مجلّة الواحات للبحوث والدراسات
ردمد 7163- 1112
http://elwahat.univ-ghardaia.dz

السبب المبيح لأعمال الطبيب في الفقه والقانون

بوزيد كيحول
قسم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة غرداية –الجزائر.
bouzidkaihoul@hotmail.com

ملخص-

اهتم الأوائل المسلمون وغيرهم بمهنة الطب وأعطوها العناية الفائقة وجعلوها من أجل المهن والاختصاصات والأعمال الواجب تعلمها وأداؤها للناس.والمسلمون أول من بنى مستشفيات متخصصة للمعوقين والمجانين؛ لأن الإسلام اعتبرهم مرضى وغير مسؤولين عن أفعالهم. وتتمثل علة إباحة الأفعال غير المشروعة في الأعمال الطبية في القانون في مذهب فقهاء إنجلترا هو رضاء المريض بالفعل، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديما. وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائي؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض، وقد أخذ القضاء المصري وقتاً ما بهذا الرأي. والرأي الأخيرالذي يسود اليوم في مصر وفرنسا ومفاده أن التطبيب ضرورة اجتماعية لا يستغنى عنه إطلاقا، وأنه عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضي ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هي نفس التعليلات التي ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض.يلاحظ من هذا التقرير بأن علة إباحة أفعال الطبيب غير المشروعة هي متوافرة في علة التجريم التي هي حماية حق ومصلحة.ولا تجريم برضاء المريض بالفعل أو وليه. وكذلك لا تجريم عند انعدام القصد الجنائي. كما أن الشيء الذي تقتضيه الحياة الاجتماعية يعتبر ضرورة لا تجريم فيه. وكلها تهدف وترنو إلى تحقيق وحماية حق أو مصلحة.إذن يمكنأن تجتمع العلل كلها والعبرة بمجموعها، وهي:1- الضرورة الاجتماعية 2- إذن المريض أو

وليه. 3- إذن الحاكم.4- حسن قصد المريض في إصلاحه وعدم الإضرار به.وقد رأينا بأن القانون يوافق الشريعة في أن علة إباحة الفعل غير المشروع للطبيب هو حماية حق أو مصلحة . وتتمثل شروط رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية في القانون في أربعة أمور هي:

1- الاختصاص في العمل 2 - موافقة المريض على العلاج.3- تحقيق الغاية: وهي مداواة المريض لا إجراء تجربة علمية عليه. 4- اتباع أصول الفن.

الكلمات الدالة: السبب في القانون الجنائي – الإباحة – الطب – القصد الجنائي- المسؤولية الجنائية.

The allowed reason in the work of doctor in jurisprudence and law

Summary-

Early Muslims and others interested inMedicine career and they gave it a great care, so they gave it the honor to be the greatest occupation and profession that we must learn, teach, practice and performed to the people. Muslims are the first who built specialized hospitals for disabled and maniacs; due to the Islam's perception which consider them as patients and irresponsible for actions. The reason for allowing illicit businesses in law according to Britain's scholars' doctrine is the acceptance of patient already, also some scholars in Germany and France took this way, and courts in old France and Egypt. Many of French's scholars said that the reason for being highly responsible is the absence of criminal intent; because the doctor does what he does to heal the patient, the Egyptian jurists took this way of thinking for some time. Now, the latest opinion and view which prevails in Egypt and France is that medication is a social necessity cannot be ignored at all. And it is a legal profession enacted, organized and supported by the government; due to the social life exigency and demand. Those reasons (even they are various) are the same reasons which made and considered by Muslims scholars and jurists that the doctor is totally exempt from any responsibility if his work conduct to detrimental results to patient. You can notice from this article that the reason of allowing doctor's illicit actions is already available in criminalization reason which is right and benefit' protection. And there is no conviction about doctor's action with patient or sponsor acceptance, also there is no conviction when there wasn't a criminal intent. As the thing that considered a social life exigency is considered also as an exigency do not criminalized. And all aims to achieve and protect a right or a benefit. So, it can be to collect all reasons and the consideration is by its collection, which are:

1-social exigency 2-patient or sponsor's permission 3-the ruler's permission 4-the good intent of doctor to save and not to damage the patient.

And we saw that the law is compatible with "Shareyaa" in the same reason of allowing doctor's illicit actions which is to protect a right and a benefit. The terms oftaking off the criminalization's responsibility from practicing medical work and actions in law are: 1-specializing in profession. 2-taking patient treatment approval. 3-achieving the purpose: which is treating and healing the patient not doing a scientific experiment on him/her. 4-folowing the profession art's rules

مقدمة-

إن مهنة الطب قديمة قدم الزمان، فقد ركزت عليها الأمم سابقا تركيزها على القوت والطعام والأكل والشرب، لما لها من أهمية كبرى في الاهتمام بالنفس والجسم البشري وحتى الحيوان . وقد أولى الحكام لمهنة الطب مكانة خاصة لديهم، وذلك لما رأوا فيه الضرورة القصوى للحفاظ على حياتهم وحياة شعوبهم. كما أن الديانات السابقة أكدت على ذلك كله.ولما كان الطب والأعمال الطبية بهذه المثابة والضرورة القصوى لعمل الطبيب أجاز الفقه والقانون للطبيب أعمالا واباحها له دون غيره تشجيعا له ولمن كان مثله في هذه المهنة حتى يتوصل إلى الحفاظ على صحة الناس وأحوالهم. فعناك أعمال محظورة على المكلف أباحها المشرع للطبيب ككشف العورة وفتح البطن وإجراء العمليات الجراحية المختلفة بالشروط والقوانين التي سنتطرق لها في هذا البحث. رغم أن القانون يمنعها ويحظرها إلا في هذه المظان وتسمى بالإباحة القانونية والشرعية.

ولهذه الإباحة أسباب وعلل ذكرتها الشريعة وتبعها القانون في ذلك وشرعوها وقننوها ، هي مبثوثة في الكتب والمراجع . إلا أنني في هذا العمل أحاول أن أبين العلة الخفية التي من أجلها شرع إباحة هذه الأعمال للطبيب مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مستلهما تلك الأسباب في إباحة مثل هذه الأعمال غير المشروعة وذكر الشروط اللازم توافرها لرفع المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية بين الفريقين.وقد جاء هذا البحث مفصلا بالخطة التالية:

مقدمة

مبحث تمهيدي : لمحة تاريخية عن الطب واستعمال الحق

المبحث الأول : تعريف الأعمال الطبية وعلة إباحتها

المطلب الأول: مفهوم الأعمال الطبية .

المطلب الثاني: علة إباحة الأفعال غير المشروعة في الأعمال الطبية

المبحث الثاني: شروط رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية.

المطلب الأول: شروط الفعل المباح في القانون

المطلب الثاني: شروط الفعل المباح في الفقه

مبحث تمهيدي : لمحة تاريخية عن الطب واستعمال الحق

اهتم الأوائل المسلمون وغيرهم بمهنة الطب[1] وأعطوها العناية الفائقة وجعلوها من أجل المهن والاختصاصات والأعمال الواجب تعلمها وأداؤها للناس.

(1) يقول أبوالنجيب في نهاية الرتبة :(الطِّبُّ عِلْمٌ نَظَرِيٌّ وَعَمَلِيٌّ، أَبَاحَتْ الشَّرِيعَةُ عِلْمَهُ وَعَمَلَهُ، لِمَا فِيهِ مِنْ حِفْظِ الصِّحَّةِ وَدَفْعِ الْعِلَلِ وَالْأَمْرَاضِ عَنْ هَذِهِ الْبِنْيَةِ الشَّرِيفَةِ. وَالطَّبِيبُ هُوَ الْعَارِفُ بِتَرْكِيبِ الْبَدَنِ، وَمِزَاجِ الْأَعْضَاءِ، وَالْأَمْرَاضِ الْحَادِثَةِ فِيهَا، وَأَسْبَابِهَا وَأَعْرَاضِهَا وَعَلَامَاتِهَا، وَالْأَدْوِيَةِ النَّافِعَةِ فِيهَا، وَالِاعْتِيَاضِ (42 ب) عَمَّا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا، وَالْوَجْهِ فِي اسْتِخْرَاجِهَا، وَطَرِيقِ مُدَاوَاتِهَا، لِيُسَاوِيَ بَيْنَ الْأَمْرَاضِ وَالْأَدْوِيَةِ فِي كَمِّيَّاتِهَا، وَيُخَالِفَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ كَيْفِيَّاتِهَا. فَمَنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَحِلُّ لَهُ مُدَاوَاةُ الْمَرْضَى، وَلَا يَجُوزُ لَهُ الْإِقْدَامُ عَلَى عِلَاجٍ يُخَاطِرُ فِيهِ، وَلَا يَتَعَرَّضُ إلَى مَا لَمْ يُحْكِمْ عِلْمَهُ مِنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ.وَقَدْ حُكِيَ أَنَّ مُلُوكَ الْيُونَانِ كَانُوا يَجْعَلُونَ فِي كُلِّ مَدِينَةٍ حَكِيمًا مَشْهُورًا بِالْحِكْمَةِ، ثُمَّ يَعْرِضُونَ عَلَيْهِ بَقِيَّةَ أَطِبَّاءِ الْبَلَدِ لِيَمْتَحِنَهُمْ، فَمَنْ وَجَدَهُ مُقَصِّرًا فِي عَمَلِهِ أَمَرَهُ بِالِاشْتِغَالِ وَقِرَاءَةِ الْعِلْمِ، وَنَهَاهُ عَنْ الْمُدَاوَاةِ. وَيَنْبَغِي إذَا دَخَلَ الطَّبِيبُ عَلَى مَرِيضٍ أَنْ يَسْأَلَهُ عَنْ سَبَبِ مَرَضِهِ، وَعَمَّا يَجِدُ مِنْ الْأَلَمِ، وَيَعْرِفَ السَّبَبَ وَالْعَلَامَةَ وَالنَّبْضَ وَالْقَارُورَةَ ، ثُمَّ يُرَتِّبَ لَهُ قَانُونًا مِنْ الْأَشْرِبَةِ وَغَيْرِهَا ؛ ثُمَّ يَكْتُبَ نُسْخَةً بِمَا ذَكَرَهُ لَهُ الْمَرِيضُ، وَبِمَا رَتَّبَهُ لَهُ فِي مُقَابَلَةِ الْمَرَضِ، وَيُسَلِّمَ نُسْخَتَهُ لِأَوْلِيَاءِ الْمَرِيضِ، بِشَهَادَةِ مَنْ حَضَرَ مَعَهُ عِنْدَ الْمَرِيضِ. فَإِذَا كَانَ مِنْ الْغَدِ حَضَرَ وَنَظَرَ إلَى دَائِهِ، وَسَأَلَ الْمَرِيضَ، وَرَتَّبَ لَهُ قَانُونًا عَلَى حَسَبِ مُقْتَضَى الْحَالِ، وَكَتَبَ لَهُ نُسْخَةً أَيْضًا، وَسَلَّمَهَا إلَيْهِمْ وَفِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ كَذَلِكَ، ثُمَّ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَهَكَذَا إلَى أَنْ يَبْرَأَ الْمَرِيضُ، أَوْ يَمُوتَ. فَإِنْ بَرِئَ مِنْ مَرَضِهِ (43 أ) أَخَذَ الطَّبِيبُ أُجْرَتَهُ وَكَرَامَتَهُ، وَإِنْ مَاتَ حَضَرَ أَوْلِيَاؤُهُ عِنْدَ الْحَكِيمِ الْمَشْهُورِ، وَعَرَضُوا عَلَيْهِ النُّسَخَ الَّتِي كَتَبَهَا لَهُمْ الطَّبِيبُ، فَإِنْ رَآهَا عَلَى مُقْتَضَى الْحِكْمَةِ وَصِنَاعَةِ الطِّبِّ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ وَلَا تَقْصِيرٍ مِنْ الطَّبِيبِ أَعْلَمَهُمْ، وَإِنْ رَأَى الْأَمْرَ بِخِلَافِ ذَلِكَ قَالَ لَهُمْ: " خُذُوا دِيَةَ صَاحِبِكُمْ مِنْ

يقول برنارد شو في كتابه "حيرة الطبيب"[1]. "إن الكتاب المقدس صريح جدًّا بموضوع علاج الأمراض، فرسالة جيمس الإصحاح الخامس تحتوي على الإشارات الواضحة الآتية رقم 14 - 15:"أيوجد بينكم شخص مريض، فليدع شيوخ الكنيسة، وليصلوا عليه، وليدهنوه بالزيت باسم الرب، ثم إن صلاة الإيمان سوف تبرئ المريض، ولسوف يرفعه الرب إلى أعلى، وإذا كان قد ارتكب أوزارًا فسوف تغفر له".ثم يستطرد برنارد شو قائلاً: وأبناء العائلة الإنجيلية المسيحية يطيعون هذه التعاليم طاعة عمياء، فكانوا يستغنون عن الأطباء، ويوكلون العلاج إلى العناية الإلهية؛ لأنهم يأخذون الكتاب المقدس مأخذ الجد التام، ولم يمكن التخلص من هذا الاعتقاد الذي كان سائدًا في المسيحية في بريطانيا حتى القرن التاسع عشر، إلا بسن قانون يقضي بحبس الأب الذي يموت ولده دون أن يعرضه على الطبيب، ويعاقب بالحبس مدة ستة أشهر".ثم يقول: إن ديننا لسوء الحظ ضعيف من الناحية الصحية، ذلك بأن إحدى النكبات الكبرى التي ابتليت بها المسيحية هي تلك الحرب المضادة التي شنتها المسيحية على عادة الاستحمام الجسدي الشهواني[2]، التي كانت منتشرة بين الرومان، مما جعل

الطَّبِيبِ، فَإِنَّهُ هُوَ الَّذِي قَتَلَهُ بِسُوءِ صِنَاعَتِهِ وَتَفْرِيطِهِ ". فَكَانُوا يَحْتَاطُونَ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ الشَّرِيفَةِ إِلَى هَذَا الْحَدِّ، حَتَّى [لَا] يَتَعَاطَى الطِّبَّ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، وَلَا يَتَهَاوَنُ الطَّبِيبُ فِي شَيْءٍ مِنْهُ.وَيَنْبَغِي لِلْمُحْتَسِبِ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهِمْ عَهْدَ بُقْرَاطَ الَّذِي أَخَذَهُ عَلَى سَائِرِ الْأَطِبَّاءِ، وَيُحَلِّفَهُمْ أَلَّا يُعْطُوا أَحَدًا دَوَاءً مُضِرًّا، وَلَا يُرَكِّبُوا لَهُ سُمًّا، وَلَا يَصِفُوا التَّمَائِمَ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ الْعَامَّةِ، وَلَا يَذْكُرُوا لِلنِّسَاءِ الدَّوَاءَ الَّذِي يُسْقِطُ الْأَجِنَّةَ، وَلَا لِلرِّجَالِ الدَّوَاءَ الَّذِي يَقْطَعُ النَّسْلَ؛ وَلْيَغُضُّوا أَبْصَارَهُمْ عَنْ الْمَحَارِمِ عِنْدَ دُخُولِهِمْ عَلَى الْمَرْضَى، وَلَا يُفْشُوا الْأَسْرَارَ، وَلَا يَهْتِكُوا الْأَسْتَارَ).

الشيزري، عبد الرحمن أبو النجيب: نهاية الرتبة الظريفة في طلب الحسبة الشريفة ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر. ص97- 98 عن المكتبة الشاملة الالكترونية.

(1) الفنجري، أحمد شوقي : مقال عن برناردشو، جورج: حيرة الطبيب، دار الفكر الغربي، ترجمة إبراهيم مكاوي. The Doctor's Dilemma, George Bernard. Showhguvfd. http://www.alukah.net/culture/0/1960/#2

(2) المراد به الغسل بعد الجنابة . وكذلك الوضوء. يعني أنهم كانوا يتململون من الطهارة بعد إتيان شهواتهم كسلا وخذلانا وردا لشريعتهم رغم تزييفهم لها وتحريفهم لها.

العادات الشخصية القذرة تؤلف جزءًا لا يتجزأ من المسيحية والورع المسيحي، وفي بعض البلاد السيئة الطالع مثل: "جزر السندوتش" كان دخول المسيحية يعني في نفس الوقت انتقال الأمراض والأوبئة إليها[1]، وسبب ذلك أن القائمين على قواعد الدين المحلي الذي كان سائدًا قبل دخول المسيحية (يقصد الإسلام)، كانوا يتمتعون بما يتمتع به محمد رسول الإسلام من حظ كبير من التنور والفهم والإدراك، مما جعله يفرض الكثير من الإجراءات الصحية؛ كأنها فروض وواجبات دينية مثل: الوضوء، والعناية كل العناية بالتخلص من فضلات الجسم بكل عناية واحترام، حتى قلامات الأظافر والشعر، فلما دخل مبشرونا المسيحيون، جاؤوا بكل غفلة وغباء، فنددوا بهذه التعاليم المقدسة، وبتلك العادات الإلهية دون أن يأتوا بشيء يحل محلها، وسرعان ما حل مكانها الكسل والإهمال، ودخلت الأوبئة مع دخول المسيحية"[2]. يعني ذلك كله أن المسيحية والقائمين عليها كانوا لا يمتون بصلة إلى دينهم الأصيل ؛ لأنه يستحيل ان يكون الدين لا يدعو إلى التطبب أو العلاج أو التنظيف حتى. لذلك زاغت البشرية عن الطريق وظهرت الدعوات المنادية بألا دين وأن الحياة مادة ولا حياة بعد الموت. وقد زاد الطين بله حين كانت الرهبان هم وحدهم من يعتني بصحته دون من سواهم من الرعية .فقد ذكرت الدكتورة سيجريد هونكة في كتابها "شمس العرب تسطع على الغرب": "كانت العناية بالصحة والمرض في العصور الوسطى منوطة برجال الكنيسة والأديرة، فكان الرجال المثخنون بالجراح المدماة يضطرون إلى الانتظار طويلاً؛ استعدادًا للتقرب من سر الاعتراف، وللإقرار بخطاياهم وذنوبهم جميعًا، وتناول الخبز الذي يسمونه جسد الرب قبل أن ينالوا إسعافًا أوليًّا، أو يكتنفهم مأوى أو ملجأ، وكان الكهنة يمرون على المرضى، ويرشونهم جميعًا بالماء المقدس، ويصلون عليهم، ويأمرونهم بتصفية أمورهم الدينية والدنيوية بالاعتراف بآثامهم التي أدت إلى مرضهم، فإذا شفي المريض لأي سبب جاء إلى الكاهن الذي يقول له: "هأنت قد عوفيت، فلا تخطئ

(1) بخلاف الإسلام الذي نادى بكل ما هو طاهر نظيف، بل إنه لا عبادة صحيحة إلا بالطهور والغسل والوضوء. فتبطل الصلاة وهي ركن ركين بلا غسل للجنابة مثلا أو الوضوء. كما أن الحج الأكبر يبطل إذا طاف الشخص ولم يكن على طهارة وغير ذلك.

(2) المرجع السابق. مقال الفنجري عن برناردشو: حيرة الطبيب.

مرة أخرى لئلاَّ يصيبك ما هو أعظم"[1].وقد تسلطت فكرة أن المرض شيطان يتلبس الإنسان في أوربا إلى حد أن الكهنة كانوا يتصورون أن لكل مرض شيطانًا خاصًّا به يختلف عن الآخرين، ولذلك تخصص الكثير من الرهبان والراهبات في علاج أنواع معينة من الأمراض بالدعاء، ولكل قديس منهم نوع معين من الأمراض يعالجه دون غيره، فالقديسة سانت بلير لشفاء أمراض الحلق، والقديسة برناردين لشفاء أمراض الرئة... وهكذا. وهم لما عجزوا عن طرق طرق التطبب والعلاج اتجهوا إلى الشعوذة والكهنوت ، وربما لجوؤهم هذا كان من ورائه استخفاف عقول الناس وربطهم بسلطان الرهبان والبابا ، والطمع فيما أيدي الناس وابتزازهم . فلقد قد ظلت فكرة الربط بين الشيطان والمرض والخطيئة تسيطر على الطب المسيحي؛ حتى بداية القرن التاسع عشر، فتقول د. سيجريد هونكة: "إن الدكتور فيرشمان الأستاذ بجامعة لايبزج كتب سنة 1824 عن مرض تسلط الشيطان، وإثم المرض، وطرق الشفاء القائلة بطرد الشيطان بالقوة وبالدعاء والصلاة للقديسين، ثم يقول: إن الطبيب الذي يجهل هذه الحقيقة ويجهل طرق طرد الأرواح الشريرة شر طردة، فإنما يجهل أهم وسيلة علاجية"[2]. وفي المقابل كان للمسلمين نهجهم وطريقتهم الخاصة في التعامل مع البدن والصحة والحياة لأن لهم مقومات وأسسا ثابتة يقينية لا تتزعزع . بانين عقيدتهم على الصحيح والثابت اللامتغير . يؤسسون على مصادرهم الأصلية والتشريع كل شيء ثابتين ثبوت الرواسي لا يدخلهم تحريف ولا زيغ ولا باطل. لأن المصادر ثابتة لا تتحرف ولا تحيد.تقول الدكتورة سيجريد هونكة تحت عنوان "مستشفيات مثالية وأطباء لم ير العالم لهم مثيلاً"، - وذلك في وصف الطب والعلاج في المستشفيات الإسلامية منذ ألف عام - : إن الأوضاع كانت تشبه إلى حد بعيد ما نراه اليوم في قرننا العظيم العشرين، فقد كانت المستشفيات تبنى بكثرة في كل المدن العربية الكبيرة الواقعة ما بين

(1) هونكة، سيجريد: شمس العرب تسطع على الغرب، ترجمة بيضون، فاروق ودسوقي كمال. ومراجعة: الخوري مارون عيسى. دار الجيل ودار الآفاق ، بيروت، لبنان. ط8، عام 1993م. ص225 Allahs Sonne Uber, Dem Abendland, Unser Arabisches Enbe (Sigrid Hanke).

(2) المرجع السابق هونكة، شمس العرب. ص219.

جبال الهملايا، وجبال البيرينية، وكان في مدينة قرطبة وحدها خمسون مستشفى في أواسط القرن العاشر، وكانت المستشفيات تتمتع بموقع تتوافر فيه كل شروط الصحة والجمال، وتقدم خدماتها للفقراء والأغنياء بدون تمييز... إلخ"[1].والمسلمون أول من بنى مستشفيات متخصصة للمعوقين والمجانين؛ لأن الإسلام اعتبرهم مرضى وغير مسئولين عن أفعالهم، فالله تعالى يقول: {لَيْسَ عَلَى الأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ}[2] [النور: 61]، والشريعة الإسلامية تعفي المجنون والمعتوه من أي مسؤولية، ولا يقام عليه حد ولا تعزير حتى إلا على أمواله عند وقوع الضرر بالغير.وقد عني المسلمون بالمجانين والمعتوهين بما يسمى بأغرب من الخيال.فقد جاء في صك الأوقاف التي حبس ريعها لصالح مارستان النوري في حلب أن كل مجنون يختص بخادمين، فينزعان عنه ثيابه كل صباح، ويحممانه بالماء، ثم يلبسانه ثيابًا نظيفة ويحملانه على أداء الصلاة، ويسمعانه القرآن، ثم يفسحانه في الهواء الطلق، ويسمح له بالاستماع إلى الأصوات الجميلة والنغمات الموسيقية المطربة"[3].

لقد جاء الإسلام بمفاهيم جديدة تختلف كل الاختلاف عن المسيحية في نظرته إلى المرض، فنفى أن يكون المرض شيطانًا أو روحًا نجسة تصيب الإنسان، وأنكر أن يكون المرض بسبب خطيئة يرتكبها الإنسان بحق الله، ونفى كل الطقوس المسيحية التي يقيمها الرهبان لشفاء المرض وإخراج الشيطان من جسم المرض؛ بل إنه نفى أن يكون هناك رجل دين أصلاً بالمفهوم المسيحي؛ ليكون واسطة بين الله والإنسان، ومن حقه غفران الذنوب أو شفاء المرض.فخلاصة القول: إن الاختلاف بين الإسلام والديانات الأخرى حول مفهوم الطب كبير جدًّا، وهذا يقودنا إلى النتيجة الحتمية وهي: أنه في العصور الوسطى التي سادت فيها المسيحية، وحكم الكنيسة في أوروبا، وطبقت هذه المفاهيم، تأخرت مهنة الطب وتخلفت؛ بينما نجد في نفس الفترة عندما طبقت المفاهيم والتعاليم

(1) المرجع السابق هونكة، شمس العرب. ص228.

(2) سورة النور آية 61 .

(3) كرد علي، محمد بن عبدالرزاق محمد: خطط الشام، مكتبة النوري ، دمشق، ط3، عام 1983م. 6/161- 162

الإسلامية، أنه قد ارتقى الطب في العالم الإسلامي حتى بلغ الذروة[1].وما ذكرناه خير دليل على قدرة تفوق العرب والمسلمين في العلوم الدنيوية والأخروية على السواء، لأن بيدهم أشياء ومقومات لا توجد عند غيرهم تجعلهم يركبون الصعب والسهل ليصلوا إلى بر النجاة والتفوق العلمي العالمي بسبب ما يرتكزون عليه من مقومات وثوابت ومبادئ وتصورات إيديولوجية تساعدهم على ريادة العالم والوصول بالبشرية إلى المبتغى وتقديم العلم والرقي والحضارة والعيش السليم والشفاء لكل مريض مرضا عضويا أو روحيا ، وهو ما يعجز عن الجمع بينهما كل طب في الدنيا غير طب العرب والمسلمين.

المبحث الأول : *تعريف الأعمال الطبية وعلة إباحتها*

سوف يكون الكلام في هذا المبحثين عن مفاهيم الأعمال الطبية وتعريفاتها، في مطلب أول. ثم نعرج عن سبب إباحة الأفعال غير المشروعة للطبيب بين الشريعة والقانون.

المطلب الأول: مفهوم الأعمال الطبية .

تعددت الآراء حول تعريف العمل الطبي، فيعرفه الأستاذ سافتية في شرحه للقانون الطبي بأنه: (ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب)[2].**يلاحظ** على هذا التعريف بأنه وصف الطبيب بأنه متخصص ، والمراد أنه مؤهل لمهنة الطب، وليس كما يتبادر إلى الذهن بأنه المتخصص غير الطبيب العام. ثم أورد في التعريف اشتراط الحذق في الطبيب وكونه ذا قاعدة علمية طبية صحيحة لمداواة المعلول.كما أنه أهمل شرط الرسمية والإذن في السماح له لممارسة مهنة الطب على ما تعورف عليه تشريعا وقانونا وكونه يحمل رخصة رسمية أم لا .ويعرفه الأستاذ الدكتور محمد نجيب حسني بأنه: (ذلك النشاط الذي يتفق بكيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب،

(1) الفنجري، المقال السابق.

(2) كامل، رمضان جمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005م، ص23).وانظر: (. فدوى محمد إسماعيل البرغوثي، رسالة ماجستير ، المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة، جامعة القدس، الأردن، عام 2003 م ، 91- 92.

ويتجة في ذاته، اي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض). والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً اي يستهدف التخلص من المرض او تخفيف حدته او مجرد تخفيف آلامة، ويعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض[1] وهذا التعريف أيضا عمم من مهام الطبيب في أنه ليس نشاطا وعملا فقط لشفاء المريض حين يصاب بالاعتلال مثلا ، وإنما عمله أيضا يمتد إلى الكشف عن مسببات المرض وهو ما يسمى في عصرنا باختصاص التشخيص للمرض. كما أنه يعد من قبيل التطبيب استهداف الوقاية من الأمراض والعمل على تجنبها بالأسس العلمية الحديثة. وأرى أنه لم يذكر ما سبق من الشروط في سابقه كالترخيص وغيره.ويمكن أن يعرف العمل الطبي بأنه: (ذلك النشاط الذي يقوم به الشخص المرخص له في مزاولة مهنة الطب المؤهل العارف بقصد شفاء المريض أو تخفيف آلامه وتشخيص مرضه والوصول إلى البرء أو التخفيف).

تعريف الأعمال الطبية لدى القدماء: عرفها بعض الفقهاء بأنها"**هو –أي علم الطب – علم يعرف به حفظ الصحة وبرء المرض**"[2] .هذا التعريف ذكر المسمى وترك من يقوم بفعل المسمى، فدخل في ذلك الطبيب المرخص له وغير الطبيب كالعشاب والعطار وغيرهم.وهناك من عرف العمل الطبي بأنه : (علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان ، من جهة ما يعرض لها من من صحة وفساد)[3]. وقد نسب إلى ابن رشد الحفيد[4]. وهذا أيضا قد أهمل ما ذكرناه سابقا، ولم يذكر مهنة الطبيب وما يجب عليه فعله والوصول إليه، ومن هو الطبيب أيضا ليخرج بذلك من يتسمى بذلك من غير الطبيب.**وقيل بأنه: (هو "علم بأحوال**

(1)حسني ، محمود نجيب: شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت، 1984 م ، ص201- 202.

(2) المناوي، زين الدين محمد: التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب ، عبدالخالق ثروت، القاهرة، ط1، عام 1990م.

(3) الشنقيطي ، محمد مختار، الجراحة الطبية، والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة –الشرقية، ط2، عام 1994م. ص 32، نقلا عن الأنطاكي في كتابه: " النزهة المبهجة في تشحيذ الأذهان وتعديل الأمزجة" 34/1.

(4) الجراحة الطبية ص32.

بدن الإنسان ، يحفظ به حاصل الصحة ، ويسترد زائلها") ونسب هذا إلى جالينوس[1] .

وقيل بأنه: (هو علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة ؛ ليحفظ الصحة حاصلة ، ويستردها زائله). قال به ابن سينا في قانونه[2] .وتعريفا جالينوس ابن سينا متقاربان جدا بل هما تعريف واحد. إلا أنه يبقى دائما ترك التعريف لموضوع علم الترخيص للطبيب محل إشكال لأنه يمكن أن يدخل العطارون والعشابون في حقيقة التعريف ويسمون أطباء ، وهذا لا يقول به أحد. ومهنة الطب التي هي: علم الأبدان من أشرف المهن وأعلاها ، فما أنزل الله داء إلا وأنزل له دواء ، وقيض لوصفه رجالا أنعم عليهم بعلم وخبرة ، لا تتوفر في غيرهم . يقول ابن أبي أصيبعة في مقدمة كتابه عيون الأنباء في طبقات الأطباء : ((صناعة الطب من أشرف الصنائع ، وأربح البضائع ، وقد ورد تفصيلها في الكتب الإلهية والأوامر الشرعية ، حتى جعل علم الأبدان قريناً لعلم الأديان وقد قالت الحكماء : إن المطالب نوعان خير ولذة ، وهذان الشيئان إنما يتم حصولهما للإنسان بوجود الصحة ؛ لأن اللذة المستفادة من هذه الدنيا والخير المرجو في الدار الأخرى لا يصل الواصل إليهما ، إلا بدوام صحته وقوة بنيته ، وذلك إنما يتم بالصناعة الطبية ؛ لأنها حافظة للصحة الموجودة ورادة للصحة المفقودة ، فوجب إذا كانت صناعة الطب من الشرف بهذا المكان ، وعموم الحاجة إليه داعية في كل وقت وزمان أن يكون الاعتناء بها أشد ، والرغبة في تحصيل قوانينها الشكلية والجزئية آكد وأجد)) [3].

أقول: ولذلك اعتنى بها المسلمون والعالم أجمع لما لها من ضرورة في حياتهم اليومية كضرورة الطعام والشراب. لأنه لا معنى لحياة لا صحة فيها ولا نظام صحي ولا جسم صحيح ولا نفس سليمة غير سقيمة . فإنه إذا كان ولا بد من سعادة وراحة فلا بد من علاج صحيح واهتمام بالصحة أكثر من غيرها، ولا يتم ذلك إلا بصحة الأبدان والأرواح.

---

(1) تفس المرجع السابق 32.

(2) ابن سينا، الحسين بن علي: القانون في الطب، دار الفكر ، بيروت. 3/1.

(3) ابن أبي أصيبعة، أحمد بن القاسم، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق نزار رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، د ت. 1/1.

المطلب الثاني: علة إباحة الأفعال غير المشروعة في الأعمال الطبية

1- في القانون: يكون العقاب مقررا على فعل قد اكتسب صفة التجريم فعلا ولا تعقيب على ذلك ، إلا أنه في بعض الأحايين يكون العقاب مرفوعا على أعمال وحقوق نص القانون عليها كما في أسباب الإباحة مثلا، والتي هي مثبتة في استعمال الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعي ورضاء المجني عليه.ويعد عمل الطبيب داخلا ضمنا في استعمال الحق كما يراه القانونيون . وأرى أنه يدخل فيه ويدخل في أداء الواجب فإنه يجب عليه أحيانا أن ينقذ حياة إنسان بالتطبيب، وإلا كان عرضة للمساءلة القانونية.كما أنه يدخل في الدفاع الشرعي لأنه يجب في بعض الأحايين أيضا أن يدافع الشخص عن نفسه وعن نفس غيره . وذلك طبعا لا يتم إلا برضاء المجني عليه.لقد نص قانون العقوبات الجزائري على أسباب الإباحة في المادتين 40/39 وقد جاء النص على النحو التالي : المادة39 " لا جريمة: - إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون . - إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء "[1].والعمل الطبي قد أباحه القانون وأمر به وأذن به. كما هو مقرر في أسباب الإباحة في قانون العقوبات في القسم العام منه.يقول بعض الفقهاء : "وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسئولية عن الطبيب[2]، فذهب الفقه والقضاء في إنجلترا إلى أن سبب عدم المسئولية هو رضاء المريض بالفعل، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديما)[3]، وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائي؛ لأن الطبيب يفعل الفعل

(1) قانون العقوبات الجزائري ، ديوان ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، المادة 39. وانظر في الموضوع: سليمان، عبدالله : شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام. ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر،ط5، 2006م.ص118.

(2) بدوي، علي: الأحكام العامة في القانون الجنائي، القاهرة، عام 1938م. 400/1 وما بعدها. مرسي، محمد كامل، والسعيد، مصطفى السعيد: قانون العقوبات المصري الجديد، القاهرة، 1946م422/1.

(3) نقض في 24 أبريل سنة 1897، القضاء السنة الرابعة ص251

بقصد شفاء المريض، وقد أخذ القضاء المصري وقتاً ما بهذا الرأي[1]. والرأي الأخير الذي يسود اليوم في مصر وفرنسا هو أن

التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضي ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هي نفس التعليلات التي ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض[2].يلاحظ من هذا التقرير بأن علة إباحة أفعال الطبيب غير المشروعة هي متوافرة في علة التجريم التي هي حماية حق ومصلحة.ولا تجريم برضاء المريض بالفعل أو وليه. وكذلك لا تجريم عند انعدام القصد الجنائي. كما أن الشيء الذي تقتضيه الحياة الاجتماعية يعتبر ضرورة لا تجريم فيه. وكلها تهدف وترنو إلى تحقيق وحماية حق أو مصلحة.يقول بعض فقهاء القانون:"إن علة الإباحة في الأعمال الطبية في القانون تتم معرفتها بالالتجاء إلى دراسة علة التجريم. وذلك لأن العلتين مرتبطتان ومتلازمتان، ولما كانت علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة ....ولما كانت أعمال الطب لا تؤذي سلامة الجسم وإن مست مادته فهي إذن لا تهدر مصلحته في أن يسير سيرا عاديا ، بل تصونها. وهكذا ينتفي الاعتداء على الحق وتزول علة التجريم ، وهذا ما يسمى "مبدأ انتفاء الحق"[3].إذن علة الإباحة في العمل الطبي في القانون هي: حماية حق أو مصلحة، وكلاهما متوافران في عمل الطبيب؛ لأن الأخير يحمي حق المريض ومَن وراءَه في الحياة وحق المجتمع في هذا الشخص ، وعلى الأخص إذا كان صالحا. ففي صلاحه صلاح مجتمعه. كما أنه يحمي مصلحته الشخصية في البقاء على قيد الحياة مثلا أو يعالجه لينعم بالصحة وهذا من أعظم المصالح المرجوة.

(1) نقض في 18 يناير سنة 1918 المجموعة الرسمية س18 رقم 18 ص31

(2) عودة، عبدالقادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1/524- 525.

(3) الخلف علي حسين، والشاوي سلطان عبدالقادر: المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية ، بغداد، د ت. ص242- 243. عن حسني، محمود نجيب في كتابه : أسباب الإباحة، ص16.

2- في فقه الشريعة اتفق فقهاء المذاهب على جواز استعمال الطبيب لحقه في الفعل غير المأذون فيه وغير المبرر، وأن هناك تعليلا متوافرا في إباحة الفعل غير المشروع للطبيب، واختلفوا في حقيقة التعليل هل هو الضرورة أم هو إذن المجني عليه والمريض؟. اختلفوا إلى المذاهب التالية:

أ- مذهب أبي حنيفة[1]: قال بأن علة الإباحة أمران: الضرورة الاجتماعية وإذن المجني عليه أو وليه[2]. يقول صاحب كتاب نهاية الرتبة الظريفة في طلب الحسبة الشريفة وهو شافعي المذهب، حيث يرى بأنه لما كن التطبيب ضرورة اجتماعية ، إذ لا يمكن أن يمنع منه السلطان والدولة، ولا يرى بأن للدولة منعهم لضرورة عملهم واحتياجات الناس للأعمال الطبية والطبيب ، ولا يملك القائمون على مراقبة النشاطات المختلفة للإطارات والأعمال تحليفهم. فقد جاء في الكتاب المشار إليه آنفا ما مفاده في خضم حديثه عن الاحتساب عن الكحالين:"وَجَمِيعُ غُشُوشِ أَكْحَالِهِمْ لَا يُمْكِنُ حَصْرُ مَعْرِفَتِهَا، فَيُحَلِّفُهُمْ الْمُحْتَسِبُ عَلَى ذَلِكَ، إذْ لَا يُمْكِنُهُ مَنْعُهُمْ مِنْ الْجُلُوسِ لِمُعَالَجَةِ أَعْيُنِ النَّاسِ"[3].

ب- مذهب مالك[4]: يرى بأن العلة في إباحة الفعل الطبي هو أمران أيضاً هما: إذن الحاكم أولاً. ثم إذن المريض ثانياً[5].

ج- مذهب الشافعي[1] **وأحمد**[2]: هو أن العلة عندهم هي إذن المجني عليه أو الشخص المريض. وكذلك أن الطبيب يريد إصلاح المفعول وعدم الإضرار

(1) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2. د.ت. ج8 ص33.

(2) ابن الهمام،كمال الدين: شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية، القاهرة 1318هـ .8 /291، ابن عابيدن، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار إحياء التراث العربي، ط2، عام 1987م. 43/5.

(3) الشيزري، عبدالرحمن أبوالنجيب: نهاية الرتبة الظريفة في طلب الحسبة الشريفة ، مرجع سابق ص101.

(4)عليش، محمد بن أحمد: منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة عام 1989م. ج9 ص362.

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدردير، دار إحياء الكتب العربية، د.ط،د.ت. 255/4.

به[3].وكلهم يتفقون بوجوب عدم خطئه وأنه يحسن فنه متمرس في اختصاصه.وقد ذكرها الإمام ابن قدامة في المغني . حيث قال: ([مَسْأَلَة لَا ضَمَانَ عَلَى حَجَّامٍ وَلَا خَتَّانٍ وَلَا مُتَطَبِّبٍ]) . مَسْأَلَةٌ قَالَ: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى حَجَّامٍ، وَلَا خَتَّانٍ، وَلَا مُتَطَبِّبٍ، إذَا عُرِفَ مِنْهُمْ حِذْقُ الصَّنْعَةِ، وَلَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ) وَجُمْلَتُهُ أَنَّ هَؤُلَاءِ إذَا فَعَلُوا مَا أُمِرُوا بِهِ، لَمْ يَضْمَنُوا بِشَرْطَيْنِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونُوا ذَوِي حِذْقٍ فِي صِنَاعَتِهِمْ، وَلَهُمْ بِهَا بِصَارَةٌ وَمَعْرِفَةٌ؛ لِأَنَّهُ إذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَمْ يَحِلَّ لَهُ مُبَاشَرَةُ الْقَطْعِ، وَإِذَا قَطَعَ مَعَ هَذَا كَانَ فِعْلًا مُحَرَّمًا، فَيَضْمَنُ سِرَايَتَهُ، كَالْقَطْعِ ابْتِدَاءً. الثَّانِي أَنْ لَا تَجْنِيَ أَيْدِيهِمْ، فَيَتَجَاوَزُوا مَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْطَعَ . فَإِذَا وُجِدَ هَذَانِ الشَّرْطَانِ. لَمْ يَضْمَنُوا؛ لِأَنَّهُمْ قَطَعُوا قَطْعًا مَأْذُونًا فِيهِ، فَلَمْ يَضْمَنُوا؛ سِرَايَتَهُ، كَقَطْعِ الْإِمَامِ يَدَ السَّارِقِ، أَوْ فَعَلَ فِعْلًا مُبَاحًا مَأْذُونًا فِي فِعْلِهِ، أَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا. فَأَمَّا إنْ كَانَ حَاذِقًا وَجَنَتْ يَدُهُ، مِثْلُ أَنْ تَجَاوَزَ قَطْعَ الْخِتَانِ إلَى الْحَشَفَةِ، أَوْ إلَى بَعْضِهَا، أَوْ قَطَعَ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْقَطْعِ، أَوْ يَقْطَعُ الطَّبِيبُ سِلْعَةً مِنْ إنْسَانٍ، فَيَتَجَاوَزُهَا، أَوْ يَقْطَعُ بِآلَةٍ كَالَّةٍ يَكْثُرُ أَلَمُهَا، أَوْ فِي وَقْتٍ لَا يَصْلُحُ الْقَطْعُ فِيهِ، وَأَشْبَاهِ هَذَا، ضَمِنَ فِيهِ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ إتْلَافٌ لَا يَخْتَلِفُ ضَمَانُهُ بِالْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، فَأَشْبَهَ إتْلَافَ الْمَالِ، وَلِأَنَّ هَذَا فِعْلٌ مُحَرَّمٌ، فَيَضْمَنُ سِرَايَتَهُ، كَالْقَطْعِ ابْتِدَاءً.وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي النِّزَاعِ، وَالْقَاطِعِ فِي الْقِصَاصِ، وَقَاطِعِ يَدِ السَّارِقِ. وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا.

[فَصْلٌ خَتَنَ صَبِيًّا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ قَطَعَ سِلْعَةً مِنْ إنْسَانٍ بِغَيْرِ إذْنِهِ]

---

(1) النووي، أبوزكريا محيي الدين بن شرف: روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش. المكتب الإسلامي، بيروت. طبعة عام 1991م ، ط 3 . ج5 ص229.

(2) البهوتي، منصور بن يونس: كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت 1418هـ 1997 ج4 ص34.

(3) الشربيني، محمد الخطيب: مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن المنهاج: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي 1377هـ 1958 337/2 وما بعدها.

والحنابلة: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت 1418هـ 1997 24/4.

فَصْلٌ: وَإِنْ خَتَنَ صَبِيًّا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ، أَوْ قَطَعَ سِلْعَةً مِنْ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، أَوْ مِنْ صَبِيٍّ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ، فَسَرَتْ جِنَايَتُهُ، ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ قَطْعٌ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ الْحَاكِمُ، أَوْ مَنْ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِ، أَوْ فَعَلَهُ مَنْ أَذِنَا لَهُ، لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا) [1]. وهذا الاختلاف بين الفقهاء في تقرير أساس إباحة العمل الطبي، يدل على التقدير بشأن هذه المهنة، وخطورتها في آن واحد[2]. فبعضهم يرى أن العلة هي الحاجة إلى ممارسة مهنة الطب في جو يشجع على ممارستها، لاسيما حين يقترن بالإذن، وبعضهم يرى أن العلة بالإضافة إلى إذن المريض، قصد العلاج لا الضرر، والقرينة على هذا القصد، وقوع العمل الطبي موافقاً للأصول الفنية، وبعضهم يرى أن العلة هي الإذن في صورته المزدوجة المركبة، إذن الحاكم بممارسة المهنة، وإذن المريض بإجراء العمل الطبي[3].إذن يمكن أن تجتمع العلل كلها والعبرة بمجموعها، وهي:

1- الضرورة الاجتماعية 2- إذن المريض أو وليه. 3- إذن الحاكم.4- حسن قصد المريض في إصلاحه وعدم الإضرار به.

مقارنة

يوافق القانون الشريعة في أن علة إباحة الفعل غير المشروع للطبيب هو حماية حق أو مصلحة وذلك كامن في أنه ضرورة اجتماعية وهي مصلحة مرجوة يتشوف لها المشرع الأعلى والقانون الوضعي. كما أن إذن المريض أو وليه يعتبران حقا من حقوقهما المكتسبة والثابتة قانونا وشرعا. وكما أن إذن الدولة والمسؤول بين واضح في أنه من حق الدولة أن تنظم القوانين وتصدر الرخص وتنظمها من

(1) ابن قدامة ، موفق الدين الجماعيلي المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة ، طبعة 1968م ج398/5.

(2) أبوالوفا، محمد أبوالوفا : العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي، الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بإمارة الشرقة بالإمارات العربية المتحدة. ص6. نقلا عن الدكتور عبد الستار أبو غدة: فقه الطبيب وأدبه، ضمن أبحاث المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي بالكويت، يناير 1981م، مطبوعات وزارة الصحة العامة والمجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت ص596.

(3) أبوالوفا، العمليات الجراحية المستعجلة، المرجع السابق، ص 6.

عبث العابثين وأن يقوم بعمل الطب المؤهلون من نخب المجتمع المرخص لهم المتخرجون من كليات الطب المهرة الحاذقون. ومن مصلحة المرضى أن يكون هناك تنظيم وتشريع ينظم للترخيص للأطباء مهاهم وعملهم ويضبطها. وهي مصلحة ثابتة أيضا لصالح المجتمع والناس في أن يستطيعوا أن يصلوا إلى حقوقهم عن طريق الأمر الثابت الرسمي وعن طريق القنوات القانونية المعتبرة الموصلة إلى الحق. كما أن حسن القصد والنية الصحيحة المؤدية إلى القيام بمصالح المريض أو المجني عليه ضرورة للوصول إلى تحقيق الحق ومصلحة هذا الأخير.وفي كل هذا نرى اتفاقا بينا بين الفقه الشرعي والقانون الوضعي في هذه الجزئية ، ويبقى الأسبقية لفقه المسلمين والشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: شروط رفع المسؤولية الجنائية عن ممارسة الأعمال الطبية.

للمسؤولية الجنائية في مجال المسؤولية الطبية شروط وضعها فقهاء القانون وقبلهم فقهاء الشريعة ليتسنى للطبيب أن يقوم بعمله على أكمل وجه وبعد الضمانات التي أتيحت له وذلك تشجيعا له وحمله على الإقدام على هذا العمل النبيل والواجب الأصيل. وقد يكون هذا المبحث على مطلبين: أحدهما في شروط الفعل المبرر للطبيب في القانون. والآخر شرط هذا الفعل في الشريعة الإسلامية مع عقد المقارنة بنهما في نهاية هذا المبحث.

المطلب الأول: شروط الفعل المبرر في القانون

يشترط فقهاء القانون لكي يباح الفعل غير المبرر وغير المشروع للطبيب شروطا عديدة أهمها[1]:

1- <u>الاختصاص في العمل:</u> أي أن يكون المعالج طبيبا. والطبيب هو أحد خرجي كلية الطب حاصل على مؤهل دراسي يسمح له بموجب قوانين البلاد ممارسة مهنة الطب وعليه فلا تباح أفعال بعض الأشخاص الذين يتعاطون بعض الأعمال والتي يدعون أنها تحقق الشفاء حتى ولو ثبت ذلك بالممارسة.

(1) الشباصي، إبراهيم : الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العـــام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م. ص ص168- 170.

2- موافقة المريض على العلاج: إن القانون لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي احتراما لما لجسم الإنسان من حصانة ويرى أن يتقيد هذا الحق بنوع المرض الذي يريد علاجه .

3- تحقيق الغاية: يقصد بالعلاج مداواة المريض وبهذه الغاية ترتبط الإباحة فإذا كان العلاج بقصد إجراء تجربة علمية، فإن ذلك يبعد الفعل عن أسباب التبرير ويعد عندها عملا غير مشروع.

4- اتباع أصول الفن: أن يقوم المتدخل بعمله بحسن نية وإخلاص دون أن ينحرف عن غايات التدخل مع التقيد بأصول الفن الطبي ومستلزماته .

المطلب الثاني: شروط الفعل المبرر في الفقه

يقول ابن قيم الجوزية: "أما الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها ولم تجنِ يده، فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع،ومن جهة من يطببه تلف العضو أو النفس،أو ذهاب صفة،فهذا لاضمان عليها تفاقا"(1).يجب أن يكون الفاعل طبيبا قد ظفر بقبول طلب له وبسما حولي الأمر له بمزاولة مهنة الطب هو ما عبر عنه الإمام ابن القيم رحمه الله بأنه (المأذون فيه من جهة الشارع).وهو ما يعرف اليوم بترخيص وزارة الصحة وإجازتها للطبيب بالعمل،ذلك أن الشريعة الإسلامية تشترط في من يزاولون مهنة الطب أن يكون ممن أذن لهم بترخيص من الدولة.ولا بد من إذن المريض أو وليه ، ولولاه صار الطبيب يتحمل جميع تبعاته. فإذا وجد الإذن من المريض أو ولي القاصر ارتفعت المسؤولية وحلت محلها الإباحة الشرعية للطبيب.ومن الشروط أيضا أن تكون نية الطبيب حسنة بقصد العلاج لا غير. فإذا كان لتعليم الطلبة أو مجرد التشريح والطب لذاته فإنه لا يجوز .

وكل ذلك لا بد أن يكون عملا على أصول وفن ودراية وحذق وعلم ودراسة. وإلا كانت أسباب الإباحة منتفية يتحملها المدعي طبا كاملة.ويمكن أن نجمع شروط عدم مسؤولية الطبيب وإباحة الفعل غير المبرر له في الشريعة الإسلامية في الشروط الآتية:

(1) ابن القيم، شمس الدين: زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط27، عام 1994م.4/128. ابن القيم: الطب النبوي،دار اهلال، بيروت. ص103.

1 - أن يكون الفاعل طبيباً.

2 - أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية.

3 - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية.

4 - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي.

فإذا توفرت هذه الشروط في التطبيب فلا مسئولية، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولاً[1].

مقارنة:

تكاد تجمع التشريعات الحديثة على أن أسباب إباحة الفعل غير المشروع للطبيب وعمل الفعل غير المبرر ورفع المسؤولية الجنائية والمدنية عن الأطباء تماما بتوافر الشروط الأربعة التي أجمع عليها فقهاء الشريعة الأربعة وهي : العلم، والنية الحسنة، والتطابق مع أصول الفن والدراية، وإذن المريض أو من يقوم مقامه كالولي.ولم تختلف هذه التشريعات مع الفقه الإسلامي إلا في موضوع في مجال المسؤولية الطبية وثبوت أسباب الإباحة إلا في جزئية كون التطبب حقا أم واجبا.فالقوانين تذهب إلى أنه حق. والشريعة تعتبره واجبا.(وتعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقاً، بينما تعتبره الشريعة واجباً. ولا شك أن نظرية الشريعة أفضل؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة) [2].وذلك لأن القانون يصنف تطبيقات أسباب الإباحة في نطاق استعمال الحق، وهي: الدفاع الشرعي ، وممارسة الأعمال الطبية، وممارسة الألعاب الرياضية، والتأديب. ورضاء المجني عليه. فالملاحظ أن ممارسة الأعمال الطبية قد صنفها القانون تحت طائلة استعمال الحق، والصحيح أنه استعمال لحق واجب لا حق فقط.والشريعة من أولها صنفته في جانب الواجبات التي يلزم بها الطبيب لزوما يشارك فيها الأخير في تنمية البلاد والعباد، وتشجيع التطبيب وطلبه والاهتمام بالحياة والصحة لعمارة الكونين : الدنيا والآخرة.قال النووي:"وأما العلوم العقلية فمنها ما هو

(1) عودة ، عبدالقادر، التشريع الجنائي ، مرجع سابق 523/1.

(2) عودة ، المرجع السابق 524/1.

فرض كفاية كالطب والحساب المحتاج إليه"[1].وقال الغزالي :"ولا يستبعد عد الطب والحساب من فروض الكفاية ، فإن الحرف والصناعات التي لا بد للناس منها في معايشهم كالفلاحة فرض كفاية. فالطب والحساب أولى"[2].والفرض الكفائي هو ما إذا قام بعض الأمة سقط عن الباقين. ولا غرو أن الطب كذلك. وبذلك يتبين لنا تفوق الفقه على القانون في كثير من الأحايين. وإذا اتفقا فالأسبقية للفقه الزاخر بالتشريعات العجيبة والأحكام البليغة التي لا تُنازع، ولا تمارى، ولا تبارى؛ لأنها تنزيل من حكيم حميد.

خاتمـــة-

بعد هذا السير الحثيث في ثنايا البحث بين الفقه والقانون في موضوع مهم جد كهذا والذي وقع في تأصيل سبب الإباحة القانونية في الجزاء لموضوع العمل الطبي اللذين يبيحان أن يقوم بأعمال غير مبررة أو أعمال غير مشروعة، وفي نظرة خفية لتعليل سبب الإباحة في الفقه والقانون والفرق بين نظرتيهما. كانت هذه الدراسة مقارنة بين الفقه والقانون اتفاقا وافتراقا. وقد توصلت إلى نتائج كثيرة أهمها ما يلي:

- أن التشريع الجنائي الإسلامي والفقه قد سبق بمراحل عدة ما وصل إليه القانون قبل قرنين من الزمان.
- يرى الباحث أن القانون الوضعي قد استفاد كثيرا من فقهاء المسلمين جدا وهذا تسليم لهم بما قرره الفقهاء قديما منذ نزول القرآن.
- أن الطب عند المسلمين قد ارتقى مراتب عليا وأفضل بكثير من غيرهم وذلك حسب الإمكانات المتاحة لهم في غابر الأزمان.
- أن العصر الحديث وبالرغم من التطور التكنولوجي الهائل وما توصل إليه الطب حديثا يعتبر امتدادا لما أسسه أطباء العرب والمسلمين قديما.
- أن الطب عند العرب كان يجمع بين المادة والروح فكان التكامل وهو المبتغى.

(1) النووي، يحيى أبوزكريا: روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت. الطبعة الثالثة، عام 1991م. 223/10.

(2) الغزالي ، محمد أبوحامد: إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت. 16/1.

– **وافق القانونُ الشريعةَ على أن سبب إباحة الفعل غير المشروع هو تحقيق مصلحة أو حق.**

– **كما وافق القانون الفقه على أنه لإباحة الفعل غير المبرر للطبيب يجب أن تتوافر شروط أربعة هي: العلم، والنية الحسنة، والتطابق مع أصول الفن والدراية، وإذن المريض أو من يقوم مقامه كالولي والوصي والقيم ومن تندبه المحكمة. وكلها قد ذكرتها الشريعة الإسلامية.**

قائمة المصادر والمراجع

1. ابن أبي أصيبعة، أحمد بن القاسم، **عيون الأنباء في طبقات الأطباء**، تحقيق نزار رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، د ت.
2. بدوي، علي: **الأحكام العامة في القانون الجنائي**، القاهرة، عام 1938م.
3. برناردشو، جورج: **حيرة الطبيب**، دار الفكر الغربي، ترجمة إبراهيم مكاوي.
4. البهوتي، منصور بن يونس: **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، بيروت 1418هـ .
5. حسني ، محمود نجيب: **شرح قانون العقوبات اللبناني**، القسم العام، دار النهضة العربية، بيروت، 1984 م .
6. الخلف، علي حسين، والشاوي، سلطان عبدالقادر: **المبادئ العامة في قانون العقوبات**، المكتبة القانونية ، بغداد، د ت.
7. الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، للدردير، دار إحياء الكتب العربية، د.ط.دت.
8. سليمان، عبدالله : **شرح قانون العقوبات الجزائري** القسم العام. ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون.الجزائر ، ط5، 2006م.
9. ابن سينا، الحسين بن علي: **القانون في الطب**، دار الفكر ، بيروت. 3/1.
10. الشباصي، إبراهيم : **الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري**، القسم العـــام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م.
11. الشربيني، محمد الخطيب: **مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن المنهاج**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي 1377هـ 1958.
12. الشنقيطي ، محمد مختار، **الجراحة الطبية، والآثار المترتبة عليها**، مكتبة الصحابة، جدة –الشرقية، ط2، عام 1994م.

13. ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار إحياء التراث العربي، ط2، عام 1987م.

14. عليش، محمد بن أحمد: **منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، لبنان، طبعة عام 1989م.

15. عودة، عبد القادر: **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، دار الكتاب العربي، بيروت.

16. أبوغدة، عبد الستار: **فقه الطبيب وأدبه**، ضمن أبحاث المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي بالكويت، يناير 1981م، مطبوعات وزارة الصحة العامة والمجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.

17. الغزالي ، محمد أبوحامد: **إحياء علوم الدين**، دار المعرفة، بيروت.

18. فدوى محمد إسماعيل البرغوثي، رسالة ماجستير ، **المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة**، جامعة القدس، الأردن، عام 2003 م .

19. الشيزري، عبدالرحمن أبوالنجيب: **نهاية الرتبة الظريفة في طلب الحسبة الشريفة** ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر. عن المكتبة الشاملة الالكترونية.

20. ابن قدامة ، موفق الدين الجماعيلي المقدسي، **المغني**، مكتبة القاهرة ، طبعة 1968م

21. ابن القيم: شمس الدين محمد بن أبي بكر: **الطب النبوي**. زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط27، عام 1994م.

22. ابن القيم: شمس الدين محمد بن أبي بكر: **الطب النبوي**، دار الهلال، بيروت.

23. كامل، رمضان جمال، **مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية**، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005م.

24. كرد علي، محمد بن عبد الرزاق محمد: **خطط الشام**، مكتبة النوري ،دمشق، ط3، عام 1983م.

25. المناوي، زين الدين محمد: **التوقيف على مهمات التعاريف**، عالم الكتب ، عبد الخالق ثروت، القاهرة، ط1، عام 1990م.

26 ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2. د.ت.

27. النووي، يحيى أبو زكريا: **روضة الطالبين**، المكتب الإسلامي، بيروت. الطبعة الثالثة، ، عام 1991م.

28. الهمام، كمال الدين: **شرح فتح القدير**، المطبعة الأميرية، القاهرة 1318هـ

29. هونكة، سيجريد: **شمس العرب تسطع على الغرب**، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط8، عام 1986م. Allahs Sonne Uber, Dem Abendland, Unser Arabisches Enbe (Sigrid Hanke).

30. أبو الوفا، محمد أبوالوفا : **العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي**، الدورة التاسع عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بإمارة الشرقة بالإمارات العربية المتحدة.

31. نقض مصري في 18 يناير سنة 1918 المجموعة الرسمية س18 رقم 18 ص31

32. نقض مصري في 24 أبريل سنة 1897، القضاء السنة الرابعة ص251

33. http://www.alukah.net/culture/0/1960/#ixzz3TJ9IO9RF