الضمان

د/ خالد بن علي بن محمد المشيقح

جميع الحقوق محفوظة لموقع الشيخ / د . خالد بن علي المشيقح

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، وبعد :

فإن لجسد المسلم وروحه حرمة عظيمة عند اللَّه تبارك وتعالى ، دلت آيات الكتاب العزيز وأحاديث النَّبِيّ الكريم صلى الله عليه وسلم عليها ، فجاءت الأدلة آمرة بحفظ بدن المسلم وروحه ، ومرغبة في ذلك ومحذرة من الاستخفاف بها ، وتوعدت من سعى في هلاك الأرواح الأجساد بغير حق بشديد العذاب وأليمه.

قال تعالى : ((مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً)) (المائدة:٣٢).

وقال تعالى : ((وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ)) (الأنعام:١٥١) .

وروى أبو هريرة رضي اللَّه عنه أن النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم قال : ((لقد رأيت رجلاً يتقلب في الجنة في شجرة قطعها من ظهر الطريق كانت تؤذي المسلمين)) [١] .

وفي حديث ابن مسعود رضي اللَّه عنه أن النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم قال : ((لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا اللَّه وأني رسول اللَّه إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزاني ، والتارك لدينه المفارق للجماعة)) [٢].

ولما كانت الحاجة قائمة إلى التداوي والعلاج بالجراحة وغيرها ، أذنت الشريعة الإسلامية للمريض، وأهل الاختصاص من الأطباء ومساعديهم علاج المريض ، والإقدام على فعل الجراحة الطبية اللازمة، والتي تشتمل في كثير من صورها على تصرفات مختلفة في أعضاء الإنسان ومنافعه ، لكن الشريعة الإسلامية جعلت ذلك مقيداً بقواعد وضوابط على الطبيب أن يلتزم بها، وإلا كان مسؤولاً عما يحدث تحت يده من تلف للنفس، أو العضو، أو المنفعة . ذلك أن الأطباء ومساعديهم بشر يعتريهم ما يعتري النفس البشرية الضعيفة، فقد يخرجون في بعض الأحيان عن القيود الشرعية، بتعد أو تفريط ، ويتجاوزونها معرضين أرواح الناس وأجسادهم للهلاك والتلف .

١- أخرجه مسلم في البر والصلة ، باب فضل إزالة الأذى عن الطريق (ح٢٦١٨) .

٢ - أخرجه البخاري في الديات ، باب قول اللَّه تعالى : ((أن النفس بالنفس)) (٦٨٧٨)، ومسلم في القسامة ، باب ما يباح به دم المسلم (١٦٧٦) .

فاعتنى فقهاء الشريعة ببيان القواعد والأصول العامة التي تتفرع عنها الأحكام المتعلقة بتضمين الطبيب .

وقد اشتمل هذا البحث على أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الطب في اللغة ، والاصطلاح .

المطلب الثاني : حالات تضمين الطبيب .

المطلب الثالث : خاتمة في ضوابط البحث .

وأسأل اللَّه عز وجل التوفيق والسداد ، وأن يجعل عملنا خالصاً صواباً ، إنه ولي ذلك والقـــادر عليه

د/ خالد بن علي بن محمد المشيقح

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة وأصول الدين بالقصيم قسم الفقه

لمطلب الأول

تعريف عنوان البحث لغة واصطلاحاً

وتحته مسائل :

المسألة الأولى : تعريف الضمان في اللغة ، واصطلاح الفقهاء :

قال ابن فارس [٣] : الضاد والميم والنون أصل صحيح ، وهو جعل الشيء في شيء يحويه ، من ذلك قولهم : ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه ، والكفالة تسمى ضماناً من هـذا ؛ لأنـه إذا ضمنه استوعب ذمته [٤] .

فأصل مادة الضمان تعود إلى ما ذكره ابن فارس ، وتتفرع إلى معانٍ منها :

الالتزام ، كما تقول : ضمنت المال إذا التزمته .

ومنها : الكفالة بالشيء ، وعلى الشيء .

ومنها التغريم ، كما تقول : ضمنته الشيء تضميناً إذا غرمته ، فالتزمه[٥].

وفي اصطلاح الفقهاء يطلق الضمان على المعاني التالية :

- كفالة النفس ، عند جمهور الفقهاء ، ولهذا يعنون للكفالة بالضمان .
- ضمان المال والتزامه بعقد ، وبغير عقد [٦] .
- ويطلق أيضاً على وضع اليد على المال بحق أو بغير حق .
- ويطلق على غرامة المتلفات ، والغصوب ، والعيوب .
- وعلى ما أوجبه الشارع بسبب الاعتداءات كالكفارات ونحوها .

والمعنى المتعلق بعنوان البحث من هذه المعاني المعنى الرابع والخامس .

المسألة الثانية : التعريف اللغوي .

الطب بطاء مثلثة ، يطلق في لغة العرب على معان :

منها : علاج الجسم والنفس ، يقال : طبَّه طبّاً ، إذا داواه[٧].

---

٣ ـ أحمد بن فارس بن زكريا ، أبو الحسين الرازي ، من أئمة اللغة ، ولد بقزوين ، وأكثر الإقامة بالري ، من مؤلفاته : " المجمل " ، " مقاييس اللغة " ، و " فقه اللغة " . مات سنة (٣٩٥هـ) . (سير أعلام النبلاء ١٠٣/١٧ ، ووفيات الأعيان ١١٨/١) .

٤ – معجم مقاييس اللغة ٦٠٣/٦ ، مادة (ضمن) .

٥ – لسان العرب ٢٥٧/١٣ ، والقاموس المحيط ٢٤٥/٤ ، مادة (ضمن) .

٦ – ينظر : اللباب شرح الكتاب ١٥٢/٢ ، والاختيار ١٦٦/٢ ، ومواهب الجليل ٩٦/٥ ، وروضة الطالبين ٤٧٣/٣ ، والإنصاف ١٨٩/٥ .

٧ – لسان العرب ٥٥٣/١ ، وتاج العروس ٣٥١/١ ، والمصباح المنير ٣٦٨/٢ ، مادة (طبب).

ومنها : الإصلاح ، يقال : طببته إذا أصلحته .

ومنها : الحذق ، وكل حاذق طبيب عند العرب [٨] .

ومنها : العادة ، يقال : ليس ذاك بطبي أي عادتي .

ومنها : السحر ، يقال : رجل مطبوب ، أي مسحور .

ومنها : الدلالة على نية الإنسان وإرادته[٩].

والمعنى المتعلق من هذه المعاني بعنوان البحث هو المعنى الأول ، وهو علاج الجسم ، والنفس ... واللَّه تعالى أعلم .

المسألة الثالثة : تعريف الطب في الاصطلاح :

اختلف الأطباء في بيان حد الطب الاصطلاحي على ثلاثة أقوال هي :

القول الأول :

هو علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان ، من جهة ما يعرض لها من صحة وفساد .

ونسب هذا القول لقدماء الأطباء [١٠] .

القول الثاني :

هو علم بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة ، ويسترد زائلها"

ونسب هذا القول لجالينوس [١١] [١٢] .

القول الثالث :

هو علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة ، ويستردها زائلة " .

وهذا القول لابن سينا [١٣] [١٤] .

---

٨ – الصحاح ١٧٠/١ ، ولسان العرب ٥٥٤/١ ، مادة (طبب).

٩ – المصادر السابقة .

١٠ – النزهة المبهجة في تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة للأنطاكي ٣٤/١ .

١١ – النزهة المبهجة للأنطاكي ٣٤/١ ، ٣٥ .

١٢ – كلوديوس جالينوس : من قدماء الأطباء المبرزين ، ولد في مدينة (برغمش) من أرض اليونان في خريف عام (١٣٠) بعد الميلاد ، وقيل : عام (٥٩) . له كتب كثيرة في الطب، منها: العلل والأمراض ، ومنها العصب ، مات سنة (٢٠٠) بعد الميلاد . (طبقات الأطباء لابن جلجل ص٤١) .

١٣ – هو الحسين بن عبد اللَّه بن الحسن بن علي بن سينا البلخي ، ثم البخاري ، ولد بخرميش من قرى بخارى في صفر عام ٣٧٠هـ ، كان شاعراً مشاركاً في علوم عديدة ، وبرز في الطب واشتهر به ، ومن

المسألة الرابعة : تعريف الطبيب :

وأمَّا الطبيب فعرف بتعريفات متقاربة المعنى ، منها : أنه الذي يعرف العلة ، ودواءها، وكيفية المداواة [١٥] .

وقيل : هو العالم بالطب[١٦].

وقيل : هو الذي يعالج المرض [١٧] ، وغير ذلك .

وجمع الطبيب : أطباء وأطِبَّة، وجمع الأول جمع كثرة، والثاني : جمع قلة[١٨].

مؤلفاته : القانون في الطب ، والموجز الكبير في المنطق ، لسان العرب في اللغة . (معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة ٢٠/٤) .

١٤ – القانون في الطب لابن سينا ٣/١ .

١٥ – انظر : كلام ابن القيم الآتي ص٧ ، والطب النبوي لابن القيم ص٤٩٥ ، ونيل الأوطار ٢٩٦/٥.

١٦ – الصحاح ١٧٠/١ ، مادة (طيب) .

١٧ – لسان العرب ٥٥٤/١ .

١٨ – الصحاح ١٧٠/١ ، والمطلع ص٢٦٧.

المطلب الثاني

حالات تضمين الطبيب

كلام الفقهاء رحمهم اللّه حول مسؤولية الطبيب وتضمينه ، يمكن حصره في الأحوال الآتية :

الحال الأولى : أن يكون الطبيب حاذقاً [١٩] قد أعطى الصنعة حقها ، وألاّ تجني يده ، فلا يتجاوز ما أذن له فيه .

---

١٩ -[19]١٩ الحذق والحذاقة : المهارة في كل عمل ، قال الأزهري : تقول : حَذَق وحذِق في عمله يَحْذِق ويَحْذَق فهو حاذق ماهر .

(تهذيب اللغة ، مادة " حذق " ٣٥/٤ ، لسان العرب ، مادة " حذق " ٤٠/١٠)

وقد ذكر ابن القيم أن الطبيب الحاذق هو الذي يراعي في علاجه عشرين أمراً، وهي كما يلي :

١ – النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو ؟

٢ – النظر في سببه من أي شيء حدث ، والعلة الفاعلة التي كانت ؟

٣ – سبب حدوثه ما هي ؟

٤ – قوة المريض ، وهل هي مقاومة للمرض ، أو أضعف منه ؟ فإن كانت مقاومة للمرض مستظهرة عليه تركها والمرض، ولم يحرك بالمرض ساكناً .

٥ – مزاج البدن الطبيعي ما هو ؟

٦ – المزاج الحادث على غير المجرى الطبيعي .

٧ – سن المريض .

٨ – عادته .

٩ – الوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به .

١٠ – بلد المريض ، وتربته .

١١ – حال الهواء في وقت المرض .

١٢ – النظر في الدواء المضاد لتلك العلة .

١٣ – النظر في قوة الدواء ودرجته ، والموازنة بينها وبين قوة المريض .

١٤ – ألاّ يكون قصده إزالة تلك العلة فقط، بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها ، فمتى كان إزالتها لا يأمن معها حدوث علة أخرى أصعب منها أبقاها على حالها ، وتلطيفها هو الواجب .

١٥ – أن يعالج بالأسهل فالأسهل ، فلا ينتقل من العلاج بالغذاء إلى الدواء إلا عند تعذره، ولا ينتقل إلى الدواء المركب إلا عند تعذر الدواء البسيط .

١٦ – أن ينظر في العلة ، هل هي مِمَّا يمكن علاجها أو لا ؟ فإن لم يمكن حفظ صناعته وحرمته، ولا يحمله الطمع على علاج لا يفيد شيئاً ، وإن كان أمكن نظر هل يمكن زوالها أولا؟ فإن علم أنه لا يمكن نظر هل يمكن تخفيفها وتقليلها أو لا؟ فإن لم يمكن ورأى أن غاية الإمكان إيقافها وقطع زيادتها قصد بالعلاج ذلك ،

ففي هذه الحال باتفاق الأئمة [٢٠] لا يضمن الطبيب ما ترتب على مداواته من تلف العضو، أو النفس، أو ذهاب صفة .

وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن القيم [٢١]، حيث قال : قلت : الأقسام خمسة :

أحدها : طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده ، فتولَّد من فعله المأذون فيه من جهة الشرع، ومن جهة من يطبّه تلف العضو ، أو النفس ، أو ذهاب صفة ، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً)) [٢٢]

والدليل على ذلك :

* قوله تعالى : ((فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ)) (البقرة:١٩٣) .

وأعان القوة وأضعف المادة .

١٧ – ألاّ يتعرض للخلط قبل نضجه باستفراغ ، بل يقصد إنضاجه ، فإذا تم نضجه بادر إلى استفراغه .

١٨ – أن يكون له خبرة باعتلال القلوب والأرواح وأدويتها ، وكل طبيب لا يداوي العليل بتفقد قلبه ، وصلاحه بالصدقة ، وفعل الخير والإحسان، والإقبال على اللّه والدار الآخرة ، فليس بطبيب . ومن أعظم علاجات المرض فعل الخير والإحسان ، والذكر والدعاء والتضرع والتوبة، ولهذه الأمور تأثير في دفع العلل ، وحصول الشفاء أعظم من الأدوية الطبيعية ، ولكن حسب استعداد النفس وقبولها ، وعقيدتها في ذلك ونفعه.

١٩ – التلطف بالمريض ، والرفق به ، كالتلطف بالصبي .

٢٠ – أن يستعمل أنواع العلاجات الطبيعية والإلهية ، والعلاج بالتخييل ، فإن لحذاق الأطباء في التخييل أموراً عجيبة لا يصل إليها الدواء ، فالطبيب الحاذق يستعين على المرض بكل معين.

٢١ – وهو ملاك أمر الطبيب ، أن يجعل علاجه وتدبيره دائر على ستة أركان: حفظ الصحة الموجودة ، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان، واحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما، وتفويت أدنى المصلحة لتحصيل أعظمهما . (زاد المعاد ١٤٢/٤-١٤٥)

٢٠ – تبيين الحقائق ١٢٧/٥ ، مجمع الضمانات ص٤٧ ، فتاوى قاضيخان ٣٣٧/٢ ، ٤٩٩/٤، حاشية رد المحتار ٦٨/٦-٦٩، وبداية المجتهد ٢٣٣/٢ ، القوانين الفقهية ص٣٤١، حاشية الدسوقي ٢٨/٤ ، والأم ١٦٦/٥ ، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيثمي ٤١٨/٢-٤٢٠ ، وأسنى المطالب ٤٢٧/٢ ، والمغني ١٢٠/٦ ، المحرر ٣٥٨/١ ، الفروع ٤٥١/٤ ، المبدع ١١٠/٥ ، الإقناع ٣١٤/٢.

٢١ – محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي ، الدمشقي ، أبو عبد اللّه ، ولد سنة ٦٩١هـ ، وتفقه على شيخ الإسلام ابن تيمية حتى صار من أبرز تلاميذه، من كتبه : زاد المعاد ، وإعلام الموقعين ، والطرق الحكمية ، وتوفي سنة ٧٥١هـ .

(الذيل على طبقات الحنابلة ٤٤٧/٢-٤٥٢، المقصد الأرشد ٣٨٤/٢-٣٨٥ ، مختصر طبقات الحنابلة ص٦٨-٧٠).

٢٢ – زاد المعاد ١٣٩/٤ .

فدلت الآية الكريمة : أن الأصل في الضمان عدم وجوبه إلا على المعتدي، والطبيب إذا كان حاذقاً، ولم تجن يده ، فليس بمعتدي .

* ما رواه عبد اللَّه بن عمرو بن العاص رضي اللَّه عنهما، أن رسول اللَّه صلى الله عليه وسلم قال : ((من تطبب وهو لا يعلم منه طب ، فهو ضامن)) [٢٣].

وجه الدلالة من الحديث : دل الحديث بمنطوقه على أن الطبيب إذا تطبب وهو غير عالم بالطب فأخطأ يضمن، وبمفهومه على أن الطبيب إذا كان عالماً بالطب ولم يخطىء فإنه لا يضمن، سواء ما كان في النفس أو ما دونها [٢٤].

٣ – ورد عن عمر وعلي – رضي اللَّه عنهما – أن من تطبب على أحد من المسلمين ولم يكن بالطب معروفاً ، فأصاب نفساً فما دونها فعليه دية ما أصاب[٢٥].

٤ – وورد عن الزهري – رحمه اللَّه – أنه قال : إن كان البيطار أو المتطبب أو الختان غر من نفسه ، وهو لا يحسن فهو كمن تعدى يضمن ، وإن كان معورفاً بالعمل بيده ، فلا ضمان عليه إلاَّ أن يتعدى [٢٦].

وهذا يدل على أنه أمر استقر العمل عليه عندهم ، وأنهم أخذوه من الصحابة رضي اللَّه عنهم .

٥ – أن الطبيب ونحوه مأمور بمداواة المرضى ، ومأذون له فيه ، فلم يكن عليه ضمان إذا لم يتعد [٢٧] استناداً إلى القاعدة الشرعية : " الجواز الشرعي أو الإذن الشرعي ينافي الضمان [٢٨].

---

٢٣ – رواه أبو داود في كتاب الديات ، باب فيمن تطبّب بغير علم فأعنت (ح٤٥٨٦) ، بهذا اللفظ ، وقال : هذا لم يروه إلا الوليد (يعني الوليد بن مسلم القرشي الدمشقي)، لا ندري هو صحيح أم لا ؟ " .

والنسائي في كتاب القسامة ، باب صفة شبه العمد وعلى من دية الأجنة وشبه العمد ٨/٥٢-٥٣ ، (ح٤٨٣٠).

وابن ماجه في كتاب الطب، باب من تطبّب ولم يعلم منه الطب ٢/١١٤٨ ،(ح٣٤٦٦).

والحاكم في كتاب الطب ٤/٢١٢ ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي في تلخيصه .

والدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره ٣/١٩٥ ، (ح٣٣٥) ، وفي كتب الأقضية والأحكام ٤/٢١٥-٢١٦ ، (ح٤٢ ، ٤٤) .

وإسناده صحيح .

٢٤ – ينظر : فتاوى إمام المفتين ورسول رب العالمين ﷺ لابن القيم ٢٠٦.

٢٥ – ينظر : الاستذكار لابن عبد البر ٢٥/٥٤ ، ولم أقف عليه مسندا .

٢٦ - رواه عبد الرزاق في مصنفه ١٠/٤٧١ ، وأورده ابن عبد البر في الاستذكار ٢٥/٥٥ ، والزهري هو : محمد بن مسلم بن عبيد اللَّه الزهري ، من أعلام التابعين، أئمة المحدثين والفقهاء ، توفي سنة (١٢٤هـ) . (وفيات الأعيان ٤/١٧٧، وتهذيب التهذيب ٩/٣٩٥) .

فالطبيب في هذه الحال قد فعل فعلاً مأذوناً له فيه ، فلم يضمن سرايته ، قياساً على الحد[٢٩].

والقاعدة الفقهية : أن ما ترتب على المأذون غير مضمون.

٦ – أن المستحق على الطبيب عمل محدود ، لا عمل غير سارٍ ؛ لأن ذلك ليس في مقدور البشر ، وإنَّما الذي في مقدور إقامة العمل على الوصف الذي علمه، فلا يضمن إلاَّ أن يتجاوز الحد [٣٠]

ويأتي في الحالة الخامسة : أن جمهور العلماء اشترطوا لعدم الضمان إذن المريض ، أو وليه .

الحال الثانية :

أن لا يكون الطبيب حاذقاً ، بل يكون متطبّبا جاهلاً .

وفيها أمران :

الأمر الأول : أن لا يعلم المريض بعدم حذقه ، بل ظن حذقه .

ففي هذه المسألة يضمن الطبيب باتفاق الأئمة [٣١] ، قال ابن القيم : وكذلك إن وصف له دواء يستعمله ، والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه ، والحديث ظاهر فيه ، أو صريح" .

وقد نقل الخطابي[٣٢].

الإجماع على ذلك ، حيث قال : لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعد ، فإذا تولّد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود ؛ لأنه لا يستبدّ بذلك دون إذن المريض [٣٣]

---

٢٧ – ينظر : المنتقى للباجي ٧٧/٧ ، والمغني لابن قدامة ٥٣٨/٥ ، والأم للشافعي ١٨٦/٦ .

٢٨ – انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٩ .

٢٩ – المغني ١١٧/٨ ، زاد المعاد ١٣٩/٤ ، المبدع ١١٠/٥ ، العدة ص٢٧٠ ، كشاف القناع ٣٥/٤.

٣٠ – ينظر : المبسوط للسرخسي ١٠/١٦–١١ ، والأم للشافعي ١٨٦/٦

٣١ ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩٠ ، والفتاوى الهندية ٤٩٩/٤ ، وحاشية رد المحتار ٦٨/٦-٦٩، وبداية المجتهد ٢٣٣/٢ ، والقوانين الفقهية ص٣٤١ ، وحاشية الدسوقي ٢٨/٤ ، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيثمي ٤١٨/٢-٤٢٠ ، وحاشية قليوبي وعميرة ٧٨/٣، والمغني ١١٧/٨ ، والعدة ص٢٧٠ ، وزاد المعاد ١٤٠/٤ ، والمبدع ١١٠/٥ ، والإقناع مع شرحه ٣٥/٥ .

٣٢ – هو حمد بن محمد بن إبراهيم المشهور بالخطابي ، يكنى بأبي سليمان، من ولد زيد بن الخطاب، أخي عمر بن الخطاب –رضي اللَّه عنهما– ولد سنة ٣١٩هـ ، جمع بين الفقه والحديث واللغة والأدب، وصنف مصنفات منها : معالم السنن، وغريب الحديث ، وشرح البخاري ، وتوفي سنة ٣٨٨هـ . (طبقات الشافعية للأسنوي ٢٢٣/١–٢٢٤ ، تذكرة الحفاظ ١٠١٨/٣، طبقات الحفاظ ص٤٠٤).

وابن رشد ، حيث قال :... ولا خلاف في أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد[٣٤].

وقال ابن القيم : إذا تعاطى علم الطب وعمله ، ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه ، فيكون قد غرر بالعليل ، فيلزمه الضمان لذلك ، وهذا إجماع من أهل العلم [٣٥]

والحجة في ذلك : الكتاب ، والسنة ، والمعقول :

١ – قوله تعالى : ((فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ)) (البقرة:١٩٣)

فدلت الآية الكريمة : أن الأصل في المعتدي : وجوب الضمان، ويدخل في ذلك الطبيب إذا لم يكن حاذقاً .

٢ – ما رواه عبد اللَّه بن عمرو بن العاص رضي اللَّه عنهما أن رسول اللَّه صلى الله عليه وسلم قال : ((من تطبّب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن)) [٣٦]

وفي لفظ : ((أيما طبيب تطبب على قوم لا يعرف له تطبّب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن)) [٣٧]

وفي لفظ آخر : ((من تطبّب ولم يكن بالطب معروفاً ، فأصاب نفساً فما دونها ، فهو ضامن))[٣٨].

وهذا الحديث واضح الدلالة .

وقال ابن القيم : وقوله صلى الله عليه وسلم : ((من تطبّب)) ولم يقل : من طبّ ؛ لأن لفظ التفعل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفة، وأنه ليس من أهله كتحلّم وتشجع وتصبر ونظائرها [٣٩]

٤ – ما ورد عن عمر وعلي رضي الله عنهما : ((من تطبب على أحد من المسلمين ، ولم يكن بالطب معروفاً ، فأصاب نفساً فما دونها فعليه دية ما أصاب)) [٤٠]

---

٣٣ –[معالم السنن ٣٩/٤ .

٣٤ – بداية المجتهد ٤١٨/٢ .

٣٥ – الطب النبوي ص٤٩٥.

٣٦ – تقدم تخريجه .

٣٧ – رواه أبو داود في الكتاب والباب السابقين ١٩٥/٤ .

٣٨ - رواه الدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره ١٩٦/٣ ، (ح٣٣٦) ، وقال : لم يسنده عن ابن جريج غيره الوليد بن مسلم ، وغيره يرويه عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلا، عن النَّبيّ -صلى اللَّه عليه وسلم- " ، والبيهقي في كتاب القسامة ، باب ما جاء فيمن تطبّب بغير علم فأصاب نفسا فما دونها ١٤١/٨.

٣٩ – زاد المعاد ١٣٨/٤، وانظر أيضاً : فتاوى إمام المتقين، ورسول رب العالمين لابن القيم ص٢٠٦.

٣ – أن الطبيب إذا لم يكن حاذقاً وعارفاً بالطب لم يحل له مباشرة العلاج بالقطع وغيره، وإذا فعل كان فعلا محرما ؛ لعدم الإذن له بالفعل ، فيضمن سرايته [٤١]

وفي قول للشافعية : أن الضمان على العاقلة[٤٢].

الأمر الثاني :

أن يعلم المريض أنه جاهل لا علم له ، وأذن له في طبه ، فظاهر إطلاق الفقهاء: أنه يضمن [٤٣]

وقال ابن القيم: لم يضمن ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غرَّ العليل ، وأوهمه أنه طبيب ، وليس كذلك اهـ .

لكن يظهر لي – واللَّه أعلم – أن الطبيب يضمن ؛ لكونه معتدياً لعدم حذقه، وإذن المريض في مداوته غير معتبرة إذ بدن المريض أمانة عنده، لا يملك التصرف فيه إلا بحسب ما أذن له شرعاً، والشرع لا يأذن له أن يتداوى عند من يعرف عدم حذقه، لكن ما يضمنه الطبيب لا يعطى للمريض، لتفريطه بالإذن، بل يجعل في بيت المال، أو يتصدق به على الفقراء، مع الإثم لكل من الطبيب والمريض.

الحال الثالثة : أن يكون الطبيب حاذقاً، وقد أذن له ، وأعطى الصنعة حقها ، لكنه أخطأ فأتلف نفساً ، أو عضواً ، أو منفعة .

وهذا تحته أمران :

الأمر الأول : أن يتعدى الطبيب ، أو يفرط .

وضابط التعدي : فعل ما لا يجوز .

مثل : أن يزيد في قدر المواد المخدرة ، أو يزيد المصور بالأشعة في قدر الجرعة الإشعاعية ، أو يقطع في غير محل القطع ، أو بآلة غير صالحة، أو وقت غير صالح ، ونحو ذلك .

وضابط التفريط : ترك ما يجب .

مثل : أن يقتصر على بعض النظر في حالة المريض ، أو بعض العلاج ، أو يختار مخدراً ضعيف التأثير ، ونحو ذلك .

وهذا يضمن باتفاق الأئمة [٤٤]

---

٤٠ – أورده ابن عبد البر في الاستذكار ٥٤/٢٥ ، ولم أقف عليه مسنداً .

٤١ ـ المغني ١١٧/٨، كشاف القناع ٣٥/٤.

٤٢ – روضة الطالبين ٣٩١/٧ ، ونهاية المحتاج ٣٥/٨ .

٤٣ – المصادر السابقة ص١٠.

لقوله تعالى : ((فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ)) (البقرة:١٩٣) .

وهذا الطبيب ظالم؛ لتعديه أو تفريطه.

ولحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما السابق .

فإذا ضمن الجاهل فمن باب أولى أن يضمن العالم المتعدي ، أو المفرط.

وكذلك ما تقدم من الآثار السابقة .

الأمر الثاني : أن لا يتعدى أو يفرط ، لكن تخطىء [٤٥] يده أثناء العمل :

مثل : أن تزل يد الخاتن فيتجاوز بالختان موضع القطع، أو تتحرك يد الطبيب فتجرح موضعاً، أو يقطع شرياناً، أو تنحرف يد المصور فتسقط الأشعة على غير الموضع المراد تصويره، ونحو ذلك .

فاختلف العلماء في تضمين الطبيب على قولين :

القول الأول : أنه لا ضمان عليه .

وهو قول للإمام مالك [٤٦].

وقال ابن عقيل : إن كان مشتركاً لم يضمن ، وإن كان خاصاً ضمن [٤٧] .

واختار بعض الحنابلة : إن كان مشتركاً ضمن ، وإن كان خاصاً لم يضمن [٤٨].

وحجة هذا القول :

١ – قوله تعالى : ((فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ)) (البقرة:١٩٣) ، والطبيب إذا كان حاذقاً في صنعته ، فلا ضمان ؛ لعدم تعديه .

٢ – حديث عبد اللَّه بن عمرو رضي اللَّه عنهما المتقدم : " من تطبب وهو لا يعلم منه طب ، فهو ضامن [٤٩].

---

٤٤ – انظر : تكملة البحر الرائق ٣٣/٨ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢٤٣/٢ ، والأم ١٦٦/٥ ، وأسنى المطالب ٤٢٧/٢ ، والفروع ٤٥٢/٤ .

٤٥ – الخطأ : هو ما ليس للإنسان فيه قصد . (التعريفات للجرجاني ص٦٨) .

٤٦ – بداية المجتهد ٤١٨/٢ .

٤٧ – الفروع ٤٥٢/٤.

٤٨ – الفروع ٤٥٢/٤.

٤٩ – تقدم تخريجه ص١٢ .

وجه الدلالة : دل قوله صلى الله عليه وسلم : ((وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن)) أنه إذا علم منه طب فلا ضمان عليه ، وهذا يشمل ما إذا أخطأ ، أو لم يخطىء.

٣ – أنه مؤتمن على بدن المريض ، والأصل : عدم تضمن الأمين إلا بالتعدي أو التفـريط ، دون الخطأ ، كسائر الأمناء .

٤ – أن جناية الطبيب خطأ تابعة للإذن له في المداواة ، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً .

٥ – أنه مأذون له في المداواة ، وما ترتب على المأذون غير مضمون .

القول الثاني : أن الطبيب إذا كان حاذقاً وأخطأت يده فإنه يضمن.

وهذا قول جمهور أهل العلم [٥٠]، وحكاه ابن المنذر [٥١] ، وابن عبد البر [٥٢]، وكذا ابن رشد مـن المالكية إجماعاً[٥٣].

قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن قطع الخاتن إذا أخطأ ، فقطع الذكر والحشفة، أو بعضـها ، فعليه ما أخطأ به يعقله عنه العاقلة " .

لكن عند الحنفية : إن حصل بفعله هلاك ضمن نصف الدية ، وإن لم يحصل بفعله هلاك ضمن جميع الدية .

جاء في المبسوط [٥٤] : " إلا أن يخالف – أي الختّان ونحوه – بمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره ، فيكون ضامناً حينئذٍ " .

وفي حاشية ابن عابدين [٥٥] : " فإن جاوز المعتاد ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك المجني عليـه ، وإن هلك ضمن نصف دية النفس ، لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه " .

وفي بداية المجتهد [٥٦] : " وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك ؛ لأنه في معنى الجاني خطأ " .

---

٥٠ – مجمع الضمانات ص٤٧–٤٨ ، ومعين الحكام ص٢٠٣ ، والفتاوى الهندية ٤٩٩/٤ ، وبداية المجتهد ٢٣٣/٢، ٤١٨ ، والقوانين الفقهية ص٣٤١، وحاشية الدسوقي ٢٨/٤ ، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيثمي ٤١٨/٢–٤٢٠، وأسنى المطالب ، والمغني ١٢٠/٨–١٢١ ، والعدة ص٢٧٠ ، وزاد المعاد ١٤٠/٤ ، والمبدع ١١٠/٥ ، والإقناع ٣١٤/٢–٣١٥.

٥١ – الإجماع ص٧٤.

٥٢ – الاستذكار ٥٥/٢٥ .

٥٣ ـ بداية المجتهد ٤١٨/٢ ، وكذا الكاساني في بدائع الصنائع ٣٠٥/٧ .

٥٤ – للسرخسي ١١/١٦ .

٥٥ –٧٢/٦ .

وفي نهاية المحتاج [٥٧]: ولو أخطأ الطبيب في المعالجة وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته.

وفي المبدع [٥٨] : فلو كان فيهم حذق الصنعة وجنت أيديهم ... وجبت الدية " .

أدلة هذا القول :

١- استدل الحنفية لتتصيف الدية في الهلاك بأن النفس هلكت بفعل مأذون فيه - وهو التطبيب - وفعل غير مأذون فيه وهو الهلاك ، فيضمن ما تجاوز فيه ولم يؤذن له فيه [٥٩]

ونوقش : بأن ما لم يؤذن له فيه تابع لما أذن له فيه ، فلا ضمان .

٢- أنه قتل بغير حق ؛ لأن حقه في قطع السلعة أو الحشفة مثلاً ، وقد سرى إلى القتل فيضمن ، كما لو جنى خطأ[٦٠].

٣ - ولأن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده وأراد غيره وفعل الخاتن والطبيب في هذا المعنى [٦١].

ونوقش هذان الدليلان : بوجود الفرق ؛ إذ الطبيب أمين قد أذن ، بخلاف المخطىء .

٤ - أن جناية يد الطبيب إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، فيضمن ، كإتلاف المال [٦٢]، إذ حق الآدميين مبني على المشاحة .

ويمكن أن يناقش : بوجود الفرق بين الخطأ في إتلاف المال ، وخطأ الطبيب، بأن المتلف للمال لم يؤتمن عليه ، بخلاف خطأ الطبيب فقد ائتمنه المريض على بدنه، والأمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو فرط كالمودع ، والمضارب، ومستأجر العين .

الحالة الثانية : أن جناية يد الطبيب فعل محرم ، فيضمن سرايته ، كالقطع ابتداء [٦٣]

ونوقش من وجهين :

---

٥٦ - لابن رشد ٤١٨/٢ .

٥٧ - للرملي ٣٥/٨ .

٥٨ - لابن مفلح ١١٠/٥ .

٥٩ - حاشية ابن عابدين ٧٢/٦ .

٦٠ - ينظر : الهداية للمرغيناني (مع فتح القدير) ٢٥٩/١٠ ، وبداية المجتهد ٤١٨/٢ .

٦١ - الاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥ .

٦٢ - المغني ١٢٠/٨-١٢١ ، العدة ص٢٧٠ ، المبدع ١١٠/٥.

٦٣ - المغني ١٢١/٨، والعدة ص٢٧٠، والمبدع ١١٠/٥-١١١، وكشاف القناع ٣٥/٤.

الوجه الأول : بأنه لا يسلم بأن خطأ الطبيب محرم ، لعدم تعمده ، فلا إثم عليه .

الوجه الثاني : وجود الفرق بين القطع ابتداء ، وبين خطأ الطبيب ، فمن قطع ابتداء يضمن، لعدم ائتمانه على البدن، وأمَّا خطأ الطبيب فيعفى عنه لإئتمانه على البدن، والإذن له في المداواة ، وما ترتب على المأذو غير مضمون، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً .

الحالة الثالثة : أن الطبيب إذا جنت يده خطأ فهو في معنى الجاني خطأ ، فيضمن [٦٤]

ونوقش هذا التعليل : بما نوقش به التعليل السابق .

الترجيح :

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة – واللَّه أعلم بالصواب – هو القول الأول القائل بأن الطبيب إذا كان حاذقاً وجنت يده خطأ فإنه لا يضمن؛ لقوة ما استدلوا به، والإجابة عن أدلة الموجبين للضمان، لكن يقيد بما إذا ظهرت قرائن الاجتهاد والتحري من الطبيب ، ولم تظهر منه قرائن التساهل والتفريط.

مسألة :

واختلف من قال بضمان الطبيب هل تحملها العاقلة عنه أو تكون في ماله خاصة على قولين :

القول الأول :

أن الطبيب إذا أخطأ فتلف بخطئه نفس فما دونها فعليه دية تحملها العاقلة عنه، وهذا قول جمهور العلماء ، فهو مذهب أبي حنيفة [٦٥]، ومالك [٦٦]، والشافعي [٦٧]،وأحمد بن حنبل [٦٨]– رحمهم الله – ، وبعض السلف [٦٩]–رحمهما الله – .

---

٦٤ – بداية المجتهد ٤١٨/٢ .

٦٥ – ينظر : المبسوط للسرخسي ١١/١٦ ، والهدية للمرغيناني (مع فتح القدير) ٢٥٩/١٠ ولم أد تصريحاً في كونها على العاقلة ، لكن بالنظر إلى أن فعل الطبيب خطأ باعتبار قصده فيكون على العاقلة ، وقد نسب ابن عبد البر إلى الحنفية كونها على العاقلة . ينظر : الاستذكار ٥٣/٢٥

٦٦ – ينظر : بداية المجتهد ٤١٨/٢ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢٣١/٢ ، والكافي لابن عبدالبر ١١٠٦/٢.

٦٧ – روضة الطالبين للنووي ٣٩١/٧ ، وروضة الطالبين ٣٩١/٧ .

٦٨ – الفروع لابن مفلح ٤٥١/٤–٤٥٢ ، وشرح الزركشي ٢٤٩/٤ ، والمبدع ١١٠/٥ ، وكشف ال..... للبعلي ٢٢/٢ .

٦٩ – كالثوري ، والليث . الاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥ .

قال مالك [٧٠]: الأمر المجتمع عليه أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة أن عليه العقل، وأن ذلك من من الخطأ الذي تحمله العاقلة " .

وجاء في نهاية المحتاج [٧١] : ولو أخطأ الطبيب في المعالجة ، وحصل منه التلف، وجبت الدية على عاقلته .

وفي المبدع [٧٢]: فلو كان فيهم حذق الصنعة، وجنت أيديهم ، بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة، أو تجاوزالطبيب بقطع السلعة موضعها ، أو بآلة كالَّة يكثر ألمها ، وجبت ... ، وحكى ابن أبي موسى[٧٣]: إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتنتها.

أدلة هذا القول :

استدل من قال بأن دية ما أخطأ فيه الطبيب على العاقلة بما يأتي :

* الأحاديث التي تدل على ضمان الطبيب إذا أخطأ ، ومنها حديث عمرو بن شعيب : ((من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن)) [٧٤]،والخطأ على العاقلة بالإجماع [٧٥].

* ما ورد عن عمر – رضي الله عنه – أن ختانه كانت بالمدينة ختنت جارية فماتت ، فجعل عمر ديتها على عاقلتها[٧٦].

* أن هذا جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة ، وهو مسمى القتل [٧٧]، ولا يكون عمداً لعدم قصد القتل فيه ، ولا يكون شبه عمد أيضاً ؛ لأنه لم يقصد جناية ، وإنما قصد إصلاح المريض ، فيكون خطأ ، والخطأ تحمله العاقلة .

---

٧٠ – الموطأ ٦١٤ .

٧١ – للرملي ٣٥/٨ .

٧٢ – لابن مفلح ١١٠/٥-١١١ .

٧٣ – ابن أبي موسى : محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي ، ولد سنة ٣٤٥هـ ، وتوفي سنة (٤٢٨هـ) ، وتوفي سنة (٤٢٨هـ) ، قاض من علماء الحنابلة ، له حلقة في جامع المنصور، وصنف كتباً منها الإرشاد ، وشرح كتاب الخرقي . ينظر : المدخل لابن بدران ٢٠٩ ، والأعلام للزركلي ٣١٤/٥ .

٧٤ – سبق تخريجه في ص

٧٥ – الإجماع لابن المنذر ١٥١ ، ف(٧٠١) .

٧٦ - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٧٠/٩ ، برقم (١٨٠٤٥) ، وابن أبي شيبة ٣٢٣/٩ ، وإسناده صحيح .

٧٧ – الهداية للمرغيناني (مع تكملة فتح القدير) ٢٥٩/١٠ .

القول الثاني : أن الطبيب إذا أخطأ فتلف بخطئه نفس فما دونها وجب عليه ضمانها بالدية، وتكون في مال الطبيب ، ولا تتحملها العاقلة ، وهذا القول مروي عن عمر وعلي – رضي الله عنهما – [٧٨] ، وذكره بعض المالكية [٧٩] .

أدلة هذا القول :

* ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن رجلاً كان يختن الصبيان فقطع من ذكر الصبي فضمنه[٨٠].

مناقشة هذا الأثر :

نوقش بأنه قد ورد عن عمر رضي الله عنه خلافه ، فقد روى أبو المليح [٨١] أن ختانة كانت بالمدينة ختنت جارية ، فماتت فجعل عمر رضي الله عنه ديتها على عاقلتها ، وهذا الأثر أولى لموافقته للقياس ، وهو أن الخطأ تحمله العاقلة.

* ورد أن امرأة خفضت جارية فأعنتتها فماتت ، فضمَّنها علي رضي الله عنها الدية [٨٢].

ونوقش : بأنه ضعيف لا يثبت .

ويمكن أن يناقش أيضاً : بأنه يمكن حمله على أن علياً رضي الله عنه ضمنها الدية على عاقلتها ، ونسبت إليها لأنها مستبية فيها ، أو أنه ضمنها في مالها لكونها ليست من أهل المداواة .

الترجيح :

يترجح – والله أعلم – القول بأن ضمان خطأ الطبيب على العاقلة ، لقوة ما استدلوا به ، ولأن هذا هو الأصل في الديات ، أن ما كان خطأ فتحمله العاقلة تخفيفاً على الجاني ، ولأنه يكثر الخطأ في فعل الأطباء ، فإيجاب الدية عليهم في أموالهم إجحاف بهم ، وسد لباب التطبيب ، لا سيما المواضع التي يكون المريض فيها في حالة الخطر ، فلا يقدم أحد على علاجه .

---

٧٨ – الاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥-٥٥ .

٧٩ – ينظر : بداية المجتهد لابن رشد ٤١٨/٢ ، والاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥ ولم ينسبه لأحد ، وكأن ابن عبد البر يميل إليه .

٨٠ - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٧٠/٩ ، (ح١٨٠٤٥) .

٨١ – أبو المليح بن أسامة بن عمير بن عامر الهُذَلي ، البصري ، قيل : اسمه زيد ، وقيل : عامر، وقيل غير ذلك . مات سنة (٩٨هـ) ، وقيل : سنة (١٠٨هـ) ، ثقة .ينظر : الجرح والتعديل ١٧٨/٦ ، تقريب التهذيب لابن حجر ٨٣٩٠ .

٨٢ – ابن أبي شيبة ٣٢٢/٩ ، (ح٧٦٤٥) ، وفي إسناده سعيد بن يوسف ، وهو ضعيف . (انظر: التقريب ٣٠٩/١) .

الحال الرابعة : أن يكون الطبيب حاذقاً فيجتهد في وصف الدواء للمريض فيخطىء ، إما في صرف علاج لا علاقة له بالمرض، أو في صرف كمية أكثر من الكمية اللازمة، أو نحو ذلك، فيتلف المريض ، أو عضو من أعضائه ، أو منفعة من منافعه.

وتأخذ هذه الحال حكم الحال السابقة .

الحال الخامسة : أن يكون الطبيب حاذقاً ، لكن يداوي المريض بلا إذن .

وتحته أمور :

الأمر الأول : أن يكون الطبيب غير متبرع .

إذا كان الطبيب غير متبرع بالمداواة ، بل مستأجر ، فلابد من رضا المريض وأهليته للإذن بأن يكون بالغاً عاقلاً ، فإن لم يكن أهلاً فلابد من إذن وليه.

إذ عقد الإجارة يعتبر فيه رضا المتعاقدين ؛ قال اللَّه تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)) (النساء:٢٩) والإجارة تجارة .

ويعتبر فيه أهلية العاقد فلا يصح عقد الإجارة من الصبي والمجنون ، لأنه محجور عليها في تصرفاتهما المالية ، والإجارة مشتملة على المعاوضة المالية.

وعلى هذا يضمن الطبيب ما حصل بمداوته من تلف باتفاق الأئمة [٨٣].

الأمر الثاني : أن يكون متبرعاً .

وقد اختلف الفقهاء في تضمين في هذه الحال على قولين :

القول الأول : أن الطبيب لا يضمن في هذه الحال .

وبه قال ابن حزم[٨٤] ، واختاره ابن القيم [٨٥] .

حجة هذا القول :

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

* قوله تعالى : ((مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ)) (التوبة:٩١) .

وجه الدلالة : أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه ، ولم يتعد في علاجه فهو محسن ، بفعله فلا ضمان عليه .

* قوله صلى الله عليه وسلم : ((تداووا ، فإن اللَّه لم يضع داء إلا وضع له شفاء))[٨٦].

---

٨٣ – انظر : بدائع الصنائع ١٧٦/٤ ، وحاشية الدسوقي ٣/٤ ، وروضة الطالبين ١٧٣/٥ ، والمبدع ٨٩/٥

٨٤ - المحلى ٤٤٤/١٠ .

٨٥ – زاد المعاد ١٤١/٤ .

فالطبيب ممثل لأمر الشرع بمداواته ، ولو بغير إذنه .

* أن الطبيب إذا عالج بدون إذن ولي المريض ، فإنه إن كان متعدياً ، فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان ، وإن لم يكن متعديا فلا وجه لضمانه [٨٧] .

* القول الثاني : أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المكلف ، أو ولي غير المكلف، فإنه يضمن ما حصل بسبب مداوته من تلف .

وهو قول جمهور أهل العلم [٨٨] .

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

* أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه ، فإن ذلك يعد تعديا على المريض؛ لعدم الإذن ، فيضمن [٨٩] .

مناقشة هذا الدليل :

ناقشه ابن القيم بقوله : " قلت : العدوان وعدمه إنَّما يرجع إلى فعله هو ، فلا أثر للإذن وعدمه فيه)) [٩٠] .

* أن الأصل إيجاب الضمان ، فإذا أذن المكلف كان مسقطاً لحقه بذلك الأذن، وإذا لم يأذن بقي حكم الأصل الموجب للتضمين [٩١] .

ونوقش : بعدم التسليم بأن الأصل إيجاب الضمان إلا إذا تعدى الطبيب أو فرط أثناء المداواة .

الترجيح :

---

٨٦ – أخرجه الإمام أحمد ٢٧٨/٤ ، وأبو داود في الطب ، باب في الرجل يداوى (ح٣٨٥٥) ، والترمذي في الطب ، باب ما جاء في التداوي (ح٢٠٣٨) ، وابن ماجة في الطب ، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء (ح٣٤٣٦) ، والحاكم ٤٠٠/٤ عن أسامة بن شريك رضي الله عنه ، وسكت عنه أبو داود ، وقال البوصيري : وهذا إسناد صحيح رجاله ثقات .

٨٧ – زاد المعاد ١٤١/٤ .

٨٨ – بدائع الصنائع ٣٠٥/٧ ، وتكملة البحر الرائق ٣٣/٨ ، المنتقى للباجي ٧٧/٧ ، وتبصرة الحكام مع العقد المنظم للحكام ٨٠/٢ ، وروضة الطالبين ١٦٤/٩ ، ونهاية المحتاج ٣٥/٨، والمغني ٥٣٨/٥ ، والإنصاف ٧٥/٦ .

٨٩ – تكملة البحر الرائق ٣٣/٨ ، وتبصرة الحكام مع العقد المنظم للحكام ٨٠/٢ ، وروضة الطالبين ١٦٤/٩ ، والإنصاف ٧٥/٦ .

٩٠ – المغني ١٢١/٨ ، كشاف القناع ٣٥/٤ .

٩١ – المغني ١٢١/٨ ، وتحفة المودود ص١٥٣.

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة – واللَّه أعلم بالصواب – هو القول الأول القائل بأن الطبيب لا يضمن إذا عالج ولم يتعد أو يفرط في علاجه سواء أذن له إذا كان متبرعاً أم يؤذن له ؛ لقوة ما استدلوا به .

الأمر الثالث : ما يستثنى من اشتراط إذن المريض :

تقدم كلام أهل العلم رحمهم اللَّه في حكم اشتراط إذن المريض للمداواة، لكن على القول باشتراط إذن المريض للمداواة يستثنى من ذلك ما يلي :

* إذا تعذر استئذان المريض، أو وليه ، وفي تأخير المداواة ضرر على المريض بتلف نفس ، أو عضو أو منفعة [٩٢] . لإذن الشارع له بذلك ، قال تعالى: ((وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى)) (المائدة:٢).

ولما روى أنس بن مالك رضي اللَّه عنه أن النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم قال : ((انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً))[٩٣].

ولأنه يغلب على الظن موافقة المريض لو علم بحاله ، إذ الإنسان حريص على نجاة نفسه ، وسلامة أعضائه .

* إذا كان المرض من الأمراض المعدية التي يخشى تعديها للغير؛ لقوله تعالى: ((وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ)) (البقرة:١٩٥) .

ومن القواعد الفقهية : لا ضرر ولا ضرار ، و " الضرر يزال[٩٤] .

خاتمة في ضوابط البحث

من خلال الدراسة السابقة لكلام العلماء حول تضمين الطبيب أخلص إلى الضوابط الآتية :

الضابط الأول : إذا كان الطبيب حاذقاً ، ولم تجن يده ، فتلف بمداواته نفس ، أو عضو، أو منفعة ، فلا ضمان عليه .

الضابط الثاني : إذا كان الطبيب جاهلاً ، ولم يعلم المريض بجهله ، فتلف بمداواته نفس، أو عضو ، أو منفعة ضمن .

---

٩٢ – أحكام الجراحة الطبية ص٢٤٣.

٩٣ – أخرجه البخاري في المظالم ، باب أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً (٢٤٤٣).

٩٤ – الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣.

الضابط الثالث : إذا كان الطبيب جاهلاً، وعلم المريض بجهله ، فتلف بمداواته نفس، أو عضو ، أو منفعة، ضمن ، ويكون الضمان في بيت المال ، أو يتصدق به على الفقراء .

الضابط الرابع : إذا كان الطبيب حاذقاً ، فتعدى أو فرط ، فتلف بمداواته نفس ، أو عضو ، أو منفعة ضمن .

الضابط الخامس : إذا كان الطبيب حاذقاً ، ولم يتعد أو يفرط ، لكنه أخطأ، فتلف بمداواته نفس، أو عضو، أو منفعة ، لم يضمن ، إذا ظهرت منه قرائن الاجتهاد والتحري ، دون التساهل ، وإلا ضمن .

الضابط السادس : إذا كان الطبيب حاذقاً، ولم يؤذن له ، فتلف بمداواته نفس، أو عضو، أو منفعة ، فلا يضمن، إلا إذا كان غير متبرع ، فيضمن.

الضابط السابع : يستثنى من اشتراط إذن المريض أو وليه، إذا تعذر الاستئذان، وكان في التأخير ضرر المريض بتلف نفس، أو عضو ، أو منفعة، أو كان المرض معدياً .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وآله وصحبه أجمعين .

فهرس المصادر والمراجع

* أحكام الجراحة الطبية . د/ محمد الشنقيطي : ط. مكتبة الصديق، الأولى ١٤١٣هـ.
* أسنى المطالب . لأبي زكريا الأنصاري: ط. المطبعة الميمنية بمصر، سنة ١٣١٣هـ.
* الأشباه والنظائر . لابن نجيم (ت٩٧٠هـ) : ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤٠٠هـ.
* الأشباه والنظائر . للسيوطي (ت٩١١هـ) : ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٣هـ.
* الأم . للشافعي (ت٢٠٤هـ) : ط. المطبعة الأميرية بمصر ، سنة ١٣٢٥هـ.
* الإجماع . لابن المنذر (ت٣١٨هـ) : ت. فؤاد عبد المنعم أحمد ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت.
* الإقناع . للحجاوي (ت٩٦٨هـ) : ط. المطبعة المصرية بالأزهر ، سنة ١٣٥١هـ.
* الإنصاف . للمرداوي (ت٨٨٥هـ) : ط. مطبعة السنة المحمدية بمصر، سنة ١٣٧٦هـ.
* الاستذكار . لابن عبد البر (ت٤٦٣هـ) : ط. الأولى ، دار قتيبة للنشر ، بيروت ، ت. عبد المعطي قلعجي .
* بدائع الصنائع . للكاساني (ت٥٨٧هـ) : ط. المطبعة الجمالية بمصر ، سنة ١٣٢٨هـ.
* بداية المجتهد . لابن رشد القرطبي (ت٥٩٥هـ) : ط. دار الكتب العربية، مصر سنة ١٣٣٥هـ .
* تاج العروس . للزبيدي (ت١٢٠٥هـ) : ط. الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٦هـ.
* تبصرة الحكام . لابن فرحون : ط. المطبعة العامرة بمصر ، الأولى ١٣٠١هـ.
* تبيين الحقائق . للزيلعي : المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٣هـ ، ط. الثانية.
* تبيين الحقائق . للزيلعي : ط. دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .
* تحفة المودود . لابن القيم (ت٧٥١هـ) : ط. دار الكتب العلمية، بيروت.
* تذكرة الحفاظ . للذهبي (ت٧٤٨هـ) : ط. دار الكتب العلمية ، بيروت.
* التعريفات . للجرجاني : ط. مطبعة أحمد كامل ، استانبول ، تركيا ، سنة ١٣٢٧هـ .
* تقريب التهذيب . لابن حجر (ت٨٥٢هـ) : ط. دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٥هـ، ت. عبد الوهاب عبد اللطيف .
* الجامع الصحيح . للبخاري (ت٢٥٦هـ) : ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، المطبعة السلفية، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ.

* حاشية الدسوقي . للدسوقي : ط. المطبعة العامرة بمصر، سنة ١٢٨٧هـ.
* حاشية رد المحتار . لابن عابدين : ط. المطبعة العامرة بمصر ، سنة ١٣٥٧هـ.
* الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب . لابن فرحون : ط. دار الكتب العلمية، بيروت .
* الذيل على طبقات الحنابلة . لابن رجب (ت٧٩٥هـ) : ط. مطبعة السنة المحمدية، مصر، سنة ١٣٧٢هـ .
* روضة الطالبين . للنووي (ت٦٧٦هـ) : ط. المكتب الإسلامي ، بيروت.
* زاد المعاد . لابن القيم (ت٧٥١هـ) : ط. دار الرسالة ، ط. الثانية ١٤٠١هـ.
* سنن أبي داود . لأبي داود (ت٢٧٥هـ) : ط. دار الحديث للطباعة والنشر ، بيروت ، الأولى ١٣٨٨هـ .
* سنن ابن ماجه . لابن ماجه (ت٢٧٥هـ) : دار الفكر ، بيروت .
* سنن الدارقطني . للدارقطني (ت٣٨٥هـ) : تحقيق عبد اللَّه هاشم يماني المدني ، دار المحاسن ، القاهرة .
* السنن الكبرى . للبيهقي (ت٤٥٨هـ) : دار الفكر .
* سنن النسائي (المجتبى) . للنسائي : دار البشائر الإسلامية، بيروت ، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ .
* سير أعلام النبلاء . للذهبي (ت٧٤٨هـ) : ط. مؤسسة الرسالة ، بيروت، الطبعة الرابعة ، ١٤٠٦هـ .
* شذرات الذهب ، لابن عماد : ط.مكتبة القدسي ، مصر ، سنة ١٣٥٠هـ.
* الصحاح . للجوهري : ط. دار العلم للملايين ، بيروت ، ط١٣٩٩هـ.
* صحيح مسلم . للإمام مسلم (ت٢٦١هـ) : دار إحياء التراث العربي .
* الطب النبوي . لابن القيم (٧٥١هـ) : ط. البابي الحلبي ، سنة ١٣٧٧هـ .
* طبقات الأطباء . لابن جلجل : ط. مؤسسة الرسالة ، بيروت ، سنة ١٤٠٥هـ.
* طبقات الحنابلة . لأبي يعلى : ط. دار المعرفة ، بيروت .
* طبقات الشافعية . للأسنوي (ت٧٧٢هـ) : ط. مكتبة الإرشاد ، بغداد ، الأولى ١٣٩٠هـ.
* العدة . للمقدسي (ت٦٢٤هـ) : ط. المطبعة السلفية بمصر .
* الفتاوى الفقهية الكبرى . للهيثمي ، طبع ونشر عبد الحميد حنفي، مصر.
* فتاوى قاضيخان . لحسن الفرغاني : ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الرابعة .

* الفروع . لمحمد بن مفلح (ت٧٦٣هـ) : ط. عالم الكتب ، بيروت ، الرابعة ١٤٠٥هـ.
* القانون في الطب . لابن سينا : ط. دار الفكر ، بيروت.
* القوانين الفقهية . لابن جزي (ت٧٤١هـ) : ط. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.
* الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار . ابن أبي شيبة (ت٢٣٥هـ) : ط. الدار السلفية ، الأولى ، ١٤٠١هـ .
* كشاف القناع . للبهوتي (ت١٠٥١هـ) : ط. مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٦هـ .
* لسان العرب . لابن منظور (ت٧١١هـ) : ط. دار صادر ، بيروت ، عام ١٣٧٥هـ.
* المبدع . لإبراهيم بن مفلح (ت٨٨٤هـ) : ط. المكتب الإسلامي ، الأولى ١٣٩٩هـ، بيروت.
* المبسوط . للسرخسي : ط. دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٠٩هـ.
* المحرر . لمجد الدين أبي البركات (ت٦٥٢هـ) : ط. مطبعة السنة المحمدية، مصر، سنة ١٣٦٩هـ .
* المحلى . لابن حزم (ت٤٥٦هـ) : ط. المطبعة المنيرية بمصر ، الأولى سنة ١٣٥١هـ.
* المسؤولية الجنائية للأطباء . د. أسامة بن عبد اللَّه فايد : ط. دار النهضة العربية بمصر ، ١٩٨٧م.
* المسؤولية الطبية في قانون العقوبات . د/ فائق الجوهري : ط. دار الجوهري للطبع بمصر ، ١٩٥١م.
* المستدرك . للحاكم (ت٤٠٥هـ) : ط. دار الكتب العلمية ، بيروت، الأولى ١٤١١هـ .
* مسند الإمام أحمد (ت٢٤١هـ) : ط. دار الفكر ، بيروت .
* المصباح المنير . للفيومي (ت٧٧٠هـ) : ط. المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان .
* المصنف. لعبد الرزاق الصنعاني (ت٢١١هـ) : ط. المكتب الإسلامي ، بيروت.
* المطلع . للبعلي (ت٧٠٩هـ) : ط. المكتب الإسلامي ، سنة ١٤٠١هـ ، بيروت.
* معجم المؤلفين . عمر رضا كحالة : ط. الترقي ، سوريا ، عام ١٣٧٧هـ.
* معجم مقاييس اللغة . لأحمد بن فارس (ت٣٩٥هـ) : ط. الأولى ، دار الفكر، بيروت، ت. شهاب الدين أبو عمرو .
* معين الحكام . للطرابلسي : ط. المطبعة الأميرية ، بولاق ، الأولى عام ١٣٠٠هـ.

* المغني . لابن قدامة (ت٦٢٠هـ) : ط. دار هجر ، الأولى ١٤٠٦هـ ، ت.د.عبد الله التركي ، ومحمد الحلو .

* منار السبيل . ابن ضويان : ط. المكتب الإسلامي ، بيروت .

* المنتقى . للباجي (ت٤٩٤هـ) : ط. مطبعة السعادة ، دار الكتاب العربي، بيروت.

* الموطأ . للإمام مالك (ت١٧٩هـ) : ط. السابعة ١٤٠٤هـ ، دار النفائس، بيروت ، ت. أحمد عرموش .

* النزهة المبهجة في تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة . للأنطاكي: ط. مطبعة البابي الحلبي، سنة ١٣٧١هـ .

* نهاية المحتاج . للرملي (ت١٠٠٤هـ) : ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٤هـ.

* نيل الأوطار . للشوكاني (ت١٢٥٥هـ) : ط. المطبعة المنيرية بمصر ، سنة ١٣٤٤هـ.

* الهداية شرح بداية المبتدي . المرغيناني (ت٥٩٣هـ) : مطبوع مع فتح القدير ، ط. الأولى ١٣٨٩هـ ، ط. مصطفى البابي الحلبي .