المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
مركز التميز البحثي
في فقه القضايا المعاصرة

المسؤولية الطبية عن التغرير بالمريض

بحث فقهي مقدم لمركز التميز البحثي

إعداد: هند بنت عبد العزيز بن باز
الأستاذ المساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة

العام الجامعي

١٤٤٠/١٤٤١هـ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

عنيت الشريعة الإسلامية أشد العناية بحفظ النفس البشرية وحمايتها من الاعتداء؛ ومن هنا تأتي أهمية مهنة الطب؛ حيث تتعلق بمقصد عظيم من مقاصد الشرع، وهو حفظ النفس.

ولا شك أن مهنة الطب لها شرفها وقدسيتها، وهي مهنة أخلاقية وعلمية تحتم على من يمارسها أن يحترم مادة هذه المهنة وهي الإنسان والمحافظة على سلامته والعناية به، كما يلتزم بالأخلاقيات والأصول العلمية المعتبرة التي تقرها أصول المهنة.

وإذا كان موضوع المسؤولية الطبية قد حظي باهتمام رجال الفقه والقانون في العصر الحديث، فإننا نشيد بسبق الشريعة الإسلامية التشريعات الوضعية الحديثة في إرساء قواعد المسؤولية الطبية بما يكفل حماية الطبيب ويحفظ حقوق المريض.

" وقد تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطوراً ملحوظاً، فلم يكن من المقبول في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية، ثم تطورت بعد ذلك فأصبح رجال الطب مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم.
ولقد تطورت المسؤولية تطورا كبيراً في العصر الحاضر، فلم يعد التزام الطبيب قاصراً على بذل العناية بل تحول الأمر إلى التزام بتحقيق نتيجة في بعض الحالات، التي يكون محلها محدداً تحديداً دقيقاً كجراحات التجميل على سبيل المثال، أو لا تحتمل أية صعوبة بالنسبة للطبيب العادي نظرا للتقدم العلمي الذي أحرزه الطب في كثير من المجالات .. مثل حالات نقل الدم والتحاليل الطبية".[١]

ومن هنا تأتي أهمية البحث في بيان طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض وبيان ما تستلزمه هذه المهنة من التزامات مهنية وأخلاقية على الطبيب ونحوه من الممارسين الصحيين توجب مخالفتها المسؤولية الطبية، وبيان شناعة استغلال هذه المهنة العظيمة لتحقيق مصالح شخصية ومطامع دنيوية من خلال التغرير بالمريض بأساليب مضللة خادعة بعيدة كل البعد عن مصلحته، والتحذير من خطورة هذه الممارسات الشنيعة في الإساءة لمهنة الطب ومنسوبيها، وزعزعة الثقة والمصداقية بين المريض والطبيب.

---

(١) مسؤولية الطبيب المهنية، عبدالله بن سالم الغامدي ص ١٢.

ومن دوافع اختياري لهذا البحث:

١ – ما تطالعنا به وسائل الإعلام بين الحين والآخر من حوادث وتحقيقات ومداهمات هدفها كشف أساليب التغرير من غش وخداع المرضى من قبل بعض الممارسين الصحيين من أطباء وصيادلة ونحوهم بدعايات كاذبة مضللة، أو عدم وجود تراخيص لمزاولة المهنة، أو عرض أدوية غير مرخصة أو مقلدة، مما يستدعي بيان خطورة تلك الممارسات وآثارها، وأنها تستوجب المساءلة الطبية وأنها أشد جرماً من مجرد الأخطاء الطبية.

٢–توعية المريض بحقوقه، وأهمية مطالبته بها؛ للحد من تلك التجاوزات والممارسات المضللة التي تسيء لمهنة الطب ومنسوبيها.

٣ – قلة الكتابات في موضوع التغرير في المجال الطبي، فلم أجد من خصه بدراسة مستقلة سوى بحث للدكتور أحمد الغامدي بعنوان:" تغرير الممارس الصحي بالمريض دراسة فقهية مقارنة" والبحث متميز وجامع في مضمونه ومحتواه، إلا إنني في هذا البحث ركزت بشكل أوسع على موضوع المسؤولية الطبية الناتجة عن التغرير وموجباتها وما يترتب على ذلك من آثار شرعية (كالضمان والقصاص والتعزير) والتعبير بالمسؤولية أعم من التعبير بالضمان لأنه يشمل التعويض المادي والعقوبة خلافاً للضمان الذي يقتصر على التعويض المادي.

وقد انتظمت خطة البحث في تمهيد وأربعة مباحث وخاتمة، على النحو الآتي:

تمهيد في التعريف بمصطلحات البحث.

المبحث الأول: حكم التغرير وصوره في المجال الطبي وأثره على العلاقة بين الطبيب والمريض، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم التغرير.

المطلب الثاني: صور التغرير في المجال الطبي.

المطلب الثالث: طبيعة العلاقة الطبيب بالمريض وأثر التغرير عليها.

المبحث الثاني: أقسام المسؤولية الطبية وموجباتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقسام المسؤولية الطبية.

المطلب الثاني: موجبات المسؤولية الطبية المتعلقة بالتغرير.

المبحث الثالث: أدلة إثبات موجبات المسؤولية الطبية، والجهة المسؤولة عن تحمل موجب ذلك، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أدلة إثبات موجبات المسؤولية الطبية.

المطلب الثاني: الجهة المسؤولة عن تحمل موجب المسؤولية الطبية.

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على ثبوت موجبات المسؤولية الطبية المتعلقة بالتغرير.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث.

هذا واسأل الله التوفيق والعون والسداد.

الباحثة

تمهيد في التعريف بمصطلحات البحث:

١ -تعريف المسؤولية لغة واصطلاحاً:

في اللغة:

المسؤولية مصدر صناعي من مسؤول، والمصدر الصناعي ما انتهى بياء مشددة وتاء كالقابلية والحرية، وهي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته.(٢)

في الاصطلاح:

لم يستعمل الفقهاء لفظ المسؤولية في هذا المعنى، وإنما جاء في استعمال بعض الفقهاء المعاصرين ورجال القانون.

ويرى الدكتور وهبة الزحيلي أن كلمة المسؤولية اصطلاح قانوني يقابل كلمة الضمان في الفقه الإسلامي، فهما في رأيه كلمتان مترادفتان، تدلان على معنى واحد، وعرف الضمان بأنه: "الالتزام بتعويض الغير، عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي، أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية".(٣)

وهذا التعريف لا يصدق على المسؤولية، وإنما يصدق على أثر من آثاره وهو الضمان؛ "ذلك أن إلزام الإنسان بالتعويض عن الضرر الحاصل، لا يقع إلا أثراً لإلزام الشارع أو الحاكم له بذلك، وهذا الإلزام لا يقع ولا يتم إلا بعد مساءلة وتحقق من صحة نسبة الضرر إلى المتهم بذلك، وهذه المساءلة والتحقيق لا تقع إلا بعد حدوث جناية على النفس، أو المنافع، أو المال.

فإذا وقعت الجناية من الآدمي، وثبت وجود السبب الموجب للمسؤولية، ترتب على وجوده أثره وهو المساءلة والتحقيق قصد التأكد من الفاعل للجناية، فإذا تمت المساءلة، وصدر الحكم فيها، ترتب عليها أثرها، وهو إما أن يكون قصاصاً، كما في الحالات التي يثبت فيها تعمد الجاني للجناية، وإما أن يكون ضمانا، وإما أن يكون تعزيراً ".(٤)

---

(٢) المعجم الوسيط (١/ ٤١١).

(٣) نظرية الضمان، وهبة الزحيلي ص ٢٢.

(٤) التداوي والمسؤولية الطبية، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، ص٢٣.

٢-تعريف الطب لغة واصطلاحاً:

في اللغة: يطلق على عدة معان، أشهرها هو الحذق في الأشياء، والمهارة فيها.(٥)

ورغم أن أصل هذه الكلمة هو الحذق والمهارة، فإن المشهور في استعمالها هو معنى المعالجة والمداواة.

وفي الاصطلاح:

وهو علم بقوانين تتعرف منها أحوال بدن الإنسان من جهة الصحة وعدمها، وموضوعه بدن الإنسان وما يتركّب منه من حيث الصحة والمرض.(٦)

تعريف المسؤولية الطبية:

جاء في الموسوعة الطبية الفقهية في تعريفها: " أنها المسؤولية التي يتحملها الطبيب ومن في حكمه ممن يزاولون المهن الطبية إذا ما نتج عن مزاولاتهم أضرار، مثل تلف عضو، أو إحداث عاهة، أو تفاقم علة".(٧)
ويلحظ على هذا التعريف الإجمال حيث ذكر سبب تلك المسؤولية وهو الضرر ولم يوضح ما يترتب عليها من آثار.

وقيل: المسؤولية الطبية هي أثر جناية الطبيب، من قصاص أو تعزير أو ضمان.(٨)

وهذا التعريف هو الأرجح لشموله لجميع ما يترتب على المسؤولية الطبية من آثار.

٣-تعريف التغرير لغة واصطلاحاً:

في اللغة: التغرير مصدر من الفعل غرَّر، ويطلق على عدة معان:

١-الخداع: وغرَّه يغُرُّه غُروراً: خدعه. يقال: ما غَرَّكَ بفلان؟ أي كيف اجترأت عليه؟، وغره يغره غرا وغروراً وغرة، فهو مغرور، وغرير: خدعه وأطعمه بالباطل، والغرور: ما غرك من إنسان أو شيطان أو غيرهما(٩).
٢- المخاطرة والتعريض للهلكة: يقال: غرر بنفسه تغريراً وتغرة: عرضها للهلاك، والاسم: الغرر.

(٥) مقاييس اللغة لابن فارس(٤٠٧/٣).
(٦) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (١/ ٦٤)
(٧) الموسوعة الطبية الفقهية، أحمد محمد كنعان ص ٨٦١.
(٨) التداوي والمسؤولية الطبية ص ٣٠.
(٩) انظر: مختار الصحاح ص٢٢٥، المحكم والمحيط الأعظم (٥/ ٣٦٠)

٣- الغفلة وقلة الفطنة: فيقال: هو غار وغِر بالكسر: أي جاهل بالأمور غافل عنها وغير مجرب، والغرة: الغفلة[١٠].

والتغرير الذي نحن بصدده يشمل جميع المعاني السابقة فالتغرير فيه مخاطرة وتعريض الغير للهلكة والضرر، وهو لا يتم إلا بعملية الخداع والاحتيال التي يقوم بها الغار لإيقاع من غرَر به، وفي العادة يكون المغرر به غير ذي تجربة وفي غفلة من أمره مما يسهل وقوعه في التغرير.[١١]

وقد ذكر بعض الباحثين أن كلمة الغرور تتمشى مع الاستعمال اللغوي أكثر من التغرير لأنها من غر غيره، أما التغرير فهي من غرر، وغالب كتب اللغة تقول غرَر بنفسه تغريراً وليس غرر بغيره، ولكن كتب الفقه تستعمل الكلمتين واستعمالها للغرور أكثر، وإن كان أكثر الفقهاء المحدثين يميل إلى استعمال التغرير[١٢].

والحقيقة أن استعمال اللغويين لمصطلح التغرير قليل لكنه وارد عند بعضهم، وعند بعض شراح الحديث حيث جاء في القاموس الفقهي :(اغتر فلان بكذا: خدع به، غرر به تغريرا، وتغرة: عرضه للهلكة)[١٣]، وجاء في النهاية في غريب الحديث والأثر [١٤]:(التغرة: مصدر غررته إذا ألقيته في الغرر، وهي من التغرير، كالتعلة من التعليل)، وفي غريب الحديث[١٥]: (إنما التغرة التغرير يقال: غررت بالقوم تغريرا وتغرة وكذلك يقال في المضاعف خاصة كقولك: حللت اليمين تحليلا وتحلة قال الله تبارك وتعالى {قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم} وكذلك عللت المريض تعليلا وتعلة).

تعريف التغرير اصطلاحاً:

الملاحظ ندرة نصوص الفقهاء المتقدمين في تعريف التغرير؛ ولعل مرد ذلك —فيما يبدو-وجود ألفاظ أخرى يستعملها الفقهاء في معنى التغرير وفي طليعتها لفظ التدليس، والغرر، والغرور، والخداع، والخلابة، والغش[١٦].

(١٠) مختار الصحاح ص ٢٢٥، لسان العرب (١٣/٥-١٦).

(١١) أثر التغرير على عقد النكاح، رحمة محمود خالد عبد الله ص٣.

(١٢) الغرر وأثره في العقود، الصديق محمد الأمين الضرير ص ٥٥

(١٣) ص ٢٧٢.

(١٤) لابن الأثير الجزري (٣٥٦/٣).

(١٥) للقاسم بن سلام (٣٥٥/٣).

(١٦) انظر: الغبن والتغرير في الشريعة والقانون، عبد الله محمد آدم ص١٣

جاء في مجمع الأنهر من كتب الحنفية في تعريف خيار التغرير بأنه: (ما إذا غر البائع المشتري أو بالعكس ووقع البيع بينهما بغبن فاحش). (١٧)

وقد اقتصر هذا التعريف على بيان الأثر الذي يترتب على التغرير وهو الغبن الفاحش.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية تعريف التغرير بأنه: (توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية) (١٨).

وقد اقتصر هذا التعريف على نوع من أنواع التغرير، وهو التغرير القولي، ثم إنه اقتصر على التغرير في عقد البيع، ومن المعلوم أن التغرير هو أمر محتمل وقوعه في جميع أنواع العقود.

وعرف بعض المالكية التغرير الفعلي بقولهم:(أن يفعل في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد كذلك).(١٩)

ومن الواضح أن التعريف قد اقتصر على بعض أنواع التغرير وهو التغرير الفعلي دون التغرير القولي، والتغرير بكتمان العيب، ويرد عليه أيضاً ما ورد على ما قبله من اقتصار على عقد البيع. (٢٠).

وقد عرف التغرير عند المعاصرين بعدة تعريفات منها:

أن التغرير هو الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه.(٢١)

ويرد على هذا التعريف أنه قصر التغرير على العقود دون غيرها، كما أنه لا يشمل التغرير بكتمان العيب.

وقيل: الحمل على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بزعم أن فيه المصلحة، ولو عرفت حقيقته ما قبل به.(٢٢)

ولعل هذا التعريف من أجود التعريفات لعمومه في العقود غيرها، وشموله أقسام التغرير وصوره المختلفة، ولدلالته على مقصودنا في هذا البحث فيما كان فيه من الغار قصد وسوء نية، بالحمل والترغيب بالوسائل الكاذبة والطرق المضللة التي لا تتفق مع أخلاقيات الطب وأصوله العلمية.(٢٣)

---

(١٧) مجمع الأنهر، لشيخي زادة (٢/٢٩).

(١٨) مادة ١٦٤(١/٣٤).

(١٩) انظر: التاج والإكليل للمواق (٦/٣٤٩)، ومواهب الجليل للحطاب (٣/ ٣٤٩)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٧٠٤).

(٢٠) انظر: أثر التغرير على عقد النكاح ص ٤، و فاعد الغار ضامن لجميل الخلف ، مجلة العدل ، العدد ٤٢ ص ٩٣.

(٢١) المدخل الفقهي العام للزرقا (١/ ٤٦٣).

(٢٢) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص ١٥٠.

(٢٣) انظر : تغرير الممارس الصحي بالمريض دراسة فقهية مقارنة ، أحمد الغامدي ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد ١٨٤، ص ٣٧٥.

ومن الألفاظ ذات الصلة بالتغرير:

التدليس، الغش، الخلابة، الغرور، الغرر.[٢٤]

١ – التدليس: أصله من الدَلس وهو الظلمة، والدلسة بضم الدال الخديعة[٢٥]، والتدليس عند الفقهاء: كتم العاقد عيب المعقود عليه وإخفاؤه عن العاقد الآخر، وعند الحنابلة هو نوعان: أحدهما كتمان العيب، والآخر: فعل ما يزيد به الثمن، وعند الحنفية لا يعبرون بالتدليس بل بالتغرير[٢٦]، والتدليس هو الأكثر استعمالاً عند الفقهاء يريدون به تارة معنى التغرير بمفهومه الواسع، وتارة كتمان العيب وهو التغرير السكوتي، والأظهر أن لفظ التغرير أعم لشموله العقود وغيرها والتدليس قاصر على عقد البيع وما يلحق به.

٢ –الغش: نقيض النصح وإظهار خلاف ما يضمره، وهو عند الفقهاء يطلق على كتمان العيب، أو خلط الجيد بالدنيء من جنسه، أو يوهم البائع المشتري كمالاً في المبيع كذباً بالقول أو بالفعل[٢٧]، والغش بهذا المعنى مرادف للتغرير لشموله صور التغرير القولي والفعلي وكتمان العيب، وقيل: التغرير أعم لاقتصار الغش على العقود فقط خلافاً للتغرير الذي يشمل غير العقود.

٣ – الخلابة: بكسر الخاء المخادعة، وقيل: الخديعة باللسان[٢٨]، وفي الحديث:(إذا بايعت فقل: لاخلابة)[٢٩]، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن اللغوي فعند أغلب الفقهاء الخلابة هي الخديعة بالكذب في الثمن ونحو ذلك من الخداع بالقول[٣٠]، والتغرير فيما يظهر أعم من الخلابة؛ لأن الخلابة في معناها اللغوي والشرعي هي الخداع بالقول وهي داخلة في التغرير القولي، فلا تشمل التغرير الفعلي والتغرير بكتمان العيب.

---

(٢٤) للاستزادة: انظر: الغبن والتغرير في الشريعة والقانون، عبدالله محمد آدم ص ١٣–٢٢، قاعدة الغار ضامن وتطبيقاتها الفقهية، د.جميل الخلف، مجلة العدل، العدد ٤٢، ١٤٣٠هـ، ص ٩٥–١٠٣.

(٢٥) مقاييس اللغة لابن فارس(٢٩٦/٢)، تاج العروس للزبيدي(٨٤/١٦)

(٢٦) مجلة الأحكام العدلية ص ٣٤، الفواكه الدواني (٨٠/٢)، نهاية المطلب للجويني(٢٧٩/٥)، كشاف القناع (٢١٣/٣).

(٢٧) انظر: تهذيب اللغة(٦/٨)، تبيين الحقائق(١٤١/٤)، الفواكه الدواني(٨٠/٢–٨١)، نهاية المحتاج(٣٧٣/٣)، كشاف القناع(٢١١/٣)، الغبن والتغرير في الشريعة والقانون ص٢٠–٢١.

(٢٨) تهذيب اللغة(١٧٨/٧)، لسان العرب(٣٦٣/١).

(٢٩) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥/٣) في كتاب البيوع، باب مايكره من الخداع في البيع برقم ٢١١٧، ومسلم في صحيحه (١١٦٥/٣) في كتاب البيوع باب من يخدع في البيع برقم ١٥٣٣.

(٣٠) عمدة القارئ للعيني(٢٣٣/١١)، شرح الزرقاني على الموطأ(٥١٠/٣)، مغني المحتاج(٤٢١/٢)، كشاف القناع (٢١٣/٣).

٤ – الغرور: في اللغة الباطل وكل ماغر الإنسان من مال أو شهوة أو شيطان، ويكثر استعمال الفقهاء للفظ الغرور في التغرير القولي وموجبات الضمان فيه[٣١]، فالتغرير أعم من الغرور لأنه يشمل التغرير الفعلي وكتمان العيب.

٥ – الغرر: في اللغة: الخطر والتعريض للهلكة، أو ماله ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول لا يدرى أيكون أم لا، والغرر عند الفقهاء: هو ما تردد بين السلامة والعطب، أو مجهول العاقبة، أو متعذر التسليم.[٣٢]

والغرر يختلف عن التغرير في كون الأمر مجهول العاقبة من الطرفين، أما التغرير ففيه خديعة من أحد العاقدين ونحوه بأي وسيلة كاذبة قولية أو فعلية أو كتمان للعيب، كما أن الغرر يفسد العقد فلا ينعقد صحيحاً من أصله، أما التغرير فهو يتيح للمغرور حق فسخ العقد لأنه عيب من عيوب الرضا.[٣٣]

٤-المريض لغة واصطلاحاً:

المرض في اللغة: مصدر مرض يمرض مرضا، فهو مريض، وجمعه: مراض، والمريض من حصل له المرض، والميم والراء والضاد أصل صحيح يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة إلى السقم، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.[٣٤]

والمقصود بعنوان البحث مركباً: (المسؤولية الطبية عن التغرير بالمريض):

الآثار المترتبة على تغرير الطبيب ومن في حكمه بالمريض نتيجة الضرر الواقع به جراء التغرير به وخداعه بصور وأساليب متعددة، بعد التحقق من ثبوت موجب تلك المسؤولية.

(٣١) انظر: تاج العروس (٢١٥/١٣)، تبصرة الحكام (٣٣٤/٢)، نهاية المطلب (٤٣٧/١٢)، شرح منتهى الإرادات (١٩٠/٢).

(٣٢) انظر: مقاييس اللغة(٣٨١/٤)، لسان العرب(١٤/٥)، بدائع الصنائع (١٦٣/٥)، الفواكه الدواني (٨٠/٢)، المهذب(١٢/٢)، شرح منتهى الإرادات (١١/٢).

(٣٣) انظر: قاعدة الغار ضامن ص ٩٤.

(٣٤) مقاييس اللغة (٣١١/٥)، لسان العرب (٢٣١/٧)، الدر النقي شرح ألفاظ الخرقي لابن المبرد(١٢٠/٢).

المبحث الأول: حكم التغرير وصـــوره في المجال الطبي وأثره على العلاقة بين الطبيب والمريض، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم التغرير:

التغرير حرام باتفاق الفقهاء، سواء أكان هذا التغرير في المجال الطبي أم في غيره، والأدلة متضافرة على تحريمه من القرآن والسنة، ومنها:

أولا: من القرآن الكريم: ومنه قوله تعالى: {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطلة} (الآية ١٨٨ من ســـورة البقرة)، وقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} (الآية ٢٩ من سورة النساء).

قال القرطبي: "والمعنى: لا يأكل بعضـكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار والخداع والغصـوب وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكه، أو حرمته الشـريعة وإن طابت به نفس مالكه، كمهر البغي وحلوان الكاهن وأثمان الخمور والخنازير وغير ذلك "[٣٥]، والتغرير من أكل أموال الناس بالباطل وهو الخداع، كما أن التغرير يعيب الرضـا، فيكون المغرِر قد أكل مال المغرَر به بغير حق، قال الإمام الشـوكاني: "وليس المراد بقوله سـبحانه: {تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ} (النسـاء: ٢٩)، مثل هذا الرضـا الناشـيء عن التغرير والتلبيس بل الرضا المحقق بلا تغرير وطيبة النفس الصحيحة".[٣٦]

ثانياً: من السنة النبوية:

١-ما روي عن أبي هريرة عنه أن النبي ﷺ مر على صـبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصـابعه بلل، فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟" قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: "أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني"[٣٧] فقد أنكر النبي ﷺ إخفاء المعيب، وإظهار الجيد، ذلك أنه نوع غش، قال الصنعاني: "والحديث دليل على تحريم الغش وهو مجمع على تحريمه شرعاً، مذموم فاعله عقلا".[٣٨]

٢- قال النبي ﷺ: "الخديعة في النار"[٣٩] فالحديث يدل بمنطوقه على تحريم الخديعة، فالخديعة تورد صاحبها النار، والتغرير من الخديعة، وكل ما يورد النار فهو حرام.

---

(٣٥) تفسير القرطبي (٣٣٨/٢).

(٣٦) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (ص: ٥١٤).

(٣٧) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٩/١) في كتاب الإيمان، باب قول النبي من غشنا فليس منا برقم ١٠٢.

(٣٨) سبل السلام ٣٩/٠٢).

(٣٩) أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم ،كتاب البيوع، باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع، صحيح البخاري (٦٩/٣).

٣-ما رواه أبو هريرة ﷺمن قول النبي ﷺ: "لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر.(٤٠)قال النووي: "واعلم أن التصرية حرام سواء تصرية الناقة والبقرة والشاة والجارية والفرس والأتان وغيرها؛ لأنه غش وخداع".(٤١)

والتصرية تعد نوعاً من التغرير الفعلي، وقد نهى عنها النبي عليه السلام لما فيها من التدليس وغش المشتري، ويقاس عليها سائر أنواع التغرير بجامع الغش والخداع في كل منها.

ثالثا: الإجماع، وقد ذكره الصـــنعاني حيث قال: "والحديث دليل على تحريم الغش، وهو مجمع على تحريمه شرعا مذموم فاعله عقلا"، وقال في شرح التلقين: "وأما الإجماع فليس بين المسلمين خلاف في تحريم الغش والتدليس في البياعات".(٤٢)

رابعاً: أن التغرير بالمرضى بصوره المتنوعة سبب في إفساد مهنة الطب، وتردي الخدمات الصحية، وهو نوع من أنوع الفساد في الأرض عندما يقوم بعض الممارسين الصحيين باستغلال ظروف الناس وحاجاتهم من أجل تحقيق المكاســب المادية والمنافع الذاتية بطرق غير مشــروعة، والتغرير داخل في هذا الباب؛ لأنه ظلم ومخادعة واحتيال، وأكل لأموال الناس بالباطل.(٤٣)

المطلب الثاني: صور التغرير في المجال الطبي:

يمكن تقسيم التغرير بالمرضى باعتبار وسائله وأساليبه إلى ثلاثة أقسام، وهي: التغرير القولي، والتغرير الفعلي، والتغرير بكتمان الحقيقة.

فأما التغرير القولي: فهو أكثر أنواع التغرير انتشاراً، وأساسه الكذب المتعمد، الذي يراد من خلاله الحمل على الفعل، وهو عبارة عن كل قول وهم يصدر من الممارس الصحي أو ممن يعمل لحسابه، بنية التضليل، يؤدي إلى تصوير الأمر علي غير حقيقته للمرضى، كالوصف الكاذب، والخداع التسويقي والإعلانات

(٤٠) أخرجه البخاري في صـــحيحه (٣/٧٠) واللفظ له في كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة برقم ٢١٤٨، ومســـلم في كتاب البيوع باب تحريم الرجل على بيع أخيه، وســـومه على ســـومه، وتحريم النجش وتحريم التصـــرية، برقم ١٥١٥(٣/١١٥٥). والتصرية: تفعيل من الصرى وهو الحبس يقال صرى الماء إذا حبسه ومنه المصراة وذلك أن يريد بيع الناقة أو الشاة فيحقن اللبن في ضرعها أياما لا يحتلبه ليرى أنها كثيرة اللبن. الفائق في غريب الحديث للزمخشري (٢/ ٢٩٣)

(٤١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/١٦٢).

(٤٢) انظر: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (ص: ٥١٤)، شرح التلقين للمازري (٢/٦١٥).

(٤٣) انظر: تغرير الممارس الصـحي بالمريض ص ٣٨٣. وللاسـتزادة في الأدلة على حرمة التغرير: انظر: المرجع السـابق، والإعلان التجاري في ضـــوء أحكام التغرير، علي الســـروري، مجلة كلية الآداب، ع ٢٥، ص٢٨٣-٢٨٦، التغرير وأثره في العقود ص١٠٠-١٠٣، التغرير بالإعلانات التجارية صـوره وأحكامه في الفقه الإسـلامي، علي غازي، مجلة البحوث والدراسـات الشـرعية، مج ٤ ع٤٠، ص ١٣٠-١٣١.

الطبية المزيفة.

وأما التغرير الفعلي: فهو إحداث فعل في محل العقد ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، وبالتالي فإن كل فعل وهم يصدر من أحد الأطباء بنية التغرير، ويظن معه المريض صحة الأمر، وهو في الحقيقة بخلاف ذلك، يعتبر تغرير، كتغيير اسم وصفة طبية ذات مفعول أقل باسم وصفة أخرى مشهورة أكثر فاعلية، أو استبدال العلامة التجارية الموضوعة على الدواء بأخرى، أو العبث في محتوى المستحضر الطبي، أو إجراء عملية جراحية لا يحتاجها المريض.

وأما التغرير بكتمان الحقيقة: فهو أن يتعمد الممارس الصحي السكوت عن بيان حقيقة ذات تأثير سلبي كان يجب عليه بيانها للمريض، بحيث لو علم بها لما أقدم على هذا العقد، كمن يصرف للمريض مستحضراً طبياً وهو يعلم احتواءه على مكونات مضرة، أو غير صحية، أو غير فعالة، مما قد يتسبب له بمضاعفات مرضية خطيرة.(٤٤)

وفي ضوء هذه الأقسام يمكن عرض أبرز صور التغرير المنتشرة في المجال الطبي، ومنها:

-التغرير بالدعاية والإعلان عن الأجهزة والمنتجات الطبية بما يخالف حقيقتها.(٤٥)

- التغرير بنشر معلومات إعلانية غير صحيحة عن المعالج أو المؤسسة العلاجية أو العلاج.(٤٦)

- تضمين الوصفة العلاجية أنواعا مخصصة من العلاجات التابعة لشركة معينة لا حاجة للمريض بها، لصالح شركة الأدوية.(٤٧)

- إيهام المريض بضرورة إجراء فحوصات تشخيصية غير ضرورية تواطؤاً مع مراكز التشخيص.(٤٨)

---

(٤٤) انظر: تغرير الممارس الصحي بالمريض، أحمد بن محمد الغامدي، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية، العدد ١٨٤، ص ٣٧٨-٣٧٩.

(٤٥) نصت المادة (٣٩) من لائحة رقابة الأجهزة والمنتجات الطبية وقد صدرت هذه اللائحة بقرار مجلس إدارة الهيئة العامة للغذاء والدواء رقم (١ -٨ – ١٤٢٩) وتاريخ (٢٩/ ١٢/ ١٤٢٩هـ)، على التالي: (يجب تجنب التغرير بالمستخدم العادي في المواد الدعائية والإعلانية والمنشورات الموجهة للمجتمع بما في ذلك المعلومات على شبكة الإنترنت).

(٤٦) ورد في أخلاقيات الممارس الصحي (ص ٣٩): "يجب أن تشمل المادة الإعلانية على المعلومات الحقيقية فقط، وألا يكون الإعلان مضللا للجمهور، أو مؤدياً إلى تعريضهم للخطر بأي طريقة كانت، سواء قام بهذا الإعلان بنفسه أو وافق أن تقوم به جهة أخرى".

(٤٧) ورد في أخلاقيات الممارس الصحي (ص ٤١): "تبنى الإجراءات التشخيصية والعلاجية والوقائية وفق حاجة المريض الفعلية ولاعتبارات صحية فقط، لا بسبب علاقة الممارس الصحي أو المنشأة الصحية بالشركة المنتجة".

(٤٨) ورد في أخلاقيات الممارس الصحي (ص ٣٧): "لا يجوز إخضاع المريض لفحوصات أو إجراءات طبية بغرض زيادة أجرة دون مبرر طبي واضح"، وورد في الموضع ذاته: "يحظر أخذ أو إعطاء عمولات مالية أو غيرها عند إحالة الممارس الصحي مرضاه إلى جهة أخرى، أو

- التقليل من حجم الأضرار الصحية مراعاة لمصلحة شركة التأمين.[٤٩]

- تنويم المريض في المستشفى دون حاجة صحية وإنما بغرض التربح من مصاريف الإقامة.[٥٠]

- تضمين النشرات الدوائية معلومات غير صحيحة عن العقار الدوائي.[٥١]

المطلب الثالث: طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض وأثر التغرير عليها:

"إن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية؛ ولذلك قيل عن المسؤولية الأخلاقية للطبيب تبدأ قبل أن تبدأ المسؤولية القانونية، والمريض الذي يسلم أمور جسمه لرعاية الطبيب وعنايته ويضع نفسه كلياً تحت تصرف الطبيب هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة، ما يوجب على الطبيب التزامات خاصة خارج نطاق التقنية الطبية لحمايته وإرشاده... وصفة التزام الطبيب فيها هي التزام ببذل العناية اللازمة والضرورية للمريض وليس التزام بتحقيق الشفاء لأن الشفاء من عند الله".[٥٢]

وإخلال الطبيب بتلك الالتزامات إما أن يكون مصدره العقد فتكون المسؤولية عقدية، وإما أن يكون مصدره العمل غير المشروع والفعل الضار فتكون المسؤولية تقصيرية، وعلى هذا تتنوع المسؤولية الطبية بين أن تكون مسؤولية عقدية، أو مسؤولية تقصيرية، وسنتحدث عن كل منهما:

١- المسؤولية العقدية:

وصف الأدوية أو المستلزمات الطبية وغيرها"، وورد في المرجع ذاته (ص ٤١): "عدم التواطؤ مع المراكز التشخيصية أو العلاجية والقيام بإحالات أو كتابة وصفات غير ضرورية" .

(٤٩) ورد في أخلاقيات الممارس الصحي (ص ٣٩): "أن يتحرى الطبيب الدقة والأمانة في تقدير حجم الأضرار التي وقعت للمريض، وألا يكون هدفه تقليل التعويضات".

(٥٠) ورد في أخلاقيات الممارس الصحي (ص ٣٨): "لا يجوز للمارس الصحي أن يبني قراراته في إدخال المريض إلى المستشفى مثلا أو القيام بأية إجراءات طبية من صرف الأدوية أو الإجراءات التشخيصية أو العلاجية بغرض الربح المادي دون النظر إلى حاجة المريض الفعلية".

(٥١) نصت المادة (٣٦) فقرة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام المنشآت الصيدلانية -وقد صدر الإصدار الأول من هذه اللائحة بالقرار الوزاري رقم (١٢/١/١٠٣٥٤٢) وتاريخ (١٤٢٦/٦/١٨هـ) وتم تعديلها وفق ما هو منصوص عليه في الإصدار الثاني لسنة (١٤٤٠هـ)- على التالي: (يجب أن تكون نصوص البيانات والنشرات الإعلانية الخاصة بالمستحضرات الصيدلانية والعشبية متفقة مع ما تحتويه من مواد وخواص علاجية وفق ما هو محدد في النشرة الخاصة بالمستحضر أو ملخص خواص المستحضر المعتمدة لدى الهيئة العامة للغذاء والدواء).

(٥٢) المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، منصور المعايطة ص ٣٤.

قيام المسؤولية العقدية يفترض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه، أو قام بالتنفيذ على غير الوجه المتفق عليه.

ومحل الالتزام العقدي يتنوع إلى الالتزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة.(٥٣)

أ – الالتزام ببذل عناية: "أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية؛ إذ إنه لا يلتزم بشفاء المريض أو بنجاح الجراحة، وإنما يلتزم بأن يتيح للمريض الإفادة من جميع الوسائل التي يمكن أن تحقق الشفاء في ضوء الأصول الطبية المتعارف عليها، فإذا لم يشفَ المريضُ أو لم تنجح الجراحة – بعد ذلك – يكون الطبيب قد نفذ التزامه؛ لأن وسائل العلم الطبي لا تساعد دائمًا – بصورة يقينية – على معرفة حقيقة المرض، والأدوية المتداولة لا تتيح – على درجة اليقين – تحقيق الشفاء".(٥٤)

وهذا هو المتقرر في الفقه الإسلامي حيث ذكر الفقهاء أن الفصاد والبزاغ والحجام والختَّان لا يضمنون سراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوز الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه، ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط؛ إذ ليس في وسعهم ذلك.

جاء في البحر الرائق:" ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد؛ لأنه التزمه بالعقد فصار واجباً عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان"(٥٥)، وفي الروض المربع:" ولا يضمن أيضًا حجام، وطبيب، وبيطار وختان لم تجن أيديهم إن عرف حذقهم أي معرفتهم صنعتهم؛ لأنه فعل فعلاً مباحاً فلم يضمن سرايته " (٥٦)وفي الدر المختار:" ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسري لا يصح؛ لأنه ليس في وسعه إلا إذا فعل غير المعتاد فيضمن ".(٥٧)

ب – الالتزام بتحقيق نتيجة: "أدَّى تطور الأبحاث والتكنولوجيا في المجال الطبي إلى الحصول على نتائج دقيقة، سواء في تشخيص الحالة، أو تحديد العلاج الذي يؤدِّي إلى شفائها، أو إجراء بعض العمليات الجراحية التي صارت مألوفة بحيث لا تتخلف عنها نتيجتها المقصودة...وحالات فحص نوعية فصائل الدم المختلفة وتقرير ملاءمة نقلها للشخص المحتاج إليها، وكذلك التزام الطبيب بفحوص الزواج والخصائص

(٥٣) ضمان الطبيب، محمد جبر الألفي ص١١.

(٥٤) المرجع السابق ص١٢.

(٥٥) لابن نجيم (٨/ ٣٣)

(٥٦) للبهوتي (٥/ ٣٣٧-٣٣٨)

(٥٧) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٩).

الوراثية لمنع الأمراض الوراثية والتشوهات، ونحو ذلك مما يكون في العرف الطبي ممكنًا ومقدورًا للطبيب، ولا تتخلف نتيجته غالبًا ".(٥٨)

وكذلك في جراحة التجميل فالتزام الطبيب فيها هو التزام بتحقيق نتيجة محددة، فإذا لم تتحقق تلك النتيجة فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن ذلك.(٥٩)

٢- المسؤولية التقصيرية:

هي الجزاء المترتب على الطبيب نتيجة إخلاله بالتزام قانوني، وهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين

وبذلك يتضح أن العقد الذي يربط الطبيب بالمريض هو أساس المسؤولية العقدية، بينما عدم وجود عقد يحول هذه المسؤولية إلى مسؤولية تقصيرية.(٦٠)

وتتضح المسؤولية التقصيرية في الحالات الآتية:

أ -تنعقِدُ المسؤولية التقصيرية للطبيب نتيجةَ مخالفة الأنظمة واللوائح الواجب مراعاتها، كما لو أجرى عملية جراحية لا يسمح لمثله بإجرائها.

ب-وتنعقد مسؤولية الطبيب إذا كان العقد الذي بينه وبين المريض يفتقر إلى أحد الأركان أو الشروط التي تؤثر في كيانه، وأكثر ما يكون ذلك إذا كان المريض قد تعاقد وهو ناقص الأهلية، أو كان تعاقده تحت تأثير غلط أو إكراه أو تدليس أخلَّ بواجب الأمانة في ممارسة العمل الطبي.

ج -وتنعقد كذلك إذا كان الضرر نتيجة الإخلال بالتزام سابق على التعاقد؛ كالتزام الطبيب -قبل التعاقد - بتبصير المريض بخطورة الجراحة التي سوف يجريها له.

د-وتقوم مسؤولية الطبيب التقصيرية -رغم وجود عقد صحيح -إذا شاب التنفيذ سوء النية، كما لو أجرى للحامل عملية قيصرية، ابتغاءَ رفع الأجر، وكان من الممكن توليدها بطريقة عادية.

هـ-وتنعقد مسؤولية الطبيب التقصيرية إذا ترتب على عمله ضرر للغير من عقد صحيح؛ لأن هذا المضرور ليس طرفًا في العقد، فإذا سمح الطبيب لمريضه بالعودة إلى بيته قبل استكمال العلاج النفسي، وترتَّب على

(٥٨) ضمان الطبيب ص ١٢.

(٥٩) المسؤولية الطبية، بدرية حسونة، مجلة العدل س١٢، ج ٣١، ص٢٢٦.

(٦٠) انظر: الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، صالح العتيبي ص ٢٣.

ذلك ضرر بأحد أفراد أسرته –أجنبي عن التعاقد –كان الطبيب مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن ضمان الضرر الذي أصاب الغير.(٦١)

و–إذا أخل بالتزام مصدره مخالفة الأنظمة والتعليمات في المستشفى الحكومي الذي يعمل فيه الطبيب، حيث إن علاقة الطبيب بالمريض في المستشفى الحكومي هي علاقة الموظف بالدولة، وهي علاقة تحكمها الأنظمة والقوانين، ومخالفتها توجب المسؤولية التقصيرية.(٦٢)

ولمعرفة الفرق بين المسؤولية التقصيرية والعقدية نجد أن المسؤولية العقدية تنجم عن الإخلال بتنفيذ المتعاقد لالتزامه أو تنفيذه على وجه معيب، بينما المسؤولية التقصيرية هي إخلال بالتزام نظامي عام لا يتغير وهو عدم إلحاق الضرر بالغير.

إذاً عنصر الضرر عنصر مشترك في الاثنتين، لكن في العقدية مصدره إخلال بالعقد، وإما في التقصيرية فمصدره فعل غير مشروع مخالف للنظام العام.(٦٣)

وبناء عليه نجد أن الطرفين في المسؤولية العقدية اتفقا مسبقاً على الشروط والالتزامات التي تحكم عقدهما، والإخلال به يعد مصدراً للمسؤولية التي تولدت عن مخالفة الرابطة التي نظمها الطرفان.

بينما في المسؤولية التقصيرية الطرفان غريبان عن بعضهما ولا يوجد بينهما اتفاق والفعل الضار هو الذي أدى إلى قيام المسؤولية على ملحق الضرر.

لذا نجد أن الدائن –وهو المريض المغرور– في المسؤولية العقدية لا يطالب بإثبات خطأ المسؤول وعلى المدين – وهو الطبيب–أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام يعود لسبب أجنبي خارج عن إرادته، وأما المسؤولية التقصيرية، فإن الطرف المتضرر يتوجب عليه إثبات خطأ المسؤول ولحوق الضرر به جراء هذا الخطأ.

أثر التغرير على العلاقة بين الطبيب والمريض:

أ –إذا كانت العلاقة بين الطبيب والمريض ناشئة عن عقد بينهما، ولحق المريض ضرر بسبب التغرير الذي شاب هذا العقد، فما حكم هذا العقد؟ هل يقع صحيحاً أم باطلاً؟ وهل يثبت فيه الضمان؟

---

(٦١) ضمان الطبيب للألفي ص ١٥.

(٦٢) المسؤولية المدنية الجنائية في الأخطاء الطبية ص ٣٨.

(٦٣) وقد أخذ المنظم السعودي بالمسؤوليتين التقصيرية والعقدية على الطبيب متى تحققت شروط قيام كل منهما، وهذا ما يتضح جليا من تعريف المنظم للمسؤولية المدنية للطبيب والذي ذكر فيه: "أن الالتزام في عمل الطبيب ينشأ من القوانين المنظمة لمهنة الطب بالإضافة إلى العقد الطبي بين الطبيب والمريض، حيث يلتزم الطبيب بذل العناية الطبية المطلوبة وتقديم العلاج اللازم للمريض، فإذا ارتكب الطبيب أي خطأ طبي ونتج عنه ضرر للمريض فيترتب على ذلك قيام المسؤولية المدنية (تقصيرية أو عقدية) على الطبيب). انظر: هامش الفرع الأول من الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية لنظام مزاولة المهن الصحية ص ١٩.

بداية نذكر أن عقد المعالجة الطبي يدخل ضمن عقد الإجارة وهو المتقرر عند عامة الفقهاء وإن كان الفقهاء المعاصرين والقانونيين اختلفوا في تكييف العقد الطبي: هل هو إجارة أو وكالة أو جعالة أو مقاولة.(٦٤)

والأقرب كونه إجارة، قال الطحاوي:" لا بأس بالاستئجار على الرقى والمعالجات كلها".(٦٥)

وجاء في الفواكه الدواني: "وأما الاستئجار على المداواة في زمن المرض فعلى ثلاثة أقسام: قسم يجوز باتفاق، وهو استئجاره على مداواته مدة معلومة بأجرة معلومة، فإن تمت المدة وبرئ أو لم يبرأ فله الأجرة ".(٦٦)

وفي المجموع:" يجوز أن يستأجر طبيباً يخلع ضرسه؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة، فجاز الاستئجار على فعلها كالختان".(٦٧)

ومن خلال تتبع أقوال الفقهاء عند ذكرهم لصور التغرير والتدليس في العقود نجد أنهم يختلفون في التضمين بين نوعي التغرير الفعلي والقولي على النحو الآتي:

فيرون صحة العقد في التغرير الفعلي وثبوت الضمان فيه، وهو قول الجمهور من الحنفية(٦٨)، والمالكية(٦٩)، والشافعية(٧٠)، والحنابلة (٧١)في الجملة.

دليلهم: القياس على المصراة الواردة في حديث أبي هريرة، فقد روى أبو هريرة أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم –قال: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر» متفق عليه(٧٢).

(٦٤) للاستزادة: انظر: العقد الطبي لقيس بن محمد آل الشيخ مبارك ص ٩٢-١٠٢، وأحكام الإذن الطبي في العمليات الجراحية وأثره لعصام خرخاش ص ٨٢-٨٤.

(٦٥) شرح معاني الآثار (١٢٦/٤).

(٦٦) للنفراوي (١١٥/٢).

(٦٧) المجموع للنووي (٣٣٠/١٥).

(٦٨) انظر: مجمع الضمانات للبغدادي ص٤٥٤، والمبسوط (٨١/١١)، والعناية شرح الهداية للعيني (٢٢٠/٤). لكن قيد الحنفية الضمان بالتغرير بأن يكون في عقد معاوضة أو تضمن اشتراطا أو ضمن الغار صفة السلامة.

(٦٩) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير(١٦٠/٣)، الذخيرة للقرافي (٦٢/٥)، التاج والإكليل(٣٤٩/٦).

(٧٠) انظر: نهاية المحتاج (٧٠/٤-٧١)، حاشية قليوبي (٢٥٩/٢)، العزيز شرح الوجيز (٢٢١/٤).

(٧١) انظر: المغني(٢٠١/٤)، شرح الزركشي على الخرقي(٢٦٧/٣)، المبدع لابن مفلح (٨٠/٤).

(٧٢) سبق تخريجه ص

ووجه الدلالة: أن التصرية تعتبر من التغرير الفعلي وهي في حقيقتها غش وخداع وتغرير، فكان هذا الحديث أصلاً في النهي عن التغرير، وفي صحة العقد وثبوت الخيار للمغرر به؛ لأن النبي ﷺ لم يحكم ببطلان بيع المصراة، وإنما جعل الخيار لمبتاعها، وهو لا يكون إلا في عقد صحيح.(٧٣)

أما التغرير القولي: فيرى الحنفية صحة العقد وعدم ثبوت الخيار وعدم الضمان إلا إذا كان التغرير ضمن عقد أو تضمن اشتراطاً أو ضمن الغار صفة السلامة(٧٤)، وكذلك المالكية لا يرون صحته وثبوت الضمان فيه إلا إذا كان ضمن عقد.(٧٥)

أما الشافعية فيرون صحة العقد وعدم ثبوت الخيار في التغرير القولي، وعدم الضمان.(٧٦)

وأما الحنابلة فيرون صحة العقد وثبوت الخيار في التغرير القولي إذا صاحب ذلك غبن فاحش.(٧٧)

ومن خلال عرض الأقوال يظهر لي–والله أعلم– صحة العقد وثبوت الخيار فيه، ولزوم الضمان على الطبيب الغار سواء كان التغرير فعلياً لقول عامة الفقهاء بثبوته، أو قولياً لأن غالب المانعين من الضمان في التغرير القولي أجازوا ذلك إذا كان التغرير ضمن عقد، والعقد الطبي يدخل ضمن عقد الإجارة.

وقال بعضهم: الغرور القولي لا يستوجب الضمان إلا إذا كان في حال يغلب فيها الصدق عادة ويورث اطمئناناً لكلامه، ويفضي إلى تصديق الغار فيما أشار به، خاصة إذا كان صدر الغرور من شخص اشتهر بصدقه في نصحه.(٧٨)

ولا شك أن ذلك ينطبق على الطبيب والذي تفرض عليه الالتزامات المهنية والأخلاقية أن يكون صادقاً مع المريض ناصحاً له في إجراء الأصلح له، والمريض يسلم نفسه له ثقة واطمئناناً بالتزامه المهني والسلوكي.

ب–أما إذا كانت العلاقة بين الطبيب والمريض ليست ناشئة عن عقد كما في الحالات سبق ذكرها في المسؤولية التقصيرية وثبت التغرير بالمريض وترتب على ذلك ضرر فقد ذكر الفقهاء أن من أسباب الضمان

---

(٧٣) انظر: تغرير الممارس الصحي بالمريض لأحمد الغامدي ص ٣٩٦.

(٧٤) انظر: مجمع الضمانات ص ٤٥٤، المبسوط (٨١/١١).

(٧٥) انظر: حاشية الصاوي (١٦٠/٣)، شرح الخرشي على خليل (٢٦/٧)، حاشية الدسوقي (١١٦/٣).

(٧٦) انظر: نهاية المحتاج (١٠١/٤).

(٧٧) ومن أمثلة التغرير القولي: النجش وهو أن يمدح السلعة، أو يزيد في ثمنها، لينفقها ويروجها، وهو لا يريد شراءها، ليقع غيره فيها. المطلع على ألفاظ المقنع للبعلي ص٢٨١

(٧٨) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ص ١٥٤.

الفعل الضار ويراد به: كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أم بطريق التسبب.(٧٩)

المبحث الثاني: أقسام المسؤولية الطبية وموجباتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقسام المسؤولية الطبية:

المسؤولية الطبية تندرج تحتها ثلاثة أقسام، يمكن أن تصنف فيهما كل أنواع المسؤولية الطبية، وهي:

١-المسؤولية الطبية الأدبية والأخلاقية:

"تتعلق هذه المسؤولية بجملة من المبادئ الأخلاقية المطلوبة من جميع الأفراد، غير أنها في علاقة الطبيب والمريض أشد حرجاً وأهمية، وهي تشمل الصدق والنصيحة وحفظ السر وحفظ العورة والوفاء بالعقد، وتنشأ المساءلة في هذا القسم جراء الإخلال بواحد أو أكثر من هذه المبادئ، مما يؤدي إلى وقوع الضرر أو التسبب فيه، فيوجب هذا الإخلال مساءلة الطبيب وترتب آثار هذه المسؤولية إن ثبت الموجب، ولم يظهر له عذر مبيح".(٨٠)

وقد جاء في المادة (٣١) من اللائحة التنفيذية لنظام مزاولة المهن الصحية في المملكة العربية السعودية ما يؤكد ذلك حيث نصت على الآتي: " مع عدم الإخلال بأحكام المسؤولية الجزائية والمدنية يكون الممارس الصحي محلاً للمساءلة التأديبية إذا أخل بأحد واجباته المنصوص عليها في هذا النظام أو خالف أصول مهنته، أو كان في تصرفه ما يعد خروجاً على مقتضيات مهنته أو آدابها".(٨١)

٢- المسؤولية الطبية المهنية:

"وهذا القسم يتعلق بالنواحي العملية لنفس مهنة الطب، وتتعلق المسؤولية في هذا القسم بإخلال الطبيب بواحد أو أكثر من المبادئ المتفق عليها في عرف المهنة بصورة تؤدي إلى وقوع الضرر على المريض أو التسبب في ذلك.

فالعقد المهني بين الطبيب والمريض يلزم الطبيب بالأصول المهنية المعتبرة بحيث لا بد من أن يكون حاذقاً عالما بطبه (وهذا هو الجانب النظري) ماهر فيه (وهذا هو الجانب العملي)، ومطبقا لهذا العلم والحذق

(٧٩) المرجع السابق ص ٣٤.

(٨٠) الخطأ الطبي مفهومه وآثاره، وسيم فتح الله ص٤، مكتبة صيد الفوائد www.saaid.net

(٨١) ص ٢١، صدر هذا النظام بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٥٩) وتاريخ ١٤٢٦/١١/٤هـ، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٥٠٨٠٤٨٩) وتاريخ ١٤٣٩/١/٢هـ .

والمهارة على أفضل وجه ممكن، فإذا أخل الطبيب بجانب العلم أو المهارة أو الالتزام بهما ونجم عن ذلك وقوع الضرر أو التسبب فيه وقعت المسؤولية الطبية.(٨٢)

٣ -المسؤولية الجزائية (الجنائية):

وهي المسؤولية التي تقع عند مخالفة الشخص لقاعدة عامة (شرعية أو نظامية) آمرة أو ناهية، يرتب عليها الشرع أو النظام عقوبة في حال مخالفتها.(٨٣)

وتتحدد المسؤولية الجزائية للطبيب إذا أخلَّ بواجب أو التزام نظامي أو مهني، وذلك عند قيامه بفعل أو الامتناع عن فعل يعد مخالفًا للقواعد والأحكام الجزائية أو الطبية، وهذه المخالفة قد تقع من الطبيب عن طريق العمد، كما يمكن أن تقع بطريق الخطأ.(٨٤)

المطلب الثاني: موجبات المسؤولية الطبية المتعلقة بالتغرير:

١-موجبات المسؤولية الطبية الأدبية:

يعتبر الطبيب مسؤولاً عن الضرر الحادث للمريض من الناحية السلوكية إذا أخل بالالتزامات الأدبية التي يفرضها العقد مع المريض، ولقد أشرنا إلى هذه الالتزامات التي تشمل الصدق والوفاء بالعقد والنصيحة وحفظ السر وحفظ العورة، وعليه فإن موجبات المسؤولية الأدبية هي: الكذب، والغش وعدم النصح، والامتناع عن الوفاء بالعقد، وإفشاء السر، وهتك العورات، لكن ما يعنينا هو الحديث عن موجبات المسؤولية الأدبية المتعلقة بالتغرير بالمريض وتظهر فيما يأتي:

أ-الكذب:

لا شك أن الصناعة الطبية في تعلقها ببدن الإنسان ونفسه، تستدعي التزام الصدق بين الطبيب والمريض فيكون قوله وخبره موافق للحقيقة والواقع؛ حتى تحصل الثقة والطمأنينة إليه.

وعليه "يحرم على الأطباء أن يخبروا المريض ما يخالف الحقيقة والواقع، ويعتبر كل واحد منهم مسؤولاً عن جميع الأقوال الصادرة عنه، ومتحملا للأضرار المترتبة عليها إذا كذب فيها وترتب على كذبه ضرر ".(٨٥)
ومن أمثلة ذلك :

---

(٨٢) المرجع السابق، الموضع نفسه.

(٨٣) انظر: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، منصور المعايطة بتصرف ص٣٩.

(٨٤) ضمان الطبيب، محمد جبر الألفي، ص ١٧، بحث منشور على شبكة الألوكة www.alukah.net

(٨٥) أحكام الجراحة الطبية، محمد المختار الشنقيطي ص ٣١٢.

إذا كذب الطبيب على مريضه فأخبره أن به مرضاً يستلزم جراحة معينة، وأوهمه بأن الأمر طارئ فاستسلم المريض وأذن للطبيب بالجراحة، ثم ترتب على هذه الجراحة سريان إلى عضو من الجسم أدى إلى تلف هذا العضو، فإذا أقر الطبيب بكذبه أو أقام المريض البينة على كذبه، كان كذب الطبيب هو الموجب للمسؤولية.(٨٦)

وكما لو زعم الطبيب أن حالة المريض تستدعي عمل بعض الفحوصات الطبية، للتأكد من حالته الصحية، وأوهم المريض بأهمية هذه الفحوص، فأقدم المريض على إجرائها، وكلفته كثيراً من المال دون حاجة لذلك، سواء كانت مصلحة الطبيب في أن تتم هذه الفحوص في عيادته الخاصة، أو في المختبر الخاص به، وربما جرى بين الطبيب وصاحب المختبر اتفاق على زيادة مرتاديه.

ولا شك أن في إقدام الطبيب على هذا النوع من الكذب؛ يعد خيانة وغشاً للمريض وتغريراً به، وغشاً للطبيب نفسه، وغشاً لمهنة الطب.

فخيانته للمريض بتغريره له، وخيانته لنفسه؛ بنزوله بها عن مستوى الفضيلة والكرامة إلى منزلة دنيئة وضيعة، وخيانته لمهنته بالإساءة إلى سمعتها، بعد أن أعزته ورفعته وشرفته بالانتماء إليها.(٨٧)

ب-الغش وعدم النصح:

تظهر النصيحة للمريض في إخلاص الطبيب في بذل الجهد لكشف المرض ورسم وتطبيق خطة العلاج مع بذل كل ما يلزم لتحقيق ذلك.(٨٨)

والأصل في هذا قول النبي ﷺ : "الدين النصيحة، قلنا: لمن؟ قال: لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم" .(٨٩)

"فالواجب على الأطباء ومساعديهم القيام بواجب النصح للمرضى، فيشيروا عليهم باختيار الأصلح، والأخف ضرراً، سواء كان ذلك في مهمة الفحص الطبي، أو كان في مهمة الجراحة".(٩٠)

"وعلى الأطباء ومساعديهم أن ينصحوا لمرضاهم ببيان العواقب السيئة المترتبة على بعض المهمات التي يطلب المرضى فعلها؛ حتى يكون المرضى على بينة من أمرهم فإن شاؤوا أقدموا، وإن شاؤوا أحجموا، ومما

(٨٦) الخطأ الطبي مفهومه وآثاره ص ٨.

(٨٧) انظر: التداوي والمسؤولية الطبية، لقيس بن محمد آل الشيخ مبارك ص ٣٥.

(٨٨) الخطأ الطبي مفهومه وآثاره ص ٩.

(٨٩) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، باب بيان أن الدين النصيحة برقم ٩٥(٧٤/١) .

(٩٠) أحكام الجراحة الطبية ص (٣١٦-٣١٧)

يعتبر من الغش ومخالفة النصح الواجب أن يقوم الطبيب بخداع المريض؛ وذلك بتهوين أمر الجراحة وتكاليفها بأسلوب يجذب المريض إلى فعلها مع اشتمالها على الكثير من المخاطر والتكاليف المالية الباهضة".(٩١)

وكما لو أوهم الطبيب امرأة متهيأة للولادة الطبيعية بضرورة إجراء عملية قيصرية مع أن وضعها الصحي لا يستدعي ذلك؛ طمعاً في زيادة تكاليف الولادة ولكون له نسبة في ذلك عند المستشفى الذي يعمل به.

وكذلك لو علم الطبيب بوجود بدائل يمكن بها علاج المريض دون حاجة لإجراء جراحة؛ لكنه لم يخبر المريض بها خشية فوات مصلحته، أو لكون تلك البدائل ليست موجودة في عيادته.

٢ - موجبات المسؤولية الطبية المهنية:

والمراد بموجبات المسؤولية المهنية: الأسباب التي تترتب عليها مساءلة الطبيب ومساعديه من جهة إخلالهم بالالتزامات المقررة عليهم في النظام والمتعلقة بأصول المهنة الطبية، وترتب عليها ضرر بالمريض، وهذه الموجبات منها ما هو ناشئ عن الخطأ، ومنها ما هو ناشئ عن عدم الالتزام بالأصول العلمية للمهنة، ومنها ما هو ناشئ عن الجهل، ومنها ما هو ناشئ عن التعدي وقصد الإيذاء، وسنتحدث عنها في ثلاثة محاور تخص التغرير وهو محور البحث، لذا سيتم استبعاد ما يتعلق بالخطأ لأن التغرير كما سبق تعريفه يختلف عن الخطأ بوجود القصد فيه وسوء النية، أما الخطأ فهو التصرف الذي لم يقصده الإنسان.(٩٢)

أ–عدم إتباع الأصول العلمية للمهنة:

عرفت بعض المصادر الأصول الطبية بقولها: "هي الأصول الثابتة، والقواعد المتعارف عليها نظرياً، وعملياً بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي".(٩٣)

إن لأصول مهنة الطب جانبين، علمي نظري، وعملي تطبيقي، ولكل من الجانبين نوعان من العلوم:(٩٤)

– العلوم الطبية الثابتة:

و هي ما لا ينفك علم الطب عنه من المسلمات كعلم التشريح ووظائف الأعضاء كمعرفة أن الجسم بحاجة

(٩١) المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٩٢) معجم لغة الفقهاء ص ١٩٧.

(٩٣) المسؤولية الجنائية للأطباء، أسامة قايد ص ١٦٠، دار النهضة العربية مصر ط ١٩٨٧.

(٩٤) انظر: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره ص ١٢.

إلى إمداد مستمر بالأكسجين، وأن النزف غير المسيطر عليه يؤدي إلى الموت، فهذه ثوابت عامة معلومة بالضرورة.

- العلوم الطبية المستجدة:

وهي ما تتفتق عنه البحوث العلمية الطبية يومياً من كشف أو نظرية أو علاج جديد ونحوه، وهذه هي التي يصعب ضبطها.

"ولا بد للطبيب من مراعاة أمرين اثنين في هذه العلوم حتى لا تتوجب على المسؤولية، وهذان الأمران هما:

١-أن تصدر هذه العلوم عن جهة علمية معتبرة.

٢-أن يشهد لها أهل الخبرة بالصلاح للتطبيق والممارسة.

فإذا اجتمع هذان الوصفان لزم الطبيب أمر ثالث من جهته هو، ألا وهو تأهله لتطبيق هذه العلوم المستجدة، كأن تكون تقنية جراحية جديدة فلا يبادر إلى تطبيقها دون إشراف أو حضور دورة تدريبية تؤهله للقيام بها، وهذا كله مقرر عند أهل الطب. فإذا راعى الطبيب هذه الأمور، وكان العمل الذي يمارسه معتبراً عند أهل الفن وكان هو مؤهلاً له والتزم بالأصول المتبعة فيه فقد سقطت المسؤولية".(٩٥)

وهذا الذي ذكرناه قد قرره الفقهاء في شروط الممارسة الطبية، فقال الإمام ابن قدامة رحمه الله:

"ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا متطبب، إذا عرف منهم حذق الصنعة، ولم تجن أيديهم وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به، لم يضمنوا بشرطين: أحدهما أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، ولهم بها بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعلا محرماً، فيضمن سرايته، كالقطع ابتداء. الثاني أن لا تجني أيديهم، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا؛ لأنهم قطعوا قطعا مأذوناً فيه، فلم يضمنوا سرايته"(٩٦)

فهذا الذي ذكره رحمه الله يتضمن الجانب العلمي النظري، والذي عبر عنه (بحذق الصنعة)، والجانب التطبيقي العملي، وعبر عنه بقوله (لم تجن أيديهم)، فتبين لنا أن خلاصة الأمر في ثبوت موجب المسؤولية هنا يتعلق بأحد الأمرين التاليين أو بهما معاً:

(٩٥) المسؤولية الجنائية للأطباء ص ١٦٠.

(٩٦) المغني لابن قدامة (٥/ ٣٩٨)

-مخالفة الأصل العلمي المعتبر.

-مخالفة التطبيق العملي المعتبر .

وضابط هذين الأمرين في واقعنا المعاصر ما يطلق عليه (معيار الممارسة الطبية)، ويعرفه البعض بأنه:" الإجراء التشخيصي أو العلاجي الذي يتوجب على الطبيب اتباعه في حالة مريض أو مرض أو ظرف سريري معين"، ومن جهة قانونية هو:"مستوى الممارسة الوسط الذي يتبعه الطبيب عادة في مجتمع معين".(٩٧)

فإذا خالف الطبيب ونحوه هذه الأصول العلمية المهنية بغرض مصلحته، وما يعود عليه من ربح مادي، مغرراً بالمريض بإجراء ما لا حاجة له، به وترتب على ذلك ضرر به، فإنه سيكون معرضاً للمساءلة المهنية عن الإخلال بأصول المهنة العمية أو العملية ويلزم بتعويض الضرر.

وقد ذكر الفقهاء قاعدة بديعة في هذا الباب وهي: (سراية الجناية مضمونة بالاتفاق، وسراية الواجب مهدرة بالاتفاق)(٩٨)، أي أن الطبيب إذا التزم بأصول المهنة العلمية والعملية وترتب على علاجه سراية ضرر فإنه لا يتحمله، لأنه قام بفعل مأذون فيه شرعاً ولم يتعد، كما نص على ذلك ابن قدامة فيما سبق حيث قال: " فإذا وجد هذان الشرطان. لم يضمنوا؛ لأنهم قطعوا قطعا مأذوناً فيه، فلم يضمنوا سرايته".(٩٩)

ومفهوم تلك القاعدة أن مخالفة هذين الشرطين موجب للضمان لأنه غير مأذون فيه شرعاً.

ومن أمثلة التغرير في هذا الباب:

تم فحص مريضة بالأشعة الصوتية –تبلغ من العمر خمسة وأربعين عاماً –بعد تركيب اللولب، ووجدت الطبيبة أوراماً ليفية بأحجام متفاوتة، وهي لا تشتكي من أعراض، فأشارت عليها الطبيبة بضرورة استئصال هذه الأورام، فأجرت العملية، مع أن التوصيات المثبتة بالبراهين الطبية العلمية أن مثل هذه الحالة لا تحتاج لتدخل جراحي لما يحمله من خطورة، وقد تضطر لاستئصال الرحم، وكان الدافع من توصية الطبيبة الاستفادة من المردود المادي للعملية. (١٠٠)

(٩٧) الخطأ الطبي مفهومه وآثاره ص١٣، وانظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٢٦-٣٢٧.

(٩٨) انظر: الحاوي للماوردي (١٢٥/١٢)، المغني (٨/ ٣٤١)، الطب النبوي لابن القيم ص ١٠٤.

(٩٩) المغني (٣٩٨/٥) .١٢٥).

(١٠٠) أفادت بذلك د. فاطمة الجعوان استشارية النساء والولادة، ومديرة الشؤون الفنية بإدارة حقوق المرضى.

وكما لو اتفق الأطباء على أن هذا المرض يكفي في علاجه استخدام الحقن والأدوية الطبية، ولا يحتاج لتدخل جراحي، لكن أوهم الطبيب المريض بضرورة التدخل الجراحي لأجل الربح المادي؛ فلا شك أن في ذلك غش وتغرير بالمريض يخالف أصول المهنة الطبية ويوجب المساءلة.

وكما لو خرج الطبيب عن الأصول العلمية من الناحية النظرية عند أهل الاختصاص، ومن أمثلة هذه الحالة الجراحة الملغاة، وهي الجراحة التي جرى العمل بها حقبة من الزمن ثم ألغيت بسبب وجود البديل عنها[١٠١]، فهذه الجراحة إذا قام بها الطبيب مع علمه بإلغائها وإمكان قيامه بالبديل عنها، لكنه عدل عنها ابتغاء زيادة التكلفة المادية، فإنه يعتبر مخالفاً لأصول المهنة من الناحية النظرية ويستوجب مساءلته في حالة حدوث الضرر بالمريض.

ب-الجهل:

إن ممارسة الطب مع الجهل موجبة للضمان سواء أكان الجهل كلياً ، كأن يقوم ممرض أو عامي بممارسة الطب والتطبيب، أم كان جهلاً جزئيا كأن يقوم طبيب باطني بإجراء جراحة في العيون.
يعتبر هذا الموجب من أشنع موجبات المسؤولية الطبية بعد العمد؛ وذلك أن الطبيب الجاهل قد أقدم على نفوس المرضى وأرواحهم بما فيه تغرير ومخاطرة؛ كما أن المتطبب لم يحصل على إذن من المريض بعلاجه، وبذلك يكون المتطبب قد جمع بين أمرين محرمين، يكفي واحد منهما في تضمينه ومعاقبته.
وضابط الجهل في واقعنا المعاصر يتمثل في الإخلال بمتطلبات الطبيب من حيث كونه مؤهلاً علمياً وعملياً بحيث يحمل الشهادة في تخصصه الطبي، ويحمل ترخيص المزاولة في هذا التخصص.[١٠٢]

وقد اتفق الفقهاء على تضمين الطبيب الجاهل ما تسبب في إتلافه وتغريره بالمريض. وقد نقل الإجماع على ذلك ابن رشد رحمه الله حيث قال: (ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن، لأنه متعد، وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب من أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن")[١٠٣].
وجاء في معالم القربة :" والطبيب هو العارف بتركيب البدن ومزاج الأعضاء والأمراض الحادثة فيها وأسبابها

(١٠١) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٢٥.

(١٠٢) انظر : الخطأ الطبي مفهومه وآثاره ص ١٤، والمسؤولية الطبية بين القانون والشريعة لرسمية شمسو ص ٣٤.

(١٠٣) بداية المجتهد (١٠٠/٤). والحديث أخرجه أبو داود في سننه (٤/ ١٩٥) واللفظ له في كتاب الديات، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت برقم ٤٥٨٦، والنسائي في السنن الكبرى (٣٧٨/٦) في كتاب القسامة، باب تضمين المتطبب، برقم ٧٠٣٩، وابن ماجة في سننه (١١٤٨/٢) في كتاب الطب، باب من تطبب ولم يعلم منه طب برقم ٣٤٦٦، وحسنه الألباني في صحيح الجامع (١٠٥٩/٢).

وأعراضـــها وعلامتها والأدوية النافعة فيها، والاعتياض عما لم يوجد منها والوجه في اســـتخراجها وطريق مداواتها بالتســـاوي بين الأمراض والأدوية في كمياتها ويخالف بينها وبين كيفياتها، فمن لم يكن كذلك فلا يجعل له مداواة المرضـــى، ولا يجوز له الإقدام على علاج يخاطر فيه، ولا يتعرض لما لا علم له ...وينبغي أن يكون لهم مقدم من أهل صناعتهم، فقد حكي أن ملوك اليونان كانوا يجعلون في كل مدينة حكيما مشهورا بالحكمة، ثم يعرضـون عليه بقية أطباء البلد فيمتحنهم فمن وجده مقصـراً في علمه أمره بالاشـتغال وقراءة العلم ونهاه عن المداواة"(١٠٤).

وقد جاء في المادة الثانية من نظام مزاولة المهن الصحية ما يؤكد ذلك حيث جاء فيه:" أ-يحظر ممارسة أي مهنة صحية، إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الوزارة ب-يشترط للترخيص بمزاولة المهن الصحية ما يأتي: ١-الحصول على المؤهل المطلوب للمهنة من أي كلية طبية أو كلية صيدلة أو كلية علوم طبية تطبيقية أو كلية صحية أو معهد صحي، أو مؤهلات أخرى مطلوبة لمزاولة مهن صحية تعترف بها الهيئة، أو الحصول على شهادة من الخارج تعترف بها الهيئة".(١٠٥)

وقد ذكر الشيخ "عبد الرحمن الحسيني" -نائب رئيس الهيئة الصحية الشرعية في محافظة جدة- في معرض الحديث عن الغش في تزوير الشهادة الطبية حيث قال "أنه ليس بالضرورة أن يكون التزوير حقيقياً، حيث لم أقف من خلال القضايا المعروضة علينا بالهيئة الصحية الشرعية على تزوير حقيقي للشهادة الطبية، ولكن هناك صور للتزوير المعنوي للشهادة مثل استقدام الأطباء من بعض البلدان ويكون تخصصه غير موافق لمعايير هيئة التخصصات الصحية في المملكة، وعندها ترفض الهيئة قبولها وفقاً لما لديها من ضوابط واشتراطات من يعمل في هذه المهنة"، مشيراً إلى أن بعض المنشآت الصحية تقوم مع الأسف بالالتفاف على هذه الضوابط والتهاون بهذه الاشتراطات، وتقدم للجمهور طبيباً مرموقاً حائزاً على الشهادات التي لا تعترف بها هيئة التخصصات الصحية في المملكة، ذاكراً أنهم وقفوا في الهيئة الصحية الشرعية على أخطاء طبية فادحة قام بها أحد الأطباء المستقدمين، وتبين بعد المرافعة أن تعليمه وشهادته وخبرته العملية هي التي قادته إلى الوقوع في هذا الخطأ، كما أن هناك من الأطباء من درس في تخصص طبي معين، إلاّ أنه باشر اختصاصات طبية أخرى لا شأن له بها.(١٠٦)

(١٠٤) معالم القربة في طلب الحسبة (ص: ١٦٦).

(١٠٥) ص ٤.

(١٠٦) جريدة الرياض، السبت ٣٠ ربيع الأول ١٤٣٢هـ، ٥ مارس٢٠١١م، العدد ١٥٥٩٤.

ج – الاعتداء:

يتصور وقوع الاعتداء في سياق الممارسة الطبية من جهتين:

١-الاعتداء قصداً.

٢-التطبيب بدون إذن المريض أو وليه أو من له ولاية عامة أو خاصة.

وفيما يلي تفصيل ذلك وتوضيح ما يتعلق بالتغرير(١٠٧):

أ -الاعتداء قصداً:

والمراد بذلك هو الإقدام على فعل ما يوجب الضرر بالمريض مع قصده، و التغرير في هذا الجانب قد يكون دافعه أحد أمرين:

١-أن يكون دافعه الجناية العمد العدوان بقصد إهلاك المريض، أو إتلاف أحد أطرافه، أو منافعه؛ لثأر بينهما، أو لمصلحة تعود عليه من وفاة المريض، وهذا نادر ولكنه قد يقع، وهذا من أشنع الموجبات؛ لما يتضمنه من الاستهتار بحرمة الأجساد والأرواح؛ واستهانة بما متعهم الله به من حرمة وكرامة، واستخفاف بثقة المرضى بهم ولجوئهم إليهم لدفع الضرر عنهم؛ ولصعوبة إثباته لارتباطه بالقصد الباعث على فعل جنايته.

والغالب في الأطباء السلامة والبعد عن هذا الموجب الذي لا يتخلق به إلا أصحاب النفوس الدنيئة التي لا تخاف الله، ولا ترعى حدوده ومحارمه، وهذا ما جعل الفقهاء يتشددون في قبول تهمة العمد على الطبيب؛ لأنها خلاف الأصل، فقد قال الشيخ الزرقاني رحمه الله:(...لأنه إنما قصد نفع العليل أو رجا ذلك والأصل عدم العداء إن ادعى عليه".(١٠٨)

٢- أن يقصد الطبيب فعل الجراحة أو صرف الدواء ونحوه لأجل مصلحته الشخصية دون مراعاة لمصلحة المريض، لكنه لا يقصد إهلاك المريض أو إتلاف منافعه أو أطرافه، وإن كان يظن أن هناك بعض الضرر البدني أو المالي من المهمة التي قام بها من فحص أو جراحة، فهذا بلا شك اعتداء يخالف الأخلاقيات الطبية وأصول المهنة العلمية والعملية، لكنه لا يدخل في العمد لأنه قصد الفعل لكنه لم يقصد النتيجة وهي هلاك المريض أو تلف أحد منافعه أو أطرافه، وربما يقال بدخوله في شبه العمد؛ لأن

(١٠٧) انظر: الخطأ الطبي مفهومه وآثاره ص ١٦، أحكام الجراحة الطبية ص ٣٢٩، التداوي والمسؤولية الطبية ص ١٥١.

(١٠٨) شرح الزرقاني على مختصر خليل (٨/ ٢٠٣).

العمد عند الفقهاء : أن يقتله بما يغلب على الظن موته به.[١٠٩] ، أما شبه العمد: فهو أن يقصد الفعل بما لا يقتل غالباً.[١١٠]، وإذا تقرر أنه شـــبه عمد فيتوجب على الطبيب ونحوه موجب تلك الجناية وهي الدية المغلظة والكفارة وغيرها من العقوبات النظامية وسيأتي ذكرها.

ب-التطبيب بدون إذن المريض او وليه:

وصورة المسألة أن يقوم الطبيب بعمل تشخيصي أو علاجي بدون أخذ إذن المريض، فإذا ترتب على هذا الفعل وقوع الضرر وثبت أن الطبيب لم يكن مأذونا له بالتصرف فإنه يضمن وتجب مساءلته، إلا في حالات استثنائية، وهذه الحالات الاستثنائية هي حالات الطوارئ التي لا يسمح فيها الوقت باستئذان المريض ويغلب على الظن هلاك المريض أو تلف عضو منه بالتأخر في التطبيب.

وبتأمل صور التغرير بالمريض في المجال الطبي نجد أنه لا يوجد فيها إذن من المريض أو من يقوم مقامه ذلك أن المريض سلم نفسه لرعاية الطبيب وعنايته، مما يوجب على الطبيب التزامات خاصة، وصفة التزام الطبيب فيها هي التزام ببذل عناية وجهود صادقة ويقظة ومتفقة مع الأصول العلمية المقررة، وليس التزام بتحقيق الشفاء لأن الشفاء من عند الله.[١١١]، لكن الطبيب الغار لم يلتزم بذلك وإنما راعى مصلحته الشخصية دون مصلحة مريضه، الذي لو علم بذلك لما أذن له في المهمة التي قام بها، فهو إنما أذن له بإجراء ما فيه مصلحة له، وثقة بتنفيذه ما يتوجب عليه من مراعاة للأصول العلمية والعملية التي تقتضيها مهنته.

قال الشـــافعي رحمه الله:" وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصـــلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصـــناعة فلا ضـــمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعل مثله من أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن"،[١١٢] فيرى الشافعي رحمه الله أن علة رفع

(١٠٩) سواء كان بمحدد او غير محدد، وخالف الحنفية في ذلك فاقتصروا على المحدد وذكروا أن المثقل ليس من العمد. انظر: الاختيار لتعليل المختار للموصلي(٥/٢٥)، وشرح مختصر خليل للخرشي (٨/٧)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (٨/ ٣٧٦)، والمبدع لابن مفلح (٧/١٩١).

(١٠٦) انظر: المراجع السابقة ، لكن خالف المالكية في ذلك فلم يقولوا بشبه العمد ، وإنما يلحقونه بالعمد في قول ، وفي قول يلحقونه بالخطأ . حاشية الدسوقي (٤/٢٤٢).

(١٠٧) المسؤولية المدنية والجنائية عن الأخطاء الطبية ص ٣٤، وقد جاء في المادة السادسة والعشرين من نظام مزاولة المهن الصحية في المملكة ص ١٩ :(التزام الممارس الصحي الخاضع لأحكام هذا النظام هو التزام ببذل عناية يقظة تتفق مع الأصول العلمية المتعارف عليها).

(١١٢) الأم للشافعي (٦/ ١٨٥).

المسؤولية عن الطبيب أن يكون فعله بإذن المجني عليه، وأن يقصد صلاح المفعول به ولا يقصد الإضرار به، وأن يكون فعله موافقاً لما يقوله أهل العلم بصناعة الطب، وإذا انتفت هذه الشروط وجبت عليه المسؤولية.

٣ – موجبات المسؤولية الجزائية الجنائية:

سبقت الإشارة إلى أن المسؤولية الجزائية للطبيب تجب إذا أخلَّ بواجب أو التزام نظامي أو مهني، وذلك عند قيامه بفعل أو الامتناع عن فعل يعد مخالفًا للقواعد والأحكام الجزائية أو الطبية، وهذه المخالفة قد تقع من الطبيب عن طريق العمد، كما يمكن أن تقع بطريق الخطأ.

ولما كان التغرير لا يكون إلا عن قصد وسوء نية فسيتم استبعاد صور الخطأ، ونكتفي بصور العمد وهي نادرة، أو شبه العمد ولعلها تنطبق على الغالب في صور التغرير، ومما يوجب المسؤولية الجزائية أيضاً ويعد من باب التغرير:

تخلف إذن ولي الأمر بمزاولة المهنة، ويمثل ولي الأمر في منح الإذن بمزاولة المهنة وزارة الصحة، بحيث يتقدم الطبيب إلى وزارة الصحة بطلب الحصول على إذن لممارسة مهنته كطبيب، وإذا رأت الإدارة المختصة بالوزارة أن المتقدم مؤهل لممارسة المهنة فإنها تمنحه الإذن لمعالجة المرضى.[١١٣]

ولذا نجد الإمام مالك يحبذ أن تكون ممارسة العمل الطبي مشروطة بإذن الإمام، حيث قال:" وأرى للإمام أن لو نهى هؤلاء الأطباء عن الدواء إلا طبيباً معروفاً"،[١١٤] وقال في موضع آخر: "وإني لأحب للإمام أن يتقدم إلى هؤلاء الأطباء في قطع العروق وما أشبهه، ألا يقدم أحد منهم على عمله إلا بإذنه"[١١٥]

ولا يوجد من الفقهاء من نص على إيجاب الضمان عند تخلف إذن ولي الأمر إلا ابن رشد حيث قال:"من مات من سقي طبيب أو ختن الحجام أو تقليعه ضرساً لم يضمنه إن لم يخطآ في فعلهما إلا أن ينهاهما الحاكم عن القدوم على ذي غرر إلا بإذنه، فمن خالفه ضمن في ماله".[١١٦]

وقد جاء في المادة الثامنة والعشرون من نظام مزاولة المهن الصحية في المملكة ما يمثل بعضاً من موجبات المسؤولية الجزائية سأذكر منها ما يخص التغرير وهي:[١١٧]

---

(١١٣) انظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص٢١٢-٢١٣.

(١١٤) البيان والتحصيل لابن رشد ٠ ٣٦٨/٩).

(١١٥) المرجع السابق (٣٤٨/٩).

(١١٦) التاج والإكليل لمختصر خليل (٨/ ٤٣٩)، المختصر الفقهي لابن عرفة (١٨/١٠).

(١١٧) ص ٢٠.

١-مزاولة المهن الصحية دون ترخيص.

٢-تقديم بيانات غير مطابقة للحقيقة، أو استعمال طرقاً غير مشروعة كان من نتيجتها منحه ترخيصاً بمزاولة المهن الصحية.

٣-استعمال وسيلة من وسائل الدعاية، يكون من شأنها حمل الجمهور على الاعتقاد بأحقيته في مزاولة المهن الصحية خلافا للحقيقة.

٤-انتحال لقب من الألقاب التي تطلق عادة على مزاولي المهن الصحية.

٥-وجود آلات أو معدات لديه مما يستعمل عادة في مزاولة المهن الصحية، دون أن يكون مرخصاً له بمزاولة تلك المهن أو دون أن يتوفر لديه سبب مشروع لحيازتها.

٦-مخالفة أحكام بعض المواد ومنها:

المادة السابعة فقرة ب "يجب على الممارس الصحي ألا يمارس طرق التشخيص والعلاج غير المعترف بها عملياً أو المحظورة لا المملكة" ، المادة التاسعة" أ- يجب أن يستهدف العمل الطبي دائماً مصلحة المريض وعلى الممارس الصحي أن يبذل جهده لكل مريض ب- لا يجوز للممارس الصحي من غير حالة الضرورة أن يقوم بعمل يجاوز اختصاصه وإمكاناته"، والمادة الرابعة عشر "يحظر على الممارس الصحي ما يأتي: استخدام غير المرخص لهم من ذوي المهن الصحية أو تقديم مساعده لأي شخص يمارس مهنة صحية بصورة غير شرعية (و) استخدام أجهزة كشف أو علاج محظورة في المملكة" ، والمادة التاسعة عشر "يجب ألا يجري أي عمل طبي لمريض إلا برضاه أو موافقة من يمثله أو ولي أمره إذا لم يعتد بإرادته..، والمادة السابعة والعشرون، رقم ٣"الجهل بأمور فنية يفترض فيمن كان في مثل تخصصه الإلمام بها".(١١٨)

المبحث الثالث: أدلة إثبات موجبات المسؤولية الطبية، والجهة المسؤولة عن تحمل موجب ذلك، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أدلة إثبات موجبات المسؤولية الطبية:

تفتقر الدعوى المتضمنة لما يوجب المسئولية إلى وجود الدليل الذي يشهد بصحتها وثبوتها، وهذا مبني على الأصل الذي قررته الشريعة الإسلامية من أن الدعاوى لا تقبل مجردة عن الأدلة التي تثبتها. وفي الصحيح

(١١٨) نظام مزاولة المهن الصحية ص ٩-٢٠.

من حديث ابن عباس –رضي الله عنهما –أن رسول الله –صلى الله علية وسلم –قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال، وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[١١٩]. وفي رواية للبيهقي وغيره: (ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[١٢٠]. وعليه فإنه يعتمد في إثبات موجب المسؤولية على أدلة الإثبات الشرعية، ومنها:

١– الإقرار وهو أقوى الأدلة؛ لكونه شهادة من الإنسان على نفسه وهو أعلم بها من غيره، والإقرار حجة كاملة يثبت القاضي الحكم استناداً إليها ولو رجع عن إقراره أو إنكاره مادام مرتبطا بحق آدمي، وفي ذلك يقول الإمام ابن فرحون رحمه الله:" لو أقر أحد الخصمين عند القاضي، فحكم عليه مستنداً لإقراره، ثم أنكر أن يكون أقر، مضى ذلك الحكم، ولا يفيد الخصم إنكاره، هذا هو المشهور"[١٢١] ويعتبر القاضي في إقرار الطبيب ما ينبغي اعتباره من توفر شروط أهليه المقر.[١٢٢]

وتحتاج هذه الوسيلة إلى جرأة من قبل الأطباء ومن في حكمهم خاصة وأن الحصول على إقرار من الطبيب بارتكابه للخطأ الطبي غير متحصل في عالم الطب؛ ويرجع الأمر في ذلك إلى الخوف من تحمل تبعات المسؤولية عما يترتب من أضرار للمريض، فيلجأ الأطباء إلى إخفاء الخطأ الطبي وعدم الاعتراف به.[١٢٣]

وإذا كان الأمر كذلك فيما يصنف كخطأ طبي فإن الأمر أشد صعوبة في إثبات التغرير الطبي لأنه عن قصد وسوء نية، فلا يتصور إقرار الطبيب بما يدينه ويوجب مساءلته وعقوبته الجنائية.

٣–الشهادة: وهي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة[١٢٤]، وتعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات الحقوق وتوثيقها، ويختلف العدد والجنس المطلوب فيها للإثبات بحسب الغرض المطلوب فإثبات موجبات الحدود والقصاص –غير الزنا– تثبت بشهادة رجلين عدلين، أما ما يراد به العوض المالي فيقبل فيه

(١١٩) أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن، باب إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم ، برقم ٤٥٥٢(٣٥/٦)، ومسلم في كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه ،برقم ١٧١١(١٣٣٦/٣).

(١٢٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى(٤٢٧/١٠) في كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر، برقم ٢١٢٠١.وحسن إسناده النووي في شرحه على مسلم (٣/١٢)، وصححه الألباني في الإرواء(٣٠٧/٨).

(١٢١) تبصرة الحكام (٤٨/٢)

(١٢٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٣١، والتداوي والمسؤولية الطبية ٢٨٥، المسؤولية القضائية الشرعية في قضايا المسؤوليات الطبية، لؤي الراشد ص ٣٩.

(١٢٣) انظر: إثبات الخطأ في الفقه الإسلامي، هدى فرج أبو إسماعيل ص ٦٧.

(١٢٤) العناية للبابرتي (٣٦٤/٧).

شهادة رجلين أو رجل وامرأتان[١٢٥]، ولا تقبل شهادة النساء منفردات إلا فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة والرضاع وعيوب النساء.[١٢٦]

ويتخرج على القول بقبول شهاد النساء منفردات، قبول شهادة الممرضات فيما نص الفقهاء على قبول شهادتهن فيه في المواضع التي لا يطلع غيرهن عليه كما هو الحال في أثناء العمل الجراحي[١٢٧].

وينبغي على القاضي أن يراعي في الشاهد ما ينبغي مراعاته من الشروط المعتبرة لقبول الشهادة، خاصة فيما يرجع إلى شرط انتفاء التهمة فقد يشهد الممرضون والممرضات على الطبيب الجراح أو على أخصائي التخدير بأمر يتضمن إثباته دفع الضرر عنهم[١٢٨]، وفي هذه الحالة ينبغي رد شهادتهم على الأصل المقرر من عدم اعتبار الشهادة في حال وجود التهمة المؤثرة فيها[١٢٩].

وفي اعتبار ذلك في شهادة الأطباء نص عليه بعض الفقهاء حيث جاء في حاشية الرملي ما نصه: "من يطبب ولا يعرف الطب فتلف شيء ضمن، ويعرف ذلك بقول طبيبين عدلين، غير عدوين له ولا خصمين" [١٣٠]فنص رحمه الله على اعتبار العدد والعدالة وانتفاء التهمة.[١٣١]

ويجوز قبول شهادة الطبيب الكافر عند الإمام مالك، وقد ذكر ابن القيم وابن تيمية –رحمهما الله–قبول شهادة الكافر على المسلم عند الضرورة في الحضر والسفر.[١٣٢]

٣–الخبرة: والمراد بها: إخبار الخبير عن حقيقة أمر لا يمكن التوصل إلى معرفته إلا عن طريق أهل الاختصاص، فحقيقة ما يعرض على جسم المريض لا يعرفه ويحدد حجمه وخطره إلا الطبيب المختص.[١٣٣]

---

(١٢٥) انظر: العناية (٣٦٩/٧-٣٧٢)، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٤، أسنى المطالب (٣٦٠/٤-٣٦٢)، عمدة الفقه لابن قدامة ص ١٥١.

(١٢٦) انظر: المراجع السابقة، وخالف في الرضاع أبو حنيفة فلم يجز شهادة النساء منفردات بل رجل وامرأتان لأنه مما يطلع عليه الرجال المحارم فلا ضرورة. انظر: الاختيار لتعليل المختار (١٤١/٢)

(١٢٧) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص ٣٣١.

(١٢٨) المرجع السابق.

(١٢٩) انظر في اشتراط انتفاء التهمة: النتف في الفتاوى للسغدي (٧٩٨/٢-٨٠١)، القوانين الفقهية ص٢٠٣، روضة الطالبين (٢٣٤/١١-٢٤١)، الكافي لابن قدامة (٢٧٦/٤-٢٧٨).

(١٣٠) حاشية الرملي بهامش أسنى المطالب (٤٢٧/٢).

(١٣١) أحكام الجراحة الطبية ص ٣٣٢.

(١٣٢) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٦٠.

(١٣٣) انظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص ٢٨٩.

وهي الطريقة التي يمكن بها معرفة خطأ الطبيب إذ الخبراء هم الأشخاص ذو الدراية والمعرفة القويمة والتي يمكن بها الاعتماد على رأيهم في تحديد خطأ الطبيب من عدمه، وهي وسيلة علمية ولا تتعلق بالوقائع، كأن يقول إن الدواء الذي وصفه الطبيب لمريض بمثل حالة هذا لا يناسبه، حسبما دلته عليه خبرته ومعرفته بالطب.(١٣٤)

وقد نص أهل العلم على الرجوع للخبير، حيث قال الشافعي –رحمه الله–في معرض الحديث عن خطأ المقتص من الجاني:"..سئل أهل العلم فإن قالوا قد يخطئ بمثل هذا سئل فإن قال: أخطأت ، حلف ولا قصاص عليه، وتحمل عنه عاقلته، وإن قالوا لا يخطئ بمثل هذا فللمستقاد منه القصاص بقدر الزيادة" (١٣٥) فاعتبر رحمه الله قول أهل الخبرة في تحديد نوع الجناية وتمييز العمد فيها عن الخطأ.

وفي ذلك يقول ابن القيم –رحمه الله–:"ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب، كالموضحة وشبهها، وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار. فتقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره. نص عليه أحمد. ".(١٣٦) فبين رحمه الله الرجوع لشهاد الطبيب فيما يختص بمعرفته أهل الطب لخبرتهم في ذلك.

وتختلف شهادة أهل الخبرة عن الشهادة المتعلقة بشخص معين، فالمشهود عليه من قبل أهل الخبرة ليس أمراً خاصاً بشخص معين وإنما أمر عام بجميع الناس، فالطبيب الخبير يشهد على أمر ما دلته عليه خبرته ومعرفته بالطب شهادة عامة كأن يقول: هذا الدواء الذي يستعمله المريض لا يناسب مرضه بحال، أو يقول: إن الجراحة لم تقع على أصول المهنة الطبية ونحو ذلك من الملاحظات التي يخبر بها الطبيب خبراً عاماً لا يتعلق بشخص معين، ولذا اشترط الفقهاء في الشهادة أن تكون من اثنين لمكان التهمة، واكتفوا بقول شاهد واحد من أهل الخبرة ، لأنه لا يتصور منه معاداة جميع الخلق.(١٣٧)

ولذلك ذكر ابن القيم رحمه الله فيما سبق قبول شهادة الطبيب الواحد وأنها كافية في إثبات الحكم إذا لم يوجد غيره.

وإذا اختلف الخبراء في شهادتهم يعمل بقول الأكثرية، أما لو استووا فتقدم شهادة المثبتين لموافقته لأصول المهنة؛ وذلك لأن الشهادتين تضمنتا إثباتاً ونفياً، والإثبات مقدم على النفي، ثم إن شهادة المثبتين موافقة للأصل الموجب لبراءة الطبيب وشهادة الآخرين مخالفة له فرجحت شهادة الإثبات على النفي.

---

(١٣٤) الإذن فبي إجراء العمليات الطبية احكامه وأثره في ضمان الخطأ الطبي، هاني الجبير ص ١٣٣.

(١٣٥) الأم (٦/٦٤).

(١٣٦) الطرق الحكمية ص ١١١.

(١٣٧) انظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص٢٩٠.

جاء في مجمع الضمانات:" الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءها لا يضمن كالختان إلا إذا غلط فإن قال رجلان: إنه ليس بأهل وهذا من خرق فعله، وقال رجلان: هو أهل لا يضمن "[١٣٨].

وأما إن اكتمل نصاب أحد الشهادتين دون الأخرى فتقدم الشهادة التي اكتمل نصابها، لذلك جاء في مجمع الضمانات في تمام المسألة السابقة:" وإن كان في جانب الكحال واحد وفي جانب الآخر اثنان ضمن الكحال". [١٣٩]

أما إن اختلفت أقوال الشهود واضطربت أقوالهم فإنها تسقط شهادتهم وتلغى.[١٤٠]

٤-الكتابة: والمراد بها المستندات الخطية والتقارير الموجودة في سجلات المستشفيات، إذ يستند على ما دون فيها في معرفة تفاصيل الإجراءات المتبعة، كمعرفة ما تم اتخاذه حيال المريض، ومعرفة واقعه من ملفه الطبي، والفحوصات التي تمت له وما يترتب عليها، والتحقق من إذنه وشرح المضاعفات المحتملة له ونحو ذلك. [١٤١]

فتعتبر حجة في حال العثور عليها في سجلات المستشفيات فإذا وجد بها ما يوجب مؤاخذة الأطباء ومساعديهم فإنها تعتبر مستنداً شرعياً، مالم يقم الأطباء ومساعدوهم الدليل على تزويرها أو العبث في مضمونها.

وبالنظر على الواقع فإن هذه الوسيلة لا تخلو من صعوبات تعتري مهمة الحصول عليها بكل صدق وأمانة، حيث أن فرضية التلاعب بها من قبل الطبيب أو المستشفى الذي يعمل به قائمة، وقد يكون السبب في ذلك الرغبة في إخفاء الخطاء وما ينتج عنها نفياً للمسؤولية وتهرباً منها مما يزيد الأمر صعوبة على المريض، ويضعف تأثير تلك الوسيلة في إثبات الخطأ الطبي.[١٤٢]

٥ –القرائن والدلائل والعلامات الواضحة، والقوية البالغة درجة اليقين، كنتائج التشريح، والفحص الطبي، ووسائل التقنية الحديثة كآلات التصوير أو التسجيل، وكشوفات الحسابات البنكية، وغير ذلك.[١٤٣]

---

(١٣٨) ص ٤٨.

(١٣٩) المرجع السابق.

(١٤٠) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٣٣-٣٣٤، والتداوي والمسؤولية الطبية ص ٢٩٤-٢٩٥.

(١٤١) المسؤولية القضائية الشرعية في قضايا المسؤوليات الطبية، لؤي بن يوسف الراشد ص ٣٩.

(١٤٢) انظر: إثبات الخطأ في الفقه الإسلامي، هدى فرج أبو إسماعيل ص ٧١.

(١٤٣) تغرير الممارس الصحي بالمريض ص ٣٩١، وللاطلاع على حكم العمل بالقرائن في الفقه الإسلامي، ينظر على سبيل المثال: القضاء بالقرائن المعاصرة لعبد الله العجلان، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي لإبراهيم الفايز، القضاء بالقرائن والأمارات في الفقه الإسلامي لعبدالعزيز الدغيثر.

ومما تنبغي الإشارة إليه أنه لا بد من إثبات الرابطة السببية بين الخطأ والضرر الواقع على المريض لتتحقق بذلك شروط المسؤولية الطبية، إذ أنه قد يقع خطأ من الطبيب في أحد إجراءات العلاج فيتوفى المريض بسبب غير عائد لذلك الخطأ، وفي مثل هذه الحالة إذا كان الخطأ فاحشاً فإن الطبيب تتم مجازاته لقاء الحق العام فقط بالعقوبات المقررة في نظام مزاولة المهن الصحية. أما الحق الخاص فيرد طلب صاحبه إن وجد لعدم ثبوت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.(١٤٤)

المطلب الثاني: الجهة المسؤولة عن تحمل موجب المسؤولية الطبية:

والمقصود: الجهة المسؤولة عن تحمل موجب التغرير الطبي والآثار المترتبة عليه، سواء كان ذلك عن طريق المباشرة، أو عن طريق التسبب.

والتضمين بالمباشرة محل اتفاق بين أهل العلم، وفي هذا يقول الخطابي رحمه الله:"لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدي "(١٤٥)، وحكى ابن القيم الإجماع على تضمين الطبيب الجاهل لتغريره بالمريض، حيث قال: " فإذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور على مالم يعلمه، فيكون قد غرر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك، وهذا إجماع من أهل العلم".(١٤٦)

وقد ذكر الفقهاء أن القاعدة في الإتلاف: أنه إذا اجتمعت المباشرة والسبب قدمت المباشرة(١٤٧)، واستثنوا من هذه القاعدة عدة صور يقدم فيها السبب أو يشاركه في التضمين.

وقد وضح ذلك ابن رجب بقاعدة مهمة تتضمن قواعد فرعية توضح تلك الاستثناءات، حيث ذكر في نص القاعدة:" إذا استند أموال الآدميين ونفوسهم إل مباشر وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة أم غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها استقل وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان".(١٤٨)

(١٤٤) انظر: المسؤولية القضائية الشرعية في قضايا المسؤوليات الطبية، لؤي بن يوسف الراشد ص ٣٩.

(١٤٥) معالم السنن (٤/٣٩).

(١٤٦) الطب النبوي ص ١٠٣، زاد المعاد في هدي خير العباد(٤/ ١٢٧).

(١٤٧) انظر: المنثور في القواعد للزركشي(١/١٣٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥.

(١٤٨) القواعد لابن رجب ص٢٨٤.

وقد تضمنت هذه القاعدة ثلاثة قواعد فرعية [١٤٩]-يمكن أن يستنبط منها الجهة المسؤولة عن تحمل موجب المسؤولية الطبية عن التغرير بالمريض-وهي:

الأولى: إذا اجتمعت المباشرة والسبب، ولم تكن المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، تعلقت المسؤولية بالمباشرة دون السبب.

فإذا صرف الطبيب للمريض دواء معيناً وحدد له طريقة ومقدار ومواعيد تناوله، لكن المريض أهمل تناوله في المواعيد المحددة، أو زاد في مقدار الجرعة من تلقاء نفسه فتضرر بذلك، فإن الضمان يكون على المباشر-وهو المريض-لا المتسبب وهو الطبيب الذي وصف له الدواء؛ لأن الضرر حصل من المباشرة ولم تكن مبنية على السبب أو ناشئة عنه.

الثانية: إذا اجتمعت المباشرة والسبب، وكانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، ولم يكن من المباشرة عدوان تعلقت المسؤولية بالسبب دون المباشرة.

كما لو غرَ الطبيب المريض فوصف له دواء ضاراً، أو وصف له منتجاً مقلداً، أو عبث بمحتوى الدواء، أو أوهمه بفاعلية دواء معين مع كونه لا زال في طور البحث والتجربة ولا يعلم عن مدى مضاعفاته، ونحو ذلك من الممارسات المضللة الخادعة التي يهدف منها المردود المادي دون النظر لمصلحة المريض.

ففي هذه الحالة لو صرف الصيدلي الدواء للمريض دون علمه بخطورة الدواء وعدم فعاليته؛ ولكن بناء على ثقته بوصفة الطبيب، ثم نتج عنه ضرر بالمريض، فإن الضمان على المتسبب -وهو الطبيب-لا المباشر — وهو الصيدلي-لكون المباشرة وهي صرف الدواء للمريض كانت مبنية على وصية الطبيب، والأصل في الطبيب الصدق وبذل النصح ومراعاة مصلحة المريض حسب ما تنص عليه الأصول المهنية والأخلاقية للمهنة.

وكذا لو شخص الطبيب حالة المريض بناء على نتائج التحليل، أو التصوير بالأشعة والمناظير الطبية، وحصل في تلك التحاليل أو تقارير الأشعة خطأ، وبناء عليه أخطأ الطبيب في تشخيص الحالة، وترتب على ذلك ضرر بالمريض، ففي هذه الحالة يتحمل المحلل أو المصور بالأشعة المسؤولية كاملة على جهة السببية، وتسقط عن الطبيب وإن كان مباشراً ؛ لأنه غير متعد بفعله، وهذا في حال كون هؤلاء المساعدين

(١٤٩) للاستزادة في تفصيل القاعدة وصورها انظر: قاعدة الغار ضامن وتطبيقاتها الفقهية ص١٢٤-١٢٦.

للطبيب مؤهلين للعمل الطبي ولكن حصل منهم خطأ، ولكن لو أسند إليهم العمل مع علمه بعدم أهليتهم فإن الطبيب حينئذ يشترك معهم في المسؤولية ويدخل ذلك في القاعدة الثالثة.(١٥٠)

الثالثة: إذا اجتمعت المباشرة والسبب، وكانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، وكان من المباشرة عدوان، كانت المسؤولية مشتركة بينها وبين السبب.

كما لو أكره شخص آخر على قتل معصوم فقتله، فعند الحنابلة يشتركان في المسؤولية؛ لأن المباشرة وهي القتل مبنية على السبب وهو الإكراه وناشئة عنه، والمباشر متعد بفعله؛ لأن الإكراه لا يبيح القتل ولأنه قصد استبقاء نفسه بقتل غيره.(١٥١)

ويمثل لذلك في المجال الطبي بعدة أمثلة:(١٥٢)

١ – يتحمل المستشفى مسؤولية الأفراد الذين يعملون بها من جهة أهليتهم بفعل المهمة التي تناط بكل فرد منهم، فإذا توافرت فيهم الأهلية سقطت عنه المساءلة، وإذا لم يكونوا مؤهلين فإن المستشفى يتحمل المسؤولية على وجه السببية، ويتحمل كل ممارس صحي نتيجة خطئه على وجه المباشرة، وكذلك يتحمل المستشفى المسؤولية عن الآلات والأجهزة وصلاحيتها للعمل، كما يتحمل المستشفى المسؤولية عن الضرر الواقع بالمريض إذا كان يفرض على الأطباء ومساعديهم تحميل المريض أعباء وتكاليف مالية زائدة عن المطلوب، بإجراء فحوصات وتحاليل أو أعمال جراحية لا يحتاجها المريض.

فيتحمل الطبيب الفاحص أو الجراح مثلاً المسؤولية لكونه مباشر للفعل، ويتحمل المستشفى أيضاً المسؤولية على وجه السببية لإلزامه الطبيب ونحوه بفعل ذلك لأجل الربح المادي، ولأن الطبيب ونحوه متعد بفعله ما يضر المريض ولا يحتاجه استجابة لمطالب المستشفى ولإغرائه بتخصيص نسبة معينة له من تكاليف الإجراء الطبي.

٢ – يتحمل الطبيب الجراح المسؤولية على وجه السببية إذا أحال المريض على أخصائي تخدير لا تتوفر فيه الأهلية المعتبرة للقيام بمهمة التخدير على ما جرت به الأعراف الطبية، ويتحمل أخصائي التخدير المسؤولية على وجه المباشرة إذا اختار مادة لا تناسب المريض أو زاد في الجرعة، أو اختار طريقة لا تناسب حال المريض أو تشتمل على مضاعفات ومخاطر.

---

(١٥٠) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٣٨-٣٤٠ بتصرف.

(١٥١) شرح منتهى الإرادات (٢٦٢/٣)، مطالب أولي النهى (٢١/٦).

(١٥٢) للاستزادة، انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٣٤-٣٥١.

٣ –يتحمل الطبيب الفاحص المسؤولية على وجه السببية إذا أحال المريض على المصور بالأشعة أو المناظير الطبية مع علمه بعدم أهليتهم بمهمة العمل الطبي، ونشأ عن ذلك ضرر بالمريض، فإن المسؤولية تقع على المباشر للتصوير بالأشعة ونحوه؛ لأن الأصل أن الضمان على المباشر، ويشترك الطبيب معه في المسؤولية؛ لأنه متسبب بذلك لتغريره بالمريض بإحالته على من ليس أهلاً للتصوير.

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على ثبوت موجبات المسؤولية الطبية المتعلقة بالتغرير:

إذا أثبت المريض موجب المسؤولية فإنه يترتب على ذلك واحد أو أكثر من الآثار الآتية:

١ – **الضمان:** وهو التعويض المادي لقاء ما جنته يداه مما ثبتت مسؤوليته عنه، والتعويض يشمل الديات والأروش.

والديات تشمل دية النفس والأعضاء والمنافع المقدرة شرعاً، وقد عرفت الدية بأنها "المال الواجب بجناية على الحر في النفس، أو فيما دونها"(١٥٣)، وقيل: "المال المؤدى إلى مجني عليه أو وليه بسبب جناية".(١٥٤)

أما الأرش: فيطلق على ما ليس له قدر من الدية في الجراحات، فما يأخذه المجني عليه بجناية ليس لها قدر معلوم من الدية يسمى أرشاً، وهذا الأرش جابر للمجني عليه بسبب الجناية.

والتغرير بالمريض من قبل الطبيب ونحوه من الممارسين الصحيين له عدة صور كما سبق ذكره في موجب المسؤولية الطبية وهي موجبة للضمان ويختلف قدره ومن يتحمله بحسب نوع الجناية ومن تلك الصور:

أ – جهل الطبيب بأصول المهنة: فإن ذلك من أشد موجبات المسؤولية الطبية وأشدها تغريراً بالمريض ولذا فإن الشارع رتب على ذلك الضمان، حيث ورد في الحديث: " من تطبب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن".

وقد اختلف الفقهاء فيمن يتحمل دية الطبيب الجاهل هل تتحملها العاقلة أو تجب في ماله على قولين:

القول الأول: أن الدية تثبت في مال الطبيب، وهو المعتمد عند المالكية(١٥٥).

(١٥٣) مغني المحتاج (٥/ ٢٩٥)، تحفة المحتاج (٤٥١/٨)، حاشية الجمل (٥٨/٥).
(١٥٤) كشاف القناع(٥/٦)، نيل المآرب بشرح دليل الطالب(٣٣٠/٢).
(١٥٥) بداية المجتهد (٢٠٠/٤)، حاشية الدسوقي(٢٨/٤).

القول الثاني: أن الدية على عاقلة الطبيب، وهو قول عند المالكية[١٥٦]، وبه قال الشافعية.[١٥٧]

وقد أطلق الحنفية والحنابلة القول بالضمان ولم يتعرضوا لوجوبها على عاقلته أو لزومها في ماله.

أدلتهم:

دليل القول الأول:

لأنه متعد بذلك لتغريره بالناس وهو ظاهر الحديث (فهو ضامن) أي يتحمله في ماله.[١٥٨]

دليل القول الثاني:

يمكن أن يستدل لهم أن فعل الطبيب الجاهل يعد من باب الخطأ وليس العمد لأنه لم يقصد قتل المريض والخطأ تتحمله العاقلة.

الراجح: الذي يظهر –والله أعلم–بالصواب رجحان القول الأول لأنه ظاهر إطلاق الحديث، وعقوبة له على تغريره بالناس، وسداً لذريعة التهاون في التغرير والمخاطرة بأرواح الناس وسلامة أجسادهم.

ب–مخالفة أصول المهنة:

اعتبر الفقهاء رحمهم الله الطبيب الذي يخالف أصـــول المهنة المعتبرة ويترتب على فعله ضـــرر أنه من قبيل الطبيب المخطئ وتجب الدية على عاقلته، جاء في نهاية المحتاج:" ولو أخطأ الطبيب في المعالجة، وحصل منه التلف وجبت الدية على عاقلته".[١٥٩]

لكن إذا كانت هذه المخالفة ليست من قبيل الخطأ وإنما عن قصد وسوء نية كما في حال التغرير بالمريض فإذا كان باعث الطبيب مجرد مصـلحته دون قصـد إهلاك المريض أو إتلاف أحد أطرافه أو منافعه فيلحق بشـبه العمد لأنه قصـد الفعل لكن لم يقصـد القتل، أما إذا كان الباعث هو الجناية على المريض بقتله أو التسبب بضرره عمداً فإنها تعتبر جناية عمدية توجب القصاص.

(١٥٦) حاشية الدسوقي (٢٨/٤)، شرح الزرقاني على خليل (٢٠٣/٨).

(١٥٧) نهاية المحتاج (٣٥/٨)، أسنى المطالب (١٦٦/٤).

(١٥٨) انظر: بداية المجتهد(٢٠٠/٤).

(١٥٩) (٣٥/٨).

وإذا قلنا بأن الجناية شبه عمد فإن الدية تكون على العاقلة لكنها تكون مغلظة كسائر جنايات شبه العمد، والتغليظ والتخفيف في الدية إنما يكون في أسنان الإبل.(١٦٠)

ج- الاعتداء:

وسبق أن ذكرنا أن الاعتداء له صورتين:

١ – الاعتداء قصداً بالجناية العمد العدوان على المريض وهذه يترتب عليها القصاص كأي جناية عمدية، وفي حال تعذر القصاص لأي مانع أو تخلف شرط أو بالعفو فإنها تجب الدية المغلظة على الجاني وتكون في ماله ولا تتحملها العاقلة.

"لأن الأصل يقتضي أن بدل المتلف يجب على متلفه، وأرش الجناية على الجاني، وإنما خولف في العاقلة لكثرة الخطأ، والعامد لا عذر له، فلا يستحق التخفيف، وتكون حالة غير مؤجلة كما هو الأصل في بدل المتلفات".(١٦١)

٢ – المعالجة دون إذن المريض أو وليه: والتغرير من قبل الطبيب ومن في حكمه لا يوجد فيه إذن من المريض أ و وليه في الحقيقة؛ ذلك أن المريض إنما أذن للطبيب في المعالجة وسلم نفسه له بناء على ما يقتضيه العقد الطبي من التزام الطبيب ببذل العناية الواجبة الصادقة لمصلحة المريض التي تقرها الأصول العلمية والعملية للمهنة، والطبيب الغار لم يلتزم بذلك بل راعى مصلحته الشخصية دون اعتبار للأضرار المترتبة على ذلك التغرير بالمريض، وفي ذلك مخالفة للعقد ويوجب المساءلة والضمان المتمثل في الدية إذا كان الضرر مقدراً شرعاً أو الأرش إذا كان غير مقدر.

وذد ذكر الفقهاء أن ضمان من عالج بغير إذن يكون كضمان المخطىء يكون على عاقلته، فقد جاء عند الحنفية: "فصاد جاء إليه عبد فقال: افصدني ففصده فصدا معتادا فمات به يضمن قيمة القن وتكون على عاقلة الفصاد لأنه خطأ وكذا الصبي تجب ديته على عاقلة الفصاد"(١٦٢)، وعند المالكية: "من فعل فعلاً يجوز له من طبيب وشبهه فتولد منه الهلاك فإن كان جاهلاً به أو لم يؤذن له أو أخطأ فيه أو في مجاوره أو قصر فالضمان كالخطأ".(١٦٣)

(١٦٠) المهذب (٣/٢١٠)، كشاف القناع (٦/١٩) .

(١٦١) الروض المربع مع حاشية ابن قاسم (٧/٢٣١).

(١٦٢) مجمع الضمانات (ص: ٤٨).

(١٦٣) منح الجليل شرح مختصر خليل (٩/ ٣٦٢).

وقد ألحق الفقهاء التطبيب بغير إذن بالخطأ باعتبار قصد نفع المريض والإحسان به، ولكن ذلك لا يظهر في التغرير لأن فيه سوء نية وعدم اعتبار مصلحة المريض؛ لذا يظهر لي- والله أعلم - أن إلحاقه بالطبيب الجاهل في إيجاب الضمان في ماله أولى من إلحاقه بالمخطىء بجامع وجود التغرير في كلا الصورتين.

ولا يستحق التخفيف بتحمل العاقلة عنه الأضرار الناشئة عن غشه وخداعه للمرضى.

٢ – التعزير:

وهو التأديب الذي دون الحد، وهو ما يقدره القاضي من العقوبة على جريمة لم يرد في الشرع عقوبة مقدرة عليها.(١٦٤)

يترتب هذا الأثر على موجب الجهل، وعلى عدم تخلف إذن ولي الأمر بمزاولة المهنة، وعلى عدم اتباع الأصول العلمية للمهنة، أما موجب الجهل فإنه لا إشكال في تعزير صاحبه؛ لما في التطبب من الكذب والتدليس على الناس على وجه يتضمن الاستخفاف بأرواحهم وأجسادهم الأمر الذي يتوجب معاقبته بما يردعه، ويزجر غيره عن فعله. (١٦٥)

وقد صرح بعض فقهاء المالكية بعقوبة المتطبب الجاهل بالضرب والسجن، جاء في البيان والتحصيل: "وأما إن كان لا يحسن وغر من نفسه، فعليه العقوبة من الإمام بالضرب والسجن".(١٦٦)

وفي الفواكه الدواني:" فإن كان من أهل المعرفة ولكن أخطأ فخطؤه على العاقلة إن بلغت الجناية الثلث، وإلا كانت في ماله، كما لو لم يكن من أهل المعرفة وغر من نفسه فإن عليه الدية في ماله والعقوبة من الإمام في بدنه".(١٦٧)

وكما يعزر في بدنه فإنه يعزر بمنعه من مزاولة المهنة والحجر عليه من ولي الأمر، وقد ذكر الحنفية الطبيب الجاهل من ضمن الأشخاص الذين يحجر عليهم، جاء في الأشبه والنظائر:" ومنها جواز الحجر على البالغ

(١٦٤) انظر: معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعة جي ص ١٣٦.

(١٦٥) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٦٦.

(١٦٦) (٩/ ٣٤٩).

(١٦٧) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٢/ ١١٧)

العاقل الحر عند أبي حنيفة-رحمه الله-في ثلاث: المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس؛ دفعاً للضرر العام".(١٦٨)

فقوله (دفعاً للضرر العام) فيه إشارة إلى منع هذا الصنف من الأطباء وإن كان يتضمن الإضرار بهم من جهة كسبهم المادي إلا أنه مبني على دفع ضرر أعظم وهو الضرر الذي سيلحق المجتمع بسبب المتطبب الجاهل.(١٦٩)

وقد جاء في نظام مزاولة المهن الصحية في السعودية ما يدل على عقوبة الطبيب الجاهل الذي يمارس المهنة دون ترخيص والذي يمنح —كما ورد في المادة الثانية -لمن حصل على المؤهل المطلوب للمهنة من أي كلية طبية أو كلية صيدلية أو كلية علوم طبية تطبيقية أو مؤهلات أخرى مطلوبة تعترف بها الهيئة الصحية.

ومن العقوبة المترتبة على ذلك ما ورد في المادة الثامنة والعشرين(١٧٠):

(مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد عن مائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: ١- زاول المهن الصحية دون ترخيص. ٢-قدم بيانات غير مطابقة للحقيقة، أو استعمال طرق غير مشروعة كان من نتيجتها منحه ترخيص بمزاولة المهن الصحية. ٣-استعمال وسيلة من وسائل الدعاية، يكون من شأنها حمل الجمهور على الاعتقاد بأحقيته في مزاولة المهن الصحية خلافا للحقيقة. ٤-انتحل لنفسه لقباً من الألقاب التي تطلق عادة على مزاولي المهن الصحية. ٥-وجدت لدية آلات أو معدات مما يستعمل عادة في مزاولة المهن الصحية، دون أن يكون مرخصاً له بمزاولة تلك المهن أو دون أن يتوفر لديه سبب مشروع لحيازتها).

وأما ما يتعلق باشتراط إذن ولي الأمر والذي يتمثل في الترخيص بذلك ممن ينوب عن ولي الأمر في منح الترخيص هي وزارة الصحة، فلم ينص الفقهاء على العقوبة المترتبة على تخلف إذن ولي الأمر، وسبب ذلك فيا يظهر أن الإذن لم يكن مشروطاً في العهود السابقة، بخلاف عصرنا الحاضر، حيث تشترط الحكومات

(١٦٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٥. والمكاري المفلس: هو الذي يكاري الدابة ويأخذ الكراء، فإذا جاء أوان السفر ظهر لا دابة له، وقيل: المكاري المفلس، هو الذي يتقبل الكراء ويؤاجر الإبل، وليس له إبل ولا ظهر يحمل عليه، ولا مال يشتري به الدواب. التعريفات للجرجاني ص ٢٢٨.

(١٦٩) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٣٦٧.

(١٧٠) ص ٢٠.

حصـــول الطبيب على إذن بالعلاج، ويمكن أن يخرّج على حكم ولي المقتول، حين يقتل القاتل من غير أن يحصل على إذن الإمام، فإنه يؤدب لافتياته على الإمام.(١٧١)

جاء في الأحكام الســـلطانية للماوردي: (وإذا وجب القود في نفس أو طرف، لم يكن لوليه أن ينفرد باستيفائه إلا بإذن السلطان، ..فإذا انفرد ولي القود باستيفائه من نفس أو طرف، ولم يتعد، عزره السلطان لافتياته عليه وقد صار إلى حقه بالقود فلا شيء عليه)(١٧٢) فقد بين رحمه الله تعالى أن مستوفي القصاص يجب أن يأخذ الإذن من الإمام، وإلا فإنه يكون قد افتات على الإمام ومن ثم يلزم تعزيره .

وجاء في حاشية الدسوقي-رحمه الله-عن ولي المقتول: (إن وقع منه قتل للقاتل بلا إذن الإمام أو نائبه، فإنه يؤدب لافتياته على الإمام).(١٧٣)

وقد جاء في نظام مزاولة المهن الصحية في المادة الثامنة والعشرين عقوبة مزاولة المهنة دون ترخيص وقد سبق ذكرها في عقوبة الطبيب الجاهل.

وأما ما يتعلق بمخالفة الأصول العلمية للمهنة فقد اعتبر الفقهاء الطبيب الذي يخالف الأصول المهنية مخطئاً وأجروا عليه حكم الطبيب المخطئ من حيث الدية وكونها على عاقلته.

جاء في الفواكه الدواني: "فإن كان من أهل المعرفة ولكن أخطأ فخطؤه على العاقلة إن بلغت الجناية الثلث، وإلا كانت في ماله".(١٧٤)

لكن ذكر بعض فقهاء المالكية أن التأديب خاص بالطبيب الجاهل ولا يؤدب المخطئ، جاء في التوضيح في شـــرح مختصـــر ابن الحاجب: "وينفرد الجاهل بالأدب، ابن رشـــد: والضـــرب والســـجن، ولا يؤدب المخطئ،".(١٧٥)

ويمكن التسليم بذلك على اعتبار أن الخطأ ليس فيه قصد وأن الغالب أن الطبيب يسعى لمصلحة المريض ونفعه، لكن إذا كان هناك تغرير من الطبيب ونحوه وسبب ضرراً للمريض فإنه ينبغي تعزيره من جهة مخالفته لما تقتضيه أصول المهنة الطبية وإخلاله بموجب العقد الذي يستلزم من الطبيب بذل العناية اللازمة، وغشه

(١٧١) انظر : التداوي والمسؤولية الطبية ص ٣١٥-٣١٦.
(١٧٢) ص ٣٤٣.
(١٧٣) (٢٣٩/٤).
(١٧٤)(٢/ ١١٧) .
(١٧٥) (٣٣٩/٨).

وخيانته للمريض وعدم نصحه، لذا جاء في اللائحة التنفيذية للمادة الثامنة والعشرين في نظام مزاولة المهن الصحية في تعريف المسؤولية الجزائية ما يبين أثر القصد في وجوب تلك المسؤولية : " المسؤولية الجزائية هي الإخلال بواجب أو التزام قانوني أو مهني وذلك عند قيامه بفعل أو الامتناع عن فعل يعد مخالفاً للقواعد والأحكام الجنائية أو الطبية التي حددتها الأنظمة القانونية، وهذه حتى تتوفر يلزم وجود قصد جنائي من قبل الطبيب أي يكون عالماً بالأضرار التي قد تترتب من فعله ومع ذلك قام به إضافة إلى إرادته في إحداثه".(١٧٦)

وقد جاء في المادة الثامنة والعشرين من نظام مزاولة المهن الصحية أن مخالفة المادة التاسعة توجب المسؤولية الجزائية وهي – العقوبة بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر، وبغرامة لا تزيد عن مائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى – وقد ورد في المادة التاسعة:(أ–يجب أن يستهدف العمل الطبي دائما مصلحة المريض، وعلى الممارس الصحي أن يبذل جهده لكل مريض .اللائحة: ١–٩ يجب على الممارس الصحي أن لا يقوم بأي عمل طبي لا يحقق فائدة للمريض حتى ولو لم يترتب ضرر عليه مثل وصف أدوية أو فحوص لا لزوم لها أو تنويم المريض إذا كانت حالته لا تستدعي ذلك).(١٧٧)

٣ – عدم استحقاقه للأجر:

إذا غرر الطبيب بالمريض في دعواه الطب وهو جاهل بذلك؛ فإنه لا يستحق الأجرة لأن العقد باطل؛ لأن المريض إنما تعاقد معه ظناً منه أنه طبيب.(١٧٨)

وقد أشارت لهذا المعنى بعض كتب الشافعية، ففي فتح المعين:" أما غير الماهر فلا يستحق أجره، ويرجع عليه بثمن الأدوية لتقصيره بمباشرته بما ليس هو له بأهل"(١٧٩) ، وجاء في تحفة المحتاج:" أما غير الماهر المذكور فقياس ما يأتي أوائل الجراح والتعازير –من أنه يضمن ما تولد من فعله بخلاف الماهر –أنه لا يستحق أجرة ويرجع عليه بثمن الأدوية لتقصيره بمباشرته لما ليس هو له بأهل، ومن شأن هذا الإضرار لا النفع".(١٨٠)

(١٧٦) هامش ٣ من اللائحة التنفيذية للمادة الثامنة والعشرين ص ٢٠.

(١٧٧) نظام مزاولة المهن الصحية ص ١٠.

(١٧٨) انظر: التداوي والمسؤولية الطبية ص ٣١٠.

(١٧٩) ص ٣٨٢.

(١٨٠) (١٦٣/٦).

ومن صور التغرير التي يمكن إلحاقها بالجهل بجامع التغرير بالمريض مخالفة الأصول العلمية للمهنة عن قصد ودون اعتبار لمصلحة المريض؛ كما أن الطبيب الغار لم يحصل على إذن من المريض بعلاجه، فيكون بذلك جمع بين أمرين محرمين؛ لأن المريض إنما تعاقد معه على بذل العناية اللازمة التي تقرها أصول المهنة، وعلى مراعاة مصلحته، فإذا كان الهدف الضرر لا النفع فإنه لا يستحق الأجرة.

٤ – نفقة العلاج:

أولاً: إذا كانت الجناية على النفس وأوجبت قصاصاً، واختاره ولي المجني عليه فلا معنى لإيجاب العلاج على الجاني حيث يستحق ولي الدم القصاص فلا يجمع عليه بين القصاص وأخذ ماله علاجاً لم يستفد منه، وكذا إذا كانت الجناية على ما دون النفس واختار المجني عليه القصاص فلا يجمع مع القصاص نفقة العلاج.(١٨١)

ثانياً: إذا كانت الجناية على ما دون النفس، فأصيب المجني عليه بجراحةٍ في بدنه، فالجراحات في البدن على نوعين:

١ – ما يوجب دية مقدرة، كما في دِية الأطراف والشجاج والجروح المقدرة، فمذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية في قولٍ، والشافعية والحنابلة (١٨٢) أن في هذا النوع الدِّية فقط، وإذا دُفعت أية مصاريف، فتكون من حساب الدِّية، ولا يستحق المجني عليه في هذه الحالة أيَّ تعويضٍ عن تكاليف العلاج أو أجرة الطبيب، وهذا؛ لأن الشارع أوجب فيها الدِّية ولم يقيدها بحالٍ دون حالٍ، فوجبت له بكل حالٍ(١٨٣)، ولا يذكرون مع وجوب الدِّية شيئاً آخر؛ لأن الشارع لما قدَّرها لم يذكر معها شيئاً آخر زائداً عليها.

٢ –الجراحات التي ليس فيها أرش–دية الأعضاء–مقدر، وهذه يجب فيها حكومة عدل، ومعنى حكومة العدل في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة، أن يُجرح الإنسان في بدنه مما يبقى شينه، ولا يبطل العضو، فيقدر الحاكم أرشه.(١٨٤)

---

(١٨١) للاستزادة في المسألة: انظر: بحث مسؤولية الجاني عن علاج المجني عليه وضمان تعطله عن العمل، للشيخ عبدالله المطلق، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٧٠، ص ٢٨٧–٣١٥.

(١٨٢) انظر: حاشية ابن عابدين(٥٦٢/٦)، النوادر والزيادات (٤١٨/١٣)، الأم (٨٩/٦)، كشاف القناع (٥١/٦)، واستثنى بعض المالكية موضحة الرأس والوجه إذا برئت على شين أنه يلزم فيها مع المقدر أجرة الطبيب وثمن الدواء. انظر: حاشية الدسوقي(٢٧٠/٤).

(١٨٣) انظر: كشاف القناع (٥١/٦).

(١٨٤) الموسوعة الفقهية الكويتية (٦٨/١٨) بتصرف.

فهذه لا خلاف في وجوب الحكومة فيها بين الفقهاء إذا برئت على شـــين[١٨٥]، أما إذا برئت على غير شين وأثر فهل يجب فيها شيء؟

فالجمهور من الحنفية والمالكية ووجه عند الشـــافعية والمذهب عند الحنابلة أنه لا يجب فيها شـــيء[١٨٦]، وقيل: تجب فيها حكومة وهو الصـــحيح عند الشـــافعية ووجه عند الحنابلة[١٨٧]، وقيل: يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الدواء وهو قول عند المالكية وقول محمد بن الحسن عند الحنفية وهو مذهب عمر ومعاذ[١٨٨]، وقول الفقهاء السبعة.[١٨٩]

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصـــرين إلى وجوب تحمل الجاني تكاليف العلاج الطبي للمجني عليه في الجنايات مطلقاً سـواء فيما فيه دية مقدرة أو لا، ومنهم الدكتور مصـطفى الزرقا، ورجحه الشـيخ عبد الله المطلق[١٩٠]، ومن أدلتهم:

١ – أنه لولا العلاج ربما حصـلت سـراية في الجراحات قد تتلف النفس، وهذا من مصـلحة الجاني لأن الجناية لو سرت يكون حكمها حكم ما انتهت إليه فتتضاعف عليه الدية أو الأرش.

٢ – أن تكاليف العلاج قد تستغرق معظم الدية في حال السراية إلى النفس، أو أكثرها فيما دون النفس، ومن ثم لا يبقى لورثة المجني عليه في الحالة الأولى، أو المجني عليه في الحالة الثانية من الدية سوى شيء يسير، وهذا خلاف المقصد الشرعي في جعل الدية عوضاً عما فقد من نفس أو عضو، وعما ما شوه من البدن.

---

(١٨٥) بداية المجتهد (٢٠٢/٤).

(١٨٦) انظر: بدائع الصنائع (٣١٦/٧)، القوانين الفقهية ص ٢٣٠، روضة الطالبين (٣٠٩/٩)، المبدع (٣٣٩/٧).

(١٨٧) انظر: روضة الطالبين (٣٠٩/٩)، الكافي لابن قدامة(٢٥/٤).

(١٨٨) ورد في السـنن الكبرى للبيهقي(١٤٥/٨)، ومصـنف ابن أبي شـيبة (٣٥٣/٥): (أن معاذاً وعمر رضـي الله عنهما جعلا فيما دون الموضحة أجر الطبيب).

(١٨٩) انظر: مواهب الجليل(٢٥٩/٦)، النوادر والزيادات (٤١٨/١٣)، التوضـيح في شـرح مختصـر ابن الحاجب(١٤٠/٨)، بدائع الصـنائع (٣١٦/٧).

(١٩٠) انظر: الفعل الضـار والضـمان فيه لمصـطفى الزرقا ص ١٣٧–١٣٨، مسـؤولية الجاني عن علاج المجني عليه وضـمان تعطله عن العمل، للشيخ عبدالله المطلق، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٧٠، ص ٢٩٢– ٣١٤.

ولعل هذا القول الأخير هو الراجح؛ إذ أنه ليس مع المانعين نص يجب الوقوف عنده، ويمكن أن يبرر لقولهم بأن سبل العلاج قديماً لم تكن نتائجها معلومة ويخشى من تفاقم الجراحة بهذا العلاج ولا يكون ذلك في صالح المجني عليه.

أما الآن مع تطور وسائل الطب وتقدم سبل العلاج، وما يتطلب ذلك من تكاليف عالية، وأجور الأطباء والمستشفيات، فالقول بتحمل الجاني نفقات العلاج له وجاهته، إضافة لما ذكرنا من كون ذلك في مصلحة الجاني حتى لا تسري الجناية لما هو أعظم فتستقر عليه ديتها.

٥ – القصاص:

ويعتبر القصاص أثراً من الآثار المترتبة على موجب العمد، فإذا ثبت أن الطبيب ومن في حكمه كان قاصداً إهلاك المريض، او إتلاف شيء من جسده، فإنه يقتص منه إذا توفرت الشروط المعتبرة لثبوت القصاص.

وأدلة مشروعية القصاص الثابتة في العمد عامة للطبيب وغيره فكل من جنى جناية عمداً عدواناً فإنه يقتص منه سواء في الجناية على النفس أو فيما دون النفس.

ومن هذه الأدلة: قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى} (سورة البقرة، الآية ١٧٨)، والآية: {وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص} (سورة المائدة، الآية ٤٥).

والغالب في الأطباء السلامة والبعد عن كل ما من شأنه الإضرار بالمريض، ولكن إذا غرر الطبيب بالمريض عمداً وترتب على ذلك وفاته او تلف شيء من جسده فإنه يجب عليه القصاص بالشروط المعتبرة، وقد جاء في حاشية الدسوقي ما يدل على وجوب القصاص من الطبيب إذا تعمد الإضرار بالمريض، حيث قال:" إنما لم يقتص من الجاهل؛ لأن الفرض أنه لم يقصد ضرراً، وإنما قصد نفع العليل، أو رجا ذلك، وأما لو قصد ضرره فإنه يقتص منه".(١٩١)

٦–الكفارة:

إذا غرر الطبيب ومن حكمه بالمريض فأدى إلى موته فإنه يجب عليه كفارة القتل، وهي عتق رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، قال تعالى:(ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا).(١٩٢)

---

(١٩١) (٣٥٥/٤).

(١٩٢) سورة النساء، جزء من الآية ٩٢.

وإذا كان التغرير لا يخرج عن كونه عمد أو شبه عمد كما قررنا سابقاً، فإنه لا خلاف بين الفقهاء في وجوب الكفارة في شبه العمد لشبهه بالخطأ من حيث عدم قصد القتل، ولكن اختلفوا في القتل العمد، فالجمهور يرون عدم وجوبها في العمد(١٩٣)، وخالف في ذلك الشافعية فأوجبوها في العمد؛ لأنها إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد قد تغلظ بالإثم من باب أولى.(١٩٤)

والصحيح ما ذهب إليه الجمهور أن الكفارة لا تجب في العمد؛ لأنها وجبت في الخطأ، فتمحو إثمه؛ لكونه لا يخلو من تفريط، فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الإثم فيه، بحيث لا يرتفع بها؛ ولأن النص إنما ورد في الخطأ وألحق به شبه العمد لشبهه به، أما العمد فقد غلظ فيه الوعيد.

وتغرير الطبيب بالمريض إما ان يكون بمباشرة أو تسبب، فإذا كان تغريره بمباشرة كما لو أجرى له جراحة مات منها، فلا خلاف في وجوب الكفارة عليه.

أما لو تسبب في وفاة المريض كما لو وصف له علاجاً مات بعد تناوله(١٩٥) فقد ذهب الجمهور(١٩٦) على وجوب الكفارة على الطبيب كالمباشر؛ لأن السبب كالمباشرة في إيجاب الضمان فكان كالمباشرة في إيجاب الكفارة.(١٩٧)

وذهب الحنفية (١٩٨)إلى أن الكفارة لا تجب بالتسبب؛ لأنه ليس بقاتل ولامتهم، والذي يظهر هو قول الجمهور؛ ولأنه سبب لإتلاف الآدمي، يتعلق به ضمانه، فتعلقت به الكفارة.(١٩٩)

٧-المنع من الإرث:

(١٩٣) العناية شرح الهداية(١٠/٢٠٩-٢١٢)، حاشية الدسوقي (٤/٢٨٦)، المغني(٨/٥١٥)، يرى المالكية أن الكفارة مندوبة في العمد إذا عفي عن القصاص أو تعذر، كما يدرج المالكية في المشهور عندهم شبه العمد في العمد ولا يعدونه قسماً مستقلاً، وفي قول عندهم أنه كالخطأ. انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٦.

(١٩٤) المهذب(٣/٢٤٨)، روضة الطالبين (٩/٣٨٠).

(١٩٥) انظر: الإذن في إجراء العمليات الطبية، هاني الجبير ص ١٤٥.

(١٩٦) حاشية الصاوي(٤/٤٠٦)، روضة الطالبين (٩/٣٨٠)، المغني(٨/٥١٢).

(١٩٧) المهذب للشيرازي (٣/٢٤٨).

(١٩٨) الاختيار (٥/٢٦)، العناية (١٠/٢١٤).

(١٩٩) المغني (٨/٥١٢).

لا خلاف بين الفقهاء في أن قاتل مورثه عمداً أو شبه عمد أنه لا يرث[٢٠٠]، والخلاف هو في قاتل مورثه خطأ، وإذا غرر الطبيب بمورثه فترتب على ذلك موته، فإنه لا يرث على اعتبار أن التغرير قد يكون من قبيل العمد، أو شبه العمد، ولا يندرج في الخطأ؛ لأنه لا يخلو من قصد وسوء نية.

(٢٠٠) العناية (١٠/٢١٠-٢١٤)، القوانين الفقهية ص٢٥٩، روضة الطالبين(١٧/٣)، كشاف القناع (٤٩٢/٤)، لكن يخالف الحنفية الجم هور في القتل بالتسبب فلا يرونه مانعاً من الإرث.

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث، وتتلخص في الآتي:

١ – أن المسؤولية الطبية هي أثر جناية الطبيب من قصاص أو تعزير أو ضمان، وأن أي مخالفة لآداب وأخلاقيات الطب وأصوله العلمية المعتبرة توجب تلك المسؤولية.

٢ – التغرير محرم بشتى صوره وفي جميع مجالاته سواء في الطب أو غيره، وقد دلت على ذلك عموم النصوص التي تحرم الغش والخيانة والتدليس وأكل أموال الناس بالباطل.

٣ – صور التغرير في المجال الطبي متعددة ومختلفة والجامع بينها شمولها على أساليب مضللة وخادعة بهدف المكاسب الذاتية والمطامع الربحية.

٤ –أن التغرير في العقد الطبي يوجب الضمان ويثبت الخيار سواء كان فعلياً أو قولياً على الصحيح، وكذا يثبت الضمان على الطبيب ولو لم يكن بينه وبين المريض عقد كما في المسؤولية التقصيرية لأن الضرر يوجب الضمان.

٥ – يستوجب التغرير المسؤولية الأدبية لما يتضمنه من الكذب والغش وعد النصح، ويستوجب المسؤولية المهنية لمخالفته الأصول العلمية للمهنة، وللجهل، وللاعتداء، ويستوجب المسؤولية الجنائية في حال عدم الحصول على ترخيص لممارسة المهنة، وفي استخدام ممارسات خادعة مخالفة للوائح نظام مزاولة المهنة.

٦ – لإثبات موجب التغرير لابد من توفر عدة أدلة للقاضي: الإقرار، الشهادة، الخبرة، المستندات الخطية والتقارير، القرائن والعلامات الواضحة.

٧ – يتحمل الطبيب ونحوه من الممارسين الصحيين موجب المسؤولية الطبية إذا كان مباشراً للتغرير أو متسبباً حسب القواعد التي قررها الفقهاء، ويتحمل المستشفى كذلك المسؤولية إذا كان متسبباً بتغرير المريض.

٨ – من الآثار المترتبة على ثبوت موجبات المسؤولية الطبية المتعلقة بالتغرير: الضمان، التعزير، القصاص، عدم استحقاق الطبيب ونحوه الأجر، ثبوت نفقة العلاج للمريض، الكفارة، المنع من الإرث.

التوصيات:

١ –تكثيف التوعية من وزارة الصحة لتثقيف المريض بحقوقه، وبيان واجبات الممارس الصحي نحوه.

٣ –ما ورد في اللائحة التنفيذية من نظام مزاولة المهن الصحية –في المسؤولية الجزائية–من عقوبات لبعض ممارسات التغرير لا يرتقي لعظم الجريمة التي تستهدف خداع المريض وتنتهك حرمة ماله ونفسه، والمأمول سن عدد من الإجراءات والعقوبات التي تحد من تفشي تلك الممارسات المضللة المسيئة لمهنة الطب ومنسوبيها.