى شفاء المريض ودفع الألم عنه⁽¹⁾.

وعليه يكون المسؤول عن تحمل عبء إثبات الخطأ الطبي المريض نفسه، فله أن يأخذ بكل الوسائل والطرق التي كفلتها الشريعة للإثبات حتى يستطيع أن يحصل على الحق الذي رفع الدعوى لأجله⁽²⁾.

لكن قد يواجه المريض بصعوباتٍ ومعيقاتٍ في أثناء طريقه لإثبات الخطأ الطبي تكون مهمته فيها شاقّة بل شبه مستحيلة ؛ وتتمثل هذه الصعوبات في:

- 1- الطبيعة الخطرة للعمل الطبي وما يكتنفها من صعوبات واحتمالات تجعل من الصعب على المريض الوقوف على تفاصيله وحيثياته، وبالتالي صعوبة الوقوف على دليلٍ للإثبات⁽³⁾.
- 2- الجهل التام من جانب المريض بكل ما يتصل بالعمل الطبي من إجراءات وعلاجات وأدوات لا يفهم ملابسات استخدامها أو تأثيرها يجعله بعيداً عن مسرح العمل الطبي وما يجري على خشبته⁽⁴⁾.
- 3- الحالة الصحية التي يكون عليها المريض والألم أو الإغماء الذي يصيبه أثناء العلاج أو كونه تحت تأثير التخدير الكامل كما في حالة العملية الجراحية، كل ذلك يفقده التواصل مع

(1) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 53)؛ حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 545)؛ منار: مسؤولية طبيب التخدير المدنية (ص: 336)

(2) البار وباشا: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 94)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 54)

(3) الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية (ص: 458)

(4) منار: مسؤولية طبيب التخدير المدنية (ص: 263)؛ حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 98)

من حوله أو الشعور بهم ناهيك عن أن يلاحظ الإجراءات التي اتبعتها الطبيب ومارسها أثناء عمله⁽¹⁾.

فهذه الصعوبات السابقة تزيد من مشقة حصول المريض على أدلة أو حجج تساعد في إثبات دعواه.

فهل يمكن القول بالتخفيف عن المريض - المنهك أصلاً من تبعات وآثار الضرر الذي سببه له خطأ الطبيب أو تجاوزه - فننقل عبء الإثبات إلى جانب الطبيب ليطالب بالبيينة على عدم وجود الخطأ، أم نطبق القاعدة العامة في الإثبات في كل الأحوال دون الالتفات إلى تلك الصعوبات؟

للإجابة على هذا التساؤل يلزمنا قبل ذلك أن أعرض لطبيعة العلاقة بين الطبيب ومريضه وعلى نوعية الأعمال الطبية التي يقدمها الطبيب إليه أو يطلبها المريض منه لتتحدد تبعاً لذلك طبيعة المسؤولية عن عبء إثبات الخطأ الطبي، وبيان ذلك على النحو التالي:

أ- رابط العلاقة بين الطبيب والمريض:

إن ما يربط الطبيب بمريضه هو عقد يتبادل فيه الاثنان المنافع بينهما، فيقدم الطبيب منفعة العمل والجهد بالعلاج الطبي للمريض، بينما يقدم الأخير الأجرة المستحقة للطبيب، ويطلق على هذا العقد (عقد إجارة الأعمال)⁽²⁾.

والعلماء في كتاباتهم عن هذا العقد قد استثنوا الطبيب من بعض أحكامه وذلك للطبيعة الخاصة للمكان الذي يباشر فيه الطبيب عمله وهو جسد الإنسان وأعضائه، فقد استرعى هذا الأمر منهم رعاية فائقة توازي ما يجب على الطبيب أن يبذله من رعاية تجاه المريض. ويظهر ذلك في تفريقهم لطبيعة الأعمال التي يقدمها الطبيب للمريض أو يستأجره المريض لأجلها⁽³⁾.

ب- أنواع الأعمال الطبية:

إن الغرض الأهم من المهنة الطبية هو الحصول على العلاج والشفاء من الأمراض، لكن قد يلجأ الناس إلى الأطباء لأغراض أخرى لا يكون الهدف منها الحصول على العلاج، وإنما

(1) حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 568)

(2) الإجارة هي: عقد على المنفعة بعوض وهو مال، السرخسي: المبسوط (15 / 74)، وتنقسم إلى قسمين إجارة عين وإجارة عمل، الأسيوطي: جواهر العقود (ص: 209)

(3) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (5 / 3851)؛ الشويعر: بحث بعنوان " شروط المسائلة عن الخطأ الطبي" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4981)

الحصول على زيادة منفعة أو فائدة أو خدمة يقدمها الطبيب لهم، بمعنى حصولهم على عمل ينتهي بنتيجة يراد الحصول عليها من إجراءاته⁽¹⁾.

وبذلك تنتوع الأعمال الطبية بين نوعين:

النوع الأول: أعمال طبية لغرض الاستشفاء⁽²⁾.

النوع الثاني: أعمال طبية لغير غرض الاستشفاء⁽³⁾.

ويمكن بيان نظرة العلماء للمسؤول عن عبء الإثبات في كل نوع منها كالتالي:

أولاً - المسؤول عن عبء الإثبات في الأعمال الطبية التي غرضها الاستشفاء:

علم مما سبق أن العلاقة بين الطبيب ومريضه مبنية على عقد بينهما يتبادلان فيه المنفعة، وفي هذا النوع من الأعمال يكون هدف الطبيب والمريض معاً هو العلاج لأجل الشفاء والسلامة، فيتخذ الطبيب جميع الإجراءات الممكنة أمامه من أجل تحقيق هذا الهدف، لكن في حال لم يتحقق الشفاء أو نتج ضرر للمريض بسبب مضاعفات أو عدم تحمل جسده للعلاج فإن الطبيب لا يسأل عن هذه النتيجة إلا إذا قصر أو أهمل؛ لأن مثلها لا يمكن أن يلتزمه الطبيب بالعقد؛ إذ إن ذلك ليس في مقدوره فالشفاء بيد الله وحده، وعلى المريض عبء إثبات الدعوى كما تقدم معنا في تحديد المدعي والمدعى عليه⁽⁴⁾.

(1) السمرقندي: تحفة الفقهاء (2 / 361)؛ السعدي: عقد الجواهر الثمينة (3 / 930)؛ ابن قدامة: المغني

(5 / 402)؛ طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب، رسالة ماجستير، إشراف: د/ حسين

الترتوري - جامعة الخليل - 2011 م (ص: 78)

(2) تكون هذه الأعمال احتمالية أكثر لأنها تحتل النفع والضرر فلا تكون النتيجة فيها مضمونه من المضاعفات

والآثار وتتمثل في العلاج من الأمراض الخطيرة وإجراء العمليات الجراحية وغير ذلك من الأعمال الطبية

التي يكون الغرض منها علاج المريض من مرض يشكو فيه الألم وشفائه منه للمزيد: حنا: المسؤولية المدنية

(ص: 123)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 95)

(3) وتتعلق بالإجراءات الطبية التي تهدف إلى تحقيق نتيجة معينة تكون نسبة الاحتمال فيها ضعيفة كما أن

الهدف من إجراءاتها لا يكون لغرض الشفاء أو إزالة المرض مثل عمليات التجميل والختان والتحليل المخبرية

وتركيب الأطراف الصناعية وتركيب الأسنان وتقويمها وغير ذلك، للمزيد: أبو لبة: مسؤولية الطبيب

(ص: 97)؛ حنا: المسؤولية المدنية (ص: 199)؛ آل الشيخ: بحث بعنوان "طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب

الجراحة التجميلية" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (3 / 2843)؛ سنوسي:

الخطأ الطبي التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ عزري الزين، جامعة قاصدي

مرياح_2006م (ص: 62)

(4) السرخسي: المبسوط (11/16)؛ ابن خليل: معين الحكام (ص: 203)؛ قلوبوي وعميرة: حاشية قلوبوي

(79 / 3)؛ ابن مفلح: المبدع (4 / 447)

لذلك اعتبر العلماء الطبيب - عند إجرائه لعمل طبي احتمالي - من الأمناء الذين يكون القول قولهم في حال الخصومة والادعاء عليهم بالإتلاف أو الخطأ إذ الأصل فيه أنه صاحب صنعة ومهنة، ومع أن بعض العلماء قد ضمنوا الصانع⁽¹⁾ - سواء تعدوا أم لا - بافتراض خطئهم ومطالبتهم بالبينة حال إنكارهم وذلك للمصلحة العامة وحفاظاً على أموال الناس⁽²⁾، غير أن العلماء بالإجماع قد نفوا ذلك عن الطبيب وجعلوا المسؤول عن عبء إثبات الخطأ الطبي هو المريض في حال كان العمل الطبي احتمالياً⁽³⁾.

ثانياً - المسؤول عن عبء الإثبات في الأعمال الطبية التي ليس غرضها الاستشفاء:

أما في هذا النوع من الأعمال الطبية فيكون هدف المريض من اللجوء إلى الطبيب لإجرائها هو زيادة منفعة يقصد الحصول عليها بطلبٍ منه واتفاق بينه وبين الطبيب على نتائجها ويكون في مقدور الطبيب التزامها بالعقد وتحقيقها للمريض كما أراد⁽⁴⁾.

فإذا لم تتحقق النتيجة المرجوة وحصل النزاع بين الطبيب والمريض على الصفة التي تم الاتفاق عليها أو على الموضع الذي أذن المريض فيه للطبيب بالعمل الطبي فعلى عاتق من يقع عبء الإثبات في ذلك؟

وهنا يرجع الطبيب إلى الصفة الأصلية التي يمتنها بصفته صاحب صنعة أو مهنة، فقد وقع الخلاف بين العلماء في تحميل الطبيب لعبء الإثبات على قولين:

القول الأول: أن القول قول المريض مع يمينه ويكون عبء الإثبات على الطبيب، وهو للحنفية⁽⁵⁾ وأحد قولين للشافعية⁽⁶⁾.

(1) الصنّاع جمع صانع وهم أصحاب المهن الذين يطلب الناس منهم أن يصنعوا لهم أشياء للاستتفاع بها كالنجار والحداد والطبيب وغيره، الفيومي: المصباح المنير (1 / 348)

(2) ابن عابدين: حاشية رد المحتار (6 / 65)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (4 / 17)؛ الشيرازي: المهذب (2 / 267)؛ البهوتي: كشاف القناع (4 / 32)

(3) البغدادي: مجمع الضمانات (ص: 47) القرافي: الذخيرة (12 / 257)؛ الشافعي: الأم (6 / 185)؛ الزركشي: شرح الزركشي (4 / 249) .

(4) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 97)؛ حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 199)؛ بورمي: المسؤولية الطبية، بحث على الإنترنت (27 / يونيو 2008 م) www.addiwane.com

(5) السرخسي: المبسوط (16 / 13)

(6) الأسيوطي: جواهر العقود (ص 216)

القول الثاني: أن القول قول الطبيب بيمينه ويقع عبء الإثبات على عاتق المريض، وهو للمالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ والقول الآخر للشافعية⁽³⁾.

✓ الأدلة:

أولاً - أدلة القول الأول القائل بأن القول قول المريض وعبء الإثبات على الطبيب ، وقد استدلوا بالقواعد الفقهية والمعقول وذلك على النحو التالي:

وقد استدل أصحابه بأدلة من القواعد الفقهية والمعقول:

1- **القواعد الفقهية:** واستدلوا بالقاعدة الفقهية (الأصل في الصفات العارضة العدم)⁽⁴⁾، وتعني أنه عند الاختلاف في ثبوت الصفة العارضة وعدمها يكون القول قول من يتمسك بعدمها مع يمينه⁽⁵⁾.

فالأصل سلامة المريض وصحته ، فإذا ادعى الطبيب أن المريض أذن له بالعمل في موضع ما أو أن هذا الضرر ليس من العمل الطبي الذي أجراه فعليه أن يثبت ذلك⁽⁶⁾.

2- **من المعقول:** قالوا إن الطبيب يمارس العمل الطبي بناءً على إذن من المريض، فهو الأعم بالنتيجة التي طلبها من الطبيب وحدد المراد من لجوئه لتحقيقها؛ حيث إن الإذن بمباشرة الطبيب العمل من أجل تنفيذها يستفاد من جهة المريض، فكان القول قوله، ويقع عبء الإثبات على الطبيب في هذه الحالة⁽⁷⁾.

ثانياً - أدلة القول الثاني القائل بأن القول قول الطبيب، ويقع عبء الإثبات على المريض؛ وقد استدلوا بالسنة والقواعد الفقهية على النحو التالي:

• السنة:

قول النبي ﷺ: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)⁽⁸⁾

(1) الثعلبي: التلقين (2 / 16)

(2) السيوطي: مطالب أولي النهى (3 / 697)

(3) الجويني: نهاية المطلب (8 / 157)

(4) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص: 54)

(5) البورنو: الوجيز (ص: 185)

(6) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: د/ حسين الترتوري - جامعة الخليل - 2011م، (ص: 67)

(7) البغدادي: مجمع الضمانات (ص: 48)؛ السرخسي: المبسوط (16 / 14)

(8) البخاري: صحيح البخاري [كتاب تفسير القرآن، باب قوله تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ... "، ح:

(4552)، (6 / 35)]

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل مهمة عبء الإثبات في جانب المدعي وهو المريض هنا حيث أنه يدعي على الطبيب عدم تنفيذه لما إلتزمه بالعقد، والطبيب مدعاً عليه من قبل المريض، فيكون عبء الإثبات على المريض فعليه أن يثبت أن الطبيب لم يقم بالعمل الذي إلتزمه⁽¹⁾.

• من القواعد الفقهية:

استدلوا بالقاعدة الفقهية في الإثبات وهي (أن الأصل براءة الذمة) حيث قالوا أن المريض يطالب بالتعويض عن الضرر من الطبيب والأصل عدمه، حيث إن الأصل هو براءة ذمة الطبيب من أي التزام مالي لغيره إلا إذا أثبت ذلك الغير هذا الإلتزام في حقه، وهنا يكون الطبيب مدعاً عليه والمريض هو المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الأصل، فعليه يقع عبء الإثبات⁽²⁾.

القول الراجح:

بعد عرض أقوال وأدلة العلماء في مسألة عبء إثبات الخطأ الطبي أجد أن العلماء قد حملوا عبء الإثبات لطرف دون الآخر بناءً على ما ترجح في نظرهم من أن المصلحة تقتضي تحميل هذا الطرف دون آخر، فالذين رجحوا جانب الطبيب نظروا إلى المصلحة العامة للمجتمع في الحاجة إلى الطب، وعدم إعراض الأطباء وإحجامهم عن العمل الطبي تهرباً من تحمل عبء الإثبات، فرجحوا المصلحة العامة على مصلحة المريض الخاصة.

أما الذين رجحوا جانب المريض على الطبيب فقد اعتبروا مصلحة المريض وحقه في التعويض عن التلف الذي أصابه في جسده وفي ماله فلم يزيدوا عليه فوق معاناته معاناة أكبر وهي مسؤولية عبء الإثبات، فرجحوا جانب المريض على الطبيب وخاصة أن الأخير لا يصعب عليه أمر إثبات ذلك.

وعليه فإن الترجيح يكون بالجمع بين القولين وذلك للأسباب التالية:

- 1- إن القول بتحميل المريض لعبء الإثبات دائماً وهو الطرف المضرور، فيه إجحاف في حق إنسان فقد صحته وماله وأخذ بدلاً منهما معاناةً وألماً بسبب خطأ الطبيب.
- 2- كما أن ما يلقاه المريض من صعوبات وعقبات تحول بينه وبين الدليل على خطأ الطبيب تجعل أمر تحميله لمسؤولية عبء الإثبات أمراً ظالماً يجانبه العدل.

(1) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: د/ حسين

الترتوري - جامعة الخليل 2011م، (ص: 68)

(2) إرشاد السالك: ابن عسك (ص: 88)؛ ابن قدامة: الشرح الكبير (5 / 250)؛ الشيرازي: المهذب (2 / 267)

- 3- ما نحياه في عصرنا الحاضر من فساد للذمم واستشراء للجشع والطمع حول المهنة الطبية من مهنة الأصل فيها الإنسانية والبذل إلى مهنة تجارية الهدف من ورائها الربح المادي فقط.
- 4- كما أن القول بتحميل الطبيب لهذا العبء فيه امتهان لمكانة الأطباء وفرصة لأصحاب النفوس المريضة والحاجات الرخيصة بالتجرؤ على الأطباء والإدعاء عليهم بغية الحصول على فوائد مادية.
- 5- كذلك فإن القول بمسؤولية الأطباء دائماً عن عبء الإثبات قد يؤدي إلى إجماعهم عن العمل وهذا فيه تضييع للمصلحة العامة للمجتمع بأسره فمهنة الطب لا تستغني البشرية عنها.
- 6- في الجمع بين القولين إظهار لسمو الشريعة الإسلامية في قوانينها ومراعاتها لمصلحة جميع الأطراف حتى في حال الخصومة، وهو المقصد السامي الذي شرعت لأجله.
- 7- إن العلماء في أقوالهم السابقة قد ذهبوا إلى مراعاة المصلحة الراجحة في نظرهم فقالوا بوجوب العبء على طرف دون الآخر، لكن لا يمنع ذلك من أن يعمل بالرأيين معاً متى تطلبت المصلحة ذلك، ووفقاً لما يراه القاضي مناسباً، وبمراعاة الضوابط الشرعية في تحديد المسؤول عن عبء الإثبات، فلا يظلم طرف على حساب الآخر، فلا يحمل الطبيب عبء الإثبات في حال كان الأصل أو الظاهر أو الكثير الغالب هو أمانة الأطباء ومهارتهم في العمل الذي ليس لغرض الاستشفاء؛ فيكون القول قول الطبيب عند الخصومة أما إن كان العكس فإن الطبيب يتحمل عبء إثبات الخطأ الطبي، ويكون القول هو قول المريض.

المبحث الثاني

وسائل إثبات الخطأ الطبي

سبق أن تحدثت عن أنواع الخطأ الطبي، وبيّنت أن من أنواعه ما يتعلق بالجانب الإنساني للطبيب والمهنة الطبية، كلامتناع عن إسعاف المريض أو إفشاء سره الطبي، ومنها ما هو متعلق بالجانب الفني البحت للمهنة الطبية، كالخطأ في التشخيص والعلاج (1).

وفي حال ادّعاء المريض على الطبيب فإن الدعوى لا تخرج عن النوعين السابقين، وتكون الوسائل التي يستخدمها المريض لإثبات الخطأ الطبي فيهما منقسمة إلى قسمين:

القسم الأول: وسائل إثبات متعلقة بأخطاء طبية إنسانية (2).

القسم الثاني: وسائل إثبات متعلقة بأخطاء طبية فنية (3).

وفي حال تعين المريض وتكلف بالمسؤولية عن عبء إثبات الخطأ الطبي من قبل القاضي، يكون عليه الإتيان بالدلائل والحجج على ما يثبت صدق دعواه واستحقاقه لما يدعيه، إذ يحق له أن يستعين بكل وسيلة من وسائل الإثبات المقررة شرعاً ليرجح جانبه ويدعم ادعائه.

وسأعرض في هذا المبحث لوسائل الإثبات في كل قسم منها على النحو التالي:

أولاً - وسائل الإثبات المتعلقة بالأخطاء الطبية الإنسانية:

الأصل في الطب أنه مهنة إنسانية بحتة، ترجع في معظم إجراءاتها إلى ضمير الطبيب وصدقه وإخلاقه، ومدى حرصه على مصلحة المريض ونفعه، لكن هذه الإنسانية من الأطباء كغيرهم من البشر معرضة للخطأ أو التذبذب بين إنسانية الأطباء وما قد يعترئها من تجاذب للدنيا وميل إلى الحصول على الشهرة والمال، مما يخرجهم عن المقصد الأساسي للمهنة التي أشهدوا الله ورسوله على الأمانة فيها، وهذا الأمر بلا شك قد يؤثر على نجاعة وفعالية الوسائل التي يلجأ إليها المريض لإثبات الخطأ الطبي (4).

(1) انظر (ص: 13) من هذا البحث.

(2) دنون: المبسوط (1 / 479)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 54)؛ الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية

(ص: 440)؛ جستنينة: بحث بعنوان " الخطأ الطبي في الميزان " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة

الإمام محمد ابن سعود (5 / 4477)؛ البار وباشا: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 94)

(3) حميد: رفع الحرج (ص: 222)؛ منار: مسؤولية طبيب التخدير (ص: 232)؛ الحسن: بحث بعنوان "الخطأ

الطبي " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4456)؛ أبو لبة: مسؤولية

الطبيب (ص: 55)

(4) وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفرور - جامعة معمرى-

2011م (ص: 63) بتصرف.

وقد سبق أن بينت أن المريض تقف في طريقه صعوبات وعقبات عدة حال مسؤوليته عن عبء إثبات الخطأ الطبي، فإن هذه الصعوبات تزداد أكثر عند تعقبه وبحثه عن الأدلة التي تعينه في مهمته ليصدم بعدم قدرتها على النهوض بعبء الإثبات وعدم فاعليتها في إثبات الخطأ الطبي⁽¹⁾.

ونبين وسائل الإثبات المتعلقة بهذا القسم والصعوبات التي تواجه المريض فيها ومدى فاعلية كل منها للإثبات في دعوى الخطأ الطبي:

أ- الإقرار الطبي:

تحدثت سابقاً عن مفهوم الإقرار ومشروعيته كوسيلة من وسائل الإثبات بشكل عام⁽²⁾، وسأبين هنا إقرار الطبيب بما صدر منه في حق مريضه.

حيث يعتبر إقرار الطبيب اعترافاً منه بما ارتكبه من خطأ في طريقة علاجه للمريض أو تقصيره في الجهد المطلوب منه تجاه مريضه، ولا يسع الطبيب الرجوع عنه⁽³⁾.

ويكون إقرار الطبيب حجة قاطعة لإثبات حق المريض وتعويضه عما تسبب له الخطأ الطبي من أضرار، حال صدوره دون إكراه أو إجبار⁽⁴⁾.

صعوبات الحصول على الإقرار الطبي:

وتحتاج هذه الوسيلة إلى جرأة من قبل الأطباء ومن في حكمهم خاصة وأن الحصول على إقرار من الطبيب بارتكابه للخطأ الطبي غير متحصل في عالم الطب، ويرجع الأمر في ذلك إلى الخوف من تحمّل تبعات المسؤولية عما يترتب من أضرار نتيجة الإجراءات الطبية، فيلجأ الأطباء إلى إخفاء الخطأ الطبي وعدم الاعتراف به⁽⁵⁾.

كما أن احتقار الطبيب لعلم المريض بالنسبة لعلمه ومهارته في الطب، واعتباره أنه أكثر علماً وفهماً من المريض، يقلل من نسبة الاعتراف بالخطأ على اعتبار أن ذلك فيه منقصة في حق

(1) الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية (ص: 458)؛ منار: مسؤولية طبيب التخدير (ص: 263)؛ حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 568)

(2) انظر (ص: 28) من البحث

(3) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 54)

(4) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ حسين الترتوري - جامعة الخليل - 2011م (ص: 78) .

(5) أبو لبة: مسؤولية الطبيبين الفقه الإسلامي والقانون (ص: 54)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفر - جامعة معمري - 2011 م (ص: 114)

الطبيب وسمعته⁽¹⁾. وهذا يجعل الحصول على إقرار الطبيب كوسيلة للإثبات أمراً شاقاً مما يفوت به حصول التعويض.

مع أن الإقرار بالصدق يؤسس لعلاقة أكثر ودية بين الطبيب ومريضه قد تحذوا بالأخير إلى الإعراض عن مفاضة طبيبه وتقدير هذه الروح النابضة فيه⁽²⁾.

ب- الشهادة الطبية:

سبق أيضاً وأن عرضتُ للشهادة بمفهومها ومشروعيتها كوسيلة للإثبات بشكل عام في الشرع⁽³⁾، وبما أن الموضوع الذي نحن في سياق بحثه متعلق بالطب ومن يمارسه من الأطباء، فبطبيعة الحال لن تختلف أحكام الشهادة على الخطأ الطبي عنها في الشهادة بمفهومها العام، إذ تتفقان من حيث الشروط والأحكام في الشهود المنوط بهم مهمة إثبات وقوع الخطأ من الطبيب، ومن أهم هذه الشروط:

- 1- العدالة: ويشترط أيضاً في الشهود أن يكونوا عدولاً غير متهمين بالفسق والخيانة⁽⁴⁾.
- 2- عدم التهمة: ويشترط أن لا يكون بين الشهود والطبيب المدعى عليه تهمة عداوة أو خصومة بينهما⁽⁵⁾.

ومما ذكره العلماء في الشروط المعتمدة للشهادة على الطبيب: (من يطب ولا يعرف الطب فتلف به شيء ضمن ويُعرف ذلك بقول طبيبين عدلين غير عدوين له ولا خصمين)⁽⁶⁾.

ويعد تغيب أي شرط من الشروط السالفة الذكر في الشهود على الطبيب شبهة تؤدي إلى إسقاط شهادتهم وعدم الاعتداد بها قضاءً⁽⁷⁾.

-
- (1) أبو مارية: " عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجيهات الحديثة للفقه والقضاء " مجلة جامعة القدس المفتوحة؛ (ع: 34/ص: 11)
 - (2) الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية (ص: 458)
 - (3) انظر (ص: 30) من البحث
 - (4) الزيلعي: تبين الحقائق (4 / 217)؛ الثعلبي: المعونة (1 / 1517)؛ الشربيني: مغني المحتاج (6 / 382)؛ ابن تيمية: المحرر في الفقه (2 / 247)
 - (5) الزيلعي: تبين الحقائق (4 / 217)؛ الثعلبي: المعونة (1 / 1517)؛ الشربيني: مغني المحتاج (6 / 382)؛ ابن تيمية: المحرر في الفقه (2 / 247)
 - (6) السرخسي: المبسوط (16 / 120)؛ ابن رشد: المقدمات (2 / 288)؛ الماوردي: الحاوي (17 / 161)؛ ابن قدامة: المغني (10 / 168)
 - (7) السنيكي: أسنى المطالب (2 / 427)

والشهود في دعوى الخطأ الطبي إما أن يكونوا:

1- من داخل السلك الطبي كزملاء الطبيب من الأطباء والمعاونين له كالممرضين أو الفنيين وغيرهم،

2- أو من خارج السلك الطبي كأقرباء المريض أو المراجعين من المرضى أو العاملين في المستشفى والذين لا يتعلق عملهم في صميم المهنة الطبية كالإداريين وعمال النظافة وغيرهم⁽¹⁾.

ففي حال كون الدعوى متعلقة بفعل الطبيب ومهنته ومدى مخالفته للأصول العلمية لمهنة الطب، فلا تقبل الشهادة إلا ممن كان من داخل السلك الطبي من الأطباء ومن في حكمهم⁽²⁾. أما غيرهم فتقبل الشهادة منهم فيما لا علاقة له بصميم المهنة الطبية، كامتناع الطبيب عن العلاج أو عدم حصوله على الإذن⁽³⁾.

الصعوبات التي يواجهها المريض لأجل الحصول على الشهود:

فالمريض في خضم معركته للحصول على شهود يثبت بهم حقه للحصول عليه، تعترضه صعوبات عدة في حال كون الشهود من السلك الطبي أو من خارجه وهذه الصعوبات هي⁽⁴⁾:

- 1- أن الشهود زملاءً للطبيب في العمل، فقد لا يقبلون بالشهادة عليه للعلاقة التي تربطهم به.
- 2- قد يتذرع الأطباء بضرورة المحافظة على السر المهني، وأنه لا يسمح لهم بإفشاءه فلا يقبلون بالشهادة.
- 3- في حال كون الشهود من خارج السلك الطبي فإن العقبة تكون في عدم خبرتهم بالأمور الطبية أو معرفتهم بها فقولهم وعدمه سواء.
- 4- كذلك شبهة القرابة بينهم وبين المريض تعتبر قاذحة في الشهادة ؛ لاحتمال الكذب والميل إلى المريض ضد الطبيب لهذا المعنى.

(1) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 56)؛ الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، مجلة العدل (ع: 22 / ص: 147)

(2) أبولبة: مسؤولية الطبيب (ص: 55)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفرور (جامعة معمري - 2011 م) (ص: 114)

(3) باشا والبار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 94)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 55)

(4) ذنون: المبسوط (1 / 479)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفرور (جامعة معمري - 2011م) (ص 115)

وبذلك يكون طريق إثبات الخطأ الطبي بالشهود طريقاً مسدوداً في معظم الحالات إن لم يكن كلها، مما يجعل مدى فاعلية الإثبات بالشهادة الطبية ضعيفاً وعقبة صعبة أمام المريض في الوصول للحق الذي يدعيه (1).

ت- المستندات الطبية:

ويطلق عليها الملفات الطبية أو السجلات الطبية، وتتضمن كل ما يتم كتابته في ملفات المرضى من متابعات وإجراءات اتخذها الأطباء للتشخيص والعلاج كصور الأشعة والتحاليل المخبرية، كما يتم فيها كتابة الوصفات الطبية وتوقعات المرضى على الإجراء الطبي وموافقتهم عليه كالعلمية الجراحية(2).

وقد عرفنا سابقاً أن الوثائق الكتابية تكون حجة إذا كانت وثائق رسمية تصدر عن جهات حكومية رسمية، أما إذا كانت غير رسمية فمنها ما هو حجة ومنها ما ليس كذلك (3).

وبما أن المستندات الطبية شكل من أشكال الوثائق الكتابية، فإن منها ما يتسم بالصفة الرسمية كالوثائق التي تحرر من طرف الأطباء باعتبارهم موظفين في مستشفيات حكومية تختم بختمها، ومنها ما يتسم بالصفة غير الرسمية حيث يصدر من الأطباء بصفتهم الشخصية كالمستندات التي يحررها الأطباء في عياداتهم الخاصة وتحمل التوقيع الشخصي لهم (4).

فهذه المستندات سواء الرسمية منها أو غير الرسمية إذا كانت موثقة باحتوائها على معلومات صحيحة حول المريض والتعريف بمرضه وكانت مكتوبة بخط واضح ومقروء، ومذيلة بختم أو توقيع لا تزوير فيه، وثبتت حجيتها أمام القاضي فإنها تعتبر وسيلة للإثبات يعتد بها، فيستطيع المريض بذلك أن يعتمد على المستندات الطبية التي يحصل عليها وتكون حجة له في إثبات الخطأ الطبي(5).

(1) ذنون: المبسوط (1 / 479)

(2) محمود: دور التوثيق في إثبات المسؤولية الطبية (ص: 3)

(3) انظر (ص: 42) من البحث

(4) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ حسين الترتوري (جامعة الخليل - 2011 م) (ص: 90)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، بإشراف: د/ محمد جعفرور (جامعة معمرى - 2011م) (ص: 119)

(5) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 58)؛ محمود: دور التوثيق في إثبات المسؤولية الطبية (ص: 6)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، بإشراف: د/ محمد جعفرور (جامعة معمرى - 2011م) (ص: 119)؛ الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، مجلة العدل (ع: 22 / ص: 148)

كما يستطيع أن يأخذ بها الطبيب ويدفع التهمة عن نفسه بعدم الإذن أو الرضا من قبل المريض بإثبات توقيح المريض على مستند الموافقة على إجراء العملية الجراحية⁽¹⁾.

الصعوبات التي يقابلها المريض حال حصوله على المستندات الطبية:

وبالنظر إلى الواقع فإن هذه الوسيلة كغيرها من وسائل الإثبات السابقة لا تخلو من صعوبات تعتري مهمة الحصول عليها بكل صدق وأمانه، حيث أن فرضية التلاعب بها من قبل الطبيب أو المستشفى الذي يعمل به قائمة، وقد يكون السبب في ذلك هو الرغبة في إخفاء الأخطاء وما ينتج عنها نفيًا للمسؤولية وتهريباً منها، مما يزيد الأمر صعوبة على المريض، ويضعف تأثير المستندات الطبية التي يملكها كوسيلة لإثبات الخطأ الطبي⁽²⁾.

ثانياً - وسائل الإثبات المتعلقة بالأخطاء الطبية الفنية:

إن الخطأ الطبي الفني يحتاج إلى نظرة ثاقبة من قبل القاضي للوقوف على دلائل فعل الطبيب وقياسه لمدى الخطأ الحادث فيه، كما يحتاج إلى مساعدة من أهل الخبرة والاختصاص في الفن الطبي لإطلاع القاضي على ما خفي عنه من خبايا العمل الطبي وحيثياته المعقدة، فيقتضي ذلك امتلاكه لوسائل تعيينه في تقدير الخطأ الطبي واستخلاصه حال لجوءه إليها، ومن هذه الوسائل القرائن الطبية والخبرة الطبية⁽³⁾.

وفيما يأتي عرض لمفهومها ومدى اعتبار كل منها وسيلة ناجعة في دعوى الخطأ الطبي يكون في استطاعة القاضي الاعتماد عليها عند إصدار الحكم، وذلك على النحو التالي:

أ - القرائن الطبية:

تقرر سابقاً أنّ القرينة: (هي الأمانة التي نصّ عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال)⁽⁴⁾.

(1) وزنة: إثبات الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمرى - 2011م) (ص 117)؛ باشا والبار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 95)

(2) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 58)؛ محمود: دور التوثيق (ص: 6)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمرى - 2011م) (ص: 119)؛ الجبير: الأخطاء الطبية، مجلة العدل (ع: 22) (ص: 148)

(3) الزحيلي: وسائل الإثبات (1 / 594)؛ الكيلاني: الإثبات بالمعاينة والخبرة (ص: 13)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 56)

(4) أنظر (ص: 8) من هذا البحث

فمن أنواع القرائن المعمول بها في الشرع القرائن القضائية وهي التي يستنبطها القاضي من الوقائع والظروف والملابسات المحيطة بالدعوى الماثلة أمامه (1).

ويكون على القاضي وهو بصدد تقدير الخطأ الطبي أن يضع في اعتباره ما يحيط بالعمل الطبي من أمارات ودلالات تعتبر قرينة على وجود خطأ في فعل الطبيب أو عدمه وهو ما يطلق عليه القرينة الطبية (2).

ويمكن في ضوء ما سبق أن أعرف القرينة الطبية بأنها: (الأمارة أو العلامة التي يستنبطها القاضي من واقعة الخطأ الطبي؛ وظروفها وما يكتنفها من أحوال محيطة).

فالقرينة الطبية نوع من أنواع القرائن القضائية التي يعتمد عليها القاضي في إصدار الحكم، إذ تساعد القاضي في استخلاص خطأ الطبيب ويكون له الاعتماد عليها كوسيلة لإثباته عند تعلقه بمسألة مسلم بها في العلوم الطبية الثابتة؛ مثل وجوب التعقيم عند إجراء العمليات الجراحية حيث يمكن للقاضي استخلاص إهمال الطبيب من خلال تلوث الجرح (3).

أما ما كان متعلقاً بمسألة مستجدة في العلوم الطبية والتي لم تستقر فيها آراء الأطباء أو قواعدها المتبعة فليس للقاضي النظر فيها أو مقاضاة الطبيب لأجلها باعتباره مجتهداً فلا يلام على اجتهاده (4).

ومما يتعين على القاضي أن يأخذه بعين الاعتبار من العلامات الكفاءة الشخصية التي يتمتع بها الطبيب، إذ لا يعقل أن يكون الأطباء على مستوى واحد من الكفاءة، وهذا الأمر تحكمه عوامل عدة كالموهبة الفطرية والدراسة والخبرة والحالة الصحية للطبيب (5).

والى جانب ذلك فإن على القاضي مراعاة ما يحيط بالعمل الطبي من ظروف وملابسات تؤثر فيه بشكل مباشر كالزمان والمكان الذي يجري فيه العلاج، فمثلاً الطبيب المسن الذي يلجأ إليه المرضى في المناطق الريفية والتي تكون بعيدة عن التطور العلمي والتقني للأجهزة والأدوات

(1) ديور: القرائن (ص: 9)

(2) سنوسي: الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ عزري الزين (جامعة مرياح - 2006 م) (ص: 70)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمري - 2011م) (ص: 126)

(3) وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف / د. محمد جعفر (جامعة معمري - 2011م) (ص 126)

(4) حميد: رفع الحرج (ص: 222)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي، رسالة ماجستير، بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمري - 2011م) (ص: 126)

(5) باشا والبار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 91)

الطبية لا يلام على عدم استعانتها بأدوات حديثة ليست في مقدوره، في حين أن الطبيب الذي يعمل في المدن الكبرى حيث التطور التقني والتكنولوجي لا يغتفر له جهله أو عدم استخدامه لأجهزة متطورة⁽¹⁾.

وهنا أفق عند هذه القرينة لأبين تأثير الزمان والمكان على العمل الطبي في قطاع غزة، وسمو الدور الذي قام ويقوم به الأطباء في مستشفياتنا مع كثرة الأخطاء والأضرار الناتجة، إذ كثيراً ما يُوجّه اللوم للأطباء ويتهمون بالتقصير والإهمال وقلة الخبرة والمعرفة، دون الالتفات إلى الظروف التي يعمل بها أطباؤنا، حيث أجواء الحروب والكوارث وقلة الإمكانيات والأجهزة والعلاجات في ظل حصارٍ عالمي ظالم، ومع ذلك فإنهم يبذلون أقصى ما يستطيعون للتخفيف عن المرضى ومساعدتهم، وأكبر دليل على ذلك ما قدمه أطباء غزة في حرب العصف المأكول الأخيرة وما سبقتها من حروب حيث عملوا تحت القصف والنار مع انعدام أبسط الإمكانيات الطبية، ولذلك فإنهم يستحقون لقب الأطباء الخارقون، لأنهم مستمرين في مهمتهم رغم قلة الوسائل المعينة.

وتُعدُّ الحالات الطارئة التي قد يمارس فيها الطبيب العمل الطبي من القرائن التي يكون على القاضي اعتبارها والوقوف عندها حال الدعوى بوجود خطأ طبي، حيث أن الطبيب الذي يعمل في مثل هذه الظروف يكون الهدف الأول لديه هو إنقاذ حياة المريض بأقصى سرعة ممكنة وبما توفر من إمكانيات، فلا يلام الطبيب على عدم استخدامه لعلاج معين أو عدم التشخيص السليم للمرض⁽²⁾.

ب- الخبرة الطبية:

تعرض على القاضي أحياناً عند النظر في النزاعات والخصومة وقائع قد يعجز عن الحكم فيها، لتعلقها بأمٍ خارجٍ عن علمه ومعرفته العامة، كون القاضي غير ملّم بكافة علوم ومناحي الحياة، ولا يملك الخبرة الكافية في كل الفنون والمعارف التي يشملها الكون⁽³⁾.

فكان لا بد له من أن يستعين لكل فن من الفنون التي تعرض عليه في الدعاوى المختلفة أهل الخبرة في ذلك الفن والمتخصصين فيه، ومن هذه الفنون الفن الطبي، فقد تعرض للقاضي

(1) حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 154)؛ سنوسي: الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ عزري الزين (جامعة مرياح - 2006 م) (ص: 70)؛ باشا والبار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 92)

(2) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 96)؛ باشا والبار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون (ص: 92)، حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 82)

(3) الكيلاني: الإثبات بالمعاينة والخبرة (ص: 12)

مسألة متعلقة بالطب، فيلجأ إلى الأطباء المتخصصين في هذا المجال ليقدموا له الجواب الشافي للمسألة المطروحة أمامه (1).

فما مفهوم الخبرة الطبية وما مدى المشروعية في استعانة القاضي بها، وما أهمية ذلك وحكمه في إثبات الخطأ الطبي؟

وبيان الجواب على النحو التالي:

أولاً - مفهوم الخبرة الطبية:

الخبرة الطبية مصطلح يشمل لفظين (الخبرة) و(الطبية)، وسأعرض لكلٍ منهما على حدا انتهاءً بالمصطلح الشامل:

أ- مفهوم الخبرة في اللغة والاصطلاح:

1- الخبرة في اللغة: حَبْرٌ خَبْرَةٌ فهو خبير، والخبير من أسماء الله ﷻ، وَحَبْرَتُ الأمر أي عرفته على حقيقته (2) والخبرة: العلم بالشيء، وقيل العلم بالخفايا الباطنة ويلزمها معرفة الأمور الظاهرة (3)، ورجل خابر وخبير عالم به والخَابِر: المُخْتَبِر المَجْرِب (4)، ومنه قوله ﷻ: ﴿ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا ﴾ (5) أي اسأل عنه من هو خبيرٌ وعالم به (6).

إذن الخبرة لغةً هي: العلم والمعرفة فيما ظهر أو خفي من الأمور والخبير هو صاحبها.

2- الخبرة في الاصطلاح: وأعرض لمفهومها في اصطلاح العلماء القدامى والمحدثين:

- في اصطلاح القدامى: لم يفرد العلماء القدامى الخبرة بتعريف خاص بها، ويرجع السبب في ذلك إلى اكتفائهم بالمعنى اللغوي لها حيث وضح لديهم. وقد تكلم جُل العلماء عن الخبرة وذكروها بألفاظ مختلفة كالمعرفة والبصيرة والتجربة والحنق (7).

(1) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب، رسالة ماجستير بإشراف: د/ حسين الترتوري (جامعة الخليل- 2011م) (ص: 101)

(2) ابن منظور: لسان العرب، مادة (خبر) (4 / 226)

(3) فيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة (خبر) (ص: 382)؛ ابن منظور: لسان العرب، مادة (خبر) (4 / 226)؛ الزبيدي: تاج العروس، مادة (خبر) (11 / 126)

(4) الرازي: مختار الصحاح، مادة (خبر) (ص: 87)؛ فيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة (خبر) (ص: 382)

(5) سورة الفرقان: الآية (59)

(6) ابن كثير: تفسير القرآن (6 / 119)

(7) ابن خليل: معين الحكام (ص: 94)؛ القرافي: الذخيرة (3 / 90)؛ الرملي: نهاية المحتاج (2 / 21)؛ ابن قدامة: المغني (6 / 132)

وقد اعتمدوا على رأي الخبير في كثير من المسائل والأحكام الفقهية⁽¹⁾.

والتي يظهر فيها أن العلماء استخدموا الخبرة بمعناها العام والذي يشمل الخبرة في مناحي الحياة المختلفة والمجالات المتعددة من دينية ودنيوية يلجأ فيها إلى أهل الخبرة والمعرفة، لكنهم أكثر ما استخدموه فيها هو الاعتماد على قول الخبير في الفصل بين المتنازعين عند الاختلاف⁽²⁾، وهو ما أقصده في البحث عن مفهوم الخبرة.

- **في اصطلاح المحدثين:** أما المحدثون فقد اقتصرت تعريفاتهم لمفهوم الخبرة على الخبرة بوصفها وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء⁽³⁾.

حيث جاءت لهم تعريفات عدة أذكر منها:

التعريف الأول: حيث عرفها أحمد داود بـ : (أن يبين أهل الاختصاص رأيهم في حقيقة الشيء المتنازع فيه، وذلك بناءً على طلب القاضي الذي ينظر موضوع النزاع)⁽⁴⁾.

التعريف الثاني: وعرفها عبد الناصر شنيور بأنها : (وسيلة إثبات علمية يقوم بها أهل العلم والاختصاص، بناءً على طلب القاضي، لإبداء رأيهم في الأمر المتنازع فيه لإظهار الحقيقة، ولا يستطيع القاضي القيام بذلك بنفسه)⁽⁵⁾.

الملاحظة على التعريفات:

- وبالملاحظة على التعريفات السابقة نجد في التعريف الأول أن المراد من الخبرة فيه هي التي يستعين فيها القاضي بأهل الخبرة لأجل الاستشارة والاستعلام عن أمر غير واضح لديه، مما يعني أن للقاضي الأخذ بهذه المشورة أو تركها⁽⁶⁾.

- كما عرّف الخبرة بأنها إخبار بالشيء والإعلام به فاتفقت بذلك مع التعريف اللغوي للخبرة.

- أما التعريف الثاني وإن كان قد عرف الخبرة بأنها إبداء لرأي أهل العلم والاختصاص، لكنه ذكر أنها وسيلة إثبات علمية، فهذا اللفظ يشمل الوسائل المادية للإثبات من تقارير وصور وتحاليل ونتائج

(1) من هذه النصوص عند العلماء: في مسألة النزاع على الملك: (فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به) البابرتي: العناية (8 / 261)؛ في مسألة القصاص من الجاني: (ويرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح

في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه) ابن فرحون: تبصرة الحكام (2 / 82) .

(2) الكيلاني: الإثبات بالمعاينة والخبرة، مجلة جامعة النجاح، (ع: 1 / م: 16 / ص: 13)

(3) شنيور: الإثبات بالخبرة (ص: 39)

(4) داوود: أصول المحاكمات (1 / 329)

(5) شنيور: الإثبات بالخبرة (ص: 39)

(6) أبو بكر: نظام الإثبات، مجلة الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة (ع: 3 / ص: 63)

موثقة بناءً على حقائق ونظريات علمية مدروسة يقوم بها الخبراء كتقرير الطبيب الشرعي وليست مبنية على تجارب شخصية أو معرفية يشوبها الخطأ أحياناً (1).

وهذا التعريف يعرض لمفهوم الخبرة في شكلها الحديث والمعاصر.

التعريف المختار: أختار مما سبق ذكره من تعريفات للخبرة، التعريف الثاني منها والذي ينص على أن الخبرة هي: (وسيلة إثبات علمية يقوم بها أهل العلم والاختصاص، بناءً على طلب القاضي، لإبداء رأيهم في الأمر المتنازع فيه لإظهار الحقيقة، ولا يستطيع القاضي القيام بذلك بنفسه).

أسباب الاختيار: وترجع أسباب اختياره إلى:

1- أنه قيد الخبرة في مجال الإثبات أمام القاضي وهو مقصودنا من التطرق لمفهوم الخبرة في البحث.

2- شمل الخبرة بنوعيتها المعنوي والذي يكون لأجل المشورة والاستفهام، والمادي والذي يقدم فيه الخبير الأدلة المادية على الموضوع المخبر عنه (2).

3- ما شمله التعريف من معاني سابقة يخدم بحثي في مسألة إثبات الخطأ الطبي حيث أن المدعي قد يقدم للقاضي تقارير أو مستندات طبية ضد المدعى عليه، وحتى يقف القاضي على صحتها يستعين بأهل الخبرة من الأطباء، أو يلجأ القاضي للأطباء لاستيضاح أثر الخطأ الطبي على المريض ومعرفة كون الطبيب ارتكب خطأً أم لم يرتكب فيقدموا له تقارير ونتائج قد يعتمد القاضي عليها في إصداره للحكم (3).

أ- مفهوم الطبية: وقد تم التعريف بالطب وما يتعلق به سابقاً فلا داعي للتكرار (4).

ب- مفهوم الخبرة الطبية: الخبرة الطبية مصطلح حديث لم يتعرض العلماء للتعريف به بشكل خاص، وإنما تعرضوا لوجوب الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء والمرضى ومن في حكمهم في أحكام فقهية مختلفة، كالاستعانة بهم في معرفة الجروح والأمراض والحالة الصحية للمدعي والمدعى عليه وغير ذلك (5).

(1) شنيور: الإثبات بالخبرة (ص: 42)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/

محمد جعفر (جامعة معمري - 2011 م) (ص: 138)

(2) شنيور: الإثبات بالخبرة (ص: 43)

(3) وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي؛ رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمري - 2011 م)

(ص: 138)

(4) انظر (ص: 8) من البحث

(5) الشافعي: الأم (6 / 188)؛ البهوتي: كشف القناع (5 / 552)

وقد تعرض له بالتعريف بعض الباحثين في المجال القانوني، ومنهم الباحثة سايكي وزنة حيث عرفت الخبرة الطبية أنها: (عمل يقوم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان المعين من قبل القاضي أو سلطة قضائية لمساعدته التقنية لتقدير حالة الشخص الجسدية والعقلية وتقييم المسائل المترتبة على آثار جنائية أو مدنية)⁽¹⁾.

ويعتبر التعريف السابق تعريفاً عاماً للخبرة الطبية يشمل استخدام خبرة الأطباء ومن في حكمهم في خصومات ووقائع مختلفة لا يكون أحد طرفي الخصومة فيها من الأطباء، فتكون بذلك قد شابته علماء الفقه الإسلامي في مرادهم من خبرة الأطباء.

ومما سبق يمكن أن أعرف الخبرة الطبية أنها: (وسيلة إثبات علمية يقوم بها أهل العلم والاختصاص من الأطباء ومن في حكمهم بناءً على طلب القاضي، لإبداء رأيهم في مسألة النزاع بالخطأ الطبي على الطبيب).

حيث تتعلق الخبرة المطلوبة من أهل الأطباء المتخصصين بمدى صحة عمل الطبيب والإجراءات التي قام بها تجاه مريضه، ومطابقة النتائج التي ترتبت عليها للأصول والقواعد المتبعة في المهنة الطبية.

فقد يتقدم المريض للقاضي بتقارير طبية أو تحاليل مخبرية أو سجلات وملفات طبية تحتوي على إجراءات قام بها الطبيب عليه، وحتى يتسنى للقاضي التأكد من صحتها وسلامة الإجراءات التي اتبعها الطبيب في معالجته للمريض ومدى مطابقة هذه الإجراءات لفنون وقواعد أهل الطب، فإنه يعرضها على المختصين من الأطباء، فتكون بذلك وسيلة من وسائل إثبات الخطأ الطبي⁽²⁾.

ثانياً - مشروعية الخبرة الطبية:

دللت نصوص عدة على مشروعية الخبرة بشكل عام في الفقه الإسلامي، وحيث إن الخبرة الطبية جزء لا يتجزأ من الخبرة بالمفهوم العام لها، فإن الأدلة التي دللت على مشروعيتها يمكن أن يستدل بها على مشروعية الخبرة الطبية بشكل خاص.

حيث استُدل على مشروعية الخبرة والرجوع لها بنصوص من القرآن الكريم والسنة والإجماع والمعقول:

(1) وزنة: اثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمري - 2011 م)

(ص: 138)

(2) منار: مسؤولية طبيب التخدير (ص: 236)، الكيلاني: الإثبات بالمعاينة والخبرة (ص: 13)

• الكتاب:

1- قول الله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: إن الراجح من أقوال العلماء⁽²⁾ في المقصود بأهل الذكر في الآية هم أهل العلم أو كل من يذكر بعلم وتحقيق، وفيها إشارة إلى وجوب المراجعة إلى العلماء فيما لا يعلم، ويستدل من الآية على وجوب الرجوع إلى أهل الخبرة والعلم في كل فن من الفنون⁽³⁾، ومنها الخبرة الطبية فيرجع إلى الأطباء في معرفة وقوع الخطأ الطبي.

2- قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: أن الله ﷻ قد أمر المسلمين في الآية إلى إرجاع ما يشكل عليهم من الأمور إلى الرسول ﷺ وأهل العلم منهم والذين يعملون بخبرتهم وبصيرتهم على استنباطه ومعرفته⁽⁵⁾، وهذا دليل على مشروعية الرجوع إلى أهل الخبرة العالمين العرفين بالأمر الذي يختصون به ومنهم الأطباء فيرجع إليهم في إثبات الخطأ الطبي.

• السنة:

دلت نصوص من السنة النبوية على استعانة النبي ﷺ بأهل الخبرة والمعرفة في مجالات عدة ومنها:

1- "عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: "أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجَزَّرًا نَظَرَ أَنْفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ"⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: يستدل من سرور النبي ﷺ على قبوله لقول مجزز وخبرته في القافة، وفي ذلك إشارة على مشروعية الخبرة وعمل أهلها، ومنها الخبرة الطبية في إثبات الخطأ الطبي.

(1) سورة النحل: الآية (43)

(2) اختلف العلماء في المقصود بأهل الذكر في الآية على أقوال عدة: انظر / القرطبي: تفسير القرطبي (10 / 108)؛ ابن كثير: تفسير ابن كثير (4 / 573)

(3) الشوكاني: فتح القدير (3 / 197)؛ أبو السعود: تفسير أبو السعود (5 / 116) .

(4) سورة النساء: الآية (83)

(5) الجصاص: أحكام القرآن (3 / 182)؛ القونجي: فتح البيان (3 / 187)

(6) البخاري: صحيح البخاري، [كتاب الفرائض، باب القائف (ح: 6770) (8 / 157)]

2- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: "وَأَسْتَجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ، ثُمَّ مِنْ بَنِي عَبْدِ بَنٍ عَدِيٍّ هَادِيًا خَرِيَّتًا... (1)"

وجه الدلالة: إن استنجار النبي ﷺ لهادي الطريق يعتبر دليلاً على مشروعية الأخذ بعمل أهل الخبرة والاستعانة بهم عند الحاجة، فيشرع للقاضي أن يستعين بالخبراء إن احتاج الموضوع المتنازع فيه إلى ذلك ومنها موضوع إثبات الخطأ الطبي (2).

• الإجماع:

تدل أقوال العلماء في كثير من النصوص على وجوب الرجوع إلى أهل الخبرة والمعرفة في مسائل ووقائع متعددة حال الخصومة والنزاع (3)، ولم يوجد منهم من لم يأخذ بقول أهل الخبرة فيما لا يختص فيه غيرهم (4)، فيعد هذا إجماعاً منهم على مشروعية الخبرة والعمل بها من قبل القاضي في المسائل التي تعرض له ولا يستطيعها ومنها مسألة إثبات الخطأ الطبي.

• من المعقول:

يعتبر أمراً مستحيلاً أن يلم شخصٌ واحد بالعلم والمعرفة في كافة فروع وأنواع فنون الحياة المختلفة، فلكل فن أهله وخبرائه العارفين بتفاصيله الماهرين فيه، فالقاضي متخصص في فن القضاء ومعرفة الخصوم والفصل بينهم، فهو وإن كانت له معرفة عامة في بعض الفنون التي لا علاقة لها بالقضاء إلا أنه لا يتمكن من الإحاطة بدقائقها وخفاياها، فكانت الحاجة والضرورة والحكمة تقضي بأن يستعين القاضي بمن يساعده للوقوف على هذه الدقائق ويكشف تلك الخبايا له، فيكون حكمه تبعاً لذلك حكماً عادلاً (5).

(1) البخاري: صحيح البخاري [كتاب الإجارة، باب استنجار المشركين (ح: 2263)، (3 / 88)]، وجاء في نفس

المصدر تكملة نص الحديث - الخريت الماهر بالهداية -.

(2) العيني: عمدة القاري (12 / 80)

(3) المولى، درر الحكام (2 / 106)؛ ابن فرحون: تبصرة الحكام (1 / 244)؛ الجويني: نهاية المطلب (6 / 58)؛

ابن قدامة: الكافي (4 / 284)

(4) شنيور: الاثبات بالخبرة (ص: 58)

(5) الماوردي: الحاوي الكبير (16 / 201)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (1 / 598)

ثالثاً - أهمية الخبرة الطبية:

ومما سبق يتبين أهمية الخبرة كوسيلة يحتاج إليها القاضي في الحكم والفصل بين المتخاصمين حيث تتمثل أهميتها في النقاط التالية:

1- تتعين أهمية الخبرة بشكل أكبر في القضاء كوسيلة للإثبات يعتمد عليها القاضي في إصدار الأحكام خاصة في العصر الحاضر ونتيجة للتقدم والتطور العلمي والتكنولوجي الحاصل في شتى الفنون والمجالات وعدم قدرة القاضي على مواكبة هذا التطور في كافة المجالات⁽¹⁾.

2- تزداد أهمية الخبرة في المجال الطبي، حيث التعقيد والصعوبة والخطورة في هذا الفن الذي يمارس على أعلى ما يملك الإنسان وهو الجسد وبالتالي تكون مهمة القاضي شاقة في الوقوف على خبايا الأعمال الطبية وآثارها على جسد الإنسان وأعضائه بالإضافة إلى العلاجات والأجهزة المستخدمة والتي تخضع في معظمها للتجربة والدراسة⁽²⁾.

3- إن الحاجة تدعو إلى أن يلجأ القاضي إلى الأطباء ذوي الاختصاصات المختلفة ليرسموا له الصورة على حقيقتها فيما يتعلق بالخطأ الطبي الفني على وجه الخصوص، فيقف القاضي على أبعاده بكل شفافية وحياد⁽³⁾.

رابعاً - حكم الخبرة الطبية:

إذا عرضت للقاضي مسألة من المسائل وتوقف الحكم فيها على الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص فيجب عليه الرجوع إليهم ليتمكن من الحكم فيها بالعدل⁽⁴⁾.

فيكون الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء في مسألة الخطأ الطبي واجباً على القاضي لتحقيق تلك العدالة.

حيث تعتبر الخبرة وسيلة محايدة للفصل بين الخصوم، إذ أن القاضي هو من يطلبها من الخبراء باعتبارهم طرفاً ثالثاً غير الخصوم فيترجح بها حجة أحد الخصوم ويقوى جانبه⁽⁵⁾.

(1) أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 56)؛ الزحيلي: وسائل الإثبات (1 / 599)

(2) العيودني والعلمي: الخطأ الطبي بين الشرع والقانون، مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4636)؛ أبو لبة: مسؤولية الطبيب (ص: 56)

(3) الحسن: بحث بعنوان " الخطأ الطبي " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4456)

(4) الطرابلسي: معين الحكام (ص: 94)

(5) ابن الأخوة: معالم القرية (ص: 167)

ويعتبر قول الخبير بمنزلة الشهادة غير المباشرة في موضوع النزاع، فيجوز للقاضي أن يحكم بمقتضى الخبرة إذا وافقت أدلة أخرى، كما أن له عدم الحكم بها إذا ظهرت مخالفتها لأدلة غيرها أكثر إقناعاً ووضوحاً في الدعوى⁽¹⁾.

صعوبات الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء:

والخبرة الطبية تعد وسيلة مساعدة للقاضي للوقوف على ملابسات الخطأ الطبي وظروفه، كما قد تكون في أكثر الأحيان داعمةً لجانب المريض في دعواه، إلا أنها لا تخلو من سلبية احتمال عدم الصدق أو مجانية الحياد فيها من قبل الأطباء الذين تمت الاستعانة بهم، حيث الرغبة من قبلهم في عدم الإضرار بزميلهم الخصم والشهادة برأيهم ضده أو عدم الإخبار بخطئه حال وقوفهم عليه وذلك مجاملةً له؛ كلها عوامل تقف أمام المريض مانعةً للحق من أن يرسو على شاطئه وصعوباتٌ تزيد من مشقة تحمله لعبء الإثبات⁽²⁾.

(1) أبو بكر: "نظام الإثبات في الفقه الإسلامي" مجلة الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة - (ع: 58 / ص:

118)

(2) حنا: المسؤولية المدنية للأطباء (ص: 591)؛ وزنة: إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي، رسالة ماجستير بإشراف: د/ محمد جعفر (جامعة معمرى - 2011 م) (ص: 168)

الفصل الثالث

الأحكام المترتبة على إثبات الخطأ الطبي

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: الأحكام المدنية المترتبة على إثبات
الخطأ الطبي.

المبحث الثاني: الأحكام الجنائية المترتبة على إثبات
الخطأ الطبي.

المبحث الأول

الأحكام المدنية المترتبة على إثبات الخطأ الطبي

إن قدرة المريض على إثبات وقوع الخطأ الطبي عليه من قبل الطبيب يترتب عليه أحكام وآثار تتعلق بمسؤولية الطبيب تجاه المريض الذي وقع عليه الضرر وتحمله لتبعات هذه المسؤولية من ضمان تعويض المريض المضرور، ونوع هذا التعويض وهو ما يعرف بالمسؤولية المدنية.

وفي هذا المبحث أعرض للمسؤولية الطبية ثم للمسؤولية الطبية المدنية، ثم للأحكام المترتبة على المسؤولية الطبية المدنية، وذلك على النحو التالي:

أولاً - المسؤولية الطبية:

وأتناول في هذا المطلب مفهوم المسؤولية الطبية في اللغة والاصطلاح ومشروعيتها وأركانها على النحو التالي:

أ - مفهوم المسؤولية الطبية في اللغة والاصطلاح:

المسؤولية الطبية مركب يشمل لفظي " المسؤولية " و " الطبية " وللوصول إلى مفهومه كمصطلح شامل نحتاج إلى بيان كل لفظٍ منها على حدا:

1 - مفهوم " المسؤولية " في اللغة والاصطلاح:

- المسؤولية في اللغة: مشتقة من الفعل سأل يسأل سؤالاً ومسألةً⁽¹⁾، وتستخدم في اللغة لمعانٍ عدة أهمها:

- الطلب: بمعنى طلب الحقوق ومنه قوله تعالى: ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ﴾⁽²⁾، أي تطلبون حقوقكم به⁽³⁾.

- الاستخبار والاستعلام: يقال سألته عن الشيء استخبرته عنه واستعلمته منه⁽⁴⁾.

(1) الرازي: مقاييس اللغة؛ مادة (سأل) (124/3)

(2) سورة النساء: الآية (1)

(3) ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (سأل) (318/11)؛ الفيروز آبادي: القاموس المحيط؛ فصل السين (ص):

(1012)؛ الزبيدي: تاج العروس؛ مادة (سأل) (159/29)

(4) الزبيدي: تاج العروس؛ مادة (سأل) (157/29)؛ ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (سأل) (319/11)

- العطاء: من السؤل؛ ما سألته وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿ قَالَ قَدْ أُوتِيتَ سُؤْلَكَ يَا مُوسَىٰ ﴾⁽¹⁾، أي أعطيت أمنيته التي سألتها⁽²⁾.

- التوبيخ والمواخذة: ومنها قوله تعالى: ﴿ قَفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ ﴾⁽³⁾، أي سؤال توبيخ وتقدير لإيجاب الحجة عليهم لأن الله جل ثناؤه عالمٌ بأعمالهم⁽⁴⁾، والمسؤول من رجال الدولة هو المنوط به عمل تقع عليه تبعته⁽⁵⁾.

وهذا المعنى الأخير هو المقصود لدينا في البحث عن مفهوم المسؤولية، فالمسؤولية في اللغة: (هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المواخذة)⁽⁶⁾.

2- " المسؤولية " في الاصطلاح :وأعرض لمفهومها في اصطلاح العلماء القدامى والمحدثين وعلماء القانون:

- المسؤولية في اصطلاح القدامى: المتأمل لكتابات العلماء قديماً يجد أنهم لم يتعرضوا لمفهوم المسؤولية بشكل مباشر؛ وإنما تعرضوا لأحكام وآثار إضرار الشخص بمال أو نفس الغير، حيث عبّروا بالتعويض المالي كأثر مترتب حال اتلاف الإنسان لمال غيره سواء عمداً أو خطأً، ويسميه العلماء ضمان العقد، وهو ما يعبر عنه حديثاً بالمسؤولية المدنية، كما عبّروا بالحدود والقصاص والدية والتعزير حال جناية الإنسان على مال أو نفس الغير وما دونها عمداً أو خطأً، ويسميه العلماء ضمان العدوان وهو ما يطلق عليه حديثاً بالمسؤولية الجنائية⁽⁷⁾، وهذا ما يفسر عدم إفرادهم المسؤولية بالتعريف؛ لوضوح مفهومها لديهم والمعنى المراد منها.

(1) سورة طه: الآية (36)

(2) ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (سأل) (319/11)؛ الرازي: مختار الصحاح؛ مادة (س أ ل) (ص: 140)؛ الزبيدي: تاج العروس؛ مادة (سأل) (158/29) .

(3) سورة الصافات: الآية (24)

(4) ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (سأل) (319/11) .

(5) مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط (411/1)

(6) عساف: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة؛ إشراف: د/ حسين مشاقي؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2008 م) (ص: 16)

(7) آل الشيخ: بحث بعنوان "طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (2851/3)

- **المسؤولية في اصطلاح المحدثين:** أما العلماء المحدثون فقد أشاروا إلى أن مفهوم المسؤولية يوازي مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي⁽¹⁾، حيث عرّفوا الضمان تعريفات عدة منها مايلي:
- **التعريف الأول:** عرّف الدكتور الزحيلي الضمان بأنه: (الإلتزام بتعويض الغير عمّا لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية)⁽²⁾.
- ويلاحظ على التعريف مايلي: أنه لم يشمل المسؤولية الجنائية - والتي تكون العقوبة هي الأثر المترتب عليها - حيث عبّر عن المسؤولية بالتعويض وهو منصرف للضمان المالي ولم يشمل ضمان العدوان، وبهذا يتضح أن مفهوم المسؤولية أعم وأشمل من مفهوم التعويض المالي، حيث لا تنحصر فيه بل إن الضمان (التعويض) هو تبعه ونتيجة لقيام المسؤولية.
- **التعريف الثاني:** عرّف الدكتور علي الخفيف الضمان أنه: (تبعه مخالفة الإنسان لما يجب عليه فيه الطاعة)⁽³⁾.
- ويلاحظ على التعريف: أنه أشار لمعنى الضمان بما يوافق المفهوم الشامل للمسؤولية، حيث أطلق كلمة التبعة وهي تشمل التبعة المدنية والجنائية.
- **المسؤولية في اصطلاح القانونيين :** مصطلح المسؤولية هو مصطلح حديث استحدثه علماء القانون في العصر الحاضر وقد وردت لهم تعريفات عدة للمسؤولية منها:
- **التعريف الأول:** للدكتور علي السرطاوي حيث عرّفها بـ: (أنها تحمل الإنسان لنتائج أفعاله ومحاسبته عليها)⁽⁴⁾
- **التعريف الثاني:** للأستاذ عادل شكري حيث عرّف المسؤولية أنها: (إلتزام شخص بتحمل العواقب التي تترتب على سلوكه الذي ارتكبه مخالفاً به أصولاً أو قواعد معينة)⁽⁵⁾.

(1) الضمان لغة: الإلتزام؛ وشرعا: تباينت تعريفات العلماء للضمان بين التزام التعويض وضم ذمة إلى ذمة أخرى،

للمزيد أنظر/ الزحيلي: نظرية الضمان (ص: 22)

(2) الزحيلي: نظرية الضمان (ص: 22)

(3) الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي (ص: 7)

(4) السرطاوي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " مجلة دراسات تصدر (ع:

225 / ص: 137)

(5) شكري: المسؤولية الجزائية للطبيب (ص: 10)

- **التعريف الثالث:** للأستاذ زامل الركاض وعرف المسؤولية بأنها: (إلتزام شخص بضمان الضرر الواقع على الغير نتيجةً لتصرف قام به) (1).

- **التعريف الرابع:** للباحث عبد الرحمن المحرج وعرفها بالقول: (هي تعويض الضرر الناشيء عن عمل غير مشروع) (2).

وألاحظ على التعريفات السابقة ما يلي:

- 1- التعريفان الأول والثاني عرفا المسؤولية بمفهوم عام يشمل التعويض المالي والعقوبة.
- 2- أما التعريفان الثالث والرابع فعرفا المسؤولية بمفهوم أخص وهو التعويض المالي عن الإضرار بالغير.
- **التعريف المختار:** مما سبق يمكن تعريف المسؤولية في الاصطلاح الشرعي أنها: (مواخذة الإنسان على فعلٍ أو قولٍ ترتب عليه ضرر بالغير وتحميله تبعة ذلك حال تجاوزه للقواعد الشرعية والقانونية).

فمسؤولية الإنسان في الشريعة الإسلامية مسؤولية شاملة تبدأ مع استطاعة الإنسان لتحمل تبعات التكاليف الشرعية حال وصوله لمرحلة التكليف بالبلوغ؛ حيث تقع عليه مسؤولية التزام ما جاء به الشرع من أوامر ونواهي، كما تشمل مسؤوليته ومحاسبته عن عدم القيام بها كما أمر الله عز وجل وشعوره بثقل هذه المسؤولية وخطورتها(3)، ويتجسد هذا الفهم للمعنى الشامل للمسؤولية من حديث النبي ﷺ الذي رواه عبد الله ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا حيث قال: «كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»(4)

ويتبين مما سبق أن المسؤولية في الشريعة تمر بمرحلتين، مرحلة ما قبل العمل ومرحلة ما بعده:

فالمرحلة الأولى: تكون قبل الشروع في العمل فهي مسؤولية طلب الشارع من المكلف التزام ما جاء به الشرع.

(1) الركاض: الفقه الإسلامي يفرض مسؤوليات مهنية على الطبيب المسلم، جريدة الشرق الأوسط الإلكترونية،

(ع:8782) بتاريخ 2002/12/1 م <http://archive.aawsat.com/details.asp?section>

(2) المحرج: الحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي؛ رسالة ماجستير إشراف:

د/ خالد بن عثمان العمير؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض (1422هـ - 2001 م) (ص: 117)

(3) الجوجو: ضمان المفتي في المال والنفوس؛ رسالة ماجستير إشراف: أ. د / مازن إسماعيل هنية؛ الجامعة

الإسلامية - غزة فلسطين، (1432 هـ - 2011 م) (ص: 42)

(4) البخاري: صحيح البخاري [كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى، (ح: 893) (5/2)]

أما المرحلة الثانية: فتكون بعد الشروع في العمل ، حيث أنها مسؤولية مؤاخذاة ومحاسبة من الشارع حال خروج المكلف عن ما ألزمه به الشرع وتحمله لتبعاتها (1).

3- مفهوم الطبية في اللغة والاصطلاح: سبق وأن عرضت في ثنايا البحث عن مفهومها فلا داعي للتكرار (2).

4- مفهوم المسؤولية الطبية: إن مسؤولية الطبيب حال ممارسته للعمل الطبي لا تختلف عن مسؤولية الشخص العادي إذ هي جزء من المسؤولية بشكل عام، وقد وردت تعريفات عدة لمسؤولية الطبيب أذكر منها:

– التعريف الأول: للدكتور أحمد كنعان وعرف المسؤولية الطبية بأنها: (التي يتحملها الطبيب ومن في حكمه ممن يزولون المهن الطبية إذا نتج عن مزاولتهم أضرار مثل موت المريض أو تلف عضو، أو إحداث عاهة، أو تفاقم علة) (3).

– التعريف الثاني: للباحث عبد الرحمن الطيار، حيث عرف المسؤولية الطبية بأنها: (التي يتحملها الطبيب الذي يزول المهنة الطبية والتي من الممكن أن ينتج عنها ضرر للمريض) (4).

– التعريف الثالث: للباحث يوسف طردة إذ عرفها بأنها: (التبعة الناشئة عن تجاوز الطبيب المدرك المختار ومن في حكمه ممن يمارسون العمل الطبي صلاحياتهم في المعالجة) (5).

ويلاحظ على التعريفات السابقة ما يلي:

1- لوحظ على التعريف الأول أن فيه دوراً باشماله على لفظ المسؤولية، إذ كان الأولى استبدالها بلفظة التبعة؛ كما تضمن صوراً للأضرار التي قد تحدث نتيجة العمل الطبي دون داعٍ أو حاجة لذكرها (6).

(1) الموصفي: مكانة المسؤولية في الإسلام؛ مجلة العالمية (مايو/ 2007م)، موقع الهيئة الخيرية الإسلامية العالمية www.iico.net

(2) أنظر (ص: 8) من هذا البحث

(3) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 861)

(4) الطيار: المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي؛ رسالة ماجستير إشراف: أ. د. / عبد الله الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية – الرياض؛ (1431هـ – 2010 م) (ص: 131)

(5) المصدر السابق (ص: 62) .

(6) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي؛ رسالة ماجستير إشراف: أ. د. / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل – فلسطين (1432 هـ – 2011 م) (ص: 62)

2- أما التعريف الثاني فيلاحظ عليه ما لوحظ على التعريف الأول من أن فيه دوراً باشماله على لفظ المسؤولية⁽¹⁾؛ كما كرّر المقصود بالطبيب بجملة الذي يمارس المهنة الطبية.

3- بالنسبة للتعريف الثالث فلم يسلم من الدور بتكرار المعاني حيث كرر معنى الطبيب بمن يمارس العمل الطبي.

- **التعريف المختار:** بعد الإشارة إلى تعريف المسؤولية في الإصطلاح الشرعي يمكن تعريف المسؤولية الطبية بأنها: (مؤاخذة الطبيب على فعلٍ أو قولٍ ترتب عليه ضررٌ بالمريض وتحميلة تبعة ذلك حال تجاوزه للقواعد الشرعية والقانونية المنظمة لمهنة الطب).

ب- مشروعية المسؤولية الطبية :

دللت نصوص متنوعة في الشريعة الإسلامية على مسؤولية الطبيب تجاه ما يصدر عنه من أخطاء وأضرار، منها ما يتعلق بالمسؤولية بشكل عام كون مسؤولية الطبيب أحد أشكالها، ومنها ما هو منصوص فيه صراحة على مسؤولية الطبيب بشكل خاص، وهذه النصوص من القرآن والسنة والإجماع والقياس والمعقول:

• الكتاب:

دللت نصوص عدة من القرآن الكريم على مسؤولية الإنسان عن أفعاله الضارة تجاه الغير بشكل عام ويستدل بها على مسؤولية الطبيب بشكل خاص ومنها :

1- قوله تعالى: ﴿وَمَا أَلْتَنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة: تدلّ هذه الآية في عمومها على أن كلّ إنسان يحاسب بجريرة عمله فلا يؤاخذ أحدٌ بذنب أحد⁽³⁾، فكذاك الطبيب لا يسأل إلا عن أفعاله فإن أحسن فلا مسؤولية عليه وإن أساء تحمل مسؤولية فعله.

2- قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾⁽⁴⁾

وجه الدلالة: دللت الآية على أثر وتبعة مسؤولية الإنسان حال إساءته لغيره وهو أن السيئة تقابل بمثلها دون زيادة أو نقصان فيتحمل تبعة إضراره بغيره بمثل ما أضر به⁽⁵⁾، وكذلك

(1) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي؛ رسالة ماجستير إشراف: أ.د / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م) (ص: 62)

(2) سورة الطور: الآية (21)

(3) الطبري: تفسير الطبري (473/22)

(4) سورة الشورى: الآية (40)

(5) الزحيلي: المنير (84/25)

الطبيب إذا تجاوز في فعله وأساء في مهنته فإنه يتحمل تبعه مماثلة لما وقع منه من ضرر على المريض.

• السنة:

استدل على مسؤولية الطبيب من السنة النبوية بأحاديث عامة في المسؤولية وأخرى خاصة بمسؤولية الطبيب منها:

1- ما رواه مالك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" (1).

وجه الدلالة: يعتبر هذا الحديث قاعدةً من القواعد الأصولية في الفقه الإسلامي، إذ يقرر أن كل من أحدث ضرراً بالغير فإنه مسؤولٌ عن تعويض ذلك الضرر وضمانه (2)، وبذلك استدل على مشروعية مسؤولية الطبيب عن الضرر الواقع منه تجاه مريضه وتعويضه عنه حال تعديه أو تقصيره.

2- عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: " مَنْ تَطَبَّبَ، وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ طِبُّ قَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ " (3)

وجه الدلالة: الحديث نصٌ صريحٌ من النبي الكريم يقرر فيه مشروعية المسؤولية الطبية في الإسلام حيث عبّر بالأثر المترتب على هذه المسؤولية وهو الضمان على الطبيب للضرر الواقع على المريض نتيجة جهله وتعديه بغير علم (4) وهو وإن كان يحدد الجاهل من الأطباء إلا أنه يصلح دليلاً لقيام مسؤولية الأطباء أياً كان وصفهم حال تعديهم.

• من الإجماع:

جاءت نصوص عدة ضمن كتابات العلماء تدلُّ على مشروعية المسؤولية الطبية وتضمنين الطبيب حال ووقوع الضرر من فعله منها:

– (ولا يضمن الأجير حجام أو فصاد أو بزاع لم يتعد الموضع المعتاد....إلا إذا جاوز المعتاد فيضمن) (5).

(1) مالك: الموطأ [كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، (ح:2171) (290/2)] وصححه الألباني في

سلسلة الأحاديث الصحيحة (498/1)

(2) السيوطي: الأشباه والنظائر (ص: 84)

(3) سبق تخريجه (ص: 10) من هذا البحث

(4) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 447)

(5) ابن نجيم: البحر الرائق (33/8)

- (وضمن ما سرى كطبيب جهل أو قصر) (1).
- (من يطبب ولا يعرف الطب فتلف به شيء ضمن،..... ولو يبطر فظهر منه عدوان ضمن وإن أخطأ) (2).
- (ولا ضمان على حجام ولا بزاع وهو البيطار ولا ختان ولا طبيب ونحوهم خاصاً كان أو مشتركاً إذا عرف منهم حذق) (3).
- فهذه النصوص بجمعها تدلُّ على إجماع العلماء على مسؤولية الطبيب ومشروعيتها وقد أكد ابن القيم ذلك بقول الخطابي: (لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً) (4).

• من القياس:

- حيث يقاس ضمان الطبيب حال قيام مسؤوليته على ضمان الجاني بجامع أن كلاً منهما ارتكب فعلاً محرماً (5).
- من المعقول:

إن مقتضى العدل الذي تقصده الشريعة الإسلامية يحتم عقلاً مساءلة الطبيب حال تجاوزه لحدود عمله وترتب الضرر عليه فالمريض الذي وقع بين يدي الطبيب المتعدي سيجتمع عليه ألم المرض وألم الضرر وهذا ظلم تأباه الشريعة الغراء، وحتى يرتفع ذلك الظلم ويتحقق العدل شرعت مساءلة الطبيب عن فعله وتحميلة تبعة التعويض عن الضرر (6).

ث- أركان المسؤولية الطبية:

إن تحمل الطبيب لتبعات وأضرار العمل الطبي لا يكون جزافاً أو لمجرد وقوع الضرر على المريض، وإنما يتحقق ذلك بوجود أركانٍ ودعائمٍ على أساسها تقوم مسؤوليته الطبية، وهذه الأركان هي:

- (1) المواق: التاج والإكليل (439/8)
- (2) السنيكي: أسنى المطالب (427/2)
- (3) البهوتي: كشف القناع (34/4)
- (4) ابن القيم: الطب النبوي (ص: 103)
- (5) ابن قدامة: المغني (398/5)
- (6) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 450)؛ القبايع: بحث بعنوان " الأخطاء الطبية مفهومها وأسبابها"؛ مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (5/ 4903)

الركن الأول - التعدي:

والتعدي لغةً هو: الظلم ومجاوزة الحد في الحق والشيء يقال تعدى واعتدى: أي ظلم، والتعدي مجاوزة الشيء إلى غيره (1).

وفي الاصطلاح: (مجاوزة ما ينبغي أن يُقتصر عليه شرعاً أو عرفاً) (2).

ويعتبر التعدي من قبل الطبيب - بتجاوزه الحد المسموح له سواء من قبل الشرع أو من قبل العرف الطبي - ركناً مهماً من أركان المسؤولية الطبية يترتب عليه ضمان ما تولد عن فعله من أضرار، لذلك نجد أن العلماء ينفون المسؤولية عن الطبيب إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد أو ما أمر به وإن مات المريض جرّاء العمل الطبي (3).

وقد أشرت سابقاً في تعريفي للخطأ الطبي أن وقوع الضرر على المريض يكون بسبب تعدي الطبيب ومخالفته لشروط العمل الطبي في الشريعة الإسلامية والمتمثلة في مهارة الطبيب وحذقه وممارسته المهنة بإذن معتبر وأن يقصد من عمله علاج المريض لا قصداً آخر، فانتفاء أي شرط منها يعدُّ تعدياً وتجاوزاً للحد المسموح به ومسوغاً لقيام المسؤولية الطبية (4).

والتعدي الحاصل من قبل الطبيب قد يكون سلبياً بامتناع الطبيب عن تقديم العلاج للمريض أو توقفه عن إتمام العلاج له بدون عذرٍ ظاهر، أو إيجابياً نتيجة عملٍ طبي مباح يمارسه الطبيب على المريض لكنه يتجاوز فيه الحدود المسموح بها كأن يتجاوز في موضع الشق في الجراحة أو يقطع في غير محل القطع (5).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يعدُّ الطبيب متعدياً حال اتباعه لرأي طبي دون آخر في مسألة لم يستقر عليها العرف الطبي، كذلك في حالة إخفاء المريض لبعض الأعراض أو تضليله للطبيب بإعطاء معلوماتٍ خاطئة أو منقوصة عن مرضه (6).

(1) ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (عدا) (32/15)

(2) الطيار: المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي، إشراف: أ. د. / عبد الله

الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض؛ (1431هـ - 2010 م) (ص: 59)

(3) الشافعي: الأم (6/185)؛ ابن مفلح: الفروع (7/176)

(4) انظر (ص: 10) من هذا البحث

(5) الزحيلي: نظرية الضمان (ص: 25)

(6) الحسن: بحث بعنوان " الخطأ الطبي " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود

(4433/5)

الركن الثاني - الضرر:

وهو في اللغة ضد النفع⁽¹⁾، ويقصد به شرعاً: كلُّ إيذاءٍ يلحق بالشخص سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته⁽²⁾.

ويراد به في المجال الطبي: (الحدث الناجم عن عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنة الطب، أو عن التقصير الذي وقع في مسلكه الفني)⁽³⁾.

فالضرر هو النتيجة المترتبة على التعدي من قبل الطبيب حال ممارسته للعمل الطبي، والمريض المضرور لا يكتفى منه بإثبات التعدي والمجازرة في فعل الطبيب ليثبت المسؤولية عليه وإنما لابد من إثبات ترتب الضرر على فعله لتقوم مسؤوليته⁽⁴⁾.

وللضرر الواقع على المريض أثناء العمل الطبي ثلاثة أنواع⁽⁵⁾ هي:

النوع الأول - الضرر الجسدي:

ويتمثل في إيقاع الفعل الضار بالقطع أو الجرح على جسد المريض مسبباً له ضرراً جزئياً كفقدته لعضوٍ أو إتلافه أو إتلاف منفعته، أو كلياً بفقد المريض لحياته⁽⁶⁾.

(1) الرازي: مختار الصحاح؛ مادة (ض ر ر) (ص: 183)

(2) الزحيلي: نظرية الضمان (ص 29)

(3) الحسن: بحث بعنوان "الخطأ الطبي" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام ابن سعود (5/4433)

(4) القباع: بحث بعنوان " الأخطاء الطبية مفهومها وأسبابها " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام

ابن سعود (5/ 4913)؛ المري: المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي؛

رسالة ماجستير إشراف: أ.د / وليد هويل عوجان؛ جامعة الشرق الأوسط (2013 م) (ص: 58)

(5) يقسم الضرر بشكل عام إلى أنواع عدة باعتبارات مختلفة كاعتبار الأصل والفعل والإرادة حيث يقسم باعتبار

الأصل إلى ضرر مادي ومعنوي وباعتبار الفعل الضار إلى مباشر وغير مباشر وباعتبار إرادة المتعاقدين

إلى ضرر متوقع وغير متوقع، للمزيد انظر: عساف: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، رسالة ماجستير

إشراف: د / حسين مشاقي؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2008 م) (ص: 94)

(6) فقيه: القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان دراسة تحليلية فقهية، رسالة ماجستير إشراف: د/ إسماعيل

محمد البريشي - الجامعة الأردنية - أيار 2006 م (ص: 60)؛ العلمي والعيديوني: بحث بعنوان

"الخطأ الطبي بين الشرع والقانون" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام ابن سعود (5/4624)

بتصرف

ويعد هذا الضرر إخلالاً بحق شرعي للمريض وهو الحق في الحياة والسلامة الجسدية، تقوم عليه مسؤولية الطبيب المتعدي وتعويض ما وقع من ضرر (1).

النوع الثاني - الضرر المالي:

ويطال هذا النوع من الضرر الذمة المالية للمضرور؛ حيث يتبعه خسارة ونقص في ماله كنفقات العلاج وأجرة الطبيب وكذلك النفقات التي تكون بسبب إصلاح وعلاج الضرر الجسدي الذي تسبب فيه الطبيب كأجرة المستشفى والعلاج (2).

النوع الثالث - الضرر المعنوي:

وهو الأذى الذي يمس نفسية المريض وسمعته وكرامته مسبباً له آلاماً نفسية نتيجةً لتشوه جسده أو فقده لعضوٍ منه، وقد يكون نتيجةً لإفشاء الطبيب للسر الطبي مما يؤدي إلى تعرض سمعة المريض ومكانته للتشويه فيتضرر بسبب ذلك (3).

الركن الثالث - العلاقة السببية :

وهي العلاقة التي تربط بين الركنين السابقين التعدي والضرر ويطلق عليها "الإفشاء" بمعنى أن يكون الفعل الضار موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع (4)، وقد استخدم العلماء كلمة الإفشاء للتعبير عن العلاقة بين تعدي الطبيب والضرر الناتج عنه؛ حيث جاء في الأحكام السلطانية: (أن للطبيب إقداماً على النفوس يفضي التقصير فيه إلى تلف أو سقم) (5) .

وحتى تكتمل أركان المسؤولية الطبية ويثبت الضمان على الطبيب لا بد أن يكون الضرر الواقع على المريض مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالفعل الضار الذي حصل به التعدي من قبل الطبيب ونتيجة مباشرة له؛ فلا يكون الطبيب مسؤولاً عن أي ضرر لا علاقة له بالعمل الطبي الذي أجراه على المريض إذ أن انقطاع العلاقة السببية بين التعدي والضرر انقطاعٌ للمسؤولية الطبية (6).

(1) القباج: بحث بعنوان " الأخطاء الطبية مفهومها وأسبابها " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام ابن سعود (5/ 4914)

(2) العيدوني والعلمي: بحث بعنوان " الخطأ الطبي بين الشرع والقانون " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام ابن سعود (5/ 4625)

(3) الطيار: المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي؛ رسالة ماجستير؛ إشراف: أ. د. / عبد الله بن عبد الواحد الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية- الرياض؛ (1431هـ - 2010 م) (ص: 124)

(4) أبو لبة: مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون (ص: 83)

(5) الماوردي: الأحكام السلطانية (ص: 370)

(6) الطيار: المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي؛ رسالة ماجستير؛ إشراف: أ. د. / عبد الله بن عبد الواحد الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض؛ (1431هـ - 2010 م) (ص: 127)

وانقطاع العلاقة السببية في الخطأ الطبي له عوامل عدة تؤثر في تلك العلاقة بين الفعل والضرر وتؤدي إلى انتفائها وبالتالي انتفاء المسؤولية عن الطبيب مثل عامل الحادث الفجائي كأن يتحرك المريض فجأة أثناء العمل أو يسقط أرضاً من فوق سرير العمليات، وكالتعدي من قبل المريض نفسه بعدم اتباعه لتعليمات الطبيب في العلاج الموصوف أو كتمانها لمعلومات مهمة وحساسة يحتاجها الطبيب للتشخيص والعلاج⁽¹⁾.

ج- أقسام المسؤولية الطبية:

تنقسم المسؤولية بشكل عام إلى قسمين⁽²⁾:

القسم الأول: المسؤولية المدنية، وتقوم عند حدوث ضرر يصيب الفرد.

القسم الثاني: المسؤولية الجنائية، وتقوم عند حدوث ضرر يصيب المجتمع.

وبالنسبة لمسؤولية الطبيب فإنها لا تخرج عن التقسيم السابق للمسؤولية فالطبيب المتعدي يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة، فإذا كان الفعل الصادر عنه يشكل جنائية على جسد المريض أو جريمة أخلاقية فإنه يتعرض إلى المسؤولية الجنائية، أما إذا كان فعله قد أصاب المريض بضرر في ماله فإنه يسأل مسؤولية مدنية⁽³⁾.

وعليه :

تكون مسؤولية الطبيب على قسمين:

القسم الأول: المسؤولية الطبية المدنية.

القسم الثاني: المسؤولية الطبية الجنائية.

وسأعرض للقسم المدني منها في المطالب التالية من هذا المبحث أما القسم الجنائي فأعرض له في المبحث الثاني من هذا الفصل بعون الله تعالى.

(1) عساف: مسؤولية الطبيب المدنية دراسة مقارنة؛ رسالة ماجستير إشراف: د / حسين مشاقي؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2008 م) (ص: 120)

(2) هذا التقسيم اشتهر به أهل القانون ونقله عنهم بعض المحدثين كالدكتور الزحيلي في كتابه نظرية الضمان (ص: 201)

(3) بن أحمد: بحث بعنوان "الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي" مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (ع: 52 / ص: 7)

ثانياً - طبيعة المسؤولية الطبية المدنية:

المسؤولية المدنية تعني التزام الفرد بالتعويض نتيجة فعله الضار بالغير، فهي تقوم نتيجة إخلال الفرد بالتزام بين طرفين نتج عنه ضرر وهذا الضرر يقابله تعويض حسب الضرر الحاصل⁽¹⁾.

وبالنسبة للطبيب فإن مسؤوليته المدنية تتحقق بإلتزامه تعويض الضرر الذي أصاب المريض من جهته أثناء ممارسته العمل الطبي⁽²⁾.

وقد سبقت الإشارة إلى أن المسؤولية بشكل عام لها مرحلتان مرحلة ما قبل العمل وأخرى بعده، والمسؤولية المدنية تعتبر من المرحلة الأولى والتي تسبق العمل المراد فعله.

وتختلف طبيعتها من حالة إلى أخرى، وبحسب العلاقة مع المريض، فإذا كان المريض هو الذي اختار الطبيب واتفق معه على القيام بالإجراء الطبي فإن المسؤولية تكون بناءً على تعاقدهما، أما إذا تدخل الطبيب من تلقاء نفسه، أو بناءً على وظيفته العامة كطبيب يعمل في المستشفى ثم وقع منه خطأ أدى إلى حدوث الضرر بالمريض، فإن مسؤوليته في هذه الحالة تكون تقصيرية، لأن تدخل الطبيب لم يستند إلى عقد مبرم بينهما فلا يسأل الطبيب إلا إذا أهمل أو قصر⁽³⁾.

ويترتب على ما سبق تقسيم المسؤولية المدنية الطبية إلى قسمين⁽⁴⁾ :

القسم الأول: مسؤولية منشؤها عقد بين الطبيب والمريض، وتسمى مسؤولية تعاقدية.

القسم الثاني: مسؤولية لا تنشأ عن عقد مباشر بينهما كالطبيب الموظف أو عن إلزام الشارع للطبيب بأداء الواجب المهني تجاه مرضاه، وهو بذل العناية والاهتمام وعدم الإضرار بهم، ويطلق عليها مسؤولية تقصيرية.

وأبين طبيعة مسؤولية الطبيب في كل قسم منها على النحو التالي:

(1) العلمي والعيديوني: بحث بعنوان " الخطأ الطبي بين الشرع والقانون " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة - جامعة الإمام محمد ابن سعود - (4627/5)

(2) الورثان: جرائم الأعمال الطبية في الإتجار بالبشر في النظام السعودي دراسة تأصيلية؛ رسالة ماجستير إشراف: د/ محمد فضل عبد العزيز المراد؛ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، السعودية، (1431 هـ - 2010 م) (ص: 109)

(3) آل الشيخ: بحث بعنوان " طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة - جامعة الإمام محمد ابن سعود (2855/3)

(4) أبو لبة: مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص: 22)

أ- طبيعة المسؤولية التعاقدية للطبيب :

لفهم طبيعة مسؤولية الطبيب أثناء التعاقد يلزمنا التعرف على مفهوم العقد الطبي الذي يتم بين الطبيب ومريضه، ببيان مفهومه في اللغة والاصطلاح، ثم بيان نوعه من أنواع العقود المختلفة وشروطه، وأبينه على النحو التالي:

1. مفهوم العقد الطبي : مركب يشمل لفظي " العقد " والطبي " أحتاج لبيان كل لفظٍ منهما على حدا، لأصل إلى مفهوم العقد الطبي الشامل :

أولاً - العقد في اللغة والاصطلاح:

العقد لغةً: يستعمل في معانٍ عدة منها:

- الربط والجمع: يقال عقدت الحبل فهو معقود (1) .

- العهد والإلزام، يقال عهدت إلى فلان بكذا وكذا بمعنى ألزمته (2).

وهذا المعنى الأخير هو المتعلق ببحثي منها؛ حيث أن التعاقد بين الطبيب والمريض يكون بتعهد الطرفين على الالتزام بما اتفقا عليه في العقد.

العقد اصطلاحاً: يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معنيين معنى عام وآخر خاص هما:

- المعنى العام للعقد: هو كل ما يعقده الشخص ويعزم أن يفعله أو يعقد على غيره فعله على وجه الإلزام كما يشمل ما ألزمه الشارع على العباد وأمرهم باتباعه (3).

والمعنى السابق هو المستفاد من الإطلاق العام في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (4) فالعقود تشمل جميع ما ألزمه الله تعالى على عباده وعقده عليهم من التكاليف والأحكام الدينية؛ وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به (5).

ويظهر من التعريف أن العقد في معناه العام يرادف كلمة الالتزام وبهذا يتوافق مع المعنى اللغوي للعقد (6).

(1) الهروي: تهذيب اللغة؛ مادة (ع ق د) (134/1)؛ الفيومي: المصباح المنير؛ مادة (ع ق د) (421/2) .

(2) الرازي: مختار الصحاح؛ مادة (ع ق د) (ص: 214)؛ الهروي: تهذيب اللغة؛ مادة (ع ق د) (134/1)؛

ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (عقد) (297/3) .

(3) الجصاص: أحكام القرآن (370/2)

(4) سورة المائدة: الآية (1)

(5) الألويسي: روح المعاني (223/3)

(6) الزحيلي: الفقه للإسلامي وأدلته (2918/4)

المعنى الخاص للعقد:

وردت تعريفات عدة للعقد بشكل خاص تدور في مجملها حول ذات المعنى وهو ارتباط الإيجاب بالقبول؛ فقد عرّفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: (التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول) (1).

وعرّفه الزركشي بقوله: (ارتباط الإيجاب بالقبول الإلزامي كعقد البيع والنكاح وغيره) (2).

وعرّفه الزحيلي بأنه: (ارتباط إيجابٍ بقبولٍ على وجه مشروع يثبت أثره في محله) (3).

ثانياً - مفهوم الطبي:

سبق وأن عرّفنا بالطب والطبيب في الفصل الأول (4).

ثالثاً - العقد الطبي:

مما سبق يمكن أن أعرف العقد الطبي بأنه: (ارتباط الإيجاب والقبول بين المريض والطبيب على وجه مشروع يثبت أثره في محله).

وتقييده بالمشروع هنا لينتفي التعاقد على غير ما هو مشروع كأن يتم التعاقد بين الطبيب والمريض على قطع رجل سليمة أو على خلع سن صحيحة أو غير ذلك (5).

2. نوع العقد الطبي:

يندرج التعاقد بين الطبيب والمريض ضمن القواعد العامة لعقد إجارة الأشخاص (6).

(1) مجلة الأحكام العدلية: مادة (103) (ص: 29)

(2) الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية (397/2)

(3) الزحيلي: الفقه الإسلامي وادلته (2918/4)

(4) أنظر (ص: 8) من هذا البحث

(5) ابن قدامة: المغني (401/5)

(6) سبق التعريف بها (ص: 60) من البحث؛ وتنقسم إلى عدة أنواع باعتبارها مختلفة، الأول باعتبار محلها وتنقسم إلى نوعين: الإجارة على منفعة شخص بعينه، والإجارة على عمل شخص فالنوع الأول: الإجارة على شخص خاص: وهي الإجارة التي يقتضي تنفيذها تسليم الأجير نفسه للمستأجر ليعمل عنده مدة من الزمن، وذلك مثل أن يتم العقد بينهما على أن يعمل له الخياطة، أو التجارة، لمدة شهر مثلاً. فالعقد هنا يحدد أجيراً بذاته فيعمل لديه لأي عمل مشروع خلال زمن محدد، وهو ما يسمى الأجير الخاص الذي لا يعمل إلا للمستأجر، كالخادم والموظف، وأنه يستحق الأجرة بمضي المدة بعد تسليم نفسه إليه، النوع الثاني: الإجارة الواردة على عمل شخص ليس مختصاً بالمستأجر: وهذا ما يسمى الأجير المشترك، لأنه ليس خاصاً بصاحب العمل، حيث إن التزامه ينحصر في إكمال العمل الذي طلب منه على الوجه المطلوب، كما أنه يقبل الأعمال من الآخرين. الثاني باعتبار التعيين، أو ما في الذمة حيث تقسم الإجارة على الأشخاص =

وهو من عقود المعاوضة المالية الازمة التي تستبدل فيها المنفعة بالمال، حيث يقدم الطبيب الخدمة الطبية للمريض مقابل إلترام الأخير بالأجرة للطبيب؛ ويرى جمهور العلماء من غير الحنفية عدم جواز فسحه لعذر إلا في حال ذهب محل المنفعة، في حين أجاز الحنفية ذلك (1).

ويكون التعاقد بينهما إما على أساس الإجارة الخاصة حيث يلتزم الطبيب بالعمل للمريض مدة محدودة دون غيره وهو ما يسمى بالأجير الخاص، أو على أساس الإجارة العامة حيث يلتزم الطبيب بالعمل للمريض مع إمكانية العمل لغيره، ويسمى الأجير المشترك (2).

3. شروط وأركان العقد الطبي:

لا يختلف العقد الطبي من حيث الأركان والشروط عن أركان وشروط عقد الإجارة بشكل عام (3)، وأبين ما يتعلق من هذه الشروط بالعقد الطبي على النحو التالي:

=إلى نوعين: الأول: الإجارة الواردة على شخص معين، وهي التي يلتزم فيها العاقدان بان يكون محل العقد منفعة شخص معين مثل أن يقول المستأجر في الإجارة الخاصة: أجرت زيدا لعمل كذا لمدة كذا، وفي الإجارة المشتركة يقول: أجرتك أيها الخياط لخياطة هذا الثوب،. الثاني: الإجارة الواردة على الزمة وهي ما يكون محل العقد منفعة موصوفة في الزمة، وصفاً تتنفي به الجهالة، وذلك بأن يقول في الإجارة الخاصة، لزيد مثلاً اتفقت معك على أن تقوم بتخصيص شخص مواصفاته كذا ليقوم بخدمتي أو تطبيبي لمدة سنة بمبلغ كذا، أو لإجراء عملية جراحية، أو لتعليم شخص في تخصص كذا، يكون الأجرة لكل فصل، أو سنة كذا، وهكذا: وحينئذ يجوز أن يقوم زيد بهذا الواجب، أو أي شخص آخر تتوافر فيه المواصفات المطلوبة، والمثال للإجارة المشتركة أن يقول المستأجر: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو أن يقول لزيد . مثلاً: اتفقت معك على خياطة هذا الثوب، حسب المواصفات المبينة، فالمعيار في التفرقة بين النوعين هو أن الأول وارد على معين، ولذلك لا يستبدل بشخص آخر كما أنه يبطل بموت الأجير، أو فقده الأهلية، في حين أن الثاني وارد على شيء موصوف في الزمة، فكيفما يتحقق العمل المطلوب حسب المواصفات فقد برأت ذمة الأجير خاصاً كان أو عاماً كما أنه لا يبطل بموته، ولا بفقده أهليته/بحث محكم للدكتور على داغي: الإجارة على منافع الأشخاص دراسة مقارنة (ص: 13) بتصرف

(1) يقصد بالعقد الازم عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) الذي لا يفسخ الا لوجود عيب أو ذهاب محل المنفعة، وعند الحنفية يجوز فسحه لعذر/الزحيلي: الفقه الاسلامي وادلته (5/3835)

(2) الكاساني: بدائع الصنائع (4/174)

(3) أركان عقد الإجارة وشروطها: بشكل عام لها ثلاثة أركان: الأول: العاقدان (الأجير والمستأجر) وهنا هما الطبيب والمريض؛ الثاني: المعقود عليه وهما (الأجرة والعمل)؛ الثالث: الصيغة وهي (الإيجاب والقبول) . - هذا التقسيم لجمهور العلماء (المالكية والشافعية والحنابلة) في حين لا يرى الحنفية سوى الإيجاب والقبول ركناً لعقد الإجارة ومثله سائر العقود، أما الشروط فهي أربعة أنواع: شروط انعقاد وشروط نفاذ وشروط صحة وشروط لزوم/ الكاساني: بدائع الصنائع (4/174)؛ القرافي: الذخيرة (5/372)؛ الرملي: نهاية المحتاج (5/262)؛ ابن مفلح: المبدع (4/406) ولمزيد بيان انظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي (5/3800 وما بعدها)

أولاً - أهلية المتعاقدين :

وهما هنا الطبيب والمريض فيشترط أن يكونا بالغين عاقلين، فلا يصح تعاقد الطبيب مع مريضٍ فاقد للأهلية كالصغير أو المجنون (1).

ثانياً - رضا العاقدين:

بأن تحصل الموافقة بين المريض والطبيب على العقد الطبي بالرضا الكامل منهما دون إكراه أو إجبار، وهنا يحرم على الطبيب اتخاذ وسائل تكرر المريض على إجراء العمل الطبي كإقناعه بالجراحة بعد سلسلة من الإجراءات الطبية، كما في جراحة الأسنان أو الكذب على المريض بتخويفه وتهويل مرضه فيضطر إلى الرضوخ للطبيب خوفاً على حياته كما يفعل كثير من الأطباء لأجل الكسب المادي (2).

ثالثاً - أن يكون المعقود عليه مشروعاً ومعلوماً ويستطيع الطبيب التزامه في العقد:

1- فأما اشتراط مشروعية المعقود عليه فقد سبق وأن أشرت في تعريف العقد الطبي أنه يجب أن يتقيد بما كان على وجه مشروع، فلا يصح التعاقد على إجراء عمل طبي في عضو سليم كقطع رجل سليمة أو خلع سنٍ صحيحة؛ لأن الشارع يمنع من ذلك، كما أن ذلك يتوافق مع ما اشترطه العلماء في صحة عقد الإجارة؛ بأن تكون المنفعة المستأجر عليها مباحة (3).

2- وبالنسبة لمعلومية المعقود عليه فيشترط أن يكون العمل الطبي معلوماً من قبل المريض، فيعلم الطبيب مريضه بنوع الإجراء الطبي الذي سيمارسه على جسده وآثاره المتوقعة الضارة منها وغير الضارة كما يشترط علم الطبيب بقدر الأجرة المقابلة لعمله (4).

3- وفيما يتعلق باشتراط استطاعة الطبيب التزام المعقود عليه بالعقد؛ فإن الطبيب لا يختلف عن غيره من الأجراء في حكم التزامه بما اشترط عليه في العقد ونص عليه بين المتعاقدين؛ لكن تعرض مسألتان لا يتصور وقوعهما إلا في المهنة الطبية وهما: اشتراط البرء على الطبيب واشتراط السلامة من السرابة (5).

فهل يصح العقد الطبي في وجود الشرطين السابقين أم لا ؟ أجب على ذلك ببيان أقوال العلماء في كل مسألة على النحو التالي:

- (1) اشتراط البلوغ هو لجمهور العلماء ما عدا الحنفية فإنهم يجيزون إجارة الصبي المميز موقوفة على إجازة وليه؛ الكاساني: بدائع الصنائع (4/176)؛ القرافي: الذخيرة (5/372)؛ الرملي: نهاية المحتاج (5/262)؛ ابن مفلح: المبدع (4/406)
- (2) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 614)
- (3) القرافي: الذخيرة (5/279)
- (4) حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين (ص: 32)
- (5) أبو غدة: من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب؛ مجلة مجمع الفقه الاسلامي، (ع: 8/م: 3 / ص: 153)

المسألة الأولى - اشتراط البرء على الطبيب:

إن الشفاء في الغالب أمرٌ مجهول لا يقدر عليه إلا الخالق عزَّ وجلَّ، ومعلوم أن من شروط صحة عقد الإجارة أن يكون المعقود عليه معلوماً ومقدوراً على التزامه، فما الحكم في حال تم تقييد الطبيب بهذا الشرط في العقد الطبي؟

تحرير محلّ النزاع:

اتفق العلماء على جواز استئجار الطبيب لإجراء الأعمال الطبية؛ لغرض الإستشفاء وإزالة المرض لكنهم اختلفوا في جواز اشتراط البرء على الطبيب في هذا العقد على قولين:

القول الأول: يجوز اشتراط البرء على الطبيب في العقد لكن يكون جعالة لا إجارة، وقال به جمهور العلماء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والقول الراجح عند الحنابلة⁽³⁾.

القول الثاني: عدم جواز اشتراط البرء على الطبيب في العقد، وهو (للحنفية⁽⁴⁾ والظاهرية⁽⁵⁾) والقول المرجوح للحنابلة⁽⁶⁾.

✓ الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائل بجواز اشتراط البرء على الطبيب بأدلة من الكتاب والسنة والقياس:

• الكتاب:

1. قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٌ﴾⁽⁷⁾.

وجه الدلالة: الآية السابقة من قصة يوسف عليه السلام، حيث أعلن عن ضياع صواع الملك حين مغادرة أخوته لمصر فنادى منادٍ عليهم أن من وجده وجاء به جعل له جائزة وهي

(1) ابن عسكر: ارشاد السالك (ص: 89)

(2) الشيرازي: المهذب (271/2)

(3) ابن قدامة: المغني (400/5)

(4) السرخسي: المبسوط (11/16)

(5) ابن حزم: المحلى (22/7)

(6) البهوتي: كشف القناع (206/4)

(7) سورة يوسف: الآية (72)

حمل بعير، وفي ذلك دليل على جواز الجعل مقابل العمل المجهول فجازت مشاركة الطبيب على البرء وإن كان مجهولاً فإن تحقق استحق الطبيب الأجر وإن لم يتحقق فلا شيء له (1).

• السنة:

ما روي عن أبي سعيد الخدري، أن رَهْطاً، من أصحاب النبي ﷺ انطلقوا في سفرة سافروها فنزلوا بحَيٍّ من أحياء العرب فقال بعضهم: إن سيدنا لدغ فهل عند أحد منكم شيء ينفع صاحبنا، فقال رجل من القوم: نعم والله إنني لأزقي ولكن استصَفْنَاكُمْ فَأَبَيْتُمْ أَنْ تُصَيِّفُونَا، مَا أَنَا بِرَاقٍ حَتَّى تَجْعَلُوا لِي جُعلاً، فَجَعَلُوا لَهُ قَطِيعاً مِنَ الشَّاءِ، فَأَتَاهُ فَقَرَأَ عَلَيْهِ أُمَّ الْكِتَابِ وَبَيَّنُّهُ حَتَّى بَرَأَ كَأَنَّمَا أُنشِطَ مِنْ عِقَالٍ، قَالَ: فَأَوْفَاهُمْ جُعْلَهُمُ الَّذِي صَالَحُوهُمْ عَلَيْهِ فَقَالُوا: اقْتَسِمُوا فَقَالَ: الَّذِي رَقَى لَا تَفْعَلُوا حَتَّى نَأْتِيَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَنَسْتَأْمِرَهُ فَعَدَّوْا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرُوا لَهُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (مِنْ أَيْنَ عَلِمْتُمْ أَنَّهَا رُقِيَةٌ، أَحْسَنْتُمْ، اقْتَسِمُوا، وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ) (2).

وجه الدلالة: إن القوم عندما سألوا صحابة رسول الله ﷺ كان سؤالهم باشتراط النفع حيث قالوا (هل عند أحدكم شيئاً ينفع صاحبنا)؛ فأجابوهم لذلك وعندما علم النبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على ما فعلوا، فكان ذلك دليلاً على جواز اشتراط البرء على الطبيب المعالج وأخذ الأجر مقابل ذلك (3).

• من القياس:

قاسوا جواز اشتراط البرء في العقد الطبي على عقد الجعالة (4) في رد العبد الآبق (5) بجامع أن كلاهما إجارة على عمل مجهول، فكان جائزاً للحاجة؛ حيث لا يستطيع الإنسان أن يعمل بنفسه، وكذلك الشفاء يحتاج إليه للمحافظة على النفس ولا يستطيع أن يحصل عليه بنفسه (6).

(1) الشوكاني: فتح القدير (50/3)

(2) أبو داود: سنن أبي داود، [كتاب الطب؛ باب كيف الرقي، (ح: 3900)؛ (14/4)] إسناده صحيح: الحكم من المصدر نفسه .

(3) ابن عسك: إرشاد السالك (ص: 89)

(4) الجعالة هي: أن يجعل الرجل للرجل جعلاً على عمل يعمل له إن أكمل العمل، وإن لم يكمله لم يكن له شيء، وذهب عناؤه باطلاً، ابن رشد: المقدمات (175/2)

(5) أبق العبد يعني هرب؛ الرازي: مختار الصحاح (ص: 11)

(6) ابن الرفعة: كفاية النبيه (370/11)

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائل بعدم جواز اشتراط البرء على الطبيب بالمعقول من وجهين:

- **الوجه الأول:** أن الشفاء بيد الله عز وجل وحده لا يملكه أحد غيره، فلا يصح إشتراطه على الطبيب؛ لأنه في غير مقدوره فلا يستطيع إلتزامه بالعقد إذ أنه غير متأكد من إتيانه. (1)
- **الوجه الثاني:** أن اشتراط البرء على الطبيب أمرٌ مجهول يؤدي إلى فساد عقد الإجارة، حيث أنها يشترط فيها أن يكون العمل معلوماً (2).

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف العلماء في جواز عقد الجعالة، وهي الإجارة على عمل مجهول فمن قال بجوازها أجاز مشاركة الطبيب على البرء ومن لم يجزها قال بعدم جواز مشارطته على ذلك.

- مناقشة أدلة القول الأول:

ونوقش دليلهم من الكتاب، بأنه شرع من قبلنا فلا يكون حجة لنا (3).

وأجيب عليه: بأن شرع من قبلنا حجة لنا إذا لم يخالف ما جاء به شرعنا ومشاركة الطبيب على البرء تجوز، وتؤكد ذلك في الحديث؛ إذ أقر الرسول الكريم أصحابه الذين أشتراط عليهم ذلك مقابل أجر يجعل لهم ولم يعارضهم.

- مناقشة أدلة القول الثاني :

ونوقش دليلهم من المعقول أن هذا العقد يصح على أساس الجعالة، فهي جائزة على عملٍ مجهول (4).

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال العلماء وأدلتهم في مسألة اشتراط البرء على الطبيب، أرجح الجمع بين القولين، للأسباب التالية:

(1) السرخسي: المبسوط (75/15)

(2) ابن حزم: المحلى (22/7)

(3) المصدر السابق (35/7)

(4) الثعلبي: المعونة (1114/1)

1. إن القول بجواز اشتراط البرء مطلقاً فيه تغرير بالطبيب؛ إذ أن الشفاء غير متحصل دائماً فهو بيد الله مهما بلغ جهد الطبيب وثقته بالنتيجة.
 2. كما أن القول بعدم جواز المشاركة على البرء مطلقاً فيه تغرير بالمريض؛ إذ قد يعمل الطبيب عمله بإهمال وتفريط مع ضمانه لأخذ الأجر لعلمه أن البرء والشفاء غير متعين عليه بالعقد.
 3. أن المهنة الطبية في عصرنا الحاضر قد قفزت إلى أبعاد كبيرة من حيث التقدم والتطور العلمي في السيطرة على الأمراض وتحقيق نتائج مذهلة في قهرها وشفاء المرضى من أسبابها، بل وصلت إلى أبعد من ذلك في التحصن من الأمراض قبل وقوعها؛ كل ذلك يجعل من أمر تمكن الأطباء من تحقيق الشفاء في الغالب أمراً محتملاً بل قد يكون شبه أكيد.
- ولهذا أختار الجمع بين القولين فمتى تمكن الطبيب في عمله الطبي من تحقيق الشفاء جاز تقييده به وفي هذا حفظ لحق المريض ودفع للأطباء على إتقان عملهم وإتمامه؛ ومتى لم يتمكن من ذلك فلم يجز تقييده به وفي ذلك حفظ لحق الطبيب والمريض فلا يكون ذلك سبباً في إحجام الأطباء عن المهنة والإضرار بالمجتمع بأسره.

المسألة الثانية- اشتراط السلامة من السرية⁽¹⁾:

السرية هي: (تعدي العمل الطبي بالضرر إلى النفس أو عضو منها نتيجة مضاعفات المرض أو العلاج).

وقد اتفق العلماء على عدم جواز اشتراط السلامة على الطبيب من سرية الجرح أو المرض؛ وإن وقع الشرط فإنه يقع باطلاً لا تأثير له⁽²⁾.

المغامرة أو الحاجة إلى قطف ثمار عمله وإن كانت خطيرة، فأبطلت هذا الشرط؛ إذ أن النفوس تختلف في طبيعتها وقدرة تحملها للعلاج والعمل الطبي⁽³⁾، وحيث أن الشريعة هي شريعة الخالق للعباد العالم بطبيعتهم فهنا يتجلى صدقها وتوازنها لتحقيق مصالح العباد بما شرع فيها من

(1) السرية في اللغة: من سرى يسري وهو اسمٌ للسير ليلاً يقال سرّيت الليل سرّياً أي قطعته بالليل؛ الفزويني: مقاييس اللغة (3/154)؛ وتستخدم مجازاً في الأجسام فيقال سرى السم في الجسم سرّياً، ومنه قول العلماء سرى الجرح من العضو إلى النفس أي دام الألم حتى أدى إلى الموت؛ الفيومي: المصباح المنير (1/275)، والسرية في الاصطلاح هي: (النفوذ في المضاف إليه ثم التعدي إلى باقيه)؛ الزركشي: المنثور في القواعد (200/2)

(2) البغدادي: مجمع الضمانات (ص: 47)؛ مالك؛ المدونة (3/433)؛ الرملي: نهاية المحتاج (5/297)؛ أبو النجا: الإقناع (2/288)

(3) أبو غدة: من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع: 8/م: 3/ص: 154)

أحكام، حيث منعت الضمان على الطبيب حال وقوع السراية إذا عمل وفق الشروط الشرعية لممارسة الطب. - كما سيأتي معنا -

2. طبيعة المسؤولية التقصيرية للطبيب:

يعتبر الطبيب في المهنة الطبية من الأمناء في العرف الفقهي على خلاف أصحاب المهن الأخرى؛ فهو أمينٌ على جسد المريض يمارس فيه الإجراءات الطبية بناءً على الواجب الذي كلفه به الشارع وأذن له به - حتى لو لم يكن ثمة عقد بينهما - فهو غير مسؤول عن ما يلحق بجسد المريض من أذى يكون خارجاً عن تقصيره وإهماله إذا ما التزم بما وجب عليه، أما إذا وقع من الطبيب المعالج إهمال أو تقصير في أداء الواجب المهني تعينت مسؤوليته عن الأضرار الناتجة عن ذلك (1).

فالمسؤولية التقصيرية - كما أشرت - لا تنشأ عن التعاقد المسبق بين الطبيب ومريضه وإنما منشؤها مخالفة الطبيب لواجب شرعي أو مهني عام وهو عدم الإضرار بالغير.

وتتمثل الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب في حالات عدة هي:

- **حالة عدم صحة العقد الطبي:** فإذا ما تبين وجود سبب يؤدي إلى بطلان العقد بين الطبيب والمريض أو فساده فإن مسؤولية الطبيب تكون مسؤولية تقصيرية (2)؛ بمعنى أنه لا يسأل إلا إذا ثبت عليه تفریط أو تقصير، كما إذا عالج الطبيب صغيراً دون إذن أهله وحصل تلف لهذا الصغير فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن التلف وإن لم يخطيء (3).
- **حالة عدم وجود عقد مباشر بين الطبيب والمريض:** مثل أن يكون الطبيب متبرعاً بالعلاج أو في حالة الطبيب الذي يعمل في المشفى حيث لا يكون الإتفاق مباشراً بين الطبيب ومريض.

(1) عساف: المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، رسالة ماجستير إشراف: د / حسين مشاقي؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2008 م) (ص: 23)

(2) العقد غير الصحيح: هو ما اختل فيه أحد أركانه الأساسية أو شرط من شروطه. وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر كبيع الميتة والدم والخمر والخنزير، وكبيع فاقد الأهلية. ويشمل غير الصحيح عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: الباطل والفساد، وهما بمعنى واحد، أما الحنفية: فيقسمون غير الصحيح إلى باطل وفساد. ولكل واحد معنى مختلف عن الآخر، للمزيد/الزحيلي: الفقه الاسلامي (3087/4)

(3) الطيار: المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير إشراف:

أ. د. / عبد الله بن عبد الواحد الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض؛ (1431هـ - 2010 م)

(ص: 38)

وإنما الطبيب في هذه الحالة يؤدي واجباً التزمه بحكم الوظيفة التي توقع عليه التزاماً بما تسنه من قوانين وأنظمة، فهنا تكون مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية في حال وقع منه تقصير أو إهمال في واجبه (1).

▪ **حال إصابة غير المريض بضرر تسبب فيه الطبيب:** مثل أن يكون الطبيب مسؤولاً عن مراقبة مريضٍ مختلٍ عقلياً فيترك مراقبته إهمالاً منه مما قد يؤدي إلى إيقاع الضرر بمريضٍ آخر، فيكون الطبيب مسؤولاً عن هذه الحالة بسبب تقصيره (2).

▪ **حالة خطأ مساعدي الطبيب الذين يخضعون لرقابته ويعملون تحت إشرافه:** الطبيب مسؤول عن ما يتسبب به من يخضعون تحت رقيبته عند تقصيره في الرقابة عليهم وتعلق الخطأ الصادر منهم بمخالفة ما قيدهم به الطبيب من تعليمات؛ في حين أنه لا يكون مسؤولاً عن جنايتهم بما كان خارجاً عن إجراءات العمل الطبي أو ما أمرهم به من تعليمات (3).

ومن الحالات السابقة يظهر أن الضمان في المسؤولية التقصيرية قد يكون بفعل الطبيب نفسه أو بفعل غيره كالمريض أو المساعدين له (4).

الخلاصة:

وأخلص من بيان طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية أن مسؤولية الطبيب تقوم حسب نوع الإلتزام الذي التزم به في العقد فإن كان بدلاً للجهد الطبي والعلاجي للوصول إلى الشفاء وقصر في ذلك انقلبت مسؤوليته إلى مسؤولية تقصيرية، وإن كان التزاماً بتحقيق نتيجة كنقل الدم وتقويم الأسنان أو عمليات التجميل فإن الطبيب يسأل عن الأضرار الناتجة من ذلك بناءً على ما اتفق عليه في العقد.

ثالثاً - أحكام المسؤولية المدنية :

إن إثبات قيام المسؤولية الطبية المدنية في حق الطبيب يترتب عليه جملةً من الأحكام أبيّنها على النحو التالي:

(1) أبو لبة: مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون (ص: 96)

(2) الطيار: المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير إشراف: أ. د. / عبد الله بن عبد الواحد الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض؛ (1431هـ - 2010 م) (ص: 39)

(3) الجبير: بحث بعنوان " الخطأ الطبي " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة الإمام محمد ابن سعود (4395/5)

(4) الزحيلي: نظرية الضمان (ص: 216)

الحكم الأول - الضمان :

سبق وأن أشرت إلى أن الضمان هو أثر وحكم مترتب على قيام المسؤولية على الشخص، وبالنسبة للطبيب فإن العلماء يرتبون الضمان عليه حال قيام مسؤوليته المدنية بشقيها التعاقدية والتقصيري، وبيان ضمان الطبيب في كل نوعٍ منهما على هذا النحو:

أ - حكم الضمان في المسؤولية الطبية التعاقدية:

تحدثت في المطلب السابق عن الطبيعة التعاقدية لمسؤولية الطبيب، وقد أشرت إلى أن الطبيب قد يكون أجيراً خاصاً أو مشتركاً، فما حكم ضمان كلٍ منهما حال عدم تنفيذ ما التزم به في العقد؟

أولاً - ضمان الطبيب الأجير :

إن المتتبع لأقوال العلماء في تضمين الأجراء يجد أنهم يعاملون الطبيب معاملةً خاصةً ومختلفةً عن باقي الأجراء، وذلك لخصوصية المحل الذي يقع عليه عمل الطبيب ألا وهو الجسد البشري؛ وحتى لو كان التزامه التزاماً بنتيجة معينة، فإنها لا تكون محققةً مائة بالمئة؛ لأن مرجع ذلك كله لله سبحانه وتعالى (1).

كما أن الظروف التي يعمل بها الطبيب ومدى توفر الإمكانيات والأدوات كل ذلك يؤثر على مخرجات العمل الطبي ونتائجه، وهذا ما أخذه علماءنا الأجلاء بعين الاعتبار عند الحكم على الطبيب بالضمان من عدمه (2).

فالعلماء متفقون على عدم تضمين الطبيب خاصاً كان أو مشتركاً إذا حصل منه تلفٌ أو ضررٌ أثناء العمل، ولا يقولون بضمانه إلا إذا ثبت منه تقصير أو تقريط، فأبي ضرر يحصل لا يسأل عنه الطبيب إلا إذا ثبت إهماله أو إخلاله بقوانين المهنة (3).

ونفي الضمان عن الطبيب لا بد أن يسبقه تحقق الشروط التالية(4):

(1) حيث يحكم جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة بضمان الصانع ولو لم يفرطوا باستثناء الطبيب، ينظر/الطوري: تكملة البحر الرائق (33/8)؛ الدسوقي: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي

(28/4)؛ الشافعي: الأم (185/6)؛ البهوتي: كشف القناع (34/4)

(2) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة عن عمل الطبيب في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير؛ إشراف: أ.د. / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م) (ص: 67)

(3) ابن عابدين: الدر المختار (66/6)؛ الدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (28/4)؛ الشافعي: الأم (185/6)؛ البهوتي: كشف القناع (34/4)

(4) كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية (ص: 862)

- 1- أن يكون حاذقاً ماهراً في مهنة الطب متخصصاً فيها.
- 2- أن يكون مأذوناً له من قبل المريض بالإجراء الطبي.
- 3- أن لا يخطئ في عمله فيتجاوز موضع العمل أو القطع.
- 4- أن يقصد من عمله نفع المريض وعلاجه لا قصداً آخر.

فإذا ما توافرت هذه الشروط فلا ضمان على الطبيب حتى لو حدثت سرابية أدت إلى هلاك المريض أو عضو من أعضائه، فإذا فقد شرط منها فإن الطبيب يضمن ما ترتب على فعله من ضرر⁽¹⁾. فالضمان على الطبيب في الشريعة الإسلامية لا يكون على أساس الضرر الواقع وإنما على أساس الخطأ أو الفعل الضار من الطبيب، فالتلف قد يقع لكن ربما لا يكون نتيجة لفعل الطبيب كما إذا أخطأ الطبيب بقلع السن السليمة ومات المريض بسبب سكتة قلبية⁽²⁾.

وفي ذلك قمة العدل والتوازن في الحكم؛ بمراعاة مصلحة المريض في الحفاظ على سلامته من جهة، ومصلحة الجماعة في بقاء مهنة الطب، حيث أن القول بالضمان على أساس الضرر فيه إجحاف في حق المريض قبل الطبيب إذ قد يؤدي إلى ندرة المقبلين على هذه المهنة الخطرة والتي تعتبر من أكثر المهن التي يحتاجها الناس والمجتمع بصفة عامة⁽³⁾.

ويظهر ذلك جلياً في العلل التي أرجع فيها العلماء الحكم بعدم ضمان الطبيب إلا إذا تعدى ومنها ما يلي:

- قياساً على إقامة الحد: فالذي يقتص من الجناة في الحدود ينفي عنه الضمان؛ حيث لا يعقل أن يقال له اقطع قطعاً لا يسري، وكذلك الطبيب لا يتصور أن يطلب منه عملاً لا يسري⁽⁴⁾.
- عدم إمكانية التحرز من السرابية: حيث أن مبنائها على قوة الأجساد وضعفها فلا يمكن تقييد

(1) محمود السرطاوي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ مجلة دراسات (ع: 225/ص: 144)

(2) المحرج: الحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي، رسالة ماجستير إشراف: د/ خالد بن عثمان العمير؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض (1422هـ - 2001 م) (ص 120)

(3) ميادة الحسن: بحث بعنوان " الخطأ الطبي" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة الإمام محمد بن سعود (4450/5).

(4) ابن قدامة: المغني (398/5)

الطبيب بالاحتراز منها لأنها في غير مقدوره بخلاف الصنائع الأخرى التي تُعرف نتيجتها بالاجتهاد والعمل⁽¹⁾.

– **تقديراً لمصلحة الناس وحاجتهم:** ذلك أن الطب مهنة تقع على الجسد البشري والذي يختلف مبناه من شخص إلى آخر في القوة والضعف فإذا كان الطبيب ضامناً لكل ضرر ينتج عن فعله فسيؤدي ذلك الأمر إلى إعراض الأطباء عن علاج الناس حتى لا يتعرضوا للمساءلة وتبعاتها ويجعل الكثير يزهدون في تعلم هذه المهنة فيؤدي ذلك إلى الإضرار بالمجتمع مع مسيس الحاجة لها⁽²⁾.

– **كون الطبيب مأذوناً له بالعمل:** فالإذن الذي يمارس الطبيب بموجبه المهنة الطبية يعتبر حائلاً بينه وبين الضمان وإلا لما أقدم أحدٌ على الطب سواء أكان علاجاً أو امتحاناً⁽³⁾.

ب- حكم الضمان في المسؤولية الطبية التقصيرية :

وأبين ضمان الطبيب عند التقصير في حال كان الضرر بفعل نفسه أو غيره أو بفعل ما يستعمله من أجهزة وأدوات، على النحو التالي:

أولاً - الضمان حال وقوع الضرر بفعل الطبيب نفسه:

أشرت سابقاً عند الحديث عن ضمان الطبيب حال التعاقد أن مسؤوليته تتحول إلى مسؤولية تقصيرية مبناه التقصير أو التعدي على حقوق الغير وذلك بمخالفة الطبيب لشرط أو أكثر من الشروط السابق ذكرها لقيام المسؤولية عليه.

ويترتب الضمان على الطبيب حال كونه مباشراً للفعل الضار مثل تجاوزه لمحل القطع أو المرض؛ وحال كونه متسبباً في وقوع الضرر كما إذا سقى المريض دواءً غير مناسب أو عالجه بآلة غير صالحة للإستخدام أو أحال المريض على مصور للأشعة مثلاً وهو يعلم أنه غير ماهر في عمله⁽⁴⁾. لكن ضمان الطبيب هنا مقيدٌ بالتعدي والتقصير وبذلك يكون العلماء قد أخرجوا الطبيب من تحت مظلة قاعدة المباشر والمتسبب والتي تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعدَّ والمتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى⁽⁵⁾.

(1) السرخسي: المبسوط (11/16)

(2) البابرتي: العناية شرح الهداية (128/9)

(3) ابن مفلح: المبدع في شرح المقنع (447/4)؛ ابن عابدين: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (68/6)

(4) اللهبي: المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة (ص: 82 وما بعدها) بتصرف

(5) القيسي: مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي (ص: 178)

ومن الحالات التي ذكرها العلماء لضمان الطبيب إذا ما قصر في حق الغير أو تعدى عليه؛ حالة العلاج بدون إذن المريض أو وليه إن كان فاقداً الأهلية، فقد اختلفت أقوال العلماء في تضمين الطبيب في هذه الحالة، وبيان المسألة على النحو التالي :

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على عدم تضمين الطبيب للضرر الحاصل أثناء ممارسته للعمل الطبي إذا كان مأذوناً له من قبل المريض أو وليه، ولا يضمن في هذه الحالة إلا إذا تعدى أو قصر، لكنهم اختلفوا في ضمانه حال عدم الإذن له من قبل المريض على قولين:

القول الأول: وجوب الضمان على الطبيب حتى وإن لم يقصر في عمله، وقال به جمهور العلماء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ وأحد قولين للحنابلة⁽⁴⁾.

القول الثاني: عدم وجوب ضمان الطبيب حال عدم الإذن له إلا إذا قصر، وهو القول الآخر للحنابلة⁽⁵⁾ واختاره ابن القيم الجوزية⁽⁶⁾.

الأدلة للقولين:

– أدلة القول الأول :

استدل اصحاب القول الأول القائل بوجوب الضمان على الطبيب بالمعقول من وجهين :

- **الوجه الأول:** أن الضرر تولد عن فعل محرم على الطبيب؛ لأنه غير مأذون فيه فيضمن كما لو مارس الطب بدون إذن شرعي من الحاكم أو وهو جاهل له فإنه يضمن نتيجة جرمه حيث يحرم عليه فعله بدون إذن ابتداءً⁽⁷⁾.
- **الوجه الثاني:** أن الطبيب بممارسته العمل الطبي دون إذن المريض يعتبر متعدياً على حقوق الغير، والتعدي يوجب الضمان فوجب عليه ضمان ما نتج عن فعله غير المأذون فيه من ضرر⁽⁸⁾.

(1) البغدادي: مجمع الضمانات (ص 48)

(2) الدردير: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (4/29)

(3) الشافعي: الأم (6/65)

(4) ابن قدامة: المغني (5/398)

(5) البهوتي: كشف القناع (4/35)

(6) ابن القيم: الطب النبوي (ص 105)

(7) ابن المفلح: المبدع في شرح المقنع (4/447)

(8) ابن مودود: الاختيار لتعليل المختار (2/54)؛ الشافعي: الأم (6/186)

- أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني القائل بعدم وجوب الضمان على الطبيب بالكتاب والمعقول:

• الكتاب:

1- بقوله تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ (1).

وجه الدلالة: دلت الآية على أنه ليس على المحسنين من إثم أو حرج والضمان إنما يكون لوجود الإثم فلا إثم هنا فينتفي الضمان⁽²⁾؛ والطبيب يعتبر محسناً بعلاجه للمريض وإن كان بغير إذن فلا يجب الضمان عليه.

• من المعقول:

قالوا أن الطبيب لو كان متعدياً مع الإذن له فإنه يضمن ما نتج من فعله، وعليه إن لم يكن متعدياً مع عدم الإذن فلا وجه لضمانه، فالإذن وعدمه غير معتبر بالضمان حيث أنه يرجع إلى فعله هو ولا أثر للإذن عليه (3).

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف إلى اختلاف العلماء في اعتبار عدم الإذن من التعدي، فأصحاب القول الأول رأوا أن عمل الطبيب دون إذن يعتبر تعدياً من الطبيب يضمن لأجله، في حين لم يَرَ أصحاب القول الثاني ذلك.

القول الراجح:

بعد عرض أقوال العلماء في مسألة ضمان الطبيب حال عدم الإذن له من قبل المريض أرى الجمع بين القولين ؛ للاعتبارات التالية :

1. إن القول بوجوب الضمان على الطبيب حال عدم الإذن فيه ظلم وإجحاف بحقه فقد يعمل الطبيب في أحيان كثيرة ضمن ظروف صعبة وقاسية من حوادث وكوارث وحروب لا يتمكن فيها من أخذ الإذن من المريض أو أهله، والقول بضمانه فيه ظلم له بغير وجه حق.
2. كما أن القول بضممان الطبيب حال عدم الإذن فيه إضرار بالمريض إذ قد يكون بحاجة ماسة لمساعدة طبية عاجلة فيمتنع الطبيب عن ذلك بحجة عدم الإذن فتزداد حالة المريض صعوبة إلى حين الحصول على الإذن.

(1) سورة التوبة: الآية (91)

(2) القرطبي: تفسير القرطبي (227/8)

(3) ابن القيم: الطب النبوي (ص: 105)

3. و يعتبر القول بعدم وجوب الضمان على الطبيب عند عدم الإذن فيه تجرئة للأطباء على حق من حقوق المريض التي كفلتها الشريعة له وهو حرمة المساس بجسده دون إذن منه وفي ذلك تعدٍ على حقه بالإذن.

4. والقول بتضمين الطبيب حال ممارسته للعمل بدون إذن فيه صدُّ لأصحاب المطامع في المال والشهرة من الأطباء الذين لا يقيمون حرمةً لأجساد المرضى فيتجرؤون عليها بهدف الحصول على مطامعهم؛ وكما سمعنا عن حوادث تجرأ فيها الأطباء على أخذ أعضاء من أجساد المرضى أو إجراء تجارب طبية عليهم بدون علم من المريض أو إذن منه.

ولذلك كان الجمع بين القولين والعمل بهما معاً فيه اعتبارٌ لمصلحة كلٍّ من المريض والطبيب؛ ومرجع ذلك للقاضي أو الحاكم في تقدير تلك المصلحة فيتحقق العدل لكلا الطرفين وللمجتمع بأسره.

والمسألة من المسائل التي تظهر فيها روعة الإسلام ومراعاته لحقوق الغير حتى في حالة الطبيب الذي يريد تقديم النفع للمريض بمعالجته فلا يحق له ذلك إلا بإذن معتبر، باستثناء حالات الضرورة، وفي ذلك دلالة على حرص الإسلام على حق الغير في إعطاء الإذن من عدمه، فإيا لبت شعري على أقوام وعدوا بني صهيون بإعطائهم فلسطين دون إذن من أصحابها المسلمين، ثم بعد ذلك هم يتهمون الإسلام أنه دين التسلط والإرهاب.

ثانياً - ضمان الطبيب حال وقوع الضرر من فعل الغير:

ويقصد بالغير هنا من يكون مع الطبيب حال ممارسته للمهنة الطبية من مساعدين وممرضين ومتردبين يتعين عليه الإشراف عليهم، فبالنسبة لمساعدى الطبيب من الأطباء أو الممرضين والذين لا يتعين على الطبيب الإشراف عليهم، فإن الطبيب لا يسأل عن نتيجة أفعالهم أو تقصيرهم إذ ليس في الشريعة ضمان يترتب على تحمل مسؤولية فعل الغير فلا يتحمل إنسان وزر إنسان آخر أو جرمه⁽¹⁾، وذلك ما قررته آيات كريمة عدة كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾⁽²⁾.

(1) أبو لبة: مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص: 85)

(2) سورة الأنعام: الآية (164)

وأما ما يتعلق بضمان المتدربين في مهنة الطب والذين يقع على عاتق الطبيب المدرب الإشراف عليهم وتعليمهم المهنة بشكل عملي وتطبيقي، فإن العلماء ناقشوا هذه المسألة تحت عنوان تلميذ الأجير فأوجبوا الضمان على الأجير حال خطأ التلميذ في أمر يتعلق في صلب المهنة وأصولها، أما ما كان خطأً محضاً يرجع إلى إهمال التلميذ أو تقصيره فإن الأجير لا يضمنه⁽¹⁾. وعليه فلا يضمن الطبيب إلا ما كان ناتجاً عن تعدٍ أو مخالفة لأصول المهنة ومتعلقاً بها، وغير ذلك فلا يتحمل الطبيب تبعته أو التعويض عنه.

ثالثاً - ضمان الطبيب حال وقوع الضرر جراء استخدام الأجهزة والأدوات الطبية :

يستخدم الطبيب في علاجه للمريض العديد من الأجهزة والأدوات التي تكون في حد ذاتها خطرة ومضرة وقد سمح له بالعلاج بها ضمن نسب معينة عند أهل الطب، لكن قد يحدث جراء هذا الاستخدام ضرر يصيب المريض في نفسه أو عضو من أعضائه؛ كأن يتضرر نتيجة زيادة مقدار الأشعة في الجهاز أو تكون الآلة غير صالحة للاستخدام أو آلة يكثر معها الألم للمريض فلا يحتمله مما يؤدي إلى موته، ففي هذه الحالة يوجب العلماء الضمان على الطبيب إذا ما نتج ضرر على المريض باعتبار الطبيب مسئولاً عن سلامة هذه الأجهزة وعدم إلحاق الأذى بالمريض نتيجة استخدامه لها⁽²⁾.

الحكم الثاني - انتهاء العقد:

تعتبر الغاية الأهم من التعاقد وإجراء العقود هي ترتب آثارها عليها، وفي العقد الطبي تكون الغاية منه هو حصول كلا المتعاقدين على ما تعاقدوا لأجله، فالمريض يريد الحصول على العلاج والشفاء والطبيب يريد الحصول على الأجرة مقابل عمله، فإذا ما تعذر حصول كلٍ منهما على مبتغاه فإن العقد بينهما ينتهي⁽³⁾.

ويرجع انتهاء العقد الطبي إلى أحد الأسباب التالية:

1. زوال موجب التعاقد: فزوال الألم الذي شعر به المريض أو شفاؤه من مرضه الذي أصيب به أو عدول المريض عن إجراء الجراحة المتفق عليها وغير ذلك تعد أسباباً مؤدية إلى انتهاء

(1) الكاساني: بدائع الصنائع (212/4)؛ القرافي: الذخيرة (517/5)؛ البهوتي: كشف القناع (34/4)

(2) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 528)

(3) الزحيلي: الفقه الإسلامي (4 / 2915)

العقد الطبي بين المريض وطبيبه وعدم ترتب آثاره عليه، وليس للطبيب إجباره على القيام بذلك، كما أن الطبيب لا يضمن؛ لأن الامتناع لم يكن من طرفه (1).

2. **اتفاق الطرفين على انتهائه:** ففي حال اتفق المريض والطبيب على إنهاء التعاقد بينهما، فهنا ينتهي العقد الطبي بدون ترتب أي من آثاره عليه فلا يُطالبُ الطبيب بالأجرة كما أن المريض لا يحق له المطالبة بالزام الطبيب بالعمل الطبي لأجله (2).

3. **موت أحد الطرفين:** فبموت المريض قبل الشروع في العمل الطبي ينتهي التعاقد مع الطبيب ولا يجوز للطبيب إجراء العمل على جسد المريض وهو ميت؛ لأن المحل الذي تم التعاقد عليه وهو الجسد قد فات بموته كما لا يحق له المطالبة بالأجرة؛ لأنها لا تُستحق إلا بعد العمل (3).

4. **امتناع الطبيب عن معالجة المريض:** إذ يعد ذلك إخلالاً من الطبيب لما التزم به في العقد يؤدي إلى انتهائه، كما يكون فيه إضراراً بالمريض فيضمن الطبيب في هذه الحالة إذا ما ترتب على امتناعه ضرر في نفس المريض أو ماله (4).

الحكم الثالث - التعويض:

وسنقصر الحديث هنا على التعويض عن الضرر المالي فقط أما التعويض عن الضرر الجسدي والمعنوي فنرجئ الحديث عنهما في المسؤولية الجنائية لتعلقهما بالجناية على النفس.

فإذا ما ترتب على إخلال الطبيب بما التزم به في العقد الطبي ضرر مس الذمة المالية للمريض، فإن الطبيب يضمن ذلك الضرر بتعويض المريض عن ماله الذي فقده بالمثل أو بالقيمة (5).

ومن الأضرار المالية التي يتكبدها المريض نتيجة للخطأ الطبي نفقات العلاج سواء ما يلزمه في أثناء التعاقد مع الطبيب من أدوية وعلاجات أثناء علاجه له أو ما يتكبده من نفقات لإصلاح الضرر الجسدي أو المعنوي الذي أصابه نتيجة خطأ الطبيب وتعيده، كذلك تشمل ما سببه من ضرر في دخله نتيجة تعطله عن الكسب والعمل لعجزه عنهما بسبب الخطأ الطبي (6).

(1) الشيرازي: المهذب (2 / 263)

(2) الكاساني: بدائع الصنائع (4 / 223)

(3) ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة (3 / 940) .

(4) ابن عسك: إرشاد السالك (ص: 88)

(5) خضير: بحث بعنوان " الآثار المترتبة على الخطأ الطبي " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة الإمام

محمد ابن سعود (4716/5)

(6) أبو لبة: مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص: 70)

فالتبيب مطالب بتعويض المريض عن كل ما تسبب فيه من أضرار إن كان الضرر ناتجاً عن عدم التزام الطبيب بما اتفق عليه في العقد (1).

الحكم الرابع - استحقاق الأجرة:

إذا تم العقد الطبي بين الطبيب والمريض على أساس الإجارة الخاصة بتحديد مدة معلومة فإن الطبيب يستحق الأجرة كاملة متى ما انقضت المدة المتفق عليها حتى لو لم يعمل فيها مادام قد سلم نفسه للعمل (2).

وفي حال كان التعاقد ضمن الإجارة المشتركة؛ حيث تكون على عمل معين أو نتيجة معينة، فإن الطبيب لا يستحق الأجرة إلا بعد أن يتم العمل المتفق عليه مع المريض (3).

وعليه فإذا ما تمت مشاركة الطبيب على البرء في العقد الطبي فإنه لا يستحق الأجرة إلا بحصوله، أما في حالة عدم اشتراط البرء فإنه يستحق الأجرة حصل البرء أم لم يحصل، ذلك أن التعاقد قد تم على العمل وقد أتى به، فيستحق الأجرة بعمله (4).

ويستحق الطبيب الأجرة حتى لو وقع منه خطأ جراء العمل إلا إذا كان جاهلاً بالطب أو متعمداً الإضرار بالمريض؛ فإنه لا يستحقها ويكون ذلك من باب التعزير في حقه (5). - كما سيمر معنا -

(1) عليش: منح الجليل (147/7)؛ ابن نجيم: البحر الرائق (349/8)

(2) البهوتي: كشاف القناع (32/4)

(3) البابرتي: العناية (121/9)

(4) المليباري: فتح المعين (ص: 382)

(5) عليش: منح الجليل (518/7)؛ الشافعي: الام (186/6)

المبحث الثاني

الأحكام الجنائية المترتبة على إثبات الخطأ الطبي.

المسؤولية الجنائية للطبيب هي القسم الثاني من أقسام المسؤولية الطبية حال إثبات المريض لتعدي الطبيب أو خطئه.

والطبيب كغيره من البشر يصدر منه أفعال يجني بها على غيره مسبباً له الضرر، حيث يكون مسؤولاً جنائياً عند ارتكابه لواحد أو أكثر من أسباب وقوع الخطأ الطبي التي تقدم ذكرها في الفصل الأول، إذ يعتبر كل سببٍ منها فعلاً محرماً يحرم الشارع إتيانه بأي صورة كانت.

وتتنوع درجات المسؤولية الجنائية بتنوع القصد الجنائي عند الطبيب حال إتيانه للفعل المحرم إلى: عمد وشبه عمد وخطأ.

وفي هذا المبحث أعرض لمفهوم المسؤولية الجنائية ودرجاتها وطبيعة مسؤولية الطبيب في كل درجة منها، ثم للأحكام المترتبة على ثبوتها، على النحو التالي:

أولاً - المسؤولية الجنائية الطبية:

أ- مفهوم المسؤولية الجنائية الطبية:

للوصول إلى مفهوم مسؤولية الطبيب الجنائية يلزمنا أن أعرض لمفهوم المسؤولية الجنائية في الشرع بشكل عام ثم أعرف بعدها المسؤولية الجنائية للطبيب:

مفهوم المسؤولية الجنائية:

فيما سبق عرفت " المسؤولية " في اللغة والاصطلاح⁽¹⁾ وأعرض هنا لتعريف " الجنائية " في اللغة والاصطلاح:

1. **الجنائية في اللغة:** كلمة الجنائية مأخوذة من الجناية وهي في اللغة مصدر للفعل جنى يجني فيقال: جنى الرجل جنايةً، إذا جرّ جريرةً على نفسه أو على قومه، وتجنّى فلانٌ على فلانٍ ذنباً لم يجنه، إذا تقوّل عليه وهو بريء⁽²⁾.

إذن الجناية في اللغة بمعنى الذنب والجرم فهي ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة⁽³⁾.

(1) انظر (ص: 83) من هذا البحث

(2) الهروي: تهذيب اللغة؛ مادة (جنى) (11/133)؛ ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (جنى) (14/154)

(3) ابن منظور: لسان العرب؛ مادة (جنى) (14/154)

2. **الجناية في الاصطلاح:** للجناية في اصطلاح العلماء معنيان معنى عام وآخر خاص، فالمعنى العام لها هو: (أنها اسم لفعلٍ محرمٍ شرعاً سواء وقع الفعل في نفس أو مال أو غير ذلك) (1)، فكل فعل محرم من الشرع سواء كان في صورته الإيجابية كارتكاب ما نهى عنه الشرع، أو في صورته السلبية كعدم الإيتان بما وجب على الإنسان يسمى جناية، سواء وقع هذا الفعل على شخص، أو أرض، أو دين، أو غير ذلك مما يعاقب عليه الشرع (2) وبذلك يتوافق المعنى العام للجناية مع معناها في اللغة، وهو الجرم والذنب من الإنسان أياً كان وقوعه.

أما المعنى الخاص للجناية فهو ما جرى في عرف العلماء من إطلاق اسم الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه كالقتل والجرح والضرب وتستوجب القصاص أو الدية (3). والمعنى الذي يخدم بحثنا عن مفهوم المسؤولية الجنائية هو المعنى العام للجناية، ذلك أن الجاني وإن كان فعله منصباً على نفس الإنسان أو عضوٍ من أعضائه إلا أن أثر جنايته يتعدى إلى المجتمع بأسره بتهديد أمنه، واستقراره بالاعتداء على فرد من أفراده.

كما أن الجناية على النفس لا تكون فقط بالقتل أو القطع، وإنما كل فعل حرمه الشرع يعتبر ارتكابه من الجناية فقد تكون بإفشاء السر أو الكذب أو الغش والتدليس وغير ذلك، كما قد تكون بعدم فعل ما أمر به الشرع كالامتناع عن تقديم المساعدة للغير (4).

3. المسؤولية الجنائية في الاصطلاح :

– المسؤولية الجنائية في اصطلاح العلماء القدامى:

يعتبر مصطلح المسؤولية الجنائية من المصطلحات الحديثة على الفقه، حيث لم يتم وروده بذات اللفظ في كتابات العلماء قديماً، لكن هذا لا يعني أنهم لم يسبق لهم بها معرفة، فقد

(1) عودة: التشريع الجنائي (4/2) وانظر: السرخسي: المبسوط (84/27)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (177/4)؛

النووي: روضة الطالبين (122/9)؛ ابن المفلح: المبدع (190/7)

(2) الشاذلي: الجنايات (ص: 23)، القدان: أحكام الضمان في الجنايات في الشريعة الإسلامية (ص: 30)

(3) الطوري: تكملة البحر الرائق (326/8)؛ المرادوي: الإنصاف (433/9) وقد أطلق العلماء على جناية المال

ألفاظ السرقة والغصب والنهب والإتلاف حسب ظروف الجناية/ابن مفلح: المبدع (190/7)

(4) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: أ.د. / حسين

مطواع الترتوري؛ جامعة الخليل – فلسطين (1432 هـ – 2011 م) (ص: 47)

وردت المسؤولية الجنائية عندهم بمصطلح الضمان للحكم المترتب على الجناية حسب محل وقوعها والقصد الجنائي من ورائها (1).

ومن النصوص الدالة على المسؤولية الجنائية عند القدامى ما جاء في مغني المحتاج: (إذا جرح مسلم أو ذمي حريباً أو مرتدّاً ثم مات بالجرح فلا ضمان بمال ولا قصاص) (2).

وفي مجمع الأنهر: (القتل إما عمد موجب للضمان... وموجبه أي القتل العمد الإثم والقصاص عينا) (3). وفي منح الجليل: (وشبه في نفي الضمان في الجملة لأن المنفي في المشبه به ضمان القود فقط، وأما ضمان الدية فهو ثابت على المعتمد كما علمت، والنفي في المشبه ضمان القود والدية معا) (4). وفي مغني المحتاج أيضاً: (لأن الكفارة من باب الضمان) (5).

فالنصوص السابقة تدل على تعبيرهم عن مسؤولية الجاني بموجب جنائته وهو الضمان لما ترتب عنها من ضرر فالمسؤولية الجنائية في اصطلاح القدامى بمعنى الالتزام بالقصاص أو الدية أو الكفارة (6).

وهذا ما يفسر عدم إفرادهم تعريفاً خاصاً بالمسؤولية الجنائية لوضوح مقصودها لديهم فعبروا بآثارها.

– المسؤولية الجنائية عند المحدثين :

وكما القدامى كذلك المحدثون حيث لم تختلف رؤيتهم للمسؤولية الجنائية لكن المحدثون صاغوا لها تعريفاً يدل على مفهومها والمقصود بها في الاصطلاح الشرعي.

ومن التعريفات التي وردت لديهم عن المسؤولية الجنائية:

– **التعريف الأول:** عرّفها عبد القادر عودة بأنها: (أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدركٌ لمعانيها ونتائجها، فمن أتى فعلاً محرماً وهو لا يريد كالمكره

(1) القدان: أحكام الضمان في الجنايات في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير إشراف: د/ فؤاد عبد المنعم أحمد؛

أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - الرياض، (1423 هـ - 2003 م) (ص: 31)

(2) الشريبي: مغني المحتاج (250/5)

(3) زاده: مجمع الأنهر (615/2)

(4) عليش: منح الجليل (367/9)

(5) الشريبي: مغني المحتاج (375/5)

(6) القدان: أحكام الضمان في الجنايات في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير إشراف: د/ فؤاد عبد المنعم أحمد؛

أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - الرياض، (1423 هـ - 2003 م) (ص: 31)

أو المغمى عليه لا يسأل جنائياً عن فعله، ومن أتى فعلاً محرماً وهو يريد به ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضاً عن فعله (1).

ويلاحظ على التعريف أنه غير جامع إذ قصر المسؤولية الجنائية فيما يرتكب من أفعال محرمة مع أن هناك أقوالاً محرمة في الشرع توجب قيام المسؤولية وترتب العقوبة عليها كشهادة الزور والكذب (2).

– التعريف الثاني: عرّفها ناصر المطيري بأنها: (أهلية الإنسان لتحمل التبعة الجنائية الناتجة عما يقترفه من اعتداء على مصالح محمية شرعاً حال اقترافه لهذه الأفعال بحرية وإدراك كاملين) (3)

– التعريف الثالث: عرّفها إياد إبراهيم بأنها: (التبعة الشرعية التي يتحملها الإنسان نتيجة أفعاله المحرمة والضارة بالمجتمع أو نتيجة ارتكابه ما يستوجب عقوبة شرعية؛ كحد أو قصاص أو تعزير) (4).

يلاحظ على التعريفات مايلي:

1- إن التعريفين الأول والثاني قد اتفقت عبارتهما على توفر شرطي الأهلية من الحرية والإدراك في الجاني حال ارتكابه للفعل ، فخرج بذلك الصبي والمجنون لانعدام الإدراك فيهما، كما خرج المكره لانعدام حريته، فلا تقوم المسؤولية الجنائية عليهم.

2- لم يشر التعريف الثالث لشرط الأهلية مع أهميته، لكنه أشار للأثر المترتب على المسؤولية من (حد أو قصاص أو تعزير).

3- لا يوجد كثير تباين بين التعريفات السابقة فهي متفقة في جملتها على أن الفعل الذي يجرمه الشرع هو أساس قيام المسؤولية الجنائية، وسبباً لتحمل التبعة أو الأثر المترتب عليها.

(1) عودة: التشريع الجنائي (392/1)

(2) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: أ.د. / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م) (ص: 61)

(3) المطيري: الخطأ كأساس للمسائلة الجنائية في الجرائم غير العمدية في الشريعة الإسلامية رسالة ماجستير إشراف: أ.د/ محمد محي الدين عوض؛ المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب - الرياض (1417 هـ - 1996 م) (ص: 29)

(4) إبراهيم: بحث بعنوان " المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة الإمام محمد ابن سعود (5 / 4834) .

– **التعريف المختار:** وما سبق يمكن تعريف المسؤولية الجنائية في الشرع بأنها: (**التبعة الشرعية التي يتحملها الإنسان المدرك المختار نتيجة ارتكابه لفعل محرم يضر بالمجتمع ويستوجب العقوبة عليه**)

4. مفهوم المسؤولية الجنائية للطبيب :

بما أن مسؤولية الطبيب الجنائية جزء من المسؤولية الجنائية بشكل عام فيكون مفهومها: (أنها التبعة الشرعية التي يتحملها الطبيب المدرك المختار نتيجة ارتكابه لفعل محرم يضر بالمرضى وبالمجتمع ويستوجب العقوبة عليه)

ب- طبيعة المسؤولية الجنائية الطبية:

تتنوع المسؤولية الجنائية للطبيب بين مسؤولية أخلاقية نابعة من انحراف الطبيب في سلوكه الإنساني والأخلاقي بمخالفة أصول وقواعد المهنة في الشريعة الإسلامية ، وأخرى تتبع من صميم مهنته الطبية بمخالفته لأصول وقواعد المهنة عند أهل العلم بالصناعة الطبية (1).

وبذلك تنقسم المسؤولية الجنائية للطبيب إلى قسمين:

القسم الأول: مسؤولية جنائية أخلاقية.

القسم الثاني: مسؤولية جنائية مهنية.

وتختلف مسؤولية الطبيب في كل قسمٍ منها باختلاف قصد الجاني من الفعل المحرم والموجب لقيام المسؤولية الجنائية في كلٍ منها؛ والذي يتنوع بين العمد وشبه العمد والخطأ (2).

وفي الأسطر القادمة أبين طبيعة مسؤولية الطبيب في كل قسمٍ منها على النحو التالي:

المسؤولية الجنائية الأخلاقية للطبيب:

تعتبر الأخلاق في الإسلام من مقومات الدين، ليتدبر في النفوس والقلوب فالأخلاق للمسلمين بمثابة الماء للبشر لا يمكن الاستغناء عنه أو الاستعاضة بغيره، وتتأكد هذه الأهمية للأخلاق في جانب الطبيب وهو صاحب الرسالة الإنسانية السامية، فالمهنة الطبية في أساسها مهنة أخلاقية قبل أن تكون مهنة وظيفية يتعين على من يمتنها أن تكون أخلاقه عالية بحيث يقدم المساعدة الطبية العلاجية لأي بشر كان حتى لو كان عدوه، فإن لم يكن الطبيب يحمل تلك الروح

(1) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 446)

(2) هذا التقسيم هو المشهور عند جماهير العلماء من الشافعية والحنابلة وشاركهم فيه الحنفية لكن بزيادة نوعين من الجنابة وهي الجنابة بالتسبب والجنابة بما جرى مجرى الخطأ أما المالكية فلم يشاركهم بجنابة شبه العمد واعتبروا الجنابة عمد وخطأ فقط، للمزيد/ الشاذلي: الجنابات في الفقه الإسلامي (ص: 47)

في سلوكه وأخلاقه فإن الهدف الأساسي من عمله كطبيب يُحمي أثره وتصبح المهنة أقرب إلى المادية البحتة منها إلى الأخلاق الإنسانية (1).

وتختص المهنة الطبية بأخلاق معينة لخصوصية المحل الذي تقع عليه وهو جسد الإنسان والذي يحتل في الشريعة الإسلامية قدراً كبيراً من الحفظ والحرمة،

فإن انحرف الطبيب في سلوكه عن أخلاق المهنة لأسباب مادية أو لأجل الشهرة أو استهتاراً بحرمة البشر وأجسادهم ، أوجب ذلك قيام مسؤوليته عن ما يترتب عن فعله من أضرار .

ذلك أن الأطباء بشرٌ يعترهم ما يعترى البشر من ميولٍ دنيوية تؤدي إلى الجشع والطمع فيستغلون حاجة المرضى إشباعاً لتلك المطامع؛ فعدم وضوح الطبيب مع مريضه وصدقه في العلاج يعد انتهاكاً لحق من حقوق المريض وهو الصدق في التعامل وعدم إجراء أي عمل إلا بعد إطلاعه على تفاصيله وحيثياته بكل صدق وأمانة(2).

كذلك إفشاء الطبيب لسر المريض وإيذائه في سمعته وكرامته أو امتناعه عن تقديم العلاج له وغيرها من الأعمال غير الأخلاقية يكون بسبب انحراف في سلوك الطبيب وأخلاقه وفي ذلك مخالفة لقواعد الشريعة المنظمة للمهنة الطبية مما يؤدي إلى قيام المسؤولية على الطبيب حال ترتب الضرر على سلوكه المنحرف، ولا يعني ذلك أن عدم ترتب الضرر لا يكون سبباً لمسائلته بل هو مسؤول من قبل السلطات العليا جراء مخالفته ، وقد يترتب على ذلك العقوبة في حقه(3) . - كما سيأتي معنا -

(1) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: أ.د / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م) (ص: 22)؛ وقد فرض الإسلام واجبات أخلاقية ليتصف بها كل من أراد امتهان المهنة الطبية كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد وحفظ الأسرار وستر العورات وغير ذلك من الأخلاق المتعلقة بمهنة الطب .

(2) زامل الركاض: الفقه الإسلامي يفرض مسؤوليات مهنية على الطبيب المسلم (موقع جريدة الشرق الأوسط بتاريخ 14/12/2002 م)

<http://archive.aawsat.com/details.asp?section=17&article=141462&issueno=8782>

ومما يمارسه الأطباء من صور للكذب مثلاً حال ادعائه بحاجة المريض لعملية جراحية عاجلة والأمر خلاف ذلك وما كان الهدف من رواء كذبه سوى الحصول على مبلغ مالي كأجر على العملية .، كذلك الطبيب الذي يمارس الكذب على المرضى بعدم إخبارهم بحقيقة ما يعانونه أو بحاجتهم العاجلة لإجراء جراحي طمعاً في عودتهم لعيادته مرة أخرى .

(3) طردة: المسؤولية الجنائية عن عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: أ.د / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م) (ص: 22)

فقد يبئلى المجتمع بوجود صنف من الأطباء لا يتصفون بالقدر المطلوب من الأخلاق المهنية للطبيب المسلم، فينعكس ذلك سلباً على مخرجات عملهم وممارستهم له على الأفراد مما يؤدي إلى حدوث أضرار بالغة على مستوى الفرد والمجتمع بأكمله⁽¹⁾.

فالطبيب الذي لا يرقب في مرضاه إلاً ولا ذمة لا يجد بأساً في ارتكاب جرائم لا أخلاقية باسم المهنة الطبية - ككتابة تقارير مزورة وإجراء عمليات لا حاجة لإجرائها والامتناع عن العمل وإجراء عمليات إجهاض للحوامل وغير ذلك -⁽²⁾ ونحن في كل يوم يطرق إلى مسامعنا جنائية هنا وأخرى هناك وليس ببعيدٍ عنا ما ارتكبه بعض الأطباء المأجورين في بلادي من ترك أماكن عملهم وإهمالهم للمرضى وآلامهم لأجل مطامع مادية وأخرى حزبية.

فأمثال تلك النماذج من الأطباء والذين قد خلعوا لباس الإنسانية والرحمة من على أجسادهم واستبدلوه بلباس الطمع والجشع، لا يستحقون لقب طبيب وإن كانوا قد حصلوا عليه بعد نطقهم لقسم المهنة.

المسؤولية الجنائية المهنية للطبيب:

إن المهنة الطبية من أهم المهن وأخطرها على المجتمع، إن أتقنها العاملون فيها لأجل خدمة دينهم ومجتمعهم والتخفيف عن الآلام والأوجاع كانت مهنة مؤدية لرسالة إنسانية عظيمة وتتجلى من خلالها علة فرض الشريعة لتعلمها وممارستها

في حين لو كان الهدف من امتنانها مجرد وظيفة للحصول على الأجر المقابل أو تحقيق منفعة شخصية خرجت من ثوبها الأصلي ولم تحقق الغاية المرجوة منها⁽³⁾.

فالشريعة ما أباحت للأطباء الجرأة على جسد المريض بالقطع والجرح إلاً لتحقيق مصلحةٍ أعظم وهي الحفاظ على النفس البشرية وإن كان بإفساد جزء من الجسد؛ فالطب هو الوسيلة التي يتم الاستعانة بها لتحقيق المصلحة للمريض للحفاظ على نفسه والتي يعد الحفاظ عليها المقصد الأهم في الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾.

والطبيب في مهنته يستخدم وسائل وأدوات من علاجات وجراحة وغير ذلك مما يعينه على أداء مهنته بكل يسر وسهولة ليحقق الهدف منها، فإذا ما أساء الطبيب في استخدامه لتلك الأدوات

(1) الكوني: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة، رسالة ماجستير إشراف: د/ محمد علي الصليبي، د/ أدهم

أبو طه؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2009 م) (ص: 62)

(2) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 457)

(3) الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء؛ مجلة العدل (ع: 22/ص: 140)

(4) عليان: الإعتداء على مادون النفس (ص: 22)

أو استعمالها في غير ما وضعت له كان ذلك مؤشراً على حصول الجناية من قبله مما يؤدي إلى قيام مسؤوليته المهنية (1).

وسبق أن أشرت إلى أن الجناية من قبل الطبيب تختلف درجاتها باختلاف قصد الطبيب من الفعل الذي أوقعه على جسد المريض أثناء ممارسته للمهنة الطبية وبذلك يختلف الحكم المترتب على كل جناية حسب درجتها بالنسبة لقصد الطبيب. وهذا ما أعرض له في المطلب التالي بحول الله.

ثانياً - الأحكام المترتبة على المسؤولية الجنائية للطبيب :

إن قيام مسؤولية الطبيب الجنائية وإثباتها من قبل المريض يؤدي إلى ترتب عدة أحكام شرعية هي:

الحكم الأول - الضمان:

إن الضمان يقصد به الأثر المترتب على مسؤولية الشخص الجنائية ، وفي حال قيام مسؤولية الطبيب الجنائية فإن الضمان المترتب عليه يختلف باختلاف الجناية التي ارتكبها والدوافع من ورائها فقد يكون ضامناً للقصاص وحده أو الدية وحدها أو أحدهما مع الكفارة أو التعزير ؛ وأعرض هنا لحكم الضمان على الطبيب في المسؤولية الأخلاقية والمهنية كلاً على حدا ، وذلك على النحو التالي :

أ- الضمان حال قيام المسؤولية الجنائية الأخلاقية:

يعتبر صدور أي مخالفة أخلاقية من قبل الطبيب حال ممارسته للطب موجباً لضمانه ما يترتب على تلك المخالفة من أضرار على نفس المريض ؛ إذ أن قصد الطبيب للعلاج قد انتفى في هذه الحالة فوجب الضمان عليه (2)، ويتنوع الضمان حسب تنوع الموضع الذي وقع عليه الضرر، فإن كان الجرم الذي ارتكبه الطبيب قد أدى إلى هلاك نفس المريض وقطع عضو من أعضائه ، فإن القصاص هو ما يضمنه الطبيب (3).

(1) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 471)

(2) زامل الركاض: الفقه الإسلامي يفرض مسؤوليات مهنية على الطبيب المسلم؛ موقع جريدة الشرق الأوسط <http://archive.aawsat.com/details.asp?section=17&article=141462&issueno=8782>

(3) محمد: الضرر كركن في المسؤولية الطبية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية؛ مجلة المحاماة (ع: 5 و6/ص: 631)

وفي حال كان الضرر هو فوات منفعة العضو أو بعضها فالضمان المترتب عليه هو الدية مع العقوبة التعزيرية من قبل الحاكم إن ثبت إهماله؛ لأنها حق المجتمع في الضمان والتبعية التي يضمنها لإخلاله بالأمن والاستقرار الاجتماعي⁽¹⁾.

ب- الضمان حال قيام المسؤولية الجنائية المهنية :

يختلف الضمان في المسؤولية الجنائية المهنية حسب مرتكب الجناية من الأطباء، وتتبع أقوال العلماء وآرائهم عن ضمان الطبيب حال الجناية في أثناء المهنة نجد أنهم يفرقون بين صنفين من الأطباء، صنف يتقن الصنعة ماهرٌ فيها يشهد له أساتذته بالعلم والخبرة ويطلقون عليه الطبيب الحاذق وصنف آخر جاهل بالمهنة يمارسها عن غير علم ودراية وبدون إذنٍ من ولي الأمر ويطلقون عليه الطبيب الجاهل⁽²⁾.

ولكل صنف منهما أحوال في الضمان أبينها على النحو التالي:

أولاً - ضمان الطبيب الحاذق:

للطبيب الحاذق أحوال متعددة يثبت فيها الحكم عليه بالضمان تبعاً لنوع الجناية ودرجتها؛ وهي:

الجناية عمداً :

وتقع حال قصد الطبيب إلى إلحاق الأذى بالمريض عن طريق المساس بسلامته الجسدية عدواناً وبدون وجه حق، فيستغل المهنة الطبية لتحقيق مصالح شخصية أو مالية له مستعيناً بأدوية أو آلاتٍ أو إجراءاتٍ طبيةٍ خطيرة تؤدي قصده من استخدامه لها⁽³⁾.

فالطبيب الذي يتعمد سقي مريضه بعلاج سام أو وصفه له كي يجهز على حياته بسبب عداوة بينهما أو يتعمد تركه بعد إجراء الجراحة دون قطب الجرح أو يتعمد الامتناع عن علاجه وهو في حالة خطيرة لا تحتل التأخير فمات المريض أو فقد جزءاً من جسده ، كل ذلك يعتبر قتلاً عمداً عدواناً، ويجب في حق الطبيب الضمان بالقصاص⁽⁴⁾.

(1) الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية (ص: 475)

(2) جستييه: " الخطأ الطبي في الميزان " مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة الإمام محمد ابن سعود (4490/5)

(3) كشيده: المسؤولية الجزائرية للطبيب، رسالة ماجستير إشراف: أ. د. / محمد كحلولة؛ جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر (2010 - 2011 م) (ص: 95)

(4) طردة: المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير إشراف: أ.د. / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م) (ص: 60)؛ الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء؛ مجلة العدل (ع: 22/ص149)

ومن الصور المعاصرة لتعمد الضرر من قبل الأطباء حالة ما يعرف بقتل الرحمة أو قتل المريض الميت دماغياً حيث يزعم الأطباء أن المريض الذي توقف دماغه عن العمل قد مات مع أن أعضائه تعمل بشكل جيد وطبيعي، ويكون الهدف من وراء ذلك نقل الأعضاء من جسده وبيعها للحصول على المال، خاصة وأن أهل الطب يقولون بأن عملية زرع الأعضاء لا تتم إلا إذا نقل العضو من إنسان حي، فهنا يكون الطبيب قد تعمد قتل المريض وإنهاء حياته لتحقيق مكاسب مالية دنيئة⁽¹⁾.

وفي الغالب فإن القصد إلى القتل قليلاً ما يقع من الأطباء، ولا يفعله إلا طبيب مجرم يعمل مع عصابات سرقة الأعضاء أو يكون من أهل المؤامرات الذين يقتلون لأغراض مختلفة⁽²⁾.

الجناية شبه العمد :

ويتمثل شبه العمد من الطبيب حال قصده لارتكاب الفعل المحرم دون القصد إلى قتل المريض وإنهاء حياته، كأن يقصد إلى تجربة علاج سام عليه أو تجربة إجراء طبي جديد لم تثبت نجاعته أو صلاحيته للتطبيق في علاج المرضى⁽³⁾.

فقصد الطبيب إلى إجراء التجارب الطبية على جسد المريض مع علمه بأضرارها المحتملة ومع ذلك مارسها على المريض يوجب في حقه الضمان بالدية والتعزير على تعمده لارتكاب الجناية وإن لم يتعمد نتائجها⁽⁴⁾.

الجناية الخطأ:

تعتبر الجناية خطأً من أكثر ما يصدر من الأطباء حال ممارستهم للعمل الطبي، فالطبيب في الأصل لا يقصد من علاجه للمريض إلا المصلحة وعدم الإضرار به، وإذا ما حصل ضرر أو إتلاف لجسد المريض أثناء العمل الطبي فإنه يحصل بغير قصد أو تعمد⁽⁵⁾.

فالخطأ هو إيقاع الضرر دون قصد، وفي حال ترتب ضرر جراء خطأ الطبيب فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك الضرر بضمانه.

(1) موقع الجمعية المصرية للأخلاقيات الطبية: <http://www.medethics.org.eg/ESME/index.htm>

(2) جعفر: "أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة الإمام محمد ابن سعود (4656/5)

(3) المصدر السابق (4683/5)

(4) القيسي: مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي (ص: 176)

(5) تاج الدين: المسؤولية الجنائية للطبيب وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية؛ مجلة الإدارة العامة (ع: 69 و70/ص: 195)

وقد سبق الحديث عن أنواع الخطأ الطبي وأنه ينقسم إلى نوعين خطأ بشري وخطأ مهني، فالخطأ البشري يكون فيه الطبيب كأبي إنسان آخر مؤاخذاً بما يصدر منه من أضرار نتيجة أفعاله غير المقصودة⁽¹⁾.

والدليل على ذلك مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾⁽²⁾

فالآية الكريمة عامة في كل من يصدر عنه الخطأ فيكون الطبيب داخلاً في عمومها. كما دلت نصوص عدة من العلماء على وجوب ضمان الطبيب لما يترتب على خطئه من أضرار منها:

1. ما ورد في مجمع الضمانات: (إذا أخطأ الختان فقطع الذكر في الختان ضمن) ⁽³⁾
2. وفي بداية المجتهد: (وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية، مثل أن يقطع الحشفة في الختان، وما أشبه ذلك؛ لأنه في معنى الجاني خطأ) ⁽⁴⁾

والضمان في هذه الحالة يكون تحقيقاً للعدل ومراعاةً للمصلحة العامة للمجتمع رغم كون الطبيب المخطئ لم يقصد الجناية، لكن لصيانة مصلحة الجماعة من العابثين المارقين الذي قد يستغلوا الادعاء بالخطأ لتبرير أفعالهم المقصودة وتحقيق مآرب أخرى⁽⁵⁾.

وفي حال كون الخطأ من النوع الثاني، وهو الخطأ المهني فإن ترتب الضمان يظهر من وجهين:

- الوجه الأول: مخالفة أصول المهنة الطبية التي لا تعارض فيها بين أهل الطب، وفي هذه الحالة يضمن الطبيب ما ترتب على فعله من ضرر بل أوجب بعض العلماء القصاص في حقه إن كان متعمداً⁽⁶⁾.

(1) السرطاوي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ مجلة دراسات (ع: 225/ص: 148)

(2) سورة النساء: آية (92)

(3) البغدادي: مجمع الضمانات (ص: 48)

(4) ابن رشد: بداية المجتهد (200/4)

(5) جعفر: أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية؛ مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة؛ جامعة

الإمام محمد ابن سعود (5/ 4682)

(6) الشافعي: الأم (185/6)

فقد جاء في نهاية المحتاج (ومن ختته في سن لا يحتمله لضعفٍ ونحوه أو شدة حر أو برد فمات لزمه القصاص لتعديه بالجرح المهلك)⁽¹⁾ .

■ **الوجه الثاني:** فيكون بمخالفة قواعد المهنة الطبية التي لم يثبت فيها رأي لأهل الطب فهنا لا يعتبر الطبيب في هذه الحالة مخطئاً ، ولا يترتب على فعله ضمان ؛ وذلك لعدم ثبوت خطأ ما خالفه من قواعد وأصول المهنة الطبية، ويكون الطبيب كالمجتهد في الحكم فإن أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر⁽²⁾ .

ثانياً - ضمان الطبيب الجاهل:

تعتبر ممارسة الجاهل للمهنة الطبية جنائيةً محرمة بل جريمة يتعدى فيها على أرواح الناس وأجسادهم فيغريهم من نفسه ويمارس عليهم الغش والتدليس بتصنع مهارته وعلمه بالطب⁽³⁾ .

لكننا نجد أن العلماء يفرقون بين حالتين للطبيب الجاهل عند ممارسته للعمل الطبي :

أ- الحالة الأولى: عند عدم علم المريض بجهل الطبيب وظنه بأنه طبيب ماهر:

ففي هذه الحالة يحكم العلماء بالاتفاق على وجوب الضمان لما يترتب على فعله من أضرار⁽⁴⁾، يقول ابن القيم في بيان الحكم الشرعي في المتطبيب الجاهل: (فإذا تعاطى علم الطب وعمله، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه فيكون قد غرر بالعليل فيلزمه الضمان لذلك وهذا إجماع من أهل العلم)⁽⁵⁾ .

وقد استدلت العلماء على مشروعية وجوب الضمان على الجاهل بنصوص من الكتاب والسنة والأثر والمعقول منها:

(1) الرملي: نهاية المحتاج (37/8)

(2) فقد جاء في مجمع الضمانات للبغدادي: (وَسُئِلَ الْحُلَوَانِيُّ عَنِ صَبِيَّةٍ سَقَطَتْ مِنَ السَّطْحِ فَانْتَفَخَ رَأْسُهَا فَقَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْجُرَّاحِينَ: إِنْ شَقَّقْتُمْ رَأْسَهَا تَمُوتُ وَقَالَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ: إِنْ لَمْ تَشْفُوهُ الْيَوْمَ تَمُوتُ وَأَنَا أَشْفُوهُ وَأَبْرئُهَا فَشَقَّه ثُمَّ مَاتَتْ بَعْدَ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ هَلْ يَضْمَنُ فَتَأْمَلْ مَلِيًّا ثُمَّ قَالَ: لَا يَضْمَنُ إِنْ كَانَ الشَّقُّ بِإِذْنٍ وَكَانَ مُعْتَادًا وَلَمْ يَكُنْ فَاحِشًا خَارِجَ الرِّسْمِ فَقِيلَ لَهُ: إِنَّمَا أَذْنُوا بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُ عِلَاجٌ مِثْلَهَا فَقَالَ: ذَلِكَ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ فَاغْتَبِرْ نَفْسُ الْإِذْنِ قِيلَ لَهُ: فَلَوْ كَانَ قَالَ هَذَا الْجُرَّاحُ: إِنْ مَاتَتْ مِنْ هَذَا الْجُرْحِ فَأَنَا ضَامِنٌ هَلْ يَضْمَنُ؟ قَالَ: لَا. (ص 48)

(3) حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين (ص: 28)

(4) ابن نجيم: الأشباه والنظائر (ص: 250)؛ ابن رشد: بداية المجتهد (200/4)

(5) ابن القيم: الطب النبوي (ص: 103)

• الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ (1)

وجه الدلالة: دلت الآية على أن المعتدي ظالم يستحق الاعتداء عليه بمثل ما اعتدى به، والطبيب إذا كان جاهلاً فهو معتدٍ على المريض وظالم له؛ حيث أنه سبب له الضرر وحرمة من سلامته الجسدية فيجب الضمان عليه بمثل ما اعتدى نتيجةً لعدوانه (2).

• السنة:

فقد استُدلَّ من السنة النبوية بالحديث الذي رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: (من تطبب، ولم يعلم منه قبل ذلك الطب - فهو ضامن) (3).

وجه الدلالة:

قرر الرسول ﷺ مسؤولية الطبيب حال جهله وأوجب عليه الضمان كأثر مترتب على تلك المسؤولية فقوله ﷺ: (من تطبب) ولم يقل: من طب؛ ذلك أن لفظ التفعّل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة، وأنه ليس من أهله (4).

• الأثر:

واستُدلَّ من الأثر بعدة نصوص منها:

- (رَوَى مُجَاهِدٌ وَالضَّحَّاكُ بْنُ مُرَاجِمٍ أَنَّ عَلِيًّا ﷺ خَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ مَعْشَرَ الْأَطِبَّاءِ وَالْمُنْطَبِّبِينَ وَالْبَيَاطِرَةَ مَنْ عَالَجَ مِنْكُمْ إِنْسَانًا أَوْ دَابَّةً فَلْيَأْخُذْ لِنَفْسِهِ الْبِرَاءَةَ فَإِنَّهُ مَنْ عَالَجَ شَيْئًا وَلَمْ يَأْخُذْ لِنَفْسِهِ الْبِرَاءَةَ فَعَطَبَ فَهُوَ ضَامِنٌ) (5)

- (ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَحَدَّثَنِي حَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ قَالَ حَدَّثَنِي بَعْضُ الَّذِينَ قَدِمُوا عَلَى أَبِي حِينَ وَلِيَّ قَالَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ أَيُّمَا طَبِيبٍ تَطَبَّبَ عَلَى قَوْمٍ وَلَمْ يُعْرِفْ بِالطَّبِّ قَبْلَ ذَلِكَ فَأَعْنَتَ فَهُوَ ضَامِنٌ) (6).

وجه الدلالة: تدل الآثار السابقة على وجوب الضمان في حق المعالج الجاهل إذا ما ترتب على فعله إضرار بالمريض.

(1) سورة البقرة: الآية (193)

(2) المشيخ: تضمين الطبيب في ضوء الشريعة الإسلامية (ص: 9)

(3) سبق تخريجه (ص: 10) من هذا البحث

(4) ابن القيم: زاد المعاد (127/4)

(5) ابن عبد البر: الاستنكار (63/8)

(6) نفس المرجع السابق.

• المعقول:

تعتبر مباشرة الطبيب للعمل الطبي وهو غير حاذق أو عالم بالطب فعلاً محرماً وغير مأذون فيه من قبل الشرع ولا العرف؛ وبالتالي فإنه يضمن نتيجة ما ترتب على فعله المحرم حتى لو كانت سرية، والفعل حال كونه غير مأذون فيه شرعاً فإن الجاني يكون ضامناً للضرر أمكنه التحرز أم لم يمكنه ذلك⁽¹⁾.

ب- الحالة الثانية: إذا علم المريض بجهل الطبيب وسلم نفسه للعلاج بين يديه :

ففي هذه الحالة يوجب جماهير العلماء الضمان على الطبيب؛ ذلك أن المريض لا يأذن إلا بعد أن يكون المعالج قد غره ودلس عليه فأعطى الإذن بناءً على ذلك⁽²⁾.
لكن الإمام ابن القيم الجوزية يرى أنه لا ضمان على الطبيب في حال علم المريض بجهله؛ ذلك أن المريض قد أذن له ومع الإذن ينتفي الضمان⁽³⁾.

وما ذهب إليه الجمهور هو الأصلح والأرجح، حيث أن المريض وإن أذن بالعلاج وهو يعلم جهل الطبيب وإنما يكون هذا الإذن تحت تأثير الألم وصعوبة المرض مما يضطره إلى اعطاء الإذن للتخلص من ذلك الألم، ويكون الطبيب الجاهل في هذه الحالة مستغلاً لضعف المريض من أجل الحصول على المال، فلا يعفيه علم المريض من الضمان كونه متعدياً سواء علم المريض به أم لم يعلم⁽⁴⁾.

كما أن إيجاب الضمان على هؤلاء الجهال يحفظ على الناس أرواحهم ويصون المجتمع من شرورهم وخداعهم.

الحكم الثاني - العقوبة:

قيام مسؤولية الطبيب الجنائية بشقيها الأخلاقية والمهنية يستوجب عقوبةً تتناسب ونوع الجنائية التي ارتكبها، ففلسفة العقوبة في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس تعويض المجني عليه عما تسبب فيه الجاني له من أضرار وردع الجاني عن جريمته بعدم الإضرار بالغير وزجره عن ذلك⁽⁵⁾.

(1) ابن قدامة: المغني (398/5)

(2) ابن عابدين: حاسية رد المحتار (147/6)؛ المواق: التاج والإكليل (439/8)؛ الرملي: نهاية المحتاج (37/8)؛ البهوتي: كشف القناع (35/4)

(3) ابن القيم: زاد المعاد (129/4)

(4) بن أحمد: الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة (ع: 52/ ص 12)

(5) علي: مقاصد العقوبة في الشريعة الإسلامية؛ مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية (ع: 7/ ص 42)

وسبق أن بينت أن من أنواع الأضرار الطبية الضرر الجسدي والضرر المعنوي، وأبين العقوبات التي قررتها الشريعة في كل ضررٍ منها على النحو التالي:

القسم الأول - العقوبات المقررة عند وقوع الضرر الجسدي:

أشرت سابقاً إلى أن الجناية على النفس وما دونها قد تكون عمداً أو شبه عمداً أو خطأً وتعتبر كلها جنایات يستحق عليها الجاني عقوبةً رادعةً وزاجرةً كما يستحق المجني عليه تعويضاً عما لحقه من أضرار في جسده.

والعقوبات في الشرع على نوعين⁽¹⁾:

النوع الأول: نوع حدده الشارع ونص عليه كالقصاص والدية والكفارة ، وتسمى عقوبات مقدرة.

النوع الثاني: نوع لم يحدده الشارع ولم ينص عليه وترك تحديده للإمام كالتعزير، وتسمى عقوبات غير مقدرة.

وكل جناية يرتكبها الطبيب تستوجب نوعاً أو أكثر من العقوبات تتنوع باختلاف القصد الجنائي لدى الطبيب حال ارتكابه للجناية وأعرض لتلك العقوبات على النحو التالي :

النوع الأول - العقوبات المقدرة في الشرع :

أولاً - القصاص:

في حال كانت الجناية من الطبيب على جسد المريض عمداً فإن الشريعة الإسلامية جعلت القصاص هو العقوبة المناسبة لهذه الجناية ، والقصاص يعني أن يعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قتل ويُجرح كما جرح⁽²⁾.

ويتضح هذا المعنى في قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾⁽³⁾

وفي حال تعذر استيفاء القصاص من جسد الجاني لعفو الولي أو عدم إمكانية القصاص فإن العقوبة تتحول إلى القصاص من مال الجاني ليدفع الدية ، وتكون في حقه مغلظة ولا تحملها عنه العاقلة⁽⁴⁾.

(1) عودة: التشريع الجنائي (633/1)

(2) المصدر السابق (663/1) .

(3) سورة المائدة: الآية (45)

(4) الشاذلي: الجنایات في الفقه الإسلامي (ص: 146)

وبالنسبة للطبيب الجاهل فإنه إن تعدد الإضرار بالمريض فيقتصر منه لذلك؛ أما إن لم يعتمد فلا يجب القصاص عليه والسبب في ذلك أن المتطبيب الجاهل وإن عمد إلى العلاج بجهله إلا أنه ظن نفع المريض أو رجي ذلك فكان شبهة تسقط القصاص في حقه⁽¹⁾.

ثانياً - الدية :

والحديث في الدية يشمل موجبها من أنواع الجنائية، والجهة التي تحملها على البيان التالي :

موجب الدية :

تجب الدية في الجنائية شبه العمد والخطأ كعقوبة أصلية وفي العمد كعقوبة بديلة حال تعذر القصاص إذا كانت الجنائية على النفس أو ما دونها من الأعضاء، وفي حال العمد وشبه العمد لا يختلف الطبيب في حكمها عن غيره من الجناة فتكون مغلظة في حقه، بينما في حال الخطأ فإن حكم الطبيب يختلف عن غيره ممن يخطئ⁽²⁾.

فقد أوجب الحنفية للمريض نصف الدية في حال فوات النفس، والدية كاملة في حال شفائه ويعتبر هذا الحكم من أغرب ما حكم به الحنفية حيث يوجبون الدية كاملة في غير الوفاة بينما يوجبون نصفها عند الوفاة⁽³⁾.

وقد عللوا ذلك بالقول أن حصول تلف النفس قد حدث بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو عمل الطبيب المعتاد، والآخر غير مأذون فيه وهو تجاوز الطبيب للموضع المعتاد، والذي أدى إلى التلف فيضمن النصف، أما في حالة البرء من سرية الخطأ فيتعين عليه الدية كاملة للنفس أو العضو⁽⁴⁾. بينما أوجب المالكية الدية كاملة على الطبيب عند وقوع الخطأ الطبي⁽⁵⁾.

في حين لم يبين الشافعية والحنابلة المقدار الواجب من الدية حال الخطأ من الطبيب واكتفوا بالقول أنه ضامن عند حصول الضرر⁽⁶⁾.

(1) الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل (203/8)

(2) الجميلي: الغرامة المالية في الحدود والجنايات على النفس البشرية وما دونها في الفقه الإسلامي (ص: 181 وما بعدها)

(3) السرطاوي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ مجلة دراسات (ع: 225/ ص 150)

(4) ابن عابدين: الدر المختار (69/6)

(5) ابن رشد: بداية المجتهد (18/4)

(6) الشافعي: الأم (185/6)؛ البهوتي: كشاف القناع (35/4)

الجهة التي تحمل الدية :

وأعرض للجهة التي تحمل الدية في جناية شبه العمد ثم للجهة التي تحملها في جناية الخطأ؛ كالآتي:

أ- الجهة التي تحمل الدية في جناية شبه العمد:

في حال ارتكب الطبيب الحاذق الجناية شبه العمد ، فقد اختلف العلماء القائلون بهذا النوع من الجناية في الجهة التي تحمل الدية هل هي العاقلة أم الطبيب في ماله، على قولين:

القول الأول: قال بوجوب الدية في مال الجاني، وهو لبعض الحنابلة⁽¹⁾.

القول الثاني: وقال بوجوب الدية على العاقلة، وهو للحنفية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ وجمهور الحنابلة⁽⁴⁾.

✓ الأدلة :

- أدلة القول الأول:

وقد استدلت أصحاب القول الأول القائل بوجوب الدية في مال الجاني من القياس:

• من القياس:

حيث قاسوها على دية العمد بجامع أنهما تجبان بفعل قصده الجاني، فلم تحمله العاقلة، كما أن دية العمد تكون مغلظة ، وفي مال الجاني فتكون دية شبه العمد مثلها⁽⁵⁾.

- أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائل بوجوب الدية على العاقلة بأدلة من السنة والقياس والمعقول:

• السنة:

أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، قَالَ: افْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُدَيْلٍ، فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَفَقَّتَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَأَخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، (فَقَضَى أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ، عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى أَنَّ دِيَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا)⁽⁶⁾

(1) المرادوي: الانصاف (128/10)

(2) ابن الشحنة: لسان الحكام (ص: 389)

(3) الشيرازي: المهذب (237/3)

(4) ابن قدامة: المغني (375/8)

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) البخاري: صحيح البخاري، [كتاب الديات؛ باب جنين المرأة ؛(ح: 6910)؛ (11/9)]

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حكم بدية المرأة المقتولة على عاقلة القاتلة فدل ذلك على وجوبها في جهة العاقلة⁽¹⁾.

• **من القياس:**

فاسوا دية شبه العمد على الدية الخطأ بجامع أن كلاً منهما جنائية لا توجب قصاصاً؛ حيث أن الدية في الخطأ تكون على العاقلة ، فتعين كونها على العاقلة في شبه العمد⁽²⁾.

• **من المعقول:**

أن شبه العمد يخالف العمد المحض؛ لأنه يغلظ من كل وجه، لقصد الجاني الفعل وإرادته القتل، وشبه العمد يغلظ من وجه ، وهو قصد الجاني الفعل، ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل، فاقتضى تغليظها من وجه وهو تغليظ الدية، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها⁽³⁾.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى اختلاف العلماء في نظرته للجاني في شبه العمد؛ فمن قال بوجوبها في ماله كانت نظرته مصوية نحو الفعل المحرم الذي ارتكبه دون الالتفات إلى عدم قصده للنتيجة، بينما من قال بوجوبها على العاقلة فقد اعتبر عدم قصد الجاني للنتيجة المحرمة وجعله مسوغاً للتخفيف عنه.

القول الراجح:

وبعد عرض الأقوال في المسألة أرجح القول الأول القائل بوجوب الدية في مال الجاني؛

للسباب التالية:

1. في الجناية شبه العمد وإن لم يقصد الجاني النتيجة لكنه قصد الفعل المحرم، والشريعة الغراء تحرم الإضرار بالفعل المحرم والقصد إليه ، ومن ذلك إيجابها للدية مغلظة كعقوبة على الجاني في شبه العمد ، وكونها عقوبة يقتضي أن يتحملها الجاني في ماله.

2. أن تحميل الجاني للدية فيه تحقيق لجانب الردع والزرع الذي تهدف إليه الشريعة الإسلامية ، فلا يكون تخفيفها بالعاقلة سبباً لتجرؤ الجناة على القتل بدعوى عدم القصد إليه.

أما في حال كان الجاني متطبباً جاهلاً ففي كون الدية في ماله أو على عاقلته ؛ قولان:

(1) ابن بطال: شرح صحيح البخاري (552/8)

(2) ابن قدامة: المغني (375/8)

(3) السمرقندي: تحفة الفقهاء (119/3)

القول الأول: أن الدية في ماله، وهو أحد قولين عند المالكية (1).

القول الثاني: أنها على العاقلة، وهو للشافعية (2) والقول الآخر للمالكية (3).

✓ الأدلة:

– أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائل بوجوبها في مال المتطرب الجاهل بالمعقول:

• من المعقول:

حيث قالوا أن المتطرب الجاهل يجب أن يغرم الدية في ماله ؛ لأنه يعمد إلى الشخص الذي ليس به بأس فيسقيه دواءً غير مناسب فيقتله؛ فكان لا بد من تغريمه الدية في ماله حفاظاً على أرواح الناس وأجسادهم (4).

– أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائل بوجوب الدية على عاقلة المتطرب الجاهل بالقياس:

• من القياس:

حيث قاسوا دية المتطرب الجاهل على دية الخطأ بجامع أن الجاني في كلٍ منهما لم يقصد النتيجة الحاصلة من جنايته ، فيخفف عنه بتحمل العاقلة للدية (5).

القول الراجح:

وأرى رجاحة القول الأول القائل بجعل الدية في مال الجاهل لتكون رادعةً له عن خداع الناس وغشهم بعلمه ومهارته رجاء الحصول على المال ؛ فتكون الدية في ماله عقوبة له، وصيانةً لأرواح الناس من الجهلة والمتطربين.

(1) ابن رشد: البيان والتحصيل (368/9)

(2) الرملي: نهاية المحتاج (35/8)

(3) ابن رشد: بداية المجتهد (18/4)

(4) ابن رشد: البيان والتحصيل (368/9)

(5) الرملي: نهاية المحتاج (35/8)

ب-الجهة التي تحمل الدية في جناية الخطأ :

في حال ارتكب الطبيب خطأً يوجب قيام مسؤوليته الجنائية فإن جمهور العلماء يجعلون الدية على عاقلته من باب التخفيف عليه حيث أنه لم يقصد الفعل المحرم أو ما نتج عنه (1).

لكن علماء المذهب المالكي قد نهجوا سياسة التخفيف على عاقلة الطبيب في تحملها لتبعات الجناية الخطأ حيث أوجبوا الدية في مال الطبيب إذا كانت أقل من الثلث ، أما إن كانت فوق الثلث فتكون على العاقلة(2).

وهذه النظرة من المالكية لها وجاهاتها عند التطبيق على أرض الواقع حيث أن الميدان الطبي ميدانٌ يكثر فيه الخطأ لكثرة الاحتمال فيه ومن المجحف تحميل العاقلة لكل خطأ يرتكبه الطبيب حتى لو كان أقل من ثلث الدية، فقد يترتب على ذلك حرج ومشقة على عاقلة الطبيب ويؤدي إلى الإحجام عن التطبيب فتلحق المشقة المجتمع بأكمله.

ويعد تحميل العاقلة لدية القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية استثناءً على المبدأ العام فيها وهو شخصية المسؤولية الجنائية بمعنى أن كل شخص مسؤول عما يصدر عنه من جرم فلا يعاقب أحدٌ بجريرة أحد، وأساس هذا الاستثناء هو تحقيق العدالة ذلك أن تطبيق مبدأ الشخصية على دية الخطأ لا يمكن أن تتحقق فيه العدالة بل يؤدي إلى الظلم الفاحش (3).

وتحصل المناصرة والمؤازرة بين أفراد العصابة(4) أو العشيرة(5) الواحدة أو أهل الديوان الواحد(6)، وفي زماننا الحاضر حيث قلت المناصرة بين العائلة الواحدة -عوضاً عن العشيرة والعصابة - بل عدمت وانقرضت فإن البديل عن العاقلة في حال وجبت الدية على الطبيب المخطئ هي الدولة، لما بين الطبيب وبين المؤسسات الصحية في الدولة من التكافل والتناصر والتوجيه والإرشاد، وذلك في حال كان الطبيب موظفاً من موظفي الدولة أما إذا لم يكن من موظفيها فإن الدولة تتحمل الدية عن الطبيب عوضاً عن بيت المال حتى لا يذهب دم مسلمٍ هدرًا(7).

(1) السمرقندي: تحفة الفقهاء (106/3)

(2) ابن رشد: بداية المجتهد (18/4)

(3) عودة: التشريع الجنائي (395/1)؛ إدريس: الدية بين العقوبة والتعويض (ص: 345)

(4) العصابة هم: ذكور عصابة الجاني نسباً وولاءً والذين يرثونه إن قتل، والحنايلة يرون أنهم هم العاقلة: البهوتي: كشف القناع (59/6)

(5) العشيرة هم: حاشية النسب وهم الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم، ويرى الشافعية أنهم هم العاقلة، النووي: روضة الطالبين (349/9)

(6) أهل الديوان هم: أهل الرايات في الجيش أي المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العاقلين الذين كتبت أسماؤهم في جريدة الحساب ولهم رزق وعطاء من من بيت المال . ويرى الحنفية والمالكية أنهم هم العاقلة، الغنيمي: اللباب في شرح الكتاب (178/3)

(7) اسليم: العاقلة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي (ص: 59)

ثالثاً - الكفارة :

يقصد بها العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها⁽¹⁾، وتجب في حال القتل الخطأ، ودليل وجوبها قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾⁽²⁾.

وقد يظهر وجه تعارض بين وجوب الكفارة كونها تجب لمعصية وقعت، وبين قول النبي ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنُ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالسَّيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ)⁽³⁾.

فظاهر الحديث أن الله عز وجل قد رفع الإثم عن المخطئ فلا يؤاخذ عليه في الآخرة ؛ لأنه لم يقصد المعصية ولا الطريق إليها فلماذا نوجب الكفارة عليه ؟

إن المتأمل لفعل الجاني خطأً يجد أنه لا يأتئ إثم المعصية ، وإنما يأتئ لتقصيره وإهماله وعدم احتياظه لأرواح الناس فيرتكب جريمة من حيث الواقع لا من حيث القصد، فكانت الكفارة لأجل ذلك الإثم تطهيراً للجاني من التقصير والندم⁽⁴⁾.

إلا أن النص السابق قد أوجب الكفارة في القتل الخطأ دون العمد وشبهه، فهل تجب فيهما الكفارة على الجاني أم لا ؟

كفارة القتل العمد وشبهه العمد:

ذهب الحنفية والحنابلة⁽⁵⁾ في الرواية المشهورة عندهم أن الكفارة تجب في شبه العمد ولا تجب في العمد، بينما ذهب الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى⁽⁶⁾ أن الكفارة واجبة مطلقاً في حال العمد وشبهه، بينما ذهب المالكية⁽⁷⁾ إلى أنها مندوبة في حال القتل العمد وقتل الجنين. بينما ذهب الظاهرية⁽⁸⁾ إلى عدم وجوبها مطلقاً لا في العمد ولا شبهه.

(1) عودة: التشريع الجنائي (683/1)

(2) سورة النساء: الآية (92)

(3) ابن ماجة: سنن ابن ماجة [كتاب الطلاق؛ باب طلاق المكره والناسي(ح: 4351) (300/5)]؛ حكمه: صححه الألباني في نفس المصدر .

(4) جعفر: أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية، مؤتمر قضايا طبية معاصر؛ جامعة الإمام محمد ابن سعود (5/ 4685)

(5) ابن قدامة: المغني (8/516)

(6) الشرييني: مغني المحتاج (5/374)؛ ابن قدامة: المغني (8/515)

(7) القرافي: الذخيرة (12/418)

(8) ابن حزم: المحلى (11/238)

وبالمجمل فإن الكفارة حق من حقوق الله تعالى تحمل معنى العبادة؛ حيث شرعت تكفيراً للذنوب ومحوراً للجرم وتقرباً إلى الله تعالى، فإن كانت هذه الحكم متجلية في الجناية الخطأ فمن باب أولى في جناية العمد وشبهه (1)

النوع الثاني - العقوبات غير المقدرة في الشرع:

عرضت في الأسطر الماضية للعقوبات التي قدرها الشرع، وأعرض هنا للعقوبات التي لم يضع الشارع لها تقديراً معيناً، وإنما ترك أمر ذلك للإمام، ويطلق عليها عقوبات التعزير.

أ - مفهوم التعزير في اللغة والاصطلاح :

1- التعزير في اللغة: يعني المنع والتأديب وهو الضرب دون الحد (2).

2- وفي الاصطلاح: (هو معاقبة المجرم بعقاب مفوض شرعاً إلى رأي ولي الأمر نوعاً ومقداراً) (3).

ب- موجب عقوبة التعزير:

وتجب عقوبة التعزير في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب غير ما يكون في حد أو دية أو قصاص، فإنها لا تكون فيها عقوبة أصلية ، وإنما بديلة عند امتناع العقوبة الأصلية كتعذر استيفاء القصاص أو إضافية تضاف على العقوبة الأصلية كالتعزير في قصاص الجراح (4).

ت- ضابط عقوبة التعزير:

والضابط للتعزير في الشريعة هو أن كل من ارتكب منكراً أو آذى غيره بغير حق بقولٍ أو فعلٍ أو إشارة يلزمه التعزير عقوبة على ما صدر منه (5).

ففي حال ارتكب الطبيب جريمة يستوجب عليها التأديب والزجر كالجرائم الأخلاقية أو غير ما يوجب الدية والقصاص، فإنه يستحق عقوبة تعزيرية، والتي قد تكون جسدية بالضرب والجلد والحبس والحجر أو مالية بالغرامة المالية أو الفصل من العمل أو معنوية بالتنبيه والتوبيخ والتشهير (6).

(1) الشاذلي: الجنايات في الفقه الإسلامي (ص: 342)

(2) الفيروز آبادي: القاموس المحيط؛ مادة (العزر) (ص: 439)؛ الرازي: مقاييس اللغة؛ مادة (عزر) (311/4)

(3) الزرقا: المدخل الفقهي العام (ص: 651)

(4) عودة: التشريع الجنائي (1/685)

(5) ابن عابدين: الدر المختار (4/72)

(6) العمري والعاني: فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية (ص: 376)؛ جعفر: أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية، مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود (4684/5)

ث - حكم تعزير الطبيب والحكمة منه:

ومن المذاهب الفقهية التي حكمت بالعقوبة التعزيرية على الطبيب عند ارتكابه ما يوجبها المذهب الحنفي والمذهب المالكي، فقد أفتى الإمام أبو حنيفة بالحجر على الطبيب الجاهل ومنعه من ممارسة الطب بقوله: (لا يجوز الحجر إلا على ثلاثة على المفتي الماجن، وعلى المتطبيب الجاهل، وعلى المكاري المفلس؛ لما فيه من الضرر الفاحش إذا لم يحجر عليهم) (1) وعلل السبب في الحكم على المتطبيب الجاهل؛ لأنه يفسد على الناس أبدانهم، فوجب منعه دفعاً للضرر (2).

أما المذهب المالكي فقد حكم الإمام مالك بوجوب الضرب والحبس على المتعدي بالطب وهو جاهل به كعقوبة تعزيرية في حقه بسبب تغريبه بالمريض (3).

فنتطبيق العقوبة التعزيرية عند وقوع الضرر الطبي يحمي المرضى من تعدي الأطباء الجهلة، وتقصير وإهمال المفرطين منهم المستهترين بحياة الناس وأجسادهم.

القسم الثاني - العقوبات المقررة عند وقوع الضرر المعنوي:

إن الضرر المعنوي هو الضرر غير الجسدي الذي يصيب المريض في شرفه وسمعته، بل وفي نفسيته من حزن وألم بسبب فقدته لجماله نتيجة خطأ الطبيب وتعيده (4).

وقد فرضت الشريعة الإسلامية العقوبة حال الاعتداء على الشرف والكرامة مثل الجلد ثمانين جلدة للذف؛ والتعزير على أي اعتداء محرم على العرض والشرف بالسب والإهانة ونحوهما في غير القذف بالزنا، وقد علل الفقهاء هذا التعزير بقولهم أنه آذاه بإلحاق الشين به (5).

كما حكمت الشريعة بعقوبة مالية وهي الدية الناقصة، والتي يطلق عليها الأرش عند ذهاب منفعة عضو مثنى أو صفة من صفاته الجمالية، والأرش نوعان المقدر وهو ما حدد الشرع له مقداراً مادياً معيناً كأرش اليد والرجل، وغير المقدر وهو ما لم يحدد الشرع له مقداراً معلوماً في الإصابات والجروح، وإنما ترك للحاكم أو القاضي الحرية في تقديره، ويسمى حكومة العدل (6).

(1) السرخسي: المبسوط (157/24)

(2) نفس المصدر السابق .

(3) ابن رشد: المقدمات الممهدة (251/2)

(4) العماوي: التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها (ص: 237)

(5) داغي: التعويض عن الضرر المعنوي، مقال على الإنترنت في الموقع الرسمي له؛

<http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com>

(6) الزحيلي: نظرية الضمان (ص: 293)

وقد ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أبعد من ذلك ، فأوجب حكومة العدل عقوبة على إحساس المجني عليه بالألم نتيجة للجناية فقال: (يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه)⁽¹⁾ .

فالضرر المعنوي معتبر في الشريعة الإسلامية تحكم بالضمان على كل من كان سبباً فيه، ولا يختلف الطبيب في ذلك الحكم عن غيره، بل قد يكون في حقه أكد؛ لأنه مأذون له بالقطع والجرح في الجسد فيكون أكثر عرضة لإيقاع الألم والضرر النفسي على المريض من غيره⁽²⁾ .

(1) البابرتي: العناية شرح الهداية (296/10)

(2) داغي: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي؛ مقال له على الإنترنت في الموقع الرسمي له؛ http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=376:2009-07-

الخاتمة

بعد إتمام هذه الأطروحة بفضل من الله عز وجل فقد خلصت إلى بعض النتائج والتوصيات، وكانت على النحو التالي :

أولاً - النتائج :

- 1- الخطأ الطبي هو : (انتفاء قصد الطبيب المعالج إيقاع الضرر بالمريض عند ممارسته لعمله بسبب مخالفته شروط العمل الطبي في الشريعة الإسلامية)
- 2- من أسباب وقوع الأخطاء الطبية: الجهل والإهمال وعدم اعتبار الطبيب لجانب الحيطة والحذر في العمل الطبي وعدم مراعاته للأصول العلمية لمهنة الطب، وكذلك مخالفته لأنظمة وشروط ممارسة المهنة.
- 3- يتنوع الخطأ الطبي إلى نوعين: النوع الأول : الخطأ البشري والذي يقع نتيجة خلل في طبيعة وسلوك الإنسان مثل أن تزل يد الجراح في العملية أو نسيانه لقطعة من الشاش في جسد المريض؛ والنوع الثاني: الخطأ المهني وهو الذي يقع نتيجة ممارسة الطبيب للمهنة مثل ممارسة الطب بدون إذن وإفشاء السر الطبي وامتناع الطبيب عن العلاج.
- 4- لإباحة ممارسة المهنة الطبية في الشريعة الإسلامية عدة شروط هي : الأول /ممارستها بإذن معتبر من المريض ومن الشرع؛ الثاني / أن يكون الطبيب حاذقاً ماهراً في الطب؛ الثالث / وأن يقصد من العمل الطبي العلاج لا قصداً آخر.
- 5- يقاس الخطأ الطبي بمعياري له قاعدتان: الأولى / كل ضرر يمكن التحرز منه وتركه الشخص الذي صدر منه الفعل أعتبر فعله خطأ؛ والثانية / كل ضرر تولد عن فعل غير مأذون فيه شرعاً؛ سواء تحرز منه أم لم يتحرز كان هذا الفعل من الخطأ.
- 6- الأعمال الطبية التي يقدمها الطبيب على نوعين: أعمال طبية لغرض الاستشفاء، وأعمال لغير غرض الاستشفاء.
- 7- المسؤول عن تحمل عبء إثبات الخطأ الطبي في الأعمال الطبية التي غرضها الاستشفاء هو المريض نفسه، فله أن يأخذ بكل الوسائل والطرق التي كفلتها الشريعة للإثبات حتى يستطيع أن يحصل على الحق الذي رفع الدعوى لأجله.
- 8- في الأعمال الطبية التي ليست لغرض الاستشفاء المسؤول عن تحمل عبء الإثبات فيها يحدده القاضي بناءً على المصلحة المترجحة لديه وفق ضوابط الشرع في التفريق بين المدعي والمدعى عليه.

- 9- المسؤولية الطبية هي : (مؤاخذة الطبيب على فعلٍ أو قولٍ ترتب عليه ضررٌ بالمريض وتحمله تبعة ذلك حال تجاوزه للقواعد الشرعية والقانونية المنظمة لمهنة الطب).
- 10- للمسؤولية الطبية أركان ثلاثة هي: التعدي والضرر والعلاقة السببية بينهما.
- 11- تنقسم المسؤولية الطبية إلى قسمين: مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية.
- 12- المسؤولية المدنية للطبيب نوعان: نوع ينشأ بعد الاتفاق بين الطبيب والمريض، ويسمى المسؤولية التعاقدية؛ ونوع لا ينشأ عن اتفاق مسبق بينهما، ويسمى المسؤولية القصيرية.
- 13- العقد الطبي هو : (ارتباط الإيجاب والقبول بين المريض والطبيب على وجه مشروع يثبت أثره في محله).
- 14- يجوز اشتراط البرء على الطبيب متى تمكن من تحقيقه في ظل المعطيات الطبية الحديثة؛ فإن لم يتمكن منه فلا يجوز اشتراطه عليه في العقد.
- 15- أن مسؤولية الطبيب تقوم على حسب نوع الإلتزام الذي التزم به في العقد فإن كان بدلاً للجهد الطبي والعلاجي للوصول إلى الشفاء وقصر في ذلك انقلبت مسؤوليته إلى التقصيرية، وإن كان التزاماً بتحقيق نتيجة كنقل الدم وتقويم الأسنان أو عمليات التجميل فإن الطبيب يسأل عن الأضرار الناتجة من ذلك بناءً على ما اتفق عليه في العقد.
- 16- من الأحكام المترتبة على قيام المسؤولية الطبية المدنية : الضمان وانتهاء العقد والتعويض وعدم استحقاق الأجرة.
- 17- العلماء متفقون على عدم تضمين الطبيب إذا حصل منه تلفٌ أو ضررٌ أثناء العمل، ولا يقولون بضمانه إلا إذا ثبت منه تقصير أو تقريط، فأبي ضرر يحصل لا يسأل عنه الطبيب إلا إذا ثبت إهماله أو إخلاله بقوانين المهنة.
- 18- في حال ممارسة الطبيب للعمل الطبي بدون إذن معتبر فإن الحكم بالضمان يرجع إلى تقدير القاضي، واعتباره للمصلحة بمراعاة جانب كلٍ من المريض والطبيب.
- 19- إذا ما ترتب على إخلال الطبيب بما التزم به في العقد الطبي ضرر مسّ الذمة المالية للمريض، فإن الطبيب يضمن ذلك الضرر بتعويض المريض عن ماله الذي فقده بالمثل أو بالقيمة.
- 20- يستحق الطبيب الأجرة حتى لو وقع منه خطأ جرّاء العمل إلا إذا كان جاهلاً بالطب أو متعمداً الإضرار بالمريض؛ فإنه لا يستحقها ويكون ذلك من باب التعزير في حقه.

- 21- المسؤولية الطبية الجنائية هي : (التبعية الشرعية التي يتحملها الطبيب المدرك المختار نتيجة ارتكابه لفعل محرم يضر بالمريض وبالمجتمع ويستوجب عليه العقوبة).
- 22- الأحكام المترتبة على قيام مسؤولية الطبيب الجنائية هي: الضمان والعقوبة.
- 23- يفرق العلماء في الحكم بالضمان بين الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل.
- 24- تنقسم العقوبات المترتبة على وقوع الضرر الجسدي إلى قسمين : عقوبات مقدرة من الشرع وهي القصاص والدية والكفارة وعقوبات لم يفدها الشرع وهي التعازير.
- 25- الضرر المعنوي معتبر في الشريعة الإسلامية ويجوز التعويض عنه حال ترتبه على وقوع الخطأ الطبي.

ثانياً - التوصيات :

- 1- أوصي الأطباء بتقوى الله في العمل الذي يقومون به والذي يقع على أعلى ما يملك الإنسان ألا وهو الجسد.
- 2- كذلك أوصي أهل الاختصاص من المسؤولين في وزارة الصحة بإنشاء هيئات رقابية على عمل الأطباء في المستشفيات والعيادات الخاصة للحد من وقوع الأخطاء الطبية والتعامل معها بكل شفافية وعدل وأمانة عند وقوعها.
- 3- كما أوصي بإنشاء هيئة قضائية طبية مستقلة تكون مهمتها تقديم المساعدة للمريض في الوصول إلى حقه حال ارتكاب الخطأ الطبي.
- 4- أخيراً أوصي الباحثين باستكمال البحث في إثبات المسؤولية الجنائية للطبيب وما يتعلق بها من عقوبات وأحكام.

الفهارس العامة

وتشتمل على:

أولاً : فهرس الآيات القرآنية الكريمة

ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

ثالثاً : فهرس المصادر والمراجع

رابعاً: فهرس المحتويات

أولاً : فهرس الآيات القرآنية الكريمة

الصفحة	رقمها	الآية
البقرة		
30	185	﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾
127	193	﴿ فَلَا عُذْرَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾
35	225	﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ... ﴾
47	228	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ ... ﴾
40 ، 32 ، 29	282	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... ﴾
آل عمران		
31	18	﴿ شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ﴾
32	77	﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا ... ﴾
28	81	﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ ... ﴾
النساء		
83	1	﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ﴾
78	83	﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّاعُوا بِهِ وَكَوَرُودُهُ إِلَى ... ﴾
125	92	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا ﴾
المائدة		
96	1	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
129	45	﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ ... ﴾
الأنعام		
111	164	﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾
التوبة		
110	91	﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾
هود		
أ	88	﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

الصفحة	رقمها	الآية
يوسف		
47	18	﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ ...﴾
100	72	﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٌ﴾
النحل		
78	43	﴿فَأَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾
طه		
84	36	﴿قَالَ قَدْ أُوتِيتَ سُؤْلَكَ يَا مُوسَى﴾
المؤمنون		
18	8	﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾
النور		
31	8	﴿وَيَذَرُهَا الْعَدَابُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾
الفرقان		
74	59	﴿فَأَسْأَلُ بِهِ خَيْرًا﴾
الاحزاب		
7	5	﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ﴾
الصفافات		
84	24	﴿فَقُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾
الشورى		
88	40	﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾
الطور		
88	21	﴿وَمَا أَلْتَنَاهُمْ مِنْ عَمَلِهِمْ مِنْ شَيْءٍ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنٌ﴾.
الطلاق		
32	2	﴿وَأَشْهَدُوا دَوْرِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ ...﴾

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

الصفحة	طرف الحديث
28	أتى رجل النبي وهو في المسجد فناداه.....
29	أن امرأة من جهينة أتت النبي وهي حبلى من....
26	إنني تزوجت امرأة فجاءت أمة سوداء فقالت أنها أرضعتنا،....
25	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
33	عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي قال لمن سأله...
63 ، 35	عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قال: لو يعطى الناس.....
47	عن زكوان مولى السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قال: سمعت عائشة تقول...
37	عن عَلْقَمَةَ بْنِ وَاثِلِ بْنِ حُجْرٍ قَالَ: (كُنْتُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ...)
40	مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ..
48	ما روي عن عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: اخْتَصَمَ سَعْدُ وَابْنُ زَمْعَةَ...
10	من تطيب ولم يعرف منه طب قبل ذلك فهو ضامن
32	من حلف على يمين يستحق
40	مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرٍ...

ثالثاً : فهرس المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم وتفسيره:

- القرآن الكريم

كتب التفسير وعلوم القرآن.

1.	الألوسي	شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ)، الكتاب: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المحقق: علي عبد الباري عطية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1415 هـ
2.	الجصاص	أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ). الكتاب: أحكام القرآن، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين. الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1415هـ/1994م
3.	الزحيلي	د وهبة بن مصطفى الزحيلي، الكتاب : التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، الناشر : دار الفكر المعاصر - دمشق. الطبعة : الثانية، 1418 هـ.
4.	الزحيلي	وهبة بن مصطفى الزحيلي؛ الكتاب : التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج؛ الناشر : دار الفكر المعاصر - دمشق، الطبعة : الثانية (1418 هـ)
5.	أبو السعود	العمادي محمد بن محمد بن مصطفى (ت: 982هـ)؛ الكتاب: تفسير أبي السعود = إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم؛ الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت؛ بدون طبعة
6.	الشوكاني	محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت : 1250هـ)؛ الكتاب: فتح القدير؛ الناشر: دار ابن كثير - دار الكلم الطيب (دمشق - بيروت)؛ الطبعة الأولى (1414 هـ)
7.	الطبري	محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: 310هـ)، الكتاب: جامع البيان في تأويل القرآن، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م
8.	العز ابن	أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي (ت: 660هـ)؛ الكتاب: تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)؛

	عبد السلام	المحقق: الدكتور عبد الله بن إبراهيم الوهبي. الناشر: دار ابن حزم - بيروت؛ الطبعة: الأولى (1416هـ / 1996م)
9.	القرطبي	أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت: 671هـ)؛ الكتاب: الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي. المحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش؛ الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة؛ الطبعة: الثانية (1384هـ - 1964م)
10.	ابن كثير	أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري (ت: 774هـ)؛ الكتاب: تفسير القرآن العظيم؛ المحقق: سامي بن محمد سلامة. الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع؛ الطبعة: الثانية (1420هـ - 1999م)
11.	النسفي	أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود (ت: 710هـ)؛ الكتاب: تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)؛ المحقق: يوسف علي بدوي؛ راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو؛ الناشر: دار الكلم الطيب - بيروت؛ الطبعة: الأولى (1419هـ - 1998م)

ثانيا : كتب السنة وشروحها :

12.	البخاري	محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، (ت: 256 هـ)، الكتاب: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)؛ الطبعة: الأولى، (1422هـ)
13.	ابن عبد البر	أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)؛ الكتاب: الاستذكار؛ المحقق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض؛ الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت؛ الطبعة: الأولى (1421 - 2000)
14.	ابن بطلال	أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت: 449هـ)؛ الكتاب: شرح صحيح البخاري لابن بطلال؛ المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم؛ الناشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض؛ الطبعة: الثانية (1423هـ - 2003م)

<p>أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (ت: 458هـ)؛ الكتاب: شعب الإيمان؛ المحقق: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد؛ أشرف على التحقيق: مختار أحمد الندوي، صاحب الدار السلفية ببومباي - الهند؛ الناشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند الطبعة: الأولى، (1423 هـ - 2003 م)</p>	<p>البيهقي</p>	<p>15.</p>
<p>الكتاب: السنن الكبرى؛ المحقق: محمد عبد القادر عطا. الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان؛ الطبعة: الثالثة، (1424 هـ - 2003 م)</p>		<p>16.</p>
<p>أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، (ت: 279هـ)؛ الكتاب: سنن الترمذي؛ المحقق: أحمد محمد شاكر (ج 1، 2)، محمد فؤاد عبد الباقي (ج 3)، إبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج 4، 5)؛ الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر. الطبعة: الثانية (1395 هـ - 1975 م)</p>	<p>الترمذي</p>	<p>17.</p>
<p>أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، (ت: 852هـ)؛ الكتاب: فتح الباري شرح صحيح البخاري؛ رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي؛ قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب؛ عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز؛ الناشر: دار المعرفة - بيروت، (1379 هـ)</p>	<p>ابن حجر</p>	<p>18.</p>
<p>سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: 275هـ)؛ الكتاب: سنن أبي داود؛ المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد؛ الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت</p>	<p>أبو داود</p>	<p>19.</p>
<p>أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار (ت: 385هـ)؛ الكتاب: سنن الدارقطني؛ المحقق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم؛ الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان. الطبعة: الأولى (1424 هـ - 2004 م)</p>	<p>الدارقطني</p>	<p>20.</p>

21.	الشوكاني	محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: 1250هـ)؛ الكتاب: نيل الأوطار؛ المحقق: عصام الدين الصبابطي؛ الناشر: دار الحديث، مصر؛ الطبعة: الأولى (1413هـ - 1993م)
22.	ابن ماجه	أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)؛ الكتاب: سنن ابن ماجه؛ المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي؛ الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي؛ بدون طبعة
23.	مالك	مَالِكُ بْنِ أَنَسِ الْأَصْبَحِيِّ (ت: 179 هـ)؛ الكتاب: الموطأ. المحقق: الدكتور بشار معروف؛ الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت.
24.	مسلم	أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)؛ الكتاب: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي. الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت؛ بدون طبعة
25.	النووي	أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)؛ الكتاب: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج؛ الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت؛ الطبعة: الثانية (1392 هـ)

ثالثا : كتب القواعد الفقهية وأصول الفقه :

26.	البورنو	محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الكتاب: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الرابعة، (1416 هـ - 1996 م)
27.	الرازي	أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين (ت: 606هـ)، الكتاب: المحصول، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة؛ (1418 هـ - 1997 م)
28.	الزركشي	أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ) الكتاب: المنثور في القواعد الفقهية، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية. الطبعة: الثانية (1405 هـ - 1985 م)

29.	ابن عبد السلام	أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن (ت: 660هـ)، الكتاب: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، طبعة (1414 هـ - 1991 م)
30.	السيوطي	عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت: 911هـ)، الكتاب: الأشباه والنظائر، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1990م
31.	القرافي	أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت: 684هـ)، الكتاب: الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة
32.	ابن نجيم	زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: 970هـ)، الكتاب: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان. الطبعة: الأولى، (1419 هـ - 1999 م)

رابعاً / كتب السياسة الشرعية :

33.	بني بكر	قاسم محمد؛ الكتاب : نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها في القضاء الشرعي؛ الناشر : دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الأولى (1430 هـ - 2009 م)
34.	حيدر	علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت: 1353هـ)، الكتاب: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، الناشر: دار الجيل، الطبعة: الأولى، (1411هـ - 1991م)
35.	خان	محمد ابن عبد المجيد خان؛ الكتاب : ظفر اللاطي بما يجب في القضاء على القاضي؛ نسخة pdf بدون طبعة.
36.	داود	أحمد محمد علي (قاضي محكمة الاستئناف الشرعية وعضو المجلس القضائي الشرعي والمحاضر في عدة جامعات سابقاً)؛ الكتاب : القضاء والدعوى والإثبات والحكم؛ الناشر: دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الأولى (1433 هـ - 2012 م)

37.	أحمد محمد علي (قاضي محكمة الاستئناف الشرعية وعضو المجلس القضائي الشرعي والمحاضر في عدة جامعات سابقاً)؛ الكتاب : أصول المحاكمات الشرعية؛ الناشر: دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الثانية (1432هـ - 2011 م)	
38.	أحمد محمد علي (قاضي محكمة الاستئناف الشرعية وعضو المجلس القضائي الشرعي والمحاضر في عدة جامعات سابقاً)؛ الكتاب : القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية؛ الناشر : دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الثالثة (1432هـ - 2011 م)	
39.	محمد (عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة)؛ الكتاب: فقه القضاء والدعوى والإثبات؛ (1422هـ - 2002م)	
40.	الدغمي محمد راكان ضيف الله؛ الكتاب : دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية؛ الناشر : دار عمار - عمان، دار الجيل - بيروت؛ الطبعة : بدون.	
41.	الزحيلي محمد ؛ الكتاب : التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي؛ الناشر : دار الفكر المعاصر - لبنان، دار الفكر - سورية؛ بدون طبعة	
42.	الكتاب : وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية؛ الناشر : دار البيان - دمشق؛ الطبعة الأولى (1402 هـ - 1982 م)	
43.	زيدان عبد الكريم؛ الكتاب : نظام القضاء في الشريعة الإسلامية؛ الناشر : مؤسسة الرسالة - بيروت، مكتبة البشائر - الأردن؛ الطبعة الثانية (1409 هـ - 1989 م)	
44.	السوسي ماهر أحمد (الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية غزة)؛ الكتاب : فقه القضاء وطرق الإثبات؛ الطبعة الرابعة (1429 هـ - 2008 م)	
45.	شموط حسن تيسير؛ الكتاب : العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية؛ الناشر : دار النفائس - الأردن؛ الطبعة الأولى (1426 هـ - 2006 م)	
46.	أبو صفية فخري؛ الكتاب : فقه القضاء وطرق الإثبات؛ الناشر : دار الأمل - الأردن؛ ()	

		(2010 م)
47.	الطرابلسي	أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل (ت: 844هـ)، الكتاب: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، الناشر: دار الفكر.
48.	عالية	سمير (قاضي وأستاذ في كليات الحقوق والشريعة)؛ الكتاب : نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام؛ الناشر : المؤسسة الجامعية للدراسات.
49.	عثمان	محمد رأفت (أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية بجامعة الأزهر والإمارات)؛ الكتاب : النظام القضائي في الفقه الإسلامي؛ الناشر : مكتبة الفلاح؛ الطبعة الأولى
50.	ابن فرحون	إبراهيم بن علي بن محمد، (ت: 799هـ)، الكتاب: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية. الطبعة: الأولى، (1406 هـ - 1986 م)
51.	ابن القيم	محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد (ت: 751هـ)، الكتاب: الطرق الحكمية، الناشر: مكتبة دار البيان؛ بدون طبعة.
52.	الكيلاي	محمود؛ الكتاب : قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ؛ الناشر : دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الأولى (1431 هـ - 2010 م)
53.	الماوردي	أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب (ت: 450هـ)، الكتاب: الأحكام السلطانية، الناشر: دار الحديث - القاهرة.

خامساً - كتب المذاهب الفقهية :

أ- كتب المذهب الحنفي :

54.	البابرتي	أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمود (ت: 786هـ)، الكتاب: العناية شرح الهداية، الناشر: دار الفكر، بدون طبعة
55.	البغدادي	أبو محمد غانم بن محمد (ت: 1030هـ)، الكتاب: مجمع الضمانات، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة

56.	زاده	عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (المتوفى: 1078هـ)؛ الكتاب: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر؛ الناشر: دار إحياء التراث العربي؛ بدون طبعة.
57.	الزليعي	عثمان بن علي بن محجن البارعي، (المتوفى: 743 هـ)؛ الكتاب: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي وفيه حاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: 1021 هـ)؛ المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة؛ الطبعة: الأولى 1313 هـ
58.	السرخسي	محمد بن أحمد بن أبي سهل (المتوفى: 483هـ)؛ الكتاب: المبسوط. الناشر: دار المعرفة - بيروت، الطبعة: (1414 هـ - 1993 م)
59.	السمرقندي	أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي أحمد، (المتوفى: نحو 540هـ)؛ الكتاب: تحفة الفقهاء؛ الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان. الطبعة: الثانية (1414 هـ - 1994 م)
60.	ابن الشحنة	أبو الوليد أحمد بن محمد بن محمد، (ت: 882هـ)، الكتاب: لسان الحكام في معرفة الأحكام، الناشر: البابي الحلبي - القاهرة. الطبعة: الثانية، (1393 هـ - 1973 م)
61.	ابن عابدين	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين (المتوفى: 1252هـ)، الكتاب: رد المحتار على الدر المختار، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، (1412 هـ - 1992 م)
62.	العيني	أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين (المتوفى: 855هـ)؛ الكتاب: البناية شرح الهداية؛ دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة: الأولى (1420 هـ - 2000 م)
63.	الغنيمي	عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم (المتوفى: 1298هـ)؛ الكتاب: اللباب في شرح الكتاب؛ المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد؛ الناشر: المكتبة العلمية (بيروت - لبنان)

64.	فقهاء الخلافة العثمانية	لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية؛ الكتاب: مجلة الأحكام العدلية؛ المحقق: نجيب هوايني؛ الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.
65.	الكاساني	علاء الدين؛ أبو بكر بن مسعود بن أحمد (المتوفى: 587هـ)؛ الكتاب: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ دار الكتب العلمية؛ الطبعة: الثانية (1406هـ - 1986م)
66.	ابن مازه	محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر (المتوفى: 616هـ)؛ الكتاب: المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه؛ المحقق: عبد الكريم سامي الجندي؛ الناشر: دار الكتب العلمية (بيروت - لبنان)؛ الطبعة: الأولى (1424هـ - 2004م)
67.	ابن مودود	أبو الفضل عبد الله بن محمود البلدحي (ت: 683هـ)، الكتاب: الاختيار لتعليل المختار، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (1356هـ - 1937م)
68.	المولى	محمد بن فرامرز بن علي خسرو (المتوفى: 885هـ)؛ الكتاب: درر الحكام شرح غرر الأحكام؛ الناشر: دار إحياء الكتب العربية؛ بدون طبعة.
69.	ابن نجيم	زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (المتوفى: 970هـ)، كتاب: البحر الرائق شرح كنز الدقائق وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري (ت بعد 1138هـ) وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية

ب- كتب الفقه المالكي :

70.	الثعلبي	أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر (المتوفى: 422هـ)؛ الكتاب: المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»؛ المحقق: حميش عبد الحق؛ الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة؛ بدون طبعة
71.		الكتاب : التلقين في الفقه المالكي؛ المحقق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني. الناشر: دار الكتب العلمية؛ الطبعة: الأولى (1425هـ-2004م)

72.	ابن جزى	أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، (ت: 741هـ)؛ الكتاب: القوانين الفقهية؛ نسخة pdf
73.	الحطاب	أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (المتوفى: 954هـ)؛ الكتاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. الناشر: دار الفكر؛ الطبعة: الثالثة (1412هـ - 1992م)
74.	الخرشي	محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)؛ الكتاب: شرح مختصر خليل للخرشي؛ الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت؛ بدون طبعة
75.	خليل	بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي (المتوفى: 776هـ)؛ الكتاب: مختصر العلامة خليل؛ المحقق: أحمد جاد؛ الناشر: دار الحديث/ القاهرة؛ الطبعة: الأولى (1426هـ - 2005م)
76.	الدسوقي	محمد بن أحمد بن عرفة (المتوفى: 1230هـ)؛ الكتاب: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير؛ الناشر: دار الفكر؛ بدون طبعة.
77.	ابن رشد	أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)؛ الكتاب: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة؛ المحقق: محمد حجي وآخرون؛ الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان؛ الطبعة: الثانية، (1408هـ - 1988م)
78.		الكتاب: المقدمات الممهديات؛ المحقق: محمد حجي؛ الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان؛ الطبعة: الأولى (1408هـ - 1988م)
79.	ابن رشد الحفيد	أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي؛ (المتوفى: 595هـ)؛ الكتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد؛ الناشر: دار الحديث - القاهرة؛ (1425هـ - 2004م)
80.	الزرقاني	عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (ت: 1099هـ)؛ الكتاب: شرح الزرقاني على مختصر خليل؛ ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني؛ المحقق: عبد السلام محمد أمين؛ الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان؛ الطبعة الأولى (1422هـ - 2002م)

81.	ابن شاس	أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار (ت: 616هـ)؛ الكتاب: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة؛ المحقق: حميد بن محمد لحر؛ الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان؛ الطبعة الأولى (1423 هـ - 2003 م)
82.	الصاوي	أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي؛ (ت: 1241هـ)؛ الكتاب: بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير؛ الناشر: دار المعارف؛ بدون طبعة.
83.	العبدري	محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف أبو عبد الله المواق المالكي (ت: 897هـ)؛ الكتاب: التاج والإكليل لمختصر خليل؛ الناشر: دار الكتب العلمية؛ الطبعة الأولى (1416هـ-1994م)
84.	العدوي	أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت: 1189هـ)؛ الكتاب: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني؛ المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي؛ الناشر: دار الفكر - بيروت؛ الطبعة: بدون طبعة (1414 هـ - 1994 م)
85.	ابن عسكر	أبو زيد عبد الرحمن بن محمد (المتوفى: 732هـ)؛ الكتاب: إرشاد السالك إلى أشرف السالك في فقه الإمام مالك وبهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن؛ الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر؛ الطبعة: الثالثة
86.	عليش	أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (ت: 1299هـ)؛ الكتاب: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك؛ الناشر: دار المعرفة. الطبعة: بدون طبعة.
87.	القرافي	أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت: 684هـ)؛ الكتاب: الذخيرة؛ المحقق: جزء 1، 8، 13: محمد حجي؛ جزء 2، 6: سعيد أعراب؛ جزء 3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة؛ الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت؛ الطبعة الأولى 1994 م.
88.	مالك	بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)؛ الكتاب: المدونة؛ الناشر: دار الكتب العلمية؛ الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م

89.	النفاوي	أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين (ت: 1126هـ)؛ الكتاب: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. الناشر: دار الفكر؛ الطبعة: بدون طبعة؛ (1415هـ - 1995م)
-----	---------	--

ج- كتب الفقه الشافعي :

90.	الأسيوطي	محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، (ت: 880هـ)؛ الكتاب: جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود؛ المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني؛ الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان؛ الطبعة الأولى (1417 هـ - 1996 م)
91.	الجمال	سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى؛ (ت: 1204هـ)؛ الكتاب: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمال؛ الناشر: دار الفكر؛ بدون طبعة.
92.	الجويني	أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد (ت: 478هـ)؛ الكتاب: نهاية المطلب في دراية المذهب؛ المحقق: عبد العظيم محمود الديب؛ الناشر: دار المنهاج؛ الطبعة الأولى (1428هـ-2007م)
93.	ابن الرفعة	أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الأنصاري؛ (ت: 710هـ)؛ الكتاب: كفاية النبيه في شرح التتبيه؛ المحقق: مجدي محمد سرور باسلوم؛ الناشر: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى م 2009
94.	الرملي	محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت: 1004هـ)؛ الكتاب: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج؛ الناشر: دار الفكر، بيروت. الطبعة: ط أخيرة (1404هـ - 1984م)
95.	السنيني	أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري؛ (ت: 926هـ)؛ الكتاب: أسنى المطالب في شرح روض الطالب؛ الناشر: دار الكتاب الإسلامي؛ بدون طبعة
96.	الشافعي	أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ)؛ الكتاب: الأم؛ الناشر: دار المعرفة - بيروت؛ الطبعة: بدون طبعة (1410هـ/1990م)

97.	الشريبي	محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)؛ الكتاب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج؛ الناشر: دار الكتب العلمية؛ الطبعة الأولى (1415هـ - 1994م)
98.	الشيرازي	أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476هـ)؛ الكتاب: المهذب في فقه الإمام الشافعي؛ الناشر: دار الكتب العلمية.
99.	قليوبي وعميرة	أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة؛ الكتاب: حاشيتنا قليوبي وعميرة؛ الناشر: دار الفكر - بيروت؛ الطبعة: بدون طبعة؛ (1415هـ-1995م)
100.	الماوردي	أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت: 450هـ)؛ الكتاب: الإقناع في الفقه الشافعي؛ بدون طبعة
101.		الكتاب: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني؛ المحقق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود؛ الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان؛ الطبعة: الأولى (1419 هـ - 1999 م)
102.	المليباري	زين الدين أحمد بن عبد العزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد الهندي (ت: 987هـ)؛ الكتاب: فتح المعين بشرح قرّة العين بمهمات الدين؛ الناشر: دار بن حزم؛ الطبعة: الأولى
103.	النووي	أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)؛ الكتاب: المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))؛ الناشر: دار الفكر.
104.		الكتاب: روضة الطالبين وعمدة المفتين؛ المحقق: زهير الشاويش؛ الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان؛ الطبعة: الثالثة (1412هـ - 1991م)
105.	الهيتمي	أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت: 974 هـ)؛ الكتاب: تحفة المحتاج في شرح المنهاج؛ المحقق: لجنة من العلماء؛ الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد؛ بدون طبعة. عام النشر: (1357 هـ - 1983 م)

د - كتب الفقه الحنبلي :

106.	البهوتي	منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (ت : 1051هـ)؛ الكتاب: كشف القناع عن متن الإقناع؛ الناشر: دار الكتب العلمية
107.	ابن تيمية	أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد (ت: 652هـ)؛ الكتاب: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ الناشر: مكتبة المعارف- الرياض؛ الطبعة: الطبعة الثانية (1404هـ - 1984م)
108.	ابن مفلح	أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج (ت: 763هـ)؛ الكتاب: الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي؛ المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي؛ الناشر: مؤسسة الرسالة؛ الطبعة: الأولى (1424 هـ - 2003 م)
109.	الزركشي	شمس الدين محمد بن عبد الله الحنبلي (ت: 772هـ)؛ الكتاب: شرح الزركشي؛ الناشر: دار العبيكان؛ الطبعة: الأولى (1413 هـ - 1993 م)
110.	السيوطي	مصطفى بن سعد بن عبده (ت : 1243هـ)؛ الكتاب: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى؛ الناشر: المكتب الإسلامي؛ الطبعة: الثانية (1415 هـ - 1994م)
111.	أبو الفرج	عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي(ت : 682هـ)؛ الكتاب: الشرح الكبير على متن المقنع؛ الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع؛ أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار .
112.	ابن قدامة	أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي (المتوفى: 620هـ)؛ الكتاب: الكافي في فقه الإمام أحمد؛ الناشر: دار الكتب العلمية؛ الطبعة الأولى (1414 هـ - 1994 م)
113.		الكتاب: المغني؛ الناشر: مكتبة القاهرة؛ بدون طبعة
114.	الكرمي	مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد (ت: 1033هـ)؛ الكتاب: دليل الطالب لنيل المطالب؛ المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي. الناشر: دار طيبة - الرياض؛ الطبعة: الأولى (1425 هـ / 2004 م)

115.	المرداوي	علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت: 885هـ)؛ الكتاب: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف؛ الناشر: دار إحياء التراث العربي؛ الطبعة: الثانية.
116.	ابن مفلح	أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (ت: 884هـ)؛ الكتاب: المبدع في شرح المقنع؛ الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان؛ الطبعة: الأولى (1418 هـ - 1997 م)
117.	المقدسي	أبو محمد عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد (ت: 624هـ)؛ الكتاب: العدة شرح العمدة؛ الناشر: دار الحديث، القاهرة؛ الطبعة: بدون طبعة. (1424هـ - 2003م)
118.	أبو النجا	موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجوي (ت: 968هـ)؛ الكتاب: زاد المستقنع في اختصار المقنع؛ المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر؛ الناشر: دار الوطن - الرياض
119.		الكتاب: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل؛ المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي؛ الناشر: دار المعرفة بيروت - لبنان
120.	ابن النجار	تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي (ت: 972هـ)؛ الكتاب: منتهى الإيرادات؛ المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي؛ الناشر: مؤسسة الرسالة؛ الطبعة: الأولى (1419 هـ - 1999 م)

هـ - كتب الفقه الظاهري :

121.	ابن حزم	أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت: 456هـ)؛ الكتاب: المحلى بالآثار؛ الناشر: دار الفكر - بيروت؛ بدون طبعة.
122.		الكتاب : مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات؛ الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت.

سادساً / كتب الفقه الجنائي :

123.	دبور	أنور أحمد؛ الكتاب : القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي؛ الناشر : دار الثقافة العربية - القاهرة؛ (1405 هـ - 1985 م)
------	------	---

124.	زرواتي	رابح (أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله - كلية العلوم الإسلامية الجزائر)؛ الكتاب : أحكام الادعاء الجنائي؛ الناشر : دار ابن حزم؛ بدون طبعة
125.	أبو زهرة	محمد؛ الكتاب : الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي؛ الناشر : دار الفكر العربي - القاهرة، (1998 م)
126.	الشاذلي	حسن علي؛ الكتاب: الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون؛ الناشر: دار الكتاب الجامعي؛ الطبعة: الثانية
127.		حسن علي (أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر والكويت وعضو هيئة الإفتاء بدولة الكويت)؛ الكتاب : الجريمة؛ الناشر : دار الكتاب الجامعي؛ بدون طبعة
128.	الشكري	عادل يوسف عبد النبي (مدرس القانون الجنائي بجامعة الكوفة)؛ الكتاب : الفقه الجنائي؛ الناشر : دار صفاء - عمان، مؤسسة دار الصادق الثقافية؛ الطبعة الأولى (1433 هـ - 2012 م)
129.	عليان	شوكت محمد؛ الكتاب : الاعتداء على ما دون النفس أشكاله وجزاءاته؛ الناشر : حقوق النشر محفوظة للمؤلف؛ الطبعة الأولى (1424 هـ - 2003 م)
130.	عودة	عبد القادر عودة؛ الكتاب: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي؛ الناشر: دار الكاتب العربي، بيروت؛ بدون طبعة
131.	عبد المحسن	مصطفى محمد؛ الكتاب : النظام الجنائي الإسلامي؛ الناشر : دار النهضة العربية - القاهرة (2006 م)

سابعاً / كتب أخرى (الفكر الإسلامي) :

132.	إدريس	عوض أحمد؛ الكتاب: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن؛ الناشر: دار ومكتبة الهلال - بيروت، لبنان؛ الطبعة الأولى (1986م)
133.	إدريس	عبد القادر؛ الكتاب : الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي؛ الناشر : دار الثقافة - عمان، الأردن؛ الطبعة الأولى (1431 هـ - 2010 م).

134.	البار وباشا	محمد علي (استشاري الأمراض الباطنة والطب الإسلامي في جامعة الملك عبد العزيز بجدة)، حسان شمسي (استشاري امراض القلب بمستشفى الملك فهد للقوات المسلحة بجدة)؛ الكتاب: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون؛ نسخة pdf
135.	بسيوني	جميل؛ الكتاب : أصول الإثبات شرعاً ووضعا؛ الناشر : مجمع البحوث الإسلامية؛ الكتاب الأول (1401 هـ - 1980 م)
136.	البعلي	أبو عبد الله محمد بن علي بن أحمد بن عمر بن يعلى (ت: 778هـ)؛ الكتاب: مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية؛ المحقق: عبد المجيد سليم - محمد حامد الفقي؛ الناشر: مطبعة السنة المحمدية؛ بدون طبعة
137.	بك وإبراهيم	أحمد إبراهيم (وكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة أستاذ الشريعة الإسلامية الأسبق بالجامعات والزهر)، واصل علاء الدين أحمد (نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا والمستشار بمحكمة النقض سابقاً)؛ الكتاب : طرق الإثبات الشرعية؛ الناشر : المكتبة الزهرية للتراث؛ الطبعة الرابعة.
138.	ابن تيمية	تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم (ت: 728هـ)؛ الكتاب: مجموع الفتاوى؛ المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم؛ الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية (1416هـ/1995م).
139.	جاسم وطالب	قاسم محمد، نظام جبار؛ الكتاب : الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابة الجسدية؛ الناشر : دار صفاء، دار نيبور؛ الطبعة الأولى (1434هـ- 2013م)
140.	الجميلي	محسن عبد فرحان صالح؛ الكتاب : الغرامة المالية في الحدود والجنايات على النفس البشرية وما دونها في الفقه الإسلامي؛ الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان؛ الطبعة الأولى (1427 هـ - 2006 م)

141.	بن حميد	صالح بن عبد الله؛ الكتاب : رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه ووتطبيقاته؛ الناشر : مركز البحث العلمي - مكة المكرمة؛ الطبعة الأولى (1403 هـ)
142.	حنا	منير رياض؛ الكتاب : الخطأ الطبي الجراحي، الناشر : دار الفكر الجامعي - الاسكندرية؛ الطبعة الأولى (2008 م)
143.	الخفيف	علي؛ الكتاب : الضمان في الفقه الإسلامي؛ الناشر : دار الفكر العربي؛ 2000 م
144.	الزحيلي	وهبة؛ الكتاب : قضايا الفقه والفكر المعاصر؛ الناشر : دار الفكر - دمشق؛ (2006 م)
145.		وهبة؛ الكتاب : نظرية الضمان = أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي؛ الناشر : دار الفكر - دمشق؛ الطبعة التاسعة (1433 هـ - 2012 م)
146.		وهبة (أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق - كلية الشريعة)؛ الكتاب: الفقه الإسلامي وأدلته؛ الناشر: دار الفكر، سورية - دمشق؛ الطبعة: الرابعة
147.	الزرقا	مصطفى أحمد (أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني في كليتي الشريعة الإسلامية والحقوق بجامعة دمشق سابقاً)؛ الكتاب: المدخل الفقهي العام؛ الناشر : دار القلم - دمشق؛ الطبعة الأولى (1418 هـ - 1998 م)
148.	ابن سينا	أبو علي الحسين بن عبد الله شرف الملك الفيلسوف الرئيس (ت: 428هـ)؛ الكتاب: القانون في الطب؛ المحقق: محمد أمين الضناوي؛ نسخة pdf
149.	شنيور	عبد الناصر محمد؛ الكتاب : الإثبات بالخبرة؛ الناشر : دار النفائس - الأردن؛ الطبعة الأولى (1425 هـ - 2005 م)
150.	العمايي	محمد عبد الغفور؛ الكتاب : التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها؛ الناشر : دار الثقافة -الأردن؛ الطبعة الأولى (1433 هـ - 2012 م)

151.	العمرى والعاني	عيسى ومحمد شلال؛ الكتاب : فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية؛ الناشر : دار الميسرة، الطبعة الثانية (1423هـ - 2003 م)
152.	القاضي	هشام محمد مجاهد القاضي؛ الكتاب : الإمتناع عن علاج المريض دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ الناشر : دار الفكر الجامعي - الاسكندرية؛ طبعة سنة (2011م)
153.	القيسي	عامر قاسم أحمد؛ الكتاب : مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي؛ طبعة (2001م)
154.	ابن القيم	محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد (ت: 751هـ)؛ الكتاب: الطب النبوي (جزء من كتاب زاد المعاد لابن القيم)؛ الناشر: دار الهلال - بيروت؛ بدون طبعة .
155.		محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد (ت: 751هـ)؛ الكتاب: إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ المحقق: محمد عبد السلام إبراهيم؛ الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت؛ الطبعة: الأولى (1411هـ - 1991م)
156.		محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)؛ الكتاب: زاد المعاد في هدي خير العباد؛ الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، مكتبة المنار الإسلامية- الكويت؛ الطبعة: السابعة والعشرون (1415هـ / 1994م)
157.	أبو لبة	قمر عبد الرحمن؛ الكتاب : مسؤولية الطبيب بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي زرع الأعضاء نموذجاً؛ الناشر : دار الفرقان للنشر - الأردن؛ الطبعة الأولى (1433هـ - 2012 م)
158.	اللهيبي	صالح أحمد محمد؛ الكتاب : المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية؛ الناشر : دار الثقافة؛ الطبعة الأولى (2004 م)
159.	ابن المنذر	أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري (ت : 319هـ)؛ الكتاب : الإجماع؛ المحقق : فؤاد عبد المنعم أحمد؛ الناشر : دار المسلم؛ الطبعة الأولى (1425هـ - 2004م)

160.	ياسين	محمد نعيم؛ الكتاب : نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية؛ الناشر: عالم الكتب؛ طبعة خاصة (1423 هـ - 2003م)
------	-------	---

ثامناً / كتب الرقائق والآداب والأذكار :

161.	الغزالي	أبو حامد محمد بن محمد (ت: 505هـ)؛ الكتاب: إحياء علوم الدين؛ الناشر: دار المعرفة - بيروت؛ نسخة pdf
162.	ابن مفلح	أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج (ت : 763هـ)؛ الكتاب: الآداب الشرعية والمنح المرعية؛ الناشر: عالم الكتب؛ بدون طبعة

تاسعاً / كتب القانون العام :

163.	الجميل	أسعد عبيد؛ الكتاب : الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة؛ الناشر : دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الأولى (2009 م)
164.	حنا	منير رياض؛ الكتاب : المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري؛ الناشر : دار الفكر الجامعي - الاسكندرية؛ طبعة (2011م)
165.	الذنون	حسن علي؛ الكتاب : المبسوط في المسؤولية المدنية؛ الناشر : دار وائل - عمان، الأردن؛ الطبعة الأولى (2006 م)
166.	منار	فاطمة الزهرة؛ الكتاب : مسؤولية طبيب التخدير المدنية دراسة مقارنة؛ الناشر : دار الثقافة - الأردن؛ الطبعة الأولى (1433 هـ - 2012 م)

تاسعاً / كتب اللغة والمعاجم :

167.	الجرجاني	علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)؛ الكتاب: كتاب التعريفات؛ المحقق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر؛ الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان؛ الطبعة: الأولى (1403 هـ - 1983م)
168.	الرازي	زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت : 666هـ)، الكتاب : مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا؛ الطبعة: الخامسة (1420 هـ - 1999م)

169.	الرازي	أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت : 395هـ)؛ الكتاب: معجم مقاييس اللغة؛ المحقق: عبد السلام محمد هارون؛ الناشر: دار الفكر (1399هـ - 1979م).
170.	الزبيدي	أبو الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، (ت : 1205هـ)؛ الكتاب: تاج العروس من جواهر القاموس؛ المحقق: مجموعة من المحققين؛ الناشر: دار الهداية؛ بدون طبعة
171.	الفارابي	أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت : 393هـ)؛ الكتاب: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية؛ المحقق: أحمد عبد الغفور عطار؛ الناشر: دار العلم للملايين - بيروت؛ الطبعة: الرابعة (1407 هـ - 1987 م)
172.	الفيروز آبادي	مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت: 817هـ)، الكتاب: القاموس المحيط، المحقق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي؛ الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان؛ الطبعة الثامنة (1426 هـ - 2005 م)
173.	الفيومي	أبو العباس أحمد بن محمد بن علي (ت: نحو 770هـ)، الكتاب: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير؛ الناشر: المكتبة العلمية - بيروت؛ بدون طبعة
174.	القزويني	أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: 395هـ)؛ الكتاب: معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون؛ الناشر: دار الفكر (1399هـ - 1979م)
175.	مصطفى وآخرون	مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)؛ الكتاب: المعجم الوسيط؛ الناشر: دار الدعوة.
176.	ابن منظور	أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي، (ت: 711هـ)، الكتاب: لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة (1414 هـ).
177.	الهروي	أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر (ت: 370هـ)؛ الكتاب: تهذيب اللغة؛ المحقق: محمد عوض مرعب؛ الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى (2001 م)

عاشراً / الدوريات ومواقع الإنترنت :

- رسائل الدكتوراة :

178.	الشنقيطي	محمد بن محمد المختار؛ أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها؛ الجامعة الإسلامية - المدينة المنورة؛ الناشر : مكتبة الصحابة - جدة؛ الطبعة الثانية (1415 هـ - 1994 م)
------	----------	---

- رسائل الماجستير :

179.	اسليم	أسامة ياسين؛ العاقلة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي؛ إشراف : د/ ماهر أحمد السوسي؛ الجامعة الإسلامية - غزة، فلسطين (1431 هـ - 2010 م)
180.	الجوجو	بهاء عبد الفتاح السيد؛ ضمان المفتي في المال والنفوس؛ إشراف : أ. د / مازن إسماعيل هنية؛ الجامعة الإسلامية - غزة، فلسطين، (1432 هـ - 2011 م)
181.	أبو الحاج	زياد عبد الحميد محمد؛ دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة؛ إشراف : د/ ماهر حامد محمد الحولي؛ الجامعة الإسلامية - غزة، فلسطين؛ (1426 هـ - 2005 م)
182.	الرييش	عبد الله بن صالح بن رشيد؛ سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية؛ إشراف : د/ إبراهيم بن صالح الخضري؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، السعودية، (1423 هـ - 1424 هـ)
183.	الرجوب	سليم علي مسلم؛ التعارض والترجيح في طرق الإثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة؛ إشراف : د / محمد خالد منصور؛ الجامعة الأردنية، (أب - 2006 م)
184.	سنوسي	صفية؛ الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي؛ إشراف: د/ عزري الزين؛ جامعة قاصدي مرباح ورقلة - الجزائر (2005م - 2006 م)

185.	طرده	يوسف محمد محمد؛ المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي؛ إشراف : أ.د. / حسين مطاوع الترتوري؛ جامعة الخليل - فلسطين (1432 هـ - 2011 م)
186.	الطيار	عبد الرحمن بن صالح؛ المسؤولية المدنية عن خطأ الطبيب في دول مجلس التعاون الخليجي؛ إشراف : أ.د. / عبد الله بن عبد الواحد الخميس؛ جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض؛ (1431 هـ - 2010 م)
187.	عساف	وائل تيسير محمد؛ المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة؛ إشراف : د. / حسين مشاقي؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2008 م)
188.	فقيه	إدريس صالح الشيخ؛ القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان - دراسة فقهية تحليلية -؛ إشراف: د/ إسماعيل محمد البريشي؛ الجامعة الأردنية؛ أيار 2006 م
189.	القدان	ماجد صالح؛ أحكام الضمان في الجنايات في الشريعة الإسلامية دراسة تطبيقية؛ إشراف : د/ فؤاد عبد المنعم أحمد؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، (1423 هـ - 2003 م)
190.	كشيدة	الطاهر؛ المسؤولية الجزائية للطبيب؛ إشراف : أ.د. / محمد كحلولة؛ جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر (2010 - 2011 م)
191.	الكوني	مصطفى أشرف مصطفى؛ الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة؛ إشراف : د/ محمد علي الصليبي، د/ أدهم أبو طه؛ جامعة النجاح - نابلس، فلسطين (2009 م)
192.	المحرج	عبد الرحمن بن عبد العزيز؛ الحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي؛ إشراف : د/ خالد بن عثمان العمير؛ أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض (1422 هـ - 2001 م)
193.	المري	خالد علي جابر؛ المسؤولية المدنية للفريق الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي؛ إشراف : أ.د. / وليد هويلم عوجان؛ جامعة الشرق الأوسط (2013 م)

194.	المطيري	ناصر بن محيا السعدوني؛ الخطأ كأساس للمساءلة الجنائية في الجرائم غير العمدية في الشريعة الإسلامية؛ إشراف : أ. د/ محمد محي الدين عوض؛ المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب- الرياض (1417هـ - 1996 م)
195.	الورثان	علي بن عبد الرحمن؛ جرائم الأعمال الطبية في الاتجار بالبشر في النظام السعودي دراسة تأصيلية؛ إشراف : د/ محمد فضل عبد العزيز المراد؛ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، السعودية، (1431 هـ - 2010م)
196.	وزنة	سايفي؛ إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني؛ إشراف : أ. د/ محمد سعيد جعفرور؛ جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر، (2010 - 2011 م)

- الأبحاث :

197.	إبراهيم	إياد أحمد محمد؛ بحث " المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431هـ - 2010 م)
198.	بن أحمد	بلحاج العربي؛ بحث الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي)؛ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة؛ صاحبها: عبد الرحمن بان حسن النفيسه - الرياض (ع : 52)
199.	أبو بكر	عوض عبد الله؛ بحث " نظام الإثبات في الفقه الإسلامي " مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة (ع / 58)
200.	تاج الدين	مدني عبد الرحمن؛ بحث " المسؤولية الجنائية للطبيب وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية " مجلة الإدارة العامة تصدر عن معهد الإدارة العامة - الرياض؛ (ع / 69 و 70)
201.	الجبير	هاني؛ بحث " الخطأ الطبي حقيقته وآثار " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431هـ - 2010 م)

202.	هاني بن عبد الله بن محمد؛ بحث " الأخطاء الطبية في ميزان القضاء " مجلة العدل؛ (ع / 22) (ربيع الآخر - 1425 هـ) نسخة pdf	
203.	هالة محمد؛ بحث " الخطأ الطبي في الميزان " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)	جستنيه
204.	عبد القادر؛ بحث " أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)	جعفر
205.	حسين حامد؛ بحث " مقدمة في معنى الضمان والتعدي وعبء الإثبات والمقصود بنقله إلى الأمين " pdf	حسان
206.	ميادة محمد؛ بحث " الخطأ الطبي " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)	الحسن
207.	وفاء عبد المعطي خلوي؛ بحث " الآثار المترتبة على الخطأ الطبي " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)	خضير
208.	محمود؛ بحث " المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " مجلة دراسات تصدر عن الجامعة الأردنية - الأردن (ع / 225)	السرطاوي
209.	محمد محمد أحمد؛ بحث " الخطأ الطبي حقيقته وآثاره " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)	سويلم
210.	محمد عطا السيد؛ بحث "مسؤولية الطبيب"؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي ؛ لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي -جدة؛ تصدر عن مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة (ج / 3، ع / 8)	سيد أحمد

211.	الشويعر	عبد السلام محمد؛ بحث " شروط المسائلة عن الخطأ الطبي وبعض المبادئ القضائية فيه بحث فقهي تطبيقي على الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)
212.	آل الشيخ	محمد بن حسن؛ بحث " طبيعة المسؤولية والتزام الطبيب في الجراحة التجميلية " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 3) (1431 هـ - 2010 م)
213.	الشيخلي	عبد القادر؛ بحث " التنظيم الأخلاقي لعلاقة الطبيب بمريضه " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)
214.	الصالح	عبد الله محمد؛ بحث " الخطأ عند الأصوليين وأثره في المجال الطبي " مجلة أبحاث اليرموك تصدر عن جامعة اليرموك - الأردن (م / 18، ع / 3)، (حزيران 2002 م)
215.	صباح ويحي	مازن مصباح، نائل محمد؛ بحث " المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيق دراسة فقهية مقارنة " مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية (م / 20)، (ع / 2)، (يونيو 2012 م) نسخة pdf
216.	العبري وضمرة	سعيد بن عبد الله، عبد الجليل؛ بحث " التكيف الفقهي للخطأ الطبي " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)
217.	علي	عزوز؛ بحث " مقاصد العقوبة في الشريعة الإسلامية " مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية؛ نسخة pdf؛ (ع / 7) (2011 م)
218.	العيدوني والعلمي	وداد أحمد، عبد الرحيم؛ بحث " الخطأ الطبي بين الشرع والقانون " السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)

219.	أبو غدة	عبد الستار؛ بحث "من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب"؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي -جدة؛ تصدر عن مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة (ج / 3)، (ع / 8)
220.		عبد الستار؛ بحث "المبادئ الشرعية للتطبيق والعلاج"؛ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابعة لمنظمة المؤتمر الإسلامي -جدة؛ تصدر عن مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة (ج / 3)، (ع / 8)
221.	القباع	عبد العزيز بن فهد؛ بحث " الأخطاء الطبية مفهومها وأسبابها وكيفية الإفصاح عنها علمياً "؛ السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني - القضايا الطبية المعاصرة؛ يصدر عن جامعة الإمام محمد ابن سعود؛ (م / 5) (1431 هـ - 2010 م)
222.	الكيلاني	جمال؛ بحث " الإثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه والقانون " مجلة جامعة النجاح للأبحاث (م / 16) (2002 م) نسخة pdf
223.	أبو مارية	علي؛ بحث " عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجيهات الحديثة للفقه والقضاء " مجلة جامعة القدس المفتوحة؛ (ع / 34)، (تشرين الأول 2014 م)
224.	محمد	رايس؛ بحث "الضرر كركن في المسؤولية الطبية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية " مجلة المحاماة تصدر عن نقابة المحامين - مصر (ع / 5 و 6) .
225.	محمود	أحمد حامد (مستشار قانوني مساعد، هيئة الصحة في دبي)؛ ورقة عمل " دور التوثيق في إثبات المسؤولية الطبية " للمؤتمر العربي الثالث عن المسؤولية الطبية، دولة الإمارات العربية المتحدة - دبي، في الفترة من 12-13 نوفمبر 2014 م. نسخة pdf
226.	المشيح	خالد بن علي بن محمد (الأستاذ المشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة وأصول الدين بالقصيم)؛ بحث محكم " تضمين الطبيب في ضوء الشريعة الإسلامية " نسخة pdf

- الموسوعات العلمية :

227.	كنعان	أحمد محمد؛ الكتاب : الموسوعة الطبية الفقهية؛ الناشر : دار النفائس؛ الطبعة الأولى (1420هـ -2000م)
------	-------	--

- مواقع الإنترنت :

228.	موقع الإسلام اليوم	http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-86-8963.htm
229.	موقع جريدة الشرق الأوسط	http://archive.aawsat.com/details.asp?section
230.	موقع الجمعية المصرية للأخلاقيات الطبية	http://www.medethics.org.eg/ESME/index.htm
231.	موقع الهيئة الخيرية الإسلامية العالمية	www.iico.net
232.	موقع الجمعية السعودية لطب الأسرة والمجتمع	www.ssfc.org
233.	أخلاقيات طبية	www.karmel.co.il
234.	المسؤولية الطبية	www.addiwane.com
235.	موقع الشيخ علي القرعة داغي	http://www.qaradaghi.com/portal/index.php

رابعاً - فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	آية
ب	إهداء
ت	شكر وتقدير
1	المقدمة
1	أولاً - طبيعة الموضوع
2	ثانياً - مشكلة البحث
2	ثالثاً - أهمية الموضوع
2	رابعاً - أسباب اختيار الموضوع
3	خامساً - الجهود السابقة
3	سادساً - خطة البحث
4	سابعاً - منهج البحث
الفصل الأول	
مفهوم الخطأ الطبي والإثبات في الفقه الإسلامي	
7	المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي، أسبابه، أنواعه ومعياره.
7	أولاً: مفهوم الخطأ الطبي
10	ثانياً - أسباب الخطأ الطبي
13	ثالثاً- أنواع الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

الصفحة	الموضوع
23	المبحث الثاني : مفهوم الإثبات، أنواعه وطرقه
23	أولاً- مفهوم الإثبات
23	ثانياً - أنواع الإثبات
28	ثالثاً - طرق الإثبات
الفصل الثاني	
عبء إثبات الخطأ الطبي ووسائله في الفقه الإسلامي	
51	المبحث الأول : مسؤولية عبء إثبات الخطأ الطبي.
51	أولاً - مفهوم عبء إثبات الخطأ الطبي
53	ثانياً - مسؤولية عبء إثبات الخطأ الطبي
66	المبحث الثاني : وسائل إثبات الخطأ الطبي.
66	أولاً - وسائل الإثبات المتعلقة بالأخطاء الطبية الإنسانية
71	ثانياً- وسائل الإثبات المتعلقة بالأخطاء الطبية الفنية
الفصل الثالث	
الأحكام المترتبة على إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي	
83	المبحث الأول : الأحكام المدنية المترتبة على إثبات الخطأ الطبي.
83	أولاً - المسؤولية الطبية
95	ثانياً - طبيعة المسؤولية الطبية المدنية
115	المبحث الثاني : الأحكام الجنائية المترتبة على إثبات الخطأ الطبي.
115	أولاً - المسؤولية الجنائية الطبية

الصفحة	الموضوع
122	ثانياً - الأحكام المترتبة على المسؤولية الجنائية للطبيب
الخاتمة	
139	أولاً: النتائج
141	ثانياً: التوصيات.
الفهارس العامة	
143	أولاً: فهرس الآيات القرآنية
145	ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية والآثار
146	ثالثاً: فهرس المصادر والمراجع
174	رابعاً: فهرس المحتويات
177	ملخص الدراسة باللغة العربية
178	ملخص الدراسة باللغة الإنجليزية

الملخص باللغة العربية

إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي

يأتي هذا البحث المتواضع عن إثبات الخطأ الطبي في الوقت الذي كثر فيه خطأ العاملين في المجال الطبي وصعوبة التمييز بينه وبين ما يقع بالقضاء والقدر، فلا يجد المريض سبيلاً لمعرفة من تسبب له في الضرر أو أحكام التعويض عنه.

وبعد حول الله تم إخراجها ليكون في ثلاثة فصولٍ وخاتمة، هي على النحو الآتي :

الفصل الأول؛ تناولت فيه مفهوم الخطأ الطبي في اللغة والاصطلاح، وبيان الأسباب المؤدية إلى وقوع الأخطاء الطبية وأنواعها والتركيز على الخطأ الذي يقع من الطبيب بسبب انحرافه عن أصول المهنة الطبية مع تحديد المعيار الذي يقاس به الخطأ، وقد ختمت الفصل بعرض موجز لمفهوم الإثبات وطرقه العامة في الشريعة الإسلامية.

وأما الفصل الثاني؛ بينت فيه المسؤول عن تحمل عبء إثبات الخطأ الطبي وقد خلصت إلى أن الذي يحدد مسؤولية أحد طرفي دعوى الخطأ الطبي هو نوع العمل الطبي الذي مارسه الطبيب أو طلبه منه المريض، كما عرضت لأهم وسائل الإثبات التي يمكن أن يستعان بها والصعوبات التي تواجه المريض في ذلك.

والفصل الثالث والأخير؛ تحدثت فيه عن الأحكام المترتبة على قيام المسؤولية الطبية وبينت أن قيام المسؤولية المدنية يترتب عليه الضمان للضرر المالي من الأجرة والنفقات العلاجية بينما قيام المسؤولية الجنائية فإنه يترتب عليه الضمان للضرر الجسدي والمعنوي من القصاص والدية والأرش.

Abstract

Proof of Medical Error in Islamic Jurisprudence

Research is addressing evidence of medical error at a time medical personnel committed such errors and the difficulty of distinguishing between it and what is fatalism, so that the patient cannot find a way to find out who caused him harm or how to be compensated. Research came in three chapters and a conclusion as the following:

Chapter 1: I addressed medical error in language and terminology, and addressing reasons leading to the occurrence of those errors and the types and focus on the error, which is occurred by doctor as a result of his deviation from the assets of the medical profession with determining criterion which is measured by the error concept. Chapter was concluded with a brief presentation of the concept of evidence and public ways in Islamic Jurisprudence.

Chapter 2: I addressed the one who is responsible of carrying the of medical error proof, as well concluded that which defines the responsibility of the medical error suit is the practiced medical action by a physician or requested by the patient. I addressed the most important means offered to proof that can deploy, and the difficulties facing the patient.

Chapter 3: I addressed the provisions of the Medical Liability and showed that the civil liability consequent damage to the financial security of the fare and expenses therapeutic while the criminal responsibility it entails physical and moral security of retribution and blood money for the damage.