قاعدة "الضرر يُزال" وأثرها في ضمان خطأ الطبيب

أ. د. عارف علي عارف[1] د. صلاح الدين طلب فرج[2]

ملخص البحث

خطأ الطبيب ضرر على المجتمع، والشرع قضى بوجوب إزالة الضرر قبل وقوعه وبعده، وقد جاء هذا البحث بهدف بيان أثر القاعدة الفقهية: (الضرر يزال) في ضمان خطأ الطبيب، ولتحقيق هذا الهدف فقد تحدث الباحث عن حقيقة القاعدة وحجيتها وضوابطها، ثم بين حقيقة خطأ الطبيب وأنواعه وصوره، وانتهى الباحث ببيان أثر قاعدة الضرر يزال في ضمان خطأ الطبيب، وقد استخدم في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك من خلال تتبع كتابات العلماء حول قاعدة الضرر يزال، ثم بيان حكم المسائل والفروع الفقهية المندرجة تحتها والمتعلقة بمسألة الخطأ الطبي، وقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج منها: أن خطأ الطبيب هو أي فعل يصدر عنه من غير قصد بسبب تركه التثبت عند مباشرة أمر مقصود، وأن الأصل في مسؤولية الطبيب عن أخطائه الطبية حرية إرادته، واختياره لما يقوم به مع ما يترتب على فعله من جزاء، كما أن أثر قاعدة "الضرر يزال" في ضمان خطأ الطبيب يظهر في تحقيق الأمن الصحي للمرضى وذويهم. وقد تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: حقيقة قاعدة الضرر يزال وحجيتها وضوابطها.

المبحث الثاني: حقيقة خطأ الطبيب وأنواعه وصوره.

المبحث الثالث: أثر قاعدة الضرر يزال في ضمان خطأ الطبيب.

---

[1] أستاذ الفقه وأصوله بكلية معارف الوحي والعلوم الانسانية بالجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا. arif.ali@iium.edu.my

[2] الأستاذ المساعد في الفقه وأصوله، الجامعة الإسلامية – غزة، فلسطين. sfaraj@iugaza.edu.ps

ABSTRACT

The Impact of the Islamic Rule "Damage should be Removed" on Securing Doctors' Mistakes

Doctors' mistakes cause damage to the community. The Islamic Sharia necessitates the removal of damage or initially preventing its occurrence. This paper aims at examining the impact of the Islamic rule "Damage should be removed" on securing doctors' mistakes. To achieve this objective, the author explained the meaning of the rule, its evidences and controls. The study also explained the reality of the mistakes of doctors and their types. The paper then explains the impact of the Islamic rule "Damage should be removed" on securing doctors' mistakes. In this regard, the study implemented the analytical inductive methodology through tracing scholars' literature related to the rule of "damage should be removed". This has been followed by explaining the Islamic rulings on the resulting main and secondary issues related to the mistakes of doctors. The paper concludes by a set of findings including: a doctor mistake is any act that he/she does unintentionally as a result of the lack of proper checking up when getting engaged in the act. This is fundamentally related to his/her free will and selection of the adopted procedures considering their consequences. Also, the impact of the rule "damage should be removed" could be realized in the context of achieving health security of patients and their families. The study is divided into three main parts as follows:

Topic 1: The reality of the rule "damage should be removed", its evidences and controls.

Topic 2: The reality of doctors' mistakes, their types, and cases.

Topic 3: Impact of the rule "damage should be removed" on securing doctors' mistakes.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على إمام المرسلين، ومعلم الناس الخير وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، وعلى من سار على دربهم واقتفى أثرهم إلى يوم الدين، أما بعد.

فإن علم القواعد الفقهية علم عظيم النفع، وبقدر الإحاطة بجزئياته يكون قدر الفقيه، ففيه قد تنافس العلماء، وتمايز الفضلاء، وكيف لا يكون الأمر كذلك وهو زاد الفقيه بما غاب عنه من المسائل، وما تباعد عنه من فروع، ومجاله لا زال خصباً في البحث العلمي رغم كثرة المؤلفات فيه، على وجه الخصوص ما يتعلق منه بالنوازل والمسائل العملية المعاصرة، ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث، التي تقوم على دراسة قاعدة " الضرر يزال" ثم بيان أثرها في ضمان خطأ الطبيب من خلال بيان مفهومه وصوره، وأثر القاعدة في تضمين الطبيب بسبب خطئه الطبي.

المبحث الأول

حقيقة "قاعدة الضرر يزال" وحجيتها وضوابطها

المطلب الأول: حقيقة "قاعدة الضرر يزال" والألفاظ ذات العلاقة

الفرع الأول: حقيقة الضرر لغة واصطلاحاً والألفاظ ذات العلاقة

أولاً: حقيقة الضرر لغة:

الضرر خلاف النفع، وهو كل ما كان من سوء حال وقحط، وشدة، ونقصان، وهزال، وضيق، يقال: رجل ضرير، أي: ذاهب البصر، ومنه الضُرة: وهي المرأة التي تتزوج على زوجة كانت قبلها[1]، وسميت ضرة لأنها تضر التي قبلها.

---

[1] انظر: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**، (بيروت: دار صادر، ط١، د.ت)، ج٤، ص٤٨٢، وانظر: أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام هارون، (بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م)، ج٣، ص٣٦٠.

وقد ورد لفظ الضرر في القرآن والسنة في مواضع كثيرة ومتعددة، وأريد به المعاني السابقة أو بعضها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ ﴾[1]، و أولو الضرر هم أولو الأعذار والأمراض التي منعتهم من الخروج للجهاد[2]. وكذلك ما جاء عند البخاري رحمه الله من حديث البراء بن عازب: (فجاء ابن أم مكتوم يشكو ضرارته) [3].

ومن خلال ما سبق:

يمكن القول بأن الضرر لغة اسم يجمع كل ما كان على خلاف النفع، ويدل على السوء والبأس والقسوة في المال والصحة والأحوال.

ثانياً: حقيقة الضرر اصطلاحاً:

تفاوتت تعريفات العلماء لمصطلح الضرر على النحو التالي:

١. عرفه أبو الفضل عياض: (أن تضر صاحبك بما ينفعك) [4].

٢. وعند الصنعاني هو: (ما يضر الرجل به صاحبه وينتفع به) [5].

٣. وعرفه المناوي بأنه: (إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً) [6].

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن القول:

---

[1] سورة النساء، الآية: ٩٥.

[2] عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبو زيد الثعالبي المالكي، **الجواهر الحسان في تفسير القرآن**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، (بيروت: دار إحياء التراث، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، ج٢، ص٢٨٦.

[3] محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح**، تحقيق محب الدين الخطيب، (القاهرة: المكتبة السلفية، ط١، ١٤٠٠هـ)، ج٢، ص٣١٤، كتاب الجهاد، باب قوله تعالى: " لا يستوي القاعدون..."، ح٢٨٣١.

[4] أبو الفضل عياض، **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**، (القاهرة: دار التراث، د.ط، د.ت)، ج٢، ص٥٧.

[5] محمد بن اسماعيل الصنعاني، **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، ١٣٧٩هـ)، ج٤، ص٣٣٤.

[6] عبد الرؤوف المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، (بيروت: دار المعرفة، ط٢، ١٣٩١هـ/ ١٩٧٢م)، ج٦، ص٤٣١.

أن التعريف الثالث للمناوي رحمه الله أدق من التعريفين الأوليين وأشمل، ووجه الدقة فيه أنه جعل الضرر متوقفاً على إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً سواء كان ذلك مجلبة للنفع له أم لا. وأما وجه الشمول فيه فهو استخدامه للفظة " الغير" والتي تفيد وجوب إزالة الضرر عن الإنسان والحيوان والنبات والبيئة، وفي ذلك إظهار لسماحة الشريعة وإظهار لمقاصدها في عمارة الأرض وسعادة الإنسان من خلال تحريم الضرر مطلقاً.

وإذا تقرر لدينا أن الضرر محرم على الإطلاق إلا ما خصه الدليل[1] فلا حاجة لنا في بيان وجه الفرق في المعنى بين الضرر والضرار[2]، إذ كلاهما في الحكم محرم بقوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) [3].

ثالثاً: الألفاظ ذات العلاقة بمصطلح الضرر:

يرتبط مصطلح الضرر ببعض المصطلحات الأخرى أرى أنه من تمام الفائدة ذكرها، وهي على النحو التالي:

١. **الدفع:** وهو بمعنى التنحية، يقال: دَفَعَ الشيء أي: نحّاه وأزاله بقوة[4]، وهي لفظة مستخدمة عند العلماء مع مصطلح الضرر بكثرة، فيعبرون تارة بقولهم: " إزالة الضرر"، وتارة أخرى بقولهم: " دفع الضرر".

---

[1]. الضرر الذي خصه الدليل هو ما كان ضرراً بحق مثل إجبار الغاصب على رد الحقوق المغتصبة إلى أصحابها، وإقامة الحدود، وجهاد العدو، وقتل البغاة وغير ذلك مما نصت عليه الشريعة الاسلامية.

[2]. ذهب ابن عبد البر رحمه الله أنه لا فرق في المعنى بين الضرر والضرار، وأن الجمع بينهما إنما هو من باب التوكيد، وذهب ابن الأثير رحمه الله إلى أن الضرر إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً، أما الضرار فهو إلحاق المفسدة بالغير على وجه المقابلة، وبذلك يكون الضرر عبارة عن ابتداء الفعل، أما الضرار فهو الجزاء عليه. انظر: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م)، ج٢٠، ص١٥٨، انظر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناجي، (المكتبة الإسلامية، د.ط، د.ت)، ج٣، ص٨١.

[3] ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ص٤٠٠، كتاب الأحكام، باب من بنى بحقه ما يضر بجاره، ح٢٣٤١. قال الألباني: صحيح، انظر: محمد ناصر الدين الألباني، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار** السبيل، (المكتب الإسلامي: بيروت، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م)، ج٣، ص٤٠٨.

[4] علي بن إسماعيل بن سيده، **المحكم والمحيط الأعظم**، تحقيق: عبد الستار أحمد فرَّاج، (ط١، ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م)، ج٢، ص١٨.

٢. **المفسدة:** وهي خلاف المصلحة، يقال: فسد الشيء بمعنى بطل وخَرِبَ[١]، ومنه قوله تعالى ﴿ لَوۡ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَاۚ ﴾[٢] ، أي: لخربتا[٣]. وكل من المفسدة والضرر تجب إزالتهما ودرءهما، ولذلك قال الأصوليون: إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قُدم درء المفسدة غالباً على جلب المصلحة[٤].

٣. **الأذى:** وهو كل ضرر يسير، يقال: فلان أصابه أذى، أي: ضرر[٥] غير بليغ، ومنه قوله تعالى ﴿ لَن يَضُرُّوكُمۡ إِلَّآ أَذٗىۖ وَإِن يُقَٰتِلُوكُمۡ يُوَلُّوكُمُ ٱلۡأَدۡبَارَ ثُمَّ لَا يُنصَرُونَ ﴾[٦]، قال القرطبي: الأذى هو الضرر اليسير[٧].

٤. **الرفع:** يطلق الرفع على النقل من مكان لآخر، يقال: رُفع الزرع إذا حُمل بعد الحصاد ونقل من مكانه[٨]، والفرق بين الرفع والدفع أن الرفع يطلق على صرف الشيء بعد وروده، أما الدفع فهو صرف صرف الشيء قبل وروده[٩].

الفرع الثاني: المعنى العام لقاعدة الضرر يزال:

---

[١] السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق: عبد العزيز مطر، (الكويت: مطبعة حكومة الكويت، د.ط، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م)، ج٨، ص٤٩٦.

[٢] سورة الأنبياء، الآية: ٢٢.

[٣] انظر: علي بن أحمد الواحدي، **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م)، ص٧١٣.

[٤] انظر: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م)، ج١، ص٨٧.

[٥] انظر: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**،ج١٤، ص٢٦.

[٦] سورة آل عمران، الآية: ١١١.

[٧] انظر: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م)، ج٥، ص٢٦٤.

[٨] انظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، (بيروت: مكتبة لبنان، د.ط، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م)، ص١٠٥.

[٩] انظر: أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق**، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، ص٧٠٨.

ومن خلال المعاني الأربعة السابقة يبدو لي أن العلماء قد استخدموا مصطلح " إزالة الضرر" بمعنى رفعه، أي تحريكه من مكان إلى آخر، وعليه فإن المقصود بقاعدة " الضرر يزال" دفع الضرر بعد وقوعه، بمعنى أن الضرر متى وقع وجب رفعه وإزالته بالطرق الشرعية المؤدية إلى جلب المصالح ودفع المفاسد وحفظ كليات الشريعة، بما لا يحدث ضرراً آخر مثله أو أكثر منه[1]، وذلك من خلال ثلاث مراحل، هي:

الأولى: النهي عن إيقاعه، وهذا متمثل في قولهﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) [2].

الثانية: وجوب إزالته إذا وقع، وقد تمثل هذا بقاعدة البحث: " الضرر يزال".

الثالثة: بيان أن إزالة الضرر تكون إزالة تامة، فإن لم يمكن فبقدر الإمكان، وهذا متمثل بقاعدة: " الضرر يدفع بقدر الإمكان"[3].

الفرع الثالث: أنواع الضرر وحكمه:

بعد بيان معنى قاعدة "الضرر يزال"، ومراحل إزالة الضرر سواء كان واقعاً أو متوقعاً فإنه من تمام الفائدة أن أوضح بشيء من الإختصار أنواع الضرر وحكم كل نوع، وهل يدخل في قاعدة الضرر يزال أم لا، ويمكن تقسيم الضرر إلى قسمين ذكرهما ابن رجب رحمه الله وهما[4]:

القسم الأول: الإضرار بحق، وهو الإضرار القائم على تحصيل منفعة عظيمة ودفع مفسدة كبيرة، ومثاله القصاص من القاتل، وقتال البغاة، ودفع الصائل وغيرها.

---

[1] انظر: علي بن سليمان المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، (الرياض: مكتبة الرشد، ط٢، ط٢، ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م)، ج٣، ص٣٨٤٦.

[2] ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ص٤٠٠، كتاب الأحكام، باب من بنى بحقه ما يضر بجاره، ح٢٣٤١. قال الألباني: صحيح، انظر: محمد ناصر الدين الألباني، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار** السبيل، (المكتب الإسلامي: بيروت، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م)، ج٣، ص٤٠٨.

[3] انظر: أحمد بن محمد الزرقا، **شرح القواعد الفقهية**، تنسيق: عبد الفتاح أبو غدة، (دمشق: دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، ص١٦٦.

[4] انظر: عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي الشهير بابن رجب، **جامع العلوم والحكم**،تحقيق: شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٨، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م)،ج٢، ص٢١٢.

وحكم هذا النوع من الإضرار الجواز، والأصل في جوازه قول النبي ﷺ : (أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قال رجل: أنصره إذا كان مظلوماً أفرأيت إن كان ظالماً؟ قال: تحجزه، أو تمنعه من الظلم فإن ذلك نصره) [1]. فقد اعتبر النبي ﷺ أن الأخذ على يد الظالم ومنعه من الظلم نصر له، والنصر لا يسمى ضرراً، لأن النبي ﷺ قد أمر به، وهو لا يأمر بضرر أو شر[2]، لذلك فإن هذا النوع لا يدخل تحت قاعدة الضرر يزال؛ لأنه ضرر مقصود لتحصيل منفعة أعظم.

القسم الثاني: الإضرار بغير حق، وهو الإضرار الذي يحمل معنى التعدي على حقوق الغير قولاً أو فعلاً، فيدخل فيه قتل النفس المعصومة، والغصب، والسرقة، والغيبة، وغيرها. وحكم هذا النوع من الإضرار التحريم، والأصل في تحريمه قول الله تعالى ﴿ وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُوا۟ فَقَدِ ٱحْتَمَلُوا۟ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾[3] ، وقد أفاد القرطبي رحمه الله أن أذية المؤمنين والمؤمنات كما تكون بالأفعال القبيحة مثل القتل، والغصب، فإنها تكون بالأقوال والبهتان والتكذيب الفاحش[4].

المطلب الثاني: حجية قاعدة الضرر يزال وضوابطها

الفرع الأول: أدلة قاعدة "الضرر يزال" :

الأدلة على حجية قاعدة الضرر يزال كثيرة ومتعددة سواء من صريح القرآن أو السنة، سأكتفي هنا بذكر دليل واحد من القرآن وآخر من السنة على حجيتها، على النحو التالي:

---

[1] محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح**، تحقيق محب الدين الخطيب، ، ج٤، ص٢٨٧، كتاب الإكراه، باب يمين الرجل لصاحبه أنه أخوه إذا خاف عليه القتل أو نحوه، ح٢٨٣١.

[2] انظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، اعتنى به: أبو قتيبة نظر بن محمد الفاريابي، (الرياض: دار طيبة، ط١، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م)، ج١٦، ص٢٣٦.

[3] سورة الأحزاب، الآية: ٥٨.

[4] انظر: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج١٧، ص٢٢٦.

١. **من القرآن الكريم:** قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾[١].

أي: لا تضاروهن بالتضييق عليهن في المسكن والنفقة[٢]، وقال بعضهم: لا تضاروهن: أي لا تؤذوهن[٣]، وقد سبق أن بينتُ أن الأذى من معاني الضرر، والتضييق وجه من وجوه الأذى فكلاهما ضرر، والنهي عنه يقتضي التحريم، وتحريم الضرر يقتضي إزالته.

٢. **من السنة النبوية المشرفة:** قولهﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) [٤]. قال السبكي رحمه الله: (والحديث دليل على نفي الضرر لا نفي وقوعه، والنفي هنا يدل على عدم الجواز، وإن انتفى الجواز ثبت التحريم وهو المطلوب)[٥].

الفرع الثاني: ضوابط قاعدة "الضرر يزال".

ذكر الأصوليون بعض الضوابط المهمة لإعمال قاعدة الضرر يزال، وهي على النحو التالي:

١. **الضرر لا يزال إلا إذا كان بغير حق،** أما إن كان بحق فإنه لا يدخل في إطار القاعدة ومجال إعمالها[٦]، ومن أمثلة الإضرار بغير حق قتل النفس المعصومة، وغصب الحقوق من الغير عنوة، وسرقة أموال الناس، والتشهير بهم، وغيرها من وجوه الإضرار بالقول أو الفعل، ويستثنى منه الضرر بحق الحاصل من تطبيق القصاص على القاتل، وإقامة الحدود على مرتكب موجبها، ودفع الصائل، فكل ذلك لا بد منه لإصلاح أحوال الناس ودفع الفساد عنهم.

---

[١] سورة الطلاق، الآية: ٦.

[٢] انظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، اعتنى به: يوسف الغوش، (بيروت: دار المعرفة، ط٤، ١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م)، ج٢٨، ص١٥٠٢.

[٣] انظر: علي بن أحمد الواحدي، **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، ص١١٠٨.

[٤] ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ص٤٠٠، كتاب الأحكام، باب من بنى بحقه ما يضر بجاره، ح٢٣٤١. قال الألباني: صحيح، انظر: محمد ناصر الدين الألباني، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار** السبيل، (المكتب الإسلامي: بيروت، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م)، ج٣، ص٤٠٨.

[٥] علي بن عبد الكافي السبكي، **الإبهاج في شرح المنهاج**، (بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، د.ط، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م)، ج٣، ص١٦٦.

[٦] انظر: عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي الشهير بابن رجب، **جامع العلوم والحكم**،ج٢، ص٢١٢.

٢. **الضرر لا يُزال بضرر مثله، أو أكبر منه،** وهذا الضابط يعتبر قيداً على القاعدة، فلا يصح إزالة الضرر الواقع على المحل المتضرر بإدخال ضرر آخر مثله، أو أكبر منه من باب أولى، بل تجب إزالة الضرر من غير ضرر، أو بضرر أقل منه عند الضرورة[١].

٣. **عند تزاحم الأضرار فإنه يزال الضرر الأكبر بالضرر الأخف، والضرر العام بالضرر الخاص،** ومثال الأول: الضرر الواقع من إمتناع الوالد من الإنفاق على ولده، فإنه يُزال بحبس الوالد وإجباره على النفقة، فهو وإن كان فيه ضرر، لكنه أخف من الضرر الواقع على الولد نتيجة إمتناع أبيه من الإنفاق عليه[٢]. ومثال الثاني: الضرر الواقع على المجتمع من فتوى المفتي الماجن، فإنه يزال بالحجر على المفتي الماجن وإن كان فيه ضرر عليه، لكنه ضرر خاص به، فيتحمل من أجل دفع الضرر العام الذي يلحق المجتمع نتيجة فتاواه[٣].

٤. **الضرر يزال بقدر الإمكان،** ومعنى هذا الضابط أن الضرر يدفع بالجملة قبل وقوعه أو بعده، فإن لم يمكن دفعناه بقدر الإمكان، لأن الله لم يكلف نفساً إلا وسعها، قال ابن القيم رحمه الله مؤكداً هذا المعنى: (فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله...) [٤].

٥. **الضرر يزال ولو بتفويت مصلحة،** ومعناه أنه لو تعارضت مصلحة ومفسدة، ولم يمكن تحصيل المصلحة من غير إرتكاب للمفسدة، بل لا بد من إرتكاب المفسدة لتحصيل المصلحة فإنه يتعين درء المفسدة إزالة للضرر ولو كان فيها تفويت للمصلحة، ومثاله قول النبي ﷺ لعائشة رضي الله عنها: (لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية، لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين، باباً شرقياً وباباً غربياً، فبلغت به أساس إبراهيم) [٥].

---

[١] انظر: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، ص٨٧.

[٢] انظر: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م)، ص٩٦.

[٣] نفس المرجع.

[٤] محمد بن أبي أيوب الزرعي ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، (بيروت: دار الجيل، د.ط، ١٩٧٣م)، ج٢، ص١٣٩.

[٥] محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح**، ج١، ص٤٨٩، كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها، ح١٥٨٦.

فهو ﷺ أزال ضرر الفتنة بتفويت مصلحة من مصالح المسلمين، وهي هدم البيت وبناؤه على أساس إبراهيم، والذي يظهر من كلام الأصوليين أن ذلك مقيد بكون الضرر الواقع محقق، وكونه أكبر من المصلحة المراد تفويتها.

المبحث الثاني

حقيقة خطأ الطبيب وأنواعه وصوره

المطلب الأول: حقيقة خطأ الطبيب وأنواعه

الفرع الأول: مفهوم خطأ الطبيب وأنواعه

الخطأ في اللغة ضد الصواب، وهو الفعل غير المتعمد، والمخطئ هو من أراد الصواب فصار إلى غيره[1].

أما الطب فيأتي في اللغة لعدة معانٍ: أحدها: الإصلاح، يقال: طببته إذا أصلحته، وثانيهما: الحذق والمهارة في الشئ، فكل حاذق فهو ماهر، والثالث: الطب بمعنى العلاج[2]، وهو المعنى المراد في بحثنا.

والطب في اصطلاح العلماء هو: (علمٌ يعرف به أحوال بدن الإنسان من الصحة والمرض) [3]، والطبيب هو العالم بالطب الحاذق به من الناس، وهو الذي يعالج المرضى، وخطأ الطبيب هو ما يصدر عنه من فعل أو قول بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه. وهو على نوعين، هما:

النوع الأول: الخطأ العادي:

أما الخطأ العادي فهو كالذي يصدر من أي شخص دون أن يكون له علاقة بمهنة الطب مثل النسيان والغفلة[4].

النوع الثاني: الخطأ الجسيم:

---

[1] انظر: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**،ج١، ص٦٥، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، ص٧٥.

[2] انظر: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**،ج١، ص٥٥٢ وما بعدها.

[3] محمد شمس الحق العظيم آبادي، **عون المعبود شرح سنن أبي داوود**،تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، (المدينة المنورة: ط٢، ١٣٢٨هـ/ ١٩٦٨م)،ج١، ص٣٣٤.

[4] انظر: أسعد عبيد الجميلي، **الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية**، (دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط، ٢٠٠٩م)،ص١٠٩.

أما الخطأ الجسيم فهو الذي يقع نتيجة مخالفة الطبيب واجباته، وبسبب خروجه عن القواعد الفنية المرسومة، وعدم بذل العناية الكافية في معالجة المريض، ومثال ذلك: أن يقطع الطبيب عضو مريضٍ كان يمكن إبراؤها بالعلاج، أو يزيد في جرعة تخدير تؤدي إلى موت المريض، أما الخطأ اليسير فهو الحادث على الرغم من مراعاة الطبيب في علاجه للأصول العلمية في مهنته من غير تعدٍ أو تقصير[1].

ولعل من المفيد هنا أن أشير إلى أن القانون الفلسطيني لم يتعرض لمسؤولية الطبيب عن أخطائه بنصوص أو قرارات، وهذا ما يزيد الأمور تعقيداً في ظل تزايد الأخطاء الطبية في فلسطين وتراكمها أمام القضاء منذ سنوات عديدة دون الفصل فيها أو الوصول إلى نتيجة حولها[2].

الفرع الثاني: الأصل في مسؤولية الطبيب عن أخطاءه الطبية:

مما لا شك فيه أن الإنسان مسئول عن إرادته واختياره، وهو مسئول على ما يترتب على ذلك الاختيار من جزاء. والأصل في ذلك قوله تعالى﴿ إِنَّا هَدَيْنَٰهُ ٱلسَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا ﴾[3]، أي بينا له طريق الهدى والضلال، والخير والشر[4]. ومما لا شك فيه أن الإنسان إذا اختار الهدى كان الخير له، وإن اختار الضلال كان العقاب عليه، ولا ينكر عاقل أن الطبيب الذي يمارس مهنة الطب إما أن يجتهد في عمله ومهنته في ضوء العلوم المستقرة في عالم الطب فيكون قد اختار طريق الهدى والخير، وإما أن يقصر في عمله فيكون قد سلك طريق الضلال والشر، وهو في كلتا الحالتين له ما كسب من الخير، وعليه ما اكتسب من الشر، مصداقاً لقوله تعالى:﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ ﴾[5].

المطلب الثاني: صور خطأ الطبيب:

---

[1] نفس المرجع السابق.

[2] مشروع القانون المدني الفلسطيني، **المذكرة الإيضاحية**، ديوان الفتوى والتشريع، http://www.dft.gov.ps/index.php?option=com_content&task=view&id=20.

[3] سورة الإنسان، الآية: (٢).

[4] انظر: محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ج٢١، ص٤٤٩.

[5] سورة البقرة، الآية: (٢٨٦).

الفرع الأول: الخطأ في التشخيص:

ونعني بالتشخيص هنا معرفة المرض الذي يشتكي منه المريض من خلال إجراء الفحوصات اللازمة عبر الوسائل الطبية المختصة مثل تصوير الأشعة، والتحاليل، أو حتى الإستعانة بآراء وخبرات بعض أصحاب الخبرة والإختصاص من الأطباء.

ويكون الخطأ في التشخيص بإهمال الطبيب في استخدام ما توفر لديه من إمكانات متاحة من مختبرات وأجهزة، ومشورة آخرين في سبيل تحديد حالة المريض، ومثال ذلك: لو بتر الطبيب يد مريض بداعي أن حالته الصحية كانت تستوجب ذلك، ثم تبين أن هذا التشخيص خاطئ نتيجة تقصير الطبيب في استخدام ما سبق من وسائل التشخيص، وأن حالة المريض لا تستدعي وجود البتر، كان الطبيب والحالة هذه مسؤولاً عن عملية البتر دون النظر فيما إذا كانت عملية البتر صحيحة أم لا[1].

الفرع الثاني: الخطأ في التنفيذ:

أما الخطأ في التنفيذ فيقصد به الخطأ في الطريقة العلاجية للمرض الذي تم تشخيصه، والأخطاء في تنفيذ العلاج أو التدخل الجراحي كثيرة ومتعددة، وليست كلها على مستوى واحد، ومن أمثلته: الخطأ في الحقن بالأمصال، أو استخدام طرق خاطئة في علاج بعض الجراح أو الكسور، ولا يُسأل الطبيب عن مثل هذه الأخطاء إلا إذا قام الدليل على أنه قد أهمل في حين كان بوسعه تفادي ذلك[2].

الفرع الثالث: الخطأ في المراقبة:

تعتبر مراقبة حال المريض بعد وصف العلاج له، أو بعد تنفيذ تدخل جراحي له من مهمات الطبيب الأساسية، على وجه الخصوص إذا كان تدخله الجراحي أو العلاجي يحتمل آثاراً خطيرة وضارة بالنسبة للمريض[3].

---

[1] محمد حسن قاسم، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، (مصر: الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، ٢٠٠٦م)، ص٢٢٢.

[2] أسعد عبيد الجميلي، **الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية**، ص٣٠٦.

[3] نفس المرجع السابق.

وبناءاً على ما سبق يعتبر الطبيب مخطئاً إذا أخلَّ بواجباته المهنية، وخرج عن تنفيذ التزاماته تجاه المريض، والمتمثلة ببذل العناية الطبية التي تقتضيها أصول مهنته وتخصصه ومقتضيات عمله، وبهذا يكون الخطأ الطبي عبارة عن تقصير في مسلك الطبيب تجاه التزاماته الطبية مما يلحق ضرراً بالمريض سواء كان الخطأ فنياً أو عادياً، يسيراً أو جسيماً، وسواء كان ذلك في تشخيص المرض، أو تنفيذ العلاج، أو متابعة المريض بعد العلاج أو أثناء إجراء الجراحة، وإذا قلنا بمسئولية الطبيب عن أخطائه الطبية فإن الخلاف قد وقع بين العلماء حول المعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب؟ هل هو معيار شخصي؟ وهو عبارة عن ما يقع من الطبيب من تصرفات عادية تجنبه إلحاق الضرر بالمريض فإن قصر أو أخل بها كان مخطئاً؟ أم أن المعيار هنا موضوعي؟ ويقصد به مقارنة تصرف الطبيب المدعى عليه في الحادثة بتصرف طبيب آخر يعتبر مثالاً للطبيب المتبصر الذي يفترض أنه لا عيب في تصرفاته وأعماله[1]؟

والذي أراه أن اعتماد المعيار الموضوعي لخطأ الطبيب أكثر دقة في تحديد الخطأ، ويكون ذلك بمقارنة تصرف الطبيب المدعى عليه في الحادثة بطبيب مماثل له في التخصص وظروف العمل والمستوى والخبرة، على أن يكون الطبيب الذي يقاس عليه تصرف المدعى عليه في الحادثة مشهوراً بمراعاة الحذر في عمله، وبذل العناية اللازمة في علاج مرضاه، مراعياً للأصول في نظام مهنته، محترماً للأعراف الطبية التي اتفق عليها الأطباء في مثل ظروف الطبيب المدعى عليه في الحادثة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالطبيب المدعى عليه وقت تنفيذ عمله الطبي في الحادثة محل النزاع.

[1] محمد فائق الجوهري، **المسئولية الطبية في قانون العقوبات**، (مصر: القاهرة، د.ط، ١٩٥٢م)، ص٣٥٣.

المبحث الثالث

ضمان خطأ الطبيب وإزالة ضرره

المطلب الأول: مفهوم الضمان وتكييفه الفقهي وحكمه:

قبل بيان أثر قاعدة الضرر يزال في ضمان خطأ الطبيب أرى من الضروري بيان معنى الضمان لغة واصطلاحاً، ثم تكييف ضمان خطأ الطبيب تكييفاً فقهياً مع بيان حكمه الشرعي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الضمان لغة واصطلاحاً:

الضمان لغة: من ضمن الشيئ ضماناً إذا تكفل به. وضَمنّه إياه، أي: كفله، وضمنته الشيئ غرمته فالتزمه[1].

أما الضمان اصطلاحاً: فقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه على النحو التالي:

أولاً: الضمان عند الفقهاء المتقدمين:

١. عرفه بعضهم بأنه: (شغل ذمة أخرى بالحق)[2].

٢. وعرفه آخرون بأنه: (إلتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة)[3].

٣. عرفه الشوكاني رحمه الله بأنه: (غرامة التالف)[4].

ومن خلال التعريفات السابقة يتبين للباحث أن الفقهاء القدامى في تعريفاتهم للضمان وإن اختلفت عباراتهم إلا أنهم أطلقوا الضمان وأرادوا به الكفالة، والتعويض، وتحمل تبعة الهلاك، سواء كان الهالك

---

[1] انظر: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**، ج١٣، ص٢٥٧، وانظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، تحقيق: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة، (مؤسسة الرسالة، بيروت: ط٨، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م)، ص١٢١٢.

[2] محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، **التاج والإكليل شرح مختصر خليل**، (دار الفكر، بيروت: د.ط، ١٣٩٨هـ)، ج٥، ص٩٦.

[3] محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، (دار الفكر، بيروت: د.ط، د.ت)، ج٢، ص١٩٨.

[4] انظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، (مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ط، د.ت)، ج٥، ص٣٣٦.

مالاً كضمان السلعة التي تلفت بعد العقد وقبل القبض، أو منفعة، كما في الخطأ الطبي حيث يغرم الطبيب ويتحمل تبعة فوات انتفاع الإنسان بعضو من أعضائه.

ثانياً: الضمان عند الفقهاء المعاصرين:

١. عرفه الشيخ علي الخفيف: (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل) [١].

٢. وعرفه فوزي فيض الله: (شغل الذمة بحق أو تعويض عن ضرر) [٢].

٣. وعرفه الزرقا: (الإلتزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير) [٣].

ومن التعريفات السابقة للضمان يظهر للباحث أن تعريف الضمان للزرقا هو الأنسب والأقرب لموضوع البحث، كما أنه يؤخذ على تعريف الشيخ علي الخفيف أنه غير مانع لأن قوله: (بما يجب الوفاء به) يدخل فيه الكفارات والزكاة، والديات، كما يدخل فيه الإعتداء على أموال الآخرين، وكذلك يؤخذ على تعريف فيض الله إطلاقه لكلمة (الضرر)، وهو بذلك يشمل التعويض عن إيقاع الضرر بأموال الآخرين، أو بأنفسهم.

ومن مجموع ما تقدم يمكن القول أن ضمان خطأ الطبيب معناه: (**شغل ذمة الطبيب المخطئ بتعويض مالي جبراً لضرر أصاب عضواً من أعضاء المريض**). والتعبير بشغل ذمة الطبيب المخطئ فيه إشارة إلى بقاء ذمته مشغولة بهذا الحق إلا أن يسقطه المريض المتضرر.

وأما تخصيص التعويض بكونه تعويضاً مالياً فهو للإحتراز عن التعويض بالمثل لعدم تصوره في الخطأ الطبي.

وقولنا: (لضرر أصاب عضواً من أعضاء المريض)، فلأن التعويض لا يكون إلا مقابل الضرر، ويدخل في ذلك الديات والأروش.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لضمان خطأ الطبيب وحكمه الشرعي:

ذكر الفقهاء أن أسباب الضمان ثلاثة، هي: عقد، ويد، وإتلاف، والإتلاف إذا كان غير مشروع سواء كان بالمباشرة أو بالتسبب فهو موجب للضمان عندهم[١]، و لا شك أن الطبيب إذا أخطأ

---

[١] علي الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي**، (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، ٢٠٠٠م)، ص٨.

[٢] محمد فوزي فيض الله، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، (الكويت: مكتب التراث الإسلامي، ط١، ١٩٨٣م)، ص١٤.

[٣] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م)، ج٢، ص١٠٣٥.

فتلفت نفس المريض أو عضواً من أعضائه كان الطبيب متسبباً لهذا التلف، فقد أجمع الفقهاء على تضمينه الدية، لكن ليس عليه قود ولا قصاص؛ لأنه لم ينفرد في عملية العلاج والتطبيب بل كان ذلك بإذن المريض، قال ابن المنذر: (وأجمعوا على أن الطبيب إذا لم يتعد لم يضمن) [٢]، و قال ابن رشد رحمه الله: (الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية) [٣]، ودليل الإجماع فيما قاله ابن المنذر قوله ﷺ : (من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن) [٤]، والحكم الشرعي المستفاد من الحديث هو إيجاب الضمان على الطبيب المخطئ [٥].

المطلب الثاني: طبيعة خطأ الطبيب ومصادر ضمانه:

الفرع الأول: طبيعة الخطأ الذي يترتب عليه تضمين الطبيب:

الطبيب ليس معصوماً من الخطأ والزلل، وخطؤه لا يخلو من أن يكون يسيراً أو فاحشاً كما بينت سابقاً[٦]، واليسير هو الذي يقع منه بعد مراعاة الأصول العلمية للمهنة من غير تقصير، وهذا النوع من الخطأ لا ضمان عليه باتفاق الفقهاء[٧].

---

[١] وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، (بيروت: دار الفكر المعاصر، ط٩، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م)، ص٦٣ وما بعدها.

[٢] محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، **الإجماع**، تحقيق: صغير أحمد بن محمد حنيف، (عجمان: مكتبة الفرقان ، ط٢، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م)، ص١٧١.

[٣] محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، (بيروت: دار المعرفة، ط٦، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م)، ج٢، ص٤١٨.

[٤] أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داوود**، ص٨٢٨، كتاب الديات، باب من تطبب ولم يعلم منه طب فأعنت، ح٤٥٨٦. قال الألباني في تخريجه لأحاديث الكتاب: حسن.

[٥] محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية، **الطب النبوي**، ص١٠٩.

[٦] انظر: ص١٦ من هذا البحث.

[٧] شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، (بيروت: لبنان، د.ط، د.ت)، ج١٥، ص١٠٤، محمد محمود بن أحمد العيني، **البناية شرح الهداية**، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م)، ج٩، ص٣٨٥، أحمد بن غنيم بن سالم مهنا النفراوي، **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، ضبطه: الشيخ عبد الوارث محمد علي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، ج٢، ص٥٥٦، محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، تحقيق: الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، (مصر: دار الوفاء،

ولعل السبب في عدم تضمين الطبيب على خطئه اليسير، أنه مأذون له في عمله من الجهات المختصة، ومن المريض أو وليه، وبذلك يكون التطبيب واجباً عليه، ولا ضمان على الواجب، كما أن في تضمينه على ما لم يقصر فيه تكليف بما لا يطاق، كما أن الطبيب ملتزم ببذل عنايته لا تحقيق غاية معينة، وفي القول بتضمين الطبيب على خطئه اليسير احجام الأطباء عن أعمالهم خشية الوقوع فيه، والناس بحاجة إليهم في كل زمان ومكان[1].

أما الخطأ الفاحش فهو كما سبق بيانه ما يقع من الطبيب نتيجة مخالفته لواجباته وخروجه عن أعراف مهنته وقواعدها، كأن يقطع الطبيب عضو مريض كان بإمكانه إبراؤه بالعلاج، وتجاهل الطبيب نتائج الفحوصات المخبرية للمريض لكن دون قصد الإضرار به، وقد اتفق الفقهاء على تضمين الطبيب عن خطئه الفاحش[2]، ولكنهم اختلفوا في طبيعة ذلك الضمان ومصادره، وهو ما سنناقشه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: مصادر ضمان خطأ الطبيب:

الذي يفهم من كلام الفقهاء أن الطبيب إذا أخطأ في علاج المريض فتسبب بتلف نفسه أو عضواً من أعضاءه فإنه تجب الدية على عاقلته، وعليه أن يدفع تكاليف العلاج للمريض، وهذا مستفاد من أقوالهم على النحو التالي:

ط١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م)، ج٧، ص٤٢٨، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، **المغني**، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م)،ج٨،ص١١٧.

[1] شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، (بيروت: لبنان، د.ط، د.ت)، ج١٥، ص١٠٤، محمد محمود بن أحمد العيني، **البناية شرح الهداية**، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م)، ج٩، ص٣٨٥.

[2] شمس الدين السرخسي، **المبسوط**، (بيروت: لبنان، د.ط، د.ت)، ج١٥، ص١٠٤، محمد محمود بن أحمد العيني، **البناية شرح الهداية**، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م)، ج٩، ص٣٨٥، أحمد بن غنيم بن سالم مهنا النفراوي، **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، ضبطه: الشيخ عبد الوارث محمد علي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، ج٢، ص٥٥٦، محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، تحقيق: الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، (مصر: دار الوفاء، ط١، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م)، ج٧، ص٤٢٨، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، **المغني**، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م)،ج٨،ص١١٧.

١.ما يتعلق بالدية، فلم يفرقوا بين خطأ الطبيب وغيره من أنواع الخطأ في الجنايات، واستدلوا لذلك بعموم قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾[١]. قال الإمام مالك رحمه الله: (و الأمر عندنا مجتمع على أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة فعليه العقل، وكل ما أخطأ فيه الطبيب ما لم يتعمد ففيه العقل)[٢]، وجاء في نهاية المحتاج للرملي ما نصه: (ولو أخطأ الطبيب في المعالجة وحصل منه التلف وجبت الدية على العاقلة)[٣]، وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك[٤].

٢. أما أقوالهم التي يستفاد منها ضمان الطبيب لتكاليف علاج المريض فمثاله ما جاء في مختصر خليل قوله: (وللمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء)[٥].

الفرع الثالث: ضمان خطأ الطبيب في ضوء قاعدة " الضرر يزال".

إن الطبيب لما خالف قواعد مهنته وأعرافها، أو أهمل في تشخيص حالة المريض، أو مراقبته، أو قصر في كتابة الوصفة العلاجية لمريضه بما لا يتناسب مع نتائج التحاليل المخبرية مثلاً، فإنه والحالة هذه قد أوقع على المريض ضرراً بغير حق، ومعلوم أن الضرر تجب إزالته إذا وقع عملاً بقاعدة الضرر يزال، فإن الواجب على الجهات المختصة المشرفة على عمل الطبيب أن تغرمه دية ما أتلف في المريض نتيجة خطئه، ويظهر أثر القاعدة في تضمين الطبيب عن خطئه فيما يلي:

١.أن في تضمينه عقوبة له على تقصيره ، وإلحاق الضرر بالمرضى، ومعلوم أن العقوبة في ديننا تأديب وإصلاح، لا انتقام وإيلام، وإن كان الإيلام واقع في العقوبات البدنية[٦].

---

[١] سورة النساء: الآية ٩٢.

[٢] مالك ابن أنس، أبو عبد الله الأصبحي، **الموطأ**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (مصر: دار إحياء التراث العربي، د.ت، د.ط)، ج٢، ص٥٨٢.

[٣] شمس الدين ابن شهاب الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، (بيروت: لبنان، دار الفكر، د.ط، ١٩٨٤م/ ١٤٠٤هـ)، ج٨، ص٣٥.

[٤] محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، **الإجماع**، ص١٧١.

[٥] خليل بن اسحاق الجنيدي، **مختصر خليل**، تحقيق: أحمد جاد، (القاهرة: دار الحديث، ط١، ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م)، ص٢٣٠.

[٦] انظر: عبد القادر عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، (دار الفكر العربي، بيروت، د.ط، د.ت)، ج١ ص٦١٠، وانظر: محمد أبو زهرة، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، (القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط، د.ت)، ص٢٧.

٢. في تضمين الطبيب المخطئ زجرٌ للأطباء المقصرين، وبهذا الخصوص يقول العلامة الحنفي ابن عابدين في الحاشية: (إنها – العقوبة- موانع قبل الفعل، زواجر بعده...) [١]، وهذا يعني أن العلم بشرعية العقوبة وتضمين المخطئ من الأطباء فيه منع من الإقدام على هذا الخطأ أو المعاودة عليه، وبهذا المعنى تكلم الشيخ عبد القادر عودة رحمه الله تعالى في الغرض من العقوبة فقال: (أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكافة عن الجريمة قبل وقوعها...) [٢].

٣. كما أن في تضمين الطبيب عن خطئه حفظاً لنفوس الناس من المرضى، وهي من الكليات التي قامت الشريعة على حفظها ورعايتها، ومن مظاهر حفظ النفس ورعايتها تكريم الله للإنسان حيث قال الله تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾[٣]، ومن مظاهر هذا التكريم الرباني ضمان حق الحياة لكل إنسان في المجتمع وتحريم الإعتداء على تلك الحياة، قال الله تعالى: ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾[٤].

٤. كما يحقق تضمين الطبيب المخطئ الشعور بالأمن الصحي لدى المرضى وذويهم في المؤسسات الصحية المختلفة، يقول الدكتور أمير عبد العزيز: (والعقوبات فيها صيانة للمجتمع الإسلامي وكرامته وأمنه واستقراره، كما تحفظ على المجتمع تماسكه والتئامه...) [٥].

٥. أن الحكم الشرعي في مقدار ما يضمنه الطبيب مبني على قاعدة الضرر يزال وما يتبعها من قواعد مثل قاعدة الضرر يدفع قدر الإمكان وغيرها من القواعد.

---

[١] محمد أمين المشهور بابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، (لبنان: دار الفكر د.ط، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م)، ج٤، ص٣.

[٢] انظر: عبد القادر عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، (دار الفكر العربي، بيروت، د.ط، د.ت)،ج١ ص٦١٠.

[٣] سورة الإسراء: الأية ٧٠.

[٤] سورة المائدة: الأية ٣٢.

[٥] انظر: أمير عبد العزيز، **الفقه الجنائي في الإسلام**، (دار السلام للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م)،ص٢٤١.

الخاتمة

١. خطأ الطبيب هو أي فعل يصدر عنه بغير قصده بسبب تركه التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه.

٢. الأصل في مسؤولية الطبيب عن أخطائه الطبية حرية إرادته، واختياره لما يقوم به مع ما يترتب على فعله من جزاء.

٣. إذا أخطأ الطبيب في علاج المريض فتلفت نفسه أو عضو من أعضائه كانت عاقلة الطبيب ضامنة للدية، ولا قصاص عليه.

٤. يظهر أثر قاعدة "الضرر يزال" في ضمان خطأ الطبيب في تحقيق الأمن الصحي للمرضى وذويهم.

٥. أن في تضمين الطبيب عن خطئه حفظاً لنفوس الناس من المرضى، وهي من الكليات التي قامت الشريعة على حفظها ورعايتها.

المصادر والمراجع

آبادي، محمد شمس الحق العظيم، (١٣٢٨هـ/ ١٩٦٨م)، **عون المعبود شرح سنن أبي داوود**،تحقيق: عبد الرحمن المدينة المنورة: ط٢.

ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، (د.ت)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناجي، المكتبة الإسلامية، د.ط.

ابن القيم، محمد بن أبي أيوب الزرعي، (١٩٧٣م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الجيل، د.ط.

ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري، (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م)، **الإجماع**، تحقيق: صغير أحمد بن محمد حنيف، عجمان: مكتبة الفرقان ، ط٢.

ابن أمير الحاج، (١٤١٧هـ، ١٩٩٦م)، **التقرير والتحبير**، بيروت: دار الفكر،د.ط.

ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي ، (١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، بيروت: دار المعرفة، ط٦.

ابن سيده، علي بن إسماعيل، (١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م)، **المحكم والمحيط الأعظم**، تحقيق: عبد الستار أحمد فرَّاج، ط١.

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي ، (١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م)، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، د.ط.

ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا. (١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت: دار الفكر، د.ط.

ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد،(١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م) **المغني**، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، الرياض: دار عالم الكتب، ط١.

ابن ماجة، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، (د.ت)، **سنن ابن ماجة**، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، الرياض: مكتبة المعارف، ط١.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري. (د.ت)، **لسان العرب**، بيروت: دار صادر، ط١.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم الحنفي، (١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م)، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دمشق: دار الفكر، ط١.

أبو داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني، (د.ت)، **سنن أبي داوود**، مكتبة المعارف بالرياض، د.ط.

بحث منشور على الشبكة العنكبوتية.

http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4928

شوهد بتاريخ٢٣/٩/٢٠١٥م.

البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد بن علاء الدين، (د.ت)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، د.ط.

البخاري، محمد بن إسماعيل. (١٤٠٠هـ)، **الجامع الصحيح**، تحقيق محب الدين الخطيب، القاهرة: المكتبة السلفية، ط١.

التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، (د.ت)، **شرح التلويح على التوضيح**، ضبطه: زكريا عميرات، بيروت: دار الكتب العلمية،ط١.

الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف أبو زيد الثعالبي المالكي.(١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، **الجواهر الحسان في تفسير القرآن**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار إحياء التراث، ط١.

الجميلي، أسعد عبيد ، (٢٠٠٩م) **الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط.

الرازي، فخر الدين محمد بن عمر التميمي، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م) **مفاتح الغيب**، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م)، **مختار الصحاح**، بيروت: مكتبة لبنان، د.ط.

الزبيدي، السيد محمد مرتضى الحسيني، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، تحقيق: عبد العزيز مطر، الكويت: مطبعة حكومة الكويت،د.ط.

الزرقا، أحمد بن محمد، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) **شرح القواعد الفقهية**، تنسيق: عبد الفتاح أبو غدة، دمشق: دار القلم، ط٢.

السبكي، علي بن عبد الكافي، (١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م)، **الإبهاج في شرح المنهاج**، بيروت: لبنان، دار الكتب العلمية، د.ط.

السرخسي، شمس الدين، (د.ت)، **المبسوط**، بيروت: لبنان، د.ط.

السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م)، **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط.

الشافعي، محمد بن إدريس،(١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م)، **الأم**، تحقيق: الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، مصر: دار الوفاء، ط١.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (١٤٢٨هـ / ٢٠٠٧م)، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، اعتنى به: يوسف الغوش، بيروت: دار المعرفة، ط٤.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (د.ت)، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، د.ط.

الصنعاني، محمد بن اسماعيل. (١٣٧٩هـ) **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط.

العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر، (١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م)، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، اعتنى به: أبو قتيبة نظر بن محمد الفاريابي، الرياض: دار طيبة، ط١.

عياض، أبو الفضل. (د.ت)، **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**، القاهرة: دار التراث، د.ط.

العيني، محمد محمود بن أحمد، (١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م)، **البناية شرح الهداية**، بيروت: دار الفكر، ط١.

القاري، علي بن سلطان محمد، (١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م)، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، تحقيق: الشيخ جمال عيتاني، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١.

قاسم، محمد حسن، (٢٠٠٦م)، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، مصر: الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، د.ط.

القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م) **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود،(١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت: دار الكتاب العربي، د.ط.

الكفوي،أيوب بن موسى الحسيني، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م)، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق**، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢.

المرداوي، علي بن سليمان، (١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م) ، **التحبير شرح التحرير**، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، الرياض: مكتبة الرشد، ط٢.

مشروع القانون المدني الفلسطيني، **المذكرة الإيضاحية**، ديوان الفتوى والتشريع،

http://www.dft.gov.ps/index.php?option=com_content&tas.k=view&id=20

المناوي، زين الدين عبد الرؤوف، (١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م)، **التيسير شرح الجامع الصغير**، الرياض: مكتبة الإمام الشافعي، ط٣.

المناوي، عبد الرؤوف، (١٣٩١هـ/ ١٩٧٢م)، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، بيروت: دار المعرفة، ط٢.

النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم مهنا، (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، ضبطه: الشيخ عبد الوارث محمد علي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط١.

النيسابوري، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، (١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م)، **الجامع الصحيح**، تشرف بخدمته: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، الرياض: دار طيبة، ط١.

الواحدي، علي بن أحمد، (١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م)، **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دمشق: دار القلم، ط١.

عبد العزيز، أمير، (١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م)، **الفقه الجنائي في الإسلام**، دار السلام للطباعة والنشر، ط١.

أبو زهرة، محمد ، (د.ت)، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط.

عودة، عبد القادر ، (د.ت)، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي**، بيروت:دار الفكر العربي، د.ط.

الجوهري، محمد فائق، (١٩٥٢)، **المسئولية الطبية في قانون العقوبات**، مصر: القاهرة، د.ط.

الزرقا، مصطفى، (١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م)، **المدخل الفقهي العام**، دمشق: دار القلم، ط١.

فيض الله، محمد فوزي، (١٩٨٣م)، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، الكويت: مكتب التراث الإسلامي، ط١.

الزحيلي، وهبة، (١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م)، **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، بيروت: دار الفكر المعاصر، ط٩.

الخفيف، علي، (٢٠٠٠م)، **الضمان في الفقه الإسلامي**، القاهرة: دار الفكر العربي، د.ط.