

بحث محكم

تضمين الطبيب في ضوء الشريعة الإسلامية

بقلم د. خالد بن علي بن محمد المشيقح*

المقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:
فإن لجسد المسلم وروحه حرمة عظيمة عند الله تبارك وتعالى، دلت آيات الكتاب العزيز وأحاديث النبي الكريم ﷺ عليها، فجاءت الأدلة أمره بحفظ بدن المسلم وروحه، ومرغبة في ذلك ومحذرة من الاستخفاف بها، وتوعدت من سعي في هلاك الأرواح والأجساد بغير حق بشديد العذاب وأليمه، قال تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ (١)، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ (٢). وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لقد رأيت

* الأستاذ المشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة وأصول الدين بالقصيم

١ - سورة المائدة آية: ٣٢

٢ - سورة الأنعام آية: ١٥١.

رجلاً يتقلب في الجنة في شجرة قطعها من ظهر الطريق كانت تؤذي المسلمين». (٣) وفي حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والشيب الزاني، والتارك لدينه المفارق للجماعة» (٤)

ولما كانت الحاجة قائمة إلى التداوي والعلاج بالجراحة وغيرها، أذنت الشريعة الإسلامية للمريض، وأهل الاختصاص من الأطباء ومساعدتهم 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 ومساعدتهم بشر يعترهم ما يعترى النفس البشرية الضعيفة، فقد يخرجون في بعض الأحيان عن القيود الشرعية، بتعد أو تفريط، ويتجاوزونها معرضين أرواح الناس وأجسادهم للهلاك والتلف. واعتنى فقهاء الشريعة ببيان القواعد والأصول العامة التي تنفرع 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 الله عز وجل التوفيق والسداد، وأن يجعل عملنا خالصاً صواباً، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

المطلب الأول

تعريف عنوان البحث لغة واصطلاحاً

وتحتة مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الضمان في اللغة، واصطلاح الفقهاء:

قال ابن فارس (٥): «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا؛ لأنه إذا ضمنه استوعب ذمته» (٦)

فأصل مادة الضمان تعود إلى ما ذكره ابن فارس، وتفرع إلى معانٍ منها: الالتزام، كما تقول: ضمنت المال إذا التزمته. ومنها: الكفالة بالشيء، وعلى الشيء.

ومنها التبريم، كما تقول: ضمنت الشيء تضميناً إذا غرمته، فالتزمه. (٧) وفي اصطلاح الفقهاء يطلق الضمان على المعاني التالية:

- كفالة النفس، عند جمهور الفقهاء، ولهذا يعنون للكفالة بالضمان.

- ضمان المال والتزامه بعقد، وبغير عقد. (٨)

- 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.

٤ - أخرجه البخاري في الديات، باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾ (٦٨٧٨)، ومسلم في القسامة، باب ما يباح به دم المسلم (١٦٧٦).

٥ - 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 ١٧/١٠٣، ووفيات الأعيان ١/١١٨.

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

٧ - لسان العرب ١٣/٢٥٧، والقاموس المحيط ٤/٢٤٥، مادة (ضمن).

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

المسألة الثانية: التعريف اللغوي

الطب بطاء مثلثة، يطلق في لغة العرب على معان:
منها: علاج الجسم والنفس، يقال: طَبَّه طَبًّا، إذا داواه. (٩)
ومنها: الاصطلاح، يقال: طَببته إذا أصلحته.
ومنها: الحذق، وكل حاذق طبيب عند العرب. (١٠)
ومنها: العادة، يقال: ليس ذاك بطبي أي عادتي.
ومنها: السحر، يقال: رجل مطبوب، أي مسحور.
ومنها: الدلالة على نية الإنسان وإرادته. (١١)
والمعنى المتعلق من هذه المعاني بعنوان البحث هو المعنى الأول، وهو علاج الجسم،
والنفس. . والله 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. (١٢)

القول الثاني:

هو «علم بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة، ويسترد زائلها»، ونسب هذا القول لجالينوس (١٣)(١٤).

٩ - لسان العرب ١/٥٥٣، وتاج العروس ١/٣٥١، والمصباح المنير ٢/٣٦٨، مادة «طبيب».

١٠ - الصحاح ١/١٧٠، ولسان العرب ١/٥٥٤، مادة «طبيب».

١١ - المصادر السابقة.

١٢ - النزهة المبهجة في تشحيد الأذهان وتعديل الأمزجة للأنطاكيا ١/٣٤.

١٣ - النزهة المبهجة للأنطاكيا ١/٣٤ - ٣٥.

١٤ - 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.

القول الثالث:

هو «علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة، ويستردها زائلة».

وهذا القول لابن سينا. (١٥)(١٦)

المسألة الرابعة: تعريف الطبيب:

وأما الطبيب فعرف بتعريفات متقاربة المعنى، منها: أنه الذي يعرف العلة، ودواءها، وكيفية المداواة. (١٧)

وقيل: هو العالم بالطب. (١٨)

وقيل: هو الذي يعالج المرض (١٩)، وغير ذلك.

وجمع الطبيب، أطباء وأطبّة، وجمع الأول جمع كثرة، والثاني: جمع قلة. (٢٠)

المطلب الثاني

حالات تضمين الطبيب

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

الحالة الأولى: أن يكون الطبيب حاذقاً (٢١) قد أعطي الصنعة حقها، وألا تجني يده،

(طبقات الأطباء لابن جلجل ص ٤١).

١٥ - هو الحسين بن عبد الله بن الحسن بن علي بن سينا البلخي، ثم البخاري، ولد بخرميش من قرى بخارى في صفر عام ٣٧٠هـ. كان شاعراً مشاركاً في علوم عديدة، برز في الطب واشتهر به، ومن مؤلفاته: القانون في الطب، والموجز الكبير في المنطق، ولسان العرب في اللغة (معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة ٤/٢٠).

١٦ - القانون في الطب لابن سينا ٣/١.

١٧ - انظر: كلام ابن القيم الآتي ص ٧، والطب النبوي لابن القيم ص ٤٩٥، ونيل الأوطار ٥/٢٩٦.

١٨ - الصحاح ١/١٧٠، مادة «طبب».

١٩ - لسان العرب ١/٥٥٤.

٢٠ - الصحاح ١/١٧٠، والمطلع ص ٢٦٧.

٢١ - الحذق والحذاقة: المهارة في كل عمل، قال الأزهري: نقول: حذق وحذق في عمله يَحذِقُ ويَحذِقُ فهو حاذق ماهر. (تهذيب اللغة، مادة «حذق» ٤/٣٥، لسان العرب، مادة «حذق» ٤٠/١٠).

وقد ذكر ابن القيم أن الطبيب الحاذق هو الذي يراعي في علاجه (٢١) أمراً، وهي كما يلي:

فلا يتجاوز ما أذن له فيه .

ففي هذه الحالة باتفاق الأئمة (٢٢) لا يضمن الطبيب ما ترتب على مداواته من تلف العضو، أو النفس، أو ذهاب صفة .

- ١- النظر في نوع المرض من أي الأمراض هو؟
- ٢- النظر في سببه من أي شيء حدث، والعللة 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 المجري الطبيعي.
- ٧- سن المريض.
- ٨- عاداته.
- ٩- الوقت الحاضر من فصول السنة وما يليق به.
- ١٠- بلد المريض، وتربيته.
- ١١- حال الهواء في وقت المرض.
- ١٢- النظر في الدواء المضاد لتلك العلة.
- ١٣- النظر في قوة الدواء ودرجته، والموازنة بينهما وبين قوة المريض.
- ١٤- ألا يكون قصده إزالة تلك العلة فقط، بل إزالتها على وجه يأمّن معه حدوث أصعب منها، فمتى كان إزالتها لا يأمّن 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 مما 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 أو لا؟ 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، وأعان القوة وأضعف المادة.
- ١٧- ألا 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 الله 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 لحدائق الأطباء في التخييل أموراً عجيبية 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 ٤/ ١٤٢ - ١٤٥).

٢٢- تبين الحقائق ١٢٧/٥، مجمع الضمانات ص ٤٧، فتاوى قاضيخان ٢/ ٣٣٧، ٤/ ٤٩٩، حاشية رد المحتار ٦٨/٦ - ٦٩، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، القوانين الفقهية ص ٣٤١، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٨، والأم ٥/ ١٦٦، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/ ٤١٨ - ٤٢٠، وأسنى المطالب ٢/ ٤٢٧، والمغني ٦/ ١٢٠، المحرر ١/ ٣٥٨، الفروع ٤/ ٤٥١، المبدع ٥/ ١١٠، الإقناع ٢/ ٣١٤.

وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن القيم (٢٣)، حيث قال: «قلت: الأقسام خمسة: أحدها: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده، فتوَلَّد من فعله المأذون فيه من جهة الشرع، ومن جهة من يطبّه تلف العضو، أو النفس، أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً». (٢٤)

والدليل على ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾. (٢٥)

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

٢- ما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال:

«من تطيب وهو لا يعلم منه طب، فهو ضامن» (٢٦)

وجه الدلالة من الحديث: دلّ الحديث بمنطوقه على أن الطبيب إذا تطيب، وهو غير عالم بالطب فأخطأ يضمن، وبمفهومه على أن الطبيب إذا كان عالماً بالطب ولم يخطيء فإنه لا يضمن، سواء ما كان في النفس أو ما دونها (٢٧).

٣- ورد عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أن من تطيب على أحد من المسلمين ولم

يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها فعليه دية ما أصاب. (٢٨)

٢٣ - محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، الدمشقي، أبو عبدالله، ولد سنة ٦٩١، وتفقه على شيخ الإسلام ابن تيمية حتى صار من أبرز تلاميذه، من كتبه: زاد المعاد، وإعلام الموقعين، والطرق الحكيمة، وتوفي سنة ٧٥١هـ. (الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٤٤٧ - ٤٥٢، المقصد الأرشد ٢/ ٣٨٤ - ٣٨٥، مختصر طبقات الحنابلة ص ٦٨ - ٧٠).

٢٤ - زاد المعاد ٤/ ١٣٩.

٢٥ - سورة البقرة آية: ١٩٣.

٢٦ - رواه أبو داود في كتاب الديات، باب فيمن تطبّب بغير علم فأعنت (ح ٤٥٨٦)، بهذا اللفظ، وقال: «هذا لم يروه إلا الوليد «يعني الوليد بن مسلم القرشي الدمشقي» ولا ندرى هو صحيح أم لا». والنسائي في كتاب القسامة، باب صفة شبه العمد وعلى من دية الأجنة وشبه العمد ٨/ ٥٢ - ٥٣، (ح ٤٨٣٠). وابن ماجه في كتاب الطب، باب من تطبّب ولم يعلم منه الطب ٢/ ١١٤٨. (ح ٣٤٦٦)، والحاكم في كتاب الطب ٤/ ٢١٢، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في تلخيصه. والدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره ٣/ ١٩٥، (ح ٣٣٥)، وفي كتب الأفضية والأحكام ٤/ ٢١٥ - ٢١٦، (ح ٤٤ - ٤٤).

وإسناده صحيح.

٢٧ - ينظر فتاوى إمام المفتين ورسول رب العالمين ﷺ لابن القيم ٢٠٦.

٢٨ - ينظر: الاستنكار لابن عبدالبر ٢٥/ ٥٤، ولم أقف عليه مسنداً.

٤- وورد عن الزهري- رحمه الله- أنه قال : «إن كان البيطار أو المتطبب أو الختان غرّ من نفسه، وهو لا يحسن فهو كمن تعدى يضمن، وإن كان معروفاً بالعمل بيده، فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى»(٢٩)

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

٥- أن الطبيب ونحوه مأمور بمداواة المرضى، ومأذون له فيه، فلم يكن عليه ضمان إذا لم يتعد(٣٠)، استناداً إلى القاعدة الشرعية: «الجواز الشرعي أو الإذن الشرعي ينافي الضمان»(٣١).

فالتبيب في هذه الحالة قد فعل فعلاً مأذوناً له فيه، فلم يضمن سرايته، قياساً على الحد.(٣٢)

والقاعدة الفقهية: أن ما ترتب على المأذون غير مضمون.

٦- أن المستحق على الطبيب عمل محدود، لا عمل غير سار؛ لأن ذلك ليس في مقدور البشر، وإنما الذي في مقدور إقامة العمل على الوصف الذي علمه، فلا يضمن إلا أن يتجاوز الحد.(٣٣)

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

الحالة الثانية: ألا يكون الطبيب حاذقاً، بل يكون متطبباً جاهلاً.
وفيها أمران:

الأمر الأول: ألا يعلم المريض بعدم حذقه، بل ظن حذقه.

٢٩- رواه عبدالرزاق في مصنفه ٤٧١/١٠، وأورده ابن عبدالبر في الاستذكار ٥٥/٢٥، والزهري هو: محمد بن مسلم بن عبيد الله الزهري، من أعلام التابعين، أئمة المحدثين والفقهاء، توفي سنة ١٢٤هـ، وفيات الأعيان ٤/١٧٧، وتهذيب التهذيب ٣٩٥/٩.

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

٣١- انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٩.

٣٢- المغني ١١٧/٨، زاد المعاد ١٣٩/٤، المبدع ١١٠/٥، العدة ص ٢٧٠، كشاف القناع ٣٥/٤.

٣٣- ينظر: المبسوط للسرخسي ١٠/١٦ - ١١، والأم للشافعي ١٨٦/٦.

ففي هذه المسألة يضمن الطبيب باتفاق الأئمة (٣٤)، 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 (٣٥) الاجماع على ذلك، حيث قال: «لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدد، فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود، لأنه لا يستبدل بذلك دون إذن المريض». (٣٦) وابن رشد، حيث قال: «... ولا خلاف في أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعدد». (٣٧)

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». (٣٨)

والحجة في ذلك: الكتاب، والسنة، والمعقول:

١ - قوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾. (٣٩)

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

٣٤ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩٠، والفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٩، وحاشية رالمختار ٦/ ٦٨ - ٦٩، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، والقوانين الفقهية ص ٣٤١، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٨، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/ ٤١٨ - ٤٢٠، وحاشية قليبيوي وعميرة ٣/ ٧٨، والمغني ٨/ ١١٧، والعدة ص ٢٧٠، وزاد المعاد ٤/ ١٤٠، والمبدع ٥/ ١١٠، والافتناع مع شرحه ٥/ ٣٥.

٣٥ - هو حمد بن محمد بن إبراهيم المشهور بالخطابي، يكنى بأبي سليمان، من ولد زيد بن الخطاب، أخي عمر بن الخطاب - رضي الله 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 ١/ ٢٣٣ - ٢٤، تذكرة الحافظ ٣/ ١٠١٨، طبقات الحفاظ ص ٤٠٤).

٣٦ - معالم السنن ٤/ ٣٩.

٣٧ - بداية المجتهد ٢/ ٤١٨.

وابن رشد: هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، أبو الوليد، من أهل قرطبة، وأحد قضاتها، من كتبه: بداية المجتهد، والكلبيات في الطب، توفي سنة ٥٩٥هـ.
(الديباج المذهب ص ٢٨٤، وشذرات الذهب ٤/ ٣٢٠).

٣٨ - الطب النبوي ص ٤٩٥.

٣٩ - سورة البقرة آية: ١٩٣.

٢- ما رواه عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من تطب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن». (٤٠)

وفي لفظ: «إيما طبيب تطب على قوم لا يعرف له تطب قبل ذلك فأعنت فهو ضامن». (٤١)

وفي لفظ آخر: «من تطب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها، فهو ضامن». (٤٢)

وهذا الحديث واضح الدلالة.

وقال ابن القيم: وقوله ﷺ: «من تطب ولم يقل: من طب؛ لأن لفظ التفعّل يدل على تكلف الشيء والدخول فيه بعسر وكلفه، وأنه ليس من أهله كتحلّم وتشجع وتصبر ونظائرها...» (٤٣).

٣- ما ورد عن عمر وعلي رضي الله عنهما: «من تطب على أحد من المسلمين، ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها فعليه دية ما أصاب». (٤٤)

٤- أن الطبيب إذا لم يكن حاذقاً وعارفاً بالطب لم يحل له مباشرة العلاج بالقطع وغيره، وإذا فعل كان فعلاً محرماً؛ لعدم الإذن له بالفعل، فيضمن سرايته. (٤٥)

وفي قول للشافعية: إن الضمان على العاقلة. (٤٦)

الأمر الثاني:

أن يعلم المريض أنه جاهل لا علم له، وأذن له في طبه، فظاهر إطلاق الفقهاء: أنه يضمن. (٤٧)

٤٠ - تقدم تخريجه.

٤١ - رواه أبو داود في الكتاب والباب السابقين ٤/ ١٩٥.

٤٢ - رواه الدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره ٣/ ١٩٦، (ح ٣٣٦)، وقال: «لم يسنده عن ابن جريج غيره الوليد بن مسلم، وغيره يرويه عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلًا، عن النبي ﷺ»، والبيهقي في كتاب القسامة، باب ما جاء فيمن تطب بغير علم فأصاب نفساً فما دونها ٨/ ١٤١.

٤٣ - زاد المعاد ٤/ ١٣٨، وانظر أيضاً: فتاوى إمام المتقين، ورسول رب العالمين لابن القيم ص ٢٠٦.

٤٤ - أورده ابن عبد البر في الاستذكار ٢٥/ ٥٤، ولم أقف عليه مسنداً.

٤٥ - المغني ٨/ ١١٧، كشف القناع ٤/ ٣٥.

٤٦ - روضة الطالبين ٧/ ٣٩١، ونهاية المحتاج ٨/ ٣٥.

٤٧ - المصادر السابقة ص ١٠.

وقال ابن القيم : «لم يضمن ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غير العليل ، وأوهمه أنه طيب ، وليس كذلك» ا . هـ .
لكن يظهر لي -والله أعلم- أن الطبيب يضمن ؛ لكونه متعمداً لعدم حذقه ، وإذن المريض في مداواته 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 .

الحالة 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 . (٤٨)

لقوله تعالى : ﴿ فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ (٤٩) ، وهذا الطبيب ظالم ؛ لتعديه أو

تفريطه .

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

وحديث عبدالله 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 : ألا يتعدى أو يفرط ، لكن تخطيء (٥٠) 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 . (٥١)

وقال ابن عقيل : إن كان مشتركاً لم يضمن ، وإن كان خاصاً ضمن . (٥٢)
واختار بعض الحنابلة (٥٣) : إن كان مشتركاً ضمن ، وإن كان خاصاً لم يضمن . (٥٤)
وحجة هذا القول :

١- قوله تعالى ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ (٥٥) . والطبيب إذا كان حاذقاً في صنعته ،
فلا ضمان ؛ لعدم تعديه .

٢- حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما المتقدم : «من تطيب وهو لا يعلم منه
طب ، فهو ضامن» . (٥٦)

٤٩ - سورة البقرة آية ١٩٣ .

٥٠ - الخطأ: هو ما ليس للإنسان فيه قصد. (التعريفات للجرجاني ص ٦٨).

٥١ - بداية المجتهد ٢/٤١٨ .

٥٢ - الفروع ٤/٤٥٢ .

٥٣ - الفروع ٤/٤٥٢ .

وابن عقيل: علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الظفري، أبو الوفاء، من علماء الحنابلة، من كتبه: كفاية
المفتي، والفنون، والتذكرة، توفي سنة ٥١٣هـ .

(طبقات الحنابلة ٢/١٣٤، وذيل طبقات الحنابلة ٨/١).

والأجير الخاص: الذي قدر نفعه بالزمن. والمشارك: من قدر نفعه بالعمل. (منار السبيل ١/٤٢١).

٥٤ - الفروع ٤/٤٥٢ .

٥٥ - سورة البقرة آية ١٩٣ .

٥٦ - تقدم تخريجه .

وجه الدلالة: دلّ قوله ﷺ: «وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن» إنه إذا علم منه طب فلا ضمان عليه، وهذا يشمل ما إذا أخطأ، أو لم يخطئ ع.

٣- أنه مؤتمن على بدن المريض، والأصل: عدم تضمن الأمين إلا بالتعدي أو التفريط، دون الخطأ، كسائر الأمانة.

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 (٥٧)، وحكاه ابن المنذر (٥٨)، وابن عبد البر (٥٩)،

وكذا ابن رشد من المالكية اجماعاً. (٦٠)

قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن قطع الختان إذا أخطأ، فقطع الذكر والحشفة، أو

بعضها، 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 (٦١): «إلا أن يخالف - أي الختان ونحوه - بمجاوزة الحد أو يفعل بغير

أمره، فيكون ضامناً حينئذ».

وفي حاشية ابن عابدين (٦٢): «فإن جاوز المعتاد ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك المجني

٥٧ - مجمع الضمانات ص ٤٧ - ٤٨، ومعين الحكام ص ٢٠٣، والفتاوى الهندية ٤/ ٤٩٩، وبداية المجتهد ٢/ ٢٣٣، ٤١٨، والقوانين الفقهية ص ٣٤١، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٨، والفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي ٢/ ٤١٨ - ٤٢٠، وأسنى المطالب، والمغني ٨/ ١٢٠ - ١٢١، والعدة ص ٢٧٠، وزاد المعاد ٤/ ١٤٠، والمبدع ٥/ ١١٠، والاقناع ٢/ ٣١٤ - ٣١٥.

٥٨ - الإجماع ص ٧٤.

وابن المنذر، هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر، أبو بكر النيسابوري، حافظ فقيه، من كتبه: المبسوط في الفقه، والإجماع، والإشراف، مات سنة ٣١٨هـ.

(تذكرة الحفاظ ٣/ ٧٨٢، وشذرات الذهب ٢/ ٢٨٠).

٥٩ - الاستذكار ٢٥/ ٥٥.

وابن عبد البر، هو: يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري، الأندلسي، القرطبي من أئمة الحديث والفقه، من مؤلفاته: «التمهيد»، و«الاستذكار»، و«الكافي»، وغيرها مات سنة ٤٦٣هـ.

(سير أعلام النبلاء ٨/ ١٥٣، وفيات الأعيان ٧/ ٦٦).

٦٠ - بداية المجتهد ٢/ ٤١٨، وكذا الكاساني في بدائع الصنائع ٧/ ٣٠٥.

٦١ - للسرخسي ١٦/ ١١.

عليه ، وإن هلك ضمن نصف دية النفس ، لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه» .
وفي بداية المجتهد (٦٣) : «وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك ؛ لأنه في معنى الجاني خطأ» .
وفي نهاية المحتاج (٦٤) : «ولو أخطأ الطبيب في المعالجة وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته» .

وفي المبدع (٦٥) : «فلو كان فيهم حذق الصنعة وجنت أيديهم . . وجبت الدية» .
أدلة هذا القول :

- ١ - استدلال الحنفية لتصنيف 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 . (٦٦)
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 . (٦٧)
- ٣ - ولأن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يردده وأراد غيره وفعل الخائن والطبيب في هذا المعنى . (٦٨)

- ٤ - وأن جنابة يد الطبيب إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، فيضمن ، كإتلاف المال (٦٩) ، إذ حق الأدميين مبني على المشاحة .
ونوقش هذان الدليلان : بوجود الفرق ؛ إذ الطبيب أمين قد أذن ، بخلاف المخطيء .
- ٤ - أن جنابة يد الطبيب إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، فيضمن ، كإتلاف المال (٦٩) ، إذ حق الأدميين 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

٦٢ - ٧٢/٦ .

٦٣ - لابن رشد ٤١٨/٢ .

٦٤ - للرمل ٣٥/٨ .

٦٥ - لابن مفلح ١١٠/٥ .

٦٦ - حاشية ابن عابدين ٧٢/٦ .

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

٦٨ - الاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥ .

٦٩ - المغني ١٢٠/٨ - ١٢١ ، العدة ص ٢٧٠ ، المبدع ١١٠/٥ .

يضمن إلا إذا تعدى أو فرط كالمودع، والمضارب، ومستأجر العين.

٢- أن جناية يد الطبيب فعل محرم، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداءً. (٧٠)

ونوقش من وجهين:

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

الوجه الثاني: وجود الفرق بين القطع ابتداءً، وبين خطأ الطبيب، فمن قطع ابتداءً

يضمن، لعدم ائتمانه على البدن، وأما خطأ الطبيب فيعفى عنه لائتمانه على البدن، والإذن

له في المداواة، وما ترتب على المأذون غير مضمون، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

٣- أن الطبيب إذا جنت يده خطأ فهو في معنى الجاني خطأ، فيضمن. (٧١)

ونوقش هذا التعليل: بما نوقش به التعليل السابق.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة - والله 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:

إن الطبيب إذا أخطأ فتلف بخطئه نفس فما دونها فعليه دية تحملها العاقلة عنه، وهذا

٧٠ - المغني ١٢١/٨، والعدة ص ٢٧٠، والمبدع ١١٠/٥ - ١١١، وكشاف القناع ٣٥/٤.

٧١ - بداية المجتهد ٤١٨/٢.

قول جمهور العلماء، فهو مذهب أبي حنيفة (٧٢)، ومالك (٧٣)، والشافعي (٧٤)، وأحمد بن حنبل (٧٥) - رحمهم الله -، وبعض السلف (٧٦) - رحمهم الله - .
قال مالك (٧٧): «الأمر المجتمع عليه أن الطبيب إذا ختن فقطع الحشفة أن عليه العقل، وأن ذلك من الخطأ الذي تحمله العاقلة». وجاء في نهاية المحتاج (٧٨): «ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف، وجبت الدية على عاقلته» .
وفي المبدع (٧٩): «فلو كان فيهم حذق الصنعة، وجنت أيديهم، بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة، أو تجاوز الطبيب بقطع السلعة موضعها، أو بألة كآلة يكثر ألمها، وجبت . . . ، وحكى ابن أبي موسى (٨٠): «إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خانتها» .

أدلة هذا القول:

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

- ١- الأحاديث التي تدل على ضمان الطبيب إذا أخطأ، ومنها حديث عمرو بن شعيب: «من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن» (٨١)، والخطأ على العاقلة بالإجماع. (٨٢)
- ٢- ما ورد عن عمر - رضي الله عنه - أن ختانة كانت بالمدينة ختنت جارية فماتت، فجعل عمر ديتها على عاقلتها. (٨٣)

-
- ٧٢ - ينظر: الميسوط للسرخسي ١١/١٦، والهدية للمرغيناني (مع فتح القدير) ٢٥٩/١٠ ولم أجد 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.
 - ٧٣ - ينظر: بداية المجتهد ٤١٨/٢، وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢٣١/٢، والكافي لابن عبد البر ١١٠٦/٢.
 - ٧٤ - روضة الطالبين للنووي ٣٩١/٧، وروضة الطالبين ٣٩١/٧.
 - ٧٥ - الفروع لابن مفلح ٤٥١/٤ - ٤٥٢، وشرح الزركشي ٢٤٩/٤، والمبدع ١١٠/٥، للبعلي ٢٢/٢.
 - ٧٦ - كالثوري، والليث، الاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥.
 - ٧٧ - الموطأ ٦١٤.
 - ٧٨ - للرملي ٣٥/٨.
 - ٧٩ - لابن مفلح ١١٠/٥ - ١١١.
 - ٨٠ - ابن أبي موسى: محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي، ولد سنة ٣٤٥هـ، وتوفي سنة ٤٢٨هـ، قاض من علماء الحنابلة، له حلقة في جامع المنصور، وصنف كتباً منها الإرشاد، وشرح كتاب الخرقى. ينظر: المدخل لابن بدران ٢٠٩، والأعلام للزركلي ٣١٤/٥.
 - ٨١ - سبق تخريجه.
 - ٨٢ - الإجماع لابن المنذر ١٥١ ف (٧٠١).
 - ٨٣ - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٧٠/٩، برقم ١٨٠٤٥، وابن أبي شيبة ٣٢٣/٩، وإسناده صحيح.

٣- أن هذا جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة، وهو مسمى القتل، (٨٤)، ولا يكون عمداً لعدم قصد القتل فيه، ولا يكون شبه عمداً أيضاً؛ لأنه لم يقصد جنائية، وإنما قصد إصلاح المريض، فيكون خطأ، والخطأ تحمله العاقلة.

القول الثاني:

إن الطبيب إذا أخطأ فتلّف بخطئه نفس فما دونها وجب عليه ضمانها بالدية، وتكون في مال الطبيب، ولا تتحملها العاقلة، وهذا القول مروى عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - (٨٥) وذكره بعض المالكية. (٨٦)

أدلة هذا القول:

١- ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن رجلاً كان يختن الصبيان فقطع من ذكر الصبي فضمنه. (٨٧)

مناقشة هذا الأثر:

نوقش بأنه قد ورد عن عمر رضي الله عنه خلافه، فقد روى أبو المليلح (٨٨) 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.

٢- ورد أن امرأة خفضت جارية فأعنتتها فماتت، فضمنها علي رضي الله عنه الدية. (٨٩)

ونوقش: بأنه ضعيف لا يثبت.

ويمكن أن يناقش أيضاً: بأنه يمكن حمله على أن علياً رضي الله عنه ضمنها الدية على

٨٤ - الهداية للمرغيناني (مع تكملة فتح القدير) ٢٥٩/١٠.

٨٥ - الاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥ - ٥٥.

٨٦ - ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ٤١٨/٢، والاستذكار لابن عبد البر ٥٣/٢٥ ولم ينسبه لأحد، وكان ابن عبد البر يميل إليه.

٨٧ - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤٧٠/٩، (ح ١٨٠٤٥).

٨٨ - أبو المليلح بن أسامة بن عمير بن عامر الهذلي، البصري، قيل: اسمه زيد، وقيل: عامر، وقيل غير ذلك، مات سنة ٩٨ هـ، وقيل: سنة ١٠٨ هـ، ثقة.

ينظر: الجرح والتعديل ١٧٨/٦، تقريب التهذيب لابن حجر ٨٣٩٠.

٨٩ - ابن أبي شيبة ٣٢٢/٩، (ح ٧٦٤٥)، وفي إسناده سعيد بن يوسف، وهو ضعيف. انظر: التقريب ٣٠٩/١.

عاقلتها، ونسبت إليها لأنها متسببة فيها، أو أنه ضمنها في مالها لكونها ليست من أهل
المداداة.

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 التطيب، لا سيما المواضع التي يكون المريض فيها في حالة الخطر، فلا يقدم أحد
على علاجه.

الحالة الرابعة: أن يكون الطبيب حاذقاً فيجتهد في وصف الدواء للمريض فيخطيء،
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 الحالة حكم الحالة السابقة.

الحالة الخامسة: أن يكون الطبيب حاذقاً، لكن يداوي المريض بلا إذن.
وتحتة أمور:

الأمر الأول: أن يكون الطبيب غير متبرع.

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

إذا عقد الإجارة يعتبر فيه رضا المتعاقدين؛ قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا
أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (٩٠). والإجارة تجارة.

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

وعلى هذا يضمن الطبيب ما حصل بمداواته من تلف باتفاق الأئمة. (٩١)

٩٠ - سورة النساء آية: ٢٩.

٩١ - انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٦، وحاشية الدسوقي ٤/٣، وروضة الطالبين ٥/١٧٣، والمبدع ٥/٨٩.

الأمر الثاني : أن يكون متبرعاً .

وقد اختلف الفقهاء في تضمين في هذه الحالة على قولين :

القول الأول : إن الطبيب لا يضمن في هذه الحالة .

وبه قال ابن حزم (٩٢) ، واختاره ابن القيم . (٩٣)

حجة هذا القول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - قوله تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ . (٩٤)

وجه الدلالة : أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه ، ولم يتعد في علاجه فهو

محسن ، بفعله فلا ضمان عليه .

٢ - قوله ﷺ : «تداووا ، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء» (٩٥) .

فالتبيب ممثل لأمر الشرع بمداواته ، ولو بغير إذنه .

٣ - أن الطبيب إذا عالج بدون إذن ولي المريض ، فإنه إن كان معتدياً ، فلا أثر لإذن

الولي في إسقاط الضمان ، وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه . (٩٦)

القول الثاني : أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المكلف ، أو ولي غير المكلف ، فإنه يضمن

ما حصل بسبب مداواته من تلف .

وهو قول جمهور أهل العلم . (٩٧)

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن الطبيب إذا عالج بدون إذن المريض أو وليه ، فإن ذلك يعد تعدياً على المريض ،

٩٢ - المحلى ١٠/٤٤٤ .

٩٣ - زاد المعاد ٤/١٤١ .

٩٤ - سورة التوبة آية ٩١ .

٩٥ - أخرجه الإمام أحمد ٤/٢٧٨ ، وأبو داود في الطب ، باب في الرجل يداوي (ح ٣٨٥) ، والترمذي في الطب ، باب ما جاء في التداوي (ح ٢٠٣٨) ، وابن ماجة في الطب ، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء (ح ٢٠٣٨) ، والحاكم ٤/٤٠٠ ، عن أسامة بن شريك رضي الله عنه ، وسكت عنه أبو داود ، وقال البوصيري : وهذا إسناد صحيح رجاله ثقات .

٩٦ - زاد المعاد ٤/١٤١ .

٩٧ - بدائع الصنائع ٧/٣٠٥ ، وتكملة البحر الرائق ٨/٣٣ ، والمنتقى للباقي ٧/٧٧ ، وتبصرة الحكام مع العقد المنظم للحكام ٢/٨٠ ، وروضة الطالبين ٩/١٦٤ ، ونهاية المحتاج ٨/٣٥ ، والمغني ٥/٥٣٨ ، والانصاف ٦/٧٥ .

لعدم الإذن، فيضمن. (٩٨)

مناقشة هذا الدليل:

ناقشه ابن القيم بقوله: «قلت: العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو، فلا أثر للإذن وعدمه فيه». (٩٩)

٢- أن الأصل إيجاب الضمان، فإذا أذن المكلف كان مسقطاً لحقه بذلك الإذن، وإذا لم يأذن بقي حكم الأصل الموجب للتضمنين. (١٠٠)

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

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه في هذه المسألة - والله 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 لم يؤذن له؛ لقوة ما استدلووا به.

الأمر الثالث: ما يستثنى من اشتراط إذن المريض:

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

١- إذا تعذر استئذان المريض، أو وليه، وفي تأخير المداواة ضرر على المريض بتلف نفس، أو عضو أو منفعة (١٠١). لأذن الشرع له بذلك، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (١٠٢)، ولما روى انس بن مالك رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً». (١٠٣) ولأنه يغلب على الظن موافقة المريض لو علم بحاله، إذ الإنسان حريص على نجاة نفسه، وسلامة أعضائه.

٩٨ - تكملة البحر الرائق ٣٣/٨، وتبصرة الحكام مع العقد المنظم للحكام ٨٠/٢، وروضة الطالبين ١٦٤/٩، والانصاف ٧٥/٦.

٩٩ - المغني ١٢١/٨ كشف القناع ٣٥/٤.

١٠٠ - المغني ١٢١/٨، وتحفة المودود ص ١٥٣.

١٠١ - أحكام الجراحة الطبية ص ٢٤٣.

١٠٢ - سورة المائدة آية ٢.

١٠٣ - أخرجه البخاري في المظالم، باب أعن أخاك ظالماً أو مظلوماً (٢٤٤٣).

٢- إذا كان المرض من الأمراض المعدية التي يخشى تعديها للغير؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (١٠٤) .
ومن القواعد الفقهية: «لا ضرر ولا ضرار»، و«الضرر يزال» (١٠٥).

المطلب الرابع 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.
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، ولكنه 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.

- أحكام الجراحة الطبية د. محمد الشنيطي: ط. مكتبة الصديق، الأولى ١٤١٣هـ.
- أسنى المطالب لأبي زكريا الأنصاري: ط. المطبعة الميمنية بمصر، سنة ١٣١٣هـ.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم (ت ٩٧٠هـ): ط. دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٠هـ.
- الأشبايط والنظائر للسيوطي (ت ٩١١هـ): ط. دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٣هـ.
- الأم للشافعي (ت ٢٠٤هـ): ط. المطبعة الأميرية بمصر، سنة ١٣٢٥هـ.
- الإجماع لابن المنذر (ت ٣١٨هـ): ت. فؤاد عبدالمنعم أحمد، ط. دار الكتب العلمية، بيروت.
- الإقناع للحجاوي (ت ٩٦٨هـ): ط. المطبعة المصرية بالأزهر، سنة ١٣٥١هـ.
- الإنصاف، للمرادوي (ت ٨٨٥هـ): ط. مطبعة السنة المحمدية بمصر، سنة ١٣٧٦هـ.
- الاستنكار لابن عبدالبر (ت ٤٦٣هـ): ط. الأولى، دار قتيبة للنشر بيروت، ت. عبدالمعطي قلعجي.
- بدائع الصنائع للكاساني (ت ٥٨٧هـ): ط. المطبعة الجمالية بمصر، سنة ١٣٢٨هـ.
- بداية المجتهد لابن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ): ط. دار الكتب العربية، مصر سنة ١٣٣٥هـ.
- تاج العروس للزبيدي (ت ١٢٠٥هـ): ط. الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٦هـ.
- تبصرة الحكام لابن فرحون: ط. المطبعة العامرة بمصر، الأولى ١٣٠١هـ.
- تبين الحقائق للزيلعي: المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٣هـ، ط. الثانية.
- تبين الحقائق للزيلعي: ط. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- تحفة المودود لابن القيم (ت ٧٥١هـ): ط. دار الكتب العلمية بيروت.
- تذكرة الحفاظ للذهبي (ت ٧٤٨هـ): ط. دار الكتب العلمية بيروت.
- التعريفات للجرجاني: ط. مطبعة أحمد كامل، استنبول، تركيا، سنة ١٣٢٧هـ.
- تقريب التهذيب لابن حجر (ت ٨٥٢هـ): ط. دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٥هـ، ت. عبد الوهاب عبداللطيف.
- الجامع الصحيح للبخاري (ت ٢٥٦هـ): ترقيم محمد فؤاد عبدالباقي، 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 (ت: ٧٩٥هـ): ط. مطبعة السنة المحمدية، مصر سنة ١٣٧٢هـ.
- روضة الطالبين للنووي (ت ٦٧٦هـ): ط. المكتب الإسلامي، بيروت.
- زاد المعاد، لابن القيم (ت ٥٧١هـ): ط. دار الرسالة، ط. الثانية ١٤٠١هـ.
- سنن أبي داود لأبي داود (ت ٢٧٥هـ): دار الحديث للطباعة والنشر، بيروت، الأولى ١٣٨٨هـ.
- سنن ابن ماجة لابن ماجة (ت ٢٧٥هـ): دار الفكر، بيروت.
- سنن الدارقطني للدارقطني (ت ٣٨٥هـ): تحقيق عبدالله هاشم يماني المدني، دار المحاسن، القاهرة.
- السنن الكبرى للبيهقي (ت ٤٥٨هـ): دار الفكر.
- سنن النسائي «المجتبى» للنسائي: دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
- سير أعلام النبلاء للذهبي (ت ٧٤٨هـ): ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٦هـ.
- شذرات الذهب، لابن عماد: ط. مكتبة القدسي، مصر، سنة ١٣٥٠هـ.
- الصحاح للجوهري: ط. دار العلم للملايين، بيروت، ط. ١٣٩٩هـ.
- صحيح مسلم للإمام مسلم (ت ٢٦١هـ): 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 (ت ٧٧٢هـ): ط. مكتبة الإرشاد، بغداد، الأولى ١٣٩٠هـ.
- العدة للمقدسي (ت ٦٢٤هـ): ط. المطبعة السلفية بمصر.
- الفتاوى الفقهية الكبرى للهيتمي، طبع ونشر عبدالحميد حنفي، مصر.
- فتاوى قاضيخان لحسن الفرغاني: ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الرابعة.
- الفروع لمحمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ): ط. عالم الكتب، بيروت، الرابعة ١٤٠٥هـ.

د. خالد بن علي بن محمد المشيقح

- القانون في الطب، لابن سينا: ط. دار الفكر، بيروت.
- القوانين الفقهية لابن جزي (ت ٧٤١هـ): ط. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار ابن أبي شيبة (ت ٢٣٥هـ): ط. دار السلفية، الأولى، ١٤٠١هـ.
- كشف القناع، للبهوتي (ت ١٠٥١هـ): ط. مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر سنة ١٣٦٦هـ.
- لسان العرب لابن منظور (ت ٧١١هـ): ط. دار صادر، بيروت، عام ١٣٧٥هـ.
- المبدع لإبراهيم بن مفلح (ت ٨٨٤هـ): ط. المكتب الإسلامي، الأولى ١٣٩٩هـ، بيروت.
- المبسوط، للسرخسي: ط. دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ.
- المحرر لمجد الدين أبي البركات (ت ٦٥٢هـ): ط. مطبعة السنة المحمدية مصر سنة ١٣٦٩هـ.
- المحلى لابن حزم (ت ٤٥٦هـ): ط. المطبعة المنيرية بمصر الأولى سنة ١٣٥١هـ.
- المسؤولية الجنائية للأطباء د. أسامة بن عبدالله فايد: ط. دار النهضة العربية بمصر، ١٩٨٧م.
- المسؤولية الطبية في قانون العقوبات د. فائق الجوهري: ط. دار الجوهري للطبع بمصر . ١٩٥١م.
- المستدرک، للحاكم (ت ٤٠٥هـ): ط. دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤١١هـ.
- مسند الإمام أحمد (ت ٢٤١هـ): ط. دار الفكر بيروت.
- المصباح المنير للفيومي (ت ٧٧٠هـ): ط. المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
- المصنف لعبدالرزاق الصنعاني (ت ٢١١هـ): ط. المكتب الإسلامي، بيروت.
- المطلع للبعلي (ت ٧٠٩هـ): ط. المكتب الإسلامي، سنة ١٤٠١هـ، بيروت.
- معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة: ط. الترقى، سوريا. عام ١٣٧٧هـ.
- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ): ط. الأولى، دار الفكر، بيروت، ت. شهاب الدين أبو عمرو.
- معين الحكام للطرابلسي: ط. المطبعة الأميرية، بولاق، الأولى عام ١٣٠٠هـ.
- المغني، لابن قدامة (ت ٦٢٠هـ): ط. دار هجر، الأولى ١٤٠٦هـ، ت. د. عبدالله التركي، ومحمد الحلو.
- منار السبيل، ابن ضويان: ط. المكتب الإسلامي، بيروت.
- المنتقى للباقي (ت ٤٩٤هـ): ط. مطبعة السعادة، دار الكتاب العربي، بيروت.
- الموطأ للإمام مالك (ت ١٧٩هـ): ط. السابعة ١٤٠٤هـ، دار النفائس، بيروت، ت، أحمد عمروش.
- النهضة المبهجة في تشخيص الأذهان وتعديل الأمزجة لأنطاكي: ط. مطبعة البابي الحلبي، سنة ١٣٧١هـ.
- نهاية المحتاج للرملی (ت ١٠٠٤هـ): ط. دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ.
- نيل الأوطار للشوكاني (ت ١٢٥٥هـ): ط. المطبعة المنيرية بمصر، سنة ١٣٤٤هـ.
- الهداية شرح بداية المبتدي المرغيناني (ت ٥٩٣هـ): مطبوع مع فتح القدير، ط. الأولى ١٣٨٩هـ، ط. مصطفى البابي الحلبي.