المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها

"دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي "

اطروحة دكتوراة علمية

مقدمة لاستيفاء بعض الشروط للحصول

على درجة الدكتوراة في الشريعة والقانون

UIN SUNAN AMPEL

S U R A B A Y A

إعداد

مصطفى حامد محمد الأحيرش

رقم القيد: F43416081

كلية الدراسات العليا

جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سورابايا

2019

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه ، وبياناتي كالآتي :

الاسم : مصطفى حامد محمد الأحيرش

رقم التسجيل : F43416081

المرحلة : الدكتوراة

الجهة : كلية الدراسات العليا جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية بسورابايا

أقر بأن هذه الرسالة بكافة أجزائها أحضرتها من بحثي وكتبتها بنفسي إلا مواضع منقولة عزوت إلى مصادرها.

هذا ، وحررت هذا الإقرار بناء على رغبتي الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك .

سورابايا ، فبراير، 2019م.

الطالب المقر

مصطفى حامد محمد الأحيرش

تمت الموافقة من طرفي المشرف والمشرف المساعد على هذه الأطروحة التي قدمها

الطالب مصطفى حامد محمد الأحيرش . في سورابايا ، / / 2018

المشرف

الأستاذ الدكتور

فيصل الحق

(التوقيع)

.....

المشرف المساعد

الأستاذ الدكتور

يزيد

(التوقيع)

.....

الموافقة والاعتماد من لجنة المناقشة

إن اطروحة الدكتوراة تحت العنوان : **المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها" دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المدني الليبي والفقه الاسلامي"**، التي أعدها الطالب :

الاسم : مصطفى حامد محمد الأحيرش **رقم التسجيل** : F43460181

قد دافع الطالب عن هذه الاطروحة أمام مجلس المناقشة ويقر قبولها شرطا للحصول على درجة الدكتوراة في الشريعة والقانون . وذلك بتاريخ / /2018م.

ويتكون مجلس المناقشة من السادة :

1 . الأستاذ الدكتور: حسين عزيز (رئيساً ومناقشاً).....

2 . الدكتور: أحمد نور فؤاد (كاتباً ومناقشاً).....

3 . الأستاذ الدكتور: فيصل الحق (مشرفاً ومناقشاً).....

4 . الأستاذ الدكتور: يزيد (مشرفاً ومناقشاً).....

5 . الأستاذ الدكتور: السيد عقيل حسين المنور (مناقشاً خارجياً).....

6 . الأستاذ الدكتور: أحمد زهرا (مناقشاً أساسياً).....

7 . الدكتور: همي شفق (مناقشاً أساسياً).....

سورابايا، / / 2018

مدير كلية الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور حسين عزيز

رقم التوظيف 195601031985031002

KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI SUNAN AMPEL SURABAYA
PERPUSTAKAAN
Jl. Jend. A. Yani 117 Surabaya 60237 Telp. 031-8431972 Fax.031-8413300
E-Mail: perpus@uinsby.ac.id

LEMBAR PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
KARYA ILMIAH UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademika UIN Sunan Ampel Surabaya, yang bertanda tangan di bawah ini, saya:

Nama : .....
NIM : .....
Fakultas/Jurusan : .....
E-mail address : .....

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Perpustakaan UIN Sunan Ampel Surabaya, Hak Bebas Royalti Non-Eksklusif atas karya ilmiah :
☐ Sekripsi ☐ Tesis ☐ Desertasi ☐ Lain-lain (……)
yang berjudul :

.....

.....

.....

beserta perangkat yang diperlukan (bila ada). Dengan Hak Bebas Royalti Non-Ekslusif ini Perpustakaan UIN Sunan Ampel Surabaya berhak menyimpan, mengalih-media/format-kan, mengelolanya dalam bentuk pangkalan data (database), mendistribusikannya, dan menampilkan/mempublikasikannya di Internet atau media lain secara ***fulltext*** untuk kepentingan akademis tanpa perlu meminta ijin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan atau penerbit yang bersangkutan.

Saya bersedia untuk menanggung secara pribadi, tanpa melibatkan pihak Perpustakaan UIN Sunan Ampel Surabaya, segala bentuk tuntutan hukum yang timbul atas pelanggaran Hak Cipta dalam karya ilmiah saya ini.

Demikian pernyataan ini yang saya buat dengan sebenarnya.

Surabaya,

Penulis

( )
nama terang dan tanda tangan

مستخلص البحث

مصطفى حامد محمد الأحيرش ، 2019 م. بحث بعنوان ، المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية والأثار المترتبة عليها "دراسة تحليلية بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي المعاصر"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الدراسات العليا تخصص الشريعة والقانون، جامعة سونان أمبل الإسلامية الحكومية سورابايا. المشرف: أ.د فيصل الحق، المشرف المساعد : أ.د. أبويزيد

هدفت هذه الدراسة لكشف الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية الذي ثار الجدل في تحديدها هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية، وأيضاً لتوضيح طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض هل التزامه بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، وكذلك لمعرفة أقوال المذاهب الأربعة وموقفهم تجاه الخطأ الطبي، وأيضاً موقف القانون الليبي في هذه الأخطاء؛ ولمعرفة الآثار القانونية ورأي الفقهاء فيها. واستخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي في كتابة هذا الموضوع.

فقد توصل الباحث من خلال البحث ، أن مسؤولية الطبيب تعتبر عقدية كلما وجد رابط عقدي بين الطرفين، واستثناءً تعتبر مسؤولية تقصيرية، كما أن طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض يكون التزام ببذل عناية بالأصل وليس بتحقيق نتيجة ولكن هناك حالات استثنائية يلتزم فيها بتحقيق نتيجة. وهي الحالات التي يكون محلها محدداً بدقة كعمليات التجميل، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية والتركيبات الصناعية والأدوية ونقل الدم والتحاليل الطبيبة والتطعيم.

وأيضاً الاتجاه السائد في الفقه والقضاء، بأنه يجب النظر إلى وحدة الخطأ الطبي، لإتفاقه مع حكم القانون الذي لم يفرق بين نوع وآخر من الأخطاء، بحيث يسأل الطبيب عن أخطائه الضارة بالغير أو بمرضاه دون تفرقة بين خطأ جسيم أو غير جسيم؛ وبذلك يتفق حكم القانون الوضعي الليبي مع حكم الفقه الإسلامي حول وحدة مفهوم الخطأ، أو وصفه في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب، فلا مسؤولية عليه ولا ضمان؛ إلا إذا ثبت خروجه عن الأصول العلمية على وجه اليقين أو التحقيق عندئذ يعتبر مخطئاً فيتعرض للمساءلة والضمان (التعويض)؛ وهذا ما أكدته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وفقهاء المذاهب الأربعة .

والأخطاء الطبية يحكمها ضوابط محددة، ويترتب على إخلالها آثار على الطبيب والمريض، والمادة رقم 27 من قانون المسؤولية الطبية في ليبيا فهي مخالفة لأحكام سلطة القاضي في استخلاص الدليل، وأن التأمين على المسؤولية من الحلول الممكنة رغم نتائجه السلبية الذي من شأنه يجعل الطبيب غير مبالي الحيطة والحذر للمهنة، وبين الباحث بعض الحلول لهذه الإشكالية في التوصيات والتي يجب أن يأخذ بها المشرع الليبي في عين الإعتبار.

وخلص الباحث بخصوص نظرية "الخطأ المفترض" التي جاءت مكملة لهذه الدراسة والتي تلقي التزام التعويض على عاتق المرفق الصحي العمومي، وهو أن الخطأ المفترض لا ينفي الخطأ الحقيقي، و يأخذ به على سبيل الإستثناء وليس الأصل في المسؤولية، وأيضاً على المدعي أن يقدم الدليل على خطأ المدعي عليه إذا أمكن، و أنه لا يجوز الجمع بين مسؤوليتين مفترضتين، ولا مسؤولية مفترضة عن الفعل الشخصي، فالخطأ المفترض يتضح من خلال استنتاج القاضي للتقصير من مجرد وقوع الضرر، فمن خطأ جسيم، إلى خطأ بسيط، ثم إلى خطأ مفترض.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ABSTRAK

Mustofa Hamed Mohamed Al-Huraisi, 2019.**Tanggungjawab Dokter terhadap Kesalahan Medis dan Implikasinya** (Studi Analisis antara Hukum Perdata Libya dan Fiqih Modern), Desertasi, Progam Studi Hukum dan Syariah, Pascasarjana Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya. Pembimbing I : Prof. Dr. Faisal Al-Haq. Pembimbing II: Prof. Dr. Abu Yazid.

Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengungkap sifat hukum dari tanggung jawab seorang dokter dalam kesalahan medis (malpraktik) yang telah diperdebatkan dalam menentukan apakah itu merupakan tanggung jawab kontraktual atau kelalaian, dan juga untuk menjelaskan sifat komitmen dokter terhadap pasien; apakah komitmen tersebut untuk penyembuhan atau perawatan, serta untuk mengetahui pendapat ulama madzhab empat dan sikap mereka terhadap kesalahan medis, dan juga sikap undang-undang Libya dalam hal tersebut. Dan untuk mengetahui implikasi hukum dan pendapat para ahli fiqih didalam kasus tersebut. Peneliti menggunakan metode analisis deskriptif dalam penulisan topik ini.

Peneliti menyimpulkan bahwa tanggung jawab dokter ialah tanggungjawab kontraktual bilamana terdapat hubungan kontrak antara kedua belah pihak. Jika tidak demikian maka hal itu termasuk tanggung jawab kelalaian. Sebagaimana komitmen dokter terhadap pasien yang berupa kewajiban untuk merawatnya, bukan untuk mendapatkan suatu hasil. Akan tetapi ada beberapa kondisi yang mengharuskan dokter untuk memberikan hasil. Kondisi tersebut sifatnya sangat terbatas seperti operasi kecantikan, penggunaan instrumen medis, peralatan medis, instalasi industri dan obat-obatan, transfusi darah, analisis medis dan vaksinasi.

Tren yang populer didalam fiqih dan peradilan adalah keharusan untuk melihat kesalahan medis saja, karena kesesuaiannya dengan aturan hukum yang tidak membedakan antara jenis kesalahan yang satu dengan yang lain, dimana seorang dokter di introgasi terkait kesalahannya yang membahayakan orang lain atau penyakitnya tanpa pernah membedakan antara kesalahan yang fatal atau tidak fatal; dalam hal ini Hukum positif Libya sama dengan Fikih Islam. Atau mendeskripsikannya dalam ranah tanggung jawab hukum dokter, maka tidak ada tanggung jawab dan jaminan atas hal tersebut; kecuali jika terbukti keluar dari ranah ilmiah secara pasti atau hasil investigasi, maka pada saat itulah ia bersalah. Dan boleh menuntut dan meminta kompensasi kepadanya; hal ini telah disebutkan oleh hukum Islam, hukum positif dan imam madzhab yang empat.

Kesalahan medis diatur dalam delik khusus, serta berdampak kepada dokter dan pasien. Pasal 27 Undang-Undang Tanggungjawab Medis di Libya bertentangan dengan wewenang hakim untuk mengajukan bukti. Asuransi terhadap Tanggungjawab medis merupakan solusi yang tepat walaupun ada konsekuensi negatifnya, seperti dokter menjadi acuh tak acuh dan tidak profesional. Dan peneliti memiliki beberapa solusi untuk masalah ini berupa rekomendasi, yang hendaknya diperhatikan oleh penyusun undang-undang Libya.

Peneliti menyimpulkan teori "kesalahan yang diasumsikan" yang melengkapi penelitian ini dan mengharuskan kompensasi penanggung jawab fasilitas kesehatan masyarakat. Bahwa kesalahan yang seharusnya bukan kesalahan sebenarnya, dan menganggapnya sebagai pengecualian dan bukan tanggung jawab yang asli, dan penggugat juga memberikan bukti kesalahan jika memungkinkan. Dan juga tidak boleh menggabungkan antara dua kesalahan yang diasumsikan, atau praduga bersalah atas tindakan pribadi. Praduga bersalah akan terbukti melalui penarikan kesimpulan hakim terhadap sebuah kegagalan bukan hanya pada bahayanya saja. Juga mempertimbangkan kesalahan serius, kesalahan sederhana, dan kesalahan yang diasumsikan

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ABSTRACT

Mustofa Hamed Mohamed Al-Huraisi, 2019. **Doctor's Responsibility to Medical Errors and Their Implications** (Studies of Analysis between Libyan Civil Law and Modern Fiqh), Desertasi, Syariah and Law's Studies Program, Post-Graduate of Sunan Ampel State Islamic University of Surabaya. Counselor I: Prof. Dr. Faisal Al-Haq. Advisor II: Prof. Dr. Abu Yazid.

The purpose of this study was to uncover the legal nature of a physician's responsibility in medical error (malpractice) which has been debated in determining whether it is a contractual responsibility or omission, and also to explain the physician's commitment to the patient; whether such a commitment to healing or care, as well as to know the opinions of scholars of the four madzhab and their attitudes towards medical error, as well as the attitude of the Libyan law in that regard. And to know the legal implications and opinions of fiqh experts in the case. Researchers use descriptive analysis method in writing this topic.

The researcher concludes that the responsibility of the physician is the contractual responsibility when there is a contractual relationship between the two parties. Otherwise, it includes the responsibility of negligence. As the doctor's commitment to the patient in the form of the obligation to take care of him, not to get a result. However, there are some conditions that require doctors to produce results. The condition is very limited in nature such as beauty surgery, the use of medical instruments, medical equipment, industrial and medical installations, blood transfusion, medical analysis and vaccination.

The popular trend in fiqh and judiciary is the necessity to see medical errors only, because of their conformity with the rule of law that does not distinguish between types of errors with each other, where a doctor interrogates related to his mistakes that endanger others or his illness without ever distinguishing between errors which is fatal or nonfatal; in this case, Libya's positive law is the same as Islamic jurisprudence. Or describe it in the realm of the physician's legal responsibility, there is no responsibility and guarantee for it; unless it is proven to be out of the scientific realm or the result of an investigation, then it is at this point that he is guilty. And may sue and ask for compensation to him; this has been mentioned by Islamic law, the positive law andscholars of the four madzhab.

Medical errors are set in a special offense, and affect the doctor and patient. Chapter 27 of the Medical Responsibility Act in Libya contradicts the authority of judges to submit evidence. Insurance against Medical Responsibility is the right solution although there are negative consequences, such as doctors being indifferent and unprofessional. And researchers have some solutions to this issue of recommendation, which should be noted by the compilers of Libya's law.

The researcher concludes the theory of "assumed error" that complements this research and requires compensation of personnel responsible for public health facilities. That the error should not be a real mistake, and regard it as an exception and not the original responsibility, and the plaintiff also provides evidence of errors if possible. Nor should combine between two assumed errors, or presumption of guilt for personal action. The presumption of guilt will be proven through the judge's conclusion of a failure not only on the dangers. Also consider serious errors, simple errors, and assumed errors.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فهرس المحتويات

الباب الأول: الإطار العام 2

أ.خلفية البحث 3

ب.مشكلات البحث وتحديده 8

ج. أسئلة البحث 10

د. أهداف البحث والتطوير 10

هـ. أهمية البحث 10

و. حدود البحث 12

ز. تحديد مصطلحات البحث 12

ح. الدراسات السابقة 15

ط. نظرية البحث 24

ي. هيكل البحث 27

الباب الثاني: الموضوع العام 29

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية المدنية 30

المطلب الأول : تعريف المسؤولية المدنية 31

المطلب الثاني: أقسام المسؤولية 33

المطلب الثالث : الفرق بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية 35

المبحث الثاني : مشروعية الأعمال الطبية في الشريعة الإسلامية 37

المطلب الأول : دليل مشروعية العمل الطبي من القرءان الكريم 39

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثاني : دليل مشروعية الأعمال الطبية من السنة 40
المطلب الثالث : دليل مشروعية العمل الطبي من الإجماع 45
المطلب الرابع: دليل مشروعية الأعمال الطبية من العقل 47
المبحث الثالث : مشروعية الأعمال الطبية في القوانين الوضعية. 52
المطلب الأول :مشروعية الأعمال الطبية في القانون الليبي 54
المطلب الثاني : شروط إباحة العمل الطبي في القانون الوضعي 55
المبحث الرابع : صور الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية 59
المطلب الأول: أقسام المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية 59
المطلب الثاني : الأحكام التي تنبني عليها المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية 61
المطلب الثالث : موجبات المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية 64
الباب الثالث: منهج البحث 77
أ . نوع البحث : المنهج الوصفي المكتبي 78
ب . مصادر البيانات 81
ج . أدوات جمع البيانات 83
د . طرق تحليل البيانات 84
الباب الرابع: عرض البيانات والتحليل 88
المبحث الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية في منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي 89
المطلب الأول: المسؤولية العقدية 90
الفرع الأول : الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية 93

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفرع الثاني : حجج الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية 96
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية 98
الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية 102
الفرع الثاني: حجج القائلين بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية 103
المطلب الثالث: الرأي الراجح للطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية 104
المطلب الرابع: طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض 111
الفرع الأول : التزام الطبيب ببذل عناية 111
الفرع الثاني : التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة 115
المطلب الخامس: مناقشة التحليل 128
المبحث الثاني : موقف القانون الليبي والفقه الإسلامي من الأخطاء الطبية 130
المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون الليبي في الأخطاء الطبية للطبيب.....132
الفرع الأول: رأي الفقهاء في خطأ الطبيب 133
الفرع الثاني : أساس المسؤولية في الفقه والقانون 140
الفرع الثالث : الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في الفقه والقانون 141
الفرع الرابع : المعيار العام في تقدير الخطأ الطبي في الفقه والقانون 144
الفرع الخامس :طبيعة المسؤولية الطبية أمام الفقه الإسلامي 150
المطلب الثاني : أوجه الشبه والإختلاف بين فقه المذاهب الأربعة والقانون الليبي 161
المطلب الثالث: مناقشة التحليل 166
المبحث الثالث: الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية للطبيب من منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي 169

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الأول: تأديب الأطباء 169
الفرع الأول: المسؤولية التأديبية للأطباء ومن المختص بتقريرها 171
الفرع الثاني: العقوبات التأديبية على الأطباء 178
المطلب الثاني: تعويض المرضى عن المسؤولية الطبية 179
الفرع الأول: تعريف التعويض وأنواعه 183
الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض واستحقاقه 191
المطلب الثالث: دور التأمين كحل للمسؤولية المدنية للطبيب 201
الفرع الأول: تعريف التأمين وأهميته 202
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التأمين في المسؤولية الطبية 205
المطلب الرابع: مناقشة التحليل 214
الباب الخامس: النتائج والتوصيات 219
أ . النتائج 221
ب. النظرية المترتبة من النتيجة 223
ج . التوصيات 225
قائمة المراجع 227
ملحق قانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا ..... a
السيرة الذاتية ..... b

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فهرس الجداول

جدول 1 يوضح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب 110
جدول 2 يوضح طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض 127
جدول 3 يوضح خطأ الطبيب من وجة نظر القانون والفقهاء 161
جدول 4 يوضح أساس المسؤولية من وجهة نظر القانون والفقهاء 162
جدول 5 يوضح جسامة الخطأ من وجهة نظر القانون والفقهاء 163
جدول 6 يوضح معيار تقدير الخطأ من وجهة نظر القانون والفقهاء 164
جدول 7 يوضح الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل من وجهة نظر القانون والفقهاء 165

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الأول: الإطار العام

أ . خلفية البحث

ب . مشكلات البحث والتطوير

ج . أسئلة البحث

د . أهداف البحث والتطوير

هـ . أهمية البحث

و. حدود البحث

ز. تحديد مصطلحات البحث

ح. الدراسات السابقة

ط. نظرية البحث

ي. هيكل البحث

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الأول : المقدمة

أ.خلفية البحث

تعتبر مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية مقدسة، فقد مرت بمراحل مختلفة عبر التاريخ ، من حيث مدى معرفة المجتمعات البشرية لهذه المهنة والقائمين عليها ونطاق مسؤوليتهم ، وأيضاً الأساس القانوني لهذه المسؤولية، ، ويعتبر الحق في سلامة الجسد من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، وهو من أول الحقوق التي تحرص الشريعة الإسلامية على حمايتها ، و تعتبر مهنة الطب رسالة نبيلة، يؤديها الطبيب اتجاه مجتمعه ونحو البيئة والوسط الذي يعيش فيه ويعمل به حيث يتمتع بالثقة والاحترام، وحظيت المهنة الطبية وشبه الطبية بكثير من الدراسات العلمية والاهتمام عبر الأزمنة، منذ أن كان الطبيب هو نفسه الكيميائي صانع الدواء، ما أنتج عنه علاقة حميمية بين الطبيب والمريض تحكمها الثقة ، فتترتب المسؤولية على العاملين بهذه المهنة منذ وجود الطب بصورة أو بأخرى ، وتترتب على كل من يمارسها بأي شكل أن يتحمل مسؤولية عمله ، ونجد كذلك في قانون (حمورابي)[1] في بابل نصوصا تدل على تنظيم الأعمال الطبية والتشدد في معاملة الشخص القائم بالعمل الطبي إذا حدث منه أي خطأ يتعلق بمجال المهنة والعمل .

1 تعتبر شريعة حمورابي–سادس ملوك مملكة بابل القديمة –من أقدم الشرائع المكتوبة في التاريخ البشري . وتعود إلى العام 1790قبل الميلاد وتتكون من مجموعة من القوانين. وهناك العديد من الشرائع المشابهة لمثل شريعة حامورابي والتي وصلت من بلاد آشور منها مجموعات القوانين والتشريعات تتضمن مخطوطة أور–نامو، ومخطوطة إشنونا، ومخطوطة لبت–إشتار ملك آيسن إلا أن تشريعات حمورابي هي الأولى في التاريخ التي تعتبر متكاملة وشمولية لكل نواحي الحياة في بابل،وهي توضح قوانين وتشريعات وعقوبات لمن يخترق القانون. ولقد ركزت على السرقة، والزراعة أو رعاية الأغنام، وإتلاف الممتلكات، وحقوق المرأة، وحقوق الأطفال، وحقوق العبيد، والقتل، والموت، والإصابات. وتختلف العقوبات على حسب الطبقة التي ينحدر منها المنتهك لإحدى القوانين والضحية. ولا تقبل هذه القوانين الاعتذار، أو توضيحٍ للأخطاء إذا ما وقعت.، على العكس من بقية ملوك تلك الفترة، فلم يزعم حمورابي أنه سليل آلهة أو ذو ذات إلهية، إلا أنه وصف نفسه بخليل الآلهة. وفي الجزء العلوي من العمود ظهر حمورابي أمام عرش إله الشمس.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد نصت المادة(218) من قانون حمورابي بخصوص من يزاول مهنة الطب "إذا عالج الطبيب رجلاً حراً من جرح خطير بمشرط من البرونز وتسبب في موت الرجل أو فتح خراجاً في عينه وتسبب في فقد عينه تقطع يداه"[2] ، ونجد أن هذا التشدد في المسؤولية على القائمين بالأعمال الطبية كان السبب الرئيسي في قلة الأطباء وفي ضعف الإقبال على المهنة في بابل.[3]

وتعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية لذلك فالمسؤولية الأخلاقية للطبيب أسبق من المسؤولية القانونية، والمريض الذي يسلِّم أمور جسمه لرعاية الطبيب وعنايته ويضع نفسه كلّياً تحت تصرف هذا الطبيب ، هو طرف ضعيف في هذه العلاقة ، كونه يجهل مايتضمنه العمل الطبي . فإذا كانت التشريعات القديمة تجزئ الطبيب في حالة الخطأ بقطع يده فإن التشريعات الحديثة تحاول إيجاد نقطة توازن بين حق المرضى في الحماية وحق الأطباء في الطمأنية .

فبعض التشريعات لم تتعرض للمسؤولية الطبية بل تركتها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهي غير واضحة المعالم وخاصة في ظل التطور العلمي الحديث، وظهور الاختراعات والاكتشافات العلمية والطبية، وعدم وجود قوانين متخصصة في هذا الموضوع في الكثير من الدول حيث أن المريض الذي يعاني من الإصابة بخطأ طبي يصعب عليه أو حتى يستحيل عليه أحياناً الحصول على التعويض ، فالمشرع الليبي أسرد بعض النصوص القانونية التي تتعلق بأحكام المسؤولية الطبية غير أن الباحث يرى أن هذه القوانين يوجد بها قصور

---

2 محتسب بالله بسام ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية* (دمشق : دار الايمان، 1984م) 35.

3 كلمة بابل تعنى باب الإله وصارت بابل بعد سقوط السومريين قاعدة إمبراطورية بابل، وقد أنشأها حمورابي، حوالي 2100 ق.م امتدت من الخليج العربي جنوبًا إلي نهر دجلة شمالاً. وقد دام حكم حمورابي 43 عامًا ازدهرت فيها الحضارات البابلية حيث يعد عصره العصر الذهبي للبلاد العراقية وبها حدائق بابل المعلقة التي تعد من عجائب الدنيا السبع وكان يوجد بها ثماني بوابات وكان أفخم هذه البوابات بوابة عشتار الضخمة وبها معبد مردوخ الموجود داخل الأسوار بساحة المهرجان الديني الكبير، الواقعة خارج المدينة وقد سماها الأقدمون بعدة أسماء منها (بابلونيا) وتعنى أرض بابل ما بين النهرين وبلاد الرافدين وسميت بابل بحسب الكتاب المقدس: الاسم مشتق ، بكلمة بلبل، وسميت بهذا الاسم بحسب ما ورد في الكتاب المقدس بسبب حادثة شهيرة، عندما حاول الناس أن يصنعوا برج عال ضد ارادة الله، فبلبل الله السنتهم، لذلك سميت هذه المنطقة بابل.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتحتاج إلى التطوير بما يتناسب مع تطور مهنة الطب، والتي سوف نتطرق إليها في الحديث في هذا البحث .

فالمسؤولية الطبية في ظل التقدم العلمي والفني في مجال الطب بهذا العصر بدأت تأخذ أشكالاً مختلفة، وتبدو أهميتها الأساسية بأنها تتعامل مع أثمن شيء لدى الإنسان وهي حياته، وفي ظل عدم وجود قواعد قانونية واضحة تعالج هذه المسألة المهمة في بعض الدول خاصة مع كثرة الأخطاء الطبية المرتكبة من قبل الأطباء سواء في عياداتهم الشخصية أو في المستشفيات العامة والخاصة.

فالمسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق، والالتزامات الأصلية ينشأ بعضها من العقد، والبعض الآخر من القانون، لذا فقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، فتعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام قانوني مسؤولية تقصيرية، ويفترض النوع الأول من المسؤولية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضرور، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم حين تنتفي هذه الرابطة بينهما.[4]

فالإنسان معرض للمرض فقد يقع فيه ويحتاج للعلاج والدواء ، وقد يصيب الطبيب في علاج المريض وقد يخطيء ، وقد كثر الحديث حول المسؤولية الطبية في الميدان الطبي حول كيفية تحديدها وماهيتها وما يترتب عليها من نتائج ، وذلك أن المسؤولية المدنية للأطباء بكافة أنواعهم (الممارس العام الاختصاصي ، طبيب الأسنان والجراح وجميع العاملين في هذا الميدان (كالصيادلة وطبيب التخدير)، فقد نالت نصيباً وافراً من الجدل لحساسية اتصال هذا الجدل بالجسم الإنساني وما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير ، لأن الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم عليه الصلاة والسلام قد أمرو بالمحافظة على الحياة الإنسانية والإهتمام

4 محتسب بالله بسام ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائيه* ، 37.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بالصحة والتداوي من الأمراض ، فنحن مأمورون بالتداوي والمحافظة على أجسامنا كما حرم الله سبحانه وتعالى التعرض لهذا الجسم بالأذى إلاَّ وفقاً لشرعه- قال تعالى ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾[5]

اختلف أهل التأويل في تأويل قوله جل ثناؤه: ﴿ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾.

وقال الحسن البصري : ﴿ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ قال : وزرا . ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ قال : أجرا[6] .

وقال الإمام أحمد : حدثنا حسن حدثنا ابن لهيعة حدثنا حيي بن عبد الله عن أبي عبد الرحمن الحبلي عن عبد الله بن عمرو قال : جاء حمزة بن عبد المطلب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، اجعلني على شيء أعيش به . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " يا حمزة ، نفس تحييها أحب إليك أم نفس تميتها؟ " قال : بل نفس أحييها : قال : " عليك بنفسك [7]" .

فتحمي حرية الإنسان في جسده قاعدة "عدم جواز المساس بالجسم" ، غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات أهمها الاعتراف بمشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان

---

5 سورة المائدة ، الآية:32.

6 أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، *تفسير القرآن العظيم*، المحقق : سامي بن محمد سلامة، الناشر، (دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ - 1999 م.)، ط2. ج3، 94.

7 أحمد بن حنبل، *مسند الإمام أحمد بن حنبل*، المحقق : شعيب الأرنؤوط وآخرون،(الناشر : مؤسسة الرسالة، 1420هـ ، 1999م)، ط2، ج11، رقم الحديث6639، 214.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الذي يتجسد في تدخلات الطبيب[8] العلاجية والجراحية التي تؤدي إلى المساس بهذا الجسم تبررها الضرورة المتمثلة من جهة في شفاء المريض من العلة والمرض الذي يعيقه عن ممارسة أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية وهي مصلحة خاصة به، ومن جهة أخرى تجيزه المصلحة العامة المتمثلة في حفظ الصحة العامة في المجتمع.

وحيث قال الرسول عليه الصلاة والسلام " من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن "[9]

والقاعد العامة تقول في القانون المدني الليبي في المادة 166 "كل خطأ سبَّبَ ضراراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض ."

فقد تطورت قواعد المسؤولية تطوراً ملحوظاً فلم يكن من المتصور في السابق مساءلة الطبيب عن أخطائه ، ولكن عندما استقرت مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلة الطبيب عن الأخطاء العمدية ، حتى أصبح التطور بعد ذلك إلى أن يكون رجال الطب مسؤولين عن مجرد الإهمال وعن الخطأ الجسيم ، وهذا يعني أن المسؤولية المدنية تعاقدية وتقصيرية معاً ، فالمسؤولية العقدية كما ذكر في السابق تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يتمثل في الامتناع عن تنفيذ الالتزام العقدي أو تنفيذه تنفيذاً ناقصاً أو معيباً ، أو التأخير في تنفيذه ، وأما المسؤولية التقصيرية هنا تعني الإخلال بالتزام قانوني مؤدّاه عدم إلحاق الضرر بالغير.[10]

---

8 الطبيب هو الشخص المؤهل الذي يمارس الطب ويعالج المرضى وقد كان اسم الطبيب أو (الحكيم) في الماضي يطلق على كل من لديه خبرة بالتطبيب، وحاليا أصبح إسم الطبيب محصوراً فيمن تحصل على شهادة جامعية تجيز له ممارسة الطب وفق الأصول والقواعد العلمية المقررة من قبل أهل هذا العلم. أحمد محمد كنعان، *الموسوعة الطبية الفقهية*، (لبنان: بيروت، دار النفائس،2000)، 651.

9 رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، *سنن الدارقطني*، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني،ج3، (بيروت : درا المعرفة ، 1386 – 1966)، رقم الحديث335، 195.

10 عبدالرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني* ، *نظرية الالتزام بوجه عام* مصادر الالتزام،ط1 (القاهرة: دار النهضة العربية، بدون سنة نشر)، 847 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فتعتبر المسؤولية المدنية أوسع نطاق من المسؤولية الجنائية ، لأن جزاء المسؤولية المدنية تعويض يطالب به المتضرر لجبر الضرر الذي يلحق الشخص من جراء الفعل الضار الذي ينشأ في الغالب عن الإهمال وعدم الاحتياط لاعن العمد .

فأدى وعي بعض الناس بالمسؤولية إلى زيادة دعاوى المسؤولية ضد رجال الطب لمطالبتهم بالتعويض عما يصدر منهم من أخطاء في مزاولة المهنة وقد ساعد هذا الوعي أيضاً على زيادة التقدم العلمي ، وطرق العلاج ، وما صاحب ذلك من نجاح ومضاعفة المخاطر من جهة ، ونشر الثقافة الطبية من جهة أخرى ، ولم يعد التزام الطبيب مقصوراً في بعض الحالات على بذل العناية ، بل إن الأمر قد تحول إلى التزام بتحقيق نتيجة ألا وهي سلامة المريض ، وصحة العمل الطبي الذي يقوم به ، وقد تطلب هذا كله تحديداً لمسؤولية الأطراف المعنية ، حيث تتداخل مهام كل منهم ، ونظراً لدقة البحث وأهميته في الحياة العملية وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة فقد رأيت أن أسهم بهذا الجهد المتواضع في هذا المجال .

فالقانون الليبي اهتم بمجال الصحة من خلال صدور قوانين تنظِّم هذه المهنة فبالتالي نجد أنه أشار للمسؤولية المدنية للطبيب في قانون خاص، ووضع نصوص فيه إلا أنه لم يعالج ويحدد فيه الإشكاليات القائمة الآن في هذا البحث والتي تتمثل في تقدير التعويض والضرر ومن المسؤول في تحديد الخطأ الطبي والآثار المترتبة حول هذه الأشكالية.

ب.مشكلات البحث وتحديده

تثير المسؤولية الطبية عدة إشكالات مازال الفقه والقضاء يختلفان بشأنها في العديد من الدول ، وقد اختار الباحث البحث في أحد جوانبها لأهميته ، حيث يقدم المريض أغلى ما يكسبه وهو جسده لشخص لا يعرفه إلاّ أنه يدعى طبيب، إلاّ أنّ هذه العلاقة أصبحت بحاجة إلى دراسة وفهم أعمق لما أصابها من تصدع وما أصبح يشوبها من توتر ونفور حتى أضحى بعض المرضى يعزفون عن الذهاب للمستشفى إلاّ في الحالات الخطرة، أو الوعكة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المفاجئة، وهذا ما لاحظناه من خلال واقعنا و الدراسات التي قام بها الباحثون في هذا المجال. ولم يقتصر التوتر الذي أصاب العلاقة بين المريض والسلك الطبي وشبه الطبي على دولة فقط، بل أصبح ظاهرة عالمية تميز معظم الدول التي تشهد مظاهر الإهمال واللامبالاة التي يكون ضحيتها المرضى.

وعليه فإن العنف الطبي وشبه الطبي يمكن أن يؤدي إلى الضرر أو التشويه وربما إلى الموت فالطبيب الذي يقدم أدوية فاسدة، أو طبيب يوصف أدوية للزكام تؤدي إلى تفاعلات جانبية خطيرة، منها النعاس ما يسبب حوادث مرور أو الزيادة في جرعات التخدير التي تفضي إلى الشلل أو الموت، هنا يصبح الطبيب أو الممرض خطيراً بما أنه يحدث الضرر للغير. حيث إنه يجب أن يعرف المريض أنه إذا قصَّر الطبيب فنتج عن تقصيره تلف المريض أو موته ، وجبت عليه الدية ويسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي بحكم أن التقصير لا يقع من طبيب يقظ في أدائه لمهنته أي يكون وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ، بحيث إن التزام الطبيب ليس التزماً بتحقيق نتيجة وانما هو التزام ببذل العناية المطلوبة تبذل للمريض بأن تكون جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب . وعندما كثر الحديث حول المسؤولية الطبية في الميدان الطبي حول كيفية تحديدها وماهيتها وما يترتب عليها من نتائج وآثار؟ فمن هنا جاءت مشكلة البحث.

فبالتالي يجب علينا أن نعرف ماهي الطبيعة القانونية وكيف يقدر الضرر والتعويض وكيف يعرف ان الطبيب قد بذل عناية ومن المسؤول في تقرير الخطأ، وأيضاً يجب أن نعرف ماهي الأثار المترتبة علي ذلك فهذه كل التساؤلات يمكن أن جمعها في مشكلة البحث ومن ثم نتطرق لموقف الفقه الإسلامي والقانون الليبي في هذه المسألة .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج. أسئلة البحث

1. ماهي الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية في منظور القانون الليبي و الفقه الإسلامي ؟

2. ما موقف القانون الليبي والفقه الإسلامي من المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية؟

3. ماهي الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية عند القانون الليبي والفقه الإسلامي ؟

د. أهداف البحث والتطوير

1 . لتوضيح الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية من منظور الفقه الإسلامي والقانون المدني الليبي .

2 . لمعرفة الأصول والقواعد التي نص عليها القانون الليبي والفقه الإسلامي وسار عليها المذاهب الأربعة في الأخطاء الطبية.

3 . لمعرفة الآثار القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية عند الفقه الإسلامي والقانون الليبي.

وفي هذا البحث سوف يحاول الباحث الإجابة عن جميع التساؤلات لتحقيق هذه الأهداف التي أوضحها الباحث ومدى تطابقها مع الفقه الإسلامي وأتنمى أن أكون قد وفقت فيه .

هـ. أهمية البحث

تكمن أهمية البحث لكون هذا الموضوع حديث ومهم في حياتنا، وتعتبر مهنة الطب من أشرف المهن وأجلها على الإطلاق، ولكن بعد ما أحرز مجال الطب من تقدم كبير في جميع

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مجالاته واتساع فروعه مما أدى إلى تشعبه ، وظهور الاختصاصات فيه زاد من أهمية دوره في حياة المجتمعات الإنسانية ، وبالتالي زاد من مخاطر ممارسة هذه المهنة الإنسانية (الطب)، كما تضاعفت مسؤولية الطبيب، ولعَلَّ الإيمان بالإسلام والتمسك به هو الذي شجع على ذلك.

فكان الدافع إلى البحث في هذا الموضوع لما له من أهمية كبيره تتعلق بالطبيب والمريض أي بصحة الإنسان بصفة عامة وَوُجِد أن هذا البحث قد حظى بدراسات متعددة للمسؤولية الجنائية للطبيب أكثر من المسؤولية المدنية للطبيب ، لهذا السبب أخذ الباحث هذا الموضوع في عين الاعتبار وسوف يقوم الباحث بمقارنته بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الليبي والذي يوضح المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية من خلال قوانين وأنظمة مزاولة مهنة الطب في جميع فروعه واللوائح التنفيذية لهذه القوانين والأنظمة لما له من أهمية كبرى فمن هذا المنطلق تبرز أهمية هذا البحث .

الأهمية العملية :

انطلاقاً من عنوان هذا البحث يقوم الباحث بجمع الأحكام والقوانين المرتبطة بهذا الموضوع والتي توضح المسؤولية المدنية للطبيب ، والأنظمة واللوائح التنفيذية التي يقوم باتباعها كل شخص يقوم بمزاولة مهنة الطب بجميع فروعها بعد ما تنطبق عليه جميع المعايير المطلوبة، ومن ثم يقوم الباحث بجمعه ، وأيضاً سيقوم الباحث بتحليل بعض القضايا والأحكام التي تتعلق بهذا الموضوع على ضوء الدراسة النظرية ، ومن خلال هذا البحث سيتوصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التي تفيد في توضيح المسؤولية المدنية للطبيب ، وتوضيح سبب اختيار هذا الموضوع للدراسة ، حيث ستكون هذه الدراسة مهمة في حياة المجتمع لأنها تبحث في مسؤولية الطبيب المدنية من خلال القوانين والأنظمة المعمول بها في ليبيا.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

و. حدود البحث

عمد الباحث إلى تناول المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية في القانون المدني الليبي و الفقه الإسلامي المعاصر و ذكر اراء فقهاء المذاهب الأربعة وفقهاء القانون وما توضحه هذه القوانين والأنظمة بخصوص هذا البحث.

ز. تحديد مصطلحات البحث

1. المسؤولية المدنية للطبيب :

المسؤولية المدنية :"تعني التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير إما نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية أو لبنود الاتفاق والالتزام الذي في ذمته"[11].

أما التعريف الإجرائي للمسؤولية المدنية للطبيب : فهو تحمل الطبيب للتعويض حين يقصر في أداء واجبه تجاه المريض ، والتزامه بذلك حسب الحالة ، والضرر الذي سبَّبَه والجهة المختصة هي التي تحكم وتقدر التعويض.

وعندما جاء الإسلام وضع ضوابط وقوانين لممارسة الطب وحيث قال الرسول عليه الصلاة والسلام " من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن ".[12] وبناءاً على هذا الحديث الصادر من خير الخلق فقد حدد علماء الشريعة الإسلامية والأطباء القدامى من العرب شروطاً لإنتفاء مسؤولية الطبيب في حالة وقوع الخطأ الطبي. وقد فصّلَ هذه الشروط ابن قيم الجوزية المتوفي في 13 رجب سنة 751هـ، في كتابه الطب النبوي وعندما إزداد

11 داود جوزيف ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزئية وتأمين الأطباء من المسئولية عن أخطائهم* ، سلسلة الطبيب والقانون(1) ، (مطبعة الإنشاء، 1987م)، 21.

12 رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه. سبق تخريجه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عدد الأطباء الممارسين لمهنة الطب في البلدان العربية والإسلامية ، كان من الملزم إنشاء نظام يتولى مراقبة سلامة هذه المهنة .[13]

2. الأخطاء الطبية:

الخطأ في القانون : إخلال بالتزام موجود وقائم في ذمة الشخص وجد أثره ومكانه في نطاقه المادي والمعنوي للمتضرر.[14]

الخطأ في المجال الطبي : فقد عرفه الفقهاء الخطأ الطبي بأنه :"كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم ، أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب ، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضر بالمريض ".[15]

كما عرفه أيضاً بأنه "عدم اتخاد الجاني الحيطة الكافية لمنع النتيجة الضارة التي كان في وسعه توقعها وتجنبها ".[16]

الخطأ العمدي : فهو الذي يعمد فيه الشخص إلى ارتكاب الفعل الضار قاصدا تحقيق النتيجة الضارة ، ويكون ذلك بتوافر النية من الشخص، و لا يقتصر العمد هنا على الأخطاء الإيجابية ، بل يشمل الأخطاء السلبية أيضاً متى كان القصد منها الإضرار بالغير.

---

13 من المواقف التي تشير بوضوح إلى تنظيم الممارسات الطبية وفق أسس وضوابط رسمية حرصاً على أصول المهنة وسلامة المرضى ، ماروي عن الخليفة العباسي (المقتدر) إذا أمر بمنع جميع الأطباء من المعالجة ، إلا بعد أن يخضعوا لامتحان من قبل رئيس الأطباء في عهد (سنان بن ثابت بن قرة) الذي يمنحهم إجازة بموجبها يسمح لهم بمزاولة المهنة وقد امتحن في بغداد وقتذاك(800) طبيب ، حدث ذلك على أثر موت مريض بسبب خطأ في مداولته ، وقد غرم الطبيب ومنع من ممارسة عمله كطبيب.

14 احمد سعد ، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، (القاهرة ، دار الطبجي ، بدون سنة نشر) ، 371.

15 أسامة عبدالله قايد ، *المسئولية الجنائية للأطباء*، (القاهرة ، دار النهضة العربية.1990) ، ط2، 224.

16 سمير الجنزوري ، *الأسس العامة لقانون العقوبات*، (القاهرة ، دار الكتب الجامعية، 1988م) ، 452.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الخطأ غير العمدي : يعرف بأنه " نشاط إرادي إيجابي أو سلبي لايتفق مع واجب الحيطة والحذر ، وكذلك كل فعل أو ترك إرادي يترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل مباشرة ولا بطريق غير مباشر ، ولكنه سعى إلى تجنبها ".[17]

و نصت المادة 166 من القانون المدني الليبي "أن كل خطأ سبّب ضراراً للغير يلتزم مرتكبه بالتعويض ."

3. الفقه الإسلامي :

ويقصد الباحث بالفقه الإسلامي في هذا البحث الجزئية الخاصة بأقوال الفقهاء بالشكل الأخص، أما بالشكل الأعم فيقصد بها ما شرعه الله لعباده المسلمين من أحكام وقواعد ونظم لإقامة الحياة العادلة وتصريف مصالح الناس وأمنهم في العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة، في شعبها المختلفة لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض وتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة.

وبالتالي تكون هي الأحكام نفسها المنزلة من عند الله، وتختلف عن الفقه في الأحكام التي استخلصها الفقهاء من نصوصها الشريعة، و حيث أن هذه الأحكام قد تكون موافقة لها فحينئذٍ يكون الفقه من الشريعة فيتفق الحكم الشرعي والحكم الفقهي. وقد يتنازع فيها الفقهاء فالمصيب منهم الحكم الذي قررته يكون قوله موافقاً للشريعة، والذي لم يصب الحكم الشرعي يكون قوله داخلا في دائرة الفقه ولكنه ليس من الشريعة بحال.[18]

---

17 منير رياض جنا ، *المسئولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري* ، (الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي 2008) ،ط1، 34.

18 حامد بن أحمد الرفاعي ، رئيس المنتدى الإسلامي العالمي ، *شركاء لا أوصياء*، (لبنان : بيروت ، الناشر سلسة إصدارات لتعارفوا ،1427هـ .2006م) ، ط2 العدد 21 ، 1,2,3. وحيث إن أحكام الشريعة الإسلامية تستمد من القرآن، ومن السنة النبوية، ومن إجماع العلماء على حكم من الأحكام في عصر من العصور بعد وفاة النبي محمد بن عبد الله (صلى الله عليه وسلم) مثل الإجماع على مبايعة أبي بكر بالخلافة، ومن القياس في إثباته حكم فرعي قياساً على حكم أصلى لعلة جامعة بينهما؛ مثل إثبات جريمة إتلاف مال اليتيم بالحرق قياسا على جريمة إتلافه بالأكل، الثابت بالقرآن ؛ بجامع الإتلاف في كل. بالإضافة إلى مجموعة من الأدلة المختلف فيها مثل: الاستحسان، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والبراءة الأصلية، والعرف المستقر، وقول الصحابي ؛ حيث لم يخالف نصا شرعياً، ولم يوجد ما يخالفه من قول صحابي آخر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

4. المذاهب الفقهية

المذهب لغة: الطريق، ومكان الذهاب أي محل الذهاب وزمانه[19]. واصطلاحاً: ذلك الاتجاه الذي سار عليه كل إمام من أئمة الإجتهاد في استنباطهم للأحكام، من حيث اعتمادهم على الرأي أو على النصوص، أو عليهما معاً. ولم يكن المذهب بالمفهوم الذي استقر عليه فيما بعد معروفاً بين المسلمين في عصر الأئمة أصحاب المذاهب، فمالك والشافعي و أبوحنيفة وأحمد ابن حنبل وغيره من أئمة الإجتهاد لم يكونوا يعرفون معنى المذهب وانما كانوا ينشرون علم السنة وفقه الصحابة والتابعين، ولذلك قيل: إن نسبة المذهب إلى صاحبه لا يخلو من تسامح.

بعبارة أخرى: المذاهب الفقهية هي مدارس علمية في فهم النصوص الشرعية، وفي استنباط الأحكام الفقهية التي يحتاجها المسلمون في نوازلهم وما يستجد في حياتهم إلى معرفة الحكم الشرعي المناسب لها، اعتماداً على قواعد علمية وضوابط محكمة[20].

ح. الدراسات السابقة

من خلال إطلاع الباحث على الدراسات السابقة في هذا الموضوع وجد الأتي :

1 – دراسة الدكتور محمد بن المدني بوساق، بعنوان التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، كتاب منشور في بوساق- الرياض، الطبعة الأولى1419هـ،1999م، فقد تناول هذا الكتاب قضية الضرر أولاً، سواء كان ضرراً معنوياً أم مالياً أم بدنياً، ثم تعرض الكتاب إلى مصادر الضرر وهي: فعل الآدمي مباشرة أو سبباً، ومانتج عن فعل الحيوان أو الجماد، أو إصابة العمل، أو حوادث الاصطدام، أو الامتناع، أو تفويت الفرصة. أما في الشطر الثاني فقد تطرق الكتاب إلى قضية التعويض بشكل مفصل من حيث المشروعية والمبادئ التي

19 محمد عبد الرؤوف المناوي ، *التوقيف على مهمات التعاريف*، فصل الذال، (دار الفكر المعاصر ، دار الفكر – بيروت ، دمشق، 1410هـ)،ج1، ط1، 646.

20 مناع بن خليل القطان ، *تاريخ التشريع الإسلامي*، (بدون مكان نشر، 1422هـ-2001م) ،ج1، ط5،63 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تحكمه، مع بيان كيفية تقدير التعويض ووقت تقديره، وما يتصل بالضرر الجسمي من ديات وأروش مقدرة وغير مقدرة[21].

فالباحث استفاد من هذه الدراسة من تعريف الضرر و التعويض في الفقه الإسلامي وأحكامه ومدى تكيفها مع القانون الليبي حتى يسهل على القراء و الباحثين والقضاة استنباط أحكام التعويض ومعرفة مظانها. وتختلف هذه الدراسة عن البحث الحالي والذي يدرس مسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها بين القانون الليبي والفقه الإسلامي والتي استخدم الباحث فيها نظرية الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية

2 – دراسة محمد سامي الشواء، رسالة دكتوراه بعنوان "الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي" جامعة القاهرة . ثم في هذه الرسالة تناول الخطأ الطبي في كل من القانون المدني والجنائي المصري بنوع من التفصيل ، حيث تم التركيز على القانون المصري وأحكام القضاء المصرية المرتبطة بهذا الموضوع[22] ، ألا وهي تختلف عن هذه الدراسة التي تناول الباحث فيها موقف القانون الليبي والفقه الإسلامي والتي ارتكز الباحث على نظرية الخطأ كأس للمسؤولية فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية للطبيب والأثار المترتبة عليها بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي .

3 – دراسة محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي(1415هـ) بعنوان (أحكام الجراحة الطبية، والآثار المترتبة عليها). رسالة دكتوراه مقدمة لقسم الفقه بالجامعة الإسلامية في المدينة المنورة. هدفت هذه الرسالة إلى عدد من الفوائد مما جعل الباحث أن يوضحها من خلال دراسته، ومن أهمها حاجة الناس عامة والأطباء خاصة إلى معرفة حكم الشرع في كثير من مسائل الجراحة الطبية الحديثة، حيث إنه إذا لم تتوفر لهم الدراسات والبحوث الشرعية المتعلقة بعملهم فإنهم سيلجئون إلى القوانين الوضعية والعرف الطبي طلباً

21 محمد المدني بوساق، *التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي*، (الرياض : دار اشبيليا، 1419هـ-1999م)ط1.

22 محمد سامي الشواء ، *"الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي"* ،(أطروحة دكتوراة-- جامعة القاهرة، القاهرة، 1983).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للخروج من المشاكل التي يعانون منها، كما أن تحقق الفائدة العلمية المرجوة من طرق هذا الموضوع نظراً لما يشتمل عليه من مسائل وقواعد وأصول التي يستفيد الباحث من دراستها وبيانها، غير أن الباحث لم يذكر منهجاً معيناً للدراسة، وإنما قسم المادة العلمية إلى تبويبات.

والباحث توصل إلى عدد من النتائج أهمها[23].

أ . أن الأعمال الطبية مشروعة من حيث الجملة.

ب . أن تعليم وتعلم الجراحة الطبية وتطبيقها يُعد فرضاً من فروض الكفاية.

ج . وأن التتطوير في علم الطب والتأليف فيه فضل كبير لعماء الطب المسليمن.

د . المسؤولية عن الأعمال الطبية معتبرة شرعاً .

هـ . المسؤولية عن الأعمال الطبية تنقسم إلى قسمين: الأول يتعلق بالآداب، والثاني بالمهنة.

و . يترتب على موجب المسؤولية الآثار التالية: التعزير ، الضمان ، القصاص.

واستفاد الباحث من هذه الدراسة ، في معرفة مشروعية الأعمال الطبية والمسؤولية الأخلاقية والمهنية للطب.

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في حكم مشروعية الأعمال الطبية وفي تعريف المسؤولية وأقسامها ومشروعيتها، وتختلف الدراسة الحالية في أنها تخص المسؤولية المدنية للطبيب والآثار المترتبة عليها بين القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي المعاصر.

4 – دراسة محمد بن عبدالله الشارع الشهراني بعنوان (أحكام المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ، وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية) مقدمة إلى قسم العدالة الجنائية / المعهد

23 محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي"*أحكام الجراحة الطبية، والآثار المترتبة عليها*"،(أطروحة دكتوراة-- مقدمة لقسم الفقه بالجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، 1415هـ)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العالي للعلوم الأمنية / المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب- تطرق الكاتب إلى دراسة المسؤولية الطبية في المملكة العربية السعودية من الناحيتين النظرية والتطبيقية على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والنظام الجديد لمزاولة مهنة الطب من خلال الدراسة المقارنة ، وذلك ليبين الباحث حدود المسؤولية الجنائية للأطباء في المملكة العربية السعودية من الناحية العملية ، كما ارتكز الباحث على الإجراءات الأمنية المتبعة حيالها ، وتوضيح الرؤيا حول التصنيف للقضايا في إطار الاختصاص في تناولها ، وطرق إحالتها وإجراءات البحث والتنفيذ.

فالكاتب اتبع المنهج الوصفي التحليلي بالنسبة للقسم النظري من البحث أما بالنسبة إلى الجانب التطبيقي فاتبع الباحث منهج (دراسة الحالة) وقام من خلاله بدراسة وتحليل مضمون بعض النماذج من القضايا الطبية بعد الرجوع إلى ملفات اللجنة الطبية الشرعية ، كما أوضح ذلك الباحث في رسالته .

وتوصل الكاتب إلى نتائج من أهمها ضرورة تطوير التشريعات الخاصة بحماية الإنسان من الآثار الضارة للتقدم الطبي ، وتوضيح حالات المسؤولية الطبية من الناحية العلمية ودراسة أسباب نذرتها في الحياة العلمية ، كما عرض الباحث بعض القضايا التي تحكم فيها بالأدلة على بعض الأطباء عن أخطائهم.[24]

فالباحث استفاد من هذه الدراسة من تعريف الخطأ الطبي ، وفي الإطلاع على مسؤولية الأطباء في المملكة العربية السعودية ، بينما البحث الحالي يدرس المسؤولية المدنية للأخطاء الطبية والأثار المترتبة عليها بين القانون الليبي والفقه الإسلامي بإستخدام نظرية الخطأ المفترض.

24 محمد بن عبدالله الشارع الشهراني "*أحكام المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ، وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية*"،(رسالة ماجستير-- المعهد العالي للعلوم الأمنية ، 1412هـ).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

5 – دراسة عبدالرحمن بن عبدالعزيز المحرج بعنوان (الحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي)- دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي- هدفت هذه الدراسة إلى معرفة وتوضيح الأخطاء الطبية وآثارها ، والتأصيل الشرعي والنظامي لمفهوم الأخطاء الطبية ، ومعرفة الوسائل والأساليب للوقاية من الأخطاء الطبية ومعرفة مدى جواز تدخل جهات الاختصاص في المساءلة الجنائية والمحاكمة في المملكة العربية السعودية .

واتبع الكاتب المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي مع توظيف منهج دراسة الحالة لبعض القضايا التي تم التوصل فيها إلى أحكام قضائية لعموم العاملين في المجال الطبي .

وتوصل الكاتب للنتائج التالية :

أ . الغالب في القضايا الطبية أن الحكم تعويض أو غرامة.

ب . قلة القضايا الطبية نظراً لجهل الناس بحقوقهم واللجوء للشكاوي الإدارية .

ج . تحديد عنصر الخطأ يحتاج إلى بحث وجهد وقد لايتم بدقة .

د . أكثر الأقسام تأثراً وظهور أقسام الجراحة وذلك لسهولة إلقاء اللوم على الجراح يعد انتهاء العملية .

هـ . النظام المعمول به في المملكة العربية السعودية من خلال لجنة رئيسة ولجان فرعية يتم التظلم من أحكامها لدى ديوان المظالم. [25]

فالباحث استفاد من هذه الدراسة من تعريف الأخطاء الطبية وأنواعها ، وفي معرفة الحكم في القضايا الطبية ومعرفة النظام المعمول به في المملكة العربية السعودية ، وتختلف هذه

25 عبدالرحمن بن عبدالعزيز المحرج "*الحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي*"،(رسالة ماجستير—المملكة العربية السعودية، بدون تاريخ نشر)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الدراسة عن الدراسة الحالية في أنها تعني بالحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي بينما البحث الحالي يدرس المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية والأثار المترتبة عليها في القانون الليبي و الفقه الإسلامي والتي استخدم الباحث فيها نظرية الخطأ المفترض.

6 – دراسة عبدالله ظافر الشهري ، بعنوان (المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون مع تطبيق من واقع قرارات اللجنة الطبية في المملكة العربية السعودية– رسالة ماجستير في العدالة الجنائية مقدمة لقسم العدالة الجنائية / كلية الدراسات العليا / أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية – هدفت هذه الدراسة إلى دراسة الجوانب المتعلقة بالمسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون مع تطبيقات من واقع قرارات اللجنة الطبية الشرعية في المملكة العربية السعودية .

فالكاتب اعتمد في القسم النظري على المنهج الإستقرائي الذي يقتضي جمع المعلومات ذات الصلة بموضوع الدراسة ، ثم اتبع في عرض ما تجمع لديه من مادة المنهج التحليلي النقدي عن طريق الموازنة بين مختلف الأدلة والأقوال والمذاهب ، أما بالنسبة إلى القسم التطبيقي اعتمد على أسلوب دراسة الحالة وتحليل المضمون وذلك لمعرفة التطابق بين القسمين النظري والتطبيقي اللذان يكملان بعضهما البعض ويدعم كل منها الاخر حسب رأيه.

وتوصل الكاتب إلى نتائج عديدة من أهمها[26] :

أ . أسباب المسؤولية الجنائية للطبيب هو ارتكاب المعاصي .

26 عبدالله ظافر الشهري ، " *المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون مع تطبيق من واقع قرارات اللجنة الطبية في المملكة العربية السعودية*"،(رسالة ماجستير-- كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، بدون تاريخ نشر)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ب . يشترط في الشخص لكي يكون طبيباً أن يكون عارفاً بالطب حاذقاً فيه وذلك يشمل كل فروع الطب ، كما يجب أن يكون لديه إذن من الحاكم أو ترخيص قانوني بممارسة المهنة وإلا كان مسئولاً جنائياً .

ج . تتمثل موانع المسؤولية الجنائية للطبيب في العيب العقلي الضرورة والإكراه .

د . لا تختلف المسؤولية في الاصطلاح القانوني كثيراً في مفهومها العام لدى فقهاء الشريعة الإسلامية إلا من حيث نطاقها فهي في القانون الوضعي دنيوية وأخروية معاً أي هي أشمل وأعم.

فتتفق هذه الدراسة بالدراسة الحالية في تعريف المسؤولية الطبية ، وتختلف في أن هذه الدراسة تبين المسؤولية الجنائية للأطباء في نقل الأعضاء من خلال الشريعة والقانون في المملكة العربية السعودية ، بينما الدراسة الحالية تبين المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الليبي والفقه الإسلامي من خلال القوانين والأنظمة واللوائح المعمول بها في ليبيا كما استخدم الباحث في هذه الدراسة نظرية الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية والتي ربطها بهذه الدراسة.

7- دراسة مازن مصباح ونائل محمد يحيى[27]، بعنوان" المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب، دارسة فقهية مقارنة. تناولت هذه الدراسة موضوع المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب وأيضاً تناولت تعريف المسؤولية وبيان أنواعها وأساسها ، وكذلك مفهوم الخطأ وأنواعه، ومفهوم الطب والتطبيب وأدلة مشروعيته والحكمة منه، وكذلك تناولت قواعد وشروط مهنة الطب في الشريعة الاسلامية وأنواع المسؤولية الطبية والآثار المترتبة عليها. فاستفاد الباحث من هذه الدراسة من تعريف المسؤولية وأنواعها ومدى ارتباطها بالدراسة الحالية وكما أستفاد الباحث أيضاً من شروط مهنة الطب في الشريعة الإسلامية . وتختلف هذه الدراسة عن الدراسة الحالية في أنها تناولت المسؤولية الجنائية أي (الجزائية) عن خطأ التطبيب، دراسة فقهية

27 دراسة مازن مصباح ونائل محمد يحيى ،" *المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب، دارسة فقهية مقارنة* " ، المجلد العشرون، العدد الثاني، (غزة: جامعة الأزهر،2012)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مقارنة، وأن الدراسة الحالية تدرس المسؤولية المدنية (التعويض) عن خطأ الطبيب والآثار المترتبة عليها ، دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المدني الليبي والفقه الاسلامي .

8- دراسة سامي هارون سامي الزارع، رسالة دكتوراة بعنوان (فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة "الطبيب")[28] هدفت هذه الدراسة إلى محاولة إلقاء الضوء على المسؤولية المهنية للطبيب، في مسؤولية المؤسسة العلاجية والتي يمارس الطبيب عمله من خلالها وأيضاً هدفت هذه الدراسة إلى إيجاد تأصيل لمسؤولية الطبيب وبيان نوعها وهل هي عقدية أم تقصيرية ؟ وهل هي التزام بوسيلة أم تحقيق نتيجة؟ وأيضاً أوضحت هذه الدراسة إلى تحديد مدى مسؤولية الطبيب عن أعضاء الفريق الطبي وهل يسأل هو وحده عنهم أم تسأل عنهم المؤسسة العلاجية؟ واتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي أو التأصيلي ، وأيضاً اتبع الكاتب المنهج التحليلي أو الاستنباطي، واعتمد في جمع المادة العلمية لهذه الدراسة على المؤلفات المتخصصة في هذا المجال، وكذلك المؤلفات العامة في القانون المدني بشأن مصادر الالتزام وكذلك التعرض إلى القانون الجنائي والإداري للضرورة التي يقتضيها البحث.

فاستفاد الباحث من هذه الدراسة من بعض البيانات المتقاربة مع هذه الدراسة التي يحاول الباحث أن يكشف عنها في تحديد مسؤولية الطبيب الذي ثار الجدل حول تحديدها هل هي عقدية أم تقصيرية أيضاً مدى التزام الطبيب تجاه مريضه هل التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، غير أن هذه الدراسة تختلف عن الدراسة الحالية في أنها جاءت بشكل عام ، وأن الدراسة الحالية جاءت مفصلة عن مسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها من منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي.

28 سامي هارون سامي الزارع، "*فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة (الطبيب)*"،(مصر: مركز الدراسات العربية، 1439هـ- 2018م)،ط1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

9- دراسة منير رضا حنا، بعنوان " الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية"[29]، وهو عبارة عن مجموعة أبحاث مقارنة في الجراحات التخصصية وأبحاث فقهية وتطبيقات قضائية. هدفت هذه الدراسة إلى معرفة الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية . فاستفاد الباحث من هذه الدراسة من الخطأ الطبي الجراحي وما ورد فيه من أحكام في الشريعة الاسلامية. غير أن تختلف هذه الدراسة عن الدراسة الحالية في أنها تناولت مسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها من منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي والتي ربطها الباحث بنظرية الخطأ المفترض.

10- دراسة عبدالله بن سالم الغامدي بعنوان " مسؤولية الطبيب المهنية " رسالة ماجستير منشورة مقدمة لكلية التربية / جامعة الملك سعود ، الرياض. هدفت هذه الدراسة إلى الوصول إلى الضوابط المشروعة التي يمكن التعويل عليها لتوضيح المسؤولية المدنية والجنائية الطبية للطبيب عن الخطأ الذي يصدر منه سواء في الشريعة الإسلامية أو النظم الوضعية ، مع توضيح وتقويم مسؤولية الطبيب في النظام السعودي .

وتوصل الكاتب إلى النتائج التالية[30] :

عند قيام قرينة بسيطة على خطأ وقع من جانب الطبيب فعلى الطبيب إثبات العكس.

أ – أن يكون الفصل في تقرير مدى وقوع الخطأ من عدمه إلى جهة طبية حيادية.

ب – اقتراح إيجاد من يسمى بالطبيب القاضي بأن يكون طبيباً يدرس دراسات متخصصة ببحث هذه الحالات.

---

[29] منير رضا حنا، "الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية"، (الاسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2008).ط1.

30 عبدالله بن سالم الغامدي، "*مسؤولية الطبيب المهنية*"، (رسالة ماجستير ، كلية التربية ، جامعة الملك سعود: الرياض، بدون تاريخ نشر)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج – إيجاد صناديق ممولة من اشتراكات يدفعها الأطباء تغطي حالات ثبوت مسؤوليتهم عن الأخطاء إذا لم يكن الخطأ نتيجة إهمال أو استهتار.

فالباحث استفاد من هذا البحث من التعريفات الطبية حيث إن هذه الدراسة تتفق مع الدراسة الحالية في تحديد مسؤولية الطبيب المدنية وأركانها ومصدرها وتختلف الدراسة الحالية في أن الكاتب السابق درس المسؤولية في المملكة العربية السعودية ، وكجزء من دراسته لمسؤولية الطبيب المهنية ، والدراسة الحالية تدرس المسؤولية المدنية عن أخطاء الأطباء والآثار المترتبة عليها من منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي مع استخدام نظرية الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية في دراسة هذا البحث.

ط. نظرية البحث

نظرية الخطأ المفترض:

من الخطأ إلى الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض)[31]

للأستاذ مرزوق محمد ، جامعة سعيدة – كلية الحقوق

الأستاذة: عيساني رفيقة ، جامعة عبدالحميد ابن باديس بمستغانم بالجزائر.

إن نظرية الخطأ المفترض، تبدو في الحقيقة امتداد للشروط التقليدية في إنعقاد المسؤولية الطبية ، فالأمر يتعلق دائماً بقيام خطأ مهما كانت طبيعته، أي سواء أكان موجوداً فعلاً، بحيث يمكن الخطأ بالمفهوم التقليدي بمجموعة من الخصائص برسم حدود واضحة لمجال تطبيق هذه النظرية في حالات معينة دون سواها.

31 مرزوق ، محمد ، من الخطأ إلى الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض) مجلة الفقه و القانون ، (2013)، لغة الوثيقة العربية، 2-6

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فالقضاء بصفة عامة سواء العادي أو الإداري يتجه نحو تسهيل شروط إنعقاد المسؤولية الطبية سواء تعلق الأمر بالأطباء الخواص، أو أولئك الذين يمارسون مهامهم في إطار المؤسسات الصحية العمومية، ولقد ابتكر عدة مفاهيم، وأنظمة جديدة، كالالتزام بالسلامة، المعروف خصوصاً في القضاء العادي، وكذا فكرة الخطأ المفترض، أو ما يسمى بالخطأ المضمر، أو المقدر أو الاحتمالي.

فلقد حاول القضاء الفرنسي خصوصاً، التقليل من الصعوبات التي يواجهها المريض، من أجل إقامة الدليل على خطأ الطبيب، أو المرفق الصحي العمومي، وذلك عن طريق استنتاجه لهذا الخطأ من الضرر الحاصل. أي أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع هذا الخطأ، رغم أنه لم يثبت على وجه قاطع أن هذا الخطأ بسبب إهمال المرفق الصحي ،أو الطبيب ببذل العناية اللازمة أو أن الطبيب مقصر في الالتزام بالحيطة[32].

ورغم مميزات فكرة الخطأ المفترض التي تتضح من خلال استنتاج القضاء للتقصير من مجرد وقوع الضرر، إلا أن هناك خلافاً للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي، إقامة الدليل على خطأ المدعي عليه .

ويقول صاحب النظرية إن فكرة الخطأ المفترض، ماهي إلا استعمال للقرائن القضائية. ويتبين ذلك في استعمال القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ الطبي من كافة القرائن، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.

فأهمية نظرية الافتراض المتعلقة بالخطأ، ليست مقتصرة على مجرد الاعتراف به. أو بالقول بوجود خطأ، رغم أن الخطأ يكون مجهول من الناحية الواقعية، وتظهر الأهمية هنا حين يأخذ القضاء بهذه القرينة، ويجعلها بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف المرفق الصحي العمومي. أي أنه يلقي عبء إثبات الخطأ الطبي على عاتق هذا المرفق الصحي. وهو عبء صعب

32 نفس المرجع، 3.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للغاية، بسبب تعلقه بوقائع سلبية. فلكي يتمكن المدعي عليه من التخلص من هذه المسؤولية، ومن ثم يجب عليه أن يثبت أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأضرار، وأيضاً يجب عليه إثبات أن الضرر الواقع، يرجع إلى سبب أجنبي.

لذلك فإن فكرة الخطأ المفترض يتطلب إثبات العلاقة السببية بين إقامة المريض المضرور في المؤسسة الصحية العمومية، والضرر الذي يصاب به المضرور بتعويضه. أي أنه لامجال لقبول افتراض العلاقة السببية بين تواجد المريض في المرفق الصحي العمومي ، والضرر الحاصل له.

فإن نظرية الخطأ المفترض بموجبها، يقوم القاضي الإداري خصوصاً بافتراض خطأ في تنظيم وسير المرفق الصحي العمومي، لما يلاحظ وجود ضرر غير عاد وخطير نتج عن عمل علاجي بسيط.[33]

وباستنتاج القاضي لهذه العلاقة السببية ، يكون قد ألقى الالتزام بالتعويض على عاتق إدارة المرفق الصحي العمومي، وأنه في الحقيقة يعد تعويضاً آلياً بمجرد وقوع الضرر، هذا ما يجعلنا نقول بأن نظرية الخطأ قد وصلت إلى أدنى درجاتها، فمن خطأ جسيم، إلى خطأ بسيط، ثم إلى خطأ مفترض.

ففكرة هذه النظرية تكشف عن إدراك القضاء لقصور القواعد التقليدية في توفير الحماية للمرضى، في مواجهة ما ترتب على العمل الطبي من تطورات.

فقد عرفت فكرة نظرية الخطأ المفترض في القانون المدني و منه انتقلت إلى القانون الإداري، وهي تعتبر من أقدم الآراء المبررة للمسؤولية، ورغم أنها تقليدية إلا أنها بقيت سائدة إلى الآن، و تتلخص في << أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض، في الرقابة، أو التوجيه، أو الاختيار، أو فيها جميعاً وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس فإذا

33 نفس المرجع، 4.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ارتكب التابع خطأ ، كان المتبوع مسؤولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانبه لكونه مقصراً في اختيار تابعه، أو في توجيهه أو في الرقابة عليه، وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر، وقد قال بهذا الرأي كثير من الفقهاء و المحاكم في مصر و فرنسا.[34]

فطبقت فكرة الخطأ المفترض في المسؤولية عن عمل الغير، وعن الأشياء التي تكون في حراسة الشخص، وهي مقررة ابتداءً على عاتق المتبوع، بمجرد وقوع الضرر بفعل الأشخاص التابعين له، على أساس افتراض تقصير من جانبه، و يتخذ منه قرينة على وقوع خطأ في أداء واجب الرقابة الواقع على كاهله، ومسؤوليته تفترض في هذه الحالة افتراضاً بمجرد توافر شروط انطباقها.[35]

ي. هيكل البحث

فبعد البحث والتأني في هذه الدراسة وصل الباحث إلى أن متطلبات الدراسة العلمية وطبيعة الموضوع فقد جعل الباحث أن يقسم هذا الموضوع إلى :

الباب الأول : الإطار العام والدراسات السابقة ولقد تطرق الباحث في هذا الإطار إلى خلفية البحث والتي أعطا من خلالها مفهوم عام عن الموضوع ، ليسهل على القارئ الإلمام به من جميع جوانبه ، وقد سرد البحاث في المقدمة أبرز المشاكل التي تضمنه هذا الموضوع وسبب اختيار الباحث لهذا الموضوع ، ومنها بينت أسئلة البحث والتي سيكون جوابها في الفصل الرابع ، وبعد ذلك ذكر الباحث أهداف هذا البحث ، وأيضاً أوضح الباحث كيف تكون أهمية هذا البحث ، وبين حدوده الموضوعية والمكانية ، وبعد ذلك بينت الدراسات

---

34 عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام*، (دار النشر للجامعات المصرية، 1952)، 104.

35 Voir Douc Rasy, *les frontières de la faute personnelle et de la faite de service en droit administratif français*,(LG.D.J, paris,) p.p 18,19.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

السابقة ، ونظرية البحث، ومن ثم تطرقت إلى تحديد مصطلحات البحث ، وبينته من الناحية الشرعية والقانونية .

وأما الباب الثاني : الإطار النظري فقد قسم الباحث هذا الفصل إلى أربعة مباحث ،والذي سيتطرق الباحث في المبحث الأول مفهوم المسؤولية المدنية وذلك في اللغة والإصطلاح الشرعي والقانوني ، أما المبحث الثاني فبينت فيه مشروعية العمل الطبي من ناحية القرءان الكريم والسنة النبوية والمبحث الثالث مشروعية العمل الطبي من ناحية القانون الوضعي وأما المبحث الرابع صور الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية .

وأما الباب الثالث : منهج البحث ، وتشمل على منهج ونوع البحث الذي اتبعه الباحث في هذه الدراسة ألا وهو المنهج الوصفي التحليل ومصادر جمع البيانات وهي مصادر أساسية ومصادر ثانوية ، وسيحتوي أيضا هذا الفصل على طرق جمع البيانات ثم طريقة تحليل البيانات وهيكل البحث .

وأما الباب الرابع: عرض البيانات والتحليل، والذي أوضح فيه الباحث الإجابة عن أسئلة البحث عن طريق المنهج المتبع في هذه الدراسة وهو المنهج الوصفي التحليلي، بعد عرض الباحث البيانات قام بتحليلها مع ذكر وجهة نظر الباحث هل هي تتفق أو تخالف هذه الدراسة، ومن ثم إستخلص الباحث النتائج من خلال تحليل هذه البيانات التي عرضها.

والباب الخامس: النتائج والتوصيات، وفيها ذكر الباحث أهم النتائج التي توصل إليها من خلال هذه الدراسة التي ربطها الباحث بنظرية الخطأ المفترض ومن ثم ذكر أهم التوصيات التي تعتبر مهمة في نظر الباحث والتي يمكن الإستفادة منها في هذا المجال.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثاني: الموضوع العام

أ . المبحث الأول: مفهوم المسؤولية المدنية .

ب . المبحث الثاني: مشروعية الأعمال الطبية في الشريعة الإسلامية.

ج . المبحث الثالث: مشروعية العمل الطبي في القانون الوضعي.

د . المبحث الرابع: صور الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثاني: الموضوع العام

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية المدنية

لقد مرت مهنة الطب بمراحل مختلفة عبر التاريخ ، من حيث مدى معرفة المجتمعات البشرية لهذه المهنة والقائمين عليها ونطاق مسؤوليتهم ، والأساس القانوني لهذه المسؤولية ، ولقد وجدت المسؤولية على العاملين بهذه المهنة منذ وجود الطب بصورة أو بأخرى، وتقررت في جميع المراحل التي مرت بها صناعة الطب ، وكان على كل من يمارسها بأي شكل أن يتحمل مسؤولية عمله .

فنجد بدايةً أن الشرائع القديمة لم تغفل قواعد هذه المهنة وقواعد المسؤولية فيها ، حيث نجد أن الفراعنة كان لهم فضل كبير في تطور علم الطب ، فهم أول من عرف وظائف الأعضاء في جسم الإنسان وما يصيبه من أمراض ، وما يهمنا في هذه الحقبة التاريخية هو أن التشريع الفرعوني اهتم بحماية الأفراد من القائمين بالعمل الطبي ، وذلك بإلزامهم باتباع ما جاء في السفر المقدس ، وهي القواعد التي دونت لكبار الأطباء القدامى ، التي تعرّض من لا يلتزم بها من الأطباء للمسؤولية والعقاب الذي قد يصل في بعض درجاته إلى الإعدام .[1] وتنص المادة 166 من القانون المدنى الليبي بالاتي : "كل خطاء سبّب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".[2]

1 محتسب بالله بسام، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية* ،35.

2 القانون المدني الليبي .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الأول : تعريف المسؤولية المدنية

المسؤولية مفهوم يستدل منه على معنى تساؤلات ، أي قياس نتائج عمل ما ، كما أنها تذكر أحيانا بمعنى الضمان أو الالتزام ، والمسؤولية مرتبطة بشكل وثيق بالإنسان ، فأي عمل يقوم به الإنسان سواءً على المستوى الفردي أو الجماعي تلازمه مسؤولية ، وبالتالي فقد عرِّفت المسؤولية هي لوم سلوك مخالف للقانون كان باستطاعة الفاعل أن يسلك غيره ، ومن ثم فلا وجه للمساءلة إذا كان السلوك المخالف مفروضاً غير مختار.[3]

فتعرف المسؤولية في اللغة : من سأل يسأل سؤالاً ومسألة وتساؤل.4

وفي الاصطلاح : هي التزام بإزالة ضرر تسبب عن عدم تنفيذه عقد معين (المسؤولية التعاقدية) أو"خرق واجب عام لعدم التسبب بأي ضرر للغير بسبب فعل شخص أو فعل الأشياء التي تحت حراسته أو بفعل أشخاص مسؤول عنهم (المسؤولية عن الغير)."5

والمسؤولية بوجه عام : هي حال من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته فيقول : أنا بريئ من مسؤولية هذا العمل أي تبعته .[6]

أما المسؤولية في القانون : لها عدة مصطلحات ولكن المعنى واحد فهي تتمثل في الإخلال بالتزام قانوني نتج عنه خطأ يتعرض مرتكبه لجزاء قانوني.7

3 منذر الفاضل ، *القانون الطبي* ، مجلة السماعة (عمان : نقابة الأطباء الأردنية، 1995م) ،34.

4 محمد بن بكر بن منظور المصري ، *لسان العرب* (بيروت : دار صادر، 711هـ ،1956م) ،1906.

5 عبدالواحد كرم ، *معجم بمصطلحات الشريعة والقانون* (دار المناهج، 1998م) ،ط2، 370.

6 مرقس سليمان ، *الوافي في شرح القانون المدني* (بدون دار نشر1988م) ،القسم الأول في الأحكام العامة ،،ج2،م2 ،1.

7 الدينا صوري والشواربي ، عز الدين ، عبدالحميد ، *المسئولية المدنية* (الإسكندرية ، منشأة المعارف1990م) ،ج1، 14.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتعرف أيضاً : هي التزام قانوني بتحمل التبعة ، وهي التزام تبعي ، فالمسؤولية لا تنشأ مستقلة بذاتها ، بل تنشأ بالتبعية لإلتزام قانوني أخر هو الالتزام الأصلي سواءً لحمايته من عدم التنفيذ أو ضمان الوفاء الاختياري به .8

وتعرف المسؤولية أيضاً : بأنها حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة والتساؤلات، والتزام الشخص بضمان الضرر الواقع على الغير نتيجة لتصرف قام به وهي صلاحية الشخص المكلف لتحمل نتائج أفعاله.

والمسؤولية المدنية : هي أهلية الإنسان لتحمل التعويض المترتب على الضرر الذي ألحقه بالغير نتيجة إخلاله بالتزام قانون أو عقدي ، ويكون الشخص مسؤولاً مسؤولية مدنية إذا تجاوز حدود العقد المبرم بينه وبين شخص آخر.9

وتعرف أيضاً المسؤولية المدنية : التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالمريض أو عائلته إذا توفي نتيجة الخطأ الطبي شاملة الدية الشرعية ، وتحال مسألة المعاقبة للمحكمة أمر تشكل لجان التحقيق سواءً من الطب الشرعي أو الجهات الطبية الأخرى.10

وتوصف مسؤولية الفاعل بأنها مسؤولية أدبية إذا كان الأمر الذي ارتكب مخالفاً لقواعد الأخلاق والآداب ، أما إذا كان القانون يوجب المؤاخذة والمساءلة على الفعل ، فإن مسؤولية الفاعل لاتقف عند حدود المسؤولية الأدبية بل تكون فوق ذلك مسؤولية قانونية ، تستتبع جزاءً قانونياً ، وهذا الجزاء القانوني الذي يستتبع قيام المسؤولية القانونية قد يتمثل في العقوبة والجزاء ، وهو ما يقصد به المسؤولية الجنائية ، أو قد يقتصر على التعويض ، وهو ما يقصد به المسؤولية المدنية والذي سيتم دراسته في هذا البحث.[11]

---

8 فودة عبدالحكيم، *امتناع المساءلة الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض* (الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية، 2003م)، 9.

9 داود جوزيف ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزئية*، 21.

10 محمد خالد المشعان فهد المشعان ، *الوسيط في الطب والقانون* (الكويت: بدون دار نشر، 2003م)، 156.

11 منصور عمر المعايطة ، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية* (الرياض: بدون دار نشر، 1425هـ ، 2000م)،ط1، 33.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثاني: أقسام المسؤولية

فالمسؤولية نوعان مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية ، فالمسؤولية الأدبية يكون الشخص مسؤولاً أمام ربه وضميره ، أما المسؤولية القانونية فإن الشخص يسأل قانوناً.

المسؤولية بصورة عامه تنقسم إلى مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية ، ولا تدخل المسؤولية الأدبية في دائرة القانون، حيث لا يترتب عليها جزاء قانوني ، أما المسؤولية القانونية فتدخل ضمن دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانوني ، وذلك في حالة اقدام الشخص فعلاً يشكل خروجاً أو مخالفة لأحكامها .[12]

أهم الفروق ما بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية

أ) – المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض ، فهي مسؤولية أمام الله أو مسؤولية أمام الضمير . أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي . وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر.

ب) – تتحقق المسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسؤول نفسه فيكون هو المسؤول والمضرور في وقت واحد . بل إن خواطر النفس وخلجات الضمير قد تحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسؤول .

ج) – وينبني على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية ، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه . وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس . أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .

إذا وقفنا ونظرنا إلى المسؤولية القانونية وتركنا المسؤولية الأدبية فنجدها تنقسم إلى نوعين مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية .

12 عبدالرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام* مصادر الالتزام ، 83.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ومن ثم تقسم المسؤولية القانونية إلى :

أ . مسؤولية جنائية و ب . مسؤولية مدنية[13]

ثم تقسم المسؤولية المدنية إلى[14] :

1 . مسؤولية تقصيرية و 2 . مسؤولية تعاقدية

فقواعد القانون المدني هي التي تحكم المسؤولية المدنية " أي التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير إما نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية أو لبنود الاتفاق والالتزام الذي في ذمته.[15] كما يؤكد الباحث في هذه الدراسة على هذا التقسيم للمسؤولية القانونية.

بيان توضيحي لتقسيم المسؤولية[16]

شكل رقم (1)

13 هناك أيضاً المسؤولية التأديبية مثل تأديب الطالب عند حصول غش منه في الامتحان والعامل او الموظف عند ارتكاب خطأ في تأدية العمل .

14 محمد على البدوي الأزهري ، *النظرية العامة للالتزام* ، *أحكام الالتزام* (ليبيا: بنغازي ، دار الكتب الوطنية، 2013م)،ج2، 261.

15 داود جوزيف ، المسؤولية الطبية المدنية والجزئية ، 21.

16 المصدر: إعداد الباحث.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثالث : الفرق بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

هناك فرقان جوهريان ما بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية

أ) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرر أصاب المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضررا أصاب الفرد، وتترتب على ذلك النتائج الأتية :

– جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فهو تعويض.

–فالنيابة العامة هي التي تطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما المسؤولية المدنية فالمضرور نفسه هو الذي يطالب بالجزاء لأن الجزاء حقه هو، فمثلاً عندما يقول شخص بارتكاب جريمة حتى وإن لم تتم أركانها مادام القصد متوفر أو حتى إذا تحصل على تنازل من المضرور فيكون للنيابة العامة الحق في المطالبة بالجزاء لأنها تمثل المجتمع

– لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ويجوز الصلح والتنازل في المسؤولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد.

– لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية تنطوي على معنى الإيلام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات . فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أي عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملاً.[17]

ب) النية ركن في المسؤولية الجنائية، وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفي في المسؤولية الأدبية ، فهو لا يكفي في المسؤولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا عقاب عليها ، والشروع قد يعاقب عليه ، ويعاقب الفعل التام .

17 عبدالرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام* مصادر الالتزام ،745.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يجب أن تكون الجريمة الجنائية عملاً يلحق الضرر بالمجتمع ، بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة، فتشتد في الضرب الذي يفضي إلى الموت أو الذي يحدث عاهة مستديمة مما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في هذه الأعمال.[18]

وهناك أيضاً أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبتها النية أو لم تصحبها ، كالمخالفات التي لا تشترط فيها النية والجرائم التي يكفي فيها مجرد الإهمال ولكن، من جهة اخرى ، قد يكفي في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن في القانون الجنائي بالتدابير المانعة أو الواقعة ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضروري في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالنية لا تشترط ، وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمال لا عمد . وسواءً كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذي يحدث يجب أن يعوض كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلاً طبيعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ في الفعل غير العمد.[19]

وقد يترتب على العمل الواحد مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في وقت واحد فيكون من ارتكب هذا العمل مسؤولاً مسؤولية جزاؤها العقوبة ، ومسؤولاً مسؤولية مدنية جزائها التعويض. [20]

---

18 نفس المرجع، 745.

19 عبدالرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني* ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، 746.

20 نفس المرجع، 747.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثاني : مشروعية الأعمال الطبية في الشريعة الإسلامية .

فالإنسان في مختلف العصور كما هو معروف معرض للإصابة بالآفات والأمراض الجراحية المختلفة ، وذلك بسبب وجود الأشياء الموجبة لحدوثها من حيوانات مفترسة وحوادث وحروب، لذلك فإنه يحتاج إلى علاجها وتدبيرها بالجراحة اللازمة .

وأن بعض المراجع العلمية التي تحدثت عن تاريخ الطب ذكرت أن الإنسان في العصور القديمة كان له إلمام بالعمليات الطبية ، وأنه قام بتطبيقها ، ولكن بصورة تختلف عن العصر الحاضر بسبب تطور علم الطب ولكن تعتبر بداية لما وصلت إليه العمليات الطبية في العصر الحاضر من رقي وازدها.[21]

فعلم الطب يعد من العلوم المهمة في الحياة البشرية ، وبتعلمه وتطبيقه تتحقق الكثير من المصالح العظيمة والمنافع الجليلة للإنسان ، التي منها حفظ الصحة ودفع ضرر الأمراض عن بدن الإنسان ، والناس في مختلف العصور والأزمنة والأماكن محتاجون إلى وجود الطبيب الذي يسع إلى معالجة مرضاهم وتخفيف آلامهم ، ولا يمكن لمجتمع ما أن يعيش سالماً دون وجود الطب ووجود الأطباء وخاصة في حال انتشار الأمراض الوبائية التي قد تفتك في زمن يسير بالأمم والمجتمعات الكبيرة.

ولما كانت الشريعة الإسلامية السمحة مبنية على الرحمة بالخلق ودفع المشقة والحرج عنهم في التكاليف والتشريعات التي جاءت بها ، فإنها راعت تلك الحاجة التي لابد من سدها في المجتمعات المسلمة ، فأجازت تعلم الطب وتعليمه ، ومن المتفق عليه بين فقهاء الإسلام في هذا الجانب أن تعلم الطب في الشريعة الإسلامية فرض من فروض الكفاية ، لا يسقط عن

21 احمد شوكت الشطي ، *تاريخ الطب وآدابه وعلومه* (سوريا : مطبعة طربين ، 1386ه) ، 7 . و بلاكسلاند ستنبز ، *لمحة من تاريخ الطيب* ترجمة الدكتور : أحمد زكي ، (لجنة البيان العربي: 1958م). 1،2.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الطبيب إلا إذا قام به غيره ، وقد قال الإمام النووي[22] رحمه الله في ذلك " وأما العلوم العقلية فمنها ما هو فرض كفاية كالطب والحساب المحتاج إليه".[23]

والسبب يعود في اعتبار تعلم الطب وتعليمه فرض من فروض الكفاية، و إلى حاجة الجماعة إلى التطبب لضرورته الاجتماعية وأهميته في حياة المجتمع المسلم ، وقد اعتبر فقهاء الإسلام أيضاً أن التطبب واجب ، وأقرو في ذلك أن قيام الطبيب الحاذق بأداء واجب التطبيب لا يترتب عليه مسؤولية عمّا يفضي إليه عمله من نتائج ضارة قد تلحق بالمريض أحياناً ، لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، كما أنه من المتفق عليه بين فقهاء الإسلام جميعاً ضرورة توافر عدة شروط لإباحة العمل الطبي ، ولكي يتمكن الطبيب من مباشرة عمله الطبي على المريض دون ترتب مسؤولية عليه ، وقد جمع تلك الشروط ابن قيم الجوزية في قوله " أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقاً ، إذا أذن له المريض في علاجه ، وأعطى الصنعة حقها ، ولم يجن يده إذا تولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف النفس أو العضو أو ذهاب المنفعة ".[24]

فالسعي في أحياء النفس البشرية من الهلاك من الأمور المباركة عند الله عز وجل ، وهو ما يتحقق في عمل الأطباء من بذل للعناية الطبية من أجل سلامة المريض ودفع ضرر الأمراض عنه ، وقد دلَّ القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على جواز هذا العمل ، وكذلك أيضاً بأجماع العلماء وسوف يفصل الباحث الحديث عن المشروعية في هذا المبحث .

---

22 هو أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي المولود عام (631هـ-1233م) والمتوفي عام 676هـ، المشهور باسم "النووي" هو مُحدّث وفقيه ولغوي مسلم، اشتهر بكتبه وتصانيفه العديدة في الفقه والحديث واللغة والتراجم، كرياض الصالحين والأربعين النووية ومنهاج الطالبين والروضة. تعلم القرآن الكريم وحفظه، حتى ختم القرآن وقد قارب البلوغ، ومكث في بلده نوى حتى بلغ الثامنة عشر من عمره، ثم ارتحل إلى دمشق. قدم النووي دمشق سنة 649هـ، فلازم مفتي الشام عبد الرحمن بن إبراهيم الفزاري وتعلم منه.

23محمد الشنقيطي ، *أحكام الجراحة الطبية بين الالتزام والمسؤولية* (عمان : المطابع التعاونية ، 1993م)، 145.

24 ابن قيم الجوزية ، *زاد المعاني في هدى خير العباد* ، ج2 ، ط 2 ،145.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الأول : دليل مشروعية العمل الطبي من القرءان الكريم

قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ ﴾.[25]

وجه الدلالة :

أن الله عز وجل جعل للمؤمنين شفاءً، يستشفون بمواعظه من الأدواء العارضة لصدورهم من وَساوس الشيطان وَخطراته، فيَكفيهم ويغنيهم عن كل ما عداه من المواعظ ببيان آياته[26].

وقول الله عز وجل ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُم بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾.[27]

وجه الدلالة :

فالله عز وجل امتدح من سعى في إحياء النفس وإنقاذها من الهلاك، [28] وأن العمل الطبي كما هو معلوم تنتظم في كثير من صوره إنقاذ النفس المحرمة من الهلاك المحقق.

---

25 سورة يونس ، الآية 57.

26 محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى : 310هـ)، المحقق : أحمد محمد شاكر، جامع البيان في تأويل القرآن، تفسير الطبري، (مؤسسة الرسالة: 1420 هـ - 2000 م)،ج1، ط1، 67.

27 سورة المائدة ، الآية 32.

28 اختلف المفسرون – رحمهم الله – في معنى هذه الآية الكريمة على أقوال :

ومنها المراد بإحياءها إنقاذها من الهلاك ، وهو مروي عن ابن مسعود ومجاهد والحسن البصري ، قال الألوسي – رحمه الله – في تفسيره " ومن أحياها " : أي تسبب لبقاء نفس واحدة موصوفة بعدم ماذكر من القتل والفساد ، إما بنهي قاتلها ، أو استفذاها من سائر أسباب الهلكة بوجه من الوجوه " . ، ينظر أبي الفضل شهاب الدين محمود الآلوسي البغدادي ، "*روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني* (مصر: القاهرة ، المطبعة المنيرية، بدون سنة نشر)،ط2، (118/6) ، وانظر أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، *بقية الأقوال في جامع البيان في تفسير القرآن* (مصر: القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية ، 1324هـ)،ط1، بهامشه "غريب القرن ورغائب الفرقان " للنيسابوري،(200/6-204)، وأبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي ، *زاد المسير في علم التفسير* (دمشق : المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ،1387هـ)،ط1، 342/2.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فأغلب الأمراض الطبية التي تحتاج العلاج بالجراحة الطبية يكون فيها المريض مهدداً بالموت ، إذا لم يتم إسعافه بالجراحة ، فإذا قام الطبيب بفعلها وشفي المريض ، فإنه يعتبر منقذاً – بإذن الله تعالى – لتلك النفس المحرمة من الهلاك ، وبذلك يدخل فيمن امتدحهم الله عز وجل في هذه الآية الكريمة ، وعلى هذا فإنه يشرع القيام بها، وفعلها.[29]

المطلب الثاني : دليل مشروعية الأعمال الطبية من السنة

السنة النبوية المطهرة دلت على مشروعية الجراحة الطبية وجوازها ، ويظهر ذلك من خلال الأحاديث الشريفة التالية :

أ) – أحاديث الحجامة ومنها

– حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنه " أَنَّ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم احْتَجَمَ فِي رَأْسِهِ".[30]

– حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه أنه عاد مريضاً ثم قال " لاَ أَبْرَحُ حَتَّى تَحْتَجِمَ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ – صلى الله عليه وسلم – يَقُولُ « إِنَّ فِيهِ شِفَاءً ".[31]

وجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة :

أنها نصت على مشروعية العمل الطبي و التداوي بالحجامة وفعلها ، والحجامة تقوم علي شق معين من الجسم وشرطه ، لمص الدم الفاسد من داخله ، سواء كان عضواً ، أو كيساً مائياً ، أو ورماً ، أو غير ذلك.[32]

---

29 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطي ،"*أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها*" ،(رسالة دكتوراه بقسم الفقه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، الإمارات: الشارقة : مكتبة الصحابة،1424هـ-2004م)،ط3، 58.

30 للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري ، *صحيح البخاري "الجامع الصحيح "* (مصر: مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، بمصطفى البابي الحلبي، بدون سنة نشر)، (11/4) ، و مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، *صحيح الإمام مسلم* (مطبعة البابي الحلبي، بدون سنة نشر) (22/4) ، ولم يذكر موضع الحجامة في رواية مسلم .

31 نفس المرجع، رواه البخاري في "صحيحيه "(11/4).

32 تعتبر الحجامة في العصر الحديث نوعاً من الجراحة الطبية الصغرى ، حيث يجري استعمالها في علاج التطورات الالتهابية المختلفة في الدم فتساعد على نقص ضيق التنفس والآلام بتأثيرها على التطورات الالتهابية وأعراض الركود في الرئتين ،. رضوان بابولي ، .أنطون دولي، *الجراحة الصغرى* (حلب: منشورات جامعة حلب، كلية حلب ، سنة1407هـ) ، 24.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ب) – حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَحْيَى وَ أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ وَأَبُو كُرَيْبٍ قَالَ يَحْيَى - وَاللَّفْظُ لَهُ - أَخْبَرَنَا وَقَالَ الآخَرَانِ حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ عَنِ الأَعْمَشِ عَنْ أَبِي سُفْيَانَ عَنْ جَابِرٍ قَالَ بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم- إِلَى أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ طَبِيبًا فَقَطَعَ مِنْهُ عِرْقًا ثُمَّ كَوَاهُ عَلَيْهِ.[33]

وجه الدلالة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر الطبيب على قطعه للعرق وكيّه وقطع العروق ضرب من العلاج الجراحي ، وهو مستخدم في الجراحة الطبية الحديثة ، حيث يتم قطع مواضع من العروق في حال انسدادها أو وجود آفة تستدعي قطع جزء منها .[34]

ج) – حديث الربيع بنت معوذ رضي الله عنهما قالت : "كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم نسقي ، ونداوي الجرحى " ، وفي رواية :"كنا نغزو مع النبي صلي الله عليه وسلم ".[35]

وجه الدلالة :

فيعتبر هذا الحديث أصلاً في مشروعية وجواز الجراحة العامة وجراحة الحروب من حيث الجملة ، لاشتمال هذين النوعين من الجراحة على نفس المهمة في الغالب ، وتشتمل الجراحة العامة ، وجراحة الحروب في كثير من صورها على معالجة الجروح الداخلية والخارجية الناجمة عن فعل الحروب والمشاجرات والحوادث ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم أقرهن على قيامهن

33 أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، *الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم* (بيروت : دار الجيل بيروت، دار الأفاق الجديدة، بدون سنة نشر) ،رقم الحديث 5875 ج7، 22.

34 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطى ، *أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها* ، 59.

35 رواه البخاري في "صحيحه " (15/2).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بمداواة الجرحى ، فمهنة الطبيب في هذه الحالة إصلاح الوضع المتغير ، كالحال في مداواة الجرحى قديماً. [36]

د)— حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه في قصة جرحه صلي الله عليه وسلم يوم أحد وفيه: "وجاءت فاطمة تغسل عن وجهه الدم ، فلما رأت فاطمة — عليها السلام الدم يزيد على الماء كثرة ، عمدت إلى حصير فأحرقتها وألصقتها على جرح رسول الله صلي الله عليه وسلم فرقأ الدم ". [37]

حدثني سعيد بن عفير حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن القاري عن أبي حازم عن سهل بن سعد الساعدي قال : لما كسرت على رأس رسول الله صلى الله عليه و سلم البيضة وأدمي وجهه وكسرت رباعيته وكان علي يختلف بالماء في المجن وجاءت فاطمة تغسل عن وجهه الدم فلما رأت فاطمة عليها السلام الدم يزيد على الماء كثرة عمدت إلى حصير فأحرقتها وألصقتها على جرح رسول الله صلى الله عليه و سلم فرقأ الدم. [38]

وجه الدلالة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر فاطمة رضي الله عنها على فعلها المشتمل على إيقاف النزيف ، فهذا يدل على مشروعية التدخل الجراحي والعمل الطبي لإيقاف النزيف ، سواء

---

36 *مجموعة الأطباء، الجراحة العامة* (سوريا: مطبعة الإنشاء، 1399هـ)، (3،5،14،18) ،و"*جراحة الحرب الطارئة*" (كتاب الحلف الأطلسي عن الجراحة العسكرية) ترجمة : الدكتور ياسر الياغي، مراجعة : الدكتور نبيه معمر (بيروت: مؤسسة الأبحاث العربية ، 1982م)، ط1، (،157،158،176).

37 رواه البخاري في "صحيحه"(14/4)، ومعنى رقأ الدم أي انقطع جريانه ،أحمد بن محمد علي المقري الفيومي، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير* (بيروت: لبنان : المكتبة العلمية، بدون سنة نشر) ، (236/1.).

38 صحيح البخاري (5390) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي ، *الجامع الصحيح المختصر*، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة – جامعة دمشق (بيروت: اليمامة ، دار ابن كثير ،الطبعة الثالثة ، 1407 – 1987) المكتبة الشاملة ،ج5،.2162.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كان ظاهراً في جسد الإنسان ، كما هو الحال في بعض جراحة الأوعية الدموية في الصدر والجهاز الهضمي.[39]

هـ) –حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ وَعَمْرٌو النَّاقِدُ وَزُهَيْرُ بْنُ حَرْبٍ جَمِيعًا عَنْ سُفْيَانَ – قَالَ أَبُو بَكْرٍ حَدَّثَنَا ابْنُ عُيَيْنَةَ – عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ –صلى الله عليه وسلم– قَالَ « الْفِطْرَةُ خَمْسٌ – أَوْ خَمْسٌ مِنَ الْفِطْرَةِ – الْخِتَانُ وَالاِسْتِحْدَادُ وَتَقْلِيمُ الأَظْفَارِ وَنَتْفُ الإِبْطِ وَقَصُّ الشَّارِبِ ».[40]

وجه الدلالة :

أن الختان ضرب من الجراحة الطبية[41] ، وقد أقره الشرع وجعله من خصال الفطرة ، فدل ذلك على مشروعيته ، وجواز العمل الجراحي الطبي بالكامل .

و) – حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى حَدَّثَنَا أَبُو أَحْمَدَ الزُّبَيْرِيُّ حَدَّثَنَا عُمَرُ بْنُ سَعِيدِ بْنِ أَبِي حُسَيْنٍ قَالَ حَدَّثَنِي عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ – رضى الله عنه – عَنِ النَّبِيِّ – صلى الله عليه وسلم – قَالَ « مَا أَنْزَلَ اللَّهُ دَاءً إِلاَّ أَنْزَلَ لَهُ شِفَاءً ».[42]

ز) –حَدَّثَنَا هَارُونُ بْنُ مَعْرُوفٍ وَأَبُو الطَّاهِرِ وَأَحْمَدُ بْنُ عِيسَى قَالُوا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ أَخْبَرَنِي عَمْرٌو – وَهُوَ ابْنُ الْحَارِثِ – عَنْ عَبْدِ رَبِّهِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ – صلى الله عليه وسلم– أَنَّهُ قَالَ « لِكُلِّ دَاءٍ دَوَاءٌ فَإِذَا أُصِيبَ دَوَاءُ الدَّاءِ بَرَأَ بِإِذْنِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ».[43]

---

39 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطى ، *أحكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها* ، 60.

40 رواه مسلم (620) أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ،*الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم* (بيروت – دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة، بدن سنة نشر) ،ج1، 152.

41 مجموعة من الأطباء، *الموسوعة الطبية الحديثة*،(لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بجمهورية مصر العربية،1970)،ط2، (572/3).

42 رواه البخاري (5354)، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي ، *الجامع الصحيح المختصر* ،ج5، 2151.

43 رواه مسلم (5871) ، *الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم* ،21.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وجه الدلالة :

أن الحديثين الشريفين دلا على أنه ما من داء إلا وقد جعل الله له دواء ، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يشرع للإنسان أن يستعمل الدواء الذي عرف تأثيره في الداء بالعادة والتجربة ، وكثيراً من الأمراض الطبية يصل فيها المرضى إلى درجة لا يمكن علاجه فيها ، إلا بالجراحة ويحصل الشفاء بإذن الله تعالى للمريض بسبب تلك الجراحة ومن أمثلة هذه الأعمال الطبية: علاج الفتق بجميع أنواعها (الجروح ، والفخدي ، والسرة ، والخط الأبيض ، والأربي) ، فكل هذه الفتوق يمكن علاجها بالجراحة ، حيث يتم رد محتويات الفتق إلى موضعها ، ثم يستأصل الجيب ، ثم يصار بعد ذلك إلى بناء جدار البطن من جديد وتقويته بطبقات متينة كي لا يتعرض الفتق للاختناق. [44]

ح) – حديث أُسامة عن شريك رَضِيَ الله عَنْهُ قال : أَتيت النبي صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وأَصحابه كأَنما على رؤوسهم الطير ، فسلَّمت ثم قعدتُ ، فجاء الأعراب من ههنا وههنا، فقالوا يا رَسُولُ الله أنتَداوى ؟ فقال تداووا ، فإنَّ الله عز وجلَّ لم يضع داءً إلاَّ له دواءً

غير داءٍ واحدٍ : الهرمُ ". [45]

وجه الدلالة :

أن هؤلاء الصحابة رضي الله عنهم سألو النبي صلى الله عليه وسلم عن التداوي فأجابهم النبي صلى الله عليه وسلم بجوازه وندبهم إليه بقوله : "تداووا" ، وهذا اللفظ عام، فيشمل التداوي بالجراحة والعقاقير.

---

44 محمود فاعور، *الشفاء بالجراحة* (بيروت: دار العلم للملايين ، 1986م)،ط1، (175،182،134،133). ومحمد الشامي ، ولطفي اللبابيدي ، *جراحة البطن* (دمشق : مطبعة الجاحظ ، 1401هـ)، (23-65.).

45 الحافظ أبي داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني ، *سنن أبي داود* (مصر: مطبعة البابي ، 1371هـ) ،تعليقات الشيخ أحمد سعد علي،ط1 ، (331/2) ،والحافظ أبي عيسى بن سورة الترمذي ، *سنن الترمذي* (مصر:مطبعة البابي الحلبي، 1398هـ /1987م) ،بتحقيق :الشيخ أحمد محمد شاكر،ط2، (258/3) ، وقال "هذا حديث حسن صحيح " ، و الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد ين ماجه القزويني ، *سنن ابن ماجه* ، بتحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي (مصر: مطبعة البابي الحلبي ، 1372هـ.)، (1137/2).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثالث : دليل مشروعية العمل الطبي من الإجماع

من المعروف أن العمل الطبي المتطور بهذا الشكل الذي توصلوا إليه الأطباء لم يكن موجوداً في العصور السابقة ، وإنما كان الموجود منها نماذج من الأعمال الطبية العامة تشمل على قطع العروق ، والحجامة ، وبتر الأعضاء .

ولم ينكرها السلف الصالح ومن بعدهم هذه النماذج من الأعمال الطبية ، بل أجمعوا على جوازها وإباحة فعلها ، طلباً لتحصيل المصالح المترتبة عليها .

قال الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد "الجد"[46] – رحمه الله –: " لا اختلاف أعلمه في أن التداوي – بما عدا الكي – الحجامة ، وقطع العروق ، وأخذ الدواء مباح في الشريعة غير محظور ".[47]

وقد نص أيضاً الشيخ أحمد بن زروق المالكي[48] – رحمه الله – على ذلك فقال "وأما الفصد والكي فلا خلاف في جوازهما ".[49]

وأيضاً إجماع السلف الصالح فيما سبق فهذا يؤكد على مشروعية التداوي بالجراحة الطبية " والأعمال الطبية" في عصورهم ما تناقلته المصادر التاريخية من حادثة الإمام التابعي الجليل

---

46 هو الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) ولد– رحمه الله – بقرطبة عام 450 من الهجرة ، ونشأ بها ، وتلقى العلم على فقهاء الأندلس وعلمائها ، وكان مالكي المذهب ، ويعتر من كبار فقهاء الأندلس وأئمتها ، توفي – رحمه الله – بقرطبة عام 520 من الهجرة ، ومن مؤلفاته : البيان والتحصيل ، والمقدمات الممهدات ، ينظر إبراهيم بن علي ابن محمد بن فرحون ، *الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب* (مصر : مطبعة الفجالة ، 1350هـ)،ط1، 287. و محمد بن محمد مخلوف ، *شجرة النور الزكية في طبقات المالكية* (بيروت : دار الكتاب العربي،1349هـ)، ط ،بالأوفست عن ط1 بالمطبعة السلفية .129.

47 أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، *المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات* (مصر: مطبعة السعادة، بدون سنة نشر)،ط1، . (466/3).

48 هو الشيخ أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي ، الفاسي المالكي الشهير بزروق ، ولد – رحمه الله – بفاس سنة 846 من الهجرة ، وهو فقيه ، محمدث توفي – رحمه الله – بتكرين في طرابلس المغرب سنة 899 من الهجرة ، وله أيضاً مؤلفات منها : شرح مختصر خليل في فروع الفقه المالكي ، واغتنام الفوائد ، ينظر عمر رضا كحالة ، *معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية* (سوريا: دمشق : مطبعة التريقي ، 1377هـ)، (155/1).

49 أحمد بن أحمد ابن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي ، *شرح زروق على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ومعه شرح التنوخي* (409/2).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عروة بن الزبير بن العوام[50] – رحمه الله – والتي رواها أبو نعيم[51] – رحمه الله – بسنده عن الزهري قال : " وقعت في رجل عروة الأكلة ، قال : فصعدت إلى ساقه فبعث إليه الوليد[52] الأطباء ، فقالوا : ليس لها دواء إلا القطع قال : فقطعت ، فما تضور وجهه".[53]

فهذه الواقعة وقعت لإمام من الأئمة المبرزين المعروفين ، واشتهرت في زمانه وما بعده ، ومع ذلك فإننا لم نجد أحدا من أهل العلم – رحمهم الله – أنكر على هذا الإمام الجليل فعله ، بل نجدهم ينصون في كتبهم على جواز فعل هذه الأعمال الطبية عند الحاجة إليها .

وقد عرف المسلمون نماذج كثيرة من الأعمال الطبية على مر العصور التي ازدهرت فيها البلاد الإسلامية ، وكانت تجري للناس من قبل الأطباء ، بل ألف علماء الطب المسلمون كتبهم المشتملة على عدد كبير من الأعمال الطبية ، ومع ذلك لم نجد من أنكر عليهم ذلك لا في عصرهم ولا فيما بعده من العصور إلى يومنا هذا ، ولو وجد ذلك لنقل إلينا ، لأن الدواعي الموجبة للعناية بنقله متوفرة ، ومن أهمها حاجة الناس إلى بيان حكم الشرع في هذه الأمور ، وحرصهم على التحذير منها لو كانت محرمة.[54]

---

50 هو الإمام أبو عبدالله عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد القرشي ، يجتمع مع النبي صلي الله عليه وسلم في جده قصي بن كلاب ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها وعن أبيها ، وكان عروة أحد فقهاء المدينة السبعة المشهورين ، وروى عن خالته عائشة رضي الله عنها ، ولد – رحمه الله – سنة 22 من الهجرة ، وتوفي بالفرع من قرى المدينة سنة 93من الهجرة وقيل 94 ، ينظر أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ، *وفيات الأعيان وأنباء الزمان* ، تحقيق :محمد محي الدين عبدالحميد، (مصر : مطبعة السعادة ، 1367هـ)،ط1، (418/2-421).

51 هو الحافظ أبو نعيم أحمد بن عبدالله بن إسحاق بن موسى الأصبهاني الشافعي ، ولد – رحمه الله – سنة 336 من الهجرة وقيل 334، وكان محدثا ، مؤرخا ، وتوفي بأصبهان سنة 430 من الهجرة ، وله مؤلفات منها : حلية الأولياء ، ودلائل النبوة ، والمستخرج على الصحيحين ، ينظر : عمر رضا كحالة، *معجم المؤلفين* ، (282/1-283).

52 هو الوليد بن عبدالملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، الخليفة الأموي ولد – رحمه الله – سنة50 من الهجرة وبويع له بالخلافة بعد وفاة أبيه عبد الملك بعهد منه سنة86 من الهجرة ، بنى المسجد النبوي ووسعه ، والجامع الأموي ، وفتح الهند والسند والأندلس ، ودخلت الجيوش الإسلامية في عهده إلى الصين توفي – رحمه الله – في سنة96 من الهجرة ، ينظر : الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، *البداية والنهاية في التاريخ* ، (مصر : مطبعة السعادة ، 1358هـ) ، (161/9-166).

53 الحافظ أبي نعيم أحمد بن عبدالله الأصبهاني ، *حلية الأولياء وطبقات الأصفياء* (مصر: مطبعة السعادة ، 1351 هـ)،ط1، (179/2) ، ومعنى "فما تضور وجهه " أي لم يتغير .

54 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطى ، *أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها* ، 63.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ونقل الإمام موفق الدين عبداللطيف البغدادي[55] – رحمه الله (المتوفى: 629 هـ) الإجماع على مشروعية التداوي[56] ، وهو عام يشمل التداوي بالعقاقير وبالجراحة ، والله أعلم.

المطلب الرابع: دليل مشروعية الأعمال الطبية من العقل

فالعقل دل على جواز الأعمال الطبية من الجوانب التالية :

الجانب الأول : يجوز التداوي بالأعمال الطبية (الجراحة الطبية) وكما يجوز التداوي بالعقاقير الطبية ، بجامع دفع مفسدة الآلام والأمراض بكل منها .

الجانب الثاني : يشرع للمكلف دفع مشقة الأمراض الجراحية بفعل العمل الطبي اللازم لعلاجه ، كما ألحق الإمام الشاطبي[57] – رحمه الله (المتوفى: 790هـ)، يشرع له دفع ضرر الصائل والمحارب بالمقاتلة ، بجامع دفع مشقة الضرر في الكل.[58]

الجانب الثالث : أن الشريعة الإسلامية جاءت شاملة لمصالح الناس الدنيوية، و راعت جلب المصالح ، ودرء المفاسد[59]، وفي الأعمال الطبية ما يحقق ذلك ، فيجوز فعلها طلباً لتحصيل مقصود الشرع ومطلوبه .

---

55 عبد اللطيف بن يوسف بن محمد بن علي بن أبي سعد المكنى بـ موفق الدين و أبو محمد ويلقب بابن اللباد ولد في بغداد في العراق سنة 557هـ الموافق 1162 م في دار جده بدرب الفالوج ببغداد، وهو من أصل موصلي، واشتهر باسم عبد اللطيف البغدادي، ولقب بابن اللباد، كان أبوه مشتغلًا بعلم الحديث والقراءات، كما أن عمه كان فقيهًا، لذلك فقد تعلم (البغدادي) ونهل من هذا المنهج العلمي الفياض، وتوفي عام (629 هـ – 1231 م) في بغداد.

56 موفق الدين عبداللطيف البغدادي ، *الطب من الكتاب والسنة* ، تحقيق : عبدالمعطي فلعجي (بيروت : دار المعرفة ، 1406هـ)، ط1، 179.

57 هو ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، من علماء الأندلس، وشهد له العلماء بمآثره العديدة، تعرض الريسوني لمكان ولادة الشاطبي فقال: " فالأظهر أنه ولد بغرناطة" وسبب هذا أن الإمام الشاطبي نشأ وترعرع بها ولم يُعلم أنه غادرها، وسبب عدم ترحاله أن أسفار العلماء كانت طلبةً للعلم، أما الشاطبي فكان العلم حاضر بلدته.

58 أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي ، *الموافقات* (لبنان : دار الفكر ، 1341هـ) ، تعليق : الشيخ محمد الخضر حسين التونسي ، ط. الشرق الأردني بالوسكي ، بتعليق : الشيخ محمد عبدالله دراز. (103/2).

59 أبي محمد عز الدين بن عبدالسلام السلمي الشافعي ، *قواعد الأحكام في مصالح الأنام* ،(مصر: دار الشرق للطباعة ،1388هـ). (5/1) ، و الشاطبي ، *الموافقات* (126/2).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وعند سرد هذه الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والعقل يتبين لنا جواز الأعمال الطبية ، وأن الشريعة الإسلامية لا تمنع من فعلها وواكبها مادامت سبيلاً لإنقاذ الناس من الهلاك ، ومشتملة على دفع الأمراض عنهم ، وهذا الموقف من العمل الطبي يدل دلالة واضحة على ما اشتملت عليه هذه الشريعة السمحاء من رحمة بالعباد ، وأن تشريعات الدين الإسلامي تراعي دفع المشقة والضرر عنهم والتخفيف عليهم ، كما قال الحق تبارك وتعالى في قوله ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[60] وقوله عز وجل ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴾.[61] و قوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ ﴾[62] ، وقوله تعالى ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾[63] .

أرآء المذاهب الأربعة في مشروعية العمل الطبي:-

ذهب جمهور الفقهاء[64] من الحنفية[65] والمالكية[66] والشافعية[67] والحنابلة[68] على أن التداوي بالأعمال الطبية مباح وإن اختلفوا هل الأولى فعله أو تركه .

وقال بعض الحنابة أنه واجب[69] . وحصره بعض أهل العلم إذا علم تحقق الشفاء.[70]

---

60 سورة الحج، الآية 78.

61 سورة النساء، الآية 28.

62 سورة البقرة، الآية 185.

63 سورة المائدة، الآية 7.

64 تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، *مجموع الفتاوى*، تحقيق ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (المملكة العربية السعودية : مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية ، 1416هـ/1995م)، (269/24) .

65 محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي ، *العناية شرح الهداية* ، (دار الفكر ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر) (500/8) .

66 صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري ، *الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني* (بيروت : المكتبة الثقافية)، 534.

67 محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، *مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج* (المكتبة الشاملة ، موقع إسلامي) (357/1) .

68 منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى ، *الروض المربع شرح زاد المستقنع* (دار المؤيد ، مؤسسة الرسالة ، بلا سنة نشر)،172 .

69 *الآداب الشرعية* (المكتبة الشاملة ، موقع إسلامي) (466/2) ، الإنصاف (10/6) . دار هجر .

70 *الإنصاف* (10/6) دار هجر ، *الفتاوى الهندية [حنفي]* ، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي ، (المكتبة الشاملة ، موقع إسلامي) ، (467/43).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأدلة :

استدل جمهور الفقهاء على إباحة التداوي بالأعمال الطبية بأدلة منها :-

النصوص الشرعية المتكاثرة الدالة على التداوي

كقوله تعالى ﴿يَخْرُجُ مِنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.[71]

وفي الحديث ، حَدَّثَنَا مَالِكُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ حَدَّثَنَا زُهَيْرٌ حَدَّثَنَا هِشَامٌ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ – رضى الله عنها – عَنِ النَّبِيِّ – صلى الله عليه وسلم – قَالَ « الْحُمَّى مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ ، فَأَبْرِدُوهَا بِالْمَاءِ ".[72]

إلى غير ذلك من النصوص الدالة على أن فعل التداوي بالأعمال الطبية غير ممنوع.[73]

واستدلوا على عدم الوجوب بعدة أدلة منها :

حَدَّثَنَا حَفْصُ بْنُ عُمَرَ حَدَّثَنَا شُعْبَةُ قَالَ أَخْبَرَنِي حَبِيبُ بْنُ أَبِي ثَابِتٍ قَالَ سَمِعْتُ إِبْرَاهِيمَ بْنَ سَعْدٍ قَالَ سَمِعْتُ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ يُحَدِّثُ سَعْدًا عَنِ النَّبِيِّ – صلى الله عليه وسلم – قَالَ « إِذَا سَمِعْتُمْ بِالطَّاعُونِ بِأَرْضٍ فَلاَ تَدْخُلُوهَا ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلاَ تَخْرُجُوا مِنْهَا ».[74]

ولو كان التداوي واجباً لم ينه صلى الله عليه وسلم عن الفرار من الطاعون .

حَدَّثَنَا عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ الْقَوَارِيرِيُّ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ وَبِشْرُ بْنُ الْمُفَضَّلِ قَالاَ حَدَّثَنَا عِمْرَانُ أَبُو بَكْرٍ حَدَّثَنِي عَطَاءُ بْنُ أَبِي رَبَاحٍ قَالَ، قَالَ لِي ابْنُ عَبَّاسٍ أَلاَ أُرِيكَ امْرَأَةً مِنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ قُلْتُ بَلَى.

---

71 سورة النحل ، الآية 69.

72 صحيح البخاري (3090) محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري *الجعفي* ، *الجامع الصحيح المختصر* ،ج3 ، 1190.

73 محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، *زاد المعاد في هَدْي خير العباد* ، (المكتبة الشاملة ، موقع الإسلام) (10/4) .

74 صحيح البخاري5396 ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي ، *الجامع الصحيح المختصر* (بيروت : دار ابن كثير ، اليمامة ، الطبعة الثالثة ، 1407 – 1987)،ج5، 2163.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قَالَ هَذِهِ الْمَرْأَةُ السَّوْدَاءُ أَتَتِ النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَتْ إِنِّي أُصْرَعُ وَإِنِّي أَتَكَشَّفُ فَادْعُ اللَّهَ لِي. قَالَ « إِنْ شِئْتِ صَبَرْتِ وَلَكِ الْجَنَّةُ وَإِنْ شِئْتِ دَعَوْتُ اللَّهَ أَنْ يُعَافِيَكِ. قَالَتْ أَصْبِرُ. قَالَتْ فَإِنِّي أَتَكَشَّفُ فَادْعُ اللَّهَ أَنْ لاَ أَتَكَشَّفَ. فَدَعَا لَهَا. [75] . ولو كان دفع المرض واجباً لم يكن للتخيير موضع.[76]

وأما أصحاب القول الثاني فاستدلوا بأدلة منها :

– أن ترك العلاج إلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو منهي عنه ، فيكون نظير ترك الطعام والشراب المفضي للموت . وقد قال تعالى ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾.[77]

عن أسامة بن زيد – رضي الله عنهما – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها).[78]

ففي الحديث دليل على أنه ينبغي على المسلم أن يتعاطى الأسباب الموجبة لنجاته من الهلاك ، والتداوي والإذن به منها.[79]

وجه الدلالة

أولاً: أن النصوص الشرعية دلت على أن الشفاء يحصل بغير التداوي المعتاد قال تعالى:- ﴿ وَنُنَزِّلُ مِنَ الْقُرْآنِ مَا هُوَ شِفَاءٌ وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ ﴾.[80]

فليس الدواء هو المتعين لرفع المرض وعليه فلا يكون تركه إلقاء بالنفس للتهلكة وهو بهذا يفارق الطعام والشراب .

---

75 أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، *الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم* (بيروت : دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة، بدون سنة نشر) رقم الحديث6736 ، ج8 ، 16.

76 زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب ، *فتح الباري في شرح صحيح البخاري* ، تحقيق : أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، (السعودية : الدمام ، دار ابن الجوزي ، 1422هـ)، (120/10) .

77 سورة البقرة، الآية 195.

78 سبق تخريجه .

79 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد ، *أحكام الجراحة الطبّية* ،259.

80 سورة الإسراء، الآية:82.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانياً: أن الحديث لم يعم جميع الأمراض وإنما خص الطاعون ، كما أنه يأمر باجتناب الأسباب التي قد تفضي إلى المرض ، وحديثنا عمن وقع في المرض . فلا يشمله الحديث

فيرى الباحث مما سبق أن الرأي الأول هو الراجح فالأعمال الطبية الأصل فيها الإباحة لفعل النبي صلي الله عليه وسلم للتداوي، والمرأة التي كانت تصرع وخيرها النبي دليل على عدم الوجوب .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثالث : مشروعية الأعمال الطبية في القوانين الوضعية.

يأتي الأطباء عند ممارستهم المهنة أفعالاً على أجسام المرضى قد تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها أو أتاها أشخاص عاديون ، وذلك لما قد تفضي هذه الأعمال من التعرض إلى أجسام المرضى كما يحدث في الفحص الطبي والتشخيص والعلاج الجراحي وإعطاء الأدوية واستخدام الأشعة على اختلاف أنواعها وأخذ العينات من أجل إجراء الفحوص المخبرية ، وتوصية المرضى أحياناً بنوع معين من التغذية والطلب منهم أحياناً أخرى الامتناع عن تناول طعام معين وتخفيف أوزانهم ، وإجراء العمليات الجراحية التي قد تصل أحياناً إلى حد استئصال بعض أعضاء من الجسم ، وقد يترتب على تلك الأعمال تحقيق الشفاء للمريض أحياناً كما قد ينتج عنها مضاعفات قد تنتهي بتحقيق الشفاء للمريض أحياناً كما قد ينتج عنها مضاعفات قد تنتهي بوفاة المريض أحياناً أخرى . وهنا يثير التساؤل المشروع حول أساس مشروعية الطبيب في إقدامه على تلك الأعمال والأفعال واحداث الجروح والعمليات دون أن يكون مسؤولاً جنائياً عن تلك الأعمال ، فما هو الأساس القانوني لهذا الحق الذي يخول الأطباء القيام بتلك الأعمال على جسم المريض.[81]

فالقوانين بصورة عامة تهدف إلى حماية الفرد والجماعة عن طريق فرض أوامر أو نواه يلتزم بها الناس في سلوكهم وتصرفاتهم ، ومن بين الأهداف الكثيرة التي رعتها القوانين في نصوصها سلامة الجسم الإنساني وحمايته ، فسلامة جسم الإنسان مصلحة يحميها القانون من خلال تجريمه أفعال الضرب والجرح والإعتداء والإيذاء واعطاء المواد الضارة وغيرها من الأفعال التي تمس الجسم البشري ، ومن الثابت والمستقر قانوناً أن أي مساس بحرمة الجسد الإنسان يشكل جريمة اجتماعية توصف بجريمة الإيذاء في بعض القوانين وبجريمة الضرب والجرح في بعضها الأخر ، فنجد تطبيقاً على ذلك مثلا ما جاء في المادة 333 من قانون

81 منصور عمر المعايطة ، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية* (الرياض ، بدون دتر نشر، 1425هـ -2004م)، ط1، 22.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العقوبات الأردني الذي ينص على أن "كل من أقد على ضرب شخص أو جرحه أو إيذاءه بأي فعل مؤثر من وسائل العنف والإعتداء نجم عنه مرض أو تعطيل عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات " وكذلك نجد أن المادة 412 من قانون العقوبات العراقي والمادة 379 من المشرع الليبي تندرج في نفس السياق ، حين يتبين لنا من خلال تلك المواد أن إحداث الجرح أو ما شابهه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون.[82]

فبالتالي لم يرد على هذا الأصل القانوني في حماية سلامة الجسم الإنساني سوى استثناءين هما:

1 – إذا كان الإيذاء تنفيذاً لعقوبته (بتر عضو أو الإعدام) وذلك بعد صدور حكم نهائي وأصبح ذلك بهدف مكافحة الظاهرة الإجرامية .

2 – إذا مرض الإنسان ووجب التدخل الطبي أو الجراحي من أجل علاج المريض وإنقاذ حياته والمحافظة على صحته وسلامة جسده .

فهذا الاستثناء الأخير نراه هو الذي يعد الأساس القانوني لمشروعية العمل الطبي ، الذي لولاه لعوقب الطبيب المتدخل عن جريمة المساس أو الإيذاء بجسم المريض ، وتطبيقاً لذلك نجد مثلاً أن المادة 62 من قانون العقوبات الأردني نصت في ذلك الجانب على أنه :

1 – لايعد الفعل الذي يجيزه القانون جريمة

2 – يجيز القانون :

أ – ضروب التأديب التي ينزلها بالأولاد آباؤهم على نحو ما يبيحه العرف العام .

ب – أعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب إذا روعيت قواعد اللعب

82 منصور عمر المعايطة ، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية* ، 23.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج – العمليات الجراحية والعلاجية الطبية المنطبقة على أصول الفن بشرط أن تجري برضى المريض أو ممثله الشرعي أو حالات الضرورة الماسة.

كذلك نجد في نفس المعنى المادة186 من قانون العقوبات اللبناني والمادة 185 من قانون العقوبات السوري وغيرها من التشريعات في مختلف دول العالم ، التي أباحت للأطباء ممارسة العمليات الجراحية وإعطاء الأدوية والمواد الضارة وإجراء الفحوص الطبية والمخبرية والشعاعية ولم تعاقب الأطباء على تلك الأفعال ، ولكن اتفقت تلك التشريعات على أنه لابد من توافر عدة شروط لإباحة هذا العمل الطبي دون محاسبة الطبيب على أفعاله هذه.[83]

المطلب الأول :مشروعية الأعمال الطبية في القانون الليبي

القانون الليبي كغيره من القوانين الأخرى ومن المعروف أن القانون الليبي مستنبط أحكامه من الشريعة الإسلامية ، والتي أجازت العمل الطبي بشروط معينة التي يجب على كل شخص أن يتبعها في حالة مباشرته العمل الطبي ، وأيضاً القانون الليبي أجاز مشروعية العمل الطبي و سرد في القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا عدة مواد ووضع شروطاً خاصة على كل شخص يريد مباشرة العمل الطبي و أنشأ أيضاً قانون سمي بقانون التأمين الصحي يتولى حماية الأطباء من الناحية المالية إذا أخطأ الطبيب والذي يراه الباحث حل من حلول الأخطاء الطبية رغم آثاره السلبية الناتجة من هذا التأمين والتي يسعى الباحث في التعمق أكثر في تحليلها ومعالجتها ومع هذا تبقى بعض الأمور غير واضحة في حالة إذا أخطأ الطبيب وهو يعالج إنسان أخر كيف تكون طبيعته القانونية وكيف يعرف هل الطبيب حقاً بذل العناية الكافية ، لأن من المعروف أن يبذل الطبيب العناية اللازمة وقد نص القانون الليبي في المادة السابعة في هذا الشأن " يكون التزام الطبيب في أداء عمله التزماً ببذل عناية إلا إذا نص القانون على خلال ذلك ".[84]

---

83 منصور عمر المعايطة ، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية* ، 23.

84 القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثاني : شروط إباحة العمل الطبي في القانون الوضعي

أ) : رضا المريض

الرضا هو التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل قادر على أن يكوّن رأياً صحيحاً عن الرضا أو من يمثله قانوناً ، ويجب أن يكون من الناحية القانونية صادراً عن حرية بغير إكراه أو غش وأن يكون صريحاً ومحله مشروعاً، [85] والشخص المريض هو إنسان حر له حقوق مقدسة في جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه ، وكل اعتداء على حرية المريض ، هو اعتداء على حق من حقوقه يماثل الاعتداء على جسمه ،حتى إذا كان الدافع إليه مصلحة المريض ، وذلك يرتب مسؤولية على من ارتكبه متى كان في استطاعته أن يحصل على ذلك الرضا ، كما أنه من المستقر عليه في الفقه والقضاء وبين الأطباء أن الرضا الحر الواضح من المريض الراشد أو من ينوب عنه قانوناً يعد شرطاً ضرورياً لإباحة العمل الطبي بعد علمه بالتدخل الطبي وآثاره .

ولقد أكدت غالبية التشريعات واللوائح المنظمة لمزاولة مهنة الطب في دول العالم ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض بعد تبصيره بالتدخل الطبي ، فنجد مثلا المادة الحادية والعشرين من نظام مزاولة مهنة الطب في المملكة العربية السعودية المشار إليها سابقاً في المادة 38 من الدستور الطبي الأردني تقول في ذلك الجانب أيضاً "إذا استدعي الطبيب بصورة مستعجلة لمعالجة قاصراً أو عاجزاً أو معتوهً وتعذر الحصول على موافقة الولي الشرعي فعليه أن يعمل على إجراء المعالجة المستعجلة الضرورية قبل التوقف عن تحمل المسؤولية ".

فبالتالي نجد أن القانون الليبي نص في المادة السادسة فقرة (ب) من قانون المسؤولية الطبية يحظر على الطبيب" معالجة المريض دون رضاه إلا إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن

85 حسني محمود نجيب ، *شرح قانون العقوبات العام* (القاهرة : دار النهضة العربية ،1986م)، 187.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إرادته أو كان مرضه مهدداً للسلامة العامة أو معدياً أو قررت لجنة طبية أن رفضه للعلاج يسبب مضاعفات يتعذر أو يصعب معها العلاج ".[86]

ويتضح لنا مما سبق أن الرضا شرط من شروط إباحة العمل الطبي من الناحية القانونية ، ويجب على الطبيب الحصول على موافقة المريض أو من يمثله قانوناً ليصبح عمله مجازاً من الناحية القانونية ، إلا في الحالات الاستثنائية ، وإن كان القانون بصورة عامة لم يتطلب شكلاً خاصاً في الرضا ، إلا أن القضاء وضع شروطا لصحة الرضا .

شروط صحة الرضا :

– أن يكون الرضا حر

والرضى الحر يقصد به حرية المريض في قبول التدخل الطبي العلاجي أو رفضه ، كمبدأ عام استقر عليه القانون تأكيداً لإحترام إرادة الإنسان وحقوقه على جسمه ، ويستثنى القضاء في هذا الشرط حالات الإستعجال والضرورة وفقدان الوعي أو عدم وجود من يمثل المريض شرعاً ، إذ إن تدخل الطبيب في مثل تلك الحالات تبرره مصلحة المريض في المحافظة على حياته.[87]

– الأهلية القانونية للمريض

ويعني هذا أن يكون قبول المريض صادراً عن إرادة يعتد بها القانون ، بأن تكون إرادة واعية مميزة بقدر هذا القبول كتصرف قانوني ، وبالآثار التي قد تنجم عنه بعد إجراء التدخل الطبي ، وهذا يعني أن يكون المريض بالغاً عاقلاً ، وينبغي هنا أن يكون بالغاً لسن الأهلية الإجرائية التي حددتها القوانين الجنائية (سن الخامسة عشر في بعض الدول وسن الثامنة عشر في دول أخرى) ، فالمريض في هذه السن يستطيع أن يميز التدخل الطبي وأثاره فيما إذا

86 قانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا.

87 حسني محمود نجيب ، شرح قانون العقوبات العام ،188

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كانت له أم عليه ، وأن يوازي بين الإقدام أو الإحجام عن هذا التدخل الطبي بعد تبصيره من قبل الطبيب.

– أن يكون موضوع الرضا مشروعاً

إذا كان التدخل الطبي بقصد تحقيق شفاء المريض بإذن الله أو المحافظة على حياته فيكون الرضا مشروعاً ، والسائد في الفقه والقضاء أن توافر قصد الشفاء لدى الطبيب من أهم الشروط اللازمة لنفي مسؤولية الطبيب الجنائية عن أعمال الطبيب ، و أيضاً نجد هذا يتفق مع اللوائح وآداب وواجبات المهن الطبية والتزامات أعضائها وهم الأطباء ، حيث نجد مثلاً أن المادة الحادية عشر من نظام مزاولة مهنة الطب في المملكة العربية السعودية تنص في هذا الجانب على أنه "يجب أن يستهدف العمل الطبي دائماً مصلحة المريض وعلى الطبيب أن يبذل جهده لكل مريض.[88]

ب) : ترخيص مزاولة مهنة الطب (ترخيص القانون)

لايسمح القانون والتشريعات المنظمة للمهن الطبية في كثير من الأحوال باستعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص وسلامة أجسامهم وصحتهم أو مصالحهم إلا لمن تتوفر فيه شروط خاصة وصفات معينة يطلبها المشرع في كثير من دول العالم.

فالقانون الليبي بشأن المسؤولية الطبية قد نص في مادته الثانية " يحظر ممارسة أي عمل من أعمال المهن الطبية والمهن المرتبطة بها بدون ترخيص بذلك من الجهات المختصة ".[89]

ومن هذه الحقوق حق مزاولة مهنة الطب ، إذ إن عمل الأطباء على اختلاف اختصاصاتهم يمارس على جسم الإنسان لذلك تطلب المشرع لمن يزاول هذا الحق أن يكون على قدر من الكفاية العلمية والفنية التي يطمئن لها المشرع ، وذلك تحقيقاً للمصلحة التي

88 نفس المرجع، 189.

89 قانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

استهدفها المشرع من تقرير هذا الحق ، وانسجاماً مع ذلك وضعت الدول على اختلاف أنظمتها القانونية الشروط الواجب توافرها لترخيص مزاولة مهنة الطب ، وهي تقريباً متماثلة إلى حد كبير في مختلف بقاع الأرض .

ج) : اتباع الأصول العلمية

يقصد بالأصول العلمية في الطب كما عرفتها بعض المصادر الطبية هي الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً بين الأطباء ، التي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت تنفيذ العمل الطبي .[90]

فمن المعروف والمتعارف عليه يجب أن يكون الطبيب متبعاً للأصول العليمة المتعارف عليها في بلده ، فقد نصت المادة الثالثة من القانون الليبي بشأن المسؤولية الطبية فقرة ج " يجب على كافة العاملين الذين لعملهم صلة بالمريض مراعات أصول المهنة " وأيضاً نص في مادته الخامسة في نفس القانون فقرة أ " توخي الدقة والالتزام بالأصول العلمية الثابتة ، المعترف بها من قبل أمانة الصحة سواء في الكشف أو العلاج أو الجراحة "

فنجد أن القانون الليبي وضع ضوابط على الأطباء أن يكونوا حريصين وملتزمين بالأصول العلمية المعروفة والمعترف بها من قبل وزارة الصحة.

90 أسامة عبدالله قايد ، *المسؤولية الجنائية للأطباء*، 160.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الرابع : صور الخطأ الطبي في الشريعة الإسلامية

فمن المعروف أن من مقاصد الشريعة حفظ النفس ، ومهنة الطب لها تعلق كبير بهذا المقصد ، ويُعتبر هذا القصد مشتركاً إنسانياً عاماً لا يختلف أحد على أهميته وأهمية هذه المهنة ونبل القائمين عليها، مهما كان جنسهم ودينهم وفلسفتهم للحياة الإنسانية. وإن آثار التطور العلمي الطبي وامتداده إلى بعض المجتمعات قد يؤدي إلى وجود افتراقٍ ما بين طبيعة الممارسة الطبية المتقدمة والمتشعبة اليوم وبين القوانين والضوابط التي تحكم العلاقة المهنية بين الطبيب والمريض، ويظهر هذا في الدول والمجتمعات التي تكون التقنيات الطبية فيها مستوردة غير أصيلة، وبالتالي لا يكون هناك مجال زمني لمجاراة التطور العلمي بالضبط القانوني والأخلاقي، و هذا لا يتعارض مع وجود أصول أو كليات قانونية شرعية تحكم هذه العلاقة كاملة، غير أن الحاجة اليوم هي للتقنين التفصيلي الذي يمكِّن من حسم النزاعات وفض الخصومات بصورة منضبطة مطردة في المجتمع الواحد على وجه يراعى فيه الخصوصيات الاجتماعية ويحفظ الأصول الاعتقادية ويحقق العدالة بين أفراد المجتمع الواحد.

المطلب الأول: أقسام المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية

الركن الأول : السائل : وهو الشخص الذي يملك الحق في مسالة الطبيب ، ومساعديه ، كالقاضي ونحوه .

الركن الثاني : المسؤول : وهو الذي يوجه إليه السؤال ، ويكلف بالجواب عن مضمونه ، سواء كان الفرد كالطبيب ، أو كالمستشفى .

الركن الثالث : المسؤول عنه : وهو محل المسؤولية والمراد به : الضرر وسببه ، الناشئان عن فعل الطبيب أو مساعديه أو عنهم جميعاً .

الركن الرابع : صيغة السؤال : وهي العبارة المتضمنة للسؤال الوارد من السائل إلى المسؤول ، فإذا وجدت هذه الأركان الأربعة ، ترتبت المسؤولية الطبية وقد ذهب بعض الباحثين

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المعاصرين إلى أن المسؤولية الطبية تقوم على ثلاثة أركان[91] هي الخطأ الطبي ، والضرر ، والرابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ولا تعتبر هذه أركان في الواقع .

والخطأ الطبي: فهو في الأصل يعتبر سبباً موجباً للمسؤولية لا ركنا من أركانها ، لعدم توقف ماهية المسؤولية عليه ، ففي حالة أن الطبيب أخطأ أو أحد مساعده كان خطؤهما موجباً للمسؤولية وليس موجداً لها ، و وجود المسؤولية يتوقف في الخارج على هذا السبب

وأما الضرر : فهو لا تتوقف عليه ماهية المسؤولية، لأنه أثر من آثار الخطأ الطبي ، يقوى به اعتبار السبب الموجب للمسؤولية .

وأما الرابطة السببية تكون شرط في اعتبارهما بين الخطأ والضرر ، وليست من أركان المسؤولية أيضاً.[92]

ومما تقدم نستنتج أن وقوع الضرر أو سببه على المريض من الطبيب أو مساعديه في مجال المهنة الطبية يوجب المسؤولية الطبية. و تندرج هذه المسؤلية تحت قسمين اثنين يمكن أن تصنف فيهما كل أنواع المسؤولية الطبية، فأقسام المسؤولية الطبية هي :

أ .المسؤولية الطبية الأخلاقية والسلوكية : وهذه المسؤولية متعلقة بالنواحي الأدبية للعلاقة الطبية، فإنه يسأل فيه الطبيب ومساعدوه عن القضايا المتعلقة بسلوكهم ، وآدابهم ، فهي تتعلق بجملة من المبادئ الأخلاقية المطلوبة من جميع الأفراد، غير أنها تكون أشد أهمية وحرجاً في علاقة الطبيب والمريض ، وتشمل النصيحة وحفظ العورة وحفظ السر والصدق والوفاء بالعقد، فيتهم الطبيب بغش المريض بأن إذا أدعى الطبيب بأن المريض مصاب بمرض جراحي فيكون متهم بغش المريض ، أو يقوم الطبيب المختص بالتحليل أو

---

91 عبد اللطيف الحسيني، *المسؤولية المدنية عن الأخطار المهنية* (الشركة العالمية للكتاب،بدون تاريخ نشر) ب. 116.117. بسام مجتسب بالله، *المسؤولية الطبية الجزائية* ، 117. عبد السلام التونجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 254.255. الإبراشي، *مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن* ، 108.109.

92 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطى ، *أحكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها*، 300.301.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المناظير الطبية أو طبيب الأشعة بالتزوير والكذب في كتابة التقارير التي قام بتقديمها ، وهذا كله طلباً لأغراض و مطامع شخصية .

فيسأل الطبيب ومساعديه في كل هذه القضايا وما يماثلها عن مدى صحة الدعوى فإذا ثبت ذلك يحكم بإدانته أخلاقياً فيتم تعزيرهم بما يستحقون ، كما يحكم بتضمينهم ، أو القصاص منهم ، إذا ترتبت أضرار على هذا الكذب والتزوير.

ب. المسؤولية المهنية للطبيب: فهي بطبيعة الحال تكون متعلقة بالنواحي العملية لمهنة الطب، و في هذا القسم تتعلق المسؤولية بإخلال الطبيب بالمبادئ والأصول المتفق عليها في مهنة الطب سواءً كان مبدأ واحد أو مجموعة مبادئ و بصورة تؤدي إلى وقوع الضرر على المريض أو التسبب في ذلك. فالطبيب يلزم بالأصول المهنية المعتبرة بقوة العقد المهني بين الطبيب والمريض بحيث لا بد من أن يكون حاذقاً عالماً بطبه ويقصد به (الجانب النظري) و يكون ماهراً فيه ويقصد به (الجانب العملي)، ومطبقاً لهذا العلم والحذق والمهارة على أفضل وجه ممكن، فإذا أخل الطبيب بجانب العلم أو المهارة أو الالتزام بهما ونجم عن ذلك وقوع الضرر أو التسبب فيه وقعت المسؤولية الطبية، والتي سوف نتحدث عنها لاحقاً على الموجبات التي تثبت وقوع هذه المسؤولية بحيث تترتب عليها آثارها والتي يسعى الباحث لمعرفتها في عرض البيانات.

المطلب الثاني : الأحكام التي تنبني عليها المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية

إذا نظرنا إلى واقع الممارسة الطبية اليوم وجدنا أن مستند المسؤولية الطبية يعتمد على القوانين المعمول بها في كل مجتمع، وهي وإن كانت تعتبر من حيث المبدأ جملةً، الأمور المشتركة المتفق عليها، فإننا نجد تفاوتاً واضحاً في تقويم وتقرير موجبات وآثار هذه المسؤولية؛ فالنظم القانونية المعمول بها اليوم تمنع من مزاولة المهنة مَن لم يتأهل لذلك، ولكننا نجد تفاوتاً بين مجتمع وآخر في آلية تحديد هذه الأهلية، ولا تسمح النظم القانونية للطبيب بالتعدي

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على المريض بعلاج أو تشخيص بدون إذنه أو إذن سلطة لها صلاحية وولاية خاصة أو عامة، غير أن هناك تفاوتاً بين مجتمع وآخر في تحديد ضوابط هذا التعدي، ففي بعض البلاد التي يوجد بها كوارث نجد أنه يؤاخذ الطبيب الذي يقوم بإسعاف مريضٍ في وقت لا يسمح بانتظار الترخيص أو الإذن ، في حين نجد أن بعض البلدان لا تكاد تبحث في مسائل الخطأ الطبي، و حتى في أكثر البلاد تطوراً نجد هذا التفاوت وأيضاً نظام تحديد المسؤولية الطبية في الولايات المتحدة فقد ورد تقرير عن الخطأ الطبي ووضح فيه بيان التفاوت ، فنجد أن الإهمال الطبي وآلياته متفاوته ، فعند البحث عن موجبات وآثار المسؤولية الطبية لا بد من أن ينبني على ضوابط ومعايير والقواعد والأصول المتبعة ليتقرر جوازه واعتباره، ونستطيع أن نقول بأن الأصل العام الذي تنبني عليه مباحث المسؤولية الطبية تقوم على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:"من تطبَّب ولم يُعرف منه طب فهو ضامن[93]"[94]، و يقال عن هذا الحديث بأنه حديث الباب ، وهو أصلٌ في تضمين الطبيب الجاهل[95]، وموجب المسؤولية هنا يدور على جهل الطبيب سواء أكان جهلاً علمياً أم عملياً كما سنوضح، ولقد نبه هذا الحديث على أمور يحسن تقريرها في هذا الموضع منها :

أ. تقرير وجود الموجب للمسؤولية : ففيه قال ابن قيم الجوزية رحمه الله (المتوفي :751هـ) والمقصود بالإقدام على ممارسة العمل الطبي مع الجهل بهذه الممارسة، قال ابن قيم الجوزية:" وقوله صلى الله عليه وسلم (من تطبب) ولم يقل : من طبَّ، لأن لفظ التفعل يدل على الأخذ بالشيء والدخول فيه بعسر وكلفة، وأنه ليس من أهله".[96]

ب. ترتب آثار وقوع الموجب وتقريرها : فقول الرسول صلى الله عليه وسلم (فهو ضامن)، ففيه قال ابن قيم الجوزية: "وأما الأمر الشرعي (أي في الحديث) فإيجاب الضمان على

---

93 سبق تخريجه

94 المستدرك للحاكم (236/4) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، وأخرجه ابن ماجة (3466)، وأبو داود (4586)، وغيرهما.

95 ويقاس على الجهل باقي موجبات المسؤولية الطبية كما سيوضح لاحقاً.

96ابن قيم الجوزية ، *زاد المعاد (كتاب الطب النبوي)* ، 127/4.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الطبيب الجاهل"97، فمتى وقع الموجب وهو الجهل وترتب الضرر كان أثر ذلك ضمان الطبيب لما أتلفه من النفس أو الأعضاء.

ج. تحكيم العرف في الحكم على الطبيب بالحذق: حيث قال صلى الله عليه وسلم (ولم يُعرف منه طب)[98]، والمقصود بالعرف هنا العرف الخاص بين الأطباء، وهذا مندرج تحت القاعدة الفقهية الكلية :" المادة محكَّمة"99، أي أن الأمور التي لم يأت الشرع لها بحدٍ معين فإنه يُرجع فيها إلى العرف، والمقصود بالعرف الخاص العرف الذي يكون سائداً بين أرباب المهن الخاصة كالتجار والأطباء والحدادين وغيرهم.

وقال الإمام ابن قيم الجوزية أن أهل العلم أجمعوا على أن الطبيب الجاهل ضامن ، وقد حكى عن الإمام الخطابي (المتوفي:388هـ) بالنسبة للتعدي قوله :"لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً"100، كما قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾101، فهذا أصل في تضمين الضرر الواقع بالخطأ، وهكذا اجتمع لنا من الأدلة ما يقرر مشروعية المساءلة الطبية المهنية من ثلاثة أوجه هي : الجهل – الخطأ – الاعتداء.

فيرى الباحث مما تقدم من تقرير أصل المساءلة الطبية من جهة، وايضاح الاختلاف الكبير الواقع في تقرير موجبات وآثار هذه المساءلة وهذا يؤكد على أهمية تحرير المرجعية التشريعية والقضائية المتعلقة بهذه المسألة لتكون صادرة عن الشريعة منضبطة بقيودها ومنساقة ضمن كلياتها وأصولها العامة، لا سيما وأن فقهاء المسلمين قد أبدعوا في تحرير وضبط ممارسة الطب منذ زمن بعيد، وبلغوا في ذلك شأواً بعيداً يغنيهم عن الركون إلى غير الشريعة الغراء.

---

97 ابن قيم الجوزية ، *زاد المعاد (كتاب الطب النبوي)*، 127/4.

98 سبق تخريجه .

99 محمد بكر إسماعيل ، القواعد الفقهية ، 151.

100 ابن قيم الجوزية ، *زاد المعاد (كتاب الطب النبوي)*، 128/4.

101 سورة النساء، الآية 92.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثالث : موجبات المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية

اتضح لنا أن المسؤولية الطبية قسمان أحدهما سلوكي أدبي والآخر مهني عملي، وإن موجبات الخطأ في كل منهما متعددة ومختلفة، وفيما يلي تحرير موجبات كل منهما مع التركيز على القسم المهني العملي لأنه محور البحث من حيث ما تختص به المهنة من ضوابط.

أ: موجبات المسؤولية الطبية الأدبية في الشريعة الإسلامية

الضرر الذي يحدث للمريض من الناحية السلوكية إذا أخل بالالتزامات الأدبية التي يفرضها العقد مع المريض يعتبر الطبيب مسؤولاً عنه ، والالتزامات التي ذكرت أنفاً والتي تشمل الصدق والوفاء بالعقد والنصيحة وحفظ السر وحفظ العورة ، وعليه فإن موجبات المسؤولية الأدبية هي :

أ). عدم الوفاء بالعقود (الإخلال بالعقد) : في بعض الأحيان يقوم الأطباء ومساعديهم بالتعاقد مع المرضى لكي يقوم الطبيب بالمهام الطبية اللازمة لعلاجهم، فبالتالي يجب على الطبيب أن يقوم بواجباته على الوجه الأكمل، فهذه العقود يجب الوفاء بها؛ لأنها تدخل في عموم ما أمر الله تبارك وتعالى به، حيث قال عز وجل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.102 فإذا كانت العلاقة بين الطبيب والمريض إجارة فيكون التعاقد بينهما من العقود اللازمة، ولا يجوز فسخ العقد لأحد الطرفين بدون رضا الآخر، ومن جهة الطبيب يكون هذا الإلتزام له جانب سلوكي أدبي لأنه قد باشر في التشخيص والعلاج، فإذا ترتب على هذا الإخلال وقوع الضرر وثم اثبات هذا الإخلال كان موجباً للمسؤولية ويجب مساءلته. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن امتناع الطبيب ع معالجة مريضه على وجه العمد،

102 سورة المائدة، الآية 1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أو لأسباب واهية وثبت القصد في الامتناع إلى أن مات وكان بينهم اتفاق مسبق على أن يعالجه فإن الطبيب يعتبر قاتلاً متعمداً.[103]

غير أن الباحث يرى أن هذا القول غير خاضع على إطلاقه من الناحية الشرعية، فإذا امتنع الطبيب عن العلاج لأسباب واهية فإنه يعتبر وجودها شبهة موجبة لدرء الحد عنه خاصة إذا تأول فيها ،إلى أن ظن أن هذه الأسباب مقنعة في نظره فينتفي فيه قصد العمد، ولكن في الحقيقة ليست بمقنعة، وأهل العلم رحمهم الله أجمعوا على درء الحدود بالشبهات.[104]

ب). إفشاء السر: كما هو معروف أن الطبيب بطبيعة عمله وبحكم مهنته يتيح له أن يطلع على أسرار وخصوصيات مريضه والتي لا يبوح بها المريض إلا مضطراً، فلا يجز للطبيب أن يبوح به بدون إذن أو ضرورة لأن هذا السر أمانة ، فمن المعروف به في مهنة الطب أن تسود الثقة بين الطبيب والمريض ولا يجوز إفشاء معلومات المرضى، فعن النبي صلى الله عليه وسلم قال:" إذا حدَّث الرجل الحديثَ ثم التفت فهي أمانة"[105].

وفي النظم المعاصرة نجد توافقاً تاماً في عرف المهنة بين النظرة الشرعية وبين النظرة المعاصرة تجاه السر المهني، وأن هذه الاستثناءات المذكورة في اللوائح المشار إليها معتبرة شرعاً، وفيما يتعلق من ناحية إذن المريض فهي بلا إشكال، وأما من ناحية حكم القانون فإن القاعدة في الشريعة :"يحتمل الضرر الخاص فيما يتعلق بإفشاء السر لدفع ضرراً عام كأن يكون مصاباً بمرض وبائي خطير فإن الإفشاء به يكون محتمل "،[106] ومن ثم يكون الطبيب مسؤولاً عن عدم البوح به ، ولكن يراعى هنا أن يكون الإفشاء بالقدر اللازم لتحقيق المصلحة ولا

103 راجي عباس التكريتي، *السلوك المهني للأطباء* (دار الأندلس للطباعة والنشر، 1402هـ)، ط2، 151.

104 أبو بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر، *الإجماع*، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، بلا سنة نشر)، 69.

105 سنن الترمذي ، حديث (1959) وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

106 مجلة الأحكام العدلية ، المادة 26.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يتجاوز ذلك، لأن ما أبيح لضرورة بقدر بقدرها. ويكون الطبيب موجباً للمسؤولية الطبية إذا ثبت أنه أفشى السر بدون مبرر وترتب على ذلك ضرر بالمريض – ولو كان ضرراً معنوياً .

ج). النظر إلى العورات والكشف عليها بدون حاجة: الأدلة الشرعية دلت على وجوب حفظ العورات وعدم النظر إليها بدون سبب داعي إلى النظر، فمن الحقوق الشرعية والشخصية حفظ العورات، وستر السوءات، وإطلاع الطبيب على عورة المريض للضرورة أو الحاجة منوط بتحقيق مصلحة أعظم وهي العلاج والاستشفاء، ولتحقيق هذه المصلحة فعلى الطبيب أن يلتزم و يراعى بقدر الإمكان بالحد من الإطلاع على العورة ، ومع مراعاة الضوابط الشرعية لهذا الإطلاع من أسباب الفتنة واجتناب الخلوة والريبة وكتمان ما يطلع عليه الطبيب، والأصل الشرعي في هذا معروف وواضح في قوله تعالى:﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴾،[107] وأيضاً ورد في الصحيح عنه عليه الصلاة والسلام –من حديث أبي هريرة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه سلم قال " لاينظر الرجل إلى عورة الرجل ، ولا المرأة إلى عورة المرأة"،[108] وأن أهل العلم رحمهم الله أجمعوا على وجوب ستر العورة عن أعين الناس[109]، وأن لوائح المهنية الأخلاقية المعاصرة أصبحت تعير هذا الأمر انتباهاً وأهمية نظراً لما بدأ يستشري من ممارسات لا أخلاقية بسبب عدم مراعاة هذه الأمور.

د). الكذب: يجب على الطبيب ومن في حكمه من مساعديه أن يتحلى بالصدق في القول ويلتزمون به لكي تستقيم معاملتهم للمرضى، وتندفع الشكوك والظنون السيئة عنهم، لكي يطمئنوا المرضى إليهم، فبالتالي يجب أن تكون أخبارهم وأقوالهم متفقة مع الحقيقة،

---

107 سورة النور، الآية 30.

108 راواه مسلم وابوداود والترمذي(185) ، محمد ناصر الدين الألباني، *غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام* (بيروت : المكتب الإسلامي ، 1405ه) ، ج1،ط3، 132.

109 محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، *قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية* (بيروت، لبنان: دار العلم للملايين، بلا سنة نشر)، 69.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾،[110] فهذه الأية الكريمة دليل ظاهر يؤكد على وجوب الصدق، وأيضاً ورد في الصحيح من حديث عبدالله بن مسعود. حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نُمَيْرٍ حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ وَوَكِيعٌ قَالاَ حَدَّثَنَا الأَعْمَشُ ح وَحَدَّثَنَا أَبُو كُرَيْبٍ حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ حَدَّثَنَا الأَعْمَشُ عَنْ شَقِيقٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ –صلى الله عليه وسلم– « عَلَيْكُمْ بِالصِّدْقِ فَإِنَّ الصِّدْقَ يَهْدِى إِلَى الْبِرِّ وَإِنَّ الْبِرَّ يَهْدِى إِلَى الْجَنَّةِ وَمَا يَزَالُ الرَّجُلُ يَصْدُقُ وَيَتَحَرَّى الصِّدْقَ حَتَّى يُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ صِدِّيقًا وَإِيَّاكُمْ وَالْكَذِبَ فَإِنَّ الْكَذِبَ يَهْدِى إِلَى الْفُجُورِ وَإِنَّ الْفُجُورَ يَهْدِى إِلَى النَّارِ وَمَا يَزَالُ الرَّجُلُ يَكْذِبُ وَيَتَحَرَّى الْكَذِبَ حَتَّى يُكْتَبَ عِنْدَ اللَّهِ كَذَّابًا ».[111]

فهذا الحديث الصادر من خير خلق الله فقد تضمن وجوب الصدق في قوله "عليكم بالصدق" فقد جاء في صيغة إلزام، أيضاً دل الحديث على حرمة الكذب وجاء في صيغة تحذير في قوله " وإياكم والكذب" فهذه النصوص عامه وشامله للأطباء ومساعديهم ويجب عليهم التحلي بالصدق والابتعاد عن الكذب لحرمته، فإن الطبيب يعتبر مسؤولاً عن أي ضرر يحدث إذا تبين أن الطبيب قد كذب على مريضه وترتب عليه ضرر في نفس المريض بسبب الكذب ، و يعتبر مسؤولاً عن هذا الضرر، ويدخل أيضاً في الكذب عدم إخبار المريض بحقيقة مرضه، ومثال الأول : إذا كذب الطبيب على المريض وأخبره أن مرضه يستوجب عمل جراحي معين ، وأوهمه بأن الأمر مستعجل إلى أن استسلم المريض لأمر الطبيب وأذن للطبيب بالجراحة، مما ترتب على هذه الجراحة تلف عضو معين ، فإذا اعترف الطبيب بأنه قد كذب أو أقام المريض بالبينة على كذب الطبيب، فكان هذا الكذب موجب للمسؤولية، وهذا من أفحش ما يكون.

110 سورة التوبة، الآية 119.

111 أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، *الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم*، رقم الحديث 6805، ج8، 23.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لكن تبقى الإشكالية هنا فيما لو خاف الطبيب على مريضه من الناحية النفسية إن عرف بمرضه، فالطبيب قد يقوم هنا بإخبار أولياء المريض بحقيقة الأمر حتى يتمكنوا من الترفق في إبلاغ المريض وهذا ما يؤكد عليه الباحث في هذه الدراسة ، أما إذا كان قد أخفى الأمر كله فهذا يرتب المسؤولية وبالتالي يكون مسؤولاً، وليكون في علم الطبيب أن مريضه قد استأجره ليكشف له عن مرضه، وعندما يخبر الطبيب مريضه بحقيقة مرضه يكون قد أوفى عقده، أو ينقل المريض إلى من له كفاءة وخبرة أكثر في تشخيصه وإخباره بحقيقة مرضه؛ وقد نصت قوانين الطب المنظمة لسلوك الأطباء ومساعديهم على أنه : لا يجوز للطبيب أن يبالغ في حقيقة المرض، بل يجب عليه أن يحيط مريضه بحقيقة دائه ودرجة خطورته[112].

هـ). عدم النصح والغش : فمن أهم الواجبات التي يفترض مراعاتها على الأطباء ومساعديهم هي النصيحة للمرضى، فمن حق المسلم على أخيه المسلم أن ينصح له فيرشده إلى أصلح الأمور، ويقصد بالنصيحة هنا أن يكون الطبيب مخلص عند كشف المرض ورسم خطة العلاج وتطبيقها وعليه أن يبذل كل ما يلزم من جهد لتحقيق ذلك، والأصل في هذا قوله صلى الله عليه وسلم : حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبَّادٍ الْمَكِّيُّ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ قَالَ قُلْتُ لِسُهَيْلٍ إِنَّ عَمْرًا حَدَّثَنَا عَنِ الْقَعْقَاعِ عَنْ أَبِيكَ قَالَ وَرَجَوْتُ أَنْ يُسْقِطَ عَنِّي رَجُلاً قَالَ فَقَالَ سَمِعْتُهُ مِنَ الَّذِى سَمِعَهُ مِنْهُ أَبِى كَانَ صَدِيقًا لَهُ بِالشَّامِ ثُمَّ حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ سُهَيْلٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ تَمِيمٍ الدَّارِىِّ أَنَّ النَّبِىَّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ « الدِّينُ النَّصِيحَةُ » قُلْنَا لِمَنْ قَالَ « لِلَّهِ وَلِكِتَابِهِ وَلِرَسُولِهِ وَلأَئِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ »113، و قال النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث: "المستشار مؤتمن".[114]

---

112 مصطفى عبداللطيف، هاني أحمد جمال الدين، *سلوكيات وآداب وقوانين مزالة مهنة الطب، وكيف يتصرف الطب عند اتهامه* (مصر: دار الهلال للطباعة والتجارة، 1984م)، 11

113 أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، *الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم* (بيروت: دار الجيل بيروت + دار الأفاق الجديدة، بدون سنة نشر)، رقم الحديث205 ،ج1، 53.

114 محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر)، رقم الحديث2822، ج5، 125.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فكما هو معروف أن المرضى يجهلون حقائق المهمات الطبية، والآثار المترتبة عليها ، فهم محتاجون لنصح الأطباء وإرشادهم ، فعندما يستشير المريض طبيبه فيكون قد استأمنه على نفسه فيتضمن هذا الاخلال بالالتزام الغش المنهي عنه شرعاً، ومثال هذا : إذا شخص الطبيب حالة مرض مستعصي عند المريض وهذه الحالة في عرف المهنة تحتاج إلى العلاج الجراحي والدوائي معاً لتحقيق أفضل فرص الشفاء، ولكن الطبيب اقتصر على إخبار مريضه بالعلاج الدوائي فقط من غير أن يخبره بضرورة اقترانه بالعلاج الجراحي رغم أنه يعلم بذلك ، فيكون قد غشه وغرر به ولم يقدم له النص، فإن ترتب على ذلك الضرر كأن لا يشفى لسمح الله كان هذا موجباً للمسؤولية ومن ثم تترتب عليه آثار هذه المسؤولية والذي يسعى الباحث الإجابة عليها لاحقاً.

فتعتبر هذه مجمل الآداب الشرعية و اللتي ينبغي على الأطباء ، ومساعديهم الالتزام بها أثناء قيامهم بالمهام الطبية في الجراحة وغيرها .

ب: موجبات المسؤولية الطبية المهنية في الشريعة الإسلامية

موجبات المسؤولية في هذا القسم تتعلق بنفس المهنة الطبية، وتدور حول ثلاثة محاور هي الجهل والخطأ والتعدي، وتحتاج هذه الموجبات إلى كثير من الضبط والتفصيل، وهذا ما نشير إليه في هذا الموضع.

أ) : عدم اتباع الأصول العلمية للمهنة:

وضع العلماء المختصون أصول للأعمال الطبية ، وهي في مجملها تحدد الطريق الذي ينبغي على الأطباء ومساعديهم اتباعها ، والتقيد بها أثناء قيامهم بمهامهم المتعلقة بالأعمال الطبية ، وعدم اتباع هذه الأصول العلمية أو الخروج منها فهو أمر خطير يعرض حياة المرضى للهلاك .

فالمسؤولية عن اتباع هذه الأصول والتقيد بهذه الضوابط مسؤولية جسيمة ، والخروج منها أمر يثير الجدل المستفيض عن أسباب ذلك الخروج والدواعي التي آلت إلى ذلك .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ونظراً لاختلاف الأطباء في حكمهم ، مع كثرة الآثار والنتائج السلبية المترتبة على ذلك الخروج المختلف فهي تعتبر هذه القضية من أهم القضايا التي يعاني منها القضاة في العصر الحاضر ، **تعريف الأصول العلمية:** فبعض المصادر الطبية عرفت الأصول العلمية" هي الأصول الثابتة ، والقواعد المتعارف عليها نظرياً ، وعلمياً بين الأطباء ، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي ".[115]

عرفها أخرون بقولهم " هي تلك الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى علمهم أو فنهن ".[116]

ويتضح لنا من هذا التعريف أن لأصول مهنة الطب جانبين؛ علمي نظري، وعملي تطبيقي، ولكل من الجانبين نوعان من العلوم:

- العلوم الطبية الثابتة: وهي العلوم التي أوضحوها و أقروها علماء الطب قديما وحديثا في فروع الطب ومجالاته المختلفة ، ومن أمثلتها المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية.

فبالسير على طريقتها وتطبيقها يعتبر اتباعا للأصول العلمية ، فهذه المواد تعتبر علوماً أقرها أصحاب المعرفة والاختصاص ، بشرط أن يبقى اعتبارها طبياً إلى حين تنفيذها .

- العلوم الطبية الحديثة: وهي العلوم المستجدة التي تتفق عليها البحوث العلمية الطبية يومياً من اكشاف لنظريات أو لعلاج جديد ونحوه، وهي التي يصعب ضبطها لأنها حديثة عند الأطباء ، ومن أمثلتها: ما يتوصل إليه الباحثون المختصون من أساليب ونظريات من خلال بحوثهم ودراساتهم ، فهذه العلوم تعتبر أصولاً علمية وإن كانت طارئة على الساحة الطبية ، وهناك أمرين اثنين والذي يجب على الطبيب مراعاتهما في هذه العلوم حتى يخرج من العهدة فيها، وهذان الأمران هما :-

---

115 أسامة عبدالله قايد ، *المسؤولية الجنائية للأطباء* (مصر : دار النهضة العربية ، 1987) ، 160.

116 أسامة عبدالله قايد ، *المسؤولية الجنائية للأطباء* ، 159.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

– أن تكون هذه العلوم صادرة عن جهة علمية معتبرة، مثل المدارس الطبية المختصة بالدراسات الطبية والأبحاث .

– وأن يكون مشهود له بالصلاح للممارسة والتطبيق من أهل الخبرة . فإذا اجتمع هذان الوصفان لزم الطبيب أمرٌ ثالث من جهته هو ألا وهو تأهله وكفائته لتطبيق هذه العلوم المستجدة.[117]

فالطبيب المتهم إذا ثبت عليه بالخروج عن الأصول العلمية بسبب اتباعه لنظرية حديثة ، حكم عليه القاضي بسقوط الدعوى الموجهة ضده بذلك ، ويعتبر صدورها من هذه الجهات وشهادة أصحاب الخبرة بصلاحيتها كافياً في تبرئته ، ما دام أنه على خلل فني يوجب رد تلك النظرية وسقوطها .

ولكن نجد أن بعض القوانين الوضعية قد ذهبت إلى استعبار شرط ثالث وهو :" إجراء التسجيل العلمي للأسلوب ، أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.[118]

وأيضاً إذا كان المقصود من الشرط الأخير أن : القاضي لا يحكم باعتبار الأسلوب أو النظرية من الأصول العلمية إلا بعد إستكمال التسجيل العلمي لذلك الأسلوب قبل استخدامه ، كما يفهم من ظاهر الشرط ، فهو أمر مردود ولا يجوز.

والعبرة في ذلك بصدور النظرية والدراسة من أصحاب العلم ، وشهادة المختصين بصلاحيتها ، فهذان الأمران هما محل القضية من الناحية المهنية العلمية ، أما إجراء التسجيل فهو خارج عن جوهر القضية وأمر شكلي فلا يتوقف الحكم ببراءة الأطباء ومساعديهم على وجوده ، مادام صحة تلك النظرية وصلاحيتها للتطبيق قد تتحقق تلك الشرطان اللذان يثبتانها.

---

117 هذان الشرطان أشار إليهما الدكتور أسامة عبدالله قايد ، فهن يتفقن مع الأصل الذي قرره الفقهاء – رحمهم الله في الشريعة الإسلامية . انظر أسامة عبدالله قايد ، *المسؤولية الجنائية للأطباء* ، 160

118 أسامة عبدالله قايد ، *المسؤولية الجنائية للأطباء* ، (160 ، 161) نقلاً عن المصادر الأجنبية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وإذا كان المقصود بهذا الشرط : الأمور الخاصة التي لا علاقة بجوهر النظرية مثل أن تعتذر الجهات الطبية عن تسجيلها علمياً ، لظهور خلل فني يوجب ردها ، فإنه حينئذ يعتبر شرطاً لازماً ، ومن ثم فإنه يحرم شرعاً على الأطباء ومساعديهم اتباع أي نظرية اعتذرت الجهات العلمية عن تسجيلها ، والاعتراف بها لأسباب فنية توجب ردها ، وإذا لجؤو بتطبيق مثل هذه النظريات ، والدراسات الغير مقبولة والمردودة ، وحدث الضرر المتوقع منها ، فإنهم يعتبرون آثمين شرعاً ، وللقاضي عليه أن يحكم بخروجهم عن الأصول العلمية المتبعة عند أصحاب المعرفة والإختصاص ومن ثم يلزمهم بضمان ما أتلفوه.[119]

فالأصول العلمية تشملها وتشمل غيرها من الدراسات والنظريات الجديدة التي يستفيد منها وأقرها أصحاب الإختصاص والمعرفة ، وليست محصورة في مواد معينة.

وهذا ما يؤكده الباحث بناءاً على ماسبق أنه لامانع على الأطباء ومساعديهم في أخذهم بالجديد المفيد ، بشرط أن يثبت اعتباره عند أصحاب الاختصاص ، بل يجب عليهم ذلك خاصة في الحالات التي يكون فيها ذلك الجديد أكثر أماناً وأخف ضرراً من سابقه ، لأن ذلك يتفق مع مقاصد الشريعة الموجبة لحفظ الأنفس[120] ودفع الضرر.[121]

ولكن إذا كان العمل بهذه الممارسات العشوائية وغير علمية يعتبر خارجاً عن أصول المهنة، وهذا الذي أشرنا إليه قد قرره الفقهاء في شروط الممارسة الطبية، فقال الإمام ابن قدامة رحمه الله (المتوفي:620هـ)[122] :" ولا ضمان على حجَّام ولا ختَّان ولا متطبب إذا

---

119 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطى ، *أحكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها*، 323.

120 الشاطبي، *الموافقات* ، (10/2) ، أبي حامد بن محمد بن محمد الغزالي ، *المستصفى* (مصر: مطبعة البابي الحلبي ، 1356هـ)، ط1، (27/1).

121 السيوطي ، *الأشباه والنظائر* ، 83 ، وابن نجيم ، *الأشباه والنظائر* ، 85.

122هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي أحد أئمة وشيوخ المذهب الحنبلي . ولد بجمَّاعيل (تسمى اليوم جماعين) من عمل نابلس في فلسطين سنة 541 هـ .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عُرف منهم حذق الصنعة ولم تجنِ أيديهم"123، فيتضح لنا أن خلاصة الأمر في ثبوت موجب المسؤولية هنا يتعلق بأحد الأمرين التاليين أو بهما معاً:

. مخالفة الأصل العلمي المعتبر

. مخالفة التطبيق العملي المعتبر

ويطلق على هاذين الضابطين في الواقع المعاصر (معيار الممارسة الطبية) ويسمى بالأجنبية "Standard of care"، والبعض يعرفه بأنه "العلاجي أو الإجراء التشخيصي الذي يتوجب على الطبيب اتباعه في حالة مرض أو ظرف سريري معين"، ومن الناحية القانونية هو: "مستوى الممارسة الوسط الذي يتبعه الطبيب عادة في مجتمع معين"، وهذا التعريف يعود إلى ما قررناه سابقاً من تحكيم "العرف الخاص". وبرز أيضاً مؤخراً مفهوم "الطب المسند بالدليل" ويسمى باللغة بالأجنبية "evidence based medicine"، وهو موقوف على أبحاث موثقة أجريت في مراكز متعددة وفق منهج يزيد مصداقية التجارب السريرية.124

وإذا كان الطبيب ملتزم بأصول المهنة الثابتة ومن ثم ترتب على علاجه سراية ضرر ما فلا يتحمله الطبيب ، لأن الفعل الذي قام به مأذون به شرعاً ولم يتعد كما ذكر ابن قدامة وغيره من الفقهاء، وذكر ابن قيم الجوزية قاعدة بديعة في هذا الفصل حيث قال:" سراية الجناية مضمونة بالاتفاق، وسراية الواجب مهدرة بالاتفاق".125

ب) : الخطأ:

123 عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ابن قدامة ، *المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني* (بيروت : دار الفكر ،1405هـ) ،ط1، 468/7.

124 عبد الله منجود ، *الممارسات الطبية بين خطأ الطبيب ومضاعفات المرض* - بتصرف Eastern Mediterranean Health Journal, Volume 10, Noa1/2, January /March 2004, Pages 198-207.

125 زاد المعاد – 128/4

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الخطأ : قال تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾126، فهذا دليل سقوط الإثم، وقوله تعالى:﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾127، وهو ما ليس للإنسان فيه قصد ولم ينوي به،128 وهو مسقطٌ لحق الله تعالى من جهة الإثم، ولكنه لا يُسقط حق العباد في الضمان، فهذا خير دليل على ثبوت الضمان على المخطئ، وهذا غاية العدل. ومن ثم لاتتعلق به مسؤولية الآخرة، ولكن يلزم صاحبه بضمان ما نشأ عن خطئه.

ج): الجهل:

فيستوجب الضمان أيضاً الجهل عند ممارسة الطب سواء كان الجهل كلي كأن يقوم شخص بمباشرة العمل الطبي ممرض كان أو عامي ، أم كان الجهل جزئي مثل أن يقوم طبيب عيون بإجراء جراحة في الباطنية والمتطبب الجاهل يضمن وهذا متفق عليه ، وهو نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم المذكور آنفاً " من تطبب ولم يعلم بالطب" ، وضابط هذا الجهل في الواقع المعاصر يتمثل في الإخلال بمتطلبات الطبيب من حيث كونه مؤهلاً علمياً وعملياً بحيث يحمل الشهادة العلمية في اختصاصه الطبي ويحمل ترخيص المزاولة في هذا التخصص، حيث يراعى في هذه التراخيص اجتماع المؤهل العلمي والعملي للطبيب كل بحسب اختصاصه.

وعرف المسلمون منذ زمن بعيد إجراء الترخيص الشهادة، ففي عام 319 هجرية أمر الخليفة العباسي المقتدر محتسبه إبراهيم بن بطحا بن أبي أصيبعة بمنع جميع الأطباء من القيام

126 سورة الأحزاب ، الآية 5.

127 سورة النساء ، الآية 92.

128 أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي ، *الأم* (مصر : المطبعة الكبرى الأميرية ،سنة 1325هـ) ، وبهامشه كتاب اختلاف الحديث للإمام الشافعي،ط1، (166/6).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بالمعالجة إلا من اجرى له رئيس الأطباء امتحاناً وكان في ذلك العهد رئيس الأطباء هو (سنان بن ثابت بن قرة) و كتب له رقعة بما يُطلق له التصرف فيه من الصناعة، وامتحن آنذاك في بغداد وحدها 800 طبيب إلا الذين لم يدخلوا الامتحان لشهرتهم وعلو شأنهم في الطب.[129]

فالجهل مقصود به هنا هو أن يباشر الإنسان على فعل أي مهمة من المهمات المتعلقة بالأعمال الطبية دون أن يكون أهلا لفعلها، و يشمل الجهل بهذا المعنى بنوعيه الكلي ، والجزئي ، وبالتالي ينحصر الكلام هنا في من يقدم على فعل الأعمال الطبية وهو جاهل بها بالكلية ، وهو مايسميه العلماء-رحمهم الله – بالمتطبب[130] ، أخذاً من قول الرسول عليه الصلاة والسلام : "من تطبب ولم يعرف منه طب قبل ذلك "،[131] وهذا النوع من الموجبات يعتبر من أشدها وأعظمها جرماً بعد موجب العدوان.

د) : الاعتداء:

وهو الإقدام على فعل ما يوجب الضرر بالمريض سواء بالأعمال الطبية أو بما تسلتزمه من مهام مع قصده ، كالفحص ، والتخدير ، فيقوم الطبيب بإجراء عمل طبي يضر الطبيب مع علمه بآثارها السيئة وقصده لها ، أو يقوم الطبيب الفاحص بادعائه إصابة المريض بمرض يستلزم التدخل بعمل طبي إذا أجريت له ، هلك أو تضرر في جسده ، مع علمه بتلك العواقب السيئة ، وقصده لها.[132]

وهذا النوع يرتبط بالقصد الباعث على فعل جريمته ، ويعتبر من أشنع الموجبات هذا النوع ، نظراً لما يتضمنه من الاستهتار واللامبالاة بحرمة الأجساد والأرواح كما أنه من الصعب إثباته .

---

129 عبد الله منجود ، *الممارسات الطبية بين خطأ الطبيب ومضاعفات المرض* - بتصرف Eastern Mediterranean Health Journal, Volume 10, Noa1/2, January /March 2004, Pages 198-207.

130 ابن القيم ، *الطب النبوي* ،109.

131 سبق تخريجه .

132 محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني الشنقيطى ، *أحكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها* ، 329.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ونظراً لصعوبة الاطلاع على القصد الموجود في القلب، فغالباً يكون الإثبات بدليل الإقرار إلا أنه يمكن الاهتداء إليه بواسطة القرائن القوية التي تشير إلى وجود قصده مع دلالة الحال الظاهرة من حصول الضرر بطريقة واضحة ، من أمثلة تلك القرائن : أن تقع الخصومة والمنازعة بين الشخص المتهم ، والمريض أو ذويه ، أو يثبت بالبينة سبق التهديد من الشخص المتهم، والمريض ومثل ذلك من القرائن.[133]

133 نفس المرجع، 329.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثالث: منهج البحث

أ. نوع البحث

ب. مصادر البيانات

ج. أدوات جمع البيانات

د. طرق تحليل البيانات

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثالث : منهج البحث

أ . نوع البحث : المنهج الوصفي المكتبي

فالبحث العلمي هو وسيلة للاستعلام والاستقصاء المنظم والدقيق الذي يقوم به الباحث بغرض اكتشاف معلومات أو علاقات جديدة بالإضافة إلى تطوير أو تصحيح المعلومات الموجودة فعلاً، على أن يتبع في هذا الفحص والاستعلام الدقيق، خطوات المنهج العلمي، واختيار الطريقة والأدوات اللازمة للبحث وجمع البيانات والمعلومات الواردة في العرض بحجج وأدلة وبراهين ومصادر كافية.

ويمكن تعريف البحث العلمي أيضا بأنه إجراء عملي منظم ومنضبط وموضوعي لإيجاد حلول لمشكلات ، أو تجمع بيانات عن مقترحات ، أو مقولات ، للتأكد من الظواهر الطبيعية ، الإجتماعية ، والنفسية ، بهدف التنمية والتطوير.[1]

منهج البحث : هو طريقة يستخدمها الباحث لجمع البيانات البحثية ، ولمقارنتها بالمعيار المعين ، وبالتالي في هذه الحالة يستخدم الباحث عدة أدوات للبحث التي تدخل ضمن هذه الأساليب البحثية للحصول على أقصى قدر من النتائج .

سيقوم الباحث باتباع المنهج الوصفي المكتبي، لأن استخدام المكتبة أمر ضروري مع كل منهج بحث والمنهج الوصفي هو وصف الباحث لواقع الظاهرة التي يريد دراستها وصفا دقيقاً

1 داوود بن درويش حلس ، *دليل الباحث في توضيح وتنظيم البحث العلمي في العلوم السلوكية* (إدارة التعليم ، شقراء ، منطقة الرياض التعليمية (سابقا) 2006م) ، 15.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كما هي ، معتمداً على ما يجمعه من معلومات دقيقة عن الظاهرة ، كيفية كانت هذه المعلومات أم كمية إحصائية ، ومن العوامل المؤثرة فيها [2].

فحسب قاموس لاروس[3] الموسوعي الكبير فهناك عدة معاني لكلمة منهج Methods،الإسم المؤنث، وهو في اللاتينية Methodus . وفي اليونانية Methodos ، من meta و bodos الطريق.

أولا: المنهج هو المسار العقلاني للفكر، الأخذ بالمنطق من أجل الوصول إلى المعرفة أو البرهنة على حقيقة ما، وبالتالي فالمنهج يختلف عن النظرية.

ثانيا: المنهج هو المجموع، المنظم بشكل منطقي، للمبادئ والقواعد المراحل التي تشكل الوسيلة من أجل الوصول إلى نتيجة ما: المنهج العلمي، منهج التحليل، منهج المعالجة.

ثالثا: المنهج هو طريقة الأخذ، حسب مسار منطقي، بتصرف، بعمل ، بنشاط، بحيث يمكن الوصول إلى نتيجة ما، منهج عمل، لم يتبع أي منهج في بحثه، يفتقر بحثه إلى منهج الخ...

رابعاً: المنهج في التكنيك هو مجموع الوسائل التي تسمح بإنجاز هذه أو تلك من السلع الصناعية، الإنتاج الخ...

خامساً: المنهج هو مجموع القواعد التي تسمح بتعلم تكنيك ما أو علم...منهج القراءة، الغناء الخ...[4]

---

2 القوسي ، *مناهج البحث التربوية بين النظرية والتطبيق* (الكويت: مكتبة الفلاح ، 2012م) ،199.

3 هو معجميّ وموسوعيّ فرنسي.أنشأ في عام 1852 م دار للنشر لا تزال تحمل اسمه حتى اليوم. ونظرا لأهمية المرجع فقد قامت دار نشر تونسية بتعريب موسوعة "لاروس" المعروفة عالمياً وهي موسوعة شاملة تتضمن كل المعارف والعلوم ومبوبة حسب كل أقطاب المعرفة من التاريخ والجغرافيا الى العلوم والتكنولوجيا الى الاقتصاد الاجتماع، الى الأدب والفن والرياضة وغيرها من المحاور والمعلومات والصور.

4 *Grand Dictionnaire Ehcyclopédique Larousse(GDEL)* Librairies Larousse Paris 1967, p 6884

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يحظى المنهج الوصفي بمكانة خاصة في مجال البحوث التربوية، حيث أن نسبة كبيرة من الدراسات التربوية المنشورة هي وصفية في طبيعتها، وان المنهج الوصفي يلائم العديد من المشكلات التربوية اكثر من غير، فالدراسات التي تعنى بتقييم الاتجاهات، أو تسعى للوقوف على وجهات النظر، أو تهدف إلى جمع البيانات الديمغرافية عن الأفراد، أو ترمي إلى التعرف على ظروف العمل ووسائله، كلها أمور يحسن معالجتها من خلال المنهج الوصفي.

ومنهج البحث المكتبي هو جمع المعلومات والوثائق المتوفرة للسجلات ذات العلاقة بموضوع مشكلة البحث. ويكون هذا الجمع بشكل دقيق – ومن ثم التحليل الشامل لمحتوياتها بهدف استنتاج ما يتصل بمشكلة البحث عن طريق ما يتم التوصل إليه من أدلة وبراهين تبرهن للإجابة على أسئلة البحث.[5]

والمنهج التحليلي فهو ليس منهجاً قائماً بذاته وإنما هو أيضاً خطوة من خطوات إعداد أي بحث وفي أي منهج . وبالتالي يقوم الباحث بتحليل ما تم جمعه من بيانات ومعلومات تحليلاً كمياً أو تحليلاً كيفياً.[6]

وسيعتمد الباحث في كامل بحثه على تتبع آراء الفقهاء وأقوالهم من أصول الكتب الفقهية ومناقشتها وتحليلها ومقارنتها بأحكام القواعد الفقهية والقانونية ، وقواعد القانون المدني الليبي ، مع توظيف منهج دراسة الحالة لبعض القضايا التي تم التوصل فيها إلى أحكام قضائية لعموم العاملين في المجال الطبي، حيث سيقوم بجمع المعلومات من (كتب – بحوث – وتقارير – وثائق – سجلات – قوانين – أحكام – إحصاءات رسمية – وغيرها.....)

التعريف بالمصطلحات من كتب المصطلحات المعتمدة أو من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح .

---

5 هند عبدالعزيز الربيعة ، " *منهج البحث الوصفي الوثائقي*" (السعودية: قسم ادارة وتخطيط تربوي مقدم إلى جماعة الإمام محمد بن سعود ، المستوى الثانسي) ، 20.

6 العساف صالح بن حمد ، *المدخل الى البحث في العلوم السلوكية* ، (الرياض: مكتبة العبيكان، 1421هـ)، 206 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاعتناء بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم والتنصيص للآيات الكريمة والأحاديث الشريفة ، ولأقوال العلماء وتميز الأقواس ، فيكون لكل منها علامته الخاصة .

تبويب المعلومات : ليهيئ الباحث المعلومات للتحليل الكيفي .

مراجعة المعلومات (النقد والتقويم).

تحليل المعلومات : بإستخراج الأدلة والبراهين التي تبرهن على الإجابات العلمية لكل سؤال من أسئلة البحث .

تفسير المعلومات : بعرض الإجابات التي تم التوصل إليها (أسئلة البحث).

أذكر في الخاتمة أهم النتائج التي تم التوصل إليها وكذلك التوصيات في هذا البحث .

ب . مصادر البيانات

لا يمكن أن يتم البحث العلمي وخطواته إلا عن طريق عملية جمع البيانات والمعلومات ، فجمع البيانات لابد لها من أدوات محددة تختلف باختلاف مناهج البحث التي اعتمدها الباحث

واعتمد الباحث في هذا البحث على المصادر الأساسية والثانوية

أولا : المصادر الأساسية

يقوم الباحث بجمع بيانات بحثه بنفسه ، عن المصادر التي تتضمن معلومات تنشر لأول مرة وتعتبر معلومات المصادر الأساسية أقرب ما تكون للحقيقة ، فيعتبر كثير من الباحثين هذه المصادر من أهم الأشياء التي لاغنى له عنها في بحثه لأنها تمده بمعلومات وبيانات ذات مصداقية عالية .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كما أن هذه المصادر مهمة من جانب إجراء المقارنات بين الموضوعات ذات العلاقة بدراسة الباحث ، سواء منها الزمنية أو الكمية والنوعية ، ومن هذه المصادر المراجع والكتب: وهي مصادر يرجع إليها الباحث في المقام الأول ، وكذلك الفهارس المتوفرة في إيداع الرسائل الجامعية ، وتفيد الباحث في الدراسات السابقة بصورة رئيسية ، وكذلك المجلات والدوريات العملية المحكمة ، ومن هذه المصادر:

القانون المدني الليبي لسنة 1953م .

إبراهيم بن علي ابن محمد بن فرحون ، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، مطبعة الفجالة ، مصر ، ط1 ، 1350هـ .

أبي محمد عز الدين بن عبدالسلام السلمي الشافعي ، المتوفى سنة 660هـ ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الشرق للطباعة ، مصر ، 1388 هـ .

أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي المتوفي: 884هـ، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ج5،1980م.

قانون رقم (17) لسنة 1986م بشأن المسئولية الطبية في ليبيا .

مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، الموطأ، كتاب العقول، باب عقل الجراح في الخطأ، دار القلم، دمشق، ط1،1413 هـ - 1991 م.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر،بيروت،ط2،ج9 1412هـ-1992م.

محمد على البدوي الأزهري ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، طبعة2013 ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي – ليبيا .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام ، القاهرة: دار النهضة العربية، بلا سنة نشر.

ثانيا : المصادر الثانوية

سيستعين الباحث إلى المصادر الثانوية في كتابة هذا البحث ومن أمثلتها التقارير والمنشورات الرسمية ، والتقارير والمنشورات شبه الرسمية والتقارير والمنشورات الخاصة والرسائل الجامعية للماجستير والدكتوراه التي تمت مناقشتها ، وبعض الأبحاث الذي يراها الباحث مفيدة ، وأيضاً المصادر الإلكترونية وهي المصادر التي أتاحتها تكنولوجيا المعلومات كإستعانة الباحث بالشبكة الإلكترونية (الإنترنت) وأيضاً الأقراص المرنة والأقراص الصلبة وبعض الموسوعات الفقهية وكافة وسائل المعلومات الحديثه .

المصادر الثانوية هي التي تزود الباحث بتفسيرات للبيانات الأولية ولم تأتي من قبل خبرات شخصية يمارسها الأفراد وهذا لايعني أنها ليس لها قيمة ، بل بالعكس فإن لها قيمة كبيرة جداً ، وقد تكون أهمية المصادر الأساسية.

ج . أدوات جمع البيانات

فجمع البيانات في هذا البحث تعتمد على استخدام الدراسة الوصفية التحليلية ، وذلك لجمع المواد الفقهية والقانونية أو بيانات البحث التي سيستخدمها الباحث في بحثه ، سواء عن طريق تعيين البيانات أو عن طريق تحقيق الموضوعات المتعلقة بالبحث ، ووضع الأدلة المأخوذة من الوثائق والكتب مع بعضها بطريقة منطقية ، وأيضاً قراءة الكتب المتعلقة بالبحث ، ووضع أدلتها في تكوين النتائج التي تؤسس حقائق جديدة ، واستخراج النتيجة منها .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتعتبر هذه المرحلة مهمة ، حيث سيتم التجميع الفعلي للبيانات والمعلومات اللازمة للبحث بواسطة أدوات جمع البيانات التي اختارها الباحث وهي الوثائق والتقارير والدراسات السابقة ، وعلى الباحث أن يتوخى الموضوعية والأمانة العلمية في جمع المادة العلمية لدراسته سواء اتفقت مع وجهة نظره أم لم تتفق.

أما الوثائق فهي الطريقة التي سيعتمد عليها الباحث اعتماداً كلياً في عملية جمع البيانات حيث سيرجع إلى أصول البيانات في الكتب والمراجع التي تتناول موضوع البحث واستخراجها ومقارنتها بالبيانات المستخرجة أيضاً من الكتب القانونية لنصل إلى الغاية المرجوة والهدف المنشود من دراسة هذا البحث .

د . طرق تحليل البيانات

المقصود بطرق تحليل البيانات هو الاسلوب الذي سيستخدمه الباحث في تحليل البيانات في هذه الدراسة والذي سيعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي .

أولا: المنهج الاستقرائي :

هو المنهج الذي ينتقل فيه الباحث من الجزء إلى الكل، أو من الخاص إلى العام.. وهو يسير متدرجًا في التعميم حتى يصل إلى حكم عام أو قضايا كلية.. وهو يقوم في كل خطواته على الملاحظة والتجربة، واستقراء الجزئيات الواقعية، والمقايسة بينها حتى يصل إلى القوانين العامة. وبالتالي سيعتمد الباحث على هذا المنهج ليستدل منها على حقائق تعم على الكل.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويتحقق الاستقراء من خلال الملاحظة والتجربة، ومختلف تقنيات البحث المتبعة، ومعيار الصدق في هذا النوع من الاستدلال يكون من خلال التطابق الفعلي للنتائج المتوصل إليها مع الواقع.

فالمنهج الإستقرائي أو في مفهوم القانون المنهج التأصيلي، هو منهج يمر فيه الباحث بعدة مراحل هي: مرحلة تقصي وفحص ظاهرة معينة، ومراحل وصف تلك الظاهرة وتفسيرها، والانتقال من المظاهر الخارجية للظاهرة محل الدراسة إلى مظاهرها الداخلية، وإيجاد العلاقة بين السبب والمسبب، لينتهي إلى تقرير الحقيقة العامة التي تحكم تلك الظاهرة.[7]

ثانيا: المنهج الاستنباطي

المنهج الإستنباطي المعروف في الدراسات القانونية بالمنهج التحليلي ، وهو عكس المنهج الاستقرائي ، فالاستنباط هو عملية استخلاص منطقي بمقتضاها ينتقل الباحث من العام إلى الخاص. يبدأ بوضع مقدمات عامة ينزل منها متدرجا إلى عناصر تندرج تحت هذه المقدمات.

فكلها مناهج تنطلق من الحقائق العامة أو القواعد العامة المتفق عليها ذات القوة التشريعية للوصول إلى المسائل الواقعية الفرعية التي تستمد حلولها من تلك الحقائق العامة،[8] ولهذا فالنتيجة التي يتوصل لها الباحث تكون متضمنة في المقدمة، وبالتالي تعتبر نتائج الاستنباط أخص من مقدماته.

ويلتزم الباحث في هذا المنهج باتباع دراسة تحليلية متعمقة لكل جزئية من جزئيات البحث ، فلا يكتفي بعرض ما هو كائن ، بل يتوجب عليه أن يتناول كل جزئية بالتحليل ، وهذا يستلزم أن يطرح الباحث وجهة نظره الذاتية حين قيامه باتباع التحليل اللازم.

---

7 زيد بدر فراج، *أصول البحث القانوني*، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2000)، 43.

8 سعيد إسماعيل صيني ، *قواعد أساسية في البحث العلمي*، (بدون مكان نشر: 1431هـ، 2010م) ،ط3، 107.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فالباحث وفقاً لهذا المنهج يبدأ من الحقائق الكلية إلى الحقائق الجزئية. والإستنباط هو الطريق لتفسير القواعد العامة والكلية وينتهي منها إلى استخلاص النتائج التي يمكن تطبيقها على الحالات النظيرة[9]. وذلك من خلال عرض بعض أحكام قضايا الأخطاء الطبية

ثالثا : المنهج المقارن

المنهج المقارن : هو الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، والباحث يعتمد من خلال ذلك على مجموعة من الخطوات من أجل الوصول إلى الحقيقة العلمية المتعلقة بالظاهرة المدروسة. وتستعين العلوم القانونية بالمنهج المقارن في الكثير من الدراسات، وذلك من خلال مقارنة مؤسسات قانونية بمؤسسات قانونية في نظم قانونية أخرى.

خطوات التحليل :

يجب القيام بجمع المعلومات وفق الطرق المعروفة في البحوث العلمية فلا بد من تجهيز هذه البيانات والقيام بتحليلها على الطريقة العلمية الصحيحة وذلك لكي يسهل علينا فهم البيانات المتحصل عليها من مصادرها وذلك من خلال الخطوات التالية :

1-أخذ المعلومة المتعلقة بالبحث في حوادث معينة وذلك بأن يراعي الباحث عند أخذه لكم هائل من المعلومات أن يلاحظ مدى تعلقها بالموضوع واتصالها به .

2-التحرير :وتستخدم هذه المرحلة في دراسة البيانات التي تم تجميعها ومن ثم فحصها .

3-التحليل : وهو تجزئة المعلومات لمعرفة محتواها العلمي الرصين وما مكوناتها العلمية الخاصة بالبحث .

4-التقسيم : وهو التفريق بين المعلومات المتحصل عليها لاختيار المتصل بالبحث أو ببعض الجزئيات المتطابقة مع الدراسة .

9 أحمد عبدالكريم سلامة، *الأصول المنهجية الإعداد البحوث العلمية*، (القاهرة: النهضة العربية، 1999)،43.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

5-التحقيق :وهو تكرار فحص البيانات التي قام الباحث بجمعها الجمع الأولي للتأكد من صحتها ومن نسبتها لمظانها .

6-الاستنتاج وهو أخذ الخلاصة من البيانات المجهزة تجهيزاً نهائيا لتسهيل عرضها وتقديمها في شكل قالب وبحث علمي متكامل العناصر، الصحيح جمعاً وصياغة وعرضاً واستنتاجاً .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الرابع: عرض البيانات والتحليل

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية في منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي .

المبحث الثاني: موقف القانون الليبي والفقه الإسلامي من المسؤولية المدنية للطبيب في الأخطاء الطبية.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية للطبيب في الاخطاء الطبية عند القانون الليبي والفقه الإسلامي .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفصل الرابع: عرض البيانات والتحليل

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية في منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي

سيتناول الباحث في هذا المبحث الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية وذلك لما أصابها من توثر في تحديدها هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية ؟ لذلك سوف نبحث في هذا الموضوع حول الجدل في تحديد طبيعتها وأيضاً سنبحث عن طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض ، هل هو التزام ببذل العناية أم بتحقيق نتيجة والأرآء القانونية حول هذا الموضوع .

تعرف المسؤولية لغة : بأنها حالة أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته يقال أنه بريئ منه مسؤولية كذا .[1]

والمسؤولية بوجه عام هي : حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخذة.[2]

كما أوضحنا في سابقاً أن المسؤولية قد تكون أدبية أو قانونية . فإذ خالف مرتكب الفعل قاعدة من القواعد الأخلاقية كانت المسؤولية أدبية ، وهي لا تتعدى سوى إستنكار واستهجان المجتمع لهذا الفعل.

أما المسؤولية القانونية : فهي الحالة التي يرتكب فيها الشخص فعلاً يسبب ضرراً للغير ، فيستوجب محاسبة القانون له ، وهي تقسم إلى نوعين كما تم إيضاحها في بداية الحديث حول هذا الموضوع: (مسؤولية جنائية ، مسؤولية مدنية).[3]

---

1 إبراهيم أنيس ، *المعجم الوسيط* (القاهرة: بدون دار نشر، 1960)،ج1، 411.

2 نفس المرجع ، 411.

3 سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني* (مكتبة مصر الجديدة ،1992)،ج1،ط5، 1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المسؤولية الجنائية : حيث يكون مرتكب الفعل الضار مسؤولاً أمام الدولة باعتبارها ممثلة للمجتمع ويختص القانون الجنائي بها في كل دولة.

المسؤولية المدنية : وهي التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه.

وتقسم المسؤولية المدنية بصفة عامة إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية ، فإذا كان الالتزام مصدره العمل الغير المشروع والفعل الضار ، أو واقعة مادية رتب عليها القانون التزاماً كانت المسؤولية تقصيرية، وإذا كان مصدر الالتزام الذي حصل الإخلال به العقد كانت المسؤولية عقدية ، لذلك نستطيع أن نقول أن المسؤولية العقدية هي الحالة التي يخالف بها الشخص التزام مصدره العقد ويخل بشروطه ، أما المسؤولية التقصيرية فهي حالة الشخص الذي يخالف التزام فرضه عليه القانون .

فهناك اتجاهين مختلفين أحدهم يعتبر أنها مسؤولية عقدية ، والآخر يعتبرها مسؤولية تقصيرية ولتحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية فيجب دراسة كلاً منهما وتحليلها والمقارنة بينها وعرض كل اتجاه على حدى وأدلته على ذلك وأيضاً سيذكر الباحث الرأي الراجح للوصول إلى الطبيعة القانونية .

المطلب الأول: المسؤولية العقدية

فالمسؤولية العقدية تتحقق بشكل عام إذا امتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه أو قام بتنفيذه بشكل معيب وأدى هذا إلى إلحاق الضرر بالدائن ، وهذا يستوجب بداية وجود عقد صحيح حصل الإخلال به.[4]

4 محمد وحيد الدين سوار، *النظرية العامة للالتزامات* (مطبعة جامعة دمشق، 1996)، ج1،ط8، 7

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والعقد الصحيح هو الذي يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محله قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع بأصله ووصفه ولم يقترن به شرط مفسد له.[5]

أركان المسؤولية العقدية

1-الخطأ العقدي

2- الضرر

3-العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

أولاً: الخطأ العقدي : وهو سلوك المتعاقد على نحو يتنافى ما التزم به في العقد إذا توافرت بقية الأركان فيسأل عن إخلاله الشخصي بالعقد فينشأ عن ذلك المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي وقد يسأل الشخص عن الغير أو عن الأشياء التي تحت الحراسة، والملتزم بالعقد قد يكون التزامه ببذل عناية أو تحقق نتيجة فيصبح مخلاً بالتزامه إذا لم يبذل العناية أو يحقق النتيجة المطلوبة منه دون أن يكون هناك سبب أخر أدى إلى عدم تنفيذ الإلتزام العقدي .

ثانيا : الضرر العقدي : وهو التعدي أو الأذى الذي ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي ارتبط المتعاقد المتضرر مع آخر أخل به على شكل عدم قيامه بالالتزام أو التأخر في التنفيذ أو تنفيذه بصورة معيبة أو جزئية.[6]

ويوجد أنواع للضرر الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي هي

1.الضرر الجسدي : وهو الذي يقع على جسم الإنسان من أذى وينتج عنه ضرراً معنوياً أو مالياً، وهو ينقسم إلى قسمين :

أ . ضرر جسدي مميت ويؤدي إلى إيقاف جميع أعضاء الجسم عن العمل ويسبب الوفاة.

5 القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976، (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999)، المادة 167.

6 منذر الفضل، *النظرية العامة للإلتزام ،مصادر الإلتزام* (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،1994)، ج1 ،292.287.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ب . ضرر جسدي غير مميت : وهو يسبب أذى في جسم الإنسان ويؤدي إلى تعطيل بعض وظائف الجسم ، وينتج عنه عجز جزئي أو كلي للإنسان المضرور.[7]

2 . الضرر المالي : وهو ما يصيب الشخص المتعاقد من خسارة بسبب الإخلال بالإلتزام المتعاقدين من الطرف الآخر.

3. الضرر المعنوي : وهو التعدي أو الأذى وينتج عنه ألماً معنوياً للمتضرر بسبب ما أصابه من حق أو مصلحة مشروعة للإنسان ومن أمثلة ذلك ما يصيب الإنسان في شرفه أو حريته أو كرامته أو سمعته أو عاطفته أو مكانته الاجتماعية.[8]

ثالثاً : علاقة السببية : وهي أن يكون الخطأ العقدي هو السبب في الضرر أي يجب قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر.[9]

ولذلك فلابد من توفر الأركان السابقة لكي تترتب المسؤولية العقدية، ولابد أن يكون هناك نوعين من الالتزام وهما التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة .

1). الالتزام ببذل عناية : وهو الجهد المبذول من المتعاقد ويكون ملزماً للوصول إلى غرض تحقق هذا الغرض مع عدم ضمان النتيجة أن لم يتحقق فهذا يعني أنه التزام بعمل ويقع على عاتق المدين أن يبذل مقدار معين من العناية وهذا هو المطلوب من الشخص العادي ، فمثلاً شخص إستأجر محلاً أو سكناً فالمستأجر هنا عليه أن يبذل العناية المطلوبة منه في المحافظة على العين (المكان) المستأجرة وأن يحافظ عليها كما يحافظ الشخص المعتاد.[10]

---

7 نفس المرجع، 302.300.

8 نفس المرجع، 302.

9 محتسب بالله بسام ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية* (بيروت: دمشق ، دار الإيمان ،1984م)،ط1، 78.

10 عبدالمعين لطفي جمعة ، *موسوعة القضاء في المسؤولية التقصيرية والعقدية* (القاهرة: عالم الكتب للنشر ،1979)،ج2، (15.14).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2). الالتزام بتحقيق نتيجة : ويكون على عاتق من يقع عليه الالتزام تحقيق نتيجة محددة وواضحة ويعتبر المتعاقد في هذه الحالة أنه أخل بالتزامه بمجرد تخلف هذه النتيجة ، ولا يكون هنالك ضرورة للبحث فيما إذا كان مخطئاً أم لا ، لأن عدم الوصول إلى النتيجة يعتبر كافياً لاعتباره مخطئاً ما لم يثبت أن عدم تحقق النتيجة وتخلفها راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ، كما هو الحال بالنسبة للمحامي الذي يطلب منه القيام بتقديم أحد الطعون خلال المدة القانونية ، فإذا لم يقم بذلك خلال هذه المدة يكون مسؤول عن تقصيره على اعتبار أن التزامه هو بتحقيق نتيجة ، وعليه فإن عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة ، وهو الذي يكون فيه المدين دائنه بشيء معين ، سواء كان نقل حق أو عمل أو امتناع عن عمل ، وعدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة هو خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس ، ويتحمل المدين عبء الإثبات في هذا الالتزام.[11]

الفرع الأول : الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية

الطبيب يرتبط بالمريض ، والمريض يرتبط بالطبيب ، فكلاهما يرتبطان مع بعضهما بموجب عقد ، منذ اللحظة التي يبدأ بها الطبيب علاج المريض في الظروف العادية ويكون ذلك بناءً على اتفاق مسبق بينهما ، فمجرد أن يقوم الطبيب بفتح عيادته ويضع عليها لافتته على العيادة فإنه يضع نفسه في موقف يعرض الإيجاب، و المريض عند قبوله لهذا العرض يتم إبرام العقد، فالمريض يطلب العناية والطبيب يتقبل الأجر ويقدم العناية المطلوبة منه.[12]

فمن هنا كان هناك اتجاه قانوني يعتبر أن مسؤولية الطبيب هي عقدية، ويستند على أدلة في رأيه.

---

11 سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني* ، 395.

12 أحمد محمود سعد، "*مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*" (أطروحة دكتوراة--جامعة القاهرة، مصر،1983) ،215.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وفي عام 1839 قد قرر القضاء الفرنسي أن طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي عقدية والتزام المريض بدفع الأجر للطبيب التزام تعاقدي.[13]

وعلى الرغم من أن المحاكم الفرنسية كانت طوال الفترة السابقة لهذا القرار تعتبر أن مسؤولية الطبيب تقصيريه تجاه مريضه غير أنها عدلت في القرار السابق عن رأيها واستمر الخلاف في الرأي إلى أن حُسِم الموقف، وصدر في 1936.7.20 القرار رقم 1936.1.88 والمنشور في داللوز دورية والذي ينص على أنه "يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يتضمن التزام الطبيب ، إن لم يكن بالشفاء فبتقديم العناية اللازمة وهذه العناية لا تكون كسائر العنايات وإنما يجب أن يستمد أصولها من نقاوة الضمير وحسن الانتباه والمطابقة لمبادئ العلم. [14]

والقرار الشهير الصادر بخصوص قضية تتعلق بسيّدة كانت تشكو من حساسية في الأنف وقامت بمراجعة طبيب اختصاصي بالأشعة عام 1925 فعالجها بأشعة X ونتج عن علاجه، تلف في الأنسجة المخاطية في وجهها ، فقام زوجها برفع قضية بالنيابة عنها أمام القضاء عام 1929 ، أي مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بزوجته.[15]

فمحكمة استئناف إكس الفرنسية أصدرت في 1931.1.16 حكماً تضمن رد الدفع بالتقادم المقدم من قبل الطبيب المعالج لإسقاط الدعوى، وجاء في القرار "أن الدفع بالتقادم طبقاً لنص المادة(638) في أصول المحاكمات الجزائية ، لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى دعوى مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب والمريضة ويلتزم

13 نفس المرجع، 216.

14 عبدالحميد الشواربي ، *مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية* (الإسكندرية: منشأة دار المعارف ،1998)، 99.

15 أحمد الحياري ، *المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة* (عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005) ، 38.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فيه الطبيب ببذل عناية دقيقة ومستقرة ومعينة" بل للتقادم بمرور ثلاثين عاماً طبقا لأحكام المادة (2262) من القانون المدني الفرنسي. [16]

واستقر القضاء في فرنسا منذ صدور هذا الحكم على أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه عقدية، ولا تسقط بسقوط الدعوى العمومية[17]، ومحكمة النقض الفرنسية اتجهت كذلك بالقول بأن علاقات المجاملة والصداقة بين الطبيب والمريض أيضا علاقة عقدية.[18]

كما أن سيدة أقامت دعوها رقم1658 لسنة1996م أمام محكمة بنغازي الابتدائية– في ليبيا ، قالت شرحاً لها: إنها أدخلت المستشفى لغرض الولادة إلا أن الطبيبة أخطأت في عملية الخياطة بعد الولادة مما أدى إلى فكها وإعادتها من جديد، كما أن الخياطة الثانية لم تكن أفضل من الأولى وقد سببت لها تشوهاً وأحداث حالة مرضية وتم إجراء عملية أخرى بمستشفى الجلاء وانتهت إلى طلب إلزام المتعدي عليها بدفع مبلغ خمسين ألف دينار تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بها، والمحكمة قضت لها بكامل طلباتها.

فبالتالي تكون علاقة الطبيب بالمريض علاقة عقدية، وكما نصت القاعدة القانونية في القانون المدني " أن كل خطأ سبَّبَ ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض" غير أن هناك حالات استثنائية يراها الباحث والتي تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية والتي سيتم تناولها في الاتجاه الآخر والذي يعتبر أن مسؤولية الطبيب المدنية ذات طبيعة تقصيرية ، والذي يتم التفصيل فيه لاحقاً .

16 عبدالحميد الشواربي ، *مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية*، 98.

17 محتسب بالله بسام، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية* ، 115.

18. أحمد محمود سعد ، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، 22.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفرع الثاني : حجج الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب عقدية

فالاتجاه القانوني الذي يعتبر أن مسؤولية الطبيب هي عقدية يوجد لديهم مجموعة من الحجج التي يبني عليها رأيه وهي :

أولاً : الرابطة العقدية : فالاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب هي عقدية اعتبروها حتى في الحالات العاجلة التي يقوم بها الطبيب بعلاج المريض فإنه يكون بحالة إيجاب دائم ومستمر تجاه الجمهور، وأن وضع اللافتة على عيادته والبيانات التفصيلية المتعلقة بالطبيب من حيث اسمه وتخصصه وعضويته في نقابة الأطباء ودرجته العلمية تدل على ذلك، وأيضاً فإن دعوة المريض لعلاجه يعد قبولاً للعقد.[19]

ثانياً: النظام العام : هنالك اتجاه يعارض الرأي القائل بأن مسؤولية الطبيب هي عقدية ويعتمد في رأيه بالقول أن حياة الإنسان لا تكون محلا للتعاقد وهذا العمل لا يتفق مع جعل المريض وجسمه تحت رحمة وسيطرة الطبيب الذي يمكن أن يتصرف بالمريض كما يريد، وأن هذا المريض موجود تحت حماية النظام العام في القانون المطبق وليس من حق الطبيب الاتفاق والعمل على خلاف ذلك.[20]

ولكن الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية فيرون أصحابه أن الاتفاق الحاصل بين الطبيب والمريض لا يعطي الحق للطبيب المعالج أن يضر بالمريض وأن التزامه اتجاه المريض هو التزام ذات طبيعة تعاقدية[21]، والعقد الطبي المبرم بين الطرفين يضع على الطبيب التزام بأصول

19 أحمد الحياري ، *المسؤولية المدنية للطبيب* ،35.

20 أحمد محمود سعد ، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*،234.

21 وفاء أبوجميل ، *الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا* ، (القاهرة: دار النهضة العربية،1987م)، 19.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقواعد المهن الطبية، وأن مسألة النظام العام تقرر الحد الأدنى لالتزامات الطبيب اتجاه المريض ولم تقرر أن يتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على المسائل الطبية.[22]

ثالثاً: المهن الطبية: فالمريض عندما يقوم بالتعاقد مع الطبيب لعلاجه فإن الطبيب يلتزم اتخاذ المريض بكل ما تقتضيه مهنة الطبيب والعلم من خلال بدل العناية اللازمة وفق ما هو مقرر في مثل حالة المريض وأن يلتزم بكل ما يطلب منه أن يقدم اتجاه مريضه وعن الجهود المطلوبة من الطبيب فإنها موجودة في القواعد والأصول العلمية لمزاولة المهن الطبية.[23]

رابعاً: الخدمات التي يقدمها الطبيب لا يمكن تقديرها مادياً: بالرغم أن القول هذا صحيح ولكن لا يجوز اعتباره أساس في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب في ظل أن الأمر يقوم بالمطالبة بأجره ويلتزم بعمل يتفق مع قواعد المهن الطبية ومحل التزامه مشروع وهو الالتزام بالعلاج، ويقع على عاتق المريض الالتزام بدفع الأجر المشار إليه في العقد الطبي وهو التزام ببذل عناية وهذا يلتقي مع إثبات ذلك بالمسؤولية التقصيرية[24] ، ويقع على الطبيب التزام عام يفرضه القانون عليه وأخر موجود في العقد وأن المسؤولية الطبية هي عقدية وليست تقصيرية ، لأن الاتفاق بين الطرفين أضاف شيئاً جديداً للالتزام القانوني، لأنه بدون وجود العقد ليس فيه حق المريض أن يلزم الطبيب المعالج أن يقدم له العناية الطبية اللازمة، وحيث أن الطبيب إذا لم يقم بما يطلب منه ويهمل في ذلك تتحق المسؤولية العقدية وهذا يؤكد القول بأن مسؤولية الطبيب هي عقدية.[25]

---

22 حسن الأبراشي، *مسؤولية الأطباء والجراحيين المدنية في التشريع المصري والمقارن* (القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية، 1981م)، 56.

23 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*،35.

24 أحمد محمود سعد، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، 212.

25 محمد وحيد الدين سوار، *النظرية العامة للالتزام*،ج1،ط8، (دمشق، مطبعة جامعة دمشق، 1996)، 280.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية

تعرف المسؤولية التقصيرية بشكل عام هي الحالة التي تنشأ خارج دائرة العقد ويكون مصدر الالتزام بها هو القانون، فإذا سلك الشخص سلوكاً سبَّبَ ضرراً للغير يلتزم بالتعويض لذلك فهي تقول على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير[26]، وهنالك **ثلاثة أركان للمسؤولية التقصيرية وهي:**

1- الخطأ التقصيري (الفعل الضار)

2- الضرر

3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولاً: الخطأ التقصيري (الفعل الضار)

ويقصد به الإخلال بالتزام مصدره القانون، ويتكون الخطأ التقصيري من عنصرين:

1 . التعدي : يوجد معيارين لكي يعتبر الشخص متعدياً أو متجاوزاً أحدهما شخصي على أساس النظر للفعل من خلال شخص الفاعل إذا كان حريصاً أو يقظاً للوصول للعمل الخاطئ، والآخر موضوعي على أساس النظر إلى الانحراف دون الاهتمام بالأمور والظروف الشخصية للفاعل مع ضرورة الإشارة إلى أن هناك حالات يتم فيها التعدي وفقاً للنص القانوني أو أن يكون مشروعاً كما في حالات الضرورة أو في تنفيذ أمر الرئيس أو في حالة الدفاع الشرعي.[27]

2 . عنصر معنوي وهو التمييز والإدراك: نجد أن الدول التي تقيم المسؤولية على أساس الخطأ فيلزم الإدراك والتمييز من قبل الشخص المتعدي فمثلاً الصبي المجنون في نظرهم لا تقر عليه

---

26 عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998)، المجلد الأول،ج1،ط،3 ،847.

27 منذر الفضل ، *النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام*، 342..

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مسؤولية عن أفعاله لأنه لا يتوفر لديه الإدراك والتمييز ولا يكون الشخص قد انحرف عن سلوكه بل يلزم الإدراك والتمييز .[28]

ثانياً: الضرر

فالضرر هو الأذى الذي يمس حق من الحقوق أو مصلحة مشروعية ويصيب شخص معين مما يلزم تعويضه ، وسواء تعلق الحق بالسلامة الجسمية أو المصلحة بالحياة ، أو بعدم المساس بالمال أو الشرف أو العواطف أو الحرية وغير ذلك.[29]و هناك شروط يجب توفرها للضرر في المسؤولية التقصيرية حتى يتم التعويض والتي سوف نتطرق إليها ومن ثم نتطرق إلى أنواع الأضرار في المسؤولية التقصيرية:-

1 . شروط الضرر في المسؤولية التقصيرية

أ . أن يكون الضرر محققاً: ويقصد به أن يشمل الضرر الحالي والمستقبلي أي يكون ثابتاً وواقعاً ولو كان ذلك مستقبلاً.[30]

ب . أن يكون الضرر مباشر: وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه ، ويعتبر كذلك إذا لم يكون في مقدور الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول.[31]

ج . أن يصيب الضرر حق مكتسب أو مصلحة مشروعة : في المسؤولية التقصيرية يشترط للتعويض عن الضرر أن يقع الضرر على حق مشروع يحميه القانون أو على مصلحة مكتسبة وبكل الأحوال تكون غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة ولا ترتقي بحق ثابت.[32]

د . أن يطلب التعويض شخصياً من الذي أصابه الضرر: أي أن يكون الأذى المطالب بالتعويض عنه قصد أصاب شخص المتضرر سواء بحق جسده أو ماله أو جانبه المعنوي، فلا

---

28 عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، 881.

29 سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني*، 133.

30 منذر الفضل ، *النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام*، 279.

31 عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، 90.

32 منذر الفضل ، *النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام*، 389 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تقبل المطالبة بالتعويض إلا من قبل الشخص المتضرر نفسه أو أي شخص آخر له صفة قانونية كخلفه العام أو وكيله، وأيضاً فإن الأذى لا يقف عند المتضرر لوحده فقط بل يشمل أناس آخرين ، وهو ضرر شخص بالتبعية وهو ما يمس الضرر المرتد.[33]

هـ . أن يكون الضرر لم يتم تعويضه في السابق: فالهدف من التعويض هو محو الأذى والتقليل منه ويكون بجبر الضرر وليس ايقاع الأذى بالفاعل، و للمتضرر لا يحق له أن يحصل على أكثر من تعويض على نفس الأذى إلا في حالة إذا كان الأذى غير مستقر، وهذا المعنى أنه لا يحق للمتضرر أن يقضي أكثر من تعويضه على نفس الضرر الثابت.[34]

2 . أنواع الضرر في المسؤولية التقصيرية :

ذهب أغلب فقهاء القانون المدني إلى العمل على تقسيم الضرر إلى ثلاث أنواع وهي : الضرر الجسدي، والضرر المالي، والضرر المعنوي.

أ . الضرر الجسدي : وهو الأذى الذي يصيب جسد الإنسان فإما أن يصيب الجسم بالأذى ولا يسبب الموت أو أن يسبب إزهاق روح الإنسان أو عاهة تسبب في تعطيل بعض أعضاء الجسم ويكون إما عجز دائم أو مؤقت.[35]

ب . الضرر المالي: وهو الذي يصيب المال فيسبب تلفه الجزئي أو الكلي فتنقص قيمته أو منفعته ومثال ذلك الأذى الذي يصيب الأملاك الشخصية كالأثاث أو تلف المحاصيل الزراعية .[36]

---

33 نفس المرجع، 395.

34 نفس المرجع، 399.

35 نفس المرجع ، 407.

36 سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني*، 138.137.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج . الضرر المعنوي: وهو ما يصيب الإنسان من ضرر في حريته أو شرفه أو سمعته أو عاطفته أو شعوره أو مركزه الاجتماعي أو المالي وما يفتقده الإنسان من الحب والحنان والعجز ويشمل الحزن والأسى.[37]

ثالثاً: رابطة السببية بين الخطأ والضرر

يجب توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر لكي تتحقق المسؤولية التقصيرية، فإذا لم تتوفر هذه العلاقة لا تقوم علاقة السببية رغم أنه في كثير من الأحوال يصعب تقدير الرابطة نتيجة لتعدد الظروف وتداخلها أي أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر، بل يصعب حتى تعيينها عند تعدد الأسباب التي اجتمعت على حدوث الضرر.[38]

كما توجد عوامل معينة قد تحدث وتؤدي إلى قطع علاقة السببية وتندرج تحت ما يسمى بالسبب الأجنبي والذي يكون فيه حدوث الضرر مستحيلاً وهو كل فعل أو حادث معين لا ينتسب إلى الفاعل ، ومن صور السبب الأجنبي :

1 . القوة القاهرة أو الحادث الفجائي : فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي تعتبر حادث مستقل عن إرادة المدينين ولا يمكن مقاومته أو حتى توقعه، وبالتالي يكون التنفيذ مستحيلاً.

2 . خطأ المضرور: والمقصود أن يكون خطأ المضرور لا يمكن إدراكه أو دفعه أو حتى توقعه بحيث لا يوجد وسيلة لتلافي وقوع الحادث بحيث يكون عمل المصاب أو تصرفه من الممكن هو الذي أدى لحصول الضرر بحيث تنتفي المسؤولية.[39]

3 . خطأ المضير: لكي تزول المسؤولية عن المدعي عليه فيجب أن يكون خطأ المضير هو السبب الذي أدى لحصول الضرر وبالتالي إذا استحال وقوع الضرر وغير متوقع ولا يمكن

37 عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، 864.

38 سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني*، 450.

39 منذر الفضل، *النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام*، 474.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تلافيه يكون سبباً أجنبياً، ويجب أيضاً أن لا يكون الغير من الأشخاص الذين يعتبر المدعي عليه مسؤولاً عنهم.[40]

الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية

فالمسؤولية التقصيرية كما ذكرنا سابقاً هي الحالة التي تنشأ خارج دائرة العقد ومصدر الالتزام بها هو القانون.

فمحكمة النقض الفرنسية قررت في عام1830 حكم صادر عنها أن مسؤولية الطبيب تقصيرية وبتعلق القرار بقضية مريض أهمل الطبيب في علاجه ونتج عن ذلك بتر ذراعه، و على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي وما بعدها تمت مساءلة الطبيب مدنياً.[41]

و محكمة السفن الفرنسية أكدت أن الطبيب يسأل عن الفعل الضار الذي أصاب المريض تقصيرياً وكل ذلك لا علاقة له بالحالات العقدية بين الطبيب والمريض وهذا بناءاً على القرار الصادر منها عام1913.[42]

فالمحاكم الفرنسية استقرت لفترة من الزمن على أن مسؤولية الطبيب تقصيرية لأن الالتزام الموقع بين الطرفين به إلتزام واحد وهو أن المريض يقوم بدفع الأجر للطبيب ولا يوجد فيه التزام آخر على الطبيب وأيضاً أن الالتزام المهني ليس له علاقة بالإتقان مع العميل لأنه يجهل هذه الالتزامات الموقعة وهذا الأمر يطبق على الأطباء والمرضى و أن هذه الالتزامات ليست من المفترض أن تدخل دائرة التعاقد وهي حسب وجهة نظرهم تقترب من الالتزامات التي

40 سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني*، 496.

41 أحمد محمود سعد، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، 333.

42 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 24.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يفرضها القانون وليس الالتزامات التعاقدية، و هذا الاتجاه حظى في الفترة آنذاك تأييداً من القضاء الفرنسي.[43]

وقد سار أيضاً في نفس الاتجاه جانب من الفقهاء الفرنسي أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه تكون تقصيرية والتزام الطبيب يكون ببذل العناية اللازمة ، ورغم أن العقد موجود بين الطبيب والمريض فيطالب هذا القول بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية وأن أصحاب هذا الرأي اعتبروا أن القرار الصادر بتاريخ 1936.5.20 من محكة النقض الفرنسية ليس له أي فائدة للمجني عليه وأن العقد مفترض وغير موجود في جميع الحالات، وأن القول بأن مسؤولية الطبيب عقدية وليس تقصيرية غير صحيح لأن محكمة النقض تجنبت تطبيق المادة 636 من القانون الجنائي الفرنسي المتعلق بالتقادم الثلاثي وذلك بقرار صدر منها، حيث أرادت الحكم بإخضاع الدعوى المدنية للتقادم الطويل، ولا يوجد سبب آخر لقرارها وأدى ذلك إلى تناقض، ولا يوجد أساس للتميز بين المسؤولين عن الفعل الحاصل لأن العمل الذي يرتكبه الطبيب مكون لجريمة ذات مسؤولية جنائية ومسؤولية حديثة.[44]

الفرع الثاني: حجج القائلين بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية

فالاتجاه الذي اعتبر أن مسؤولية الطبيب تقصيرية فقد اعتمدوا على حجج وهي

أولاً: المهن الطبية لها طبيعة فنية: فعلى الطبيب أن يكون عالماً بالأمور الطبية و لا يعلم المريض بهذه الأمور إلا القليل جداً، فطبيعة التزام المهن الطبية لا تدخل ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، فليس من العدل أن نكون مجال للتعاقد لأنها معروفة من قبل الأطباء فقط.[45]

---

43 نفس المرجع، 24.

44 محمد حسن عبدالحميد البينة، *نظرية حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية* (الكويت: مطبوعات جامعة الكويت، 1993)، 13.

45 أحمد محمود سعد، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، 232.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانياً: الحالات المفاجئة لإصابة المريض: فالمريض في حالة الغيبوبة وعندما يكون فاقداً للوعي وغير قادر على التعبير عن إرادته بالإيجاب أو الرفض مما يجعل من المستحيل تكوين علاقة تعاقدية بينه وبين الطبيب، ، وبالتالي يعتبر خطأ الطبيب تقصيري لعدم وجود العلاقة التعاقدية بينه وبين المريض.[46]

ثالثاً: واللافتة الموجودة على مدخل عيادة الطبيب: تدل على أنها تمثل دعوة للتعاقد و أن شروط العلاج لا يتم الاتفاق عليها إلا بعد حديث الطرفين وتفاوضهم ومعرفة سابقة على إبرامهم العقد، وغير ذلك فيه اعتداء وإهدار على حرية الطبيب وأيضاً تدخل أيضاً ضمن المسؤولية التقصيرية حالات الإستعجال.[47]

رابعاً: حياة الإنسان ليست محلا للتعاقد: وهذا غير واقعي لأن وضع المريض تحت سيطرة الطبيب ليتصرف بجسمه كما يريد لا يجوز، وحياته وسلامته يحميها القانون والنظام العام وأي شيء غير ذلك يعرض الطبيب للمسؤولية طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.[48]

خامساً: إخلال الطبيب بالالتزام بعلاج المريض لا تندرج ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض فالقاضي عندما يسأل الطبيب لا يفسر البيئة المشتركة بين الطرفين وبالتالي هو إخلال بالتزام قانوني وأن قواعد المهنة وعلاقتها بالضمير وعلم الطب تقوم على أساس التزام طبي، ولذلك يجب إقامة المسؤولية التقصيرية.[49]

المطلب الثالث: الرأي الراجح للطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية

فعندما أصدرت محكمة النقض الفرنسية القرار رقم1936.1.188 في 1936.5.20 استقر الرأي لدى القضاء والفقه الفرنسي على أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية

46 نفس المرجع، 233.

47 وجدان ارثيمة، *الخطأ الطبي في القانون الأردني*، 35.

48 وفاء أبو جميل، *الخطأ الطبي*، 19..

49 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية* (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 1999.)، 140.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عقدية وكذلك أخطاء كافة العاملين بالمجالات الطبية من جراحين وأطباء الأسنان وتخدير وأشعة وتمريض ومختبرات وصيدلة وغيرهم مسؤولية عقدية حتى لو كان العلاج بالمجان وعلى سبيل المجاملة والصداقة، لأن الطبيب عندما يقوم بالمباشرة في علاج مريضه بالظروف الطبيعية، يكون في الغالب قد أبرم عقداً مع المريض باتفاق الطرفين.[50]

غير أن هناك حالات استثنائية قد تنشأ و تكون مسؤولية الطبيب فيها تقصيرية والتي سوف يتطرق إليها الباحث وبالأخص في حالة عدم وجود رابطة عقدية

ويرى الباحث من استقرار الرأي في فرنسا إن مسؤولية الطبيب عقدية والإستثناء تقصيرية و لكي تعتبر المسؤولية عقدية يجب أن تتوافر شرط معينة وهي :

1 . وجود العقد الطبي بين الطرفين

ويقصد به " اتفاق إرادتين على أحداث أثر قانوني" وهذا لا يكون إلا بوجود عقد بين الطبيب والمريض.[51]

2. التأكد من صحة العقد

ويقصد به أن يكون العقد الطبي صحيحاً بحيث يتوافر فيه الأركان الواردة في القانون وهي الرضا والمحل والسبب، غير أن العقد الطبي جرى عليه العمل أن يكون بشكل شفهي وغير مكتوب بعد أن يعبر و يتبادل الطرفين(الطبيب والمريض) عن إرادتهما.[52]

3 . أن يتوفر لدى الطبيب والمريض شرط الرضا

فالمريض من حقه أن يختار الطبيب المعالج له بحرية كاملة ، غير أن هناك حالات يتم فيها اللجوء إلى ولي أمره إذا كان فاقداً للوعي أو قاصراً أو إلى الشخص الذي اختاره لينوب

50 المحتسب بالله بسام ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية*، 140.

51 محمد وحيد الدين سوار، *النظرية العامة للإلتزام*، ج1، 41.

52 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 59.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عنه وهي عندما يكون فيها من الصعب الحصول على موافقته من المريض . أما بالنسبة لرضا الطبيب فإن الطبيب له الحق في الرفض أو الموافقة[53]، ولكن إذا كان المريض في حالة خطرة تهدد حياته أو في حالة مستعجلة و رفض الطبيب علاجه لأسباب شخصية أو مهنية يفقد الطبيب حقه ويكون ملزماً بمعالجة المريض و تقديم العلاج الكامل للمريض ضمن إمكانياته المتاحة، مع مراعاة جميع الظروف المحيطة به، وإذا امتنع عن ذلك فإنه يعرض نفسه للمساءلة المدنية والجنائية.[54]

4 . توفر الأهلية لدى المريض والطبيب

فمتى بلغ كل شخص سن الرشد المحددة قانوناً يصبح آهلاً للتعاقد مع مراعاة أن أهليته لم تسلب منه ولم يفقدها بحكم القانون أو بسبب عارض فبالتالي تنتقل إلى من ينوب عنه للقيام بها فهذا بالنسبة للمريض.[55]

وعلى الطبيب الممارس للمهنة يجب أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لكي يكون العقد صحيحاً و أن تكون هناك إرادتين متوافقتين صدرت من ذوي أهلية .[56]

5 . أن لا يكون الخطأ ناتج لعدم التزام الطبيب بالعقد

إذا كان الخطأ المنسوب للطبيب له علاقة بالعقد المبرم بين الطرفين تكون المسؤولية عقدية، وكما يجب أن يكون المريض هو المتضرر من الخطأ.[57]

53 نفس المرجع، 60.

54 منذر الفضل، *النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام*، 86-89.

55 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 61.

56 منذر الفضل، *النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام*، 136.

57 وجدان ارتيمية، *الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني*، 50.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الحالات الإستثنائية التي تكون فيها ذات طبيعة تقصيرية :

أ. إذا كان تدخل الطبيب دون وجود عقد طبي

تعتبر المسؤولية الطبية تقصيرية في الحالات التي يقوم فيها الطبيب بواجبه الإنساني والمهني من غير الحصول على موافقة من المريض مثل الحالات التي يصعب فيها أو يستحيل الحصول على موافقة المريض للعلاج، كأن يتم إحضار المريض للطبيب فجأةً نتيجة لفقد وعيه أو إصابته بحادث سير ويكون ذلك من قبل الناس بحيث تكون حالته الصحية تستدعي تدخل الطبيب بشكل فوري وعاجل.[58]

ب. امتناع الطبيب عن علاج المريض

فالأصل أن الطبيب له الحرية في علاج المريض ولكن إذا امتنع عن تقديم العلاج للمريض من غير سبب وخاصة عندما يكون وضع حرج أو حالة طارئة وطبيعة وضعه الطبي تقتضي تدخله ويكون قد خالف قواعد مهنة الطبيب بسبب امتناعه، ويعتبر أيضاً متعسفاً باستعمال حقه ، فتكون مسؤولية الطبيب هنا تقصيرية.[59]

ج . الطبيب المعالج في المرافق والمستشفيات العامة

فالطبيب في المستشفى العام يمثل مركزاً تنظيمياً داخل المرفق الطبي ولا توجد علاقة تعاقدية بينه وبين المريض ولا يكون للمريض لديه حرية لاختيار من يعالجه وبالتالي لا ينعقد العقد بينهما، ولذلك يتم مسائلته بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطبية الحاصلة داخل المرافق المستشفيات الطبية العامة ، فالمريض هنا يستفيد من الخدمات التي يقدمها المرفق العام دون عقد مباشر بينه وبين الطبيب المعالج .[60]

58 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 140.

59 قيس الصغير، *المسؤولية المهنية الطبية في السعودية* (السعودية: لايوجد دار نشر، 1996)، ط2، 22.

60 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 83-84.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

د . أن يطالب شخص آخر غير المريض بالتعويض عن الضرر .

إذا قام شخص آخر غير المريض المتعاقد مع الطبيب بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج تكون المسؤولية الطبية ذات طبيعه تقصيرية.[61]

هـ . أن يصاب بضرر غير المريض المتعاقد

تكون المسؤولية تقصيرية أيضاً في الحالات التي ينتج عنها تدخل المريض إصابة الغير بقدر ، وإذا كان المريض مصاباً بمرض عقلي ونتج ذلك ضرراً للغير بسبب إهماله من الطبيب و عدم رعايته أو أهمل الطبيب صيانة جهاز طبي فينقل للغير العدوى أو يعطي تقرير طبي مخالف للواقع ويصاب الغير بضرر فتكون هنا مسؤولية الطبيب اتجاه الغير ذات طبيعة تقصيرية.[62]

و . وفي حالة وجود علاقة تبعية بين المتسبب بالضرر والمسؤول عن التعويض

فهنا تكون العلاقة تبعية بين شخصين أحدهما خاضع للآخر، ويكون للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة، والتوجيه وبالتالي تكون المسؤولية هنا تقصيرية ومثاله تبعية الصيدلي لمالك الصيدلية وتبعيه الممرضة للطبيب داخل العيادة الخاصة، وتبعية الطبيب لإدارة المستشفى .[63]

كما أكد ذلك الحكم الصادر من محكمة سبها الجزئية – ليبيا رقم2014/20 حيث إن سيدة أقامت دعواها بأنها أجريت عملية جراحية داخلية في أحدى العيادات، وبعد خروجها من العيادة بدأت المعاناة والمأساة للمدعية، حيث ظهرت ألام شديدة وقد ازدادت الألآم بحيث أصبحت لا تطاق وهذا ما جعلها تبدأ في رحلة العلاج والتردد علي العيادات المختلفة

61 أنور سلطان، *دراسات حول القانون المدني، المسؤولية المدنية*، محاضرات في كلية الحقوق(عمان: الجامعات الأردنية، 1989)، 43.

62 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 86.

63 أحمد محمود سعد، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، 102.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لاسيما العيادة التي أجرت العملية الجراحية بها ، وكان التشخيص في كل مرة هو تقلصات في القولون وبعض الغازات وبعد ان فقدت الأمل في علاجها في عدة عيادات داخل ليبيا، فقررت تبحث عن العلاج في الخارج، فسافرت إلى دولة تونس وهناك حصلت على الجواب الكافي بعد معاينتها وإجراء الفحوصات اللازمة، حيث ذكر التقرير الطبي لحالت المدعية وتطلب حالتها الصحية إجراء عملية جراحية مستعجلة على البطن بعد أن تبين بالصورة المقطعية وجود فوطة جراحية منسية محاطة بالأمعاء التي أحاطت بها ، فاستوجبت الحالة قص حوالي 70سنتمتر من الأمعاء مع خياطة لربط الأمعاء ببعضها. هكذا تم إجراء العملية للمدعية وإخراج الفوطة المنسية. وتأكد الإهمال وعدم مراعات الأصول والأساليب الطبية في توخي الحيطة الحدر أثناء اجراء العملية الجراحية فكان الخطأ قد أدى إلى فقد جزء من أجهزة الجسم منها مما تسبب في عدم التمتع بجهاز هضمي سليم ومتكامل وبالتالي فإن الضرر وعلاقة السببية قائمة . ولما كان القانون المدني ينص" ان كل خطأ تسبب في ضرر يلتزم مرتكبه بالتعويض" فطالبت المدعية بالتعويض وحكم لها بذلك .

وأيضاً إنه بتاريخ 21.12.2000 ، دخلت مورثة المدعين إحدى المصحات بغية علاجها من الإصابات اللاحقة بها نتيجة حادث مرور، وحددت إصابتها في قدمها اليسرى ووجها فقط، ونصحت بالحركة، وأجريت لها عملية على رجلها وقد أساءت حالتها واحتاجت إلى نقل دم أكثر من مرة، وذكر الطبيب المعالج أنها تعاني من نزيف داخلي في الأثنى عشر أودى بحياتها وتم عرض الجثة على الطبيب الشرعي تبين أن بها كسور في الأضلاع أدى إلى نزيف وتهتك بالرئة اليسرى وقد توفيت بتاريخ 23.12.2000، بسبب إهمال وعدم عناية أطباء المصحة التابعين للمدعي عليه الأول، وقد لحقهم ضرر بالغ بسبب ذلك، وطلبوا الحكم بإلزام المدعي عليهما بأن يدفعا متضامنين للمدعي الأول مبلغ خمسة عشر ألف دينار كتعويض له عما لحقه من ضرر مادي وأدبي من جراء وفاة والدتهم.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فبعد سرد الآراء المختلفة والجدل حول هذه المسألة وبعد دراسة الوقائع و الأحكام القضائية فالباحث يرى أن هذا تأكيد على أن مسؤولية الطبيب عقدية مع مراعات حالات الإهمال والتقصير من بعض الأطباء فيسألوا عن هذا الإهمال .

جدول 1 يوضح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب

حجج القائلين بأن مسؤولية الطبيب عقدية	حجج القائلين بأن مسؤولية الطبيب تقصيرية	رأي الباحث
الطبيب يرتبط بالمريض، والمريض يرتبط بالطبيب، فكلاهما يرتبطان مع بعضهما بموجب عقد، فمجرد قيام الطبيب بفتح عيادته ووضع لافته على العيادة فإنه يضع نفسه في موقف يعرض الإيجاب وعند قبول المريض لهذا العرض يتم إبرام العقد، فالمريض يطلب العناية والطبيب يتقبل الأجر ويقدم العناية المطلوبة منه.	حياة الإنسان ليست محلا للعقد، فحياته يحميها القانون والنظام العام، وأيضاً وجود لافته على مدخل العيادة تمثل دعوة للتعاقد ويعد ذلك على أن شروط العلاج لايتم الإتفاق عليها إلا بعد حديث الطرفين ، وطبيعة المهن الطبية لها طبيعة فنية لاتدخل ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، وفي حالات الإصابة المفاجئة هنا يكون المريض في حالة غيبوبة أوفاقد الوعي تجعل من المستحيل وجود علاقة تعاقدية.	تكون مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية وكذلك أخطاء كافة العاملين بالمجالات الطبية من جراحين وأطباء الأسنان وتخدير وأشعة وتمريض وصيدلة ومختبرات وغيرهم مسؤولية عقدية حتى لو تم العلاج بالمجان وعلى سبيل الصدقة والمجاملة مع مراعاة الحالات الإستثنائية التي تكون فيها مسؤولية تقصيرية مثل حال الإهمال والتقصير من بعض الأطباء.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الرابع: طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض

قد يكون المدين ملتزماً باستيفاء واقعة محددة، فيكون الالتزام حينئذٍ التزاماً محدداً بدقة، ولا يكون قد أوفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزماً فقط بأن يقدم عنايته، وأن يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى النتيجة، وقد جرت غالبية الفقه على تسمية النوع الأول بالالتزام بنتيجة، وعلى تسمية النوع الثاني بالالتزام العام بالعناية والحرص.

فإن تقدم العلوم الطبية المتعلقة بجسم الإنسان جعل من مسؤولية الطبيب أمراً بالغ الأهمية والخطورة في ظروف يقدر فيها المريض صحته بمعزل عن نظرة الطبيب المعالج، ومما تسبب أحياناً إلى إلحاق ضرراً كبيراً في أعضاء جسم الإنسان مما أدى إلى تداخل القانون والفقه والقضاء لإحداث توازن بين الحرص على حماية وسلامة أعضاء الجسم من جهة وقيام المسؤولية الطبية من جهة أخرى إذا ما ثبت اهماله أو تقصيره في أداء عمله وخاصة في حالة عدم الشفاء أو إحداث مضاعفات من شأنها المس بسلامة جسمه البدنية الأمر الذي أدى إلى ظهور مجموعة من المشاكل العلمية والقانونية بين الطبيب والمريض خاصة مدى التزام الطبيب عن الأفعال التي وقعت للمريض والتي لم تؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجوة في الشفاء.[64]

فماهي طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض ؟ هل هي التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة.

الفرع الأول : التزام الطبيب ببذل عناية

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أن الأصل العام هو أن يكون التزام الطبيب التزاما عاماً ببذل عناية واستثناء من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاماً بتحقيق نتيجة أي التزما

64 نائل عبدالرحمن صالح، *"مسؤولية الأطباء الجزائية"* ، مجلة العلوم والشريعة والقانون،العدد1(أيار: الجامعة الأردنية ،1999) ،152.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محدداً، فالطبيب لايلتزم بشفاء المريض لأن الشفاء من الله عز وجل ، وإنما عليه فقط أن يبذل في سبيل ذلك عنايته وحرصه.[65]

وبموجب عقد العلاج فيلزم الطبيب في الأصل أن يبذل في ممارسته لمهنته عناية وجهداً لتخفيف ألم مريضه ليصل إلى الشفاء ، والتزامه بالقواعد المهنية.[66]

والطبيب بمجرد أن يبذل العناية المطلوبة اللازمة تبرأ ذمته حتى لو لم يحقق نتيجة الشفاء، لأن الشفاء يتوقف على عوامل واعتبارات كثيرة لا تخضع دائماً لسيطرة الطبيب، كالورثه، ومناعة الجسم واستعداد المريض من الناحية الجسمانية، ودرجة استهدافه، وحالة العلوم والفنون الطبية التي قد تقصر في علاج المرض، وعدم تحسن المريض أو تدهور حالته الصحية أو موته لا يعني دائماً إخلال الطبيب بواجب بذل عناية والعلة في تكييف التزام الطبيب بأنه التزام ببذل عناية، فيتضمن العمل الطبي نسبة كبيرة من الاحتمال والتخمين والحدس، ومحل التزام الطبيب يقتصر على بذل العناية والتي تقوم على فكرة الاحتمال، التي تهيمن على نتيجة مهمته التي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله يشفي.[67]

ولتحديد التزام الطبيب فيسلتزم علينا أولاً أن نذكر العومل والظروف التي تدخل فيها ومنها :

أولاً : المستوى المهني : فواجبات الطبيب يتم قياسها بالمقارنة بطبيب آخر في نفس تخصصه وظروفه، مثلاً يتم مقارنة أخصائي عظام بآخر يحمل نفس الدرجة العلمية ونفس التخصص وبنفس الظروف.

---

65 أحمد بن يوسف الدريويش، "*خطأ الطبيب وأحكامه في الفقه الإسلامي*"(جامعة جرش، المؤتمر العلمي الأول، 1999)، 88.

66 وجدان ارثيمه، *الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني* ، 70.

67 فائق الجوهري،" *المسؤولية الطبية في قانون العقوبات*"(اطروحة الدكتوراة، كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، مصر، دار الجوهري للطباعة والنشر، بدون سنة نشر)، 131.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانياً: الظروف الخارجية: وهو الذي يكون فيه حالة المريض تتطلب علاجه في مكان لا توجد فيه الإمكانيات مثل موقع العلاج والوسائل المتاحة للمعالج، مثلاً قد يعالج المريض في مستشفى لديه أجهزة طبية وامكانات علمية كبيرة أو قد يعالج في مكان لا توجد هذه الإمكانيات، وتكون حالته تتطلب علاجه في مكان وجوده دون نقله للمستشفى أو العيادة، وبالتالي يتم علاجه وعند وقوع خطأ طبي فيأخذ كل ماسبق بعين الإعتبار.

ثالثاً: الجهود الطبية المبذولة من قبل الطبيب في معالجة المريض: فأن هذه الأمور يجب أن تتفق مع الأصول العلمية المعروفة في مهنة الطب، إلا الظروف الاستثنائية الخاصة، وعلى الطبيب اختيار أفضل الامكانيات المتوفرة والمحيطة به وأكثرها ملائمة لحالة المريض وإذا استخدام وسائل طبية قديمة في ظل التطور العلمي الكبير فلا يقبل منه ، ويجب عليه أن يستعمل الوسائل العلمية التي استقر عليها علم الطب، وهذه القواعد تحدد التزامات الطبيب عند علاجه المريض سواء وجد بينهما عقد أم لم يوجد[68] ، وفي الالتزام ببذل العناية إذا أقام الدائن دليلا على تقصير أو إهمال في بذل العناية الواجبة تقوم المسؤولية عليه[69].

وكما ذكرنا آنفاً إن (مهنة الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية قديمة قدم الإنسان من الزمن البعيد من تقاليد ومواصفات، تحتم على من يمارسها احترام الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال وأن يكون قدوة حسنة في سلوكه ومعاملاته مستقيماً في عمله، محافظاً على أرواح الناس وأعراضهم رحيماً بهم، وباذلاً جهده في خدمتهم، وتقوم المسؤولية الطبية بين الطبيب والمريض على بذل العناية وعدم الإهمال وليس الشفاء).[70]

68 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 150

69 نائل عبدالرحمن صالح، *مسؤولية الأطباء الجزائية*، 161.

70 الدستور الطبي الأردني، المادة الأولى، 1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتحديد العناية اللازمة تستند في العقد إلى معيار الاحتمال فإذا كانت الغاية من الالتزام غير محققة الوقوع أو احتمالية يكون الالتزام دائماً ببذل العناية الممكنة.[71]

والعقد بين الطبيب والمريض يعتبر أحد العقود النادرة التي ترتب التزاماً رئيسياً محله بذل العناية اللازمة ، وذلك لما يتميز به هذا العقد الطبي من سمات خاصة تختلف عن غيره من العقود وهذا هو الأصل في الالتزامات التعاقدية.[72]

و بتاريخ 1969.11.26م وفي القرار رقم 106/22 قضت محكمة النقض المصرية بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية في سبيل شفاء المريض لا بتحقيق غاية هي الشفاء، وأن واجب الطبيب في بذل العناية مناطة بما يقدمه طبيب يقظ في أوساط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة المهنة والأصول العلمية الثابتة ومن غير النظر في المسائل التي اختلف بها أهل المهنة، وعبرت كذلك بالقول" إن استحقاق الطبيب لأجوره يتم بمجرد قيامه بعمله (عملية جراحية) ما لم يقم الدليل على وجود تقصير يستتبع مسائلته" وعللت المحكمة ذلك بالقول أنه من حيث أن الطاعن الذي لم يقدم هذا الدليل جاء يدفع الالتزام بعدم نجاح العملية الجراحية في حين أن استحقاق الطبيب أجر خدمته ليس رهناً بالشفاء بل بأداء العمل الطبي بصورة فنية.[73]

فيبذل الطبيب تجاه مريضه جهوداً صادقة ومتناسبة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المقررة وهي الأصول المعروفة عند أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها من الأشخاص المنتسبون إلى هذا العمل، ولا يعني هذا أن الطبيب يطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء فمن حقه أن يترك على قدر من الاستقلال في التقدير ولا يعتبر

71 عبدالحميد الشواربي، *مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية*، 115.

72 محمد جمال الدين ، *مشكلات المسؤولية المدنية* (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1978)،ط1، 370.

73 نقض مدني مصري،1969.11.26 نقلا عن وائل تيسير ، *المسؤولية المدنية للطبيب*، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير منشورة (فلسطين ،كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، 2008)، 43.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مسؤولاً إلا إذا أتبت أنه أظهر جهلاً بأصول العلم أو الفن الطبي في اختيار العلاج وبالتالي يكون الطبيب مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر أو أجراها مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة، أو مثلاً نسي أن يربط الحبل السري للطفل وتركه من غير عناية، أو ترك سهواً في جسم المريض أداة من أدوات الجراحة ، ويكون أيضاً مسؤولاً إذا أغفل بعد إجراء عملية استخراج حصوة من المثانة عن العناية اللازمة وأدى ذلك للوفاة، فالطبيب إذا لم يبذل العناية اللازمة اليقظة أو إذا كانت العناية التي يبذلها مخالفة نتيجة جهله أو تهاونه للحقائق العلمية المستقرة أو المكتسبة يكون مخلاً بالتزامه.[74]

فرجال القانون الفرنسي شبه أجمعوا على أن الطبيب التزامه تجاه مريضه يكون بالحرص والعناية وأن يلتزم بشفاء المريض إنما ببذل عنايته وحرصه، وشفاء المريض أمر احتمالي وغير مؤكد، سواءً كان الالتزام مصدره القانون أو العقد.

الفرع الثاني : التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة

إذا كانت القاعدة هي التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة ، إلا أن هناك حالات استثنائية يقع فيها التزام الطبيب التزاماً محددا هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض.

والالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، وبألا ينقل إليه مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله من دم أو غير ذلك، وهذا يدفعنا إلى التطرق عن التزام الطبيب بصدد التركيبات الصناعية، والتزامات الأطباء، ومن أمثلة ذلك : الأعمال المخبرية، وعمليات نقل الدم، وجراحة التجميل، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وعدد محدود من العمليات الجراحية التي أصبحت الآن من قبيل العمليات العادية التي لا تحتمل صعوبة خاصة لاستبعاد عنصر الاحتمال، كعمليات الختان.

74 محتسب بالله بسام، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية*، 93.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أولاً: الجراحة التجميلية

فالجراحة التجميلية تعرف بأنها" مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهرة الجسم البشري، تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد" وعلى جراح التجميل يجب أن يتوفر لديه في هذا المجال التخصص الطبي الدقيق.[75]

فهذا النوع من الجراحة لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر.

وهذه الجراحة تعالج أنواع معينه منها: تطويل الأنف و التجاعيد في الوجه وتشوهات الحروق وآثار الحروب والإنفجارات والحوداث أو ضخامة الساقين أو الأسنان المعوجة وكذلك استئصال اللحميات والعظام البارزة وغيرها من أنواع الجرحة التجميلية.[76]

ولكن بعض رجال الفقه الفرنسي يرون أن جراحة التجميل تخضع للقواعد العامة وتعد فرعاً من فروع الجراحة ، ويجب الملائمة بين درجة العيب والخطر الممكن تعرض المريض له.

فإن جراحة التجميل ترتقي إلى مقام الجراحة العلاجية إذا كان التشوه شديد بحيث يغلق أمام صاحبه أبواب الرزق والزواج ويجعله محلاً للسخرية والاستهزاء على نحو يعرضه في النهاية للاضطرابات العصبية أو النفسية وتجعل حياته صعبة مما يدفعه ربما للإنتحار.

ولكن إذا كان السبب بسيطاً ومن الممكن معالجته بوسائل غير خطره وأثره صغير على نفسية المصاب، فإن ذلك لا يبيح للطبيب تعريض مريضه للخطر في سبيل إزالة العيب وإلا

---

75 عصام عابدين،" *الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون*" (اطروحة الدكتوراة-- جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2005م)، 87.

76 وجدان ارثيمة، *المسؤولية الطبية في القانون المدني الأردني*، 142.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كان مسؤولاً عن العمل الجراحي التجميلي ولو أجراه بناء على رضى المريض أو حتى ترجّاه.[77]

وهناك جانب من رجال الفقه الآن يعتبرن أن التزام الجراح في جراحته التجميلية هو التزام بتحقيق نتيجة، وإذا فشل الجراح في العملية فإنه يسأل ، إلا إذا أتى بالدليل على انتفاء العلاقة السببية بين الضرر الناتج من فشل العملية ومافعله، وبالتالي يقع على عاتقه تحقيق نتيجة حين تكون هذه العملية لا تفرضها ضرورة علاجية.[78]

ولكن هذا الرأي تعرض لإنتقادات عديدة، ، فلم تعد مهمة الطبيب تقتصر على علاج العلة الجسمية التي قد تصيب الفرد، و أن فكرة المرض قد اتسعت مع تقدم علم الطب بل أصبح من واجب الطبيب أن يعالج كل حالة نفسية قد يكون لها انعكاس على صحته أو سلامة أعضائه، فمثلاً نجد أن بعض الدول اضطرت إلى إخفاء المشوهين من جراء الحروب حتى لا يؤذوا الناس بمنظرهم المروع ولكي لا يؤدي ذلك إلى الجبن والخوف في الدفاع عن الوطن.[79]

فهؤلاء يحتاجون إلى العلاج بالجراحة التجميلية وهذا العلاج يصبح بنفس مستوى الجراحة العادية، والبعض اعترض بخصوص الجراحة التجميلية بالقول أن القواعد العامة تستلزم أن يكون تدخل الجراح مقصوراً به تحقيق غرض علاجي، وليس إصلاح تشويه جسماني، وحتى يكون هذا الاعتراض صحيحاً لابدا من قيامهم بإثبات أن جراحة التجميل لا تباشر أغراضاً علاجية، والرد على ذلك كما قلنا سابقاً أن التشوهات الجسمانية لها أثر فعّال وسلبي على نفسية الإنسان، ومن ثم على صحته فكيف تمنع الجراح أن يعالج شخص يشعر بالألم

77 منذر الفضل، *النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام* ، 30-31.

78 عبدالسلام التونجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، (القاهرة ، بدون دار نشر، 1966م) 410.401.

79 نفس المرجع، 411.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في حياته الاجتماعية ونسمح له أن يعالج شخص من أي ألم جسماني مهما كان هذا الألم تافهاً.[80]

وبخصوص تطبيق القواعد العامة على الجراحة التجميلية هناك اعتراض اخر وهو القول بأن القواعد العامة تستلزم أن يكون تناسب بين خطر المرض وخطر العلاج، و حسب قولهم فإن تطبيق هذا المبدأ يؤدي إلى استبعاد الجراحة التجميلية، لأن المفروض أن التشويه المراد إصلاحه لا يعرض حياة الإنسان للخطر، والرد على ذلك بالقول" أن هذا الاعتراض ليس له أثر كبير في تضييق دائرة الجراحية التجميلية إلى الحد الذي لا يتعرض معه المريض لمضاعفات وأخطار من غير أن تبرره الحالة الصحية للمريض.[81]

وأما عن القول بأن الجراحة التجميلية في جميع الحالات تعرض حياة الإنسان للخطر فهذا كلام غير منطقي، ويرد عليه بالقول أن المرجع في تقدير التناسب بين أخطار العلاج وفوائده فهو يتمثل في ظروف وملابسات كل حالة على حدة، وبالتالي يؤدي إلى عدم الخلط بين الحالات التي يكون الغرض منها مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول الإصرار والبقاء عليه عكس إرادة الزمن، فلا يكون تدخل الطبيب مبرراً إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشويه الجسماني لا تنطوي على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه أما إذا كانت مخاطر العملية لا يتناسب مع فوائدها، فإنه يكون مسؤولاً عن النتائج الضارة التي قد تلحق بالشخص من جرائها، حتى وإن حصل على رضائه مسبقاً وحتى لو قام بذلك طبقاً لأصول الفن الطبي.[82]

وبين الحالات التي يكون فيها التشويه شديداً لدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبئاً قد يدفعه إلى التخلص منها، ويكون للطبيب حرية واسعة في اختيار وسائل العلاج التي

---

80 حسن الإبراشي، *مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن*، 299-315.

81 عبدالسلام التونجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 408.

82 حسن الإبراشي، *مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن*، 298.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يراها مناسبة لمريضه، طالما أنها تندرج في القواعد والأصول المعروفة في الفن الطبي، وخصوصاً وأن فكرة المرض اتسعت ولم تعد قاصرة على الأمراض الجسمانية والعضوية، بل شملت الأمراض النفسية التي تم إيضاحها سابقاً.[83]

كما أن هناك شرط ضروري ومهم، يجب أن يؤخذ بالاعتبار وهو الذي تفرضه القواعد العامة وهو ضرورة أخذ رضا المريض بالعلاج، والرضا يجب أن يكون عن بينة، والطبيب عليه أن يخبر المريض بمخاطر العلاج، إلا حالة الضرورة والتي تكون فيه الحاجة ملحة ولمصلحة المريض فلا تكون مسؤولية عليه عند عدم احاطته بتفصيلات حالته الصحية، ولكن وبشكل عام يجب تنبيه المريض إلى النتائج المحتملة التي يتعرض لها نتيجة التدخل الجراحي حتى يكون على بينة من المخاطر التي قد تنتج.[84]

وتطبيقاً لهذا فقد قضت محكمة ليون الفرنسية بتاريخ1937.3.17 في القرار رقم22/536 بما يلي " إن الطبيب الذي يقوم بإزالة الشعر الغزير من جسم سيدة بالعلاج الكهربائي، فإذا لم يحدث منه أي تقصير في العلاج، فلا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة متى ثبت أنه لم يكن هنالك عدم تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج الكهربائي".[85]

---

83 نفس المرجع، 299.

84 عبدالسلام التوتنجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 404.

85 حكم محكمة ليون الفرنسية، بتاريخ1937.3.17م، نقلاً عن عبدالسلام التوتنجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 409.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وعند فقهاء الشريعة الإسلامية التجميل نوعان[86]:-

النوع الأول: وهو التجميل الجائز ولاحرج فيه، مثل إزالة العيب الناتج عن حوادث السير وغيرها ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أذن لرجل قطعت أنفه في الحرب أن يتخذ أنفاً من ذهب[87].

النوع الثاني: وهو التجميل المحرم وليس من أجل إزالة عيب بل هو زائد ولزيادة الحسن وأن الرسول صلى الله عليه وسلم لعن النامصة والمتنمصة والواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة في ذلك من إحداث التجميل الكمالي الذي ليس لإزالة العيب.[88]

فالفقهاء ذكروا نوع من جراحة التجميل، وهو قطع الأصبع الزائد، فقال الفقهاء " إذا أراد الرجل أن يقطع أصبعاً زائداً أو شيئاً آخر"، فنلاحظ أن الجراحة التجميلية لدى فقهاء المسلمين مباحة مادام رضا الشخص المعالج هو الأساس للإعفاء من المسؤولية ورأيهم لا يختلف عن التشريع الفرنسي وكما هو معروف أن القانون المدني الليبي أصله من القانون الفرنسي غير أن عدلت بعض الأحكام التي تخالف الشريعة الإسلامية رغم أنه لايزال هناك قصور.

ثانياً : الأعضاء الصناعية و تركيباتها

فالتقدم العلمي الكبير في علم الطب أدى إلى إمكانية الإنسان الذي فقد أحد أعضاء جسمه الاستفادة بأعضاء صناعية، لإزالة شكل العيب الذي نتج عن فقدها ولكي تؤدي له بقدر بعض وظائف الأعضاء الطبيعية كالأطراف الصناعية وتركيب الأسنان.

---

86 أبي زكرياء يحي بن شرف الدمشقي، *رياض الصالحين* (بيروت، سوريا: مؤسسة الرسالة، 1984)، 460-461.

87 نقلاً عن مجموعة العلماء، فتاوى موقع الألوكة ، (حتى آخر شهر صفر من عام 1429هـ، المكتبة الشاملة)،1. رواه أبو داود (4232)، والترمذي (1770) وقال: «حسن غريب»، والنسائي (5161، 5162). وحسنه الألباني؛ كما في «صحيح أبي داود» (3561).

88 بابكر الشيخ، *المسؤولية القانونية للطبيب* (عمان: مكتبة حامد للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر)،ط1، 2002.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وطب الأسنان يعتبر من المجالات الطبية التي أثارت كذلك خلافاً في الفقه والقضاء، حول طبيعة التزام طبيب الأسنان، وبصفة خاصة أخصائي أمراض الفم **stomatologiste** وجراح الأسنان **chirurgien- dentist** فيما يتعلق بتركيب الأسنان الصناعية **prostheses** أو مايطلق عليه **denter**[89] فهل يكون التزام الطبيب في هذا المجال، ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة؟

ويعتبر الطبيب مسؤولاً ومخلاً لالتزامه إذا كانت صناعة العضو رديئ المادة أو سيئ أو لم يكن نوعه وحجمه متفق مع جسم المريض أو عجز عن تأدية الوظائف المرجوة منه وأحدث ضرراً بالجسم ولا يمكن دفع ذلك من قبل الطبيب إلا بإثبات السبب الأجنبي ويجب أن يفرق بين العمل الطبي ومحل التزام الطبيب في بذل العناية والعمل الفني ومحل التزامه في خصوصه بتحقيق نتيجة، ويشمل العمل الطبي تقدير الملائمة في وضع العضو أو عدم وضعه وتهيئة الجسم له ووضعه فيه.

اتجه القضاء فيما يتعلق بالأسنان الصناعية إلى أن تركيب الطبيب للأسنان الصناعية ينطوي على جانبين أولهما طبي والذي يكون فيه الطبيب التزام ببذل عناية وتكون ببذل الجهود اليقظة الصادقة في اختيار ووضع الأسنان وتهيئتها لتتلائم مع حالة المريض، وثانيهما التزام فني والذي يكون الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة، قوامها تقويم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف بحيث يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية، فإذا لم تؤدي هذه الأسنان الوظائف المطلوبة منها أو سببت للمريض ألما كبيراً اعتبر الطبيب مخلاً بالتزامه وتقوم المسؤولية إلا أنه يستطيع دفعها بإثبات السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين التنفيذ[90]، وكذلك يسأل طبيب الأسنان عن الألآت والأجهزة التي يستخدمها شأن الطبيب العادي، ويسأل عن الأضرار التي يسببها للمريض خلال عملية العلاج ، فالقضاء الفرنسي أدان

89 عبدالله سالم الغامدي، *مسؤولية الطبيب المهنية*،(جدة: دار الأندلس الخضراء، 1997)، 17.

90 وجدان ارثيمة، *الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني*، 85-86

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

طبيب الأسنان وأقام مسؤوليته عن الأضرار بالمريض حيث (خرق لسانه وتمزقت أغشية الفم عنده) بسبب انقلاب ألة من يده أثناء عملية العلاج، ويسأل عن عدم وضع الأدوات في جهاز التعقيم قبل كل علاج بمدة معينة.[91]

وهذا ما يؤكده الباحث فإن معنى أن يكون التزام طبيب الأسنان هنا بتحقيق نتيجة، هو أن يلتزم تقديم طاقم أسنان للمريض بأن توفر الوظائف المطلوبة ، بأن تؤدي الأسنان الصناعية وظيفة الأسنان الطبيعية دون ألام أو أضرار جانبية ويلزم الطبيب بضمان العيوب الخفية.[92]

ثالثاً: نقل الدم والسوائل والتحاليل الطبية والتطعيم

يعتبر نقل الدم من العمليات المألوفة في الطب منذ وقت طويل، وتؤدي دوراً مهما في إنقاذ حياة العديد من الأشخاص، وتقتضي هذه العملية وجود شخص ينقل منه الدم، وهو متبرع، وشخص آخر ينقل إليه الدم، متى كان محتاجاً إليه، وتكون مسبوقة بالضرورة بتحليل الدم، سواء للمعطي أو للمنقول إليه، من أجل معرفة فصائل الدم، والتوافق بينها وخلوها من الأمراض.[93] ويتولى تنفيذ هذه الإجراءات أطباء متخصصون، خاصة بعد أن أصبحت تحاط عمليات نقل الدم بضوابط وقيود مشددة، من أجل ضمان سلامة الأشخاص، على إثر اكتشاف ذلك المرض الخطير والفتاك، المعروف باسم فقدان المناعة الإيدز.[94]

ويذهب جمهور الفقه والقضاء في نقل الدم أن التزام الطبيب المتخصص بنقل الدم التزام بتحقيق نتيجة وأن يضمن للمتبرعين بدمائهم عدم ترتيب أية آثار ضارة على عملية النقل .

---

91 نقض مدني فرنسي، حكم محكمة باريس 129/2 بتاريخ 1963/6/4، نقلاً عن منصور محمد حسن منصور، *المسؤولية الطبية*، 63.

92 أحمد بن يوسف الدريويش، *خطأ الطبيب وأحكامه في الفقه الإسلامي*، 215.

93 نفس المرجع، 213.

94 طلال عجاج، *المسؤولية المدنية للطبيب* "دراسة مقارنة" (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004)، 156.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد ثار في هذا الصدد قضية مهمة: حيث أدخلت إحدى السيدات مستشفى الرويس التابع لشركة بترول أبوظبي (أدنوك) والتي تشرف عليها إحدى الشركات الأمريكية لإجراء جراحة بالرحم، وخلال العملية احتاجت إلى نقل دم، وفعلاً تم نقل الدم إليها ، ولكن بعد العملية ظهرت عليها أعراض تبين بالفحص أنها أصيبت بمرض الإيدز(فقدان المناعة المكتسبة) بسبب الدم الذي نقل لها حيث تبين أنه مأخوذ من مساعد طبيب شاذ جنسياً يعمل بالمستشفى ويحمل المرض، وقامت المريضة برفع دعوى أمام محكمة أبوظبي الابتدائية على الطبيب المعالج ومساعد الطبيب الذي أخذ منه الدم الملوث وعلى الشركات الأمريكية المشرفة على المشفى حيث أسست دعواها على أن ما قامت به الشركة المدعي عليها والعاملون فيها من نقل دم ملوث بفيروس المرض من المدعي عليه مساعد الطبيب للمريضة قد تم دون مراعات الأصول الطبية والحيطة والحذر الواجبة عليها بعدم فحص وحدة الدم المأخوذة من مساعد الطبيب والتي نقلت لها رغم توافر أجهزة الفحص داخل المستشفى مما أدى لإنتقال الفيروس إليها، وقد أحالت محكمة الموضوع القضية إلى ذوي الخبرة وحكمة بإلزام المدعي عليهم بالتضامن وشركة التأمين بأن يؤدوا للمدعية مبلغ عشرة ملايين درهم خفضتها محكمة الإستئناف في أبوظبي إلى ستة ملايين.[95]

ومحكمة استئناف باريس قررت أن مركز الدم يعد هو المسؤول في عملية نقل الدم عن تقديم دم خالٍ من أية عيوب ، إلا إذا ثبت سبب أجنبي من مركز الدم، ويكون التزام مركز الدم بتحقيق نتيجة فحيث يستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو أحد مشتقات الدم أو مكونات المعالجة الصناعية.[96]

95 المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، *المسؤولية الطبية*، 420.

96 حكم محكمة استئناف باريس، بتاريخ1991.11.28م، نقلا عن محمد عبدالظاهر حسين، *مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم* (القاهرة: دار النهضة العربية ،1995)، 74.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والطبيب المعالج يعهد إلى طبيب مختص للتعرف على فصيلة الدم أو معمل للتحاليل الطبية، أو بنك دم، بحيث يتعهد المختص أو صاحب المعمل بتقديم نتيجة صحيحة للتحاليل، ويكون التزامه بتحقيق نتيجة وأي تقصير منه يعرض نفسه للمساءلة، حيث يطلب منه أن يحدد فصيلة الدم بشكل دقيق وأن يقدم دم خالي من جراثيم المرض عندما يطلب منه ذلك.[97]

وعلى ذلك فأن مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض الفرنسية ألزمتا مركز نقل الدم بالعمل على أن يكون ما يقدمه من دم أو ما شابه ذلك أي درجة من الخطورة بالنسبة للمرضى بما يهددهم بحدوث تداعيات مأساوية، وهذا ما يؤكده الباحث أيضاً في هذه الدراسة، و مجلس الدولة الفرنسي بسط على مسؤولية مراكز الدم عن تقديم دم ملوث وقرر انعقاد مسؤولية مركز الدم دون خطأ، أي بمجرد حدوث تداعيات ضارة ذات صلة بعملية نقل الدم أو مشتقاته، وبالتالي فإن محمكة النقض الفرنسية قضت بأن مراكز نقل الدم لا يمكن أن تعفى من الالتزام بالسلامة إلا بإثبات وجود سبب أجنبي لاصلة له به و تلتزم بأن تقدم إلى المتعاملين معها منتجات خالية من أي عيب.[98]

وأحياناً قد تقتضي حالة المريض الصحية الحقن عن طريق الفم أو الوريد أثناء خضوعه للعلاج الطبي بسوائل طبية مختلفة كالأمصال وغيرها، وإعطاء هذه السوائل تبقى مسؤوليتها على عاتق الطبيب بالتزام محدد بالسلامة وبتحقيق نتيجة، وأن هذا العمل لايسبب للمريض أية مضاعفات ضارة، ويتحقق الطبيب قبل الحقن من سريان مفعولها وقابلية إستقبالها لجسم المعطي[99]، وهو ما يعرف في ليبيا بحقن التجربة للتأكد من قابلية استقبالها لجسم المريض.

---

97 وجدان ارتيمه، *الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني* ، 80-83.

98 نقض مدني فرنسي95/2016، بتاريخ1995.4.12 ، نقلا عن ثروت عبدالحميد، *تعويض الحوداث الطبية* (القاهرة: دار الجامعة الجديدة، 2007)، 44.

99 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 231-232.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وبالنسبة لتطعيم الحقن، فهوى يقسم إلى قسمين أحدهما اختياري والآخر اجباري، فالاختياري وهو الذي يطلبه المريض ويصفه الطبيب وتطبق عليه القواعد العامة مع إلتزام بنتيجة تقع على كاهل القائم بعملية التطعيم، أما النوع الاجباري فهو الذي تقرره الدول من خلال الصحة العامة فيها، والأضرار التي تترتب عليها تؤدي إلى قيام مسؤولية الدولة بغض النظر عن الجهة الموزعة لها.[100]

ويجري في العديد من الدول بأن يتوجه أولياء الأمور لوحدهم لتطعيم أطفالهم من الأمراض السارية قبل وقوعها وذلك في عيادات خاصة وهذا ممكن وأفضل.

والطبيب المعالج يبقى التزامه ببذل العناية اللازمة إذا تعلق الأمر بفاعلية المصل من عدمه في الشفاء من المرض الأصلي، وإذا كان الطبيب متيقن من عدم الإضرار بالمريض من صلاحية جسم المريض لاستقباله المصل، يبقى التزامه بتحقيق نتيجة.[101]

رابعاً: إعطاء الأدوية

جرت العادة أن الطبيب يعين الدواء للمريض في تذكره ليصرفها من الصيدلي، بينما يحصل في العيادات والمستشفيات الخاصة أن يقوم الطبيب المعالج بتقديم الدواء مباشرة للمريض وبالتالي عليه أن يحقق نتيجة وأن يقدم أدوية غير ضارة وتتوافر فيها الصفات المطلوبة، وإذا سببت الأدوية التي يتناولها المريض أضراراً له فإن ذلك يزيد مسؤولية الطبيب أو الصيدلي أو الصانع لها أو مسؤولية مجتمعه لهم، ويسأل عن هذا الإخلال باعتباره التزام بتحقيق نتيجة ما لم يثبت السبب الأجنبي وبالإضافة لالتزامه العام ببذل العناية ، فالمفترض أنه يصف الدواء الذي له أثر إيجابي بحكم اختصاصه، وبالتالي فإنه يقع على عاتق الطبيب الالتزام بالسلامة والمتمثلة في عدم منح المريض أدوية تسبب له ضرر أو أدوية فاسدة أو أنها لا تؤدي بحكم طبيعتها وخصائصها المألوفة إلى تحقيق النتيجة المقصودة منها.[102]

---

100 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 50.

101 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 232-233.

102 المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، *المسؤولية الطبية*، 428.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

و الصيدلي فدوره يقتصر أحياناً على مجرد بيع الأدوية التي تورد له من مصانع الأدوية أو المستودعات، وهذا لا يمنع من إقامة مسؤوليته لأنه يستطيع من الناحية العملية التحقق من سلامة هذه الأدوية التي تباع للناس ، وإذا علم الصانع بفسادها أو عدم صلاحيتها فيعتبر شريكاً، ، وقد يسأل صاحب الصيدلية عن خطأ الصيدلي الذي يعمل لديه باعتباره تابعاً له حتى لو لم يكن صاحب الصيدلية فنياً إذ أنه اختاره وعليه رقابته والصيدلي و الصانع لا يضمن فعالية الأدوية ومدى نجاحها في العلاج .[103]

103 وجدان ارتيمه، *الخطأ الطبي في القانون المدني الأردني* ، 87-90.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جدول 2 يوضح طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض

التزام ببذل عناية	التزام بتحقيق نتيجة	رأي الباحث في طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض
يكاد يجمع الفقه على أن الأصل العام هو أن يكون التزام الطبيب التزاماً عاماً ببذل عناية واستثناء من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاما بتحقيق نتيجة أي التزاما محددا، فالطبيب لايلتزم بشفاء المريض لأن الشفاء من الله عز وجل، وإنما عليه فقط أن يبذل في سبيل ذلك عنايته وحرصه.	إذا كانت القاعدة هي التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة، إلا هناك حالات استثنائية يقع فيها التزام الطبيب التزاما محددا هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض ومن أمثلة ذلك الأعمال المخبرية، وعمليات نقل الدم، وجراحة التجميل، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وعدد محدود من العمليات الجراحية التي أصبحت الآن من قبيل العميات العادية التي لاتحتمل صعوبة خاصة لاستبعاد عنصر الاحتمال، كعمليات الختان.	فيرى الباحث أن التزام الطبيب يكون محددا بدقة تجاه المريض ولايكون قد أوفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزما فقظ بأن يقدم عنايته، وأن يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى النتيجة، فعلى الطبيب أن يبذل جهوداً صادقة ومتناسبة في غير الظروف الإستثنائية مع الأصول العلمية المقررة وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم. فيكون الطبيب مخلاً بإلتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة. أو إذا كانت مخالفة نتيجة جهله أوتهاونه للحقائق العلمية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الخامس: مناقشة التحليل

البعض يرى أن مسؤولية الطبيب تقصيرية لأن حياة الإنسان ليست محلا للعقد، فحياته يحميها القانون والنظام العام، وأيضاً وجود لافته على مدخل العيادة تمثل دعوة للتعاقد ويعد ذلك على أن شروط العلاج لايتم الاتفاق عليها إلا بعد حديث الطرفين ، وطبيعة المهن الطبية لها طبيعة فنية لا تدخل ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، وفي حالات الإصابة المفاجئة هنا يكون المريض في حالة غيبوبة أو فاقد الوعي تجعل من المستحيل وجود علاقة تعاقدية.

كما أن الباحث يرى أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية وكذلك أخطاء كافة العاملين بالمجالات الطبية من جراحين وأطباء الأسنان وتخدير وأشعة وتمريض وصيدلة ومختبرات وغيرهم مسؤولية عقدية حتى لو تم العلاج بالمجان وعلى سبيل الصدقة والمجاملة مع مراعاة الحالات الاستثنائية التي تكون فيها مسؤولية تقصيرية مثل حال الإهمال والتقصير من بعض الأطباء، فالطبيب يرتبط بالمريض، والمريض يرتبط بالطبيب، فكلاهما يرتبطان مع بعضهما بموجب عقد، فمجرد قيام الطبيب بفتح عيادته ووضع لافته على العيادة فإنه يضع نفسه في موقف يعرض الإيجاب وعند قبول المريض لهذا العرض يتم إبرام العقد، فالمريض يطلب العناية والطبيب يتقبل الأجر ويقدم العناية المطلوبة منه.

ويكاد يجمع الفقه على أن الأصل العام هو أن يكون التزام الطبيب التزاماً عاماً ببذل عناية واستثناء من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاما بتحقيق نتيجة أي التزاما محددا، فهذا ما يراه الباحث ويؤكد عليه وأن يأخذ القانون الليبي هذه المسألة في عين الاعتبار مع مراعات الحالات الاستثنائية التي أوضحها الباحث في هذا البحث ، فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض لأن الشفاء من الله عز وجل، وإنما عليه فقط أن يبذل في سبيل ذلك عنايته وحرصه، وإذا كانت القاعدة هي التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة، إلا هناك حالات استثنائية يقع فيها التزام الطبيب التزاما محددا هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض ومن أمثلة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ذلك الأعمال المخبرية، وعمليات نقل الدم، وغيرها ، ويرى الباحث أن التزام الطبيب يكون محددا بدقة تجاه المريض ولا يكون قد أوفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزماً فقط بأن يقدم عنايته، وأن يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى النتيجة، فعلى الطبيب أن يبذل جهوداً صادقة ومتناسبة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية المقررة وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم. فيكون الطبيب مخلاً بإلتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة. أو إذا كانت مخالفة نتيجة جهله أوتهاونه للحقائق العلمية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثاني : موقف القانون الليبي والفقه الإسلامي من الأخطاء الطبية

إن قضايا مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المهنية في مزاولة مهنة الطب أصبحت أعدادها في ازدياد كثير، خاصة بعد التقنيات الحديثة في الفحوصات والتدخل الجراحي وطرق العلاج والتي لا يكاد يمر يوم إلا ويحفل بالمزيد منها ، وعلي أي الأحوال فدور الطب الشرعي في تقرير المسؤولية في هذه الأحيان دور أساسي بل ورئيسي ومحرك لحكم القاضي وعلي السادة الأطباء الشرعيين أن يتوخوا الحذر كل الحذر حال التصدي لمثل هذه القضايا.

فكانت العلاقة بين الناس بسيطة وواضحة وكانت المعدات والآلات المستعملة وإن بدا فيها الإبتكار والإبداع بدائية بالمقارنة بما يعرف اليوم من تقدم العلوم والتقنيات الحديثة، وكان الناس يقفون على قدم المساواة من حيث المعارف التي يتمتعون بها للدخول في علاقات مع نظرائهم من البشر والأهم من ذلك أن المخاطر التي كان يتعرض لها الناس لا تقارن بما هي عليه اليوم بفعل ما صنعه الإنسان من حضارة عظيمة لا من حيث حجمها ولا من حيث تسلسلها الذي لا ينقص، فالكوارث والفواجع اليوم وبفعل ما صنعه الإنسان من حضارة عظيمة الخطر قابلة للتسلسل في حلقات يتضاعف فيها حجم الضرر عدة مرات وقد لمس التطور القانوني للمسؤولية ليواجه الحال الجديد ويتجنب المتغيرات التي تؤثر في عالم القانون، ولقد حدث ذلك في عدة مجالات وبطرق مختلفة امتدت إلى أساس المسؤولية ومن يقع عليه عبء التعويض وإيجاد مسؤول عن تعويض الضرر في كل الظروف والأحوال ووظيفة المسؤولية في حد ذاتها، فما معنى جماعية المسئولية.. ؟.[104]

جماعية المسئولية تعني إلغاء الفردية من المديونية والمسؤولية تجاه المضرور فالمدين بالتعويض في مواجهة المضرور لم يعد الفرد المخطئ بل هو المجتمع بواسطة عدة ذمم جماعية، فالمسؤولية أصبحت مسألة اجتماعية تهم الجماعة ولا يقتصر أثرها على المسؤول وحده، والجدير بالذكر أنه يمكن القول بشأن تطور المسؤولية المدنية في تشريعات البلدان العربية بأن معظم هذه

104عمران إبراهيم حسين ، *في جماعية المسئولية المدنية*، (ليبيا: بنغازي ،منشورات جامعة قاريونس، 1991)، 1،2،3.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

البلدان كانت تأخذ الشريعة الإسلامية أساساً في قوانينها حتى وقوعها تحت سيطرة الاستعمار الغربي الذي أخذ يفرض ثقافته القانونية وبالتالي حادت هذه التشريعات عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وأحلت محلها القوانين الغربية وكانت مصر أول دولة تقع فريسة لهذا فما يعرف بالتقنين المختلط عام 1875م، والتقنين الأهلي عام 1883م، وفي تونس التقنين التونسي سنة 1906م، والتقنين المغربي سنة 1913م، والقانون المدني الليبي سنة 1953م، والجزائري سنة 1965م، وقد قطعت بعض البلدان العربية شوطاً كبيراً للعودة للأصالة الإسلامية في تشريعاتها القانونية ومنها ليبيا ففي سنة 1969م شكلت لجان لإعادة النظر في القوانين القائمة وتعديلها بما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأخذ هذا التوجه يتعمق حتى الإعلان عن قيام سلطة الشعب في 2 مارس 1977م وإعلان القرآن الكريم شريعة المجتمع الليبي وعلى نهجها سار القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني الكويتي.[105]

وفي مجال المسؤولية المدنية أخذ المشرع الليبي بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية (عقدية أم تقصيرية) فقد جاء في نص المادة (166) مدني "كل خطاء سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" وعلى ما تقدم فأنني سأتناول المسؤولية الطبية من الناحية الموضوعية والقانونية في التشريع الليبي والقوانين التي تحكم هذه المسئولية.

فبتالي صدر في ليبيا القانون رقم 17 لسنة 1986م، حول المسؤولية الطبية وهو أول قانون متخصص في المسؤولية الطبية في العالم ، واستفادت منه دولة الإمارات العربية المتحدة عام 2008 فأصدرت القانون رقم 10 في شأن المسؤولية الطبية بدولة الإمارات.

105 سعد المصراتي مؤمن. المستشار في محكمة الجبل الأخضر، المسؤولية الطبية فى القانون الليبي، مقالات في القانون http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=13720&s=07722a09cc6567a4cece 9f6f6d02b6b1 تاريخ الإطلاع05.11.2017

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي والقانون الليبي في الأخطاء الطبية للطبيب

قبل الدخول بالموضوع لا بد أن نشير هنا إلى أن بعض الكتب أشارت على أن كلمة المسؤولية كلمة مستحدثة، وهي اصطلاح قانوني وفي الفقه الإسلامي يقابلها كلمة الضمان،[106] ولم يستعمل الفقهاء الأقدمون كلمة المسؤولية، واستعملها بعض الفقهاء المعاصرين ورجال القانون، وإن كان أساسه الأحكام الشرعية التي جاءت بهذا المبدأ،[107] أما فقهاء الشريعة فقد عبروا عنها بلفظ الضمان،[108] للدلالة على مسؤولية الشخص تجاه غيره، وما يلتزم به في ذمته من عمل أو مال.[109]

غير أن الباحث يخالف أراء بعض الكتب الذين يرون أن كلمة المسؤولية مستحدثة، ويرى الباحث أن كلمة ضمان أدق من المسؤولية، ولكن القول بأنها كلمة مستحدثة فهذا محل نظر ، فعن عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"،[110] فوجه الدلالة من هذا الحديث أن الإمام راع ومسؤول عن رعيته والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته) . قال وحسبت أن قد قال (والرجل راع في مال أبيه ومسؤول عن رعيته وكلكم راع ومسؤول عن رعيته)[111]

فسوف نتطرق في هذا المطلب إلى رأي الفقهاء في خطأ الطبيب وأيضاً أساس المسؤولية في الفقه والقانون وكذلك سنتطرق إلى الحديث حول الخطأ الجسيم والخطأ اليسير والمعيار

---

106 مجموعة من أهل العلم، *المعجم الوسيط* (مصر: نشر معجم اللغة العربية، 1400هـ)، مادة سأل،ج1،411.

107 أسامة عبد الله قائد، *المسؤولية الجنائية للأطباء* (دار النهضة العربية،1997م)، 289. عبد السلام التونجي، *مسؤولية الطبيب المدنية*، دراسة مقارنة (لبنان: دار المعارف، 1967م)، ط1، 46-47.

108 أبو البركات أحمد بن محمد العدوي ، الشهير بالدردير ، *الشرح الكبير* (المكتبة الشاملة، بلاسنة نشر)،ج3، 329.

109 2.وهبه الزحيلي، *نظرية الضمان في الفقه الإسلامي* (دمشق: دار الفكر، 1982.)، ط2، 6.

110 محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، *الجامع الصحيح المختصر*،(بيروت- اليمامة: دار ابن كثير ، 1407 – 1987)،رقم الحديث 853، ج1،ط3، 304.

111 نفس المرجع، 304.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العام في تقدير الخطأ الطبي بين الفقه والقانون ومن ثم سنتطرق إلى طبيعة المسؤولية الطبية أمام الفقهاء

الفرع الأول: رأي الفقهاء في خطأ الطبيب

الرأي الأول: إن خطأ الطبيب يعد موجبا للضمان.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية،[112] والحنفية،[113] في المعتمد من مذهبهم، والشافعية،[114] والحنابلة.[115]

الرأي الثاني: فلا مسؤولية ولا ضمان على الطبيب حين تزل يده أو تتحرك بدون قصد، فهو مستثني من الخطأ.

وهذا الرأي هو قول في المذهب المالكي، وذكره شيخان من شيوخ المذهب المالكي وهم: الإمام المازري، حيث ذكر أن في المذهب طريقتين في خطأ الإمام ومن أذن له في شيء فأتلفه غلطاً، كالأجير والخاتن".[116] والقاضي عبد الوهاب: وبه "قال القاضي أبو محمد: ما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان: أحدهما: أنه يضمن لأنه قتل خطأ، والآخر: أنه لا يضمن لأنه تؤبد عن فعل مباح مأذون له فيه، كالإمام إذا قدف إنسانا فمات".[117]

---

112 مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، *الموطأ، كتاب العقوب، باب عقل الجراح في الخطأ* (دمشق، دار القلم،1413 هـ - 1991 م)،ط1، 614. ومحمد بن أحمد القرطبي ابن رشد (الحفيد)، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* (المنصورة: مكتبة الإيمان، 1997م)،ج2،ط1، 418. عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، *شرح الزرقاني على مختصر خليل*، بهامشه حاشية البناني (مصر: مطبعة محمد أفندي مصطفى، بلا سنة نشر)،ج7، 29.

113 أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، *المبسوط* (بيروت: دار المعرفة، 1989م)،ج1، 14. والحصكفي، *الدر المختار* (بيروت: دار الفكر، 1386)، بهامش رد المختار، ج6، 69.و نظام وجماعة من علماء الهند ، *الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان* (دار الفكر،1991م)،ج6، 34.

114 يوسف بن إبراهيم الأردبيلي، *الأنوار لأعمال الأبرار* (القاهرة: مطبعة المدني، بلاسنة نشر)،ج2،523. محمد بن محمد بن أحمد ابن الأخوة القرشي، *معالم القربة في أحكام الحسبة* ، نقل وتصحيح روبن ليوي، (كمبرج: مطبعة دار الفنون ،1937م)، 164.

115 أبو عبد الله محمد المقدسي ابن مفلح، *الآداب الشرعية والمنح الرعية* (الرياض: نشر مكتبة الرياض الحديثة، 1391هـ)،ج2، 474. ، أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي، *الروض الندي شرح كافي المبتدي* (القاهرة: المطبعة السلفية، بلا سنة نشر)، 217.

116 أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، *المعلم بفوائد مسلم* ، تحقيق الشيخ الشاذلي النيفر (تونس: الدار التونسية للنشر، 1987م)،ج1، 305.

117 أحمد الضاوي، *بلغة السالك لأقرب المسالك* (بيروت: دار الفكر، 1995م)،ج2، 46.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

و يقول ابن رشد: " أنهم أجمعوا إذا أخطأ الطبيب وجبت عليه الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان، وما شابه ذلك، لأنه يعتبر خطأ في معنى الجاني. وفي رواية عن مالك إذا كان الطبيب من أهل الطب فليس عليه شيء".[118]

ما يجب في خطأ الطبيب:

1-فيجب على الطبيب تكاليف العلاج .

2- ويجب عليه أيضاً الدية على العاقلة.

أولاً: ما يجب على الطبيب من تكاليف العلاج

من أحدث ضرراً، يتعين عليه تحمل تبعاته ونتائجه والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "لا ضرر ولا ضرار"،[119] وهذه قاعدة من قواعد الشريعة العامة، فالنبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن مقابلة الضرر بمثله، وبالتالي فإن التدبير السديد يكون بالتضمين عن الضرر،[120] فإذا أدى خطأ الطبيب أثناء مباشرة العمل الطبي إلى إضرار بالمريض، فإنه يستعاد منه كل ما أخذه من المريض و لا يستحق الأجرة الناتجة عن العقد الطبي، لأن العمل الطبي الذي قام به تجاه المريض لم يحقق النفع له.[121] وأيضاً يتحمل الطبيب النفقات الطبية الأخرى الناتجة عن محاولة إزالة الأضرار التي يتعرض لها المريض.

---

118 محمد بن أحمد القرطبي ابن رشد، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد* ، ج2، 313.

119 محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري ، *المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع* (بيروت: دار الكتب العلمية ، 1411-1990م)، ج2،ط1،58. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه. ابن ماجه، *سنن، أبواب الأحكام*، 335. وأخرجه الإمام مالك في *الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء بالمرافق*، ج2، رقم 1234 ، 745.

120 انظر شرح هذه القاعدة، في: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1997م)،ج6، ط1، 165. زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم، *الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان* (بيروت: دار الكتب العلمية، 1980م)، 85. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الشافعي السيوطي، *الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية* (بيروت: دار الكتب العلمية، 1998م)،ج1، 178. أحمد بن محمد الزرقا، ، *شرح القواعد الفقهية* (دمشق: دار القلم، 1998م) ، 165.

121 محمد هشام القاسم ،" *المسؤولية الطبية من الوجهة المدني"ة*، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، (الكويت: السنة الخامسة ، ، يونيو 1981م)، 79.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وجاء في كتاب فتح المعين: أما غير الماهر والمقصود به الطبيب المتهاون أو المخفق ، فلا يستحق أجره، ويلزم بدفع ثمن الأدوية لتقصيره بمباشرته بما ليس هو له بأهل. فأسقط عنه حق الأجر، وألزمه ما أخذه من أجر على الأدوية.[122]

وجاء في كتاب الدر المختار: "للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء".[123]

وهناك مسألة مهمة لا بد من التنويه إليها وهي، خلع السن بالخطأ هل يضمن الطبيب أم لا؟

اختلف فيها الفقهاء:

أ- ذهب المالكية[124] إلى القول: الحجام لا شيء عليه ويأخذ أجره كاملاً، لأن المريض الذي قلعة ضرسه يعلم ما يقلع منه، إلا أن يصدق الحجام على ما قاله فلا أجر له، وعليه القصاص في العمد والعقل في الخطأ.

ولكن كيف يعلم المريض ما يقلع منه وهو واقع تحت تأثير البنج أو الألم ، فيرى الباحث أن هناك وجهة نظر في هذه المسألة .

ب- ذهب الحنفية[125] والحنابلة[126] إلى أن القول قول المريض، ويضمن القالع أرش السن.

---

122 زين الدين شهيد العزيز بن زين الدين المليباري، *فتح المعين شرح قرة العين بمبهمات الدين* (مصر: مطبعة عيسى البابي الحلبي)، 254.

123 الحصكفي، *الدر المختار* (بيروت: دار الفكر،1386)،ج5، 415.

124 محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل مع حاشية الشيخ علي العدوي، ج7، 29. أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، *الذخيرة* (بيروت : دار الغرب الإسلامي،1994م)، ج5، ط1، 448.

125 محمد بن محمد بن شهاب الدين البزاز، *الفتاوى البزازية، أو الجامع الوجيز* (مصر: المطبعة الأميرية، 1973م)،ج5، 90.

126 ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج7، 476.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قال ابن عابدين: "ولو أمر حجاماً ليقلع سنه ففعل، فقال أمرتك أن تقلع غير هذا فالقول قوله. والحجام ضامن، لأن الإذن يستفاد من جهته، ولو أنكره كان القول قوله. فكذلك إذا أنكر الإذن في السن".[127]

وقال ابن قدامة: "فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمن، لأنه من جنايته"[128].

لذلك يرى الباحث أن الميل لرأي الحنفية والحنابلة هو الذي يريح ويطمئن له القلب.

أما موقف الفقه الإسلامي، فيرون أن الطبيب لا يسأل جنائياً ولا مدنياً ولا تأديبياً إذا أدى عمله وفقاً للأصول العلمية المعروفة في مهنة الطب ولم يخطئ في فعله.

ج: أما إذا أخطأ في فعله فقد اختلف علماء المذاهب في حكم هذا الخطأ على النحو التالي:

1- فالمالكية يفرقون بين حالتين:[129]

الحالة الأولى: إذا كان الطبيب من أهل المعرفة وأخطأ في فعله ، فإن الدية تكون على عاقلته.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الطبيب من أهل المعرفة و أخطأ في فعله ، فإنه يعاقب بالضرب والسجن والدية.

2- أما عند المذهب الحنفي فيرون إذا تجاوز الطبيب المعتاد ضمن، ويشترطون بأن لا يترتب على هذا التجاوز هلاك المجني عليه، فإن ترتب عليه الهلاك ضمن نصف الدية، لأن هذه النفس تلفت بمأذون فيه.[130]

---

127 محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، *رد المحتار على الدر المختار* (بيروت: دار الفكر، 1412هـ-1992م)، ج9،ط2، =98.

128 عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، ، *المغني والشرح الكبير*(دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر)،ج7، 476.

129محمد بن أحمد القرطبي ابن رشد، *بداية المجتهد*، 379.

130 الحصكفي، *الدر المختار*، 43.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

3- أما عند الشافعية، فيرون أن الطبيب إذا أخطاء فهو ضامن لخطئه، بسبب ما جنت يده.[131]

4- أما المذهب الحنبلي، فيرى أن الطبيب لا ضمان عليه إذا عرف منه حذق الصنعة، أما إذا لم يعرف عنه حذق الصنعة ضمن، لأنه لا يجوز له ممارسة الطب في هذه الحالة، لأنه فعلَ فعلا محرّماً، ولذا فإنه ضامن.[132]

د: أن يكون العلاج هو الغرض من العمل الطبي ، فإذا قام الطبيب باستئصال إصبع لأحد الناس بهدف الإعفاء من الخدمة العسكرية، فإن الطبيب يسأل عن إحداث عاهة مستديمة عمداً.[133] أو قام الطبيب بعملية تفريغ لامرأة حامل من زنا بهدف التخلص من العار والفضيحة.[134]

فيجب أن يكون الهدف من عمل الطبيب هو علاج المريض، أو رعاية مصلحة شرعية بصفة عامة. وهذا هو السبب الذي من أجله رخص له الشارع بممارسة عمله، أما إذا استغل الطبيب بعلمه غرضاً آخر غير علاج المريض فإنه يسأل عن هذا العمل.[135]

أما القانون الليبي فهو يلزم كل من ارتكب خطأ بالتعويض كما أكدته المادة 166 من القانون المدني الليبي "كل خطأ سبب ضرارا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

ثانيا : يجب عليه الدية على العاقلة:

فإذا رتب خطأ الطبيب إلى تلف وضرر، فالفقهاء أوجبوا عليه الدية فقط ، واعتبروا أن خطأ الطبيب ، يعد من قبيل جناية الخطأ، واستدلوا على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ

---

131 أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي، *المجموع شرح المهذب* (الكتاب موافق للمطبوع ، المكتبة الشاملة، بدون سنة نشر) 100.

132 منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، *كشاف الاقناع عن متن الإقناع* (القاهرة: المطبعة الشرقية، 1319ه)، 35.

133 حسن عكوش، *المسؤولية المدنية* (القاهرة: بدون دار نشر، 1956م)، 252.

134 محمد البطراوي، *جريمة الزنا "دراسة مقارنة"* (القاهرة: بدون دار نشر، 1992م)، 200.

135 أحمد شرف الدين، *الأحكام الشرعية للأعمال الطبية* (الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 1403ه)، 48.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾[136] حيث دلت الآية الكريمة على إيجاب الدية على من أتلف نفساً مؤمنة على وجه الخطأ، والآية عامة وشاملة للخطأ الناتج من الأطباء أو غيرهم.[137]

وعند الفقهاء أن خطأه ليس له فيه اختيار ولم يكن مقصوداً فبالتالي لا يجوز تعزيره، حتى يلزمه الأدب، ولا يجوز تأديبه، وإنما يكتفي فيه بالدية على عاقلته.[138]

واتفق الجمهور من الفقهاء، إذا أدى خطأ الطبيب إلى تلف نفس فما دونها فيجب عليه الدية ، تحملها العاقلة عنه.[139]

قال ابن فرحون: "قال ابن عبد السلام: والجاهل يجب عليه التعزير، ولا يؤدب المخطئ".[140]

وجاء أيضاً في كتاب نهاية المحتاج للرملي: "ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف، وجبت الدية على العاقلة".[141]

---

136 سورة النساء، الآية 92.

137 محمد المختار بن أحمد الشنقيطي، *أحكام الجراحة الطبية وآثارها المترتبة عليها* (الطائف: طباعة مكتبة الصديق، 1993)، 508.

138 قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، *التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية* (دمشق: مكتبة الفارابي، 1991)،ط1، 301-302.

139 العاقلة: في اللغة: هم العصبة، وهم القرابة من قِبل الأب، محمد بن مكرم ابن منظور، *لسان العرب*، مادة: "عقل"، ج11، 458-462.

140 إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري ابن فرحون، *تبصرة الحكام في الأقضية ومناهج الحكام*، (مصر: المطبعة العمرة الشرقية، 1301هـ)، ج2، ط1، 243.

141 شمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب الرملي، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، ومعه حاشية الشبراملسي والرشيدي (مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1386هـ)،ج8، 35.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقال ابن المنذر[142]: "وأجمعوا أن من قطع الخاتن إذا أخطأ، فقطع الذكر أو الحشفة أو بعضها، فعليه ما أخطأ به، يعقله عنه العاقلة".[143]

يقول الإمام مالك: "الأمر المجتمع عليه عندنا أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة أن عليه العقل، وإن ذلك من الخطأ الذي تحمله العاقلة، وأن كل ما أخطأ به الطبيب أو تعدى، إذا لم يتعمد ذلك ففيه العقل".[144]

وفي كتاب المبدع لابن مفلح[145]: "إذا جنت أيديهم، بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة، أو تجاوز الطبيب فقطع السلعة موضعها، أو بآلة كآلة يكثر ألمها، وكانت فيهم حدق الصنعة وجبت عليهم الدية. وحكى ابن أبي موسى: إذا ماتت طفلة من الختان، فديتها على عاقلة خاتنتها".[146]

قال الخطابي: "لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض، كان ضامناً، والمتعاطي علما أو عملا لا يعرفه متعد، فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود، لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض، وجناية في قول عامة الفقهاء على عاقلته".[147]

---

142 هو الحافظ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر بن الجارود النيسابوري، ولد ابن المنذر في حدود سنة 241 هـ، حيث قال الإمام الذهبي في السير: ولد في حدود موت أحمد بن حنبل، وحدد الزركلي في كتابه الأعلام بأن مولده في سنة 242 هـ، ولكن يبدو أن تحديد الزركلي كان تقريبياً. رحل ابن المنذر إلى مصر طلباً للحديث والفقه، والتقى بالربيع بن سليمان (ت: 270 هـ) صاحب الشافعي وتلميذه، فوقف على كتب الشافعي التي صنفها في مصر وتيسّرت لابن المنذر التلمذة على يد أعلم فقهاء عصره بأقوال الصحابة والتابعين: الإمام محمد بن عبد الله بن الحكم (ت: 268 هـ).

143 أبو بكر محمد بن إبراهيم ابن المنذر، *الإجماع*، (قطر: مطابع الدوحة، 1401هـ)، 151.

144 مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، *الموطأ، كتاب العقول، باب عقل الجراح في الخطأ*، ج2، 853.

145 هو القاضي شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج الراميني المقدسي الدمشقي الصالحي (708 – 763 هـ / 1308 – 1362 م) هو أحد ابرز تلامذة الإمام ابن تيمية، المزي والذهبي وأحد أبرز فقهاء الحنابلة.

146 أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، *المبدع شرح المقنع* (بيروت: المكتب الإسلامي1980م)، ج5، 110-111.

147 أبو سليمان حمد بن محمد ألبستي الخطابي، *معالم السنن*، بذيل مختصر أبي داود المنذري (مطبعة أنصار السنة،1948م)، ج6، 378-379.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفرع الثاني : أساس المسؤولية في الفقه والقانون

الفقهاء قد رتبوا على ذلك أن الطبيب باعتباره يباشر العلاج للمريض لا يخضع فيما يقوم به من أعمال إلى قاعدة: المباشرة في الضمان، حتى وإن سبب له ضررا أو أذى، طالما لم يقع منه خطأ حسب أصول مهنة التطبيب، وفقاً لقاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان، وقاعدة: أن أداء الواجب لا يتقيد بشرط السلامة، ولأن ما يمكن الاحتراز منه فلا ضمان فيه. من هنا نلاحظ أن الشريعة الإسلامية تشترط لقيام مسؤولية الطبيب المدنية: وقوع خطأ منه في معالجته للمريض، وأن يترتب على هذا الخطأ ضرر، وأن يكون الخطأ هو السبب في الضرر أي علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أما القانون الوضعي فهو يتفق مع الفقه في اعتبار الخطأ أساس المسؤولية المدنية للطبيب، ولكن يختلف معه من جهة أن القانون الوضعي يأخذ بقاعدة الخطأ باعتبارها أساسا عاما للمسؤولية المدنية أيا كان نوعها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

فالخطأ الطبي في القانون الليبي يستمد أساسه ومعناه من المفاهيم العامة للخطأ في المسؤولية المدنية عن العمل الشخصي فقد أخذ المشرع الليبي بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية (عقدية أم تقصيرية) وفقاً لقاعدة: كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، ولم يلاحظ أي تشريع خاص نظم الخطأ الطبي على وجه الانفراد بمعزل عن قواعد المسؤولية، سواء في التشريعات العربية أو في التشريعات الأجنبية.[148]

ويرى الباحث أن القانون الوضعي يتفق مع الفقهاء والفقه الإسلامي من حيث عدم مسؤولية الطبيب عن أي ضرر يلحق بالمريض إذا التزم الطبيب في علاجه بالأصول الثابتة أو

148 عبد السلام التونجي، *المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب*، 133. وللمزيد انظر: مصطفى عبد الحميد عياد، " *الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب*"، مؤتمر الأخطاء الطبية في ميزان الشريعة والقانون، المؤتمر العلمي لكلية الشريعة، (الأردن: جامعة جرش الأهلية، 1999م)، 8-9.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المتعارف عليها في مهنة الطب، وكان مأذونا من الدولة ومن المريض أو وليه، أو بغير إذنهما في حالات الضرورة أو الخطورة المستعجلة.

الفرع الثالث : الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في الفقه والقانون

في بعض القوانين الوضعية نجدهم أنهم أخذو بمعيار التفرقة بين فكرة الخطأ اليسير والخطأ الجسيم وأنواع الخطأ.[149] ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطأ اليسير يتحقق إذا كان في استطاعة الشخص المعتاد توقعه، وأما الخطأ الجسيم فإنه يتوافر إذا كان في استطاعة كل شخص توقع النتيجة.[150]

وأصحاب هذا الاتجاه يرون مسؤولية الطبيب عن الخطأ الجسيم دون الخطأ اليسير، وحجة هذا الاتجاه أن الطب من العلوم الأكثر دوراناً على الاحتمال واعتماداً على الظروف فيكون الخطأ المهني جائز على كل طبيب.

أما الاتجاه الثاني تترتب المسؤولية الطبية على الطبيب سواءً كان الخطأ يسير أم جسيم ، غير أن أصحاب هذا الرأي أخرجوا من نطاق الخطأ اليسير اختلاف الرأي بين الأطباء أو الخطأ المشكوك فيه، معللين بوجوب ثبوت الخطأ على وجه القطع واليقين من غير شك لا ترجيح.[151]

أما عند فقهاء الإسلام ، فيرون أن الطبيب إذا باشر العمل الطبي بإذن المريض وتسبب في خط يسير وكان معتاداً فإنه لايضمن كما بينا سابقاً ، ولكن بعض الفقهاء اشترط أن لا يكون فاحشاً، وبالتالي يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للطبيب .

---

149 عبد الله بن سالم الغامدي، *مسؤولية الطبيب المهنية، دراسة تأصيلية مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة* (جدة: دار الأندلس الخضراء، 1418هـ)،ط1، 205. و أحمد زكي عويس ، *مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي* (مكتبة جامعة طنطا، 1990 م)، 71. ومحمود نجيب حسنى، *شرح قانون العقوبات، القسم العام*(دار النهضة العربية، بلاسنة نشر)، 21.

150 أحمد زكي عويس، *مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية*، 72.

151 رؤوف عبيد، *جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال*، (دار الفكر العربي،1965م)، 183 وما بعدها. عبد المنعم محمد داود، *المسؤولية القانونية للطبيب* ، (الإسكندرية: مكتبة نشر الثقافة، 1988م) ، 18.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ولقد حاول فقهاء الشريعة المعاصرين توضيح المراد بخطأ الطبيب الفاحش وخطئه غير الفاحش. فالخطأ الفاحش هو الخطأ الجسيم، وهو الخطأ الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر. أما الخطأ اليسير فهو الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه طبيب مماثل، والأول يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب دون الثاني.

غير أن نجد أن فقهاء الشريعة المعاصرين فرقوا بين الخطأ الفاحش "الجسيم"، والخطأ غير الفاحش "اليسير"، في المسؤولية الطبية، فيسأل الطبيب عن الأول دون الثاني، فهو محل نظر لدى الباحث، لأن نص الحديث بمسؤولية الطبيب إذا قام بالتطبيب ولم يكن معروفا بالطب، جاء عاماً ومطلقاً، غير أن الباحث يرى إذا كان الخطأ يسير ومن الممكن تفاديه لا يسأل الطبيب إذا شهد له بخبرته وكفائته، ولكن الأصل لا يسأل الطبيب ولا يفرق بين خطأ جسيم وخطأ يسير .

وكذلك مما تقدم لفظ "فاحشاً" عند بعض الفقهاء القدامى لم يقصدوا به ما ذهب إليه الفقهاء المعاصرون بالتمييز بين النوعين من الخطأ والمسؤولية، ولكن قصدوا به أن الأعمال التي يقوم بها الطبيب لعلاج المريض لا تشكل خطأ يوجب مساءلته إلا إذا كانت مخالفة للأصول الفنية أو العملية لمهنة الطب.

ويرى الباحث في هذه المسألة وبناء مما تقدم من عرض البيانات فإن المسؤولية الطبية تقوم على الطبيب في كلتا الحالتين ولا يجد حاجة للتفرقة بين الخطأ اليسير أو الخطأ الجسيم ، فيلتزم الطبيب بالأصول العلمية الثابتة والمتعارف عليها في مهنة الطب وتكون أعماله مباحة لأنه مأذون له من المريض ومن الشرع قبل هذا حتى لو لم يشفي المريض أو مات لأن الشفاء من عند الله عز وجل والطبيب عليه أن يلتزم بالعناية المطلوبة اللازمة، أما إذا خرج الطبيب عن الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب وتسبب في خطأ وهو يعالج المريض

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فيسأل عن هذا الخطأ ويتعرض للمساءلة والضمان (التعويض) سواءً كان الخطأ يسير أو جسيم.

غير أن القانون الوضعي ينتقد الرأي السابق ويرى أنه يجب ألا تكون هناك تفرقة بين الخطأ اليسير والخطأ الجسيم وعدم مسؤولية الطبيب عن خطئه إلا إذا كان جسيماً لأن هذه التفرقة لا سند لها في القانون، ولا يوجد من يبررها.[152] إضافة إلى ذلك أن الطبيب عندما يباشر العمل الطبي بحرية وطمأنينة فأن هذا سوف يقابله فائدة للمريض وهي عدم تعرضه لخطأ الطبيب .

وأيضاً احتجوا فقهاء القانون بصعوبة التمييز بين ما يعد خطأ يسيرا أو خطأ جسيماً، بقولهم أن طريقة معرفة الخطأ الطبي وحصره يحتاج إلى تصنيف الأخطاء، وهذا ليس بالأمر السهل، والفصل بينهما أمراً صعباً وعسيراً بسبب تشابه الأعمال ببعضها.[153]

نستطيع أن نخلص هنا إلى أن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء، بأنه يجب النظر إلى وحدة الخطأ الطبي، لاتفاقه مع حكم القانون الذي لم يفرق بين نوع وآخر من الأخطاء، بحيث يسأل الطبيب عن أخطائه الضارة بالغير أو بمرضاه دون تفرقة بين خطأ جسيم أو غير جسيم. فمن المعروف أن الخطأ المهني لا يتحقق جسيما كان أم يسيرا إلا إذا انحرف الطبيب المعالج عن الأصول المستقرة في علم الطب، والتي لم تعد محل خلاف أو جدال لدى الأطباء أو الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي.

وبذلك يتفق حكم القانون الوضعي مع حكم الشريعة الإسلامية حول وحدة مفهوم الخطأ أو وصفه في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب.

152 مصطفى عبد الحميد ، *الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب*، 13.
153 نفس المرجع، 13-14.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فالأعمال التي يقوم بها الطبيب في علاج المريض هي أعمال مباحة لأنه مأذون بها شرعاً وقانوناً، طالما التزم بالأصول الثابتة أو المتعارف عليها في مهنة الطب، فلا مسؤولية عليه ولا ضمان. فإن خرج عليها وثبت خروجه على وجه اليقين أو التحقيق عندئذٍ يعتبر مخطئاً فيتعرض للمساءلة والضمان.

الفرع الرابع : المعيار العام في تقدير الخطأ الطبي في الفقه والقانون

يعد التزام الطبيب بالأصول الثابتة أو المتعارف عليها في مهنة الطب من الالتزامات غير المحددة ، وأن الطبيب ملتزم بواجبه بعلاج المريض ، وتعتبر معالجة الطبيب للمريض من الأعمال المظنونة الشفاء، والشفاء من الله عز وجل ، حتى وإن التزم الطبيب في علاج المريض بأصول المهنة، فهي معرضة للنجاح أو الفشل.[154]

وعلى الطبيب الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة هذا ما أكدته المادة السابعة الا ما استثنى غير ذلك بنص خاص حيث جاء نصها وفق مواد القانون رقم:17/لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية كالتالي: "يكون التزام الطبيب ببذل عناية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك."[155]

فالبحث في أمر المسؤولية لم يكن بالأمر السهل كما قال محمود القبلاوي، فهي ترتب على فاعلها مسؤولية جنائية أيضاً لارتباطهما بجسم الإنسان.[156]

وعلى ذلك يتصور أن يجد الطبيب نفسه أمام القضاء مسؤولاً عن الضرر الناتج عن خطاء ارتكبه بحسن نية ولذلك شرّعت قوانين المسؤولية لحماية المرضى مما قد يصدر من أخطاء الأطباء وكذلك لتوفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم دون خشية إرهاب

154 مصطفى عبد الحميد عياد، *الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب*، 16.

155 المادة 4 من قانون المسؤولية الطبية في ليبيا لسنة 1986.

156 محمود القبلاوي، *المسئولية الجنائية للطبيب* (دار الفكر الجامعي ، 2004م)، 1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المسؤولية وفى جو من الثقة والاطمئنان ، وكانت بعض المدارس الفقهية والقانونية ترى عدم مساءلة الطبيب عن خطئه بحجة التقليل من شأنه وانعدام قيمة الشهادة العلمية الممنوحة له والأضرار بسمعة المهن الطبية وقد تنبه المشرع الليبي لذلك فأوجب التعويض عن الضرر الناتج عن ممارسة المهن الطبية وفى الوقت نفسه أقرّ قيام هيئة التأمين الطبي تكون لها الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة تلتزم بتغطية المسؤولية المدنية الناجمة عن الوفاة أو أية إصابة بدنية أو أي ضرر مادي أو معنوي بحق أي شخص وبذلك بتحقق أمران[157] :-

أولهما: `يحصل المتضرر على حقه من التعويض المناسب .

ثانيهما : خلق الوعي لدى الأطباء وغيرهم من المهن الطبية والرفع من أدائهم وخلق الشعور بالأمان والطمأنينة في أداء واجباتهم الطبية المهنية .

فهناك فئة مخاطبون بهذه الأحكام وهو ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم 17 لسنة 1986م بشان المسؤولية الطبية بأن أحكامه تسرى على كل من يمارس المهن الطبية والمهن المرتبطة بها وهى تلك المشار إليها في القانون الصحي (المادتان 109، 123) وهى : مهنة الطب ، وطب الأسنان ، والصيدلة ، والفحوصات المعملية(الكيمياء الطبية والبكتيرولوجيا ...والميثافولوجيا ،،،) وأية مهن أخرى بقرار من وزير الصحة، كم أقر القانون الصحي رقم : _106لسنة 1973م في المادة (123) المهن المرتبطة بمهنة الطب وهم القائمون بأعمال فنية والأعمال المساعدة للأطباء ، والصيادلة وأطباء الأسنان أثناء مزاولتهم مهامهم وتحت إشرافهم كالممرضات ، والقابلات وفني المختبرات ، والأشعة ، والعلاج الطبيعي ومساعدي الصيادلة وفني الأسنان وفني النظارات الطبية ، والمفتشين الصّحيين وغيرهم.[158]

157 http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=13720 المستشار سعد المصراتى مؤمن مقال منشور عن المسؤولية الطبية في القانون الليبي تاريخ الإطلاع 11.12.2017

158 تعاقب المادة 354 عقوبات ليبي بالحبس مدة لا تجاوز سنتين أو غرامة لا تزيد على خمسين جنيها. وهى تحت باب انتحال الألقاب ، والرتب ، وتعاقب المادة 251 من القانون ذاته بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنين وهى تحت باب ، تزوير الأوراق العرفية الموقعة على بيان.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ومن الجدير بالذكر إن القانون رقم 17\1986م اشتمل على علامات تحذيرية وأوجب بعض الأمور على المخاطبين بأحكامه، مخاطباً الطبيب بصفه خاصة وقد نص في المادة السادسة منه على جملة من المحظورات أهمها عدم إزهاق روح الانسان و عدم معالجة المريض دون رضاه وعدم استعمال الوسائل غير الطبية وغير المشروعة وعدم تحرير تقرير طبي مخالف للحقيقة والإدلاء بمعلومات أو شهادة كاذبة[159]،وقد نهى القانون على إجهاض الحامل أو قتل الجنين إلا إذا أقتضى ذلك أنقاد حياة الأم إلى غير ذلك من التعليمات التي يجب أن تكون معلومة بالضرورة إلى هذه الفئة من الموظفين وتابعيهم

والمبدأ العام في المجال الطبي، يقضي بالتزام الطبيب ببذل عناية، أي بذل الجهود الصادقة واليقظة، التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وأي إخلال بهذا الالتزام يعد خطأ يترتب عليه مسؤولية الطبيب.[160]

فالمعيار الموضوعي هو معيار الخطأ في هذا الشأن الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى وهو سلوك الشخص المعتاد. أي أن القاضي يقيس سلوك الطبيب على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى سواء كان طبيباً عاماً، أم طبيباً متخصصاً، أم أستاذاً في الطب، في سبيل الوصول لتقدير خطأ الطبيب في علاج المريض[161].

ويتفق الفقه مع القانون الوضعي الليبي في أن الأصل على الطبيب أن يبذل عناية وحرص تجاه المريض، وهذا ما يريد أن يصل إليه الباحث ويؤكده، فلا يمكن للطبيب أن يتعهد

159 مشار إلى ذلك كله بالمادتين 123، 109 من القانون رقم 106لسنة 1973م بإصدار القانون الصحي / الموسوعة التشريعية الليبية سنة 1973م / المجلد الخامس.

160 سليمان مرقس، *محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية*،(القاهرة: جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1958م)، 397. وطلال عجاج قاضي، *المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة*، 217.

161 أحمد شرف الدين، *مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة*، (الكويت، جامعة الكويت، 1986م) 43. محمود جمال زكي، *مشكلات المسؤولية المدنية*، ط1(القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978م)، 370.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للمريض بالشفاء وذلك لأن المعطيات الحالية لا يمكن من العناية والحرص الفنيين والتي يمكنه معها الوصول إلى نتيجة وهي الشفاء.[162]

1. إثبات الخطأ الطبي بين الشريعة والقانون:

إن الأصل في التزام الطبيب تجاه مريضه هو التزام ببذل عناية، وبذلك فإنه على المريض عبء إثبات خطأ الطبيب، بحيث يجب على المريض أن يقدم الأدلة التي تبرهن على انحراف الطبيب وإهماله وتهاونه في بذل العناية المطلوبة، أو أنه خالف القواعد الفنية المستقرة.[163]

ففي الفقه الإسلامي تطبق القواعد العامة في الإثبات، وفقا للمادة 76 من المجلة العدلية وهي قاعدة البينة على المدعي. فالمريض المضرور أو ذويه، المكلف بإثبات خطأ الطبيب إلى جانب إثباته للضرر وعلاقة السببية، فيلزم الطبيب بالضمان إذا ثبتت عليه المسؤولية.[164]

أما في القانون الوضعي عند الفقه والقضاء فهو يتفق مع الفقه الإسلامي بتطبيق قاعدة: البينة على المدعي، لمعرفة الخطأ الطبي وإثباته ، ويقع عبء إثباته على المريض باعتباره هو الذي يدعي خطأ الطبيب مما سبب له ضرر ما، ولأن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات على المضرور لا سيما في التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة لعلاج المريض.[165]

---

162 المغني، ج5، 542. الموسوعة الفقهية، ج1، 300. محمد أحمد بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المسماة: (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، (مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1966م)،ج5، 50. المحلى، ابن حزم، ج8، 196. المهذب، للشيرازي، ج1، 406. كشاف القناع، ج2، 302. الهداية، ج2، 194. غياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، *مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان* ،(مصر، دار السلام، 1999م)، ج1، ط1، 47-48. وقارن ب: محمود جمال الدين زكي، *مشكلات المسؤولية المدنية*، 32.سليمان مرقس، *مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى*، 164. أحمد سلامة ، *مصادر الالتزام*، رقم176(مؤسسة دار التعاون والنشر ،1975م)، 264.

163 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 132.

164 أحمد شرف الدين، *الأحكام الشرعية للأعمال الطبية*، 54.

165 عبد الرزاق السنهوري، ، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد* (بيروت: لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م)،ج1، 661. ومصطفى عياد، *الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب*،27. ومحمد هشام القاسم، *الخطأ الطبي* (الكويت: مجلة الحقوق والشريعة، مارس1979)، السنة الثالثة، العدد الأول، 13-14.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أما في القانون الليبي فقد جاء بنص المادة الثالثة والعشرون من قانون المسؤولية الطبية

" تترتب المسؤولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي يسبب ضرراً للغير ، ويعتبر خطأ" مهنياً" كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقيمة للمهنة كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والامكانيات المتاحة ويعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ والإخلال بالالتزام ولا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية قبل وقوع الضرر ويقع باطلا" كل اتفاق على ذلك "

من استقراء النص السابق يتضح لنا أن المسؤولية الطبية تقف على ثلاث عناصر وهى : (الخطاء ،والضرر ، وعلاقة السببية)

1 – الخطأ المهني الناشئ عن ممارسة نشاط طبي : هو خروج الطبيب في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم أو المتعارف عليه نظرياً "وعلمياً" وقت تنفيذ العمل الطبي وجوهره يتعلق بعدم اتباع الطبيب واجب الحيطة والحذر اللذين يفرضهما القانون عليها. [166]

2 – الضرر: فلكي تقوم المسؤولية الطبية ويقع الطبيب تحت طائلتها فيلزم نشوء الضرر فلا يكفى مجرد إخلال الطبيب بالتزامه بل يجب أن يؤدى هذا الإخلال بإلحاق الضرر بالغير، فشأنها شأن المسؤولية المدنية .

3 – علاقة السببية : يجب توافر علاقة السببية كعنصر مستقل إلى جانب عنصري الضرر والخطأ حيث أن المادة الثالثة والعشرون أفادت بأن نشؤ الضرر يعد قرينة على ارتكاب الخطأ وهذا يعنى أن للطبيب نفى توافر هذا الخطأ ، وحتى يثبت ذلك يظل في نظر القانون مخطئا" ومسؤولاً "وأيضاً تطبق لهذا حكم بمسؤولية الطبيب الذي أهمل في إجراء فحص الأشعة بينما

166 مشار إليه في ، فرج الهريش ، موقف القانون الليبي من التطبيقات الحديثة (الدار الجماهيرية للنشر ، 1996م)،ط1،.123ومابعدها 124، 125.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كانت ألام المريض تتطلب ذلك كما حكم بمسؤولية الطبيب الجراح الذي قام بوضع المريض المصاب في حادث فوق منضدة العمليات وضعاً غير صحيح مما نجم عنه بداية شلل في ذراعه وهذا المعيار هو ما أكدته المحكمة العليا في معظم إحكامها ولا عقاب إذا انقطعت علاقة السببية بين فعل الطبيب والنتيجة الحاصلة للمريض .

أما إذا رفض المريض للعلاج : ففي هذه الحالة اذا كان الضرر ناتجاً عن رفض المريض للعلاج أو عدم إتباع المريض لتعليمات الطبيب لا تترتب المسؤولية الطبية على الطبيب وهذا بناءً على نص المادة الرابعة والعشرون "لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الضرر ناشئاً عن رفض المريض للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية رغم نصحه بالقبول وذلك كله دون الإخلال بحكم البند(ب) من المادة السادسة من هذا القانون. ويثبت رفض المريض للعلاج بإقراره كتابةً أو بالإشهاد عليه ."[167]

باستقراء لنص المادة فأنه لا تقوم المسؤولية الطبية رغم نصحه بالقبول ويثبت رفض المريض للعلاج بإقراره كتابة أو بالأشهاد عليه .

وأيضاً يجب أن تكون هناك موافقة مسبقة على إجراء العملية، حيث جسدت المادة (العاشرة فقرة د)، من نفس القانون بأنه لا يجوز إجراء عملية جراحية إلا بمراعاة.

"أن تكون هناك موافقة كتابية على إجراء العملية من المريض أو المسؤول عنه قانوناً إذا لم يكن راشداً أو كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته وذلك كله ما لم يقرر طبيبان على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة وكان الحصول على الموافقة متعذرا"

فانعدام الموافقة على إجراء العملية الجراحية يستوجب مسؤولية الطبيب الجراح ولكي ترفع المسؤولية عنه لابد أن تكون الموافقة كتابية من المريض أو المسئول عنه أما إذا كانت الموافقة شفهية فلا يعتد بها وقد استثنى من ذلك حالة الاستعجال أو الضرورة وذلك مثل أن يكون

167 المادة السادسة من القانون رقم17 لسنة1986 بشأن المسؤولية الطبية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المريض في حالة غيبوبة ولم يكن بالإمكان أخذ موافقته أو موافقة المسؤول عنه قانونا، ولكن بشرط أن يقرر طبيبان على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة.

فإذا ثبت انعدام الضرورة أو الاستعجال فإن الأمر يستوجب مسؤولية الطبيب ولو كان قد سلك سبيل الجراحة وفقا" للأصول العلمية المتعارف عليها.[168]

الفرع الخامس :طبيعة المسؤولية الطبية أمام الفقه الإسلامي

الشريعة الإسلامية اهتمت بالإنسان اهتماماً عظيماً وخاصة في مجال حمايته من الأمراض بالتداوي والتطبيب من أجل المحافظة على صحته وقوة جسمه، ذلك لأن صحة الإنسان هي أساس التقدم والسعادة، إذ أنه لا علم ولا جهاد ولامال ولا سلطان إلا بالصحة، فإذا كان الإنسان قوياً سليماً وخالياً من الأمراض كان المجتمع قوياً ومتراصاً تسوده العفة والطهر والتعاون والمودة بين أفراده وبعكس ذلك فإن المجتمع يكون هشاً وضعيفاً تسيطر عليه الرذيلة والمعصية والشهوات. والدين الإسلامي أمر بالوقاية من الأمراض والتداوي منها ونبه من العدوى وقد حض على عزل المصابين عن غيرهم.[169]

قال تعالى ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾.[170]

ويقول سبحانه وتعالى في آية أخرى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾.[171]

وجاء في الحديث الشريف عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال:" إذا سمعتم الطاعون بأرض فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرض وأنتم فيها فلا تخرجوا منها".[172]

---

168 سعد العسبلى، *المسئولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي*،ط1(ليبيا، بنغازي: منشورات جامعة قار يونس، 1994م)، 160 وما بعدها.

169 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*،27

170 سورة البقرة، الآية 195 .

171 سورة النساء، الآية 29.

172 صحيح البخاري، سبق تخريجه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم أيضاً" وفر من المجذوم كما تفر من الأسد".[173]

فبينت السنة النبوية أن لكل داء دواء حيث يقول النبي صلى الله عليه وسلم " ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"[174] وبالرجوع إلى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية تلاحظ أنها جعلت المحافظة على جسد الإنسان من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ودلت على حرمته.

وقال تعالى ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾.[175]

قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴾.[176]

فعلاج الإنسان وجراحته قد أباحته الشريعة الإسلامية وأخذ جزء منه من باب الضرورة حيث يجب أن تقتصر المعالجة على الضرورة توخياً لهلاك النفس إذا أخذ منها عضو أو جزء منها .

وحفاظاً على النفس البشرية من الضرر فالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية نبهت على أنه لا يجوز الإقدام على الأعمال الطبية إلا من قبل العارفين بالمهن الطبية ، والقاعدة الشرعية تنص على أن كل من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الآخرين نتيجة هذا العمل.[177]

---

173 شمس الدين بن القيم الجوزية، *الطب النبوي* (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية ،1957)، 116.

174 صحيح مسلم، سبق تخريجه.

175 سورة المائدة، الآية 45.

176 سورة الإنفطار، الآية6-8.

177 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 28.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم" من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً دونها فهو ضامن"، ونلاحظ أن الرسول قد قال من تطبب ولم يقل من طب وذلك لأن لفظ التفعل إنما يدل على تكلف الشي والدخول فيه بعسر وكلفة، وأنه ليس من أهله، كتحكم وتبصر وغيرها.[178]

فمن هذا الحديث يجب أن نعرف بشكل أوسع موضوع الطبيب الجاهل والطبيب الحاذق وأيضاً ما يتعلق بواجبات الطبيب في الإسلام و اختصاصه.

أولاً: الطبيب الجاهل

الطبيب هو ذلك الإنسان العارف بتركيب الجسم وعمل الأعضاء والأمراض الناجمة فيه من حيث الأعراض والأسباب وعلاماتها، وكيفية تركيب واستخراج الأدوية وفوائدها، ليساوي بين الأمراض والأدوية في كمياتها ويخالف بينها وبين كيفيتها فمن لم يكن كذلك فلا يجعل له مداواة المرضى ولا يجوز له الإقدام على علاج يخاطر فيه ولا يتعرض لما لا علم له فيه.

ومن خلال الحديث الشريف" من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً دونها فهو ضامن "فإن الطبيب الجاهل هو الذي لا علاقة له بعلم الطب وأوهم المريض بأنه طبيب وخطأه يوجب ضمان، بمعنى أن الأضرار التي تلحق بالمريض بسبب خدعه من شخص يدعى أنه طبيب إلا أن سلم نفسه المريض ليعالجه له فأنه يكون مسؤولاً وضامناً، وهذا الحديث وإن كان يوجب الضمان على الطبيب الجاهل إلا أن الفقهاء اعتبروه أصلاً في تضمين الطبيب حين يرتكب أمراً يوجب الضمان كالعمد والخطأ والجهل.

فإذا كان المريض يعلم أنه جاهل ولا علم له بالطب ، وأذن له في علاجه وباشر الطبيب الجاهل معالجة المريض فلا ضمان عليه إذا حصل للمريض أي تلف، حيث أنه يشترط

178 ابن القيم الجوزيه، *زاد المعاد في هدى خير العباد*، ج4، 138.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لتحقيق الضمان على الطبيب الجاهل ألا يعلم جهل هذا الطبيب أو أنه أخفى جهله عنه[179]. وللطبيب الجاهل ثلاث حالات:-

أ – حالة مدعي الطب أي "الجاهل بالكلية" بحيث لا يكون له معروفاً بهذا العلم ولم يسبق له ممارسة العلاج، وإنما أوهم المريض وخدعه بزعمه المعرفة والخبرة.

ب – حالة الذي يكون له معرفة بسيطة بعلم الطب ولكن هذه المعرفة لا تؤهله لمزاولة مهنة الطب كأمثال الطلبة في كلية الطب الذين لم يستكملوا الدراسة النظرية والعملية.

ج – حالة من يكون مختصاً بطب العيون أو الأسنان ويمارس الأعمال الطبية في باقي التخصصات وهو ما يسمى الطبيب الجاهل جزئياً.[180]

وأن الجهل بالطب لدى من يمارسه يعتبر من أشنع موجبات المسؤولية الطبية بعد تعمد الحاذق الضرر بالمريض وهذا لاشك فيه فالطبيب الجاهل ارتكبه بجهله ما يلي:

أ – الإقدام على نفوس المرضى وحياتهم وتعريضها للمخاطر وهو أمر محرم شرعاً ذلك لأن الشريعة الإسلامية قد أباحت العمل الطبي إذا كان الطبيب عارفاً به وقادراً على مزاولته معالجة المرضى بعكس ذلك فإن حكم المعالجة يبقى على أصله وهو التحري.[181]

ب – عدم حصول مدعي الطب على موافقة المريض لعلاجه وإن وقعت الموافقة فإنها غير معتبره شرعاً، إذ يستوي وجوده وعدمه ولا أثر له في رفع المسؤولية عن الطبيب الجاهل.

وعلماء الشريعة أوجبوا على الطبيب الجاهل دية النفس أو تعويض التلف الذي أصاب المريض، حيث يقول الخطابي وهو من فقهاء الحنابلة " لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا

179 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*،28.

180 عبدالسلام التونجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*،46-47.

181 ابن القيم الجوزيه، *زاد المعاني في هدى خير العباد*، 137.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تعدى، فتلف المريض، كان ضامناً، والمتعاطي علماً لا يعرفه متعدٍ فإذا تولد من فعله التلف ضمن".[182]

ولكن هناك رأي يجهل مسؤولية الطبيب الجاهل مسؤولية مطلقة ويترتب على ذلك أنه لا يلزم إثبات خطأه بل يلغي إثبات أنه تصدى للعلاج سواء بالجراحة أو وصف الدواء، سواء علم المريض بجهله أم لم يعلم، وأيضاً هناك من علماء الشريعة الإسلامية ينفون المسؤولية المدنية عن الطبيب الجاهل إذا كان المريض يعلم بجهله في العلوم الطبية وأنه لا علم لديه، وقد ألحق الفقهاء المسلمون بالأطباء فيما يتعلق بالمسؤولية الناجمة عن ممارسة مهنة الطب من هم في حكمهم، كالبزاغ والعضاد والكحال والحجام وغيرهم من أصحاب الإختصاص والصنعة.[183]

ولكن فلا بد من القول أخيراً بعد عرض البيانات ودراستها أن أهل العلم والمعرفة أجمعوا على تضمين الطبيب الجاهل عما تسبب في إتلافه نتيجة جهلة وإيهامه وتغريره بالمريض، وإن الطبيب الجاهل تقع عليه المسؤولية الكاملة عن فعله وعليه ضمان ما أتلف من ماله، وليس من مال عاقلته، وعليه عقوبة يقررها ولي الأمر، لتكون عقاباً على ما اقترفت يداه من ممارسة لمهنة الطب دون علم ودراية.

ويقول إبن رشد" الطبيب وما أشبه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة، فلا شيء عليه، إلا أن يعلم أنه تعدى، وإن لم يكن من أهل المعرفة، فعليه الضرب والسجن والدية".[184]

182 ابن القيم الجوزيه، *زاد المعاني في هدى خير العباد*، 136.

183 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 20.

184 محمود السرطاوي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي* (الأردن: مجلة دراسات الجامعة الأردنية،1982)، ج9، ع1، 143.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانيا: الطبيب الحاذق

هو الذي يلتزم بالأصول الفنية المعروفة لممارسة الطب ويعطي المهنة حقها ويتوخى الحيطة والحذر حتى لا يخرج عن هذه الأصول و يتعرض للمسؤولية، و متى قام الطبيب الحاذق بواجبه وأتقن عمله، ومارسه بأمانه وإخلاص تجاه مريضه، ولم يخطئ أو يقصر أو يتهاون، فإنه لا يضمن شريطة أن يكون مأذوناً بالعلاج من المريض أو من وليه.[185]

وبالتالي فالطبيب الحاذق مادام مأذوناً له بالعلاج ولم يقع منه خطأ أثناء العلاج فإنه لا مسؤولية عليه، ولو وقع الضرر على المريض من جراء المعالجة ، ، بل حصل الضرر أو الموت نتيجة أمر لا يمكن توقعه أو تفاديه ومن هنا فإن الفقهاء اعتبروا أن الموت إذا حصل نتيجة لفعل واجب مع أخذ الحيطة وعدم التقصير فلا يترتب أي مسؤولية على الطبيب، ولذلك فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن الطبيب الحاذق الذي مارس مهنته بإذن المريض أو وليه لا يضمن نتائج مأذون فيها، وقد قاموا بالقياس على ذلك ختان الصبي في وقت قابل للختان، في سن تتحمل ذلك، وأعطى الطبيب الصنعة حقها فتلف العضو أو الصبي فلا يضمن الطبيب.[186]

فالفقهاء رغم إجماعهم على عدم ضمان الطبيب الحاذق إلا أنهم اختلفوا في تفسير رفع المسؤولية إلى ثلاثة آراء:

أولاً: رأي لأبي حنيفة الذي رتب المسؤولية والضمان بترجيع العلة لسببين، الأول الحاجة ماسة لعمل الطبيب بسبب الضرورة الاجتماعية حتى لا يحمله الخوف من المسؤولية إلى عدم مباشرة عمله الطبي، وثانيهما إذن المريض أو وليه، ذلك أن الإذن مع الضرورة الاجتماعية يؤديان إلى رفع المسؤولية.[187]

185 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 32.

186 نفس المرجع، 33.

187 المحتسب بالله بسام، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية* ، 45.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانياً: رأي للإمام أحمد و للإمام الشافعي ، وقد ردا الأمر أن العلة برفع المسؤولية هي بإقبال الطبيب فعله بإذن المريض إضافة إلى أن يقصد إصلاح المفعول لا الوقائية.[188]

ثالثاً: رأي الإمام مالك الذي قال بأن العلة هي إذن الحاكم له بالتطبيب أولاً، إضافة إلى إذن المريض ثانياً ما لم يخالف الفن أو أن يخطئ في فعله.[189]

ويمكن القول على ذلك بأن سبب انتفاء المسؤولية عن الطبيب في الشريعة الإسلامية يقع ضمن أربع:

1. إذن الحاكم(الشارع)
2. إذن المريض(رضائه)
3. قصد الشفاء
4. عدم وقوع خطأ من الطبيب

وقد ذكرها ابن القيم الجوزية في قوله" أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقاً، إذا أذن له المريض بعلاجه وأعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده إذا تولد من فعله المأذون من جهة الشارع، ومن جهة من يطببه تلف النفس أو العضو أو ذهاب صفة".[190]

وأما إذا كانت مباشرة العمل الطبي بدون رضى المريض، أو إذن وليه إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها، فإن آراء الفقهاء انقسمت إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يوجب مسؤولية الطبيب عن الضرر الحادث، لأنه تولد عن فعل مرخص به ويترتب عليه الضمان.

---

188 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 33.

189 نفس المرجع، 33.

190 عبدالسلام التوتنجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 49-50.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاتجاه الثاني: يقرر عدم مسؤولية الطبيب في حال حصل الطبيب الحاذق على إذن أو لم يحصل على اعتبار أن الطبيب محسن، وما عليه من سبيل ومعيار المسؤولية ليس الإذن أو عدمه، ولكن هو الفعل فما دام الطبيب الحاذق قد أتى بالفعل على أكمل وجه، وبذل غاية جهده فلا تبعة ولا مسؤولية عليه.[191]

الاتجاه الثالث: فيقرر هذا الاتجاه بمسؤولية الطبيب واشترطوا أن يكون الضمان في بيت مال المسلمين، لكي لايضيع دم امرئ خطأ قال تعالى﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾.[192]

ونجد أن هذا الاتجاه الذي يشترط بأن يكون الضمان في بيت المسلمين لفت انتباه الكثير من الأطباء المعاصرين التي يشترط بأن يكون الضمان في كل دولة مصدره رسوم سنوية تدفع من قبل الأطباء لمواجهة الحالات الطارئة الناتجة عن الأخطاء الطبية.[193]

ومع ذلك نجد إلى أن هناك من يرى أن الطبيب الحاذق يضمن في الحالات التالية :

1 – في حالة عدم الإذن من المريض أو وليه قبل التدخل الجراحي، بخلاف حالة ما لو أذن له فإنه لايترتب عليه ضمان.

2 – حالة ما إذا اجتهد الطبيب الحاذق وأخطأ في هذا الاجتهاد عند وصفه دواء للمريض عن طريق الخطأ، فمات المريض فإن الطبيب يكون ضامناً.

3 – إذا أخطأ الطبيب في الجراحة وامتدت يده إلى عضو صحيح، أو إلى شريان أو عصب ليس محلاً للجراحة فقطعه، ففي الحالة هذه يكون ضامناً والدية تكون في ماله أومن بيت مال المسلمين أو على العاقلة.[194]

---

191 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 34-35.

192 سورة النساء، الآية 92.

193 عبدالسلام التوتنجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 49-51.

194 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 35.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ومما سبق ذكره نلاحظ أن فقهاء المسلمين قد فرقوا في بحث القواعد والأحكام المتعلقة بالأعمال الطبية بين "الطبيب الجاهل والطبيب الحاذق" فالطبيب الحاذق عندهم هو الطبيب الذي بذل غاية جهده، وأعطى الصنعة حقها، ولم يحصل عنده تقصير في البحث والإجتهاد والجهل هو عكس الحذق، وكذلك فإن فقهاء المسلمين قد انتبهوا إلى الطبيعة العقدية التي تحكم العلاقة بين الأطباء ومن هم في حكمهم وبين المرضى خلال مراحل العمل الطبي ومن أبرزها ماورد عن السرخسي وهو من الأحناف حيث قال:"فعل العضاد والبزاغ مضمون ضمان العقد". وأيضاً قول الإمام الشافعي" أن الطبيب لايستحق الأجر إذافعل ما لايفعله مثله، وهذا دليل على أن المسؤولية الطبية في نظرهم عقدية.[195]

ومع هذا يجب أن تتوافر في الطبيب أن يكون ملماً بالأمراض وكيفية تشخيصها وكذلك أن يكون عارفاً بإعضاء الجسم وأجزائه وتركيباته، ووصف الدواء اللازم للمريض بشكل مناسب بحيث يتلايم مع مرضه من حيث الجرعات والكميات ، ولذلك كان من اللازم إجراء امتحان خاص للأطباء قبل مزاولتهم لعملهم على يد كبير الأطباء وكان يسمى آنذاك ريس حرفة الطب أو شيخهم ويماثل في عصرنا الحاضر نقيب الأطباء، وقد اشتهر الخليفة العباسي المقتدر بالله إلى طبيبه(سنان بن ثابت بن قرة) مهمة القيام بامتحان الأطباء قبل السماح لهم بممارسة مهنة الطب ،حتى أن ملوك اليونان كانوا يجعلون في كل مدينة حكيماً يعرضون عليه الأطباء ويجري لهم امتحاناً خاصاً بهم، فمن وجدوه مقصراً في عمله نهاه عن مزاولة مهنة الطب.[196]

فالمسلمون اهتموا بمبدأ المسؤولية عن طرق تطبيق نظام الحسبة وهي رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصيّين عن نشاط الأفراد في شتى مناحي الحياة، وفي مجال الأخلاق، والدين والاقتصاد، وذلك تحقيقاً للعدل والفضيلة، ومنع الضرر قبل حدوثه،

---

195 عصام عابدين، *الأخطاء الطبية*، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة الدول العربية (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، 2005)، 9.

196 صفاء خربوطلي، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 35.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وفحوى هذا النظام أن يمارس المحتسب أو ما يعرف لدينا بالرقابة الإدارية سلطاته على مختلف حقوق الصناع والتجار، وكان من واجباته النظر في أعمال الأطباء والصيادلة والكحالين والحجامين، وغيرهم في جميع المجالات.

وقد رتب الفقه الإسلامي المعاصر واجبات على الطبيب تجاه مريضه ويمكن حصرها فيما يلي:

1 – يجب على الطبيب أن يبذل النصح للمريض وأن يقدم له المشورة ويفيده بكل مايتعلق بالمرض وأن يكون عمله خالصاً للمريض بصورة أمينة.

2 – على الطبيب أن يعامل مريضه بوجه بشوش وأن يصارحه ويبين له نوع مرضه وعلته المرضية بنوعية مرضه وعلته وأن يعمل على تخفيف حزنه.

3– مهنة الطب مهنة إنسانية فعلى الطبيب أن يساوي بين المرضى فلا يفرق بين الغني والفقير والعدو والصديق والقريب والبعيد.[197]

4– أن يلتزم الطبيب بالمحافظة على أسرار المريض التي تحصل عليها أو استكشفها سواء بالرؤيا أو بالقول أو الاستنتاج.

5 – يجب على الطبيب أن يتوخى الحيطة والحذر وأن لا يصرف دواء يؤدي إلى تفاعلات جانبية للمريض كأن يصف له دواء مما يؤدي إلى إسقاط الجنين مثلا أو إلى العقم من غير وجود الضرورة إليه.[198]

6 – ألا يقوم الطبيب بإنهاء الحالات الميؤوس من شفائها بل يحرم عليه فعل هذا العمل لأنه يعتبر قتلاً للنفس بغير حق وهذا الأمر محرماً شرعاً لقوله تعالى﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾.[199]

197 نفس المرجع، 36.

198 صحيح مسلم، شرح النووي، ، مؤسسة الرسالة، ج16، 152.

199 سورة الإسراء، الآية 33.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فهذه أهم الواجبات التي سبق ذكرها والتي يجب على الطبيب المحافظة عليها بكل أمانة وإخلاص وتقع على عاتقه إذا أخل بأي التزام فإن الطبيب يعرض نفسه لمسائلة مدنية وجنائية عن ما ترتب للمريض من أذى.

وتتولى محاكمة من يخالف أحكام هذا القانون محكمة مهنية وهذا ما جسدته المادة الثامنة والعشرون من القانون رقم17 لسنة1986م على "تتولى محاكمة من يخالف أحكام هذا القانون تأديبيا" محكمة مهنية تشكل في كل بلدية برئاسة قاضي لا تقل درجته عن رئيس محكمة ابتدائية تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضوية طبيبين يرشحهما مندوب وزارة الصحة بالبلدية ويراعى بقدر الإمكان أن يكونا من ذوى التخصصات العالية[200]

فالمخاطبون بهذا القانون عليهم أيضاً أن يلتزموا بالتأمين على مخاطر ممارستهم لتلك المهن الطبية وهذا ما أكدته المادة الحادية والثلاثون من هذا القانون والتي تنص " تنشأ هيئة تسمى(هيئة التأمين الطبي) تكون لها الشخصية الاعتبارية، يلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها بالتأمين لديها عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن".[201]

200 نص المادة الثامنة والعشرون من قانون رقم 17 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا.

201 نص المادة الحادية والثلاثون من قانون رقم 17 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثاني : أوجه الشبه والإختلاف بين فقه المذاهب الأربعة والقانون الليبي

جدول 3 يوضح خطأ الطبيب من وجة نظر القانون والفقهاء

من حيث	الفقهاء	القانون الليبي
خطأ الطبيب	إن خطأ الطبيب يعد موجبا للضمان. وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية والمالكية ، في المعتمد من مذهبهم، والشافعية والحنابلة.	ان خطأ الطبيب يوجب التعويض وفقأ لنص المادة 166من القانون المدني الليبي : كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جدول 4 يوضح أساس المسؤولية من وجهة نظر القانون والفقهاء

من حيث	الفقهاء	القانون الليبي
أساس المسؤولية	أن الطبيب باعتباره يباشر العلاج للمريض لا يخضع فيما يقوم به من أعمال إلى قاعدة: المباشرة في الضمان، حتى وإن سبب له ضررا أو أذى، طالما لم يقع منه خطأ حسب أصول مهنة التطبيب، وفقا لقاعدة: الجواز الشرعي ينافي الضمان، وقاعدة: أن أداء الواجب لا يتقيد بشرط السلامة، ولأن ما يمكن الاحتراز منه فلا ضمان فيه. من هنا نلاحظ أن الشريعة الإسلامية تشترط لقيام مسؤولية الطبيب المدنية: وقوع خطأ منه في معالجته للمريض، وأن يترتب على هذا الخطأ ضرر، وأن يكون الخطأ هو لسبب في الضرر أي علاقة السببية بين الخطأ والضرر.	فهو يتفق مع الفقه في اعتبار الخطأ أساس المسؤولية المدنية للطبيب، ولكن يختلف معه من جهة أن القانون الوضعي، يأخذ بقاعدة الخطأ باعتبارها أساسا عاما للمسؤولية المدنية أيا كان نوعها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فالخطأ الطبي في القانون الليبي يستمد أساسه ومعناه من المفاهيم العامة للخطأ في المسؤولية المدنية عن العمل الشخصي فقد أخذ المشرع الليبي بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية (عقدية أم تقصيرية)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جدول 5 يوضح جسامة الخطأ من وجهة نظر القانون والفقهاء

من حيث	الفقهاء	القانون الليبي
جسامة الخطأ	لا حاجة للتمييز بين خطأ جسيم وخطأ يسير لقيام المسؤولية الطبية عن الأول دون الثاني، لأن عمل الطبيب في معالجة المريض لا يخرج عن أحد أمرين: الأول: التزام الطبيب بالأصول المتعارف عليها والثابتة في مهنة الطب، وفي هذه الحالة تعتبر أعمالا مباحة لأنه مأذون بها من الشرع ومن المريض ولم لم يشف المريض أو مات. الثاني: خروج الطبيب عن الأصول المتعارف عليها والثابتة في مهنة الطب، وهذا يعتبر خطأ منه يعرضه للمساءلة والتعويض، سواء كان الخطأ يسيراً أو كان جسيما "فاحشا".	لم يفرق بين نوع وآخر من الأخطاء، بحيث يسأل الطبيب عن أخطائه الضارة بالغير أو بمرضاه دون تفرقة بين خطأ جسيم أو غير جسيم. فالحقيقة الواضحة أن الخطأ المهني لا يتحقق جسيما كان أم يسيرا إلا إذا انحرف الطبيب المعالج عن الأصول المستقرة في علم الطب، والتي لم تعد محل خلاف أو جدال لدى الأطباء أو الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي. وبذلك يتفق حكم القانون الوضعي مع حكم الشريعة الإسلامية حول وحدة مفهوم الخطأ أو وصفه في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جدول 6 يوضح معيار تقدير الخطأ من وجهة نظر القانون والفقهاء

من حيث	الفقهاء	القانون الليبي
معيار تقدير الخطأ	المبدأ العام في المجال الطبي، يقضي بالتزام الطبيب ببذل عناية، أي بذل الجهود الصادقة واليقظة، التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وأي إخلال بهذا الالتزام يعد خطأ يترتب عليه مسؤولية الطبيب. ومعيار الخطأ في هذا الصدد، هو المعيار الموضوعي الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف من حالة إلى أخرى وهو سلوك الشخص المعتاد. أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض، يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى سواء كان طبيبا عاما، أم طبيبا متخصصا، أم أستاذاً في الطب . اما في الفقه الإسلامي تطبق القواعد العامة في الإثبات، وهي قاعدة البينة على المدعي وفقا للمادة 76 من المجلة العدلي	فالاتجاه السائد في الفقه والقضاء المقارن يتفق مع الفقه الإسلامي بتطبيق قاعدة: البينة على المدعي، لإثبات الخطأ الطبي، ويقع عبء إثباته على المريض باعتباره هو الذي يدعي خطأ الطبيب مما سبب له ضرر ما، ولأن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات على المضرور لا سيما في التزام الطبيب ببذل العناية المطلوبة لعلاج المريض، فقد جاء بنص المادة الثالثه والعشرون من قانون المسؤولية الطبية (تترتب المسئولية الطبية على كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي يسبب ضررا للغير ، ويعتبر خطأ" مهنيا" كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة او الأصول العلمية المستقيمة للمهنة كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والامكانيات المتاحة ويعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ والإخلال بالالتزام ولا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسئولية الطبية قبل وقوع الضرر ويقع باطلا" كل اتفاق على ذلك)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جدول 7 يوضح الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل من وجهة نظر القانون والفقهاء

من حيث	الفقهاء	القانون الليبي
الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل	فإن الفقهاء قد اتفقوا على أن الطبيب الحاذق الذي مارس مهنته بإذن المريض أو وليه لا يضمن نتائج مأذون فيها، وقد قاموا بالقياس على ذلك ختان الصبي في وقت قابل للختان، في سن تتحمل ذلك، وأعطى الطبيب الصنعة حقها فتلف العضو أو الصبي فلا يضمن الطبيب أما الطبيب الجاهل وعلى ضوء الحديث الشريف" من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً دونها فهو ضامن "فإن الطبيب الجاهل هو الذي لاعلم له بالطب وأوهم مريضه بأنه طبيب وخطأه يوجب ضمان أي ضرر يحدث للمريض وخدعه بدعوى معرفته بعلم الطب حتى سلم نفسه وجسده ليعالجه هذا الطبيب الجاهل الذي غر المريض وخدعه بدعوى معرفته بعلم الطب حتى سلم نفسه وجسده ليعالجه وهذا الحديث وإن كان يوجب الضمان على الطبيب الجاهل إلا أن الفقهاء اعتبروه أصلاً في تضمين الطبيب حين يرتكب أمراً يوجب الضمان كالعمد والخطأ والجهل.	جاء في نص المادة الثانية من قانون المسؤولية الطبية " يحظر ممارسة أي عمل من أعمال المهن الطبية والمهن المرتبطة بها بدون ترخيص بذلك من الجهات المختصة. ولا يجوز الجمع بين أي من تلك المهن ومهنة أخرى. كما لا يجوز للمرخص له مزاولة المهنة إلا في حدود تخصصه، ولا يسري ذلك في حالة إذا لم يوجد أخصائي أو كان هناك خطر على حياة المريض.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلب الثالث: مناقشة التحليل

فتبين للباحث من خلال الدراسة والتحليل: إن خطأ الطبيب يعد موجباً للضمان. وهذا ما ذهب الحنفية والمالكية ، في المعتمد من مذهبهم، والشافعية والحنابلة. غير أن هناك من رأى أن خطأ الطبيب لا يجب عليه ضمان وهو قول لشيخان في المذهب المالكي ، فالباحث ينتقد هذا القول ويراها أنه يخالف الشريعة الإسلامية ويؤيد رأي الفقهاء بأن خطأ الطبيب يعد موجبا للضمان وخير دليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾[202] حيث دلت الآية الكريمة على إيجاب الدية على من أتلف نفساً مؤمنة على وجه الخطأ، والآية عامة وشاملة للخطأ الناتج من الأطباء أو غيرهم.

وأن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء، بأنه يجب النظر إلى وحدة الخطأ الطبي، لاتفاقه مع حكم القانون الذي لم يفرق بين نوع وآخر من الأخطاء، بحيث يسأل الطبيب عن أخطائه الضارة بالغير أو بمرضاه دون تفرقة بين خطأ جسيم أو غير جسيم.. وبذلك يتفق حكم القانون الوضعي الليبي مع حكم الفقه الإسلامي حول وحدة مفهوم الخطأ أو وصفه في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب، فلا مسؤولية عليه ولا ضمان. إلا إذا ثبت خروجه عن الأصول العلمية على وجه اليقين أو التحقيق عندئذ يعتبر مخطئاً فيتعرض للمساءلة والضمان (التعويض) وهذا ما أكدته الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وفقهاء المذاهب الأربعة، وأن هناك إجماع من أهل العلم والمعرفة على تضمين الطبيب الجاهل عما تسبب في إتلافه نتيجة جهلة وإيهامه وتغريره بالمريض ، أما الطبيب الحاذق فإنه لا مسؤولية عليه، ولو وقع الضرر

202 سورة النساء، الآية:91.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على المريض من جراء المعالجة مادام الطبيب مأذوناً له بالعلاج، ولم يقع منه خطأ أثناء العلاج، بل حصل الضرر أو الموت نتيجة أمر لا يمكن توقعه أو تفاديه فالفقهاء اعتبروا أن الموت إذا حصل نتيجة لفعل واجب مع أخذ الحيطة وعدم التقصير فلا يترتب أي مسؤولية على الطبيب، ولذلك فإن الفقهاء أيضاً قد اتفقوا على أن الطبيب الحاذق الذي مارس مهنته بإذن المريض أو وليه لا يضمن نتائج مأذون فيها، وقد قاموا بالقياس على ذلك ختان الصبي في وقت قابل للختان، في سن تتحمل ذلك، وأعطى الطبيب الصنعة حقها فتلف العضو أو الصبي فلا يضمن الطبيب.

غير أن الفقهاء اختلفوا في تفسير رفع المسؤولية كما أوضحنا أنفاً. وإن ما ذهب إليه فقهاء الشريعة المعاصرين من التفرقة بين الخطأ الفاحش "الجسيم"، والخطأ غير الفاحش "اليسير"، في المسؤولية الطبية، فيسأل الطبيب عن الأول دون الثاني، فالباحث يرى بأنه قول لا أساس له في الشرع، لأن نص الحديث بمسؤولية الطبيب إذا قام بالتطبيب ولم يكن معروفا بالطب، جاء عاماً ومطلقاً.

وير الباحث أن العمل الطبي ينزع عنه طابع الشرعية لتعلقها بالنظام العام وبالتالي إذا نقص شرط من تلك الشروط التي اوضحها الباحث، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما إذا توافرت تلك الشروط ، فلا يسأل الطبيب، حيث أن الطبيب يلتزم ببذل جهد لا بتحقيق نتيجة، وهذا ما يساير الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي.

ونخلص مما تقدم أن المسؤولية الطبية في الإسلام هي موضوع مهم ودقيق وخاصة أن الطب في الإسلام كان سباقاً بفكره وعلمائه وابتكاراتهم التي وجدت لخدمة الأمة الإسلامية والبشرية جمعاء والقوانين الوضعية اهتمت به أيضاً رغم التطورات الحديثة التي يمر بها هذا العلم كل يوم والتي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار ومواكبة القوانين الوضعية له ، وبصمات العلماء المسلمين مازالت واضحة في مجال الصحة والرعاية الصحيحة والطبية التي أخذ منها

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

العالم أجمع والذي ينبه عليه الباحث من ضرورة وضع تقنينات لها والتي مازالت تدرس في الجامعات ومن أهمها مناهج ابن سيناء والرازي.[203]

203 أحمد بن يوسف الدرويش، *خطأ الطبيب وأحكامه في الفقه الإسلامي*، 21.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية للطبيب من منظور القانون الليبي والفقه الإسلامي

في هذا المبحث سوف يتم الحديث حول الآثار العملية المترتبة على وجود المسؤولية المدنية للطبيب من منظور الفقه الإسلامي والقانون الليبي، وكما هو معروف أنه إذا وجد الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ينتج عن ذلك وجود المسؤولية الطبية ، وهذا يؤدي إلى حق المريض بالمطالبة بالتعويض من الطبيب عما ارتكبه من خطأ اتجاهه، وأيضاً يقع على عاتق الجهة المسؤولة عن هذا الطبيب إيقاع عقوبات تأديبية عليه، ومن هذا المنطلق سنبحث في المطلب الأول مسألة تأديب الأطباء ، وكذلك بعض الأمثلة العملية على هذا الموضوع، والعقوبات التأديبية التي يتم إيقاعها على الأطباء في ليبيا، وبعد ذلك سنتطرق إلى البحث في المطلب الثاني بموضوع التعويض الناشئ عن المسؤولية الطبية في الأخطاء الطبية من حيث تعريف التعويض وأنواعه، وكيفية تقدير التعويض والعوامل المؤثرة عليه، ومن ثم في المطلب الثالث سندرس موضوع التأمين على المسؤولية الطبية كحل من الحلول التي تساعد على حماية المرضى والأطباء من الأخطاء الطبية .

المطلب الأول: تأديب الأطباء

التأديب لغةً: مصدر أدُبَ وأَدَبُ، والتأديب له عدة معانٍ، منها:

1-بمعنى التعليم والتهذيب: يقال أَدَّبه، أي علمه رياضة النفس ومحاسن الأخلاق بالتعليم والتهذيب على ماينبغي.[204]

2-العقوبة: يقال أَدَّبتُهُ تأديباً مبالغة وتكثيرا، أي: عاقبته على إساءته، لأنه سبب يدعو إلى حقيقة الأدب.[205]

---

204 أحمد بن محمد بن علي الفيومي، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير* (مصر: المنصورة، مكتبة الإيمان، 2008م)، مادة "أدب"، 11.

205 جمال الدين محم بن مكرم ابن منظور، *لسان العرب* (السعودية: الرياض، دار المعارف) ، باب الهمزة 43/1.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

3-التعزير: يقال عزّره، أي: منعه ورده وأدَّبه، والتعزير: التأديب دون الحد[206].

الخلاصة: نلاحظ مما سبق أن للتأديب معانٍ متعددة، تدور كلها حول تحسين أخلاق، وتصحيح انحرافٍ.

أما التأديب اصطلاحاً: لم يعتن الفقهاء على حسب اطلاعي بتعريف التأديب، ولكن بعد البحث والتقصي لم أجد سوا تعريفين للعلماء الأوائل:

1-عرفه الجرجاني بقوله: (الأدب عبارة عن معرفة ما يحترزوا به عن جميع أنواع الخطأ)[207].

2-عرفه الغزالي بقوله: (التأديب إنما نعني به أن يروض غيره)[208].

تعريفات العلماء المعاصرين:

1-عرفه محمد رواس بقوله: (التأديب هو الضرب الخفيف والتوبيخ ونحوه من ذي الولاية بغية الإصلاح)[209].

2-عرفه ابن عثيمين بقوله: (التأديب هو التقويم أو فعل ما يحصل به التقويم)[210].

فيرى الباحث بعد إيراد التعاريف السابقة للتأديب تبين أنها جميعاً تدور حول تقويم وإصلاح انحراف أخلاق المؤدّب، وأيضاً أن التعريف الذي ذكره محمد رواس متكامل نوعاً ما، لأنه شامل لمعنى التأديب وتناول كل مفرداته، فهو لم يقتصر على الضرب والتوبيخ ، وإنما يدخل في صور أخرى كالتأديب بالإشارة أو النظر أو مقاطعة الكلام، فيرى أن هذا التأديب بغية الإصلاح، لا للتشقي فيه أو أغراض أخرى لاعلاقة لها بتهيب الأخلاق.

---

206 ابن منظور، *لسان العرب* ، باب العين، 2924/4.

207 محمد بن علي الجرجاني الحنفي، *التعريفات* (القاهرة: شركة القدس، ط1، 2007م)، 32.

208 أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، *إحياء علوم الدين*، (لبنان: بيروت ، دار المعرفة ، 1402هـ/1982م)، 339/2.

209 محمد رواس قلعجي، *معجم لغة الفقهاء*، (لبنان: بيروت، دار النفائس، 1415هـ،1994م)، 86.

210 محمد بن صالح العثيمين، *الشرح الممتع على زاد المستقنع*، 215/6.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وفي هذا المطلب سيتطرق الباحث إلى الطرق التأديبية المتبعة من قبل وزارة الصحة الليبية ونقابة الأطباء[211] تجاه الطبيب الذي يثبت قيامه بارتكاب أخطاء طبية اتجاه المرضى بعد أن تدرس الشكوى المقدمة ضده ، ويتم هذا العمل من خلال لجان طبية متخصصة وحسب الأصول المهنية المطبقة ، وعند ثبوت الخطأ الطبي يكون الطبيب في هذه الحالة أمام مسؤولية جنائية (جزائية) ومسؤولية مدنية وأيضاً تأديبية وهي التي تتعلق بهذا البحث.

فالطبيب هو إنسان وكل إنسان يخطأ وهذا الخطأ يرتب عليه مسؤولية مما يجعل على عاتقه أن يعوض المتضرر، فهذا من حيث المسؤولية المدنية وبالإضافة إلى المسؤولية التأديبية التي تجريها الجهة الطبية المسؤولة عنه المتمثلة في وزارة الصحة ويكون ذلك عن طريق نقابة الأطباء التي تجبر الأطباء الذين يمارسون مهنة الطب أن يكونوا أعضاء فيها ولا يستطيعون مباشرة العمل الطبي إلا إذا كانوا مقيدين فيها .

وعند الإطلاع على سجلات نقابة الأطباء الليبية ووزارة الصحة فقد تم التحقيق في العديد من شكاوي المواطنين الذي ادعوا وقوع أخطاء طبية عليهم وتبين في نهاية التحقيق صدق بعض الشكاوي وتم إثبات عقوبات تأديبية عليهم من قبل وزارة الصحة ونقابة الأطباء.

الفرع الأول: المسؤولية التأديبية للأطباء ومن المختص بتقريرها

المسؤولية التأديبية: هي المسؤولية القانونية الناشئة عن إخلال الموظف العام بواجبات وظيفته. وبشكل عام" هي إخلال الشخص بالواجبات التي تفرضها عليه واجباته المهنية، وهي في الأساس مسؤولية سلوكية"[212]

211 هيئة قانونية تتكون من مجموعة من المواطنين الذين يتعاطون مهنة واحدة أو مهن متقاربة. النقابة هي جمعية تشكل لأغراض المفاوضة الجماعية أو المساومة الجماعية بشأن شروط الاستخدام ولراعية مصالح أعضائها الاقتصادية والاجتماعية عن طريق الضغط على الحكومات والهيئات التشريعية والالتجاء إلى العمل السياسي في بعض حالات معينة.

212 منصور عمر المعايطة، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية*، 35.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أما فيما يخص الأطباء فهي تتعلق بسلوكهم اتجاه المرضى واتجاه المهنة، وهذا السلوك ألزمته به قوانين المهنة وتشريعاتها من السلوكيات التي نظمتها لوائح المهنة الإنسانية وطالبت الأطباء الالتزام والتقيد بها.

وقد نصت المادة (28) من قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986م الساري المفعول في ليبيا "مع عدم الإخلال بأحكام البندين 1 و 2، من المادة (84) من قانون الخدمة المدنية المشار إليه تتولى محاكمة من يخالف أحكام هذا القانون تأديبياً محكمة مهنية تشكل في كل بلدية بقرار من اللجنة الشعبية للبلدية برئاسة قاض لا تقل درجته عن رئيس محكمة ابتدائية تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضوية طبيبين يرشحهما أمين اللجنة الشعبية للصحة في البلدية ويراعى بقدر الإمكان أن يكونا من ذوي التخصصات العالية".[213]

فمن منطلق المادة السالفة الذكر فإن الطبيب الذي لا يلتزم بواجباته المهنية تفرض عليه جزاءات تأديبية من قبل مجلس طبي تأديبي التابع لوزارة الصحة الليبية المتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها.

ونصت المادة (27) من نفس القانون ، وتصدر اللجنة الشعبية العامة بناء على عرض أمين اللجنة الشعبية العامة للصحة[214] القرارات المتعلقة بتشكيل المجلس الطبي وتنظيمه وكيفية مباشرته لاختصاصه...

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه من المختص بتقرير المسؤولية الطبية ؟

فهذه الإشكالية التي أثارت جدل في ليبيا لدى فقهاء القانون ، رغم أن المادة السابعة والعشرون من نفس القانون ذكرت "يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية مجلس طبي يتبع

213 قانون المسؤولية الطبية رقم 17 لسنة 1986م، المادة23.

214 هي نفسها وزارة الصحة.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وزارة الصحة من عدد من ذوى التخصصات الطبية والمهن المرتبطة بها " ولقد تم إنشاء المجلس الطبي بقرار وزارة الصحة رقم /1989/182م وشملت المادة من هذا القرار ما يلى "يختص المجلس الطبي بالنظر في القضايا المتعلقة بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها والتي تحال إليها من الهيئات القضائية ودراستها وتقييمها فنيا وتقرير مدى المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ الطبي الناجم عنها بشكل مجرد أو إثبات العكس وإعداد تقرير بذلك يرفع إلى الجهة المحال منها القضية .

فالمجلس الطبي غايته بحسب الأصل قيامه بمساءلة الأطباء وأعوانهم تأديباً عن الخطأ الذي يرتكب أثناء ممارستهم للمهنة، فهو الذي يقرر أسباب الخطأ وفقاً لأحكام القانون رقم17 لسنة1986م بشأن المسؤولية الطبية.

فبالتالي يقوم هذا المجلس الطبي بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية بالنظر في الشكوى التي يقدمها المريض المتضرر أو من ينوب عنه وتكون مكتوبة بشكل واضح ومكتوب فيها ما حصل بشكل مفصل، وتسري في شأن هذا المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية وذلك بما لا يتعارض أحكام هذا القانون ويرى الباحث أن هذه الفقرة من القانون معارضة لمبادئ وأحكام قانون المرافعات والذي يمنح القاضي سلطته في تقرير قيام المسؤولية رغم صدور حكم قضائي مؤخراً من المحكمة العلياء بشأنها والذي سوف نتطرق إليه في هذا السياق والذي سوف يقوم الباحث بتحليله.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1.حكم الدوائر المجتمعة بالمحكمة العليا حول قانون المسؤولية الطبية في ليبيا ومبدأ اثبات الخطا الطبي الصادر بتاريخ 2013/12/23 في الطعن المدني 811/ 53 ق

أسباب الحكم

ذكرت المحكة في أسبابها ((وحيث إن الأصل العام في التقاضي حرية القاضي في استخلاص الدليل من المصدر الذي يراه ، وحريته في الأخذ بالدليل أو طرحه وفقاً لما يقتنع به ، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل العام إلا بنص صريح في القانون يحدد طريقاً معيناً للإثبات ، وينص على أن القاضي ملزم بالاستناد إليه دون غيره .

وحيث إن المادة السابعة والعشرين من القانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية تنص على : " يختص بتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية مجلس طبي يتبع أمانة الصحة[215] ، ويتكون من عدد من ذوي التخصصات العالية في المهن الطبية والمهن المرتبطة بها . . وتسري في شأن المجلس المذكور الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانون المرافعات والإجراءات الجنائية ، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون " .

وكما هو واضح من هذا النص ، فإنه وإن كان قد بين طريقاً لتقرير مدى قيام المسؤولية الطبية يتمثل في الاستعانة بالمجلس الطبي ، إلا أنه لم ينص على أن الاختصاص بذلك ينعقد حصرياً للمجلس الطبي دون غيره ، كما لم يرتب النص المذكور أي جزاء على اعتماد المحكمة في إثبات المسؤولية الطبية أو نفيها على دليل آخر يخالف ما ينتهي إليه تقرير المجلس الطبي . ثم جاءت الإحالة في عجز المادة إلى الأحكام المتعلقة بالخبراء المنصوص عليها في قانوني المرافعات والإجراءات الجنائية ، وهذه الأحكام حاسمة في عدم النص على

215 يقصد بأمانة الصحة هي وزارة الصحة.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إلزام القاضي بأن يستعين بخبير معين أو أن يؤسس قضاءه على ما ينتهي إليه تقرير ذلك الخبير[216] .

ومما يدعم هذا الرأي أنه كثيراً ما ترد في الواقع العملي حالات يتعذر فيها الاستناد في تقرير مدى قيام المسؤولية الطبية إلى تقرير المجلس الطبي ، كما لو فشل المجلس في إحالة تقريره إلى المحكمة في الموعد المحدد وفقاً للمادة 4 من قرار إنشائه رقم 182 لسنة 1989 ، أو لم يتمكن من الحصول على المعلومات المطلوبة أو من الإطلاع وفحص الوثائق والمستندات ذات العلاقة بالقضية ، أو إذا كان هناك حكم جنائي يثبت أو ينفى نسبة الخطأ إلى الطبيب ، فضلاً عن أن قانون المسؤولية الطبية ينص على عدد من الأخطاء الطبية التي لا يحتاج إثباتها أو نفيها إلى أي تقرير فني من أية جهة كامتناع الطبيب عن علاج المريض أو الانقطاع عن علاجه ، أو إجراء عملية جراحية دون أن تكون هناك موافقة كتابية من المريض ، أو وصف العلاج قبل إجراء الكشف على المريض وتشخيص مرضه ، أو تحرير تقرير طبي مخالف للحقيقة ، أو إدلاء الطبيب بمعلومات أو شهادة كاذبة مع علمه بذلك .

وترتيباً على ما تقدم ، فإنه بقدر ما للمحكمة من حق في إحالة الحالة المعروضة عليها إلى المجلس الطبي والأخذ بتقريره في تحديد مدى قيام المسؤولية الطبية ، فإنه لا إلزام عليها بالإحالة إلى المجلس ولا بالأخذ بتقريره ، ولها أن تستند في تحديد مدى قيام المسؤولية الطبية إلى أي دليل يؤدى إلى ذلك . فلهذه الأسباب قررت المحكمة – بدوائرها مجتمعة – العدول عن المبادئ التي تقضي بإلزام المحكمة بعرض قضايا المسؤولية الطبية على المجلس الطبي والالتزام بما يرد في تقريره بشأن مدى قيام المسؤولية الطبية ، وإرساء مبدأ مفاده حق المحكمة في اختيار طريق الإثبات الذي تراه مؤدياً إلى ذلك .

216 حكم الدوائر المجتمعة بالمحكمة العليا حول قانون المسؤولية الطبية في ليبيا ومبدأ اثبات الخطا الطبي الصادر بتاريخ 2013/12/23 في الطعن المدني 811/ 53 ق.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فالباحث يرى أن هذه المادة من القانون صدرت بناء على إصرار نقابات المهن الطبية بأن الطبيب يتعرض أحيانا للمسؤولية الجنائية فيجد نفسه عرضة للمحاكمة والسجن بسبب أداء عمله ، وأن عمله يتضمن نوعاً من المخاطر باعتبار إن العمل الطبي يتضمن نسبة من الخطورة معترف بها دولياً ، وأن عمله بذل عناية وليس تحقيق نتيجة ، فإذا خاف الطبيب ورأى أن احتمال العقوبة سوف تتسلط عليه مما يجعل الطبيب أن يتخذ السبيل الأيسر وهو المبالغة في التحوط مما يتسبب في ضرر للمريض الذي يمكن انقاذ حياته بسبب هذا الأمر .

فالأحكام القضائية مختلفة بين عدة آراء منذ صدور هذا القانون: منهم من يرى أنه يجب عرض الموضوع على المجلس ولكن المحكمة غير ملزمة باعتماد رأي المجلس الطبي وقد تشكل لجنة من أطباء آخرين من ذوي مؤهلات عالية لإبداء الرأي الفني ، وبينما يرى آخرون أن رأي المجلس الطبي لا يلزم إلا في الدعوى التأديبية. ومنهم من يرى أنه يجب عرض الموضوع على المجلس الطبي واعتماد ما يقرره بين الخطأ وعدم الخطأ .

و من خلال التطبيق العملي في العديد من قضايا المسؤولية الطبية لوحظ الاتي :

1) التقيد بالروتين والتسلسل المركزي الذي يكلف المدعي أو أطراف الدعوى الوقت والمال وتأخر المصالح، حيث إن المجلس الطبي ومقره في العاصمة الليبية مدينة طرابلس لا يرد في الوقت المناسب فقد يتعطل الرأي لعدة سنوات ويتردد المدعي او المجني عليه على المحكمة ويتم تأجيل قضيته الى سنوات وأحيانا لا يرد المجلس وأحيانا اخرى تضيع المستندات، ويكون القاضي غير مدركاً كترة المصطلحات الطبية التي لا يفهمها إلا الطبيب، و القاضي يريد أن يكون الرأي واضحاً ومدعوما بالأسانيد العلمية والقانونية بطريقة مقنعة ومتسلسلة حتى يستطيع تضمينها للأسباب ويكون عقيدته بطريقة سليمة، ويجب انتهاج أو اتباع أسلوب اللامركزية في هذه القضايا واحتياجاتها.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2) كثيراً ما يأتي الرد بأنه لا يوجد خطأ طبي في مسائل ليست فنية بل واضحة جداً ولا يختلف على كونها خطأ طبياً مثل الامتناع عن العمل أو الغياب

لقد تعرض هذا القانون – فيما نصت عليه المادة 27 – الى النقد الشديد من خبراء القانون والباحث أيضاً ينتقد هذه الفقرة ويأمل سرعة النظر فيها والفصل فيها من الجهات التشريعية ومنها:

أ . يستغرب الباحث من عدم اختصاص وزير الصحة (أمين الصحة) بإصدار قرارات في تشكيل هذه اللجان حيث أنه بحكم تخصصه كطبيب قبل أن يكون وزيراً أدرى وأكثر إلماماً بعمل هذه اللجان وطبيعة تشكيلها.

ب . وأنه لا يوجد مذكرة مفسرة لنصوص هذا القانون بشكل عام وفي هذه المادة بشكل خاص ، وعدم وجود لائحة تنفيذية وإدارية تبين الجانب المادي والإداري في طبيعة عمل هذه اللجان الطبية أثناء المنازعات القضائية (المكافئات المالية عند انتهاء عمل هذه اللجان) منعاً لشبهة الابتزاز المالي لهذه اللجان.

ج . إن المجلس الطبي التابع لوزارة الصحة أصبح خصماً وحكماً ولا يعد محايداً .

د . إن إنشاء المجلس في مدينة طرابلس وتكوينه من أطباء مختصين لديهم أعمال اخرى وغير متفرغين جعل المجلس يتأخر في إبداء الراي الفني .

هـ . إن عرض موضوع القضية على الطبيب الشرعي هو الافضل ، والطبيب الشرعي هو الذي يقوم بالاتصال بالخبراء في مجالات الطب المختلف، ومن جملة آرائهم يستطيع أن يقدم تقريراً مصاغاً بلغة قانونية يستطيع القاضي أن يتبين الحقيقة منها ... ولايوجد خبير في العالم يفهم كل العلوم حتى في مجال تخصصه فلابد له أن يستعين بغيره من الاطباء في المشاكل الصعبة .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

و . أن من القواعد المستقرة أن الخطأ البسيط من الطبيب يتم التغاضي عنه او يترك لسلطة التأديب .

ز . أنه حوّل المجلس الطبي الى قاضي الموضوع وغّل يد القاضي في تكوين عقيدته من الأدلة التي قد تكون مطروحة والتي قد تنسف رأي المجلس الطبي مما يجعله يتعارض مع مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته .

على كل حال فيرى الباحث أن ما فعلته الدائرة الدستورية بهذا المبدأ هو الصواب و الذي يعود بدعوى المسؤولية الطبية الى الوضع الصحيح حتى يعطى القاضي صلاحيته في تكوين عقيدته، رغم تقصيرها في بعض الأمور السالفة الذكر، وعلى الجهات التشريعية أن تأخذ هذا الموضوع في عين الاعتبار ولا تتهاون فيه، وأن المتهم من حقه أن يدافع عن نفسه بكافة الطرق ومن ضمنها الطعن في التقرير وطلب ندب لجنة من الخبراء ... فلا أتصور أنه يضار أو يظلم من توفر الضمانات التي نصت عليها قانون الاجراءات الجنائية وقانون المرافعات[217].

وأما ما يتعلق بالتعويض فيرى الباحث أن الحل الأفضل والأمثل هو عدم ربط التعويض في المسؤولية الطبية بالخطأ بل يجب ربطه بالضرر والأخذ بنظرية المخاطر وهي البحث عن الضرر وأن يكون بسبب العمل الطبي دون البحث عن الخطأ وهذا أمر يسير في ظل وجود نظام تأمين طبي وهذا ما يجري عليه العمل في الدول المتقدمة.

الفرع الثاني: العقوبات التأديبية على الأطباء

بعدما يصدر القرار بالإحالة إلى المحاكمة التأديبية من قبل وزارة الصحة أو من تفوضه في ذلك فإن المجلس التأديبي يقوم باتخاذ إحدى العقوبات التالية:

217 تعرضت هذه الفقرة لانتقادات شديدة من رجال القانون على مواقع التواصل الإجتماعي في ليبيا.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أ- الإنذار.

ب- اللوم.

ج- الخصم من المرتب لمدة لا تجاوز تسعين يوماً في السنة، ولا يجوز أن يجاوز الخصم تنفيذاً لهذه العقوبة ربع المرتب شهرياً بعد الربع الجائز الحجز عليه أو التنازل عنه قانوناً.

د- الحرمان من العلاوة السنوية.

هـ- الحرمان من الترقية مدة لا تقل عن سبعة أشهر ولا تجاوز ثلاث سنوات.

و- الإيقاف عن مزاولة المهنة لمدة لا تجاوز سنة.

ز- خفض الدرجة.

ح- العزل من الوظيفة أو الحرمان من مزاولة المهنة

فهذه العقوبات قد وردت في المادة(30) من قانون المسؤولية الطبية الساري المفعول في ليبيا تجاه الأطباء والصيادلة وكذلك العناصر الطبية والطبية المساعدة وكل من ترتبط به مهنة الطب، [218] وهذا الذي يراه الباحث أن يكون من اختصاص المجلس الطبي وبالتالي ينفذ هذه العقوبات المجلس التأديبي أما في تقدير الخطأ من عدمه فإن المجلس الطبي ليس له علاقة به ويكون من اختصاص قاضي الموضوع.

المطلب الثاني: تعويض المرضى عن المسؤولية الطبية

كما ذكرنا سابقاً أن أركان المسؤولية الطبية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية فإذا تم التأكد من وجودهن فيكون الطبيب مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للمريض وبالتالي يكون الطبيب ملتزماً بتعويض الأضرار التي لحقت بالمضرور، وينشأ إلتزام بذمته بحكم القانون، كما

218 قانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جاء في نص المادة (145) من القانون المدني الليبي "كل خطأ سبّب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، فالقواعد العامة في المسؤولية المدنية لم تفرق بين طبيب وغيره لكي تقوم المسؤولية أو عدمها، فمتى تحقق الخطأ والضرر وعلاقة السببية تحركت معها المسؤولية بشقيها الجزائي والمدني.[219]

فتقدير التعويض عن الضرر من المعروف هو أمر متروك لقرار محكمة الموضوع ورأيها لأن هذا يعد من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها.[220]

والقاعدة التي تحكم عملية تقدير التعويض عن الضرر تقضي أن التعويض على قدر كافٍ لجبر الضرر فلا يزيد أو يقل عنه[221]

فاللجوء للقضاء هي الوسيلة التي يستطيع من خلالها المضرور الحصول على تعويضه عن طريق دعوى يقيمها أمام المحاكم المختصة، مثل أي دعوى مدنية أخرى، أو عن طريق الادعاء بالحق المدني أمام القاضي الجزائي في الحالات التي يشكل فيها الخطأ الطبي جريمة،

وتعرف دعوى التعويض بأنها" الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي أصابه إذا لم يسلم به المضرور اتفاقاً، وتسمى أيضاً دعوى المسؤولية المدنية.[222]

فأساس الدعوى هنا يختلف فيما إذا كانت مسؤولية جنائية أم مسؤولية مدنية، فالجزائية أو الجنائية بمعنى واحد فهي تتعلق بالجزاء المطلوب قيامه على الجاني، أما الدعوى المدنية فهي

---

219 محمد وحيد الدين سوار، *شرح القانون المدني، مصادر الالتزام* (دمشق: مطبعة جامعة دمشق، 1976.)، ج2، 197.

220 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 178.

221 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، ج2، 197.

222 سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني*، ج1، 569.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تتعلق بالضمان ،وهو التعويض الذي يطالب به المضرور جبراً لما لحقه من ضرر"[223]، والشرط العام لقبول الدعوى هو المصلحة.

فدعوى المسؤولية المدنية للطبيب تخضع للأحكام العامة في المسؤولية المدنية شأنها شأن أية دعوى مدنية أخرى[224]، وأطراف الدعوى هما المدعي (المضرور) والمدعي عليه (المسؤول) عن الضرر.

أولاً: المدعي (المضرور): "هو الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه سواء أكان الضرر الذي أصابه مباشرة أو ارتد عليه من ضرر أصاب غيره".[225]

وعليه يكون المدعي في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب المضرور "المريض" الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الخاطئ، فيثبت له الحق بداية سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، وفي حالة وفاة المريض فينتقل الحق في المطالبة بالتعويض إلى خلفه.[226]

فالذي يصاب بضرر أثناء إجراء تدخل جراحي يؤدي بحياته ينتقل الحق بالتعويض عن ما أصابه من ضرر إلى ورثته، فإذا كان الضرر مادياً ينتقل الحق بالتعويض عنه إلى ورثته كل حسب نصيبه بالميراث.[227]

أما في حالة إذا كان الضرر معنوياً فلا ينتقل إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أي بمقتضى حكم نهائي.

---

223 قيس الصغير، *المسؤولية المهنية الطبية في السعودية* (السعودية: بدون مكان نشر، 1996)،ط1، 214.

224 أنور سلطان، *دراسات حول القانون المدني، المسؤولية المدنية*، 389.

225 سليمان مرقس، *الوافي في شرح القانون المدني* (مكتبة مصر الجديدة ، 1992)، ج2، ط5، 570.

226 أحمد سعد، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، 509.

227 عبدالسلام التوتنجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري الفرنسي*، 171.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وأما بالنسبة لما يسمى بالضرر المرتد: فإنه ضرر مباشر يترتب على الفعل الضار يصيب شخصاً غير الذي وقع عليه الفعل، حيث أنه يقع بطريقة الارتداء لضرر آخر ويكون نتيجة له ويعتبر ضرراً مباشراً يتعين التعويض عنه.[228]

ومثال التعويض عن الضرر المرتد ما أصدرته المحاكم الفرنسية، كالضرر الذي يلحق بوالد الضحية نتيجة قلقه على أبنه وتأثره النفسي عدة شهور لعدم شفاء ابنه، أو الخلف نتيجة الضرر الذي أصاب السلف أثر حادث سواء أكان الخلف وارثاً أم غير وارث.[229]

ويشترط لتحقيقه أربعة شروط وهي:[230]

أ-أن يصيب كلاً من المتضرر المباشر والمتضرر بالإرتداد.

ب-أن يكون رابطة الأول والثاني كرابطة القرابة أو الورثة أو العمل والمودة.

ج-أو أن يكون المتضرر بالإرتداد معالاً من قبل المتضرر المباشر.

د-أن تكون علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر المرتد.

ثانياً: المدعى عليه (المسؤول عن الضرر): وهو الشخص المسؤول عن الفعل الضار أو نائبه أو خلفه، سواء أكان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو عن الشيء الذي في حراسته، أو مسؤولاً عن فعل غيره، وبالتالي يحل محل المسؤول نائبه وإذا كان راشداً يحل محله الوكيل أو من له صفه وأيضاً الوارث يحل محله حسب أحكام الشريعة الإسلامية والقاعدة تقول (لا تركه إلا بعد سداد الديون)، فبعد وفاة المسؤول فتكون التركة مسؤولة عن إلحاق الضرر وأياً من

228 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 154.

229 نفس المرجع، 154.

230 محمود موسى دودين،" *مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية*" (رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2006)، 142.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الورثة يمثل في دعوى المسؤولية وإذا كان المسؤول شخصاً معنوياً فيكون مصيره الإنحلال، وتكون جميع أمواله بعد التصفية مسؤولة عن التعويض.[231]

فالطبيب يكون هو المسؤول المباشر عن أحداث الضرر ومن الممكن أن تباشر الدعوى في مواجهة نائبه.[232]

الفرع الأول: تعريف التعويض وأنواعه

سيتناول الباحث في هذا الفرع تعريف التعويض وما نص عليه القانون الليبي، وكذلك أنواع التعويض وهو التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل.

أولاً: تعريف التعويض

جاء في كتب اللغة أن التعويض لغةً : أصل العوض : البدل ، يقال : عاضه وعاوضه ، والاسم معاوضة ، وعوضته : أعطيته بدل ما ذهب منه ، واعتاض : أخذ العوض ، واستعاضه وتعوضه : سأله العوض.[233]

وجاء في تاج العروس أيضاً: "والعوض-كعنب-: الخلف، وفي العباب: كل ما أعطيته من شيء فكان خلفاً".[234]

وجاء في معجم متن اللغة: أن عضت، أي: دفعت، وتعوض واعتاض، أي: أخذ العوض.[235]

231 عبدالرزاق السنهوري، *مصادر الالتزام*، م2، 294..

232 قيس الصغير، *المسؤولية المهنية الطبية في السعودية*، 198، وللمزيد انظر أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 156.

233 أبي الفضل جمال الدين بن منظور، *لسان العرب* (مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، 1301هـ)، مادة عوض ط1، 192/7 .

234 محمد مرتضى الزبيدي، *تاج العروس من جواهر القاموس* (لبنان: بيروت، مكتبة الحياة، بدون سنة نشر)،ج5، 59.

235 أحمد رضا، *معجم متن اللغة* ،(بيروت: دار مكتبة الحياة، 1379هـ)،ج4، 246.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد ذكرت المعاجم أن بين العوض والبدل فرقاً، ولكنهم أعرضوا عن ذكره، جاء في المحكم والمحيط الأعظم: " العوض والبدل وبينهما فرق، لا يليق ذكره في هذا المكان[236]".

فالعوض إذاً يعني البدل، أو الخلف. وقد دل على ذلك حديث أبي هريرة- رضي الله عنه- عندما قال: "فلما أحل الله ذلك للمسلمين- يعني الجزية- عرفا أنه قد عاوضهم أفضل مما خافوا".[237] أي أبدلهم كسباً طيباً أفضل مما كانوا يخشون فوته.

وقال الإمام الشافعي رحمه الله: سافر تجد عوضاً عمن تفارقه[238]. بدلاً مكافئاً عمن تنأى عنه وتغترب.

ومن اشتقاقات مادة العوض أيضاً: "التعويض" وهو اللفظ الذي نقصده بالذات، جاء في لسان العرب بعد ذكر اشتقاقات كثيرة للفظ العوض:"... والمستقبل التعويض".[239]

وعليه فنستطيع القول بأن التعويض في اللغة هو البدل أو الخلف .

واصطلاحاً : دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير.[240]

فكتب الفقه القديمة لم تذكر لفظ التعويض بعينه- كمصطلح لما نريده- ولكنها استعملت بدله لفظ الضمان، قد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملاً للتعويض وغيره كالكفالة، والبعض الآخر – كالحنابلة والمالكية وبعض الشافعية – عرفوه بما لا يدل البته على التعويض.[241]

---

236 علي بن إسماعيل بن سيدة، *المحكم والمحيط الأعظم في اللغة*، تحقيق عبدالستار أحمد، (مصر: شرمة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1301)،ج2،210.

237 أبي الفضل جمال الدين بن منظور، *لسان العرب* ، ج9، 55-56، وقد رد هذا النص في كتاب *"النهاية في غريب الحديث والأثر"* لأبي السعادات بن الأثير الجزري (دار إحياء الكتب العربية، عيسى الباب الحلبي وشركاءه، بدون سنة نشر)، ج3، 320.

238 ديوان الشافعي، جمع وتحقيق وتعليق: زهدي يكن (بيروت: دار الثقافة، بدون سنة نشر)، 48.

239 أبي الفضل جمال الدين بن منظور، *لسان العرب* ، ج9، 55.

240 الموسوعة الفقهية الكويتية، 35/13.

241 محمد المدني بوساق، *التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي*، (الرياض: دار أشبيليا للنشر،1419هـ)، 150

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فعرف الحنابلة الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى المضمون عنه في التزام الحق.[242]

فهذا التعريف بعيد عن المعنى المطلوب، لأنه خص لفظ الضمان بالكفالة. فالمالكية أيضاً سلكوا مسلك الحنابلة، رغم أن الجميع يستعمل لفظ الضمان في حالات التعويض بالمثل أو القيمة، كقولهم تسبب في إتلاف شيء لغيره- يضمن، أو هو ضامن وضمن جاء في الإنصاف: "أن الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف".[243] ومن ذلك أيضاً:" وإن غصبه وجنى عليه ضمنه".[244] وجاء عن المالكية قولهم :" لو مات العبد المغصوب أو قتل...قوم وضمن قيمته...والمثل يضمن بذي المثل....فإن عيبه خير بين تضمينه قيمته وأخذه وما نقص".[245]

ففي كتب الفقه الأرآء كثيره على هذه التعريفات، لذلك كان من الأولى بهم أن يجعلوه شاملاً لمدلوله، ولا يقصروه على ما يسمى في الاصطلاح بالكفالة.[246]

ويرى الباحث أن التعريف الأكثر انطباقاً على معنى التعويض هو" إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفياً للضرر بقدر الإمكان"

لأن هذا التعريف أوضح معنى الضرر، ثم هو أكثر تفصيلاً ودقة، لأنه ذكر التعويض مرتّباً في قوله: " إيجاب مثل التالف إن أمكن"، حتى يبين أن الواجب هو التعويض بالمثل، ولا يصار إلى القيمة إلا إذا تعذر وجود المثل.

---

242 موفق الدين بن قدامه المقدسي، *المغني*، ج4، ط دار المنار، 590،.

243 علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، (مطبعة السنة المحمدية، 1387هـ)،ط1، ج6، 151.

244 نفس المرجع، ج6، 153.

245 شرح الإمام أبي عبدالله التاودي بهامش البهجة، ج2، 345.

246 محمد المدني بوساق، *التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي*، 152.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد وردت عبارات كثيرة عند ابن قيم الجوزية – رحمه الله- يمكن أيضاً اعتبارها تحديداً لتعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء، كقوله " تغريم الجاني نظير ما أتلفه".[247]

وذكر أيضاً تعريفاً للعوض صراحة في قوله: العوض هو مقابلة المتلف من مال الآدمي. غير أنه عدَّ القصاص من العوض أيضاً.[248]

فالتعاريف القديمة لم تذكر محل الضرر الواجب فيه التعويض، فجميعها تخص الضرر المالي، رغم أنهم يعبرون في سائر الأمثلة بالضرر الجسمي، في حال وجوب الدية أو الأرش، بقولهم: ضامن أو يضمن. فهذا ما ورد في كتب الفقه القديمة.[249]

فلفظ التعويض عند الفقهاء المعاصرين مصطلح حديث، وأن التعاريف الحديثة قد حاولت أن تحدد للمسؤولية عن الضرر – بصفتها نظرية مستقلة- مصطلحاً خاصاً، للتخلص من عموم لفظ الضمان، واشتباه دلالته على أبواب مختلفة.

ومن هذه التعاريف، قولهم: " التعويض هو رد بدل التالف".[250] وهذا التعريف رغم حسن عبارته وإيجازها، إلا أنه لا يختلف عن تعاريف الفقهاء القدماء، وينقصه التفصيل الذي عند بعضهم.

وعرفه آخر بقوله: "هو جبر الضرر الذي يلحق المصاب".[251] وهذا التعريف معبر عن محتوى مصطلح التعويض، ولكنه غير مانع لدخول ما ليس مراداً في التعريف ، لأن تعبيره بجبر الضرر مطلق يشمل كل ضرر، ثم هو غير صريح في ذكر الصفة المالية للتعويض، وهو ما

247 شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، *أعلام الموقعين عن رب العالمين* (بيروت: دار الفكر، ودار الجبل للنشر والتوزيع والطباعة، 1397هـ)، ج2، 123.

248 نفس المرجع، 117.

249 محمد المدني بوساق، *التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي*، 153.

250 صبحي محمصاني، *النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية* (بيروت، لبنان: دار العلم للملايين)،ط2، ج1، 158.

251 سيد أمين محمد، *المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن*(بدون مكان نشر، 1348هـ)، 115.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يشعر بدخول العقوبات والتعازير في هذا التعريف، والمراد تخصيص هذا المصطلح بالتعويض المالي.

وعرفه آخر بقوله: "هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ".[252] وهو التعويض عن الفعل الضار، وهو ما يكون عادة نتيجة اعتداء أو خطأ ، إلا أنه لم يحدد معنى التغطية، الأمر الذي جعله شاملاً للتعازير والقصاص، وهذا ما يجعله غير مانع.[253] وهذا التعريف مضمونه يتفق مع هذا البحث الذي نحن بصدده.

فجميع التعاريف السابقة دلت على المراد من التعويض، مع بعض التضييق في البعض والتوسيع في البعض الآخر ، غير أنها لم تذكر محل الضرر المستلزم للتعويض.

وبعد تحليل التعاريف السابقة ، فيرى الباحث أن التعويض هو المال الذي يحكم به على من سبب ضرراً على غيره في مال أو في نفس.

أما التعويض في القانون هو وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف منه هو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية، وهو ليس عقاباً على المسؤول على الفعل الضار، إذا ما ثبت مسؤولية المدعي عليه عما لحق المدعي من الضرر والقاضي يتعين عليه إلزام المسؤول بما يعوض المضرور ويجبر الضرر الذي لحق به،[254] طبقاً ما نص عليه القانون المدني الليبي في المادة (174)

«1- يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً. ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

252 وهبة الزحيلي، *نظرية الضمان* ، (دار الفكر، 1389هـ)، 87.

253 محمد المدني بوساق، *التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي*، 154.

254 أنور سلطان، *دراسات حول القانون المدني، المسؤولية المدنية*، 399.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2- ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معيّن متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض».

يتبين من استقراء نص هذه المادة أن التعويض إما أن يكون عيناً، وإما أن يكون بمقابل.

ثانياً: أنواع التعويض

1.التعويض العيني

التعويض العيني يؤدي إلى وفاء الالتزام عيناً، والوفاء العيني بالالتزام هو الأصل في الالتزامات العقدية. ويمكن أن يقع الوفاء العيني بالالتزام في إطار الالتزامات غير العقدية أيضاً. فإذا أخل المدين بالتزامه بعدم الإضرار بالغير، كأن يقوم شخص مثلاً ببناء حائط من أجل حجب الضوء والهواء عن جاره بشكل تعسفي، يمكن أن يحكم عليه بالتعويض العيني، أي إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وذلك بإزالة الجدار وهدمه على حساب من بناه، والمضرور إذا طالب بالتعويض العيني -وكان ممكناً- فيجب على القاضي أن يحكم به، بشرط أن يكون ممكناً ولا يسبب إرهاق للمدين ولا يشكل مساساً بحريته الشخصية،[255] كالإعتداء مثلاً على الشرف والسمعة .. ولكن لا يجوز للقاضي أن يجبر المدين على قبول التعويض العيني، وأيضاً لا يلزم المضرور بطلب التعويض العيني؛ ولاسيما إذا لم يتقدم به المسؤول. ويستنتج من نص المادة (174) مدني أن القاضي يملك سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أصلح من غيرها من أجل جبر الضرر الواقع؛ آخذاً بالحسبان طلب المضرور والظروف المحيطة بوقوع الفعل غير المشروع.

255 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 162-164.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ولذلك يعرف التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر. ويزيل الضرر الناشئ عنه، ويعتبر من أفضل طرق الضمان، والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ذلك ممكناً وطلبه الدائن أو تقدم به المدين، إن كان ممكناً مع التعويض عن عدم التنفيد.[256]

ثانيا: التعويض بمقابل

إذا كان التعويض العيني يؤدي إلى محو الضرر وإزالته؛ فإن التعويض بمقابل يهدف إلى جبر الضرر. وقد يكون المقابل في هذا التعويض نقداً أو غير نقدي. ويحكم بالتعويض غير النقدي غالباً لجبر الضرر الأدبي.

فالغالب في مجال المسؤولية الطبية يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة نقدياً ، نظراً لأن التعويض العيني أمر عسير.[257]

والتعويض يجب أن يكون مساوياً للضرر فلا يزيد ولا ينقص لأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر وقد استقر القضاء الليبي والمصري على ذلك.[258]

ولكن يبقى التعويض النقدي هو الأصل في دعوى المسؤولية التقصيرية. ويحكم القاضي به عندما يتعذر الحكم بالتعويض العيني، أو عندما لا يطلب المضرور التعويض العيني. والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغاً نقدياً يدفعه المدعى عليه مرّة واحدة للمضرور. ولكن أجازت المادة (174) من القان المدني الليبي للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط، أو إيراد مرتب. فمثلاً إذا أدى العمل غير المشروع إلى عجز المضرور عن العمل عجزاً كلياً يمكن

256 أنور سلطان، دراسات حول القانون المدني، المسؤولية المدنية، 399.

257 محمد حسين منصر، *المسؤولية الطبية*، 187.

258 محمود موسى دودين، *مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية*، 138.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أن يحكم القاضي على المسؤول في مثل هذه الحال بإيراد مرتب مدى الحياة للمضرور. ويجوز للقاضي أن يلزم المسؤول بتقديم تأمين[259].

فإن حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه يعتبر من الحقوق التي تحميها القوانين والدساتير، وهي من المقاصد الأساسية في الشريعة الإسلامية.

والطبيب عندما يقوم بإجراء عمل طبي لجسم المريض وينتج عنه أذى كحدوث جرح أو كإتلاف عضو أو عطل دائم أو نسبي، فينتج عن ذلك ضرر يستوجب التعويض، لأن هذا يشكل إخلال بحق الإنسان بالحياة والسلامة.

أما فيما يتعلق بتقدير مبلغ التعويض فإن الصعوبة الأساسية تكمن في متى يعتمد على التعويض فهل يعتمد علة المعيار الشخصي وبالتاي يراعى فيه ظروف وأحوال المضرور، أو أنه يعتمد على المعيار الموضوعي معتداً بالضرر ذاته بعيداً عن الظروف الشخصية.[260]

فالقاضي عند تقدير قيمة التعويض يراعي الملابسات والظروف المتعلقة بالمضرر ، وهذا لا يمنع القاضي الأخذ بمعيار الرجل العادي بشأن الأضرار المترتبة على المساس بسلامة جسد المضرور بالإضافة للمعيار الشخصي لأنها أضرار موضوعية لا تختلف من شخص لآخر، فإن تقدير التعويض في كل الأحول فهو أمر متروك ويخضع لسلطة القاضي وفق مايراه مناسباً حسب ضميره وحسب الواقعة المعروضة عليه.[261]

وغالباً قد يتفق الطبيب مع المريض المضرور على مقدار التعويض عن الضرر الجسدي أو أنه يصدر بمبلغ التعويض حكم نهائي، وبالتالي لا يحق للمضرور أن يدعي بأضرار بعدها خارجة عن الاتفاق أو الحكم، إلا إذا استحدث فعلاً وكان الاتفاق أو الحكم لا يشملها أو

259 القانون المدني الليبي.

260 محمود دودين، *مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية*، 137.

261 نفس المرجع، 139-140.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لا يتصور وقوعها، كتعويض المضرور والأضرار مازالت مرتبطة بإصابته الجسدية أو كزيادة نسبة العجز بعد صدور الحكم عليها.[262]

وللطبيب يجوز له أن يرفع دعوى جديدة عند شفاء المريض من الإصابة بسبب أو لآخر ويطالب فيها بإعادة تقدير التعويض واسترداد ما يوازي التحسن الذي حدث على المريض المتضرر لأن ذلك يتعارض مع الحكم النهائي الصادر في السابق سواء كان التعويض مبلغ نقدي أو مرتب مدى الحياة وسواء كان التحسن بسبب عمل طبي آخر أو تلقائياً.[263]

ومن أشهر القضايا في فرنسا قضية تم الحكم فيها بالتعويض، وهي تتعلق بأخطاء التخدير عندما أخضع أحد الأطفال لتخدير كلي في أحد المستشفيات الحكومية لإجراء جراحة عادية لكنه فارق الحياة قبل أن يزول أثر المخدر ، وقدر رفعت والدته دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية مطالبة بالتعويض على مالحقها من أضرار معنوية جراء وفاة إبنها، وقد صدر حكم بتعويض مقداره مائة وخمسون ألف فرنك فرنسي لصالحها بتاريخ 1993/9/20.[264]

الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض واستحقاقه

أولاً: تقدير التعويض

فالقاضي وحده هو الشخص المخول في تقدير التعويض فهذا مانص عليه القانون، وعملية تقدير التعويض عن المسؤولية الطبية تنطوي على نواحي دقيقة وفنية ليس في مقدرة القاضي معرفتها، لأنها بحاجة إلى الأطباء وأهل الخبرة من ذوي المهنة، وليس من السهل أن يتعرف القاضي على الخطأ في سلوك الطبيب المعالج ، ولا يشترط عليه أن يكون ملماً بالأمور الطبية .

---

262 عبدالطيف الحسني، والنقيب عاطف، *المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية*، 389..

263 محمود دودين، *مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية*، 140-141.

264 مجلس الدولة الفرنسي، 30 نوفمبر 1997، نقلاً عن عبدالحميد ثروت، *تعويض الحوادث الطبية*، 15.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فالقاضي إذا كان بإمكانه أن يصل إلى خطأ الطبيب في أعماله العادية واليومية كعدم حصوله على رضا المريض أو موافقته الخطية مثلاً، فإنه يصعب عليه هذا العمل في الأمور الطبية التي تتعلق بالعلوم الطبية والأمور الفنية المتعلقة بها لذا يجب علي القاضي أن يلجأ إلى أهل الخبرة والمعرفة، ليوضحوا له الصعوبات والخفايا المتعلقة بالعمل الطبي وأسراره، و على القاضي أن يبحث ذلك من الجوانب القانونية، استناداً على ما يوضحه الخبير الذي تعينه المحكمة من حقائق ونتائج.[265]

وبالتالي نستطيع القول بأن ممارسة العمل الفني الذي يسبب خطأ طبي يمر عبر مرحلتين:

1-القواعد الفنية للعمل الطبي والأصول العلمية المستقرة والمرتبطة بالمهن الطبية يجب أن تتمثل في تحديد مدى مطابقتها لهذا العمل.

2-مقارنة المعيار القانون للخطأ المهني بعد عرض نتائج المرحلة السابقة، وهذا عمل قانوني صرف يختص به قاضي الموضوع وحده.

وعلى الخبير الذي تحدده المحكمة لابد له من إتباع القواعد القانونية الصحيحة، حتى يتمكن من أن ينفذ وظيفته بنجاح، والتي يقع تحديد بعضها على المحكمة ، أي قاضي الموضوع، الذي كلف الخبير للقيام بهذه المهمة، حيث يترتب على المحكمة المختصة بخصوص الخبرة عدة أمور وهي:[266]

أ – يجب على الخبير الذي تكلفه المحكمة أن يقوم بالإجابة بشكل تام عن كل الأسئلة التي تطرحها المحكمة عليه، وعلى المحكمة أن تحدد مهام هذا الخبير بوضوح ودقة، وبالتالي عليه أن يبحث في الأسباب التي أدت إلى وقوع الخطأ الطبي، وأيضاً عليه أن يبين إذا كان بالإمكان تجنب هذا الخطأ وفقاً للمعطيات العلمية ومدى ما ارتكب الطبيب من إهمال إذا ما كان

265 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 168.

266 نفس المرجع ، 168.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ليرتكب من قبل طبيب أحيط بنفس الظروف الخارجية والداخلية التي وجد بها الطبيب المسؤول عن الخطأ.

ب – و من حق الخبير أن يكون له قدراً من الإستقلال والحرية في العمل وتقرير الخبرة الصادرة عنه، وليس من حق المحكمة أن تحدد للخبير الوسائل التقنية أو العلمية التي يجب أن يعتمد عليها في مهمته، و ليس من حق المحكمة أن تحدد للخبير الوسائل التقنية أو العلمية التي يجب أن يعتمد عليها في مهمته، [267] وبالتالي يجب على الخبير أن يبين في تقريره بشكل واضح، أن الطبيب قد ارتكب خطأ طبياً أم لا، وعلى الخبير خلال ذلك عليه أن يدرس ملف المريض الطبي من حيث مدة مرضه وعلاقته بعلاج الطبيب، مع ضرورة عدم تدخله وخوضه بالأمور القانونية، وأن يبتعد كل البعد عن الحقائق العلمية والاكتشافات الغير ثابتة خلال كتابته للتقرير، ومن حق الخبير أيضاً إعفائه من عمله متى طلب ذلك.[268]

ويجب أن نتطرق إلى مسألة هامة تتعلق بالوقت الذي يتم فيه تقدير التعويض وارتباطه بالضرر، حيث أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيراً وربما أيضاً لا يتيسر تعيين نهايته عند النطق بالحكم، فهذه المسألة محل خلاف بين القضاء والفقه، فكان هناك اتجاهين متناقضين أحدهم يعتد بوقت وقوع الضرر وليس بوقت صدور الحكم ، ويحتج أنصار هذا الاتجاه بالقول أن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق بالتعويض وليس الحكم، وعليه فإن تقدير التعويض يستند إلى وقت وقوع الضرر وما يتصل به من عناصر، وقد أقرت هذا محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها هذا الاتجاه وقررت أن الحكم إنشائي على اعتبار أن قبل صدوره لم يتحقق موجب التعويض.[269]

---

267 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 169.

268 عبدالسلام التونجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري المصري والفرنسي*، 118-120.

269 محمد منصور، *المسؤولية الطبية*، 189.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أما الاتجاه الآخر، فهو يعتد على وقت النطق بالحكم والذي يعتبر أنصاره أن حكم القضاء ليس منشئاً للحكم بل هو معلقاً وكاشفاً للحق بالتعويض ، وبالتالي إلى وقت صدور الحكم يكون الحق بالتعويض غير محدد المقدار، ويرون أيضاً أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم هو الذي يحدد مقداره، وعليه يجب أن يعتد بجميع عناصره التي توجد وقت صدور الحكم، وسبب هذا التعويض يقع من لحظة وقوع الضرر، ووقت النطق بالحكم فيتم تحديد مقدار التعويض ويجب أن يراعى في ذلك الظروف من المستجدات التي لحقت الضرر من لحظة وقوعه إلى وقت صدور الحكم.[270]

وعليه يمكن القول أن الرأي قد استقر على أن تقدير قيمة التعويض يكون وفقاً لما تكون عليه حالة المضرور وقت صدور الحكم، وهذا ما يؤيده الباحث، وعلى القاضي أن يراعى جميع الحوادث والتطورات التي حدثت إلى يوم صدور الحكم،[271] وحق المضرور وإن كان ينشأ من يوم تحقق الضرر إلى أن تجسيده في حق دائنيه مقدر بالنقد لايتم إلى يوم صدور الحكم، مع مراعاة أيضاً المادة (173) من القانون المدني الليبي "فإذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ المضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

فمن المعروف أن قيمة النقود تتغير بصورة مستمرة، فإن مقتضيات الحق على ذلك تقتضي عدم التقيد بمبدأ القيمة الإسمية للنقود أي قيمتها العددية، أي يجب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر بحيث يقتصر على إصلاح الضرر ويزداد التعويض بمقدار الزيادة في أسعار المواد اللازمة، فالقاضي في هذه الحالة يقدر التعويض على ضوء تكاليف ذلك ساعة النطق بالحكم، وكذلك أحياناً

270 محمود دودين، *مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية*، 144-145.
271 نفس المرجع، 145.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تكون حالة المريض تقتضي تقديم علاج أو شراء أدوية إضافية فكل ذلك يكون موضعاً للزيادة ويجب أن يؤخذ بعين الإعتبار. [272]

فالقضاء الفرنسي رأى أن أفضل طرق التعويض أن يكون على شكل مرتب دوري مدى الحياة ومرتبط بتغير الأسعار وارتفاع قيمة النقد[273]، فالباحث يراه أمر تعسفي و يسبب إعسار للمدين وقد تنتج آثار سلبية على المدين والأفضل أن يتم الفصل في الدعوى وإغلاق ملفها.

ومما سبق فإن الباحث يرى أن مسألة تقدير التعويض تكون من اختصاص القاضي ووقت صدور الحكم يحسب التعويض بخلاف الاتجاه القائل أنه يحسب وقت الضرر، وأما مسألة التعويض على شكل مرتب مدى الحياة فهو أمر تعسفي وإذا وجد بديلاً كان أحسن ، فالأفضل سرعة تقدير التعويض والفصل في الدعوى ، فهذه المسألة عن الحوادث الطبية هي عملية دقيقة ومعقدة ومتشاعبة وتحتاج إلى جهد كبير ودراسة علمية للعلوم الطبية والحقائق العلمية المتعلقة بالمسؤولية الطبية.

ثانياً استحقاق التعويض

من المعروف قانوناً أن التعويض يقدر بحسب مالحق المضرور من ضرر، ويكون التعويض مقابل الضرر الذي أصاب المضرر نتيجة الخطأ الطبي (الفعل الضار)، فلا ينقص ولا يزيد، وللحصول على التعويض يشترط مايلي:

1- يجب تحقق الضرر، لكي يقوم المريض بالمطالبة بالتعويض، وأن يكون الضرر سببه خطأ الطبيب، وتوفر علاقة السببية بينهم، وأن يقوم المريض بإعذار الطبيب وإثبات الشروط السابقة. [274]

---

272 محمد حسين منصور، *المسؤولية الطبية*، 190-191.

273 نفس المرجع، 191.

274 عبدالسلام التوتنجي، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، 120-121.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2 – يجب أن يكون العمل الطبي المسبب للضرر معروف: فإذا لم يكن معروف فإنه ينتفي الضرر وينتفي التعويض.

3 – يجب أن يكون الضرر فيه اعتداء على حق للشخص أو مصلحة معترف بها: فإذا لم تكون كذلك لن يحصل على التعويض.[275]

4 – يجب أن لايكون الضرر له علاقة بالوضع الصحي السابق للمريض أو زاد بسبب ذلك أو نتيجة لوضع صحي متعلق بالشخص نفسه، مثلاً أن يكون لديه عوارض أو تفاعلات جانبية من بعض الأدوية.[276]

5 – ماهو متعلق بمصدر الضرر: حيث يجب أن تنشأ هذه الأضرار بسبب تدخل طبي من قبل الطبيب المعالج، سواء كان للتشخيص أو العلاج أو غير ذلك من الأمور الطبية المطلوبة، ولذا فلا وجود لهذه المسألة إلا بعمل أو امتناع عن عمل[277].

فهذه الشروط التي يراها الباحث أنها مهمة في استحقاق التعويض مما يجعل الباحث أن يؤكد عليها .

أما في الفقه الإسلامي أسباب الضمان (التعويض) خمسة: العقد ووضع اليد، والإتلاف، والحيلولة، والمضرور"[278].

وقد سبقت الشريعة الإسلامية التشريعات الحديثة كلها في قواعد المسؤولية الطبية بما يكفل حماية الطبيب، ويحفظ حقوق المريض، ويشجع على تطوير المنهج العلمي للأعمال الطبية ، وفي الشريعة الإسلامية تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس من الموضوع بخلاف القانون الذي تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس المسؤولية الشخصية، وعمل الطبيب في

275 ثروت عبدالحميد، *تعويض الحوادث الطبية*، 30-31.

276 نفس المرجع، 31.

277 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 150.

278 أحمد زكي عويس، *مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، (مكتبة جامعة طنطا، 1990م)، ج5، 38.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الشريعة الإسلامية واجب شرعي، ومن يقع في خطأ أثناء قيامه بالواجب لا يُسأل عنه إلا إذا كان قد قصر فيؤخذ على تعديه بالتقصير لا على الخطأ والتقصير، وإذا كان الطبيب حاذقاً يمارس عمله بقصد العلاج وحسن النية وفقاً للأصول العلمية المتبعة لمهنة الطب، وبإذن المريض، أو وليه في حالة صغره أو عدم تمكنه من الإذن، فإذا توفرت هذه الشروط سقطت عن الطبيب تبعات ما نجم من خطئه.

وإتلاف النفس أو العضو أمر خطير في ذاته، وقد يكون نتيجة أن الطبيب قد أقدم على ما لا يحسن طمعاً في المال من غير تقدير للتبعة، وقد يكون ممن يحسن لكنه قصر في دراسة حالة المريض، وإنما أذن المريض أو الولي رجاء العافية لا لتعجيل المنية، ومن أخطأ فيما كلف وكان خطؤه يمكن تلافيه بالحذر والحرص فقد قصر، ومن قصر وأتلف بتقصيره استحق العقاب.

فالطبيب الجاهل يكون ضامناً مطلقاً سواء قصر أو لم يقصر ومسؤوليته تقصيرية حتى لو وجد عقد بين المريض ومدعي الطب، لأن محل هذا العقد هو المنفعة الطبية وهو غير موجود أصلاً والفقهاء أجمعوا[279] على وجوب منع الطبيب الجاهل الذي يوهم الناس بمظهره ويضرهم بجهله، والحديث أيضاً واضح الدلالة على كل هذا و الإمام أبوحنيفة أفتى بمنع الطبيب الجاهل والحجر عليه لكيلا يفسد حياة الناس ففي مسؤولية الطبيب الجاهل حديث صريح " من تطبب ولم يعلم عنه الطب قبل ذلك فهو ضامن" وفي رواية أخرى " من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن".[280]

والإمام أحمد يقول إذا قام بالعمل الطبي شخص غير حاذق في فنه فإن عمله يعتبر محرماً، كما أجمعوا أيضاً إذا أذن المريض للطبيب الجاهل لما ظنه من معرفته بعدما أوهمه بعلمه

279 يوسف الحاج أحمد، *موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن الكريم والسنة المطهرة* (دمشق، مكتبة ابن حجر، 1424هـ-2003م)، ط2، 583.

280 حديث صحيح سبق تخريجه

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فأصاب المريض تلف جراء هذا العلاج أو مات ، فإن الطبيب يلزم بالدية أو بتعويض التلف على حسب الأحوال ولكن ينفي الفقهاء عنه القصاص بسبب وجود الإذن.[281]

وإذا سلم المريض نفسه وكان يعلم أن هذا الطبيب ليس من صناعته الطب، ففي هذه الحالة لاضمان على الطبيب لأن المريض هنا مغتر لا مغرور.

وقد قسم الفقهاء الضرر الذي يلحق بالمريض ويقع من الطبيب الحاذق أو يقترن بعلاجه إلى أربعة أقسام:[282]

القسم الأول

أن يكون موت المريض أو تلف عضو منه بسبب أمر لم يكن في الحسبان، ولم يكن بسبب نتيجة خطأ وقع من الطبيب أو تقصيره منه ، فالطبيب هنا لم يكن به تقصير يجعله مسؤولاً على أي حال، فالفقهاء قد اتفقوا على أن الموت أو الضرر إن جاء نتيجة لفعل واجب مع الاحتياط، وعدم التقصير لاضمان فيه كأن يموت عند إقامته الحد المقرر شرعاً، فيكون التعدي الموجب للضمان ولا خطأ لأن ذلك في سبيل القيام بالواجب الديني وليس تقصير، فيعد قتل إنسان خطأ لا تجب الدية ولأنه لو وجب الضمان هنا لكان فيه تعويق للأطباء عن القيام بواجبهم.

القسم الثاني

أن يكون الخطأ العملي الذي وقع فيه الطبيب أدى إلى تلف العضو أو الجسم ، كأن يحتاط الجراح كل الاحتياط ولكن تسبق يده إلى غير موضع العلاج فينال الجسم كله أو عضو منه بتلف، وبالتالي يكون الضمان بلا ريب لأنه إن أصاب الجسم كله بتلف كان قتلاً خطأ، وفي مذهب ابن حنبل خلاف: أيكون الضمان في بيت المال أم في مال الطبيب، ووجه الاتجاه الذي يقول في مال الطبيب فالأصل أنها تكون على عاقلته وإن لم تكن له

281 منصور عمر المعايطة، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية* ، 90.

282 يوسف الحاج أحمد، *موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن الكريم والسنة المطهرة*، 583.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

علاقة كانت في ماله، أما الاتجاه الذي يقول أن يكون الضمان في بيت المال فيعتبروا أن خطأ الطبيب كخطأ القاضي والحاكم لأن أولئك وظفهم ولي الأمر للنفع العام، فكان ضامناً لأخطائهم التي لم تكن نتيجة تقصيرهم الشخصي بل لسبق القدر فيما يفعلون.[283]

القسم الثالث

إذا اجتهد الطبيب وأعطى الصناعة حقها ولكنه ككل مجتهد يخطئ ويصيب ، وقد أدى خطؤه إلى تلف جسم المريض بسبب خطأ في وصف الدواء أو إلى موت المريض، وفي هذه الحالة يكون الضمان ثابتاً وهو بالدية على قتل كان خطأ. و عند ابن حنبل روايتان إحداهما أن تكون الدية على عاقلة الطبيب و الثانية أن تكون في بيت المال.[284]

القسم الرابع

أما إذا كان الخطأ أو التقصير على أية صورة من الصور السابقة بغير إذن من المريض أو وليه، فالفقهاء متفقون على أن الضمان يكون ثابتاً لأنه فعل أدى إلى هلاك النفس أو عضو فيها بغير إذن من وليها فيكون مسؤولاً عنها، والضمان يكون على الطبيب في هذه الحالة، ويستحسن ابن القيم أن يكون الضمان في بيت المال ولا يكون على الطبيب ، ويعلل ذلك بقوله " يحتمل ألا يضمن مطلقاً لأنه يحسن وما على المحسنين من سبيل، وأيضاً فإنه إذا كان متعدياً فلا أثر لإذن الوالي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه فإن قلت هو متعدًّ عند عدم الإذن غير متعدٍ عند الإذن قلت : العدوان وعدمه يرجع إلى فعله فلا أثر للإذن وعدمه.[285]

283 نفس المرجع، 584.

284 نفس المرجع، 584.

285 نفس المرجع، 584.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويرى الباحث أن الطبيب إذا أخطأ وهو يباشر العمل الطبي من غير إذن المريض فإنه يكون مسؤولاً وضامناً ويكون الضمان في بيت المسلمين، أما إذا كان بإذن المريض وأعطى الطبيب حق الصنعة فلا ضمان عليه، بخلاف رأي ابن القيم الذي لا يفرق بين الإذن أو غيره والذي لا يرى ضمان على الطبيب الحاذق إذا أدى عمله على الوجه الأكمل، ثم سبق القدر أو حدث ما ليس بالحسبان فأخطأ في وصف الدواء أو تعدت يده موضع الداء ، فلا فرق في ذلك في أن يكون العلاج بإذن من المريض أو من وليه أو بغير إذن من أحد لأنه في حال الإذن ممكن من صاحب الشأن، أما في حالة عدم الإذن ويكون متبرع بفضل ويقوم بحق الدين فلا ضمان.

إن مناط الضمان هو كون الفعل جاء على وجهه ألا وما دام قد يأتي بالفعل على وجهه أو بذل غاية جهده، جهد الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه ولا على عاقلته[287286] .

ويؤيد أبو زهرة[288] رأي ابن القيم إلا أنه يميل إلى أن يكون الضمان في بيت مال المسلمين حتى لا يذهب خطأ، والقرآن جاء النص واضحاً بأن دم المسلم لا يذهب خطأ ، قال تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا﴾.[289]

فالباحث يؤيد رأي ابن القيم وأبو زهرة في هذه المسألة ولكن يجب أن يكون الضمان في بيت مال المسلمين وهذا شبه ما يتبعه القانون الليبي في هذه المسألة للأطباء الذي يعملون في

286 العاقلة: هم العصبة وهم القرابة من قبيل الأب الذين يعطون دية قتل الخطأ. ابن منظور، 3047.

287 شمس الدين أبي عبدالله محمد بن بكر الزرعي الدمشقي ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، تحقيق عبدالمعطي قلعجي، 691-751هـ، (القاهرة، دار التراث، 1987م) ، 133.

288 محمد أبو زهرة، "مسئولية الأطباء" ، مجلة لواء الإسلام، (الكويت، دار التوزيع النشر الإسلامية، 1386هـ)، س2 ع 12.

289 سورة النساء، الآية92.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المستشفيات والعيادات والمراكز الطبية التابعة للدولة ، فتقوم الدولة باستقطاعات شهرية من مرتباتهم وإيداعها في صندوق خاص لمثل هذه الحالات بخلاف القطاعات الخاصة فالدولة تمنحهم إذن ممارسة العمل الطبي وليست مسؤولة عن ضمانهم إلا إذا كانوا مسجلين في هيئة التأمين الطبي والتي هي تلزم الأشخاص القائمون بمهنة الطب أن يسجلوا فيها.

فإن تشجيع الطب والصناعات الطبية أن لا يكون الضمان في بيت مال الطبيب مما تجد عزوف من الأطباء لممارسة هذه المهنة والأفضل أن يكون في بيت مال المسلمين ونكون قد جمعنا بين النص القرآني وبين تشجيع الأطباء في البحث والعلاج.

المطلب الثالث: دور التأمين كحل للمسؤولية المدنية للطبيب

التأمين هو نظام اجتماعي يهدف إلى تكوين احتياطي لمواجهة المخاطر الغير مؤكدة التي يتعرض لها الإنسان عن طريق نقل عبء الخطر من شخص واحد إلى عدة أشخاص أو مجموعة من الأشخاص ، أي انه نظام تخفيف الخسائر المالية والحوادث الغير متوقعة أثناء فترة حياة الإنسان

ونتيجة تقدم العلوم الطبية في هذا العصر الحديث و الإكتشافات العلمية المتطورة، وازدياد الأمل لدى المريض بالشفاء والعلاج وزيادة الوعي لدى المرضى للمطالبة بحقوقهم وازدياد عدد الدعاوي القضائية المعروضة أمام القضاء حيث ظهر نظام للتأمين من المسؤولية وأصبح المريض لا يتردد في رفع دعوى المسؤولية مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، وهذه الدعوى أصبحت لا تمس الذمة المالية للطبيب لوجود شركات التأمين من المسؤولية الطبية.[290]

290 أحمد الحياري، *المسؤولية المدنية للطبيب*، 182.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفرع الأول: تعريف التأمين وأهميته

التأمين في اللغة مصدر أمَّن يؤمِّن مأخوذة من الاطمئنان الذي هو ضد الخوف ومن الأمانة التي هي ضد الخيانة . يقال أمَّنهُ تأميناً وائتمنه واستأمنه.[291]

وعند الفقهاء صار يستخدم التأمين للدلالة على عقد خاص تقوم به شركات التأمين تدفع بموجبه مبلغاً في حال وقوع حادث معين لشخص يدفع لها قسطاً من المال. [292]

لابد للناظر للتأمين أن يتنبه إلى الفرق بين تناول التأمين كفكرة ونظريَّة وبين تنظيمه في عقد.

فالتأمين كنظرية ونظام مقبول إذ أنه تعاون بين مجموعة بين الناس لدفع أخطار تحدق بهم بحيث إذا أصابت بعضهم تعاونوا على تفتيتها مقابل مبلغ ضئيل يقدمونه.[293]

ولا شك أن هذه الفكرة فكرة مقبولة تقوم عليها كثير من أحكام الشريعة مثل الزكاة والنفقة على الأقارب ، وتحميل العاقلة للدية . إلى أمثلة كثيرة تدعو إلى التعاون على البر والإحسان والتقوى والتكافل والتضامن.

أما في اصطلاح القانونيين فقد عرف المشرع الليبي في المادة(747) مدني عقد التأمين بأنه: "عقد يلتزم المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤَمَّن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين في العقد، وذلك نظير قسط أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن"[294].

---

291 زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي المحقق: يوسف الشيخ محمد، *مختار الصحاح*، (بيروت: صيدا ، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، 1420هـ – 1999م)،ط5،26، مادة (أ م ن) ، المنجد الأبجدي ،223 .

292 مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، *المعجم الوسيط*، (دار الدعوة) (28/1) مادة (أمن) . ورمز له مج وهو اللفظ الذي أقرّه مجمع اللغة العربيّة .

293 السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني* ، عقود الغرر، ج7، 1080 ، مصطفى أحمد الزرقاء، *نظام التأمين* (حقيقته والرأي الشرعي فيه) (بيروت : مؤسسة الرسالة 1404 هـ – 1984م)،ط1. 33..

294 القانون المدني الليبي مادة 747، ويقابلها المادة 747 من القانون المدني المصري.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد تناول المشرع الليبي عقد التأمين في القانون المدني باعتباره عقد غرر في المواد (747 حتى 780) ووضع له شروط وأحكام ميزه عن غيره من العقود.

ونصت المادة (31) من قانون المسؤولية الطبية الليبي بضرورة أن يلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها بالتأمين لدى (هيئة التأمين الطبي) عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن، غير أن بعض الأشخاص في القطاعات الخاصة أحياناً يتقاعسون في التسجيل بسبب التهرب من بعض الضرائب رغم أن هذا الأمر ملزم عليهم، وجاء في نص المادة الاتي " تنشأ هيئة تسمى((هيئة التأمين الطبي)) تكون لها الشخصية الاعتبارية، يلتزم الأشخاص القائمون بالمهن الطبية والمهن المرتبطة بها بالتأمين لديها عن مخاطر ممارستهم لتلك المهن".[295]

فالتأمين على المسؤولية المهنية للأطباء عن الأضرار التي قد تلحق بالمريضة نتيجة الخطأ الطبي الذي يرجع بسبب إهمال الطبيب أو عدم بذل العناية اللازمة أو الجهل بأمور فنية والتي من المفترض أن يكون ملماً بها كل من يمارس المهنة الطبية، فبالتالي إذا قامت المسؤولية في جانب الطبيب تكون شركات التأمين ملزمة بحسب العقود التي أبرمتها مع الطبيب أو القطاع الصحي الخاص بدفع التعويض للمريض، وتعوض شركة التأمين بحسب نسبة التأمين المعتمدة في العقد، ومن هذا المنطلق يكون قانون التأمين قد كفل حماية الطبيب والمريض والمستشفى الخاص على حد سواء.[296]

وعليه فإنه يجوز للشخص أن يؤمن لدى شركة التأمين على مسؤوليته سواء كانت تقصيرية أم عقدية، وسواء كان الخطأ التقصيري واجب الإثبات أو مفترضاً، وسواء كان الفعل الضار الواجب الإثبات يسيراً أو جسيماً بشرط أن لا يكون متعمداً، لأن التأمين على

295 المادة 31 من قانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا .

296 tushard (fnasunt alaizdiwajiat alqadayiyat fi mas'alat maktab alaistishfa' min almakani, wujuhat nazar almashakili, waldhaakirat bihadaf alhusul ealaa syd alththani alhaqi aleami al'asasii, jamieat muntiskiu burdu alraabie, walqanun, waleulum alaijtimaeiat walsiyasat walaiqtisad kl min al'iidarati, alkitab alsanawii al'akadimi 2005-2006 P 87.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفعل الضار المتعمد يؤدي إلى الغش ويجوز أن يؤمن الشخص على المسؤولية عن فعل الغير، حتى لو كان فعل هذا الأخير متعمداً، لأن الغش بهذه الحالة ينتفي من جانب المؤمن، وبالتالي يترتب التزام على شركة التأمين بدفع قيمة التعويض الذي يتقرر في ذمة المؤمن له (المريض).

ويرى الباحث أن هذا النوع من التأمين جيد وبه ضمانة وحماية حقيقية للمضرور ويستطيع الوصول إليها، بحيث لا تختلف إجراءاتها عن أي حادث، وعلى المشرع الليبي أن يأخذ بعين الإعتبار بحيث لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين ما يتعارض مع دين الدولة الرسمي أو النظام العام كما شدد على هذا المشرع الأردني في قانونه المدني، وأيضاً يجب أن يلزم من يمارس المهنة الطبية بدفع الأقساط المترتبة عليه قبل وقوع الضرر لكي يتسنى لشركة التأمين دفع التزاماتها اتجاه المضرور عند وقوع الخطأ الطبي، حيث أنها تكون ملزمة سواء كان ذلك عن طريق دعوى المسؤولية أو بطريقة ودية بمقدار ما تحقق من مسؤولية على الطبيب المؤمن لديها.

وبالتالي فإن الشركة تضمن في المسؤولية المدنية للطبيب، نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ من الطبيب أو الجراح، سواء أثناء التشخيص أو العلاج أو خلال العمليات الجراحية أو التخدير أو غير ذلك، وشمل ذلك أيضاً الطالب المتمرن الذي يمارس المهنة عند مساعدته للطبيب بناء على طلب الطبيب، وأيضاً كل ما ينجم عن الآلات والأجهزة الطبية وغيرها، ويشير الباحث هنا إلى مسألة مهمة بخصوص التأمين والتي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار وهي الآثار السلبية ونتائج هذا التأمين، مما يجعل الطبيب غير مبالي أحياناً أثناء ممارسته العمل الطبي مما يجعله غير متوخي الحيطة والحذر الشديدين، لذلك يرى الباحث أن يجعل الطبيب يتحمل من قيمة التعويض وشركة التأمين تتحمل الجزء الآخر لتجاوز هذه الإشكالية لأن هذا الأمر مرتبط بحياة الإنسان وليس بالأمر السهل.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التأمين في المسؤولية الطبية

اتفق كثير من العلماء المعاصرين على جواز مختلف صور التأمين التعاوني، كالتأمين الاجتماعي، على خلاف التأمين التجاري[297]، الذي يهدف أساساً إلى الربح.

وبناء عليه، اختلف بعض الفقهاء المعاصرين على جواز التأمين التجاري، بما فيه التأمين من المسؤولية، ما بين مبيح ومحرم، ويهمنا هنا موقف الفقه الإسلامي من التأمين من المسؤولية في حدود هذه الدراسة، التي تتمثل في ضمان المستأمن ضد رجوع الغير، الذي أصابه ضرر بسببه، بدعوى التعويض عليه. فيكون للمستأمن- الطبيب مثلاً- الرجوع على المؤمن- شركة التأمين- بما تكبده من مصروفات وتكاليف في دفع المسؤولية عن نفسه.

1 – أدلة المجيزين للتأمين على المسؤولية

فالمجزين للتأمين، استدل بجملة أدلة نذكرها فيما يلي :

أ – ليست العقود في الشريعة محصورة ومحددة، والأصل في العقود الإباحة، عند أكثر العلماء، مالم يرد نص يمنعها أو تكون مخالفة لقواعد الشريعة العامة القطعية، ويجوز استحداث صور جديدة من العقود كلما دعت الحاجة،. وعقد التأمين ليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية لأنه لم يرد بخصوصه نص يمنعه، فضلاً أن حاجة الناس تقتضيه، فيكون جائزاً شرعاً.[298]

فالباحث يعترض على هذا القول، فإذا قلنا بأن الأصل في العقود الإباحة، وأن التأمين بذاته لم يرد فيه نص بتحريمه، فهو أصلاً لم يكن معروفاً عند نزول الشريعة ، لكن القول بأن التأمين لا يخالف قواعد الشريعة العامة فهذا فيه نظر، وذلك لما في التأمين من الغرر والربا

297 ماعدا البعض مثل مصطفى الزرقا. فيصل مولوي، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه*(بيروت: دار النشر الإسلامية، 1408هـ-1988م)، ط1، ملاحق

298 فيصل مولولي، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه* ، 22.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والقمار. ثم إن حاجة الناس لا تقتضي بالضرورة قيام عقد التأمين بل بإيجاد حل لمشكلة الحوادث المفاجئة بأي أسلوب شرعي كان.[299]

ب – عقد التأمين عقد تضامن اجتماعي وتعاون، يسعى إلى ترميم المخاطر الواقعة على الإنسان في ماله عن طريق توزيعها على مجموع المستأمنين بعد تجزئتها، عوضاً من أن يتحمل أضرارها الشخص المصاب وحده، ومما لاشك فيه أن التعاون على الخير أمر تقره الشريعة الإسلامية وتدعو إليه؛ وإن عقد التأمين يمنح الأمان والاطمئنان للمستأمن على ماله ومستقبل حياته، هذا الأمان الذي هو من أعظم نعم الله، والذي من به على قريش بقوله ﴿ فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ، الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِنْ خَوْفٍ﴾.[300]

فالبعض قد اعترض على هذا بالقول بأننا إذ سلمنا أن فكرة التعان والتضامن الاجتماعي موجودة في نظام التأمين التجاري، فإننا لا نسلم أنها هي الغاية من هذا التأمين، بل إن شركات التأمين التجارية تسعى لتحقيق أرباح باهظة من أقصر الطرق، والأشخاص الفقراء والمتوسطين الدخل يقبلون على التأمين انطلاقاً من ظروفهم الخاصة، فيرون أنهم يربحون عندما يدفعون القليل ليحصلوا على الكثير، إذا تعرض أحدهم لحادث، ومع هذا فهو اطمئنان على المستقبل. ثم أن التعاون على الخير أمر تقره الشريعة، هذا لاجدال فيه ، لكن من المعروف أن الغاية المشروعة تستلزم وسيلة مشروعة. فلماذا لانفعل أساليب شرعية لتقصيرنا، ونستحدث أسلوباً تحوم حوله الشبهات.[301]

---

299 نفس المرجع، 42.

300 سورة قريش، الآية3-5

301 فيصل مولوي، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه*، 40.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج – إن في أحكام الشريعة ونصوص الفقهاء وأصول الفقهاء، ما يصلح أن يكون مستنداً قياسياً واضحاً في جواز عقد التأمين. ومن ذلك:

1) عقد الموالاة

وهو الذي يوالي رجلاً يجعل له ولاءه ونصرته، وفيه قال ابن قدامة–رحمه الله:" ولا يعقل مولى الموالاة"، ولا الحليف وهو الرجل يخالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما، ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم إلى عشيرة فيعد نفسه معهم، وبهذا قال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم، وقال الشافعي، وقال أبوحنيفة يعقل مولى الموالاة ويرث.[302]

ويعتبر أحمد طه السنوسي من أول من اتخذ عقد الموالاة دليلاً قياسياً على جواز عقد التأمين من المسؤولية،[303] مستنداً إلى أن أركان عقد الموالاة تتفق إلى حد كبير مع أركان عقد التأمين المشار إليه، فهو:

أ) عقد بين طرفين أولهما مولى الموالاة ويقابل شركة التأمين، وثانيهما المعقول عنه ويقابل المؤمن له.

ب) يتضمن عنصر العوض المالي،، مما يجعل شركة التأمين تلتزم بدفع التعويض للمضرور في التأمين من المسؤولية الذي يتمثل في التزام مولى الموالاة بالدية أو التعويض عن الجريمة التي نتج عنها ضرر للغير.

ج) يدخل فيه عنصر المقابل المالي، الذي يتمثل فيما يتركه المعقل عنه من تركةٍ إذا لم يكن له وارثٌ، مقابل الأقساط التي يدفعها المؤمن له نظير التزام شركة التأمين بدفع التعويض. وأيد

302 عبدالله بن أحمد ابن قدامة، المغني (بيروت: دار الفكر،1405هـ-1985م)، 307/8.

303 أحمد طه السنوسي، "*عقد التأمين في الشريعة الإسلامية*" مجلة الأزهر، المجلد25، سنة1373هـ -1953م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هذا القول مصطفى الزرقا[304] المتوفي (1420هـ)، [305] بالقول: إن عقد الموالاة فيه شبه كبير مع التأمين من المسؤولية، مما يجعل الوالي يتحمل المسؤولية، أي الضمان المالي، الذي يترتب على المولى، نتيجة جناية الخطأ الصادرة منه، وذلك بسبب العقد، رغم أن المولى المتعاقد لم يجن شيئاً.[306]

وفي مقابل هذا التحمل (الاحتمال غير المحقق) يستفيد الولي الإرث من المولى إذا مات من غير وارث (وهو أيضاً عوض احتمالي غير محقق)

غير أن البعض يعترض على هذا بالقول أن عقد المولاة هو حل استثنائي لاحتواء غير العربي، الذي دخل الإسلام، والتحق بالمجتمع المسلم، وليس له فيه عاقلة، ومادام أنه حل استثنائي، جاء على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره، ولأن عقد الموالاة يجعل غير العربي في أسرة عربية، ينتمي إليها ويكون أحد أفرادها ويحمل اسمها ولقبها، وهذا لا يتوفر في المتعاقد مع شركة التأمين، إذ أنه لا يُعدُّ واحداً منها، وليس عضوا في جمعيتها العامة، ولا يتدخل في ميزانيتها وما يجب في أوجه الاستقلال والإنفاق،[307] كما أن بين عقد الموالاة وبين التأمين من المسؤولية فروقاً أساسية، وهي أكبر من وجوه التشابه، وهذه الفروق وهي:

- إن أساس عقد المولاة التناصر بين طرفين متعادلين، بينما التأمين من المسؤولية عمل تجاري غير متكافئ يقع بين طرفين.
- في عقد الموالاة يكون تحمل الولي للمسؤولية المالية المترتبة على جناية الخطأ أمراً احتمالياً، كما أن اكتساب الإرث أمر احتمالي أيضاً، وبذلك يتعادل الطرفان. أمفي

304 مصطفى أحمد الزرقاء عالم سوري من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، أطل على العالم الإسلامي في وقت كان يئن تحت نير الاستعمار الإنجليزي والفرنسي الذي أدى إلى تراجع البلاد وانهيارها سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وفكريا توفي الشيخ رحمه الله تعالى في مدينة الرياض عصر يوم السبت 19 ربيع الأول1420 - 3 تموزظ 1999.

305 مصطفى الزرقا، بحث مقدم في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1961، وطبعه بعد ذلك، 22،

306 ايضاً أشار إليه محمد سعيد عبداللطيف، *نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية*، دراسة عامة مع تطبيقها على النظام القانوني للتأمين في الجمهورية العربية الليبية (القاهرة: توزيع مكتبة التراث،1418هـ-1997م)،ط1، 80.

307 نفس المرجع، 80.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عقد التأمين من المسؤولية فإن اكتساب الشركة للقسط أمر مؤكد، بينما اكتساب المستأمن أمرٌ احتمالي، فينعدم التعادل بين الطرفين.[308]

2) نظام العاقلة:

نظام العواقل في الإسلام يهدف إلى غايتين كما أشار إليه مصطفى الزرقا : الغاية الأولى: وهي تخفيف أثر المصيبة عن الجاني المخطئ، والثانية: الجاني المخطئ قد يكون فقيراً لا يستطيع دفع التأدية فبالتالي يهدف هذا النظام إلى صيانة دماء ضحايا الخطأ عن أن تذهب هدراً.

فنظام العاقلة هو نظام تعاوني جعله الإسلام إجبارياً في القتل غير العمد، لما يحققه هذا النظام من مصلحة مهمه يراها الشارع، وهو بذلك يلتقي مع نظام التأمين فيما يتعلق بتنظيم التعاون بين الناس على ترميم الكوارث المالية التي تلحق ببعضهم، لما يحققه التأمين وخصوصاً التأمين من المسؤولية من مصالح، تتجانس مع المصلحة التي يحققها نظام العواقل، والمصلحة التي يراها الشارع الحكيم بالغة فيجعلها ملزمة، لا يسوغ أن تصبح مفسدة، إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريقة المعاوضة والتعاقد.

ومحمد أبي زهرة[309] لا يرى رداً على الزرقا ، فقياس عقد التأمين على تحمل العاقلة الدية، لأن العاقلة هي أسرة يربطها الدم، على التعاون في تحمل الغرم والاشتراك في كسب الغُنم، وهذا لا يتوافر في عقد التأمين.[310] ويرى فيصل مولوي أن هذا التأمين ليس نظاما تعاونيا بحتاً وأن قياسه على نظام العاقلة هو قياس مع الفارق، و أيضاً إذا كان نظام العاقلة نظاماً شرعياً بلا خلاف، فلماذا لا نطبقه إلزامياً في حدوده الشرعية، واختيارياً فيما نتعاقد عليه،

308 فيصل مولولي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، 44-45.

309 شيخ الأزهر في زمانه من القرن العشرين الميلادي، له مؤلفات حسان، منها الملكية، والجريمة،..إلخ.

310 محمد سعيد عبداللطيف، *نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية*، 81.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بدل أن نلجأ إلى نظام جديد، ليس أفضل منه ولا أيسر في التطبيق، وليس له ميزة إلا أنه نظام قائم موجود أتى إلينا مع سائر الأنظمة الغربية.[311]

3) الوعد الملزم ودلالته عند المالكية:

فبعض الفقهاء المعاصرين أشاروا إلى هذه الدلالة، [312] بالقول إن الشخص قد يعِدُ غيرَه عِدَةً بقرض أو تحمل خسارة عنه أو إعارة أو غير ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل. ويصبح الزامية الوعد لصاحبه يشبه عقد التأمين، حيث تلتزم شركة التأمين للمستأمن- ولو بلا مقابل- أن تتحمل عنه أضرار الحادث المعّين وتعوّض عليه خسائره. فعند الحنفية المواعيد ليست ملزمة إلا في حالات ضيّقة صدرت بالتعليل،[313] وبعض أقوال المذهب المالكي إذا وقع الحادث وجب الوفاء بالوعد.[314]

فهنا يقول الزرقا: إننا إذا نظرنا إلى مذهب المالكية الأوسع في هذه القضية، فإننا نجد في قاعدة الالتزامات هذه متّسعاً لتخريج عقد التأمين على أساس الوعد الملزم. ويشير أيضاً علي الخفيف إلى أن التأمين يتضمن الالتزام بدفع التعويض عند نزول الضرر المؤمّن له، ولا يقل منزلة عن وعدٍ أقيم على سبب، وإذا كان الوعد واجب الوفاء قضاءً، فأولى أن يجب الوفاء بالالتزام بالتعويض في التأمين.

اختلف الفقهاء على هذا بالقول إن قاعدة الوعد الملزم- ولم يأخذ بها جمهورهم، بل لم يأخذ بها جمهور المالكية أنفسهم- ولا يمكن أن تصلح لبناء نظام كامل يتعامل به مثل نظام التأمين وربما تصلح للتطبيق في حوادث فردية. وفضلاً عن ذلك، فإن الوفاء بالوعد يدخل في

311 فيصل مولوي، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه*، 46.

312 مصطفى الزرقا، بحث مقدم في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق، 58. وأيضاً على الخفيف، بحث في عقد التأمين المقدم لندوة البيضاء، في ربيع الأول سنة1392هـ - مايو1972م.

313 شمس الدين السرخسي، المبسوط ،كتاب الطلاق ، باب الخيار (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ ، 1993م) ،212/6.

314 أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي ، *الفروق*، تحقيق محمد حجي، (بيروت: دار الغرب، 1994م)،54/4.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عقود التبرعات، بينما يدخل الوفاء بعقد التأمين في عقود المعاوضات، لأنه يكون بمقابل وهو القسط المدفوع، وبالتالي لا يجوز قياس التأمين على الوعد الملزم.[315]

4) ضمان الطريق

يقصد بضمان الطريق فيما لو قال رجل لغيره " أذهب من هذا الطريق، فإن أُخِذَ مالك فأنا ضامن" فسلك الطريف فَأُخِذَ مالهُ، كان الضمان صحيحاً، والمضمون عنه مجهولٌ، ومع هذا جوِّز الضمان.[316] ومصطفى الزرقا يرى أن في هذا النص عند الحنفية دليلاً استثنائياً قوياً في إباحة التأمين على الأموال من الأخطار.

وأيضاً قد اعترض عليه البعض بنفس ما اعتُرض على دلالة الوعد الملزم، من أنه حل استثنائي لمشاكل فردية، وأنه يتخلل عقود التبرعات، بخلاف التأمين الذي يدخل في المعاوضات.[317]

د – أثر العرف أو المصلحة أو الضرورة في استنباط حكم التأمين في الشريعة

أصبحت الحاجة إلى عقد التأمين تكاد تقارب الضرورة، لا سيما في المجالات الاقتصادية ومجالات مواجهة المخاطر التي يستحيل على الفرد بإمكانياته مواجهتها لولا وجود التأمين، لذا اقتضت الحاجة لاستمرار مشروعات التأمين الكبرى، والتوسع فيها، تقاضي أقساط التأمين، وذلك يستوجب جواز عقد التأمين وبقائه.

315 فيصل مولوي، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه*، 49

316 نظام وجماعة من العلماء، *الفتاوي الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*،(دار الفكر، 1411هـ ، 1991م)، 277/3.، وأبو محمد بن محمد غانم البغدادي، *مجمع الضمانات، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*، تحقيق محمد أحمد سراج،588/2.

317 فيصل مولوي، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه*، 50.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وذكر علي الخفيف[318] أن عقد التأمين قد احتل أهمية كبرى وانتشر في جميع البلدان، بحيث أصبح من أهم الدعامات التي يقوم عليها النشاط الاقتصادي ، وذلك لما يحققه من مزايا وفوائد، فضلاً عما يحققه من مصالح شخصية واجتماعية، فهو يبعث فيه الاطمئنان ويشعره بالأمان بما يحققه له من مزايا وضمانات إذا أصيب بمرض أو عجز أو شيخوخة، وبما يحقق لذويه من أن يعيشوا في يسر وفي مأمن من غوائر الدهر. وهذه جميعها تحقق حكمة الشارع في كثير من الأحكام، مثل التعاون على الخير.

فقد بلغ التأمين مستوى العرف العام في جميع البلاد الإسلامية ، وذلك لما يحققه من مزايا ومصالح، ولا يقدح فيه أن عدد المؤمن لهم بالنسبة إلى غيرهم قليل، وأن من الناس من ينكره، إذ لا يشترط في أن يصير الشيء عرفاً عاماً أن يباشره كل فرد من أفراد الأمة، ولا أن يعمل به أكثرها من ناحية العدد، ولا أن يكون عليه إنكار، فالعرف هو الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، ومثل عقد التأمين في ذلك مثل عقد الاستصناع، بل إن انتشار عقد التأمين وشيوعه أعظم من انتشار عقد الاستصناع، ولم يقدح في أن يكون عقد الاستصناع عرفاً عاماً، وأن الشافعية ومن ذهب مذهبهم ينكرونه.[319]

وقد اعترض عليه بأن التأمين الاجتماعي بعيد كل البعد عن التأمين، لما فيه من شبهة، كما دعا إلى تبني جمعيات تعاونية لهذا الغرض.[320]

---

318 ولد الشيخ على الخفيف في بلدة "الشهداء" بمحافظة المنوفية المصرية عام (1309هـ-1891م) وتعلم مبادئ القراءة والكتابة، وحفظ القرآن الكريم، ثم التحق بالأزهر الشريف بالقاهرة سنة (1321هـ= 1903م)، وظل به ثلاث سنوات، ثم التحق سنة (1325هـ=1907م) بمعهد "الإسكندرية" الديني، الذي أسسه العلامة الشيخ محمد شاكر والد المحدث الشيخ أحمد والأديب المحقق محمود شاكر، لكنه لم يمكث به سوى بضعة أشهر عاد بعدها إلى القاهرة؛ ليلتحق بمدرسة القضاء الشرعي، وتخرج فيها عام (1334هـ= 1915م)، وعُيِّن مدرسًا بها نظرًا لتفوقه ونبوغه.

319 عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، (بيروت: دار إحياء الثرات العربي، بدون سنة نشر)،173/4.

320 محمد أبو زهرة في رده على بحث مصطفى الزرقا في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1951، أشار إليه محمد سعيد عبداللطيف، نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية، 11.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2. أدلة المانعين الرد عليها:

أنكر جماعة من الباحثين والعلماء المعاصرين للتأمين، بما فيه التأمين من المسؤولية. وأستدل على مجموعة أدلة . منها ما تم ذكره سابقاً والرد عليه على أدلة المجيزين، وسوف يتطرق الباحث باختصار غير مخل لهذه الأدلة ، مع توجيهها لتقتصر على التأمين من المسؤولية المدنية الطبية، منعاً للاستطراد.

أ – انعدام التعادل بين مبلغ التأمين والأقساط وما يثيره من شبهة الربا

يرى هذا الاتجاه أن مبلغ التأمين إذا زاد عن الأقساط المدفوعة، فهو ربا، والربا منهي عنه. ويرى أبي زهرة في هذه الحالة أن عقد التأمين يعتبر صرفاً باطلاً، لأنه شراء دين بدين، وعقد الصرف لا يصح إلا بالقبض.[321]

ويردون المجيزون على ذلك بأن ربا الفضل يتحقق في مبادلة مال بمال زائد، عند اتحاد جنس البدلين، وإذا كان من الأصناف الربوية الستة المنصوص عليها، أو ما لحق بها. وربا النسيئة هو ما يتضمن فضل مالٍ في مقابلة الأجل، أي تأخير الوفاء، أو بعبارة موازية، يتحقق ربا النسيئة بتأخر قبض البدل، ويسري على هذا أحكام الصرف. وعقد التأمين خالٍ من الربا، لأن المعاوضة فيه معاوضة بين نقودٍ تدفع أقساط للشركة، وبين منفعةٍ تتمثل في تحملها تبعة الكارثة أو الضمان.

ب – أثر الغرر في عقد التأمين

يرى هذا الاتجاه أن عقد التأمين يشتمل على الغرر، لأن لا أحد من الطرفين يعلم مقدار ما يدفع ومقدار ما يأخذ، فقد يقبض أحد الطرفين أكثر مما دفع أو أقل، وهو منهي عنه.

321 مصطفى الزرقا، بحث مقدم في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1961، 83-95.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

واعترض عليهم بأن الغرر إنما نهي عنه، لأنه قد يفضي إلى التراع، فإذا اتفق الأطراف، ارتفع التراع، وفي هذه الحال امتنعت علة التحريم، فارتفع معها المعلول، وهو بالقول بتحريم التأمين لما فيه من غرر.

ويرى الباحث أن الرأي الأول المجيز للتأمين وخصوصاً من المسؤولية جائز لأن فيه مصلحة ، فإذا لم يكن هناك تأمين فإن الأطباء سوف يقومون بدفع الكثير من الأموال تجاه خطأهم لمسح الأثر، وأيضاً سوف يدفع الأطباء بأن يتحلوا بالشجاعة والجرءة في مهنتهم ، ولكن يرى الباحث أن يحمل الطبيب ولو جزء بسيط من التأمين خوفاً من اللامبالاة التي قد تحصل عندما يباشر الطبيب العمل الطبي بسبب وجود التأمين فالباحث يرى أن هذا التأمين جائز لأن المصلحة موجودة مع ضرورة مراعاة الضوابط التي أشرنا إليها سابقاً.

المطلب الرابع: مناقشة التحليل

فبعد التأني والبحث والتحليل في الآثار المترتبة على المسؤولية المدنية للطبيب تبين أن الخطأ الطبي بمفهومه العام له ضوابط ومعايير يمكن تحريرها بدقة للحكم بوجود ما يوجب المسؤولية بحيث تترتب على تلك المسؤولية آثار محددة كما بينها الباحث .

فالقاضي وحده هو الشخص المخول في تقدير التعويض فهذا مانص عليه القانون، ويبقى التعويض النقدي هو الأصل في دعوى المسؤولية التقصيرية. ويحكم القاضي به عندما يتعذر الحكم بالتعويض العيني، أو عندما لا يطلب المضرور التعويض العيني

ويرى الباحث أن مسألة تقدير التعويض تكون من اختصاص القاضي ووقت صدور الحكم يحسب التعويض بخلاف الاتجاه القائل أنه يحسب وقت الضرر، وأما مسألة التعويض على شكل مرتب مدى الحياة فهو أمر تعسفي وإذا وجد بديلاً كان أحسن ، فالأفضل سرعة تقدير التعويض والفصل في الدعوى ، فهذه المسألة عن الحوادث الطبية هي عملية

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

دقيقة ومعقدة ومتشاعبة وتحتاج إلى جهد كبير ودراسة علمية للعلوم الطبية والحقائق العلمية المتعلقة بالمسؤولية الطبية.

وأيضاً يرى الباحث في المادة 27من القانون رقم 17 بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا أنها تتعارض مع الفقه و مبدأ قانون المرافعات وأن الأصل في تقدير الخطأ فهو سلطة للقاضي فقد تعرضت هذه المادة 27 – الى النقد الشديد من أغلب خبراء القانون وحتى الآن لم نرى أي تعديل في نصوص هذا القانون ، ويجب على المشرع أن يعالج هذه الفقرة المعارضة بهذا الخصوص، كما يشدد الباحث على المشرع أن يقوم بتطوير هذا القانون بما يتماشى مع التطور العلمي للطب فمنذ صدور هذا القانون لم يطرأ عليه أي تغيرات وبقى ثابت كما هو وإن علم الطب كما هو معروف يتطور باستمرار ، و أن يقتصر اختصاص المجلس الطبي الذي أنشأ بقوة القانون في القانون رقم 17 بالعقوبات التأديبية التي نص عليها القانون أما في تقدير الخطأ من عدمه فإن المجلس الطبي ليس له علاقة به ومخالفاً لمبدأ قانون المرافعات ويكون من اختصاص قاضي الموضوع ، وعلى المحكمة أن تعين خبير من ذوي الخبرة أو الكفائة العالية ، ليوضح للقاضي الصعوبات والخفايا المتعلقة بالعمل الطبي وأسراره، و على القاضي أن يبحث ذلك من الجوانب القانونية، استناداً على مايوضحه الخبير الذي تعينه المحكمة من حقائق ونتائج لتقدير الخطأ، وأن ما فعلته الدائرة الدستورية بهذا المبدأ مؤخراً هو الصواب و الذي يعود بدعوى المسؤولية الطبية الى الوضع الصحيح حتى يعطى القاضي صلاحيته في تكوين عقيدته وان المتهم من حقه أن يدافع عن نفسه بكافة الطرق ومن ضمنها الطعن في التقرير وطلب ندب لجنة من الخبراء، وللخبير الذي تعينه المحكمة يجوز له أن يطلب إعفائه من الخدمة متى شاء، وأما ما يتعلق بالتعويض فيرى الباحث أن الحل الافضل والأمثل هو عدم ربط التعويض في المسؤولية الطبية بالخطأ بل يجب ربطه بالضرر والأخذ بنظرية المخاطر، ونشيّد في هذا البحث إلى أن الأصل براءة ذمة الطبيب، وأن المدعي هو من يقع عليه إثبات موجب المسؤولية ، كما هو معروف في القاعدة :"البينة على من

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ادعى "، وأيضاً يحذر الباحث من المبالغة والإفراط والعواقب المستمرة في المساءلة بغير دليل قوي لما يترتب علي الطبيب والمجتمع من آثار سلبية ، كما نلاحظ من عزوف بعض الأطباء لمهنة الطب في بعض الدول بسبب ارتفاع تكاليف التأمين المهني ضد الخصومات وبسبب المبالغة في الدعاوى القضائية غير المبررة، ولجوء الأطباء إلى الاسترسال و الإتساع في الفحوصات الطبية غير المستطبة بغية دفع اللوم عن أنفسهم مع ما يجر ذلك على المجتمع من تبعات مالية ضخمة، ولا يعني هذا ترك الأطباء وشأنهم، وإنما يعني مراعاة الوسطية وعدم الإفراط أو التفريط في هذا الشأن ، فيحق للمريض المطالبة بالتعويض متى يشاء، ونشير هنا إلى أسبقية الشرعة الإسلامية وما ذهب إليه الفقهاء منذ القدم في تقنين شروط وضوابط ممارسة المهنة من أحدث المعايير المعاصرة لهذه المهنة ، وهذا تأكيد على أن الشريعة الإسلامية مستوعبة لجميع الكوارث المستجدة في مجال الطب وغيره، ولكن هذا لا يعني أننا نقف عند هذا الحد فيما جاء عند الفقهاء منذ القدم في كتب الفقه ، بل علينا من بذل الجهود بين الأطباء والفقهاء لكي يتسنى لنا وضع تقنينات مفصلة تستوعب متطلبات هذا العصر من تطور لمهنة الطب ترتكز على أصول الشرع وتحتكم إلى شرع الله تعالى تحقيقاً للعدل والتقدم والحضارة بكل أبعادها الدينية والدنيوية.

أما عن موضوع التأمين فالباحث يرى أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول المجيز للتأمين، خصوصاً التأمين من المسؤولية، لما له من مصلحة . فإذا لم يكن هناك تأمين فسوف نجد العديد من الإشكالات التي سوف تطرح في المجال الطبي ، أما بالنسية للأطباء سوف يدفع الكثير منهم إلى مسح كل أثرٍ يدل على مسؤوليته، كإحجام بعض الأطباء عن كتابة الدفتر الطبي للتدخل الطبي بشكل مفصل، أو كتابته مع عدم التوقيع والتأشير عليه، أو تقديمه إلى طبيب لا يحمل الصفة والمؤهلات اللازمة، ككتابة تقرير عن عملية جراحية من طبيب عام مناوب أو من طرف طبيب لازال في طور التكوين، مما يسهل على الطبيب

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الحاذق عديم الضمير الإفلات من المسؤولية، وعليه فإن الزام الطبيب القيام بالتأمين من المسؤولية سد لذريعة الفساد وحفظ وحماية لمصلحة الطرف الضعيف، ألا وهو المريض.

فبالتأمين سوف يدفع الطبيب بأن يتحلى بالشجاعة والجرأة في مهنته، خصوصاً في بعض التخصصات الحساسة، وهو ما من شأنه أن يُقعده عن ارتياد الخطر، وتطوير البحث العلمي في المجال الطبي الذي هو في صراع أبدي مع العلل، فعند فرض إلزامية التأمين من المسؤولية حماية للطبيب من خطر رجوع المضرور عليه بالضمان، ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فكان تفعيل التأمين من المسؤولية تحصيلاً للمقصود، واجباً، وأدنى درجاته الجواز.

والباحث لا يرى مانعاً في جواز عقد التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، بالضوابط الذي ثم ذكرها أنفاً، بدواعي الضرورة والمصلحة ، أما إذا أصبحت لنا القدرة الكافية لاستحداث تأمين ذي طابع إسلامي لإزالة المانع فيكون قد ارتفع الممنوع.

ويجب الأخذ بعين الاعتبار الآثار السلبية ونتائج هذا التأمين، مما يجعل الطبيب غير مبالي أحياناً أثناء ممارسته العمل الطبي مما يجعله غير متوخي الحيطة والحذر الشديدين، لذلك يرى الباحث أن يجعل الطبيب يتحمل من قيمة التعويض وشركة التأمين تتحمل الجزء الآخر لتجاوز هذه الإشكالية لأن هذا الأمر مرتبط بحياة الإنسان وليس بالأمر السهل.

فهذا النظام مطبق حالياً في الإمارات العربية المتحدة وفقاً للقانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2008 المسمى نظام التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية، ويذكر أن الإمارات قد استفادت من قانون رقم 17 بشأن المسؤولية الطبية المعمول به في ليبيا لسنة 1986 غير أن هذا القانون لو يصاحبه تطورات بتطور عمل الطب في هذا العصر ، والإمارات ألزمة أيضاً أصحاب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة لديه عن مسؤولية الأخطاء الطبية، وتتحمل شركة التأمين نسبة 80% من قيمة قسط التأمين السنوي، ويتحمل مزاول المهنة باقي قيمة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هذا القسط، مع العلم أن المادة (26) من هذا القانون الجديد تلزم صاحب المنشأة على مزاولي المهنة ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أوبسببها.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الخامس: النتائج والتوصيات

أ . النتائج

ب. النظرية المترتبة من النتيجة

ب . التوصيات

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الخامس: النتائج والتوصيات

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، أما بعد:

اختم هذه الرسالة الذي حاولت أن أظهر فيها تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في الأخطاء الطبية والآثار المترتبة عليها من وجهة نظر القانون الليبي والفقه الاسلامي، وأيضاً موقف الفقهاء الأربعة والقانون الليبي ومقارنتهم بهذه الأخطاء، وأتمنى أن اكون أجدت فيه فإن كان صواباً فمن توفيق الله وان كنت مقصرا فمن نفسي والشيطان.

فإن موضوع المسؤولية المدنية للطبيب ،يبقى من المواضيع التي لم تأخذ حضها من الدراسة و التمحيص في ليبيا ،على عكس الدول المشرقية التي أسهبت بكثير في تناول الموضوع من كافة جوانبه

فبعد جمع وتحليل الخطوط العامة التي تُميز وتحكم المسؤولية المدنية في الأخطاء الطبية في القانون المدني الليبي والشريعة الاسلامية أوضحنا مسؤولية الطبيب المدنية هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية .

فمن خلال هذه الدراسة فقد حال الباحث أن يتناول الجوانب الهامة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب، وأفردت جزءاً كبيراً لموضوع الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية والاثار المترتبة عليها والخطأ الطبي (الفعل الضار) وتطبيقاته العملية بالإضافة إلى الضرر الطبي وعلاقة السببية وأيضاً أرآء فقهاء المذاهب الأربعة وموقفهم تجاه هذه الأخطاء.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أ . النتائج

1 – فقد تناول الباحث الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية، وثم تناول المسؤولية العقدية والتقصيرية بشكل عام، وجميع شروط المسؤولية المدنية للطبيب وكذلك طبيعتها القانونية وأوضح الباحث من خلال عرض البيانات وتحليلها أن مسؤولية الطبيب تعتبر عقدية كلما وجد رابط عقدي بين الطرفين، واستثناءً تعتبر مسؤولية تقصيرية وثم عرض الحالات المتعلقة بذلك، وبين الباحث شروط المسؤولية العقدية، وأيضاً قرار القضاء الفرنسي بتاريخ20.5.1936 بهذا الخصوص والذي أرى بأنه هو الصواب لهذا .وأوضحت أن طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض حيث يقع على عاتقه التزام ببذل عناية بالأصل وليس بتحقيق نتيجة ولكن هناك حالات استثنائية يلتزم فيها بتحقيق نتيجة. وهي الحالات التي يكون محلها محدداً بدقة مثل عمليات التجميل، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية والتركيبات الصناعية والأدوية ونقل الدم والتحاليل الطبيبة والتطعيم،

2– الاتجاه السائد في الفقه والقضاء، بأنه يجب النظر إلى وحدة الخطأ الطبي، لاتفاقه مع حكم القانون الذي لم يفرق بين نوع وآخر من الأخطاء، بحيث يسأل الطبيب عن أخطائه الضارة بالغير أو بمرضاه دون تفرقة بين خطأ جسيم أو غير جسيم. فالحقيقة الواضحة أن الخطأ المهني لا يتحقق جسيماً كان أم يسيراً إلا إذا انحرف الطبيب المعالج عن الأصول المستقرة في علم الطب، والتي لم تعد محل خلاف أو جدال لدى الأطباء أو فقهاء المذاهب الأربعة أو القانون الوضعي، وبذلك يتفق حكم القانون الوضعي الليبي مع حكم الشريعة الإسلامية حول وحدة مفهوم الخطأ أو وصفه في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب وكما أخد المشرع الليبي بنشوء الضرر يعد قرينة على ارتكاب الخطأ، فالأعمال التي يقوم بها الطبيب في علاج المريض هي أعمال مباحة لأنه مأذون بها شرعا وقانوناً، طالما التزم بالأصول الثابتة أو المتعارف عليها في مهنة الطب، فلا مسؤولية عليه ولا ضمان. إلا إذا خرج عليها وثبت خروجه على وجه اليقين أو التحقيق عندئذ يعتبر مخطئاً فيتعرض للمساءلة والضمان، وأيضاً

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

نص المادة (166) مدني "كل خطاء سبَّبَ ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" فتعرض كل من سبب خطأ للغير بأن يلتزم بدفع التعويض والمشرع الليبي اهتم بالمسؤولية الطبية فأصدر لها قانون خاصاً رقم 17 لسنة1986م ووضع أحكام وضوابط تحكم كل مخالف لهذا القانون غير أن القانون يحتاج لتطوير مع تطور علم الطب.

3- اتضح أن الأخطاء الطبية بشكل عام يحكمهن ضوابط محددة لكي توجب المسؤولية بحيث تترتب على تلك المسؤولية آثار محددة. ونشيّد في هذا البحث إلى أن الأصل براءة ذمة الطبيب، وأن المدعي هو من يقع عليه إثبات موجب المسؤولية ، كما هو معروف في القاعدة :"البينة على من ادعى "، وأيضاً المادة رقم27 من قانون المسؤولية الطبية المتعلقة بالمجلس الطبي فيما يتعلق بتقرير المسؤولية، والقاضي وحده هو الذي يقرر المسؤولية من عدمها، والتقيد بالروتين والتسلسل المركزي فهوى لا أساس له وأيضاً يكلف المدعي أو أطراف الدعوى الوقت والمال وتأخر المصالح، حيث إن المجلس الطبي ومقره في العاصمة الليبية مدينة طرابلس لا يرد في الوقت المناسب فقد يتعطل الرأي لعدة سنوات ويتردد المدعي او المجني عليه على المحكمة ويتم تأجيل قضيته الى سنوات وأحيانا لا يرد المجلس وأحيانا اخرى تضيع المستندات ، ويكون القاضي غير مدركاً كترة المصطلحات الطبية التي لا يفهمها الا الطبيب وأيضاً يستغرب الباحث من عدم وجود مذكرات شارحة لنصوص هذا القانون وكذلك عدم وجود لائحة تنفيذية وإدارية تبين عمل المجلس المذكور أثناء المنازعات القضائية من حيث المكافئات المالية منعاً لشبهة الابتزاز المالي للجنة، وعليه فإن الزام الطبيب القيام بالتأمين من المسؤولية سد لذريعة الفساد وحفظ وحماية لمصلحة الطرف الضعيف، ألا وهو المريض.

وكذلك يرى الباحث إلى التأمين حل يخفف على أعباء القائمين بالمهن الطبية والمرضى، فبالتأمين سوف يدفع الطبيب بأن يتحلى بالشجاعة والجرأة في مهنته، خصوصاً في بعض التخصصات الحساسة، ويجب الأخذ بعين الاعتبار الآثار السلبية ونتائج هذا التأمين، مما

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يجعل الطبيب غير مبالي أحياناً أثناء ممارسته العمل الطبي مما يجعله غير متوخي الحيطة والحذر الشديدين.

ب. النظرية المترتبة من النتيجة

خلص الباحث بخصوص نظرية الخطأ المفترض من النتيجة، وهي نظرية مكملة لنظرية الخطأ المفترض، غير أن الباحث يرى أن النظرية السابقة عند الفقهاء السابقين منهم الأستاذ مرزوق محمد و الأستاذة عيساني رفيقة، قد اعتراها النقص في كتبهم في توضيح نفي الخطأ الحقيقي، وكذلك العلاقة العلمية بين النظرية والتطبيق، بمعنى الآثار المترتبة على الخطأ المفترض، ومتى يأخذ بهذه النظرية ويلزم بها، وظهرت انتقادات الباحث في أن النظرية السابقة لم تبين متى يأخذ بهذه النظرية وهذا مما جعل الباحث أن يحاول اثباته في هذه الدراسة، وهو أن الخطأ المفترض لا ينفي الخطأ الحقيقي، وأن الخطأ المفترض هو على سبيل الإستثناء وليس الأصل في المسؤولية، وأيضاً على المدعي أن يقدم الدليل على خطأ المدعي عليه، فإذا تعذر ذلك فالقاضي يقوم بافتراض خطأ مفترض واثبات العلاقة السببية في تنظيم وسير المرافق الصحية والأعمال الطبية ولكن مع مراعاة أن يكون هذا الخطأ على سبيل الإستثناء وهو ما يريد الباحث أن يؤكده ، فعلى الأنظمة المتبعة لهذه النظرية أن يراعوا هذا الإستثناء الذي أكد عليه الباحث في هذا الدراسة والذي يرى بأنه مكمل لهذه النظرية، كما أن الباحث ينبه في هذه الدراسة أنه لا يجوز الجمع بين مسؤوليتين مفترضتين ولا مسؤولية مفترضة عن الفعل الشخصي ، فالأصل في المسؤولية عن الأعمال الشخصية أنها تقوم على أساس الخطأ الذي يجب اثباته، عندما لا يستطيع القاضي أن يتعرف على الخطأ، وتظهر أهمية الخطأ المفترض في أن القضاء عندما يأخذ بهذه القرينة ويجعلها بسيطة وسهلة قابلة لإثبات العكس من طرف المرفق الصحي أو الشخصية الاعتبارية رغم أن الخطأ يكون مجهولاً، فهو بذلك يكون قد ألقى القاضي الالتزام بالتعويض على عاتق إدارة المرفق الصحي العمومي، وأنه في الحقيقة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يعتبر تعويضاً آلياً بمجرد وقوع الضرر، هذا ما يجعلنا نقول ويؤكد عليه الباحث بأن نظرية الخطأ قد وصلت إلى أدنى درجاتها، لأنها تتضح من خلال استنتاج القضاء للتقصير من مجرد وقوع الضرر، فمن خطأ جسيم، إلى خطأ بسيط، ثم إلى خطأ مفترض.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج . التوصيات

1 – ضرورة تدخل المشرع بتعديل المادة السابعة والعشرون من القانون رقم (17) لسنة1986م بشأن المسؤولية الطبية، بإلغاء مهام المجلس الطبي في تقرير المسؤولية ويترك الأمر للقاضي لأنها من اختصاص قاضي الموضوع .

2 – توصية الجهات الرقابية بممارسة دور فعال بقضية مزاولة مهنة الطب دون ترخيص وكذلك الإهتمام بمشكلة الأطباء، الذين يمارسون الاختصاصات الطبية دون أن يكونوا مؤهلين لذلك والعمل على إلزام الأطباء بضرورة تقديم أبحاث علمية عند تجديد مزاولتهم لمهنة الطب.

3 – نوصي فقهاء القانون والتشريع بإجراء دراسة خاصة تتعلق بالمسؤولية الجنائية للطبيب في القانون الليبي ومقارنتها بالشريعة الإسلامية لما لهذا الموضوع ارتباط كبير بهذه الدراسة.

4 – يجب توعية الأطباء القائمين بالعمل الطبي بالواجبات والالتزامات التي تفرضها القوانين واللوائح التي تنظم هذه المهنة الإنسانية، وذلك لأن معرفة الأنظمة ومراعاتها والتقيد بها يشكل منطلقاً أساسياً للعمل الطبي والضروري لضمان سلامة الموقف الذي لايقوم أصلاً بدونها. وتكون التوعية سواءً بالندوات العلمية أو بالمؤتمرات أو بالمحاضرات التثقيفية .

5- يرى الباحث أن يجعل الطبيب يتحمل من قيمة التعويض وشركة التأمين تتحمل الجزء الآخر لتجاوز هذه الإشكالية التي من الممكن أن تجعل الطبيب غير مبالي في مهنته لأن هذا الأمر مرتبط بحياة الإنسان وليس بالأمر السهل.

6 – يوصي الباحث على القائمين بالتشريع وسن القوانين بأن يقوموا بتطوير القوانين بشكل دوري في كل خمس سنوات مثلاً؛ بما يتلائم مع التطورات والمشكلات التي تحدث في هذا المجال.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

7 – يوصى الباحث المشرع الليبي بإنشاء مذكرات مفسرة وشارحة لنصوص القانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسؤولية الطبية في ليبيا .

8– ضرورة وجود لوائح تنظم عمل الأطباء أو الكادر الطبي في القطاع العام (المستشفيات العامة التابعة للدولة)، والقطاع الخاص (العيادات والمصحات الخاصة)، تحت مظلة رقابية شاملة لكليهما.

9- يوص الباحث المشرع الليبي أن يأخد بعين الاعتبار الحالات الإستثنائية التي يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة وإضافة الحالات الأخرى التي ذكرها الباحث في هذا البحث لنص المادة 16 من قانون المسؤولية الطبية في ليبيا والتي يكون نسبة نجاح العمل الطبي فيها ممكن.

10- يوصي الباحث السلطات التشريعية والقضائية بإعادة النظر في المادة 27 وتعديلها و التي تتعلق بالمجلس الطبي وحريته في استخلاص الدليل وتقرير المسؤولية وحيث إن الأصل العام في التقاضي حرية القاضي في تقرير المسؤولية و استخلاص الدليل.

11- نأمل من الجهات المختصة العمل على إضافة مادة قانونية يدرسها الطلبة في كليات القانون تتعلق بمهنة الطب وضوابطها ، وكذلك العمل على إصدار دوريات ونشرات على أساس علمي وفقهي تناقش فيه موضوعات طبية متخصصة لتحسين معلومات رجال القانون حول المسؤولية الطبية وتطور علم الطب.

12-يوصي الباحث المشرع الليبي أن يأخذ بنظرية الخطأ المفترض، التي تخفف الأعباء على الممارسين للمهنة فمن خطأ جسيم، إلى خطأ بسيط، ثم إلى خطأ مفترض.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية حفص.

أبراشي (ال) ، حسن ، *مسؤولية الأطباء والجراحيين المدنية في التشريع المصري والمقارن*، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1981م.

ابن الأثير، لأبي السعادات بن الأثير الجزري، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، *دار* إحياء الكتب العربية، عيسى الباب الحلبي وشركاه، ج3، بلا سنة نشر.

ابن القيم الجوزية، شمس الدين ، *الطب النبوي*، دار إحياء الكتب العربية ،القاهرة، 1957.

ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم ، *الإجماع*، بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، بلا سنة نشر.

ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم المتوفي: 318هـ، *الإجماع* ، مطابع الدوحة، قطر،1401هـ.

ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد ،المتوفي 456هـ، *المحلى بالآثار*، دار الكتب العلمية، بيروت،ط2، ج7، 1356هـ.

ابن رجب ، زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي ، *فتح الباري في شرح صحيح البخاري* ، تحقيق : أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد ، دار ابن الجوزي ، السعودية : الدمام ، 1422هـ.

ابن رشد (الحفيد)، محمد بن أحمد القرطبي، المتوفي: 604هـ، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، مكتبة الإيمان، المنصورة، ج2، ط1، 1997م.

ابن سيدة، علي بن إسماعيل ، *المحكم والمحيط الأعظم في اللغة*، تحقيق عبدالستار أحمد، مصر: شرمة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده،ج2، 1301هـ.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ابن عابدين، محمد أحمد بن عمر بن عبد العزيز ، المتوفى 1252هـ ، *حاشية ابن عابدين، المسماة: (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار)*، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ج5، 1966م.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، *رد المحتار على الدر المختار* ، دار الفكر،بيروت،ط2،ج9 1412هـ-1992م

ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المتوفي: 799هـ، *تبصرة الحكام في الأقضية ومناهج الحكام*، المطبعة العمرة الشرقية، مصر ج2، ط1، 1307هـ.

ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد ، *المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني*، دار الفكر – بيروت ،ط1 ،1405هـ.

ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، *المغني والشرح الكبير*، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج7، بلا سنة نشر.

ابن قدامة، عبدالله بن أحمد ، *المغني*، بيروت: دار الفكر،1405هـ-1985م.

ابن قدامه، موفق الدين بن قدامه المقدسي، *المغني*، دار المنار.ج4، بلا سنة نشر.

ابن قيم الجوزية ، شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ، *أعلام الموقعين عن رب العالمين*، بيروت: دار الفكر، ودار الجبل للنشر والتوزيع والطباعة،ج2، 1397هـ

ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ، المتوفى : 751هـ، *زاد المعاد في هَدْي خير العباد* ، المكتبة الشاملة ، بلا سنة نشر .

ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبدالله محمد بن بكر الزرعي الدمشقي ، *الطب النبوي*، تحقيق عبدالمعطي قلعجي، 691-751هـ ، القاهرة، دار التراث، 1987م،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ابن كثير، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى : 310هـ)، المحقق : أحمد محمد شاكر، *جامع البيان في تأويل القرآن، تفسير الطبري*، مؤسسة الرسالة:ج1،ط1، 1420 هـ - 2000 م.

ابن مفلح الحنبلي، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد المتوفي: 884هـ، *المبدع شرح المقنع*، المكتب الإسلامي، بيروت، ج1980،5م.

ابن مفلح، أبو عبد الله محمد المقدسي المتوفي: 884هـ، *الآداب الشرعية والمنح الرعية*، نشر مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ج2، 1391هـ.

ابن منظور ، محمد بن بكر بن منظور المصري، *لسان العرب* ، دار صادر ، ببيروت ، 711هـ ،1956م.

ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين ، *لسان العرب*، مصر: المطبعة الأميرية ببولاق، ط1، 1301هـ

ابن منظور، جمال الدين محم بن مكرم (ت711هـ)، *لسان العرب*، الرياض، السعودية: دار المعارف ، بلا سنة نشر.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأغريقي المصري ، *لسان العرب*، دار صادر، بيروت،ط1،ج11، بلاسنة نشر.

ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم ،المتوفي، 970هـ، *الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان* ،دار الكتب العلمية، بيروت،1980م.

أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (المتوفى : 774هـ)، *تفسير القرآن العظيم*، المحقق : سامي بن محمد سلامة، الناشر : دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة : الثانية ،ج3، 1420هـ - 1999 م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أبو جميل، وفاء، *الخطأ الطبي*، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة،1987م.

أبو زهرة، محمد ، *مسئولية الأطباء* ، مجلة لواء الإسلام، الكويت، دار التوزيع النشر الإسلامية، س2، ع12، 1386هـ .

أبو زهرة، محمد، بحث في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1951.

أحمد بن حنبل، *مسند الإمام أحمد بن حنبل*، المحقق : شعيب الأرنؤوط وآخرون، الناشر : مؤسسة الرسالة،ج11، الطبعة : الثانية 1420هـ ، 1999م .

أحمد، يوسف الحاج ، *موسوعة الإعجاز العلمي في القرآن الكريم والسنة المطهرة*، القاهرة، مكتبة ابن حجر، 1424هـ.

أردبيلي (ال)، يوسف بن إبراهيم، المتوفي: 779هـ ، *الأنوار لأعمال الأبرار*، القاهرة، مطبعة المدني،ج2، بلا سنة نشر.

أزهري (ال) ، صالح بن عبد السميع الآبي، المتوفى : 1335هـ ، *الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني* ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، بلا سنة نشر .

أزهري (ال)، محمد على البدوي ، *النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام* ، ليبيا ، بنغازي ،دار الكتب الوطنية ،ج2 2013م.

أصبهاني (ال) ، الحافظ أبي نعيم أحمد بن عبدالله ، المتوفي سنة 430هـ ، *حلية الأولياء وطبقات الأصفياء* ، مطبعة السعادة ،مصر ، ط1 ، 1351 هـ .

آل الشيخ مبارك، قيس بن محمد، *التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية*، ط1 ، مكتبة الفارابي، دمشق ،ط1،.1991.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ألباني (ال)، محمد ناصر الدين ، *غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام* ، المكتب الإسلامي ،بيروت ، ط3. سنة النشر1405هـ.

أنور سلطان، *دراسات حول القانون المدني*، المسؤولية المدنية، بدون مكان نشر وسنة نشر.

أنيس ، إبراهيم ، *المعجم الوسيط* ، ج1 ، القاهرة، 1960.

بابرتي (ال) ، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي ، المتوفى: 786هـ ، *العناية شرح الهداية* ، دار الفكر ، بلا سنة نشر .

بابولي ، رضوان . دولي ، أنطون ، *الجراحة الصغرى* ، منشورات جامعة حلب، كلية حلب ، 1407هـ.

بخاري (ال) ، أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري ، *الجامع الصحيح* ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، بمصطفى البابي الحلبي ، مصر ، بلا سنة نشر.

بخاري الجعفي (ال) ، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله ، *الجامع الصحيح المختصر*، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة – جامعة دمشق ، دار ابن كثير ، اليمامة : بيروت ، ج5 ط3 ، 1407هـ - 1987 م.

بزاز (ال)، محمد بن محمد بن شهاب الدين المتوفي: 827هـ، *الفتاوى البزازية، أو الجامع الوجيز* ،المطبعة الأميرية، مصر، ج1973،5م.

بسام ، محتسب بالله ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية*، دار الايمان ، بيروت ، 1984م.

بسام، محتسب بالله ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزائية دار الإيمان* ، بيروت-دمشق،ط1، 1984م .

بطراوي (ال)، محمد، *جريمة الزنا* "دراسة مقارنة"، القاهرة (1992م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بعلي (ال)، أحمد بن عبد الله بن أحمد، المتوفي: 1189هـ، *الروض الندي شرح كافي المبتدي*، المطبعة السلفية، القاهرة، بلا سنة نشر.

بغدادي (ال) ، أبي الفضل شهاب الدين محمود الآلوسي المتوفي سنة 1427هـ ، *روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني* ، المطبعة المنيرية ، مصر : القاهرة ، ط2، بلا سنة نشر.

بغدادي (ال) ، موفق الدين عبداللطيف ، *الطب من الكتاب والسنة* ، تحقيق : عبدالمعطي فلعجي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1 ، 1406هـ .

بغدادي (ال)، وأبو محمد بن محمد غانم ، *مجمع الضمانات، في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*، تحقيق محمد أحمد سراج، ج2.

بغدادي (ال)، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني ، *سنن الدارقطني*، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، ج3، بيروت : درا المعرفة ، 1386 – 1966.

بغدادي (ال)، غياث الدين أبو محمد بن غانم بن محمد ،المتوفي: 1027هـ، *مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*، دار السلام، مصر،ط1، ج1، 1999م.

بن تيمية الحراني ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ، المتوفى: 728هـ ، *مجموع الفتاوى*، تحقيق ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية ، المملكة العربية السعودية ، 1416هـ/1995م .

بن جزي، محمد بن أحمد الغرناطي، المتوفي سنة 741هـ، *قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية*، بيروت، لبنان: دار العلم للملايين، بلا سنة نشر.

بن حمد ، العساف صالح ، *المدخل الى البحث في العلوم السلوكية* ، الرياض: مكتبة العبيكان ، 1421هـ .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بن خلكان ، أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر ، المتوفى سنة 681هـ *وفيات الأعيان وأنباء الزمان* ، تحقيق :محمد محي الدين عبدالحميد، مطبعة السعادة ، مصر ، ط1 ، 1367هـ .

بن رشد ، أبي الوليد محمد بن أحمد ، المتوفي سنة 520هـ ، *المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات* ، مطبعة السعادة ، مصر ، ط 1، بلا سنة نشر .

بن فرحون ، إبراهيم بن علي ابن محمد ، *الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب* ، مطبعة الفجالة ، مصر ، ط1 ، 1350هـ .

بهوتي (ال)، منصور بن يونس بن صلاح الدين المتوفي: 1051هـ، *كشاف الاقناع عن متن الإقناع* ،القاهرة: المطبعة الشرقية، 1319هـ.

بوساق، محمد المدني ، *التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي*، (الرياض : دار اشبيليا،ط1، 1419هـ-1999م.

بوساق، محمد المدني ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، الرياض: دار أشبيليا للنشر،1419هـ

بينة (ال)، محمد حسن عبدالحميد ، *نظرية حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية*، مطبوعات جامعة الكويت،الكويت،1993.

ترجمة : الدكتور ياسر الياغي، مراجعة : الدكتور نبيه معمر ، *الجراحة العامة ، لمجموعة الأطباء* ،مطبعة الإنشاء ، سوريا ، 1399هـ .

ترجمة : الدكتور ياسر الياغي، مراجعة : الدكتور نبيه معمر ، *جراحة الحرب الطارئة" (كتاب الحلف الأطلسي عن الجراحة العسكرية* ، مؤسسة الأبحاث العربية ، بيروت ، ط1 ، 1982م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ترمذي (ال) ، الحافظ أبي عيسى بن سورة ، المتوفي سنة279هـ ، *سنن الترمذي* ، بتحقيق :الشيخ أحمد محمد شاكر ، مطبعة البابي الحلبي مصر ، ط2 ، 1398هـ -1987م .

تكريتي (ال) ، راجي عباس ، *السلوك المهني للأطباء*، دار الأندلس للطباعة والنشر،ط2، 1402هـ

توتنجي (ال)، عبدالسلام، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي*، بدون دار نشر، القاهرة 1966م.

تيسير، وائل ، *المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة*، رسالة ماجستير منشورة ، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008.

جرحاني (ال) ، على بن محمد السيد الشريف (ب،ت) معجم التعريفات تحقيق : محمد صديق المنشاوي ، دار الفضيلة ، القاهرة .

جزيري (ال)، عبد الرحمن بن محمد عوض ، *الفقه على المذاهب الأربعة* ، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ،ط2 هـ1424 - م2003.

جمال الدين، محمد ، *مشكلات المسؤولية المدنية*، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ط1، 1978.

جمعة، عبدالمعين لطفي ، *موسوعة القضاء في المسؤولية التقصيرية والعقدية*، ج2 ، عالم الكتب للنشر ،القاهرة، ج2 ، 1979.

جنا، منير رياض ، *المسئولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري* ،ط1 .الإسكندرية : دار الفكر الجامعي، 2008.

جنزوري (ال) ، سمير ، *الأسس العامة لقانون العقوبات* ، القاهرة: دار الكتب الجامعية ، 1988م .

جنزوري (ال)، سمير ، *الأسس العامة لقانون العقوبات*، القاهرة : دار الكتب الجامعية، 1988.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جوزي (ال) ، أبي الفرج عبدالرحمن بن علي بن محمد ، المتوفي سنة 597هـ ، *زاد المسير في علم التفسير* ،دمشق: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ، ط1 ، 1387هـ .

جوزيف، داود ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزئية وتأمين الأطباء من المسئولية عن أخطائهم* ،سلسلة الطبيب والقانون(1) . مطبعة الإنشاء، 1987.

جوهري (ال)، فائق ، *المسؤولية الطبية في قانون العقوبات*، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، دار الجوهري للطباعة والنشر ،مصر، بلا سنة نشر.

حاكم (ال)، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري ، *المستدرك على الصحيحين*، *كتاب البيوع* ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،ج2 ، 1411هـ-1990م.

حسنى، محمود نجيب، *شرح قانون العقوبات، القسم العام*، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر.

حسين (ال) ، عبداللطيف ، *المسؤولية المدنية عن الأخطار المهنية* ، الشركة العالمية للكتب ،بلا سنة نشر .

حسين، محمد عبدالظاهر ، *مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم*، دار النهضة العربية ،القاهرة، 1995.

حصكفي (ال)، *الدر المختار*، ، دار الفكر، بيروت، ج5، ،1386هـ.

حلس ، داوود بن درويش ، *دليل الباحث في توضيح وتنظيم البحث العلمي في العلوم السلوكية* ، إدارة التعليم ، شقراء ، منطقة الرياض التعليمية سابقا، 2006م

حنا ، منير رياض ، *المسئولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري* ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ط1 ، 2008 .

حنا، منير رضا ، "*الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية*"، الاسكندرية: دار الفكر الجامعي،ط1، 2008.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حنبلي (ال) ، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى ، المتوفى:1051هـ ، *الروض المربع شرح زاد المستقنع* ، دار المؤيد – مؤسسة الرسالة ، بلا سنة نشر.

حنفي (ال)، محمد بن علي الجرحاني (ت816هـ)، *التعريفات*، القاهرة: شركة القدس، ط1، 2007م.

حياري (ال)، أحمد ، *المسؤولية المدنية للطبيب* ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 .

حياري (ال)، أحمد ، *المسؤولية المدنية للطبيب*، ج2، بلا سنة نشر.

خرشي (ال)، محمد بن عبد الله بن علي ،*حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل مع حاشية الشيخ علي العدوي*، ج7، بلاسنة نشر.

خطابي (ال)، أبو سليمان حمد بن محمد ألبستي، المتوفي: 388هـ، *معالم السنن بذيل مختصر أبي داود المنذري* ، مطبعة أنصار السنة،ج6، 1948م.

خفيف (ال)، على ، *بحث في عقد التأمين المقدم لندوة البيضاء*، في ربيع الأول سنة1392هـ – مايو1972م.

داود ، جوزيف ، *المسؤولية الطبية المدنية والجزئية وتأمين الأطباء من المسئولية عن أخطائهم* ، سلسلة الطبيب والقانون(1) ، مطبعة الإنشاء،1987 م .

داود، عبد المنعم محمد، *المسؤولية القانونية للطبيب*، الإسكندرية، مكتبة نشر الثقافة ، 1988م.

دردير (ال)، أبو بركات بن أحمد بن محمد ، المتوفي: 1201هـ، *الشرح الكبير*، القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ج5، 1377هـ.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

دريويش (ال)، أحمد بن يوسف ،*خطأ الطبيب وأحكامه في الفقه الإسلامي*، بحث منشور، جامعة جرش، المؤتمر العلمي الأول،1999.

دمشقي (ال)، أبي زكرياء يحي بن شرف ، *رياض الصالحين*، بيروت: سوريا: مؤسسة الرسالة، 1984م.

دودين، محمود موسى ، *مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية*، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، 2006.

دينا صوري (ال) وشوازي (ال) ، عز الدين ، عبدالحميد ، *المسئولية المدنية* ، الإسكندرية، منشأة المعارف ، ج1، 1990م .

ديوان الشافعي، جمع وتحقيق وتعليق: زهدي يكن، بيروت: دار الثقافة، بلا سنة نشر.

رازي (ال)، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي (المتوفى: 666هـ)، المحقق: يوسف الشيخ محمد، *مختار الصحاح*، بيروت، صيدا : المكتبة العصرية – الدار النموذجية، ط5، 1420هـ - 1999م.

ربيعة (ال)، لهند عبدالعزيز ، بحث بعنوان، *منهج البحث الوصفي الوثائقي* ، قسم ادارة وتخطيط تربوي مقدم إلى جماعة الإمام محمد بن سعود ، المستوى الثاني ، بلا سنة نشر.

رضا، أحمد ، *معجم متن اللغة*، بيروت: دار مكتبة الحياة،ج4، 1379هـ.

رفاعي (ال) ، حامد بن أحمد ، رئيس المنتدى الإسلامي العالمي ، *شركاء لا أوصياء*، لبنان : بيروت ، الناشر سلسة إصدارات لتعارفوا ، ط2 العدد 21 ، سنة وتاريخ النشر 1427 هـ- 2006م.

رملي (ال)، شمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب المتوفي 1004هـ ، *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر،ج8، 1386هـ.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

زارع (ال) ، سامي هارون سامي ، *"فكرة الخطأ المهني أساس المسؤولية المهنية لأرباب المهن الحرة (الطبيب)"*، مصر: مركز الدراسات العربية،ط1، 1439هـ- 2018م.

زبيدي (ال) محمد مرتضى ، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بيروت ، لبنان: مكتبة الحياة، ج5.

زحيلي (ال) ، وهبة ، *نظرية الضمان* ، دار الفكر، 1389هـ.

زرقا (ال)، أحمد بن محمد، المتوفي 1357هـ ، *شرح القواعد الفقهية*، دمش: دار القلم، 1998م.

زرقا (ال)، مصطفى ، بحث حول التأمين مقدم في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1961.

زرقا (ال)، مصطفى أحمد ، *نظام التأمين (حقيقته والرأي الشرعي فيه)*، بيروت : مؤسسة الرسالة،ط1، 1404 هـ - 1984م.

زرقاني (ال)، عبد الباقي بن يوسف ،المتوفي: 1099هـ، *شرح الزرقاني على مختصر خليل*، مصر، مطبعة محمد أفندي مصطفى، ج7، بلاسنة نشر.

زكي، محمود جمال، *مشكلات المسؤولية المدنية*، مطبعة جامعة القاهرة،ط1 ،1978م.

ستنبز ، كسلاند ، *لمحة من تاريخ الطيب* ، ترجمة الدكتور : أحمد زكي ، (لجنة البيان العربي 1958م.

سجستاني (ال) ، الحافظ أبي داود سليمان بن داود بن الأشعت ، المتوفي سنة 275هـ ، *سنن أبي داود* ، تعليقات الشيخ أحمد سعد علي، مطبعة البابي ، مصر ، ط1 ، 1371هـ.

سرخسي (ال)، أبو بكر محمد بن أبي سهل، المتوفي: 349هـ، *المبسوط*، بيروت، دار المعرفة، ج1، 1989م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سرطاوي (ال)، محمود، *المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*، الأردن: مجلة دراسات الجامعة الأردنية،الأردن، ج2، ع1، 1982م.

سعد، أحمد ، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه* . القاهرة : دار الطبجي ، بلا سنة نشر.

سعد، أحمد محمود ، *مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه*، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة ،1983.

سلامة ، أحمد عبدالكريم ، *الأصول المنهجية الإعداد البحوث العلمية*، القاهرة: النهضة العربية، 1999.

سلامه، أحمد، *مصادر الالتزام*، مؤسسة دار التعاون والنشر، رقم176، 1975م.

سلطان، أنور ، *دراسات حول القانون المدني، المسؤولية المدنية*، محاضرات في كلية الحقوق، عمان: الجامعات الأردنية، 1989.

سليمان ، مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، بدون دار نشر ، القسم الأول في الأحكام العامة ،ج2 ، م2 ،1988م.

سليمان مرقس ، *الوافي في شرح القانون المدني* ، مكتبة مصر الجديد،ط5، ح1، 1992م.

سنهوري (ال) ، عبدالرزاق أحمد ، *الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام* ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط1، بلاسنة نشر.

سنهوري (ال)، عبد الرزاق ، *الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام*، دار النشر للجامعات المصرية، 1952.

سنهوري (ال)، عبدالرزاق السنهوري، *الوسيط*، بيروت: دار إحياء الثرات العربي،ج4، بلا سنة نشر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سنهوري (ال)، عبدالرزاق، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ج1،ط3، 1998.

سنوسي (ال)، أحمد طه ، بحث بعنوان *"عقد التأمين في الشريعة الإسلامية"* مجلة الأزهر، المجلد25، سنة1373هـ -1953م.

سوار، محمد وحيد الدين ، *النظرية العامة للالتزام*، دمشق: مطبعة جامعة، ج1،ط8، 1996.

سوار، محمد وحيد الدين ، *شرح القانون المدني، مصادر الالتزام*، دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ج2، 1976.

سيوطي (ال)، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الشافعي المتوفي 911هـ، *الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية*،بيروت: دار الكتب العلمية، ط1،ج2، 1998م.

شاطبي (ال) ، أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي ، المتوفى سنة 790 هـ ، تعليق : الشيخ محمد الخضر حسين التونسي ، ط. الشرق الأردني بالوسكي ، بتعليق : الشيخ محمد عبدالله دراز، *الموافقات* ، دار الفكر ، لبنان ، 1341هـ.

شافعي (ال) ، أبي محمد عز الدين بن عبدالسلام السلمي ، المتوفى سنة 660هـ ، *قواعد الأحكام في مصالح الأنام* ، دار الشرق للطباعة ، مصر ، 1388 هـ .

شافعي (ال) ، أبي عبدالله محمد بن إدريس ، *الأم* ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ط 1 ،سنة 1325هـ .

شامي (ال) ، محمد ، و اللبابيدي ، لطفي ، *جراحة البطن* ، مطبعة الجاحظ : دمشق ، 1401هـ .

شربيني (ال) ، محمد بن أحمد الخطيب ، المتوفى : 977هـ ، *مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج* ، المكتبة الشاملة ، موقع إسلامي ، بلا سنة نشر .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

شرح الإمام أبي عبدالله التاودي بهامش البهجة، ج2، بدون مكان نشر وسنة نشر.

شرف الدين، أحمد، *الأحكام الشرعية للأعمال الطبية* ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1403هـ.

شرف الدين، أحمد، *مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة* ،جامعة الكويت، الكويت،1986م.

شطي (ال) ، احمد شوكت ، *تاريخ الطب وآدابه وعلومه* ، سوريا: مطبعة طربين ، 1386هـ.

شنقيطي (ال) ، محمد ، *أحكام الجراحة الطبية بين الالتزام والمسؤولية* ، المطابع التعاونية ، عمان ، 1993م.

شنقيطي (ال) ، محمد بن محمد المختار بن أحمد فريد الجكني ، *أحكام الجراحة الطبية والاثار المترتبة عليها* ، رسالة دكتوراه بقسم الفقه بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ، مكتبة الصحابة ، الإمارات : الشارقة ، ط3 ، 1424هـ ، 2004م .

شنقيطي (ال)، محمد المختار بن أحمد، *أحكام الجراحة الطبية وآثارها المترتبة عليها*، طباعة مكتبة الصديق، الطائف 1993م.

شهراني (ال)، دراسة محمد بن عبدالله الشارع الشهراني بعنوان، *أحكام المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء ، وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية*، 1412هـ.

شهري (ال)، دراسة عبدالله ظافر ، بعنوان ، *المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون مع تطبيق من واقع قرارات اللجنة الطبية في المملكة العربية السعودية*، بلا سنة نشر.

شواء (ال)، محمد سامي ، رسالة دكتوراه بعنوان "*الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي*" القاهرة : جامعة القاهرة، 1983.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

شواربي (ال) ،عبدالحميد ، *مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية*، الإسكندرية: منشأة دار المعارف، ،1998.

صالح، نائل عبدالرحمن ، *مسؤولية الأطباء الجزائية*، مجلة العلوم والشريعة والقانون،العدد1، أيار، الجامعة الأردنية ،1999.

صغير (ال) قيس ، *المسؤولية المهنية الطبية في السعودية*، السعودية : ط1، 1996.

صغير، عبد الله بن علي، *سيرة أئمة المذاهب السنية وأصولهم الفقهية*، . السعودية : بلا سنة نشر .

صيني، سعيد إسماعيل ، *قواعد أساسية في البحث العلمي* ، ط3 ، 1431هـ، 2010م .

ضاوي (ال)، أحمد، المتوفي: 965هـ، *بلغة السالك لأقرب المسالك* ، بيروت: دار الفكر ،ج2، 1995م.

طبري (ال) ، أبي جعفر محمد بن جرير ، المتوفي سنة 310هـ ، *بقية الأقوال في جامع البيان في تفسير القرآن*، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر : القاهرة ، ط1، 1324هـ.

عابدين، عصام ، *الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون*، رسالة دكتوراة ، القاهرة: جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 2005م.

عبد الله منجود ، *الممارسات الطبية بين خطأ الطبيب ومضاعفات المرض* - بتصرف Eastern Mediterranean Health Journal, Volume 10, Noa1/2, January /March 2004, Pages 198-207

عبدالحكيم ، فودة ، *امتناع المساءلة الجنائية في ضوء الفقه وقضاء النقض* ، الإسكندرية ، ، دار المطبوعات الجامعية ، 2003م .

عبدالحميد، ثروت ، *تعويض الحوادث الطبية* ، القاهرة: دار الجامعة الجديدة، 2007 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عبداللطيف، محمد سعيد ، *نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية*، دراسة عامة مع تطبيقها على النظام القانوني للتأمين في الجمهورية العربية الليبية، القاهرة: توزيع مكتبة التراث، ط1، 1418هـ-1997م.

عبداللطيف، مصطفى. جمال الدبن، هاني أحمد ، *سلوكيات وآداب وقوانين مزاولة مهنة الطب، وكيف يتصرف الطب عند اتهامه*، مصر: دار الهلال للطباعة والتجارة، 1984م.

عبيد، رؤوف، *جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال* ، دار الفكر العربي، 1965هـ.

عثيمين (ال)، محمد بن صالح ، *الشرح الممتع على زاد المستقنع*، بدون مكان نشر وسنة نشر.

عجاج، طلال ، *المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"* ،لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004.

عسبلى (ال) ،سعد، *المسئولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي*، بنغازي ، ليبيا، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا ،ط1، 1994م .

عكوش، حسن، *المسؤولية المدنية*، القاهرة ، 1956م.

عويس، أحمد زكي ، *مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، مكتبة جامعة طنطا، ج5، 1990م

عويس، أحمد زكي، *مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي* ، مكتبة جامعة طنطا،1990م.

عياد، مصطفى عبد الحميد، *الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب*، مؤتمر الأخطاء الطبية في ميزان الشريعة والقانون، المؤتمر العلمي لكلية الشريعة، جامعة جرش الأهلية، الأردن، تشرين الثاني، نوفمبر 1999م.

غامدي (ال) ، عبدالله بن سالم ، *مسؤولية الطبيب المهنية، رسالة ماجستير* ، كلية التربية ، جامعة الملك سعود: الرياض، بلا سنة نشر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

غامدي (ال)، عبد الله بن سالم، *مسؤولية الطبيب المهنية، دراسة تأصيلية مقارنة بالشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة*، جدة: دار الأندلس الخضراء، ط1، 1418هـ.

غامدي (ال)، عبدالله بن سالم ، دراسة بعنوان " *مسؤولية الطبيب المهنية* " رسالة ماجستير منشورة مقدمة لكلية التربية / جامعة الملك سعود ، الرياض،1418هـ.

غامدي (ال)، عبدالله سالم ،*مسؤولية الطبيب المهنية*، دار الأندلس الخضراء، جدة، 1997 .

غزالي (ال) ، أبي حامد بن محمد بن محمد ، *المستصفى* ، مصر: مطبعة البابي الحلبي ، ط1 ، 1356هـ .

غزالي (ال)، أبو حامد محمد بن محمد ، *إحياء علوم الدين*، بيروت، لبنان: دار المعرفة، 1402هـ -1982م

فاسي (ال) ، أحمد بن أحمد ابن محمد بن عيسى البرنسي ، المتوفي سنة 899هـ ، *شرح زروق على رسالة ابن أبي زيد القيرواني* ، بلا نشر .

فاضل (ال) ، منذر، *القانون الطبي* ، مجلة السماعة ، نقابة الأطباء الأردنية ، عمان : 1995م.

فاعور ، محمود ، *الشفاء بالجراحة*، دار العلم للملايين ، بيروت : ط1 ، 1986م.

فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ ، المكتبة الشاملة ، بلا سنة نشر.

فراج، زيد بدر ، *أصول البحث القانوني*، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000.

فضل (ال) ، منذر ، *النظرية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام* ، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1 ،1994م.

فيومي (ال) ، أحمد بن محمد علي المقري ، المتوفي سنة 770هـ ، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير* ، بيروت ، لبنان : المكتبة العلمية، بلا سنة نشر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فيومي (ال)، أحمد بن محمد بن علي (ت770هـ)، *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير*، المنصورة، مصر: مكتبة الإيمان، 2008م .

قاسم (ال)، محمد هشام، *الخطأ الطبي*، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة، العدد الأول، الكويت ، مارس 1979م.

قاسم (ال)، محمد هشام، *المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية*، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، الكويت، يونيو 1981م.

قاسم، محمد زكي الدين محمد، رجال ومناهج في الفقه الإسلامي " الأئمة الأربعة " ، الكويت: بدون مكان نشر وسنة نشر .

قاضي، طلال عجاج، *المسؤولية المدنية للطبيب*، دراسة مقارنة، بدون مكان نشر وسنة نشر .

قانون رقم 17 لسنة 1986م بشأن المسئولية الطبية في ليبيا .

القانون المدني الليبي الصادر في 20 فبراير 1954 .

القانون رقم 106لسنة 1973م بإصدار القانون الصحي / الموسوعة التشريعية الليبية سنة 1973م / المجلد الخامس.

قايد ، أسامة عبدالله ، *المسئولية الجنائية للأطباء*، القاهرة: دار النهضة العربية ، ط2 ، 1990.

قرافي (ال)، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، *الذخيرة*، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1، ج5، 1994م.

قرشي (ال) ، الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ، المتوفى سنة 774هـ ، *البداية والنهاية في التاريخ* ، مصر: مطبعة السعادة ، 1358هـ .

قرشي (ال) ، محمد بن محمد بن أحمد ابن الأخوة، المتوفي 729هـ ، *معلم القربة في أحكام الحسبة* ، نقل وتصحيح روبن ليوي ،كمبرج: مطبعة دار الفنون، 1937م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قزويني (ال) ، الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه ، المتوفي سنة 275هـ ، *سنن ابن ماجه* ، بتحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ، مطبعة البابي الحلبي ، مصر ، 1372هـ.

قطان (ال) ، مناع بن خليل ، *تاريخ التشريع الإسلامي*، ج1 ط5، 1422هـ-2001م.

قلعجي، محمد رواس ، *معجم لغة الفقهاء*، بيروت، لبينان: دار النفائس، 1415هـ،1994م.

قوسي (ال) ، *مناهج البحث التربوية بين النظرية والتطبيق* ، الكويت: مكتبة الفلاح ، 2012م.

كاساني (ال)، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، بيروت: دار إحياء التراث العربي،ج6، ط1 ،1997م.

كحالة ، عمر رضا ، *معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية* ، سوريا، دمشق: مطبعة التريقي ،1377هـ.

كرم ، عبدالواحد ، *معجم بمصطلحات الشريعة والقانون* ، دار المناهج ،ط2. 1998م

لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي ، *الفتاوى الهندية [حنفي]* ، المكتبة الشاملة ، بلا سنة نشر .

مازري (ال)، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المتوفي 536هـ، *المعلم بفوائد مسلم*، تحقيق الشيخ الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر، تونس،ج1، 1987م.

مالك، بن أنس أبو عبدالله الأصبحي ، *الموطأ، كتاب العقوب، باب عقل الجراح في الخطأ*، دار القلم، دمشق، ط1413،1 هـ - 1991 م.

مجلة الأحكام العدلية

مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، *المعجم الوسيط*، دار الدعوة، بلا سنة نشر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، .

مجموعة من الأطباء، *"الموسوعة الطبية الحديثه "* ، (لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بجمهورية مصر العربية،ط2، 1970.

محرج (ال)، دراسة عبدالرحمن بن عبدالعزيز بعنوان *الحماية الجنائية ضد الأخطاء الطبية وتطبيقاتها في النظام السعودي*. بلا سنة نشر.

محمد، سيد أمين ، *المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي والمقارن*، بدون مكان نشر، 1348هـ

محمد، مرزوق ، *من الخطأ إلى الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري* (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض) مجلة الفقه و القانون ، لغة الوثيقة العربية، 2013.

محمصاني، صبحي ، *النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية*، بيروت، لبنان: دار العلم للملايين،ط2، ج1، بلا سنة نشر.

مخلوف ، محمد بن محمد ، *شجرة النور الزكية في طبقات المالكية* ، ط1 بالأوفست ، بالمطبعة السلفية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1349هـ .

مرداوي (ال)، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان ، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، مطبعة السنة المحمدية، ط1،ج6، 1387هـ.

مرقس، سليمان ، *الوافي في شرح القانون المدني*، مكتبة مصر الجديدة،ج2،ط5، 1992.

مرقس، سليمان، *محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية* ،القاهرة: جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1958م.

مشعان (ال) ، محمد خالد المشعان فهد ، *الوسيط في الطب والقانون* ، الكويت : 2003م.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مصباح، مازن. ويحي، نائل محمد ،" *المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب، دارسة فقهية مقارنة* " ، المجلد العشرون، العدد الثاني، غزة: جامعة الأزهر،2012.

معايطة (ال)، منصور عمر ، *المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية* ، الرياض: ط1 1425هـ ، 2000م.

مليباري (ال)، زين الدين شهيد العزيز بن زين الدين المتوفي: 987هـ، *فتح المعين شرح قرة العين بمبهمات الدين*، مصر: مطبعة عيسى البابي الحلبي، بلاسنة نشر.

مناوي (ال) ، محمد عبد الرؤوف ، *التوقيف على مهمات التعاريف، فصل الذال*، بيروت ، دمشق: دار الفكر المعاصر ، دار الفكر ،ج1، ط1، 1410هـ .

منصور، محمد حسين، *المسؤولية الطبية*، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 1999.

الموسوعة الفقهية الكويتية، مولوي، فيصل ، *نظام التأمين وموقف الشريعة منه*، بيروت: دار النشر الإسلامية،ط1، 1408هـ-1988م.

مؤمن، سعد المصراتي ، المستشار في محكمة الجبل الأخضر، *المسؤولية الطبية فى القانون الليبى*، مقالات في القانون http://www.shaimaaatalla.com/vb/showthread.php?t=13720&s=07722a09cc6567a4cece9f6f6d02b6b1 تاريخ الإطلاع15.5.2016.

نجيب ، حسني محمود ، *شرح قانون العقوبات العام* ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1986م.

نظام وجماعة من العلماء، *الفتاوي الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*، دار الفكر، 1411هـ ، 1991م.

نووي (ال) ، أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي ، *المجموع شرح المهذب*، الكتاب موافق للمطبوع ، المكتبة الشاملة، بلا سنة نشر.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

نيسابوري (ال) ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري ، *الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم* ، بيروت: دار الجيل بيروت ، دار الأفاق الجديدة ، بلا سنة نشر.

نيسابوري (ال) ، مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري المتوفي سنة 261هـ ، *صحيح الإمام مسلم* ، مطبعة البابي الحلبي ، بدون سنة نشر .

هريش (ال)، فرج، *التطبيقات الحديثة*، الدار الجماهيرية للنشر ،ط1، 1996م.

Voir Douc Rasy, les frontières de la faute personnelle et de la faite de service en droit administratif français,(LG.D.J, paris,).

Grand Dictionnaire Ehcyclopédique Larousse(GDEL) Librairies Larousse Paris 1967

tushard (fnasunt alaizdiwajiat alqadayiyat fi mas'alat maktab alaistishfa' min almakani, wujuhat nazar almashakili, waldhaakirat bihadaf alhusul ealaa syd alththani alhaqi aleami al'asasii, jamieat muntiskiu burdu alraabie, walqanun, waleulum alaijtimaeiat walsiyasat walaiqtisad kl min al'iidarati, alkitab alsanawii al'akadimi 2005-2006 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id