

## معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي The Medical Error Criteria In Civil Jurisprudence And Islamic Jurisprudence

أ.د. مختار قوادري أستاذ الشريعة والقانون المدني بجامعة سعيدة -  
الجزائر،

- Received date: 13/02/2018
- Accepted date: 10/11/2018
- Publication date: 20 /12/2018

### ملخص:

تستعرض هذه الدراسة معيار الخطأ الطبي في كل من فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، في مقاربة تحليلية مقارنة، تشير إلى نقاط الاتفاق والاختلاف بين الفقهين، ودورها في رسم حدود المسؤولية المدنية في المجال الطبي. حيث تبين في مبحثها الأول مفهوم الخطأ الطبي في فقه القانون المدني وما ارتبط بفكرة الخطأ الطبي من تطورات نظرية وتشريعية، وتعرض مفهوم التعدي الطبي في الفقه الإسلامي. بينما تبين في مبحثها الثاني معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني؛ ما بين معيار عام وبين التمييز بين الحادثة الطبية والإخفاق في العلاج. ثم تتناول ضوابط التعدي الطبي في الفقه الإسلامي وما ارتبط به من مسائل، وبيان أن ضابط التعدي هو مادي حسب الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي.  
**الكلمات المفتاحية:** معيار الخطأ الطبي، فقه القانون المدني، الفقه الإسلامي.

### Abstract :

This study reviews medical error criteria in civil jurisprudence and Islamic jurisprudence, in a comparative analytical approach, indicating the points of agreement and difference and their role in drawing the scope of civil medical liability. The first section shows the concept of medical error, in civil jurisprudence and some related issues; as the theoretical and legislative developments, and it displays it in the Islamic jurisprudence. while the second section clarifies the criteria of medical error in the jurisprudence of civil law; which lies in between general criteria and specific distinction between the medical incident and the failure of treatment. Then, it deals with the subject in the Islamic jurisprudence and its related issues with indicating that has material criteria according to the prevailing trend.

**Key words :** The medical error criteria- The jurisprudence of civil law -The Islamic jurisprudence.

## مقدمة:

تتعلق الإشكالية المطروحة ببيان معيار الخطأ الطبي أو ضابط التعدي الطبي في كل من فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، وذلك وفق منهج تحليلي مقارنة يبرز نقاط الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء؛ من حيث دورهما في تحديد معالم المسؤولية المدنية الطبية ورسم حدود الضمان الطبي، رغم اختلافهما من حيث النشأة والفلسفة القانونية.

وقد تناولت الدراسة ماهية الخطأ الطبي وما ارتبط به من ذيول ومسائل نظرية ذات صلة بتطورات تشريعية كثيرة في جانبه القانوني. كما تناولت مفهوم التعدي الطبي الذي تتسم صيغة التعدي فيه بالشمول لمختلف أصناف الخطأ الطبي فيما يتعلق بفقه الشريعة.

كذلك، استعرضت الدراسة معايير الخطأ الطبي في فقه القانون المدني وما اكتتفها من تطورات فقهية واجتهادات قضائية. ثم بينت ضوابط التعدي الطبي في الفقه الإسلامي وما ارتبط به من مسائل نظرية؛ يغلب عليها المعيار المادي، حسب الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي.

**المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي في فقه القانون المدني وفقه الشريعة الإسلامية**

تم معالجة ماهية الخطأ الطبي في فقه القانون المدني في مطلب أول، ثم بيان مفهوم التعدي الطبي في فقه الشريعة الإسلامية في مطلب ثان، على النحو التالي:

## المطلب الأول: ماهية الخطأ الطبي في فقه القانون المدني

ظهرت فكرة الخطأ في أول أمرها لدى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى، إلا أن الفضل يعود للفقهاء "دوما" الذي أبرز فكرة الخطأ بوضوح في مؤلفه "القوانين المدنية"، وأقام "دوما" و"بوتيه" المسؤولية المدنية في نوعيها التقصيري والعقدي على أساس الخطأ.<sup>1</sup> وظلت فكرة الخطأ - على أنها قوام المسؤولية المدنية للطبيب - سائدة لفترة طويلة من الزمن إلى أن حصلت تطورات جعلتها تتراجع أو تنحصر.

### أولاً: مفهوم الخطأ الطبي في فقه القانون المدني

الخطأ لغة يأتي على معنيين: الأول، يأتي بمعنى العمل غير المشروع الذي يرتكبه الشخص عمداً، والثاني، يأتي بمعنى ما جانب الصواب أو كان على خلاف العمد؛ أي على سبيل الخطأ أو الغلط. وعليه، يقال في لغة العرب: المخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخاطئ من تعمد ما لا ينبغي.<sup>2</sup>

وتعريف القانون المدني للخطأ يتعلق بما كان على سبيل الخطأ أو الغلط؛ لأنّ الخطأ عن عمدٍ أو قصدٍ غالباً ما يكون في دائرة القانون الجنائي. إن الخطأ - بصفة عامة - سواء في نطاق كلٍّ من المسؤولية العقدية أو التقصيرية هو "تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسانٍ يقظٍ وُجِدَ في ذات الظروف التي أحاطت بالمسؤول".<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص143.

<sup>2</sup>: محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الرويعي الإفريقي، لسان العرب : 66/1، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي، مختار الصحاح: 75/1، ولويس معلوف، المنجد في اللغة والأعلام، ص168.

<sup>3</sup>: Mazeau et tunc":Théorie et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle" 6é.ed,

ويمكن القول إن الخطأ الطبي هو "خطأ يرتكبه شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية"،<sup>1</sup> أو أنه "إخلال الطبيب بالتزاماته في مواجهة مريضه، المتمثل في مخالفة المعطيات والأصول الطبية"،<sup>2</sup> هذا إضافة إلى تعريفات أخرى كثيرة.<sup>3</sup> ومهما حاولت هذه التعريفات تحديد ماهية الخطأ إلا أنها لم تسلم من النقد، فالتعريف الأول ينقصه تقييد "تفصير في مسلك الشخص" بمخالفة الالتزام العقدي أو الالتزام القانوني، والتعريف الثاني عرّف الخطأ بالخطأ، وهو من نواقص التعريف. أما التعريف الثالث، فهو شامل للالتزامات العقدية والقانونية، والالتزامات الإنسانية والفنية على حد سواء، ويبدو أنه الأدنى إلى الصواب؛ لتماشيه مع مفهوم الخطأ المهني، ولكن مع ذلك ينقصه ذكر معيار الخطأ؛ كمعيار الرجل العادي "Le bon père de famille"؛ الذي وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول؛ وذلك كطبيعة ودرجة التخصص، مقارنةً بأمثاله من الأطباء، ولا يعتبر هذا أخذًا بالظروف

---

أشار إليه: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص 60 : 1965, I, N° 669 :  
<sup>1</sup> : د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، ص 11.

<sup>2</sup> : Finon (Odile) : Faute et Assurance dans la responsabilité civile médicale, p.21.

<sup>3</sup> : حيث ذهب البعض إلى أنه لا ميّر لوضع تعريف للخطأ في كل من الدائرتين العقدية والتقصيرية، بل إن الخطأ في جميع الأحوال هو الإخلال بواجب سابق، وهو ما ذهب إليه الفقيه "بلانبول". وعرف "سافاتيه" الخطأ بأنه الإخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعته. وعرّف الفقيه "ديموج" الخطأ بأنه اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء. ويذهب الدكتور السنهوري إلى أن عبارات الاعتداء على الحق والإخلال بالواجب وغيرها لا تحدد معنى الخطأ بل هي ذاتها بحاجة إلى تحديد: د. عبد السلام التونجي - المسؤولية المدنية للطبيب، ص 257، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط: 777/1، فقرة 526.

الشخصية، فهي ليست ظرفاً داخلية. وهكذا دواليك بالنسبة للوسائل المادية المتاحة وما شاكل ذلك.

وسبب اختلاف الفقهاء في تعريف الخطأ يرجع إلى أمرين:

**الأمر الأول:** يعود إلى أن كل فقيه عرّف الخطأ من وجهة نظره التي يراها. فأصحاب الاتجاه الموضوعي استخلصوا تعريف الخطأ من الفعل ذاته، بصرف النظر عن شخص فاعله من حيث السن والإدراك ونحو ذلك، ومن أخذ بالاتجاه الشخصي وضع في اعتباره حالة الشخص المسؤول؛ من حيث كونه مميزاً أو غير مميز ونحو ذلك.

**الأمر الثاني:** يعود إلى أنّ كلمة الخطأ كلمة واحدة يندرج تحتها أعداد لا حصر لها من أعمال وأنماط السلوك الإنساني.<sup>1</sup>

ويتضح مما سبق أن الفقه لم يستقر على تعريف معين للخطأ، وهذا

حتى عند أصحاب النظرية الخطئية

القائلين بأن ركن الخطأ<sup>2</sup> هو أهم أركان المسؤولية التقصيرية، إلا أنه مع ذلك لم تتفق كلمة فقهاءهم على تحديد المقصود بالخطأ تحديداً جامعاً مانعاً.

<sup>1</sup>: د. قيس الصغير، المسؤولية المهنية الطبية، ص129.

<sup>2</sup>: يبدو أن للخطأ ركنين، الأول مادي وقوامه الانحراف أو التعدي؛ ويقصد به الإخلال بواجب قانوني أو التزام تعاقدي، والثاني معنوي قوامه الإدراك والتمييز عند أصحاب المسؤولية الخطئية؛ ويُرَاد به أن يكون من وقع منه التعدي مُدركاً لفعله ومميزاً لتبعاته من خير أو شر. وعليه، فلا يكون عديم التمييز -كالمجنون والصبي غير المميز- مسؤولاً لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية. وهذه قاعدة قديمة استقرت في عهد القانون الروماني، وانحدرت منه إلى بعض التشريعات الحديثة. وقد أثار إعفاء فاقد التمييز من المسؤولية انتقاد أنصار المسؤولية المادية المبنية على تحمل التبعة، مما جعل أصحاب المسؤولية الخطئية يعدّلون موقفهم من مسؤولية عديم التمييز، عملاً باعتبارات العدالة التي نادى بها أصحاب المسؤولية المادية، فقالوا: وإن كان الخطأ ضرورياً لقيام المسؤولية، إلا أن الخطأ ليس له إلا ركن واحد فقط هو الركن المادي. وبالتالي، لا يُشترط التمييز لتحقيق الخطأ. بيد أن هذا الاتجاه لم يسلم من المعارض، وبقي عنصر الإدراك قائماً إلى جانب

ولعلّ هذا ما جعل معظم التشريعات المعاصرة تتجنب تعريف الخطأ ضمن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، تاركين ذلك للاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي.<sup>1</sup>

### ثانياً: تطورات الخطأ الطبي في فقه القانون المدني

في الحقيقة إنّ فكرة الخطأ من أدق الأفكار في القوانين المدنية، ويرجع ذلك إلى أن هذه الفكرة غير محددة؛ لاتصالها عن قرب بفكرة الأخلاق، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة.<sup>2</sup>

---

عنصر التعدي، خصوصاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، وما كان لأصحاب المسؤولية الخطيئة الوقوع في الخطأ هروباً من الانتقاد؛ لأن عديم التمييز اللارادي - هو قيد خرج به من فقد إرادته بسكرٍ ونحوه، فلا اعتبار لذلك - عادةً ما يكون في كفالة شخص يتولى مسؤوليته، فلا ضير من إسناد المسؤولية المدنية إلى عديم التمييز المتبوع، وتأسيسها على خطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس. فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عديم التمييز، ولا يفيقه انعدام تمييزه. انظر: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص183، ود. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، 118.

<sup>1</sup>: من بينهم القانون المدني الجزائري في المادتين 124، و124 مكرر؛ بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005م، المعدل للأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م، المنشور في الجريدة الرسمية في العدد 44: <https://www.joradp.dz/FTP/jo-arabe/2005/A2005044.pdf>، باستثناء بعضها كالتشريع المدني التونسي المادة 83 في المادة <https://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/coc/Coc1018.htm>، والتشريع المدني المغربي في المادة 78: <https://rabat.eregulations.org/media/Doc%20maroc.pdf>؛ حيث عرّف الخطأ بأنه "عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار"؛ حيث يبدو أن التعريف اقتصر على خطأ الإهمال دون العمد.

<sup>2</sup>: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ص443.

كما أن فكرة الخطأ نسبية وقد تؤول إلى الزوال، وتصبح المسؤولية موضوعية لا تقيم وزناً للخطأ. ففكرة الخطأ نسبية؛ لأنها تتغير بتغير الأزمان واختلاف البيئات؛ فالمبارزة حتى الموت - مثلاً - كانت من أعمال البطولة والشرف قديماً، وقد أصبحت في عصرنا فعلاً خاطئاً يُرتب المسؤولية. وتأديب الزوجة الناشز عندنا مشروع؛ لقوله تعالى: ﴿فعضوهن واحجروهن في المضاجع واضربوهن﴾<sup>1</sup>، وهو عملٌ غير مشروع في البلاد الغربية ويعد سبباً من أسباب الطلاق.

إن فكرة الخطأ ما زالت بقيةً من اختلاط المسؤولية المدنية بالجناحية وبالمسؤولية الخلقية، وقد انفصلت المسؤولية المدنية عنهما، وأضحت اليوم مسؤولية موضوعية تهدف إلى تعويض ما يحدثه الشخص من ضررٍ لغيره؛ سواء بفعله الخاطئ أم بفعله غير الخاطئ. ثم إن المسؤولية المدنية قد أصبحت اليوم جماعيةً، وعادت إلى صورتها الأولى في المجتمعات البدائية حين كانت كل القبيلة تدفع التعويض عما ارتكبه أحد أفرادها، وها هي شركات التأمين ومؤسسات الضمان الاجتماعي وغيرها تقوم بنفس الدور المفضي إلى رفع الضرر عن المضرور.

وقد نقل الأستاذ علي علي سليمان عن الأستاذ تونك "Tunc"<sup>2</sup> عشرات الأمثلة عن الأخطاء التي ترتكب وتسبب أضراراً فادحة للمجتمع، ومع ذلك لا يحاسب مرتكبوها عليها؛ نظراً لمكانتهم الرفيعة أو لقدرتهم الفائقة على إخفاء أخطائهم. وينتهي من ذلك إلى القول بأن البحث عن الخطأ في المسؤولية

<sup>1</sup>: سورة النساء، الآية 34.

<sup>2</sup>: د. علي علي سليمان، المسؤولية المدنية، ص 98.

المدنية أصبح عديم الجدوى، حيث إن دول الكومن لو (Common Law) تطلق على المسؤولية القائمة على الخطأ عبارة المسؤولية التي تقوم على النصيب (La Loterie)؛ لأنّ المضرور قد ينجح في إثبات خطأ المسؤول فيكسب التعويض، وقد يخفق في إثبات خطئه فيخسر التعويض، فهي في رأي هذه الدول مسؤولية غير خلقية.<sup>1</sup>

نظراً لعوامل اقتصادية بالدرجة الأولى؛ تمثلت في بروز الآلة والتطور الصناعي الهائل الذي تميز به عصرنا الحالي؛ اتسمت سلوكيات الفرد بالمادية، فأصبح هاجس الربح يلاحق أرباب الصناعات، يقابله هاجس التعويض عن أي ضرر يمكن أن يلحق بالعامل من جراء عمل الآلة أو نشاط الغير، مما جعل الخطر يحدق به في عمله وتقله، فاتسع رويداً رويداً مفهوم المسؤولية ليشمل هذه المخاطر كافة.

هذا إضافة إلى عوامل فلسفية، تمثلت في تقلص المذهب الفردي أمام المبادئ الاشتراكية، جاعلةً مصالح المجتمع أهم من مصالح الفرد. وفي هذا الخضم، برزت أسباب اجتماعية، تمثلت في شخصية العامل الذي أخذ يدرك مدى أهميته في المجتمع، ويشعر بأن له حقوقاً يجب احترامها، مما دفعه إلى تكوين نقابات العمال للدفاع عن حقوقه.

أضف إلى ذلك العوامل القانونية التي تجسدت في قصور النصوص القانونية عن تغطية ما استجد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير المنطقي أن يُطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ ضد أصحاب المصانع الكبرى طبقاً للقواعد القانونية التقليدية.

<sup>1</sup>: د. د. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - في القانون المدني الجزائري، ص 148.



لذلك، نما الشعور بوجود التعويض للمتضرر دون إلزامه بإثبات  
الخطأ الذي أصبح عبئه على عاتق الملتزم بالتعويض، مما أدى إلى اضمحلال  
الخطأ كركن لازم لإقامة المسؤولية المدنية.<sup>1</sup>  
وعلى هذا الأساس، سارع الفقه إلى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية  
المدنية فقدم نظريات مهمة؛ مثل نظرية المخاطر، ونظرية الضمان.  
وما شجع أيضا على أقول الخطأ ظهور شركات التأمين على  
المخاطر، وظهور التشريعات الملزمة بالتأمين؛ مثل التأمين من مسؤولية  
الطبيب، مما أدى إلى توفير ضمانات كافية للمتضرر، وجعله يحصل على  
تعويض بأقرب السبل وأسهلها من شركات التأمين، عن فعل الطبيب، في حدود  
المبلغ المؤمن منه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: Le tourneau, la verdeur de la faute sans la responsabilité civile. RTDC 1988, P.505.

<sup>2</sup>: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص 150، مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني -المسؤولية المدنية، ص232.

## المطلب الثاني: مفهوم التعدي في الفقه المدني الإسلامي

لم يلتزم فقهاء الشريعة الإسلامية التعبير بلفظ "الخطأ" كموجب للضمان؛ لأنّ للخطأ عندهم مدلولاً يختلف عن مدلوله عند القانونيين،<sup>1</sup> وإنما يعبرون عنه في الغالب بلفظ "التعدي". وقد يعبرون عنه أحياناً بألفاظ أخرى؛ كالنقصير والإهمال والتفريط وعدم التحرز أو الاحتياط. وإن كانت هذه الألفاظ في مجموعها لا تخرج عندهم عن لفظ التعدي في مدلوله اللغوي والاصطلاحي.

### أولاً: تعريف التعدي لغةً

يُراد بالتعدي في اللغة: الظلم ومجاوزة الحد أو القدر أو الحق. يقال عدا فلانٌ عدواً وعدواناً واعتداءً وتعدياً، إذا ظلمه ظلماً مجاوزاً للحد، والعادي هو الظالم. وفي معنى تجاوز الحد في الشيء قال تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا﴾ [سورة البقرة: 190] ، وفي مجاوزة الشيء إلى غيره قال جلّ شأنه : ﴿تلك حدود الله فلا تعتدوها﴾ [سورة البقرة: 239] ؛ أي لا تجاوزوها إلى غيرها، وقال عزّ من قائل: ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [سورة المؤمنون: 07] ؛ أي المتجاوزون ما حدّ لهم وما أمروا به.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: إذا أطلق الخطأ عند فقهاء الشريعة فإنه ينصرف غالباً إلى ما يقابل العمد. يقول الإمام القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾ سورة النساء: 92: "وجوه الخطأ كثيرة لا تحصى يربطها عدم القصد...": الجامع لأحكام القرآن: 313/5. ويتعرض فقهاء الشريعة للتمييز بين العمد والخطأ في مبحث أوجه القتل، غير أنهم لا يفرقون بينها في نطاق ضمان الأموال وتغريم المتلفات ومنها الجناية على النفس أو ما دونها. انظر: محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني، ص 43.

<sup>2</sup>: ابن منظور، لسان العرب: 33/15، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير: 397/2، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص1688، والموسوعة الفقهية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: 233/12.

## ثانياً: تعريف التعدي اصطلاحاً

لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التعدي في الاصطلاح عن معناه في اللغة المتمثل في الاعتداء على حق الغير، بيد أنّ منهم من أطلق التعدي بمعنى مجاوزة الحد أو الحق دون تقييد<sup>1</sup>، ومنهم من قيّد المجاوزة بغير المشروع، أو بما ينبغي أن يقتصر عليه<sup>2</sup>. وبناءً عليه، عرّفه البعض بأنه "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة"<sup>3</sup>.

وظاهرٌ أن تعريفات التعدي هذه لا تخرج في مجموعها عن معنى يتسع في شموله لكافة أوجه التعدي، سواء أحدثت عن طريق العمد أو الإهمال أو التفريط أو عدم الاحتراز والاحتياط.

وبناءً على ما سبق، فالتعدي هو الاعتداء على حق الغير أو الاعتداء على الغير، والتعدي المقصود هنا: هو إتيان الطبيب فعلاً محظوراً، سواء أكان ذلك إيجاباً أو سلباً، عمداً أو خطأ، مباشرة أو تسبياً. ولا شك أن التعبير الشرعي للفظ التعدي أولى وأدق من التعبير القانوني للفظ الخطأ. فالتعدي يشمل العمد والخطأ، ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما، سواء أكان في صورة التعدي الإيجابي؛ كأن يتسبب الطبيب في قتل المريض أو بتر أحد أعضائه أو إتلاف أحد منافع أو صورة التعدي السلبي، المتمثل في الترك؛ كرفض الطبيب معالجة المريض أو إسعافه، ويترتب على ذلك إزهاق روحه أو تفاقم حالته سوءاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>: الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 107/12، والإمام ابن العربي، أحكام القرآن: 155/3.

<sup>2</sup>: الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: 179/6، والإمام الرازي، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير: 12/5.

<sup>3</sup>: الموسوعة الفقهية الكويتية: 222/28.

<sup>4</sup>: د.حسان شمس باشا، ود.محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ص75.

أشار بعض العلماء إلى أن التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما، الأول، هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، والثاني هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حقوق الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على حد سواء. ولا يشترط لمسؤولية المتعدي بالضرورة أن يكون متعمداً قاصداً للإضرار، بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ والعمد.<sup>1</sup>

أما التعدي بالمعنى الثاني (وهو العمل المحظور شرعاً) فليس بشرط للمسؤولية في كل من المباشر والمتسبب، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم؛ فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محظوراً شرعاً، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان. وذلك مثل الاضطرار إلى أكل طعام غيره بلا إذن لدفع الهلاك عن نفسه، فإنه جائز، بل واجب، لكنه لا ينفي الضمان؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير. وكذا لو أتى فعلاً غير إرادي مما لا يوصف بالجواز أو الحظر؛ كما لو زلق إنسان أو أغمي عليه فوقع على مال غيره فأنلفه، فإنه ضامن وإن لم يأت عملاً محظوراً. فهنا قد توافر التعدي بالمعنى الأول (التجاوز إلى حق معصوم) لا بالمعنى الثاني (عدم الجواز الشرعي).<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: قال الإمام مالك رحمه الله: "وإن ما أخطأ به الطبيب، أو تعدى، إذا لم يتعمد ذلك ففيه العقل [أي الدية]": الموطأ، باب عقل الجراح في الخطأ، ص 614.

<sup>2</sup>: الدكتور مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، ص 78.

والتعدي بمعناه السابق يتمثل في الواقعة الضارة التي أحدثت الضرر، سواء أكانت هذه الواقعة إراديةً بالإيجاب أو السلب<sup>1</sup> - أي الامتناع- وهذه الواقعة لا تخرج عن سببين، هما مخالفة العقد أو الإلتلاف. وقد تكون الواقعة الضارة غير إرادية؛ أي لا إرادة لمن يُسند إليه الفعل؛ كتلف حدث في يد ضمانٍ؛ نتيجة فعلٍ لا يد لصاحب الضمان فيه. والواقعة الضارة إراديةً كانت أم غير إرادية تستوجب الضمان في الفقه الإسلامي، ذلك لأن العبرة في ذلك هو تحقق الضرر، بغض النظر عن كون هذا الضرر نتيجة خطأ أم لا.

<sup>1</sup>: وذلك لأنَّ مَنْ أمكنه إنقاذ إنسان من الهلاك؛ بأن كان عنده فضل طعام، فلم يفعل حتى مات، فعند الحنفية والشافعية والحنابلة -عدا أبي الخطاب- لا ضمان على الممتنع؛ لأنه لم يهلكه ولم يحدث فيه فعلاً مهلكاً، لكنه يأثم. وهذا الحكم عند الحنابلة والشافعية إذا كان المضطر لم يطلب المساعدة، أما إذا طلبها فمُنِع حتى مات، فإنه يضمن في هذه الحالة؛ لأن منعه من ذلك كان سبباً في هلاكه، فضمنه بفعله الذي تعدى به. وعند المالكية، وأبي الخطاب، يضمن دية خطأ إن تأول في المنع وإلا اقتصر منه؛ لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه. وأدخل الدسوقي في المضطر حتى غير الآدمي، وقاس على فضل الطعام فضلَ اللباس والركوب. وفرق الحنفية بين الطعام أو الشراب المباح (العام) وبين المحرز المملوك، فقالوا: "فليس للذي يخاف الهلاك من العطش أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع، ولكن يأخذ منه فيقاتله على ذلك بغير سلاح، وكذلك في الطعام لأنه ملك محرز لصاحبه. ولهذا كان الآخذ ضامناً له، فإذا جاز له أخذه لحاجته، فالمانع يكون دافعاً عن ماله. وقال عليه الصلاة والسلام: "من قُتِلَ دون ماله فهو شهيداً" متفق عليه: صحيح البخاري، كتاب: المظالم والغصب، رقم 2348: 2/877، و صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، رقم 62: 1/124] فكيف يُقاتل من إذا قتله كان شهيداً على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم. فأما البئر المباح غير المملوك لصاحبه، فلا يكون هو في المنع دافعاً عن ملكه، ولكنه مانعٌ عن المضطر حقه فكان له أن يقاتله بالسلاح، ولأول أن يقاتل بما دون السلاح؛ لأن صاحب الماء مأمور بأن يدفع إليه بقدر ما يدفع به الضرورة عنه، فهو في المنع مرتكبٌ ما لا يحل، فيؤدبه على ذلك بغير سلاح". انظر: السرخسي، المبسوط: 166/23، الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 373/2، الشرييني، مغني المحتاج: 309/4، البهوتي، شرح منتهى الإرادات: 298/2، الموسوعة الفقهية الكويتية: 204/11.

## المبحث الثاني: معيار الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي و فقه القانون المدني

شمل هذا المبحث معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني في مطلب

أول، ثم ضابط التعدي الطبي في الفقه الإسلامي في مطلب ثان؛ كما يلي:

### المطلب الأول: معيار الخطأ في فقه القانون المدني

يتراوح معيار الخطأ في فقه القانون المدني بين المعيار العام، من جهة، وبين

التمييز بين الحادثة الطبية ومجرد الإخفاق في العلاج، من جهة ثانية؛ وما

يتصل بذلك من إشكالات قانونية، وذلك كما يلي:

### أولاً: المعيار العام والإشكالات التي أثارته:

بداية، أقام أصحاب المسؤولية الخطئية أو المسؤولية الشخصية الخطأ

على أساس التمييز. ويُراد به أن يكون من وقع منه التعدي مُدركاً لفعله ومميزاً

لتبعاته من خير أو شر. وعليه، فلا يكون عديم التمييز -كالمجنون والصبي

غير المميز - مسؤولاً، لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.

وهذه قاعدة قديمة استقرت في عهد القانون الروماني، وانحدرت منه

إلى بعض التشريعات الحديثة. وقد أثار إعفاء فاقد التمييز من المسؤولية انتقاد

أنصار المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية المادية المبنية على تحمل التبعة

وعملاً باعتبار العدالة، مما جعل أصحاب المسؤولية الخطئية يعدلون موقفهم

من مسؤولية عديم التمييز بالقول: إن كان الخطأ ضرورياً لقيام المسؤولية، إلا

أن الخطأ ليس له إلا ركنٌ واحدٌ فقط هو الركن المادي. وبالتالي، لا يُشترط

التمييز لتحقيق الخطأ.

بيد أن هذا الاتجاه لم يسلم من المعارض، وبقي عنصر الإدراك قائماً

إلى جانب عنصر التعدي، خصوصاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، وما كان

لأصحاب المسؤولية الخطئية الوقوع في الخطأ هروباً من الانتقاد؛ لأن عديم

التمييز اللارادي - وهو قيدٌ خرج به من فقد تمييزه بإرادته كالسكرٍ ونحوه، فلا اعتبار له - عادةً ما يكون في كفالة شخصٍ يتولى مسؤوليته، فلا ضير من إسناد المسؤولية المدنية إلى عديم التمييز التابع، وتأسيسها على خطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس، لا ينفية انعدام تمييزه.<sup>1</sup>

وقد استقر القضاء على أن العناية المطلوبة من الطبيب تقتضي منه أن يبذل جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وُجدَ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول، كما يسأل عن خطئه العادي بصورة عامة.

ويتضح مما سبق أن معيار الخطأ هنا معيار عام، فهو من جهة معيار موضوعي "Critère Objectif"؛ حيث يقاس الفعل على أساس سلوك مجرد لا يختلف من حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد؛ أي إن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب، يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى؛ سواء أكان طبيباً عاماً أم متخصصاً أم أستاذاً في الطب.

والأخذ بالمعيار الموضوعي يقتضي عدم الاعتداد بالظروف الذاتية والداخلية للشخص موضع المسؤولية؛ وهي تلك الأحوال اللصيقة بشخص المسئول؛ كطباعه الشخصية وحالته النفسية والصحية والاجتماعية وسنه وجنسه، وهذا هو عين الأخذ بالمعيار الذاتي.

<sup>1</sup> طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص183، د.محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين

الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص118.

ومن جهة أخرى، يضاف إليه الاعتراف بالظروف الخارجية التي أحاطت بالشخص المسئول وقت الفعل؛ كخطورة الحالة المرضية وما تتطلبه من إسعافات سريعة وإمكانيات قد لا تكون متوفرة، أو إجراء العمل الطبي في مكان بعيد لا توجد به مساعدة طبية، أو في زمان معين يصعب فيه العمل.<sup>1</sup>

وهذا المعيار العام هو ما ذهب إليه الفقه والقضاء، ولم يسلم من المعارض من ذهب إلى دمج المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي تحت عنوان **المعيار المختلط**؛ هروبا من الانتقادات التي وجهت إلى كل من المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي المجرد الذي لا يعتد بالظروف الخارجية.<sup>2</sup>

والحديث عن المعيار العام للخطأ في المجال الطبي - على النحو المذكور - قد يبدو سهل المنال من الناحية النظرية، ولكن تحقيق مناطه أو إنزاله إلى الواقع وتطبيقه على الواقعة المعروضة، يُثير كثيراً من الإشكالات. ففي حين يطبق القضاء صحيح القانون في بعض أحكامه، يجانب الصواب في بعضها الآخر حتى في الدول المتقدمة.

ومن الإشكالات المتصلة بمعيار الخطأ الطبي، التمييز بين مصطلحي الخطأ "La faute" والغلط "L'erreur"، وما يترتب عليه من نتائج. فالخطأ سلوك لا يصدر من شخص فطن حذر واع بالتزاماته، في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص16.

<sup>2</sup>: د. ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ص117، دار هومة- الجزائر، 2007م، جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، ص364، د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، ص231، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.

<sup>3</sup>: عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ص150.



فالغلط وهم يتولد في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع.<sup>1</sup> والغلط كمفهوم قانوني يبدو كحادث فجائي يقترب من القوة القاهرة. فشذوذ السلوك الذي يميزه يمكن أن يقع فيه كل إنسان، وذلك بالنظر إلى تعقيدات الظروف التي يمارس فيها نشاطه.<sup>2</sup> وحديثاً ذهب البعض إلى أن الغلط في التشخيص هو المجال المعتاد لإعمال فكرة الغلط، وأن الغلط في هذا المجال لا يشكل من حيث المبدأ خطأً تنشأ به مسؤولية الطبيب.<sup>3</sup> والغلط يحدث من أكثر الناس حرصاً ولا يمكن تجنبه في المجال الطبي، فإن المؤاخظة التلقائية له تعني إدانة للطب ذاته.<sup>4</sup> والاتجاه العام، في فقه القضاء المقارن، أن الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

ويعمل الطبيب قدر طاقته، في ظل العديد من الاحتمالات التي يقدرها المريض، والتي لا يكون لأي منها درجة اليقين لتحقيق أفضل النتائج للمريض. غير أنه لا يحول دون وقوعه في الغلط حرصه على عدم حدوث ذلك، فهذا الغلط يكاد يكون ملازماً لممارسة العمل الطبي ملازمة حتمية، يتعذر معها القول بمسؤولية الطبيب عند وقوع ذلك الغلط.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 100.

<sup>2</sup>: J. penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.D.J, 1973, P.220

<sup>3</sup>: Hoquet-Berg (s), L'erreur de diagnostic n'est pas toujours fautive, Cass. 1re civ., 17 juin 2015, n° 14-19725, non publié au bulletin (F-D) : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/01/05/>

<sup>4</sup>: A.Tunc,intervention au deuxieme congres international de morale medicale,paris,1966, T.I , P.2

<sup>5</sup>:Finon (odile), Faute et assurance dans la responsabilité médicale, thèse, paris, 1972, P.65.

بيد أنه ليس من اليسير معرفة ما إذا كان الطبيب خلال قيامه بالفحص حذراً ومتيقظاً أم لا، ولذلك فإنه ليس من العدالة اعتبار كل غلطٍ خطأً تتعقد به مسؤولية الطبيب، وهذا فضلا عن أنه ليس من المنطقي أن نطلب من كافة الأطباء نفس الموهبة والملكة والمقدرة، في مجال يبدو فيه الفن الطبي غاية في الإشكال والتعقيد.<sup>1</sup>

فالتمييز بين ما هو خطأ موجب للمسؤولية وبين ما يقتصر عند حد الغلط العلمي المغتفر، بقدر ما هو ضروري بقدر ما هو دقيق، إذ يتعذر حتى على القضاء، وهذا ما يفسر رفض محكمة النقض الفرنسية -أحيانا- التمييز بينهما، واعتبار مسلك الطبيب حتى إن كان لا يمثل خطأً وإنما مجرد غلطٍ إلا أن قيام السببية بين فعل الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض كافٍ لتحقق مسؤوليته.

حيث يمكن الفصل في ذلك، بالرجوع في كل ظرف إلى الاستعانة بالخبراء والنظر في السوابق القضائية المشابهة، مع بقاء سلطة البت النهائي لتقدير قاضي الموضوع.<sup>2</sup>

ويمكن القول، إن القضاء سواء في مصر<sup>3</sup> أو فرنسا،<sup>4</sup> يستعين في تقدير سلوك الطبيب بمدى تخصصه، فينتشدد مع الأخصائي دون سواه. فما يعتبره غلطا مغتفراً في التشخيص بالنسبة لطبيب عام، يعدّه خطأً موجباً للمسؤولية إذا وقع من مختص؛ على أساس أن التخصص هو صفة ظاهرة

<sup>1</sup>: عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، ص 211.

<sup>2</sup>: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup>: حكم محكمة استئناف مصر الصادر بتاريخ 1936/11/02، المنشور بمجلة المحاماة س 16، ص 713.

<sup>4</sup>: Paris, 17 Juin, D.1988.inf.rap, P.497. Note. penneau.

للملأ تدل على زيادة علم، وتَحْمِلُ الناس على زيادة الثقة به. ووجه التشدد هو في مقارنة مسلكه بمسلك الطبيب العام، دون مسلك طبيب أخصائي مثله.<sup>1</sup>

### ثانيا: التمييز بين الحادثة الطبية والإخفاق في العلاج

اعتنقت محكمة النقض الفرنسية، فيما يتعلق بمفهوم الخطأ الطبي، فكرة التمييز بين الحادثة الطبية ومجرد الإخفاق في العلاج، وأخذت بناء على ذلك بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى، وقصرت الأخذ بالمسؤولية الشخصية المؤسسة على إثبات الخطأ في الحالة الثانية. ويبدو هذا الاتجاه جليا في قضاء المحكمة في حكمين حديثين متتابعين، لم تطبق فيهما ذات الحل تأسيساً على فكرة التمييز بين الحادثة الطبية و إخفاق العلاج.

تتلخص وقائع القضية الأولى - الصادر حكمها<sup>2</sup> ب07 يناير 1997 المسماة بحكم Franchot- في أن مريضا كان يعاني من آلام في ذراعه الأيسر، نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرابين الذراع عند اتصاله بالصدر، مما استلزم إجراء جراحة له، وأثناء إجراء هذه الجراحة، ولتشابك العديد من الشرايين العصبية في هذا المكان، قطع الجراح شريانا شديد الالتصاق بالشريان المراد جراحته، مما أحدث نزيفا للمريض، ترتبت عنه وفاته.

بعد أن أقامت زوجة المتوفى دعوى المسؤولية، على الرغم من تقرير الخبرة الطبية "L'expertise médicale"؛ الذي قضى بأن الجراحة تمت وفقا

<sup>1</sup>: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص78، د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص6.

<sup>2</sup>: Cass. Ire Civ. 7 Janv. 1997 : Gaz. Pal ., 7-8 Fév. 1997, Flash juripr. P.32

للأصول الطبية، وأن الوفاة كانت نتيجة تفاقم استثنائي غير متوقع في حالة المريض، إلا أن محكمة "Every" الابتدائية قضت بقيام مسؤولية الجراح، بناء على أنه ارتكب مسلكاً غير سليم في إجراء الجراحة، ووصفته بأنه يمثل رعونة وخرقا للأصول الطبية. وذهبت محكمة الاستئناف بباريس في 30 يونيو 1994، إلى العكس تماماً، حيث قضت بعدم مسؤولية الطبيب الجراح.

وحين طُعن في هذا الحكم بالنقض ذهبت محكمة النقض " La court de cassation" إلى أن القول بانتفاء المسؤولية -كما قضت محكمة الاستئناف- يمثل خرقاً للمادة 1147 من التقنين المدني الفرنسي<sup>1</sup>. وبناء على ذلك، قررت أن الضرر الذي حدث للمريض قد وقع بفعل الجراح، بصرف النظر عن ثبوت الخطأ في جانبه من عدمه.

ويشير هذا الحكم إلى أن مجرد صدور الفعل، من جانب الطبيب، يكفي لقيام مسؤوليته، ولو لم يكن هذا الفعل منطوياً على خطأ من قبله. وبعبارة أخرى، إن وقوع "حادثة طبية أو جراحية" يكفي لتحقيق مسؤولية الجراح، ولو لم تنطو هذه الحادثة على أي خطأ يمكن نسبته إليه.

وتتلخص وقائع الدعوى الثانية -التي صدر بموجبها حكم<sup>2</sup> 25 فبراير 1997- في قيام الجراح أثناء إجراء جراحة لمريض يعاني من انسداد

<sup>1</sup>: نقضي المادة 1147 بأن المدين الذي أخل بالتزامه يلتزم بالتعويض سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وذلك قبل تعديلها بمقتضى أمر 31/2016 المؤرخ في 10 فبراير 2016 إلى الصياغة التالية بأن عدم القدرة على التعاقد هو سبب للقابلية للإبطال النسبي:

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=3E1A46EB34BF67C246F84A9708728D24.tp1gfr41s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000032008380&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180212](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=3E1A46EB34BF67C246F84A9708728D24.tp1gfr41s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032008380&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180212)

<sup>2</sup>: Cass. Tre Civ. 25 Fév. 1997, JCP 1997, ed.G.N°.11.

الناصور<sup>1</sup>، بإمرار بالون مطاطي غير منتفخ، متصل بأنبوب، خلال المجرى المراد توسعته لدى المريض. ولما أراد الجراح سحب هذا البالون من مكانه - أي المجرى المراد توسعه - بعد نفخه بواسطة الأنبوب المتصل به، حدث أمر غير متوقع؛ حيث انفصل البالون عن الأنبوب، وانطلق نحو الشريان السباتي<sup>2</sup>، ومنه إلى أحد شرايين المخ، مما أعاق سير الدم في المخ، وأفضى إلى إصابة المريض بشلل نصفي.

وفي ضوء تقارير الخبرة، قضت محكمة استئناف "Lyon" بعدم وجود خطأ في جانب الطبيب، أو عيب في الأدوات المستخدمة، وأن الحادث يُعد من قبيل المخاطر الملازمة للنشاط الجراحي، وانتهت، بناء عليه، إلى انتفاء المسؤولية عن الجراح.

طعن في هذا الحكم بالنقض على أساس إخلال الجراح بالتزامه بتحقيق السلامة، غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن، وأيدت الحكم المطعون فيه فيما قرره من انتفاء مسؤولية الجراح على أساس أن الجراح لا يلتزم في مواجهة مريضه إلا ببذل عناية، مؤكدة أن مسلك الطبيب اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية الأكثر تطوراً، وهو ما أثبتته تقارير الخبراء. وانتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه قد أصاب صحيح القانون، حين نفى مسؤولية الجراح سواء في مرحلة الإعداد للجراحة أو أثناء إجرائها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: "الناصور" بالسين والصاد جميعاً علة تحدث في مآقي العين يسقي فلا ينقطع قال وقد يحدث أيضاً في حوالي المقعدة وفي اللثة وهو معرب": ابن منظور، لسان العرب: 205/5.

<sup>2</sup>: يقابل في الاصطلاح الفرنسي "Artère carotide": جبور عبد النور، معجم عبد النور المفصل، عربي-فرنسي: ج2، ص1106.

<sup>3</sup>: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص125، ود. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ص200.

وهنا يلاحظ التباين الواضح بين الحكمين السابقين؛ حيث أخذ بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى؛ أي الحادثة الطبية، بينما اعتُتقت المسؤولية الخطئية في الحالة الثانية؛ أي مجرد إخفاق العلاج. هذا ما دعا البعض<sup>1</sup> إلى التساؤل عن مسلك المحكمة العليا التي يوحى ظاهر أحكامها بالتمييز بين المتشابهين، وهو مناف للعدالة.

والحق أن الجواب عن هذا التساؤل يكمن في بيان فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد إخفاق العلاج. حيث ذهب البعض<sup>2</sup> إلى أن إقرار القضاء مسؤولية موضوعية (غير خطئية) يتعين أن يطبق على كل حالة يرجع الضرر المتحقق فيها إلى واقعة يمكن وصفها بالحادثة الطبية.

ويتوقف وجود الحادثة الطبية، من جهة، على الضرر ذاته، ومن جهة أخرى، على العمل الطبي. فمن جهة أولى، يجب ألا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومنتوقعة لحالة المريض. وذلك مثل الإصابة بشلل أو اضطرابات عصبية نتيجة فحص بسيط أو جراحة عادية، أو حدوث وفاة إثر تخدير المريض، أو حدوث عدوى بمرض يفضي إلى الوفاة عادة على إثر نقل الدم، أو سقوط المريض من على منضدة الجراحة، ففي كل هذه الفروض لا يمكن اعتبار مثل هذه الحوادث آثاراً عادية للعمل الطبي.

ومن جهة ثانية، يلزم أن يكون الضرر المحقق راجعاً إلى عمل مادي لا يقتضيه التدخل الطبي؛ كأن ترجع الرضوض التي تلحق بجسم المريض إلى الاستخدام السيئ للأجهزة الطبية من قبل الطبيب، أو أن يلحق الجراح الضرر بعضوٍ خلافَ العضو المراد جراحته.

<sup>1</sup> : G.Viney et p. Jourdain, L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation, JCP, ed. n° 17, doc. 4016, P.182.

<sup>2</sup> : Ibid, P.181.

ويلاحظ في هذين الفرضين أن الضرر نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي، وبالتالي فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق العلاج، الذي يصح أن يثار بخصوصه -وحده- التزام الطبيب ببذل عناية. وعلى العكس من ذلك، فإن الأضرار الطبية المتمثلة في الفروض السابقة، يتعين إخضاعها لنظام آخر، وهو أن المسؤولية الموضوعية هي المجال الطبيعي للحادثة الطبية.

**والإخفاق في العلاج** هو المجال الطبيعي للمسؤولية الخطئية، ونعني به إخلال الطبيب بالعناية اللازمة تجاه مريضه، ويعتبر مبدأ الالتزام ببذل عناية هو المبدأ المتعين إعماله هنا. ويبرر ذلك اعتباران:

**الأول:** هو أن إلزام الطبيب بالالتزام عام بتحقيق نتيجة لا يصح؛ لمنافاة ذلك طبيعة النشاط الطبي الذي يتسم بالمخاطر والتطور المستمر، وإن كان ذلك لا يحول دون القول بهذا الالتزام في مثل حالة الفحوص و نحو ذلك، وهذا التوازن بين الإبقاء على المسؤولية الخطئية كقاعدة، والمسؤولية غير الخطئية كاستثناء، يسمح للمسؤولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقي في ردع الأخطاء.<sup>1</sup>

**والثاني:** يتمثل في ضرورة ترك المجال للمسؤولية الخطئية، حتى إذا حصل أن نظم المشرع مسؤولية موضوعية؛ بعيدة عن اشتراط الخطأ في جانب الطبيب، حيث يتقرر حق الرجوع على الذمة الجماعية - سواء تمثلت في شركة تأمين أو صندوق ضمان - التي تلتزم بتعويض ضحايا النشاط الطبي على الغير " le

<sup>1</sup> : S. Hoquet-Berg, obligation de moyens ou obligation de resultat à propos de la responsabilité médicale, thèse. Paris XII, 1995, N°26.

"tiers" المسئول عن طريق الحلول محل الضرور، كما قرره قانون 31

ديسمبر 1991 بخصوص تعويض ضحايا مرض المناعة المكتسبة.<sup>1</sup>

فإذا ما أخفق العلاج في إحداث أثره المتوقع، قامت المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات. ويدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعتبر نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبي، حتى لو كانت هذه الأضرار استثنائية، كتلك الآثار الجانبية التي تحصل بمناسبة التخدير متى نشأ عن خرقٍ من جانب الطبيب لأصول مهنته.

ويبقى أن نقرر أننا أمام إشكال دقيق، يتعلق برسم الحدود الفاصلة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق غاية، كلما كان سبب الضرر في كل حالة كامناً أو مجهولاً. ويتعين على القضاء، في هذا الخصوص، أن يستعين بالمعايير السابقة الذكر.

ومع ذلك، لا يفوتنا أن نؤكد على أن هذا الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية، المتبني لفكرة الحادثة الطبية ليس من شأنه أن يذلل كل الصعوبات التي تعنّ للقاضي، وإن كان بإمكانه أن يقرر تعويض عدد غير يسير من ضحايا الحوادث الطبية، على أن يبقى الحل الأنجع في انتظار التدخل الضروري للمشرع.<sup>2</sup>

في انتظار ذلك، يسجل بوضوح توجه قضاء النقض الفرنسي نحو اعتناق مسؤولية موضوعية في المجال الطبي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> : G. Viney et p. jourdain, op. cit, P.186.

<sup>2</sup> : Ibid, P.186.

<sup>3</sup> : د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، ص128.



## المطلب الثاني: ضابط التعدي الطبي في الفقه الإسلامي

تتمثل ضوابط التعدي الطبي في الفقه الإسلامي في أن تكون المباشرة بإطلاق، والتسبب مع التعدي، فضلا عن الاعتداد بالضابط المادي حسب الاتجاه السائد. وفيما يلي بيان ذلك:

### أولاً: معيار التمييز بين التعدي بالمباشرة وبين التعدي بالتسبب

ميّز فقهاء الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بوجود ضمان الضرر، بين ما إذا نتج الضرر عن الفعل الضار مباشرة<sup>1</sup> كان أم تسبباً<sup>2</sup>، ثم يؤسسون على ذلك حكماً على قدر من الأهمية، حيث يقررون أنه في حالة حدوث الضرر عن طريق المباشرة، فإن محدث هذا الضرر يضمنه في كل الأحوال؛ سواء تعدى أم لم يتعدّ-مثل الأفعال اللارادية الموجبة للضمان-، أما إذا حدث الضرر بالتسبب، فلا يضمن إلا بالتعدي؛ سواء أكان في صورة العمد بالنسبة للمتسبب أو إهماله وعدم تحرزه.

وبناءً عليه، يمكن القول في عبارة موجزة: يُشترط لوجوب الضمان أن تكون المباشرة بإطلاق، والتسبب مع التعدي.<sup>3</sup> وأخطأ بعض الباحثين إذ أنط التعمد بالتسبب، اعتماداً على مجلة الأحكام العدلية؛ حيث تضمنت في المادة 93 قاعدة مفادها "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد". وتعقّب ذلك العلامة

<sup>1</sup>: مباشرة الأمور أن تليها بنفسك: مختار الصحاح: 22/1، ومنه-كما ذكر ابن منظور- باشر الرجل امرأته مباشرة وبشارا، كان معها في ثوب واحد فوليت بشرته بشرتها: لسان العرب: 61/4.

<sup>2</sup>: التسبب من السبب. والسبب الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور؛ فيقال هذا سبب هذا، وهذا مسبب هذا: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: 262/1، وجاء في لسان العرب: وجعلت فلانا لي سبباً إلى فلان في حاجتي و دجأ؛ أي وصلة و ذريعة: 458/1.

<sup>3</sup>: الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص58، د. عادل جبيري، المفهوم القانوني لرابطة السببية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص222.

مصطفى الزرقا بقوله أنه يُراد بلفظ "التعمد" معنى "التعدّي" لا معنى القصد، ومع ذلك فهو تعبير غير سديد لا سيّما في قاعدة؛ لأنه موهّم. وأيدّ كلامه بأن التعدي هو أساس التضمين في حالتي المباشرة والتسبب على حدّ سواء، بغض النظر عن التعمد أو الخطأ.<sup>1</sup>

وهذا صحيح، فإن ربط الضمان بالتعدي هو الذي جرى عليه الفقهاء من القديم، ومن عباراتهم الكثيرة الدوران في مناسبات التعليل قولهم: "الضمان على من تعدى"<sup>2</sup>، "الضمان على المتعدي"<sup>3</sup>، و"الضمان بالتعدي"<sup>4</sup>، و"الضمان مَنُوطٌ بالتعدي"<sup>5</sup>.<sup>6</sup>

وعلى ذلك، فإن معيار التمييز بين التعدي بالمباشرة والتعدي بالتسبب يكمن في تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر الموجب للضمان في الفقه الإسلامي. فالتعدي بالمباشرة يتحقق حينما يحدث الضرر عادةً نتيجةً مباشرةً لما باشره المعتدي من فعل، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر؛ يتسبب عنه

<sup>1</sup>: الدكتور مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام: 1047/2، بند 90/81.

<sup>2</sup>: مصنف عبد الرزاق: 252/8، باب ضمان المقارض إذا تعدى، ولمن الريح.

<sup>3</sup>: ابن قدامة، المغني: 292/5، ابن مفلح، المبدع: 96/5، الكاساني، بدائع الصنائع: 274/7، وحيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الحكام: 234/2.

<sup>4</sup>: النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني: 271/2، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الخطاب)، مواهب الجليل، 265/5، أحمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر: 308/1، الزيلعي عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 150/6.

<sup>5</sup>: شرح الزركشي على مختصر الخرقى: 301/2.

<sup>6</sup>: د. علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي

: 342/1.

الضرر. أما التعدي بطريق التسبب فيتحقق حينما يحصل الضرر، ليس عن فعل الشخص ذاته، وإنما عن أمرٍ آخر يفصل بين فعله وبين الضرر.<sup>1</sup>

### ثانياً: ضابط التعدي مادي حسب الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي

قال العلامة عبد الرزاق السنهوري رحمه الله: "الظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي، كما هو في الفقه الغربي، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد. فمعياره موضوعي لا ذاتي، كما هو شأن سائر المعايير في الفقه الإسلامي، فالعبرة إذن في قياس السلوك المألوف بين الناس، فما خرج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسؤولية، وما كان معتاداً لا يكون تعدياً؛ وبالتالي، فلا يكون سبباً للضمان".<sup>2</sup>

وبناءً عليه، يعتبر الطبيب متعدياً إذا تصرف تصرفاً ليس من عادة أهل فن الطب أن يفعلوه، سواء تعلق الأمر بدرجة العناية اللازمة أو الحيلة والتبصر والحذر.

وفي المقابل، ذهب البعض<sup>3</sup> إلى أن فقهاء الشريعة اعتنوا بتعريف التعدي في معناه اللغوي والاصطلاحي، إلا أنهم لم ينصوا صراحةً على معياره أو ضابطه، ولكن ليس معنى ذلك أنه لا وجود لفكرته -أي ضابط التعدي- في الشريعة؛ فمن المقرر أن الحاكم على أفعال العباد هو الشارع سبحانه وتعالى -أو المشرع بلغة القانونيين- دون سواه.

<sup>1</sup>: الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 58، د. عادل جبيري، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص 222.

<sup>2</sup>: الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 149/6.

<sup>3</sup>: د. محمد فتح الله النشار: التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 146.

وبناءً عليه، فإن معرفة حد مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز، إنما يرجع أصلاً إلى الشارع في الأحوال التي ينص فيها على مشروعية الأفعال. وفي الأحوال التي يسكت فيها الشارع الحكيم عن بيان حكم مسألة أو لم يرسم حدوداً لها؛ لحكمة ما، فلم يُعلم له ضابط في الشرع، ولا في أصل اللغة، يُرجع فيه إلى العرف.

حيث يُقصد بالعرف الذي يجب مراعاته العرف الصحيح، وليس العرف الفاسد الذي يناقض نصاً من نصوص الشريعة أو أصلاً من أصولها، سواء أكان هذا المألوف عرفاً عاماً، وهو الذي يتفق عليه الناس في كل الأمصار، أم كان هذا المعتاد عرفاً خاصاً؛ وهو الذي يسود في بلد من البلدان، أو لدى طائفة من الناس؛ كعرف التجار أو الزراع أو الأطباء ونحو ذلك. وعليه، فكل ما يراه الناس تجاوزاً للمألوف - بالضوابط السابقة الذكر - يُعد معياراً للتعدي. والتوفيق بين الرأيين يقتضي القول، إن الفقهاء على فرض أنهم لم ينصوا صراحة على ضابطٍ للتعدي بصفة عامة - ما عدا المجال الطبي - إلا أنه يُستشف من خلال استقراء نصوصهم أن هذا الضابط كان ماثلاً في أذهانهم، وربما من شدة وضوحه لم تدعُهُ الحاجة إلى بيانه.

ومن أمثلة ما ورد في فروعهم يؤيد ذلك ما يلي: " قالوا هذا [أي يضمن] إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عادةً، أما إذا رش ماء قليلاً كما في المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به عادةً لا يضمن"<sup>1</sup>. و"كما لو وضع تراباً في الطريق يُطَيَّنُ به سطحه-مثلاً- وقد خالف العادة، فإنه يضمن من يزلق به"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>: المرغيناني علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي: 192/4.

<sup>2</sup>: الرملي محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: 357/7.

ولعلّ هذا ما دفع بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف التعدي بأنه "مجاوزه ما ينبغي أن يُقتصر عليه شرعاً، أو عرفاً أو عادةً"<sup>1</sup>.  
أما ضوابط التعدي في المجال الطبي فقد أشار إليه كثير من الفقهاء، إذ يتمثل في عدم خروج الطبيب عن فعل مثله من الأطباء، فإن خرجت أعماله عن الرسم المعتاد اعتُبر ضامناً؛<sup>2</sup> كمن يُطَبَّبُ المريضَ بغير إذنه، أو يتجاوز الموضوع المطلوبَ جراحتهُ فيستأصل عضواً صحيحاً، أو يستعمل آلةً يكثر ألمها مع وجود بديل أفضل منها، أو يباشر الجراحة في وقت لا يصلح لذلك من غير ضرورة؛ كالحر أو البرد المُفْرِطَيْن، أو في حال ضعف المريض، أو يكون منه تقصيرٌ في التطبيب يفضي إلى الإلتلاف، فلا شك في تعدي الطبيب في مثل هذه الصور ونظيرها، وإن كان حاذقاً أو ماهراً في صناعة الطب مأذوناً له في ذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: د. فوزي فيض الله، المسؤولية التصريفية بين الشريعة والقانون، ص 189، د. محمد فاروق بدوي العكام، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1977، ص 77، ود. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص 175: أشار إلى ذلك د. عادل جبيري، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، ص 222.

<sup>2</sup>: قال اللخمي: إذا قطع في الوضع المعتاد فمات لم يكن عليه شيء، وإن زاد على ذلك يسيراً ووقع القطع فيما قارب كان خطأً، وإن زاد على ذلك فيما لا يشك فيه أن ذلك عمدٌ كان فيه القصاص: الخرخشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل: 15/8، قال عبد الله بن أحمد النسفي حافظ الدين أبو البركات صاحب كنز الدقائق: ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاع لم يتعدّ الموضوع المعتاد: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 33/8. وقال الخطابي: لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى، فتلف المريض كان ضامناً: ابن القيم، الطب النبوي، ص 80. وقال الشافعي: "فإن كان فعلٌ ما يُفعلُ مثله ممّا فيه الصّلاحُ لِلْمَفْعُولِ بِهِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ بِتِلْكَ الصَّنَاعَةِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ فَعَلٌ مَا لَا يُفْعَلُ مِثْلُهُ مِنْ أَرَادَ الصَّلَاحَ وَكَانَ عَالِمًا بِهِ فَهُوَ ضَامِنٌ وَلَهُ أَجْرٌ مَا عَمِلَ فِي الْحَالِّينَ فِي السَّلَامَةِ وَالْعَطَبِ": الأم: 172/6.

<sup>3</sup>: انظر: د. عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، ص 63، د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص 580، د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، ص 48، الخرخشي محمد بن عبد الله، شرح الخرخشي على مختصر خليل: 15/8.

ويسمي العلامة ابن القيم -رحمه الله- هذا النوع جنائية خطأ، تستوجب الضمان<sup>1</sup>، حيث كشف عن قاعدة جلية في معرض حديثه عن الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فقال: "وقاعدة الباب إجماعاً ونزاعاً: أن سرية الجنائية مضمونة بالاتفاق، وسرية الواجب مهدرة بالاتفاق، وما بينهما؛ أي سرية ما أذن في فعله، ففيه النزاع. فأبو حنيفة أوجب ضمانه مطلقاً، وأحمد ومالك أهدرا ضمانه، وفرق الشافعي بين المقدّر فأهدر ضمانه، وبين غير المقدّر فأوجب ضمانه. فأبو حنيفة نظر إلى أن الإذن في الفعل إنما وقع مشروطاً بالسلامة، وأحمد ومالك نظرا إلى أن الإذن أسقط الضمان، والشافعي نظر إلى أن المقدّر لا يمكن النقصان منه، فهو بمنزلة النص، وأما غير المقدّرات؛ كالتعزيزات والتأديبات، فاجتهادية، فإذا تلف بها، ضمن؛ لأنه في مظنة العدوان".<sup>2</sup>

نقل عن بعض المالكية ما يثبت لزوم النظر إلى الاعتبارات الشخصية عند تقدير التعويض عن الضرر، فمن قطع ذنب دابة ذي الهيئة<sup>3</sup> غرم قيمتها كاملة، إذا أراد صاحبها تركها. وعلّلوا ذلك بذهاب المقصود من ملكيتها وهو الركوب؛ حيث إنها لا تصلح له بعد هذا العيب؛ لأن مثله لا يركبها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>: ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر: زاد المعاد: 140/4، والطب النبوي، ص 81.

<sup>2</sup>: الطب النبوي، ص 80.

<sup>3</sup> أي صاحب المكانة الاجتماعية الرفيعة كالعالم أو الوالي أو القاضي. فقد ورد في الأثر عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول صلى الله عليه وسلم: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم»: النسائي أحمد بن شعيب، السنن الكبرى: 469/6. قال الإمام الشافعي: سمعت من أهل العلم من يعرف هذا الحديث ويقول: يتجافى للرجل ذي الهيئة عن عثرته ما لم يكن حدا: مسند الشافعي: 363/1.

<sup>4</sup>: راجع: التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت1258هـ)، البهجة في شرح التحفة -ضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين- مع حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام عبد الله بن محمد التاودي (ت

1209هـ): 584/2.

وعلق القرافي قائلاً: "وبالجملة فالنقص عند العلماء ثلاثة أقسام، الأول: ما تذهب به العين بالكلية فيوجب طلب القيمة اتفاقاً، والثاني: ما لا يبطل المقصود فلا تلزم به القيمة اتفاقاً، والثالث: ما يخل بالمقصود فهو محل الخلاف المذكور".<sup>1</sup>

وتعليقاً على ما سبق ذكره، يمكن القول إن رأي جمهور الفقهاء ينضح بمعيار موضوعي مادي بحت، يهتم بمحل الضرر كقيمة مالية تثبت في الذمة، دون طرفي الالتزام، سواء كان ناشئاً عن اعتداء أو مخالفة محظورة أم لا، بينما يُنيط المالكية، في رأيهم هذا -باعتباره نموذجاً في هذه المسألة فحسب- الضررَ بمعيارٍ موضوعيٍّ للرجل العادي في وسط أترابه، ولا يعتبر على الإطلاق دليلاً على قوله بالمعيار الشخصي. فنخلص إلى أن الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، بما فيهم المالكية، ينتهج المعيار أو الضابط الموضوعي.

### خاتمة:

1- الفقه الإسلامي ذو نزعة مادية، فهو لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقاً؛ على أساس أن الضررَ علّةٌ وسببٌ للتضمين، فإذا وُجدتِ العلةُ وُجدَ المعلولُ، والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف.

2- يلتقي الفقه الإسلامي في هذا المنحى مع التطورات الفقهية والتشريعية في القانون المدني الحديث خلافاً للاتجاه القديم الذي كان يغلب عليه تبني الاتجاه الشخصي. وهنا نستنتج تفوق فقه الشريعة الإسلامية على غيره، إن أخذنا في

<sup>1</sup>: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالفروق وهوامشه: 71/4 - 73.

الحسبان بعامل الأسبق زمنا بالنسبة للاجتهد الفقهي، وعامل التطبيق من عدمه بالنسبة للاجتهد القضائي.

3- لا حرج في أن يستفيد الفقه الإسلامي من التجارب الغربية الحديثة في المجال الطبي القانوني؛ مثلما هو عليه الحال في فرنسا أو غيرها من الدول المتطورة، إن في الحقل التشريعي؛ سواء تعلق الأمر بقانون الصحة أو قانون التأمينات أو أنظمة التسوية الودية، أو في الحقل القضائي، وما يتعلق به من اجتهادات حاسمة، طالما اتصف ذلك بالمصلحة المرسله؛ التي هي معقول جملة من النصوص المتضاربة، في حدود ما تسمح به شريعتنا وقوانيننا الوطنية، خصوصا فيما يتعلق باقتباس القوانين الإجرائية المتعلقة بدعاوى المسؤولية الطبية وما يتصل بها.

4- يلاحظ عناية الفقه الإسلامي ببيان ضابط التعدي؛ ضمنا من خلال النصوص الفقهية وإسقاطاتها على المجال الطبي، دون التركيز على بيان ماهية التعدي اصطلاحا. وفي المقابل، أولى فقه القانون المدني عناية بالغة لبيان ماهية الخطأ في نطاق العمل الطبي دون ترجيح معيار محدد من بين المعايير المتداولة.

5- لا يخفى ما للمعالجة التشريعية للوقائع والنوازل الطبية من أهمية، لكننا نلاحظ أن الحل التشريعي وحده - مهما بلغ من الدقة، قاصر عن تسويتها بالشكل الذي يرضي جميع الأطراف. فكم تبقى كثير من القضايا مشرعة بحبال القضاء لسنين طويلة، وتأخير الفصل في المنازعات لور من الظلم ومظهر من مظاهر التخلف، لا يليق بأمر تصبو إلى المعالي أن تتصف به؛ لذلك كان لزاماً علينا أن ننادي بإشاعة الثقافة الطبية، وتفعيل أنظمة الصلح والتحكيم ومختلف أنماط التسوية الودية، فمهنة الطب أنبل من أن تكون



مشروعاً استثمارياً، تستثمر في صحة البشر، كما أن قيام الطبيب بواجبه دون حماية قانونية، ليس بحق، وذلك ما تأباه قواعد العدالة؛ لأن القانون يوازن بين مصلحة الأطراف المتعارضة، وهذا محل اتفاق مع فقه الشريعة الإسلامية.

### ثبت المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم.

أولاً: المراجع العربية:

1- كتب التفسير:

-الألوسي، السيد محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، دار إحياء التراث العربي-بيروت، د.ت.

- الرازي، فخر الدين محمد بن عمر التميمي، التفسير الكبير، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.

- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب-القاهرة، د.ت.

2- كتب الحديث:

-البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير-بيروت، ط3، 1407 هـ/1987 م.  
-مالك بن أنس، الموطأ، إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس-بيروت، ط7، 1404هـ/1983م.  
- مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار إحياء التراث-بيروت، د.ت.ن.

3- كتب في الفقه الإسلامي القديم:

-التسولي، علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة مع حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام عبد الله بن محمد التاودي، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1418هـ، 1998م.  
-الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة - بيروت، د.ت.  
-الدسوقي، محمد بن أحمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية-بيروت، ط2، 1424هـ/2003م.

-الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر-بيروت، 1404هـ/1984م.

- السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط: دار المعرفة-بيروت. د.ت.ن. .  
دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ/1993م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة-بيروت، 1993هـ، ط2.
- الشريني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شركة سابي-  
بيروت، 1374هـ/1900م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، تحقيق محمد حجي، دار الغرب-بيروت، 1994م- تحقيق  
خليل منصور، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطب النبوي، مكتبة الثقافة الدينية، بور سعيد-مصر، ط1،  
1422هـ/2001م.
- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط14، 1407هـ/1986م.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية-بيروت، د.ت.
- ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة-بيروت، ط2، د.ت.
- النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد، كنز الدقائق مع البحر الرائق-دار المعرفة، ط2، بيروت،  
د.ت.

#### 4- كتب في الفقه الإسلامي الحديث:

- الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم-دمشق، دار العلوم-بيروت،  
1984م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم- دمشق، ط1، 1440هـ/1999م، ط2،  
1425هـ/2004م.
- عادل جبيري، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية -  
دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي - دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2003م.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي، نشر  
الحلبي- بيروت، ط2، 1998م.
- علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه  
الإسلامي، دار القلم- دمشق، ط2، 1425هـ . 2004م.
- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي -القاهرة، 2000م.
- عبد الفتاح إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي-بحث فقهي مقارن، ط1، 1414هـ/1993م،  
د.ت.

- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون- دار الثقافة-القاهرة، 1410هـ/1990م.

-محمد فتح الله النشار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني -دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002م.

-الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، دار السلاسل-الكويت، ط2.  
**5- مراجع قانونية عامة:**

-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، 1999م.

-جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2001م.

-عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، د.ت.ن.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت-د.ت.ن.

-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام- في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، 1998.

-علي علي سليمان، المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، ط2، 1984م.

-مصطفى العوجي، القانون المدني-الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط2، 2004م.

## **6- مراجع قانونية متخصصة:**

-أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، طبع و تصميم دار السلاسل-الكويت، 1406هـ/1986م.

-أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية-القاهرة، 1999م/1420هـ.

-بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار مكتبة الحامد، عمان - الأردن، ط1، 2002م.

-حسان شمس باشا، ومحمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، دار القلم-دمشق، ط1، 1425هـ/2004م.

- رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة-الجزائر، 2007م.

- قيس الصقير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، ط1، 1966م، د.ت.ن.

- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية. دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، 2004م.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، 2001م.
- محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993م.
- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة - المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان - 2004م.
- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية-القاهرة، 1986م.
- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، د.ت.م.ن.
- عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية-القاهرة، 1990م.
- عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة، القاهرة، ط1، 1989م.
- 7- معاجم:**
- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت، ط3- 1414 هـ.
- جبور عبد النور، معجم عبد النور المفصل، عربي- فرنسي، دار العلم للملايين-بيروت، ط1- 1983م.
- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8-1426 هـ - 2005م.
- الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية - بيروت، د.ت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، دارالسلاسل- الكويت، ط2- 1404 - 1427 هـ.
- 8- رسائل جامعية:**
- د.فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، جامعة الأزهر-القاهرة، 1962.
- د.محمد فاروق بدوي العكام، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1977.
- 9- أحكام قضائية:**
- حكم محكمة استئناف مصر الصادر بتاريخ 1936/11/02، المنشور بمجلة المحاماة س16، ص713.
- 10-تشريعات قانونية مدنية:**

-القانون المدني الجزائري: <https://www.joradp.dz/trv/acivil.pdf>

-قانون العقود والالتزامات بتونس:

<https://www.jurisetunisie.com/tunisie/codes/coc/Coc1018.htm>

-قانون العقود والالتزامات بالمغرب:

<https://rabat.eregulations.org/media/Doc%20maroc.pdf>

ثانياً: مراجع قانونية أجنبية:

### ***I - Ouvrages et Thèses :***

-Finon (odile), Faute et assurance dans la responsabilité médicale, thèse, paris, 1972.

-Hoquet-Berg (s), obligation de moyens ou obligation de resultat à propos de la responsabilité médicale, thèse. Paris XII, 1995.

-Tunc (A), intervention au deuxième congrès international de morale médicale, paris, 1966, T.I

- Mazeaud (H. et L) et Tunc (A), "Théorie et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle" 6<sup>é</sup>.ed. 1965, I.

- J. penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.D.J, 1973, P.220.

### ***II - Articles et Etudes :***

- Code civil français:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180212>

- Hoquet-Berg (s), L'erreur de diagnostic n'est pas toujours fautive, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2015, n° 14-19725, non publié au bulletin (F-D) :

<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/01/05/>

-Le tourneau, la verdeur de la faute sans la responsabilité civile. RTDC 1988.

Paris, 17 Juin, D.1988.inf.rap, P.497. Note. penneau.

-G.Viney et p. Jourdain, L'indemnisement des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation, JCP, ed. n° 17, doc. 4016, P.182.