

الأخطاء الطبية ومدى تحمل المسؤولية بين الفقه والقانون

أ. وعد جمال راشد عودة، قضاء شرعي، كلية العلوم والدراسات الإسلامية، قلبية

إشراف الدكتور: ضرغام جرادات، كلية العلوم والدراسات الإسلامية، قلبية

waedjamal372@gmail.com

بحث مقدّم للمؤتمر العلمي الدولي السنوي العاشر لكلية الشريعة

أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي وقانوني

جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2021

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد: يعد الطب من أنبل المهن الإنسانية لكونه يمس حياة الإنسان، وهو يهدف إلى معالجة المريض وتخفيف آلامه، إذ يتعين على الطبيب أثناء ممارسته لواجباته المهنية احترام سلامة جسم الإنسان والمحافظة عليه، فحالة المريض الصحية وما يحيط بها من مشاكل تقتضي منه اللجوء إلى من يخفف عليه آلامه.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية لرعاية مصالح العباد في العاجل والآجل ولتحقيق السعادة للعباد في الدارين، وكانت مجمل أحكامها لتحقيق المنافع ودرء المفسدات، وجاءت بأهداف ومقاصد وغايات لتحقيقها، ومن ضمن تلك التشريعات ما جاء للحفاظ على حياة الإنسان وحفظ حقوقه وقد جاءت نظريات مبنية على المنطق السليم ومحقة للعدالة بشتى صورها في جميع مناحي الحياة وشؤونها. دراسة الأخطاء الطبية وقضاياها وأشكالها وملفاتها سواء في فلسطين أو غيرها تطول، وذلك نظراً للعدد الكثير من الحالات التي وقعت ضحية لتلك الأخطاء، والارتفاع الملحوظ في حدود الشكاوى الخاصة بالأخطاء الطبية.

وهدف من هذا البحث أن أسلط الضوء أو أضع أصبعاً على الجرح وفتح باب النقاش حول هذه القضية الخطيرة والحساسة لعلنا نصل لحالة نهائية أو على الأقل أن نحد من هذه الظاهرة قدر الإمكان. لأن موضوع الأخطاء الطبية ومسؤولية الطبيب موضوع حيوي هام ازداد بحثه وتناوله في الفضائيات والصحف والمجلات في الآونة الأخيرة وهو يعالج قضية شغلت بال الدول والأفراد والمؤسسات الصحية والقضائية وغيرها منذ القدم، وازدادت أهمية هذا الموضوع في أيامنا لازدياد وتيرة هذه الأخطاء نتيجة التقدم الهائل في مجال الطب، وتنوع الأمراض والأسقام، ولذلك كثرة الخريجين وعدم تدريبهم وتأهيلهم تأهيلاً جيداً.

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث من خلال الآتي:

1. كثرت الأخطاء الطبية والتي يدفع ثمنها المريض من حياته أو جزء من جسده أو ماله أو عرضه دون أن يعرف سبباً لهذا الخطأ ولا من يتحمل تبعاته وآثاره.
2. أن عملية إثبات الخطأ على الطبيب تعد من المسائل التي يصعب على المريض تحقيقها لوحده؛ لما لطبيعة العلاقة بينهما وهي إلتقاء ضمير الطبيب بثقة المريض خاصة وأنه في الغالب يتم صرف الأخطاء الطبية إلى مسألة القضاء والقدر، ودائماً في إثبات الخطأ الطبي هناك مجموعة من الوسائل والدلائل والبراهين ومجموعة من الجهات المشاركة في هذا العمل لإثبات حقيقة الخطأ الطبي.
3. وضع تنسيق بين نشاط الطبيب وأمان المريض ضمن حدود الشريعة ومقاصدها، وخلق نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة، ومصلحة المهنة ومن ورائه المجتمع في أن تهيأ له الظروف للعمل والتشخيص والعلاج والإبداع ومصلحة المريض في أن يحصل على العلاج المناسب.

مشكلة البحث:

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

1. ما موقف الشريعة الإسلامية من الأخطاء الطبية؟
2. ما التدابير الوقائية والعلاجية؟
3. ما القوانين الرادعة لحالة الإهمال الطبي؟

أهداف البحث

يهدف البحث إلى ما يأتي:

1. إيجاد وسائل وقوانين رادعة وممانعة أمام حالة الإهمال للحد منها.
2. بيان أقسام المسؤولية الطبية في القانون والشريعة والأصول التي تنبني عليها.

3. المساهمة في إستخراج قوانين وأحكام تضبط الأخطاء الطبية ومعرفة آليات إثبات الخطأ الطبي على الطبيب في الشريعة والقانون.

منهج البحث:

اتبعت الباحثة في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي في جمع المادة العلمية، والمنهج الوصفي التحليلي ثم المنهج الاستدلالي من القرآن والسنة، كما استخدمت المنهج المقارن بالمقارنة بين موقف الشريعة والقانون حول الأخطاء الطبية

الدراسات السابقة:

اطلعت الباحثة على عدة دراسات تتعلق بموضوع الدراسة وهي على النحو الآتي:

1. ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، أسماء موسى أبو سرور، 2006م، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، دولة فلسطين
- تناولت هذه الدراسة ماهية المسؤولية وقواعدها العامة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
2. المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن أخطائه وأخطاء مساعديه في المستشفيات العامة، سعد أو زيد، 2008م. رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن.
- بينت هذه الدراسة مفهوم المسؤولية وأقسامها وأركانها وأسسها وآثارها.

المبحث الأول: نطاق المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية والقانون.

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الأخطاء الطبية:

اهتمت الشريعة الإسلامية بالنفس الإنسانية واعتنت بحفظها، فحفظ النفس من الضرورات التي نادت الشريعة بوجوب حفظها، مما يسيء إليها من ضرب أو جرح أو اعتداء. والطب يساهم في الحفاظ على أهم مقاصد الشريعة ألا وهو حفظ النفس، فهو المقصد الأساسي للطب، مع أن الطب لا يملك أن يمنع أو يؤجل الموت، لأن الموت بيد الله وحده، ولكن الطب يسعى للمحافظة على حياة المريض قدر الإمكان حتى ميقات الموت⁽¹⁾. ويستند موضوع الأخطاء الطبية إلى مجموعة من القواعد الفقهية:

أولاً: الضرر يزال. ثانياً: لا ضرر ولا ضرار. ثالثاً: المباشر ضامن وإن لم يعقد⁽²⁾. وذلك من خلال:

1. الحفاظ على الأداء الأمثل والأفضل لوظائف الأعضاء الجسدية وقد يتم ذلك بالوقاية من الأمراض المعدية الفتاكة من خلال معالجة المصابين³.
2. الرقابة الصحية سواء أكانت على مصانع الدواء أو على مصانع لغذاء أو من خلال منح رخص مزاوله المهن الطبية المختلفة بعد الحصول على الشهادات اللازمة، وتقديم الامتحانات التي تقررها وزارات الصحة في مختلف البلدان⁽⁴⁾.
- قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ ٢٨١﴾⁽⁵⁾.
- وقال تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتَ لِكِتَابِكَ كَفًى يَوْمَ يَنْفُسُكَ الْيَوْمَ عَلَيْكَ حَسِيبًا ٤١﴾⁽⁶⁾.

¹ انظر: الجربوع، عبدالله بن صالح بن سليمان، 1997م، الأخطاء الطبية في الفقه والنظام، د.ط، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص3.

² عكة، انعكاس الأخطاء الطبية في المستشفيات الفلسطينية على الأسرة والمجتمع، ص141.

³ بتصرف: البهوتي، شرح المنتهى منتهى الإرادات، ص22

⁴ انظر: أبو هريبد، عاطف محمد، 2016م، القواعد الفقهية النازمة للممارسة الطبية وتطبيقاتها، د.ط، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية: غزة، ص9

⁵ سورة البقرة "آية: 281".

⁶ سورة الإسراء "آية: 14".

فالقرآن يؤكد على مسؤولية الإنسان عن سعيه ليس في الدنيا فقط، بل في الآخرة أيضاً وهذا ما يميز الخطاب الإسلامي والفهم الفقهي له؛ فإن معنى المسؤولية أشمل وأوسع في الإسلام، وها هو قول الرسول "صلى الله عليه وسلم": "أَلَا كَلُّكُمْ رَاعٍ، وَكَلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"¹ والتطبيب ليس مجرد علاقة لتبادل المصالح كما هو الحال في كثير من علاقات الإنسان مع بعضهم بل هو في مفهوم الشرائع الإسلامية والنظم الإنسانية والقانونية، (أمانة) يلتزم بها الطبيب في داخله، ويصبر في احترامه لها وفق الطريقة أو الملة التي يؤمن بها⁽²⁾. ولقد نظرت الشريعة الإسلامية إلى الطب على أنه مسؤولية جسمية، فأوجب على الطبيب معرفة الطب قبل ممارسته، وفي حالة الخطأ جعلت عقاب الجاهل بالطب أكثر من عقاب العارف به، وقررت الشريعة مسؤولية الإنسان الفردية منذ ميلاده سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽³⁾. والتعدي: "بأنه العمل الضار بدون وجه حق"، والتعدي يمكن تصنيفه إلى: أولاً: تعدي عمد: وهو يتحقق عندما يقوم الطبيب بفعل محظور تقصد الوصول إلى نتيجة الإضرار بالمرضى "توافر القصد الجنائي" وهنا المسألة تعتبر جناية عمد تستوجب القصاص، ولا نقصد هذا النوع في هذه الدراسة. ثانياً: تعدي الخطأ: أي عدم توفر القصد الجنائي، والأصل في المشروع لا تتحقق الا عن عمد. ولكن رغم ذلك أجازت الشريعة العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل، ومراعاة للمصلحة العامة، والطبيب الخاطئ خطأ فاحشاً كالعالم مسؤول جنائياً، وذلك لأنه عصى الشارع قد حدث التنازع لا عن عمد، ولكن عن تقصير وعدم تثبيت، ويمكن القول إن مسؤولية الطبيب الجنائية تقدم على سلوك اعتداء وجهل من الطبيب يشكل مخالفة لأصول مهنته و خطأ فاحش⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: موقف القانون من الأخطاء الطبية

قد صدرت المادة (243) من قانون العقوبات صور الخطأ فيما يأتي⁽⁵⁾:

1. الإهمال: ويقصد به التفريط والتقصير وعدم الانتباه، ومن صور الإهمال أن يكلف شخص مريض أو طفل صغير، فيهمل في العناية به حتى يموت، أو يترك الطبيب قطعة قماش أو آلة داخل الجسم المريض بعد الانتهاء من إجراء عملية جراحية.
 2. قلة الاحترار: يقصد به عدم التقدير على نحو سليم للآثار الضارة لفعله.
 3. عدم مراعاة القوانين والأنظمة.
- * وفي القانون يكفي لمسألة الجاني توافر صورة من هذه الصور حتى يسأل من قتل غير المقصود إذا ترتب على هذا السلوك وفاة المجني عليه كما نصت المادة (343) من قانون العقوبات الأردني "من سبب موت أحد من إهمال أو قلة احتراز أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة عوقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات" أي يعاقب كل إيذاء غير مقصود "بالخطأ" بالحبس لمدة لا تتجاوز 6 أشهر أو بغرامة لا تتجاوز عشرة دنانير"⁽⁶⁾.

¹ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، 1442هـ، صحيح البخاري، ط1، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، حديث رقم 893، ج2: ص5.

² أبو هريرة، القواعد الفقهية النازمة للممارسة الطبية، ص13.

³ عكة، محمد، 2016م، انعكاس الأخطاء الطبية في المستشفيات الفلسطينية على الأسرة والمجتمع، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات: فلسطين، ج8: ص28.

⁴ الفطافطة، محمد، 2018م، الأخطاء الطبية في فلسطين، ط1، البيرة: فلسطين ج1: ص47، قرار بقانون، رقم (31)، بشأن الحماية والسلامة الطبية، قانون عام، 2018م

⁵ الشلش، محمد محمد سلامة، 2007، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة البحوث والدراسات، جامعة القدس المفتوحة: فلسطين، ص9.

⁶ العمري، 1992م، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، ص81، والموقع الإلكتروني

www.tawfek.him

* ونصت المادة: (218) من قانون العقوبات رقم 47 لسنة 1936 أم علم أنه "من تسبب في موت شخص آخر بغير قصد من جراء عمله بعدم احتراز أو حيلة أو اكتراث عملاً لا يبلغ درجة الأعمال الإجرامي، ويعتبر أنه ارتكب جنحة ويعاقب بالحبس من سنتين، أو بغرامة قدرها 100 جنيه"⁽¹⁾

* ويعتبر القضاء والفقه القانوني في معظم الدول أن التزام الطبيب تجاه مريضه هو التزامه بعناية أي يتوجب على الطبيب أن يبذل قصارى جهده الصادقة المتفقة مع أصول الطب وليس التطبيب المبني على خطأ أياً كانت جسامته فعندما يرتكب تقصيراً أو إهمال في سلوكه الطبي عليه أن يخضع للمحاسبة حسب الأصول، ولكن لا يقارن مع طبيب ولد في نفس الظروف التي أحاطت الطبيب، وبذل قصارى جهده مع مراعاة التخصص في العمل.⁽²⁾

* في القانون الحالي: لا يسمح مزاولة مهنة الطب من قبل الأطباء الحاصلين على الإجازة في الطب.

* وردت المسؤولية التقصيرية في القانون الأردني: تحت عنوان (الفعل الضار): كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز لضمان الغير⁽³⁾.

* وجاء في مجلة الأحكام العدلية: في القاعدة رقم (92) "المباشر ضامن وإن لم يتعهد فكل من سبب ضرر للغير فهو ضامن سواء أكان مخطئاً أم غير مخطئ، مميزاً أم أكان غير مميز يجب عليه التعويض"⁽⁴⁾.

* وأيضاً كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويض الضرر أياً كانت مهنته أو مركزه⁽⁵⁾.

* القاعدة الفقهية: "العمد والخطأ من ضمان المتلفات سواء"⁽⁶⁾.

وبرأي كثرة الأخطاء الطبية التي أودت بحياة العديد من المرضى، وتسببت بإعاقات جسيمة للآخرين وما زال بعضهم يرقد في المستشفيات حتى الآن بانتظار الشفاء، فإنها حقيقة واقعة علينا مواجهتها؛ لأنه لا فائدة من اتخاذ موقف النعامة تجاهها. ولهذا نرى أن يتم الأخذ بعين الاعتبار الآتي:

1. كأن يتعامل مع الأخطاء المهنية من خلال المحاكم المدنية على أسباب دعوى تعويض فأصدر قرار بقانون 31 "الحماية والسلامة الطبية" الساري في الضفة الغربية وقطاع غزة الذي شكلته لجنة وطنية وقامت بإعداد مسودة منه باسم قانون الأخطاء الطبية وبعد ذلك عدل باسم " قانون الحماية والسلامة الطبية "حيز التنفيذ ولم يطبق؛ بسبب رفض نقابة الأطباء لكن بعد سنتين من النقاشات، قاموا بإعداد مسودة نهائية بتاريخ 2018/12/24 وتم المصادقة عليه من قبل الرئيس محمود عباس ليكون نافذاً بعد مرور ثلاثة أشهر ونشره بالجريدة الرسمية⁽⁷⁾.

2. وقام أبو جاموس بالعمل على خلق إجراءات قانونية للحد من الأخطاء الطبية، كما ونوعاً لصيانة حقوق المواطن وأكد أيضاً النهوض في ديوان المظالم "أن المسألة ليس هجوماً على الأطباء بل مراعاة لحقوق الطبيب والمؤسسة الصحية والمرضى وأن تطبق هذا القانون لتستطيع أن تحمي المرضى ونجدد العلاقة بين المريض والطبيب وأن يكون هناك تأمين على الطبيب والمرافق الصحية"⁽⁸⁾.

ملاحظة: نستعرض هنا وجه الاتفاق والمخالفة بين الفقه والقانون ووجهة نظرهم في قضية الأخطاء الطبية.

اتفقت الشريعة الإسلامية مع القانون أن التطبيب عملٌ متاحٌ، وأن الخطأ الطبي إن كان فاحشاً جسيماً مخالفاً للأصول والقواعد المعروفة لدى الأطباء، فإن صاحبه يسأل عنه، وقد حصل خلاف

¹ حسني، محمود نجيب 1989، شرح قانون العقوبات، ط6، دار النهضة: القاهرة.

² الفطافطة، الأخطاء الطبية في فلسطين، ص38.

³ العمري، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص 245

⁴ الحنيف، علي، 1917م، الضمان في الفقه الإسلامي، دط، القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ص6، ص7.

البناني، سليم رستم باز، 1923م، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط3، بيروت: المطبعة الأدبية، ص7.

⁵ شرف الدين، أحمد، 1979م، الضوابط القانونية لمشروعية زرع الأعضاء البشرية، الكويت، ص37.

⁶ الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج3: ص19.

⁷ وكالة وطن الإخبارية، 2018م، قانون الحماية والسلامة الطبية، تاريخ النشر: 2018/12/25م الموقع الإلكتروني:

watten24.com

⁸ المرجع السابق.

بينهم في مقدار العقوبة المترتبة على ذلك، وأما الشريعة الإسلامية فقد أوجبت على عاقلة الطبيب اذا نتج عن خطئه موت المريض، والتعويض بقدر الضرر الذي ألحقه به إذا لم ينجم عن خطئه الموت في حين أن القانون جعل العقوبة 6 شهور إلى 3 سنوات في حالة الموت، أو الحبس، والغرامة المالية المقررة عند عدمه، والشريعة أقوم وأعدل وأكثر ردة للمعتدي على غيره.

المطلب الثالث: طرق إثبات المسؤولية في دعوى المسؤولية المدنية وحدود مسؤوليته (المباشرة وغير المباشرة، والمؤسسة الطبية).

طرق اثبات المسؤولية: لو نظرنا إلى قضية الإثبات لوجدنا أن عبء الإثبات في المسؤولية العقدية، على المدين وعلى الدائن، إثبات شروط العقد وإثبات عدم تحقيقه نتيجة الالتزام. أما في المسؤولية التقصيرية فعلى الدائن إثبات عدم التزام المدين وارتكابه لعمل غير مشروع، وهذا من منظور الضمان⁽¹⁾، فيكون الالتزام فيهما:

1. إلتزام ببذل العناية، ويجب على المريض "المتضرر" إثبات التزام المستشفى العام بعلاج المريض بالإضافة إلى عدم بذل المستشفى العام وكادره الطبي وطواقمه للعناية المطلوبة أثناء تقديمه العلاج.
 2. والإلتزام بتحقيق النتيجة "الإثبات" فيعد الإثبات⁽²⁾ هو الأداة التي يستند عليها القاضي في التحقيق من الوقائع القانونية، فهو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها في صياغة الحقوق المترتبة على تلك الوقائع، وهي الأداة التي يلجأ إليها الخصوم لإثبات حقوقهم وقيامهم بالتزاماتهم⁽³⁾ ومثال على ذلك إثبات إهمال المستشفى وكوادره، وعدم إتباعه لأصول مهنته.
- يقع عبء الإثبات على المريض الذي يثبت تخلف هذا الإلتزام سواء تواجد عقد أم لا⁽⁴⁾. وأن القاعدة العامة تقضي بأن عبء الإثبات يكون على المدعي والخطأ الطبي تقع على عاتق المريض (المتضرر) كونه هو المدعي بالدعوى وهذا ما بينه لنا رسولنا الكريم حينما قال: قال p: (البينة على المدعي واليمين على المنكر)⁽⁵⁾.

* المسؤولية الطبية تقع على عاتق عدة جهات:

ومنها المستشفيات والطواقم العامل فيها من مهنيين وأخصائيين وممرضين، والصحة والعاملين فيها من أطباء مراكز رعاية، وعيادات الأطباء الخاصة التي تكون مرخص لها قانوناً في استقبال المرضى وعلاجهم⁶.

وأما بالنسبة للإلتزام بتحقيق النتيجة، فإنه يقع على المريض إثبات وجود التزام طبي، بينه وبين المستشفى العام، بالإضافة إلى وقوع الضرر، لعدم تحقيق تلك النتيجة وتقع على المستشفى العام عبء إثبات السبب الأجنبي نتيجة للخطأ المفترض⁽⁷⁾.

¹ حسن، أحمد محمود، 2007م، المسؤولية الخاصة من أخطاء الطبيب ومساعديه، ط2، القاهرة: دار النهضة العربية، ص27.

² الإثبات: هو إقامة الدليل لوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق أو الأثر القانوني المدعى به. انظر: قاسم، محمد حسين، 2006، إثبات الخطأ الطبي في المجال الطبي، ط2، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص23.

³ مفلح، عواد، 1994م، البينات المدنية التجارية، دراسة فقهية مقارنة، ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص23.

⁴ الجميلي، أسعد عبيد، 2011م، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج4: ص225.

⁵ رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ط2، حديث رقم (1341)، مصر: شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي، ج3: ص618، وقال الألباني صحيح، صحيح الجامع الصغير وزيدته، المكتب الإسلامي، ج2: ص559.

⁶ الحيارى، أحمد حسين، 2008م، المسؤولية المدنية للطبيب، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1: ص44.

⁷ حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، ص563، وعلوي، سجي حسن، 2018، المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، د.ط، رسالة ماجستير، فلسطين: كلية الدراسات العليا، بيرزيت، ص23.

أما بالنسبة لطرق أو وسائل الإثبات التي يلجأ لها المتضرر لإثبات الخطأ الطبي فإنها تختلف باختلاف طبيعة الالتزام، أهم وسائل الإثبات هي:

1. الإقرار: هو اعتراف الشخص قصداً بواقعة أدعى لها اتجاهه أمام القضاء خلال السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، ويستوى الأمر أن تكون هذه الواقعة عملاً مادياً أو تصرف قانونياً، فاعتراف المستشفى العام أو أحد أطباءه أو كوادره بارتكابه للخطأ الطبي يعد دليلاً لإيقاع مسؤولية المستشفى العام⁽¹⁾.
2. الشهادة: فهي "إخبار الإنسان عن واقعة حدثت مع غيره ويترتب عليها حق لغيره، والمضروب للتعيين بهم لإثبات خطأ المستشفى العام، وقد يشمل بالأطباء، والمرضى، والعاملين بالمؤسسات الصحية أو أي إنسان آخر، شاهد التصرف الخاطئ من قبل الفريق الطبي أو المؤسسة" (المستشفى العام)⁽²⁾.
3. الكتابة: "إن الكتابة من أفضل طرق الإثبات نظراً لإمثارها بالثبات والمتعة فيمكن ذلك بالكتابة عن طريق ملف المريض بالإضافة إلى تقارير وفحوصات المستشفى العام، والطبيب فهي تبين حالة المريض وتوضح طريق العلاج وتثبت تقصيرهم من عدمه.
4. القرينة: "فهي ما يستنبطه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول"⁽³⁾ فمثلاً يستطيع القاضي من خلال ملف المريض استنباط وصول المشفى وأطبائه على رضا المريض من عدمه، فيعلم من خلاله تقصير المشفى بالإضافة إلى الاستعانة بأطباء أخصائيين بالحالة المرضية فهو قرينة على عدم إهماله وقيامه بواجبه الطبي⁽⁴⁾.
5. الخبرة: "أن يقوم الطبيب الخبير المنتدب مساعدته التقنية لتقدير الحالة الجسدية بالعمل الطبي أو العملية للشخص المعني بالإضافة إلى تقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية⁽⁵⁾.

الرأي الراجح:

أنه إذا أثبت المتضرر دعواه بأي وسيلة من وسائل الإثبات فإنها تثبت التهمة عليه، ويعاقب على ذلك ولا يعاقب إلا بصدر حكم قطعي لذلك أي ما قدم المتضرر وسائل الإثبات ينظر في القضية إذا كان مخطئاً يعاقب على إهماله أما غير ذلك لا يعاقب⁶.

المطلب الرابع: شروط الضمان والتعويض:

لم توجب الشريعة الإسلامية الضمان على أي طبيب، بل اشترطت لتضمينه شرطاً معيناً تهدف إلى رعاية الطبيب وحمايته، والتخفيف من مسؤوليته عن المضاعفات التي قد تنتج عن عمله إلا في حالات خاصة، وتؤله لممارسة عمله بإتقان ومسؤولية، وخاصة أن هذه المهنة تتعلق بأرواح

¹ دودين، محمود، 2006م، مسؤولية الطبيب الفردية عن أعماله المهنية، ط1، رسالة ماجستير، فلسطين: جامعة بيرزيت، ص114.

² المشاقي، حسين، 2007م، البيان في شرح أحكام قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية، رسالة ماجستير، نابلس: جامعة النجاح الوطنية، ص16.

³ علوي، المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة، ص195.

⁴ مفلح، البينات المدنية التجارية، ص119، والمشاق، البيان في شرح أحكام قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية، ص28.

⁵ رحمة، شارف، 2014م، المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية، رسالة ماجستير، بسكرة: جامعة محمد خيضر، ص46.

⁶ الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب، ص573.

الناس وحياتهم وهي أعلى ما يملكون⁽¹⁾. واتفق فقهاء الإسلام أنه لا ضمان على الطبيب ومن في حكمه من الممرضين، والفنيين والبياطرة والمحامين ونحوهم إلا بشروط وهي⁽²⁾:

أولاً: أن تكون من ذوي المعرفة والبصارة في صناعة الطب (المعرفة الطبية السابقة) وهو ما يبصر عنه حالياً بالحيازة الرسمية للشهادات العلمية التي تثبت دراسة للطب، فقد اشترط الفقهاء لنفي المسؤولية من الطبيب أن يكون حاذقاً عارفاً في صناعته له، بها بصارة ومعرفة، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة العمل الطبي أو ما في حكمه باتفاق الفقهاء⁽³⁾.

أما اليوم وفي وقتنا الحالي فإن الطبيب لا يسمح له بممارسة العمل الطبي إلا بعد دورة الشهادات العلمية واجتياز الدورات التدريبية التي تثبت دراسته للطب وفنونه وعلومه وموافقة وزارة الصحة على ذلك، وتكمن حكمة هذا الشرط: "الحفاظ على الأرواح وتنبيه الأطباء إلى واجبهم واتخاذ الحيلة اللازمة في أعمالهم المتعلقة بحياة الناس"⁽⁴⁾.

ثانياً: عدم التجاوز⁽⁵⁾، وعلى الطبيب أن يعمل طبقاً للأصول الفنية التي يقررها أهل الفن، فإن يتجاوز أو يتعدى فهو خطأ جسيم يستوجب تحمل المسؤولية والعقاب، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ كإتلاف المال⁽⁶⁾ وبناء عليه يضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك المجني عليه، فإن هلك فعليه الدية ولا عقاب عليه لوجود الإذن من المريض.

ثالثاً: إذن المريض: فقد اشترط الفقهاء على عدم ضمان الطبيب وقوع الإذن من المريض نفسه، أو من وليه أن كان المريض ممن لا ولاية له على نفسه كالصغير والمجنون فإن لم يأذن المريض أو وليه للطبيب، فالمعالجة وما ترتب على علاجه خطأ ما ناتج عن إهمال، ضمن لأنه فعل فعلاً غير مأذون له فيه⁽⁷⁾. والسبب في ذلك أنه لو ضمن مع الأذن لأفضى ذلك إلى عزوف الناس من مهنة الطب الذي هو من ضرورات الحياة التي تحفظ النفس والناس⁽⁸⁾.

وأما عن شروط التعويض فإن شروط الضمان تشمل موضوع التعويض إذا اثبت المدعي الخطأ الطبي بكافة وسائل الإثبات وهي كالإقرار والشهادة والكتابة والقرائن والخبرة وغير ذلك.

¹ سلامة، نعم باسل مصطفى، د.ت، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية وفق القوانين النافذة في فلسطين، ط، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية: فلسطين، ص19.

² بنجود، عبدالله، د.م، الممارسات الطبية بين خطأ الطبيب ومضاعفات المرض، <http://ccmsnscache>

³ صبحي، محمد، 1999، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع: الأردن، ص14.

⁴ الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ص48.

⁵ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، د.ت، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، باكستان، المكتبة الجيبية، ج2: ص14.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج2: ص133.

⁷ الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، د.ت، الشرح الكبير، د.ط، بيروت: دار الفكر، ص24.

⁸ الشربيني، مفتي المحتاج إلى معرفة المعاني ألفاظ المنهاج، ج4: ص194.

المبحث الثاني: واقع الأخطاء الطبية وإحصائيات حول نسب الأخطاء الطبية في فلسطين

الأخطاء الطبية أصبحت ظاهرة في العالم، وليس في مشافينا فقط، هناك ضحايا فقدوا حياتهم، أو أصيبوا بإعاقات دائمة بسبب الأخطاء الطبية الكثيرة والخطيرة التي وقعت، وهناك الكثير من الأمثلة الحية عن الضحايا الذين سقطوا بسبب ذلك، مع صعوبة إخضاع الطبيب للمساءلة الجنائية والمدنية وعدم القدرة على إثبات ارتكابه للخطأ الطبي، وفي الوقت الذي لم تعترف فيه وزارتي الصحة في الضفة الغربية وقطاع غزة مسؤولياتهما، أو على من وقع عليه الإثبات⁽¹⁾، ومن الأمثلة على ضحايا الأخطاء الطبية:

1. وفاة الطفل أمير محمد زيدان البالغ من العمر 6 أعوام من بلدة بيرزبالا - رام الله وبعد ثلاثة أعوام من ملازمته المستشفى أثر أصابته للشلل الدماغي ناجم عن تلف دماغي بنسبة 80% بسبب عطل في جهاز الأكسجين وذلك بسبب خطأ طبي أثناء عملية اللوز².
2. والمواطنة ت.ع التي دخلت لإجراء عملية ناضور في المعدة فخرجت بتلف 85% من الدماغ⁽³⁾.
3. موت الطفلة ع على عمر 6 سنوات بتاريخ 13\11\2007م، توفيت بسبب تشخيص خاطئ من الأطباء (كروماتزم)، وهي تعاني بالواقع من سرطان بالدم (لوكميا)، في نابلس المستشفى الوطني، وتم إعطاؤها بناء على تشخيصهم الخاطئ الكورتيزون مما سبب لديها العديد من المضاعفات⁴.
4. وحالة ت.ع التي دخلت إحدى المشافي للولادة، فانفجر رحمها خلال الولادة، فأدخلت إلى غرفة العمليات وتم استئصال الرحم وتعرضت للنزيف حاد وتوفيت بعد 5 أيام من الولادة، وبعد التحقيق ضمنت لجنة التحقيق أن السبب الرئيسي هو نزيف حاد ناتج عن إعطاء كميات كبيرة من الدم التي لا تتطابق مع البروتوكولات⁽⁵⁾.

المطلب الأول: الجهات المكلفة لمتابعة الأخطاء الطبية

1. قانون الصحة العامة الفلسطيني رقم (20) سنة (2004) وكذلك المرسوم الرئاسي رقم (5) لسنة (2003)، وقد تنص وبصورة واضحة بأن تتولى وزارة الصحة مسؤولية متابعة هذه الأمور (القضايا) ومدى أجساد التقارير الواردة من المستشفيات بمختلف أطيافه، ومتابعة الوضع الصحي للمواطنين، سواء عن طريق القانون أو عن طريق اللجنة الصحية العليا، كما ونجد أيضاً أن قانون الأطباء الأردني والمطبق في الضفة الغربية قد منح النقابة الحق في تشكيل مجلس تأديبي بحق الأطباء المخالفين، وإعطاء الصالحية لاتخاذ العقوبات بحق الأطباء المخالفين بشرط أن تكون العقوبة من العقوبات المنصوص عليها بين ثنائيا هذا القانون⁽⁶⁾.
2. وزارة الصحة الفلسطينية: نص قانون الصحة العامة والفلسطينية رقم (20) لسنة (2004) وذلك في إيجاد بعض نصوصه فأن تتولى وزارة الصحة الإشراف والمتابعة على الوضع الصحي للسكان من خلال دراسة البيانات والمؤشرات الخاصة وغيرها، من أموراً تتعلق بقضايا صحية ولهذا فإننا نجد بأن وزارة الصحة الفلسطينية يقع على عاتقها متابعة قضايا الخطأ الطبي للمرضى الذين هم ضحايا حالات الأخطاء الطبية وبالتالي تكون مسؤولة عن مثل هذه الأخطاء، والتي يرتكبها

¹ الفطافطة، الأخطاء الطبية جرائم بلا أدلة، ص91، عبد الجبار، حسان صلاح، (الأخطاء الطبية) الموقع الإلكتروني www.albasaahion.com، العهوضي، عبد الرحمن عبدالله، 1987، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثالثة، الكويت، 18 ابريل 1987م، ص755.

² وكالة وطن الإخبارية، (قانون الحماية والسلامة الطبية).

³ يحيى، نائل محمد، 2012م، المسؤولية الجنائية عن خطأ التأديب والتطبيب، دراسة فقهية مقارنة، ص164-ص166.

⁴ من خلال مقابلة شخصية لأم فقدت ابنتها بسبب الأخطاء الطبية، وكانت المقابلة، بتاريخ 2019/8/28م يوم الخميس في مدرسة بنات أبي علي إيد- قلقيلية، الساعة: العاشرة صباحاً.

⁵ وزنه، سايكي، 2011م، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، د.ط، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية: جامعة مولود معمري-ص95، ومفلح، البيانات المدنية التجارية، ص240.

⁶ انظر: عرفة، شمس الدين محمد بن عرفة، د.ت، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، بيروت: دار إحياء الكتب العلمية، ج6: ص355.

الأطباء أثناء قيامهم بعملهم هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، وأن وزارة الصحة تسأل عن المستشفيات العامة والخاصة بشكل أساسي وعليه تلزم إدارة المستشفيات الخاصة بضرورة إبراز تقارير عن حالة الوضع الصحي للمريض من وزارة الصحة الفلسطينية والتي تشكل بدورها الوزارة التي تستوعب الأوضاع الصحية في الأراضي الفلسطينية بشكل عام⁽¹⁾. ويكون لوزارة الصحة الحق في معاقبة الطبيب المخطئ عند ارتكابه ما يستحق العقاب والتي من الممكن أن يكون هذا العمل خطأ طبي.

3. النيابة العامة: يفترض قانون أصول المحاكمات الجنائية رقم (3) لسنة (2001) على النيابة العامة واجب متابعة الجرائم والتحقيق فيها ومتابعة أي وفيات تحدث في ظروف غامضة تشمل أن تكون الوفاة قد حدثت عن طريق قصد أو نتيجة إهمال يحاسب عليه القانون⁽²⁾.

4. نقابة الأطباء الفلسطينية: يفرض قانون نقابة الأطباء الأردني رقم (14) لسنة (1954) الناتج في الضفة الغربية بالإضافة إلى قانون نقابة الأطباء الأردني رقم (13) لسنة (1972) والمطبق من قبل نقابة الأطباء واجب التقيد لأداب المهنة وتقاليدها، ويفرض على مجلس النقابة واجب المحافظة على الأسس التي تقوم عليها النقابة منزلة لاتخاذ إجراءات تأديبية بحق الأطباء الذين يخرجون عن قواعد الطب وآدابه، وقد أنزل هذه القوانين الأطباء الانتساب إلى النقابة قبل مزاوله المهنة، وذلك وفق نقابة الأطباء الأردني⁽³⁾.

أما قانون أطباء الصحة رقم (58) لسنة (1947) الناتج في قطاع غزة وقد ألزم الأطباء الحصول على إجازة الممارسة المهنية قبل الممارسة الفعلية لها وأن تقوم نقابة الأطباء على متابعة الشكاوى التي ترد ضد الأطباء في القطاع الخاص أما إذا كان الطبيب يعمل في القطاع العام فيتم معالجة الموضوع من قبل وزارة الصحة⁽⁴⁾.

5. تنص المادة (6) من قانون الأطباء الأردني رقم (14) المسند 1945م على " كل طبيب رخص له من وزارة الصحة لمزاولة الطب في المملكة أن يطلب قبوله النقابة قبل مزاوله عمله والا عقوبته غير مشروعة"⁽⁵⁾.

6. وتنص المادة (3) من قانون أطباء الصحة رقم (58) سنة 1447م والمطبقة في قطاع غزة على " أن يحظر على أي شخص أن يمارس الطب أو يتظاهر مباشرة أو صمتاً أنه يمارس الطب أو أنه مستعد لذلك إلا إذا كان مصرح له بذلك"⁽⁶⁾.

7. وتقرير صادر عن الهيئة المستقلة لحقوق المواطن، عن الإهمال الطبي في مناطق السلطة الفلسطينية، والخطأ الطبي ومسؤوليته الجنائية⁽⁷⁾.

8. مراكز حقوق الإنسان: تشير مراكز حقوق الإنسان أنها تلقت خلال السنوات الأخيرة الماضية عشرات الشكاوى حول موضوع الأخطاء الطبية وإهمال الجهات المختصة التعامل مع هـ الشكاوى بجدية رغم النتائج الوخيمة كإعاقة أو من الوفاة. ويبقى الباب مشرعاً أمام المزيد من الضحايا ما تقدم شكوى بحق الأطباء المخطئين أو تصدر قوانين تحد من تلك القضية⁽⁸⁾.

¹ المادة (9) من الخدمة المدنية: رقم (9) لسنة 1998م.

² فطافطة، الأخطاء الطبية جرائم بلا أدلة، ص37-ص38.

³ سلامة، مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية وفق القوانين النافذة في فلسطين، ص24.

⁴ قانون أطباء الصحة رقم (58) سنة (1947)م، المنشور في العدد (1637) من وقائع الانتداب البريطاني، بتاريخ (30/12/1947)، ص404.

⁵ قانون نقابة الأطباء الأردني رقم (14) لسنة (1954) م المطبق في الضفة الغربية المنشور في العدد رقم (1179) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ (17/4/1954)م، ص322.

⁶ قانون أطباء الصحة رقم (58) لسنة (1947)، مرجع سابق، ص404.

⁷ تقرير صادر عن الهيئة المستقلة لحقوق المواطن (ديوان المظالم) بتاريخ (27 / تشرين الأول / 2019)م، رام الله،

الإهمال الطبي في مناطق السلطة الوطنية المستقلة، (12/ شباط/ 2002)م، ص8-10.

⁸ الفطافطة، الأخطاء الطبية، ص233.

المطلب الثاني: التدابير الوقائية والعلاجية لمعالجة الأخطاء الطبية

إن مسألة معالجة الأخطاء الطبية وتقليلها تمثل تحدياً يجمع العاملين في مهنة الطب، ومن أهم الأمور التي يمكن من خلالها معالجة الخطأ الطبي:

1. حث الطبيب على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية التي جاءت لمصلحة كافة الناس لذلك اهتمت المنظمة الإسلامية للعلاج الطبية بهذا الأمر، حيث أوردت في ندوتها الثالثة " والالتزام بالشريعة الإسلامية واجب عام على كل مسلم، سواء بالنسبة للعاملين في المهن الصحية أو غيرهم، فإذا خالف التقنين الوصفي ما تقضي به الشريعة الإسلامية فإنه يجب تعديل القانون بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ولا يسمح الطبيب المسلم إلا بالالتزام بالشرع الحنيف⁽¹⁾، وعليه فينبغي أن يزول عمله بكل اتقان وإخلاص، وأن يراعي في سلوكه الخلق الإسلامي.
2. التوسيع في عمل الرقابة لأعمال الأطباء، وعمل سجلات للحالات المرضية يتم فيها توصيف الحالة، والأدوية التي تم إعطاؤها للمريض، حتى يكون من الممكن مساءلة الطبيب عند وجود الخطأ⁽²⁾
3. توفير الدولة للأجهزة الطبية الحديثة، ومواكبة التطورات العملية بعقد "دورات التدريبية للمستجدات الطبية"⁽³⁾.

الحلول⁽⁴⁾:

1. تحديد هوية المرضى.
2. توفير جميع المعلومات الخاصة بالمرضى عند إحالته.
3. أداء الإجراء الجراحي في الموضع الجسمي الصحيح.
4. تحسين نظافة اليدين للوقاية من أنواع العدوى المرتبطة بالرعاية الصحية.

النتائج:

لقد توصلت الباحثة في هذا البحث إلى ما يأتي:

1. إن أهم المعوقات التي تواجه المرضى في حالة وقوع الأخطاء الطبية هي مسألة إثبات الخطأ الطبي في حق مرتكبه، خصوصاً من يدعون من الخبراء للشهادة في قضايا الأخطاء الطبية.
2. يترتب على الخطأ الطبي مسؤولية جنائية ومدنية وشرعية يتحملها كل من يعمل في هذا المجال، وهذه المسؤولية التي مناطها قانون العقوبات وقواعد جبر الضرر المترتبة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة.
3. أن للأخطاء الطبية خصوصية على خلاف باقي الأخطاء المهنية الأخرى، وعلى الرغم من ذلك نجد أن المشرع الفلسطيني لم يوله الاهتمام بالقدر الكافي ولم يضبط قانوناً بذلك.

التوصيات:

1. تطبيق أحكام قضائية عادلة وراعية للمخطئين والمتسببين بأضرار للمرضى.
2. العمل على تطبيق مشروع القانون الذي تم المصادقة عليه سنة 2018 وأن يكون قانون فاعلاً في كافة مراكز تقديم الخدمة الطبية.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 1: ص 85.

² ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 1: ص 997.

³ الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 149.

⁴ منظمة الصحة العالمية في مايو 2007م

3. زيادة دراسة الأمر لدى المتخصصين الشرعيين والحقوقيين للخروج بقانونٍ رادع، منصف للجميع.
4. العمل على ترسيخ التدابير الوقائية والعلاجية لمعالجة الأخطاء الطبية تفادياً لانتشارها، وللعمل على الحد من تلك الأخطاء الطبية.

قائمة المصادر والمراجع

1. الأمدي، علي، **الإحكام في أصول الحكم**، تحقيق: سعيد الجميلي، بيروت: دار الكتاب العربي.
2. البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله، 1442هـ، **صحيح البخاري**، ط1.
3. البهوتي، منصور، 1051هـ، **شرح المنتهى شرح منتهى الإرادات**، بيروت، عالم الكتاب.
4. الترمذي، سنن الترمذي، ط2، مصر: شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي
5. الجربوع، عبدالله، 1997م، **الأخطاء الطبية في الفقه والنظام**، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية.
6. الحطاب، أبو عبدالله، 1216م، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، الكتب العلمية: بيروت.
7. الحنيف، علي، 1917م، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دط، القاهرة: معهد البحوث العربي.
8. الحيارى، أحمد حسين، 2008م، **المسؤولية المدنية للطبيب**، ط1، عمان: دار الثقافة.
9. ابن رشد، أبو الوليد، 1335هـ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مصر، دار الكتب العربية.
10. الشلش، محمد، 2007، **أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون**، مجلة البحوث، جامعة القدس المفتوحة: فلسطين.
11. ابن عرفة، شمس الدين، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، بيروت: إحياء الكتب العلمية.
12. الفطافطة، محمد، 2018م، **الأخطاء الطبية في فلسطين**، البيرة: فلسطين.

القوانين:

1. قانون الصحة العامة الفلسطيني (20) لسنة (2004)، عدد (4) الوقائع الفلسطينية
2. قانون نقابة الأطباء الأردني (14) لسنة (1954) المنشور في العدد رقم (1179) من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 17 / 4 / 1954م.
3. قانون نقابة الأطباء الأردني رقم (13) لسنة (1972)م.
4. قانون أطباء الصحة رقم (58) لسنة (1947)، عدد (1637) من الوقائع الفلسطينية.
5. قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة (2002).
6. قانون العقوبات رقم (16) لسنة (1960).
- قانون التأمين الفلسطيني رقم (20) لسنة (2005)، عدد (63) من الوقائع الفلسطينية.

الإهمال الطبي من منظور إسلامي وقانوني
د. سميرة أحمد مجدوبة، جامعة النجاح الوطنية – نابلس
samiramajdoubah11@gmail.com

بحث مقدّم للمؤتمر العلمي الدولي السنوي العاشر لكلية الشريعة
أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي وقانوني
جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2021

الملخص:

تشكل هذه الدراسة بحثاً بعنوان " الإهمال الطبي من منظور " إسلامي وقانوني " فقد حظي هذا الموضوع أهمية بالغة في زماننا المعاصر، مع مواكبة التطور في مجال العلوم الطبية، مما أدى إلى زيادة الأخطاء الطبية التي أودت بحياة الكثير من المرضى، وتسببت لهم بعجز دائم طوال حياتهم. وبناء على ذلك قسمت هذه الدراسة إلى عدة مباحث، تناولت في المبحث الأول: بيان أهمية حفظ النفس من خلال الاستدلال بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة. والمبحث الثاني: بيان مفهوم الإهمال الطبي والخطأ الطبي والعلاقة بينهما. والمبحث الثالث: بينت من خلال هذه الدراسة أنواع الأخطاء الطبية، والمبحث الرابع: بيان صور الخطأ الطبي، والمبحث الخامس: العقوبة المترتبة على الإهمال الطبي في نظر الشريعة الإسلامية والقانون، والمبحث السادس: ذكر بعض نماذج الإهمال الطبي في واقعنا المعاصر، وأنهت الدراسة ببعض النتائج والتوصيات التي توصل إليها البحث.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى تابعيهم إلى يوم الدين.
أما بعد:

إن الإسلام اهتم بالإنسان بل إن الحفاظ على حياته وعلى جسده من الاعتداء أو الإهمال من أهم ضروريات الحياة.

الطب مهنة إنسانية أخلاقية قبل أن تكون شهادة علمية، وهي أقدم المهن على مر العصور، وأن الحياة هي أغلى ما نمتلكه في هذا الوجود، لذا وجب المحافظة على حياة المريض ورعايتها، والسهل على راحتها، ولكن بمرور الزمن والتطور الحديث وميل غالبية الطلاب لدراسة الطب، وتزايد عدد الأطباء، ظهرت في الآونة الأخيرة العديد من حالات الإهمال الطبي، مما أدى إلى الأخطاء الطبية، سواء في العيادات الخاصة أو المستشفيات الحكومية من غير رقيب ولا حسيب.

تسلط هذه الدراسة على موضوع " الإهمال الطبي " الذي يختص بحفظ النفس البشرية التي هي مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، التي حرصت كل الحرص على تكريمها، وعدم التهاون والتفريط بها.

فقد قسمت البحث إلى عدة مباحث بدءاً بالمبحث الأول: الذي بين مفهوم الإهمال الطبي والخطأ الطبي والعلاقة بينهما، والمبحث الثاني: تكلم عن أنواع الأخطاء الطبية، والمبحث الثالث: بيان أسباب الأخطاء الطبية والمبحث الرابع: صور الأخطاء الطبية، والمبحث الخامس يبين العقوبة المترتبة على الأخطاء الطبية من منظور إسلامي وقانوني، وفي نهاية البحث بينت خلاصة البحث والنتائج والتوصيات المتوصل إليها.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

1- تكمن أهمية البحث في الوقت الذي كثر فيه الإهمال الطبي والأخطاء المتكررة التي تحصد أرواح بريئة، والذي يدفع المريض ثمنها، سواء بفقدان حياته أو إصابته بعاهة مستديمة دون معرفة الأسباب التي أدت إلى ذلك.

2- تحمل الطبيب كافة المسؤولية، واتخاذ الأحكام الصارمة بحقه وما يستحقه المريض مقابل الضرر الواقع عليه.

3 - رفض الأطباء اعتبار إهمالهم الطبي وأخطائهم جرائم يحاسب عليها القانون، وإصاق أخطائهم الطبية بالقضاء والقدر.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في تفاقم حالات الإهمال الطبي وجرائم الاعتداء على النفس البشرية وعدم حمايتها من الاعتداءات الناجمة عن الإساءة في استخدام الطرق الحديثة في العلاج، فكون مهنة الطب

مهنة إنسانية أخلاقية وترتبط ارتباطاً وثيقاً بالنفس وسلامتها والمحافظة على كرامتها وعدم التهاون في علاجها.

ومن هنا نشأت مشكلة البحث، فجاءت الدراسة للإجابة على الأسئلة الآتية؟

- 1- كيف نحافظ على النفس البشرية في ضوء الكتاب والسنة.
- 2- ما مفهوم الإهمال الطبي والخطأ الطبي والعلاقة بينهما.
- 3- ما أنواع الأخطاء الطبية وصورها.
- 4 - ما العقوبة المترتبة على الأخطاء الطبية في نظر الشريعة والقانون.

المبحث الأول: مفهوم الإهمال الطبي

أولاً: مفهوم الإهمال بشكل عام:

يقصد بالإهمال، أن يقف الجاني موقفاً سلبياً فلا يتخذ واجبات الحيطة والحذر التي كان من شأنه اتخاذها دون وقوع النتيجة وهو يتمثل في ترك واجب أو الامتناع عن فعل يجب إن يتم.¹ أو هو إغفال الجاني اتخاذ احتياطات يوجبها الحذر من كان في ظروفها إذا كان من شأنه اتخاذ إجراء بحيث لو اتخذ يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية.² وأن الإهمال أو عدم الانتباه والتوخي يعبر عنه بالتفريط، وهو ما يتمثل في الموقف السلبي الذي يتخذه المتهم إزاء أمر معين يتطلب منه اتخاذ إجراءات احتياطية للحذر من وقوع نتيجة إجرامية³ والخطأ في الإهمال قوامه تصرف إرادي خطأ يؤدي إلى نتيجة ضارة توقعها الفاعل أو كان عليه توقعها لكنه لم يقصد إحداثها ولم يقبل وقوعها " فيقوم الإهمال إذا نكل الجاني عن القيام بواجبه إلى وفاة الإنسان، وأكثر ما يكون ذلك في الأعمال التي يصطحب شيء من الخطر، ويكون من واجب الفاعل تجنب واثقاء هذا الخطر.⁴

يعرف الإهمال بأنه: "التعدي الذي يرتكبه المرء دون قصد الإضرار بالغير، فالشخص مدرك لما قام أنه لم ينو ولم يقصد من خلال هذا الانحراف في السلوك النتيجة التي ترتبت عنه في حق الغير،⁵

ثانياً: مفهوم الإهمال في المجال الطبي

أما في المجال الطبي: فيتحقق الإهمال بعدم اتخاذ الطبيب العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة الغير مشروعة، أو عدم اتخاذ الحيطة الحذر قياساً على ما كان في ظروف العمل، وكان من شأن هذا الإجراء لو اتخذ أن لا يترتب عليه نتيجة ضارة.⁶

ويقصد به جهل الطبيب المعالج وعدم درايته ببعض الأساليب العلاجية المطابقة لحالة المريض، وضعف مستواه العلاجي باعتبار درجة مؤهلاته والتي تقضي بأن تكون عنايته بالمريض عالية، هذا إلى جانب الاعتبارات الأخرى كحسن الخلق، والمعاملة الطبية.⁷ وكقاعدة عامة فإن القضاء يقيم مسؤولية الطبيب إذا تبين له من وقائع القضية أن الطبيب قد باشر العلاج بطريقة تنم عن إهمال ودون إتباع الأصول الطبية والفنية المتعارف عليها.⁸

¹ صفوان، محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، رسالة دكتوراه، دار الثقافة- القاهرة، ط1، 2011م- ص204

² نجم. د. محمد صبحي: الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر- عمان، ط1 2002، ص45

³ فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى، دار النهضة - القاهرة، ط1977م، ص101

⁴ محتسب بالله، بسام، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان- دمشق، ط1، 1994م، ص366

⁵ العوجي، مصطفى، المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ص243

⁶ عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى، مرجع سابق، ص101

⁷ قايد: أسامة عبد الله، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - مصر، ط1994م، ص218.

⁸ شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص205

فالخطأ في الإهمال يحدث بطريق سلبي نتيجة التردد أو الامتناع. فيجب على الجراح قبل إجراء العملية أن يفحص المريض من كافة النواحي دون الاقتصار على فحصة من ناحية المرض الذي يشكو منه.

ثالثاً: مفهوم الخطأ الطبي

الأصل من قدوم المريض إلى الطبيب هو تحقيق المصلحة له ودفع المفسدة عنه، ولا بد للطبيب وهو يداوي

المريض من التدقيق والتأني والاستفسار عن كامل حالة المريض، حتى لا يتسبب له نقيض المصلحة، فالأمر متعلق بنفس وروح، فهذا هو المنهج الدقيق الذي قرره الفقهاء لما يطرأ ويستجد عليهم لتحديد وترجيح مصالح المكلفين وهو علم القواعد الفقهية¹. لبيان معناه سأبين أقوال العلماء القدامى والمحدثين:

1 – عند القدامى: يعتبر مصطلح الخطأ الطبي من المصطلحات الحديثة، إذ لم يتعرض العلماء القدامى على مفهوم الخطأ الطبي كمصطلح مستقل، وإنما ذكروا أمثلة تبين صورة خطأ الطبيب ومن في حكمه، ويرجع السبب في ذلك إلى إسقاطهم الخطأ الصادر من الطبيب على الخطأ بشكل عام، ولذلك لم يحددوا مفهومه².

2 – عند المحدثين: لم يحددوا أيضاً تعريف شرعي خاص به، إما لأن البعض قد سار على نهج القدامى بذكر خطأ الطبيب ضمن مفهوم الخطأ العام، أو لأنه مصطلح حديث فتناوله البعض الآخر ضمن الكتابة عن مهنة الطب في العصر الحاضر، وأذكر بعضاً من التعريفات التي وقفت عليها الخطأ الطبي: أولاً: هو الخروج عن الأصول الطبية المتعارف عليها من قبل الطبيب أو مساعديه أثناء مزاوله الأعمال الطبية، دون قصد الإضرار بالمريض³.

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

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

وخلاصة التعريفات السابقة، بالرغم من اختلاف في كل التعاريف إلا أن جميعها تصب في معنى واحد، وهو أن الخطأ هو الإخلال بالتزامات كان يجب على الفرد مراعاتها واحترامها، وعدم قيام الطبيب بهذه الالتزامات المفروضة عليه، وكل إخلال يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض يعتبر خطأ طبياً.

أما بالنسبة للفروقات بين الإهمال الطبي والخطأ الطبي، فالخطأ الطبي ناتج عن حدوث أمر لا يمكن ضبطه بشكل غير مقصود ولا ممنهج، بينما الإهمال يندرج تحت التقصير وعدم إتباع الإجراءات الطبية بشكل غير مسئول⁶.

أما بالنسبة للطبيب، فهو عدم قيامه بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنة الطب، أو هو كل تقصير في مسلك الطبيب، وحيث أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب من حيث المبدأ هو التزام ببذل عناية، فإن مضمون هذا الالتزام هو بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الأصول وكل بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثي مسؤولية الطبيب، وكذلك يسأل الطبيب الذي يقوم بالمعالجة عن كل تقصير من

¹ باشا، د. حسان شمسي، فنون التعامل مع المريض من منظور إسلامي، ج1، ص50.

² النوري، يحيى بن شرف الدمشقي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية – لبنان، ج5 – ص229

³ سويلم، بحث مقدم بعنوان "الخطأ الطبي حقيقته وإثارة" مقدم لمؤتم قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود، ج5 – 4451

⁴ الحسن: محمد، بحث بعنوان "الخطأ الطبي" مقدم لمؤتم قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود ج5 – 4451

⁵ جعفر: بحث بعنوان: أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية " مقدم لمؤتم قضايا معاصرة – جامعة

محمد ابن سعود " ج5 – 4657

⁶ ريتا، أبو غوش، مقالات صحيفة الحدث، الإهمال الطبي بين صعوبة إثبات الخطأ وظروف المهنة،

جانبه إذا كان لا يقع من طبيب وسط في نفس مستواه المهني، وفي نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسيء¹ ويتوجب لإثبات مسؤولية الطبيب عن هذا الخطأ وانعقادها يشترط لذلك بأن يكون الخطأ الصادر عن الطبيب خطأ جسيماً.²

المبحث الثاني: أنواع الأخطاء من الناحية الطبية.

يمكن القول بأن أغلب الأطباء في العالم يقومون بعملهم بإتقان وإخلاص وروح من المسؤولية، كما أنهم يبذلون قصارى جهدهم في تقديم العلاج الشافي لمرضاهم، لكن هذه العناية لا تمنعهم من وقوع الأخطاء الطبية أحياناً بقصد أو بغير قصد، وقد تكون لطبيعة المريض، والمضاعفات التي تحدثها بعض الأدوية وخاصة الحديثة منها، والتي لا تلاءم بعض الناس.³ النوع الأول: الخطأ الطبي الفني المهني، وهو الخطأ الذي يرتكبه أهل الفن والصناعة في معرض ممارساتهم لصنعتهم وحرقتهم،⁴ أما الخطأ المهني فهو المفروض على الناس كافة، قبل العملية ما يتصل بالأصول كخطأ الطبيب في تشخيص المرض أو اختيار وسيلة العلاج.

النوع الثاني: الخطأ المادي العادي: هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول والقواعد العلمية الثابتة في مهنة الطب، أي أنه يقع بمخالفة الطبيب لقواعد الحيلة والحذر التي يلتزم بها كافة الناس، فالخطأ العادي هو ما يصدر من الطبيب كغيره من الناس أي فعل مادي يكون ارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة، كإجراء العملية الجراحية في حالة سكر، أو الإهمال في تخدير المريض قبل العملية.⁵

المبحث الثالث: أسباب الأخطاء الطبية

1 – الجهل: وهو أمر في غاية الخطورة وقد حذر منه النبي صلى الله عليه وسلم من الطبيب الجاهل، بقوله " من تطيب ولم يعرف منه طب قبل ذلك فهو ضامن"⁶ وصورة جهل الطبيب في عصرنا الحاضر تتمثل في عدم حصول الطبيب على شهادة تثبت دراسته للعلوم الطبية وشهادة ترخيص مزاوله المهنة المعتمدة من وزارة الصحة في الدولة، كذلك عدم إتمامه لدورات علمية عملية تخصصية في مهنة الطب.⁷

¹ المصري، عبد الصبور عبد القوي، جرائم الأطباء، ط1، 2011 م، دار العلوم للنشر والتوزيع – مصر - ص146

² الطباخ، شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – ط1 – 2005 – ص11

³ الشلش: محمد، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ع9، 2007م، ص330-331.

⁴ منصور: محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2013، ص14

⁵ الشنقيطي، محمد بن محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة – جدة مج1، ط2، ص279.

⁶ "أبي داود: سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب ضمن تطيب، رقم 4585، ص643
ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الطب، باب من تطيب، ح 3466، ج5، ص136، حسنه الألباني
وقال: حسن واللفظ لابن ماجه

⁷ ابن أحمد: الأخطاء المدنية والجناحية للأطباء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع52، ص12

2 – الإهمال: وهو ترك الطبيب واجبه في بذل الرعاية والاهتمام تجاه المريض مما يسبب له ضرراً جسدياً أو نفسياً مثل أن يترك الجراح فتاتاً من العظم في لحم المريض أو يترك في جوفه قطعة من القطن بعد العملية¹

3 – الرعونة الطيش: يقصد بها سوء التقدير أو الخفة أو نقص المهارة، وفي هذه الصورة لا يقدر الفاعل ما يفعله، ولا يدري أن عمله أو تركه الإرادي للعمل يمكن أن يترتب عليها النتيجة التي كان السبب في حدوثها، غير أن الفعل الإيجابي هو الغالب لصورة الرعونة والمتمثلة في عدم الالتزام بالقواعد العلمية والأساسية للطب²

حيث الإقدام على الفعل دون التفكير بالعواقب وهي سوء التقدير أو الجهل الفاضح بما يجب معرفته بأصول المهنة ومثاله: مثل أن يقوم الطبيب بإجراء عملية دون الاستعانة بطبيب تخدير أو أن يخطأ طبيب عظام في قراءة صور الأشعة فيظن الإصابة كسر الاشتباه تباعد الأجزاء فيقوم بالعلاج على هذا³

4 – عدم الاحترار وأخذ الحيطة والحذر: يقصد به إقدام الشخص على أمر كان يجب عليه الامتناع عنه أو توقعه للأخطار التي قد تترتب على عمله، دون أن يتخذ الوسائل الوقائية بالقدر اللازم لدرء هذه الأخطار، فيكون الجراح مسؤولاً عندما يعالج مريضاً في حلق سيدة بإجراء عملية جراحية خطيرة ترتب عليها قطع الشريان السباتي فأصيب بنزيف انتهى إلى وفاتها وذلك لأنه لجأ إلى عملية خطيرة لا لزوم لها في منطقة تؤدي أقل حركة خاطئة إلى موت المريضة، خصوصاً وأنها كانت مصابة بتهيج عصبي شديد كان يقتضي تأجيل العملية، وقد جازف بإجراء العملية رغم كل ذلك ولغير ضرورة عاجلة في الوقت الذي كان يمكن فيه أن يقتصر على بتر جزء من اللوزة ليس غير.⁴

يكون ذلك بتقصير الطبيب في اتخاذ التدابير والخطوات الوقائية في حق المريض لمنع تدهور حالته الصحية مثل الجراح الذي لا يتحقق من خلو معدة المريض من الطعام قبل إجراء العملية الجراحية أو معالجة الطبيب للمريض بأجهزة يعلم أنها غير صالحة بلا استخدام⁵

5 – عدم مراعاة الطبيب للأصول العلمية: وهي الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً من الأطباء والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي.⁶

6 – مخالفة الطبيب للأنظمة والقواعد التي تقوم عليها مهنة الطب، يعتبر ذلك مسوغاً للإضرار بالمريض وسبباً من أسباب وقوع الخطأ الطبي.⁷

ويتمثل في الامتناع عن أمر يجب القيام به، أو الإقدام على سلوك محظور يجب الامتناع عنه وهو ما يسمى بالخطأ الخاص ولا يغني توافرها عن توافر سائر أركان جريمة القتل غير العمدية وأهمها توافر علاقة السببية بين فعل المتهم ووفاته المجني عليه. وأن اعتبار مخالفة القوانين واللوائح خطأ في جرمي القتل والإصابة الخطأ مشروط: بأن يكون المخالفة هي بذاتها سبب الحادث خرجت من ثوبها الأصلي ولم تحقق الغاية المرجوة منها.⁸

¹ الجبير: هاني بن عبد الله، بحث (الخطأ الطبي) مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة محمد ابن سعود، ص 54 - 4373

² الشوا: محمد سامي (1999). الخطأ الطبي، المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون بجامعة جرش، الأردن، ص 4.

³ شبير، د عبد الكريم، القانون والخطأ الطبي، 10 مايو، 2015، paltoday.ps/ar/post/2374112015.

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

⁴ عبد التواب: معوض، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الخطأ الطبي، عالم الكتب، القاهرة، ط 2، 1984 ص 69

⁵ الزحيلي، د. وهبه، الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر – دمشق، ط 1428هـ - 2007 م، ص 335

⁶ الشنقيطي، محمد بن محمد بن المختار، أحكام الجراحة العامة، مكتبة الصحابة – جدة، ط 1415هـ - 1994م ص 473

⁷ الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، مرجع سابق، ص 327.

⁸ عودة: التشريع الجنائي، ص 111، عبد المحسن: مصطفى، النظام الجنائي ج 1، دار النهضة - مصر، 2007م، ص 36

المبحث الرابع: صور الأخطاء الطبية وأثرها على المريض

المطلب الأول: الخطأ الطبي في التشخيص:

إن التشخيص له أهمية بالغة في علاج المريض إذ يعتبر الخطوة الأولى التي يتخذها الطبيب لمعرفة المرض، فلا بد من الدقة والانتباه، في معرفة حالة المريض ليتسنى للطبيب وصف العلاج المناسب للمريض، والخطأ في التشخيص يكون في أمرين:
أولهما: الإهمال في التشخيص: مثال ذلك:

1- أن يقوم على تشخيص المرض عن طريق التخمين مع عدم استخدام الوسائل التي يمكن بواسطتها معرفة العلة وعلاجها.

2- أن يكون عند الطبيب جهل بالأولويات، أو تم بطريقة سطحية وسريعة غير كاملة.

3- أن يكون خطأ الطبيب في التشخيص راجعاً إلى عدم استشارته لزملائه الذين هم أكثر منه تخصصاً في المسائل الأولى اللازمة حتى يتبين صيغة حاله.

ومن ثم لا يشكل خطأ طبياً في التشخيص، إلا إذا كان منطوياً على إهمال ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يجب على كل طبيب الإلمام بها، وهي الحالة التي يتم فيها عن جهل جسيم بأوليات الطب والمتفق عليها من قبل الجميع والتي تعدّ الحد الأدنى التي يتفق مع أصول المهنة الطبية، كالإهمال بالقيام بالفحص الطبي، أو أن يتم بطريقة سطحية وسريعة وغير متكاملة، أو عدم استعمال الوسائل الطبية المتفق على استخدامها في مثل هذه الأحوال كالسماعة الطبية، والفحص الميكروسكوبي مثلاً إلا إذا كانت حالة المريض ذاتها لا تسمح باستعمال الوسيلة، أو أن الظروف الموجود بها المريض لا تؤهله لذلك.¹

ثانيهما: الخطأ العلمي (الالتباس):

هناك العديد من النظريات العلمية الطبية لا تزال محل خلاف بين العلماء والأطباء، فإذا ما رجح الطبيب رأي على آخر وأخطأ في التشخيص نتيجة لتشابه الأعراض المرضية والتي تستعصي على أكثر الأطباء علماً ودراسة، ففي هذه الحالات يبقى الطبيب في منأى عن المسؤولية حتى كان الخطأ الذي وقع فيه بسبب الخلل العلمي في التشخيص يعترف مهما كان الغلط الصادر من الطبيب.²

ثالثهما: الخطأ في وصف العلاج:

وصف العلاج للمريض يجب أن يأتي بعد التشخيص الدقيق ومعرفة طبيعة المرض لوصف العلاج الملائم لحالة المريض بهدف التوصل إلى شفاؤه ولا يسأل الطبيب عن نتيجة ذلك لأن الأمر مرجعه إلى الله تعالى فهو الشافي، وإلى مدى فعالية للعلاج من جهة، ومدى قابلية جسم المريض وحالته لاستيعاب ذلك من جهة أخرى، ويلزم الطبيب بمراعاة الحيلة بوصف العلاج وعليه أن يأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتماله للمواد الكيماوية التي يحتويها العلاج³

والمبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء والمؤكد في التشريع، هو حرية الطبيب في وصف العلاج للمريض واختيار الطريقة التي يتم بها العلاج متقيداً بمصلحة المريض⁴

ويجب على الطبيب عند كتابته للوصفة الطبية للمريض أن يراعي جانب الحذر والحيلة واليقظة في وصفة للعلاج، حيث يجب أن تصدر الوصفة الطبية عنه مذيلة بتوقيعه وظاهر فيها مقادير الدواء ومقدار جرعه وكيفية استخدامه، فإذا ما أخطأ في تقدير الجرعة أو نسبة تركيب المادة التي تدخل في

¹ الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص48

² عبد الله، أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 119

³ الكايد، أسامة عبد الله، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، القاهرة- مصر، ط2، 2010، ص 253

⁴ الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص487

الدواء ومات المريض نتيجة لذلك فإن الطبيب يعد مسئولاً نتيجة لخطئه في وصف الدواء.¹ والخطأ الذي يعتبر من التعدي ويسأل عنه هو مالا يقع فيه أي طبيب ممارس لمهنته بل ما كان ناتجاً عن استهتار بين أو جهل فاضح.²

المطلب الثاني: الخطأ في العمليات الجراحية:

تعد الجراحة من أهم الطرق العلاجية التي يستخدمها الطبيب في علاج المريض، وهناك عدداً من الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب في العمليات الجراحية، وهي الالتزام بأخذ موافقة المريض، والالتزام بالفحص والتشخيص الصحيح، والالتزام بإجراء العملية الجراحية بأقصى درجات اليقظة، والالتزام بالإشراف والوقاية بعد العملية وبذل العناية اللازمة³

لذا فإن أهمية مسؤولية الطبيب تتبع من أهمية الجراحة بحد ذاتها، لذا فهي على جانب كبير من الدقة والخطورة ينبغي من القائمين عليها بذل فائق العناية والحذر والاهتمام، ولذلك قضت المحاكم بمسؤولية الجراح الذي لم يتأكد من استقرار المريضة على منضدة الجراحة وسلامة المنضدة وآلات تثبيت المريض وكذلك يسأل الجراح عن ترك أجسام غريبة في بطن المريض مثل القطن أو الشاش أو عدم تطهير الجرح حتى لا يكون بؤرة للعدوى ولا يقف التزام الطبيب الجراح عند حد العملية الجراحية بل يمتد للعناية بالمريض إلى ما بعد العملية لتفادي المضاعفات التي قد تترتب عليها. واستعانة الطبيب بالمساعدين وهو الفريق الطبي من مساعدين، من مرضين وأطباء، ويكون الجراح هو المسؤول عن هذا الفريق الذي يعمل تحت إمرته، فإذا كان عقد بين المريض والجراح فإن الطبيب يسأل تعاقدياً عن جميع الأخطاء التي يرتكبها أعضاء الفريق الطبي.⁴

يوجد العديد من صور الأخطاء الطبية، مثل أخطاء التوليد والتخدير وتجبير الكسور وغير ذلك ولكن اكتفت بهذا القدر، لأن جميع هذه الأخطاء تندرج تحت الخطأ في التشخيص أو في العمليات الجراحية.

المبحث الخامس: العقوبة التي تترتب على الخطأ الطبي من منظور إسلامي وقانوني

اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماماً بالغاً بمهنة الطب، ووضعت له من الشروط والأحكام ما يضبط العمل الطبي ويضمن حقوق الطبيب والمريض، فالشريعة ما أباحت للأطباء الجراحة على جسد المريض بالقطع والجرح إلا لتحقيق مصلحة أعظم وهي الحفاظ على النفس البشرية، وإن كان بإفساد جزء من الجسد، فالطب هو الوسيلة التي الاستعانة بها لتحقيق المصلحة للمريض للحفاظ على نفسه، والتي يعد الحفاظ عليها المقصد الأهم في الشريعة الإسلامية.⁵

فقد ظهر ذلك بقول الإمام الشافعي رحمه الله "لا أعلم علماً بعد الحلال والحرام أنبل من الطب"⁶ في حين لو كان الهدف من امتنانها مجرد وظيفة للحصول على الأجر المقابل أو تحقيق منفعة شخصية، خرجت من ثوبها الأصلي ولم تحقق الغاية المرجوة منها.⁷ فالخطأ في الشريعة الإسلامية يقاس بمعياري له قاعدتان:

الأولى: كل ضرر يمكن التحرز منه، وتركه الشخص الذي ضر منه الفعل اعتبر فعله خطأ.⁸

¹ كنعان، أحمد محمد، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط1، 2000م، ص67

² قاي، أسامة عبد الله، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة - مصر، ط. 1487-1987م، ص87

³ الصرايرة، أحمد، مرجع سابق، ص106

⁴ الفطافطة: محمود، الأخطاء الطبية في فلسطين " جرائم وأدله " ط1، فلسطين- مدينة البيرة، ص81، 82

⁵ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة - مصر، ج5، ص22

⁶ البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين، مناقب الشافعي، مكتبة دار التراث - القاهرة، ج2، ص114

⁷ الجبير، هاني بن عبد الله، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، ص473

⁸ عبد المحسن، النظام الجنائي، ج1، 366.

الثانية: كل ضرر تولد عن فعل غير مأذون فيه شرعاً، سواء تحرز منه أم لم يتحرز كان هذا الفعل من الخطأ.¹

وكون الخطأ يرجع مبناه في الأصل إلى الخطأ بشكل عام، فلا يخرج المعيار الذي يقاس به فعل الطبيب حال ترتب الضرر عليه من معيار الخطأ في الشرع، وهذا ما قرره الفقهاء عندما تحدثوا عن ضمان الطبيب ومن في حكمه، إذ علقوا سبب الضمان بترك التحرز والتقصير، وكون الفعل الذي أتى به الطبيب غير مأذون فيه، فكأنما جعلوا ذلك معيار القياس فعل الطبيب حال ترتب الضرر عليه.²

المطلب الأول: العقوبة المترتبة على الخطأ الطبي من منظور إسلامي .

أولاً: الضمان، معنى الضمان في الفقه الإسلامي:

إن الضمان في الفقه الإسلامي عبارة عن إحلال مال محل مال، أي تعويض مال بعوض يساويه لا أكثر ولا أقل، وبذلك فإن عملية الضمان هي عملية مبادلة مال بمال.³ ولم يختلف العلماء في أن الإنسان إذا لم تكن له دراية بالطب، فعالج مريضاً فأصابه من ذلك العلاج عاهة، فإنه يكون مسؤولاً عن جنايته، وضامناً بقدر ما أحدث من ضرر، لأنه يعتبر بعمله هذا متعدياً، ويكون الضمان في ماله، أما إذا أخطأ الطبيب، وهو عالم بالطب، فرأى الفقهاء أنه تلزمه الدية، وتكون على عاقلته عند أكثرهم، وقيل في ماله، وفي تقرير الضمان على الأرواح، وتنبيه الأطباء إلى واجبه، واتخاذ الحيطة اللازمة في أعمالهم المتعلقة بحياة الناس، ويروى عن مالك أنه لا شيء عليه⁴ وقد رتب علماء الشريعة على الطبيب الجاهل دية النفس أو تعويض التلف الذي أصاب المريض، ولا يوجد خلاف في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً.⁵ حيث اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على وجوب تضمين الطبيب الجاهل إذا تولد عن فعله ضرر تلحق بالمريض.⁶ وقد حذر النبي صلى الله عليه وسلم من الطبيب الجاهل بقوله " من تطبب ولم يعرف منه طب قيل ذلك فهو ضامن"⁷

أي من تعاطى الطب ولم يسبق له فيه تجربه وعلم ومعرفة فهو (ضامن) لما اجتنته يده بالدية إن مات بسبب تهوره بالإقدام على ما يقتل بغير معرفة فإن اتلف عضوا كانت عليه دية، فهو اتلف الجسم كله فمن دية النفس.⁸

قال ابن القيم رحمة الله، وقوله صلى الله عليه وسلم (من تطبب) ولم يقل من (طب) لأن لفظ التفعّل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة وأنه ليس من أهله.⁹ فمتى وقع الجهل فعلى الطبيب المسؤول الضمان لما تسبب في وفاة المريض أو تسبب له بعاهة مستديمة. قال الإمام الخطابي " لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً" والمتعاطى علماً أو عملاً لا يعرفه فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط القود"¹⁰

¹ عبد المحسن: النظام الجنائي ج1، ص367

² ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج5، ص398. - الشافعي، محمد بن إدريس، ألام، دار الوفاء - المنصورة، 1422هـ.

200 ج6، ص13

³ الخفيف: الشيخ علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص55

⁴ سابق، سيد، فقه السنة، مج2، المكتبة العصرية - بيروت، ط1420هـ - 1999م - ص388

⁵ التونجي، المسؤولية المدنية مسؤولية الطبيب، مرجع سابق، ص47

⁶ ابن عابدين، حاشية درر المختار، ج6، 147- الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم، معالم السنن، ج4، 34

⁷ أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب ضمن تطبيب، رقم 4585، ص643

ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطب، باب من تطبب، ح 3466، ج5، ص136، حسنه الألباني وقال: حسن واللفظ لابن ماجه

⁸ المناوي: عبد الرؤوف زين الدين، فيض القدير، ج6، ط2، دار المعرفة - بيروت، 1391هـ - 1972 ص 137

⁹ ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر زاد المعاد، كتاب الطب النبوي، ج4، 127ص

¹⁰ الخطابي، عبد السلام عبد الشافعي معالم السنن، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2009م، ص128.

وهو ما حدده الإمام الشافعي رحمه الله بقوله " (وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن، أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل من فعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بالصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن)¹

المطلب الثاني: العقوبة المترتبة على الخطأ الطبي من منظور قانوني:

التعويض ويتمثل في:

أولاً: الضرر المادي

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو شرفه أو عواطفه، ويعتبر هذا التعريف هو المقياس في مسؤولية الطبيب التي تخضع للقواعد العامة التي تحكم الضرر، فالقاعدة في المسؤولية الطبية هي كالقاعدة في المسؤولية المدنية، فحصول الخطأ لوحده دون ضرر لا يرتب مسؤولية الطبيب ما لم ينشأ ضرر حال أو مستقبلي.²

والضرر قد يظهر على المريض في عدم قدرته على مزاولة مهنته، أو بفقده لحريته لفترة من الوقت عندما يقرر الطبيب في شهادة طبية ضرورة حجزه لفترة زمنية محدودة³

والطبيب يعد مسؤولاً جنائياً عن خطئه المهني الطبي، كما يسأل مدنياً بالتعويض إذا قصر أو أهمل على أساس المسؤولية التقصيرية. كما يسأل عن الخطأ العادي أياً كانت درجة جسامته.⁴

ويشترط للحكم بالضرر بالتعويض عن الضرر المادي، وأن يكون الضرر محققاً وليس محتملاً، كما في حالة المريض الذي يسقط من الممرضين أثناء نقله فتكسر رجله فهذا المريض لا يستطيع أن يطلب التعويض على أساس ما عساه أن يصيبه من عاهة، لأن هذا الأمر يحصل وقد لا يحدث، وبالتالي فهو

غير محقق الوقوع.⁵

أما الضرر الذي ألحق بالمريض مستقبلاً، كما في حالة إصابة مريض بضرر ناجم عن خطأ الطبيب، بحيث يصاب بعجز عن العمل في الحال، وإنما أيضاً عن الضرر الذي سيقع حتماً في المستقبل جراء هذا العجز، فإذا كان يمكن تقدير التعويض، فإن المحكمة تقدره فوراً، وإذا لم تتمكن من التقدير لأن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً، كما في حالة المريض الذي تصاب رجله حيث يتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت ساق المريض ستتعطل نهائياً أم لا، ففي هذه الحالة تقدر المحكمة التعويض في كلا الفرضين بحيث يتقاضى المريض التعويض الذي يستحقه وفقاً لتحقيق أي من الفرضين مستقبلاً.⁶

وينبغي القول إذا كانت القاعدة أن التعويض يجب أن يتناسب مع الضرر الحاصل، فإن أمر تقدير التعويض من قبل المحاكم بحق الطبيب المسؤول أمر ليس سهلاً في تقدير التعويض في وفاة امرأة طاعنه مصابة بمرض مزمن توفيت على أثر خطأ في العلاج، وليس من السهل أيضاً تقدير الآلام التي عانى منها المريض أثناء فترة العلاج وبعدها، وهي بطبيعة الحال تخل في عناصر الضرر الواجب التعويض عنها.⁷

ثانياً: الضرر الأدبي (المعنوي):

¹ الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج6، ص 172

² د. عبد السلام التونسي. المسؤولية المدنية مسؤولية الطبيب، مرجع سابق، ص294- 295

³ د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار الكتب العلمية – بيروت، ص184

⁴ شبير، د عبد الكريم، القانون والخطأ الطبي، 10 مايو، 2015/2374112015. ps/ar/post.paltoday.

⁵ التونسي. المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب، مرجع سابق ص14

⁶ عبد الرازق السنهوري، الوسيط، فقرة (859)، ج1، دار أحياء التراث العربي – القاهرة ط1957 ص574

⁷ الإبراشي، د. حسن، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، 1951م، بتصرف⁷

الضرر الأدبي : هو ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيبه في شعوره أو كرامته، ويعتبر من قبيل الضرر الأدبي، كما أن فقد الشخص لعزیز له كالأولدين والأبناء يصيب العاطفة والشعور ويشكل ضرراً معنوياً يتوجب التعويض عنه.¹

كما يظهر هذا النوع من الضرر في حالة الاعتداء على اعتبار المريض، وهذا ما يحصل عندما يقوم الطبيب بإفشاء سر المهنة.²

أما فيما يتعلق بأصحاب الحق بالتعويض، فإنه ينحصر بالأزواج والأقارب من الدرجة الثانية، وهو بذلك يقتصر على الزوج الباقي على قيد الحياة، وأقارب المريض (المتوفى) وهم أبوه وجده لأبيه أو لأمه وأولاده وإخوته، مع ملاحظة أنه لا يحكم بالتعويض للمذكورين إذا وجدوا جميعاً، بل يحكم به لمن أصابه ألم حقيقي بوفاة المريض.³

وينبغي الملاحظة أن الضرر المقصود ليس الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض، فالطبيب في عقد العلاج لا يلتزم بالشفاء، وإنما يبذل قصارى جهده في سبيل الشفاء، وبذلك لا تقوم مسؤوليته إذا بذل عنايته ولم يتحقق الشفاء، ورغم حصول الضرر ألا تتور مسؤولية الطبيب إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانبه أو من جانب المستشفى الذي يعالج فيها.⁴

ولهذا فإن الضرر الذي يتوجب التعويض عنه يجب أن يكون قد حصل مستقلاً عن مسألة عدم تحقق الشفاء

ذلك لأن التزام الطبيب هو بذل عناية وليس بتحقيق نتيجة كما بينا سابقاً.⁵ وقد يعاقب القانون الطبيب المهمل إذا تسبب بإهماله في موت شخص بالحبس إلى جانب التعويض المدني الذي يحصل عليه المضرور من الطبيب الذي ثبت إهماله وعوقب جنائياً على ذلك.⁶

أما الخطأ الفاحش الذي لا يحصل إلا نتيجة الجهل أو الإهمال أو الرعونة، ولا يمكن أن يقع فيه طبيب أو جراح مماثل في نفس الظروف، فهو علق عليه الفقهاء المسؤولية والضمان⁷ أما الطبيب الجاهل إذا باشر العلاج، وكان المريض يعلم أنه جاهل ولا علم له، وأذن له في علاجهم فلا تعويض عليه إذا حصل للمريض أي تلف، ولكن يفهم من الحديث الشريف " من تطب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن "⁸

أنه يشترط لتحقيق الضمان على الطبيب الجاهل إلا يعلم المريض جهل هذا الطبيب، أو أنه أخفى عنه جهله.

الخلاصة:

يستمر الإهمال وتتفاقم الأخطاء الطبية من غير حسيب ولا رقيب، والتستر على مرتكبي هذه الجرائم بحق النفس الإنسانية التي كرمها الله عز وجل، فيتعين على هؤلاء الأطباء والمسؤولين المحافظة على أرواح الناس، خاصة بعد تطور العلوم الطبية، ووضع نصب أعينهم مخافة الله تعالى فالجسد أمانة وملك لله تعالى، لا يحق لأي طبيب أو مسؤولاً لتفريط أو امتحان كرامة جسد المريض، بل عليهم بذل جهود صادقة في علاجهم والحرص على شفائهم، وفي النهاية هي مهنة إنسانية أخلاقية يحكمها الضمير الإنساني

¹ داوود. د. عبد المنعم، المسؤولية القانونية للطبيب، ص30،

² عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص184

³ عبد الرازق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 870

⁴ انظر، منصور: محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية، ص114

⁵ عبد الرازق السنهوري، الوسيط مرجع سابق، ص862

⁶ شبير، المرجع السابق. 10 مايو، paltoday. ps/ar/post/2374112015

⁷ حسني، محمود، نجيب، شرح العقوبات اللبنانية العام، م1، ط

⁸ الغاباتي: لاشين محمد، مدى مسؤولية الطبيب عن أخطائه في الشريعة والقانون، بحث مقدم حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش – الأردن، 1999م.

النتائج:

بعد إتمام هذا البحث بفضل الله عز وجل فقد خلصت إلى بعض النتائج والتوصيات، وكانت على النحو الآتي:

- 1- الخطأ الطبي نوعان، خطأ فني مهني ويتعلق هذا النوع بالفن والصناعة أثناء ممارستهم لصنعتهم وحرفهم، وخطأ مادي عادي، وهو عدم أخذ الحيطة والحذر أثناء ممارسة مهنته.
- 2- أجمع أهل العلم والفقهاء على تضمين الطبيب الجاهل الذي يتسبب في إتلاف عضو من أعضاء المريض.
- 3- عدم جدية وزارة الصحة في متابعة القضايا المتعلقة بالإهمال الطبي، والتفتيش الدوري على المشافي والرقابة عليها، فمن شأنه التقليل من حالات الإهمال الطبي.
- 4- الضمان والتعويض بمعنى واحد ولا فرق بينهما إلا أن فقهاء الشريعة يستعملون مصطلح الضمان وفقهاء القانون المدني يستعملون مصطلح التعويض وكلاهما تعويض الضرر الذي أصاب الغير.
- 5- الضرر المعنوي لا يمكن إهماله أو التغافل عنه، فإذا وقع لابد من رفعه، لأنه ظلم يقع على النفس الإنسانية.

التوصيات:

- 1- أوصي الأطباء والمسؤولين بتقوى الله وان يضعوا صفة الله " الرقيب " نصب أعينهم، لأن جسد الإنسان ليست لعبة بأيديهم وإنما أمانة وسيحاسبون عليها يوم القيامة.
- 2- اهتمام وزارة الصحة بتزويد المستشفيات الحكومية بكافة المستلزمات مما يقلل من حالات الإهمال الطبي. وإنشاء هيئات رقابية على المستشفيات والعيادات الخاصة للحد من الوقوع في الأخطاء الطبية والتعامل معها بكل دقة وعدم التنازل عن حقوق المريض.
- 3- ضرورة أخذ عقوبات صارمة بحق المسؤولين عن وقوع الإهمال الطبي لمن تثبت مسؤوليته عن أي خطأ طبي تعرض له المريض وبشكل يتناسب مع حجم الإهمال ونتائجه على المريض وذويه.

المراجع:

- 1- أبو داوود: سليمان، سنن أبي داوود.
- 2- الإبراشي، د. حسن، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، 1951م.
- 3- ابن أحمد: الأخطاء المدنية والجناحية للأطباء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع52.
- 4- ابن عابدين، حاشية درر المختار
- 5- ابن قدامة، المغني، دار الكتب المصرية- القاهرة، 2010م
- 6- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد، المغني، مكتبة القاهرة - مصر.
- 7- ابن قيم الجوزية، شمس الدين، زاد المعاد
- 8- ابن ماجه، محمد، سنن ابن ماجه.
- 9- باشا، حسان شمسي، فنون التعامل مع المريض من منظور إسلامي، مستشفى الملك فهد، جدة
- 10- البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري
- 11- بكر: عبد المهيم، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط 1970
- 12- البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين، مناقب الشافعي، مكتبة دار التراث - القاهرة .

- 13- الجبير: هاني بن عبد الله، بحث بعنوان (الخطأ الطبي) مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة محمد ابن سعود،
- 14- جعفر: بحث بعنوان: أهلية الطبيب وأهميتها في السلامة من الأخطاء الطبية " مقدم لمؤتمر قضايا معاصرة – جامعة محمد ابن سعود " .
- 15- الحسن: محمد، بحث بعنوان "الخطأ الطبي" مقدم لمؤتمر قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود .
- 16- حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات اللبناني ، ط3، بيروت – 1998م.
- 17- الخفيف: علي، الضمان في الفقه الإسلامي .دار الفكر العربي – بيروت ، 2000م .
- 18- الخطابي، حمد بن محمد ، معالم السنن، دار الكتب العلمية – بيروت ، 2012م
- 19- د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار الكتب العلمية – بيروت.
- 20- ريتا، أبو غوش، صحيفة الحدث، الإهمال الطبي بين صعوبة إثبات الخطأ وظروف المهنة
- 21- الزحيلي، د. وهبه، الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر – دمشق، ط1428هـ-2007م .
- 22- سابق، سيد، فقه السنة، مج2، المكتبة العصرية – بيروت، ط1420هـ – 1999م .
- 23- سويلم، بحث مقدم بعنوان "الخطأ الطبي حقيقته وإثارة" مقدم لمؤتم قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد ابن سعود،-4451
- 24- الشاطبي، ابراهيم بن موسى، الموافقات، دار ابن حزم – بيروت .
- 25- الشافعي:محمد بن إدريس ، الأم، ، دار الوفاء- المنصورة ، ط2 ، 1422هـ -2000م.
- 26- شبير :عبد الكريم، القانون والخطأ الطبي، ، 2015. paltoday.ps/ar/post/237411.
- 27- الشلش: محمد، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ع9، 2007م.
- 28- الشنقيطي، محمد المختار، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة – جدة ، ط2 .
- 29- الشوا: محمد سامي. الخطأ الطبي، المؤتمر العلمي الأول لكلية القانون بجامعة جرش-الأردن، 1999
- 30- الصالح: الخطأ وأثره في المجال الطبي، مجلة أبحاث اليرموك، ع3، م18
- 31- صفوان، محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، رسالة دكتوراه، دار الثقافة- القاهرة، 2011م.
- 32- الطباخ، شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، 2005.
- 33- عبد التواب: معوض، المسؤولية الجنائية عن الخطأ، عالم الكتب، القاهرة، ط2، 1984 .
- 34- عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ، دار أحياء التراث العربي – القاهرة 1957
- 35- عساف، وائل، جرائم الخطأ الطبي والتعويض، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية 2005م.
- 36- العوجي، مصطفى، المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت.
- 37- عودة: عبد القادر ،التشريع الجنائي ، دار الكاتب العربي – بيروت ط 2 .
- 38- عبد المحسن: مصطفى محمد، النظام الجنائي ، دار النهضة العربية- مصر، 2007.
- 39- الغاباتي: لاشين محمد، مدى مسؤولية الطبيب عن أخطائه في الشريعة والقانون، بحث مقدم حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش – الأردن، 1999م .
- 40- الفطافطة: محمود، الأخطاء الطبية في فلسطين " جرائم وأدله " فلسطين.
- 41- عبد الستار: فوزية ، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دار النهضة – القاهرة، 1977م.

- 42- قايد: أسامة عبدالله، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية- مصر، ط 1994
- 43- الكايد، أسامة عبدالله، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، القاهرة- ، ط2، 2010.
- 44- كنعان، أحمد محمد، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط1، 2000م، ص67
- 45- محتسب بالله، بسام، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان- دمشق 1994م.
- 46- المصري، عبد الصبور، جرائم الأطباء، ط1، 2011 م، دار العلوم للنشر - مصر.
- 47- المناوي: عبد الرؤوف، فيض القدير، ج6، ط2، دار المعرفة - بيروت 1972 .
- 48- منصور: محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 49- نجم. محمد صبحي: الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة -عمان، 2002.
- 50- النووي، يحيى، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية - لبنان.

تخريج أحكام الأخطاء الطبية على أصول مقاصد المكلفين في الشريعة الإسلامية

د. محمد مطلق محمد عساف، أستاذ مشارك في الفقه وأصوله

كلية الدعوة وأصول الدين / جامعة القدس

m.assaf@staff.alquds.edu

بحث مقدّم للمؤتمر العلمي الدولي السنوي العاشر لكلية الشريعة

أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي وقانوني

جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2021

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله المرسلين، نبينا محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، وعلى من اختط سبيله وارتضى منهجه إلى يوم يلقاه، أما بعد:

فهذا بحث مقدم إلى مؤتمر "أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي وقانوني" وهو المؤتمر العلمي الدولي العاشر لكلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية، ويندرج البحث ضمن المحور السادس من محاور المؤتمر، وهو محور "الأخطاء الطبية"، حيث وجد الباحث أن الدراسات السابقة عن الأخطاء الطبية كثيرة، ولكنها مبعثرة على شكل أحكام فرعية، غير مخرجة على قواعد أصولية ومقاصدية تجمعها وتضبطها؛ فرأى أن يتم تخريج الفروع على الأصول، وربطها بمقاصد التشريع الإسلامي المتعلقة بقصد المكلف من فعله، أو بخطئه في ذلك الفعل، فجاءت هذه الدراسة بعنوان: "تخريج أحكام الأخطاء الطبية على أصول مقاصد المكلفين في الشريعة الإسلامية".

وتبين الدراسة أن المسؤولية الطبية تتنوع وتتعدد درجاتها في الفقه الإسلامي؛ وذلك تبعاً لتوافر عناصر القصد العام أو بعضها، فتكون المسؤولية مغلفة في حالة توافر جميع عناصر القصد العام، وهي العمد والعلم والعصيان، وتكون مخففة في حالة انتفاء بعض تلك العناصر.

كما أن المسؤولية قد ترتفع كلياً في حالة وجود قصد خاص أباحه الشارع أو أوجبه على الفاعل، فبناء على مقاصد المكلف توجد عوامل تخفف من درجة المسؤولية ولا تسقطها نهائياً، كما توجد أسباب ترفع المسؤولية، وتزيل عن الفعل صفة الإثم، وتجعله مباحاً أو واجباً.

فعوامل التخفيف تكون عند انتفاء عنصر من عناصر القصد العام، وأسباب الرفع تكون عند استعمال حق منحه الشارع للفاعل، أو أداء واجب ألزم الشارع به هذا الفاعل، وبشرط أن يكون القصد الخاص هو تحقيق المصلحة التي أبيع الفعل من أجلها، كما في أعمال الجراحة التي أباحها الشارع للحفاظ على حق الطبيب مراعاة لمقصد حفظ النفس، فترفع المسؤولية عن الطبيب الذي أحدث جروحاً على جسم المريض؛ لأن قصده الخاص هو علاج المريض أو محاولة إنقاذ حياته، أما إذا لم يكن القصد الخاص من إحداث هذه الجروح هو صون هذه المصلحة، بل كان قصداً من المقاصد المحرمة، كإجهاض زانية مثلاً؛ فإن ذلك لا يرفع المسؤولية الجنائية.

وحتى تُرفع المسؤولية عن الطبيب، لا بد من أن يُجري العمل الطبي في نطاق من القواعد والشروط التي تضمن عدم انحراف الطبيب عن القصد الخاص الذي من أجله أبيع عمله، فيُشترط الترخيص بمزاولة المهنة الطبية، وإذن المريض أو وليه، وقصد العلاج وحسن النية، ومراعاة الأصول والقواعد الطبية، وعدم الإخلال بالمبادئ السلوكية والأخلاقية للعلاقة الطبية.

فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن الطبيب لا يُسأل عن أفعاله التي يُمارسها على المريض، ما دام ملتزماً بشروط المشروعية، وقائماً بعمله على الوجه الصحيح، ولكن إذا تخلف شرط منها، فيُسأل الطبيب عن نتيجة أفعاله؛ لأن الفعل حينئذ يصبح محرماً لانتفاء سبب رفع المسؤولية ذاته، فيُسأل الطبيب عن نتيجة فعله إذا كان مقصراً، أو متطبباً جاهلاً، أو واقعاً في خطأ فاحش خارج عن قواعد الطب، أو إذا تخلف القصد الخاص، وهو علاج المريض، وأصبح الطبيب يقصد غرضاً آخر؛ فيُعاقب الطبيب وتترتب عليه المسؤولية الجنائية إذا قام بقتل شخص لتخفيف آلامه، أو إذا بتر عضو شخص لإعفائه من الخدمة في الجيش، أو إذا قام بإجهاض حامل من غير فتوى شرعية، وهكذا تترتب المسؤولية الطبية على كل حالة يقع فيها الضرر بسبب مخالفة شروط المشروعية.

ولتوضيح أحكام المسؤولية الطبية، وتخريجها على أصول مقاصد المكلفين في الشريعة الإسلامية؛ رأى الباحث أن يكتب في هذا الموضوع خدمة للعلمين الشرعي والطبي، مستخدماً المنهج الوصفي، مع الاستعانة بالمنهجين: الاستنباطي والتحليلي.

وقد تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث وذلك على النحو الآتي:

الأول: معنى المقاصد وأقسامها، وموقع العمل الطبي بين نوعي القصد العام والخاص.

الثاني: القصد الخاص كسبب لرفع المسؤولية عن نتائج الأعمال الطبية.

الثالث: المسؤولية المترتبة على الأخطاء الطبية عند انتفاء أحد عناصر القصد العام.

المبحث الأول: معنى المقاصد وأقسامها، وموقع العمل الطبي بين نوعي القصد العام والخاص

المقاصد في اللغة: جمع مقصد، ويأتي لفظ القصد بمعنى: إتيان الشيء على استقامة⁽¹⁾، والقصد في الشيء خلاف الإفراط، وهو على قصد: أي على رشد وعدل وبُعد عن الجور⁽²⁾.

أما المقاصد الشرعية في الاصطلاح، فقد أشار إليها الغزالي في سياق حديثه عن دفع المضار وجلب المنافع، فقال: "نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع في الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم"⁽³⁾.

كما تعرض العز بن عبد السلام إلى بيان معنى المقاصد، فقال: "ومعظم مقاصد القرآن الأمر باكتساب المصالح وأسبابها، والزجر عن اكتساب المفساد وأسبابها"⁽⁴⁾.

وقد أشار الشاطبي إلى معنى مقاصد الشارع بقوله: "إن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، وذلك على وجه لا يختل لها به نظام، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات، أو الحاجيات، أو التحسينات"⁽⁵⁾.

أما ابن عاشور، فقد عرف المقاصد بأنها: "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة"⁽⁶⁾.

كما عرفها علال الفاسي بقوله: "المراد بمقاصد الشريعة: الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"⁽⁷⁾.

وعلى مثل هذا المنهج سار الباحثون المعاصرون، فعرفوا المقاصد بتعريفات متقاربة، يمكن أن يختار الباحث منها تعريف مقاصد الشريعة بأنها: "الغايات التي وُضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"⁽⁸⁾.

والمقاصد التي يُنظر فيها قسمان: "أحدهما: يرجع إلى قصد الشارع، والآخر: يرجع إلى قصد المكلف"⁽⁹⁾، والمقاصد الصادرة من المكلفين تهدف دائماً إلى أمرين اثنين⁽¹⁰⁾، هما:

الأول: القصد العام: وهو إرادة جازمة لا بد منها لإيجاد الفعل، فهو صفة للقلب يكتنفها أمران: علم وعمل، العلم يقدمه لأنه أصله، والعمل يتبعه لأنه ثمرته وفعله⁽¹¹⁾.

والثاني: القصد الخاص: وهو القصد الذي يتوجه إلى تحقيق هدف معين من وراء الفعل، حيث يمتد أثر العلم والعمد إلى وقائع ليست في ذاتها من ماديّات الفعل.

وفي مجال الجنايات عبّر الفقهاء عن القصد العام للجاني باصطلاح "قصد العصيان"، وهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بالتحريم، فهو يعتمد إتيان الفعل المحرم أو ترك الواجب، مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه⁽¹²⁾.

فالقصد الذي تترتب عليه المسؤولية الجنائية يتضمن ثلاثة عناصر: هي العمد والعلم والعصيان، وبانتفاء أي عنصر من هذه العناصر تتأثر المسؤولية الجنائية، فمثلاً وجود الخطأ ينفي عنصر العمد، ويؤثر

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة قصد، 3/345. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة قصد، 5/95.

(2) الفيومي، المصباح المنير، مادة قصد، 2/504. الزمخشري، أساس البلاغة، مادة قصد، 2/81.

(3) الغزالي، المستصفى، تحقيق محمد عبد الشافي، ص: 174.

(4) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، 1/8.

(5) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، 2/29.

(6) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الميساوي، ص: 251.

(7) الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص: 3.

(8) الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 7.

(9) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 2/3.

(10) الأشقر، مقاصد المكلفين، ص 109.

(11) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص 10. الغزالي، إحياء علوم الدين، 4/558.

(12) زيدان، المفصل في أحكام المرأة، 5/338.

بالتالي على المسؤولية الجنائية، بحيث يخرج الفعل من دائرة الجرائم المقصودة إلى دائرة الأفعال غير المقصودة، وكذلك وجود الجهل ينفي عنصر العلم، وبالتالي قد يؤثر على المسؤولية الجنائية، وذلك بتخفيف العقاب¹.

أما فكرة القصد الخاص، فقد استعملها الفقهاء لإزالة صفة الجريمة عن الفعل ورفع المسؤولية عن الفاعل، وذلك عندما يقوم الفاعل بأداء واجب ألزمه الشارع به، أو باستعمال حق منحه الشارع له.

ويتضح موقع العمل الطبي بين نوعي القصد العام والخاص من خلال النقاط الآتية:
أولاً: تبيح الشريعة الإسلامية الأعمال الطبية؛ لأن القصد الخاص منها هو صيانة مصلحة الجسم، فلا يعتبر فعل الجرح أو القطع الذي يمارسه الطبيب على جسم المريض محرماً؛ لأن القصد الخاص منه هو شفاء المريض وتخفيف آلامه²، فالأساس الصحيح لرفع المسؤولية عن الطبيب هو القصد الخاص، وهذا ما سيتم بيانه في المطلب الثاني من هذا البحث.

ثانياً: عوامل تخفيف المسؤولية عن الطبيب تكون عند انتفاء عنصر من عناصر القصد العام، مثل حالات الخطأ والجهل والتقصير والإهمال التي سيتم بيانها في المطلب الثالث.

ثالثاً: تترتب المسؤولية الكاملة على الطبيب عند اكتمال عناصر قصد العصيان، ويكون ذلك في حالات الاعتداء قصداً، وهي حالات نادرة، حيث يتصور وقوع الاعتداء العمد في سياق الممارسات الطبية إما بدافع الجناية العمد، وإما بدافع مبررات عقلية منحرفة، كقتل بعض المرضى المصابين بحالات معضلة بدعوى إراحتهم من المرض ونحوه، فهذا يعتبر من القتل العمد العدوان، وعقوبته هي القصاص، فيُعاقب الطبيب بعقوبة الجريمة المقصودة، وتترتب عليه المسؤولية الجنائية الكاملة إذا قام بقتل شخص لتخفيف آلامه، أو إذا بتر عضو شخص لإعفائه من الخدمة في الجيش، أو إذا قام بإجهاض حامل من غير فتوى شرعية، وهكذا في كل حالة يتخلف فيها قصد العلاج، وتكتمل فيها عناصر قصد العصيان، حيث يُسأل الطبيب وفقاً لقصده، ويُعاقب على جريمته العمدية³.

المبحث الثاني: القصد الخاص كسبب لرفع المسؤولية عن نتائج الأعمال الطبية

تستعمل فكرة القصد الخاص لإزالة صفة الجريمة عن الفعل، ورفع المسؤولية عن الفاعل، وذلك عندما تنتفي علة التجريم، حيث يُصبح الفعل مشروعاً بسبب وجود قصد خاص يبيحه الشارع أو يوجبه، بشرط أن لا يُرتكب الفعل إلا في حالة وجود القصد الخاص المحقق للمصلحة التي أبيح من أجلها، أما إن تخلف القصد الخاص، وارتكب الفعل المحرم لغرض آخر فهو جريمة⁴.

وحالات القصد الخاص الذي يجعل الفعل مشروعاً ويرفع المسؤولية عن الفاعل متعددة، وهي إما أن تعود إلى أداء واجب، أو إلى استعمال حق منحه الشارع للفاعل، ومن هذه الحالات حق التطبيب، وهو عمل يتفق مع القواعد المقررة في علم الطب، والقصد الخاص منه شفاء المريض.

وتعلم الطب في المجتمع الإسلامي واجب شرعي وفرض من فروض الكفاية⁵، ويترتب على ذلك إباحة جميع الأفعال الضرورية للقيام بواجب التطبيب، وعدم مسؤولية الطبيب عن نتائج أعماله، لأن "الواجب لا ينقيد بشرط السلامة"⁶، وعمل الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية.

فالشريعة الإسلامية إنما تُبيح الأعمال الطبية؛ لأن القصد الخاص منها هو صيانة مصلحة الجسم، وشفاء المريض وتخفيف آلامه، فالقصد الخاص هو الأساس لرفع المسؤولية عن الطبيب⁷.

¹ الرملي، نهاية المحتاج، 249/7. أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ص 143.

² ابن فرحون، تبصرة الحكام، 335/2. الشريبي، مغني المحتاج، 202/4.

³ الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 29/7. البهوتي، كشاف القناع، 520/5.

⁴ ابن القيم، إعلام الموقعين، 135/3.

⁵ ابن الهمام، فتح القدير، 352/5. الشريبي، مغني المحتاج، 202/4.

⁶ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 289/1.

⁷ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 335/2. الشريبي، مغني المحتاج، 202/4.

وتتعلق مهنة الطب بمقصد ضروري من مقاصد التشريع الإسلامي، وهو مقصد حفظ النفس، حيث إن العمل الطبي يهدف إلى حفظ مصلحة المريض، وإلى تحقيق مقصد حفظ حياة الناس ونفوسهم. ولما كانت وظيفة الطبيب تستلزم في غالب الأحيان حصول أعمال مادية على جسم المريض، فإن للقصد الخاص أهمية بالغة في إضفاء المشروعية على أعمال الجرح أو القطع أو غير ذلك من الأعمال التي يقوم بها الطبيب، حيث يُقدَّر الشارع أن أعمال الطب والجراحة، وإن مسَّت الجسم، فإن القصد الخاص منها هو إنقاذ حياة المريض؛ فهي لا تهدد مصلحته في حفظ نفسه، بل تصون هذه المصلحة¹، ومتى انتفى الاعتداء على الحق تزول علة التجريم، ويصبح الفعل مشروعاً.

وقد تقاربت عبارات الفقهاء في تعليلهم لرفع المسؤولية عن نتائج الأعمال الطبية، فذهب الحنفية إلى أن المسؤولية ترتفع عند اجتماع إذن المريض أو وليه مع الضرورة الاجتماعية؛ فعندئذ تكون نتيجة العمل الطبي قد حصلت بفعل مآذون فيه، وفي نفس الوقت يتعلق بمقصد ضروري يحقق مصلحة المريض ويحفظ حياة الناس ونفوسهم، وهذا يقتضي رفع المسؤولية عن الطبيب؛ حتى لا يحمل الخوف من المسؤولية على عدم مباشرة العمل الطبي، وفي هذا ضرر عظيم بالمجتمع².

ويرى المالكية أن سبب رفع المسؤولية هو إذن الحاكم وإذن المريض؛ فإذا كان يُبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب، وإذن المريض يُبيح للطبيب أن يفعل ما يرى فيه الصلاح والعلاج³.

أما علة رفع المسؤولية عن نتائج الأعمال الطبية عند الشافعية والحنابلة، فهي أن يأتي الطبيب فعله بإذن المريض، وأن يقصد إصلاحه وعدم الإضرار به، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان عمل الطبيب مباحاً، وانتفتت مسؤوليته إذا كان فعله موافقاً لما يقول به أهل الطب⁴.

وقد نص ابن القيم على أن الطبيب الحاذق إذا أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده؛ فإنه لا يضمن تلف ما تولد من فعله المآذون فيه من جهة الشارع ومن جهة المريض⁵.

وهذا يعني أن المسؤولية عن نتائج الأعمال الطبية، لا ترتفع إلا عندما يتم إجراء الأعمال الطبية في نطاق من القواعد والشروط التي تضمن عدم انحراف الطبيب عن القصد الخاص الذي من أجله أبيع عمله⁶، وفيما يأتي بيان لأهم شروط رفع المسؤولية عن نتائج الأعمال الطبية:

أولاً: الإذن العام: ويكون بسماع ولي الأمر للطبيب بمزاولة مهنة الطب، وهو ما يُعرف اليوم بالترخيص وإجازة الطبيب بالعمل، حيث تشترط الشريعة الإسلامية في الذي يزاول مهنة الطب أن يكون من ذوي الحذق والمعرفة والبصيرة في صناعته، وأصل ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من تطبب ولم يُعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن)⁷، فيقرر الحديث مسؤولية المعالج الذي يتصدى لهذه المهنة دون علم ودراسة تؤهله للقيام بهذا العمل الخطير على أكمل وجه.

والطبيب الحاذق هو من أعطى المهنة حقها، وبذل غاية جهده، ولم يحصل منه تقصير أو إهمال أو استهتار، وعكسه الطبيب الجاهل الذي عبَّر عنه الحديث بلفظ (من تطبب)؛ لأن لفظ (تفعل) يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة وأنه ليس من أهله، فالعالم غير المتعالم والطبيب غير المتطبيب، كما يدل الحديث على تحكيم العرف في الحكم على الطبيب بالعلم والمهارة⁸؛ حيث جاء في الحديث (ولم يُعلم منه طب)، وهو ما يُعرف اليوم بالشهادة العلمية والترخيص بالمزاولة.

¹ الشافعي، الأم، 185/6. المرداوي، الإنصاف، 75/6.

² الكاساني، بدائع الصنائع، 39/17.

³ الحطاب، مواهب الجليل، 321/6.

⁴ الرملي، نهاية المحتاج، 35/8. ابن قدامة، المغني، 58/12.

⁵ ابن القيم، زاد المعاد، 124/4.

⁶ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 355/4. ابن رشد، بداية المجتهد، 418/2.

⁷ أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأشربة، باب من تطبب، حديث 3466، وقال الألباني: حديث حسن.

⁸ ابن قدامة، المغني، 117/8. ابن القيم، زاد المعاد، 124/4.

وقد نبه الفقهاء على ضرورة الحجر على الطبيب الجاهل، وأدرجوا هذا الحكم تحت قاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"¹؛ فالضرر الخاص الذي يلحق بالطبيب الجاهل بسبب منعه من مزاوله المهنة، يجب أن يتحملة من أجل منع الضرر العام الذي يؤدي إلى إهلاك كثير من الناس. ثانيًا: الإذن الخاص: وذلك بأن يكون التدخل الطبي بناءً على إذن المريض أو وليه، غير أنه يُستثنى من هذا الشرط حالات الطوارئ التي لا يسمح فيها الوقت بأخذ الإذن، كحالات الحروب والكوارث والحوادث وغيرها من الحالات الخطرة التي تُهدد حياة المريض بالموت أو تلف عضو من أعضائه، وكذلك الأمراض التي تستدعي التدخل الجراحي السريع، مثل التهاب الزائدة الدودية إذا بلغ درجة الخوف من انفجارها، بالإضافة إلى الحالات التي تقتضيها المصلحة العامة، كالأمراض الوبائية التي يخشى انتشارها².

ثالثًا: عدم الإخلال بالمبادئ السلوكية والأخلاقية للعلاقة الطبية: ويتعلق هذا الشرط بالنواحي الأدبية للعلاقة الطبية، فالعلاقة بين الطبيب والمريض يجب أن تقوم على أساس المبادئ الأخلاقية التي تشمل الصدق والوفاء والنصيحة وستر العورة وحفظ الأسرار وغير ذلك من الأحكام الأخلاقية الثابتة بالنصوص والأدلة الشرعية، حيث تترتب المسؤولية عن الضرر الحادث بسبب الإخلال بها. فالهدف الأسمى للمهنة الطبية هو التعاون لمصلحة المريض، وليس المنافسة؛ وإن احتار الطبيب فعليه أن يستشير من هو أعلم أو أمهر منه، أو يحيل المريض إلى طبيب مختص آخر³.

رابعًا: اتباع الأصول العلمية والعملية للمهنة الطبية: وذلك بأن تكون الأعمال الطبية على وفق القواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب، وقد أشار الشافعي إلى ضرورة اتباع أصول مهنة الطب، فبيّن أن المسؤولية تُرفع عن الطبيب الذي فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمريض عند أهل العلم بتلك الصناعة، أما الذي يفعل ما يخالف أصول مهنة الطب؛ فإنه يضمن ولا ترفع عنه المسؤولية⁴، فلا يكفي أن يكون الطبيب عالمًا بأصول مهنته من الجانب العلمي النظري، بل يجب أن يكون ماهرًا بأصل صنعته من الجانب العملي التطبيقي، وأن يبذل كل ما في وسعه من العناية والرعاية، دون أي تقصير أو إهمال أو مخالفة لأي أصل من أصول المهنة العلمية أو العملية⁵.

خامسًا: قصد العلاج: فيجب أن يكون القصد الخاص من العمل الطبي هو علاج المريض ورعاية مصلحته، ولا يجوز أن يقصد الطبيب غرضًا آخر؛ لأنه يُصبح سيء النية وتترتب عليه المسؤولية. فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن الطبيب لا يُسأل عن نتائج أفعاله التي يُمارسها على المريض، ما دام ملتزمًا بشروط المشروعية، وإلا فيُسأل عنها؛ لأن الفعل حينئذ يُصبح محرّمًا لانتفاء سبب رفع المسؤولية ذاته؛ فمباشرة العمل الطبي في الإسلام له غايته التي من أجلها أباحتها الشريعة، ولذلك كان متعينًا أن يستهدف من يأتيه تحقيق هذه الغاية، وهي علاج المريض ورعاية مصلحته. ففكرة القصد الخاص الذي يستهدفه الطبيب أو الجراح من ممارسة وظيفته، ضرورية لتعليل رفع المسؤولية الجنائية عنه⁶، حيث إن صفة العصيان قد رُفعت عن فعله بسبب وجود القصد الخاص؛ وبالتالي لا يُسأل عن النتائج التي لم يقصدها، لأنه لم يتعمد ارتكاب فعل محظور، إذ يُعتبر تصرفه ضمن حالة من حالات الإباحة، ما دام ملتزمًا بشروط المشروعية.

المبحث الثالث: المسؤولية المترتبة على الأخطاء الطبية عند انتفاء أحد عناصر القصد العام

لا يتحقق القصد العام في الجريمة إلا عند استيفاء جميع عناصره، وهي العصيان والعمد والعلم، فالجريمة المقصودة لا بد فيها من قيام الشخص المدرك المختار بتعمد ارتكاب الفعل المحرم وهو يعلم أنه يرتكب

¹ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، 87/1.

² الشلش، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة، العدد التاسع، 2007، ص 340.

³ الكوني، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2009، ص 51.

⁴ الشافعي، الأم، 172/6.

⁵ الحطاب، مواهب الجليل، 539/8. ابن قدامة، المغني، 117/8.

⁶ الخرشي، شرح الخرشي، 29/7. النووي، روضة الطالبين، 146/9.

محظورًا، أما إذا فقدت الجريمة عنصرًا من هذه العناصر فإنها تُصبح من الجرائم غير المقصودة، كما في حالات الخطأ كعيب من عيوب عنصر العمد، أو الجهل كعيب من عيوب عنصر العلم، وحينئذ تخف درجة المسؤولية بحسب تأثير ذلك العيب فيها.

فالخطأ هو "فعل أو قول يصدر عن الإنسان من غير أن يتعمده"¹، وقد جعلت الشريعة الإسلامية مسؤولية المخطئ مخففة؛ لأن العصيان لم يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله، فالخطأ فيه جناية التقصير وعدم التثبت والاحتياط، فتقتصر عقوبته على قدر التقصير وعدم التثبت الذي أدى إلى حصولها.

والقاعدة العامة هي أن الخطأ يصلح عذرًا في سقوط حقوق الله تعالى، بينما لا يُعد عذرًا في سقوط حقوق العباد، فلا يُعد الشخص مرتكبًا جناية فيما بينه وبين الله تعالى ما دام لم يقصد إلحاقها².

أما في حقوق العباد، فإن المتلف المخطئ يضمن قيمة ما أُلِف³، وعليه الدية في القتل الخطأ أو قطع عضو من الجسم بالخطأ؛ لأن الدية تعويض مالي عما أصاب المجني عليه أو ورثته من الضرر، فلم يُعاقب المخطئ بالقصاص؛ لأنه ليس بمجرم من حيث القصد، ولكن أوجب الشارع عليه الدية من أجل حمل الناس على الاحتياط والاحتراز دائمًا، ولتعويض المجني عليه أو ورثته.

فمعيار الخطأ وأساسه في الشريعة الإسلامية هو انتفاء عنصر العمد، وقد يكون ذلك في صورة الإهمال أو الرعونة أو عدم الحيطة أو غير ذلك من صور ترك التثبت والاحتياط.

أما عنصر العلم فينتقي إما بسبب الجهل بأصل الحكم أو المعلومة، وإما بسبب الغلط في تشخيص حقيقة الواقعة التي ينطبق عليها الحكم؛ حيث يكون ذهن الغالط منشغلًا بنوع من التصور لا يُطابق الحقيقة، فهو نوع من الوهم يجعله يتصور الشيء على نحو يخالف حقيقته⁴.

والقاعدة العامة هي عدم جواز الاعتداد بالجهل كلما كان الواجب على الشخص أن يعلم بذلك الحكم أو بتلك المعلومة التي يدعي جهله بها، أما الغلط الذي ينتقي به عنصر العلم، فإنه يدخل في حكم الخطأ؛ فيكون في حقوق الله تعالى موضع عفو، وفي حقوق العباد موضع تعويض.

ولذلك فقد اعتبر الفقهاء الغلط من أنواع الخطأ، وأطلقوا عليه الخطأ في القصد أو في الظن⁵.

وبناء على ذلك يمكن تقسيم خطأ الطبيب إلى خطأ في فعله وخطأ في تقديره، فهو على قسمين: الأول: خطأ في الفعل: كأن تزل يد الطبيب أثناء الفحص أو الجراحة فيضر المريض، أو كأن يجرح أو يقطع للعلاج فيؤدي الجرح أو القطع إلى تلف الجسم كله⁶.

ويلاحظ أن حكم هذا النوع من الأخطاء الطبية يشترك مع حكم أخطاء أصحاب المهن الأخرى، ولا يقتصر على خصوص جنس العمل الطبي، فخطأ الطبيب الذي من هذا النوع يشترك في حكمه مع الخطأ الذي قد يقع من أي صاحب مهنة أخرى، كالحذاد الذي تقع منه قطعة حديد على شخص فتضره، أو السائق الذي يصيب بسيارته شخصًا من غير قصد فيضره، والحكم في هذا النوع هو الحكم في جناية الخطأ من حيث سقوط الإثم ديانة وثبوت الضمان قضاء.

والثاني: خطأ في التقدير: وهذا هو الخطأ الذي يُعد من جنس العمل الطبي، كأن يُقدّر الطبيب أن علاج المرض يقتضي قطع عضو، فيتبين أن المرض كان يمكن علاجه بدواء غير القطع، أو كأن يخطئ في التشخيص ويكتب الدواء وهو يظن فيه الشفاء، فيتبين أن المرض غير ما شخص وأن الدواء غير ما وصف؛ وقد تأخر العلاج بسبب ذلك، فترتب عليه تلف عضو من الأعضاء.

وفي هذا النوع من الأخطاء يجب تحكيم العرف الطبي، لتحديد كون التقدير من الخطأ المقبول الذي لا يُؤخذ عليه الطبيب، أم هو من الخطأ الفاحش الذي يُؤخذ عليه، فإذا تبين أن الخطأ يقع ضمن الحدود المعترية؛ لأن هذا التشخيص أو العلاج ظني في الغالب، فلا يسأل الطبيب عن خطئه في هذا النوع من

¹ البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للبزدوي، 4/1500.

² أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ص 148.

³ الشاطبي، الموافقات، 2/263.

⁴ البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، 4/1450. أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ص 487.

⁵ الزيلعي، تبیین الحقائق، 6/101. النووي، روضة الطالبين، 9/123.

⁶ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، ص 496.

التقدير، أما إذا تبين أن هذا الخطأ غير مقبول في العرف الطبي، كأن يخطئ في التشخيص لأنه لم يستعمل اختباراً مطلوباً في عرف المهنة، فهذا من الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول علم الطب؛ لأنه يقع عن إهمال كان يمكن الاحتياط منه، فإذا لم يبذل الجهد الذي يوجب عليه العلم والدين، فإنه يكون ضامناً مسؤولاً مسؤولية خاصة بالنسبة لهذا المريض، ومسؤولية عامة بالنسبة لعمله كطبيب، ويجب الحجر عليه إذا استمر في الإهمال والوقوع في الأخطاء الفاحشة¹.

فالطبيب في صناعته كالفقيه في اجتهاده، فإذا بذل غاية الجهد فأخطأ في تقديره فلا مسؤولية عليه، وإن أهمل ولم يبذل غاية الجهد فهو مسؤول عن الخطأ الذي أدى إلى هذه النتيجة، وهو الذي يسميه الفقهاء بالخطأ الفاحش الذي يقع عن تقصير كان يمكن الاحتياط منه.

فالخطأ الطبي الذي تترتب عليه المسؤولية هو الذي يقع نتيجة مخالفة الطبيب واجباته، وخروجه على القواعد الفنية المرسومة، وعدم بذل العناية الكافية في معالجة المريض، وهذا الخطأ لا تقره أصول الطب العلمية؛ لأنه انحراف عن السلوك الطبي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر، إلى درجة يهمل معها الطبيب الاهتمام بمريضه، أو يقصر في الواجبات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، ولا يلتزم بمراعاة الحيطة والحذر والحرص على حقوق المريض ومصلحته².

والأثر الذي يترتب على الخطأ الطبي هو الضمان، وهو يرتبط بمخالفة شروط مشروعية العمل الطبي، فإذا ما تجاوز الطبيب شرطاً منها كان ضامناً لما جنته يده من ضرر لحق بالمريض³.

وأما إذا التزم الطبيب بمراعاة تلك الشروط، ثم نتج عن فعله ضرر لحق بالمريض، فلا ضمان عليه؛ لأن الشفاء بيد الله وحده، وعمل الطبيب إنما هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث يمكن تلخيص أهم النتائج والتوصيات، وذلك على النحو الآتي:

- 1- تبيح الشريعة الإسلامية الأعمال الطبية؛ لأن القصد الخاص منها هو صيانة مصلحة الجسم، فلا يعتبر فعل الجرح أو القطع الذي يمارسه الطبيب على جسم المريض محرماً، بل هو مباح أو واجب؛ لأن القصد الخاص منه هو شفاء المريض وتخفيف آلامه.
- 2- تترتب المسؤولية الكاملة على الطبيب عند اكتمال عناصر قصد العصيان، ويكون ذلك في حالات الاعتداء قصداً، وهي حالات نادرة، كما في قيام الطبيب بقتل شخص لتخفيف آلامه، أو بتر عضو شخص لإعفائه من الخدمة في الجيش، أو إجهاض حامل من غير فتوى شرعية، وهكذا في كل حالة يتخلف فيها قصد العلاج، وتكتمل فيها عناصر قصد العصيان.
- 3- الطبيب في صناعته كالفقيه في اجتهاده، فإذا بذل غاية الجهد فأخطأ في تقديره فلا مسؤولية عليه، وإن أهمل ولم يبذل غاية الجهد فهو مسؤول عن الخطأ الذي أدى إلى هذه النتيجة، وهو الذي يسميه الفقهاء بالخطأ الفاحش الذي يقع عن تقصير كان يمكن الاحتياط منه.
- 4- معيار الخطأ وأساسه في الشريعة الإسلامية هو انتفاء عنصر العمد، وقد يكون ذلك في صورة الإهمال أو الرعونة أو عدم الحيطة أو غير ذلك من صور ترك التثبت والاحتياط.
- 5- يوصي الباحث الأطباء والمعالجين بتقوى الله عز وجل في أعمالهم الطبية، ليكون التزامهم بأحكام الشريعة الإسلامية بوازعهم الديني وطاعتهم الاختيارية.

المصادر والمراجع

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 355/4. ابن رشد، بداية المجتهد، 418/2.
² شلش، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة، العدد التاسع، 2007، ص 330.
³ الكاساني، بدائع الصنائع، 448/9. الشافعي، الأم، 172/6.

- 1- الأشقر، عمر سليمان (1990م)، مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين، دار النفائس، عمان – الأردن، ط2.
- 2- البخاري، عبد العزيز (1307هـ)، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، صححه: أحمد رامز الشهري، طبعة حسن الريزوي.
- 3- البهوتي، منصور (1984م)، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، ط1.
- 4- الحطاب، محمد (1992)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط3.
- 5- الخرشي، محمد بن عبد الله (1968م)، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 6- الدسوقي، محمد (1964م)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 7- ابن رشد، الحفيد (1408هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، ط10.
- 8- الرملي، محمد (1414هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1.
- 9- الريسوني، أحمد (1992م)، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العلمية، ط2.
- 10- الزمخشري، أبو القاسم محمود (1998م)، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 11- أبو زهرة، محمد (1984م)، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ط1.
- 12- زيدان، عبد الكريم (1413هـ)، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1.
- 13- الزيلعي، عثمان (1964م)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2.
- 14- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرج أحاديثه: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 15- الشافعي، محمد بن إدريس (1983م)، الأم، دار الفكر، بيروت، ط2.
- 16- الشربيني، الخطيب (1994م)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 17- الشلش، محمد (2007م)، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد التاسع، شباط 2007م.
- 18- ابن عاشور، محمد الطاهر (2001م)، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، عمان – الأردن، ط2.
- 19- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 20- الغزالي، أبو حامد (1413هـ)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، ط1.
- 21- الغزالي، أبو حامد (1413هـ)، المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 22- ابن فارس، أبو الحسين (1979م)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 23- الفاسي، علّال (1993)، مقاصد الشريعة ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5.
- 24- ابن فرحون، إبراهيم (1958م)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مصر.
- 25- الفيومي، أحمد (1403هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية.
- 26- ابن قدامة، المقدسي (1388هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، ط1..
- 27- القرافي، أحمد (1404هـ)، الأمانة في إبراك النية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 28- ابن القيم، محمد (1991م)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 29- ابن القيم، محمد (1415هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، ط27.
- 30- الكاساني، علاء الدين (1986م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2.
- 31- الكوني، مصطفى (2009م)، الخطأ الطبي مفهومه وآثاره في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس – فلسطين، 2009م.

- 32- ابن ماجة، محمد، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربي.
- 33- المرداوي، علاء الدين (1957م)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، تحقيق محمد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1.
- 34- ابن منظور، محمد بن مكرم (1414هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3.
- 35- ابن نجيم، زين الدين (1419هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 36- النووي، محيي الدين (1985م)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتبة الإسلامية، ط2.
- 37- ابن الهمام، كمال الدين (1977م)، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط2.

قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) وتطبيقاتها في المسؤولية الطبية

القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية في فلسطين نموذجا

أ. عمار كمال مناع، طالب دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية

mannaa.ammara@gmail.com

بحث مقدّم للمؤتمر العلمي الدولي السنوي العاشر لكلية الشريعة

أخلاقيات المهن الطبية من منظور إسلامي وقانوني

جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2021

الملخص

هذا البحث الذي يحمل عنوان: قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان وتطبيقاتها في المسؤولية الطبية، مع دراسة القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية في فلسطين كنموذج، جاء في مبحثين ومقدمة وخاتمة تضمنت أهم النتائج، تحدثت في المبحث الأول عن تأصيل القاعدة، والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة، وأن الإنسان لا يؤخذ بفعل ما يملك أن يفعله شرعاً، فتصرفه المباح سواء كان مأذوناً فيه أو مأموراً به من الشارع، أو من المالك، إذا ترتب عليه إتلاف فإن هذا الإتلاف لا يكون مضموناً، وذكرت شرطين رئيسيين لتطبيق القاعدة وإعمالها؛ فيشترط أن لا يكون الجواز الشرعي مقيداً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه، وأن لا يكون إتلاف مال الآخرين لأجل نفسه، ثم أوردت عدة تطبيقات للقاعدة في المجال الطبي.

وفي المبحث الثاني تعرضت لمواد القرار بقانون التي تتعلق بمسؤولية الطبيب، وبينت مدى انسجامها مع قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، مع مراجعة اعتراضات نقابة الأطباء على القرار بقانون في ضوء القاعدة.

وكان من أهم نتائج البحث أن نقابة الأطباء تتفق مع القرار بقانون على إعمال قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، ولا خلاف بينهم حولها من ناحية المبدأ، لذا يحتاج الأمر إلى مزيد من النقاش والحوار بين جهات الاختصاص المختلفة لاعتماد تطبيق القرار بقانون.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

لقد قررت الشريعة أن كل إنسان مسؤول عما يصدر عنه، ولا بد أن يتحمل مسؤولية كل تعدي أو ضرر يتسبب به للآخرين، وتعتبر قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) من أهم القواعد التي تشكل ضابطاً لهذه المسؤولية، وهي قاعدة شرعية قانونية في نفس الوقت، إذ تتعلق فيها الكثير من الأحكام في الفقه الإسلامي، كما يتعلق فيها العديد من القوانين عند القانونيين.

ويعتبر المجال الطبي ومسؤولية الطبيب من أهم تطبيقات هذه القاعدة، فهي من أهم الضوابط في تحديد المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب، ومع صدور القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية في فلسطين، وبعد أن ثار النقاش بين نقابة الأطباء والحكومة حول بعض بنوده، ووضع الأطباء اعتراضهم على بعض جزئياته، كان لا بد من البحث في مدى انسجام هذا القرار بقانون مع قاعدة الجواز ينافي الضمان، ودراسة اعتراضات الأطباء عليه وتقييمها من خلال هذه القاعدة. مشكلة البحث:

تستخدم قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) في العديد من أبواب الفقه، ولها استخدامات عديدة تتعلق

بحياة الناس، ومن أهمها المجال الطبي وتحديد مسؤولية الطبيب.

وسيحاول هذا البحث الإجابة على بعض الأسئلة المتعلقة بهذا الموضوع: ما معنى هذه القاعدة؟ ما هي شروط تطبيقها ومدى ذلك في المجال الطبي؟ هل التزم القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية في فلسطين بهذه القاعدة؟ وهل اعتراضات الأطباء تأخذها بعين الاعتبار؟

الدراسات السابقة:

هناك أبحاث وكتب عديدة ذات صلة ببعض جوانب هذا البحث، تحدثت عن هذه القاعدة ومعانيها وما يتعلق بها من أحكام، ومن أهمها الآتي:

- بحث: قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، محمد طلافحة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية المجلد الثاني، العدد (4)، 1427هـ-2006م.
- التطبيقات الفقهية لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) في العقود والجنايات والحدود، خالد المطيري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431هـ.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي، دار الفكر-دمشق، ط1، 2006م.

منهج البحث وخطته:

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي في تتبع أقوال الفقهاء ونصوصهم حول هذه القاعدة، ثم المنهج التحليلي الموضوعي لفهم مفردات هذه القاعدة ومعناها، وكذلك المنهج المقارن، ومن خلاله يتم عرض رأي الفقهاء والقانونيين، واستعراض القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية في فلسطين، واعتراضات نقابة الأطباء عليه، والمقارنة بين كل ذلك.

هذا وقد انبنى البحث بعد هذه المقدمة على مبحثين وخاتمة. المبحث الأول: القاعدة وتطبيقاتها الطبية، المبحث الثاني: تطبيق القاعدة في القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م، واعتراضات نقابة الأطباء.

المبحث الأول: القاعدة وتطبيقاتها الطبية

تعتبر قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) إحدى قواعد مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، حيث أوردتها في

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة (91)، ص27.

المادة (91)، وإدراجها ضمن قواعد المجلة لهو أكبر دليل على أهميتها، وعظم الحاجة لها في تعاملات الناس وحياتهم اليومية.

المطلب الأول: تأصيل القاعدة

معنى القاعدة: إن هذه القاعدة تتكون من شقين؛ (الجواز الشرعي) و(ينافي الضمان)، ولمعرفة المعنى الإجمالي لا بد من توضيح معنى (الجواز الشرعي) ومعنى (الضمان)، ثم استخلاص المعنى العام للقاعدة.

ومعنى الجواز الشرعي الذي يناسب مفهوم القاعدة هو الإباحة الشرعية، وما لا عقاب على فعله⁽¹⁾، سواء كان تركاً أو فعلاً⁽²⁾، ويشمل ما استوى فيه الفعل والترك وكان مأذوناً فيه، أو مأموراً به.

والضمان: في اللغة هو الكفالة، وضمنته الشيء غرمته، وضمن الشيء الشيء أودعه إياه، وتضمنه اشتمل عليه، ويأتي الضمان بمعنى الحفظ والرعاية⁽³⁾، أما في الاصطلاح؛ فهو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير⁽⁴⁾.

وبهذا يكون المعنى الإجمالي للقاعدة؛ أنه لو فعل شخص ما أجاز له فعله شرعاً، ونشأ عن فعله هذا ضرر ما، فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك⁽⁵⁾.

لفظ (الشرعي) هو وصف اللفظ الذي قبله وهو (الجواز) حيث يترتب عليهما انتفاء الضمان، أو موانع الضمان، فحيث لا اعتداء لا يترتب الضمان، وهذا يعتبر لب القاعدة وروحها وجوهرها، والمنافاة في القاعدة هي إحدى الأحوال الآتية⁽⁶⁾:

- 1- أحوال الدفاع: كدفع صائل يتحقق منه ضرر محقق على النفس أو المال.
- 2- حال الضرورة: كأكل الإنسان المضطر طعام غيره خشية الهلاك.
- 3- حال تنفيذ أمر الرئيس أو ولي الأمر في غير معصية: ويدخل في ذلك القوانين المنظمة

(1) الغزالي، المستصفى، ص59، دار الكتب العلمية.

(2) الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص449. المطيري، التطبيقات الفقهية لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) في العقود والجنايات والحدود.

(3) ابن منظور، لسان العرب، 257/13 ح النون، فصل الضاد. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1212/1، ضمن.

(4) الزرقاء، المدخل الفقهي للزرقاء، 1035/2.

(5) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 92/1.

(6) طلافحة، قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الأردنية في

الدراسات الإسلامية المجلد الثاني، العدد (4)، ص6.

للمهن والأعمال، والضابطة لتصرفات الناس من خلال تحديد الحقوق والواجبات للمواطنين، وكذلك القرارات الصادرة في الوزارات والمؤسسات المختلفة والتي تحدد طبيعة الوظائف وصلاحياتها.

4- حال إذن المالك: حيث له حق التصرف في ملكه، وبالتالي يملك أن يعطي هذا الحق لغيره،

ويعتبر المتصرف مأذونا له في ذلك، فلا يطالب بالضمان إذا لم يكن متعديا. فالتصرف المباح سواء كان مأذونا فيه أو مأمورا به من الشارع، أو من المالك، إذا ترتب عليه إتلاف فإن هذا الإتلاف لا يكون مضمونا، والإنسان لا يؤخذ بفعل ما يملك أن يفعله شرعاً، فإذا الشارع يمنع المؤاخذه ويدفع الضمان إذا وقع بسبب الفعل المأذون فيه ضرر للآخرين⁽¹⁾.

ولقد اتفق الفقهاء⁽²⁾ من حيث الجملة على أن الشخص إذا أذن له فعل شيء أو تركه، ثم ترتب على هذا الفعل أو الترك ضرر أو تلف فإنه لا ضمان عليه، وقد استدلوا بما يأتي:

١- قول الله تعالى: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ)⁽³⁾، فمن فعل شيئاً فيه إحسان فيجب أن لا يغرماً أو يعاقب على فعله.

٢ - وردت آيات عديدة في مشروعية الضمان، منها: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ)⁽⁴⁾، وقوله تعالى: (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ)⁽⁵⁾، وقوله تعالى: (وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا)⁽⁶⁾.

فهذه الآيات الكريمة دالة بمنطوقها على أن الضمان مشروع في الإسلام عن إتلاف الإنسان مال غيره، أو أخذه بدون حق، وهي تدل بمفهوم المخالفة على أنه إذا استعمل حقه وفق الغاية التي يريد بها الشارع

(1) آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص362.

(2) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 305/٧. الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ص503. ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص525. ابن جزي، القوانين الفقهية، ص221. الشافعي، الأم، 186/6. البجيرمي، التجريد لنفع العبيد = حاشية البجيرمي على شرح المنهج، 100/3. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، 541/6. ابن قدامة، المغني، 398/5. ابن مفلح، الفروع. ابن حزم، المحلى بالآثار، 306/7.

(3) سورة التوبة، الآية 91.

(4) سورة البقرة: الآية 194.

(5) سورة النحل: الآية 126.

(6) سورة الشورى: الآية 40.

منه فلا ضمان⁽¹⁾.

3 - إن الله تعالى سوغ ذلك الفعل أو الترك، وهذا يقتضي رفع المسؤولية والضمن عنه، وإلا لم يكن جائزاً⁽²⁾، كما أن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافياً⁽³⁾.

المطلب الثاني: شروط إعمال القاعدة.

شروط الفقهاء: اشترط الفقهاء لتطبيق القاعدة وإعمالها شرطين رئيسين، هما:

الشرط الأول: أن لا يكون الجواز الشرعي مقيدا بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه، فإن كان مقيدا بشرط السلامة كحق المرور في الطريق، فإنه لا ينافي الضمان⁽⁴⁾.

ولكن يجب التنبيه إلى أن اشتراط فقهاء الحنفية شرط السلامة إنما هو في الأمر الجائز شرعا، لا الواجب شرعا، وذلك فيما يمكن الاحتراز منه، ودون تعد أو تقصير، وهو ما ذكره ابن عابدين في حاشيته⁽⁵⁾: "والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به ومنه (أي: المباح) ضرب الأب ابنه تأديبا أو الأم، أو الوصي، ومن الأول (أي: الواجب) ضرب الأب أو الوصي أو المعلم بإذن الأب تعليما فمات لا ضمان، فضرب التأديب مقيد؛ لأنه مباح وضرب التعليم لا، لأنه واجب ومحله في الضرب المعتاد وأما غيره فموجب للضمن في الكل".

وبناء على هذا الشرط فإن للإنسان أن يفعل في بيته ما يشاء بشرط أن لا يتعدى فعله حدود بيته، لا بالصوت ولا بالرائحة ولا بالأذى، فليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضرّ بجاره⁽⁶⁾، في حين له أن يتصرف في ملكه كيف يشاء؛ لأن معنى (الملك) القدرة على التصرف في المملوك، إلا أن هذا التصرف ليس مطلقاً، بل هو مقيد بشرط سلامة الآخرين وعدم الإضرار بهم، فإذا اتخذ بيته مصبغة أو مستودعاً للكيمياويات، أو ورشة للدق والطرق، فإن اشتكى جيرانه وتضرّروا، فلإمام والمسؤولين منعه من ذلك؛ دفعاً للضرر عن الجيران. وهذا هو المعمول به في تنظيمات المدن الحديثة⁽⁷⁾.

الشرط الثاني: أن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الآخرين لأجل نفسه، فالجواز الشرعي مقيد شرعا بحفظ حقوق الغير⁽⁸⁾.

(1) طلافحة، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، ص7.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي، ١٠٣٥/٢.

(3) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 539/1.

(4) السرخسي، المبسوط، 65/9. الزركشي، المنتور في القواعد الفقهية، 163/3. حيدر، درر الحكام، 92/1.

(5) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار والمعروفة "حاشية ابن عابدين"، 565/6.

(6) ابن قدامة، المغني، 388/4.

(7) آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 797/8.

(8) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص449.

لذا فإن المضطر يضمن قيمة طعام الغير، إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه، فالاضطرار لا يبطل حق الغير⁽¹⁾، مع أن أكله جائز، بل واجب، لأنه يشترط ألا يكون الإلتلاف مال الغير لأجل نفسه⁽²⁾.

وتأسيساً على هذين الشرطين المذكورين، فإنهما إذا لم يتوفرا في تصرفات المكلف، فإن عليه الضمان، فلا بد أن يكون الجواز الشرعي جوازا مطلقاً عن أي قيد؛ فإذا كان جوازا مقيداً فإنه لا ينافي الضمان، وعليه كان ينبغي أن يقال في القاعدة: "الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان"⁽³⁾.

شروط أهل القانون: لم تكن شروط أهل القانون بعيدة عما اشترطه الفقهاء، فقد نص القانون المدني الأردني: من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر⁽⁴⁾.

وحدد القانون المدني معايير إساءة استعمال الحق؛ وذلك وفقاً لكون الجواز في استعمال الحق غير مطلق، فإذا تعسف صاحبه، فإنه يسأل عن ضمان الأضرار التي يلحقها بالغير، وهو ما جاء في المادة 66 منه⁽⁵⁾:

1 يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

2 ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ إذا توفر قصد التعدي.

ب إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وبناء على ما سبق: فإن مفهوم القاعدة في القانون المدني الأردني يوازي مفهوم القاعدة في الفقه الإسلامي حيث يرى أن الجواز غير مطلق، بل مقيد بعدم التعسف فيه، وهذا هو الملاحظ على من كتب في هذه القاعدة من أهل القانون، حيث تناولوا بيانها من خلال حديثهم عن التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن معايير التعسف هي ضوابط الجواز، فالحق عندهم غير مطلق⁽⁶⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة 33.

(2) ذهب بعضهم إلى أن هذه المسألة لا تعتبر استثناء، لأن الجواز هنا مقيد بعدم الإضرار بالغير، فالمسائل التي تدخل تحت هذه القاعدة إذا كان الجواز فيها مشروعاً على الإطلاق لا الممنوع المرخص عند الاضطرار. انظر: آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 363.

(3) الزرقاء، المدخل الفقهي، ٢ / ١٠٣٦.

(4) القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976، الفصل الرابع: الحق، الفرع الأول: نطاق استخدام الحق، المادة 61.

(5) القانون المدني الأردني، الفصل الرابع: الحق، الفرع الأول: نطاق استخدام الحق، المادة 66.

(6) طلافحة، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، ص 10.

المطلب الثالث: تطبيقات للقاعدة في المجال الطبي.

لقد ذكر الفقهاء قديماً بعض التطبيقات الطبية التي تدخل تحت هذه القاعدة، ومن ذلك ما ذكره صاحب بدائع الصنائع⁽¹⁾: "ولو قطع الإمام يد سارق فمات لا ضمان على الإمام، ولا على بيت المال، وكذلك الفصاد⁽²⁾ والبزاع⁽³⁾ والحجام إذا سرت جراحتهم لا ضمان عليهم بالإجماع؛ لأن الموت حصل بفعل مأذون فيه، وهو القطع، فلا يكون مضموناً".

وقال ابن قيم الجوزية في ذكر أقسام الأطباء⁽⁴⁾: "أحدهما: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن يطمّنه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، سراية مأذون فيها، وهذا كما إن ختن الصبي في وقت وسنه قابل للختن، وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي لم يضمن، وكذلك إذا بط من عاقل أو غيره ما ينبغي بطنه في وقته على الوجه الذي ينبغي، فتلف به، لم يضمن، وهكذا سراية كل مأذون فيه لم يتعد الفاعل في سببها كسراية الحد_ بالاتفاق".

"وإذا عالج طبيب مختص مريضاً وقام بعمل جراحة له ليزيل ورمّاً أو غيره، ثم مات المريض، فإن الطبيب لا يتحمل الدية ولا كفارة عليه؛ لأنه فعل أمراً مباحاً مأذوناً فيه⁽⁵⁾."

كذلك يضمن الطبيب إذا كان تصرفه الطبي لم يلحظ فيه القيود الشرعية، كحفظ حق الغير بحصول الإذن، أو التحرز من مضاعفات يمكن التوخي منها؛ لأن تجويز الشرع لهذه التصرفات مقيد بشرط السلامة فيما يمكن التحرر منه، فالإجراء الطبي وفق المعتاد إذا أدى لتلف غير مقدور على التحرز منه، فلا يضمن الطبيب؛ لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽⁶⁾.

(1) الكاساني، البدائع، 305/7.

(2) الفصاد: من الفصد، وهو شق الوريد وإخراج شيء من دمه بقصد التداوي، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 306/1، مادة (فصد).

(3) البزاع: من (بزغ البيطار والحجام)، بمعنى شرط وأسال الدم، انظر الحموي، المصباح المنير في غريب الشرع الكبير، 48/1.

(4) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، 128/4.

(5) آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 74/8.

(6) طلافحة، قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان، ص 11.

المبحث الثاني:

تطبيق القاعدة في القرار بقانون رقم (31) لسنة 2018م، واعتراضات نقابة الأطباء

المطلب الأول: تطبيق القاعدة في مواد القرار بقانون.

بناءً على تنسيب مجلس الوزراء، أصدر رئيس دولة فلسطين قراراً بقانون رقم (31) لسنة 2018م بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية، وجاء هذا القرار بقانون في ثلاث وثلاثين مادة، تضمنت القواعد والضوابط لعمل الطبيب ومدى مسؤوليته المدنية والجزائية، ومتى يتحمل مسؤولية تصرفاته الطبية في معالجة المرضى، ويتعرض هذا المطلب لمواد القرار بقانون التي تتعلق بمسؤولية الطبيب، ويبين مدى انسجامها مع قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، وذلك من جانبين:

• الجانب الأول: شروط إعمال القاعدة وتطبيقها.

اشتراط الفقهاء لتطبيق القاعدة وإعمالها شرطين رئيسيين؛ أحدهما أن لا يكون الجواز الشرعي مقيداً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرز منه، وذلك في الأمر الجائز شرعاً دون الواجب، حيث لا يشترط فيه السلامة العامة، أي أن من يقوم بواجبه لا يطالب بالضمان إلا بالتعدي والتقصير، وليس بمجرد الخطأ، وأما الشرط الثاني فهو أن لا يكون إتلاف مال الآخرين لأجل نفسه.

وعند الرجوع إلى مواد القرار بقانون، نرى أنها راعت هذين الشرطين، فلم تلزم الطبيب بضمان أي ضرر ينتج عن تقديمه الخدمة، بل حصرت الخطأ الطبي في حالات الجهل أو التقصير والإهمال وعدم بذل العناية الكافية المطلوبة والمتعارف عليها، وأفرد القرار بقانون المادة التاسعة عشرة لتحديد المقصود بالخطأ الطبي، حيث نصت على: "الخطأ الطبي هو ما يرتكبه مزاوّل المهنة ويسبب ضرراً لمتلقي الخدمة نتيجة أي من الأسباب الآتية:

1. الجهل بالأمر الفني المفترض الإلمام بها من كل من يمارس المهنة من ذات درجته وتخصصه.
2. عدم اتباع الأصول والقواعد المهنية الطبية والصحية المتعارف عليها.
3. عدم بذل العناية اللازمة.
4. الإهمال والتقصير وعدم اتباع الحيلة والحذر".

وكذا الشرط الثاني، فهو لا ينطبق على عمل الطبيب، حيث أنه لا يقصد الضرر ابتداءً، وإذا وقع فلا يكون لمصلحة نفسه، بل على العكس من ذلك فإن أي ضرر يصيب المريض يعود في النهاية بالضرر على الطبيب، من حيث سمعته وسجله العملي.

• الجانب الثاني: وجود الإذن المسبق.

لقد اشترطت القاعدة لانتفاء الضمان الإذن المسبق للعمل، والإذن هنا يشمل أحوال الدفاع، وحال الضرورة، وفي حال تنفيذ أمر الرئيس أو ولي الأمر، كما هو في حال إذن المالك، وهو ما أخذه القرار بقانون بعين الاعتبار، حيث جاءت مواد منسجمة مع هذا الشرط، من خلال طلب الإذن بأي من صورته المختلفة _ قبل أي معالجة يقوم بها الطبيب، وهو ما يظهر فيما يأتي:

- 1- اشترط القرار بقانون على الطبيب قبل المباشرة بعمله الطبي الحصول على شهادة المزاولة الطبية والتراخيص اللازمة من الجهات المختصة، وجاء ذلك في المادة الثالثة منه، ونصها:

"لا يجوز ممارسة أي من المهن الطبية والصحية المساعدة إلا بعد الحصول على إذن المزاولة، والتراخيص اللازمة من الجهات المختصة، وفقاً للتشريعات النافذة".

2- ألزم القرار بقانون الأطباء في غير حالتها الضرورية والاستعجال بأخذ الموافقة الخطية من المريض متلقي الخدمة، أو ممن ينوب عنه، وفي حال عدم التمكن من ذلك اشترط أخذ موافقة طبيبين مختصين على الأقل، وهو ما ذكرته المادة الخامسة والمادة الثامنة في البند الثاني من القرار، ووضحته المادة الحادية عشرة في البند الرابع، حيث نصت على مراعاة "الحصول على موافقة كتابية على إجراء العملية من متلقي الخدمة أو من ينوب عنه قانوناً، إذا كان قاصراً أو كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن إرادته، ما لم يقرر طبيبان مختصان على الأقل أن العملية ضرورية ومستعجلة، وكان الحصول على الموافقة متعذراً".

3- إن حالة الضرورة تعتبر من حالات الجواز الشرعي التي تنافي الضمان، وكذا في الشأن الطبي، فإن حالتها الضرورية والاستعجال تعطي الطبيب الحق في مباشرة العلاج دون أخذ إذن مسبق من متلقي الخدمة الطبية أو من ينوب عنه، فحالة المريض لخطورتها قد لا تعطي مجالا ولا تسمح بأخذ الموافقات الخطية المطلوبة، ويؤدي انتظار الحصول عليها إلى ضرر محقق يلحق بالمريض وقد يهدد حياته، وهنا تعتبر حالتها الضرورية والاستعجال إذنا بحد ذاتها يعفي الطبيب من الضمان، وهو ما أخذ به القرار بقانون في البند الأول من المادة الخامسة والمادة العاشرة في بندها السادس، فاستثنى حالتها الضرورية والاستعجال، ولم يشترط فيهما الحصول على الموافقة الخطية مسبقاً، ونصت المادة الثامنة على ذلك صراحة في بندها الثاني، حيث جاء فيها: "يشترط أن تكون الموافقة كتابية في حالة التدخلات الجراحية، ويستثنى من ذلك الحالات الطارئة والظروف الاستثنائية التي تستلزم التدخل الفوري لإنقاذ حياة متلقي الخدمة".

4- لا بد للطبيب ومقدم الخدمة الطبية من التزام الأصول والمعايير الطبية المعتمدة، والتقيد بالبروتوكولات الضابطة لجميع التخصصات، ويعتبر ذلك إذنا ضمناً للطبيب باستخدامها، وهو من قبيل إذن ولي الأمر، والذي يمثلها هنا الوزارات والمؤسسات المختصة، ووضحت المادة التاسعة من القرار بقانون ذلك بنصها: "على المسؤولين عن مكان تقديم الخدمة الطبية والصحية الالتزام بالتوصيف المعياري (بروتوكولات) لجميع التخصصات التي تحدد فيها كافة الإجراءات الخاصة بالقواعد المهنية والإجراءات الواجب اتباعها في هذه الأماكن، والمعتمدة من الوزارة في هذا الشأن".

5- لا عبء شرعا بطلب المريض التوقف عن تلقي أي خدمة طبية، وعدم إذنه بالعلاج، ورفضه إعطاء الموافقة الخطية، وذلك عندما يشكل تهديداً لحياته ويؤدي إلى إنهاؤها، أو يؤدي إلى الإضرار بالآخرين، كالأضرار المعديّة، فحق الله في حفظ النفس مقدم على حق الشخص، وحق المجتمع العام مقدم على الحق الخاص، فعدم إذن الشارع الحكيم مقدم على إذن المريض صاحب الشأن، وهو ما أخذ به القرار بقانون، حيث أوردت المادة العاشرة ما يحظر على كل من يمارس مهنة طبية أو صحية، وذكرت منها في بندها الأول: "إنهاء حياة متلقي الخدمة لأي سبب من الأسباب، ولو بناءً على طلبه أو طلب ذويّه"، وفي بندها السادس حظرت: "علاج متلقي الخدمة دون رضاه، باستثناء حالات الطوارئ والاستعجال، والحالات التي يتعذر فيها الحصول على الموافقة لأي سبب من الأسباب المشروعة، أو إذا قررت لجنة طبية أن رفضه للعلاج يؤدي إلى مضاعفات تضر بالآخرين أو يصعب معها العلاج مستقبلاً".

6- تعتبر القواعد المهنية السائدة ضابطاً لعمل الطبيب، ويلتزم مقدم الخدمة الطبية والصحية عند أداء عمله بالقواعد والإجراءات الخاصة بممارسة المهنة والقواعد المهنية كما نصت المادة السادسة، وبالرغم من كونها ضابطاً ومقيداً ومحدداً لتصرفات الطبيب، إلا أنها _ومن جهة أخرى_ تعتبر إنذاراً مسبقاً له بالعمل وتقديم الخدمة الطبية وفقها، ويمكن تحديد مسؤوليته الطبية والصحية بناءً على مدى التزامه بها، ومن هنا كان الجهل بالأمر الفني وعدم اتباع الأصول والقواعد المهنية المتعارف عليها من ضمن أسباب الأخطاء الطبية وهو ما نصت عليه المادة التاسعة عشرة، وتولت المادة العشرون في بندها الأول توضيح ذلك، فنصت على: "تحدد المسؤولية الطبية والصحية على مدى الالتزام بالقواعد المهنية السائدة، وتدخل في تحديدها البيئة الطبية، والمعايير الخاصة بها، والعوامل والظروف التي تسبق أو تتزامن أو تتبع عمل مقدم الخدمة الطبية والصحية".

7- للطبيب أن يجتهد في اختيار الأسلوب العلاجي الطبي الذي يراه مناسباً، ما دام ضمن ما تم اعتماده وما هو متعارف عليه طبياً، ولم تعتبر المادة الحادية والعشرون الضرر الناتج عن ذلك خطأ طبياً، حيث أوردت عند تعداد الحالات التي لا تعتبر خطأ طبياً في البند الرابع ما يلي: "إذا اتبع مقدم الخدمة الطبية والصحية أسلوباً طبياً معيناً في العلاج مخالفاً لغيره في ذات الاختصاص، شريطة أن يكون متفقاً مع الأصول والمعايير الطبية المتعارف عليها".

المطلب الثاني: اعتراضات نقابة الأطباء على القرار بقانون في ضوء القاعدة.
لقد ثار الكثير من النقاش حول القرار بقانون (31) لسنة 2018 المذكور، وتم الاعتراض على بعض بنوده من قبل نقابة الأطباء في فلسطين، ولم يكن واضحاً لدى كثير من الناس ماهية هذه الاعتراضات، حتى اتهم البعض الأطباء بأنهم يريدون التهرب من مسؤولياتهم المدنية والجزائية،

وأنتهم يرون أنفسهم فوق القانون لا يجوز محاسبتهم.

ولكن عند الرجوع إلى اعتراضات نقابة الأطباء⁽²⁰¹⁾، والنظر في ملاحظاتها، يتبين أن النقابة لا تعترض على مبدأ المساءلة، ولا تعفي نفسها من المسؤولية المدنية أو الجزائية عند تحقق أسبابها، وإنما يتركز الخلاف حول بعض الصياغات، أو التقييدات الضرورية لمزيد من البيان ونفي أي التباس.

ومن الجدير ذكره أن النقابة قامت باقتراح مادة خاصة تضاف إلى مواد القرار بقانون، تحدد من خلالها الحالات التي تسمح بالمساءلة الجزائية لمقدمي الخدمة الصحية الطبية، وهذا ليس من قبيل الاعتراض على مبدأ المساءلة الجزائية، ولكنها أرادت تقييد ذلك وتوضيحه، وسد أي ثغرة في صياغة القانون، لئلا يفتح المجال أمام استغلال عموميات النصوص لتجريم منتسبيها، وكان نص المادة المقترحة كالآتي⁽²⁰²⁾:

1- "الغرض من المسؤولية الطبية وقانون الحماية، هو جبر وضمان الضرر أمام المحاكم المدنية.

2- مع عدم الإخلال بالقواعد القانونية الخاصة بالتعويض عن الأخطاء الطبية وفق القواعد القانونية النافذة، لا يلاحق مقدم الخدمة الطبية والصحية للمساءلة الجزائية وفق أي قانون ساري إلا في الحالات التالية:

أ- أن يقوم مقدم الخدمة بالعمل تحت تأثير مخدر.

ب- أن يكون لدى مقدم الخدمة النية المسبقة لإيذاء متلقي الخدمة.

ج- إجراء عمليات الاستئساخ البشري.

د- إجراء التقنية المساعدة على الإنجاب للمرأة أو زرع جنين في رحمها من غير الزوج حتى ولو كان ذلك بموافقتها

هـ- إنهاء حياة متلقي الخدمة عمداً، ولو كان ذلك بناء على طلبه أو طلب وليه أو الوصي عليه.

و- إجراء أبحاث أو تجارب طبية على الإنسان دون موافقته الخطية، ودون الحصول على تصريح كتابي من الجهة التي تحددها الجهات المعنية وحسب التشريعات

(201) عبد الخالق، عادل، نقيب الأطباء في محافظة طولكرم، مقابلة بتاريخ 2020/3/1م.

(202) المادة التاسعة عشرة من مسودة الاعتراضات والتعديلات المقترحة على القرار بقانون، والمقدمة من نقابة الأطباء للحكومة.

الناظمة.

ز- اجراء عمليات تغيير الجنس إلا إذا كان هنالك أسباب طبية موثقة

3- على الرغم مما ورد في اي قانون آخر لا يجوز توقيف الطبيب اثناء مرحلتي التحقيق والمحكمة إلا بعد صدور حكم قطعي من المحكمة المختصة، مع مراعاة ما ورد في الفقرة 2".

ويلاحظ من هذه المادة المقترحة أنها لا تسمح للطبيب في العمل في حالات تعتبر جريمة، غير مسموح بها قانوناً، كإجراء عمليات الاستئساخ البشري، وزرع جنين في رحمها من غير الزوج، وإنهاء حياة متلقي الخدمة عمداً، وإجراء عمليات تغيير الجنس، فلا يعتبر الطبيب فيها مأذوناً، ومن ثم فإنه يتحمل المسؤولية المدنية عنها، بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية، كونها جريمة نص القانون على منعها صراحة.

وبهذا يتضح أن نقابة الأطباء تتفق مع القرار بقانون على أعمال قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، ولا خلاف بينهم حولها من ناحية المبدأ.

الخاتمة

يمكن بيان أهم النتائج في هذا البحث من خلال النقاط التالية:

1. إن المعنى الإجمالي لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) أنه لو فعل شخص ما أجاز له فعله شرعاً، ونشأ عن فعله هذا ضرر ما، فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك.
2. يشترط لتطبيق هذه القاعدة أن لا يكون الجواز الشرعي مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون المتلف قد أُلِف مال الآخرين لأجل نفسه، ولقد راعت مواد القرار بقانون هذين الشرطين، فلم تلزم الطبيب بضمان أي ضرر ينتج عن تقديمه الخدمة، بل حصرت الخطأ الطبي في حالات الجهل أو التقصير والإهمال وعدم بذل العناية الكافية المطلوبة والمتعارف عليها.
3. اشترطت القاعدة لانتفاء الضمان الإذن المسبق للعمل، والإذن هنا يشمل أحوال الدفاع، وحال الضرورة، وفي حال تنفيذ أمر الرئيس أو ولي الأمر، كما هو في حال إذن المالك، وهو ما أخذه القرار بقانون بعين الاعتبار، حيث جاءت مواده منسجمة مع هذا الشرط، من خلال طلب الإذن بأي من صوره المختلفة _ قبل أي معالجة يقوم بها الطبيب.
4. ولكن عند الرجوع إلى اعتراضات نقابة الأطباء، والنظر في ملاحظاتها، يتبين أن النقابة لا

تعترض على مبدأ المساءلة، ولا تعفي نفسها من المسؤولية المدنية أو الجزائية عند تحقق أسبابها، وإنما يتركز الخلاف حول بعض الصياغات، أو التقييدات الضرورية لمزيد من البيان ونفي أي التباس.

5. وبهذا يتضح أن نقابة الأطباء تتفق مع القرار بقانون على أعمال قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)، ولا خلاف بينهم حولها من ناحية المبدأ

• التوصيات:

إن اعتراضات نقابة الأطباء على القرار بقانون تتعلق في الغالب بأمور شكلية، وبصياغات تحتاج إلى مزيد بيان وضبط، وسعت إلى حصر الحالات التي يسأل بها الطبيب جزائياً، وهي أمور لا تؤثر على صلب القرار، لذلك يوصي الباحث بإجراء مزيد من النقاشات وجلسات الحوار مع نقابة الأطباء لتذليل العقبات والاتفاق على الصياغات لاعتماد هذا القرار بإجماع الجهات ذات العلاقة.

المصادر والمراجع

1. آل بورنو، محمد أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، - 2003م.
2. آل بورنو، محمد أبو الحارث الغزي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط4، 1416هـ- 1996م.
3. البجيرمي، سليمان، التجريد، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، 1950م.
4. ابن جزي، أبو عبد الله محمد، القوانين الفقهية، دار الكتاب العربي، ط2، 1989م.
5. ابن الحاجب، أبو عمرو عثمان، جامع الأمهات، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخصري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1421هـ- 2000م.
6. ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى بالآثار، دار الفكر-بيروت.
7. الحصكفي، علاء الدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ- 2002م.
8. الحموي، أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية-بيروت.
9. حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، 1991م.

10. الزحيلي، محمد، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر - دمشق 2006م.
11. الزرقا، أحمد، **شرح القواعد الفقهية**، دار القلم-دمشق، ط2، 1989م.
12. الزرقا، مصطفى، **المدخل الفقهي للزرقاء**، دار القلم، دمشق، ط1، 1998-1418هـ.
13. الزركشي، أبو عبد الله محمد، **المنثور في القواعد الفقهية**، الأوقاف الكويتية، ط2، 1985م.
14. السرخسي، محمد، **المبسوط**، دار المعرفة - بيروت، 1414هـ - 1993م.
15. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، **الأم**، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ-1990م.
16. طلافحة، محمد، **قاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون**، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية المجلد الثاني، العدد (4)، 2006م.
17. ابن عابدين، محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار والمعروفة "حاشية ابن عابدين"**، دار الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ-1992م.
18. عبد الخالق، عادل، **نقيب الأطباء في محافظة طولكرم**، مقابلة بتاريخ 2020/3/1م.
19. الغزالي، أبو حامد محمد، **المستصفى**، تحقيق محمد عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1993م.
20. الفيروز آبادي، أبو طاهر محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب التراث بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط8، 2005م.
21. **القانون المدني الأردني**، رقم (43) لسنة 1976، المملكة الأردنية الهاشمية، 2004م.
22. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، **المغني**، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م.
23. ابن القيم، أبو عبد الله محمد، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415هـ-1994م.
24. الكاساني، علاء الدين، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، ط2، 1986م.
25. الماوردي، أبو الحسن علي، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1419هـ-1999م.
26. المطيري، خالد، **التطبيقات الفقهية لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) في العقود والجنايات والحدود**، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431هـ.

27. ابن مفلح، أبو عبد الله محمد الراميني، الفروع، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، 2003م.

28. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ط3، 1414 هـ.