الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية
قسم العلوم الإسلامية – تخصص: شريعة وقانون

أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون تحت بعنوان:

المسئولية المدنية عن الخطأ الطبي
دراسة مقارنة

تقديم: قـوادري مختـار تحت إشراف: لخضـاري لخضـر

أعضـاء لجنـة المناقشـة:

♦ مـروان محمد	أستاذ	جامعة وهران	رئيسـاً
♦ لخضاري لخضر	أستاذ	جامعة وهران	مقـرراً
♦ حزاب ربيعة	أستاذ محاضر _ أ_	جامعة وهران	مناقشـاً
♦ قادة بن بن علي	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشـاً
♦ سنينـي محمد	أستاذ محاضر _ أ_	جامعة البليدة	مناقشـاً
♦ خلواتي صحراوي	أستاذ محاضر _ أ_	جامعة سعيدة	مناقشـاً

السنـة الجامعيـة: 2010/2009م – 1431/1430هـ



{ وقِفُـ ـ ـ وهم إنهـ ـ ـ م مسئُولُون }

♦ سورة الصافّـات: الآيـة، 24 ♦

إهـــــداء

- إلى والدي الكريمين اللذين سررت بصحبتهما حيناً مـن الدهر، ولا أزال، وتعلمت منهما معاني حب العلـم والـدين والوطن.

- إلى الأهل والبنين والخلاّن الذين يمثلون سـند المـرء في الحياة.

- إلى كل من يحب الحق ، ويسعد الخلق ، ويروم المصلحة العليـا ؛ على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومشاربهم، أهـدي عملـي هـذا .

تشكـــرات

أتقدم بأسمى آيات الشكر، وعظيم الامتنان، وفائق التقدير إلى:

1. من تفضل علي بإشرافه على هذه الأطروحة؛ بوصفه مشرفاً رئيسياً، سماحة الأستاذ الدكتور لخضر لخضاري، إذ أمدني بكل توجيه وتسديد في الجانب الشرعي، خصوصاً فيما يتعلق بالمنهج الكلي.

2. ومن تشرفت بإشرافها علي؛ باعتبارها مشرفة مساعدة، السيدة الموقرة الدكتورة ربيعة حزاب، وتقديمها لي كل عون ومساعدة فيما يتعلق بالجانب القانوني.

3. إدارة كليـة الحضـارة الإسلاميـة والعلوم الإنسانيـة، قسم العلوم الإسلامية ، وأساتذتهـا الفضلاء على ما حبونيه من دعم وتشجيع.

4. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائرية، فلولا دعمها لي من خلال برامج التكوين قصير المدة بالخارج، ما كان لهذا العمل أن يظهر بهذا الشكل.

5. كل من أعانني من قريـب أو بعيـد؛ بنصيحـة، أو جهـد، أو دعاء بالتوفيـق.

مقدمة

مرت المسئولية المدنية الناشئة عن الخطأ الطبي في تطورها بحقبات، أولاها كانت عاصفة، فكتب فقهاء القانون فيها وأكثروا، ورسم الاجتهاد القضائي لها في مجال تطبيقها خطوطاً بارزة. وكلما ظن البعض أنها استقرت على إطار ثابت لها، طرأ ما يعيدها إلى الواجهة في البحث القانوني، حتى أنها لامست خطوط تماس بين القانون الخاص والقانون العام في عدة نقاط؛ منها الخطأ المفترض بناء على نظرية تحمل التبعة، وتراجع فكرة الخطأ أساساً لمسئولية الدولة عن المرفق العام؛ حسب الاتجاه الحديث للقضاء، خصوصاً لدى مجلس الدولة الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة تناولوا الموضوع في أبواب ومسائل متناثرة، ليست محبوكة في إطار جامع أو نظرية كاملة. وقد قدمت دراسات حديثة غير يسيرة، حول المسئولية الطبية في المجال الجنائي؛ وذلك لوضوح الفقه الجنائي الشرعي، المحكوم بمنظومة الحدود خصوصاً، وهذا فضلاً عن الاجتهاد المحدود في باب التعزيرات؛ التي غالباً ما تحكمها قاعدة ترك الفصل في النازلة لحكومة العدل، أو إلى السلطة التقديرية للقاضي بالتعبير القانوني الحديث. بيد أن الدراسات المتعلقة بالمسئولية الطبية من الوجهة المدنية للفقه الإسلامي هي- في حدود علمي- قليلة إن لم نقل نادرة، على عكس الأبحاث في الجانب القانوني، ومرد ذلك أن الفقه المدني الشرعي رحب الأفق، وخصب الاجتهاد، فلا تعدم الاختلاف الفقهي حتى في القواعد الفقهية، فضلاً عن قواعد الضمان.

لقد جذب انتباهي في السنوات الأخيرة، تلك الزيادة المطردة في المشاكل القانونية التي أصبحت تثيرها الحوادث الطبية، ليس في بلدان ما يصطلح عليه بالعالم الثالث فحسب، بل حتى في بلدان العالم المتقدم، لدرجة أن أصبحت مادة شبه يومية في وسائل الإعلام، والمؤتمرات والندوات العلمية، محلياً وعالمياً، وهذا فضلا عن أروقة المحاكم.

والحقيقة، أن المسئولية الطبية المدنية، وإن كانت صورةً من صور المسئولية المدنية بوجه عام، إلا أنها تكتسي أهميـة خاصـة، وذلك لسببين:

الأول: تعد مهنة الطب من أنبل المهن الإنسانية، ويحتاج الطبيب الذي ينهض بها، إلى قدر كبير من الحرية والثقة والاطمئنان. وبالمقابل، فإن حياة المريض أو سلامته الجسدية، تعتبر من أغلى القيم التي يحرص المجتمع على حمايتها، والتي تعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام.

والثاني: هذا التزايد المطرد في دعاوى المسئولية، منذ القرن الماضي إلى بداية القرن الحادي والعشرين، وعلى حد تعبير بعض الفقهاء، فإن دعاوى المسئولية الطبية التي كانت نادرةً في القديم؛ حيث وجود ما يسمى "بالطب العائلي"، أضحت كثيرة، ومرد ذلك إلى تجرد العلاقة بين الأطباء والمرضى من الصفة الشخصية، واتصافها بالصبغة التجارية.[1]

ومن العوامل التي ساهمت في ارتفاع دعاوى المسئولية، ازدياد المخاطر الطبية، وشيوع الثقافة الطبية لدى طائفة كبيرة من الناس، وما صاحب ذلك من نقص الثقة في القائمين على العمل الطبي. ونقصد بالخطأ الطبي في هذه الأطروحة، خطأ الطبيب؛ باعتباره مسئولاً مسئولية شخصية أو عن الغير أو الأدوات الطبية التي يستعملها.

وإذا كان دور القانون في المجتمع هو إقامة توازن عادل بين مصالح الأفراد المتباينة المتعارضة، فإن الحلول التي يأخذ بها القضاء في مجال الخطأ الطبي تحقق قدراً كبيراً من هذا التوازن العادل بين مصلحة الطبيب، من جهة، وبين المريض، من جهة ثانية.

وعليه، فإن دعاوى المسئولية الطبية رغم ازديادها في الوقت الحاضر، لا تكاد تعد شيئاً يذكر إذا ما قورنت بهذا النشاط الهائل الذي نشهده كل يوم في مجال العمل الطبي، كما أن هذه الدعاوى لا يمكن أن تقعد الأطباء عن قيامهم بواجبهم النبيل بحماس واندفاع، فالطبيب الجيد؛ كما يقول سافاتييه، لا يفكر كثيراً في مسئوليته القانونية.[2] خصوصاً بعدما بات التأمين من المسئولية يغطي خطئه المدني في حدود مبلغ التأمين. وأما خطأ الطبيب الجنائي، خصوصاً إذا كان عمدياً ، فإنه لا يحظى بحماية القانون؛ لإخلاله بالالتزامات التي تفرضها عليهم مهنة الطب النبيلة.

ومنهجي في هذه الدراسة أن أقـارن جوانب الموضوع بين كل من الشريعة الإسلامية وبين القانون الوضعي الحديث، وذلك بين دائرتين اثنتين:

---

[1] : L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T.2, 1re vol.6e éd. 1978, par F. Chabas p.464 : أشار له د.محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية في ظل القواعد القانونية التقليدية، ص 6.

[2]: G. Boyer Chammard et Paul Monzein, La responsabilité médicale, 1974, p.7 et s : أشار له د. محمد هشام القاسم ، مجلـة الحقوق و الشريعة، س5، عدد (2)، يونيو، جامعة الكويت، 1992م.

الدائرة الأولى: تمثل القانون المدني الجزائري ونظيريه المصري والفرنسي، وما يرتبط بها من القوانين الأخرى. ولا أخرج عن ذلك إلى قوانين أخرى ؛ كالقانون السويسري، أو الأردني، أو العراقي، أو الليبي، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك، وفي حدود ضيقة. وفي هذا الإطار، عولت على أعمال الفقه المتميزة، وأحكام القضاء، فضلاً عن التشريعات القانونية المختلفة. وقد استقيت كثيراً من المفاهيم القانونية والأحكام القضائية الفرنسية بالدرجة الأولى، إما مباشرة من مراجع أجنبية حيناً، أو بالإحالة من مراجع عربية حيناً آخر؛ وذلك لحقيقة واضحة وهي تقـدم الفقه والقضاء والتشريع الفرنسي عن نظيره العربي، وتأثيـره فيه. ويأتي الفقه والقضاء والتشريع متقدماً في مصر عنه في الجزائر؛ ومرد ذلك إلى جملة عوامل، منها تعرض الجزائر إلى "استدمار" استيطاني فرنسي عمل على محو الهوية الجزائرية؛ ومنها القانون الذي يعكس مقومات الشعب. ولم تتعرض مصر خلال انتدابها البريطاني إلى مثل ذلك، وليس هنا مجال بسط هذا. ولكن مع ذلك هنالك في بلادنا محاولات فقهية جادة، وتحولات تشريعية متلاحقة، مواكبةً للتطورات القانونية على المستوى العالمي. ولا شك أن هنالك اجتهادات قضائية على الساحة القانونية. ولكن ليس من السهولة الحصول على أحكام قضائية حديثـة بطريقة رسمية ؛ لافتقار الجزائر-في حدود علمي- إلى قنوات تسهل لجميع الباحثين الحصول عليها ودراستها.

الدائرة الثانية: تمثل المذاهب الفقهية الأربعة؛ وهي الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ولم أعدل عنها إلى مذاهب أخرى؛ كالظاهرية والزيدية والإمامية، فضلاً عن بعض العلماء المستقلين، الذين ليست لهم مذاهب معروفة؛ كأبي ثور[3] ، إلا إذا أملت الضرورة ذلك، والضرورة تقَدر بقدرها.وفي إطار الشريعة، أعدل أحياناً عن المنهج الجزئي إلى المنهج الكلي، من خلال قواعد

---

[3]: هو عمرو بن قيس بن ثور بن مازن بن خيثمة السكوني الكندي، أبو ثور: تابعي ثقة من الثالثة، كان سيد أهل حمص. ولد سنة 40، ومات سنة 140هـ. وهو غير إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، المكنى بأبي ثور الفقيه صاحب الإمام الشافعي (ت 240هـ). راجع: أبو إسحاق الشيرازي طبقات الفقهاء: 70/1، وابن حجر، تقريب التهذيب:743/1؛ 1/ 56، الزركلي، الأعلام للزركلي: 1/5؛37/83، مصدر الكتابين الأخيرين : موقع يعسوب [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع].

الشريعة ومقاصدها العامة؛ التي عرضها بعض الفضلاء من أئمة الفقه الإسلامي، وعرضت ذلك في مبحث في الباب التمهيدي حول "خصائص التشريع الإسلامي"؛ كنوط الأحكام الشرعية بمعان وأوصاف لا بأسماء وأشكال، وغياب التفريع في زمن التشريع، والسماحة ورفع حرج، وإناطة التشريع بالضبط والتحديد. وهي على غاية من الأهمية؛ بحيث إنها تسعفنا حينما نعدم النص الجزئي؛ للتدليل على مسألة ما في الشريعة؛ باعتبار أن مثل هذه القواعد الكلية هي معقول جملة من النصوص الجزئية، وقد دلّ الاستقراء على أنها قطعية الدلالة.

وفي المقارنة التي نعقدها، لا نقصد إيجاد المفاهيم القانونية المطابقة أو المشابهة، فذلك متعذر؛ لخصوصيات كل قانون في المبادئ والفلسفة القانونية.

فمثلاً " لا يمكن القول إن هناك نظرية في المسئولية العقدية في الفقه الإسلامي، على النحو الذي رأيناه في الغربي. وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسئولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، وهذا هو شأننا في المقابلات التي نجريها ما بين الفقهين"[4].

وسوف أقسم البحث إلى ثلاثـة أبواب، باب تمهيدي: أتناول في فصله الأول: أنواع المسؤوليات الطبية؛ بما فيها المسئولية المدنية، ومراحل تطور المسؤولية المدنية، ووظائفها. والفصل الثاني: سأسلط الضوء على خصائص التشريع الإسلامي، في مبحث أول، والأحكام العامة لفكرة الضمان في الفقه الإسلامي، في مبحث ثانٍ.

والباب الأول: حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب. حيث أبين في الفصل الأول: حقيقة المسؤولية المدنية للطبيب في إطار العلاقات الطبية في الفقه المدني الوضعي، في مبحث أول، وموقف الفقه الإسلامي من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، في مبحث ثاني. وأتناول في الفصل الثاني: تكييـف المسؤولية المدنية للطبيب في الفقه المدني الوضعي في مبحث أول، والتكييف الفقهي للمسؤولية الطبية المدنية في الفقه الإسلامي، في مبحث ثانٍ.

والبـاب الثـاني:يتضمن تحريـك دعوى المسؤولية المدنية الطبية، وفيه الحديث في الفصل الأول: عن عناصر المسؤولية المدنية الطبية في القانون الوضعي، في مبحث أول، وأركان المسؤولية الطبية المدنية في الفقه الإسلامي في مبحث ثانٍ. والفصل الثاني: يتعلق بدراسة ممارسة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب، وكل ما يتعلق بها؛ مثل التأمين من المسئولية، وذلك في كل من القانون والشريعة الإسلامية، في مبحثين على التوالي. ثم أخلص إلى خاتمـة البحث، متبوعةً بالفهارس.

---

[4]: د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 138/6.

قائـمـــة المختـصـرات:

أولاً: قائمة المختصرات بالعربية:

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.إ.م.ج. : قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

ق.إ.ج.ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

د.ت.م.ن: دون تاريخ ومكان نشر.

ف: فقرة

ثانياً: قائمة المختصرات بالفرنسية: "Abréviation "

C.Civ : Code Civil.
G.P : Gazette du Palais.
JCP : Jurisclasseur Périodique. (La Semaine Juridique).
R.T.D.C : Revue Trimestrielle de Droit Civil.
D : dalloz.
S : receuil Sirey.
D.S : Dalloz Sirey.
J: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris..D.G.L (Chambres Civiles). Bull.Civ: Bulletin des Arrêts de la cour de cassation
Cass.Civ. : Cassation Civil.
Gaz.Pal. : Gazètte de Palais.
Cong.Int.Mor.Méd : Congrès international de morale de médecine.
Chr. : Chronique.
Chapr : Chapitre.
Con.Médi. : Le concours médical.
J.O : Journal officiel de la république.
Op.Cit. : *opere citato* (Dans l'ouvrage cité).
Ibid. : Ibidem.
T.G.I : Tribunal grande instance.
Ass.plén : L'assemblée plénière de la cour de cassation.
R.G.A.T: Revue générale des assurances terrestres.
T.G.I : Tribunal grande instance.

البـاب التمهيـدي

المسؤوليـة المدنيـة وخصـائـص التشريـع الإسلامي في المجـال الطبـي

يتضمـن فصليـن:

الفصل الأول: أنواع المسؤوليـات الطبية ومراحل تطـور المسؤولية المدنيـة

الفصل الثاني: خصائص التشريع الإسلامي و الأحكام العامة لفكرة الضمان في الفقه الإسلامي

الـفصل الأول: أنواع المسؤوليـات الطبية ومراحل تطـور المسؤولية المدنيـة

المبحث الأول: تعريف المسؤولية الطبية وأنواعها

يتضمن هذا المبحث بيان تعريف المسئولية، وأنواعها، خصوصاً المسئولية المدنية، وما يتعلق بها من مسئوليات، وما يستلزم ذلك من أحكام، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف المسؤولية الطبية

الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وعليه، ما معنى المسئولية الطبية في اللغة والاصطلاح ؟

الفرع الأول: تعريف المسؤولية الطبية لغة

المسؤولية الطبية اسم مركب من كلمتين لا يتضح ماهيته إلا ببيان كل كلمة على حدا، وهما المسؤولية والطب.

وقبل بيان أصل كلمة المسؤولية في اللغة لابد أن نشير إلى أن المسؤولية كلمة حديثة الاستعمال ليس لها وجود في استعمالات فقهائنا الأقدمين ولا المعاصرين، وإنما هي تعبير معاصر استعمله رجال القانون.

ولو أردنا تأصيل هذه الكلمة من جهة لغة العرب نقول: إنها مصدر صناعي، فهي اسم مفعول معناها المصدر؛ كقولنا ميسور ومعسور ونحو ذلك، ثم أدخلت عليها ياء النسبة مردفاً بتاء التأنيث، لتصبح بذلك ما يسمى في هذا العصر بالمصدر الصناعي،[5] وهو اسم زائد على الأصل.

ذلك أنه قبل زيادة الياء والتاء، كان لفظ "مسؤول" اسم مفعول يدل على ذات، تعلق بها سؤال، عن أمر قامت به، أما بعد الزيادة أصبحت الكلمة دالةً على معنى زائد، وهو مجموعة الصفات التي تختص بذلك الحكم، وهو السؤال عن كل عمل قام ويقوم به المسؤول وهو الإنسان. وبذلك تكون كلمة المسؤولية لفظاً عاماً، ينصرف إلى كل ما يمكن أن يسأل عنه في مجال علم الطب، وغيره من العلوم المختلفة.[6]

[5] : انظر: السيد، أحمد الهاشمي، القواعد الأساسية للغة العربية، ص307.

[6] : انظر: د.قيس محمد آل الشيخ مبارك، التداوي و المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ص18.

إذن، يقصد بالمسؤولية في اللغة العربية: "ما يكون به الإنسان مسئولاً ومطالباً عن أمـور أو أفعال أتاهـا"،[7] أو هي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته؛ يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل. كما تعني في اللغة أيضاً التقريع والتوبيخ، وإيجاب الحجة على المسئول.[8]

ولهذه الكلمة جذور في القرآن الكريم، وقد استعملت بمعاني مختلفـة منها: استعماله لهـا بمعنى الاستفسار عن المجهول؛ كقوله تعالى: «يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج».[9] ووردت بمعنى التهويل والتهديد والتغريم والعقوبة؛ كقوله تعالى: «وقفوهم إنهم مسئولون».[10]

وكذلك وردت هذه الكلمة في السنة المطهرة، فقد صح عنه ε أنه قال:"كلكم راعٍ ومسئولٌ عن رعيته، والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عنهم، والمرأة راعية على بيت بعلها وولده، وهي مسئولة عنهم، والعبد راع على مال سيده وهو مسئول عنه، ألا فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته".[11] وبذلك تكون السنة النبويـة أيضاً قد استعملت هذه الكلمة فيما فيه تبعة ومؤاخذة.[12]

واستعمل الإمام الشافعي[13] – رضي الله عنه -، للدلالة على هذا المعنى كلمة مأخوذية، فقال بعد كلام له عن الطبيب الحاذق المأذون له: "... فلا عقل ولا مأخوذية إن حسنت نيته لله تعالى".[14]

وهذا التعبير منه لا إشكال فيه، وهو أحد أئمة اللغة، استقاه من مصادر اللغة العربية ومواردها. والمتأمل في ذلك، يدرك أن لهاتين الكلمتين معنى مشتركاً يجمع بينهما، ومعنى تستقل به كل كلمة. أما المعنى المشترك بينهما، فهو أن كلا منهما تدل على معنى واحد، يبدأ بالسؤال والتحقيق، وينتهي بالمجازاة والتأديب. أما المعنى الذي تستقل به كل كلمة، فهو أن كلمة المسؤولية،

---

[7] : المنجد في اللغة والأعلام- القسم الأول: المنجد في اللغة، ص 316.

[8] : راجع: د. عثمان بطيخ، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون، ص10.

[9] : سورة البقرة، الآية 189.

[10] : سورة الصافات، الآية 24.

[11] : صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب الأحكام: (113/13).

[12] : د. حسن صالح العناني، المسؤولية والجزاء في السنة المطهرة، ص88-89.

[13] : هو الإمام محمد ابن إدريس الهاشمي القرشي المطلبي، صاحب المذهب المعروف، كان بحراً في العلم وآية في الذكاء، وهو أول من دون علم أصول الفقه في كتابه الرسالة، ولد سنة 150هـ بغزة أو عسقلان ومات سنة 204هـ بمصر. راجع: ابن السبكي عبد الوهاب بن علي، طبقات الشافعية الكبرى: 100/1.

[14] : الأم: 176/6.

يتقدم فيها معنى المساءلة والتحقيق والتثبت من صحة الدعوى قبل الإقدام على العقاب، بخلاف كلمة المأخوذية التي يكون فيها معنى المؤاخذة والمعاقبة، أقوى من معنى المساءلة. وبذلك يكون استعمال كلمة المسؤولية أولى من كلمة المؤاخذة.

وتطلق المسئولية أخلاقياً على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانوناً على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً للقانون، ومنه قولهم المسئول من رجال الدولة المنوط به عمل تقع عليه تبعته.[15]

والطب في اللغة العربية يطلق على عدة معان، أولها وهو الأصل في وضع هذه الكلمة هو الحذق بالأشياء والمهارة فيها.[16]

فيقال لمن له خبـرة ومهـارة طبيب. وهو المعنى الذي عناه الشاعـر بقولـه:

إن تغـدِ في دونـي القنـاع فإنني طـب بأخـذ الفـارس المستلهـم[17]

كما يطلق الطب ويراد به السحر، فيقال رجل مطبوب، أي مسحور، والطبيب هو الساحر، والعلة في ذلك هي ما كانت تفعله العرب من تسمية الشيء بنقيضه على سبيل التفاؤل؛ فمن ذلك إطلاق لفظ السليم على اللديغ تفاؤلاً بالبرء، وإطلاق لفظ المفازة على الصحراء الواسعة تفاؤلاً بالفوز والخروج منها إلى شاطئ النجاة والسلامة، فكذلك يطلق لفظ المطبوب على المسحور تفاؤلا بشفائـه من السحر.[18]

ورغم أن أصل الكلمة هو الحذق والمهارة، فإن المشهور في استعمالها هو معنى المعالجة والمداواة.[19]

---

[15] : راجع: د. عثمان بطيخ، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون، ص10.

[16] : "ط ب ب الطبيب العالم بالطب وجمع القلة أطبة والكثرة أطباء تقول منه طِببت يا رجل بالكسر طبا أي صرت طبيبا و المتطبب الذي يتعاطى علم الطب و الطب بضم الطاء وفتحها لغتان في الطب وكل حاذق عند العرب طبيب": مختار الصحاح:163/1.

[17] : هذا البيت لعنترة بن شداد في معلقته ومعناه: إن ترخي وترسلي دوني القناع أي تستتري فإني حاذق في أخذ الفرسان الدارعين، أي لا ينبغي أن تزهدي في مع نجدتي وشدة بأسي ومراسي. انظر: ديوان عنترة: 175/1، د.ت.ن.

[18]: ابن منظور، لسان العرب: 554/1، وابن القيم، الطب النبوي، ص 78-79.

[19] : د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، المرجع السابق، ص21-22؛ 27-28.

الفرع الثاني: تعريف المسؤولية الطبية اصطلاحاً

المسؤولية في معناها العام عند فقهاء القانون: "هي حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخذة"[20]، فإن كان هذا الفعل مخالفاً لقاعدة أخلاقية، وصفت مسؤولية مرتكب الفعل بأنها مسؤولية أدبية، لا تتعدى استهجان المجتمع لذلك المسلك المخالف.

أما إذا كان هذا الفعل مخالفاً لقاعـدة قانونية، فهي حالة الشخص الذي سبب ضـرراً للغير، فاستوجب مؤاخذة القانون له على ذلك.[21]

وللمسؤولية أنواع سيأتي ذكرها في المطلب الآتي، وأطراف ثلاثة؛ هم السائل والمسئول وموضوع المساءلة. وبيان عناصر المسؤولية وشروطها سيأتي مبسوطاً[22] في صلب الأطروحة إن شاء الله.

ومصطلح المسؤولية الذي شاع في القانون الحديث، غريب عن الفقه الإسلامي، وإن استعملته بعض القوانين العربية، والمصطلح الذي دأب على استعماله الفقه الإسلامي هو لفظ الضمان؛ سواء أكان ضمان عقد، أو ضمان يد، أو ضمان إتلاف؛ كما سيأتي ذلك مفصلاً.[23]

" إن إضافة كلمة المسؤولية إلى الطب، قصرت مدلول هذا اللفظ على معنى خاص، وهو الطب، دون النظر إلى ما سواه من المعاني الأخرى. وبذلك تخرج المسؤوليات الأخرى، غير المتعلقة بالطب، فتخرج مسؤولية القاضي، ومسؤولية المهندس، ومسؤولية الحاكم وغيرها ".[24]

والطب في تعريـف القانونيين هوكالآتي:

- عرف الأستاذ" Savatier" العمل الطبي؛ بأنه "ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما كان هذا العمل يستند إلى الأصول والقواعد المقررة في علم الطب".[25]

- وعرفه آخرون بأنه" العمل الذي تبرره ضرورة العلاج أيا كان من يمارسه، وأنه يعطي القائم به حرية العمل على جسم المريض."[26]

---

[20] : انظر: د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ص10.

[21] : انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني: 1/1.

[22]: راجع الفصل الثاني من الباب الأول ، ص 143 وما بعدها.

[23] : انظر: المطلب الثالث من الفصل الثاني من الباب التمهيدي، ص 53 وما يليها.

[24] : د. قيس آل الشيخ مبارك، المرجع السابق، ص30.

[25] : Savatier et autres, Traité de droit médical, paris, 1956, p.11.

[26] :Gilbèrt (H) et Glorieaux (P.L), La necessité d,un critère de l,acte médical, Gong.Int.Mor.Med.Paris, 1955, T.L. p.74.

- وفي رأي ثالث هو" ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض".[27]

واصطلح أهل هذا العلم قديماً، على إطلاق كلمة الطب، على العلم الذي يعنى بأحوال بدن الإنسان ونفسه وطريقة علاجه.

فقد عرفه داود الأنطاكي[28]، بما يلي: "وحده علم بأحوال بدن الإنسان، يحفظ به حاصل الصحة، ويسترد زائلها".[29]

فقوله "علم" وصف أدخل به قسمي الطب النظري والتطبيقي. وقوله "بأحوال بدن الإنسان" من صحة ومرض، يخرج به ما لا يتعلق ببدن الإنسان؛ كسائر العلوم، من العلوم الشرعية؛ كالفقـه أو الحديث، أو العلوم الكونية؛ كالهندسة والزراعة وغير ذلك.

وقوله "يحفظ به حاصل الصحة ويسترد زائلها" أخرج به ما لا يحقق غاية حفظ الصحة؛ ببذل الأسباب الموجبة لبقائها، وما لا يحقق استردادها؛ ببذل الأسباب الموجبة لرجوعها.

فموضوع علم الطب هو النظر في بدن الإنسان وما يتعلق به. وغايتـه تحقيق أمرين:

الأول: حفظ الصحة، حتى لا تزول، وهذا ما يسمى بالطب الوقائي .

الثاني: إعادة ما زال عن جسم الإنسان من الصحة إليه، وهذا يدعى بالطب العلاجي.[30]

المطلب الثاني: أنـواع المسؤوليـة الطبيـة

إن المسؤوليـة القانونيـة الناجمة عن الخطأ الطبي ذات طبيعـة متباينـة، فالطبيب يمكن أن يواجه بمسؤولية جنائيـة أو مسؤولية مدنيـة أو مسؤولية تأديبيـة إداريـة أو نقابيـة، وذلك كما يلي:

---

[27] : Desobèrt et autres, Droit médical , Paris, Masson, 1974, p.135.

[28] : داود بن عمر البصير الأنطاكي: طبيب حكيم مشارك في أنواع من العلوم المختلفة، ولد بأنطاكية، وله تصانيف منها نزهة الأذهان في طب الأبدان، توفي رحمه الله عام 1008هـ. راجع: شذرات الذهب: 416/8، و معجم المؤلفين: 140/4.

[29] : راجع: تذكرة أولي الألباب والجامع للعجب والعجاب للمؤلف: 9/1.

[30] : انظر: د. قيس آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية، ص29.

الفرع الأول: المسؤوليتان الطبيتان الجنائية والمدنية والفرق بينهما

أولاً: المسؤولية الطبية الجنائية

المسؤولية الطبية الجنائية هي تبعـة خطأ الطبيب الذي يصيب المريض بضرر، يتمثل في القتـل أو الجرح أو العاهة المستديمة أو الإصابة ونحو ذلك، سواء أكان ذلك عمداً من حيث الأصل، أو كان خطأ في حالات يحددها القانون.[31]

والخطأ الطبي الجنائي له عدة صور تتمثل في: الإهمال وعدم الاحتراز، وعدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة.

وحينما يرتكب الطبيب خطأ جنائياً تسلّطُ عليه عقوبة تتناسب مع الجرم الذي ارتكبه، والنيابة العامة هي التي – بحسب الأصل – لها حق تحريك الدعوى الجنائية ضد الطبيب وتقديمه للمحاكمة، وطلب توقيع العقوبة المقررة.[32]

والمسؤولية الطبية الجنائية في الفقه الإسلامي تتمثل في تبعة كل أذى يصيب الشخص في جسمه؛ من اعتـداء على النفس أو على طرف من أطرافها، أو جرح يترتب عليه تشويه جسم الإنسـان، أو عجز عن العمل، أو ضعف في كسبه.

والضـرر الجنـائي في الفقه الإسلامـي يستوجب القصـاص،[33] أو الديـات،[34] أوالأروش،[35] والأروش إما مقدرة من الشارع، وإما متروكة لتقدير حكومة العدل[36] ، وهذا الجزاء المتمثل في القصاص والديات والأروش – حسب تقدير البعض – لا شأن له بالتعويض؛ لأنـه مفروض كعقوبـة زاجرة للجاني.[37]

---

[31]: انظر مثلاً: جريمة القتل الخطأ حسب المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري المقرر بأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو عام 1966 المتمم والمعدل بعد ذلك، والجرح الخطأ حسب المادتين 289 و 2/442 من نفس القانون.

[32] : د. محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية، ص11.

[33] : هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل: الجرجاني، التعريفات، ص225.

[34] :جمع دية، والديـة هي المال الذي هو بدل النفس: التعريفات، ص142.

[35] : جمع أرش، والأرش هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس: التعريفـات ص31.

[36]: "...الذى استحسنه ابن عرفـه فيما إذا لم يكن فى الجرح شىء مقدر القول بأن على الجانى أجرة الطبيب و ثمن الدواء سواء برىء على شين أم لا مع حكومة فى الأول. و أما ما فيه شىء مقدر فليس فيه سواه و لو برىء على شين، سوى موضحة الوجه و الرأس فيلزم مع المقدر فيها أجرة الطبيب قوله: (أى شىء محكوم به) إلخ أشار بذلك إلى تفسير الحكومـة: بالشىء المحكـوم بـه؛ و هو خلاف قول ابن عاشر؛ الأنقال اتفقت على أن المراد بالحكومة الاجتهـاد و إعمـال الفكر فيما يستحق المجنى عليه من الجانى، وحينئذٍ فلا تفسر بالمحكوم به": أحمد الصـاوي، بلغـة السـالك: 192/4 -193.

[37]: د. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص169-170.

ثانياً: المسؤولية الطبية المدنية

تتمثل المسؤولية المدنيـة في القانون في تعويـض المضرور عما حلّ به من أضـرار مادية أو أدبية بسبب التدخل الطبي.

كما يهدف الفقه الإسلامي في هذا المعنى إلى تعويض الغير عن الضرر اللاحق به، وذلك تأسيساً على الضمـان بمعناه الضيـق.[38]

والدعوى المدنية التي يرفعها المضرور أو ذووه هي وسيلةٌ للحصول على التعويض. فإذا نشأ عن الخطأ الطبي دعويان: جنائية ومدنية، فإن المضرور يكون بالخيار بين رفع دعوى مدنية أمام المحكمة المدنية، أو رفع دعوى جنائية أمام المحكمة المختصة والاستفادة من ذيلها المدني، الذي يدعى بالحق المدني. وللمحكمة في حالة ثبوت الإدانة، أن تقضي له بالتعويض النهائي أو التعويض المؤقت، عن الأضرار الناجمة عن الجريمة موضوع الدعوى. وقد يستند المضرور إلى الحكم الجنائي الصادر بالإدانة؛ ليطلب التعويض أمام القاضي المدني.

وقد أخذت المسؤولية المدنية الطبية بعـداً كبيراً في فرنسا وغالبية الدول االغربية، بعد أن تم تغطيتها بالتأمين الإجباري، خصوصاً التأمين من المسؤولية المهنية في المجال الطبي، حيث تلتزم شركات التأمين المؤمن لديها عن محدث الضرر بدفع التعويض الذي تقضي بـه المحكمة.[39]

وهذا بخلاف القضاء المصري- مثلاً- الذي يتردد في الحكم بالتعويض في غير حالات ثبوت المسؤولية الجنائية.[40]

ثالثاً: الفرق بين المسؤوليتين الطبيتين لجنائية والمدنية

ما يعرف بداهة عن المسؤولية الجنائية هي ذلك الفعل أو الامتناع عن الفعل، الذي يقصد إحداث ضرر جنائي، يهدد أمن المجتمع، وهذا يختلف عن المسؤولية المدنية التي يكون مرتكب الضرر فيها يهدد شخصاً محدداً بذاته.

---

[38] : للضمان معنى واسع، إذ يشمل المسؤولية المدنية والجنائية؛ حيث عرفه الدكتور محمد فوزي فيض الله في كتابه نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، فقرة 648، بقوله: "الضمان هو شغل الذمة بحق، [وهنا تتجلى المسؤولية الجنائية] أو بتعويض عن ضرر [وهنا تتجلى المسؤولية المدنية]". وسوف يأتي تفصيل الضمان في المبحث الثاني من هذا الفصل بحول الله.

[39] : سيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني ضمن الباب الثاني من هذه الأطروحة.

[40] : انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص11-13.

إذ بينما تهدف المسؤولية الجنائية إلى إيقاع العقاب بالجاني، وردع كل من تسول له نفسه بذلك، تهدف المسؤولية المدنية إلى رفع الضرر الواقع؛ بإعادة المتعاقدين إلى الحالة الذي كانا عليها-ما أمكن- وإلا عدِل إلى فرض تعويض عادل.[41]

وفي نطاق المسؤولية الجنائية فرقت الشريعة الإسلامية بين العمد والخطأ، حيث يعاقب الجاني بالقصاص أو الحد، إذا كان بالغاً راشداً مختاراً متعمداً، فإن لم تتوفر نية العمد في فعله وجب الضمان المالي، إذن أساس المسؤولية الجنائية الإدراك والاختيار، لذلك محلها الإنسان المدرك المختار.[42]

أما المسؤولية المدنية فتقوم على أساس مادي هو: الضرر[43]، فحيثما وجد الضرر تكون المسؤولية، سواء أصدر هذا الضرر من عاقل رشيد أو من قاصر مجنون؛ إذ لا عبرة بالقصد والإدراك والاختيار.[44]

في هذا المعنى يقول عز الدين بن عبد السلام[45] - رحمه الله: "الجوابر مشروعة، لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله، وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون فيمن وجب عليه الجبر آثماً، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل، والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر، فإن معظمها لا تجب إلا على عاص زاجراً له عن المعصية".[46]

ونفس المعنى جاء في الذخيرة: "الجوابر مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة، ولا يشترط فيمن وجب في حقه الجابر أن يكون آثماً، ولذلك شرع الجبر مع العمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر فإن معظمها على العصاة زجرا عن المعصية، وقد تكون على غير العصاة دفعا للمفاسد من غير إثم؛

---

[41] : Mazeaud, Leçons de droit civil, , p302.

[42] : ابن جزي المالكي، القوانين الفقهية، ص226.

[43] : راجع: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في القه الإسلامي، ص355.

[44] : راجع: عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص34.

[45] : هو عبد العزيز بن عبد السلام السلمي المقدسي ثم الدمشقي فالمصري، أبو محمد، كان عالماً محققاً، آمراً بالمعروف وناهياً عن المنكر، من تآليفه: مجاز القرآن، والأمالي في أدلة الأحكام. توفي رحمه الله سنة 660هـ. راجع: يوسف بن تغري بردي الأتابكي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: 20/7.

[46] : انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام:150/1.

كتأديب الصبيان ورياضة البهائم إصلاحاً لهم، وقتال البغاة درءاً لتفريق الكلمة مع عدم المأثم؛ لأنهم متأولون".[47]

وإن كان مناط أو أساس كل من المسؤوليتين الجنائية والمدنية -كما سبق بيانه- متفقاً عليه في الشريعة والقانون؛ بين الإدراك والقصد في الأولى، ومحض الضرر في الثانية، فإن هذا الأساس واضح في الشريعة الإسلامية منذ نشأتها، بينما لم يتبلور هذا الفرق في القانون الوضعي إلا عبر تطور مراحل زمنية طويلة سيأتي شرحها مفصلاً.[48]

الفـرع الثـاني: حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني

رغم تباين نطاق وأساس كل من الدعويين الجنائية والمدنية، فقد اتفقت التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري على أنه يجب وقف الدعوى المدنية حتى يتم الفصل في الدعوى الجنائية.[49]

فإذا صدر الحكم الجنائي بإدانة الفاعل، ووصف فعله القانوني بالجريمة فإنه يكون ملزماً للقاضي المدني، الذي ليس عليه بحث المسألة من جديد، وإنما يقتصر بحثه على تقدير قيمة التعويض عن الضرر الناجم عن هذه الجريمة.

أما الحكم الجنائي الصادر ببراءة الطبيب لعدم ثبوت الخطأ في جانبه يحـوز الحجيةَ أمام المحكمة المدنية، ويمتنع عليها مخالفته، وليس لها أن تقضي بالتعويض للمريض أو ذويه على هذا الأساس.

وإذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة تأسيساً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون الجنائي، فلا يكون لهذا الحكم حجيةٌ أمام القاضي المدني، حيث يمكنه البحث فيما إذا كان الفعل – مع تجرده من وصف الجريمة – يشكل خطأً مدنياً يستوجب الحكم بالتعويض، ونفس الشيء إذا صدر حكم بالبراءة المؤسسة على انتفاء القصد الجنائي، أو انقضاء الدعوى الجنائية، أو موت المتهم، أو العفو. ومما لاشك فيه، فإنّ القاضي الجنائي لا يقضي بالإدانة إلا عند اليقين بثبوت أركان المسؤولية الجنائية، أما القاضي المدني فيمكن أن يحكم بالتعويض استناداً إلى فكرة الخطأ المفترض " La faute

---

[47]: القـرافي: 301/3. و أورد نحوه في الفروق مع هوامشه: 368/1.

[48] : انظر: المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل، ص18.

[49] : راجع: المادتان 156؛ 165 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ، الصادر بالأمر رقم 66-154 المؤرخ في 15/ 6/ 1966 بأثر رجعي ابتداء من الأمر رقم 278-65 المؤرخ في 22 رجب عام 1385 هـ الموافق 16/11/ 1965م.

présumée " أو تحمل المخاطر"Les risques"، حرصاً على مصلحة المضرور، خصوصاً بعد ظهور التأمين كعامل مساعد على تحمل المسؤولية المدنية.

الفـرع الثالـث: المسؤوليتان التأديبيتان الطبيتان الإدارية والنقابية

أولاً: المسؤولية الطبية التأديبية الإدارية

إذ توقع هذه المسؤولية على كل طبيب، يعمل لدى مصلحة حكومية أو هيئة إدارية تابعة لوزارة الصحة مثلاً؛ حيث يمكن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العمل النظر في تأديب الأطباء، طبقاً لهذه القوانين على الأخطاء التي يرتكبونها في عملهم؛ بوصفها خارجة عن نطاق القانون، متى كان لذلك تأثير على عمل المؤسسة، ويتم توقيع الجزاءات التأديبية المناسبة لمراكزهم القانونية الوظيفية.[50]

ثانياً: المسؤولية الطبية التأديبية النقابية

تتمثل في حق النقابة النظر فيما أحدثه الأطباء من أخطاء غير مغتفرة، خارجة عن أصول المهنة، وتوقيع الجزاءات طبقاً للقانون الأساسي لنقابتهم.[51]

وعملياً قد يحصل محاباة الأطباء لزملائهم؛ باعتبار أن هذه المناصب النقابية تتداول بينهم خصوصاً في الدول المتخلفة؛ التي يتدنى فيها الوعي المهني، ولكن هذا لا يمنع من وجودها.

الفـرع الرابـع: حجية الحكم الجنائي أمام جهة التأديب

إن الحكم الجنائي النهائي يكون من حيث الأصل حجةً أمام القضائين الإداري والتأديبي؛ حيث تتقيد سلطة التأديب بالحكم الجنائي الفاصل، فلو أنه أدان الفاعل، فليس لها إعادة بحث مسألته لتثبت برائته، ولو أنه حكم ببراءته، فليس لها أن تنسب إليه ذات الفعل لتزيد عليه العقاب.

واستثناء مما تقدم لا تتقيد جهات التأديب بالحكم الجنائي في الحالات الآتية:

1. إذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة؛ لانعدام أحد أركان الجريمة؛ كتخلف القصد الجنائي، أوإذا كانت الأفعال التي ارتكبها الطبيب لا تشكل جريمة، ولكنها تعد مخالفةً إدارية أومهنية؛ لأن مناط العقاب فيها هو مخالفة النظام الوظيفي أو النظام المهني.
2. الحكم الجنائي الصادر بالبراءة المؤسسة على بطلان الإجراءات، أو عدم كفاية الأدلـة،

---

[50] : حيث تصنف إلى درجات حسب الخطورة، إذ تبدأ بالإنذار الشفوي وتنتهي بالفصل دون دفع تعويضات. انظر المادة 124 من المرسوم التنظيمي الجزائري رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1988 الموافق لـ 1 رجب 1405هـ.

[51] : انظر: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص14.

أو الشك في الاتهام.

3. الحكم الجنائي الصادر بالإدانة مع وقف التنفيذ.
4. صدور عفو شامل عن العقوبة أو الجريمة.

لا تتقيد جهات التأديب في تلك الحالات بالحكم الجنائي، ويمكنها مساءلة الطبيب تأديبياً؛ لأن الجريمة التأديبية تختلف في طبيعتها وأركانها عن الجريمة الجنائية، ومن ثم يجوز الجمع بين المسؤوليتين الجنائية والتأديبية، دون أن يعد ذلك ازدواجاً.

وأخيراً، سوف أركز حديثي في هذه الأطروحة-إن شاء الله- عن المسؤولية المدنية الناجمة عن "الجريمة المدنية"؛ باعتبارها الشريعة العامة وتتميز في ذات الوقت بطبيعة خاصة في المجال الطبي.[52]

[52] : انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص14-15.

المبحث الثاني : تطور المسؤولية المدنية ووظائفها في القانون الوضعي

سنتناول تطور المسؤولية المدنية، ثم الأحكام العامة لفكرة الضمان في كل من الفقه لإسلامي، والفقه القانوني الوضعي، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: مراحـل تطـور المسؤولية المدنيـة

لم يتقرر نظام المسؤولية المدنية دفعةً واحدة، بل مر كغيره من الأنظمة القانونية بعدة مراحل تاريخيـة.

وقبل بسط مفاصل هذا الموضوع، أشير إلى ملاحظة عامة وهي أنه منذ العهد القديم، فالعهد الوسيط في عمومه، بل حتى بعض المراحل من العهد الحديث، ظلت قواعد المسؤولية المدنية مختلطة بقواعد المسؤولية الجنائية، وظل التعويض المدني مختلطاً بفكرة العقوبة الجنائية، ولم تعرف الفصل التام بينهما إلاّ على يد كبار فقهاء القانون الفرنسي القديم المتأخرين؛ من أمثال"Domat" كما سيأتي بيانه. إذن، فالمسؤولية المدنية هي خلاصة حلقات تاريخية طويلة، كان يعرف بعضها شيئا من التقدم نحو ظهور مبدأ المسؤولية المدنية.

ففي قانون حمورابي- مؤسس الدولة البابلية وصانع قانونها – مثلاً، نجد أن من أسباب الرق عند البابليين هو الرهن الذي يقوم به رب الأسرة المعسر تجاه زوجته وأولاده، على ألاّ يتجاوز هذا الرهن مدة ثلاث سنوات.[53]

فنلاحظ في هذا المثال تداخل الأحكام المدنية بالأحكام الجنائية، فالأصل في الرهن أن يقع الحبس على الممتلكات العقارية والمنقولة، دون الأشخاص.

والتطور الذي نلاحظه في هذا الشأن هو ما جاء به قانون بوخوريس في دولة مصر الفرعونية في العلاقات المالية الخاصة، حيث ألغى هذا القانون الإكراه البدني الذي كان يسلط على المدين، ليقع الالتزام على ذمته الماليـة دون شخصه. واستثني من ذلك الديون المستحقة للدولـة أو الديون المستحقة للمعابد.[54]

---

[53]: انظر : تاريخ النظم القانونية- النظم القديمة ، دليلة فركوس ،ص44 .

[54]: انظر : تاريخ النظم القانونية الاجتماعية ، د. طارق المجذوب، ص56 الدار الجامعية- بيروت1997م.

وإذا اتجهنا غربـاً نحو الحضـارة الأثينية نجد نظاما ماليا غريباً يطلق عليه اسم "الليتورجي Lithurgie"، وفحوى هذا النظام أن الدولة لها أن تعين أحد الأغنياء ليمول ويسير مرفقاً عامـاً أو مصلحة عامـة بأمواله الخاصـة. وكان هذا النظام في البداية متعلقا بالاحتفالات الدينية، ثم شمل فيما بعد الأعباء السياسية و الإدارية وغيرهما.

ونظراً لأهمية هذا الالتزام، لم يكن بإمكان الأغنياء مغادرة بلادهم قبل ضمان القيام به، والذي يتهرب من هذا الالتزام يتعرض للعقـاب. وليس أمام المواطن المرهق بهذا العبء سوى اقتراح أو إخطار بوجود مواطن آخر أكثر منه غنى ليحل محله. وكدليل على صدق ادعائه، يقترح تبادل الثروات بينهما.[55]

وبهذا نستنتج أن الدولة الأثينية كانت تجهل ما يسمى بالجباية أو الضريبة بمختلف أنواعها التي يتساوى أمامها الأفراد وفق مقاييس منضبطة. أما أن يفرض التزام على البعض، ويعاقب إن لم ينفذه، فهو عين الظلم. إذن، لم يكن في تصور هذه الدولة فرق بين مال الدولة، وأموال الأفراد الخاصة، حتى لو كانوا من الأغنياء. وهذا –كما يبدو- خلل واضح في التصور الإداري المدني.

أما القانون الرومـاني فقد تحدث عن مسؤولية الشخص عن الأضرار التي يحدثها بالغير، حيث جاءت بعض قوانينه تقرر ذلك. فقـانون الألواح الاثني عشر ذكر الأفعال المكونة لجريمة الإضرار بالغير " Damnum injuria datum" على سبيل الحصر في ثلاثـة هي: رعي الماشية في أرض الغير، قطع أشجار الغير، و إتلاف شيء مملوك للغير من حيوان أو رقيق.

وكانت عقوبة الأفعال تتمثل في غرامـة تساوي قيمـة الضرر الحاصل.[56] وذكر البعض[57] معقّباً على هذا بقوله: "وهذه الغرامة هي الأصل التاريخي لمبدأ المسؤولية التقصيرية". وقانون أكيليا " Lex aquilia" حد من الأفعال المضرة، حينما جعل الغرامة أعلى من قيمة الشيء المتلف خلال السنة السابقة في حالة قتل الحيوان أو العبيد، أو خلال ثلاثين يوما السابقة للضرر في حالة الرعي في أرض الغير أو قطع الشجر.[58]

---

[55]: د. دليلة فركوس، تاريخ النظم، ص161.

[56]: انظر : عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية ، ص374.

[57]: دليلة فركوس، المرجع السابق، ص224.

[58] :La portée primitive de la loi(aquilia),cardacia (guillaume),extrait de daube noster,edinburgh,scotish, Academic press.1974, p 53-75.

وما نلاحظه على فكرة المسؤولية المدنية – في أولى مراحل تطورها- إضافةً إلى اختلاطها بفكرة المسؤولية الجنائية، هو ظهور فكرة الثـأر" La vengeance privé "º كطريقة معتمدة لاستيفاء الحق؛حيث كان للمعتدى عليه حق إيقاع نفس الضرر الذي أصابه بمن اعتدى عليه.[59]

وفي مرحلة متقدمة، ظهرت فكرة الدية "La composition" لتحل محل الثأر[60]، وبهذا كان للمعتدي أن يفدي نفسه بدفع مبلغ من المال إلى المعتدى عليه، وكانت الدية في البداية اختيارية، للمضرور أن يقبلها، وله أن يرفضها؛ ثم أصبحت في مرحلة لاحقة إجبارية الدفع والقبول[61].

وقد اتخذت الدية أشكالا مختلفة، ففي القانون الألماني القديم في عهد"francs saliques" كان يدفع جزء من الدية إلى المضرور، وجزء منها إلى الملك؛ وهو ما يشبه اليوم الغرامة التي تفرض كحق جزائي للدولة.

وقد نشأت المسؤولية المدنية في كنف المسؤولية الجنائية، التي اعتنقتها طويلاً، إلى أن انفصلت عنها مؤخرا مع تطور المذهب الليبرالي الفردي .

وسار القانون الفرنسي القديم على منوال القانون الروماني؛ القاضي بفرض تعويض للمضرور، بشكل مستقل عن أي عقوبة، يدفعه من كان مخطأً، بيد أن الأمر كان يتعلق بمبدأ الإسنـاد " L'imputabilité" أكثر منه بمبدأ السببيـة "La causalité".

ويبدو أن مصطلح المسؤولية لم يكن مستعملاً قبل القرن الثامن عشر الميلادي، ففي القرن السابع عشر، كان الحديث عن المسئول بمعنى الملتزم بالتعويض"Le répondant ou le garant "، لكن حينما أرسيت مبادئ الحرية في القرن الثامن عشر، وبدا إلى العيان مبدأ مسؤولية كل إنسان عن عمله"L'homme est garant de son fait "؛ إذ تشير هذه الرابطـة بين الحرية والمسؤولية إلى التطور الذي بدأ يبحث عن مسلك الفرد، ومدى إهماله.

وفي خضم هذه التطورات، تميزت المسؤولية المدنية بشكل تام عن كل ما عداها، على يد كبار فقهاء القانون الفرنسي القديم المتأخرين، الذين استقلت أفكارهم عن أفكار القانـون

[59] : Girard (F) : Manuel élémentaire de droit romain ,7éd 1924 P. 412
[60] : Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, éd. 2000, Dalloz.
[61] : Roudier®, théorie générale du droit, 1945, N° 4 , Fau Connet (P), La responsabilité, étude de sociologie,Paris,1920,P330, Giffard(A.E) : Droit romain et ancien droit français, Coll. robert Villers, 2ed.1967,N :318

الكنسي. ويرجع الفضل كل الفضل في ذلك إلى الفقيه الفرنسي الكبير Domat في كتابه" القوانين المدنية "les lois civiles"، الذي صاغ مبدأ المسؤولية المدنية، بصفة عامة، حيث استوحى محررو القانون المدني الفرنسي[62] منه صياغة المادتين الشهيرتين 1382 و 1383 من ذات القانون.[63]

وظل الخطأ في القانون الروماني والقانون الكنسي وحتى القانون الفرنسي في عهد دوما شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية المدنية. وفي ذلك العهد اتخذت قاعدة "لا مسؤولية بدون خطأ"[64]، وشهد القانون الفرنسي تطورا ملحوظا بالنسبة للمسؤولية المدنية نعرضه فيما يلي:

الفرع الأول: نحو مسؤولية مدنية موضوعية[65] :

امتدت المسؤولية منذ منتصف القرن التاسع عشر وخصوصا في القرن العشرين الميلاديين، حيث تغير مسار المسؤولية المدنية ليتسم بالموضوعية. وسأتناول ذلك على النحو الآتي:

أولا: أسباب التطور الموضوعي: ويمكن جمع هذه الأسباب في ثلاثة أسباب رئيسية:

1. يتعلق السبب الأول بالتحول الجذري للمجتمع على امتداد القرن 19م. فالتطور الصناعي، وارتباط النشاطات الإنسانية بالآلات، أدت إلى تعدد وخطورة الإصابات أو الأضرار. وتضاعفت الظاهرة في القرن 20م مع التقدم التقني؛ حيث انتشار الآلة في كل مكان؛ بحيث أصبح الإنسان بشكل مطرد ضحيةَ أخطائها من وقت لآخر.

فهذه الأخطار "التكنولوجية" خلقت نوعا جديدا من المعضلات، ينبغي وضعها في الحسبان. فمفهوم الضرر الحادث"Le dommage accidentel" – إذ يقابل الضرر الجزافي، الذي يحصل نتيجة الأخطاء البشرية-شهد تطوراً ملحوظاً. وارتبط هذا المفهوم، بمفاهيم جديدة؛ مثل الضرر المتتالي، أو الضرر الإجمالي العام " Les préjudices sériels, ou de masse"؛ حيث أضحت هذه الأضرار تصيب، عددا هائلا من الضحايا، وتتخذ أحياناً شكل الكارثة، وهنا يتطلب تواجد القانون؛ ليواجه مشكلاتٍ هي في أمس الحاجة إلى تعويض، عن هذه الأضرار الناشئة.

---

[62]: الصادر بتاريخ 1803/3/14م المعدل بآخر تعديل له في 2008/01/01م.: www.legifrance.com

[63]: انظر: د.عادل حبيب، المفهوم القانوني الرابطة السببية ،ص38.

[64] : Patrice Jourdain, La responsabilité civile, p.8-9.

[65]: التعبير الأدق الوارد بالمرجع هو جعل الشيء موضوعياً " L'objectivation": Patrice Jourdain, Ibid, p. 8-9

2. إن تزايد النشاطـات الخطـيرة دفعت بالإنسـان إلى رفـض هذا الوضـع، والمطالبة بالتعويض عن كل الأضرار . وقد أدى تقييم"L'évaluation" الشخصية الإنسانية بالمواطنين إلى المطالبة أكثر فأكثر من الدولة الحامية.

وإن الحماية والمساعدة التي كان يكفلها المجتمع، زادت لدى الفرد الحاجة في الأمان، وحثته إلى أن يطالب بأن يكون التعويض عن الأضرار حقا مكتسباً.

وفي هذا السياق، أصبحت الرحمة الاجتماعية "La commisération sociale" إلى حد الآن تنمو بشكل خاص لمصلحة المتسببين في إحداث الخطأ، لتنتقل بشكل مفاجئ لمصلحـة الضحايا. فإن الاقتصار على الخطـأ؛ باعتباره أساساً وحيداً تقوم عليه المسؤولية المدنية، يمثل غطاء ضيقاً، لا يستجيب تماما للوظيفة التعويضية للمؤسسة، وأضحى-أي الخطأ- بالتالي، يستبعد الأساس الروحي والفردي الذي منحه القانون المدني، و من ثم أصبح لا يتلائم مع هذه الغايـة.

فمنـذ 1870م، أوصـى بعض المؤلفين "بقذف الخطـأ من أعلى مركب"، واقترحـوا أن يستبدل بفكرة الخطـر"L'idée de risque"- كما سيأتي بيانه-[66] وترتيباً على ذلك، فإن المسؤولية لا ينبغي أن تناط بالخطأ فحسب، وإنما كذلك بالخطر الذي يحدث عنه. وبناء عليه، فقد أضحى القانون يتوجه نحو هدفـه من المسؤولية المدنية، ألا وهو التعويـض عن الأضرار.

ثانيـاً: مظاهر التطور الموضوعي:

تتجلى هذه المظاهر في المجال الاجتهادي الفقهي أو القضائي "Jurisprudentiel" أكثر منه في المجال القانوني، وذلك كما يلي:

1. إن المجال الاجتهادي هو الذي باشر في القانون الوضعي حركة امتداد المسؤولية المدنية، بقبول أن تكون مستقلة عن كل خطأ شخصي. فمنذ 1885م، فصلت محكمة النقض الفرنسية المسؤولية المتعلقة بالأضرار الناجمة عن الحيوان، بتحديد إمكانية إعفاء المالك أو الحارس، في حالة وحيدة تتمثل في القوة القاهرة "La force majeure". ثم قـرار Teffains لـ1896/06/16م، الذي قَبِلَ أن يكون حارس الشيء مسئولا، على أساس المادة 1384، الفقرة الأولى، من القانون المدني، حتى لو كانت عيوب هذا الشيء خفيـة "Occultes". ولم يقبل إعفـائه إلا بإثبـات الحـادث الطـارئ " Le cas fortuit". وفي عام 1930 عمم القرار الشهير "Jand'heur"[٥]

[66]: راجع: ماهية الخطأ من المطلب الأول للمبحث الأول ضمن الفصل الأول للباب الثاني من هذه الأطروحة، ص 143.

حيث اكتسى التعميم أهمية غير عادية، مشكلا مبدءا عاما؛ ذلكم المبدأ هو المسؤولية القانونية الكاملـة لحـارس الشيء الذي يستعملـه.

وفي مجال المسؤولية العقدية، أدخلت محكمة النقض الفرنسية سنة 1911؛ في عقد سفر الأشخاص التزام السلامة" Obligation de sécurité"، تضمن بموجبها التعويض للمسافرين الضحايا، في ظروف مشابهة لما يتصل بالمسؤولية التقصيرية لحارس الأشياء.

هذه الطريقة كانت ثورة في حد ذاتها، حيث إن التزام السلامة امتد ليشمل عقودا كثيرة، لدرجة أن أصبح الاجتهاد القضائي اليوم إلى يقر وضع أعباء على المهنيين تتمثل في التزامات ثقيلة (كالضمان، الأمن، الإعلام، والنصح) التي شكلت مسؤولية كبيرة، فمثلاً، لم يترددوا في تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ النية، لتشديد مسؤوليته، أو أيضا استنتاج خطأ تقصيري بمجرد عدم تنفيذ متعاقد لالتزاماته التعاقدية.

2. لم يبق المشرع الفرنسي بمنأى عن هذا التطور، فقد أنشأ سلسلة من القوانين في نهاية القرن20، وخصص أنظمة خاصة للمسؤولية دون خطأ في الميادين التي ترتفع فيها درجة الأخطار.

حيث كان أولها قانـون حـوادث العمـل الصادر بتاريخ 1898/04/09، الذي يضمن بموجبه لضحـايا حوادث العمل تعويضـاً جزافيا أو محددا عن الأضرار التي لحقت بهم.

ووضع كذلك قوانين أخرى في ميادين جد محددة، تتعلق خصوصا بالمسؤوليات القانونية التامة الناشئة عن استعمال الأشياء الخطيرة مثل الملاحة الجوية، و التليفريك[67] والطاقة النووية. ففي ميدان قانون السفر، أبدل كثير من الاتفاقيات الدولية، بقوانين داخلية، التي فرضت أنظمة خاصة لتعويض جزافي، مؤسس على مبادئ المسؤولية بدون خطأ. ثم جاء قانون 1985/07/05، ليحسن من وضعية ضحايا حوادث المرور، ذلك بمنحهم تعويضا كاملا ومنهجاً.

وفضلا عن ذلك، جاء قانون 1998/05/19، ليغير في القانون الفرنسي التنظيمات المتعلقة بتعليمة عامة صدرت بتاريخ 1985/07/25 حول مسؤولية مفعول المنتجات المعيبة، بالاحتفاظ بنفس المبدأ المتعلق بالمسؤولية دون خطأ للمنتجين والموزعين.

وفي ميادين أخرى، يمكن أن تظهر نصوص عامة مستقبلاً تتعلق بالتعويضات عن الأضرار المتعلقة بالبيئة، تتبنى تنظيمات مشابهة.

---

[67]: أصل هذه الكلمة فرنسي Tèlèphèrique ، وهي العربة المتعلقة بسلك لنقل الأشخاص و السلع. انظر: جروان السابق، الكنز- قاموس فرنسي – عربي، ص 1123.

وأخيرا، فإن ضحايا بعض العقود الطبية كذلك أثاروا اهتمام وعناية المشرع الفرنسي. فإلى جانب القوانين القاضية بضمان تلقائي للأضرار المسندة لعمليات التطعيم الإجباري، و التبرع بالدم، التي سهلت مؤخراً تعويض الأضرار الناجمة عن بعض الأشخاص الذين ارتضوا أن يتعرضوا لبحـوث طبيـة .

ثالثـاً: توزيع عبء الأضرار للمسؤولية المدنية[68]: فالتطور الموضوعي للمسؤولية المدنية الذي بيناه، لا يمكن قيامه منطقيا إلا من خلال ظاهرة اجتماعية في غاية الأهمية، لتعرف التطور المنشود، متمثلة في التأمين من المسؤولية " L'assurance de résponsabilité".

وتتجلى أهمية التأمين من المسؤولية في مساهمتها في تحرير المسئول من الدفع الحقيقي للتعويض، بمنحه أمانـاً ضد الحـوادث الماليـة "Les incidences pécuniaires" المتعلقة بمسؤوليته. فإذا كان التأمين من المسؤولية يعد أثراً للمسؤولية المدنية، لا يوجد بدونها، فقد رافق امتداده، وشجع، وأثر حتى في تلك المسؤولية . فأصبح، إذن، نتيجةً وعلةً في آن معاً، لتطور المسؤولية الملحوظ.

وكل من هذين النظامين يؤثر في الآخر؛ حيث إنه بغياب التأمين، تتردد المحاكم، كثيراً بلا أدنى شك، في إدانة مسئولين لم يقترفوا أي خطأ، بدفع تعويضات باهظة قد تقودهم إلى الإفلاس.

فإذا كانت عنايتنا اليوم تنصرف أكثر من أي وقت مضى إلى الضحايا، فليس لأنّ الأضرار هي في غاية الجسامة، ولكن إضافةً إلى ذلك، ففي كل الحالات أو معظمها ،هنالك إمكانيـة أوالتـزام بالتأمين يواجـه المسئـول.

وفضلاً عن تبادل الأخطار التي يحققها التأمين، فإن عبء التعويض يقع على مجموع المؤمنين "Les assurés" من خلال اشتراكاتهم التي يدفعونها. وهنا يبقى المجال فسيحاً لامتـداد المسـؤولية.[69]

---

[68]: يقابله في الاصطلاح الفرنسي "La collectivisation de la Responsabilité civile"

[69] : V .Patrice Jourdain, p14-15

المطلب الثـاني : وظـائف المسؤولية المدنيـة.

بالنظر إلى تاريخ المسؤولية المدنية، نلاحظ تطورات كثيرة، طرأت عليها، مما يدعونا إلى مزيد بذل الجهد والنظر لتحديدها، لتتلائم وتطور الحياة الاجتماعـية في مجال العقود، واستخدام الآلات والتكنولوجيا الحـديثة."وهو تطويـر لا يهدم أركانهـا الأساسية، وإنما يطوع من بعض

شروطـها، لتضييق نطاقها في بعض القطاعات، وتوسعته في مجالات أخرى..."[70].

ساد الاعتقاد لفترة من الزمن أن المسؤولية المدنية تخدم خمس وظائف مترابطة تتلخص فيما يلي: معاقبة المذنب، وانتقام المضرور، وتعويضه، وإعادة ترتيب النظام الاجتماعي، والوقاية من السلوك غير الاجتماعي.[71]

بيد أنّ هذا الاعتقاد تزعزع، بفضل عوامل منها، ظهور بحوث رجال علم الإجرام الموضوعيين في القرن التاسع عشر، ودراسات علماء معاصرين في نفس المجال، اتفقت تحليلاتهم على اختفـاء الوظائف التقليدية للمسؤولية المدنية وهي: عقاب محدث الضرر، وإعادة ترتيب النظام الاجتماعي، وكذلك انتقام المضرور لاحقاً.

وبذلك احتفظت المسؤولية المدنية بوظيفتين هما : تعويض المضرور، والوقاية من السلوك غير الاجتماعي. ومما ساعد على بروز هذه الوظائف الجديدة واختفاء الوظائف الأخرى، هو ظهور نظام التأمين من المسؤولية نتيجة الأخطار الناتجة عن الحوادث، في عالم التكنولوجيا، وكذلك ظهور هيئات حقوق الإنسان في المنتديات العالمية والوطنية المطالبة بضمان حقوق المواطنين إزاء هذه المخاطر المستجدة.

وقد اختلف رجال الفقه حول أساس هذه المسؤولية. فأنصار المذهب الموضوعي، يخالفون ما يراه أنصار المذهب الاجتماعي من وظائف لهذه المسؤولية، كما أن أنصار الاتجاه الشخصي يرون أن لها وظائف مغايرة لما ذهب إليها أصحاب الاتجاهين السابقين.

وفي هذا المقام يرى البعض[72] أنه يمكن بلورة هذه الوظائف في طائفتين اثنتين هما: الوظائف التهذيبيـة، والوظائف التعويضـية.

---

[70]: المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية.ص16.

[71]: انظر: د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ، مجلة المحامي الكويتية،س16، أعداد يوليو، أغسطس، سبتمبر1992، بند2، ص133 وما بعدها.

الفـرع الأول: الوظائف التهذيبيـة للمسؤوليـة المدنيـة.

يقصد بها تلك الوظائف التي تؤثر في السلوك الفردي، بهدف إعادة توافقه مع المجتمع، في ضوء الاعتبارات الاجتماعية. وتتركز الوظائف التهذيبية للمسؤولية المدنية في محورين:

أولهما: الوقاية من السلوك غير الاجتماعي، وثانيهما: تهدئة المضرور، وصرف رغبته عن الانتقام من المسئول، إضافة إلى تحقيق العدالة.

أولا: الوظيفـة الردعيـة:

فالوظيفة الأولى للمسؤولية المدنية – رغم أنها لا تحظى بقدر كاف من الاهتمام – تتمثل في ردع السلوك غير الاجتماعي أو الوقاية من الأضرار. وهي وظيفة لها صلة وثقى بالدور الأخلاقي للمسؤولية المدنية [73] أكثر من وظيفتها التعويضية؛ فليس الخوف من القائمين على تطبيق القانون، هو الذي يردع السلوك غير الاجتماعي، ولكن المسؤولية المدنية تشكل أداة قانونية رائعة، لمنع وقوع أضرار غير مشروعة.

وهكذا يستطيع الأفراد أن يحصلوا على حق شخصي بموجب أمر قضائي في منع أو إيقاف أي تصرف مخالف للقانون، وذلك بإجهاضه من أصله أو بالوقاية منه[74].

أما إذا كان الضرر غير المشروع المتمثل في السلوك غير الاجتماعي قد وقع فعـلاً، و أوقع اضطرابا اجتماعيا، فإن المسؤولية المدنية، تتقدم لتحمي حقا أو مصلحة مستقبلة، وقع عليها المخالفة، وذلك بإزالة الحالة الواقعية، التي يؤدي التمسك بها إلى وقوع الضرر؛ كأن تأمر المحكمة بإعلان أو نشر أن علامة معينة هي مزيفة غير حقيقية، أو تأمر بهدم بناء أقيم على خلاف قواعد تنظيم المدن...إلخ[75].

هذا، وإن كان دور المسؤولية المدنية ضعيفاً في ردع السلوك الاجتماعي في مجال المخالفة الجنائية، فإنه، على العكس، جد فعال و مؤثر في نطاق المخالفات المالية والاقتصادية والاعتداء على الحقوق الشخصية؛ من تشهير و مساس بحرمة الحياة الخاصة.

---

[72]: د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية¡ ص 20 وما يليها.

[73] : Le tourneau (p) : la verdeur de la faute dans la responsabilité civile, R.T.D.C, 1988, p.508.

[74] : lindon® : validité de la clause de non- concurrence ; j .c.p 1960 N° 1593.

[75] : Aktam El Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien. Th. Paris1954.N° 32.

ثانيـاً: الوظيفـة التهذيبيـة

تتمثل هذه الوظيفة في تهدئة نفس المضرور، وإطفاء جذوة الغضب، ومحاولة إشباع الحاجة للشعور بالعدالة. ويمكن مواساة وتهدئة المضرور عن طريق منحه تعويضا ماليا، أو توفير بارقة الأمل لديه في ذلك.

ويعلق بعض الشراح [76] أهمية بالغة على هذه الوظيفة خصوصا في حالات التشهير والتضليل. وحتى في غير هذه الحالات، فإنه من الممكن إشباع رغبة المضرور في الانتقام من محدث الضرر، عندما يجبر هذا الأخير على المثول أمام العدالة ليسأل عما سببه للأول من ضرر.[77]

ولكن هل تتمثل وظيفـة القضـاء في السماح للمضرور بإشباع الرغبـة في الانتقـام ؟

لاشك أن إتاحة هذا الأمر للمضرور، هو أفضل بكثير من تركه يتأذى أو يتصيد أية فرصة للانتقام الفردي غير المنضبط. وكل ما يستطيع القضاء فعله هو توفير للمدعي إشهاراً رسمياً يرد له

---

[76]: انظر: د. محسن البيه، حقيقة أزمة المسؤولية بند 87.

[77]: الواقع أن القضاء في المجتمعات الحديثة ، هو جهاز الدولة الذي يكفل تحقيق القانون، ويعمل على حمايته، تطبيقا لمبدأ" عدم جواز الاقتضاء الذاتي للحق: "Nemo bebet essa jedex inproprai causa"، فالدولة هي المسئولة عن تحقيق العدالة، وإقامة النظام.

و مع ذلك فقد لوحظ ميل بعض التشريعات الحديثة، إلى بعض فكرة الانتصاف الخاصJustice privée من جديد، دون الرجوع إلى سلطة القاضي، وفي مقدمة هذه التشريعات ، التقنين المدني المصري، و التقنين المدني الألماني؛ و التقنين المدني السويسري... وقد صادفت فكرة الانتصاف الخاص تأييدا من جانب بعض الفقه، وهكذا نجد الأستاذ vallimaresco بعد أن عرف الانتصاف الخاص بأنه" تلك الواقعة التي يكون بمقتضاها لصاحب الحق أن يبادر من تلقاء نفسه، وبدون تدخل السلطات لحماية حقه أو لتنفيذه La justice privée est le fait pour le titulaire d'un droit de procéder de sa propre initiative et sans l'intervention des autorités à la protection ou à l'exécution de son droit : vallimaresco (A) : la justice privée en droit moderne th.Paris 1926 p.14.

حيث يقسم الفترات التي مر بها هذا المبدأ إلى فترة الانتصاف الخاص الفوضوي Anarchique الذي عرفته البشرية في عهودها البدائية، ثم إلى فترة الانتصاف الانتقالي Transitoire حيث خطا الانتصاف الخاص،خطوته نحو التنظيم، وإلى فترة الانتصاف الخاص التكميلي Subsidiaire وهذا النوع الأخير يتفق مع المبادئ القانونية، متجردا من عيوب وسائل الانتصاف العام من نفقـات وإجراءات طويـلة. انظـر: التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في القانون المقارن، د. عادل حبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة 1986، بند 253، ص336.

الاعتبار. وعلى هذا الأساس، فإن مجرد منح مبلغ رمزي يمكن أن يسهم في رد هذا الاعتبار، أكثر من دفع مبلغ مالي كبير، تعويضاً عن الضرر الناجم من الاعتداء على السلامة الجسدية.

وبناء عليه، تساهم المسؤولية المدنية على مستوى القضاء في فرض العدل العقابي، والعدل التعويضي.

ثالثـاً: الوظائف التعويضيـة للمسؤولية المدنيـة:

إذ تتمثل أساسا في تعويض المضـرور، وتوزيـع عبء الأضـرار، وضمـان حقـوق الأفـراد.

حيث ذهب البعض[78] إلى أنّ تعويض الأضرار، هي الوظيفة الأساسية للمسؤولية المدنية، أصبحت اليوم أقل بروزا، ومحدودية، بل وصعبة التطبيق، حينمـا تعرضت لأنظمة منافسة تمثلت في الضمان، و التأمين، التي تساهم في سد النقص في الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية، دون أن تشكل بديلا عنها. وكم تكون هذه الوظيفة صعبة التحقيق في مجال الأضرار الأدبية، والاعتداء على السلامة الجسدية، حيث يصعب تقديرها، بل قد تكون غير قابلة للتطبيق أحيانا.

وتتمثل الوظيفة الثانية في توزيع عبء الأضـرار، ذلـك لأنّ المسؤولية المدنيـة تتعلق بالخطأ الذي يحدث الضـرر سـواء أكان عمدا أم خطـأ. ولذلك فمن الظلم أن يتحمل محدث الضرر خطأ كل التعويض، بل يجب التخفيف عنه، بطريقة يصبح معها تحمل التعويض ممكنا، بإشراك غيره معه في ذلك. وعلى هذا الأساس، يكون توزيع عبء الأضرار - على النحو الذي بينا- واجبا على المجتمع.

وتستطيع المسؤولية المدنية أن تساهم في توزيع عبء الأضرار إما عن طريق نظام التأمين، وإما بطريق مباشر، وهي تختلف في مفهومها عن نظرية تحمل المخاطر.

كما تضطلح المسؤولية المدنية بوظيفة ضمان حقوق المواطنين، في كمالهم الجسماني، أو في ذمتهم المالية، أو في حقوقهم الشخصية. وفي هذا الأمر نلاحظ تحيز المحاكم غالبا لمصلحة الراجلين ضد سائقي السيارات، حتى حينما يكون الراجلون ضحايا لأخطائهم الشخصية. وبذلك تبدو الرغبة واضحة تماما في مساعدة هؤلاء الضحايا من المواطنين.

"ومع ذلك، فإن هذا التحيز إلى جانب المضرور، لا يمثل ظاهرة جديدة، ناشئة عن التأثر بالنواحي الدينية أو الأخلاقية، كما أنه ليس اتجاه القضـاء وحده، وإنما سار فيه المشـرع

[78] : MAZEAUD (H.etL) etTunc(A) M traité théorique et pratique et La responsabilité civile délictuelle et contractuelle T.II , 1950 ed.1965, N° 173 p.145

نفسه، منذ أن ظهرت المسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية عن الأضرار التي تسببها الحيوانات، أو تهدم البناء. فقد كان وراء كل ذلك، تقاليد طويلة، كانت تتسع شيئا فشيئا، مدفوعة بالشعور الاجتماعي المتجه إلى ضرورة تعويض من يضار من خسارة ناجمة عن الحوادث"[79].

وبذلك ساهمت فكرة ضمان حقوق المواطنين، في تطور قانون المسؤولية المدنية.

[79]: راجع: د. عادل حبيب، المرجع السابق، ص 28-29.

الفصل الثاني: خصـائص التشريع الإسلامي و الأحكام العامة لفكرة الضمان في الفقـه الإسـلامي

المبحث الأول: خصائـص التشريـع الإسـلامي

يتسم التشريع الإسلامي بجملة من الخصائص المميزة، سنستعرض أهمها، وهي على غاية من الأهمية؛ بحيث إنها تسعفنا حينما نعدم النص الجزئي؛ للتدليل على مسألة ما في الشريعة، فنعول- حينها- على القواعد العامة؛ التي سيأتي ذكرها في ثنايا هذا المبحث.

المطلب الأول: عمـوم الشـريعة الإسلاميـة

يقصد بالعام في اللغة: الشامل و خلاف الخاص[80]، ومنه قولهم عمهم الأمر إذا شملهم،[81] والعموم لغة الشمول، وهو كل لفظ عم شيئين فصاعداً، وقد يستعمل في شيئين ويستعمل في جميع الجنس. أما الأول، فكقولك عممت زيدا وعمرا بالعطاء، وأما الثاني، فكقولك عممت الناس بالعطاء.[82]
وفي الاصطلاح هو: "لفظ وضع وضعا واحدا لكثير غير محصور، مستغرق جميع ما يصلح له".[83]
فقيد: "وضعا واحدا" يخرج المشترك، و"لكثير" يخرج ما لم يوضع لكثير؛ كزيد وعمرو، و"غير محصور"[84] يخرج أسماء العدد، فإن المائة مثلاً وضعت وضعاً واحداً لكثير، وهي مستغرقة جميع ما يصلح له، لكن الكثير محصور، وقوله "مستغرق جميع ما يصلح له" يخرج الجمع المنكر، نحو رأيت رجالاً.

---

[80] إبراهيم مصطفى وآخرون المعجم الوسيط: 629/2.

[81]: ابن منظور، لسان العرب : 426/12 .

[82]: السبكي، الإبهـاج: 82/2 ، أبو المظفر السمعاني، قواطع الأدلـة: 154/1، على التوالي.

[83]: عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي، التوضيح في حل غوامض التنقيح: 56/1.

[84]: وإن كان في الواقع محصورا؛ كالسموات وعلماء البلد مثلاً: راجع: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه؛ ص305.

وأضاف البعض إلى قوله وضعا واحدا "دفعة واحدةً"[85] وهو قيد يفرق بين العام والمطلق، فالعام يشمل كل فرد من أفراده دفعة واحدة، بينما المطلق لا يشمل دفعة واحدة إلا فردا أو أفرادا شائعة،[86] لا جميع الأفراد.[87]

إذن، يتبين مما سبق أن أحكام التشريع سيقت لتستغرق المكلفين حالا ومآلا، ومن الأدلة الدالة على ذلك:

أولا: الأدلة من القرآن الكريم

1. قوله تعالى: «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر».[88]
2. قوله جل شأنه: «ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب».[89]

ووجه الدلالة: في قيد "بكم ، ولكم" ، الذي يفيد بصياغته العموم .

ثانيا: الأدلة من السنة النبوية

1. قوله صلى الله عليه وسلم: "إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام".[90]
2. قوله صلى الله عليه وسلم: "ما أسكر كثيره فقليله حرام".[91]

---

[85]: مثل الفخر الرازي في المحصول:513/2، تحقيق: د. طه جابر العلواني.

[86]: راجع: علي بن عبد الكافي السبكي، الإبهاج، 82/2.

[87]: وعرفه ابن بدران بقوله: "فالعام هو اللفظ الدال على جميع أجزاء ماهية مدلوله، وقد استفيد من هذا التقسيم معرفة حدود ما تضمنه من الحقائق، وهو المطلق والعلم والنكرة واسم العدد؛ فالمطلق هو اللفظ الدال على الماهية المجردة عن وصف زائد، والعلم هو اللفظ الدال على وحدة معينة، واسم العدد هو اللفظ الدال على بعض ماهيات مدلوله: المدخل: 273/1.وقيل العام هو: "ما استقل لفظه بنفسه ولا يشتمل على مسميات بجنسه ":السمعاني، قواطع الأدلة: 154/1.ومن صيغ العوم لفظ "كل و جميع"، والجمع المعرف بأل للاستغراق(لا للعهد أو الجنس)، والأسماء الموصولة، وأسماء الاستفهام مثل "من"، وأسماء الشرط، والنكرة الواردة في سياق النفي أو النهي : الوجيز في
أصول الفقه، ص 305.

[88]: سورة البقرة: الآية 185.

[89]: سورة البقرة: الآية 179.

[90]:أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي صلى الله عيه وسلم رب مبلغ أوعى من سامع، رقم 67 :37/1، تحقيق د.مصطفى البغا، وأخرجه مسلم ، كتاب القسامة، باب تغليظ تحريم الدماء و الأعراض والأموال، رقم 1679 :1305/3، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ولفظ مسلم "فإن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام".

[91]: أخرجه أحمد وابن ماجة والدار قطني وصححه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وأخرجه أبو داود والترمذي وحسنه وقال ابن حجر: رجاله ثقات؛ من حديث جابر، وأخرجه أيضا أحمد والنسائي وابن ماجة. راجع: الشوكاني، الدراري المضية: 375/1، من كتاب الأشربة.

ووجه الدلالـة : واضح من النص الأول؛ وذلك من حيث تعلقها بالمخاطبين، وفي النص الثاني فإن اسم الموصول "مـا" يدل على العموم.

3.قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أُعطِيت خمساً لَم يعطَهن أحد قَبلِي... وكَانَ النبي يبعثُ إلى قَومِهِ خاصةً، وبعِثْت إِلَى الناسِ عامـةً"[92]، وقال ε:" أرسلت إلى الناس كـافة "[93].

وقال ε: " أُرسِلْت إلى الأحمرِ والأسودِ وكان النبي ε يرسلُ إلى خاصـةٍ"[94]، وفي روايـةٍ :" أرسلت إلى كل أحمر وأسود"[95]، و قال ε:" أعطيت خمساً لم يعطهن نبي قبلي أرسلت إلى الأحمر والأسود وكان النبي يرسل إلى خاصتـه"[96]. وجاء في رواية: " أرسلت إلى الناس عامـة، وكان من قبلي إنما يرسل النبي إلى قوم"[97].

ووجه الاستـدلال: أن هذه الآثار تعاضدت على معنى واحد، وهو عموم رسالة النبي صلى الله عليه وسلم، لكل الناس، على اختلاف أجناسهم وأعراقهم وبيئاتهم.

وعموم الشريعة وبقاءها وعدم قابليتها للنسخ باعتبارها الشريعة الخاتمة، يستلزم أن تكون قواعدها وأحكامها على نحو يحقق مصالح الناس في كل عصر ومصر، ويفي بحاجاتهم ولا يضيق بها ولا يتخلف عن أي مستوى عال يبلغه المجتمع. وهذا كله متوافر في الشريعة الإسلامية وطبيعة مبادئها وأحكامها وما ابتنت عليه هذه الأحكام من المصادر.

"ولما كانت الشريعة الإسلامية شريعة إلهية، وعامة لجميع البشر، فمن حقها وواجب البشر نحوها جعل(السيادة) القانونية المطلقة لها، دون غيرها"[98].

---

[92]: بدر الدين محمود بن أحمد العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري: 7/4، كتاب التيمم حديث رقم 533.

[93]: العيني، عمدة القاري:8/4. وقال العيني: أخرجه البخاري أيضاً في الصلاة وفي الخمس وأخرجه مسلم في الصلاة.

[94]: سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني: المعجم الكبير:61/11، رقم 11047.

[95]: : أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد بن أحمد الحنبلي المقدسي، الأحاديث المختارة، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله بن دهيش. وقال المؤلف:إسناده صحيح.

[96]: علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي، كنز العمال: 198/11 رقم 32063. وفي رواية: "أرسلت إلى الأبيض والأسود والأحمر" رقم 32060، وفي أخرى: "بعثت إلى الناس كافة الأحمر والأسود وكان النبي قبلي يبعث إلى قومه" رقم 32058، وفي أخرى أيضاً: " وكان النبي يبعث إلى خاصة قومه وبعثت أنا إلى الجن والأنس" رقم 32059: 197/11.

[97]: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ،شرح مشكل الآثار: 349/11 رقم 4489، تحقيق شعيب الأرناؤوط.

[98]: د.عبد الكريم زيدان، نظـرات في الشريعة الإسلامية، ص 13.

ودل استقراء الشريعة على أنها ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل معا،[99] حتى إن بعض الفقهاء قال وقوله حق: "والشريعة كلها مصالح،[100] إما تدرء مفاسد، أو تجلب مصالح".[101]

ويتصور العموم حتى في التخصيص والتقييد، ذلك أن الشارع الحكيم، إذ سمح بصلاة القصر للمسافر، وبالفطر للمريض والحائض والنفساء في نهار رمضان، وأجاز عقد بيع السلم،[102] وإن كان الأصل يقتضي بطلان بيع المعدوم، لقولهε : "لا تبع ما ليس عندك"،[103] إلا أنه رخص فيه لأجل الحاجة.

وعليه، فإن إخراج بعض المكلفين من أحكام العموم والإطلاق، وإدخالهم في الاستثناء من القواعد العامة، إنما ليستغرقهم التشريع؛ إذ من شأن الإغراق في القواعد العامة، أن يوقع المكلفين في حرجٍ ينتفي معه الامتثال، فلكي يشملهم الخطاب الشرعي لا بد من استثنائهم من القواعد العامة، فهم وإن خرجوا من العموم و المطلقات، لم يخرجوا من التشريع .

ومسمى العموم في الأحكام هو، أن تهوي إليها العقول الراجحة، وتذعن لها النفوس السليمة؛ جلباً لمصالحها، ودفعاً للفساد من خلالها، ولا يمكن لهذا الشمول أن يتقرر، إلا إذا كان الاحتكام فيه إلى الكليات؛ لأن طرد أو اطراد الجزئيات من شأنه أن يوقع المكلفين في حرج وعنت، وهو المرفوع قطعـاً بعدم وقوعـه.[104]

---

[99] انظر: الإمام أبو سحاق الشاطبي، الموافقات: 4/2.

[100]: أدركها من أدركها، وجهلها من جهلها، وليس بالضرورة أن يعرف المكلف حكمة كل تشريع.

[101]: الإمام العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام: 9/1.

[102]: سمي سلما لتسليم رأس المال في مجلس العقد، ويسمى كذلك سلفا لتقديم رأس المال؛ وذلك لتقديم الثمن واستلام المحصول المتفق عليه لاحقا في موسم الحصاد مثلا. وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم". رواه الستة وقد أجمع الفقهاء على ذلك، انظر: محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير: 69/7، وابن عبد البر، الكافي، ص337، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج: 102/1، ومرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب، ص118.

[103]: أخرجه الأربعة وحديث النهي عن بيع الغرر أخرجه مسلم . انظر: ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية: 149/2، وقال المنذري: أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي: حسن. راجع: العظيم آبادي، عون المعبود، كتاب البيوع، باب: الرجل يبيع ما ليس عنده: 291/9. وأخرجه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان في صحيحه من حديث يوسف بن مالك عن حكيم بن حزام مطولا و مختصرا، راجع: ابن حجر، تلخيص الحبير، كتاب البيوع، باب ما يصح به البيع: 5/3.

[104] راجع : أستاذنا الدكتور أبا عبد الرحمن الأخضر الأخضري، القُـنيـة في شرح نظم الفائـق-لنفس المؤلف- في مقـاصد الشريعة، ص7¡ 71.

ومن لوازم العموم التجرد من الذوات والصفات، أو بمعنى آخر التجرد من الجزئيات، التي تتسم بالخصوصية، والاعتماد على الكليات العامة الجامعة. وهذا ما سيأتي بيانه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني: غياب التفريع في زمن التشريع

جاءت الشريعة الإسلامية بمبادئ تتسم بالعموم والمرونة؛ بحيث يتسع لكل تنظيم قانوني، ولكل نظام حكم مهما بلغ النوع البشري من التقدم.

ذلك أن الشريعة جاءت أحكامها شاملة لمختلف شؤون الحياة؛ تخاطب كل البشر في كل عصر ومصر، وترسم للإنسان سبيل الإيمان بربه، وتأمره بتزكية نفسه وترقية خلقه، وتحكم علاقاته مع غيره إن على المستوى الفردي أو الجماعي أو حتى على المستوى الدولي.[105]

ومن الأدلة على خلود الشريعة ومرونتها أنها لم تأت فيما هو خاضع للتطور بتشريع تفصيلي؛ فيمثل ذلك عائقا أمام المكلفين لما يفضي إليه من المشقة والحرج، بل قد يؤدي من الناحية العملية إلى إبطال الشريعة وهجرها؛ لأنها لا تناسب العصر أو البيئة الفلانية وما شاكل ذلك.

واقتضى أن يكون للشريعة الخاتمة جواب في غاية الإتقان والإحكام والعدل عن كل سؤال، ولها حكم ملفوظ أو ملحوظ لكل نازلة من النوازل. وهذا الشمول في الأحكام قد يكون بنص صريح واضح، أو عن طريق قاعدة كلية وأصل جامع، ولما كانت الحوادث متجددة لا تنتهي، والنصوص متناهية محصورة، نقب الفقهاء الأوائل-رحمهم الله- في التركة العظيمة التي تركها- رسول الله -صلى الله عيه وسلم- فأظهروا الأصول والقواعد ، وبينوا الأشباه والنظائر، وأوضحوا الفروق والاستثناءات.[106]

ومن حكمة الله المشرع الحكيم أن أنزل في كتابه المحكم أحكاما وقواعد كلية؛ وذلك مثل قوله تعالى في الحث على الشورى التي هي إحدى دعائم الملك: «وأمرهم شورى بينهم»،[107] وقوله جل شأنه: «وشاورهم في الأمر».[108] ولم يثبت في سنة صحيحة -في أمر تعم به البلوى بتعبير الأصوليين والمحدثين- أن أوصى الرسـول الكريم- صلوات الله وسلامه عليه- لأحد من

---

[105]: راجع: العلامة ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص88-94، د. عبد الكريم زيدان، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص39-53، و د. وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الإسلام مقارنة بالقانون الدولي الحديث، ص17-22.

[106]: راجع : د.علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد و الضوابط الفقهية : 19/1.

[107]: سورة الشورى: الآية 38.

[108]: سورة آل العمران: الآية 159.

الصحابة بشيء في أمر الخلافة؛ ولذلك اختلفت اجتهادات الخلفاء الراشدين -رضي الله عنهم- في طريقة الترشيح والبيعة بالخلافة، حيث اختير أبو بكر بغير ما اختير به عمر، واستخلف عثمان بغير ما استخلف علي.

ويراد بـ"عدم قصد التفريع في زمن التشريع" أن النظر في زمن الخطاب تعلقت أحكامه بعيون النوازل التي تنقدح منها أسباب عامة، لا يمكن أن تكون قاصرة، بل هي الكليات المستفادة لضبط كل واقعة، وليس ذلك تعويلاً على خصوص السبب، بل العبرة فيه بعموم اللفظ.[109]

وإذا كان الأصل في العبادات التفريع لابتنائها على مقاصد قارة، ولا حرج في دوامها ولزومها للأمم والعصور، إلا في أحوال نادرة تدخل تحت حكم الرخصة، فإن الأصل في المعاملات هو تجنب التفريع، إذ إنها بحاجة إلى اختلاف تفاريعها باختلاف الأحوال والأمكنة والعصور.[110]

فالمعاملات عموماً، والمالية منها خصوصاً، هي المادة الغزيرة لإعمال القواعد، وقد اشتدت الحاجة في وقتنا الحاضر إلى دراسة هذه القواعد دراسة شاملة واعية، لمعالجة كثير من القضايا المعاصرة المستجدة، وإنزال النصوص الشرعية الصحيحة على الوقائع الطارئة المناسبة.[111]

ولما كان العمل الطـبي يتصل بالمعاملات، فكان أدعى إلى أن يندرج تحت القواعـد والأصول منه إلى النصوص الجزئيـة.

المطلب الثـالث: نوط الأحكام الشرعية بمعانٍ وأوصاف لا بأسماء وأشكال

إن الشارع الحكيم أناط الأحكام الشرعية بمعان وأوصاف مقصودة للتشريع، ولم يجعل الأسماء ولا الأشكال مناط الأحكام بحال. فالعبـرة بالمسمى وليس الاسم، وبالمعنى وليس الشكل أو الرسم وقولنا "أوصاف مقصودة للتشريع" قيد خرج به الأوصاف البيانية المقارنة لها، التي لا يتعلق بها غرض الشارع، ويسمونها الأوصاف الطردية، وإن كانت الحقيقة اللغوية الغالبة على الحقيقة الشرعية؛ مثل الكون في البرية في حقيقة الحرابة، فإن ذلك أمر غالب وليس هو مقصوداً الشارع. ولذلك أفتى حـذّاق الفقهاء باعتبار حكم الحرابـة في المدينـة، إذا كان الجاني حاملاً للسلاح، تخفيفًا لأهل المدينة.

---

[109] راجع :أستاذنا د.الأخضر الأخضري، المرجع السابق، ص71.

[110] راجع : العلامة الطاهر بن عاشور ، المرجع السابق، ص 137.

[111] راجع : د.علي أحمد الندوي، المرجع السابق، ص 20 و ما بعدها.

وعليه، فإن الأسماء الشرعية إنما تعتبر باعتبار مطابقتها للمعاني الملحوظة شرعاً في مسمياتها عند وضع المصطلحات الشرعية، فإذا تغير المسمى لم يكن لوجود الاسم اعتبار.

ولذلك وضع فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة فقهية وهي: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"، ومثلُوا لها بما لو قال ولي المرأة وهبت فلانةً إليك بمهر كذا، كانت تلك صيغة نكاح ولو سماها هبة، والعطايا المشـروط فيها تصرف المُعطِي في المُعطَى إلى موتـه تؤولُ إلى الوصية وإن سموها حبسا أو هبة أو عمرى[112].

ومن الأمثلة التي درج علماء أصول الفقه على ذكرها في باب تنقيح مناط مسالك العلة، أن الخمر إنما حرمت لعلّـة الإسكار المُفضي إلى غياب العقل وما ترتب عنه من مفسدة، وليست العلة كونها من العنب أو سائلا أو ذات لون معين ونحو ذلك.

فتحريم الخمر هنا مرتبط بوصف ظاهر منضبط وهو الإسكار، ولا اعتبار هنا لتغيير اسمها مع بقاء المسمى للقول بجواز تناولها. وكما أن تغيير الاسم غير مؤثر في تحليل الحرام، كذلك لا يكون مؤثرا في تحريم الحلال.[113]

وبناء عليه، فإن هنالك ألفاظاً لا يعرفها قاموس الشريعة الإسلامية مثل مصطلح المسؤولية بأنواعها المختلفة، ولكننا إذا نظرنا إلى ما تحمله هذه الكلمة من جزاءٍ أو ورد للعدوان، وتعويض المضرور، وجدنا ذلك تحت اسم آخر وهو الضمان، وبالتالي كان لزاما علينا أن نقبل هذا المسمى ولم نعِر الاسم أي اهتمام. وقد قال فقهاءنا رحمهم الله: لا مشاحة في الاصطلاح ما دامتِ الحقائق محل اتفـاق.

المطلب الرابـع: السماحة ورفع الحرج

السماحة سهولة المعاملـة في اعتدال؛ فهي وسط بين التضييق والتساهل، والتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط هو منبع الكمالات، وقد قال الله تعالى في وصف هذه الأمة: «وكذلك جعلناكم أمـةً وسطًـا»[114] وقد جزم المحققون في تفسير هذه الآية أنّ الوسط هو العدل. ورفع الحرج معناه التيسير على المكلّفين بإبعاد المشقة عنهم في مخاطبتهم بتكاليف الشريعة الإسلامية.

---

[112]: "... هي عارية والعمرى الاسم من لإعمار...": نجم الدين عمر بن محمد النسفي، طلبة الطلبة: 1/218-219.

[113]: راجع: العلامة، محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص105-107،علي بن محمد الآمدي، الإحكام:336/3.

[114] : : سورة البقـرة: الآيـة 143.

والأدلـة التي استنـد إليها لتقـرير السماحـة ورفع الحـرج هي:

أولا: الأدلة من الكتـاب:

1. قال تبارك و تعالى: «يريد الله بكم اليسـر ولا يريد بكم العسر».[115]
2. قال عز و جلّ: «مـا يريد الله ليجعل عليكم من حرج».[116]
3. قال جلّ شأنـه : «يريـد اللـه أن يخفّـف عنكـم».[117]

ووجه الدلالة من هذه الآيات : أن الله أنزل إليكم هذه الشريعة ولم يرد لكم فيها أي مشقـة لا تطيقونهـا.

ثانيا: الأدلة من السنـة:

1. عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "أحب الدين إلى الله الحنيفة السمحة".[118]

ووجه الدلالـة: أنّ أحب الأديان إلى الله دين الإسلام، وأنه أثبت له السماحة والميل عن الشرك والشذوذ والانحراف إلى الاستقامة، والملّـة السمحـة هي تلك التي لا ضيق فيها.

2. عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ε قال: "إن الله يحب الرفق في الأمر كله".[119]

عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما خير رسول الله ε بين أمرين قط إلا اختار أيسرهمـا مـا لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعـد الناس عنه".[120]

ووجه الدلالة واضح من هذين الحديثين الشريفين؛ حيث إن الله تعالى أنزل الدين الإسلامي

---

[115]: سورة البقـرة: الآيـة 185.

[116]: سورة المائـدة، الآيـة 07.

[117]: سورة النساء: الآية 28.

[118]: رواه ابن القيسراني في تذكرة الحفاظ:521/1 رقم 809، و أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط عن أبي هريرة رقم 7351: 229/7، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: رواه الطبراني في الأوسط و فيه عبد الله بن إبراهيم الغفاري منكر الحديث: :60/1 809.
و أخرجه البخاري تعليقـاً، كتاب الإيمان، باب الدين يسر و قول النبي صلى الله عيه و سلم أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة: صحيح البخاري:23/1، تحقيق د. مصطفى البغا، و قال ابن حجر في الفتح: وهذا الحديث المعلق لم يسنده المؤلف في هذا الكتاب؛ لأنه ليس على شرطه، نعم وصله في كتاب الأدب المفرد وكذا وصله أحمد بن حنبل و غيره من طريق محمد بن إسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس وإسناده حسن:94/1،وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة، رقم 541/881:2jوأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس:236/1 .

[119]: صحيح مسلم، 1706/4، كتاب الإمارة، باب: فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق، رقم: 2165.

[120]: أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأدب، باب التجاوز في الأمر: 250/4 ، رقم 4785 .

يسيرا لا مشقة في تنفيذ تعاليمه، حتى أنّ الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم لو خير بين أمرين لاختار أسهلها ما لم يكن محرما.

ثالثا: أقوال العلمـاء:

قال الإمام الشاطبي[121] رحمه الله: "إنّ الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغَ القطع".[122]

وقال الإمام ابن عاشور[123] رحمه الله: "استقراء الشريعة دلّ على أنّ السماحة واليسر من مقاصد الدين".[124]

المطلب الخامـس: نوط التشريع بالضبط والتحديد

قال العلامة محمد الطاهر بن عاشور – رحمه الله – بأنّ الشريعة لمّا قصدت التيسير على الأمة في امتثال الشريعة وإجرائها في سائر الأحوال عمدت إلى ضبط وتحديد يتبين به جليا وجود الأوصاف والمعاني، التي راعتها الشريعة، فبذلك قد نصبت للعلماء أماراتٍ التشريع بالأوصاف والمعاني المراعاة في التشريع، ونصبت لمن دونهم حدوداً وضوابط تحتوي على تلك المعاني التي قد تخفى على أمثالهم... كما كانت الحدود والضوابط هاديةً لمن انحط عن درجة العلماء إلى أن يرتقي قليلا إلى فهم المعاني والأوصاف المقصودة من التشريع فيما تحتويه تلك الضوابط من المعاني والأوصاف الخفية... وهذا مسلك قد دق على كثير من الفقهاء، وقد أشار إليه قول مالك[125] – رحمه الله – في بيع الخيار من الموطأ، فقد أخرج حديثاً أنّ رسول الله ε، قال: "البيعان بالخيار ما لم

---

[121]: هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللّخمي ، الغرناطي ، أبو إسحاق، الإمام الحافظ المجتهد ، من أفراد المحققين ، وأكابر المتفننين فقهاً، وأصولاً، وعربية وغيرها وكان ـ رحمه الله ـ حريصاً على اتباع السنة ، وعلى قدم راسخ من الصلاح ، له تآليف جليلة مشتملة عل أبحاث نفيسة؛ كالموافقات، والاعتصام ، توفي سنة 790هـ. انظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص 46، والفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي : 4/ 291 .

[122]: الموافقات في أصول الشـريعة: 254/1.

[123]: هو أبو عبد الله محمد الطاهر بن عاشور الشريف التونسي القاضي المالكي المفتي بها الشهير بابن عاشور كان فصيح عصره ومفخر مصره توفي سنة 1284هـ. من تصانيفه شفاء القلب الجريح في شرح بردة المديح، الغيث الإفريقي، حاشية على شرح التفتازاني لتلخيص القزويني في علم البلاغة، هدية الاريب الى أصدق حبيب وهو حاشية على شرح القطر لابن هشام. راجع: مصطفى بن عبد الله القسنطيني الرومي الحنفي، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين: 378/6.

[124]: مقـاصد الشريعـة الإسلامـية، ص 61.

[125]: هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، نسبة إلى جده التاسع ذي أصبح ، وأصبح من أكرم قبائل اليمن، أبو عبد الله ، إمام دار الهجرة، وإليه نسبة المذهب المالكي، وهو غني عن التعريف ، ولد سنة 93هـ وتوفي سنة 179. انظر : الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون المالكي مع نيل الابتهاج للتنبكِتي، ص 17.

يتفرقا"[126]، ثم قال مالك – رحمه الله – عقبه: "وليس لهذا عندنا حد محدود، ولا أمر معمول به فيه".[127]

وما ذكره – رحمه الله – هو عين الصواب، فإنّ الأصوليين ما فتئوا يؤكدون في تعريف العلّة على أنها وصف ظاهر منضبط يؤدي إلى تحقيق معنى وهو الحكمة أو المصلحة؛ فالإسكار هو علة تحريم الخمر، وهو وصف يمكن التحقق من وجوده في الخمر وفي كل نبيذ مسكر. ولهذا إذا كانت العلة وصفاً خفياً أقام الشارع مقامه أمراً ظاهراً هو مظنته ويدل عليه؛ كالتراضي في المعاوضات، وهو أساس نقل الملكية، وعلّته: أمر خفي يتعلق بالقلب وخلجات التنفس، ولا سبيل إلى إدراكه، فلا يصلح أن يكون هو العلة، لهذا أقام المشرع مقامه أمرا ظاهرا، وهو صيغـة العقد. وقد تنزهت الشريعةُ عن ألاّ تكون أحكامها منوطةً بالانضباط، كما كان الحال من صفات الجاهلية الذين كانوا يمسكون المطلقة ضرارا فيعلقونه إلى غير ميعاد محدد، وكذلك قسمة الميت.
ولا يستثنى من ذلك إلا أحكام قليلة أقرتها الشريعة؛ كمقدار الدية بالنسبة للعامة دون الخاصة وهو مائة من الإبل[128].

فإذا لم يرد في الشرع حد محدود، ولا ضبط معين، صِير إلى العـرف الجاري، ولهذا قال الفقهاء: المعروف عرفاً كالمشروط شرطا، وقالوا: إن الشرط في العقـد يكون صحيحاً إذا اقتضاه العقد أو ورد به الشرع، أو جرى به العرف.

والعرف له أنواع كثيرة، فقد يكون عاما أو طائفيا أو مهنيا ونحو ذلك، فإذا حصل خطأٌ من طبيب استوجب الضمان، نظر في تقدير خطأ الطبيب إلى معيار الطبيب؛ من مثله في تخصصه والظروف المحيطة به كما سيأتي شرحه.[129]

وهنا يتطابق القانون مع الشريعة الإسلامية في أهمية إعمال العرف خصوصا في العقود، إلا أن العرف في الشريعة الإسلامية تقتضيه القواعد الكلية التي تهدف إلى مسايرة الأوضاع والأزمنة المختلفة، وبذلك يكفل تسهيل تطبيق مبادئ الشريعة بروحها ومقاصدها، ويهدف العرف في

---

[126]: صحيح مسلم عن حكيم بن حزام- رضي الله عنه-: 1765/3، كتاب البيوع باب الصدق في البيع والبيان، رقم 1532، ومسند أبي عوانة: 266/3، عن ابن عمر – رضي الله عنهما- رقم 4916 وعن حكيم بن حزام رقم 4927.

[127]: المدونة الكبرى: 234/3.، والموطأ برواية يحي بن يحي الليثي، كتاب البيوع، باب بيع الخيار، ص 466.

[128]: راجع: مقـاصد الشريعة الإسلامية، ص 120-121.

[129]: راجع: الفرع الثالث من المطلب الأول للمبحث الأول ضمن الفصل الأول للباب الثاني.

القانون إلى سد نقص التشريع الوضعي وتغطية ثغراته ومواجهة كل احتمالات تطبيقه.[130] وبذلك يبدو -والله أعلم- أنّ العرف في الشريعة الإسلامية مساعد، وفي القانون الوضعي مكمل.

ويشترط في إعمال العرف ألا يخالف أصلاً شرعيا، فإذا تعارف الناس عقدا أو تصرفا فاسدا؛ كعقد مضاربة اشترط فيه لرب المال قدر من الربح معين لا نسبي؛ أو عقد من التأمينات حكم ببطلانه، إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف ضـرورةٌ، فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة، ويدخل في قبيل الرخصة التي يقررها الفقيه العارف بمقاصد الشريعة على سبيل الاجتهاد.[131]

وإذا كان الشارع الحكيم يتولى في معظم الحالات بيان شرعية الأفعال؛ لأن تحديد ذلك موكول أصلا للشرع، فإنه في بعض الأحوال يترك بيان ذلك إلى العرف، وهو ما تعارفه الناس واعتادوه من معاملات، مما استقامت أمورهم عليه، وهو بهذا يعد أصلا من الأصول الفقهية.

واطرد هذا الحكم في أصول الفقهاء حتى أضحى من قواعدهم المعروفة، واستقر لديهم أن "كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضـابط له فيه و لا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، ومثلوا له بالحرز في السرقة، والتفرق في البيع...".[132]

وإذا كانت المصالح تمثل دعامة الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمعاملات الناس؛ حيث لا نصا جزئيا فاصلا، فإن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة، لا يصح تركه، بل يجب الأخذ به.

---

[130]: أشار القانون الوضعي إلى أنه في حالة تعذّر العمل بالعرف، عمل بالقانون الطبيعي وقواعد العدالة، وكان الباعث عليها هو الحاجة إلى إكمال النقص في التشريع و العرف القديمين.راجع: علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية و مكارمها، ص38. وذلك ما قضى به القانون المدني الجزائري في المادة 94: "... وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء (محل الالتزام) من حيث جودته ولم يكن يتبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط". راجع: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ص157، و الشيخ عبد الوهاب خلاف ،مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص147.

[131]: "وما يستند إليه هذا الرأي أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم لما وجد عرف أهل المدينة جارياً على بيع السلم وبيع العرايا، وأصبح هذان النوعان من البيوع التي لا يستغني عنها المتعاملون أباحهما، فرخص في السلم ورخص في العرايا؛ مع أنّ كلا منهما بحسب الأحكام الشرعية عقد غير صحيح؛ لأنّ السلم بيع مبيع غير موجود وقت البيع بثمن حال، فهو عقد على معدوم، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعدوم، والعرايا بيع الرطب على النخل بالتمر الجاف، وهذا لا يمكن فيه التحقق من تساوي البديلين، وقد نهى صلى =الله عليه وسلم عن بيع الشيء بجنسه متفاضلاً، ولكن ضرورات الناس دعتهم إلى هذا النوع من التعامل وجرى عرفهم به؛ فراعى رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرورتهم و عرفهم و رخـص فيـه". راجع: شيخ الأزهر محمد الخضر حسين في بحث له بمجلة الأزهر بعنوان "مراعاة العرف"، نقلا عن عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه؛ ص147-148.

[132]: الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه و النظائر،ص98.

وبالنظر الدقيق إلى العرف وأمثلته و ما قال الأصوليون و الفقهاء فيه، يتبين أن العرف ليس دليلاً مستقلاً، يكيف الحكم في الواقعة بناء عليه، وإنما هو دليلٌ يتوصل به إلى فهم المُراد من عبارات النصوص، ومن ألفاظ المتعاملين، وإلى تخصيص العام منها و تقييد المطلق. ويستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بينة. وفي رفض سماع بعض الدعاوى التي يكذبها العرف ونحو ذلك مما يجعل اجتهاد المجتهد أو قضاء القاضي ملائما حال البينة ومتفقـًا و وِإلْف الناس ومصالِحهم.[133]

وعليه، فلا أحد ينكر أهمية العرف في الوسط الطبي؛ الذي يحدد في كثير من الأحوال مدى مطابقة فعل الطبيب لأصول الفن أو العلم الطبي على اختلاف أنواعه[134]، وبيان درجة العناية الطبية اللازمة وما شاكل ذلك.

نقل أهل العلم عن أهل الظاهر قولهم:"إذا أخطأ الطبيب خطأ لا يخطئ بمثله؛ بأن قطع يداً يرجى شفاءها وجب عليه القصاص؛ لأنه متعد، وإن كان لا يرجى لها برؤ ولا دواء لها إلا بالقطع فلا شيء على القاطع وقد أحسن ؛ لأنه دواء".[135]

فمن يا ترى من يحدد لنا من يرجى شفاءه من عدمه و ما يترتب عليه من تبعات، ومن يحدد لنا المسؤوليات إذا حصل أذى بالجسم البشري المعصوم الجانب في النظر الشرعي، إن لم يكن التقرير الطبي الفاصل أو الخبرة الطبية الصحيحة، التي يستند إليها القضاء في إصدار حكمـه .

وجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي عرف مبدأ عدم الرجعية، الذي ما استقر في القانون الغربي إلا في القرون الأخيرة في العصر الحديث؛ حيث جاء في الأشباه و النظائر: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر".[136]

وإن قُـرر كراهيةُ الحـد في بعض الأشياء، فهي لدفع الفساد عن المكلفين، ورفع الحرج عنهم. ويمثل له بالواجب الموسع؛ مثل أداء الصلاة في وقت ممتد بين وقتين؛ كصلاة الظهر بين الزوال وصلاة العصر، والواجب المخير وهو ما طلبه الشارع مبهما في واحد من أمور معينة؛ كإحدى خصال كفارة اليمين، والواجب غير المحدد، وهو ما لم يعين الشارع مقداره؛ كالصدقات

---

[133]: راجع: الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص149، و د. محمد فتح الله النشار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ص 147.

[134]: من طبٍ كلاسيكي باختلاف فروعه وتخصصاته ، و طب بديل و نحو ذلك.

[135]: ابن حزم الأندلسي: المحلى : 444/10.

[136]: للإمام السيوطي الشافعي- وهو كتاب في القواعد الفقهية - ص 96.

المطلقة، وسد حاجات المحتاجين، وإغاثة الملهوفين، وإنقاذ الغرقى، والجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ويدخل تحته سـائر فروض الكفايات.[137]

وقد استقـرأ العلامة ابن عاشـور من طرق الانضباط والتحديد في الشريعة ست وسائل:

الوسيلة الأولى:

الانضباط بتمييز المواهي والمعاني تمييزا لا يقبل الاشتباه؛ بحيث تكون لكل ماهية خصائصها وآثارها المترتبة عنها؛ مثل طرق القرابة المستحقة للميراث، وتحريم المحارم في النكاح.

الوسيلة الثانية:

مجرد تحقق مسمى الاسم، وذلك بإقامة الحد في الخمر بشرب جرعة منه؛ لأنه لو تعلق الحد بحصول الإسكار، لاختلفت نسبة السكر في العقول، فلم تكد تنضبط، فلا يتحقق المقصود وهو إقامة الحد إلاّ بعناء والتباس وتفاوت. ولونيط كذلك بنهاية السكر وهو حد الإطباق، لحصلت مفاسد جمة قبل حصول تلك النهايـة. إذن، فلهذه الاعتبارات العملية أصبح إقامة حد الشرب يكاد يكون متعذراً، أو يكون ولكن بطريقة عبثية غير منضبطة، فتفتح مجالاً للحكم بالطبع والهوى والتشهي، وشريعـة العزيز الحكيم الكاملة الشاملة منزهـةٌ عن النقص؛ وعليـه، اقتضى ذلك أن يكون ما ذُكِر منضبطـاً.

ولذلك علّقت الشريعة صحة بيع الثمار ببدو صلاحها، وقررت إكمال المهر بمجرد المسيس، ونحو ذلك.

الوسيلة الثالثة:

التقديـر؛ كنصب الزكوات المختلفة، وعدد الزوجات، ونهاية الطلاق، ونصاب القطع في السرقة عند القائلين بالنصاب، وأقل المهر، وأنصبة المواريث.

الوسيلة الخامسة:

الصفات المعينة للمواهي المعقود عليها؛ كتعيين العمل في الإجارة والوكالة، وكالمهر، والولي في ماهية النكاح ليتميزه عن ما سواه.

---

[137]: أما فروض الكفايات فقهيا كلام طويل. يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: إذا قلنا إن واجب الكفاية متوجه على الجميع، لكن إذا قام به بعض الأمة سقط الإثم عن الباقين، فهذا القول صحيح من جهة كلي الطلب. وأما من جهة جزئيه، ففيه تفصيل... ولكن الضابط لجملة ذلك هو أن الطلب وارد على بعض الأمة ولكن ليس عليه كيف كان، بل على من فيه أهليةٌ للقيام بذلك الفعل المطلوب، لا على الجميع عموما. ويبقى الطلب متوجها على الجميع، بمعنى أن ينهضوهم ويعدوهم ويجبروهم ويعاونوهم بكل الوسائل ليتحقق هذا المهم من المصلحة، فإن لم يحصل أثـم جميع المكلفين، المتأهل وغيره. راجع: الموافقات: 126/1، تحقيق الشيخ عبد الله دراز وآخرون.

الوسيلة السادسة:

الإحاطة والتحديد؛ كما في إحياء الأرض الموات، بحيث لا يصل إليها دخان القرية، وكمنع الاحتطاب من الحزم ما عدا الاذخر[138]، وحدود الحِرز الذي يتحقق به معنى السرقة.[139]

المبحث الثاني: الأحكام العامة لفكرة الضمان في الفقه الإسلامي

وفيما يلي بيان ماهيـة الضمـان ومشروعيتـه وأسبابـه:

المطلب الأول: تعريف الضمان في الفقه الإسلامي و الفرق بينه وبين التعريف القانوني.

الفرع الأول: تعريـف الضمـان :

أولا: تعريفه لغـة: يقصد بالضمان في اللغة الإلزام والالتزام. جاء في المصبح المنير[140]:" ضمنت المالَ، وبـه، ضماناً، فأنا ضامن وضمين: التزمته، ويتعدى بالتضعيف فيقال: ضمنته المال؛ ألزمته إياه".

ثانيا: تعريفـه اصطلاحـاً:

يطلق الضمان عند الفقهاء بمعنيين:

أحدهما : الضمان بمعنى الكفالة، وهذا خارج عن نطاق بحثنا.

ثانيهما: الضمان بمعنى التعويض. وفيما يلي تعريفات الفقهاء.

1. تعريف الضمـان بمعنى الكفالـة :

أ- تعريف المالكيـة: عرفه صاحب حاشية الدسوقي[141] بقولـه:"الضمـان شغـل ذمـة أخرى بالحـق".[142]

---

[138]: قال ابن حجر: " الاذخر نبت معروف عند أهل مكة، طيب الريح، له أصل مندفن وقضبان دقاق، ينبت في السهل والحزن وبالمغرب صنف منه فيما قاله بن البيطار، قال: والذي بمكة أجوده، وأهل مكة يسقفون به البيوت بين الخشب ويسدون به الخلل بين اللبنات في القبور ويستعملونه بدلا من الحلفاء"، وقال في موضع آخر: "والاذخر نبت معروف توجد فيه الهوام غالبا في البرية ": فتح الباري بشرح صحيح البخاري: 49/4؛ 311/9؛ على التوالي.

[139]: راجع: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص120-122.

[140]: في غريب الشرح الكبير للرافعي، تصنيف أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مادة ضمن: 364/2.

[141]: هو أبو عبد الله محمد بن عرفة الدسوقي المصري، ولد بدسوق، محقق عصره بالديار المصرية في مذهب مالك، ذو الحواشي البديعة، توفي عام 1230هـ ، انظر: محمد مخلوف ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص361، الحجوي، الفكر السامي: 353/2.

[142]: : وذلك على الشرح الكبير على متن خليل: 537/4.

ب- تعريف الحنابلـة: جـاء في المغني: " الضمـان ضم ذمة الضـامن إلى ذمة المضمـون عنه، في التـزام الحـق".[143]

2. تعريف الضمان بمعنى التعويض:

ذكر بعض الباحثين[144]: "ورد الضمـان بهذا المعنى على لسـان الفقهـاء -رحمهم الله-، ومن ذلك ما ذكره الإمـام الغـزالي[145] من أنّ الضمـان هو واجب رد الشـيء، أو بـدلـه بالمثـل أو بالقيمـة[146]. وعرفه الشوكـاني[147] بأنه عبـارة عن غرامـة التالف.[148] وكذلك ما نقله الحمـوي[149] من أن الضمـان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليـاً، أو قيمته إن كان قيميـاً"[150].

وعرفت المادة 416 من مجلة الأحكام العدلية الضمان؛ بأنه : "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات".[151] وذكر الشيخ علي الخفيف[152] –رحمه الله- أن

---

[143]: وذلك مع الشرح الكبير على متن المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن قدامة رحمه: 70/5.

[144]: انظر: د. محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني، بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، ص26-27.

[145]: الغزالي هو محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي، الملقب بحجة الإسلام، ويكنى بأبي حامد، نسبة إلى صناعة الغزل. ولد في الطابران قصبة الطوس بخراسان عام 450 هـ -1058م، وتوفي بها عام 505هـ-1111م.هو فقيه أصولي صوفي وفيلسوف.من مصنفاته إحياء علوم الدين، و المستصفى في أصول الفقه، وتهافت الفلاسفة...إلخ.من أهم شوخه إمام الحرمين أبو المعالي الجويني رحمهما الله، انظر:ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية:(293/2)،السبكي،طبقات الشافعية الكبرى: 191/6-201.

[146]: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي : 208/1.

[147]: هو أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد الشوكاني ثم الصنعاني. و الشوكاني نسبة إلى شوكان: قرية من قرى السجامية: إحدى قبائل خولان، على مسافة يوم واحد من صنعاء ، وكان قاضي صنعاء الأكبر لفترة ،أصولي مجتهد مشارك في علوم كثيرة. ولد سنة 1172هـ ، وقيل1173 هـ، وتوفي سنة 1250 هـ وقيل غير ذلك.من مصنفاته:نيل الأوطار ، وفتح القدير، وإرشاد الفحول، والبدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع،راجع: الزركلي، الأعلام:(298/6).

[148]: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: 71/6.

[149]: هو أحمد بن محمد الحسيني الحموي الحنفي ، شهاب الدين ، ولد عام 1098هـ، عالم فقيه مشارك في أنواع من العلوم. من مصنفاته : كشف الرمز في خبايا الكنز في الفقه الحنفي. راجع: موسوعة الأعلام www.islamic-council.com موقع وزارة الأوقاف المصرية : 159/1؛ ومقدمة كتابه غمز عيون البصائر الآتي ذكره.

[150]: انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر: 218/3.

[151]: راجع: حيدر علي، درر الحكام: 79/1.

[152]: فقيه أصولي، أستاذ الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة،أستاذ الدراسات العليا في معهد البحوث والدراسات العربية، وعضو مجمع االبحوث الإسلامية بالأزهر،من آثاره:الشركات في الفقه الإسلامي، والملكية في الشريعة الإسلامية.راجع: الملاح، الفتوى: 37/1.

الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء، هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه.[153]

وذكر الشيخ محمود شلتوت[154] –رحمه الله- : أن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته.[155]

وعرف الأستاذ ر مصطفى أحمد الزرقا[156] الضمان بأنه:" التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير".[157]

ولقد شرع الضمان للجبر لا للعقوبة، بصرف النظر عن أهلية ومسلك الشخص؛ لأن الخطأ-مثلاً- لا ينافي عصمة المحل، وبالتالي كل ضرر وقع بأحد هو مخالفة للشرع، ولذا وجب رفعه.[158]

الفـرع الثاني: الفرق بين تعريف الضمان في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

استأثر الفقه الإسلامي باستعمال لفظ الضمان، ولم يستخدم في الغالب مصطلح غيره، عدا مصطلح التبعة مثلا في بعض المواضع، وما ذاك إلا لتأثر فقهاء الإسلام بنصوص الشرع، الواردة في السنة النبوية؛ كما سيأتي بيانه قريباً.

وأما مصطلح المسئولية المدنية الذي شاع في الفقه الغربي حديثا، وما تفرع عنه من مصطلحات، فهو مصطلح غريب عنه، ومع ذلك فقد استخدمته بعض القوانين العربية المتأثرة بالقانون الفرنسي؛ كالقانون المدني المصري[159]؛حيث انتهج التقسيمات الغربية التقليدية؛ مثل نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية، كما استعمل مصطلحاتٍ مثل دفع التعويض ونحو ذلك.

---

[153]: الضمان في الفقه الإسلامي ، ص5.

[154]: فقيه ومفسر مصري.ولد بمنية بني منصور بالبحيرة سنة1893م وتتخرج بالأزهر سنة 1918م، حيث عين وكيلا لكلية الشريعة ، عين عضوا لهيئة كبار العلماء سنة 1946م، وعضوا بمجمع اللغ العربية سنة 1946، ثم شيخا للأزهر سنة 1958م إلى وفاته رحمه الله. من مؤلفاته :حكم الشريعة في استبدال النقد بالهدي، هذا هو الإسلام، الإسلام عقيدة وشريعة: الأعلام: 173/7.

[155]: انظر: المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية ، ص20.

[156]: من علماء الشام البرزين، ولد بحلب الشهباء سنة 1322هـ/1904م، حاز دبلوم الشرعية الإسلامية من كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول(جامعة الأزهر حاليا) ،عين في 1944 أستـاذا للشريعـة الإسلامـية والقانـون المدني بكليتي الشريعة والحقوق بجامعة دمشق ثم أستاذا بكلية الشريعة بالجامعة الأردنية بعمان . من مصنفاته : الفعل الضار، المدخل الفقهي العام.

[157]: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد- المدخل الفقهي العام : (1034/2) الفقرة 49/81.

[158]: تحمل التبعة بين الشريعة والقانون د. عبد الحميد محمود البعلي، ص375.

[159]: القانون رقم 1948/131 المعدل بآخر قانون رقم 1970/55.

أما القانون المدني الجزائري[160]، فقد اقتفى أثر القانون المدني المصري ، في انتهاجه لتقسيمـات المسؤولية المدنية التقليدية، إلا أنـه أراد أن ينحو نحو الاستقـلال-في حدود معينة- عن مبادئ القانـون الفرنسي ، وهذا ما يظهـر في الروح والصياغة و الفلسفة القانونية .

حيث أدرج القانون المدني الجزائري كثيرا من أحكام الشريعة الإسلامية؛ كالحق في الحبس للضمان (م.937 وما بعدها)، وتصرف المريض مرض الموت (م408)، وتبعة الهلاك (م369).

كما اقتبس أحكام الغبن في بيع العقار (م 358؛ 732) ، وتحريم الفوائد الربوية بين الأفراد (م454)...إلخ من الشريعة الإسلامية، وهذا إضافةً إلى ما نص عليه ق. م .ج في مصادر التشريع في الجزائر إلى أنه إذا لم يجد القاضي نصا خاصا في التشريع ، لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، مقدمةً على العرف على خلاف ما جاء في القانون المدني المصري ، الذي قدم العرف، على مبادئ الشريعة، لاعتبارات خاصة، مراعاة إلى مواطنيها غير المسلمين من الأقباط خصوصاً.[161]

ولكن رغم ذلك يبقى القانون الجزائري متأثرا بالمدرسة الفرنسية في المبادئ العامة للمسؤولية المدنية، سواء من خلال نصوص القانون المدني، أو القوانين المرتبطة به.

بينما استخدمت بعض القوانين العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي مصطلح الضمان ، كما ورد في القانون المدني العراقي، و القانون المدني الأردني حيث جاء في المادة 256 من القانون المدني الأردني تحت فصل الفعل الضار ما يلي : "كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر".

وتذكر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني أول الفصل : إذا كان الضمان بمعناه الواسع في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل.

فإن كلمة (الضمان) قد تستعمل في الدلالة على المال المطلوب أداءه تعويضا ... ويعلق العلامة مصطفى الزرقا على ذلك أنه إذا أردنا "الوصول إلى صياغة نظرية عامة، ينبغي أن نختار فيها أعم التعابير التي تشتمل مختلف الحالات والآثار ولفظ (المسؤولية) هو اللفظ الأعم الذي تدخل تحته جميع صور مقتضى الفعل الضار، من رد المثل، أو القيمة، أو الإزالة، أو القيام بأي فعل يجبر الضرر بحسب الأحوال".[162]

---

[160]: الصادر بموجب أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان، عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر، سنة 1975م، المعدل والمتمم بالأمر05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، وآخر تعديل كان بمقتضى أمر07-05 ، المؤرخ في13 مايو 2007م.

[161]: انظر: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: 1/32-33.

[162]: راجع: الفعل الضار والضمان فيه، ص62-63.

وانتقد الأستاذ الزرقا المذكرة الإيضاحية الأردنية وما وقعت فيه من اضطراب بينها وبين القانون المدني، وما ذاك إلا لأنها حاولت الجمع بين منهجين مختلفين، أولهما: يمثله القانون المصري، بما يحتويه من تقسيم تقليدي ، وثانيهما: يتمثل في القانون العراقي، الذي أتى بعناوين من الفقه الإسلامي، حيث أفرد العمل غير المشروع الذي يقع على المال، عن العمل غير المشروع الذي يقع على النفس . وأدخل فيما يقع على المال بابين: باب الغصب، وباب الإتلاف من الفقه الإسلامي ثم عقد فرعاً للمسؤولية عن عمل الغير، ثم فرعاً آخر للمسؤولية عن الأشياء.

ومن بين ما انتقده قوله :" إنّ عنواني الغصب والإتلاف غير موجودين في التقسيم القانوني عند القانونيين، ذلك لأنهما من الأفعال الضارة بصاحب المال، ومشمولان بالقواعد العامة في فرع المسؤولية عن الفعل الشخصي، وتطبق فيهما بالنظر القانوني ، شرائط هذه المسؤولية، وآثارها في التعويض عن الضرر اللاحق بصاحب المال المغصوب أو المتلف، دون أي فرق بينهما وبين سائر أنواع الضرر.

فلا حاجة إلى إفرادهما بعناوين خاصة في نظرية الفعل الضار ومسؤوليته، لكن الأمر في الفقه الإسلامي يختلف، إذ لم يصوغوا فيه نظرية عامة للحقوق والالتزامات. وبالتالي، ليس فيه نظرية شاملة، للفعل الضار، الذي هو جزء منها.

ولذا يفردون في كتب الفقه، باباً لكل نوع من العقود والتصرفات، تعرض في مسائله عرضا فروعياً، وتبين أحكامها مع التعليلات والمبادئ الحاكمة في المسألة، تلك التعليلات والمبادئ التي نحن في صدد تجميعها مع الأحكام ذات الصفة العامة، كي نصوغ منها نظرية عامة للحقوق والالتزامات، على غرار نظرية الالتزام العامة في الفقه القانوني والقوانين المدنية الأجنبية".[163]

وهو ما حاول الأستاذ الزرقا – مشكوراً- فعله في كتابه " المدخل الفقهي العام السابق الذكر، والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، وقد تناول نظرية الالتزام بشكل معمق، من خلال اهتمامه الخاص بالقواعد الفقهية الجامعة، وقد تناول جزءا منه كثير من الباحثين منهم الدكتور عبد الكريم زيدان[164]، حيث أفرد جزءا خاصا عن نظرية العقد، ولكن أبرز من

---

[163] راجع: المرجع ذاته، ص 64-65.

[164]: أستاذ الشريعة ورئيس قسمها بكلية الحقوق بجامعة بغداد سابقا، وعمل أستاذا للفقه المقارن بقسم الدراسات الإسلامية، وأستاذا بقسم الدراسات العليا بكلية الآداب ، بجامعة صنعاء. وهو معروف بغزارة مؤلفاته وعمقها ومنهجيتها. منها : نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، وأصول الدعوة ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية؛ الذي تناول فيه نظرية العقد.

أبدع في هذا المجال – في تصوري – هو العلامة عبد الرزاق السنهوري[165] في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي، فانتهج فيه الطريقة التقليدية الغربية ، مبينا أحكامها في كل من فقه الشريعة و الفقه الغربي.[166]

إذن، مصطلح المسؤولية الذي هو أوسع مدلولا من مصطلح الضمان – كما تبين سابقا – يسري كذلك على مصطلح التعويض الذي يستعمله البعض كمرادف لها.[167]

المطلب الثاني : مشروعيـة الضمـان

شرع الله تعالى الضمان، حفظـاً للحقوق، ورعايـةً للعهود، وجبـراً للأضرار، وزجـراً للجناة ، وحـداً للاعتداء، في نصوص كثيرة، من القـرآن الكريم، و السنة النبويـة، ومن ذلك:

أولا- الأدلـة من الكتاب فيما يتعلق بالضمان بمعنى الكفالة:

قال تعالى:«ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم»[168]؛ أي كفيل ضامن، فقد ضمن يوسف – عليه السلام- لمن جاء بصواع الملك- وهو إناءه الذي كان يشرب به – قدر ما يحمله البعير من الطعام. والاستدلال بهذا المعنى خارج عن محل النزاع، كما أشرنا من قبل.

ثانيا- وفيما يتصل بالإتلافات المالية ونحوها، بحديث أنس[169] -رضي الله تعالى عنه- قال:"

أهدت بعض أزواج النبي ε إلى النبي طعاما في قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " طعام بطعام، وإناء بإناء".[170]

---

[165]: نسبة إلى سنهور المدينة من عمل الغربية من إقليم الديار المصرية، هو أشهر من نار على علم، وهو بلا منازع من العمالقة والرواد الذين يجمعون بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، له مؤلفات حسان منها الوسيط في القانون المدني، ترك مكتبته بمكتبة إلى جانب مكتبة الشيخ علي الخفيف بكلية الحقوق –جامعة القاهرة وقد رأيتها بأم عيني.

[166]: ومن كتب في هذا المجال الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، وأحمد إبراهيم إبراهيم : بيان الالتزامات في الشريعة الإسلامية، د.شفيق شحاته: النظرية العامة للالتزامات في الشريعـة الإسلامية، د. صبحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة ، عبد الناصر العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية. انظر: د. بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري:28/1

[167]: انظر: د. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه بجامعة عين شمس ، ص75-76.

[168]: سورة يوسف: الآية 72.

[169]: هو أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي، أبوحمزة، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم ،حيث قدم المدينة وهو ابن عشر سنين، نزيل البصرة وهو آخر من بقي بها من الصحابة، توفي سنة91هـ ، وقيل غير ذلك.انظر:ابن حجر، الإصابة في تمييز الصحابة: 71/1.

ثالثا – وفيما يتصل بضمان وضع اليد: حديث سمرة بن جندب[171]-رضي الله عنه-: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"[172]؛ أي ضمانـه.

رابعا- وفيما يتصل بالجنايات – بوجه عام- ونحوها قوله تعالى:«وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ».[173]

وحديث النعمان بن بشير[174] -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ε:"من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن[175]".[176]

وجمـاع ذلك قولـه - صلى الله عليه وسلم –" لا ضـرر ولا ضـرار".[177]

---

[170]: أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء يحكم له من مال الكاسر، رقم :1359: 640/3؛ قال الترمذي:هذا حديث حسن صحيح. وأصله في البخاري بلفظ " وقال كلوا وحبس الرسول ـصلى الله عليه وسلم ـ القصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة": صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره رقم 2249 : 877/2.

[171]: بن جندب بن هلال الفزاري، أبو سليمان ، صحابي جليل، كان يحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم هوغلام، ونزل البصرة، وكان شديدا على الخوارج، روى عنه العطاردي و الشعبي وابن أبي ليلى، مات قبل سنة ستين.راجع: ابن عبد البر،الاستيعاب في معرفة الأصحاب: 153/2، والإصابة في تمييز الصحابة: 130/3.

[172]: الحديث مروي عن سمرة بن جندب (ض)، أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، رقم 3561: (296/3)، وأخرجه الترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم 1266: (566/3)، وأخرجه بلفظ "حتى تؤديه"، وابن ماجة في السنن، كتاب الصدقات، باب العارية، رقم 2400: (802/2)، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع، رقم 2302: (55/2)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجه، وأعلّه ابن حجر في تلخيص الحبـير بقوله: "والحسن مختلف في سماعه من سمرة": (55/3)، وقال الألباني: "ضعيف": إرواء الغليل رقم 1516: (348/5).

[173]: سورة النحل الآية 126.

[174]: هو نعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي ، خاله عبد الله بن رواحة، ولد سنة 2هـ على الأصح، مسنده مئة وأربعة عشر حديثا ، اتفقا له على خمسة، وانفرد البخاري بحديث، ومسلم بأربعة.كان أميرا على الكوفة لمعاوية سبعة أشهر، ثم على حمص لمعاوية ثم يزيد . فلما مات يزيد صار زبيريا، فخالفه أهل حمص، وأخرجوه منها وقتلوه غيلة. راجع:ابن عبد البر، الاستيعاب(4/1496-1500)، والذهبي، السير: (411/3).

[175]: أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم: 285: 179/3، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها،باب الدابة تنفخ برجلها رقم: 1747: 344/8، وضعف رجلين في إسناده : أبوجزي، والسري بن إسماعيل .

[176]: انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية : 22/221/28.

[177]: روي من حديث عبادة بن الصامت وعبدالله بن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وجابربن عبدالله وعائشة وثعلبة بن أبي مالك القرظي وأبي لبابة رضي الله عنهم.أخرجه مالك في الموطأ مرسلا، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم 1426، ص529 وأخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم 2340 : 784/2، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، رقم 11166: 69/6، وأخرجه في كتاب آداب القاضي، باب ما لا يحتمل القسمة، رقم : 20230 : 133/10، وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع رقم 2345، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.وقال

واتخذ هذا الحديث الشريف، الذي هو من جوامع الكلم قاعدة كلية ، تحكم الضمان، وقد استنبط منها فقهاء الشريعة قواعد فرعية في غاية الأهمية ، تتعلق بدفع الضرر قبل وقوعه من باب الوقاية – وبرفع الضرر وإزالته بعد وقوعه. وعلى رأس تلك القواعد الضابطة الناظمة للأحكام قولهم" الضـرر يـزال ".[178]

و مما جاء من أحكام في الفقه الإسلامي، تطبيقا لهذه القاعدة ما يلي:

1. "ففي ميدان الحقوق العامة : إذا سلط الإنسان ميزابه على الطريق العام؛ بحيث يضر بالمارين؛ فإنه يزال، وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو غيره.

2. وفي ميدان الحقوق الخاصة: يضمن المُتلف عِوض ما أتلف، للضرر الذي أحدثه. وإذا طالت أغصان شجرة لشخص وتدلت على دار جاره، فأضرته، يكلّف رفعها أو قطعها.

وقد شرع كثير من الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين؛ كخيار العيب، وخيار الغبن بالتغرير، وخيار تفريق الصفقة".[179]

وقولهم كذلك" الضرر يدفع بقدر الإمكان" ، وهذه القاعدة" تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، بكل الوسائل الكافية الكفيلة، وفقا لقاعـدة المصالح المرسلة و السياسية الشرعية؛ لأنّ الوقايـة خير من العلاج، وذلك بقدر الإمكان؛ لأنّ التكليف الشرعي على حسب الاستطاع، ففي ميدان المصالح العامة: شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن الداخلي، ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر و الحيلولة دونه.

وفي ميدان الحقوق الخاصة :

- شرع حق الشفعة لمقاصد؛ منها دفع ضرر سوء الجوار.
- وشرع الحجر على السفيه؛ لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه و أسرته.
- وشرع الحجر على المدين المفلس؛ منعا لضرر الدائنين من تصرفاته.
- حق للقاضي منع المدين من السفر، بناء على طلـب الدائن، حتى يوكل وكيلا عنه بالخصـومة، ولم يصـح منه عـزل هذا الوكيـل ما دام هـو مسافراً؛ منعاً لضرر الدائن.

النووي: له طرق يقوى بعضها ببعض.وبالجملة فالحديث حسن بكثرة شواهده.راجع:الهيثمي:منبع الزوائد: 110/4، وابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية :282/2؛ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص529-531، الألباني،إرواء الغليل، رقم 896: 408/3.

[178]: انظر: د.علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي،:993/2.

[179]: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام: 993/2.

- وشرع الإجبار القضائي على قسمة المال قسمة المشترك القابل للقسمة، بناء على طلب أحد الشركاء؛ دفعا لضرر شركة الملك.

- وقرروا إجبار الشريك على المساهمة في نفقات تعمير العقار المشترك، أو ترميمه، إذا توهن، وكان غير قابل للقسمة. وإذا لم يفعل، فلشريكه الآخر أن يعمره، ويحبسه [عنده][180]، بقوة القضاء، أو يستغله كله حتى يستوفي.

- وقد شرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر؛ كما في خيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار التعيين في البيع، لحاجة بعض المشترين إلى التروي والاستشارة قبل البت".[181]

وقرر الفقهاء قواعد فرعية أخرى؛ " كالضرر لا يزال بمثله"، "و الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"و" يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، "ودرأ المفاسد أولى من جلب المصالح"[182] ...إلخ من القواعد، التي لا تسمح حدود هذه الدراسة بالاستفاضة فيها.

وقد أجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال مصونةٌ في الشرع، وأنّ الأصل فيها الحضر، وأنه لا يحلّ دم المسلم، ولا يحل ماله إلا بحق.[183]

المطلب الثالث : أسبـاب الضمـان في الفقه الإسلامي

تتمثل أسباب الضمان عموماً في كل من العقد، والغصب، والإتلاف، وفيما يلي بيان ذلك:

الفرع الأول: ضمـان العقـد:

العقد شريعة المتعاقدين، فإذا حصل خلل في الالتزام الناشئ بين المتعاقدين في المجال الطبي وترتب عنه ضرر، وجب جبره ضمان عقد.

ولا يكاد فقيه من فقهاء المذاهب الإسلامية المعروفة؛ خصوصا الأربعة منها إلا ذكره ضمنا أو صراحة. فهذا السرخسي[184] – رحمه الله- يقول : "و أما فعل الفصـاد و البـزاع[185]، فإنـه

---

[180]: ورد في النص لفظ" عند" ولعله خطأ مطبعي. و يبـدو أنه يقصـد بالضميـر العقار، وليس الشريك.

[181]: الأستاذ الزرقا، المرجع ذاته: 2/992-993.

[182]: انظر: المدخل الفقهي العام: 2/994-1000، وموسوعة القواعد و الضوابط الفقهية : 1/49-85.

[183]: راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية : 28/222.

[184]: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر السرخسي، أحد الأئمة الفحول أصحان الفنون ، كان حجة متكلما فقيها أصوليا مناظرا.أشهر كتبه المبسوط، وله شرح الجامع الكبيرللإمام محمد، وشرح السير الكبير، و شرخ مختصر الطحاوي . مات في حدود 490هـ، راجع: ابن أبي الوفاء، الجواهر المضية ص28.

[185]: أي البيطارأو الحجام و هو فعال من بزغ الدم، والبزاغ للتكثير. راجع: لسان العرب:4/69، ومحمد البعلي، المطلع على أبواب المقنع:1/267.

مضمون ضمـان عقـد".[186]

قال صاحب البحر الرائق[187]: " ولا يضمن حجّام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد؛ لأنه التزمه بالعقـد ، فصـار واجبـاً عليه، والفعل الواجب لا يجامعه الضمـان، كما إذا حد القاضي أو عزر ومات المضرور بذلك ".[188]

وعليـه، يختلـف ضمان العقد عن ضمان الإتلاف فيما يلي:

أولا: من حيث الأهليـة : يشترط في العقود صحة أهلية الأداء لثبوت صحة التصرفات الشرعية، ومناطها الإدراك و العقل ، بينما الإتلافات المالية والغرامات والمؤن والصلات التي تشبه المؤن، فيجزأ فيها أهلية الوجوب فقط، وهي صلاحيته لثبوت الحقوق له وعليه، فحكم الصغير غير المميز فيها كحكم الكبير، و أداء الصغير يتحمل النيابة، وذلك لأن أموال الناس ونفوسهم معصومة.[189]

ثانيا: من حيث التعويض: يقوم التعويض في ضمان العقد على التراضي، ويقوم في ضمان الإتلاف على المماثلـة، إذا المقصود فيها دفع الضـرر، وإزالة المفسـدة ، والضرر محظـور، فتعتبر فيـه المماثلـة[190]، وذلك بعموم قولـه تعالى:« وجزاء سيئة سيئة مثلها»[191].

ثالثا: من حيث الأوصاف و العوارض الذاتية :

فقد فرق الفقهاء في ضمانها في العقود وفي الإتلافات، وقرر الحنفية أن الأوصاف لا تضمن بالعقد، وتضمن بالغصب؛ وذلك لأنّ الغصب قبض، والأوصاف تضمن بالفعل، وهو القبض، أما العقد فيرد على الأعيان، لا على الأوصاف، والغصب - وكذلك الإتلاف- فعل يحلّ بالذات بجميع أجزائها فكانت مضمونة.[192]

---

[186]: المبسوط: 149/26 .

[187]: شرح كنز الدقائق؛ لابن نجيـم الحنفي رحمه الله(926-970هـ)..

[188]: 33/8.

[189]: راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية : 227/28.

[190]: انظر : المبسوط للسرخسي : 80/11.

[191]: سورة الشورى : الآية 40.

[192]: راجع: البحر الرائق: 129/8، والزيلعي، تبيين الحقائق: 225/5.

الفـرع الثـاني : الغصب و الإتلاف

الغصب مضمون باتفـاق الفقهاء، سواء أدى إلى التلف أو لم يتلف؛ كأن يتجسد في صورة الحيلولـة كما ذكر الشافعية، والحيلولـة هي نقل المغصوب إلى بلد آخر لا يتيسر لمالك الشيء الاستفادة منه.

وعليـه، يضمن من أتلف الشيء بقيمته إن كان من القيميات، أو بمثله إن كان من المثليـات.

كما أن الغاصب ضامن للشيء المغصـوب إذا تلف في يـده، ولو بقوة قاهرة أو بأمـرٍ من السمـاء[193] بتعبير ابن رشد الحفيـد[194] رحمه الله.

ويضمن صاحب الحيلولـة قيمـة الشيء ومنافعـه، إلا أن يردها الغاصب، فيرد القيمة له دون المنافع، إذ يستحقها المالك؛ لأن الغاصـب هو الذي تسبب في ذهـابهـا.

وأما الإتلاف فقد يكون بعد غصبٍ، أو في يد مؤتمنةٍ لم تحسن العناية به العنايـة اللازمـة؛ فتوصف بالإهمـال المفضي إلى التلـف.

وقد يكون الإتلاف بالمباشـرة؛ كإحراق ثوبٍ، أو تسببـاً؛ كحفر بئرٍ في موضعٍ لم يؤذن فيه، مما يفضي في العـادة غالبـاً إلى الإتلاف.

ولما كانت الأحكـام في الغالـب تتعلق بالتعويض الناشئ من الضرر المالي للغير، نتيجةَ تلفٍ حصل أصالةً أو تبعاً، قصداً أو من غير قصد، ولم ينبثق هذا الضرر في الغالب من العقد –إذا استثنينا عقد الوديعـة- فإن من الحكمـة الجمـع بين الغصب والإتلاف، والنظر في مآلاتهمـا في بنـد واحـد.

---

[193]: راجع: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 760.

[194]: هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد، قاضي الجماعة بقرطبة، وأحد علمائها الأعلام ، له بع طويل في الأصول والكلام إضافة إلى غيرها من العلوم ، من تصانيفه : مختصر المستصفى ، والكليات في الطب، والضروري في العربية، توفي عام 595هـ .انظر: ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: 320/4، محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الفاسي، الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي: 267/4.

الباب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب

يتضمن فصليـ ـن:

الفصل الأول: حقيقة المسؤولية المدنية للطبيب في إطار العلاقات الطبية

الفصل الثاني : تكيـ ـ ـيف المسؤوليـ ـ ـة المدنيـ ـة للطبيب

الفصل الأول: حقيقة المسؤولية المدنية للطبيب في إطار العلاقات الطبية

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للطبيب في الفقـه الوضعـي

تنقسم المسؤولية المدنية للطبيب إلى قسمين رئيسيين هما المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية وفيما يلي تسليط الضوء على كل منهما:

المطلب الأول: المسؤوليـة العقديـة

إذ يتعلق ببيان ماهية المسئولية العقدية وما يتصل بها من التزامات في إطار علاقات متنوعة في المجال الطبي:

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية العقدية

إن وضع تعريف جامع مانع للمسؤولية العقدية بصيغة مجردة خالصة يبدو سهلاً مبدئيا؛ وذلك بسبب طبيعة هذه المسؤولية. فالبحث فيها أقرب إلى البحث الرياضي، إذ لا تعدو أن تكون تطبيقاً لأبسط المعادلات والعمليات الحسابية.

فقد عرفها الأستاذ السنهوري باختصار شديد –في معرض حديثه عنها- بالقول: "المسؤولية العقدية هي جزاء العقد"،[195] وعرفها عرضاً –في معرض حديثه عن الفرق بينها وبين المسؤولية التقصيرية- بقوله: "المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام عقدي "[196].

وباتجاه آخر أقرب إلى فكر السنهوري، عرف العلامة مصطفى أحمد الزرقا المسؤولية العقدية فقال: "إن المسؤولية العقدية هي الجزاء القانوني المؤيد لقوة العقد الإلزامية"، واعتبر أن التنفيذ بطريق التعويض في الالتزام العقدي مؤيداً جزائياً، يستمد قوته الملزمة للعقد، وأن التعويض يمكن اعتباره تعريفاً للمسؤولية العقدية، إذ إن التعويض هو ما يحل محل عدم تنفيذ العقد في النظر القانوني.[197]

ولتوضيح التعريف بشكل أعمق، يمكن القول أيضاً إن المسؤولية العقدية هي التبعـة الناشئة عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته على نحوٍ سبب ضرراً للمتعاقد الآخر.

---

[195]: الوسيط في القانون المدني، بند 424 :1/ 653.

[196]: المرجع نفسه: بند 512 :752/1.

[197]: المحامي بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ص77.

وعليه، فإن عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته المتولدة عن العقد، أياً كانت هذه الالتزامات سواء أكانت التزاماتٍ ببذل عناية أم بتحقيق غاية، أو كانت ناتجةً عن خطأ عقدي، وذلك بعدم تنفيذ ما اتفق عليه، أو تمّ تنفيذه ولكن بشكل جزئي أو متأخر معيب؛ بحيث ألحق بمن اتفق معه ضرراً، وكان هو المسبب لذلك، ولم يكن فقط ممن أسند إليه الضرر وانقطعت العلاقة السببية بينه وبين الضرر؛ وذلك بوجود سبب أجنبي لا يد له فيه.

ويتحقق الخطأ العقدي بالمعنى الذي سبق ذكره، سواء أكان نـاتجاً عن غش المـدين وسوء نيته أو إهماله، أو كان ناتجاً عن فعله المجرد من الإهمال، أو حتى عن سبب أجنبي كقوة قاهرة، غير أنه في هذه الحالة الأخيرة، فإن مسؤولية المدين لا تقوم.[198]

ويتعين على الـدائن من حيث المبدأ إثبات الالتزام العقدي وتحديد مضمونه، وإثبات الضرر الذي أصابه من جراء ذلك.

وإذا كان العقد يرجع في مصدره إلى إرادة طرفيه، فإن هذه الإرادة المشتركة تملك أيضاً سلطة التعديل من أحكام المسؤولية العقدية، فيمكن لهذه الإرادة المشتركة أن تخفف من مسؤولية المدين إلى درجة الإعفاء منها، ويمكنها كذلك التشديد من هذه المسؤولية إلى أقصى حد. ولا يحد من الإرادة في هذا الشأن إلا الطبيعة الفنية لتكوين العقد، أو فكرة النظام العام، فالعقد شريعة المتعاقدين، فلا القاضي، ولا حتى المشرع، يستطيع أن يتدخل في الدائرة التعاقدية متى تمت.

غير أن هذه الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية مقيدة بقيدين هما:

أولاً: يجـوز الاتفاق على إعفـاء المدين من المسؤولية أو التخفيـف منها، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، وهنا يلاحظ أن المشرع الجزائري ساوى بين الخطأ الجسيم والفعل الضار، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاصٍ يستخدمهم في تنفيذ التزاماته.[199]

ثانياً: يبطـل كل شرطٍ يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع،[200] وذلك لأن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز الإعفاء منها. وعليه، فإذا وقع شرطٌ

---

[198]: لا لعدم توافر ركن الخطأ فيها، ولكن لعدم توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر كما سيأتي بيانه في الفصل الأول من الباب الثاني.

[199]: راجع: المادة 178/1¡ 2 ق.م.ج.

[200]: ورد خطأ في النص العربي كلمة "العمل الإجرامي" بدل "العمل غير المشروع" التي وردت في النص الفرنسي لنفس المادة 178/3 ق.م.ج « Est nulle toute clause-dol ou faute lourde- exonérant de la responsabilité délictuelle »

الإعفاءِ صحيحاً، فإنه يترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية بالقدر الذي جاء به الشرط. وإذا وقع شرط الإعفاء باطلاً، فإن الشرط هو الذي يبطل وحده، ويبقى العقد قائماً، إلا إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد كله –حينئذٍ- طبقاً لفكرة الباعث غير المشروع. ويستطيع المدين أن يؤمن من مسؤوليته العقدية عن كل خطأٍ شخصي ما لم يكن عمداً، وكذلك عن خطأ الغير ممن يستخدمهم في تنفيذ العقد، كما سيأتي تفصيله لاحقاً[201].

وهكذا فإن الفقهاء حتى المتحمسين منهم للمسؤولية التقصيرية أقروا صحة مسؤولية الأطباء العقدية؛ لأنهم ببساطة أحسوا بالواقع ولم يستطيعوا الهروب من الحقيقة، خاصة وأن مبدأ سلطان الإرادة كان قد أينع وازدهر بفعل العوامل الاقتصادية والاجتماعية؛ لأن فكرة العقد أصبحت تخضع للتوجيه من نصوص قانونية، مما سمح بإقحام القواعد القانونية الآمرة للدائرة العقدية.[202]

الفرع الثاني : شـروط المسؤوليـة العقديـة.

يشترط لقيام هذه المسؤولية العقدية ثلاثة شروط:

أولاً : أن يربط بين الدائن والمدين عقد صحيح تم الإخلال به بدايةً.

العقد لغةً نقيض الحل، يقال عقدت الحبل فهو معقود، أي شددتها وربطتها، ومنه عقـدة النكاح. ويأتي أيضا بمعنى العهد، ومنه قوله تعالى:"أوفوا بالعقود"[203]. [204]

أما العقد اصطلاحاً فقد عرفه المشرع الجزائري بقوله: "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء مـا". [205]

---

[201]: راجع: المطلب الثاني من المبحث الأول الخاص بالفصل الثاني من الباب الثاني إن شاء الله، ص 342.

[202]: راجع: د. بلحاج العربي، النظرة العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: 1/271-283، د. علي علي سليمان، النظرية العامة لالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ص111، د. أحمد الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، 58، د. رايس محمد، المسؤوليـة المدنيـة للأطباء ص250 ¡ (P) Durandn les conventions d'irresponsabilité,thèse, paris, 1931, (j) Robino, in R.T.D.C, 1951, p1 et s, (B) Stark, les clauses de non responsabilité, D. 1974, chapr 157 N° 16, Philippe tourneau et Roic Cadiet, Droit de la responsabilité p.398.ed dalloz,1996.ed.delta.1997,liban, francois terre, philippe "sinler et Yves lequette, droit civil, les obligations P346, 6 ed. Dall0z, 1996, ed. delta, 1998.

[203]: سورة المـائدة، الآيـة 01.

[204]: ابن منظور، لسان العرب: 3/396-397¡ والخطـابي أحمد بن محمد البستي، غريب الحديث: 2/318.

[205]: المادة 54 ق.م.ج يقابلها المادة 1101 ق.م.ف.

ويقصد بالعقد الصحيح ما استوفى أركانه من الرضا والسبب والمحل والشكلية في العقود الشكلية؛ كبيع العقارات، والتسليم في العقود العينية؛ كالعارية ونحوها. وهذا على تفصيل في ذلك معروف ومبسوط في كتب نظرية الالتزام من القانون المدني. وإذا كان العقد غير صحيح، فإما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا، وفي هذه الحالة يعتبر في حكم العدم من يوم قيامه، وإن نشأت مسؤولية عنه فتكون تقصيرية، وأما إذا كان العقد قابلا للإبطال، فما دام أنه لم يحكم بإبطاله فهو منتج لآثاره لازم لأطرافه، ولكنه مهدد بخطر الزوال؛ أي بمعنى أنه قائم وصحيح إلى أن يتقرر صحته بالإجازة أو مضي مدة التقادم أو يتقرر بطلانه بالتمسك بحق الإبطالة، وذلك لاحقاً. وعليه فإذا أخل أحد المتعاقدين فيه بتنفيذ التزامه، كان مسئولا مسؤوليـة عقديـة قبل أن يبدو مآلـه أو يتقرر مصيره، فإن قضي بإبطاله، انهار بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، والمسؤولية التي تنشأ عنه تكون بالضرورة تقصيرية.

وحتى تتحقق المسؤولية العقدية للطبيب يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالمريض ناشئا عن الإخلال بالتزام من الالتزامات الواردة في العقد.وسيأتي تفصيل الكلام عن التزامات الطبيب.[206]

وهنا تعرض مسألتـان، قبـل قيـام العقد، وبعـد انحلالـه.

المسألة الأولى:مرحلة ما قبل قيام العقد "la période précontractuelle": إذا قامت مفاوضات بين شخصين لإبرام عقد، ووعد أحدهما الآخر والتزم بإدارته المنفردة بالبقاء على وعده لمدة معينة، فما دام أن الطرف الآخر لم يعلن رغبته، فإن الواعد يلتزم بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة. فإذا أخل بوعده، كان للموجه إليه الوعد، إذا أصابه ضرر من هذا الإخلال، أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية؛ لأن الوعد يعتبر عقدا تمهيديا. وأما إذا لم يكن هناك وعد، بل كانت مجرد مفاوضات بين الطرفين تمهيداً لإتمام العقد، ثم فشلت بسبب خطأ أحد الطرفين، وترتب عن ذلك ضرر للطرف للآخر، فلا مجال للحديث عن مسؤولية عقدية، لأن العقد لم ينشأ بعد .[207]

المسألة الثانية: مرحلة مـا بعد انحلال العقد "la période poscontractuelle": ويمثل لها بعامل انتهى عقد عمله مع صاحب مصنع، فأبرم عقد عمل جديد مع صاحب مصنع آخر، وأطلعه على أسرار صنع السلعة التي ينتجها المصنع الأول، بفضل علمه بها أثناء عمله بالمصنع الأول، فمكن

---

[206]: في المطلب الرابع من المبحث الأول في الفصل القادم، ص114.

[207]: وهذا خلافا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد لـ IHERING، التي تجعل للمفاوضات التمهيدية قوة قانونية، حيث تقتضي قيام عقد ضمني، يستلزم إبرام عقد نهائي فإذا أخل أحد الطرفين بذلك، ترتب عليه المسؤولية العقدية. ولقد اعترض على هذه النظرية بأن المسؤولية العقدية لا تقوم على عدم وجود عقد، وهذا مخالف للمفاهيم والقواعد القانونية.

صاحب المصنع الثاني من منافسة صاحب المصنع الأول منافسةً سببت له أضرارا، فهل يحق لصاحب المصنع الأول أن يرجع على عامله السابق بالمسؤولية العقدية؟

طبعاً يختلف الجواب هنا بحسب ما إذا كان عقد العمل الأول قد تضمن شرطا يمنع العامل من إفشاء أسرار الإنتاج، فيكون العامل حينئذٍ قد خالف شرطا عقدياً، وبالتالي تكون مسؤوليته عقدية، وأما إذا كان عقد العمل الأول لم يتضمن مثل هذا الشرط، وفي هذه الحالة لا تكون مسؤولية العامل عقدية، لأن العقد قد انتهى، ولا يمكن أن تكون مسؤوليته –حينئذٍ- إلا تقصيرية.

وكذلك الأمر بالنسبة إلى إنهاء عقد عمل غير محدد المدة في وقت غير مناسب، وإن كان الإنهاء في هذه الحالة حق للطرفين، إلا أنه لا ينبغي التعسف في استعمال الحق. وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية؛ لأن العقد انقضى.

ويبدو أن هذا في حالة ما إذا لم يكن هناك شرط جزائـي في العقد، ينطبق على هذه الحـالة، فإن كان كذلك، فلا شك في قيام المسؤولية العقدية؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين.[208]

ثانيـا: أن يكون من أصابه ضرر الطبيب أحد المتعاقدين أو خلفا عاما له:

إذا نتج عن الإخلال بالتزام عقدي من طرف الطبيب ضرر للمتعاقد معه (وهو المريض أو مثله القانوني) أو خلفه العام (وهم ورثته)، فإن إقامة الدعوى تبقى في نطاق المسؤولية العقدية.

أما إذا كان الضرر ناشئا عن عدم الوفاء بالتزام عقدي، وكان المسؤول عن الضرر من الغير، أو لم تكن الضحية مشمولة في العقد، فإن المسؤولية العقدية –حينئذ- تستبعد ولا يمكن بحث المسؤولية إلا من خلال الزاوية التقصيرية.

ولا يقبل القانون ولا القضاء رفع دعـوى على أساس المسؤولية العقدية ضد الدائن (الغريب عن العقد) حالة كونه ضحية من الغير، إلا في حالات معينة وهي:

1. الاشتراط لمصلحة الغير:

لا شك أن للمنتفع حقا مباشرا ينشأ من عقد الاشتراط، يستطيع بمقتضاه أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه، وإذا أخل المتعهد بالتزامه وأصاب المنتفع ضرر، كانت مسؤولية المتعهد عقدية.

ويمثل له بما لو تعاقد رب عمل (المشترط) مع طبيب (متعهد) على أن يعالج عماله(المنتفع) مجاناً، فإن إخلال الطبيب بمعالجة المريض أو إصابة أحدهم بضرر يرتب المسؤولية العقدية.[209]

---

[208]: راجع: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ص119-121، د. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء، ص286.

[209]: Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité civile, p 40-41.

2. الفضـالـة:

إن كان الأصـل أن يقـوم الطبيب بعلاج المريض بنـاء على عقـد، فقد يحدث في بعض الحالات أن يتدخـل الطبيب لرعاية المريض وعلاجه دون وجـود لهـذا العقـد، وهذا التصور يمكن أن يكون في فرضـين:

الفرض الأول:

أن يشاهد الطبيب حادثاً ما؛ فيتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف وإنقاذ ضحية هذا الحادث، وهنا لا يمكن القول بطبيعة الحال إن هناك عقدا بينهما.

الفرض الثاني:

أن يستدعى الطبيب ويتدخل بناء على دعوة من الغير، وهنا لا مجال للقول بوجود عقد بين الطبيب وبين مريضه أو ممثله القانوني، وفي مثل هذا الحال قد يتعاقد الغيـر باسمه الشخصي مع الطبيب لتحقيق مصلحته الشخصية أيضا دون أن يقصد ترتيب حق مباشـر للمريـض. وعليـه، حتى وإن كان الغير فضوليـاً يتصرف في ملك غيره لضرورة ونحوها، فله وحـده الحق في إقامة دعوى عقدية، ولا ينصرف أثر العقد المبرم للمريض، ومن ثم ليس أمام المريض إلا المطالبة بحقه على أساس الدعوى التقصيرية.

ومن التطبيقات القضائية في فرنسا عن الفضالة في علاقة الطبيب بالمريض، في أكثر من حكم لمحكمة النقض الفرنسية جاء فيه: أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص، وقام في حالة الضرورة باستدعاء زميل له جراح متخصص لإنقاذ حياة المريض، يكون تصرفه بمثابة فضولي يعمل لمصلحة المريض.[210]

وقد أثير نقاش حول خلف المريض العام (ورثته) في التمسك بالمسؤولية العقديـة حال وفاته؛ باعتبار أنهم امتداد لسلفهم في اكتساب الحقوق وفي تحمل الالتزامات في حدود ما آل إليهم من التركة ؟، أم أن مسؤولية المسئول قِبلَ الأقارب تعد تقصيريـة؛ لأن المضرور قد توفي ؟

ويختلف الحال في الدعوى التي يرفعها الخلف العام هل هي دعوى شخصية (باسمهم الشخصي كطرف مدني) أو دعوى موروثة (نيابة عن مورثهم المضرور)، فإذا كانت دعوى

---

[210]: د. سيد رضوان، العلاقة بين الطبيب والمريض وآثارها، ص114-115، وأحمد الحياري، مرجع سابق، ص64، عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، ص45 وما بعدها، د. عز الدين الدناصوري و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ص1409-1410.

شخصية فلا علاقة لها بالعقد، وتكون المسؤولية تقصيرية، وإذا كانت دعوى موروثة فهي عقدية إذا كان السلف مرتبطا بعقد مع المسؤول، وهي تقصيرية إذا لم يكن بين السلف والمسؤول عقد.

غير أن القضاء الفرنسي خرج على هذا وقرر أن للخلف أن يتمسك بالمسؤولية العقدية في مطالبته بالتعويض عما أصابه شخصيا من ضرر، وبنى ذلك على أساس وجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير يفترض أن السلف كان قد اشترطه، ويبدو أنه استند في ذلك إلى نص المادة 1122 ق.م.ف، التي تنص على افتراض وجود اشتراط ضمني لمصلحة الخلف، وبما أنه لا وجود لمثل هذا النص عندنا،[211]فلا يسوغ القول بوجود مثل هذا الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في قوانيننا العربية، بيد أن الأستاذ السنهوري يرى وجوده عندنا،[212] وينضم إليه في هذا الرأي الأستاذ أنور سلطان،[213] ويرى الأستاذ علي علي سليمان أن هذين الفقيهين تأثرا بالقضاء الفرنسي في ذلك، والقضاء في رأيه يستند إلى نص المادة 1122 م.ف، وليس لهذا النص مثيل عندنا، وبالتالي فليس للخلف أن يطالب بتعويض عما أصابه شخصياً من ضرر إلا على أساس المسؤولية التقصيرية وحدها.[214]

الفـرع الثالـث: علاقـات طبيـة تعاقديـة

يكتنف العقد الطبي علاقات متعددة، بعضها يكون بين المريض وبين المستشفى الخاص والطبيب، وبعضها الآخر بين المريض وبين المستشفى العام، وضمن هاتين العلاقتين علاقات أخرى بين كل من الطبيب والمستشفى عاماً كان أو خاصاً، وكذلك علاقة الطبيب بمساعديه، وبالفريق الطبي.

أولاً: علاقة المريض بالطبيب والمستشفى الخاص

قد يلجأ المريض إلى طبيب مختص في عيادته الخاصة "Clinique privée"، بناء على عقد ضمني أو صريح (مكتوب)؛ للكشف عليه وتشخيص حالته المرضية وإعطائه العلاج المناسب.

وقد تستدعي حالة المريض الصحية أن يشير عليه الطبيب المختص بالدخول إلى مستشفى خاص محدد للاستشفاء أو القيام بعمل جراحي، وجرت العادة أن يكون ذلك الطبيب يمارس

---

[211]: اقتصر القانون المدني الجزائري على إيراد نص خاص بالاشتراط الصريح لمصلحة الغير، راجع: المادة 116، المقابلة للمادة 154 ق.م.م.

[212]: راجع: الوسيط: 40/1 بند 375 هامش 1.

[213]: راجع: مصادر الالتزام، ص348 .

[214]: انظر: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص122-124.

نشاطه في ذلك المستشفى الذي غالباً ما يربطه به عقد، مقابل نسبة معينة من الأجر تدفع للمستشفى المتفق عليه مع المريض، على أن يقوم الطبيب المختص باستغلال المستشفى من حيث المكان المختص للعمل الجراحي، والأجهزة الطبية اللازمة لهذا العمل، على أن يقوم المستشفى الخاص بمتابعة مراقبة المريض وتقديم العلاج من قبل الطاقم الطبي العامل بصورة دائمة داخل هذا المستشفى من أطباء وممرضين.

ومجرد توجيه الطبيب المختص لمريضه بالتوجه للمستشفى الخاص الذي حدده، وموافقة المريض على ذلك وتوجهه لذلك المستشفى يقال إن عقداً ضمنياً جديداً قد أُبرم بين المريض وبين إدارة المستشفى، مستقلاً عن عقده مع الطبيب، تلتزم إدارة المستشفى بموجبه تجاه المريض بتقديم الرعاية الطبية اللازمة[215] والخدمة الفندقية طيلة إقامة المريض بالمستشفى الخاص، على أن يسأل الطبيب الأخصائي شخصياً عن التزامه تجاه المريض بالتأكد من أنّ حالة المريض تستدعي وجوده بالمستشفى أو القيام بعمل جراحي محدد، ومدى ملائمة جسم المريض لذلك، فكل هذا عمل فني بحت يختص به الطبيب الأخصائي دون إدارة المستشفى الخاص.

فإذا صدر خطأ طبي شخصي من طرف الطبيب المختص من خلال عمله الطبي بالمستشفى، فإن الراجح من الأقوال هو انعقاد مسؤولية المستشفى العام؛ باعتباره تابعاً له كما سيأتي بيانه، أما العيادات والمستشفيات الخاصة فالقاعدة العامة تقرر عدم مسؤوليتها؛ حيث يتمتع كل من الطبيب المختص والعيادة الخاصة بالاستقلال في العمل الإداري و العمل الفني.[216]

لكن القضاء يتحفظ بالنسبة للطبيب الأجير الذي تربطه بالمستشفى الخاص علاقة عمل، ويقرر مسؤولية هذا المستشفى، حيث يعتبر مسؤولاً عن كل خطإٍ يصدر من العاملين فيه.[217]

وفي حالة ارتكاب خطأ طبي من إدارة المستشفى الخاص أو طاقمها الطبي في المستشفى تجاه المريض وألحق به ضرراً، فما نوع هذه المسؤولية ؟

ذهب اتجاه فقهي إلى القول بقيام مسؤولية إدارة المستشفى العقدية؛ وذلك استناداً للعقد المبرم بين المستشفى الخاص والطبيب الأخصائي؛ لأن هذا العقد يتضمن في طياته عقداً آخر لصالح

---

[215]: الرعاية تتناول عدة أمور كالغذاء والدواء والمكان المناسب للعمل الجراحي وتوفير الطاقم الطبي المساعد للطبيب المختص أثناء التدخل الجراحي وصلاحية الأجهزة الطبية.

[216]: يقصد بالعمل الفني أعمال التطبيب؛ كالتشخيص والعلاج والجراحة، ويقابله العمل الإداري أو العادي؛ كتنظيم المستشفى وحسن سير العمل وتقديم الرعاية. راجع: طلال عجاج، المرجع السابق، ص328.

[217]: راجع: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص126؛ Civ. 4 juin 1991,J.C.P. 91. 21730

المريض، يلتزم فيه المستشفى الخاص بتنفيذ الالتزامات اللازمة،[218] وهذا يشبه عقد الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يعتبر الطبيب من الناحية الصورية مشترطاً، والمستشفى متعهداً، والمريض منتفعاً.

ويرى بعض الفقهاء أنّ المستشفى بهذه الحالة لا تسأل مباشرة من المريض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لكن للمريض الرجوع على الطبيب الأخصائي بالمسؤولية العقدية؛ لأنه مسئول عن تنفيذ المستشفى للعقد المبرم بينه وبين المريض ، استناداً لأحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير.[219]

وأيد ذلك بالقضاء الفرنسي الذي قرر بتاريخ 1951/10/29 عدم مسؤولية الطبيب الجراح عن مراقبة المريض وقت إقامته بالمستشفى الخاص بعد الانتهاء من العملية الجراحية، وأن ذلك من اختصاص المستشفى بعد إفاقته من مفعول المادة المخدرة.[220]

كما لا يسأل المستشفى الخاص عن الـدم الملوث الذي تسلمه من بنك الدم محفوظـاً بمعرفته.[221]

وأحياناً يتوجه المريض مباشرة - في الظروف العادية- إلى مستشفى خاص لإجراء علاج أو عمل جراحي، وهنا تبدأ العلاقة بين إدارة المستشفى والمريض بموجب عقد استشفاء" Contrat d'hospitalisation " ضمني أو مكتوب، وفي الغالب يتم توقيع المريض على عقد معد سلفاً من قبل المستشفى الخاص، وتنشأ من هذا العقد الالتزامات السابقة الذكر؛ من علاج أو عمل جراحي، ورعاية طبية لازمة، وخدمة فندقية. وإذا ارتكب أحد أفراد الطاقم الطبي بالمستشفى خطأً سبب ضرراً للمريض، نشأت عنه مسؤولية المستشفى الخاص العقدية، وإذا كان التزام المستشفى ببذل عناية لازمة، يعد مسئولا إذا لم يتم ذلك؛ بصرف النظر عن شخص من يقدم تلك العناية، وإذا كان التزام المستشفى تحقيق نتيجة، تقوم مسؤوليته عند عدم تحقق النتيجة المطلوبة، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي يمنـع من انعقاد العلاقة السببيـة، ولا يدخل في معنى السبب الأجنبي من يستعين به المستشفى الخاص في تنفيذ العقد.[222]

---

[218]: راجع: أحمد الحياري، المرجع السابق، ص72.

[219]: انظر: د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، ص75.

[220]: راجع: عبد المنعم محمد داوود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص129-132، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص125.

[221]: Paris 11 Mai 1995, G.P. 95.

[222]: راجع: أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص177، د. أحمد الحيارى، ص74-75.

ومما سبق نلاحظ أن العقد الطبي "Contrat médical" وعقد الاستشفاء" Contrat D'hospitalisation" يمكن أن يناط كل واحد منهما بعلاقة خاصة؛ كالطبيب في العقد الأول، والمستشفى في العقد الثاني، إلا أنه يمكن يتحدا في يد شخص واحد؛ كأن يكون طبيباً يملك مستشفى خاصـا، أو يستقل بإدارتها بنـاء على عقد مع مالكها.[223]

ثانياً: علاقة المريض بالمستشفى العام

إن النظرية التي كانت سائدة في فرنسا أواخر القرن التاسع عشر، وفي مصر أوائل القرن العشرين، كانت ترى أن العلاقة بين الموظف والإدارة هي علاقة تعاقدية، على أساس أن قبول الموظف للالتحاق بالوظيفة العامة، وكذا الشأن بالنسبة للإدارة، يعتبر عقداً من عقود القانون المدني، يخضع لأحكامه؛ بوصفه عقد إيجار أشخاص إذا قام الموظف بعمل مادي، أو عقد وكالة إذا كلّف الموظف بعمل قانوني.[224]

ولما أخذت معالم القانون الإداري بالظهور، وبرزت خصائص أحكامه، قضت بعض المحاكم، مجارية بعض الفقه في فرنسا على أن الرابطة بين الموظف والإدارة، رابطة تعاقدية من روابط القانون العام.[225]

وبعد منتصف القرن التاسع عشر، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن مركز الموظف نظامي وليس تعاقدياً، وأن الحقوق الوظيفية مستمدةٌ من نصوص القوانين واللوائح مباشرة.[226]

وبناء عليه، ذهب أغلبية الفقه إلى أن علاقة المريض بالمستشفى العام ليست تعاقدية، وإنما هي من طبيعة إدارية لائحية، وعلى هذا الأساس، لا يمكن مسائلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية؛ باعتباره موظفاً في هذا المرفق العام (المستشفى) الذي يستفيد منه المريض بمقتضى القانون، مثله كباقي المواطنين على حد سواء، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما.[227]

---

[223]: راجع: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص125، نقلاً عن جمال زكي، مشكلات المسؤولية، ص396.

[224]: راجع: د. وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي، ص29 وما بعدها.

[225]: راجع: د. حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص76-77، وقد أشار إلى قرار محكمة "نيم" الفرنسية بتاريخ 1932/06/12.

[226]: راجع: د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص77، طلال عجاج، المرجع السابق، ص322.

[227]: قرار محكمة النقض: 1969/07/03، أورده د. أحمد شرف الدين، المسؤولية الطبية، ص18.

أما بشأن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى، فقد ذهب رأي إلى أن استقلال الطبيب في أداء عمله من الناحية الفنية يمنع من كونه تابعاً لشخص آخر، إن لم يكن طبيباً مثله يمكنه مراقبته في هذا العمل الفني[228]، إلا أن الرأي الراجح هو أن الطبيب يعتبر تابعاً للمستشفى الذي يعمل فيه، ولو كانت علاقة التبعية إدارية، فإنها تكفي لأن يتحمل المستشفى خطأ الطبيب.[229]

كما أن علاقة التبعية تقوم كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع، ولو كانت قاصرة على الرقابة الإدارية، إذ لا يلزم لقيام رابطة التبعية أن تجتمع للمتبوع سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع.[230]

على أنه يرد عليه استثناء، عندما يصرح المستشفى العام لأحد الأطباء باستخدام بعض أَسِرتِهِ لمعالجة مرضاه، فهنا تقوم العلاقة مباشرة بين هذا الطبيب والمريض ولا دخل لإدارة المستشفى بها.[231]

ومثل هذا الاستثناء معمول به في بريطانيا، ولكن بشكل معكوس بالنسبة لمن يسمى بالمريض الخـاص، الذي يقوم بحجز سرير في مستشفى عام؛ حيث يتعاقد فردياً مع جراح خاص وطبيب تخدير خاص؛ لإجراء عملية داخل المستشفى، فهنا يتكون عقد بين المريض من جهة، والطبيب الجراح والمخدر من جهة أخرى، وعقد آخر مع المستشفى يتعلق بالخدمات التمريضية. وعليه، فإذا حدث خطأ من الطبيب الجراح أو المخدر، فلا علاقة للمستشفى بـه؛ لأنهما غير تابعين له ولا يخضعان لإشرافه، ولكن المستشفى يبقى مسئولاً عن أي خطأ يلحق بالمريض ضرراً، ويكون ناتجاً عن أعمال التمـريض.[232]

وفي غير حالات الاستثناء هذه، يجوز كقاعدة عامة للمريض المتضرر الرجوع على المرفق (المستشفى العام) والطبيب، اللذين يلتزمان معاً بالتضامن، طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال

---

[228]: حيث قضت محكمة مصر الأهلية في 1935/02/04 بذلك أشار إليه د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص113؛ هامش(3).

[229]: قرار محكمة النقض المصرية: 1936/06/22، أشار إليه المرجع عينه، ص114، هامش (4).

[230]: قرار محكمة النقض المصرية: 1967/11/07، مجموعة أحكام النقض، السنة 18، ص1614، راجع: د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب – مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ص25-26.

[231]: راجع: د. عبد المنعم محمد داوود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص126.

[232]: Margaret Brazier, médecine patients and the law, 1992, p.143.

تابعه، بدفع كامل التعويض للمريض المضرور، الذي يحق له أن يرجع عليها مجتمعين أو منفردين بكامل التعويض المقضي به.[233]

وطبقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر، فإن للمرفق العام أن يرجع على موظفه المخطأ باسترداد التعويض الذي أداه للمضرور، ويقسم بين المتبوع والتابع بنسبة اشتراك كل منهما في الخطأ.[234]

وقد انتهى القضاء في فرنسا إلى أن دعاوى المسؤولية المرفوعة على طبيب المستشفى العام؛ بسبب خطئه الطبي أثناء قيامه بعمله، يختص بها القضاء الإداري، الذي تكون الإدارة طرفاً فيه. وفي مثل هذه الحالة يسمى خطأ الطبيب مرفقياً؛ لأنّ المرفق العام يقوم بتغطية الأخطار الصادرة من تابعيه.

لكن الأمر يختلف بطبيعة الحال إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الطبيب غريباً عن عمله داخل المرفق الصحي، وهو ما يدعى بالخطأ الشخصي، وهو هنا يخضع للقضاء العادي، وتطبق عليه القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وذلك مثل الأخطاء التي يرتكبها أطباء المستشفيات العامة خلال اشتغالهم لحسابهم الشخصي، أي أثناء قيامهم بالكشف الخاص لحسابهم.[235]

ونفس الشيء بالنسبة للأطباء الذين يتعاقدون مع شركات ومؤسسات معينة لعلاج العاملين فيها، فهم يسألون عن أخطائهم طبقاً للقواعد العامة.[236] ولا يسأل رب العمل إلا إذا ثبت أن هناك تقصير من جانبه في تنظيم الخدمة الصحية وتجهيزها.[237]

وجرى القضاء الجزائري على منوال القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه وقراراته؛ حيث قضت محكمة سعيدة في حكم لها بقسم الجنح بتاريخ 2007/02/07 بإدانة الطبيب ب.ح، والقابلـة ب.م، اللذين تسببا في موت طفل حديث العهد بالولادة، حيث نقل خطأ إلى مصلحة حفظ الجثث على أنه ميت، ثم اكتشف بعد 14 ساعة أنه على قيد الحياة، فقضت المحكمة في الدعوى العمومية على كل واحد منهما بثمانية عشر شهرا سجنا موقوفة النفاذ، وعشرة آلاف دينار جزائري غرامة نافذة، وفي الدعوى في ذيلها المدني بإلزام المتهمين المدانين بالتضامن بينهما أن يدفعا لذوي حقوق الضحية مبلغ خمسمـائة ألف دينار جزائري تعويضـا عن جميع الأضرار

---

[233]: د. أحمد شرف الدين مرجع السابق، ص 26.

[234]: المحكمة العليا الإدارية: 1979/02/04، نقلاً عن د. محمد منصور، المرجع السابق، ص118، هامش (5).

[235]: Civ. 11 juillet. 1962 D.1963. 13.

[236]: T.G.I. Lyon. 28 Nov. 1973 j.c.p 1974. 17652 note Savatier.

[237]: Soc. 8 Dec. 1960 D. Soc. 1961. 314, Paris. 29 Mai. 1961. D. 1961. 497.

الماديـة والمعنويـة. وبعد رفع الاستئناف من المتهمين، قررت الغرفة الجزائية لمجلس قضاء سعيدة بتاريخ 2007/12/11 في الدعوى الجزائية تأييد الحكم المستأنف، و في الدعوى المدنية إلغاء الحكم المستأنف لعدم الاختصاص؛ وذلك لأن الطبيب المتهم نسب إليه ارتكاب أخطاء إدارية بصفته مدير عيادة الولادة، وأخطاء مهنية بصفته طبيبا، كما أن القابلـة المتهمة نسب إليها الإهمال وعدم مراعاة الأنظمة الداخلية للعيادة، ومادام أن ذلك تم بالمرفق الصحي العام، فإن الدعوى تخضع للقضاء الإداري؛ حيث يمثل المرفق العـام وشركة التأمين من المسؤولية طرفـاً في الدعوى.[238]

ثالثـاً: علاقة الطبيب بالفريق الطبي والعمل الجماعي المشترك

تطورت العلوم الطبية ومختلف وسائلها التقنية تطوراً هائلاً، بحيث لم تعد ممارسة مهنة الطب قاصرة على الجهد الفردي للطبيب في كثير من الحالات، مما جعل اشتراك أكثر من طبيب في إنجاز العمل الطبي منشئاً لظاهرة الفريق الطبي والطب الجماعي المشترك، خصوصاً في مجال الجراحة ومـا يواكبها من مشكلات.[239]

ويفرق الشراح بين الفريـق الطبي" L'équipe médicale" الذي يشارك فيه أكثر من طبيب مؤهل وبنفس التخصص لعلاج مريض، وبين مـا يسمى بالطب الجماعـي المشتـرك "la médecine de groupe"، حيث يتواجد عدد من الأطباء لعلاج مريض، إلا أن كلا منهم مختص بتقديم خدمة طبية منفصلة عن اختصاص الأطباء الآخرين المشتركين معه في نفس العمل، لكن هذه التخصصات مكملة لبعضها في مراحل لأداء علاج الحالة المرضية.[240]

ففي الحالة الأولى (الفريق الطبي) يشترك الجميع في تحمل نفس المسؤولية، وفي الحالة الثانية (الطب الجماعي) يظل كل منهم مسؤولاً عن نتائج تدخله وهذا حسب ما ذهب إليه جانب كبير من الفقهاء.

1- الفريق الطبي (مسؤولية الطبيب المعالج والطبيب البديل)

ويجدر بالإشارة إلى أن الطبيب عندما يحيل المريض إلى أخصائي معين، فإن هذا الأخصائي يكون مسؤولاً عن نتائج تدخله كاملة دون أدنى مسؤولية على الطبيب المحيل، ولا يسأل الطبيب

---

[238]: قرار جزائي، رقم الملف: 07/02614 ، رقم الفهرس: 07/06562 ، تاريخ القرار: 2007/12/11.

[239]: راجع: محمد سامي الشوا، الخطأ في وسط الفريق الجراحي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، جامعة جرش، الأردن، 1999؛ ص1.

[240]: راجع: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص90-95، د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 76؛ 170-177؛ د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص59.

عن الأخطاء الصادرة من الطبيب الذي أحلّه محلّه إلا إذا كان قد اختار طبيباً غير مؤهل للقيام بتلك المهمة، وتقوم المسؤولية كذلك إذا تعهد الطبيب بمباشرة الحالة بنفسه، إلا أنه عهد بها إلى طبيب آخر دون موافقة المريض.[241]

ذهب اتجاه فقهي إلى عدم جواز إحضار الطبيب الأصيل طبيباً بديلاً عنه لاستكمال العلاج، بسبب الاعتبار الشخصي الذي تعاقد عليه مع المريض، بيد أن محكمة النقض الفرنسية قررت مسؤولية الطبيب الأصيل، بسبب ضرر مس المريض من طرف الطبيب البديل، إذا لم يقترن بموافقة من المريض. وفسر البعض هذه الموافقة على أنها إرادة ضمنية لإنشاء عقد جديد بين الطبيب البديل والمريض، وبذلك يعفى الطبيب الأصيل من أي مسؤولية. وبالتالي، فللمريض أو ورثته الرجوع على الطبيب البديل بالتعويض؛ بموجب عقد الحلول المبرم بين الطبيب الأصيل والطبيب البديل.

وعلى النقيض، ذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن الطبيب الأصيل من حقه أن يتوقف عن علاج المريض؛ لأسباب مرضية أو السفر أو الراحة، وأن على المريض أن يعلم ويتوقع مثل هذا وقت إبرامه العقد مع الطبيب الأصيل، وبقبول المريض الطبيب البديل للعلاج، يعني أن رابطة عقدية جديدة قد نشأت بينهما، مما يثير مسؤولية الطبيب البديل دون سواه.

وذهب القضاء الفرنسي إلى هذا الاتجاه، فقرر مسؤولية الطبيب البديل عن الضرر الذي أصاب المريض بسببه، ما لم يثبت أن الطبيب الأصيل أساء في اختيار الطبيب البديل، أو أن الطبيب الجراح تم استبداله بطبيب جراح آخر، دون الحصول على موافقة المريض، ما لم تكن هناك حالة ضرورة تعترض هذا الاستبدال، ففي مثل هذه الحالات يكون الطبيب الأصيل مسؤولاً عن كافة الأضرار الناجمة عن تدخل الطبيب البديل.[242]

2. الطب الجماعي المشترك (الطاقم الطبي)

أدى التطور المتزايد في علم الطب وفنه إلى اللجوء إلى فريق من الأطباء المتخصصين، كل في ميدان تخصصه. فإذا اقتضت حالة المريض الصحية وجود عدد من الأطباء المتخصصين، وخاصة

---

[241] CIV. 25 MAI. 1987, B1, N°17091 نقلا عن د.محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص:

[242]: راجع: د. أحمد الحياري، مرجع سابق، ص75-77، . أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص115-119.

في إجراء العمليات الجراحية؛ مثل الطبيب الجراح وطبيب التخدير وطبيب الإنعاش وطبيب الأشعة، للقيام بالعمل المطلوب في وقت محدد، لتشكل مراحل متعاقبة على جسم المريض.[243]

ويعد الطبيب الجراح في مثل هذه العمليات رئيساً للفريق الطبي، الذي يعمل تحت أمره، فهو الذي يدير وينسق كل نشاطات مساعديه، وفي أغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه. وبالتالي، يبرم العقد معه.

ومن المقرر أن الطبيب يسأل عن إجرائه لعملية جراحية دون توافر المساعدة الضرورية، ما لم يكن هناك حالة ضرورة.[244]

فإذا حدث خطأ من أحد أفراد الطاقم الطبي الجراحي" l'équipe chirurgicale " ، سبب ضرراً للمريض، فإن القضاء الجنائي اتجه إلى قبول الارتبـاط القائم بين أفراد فريق الجراحة، وأدان – في الدعوى المدنية – الأطباء بصفة تضـامنية، فهو يعتبر أن الحق في التعويض – في حالة الجريمة – يستند إلى المسؤولية التقصيرية.[245]

وعلى أية حال فإن المسؤولية تعد تقصـيرية حينما لا يكون التدخل الجراحي قد تم بناء على اتفاق بين المريض والجراح؛ حيث يعتبر مسؤولاً باعتباره متبوعاً من مساعديه الذين يعدون تابعين له بصفة عرضية (مدة إجراء العملية[246]).[247]

أما إذا ارتكب خطأ أثناء القيام بالعمل الطبي يستوجب التعويض، وتم ذلك بناء على عقد مبرم بين الطبيب والمريض، فإن الطبيب يكون مسئولاً مسؤولية عقدية – بناء على اتجاه فقهي – عن أي خطأ، سواء أكان بفعله أم بفعل أحد أفراد الفريق الطبي، أم كان الخطأ شائعاً بين أعضائه؛ بحيث لا يعرف من ارتكبه؛ وذلك لأن الطبيب هو الذي شكّل الفريق الطبي،[248] وهو الطرف

---

[243]: راجع: د. محمد منصور، ـ مرجع سابق، ص91، ود. أحمد الحياري، مرجع سابق، ص77، د. عبد المنعم داوود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص134.

[244]: فاستعانة الطبيب بمساعدين لاستشارتهم ليس التزاماً عاماً، بل جوازياً له، في حالات الضرورة والاستعجال، فقد أعفى القضاء الطبيب من المسؤولية نتيجة إجرائه عملية ولادة بنفسه، دون الاستعانة بطبيب مختص، وذلك في ظروف صعبة وبإمكانيات محدودة، ترتب عليها بعض الأضرار للأم، إذ لم يكن للطبيب خيار آخر لإنقاذ حياة الأم. راجع: د. محمد منصور، مرجع سابق، ص92.

[245]: Crim. 26 Dec 1964, GP 1965, 312-22 Juin 1972, 17266 N Savatier

[246]: ما يقع من أخطاء من الطاقم الطبي المساعد قبل وبعد العملية الجراحية، يسأل عنه العيادة أو المستشفى الذي يعملون به:
Civ. 31 Mai. 1960, D 1960 571 – 11 Juin, 1963 GP 1963.2.307

[247]: Civ. 15 Nov. 1955 D 1956 11393 ص، مرجع سابق ، د. محمد منصور، :أشار إليه

[248]: إذا حصل أن قام المريض باختيار أعضاء الفريق الطبي، وتعاقد معهم للقيام بالعمل الطبي المطلوب، فإذا وقع خطأ أثناء العمل أصاب المريض بالضرر وأمكن تحديد مرتكبه من بين أعضاء الفريق، تقع مسؤوليته العقدية في مواجهة المريض، وإذا لم يكن بالإمكان معرفة من

الذي تعاقد معه المريض لاعتبارات الثقة؛ بسبب الشهرة أو التخصص أو الخبرة، وإذا استعان الطبيب بالفريق الطبي لتنفيذ التزامه العقدي نحو المريض، وبذلك يسأل عن أخطائه الشخصية، وأخطاء الأطباء الآخرين بوصفه مسئولاً عقدياً عن فعل الغير الذي استعان به لتنفيذ التزامه.[249]

ويرى اتجاه آخر أن مسؤولية الطبيب هنا تكون تقصيرية، أساسها مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، وهو ما يحقق سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف على الفريق أثناء العمل الطبي، فإذا حصل خطأ أثناء ذلك، فإن شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه تكون قد تحققت على أساس خطأ مفترض في جانبه، يتمثل في أنه قصر في اختيار الفريق الطبي أو في رقابته، وبالتالي لا يستطيع الطبيب أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ المفترض، إلا بإثبات السبب الأجنبي؛ كأن يثبت أن الضرر يعود لخطأ المريض نفسه أو خطأ الغير أو قوة قاهرة.[250]

وإذا كان الطبيب الجراح يوصف بأنه متبوع عرضي، فإنه من المقبول، في الوقت الحاضر، أن يخضع طبيب التخدير –مثلاً- لسلطة شخص آخر إذا كان ذلك من أجل تنظيم الناحية الإدارية للعمل، وهذه بصفة خاصة، حالة الأطباء الذين يعملون لحساب غيرهم. فهل يمكن اعتبار الطبيب تابعاً لغيره في ممارسة عمله الفني؟

هذا ما أثار جدلاً كبيراً في الفقه والقضاء الفرنسين منذ وقت طويل،[251] بين مؤيد لرابطة التبعية للاعتبارات السابقة الذكر، وما بين معترض، يتمسك بالمادة التاسعة من قانون الصحة الفرنسي،[252] التي تقرر عدم إمكانية "تصرف الطبيب في استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال".

وإن التطور الكبير الذي أحاط بدور أطباء التخدير أثار كثيراً من الشك حول هذا الرأي.

ارتكب الخطأ، تكون مسؤولية أعضاء الفريق الطبي مسؤولية عقدية فردية، وتكون تضامنية، أي إن المريض إذا عـاد على أحدهم بالتعويض، وقام بدفعه فإنه يستطيع أن يرجع على باقي زملائه من أعضاء الفريق بمقدار نصيب كل واحد في التعويض الذي دفعه. راجع: د. موسى أبو ملوح، المسؤولية عن خطأ الفريق الطبي، ص13، طلال عجاج، ص359.

[249]: راجع: د. محسن البيه، مرجع سابق، ص85، ود. موسى أبو ملوح مرجع سابق، ص4، طلال عجاج، مرجع سابق، ص 357-358.

[250]: راجع: د. موسى أبو ملوح، المرجع السابق، ص3-4.

[251]: Grenoble, 29 Oct 1901, D. 1904, 2, 300, Trib.Béthune, 7 Fév 1936, D.H, 1936, 435.

[252]: في فرنسا، تشترط شركات التأمين لقبول التأمين من مسؤولية الجراحين أن يوجد معهم طبيب تخدير، كما ظهرت عقود خاصة بأطباء التخدير، إضافة إلى اجتهاد القضاء لمعاقبة عدم التزام الجراح باللجوء إلى طبيب تخدير عند إجراء العملية الجراحية.

إذ بينهما كان الطبيب الجراح هو صاحب السيطرة الكاملة في غرفة العمليات الجراحية، وكان طبيب التخدير مجرد عنصر خاضع مع غيره من بقية أعضاء الفريق، يتمثل دوره في ضمان عدم تألم المريض، وثباته أثناء العملية الجراحية، أصبح اليوم طبيب التخدير والإنعاش يحتل مكانة مرموقة، بسبب اختصاصه في هذا الفن؛ حيث امتد اختصاصه ليشمل تنظيم تنفس المريض، ودورته الدموية أثناء الجراحة، وبذلك فإنه يساهم في الوقاية من الأزمات الجراحية، وهذا إضافة إلى الفحوص الحيوية والفنية الدقيقة التي يجريها قبل العملية الجراحية، وتحمله عبء إفـاقة المريض.

وهذا ما يبرز أن دور طبيب التخدير على درجة كبيرة من الأهمية، وقد صدرت في فرنسا بعض القوانين الخاصة التي تنظم عمل أطباء التخدير والإنعاش، بطريقة يمكن الجزم معها، أن مكانة طبيب التخدير والإنعاش الآن لا تقل أهمية عن مكانة الطبيب الجراح.

ولقد كان لهذا التطور تأثيره على بعض أحكام القضاء الفرنسي، حيث قررت عدم مسؤولية الجراح عن أخطاء طبيب التخدير.[253]

وإضافة إلى ما سبق، بالنسبة لخطأ الفريق الطبي؛ من تحميل عضو المسؤولية، بناء على فعله الشخصي؛ باعتباره مسئولا عن فعل أعضاء الفريق، ففي فرض آخر، يمكن أن يلجأ القضاء إلى فكرة المسؤولية التضامنية، وإن كان الغالب – خاصة في القانون الفرنسي – أن يلجأ إلى فكرة المسؤولية التضامنية[254]، فالطب الحديث يرتدي ثوب اجتماع المسؤوليات. ومع ذلك، فيجب الاعتراف أن الفرض الأخير ليس أكثر من مجرد أمنية لما ينبغي أن يكون؛ لأن أحكام القضاء ما زالت مخلصة للقواعد التقليدية، فرغم الارتباط الذي قام بين عدة أطباء من خلال تدخل جراحي، لم تقرر سوى مسؤولية طبيب واحد.[255]

كما كانت تحكم بمسؤولية الجراح وحده رغم الوجود الواقعي "Defacto" للفريق الطبي، ولكن لأن هذا الأخير ليس له وجود قانوني"Dejuro"، أو لأن الجراح وحده هو الذي تعاقد مع المريض، أو لأنه كانت له سلطة أكبر من طبيب التخدير خلال العملية الجراحية.[256]

---

[253]: د. محسن البيه، مرجع سابق، ص70-72.

[254]: المسؤولية التضامنية تعني اشتراك أعضاء الفريق لتحمل عبء التعويض الذي يدفع للمريض، أي هي مسؤولية واحدة مشتركة، أما المسؤولية التضامنية، فهي تقرر تعدد المسؤولين في تحمل عبء التعويض تجاه المضرور، أي تعدد المسؤوليات، بينما في الواقع لا يوجد إلا التزام واحد، وهذا ما دفع البعض إلى القول إن المسؤولية التضامنية لا تتفق مع الحقيقة. راجع: د. محسن البيه، مرجع سابق، ص94-95.

[255]: Montpellier 5 Mai 1971, G.P. 1971, 2, p.53, AIX 26 Nov 1969, la presse médicale 17 Janv 1970, p.134.

[256]: د. محسن البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص94.

في حين ذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن مسؤولية أعضاء الفريق الطبي تكون مسؤولية جماعية عندما يكون مرتكب الخطأ الذي سبب الضرر مجهولاً، أو غير محدد؛ لأن من شأن ذلك إنهاء مشكلة تحديد دور خطأ كل عضو من أعضاء المجموعة بالنسبة لما وقع من ضرر، وتلافي النتائج التي تترتب على القول بالمسؤولية الفردية لأعضاء الفريق الطبي؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى عدم تحقق مسؤولية كل عضو من أعضاء الفريق؛ لأنه في كثير من الأحوال لا يوفق المضرور في إثبات الخطأ الفردي. وبالتالي، فالأولى أن تنسب الواقعة الضارة إلى مجموع الفريق، بدل إعفائهم من المسئولية.

وهكذا الحال عندما يتسبب عدة أطباء من خلال فريق؛ مثل الجراح وطبيب التخدير في وفاة المريض، فقد يستحيل كشف نصيب كل واحد منهم في الخطأ الذي أفضى إلى الوفاة. وبناء على ذلك، وعلى منوال ما تقرر بالنسبة لحوادث الصيد عندما يصيب طلق ناري شخصاً على أثر إطلاق ناري جماعي ومتزامن لأكثر من صياد في اتجاه الضحية، ويستحيل تحديد المسئول، يسأل فريق الصيد كله، وقياساً عليه، يسأل هنا أيضاً الفريق الطبي، وفي هذا حل لمشكلة إثبات رابطة السببية، وانعقاد المسؤولية.[257]

ويذهب أنصار إضفاء الشخصية على الفريق " la personnalisation de l'équipe médicale" إلى تكييف الفريق بأنه شخصية حكمية، على اعتبار أن عناصرها قد تحققت في الفريق الطبي؛ حيث كُون لتحقيق مصلحة اجتماعية، تتمثل في القيام بالعمل الطبي، و وجود قدر من التنظيم في العمل يضمن استقراره واستمراره كفريق، إضافة إلى أن هدفه مشروع، ولا يؤثر في هذا الوصف (أي الشخصية الحكمية) عدم وجود نص قانوني، ويستندون في ذلك إلى اجتهاد القضاء الفرنسي.[258]

وإضفاء الشخصية على الفريق الطبي، لا يمنع من مسؤولية الأعضاء في ذممهم المالية الخاصة فيما يحكم به من تعويض للمضرور، كما أن اللجوء إلى الصفة الجماعية للفريق يفضي إلى زيادة عدد المسئولين، وتوفير ضمانة قوية لتعويض المريض أو ذويه.[259]

---

[257]: د. محسن البيه، المرجع نفسه، ص96-97، وطلال عجاج، ص359-360.

[258]: راجع: د. موسى أبو ملوح، مرجع سابق، ص10، وقد أشار إلى قرار محكمة النقض الفرنسية في الهامش (21)، ص17.

[259]: راجع: د. محسن البيه، مرجع سابق، ص99، ود. موسى أبو ملوح، مرجع سابق، ص10-11.

وقد أشرنا إلى أن القضاء الفرنسي- فيما سبق- كان يأخذ بمبدأ استقلال المسؤوليات في وسط الفريق الجراحي، على أساس الاستقلال الفني المهني لأخصائي التخدير مثلاً عن الجراح، وعلى أساس وجود عقد ما بين الجراح والمريض.

ولاشك أنه إذا كان لهذا المبدأ بعض المحاسن، تتمثل أساساً في تحديد شخصية المسئول عن الضرر ضمن الفريق الطبي، إلا أن له مساوئه التي تنعكس سلباً على المريض وتعرض سلامته للخطر، حيث سيتجه كل أخصائي إلى الاهتمام المطلق بالمهام والأعمال التي تنتمي إلى دائرة تخصصه، وهذا يتناقض مع فكرة الفريق الطبي عندما يكون هناك منطقة اختصاص مشتركة في العمل، بحيث يقع عبء القيام بها على الجميع. وقد أخذ القضاء الفرنسي بفكرة الاختصاص المشترك،[260] والمسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق[261]. [262]

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية

وفيما يلي بيان ماهية المسئولية التقصيرية ومقوماتها ونطاقها وما يتعلق بها من مسئولية التابع عن أعمال تابعه في المجال الطبي.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية

تعرف المسؤولية المدنية التقصيرية على أنها الجزاء المترتب على الطبيب نتيجة إخلاله بالتزام قانوني، وهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين، ويعبر عنه بالخطأ غير المشروع، ومعياره انحراف المرء في سلوكه وتصرفاته عن جانب الحيطة والحذر والتبصر، وعن بذل العناية اللازمة للرجل العادي؛ من مثله في تخصصه وظروف حاله وإمكانياته.[263]

فالفعل التقصيري هو ما خالف القانون عن قصد أو غير قصد، ويقصد بالقانون معناه الواسع الذي يتضمن القوانين واللوائح والقرارات... إلخ، وهذا المبدأ العام ينطبق على كل نص ذي طبيعة آمرة، سواء تعلق بعقاب مدني كالبطلان، أو باجتهاد قضائي أعطى قيمة لتصرف ما، أو حتى ما تعلق بالأعراف والتقاليد النظامية والمهنية.

---

[260]: وذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة الجنائية في 1972/06/27، في قضية الكاتبة الروائية "SARAZIN".

[261]: قرار محكمة النقض الفرنسية: 1997/10/28؛ D.1999,s, p.383.

[262]: راجع: طلال عجاج، مرجع سابق، ص362-365، د. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي وسط الفريق الجراحي، ص32-33، د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص128-129.

[263]: سيأتي شرح العناية اللازمة للرجل العادي بشكل مفصل في المطلب الرابع من المبحث الأول من الفصل الآتي.

والمسؤولية التقصيرية تستلزم وجود ضحية ومسؤول عن الضرر الذي أصابها، وهذا الضرر ليس ناتجاً عن إخلال بالتزام تعاقدي على الإطلاق.

كما أن المسؤولية التقصيرية تقوم كلما سقط شرط من شروط المسؤولية العقدية التي تم ذكرها.

فالخطأ التقصيري هو باختصار، ذلك الفعل غير المشروع الذي يصيب الغير بضرر، ولم تتوافر فيه أركان الجريمة الجنائية.

ولم يحدث أن اختلف الفقهاء حول مفهوم قانوني مثل ما اختلفوا حول مفهوم الخطأ؛ لتأثر هذه الكلمة بنزعات دينية وفلسفية واجتماعية...الخ .وعليـه، فقد عرف تطورات كبيرة جداً.[264]

وتقرير قاعدة المسؤولية عن كل خطأ لم يظهر إلا في القانون الفرنسي القديم، والفضل في ذلك يعود إلى رجال الكنيسة الذين قالوا : إن كل ضرر يوجب مسائلة من تسبب في وقوعه، وقد استلهم القانون الفرنسي الجديد -أو قانون نابليون كما يطلق عليه أحياناً – من هذا القول القاعدة العامة للمسؤولية التقصيرية، وميزها عن المسؤولية الجزائية.

وقررت هذه القاعدة في المادة 1382 م.ف، بحيث تشمل جميع أنواع الفعل الضار بقوله: "كل فعل أياً كان، صدر عن شخص، وسبب ضرراً للغير بفعله الخاطئ، يلزم فاعله بالتعويض عن هذا الضرر"،[265] وقد استنبطها المشرع الفرنسي مما نادى بها دوما Domat من قبل.

كما استنبط المادة 1383 م.ف مما نادى به بوتيه Pothier حين فرق بين الجنح وأشباه الجنح،[266] حيث نصت على ما يلي:"إن الإنسان مسئول ليس فقط عن الضرر الذي يحدثه بفعله، ولكنه مسؤول أيضاً عن الضرر الذي يحدثه بسبب إهماله وعدم تبصره".[267] ولقد عالج المسؤولية المدنية التقصيرية في خمس مواد، في وقت لم تكن الحاجة تدعو إلى أكثر من ذلك.

ثم شهد الفقه والقضاء الفرنسي تطوراً كبيراً، نتيجة التطورات التي تلت الثورة الصناعية، فتوسعا في المسؤولية المفترضة "résponsabilite presumée"حتى كادت تشمل الأفعال الضارة

---

[264]: سيأتي شرح ذلك مفصلاً في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني لهذه الأطروحة ص 143 وما يليها إن شاء الله.

[265] : Tout fait quelconque de l'homme qui cause a autrui un dommage oblige celui par la faute du quel il est arrivé à le réparer.

[266]: الجنحة المدنية le délit civil تعني الخطأ العمد، وشبه الجنحة le quasi délit civil تعني الخطأ غير المتعمد.

[267] : Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.

برمتها، واختلف الفقهاء في أساس المسئولية التقصيرية بين قائل بالخطأ المفترض وقائل بتحمل التبعـة.[268]

ولقد عالج القانون المدني المصري لعام 1949م العيوب التي شابت التقنين القديم، فعرض أحكام المسؤولية التقصيرية في ثلاثة أقسام:

تناول في القسم الأول: المسؤولية عن العمل الشخصي في المواد (163-172) وجعل قوامها الخطأ الواجب الإثبات.

وتناول في القسم الثاني: المسؤولية عن عمل الغيـر في المواد (173-175).

وتناول في القسم الثالث: المسؤولية عن الأشيـاء في المواد (176-178).

وقد صاغ المشرع المصري نصوص المسؤولية المدنية صياغة دقيقة حديثة، بيد أنها لا تختلف كثيراً عن الأحكام المعمول بها في فرنسا، لكنه لم يكتف بالاقتباس من القانون المدني الفرنسي فحسب، بل لجأ إلى تشريعات أخرى وأخذ منها ما يناسبه مراعياً في ذلك البيئة المصرية وأحكام القضاء المصري.

كما أنه لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة بشكل صريح، واكتفى في ذلك ببعض التشريعات الخاصة؛ مثل القانون رقم 89 لعام 1950 الملغي لقانون رقم 64 لعام 1936 المتعلق بإصابات العمل.

وقسم القانون المدني الجزائري المسؤولية التقصيريـة وفق التقسيم التقليدي إلى ثلاثـة أقسـام:

القسم الأول: تناول فيه المسؤولية عن العمل الشخصي في المواد 124 إلى 133، وقد نص في المادة 124 على المسؤولية التقصيرية وجعل قوامها الخطأ الواجب الإثبات.

القسم الثاني: تناول فيه المسؤولية عن عمل الغيـر، حيث نص عليها بالمواد 134 إلى 137.

القسم الثالث: تناول فيه المسؤولية الناشئة عن الأشيـاء بالمواد 138 إلى 140 مكرر[269].

وقد جعلت المادة 134 الخطأ مفترضاً افتراضاً يقبل إثبات العكس، وذلك في حالة مسؤولية متولي الرقابـة.

---

[268]: كما سيأتي بيانه- إن شاء الله- مفصلاً في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني لهذه الأطروحة.

[269]: وذلك بمقتضى القانون المتمم رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

وورد في المادة 136 النص على أن الخطـأ في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مفترض افتراضـاً لا يقبل إثبات العكس، بل ولا يدحض حتى بإثبات السبب الأجنبي، وهنا نلاحظ أن هذه المسؤولية هي أشـد أنواع المسؤولية قسوة، وهي مبنية على النظرية التقليديـة في الخطأ.

وإن كانت المادة 137 تعطي المتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطئاً جسيماً.[270]

وتناولت المادة 138 والمادة 139 المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية، ثم المسؤولية عن حراسة الأشياء الحية على التوالي، وأقامتهما على أساس الخطأ المفترض، الذي لا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي.

كما اشتملت المـادة 140 على نوعين من المسؤوليـة:

النوع الأول: هو المسؤولية عن الحريق، حيث نص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، وأقيمت المسؤولية في هذه الحالة على أساس الخطأ واجب الإثبات.

أما النوع الثاني: يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الضرر الذي يحدث بسبب تهدم البنـاء، حيث إن الخطأ في هذه المسؤولية مفترض، ولكنه افتراض قابل لإثبات العكس في أحد شطريه، وغير قابل لإثبات العكس في شطره الآخر.[271]

ونصت المـادة 140 على مسؤولية المنتج عما أصاب المستهلك من ضرر بسبب عيب في منتوجه، ولو لم تربطه به علاقة تعاقدية.[272]

ونصت المـادة 140 مكرر1 على أنه: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولـة بالتعويـض عن هذا الضرر".[273]

---

[270]: بمقتضى القانون المتمم للقانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م .

[271] :تنص المادة 140 الفقرة الثانية: «مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه. ويجوز لمن كان مهدداً بضرر من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه».

[272]: وذلك بمقتضى القانون المتمم رقم 05-10 السابق الذكر.

[273]: المصـدر نفسـه.

الفـرع الثانـي: نطـاق المسؤولية التقصيريـة

حدود المسؤولية التقصيرية واضحة، كما هي في المسؤولية العقدية ، وهي بشكل عام تتميز عن المسؤولية العقدية بعدم وجود رابطة عقدية أو انتفائها قبل وقوع الضرر، وفيما يلي نسلط الضوء على حالات قيام المسؤولية التقصيرية.

أولاً: حالة بطلان العقد الطبي

نقصد بالبطلان معناه الواسع الذي يشمل البطلان المطلق، القابلية للبطلان، والفسخ والانحلال. وعليه، إذا بطل العقد الطبي لأي سبب من الأسباب التي يقررها القانون، فإن الأصل أن تقوم المسؤولية التقصيرية؛ وتعليل ذلك أنّ بطلان العقد من الناحية القانونية كالعدم؛ فإذا بطل الأصل وهو العقد صير إلى البدل، وهو الالتزامات التي يفرضها القانون.

لكن، في بعض مثل هذه الحالات، يمكن أن يناط عدم تنفيذ العقد بالمسؤولية العقدية، سواء أكان ذلك في مرحلة ما قبل العقد"La période précontractuelle "، أو ما بعده " La période postcontractuelle".

فبالنسبة لمرحلة ما قبـل العقد، فإنه من حيث المبدأ لا يوجد انحلال تعاقدي إذا صدر ضرر ما في مرحلة ما قبل العقد؛ لأن العقد لم يوجد بعد،[274] وإنّ المتضرر في هذه الحالة ليس أمامه إلا اللجوء إلى قواعد وأحكام المسؤولية التقصيرية.

ولذلك فإن عدم قيام المهني كالطبيب مثلاً بواجب الإعلام "L'information" تجاه الزبون البسيط حول جوهر العقد الطبي، أو أدائـه لذلك بطريقة غير سليمة، يرتب على هذا الفعل (أي عدم القيام بالفعل "L'omission") السابق على تكوين العقد المسؤولية التقصيريـة.

وهذا القول يصح إذا نظرنا إلى أن الإخـلال بواجب الإعـلام يؤثر على الرضـا "Le consentement"؛ الذي يعد أحد أركان العقد، ويؤدي إلى بطلانه.

أما إذا نظرنا إلى أن الإخلال بواجب الإعلام يؤثر على تنفيذ العقد، اعتبر ذلك تطبيقاً للمسؤولية العقدية منذ حدوث هذا الإخلال، وإنه لمن المنطقي أن نربط بين العقد وبين مسؤولية الأخطاء التي يمكن أن تنتج في المرحلة التمهيدية التي تشكل عدم تنفيذ حكمي" l'inexécution virtuelle ".[275]

[274]: Com. 28 juin 1988, j.c.p 88, 1i, 319.
[275]: Com. 09 juill 1975, D. 76, 417.

وكذلك الشأن بالنسبة لمرحلة ما بعـد العقد، حينما لا يوجد العقد، وذلك بإنتاجه لآثاره، إما عبر الانحلال أو الانتهاء، فإنّ المسؤولية التي يمكن أن تنشأ فيما بعد بين المتعاقدين السابقين، لا يمكن أن تكون إلاّ تقصيريـة.[276]

ويستثنى من ذلك، ما إذا قصد هؤلاء تنظيم مرحلة ما بعد العقد، فإن كل إخلال بالتزامات متفق عليها يعطي المجال للأضرار والمصالح التعاقدية.[277]

ويمثل لبطلان العقد؛ لمخالفة القانون؛ بإجراء تجارب طبية على الإنسان بهدف غير الشفاء، وبقصد البحث العلمي، فمثل هذا العمل غير مشروع حتى لو تحصل الطبيب على رضا المريض، وهنا تثور أحكام المسؤولية التقصيرية.[278]

ثانياً: حالة امتناع الطبيب وحالات الاستعجال

الأصل أن الطبيب حر في قبوله علاج المريض من عدمه، وفقاً للقواعد العامة الواردة في نظرية الالتزام، إلا أن ظهور فكرة المصلحة العامـة دعت الفقهاء إلى إقرار مسؤولية الطبيب الذي يمتنع عن تلبية الدعوى لعلاج مريض؛ لا يتحمل معها تأجيل العلاج، وذلك إذا كان هدف الطبيب الإساءة إلى المريض، حيث عده البعض تعسفاً في استعمال حقه. وهذا الموقف يستنتج من الظروف الخاصة بالطبيب والمريض. فإذا منع الطبيب ظرف طارئ، تنتفي مسؤوليته العقدية عن التدخل بالعلاج الفوري، وإذا انتفى هذا السبب، تقوم مسؤوليته المدنية على أساس المسؤولية التقصيرية.فإنّ رفض الطبيب زيارةَ مريض، في منطقة نائية، دون عذر قانوني، حيث كان تدخله الفوري ضرورياً؛ لإنقاذ حياة المريض، يوقعه تحت طائلة المسؤولية التقصيرية.[279]

ثالثـاً: الطبيب العامل في مرفق عام

إذا نظرنا إلى الظروف التي يقدم فيها المرفق العام خِدماتِه للمواطنين، فإنه لا يمكن القول بأن المريض اختار الطبيب لعلاجه، حتى ينعقد عقد بينهما، فالطبيب يشكل مركزاً تنظيمياً داخل المرفق الصحي العـ ـام.

---

[276]: يمثل له بالعامل الذي انتهى عقد عمله مع صاحب المصنع الأول، هل يفشي السر المهني لصاحب المصنع الثاني لينافسه منافسة غير قانونية ؟ والجواب كما سلف أن المسؤولية تقصيرية، إلا إذا اتفق في العقد السابق على عدم إفشائه فيـرتب حينئذ المسؤولية العقدية. راجع: Philipe le tourneau, loic cadiet, droit de la responsabilité, p.84

[277]: Ibid, p.74-85

[278]: راجع: د. زروقي الرشدان، الطب في الأردن، خبرة ورأي، ص108.

[279]: راجع: د. أحمد الحياري، المرجع السابق، ص82، د. محمد منصور، المرجع السابق، ص198-199، د. محمد فهر شقفة، المسؤولية المدنية التقصيرية، ص36، د. محمود جلال حمزة، مجلة الرائد العربي، عدد 34، السنة السادسة، 1986، ص78.

ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى القول؛ بأنه لا توجد علاقة عقدية في المرفق الصحي العام بين الطبيب والمريض، أو بين المريض وإدارة المستشفى، وأن المريض ينتفع بالخدمات التي يقدمها هذا المستشفى الذي يديره المرفق العام، وفقاً للقانون واللوائح التنظيمية. وعليه، فلا يمكن إقامة مسؤولية المرفق الصحي العام العقديـة على الأخطاء الطبية التي تمت داخل مؤسساتها.

وذهب القضاء العربي وخصوصاً في مصر إلى أنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار طبيبه، كما لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها؛ لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن في دائـرة المسؤولية التعاقدية.[280]

واستقر القضاء الإداري في الجزائر على تكييف الأخطاء الصادرة في المستشفيات العامة بناءً على المسؤولية التقصيرية.[281]

وبناءً على ما سبق، فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيريـة في هذه الحالـة.[282]

رابعـاً: اقتران الخطأ المدني بالخطأ الجنائي

وذلك في حالة مخالفة الطبيب لالتزامه؛ بحيث تأخذ مخالفته طابعاً جنائياً. وهنا يرى البعض أن للمضرور أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، رغم وجود عقد بينه وبين محدث الضرر، إذا كان الفعل الضار يشكل جريمة جنائية، حيث يصبح من حق المضرور أن يختار- في رفعه للدعوى المدنية- بين البقاء في نطاق المسؤولية العقدية، أو الانتقال منها إلى المسؤولية التقصيرية.[283]

وهناك من يرى أنه عندما يصبح فعل الطبيب منطوياً تحت لواء التجريم، فإن سبب المسؤولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، ومن ثم فالقضاء الجنائي يكون مختصاً بالدعوى المدنية.[284]

---

[280]: راجع: قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 417 المؤرخ في 1969/07/03، أشار إليه: عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ص148.

[281]: راجع:د.أحمد الحيارى، مرجع سابق، ص 28.

[282]: راجع: د. أحمد الحياري، ص83-84، طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص 74-76، د.أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب-مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ص 20.

[283]: انظر: د. سهير المنتصر، المسؤولية عن التجارب الطبية للأطباء، ص67.

[284]: راجع: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص197.

طبق القضاء الفرنسي المبدأ المذكور؛ بمناسبة الممرضة التي تسببت بإهمالها الجسيم في موت الوليد، وبمناسبة نسيان الجراح لأداة من أدوات الجراحة بالجرح؛ مما ترتب على ذلك وفاة المريض، ففي مثل هذه الصور يكون الطبيب مسؤولاً جنائياً أصالة ومدنياً تبعاً.[285]

وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية أنّ المشرع خص كلا من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بأحكام تستقل بها عن الأخرى، وجعل كلا من المسؤوليتين في نطاق محدد... وأنه لا يجوز إذا توفرت المسؤولية العقدية الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدارٍ لنصوص العقد، وذلك ما لم يثبت، ضد أحد الطرفين المتعاقدين، أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر، يكون جريمة جنائية أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً؛ مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، تأسيساً على أنه أخلّ بالتزام قانوني[286]. [287]

خامسـاً: إصابة غير المريض بضرر

هنالك حالات تقوم فيها مسؤولية الطبيب التقصيرية نتيجة أخطاء ترتكب أثناء خضوع المريض للمراقبة أو العلاج تحت إشراف الطبيب أو المستشفى فتؤدي إلى إلحاق الضرر بغير المريض. وذلك كإهمـال هؤلاء في مراعـاة شخص مختل عقلياً، فيصيب الغير بضرر، أو بانتقال عدوى مريض إلى آخر بسبب استعمال الطبيب لنفس الآلة للعلاج مثلاً.[288]

ويبدو هذا الفرض جلياً في الحالات التي يسلم فيها الطبيب للمريض شهادة طبية غير مطابقة للحقيقة "Certificat erroné"، فسواء أكان تحرير تلك الشهادة عن قصد أو تهاون، فإن المسؤولية التقصيرية للطبيب تقوم في مواجهة الغير، الذي أصابه ضرر بسبب تلك الشهادة؛ وذلك مثل تحـرير شهادة مرضية غير مطابقة للواقع للعمال؛ للاحتجاج بهـا في مواجهة جهات العمل أو هيئات التأمين الاجتماعي.[289]

---

[285]: Crim. 12 Dec 1946.1947, Aix, 12 Jan. 1954 D. 1954. 338.

[286]: قرار محكمة النقض المصرية، بتاريخ 1968/04/26، مجموعة الأحكام س 19، ص762، أشارت إليه د. سهير المنتصر، مرجع سابق، ص68-69، هامش (1).

[287]: راجع: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص80-81.

[288]: Civ. 25 Mai 1971, j.c.p. 1971. 16859.

[289]: راجع: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص198، أحمد الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، ص86، طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص80.

سادس ـ أ: الخدمات الطبية المجانية

ذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية على أساس أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، فالواعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب التزامات في ذمته، والموعود له يعلم بهذه النية، فمثل هذه الالتزامات مصدرها اللياقة واللباقة، ولا يتحمل المدين بشأنها إلا واجبات أدبية. وبالتالي، لا ينتج عن هذه الالتزامات سوى المسؤولية التقصيرية.[290]

وفي هذا المعنى يقول "هنري وليون مازو"[291]: إنّ من يبذل عناية مجاناً لا يقصد أن يتعهد بأي التزام، حاله في ذلك حال الناقل بغير أجر. وبناء عليه، تكون مسؤوليته تقصيرية.[292]

إلا أن هناك آراء فقهية ذهبت إلى اعتبار مسؤولية الطبيب تعاقدية، سواء أكانت المعالجة الطبية بأجر أم بغير أجر؛ كأن تكون مقدمة على سبيل التبرع بدافع الزمالة أو الصداقة أو القرابة، بحيث لا يعفى الطبيب من المسائلة التعاقدية عن الضرر الحاصل، كما هو الحال في العلاج الذي يباشره مقابل أتعاب.[293]

ولم يأخذ القضاء الفرنسي – منذ عهد قديم – برأي الفقه الفرنسي، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية "بأن التقليد الذي جرى عليه الأطباء في عدم تقاضي أجر من زملائهم يمكن أن يفسر على أنه إبراء اختياري من دين بني على التبادل، ومن ثم فالعقد الحاصل بين الطبيبين لا يكون من قبيل التبرع".[294]

وهناك رأي حديث في الفقه المصري، ينادي بوجوب الرجوع إلى الملابسات؛ لمعرفة ما إذا كان المريض والطبيب قد انصرفت نيتهما إلى إنشاء التزام على عاتق الطبيب، أم كان قصد الطبيب القيام بالعلاج على سبيل المجاملة فحسب، بحيث إذا تبين وجود عقد في حالة العلاج مجاناً، فإن الطبيب يكون مسئولاً؛ طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية، في حالة ارتكاب خطأ في جانبه.[295]

---

[290]: راجع: عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقانون، ص1387.

[291]: فقهاء فرنسيون مختصون في القانون الخاص.

[292]: راجع: د. حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص66.

[293]: انظر: طلال عجاج، مرجع سابق، ص77، ومنذر الفضل، المسؤولية الطبية، بحث مقدم لجامعة عمان الأهلية بالأردن، 1993؛ ص8.

[294]: قرار 1938/01/18 أشار إليه د. حسن الأبراشي، مرجع سابق، ص67.

[295]: راجع: د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، ص56، حسن الأبراشي، مرجع سابق، ص66، طلال عجاج، مرجع سابق، ص78، أحمد حياري، مرجع سابق، ص87.

الفـرع الثالـث: مسؤولية الطبيب التقصيرية عن فعل الغير (علاقة التبعية)

مما لاشك فيه أن روح التشريع الذي ينظم أحكام المسؤولية التقصيرية بشكل عام، تتجه دائماً إلى حماية المضرور؛ لأنه غالباً هو الطرف الضعيف.

وبناء عليه، نعالج هذا الموضوع في النقاط التالية:

أولاً: النص القانوني

اقتفى القانون المدني الجزائري في المادة 136 أثر القانون المدني الفرنسي[296] في المادة 1384 في تناوله لهذا الموضوع حيث عرفه بقوله: "يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعاً منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو مناسبتها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه، متى كان التابع يعمل لحساب المتبوع".[297]

فالمشرع – تيسيراً على المتضرر – حدد من توجه إليه دعوى المسؤولية ودعوى الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته.

ثانياً: شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

يقتضي لانعقاد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، تطبيقاً للنصوص السابقة، توافر الشروط التالية:

1. وجود علاقة تبعية بين التابع المسئول عن الضرر، وبين المتبوع المسئول عن تعويض هذا الضرر. ويقصد بالعلاقة التبعية بين شخصين أن يكون أحدهما خاضعاً للآخر، ويتحقق ذلك إذا كان للمتبوع على تابعه سلطةٌ فعلية في الرقابة والتوجيه، ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه.

ولا يشترط في علاقة التبعية وجود علاقة عقدية أو دفع أجر للتابع، كما لا يشترط أن يكون التوجيه من الناحية الفنية، بل يكفي لقيامها توجيه التابع من الناحية الإدارية، وتوافر حالة خضوع التابع لرقابة المتبوع وتعليماته.

فالممرضة تابعةٌ للطبيب في عيادته الخاصة، والطبيب تابع لإدارة المستشفى الخاص أثناء علاج المرضى، والصيدلي تابع لمالك الصيدلية.[298]

2. ارتكاب التابع خطأً يسبب ضرراً للغير، وأن تكون هنالك علاقة بين الخطأ والوظيفة التي يقوم بها التابع، بمعنى ارتكاب الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها.[299]

---

[296]: القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1803/3/14م المعدل بآخر تعديل له في 2008/01/01م.

[297]: قانون رقم 05-10 مؤرخ في يونيو 2005.

[298]: راجع: د. بلحاج العربي، نظرية الالتزام، 318/2-323، د. أحمد الحياري، المرجع السابق، ص88-89.

[299]: راجع: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني: 260/1.

لكن ذهب بعض الفقهاء إلى أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه انتقلت إلينا وهي مشبعة في جوهرها بآثار الروح الفردية والبرجوازية التي كانت تسود المجتمع الفرنسي.

وعليه، فمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي مسؤولية ذاتية، وليست عن الغير، كما يقول أغلب الفقهاء، ولذا لا يشترط أن يكون الضـرر الواقع من التابع صادراً عن خطـأٍ؛ بمعنى يكفي أن يحدث الضـرر بالغير ولو لم يخطـأ التابع، ما دام يقوم بنشاطه خلال تأدية وظيفتـه أو بسببها لانعقاد مسؤولية المتبوع. أما لو وقع الضرر منه بالغير ولو عن غير خطأ خارج إطار تأديته لوظيفته أو بسببها، فإن المسؤولية تسند إليه-أي التابع- وليس إلى المتبوع؛ لانعـدام علاقة التبعيـة في تلك الحالة.[300]

[300]: راجع: د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ص175-176.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من المسؤولية المدنية في المجال الطبي

ترى ما موقف الفقه الإسلامي من التقسيم الثنـائي التقليدي الغربي للمسئولية المدنية ؟ وهل في قواعد الشريعة الكلية و نصوصها الجزئية، فضلاً عن نصوص فقهاء المذاهب الإسلامية ما يوحي بوجوده لفظاً كان أو معنى ؟

المطلب الأول: نظرية المسئوليتين العقدية والتقصيرية مستنبطة من الأحكام والقواعد المقررة في الفقه الإسلامي

لما كانت الشريعة الإسلامية تنيط أحكامها بالأوصاف والمعاني دون الأسماء والأشكال -كما بينا سابقا -[301] فإن لفظي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يعتبر نشازا عن قاموس الشريعة الإسلامية إذا نظرنا إليهما من حيث الصياغة والشكل، ولكن إذا أمعنا النظر في كنههما ومعناهما وجدناهما يقابلان مفهوم لفظ الضمان المقرر لجبر الضرر في الفقه الإسلامي.

"إن المسؤولية الطبية لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية فحسب، بل كان لها فيها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره، أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية في العصر الحديث"[302].

وللضمان في الفقه الإسلامي إطلاقات متعددة، يهمنا منها ما يتعلق بمسؤولية الضامن عن مخالفة التزاماته العقدية (وهذه مسؤولية عقدية) أو إتيانه أي فعل ينجم عنه ضرر للغير، أو إحداثه هذا الضرر بالغير (وتلك هي المسؤولية التقصيرية)، والاثنان معا يشكلان ما يعرف وضعاً بالمسؤولية المدنية.

ويشير البعض إلى أنه " لا يمكن القول إن هناك نظرية في المسئولية العقدية في الفقه الإسلامي، على النحو الذي رأيناه في الغربي. وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسئولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، وهذا هو شأننا في المقابلات التي نجريها ما بين الفقهين"[303].

وبناء عليه، فإن موجبات التعويض في المجال الطبي، من وجهة نظر الفقه الإسلامي، لا تكاد

---

[301]: راجع: المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب التمهيدي الخاص بخصائص التشريع الإسلامي، ص 35.

[302]: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، ص46.

[303]: د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 138/6.

تختلف عنها في الفقه القانوني، سواءً كانت محكومةً بعقد تم الإخلال به، أم كانت ناشئةً عن فعل ضار، تمثل في واقعة من الوقائع المنشئة للحق، وهذه الوقائع تتداخل في بعضها تداخلا كبيرا، حتى إنه ليصعب في كثير من الأحوال الفصل بينها، ولكنها تنحصر في الفقه الإسلامي في الغالب تحت مسمى "التعدي". يضاف إليه ما يحصل من ضررٍ بالمريض، وكان للطبيب بذلك علاقة سببية، سواء كانت بطريق المباشرة أم التسبب، وسيأتي بيان ذلك لاحقاً.[304]

وتجدر الإشارة إلى ما سيأتي بيانه[305] من أن المسؤولية التعاقدية للطبيب ينطبق عليها القواعد العامة للإجارة على الأعمال، وهي السائدة في كل المهن التي يلتزم فيها صاحب المهنة بأداء منفعة للمتعاقد محددة بإنجاز معين. وقد يكون التعامل على أساس الإجارة الخاصة التي يسمى مقدم المنفعة "الأجير الخاص"، وذلك حين يرتبط خلال مدة معينة بألا يعمل لغير من تعاقد معه. وحينما تكون الإجارة عامة، يسمى الطبيب بـ"الأجير المشترك"؛ وهو الذي يقدم منفعته لعامة الناس مقابل أجره متفق عليها.[306]

المطلب الثاني: مسئولية الطبيب العقدية والتقصيرية في الفقه الإسلامي

إن كان الفقه الإسلامي يقسم الضمان إلى ضمان عقد وضمان إتلاف فإن بعض الباحثين فرقوا بين بيان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون، حيث قصروا ضمان العقد على إتلاف المال، بينما يكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد.

وفي ذلك يقول الشيخ علي الخفيف -رحمه الله- : "كما تبين أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء، غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي. فضمان العقد ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضات عن المال التالف، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد ... وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلا أن يمتثل، أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال، فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية ...؛ لأن

---

[304]: راجع: المطلب الأول من المبحث الثاني للفصل الأول ضمن الباب الثاني.

[305]: راجع: المطلب الأول الخاص بتكييف العقد الطبي من المبحث الثاني في الفصل القادم.

[306]: راجع: د. عبد الستار أبو غدة، فقه الطبيب وآدابه، ص. 156.

أساس التعويض في نظر الفقهاء مقابلة المال بالمال ... وعلى هذا الأساس، فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي ..."[307]. ويتفق الدكتور فتحي الدريني، والدكتور وهبة الزحيلي مع رأي الشيخ علي الخفيف[308].

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري –رحمه الله- بأنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية في الفقه الإسلامي للمسؤولية العقدية على النحو السائد في الفقه الغربي، إذا ما قورن بنظيره الغربي، حيث إن الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي الضر المادي يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك منفعـة أو عمل أو أي أمر آخر...ولا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً...ومتوقعاً . أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون الضمان مالا متقوما في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه؛ فلا تعويض على المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محدودة... ومن باب أولى لا تعويض عن أي خسارة تحملها الدائن أو أي ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن.[309]

أما ضمان الإتلاف أو التعدي الذي يقابل المسؤولية التقصيرية بالتعبير القانوني الحديث، فإن قواعد الشريعة الإسلامية تقبله، فما فتئ علماء الفقه الإسلامي يؤكدون على وجوب ضمان الطبيب لما يتلفه في صور كثيرة؛ منها أن يكون جاهلا لقواعد الطب، أو غير حاذق، أو قصر في التطبيب، أو طبب المريض بلا إذن منه؛ كما لو ختن صغيراً بغير إذن وليه، فأدى ذلك إلى تلف أو عيب، أو جاوز الموضع المعتاد، فإنه يضمن في كل ذلك ما ترتب عليه.[310]

وفي المقابل، فإن هنالك نصوصاً فقهية، خصوصاً لدى فقهاء المذهب الحنفي، توحي بوجود المسئولية العقدية في الفقه الإسلامي، ومن ذلك حينما يخالف شرطـاً اتفق عليه بالعقد، أو يخالف العقـد من أساسه، وفي هذا يقول صاحب بدائع الصنائع[311]: "ما يضمنه الأجير المشترك[كالطبيب] يضمنه بالعقـد لا بالإفساد والإتلاف؛ لأنّ ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي،

---

[307]: الضمان في الفقه الإسلامي، ص19-20 .

[308]: راجع: النظريات الفقهية د. فتحي الدريني، ونظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي .

[309]: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 168/6 ، الوسيط في القانون المدني: 271/1؛ 796.

[310]: راجع: حاشية ابن عابدين: 43/5، مختصر الطحاوي 129، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 375/5، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل: 320/6، الشرح الصغير: 505/4، ونهاية المحتاج737/2، وأسنى المطلب: 427/2، المغني مع الشرح الكبير: 120/6.

[311]: هو إمام الحنيفة علاء الدين الكاساني رحمه الله.

وأنّ وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالإتلاف"[312]. وقال صاحب البحر الرائق:[313] "ولا يضمن حجـام أو فصاد أو بزاغ-أي بيطار- لم يتعـد الموضع المعتـاد؛ لأنه التزمه بالعقـ ـد، فصار واجبـاً عليه، والفعل الواجب لا يجامعـه الضمـان".[314] وفرق صاحب المبسوط بين ضمان العقد وضمان الجناية عرضاً، وهو يقرر مسئولية الطبيب العقديـة، حيث قال: "وأما فعل الفصاد والبزاغ فإنه مضمون ضمـان عقـد، ولكي لا يتولد ضمان الجنايـة من ضمان العقـد".[315]

إذن، نستخلص مما سبق أن الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية بالمعنى الدقيق لها في غير المجال المالي، فكان من الطبيعي أن يكيف الخطأ الطبي على أساس المسؤولية التقصيرية بما تتضمنه من عمل غير مشروع أو تعـدي.

وفي ذلك يقول صاحب المبدع[316]-رحمه الله-: "ولا ضمان على حجام ولاختان ولا بزاغ ولا طبيب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم... واقتضى ذلك أنهم إذا لم يكن لهم حذق في الصنعة أنهم يضمنـون؛ لأنه لا تحـل لهم مباشـرة القطع، فإذا قطع فقد فعل محرمـاً فيضمن سرايتـه".[317]

ولكن هذا لا يمنع من إعادة النظر في هذه المسألة، بالقول إن الفقه الإسلامي يعرف المسئوليتين العقدية، تأسيسها على نصوص السـادة الحنفيـة؛ لأن الاختلاف فيها –كما يبدو- يعود إلى الأعراف والبيئات والقرائح، وبالتالي، يصح أن نطلق عليه اختلاف عصرٍ وزمانٍ لا اختلاف حجةٍ وبيانٍ، وهذا فضلاً عن المسئولية التقصيريـة.

وقد أصاب في اعتقادي من جمع بين المسؤوليتين بقوله: "محل الضمان هو: ما يجب فيه الضمان سواء أكان الضمان ناشئاً عن عقد، أم كان ناشئًا عن إتلاف ويد".[318]

---

[312]: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 212/4.

[313]: هو زين الدين ابن نجيم الحنفي رحمه الله.

[314]: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 33/8.

[315]: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخبي الحنفي، المبسوط: 149/26.

[316]: هو أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي.

[317]: المبدع: 110/5.

[318]: الموسوعة الفقهية الكويتية: 228/2.

وعلّق البعض على مشروعية الضمان بقوله تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها»[319] فقال: ووجه الاستدلال: أنّ الله تعالى أوجب أداء الأمانة بصريح الأمر، وهذا يستلزم شغل الذمة به، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب، وهذا لا يتصور، وشغل الذمة به مما يتحقق به الضمان الذي يستوجب الأداء. وعلى هذا، فالضمان بنوعيـه ضمان إتلاف؛ وضمان العقد يشمله عمـوم الآيـة.[320]

وإن ما يدعو إلى انعقاد مسؤولية الطبيب المدنية واستحقاقه للأجر هو قوله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان"[321]؛ أي إن استحقاق الخراج أي غلّة الشيء كأجرة الطبيب، إنما تكون مقابل تحمله خسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك.

وبناء عليه قرر العلماء قاعدة "الغرم بالغنم"، التي تفيد أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً.[322]

ومع اتفاق العلماء على رفـع مسؤولية الطبيب بانتفـاء موجبها ، فقد اختلفوا في تعليـل رفع هذه المسؤوليـة.

فرأى الحنفيـة أن العلة ترجع إلى الضرورة الاجتماعية، وإذن المجني عليه أو وليه. ويقصد بالضرورة الاجتماعية، القوة الدافعة إلى عمل الطبيب التي تقتضي تشجيعه وعدم التقييد والتشديد في شأنه، بل وإباحة العمل له ورفع المسؤولية عنه ؛كي لا يحجم عن القيام بالواجب، لأن في

---

[319]: سورة النساء: الآية: 58.

[320]: د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ص197.

[321]: أخرجه غير ما أحد من الأئمة، وتكلم البعض في سنده؛ فاستغرب البخاري بعض طرقه وأنكر البعض الآخر وقال ابن حزم وابن الجوزي: لا يصح، وصححه بعضهم كما سيأتي. وخير من علّق على هذا الحديث الإمام الشوكاني في النيل فقال: "رواه الخمسة =وأخرجه أيضاً الشافعي وأبو داوود الطيالسي وصححه الترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن القطان، ومن جملة من صححه ابن خزيمة كما حكي ذلك عنه في بلوغ المرام وحكي عنه في التلخيص أنه قال: لا يصح وضعفه البخاري.

ولهذا الحديث في سنن أبي داود ثلاث طرق: اثنتان رجالهما رجال الصحيح والثالثة قال أبو داود: إسناده ليس بذاك. ولعل سبب ذلك أن فيه مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي وقد وثقه يحي من معين وتابعه عمر بن علي المقدمي وهو متفق على الاحتجاج به". وقال ابن سلامة في شرح معاني الآثار: فتلقى العلماء هذا الخبر بالقبول. وقال الترمذي في إحدى طرقه: حسن صحيح، وقال في إسناد آخر: حسن غريب : راجع سنن أبي داود: 284/3، كتاب الإجارة باب من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً رقم 3508؛ 3509؛ 3510، ابن حجر، تلخيص الحبير: 22/3 رقم 1189، وابن الجوزي في العلل المتناهية: 596/2 ،رقم 982،و ابن حزم في المحلى:250/5،و شرح معاني الآثار:22/4؛ وصحيح ابن حبان: 298/11 كتاب البيوع باب خيار العيب رقم 4927، وسنن الترمذي: 581/3، رقم 1285، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري عبداً ويستغله ثم يجد فيه عيباً.

[322] : راجع: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام: 1036/2؛ 1038.

إحجامه ضرر كبير بالمجتمع. وإذن المريض أو وليه هو قبول من المريض بإجراء المعالجة له، فكأنما هو رضاء منه برفع المسؤولية.[323]

وذهب المالكيـة و الشافعيـة إلى أن علة رفع المسؤولية عن الطبيب، أن يأتي فعله بإذن المجني عليه (المريض) أو وليه، وأن يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به، فإن فعل ذلك كان عمله مباحاً لا تترتب عليه المسؤولية، ولأن فعل الطبيب مظنونُ النتيجة؛ فكأن المريض إذ أذن للطبيب بالعلاج غرر بنفسه على حد تعبير المالكية، فتنتفي مسؤولية الطبيب، اللهم إلا إذا خالف أصول الفن، أو أخطأ في فعله. [324]

ويتفق الحنابلـة مع المذهبين السابقين بهذا التعليل مع إضافة أن يكون فعل الطبيب بإذن الحاكم أو من له ولاية عليه، فلا يضمن حينئذٍ، لأنه فعلٌ مأذون فيه شرعاً من طرفِ ولي الأمر؛ كإذن وزارة الصحة في إجازة الطبيب بالعمل، إذا استجمع شروط الكفاءة التي تؤهله للتطبيب، ومعيار هذه الكفاءة ترجع إلى ولي الأمر، وإذنه شرطٌ لانتفاء مسؤولية الطبيب، وهو رأي يتفق مع ما جاء في القوانين الوضعية الحديثة.[325]

---

[323] : راجع: بدائع الصنائع، 305/7.

[324] : راجع:حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير للدردير:375/5 وما بعدها،بداية المجتهد، ص 676، الرملي، نهاية المحتاج 35/8.

[325] : راجع: المغني، 313/5.

الفصل الثاني: تكييف المسؤولية المدنية للطبيب

المبحث الأول: تكييف المسؤولية المدنية للطبيب في الفقه الوضعي

توطئـة:

المسؤولية المدنية هي مهد المشكلات في القانون المدني ولا تزال تمثل مجالاً واسعاً للاجتهاد، فلم توضع قواعدها وأحكامها دفعة واحدة، بل وضعت متناثرة بمناسبة الأقضية المتباينة التي عرضت على المحاكم على مر الأزمة والتي كتب الفقه منها كثيراً، مسترشداً بما تمليه العدالة والمنطق القانوني.[326]

وقد احتار فقهاء القانون في إسناد الخطأ الطبي والتعويض عن الضرر الناشئ عنه إلى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

وحصل ذلك نتيجة لاضطراب الأحكام القضائية في فرنسا ومصر خصوصاً في القرن 19م. ويرجع ذلك إلى طبيعة ما يلتزم به الطبيب، خصوصاً في حالة التزام الطبيب ببذل عناية، وإلى ما يترتب على ذلك من زوال الفرق في عبء الإثبات بين نوعي المسؤولية.[327]

وانتهى القضاء الفرنسي إلى تكييف مسؤولية الطبيب المدنية على أنها مسؤولية تعاقدية، كما قرر القضاء المصري لفترة طويلة من الزمن على أنها مسؤولية تقصيرية، وسيأتي بسط ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: المسؤولية العقدية

الفرع الأول: مفهومها فقهاً

إن المريض إذا اتجه إلى الطبيب يعرض مصلحته، ويكشف له بعض أوجاعه ومتاعبه، ملتمساً منه المساعدة والتطبيب، فهذا يعني أن هناك تبادلاً للرضا قد تم، وأنّ عقداً قد انعقد، ويعتبر العقد مصدراً للالتزامات المتقابلة.

---

[326] : راجع: د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، 1989، ص2 وما بعدها.

[327] : انظر: الأستاذ سليمان مرقس: تعليقات على الأحكام في المواد المدنية (مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى)، بمجلة القانون والاقتصاد التابعة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص162-165، السنة السابعة، العدد الأول، ذو القعدة سنة 1355 هـ ، يناير عام 1937م.

فالمسؤولية التعاقدية تقوم بين الطبيب والمريض، ما دام قد ارتبطا فيما بينهما برباط عقدي حتى لو كان العقد شفهياً أو ضمنياً.[328]

وهذه العلاقة تكيف على أنها مسؤولية طبية عقدية، وذلك لأن الطبيب الممارس إما بفتحه لعيادته، ووضعه للوحة إشهارية يبين فيها صفته الطبية وتخصصه أو انضمامه إلى جمعية مهنية، أوملئه لاستمارة يفرضها القانون لممارسة مهنة الطب، يعتبر الطبيب كمن قدم إيجاباً موجهاً للجمهور "Une offre adressant au public"؛ وبالتالي فإن أي شخص يقبل بهذا العرض إنما يبرم عقداً مع الطبيب بصفة طبيعية وتامة، وله أن يطعن في تصرفاته إذا شكلت خرقاً لالتزاماته التعاقدية.[329]

ويرى الرأي السائد في الفقه المعاصر أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما كان الطبيب قد بدأ في علاج المريض بناء على طلبه أو طلب نائبه حتى ولو كان فضولياً، ونتج عن ذلك ضرر المريض، فيعتبر الطبيب مخلاً بالتزاماته التعاقدية، وبالتالي تنشأ عن ذلك المسؤولية العقدية.[330]

وقد رجع شراح القانون في فرنسا منذ أوائل القرن العشرين إلى تكييف مسؤولية الأطباء بشكل صحيح، واكتشفوا خطأ الاتجاه القائل بالمسؤولية التقصيرية، حيث اعتبروا مسؤولية الطبيب تعاقدية مصدرها الاتفاق بين الطبيب والمريض، واتفقوا على أن المحاكم لابد أن تعود إلى هذا التكييف عندما تعرض عليها المسألة في صورة تكون فيها للتفرقة بين المسؤوليتين التعاقدية والتقصيرية أهمية عملية.[331]

ومال غالبية الفقه العربي وخصوصاً في مصر إلى اعتبار المسؤولية الطبية تعاقدية إلا في حالات معينة؛ كإهمال الطبيب في مراعاةِ وعلاجِ شخصٍ مختلٍ عقلياً فيصيب الغير بضررٍ، وحالةِ إصابةِ الغيرِ من عدوى المريض تحت رعاية الطبيب، أو بسبب استعماله نفس الآلة للعلاج.[332]
ويؤكد أصحاب هذا الاتجاه – أي مسؤولية الطبيب العقدية – حججهم:

---

[328] : انظر: د. رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء، ص254 .

[329] : M.R Cohin – L'abstention fautive en droit civil et pénal, p.173.

[330] : انظر: د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، 384/2.

[331] :راجع: المرجع نفسه، (60/2)، د.عبد السلام التو نجي، المسؤولية المدنية- مسؤولية الطبيب في القانون، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، أحمد حسن عباس الحيارى، ص32-33، والمسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، للقاضي طلال عجاج، ص55.

[332] راجع: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص200، د.أحمد حيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص34.

1. أنه حتى في حالات الاستعجال، يعتبر الطبيب في حالة إيجابٍ دائم موجه إلى الجمهور، ولا يستثنى منه إلا إذا كان تخصصه لا يسمح له بالتدخل للعون والمساعدة، وإن استدعاء المريض له فيها عدا ذلك يعد قبولاً.

2. وإن القول بجهل المريض لماهية ما يتعاقد عليه مع الطبيب من العلوم الطبية مردود عليه، لأن المريض عند إبرامه للعقد مع الطبيب يأخذ على عاتقه أنه يبذل ما يلزم من العناية بالوصف الذي ذكرناه آنفاً.

3. وإن العقد الطبي إذ يقتضي حماية المريض التي هي من قواعد النظام العام في القانون، لا يخرجه من دائرة الالتزامات التعاقدية، إلى دائرة الالتزامات المفروضة قانوناً؛ المرتبطة بالمسؤولية التقصيرية، وإن كان يضع حدا أدنى لا ينبغي تجاوزه يتمثل في العناية اللازمة.

4. وإن القول بأن خدمات الطبيب غير قابلة للتقدير المادي مجانب للصواب؛ لأن الأطباء ما فتئوا يطالبون بدفع الأجر نظير التزامهم بعلاج المريض، وتبقى العلاقة تعاقدية حتى لو عالج الطبيب المريض بلا عِوض على سبيل الصداقة أو المجاملة.[333]

الفـرع الثانـي: مفهومهـا قضـاءً

تعرض القضاء الفرنسي إلى تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب عن أخطائه قديماً، حيث قرر عام 1839م أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية، وأن التزام المريض بدفع الأجر للطبيب يعد تعاقدياً.

ثم عدل عن ذلك لمدة قرن من الزمن، فكان يطبق المسؤولية التقصيرية، بيد أن غالبية رجال الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه (جوسران) ما فتئوا ينادوا القضاء الفرنسي لاعتماد المسؤولية العقدية عن الأخطاء الطبية بدلاً من المسؤولية التقصيرية.

وقد أثمر جهادهم، وصدق حدسهم، حيث تبنى القضاء الفرنسي المسؤولية التعاقدية عن الخطأ الطبي واستقر عليه، حيث عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى تتلخص وقائعها في أن زوجة الأستاذ "ميركير" أصيبت في وجهها بالتهاب مخاطي نتيجة علاجها بأشعة (x)، ورفعت دعوى المسؤولية على الطبيب "نقولا" بسبب ارتباط حالتها بالعلاج الذي تلقته،من هذا الطبيب الذي يعتبر إهماله عن غير قصد مخرجاً لتصرفه من الدائرة الجزائية إلى الدائرة المدنية. وكان أمام

---

[333] : أنظر: أحمد الحيارى: المسؤولية المدنية للطبيب، ص35-37، د. علي حسن نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، ص340-341، د. وفاء حلمي أبو الجميل، الخطأ الطبي، ص19، ، د.حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، ص 56.

القضاء قبول الدعوى والحكم فيها، إما على أساس المسؤولية التقصيرية، وإما على أساس المسؤولية العقدية، وهذا الأساس الأخير؛ وهو المسؤولية العقدية، هو الذي استندت إليه محكمة النقض الفرنسة في حكمها الشهير الصادر بتاريخ **1936/05/20** في هذه الدعوى.

ولولاه كان حق المريضة في الدعوى ستسقط بالتقادم بعد مرور ثلاث سنوات، في حال الاستناد إلى الخطأ التقصيري للطبيب، وهو ما كان يتمسك به الطبيب أثناء المحاكمة، إلا أن المحكمة اعتبرت أن خطأ الطبيب ناتج عن إخفاقه في تنفيذ العقد الطبي المبرم بينه وبين المريض، قبل وقوع الخطأ. وعليه، قضت محكمة النقض الفرنسية في هذه الدعوى بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تعاقدية، لا تسقط بسقوط الدعوى العامة.[334]

وقد قالت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم بأنه: "يتكون بين المريض وطبيبه عقد حقيقي، لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض حتماً، وإنما يلتزم بأن يبذل جهوداً صادقة ومخلصة مصدرها الضمير، ومؤادها اليقظة والانتباه، وهذه الجهود يقتضي أن تكون مطابقةً – في غير الحالات الاستثنائية – للأصول العلمية الثابتة".[335] وتضيف المحكمة في ذات الحكم: "وأنّ الإخلال حتى غير المقصود بهذا الالتزام التعاقدي، يترتب عليه مسؤولية من نفس النوع، تعاقدية أيضاً".[336]

واستقر القضاء من نفس المحكمة على الحكم بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تعاقدية.[337] واتبعت جهات ودرجات القضاء الأخرى لنفس الحكم،[338] وتبنى الفقه نفس الاتجاه.[339]

أما القضاء في مصر فقد اعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية،[340] فالطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في العلاج، ومسؤوليته هذه تقصيريـة، بعيدة عن المسؤولية العقدية. وإن قضى في بعض الأحوال بالمسؤولية العقديـة، إلا أن الأصل والمبدأ العام السائـد في القضـاء المصري هو الاستناد إلى المسؤوليـة التقصيريـة.[341]

---

[334] : أنظر: القاضي طلال عجاج، المرجع السابق، ص55-56، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، (2/60-61)، عبد المعني جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية، ص25، الكتاب الثاني .

[335] : راجع: د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ص96.

[336] : Cass. 20 Mai 1936 D. 1936.1.88 Note E.P.

[337] : Cass. 18 Jan 1938 G.P. 1938, 27 Mai 1940.
D. 1941 P.33 Note Nast, 31 Mai 1960 D. 1960, P.571

[338] : Paris 18 Mars 1938 D. 1938, P.337, Bordeaux, 11 oct 1938 D. 1939, P.28.

[339] : Lambart, le médecin devant ses sugés, 1973, ENC. Dalloz Médecin N 335 et s.

[340] : أنظر: قرار المحكمة العليات المصرية: 1936/06/27 الذي أشار إليه د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، ص91.

[341]:سيأتي تفصيل هذا في المطلب القادم، انظر: د. محمد منصور، المرجع السابق، ص193، طلال عجاج، المرجع السابق، ص57.

أما "بالنسبة للجزائـر فإن التطبيقات العملية لفكرة المسؤولية التعاقدية عن أخطاء الطبيب المهنية قليلة جداً، وأن المحكمة العليا في الجزائر لم تضع أي مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب".[342]

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية

وسأتناولها في فرعين كما يلي :

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية فقهاً

انقسم الفقه في فرنسا والبلاد العربية حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب، فمن قائلٍ بأنها مسؤولية عقدية، ومن قائلٍ أنها تقصيرية، بينما ذهب البعض إلى القول إن المسؤولية العقدية والتقصيرية، المترتبة عن أخطاء الطبيب الفنية، ذات طبيعة واحدة، تمثل نوعاً واحداً من التقصير، ولا فرق بين الالتزام القانوني والالتزام العقدي؛ لأن العقد يقوم مقام القانون بين المتعاقدين.[343]

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الأخطاء الناتجة عن خطأ الطبيب في ممارسته لعمله، والأضرار التي يسببها للمريض، ترتب عليه المسؤولية التقصيرية، ومبررهم في ذلك هو أن مدى التزام الطبيب التزام ببذل عنايـة، لهذا يجب أن يخضع لأحكام هذه المسؤولية.[344]

وفي الواقع فإن هذا الاتجاه الفقهي يعارض الغالبية العظمى من الفقه في فرنسا، القائل بقيام مسؤولية الطبيب العقدية، ويعارض أيضاً قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر في 1936/05/20، الذي طُبق فيه على خطأ الطبيب المسؤولية العقدية.

ومن أنصار نظام المسؤولية التقصيرية بعض الفقهاء مثل ديمولومب (Demolombe) وغويار (Guilloward) ولارومبيار (Larombière). حيث يدعو هذا الاتجاه الفقهي إلى تطبيق المسؤولية التقصيرية على خطأ الطبيب حتى في حالة وجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض، ويرى أن العقد يقضي بأن يلتزم المريض بدفع الأجر للطبيب فحسب، وليس من أثرٍ يقابل هذا الالتزام بالنسبة للطبيب.

---

[342] : د. رايس محمد، مرجع سابق، ص255.

[343] : أنظر: أحمد الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص18. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، د. محمد فهد شفقة، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، ص135، السنة 36، العدد 5ز 1991.

[344] : راجع: أحمد الحيارى، الرجع السابق، ص19.

" ويرى أن ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية، بإقرارها المسؤولية العقدية للطبيب في قرارها الشهير عام 1936، تجنب تطبيق مادة 638 من القانون الجنائي الفرنسي الخاصة بالتقادم الثلاثي، حيث هدفت إلى الحكم فقط بإخضاع الدعوى المدنية للتقادم الطويل، وليس ثمة سبب فني آخر للذهاب إلى ما أتت به هذه المحكمة، حيث تسببت بإدخالنا في تناقض، فالفعل الواقع من الطبيب فعل واحد، مكونٌ لجريمة ذات مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية في آن واحد، ولا يوجد أساس للتمييز بين هاتين المسؤوليتين عن الفعل المرتكب. كما أن تطبيق المسؤولية العقدية بدلاً من المسؤولية التقصيرية لا يجني أية فائدة للمجني عليه، وأن العقد هنا مفترض وأنه غير موجود في جميع الحالات.[345]

وذهب بعض الفقهاء في مصر في اجتهادهم – على عكس الغالبية – إلى أن مسؤولية الطبيب ذات طابع تقصيري، على اعتبار أن طبيعة العمل الطبي تستمد أصولها من القواعد القانونية بالتزام الطبيب للحيطة والحذر وأن تكون تصرفاته مطابقة للأصول العلمية الثابتة، وإخلاله بهذا الالتزام يستوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.[346]

وأما الفقه في الجزائر فإنه أمام التوجه القضائي الجزائري الذي اعتمد في كثير من أحكامه وقراراته القضائية – التي سيأتي ذكر طرف منها- المسؤولية التقصيرية، وأثر عنه القول بأن المسؤولية التقصيرية هي جزاء عام يرتبه القانون على من أخطأ وسبب ضرراً للغير؛ فهي إذن الأصل العام، الذي يجب تطبيقه. أما المسؤولية العقدية فهي استثناء، لا يسري إلا إذا كان بين الدائن والمدين عقد، أخل المدين بأحد التزاماته.[347]

احتج القائلون بالمسؤولية التقصيرية لخطأ الطبيب بجملة من الحجج أهمها:

1. إن القول بوجود رابطة عقدية بين الطبيب والمريض قد لا يستقيم في كل الحالات، وذلك كما لو أصيب المريض بحادث مفاجئ أفقده وعيه، أو جعله عاجزاً عن التعبير عن إرادته بغياب من يمثله قانوناً، فإن تدخل الطبيب لعلاجه دون وجود اتفاق سابق يعتبر حينئذ في حالة واجب، تكفل النظام القانوني بتحديدها ، وبناء عليه، فإذا حصل خطأ من طرف الطبيب فإنه خطأ تقصيري

---

[345] :انظر: أحمد الحياري، المرجع السابق، ص19-20، ود.محسن عبد الحميد البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص61؛ د. سليمان مرقس، الوافي:61/1.

[346] : أنظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص58، و د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ص98، ود. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام:280/2.

[347] : راجع:د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص118-119.

محض؛ بسبب انعدام العلاقة العقدية. ويقاس عليه تحرير طبيب لتقرير طبي مناف لواقع الحالة الصحية بهدف إعفاء شخص من الخدمة العسكرية مثلاً.[348]

2. إن العلاج يتعلق بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة الأشخاص الذي هو مرتبط بمصلحة المجتمع، وإنّ أي اعتداء على ذلك يعد مساساً بالنظام العام، إلا إذا رخص القانون ذاته للطبيب بمباشرة تلك الأعمال وفق الشروط والقواعد التي يحددها، فيجعل أعمالهم مباحة؛ وبالتالي فإن هذه الاعتبارات تجرنا إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية، دون غيرها، إذ إن العقد لا يبرر المساس بما هو من النظام العام ، ولا يبيح عملاً لم يجزه القانون ولم يأذن به.

3. إن انفراد الطبيب بمعرفة أصول الطب، ومستواه العلمي الدقيق، وتخصصه في مجال فنه، لا يسمح للمريض، وخاصة إذا كان من عامة الناس، أن يقدر الأمور حق قدرها وأن يناقش تفاصيلها؛ ومن ثم فلا يفترض أن يقوم بينهما التزامات في إطار عقدي لا صراحة ولا ضمناً، وبالتالي فإن مهنة الطب ذات طبيعة فنية بحتة، لا يمكن أن تكون محلاً للتعاقد، ولا قابلة للتقدير المادي.[349]

4. بالرجوع إلى القواعد القانونية نجد أن المشرع يعامل المدين الذي في حالة غش معاملة تخضع للقانون على الرغم من وجود عقد بين المتعاقدين، والعدالة هنا تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد مبرم بينهما.

5. إذا اقترن تنفيذ العقد بارتكاب جريمة جنائية، تطبق على العقد أيضاً أحكام المسؤولية التقصيرية، متناسين تطبيق أحكام المسؤولية العقدية التي أقامت العلاقة أصلاً بين الدائن والمدين في المطالبة بالتعويض المدني.[350]

6. إن القول بوجود لافتة في مدخل عيادة الطبيب متضمنة معلوماته الخاصة، تدل على أن الطبيب في حالة إيجاب دائم موجه للجمهور ينافي الحقيقة؛ لأن ذلك لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد، ودليل ذلك أن العلاج لا يتم إلا بعد مفاوضات ومعرفة سابقة على إبرام العقد، وإن سلمنا جدلاً بذلك فإنه يعني إهدار حرية الطبيب وإبقائه أسير أهواء المرضى، وبالتالي يصبح من السهل على المريض اختيار المتهم من الأطباء.

---

[348] : انظر: أحمد الحياري، المرجع السابق، ص21، و د. محمد رايس، المرجع السابق، ص262؛ J. Penneau – la responsabilité du médecin, p.12.

[349] : أنظر: د. محمد رايس، المرجع السابق، ص261-262، أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص21.

[350] : أنظر: أحمد الحياري، المرجع السابق، ص22.

الفـرع الثانـي: مفهوم المسؤولية التقصيرية قضاءً

دأبت المحاكم الفرنسية ردحاً طويلاً من الزمن على تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، استناداً إلى المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، وذلك على أساس المسؤولية المهنية بما فيها مسؤولية الطبيب.[351] وكانت المحاكم تطبق اجتهادها دون صعوبات تذكر دون التحقق عما إذا كانت المسؤولية المدنية قد أنشأت عن عدم تنفيذ موجب عقدي.[352] ومقتضى هذا الاتجاه لم يكن على المحكمة سوى البحث عن الكشف عن خطأ الطبيب أثناء عنايته بمريضه لتبرر بذلك تطبيق المادتين المذكورتين.[353] وفي الحقيقة فإن إعمال المسؤولية التقصيرية عن أخطاء الطبيب المدنية، أقرته غرفة العرائض" la chambre des requêtes " في قرارها الصادر عام 1835.[354]

واستمرت المحاكم في فرنسا على نفس المنوال في العديد من القضايا، فهاهي ذي محكمة النقض الفرنسية تكرس مبدأ المسؤولية التقصيرية في حكمها الصادر بتاريخ 1826/07/26 على نفس الأساس، وأخضعت الأطباء كغيرهم من الناس للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية بمجرد اقتناع القاضي بوجود خطأ من طبيب سبب ضرراً للمريض، فيقضي له بالتعويض.[355] ورغم صدور القرار المبدئي في 1936/05/20 (السابق الذكر)، الذي قلب طبيعة المسؤولية المدنية من تقصيرية إلى عقدية، فلا تزال العديد من المحاكم تطبق مبدأ المسؤولية التقصيرية، وهذا ما يظهر في قرارات لمحكمة "تولوز" منها القرار الصادر بتاريخ 1938.[356] كذلك ذهبت محكمة باريس في

---

[351] : أنظر: أحمد الحياري، المرجع السابق، ص23، د.عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ص90.

[352] : محكمة Paris, 1931/03/13, Dalloz (D.P), 1931-2-141 مع تعليق Jean Loup.

[353] : محكمة Paris, 1914/11/20, Gazette du Paris, 1925-1-166.

[354] : Cass. CH. Req. 18/06/1835, Sirey, 1-401, Note Dupin.

وقد ورد في القرار الحيثيات التالية :

« Les faits matériels sont du nombre du ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui, ils sont imputables, et ils sont soumis d'après les dispositions des arts, 1882 et 1883
C. Civ.Fr à l'appréciation des juges ».

[355] : أنظر: د. محمد رايس، المرجع السابق، ص260، ود. عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، Cass. CH. Reg. 0217/1862 – Sirey 1861-1-818.

حيث ورد فيه:

« … toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise a cette règle : responsabilité à raison de la simple imprudence ou négligence… ».

[356] : تولوز في 1938/05/25، غازيت دي بالية 1936/10/05، وفي 1939/05/26، و1940/01/25.

حكمها الصادر بتاريخ 1938/03/18 إلى أن المسؤولية التي تتعرض لها المستشفيات ذات طابع تقصيري بصفة عامة؛ لانعدام حرية المريض باختيار الطبيب.[357]

ومن هنا يمكننا القول إن القضاء الفرنسي استقر على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، لكنه قد يعتبرها في بعض الحالات مسؤولية تقصيرية، وهذا ما يبدو من خلال حيثيات القضايا الأخيـرة؛ أي ما بعـد قـرار 1936.

أما الاجتهاد القضائي في مصر فقد استقر على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، كمبدأ عام، إلا أنه في بعض الحالات قد تكون تعاقدية.

فقد أقرت محكمة النقض المصرية في حكم صدر عنها بتاريخ 1936/06/22 مبدأ مسؤولية الطبيب التقصيرية عما يحدثه من ضرر بالمريض الذي يعالجه، كما قضت بتحمل المستشفى الخاص المسؤولية، ولو كانت علاقة التبعية بين الطبيب والمستشفى مجرد علاقة أدبية.[358]

أيضاً قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر بتاريخ 1967/07/03 بأنه: "لا يمكن مسائلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية؛ لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها؛ لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها، هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية".[359]

ويعلق البعض[360] على هذا الحكم القضائي بقوله إن هذا الحكم إنما يقرر الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية في فرض خاص، وهو العلاج لدى طبيب المستشفى العام وفي حالات مشابهة، حيث ينعدم اختيار المريض للطبيب، ومن ثم تنتفي المسؤولية العقدية. وما عدا ذلك فلا يمكن أن يصلح كمبدأ عام، في جميع الحالات للمسؤولية المدنية الطبية، خصوصاً عندما يختار المريض طبيبه؛ كأن يلجأ إلى عيادته الخاصة مثلاً.

---

[357] : أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص25.

[358] : انظر: د. محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص199، ود. عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص93-94، محكمة النقض المصرية، 1936/06/22، المجموعة الرسمية -1- صفحة 1156 رقم 376، ود. أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص26، ود. سليمان مرقس، تعليقات على الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد 1 السنة 7، ص155.

[359] : د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص199.

[360] : د. محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص200.

وإن كان الفقه في مجموعه – كما أشرنا من قبل – يعارض هذا القضاء ويؤيد القضاء الفرنسي في اعتبار أن الأصل هو أن تكون المسؤولية الطبية تعاقدية إلا في حالات معينة سبق بيانها.

أما القضـاء الجزائـري فإنه تجدر الإشارة إلى أنه كان خاضعاً للقانون المدني الفرنسي ولاجتهادات القضاء الفرنسي خلال فترة ما قبل الاستقلال (1962/07/05). أما بعد الاستقلال فاستمر في تطبيق أحكام ق.م.ف لغايـة صدور أول قانون مدني في سبتمبر 1975 مستكملاً بذلك جزءاً كبيراً من مقومات السيادة الوطنية، وقد تأثرت بعض أحكامه بالقانون المدني الفرنسي، وبعضها بالقانون المدني المصري، وأخرى بمبادئ الشريعة الإسلامية، ليس هنا مجال بسطها.

واستكملت الجزائر ترسانتها القانونية بسن قانون الصحة وترقيتها[361] عام 1985 في مادته 239 التي تنص على مسؤولية الطبيب التقصيريـة والجزائيـة. وفي عام 1992 أرست الدولة الجزائرية قواعد مدونة أخلاقيات الطب؛[362] حيث منعت الطبيب في المادة 14 منها من ممارسته لمهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية. زد على ذلك أن المادة 17 من ذات المدونة منعت الطبيب من تعريـض المريض لخطـر لا مبـرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه. أما المادة 105 من نفس المدونة فقد نصت على أنه لا يجوز للطبيب أن يتخلى عن استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال، وهذا ما يوحي بأن المشرع الجزائري قد اتجه نحو فكرة ضرورة توفير الاستقـلال التام للطبيب في ممارسته لمهنتـه؛ بحيث لا يخضع في تأديتها لأي توجيه كان.[363] وفي عام 1995 أصدرت الجزائر قانون التأمينات[364] فنصت في المادة 167 منه – تحت عنوان مسؤوليات- المسؤولية المدنية على أنه: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير". ونظم هذا القانون من هذه الناحية التأمين عن المسؤولية المدنية في الجانب الطبي في العديد من المواد.[365]

---

[361] : رقم 85-05، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير 1985.

[362] : بناء على المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـ 6 يوليو سنة 1992.

[363] : أنظر: د. محمد رايس، المرجع السابق، ص263، ود. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ص42.

[364] : بناء على أمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق لـ 25 يناير 1995 في الجريدة الرسمية، العدد 13.

[365] : أنظر: المادة 169، و173 من ذات القانون.

وبالتالي فرغم تضمن القانون المدني الجزائري لأحكام المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية بشكل عام، فإنه من المتعذر أن نجد أحكامـاً قضائيـة مدنيـة صرفـة، والنظام القانوني المدني في المجال الطبي لم يكتمل إلا في عام 1995 بإتمام قانون التأمين. وهذا على عكس قانون العقوبات الذي صدر عام 1966.[366]

وهذا ما سبب في اعتقادي ضعف الثقافـة المدنيـة لدى المواطن إلا في أوقات متأخرة، وخصوصاً في المجال الطبي. ولذلك فأكثـر الأحكام القضائية في المجال الطبي أصدرها إما القضاء الإداري أو القضاء الجنائي.

وقد أفرد المشرع الجزائري قواعد المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث تحت عنوان العمل (المستحق للتعويض L'acte dommageable) من القانون المدني الجزائري.[367]

وعليـه، فقد قضى مجلس قضاء وهران بغرفته الإدارية بالتعويض المدني حيث جاء فيه: "أنه من المقرر قانوناً أن متولي الرقابة مسئولٌ عن الأضرار التي يلحقها بالغير الأشخاص الموضوعون تحت رقابته. ومن ثم فإن التعليق على القرار المطعون فيه بمخالفة للقانون غير صحيح"، واعتبر مسؤولية وفاة الضحية نتيجة الاعتداء عليه من أحد المرضى عقلياً إخلال من المستشفى (بوديس) بواجب الرقابة الذي يقع على عاتقها، مما يشكل خطأ مرفقياً يستوجب تطبيق المادة 134 ق،م،ج، والتعويض لورثة الضحية بمبلغ قدره مائة وأربعون ألف دينار جزائري.[368]

وقضت المحكمة العليا بغرفتها الإدارية بمسؤولية المستشفى على أساس المادة 124 ق.م.ج في حكم ورد فيه " أنّ مسؤولية المستشفى ثابتة، ولا مجال لقبول الدفع المقدم من الطاعنة، مِن أنّ المريض هو السبب في ذلك، ما دام فاقداً لقواه العقلية ومطلوباً تفقده بشكل دوري من عمال المستشفى؛ نظراً لحالته الصحية المتميزة "، وحيث إن مسؤولية المستشفى هي تعويض ذوي الضحية؛ طبقاً للمادة 124 ق.م.ج، حسبما جاء في القرار المستأنف بوجود تهاون وتقصير من عمال المستشفى، بحيث نتج عنه وفاة الضحية، لهذا فاستبعاد تطبيق هذه المادة في غير محله.[369]

---

[366] : الصادر بأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966.

[367] :راجع : المواد 124-140 ق.م.ج.

[368] : أنظر: المجلة القضائية الجزائرية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 1¡ 1991، ملف رقم 52862 تاريخ 1988/07/16، ص-122 120.

[369] : أنظر: المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، سنة 1996، ملف رقم 75670 تاريخ 1991/01/13.

وقضت المحكمة العليا بنقض القرار لعدم الاختصاص، وهذا النقض يتعلق بقرار صادر عن المجلس القضائي من المستشفى الجامعي بوهران لخطإٍ طبي أثناء العمل الجراحي، وحكمت عليهم بدفع مبلغ كتعويض مدني للضحية عن جميع الأضرار مجتمعة، غير أن المحكمة العليا نقضت القرار لعدم الاختصاص معللة ذلك بالقول: " إنّ الدعوى المدنية المتعلقة بالمسؤولية المدنية للمراكز الاستشفائية الجامعية والقضاء عليها بدفع التعويضات، يرجع اختصاص الفصل فيها إلى المجلس القضائي – الغرفة الإدارية، كدرجة أولى – وهذا طبقاً للمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري".[370]

ويتضح من الأحكام الصادرة عن القضـاء الجزائـري أنه يتوجـه نحو تطبيـق أحكـام المسؤوليـة التقصيريـة؛ للحكم بالتعويض للمتضرر عن الأخطاء الطبيـة، وذلك لتعلق الأخطاء الطبيـة بالمستشفيات العامـة للدولـة بشكل أكثـر.[371]

الفـرع الثالث: أهم الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

بين نوعي المسؤولية فروق كثيرة، تناولها الفقه القانوني منذ وقت طويل من الزمن، لم يسلم أكثرها من المعارض.[372] ولقد وقفت هنا عند نقاط الافتراق الحقيقية أو الجوهرية بين المسؤوليتين متمثلة فيما يلي:

أولاً: الاختلاف من حيث التعويض

يكون التعويض في المسؤولية العقدية بناء على اتفاق مسبق للمتعاقدين، فأطراف العقد هم الذين لهم الحق أن يحددوا مداه، وأن يقدروا مقدار التعويض عن الضرر؛ كما في الشرط الجزائي "La clause pénale " الذي لا يسمح للقاضي بالتدخل في تقدير تعويض متفق عليه من تلقاء نفسه، إلا إذا طالب أحد المتعاقدين بتعديله لأسباب نص عليها القانون. وقد أجمع فقهاء القانون

---

[370] : انظر: المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، سنة 1998، ملف رقم 5755 تاريخ 1998/10/20.

[371] : انظر: أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص27-28.

[372] : حمل لواء هذه النقطة نظريتان، نظرية ازدواج المسؤولية "La dualité de la responsabilité " ونظرية وحدة المسؤولية "L'unité de la responsabilité"، ومن الحجج التي قدمها أنصار النظريتين ولم تسلم من المعارضة والنقد سبع وهي: الاختلاف بين المسؤولية من حيث: 1) الأهليـة، 2) الإعـذار، 3) التقـادم، 4) تأمينـات التعويض، 5) رقابـة المحكمة العليا، 6)، درجـة الخطأ، 7) والإثبـات، وإن كان آخرها أي الإثبات أقواها، وسأورده ضمنا في المطلب الرابع عند حديثي عن صفة التزام الطبيب، فبقي إذن، ثلاث حجج هي: الاختلاف من حيث التعويض والتضامن والإعفاء، وبذلك لم يستطـع أنصار وحدة المسؤولية أن يهدمـوا =جميع الفـروق بين المسؤوليتين، وهذه المعلومات مبسوطةٌ في كثير من المراجع التي تتحدث عن نظرية الالتزام في القانون المدني، راجع مثلاً: د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ص113-118.

على أن لا تعويض عن الضرر غير المباشر في مجال المسؤولية العقدية؛ لأنه غير مشمول بعبارة العقد، ولم تتجه إرادة الأطراف إليه.

والتعويض عن الضرر الأدبي أو الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية مختلف فيه، وهذا بعكس المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن التزام سابق حدده القانون وقدر مداه، ولذلك وجب التعويض عن الضرر المباشر قطعاً، وقد يعوض عن الضرر غير المباشر إذا وجدت أسبابه، كالضرر المتراخي المدة أو المستمر، كما قضى بذلك القضاء الفرنسي أحياناً، وأجمع الفقهاء على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية. إذن، فمدى التعويض في المسؤولية التقصيرية أوسع مما هو في المسؤولية العقدية.[373]

ثانياً: التضامن

لا تضامن بين المدينين في المسؤولية العقدية، ولا يتحقق التضامن إلا إذا اشترطه العاقدان أو نص عليه القانون،[374] أما في المسؤولية التقصيرية، فإذا اشترك عدة أشخاص في إحداث الضرر، كان كل منهم مسؤولاً، ووجب عليه كاملُ التعويض، فنشأ التضامن بين المسئولين.[375]

ثالثاً: الإعفاء من المسؤولية

الإعفاء من المسؤولية العقدية يتم بتراضي المتعاقدين؛ لأنهما هما اللذان حددا الالتزام التعاقدي ورسما مداه، فلهما أن يتراضيا على الإعفاء منه، طبعاً في غير الحالات التي يكون فيها غش أو خطأ جسيم (المواد 2/182 ¡ 1/107 ق.م.ج)؛ لأن الاتفاق على جواز سوء النية في الصورة الأولى، والإهمال في الصورة الثانية، يخرجه من دائرة المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، فكان باطلاً قانوناً. أما في المسؤولية التقصيرية فإن الالتزام الذي أخل به المسئول التزام قانوني، لا يمكن للطرفين التراضي على الإعفاء منه؛ لأنه مرتبط بالنظام العام.[376]

---

[373] : د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص117-118، د. محمود حمزة، العمل غير المشروع، ص27-28.

[374] : انظر: المادة 297 مدني مصري، والمادة 217 مدني جزائري.

[375] : انظر: المادة 169 مدني مصري، والمادة 126 مدني جزائري.

[376] : انظر: د. محمود حمزة، المرجع السابق، ص27-28، د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص116-127.

المطلب الثالث: تكييف العقد الطبي

اختلف فقهاء القانون في تحديد ماهية العقد المبرم بين الطبيب والمريض، وفي بيان طبيعته القانونية، فتنوعت آراؤهم في وصفه؛ برده إلى طائفة من العقود -كما سيأتي بيانه- أو القول بأنه عقد من نوع خاص:

الفـرع الأول: عقد وكالة أو عقد إيجار أشخاص

أولاً: عقد وكالـة

أصحاب هذا المذهب بنوا فكرتهم على أساس تاريخي يرجع إلى القانون الروماني؛ فالوظائف العامة والمهن الفكرية يختص بها المواطنون الرومان دون العتقاء و العبيد؛ الذين كانت تسند إليهم الأعمال اليدوية، على اعتبار أنها قابلة للتقويم بالنقود. أما المهن الحرة والشريفة فلم تكن قابلة للتقويم بالنقود، إذ يقوم بها النبلاء ولها قيمة، ولكن ليس لها ثمن، وقد أدرجت مهنة الطب ضمن المهن الحرة الكريمة، حيث كانت في الأصل مجانية، وهذا ما أدى إلى عدم ظهورها في إطار عقد الإيجار، الذي لا يظهر إلا في الأعمال اليدوية، ولهذا كان عقد الوكالة أكثر ملائمة لتكييف العلاج الطبي[377] عند الرومان، على اعتبار أن أهل الطبقات العليا لا يصح أن يؤجروا خدماتهم. وبناء عليه، حرم الطبيب والمحامي من حق المطالبة بمقابل الأتعاب؛ لأن الوكالة عقد تبرع وجوبـاً.[378]

وقد تأثر الفقه الفرنسي بالرأي السائد لدى الرومان، حيث وجِدت نظرية الوكالة في فكر الفقيه" Pothier " الذي اعتبر أن العقد بين الطبيب والمريض هو عقد وكالة، وما الأجور التي يقدمها المريض إلا من باب الهبة بمقابل.[379]

ويرى البعض أن الفقيه بوتييه لجأ إلى حيلة لتبرير حق الطبيب في المطالبة بالأجور على ما قام به من عمل، على اعتبار أن على المريض تقديم هبة ليخفف عن نفسه واجب الوفاء والعرفان بالجميل الذي يقع على كاهله.[380]

---

[377] : انظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص82، ود. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، ص97-98.

[378] : د. حسين الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين، ص92.

[379] : د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية- مسؤولية الطبيب، ص234.

[380] : د. حسين الأبراشي، المرجع السابق، ص92.

على أن نظرية أو مذهب الوكالة كانت محل انتقاد؛ لأنها مبنيةٌ على تفاوت المهن، الذي ليس له ما يبرره، كما أن القانون لا يقر بوجود تفاوت ودرجات للعقود، ولا يمكن اعتبار الوكالة أرفع من أي عقد آخر.[381]

كما أن اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، لا يتفق وطبيعة الوكالة في القانون، فالوكالة في القانون الجزائري (المادة 571 ق.م.ج) و في القانون الفرنسي (المادة 1984 ق.م.ف) تقوم على خاصيتين اثنتين: أولهما أن محل الوكالة تصرف قانوني،[382] وعقد التطبيب ليس كذلك، بل هو عمل مادي محض، وثانيهما أن الوكيل يتصرف باسم الأصيل ونيابة عنه، وهو قول مخالف للقانون، إذ كيف يمكن للطبيب أن يقوم بأداء عمل نيابةً عن الأصيل المريض الذي يجهل فن الطب. كذلك فإن الطبيب يزاول مهنة الطب باسمه الشخصي، أو باسم المستشفى الذي يعمل فيه، دونما رقيب إلا من قواعد مهنته وضميره فحسب، وعمله فني بعيد جداً عن التصرفات القانونية.[383]

وإذا كان الأصل في الوكالة التبرع؛ كما هو وارد في التشريعات الحديثة،[384] فإنّ واقع عقد التطبيب بخلاف ذلك، إذ الأصل فيه المعاوضة.[385]

ثم إن القول بوجود أعمال يدوية يحكمها عقد إيجار الأشخاص، وأعمال فكرية تخضع لعقد الوكالة، قولٌ تجاوزه الزمن، فليس هناك عملٌ لا يكون للعقل دور فيه.[386]

وهكذا نخلص إلى القـول بأن عقـد الطبيب لا يمكن اعتبـاره عقـد وكـالة.

ثانياً: عقد إيجار أشخاص

على العكس من القائلين بأن العقد الطبي عقد وكالة، ذهب اتجاه فقهي قضائي إلى القول بأن العقد الطبي عقد إيجارِ أشخاصٍ،[387] أو عقد إجارةِ خدماتٍ، أو عقد عملٍ؛ حسب تعبيرات بعض الشراح.[388]

---

[381] : د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، ص52-53، طلال عجاج، المرجع السابق، ص83.

[382] : Cass.civ-19/02/1968-393.

[383] : يلاحظ أن الطبيب في فرنسا أُنيط به بعض المهام ذات الطابع القانوني المساعدة للقضاء بمقتضى القانون رقم 68-05 المؤرخ في 1968/01/03 المعدل للقانون المدني الفرنسي، وخاصة المادة 490 منه. انظر: د. محمد رايس، المرجع السابق، ص301-302، وأحمد الحيارى، ص65، ود. محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، ص119؛

M.M.Hannouz et A.R. Hakem, précis de droit médical, p.33.

[384] : انظر: المادة 1986 ق.م.ف، والمادة 581 ق.م.ج.

[385] : J.Penneau, responsabilité du médecin, p.8.

[386] : د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ص39.

فقد وصفت بعض المحاكم العقد الطبي بأنه عقد إجارة أشخاص، يلتزم المريض بموجبه بأداء الأجر للطبيب مقابل قيام الطبيب بالعلاج، تحت إدارته وإشرافه، وما دام أن القانون لا يفرق بين الأعمال المادية والأعمال الفكرية من حيث الأجر، فالطبيب يقوم بخدمة إنسانية مقابل أجر.[389]

وقد انتقد هذا الاتجاه أيضاً، ذلك أن من أهم ما يميز عقد إيجار الأشخاص، خضوع الأجير أثناء عمله لرقابة المستأجر، ووجود علاقة تبعية قانونية من جانب العامل لرب العمل، وهذا يتنافى مع علاقة الطبيب بالمريض، حيث يمتلك الطبيب الحرية التامة أثناء ممارسته لعمله الطبي.

إذن، فالقول بأن العقد الطبي عقد إجارة أشخاص يشكل قيداً شديداً على حرية الطبيب في اختيار العلاج، ويجعله يلقي باللائمة والمسؤولية على من هو تحت رقابته.[390]

على أنه إذا كان لهذا الرأي وجاهته خصوصاً في مجال التعاقد الفردي، إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه، خصوصاً وأن مهنة الطب قد تطورت مع تطور الصناعة، ووجود الشركات واستخدامها للعمال والتزامها في المحافظة على صحتهم وقدرتهم الإنتاجية، وهو ما جعلها تتفق مع أطباء للكشف على عمالها بشكل دوري ومعالجتهم إذا اقتضى الأمر ذلك، مقابل راتب شهري تدفعه للأطباء؛ بحيث يلتزموا تجاه الشركة بتخصيص بعض الوقت لتقديم خدماتهم المتفق عليها.[391]

وقد أخذت محكمة استئناف "ديجون" الفرنسية بالرأي السالف وقضت "بأن المستشفى يكون مسؤولاً عن نشاط الطبيب الذي يعمل على رأسه"، وهذا الحكم بنته المحكمة على أساس المادة 1384 ق.م.ف، حيث وصفت العلاقة بين الطبيب والمستشفى بأنها علاقة تبعية، أي علاقةُ متبوعٍ بتابعِهِ، وهو ما يدعو إلى الافتراض بأن هذه المحكمة أقرت بوجود عقد عملٍ بين المستشفى والطبيب.[392]

---

[387] : انظر: د. حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص94.

[388] : انظر: د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، ص106.

[389] : انظر: د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية- مسؤولية الطبيب، ص245، د. حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ص94، وأشار في الهامش رقم (1) من ذات الصفحة إلى حكم محكمة "اكس" الفرنسية الصادر في 1931/07/16.

[390] : انظر: د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص94، ود. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية- مسؤولية الطبيب، ص245، طلال عجاج، المرجع السابق، ص84-86، وأحمد الحيارى، المرجع السابق، ص65-66.

[391] : انظر: د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص95-96.

[392] : قرار محكمة ديجون الفرنسية الصادر بتاريخ 1903/03/18، أشار إليه د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص96، وكذلك قرار محكمة مونبولييه المؤرخ بـ 1933/02/06، أشار إليه د. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، هامش (1)، ص246.

ويبدو أن المحاكم المصرية أخذت بوجهة نظر المحاكم الفرنسية في هذا المجال، حيث اعتبرت أن الطبيب الذي تستخدمه المؤسسة بعقد علاج عمالها، إنما يخضع لأحكام عقد العمل الفردي، حيث قضت محكمة استئناف الإسكندرية "بأن علاقة المستأنف ضده (وهو الطبيب) بالشركة المستأنفة في المهام التي استخدمته فيه تحت إدارتها، مقابل الأجر الذي كانت تدفعه إليه شهرياً، ينطبق عليها قانون العمل الفردي ويحكمها نصوصه".[393]

الفـرع الثاني: العقد الطبي عقد مقاولة (استصناع):

يعرف عقد المقاولة بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملاً مقابلَ أجرٍ يتعهد به المتعاقد الآخر".[394]

ويرى بعض الفقهاء[395] أن التعريف المتقدم ذكره ينطبق على العقد الطبي، على اعتبار أن الطبيب يلتزم بعلاج المريض لقاءَ أجرٍ معينٍ مع احتفاظ الطبيب بحريته الكاملة[396] في تحديد العلاج وطريقته دون أن تكون هناك رابطة تبعية بين الطبيب والمريض.[397]

وإن ذهب البعض إلى أن الطبيب خاضع لرقابة المؤسسة التي يعمل بها لمصلحة عمالها من الناحية الإدارية، إلا أن هذه الرقابة هي رقابة نسبية جزئية، ولا تمتد إلى العمل الفني الذي يقوم به الطبيب.[398]

وقد ساند القضاءُ ما ذهب إليه الفقه، حيث قضت محكمةٌ في مصر بأن تعهد الطبيب تجاه المريض، هو من قبيل عقد الاستصنـاع، ومن ثم يخول للمريض حق الفسخ الانفرادي مع حفظ حق الطبيب في التعويض، عما تكلفه في العمل الذي أُوقف.[399]

ويؤخذ على هذا المذهب أن أنصاره فاتهم أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية[400] من حيث الأصل، وهذا على عكس المقاول الذي يلتزم بتحقيق غاية في أغلب العقود[401]، كما أن الطبيب

---

[393] : قرار محكمة الإسكندرية المدنية الثانية/ عمال، الاستئناف رقم 97 بتاريخ 1956/12/10، أشار إليه د. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص248.

[394] : المادة 549 من القانون المدني الجزائري، ويقابلها المادة 646 من القانون المدني المصري.

[395] : مثل روسا، وجوسران، وأندريه بيرتون ويسرف، وعبد الرزاق السنهوري، محمد لبيب شنب، محمد السعيد رشدي، انظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص90-91، وأحمد الحياري، ص67، د. رايس محمد، المرجع السابق، ص303.

[396] : فله أن يقبل العلاج أو أن يرفضه، انظر: المادة 425 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

[397] : انظر: د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص97-98.

[398] : انظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص90.

[399] : قرار محكمة مصر الجزئية المختلطة المؤرخ بـ 1937/05/05، أشار إليه د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، هامش (2)، ص97.

هو محل اعتبار شخصي في عقد العلاج، حيث ينتهي العقد بموت الطبيب كقاعدة عامة، على خلاف عقد المقاولة الذي يمكن أن ينتقل إلى ورثته.[402]

وبناء عليه، فلا يستطيع الطبيب الذي التزم بتقديم العلاج اللازم للمريض أن يعهد به إلى غيره من الأطباء، بينما يستطيع المقاول أن ينفذ العمل أو جزءاً منه بواسطة مقاول فرعي،[403] إن لم تمنعه شروط العقد (المادة 564 ق.م.ج).

والعقد الطبي غير ملزم للطرفين، وقابل للإنهاء متى ما فقدت الثقة بينهما، حيث يستطيع المريض أن يتحلل من العقد مقابل تعويض مدني للطبيب، كما يمكن للطبيب أن يفسخ العقد بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض.[404]

وتنص مدونة أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر على مبدأ حرية الاختيار في إقامة العلاقة التعاقدية أو عدمها بين الطبيب والمريض، وللطبيب أن يرفض تقديم العلاج لأسباب شخصية، إلا إذا كان المريض يواجِه خطراً وشيكاً.[405]

وقد فرض القضاء الفرنسي قيوداً على الطبيب عند ممارسته لحق رفض استمرار العلاج - خصوصاً إذا كان العقد محدد المدة – إذ أوقع عليه واجب عدم التخلي عن مريضه في اللحظات الحرجة،[406] حيث قضت محكمة "Amiens" بمسؤولية الطبيب الذي كان قد التزم بالحضور لرعاية امرأةٍ أثناء عملية الولادة ثم اعتذر في اللحظة الأخيرة.[407]

---

[400] : R.Savatier, traité de droit médical, p.212.

[401] : قد يلتزم الطبيب بتحقيق غاية في حالات نادرة سيأتي ذكرها في المطلب القادم، والاستثناء لا ينقض القاعدة، ومن أمثلة ذلك حكم المحكمة الفدرالية في سويسرا التي كيفت العقد الطبي على أنه عقد مقاولة بالنسبة لطبيب الأسنان الذي يتعاقد على صناعة طاقم من الأسنان الاصطناعية، ففي هذه الحالة يلتزم بتحقيق نتيجة ويضمن نوعية المنتج الذي يعده خصوصاً بالوسائل التقنية الحديثة. انظر: حكم لوزان لعام 1979. راجع: أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص67.

[402] : تنص المادة 569 ق.م.ج على ما يلي: "ينقضي عقد المقاولة بموت المقاول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائياً، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية [.. ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك] إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل".

[403] : J.Savatier, la profession libérale, p.214

[404] : انظر: المادة 50 مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

[405] : انظر: المادة 42¡ 9 على التوالي من نفس المدونة.

[406] : قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ بـ 1923/06/21، أشار إليه د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، هامش (1)، ص111.

[407] : قرار المحكمة الفرنسية المذكورة المؤرخ بـ 1857/11/16، أشار إليه د. عبد الرشيد مأمون، المرجع نفسه، هامش (2)¡ ص111.

وبالتالي، يتبين مما تقدم أن الطبيب يقوم بعمل مدني إنساني بالدرجة الأولى، وإن كان يبتغي من وراء مهنته ربحاً. أما المقاول فإنه يقوم بنشاط تجاري يسعى من ورائه إلى الربح أصالة.[408]

أخيـراً، نخلص مما تقدم بأن عقـد التطبيـب يختلـف عن عقـد المقاولـة من نواحي متعددة - رغم تشابههما أحياناً – مـا يستدعي استبعـاد وصفـه بـه.

الفـرع الثالث: العقد الطبي عقد غير مسمى (من نوع خاص)

بعد استعراض المذاهب والاتجاهات السابقة التي تحدثت حول تكييف العقد الطبي، يجب أن نحدد موقفنا من ذلك، ونبين التكييف الشامل لهذا العقد. إذ مما لاشك فيه أن كل اتجاه – مما سبق عرضه – حاز على نصيبٍ من الصحة، حيث أخذ عنصراً من عناصر هذه العلاقة واستبعد عناصر أخرى، غير أن ذلك لا يغني عن الحقيقة الكاملة، التي تتضح معالمها بشكل شامل دون إغفال عنصر من العناصر، ولو كان الغرض من ذلك هو تسهيل المقارنة بين الواقع والتصور.[409]

ولعل الوقوف على طبيعة العقد الطبي قليلة الفائدة من الناحية العملية، لذلك نادراً ما نجد الأحكام القضائية،[410] وخاصة الحديثة منها، تثير هذا الموضوع، وتتعرض لتكييف هذه الرابطة العقدية.[411]

ولقد قرر جانب من الفقه أنّ العقد الطبي هو عقد غير مسمى، على أساس أن هذا العقد له مميزاته الخاصة التي تأبى إخضاعه لأي من العقود السابقة الذكر؛ كعقد الوكالة أو عقد إيجار الأشخاص أو عقد المقاولة.[412]

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الاتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده، لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع بل إنه عقد من نوع خاص.[413]

---

[408] : انظر: المادة 02 من القانون التجاري الجزائري التي تحدد الأعمال التجارية بحسب الموضوع.

M.M.HANNOUZ et A.R.HAKEM, précis de droit médical, p.32.

[409] : انظر: أحمد ماهر زغلول، الدفاع المعاون: 234/1.

[410] : لم أعثر على حكم أو قرار يكيف رابطة المريض بالطبيب العقدي في القضاء الجزائري.

[411] : انظر: د. محمد رايس، المرجع السابق، ص312.

[412] : انظر: د. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص253.

[413]: القرار مؤرخ بـ 1937/07/13، والحكم منشور بسيراي 217-1-1939، أشار إليه: د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، هامش (10)، ص116، د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، هامش (2)، ص99، ود. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص253.

ويجدر بالذكر أن الفقيه "سافاتيه" دافع عن هذا المذهب واستبعد النظريات الأخرى، وقال بأن العقد الطبي عقد غير مسمى، على اعتبار أنّ العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة يجعلهم غير محكومين لأي عقد مسمى في القانون، وأنهم يخضعون فقط للقواعد العامة التي تحكم الاتفاقات والعادات التي تسير عليها المهن الحرة.[414]

وفي مصر يرى بعض الفقه أن العقد الطبي له صفته المستقلة، ويختلف – رغم التشابه – عن العقود التقليدية.[415]

وفي الجزائر يرى بعض الباحثيـن كذلك أن عقـد التطبيب هو عقـد من نوع خاص.[416]

وعليه، نخلص -مما تقدم- إلى القول – بشأن التكييف الصحيح لعقد التطبيب – بأنه عقد قائم بذاته، له طبيعة ومميزات خاصة به، وهذا على الرغم من وجاهة الأسباب التي دعت بعض فقهاء الفقه الإسلامي إلى اعتباره عقد إجارة أشخاص.[417]

المطلب الرابع: صفة التزام الطبيب

يترتب على تدخل الطبيب لإسعاف المريض في إطار العقد أو خارجه التزامات متعددة، يدعى بعضها الالتزام ببذل عناية، ويدعى البعض الآخر الالتزام بتحقيق غاية.

والالتزام ببذل عناية لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة، بل يوجب عليه أن يبذل الجهد للوصول إلى هدف معين، سواء تحقق هذا الهدف أو لم يتحقق. أما الالتزام بتحقيق غاية فهو يفرض على المدين أن يحقق هدفاً أو نتيجةً معينة هي محل الالتزام.[418] وهو ما سنشرحه في فرعين:

الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية:

من المسلم به بوجه عام أن قواعد القانون المدني وقواعد المهن الحرة[419] ومنها المهن الطبية سواء في ذلك أكانت العلاقة بين الطبيب والمريض تعاقدية أم تقصيرية، فإنها لا تفرض على الطبيب الالتزام

---

[414]: انظر: د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص118.

[415]: انظر: د. عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص253، ود. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص117، ويرى د. حسن الأبراشي أن هذا الرأي أحوط لمميزات العقد الطبي الخاصة، راجع المرجع السابق، ص99.

[416] : M.M.Hannouz, et A.R.Hakem, Précis de droit médical, p.34.

[417]: انظر: طلال عجاج، مرجع سابق، ص93-94.

[418]: انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني:657/1، ود. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، ص656.

بشفاء المريض، بل تلزمه ببذل قدرٍ من العناية الطبية اللازمة،[420] بحيث تبرأ ذمته بذلك لو لم يتحقق الشفاء.[421]

وفي الالتزام ببذل عناية لا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا أقام الدائـن دليـلاً على تقصيرٍ أو إهمالٍ في بذل العناية الواجبة.[422] ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، وأن يتوخى المدين الحيطة في تنفيذ التزامه، وذلك إذا بذل من العناية ما يبذله الشخص العادي،[423] ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.[424]

وتنص التشريعات الطبية الجزائرية على أنه يجب على الطبيب – وهو يعالج مرضاه – أن يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين.[425]

وفيما يلي شرح ذلك بشكل أوفى من خلال رأي الفقه وتطبيقات القضاء.

أولاً: رأي الفقـه:

يكاد ينعقد إجماع الفقه على أن أصل التزام الطبيب في مواجهة المريض إن هو إلا التزام ببذل عناية،[426] سواءً أوجد مصدره في القانون أم في العقد، إذ إنه لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما يلتزم فحسب ببذل عناية في سبيل شفائه، لأن العلة – كما يبدو من شروح فقهاء القانون – هي أن العمل الطبي يتضمن نسبةً كبيرة من الاحتمال والحدس والتخمين، ولهذا لا يتصور أن يلتزم الطبيب بشفاء المريض أو ضمان سلامته من العمل الطبي، خصوصاً الجراحي منه، فهذا ليس في

---

[419]: كالمحامي الذي لا يلتزم بكسب القضية، وإنما ببذل جهود مخلصة للدفاع عن موكله.

[420]: سيأتي الحديث عن معيار العناية المطلوبة في هذا الفرع، راجع: Margaret Brazier, médecine, patient And the law, p.120.

[421]: انظر: د. سليمان مرقس، تعليقات على الأحكام في المواد المدنية، ص397.

[422]: انظر: د. نائل عبد الرحمن، دراسات، مجلة العلوم والشريعة والقانون بالجامعة الأردنية، ص161.

[423] : يقابله في الفرنسية" Le bon pére de famille"، وسيأتي شرح هذا المصطلح قريباً.

[424]: انظر: المادة 1/07 ق.م.ج، والمادة 1/172 ق.م.ج وما يقابلها، المادة 1/211 ق.م.م.

[425]: انظر: مدونة أخلاقيات مهنة الطب، المادة 45.

[426]: انظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ف 429، ص741، ف 548، ص6931، عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام الالتزام في القانون الكويتي، ص24؛ 34، محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، ص8؛ لبيب شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء، ص135، مرقس، المسؤولية المدنية، ف151، ص382، شامار ومونزن، ص73. ويقابلها في الفرنسية: " Une obligation générale de prudence et diligence"

مقدوره، لأنه عمل غير مضمون النتيجة، بل مظنونها، أو بعبارة أخرى، لأنّ نتيجته احتماليةٌ غير مقطوعٍ بها.[427] وينضـم فريـق من شـراح الفقـه الإسـلامي إلى هـذا الـرأي.[428]

والالتزام ببذل عناية له معيار يحدده، وهو معيار موضوعي[429] يتمثل في سلوك الرجل العادي، ويقصد به هنا في العمل الطبي معيار طبيب متوسط من مستواه المهني، وجد في نفس ظروفه الخارجية، مع مراعاة الأصول العلمية الثابتة.

فلا يتساوى الطبيب العام مع الطبيب الأخصائي في العناية المطلوبة، حيث يطلب من الطبيب الأخصائي قدراً من العناية تتفق ومستواه العلمي المهني التخصصي، ويجب مقارنة سلوكه بسلوك أخصائي مثله.

وهنا يجب التشدد في تقدير الخطأ الطبي بالنسبة له؛ لأنه يجب في حقه الدقة في التشخيص، والاعتناء، وعدم الإهمال في المعالجة.[430]

ويقصد بالظروف الخارجية زمان ومكان العلاج؛ كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحدث الآلات والأجهزة الطبية، أو في منطقة منعزلة لا وجود فيها لتلك الإمكانيات، أو تكون حالة المريض في درجة من الخطورة تقتضي إجراء جراحة له فوراً في مكان وجوده دون نقله إلى مستشفى أو عيـادة.[431]

---

[427]: د. محسن عبد الحميد البيه، خطأ الطبيب الموجب لمسؤولية المدنية، ص118-119، ود. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ص43-44، وخالف د. سليمان مرقس في كتابه المسؤولية المدنية، ص386، حيث رأى صحة تعهد الطبيب بشفاء المريض إن كان احتمالياً إلا أنه ليس مستحيلاً، فيجوز التعهد به، بحيث إذا تحقق برأت ذمة الطبيب، وإذا تخلف كان ضامناً.

[428]: بيد أن لهم طريقة مختلفةٌ في الاستدلال وسيأتي بيان ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[429]: يقابله المعيار الشخصي، وهو أن يقارن ما وقع لشخص ما بمسلكه العادي، فإن اتضح أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، اعتبر مقصراً، وإلا فإنه غير مخطئ. وقد تردد الفقه والقضاء بين هذين المعيارين في تقدير خطأ الطبيب، فوفقاً للبعض يجب الأخذ بالمعيار الشخصي، لأنه تقدير واقعي، بيد أنه لوحظ عدم عدالة هذا المعيار في التقدير، إذ يؤدي تطبيقه إلى مكافأة من اعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره، ومجازاة من اعتاد اليقظة على أقل هفواته. انظر: وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، ص396، العدد الأول، السنة الثانية عشرة محرم سنة 1361هـ يناير سنة 1942م.

[430]: انظر: عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ص116، د. عبد السلام التو نجي، المرجع السابق، ص154.، ود. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، ص336.

[431] : د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص207، طلال عجاج، المرجع السابق، ص112.

وأخيراً، يدخل في تحديد مدى التزام الطبيب أن تكون الأعمال الطبية المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، ويقصد بها الأعمال الطبية التي تجاوزت مرحلة الجدل والخلاف، وأصبحت مسلّماً بها من كل طبيب، إذ يعتبر الخروج عليها خطأً تتحقق معه المسؤولية.[432]

ويرى البعض جواز القيام بالأعمال الطبية التي لا تزال محلاً للجدل العلمي، ولم يقطع بصحتها بعد، وعلى ذلك لا تصح مسائلة الطبيب عن تصرف ارتكبه أو أسند إليه إذا كانت الآراء الفنية مختلفة حوله، فهنا يتمتع الطبيب بميزة الشفاعة له من المسؤولية، ولو كانت الآراء التي تؤيده قليلة، بل إن الطبيب يعفى من المسؤولية إذا اعتمد في تصرفه على مرجع يصح الاعتماد عليه، حتى لو ثبت فيما بعد أن هذا المرجع كان بعيداً عن الحقيقة والصواب.[433]

وهذه مسألة يدق فيها النظر، خصوصاً من الناحية العملية، إذ لا يجوز – فيما يبدو – للطبيب ترك القواعد الفنية المستقرة إلى ما لا يستقر بعد، وهذا في الطب التقليدي. أما بالنسبة لأنواع الطب المستجدة؛ كالطب بالأعشاب الطبيعية، والطب البديل، والطب بالطاقة ونحو ذلك، فهي مسألة تحتاج في رأيي إلى اجتهاد جماعي مؤسسي يحوي مختلف جهابذة صنوف الطب في العصر الحديث والله أعلم.

ثانياً: تطبيقات قضائيـة

استقر القضاء في فرنسا في قرار محكمة النقض الشهير في 1936/5/20 على أن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، يقتضي من الطبيب – إن لم يلتزم بطبيعة الحال بشفاء المريض – أن يبذل عنايته وجهوده الصادقة اليقظة المتفقة مع الظروف الخارجية المحيطة والمنبثقة من الأصول العلمية الثابتة.[434]

كما أثر عن القضاء الفرنسي في جانب مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب من حيث الزمان حكم يقضي بعدم مسؤولية طبيب ترك قطعة شاش في جسم مريضه، بسبب السرعة التي فرضتها تلك العملية التي كان لكل لحظة فيها قيمة كبيرة، حيث اعتبرت المحكمة الحادث من ظروف العملية، ولا ضمان على الطبيب، ما دام أنه قام بما في وسعه في إنجاح العملية.[435]

---

[432] : انظر: د. عبد الرحمن الطحان، حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، ص8.

[433] : انظر عبد الرحمن الطحان، المرجع نفسه، ص8، ود. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص143-144.

[434] : راجع: د. محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص204.

[435] : قرار محكمة Besanoon الفرنسية، 26 أكتوبر 1932، أشار إليه د. عبد الرحمن الطحان، مرجع سابق، ص8، هامش (1).

والحقيقة أن قرار المحكمة الفرنسية له طابع استثنائي؛ ذلك لأن العملية كان لها ظرف خاص، وتجدر الإشارة إلى أن ترك قطعة شاش في جسم المريض هو خطأ موجب للمسؤولية؛ لأن التعاليم الطبية توجب على الطبيب أن يقوم بإحصاء الأدوات التي يستعملها في العملية قبل وبعد انتهاء العملية الجراحية، وهو ما لا يعذر فيه الطبيب إن ترك شيئاً منها.[436]

ولقاضي الموضوع تقدير مسلك الطبيب، إما بقيامه بالعناية الطبية اللازمة أو انتفائها في ضوء الوقائع الموجودة، وبالاستعانة بأهل الخبرة وقواعد المهنة، دون التقيد بتلك القواعد إذا ما ثبت مخالفتها للتبصر والحيطة، ودون الدخول في فحص النظريات العلمية والخلافات الطبية القائمة.[437]

إذن، فقد ثبت أن القضاء الفرنسي خصوصاً في نهاية القرن 19م وبداية القرن 20م كان يصب جهده في النظر إلى وجود العناية الطبية المطلوبة وليس إلى تحقق الشفاء.[438]

وقد شايع القضاءُ في مصر النهج الذي سلكه القضاء الفرنسي، حيث قضى بأنه لا ينبغي للقاضي في تحديد مسؤولية الطبيب أن يخوض في الخلافات الطبية وأن يرجح رأياً على رأي، ولكن متى خرجت الواقعة من نطاق البحث العلمي، وأصبحت لا تنطوي على خلاف فني، بل على إهمال وجهل بالأشياء التي يتعين على كل طبيب أن يعرفها، كان للمحاكم أن تقرر المسؤولية وتقدرها.[439]

حيث ذهب القضاء المصري إلى أن الأصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، بالقيود والاحترازات التي أوردناها من قبل،[440] ولكن متى انحرف الطبيب عن أداء

---

[436] : انظر: د. عبد الرحمن الطحان، المرجع ذاته، من ذات الصفحة والهامش، طلال عجاج، المرجع السابق، ص112.

[437] : Carbonier. n 745 Montpellier 14 Dec, 1954 D, 1955 أشار إليه د. محمد منصور، المرجع السابق، ص208؛ هامش (4).

[438] : لذلك نجد أحكاماً تقرر عدم وجوب جزم القاضي نسبة الخطأ للطبيب في القضايا العلمية المختلفة فيها راجع: قرار محكمة النقض الفرنسية 1862/07/22، أشار إليه د. عبد الرحمن الطحان، مرجع سابق، ص8، هامش (9)، بل نجد أحكاماً تعفي الطبيب من المسؤولية المترتبة عن قتل المريض، وذلك بزيادة كمية المخدر استناداً من الطبيب إلى رأي أحد علماء الطب في كتاب مطبوع، راجع: قرار محكمة ليون الفرنسية 1904/11/07، أشار إليه د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص144 وهذا الحكم القضائي – فيما يبدو – محل نظر، خصوصاً بعد تطور الطب في عصرنا ورسوه على قواعد دقيقة وتفصيلات كثيرة في هذا الشأن تتناسب وطبيعة كل مرض ومريض.

[439] : انظر: قرار محكمة مصر الابتدائية الوطنية (بصفتها الاستثنائية) بتاريخ 1939/02/07، أشار إليه د. عبد الرحمن الطحان، مرجع سابق، هامش (9)، ص8.

[440] : راجع: نقض 1971/12/21، س11، ص1062، نقلاً عن: المسؤولية الطبية، د. محمد حسين منصور، ص205.

الواجب المنوط به عد عمله خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي أصاب المريض وفوت عليه فرصة العلاج، متى ارتبط السبب بالمسبب.[441]

وقررت المحكمة العليا الجزائرية في غرفتها الإدارية حيث إن الفريق (ك) أجاب بعريضة مؤرخة في 1990/01/11م، مذكرين أن وفاة مورثهم (ك.م) في اليوم التالي لدخول مستشفى سطيف للأمراض العقلية كان بسبب إهمالٍ لعدم إنارة الغرفة التي كان بها، وما دام عمال المستشفى لم يقوموا بالعناية اللازمة للمريض، يكونوا قد ارتكبوا خطأ كبيراً يتحمل المستشفى تبعته.[442]

الفـرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق غايـة

إذا كان الأصل في التزام الطبيب هو الالتزام ببذل عناية؛ لاتفاقه مع الطبيعة الاحتمالية للأعمال الطبية، فإنه متى كانت بعض هذه الأعمال لا تتضمن مثل هذا الاحتمال، وتفضي بالعكس إلى نتائج مؤكدة بسبب التقنيات الحديثة التي أصبحت في متناول اليد، فإن التزام الطبيب بشأنها يكون التزاماً بتحقيق نتيجة. وحينئذ يثبت خطأه بمجرد تخلف تلك النتيجة، والمسؤولية هنا مبنية على أساس الخطأ المفترض غير القابل للدحض، ولا يمكن التخلص من المسؤولية إلا إذا تم إثبات وجود القوة القاهرة أو الحادث الفجائي. ولاشك أن الطبيب تربطه بالمريض شبكةٌ من الالتزامات، قليلٌ منها ببذل عناية، وكثير منها بتحقيق غاية.[443] وعليه، يمكننا تصنيف أهم الالتزامات ببذل نتيجة إلى ثلاث طوائف كما يلي:

أولاً: التزامات تتصل بالواجبات الإنسانية والأخلاقية للطبيب

إن أظهر الالتزامات التي ترتبط بالناحية الأخلاقية والإنسانية لمهنة الطب التي تعد التزامات محددة بنتيجة هي: التزام الطبيب بإعـلام المريض، والحصول على موافقتـه، والتزامه بسر المهنة، ومتابعة علاج المريض، وتستوي هذه الالتزامات فيما إذا كانت ذات مصـدر عقدي أو غير عقدي. وسوف نفصـل إحداهـا وهي التـزام الطبيب بإعـلام المـريض.

---

[441] : راجع: نقض 1966/03/22، س17، ص636، نقلاً عن المرجع نفسه، ص205-206.

[442] : راجع: المجلة القضائية الجزائرية، العدد 02؛ 1996، ملف رقم 75670 قرار بتاريخ 1991/01/13، ص127.

[443] : د. محسن عبد الحميد، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص179، وطلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص119.

ـ التزام الطبيب بإعـلام المريض:

من المبادئ الثابتة في المجال الطبي، منذ عهد بعيد، التزام الطبيب بإخبار المريض وتبصيره بمخاطر المرض والعلاج،[444] وسواء أكان مصدر الالتزام بالإعلام القانون، من خلال المبادئ العامة، مثل مبدأ حسن النية في المعاملات، أو بمقتضى نصوص خاصة،[445] أو كان مصدر الالتزام بالإعلام التعاقد، وهو ما مال إليه الفقه الحديث بعد قرار Mercier الشهير السالف الذكر[446]؛ وذلك للحصول على رضا المريض.

ويرجع الفضل الكبير في تطوير مفهوم الرضا بمفهومه الحديث في المجال الطبي إلى القضاء الغربي، خاصة الأنجلوسكسوني منه.[447]

أما القضاء الفرنسي فلم يعتمد صراحة على نظرية الرضا المتبصر رغم تعرضه للكثير من القرارات في هذا الموضوع.[448]

ولم ينظم المشرع الفرنسي هذا الأمر بنصوص تشريعية إلا سنة 1994 بمناسبة صدور القانون الخاص بالجسم البشري.[449]

وكذلك تعديل القانون المدني الفرنسي، حيث نصت الفقرة 3 من المادة 16 منه على ما يلي: "لا يجوز المساس بالسلامة البدنية للشخص إلا لضرورة علاجية، ويجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة العلاج باستثناء حالة الاستعجال التي تتطلب تدخلاً علاجياً، ولا يمكن الحصول على موافقة المريض بسبب حالته الصحية.[450]

أما التشريع الطبي الجزائري فيعود إلى سنة 1985، عند صدور قانون حمايـة الصحـة وترقيتهـا،[451] وهذا إضافة إلى مدونة أخلاقيات مهنة الطب كما سيأتي عرضه قريباً.

---

[444] : Civ, 1er Juin 1937, s.1937, 1, 270 ; Civ, 23 Jan 1942, D.1946, 63; Civ, 8 Nov 1955, J.C.P. 1955, 11, 9014, note Savatier; D. 1956, GP. 1956, 1, 37.

[445] : انظر: المادة 43 من قانون الواجبات الطبية الفرنسي رقم 55-1591، الصادر بتاريخ 1955/11/28 وغيره كما سيأتي بيانه.

[446]: قرار محكمة النقض الفرنسية في 1936/5/20.

[447] : في أمريكا في الخمسينيات وانجلترا في السبعينيات، الذي اعتمد نظرية الرضا المتبصر، وأبطل مفهوم الأبوية في الممارسة الطبية، على اختلاف بين النظامين، راجع: د. عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (رسالة دكتوراه)، ص60-66.

[448] : وقد ذكرنا بعضاً منها في الهامش رقم 1 من هذه الصفحة.

[449] : الصادر بتاريخ 1994/07/29 المعدل بالمادة 70 من قانون 99-641 الصادر بتاريخ 1999/07/27 الذي أنشأ تغطية طبية عالمية.

[450] : Code civil français, N° 94-653 du 26/07/1994, GAZ.PAL 1994, 2, Bull. leg, p.576.

[451] : قانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 المتمم والمكمل بالقانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31 في المادة 154 منه.

أما بخصوص عبء إثبات الالتزام بالإعلام فلم يغير القانون الفرنسي الجديد (04 مارس 2002)؛[452] كثيراً منه، مما يعني بقاء القواعد التي وضعها القضاء الفرنسي، وأنها سارية المفعول، إلا أنه أوجب في المادة 2/1111 أن يكون الإعلام شفهياً، وهذا يلزم الطبيب التحدث إلى المريض وعدم الاكتفاء بالإعلام كتابياً، الذي قد لا يستوعبه المريض، غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من الجمع بين الشفاهة والكتابة لإثبات موافقة المريض على العلاج.

وظل عبء الإثبات في القانون الجديد على الطبيب والمؤسسات الاستشفائية وفقاً للقرار التاريخي لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فبراير 1997؛[453] وباستعمال كل طرق الإثبات طبقاً لقرار 14 أكتوبر من نفس السنة.[454]

أما في الجزائر فلم أعثر على سوابق قضائية حول هذا الموضوع، غير أن اعتراف النظام القانوني الجزائري برمته بأهمية الموافقة المتبصرة للمريض، وهو ما أكدته أخلاقيات مهنة الطب،[455] يفرض على القاضي في حالة النزاع، التأكد من مدى حصول الطبيب على رضا المريض، بغض النظر عن الأساس الذي اعتمد عليه في متابعته.

وفي الواقع هناك الكثير من الأدلة التي تبين احترام رضا المريض في الممارسة الطبية في الجزائر، وهو ما تمليه نصوص قانونية صريحة، خصوصاً فيما يتعلق بالتدخلات الطبية الجراحية، أين يتطلب القانون أن تكون الموافقة صريحة.[456]

وإذا عدنا إلى القواعد العامة لعبء الإثبات في القانون المدني الجزائري نجد المادة 323 منه تنص على ما يلي: " على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه".

ففي إطار العلاقة الطبية يعتبر المريض هو الدائن بالإعلام، في حين يكون الطبيب هو المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام.[457]

---

[452] : المعدل لقانون الصحة العمومية ومن أسباب ظهوره ما أنتجه قرار Perruche الشهير الذي منح تعويضاً للوالدين عن الضرر الذي أصاب الطفل بداء الحميراء (La rubéole) الذي لم يكتشف في حينه.

[453] : Cass. Civ, 25 Fev 1997, GAZ Pal, 1997.2.

[454] : Cass. 1er Civ, 14 Oct 1997, op.cit.

[455] : راجع المادة 44 منه.

[456] : انظر: حكم المادة 1/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها بشأن الموافقة على نزع وزرع الأعضاء.

[457] : راجع: د. عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص195-196.

والحقيقة أن التزام الطبيب بإعلام المريض بمخاطر العلاج أو الجراحة تثير في الأحوال العادية صعوبتين أساسيتين: الأولى، ترتبط بقلة علم المريض بالنواحي الفنية الطبية، والثانية، تتصل بحالة المريض النفسية أو المعنوية.

ولكن يجب تحقيق توازن بين هذين الاعتبارين[458]، فعدم إخبار المريض بالتفاصيل الفنية، لا يمنع الطبيب من أن يشير إليه بصفة عامة إلى مخاطر العلاج المطلوب. والمريض له عقل يفكر به، وحرية في اتخاذ القرار. فإن ضرورة مراعاة حالته المعنوية لا يجب أن ترجح على حقه في معرفة مصيره بهذا العمل الطبي.[459]

وبناء عليه، فإن مخالفة الطبيب للالتزام بإعلام المريض، من حيث المبدأ، يمثل خطأً يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته المدنية؛ لأن التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة كما شرحنا من قبل.

ولذلك فإذا كان على الدائن إثبات الالتزام بناء على القواعد العامة للقانون المدني الجزائري في غير المجال الطبي، فيرى البعض أنه من غير المنطقي أن يقع عبء إثبات مخالفته على المريض، إذ إننا سوف نحمله حينئذ بإثبات واقعة سلبية، تتمثل في عدم إخباره بمخاطر العلاج أو الجراحة. ولذا، يبدو أن الأسلم أن يلقى بهذا العبء على عاتـق الطبيب؛ كي يثبت إما الوفاء بهذا الالتزام، أو أن سبباً أجنبياً منعه من ذلك. ويبرر البعض هذا الحل بالثقة التي يجب أن تسود علاقة المريض بالطبيب، وتمنع المريض من إعداد دليلٍ كتابي أو شهودٍ على مضمون علاقته بالطبيب.

ويؤيد بعض الفقهاء هذا القول بأن المريض يواجه صعوبات فنية جمة في سبيل الإثبات، مما يجعله في حاجة إلى طلب خبير من أجل تقدير ظروف العمل الطبي، وهذا يواجه بعقبة تمسك الأطباء بحقهم القانوني في حفظ أسرار المهنة... إلخ.[460]

ورغم وجاهة هذه التبريرات، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن على المريض أن يثبت أن الطبيب قد قصر في التزامه العقدي، ولم يخبره بمخاطر العلاج أو الجراحة.[461]

ومن خلال ما سبق، نحن في أمس الحاجة إلى تأصيل دقيق لمن يتحمل عبء الإثبات، وإن كان الأولى في نظر بعض الفقهاء هو تحميله إلى من يعرف تبعات العمل العلاجي أو الجراحي وهو الطبيب، وبذلك يجب عليه أن يثبت الوفاء به، أو السبب الأجنبي الذي منعه من ذلك.

---

458 : Savatier ®, traité de la responsabilité civile, p.384, 2ème ed. T2, 1951

459 : Civ. 21 Fev 1961, J.C.P. 1961 OII, 12129, note Savatier.

460 : راجع: د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص187-188.

461 : Civ. 8 Oct 1974, B. Civ N° 255, p.218.

ويدخل في معنى السبب الأجنبي، حالة الاستعجال أو الضرورة المطلقة، والحالة الصحية المتردية للمريض، وكذب المريض.

فلا يعتبر الطبيب مخطئاً، إذا لم يخبر المريض بمخاطر العلاج بسبب ضرورة ملحِئة، حيث يوجد خطر وشيك يهدد حياة المريض، إذا لم يتدخل بالعلاج أو الجراحة فوراً، دون انتظار المريض؛ كما لو كان فاقداً للوعي مثلاً.

كما أن سوء الحالة الصحية للمريض يمكن أن تبرر إعفاء الطبيب من إعلام المريض بمخاطر العلاج، إذا كان ذلك يؤدي إلى تفاقم حالته الصحية أكثر ؛بسب تردي حالته النفسية. ولكن مع ذلك يجب على الطبيب أن يخبـر من لهم سلطة قانونية أو واقعية على المريض، كوالده أو أبنائه، أو أي فرد من أسرته.

كما لا تقع أية مسؤولية على الطبيب إذا لم يخبر المريض بمخاطر العلاج؛ بسبب كذب المريض نفسه في إدلائه ببيانات تتعلق بحالته الصحية؛ كأن بين بأنها مطمئنة. ورغم ندرة هذا الفرض إلا أنه ممكن الحدوث.[462]

أما بالنسبة إلى مضمون الالتزام، فإن الفقه والقضاء الفرنسي يميل إلى ضرورة إعلام الطبيب للمريض بالمخاطر العادية المتوقعة ولو كانت جسيمة، وإعفائه من ذلك بالنسبة للمخاطر الاستثنائية غير المتوقعة.[463]

ثانيـاً: التزامات تتصل بأعمال فنيـة:

في ضوء التقدم العلمي المستمر وجدت صور كثيرة تبرز التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة وذلك مثل: التحاليل المخبرية، واستعمال الأدوات والأجهزة الطبية، ونقل الدم والسوائل والتحصين، والتركيبات الصناعية، خصوصاً في مجال طب الأسنان.

وسوف نسلط الضوء على إحداهـا، وهي نقل الدم؛ للإيفاء بالغرض، وذلك لأنها مبسوطة في كثير من الكتب التي تحدثت عن هذا الموضوع.[464]

ـ نقـل الـدم نموذجـاً: إن عمليـة نقل الدم، بدايةً، تلزم الطبيب بفحص حالـة المتبرع الصحية لإجراء كشف أولي عن حالته، وبيان قدرته على التبرع من عدمها.[465]

---

[462] : د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص189-190.

[463] : نفس المؤلف من المرجع ذاته، ص182-185.

[464] : راجع: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص212-232، د. محسن البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص210 فما بعد، وأحمد الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص47-53.

وقد جرت العادة أن يحلل الدم المأخوذ من المتبرع على يد طبيب مختص، أو من طرف مختبر خاص يدعى بنك الدم، وذلك قبل نقل الدم إلى جسم المريض، يراعى فيه أن يكون هناك تعهد بين الطبيب المعالج من جهة، وبين الطبيب المختص بالدم أو بنك الدم من جهة أخرى، يتضمن تقديم دم سليم 100% يكون خالياً من الجراثيم والفيروسات، ويكون محله التزام بتحقيق نتيجة بناءً على رابطة عقدية فيها اشتراطٌ لمصلحة الغير.[466]

وقد حرص المشرع الجزائري على إنشاء وكالة وطنية متخصصة في نقل الدم، وبين طرق تنظيمها وعملها، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بشخصية معنوية مستقلة استقلالاً مالياً تسمى "الوكالة الوطنية للدم".[467] حيث حرص المشرع الجزائري على منع القيام بجمع الدم من القُصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلاليـة...[468]

بينما أجاز المشرع المصري الحصول على الدم على سبيل التبرع أو الشراء بمقابل رمزي.[469]

لكن الفقه الفرنسي رفض فكرة بيع الدم كسائر الأعضاء البشرية؛ حيث يرى "Savatier" أن جسم الإنسان ليس محلاً للمتاجرة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، ولذلك يجوز للإنسان أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب، وليس بدافع المال.[470]

وقد قضت محكمة باريس بمسؤولية الطبيب المعالج والمستشفى ومركز نقل الدم عن إصابة أحد المرضى بفيروس السيدا أو الإيدز، متى ثبت أن عملية نقل الدم كانت هي السبب في الإصابة بهذا المرض.[471]

ويغطي التأميـن من المسئوليـة الأخطـار الناجمة عن نقل الـدم، إذا ما حصل قصور وظيفي لمركز من مراكـز نقل الـدم.[472]

---

[465] : راجع: د. أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي، ص30.

[466] : راجع: د. عبد الحميد الشورابي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، ص86.

[467] : بمقتضى مرسوم تنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 9 أبريل 1995، المادة الأولى والثالثة، الجريدة الرسمية رقم 21 لعام 1995.

[468] : راجع: المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-5 السابق الذكر.

[469] : انظر: د. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ص131.

[470] : راجع: د. حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، ص129.

[471] : Paris 01/07/1991, J.C.P. 1991, II, 1762 note Harichaux , 178 أشار إليه: د. محمد رايس، المرجع السابق، ص

[472]: راجع: د.وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسئولية المدنية عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة ص 739 وما يليها.

ثالثـاً: الالتزام بضمان سلامـة المريض

لا يقصد بالتزام الطبيب بضمان سلامة المريض، أن يلتزم بشفائه، بل يلتزم بألا يعرضه لأي أذى نتيجةً لما يستعمل من أدوات، أو يعطيه من أدوية، وألا يتسبب في نقل مرض آخر إليه عن طريق العدوى؛ لعدم تعقيم الأدوات أو المكان، أو عن طريق ما ينقل إليه من دم أو محاليل أخرى.[473]

فما يصيب المريض في هذه الحالة من أضرارها مادية غير مرتبطة بالعمل الطبي بمفهومه الفني، فإن محل الالتزام –بصدده- يكون التزاماً بنتيجة، هي ضمان سلامة المريض.[474]

أما إذا نشأت الأضرار عن تلك الأعمال الطبية البحتة، ذات الخصائص الفنية، بما تنطوي عليه من عنصر الاحتمال، فإن التزام الطبيب تجاهها يكون وفقاً للرأي الراجح مجرد التزام ببذل عناية، ولا تنعقد مسؤوليته إلا إذا ثبت وجود تقصير في جانبه.[475]

وعليـه، فقد قضت محكمة استئناف "بوردو" بأن المستشفى، بقبوله الطفل، قد عقد على نفسه ضمنـاً الالتزام بالحلول محل أمه في كل ما يتعلق برعايته وسلامته النفسية والجسمية، ومن ثم فإذا أصيب الطفل بأذى، فهذا لا يعفي المستشفى من المسؤوليـة، إلا بإثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير.[476]

وهنا نشير إلى أن الالتزام بضمان سلامة المريض، الذي يقع على كاهل طبيب في مستشفى عام لا يختلف عن الالتزام بالسلامة الذي يقع على طبيب خاص، فهو التزام محدد بتحقيق نتيجة، وليس مقصوراً على المجال العقدي، وإنما يمتد إلى المجال غير العقدي، ولا يرد القول بأن هذا الالتزام لا ينشأ إلا بعقد أو قانون، وأن أياً منهما غير موجود، ذلك أن هذا القول تعميم غير دقيق.

فمع التسليم بأن المريض نزيل المستشفى العام يكون في مركز تنظيمي وليس عقدياً، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أو يعوق أن يلتزم هذا المرفق العام بضمان سلامة نزلائه من المرضى، خصوصاً أن الإقامة في مستشفى عام تنطوي على مخاطر كثيرة مثل العدوى أو الإصابات المختلفة، وبالتالي

---

[473] : انظر: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص212.

[474] : Savatier, note sous : T.G.l, seine, 3 mars 1965, J.C.P, 1966, 14582.

[475] : د. محسن البيه، المرجع السابق، ص235.

[476] : قرار محكمة استئناف بوردو الفرنسية، 1929/03/14، أشار إليه د. حسن الأبراشي، مرجع سابق، ص228، هامش (2).

يكون التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، كما هو الحال في مجال النقل، ولو كان من يقوم به مرفقـاً عامـاً.[477]

ختامـاً، يتضح لنا مما سبق، من خلال استعراضنا للأنواع الثلاثـة لالتزامات الطبيب بتحقيق نتيجـة، أن مثل هذه الالتزامات المفروضة على عاتق الطبيب أمر طبيعي، ولا يتعارض مع أي من المبادئ القانونية المسلم بها، وأن عدد هذه الالتزامات في تزايـد مستمر، نتيجةً للتطور العلمي والفني المعاصر.

وهكذا، فإنه من المحتمل أن يواجه الطبيب الواحد عدةُ التزامـاتٍ؛ بعضها ببذل عناية، وبعضها بتحقيق نتيجة. ومثل لـه بطبيب الأسنان، الذي يلتزم بتقديم الأسنان الصناعية المطلوبة، وهو التزام بنتيجـة، كما يلتزم بتركيبها في مكانها الصحيح، وهو التزام ببذل عنايـة.[478]

[477] : د. محسن البيه، خطأ الطبيب الموجب لمسؤولية المدنية، ص236-238.

[478] : انظر: المرجع نفسه، ص238.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي للمسؤولية الطبية المدنية في الفقه الإسلامي

تمهيد:

ما فتئ علماء الفقه الإسلامي يؤكدون على وجوب ضمان الطبيب لما يتلفه في صور كثيرة؛ منها أن يكون جاهلا لقواعد الطب، أو غير حاذق، أو قصر في التطبيب، أو عالج المريض بلا إذن منه ...إلخ.[479]

وإذا كان القانون الوضعي يكيـف خطـأ الطبيب إما على أساس المسؤولية العقديـة، أو المسؤولية التقصيرية، فهل الفقه الإسلامي يطابـق القانون الوضعي في مثل هذا التكييـف؟

المطلب الأول: موازنة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في المجال الطبي في الفقه الإسلامي

إن كان الفقه الإسلامي يقسم الضمان إلى ضمان عقد وضمان إتلاف -كما سبق بيانه في الباب التمهيدي- فإن بعض الباحثين فرقوا بين بيان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون، حيث قصروا ضمان العقد على إتلاف المال، بينما يكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد.[480]

وفي ذلك يقول الشيخ علي الخفيف[481] -رحمه الله- : "كما تبين أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء، غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي، فضمانُ العقدِ ضمانُ مالٍ تالفٍ بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضاً عن مالٍ تالفٍ، وإنما هو تعويض عن ضررٍ نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد ... وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعاً إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلا أن يمتثل، أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضررٍ لا يتمثل في فقد مالٍ فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية ... لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء مقابلة المال بالمال، فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلاً له

---

[479]: راجع: الموسوعة الفقهية الكويتية: 138/12 وما بعدها.

[480]: راجع: د. محمد نجدات المحمد، ضمان العقد في الفقه الإسلامي(رسالة دكتوراه) ص 42º حيث نسب هذا القول إلى الشيخ علي الخفيف، الضمان ص 20، ود.أسامة الحموي، الشرط الجزائي، ص 231، ود.محمد الجندي، ضمان العقد أو المسئولية العقدية، ص 139.

[481]: سبق ترجمته.

بالباطل، وإنما جازت الإجارة مع أن فيها مقابلة مال، وهو الأجرة بغير مال، وهو المنفعة فيما يرى الحنفية؛ للضرورة والمصلحة العامة التي اقتضت ذلك تأسيساً على قيام الأعيان فيها مقام منافعها، وعلى تراضي المتعاقدين على ذلك، وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي ...".[482]

ويتفق الدكتور فتحي الدريني والدكتور وهبة الزحيلي[483] مع رأي الشيخ علي الخفيف.[484]

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري –رحمه الله- بأنه لا يمكن القول بأن هناك نظريةً في الفقه الإسلامي للمسؤولية العقدية على النحو السائد في الفقه الغربي، بناء على أن الضرر في الفقه الإسلامي محدود ضيق[485] إذا ما قورن بنظيره الغربي، حيث إن "الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي، وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما يتحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك منفعة أو عملا أو أي أمر آخر...ولا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشراً...ومتوقعاً . أما في الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون الضمان مالا متقوما في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه؛ فلا تعويض على المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محدودة... ومن باب أولى لا تعويض عن أي خسارة تحملها الدائن أو أي ربح فاته، إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن."[486]

أما ضمان الإتلاف أو التعدي الذي يقابل المسؤولية التقصيرية بالتعبير القانوني الحديث، فإن قواعد الشريعة الإسلامية تقبله، حيث يضمن الطبيب إن جهل قواعد الطب أو كان غير حاذق فداوى مريضاً فأتلفه أو أحدث به عيباً، أو علم قواعد الطب ولكن قصر في التطبيب، فسرى إليه التلف أو التعييب، أو رغم علمه بالطب لم يقصر ولكنه طبب المريض بغير إذن منه، كما لو ختن صغيراً بغير إذن وليه، فأدى ذلك إلى تلف أو عيب، فإنه يضمن في كل ذلك ما ترتب عليه.[487]

---

[482]: الضمان في الفقه الإسلامي، ص19-20 .

[483]: هما من علماء الشام المشهورين المعاصرين وأساتذة بجامعة دمشق، لهم إسهامات في علوم شرعية كثيرة وأكثرهما تأليفا هو الدكتور وهبة الزحيلي.

[484]: راجع: النظريات الفقهية د. فتحي الدريني، ونظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي .

[485]: سوف نناقش هذه النقطة باستفاضة في المطلب الثاني من المبحث الثاني ضمن الفصل الأول للباب الثاني، ص 304 إن شاء الله.

[486]: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 6/168.

[487]: راجع: جواهر الإكليل: 2/191، وأسنى المطالب: 2/427، والمغني لابن قدامة: 6/120.

أما إذا أذن له في ذلك، وكان الإذن معتبراً، وكان حاذقاً، ولم تجن يده، ولم يتجاوز ما أذن فيه، وسرى إليه التلف فإنه لا يضمن، لأنه فعلَ فعلاً مباحاً مأذوناً فيه. وعليه، فلا ضمان على طبيب وبزاغ[488] (جراح) وحجام وختان وقالع ضرسٍ ما دام قد أذن لهم بهذا ولم يقصروا، ولم يجاوزوا الموضع المعتاد، وإلا لزم الضمان.[489]

يقول ابن قدامة[490] -رحمه الله-: إذا فعل الحجام أو الختان والمطبب ما أمروا به، لم يضمنوا بشرطين:أحدهما، أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، فإذا لم يكونوا كذلك كان فعلهم محرماً، فيضمنوا سرايته.

والثاني: ألا يتجاوز ما ينبغي أن يقطع، فإن كان حاذقاً وتجاوز، أو قطع في غير محل القطع، أو في وقت لا يصلح فيه القطع وأشباه هذا، ضمن فيه كلّه، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبه إتلاف المال.وكذلك الحكم في القاطع في القصاص وقاطع يد السارق، ثم قال: لا نعلم فيه خلافاً.[491]

قال الدسوقي[492] -رحمه الله-: إذا ختن الخاتن صبياً، أو سقى الطبيب مريضاً دواء، أو قطع له شيئاً، أو كواه فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منها لا في ماله ولا في عاقلته؛ لأنه مما فيه تغرير، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في فعله، فإذا كان الخطأ في فعله –والحال أنه من أهل المعرفة- فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب.

وفي كون الدية على عاقلته أو في ماله قولان: الأول: لابن القاسم، والثاني: لمالك، وهو الراجح؛ لأن فعله عمد، والعاقلة لا تحمل عمداً.[493]

---

[488]: البزغ وهو الشق، يقال بزغ البيطار أشاعر الدابة وبضعها إذا شق ذلك المكان منها بمبضعه، والبزغ والتبزيغ :التشريط، واسم الآلة المبزغ بالكسر :المشرط، وبزغ الحاجم والبيطار أي شرطا وبابه قطع. راجع: لسان العرب: 418/8، و مختار الصحاح :22/1.

[489]: راجع: حاشية ابن عابدين: (43/5) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل: (320/6)، الشرح الصغير: (505/4)، ونهاية المحتاج: (737/2) ، والمغني مع الشرح الكبير: (120/6)

[490]: هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، موفق الدين، أحد كبار علماء الحنابلة في عصره، ولد سنة 541هـ، وتوفي سنة 620 هـ. من آثاره: المغني والكافي والمقنع وروضة الناظر، راجع: ابن العماد، شذرات الذهب: (88/5)، ابن مفلح، المقصد الأرشد: (19/2)، الذهبي، سير أعلام النبلاء: (166/2).

[491]: راجع المغني: 358/5، الموسوعة الفقهية الكوتية: 139/12.

[492]: سبق ترجمته.

[493]: راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (375/5-376).

وفي مختصر الطحاوي[494] -رحمه الله-: إذا كان في يد أحد آكلةٌ، فاستأجر رجلاً ليقطع يده فمات، فلا ضمان عليه، لأنّ أصل العمل كان مأذوناً فيه، فما تولد منه لا يكون مضموناً عليه إلا إذا تعدى.[495] ومن استؤجر ليقلع ضرساً لمريض، فأخطأ، فقلع غير ما أُمِر بقلعه ضمنه؛ لأنه من جنايته.[496]

إذن، نستخلص مما سبق أن الفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية في غير المجال المالي، فكان من الطبيعي أن يكيف الخطأ الطبي على أساس المسؤولية التقصيرية بما يتضمنه من عمل غير مشروع أو تعدي"كما يسميه الدكتور عبد الرزاق السنهوري".[497]

المطلب الثاني: تكييف العقد الطبي.

إن الفقه الإسلامي يماثل القانون الوضعي في الانتقادات التي وجهت إلى التكييفات السابقة الذكر؛ كالوكالة أو عقد العمل، أو المقاولة، ماعدا عقد الإجارة، وذلك لأنّ فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون بأنّ الطبيب هو أجير مشترك، والأجير المشترك ليس له تبعية لأحد، كما هو الحال بالنسبة للأجير الخاص، فسلم من الاعتراض، وهذا ما جعل بعض فقهاء القانون –رغم عدم اعتمادهم لهذا التكييف الذي انتهجه فقهاء الشريعة الإسلامية- يقولون بواجهته.[498]

إن علاقة الطبيب بالمريض في ظل الفقه الإسلامي هي علاقة مؤجر بمستأجر، إذ إن الطبيب يؤجر علمه وثمرة تجاربه وحذقه وقدرته على إزالة الأمراض والآلام إلى المريض، حيث إن هناك عقداً هو عقد الإجارة، فالأجير الذي يعرض خدماته لكل من يطلبها يسمى بالأجير المشترك.[499]

---

[494]: هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي، أبو جعفر، فقيه انتهت إليه رياسة الحنفية بمصر، ولد سنة 237هـ، ونشأ بطحـا من قرى مصر، تفقه على مذهب الشافعي ثم تحول إلى حنفي، رحل إلى الشام، وتوفي بالقاهرة سنة 321هـ من مصنفاته: اختلاف العلماء، الشروط وأحكام القرآن، ومعاني الآثار، راجع: الذهبي، السير: (27/15)، الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص142، عبد القادر بن أبي الوفا، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، ص102.

[495]: راجع: مختصر الطحاوي ص129، والموسوعة الفقهية الكونية: (140/12).

[496]: انظر: المغني لابن قدامة: (543/5) ، ومنهاج الطالبين: (70/3)

[497]: راجع: الوسيط في القانون المدني: (271/1؛796).

[498]: راجع: طلال عجاج، المرجع السابق، ص93-94.

[499] انظر: عبد الجبار ناجي الملا صالح، التزامات الطبيب في إجراء العملية الجراحية في بحث له، ص24، تحت مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول لكلية الشريعة، جامعة جرش، سنة 1999 بعنوان الأخطاء الطبية في ميزان الشريعة والقانون.

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز استئجار الطبيب للعلاج، لأنه فعل يحتاج إليه ومأذون فيه شرعاً، فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة، غير أن الشافعية اشترطوا لصحة هذا العقد أن يكون هذا الطبيب ماهراً؛ بمعنى أن يكون خطأه نادراً، واستئجار الطبيب يكون بالمدة لا بالبرء والعمل، فإذا تمت المدة وبرئ المريض، أو لم يبرأ تستحقق له الأجرة كلها، وإن برئ قبل تمام المدة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه.[500]

وقد دل القرآن الكريم على مشروعية الإجارة على العمل الطبي بعموم الآيات الدالة على جواز الإجارة، ومنها قوله تعالى: «فإن أرضعن لكم فئاتوهن أجورهن»[501]، ووجه الدلالة من هذه الآية بينه الإمام الشافعي[502] -رحمه الله- بقوله: "فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلّته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لمّا لم يوجد فيه إلا هذا، جازت الإجارة عليه، وإذا جازت الإجارة عليه جازت على مثله، وما هو في مثل معناه".[503]

ومن الآيات الدالة على الإجارة قوله تعالى: « قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين»[504]، وقوله تعالى: «قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج».[505] ووجه الدلالة ظاهر في تأجير سيدنا موسى -عليه السلام- لنفسه مدةً من الزمن بأجرة معلومة. فالآيات الكريمة السالفة دلت على مشروعية الإجارة على إرضاع الأطفال وعلى إيجار الإنسان منافعه كرعي الغنم، والطب يعد من المنافع المباحة، بل هو من أشرفها كما قال الإمام الشافعي -رحمه الله-: "لا أعلم علماً بعد الحلال والحرام أنبل من الطب.[506]

---

[500]: أنظر: د. عدنان الصمادي، مسؤولية الطبيب التعاقدية وما يترتب عليها من ضمانات المتلفات، ص5، بحث مقدم لجامعة جرش الأردن، في المؤتمر العلمي الأول 1999.

[501]: سورة الطلاق، الآية 6.

[502]: سبق ترجمته

[503]: الأم: 25/4.

[504]: سورة القصص، الآية 26.

[505]: سورة القصص، الآية 27.

[506]: أنظر: د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، حقيقة العقد الطبي، في بحث له ص9 في نفس المؤتمر السابق الذكر.

كما دلت السنة على جواز عقد الإجارة على العمل الطبي، فقد جاء في حديث سيدنا عبد الله بن العباس[507] رضي الله عنهما أنه قال: "احتجم النبي- صلى الله عليه وسلم- وأعطى الحجـام أجـره".[508] ووجه الدلالة أن رسول الله ε أعطى الحجـام[509] أجره مقابل المنفعة التي أداها، وكذلك ما روي عن سيدنا أنس بن مالك[510] (ض) أنه قال: "حجم أبو طيبة[511] النبي ε فآمر له بصاع أو صاعين من الطعام".[512] ووجه الدلالة أن رسول الله ε دفع صاعاً من تمر على هذا العمل الطبي وهو الحجامـة.[513]

وأخيراً، مع هذا التكييف الذي نحا إليه الفقه الإسلامي، فليس هنالك ما يمنع أن يكون العقد الطبي عقد مقاولة مثلاً في بعض الحالات، وهذا راجع إلى تطور الدول من الناحية الإدارية، وخصوصاً اليوم مع انتشار المستشفيات العامة والخاصة، ولكن حتى إذا ذهبنا مع هذا القول، فإن الطبيب يعمل لحسابه، ولا يخضع لرقابة أحد، وإن الرقابة الإدارية والخضوع لها من قبل الطبيب في المؤسسة هي رقابة نسبية جزئية، ولا تمتد إلى العمل الفني الذي يقوم به الطبيب.[514]

ولذلك، فإذا كان القانون الوضعي يجد صعوبة في تخريج العقد الطبي، وإلحاقه بأصوله، فيقول بأنه عقد من نوع خاص، فلا ضير في القول بناء على اتجاه الفقه الإسلامي، بأن العقد

---

[507]: هو عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، أبو العباس حبـر الأمة، اشتهر بإمامته في العلم ببركات الدعوة النبوية له بالحكمة والفقه والتأويل، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، توفي بالطائف عام 58هـ، راجع: ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة: (3/384).

[508]: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب إخراج الحجام رقم 2158: (2/796)، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة، رقم 1577: (3/1205).

[509]: الحجام من يمتهن الحجامة، والحجامة تقوم على شق موضع معين من الجسم وشرطه لمص الدم الفاسد واستخراجه، الحجامة تعني المداواة والمعالجة بالمحجم، والمحجم هو كل شيء كالكأس يفرغ من الهواء ويوضع على الجلد فيحدث فيه تهييجاً ويجذب الدم والمادة بقوة. راجع: ابن منظور، لسان العرب: (12/117)، الرازي، مختار الصحاح، ص53، ود. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، (رسالة دكتوراه)، ص88.

[510]: سبق ترجمته.

[511]: هو مولى الأنصار من بني حارثة، حجم النبي (صلى الله عليه وسلم)، واختلف في صحة اسمه، فقيل اسمه دينار، وقيل ميسره، وقيل نافع، راجع: ابن حجر، الإصابة: (7/233).

[512]: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب ضريبة العبد وتعاهد ضرائب الإماء، رقم 1996: (2/796)، وصحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة، رقم 1577: (3/1204).

[513]: راجع: د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، المرجع السابق، ص9.

[514] : راجع: طلال عجاج، المرجع السابق، ص90.

الطبي، هو عقد إجارة، وأن الطبيب هو أجير مشترك، وإن كان لهذا المصطلح دلالة خاصة في مجال الطب.

والأجير المشترك هو الذي يعمل لعامة الناس، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالصباغ والحداد والكواء والصانع ونحو ذلك. ويقابل الأجير المشترك، الأجير الخاص أو أجير الواحد، وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة، فيستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل كالخادم.[515]

وقد كان الحكم في صفة يد الأجير المشترك كالأجير الخاص، كل منهما يده يد أمانة، لا يضمن هلاك الشيئ إلا بالتعدي أو بالتقصير، لكن نظراً لفساد ذمم الناس وكثرة ادعائهم التلف، أوجب الفقهاء تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس في ذلك.

وعلى هذا، فإن المذاهب الأربعة متفقة على أنّ الأجير الخاص لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها إلا بالتفريط؛ لأن يده يد أمانة؛ كالوكيل والشريك المضارب.

وأما الأجير المشترك: فهو ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه ، فإن تلف الشيء في يده من غير تعد منه ولا إهمال، ففي تضمينه رأيان للعلماء:

الرأي الأول: وهو ما ذهب إليه الإمام أبوحنفية،[516] والإمامان الشافعي وأحمد[517] رضي الله عنهما في الصحيح من قوليهما، والقول المعتمد عند المالكية أن الأجير المشترك لا يضمن إلا بالتعدي

أو التقصير أو خالف شرطاً اتفق عليه. واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. لأن يده يد أمانة، كالأجير الخاص.
2. لأن التضمين لا يكون إلا بالتعدي؛ لقوله تعالى: «فلا عدوان إلاّ على الظالمين».[518]

---

[515] : راجع: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:557/5، ود. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص166.

[516] : هو الإمام الأعظم النعمان بن ثابت الفارسي الكوفي، صاحب المذهب المعروف، وهو من أتباع التابعين ، وقد أدرك أربعة من الصحابة، أخرج له النسائي في السنن، والبخاري في جزء القراءة، والترمذي في الشمائل، وله مسند مدون، ووثقه ابن معين في خلاصة تذهيب التهذيب. قال ابن خلدون في المقدمة: وحاشاه أن يكون جاهلاً بالسنة، وإنما الذي نفاه عياض الإمامة فيها، من آثاره: الفقه الأكبر، ولد سنة 80هـ، وتوفي سنة 150هـ ببغداد. راجع محي الدين عبد القادر بن أبي الوفاء، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: (26/1)، الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد: (323/13).

[517] : أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، المروزي، ثم البغدادي، أبو عبد الله، إمام السنة وصاحب المذهب المشهور، من آثاره المسند، ولد سنة 164هـ، وتوفي سنة 241هـ. راجع: البغدادي، تاريخ بغداد: (412/4)، ابن العماد، شذرات الذهب: (96/2).

[518] : سورة البقرة، الآية 193.

3. وقياساً على الشريك المضارب؛ لأن يده أمانة، فهو يقبض العين لمنفعته ومنفعة المالك.[519]

الرأي الثـاني: وهو ما قال به الصاحبان،[520] وبقولهما يفتى عند الحنفية، والشافعي وأحمد في قول عندهما، وقول عند المالكية أنّ الأجير المشترك ضامن مطلقاً، سواء أتلف الشيء بتعد منه أم بغير تعد، واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

1. قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم».[521]
2. قول النبي صلى الله عليه وسلم: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي".[522]
3. ولأنه قبض لمصلحة نفسه، فيضمن، بخلاف الذي يقبض لمصلحة غيره.
4. ولتحقيق مصلحة الناس عند فساد الذمم، وهو من باب سد الذرائع؛ لأن ادعاء الفساد بسبب خارج عن إرادة الأجير، سيفضي إلى تضييع أموال الناس.[523]

مناقشـة: استدل أصحاب الرأي الأول بالآية، وهي بعبارتها تنسب العقوبة والمساءلة لمن اعتدى، ولا يتحقق هذا في الأجير المشترك دائماً، لكن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من تضمين الأجير المشترك مطلقاً من باب سد الذرائع المفضية إلى ضياع مصالح الناس وجيه، نظراً لفساد ضمائر الناس غالباً، خصوصاً في الأزمنة المتأخرة.[524] وأما في حق الطبيب، وهو مشمول بمصطلح الأجير المشترك، فلا يجوز مساءلته إلا إذا قصر أو تعدى؛ لأنه لا يشبه الأجير المشترك من كل وجه، فالأجير المشترك يمكنه تحقيق ما اتفق عليه، لكن الطبيب في حالات، يطالب ببذل ما في وسعه من عناية، وفي حالات أخرى، يكون مطالباً بتحقيق غاية محددة لإمكانه ذلك. لكنه لا يملك تحقيق الشفاء، فالله هو الشافي، لنص الآية الكريمة: «وإذا مرضت فهو يشفين».[525]

وبناء عليه، فهل يمكن مساءلة الطبيب في حالات دون غيرها تحديداً ؟ هذا ما سيأتي بيانه في المطلب التالي:

---

[519] : راجع: السرخسي، المبسوط: (103/15)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (373/5-376)، الشربيني، مغني المحتاج: 351/2)، ابن قدامة، المغني: (306/5-307).

[520] : هما أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني رحمهما الله، وسيأتي ترجمتهما فيما بعد.

[521] : سورة البقرة، الآية 194.

[522] : سبق تخريجه ص 51.

[523] : راجع: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص168/166، ود. أسامة إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص 19-20.

[524] : راجع: د. أسامة إبراهيم علي التايه، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص19-20.

[525] : سورة الشعراء، الآية 80.

المطلب الثالث: الترجيح بين الالتزام ببذل عناية وبين الالتزام بتحقيق غاية

لا يمكن أن نقعد قاعدة عامة بأن التزام الطبيب هو التزام بتحقيق غاية مثل المهن الأخرى كالمهندس مثلاً، إذ غاية عمل المهندس المعماري أن يقوم ببناء حسب المواصفات، وغاية عمل الصيدلي صنع دواء بتركيب محدد ومعروف. كما لا يمكن الجزم بأن التزامه هو التزام ببذل عناية، إذ العمل الطبي يختلف عن الأعمال المهنية الأخرى التي يمكن أن نقرر فيها طبيعة الالتزام، فالطبيب قد يعالج حالة لا يمكنه تجاهها إلا بذل العناية الممكنة لديه، نظراً لظروف الحالة المرضية، و أحياناً تكون الحالات مما لا يقبل من الطبيب فيها إلا تحقيق غاية محددة.

ويرى الباحث أن هذا كله يتقرر وفق أصول الطب ومسار تطوره، فما يكون في نطاق الاحتمال في زمن ماض، قد يصير بعده في نطاق غلبة الظن أو اليقين، كما أن للظروف والإمكانيات أثر في تقرير طبيعة الالتزام.[526]

ومهما يكن مما سبق قوله، فإن الأصل في التزام الطبيب في الفقه الإسلامي أنه التزام ببذل عناية؛ بمعنى أنه مطالب ببذل العناية المعتادة مِن مثلِهِ في موضعه عند ممارسة عمله، فإذا استعمل الطبيب حقّه في الحدود المشروعة، دون خطأ منه، ونتج عن ذلك ضرر لا يمكن الاحتراز منه، فلا ضمان عليه، إعمالاً للقاعدة الفقهية "ما لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو".[527]

يقول الإمام القرافي[528] - رحمه الله -: "اعلم أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات في الشريعة فعفا عن مرتكبها، وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها، وضابط ما يعفى عنه من

---

[526] : انظر: د. أسامة إبراهيم، المرجع السابق، ص21-22.

[527] : د. علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: (428/1-429)، وقد ذكر أنّ هذه القاعدة عميقة الأثر وكثيرة الدوران في الفقه الإسلامي، صاغها العلماء بصياغات وأساليب متماثلة، منها: "كل ما لا يمكن الاحتراز عن ملابسته معفو عنه" (مجموع فتاوى ابن تيمية: 592/21؛ 17؛ 71؛ 72؛ 139؛ 326؛ 599؛ 606؛ 184/26، والمغني: 43/5)، و"ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو معفو": (السرخسي، المبسوط: 140/3؛ 141؛ 224/11)، و"ما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون": (علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء: 123/3)، أو "ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه: (الفرائد البهية: 52)، وإنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه: (الهداية مع فتح القدير: 326/10؛ 328 كتاب الديات).

[528] : هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري، شهاب الدين، أبو العباس، الملقب بالقرافي، الأصولي الفقيه، أخذ عن ابن الحاجب والعزيز بن عبد السلام والفاكهاني، له تآليف نفيسة منها: الفروق في القواعد الفقهية، والذخيرة في الفقه، وشرح تنقيح الفصول، والنفائس في شرح المحصول، في أصول الفقه، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الإحكام وتصرفات الإمام، توفي سنة 684هـ. راجع: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ص62، ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص188؛ والحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: (273/4).

الجهالات: الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق، لم يعف عنه".[529]

بيد أن تحديد ما يمكن التحرز منه وما لا يمكن التحرز منه مسألة تحقيق مناط بتعبير الأصوليين، أو مسألة موضوع بتعبير أهل القانون، يفصل فيها بناء على الخبرة القضائية.

ثم إن الطبيب إذا قام بواجبـه، فإنه لا يتقيـد بشرط السلامـة كما قرر الفقهـاء. ومن ذلك قولهم:"الواجبات لاتتقيد بوصـف السلامة".[530] "والعلّة المعلنة لهذا التكييف، على نحو ما يبدو من شروح الفقهاء هي أن العمل الطبي يتضمن نسبة كبيرة من الاحتمال والحدس والتخمين، ولهذا لا يتصور أن يلتزم الطبيب بشفاء المريض أو بضمان سلامته من العمل الطبي أو الجراحي ، فهذا ليس في مقدوره، لأنه عمل غير مضمون النتيجة، بل مظنونها، أو في عبارة موازية؛ لأن نتيجته احتمالية غير مقطوع بها، وينضم فريق من شراح الفقه الإسلامي إلى هذا الرأي، فيقدرون أنه لا يصح أن يشترط على الطبيب أو الجراح العمل على وجه لا يسري (أي لا يسبب الضرر)،[531] وأن عدم تقييد الطبيب بالسلامة في العمل إنما يرجع إلى أن سلامة المريض تبنى، إضافةً إلى طباعه، على المجهول، والاحتـراز من المجهـول غير متصـور[532] ".[533]

جاء في حاشية ابن عابدين[534] قوله:" لو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسري لا يصح؛ لأنه ليس في وسعه ".[535]

وورد في التاج المذهب قوله: " إن كانت الأدوية من العليل فلابد من كونها في ملكه إن عينت معلومة القدر، ويستأجر الطبيب على أن يداوي بها مدة معلومة على صفة معلومة، فإن شفي في أول المدة استحق الأجرة المسماة، وبقيت الأدوية لمالكها، وإن لم يشف حتى مضت المدة

---

[529] : الفروق: 260/2.

[530] : راجع: الهداية مع تكملة فتح القدير: (260/10)، كتاب الجنايات ابن نجيم، الأشباه والنظائر: 346، الكاساني بدائع الصنائع: 305/1)، ود. لاشين الغاياتي، مدى مسؤولية الطبيب عن أخطائه في الشريعة والقانون، ص8.

[531] : راجع: عبد العزيز المراغي، مسؤولية الأطباء، ص212، مجلة الأزهر، المجلد 20ج 1368هـ.

[532] : انظر: أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ص20، مجلة الأزهر، المجلد 20ج 1318هـ.

[533] : د. محسن عبد الحميد البيه، خطأ الطبيب ، ص 119.

[534] : هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الشام وإمام الحنفية في عصره، من مصنفاته: نسمات الأسحار على شرح المنار في الأصول، ولد بدمشق سنة 1198هـ، وتوفي بها سنة 1252هـ. راجع: عبد الله مصطفى المراغي، الفتح المبين طبقات الأصوليين (114/4)، وخير الدين الزركلي، الأعلام: (276/6).

[535] : راجع: حاشية رد المحتار على الدر المختار (69/6).

استحق المسمى. وإن كانت الأدوية من الطبيب فلابد من كونها موجودة في ملكه معلومة القدر على أن يداوى بها مدة معلومة على صفة معلومة، فإن شفي في أول المدة، استحق ثمن الأدوية والأجرة المسماة جميعاً وباقي الأدوية للمشتري، وكذا لو مضت المدة مع استعمال الأدوية استحق الثمن والأجرة المسماة، وإن لم يحصل الشفاء ".[536]

و ورد في كتاب النيل -عند الإباضية- قوله: «... ومن ذلك الطبيب والختان والبيطار وقالع الضرس والحجام، ولا ضمان عليهم إن لم يتعدوا، وإن أخطئوا فعلى العاقلة».[537]

وجاء في حاشية الدسوقي قوله: "وكذا الختان والطبيب، فإذا ختن الخاتن صبياً أو سقى الطبيب مريضاً دواء أو قطع له شيئاً أو كواه فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهما لا في ماله ولا على عاقلته، لأنه مما فيه تغرير [أي احتمال مما لا يمكن التحرز عنه]، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في فعله، فإذا كان أخطأ في فعله، والحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب، وفي كون الدية على عاقلته أو في ماله قولان: الأول لابن القاسم، والثاني لمالك، وهو الراجح؛ لأن فعله عمد، والعاقلة لا تحمل عمداً".[538]

ورغم ميل الاتجاه العام للفقه الإسلامي-في كتابات علمائنا القدامى رحمهم الله- إلى أن الأصل في صفة التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية، فإن مرد ذلك – فيما يبدو– إلى قصور مهنة الطب وعنصر الاحتمال فيها خاصة في العصور المتقدمة.

أما وأنّ مهنة الطب تطورت بشكل كبير في العصر الحديث، وأصبحت كثير من المعاملات الطبية أقرب إلى القين إن لم يكن الظن، وأصبح عنصر الاحتمال فيها يكاد يكون منعدماً. فعلى هذا الأساس، ليس هنالك ما يمنع من القول بجواز التزام الطبيب بتحقيق غاية محددة، كتحقيق السلامة في نقل الدم، أو إقامة التحاليل بشكل صحيح... إلخ.[539]

---

[536] : الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب .(107/3-108)

[537] : محمد بن يوسف طفيش، كتاب النيـل وشفاء العليـل: (239/10).

[538] : على الشرح الكبير للدردير: (375/5-376).

[539] : على النحو الذي فصلناه في المطلب الرابع من المبحث الأول من هذا الفصل ص 116 و ما يليها.

ومن العبارات التي جرت على لسان فقهاء الإسلام: "وقوله – أي الدردير[540] – أو قصر في المعالجة، أي كأن أراد خلع سن فقلع غيرها خطأ، أو تجاوز بعير اختياره الحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة، كأن زلّت أو ترامت يد خاتن... فإنه يضمن... وأما لو قصد ضرره، فإنه يقتص منه"،[541] فخلع السن يعتبر فيه تحقيق الغاية؛ لأنه مقدور عليه ، وخصوصاً في وقتنا الحاضر حيث تطور طب الأسنان بشكل مذهل، فلا شك أن مثل هذا الالتزام هو نوع من أنواع الالتزامات بتحقيق غاية، ولا يحق بحال الاكتفاء ببذل عناية.

واختلف فقهـاء الإسلام في مدى جـواز مشارطـة الطبيب على البرء أو الشفاء إلى مذهبين:

المذهب الأول: جـواز مشارطة الطبيب على البرءِ أو الشفاء، وبه صرح المالكيـة.[542]

المذهب الثاني: عـدم جواز مشارطة الطبيب على البرء، وبه قال الحنفيـة[543] والشافعيـة[544] والحنابلـة[545] والظاهريـة[546] والزيديـة.[547]

---

[540] : هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المالكي الأزهري الخلوتي، الشهير بالدردير، ولد ببني عدي بمصر سنة 1127هـ، هو شيخ المالكية في عصره في الديار المصرية، من آثاره أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، وتحفة الإخوان في آداب أهل العرفان في التصرف، توفي بمصر سنة 1201هـ. راجع: الحجوي، الفكر السامي: (348/2)، الزركلي، الأعلام: (232/3).

[541] : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 355/4.

[542] : حيث قالوا: لا يستحق الطبيب الأجرة إلا بحلوله، فإن ترك قبل البرء فلا شيء له، إلا أن يتمم غيره، فله بحساب كرائه الأول، فإن لم يجعل الأجرة على البرء، فله بحساب ما عمل. راجع: ب الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للدردير: 513/3-514.

[543] : ذكر السرخسي أنه "إذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار، أو حقن الحاقن بأجر حراً، أو عبداً بأمره، أو بطأ قرحه، فمات من ذلك فلا ضمان عليه، بخلاف القصار إذا دق فخرق؛ لأن المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب، وذلك في مقدور البشر، يصح التزامه بالعقد، وهنا المستحق عليه عمل معلوم بجده، لا عمل غير ساري، لأن ذلك ليس في مقدور البشر، فالجرح فتح باب الروح، والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة، وليس ذلك في مقدور البشر، فلا يجوز التزامه بعد المعاوضة"، المبسوط: 10/16-11.

[544]: ذكر النووي جوازه على الأصح مثل قلع سن، وفيه الوجهان في غير ذلك مثل الفصد والحجامة؛ لأن هذه الإيلامات إنما تباح للحاجة، وقد تزول الحاجة. انظر: روضة الطالبين:259/4-260.

[545]: قال ابن قدامة رحمه الله: "وقال ابن موسى" لا بأس بمشارطة الطبيب؛ لأن أبا سعيد [الخدري] حين رقى الرجل شارطه على البرء، والصحيح – إن شاء الله – أنّ هذا يجوز، لكن يكون جعـالة فتجوز على عمل مجهول كرد اللقطة والآبق، وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعالة فيجوز ههنا مثله": المغني مع الشرح الكبير:123/6-124.

[546]: ذكر ابن حزم- رحمة الله عليه- أنه "لا تجـوز مشارطة الطبيب على البرء أصـلاً لأنه بيد الله تعالى...": المحلى:196/8.

[547]: راجع: أحمد بن يحي المرتضي (840هـ- 1437م)، البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار: 78/2، [وقد نسب خطأً لأحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، بينما هو صاحب التاج المذهب لأحكام المذهب، والصواب أنه لأحمد بن يحي المرتضي ، اعتماداً على طبعة دار الكتاب الإسلامي، ويبدو أنه حصل خلط في نقل المعلومات من المصدر وهو] موقع الإسلام www. shamela.ws(المكتبة الشاملة)

واستدل كل من الفريقين بأدلة تؤيد ما ذهب إليه:

أولاً: أدلة الجمهور: استدل جمهور الفقهاء على عدم جواز المشارطة على البرء بالمعقول، إذ قالوا: إن الشفاء بيد الله تعالى لا بيد أحد سواه، وإنما الطبيب معالج للداء، بما يضاده من الدواء، ولا يعرف مقدار المعالجة التي يكون بها الشفاء؛ فهو لا يعرف ملائمة كمية قوة الدواء لمدى قوة الداء، ولا المدة التي يتم فيها الشفاء، بل لا يعرف أيحصل الشفاء أم لا، ومن ثم فلا يجوز الإجارة على الشفاء؛ لأن الأجرة إن كانت في مقابلة العلاج الذي يتم به الشفاء، فهو مجهول لجهالة مقداره ومقدار زمانه، وإن كانت في مقابلة الشفاء، فهو مجهول وغير مقدور التسليم.

ثانياً: أدلـة المالكيـة: استدل المالكية على جواز المشارطة على البرء بالمعقول:[548]

فقالوا: إن الشفاء وإن كان بيد الله تعالى إلا أنه عز شأنه، جعل له سبباً وهو المعالجة، فإن لم يكن مقدوراً من حيث ذاته، فهو مقدور من حيث أسبابه، وأهل الطب يعرفون أصناف الأدوية ودرجاتها، ومقادير العلاج وأزمنته، وما يكون منها قابلاً للشفاء، وما يكون غير قابل، وهذا العلم مبني على التجارب الكثيرة، ومن ثم فهو علم عادي لا يقدح فيه أن يتخلف أحياناً، وهذا التخلف لا يجعل الشفاء من غير المقدورات، ولا من المجهولات.

الاعتراض:

اعترض على هذا بأن عاقبة عمل الطبيب مجهولة؛ لأن المريض قد يموت، فيذهب تعب الطبيب سدى، وقد يطول علاجه فيكون الأجر المشروط زهيداً، وقد يقصد علاجه فيكون أكثر مما يستحق عادة، وفي ذلك غرر، والغرر مبطل للعقود.

وقد نسب الخطأ إلى موقع www.al-islam.com وهو موقع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف السعودية، ولم أجده بـه. وتمام النص هو: "والْبرءُ والْمرض مِن فِعل اللهِ (ق) : يجوز مِن فِعل غَيرِهِ كَالطَبِيبِ، قُلْت الْأَقْرب أنه خِلَاف فِي عِبارةٍ، إذْ لَو دخلَ فِي مقْدورِنا لَم يبق مرِيض علَى مرضِهِ ولَا عدو صحِيحا".

[548] : طبعاً الاستدلال بالمنقول هنا لم يسلم من المُعارض، فتركناه إلى غيره؛ لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال. ذلك أنه جاء في السنة أن أبا سعيد الخدري - رضي الله عنه – رقى ملدوغاً بعقرب بالفاتحة على قطيع – ثلاثين رأساً – من الغنم، وأقره النبي – صلى الله عليه وسلم – على ذلك، والحديث رواه البخاري ومسلم وغيرهما. فـأول الشافعية والحنابلة هذا على جوازه من باب الجعـالة لا الإجـارة، والجعالة تجوز على عمل مجهول؛ كما هو الحال في رد اللقطة، ويكفي للجعالة تحديد مقدار الجعل وبيان الغاية =المطلوب تحقيقها بغض النظر عن مقدار العمل. راجع: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب، رقم 795/2:2156؛ وصحيح مسلم، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، رقم 2201: 1727/4. والإمام زكريا بن محمد الأنصاري، الغرر البهية شرح منظومة البهجة الوردية: 329/6-330، وابن قدامة، في المغني:146/6.

الجواب:

أجيب على هذا الاعتراض بأن علم الطبيب يمنعه من المشارطة على الشفاء متى كان المرض من شأنه أن يطول أو لا يقبل الشفاء، ومن ثم فإن الأحوال التي يشارط فيها على الشفاء إنما هي الأحوال التي يغلب فيها حصوله، فيكون الغرر قليلاً جداً، وهذا لا يؤثر؛ لأنه متوقع في كل أمر، حتى السكنى والبناء وخياطة الثوب وغيرها، فقد يسكن المستأجر الدار ولا يجد فيها ما ينشده من راحة واستقرار، وقد يشارط البناء على بناء معين بأجرة معلومة يتكلّف في العمل أكثر منها.[549]

الـرأي الراجـح:

تبين لي مما سبق ذكره أنّ الرأي الراجح هو رأي القائلين بجواز مشارطة الطبيب على البرء متى كان ممكنـاً، إذا كان علاجه معلومـاً، وزمانـه كذلك؛ لأنه في هذه الحالة يكون بعيداً عن الغرر والجهالة، ولأنّ الحاجـة داعيةٌ إليه، والله سبحانه وتعالى أعلم والرد إليه أسلم وأحكم.

[549] : راجع: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني:115/2، ود. سيد رضوان محمد جمعة، ص215-218.

البـاب الثـاني: تحريـك دعوى المسؤولية المدنية الطبية

يتضمن فصليـن كالآتي:

الفصل الأول: عناصر المسؤولية المدنية الطبية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

الفصل الثاني: ممارسة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في القانون والشريعة الإسلامية

الفصل الأول: عناصر المسؤولية المدنية الطبية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

المبحث الأول: عناصر المسؤولية المدنية في القانون الوضعي

للمسئولية عناصر أو أركان تقوم عليها، تتمثل أساساً في الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وفيما يلي بيان ذلك بالتفصيل، في كل من التشريع والفقه والقضاء.

المطلب الأول: الخطأ الطبي

في الحقيقة برزت فكرة الخطأ في أول أمرها لدى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى، إلا أن الفضل يعود للفقيه "دوما" الذي أبرز فكرة الخطأ بوضوح في مؤلِفه "القوانين المدنية"، وأقام "دوما" و"بوتييه" المسؤولية المدنية في نوعيها التقصيري والعقدي على أساس الخطأ.[550]

وظلت فكرة الخطأ - على أنها قوام المسؤولية المدنية للطبيب- سائدةً لفترة طويلةٍ من الزمن إلى أن حصلت تطورات جعلتها تتراجع أو تنحصر.

وبناء على ماتقدم، سنناقش في هذا المطلب ماهيةَ الخطأ الطبي في فرع أول، وإثبات الخطأ الطبي في فرع ثان، وصور الخطأ الطبي في فرع ثالث.

الفرع الأول: ماهيـة الخطـأ الطبـي

سنلقي الضوء على ماهية الخطأ الطبي من خلال النقاط التالية:

أولاً: تعريـف الخطـأ

الخطأ لغةً يأتي على معنيين: حيث يأتي بمعنى العمل غير المشروع الذي يرتكبه الشخص عمدا، ويأتي بمعنى ضد العمد، وضد الصواب. وعليـه، يقال: المخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخاطئ من تعمد ما لا ينبغي.[551]

وتعريف القانون المدني للخطأ بالمعنى الثاني، وليس الأول؛ لأنّ الخطأ عن عمدٍ أو قصدٍ غالباً ما يكون في دائرة القانون الجنائي.

إن الخطـأ – بوجه عام - سواء في نطـاق كل من المسؤولية العقدية أو التقصيرية هو "تقصيـر في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسـانٍ يقَـظٍ وجِـد في ذات الظـروف التي

---

[550]: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص143.

[551]: راجع: لسان العرب: 66/1، مختار الصحاح: 75/1، والمنجد في اللغة والأعلام، ص168.

أحاطت بالمسؤول".[552]

ويمكن القول إن الخطأ الطبي هو "خطـأ يرتكبه شخص يتمتع بصفـة الطبيب خـلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية"،[553] أو أنه "إخلال الطبيب بالتزاماته في مواجهة مريضه، والذي يتمثل في مخالفة المعطيات والأصول الطبية"،[554] وهذا إضافة إلى تعريفات أخرى كثيرة.[555]

ومهما حاولت هذه التعريفات تحديد ماهية الخطأ إلا أنها لم تسلم من النقد، فالتعريف الأول ينقصه تقييد "تقصير في مسلك الشخص" بمخالفة الالتزام العقدي أو الالتزام القانوني، والتعريف الثاني عرف الخطأ بالخطأ، وهو من نواقص التعريف. أما التعريف الثالث، فهو شامل للالتزامات العقدية والقانونية، والالتزامات الإنسانية والفنية على حد سواء، ويبدو أنه الأدنى إلى الصواب، لتماشيه مع مفهوم الخطأ المهني، ولكن مع ذلك ينقصه ذكر معيار الخطأ؛ كمعيار الرجل العادي "le bon père de famille"؛ الذي وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول؛ وذلك كطبيعة ودرجة التخصص، مقارنةً بأمثاله من الأطباء، ولا يعتبر هذا أخذًا بالظروف الشخصية، إذ هي ليست ظروفاً داخلية. وهذا فضلاً عن الوسائل المتاحة وما شاكل ذلك.

وسبب اختلاف الفقهاء في تعريف الخطأ يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: يعود إلى أن كل فقيه عرف الخطأ من وجهة نظره التي يراها. فأصحاب الاتجاه الموضوعي استخلصوا تعريف الخطأ من الفعل ذاته، بصرف النظر عن شخص فاعله من حيث السن والإدراك ونحو ذلك، ومن أخذ بالاتجاه الشخصي وضع في اعتباره حالة الشخص المسؤول من حيث كونه مميزا أو غير مميز وما شاكل ذلك.

الأمر الثاني: يعود إلى أنّ كلمة الخطأ كلمةٌ واحدة يندرج تحتها أعداد لا حصر لها من أعمال

---

[552] : Mazeau et tunc":Théorie et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle" 6é.ed, 1965,I, N° 669 : أشار إليه: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص60

[553]: د. محسن عبد الحميد البيـه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، ص11.

[554] : Finon (Odile) : Faute et Assurance dans la responsabilité civile médicale, p.21.

[555]: حيث ذهب البعض إلى أنه لا مبرر لوضع تعريف للخطأ في كل من الدائرتين العقدية والتقصيرية، بل إن الخطأ في جميع الأحوال هو الإخلال بواجب سابق، وهو ما ذهب إليه الفقيه "بلانيول". وعرف "سافاتيه" الخطأ بأنه الإخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته. وعرف الفقيه "ديموج" الخطأ بأنه اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء. ويذهب الدكتور السنهوري إلى أن عبارات الاعتداء على الحق والإخلال بالواجب وغيرها لا تحدد معنى الخطأ بل هي ذاتها بحاجة إلى تحديد. راجع: د. عبد السلام التونجي –المسؤولية المدنية- مسؤولية الطبيب، ص257 ، ود. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 526، ص777-778.

وأنماط السلوك الإنساني.[556]

ويتضح مما سبق أن الفقه لم يستقر على تعريف معين للخطأ، وهذا حتى عند أصحاب النظرية الخطئية القائلين بأن ركن الخطأ [557] هو أهم أركان المسؤولية التقصيرية، بل الركن الأساسي فيها، إلا أنه مع ذلكم لم تتفق كلمة فقهائهم على تحديد المقصود بالخطأ تحديداً جامعاً مانعاً.

ولعلّ هذا ما جعل معظم التشريعات المعاصرة تجنب تعريف الخطأ ضمن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، تاركين ذلك للاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي.[558]

ثانيـًا: تطورات الخطـأ

في الحقيقة إنّ فكرة الخطأ من أدق الأفكار في القوانين المدنية، ويرجع ذلك إلى أن هذه الفكرة غير محددة؛ لاتصالها عن قرب بفكرة الأخلاق، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة.[559] كما أن فكرة الخطأ نسبية وقد تؤول إلى الزوال، وتصبح المسؤولية موضوعية لا تقيم وزناً للخطأ، كما سوف نرى لاحقاً.

---

[556]: راجع: د. قيس الصقير، المسؤولية المهنية الطبية، ص129.

[557]: يبدو أن للخطأ ركنين، الأول مادي وقوامه الانحراف أو التعدي؛ ويقصد به الإخلال بواجب قانوني أو التزام تعاقدي، والثاني معنوي قوامه الإدراك والتمييز عند أصحاب المسؤولية الخطئية؛ ويراد به أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً لفعله ومميزا لتبعاته من خير أو شر. وعليه، فلا يكون عديم التمييز –كالمجنون والصبي غير المميز- مسؤولاً لا من الناحية الجنائية ولا من الناحية المدنية.
وهذه قاعدة قديمة استقرت في عهد القانون الروماني، وانحدرت منه إلى بعض التشريعات الحديثة. وقد أثار إعفاء فاقد التمييز من المسؤولية انتقاد أنصار المسؤولية المادية أ الموضوعية المبنية على تحمل التبعة، مما جعل أصحاب المسؤولية الخطئية يعدلون موقفهم من مسؤولية عديم التمييز، عملاً باعتبارات العدالة التي نادى بها أصحاب المسؤولية المادية، فقالوا: إن كان الخطأ ضرورياً لقيام المسؤولية، إلا أن الخطأ ليس له إلا ركن واحد فقط هو الركن المادي، وبالتالي، لا يشترط التمييز لتحقق الخطأ. بيد أن هذا الاتجاه لم يسلم من المُعارض، وبقي عنصر الإدراك قائماً إلى جانب عنصر التعدي، خصوصا في نطاق المسؤولية التقصيرية، وما كان لأصحاب المسؤولية الخطيئة الوقوع في الخطأ هروباً من الانتقاد؛ لأن عديم التمييز اللاإرادي –وهو قيد خرج به من فقد إرادته بسكرٍ ونحوه، فلا اعتبار لذلك- عادةً ما يكون في كفالة شخصٍ يتولى مسؤوليته، فلا ضير من إسناد المسؤولية المدنية إلى عديم التمييز المتبوع، وتأسيسها على خطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس، فإن الخطأ المفروض يكون قائما في جانب عديم التمييز، ولا ينفيه انعدام تمييزه. راجع: طلال عجاج، المرجع السابق، ص183، ود.محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، ص118-123.

[558]: ومن بينهم المشرع المدني الجزائري في المادتين 124، و124 مكرر ، باستثناء بعضها كالتشريع المدني التونسي في المادة 83؛ والتشريع المدني المغربي في المادة 77، حيث عرفا الخطأ على أنه "عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار"؛ إذ انتقد هذا التعريف من قبل د. سليمان مرقس بقوله إن هذا التعريف اقتصر على خطأ الإهمال دون العمد. راجع: عامر القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي، ص59.

[559]: راجع: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، ص443.

ففكرة الخطأ نسبية؛ لأنها تتغير بتغير الأزمان واختلاف البيئات؛ فالمبارزة حتى الموت- مثلاً- كانت من أعمال البطولة والشرف قديماً، وقد أصبحت في عصرنا فعلاً خاطئاً يرتب المسؤولية. وتأديب المرأة عندنا مشروع؛ لقوله تعالى: «فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن»[560]؛ وهو عملٌ غير مشروع في البلاد الغربية وسبب من أسباب الطلاق.

إن فكرة الخطأ ما زالت بقيةً من اختلاط المسؤولية المدنية بالجنائية وبالمسؤولية الخلقية، وقد انفصلت المسؤولية المدنية عنهما، وأضحت اليوم مسؤولية موضوعية تهدف إلى تعويض ما يحدثه الشخص من ضررٍ لغيره؛ سواء بفعله الخاطئ أم بفعله غير الخاطئ. ثم إن المسؤولية المدنية قد أصبحت اليوم جماعيةً، وعادت إلى صورتها الأولى في المجتمعات البدائية حين كانت كل القبيلة تدفع التعويض عما ارتكبه أحد أفرادها، وها هي شركات التأمين ومؤسسات الضمان الاجتماعي وغيرها تقوم بنفس الدور كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني من هذا الباب إن شاء الله.

وقد نقل الأستاذ علي علي سليمان[561] عن الأستاذ تونك "Tunc"[562] عشرات الأمثلة عن الأخطاء التي ترتكب وتسبب أضراراً فادحة للمجتمع، ومع ذلك لا يحاسب مرتكبوها عليها؛ نظراً لمكانتهم الرفيعة أو لقدرتهم الفائقة على إخفاء أخطائهم، وينتهي من ذلك إلى القول بأن البحث عن الخطأ في المسؤولية المدنية أصبح عديم الجدوى، حيث إن دول الكومن لو (Common Law) تطلق على المسؤولية القائمة على الخطأ عبارة المسؤولية التي تقوم على النصيب (La Loterie)؛ لأنّ المضرور قد ينجح في إثبات خطأ المسؤول فيكسب التعويض، وقد يخفق في إثبات خطئه فيخسر التعويض، فهي في رأي هذه الدول مسؤولية غير خلقية.[563]

ثالثـاً: تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية

نظراً لعوامل اقتصادية بالدرجة الأولى تمثلت في بروز الآلة والتطور الصناعي الهائل الذي تميز به عصرنا الحالي؛ حيث اتسمت سلوكيات الفرد بالمادية، فأصبح هاجس الربـح يلاحق أرباب الصناعات، يقابله هاجس التعويـض عن أي ضـرر يمكن أن يلحق بالعامل من جراء

---

[560]: سورة النساء، الآية 34.

[561]: هو أبو القانون المدني الجزائري بلا منازع، درس أستاذا بكلية الحقوق – جامعة الجزائر، لعقودٍ من الزمن، وله مؤلفات نفيسة، منها النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- في القانون المدني الجزائري، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، دراسات في المسئولية المدنية في القانون المدني الجزائري.

[562]: راجع: المسؤولية المدنية، ص98 وما بعدها.

[563]: راجع: النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام- في القانون المدني الجزائري، ص148-150.

عمل الآلة أو نشاط الغير مما جعل الخطر يحدق به في عمله وتنقله، فاتسع رويداً رويداً مفهوم المسؤولية ليشمل هذه المخاطر كافة.

وهذا إضافة إلى عوامل فلسفية (إيديولوجية)، تمثلت في تقلص المذهب الفردي أمام المبادئ الاشتراكية، التي قلبت الآية وجعلت مصالح المجتمع أهم من مصالح الفرد.

وفي هذا الخضم، برزت أسباب اجتماعية، تمثلت في شخصية العامل الذي أخذ يدرك مدى أهميته في المجتمع، ويشعر بأن له حقوقاً يجب احترامها، مما دفعه إلى تكوين نقابات العمال للدفاع عن حقوقها.

ضف إلى ذلك العوامل القانونية التي تجسدت في قصور النصوص القانونية عن تغطية ما استجد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير المنطقي أن يطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ ضد أصحاب المصانع الكبرى طبقا للقواعد القانونية التقليدية.

لذلك، نما الشعور بوجوب التعويض للمتضرر دون إلزامه بإثبات الخطأ على عاتق الملتزم بالتعويض، مما أدى إلى اضمحلال الخطأ ومن ثم إلى أفوله كركن لازم لإقامة المسؤولية المدنية.[564] وعلى هذا الأساس، سارع الفقه إلى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية المدنية فقدم نظرية المخاطر، ثم نظرية الضمان كما سيأتي بيانه.

وما شجع أيضا على أفول الخطأ ظهور شركات التأمين على المخاطر، وظهور التشريعات الملزمة بالتأمين، مما أدى إلى توفير ضمانات كافية للمتضرر، وجعله يحصل على تعويض بأقرب السبل وأسهلها.[565] وفيما يلي بيانٌ لهاتين النظريتين محددين أثرهما على المسؤولية المدنية كبدائل عن الخطأ.

رابعـاً: البدائل عن الخطأ ومدى نجاحها

I. نظريـة المخاطـر:

بالاستناد للاعتبارات السابقة، اتخذ بعض الفقهاء؛ مثل سالي"Saleilles" وجوسران "Josserand" موقفـاً مناهضـاً من الخطـأ بصورة مبدئية مقدمين نظريـة المخاطـر

[564] : Le tourneau, la verdeur de la faute sans la responsabilité civile. RTDC 1988, P.505.

[565]: انظر: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص150-152، ومصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني –المسؤولية المدنية، ص232-234.

"La Théorie du Risque" كبديل تؤسس عليه المسؤولية المدنية.[566]

فقامت في المرحلة الأولى على أساس الغرم بالغنم "Le Risque-Profit"، ثم تطورت إلى مرحلة ثانية حيث أقيمت فيها المسؤولية على أساس الخطر المستحدث "Le Risque Crée "، ثم انتهت في المرحلة الثالثة إلى التوفيق بين الخطأ و الخطر، والإبقاء على فكرة الخطأ إلى جانب فكرة الخطر.

ولقد اتسمت النظرية خلال المرحلتين الأوليين بمحاربة فكرة الخطأ بكل الوسائل، والمناداة باستبدالها بفكرة الخطر، وذلك لإسعاف ضحايا حوادث العمل وغيرها بالحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابهم من قبل أرباب العمل مثلاً، وإن في مطالبة هؤلاء الضحايا بإقامة الدليل على خطأ رب العمل وحوادث النقل إرهاقاً لهم وضياعاً لحقوقهم، خصوصاً أنّ أكثر الحوادث تظل أسبابه خفية يعسر عليهم اكتشافها، ويحتاج إلى خبرة فنية يعز عليهم الحصول عليها، والتمسك بضرورة إثبات الخطأ يعني أن نضحي بمصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة قوية غنية، وهذا منافٍ لمعنى العدالـة [567] التي ننادي بها.

فإذا ما حدث حادثٌ أصاب شخصاً بضررٍ، فمن الذي ينبغي أن يتحمل نتيجة هذا الضرر؟ أهو المصاب الذي لا ذنب له، والذي كان موقفه من الحادث موقفا سلبيا، وقد يكون معسراً، أم هو الفاعل الذي كان موقفه من الحادث موقفا إيجابيا، وقد كان فعله ذا فائدة تعود عليه، فينبغي أن يدفع ثمنها، وإذا لم تعد عليه فائدة، فقد كان ينبغي عليه ألاّ يأتيه، وقيامه به يحمله وزره.

ولقد انتقدت نظرية تحمل المخاطر أو التبعة في مرحلتها الأولى القائلة بالغرم بالغنم؛ بأن ليس كل نشاط يعود على صاحبه بالغنم؛ مثلما هو واقع المؤسسات الصناعية التي تحقق أرباحاً من عمالها، بل هناك نشاطات لا يربح صاحبها من ورائها شيئاً؛ بل وهناك نشاطات قد تعود على

---

[566]: حمل لواء هذه النظرية أيضاً لابيه"Labbé" في تعليقاته، ولوران في بلجيكا، وريبير "Ripert" في أول الأمر ثم ديموج "Demogue" وسافاتيه "Savatier". راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص152.

[567]: ليس كل القائلين بنظرية المخاطر هم ماديو النزعة وينظرون إلى العلاقات القانونية على أنها علاقات بين ذمتين ماليتين؛ فإذا استفادت إحداهما على حساب الأخرى وجب أن يعاد التوازن بين الذمتين، فقد ذهب بعضهم إلى هجر الخطأ بدواعي العدالة المثالية متمثلةً في العدالة الاجتماعية أو العدالة الفردية. راجع: Henri, Leon, et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, T. II, P.357 .

صاحبها بالخسارة، فهل من يركب دراجة فتصدمه سيارة يمكن أن يحمل غرم استعمالها مقابل ما حققه من غنمٍ أثناء استعمالها ؟

ولذلك تحول أنصار هذه النظرية إلى المرحلة الثانية، وبنوها على فكرة الخطر المستحدث، ولكن سرعان ما انتقدت النظرية في هذه المرحلة أيضا بأنها تلجم كل نشاط وتشل كل مبادرة فردية خشية المسؤولية[568]، فيؤدي ذلك إلى الجمود وعدم التطور، وانكفأ محبذو هذه النظرية حينما واجهت عقبةً مهمةً، وهي أن ليس كل نشاط محدثٍ للضرر يرتب موجب التعويض على صاحبه؛ لأن نشاطاتٍ كثيرةً مسموح بها قانوناً رغم الأضرار التي تحدثها للغير ضمن نطاق عدم تجاوز حدود ممارسة الحق بحسن نية.[569]

وبناء عليه، تحول بعض أنصار هذه النظرية إلى المرحلة الثالثة، فبعضهم ارتد عنها ورجع إلى فكرة الخطأ وحدها؛ مثل ريبير "Ripert"[570]، والبعض الآخر رجع إلى فكرة الخطأ وجعلها فكرة أصلية إلى جانب فكرة الخطر كفكرة احتياطية "Subsidiaire"، يلجأ إليها حينما تتطلب العدالة ذلك،[571] وبعضهم الآخر مثل جوسران[572] عاد فجعل الخطأ والخطر متساويين، وجعل لكل منهما نطاقا يساوي الآخر؛ فنطاق الخطأ هو المسؤولية عن الأفعال الشخصية، المنصوص عليها بالمادة 1382 ق.م.ف (يقابل المادة 124 ق.م.ج)، ونطاق الخطر هو المسؤولية عن فعل الغير، المنصوص عليها بالمادة 1384 ق.م.ف في الفقرات 6,5,4 (يقابل المواد 134¡ 136، ق.م.ج)، ويضيف جوسران إلى هذا النطاق، القوانين الخاصة التي نصت على مسؤوليات تقوم على الخطر.[573]

لقد امتزج الطرح القانوني بالتناول الفلسفي؛ حيث ذهب بعض فقهاء هذه النظرية المنادين بالعدالة الفردية "La justice individuelle" إلى القول بأن العدالة "L'equité" تقتضي الوقوف

---

[568]: إن دواعي العدالـة أو المصلحة الاجتماعيـة ليس في حماية الضحايا دائماً، ولكن يمكن أن يؤمن النشاط الحر للأفراد، فلا يعيقهم أو يهددهم بمسؤولية متحملة، ولو كان سلوكهم بعيداً عنها. راجع: H,L et J.Mazeau, op.cit, p.357

[569]: راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص152-155، مصطفى العوجي، المرجع السابق: 2/235-237.

[570]: راجع مؤلفه: la règle morale dans les obligations civiles, 4é ed. paris, 1949, p.29

[571]: راجع: René Savatier, traité de la responsabilité civile en droit français, paris, T.I. N° 279- 281، حيث قسم المسؤولية إلى قسمين: قسم مبني على الخطأ، وقسم مبني على الخطر، ورغم أن المسؤولية بدون خطأ لا يمكن أن تكون إلا مكملة، ولا يمكن للمشرع تبنيها إلا في مجالات محدودة، هذه المجالات التي أضحت فسيحة: H, L et J.Mazeau, op.cit, P.359, N° 431

[572]: راجع مؤلفه: شرح القانون المدني الفرنسي، طبعة 1933، ج2 بند 41.

[573]: راجع: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص155.

إلى جانب الضحايا، أم إلى جانب محدث الضرر دون خطأ من قبلهم ؟

وانتهوا بعد نقاش طويل إلى أنه يفترض عدالة أو أخلاقا أن نفرق بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ؛ لأنّ تقرير أن تترتب المسؤولية عن الفعل غير الخاطئ قد يبرر على مستوى المصلحة الاجتماعية " L'utilité Sociale"، ولكن لا يبرر بحـالٍ على المستوى الأخلاقي "La morale".

ثم إن هناك فارقًا بين المسؤولية المدنية في القانون الخاص وبينها في القانون العام. فحينما تحدث الدولة أو مؤسسة عامة ضرراً من قبل أعوانها، فليس منافياً للأخلاق أن نقبل مسؤولية دون خطأ؛ لأننا في هذه الحالة لا نفقر طرفاً بذاته – وهو ما هو مرفوض عدالةً – ونحمله عبء التعويض، وإنما نقوم بتقسيم الأعباء العامة "La repartition des charges publiques" التي يتساوى الأفراد أمامها.

يضاف إلى ذلك أن نظرية تحمل التبعة إذا أمكن تطبيقها في مجالات معينة في القانون العام،[574] فإنها –ماعدا استثناءات جد محدودة- لم تجد موطـأ قدمٍ في القانون الخاص.[575]

ومع ذلك، فقد كان لنظريـة تحمل التبعـة تأثيـراً واسعـاً في المجال القانوني، وفيما يلي بيـان تأثيرها على القضاء والتشريعات الوضعية:

1. تأثيرات نظرية تحمل التبعـة على القضاء:

تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرية دون أن يصرح باعتناقها، ويتجلى ذلك في النقاط التالية:

أ. تبني الخطأ المفترض: "La faute présumée" في المسؤولية عن فعل الأشياء وفعل الغير. والخطأ المفترض ليس في الواقع إلا فكرة افتراضية أو تقديرية لا وجود لها في الحقيقة، بل هي مجرد حيلة اهتدى إليها القضاء لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ.

أما بالنسبة للمسؤولية عن فعل الحيوان، بينما كانت تخضع لضرورة إثبات الخطأ، صدر لأول مرة حكم بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1885/10/27 [576]، قررت فيه أن هذه المسؤولية تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ولا يدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، وما من شك في تأثـر هذا الحكم بنظرية تحمل التبعة.

---

[574]: راجع: د. محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة "الخطأ" أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، ص6j 102، وما يليها.

[575] : H,L et J.Mazeau, op.cit, n° 429, p.358.

[576]. نشر هذا الحكم في مجموعة سيريه سنة 1885 عدد 1 رقم 33.

وأما بالنسبة للمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، وكانت تخضع لضرورة إثبات الخطأ طبقاً لحكم المادة 1382 م.ف، صدر لأول مرة حكم من محكمة النقض بتاريخ 1896/06/11 [577] قرر أن الخطأ فيها مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا ينفى إلا بإثبات السبب الأجنبي، وقد صدر هذا الحكم عقب اكتشاف الفقرة الأولى من المادة 1384 م. ف.[578]

وبخصوص مسؤولية متولي الرقابة نحو الصبي أو التلميذ أو الخادم، سواء أكان من يتولى رقابتهم شخصاً طبيعيا أو شخصاً معنويا؛ كمركز المعوقين ذهنيا أو مركز إعادة التربية للأحداث الجانحين، فإن متولي الرقابة يعتبر مسؤولا عما يحدثه من تولى رقابتهم من ضرر، بناء على خطأ مفترض في جانبه لا يقبل إثبات العكس، ولا يعفى منه إلا بإثبات السبب الأجنبي.[579]

وقد أفضت فكرة الخطأ المفترض بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة في المؤسسات التربوية العامة أو الخاصة إلى حرج كبير، مما دفع المشرع إلى التخفيف منها، بتقديم بديل، يتمثل في مسؤولية الدولة[580] وهو ما أنتج المادة 1384 في فقرتها الثامنة من قانون 1937/4/05. [581]

لذلك، عدل القضـاء عن اصطلاح افتـراض الخطـأ إلى اصطلاح افتراض المسؤولية " La présomption de la responsabilité " في حكم الدوائر المجتمعة في قضية جانديـر " Jand'heur "، الصادر بتاريخ 1930/02/13.[582]

ولم يسلم هذا الاصطلاح الجديد من الانتقاد؛ فقيل إن المسؤولية نتيجة، والنتيجة لا تفترض، وإنما تفترض الوقائع التي تستخلص منها النتيجة.

لذلك، اضطرت محكمة النقض إلى العدول عن هذا الاصطلاح، حيث قررت في حكم لها صدر بتاريخ 1956/10/18 [583] أنّ مسؤولية حارس الأشياء غير الحية مسؤوليـة تقوم بقـوة

---

[577]: : نشر هذا الحكم في مجموعة سيريه سنة 1896 عدد 1 رقم 17

[578]: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص156.

[579] : Civ.2, 12 oct. 1955, D.56.301, n. R.Rodière et, obs. La notion de faue présumée. V. Philippe Le Tourneau et Loic Cadiet, Droit de la responsabilité, P.711, et Francois Terré et d'autres, Droit Civil, Les Obligations, P.632 et S.

[580]: نص المادة 1384 ق.م.ف/8:

"En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquée contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance".

[581] : Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, op.cit, p.720.

[582]: نشر هذا الحكم في داللوز، سنة 1930، عدد 1، رقم 37.

القانـون "de plein droit"، وبذلك حسمت محكمة النقض رأيها في نبذ فكرة الخطأ في مثل هذه المسؤولية، وكل هذا تم بأثير نظرية تحمل التبعـة.

ب. ابتكار القضاء الفرنسي فكرة الالتزام بالسلامة: منذ سنة 1911م ابتكر القضاء الفرنسي فكرة الالتـزام بالسلامـة "L'obligation de resultat"؛[584] وهي أن يصل المنقول سليماً معافى "Sain et sauf" إلى محل الوصول، وإلا اعتبر الناقل مخِلا بالتزامه ونيطت به المسؤولية دون حاجة إلى مطالبة المتضرر أو خلفه بإثبات خطإٍ ضده، ورغم توجيه الفقه لسهام نقده لهذا الالتزام الذي لم يشِر إليه القانون، مضى القضاء في اجتهاده معمما ذلك على كثير من العقود، ولا ريب في أنه تأثر بنظرية تحمل التبعة.

جـ. ابتكار القضاء الفرنسي نظرية الأفعال الخاطئة: ابتكر القضاء الفرنسي نظرية الأفعـال الخاطئـة "Les faits fautifs" [585] فاعتبر بعض الحوادث مرتبة لخطأ محدثها بمجرد وقوعها دون حاجة إلى مطالبة المتضرر بإثبات خطأ ارتكب ضده؛ وذلك مثل انفجار أداة نقل أو انفجار مرجل "chaudière" ونحو ذلك، واعتبرت من قبيل الأفعال الخاطئة فكرةُ الخطأ بالقوة " la faute virtuelle" في حقل النقل التبرعي، حين كان يخضعه قبل سنة 1928م إلى أحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، ويطالب المنقول مجاناً بإثبات خطأ الناقل، فأضحى القضاء معتبراً الناقل المجاني مخطئاً بمجرد إصابة المنقول بضرر ناتج عن خلل في مركبة الناقل، وأعفى المنقول مجانا من إثبات خطأ الناقل.[586]

د. القضاء الفرنسي يقر بمسؤولية فاقد الوعي عن الحراسة: بعد أن كان القضاء الفرنسي مطرداً في أحكامه على ضرورة توافر التمييز أو الإدراك لدى المسؤول عن الحراسة، فلا ينسب لفاقد التمييز خطأٌ يرتب المسؤولية، قرر لأول مرة في حكم له صدر في 1964/12/01 [587] في قضية تريتشارد "Tritchard" مسؤولية فاقد الوعي عن الحراسة، وهو ما دعا المشرع الفرنسي إلى إدخال المادة 489-2 في القانون المدني بموجب قانون صدر في 1968/01/03، وأصبح القضاء الفرنسي بعدها يعمم مسؤولية عديم التمييز في كل أنواع المسؤولية متأثراً بنظرية تحمل التبعة.

---

[583]: نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1956، عدد 2، رقم 365.

[584]: وهو ما سماه الفقهاء مازو "obligation déterminée ": أي التزام محدد. راجع: Leçon de droit civil, T II, P.21

[585]: انظر في هذه النظرية سافاتيه في مؤلفه حول المسؤولية المدنية، طبعة سنة 1951، ج1، بند 33، ص 306.

[586]: انظر في هذا ستارك، الالتزامات، طبعة سنة 1972، بند 233، ص 103.

[587]: نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1965 عدد 1 رقم 202.

هـ. موقف القضائين المصري والجزائري من نظرية تحمل التبعة :

فقد تأثرت محاكم القضاء المصري الابتدائية والاستئنافية في بعض أحكامها بنظرية تحمل التبعة، مجاريةً في ذلك القضاء الفرنسي ومستجيبةً لرأي فقيه مصري، هو الأستاذ عبد السلام ذهني[588] الذي نادى في مصر بهذه النظرية، ولكن محكمة النقض المصرية رفضت الأخذ بهذه النظرية رفضاً باتاً في حكم لها صدر في 1934/11/15 [589]؛ معللة ذلك برفض المشرع المصري لها.[590]

وأما موقف القضاء الجزائري بعد الاستقلال من نظرية تحمل التبعة، يبدو أنه لم يأخذ بها، فقد صرح الدكتور علي علي سليمان بقوله: فإني لم أعثر على أي حكم له يدل على الأخذ بها، وأعتقد فيما أعلم أنه لم يعتنق هذه النظرية.[591]

2. مدى تأثير نظرية تحمل التبعة على التشريعات الوضعية:

امتد تأثير النظرية إلى كثير من التشريعات المتعلقة بالحوادث والأضرار والإصابات على المستوى العالمي، وحسبنا الإشارة إلى أهم هذه التشريعات الخاصة:

أ. في فرنسا: صدر فور ظهور النظرية قانون بتاريخ 1898/4/09م خاص بالأخطـار المهنيـة "Les risque professionnelles"، حل محله قانون موحد يتضمن الأضرار الناشئة عن كل أنواع النشاط المهني بتاريخ 1940/10/04، ثم قانون بتاريخ 1945/10/30، كما صدر قانون في 1940/7/08 جعل مسؤولية مستغلي العربات الهوائية "Les téléphériques" يقومان على تحمل التبعة،كما صدر قانون الطيران المدني عام 1924 الذي حل محلّه تشريع الطيران المدني والتجاري الصادر بتاريخ 1967/3/30، ثم تشريعات 1965/11/19، المتعلقة بمستغلي المنشآت الذرية، وكلها تقيم المسؤولية على أساس تحمل التبعة. كما صدر هناك قانون رقم 577 المؤرخ في 1985/7/05 خاص بالأضرار الناشئة عن أدوات النقل البري المتحركة بمحرك، وقد أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة.

---

[588]: راجع مؤلفه حول الالتزامات الذي نشر بمصر سنة 1921، بند781 وما يليه، أشار إليه د.علي سليمان، المرجع السابق، ص 159.

[589]: نشر هذا الحكم في مجموعة عمر، عدد1، ص 845، راجع: علي سليمان، المرجع ذاته، من ذات الصفحة.

[590]: راجع: السنهوري، الوسيط، ج1، بند 521 وما يليه، ص 771 وما يليها.

[591]: راجع: المرجع السابق، ص159.

ب. في مصر: صدر القانون 64 لسنة 1936م، الذي حل محله القانون رقم 89 لسنة 1950 بشأن التعويض عن إصابات العمل، ثم القانون رقم 117 لعام 1950 بشأن التعويض عن الأمراض المهنية، وقد أقاما المسؤولية على أساس تحمل التبعة

ج. في الجزائر: صدر قانون التعويض عن حوادث العمل في سنة 1972م، حيث أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة، ولم يعف المسؤول من المسؤولية جزئياً إلا بإثبات خطأٍ ارتكبه العامل دون مبرر، فيخفض التعويض حينئذٍ إلى حد لا يتجاوز 30%.[592]

II. نظريـة الضمـان :

قدم ستارك هذه النظرية في أطروحة، ثم استعادها في مؤلفاته ودراساته،[593] وتتلخص هذه النظرية، التي هي صورة مخففة من تحمل التبعة، في أنها عابت على المحاولات السابقة لإقامة النظرية العامة للمسؤولية المدنية تركيزها على "محـدث الضـرر" باحثةً عن الخطأ الذي ارتكبه، والضرر الذي أنتجه، ومدى توافر علاقة السببيـة لتحديد مسؤوليته. وكان ينبغي لها أن تنظر إلى حقوق "المتضـرر أو الضحيـة"، التي تتطلب حماية قانونية من خلال الجزاء الذي يوقع بمسبب الضرر، ألا وهو موجب التعويض عنها. فللضحيـة الحق في احترام حرمة جسـده وسلامة ذمته الماليـة، أو بعبارة أخرى، له الحق في أمنـه المادي والمعنوي.

ويضيف ستارك بأنه مقابل هذا الحق بالضمان، يوجد حق الآخرين بالتصرف بحقوقهم، وإن أحدثت ضرراً مقصوداً للغير، إلا أن هذا الضرر يبقى مشروعاً ولا مسؤولية على أصحاب الحق، طالما أن ممارسة هذا الحق تمت في حدود ما يسمح به القانون. ولكي يلزم هؤلاء بالتعويض لابد من إثبـات حصول الخطـأ من قبلهم.[594] ومن أمثلة ذلك، حق المنافسة في التجارة أو حق النقد الأدبي أو الفني أو حق اللجوء إلى القضاء أو حق الإضراب، فلا مجال للتعويض عن الأضرار

---

[592]: وكذلك في ألمانيا: أصدر المشرع قانوناً لعام 1909، حل محله قانون سنة 1952، وكمل بمرسوم صدر في 1956/03/20 يتعلق بالتعويض عن حوادث المرور، وقد أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة، ولم يقبل أي إعفاء منها. راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص159-160.

[593] : Boris Stark : **A**- Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Th. paris, 1947¡**B**- Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. RTDC, 1958. 475-515 ¡ **C**- droit civil.obligations.ed.1972.clause,5,p34 et s.

[594]: كمن يثبت خطأه وهو يستعمل حقه بقيادة سيارته بسرعة مفرطة أدت إلى إيذاء الغير، وإلا فلا ملام عليه إذا سار سيراً عادياً مشروعاً ، فترتب عن ذلك ضرر، وهذا حسبما تقتضي النظرية وفي مثل هذا من حوادث المرور، فقد مر بنا أن بعض التشريعات الوضعية تفرض التعويض بصرف النظر عن وجود الخطأ من عدمه تأثراً بنظرية تحمل التبعة.

التي تحدثها للغير، إذا تمت بطريقة مشروعة وبحسن نية وتجردت من وصفها بالخطأ، لأن هذه الأضرار المشروعة ملازمة لممارسة تلك الحقوق، فإذا ألزم صاحب الحق بالتعويض أدى ذلك إلى تعطيل هذا الحق كلياً.

وينتهي ستارك إلى التمييز بين نوعين من الحقوق: النوع الأول: يتعلق بسلامة الجسم "L'intégrité corporelle" أو الذمة المالية "L'intégrité des biens"، وهذه الحقوق ترتب مسؤولية من اعتدى عليها دون حاجة إلى إثبات خطأ ضده. والنوع الثاني: خاص ببعض الحقوق الاقتصادية والمعنوية التي يسميها ستارك" Droits purement économiques ou purement moraux"، حيث لا ترتب مسؤولية محدث الضرر فيها إلا إذا ثبت خطأه.

وهكذا تكون وظيفـة المسؤولية المدنية "مزدوجة"، فهي من جهة ترتب الضمان على من أحدث ضرراً يمس سلامة جسم الإنسان أو سلامة ذمته المالية ، دون أن يثبت خطأ محدثها، ومن جهة أخرى، ترتب جزاءً خاصاً بالنسبة لمن يحدث بخطئه ضرراً اقتصادياً محضاً أو معنوياً محضاً، فمتى ثبت خطأه وجب عليه التعويض واعتبر كعقوبة خاصة.

ومن البين أن تصنيف ستارك للحقوق على هذا الشكل، يؤدي إلى الدخول في متاهات، إذ ما هو المعيار الذي يجب اعتماده لهذه الغاية للتفرقة بين نوعي الحقوق وما يترتب عنها من آثار؟.[595] لذلك، لم تجد نظرية الضمان سبيلاً لها في الفقه والقضاء والتشريع، وكانت محل انتقاد ورفض من بعض الفقهاء.[596]

خامساً: ترجيح لفكرة الخطأ أساساً للمسؤولية في حدود معينة

بناء على ما سبق بيانه، يبدو أن النظرة المتوازنة ليس في القول بضرورة توافر الخطأ لانعقاد المسؤولية المدنية، فقد يشق على المضرور إثباته إذا اتسم بالصفة الفنية، فينجو الفاعل ويتملص من المسؤولية، فيفضي ذلك إلى ضياع الحقوق، وتغليب مصلحة طرف دون آخر، وكل هذا باطل، فباطل ما يؤدي إليه، وهو ضرورة اشتراط الخطأ لانعقاد المسؤولية. وليس الصواب في القول بهجران الخطأ وأفوله مطلقا؛ لأن ذلك يؤدي من خلال مؤسسات التأمين ونحوها إلى اضمحلال المسؤولية الفردية، والتشجيع إلى إشاعة ثقافة الإهمال والتقصير والاتكال، هذا من جهة. ومن جهة

---

[595]: راجع: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص160-161، ومصطفى العوجي، المرجع السابق، ص238-240.

[596] : Louis Bach : Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, RTDC, 1977, p17 et s. et p221 et s., Marty et Raynaud, Droit civil, les obligations, 2ème ed. T.I, sirey, 1988, N° 414.

أخرى، لما في ذلك من خرق لقواعد القانون، القاضية في نطاق العقد-مثلاً- بضرورة توافر الالتزام ببذل العناية اللازمة من طرف الطبيب ِقبلَ مريضه، ومدى قياس درجة تلك العناية للقول بمسؤولية الطبيب أو عدمها.

لذلك، فلا مناص من اشتراط الخطأ في ميدان المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، وفي ميدان المسؤولية العقدية في دائرة الالتزام ببذل عناية.

وبينما يلعب الخطر أو الضرر دوراً رئيسيـاً في مجال المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وعن حراسة الأشياء، وكذلك في إطار المسؤولية العقدية في دائرة الالتزام بتحقيق نتيجة على اختلاف تسمياته وأشكاله، يلعب الخطأ إذاك دوراً ثانويـاً أو مكمـلاً.

الفـرع الثاني: أنـواع الخطأ الطبي وصـوره

سنلقي الضوء بشكل موجز على أهم أنواع الخطأ وبعض صوره، وذلك كما يلي:

أولاً: أهم أنواع الخطأ الطبي

للخطأ أنواع كثيرة، منها ما أوردناه آنفاً؛ مثل الخطأ الافتراضي "La faute présumée "؛ والخطأ المفترض بقـوة القانون"La faute de plein droit"[597]، ومنها ما هو خطـأ فـردي، وما هو خطأ جماعي،[598] ومنها ما ينظر إلى الخطأ حسب درجة جسامته" selon sa gravité "؛ حيث قسم إلى درجات؛ مثل الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، ويذهب معظم فقهاء القانون إلى تعريف الخطأ الجسيم بأنه ذلك الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصراً، والخطأ اليسير هو ذلك الذي يصدر حتى من أكثر الناس عناية، إلا أنه يؤخذ على هذا التعريف لكلا النوعين ما يلي:

1. من المسلم به أن درجة الخطأ لا تقاس بما يترتب عليه من ضرر، ذلك أن أبشع الكوارث قد تكون نتيجةً لأتفه الأخطاء، كما أن أكثر الأخطاء خطورة قد لا يترتب عليها إلا أضرار بسيطة.
2. إن الأخذ بفكرة تدرج الخطأ يستلزم أن نحاسب أكثر الناس عنايةً على أقل هفواتهم، ونتساهل مع أقل الناس حرصاً على جسيم أخطائهم، وهذا عين الظلم والمحاباة، وظاهر أن هذا مبني على معيار شخصي غير منضبط، وإذا سقط الأصل سقط الفرع، وهو القول بفكرة تدرج الخطأ.

---

[597]: وقد شرحنا ذلك في تأثير نظرية تحمل التبعة في القضاء والتشريعات الوضعية. أما "la théorie de la faute virtuelle" بهذا المصطلح الذي يعني نظرية الخطأ الافتراضي؛ أي المبني على مجرد الفرضية، فقد انتقد من طرف الغرفة المزدوجة بحكم صادر بتاريخ 1968/12/20 ونشر بدالوز 1969، 37، راجع: Le Tourneau, et Cadiet, op.cit, clause 3072, p.645.

[598]: تناولته تحت مسمى خطأ الفريق الطبي. انظر: الفرع الثالث من المطلب الأول من المبحث الأول ضمن الفصل الأول الخاص بالباب الأول ص 69.

3. إن فكرة تدرج الخطأ يصعب تحقيق مناطها، ويتعذر تطبيقها في الواقع؛ بقياس درجة الخطأ الجسيم أو اليسير، لارتباطها بمعيارٍ ذاتي.

ولهذا كلـه، هجـر الفقـه والقضـاء القـول بفكرة تدرج الخطأ.[599]

وقد أتى حين من الدهر كان جانب من الفقه والقضاء يقول بالتمييز بين خطأ الطبيب الفني أو المهني وبين خطئه المادي أو العادي، وما يترتب على ذلك من المسؤولية. فإذا وقع خطأٌ من الطبيب، بمناسبة أدائه لعمله الطبي، نكون بصدد خطأٍ فني، وهو الذي يخالف فيه الطبيب الأصول المهنية، فيجب لانعقاد مسؤوليته عنه أن يكون خطأً جسيماً.

أما إذا ارتكب الطبيب فعلاً ضاراً، أثناء مزاولته لمهنته ولكنه لا يتصل بها، ويمكن أن يقع من أي شخص عادي، فهذا هو الخطأ العادي، الذي ينحرف فيه الطبيب عن السلوك المألوف للرجل العادي، فإنه يسأل عنه ولو كان يسيراً.

لقد اندثـر هذا الاتجـاه في القضـاء العادي وفقـه القانون الخاص على الأقل،[600] بعد أن لوحظ أن التمييـز الذي يقيمه بين الخطأ الفنـي والخطأ العـادي،إضافـةً إلى أنه دقيـق وصعـب،[601] لا سنـد له في القانون ولا مبـرر له في الواقع.

والقانون لم يستثنِ الطبيب من المسؤولية عن خطئه مهما كان يسيراً، فهو خاضع كغيره من أصحاب المهن للقواعد العامة، ولا يمكن أن تبرر حاجةُ الأطباء إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاولة أعمالهم إلغـاءَ حاجةِ المريض إلى الحماية من أخطائهم.

والواقع أن أهم اعتبار من الاعتبارات التي دفعت بالاتجاه السابق للتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني، يكمن في الرغبة في ألا يتدخل القاضي في فحص النظريات والأساليب الطبية، وأن

---

[599]: راجع: طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص200 وما بعدها، أحمد الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، ص106، د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص66.

[600]: راجع: مازو و تنلك، المسؤولية المدنية ج 1 ف 508 ص272 وما بعدها، سافاتيه وآخرون، القانون الطبي، ف 313، ص391 وما بعدها، ود. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، ص33-34، حيث اتجه القضاء الإداري في فرنسا الذي يستلزم لانعقاد مسؤولية الإدارة عن الخطأ المرفقي في مزاولته الأعمال الطبية أن يكون هذا الخطأ جسيماً.

[601]: راجع: أمثلة على هذه الصعوبة في مرقس، تعليقات على المسؤولية المدنية، ص159: كالطبيب الذي لم يأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب فهل الخطأ هنا عادي أو فني؟ أيضا الطبيب الذي يباشر عملية جراحية لا لغرض علاجي ولكن لإصلاح تشويه خلقي، فالخطأ هنا قد يكون عادياً أو فنياً، حسين عامر، مرجع سابق، ف 274، ص240.

يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقرير مسؤولية الطبيب، ليبني حكمه على القواعد الثابتة في مهنة الطب، وليقف قضاءه على أساسٍ من اليقين لا على الشك.[602]

وهذا الاعتبار لا يقتضي أبداً، لانعقاد مسؤولية الطبيب عن خطئه المهني أن يكون جسيماً، فإذا وقع من الطبيب فعلٌ يخرج بصفة قاطعة عن المبادئ الفنية الثابتة، واقتنع القاضي بذلك بناء على الخبرة القضائية، دون أن يتوغل بنفسه في الأمور الطبية ذات الطابع الفني، يمكنه حينئذٍ أن يقرر مسؤولية الطبيب عن الضرر الناجم عن فعله، سواء أكان خطأ جسيماً أم يسيراً. فهذا ما يقتضيه التطبيق الصحيح لقواعد القانون، فالعبرة ليست بصفة الخطأ، يسيراً كان أم جسيماً، ولكن بثبوته على وجه التحقيق والقطع لا الشك والاحتمال.

كما يستطيع القاضي أن يقضي بخطأ الطبيب العادي كالإهمال وعدم التحرز، دون الاستعانة بالخبراء[603]، ولكن للإشكالات التي أشرنا إليها آنفاً، يفضل أن يؤسس القاضي حكمه دوماً بناء على تقريرالخبراء في مجال الطب.

ثانياً: بعض صور الخطأ الطبي

لا يسعني في حدود هذه الدراسة الإحاطة بجميع صور الخطأ الطبي، معالجةً وتحليلاً وتعليقاً، بل يكفي أن أورد بعضها مما هو أكثر شيوعاً؛ نظراً لأهميته للإيفاء بالغرض. وسأصرف النظر عن بعض الأخطاء المتعلقة بالالتزامات بتحقيـق نتيجـة؛ كتلك المتصلة ببعض الأعمال الفنية؛ مثل عملية نقل الدم، التحاليل الطبية، وجراحة التجميل، وعن بعضها مما يتعلق بالالتزامـات الإنسانية؛ كإعلام المريض، وعدم إفشاء سره، ومتابعة علاجه، مما قد تناولته من قبل.[604]

ومما لاشك فيه أن علم الطب متطور غير ثابت، ويعتمد فيه التشخيص –مثلاً- إلى الحدس والاستنتاج؛ لتشابه كثير من أعراض "symptomes" الأمراض، وهو ما يجعل وقوع الطبيب في الخطأ ممكناً، وهذا فضلا عن إمكان وقوع الطبيب في الخطـأ بفعل المريض؛ كإدلاله ببيان خاطئ أوكاذب لما يتصل بحالته الصحية، وإن كان هذا الفرض نادر الوقوع.

ويجب على القاضي، وهو بصدد تقدير خطأ الطبيب أن يضع في اعتباره جملة أمور منها: الكفاءة الشخصية للطبيب، وما يتعلق بها من موهبة طبيعية؛ كدقة ومهارة الجراح، ودراسات

---

[602] : راجع: مرقس، التعليقات، ص159.

[603] : راجع: د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، ص34 وما بعدها.

[604]: راجع: المطلب الأول من المبحث الأول للفصل الأول من الباب الأول ص 117؛ 120.

تحدد مستوى الطبيب؛ مثل كونه طبيباً عاما أو متخصصاً، ثم الظروف المحيطة بالعمل الطبي، ويقصد بها باختصار شديد ظروف الزمان والمكان الذي يجري فيه العلاج، ومدى خطورة الحالة المرضية، وما تستلزمه من وسائل قد لا تكون مواتية للطبيب إذا كان في منطقة نائية مثلاً. ويدخل في ذلك أيضا حالة الضرورة والاستعجال، التي توجب الإسراع في إجراء العملية، وقد تعفي الطبيب من الالتزام بإعلام المريض ونحو ذلك. وعليه، فإن القانون لم يفترض في الطبيب العصمة، إلا أنه يأخذ عليه تشخيص المريض –مثلاً- برعونة وطيش مع إغفال استعمال وسائل يوصى بها الطب الحديث.[605]

1. الخطأ في التشخيص:

تبدأ جهود الطبيب في علاج المريض بتشخيص المرض. وهذه المرحلة هي على جانب كبير من الدقة والأهمية، إذ يترتب عليها قرار الطبيب بتكييف المرض وتحديد نوع العلاج.

وسواء أكان التشخيص لغرض علاجي أو كان لغيره؛ كبيان مدى سلامة الفرد من الناحية الصحية؛ لأسباب تتعلق بممارسة مهنة ما أو للتأمين الصحي عليه ونحو ذلك، يجب على الطبيب أن يبذل قدراً كبيراً[606] من العناية والحيطة والحذر، وأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية المعاصرة.

وتتوقف سلامة التشخيص إلى حد كبير على كمية ونوعية الحقائق الثابتة اللازمة لإجراء الاستنتاج السليم، وبعضها يمكن الوصول إليه من خلال الملاحظة والكشف الخارجي والمعلومات التي يدلي بها المريض ، والبعض الآخر غير ظاهر ويصعب التحقق منه دون اللجوء إلى الفحوص المخبرية وأجهزة الأشعة وغيرها من المستحدثات التي أوجدها التطور العلمي، والتي يغلب أن تكون من اختصاص أطباء آخرين، وذلك للتأكد من أن العلاج المراد وصفه لا ينطوي على درجة من الخطورة على صحة المريض.

ومن المستقر عليه أن مجرد خطأ الطبيب في التشخيص لا يثير مسؤوليته، ما لم يكن خطؤه منطويا على جهل، وفيه مخالفة للأصول العلمية الثابتة. والخطأ في التشخيص أمر طبيعي بين

---

[605]: راجع: د. حسان باشا، ود. محمد البار، مسؤولية الطبيب، ص90-92، ود. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، ص62-67.

[606]: اشتراط القدر الكبير من العناية ليس بالضرورة أن يكون في متناول الطبيب؛ كالطبيب العام الذي عليه أن يوجه المريض إلى أخصائي إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

الأطباء،؛ ذلك أن الطبيب لا يكون مندهشا عندما يكتشف غلط زميل له في التشخيص؛ لتشابه أعراض الأمراض، ولتطور النظريات الطبية وما شاكل ذلك.[607]

2. أخطاء العلاج:

بعد مرحلة التشخيص تأتي مرحلة تحديد العلاج المناسب لحالة المريض، والعلاج هو تلك المرحلة التي تهدف إلى دراسة الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة للوصول بالمريض إلى الشفاء ما أمكن ذلك. وقد استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على تكريس حرية الطبيب في اختيار طريقة العلاج التي يراها.

فهو لا يتعرض لأية مسؤولية إذا فضل طريقة دون أخرى؛ بحيث رأى أنها الطريقة الموافقة والملائمة للحالة المعروضة عليه، مادام هذا العلاج مبنياً على أسس علمية صحيحة. إذ الحالات المرضية لا تتطابق تمام المطابقة، ويجب أن يترك للطبيب جانب من الحرية في التصرف حسب مهارته الشخصية وتجاربه.

ولكن يجب عليه ألا يعرض مريضه لخطر لا تدعو إليه حالته، أو لا تتناسب مع الفائدة التي تنجم عن وصف العلاج.

وعلى الطبيب أن يتأكد من أن ما يدونه في الوصفة الطبية واضح ودقيق، وهذا ما نصت عليه المادة 37 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي،[608] وهو ما أوجبه المشرع الجزائري كذلك.[609]

وقد تميز المشرع الجزائري بنصه على إلزام الطبيب بتدوين اسم ولقب الطبيب وعنوانه ورقم هاتفه وتاريخ الاستشارة، وأسماء الأطباء المشاركين، والشهادات والمؤهلات المعترف بها على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية والدليل المهني.[610]

وما ينطبق على وصف العلاج ينطبق كذلك على مباشـرته ؛ حيث يكون مباشرة العلاج كما في حالة وصف الدواء والتوجيه والإرشاد باستعماله. وقد تكون هناك حالات مرضية خطيرة

---

[607]: راجع: فائق الجوهري، أخطاء الأطباء، ص63، وأحمد الحيارى، المرجع السابق، ص118 وما بعدها، وطلال عجاج، المرجع السابق، ص251 وما بعدها، وبابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ص186 وما بعدها، محمد منصور، المرجع السابق، ص53 وما بعدها.

[608]: راجع: د. مروك نصر الدين، رسالة دكتوراه، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، ص66-67.

[609]: راجع: المادة 47 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

[610]: وذلك حسب المادة 77 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، راجع: د. ماروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص396.

تستدعي إدخال المريض المستشفى لرعايته، ويكون ذلك تحت إشراف الطبيب المباشر. ويشمل مباشرة العلاج أيضاً القيام بعمليات جراحية وما تستلزمه من فحص وتشخيص وتخدير وجراحة ورقابة ونحو ذلك من الإجراءات والضوابط التي لا يتسع المقام لذكرها.[611]

3. أخطاء التوليد:

يعتبر التوليد من فروع الطب التي أدت ولا تزال إلى عدد هائل من القضايا الطبية. إذ تقوم مسؤولية الطبيب من ساعة حصول الحمل –إذا دعته المريضة الحامل لمعالجتها- وذلك كمباشرته لعلاج محظور لا يتناسب مع حالتها الصحية، مثل وصفه لأدوية ضارة بالجنين، فأدت إلى إسقاطه.

وعلى القاضي وهو بصدد بحث مسؤولية الطبيب أن يتحرى فيما إذا كان تصرف الطبيب ينطوي على أخطاء تثير مسؤوليته، وقد يتعذر القول بمسؤوليته على أساس أنه أهمل في إجراء عملية جراحية كانت ضرورية؛ لصعوبة إثبات هذه الضرورة.

إلا أنه يمكن مساءلته في أحوال الإصابات التي تنجم عن جهله وتقصيره وعدم اتباعه أصول الفن الطبي؛ كما في أحوال تمزق الرحم أو خرقه بواسطة أداة الولادة،[612] أو إصابة بعض أعضاء الجنين، أو إجراء عملية قيصرية بدون حاجة تدعو إلى ذلك، أو بطريقة مخالفة للأصول، أو سـوء ربط الحبل السري، أو إهمال العلاجات اللازمة للأم أو الطفل الحديث الولادة.

ونظراً لتقدم المعدات الطبية في العصر الحديث؛ كالأجهزة التلفزيونية وأجهزة التنصت لقياس ضربات قلب الجنين أو معرفة حركته، فإن على الطبيب أن يوضح للحامل جميع الأمور المتعلقة بحالتها.

وما يجب الإشـارة إليه- إضافة إلى ما سبق بيانه- هو أن مسؤولية الطبيب عن خطئـه؛ الذي يقرره الخبراء في الطب بطلب من القضاء، يجب أن تؤسس على القواعد المستقرة بعيداً عن النظريات والمناقشات العلمية الجدلية.[613]

---

[611]: راجع: د. أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص121، ود. فائق الجوهري، المرجع السابق، ص69، وطلال عجاج، المرجع السابق، ص264.

[612]: أشار د. فائق الجوهري إلى "جفت الولادة" وهي أداة تستخدم في جذب رأس المولود. راجع: المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، ص425 هامش (2)، يقابلها في الاصطلاح الفرنسي FORCEPS : est instument obstretical disposé en forme de pince a branches séparables. Il est destiné à saisir la tete du fœtus et à l'extraire rapidement quand la lenteur de l'accouchement mét en péril la mère ou l'enfant : M,V,J et T. Garnier, Garnier delamare, dictionnaire illustré des termes de médecine, Matoine-paris 2004, P.335.

[613]: راجع: د.فائق الجوهري، أخطاء الأطباء، ص85، طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص316.

الفـرع الثالث: معيـار الخطـأ

استقر القضاء على أن العناية المطلوبة من الطبيب تقضي منه أن يبذل جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجِد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي بصورة عامة. ويتضح مما سبق أن معيار الخطأ هنا معيـار عـام، فهو من جهة معيار موضوعي" Critère Objectif"؛ حيث يقاس الفعل على أساس سلوك مجرد لا يختلف من حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد؛ أي إن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب، يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى؛ سواء أكان طبيباً عاماً أم متخصصا أم أستاذاً في الطب.

والأخذ بالمعيار الموضوعي يقتضي عدم الاعتداد بالظروف الذاتية والداخلية للشخص موضع المسؤولية؛ وهي تلك الأحوال اللصيقة بشخص المسؤول؛ كطباعه الشخصية وحالته النفسية والصحية والاجتماعية وسنه وجنسه، وهذا هو عين الأخذ بالمعيار الذاتي.

ومن جهة أخرى، يضاف إليه- أي المعيار الموضوعي- الاعتداد بالظروف الخارجية التي أحاطت بالشخص المسؤول وقت الفعل؛ كخطورة الحالة المرضية وما تتطلبه من إسعافات سريعة وإمكانيات قد لا تكون متوفرة، أو إجراء العمل الطبي في مكان بعيد لا توجد به مساعدة طبية، أو زمان معين يصعب فيه العمل.[614]

وهذا المعيار العام هو ما ذهب إليه الفقه والقضاء، ولم يسلم من المُعارض من ذهب إلى دمج المعيار الموضوعي بالمعيار الذاتي تحت عنوان المعيار المختلط؛ هروبا من الانتقادات التي وجهت إلى كل من المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي المجرد الذي لا يعتد بالظروف الخارجية.[615]

والحديث عن المعيار العام للخطأ في المجال الطبي- بالتفصيل الذي ذكرناه- قد يبدو سهل المنال من الناحية النظرية، ولكن تحقيق مناطه أو إنزاله إلى الواقع وتطبيقه على الواقعة المعروضة، يثير كثيراً من الإشكالات. ففي حين يطبق القضاءُ صحيح القانون في بعض أحكامه، يجانب الصواب في بعضها الآخر حتى في الدول المتقدمة.

---

[614]: راجع: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص16-619.

[615]: راجع: د. رايس محمد، رسالة دكتوراه، المسؤولية المدنية، ص117 وما بعدها، جلال علي العدوى، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، ص364 وما بعدها، د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراه، ص231 وما يليها.

ومن الإشكالات المتصلة بمعيار الخطأ الطبي، التمييز بين مصطلحي الخطأ "La faute" والغلط"L'érreur"، وما يترتب عليه من نتائج. فالخطأ سلوك لا يصدر من شخص فطن حذر واع بالتزاماته، في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو.[616]

فالغلط وهم يتولد في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع[617]. والغلط كمفهوم قانوني يبدو كحادث فجائي يقترب من القوة القاهرة؛ فشذوذ السلوك الذي يميزه يمكن أن يقع فيه كل إنسان، وذلك بالنظر إلى تعقيدات الظروف التي يمارس فيها نشاطه.[618] وحديثاً ذهب البعض إلى أن الغلط في التشخيص هو المجال المعتاد لإعمال فكرة الغلط، وأن الغلط في هذا المجال لا يشكل من حيث المبدأ خطأً تنشأ به مسؤولية الطبيب.[619] والغلط يحدث من أكثر الناس حرصاً ولا يمكن تجنبه في المجال الطبي، فإن المؤاخذة التلقائية له تعني إدانة للطب ذاته[620]. والاتجاه العام في فقه القضاء المقارن، أن الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

ويعمل الطبيب قدر طاقته، في ظل العديد من الاحتمالات التي يقدرها المريض، والتي لا يكون لأي منها درجة اليقين لتحقيق أفضل النتائج للمريض. غير أنه لا يحول دون وقوعه في الغلط حرصه على عدم حدوث ذلك، فهذا الغلط يكاد يكون ملازماً لممارسة العمل الطبي ملازمة حتمية، يتعذر معها القول بمسؤولية الطبيب عند وقوع ذلك الغلط.[621]

بيد أنه ليس من اليسير معرفة ما إذا كان الطبيب خلال قيامه بالفحص حذراً ومتيقظاً أم لا، ولذلك فإنه ليس من العدالة اعتبار كل غلطٍ خطأً تنعقد به مسؤولية الطبيب، وهذا فضلا عن أنه ليس من المنطقي أن نطلب من كافة الأطباء نفس الموهبة والملكة والمقدرة، في مجال يبدو فيه الفن الطبي غايـة في الإشكال والتعقيد.[622]

فالتمييز بين ما هو خطأ موجب للمسؤولية وبين ما يقتصر عند حد الغلط العلمي المغتفر، بقدر ما هو ضروري بقدر ما هو دقيق، إذ يتعذر حتى على القضاء، وهذا ما يفسر رفض محكمة

---

[616]: راجع: عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، ص150.

[617]: راجع: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص100.

[618] : J. penneau, Faute et erreur en matière de resposabilité médicale, L.G.D.J, 1973, P.220

[619] : J.Penneau, La responsabilité du médecin, connaissance de droit, P.23

[620] : A.Tunc,intervention au deuxieme congres international de morale medicale,paris,1966, T.I , P.2

[621] :Finon (odile), Faute et assurance dans la responsabilité médicale, thèse, paris, 1972, P.65.

[622]: راجع: عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، ص211.

النقض الفرنسية –أحياناً- التمييز بينهما، واعتبار مسلك الطبيب وإن كان لا يمثل خطأ وإنما مجرد غلط إلا أن قيام السببية بين فعل الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض كافٍ لتحقق مسؤوليته.

وقد يمكن الفصل في ذلك، بالرجوع إلى كل ظرف، بالاستعانة في ذلك بالخبراء والسوابق القضائية المشابهة، مع بقاء سلطة البت النهائي لتقدير قاضي الموضوع.[623]

ويمكن القول، إن القضاء سواء في مصر[624] أو فرنسا،[625] يستعين في تقدير سلوك الطبيب بمدى تخصصه، فيتشدد مع الأخصائي دون سواه؛ فما يعتبره غلطا مغتفراً في التشخيص بالنسبة لطبيب عام، يعده خطأً موجباً للمسؤولية إذا وقع من مختص؛على أساس أن التخصص هو صفة ظاهرة للملأ تدل على زيادة علم، وتحمِلُ الناس على زيادة الثقة به. ووجه التشدد هو في مقارنة مسلكه بمسلك الطبيب العام، دون مسلك طبيب أخصائي مثله.[626]

وفيما يتعلق بمفهوم الخطأ الطبي اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة التمييز بين الحادثة الطبية، وبين مجرد الإخفاق في العلاج؛ وأخذت بناء على ذلك بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى، وقصرت الأخذ بالمسؤولية الشخصية المؤسسة على الخطأ في الحالة الثانية.

ويبدو هذا الاتجاه جليا في قضاء المحكمة في حكمين حديثين متتابعين، لم تطبق فيهما ذات الحل تأسيساً على فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين إخفاق العلاج.

تتلخص وقائع القضية الأولى – الصادر حكمها[627] بـ 07 يناير 1997 المسماة بحكم Franchot- في أن مريضا كان يعاني من آلام في ذراعه الأيسر، نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرايين الذراع عند اتصاله بالصدر، مما استلزم إجراء جراحة له، وأثناء إجراء هذه الجراحة، ولتشابك وتلاحم العديد من الشرايين العصبية في هذا المكان، قطع الجراح شريانا شديد الالتصاق بالشريان المراد جراحته، مما أحدث نزيفا للمريض، ترتبت عنه وفاته.

بعد أن أقامت زوجة المتوفى دعوى المسؤولية، وعلى الرغم من تقرير الخبرة الطبية" L,expertise médicale "؛ الذي قضى بأن الجراحة تمت وفقا للأصول الطبية، وأن الوفاة كانت نتيجة تفاقم استثنائي غير متوقع في حالة المريض ، إلا أن محكمة "Every" الابتدائية قضت

---

[623]: انظر: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص75؛ 74.

[624]: راجع: حكم محكمة استئناف مصر الصادر بتاريخ 1936/11/02، المنشور بجملة المحاماة س16، ص713.

[625] : Paris, 17 Juin, D.1988.inf.rap, P.497. Note. penneau.

[626]: راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص78-79، د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص6 وما يليها.

[627] : Cass. Ire Civ. 7 Janv. 1997 : Gaz. Pal ,. 7-8 Fév. 1997, Flash juripr. P.32

بقيـام مسؤولية الجراح، بناء على أنه ارتكب مسلكاً غير سليم في إجراء الجراحة، ووصفته بأنه يمثل رعونة وخرقا للأصول الطبية. وذهبت محكمة الاستئناف بباريس في 30 يونيو 1994، عندما رفعت إليها القضية، إلى العكس تماماً، حيث قضت بعـدم مسؤولية الطبيب الجراح.

وحين طُعن في هذا الحكم بالنقض ذهبت محكمة النقض "La cour de cassation" إلى أنّ القول بانتفاء المسؤولية –كما قضت محكمة الاستئناف- يمثل خرقاً للمادتين 1135 و1147 من التقنيين المدني[628]. وبناء على ذلك، قررت أنّ الضرر الذي حدث للمريض قد وقع بفعل الجراح، بصرف النظر عن ثبوت الخطأ في جانبه من عدمه.

ويشير هذا الحكم إلى أنّ مجرد صدور الفعل، من جانب الطبيب، يكفي لقيام مسؤوليته، ولولم يكن هذا الفعـل منطوياً على خطأ من قبله. وبعبارة أخرى إن وقـوع "حادثـة طبيـة أو جراحيـة" يكفي لتحقيق مسؤولية الجراح، ولو لم تنطو هذه الحادثة على أي خطأ يمكن نسبته إليـه.

وتتلخص وقائـع الدعوى الثانية –التي صدر بموجبها حكم[629] 25 فبراير 1997- في قيـام الجراح أثناء إجراء جراحة لمريض يعاني من انسداد الناسور[630]، بإمرار بالون مطاطي غير منتفخ، متصل بأنبوب، خلال المجرى المراد توسعته لدى المريض. ولمّا أراد الجراح سحب هذا البالون من مكانه – أي المجرى المراد توسعه- بعد نفخه بواسطة الأنبوب المتصل به، حدث أمر غير متوقع؛ حيث انفصل البالون عن الأنبوب، وانطلق نحو الشريان السباتي،[631] ومنه إلى أحد شرايين المخ، مما أعاق سير الدم في المخ، وأفضى إلى إصابة المريض بشلل نصفي.

وفي ضوء تقارير الخبرة، قضت محكمة استئناف "Lyon" بعدم وجود خطأ في جانب

---

[628]: تقضي المادة 1335 بأنه يجب تنفيذ العقد وفقا لما تقتضيه اعتبارات العدالة والعرف المعتبر، كما تقضي المادة 1147 بأن المدين الذي أخلّ بالتزامه يلتزم بالتعويض سواء بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا أثبت أن هذا الإخلال يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

[629] : Cass. Tre Civ. 25 Fév. 1997, JCP 1997, ed.G.N°.11.

[630]: "الناسور بالسين والصاد عرق غبر وهو عرق في باطنه فساد فكلما بدا أعلاه رجع غبرا فاسدا ويقال أصابه غبر في عرقه، وأنشد فهو لا يبرأ ما في صدره مثل ما لا يبرأ العرق الغبر، وقيل الناسور العرق الغبر الذي لا ينقطع الصحاح، الناسور بالسين والصاد جميعا علة تحدث في مآقي العين يسقي فلا ينقطع قال وقد يحدث أيضا في حوالي المقعدة وفي اللثة وهو معرب": لسان العرب: 205/5.

[631]: يقابل في الاصطلاح الفرنسي"Artère carotide" ، راجع: جبور عبد النور، معجم عبد النور المفصل، عربي- فرنسي: ج2؛ ص1106.

الطبيب، أو عيب في الأدوات المستخدمة، وأن الحادث يعد من قبيل المخاطر الملازمة للنشاط الجراحي، وانتهت بناء عليه، إلى انتفاء المسؤولية عن الجراح.

طعن في هذا الحكم بالنقض على أساس إخلال الجراح بالتزامه بتحقيق السلامة، غير أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن، وأيدت الحكم المطعون فيه فيما قرره من انتفاء مسؤولية الجراح على أساس أن الجراح لا يلتزم في مواجهة مريضه إلا ببذل عناية، مؤكدة أن مسلك الطبيب اتسم باليقظة والحذر والمطابقة للأصول العلمية الأكثر تطوراً، وهو ما أثبتته تقارير الخبراء. وانتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه قد أصاب صحيح القانون، حين نفى مسؤولية الجراح سواء في مرحلة الإعداد للجراحة أو أثناء إجرائها.[632]

وهنا يلاحظ التباين الواضح بين الحكمين السابقين؛ حيث أُخذ بالمسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى؛ أي الحادثة الطبية، بينما اعتِنقت المسؤولية الخطئية في الحالة الثانية؛ أي مجرد إخفاق العلاج. هذا ما دعا البعض[633] إلى التساءل عن مسلك المحكمة العليا التي يوحي ظاهر أحكامها بالتمييز بين المتشابهين، وهو مناف للعدالـة.

والحق أن الجواب عن هذا التساءل يكمن في بيان فكرة التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد إخفاق العلاج.

حيث ذهب البعض[634] إلى أن إقرار القضاء مسؤولية موضوعية (غير خطئية) يتعين أن يطبق على كل حالة يرجع الضرر المتحقق فيها إلى واقعة يمكن وصفها بالحـادثة الطبيـة.

ويتوقف وجود الحادثة الطبية، من جهة، على الضرر ذاته، ومن جهة أخرى، على العمل الطبي. فمن جهة أولى، يجب ألاّ يكون الضـرر الواقع نتيجـة طبيعية ومتوقعة لحالة المريض. وذلك مثل الإصابة بشلل أو اضطرابات عصبية نتيجة فحص بسيط أو جراحة عادية، أو حدوث وفاة إثر تخديـر المريض، أو حدوث عدوى بمرض يفضي إلى الوفاة عـادة على إثر نقل الدم، أو سقوط المريض من على منضدة الجراحة، ففي كل هذه الفروض لا يمكن اعتبار مثل هذه الحوادث آثاراً عادية للعمل الطبي.

---

[632]: راجع: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص125 وما يليها، ود. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ص200-201.

[633] : G.Viney et p. Jourdain, L'indemmisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation, JCP, ed. n° 17, doc. 4016, P.182.

[634] : Ibid, P.181.

ومن جهة ثانية، يلزم أن يكون الضرر المحقق راجعاً إلى عمل مـادي لا يقتضيه التدخل الطبي؛ كأن ترجع الرضوض التي تلحق بجسم المريض إلى الاستخدام السيء للأجهزة الطبية من قبل الطبيب، أو أن يلحق الجراح الضرر بعضوٍ خلاف العضو المراد جراحته.

ويلاحظ في هذين الفرضين أن الضرر نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي، وبالتالي فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق العلاج، الذي يصح أن يثار بخصوصه –وحده- التزام الطبيب ببذل عناية. وعلى العكس من ذلك، فإن الأضرار الطبية المتمثلة في الفروض السابقة، يتعين إخضاعها لنظـام آخر، وهو أن المسؤولية الموضوعية هي المجـال الطبيعي للحادثة الطبية.

وإذا أعدنا النظر في حكمي 7 يناير و25 فبراير 1997 –السابقي الذكر- نجد أنه على الرغم من أنهما يتعلقان بواقعتين يصح اعتبار كلٍ منهما حادثة طبية، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا النظر إلا فيما يخص الحكم الأول دون الثاني؛ الذي يتعذر معه فهم أو تفسير حكمها في هذا الموضع.[635]

وإخفاق العلاج هو المجـال الطبيعي للمسؤوليـة الخطئية، ونعني به إخلال الطبيب بالعناية اللازمة تجاه مريضه، ويعتبر مبدأ الالتزام ببذل عنايـة هو المبدأ المتعين إعماله هنا.

ويبرر ذلك اعتباران:

الأول: هو أن إلزام الطبيب بالتزام عام بتحقيق نتيجة لا يصح؛ لمنافاة ذلك لطبيعة النشاط الطبي الذي يتسم بالمخاطر والتطور المستمر، وإن كان ذلك لا يحول دون القول بهذا الالتزام في مثل حالة الفحوص ونحوذلك، وهذا التوازن بين الإبقاء على المسؤولية الخطئية كقاعدة، والمسؤولية غير الخطئية كاستثناء، يسمح للمسؤولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقي في ردع الأخطاء.[636]

والثانـي: يتمثل في ضرورة ترك المجال للمسؤولية الخطئية، حتى إذا حصل أن نظم المشرع مسؤولية موضوعية؛ بعيدة عن اشتراط الخطأ في جانب الطبيب، حيث يتقرر حق الرجوع على الذمة الجماعية – سواء تمثلت في شركة تأمين أو صندوق ضمان- التي تلتزم بتعويض ضحايا النشاط الطبي على الغير"le tièrs" المسؤول عن طريق الحلول محل المضرور، كما قرره قانون 31 ديسمبر 1991 بخصوص تعويض ضحايا الإيدز.[637]

---

635 : Ibid, P.184-185.

636 : S. Hoquet-Berg, obligation de moyens ou obligation de resultat à propos de la responsabilité médicale, thèse. Paris XII, 1995, N°26.

637 : G.Viney et p. jourdain, op. cit, P.186.

فإذا ما أخفق العلاج في إحداث أثره المتوقع، قامت المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات. ويدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعتبر نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبي، حتى لو كانت هذه الأضرار استثنائية، كتلك الآثار الجانبية التي تحصل بمناسبة التخدير متى نشأ عن خرقٍ من جانب الطبيب لأصول مهنته.

ويبقى أن نقرر أننا أمام إشكال دقيق، يتعلق برسم الحدود الفاصلة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق غاية، كلما كان سبب الضرر في كل حالة كامنا أو مجهولا. ويتعين على القضاء، في هذا الخصوص، أن يستعين بالمعايير السابقة الذكر.

ومع ذلك، لا يفوتنا أن نؤكد على أن هذا الاتجاه الجديد لمحكمة النقض الفرنسية، المتبني لفكرة الحادثة الطبية ليس من شأنه أن يذلل كل الصعوبات التي تعن للقاضي، وإن كان بإمكانه أن يقرر تعويض عدد غير قليل من ضحايا الحوادث الطبية، على أن يبقى الحل الأنجع في انتظار التدخل الضروري للمشرع.[638] وفي انتظار ذلك، يسجل بوضوح توجه قضاء النقض الفرنسي نحو اعتناق مسؤولية موضوعية في المجال الطبي.[639]

الفـرع الرابع: إثبـات الخطأ الطبي

إثبات الخطأ الطبي موضوع متشعب الجوانب ودقيق في آن معاً. والإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين أو حقيقة هذا الأمر. أما في معناه القانوني، وهو ما يطلق عليه الإثبات القضائي، فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء، بطريق من الطرق التي يحددها القانون، على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها، أو على حقيقة واقعة يؤكدها أحد الأطراف، وينكرها الطرف الآخر.

ومؤدى هذا التعريف أن الإثبات ليس محله الحق المدعى به، أو أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، وإنما محله الواقعة القانونية مصدر هذا الحق أو ذاك الأثر.[640]

والواقعة محل الإثبات في دراستنا هي الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه، وما دام الخطأ واقعة، يتم إثباته بكافة طرق الإثبات. والخطأ بمفهومه السابق، يفترض سبق وجود قاعدة محددة للسلوك وقيام أحد الأفراد بالخروج عليها.[641]

---

[638] : bid, P.186.

[639]: راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص128-132.

[640] : راجع: د. سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، ص 3، د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، ص5-6.

[641] : راجع: د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص127.

وإذا كانت المسؤولية الطبية لا تزال قائمة – بحسب الأصل – على أساس الخطأ، فقد تخلى القضاء الإداري في فرنسا - باعتباره الرائد في هذا المجال - عن اشتراط الخطأ الجسيم لانعقاد مسؤولية الإدارة عن الخطأ المرفقي، مكتفياً منذ سنة 1992[642] بالخطأ اليسير كخطوة أولى، ثم ابتداءً من عام 1993 أخذ بالمسؤولية دون خطأ تجاه المنتفعين بخدمات المرفق العام[643] - وفق شروط وضوابط معينة – على نحوٍ دفع بالكثير من الفقه الفرنسي إلى مناشدة القضاء العادي بقوة لمحاولة اللحاق بما انتهى إليه القضاء الإداري، وتطويع قواعد المسؤولية المدنية؛ لتذليل صعوبة إثبات الخطأ الطبي، وتمكين المتضررين من الحصول على التعويض، ومن ثم دفع المشرع إلى التدخل لتكريس هذا الحل.[644] ولكن رغم كل هذه التطورات، لا تزال المسؤولية الطبية تقوم على أساس الخطأ، إن في مجال القطاع الخاص أو القطاع العام.

أولاً: تحديد المكلف بعبء الإثبات وما يثيره من صعوبات

وفقاً لمبدأ "البينة على المدعي"،[645] هذا المبدأ الذي يتضمنه المشرع الفرنسي في المادة 1315 من القانون المدني[646] والمشرع المصري في المادة الأولى من قانون الإثبات[647] والمشرع الجزائري في المادة 323 من القانون المدني[648]، يقع عبء إثبات خطأ الطبيب على المدعي، ويحدد ذلك طبيعة التـزام الطبيب، بصرف النظر عن طبيعة مسؤوليته؛ عقديةً كانت أو تقصيرية.

فمتى اعتبر التزام الطبيب بعلاج المريض التزاماً ببذل عناية، فإنه يقع على المريض إثبات خطأ الطبيب. ومضمون هذا الالتزام لا يختلف بحسب ما إذا كان يرتبط الطبيب بالمريض بموجب

---

[642]: بمقتضى حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1992/04/10 ArretEpoux v.,j.c.p.,1992-II-21881,note j.moreau

[643]: طبقاًلحكم Bianchi حول مسؤولية المستشفى العام في 1993.4.09 Rec.C.E.P.127 ;1993-II-22061, note j.moreau

[644]: راجع:د.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 13-14، حيث أشار إلى :د.حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، ص 308 .

[645]: أصله حديث رواه البيهقي، السنن الكبرى:252/10، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم 20990.

[646]: نصهـا: « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, réciproquement celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extension de son obligation ».

[647]: وهو خاص بالمواد المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 22 بتاريخ 1968/05/30 حيث ينص على ما يلي: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

[648]: يستنتج أنها اقتبست نص قانون الإثبات المصري لفظاً ومعنى، إذ ورد فيها: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

عقد أم أنه يؤدي العلاج بمقتضى اللوائح. لذلك يقع على عاتق المريض، فضلاً عن إثبات التزام الطبيب بعلاجه طبقاً للعقد أو اللوائح، إثبات أن الطبيب لم ينفذ التزامه ببذل العناية المطلوبة؛ بأن يقيم الدليل على إهماله أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة وفق المعايير التي شرحنا من قبل.

ومؤدى ذلك، أنه لا يكفي المريض، لإثبات خطأ الطبيب الذي لم يلتزم إلا ببذل عناية، أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه، بل يجب عليه فضلاً عن ذلك أن يثبت أن عدم التنفيذ يعـد خطأ في حق الطبيب.

وعلى هذا الأساس، فخطأ الطبيب لا يجـوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر، ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس؛ أي بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عنايـة.[649]

ويختلف الأمر إذا قيل بوجود التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب؛ سواء كان مضمونه إجراء عمل محدد أو ضمان سلامة المريض من الأضرار.

وتظهر أهمية القول بالتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في تذليل الصعوبات التي كانت تواجه المريض فيما يتعلق بعبء إثبات الخطأ الطبي. وبناء عليه، فإنه يكفي المريض أن يثبت وجود التزام الطبيب، وإصابته بالضرر أثناء تنفيذ التزامه ليدل بذلك على إخلال الطبيب بالتزامه، المتمثل في عدم تحقق النتيجة المقصودة، دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ محدد في جانب الطبيب.

فمجرد حدوث الضرر للمريض كافٍ لانعقاد مسؤولية الطبيب عنه؛ سواء اعتبر هذا خطأ ثابتـاً[650] في حق الطبيب، أو خطأً مفترضـاً[651] دلّت عليه قرينـةٌ، ولا ترتفع مسؤوليته إلا بإثبات أن الضرر الذي أصاب المريض يرجع إلى سبب أجنبي؛ كقوة قاهرة أو خطأ المريض المضرور، وخطأ الغير، الذي تنتفي به علاقة السببية.

---

[649]: راجع: د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، ص64-65.

[650]: راجع: السنهوري، ف429، ص660-661، الذي يقول: إن عدم تنفيذ الالتزام بتحقيق نتيجة هو خطأ عقدي، فإذا أثبت الدائن عدم تنفيذ الالتزام، فإن الخطأ يكون ثابتاً وليس مفترضاً. وكذلك الشأن بالنسبة للالتزام ببذل عناية، إذا أثبت المريض إهمال الطبيب وعدم قيامه بالعناية اللازمة، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي.

[651]: قررت بعض التشريعات الحديثة في أحكام افتراض الخطأ، ومن هذه الأحكام المسؤولية عن فعل الغير، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء. راجع: المادة 1384 ق.م.ف، وتقابلها المادة 138 ق.م.ج؛ التي تنص على أن :"كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من المسؤولية، الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

ولا يكفي الطبيب لنفي خطئه الثابت أو المفترض أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه.

وبالنسبة للأطباء الذين يعملون في المستشفيات العامة، يقدر البعض أن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية، وبالتالي فلا محل للقول بأن التزامه يكون بتحقيق نتيجة؛ لأن الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلالُ به خطأً في المسؤولية التقصيرية، هو التحلي باليقظة والتبصر حتى لا يضر المدين بسلوكه الغير، هو التزام ببذل عنايـة. وفي سبيل تبرير هذه النظرية، يذكر صاحب هذا الرأي[652]، أن الالتزام بضمان السلامة لا ينشأ على عاتق المدين إلا بمقتضى نص قانوني أو اتفاقي. ومن الثابت –كما يرى- عدم وجود عقد بين المستشفى العام وبين المريض، أو المريض والطبيب المعالج، كما لا يوجد نص في القانون يقرره، ولا يجوز والحالة هذه، أن يتأسس وجود مثل هذا الالتزام بضمان السلامة، على الإرادة المفترضة للطرفين؛ لأنه لا يوجد عقداً أصلاً بينهما.

وبناء على ذلك، يؤكد أن الالتزام بضمان سلامة المريض الذي يتلقى علاجه في مستشفى عام، عن الأضرار التي تصيبه، على فرض وجوده، ليس إلا التزاما ببذل عناية، يجب إثبات عدم تنفيذه على المدعي وهو المريض.

ولقد صادف هذا الرأي انتقاد البعض[653] بقولهم أنه لا يمكن التسليم به بشكل مطلق، ففي الأحوال التي يكون فيها الالتزام بنتيجة، يستوي أن يكون المدعى عليه طبيب خاص أو طبيب في مستشفى عام. وأكثر تحديداً، فإن الالتزام بضمان سلامة المريض الذي يقع على الطبيب في مستشفى عام لا يختلف في مضمونه، عن ذلك الذي يقع على طبيب خاص، إذ إنه التزام محدد بتحقيق نتيجة.

ويؤكد هذا بأن الفقه محق في رأيه، أن الالتزام بتحقيق نتيجة ليس مقصورا على المجال العقدي، وإنما يوجد أيضاً في المجال غير العقدي.[654] وإذا قيل بأنه لا ينشأ إلا بعقد أو قانون، وأن أياً منهما غير موجود، فهذا –في رأيه- تعميم غير دقيق. فمع التسليم بأن المريض نزيل المستشفى العام يكون في مركز تنظيمي وليس عقديا، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يلتزم هذا المرفق العام بضمان سلامة نزلائه من المرض. ونظراً لما تنطوي عليه الإقامة في المستشفى العام من المخاطر؛ مثل

---

[652]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص66-67.

[653]: راجع: د. محسن عبد الحميد البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، ص237.

[654]: مازو وشاباس، دروس في القانون المدني، ج2، بند 21، ص15، عزاه إليهم محسن البيه، المرجع ذاته، ص 237.

العدوى أو الإصابات... إلخ، وهي مخاطر لا تقل جسامة عن مخاطر النقل، فيكون التزام المستشفى بضمان سلامة المريض بنتيجة، كما يحدث في مجال النقل ولو كان القائم به مرفقاً عاماً.

ومن ناحية أخرى، فإن نظام العمل في المستشفيات العامة قد يسمح للمريض باختيار الطبيب الجراح أو المعالج. وبناء عليه، يمكن تصور انصراف إرادة هذين الطرفين إلى ترتيب الالتزام بضمان السلامة على عاتق الطبيب، ولا يقدح في ذلك أن يكون العلاج بمقابل أو مجانا.[655]

ولعل الرأي الثاني هو الأدنى للصواب؛ لأن من شأن فرض الالتزام بضمان سلامة المريض على المرفق الطبي العام أن يمنح المريض مزيداً من الثقة والأمان في أداء علاجهم أو جراحتهم بالمستشفيات العامة، خاصة بعد أن تعرضت هذه الثقة للاهتزاز في كثير من الأحوال.

وإذا كان بعض الفقه قد رحب بما كرسه القضاء من تكليف المريض المتضرر بعبء إثبات الخطأ الطبي؛ باعتباره مدعيا حسب قواعد الإثبات، فإن الصعوبات التي يواجهها المريض في ذلك لا ينكرهـا أحـد.

والواقع أنه إذا كان عبء الإثبات في حد ذاته يمثل مشقة لكل من يلقى على عاتقه، فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي، ويعتبر في كثير من الحالات تكليفا بما لا يطاق.

فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي في ذاتها علاقة يسودها انعدام المساواة، إذ يعاني أحد الأطراف من علّة ويلتمس الخلاص في الاستنجاد بالطبيب الذي يضع فيه ثقته.ومثل هذه العلاقة لا يتصور قيامها إلا على أساس الثقة المتبادلة. هذه الثقة التي تحُول في الواقع دون استعداد المريض المسبق بحصوله على دليل يمكنه الاستعانة به –عند الحاجة- لإثبات خطأ من وضع ثقته فيه.

يضاعف من صعوبة الإثبات أيضا بالنسبة للمريض ما يواجهه به عادة من صمت من قبل الطبيب المخطئ ومساعديه، التزاماً بالمحافظة على السر المهني أحيانا، وإظهاراً للتضامن بين زملاء المهنة الواحدة أحيانا أخرى.

وقد يقال إنه يمكن الاستعانة بالخبراء في الطب للمساعدة على كشف خبايا الخطأ الواجب إثباته. غير أن الفقه لا يخفي مخاوفه من هذا الطريق أيضاً، وينبـه إلى ما قد يلجأ إليه هؤلاء الخبراء من محاولات لتغطية أخطاء زملائهم أو تبرير مسلكهم.[656] بل ولم يفت القضاء أيضاً التنبيه على التزام الحذر تجاه تقرير الخبراء.[657]

---

[655]: انظر: د. محسن البيه، المرجع نفسه، ص237-238.

[656]: راجع: د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، ع1، س12، يناير 1942، ص401.

ثانيـاً: سلطـة القاضي في تقديـر خطـأ الطبيب وما يتعلق به من مشكلات

لقاضي الموضوع أن يقدر، دون معقب عليه من محكمة النقض أو المحكمة العليا، تحقق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله؛ لأن هذا من مسائل الواقع "Defacto"، لكن تكييفه القانوني لسلوك المدعى عليه، واعتباره خطأً حسب المعيار القانوني، هو مما يتصل بمسائل القانون "Dejuro"، وعليـه، يخضع لرقابـة المحكمة العليا.

وتمتد رقابة المحكمة العليا إلى موقف قاضي الموضوع إذا كان تسبيبه خاطئا؛ بأن شابه الفساد في الاستدلال لمخالفة ذلك لأوراق ثبوتية.

ولما كان عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على المريض وفقا للتفصيل السابق عرضه، فإنه لا يحق لقاضي الموضوع، فضلا عمن هو أعلى منه رتبة، أن يقوم بإثبات ما يجب على المريض إثباته، وينحصر واجبه في أن يتثبت من انطباق وصف الخطأ على الوقائع التي برهن المريض على نسبتها إلى الطبيب.

ويتمثل عمل القاضي هنا، من ناحية، في التحقق من حدوث هذه الوقائع، ومن ناحية أخرى، بعرضها على معيار الخطأ؛ لمعرفة ما إذا كان يمكن استنباط الخطأ منها.[658]

فبالنسبة للخطأ العادي، الذي يتمثل بمناسبة التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض، والإخلال بواجب الحيطة والحذر المفروض على كل شخص، فإن القاضي يستطيع أن يستخلص بنفسه هذا الخطأ الذي يقع في مجال الأعمال العادية والواجبات الإنسانية للطبيب؛ كعدم الحصول على رضاء المريض.[659]

أما بالنسبة للخطأ الفني أو المهني فإن تقديره يزداد صعوبة على القاضي الذي يتعين عليه أن يستخلص الخطأ الفني من كافة عناصر الدعوى، إلا أنه يجدر به عدم الخوض في النظريات العلمية خاصة إذا كانت محل خلاف بين أهل صناعة الطب. وينبغي أن يكون واضحا أن استخلاص خطأ الطبيب في ممارسة عمله الفني يمر بمرحلتين: الأولى؛ تتمثل في تحديد مدى مطابقة هذا العمل للقواعد الفنية للمهنة والأصول العلمية الثابتة، وهذا عمل فني لا يستطيع أن يقوم به إلا شخص ينتسب إلى مهنة الطب في تخصص الطبيب محل المساءلة. والثانية؛ تتجسد في عرض نتيجة المرحلة

---

[657]: انظر: د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص64

[658]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص74-77.

[659]: راجع: د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص170.

الأولى على المعيار القانوني للخطأ؛ أي تحقيق مناطه في التكييف القانوني، وهذا عمل قانوني يقوم به قاضي الموضوع.

تبقى بعد ذلك مسألة فرعية تتعلق بحدود سلطة قاضي الموضوع في اعتماد القرائن الدالة على خطأ الطبيب. إذ يجب على القاضي لاعتماد مقل هذه القرائن أن تكون واضحة الدلالة على الأمر المراد إثباته، وهو هنا الخطأ الطبي وما يتعلق به من ضرر ورابطة سببية. ومن بين هذه القرائـن فكـرة الخطأ الاحتمالي، وتقاريـر الخبراء.[660]

ـ فكرة الخطأ الاحتمالي لدى محكمة النقض الفرنسية: فكرة الخطأ الاحتمالي " La faute virtuelle" التي أخذت بها محكمة النقض الفرنسية، خلال فترة من الزمن، تقتضي استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه. وأساس هذه الفكرة، أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب.[661] فرغم أنه لم يثبت بوجه قاطع أن الطبيب أهمل في بذل العناية الواجبة، أو لم يتخذ الاحتياطات التي يوجبها عليه التزامه بالحيطة، فإن القاضي يستنتج هذا الخطأ من وقوع الضرر ذاته.

ويقدر البعض أن فكرة الخطأ الاحتمالي ما هي إلا استعمال لسلطة القاضي في استخلاص الخطأ من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.[662]

وقد تبنى القضاء الإداري الفرنسي أيضا فكرة الخطأ الاحتمالي، حيث قضى بأن وفاة طفلين أثناء القيام بعملية التطعيم الجماعي يدل على اختلال سير المرفق العام، وتنعقد بناء عليه مسؤولية الإدارة[663].

ويرى البعض[664] أن محكمة النقض المصرية أخذت بمقتضى فكرة الخطأ الاحتمالي، في أحد قضايا المسؤولية عن جراحة التجميل؛[665] حيث قررت بأنه يكفي المريض ليثبت خطأ طبيب

---

[660]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص78، ود. محسن البيه، ص167-171.

[661]: نقض مدني فرنسي، 1968/11/12، الأسبوع القانوني، 1968/11/12، الأسبوع القانوني، 1968-4-208 بينوف 65، ص80.

[662] : Savatier,note sous Mciv,28 juin 1960,11,11787 ; penneau, la responsabilité medicale,n° 65,p.77.

[663] : T.Ad.de bordeaux , 29 fev.1956, D.1956,642 ;Conseil d,etat.13.juil.1962.D.1962, note lemasurier .

[664]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، بند30، ص81 وما يليها.

التجميل، أن يقدم واقعة ترجح إهماله و"يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال".

ورغم ذلك يعتقد صاحب هذا الرأي أنه لا يمكن اعتبار هذا الحكم مقرراً لمبدأ عام ينطبق على كل أبواب المسؤولية الطبية؛ لأنه صدر في شأن طبيب تجميل؛ حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية أن العناية المطلوبة منه، بحسب تعبيرها "أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".

والواقع، كما يرى صاحب هذا الرأي بحق أن فكرة الخطأ الاحتمالي ليس لها من وصف الخطأ ومضمونه إلا الاسم، ولا يعدو الأمر أن يكون استعمالا لوسيلة خلاّبة لمصلحة المتضرر على حساب القواعد القانونية، وهي وسيلة دخلت المجال القانوني على استحياء، لتنضم إلى غيرها من الأفكار الاحتمالية التي ابتدعها القضاء لمواجهة التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العصر الحديث. بل إن بعض أحكام القضاء الفرنسي تستنتج؛ من وجود رابطة سببية بين العملية الجراحية والضرر الذي أصاب المريض وفوت عليه فرصة العلاج أو الحياة، وجود خطأ احتمالي في جانب الطبيب الجراح.[666]

ويذهب البعض[667] إلى التفرقـة بين فكرة الخطأ الاحتمالي، وبين المنهج الذي يؤيد توسعة مجال الالتزامات بنتيجة في حق الطبيب. إذ يرى مع غيره[668] أن هذا الاختلاف يتمثل في ناحيتين مهمتين: أولاً، في الالتزام بنتيجة، يعتبر الطبيب مخطئاً –بناء على خطأ ثابت في رأي، أو مفترض في رأي آخر- بمجرد تخلف النتيجة المطلوبة. أما طبقاً لفكرة الخطأ الاحتمالي، يفترض خطأ الطبيب فحسب متى وقعت للمريض نتائج سيئة. وثانياً: في الالتزام بنتيجة لا يستطيع الطبيب أن يتلخص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي " La cause étrangére"، أما وفقاً لفكرة الاحتمالي، يستطيع ذلك، ليس بإثبات السبب الأجنبي فقط، وإنما كذلك، بإثبات الظرف الأجنبي

---

[665]: نقض مدني مصري 1969/6/27، المجموعة السنة 20، ص1075 رقم 166 ويلاحظ أن محكمة النقض أخذت في هذا الحكم على قضاة محكمة الاستئناف تفسيرهم لتقرير الخبير المنتدب بما لا يحتمله.

[666]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، بند30، ص82.

[667]: راجع: د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، بند139، ص246-247.

[668] : F.Chabs,obs lyon 8 janv 1981,j.c.p.1981,11,19699.

"La circonstance étrangère"؛ حيث يعتبر هذا المصطلح أكثر مرونة واتساعاً من مفهوم السبب الأجنبي.

والحقيقة، كما يرى صاحب هذا الرأي، أن فكرة الخطأ الاحتمالي إن كانت لا تجد سنداً في القانون،[669] فإن لجوء القضاء إليها، إنما يكشف عن شعوره المتزايد بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمريض، ولأن القضاء ليس من صلاحياته تعديل هذه القواعد القانونية، فلم يكن أمامه من سبيل سوى محاولة تطويعها، كي يجد الوسيلة التي يخفف بها عبء الإثبات الذي ينوء به كاهل المريض، خاصة بعد أن ترسخ في الأذهان تلك الفكرة الشائعة وغير الدقيقة، المتمثلة في القول إجمالاً بأن التزام الطبيب مجرد التزام ببذل عناية، إذ إنه لا يضمن شفاء المريض، وإنما الشفاء بإرادة الله وحده.[670]

ولذلك، فإن مواجهة الواقع بوضوح، والاعتراف بوجود التزامات بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب، إضافة إلى الالتزام ببذل عناية، يمثل في رأينا الأسلوب الأمثل لتحقيق التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض، خاصة فيما يتعلق بعبء الإثبات.[671]

هذا ولا يخفى ما بذله القضاء من محاولات ذللت بعض الصعاب-وإن كانت لا تكفي- على المريض في قيامه بعبء الإثبات، خاصة في المستشفيات العامة؛ حيث تعتبر هذه المهمة شبه مستحيلة، نظراً لما يتمتع به المرفق العام من حصانـة واقعيـة.

وتتمثل القرينـة الثانيـة في تقريـر الخبـراء، وهذا ما سيأتي بيانـه:

ثالثـاً: دور الخبـرة في إثبات خطـأ الطبيب

إذا كان القاضي يستطيع أن يستخلص بنفسه خطأ الطبيب في عمله العادي؛ كعدم حصوله على رضاء المريض مثلاً، في غير الأحوال الاستثنائية كحالة الضرورة، وهذه مسألة تدخل

---

[669]: الصحيح أن فكرة الخطأ الاحتمالي، تضمنتها بعض التشريعات كالمادة 1384 ق.م.ف، والمادة 138 ق.م.ج، حيث أناطتها بحالة حراسة الأشياء، وقد أشرت إلى ذلك آنفاً في هذا الفرع الخاص بإثبات الخطأ الطبي، فكان الأصوب أن يقول "لا تجد سنداً عاماً في القانون".

[670]: يوحي ظاهر هذه العبارة اعتراض صاحبها على فكرة أن الشفاء بإرادة الله، ولازم قوله أن الشفاء ليس بإرادة الله، ولكنه يقصد – فيما يبدو – محاربة الفكر الجبري الذي يتكأ عليه الناس للتملص من مسؤولياتهم، فلا يكاد يساءل أحد، ولا يبقى لبدن أو حياة الإنسان عصمة، فيصير لُعبة بيد الأطباء، ولعله يشير؛ بإضافته لقيد "وحده" إلى عبارة" الشفاء بإرادة الله"، إلى هذا المعنى الذي ذكرته.

[671]: راجع: د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، بند 139، ص247.

ضمن اختصاص القاضي، فإنه يصعب عليه ذلك بالنسبة لعمل الطبيب الفني، حيث يتعين عليه أن يستعين بأهل الخبرة في مجال الطب.

وما ينبغي الإشارة إليه أن الخبير الطبي يفرض نفسه؛ بحكم تخصصه في المسائل الفنية حيث لا يكون القاضي مختصاً، وهذا لا يستلزم أن يكون القاضي ملزماً باتباع رأي الخبير ولا بالنتائج التي خلص إليها تقريره. إذ لا يعدو أن يكون تقرير الخبير الطبي عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير القاضي.[672] فللقاضي حسب سلطته التقديرية أن يعتد به أو أن يطرح ما جاء به. ولكن إن هو أخذ بذلك التقرير فإنه يجب عليه أن يطبقه كما هو دون تحريف أو تعديل، وذلك لأن الطبيعة الفنية لعمل الخبير تحول دون أية منازعة فيه.

وللقاضي أن يأخذ بتقارير الخبراء والموازنة بينها، إن تعارض رأي أحدهم مع آراء غيره، إذا اقتنع بأنها واضحة الدلالـة على خطأ الطبيب، ومؤدى ذلك أنه لا يلزم في القرينة المستمدة من تقارير الخبراء أن تكون قاطعة الدلالة على هذا الخطأ، بل يكفي أن تكون واضحةً في التدليل عليـه.[673]

والقول بحرية القاضي في تقدير الخبير تفضي إلى إشكال عويص، وذلك حينما لا يعتد القاضي برأي الخبير، وينفض ما انتهى إليه من نتائج، نظراً إلى ما يحيط به هذا القاضي من تبريرات متشابكة، فإنه يخاكر بأن يخلق موقفاً قد يوصف فيه بالتطرف. فلئن كان من سلطة القاضي طرح ما ورد بتقرير الخبير الفني، والحكم طبقاً لما يقتنع بأنه محقق للعدالة،[674] إلا أن ذلك لن يكون يسيراً عليه في كل الأحوال ما لم يقدم تبريراً قوياً ومقنعاً له.

ومما لاشك فيه أن معارضة القاضي لرأي الخبير – وهو صاحب الاختصاص الفني – دون أن يدعم وجهة نظره بحجة قوية – مع صعوبة ذلك – من شأنها أن تضفي غموضاً على الخطأ محل الإثبات بين الرؤية الفنية والرؤية القانونية.

---

[672]: نقض مدني 1981/12/14، مجموعة أحكام النقض المصرية، س32، رقم 415، ص2882، وفي نفس المعنى: cass.civ.14 dec.1983.j.c.p.1984, IV, p.63.

[673]: راجع: أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص79-80، أشرف جابر، المرجع السابق، 117-118، أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص117.

[674]: له في سبيل ذلك أن يستدعي الخبير لاستيضاح ما قد يلتبس عليه، وتكوين تصوره في ضوء ذلك وقد نصت على هذا الحكم المادة 245 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد المعدل بـ:. Décret n°89-511 du 20 juillet 1989 - art. 2 JORF 25 juillet 1989 en vigueur le 15 septembre 1989

ولذلك فإن القاضي – إذ يمارس سلطته التقديرية[675] على تقرير الخبير – ينبغي عليه أن يوازن بين اعتبارين:

الأول: الحذر لما قد يكون من مجاملة وتضامن مهني بين الخبير والطبيب محل المسائلة، وفي ذلك ورد أن: «الخبـرة معهود بها من شخص عادي، وهو القاضي، إلى طبيب خبيـر، تفرض على هذا القاضي أن يظل متيقظـاً».[676]

الثاني: الاعتداد برأي الخبير، خصوصاً في المسائل الفنية التي قد يظن البعض من الأشخاص العاديين، ومنهم القاضي، أنه يستطيع فهمها.[677]

والأصل أن اختيار الخبير يرجع إلى اتفاق الأطراف المتخاصمة، فإن لم يتحقق اتفاقهم بذلك، تعين المحكمة الخبير الطبي، من هو على قدر من الكفاءة والنزاهة والجدارة لهذا العمل، ومهمة الخبير تنأى به عن الخوض في المسائل القانونية – التي هي من اختصاص القاضي فحسب – لتقتصر على البحث عن الوقائع؛ ذات العلاقة بالعمل الطبي وتقدير الخطأ الطبي من عدمه، وتدعيم ذلك بالحجج العلمية الدامغة.

وقد أوجب المشرع الجزائري على الخبير الطبي قبل الشروع في أي عمل خبرة إخطار الشخص المعني بهذه المهمة، ولا يمكن أن يكون الخبير الطبي في نفس الوقت خبيراً وطبيباً معالجا لنفس المريض، ولا يجوز له أن يقبل مهمةً تعرضه للخطر في نفسه أو أحد زبائنه أو جهة تطلب خدماته.

ويتعين على الخبير الطبي أن يرفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية، وأوجب على الطبيب الخبير عند صياغته لتقرير الخبرة ألا يكشف إلا عن العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه، وأن يكتم ما اطلع عليه خلال مهمته من أسرار.[678]

---

[675]: ويبرر هذه السلطة التي يتمتع بها القاضي في التعقيب على تقرير الخبير من المجال الفني إلى المجال القانوني معتداً في ذلك بمجموع العناصر النفسية والإنسانية المحيطة بالمسألة محل النزاع، وبناء عليه، فتطبيق المعطيات الفنية الواردة في تقرير الخبير لا يتم بصورة مجردة، فحرية التقدير التي يتمتع بها القاضي تتجه إلى جعل هذه المعطيات الفنية قابلة للاستعمال في المجال القانوني. راجع: بينو، المسؤولية المدنية، بند 129، ص143، مشار إليه عند محسن البيه، المرجع السابق، ص175-177.

[676] : مشار إليه عند أشرف جابر، المرجع السابق، ص118؛ Savatier, la responsabilité civile, T,II, N°778.

[677] : راجع: محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص174 وما يليها، وأشرف جابر، المرجع السابق، ص118.

[678] : راجع: المواد 96؛ 97؛ 98؛ 99 على التوالي من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

هذا، إذا جاز للخبير الطبي أن يعبر عن تقديره للأضرار التي أصيب بها المريض بلغة الأرقام؛ كبيان نسبة العجز التي أصيب بها عضو من أعضاء المريض، فإنه لا يمكنه بحال أن يكون تقديره نقدياً، أي بمبلغ من النقود؛ لأن هذا التقدير يدخل في المسائل القانونية التي ليست من مهامه.[679]

وإن حصول الخبير على تقرير موضوعي تعترضه في الواقع صعوبتان، الأولى موضوعيـة، والثانيـة شخصيـة.

فأما الصعوبة الموضوعية، تتمثل في الناحية الفنية للخبرة الطبية، إذ ليس من المؤكد، بصفة مطلقة، أن الخبير الذي يقوم بمهمته بالكامل في وسط نظري، وفي المراكز العلمية الطبية، يستطيع – في مثل هذه الظروف ذات الطابع المجرد – أن يقدر بدقة الموقف الذي وجِد فيه الطبيب محل المساءلة، والذي كان يمارس عمله في ظروف واقعية مختلفة. إن الخبير لكي يقدم تقريراً صحيحاً، يجب أن يكون في مقدرته معرفة هذه الظروف الواقعية، فالصعوبة تكمن هنا، في الاختلاف الكبير بين المعطيات المجردة، وبين الحقيقة الواقعية الملموسة.

وأما الصعوبة من الناحية الشخصية، فترجع إلى عدم حياد تقارير الخبراء، التي قد لا تلتزم بالإطار العلمي وتتسامح مع الطبيب محل المسائلة بدافع الزمالة. ومما لا شك، أنه متى ثبت مثل هذا فسوف يدان أشد الإدانة ، إذ إنه يمثل قصوراً في شرف ونزاهة المهنة.[680]

وحيال هذا الأمر، يلجأ القضاء لدرأ هذه المعضلة إلى تشكيل لجنة خبراء أو استشارة خبراء من مؤسسات أو جهات مختلفة؛ بهدف تحقيق أعلى قدر من العدالة والنزاهة.[681] وهذا في اعتقادي مسلك احترازي سديد؛ وذلك لأن مساءلة القاضي للطبيب في مسائل فنية لا يفقهها إلا ذوو الاختصاص، يجعل فكرة العقاب غالباً متعذرة، إذ قد تفضي إلى تحكم القاضي، بتقديره لمسائل فنية، ليست من تخصصه. وفي مثل هذا المسلك، الذي يستلزم عند الاقتضاء، وذلك بالعدول عن خبرة طبية إلى غيرها، عقوبة فنية قاسية على ذوي المروءات.

أخيراً، بعد انتهائنا من الحديث عن ركن الخطأ، يجدر بنا أن نسلط الضوء على ركن الضرر في المطلب الآتي:

---

679 : Lambert Faivre, droit du dommage corporel, système d'indemnisation, p.136.

680: راجع: د. محسن البيه، المرجع السابق، ص173-174، ود. أشرف جابر، المرجع السابق، ص115-116.

681: راجع: د. أحمد الحياري، المرجع السابق، ص116.

المطلب الثاني: الضرر الطبي

استكمالاً لعناصر المسؤولية المدنية في المجال الطبي، يجب بيان ركن الضرر وذلك كما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الضرر وأهميته

نتناول الضرر كركن من أركان المسؤولية المدنية، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، فلا يكفي لقيام المسؤولية توافر ركن الخطأ، بل يجب أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر، فإذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية؛ لأنه لا دعوى بغير مصلحة.

وقد اشترط المشرع الجزائري صراحة ضرورة توافر الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية.[682] أما بخصوص المسؤولية العقدية فيستفاد ذلك من نص المشرع المدني الجزائري : "ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب". وقال في موضع آخر: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" وفي موضع آخر: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة.[683]

وعليه، فالشروع في الجريمة-مثلاً- يفضي إلى المسؤولية الجنائية، ويعتبر خطأ مدنياً ولكنه لا يشكل المسؤولية التقصيرية إذا لم يترتب عليه ضرر،[684] وكذلك الحال في كثير من المخالفات باعتبار أن المسؤولية التقصيرية تمثل الذيل المدني للمسؤولية الجنائية.[685]

والضرر في اللغة ضد النفع، والمضرة خلاف المنفعة[686] وقد اختلفت تعبيرات فقهاء القانون في تعريفهم للضرر عموماً؛ بما فيه الضرر في المجال الطبي، فاستعمل كل منهم اصطلاحاً يختلف عن غيره.

وبعد تتبع وفحص جملـة من التعريفـات، يبدو لي -في تصوري الخاص[687]- أنها تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما:

القسم الأول: عرف الضرر بأنه نتيجـةٌ لخطأ طبي، تقصيرياً كان أم عقدياً، حيث عرفه بعضهم

---

[682]: راجع: المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

[683]: راجع: المواد 1/182 ؛ 1/184 ؛ 185، ق.م.ج.

[684]: قرار المحكمة العليا الجزائرية، 13-12-1988، ملف رقم 53951، مشار إليه عند بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في الفقه الاسلامي: 67/1.

[685] : H,L et J.Mazeaud, op.cit, Clause 408, P.337 , 67 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص

[686]: انظر: مختار الصحاح: 159/1.

[687]: وقد استهملت هذا التقسيم من اختلاف الفقهاء في ركن الخطأ ما بين قائل بالمسؤولية الخطئية والمسؤولية الموضوعية كما بينت ذلك تفصيلا في المطلب السابق.

بأنه "إخلالٌ بحق أو مصلحة ذات قيمة للمضرور"[688]. وذهب البعض إلى أن الضرر المعتبر هو: "انتقاص حق للإنسان من حقوقه الطبيعية أو المالية بغير مبرر من جواز شرعي".[689] وذهب آخر إلى القول بأن الضرر في مجال المسؤولية الطبية "هو حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى جسم الشخص، وقد يستتبع ذلك نقصاً في مال الشخص أو عواطفه ومعنوياته".[690]

وبعد تأمل هذه التعريفات يبدو أنها في مجموعها تنيط الضرر بخطأ طبي؛ أشار إليه التعريف الأول بعبارة "إخلال بحق أو مصلحة"، والتعريف الثاني بعبارة "انتقاص حق... بغير مبرر"، وصرح التعريف الثالث بأنه حالـة نتجت عن فعل طبي، والفعـل الطبي قد يكون ماديا أو فنيا، شخصياً أو مرفقياً، وفي كل الأحوال لا يعدو أن يكون خطئا ثابتاً أو مفترضاً.

ولعلّ التعريف الثالث هو أدنى التعريفات للصواب هنا؛ باعتباره تناول الضرر في مجال المسؤولية الطبية، وكان حرياً بالكاتب أن يضيف قيداً آخر إلى التعريف ليصبح كالتالي: هو حالة نتجت عن فعل طبي أو"بمناسبتـه"...إلخ؛ ليشمل الضرر الناتج عن فعل المضـرور؛ كعدم متابعته إجراءات الطبيب، أو إدلائه ببيان كاذب لحالته الصحية، ونحو ذلك من الأسباب المانعة لرابطة السببية، التي لا تستطيع أن تنسب الضرر إلى فعل الطبيب وإن حصل فعلاً. وهذه التعريفات وإن اختلفت مصطلحاتها، إلا أن معظمها اتفق على حقيقة واحدة، وهي أنها تضمنت مختلف أنواع الضرر.

القسم الثاني: عرف أصحابه الضرر بشكل عام بصرف النظر عن كونه نتيجة خطـأ أو عدمـه. إذ ذهبوا إلى القول بأن الضرر هو: "ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة، متعلقاً بسلامة جسمـه، أو مالـه، أو عاطفته، أوحريتـه أو شرفـه أو غير ذلك".[691]

ويوحي ظاهر هذا التعريف على عمومه، أنه لا يعلق حدوث الضرر على وقـوع الخطأ. لكن عمومه لا يؤهله أن يكون تعريفاً في المجال الطبي، ولعلّ التعريف الوحيد الذي ورد في المجال الطبي هو ما ذكرته آنفا، وبإحداث تعديل فيه يمكن أن يكون هو التعريف الأوفق.

وعليه، يمكن تعريف الضرر في المجال الطبي بأنه "حالة نتجت عن فعل طبي أو بمناسبته،

---

[688]: السنهوري، الوسيط: 971/1.

[689]: د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض في الفقه الإسلامي والقانون المصري، (رسالة دكتوراه)، ص381.

[690]: بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ص234.

[691]: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص68، ود. أحمد الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص127.

مست بالأذى جسم الشخص أو فوتت عليه فرصة العلاج، وما يستتبعه من نقص في مال الشخص أو معنوياته".

وليس مهما تعريف الضرر في الاصطلاح الفرنسي "Le préjudice"؛ لأنه لا يختلف عن المعنى المستعمل في اللغة. وهو اليوم مـرادف للفظ "Le Dommage"، وذلك حسب الاصطلاح والاستعمال اللغوي الحديث[692]، لكن مصطلح "Dommage" يستعمل أحيانا في معنى مختلف، ليدل

على التعويض عن الأضرار، المسمى بـ"Dommges intérets" أو"Dommges et intétréts" أو"Dédomagement" كما يفسره الفقيه "دوما".[693]

إن عنصر الضرر من الأهمية بمكان لانعقاد المسؤولية المدنية؛ بحيث إن عدم تنفيذ العقد إذا لم يصب المدين بضرر، لا يمكن أن يمنحه حق المطالبة بالتعويض.

والمسؤولية المدنية تنهض حيثما وجد التعويض، وليس العقاب كما هو حال المسؤولية الجنائية. ومع ذلك تحتفظ المسؤولية المدنية أحياناً ببعض الآثار الناجمة عن أصلها الجنائي. وهذا ما يفسر قبول القضاء، في حالة واحدة، وذلك حينما يثير الإخلالُ بتنفيذ العقد المسؤوليةَ المدنية، رغم عدم حصول ضرر، حينما يتضمن العقد شرطا جزائياً "Clause pénale" يحدد مسبقا المبلغ الواجب دفعه في حالة عدم تنفيذه. فإن الاسم أو الوصف ذاته الذي وسم به الشرط، يترجم فكرة العقاب. وحتى المشرع ذاته، يحدد جرافاً - في بعض الحالات- مبلغ التعويض.[694] وأعتقد أن الشرط الجزائي فكرة مدنية ابتكرت لكي ترفع عن المتعاقدين عبء إثبات الضرر؛ خصوصا المعنوي منه، وتضفي مزيداً من التقدير والصرامة في تنفيذ العقود، بهدف استقرار المعاملات.

وما دام الضرر أمرا ماديا في الغالب، يجوز إثبات وقوعه بكافة الطرق، ويقع عبء الإثبات على مدعيه وفقا للقاعدة العامة. وإثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقررها محكمة الموضوع، ولا رقابة فيها للمحكمة العليا. وبناء عليه، فإن تقدير التعويض عن الضرر

---

[692]: كان في الأصل للتعبيرين معنى مختلفاً في ظل القانون الروماني، حيث يقول الفـريق Mazeaud(s) :

« Le *Damnum* de la loi *aquilia* etait l'atteinte a l'intégrite d'une chose ,cette atteinte ettait sanctionnée sans que l'on ait a rechercher si elle portait prejudice au proprietaire ; et aucun autre prejudice n'ettait sanctionne. Les jurisconsultes romains s'efforcèrent de substituer a la notion de *damnum* celle de prejudice » **:** Op.cit, N° 407, p.337**.** cette notion est la meme dans un dictionnaire juridique anglais qui dit : **"***Damnumm* **:** *damage ; the loss or dimunition of what is man,s own, either by fraud ,carelessness,or accident***":** *Henry campbell black,and others*, **Black dictionnary**, p. 393**.**

[693] : H,L, et J. Mazeaud, op. cit, Clause 407, P.337.

[694] : Ibid, clause 408, P.338.

تستقل به محكمة الموضوع. أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف نوعه، كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا؛ لأنها من مسائل القانون.

ولا يكتفي المدعي بإثبات الضرر الذي أصابه وخطأ المدعى عليه، بل يجب عليه أن يثبت أن الضرر الذي يدعيه، إنما هو ناشئ عن الخطأ المدعى عليه مباشرةً، أو بعبارة أخرى، أن يثبت أن ثمة علاقة مباشرة بينهما، وتلك هي علاقة السببية.[695]

الفرع الثاني: أنـواع الضرر في المجال الطبي

لا نقصد في حدود هذه الدراسة استقصاء كل أنواع الضرر، وإنما تلك الأنواع المتعلقة بالميدان الطبي فحسب، وذلك كما يلي:

أولاً: الضرر المادي

يعرف الضرر المادي "préjudice matériel" بأنه ذلك "الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية"[696]، والضرر المادي أكثر شيوعاً، في المسؤولية العقدية، من الضررالأدبي. إذ يتمثل الضرر الجسدي[697] "préjudice corporel" في الأذى الذي يصيب جسم الإنسان فيؤدي إلى موته أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة؛ فيفوت فرصة العلاج عليه، وينعكس سلباً على ذمته المالية؛ بحيث يعطل قدرته على الكسب وإعالة نفسه وأولاده، فضلاً عن النفقات اللاّزمة لعلاجه. فيمكن حينئذٍ للمضرور جسدياً من المطالبة بالتعويض عما استتبعته حالته من خسارة مالية. وفي حال وفاته يصبح التعويض من حق الورثة، كل حسب نصيبه من التركة، وهذا الأذى في الجسد والمال يخلّ بمصلحة مشروعة؛ أي غير مخالفة للقانون؛ لقيام الحق في التعويض عن الضرر؛ كمصلحة من يعولهم الشخص في بقائه على قيد الحياة. أما إذا كانت المصلحة التي حصل المساس بها غير مشروعة، فإن القانون لا يحميها ولا يوجب التعويض عن المساس بها.[698]

---

[695]: راجع: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص88.

[696]: د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، ص114.

[697]: كان الضرر الجسماني متصلا بالضرر المادي أو الاقتصادي المتعلق بحوادث العمل التي يستطيع المتضرر من خلالها الحصول على تعويض من صندوق الضمان الاجتماعي، ثم انفصل عنه ليعطى حق التعويض الخاص من متسبب الضرر: F. Terré, P.Simler, Y. Lequette, Droit-civil-Les obligations, P.559.

[698]: المحكمة العليا الجزائرية، 01-02-1971، نشرة القضاة، 1972، عدد2، أشار إليه، د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص69.

وبناء عليه، فلا يجوز للخليلة أن تطالب بالتعويض عن فقد خليلها، حتى ولو كان يتولّى الإنفاق عليها؛ لأن مصلحتها في استمرار العلاقة هي مصلحة غير مشروعة.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية[699] ومحكمة النقض الفرنسية في غرفتها المدنية،[700] خلافاً للغرفة الجنائية التي سمحت بذلك بشرط أن تكون علاقتها بخليلها ظلت مستمرة ومستقرة لفترة طويلة، وألا تكون قائمة على الزنا.

غير أن الدائرة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية حسمت الأمر بحكم[701] لها قضى بأن نص المادة 1382.م.ف لا يخضع الحق في التعويض إلى شرط وجود رابطة قانونية بين المضرور والضحية، ومنذ ذلك الحين أصبحت الخليلة تستطيع الحصول على التعويض، كما أصبح للخطيبة مثل هذا الحق.

أما عندنا، فيقول الأستاذ السنهوري: "فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها؛ لأن العلاقة بينهما كانت غير مشروعة[702] ".[703]

وواضح أن سبب الخلاف بيننا وبين مخالفينا في بلاد الغرب، في هذه المسألة، يكمن في اختلافنا في بعض المبادئ المنبثقة عن نظرتنا إلى الكون والحياة، في إطار ما يسمى في القانون بفكرة الآداب العامة؛ المرتبطة بفكرة النظام العام، ذات الطابع المرن، الذي يختلف من بيئة إلى أخرى.

ثانياً: الضـرر المعنـوي (التشريع والقضاء: الفرنسي، المصري، الجزائري)

يعرف الضرر المعنوي أو الأدبي بأنه "ما يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته"[704] وهو أكثر حدوثاً في المسؤولية التقصيرية.

وليس صحيحاً أن نعتبر أن الضرر المعنوي هو مقابل للضرر المادي تماماً؛ بمعنى أن الضرر المعنوي هو الذي لا يمكن تقويم خسارته بالنقود؛ فنقول إن الضرر المادي هو ضرر موروث

---

[699]: نقض مدني مصري، 26 نوفمبر 1965، م.أ.ن، 16؛ 1975؛ 167، أشار إليه د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص68 .

[700]: نقض مدني فرنسي، 27-07-1937، داللوز، 1938 عدد 1، رقم 8 أشار إليه د. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص163 .

[701]: صدر بتاريخ 27-02-1970، نشر في داالوز سنة 1970، رقم 201.

[702]: الوسيط: ج1، بند 573، ص858.

[703]: راجع: د. أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص127-128، د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص68-69، ود. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص162-163، د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام: 285/1.

[704]: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص162.

préjudice patrimonial - إذ قبلنا بأن التركة لا تحتوي إلا على عناصر مالية " élements pécuniaires"-، والضرر المعنوي هو ضرر غير موروث" préjudice extra-patrimonial".

إنه نادراً ما يكون الضرر المعنوي غير مختلط بالضرر المادي. فالإصابة التي تسبب معاناة نفسية للمضرور، لا تخلو من ضرر مادي، يتمثل في نفقات العلاج أو العجز عن العمل. وإن القذف إذ يصيب شرف امرئ؛ فيحدث له ضرراً معنوياً، فإنه غالباً ما يحدث ضرراً مادياً أيضا ، يتمثل في فقد مكانة اجتماعية ونحو ذلك.[705] ويعتبر هذا الرأي صحيحاً -في تقديري- في المجال الطبي؛ الذي لا تنفك الظاهرة العلاجية المادية عن الظاهرة العلاجية النفسية.[706]

فالضرر المعنوي الذي يصيب الشخص من جراء آلامه الجسدية؛ كتشويه جسمه أثناء القيام بجراحة التجميل، أو تعطيل منافع أحد أعضائه، وما يستتبع ذلك من آلام نفسية، تحرمه بشكل مؤقت أو دائم من التمتع بنشاطات مهنية أو ترفيهية؛ أي ما يعبر عنه بمتع الحياة ومباهجها "les joies de l'existence" أو "les plaisirs de la vie "، وهي حق لكل إنسان فيما وهبه الله من مواهب شتى[707]؛ وبالتالي يساهم التعويض[708] في التخفيف من وطأة الآثار الجسدية بل وحتى النفسية.

1. وقد أقر فقهاء القانون الفرنسي القديم التعويض عن الضرر المعنوي، غير أنهم قصروه على المسؤولية التقصيرية، ظناً منهم أن القانون الروماني لم يكن يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية.[709] ثم صدر تقنين نابليون خالياً من أي نص صريح يفيد التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤوليتين، وترتب على ذلك أن ظل القضاء متردداً في الأخذ بهذا التعويض، فذهب في بداية الأمر إلى القول بعـدم التعويض عن الضرر المعنوي، لعـدم إمكانيـة تعويضـه

---

[705] : H,L et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T2, clause 417, P.343.

[706]: طبعاً، قد يتصور أن يستقل الضررالمعنوي عن الضرر المادي كما في حالة الألم الناتج عن فقد عزيز، وإن كانت الموت قد تنتج أبسط الأضرار المادية وهي البكاء، وبالتالي فلا وجود لضرر معنوي محض والأفضل أن نخرج من هذا الجدل الفلسفي، لنركز على الضرر المعنوي في المجال الطبي.

[707]: راجع: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، جـ2- المسرولية المدنية، ص166.

[708]: استعمال لفظ التعويض "Indemnisation" أدق من لفظ الإصلاح "réparation" في المجال الطبي؛ لأننا لا نستطيع أن نحي الأموات أو نعيد للمبتور "l'amputé" يده أو رجله : F.Terre et autres, op.cit,clause 677,p.559

[709]: في حين أن القانون الروماني أخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في آخر مراحله، وورد في التعويض عن الضرر المادي عبارة "Damnum injuria detum" وعن الضرر المعنوي عبارة"Actionjurirum"، ولم يفرق في التعويض بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، راجع: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، ص164.

بالنقود،[710] ثم استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية[711] إضافةً إلى المسؤولية التقصيرية، استناداً إلى عموم المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

ومع ذلك، ما فتأ الفقه ينبه إلى صعوبة تطبيق التعويض في مجال الضرر الأدبي، إذ تعترضه في سبيل ذلك اعتراضات، تتمثل بصفة خاصة، حينما يصطنع المتضرر دموع التماسيح للتأثير على حكم المحكمة[712]. ومهما يكن فإن السلطة التقديرية- في تقديري- ترجع على القضاء ما دام أنه حسم أمره في ذلك، فإن صحة الأحكام القضائية "La validité" شيء، وفعاليتها "L'éfficacité" شيء آخر، وفي وجود درجات التقاضي المختلفة تقريب للأحكام القضائية من إحقاق العدل في مجال التعويض عن الضرر المعنوي.

وتوسع القضاء الفرنسي في مفهوم الضرر المعنوي حتى أصبح يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن فقد حيوان.[713] بيد أن القضاء العادي ، تأثراً بالقانون الفرنسي القديم، لم يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية إلا في عام 1932.[714] أما القضاء الإداري، فقد كان رافضاً للتعويض عن الضرر المعنوي حتى عام 1961، إذ قبل هذا التعويض مجلس الدولة الفرنسي.[715]

2. وأخذت القوانين العربية بالتعويض عن الضرر المعنوي منذ أمدٍ بعيد، سواء في إطار المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية، وكان رائدها القانون المدني المصري الذي نص صراحة

---

[710]: محكمة باريس، 27 مارس 1873، سيري، 1874، 1، 477، نقض جنائي فرنسي، 29 مارس 1849، داللوز الدوري، 1849، 1، 225، أشار إليه د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام : 1/286.

[711]: ورد عن المصنفين "مازو" تعليل بديع إذ قالوا: كيف يقبل إذا أحدث الطبيب أضراراً لمريض، يكون مسؤولاً إذا كان المريض أجنبياً "un tièrs"- أي لا تربطه به رابطة عقدية-، ولا يسأل إذا كان زبوناً يربطه به عقد: OP.Cit, P clause. 422, P. 347.

[712] : G. Ripert, le prix de la douleur, D. 1948, chron1, P. Esmein, la commercialisation du dommage moral, D. 1954, chron 113, R.Savatier, le dommage et la personne, D. 1955, chron. 1 ; F. Givord, la réparation du préjudice moral, thè.grenoble,1939 ;P Kayser, remarque sur l'imndenisation du dommage moral dans le droit contemporain, mélanges maqueron, 1974, P. 411s **:**Térré, OP.Cit,p562**.**

[713] : Cass. 1ère civ , 16 Janv. 1962 D. 1962, 199, note R. Rodière, jcp 1962, 11, 12557, note p. esmein, RTD civ, 1962, 316, obs. A.turc (mort d'une jument, préjudice d'affection: 500F!); TGI, obs. A. Tunc (mort d'un teckel, préjudice d'affection: 600 F!); V. Aussi cass. 1ère civ, 27 Janv, 1982, JCP 1983, 11, 19923, note F, chabas. – v.j.p. Marguénaud, l'animal en droit privé, thèse limages, éd.1992, p.484 s. **:** F.terré et autres, op.cit, p.562.

[714]: حكم محكمة السين التجارية الصادرة في 1932/02/20، المنشور في جازيت دي باليه، سنة 1932، عدد 01، رقم 295، أشار إليه د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص165.

[715]: وإن كان القانون الألماني لا يقبله مبدئياً، والقانون السويسري ينيطه بسلطة القاضي التقديرية، فإن شاء أخذ به، وإن شاء رفضه، راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص165؛ H,l et Mazeaud, op.cit, clause 423, p.347 .

على ذلك في المـادة 222.[716]

غير أن القانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوه، جعلت الحق بالتعويض على من أصابه ضرر معنوي له هو شخصياً، وبالتالي فلا يحق لورثته في حالة وفاته أن يخلفوه في هذا الحق، إلا إذا تحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء.[717]

3. ولم يورد القانون الجزائري نصاً مماثلاً للنصوص العربية الأخرى الخاصة بالتعويض عن الضرر المعنوي، مقلداً في ذلك تقنين نابليون، فهل يعني سكوت المشرع الجزائري عن مثل هذا النص في القانون المدني أنه لا يأخذ بالضرر المعنوي؟

ظل الجدل بالنسبة لهذا الموضوع ردحاً من الزمن إلى أن تدخل المشرع الجزائري بنص صريح عام 2005م؛ كما سيأتي بيانه:

أ. الاتجاه القائل بعـدم اعتماد المشرع الجزائري للضرر المعنوي:

ذهب البعض إلى القول بأن القانون المدني الجزائري لا يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، مبرراً رأيه بجملـة من الحجج:

أ/1. أراد المشرع الجزائري برفضه للتعويض عن هذا الضرر أن يسير على النهج الاشتراكي الذي انتهجه الاتحاد السوفياتي والصين الشعبية وهما يرفضان التعويض عن الضرر المعنوي.

أ/2. أراد المشرع الجزائري أن يأخذ بالرأي الغالب في الشريعة الإسلامية الذي يرى أنها ترفض التعويض عن هذا الضرر.

أ/3. إن المادة 131 م.ج المتعلقة بمدى التعويض التي تحيل على المادة 182 م.ج، هي التي تقدر التعويض بمعيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، لتقتصر بهذا المعيار على الضرر المادي وحده.[718]

وذهب الدكتور بلحاج العربي،[719] إلى نفس الاتجاه بالقول إن عدم إتيان المشرع الجزائري بنص صريح يقضي بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، يعتبر نقصاً في التشريع ينبغي تداركه، بتكريسه في نص صريح يضاف إلى المادة 131 ق.م.ج.[720]

---

[716]: حذا حذوه القانون المدني السوري (م223) والقانون المدني الليبي (م225) والقانون المدني العراقي (م205) وقانون الموجبات اللبناني (م362/234 وم263)، والقانون المدني التونسي (م82؛ 1/83) ومدونة التقنيين المغربي (م1/78). راجع: د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص165-166، و د. أحمد الحيارى، المرجع السابق، ص134.

[717]: راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، د. أحمد الحياري، المرجع السابق، ص134.

[718]: مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة (رسالة ماجستير)، ص117 وما يليها.

ب. الاتجاه القائـل باعتماد المشرع الجزائري للضرر المعنوي:

يرى هذا الاتجاه وعلى رأسه أبو القانون المدني في الجزائر الأستاذ الدكتور علي علي سليمان،[721] أن نص المادة 124 ق.م جاء عاماً، إذ إنه لم يحدد نوع الضرر الذي يصيب الغير، مما يفيد أن التشريع الجزائري يقبل التعويض عن الضرر الأدبي، ذلك أنه من المبادئ المقررة في تفسير النصوص أن النص العام لا يخصص بدون نص مخصص، لاسيما إذا كان من شأن التخصيص أن يفلت من المسؤولية من يسبب للغير ضرراً أدبياً، قد تكون عواقبه أفدح وأخطر من تلك التي تترتب على الضرر المادي.[722]

ثم أضاف ردوداً بديعة،[723] عمن قال بأن المشرع الجزائري قصد رفض هذا التعويض بعدم النص عليه صراحة في القانون المدني في نقاط فقال:

ب/1. لو كان المشرع الجزائري يريد رفض هذا التعويض، لكان متناقضاً مع نفسه حين أورد النص عليه بالمادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية،[724] التي أجازت للقاضي الجزائي أن يحكم به في الدعوى المدنية التي ترفع إليه تبعاً للدعوى العمومية. وما من شك أن المحكمة الجزائية لا تختص أصلاً بالدعوى المدنية إلا بشرط أن تكون مترتبة على الجريمة الجنائية؛ أي إن اختصاص المحكمة الجزائية بالنظر في الدعوى المدنية استثناء، وأن الاختصاص في الأصل للمحكمة المدنية، فهل يعقل أن يمنح للمحكمة الاستثنائية الحق في الحكم بالتعويض عن هذا الضرر، وتحرم منه المحكمة المدنية المختصة أصلاً ؟ !

كما ورد النص على التعويض عن الضرر الأدبي في حوادث العمل بالمادة 08 من قانون العمل.[725]

---

[719]: أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق، جامعة وهران-الجزائر سابقاً، من مؤلفاته النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري.

[720]: د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ص74-76.

[721]: هو أشهر من نار على علم في ميدان تخصصه، درس لعقود من الزمن بكلية الحقوق بجامعة الجزائر، له مؤلفات عديدة منها، وضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ودراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري. راجع مقدمة كتابه "النظرية العامة للالتزام".

[722]: راجع: د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ص238-242.

[723]: راجع: كتابه، النظرية العامة للالتزام، ص167-168.

[724]: الصادر بالأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم، بآخر تعديل بقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006. وتنص هذه المادة على مايلي: "تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية...".

[725]: قانون رقم 78-12 المؤرخ في 12 رمضان عام 1398 الموافق 05 غشت سنة 1978م، وتبعه قانون علاقات العمل الصادر في 1990/04/25 حيث ينص في المادتين 2/6 و157 على تعويض العامل عن الضررين المادي والمعنوي.

ثم جاء قانون الأسرة لينص في المادة 05 منه على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن فسخ الخطبة.[726]

ب/2. لقد استمد الفقه والقضاء في فرنسا التعويض عن الضرر المعنوي من عموم نص المادة 1382 ق.م.ف، الذي لم يخص التعويض عن الضرر المادي بالذكر، بل جاء عاماً ليشمل نوعي التعويض، وهو نفس ما جاء به نص المادة 124ق.م.ج حرفياً، فإنه بعمومه يفيد التعويض عن الضررين.[727]

ب/3. إن القول بأن معيار "ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب" لا يصدق إلا على الضرر المادي، قول غير سديد، إذ إن هذا المعيار يصلح كذلك بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي، فقد يتسبب شخص في نشر إشاعة كاذبة عن طبيب أو محام أو مهندس في كفائته المهنية، فتتأثر بذلك سمعته، فينفض عنه الزبائن، وتلحقه خسارة فادحة ويفوته كسب كبير.

وبناء على ما تقدم، خلص- بحق- إلى القول بأن التعويض عن الضرر المعنوي مقبولٌ في التشريع الجزائري. وهو القول الذي يؤيده تواتر أحكام القضاء في الجزائر. فقد استقر القضاء الجزائري على الحكم به حتى قبل صدور القانون المدني أصلاً،[728] حيث صدر حكم من المجلس القضائي بالعاصمة،[729] قضى بالتعويض عن الضررين المادي والمعنوي بمبلغ عشرين ألف دج.

واستمر القضاء الجزائري باطّراد، يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي في كثيرٍ من أحكامه، سواء تعلق الأمر بالتعويض عن الجروح غير المتعمدة والقتل الخطأ والأضرار الجمالية، والمساس بالشرف من هتك العرض، وعن الضرر الجسمي والمعنوي الذي لحق الزوجة بسبب طردها بعد ثلاثة أيام فقط من زواجها، وعن ضحايا حوادث المرور، وهذا بصرف النظر عن وجود التعويض عن الضرر المادي أو عدمه.[730]

---

[726]: الصادر بقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984م، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في فبراير 2005.

[727]: هنا أورد الكاتب تأثير المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي بدلالة العبارة، ورد بالسلب بطريق غير مباشر على من قال بأنه متأثر بالمشرع السوفياتي أو المشرع الصيني، بدلالة الاقتضاء – في تقديري الخاص – وهو أسلوب منطقي محكم.

[728]: الذي صدر في 1975/09/26.

[729]: بتاريخ 1975/05/29، قضية رقم 469-1399.

[730]: حكم محكمة الثنية، 1979/02/28، رقم 170/883 ومحكمة الجنح بوهران، 1984/10/04، رقم 84/9023، ومحكمة الرغاية، 1979/02/28، رقم 170، محكمة الجنح بالجزائر، 1979/9/26، المنشور بجريدة الشعب الجزائرية بتاريخ 1979/11/27، مجلس قضاء

ولقد كان قرار المجلس القضائي الأعلى قاطعاً في عدم إخضاع التعويض عن الضرر المعنوي للمعيار المالي المنصوص عليه في المادة 182 ق.م.ج، وترك هذا التقدير لمشاعر قضاة الموضوع دون أن يكونوا ملزمين بتسبيب تقديرهم في قراره الصادر بتاريخ 1981/12/10 الذي ورد به: « أن قاضي الموضوع ليس ملزماً بتعليل حكمه عن الضرر المعنوي، وإذا كان ملزماً بذكر مختلف العناصر التي استند إليها فعلاً للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، فهو غير ملزم بذلك في حكمه عن الضرر المعنوي؛ لأنه يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل ».[731]

أخيـراً، قطـع المشرع الجزائري هذا الجدل الفقهي، حيث ورد في المادة 182 مكرر من القانون المدني اعتماده صراحةً للتعويض عن الضرر المعنوي إذ جاء فيها:"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".[732]

وبهذا ارتفع اللبس الذي غشى معيار التعويض عن الضرر الذي أناطته المادة 182 بـ "ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب"، واتضح أنه يشمل التعويض عن الضرر المعنوي. وبهذا فسـرت المادة 182 مكرر ما كان مجملاً في أصل المادة.

الفـرع الثالث: شـروط الضـرر

يشترط لتحقـق الضرر الشـروط التاليـة:

أولاً: المساس بحق أو مصلحة ذات قيمة للمضرور معتبرة قانونـاً

يجب لتحقق الضـرر أن يسنـد إلى فعلٍ يخل بحق أو مصلحـة ذات قيمـة بالنسبـة للمضـرور؛ سواء أكانت ماليـة أو غير ماليـة، يحميها القانـون.[733]

ثانياً: أن يكون الضـرر محققـاً

يجب لقيام المسؤولية أن يكون الضرر محقق الوقوع "certain"؛ أي أن يكون حالا، قد وقع فعلاً بصورة أكيـدة.

مستغانم، 1968/11/14، نشرة القضاة، 25.03.1969، والمحكمة العليا، 1986/6/03، رقم 38452/137؛ على التوالي؛ أشار إليهم: د. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون و الفقه لإسلامي، ص74-76، د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص169.

[731]: نشر هذا الحكم في قرارات المجلس الأعلى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ملف رقم 24500، أشار إليه: د. علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص169.

[732]: بموجب قانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[733]: على التفصيل الذي ذكرناه ضمن مفهوم الضرر المادي، ص 180 وما يليها..

فالضرر المحقق والأكيد هو قيد خرج به الضرر الافتراضي "dommage supposé" أوالاحتمالي" éventuel"، والضرر الحال خرج به الضرر المستقبلي "dommage futur" ما لم يكن محقق الوقوع في المستقبل كما سيأتي بيانه.

فلاستحقاق التعويض يجب أن يكون الضررالواقع فعلياً قابلاً للتحديد بتاريخ الحكم بالتعويض، فإن لم يكن كذلك جاز للقاضي أن يقدر تعويضاً يساوي الضرر المحقق وقت الحكم به، ويحتفظ للمحكوم له بحق المطالبة بتعويض آخر عن الضرر الذي يتحقق بعد صدوره، كما يجوز للقاضي أن يؤجل الحكم بالتعويض حتى يتبين مدى الضرر كله عن طريق الخبرة الطبية. ويجوز له كذلك الحكم بتعويض مؤقت، ويرجئ إلى تاريخ لاحق الحكم بالتعويض النهائي بعد أن يتبين له مدى الأضرار التي لحقت المضرور من الفعل الذي يطلب التعويض بسببه. ويتعين على المتضرر أن يقدم الإثبات على تحققه، وأن يحدد مطالبه لجهة التعويض عنه.[734]

ويجب التمييز هاهنا، بين الضرر المستقبل وبين تفويت الفرصة، اللذين يستوجبان التعويض، وبين الضرر المحتمل الذي لا يكفي لإيجاب التعويض، ولا يصلح لقيام المسؤولية المدنية، بل ينبغي الانتظـار حتى يتحول الاحتمال إلى يقين.

1. الضرر المستقبل "Dommage futur":

الضرر المستقبل هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثارها، كلها أو بعضها إلى المستقبل؛ كإصابة شخص بعاهة مستديمة تعجزه عن الكسب مستقبلاً.

وهذا النوع من الضرر يعتبر في حكم الضرر المحقق،[735] ويستتبع المسؤولية والتعويض، ويمكن للقاضي أن يقضي بالتعويض كله في الحال، الذي يقدره طبقاً لما توافر لديه من عناصره، وإلا حكم بتعويض مؤقت مع حفظ الحق للمضرور في المطالبة باستكمال التعويض في حالة تطور الضرر.[736]

وبناء عليه، كي يؤخذ الضرر المستقبلي في الاعتبار عند نظر القاضي في دعوى التعويض، يجب أن يتوافر شرطان: أولهما: أن يكون وقوعه مؤكداً، والثاني: أن يكون بالإمكان – من خلال الوسائل اللازمة – تحديد قيمة التعويض بشأنه.

---

[734]: راجع: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص80 وما يليها، ود. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المسؤولية المدنية، ص197.

[735]: إن العاهة محققة وهي السبب، والآثار التي لم تتحقق بعد، مؤكدة الوقوع في المستقبل.

[736]: راجع: د. بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص82-83، علي سليمان، المرجع السابق، ص184، حق التعويض المدني، ص206.

ويمثّل لهذا بما لو ألحق شخص بآخر ضرراً جسدياً ألجأه إلى إجراء عملية جراحية له، فقرر الأطباء ضرورة إجراء عملية أخرى له بعد مرور فترة محددة، وكان المتضرر عاملاً يتقاضى راتباً شهرياً، وقد أقعدته إصابته الجسدية عن الكسب لمدة أشهر تمتد مستقبلاً. في مثل هذا الوضع بإمكان القاضي أن يحدد التعويض؛ بأن يشمل نفقات العملية المجراة، وتلك التي ستجري، والربح الفائت المتمثل بخسارة أجر الأشهر التي سيكون خلالها مقعداً عن العمل، بالإضافة إلى التعويض عن الآلام النفسية والجسدية وسائر عناصر الضرر التي يتحقق منها القاضي.

وللقاضي أيضاً إذا قدر أن العجز الناجم، من إصابة ما، سيظل في المستقبل، أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً لمدى الحياة "une rente viagére".

وإذا تفاقم الضرر، فلا مانع من الناحية القانونية من طلب المتضرر إعادة النظر في التعويض المقرر له، إذ يكون قد طرأ سبب جديد يبرر هذه الإعادة، بشرط أن لا يكون تفاقم الضرر نتيجة عوامل خارجة عن رابطة السببية بين الفعل الضار والضرر الحاصل سابقاً.

وإذا تردد القاضي بين الزيادة والنقص،[737] من وقت وقوعه حتى الحكم، ثم استفحل الضرر، كما لو بدت إصابة المضرور طفيفةً فقدر القاضي التعويض على هذا الأساس، ثم زادت بعد ذلك خطورة الإصابة، فأدت إلى عاهة مستديمة أو الوفاة. ففي هذه الحالة يجوز للمتضرر أو ذويه أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عن الضرر الذي استفحل، ولم يكن قد دخل في تقدير القاضي أول مرة، ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي به La force de la chose jugée ".[738]

وبناء على ما سبق، فإن الضرر المستقبلي هو ضرر محقق الوقوع، وليس مظنوناً كما هوالحال بالنسبة للضرر الاحتمالي أو المحتمل.[739]

2. الضرر المحتمل "Dommage éventuel":

هو ضرر لم يقع بعد، ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع في المستقبل، بل هو يحتمل الوقوع وعدم وقوعه على حد سواء، وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوةً وضعفاً، وقد تبلغ من الضعف

---

[737]: د. بلحاج العربي، المرجع ذاته، ص81.

[738]: أي لزوم الحكم النهائي، وعلى العكس من ذلك إذا قدر القاضي التعويض، ثم تناقص الضرر على خلاف ما ظنه وقت الحكم بالتعويض؛ كما لو بدت الإصابة خطيرة ثم حصل بعد ذلك أن زال كل أثرٍ للإصابة. ففي هذه الحالة لا يصح مراجعة النظر في تقدير التعويض؛ لأن هذا ينافي حجية الأمر المقضي به. انظر: د. بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص81، هامش (3).

[739]: راجع: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص199 وما يليها.

حداً يعتبر وهمياً. وهذا النوع من الضرر لا يمكن أن يكون محلاً لتعويضه، إذ إنه ضرر افتراضي "Préjudice supposé"، ولا تبنى الأحكام على الافتراض، ولا تتأسس بناء عليها أية مسؤولية ما دام أن الضرر لم يتحقق فعلاً، بل لابد من التريث إلى حين وقوعه. وعليه، يجب أن يكون الحق الذي يطالب المضرور بحمايته محققاً وحالاً، وأن لا يكون شيئاً متوقعاً في المستقبل، فإذا كانت المصلحة غير صالحة، بل مجرد احتمالات قد تكون قوية، وقد تكون ضعيفة أو واهية. فالأصل في القانون القضائي الجزائري – كغيره من القوانين – أنها لا تبرر قبول الدعوى قبل حلولها. إن وظيفة القضاء هي أصلاً فض النزاعات التي تقوم فعلاً بين الناس، وليس تنبؤ النزاعات المستقبلية.[740]

3. تفويت الفرصـة "la pérte d'une chance":

تفويت الفرصة هي حرمان الشخص فرصة كان يحتمل أن تحقق له كسباً أو تجنبه خسارة معينة. وبناء على هذا، فإن تحقيق هذه الفرصة هو مجرد أمل، ومن ثم فهو أمر احتمالي لا يقبل التعويض، لكن الضـرر المترتب بالفعل نتيجةَ الحَيلُولَـةِ بين الشخص وبين محاولة تحقيق فرصته تقضي على الاحتمال الذي تقوم عليه الفرصة، وبالتالي يعتبر تفويت الفرصة في حد ذاته ضرراً محققاً يقبل التعويض.[741]

ومن ثمّ يمكن القول إن الفرصة – التي يعتبر تفويتها ضرراً محققاً واجب التعويض – ذات مفهوم مزدوج، فهي احتمالية من ناحية، وواقعية وحقيقية من ناحية أخرى. ولا ينبغي قصر النظر على أحد شقي هذا المفهوم؛ فلئن كانت الصفة الاحتماليـة تضيق من نطاق الفرصة وتحد من قيمتها، ولا تجعلها جديرة بالتعويض، فإن الصفة الواقعيـة تضفي عليها قـدراً من التحقق، يجعل هذا القدر من التحقق أمراً راجحاً. وفي هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الحقيقي الذي لحق المضرور، والذي يتمثل في مدى الفرصة التي كان يملكها في تحقيق الكسب، فهذه الفرصة لها – بلا ريب – قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تتضمنه من إمكانية لتحقيق الكسب.[742]

ويمثّل لذلك بتفويت فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامي في تقديم الاستئناف في الميعاد المحدد، أو تفويت فرصة الاشتراك في امتحان أو مسابقة بسبب حادث، ويمكن التمثيل لذلك

---

[740]: راجع: د. بلحاج العربي، دروس في القانون القضائي الجزائري، ص36، ود. رضا عبد الحليم، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، ص133.

[741]: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص140، ود. رضا عبد الحليم، المرجع ذاته، ص135.

[742]: راجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، س10، ع03؛ 1986، ص149.

في المجال الطبي بحالة ضياع فرصة على المصاب بـ"فيروس" نتيجة نقل الدم في تحقيق مستوى اجتماعي ووظيفي أفضل، أو تحسين حالة أسرته المعيشية نتيجة عجزه عن العمل أو الإقلال منه، وكذلك تفويت فرصة على الزوج في إقامة حياة زوجية عادية نتيجة إصابة زوجته بالإيدز، وإضاعة فرصة على الزوجة في الإنجاب من زوجها المريض.[743]

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بالتعويض في إحالة موظف إلى التقاعد قبل بلوغ سن التقاعد دون مسوغ، مما فوت عليه فرصة الترقي إلى درجة أعلى.[744] وقضت محكمة النقض المصرية كذلك بقولها: " امتناع الناشر عن طبع المؤلف المتعاقد على طبعه، وحبس أصوله عن مؤلفه عدة سنوات، تضيع فرصـة تسويقـه خلال تلك المدة، ضرر محقق، ورفض دعوى التعويض باعتبار أن الضرر احتمالي، يعد خطأً في القانون".[745]

وفي مجال المسؤولية الطبية فإن محكمة النقض الفرنسية لا زالت تؤكد على إمكانية التعويض عن تفويت فرصة الشفاء "la pérte de chance de guérison" أو البقاء على قيد الحياة " la survie".[746]

ولم أعثر على حكم لتفويت الفرصة خصوصاً في المجال الطبي في القضاء الجزائري، وذكر البعض[747] أن القضاء الجزائري يجري على مبدأ التعويض عنه، متى كانت فرصة حقيقية. وليس في القانون الجزائري ما يمنع القاضي من أن يعتد بضياع الفرصة ضمن عناصر التعويض.

ويقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع الحصول – خلافاً للمسؤولية التقصيرية التي تشمل التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع -، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،[748] ما دام لهذا الكسب أسباب مقبولة.

---

[743]: محمد عبد الظاهر، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، س10، ع02، يوليو 1995؛ ص125 وما يليها، د. علي سليمان، المرجع السابق، ص185.

[744]: صدر هذا الحكم في 1949/02/03، ونشر في مجموعة أحكام النقض لعمر، عدد 05، رقم 873، ص709، أشار إليه د. علي سليمان، المرجع السابق، ص185.

[745]:نقض جلسة 1985.3.14 طبعة رقم 873 لسنة 52ق س36ص403،أشار إليه د. رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص136.

[746]: نقض فرنسي، الدائرة الأولى في 1990/02/07، داللوز، 1991، ملخص- 4، تعليق G. Memeteau، ص183، وعدد خاص لمجلة جازيت دي باليه عن قانون الصحة العامة في 1997/10/25، ص22، وحكمها الصادر في 1988/10/11، نشرة محكمة النقض سنة 1988-2، رقم 281، ص192، أشار إليه د. رضا عبد الحليم، المرجع نفسه، ص139.

[747]: راجع: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص86.

[748]: طبقاً للمادة 221 ق.م.م، والمادة 182 ق.م.ج التي أشارت بمفهوم المخالفة، إلى أن من ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً في إطار المسؤولية العقدية، فإنه يسأل عن التعويض غير المتوقع، لأنه عمل غير مشروع، يستوجب المسؤولية التقصيرية.

والتعويض عن فوات الفرصة يرد في المسؤولية التقصيرية تماماً مثل ما يرد في المسؤولية العقدية، على أنه في كل الأحوال يشترط في الفرصة الفائتة أن تكون فرصة حقيقيةً وجديةً، ولهذا طالبت المحاكم أن تكون الفرصة الفائتة حالّـةً أو وشيكةً، فاشترطت مثلاً للتعويض عن فرصة ترقية، أن تكون ترقية وشيكة وقت وقوع الحادث الذي منعها.[749]

ويرجع في تقدير الضرر الذي يترتب على فوات الفرصة لقضاة الموضوع، ولا رقابة للمجلس الأعلى في ذلك.[750]

وإذا كان التعويض عن تفويت الفرصة يرتبط بركن الضرر أساساً، إلا أنه وثيق الصلة بركن السببيـة؛ لأن هذه الفكرة تبحث عن سببية محتملـة بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض، كما سيأتي بيانه في موضعه من المطلب القادم الخاص بركن السببية[751].

وعن التعويض عن تفويت فرصة الإجهاض الإرادي، قضى القضاء الفرنسي للأبوين، إذ جاء ولدهما مشوهاً، وذلك في حالة ما إذا أخطأ الطبيب في تشخيصه وفحوصاته، فبين أن حالة الجنين مطمئنة، ثم اتضح بعد الولادة أن الولد مشوه أو مصاب بأمراض خطيرة. وهذا على أساس أن الطبيب فوت على الأبوين فرصة الإجهاض الإرادي؛ لأسباب طبية، طبقاً للنصوص القانونية.[752]

أما تعويض الطفل وذلك بدفع نفقات حياته كلها، فقد اختلفت جهتا القضاء العادي والإداري في الحكم به. فبينما استمر مجلس الدولة والقضاء الإداري في قراره بعدم جواز مطالبة الطفل المعوق بالتعويض، وقصر ذلك على الأبوين فحسب، إذ بالقضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض في اتجاهها الجديد يقر بهذا الحق في أحكام متتالية،[753] نتج عنها تعويضات مالية كبيرة. وسمي هذا الاتجاه الجديد باتجاه "pérruche"[754].

---

[749]: راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص 145.

[750]: حكم للدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 1972/08/10 منشور في المجموعة المدنية، عدد01، رقم188، ص164؛ أشار إليه د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص186.

[751]: راجع: الفرع الثالث، ص 224.

[752]: القانون الفرنسي رقم 75-17 الصادر في 01/17/ 1975 وتعديلاته والقانون رقم 2001-588 الصادر في 6/17/ 2001.

[753] : راجع: حكم محكمة استئناف فرساي في 1993/7/07، داللوز، 1995-4، ص98، محكمة استئناف باريس في 1989/02/17؛ داللوز، 1989-4، ص316، ومحكمة النقض في 1989-7/07، داللوز، 1991-2، ص158، وداللوز 1991-4، ص323، محكمة النقض 1990/02/07، داللور، 1991-4،ص 183، محكمة النقض، الدائرة الأولى، 1996/3/26، مجلة الأسبوع الثقافي، 1996، عدد

وهذا الالتباس والتباين في الأوساط القضائية نتج عنه ردود أفعال وانعكاسات كثيرة على أكثر من صعيد. إذ عارض أغلبية الفقه الاتجاه الجديد للمحكمة العليا لأسباب قانونية، بينما أيدته بعض الآراء لدواعي إنسانية.

والوسط الطبي أصابه كثير من القلق والذعر، إذ وجد الطبيب نفسه أمام التزام بسلامة الجنين من أي خطر، وخصوصاً أطباء الأشعة الذين تم وضعهم أمام مسؤولية كبيرة وشبه مستحيلة، تتمثل في ضرورة التعرف على كل العيوب الخفية، والكشف عن كل أسرار الأجنة.[755] ولأجل تجنب دعاوى المسؤولية، أضحى الطبيب يلجأ للإجهاض في حالة وجود أدنى شك لديه في وجود إعاقة، ولو كانت بسيطة، ولا يوجد ما يمنع قانوناً من ذلك.

ومن الناحية المالية، حيالَ هذا الوضع أبدت شركات التأمين نيتها في رفع أقساط التأمين عن المسؤولية المهنية، ولا يخفى أن هذا ينعكس كذلك على المستوى العملي في رفع الأطباء المتخصيصين "خصوصاً أخصائيو نساء وتوليد، أشعة تشخيصية، وتحاليل" لقيمة الكشف والاختبارات، بل ويطالبوا باختيارات كثيرة وإضافية، ويطالبوا بأدء التحاليل في أكثر من معمل، خاصة اختيارات فحص خلايا الجنين.

وعلى المستوى الخلقي، فإن الإقرار بحق الطفل المعوق في التعويض إضافةً إلى تعويض والديه، يحمل رسالة مضمونها تفضيل الموت على الحياة المنتقصة.

1-27، رقم3946، ص282، وداللوز 1997-2، ص35، ومجلة الطب والقانون، 1998، رقم 33، ص17 وما بعدها، محكمة النقض في 2000/11/17، الأسبوع القانوني، عدد50 في 2000/12/13، ص2293 وما بعدها، محكمة النقض في 1999/02/05، الجمعية العمومية لمحكمة النقض في 2001/07/13 وفي 2001/11/28 حكمان.

[754] : نسبة إلى قضية Nicolas perruche الذي ولد معاقاً بسبب إصابته بداء الحميراء "la rubéole" عن طريق الحمل حيث لم يكشف عن إصابة والدته في وقت مبكر، مما يسمح لها بالإجهاض الإرادي. وقد صدر في حقه حكم بالتعويض عن الإعاقة بسبب أنه كان ينبغي أن لا يولد، وذلك عن الجمعية العمومية لمحكمة النقض" l'assemblée plénière de la cour de cassation" بتاريخ 2000/11/17. وكان الاجتهاد القضائي حاسماً في هذا الموضوع، وقد عرف هذا الحكم بـ "arrêt perruche"حيث ورد فيه:

« dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation d'un préjudice résultant de ce handicap et cause par les fautes retenues ».

راجع: د. رضاعبد الحليم، المرجع السابق، ص152ومايليها، والقضية موجودة في مواقع كثيرة على الشبكة العنكبوتية .

[755] : راجع: داللوز، سنة 2002، عدد رقم 15-1، ص1218.

أما موقف اللجنة القومية للأخلاق فقد كان رافضاً للاتجاه القضائي الجديد؛ لعدم وجود رابطة سببية مباشرة بين الخطأ المهني والضرر، ولانعكاسه سلباً على الحماية الذاتية للمهنيين، وكذلك للأسر التي أضحت تتحمل أعباء إضافية للوصول إلى تحسين النسل.[756]

وبعد اقتراحات ودراسة الموضوع من كل جوانبه، أصدر المشرع الفرنسي القانون المرتقب وسمي بـ"قانون حقوق المرضى و جودة النظام الصحي"[757]، حيث عالج الموضوع معالجة شاملة، فقرر مسؤولية جماعية؛ أي للمجتمع ككل، تجاه المعوقين، وليس مسؤولية شخص بعينه، مما يؤدي إلى عدم قبول دعوى تعويض الطفل المعوق عن الإعاقة، ولكن كيف يعوض إذن ؟

تضمنت نصوص[758] التضامن تجاه المعوقين، تكفل الدولـة بتأمين نفقات المعوق، إلا في حالة ما إذا ثبت يقيناً أن السبب المباشر للإعاقة أو تفاقمها هو خطـأ طبي، تمثل في سوء التشخيص أو الإهمال؛ وذلك كعدم التطعيم قبل الحمل، بناء على اعتقاد أن الحامل لديها مناعة ضد بعض الأمراض، فلاشك أن الطبيب مخطئٌ بعدم اتخاذ التدابير الصحية اللازمة.كما نظم المشرع الفرنسي عملية التأميـن الإجباري ضد المسؤولية الطبية، بما يكفل توزيعا عادلاً، للأعباء بين جميع الأطراف، وحدد العقوبات[759] اللازمة لمخالفة نصوص هذا التشريع، إلى ما هنالك من النصوص

المنظمة للموضوع بكاملـه.[760]

ثالثاً: أن يكون الضرر مباشـراً وشخصيـاً

يشترط فقهاء القانون في الضرر حتى يكون موجباً للتعويض ما يلي:

1. أن يكون الضرر مباشـراً: رأى بعض الفقهاء[761] أن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ولتحديد ما يعتبر نتيجة طبيعية يستعين الأستاذ السنهوري بنص المادة 221

---

[756] : حيث أصدرت اللجنة رأيها في الموضوع يحمل رقم 68 في 29 مايو 2001، بناء على طلب وزير العمل والتضامن.

[757] : رقم 303/2002، الصادر بتاريخ 04 مارس 2002، يتضمن ثلاث موضوعات رئيسية: الأول خاص بالتضامن الوطني تجاه المعوقين، والثاني بشأن حقوق المرضى مستفيدو النظام الصحي، والثالث خاص بتعويض الحوادث الطبية. ويقع القانون في 162 مادة مقسمة على خمسة أبواب رئيسية، ومقتضاه تم إدخال تعديلات عدة على قانون الصحة العامة، والقانون المدني، وقانون العقوبات، وقانون التأمين، وقانون التضامن الاجتماعي. راجع: د. رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص188.

[758] : في المادة 02 حيث تنص ما يلي: "لكل معوق – أيا كانت سبب الإعاقة – الحق في التضامن الاجتماعي".

[759] : تتمثل في غرامة قدرها 45 ألف يورو إضافةً إلى الحظـر على نشاطه المهني سواء كان الشخص طبيعيا أو معنويا.

[760]: راجع: د. رضا عبد الحليم، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية، ص140 وما يليها.

[761]: الوسيط: ج1، بند 610، ص 910 .

من القانون المدني المصري ليقول: «ويعتبر الضرر-أي المباشر- نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».[762] ويعلق على ذلك بأنه تعبير يجمع بين الدقة والمرونة.

ويضيف أن هذه الأضرار "هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ. أما الأضرار غير المباشرة، وهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، فتنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ، ولا يكون المدعى عليه مسؤولاً عنها".

ويعترض البعض[763] على الربـط بين النتيجة الطبيعية للخطأ وإمكانية اتقائها، قائلاً بأن «النتيجة الطبيعية هي حدث مادي يتكون بفعل الخطأ الحاصل، أكان عقدياً أو جرمياً ومعزل عن أي سبب آخر. فالخسـارة التي تحل بتاجر نتيجة طبيعيـة لعدم دفع ثمن البضاعة التي باعها، فكيف تكون غير طبيعية إذا كان بإمكانه اتقاءها، وكيف يمكنه ذلك ؟ وكذلك الأمر في إصابة شخص في جسده نتيجة لضربه، فكيف يمكن أن تكون الإصابة غير طبيعية إذا كان بإمكانه دفعها عنه، فهي لن تحدث أصلاً إذا تمكن من اتقائها.

فالضرر الواجب التعويض عنه هو الضرر المباشر فقط، سواء أكان متوقعاً في المسؤولية العقدية، أوغير متوقع في المسؤولية التقصيرية، فإذا حدث وترتب على الفعل أو الخطأ أكثر من ضرر، فإن التعويض يقتصر على الضرر المباشر فقط، ولا يعوض عن باقي الأضرار.[764]

نخلص مما تقدم أن الضرر المباشر هو نتيجة مباشرة للخطأ " suite immédiate et directe de la faute". والضرر المباشر هو قيد خرج به الضرر غير المباشر، وإذا كان الضرر المباشر- على النحو الذي ذكرناه- لا يثير صعوبة في إدراك كُنهه، فإن الضرر غير المباشر يثير أكثر من صعوبة، إن تعلق الأمر بمفهومه أو آثاره، حيث يرتبط الضرر الحاصل عادةً بأكثر من سبب" multiples causes"[765]، وحينها لا يكون الدائن مسئولاً عن تعويض الأضرار التي "لم تكن نتيجة طبيعية لخطئه pas immédiatement réalisé par sa faute"، وهذا ما يبدي بوضوح أن المشرع في

---

[762]: وذلك في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فيراد به الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه: النشار، حق التعويض المدني، ص208.

[763]: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص214.

[764]: راجع: حق التعويض المدني، ص209.

[765] : كما سيأتي بيانه في المطلب الآتي الخاص بركن السببية،الفرع الثالث، ص221.

فرنسا كرس الأخذ بمفهوم السبب الفعال" la cause efficiente "، وهذا هو موقف القضاء بصفة عامـة.[766]

إذن، فالضرر غير المباشر هو ذلك الضرر الذي يحدث بمعرض الفعل الضار الأصلي من غير أن يتصل به مباشرة، فيكون اتصاله به عن طريق سبب آخر، بمعنى أن الفعل الأصلي يبقى عاملاً لازماً لحصول ذلك الضرر، وإنما لا يكون العامل الكافي لإحداثه، إذ إن سبباً أو أسباباً أخرى قائمة بذاتها هي التي بانضمامها إلى الفعل الأصلي أو بتسلسلها بعده وفي ظرفه، قد وفّرت للضرر فرصة حدوثـه.[767]

وثمة مثل تقليدي درج على استعماله فقهاء القانون؛ لتوضيح الضرر المباشر في إطار المسؤولية العقدية، ساقه الفقيه الفرنسي بوتييه"Pothier"، وهو أن تاجر مواش باع بقرة موبوئة، فإنه لا يجب عليه رد الثمن فحسب، بل تعويض المشتري عن المواشي التي نفقت نتيجة انتقال العدوى إليها، وفي المقابل لا يستطيع المشتري طلب تعويضات عن أضرارٍ زاعماً أن نتيجة موت مواشيه، عجز عن زراعة أرضه، وفاته أن يجني منها محصولاً، مما أقعده عن سداد ديونه وأدى إلى مصادرة ممتلكاته، وما كان ذلك ليحدث لولا هذه الأحداث.

هنا يبين لنا هذا المثال أننا لا نستطيع أن نذهب بعيداً في سلسلة النتائج؛ لأن ذلك بلا شك، يعتبر أمراً غير منطقي ولا منصف أن نحمل شخصاً ما النتائج غير المباشرة لهذه الأفعال.[768]

ونفس الشيء ينطبق على المسؤولية التقصيرية في حالة ما إذا ترك مالك المركبة سيارته في الطريق بدون إغلاق أبوابها، فكانت النتيجة الأولى أن سارقاً استحوذ على سيارته، والنتيجة الثانية أن السارق صدم راجلاً بسيارته فأرداه قتيلاً، فهل يسأل مالك السيارة عن موت الراجل بسبب إهماله؟ ذهب القضاء ممثلاً في محكمة النقض الفرنسية إلى أن إهمال المالك هو سبب السرقة، وليس السبب المباشر للحادث. وإن رابط السببية كاف في هذا الفرض الذي تمثل في دفع السارق

---

[766] : F. Terré et autres, Droit civil, Les obligations, p.469-470.

[767] : د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ص298، أشار إليه د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص215، حيث انتقده قائلاً: "لا نرى أن حدوث هذا الضرر يفترض تدخل سبب آخر لإحداثه، بل إن سببه هو الإصابة التي نتجت عن الفعل الأصلي".

[768] : F. Terré et autres, op.cit, p.470, H,L et J. Mazeaud, op.cit, p.525.

للسيارة نحو منحدر لتنطلق وحدها نحو الأسفل فتقلب المار أو الراجل، وهو تماماً حينما يحدث الحادث خلال متابعة السارق لقيادة السيارة التي استحوذ عليها.[769]

ويبقى أن نعلم ما هي حدود الضرر المباشر؛ بمعنى أين ينتهي الضرر المباشر ويبدأ الضرر غير المباشر. الإجابة على هذا السؤال يعتمد بشكل كبير على رأي قاضي الموضوع أو تقديره، وتمثل محكمة النقض غالباً السلطة العليا المراقبة لقضاة الموضوع.[770]

وذهب البعض[771] إلى أن الضرر المباشر هو الضرر الأصلي، والضرر غير المباشر مرادف للضرر المرتد أو المنعكس – الذي سيأتي بيانه –. وعليه، فضل استعمال كلمة الضرر الفرعي للتعبير عن الضرر غير المباشر، والضرر الأصلي للتعبير عن الضرر المباشر، وذلك بحجة أن كليهما في الواقع متصلٌ اتصالاً مباشراً بالفعل الخاطئ، أما إذا فقد هذا الاتصال، لم يكن من محل للمطالبة بالتعويض. وذهب البعض الآخر[772] إلى هجر استعمال الضرر المباشر والضرر غير المباشر؛ لعدم الدقة الكافية في أدائهما للمعنى المقصود، المتمثل في منح التعويض عن الضرر الذي يربطه بالفعل الخاطئ رابطة السببية الأكيدة. وإن تحقيق مناط ذلك في الواقع؛ أي وصف هذا الضرر، بالنظر لوجود علاقة السببية بالمباشر، ووصف غيره بغير المباشر، هو محل خلاف في بعض الأحوال.

وفي اعتقادي الخاص، رغم ما لهذين الرأيين من الوجاهة، إلا أنه لا يمكننا ترجيحهما؛ لعدم تقديمهما بديلا صالحاً. أما بالنسبة لمصطلحي الضرر الأصلي والضرر الفرعي بدل الضرر المباشر والضرر غير المباشر على الرأي الأول، فلا يستقيم مثلاً في حالة الضرر المرتد؛ حيث يصاب شخص ما بضرر يقعده عن الكسب، ثم ينعكس هذا الضرر على من يعولهم مثلاً، وهنا لا يمكن وصف الضرر المرتد إلا بأنه ضرر فرعي، مقابل الضرر الأصلي لمُعيلهم، وهذا لا يعطي معنى أن لذويه حق رفع دعوى شخصية بل يكتفون برفع دعوى موروثة. وذلك على عكس ما يصفه-أي الضرر المرتد- أهل القانون بأنه ضرر مباشر أصاب أصحابها شخصياً، وبالتالي، لذوي المتضرر الحق في رفع دعوى شخصية. كذلك، يوحي هذا الاصطلاح بسهولة فصل أسباب الأضرار عن بعضها إلى أصلي وفرعي، وهذا منافٍ للواقع. وأما هجر مصطلحي الضرر المباشر وغير المباشر

---

[769] : civ.civ.20 nov, 1951, D.1952.268, GAZ.pal.1952.1.180, et CF en matière contractuelle, civ.1ère civ.10 avril 1962, Bull.civ.1962.I, N0 207, p.184, respectivement : H, L et J. Mazeaud, op.cit, p.525-526.

[770] : F. Terré et autres, op.cit, p.470.

[771] : راجع: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص215-217.

[772] : راجع: جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، رقم 278 أشار إليه د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص216.

لعدم دقتهما، دون اقتراح مصطلح بديل على الرأي الثاني، فهو لم يزد على النار إلا دخاناً مما يستدعي استبعاده.

2. أن يكون الضرر شخصياً: ويشترط في الضرر أيضاً أن يكون شخصياً بالنسبة لطالبه، سواء أكان الشخص طبيعياً أم معنوياً.[773] وبعبارة أخرى، يجب أن يكون طالب التعويض هو المضرور أصلاً، ويستبعد، بالتالي، الادعاء المبني على ضرر حلّ بشخص آخر، ما لم يكن ذلك الشخص عديم الأهلية، فيتولى عندها وليه والمسؤول عنه الادعاء باسمه، كما يحق للوكيل أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بموكله.

أما فيما يخص دعوى الشخص المعنوي؛ كالنقابات المهنية أو جمعيات حماية المستهلك، بقدر ما أجاز لها القانون حماية المهنة أو المستهلك بقدر ما تسمع دعواها أيضاً في حال مس الضرر أحد أعضائها أو أحد أفراد المجتمع – كما في حالة المستهلك – ويعتبر ذلك مساساً بها في ذمتها المادية أو المعنوية، ولكن ادعائها يكون دوماً استناداً إلى ضرر حل بالمهنة ككل. فإذا حصل تعد على محام أو طبيب أو مهندس أو أي صاحب مهنة أخرى، وأحدث له هذا التعدي ضرراً جسدياً أو مادياً أو معنوياً، فإنه يحق لنقابته المخولة السهر على سلامة المهنة وأعضائها أن تدعي بصفتها الشخصية فيما إذا كان الاعتداء المذكور يمس بالمهنة ذاتها أو بالمنتمين إليها.[774]

وإذا أصيب شخص فحرم من ممارسة مهنته أو اضطر لإلغاء عقد، فإن الضرر بوجهيه الجسدي والمالي يبقى ضرراً شخصياً يخول من أُصيب به المطالبة بالتعويض. فإذا ارتد هذا الضرر على شخص آخر؛ كالزوجة -مثلاً- فحرمت من نفقة زوجها عليها، كان ضررها ضـرراً مرتـداً "Dommage par ricochet"، ومتصفاً بالصفة الشخصية، يخولها المطالبة بالتعويض عن حرمانها من النفقة.

وإذا حصل أن مات الضحية المتضرر، فإنه لا ينفك أن يظل دائناً، لهذا التعويض يطلب استيفائه كحق شخصي يدخل في ذمته المالية، وينتقل بعدها إلى ورثته، دون أن يؤثر في حق هؤلاء، الناتج عن الضرر المرتد عليهم شخصياً نتيجة للفعل الضار، فيمارسون هذا الحق المنتقل إليهم من مورثهم كجزء من التركة، ويحق لكل وريث ممارسة هذا الحق بكامله؛ أي حق التعويض

---

[773] : p. le tourneau et L. Cadiet, op.cit, p.194.

[774] : راجع: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص219-220، و H.L.J Mazeaud, op.cit, clause.610, p.567-568.

عن الضرر المرتد والضرر الموروث"préjudice transmis"؛ لأن موجب التعويض غير قابل للتجزئـة.[775]

ويعتبر كل من الضرر المرتد والضرر الموروث، ضرراً مباشراً[776]، غير أن الضرر المرتد هو ضرر شخصي – كما بينا -، والضرر الموروث هو ضرر غير شخصي، لكن ممارسـة حق التعويض عن الضرر الموروث، يكون إما بدءـوى موروثـة؛ وذلك إذا رفع السلف دعوى التعويض ثم مات، فلخلفه العام أن يواصلوا السير في هذه الدعوى باسمه، ليدخل هذا الحق في ذمته المالية، ثم ينتقل إليهم بعد ذلك عن طريق التركة، أو يكون بدءـوى شخصية؛ أي باسمهم الخاص في حالة ما إذا مات السلف فوراً بعد حادث مثلاً ولم يرفع دعوى التعويض.

ولم يجارِ المشرع المدني الجزائري القوانين العربية الأخرى،[777] في اشتراطها انتقال الضمان عن الضرر المعنوي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم قضائي، وأغفل النص على ذلك.

وبناء عليه، ذهب البعض[778] إلى أنه لا مانع في القانون الجزائري من انتقال التعويض عن الضرر المعنوي إلى الورثة ولو سكت المورث عن المطالبة به، إذ ربما حالت ظروف الحادث دون المطالبة به أو الاتفاق عليه. ويقتصر التعويض على من أصابه ألمٌ حقيقي بموته وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية؛ كما نص على ذلك القانون المدني المصري في المادة 222.

وذهب الأستاذ علي علي سليمان إلى أنه بما أن القانون المدني الجزائري لم يرد به نص مماثل، فينبغي طبقاً له، أن يساوي الضرر المادي الضرر المعنوي، وأن يكون لكل من أصابه شخصياً ضرر أدبي من جراء موت المضرور، أن يطالب بالتعويض عنه، بدون التزام التحديد الذي ورد في القانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوه.[779]

الفرع الرابع: حدود التعويض عن الضرر:

التعويض النقدي لا يمحو الضرر؛ لأن ما حصل قد حصل، ولكنه يساعد على إصلاح ما

---

[775]: راجع: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص220-221.

[776] : Terré, op.cit, clause.672, p.554.

[777]: سبق الإشارة إليها في معرض الحديث عن الضرر المعنوي، ص 183 وما يليها.

[778]: راجع: د. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص191، ود. بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ص87.

[779]: راجع: المرجع ذاتـه، ص 191.

حصل قدر المستطاع. ويجب – فضلاً عن الشروط السابقة الذكر – طبقاً للقاعدة العامة أن يكون التعويض على قدر كاف لجبر الضرر؛ فلا يزيد التعويض عن الضرر، ولا يقل عنه.[780]

قد استقر القضاء الفرنسي، وأيده في ذلك الفقه، على أنه يقدر التعويض عن الضرر يوم النطق بالحكم النهائي،[781] لا يوم حدوث الضرر؛ سواء في عناصره المكونة الداخلية « Intrinsèque »؛[782] أم في قيمته النقدية.[783]

أما تغير الضرر خارجياً «Extrinsèque»، فإنه كثيراً ما يحدث في الأثمان، ويثير مسألة جد مهمة مفادها هو: هل يؤخذ في الاعتبار انخفاض القوة الشرائية للعملة، وهي ظاهرة مستمرة في عصرنا الحالي؟

إن تغير قيمة الضرر النقدية في المجال الطبي، يقتضي أخذه بعين الاعتبار؛ لتحديد التعويض عن الضرر الجسدي المستمر.[784] وهو ما حدا بمحكمة النقض الفرنسية حديثاً، إلى الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة بعد صدور الحكم النهائي «Augmentation des prix posterieures au jugement de comndanation »، إذ يزداد التعويض في مقداره، بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، وتتجسد الوسيلة الفنية التي لجأت إليها لتحقيق هذا الغرض في ربط التعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري قياسي «Rente viagère indexée »، حسب مؤشرات الأسعار المعيشية «L'indice du coût de la vie» أو معدل الدخل الفردي أيضاً؛ مثل حالة الإصابة بالعجز الكلي عن العمل، حيث يضمن المصاب الحصول على مبلغ يساوي الراتب الذي كان ينبغي أن يقبضه لو لا حصول الحادث.[785]

وعليه، للقاضي أن يستعين بوسيلة حسابية تقيم التناسق المستمر بين مقدار التعويض وقيمة الضرر، وهذه طريقة موازية إن لم تكن مطابقة، للطريقة التي ينص عليها القانون المدني المصري في المادة 131، والقانون المدني الجزائري في المادة 170؛ التي قوامها أن للقاضي، إن لم يتيسر له تحديد مقدار التعويض تحديداً كافياً، أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة

---

[780]: راجع: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص224، ود. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص113.

[781]: سبق معالجة ذلك ضمن الضرر المستقبل (المتفاقم والمتغير) في الفرع السابق حول شروط الضرر.

[782]: راجع: د. أحمد شوقي، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ص61.

[783]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص120، ود. علي سليمان، المرجع السابق، ص183.

[784]: راجع: د. أحمد شوقي، المرجع عينه، ص13.

[785] : H,L et J. Mazeaud, op.cit, n° 626, p.590.

النظر في التقدير، بل إن الطريقة التي ابتدعتها محكمة النقض الفرنسية أفضل؛ لأنها لا تكلف المضرور عناء رفع دعوى جديدة، ليصل إلى مسايرة التعويض لقيمة الضرر.

وقد تولى التشريع الفرنسي ذلك بتاريخ 30/12/1975 الذي أكمل تشريع 1951، حيث أجاز تعديل التعويض المقضى به في صورة مرتب لمدى الحياة، وتولى هذا التشريع نفسه تحديد مقدار الزيادة في الإيرادات؛ بحيث لا يكون المضرور بحاجة إلى طلب إعادة النظر في التعويض.

ولا يوجد في رأي البعض[786] ما يمنع من الأخذ بكل من القضاء والتشريع الفرنسي الحديث، في ظل نصوص قانونية تسمح بأن يكون التعويض في صورة إيراد مرتب.[787] وتفادياً لحجية الشيء المقضي به؛ التي تمنع من إعادة النظر في تقدير الإيراد بعد أن حدده القاضي في حكمه بمبلغ من النقود، يستطيع القاضي أن يأمر في ذات الحكم بتغيير مقدار الإيراد بتغير سعر النقد، ولا حرج على القاضي في ذلك إذا كان قد روعي في التعويض المقضى به، أن يكون مخصصاً لنفقة المضرور.

وقد نصت المادة 1/132 مدني جزائري بأنه إذا كان التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً، فإنه يجوز إلزام المدين بتقديم تأمين، وذلك حتى يكون السداد مضموناً، وقد يتم التعويض في صورة أسهم أو سندات، وقد يتم في صورة تقديم حق عيني للمضرور؛ كحق انتفاع أو استعمال.[788]

وقد يكون مصدر تقدير التعويض في المجال الطبي القـانون؛ حيث يتولى القانون، كما هي الحال في قوانين العمل، تحديد مبلغ التعويض عن إصابات العمل وقد يكون مصدر التقدير هو الاتفاق مقدماً، وهذا نادر في المسؤولية التقصيرية، ولكنه معروف في المسؤولية العقدية التي يتفق فيها المتعاقدان على الشرط الجزائي « la clause pénale ». وقد نصت المادة 183 ق.م.ج على أنه: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...» وهذا هو الشرط الجزائي، وأجازت المادة 184 ق.م.ج للقاضي أن يعفي المدين من أي تعويض محدد سلفاً إذا أثبت أن المدين لم يلحقه ضرر، كما يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كانت مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه. وقضت المادة 185 ق.م.ج أنه لا يجوز للدائن أن يطالب أكثر من التعويض المتفق عليه؛ بذريعة أن الضرر تجاوز

---

[786]: راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص122.

[787]: راجع: المادة 1/171 مدني مصري، والمادة 132 مدني جزائري، والمادة 246 مدني كويتي جديد.

[788]: راجع: د. علي سلميان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، ص210.

قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أوخطأ جسيماً. وهذه النصوص مقابلة لما ورد في القانون المدني المصري في المواد 223؛ 224؛ 225.

أما المشرع المدني الفرنسي، فبعد أن قرر في الفقرة الأولى من المادة 1152 بأنه لا يجوز إجراء زيادة في التعويض المقدر بالشرط الجزائي ولا تخفيض، وكان ذلك تشبثاً منه بمبدأ سلطان الإدارة، وبأحكام الفقرة الأولى من المادة 1134؛ التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، عدلَ عن ذلك ليساير التقنينات الحديثة، لاسيما بعد أن تقلص مبدأ سلطان الإرادة عقب الحربين العالميتين الأخيرتين، وأضاف فقرة ثانية إلى المادة 1152؛[789] قضى فيها بأن للقاضي أن يخفض التعويض المقدر بالشرط الجزائي وأن يزيد فيه، إذا اتضح له بجلاء أنه مفرط أو يسير. ثم أضاف في هذه الفقرة حكماً لم يكن موجوداً من قبل، وهو أن كل اتفاق على غير ذلك يعتبر كأن لم يكن، وهكذا أباح للقضاء تخفيض هذا التعويض أو زيادته، دون أن يعلقه على شرط إثبات المدين أن التقدير كان مفرطاً أو إثبات الدائن بأن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً، وخالف بذلك القوانين العربية السابقة الذكر، فترك الأمر في الحالتين لتقدير القضاء، ولاشك في ذلك أن تقدير القضاء سوف يعتمد على إثبات كل من الطرفين.

هذا، وإذا كان الاتفاق على التعويض نـادراً في المسؤولية التقصيريـة؛ التي لا يعرف فيها المسؤولُ المتضرر إلا بعد وقوع الحادث، إلا أنه يمكن أن يتفق على التعويض مقدماً في هذه المسؤولية، كما هي الحال في المباريات الرياضية، حيث يتفق اللاعبون بكرة القدم أو الملاكمون على قدرٍ من التعويض قبل ممارسة اللعب، ولكن يشترط لذلك، ألا يكون الضرر الذي يحدث فيما بعد نتيجة خطأ متعمد، وأن يقتصر هذا الشرط على الضرر الذي يصيب المال، دون الضرر الذي يصيب الجسم.

أما تقدير القضاء[790] لمقدار التعويض فهو الأصل في المسؤولية التقصيرية، وهو الغالب في المسؤولية العقدية.[791] والقاعدة – كما ذكرنا آنفاً – أن تقدير التعويض يتحدد وقت صدور الحكم القضائي النهائي، حيث يكتمل في هذا الوقت عناصر الضرر المحققة، وفقاً لقيمتها في ضوء تغير القيمة الشرائية للنقود، ومع ذلك فإن هنالك اعتبارات[792] تقتضي تقدير التعويض، بناء على

---

[789] : بقانون صدر في 1975/07/09.

[790]: خصوصاً في حالة غياب التعويض المقدر في العقد أو القانون، راجع المواد 131، 182 ق.م.ج.

[791]: راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 216-217.

[792]: راجع: د. أحمد شوقي، المرجع ذاته، ص63 وما يليها.

قيمته في وقت سابق على صدور الحكم النهائي؛ كتجمد الضرر بناء على إصلاح المضرور للضرر، وبالتالي يضع حداً لتفاقمه، أو خطأ المضرور المؤثر في تقدير قيمة التعويض، ومن ذلك رفضه عرض المسؤول بإصلاح الضرر، فيتسبب بخطئه في اشتداده، وتحمل المسؤول الأثر المترتب على انخفاض الأسعار وقت صدور الحكم القضائي؛ بحيث تتحدد قيمة التعويض في وقت سابق على هذا الانخفاض، بالقدر الذي يغطي الضرر تغطية كاملة. فإن بدت ناقصة؛ أي إن نقصت قيمة الشيء وقت صدور الحكم القضائي عن قيمته وقت الفعل الضار، اعتبر ضرراً إضافياً محققاً، ينبغي جبره بالتعويض في حدود هذا الفرق، وليس من الأضرار الاحتمالية، أو مجرد ضرر عن ضياع فرصة،[793] طالما أنه لن يعتد بشأنه بالأسعار المتباينة من وقت وقوع الفعل الضار إلى حين صدور الحكم القضائي.[794]

ومن الاعتبارات النـادرة الوقوع، التي يجب على القاضي إعمالها في عملية تقدير التعويض كاملاً، هو ألا يستفيد المتضرر من إلحاق الضرر به تبعاً. ويمثل لهذه المسألة بقضية الدكتور Dellile الذي شاء أن يخلص ملكيته من الأرانب البرية، فحقن بعضاً منها بفيروس يدعى "مكسوماتوز" وكانت النتائج مذهلة وتجاوزت ملكيته إلى فرنسا كلها وأوروبا عامة، حيث تفتحت لذلك أسارير المزارعين وغضب له الصيادون وأصحاب المطاعم وتجار الجلود.

إن أحد جيران الدكتور وهو صياد أقام عليه دعوى يطالبه فيها بمليون فرنك فرنسي قديم، فحكمت له المحكمة بخمسة آلاف، معلنةً أن أرضه استفادت من اختفاء القوارض بما يساوي 995 ألف فرنك[795].

المطلب الثالث: علاقـة السببيـة

السببية كفكرة قانونية، تعد عنصراً لازماً لانعقاد المسؤولية المدنية، وقد يبدو للوهلة الأولى، أنه من السهل نسبة ضرر ما إلى نشاط معين أيا كان، لكن الحقيقة ليست كذلك. فالمشتغلون بالقانون

---

[793] Mazeaud et Chabas,Traité théorique et pratique de la résponsabilite civile,T.3, N° 2423-5 أشار إليه: د.أحمد شوقي، المرجع عينه، ص 81.

[794] : حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج2، المصادر غير الإرادية، طبعة 1994، ص262، رقم 291، أشار إليه، د. أحمد شوقي، المرجع السابق ص81.

[795] : باريس 1955/01/25 غازيت القصر 1956-1-107، ومقال "ستارك" في الأسبوع القانوني 1956¡ 1-1312 رقم13. راجع: يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، القانون والجرم وشبه الجرم، ص241-242.

يعرفون مدى ما تبلغه رابطة السببية من التعقيـد، خصوصاً في نطاق العلوم الإنسانية، إلى حد أن وصفوها بمحاولة تقصي اللغز، أو عذابات السببية "les affres de la causalité"[796]. وتحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الشاقة والعسيرة؛ نظراً لاتسام الجسم الإنساني بالتعقيد في خصائصه وتغير حالاته وعدم وضوح الأسباب التي أدت إلى المضاعفات الظاهرة.[797]

الفرع الأول: ماهية رابطة السببية

يراد بالعلاقة السببية العلة التي تربط الضرر الطبي الحاصل بالخطأ أو الفعل المرتكب، الذي أدى إلى وقوع الضرر.

فالطبيب الذي يقع منه خطأ يسبب ضرراً للمريض، يستوجب وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب والضرر الواقع على المريض. وقد يقع خطأ من الطبيب من غير أن يتسبب بضرر للمريض؛ كإهمال الطبيب لتعقيم الأدوات الجراحية، لا يكفي لقيام علاقة السببية، إذا كانت وفاة المريض ناتجةً عن سببٍ عارض؛ كالنوبة القلبية المفاجئة.[798] وقد يقع الضـرر بناءً على فعل مرتكب، ينفـي رابطة السببية بين الضرر وفعل الطبيب، وذلك حينما يكون نتيجـةَ خطأ المريض أو خطأ الغير، أو نتيجة عنصر أجنبي كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة.

وما من شك في أن السببية القانونيـة تختلف عن السببية العلميـة، حيث تكون عدة معطيات أصلاً لضررها، ويتعين أن نعلق الضرر على سبب أكثر من غيره.[799]

وطبقاً لقواعد الإثبات، فإن الذي يتوسل بالتبعة عن فعل شيء ما ، يقع عليه عبء إثبات ما توسل به؛ أي ينبغي أن يقيم المتضرر الدليل على الدور السببي للشيء في إحداث الضرر.

ويتجسد ذلك في الخطأ أو الوضع الشاذ. ويتخذ الوضع الشاذ صوراً منها: أن يقع الضرر بفعل شيء ساكن؛ أي غير متحرك؛ كسقوط شخص على درج كان بوضع شاذ، وهنا يجب على المتضرر إثبات الوضع الشاذ، أو يقع الضرر من غير اتصال مادي بين الشيء في تحركه وبين المتضرر؛ كمرور سيارة مسرعة بالقرب من الرصيف الذي وقف عليه ولد، وأحدثت من الصوت الغريب غير المعتاد ما فاجأ الولد وأدخل الهلع إلى نفسه فوقع، وهنا كذلك يجب إثبات

---

[796] ويبدو هذا من العنوان المثير الذي اختاره الفقيه الفرنسي ESMEIN لكتابه حول السببية:" أنف كليوباترا هذه أم عذابات السببية" أشار إليه د.عادل جبري،، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص 241.

[797] : راجع: د. عادل جبري ، المرجع ذاته، ص241، ود. عبد المنعم داوود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص33.

[798]: راجع: د. أحمد الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، ص136.

[799] : F. terré et autres, op.cit, p.555.

وضع السيارة الشاذ، أو يقع الضرر نتيجة اتصال بين الشيء المتحرك وبين المتضرر؛ كارتطام شيء به، وهنا يفترض أن الشيء في تحركه يكون العامل المولد للضرر.[800]

إن رابطة السببية من الأهمية بمكان، بحيث إن معظم النزاعات المطروحة أمام قضاء النقض تتعلق بتأسيس رابطة السببية.[801]

وإن إثبات السببية من طرف المتضرر طبقاً للنظرية التقليدية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات، يبدو سهل التطبيق بالنسبة للقاضي، وإن كان صعب المنال بالنسبة للمتضرر.

كما أن نفي حلقة السببية بين الخطأ والضرر من طرف الطبيب طبقاً لنظرية المخاطر، التي تفترض الخطأ أو المسؤولية في جانب الطبيب، تبدو مهمة محددة وصعبة في إسنادها للطبيب لإعفائه من المسؤولية، وإن كانت سهلة بالنسبة للقاضي، الذي -مع ذلك- يستعين بتقرير الخبراء للتأكد من صحة استنتاج الخطأ المفترض.[802]

لكن الصعوبة والغموض تكون أكثر ما تكون حينما تتعدد الأسباب المنتجة للضرر- كما سيأتي بيانـه بعد حين- وهذا بخلاف السبب المعزول" Cause isolée et facilement décelable"[803]، الذي لا يثير صعوبة في كشفه.

وهنا يجدر بنا التمييز بين رابطـة السببية في كل من القانون المدني والقانون الجنائي[804]؛ حيثُ تعرض السببية في القانون المدني على نهج قريب من نهجها في القانون الجنائي، فلها في القانون المدني ذات الدور في إثارة المسؤولية القائمة على أساس منطقي واحد، ويخضع تحديد معيارها لاعتبارات متقاربة، وإن كان ذلك لا يقتضي بالضرورة اتحاد المعيار في القانونين.

و أوجـه الخـلاف بينهما يتمثل فيما يلي:

1. يقرر القانون المدني قاعدة شبه مطلقة مؤداها أنه إذا انتفت رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فلا قيام للمسؤولية، إذ لا يجوز عدالةً، أن يلزم شخص بتعويض ضرر،لم يكن فعله هو السبب في حدوثه. لكن القانون الجنائي، وإن تبنى نفس القاعدة، فهو لا يجعل منها قاعدة مطلقة. فثمة حالات تقوم فيها المسؤولية الجنائية على الرغم من انتفاء علاقة السببية؛ مثل الشروع في الجريمة،

---

[800]: راجع: عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ص164 وما بعدها.

[801] : Sylvie Welsch, Résponsabilité du médecin, p.165.

[802] : M.M. Hannouz et A.R. Hakem, précis de droit médical, p.77.

[803] :Terre et autres, op.cit. p. 664

[804] : راجع: د. عادل جبري حبيب، المرجع السابق، ص257-262.

وإن لم يفْضِ إلى حدوثها، وتثور المسؤولية الجنائية في الجرائم السلبية البسيطة؛ أي جرائم الامتناع، وإن لم يؤد إلى نتيجة؛ كامتناع القاضي عن الحكم في الدعوى.

2. لرابطة السببية في القانونين دور مهم في رسم حدود المسؤولية، وذلك باستبعادها كل نتيجة لا تتوافر فيها رابطة السببية. ويشترك الخطأ معها في ذلك جاعلاً حداً لنطاق المسؤولية. وإذا قيل في القانون الجنائي: إن الأصل "لا عقوبة بغير خطيئة"، فإن الأصل أن يقال في القانون المدني كذلك أنه "لا عقوبة بغير خطأ". وعلى هذا النحو اعتبر الخطأ أحد أركان المسؤولية المدنية. وإذا اتفق بذلك القانونان في الأصل العام، فإنهما لا يلبثا أن يفترقا في درجة العموم التي يقررانها لهذا الأصل. فالقانون الجنائي يطلـق أصله، فلا يقرر مسؤولية جنائية، ما لم يتوافر لدى المتهم القصد أو الخطأ. ولكن القانون المدني لا يعترف بهذا الإطلاق لأصل اعتبار الخطأ أحد أركان المسؤولية؛ ففي حالات أقام قرينة على توافر الخطأ، وفي حالات جعل هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس، بل إنه في حالات أخرى – ووفقاً لرأي البعض – استبعد الخطأ كركن للمسؤولية، وأقامها على محض "تحمل التبعـة".[805] وفي هذه الحالات يضعـف دور "الخطأ" في رسم حدود المسؤولية المدنية

أو يتلاشى، ويستتبع هذا أن تنفـرد علاقة السببيـة بوظيفة رسم حدود المسؤولية، وينعكس هذا الاختلاف على معيار رابطة السببية في كل من القانونين.

3. فمن المتصور أن يتبنى القانون الجنائي معياراً يوسع من نطاق رابطة السببية؛ كالمعيار المستمد من "نظرية تكافؤ الأسباب"،[806] ولا خطورة في ذلك، فإذا امتدت رابطة السببية – وفقاً لهذا المعيار – إلى نتائـج ليس من العدالـة أنْ يُسأل المتهم عنها، فإن الركن المعنوي – المتمثل في الخطـأ أو القصد – يستبعد المسؤولية عن هذه النتائج، إذا لم تثبت الخطيئة إزاءها. وهذا يعني أن الخطأ يصلح في القانون الجنائي من عيوب معيارٍ متسعٍ لرابطة السببية.

ولكن هذا القول غير صحيح في القانون المدني، فإذا قامت المسؤولية المدنية دون خطأ، فإن تبني معيار متسع لرابطة السببية، يؤدي إلى مساءلة المدعى عليه عن أضرار ليس من العدالة أن يسأل عنها، ولا وسيلة من الخطأ لإصلاح ذلك. ويعني ذلك أن القانون المدني، وخاصة في حالات المسؤولية دون الخطأ، يتطلب معياراً مضيقاً – أو على الأقل معتدلاً – لرابطة السببية.

---

[805] : سبق بيان ذلك في المطلب الأول الخاص بالخطأ من هذا المبحث، ص 146.

[806] : سيأتي تناول النظريات المتعلقة برابطة السببية بعد حين في هذا المطلب، ص 209 و ما يليها.

ومؤدى ذلك، جـواز اختلاف معيار رابطة السببية في القانون الجنائي عنه في القانون المدني، فيكون الأول موسعاً والثاني مضيقاً.

وهذا الاختلاف بين القانونين واضح في القضاء الألماني، فبينما تبنى القضاء الجنائي "نظرية تكافؤ الأسباب" أخذ القضاء المدني "بنظرية السببية الملائمة"،[807] وفي فرنسا أخذ القضاء المدني بنظرية تكافؤ الأسباب، حينما كان أصل اشتراط الخطأ؛ باعتباره ركناً في المسؤولية المدنية غالباً، فلما اتجه التطور التشريعي إلى التوسع في قرائن الخطأ، ودخلت في القانون حالات "تحمل التبعة"، اتجه القضاء نحو معيار أكثر تضييقاً لرابطة السببية.[808]

الفرع الثاني: تحديد معيار رابطة السببية في الفكر القانوني

يجب التمييز في تحديد رابطة السببية بين فرضين: أولهما، حيث يجتمع لتحقيق واقعة ما أكثر من سبب قانوني، وبعبارة أكثر تحديداً، عندما يكون تحققها هو الأثر المباشر للتأثير بينها، في هذه الحالة تنعقد المسؤولية على أساس مشترك. وثانيهما، حيث تجتمع أو تتراكم آثار أسباب منفصلة، في هذه الحالة يجب أن ينسب إلى كل سبب الأثر الناتج عنه، ويستحيل تبعاً لذلك انعقاد المسؤولية على أساس مشترك. ففي الفرض الأول، يعتبر الضرر واحداً لم يتعاقب، والأسباب هي تلك التي تعاقبت وتعددت، وفي الفرض الثاني، يعتبر السبب واحداً لم يتعدد، والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد، فصارت أضراراً متعددة.

أولاً: تقدير ذلك في حال تعاقب الأضـرار

يمكن أن تتتابع الأضرار في الزمن، بحيث تجري إحداها الأخرى على شكل سلسلة، فيكون الأول هو سبب الثاني، والثاني سبب الثالث... إلخ، ولكن هل يكون الأول هو سبب الثالث أوالخامس... إلخ. وعليه، أين يتوقف الترابط السببي في هذه السلسة إذن؟ يرى البعض أن هذه المسألة تتعلق بالسبب غير المباشر؛ ففي الحقيقة لا يعدو هذا الإشكال أن يكون مظهراً أكثر عموماً لتعدد الأسباب؛ حيث يعتبر الحادث الأخير في هذه السلسلة هو نتيجة لكل ما سبقه، لدرجة أن

---

[807] Nagub Hocni, le lien de causalité en droit pénal, 1955, N°10 : 262 أشارإليه د.عادل جبري،المرجع السابق،،ص

[808] Marty (G), la relation du cause et effet comme condition de la responsabilité civile, rev. Trim. Dr. Civ. 1939, p.685 et s ; Mazeaud (H.L) et Tunc (A), traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,1960,T.II, N°1442, p359 : 262 أشار إليه د.عادل جبري، المرجع ذاته،،ص

تستدعي معرفة أياً منها يمكن استخلاصه كسبب قانوني. ولا يغير من طبيعة المسألة تعاقب الأضرار بدلاً من تلاحمها.[809]

وقد أورد بوتييه "Pothier" مثله التقليدي الشهير–بيع البقرة الموبوئة الذي سبق ذكره- [810] للتدليل على أن مرتكب الفعل لا يلتزم إلا بتعويض الضرر المباشر.[811]

وتحديد معيار رابطة السببية في هذه الحال، ينطبق عليه معيار الضرر غير المباشر الذي سبق بيانه عند حديثنا عن الضرر غير المباشر.

ثانياً: تقدير ذلك في حال تعدد الأسبـاب

يكون الضرر، في هذه الحال، غالباً نتيجة تضافر سيء لجملة من الأحداث. ويمثل لذلك بموت راجلٍ بارتطامه بسيارة. هذه الوفاة نتجت عن سير المركبة، في هذه الساعة وهذا المكان بالتحديد؛ حيث كان سيرها فائقاً، وكانت المكابح شبه معطلة، كما أن الشخص المار قطع الطريق دون أن يتثبت من وجود سيارة تسير نحوه، وكان حذاءه أملساً، وفي وجود الضباب جاءت سيارة أخرى في الاتجاه المعاكس مستعملة الضوء الساطع، وكان الضحية مصاباً بمرض قلبي، لم يمكنه من التغلب على إصاباته... إلخ كل هذه الأحداث، هي سبب الوفاة؛ بحيث لو غاب أحدها لما تحقق الضرر (الوفاة).

ففي مثل هذا الحال، هل يمكن اعتبار جميع هذه الأحداث سبباً من الناحية القانونيـة؟ وبعبارة أخرى، هل يمكن اعتبار أن للجميع أثـراً على مسؤوليـة الشخص المستحقـة للتعويـض عن الضرر ؟ [812]

حاول الفقه حيال هذا الإشكال، وضع العديد من المعايير في شكل نظريات مختلفة، وكان الفقه الألماني هو الأسبق في بناء هذه النظريات، التي ينبغي عرض أهمها، و إبراز أكثرها قبولاً.

1. نظرية تعـادل الأسباب:"La Théorie d'équivalence des causes ou des conditions"

تمثل نظرية تعادل الأسباب أو تكافئها، التي ترجع صياغتها الأولى إلى الفقيه الألماني فون بيري "Von Buri" أهمية خاصة؛ باعتبارها أولى النظريات مقارنةً بغيرها. وطبقاً لهذه النظرية نجد أن الضرر يحدث نتيجةً لمجموعة من الأسباب المشاركة في الواقعة الضارة. ومن الصعب التفرقة بين

---

[809] H.L et J.Mazeaud, Leçons de droit civil, T.II, N° 568, P.524 et s..

[810]: راجع: الضرر غير المباشر في المطلب السابق.

[811] : H.L et J.Mazeaud, Ibid, T.II, P.524-525.

[812] : H,L et J.Mazeaud, Ibid, , N° 566, P.523 et s.

هذه الأسباب بحسب أهميتها أو خطورتها، فجميعها متعادلة؛ حيث يعطي كل سبب للآخر القدرة السببية، مما يؤدي إلى أنّ كل سبب لابد من توافره لحدوث الضرر، وبدونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفائدة.[813]

والمعيار المنبثق من هذه النظرية يقوم على الموازنة بين النتيجة وبين العامل من زاوية سببيـة واسعـة، فإن تبين أن النتيجةَ مرتبطةٌ بالعامل على الشكل الذي يظهر معه أنها لم تكن لتحدث لو لم يكن هذا العامل قد وقع، فإن هذا العامل يكون مصدراً سبباً للنتيجة.[814]

ورغم ما تتميز به هذه النظرية من البساطة التي تمكن المتضرر من إثبات السببية بسهولة فائقة، إلا أن النظرية تعرضت لنقد شديد، بيانه فيما يلي:

أ. ذهب البعض إلى أنها غير صحيحة؛ لأن أخطاء الفاعلين تتفاوت من حيث الجسامة، ولذلك يوزع القضاة التعويض بين المسؤولين تبعاً لجسامة خطأ كل منهم.

ب. تعتبر هذه النظرية غير عادلة؛ لأن توسيعها لنطاق السببية، ينعكس على توسيع دائرة المسؤولية؛ وذلك بإلقاء اللائمة على كل من بدا سلوكه بالشكل السلبي الذي وفّـر للحادث وسيلتـه من غير قصـد في إحداثه، ولم تكن هذه الوسيلة سبباً مباشـراً للنتيجـة أو متصلاً بها على الوجه الطبيعي.[815]

ج. ليست نظرية تعادل الأسباب مما يسهل ضبطه أو تقييده، إذ إن معيارها يتيح التوسع فيها بالمدى الذي يخرجها عن كل حد معقول. فإن نقل شخص آلةً حادة ممنوعة أخفاها في سترته، فسقطت منه أثناء إسراعه بعيداً عن عراك شاهده وخشي نتائجه، فلاحظ أحد المتعاركين الآلة تسقط، فاستعجل في استعمالها وألحق بخصمه ضررا بليغا بفعله، فإنه يمكن في إطار هذه النظرية وبالتوسع الذي تحتمله، أن يعد صاحب الآلة مسؤولا أيضا عن الإصابة الجسيمة بنقله هذه الآلة الممنوعة وبتقصيره الذي أتاح سقوطها بالطريقة التي ابتعد بها عن العراك ارتباكاً.

ومثل هذه الوجهة، لا تستسيغها القواعد التي تنظم المشاركة في الفعل الضار أو تسهيله، ولا القواعد التي تنشد العدالة.[816] وتجاه هذه النظرية التي لم يسلم بها جمهور أهل الفقه والقضاء، كان الاتجاه إلى نظرية أخرى أكثر دقةً وتحقيقاً للعدالة في نظرهم، وهي نظرية السببية الملائمة.

---

[813]: راجع: محسن البيه، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، ص78، أشار إليه د. وائل محمود، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، ص 665.

[814]: راجع: عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ص200.

[815]: راجع: د. وائل محمود، المرجع السابق، ص665؛ وعاطف النقيب، المرجع ذاته، ص201.

2. نظرية السببية الملائمة: "La théorie de la causalité adéquate"

ترجع نظرية السببية الملائمة أو السبب المنتج[817] "La cause éfficiente" إلى الفقه الألماني بمصدرها، إذ تنسب إلى الفقهين جوهانس فون كريس "Johane Ven Kries" وروملين "Rumelin"، حيث تنطلق من اعتبارات المنطق القانوني. فإذا كانت نظرية تكافؤ الأسباب تقرر المساواة الكاملة بين عوامل النتيجة، فإن نظرية السببية الملائمة تؤدي إلى التمييز بين دور هذه العوامل؛ من حيث الدور السببي الذي يعتد به القانون. ذلك أن بعض هذه العوامل فقط، يتضمن في ذاته اتجاهـاً إلى إحداث الضرر، دون سائر العوامل.

فلا يكون الشخص، تبعاً لهذه النظرية، مسؤولاً عن النتيجة الضارة إلا إذا كان من شأن فعله، كما حصل في ظرفه، أن يحدِثَها وفقاً للمجرى الطبيعي للأمور " Le déroulement naturel des choses" ولما ألفه الناس أو قدروه.

وهذا المعيار يتطلب نظرة موضوعية مجردة إلى سلوك محدث الضرر، وذلك بالوقوف على ما يصلح من العوامل لإحداث الضرر بالوجه المعتاد أو ينطوي على إحداثه بالوجه المتصور، فيؤلف بذلك السبب الملائم "adéquate" أو المنتج "éfficiente" أو الفعال "génératrice" لما حدث، دون ما لا يستطيع منها هذا الضرر على النحو المشاهد أو المستفاد من التجارب، فيبقى سبباً عارضاً "Fortuit" لا يهتم به القانون.[818]

وتبعاً لهذا التوضيح، يكون السبب المنتج هو الذي يعتد به سبباً قانونياً للنتيجة، فيشكل شرطاً لازماً لحدوثها.

والواقع أن نظرية السببية الملائمة نجحت في إصلاح عيوب سابقتها، إلا أنها لم تسلم من النقد، ومن بين ما أُخذ عليها، بناءً على قول البعض،[819] أن أنصار نظرية السببية الملائمة حصروا كل جهدهم في تجزئة أو توزيع المسؤولية بين أطراف متعددين، حينما يشارك أكثر من شخص في إحداث الضرر، وليس في الدور السببي لسلوك كل منهم، وهذه الوظيفة التوزيعية التي قصروا عليها دور هذه النظرية –على حد تعبير هذا البعض- قد اقتضت منهم تبعا لذلك، النظر إلى

---

[816]: راجع: عاطف النقيب، المرجع السابق، ص202.

[817]: كما يدعوها بعض المؤلفين المعاصرين: H,L et J.Mazeaud, Op. Cit, N° 566, P.523.

[818]: راجع: د. عادل جبري، المرجع السابق، ص311-312، وعاطف النقيب، المرجع السابق، ص 203-204.

[819] : Deschamps (C.Lapoyade), La respoonsabilité de la victime, Thèse, Bordeaux, 1977, P.116 et s : أشار إليه د. عادل جبري، المرجع السابق، ص318-319.

جسامة خطأ كل طرف بالمقارنة لخطأ الطرف الآخر، وليس تحديد قدر الدور الذي لعبه كل خطأ في إنتاج الضرر. وهكذا يخلص هؤلاء إلى أن نظرية السببية الملائمة، تفضي بدورها إلى طريق مسدود.

ومثل هذه الانتقادات جعلت من العسير القول بأن نظرية السببية الملائمة قد حسمت مشكلة السببية، وجاءت بمعيار دقيق، مما يستدعي بذل جهود أخرى لاستكمال بناء هذه النظرية. ولكن رغم ذلك فقد لاقت النظرية تأييداً واسعاً من قبل غالبية عظمى من الفقه.[820] بل إن محكمة النقض الفرنسية أخذت بنظرية السبب المنتج،[821] كما أخذ بها القضاء في الدول العربية، ويبدو أن القوانين العربية قد أخذت بها في إطار المسؤولية المدنية، حين نصت على أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام، في المادة 182 ق.م.ج وما يقابلها في المادة 221 ق.م.م.

والرأي الذي أخذ به الفقه العربي ومعظم الفقه الفرنسي، هو تطبيق لمعيـار هذه النظرية في المسؤولية التقصيرية فضلاً عن المسؤولية العقدية، وقد لاحظنا –سابقاً- أن الفقه الفرنسي يرى أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون حتى عن الضرر غير المباشر.[822]

3. أثـر هاتين النظريتين في الفقـه:[823]

وإزاء هاتين النظريتين السابقتين، تولد لدى الفقه نوعين من الردود تمثّل فيما يلي:

الاتجاه الأول: صعوبة إخضاع فكرة السببية لأي معيار علمي

لم يتردد بعض الفقه من القول بأن مشكلة السببية تستعصى على الحل، وأي اقتراح يضاف لحلها -على حد تعبيرهم- لن يكون سوى أن يضيف إلى الضباب دخاناً. وفي حين توقّف البعض عن ترجيح أي من النظريتين واكتفى بعرضها، ذهب البعض الآخر إلى أن حسم ذلك يترك إلى السلطة التقديرية للقاضي المبنية على الاجتهاد والحدس.

الاتجاه الثاني: تطوير نظرية السببية الملائمة

اتجه البعض الآخر من الفقهاء إلى تطوير نظرية السببية الملائمة وذلك بإمداد القاضي ببعض القواعد الموجهة أو المرشدة في التقدير؛ التي تساعده في الاستخلاص النهائي لمدى توافر رابطة السببية.

---

[820]: راجع: د.عادل جبري، المرجع ذاته، ص319.

[821] : H, L et J. Mazeaud, op.cit.N°566,P.524 : selon les articles 1384, al. 1er, et 1385. C. Civ. Fr.

[822]: راجع: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص193.

[823]: راجع: د. عادل جبري، المرجع السابق، ص325 وما يليها.

ولتحقيق ذلك، يرى هذا الاتجاه ضرورة حصر كل العوامل السابقة على حدوث الضرر في كل حالة، ثم إعمال العقل فيها؛ للتحقق مما إذا كانت تعتبر كلها ضرورية أم لا في إحداث الضرر، ويتم ذلك لدى هؤلاء؛ من خلال الاستعانة بقوانين الإحصاء "Les statistiques" التي يمكن أن توظف على صعيدين مختلفين، أحدهما: ضروري أو مادي وثانيهما: شخصي، وذلك كما يلي:

أ. التقدير الموضوعي، مدى احتمال حدوث الضرر: "La probabilité du dommage" فإن فكرة الاحتمالية أو الإمكانية الموضوعية "La probabilité objective"، لدى البعض، هي -دون شك- أكثر الوسائل تأكداً في سبيل الاعتداد بالأسباب المنتجة أو الفعالة للضرر. وبنـاء عليه، يقدر القاضي الصلة القائمة بين الواقعة المولدة للضرر وبين المسؤولية تقديراً إحصائياً، وذلك بالاستعانة بالخبرة عند الاقتضـاء.

على أنه يؤخذ على هذه المحاولة، أنها تستند من ناحية، على عناصر أو عوامل غيـر مؤكدة أو أجنبية عن فكرة السببية، ومن ناحية أخرى، فإن الاستقـراء يدل على أن أسلوب التقدير بالاستعانة بفكرة الاحتمالات هذه، يهجرها القضاء بصورة متزايدة، وهذا فضلاً عن أن ما سوف يقدره القاضي؛ باعتبار أنه عامل محتملٌ لإحداث الضرر، إنما سيكون في الحقيقة، هو العامل الذي يجب على الشخص المعتاد أن يتوقعـه، وهكذا نعود مع فكرة التوقع هذه إلى تقدير عنصر الخطأ وليس عنصر السببية ذاته.

ب. التقدير الشخصي، مدى استطاعة توقع الضرر: "La prévision du dommage": اتجه البعض الآخر، عن طريق الاستعانة لفكرة الاحتمالات، إلى إدخال معيار التوقـع المعقول " La prévision raisonnable"، فلا يعتبر سبباً منتجاً للضرر إلا الأحداث التي كان يجب على الشخص المعتاد أن يتوقعها في تقديره محتمةً لإنتاج هذا الضرر.

على أن هذه المحاولة، يمكن أن يرد عليها أيضاً نفس المآخذ؛ من حيث أنها بقيامها على تقدير سلوك مرتكب الفعل، إنما تعود مرة أخرى إلى البحث عن الخطأ.

الفـرع الثـالـث: تحديـد الأثـر القانـوني في حالـة تعـدد أسبـاب الضـرر

لا يعتني القانون في حالة تعدد الأسباب إلا بالأسباب القانونية؛ أي التي تؤدي إلى انعقاد المسؤولية المدنية. وبناءً عليه، فلا يعتبر السبب الأجنبي، بوقائعه المختلفة، سبباً قانونياً، وبالتالي

يستحيل معه انعقاد المسؤولية المدنية. ويستوي في ذلك إذا نشأ الضرر عن خطأ المضرور أو خطأ الغير كما سيأتي بيانه تفصيلاً.

أولاً: السبب الأجنبي وأثره في عدم انعقاد المسؤولية المدنية

I. ماهية السبب الأجنبي:

إن السبب الأجنبي بمقوماته القانونية، التي هي موضع خلاف فقهي، يتميز بطبيعة قانونية خاصة. فهو كنظام قانوني يمتد دوره الوظيفي إلى عـدم انعقاد المسؤولية المدنية وليس إلى مجرد الإعفاء منها، ذلك أن الإعفاء من المسؤولية يفترض بداهةً التسليم بانعقادها. لذا فإن الدراسات المتعلقة بالسبب الأجنبي الرامية إلى اعتباره سبباً للإعفاء لا يفسره في القانون الوضعي سوى الاتجاهات التشريعية الهادفة إلى التيسير على المتضررين في الحصول على تعويض للضرر.[824]

وإن فكرة السبب الأجنبي في أهم صورها وهي القوة القاهرة "La force majeure " تعد -كفكرة النظام العام- فكرة نسبية متطورة، فما يعد في بلد أو وقت ما سبباً أجنبياً، يمكن ألاّ يعتبر كذلك في بلد أو وقت آخر؛ فمثلاً قد يعد، سبباً أجنبياً، خطر انتشار دودة القطن وغارات الجراد والانهيارات الجليدية وتجمد الأنهار والارتفاع الشديد لدرجة حرارة الطقس في قطر أو إقليم ما، ولا يعد كذلك في قطر أو إقليم آخر.[825]

والقوة القاهرة هي " كل واقعة مستقلة عن إرادة المدين، ولا يكون بإمكان هذا المدين توقعها أو منع حدوثها ".[826]ويدخل في معنى عبارة السبب الأجنبي، بمفهومه الواسع المتداول اليوم، كل واقعة تتضمن شروط أو مقومات السبب الأجنبي – كما سيأتي بيانه – بما فيها فعل الإنسان؛ كفعل الغير.[827]

ورغم محاولات بعض الفقهاء عبثاً التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ ؛ وذلك بالقول بأن القوة القاهرة هي التي يستحيل دفعها استحالة مطلقة، وهي تقارب مفهوم الكارثة الطبيعية المستعمل في قانون التأمينات، أما الحادث الفجائي هو ما لا يمكن دفعه إلا نسبياً؛ حيث

---

[824]: كتقرير الشارع أحياناً أن تحقق الضرر يعتبر قرينة على تحقق الخطأ ونسبته إلى شخص معين باعتباره حارساً للأشياء غير الحية، راجع: د. عادل جبري، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص361.

[825]: راجع: د. عادل جبري، المرجع ذاته، ص372-373.

[826] : Tout fait indépendant de la volonté du débiteur qui n'a pu être ni prévu ni empêché par lui, et qui le met dans l'impossibilité absolue de remplir ses obligations : « Dufourmantelle (R), la force majeure dans les contrats , paris,1920, p.12 : 375 أشار إليه د. عادل جبري، المرجع ذاته، ص

[827] : H, L et J. Mazeaud, op.cit, N°575, p.528.

إن الشخص الأكثر كفاءة واستعداداً يمكنه مع بعض الصعوبة استيعابه. وهذا التمييز المبني على أساس الضرر يبدو مسبوقاً باعتراض يتعلق بالخاصية الأساسية لكلٍ منهما. فالقوة القاهرة(vis maxima) تكون خصوصاً غير ممكنة الدفع" insurmontable "، بينما الحادث الفجائي(fors) يكون أساساً غير ممكن التوقع"imprévisible ". وإذا كان كلاهما مرادفاً للآخر، فهذا بلا شك لأن الاجتهاد القضائي تشدد في طلبه الجمع بين هاتين الخاصيتين. وبناءً على هذا التحليل، فقد جرت التشريعات الوضعية وجرى القضاء والفقه على أنهما شيء واحد من حيث الأثر؛ المتعلق بالإعفـاء عن المسؤوليـة، ومن حيث الشروط الواجب توافرها؛ المتمثلة في استحالـة الدفـع واستحالـة التوقـع.[828]

وكان معيار الاستحالة في هاتين الحالتين مقيداً في القضاء الفرنسي بمعيار الرجل المعتاد، وأخذ يضيف في أحكامه إلى جانب هذه الاستحالة كلمة عـادةً "Normalement" في مادة المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، مما يفيد أن الاستحالة ليست مطلقة، بل نسبية وتقاس بالمعيار المذكور. ثم عدل القضاء الفرنسي عن ذلك، وظل النص الفرنسي[829] للمادة 138 من القانون المدني الجزائري متأثراً بالاتجاه القضائي الفرنسي السابق، مما ينبغي إلغـاءه.

II. مقومات السبب الأجنبي:

أرست محاكم العدالة "Courts of equity" في بريطانيا مبدأً مهما وشهيراً مفاده أن من يلتمس العدالة ينبغي أن يأتي إليها نظيف اليدين « He who comes to equity must come with clean hands »[830] ويعني هذا المبدأ أن من يسعى إلى التخفيف من الأوضاع المجحفة؛ بالالتجاء إلى قواعد العدالة، يجب ألاّ يكون هو نفسه قد ارتكب خطأً أو تقصيراً من جانبه.

والواقع أن هذا المبدأ يعكس اختلاف الفقه حول مقومات السبب الأجنبي[831]. فالمتتبع لآراء الفقه في المقومات التي يلزم اجتماعها في السبب الأجنبي، يمكنه تصنيفها إلى ثلاث مجموعات: تشترط المجموعة الأولى في السبب الأجنبي، ضرورة توافر شرطي عدم إمكان التوقع

---

[828] :Ph.le tourneau et L.cadiet , op. cit . n°900 , p. 260, د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص195

[829]: يوجد في النص الفرنسي كلمة " Normalement "، على عكس النص العربي لنفس المادة: راجع: د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص195-196.

[830] : Saghir Ahmad khan, principles of equity – Maxims and cases, p.26.

[831]: تجدر الإشارة إلى أن اختلاف الفقه مرده إلى انقسامه في بيان المنطقة التي يجب أن يبحث في مجالها موضوع السبب الأجنبي، حيث ذهب أصحاب النظرة الموضوعية إلى ضرورة بحثه في دائرة السببية، بينما ذهب أنصار النظرة الشخصية إلى ضرورة بحثه في نطاق دائرة الخطأ. راجع د. عادل جبري، المرجع السابق، ص381.

وعدم إمكان الدفع، بينما تتطلب المجموعة الثانية، ضرورة توافر شرطي السببية وانتفاء الإسناد، في حين تتجه المجموعة الأخيرة إلى اتخاذ موقف توفيقي من المجموعتين السابقتين. وفيما يلي عرضها تفصيلاً.

1. عدم إمكان التوقع: "L'imprévisibilité"

من خصائص الإنسان، بلا ريب، أنه في إمكانه استشراف المستقبل والتنبؤ؛ من خلال معطيات معينة، بحصول أوضاع أو أحداث مستقبلاً. ومن المنطقي التأكيد على أنه ينبغي أن يكون مسؤولاً في حدود قدرته على التوقع.

واشتراط التوقع لتحقق السبب الأجنبي هو من الأهمية بمكان؛ بحيث يسمح للشخص الذي كان يتوقع ظرفاً أو حادثاً ما أن يتحاشى وقوعه بالاستعداد المسبق، فيجنب نفسه الإصابة بضرر تقصيرياً كان أو عقدياً. لذلك كان عدم التوقع شرطاً مهماً ومنطقياً في تحقق السبب الأجنبي، وبالتالي عدم انعقاد المسؤولية المدنية، فالشخص الذي كان يتوقع الحادث الناشئ عن السبب الأجنبي، ومع ذلك يقدم على إتيان السلوك أو التعاقد، يكون قد ارتضى بالنتائج التي يسفر عنها هذا الحادث. وما دام كذلك، فليس من السائغ أن يسمح له أن يتذرع بعدم انعقاد مسؤوليته.

وبناء على ما تقدم، يمكن الإشارة إلى أن شرط التوقع يعد من الأمور النسبية التي تختلف من شخص إلى شخص، ومن إقليم إلى إقليم، بل ومن مهنة إلى أخرى، وقد انعكس ذلك على اختلاف الأحكام القضائية. وهذا ما يدعونا إلى بحث مسألة جد مهمة وهي: هل من معيار عام منضبط تقاس درجة التوقع في ضوئـه ؟

للوصول إلى هذا المعيار انقسم الفقه والقضاء، فبينما اتجه البعض إلى تفضيل معيار شخصي في تقدير التوقع، اتجه آخرون إلى تفضيل معيار موضوعي.

أ. المعيار الشخصي في تقدير التوقع:

يجري تقدير درجة التوقع وفقاً لهذا المعيار بالنظر إلى الشخص ذاته وظروفه الخاصة وثقافته وقدرته العقلية، ولما كانت هذه الأمور ليست قائمةً بدرجة واحدة لدى جميع الأفراد، وجب أن يستوعب المعيار اختلاف الأشخاص، و تفاوتهم في القدرات الطبيعية والمكتسبة.

وبناء عليه، يبدو أن العمل بالمعيار الشخصي منطقي وعادلٌ، فطبقاً له لا يعتد إلاّ بظروف الشخص ذاته؛ من حيث قدرته الحقيقية والفعلية على توقع الحادث.

وقد اتجهت بعض المحاكم المدنية في فرنسا إلى تطبيق المعيار الشخصي، فراعت في أحكامها ما يوجد من اختلاف بين القدرات العقلية للأفراد، وما يكون لديهم من ثقافة وخبرة، حيث قضت محكمة روان"Rouen" التجارية في حكم لها أيدته محكمة استئناف جرينوبل"Grenoble" بأنّ " رينو"Renault" بوصفه رجل صناعة متمرس، إذ يعمل في إنتاج السيارات منذ سنة 1908¡ كان يجب عليه، وقد تعاقد عام 1919، أن يتوقع الصعوبات التي خلّفتها الحرب في الصناعة، وفي الحصول على الأيدي العاملة ".[832] وهذا الاتجاه القضائي بات يعرف في فرنسا باسم "مبدأ نسبيـة عـدم التوقـع "La relativité de la notion d'imprévisibilité" ".[833]

ورغم ما يتميز به هذا المعيار من المزايا، إلا أنه يعاب عليه، قيامه على عوامل نفسية وذهنية، يصعب تقصيها أو التحقق منها، كما أن التباين الكبير في ظروف وقدرات الأشخاص يؤدي بدوره إلى تنوع الحلول وتباين الآراء. ولهذا هجره الفقه والقضاء، واستبدلاه بمعيارٍ أكثر دقة وتحقيقاً للعدالة في تقديرهما، ألا وهو المعيار الموضوعي.

ب. المعيار الموضوعي في تقدير التوقع:

يتم تقدير درجة التوقع حسب هذا المعيار وفقاً للمسلك المألوف للشخص المعتاد،[834] ولا يتطلب هذا المعيار أن يكون الشخص من ذوي الفكر الثاقب أو العبقرية الفذة،[835] ولا أن يكون من ذوي التفكير الضحل أو الغفلة، وإنما يتطلب هذا المعيار شخصاً وسطاً بين الاثنين، مما تتكون منه غالبية أفراد المجتمع؛[836] لأنّ الأحكام تبنى على الغالب، غير أن الإغراق في إعمال هذا المعيار قد يؤدي إلى نتائج غريبة ومجافية للمنطق والعدالة، وذلك أن الشخص المعتاد ليس حقيقة ماثلة، بل هو مجرد تصور قُصد به الحفاظ على استقرار المجتمع، وليس من العدل في كثير من الأحيان، أن نهمل شخص المدعى عليه ومسلكه الذاتي، وهو طرف في العلاقة القانونية، بحجة الحفاظ على هذا الاستقرار.

---

[832] Trib. Com Rouen, 19 Mars 1920, confirmé, Grenoble 12 Oct 1920, D, 1921-2-43, et voir aussi : Trib. Com Seine, 16 Déc, D. 1920-2-33.

[833] : Abdel Gawad (M), la force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien, thèse, paris, 1957, p.443 : أشار إليه د. عادل جبري، المرجع السابق،ص 411

[834] : Lyon 2 Mai 1969, D. 1970-2-244.

[835]: وإن اشترط البعض أن يكون التقدير وفقاً لمعيار شخصٍ من أشد الناس يقظة وتبصراً بالأمور. راجع: د. السنهوري، الوسيط، ج1، بند 588، ص 878¡ Weill (A) et Terre (F), droit civil, P 130.

[836]: راجع: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، جـ 3، بند 40، ص50، أشار إليه د. عادل جبري، المرجع ذاته، ص413.

كما أن تطبيق هذا المعيار، يؤدي إلى محاسبة طائفة كبيرة من الأشخاص؛ الذين يندرجون في المستوى الأدنى إلى ما قبل المستوى المتوسط بقليل، وبالمقابل يسمح للأشخاص الذين يندرجون في المستوى الأعلى بقليل من المستوى المتوسط ودون مستوى العبقرية بالإفلات من المسؤولية، رغم توقعهم حصول الحادث المتولد من السبب الأجنبي.

ج. المعيار المقترح: معيار الشخص المعتاد بين نظرائه:

من الأفضل أن نهتدي إلى معيارٍ، يأخذ من كل معيار محاسنـه، ويتحنب مساوئـه، ويمكن تسمية هذا المعيار بالمعيـار المختلـط؛ أي الذي يجمع بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، أو ما يمكن أن نطلـق عليه بمعيـار الشخص المعتـاد بين نظرائـه.

ووفقاً لهذا المعيار المقترح، يتم قياس توقع المدعى عليه ليس بالنظر إلى شخص المدعى عليه ذاته، ولكن في ضوء ما يتوقعـه شخص آخـر، يكون في مستوى هذا المدعى عليه أو نظيراً له؛ فإذا كان المدعى عليه مزارعـاً بسيطاً، يبيع محصوله، فإننا لن نطبق عليه معيار الشخص المتوسط أو المعتاد المجرد، وإنما نطبق عليه معيار الشخص النظير، أي الشخص الذي يكون مزارعاً بسيطاً مثله، في طبقته، ويعيش في نفس ظروفه، فإذا اتضح لنا أنا هذا الشخص النظير، الذي ينتمي إلى طائفة كبيرة من الناس؛ وهم طائفة المزارعين، كان باستطاعتـه أن يتوقع الحادث؛ بما يتوافق مع الظروف الجديدة، في الوقت الذي تعذّر على المدعى عليه أن يتوقعه، قضينا بمسؤوليتـه، ولا عذر له في تقصيره، ما دام نظراءه يستطيعون توقعـه.[837]

2. استحالة الدفع:"L'irrésistibilité"

لا يكفي لقيام السبب الأجنبي أن يكون الحدث غير متوقع، إنما يشترط أيضاً أن يكون مما يستحيل على الشخص دفعه أو التغلب عليه بالوجه الطبيعي.

وهذه الاستحالة هي بدورها مطلقة، يحكمها معيار موضوعي، ينطلق من وضع الشخص العادي المحترز الحصيف اليقِظ، فإن لم يكن لمثل هذا الشخص أن يتدارك الحادث أو يتقِيه، لو وجِد في ظرف الحادث، فإن شرط الاستحالة يكون متوافراً.[838]

---

[837]: راجع: د. عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية ، ص414.

[838]: راجع: عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، ص307.

وعلى العكس من ذلك، رأى البعض[839] أنّ المعيار المعتمد في هذه الحال، يجب أن يكون شخصياً، ينظر فيه إلى ظروف المسؤول الشخصية والأحوال المحيطة به، فليس من العدل مطالبة المسؤول ببذل جهد يكون فوق طاقته، وتقصر إمكاناته وموارده دون بذله.

ومع تسليمي بأن هذه المسألة جد شائكة، فإن المعيار المعتمد، يجب أن يحكمه عدة أمور؛ أهمها – في تصوري الخاص – طبيعة السبب الأجنبي، فإذا كان السبب الأجنبي عامـاً مثل القوة القاهرة؛ كالزلازل ونحوها، فلاشك أن المعيار هنا موضوعي مادي مجرد، يمكن قياسه بالمسلك المألوف للشخص المعتاد، وذلك لتساوي الناس في هذا الظرف. أما إذا كان السبب الأجنبي خاصـاً؛ كما جرى استعماله اليوم في معناه الواسع؛ الذي يتضمن فعل الغير،[840] يفضل اعتماد المعيار المختلط الذي يجمع بين محاسن المعيارين الموضوعي والشخصي؛ للاعتبارات التي أشرنا إليها آنفاً في حالة عدم إمكان التوقع.

ولئن اختلف الفقه في هذا؛ من الناحية النظرية، فليس مستغرباً إذا اختلفت وجهة التقدير بين قاض وآخر؛ من الناحية العملية، ويرجع ذلك، إضافةً إلى غموض المعيار في هذه الحال، إلى اتسام السبب الأجنبي بالنسبية كما سبق بيانه.[841] ومهما يكن من أمر، فإن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع؛ الذي يستطيع استخراج العناصر التي تؤيد القول بالاستحالة أو استبعادها، حسب معطيات القضية وأسباب الواقعة، هي الفاصل في أي نزاع. وقد يعترض على هذا بأن إناطته بسلطة القاضي التقديرية، قد تفضي إلى تحكم القاضي. ويمكن الرد على ذلك من وجهين: الأول: إن السلطة التقديرية للقاضي محكومةٌ بحدود وضوابط القانون، والثاني: إنّ في درجات التقاضي العليا من استئناف أو معارضة وطعن، كفيلةٌ بالحد من هذا التحكم إن وجد.

ولا ينبغي الخلط بين حدث غير متوقع في منشئـه، وبين نتيجـة له لم تكن لتحصل لولا إهمال من الحارس الذي سهل حصولها أو أتاح فرصتها، إذ في هذه الحالة كان له أن يتدارك النتيجة أو يخفف منها لو تصرف بالشكل الواجب الذي لم يكن ليخرج عن طاقته.

---

[839]: راجع: عادل جبري، المرجع ذاته ، ص425.

[840]: سبق الإشارة إلى هذا وقد عزينـاه إلى: H,L,J. Mazeaud, op.cit, N° 575, p.528.

[841]: راجع ماهية السبب الأجنبي في هذا الفرع.

وتبعاً لهذا، لا يكون شرط عدم التوقع، لو تحقق، مستتبعاً لزاماً استحالة الدفع، إذ لكلٍ من الشرطين كيانـه. فقد يكون الحادث غير متوقع في توقيت حصوله، إنما يأتي في ظرفه قابلاً تداركه على يد حارس الشيء.[842]

وبناء عليه، لا يستطيع حارس الشيء – مثلاً – دفع المسؤولية عن نفسه، بحجة السبب الأجنبي، إذا ما عجز عن بذل جهد؛ لمنع حادث أو الحد من تفاقمه، وكان في إمكانه ذلك.[843]

هذا، ويظهر الاجتهاد القضائي تشدداً تجاه المدعى عليه، إذا تعلق الأمر باستحالة الدفع، تماماً مثل حالة عدم إمكان التوقع، في إطار الالتزام التقصيري بالحراسة، والالتزام العقدي بتحقيق غايـة.[844]

ففي ميدان المسؤولية العقدية، يتخِذ عـدم إمكان الدفع شكلَ استحالـة التنفيذ. وعليـه، إذا هلك محل الالتزام بقوة قاهرة، يستحيل تنفيذ الالتزام، إذا كان المحل من القيميات دون المثليات،[845] أما المثليات فإنها لا تهتلك بحال "les choses de genre ne périssent pas"[846] لإمكـان وجـود مثيـلٍ لها في السوق.

وإن مفهوم القدرة على الدفع، في المجال التعاقدي، يتخذ في العمل صوراً شتى. فقد يكون بإمكان المتعاقد المَدين أن يمنع حدوث الأثر المتولد عن السبب الأجنبي بصورة مطلقة، وقد يكون في إمكانه التقليل من حجم هذا الأثر، أو اتخاذ تدابير وقائية؛ كقيام المتعاقد المدين بإبلاغ الطرف الآخر بوقوع الحادثة، حتى يتخذ هو بدوره ما يلزم للتخفيف مما قد يترتب على هذه الحالة من آثار. فإن قصر المتعاقد في ذلك، مع قدرته عليه اعتبر مسئولاً، ولا يستطيع دفع مسئوليته، تحت ذريعة السبب الأجنبي، وذلك لأن مبدأ حسن النية والنزاهة في التعامل يحتم عليه أن يتخذ المسلك المناسب.[847]

---

[842]: ثمة رأي بأن الحدث الذي يستحيل التغلب عليه يمكن أن يؤلف عامل قوة قاهرة وإن كان متوقعاً: Civ.2, 15 mai 1956, B,II, N° 268, civ, 1,7 mars 1966, GP 66,409, motifs, jcp 66, 14878, 1ère esp – civ 3;10 oct. 1972, D, 73, 379.
وبخصوص تآكل نجم عن وجود بكتيريا في أنبوب؛ بحيث لم يكن في الوسع بعد اكتشاف أي طريقة لمنع ذلك:
L.cadiet et Ph le tourneau, op.cit,n° 906, p.262.

[843]: راجع: عاطف النقيب، المرجع السابق، ص307 وما يليها.

[844] : H, L et J. Mazeaud, op.cit; N° 576, p.529

[845]: القيميات من القيمي وهو ما لا يوجد له مثيل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به، والمثليات من المثلى وهو ما يوجد مثيله في السوق بدون تفاوت معتد به، وهو يشمل المكيلات والموزونات والمعدودات. راجع: مجلة الأحكام العدلية: 32/1؛ 33.

[846] : L. cadiet et ph, le tourneau, op.cit, N° 907, p.262.

[847]: راجع: د. عادل جبري، المرجع السابق، ص419 وما يليها.

3. انتفاء الإسناد أو الخارجية: "Le non-imputabilité ou l'extériorité"

اشترط القضـاء الفرنسي في مادة المسؤوليـة عن فعل الشيء غير الحي شرط الخارجيـة أو انتفاء الإسناد (عدم الصلة) بين المسؤول المدعى عليه وبين السبب الأجنبي الذي يدعيه. وبتعبير آخر، يجب أن يكون الحدث خارجاً عنهما، فلا يرتد إلى تكوين الشيء أو إلى عيب فيه، ولا يعزى إلى حارس الشيء في منشئه أو تتابع وقائعه أو تفاقم الضرر المتولّد عنه.

ولا يعني هذا الاشتراط، بالضرورة إخراج الشيء عن دائرة الحدث، وإنما لا يجعل منه السبب المنتج للضرر، إذ يرجع مصدر الحادث أصلاً إلى العامل الأجنبي الذي ولّده.[848]

ويمتد هذا الشرط، الذي قالت به محكمة النقض، بلا ريب، من المسؤولية التقصيرية لفعل الأشياء إلى المسؤولية العقدية لفعل الأشياء (كحوادث النقل بالمركبات)، أما خارج نطاق مسؤولية الأشياء، فهو موضع جدل.[849] وفي المجال التعاقدي تكمن أهمية شرط انتفاء الإسناد أو الخارجية – وفقاً لتعبير القضاء الفرنسي – في سد الطريق أمام المتعاقد سيء النية، في جني ثمار تقصيره، فعدم تطلّب هذا الشرط، قد يدفع بالمتعاقدين في فروض غير قليلة، إلى تسبيب الحوادث بطريق عمدي، تحاشياً لتنفيذ الالتزام.

وبخصوص فعل الغير؛ كصورة من صور السبب الأجنبي؛ حيث تبنى القضاء الفرنسي شرط الخارجية، لا يدفع المسؤولية، إلا إذا كان سبباً أجنبياً حقاً؛ أي لا يد للمدين فيه.[850] وعلى ذلك، لا يعد فعل الغير – ولو كان في حد ذاته خطأً ساهم في وقوع الحادث – سبباً في وقوع الحادث بالنسبة إلى المسئول المدعى عليه، إلا إذا كان المدعى عليه هو الذي هيأ للغير ارتكاب الخطأ.[851]

---

[848]: راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص197، ود. عادل جبري، المرجع السابق، ص382، وعاطف النقيب، المرجع السابق، ص309 على التوالي.

[849]: فتطبيقه على مسؤولية الفعل الشخصي، يسهل تبريره في نظرية تحمل المخاطر، أين يكون كل ضرر يستوجب المسؤولية، لكن يصعب ذلك خارج إطار هذه النظرية، وأشد منه صعوبة إذا أردنا نعلق السبب بعدم الإسناد أي بالخارجية:

H,L, et J. Mazeaud, op.cit, N° 577, p.530

[850] : Carbonier (J), droit civil, T4, les obligations, 6ème éd, N° 248.

[851]: كأن يترك الحارس – مثلاً – السيارة في طريق منحدر، دون أن يغلق أبوابها، فيعبث بها الأطفال، فتنحدر وتصيب شخصاً، فلا يقبل من الحارس، في هذا الفرض، أن يدفع بخطأ الغير كسبب أجنبي، لوجود الصلة بين الحارس وفعل الغير، ومن ناحية أخرى لا يعد سبباً أجنبياً، اعتداء تابعي المدعى عليه على بعضهم البعض؛ فالمشاجرة بين عمال القطارات ومستخدمي هيئة السكك الحديدية، لا يبيح للهيئة، دفع دعوى المضرورين منهم بخطأ الغير (نقض مدني 16 نوفمبر 1965، طعن رقم 41، س 31ق، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، ص1082). راجع: د. عادل جبري، المرجع السابق، ص384.

ومن فتأ الاجتهاد القضائي يستبعد القوة القاهرة، كلما كان مرد الحادث إلى ما طرأ فجأةً على حارس الشيء من علةٍ مرضية ونحوها، مما جعله عاجزاً عن تحريك أو توجيه أو إحكام السيطرة على الشيء، فأدى هذا الوضع الخاص الذي استجد إلى حادث أضر بشخص آخر، وتبرير الاجتهاد لما استبعده هو أن الوضع الذي طرأ على الحارس ليس غريباً عنه، إذ مرجعه إليه.

وهذه الوجهة في الاجتهاد، انطلقت من قرار لمحكمة التمييز الفرنسية في غرفتها الثانية، الصادر بتاريخ 1964/12/18 في قضية تريشار، فعرف بهذا الاسم.[852] وتتعلق القضية بسائق سيارة أصيب بالصرع فجأة، فجر تحرك سيارته، بعد الذي أصابه، إلى إنزال ضرر بالغير، وقد تمسكت المحكمة ذاتها بعد ذاك القرار المبدئي بوجهتها في قرارات تلته[853].[854]

ثانياً: تعدد أسباب الضرر وأثره في تحديد نسبة المسؤولية المدنية

إذا اجتمع لتحقق واقعة مـا، أكثـر من سبب قانوني؛ بحيث يكون تحققها هو الأثر المتبادل بينها "Influence réciproque"، فالمسؤولية المدنية قد تكون، نتيجةَ واقعةٍ شارك المريض (المضرور) بخطئه في تحققها، أو نتيجةَ واقعةٍ شارك الغير بخطئه في تحققها، ففي هذه الفروض ينبغي توزيع عبء التعويض بنسبة خطأ كل من ساهم في إحداث الضرر. على أن توزيع هذا العبء، يفترض بداهةً أن يكون مسبوقاً بانعقاد المسؤولية على أساس مشترك، ولاشك في أن هذه الفروض يمكن أن تشكّل السبب الأجنبي الذي قد يؤثر على مسؤولية الطبيب.

وبناء عليه، نتناول على التوالي، كيفية تحديد نسبة المسؤولية المدنية في كل من حالة تدخل المريض (المضرور) في تحقق الضرر، ثم حالة تدخل الغير في تحقق هذا الضرر.

I. تدخل المضرور (المريض) في تحقق الضـرر:

من المناسب معالجـة ذلك في النقـاط التاليـة:

1. صور اجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب:

قد يستغرق أحد الخطئين الآخر، وقد لا يستغرقه، فهاتان صورتان لاجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب:

---

[852]: Arrêt Trichard الأسبوع القانوني، 1965، 2، 14304.

[853]: تمييز مدني، 1967/03/01، الأسبوع القانوني 1967، 4، ص55 و1965/11/04 مجلة القصر 1966، 1، 148 و1966/01/21 مجلة القصر 1966،1،348- و 1973/10/24،مجلق القصر، 1974/02/13، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، ص422.

[854]: راجع: عاطف النقيب، المرجع السابق، ص312.

الصورة الأولى: استغراق أحد الخطئين الآخر:

وتتحق هذه الصورة في العديد من الفروض، الأول هو أن يكون أحد الخطئين متعمداً، والثاني أن يقع الضرر برضاء المضرور، والثالث أن يكون أحدهما نتيجةً للآخر.

ففي الفرض الأول، حيث يكون أحد الخطئين متعمداً، فالمبدأ هنا هو أن من تعمد إحداث الضرر كان خطأه هو السبب الوحيد، وبالتالي تحمل – وحده – كل آثار هذا الخطأ.

فقد يقع الخطأ العمدي من الطبيب، فيكون وحده المسؤول عن تحقق الضرر، حتى لو ساهم المريض بخطئه في ذلك؛ كأن يتعمد الطبيب عدم متابعة المريض بعد إجراء جراحة له، وإهمال المريض – في نفس الوقت – تناول العلاج، مما يترتب على ذلك وفاة المريض. وعلى العكس من ذلك، فقد يكون المريض هو من تعمد إلحاق الضرر بنفسه، وفي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عن الطبيب، وقد يقع ذلك إذا تناول المريض متعمداً -بقصد الانتحار- جرعاتٍ زائدةً من العلاج عن القدر الذي حدده له الطبيب.[855]

أما في الفرض الثاني، وهو الذي يقع فيه الضرر برضاء المريض، فالقاعدة هنا أن رضاء المريض لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ، فموافقة المريض على إجراء جراحة لا تدعو إليها الضرورة الصحية، تمثّل خطأً من جانبه، لكنها لا تخلع عن الطبيب صفة الخطأ، وتبقى مسؤوليته تجاه ذلك كاملة، ولا يمكن أن يحمل رضاء المريض بالضرر، على أنه اتفاق لإعفاء الطبيب من المسؤولية، وعلى فرض التسليم بوجود هذا الاتفاق فهو باطل؛ لأنه يستطيل على المساس بجسم الإنسان، وفي هذا مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

أما في الفرض الثالث، حيث يكون أحد الخطئين نتيجةً للآخر: وفيه إما أن يكون خطأ المريض ناتجاً عن خطأ الطبيب، أو العكس؛ أي أن يكون خطأ الطبيب نتيجةً لخطأ المريض.

فحيث يقع خطأ المريض نتيجةً لخطأ الطبيب، يكون خطأ الطبيب مستغرقاً لخطأ المريض. وبالتالي، لا يكون لخطأ المريض أي أثر على تحقق مسؤولية الطبيب. ويمثّل له بتناول المريض العلاج بطريقة خاطئة، بناءً على توصية الطبيب بذلك، مما ترتب عليه تفاقم حالته الصحية.

وبالمقابل، فإنه حيث يكون خطأ الطبيب نتيجةً لخطأ المريض، تنتفي مسؤوليته بذلك؛ لاستغراق

---

[855]: قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأن خطأ المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً في ذاته لإحداث النتيجة، نقض جنائي 25 أبريل 1966، مجموعة أحكام النقض الجنائي 475/17، أشار له: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص158.

خطأ المريض خطئه، ومثاله: أن يصف الطبيب للمريض علاجاً لا يتناسب مع حالة المريض، بناءً على أعراضٍ كاذبة أو غير صحيحة ذكرها المريض.[856]

الصورة الثانية: عدم استغراق أحد الخطئين للآخر (الخطأ المشترك)

يعد خطأ المريض – المضرور – سبباً مخففاً لمسؤولية الطبيب، حيث ساهم بخطئه، بقدرٍ مـا في وقوع الضرر، بحيث يمكن القول أن للضرر المشترك سببين متميزين: خطأ المضرور وخطأ المسؤول، ويتم توزيع عبء التعويض بينهما في هذه الحالة، كلٌ بقدر مساهمته في إحداث الضرر.

وإضافة كلمة "المشترك" إلى الضرر، هو قيد خرج به الضرر غير المشترك؛ فلو ثبت أن فعلَ أحدهم قد أحدث ضرراً متميزاً عن الضرر الذي أحدثه فعلُ غيره، فلا تضامن بين الفاعلين، ويعتبر كل أحدٍ مسؤولاً مسؤوليةً كاملةً عن الضرر الذي أحدثه.[857]

أخيـراً، فإن خطـأ المريـض لا يمكن أن ينفي رابطة السببية بين الخطأ الطبي وبين الضرر الواقع فحسب، بل يمكن أيضاً أن ينفي رابطة السببيـة بين الخطـأ ونوع آخـر من الضـرر – يعوض عنه القضاء- ألا وهو فـوات الفرصـة في الحياة، أو الشفاء أو في تحسين الحالة أو تفادي تفاقمهـا.[858]

وقد طبق القضاء الفرنسي ذلك في حالةٍ رفَض المُصاب فيها بحادثة؛ لأسباب دينية (مذهب الجيوفا) أن ينقل إليه دم، فتوفي بعد عدة أيام. فإن كان من المقرر أن النجاة من الموت ليست مؤكّدة في حالة نقل الدم، إلا أن رفض المصاب لنقل الدم إليه، قد ساهم بالضرورة في حرمانه من فرص الحياة، ويلزم إنقاص التعويض بنسبة حرمانه منها؛ بسبب خطئـه.[859]

2. شروط اعتبار خطأ المريض سبباً لإعفاء أو امتناع مسؤولية الطبيب:

وفقاً للقواعد العامـة يشترط في هذا الموضوع بإيجاز ما يلي:

أ. يجب ألا يكون خطأ المضرور راجعاً إلى خطأ المدعى عليه؛ كأن يقع بتحريضه؛ مثل

---

[856]: راجع: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص36 وما يليها، وص172، وعبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، ص77 وما يليها، د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص157 وما يليها، طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ص401 وما بعدها، د. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، ص312.

[857]: راجع: د. أشرف جابر، المرجع ذاته، ص160، د. علي سليمان، نظرية الالتزام، ص200، ود. محمد منصور، المرجع عينه، ص174.

[858]: راجع: د. محمد منصور، المرجع السابق، ص173، وطلال عجاج، المرجع السابق، ص404.

[859] : Crim 30 oct 1974, J.C.P. 1975.2.18.38 n. Mourgeon Lyon, 6 Juin 1975 D.1976, 415 n. Savatier.

تناول المريض لعلاج بطريقة خاطئة، بناءً على وصف الطبيب بذلك.

ب. يجب كذلك، أن يكون فعل المضرور هو الذي سبب الضرر، ويختلف أثر هذه الفعل على مسؤولية الطبيب، بحسب أهمية الدور الذي يقوم به، فإذا اشترك خطأ المريض بخطأ الطبيب، ترتب عنه إعفـاء الطبيب من المسؤولية جزئيـاً، فيخفض عنه التعويض المحكوم به عليه بقدر نسبة خطأ المريض، أياً كانت طبيعة التزام الطبيب. أما إذا كان خطأ المريض هو السبب الوحيـد في إحداث الضرر، ترتب عنه عـدم انعقـاد مسؤولية الطبيب المدنية أصلاً؛ لانقطاع رابطة السببية بين الضرر وفعل الطبيب. وبناءً عليه، يعتبر خطأ المريض (المضرور) في هذه الحالة في حكم السبب الأجنبي الذي يمنع قيام صلة السببية.

ج. وإذا كان من المقرر اعتبار فعل المضـرور، في الحالة الأخيرة، سبباً أجنبياً يمنع انعقاد مسؤولية الطبيب، يجب أن تتوافر فيه شـروط السبب الأجنبي؛ من عدم إمكانية التوقع، واستحالة الدفع، إضافةً إلى عدم الإسناد والخارجية؛كما تم بيانه آنفاً. وفي اشتراط أن ينطوي فعل المضـرور على خطإٍ ذهبت أحكـام قضائيـة[860]، في حين ذهبت أحكـام أخرى إلى عدم اشتراطـه [861] [862].

3. خطأ المضرور والتأمين من المسؤولية:

يجدر بنا هنا طرح السؤال التالي: إذا اعتبر خطأ المضرور سبباً أجنبياً يرفع مسؤولية الطبيب، فهل يحـول ذلك دون تعويض المريض الذي تعرض للأذى ؟

يرى البعض إمكان التعويض، بل وضرورته، في ظل الأخذ بالتأمين من المسؤولية الطبية، فالمؤمن له ينبغي أن يأخذ على عاتقه تعويض المضرور، ولو كان وقوع الضرر بفعله-أي بفعل المضرور نفسه-، ما لم يكن قد تعمده؛ حيث لا يكون جديراً بأي تعويض في مثل هذه الحالة.

هذا الرأي لا يمكن تبريره من الناحية القانونية إلا في ضوء التأمين من المسؤولية[863]، حيث يسمح للقاضي أن يمنح المضرور تعويضاً كاملاً، متى علم بأن المسؤولَ يغطيه تأمين المسؤولية.

---

[860] : Cass. Civ, 1ère, 31 Janv 1973, Bull. civ, I, N° 41; D. 1973, p.149, note Schmelck; R.T.D.C. 1973, p.576, note G. Durry. R.T.D.C, 1973, p.567.

[861] : cass civ. 14 Avr 1958, J.C.P. 1959, II, 10935, note Rodier.

[862]: راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص160-161.

[863]: هو عقد الهدف منه ضمان المؤمن له ضد رجوع الغير، الذي أصابه ضرر، يكون المؤمن له مسؤولاً عن تعويضه. راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص8، وسيأتي تفصيله لاحقاً في المبحث الأول من الفصل القادم إن شاء الله.

ويرجع ذلك إلى أن لكل من التأمين والمسؤولية فلسفةٌ مستقلة تجاه خطأ المضرور، فبينما يهدف التأمين إلى تغطية مسؤولية محدث الضرر، ترمي المسؤولية إلى إنقاص ما يستحقه المضرور من التعويض بقدر ما ساهم بخطئه في إحداث الضرر، ويتمثل ذلك في الإعفاء الجزئي للمسؤول من المسؤولية.[864]

لذلك، لم تتردد محكمة النقض الفرنسية-إزاء هذا الوضع - في أن تقضي بعدم الاعتداد بخطأ المضرور ورفض الإعفاء الجزئي للمسؤول بسبب هذا الخطأ.[865] وهو ما يعني اقتناع المحكمة بضرورة تبني مسؤولية موسعة ما دام المسؤول قد أبرم تأميناً من مسؤوليته، ما دامت قواعد المسؤولية لا تشبع الحاجةَ إلى تعويض مضروري الحوادث.[866]

وقد قرر البعض[867] -بحق- أن المجال الطبيعي لتطبيق هذا الحل الذي اهتدت إليه محكمة النقض هو فحسب، حيث يكون التأمين من المسؤولية إجبارياً، فإلغاء توزيع المسؤولية بين المسؤول والمضرور يرتبط منطقياً بوجود هذا التأمين الإجباري، وهو ما اعتنقه المشرع الفرنسي لاحقاً في قانون 05 يوليو 1985؛ الصادر بخصوص تعويض ضحايا حوادث السيارات، حيث أحدث تغييراً جذرياً في الأثر التقليدي لأسباب الإعفاء من المسؤولية، وعلى رأسها خطأ المضرور.

خلاصة القول: ينبغي إعادة النظر في الأثر المعفي من المسؤولية لخطأ المضرور في نطاق المسؤولية الطبية، لاسيما أن النشاط الطبي من أكثر الأنشطة المهنية التي تحدث أضراراً جسدية، وقد لا يكون مثل هذا الرأي سائغاً، ولكننا نظن أن عدم القول بذلك يعني إنكار وتجاهل دور التأمين من المسؤولية في التأثير على الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية، وهو أمر يصعب غض الطرف عنه.[868]

II. تدخـل الغـير في إحـداث الضـرر:

نتناول هذا الموضوع في عناصـر كالتالي:

---

[864]: راجع: سعد واصف، التأمين من المسؤولية في عقد النقل (رسالة دكتوراه)، ص173؛ 185، ود. محسن البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، ص63؛ 121.

[865] : Cass. Civ, 21 juill. 1982, Gaz. Pal. 1982, II, p.391.

[866]: راجع: د. محسن عبد الله البيه، المرجع السابق، ص62.

[867] : G. Viney: l'indemnisation des victimes de dommages causés par le fait d'une chose, D. 1982, Chron, p.201 et s.

[868]: راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص164.

1. مفهـوم فعـل الغيـر وخصائصـه:

يقصد بالغير في هذا الصدد، كل من عدا المضرور والمدعى عليه أو أحد مشليه أو أتباعه.[869] وعلى هذا الأساس، لا يعتبر الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنياً من الغير؛ كما لو تسبب في الضرر ولد أو تابع للمدعى عليه، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤولية المدعى عليه نحو المضرور،[870] إذ يعد صادراً عن المدعى عليه شخصياً؛[871] كما هو الحال بالنسبة لتابعي الطبيب مثلاً. أما إذا لم يكن المدعى عليه مسؤولاً عن الغير، فالخطأ الذي يصدر من هذا الغير، لا يؤثر في مسؤولية المدعى عليه، بل يجوز أن يستغرق خطئه، حتى لو قامت علاقةٌ بين المدعى عليه وذلك الغير؛ فإذا ترك صاحب سيارةٍ سيارته إلى أحد أقاربه أو أصدقائه، له أن يدفع بفعل الغير، عما يكون قد تسبب فيه هذا الغير من ضرر.

على أنه إذا لم يستطع المدعى عليه أن يثبت فعل الغير، كان هو السبب فيما ترتب من ضرر، فإن المدعى عليه يظل مسؤولا مسؤوليـة كاملـة.[872]

وغني عن البيان أن إسناد الفعل الضار إلى شخص بالتعيين، لا يعني بحال أن ذلك الغير معروفاً بذاته،[873] وإنما المقصود بهذا أن يكون من المحقق أن الضرر قد نجم عن فعل شخص، ولو كانت شخصيته مجهولة لسببٍ ما.[874]

كما ثار الخلاف حول ما إذا كان من اللازم أن ينطوي فعل الغير على خطأٍ من عدمه، ويفرق الفقه في هذا الخصوص بين فرضين:

---

[869] : H,L et J. Mazeaud, op.cit, N° 585, p.540.

[870]: وينبني على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع، لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه، بل يبقى المدعى عليه دائماً هو المسؤول نحو المضرور ويدفع له التعويض كاملاً. ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذي ارتكب الخطأ ولو كان هو مسؤولاً عن هذا الغير نحو المضرور. وعلى أي حال فإن المسؤولية المدنية عن أفعال الغير، كما تقرر محكمة النقض المصرية، ليست أمراً اجتهادياً بل يجب أن تحصر في الأحوال التي نص عليها القانون، وأن ترتكز على الأساس الذي عده القانون مبعثاً لها، وذلك لورودها على خلاف الأصل؛ الذي يقضي بأن الإنسان لا يسأل إلا عن أعماله الشخصية، وما دام هذا شأنها فلا يجوز التوسع فيها. راجع: نقض جنائي، طعن رقم 1909 لسنة 16 ق، جلسة 17 فبراير سنة 1947، مجموعة القواعد القانونية لربع قرن – الملحق ص1298، وفي نفس المعنى، نقض مدني، طعن رقم 640 لسنة 49 ق، جلسة 08 أكتوبر سنة 1979، مجموعة الأحكام، ص755: أشار إلى ذلك د. عادل جبري، المرجع السابق، ص504.

[871] : P. Malaurie et L. Aynès, cours de droit civil T. VI, n° 834, P.481; cass 1er civ. 23 juill. 1979, Bull. civ, I, n° 228.

[872] : Dijon 20 janv. 1931, Gaz. Pal. 1931-1-404; Lyon, 01 Mars 1943, D. 1943-J-137.

[873] : H,L,J. Mazeaud, op. cit, P.540.

[874] : Cass. Civ. 21 Janv. 1946-J-131; Paris 05 Mars 1948, D. 1948-J-207.

الأول، أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيـد لوقوع الضرر، وهنا لا يلزم أن ينطوي هذا الفعل على خطأ.[875]

والثاني، أن تكون هناك أسباب أخرى إلى جانب فعل الغير، وهنا انقسم الفقه إلى رأيين؛ حيث ذهب بعض الفقهاء[876] إلى عـدم اشتراط أن يكون فعل الغير خطأً، وذلك حتى يعفي المدين من المسؤولية جزئياً، ولو لم يتصف بالخطأ، ما دام أنه كان أحد أسباب الضرر، في حين ذهبت غالبيةُ الفقه[877] إلى أن فعل الغير يجب أن يتصف بالخطـأ،" le fait du tiérs droit être fautif "؛ كي يعد سبباً أجنبياً، يفضي إلى عدم انعقاد مسؤولية المدعى عليه، فإذا أُسند فعل الغير إلى المدعى عليه؛ انتفى شرط الخارجية "l'extériorité" أو عدم الصلة بينه وبين فعل الغير الذي أحدث الضرر، وبالتالي، يعتبر المدعى عليه مسؤولا عن وقوع الضرر، ولا يمكنه، والحال هذه؛ كما إذا حرض الغير على الخطأ، أن يدفع بفعل الغير، ولا يمكنه بحالٍ الاستفادة من خطأ مفترضٍ في جانب الغير؛ باعتباره حارساً للشيء؛ لأن هذا الافتراض جاء مقرراً لمصلحة الضحية المتضرر ليس إلاّ.[878] ويمكن أن نؤسس هذا على المقولة الشهيرة القائلة بأن "اليد الملوثة لا يمكن أن تنال من كرم العدالة "aucune main souillée ne peut touchér les pures fontaines de la justice"، على أنه يشترط في فعل الغير الذي يعد سبباً لإعفاء المدين -الطبيب- من المسؤولية شروط القوة القاهرة؛ بأن يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع،[879] إضافةً إلى شرط الخارجية؛ كما سلف ذكره.

وبناء على ما سبق، يمكن للمدعى عليه الذي مارس نشاطاً أو نهج سلوكاً، نتج عنه إصابة المدعِي بعدوى مرض فقد المناعة المكتسبة، أن يثبت أن خطئه في ممارسة هذا النشاط كان نتيجةً لخطأ الغير، حتى يمكنه الإعفاء من المسؤولية. ومثال ذلك: أن يكون المدعى عليه قد لجأ إلى طبيبٍ لفحص حالته الصحية ولمعرفة ما إذا كان مصاباً بمرض فقد المناعة المكتسبة[880] أم لا. وبعد الفحص أفاده الطبيب بخلوه خطأً من فيروس هذا الداء، وبناءً على مشورة الطبيب الخاطئة مارس الشخص حياته الجنسية بطريقة عادية، مما ترتب عليه أن انتقلت عدوى هذا الداء لزوجه. وهنا كان خطأ الغير وهو (الطبيب) مستغرقاً لخطأ المسؤول؛ الذي لم يتخذ الاحتياطات الوقائية اللازمة

---

[875] : راجع: السنهوري، الوسيط: 896/1، عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص117.

[876]: Maty et Raynaud, Droit civil – les obligations, T.II, n° 495.

[877] :محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، ص251، عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص117.

[878] : H,L,J. Mazeaud, op. cit, P.540.

[879] : P. Malaurie et L. Aynès, op. cit; P.481.

[880]: يعرف هذا الداء باللغة الإنجليزية بـ " Aids" ، وباللغة الفرنسية بـ " Sida ".

لمنع انتقال العدوى لزوجه، نتيجةَ خطأ الطبيب في التشخيص. وعليـه، يلتزم الطبيب بالتعويض في مواجهة الزوج الذي انتقلت إليه العدوى من الزوج الآخر، الذي عرض نفسه على الطبيب وأفاده خطأً بخلّوه من فيروس فقد المناعة المكتسبة.[881]

2. أثـر فعل الغيـر على مسؤوليـة الطبيب:

يختلف أثر فعل الغير على الطبيب بحسب ما إذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، أو ساهمت معه أسباب أخرى في ذلك، فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، فإن المدعى عليه -الطبيب- يكون بمنأى عن أي صلة بالضرر؛ لانتفاء علاقة السببية بين خطئه وبين هذا الضرر، وبالتالي لا تنعقد مسؤوليته بحالٍ.[882]

أما إذا كان فعل الغير هو أحد أسباب متعددة ساهمت في وقوع الضرر، وهو ما يحدث كثيراً في نطاق المسؤولية الطبية، حين يساهم، إلى جانب خطأِ الطبيب المدعى عليه، خطأُ طبيب آخر في إحداث الضرر، فينبغي أن نفرق بين من يلتزم بالتزامٍ عقدي في مواجهة المدعي -المضرور- وبين ما لا تربطه به رابطة عقديـة.

ففي المجال العقدي، وطبقاً للقواعد العامة، لا يكون هناك تضامن بين المدينين بغير اتفاق أو نص قانوني،[883] فإذا تعهد العديد من الأطباء إجراءَ جراحة لمريض -في إطار الالتزام العقدي- فإن المريض لا يستطيع أن يطالب أيا منهم بالتعويض كاملاً؛ لانتفاء التضامن بينهم، وذلك ما لم يقضِ اتفاق بغير ذلك، ولذلك لا رجوع له على أي منهم إلا بقدرِ نصيبه.

أما في مجال المسؤولية التقصيرية، يكون المسؤولون ملزمين بالتعويض على سبيل التضامن فيما بينهم،[884] ويكون الحق للمضرور في أن يرجع على المتضامنين معه، كل منهم بمقدار نصيبه في التعويض.

---

[881]: د. محمد محمد أبو زيد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة، ص102-103.

[882] : Ph. le tourneau, L. cadiet, op. cit, n° 949, P.274.

[883]: راجع: المادة 217 ق.م.ج، ويقابلها المادة 279 ق.م.م.

[884]: طبقا للمادة 126 ق.م.ج، بموجب القانون 05-10: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض". المقابلة للمادة 169 ق.م.م. أما في فرنسا فلا يوجد نص على التضامن في المسؤولية التقصيرية إلا في مسؤولية الأبوين عن الضرر الذي يحدثه أبناءهما القصر الساكنون معهما، طبقا لقانون 1970/6/04. أما في غير هذه الحالة فقد اضطر القضاء الفرنسي إلى ابتكار فكرة التضامم =(Insoludum) في المسؤولية التقصيرية، وهو ما يساوي التضامن فيما يتعلق بمسؤولية المتعددين، وإن كان يختلف في أن المتضامنين ينوب بعضهم عن بعض فيما ينفعهم لا فيما يضرهم؛ بينما المتضامـنون لا يمثل بعضهم بعضاً لا فيما ينفعهم ولا فيما يضرهم. ويشترط لقيام التضامن: 1- تعدد الأخطاء من مسؤولين متعددين، 2- وحدة الضرر، الذي أحدثه كل واحد منهم، 3- رابطة سببية

ويثور التساءل عن مدى جواز احتجـاج الغيـر بالخطأ المفترض للطبيب لدفع مسؤوليته، ولا خلاف في أن افتراض الخطأ في جانب الطبيب إنما يقرر لمصلحة المضرور وحده، فلا يستطيع غيره أن يحتج به. وبالتالي، فإنه في حالة اشتراك خطأ الغير مع خطأ الطبيب -حالَ كون خطأ الطبيب مفترضاً-، لم يجز له -أي للغير- أن يحتج به.[885]

3. فعل الغيـر والتأمين من المسؤوليـة:

هل يمكن أن يؤثر التأمين من المسؤولية على "فعل الغير" كدفع يدفع به الطبيب مسؤوليته؟ من المقرر أن القواعد العامة لا تقبل ذلك، ولكن إذا كان ذلك هو ما ينبغي التسليم به في نطاق علاقة لا تشمل سوى الطبيب والمريض، فإننا نظن أنه في ظل وجود ذمة مالية جماعية تتمثل في المُؤمن -شركة التأمين-، فإنه يجب ألاّ يحول فعل الغير دون جبر الضرر الذي حاق بالمريض.

سندنا في ذلك، هو أن ذلك الدور الذي ينبغي أن يلعبه التأمين من المسؤولية باعتباره أساسا للمسؤولية، فالهدف الأساسي للمسؤولية هو تعويض المضرور، فتأمين المسؤولية يساهم إلى حد كبير في سد النقص في الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية دون أن يكون بديلاً عنها، وإنما يعمل إلى جوارها.[886]

ولعلّ قناعة المشرع الفرنسي بهذا الدور للتأمين من المسؤولية هو الذي دفعه إلى أن يخرج عن القواعد العامة في المسؤولية؛ التي تقر فعل الغير كسبب أجنبي معفٍ من المسؤولية، وذلك حين نص في المادة الثانية من قانون 05 يوليو 1985 بخصوص حوادث السيارات، على أنه لا يجوز الاحتجاج في مواجهة المضرور بفعل الغير سواءً من قائد السيارة أو حارسها.[887]

وهو ما يؤكد اتجاه المشرع نحو تجاوز القواعد التقليدية في المسؤولية، واعتناق قاعدة جديدة، هي ضرورة تعويض المضرور مطلقاً. ولم يكن لهذا المشرع أن ينجح في ذلك لو لم يجعل التأمين من المسؤولية إجبارياً في حوادث السيارات.

مباشرة بين أخطاء المسؤولين والضرر برمته. راجع: د. علي علي سليمان، نظرية الالتزام، ص198 وما يليها، ود. عادل جبري، المرجع السابق، ص514 وما بعدها.

[885]، : راجع: د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، ص166 وما يليها.

[886]: راجع: د. محسن عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص121.

[887] : V. Contagrel, l'indemnisation par l'assureur de responsabilité civile de la victime décédée accidentellement, 1993, P.91 et s : أشار إليه د.أشرف جابر، المرجع السابق، ص169

وعليـه، يرى البعض أن المريض الذي يقع ضحيةَ المخاطر المرتبطة بالنشاط الطبي ليس أقل جدارةً بالتعويض من ضحية حوادث السيارات، فإذا كان كلاهما قد أصابه ضرر غير مستحق، إلا أن المريض قد أتاه الضرر من حيث يرجو الشفاء، وليس القصد ههنا المفاضلة بينهما بقدر التأكيد على أن علة النص السابق، وهي وجود تأمين من المسؤولية، متحققة بخصوص تعويض المريض، فمتى تقرر نظام التأمين من المسؤولية الطبية، تعين تطبيق ذات الحكم باستبعاد فعل الغير كسبب أجنبي نافٍ لمسؤولية الطبيب المؤمن له.[888]

[888] : د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص169.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية الطبية المدنية في الفقه الإسلامي

لا يجب الضمان أو المسؤولية في المجال الطبي إلا إذا توافرت أركانه؛ من تعدي، وضرر، وإفضاءٍ للفعل إلى الضرر. والأركان جمع ركن، والركن في اللغة الأساس، وفي الاصطلاح، هو ما يتوقف على وجوده وجود الشيء، وعلى عدمه العدم، وهو داخل في ماهيته. والأركان عادةً تحتاج إلى شروط تكملها، والشروط جمع شرط، والشرط في اللغة العلامة اللازمة، وفي الاصطلاح، هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجاً عن حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء.[889] وسنفصل ذلك في مطلبين اثنين:

المطـلب الأول: موجبات التعويض في المجال الطبي في الفقه الإسلامي

موجبات الضمان ثلاث، التعدي، والضرر، والإفضاء، وفيما يلي بيان ذلك في ثلاثة فروع كالآتي:

الفـرع الأول: التـعـدي :

أولا: تعريـف التعـدي

لم يلتزم فقهاء الشريعة الإسلامية التعبير بلفظ "الخطأ" كموجبٍ للضمان؛ لأنّ للخطأ عندهم مدلولاً يختلف عن مدلوله عند القانونيين،[890] وإنما يعبرون عنه في الغالب بلفظ "التعدي". وقد يعبرون عنه أحياناً بألفاظ أخرى؛ كالتقصير والإهمال والتفريط وعدم التحرز أو الاحتياط. وإن كانت هذه الألفاظ في مجموعها لا تخرج عندهم عن لفظ التعدي في مدلوله اللغوي والاصطلاحي.

1. تعريف التعدي لغـةً :

إذ يراد بالتعدي في اللغة: الظلم و مجاوزة الحد أو القدر أو الحق. يقال عدا فلانٌ عدوا وعدوانا واعتداءًا وتعديا، إذا ظلمه ظلما مجاوزا للحد، والعادي هو الظالم. وفي معنى تجاوز الحد في

---

[889]: د.عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 59 .

[890]: إذا أطلق الخطأ عند فقهاء الشريعة فإنه ينصرف غالبا إلى ما يقابل العمد. يقول الإمام القرطبي في تفسير قوله تعالى: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ» الآية 92 من سورة النساء : "وجـوه الخطأ كثيرة لا تحصى يربطها عـدم القصد...": الجامع لأحكام القرآن: 313/5. ويتعرض فقهاء الشريعة للتمييز ين العمد والخطأ في مبحث أوجه القتل، غير أنهم لا يفرقون بينها في نطاق ضمان الأموال وتغريم المتلفات ومنها الجناية على النفس أو ما دونها. راجع: حق التعويض المدني، ص 43-44.

الشيء قال تعالى: «وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا»[سورة البقرة، الآية 190] ، وفي مجاوزة الشيء إلى غيره قال جلّ شأنه : «تلك حدود الله فلا تعتدوها»»[سورة البقرة، الآية 239] ° أي لا تجاوزوها إلى غيرها، وقال عز من قائلٍ: «فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون»»[سورة المؤمنون، الآية 07] ؛ أي المتجاوزون ما حد لهم وما أمروا به.[891]

2-تعريفـه اصطلاحـاً :

لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ التعدي في الاصطلاح عن معناه في اللغة،[892] بيد أنّ منهم من أطلق التعدي بمعنى مجاوزة الحد أو الحق دون تقييد[893]، ومنهم من قيد المجـاوزة بغير المشروع، أو بما ينبغي أن يقتصر عليه.[894] وبناءً عليه، عرفـه البعض بأنه" مجـاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة".[895]

وظاهر أن تعريفات التعدي هذه لا تخرج في مجموعها عن معنى يتسع في شموله لكافة أوجه التعدي، سواء أحدثت عن طريق العمد أو الإهمال أو التفريط أو عدم الاحتراز والاحتياط.

وبناء على ما سبق، فالتعدي هو الاعتداء على حق الغير أو الاعتداء على الغير، والتعدي المقصود هنا: هو إتيان الطبيب فعلا محظورا، سواء أكان ذلك إيجابا وسلبا، عمدا أو خطأ، مباشرة أو تسببا. ولا شك أن التعبير الشرعي للفظ التعدي أولى وأدق من التعبير القانوني للفظ الخطأ؛ فالتعدي يشمل العمد والخطأ، ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما. فالتعدي الإيجابي؛ كأن يقوم الطبيب بقتل المريض، أو بتر أحد أعضائه، أو إتلاف أحد منافعه. أما التعدي السلبي، فيتمثل في الترك؛ كرفض الطبيب معالجة المريض أو إسعافه، ويترتب على ذلك إزهاق روحه أو تفاقم حالته سـوءاً.[896]

---

[891]: راجع: ابن منظور، لسان العرب: 33/15، والفيومي، المصباح المنير: 397/2، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص1688؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: 233/12.

[892]: فيستعمل بمعنى الاعتداء على حق الغير وهو موضوع بحثنا، وبمعنى انتقال الحكم إلى محل آخر؛ كتعدي العلة، والتعدي في الحرمة، وغير ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية: 233/12.

[893]: راجع: الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: 107/12، والإمام ابن العربي، أحكام القرآن: 155/3.

[894]: راجع: شهاب الدين الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: 179/6، والإمام فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير: 12/5، على التوالي.

[895]: د.فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، ص 189 .

[896]: راجع: د.حسان شمس باشا ، ود.محمد علي البار، ص 75.

أشار بعض العلماء[897] إلى أن التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييـز بينهما، الأول هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم، والثاني هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حقوق الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول (التجاوز) هو المقصود هنا في هذا المقام، وهو شرط أساسي في مسؤولية كلٍ من المباشر والمتسبب على حد سواء. ولا يشترط لمسؤولية المتعدي بالضرورة أن يكون متعمدا؛ أي قاصدا للإضرار، بل يستوي عند وجود التعدي الخطأ و العمد.[898]

أما التعدي بالمعنى الثاني (وهو العمل المحظور شرعاً) فليس بشرط للمسؤولية في كلٍ من المباشر والمتسبب، بعد توافر التعدي بمعنى التجاوز إلى حق الغير أو ماله المعصوم؛ فقد يتحقق التعدي بهذا المعنى ولا يكون الفعل محظوراً شرعا، بل قد يكون واجباً ويثبت معه الضمان. وذلك مثل الاضطرار إلى أكل طعام غيره بلا إذن لدفع الهلاك عن نفسه، فإنه جائز، بل واجب، لكنه لا ينفي الضمان؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير. وكذا لو أتى فعلا غير إرادي مما لا يوصف بالجواز أو الحظر؛ كما لو زلق إنسان أو أُغمي عليه فوقع على مال غيره فأتلفه، فإنه ضامن وإن لم يأت عملا محظورا. فهنا قد توافر التعدي بالمعنى الأول (التجاوز إلى حق معصوم) لا بالمعنى الثاني (عدم الجواز الشرعي).[899]

والتعدي بمعناه السابق يتمثل في الواقعة الضارة التي أحدثت الضرر، سواء أكانت هذه الواقعة إراديةً بالإيجاب أم بالسلب[900] - أي الامتناع- وهذه الواقعـة لا تخرج عن سببين، هما مخالفة العقـد أو الإتـلاف.

---

[897]: علامة الشام مصطفى أحمد الزرقا.

[898]: قال مالك رحمه الله :" وإنّ ما أخطأ به الطبيب، أو تعدى، إذا لم يتعمد ذلك ففيه العقل[أي الدية]": الموطأ، باب عقل الجراح في الخطأ، ص 614.

[899]: راجع : الفعل الضار والضمان فيه، ص 78-79.

[900]: وذلك لأنّ من أمكنه إنقاذ إنسان من الهلاك،بأن كان عنده فضل طعام، فلم يفعل حتى مات، فعند الحنفية والشافعية والحنابلة – عدا أبي الخطاب- لا ضمـان على الممتنع؛ لأنه لم يهلكه ولم يحدث فيه فعلاً مهلكاً، لكنه يأثم. وهذا الحكم عند الحنابلة والشافعية إذا كان المضطر لم يطلب المساعدة، أما إذا طلبها فمنع حتى مات، فإنه يضمن في هذه الحالة؛ لأن منعه من ذلك كان سببا في هلاكه، فضمنه بفعله الذي تعدى به. وعند المالكيـة، وأبي الخطاب، يضمن دية خطأ إن تأول في المنع وإلا اقتص منه؛ لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه. وأدخل الدسوقي في المضطر حتى غير الآدمي، وقاس على فضل الطعام فضلَ اللباس والركوب. وفـرق الحنفيـة بين الطعـام أو الشراب المباح (العام) وبين المحرز المملوك، فقالوا: "فليس للذي يخاف الهلاك من العطش أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع، ولكن يأخذ منه فيقاتله على ذلك بغير سلاح، وكذلك في الطعام لأنه ملك محرز لصاحبه. ولهذا كان الآخذُ ضامناً له، فإذا جاز له =أخذه لحاجته، فالمانع يكون دافعاً عن ماله. وقال عليه الصلاة والسلام: "من قُتِلَ دون مالِهِ فهو شهيد"[متفق عليه:صحيح

وقد تكون الواقعـة الضارة غير إراديـة؛ أي لا إرادة لمن يسند إليه الفعل؛ كتلف حدث في يـدِ ضمـانٍ؛ نتيجـةَ فعلٍ لا يد لصاحب الضمان فيـه. والواقعة الضارة إراديةً كانت أم غير إرادية تستوجب الضمـان في الفقه الإسلامي، ذلك لأن العبرة –كما سيأتي بيانه[901]- هو تحقق الضرر، بغض النظر عن كون هذا الضرر نتيجةَ خطإٍ أم لا.

ثانيـاً: أنـواع التعـدي

ينقسم التعدي؛ الذي يوجب الضمان عما ينشأ عنه من ضررٍ، من الناحية المدنية إلى قسمين رئيسين: هما التعدي بالمباشرة، والتعدي بالتسبب :

ن ضابط التفرقـة بينهما:

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بوجوب ضمان الضرر، بين ما إذا نتج الضرر عن الفعل الضار مباشرةً[902] كان أم تسبباً[903]، ثم يؤسسون على ذلك حكْماً على قدرٍ من الأهمية، حيث يقررون أنه في حالة حدوث الضرر عن طريق المباشرة، فإن محدث هذا الضرر يضمنه في كل الأحوال؛ سواء تعدى أم لم يتعد-مثل الأفعال اللاإرادية الموجبة للضمان-، أما إذا حدث الضرر بالتسبب، فلا يضمن إلا بالتعـدي؛ سواء أكان في صورة العمد أو القصد بالنسبة للمتسبب، وإهماله و عدم تحرزه.

وبناءً عليـه، يمكن القول في عبارة موجزة: يشترط لوجوب الضمان أن تكون المباشـرة

البخاري، كتاب :المظالم والغصب، رقم 2348: 877/2؛ و صحيح مسلم، كتاب: الإيمان؛ رقم 62: 124/1] فكيف يقاتِل من إذا قتله كان شهيداً على لسان رسول الله ε. فأما البئر مباح غير مملوك لصاحب البئر فلا يكون هو في المنع دافعاً عن ملكه، ولكنه مانع عن المضطر حقه فكان له أن يقاتله بالسلاح، وللأول أن يقاتل بما دون السلاح؛ لأن صاحب الماء مأمور بأن يدفع إليه بقدر ما يدفع به الضرورة عنه، فهو في المنع مرتكب ما لا يحل، فيؤدبه على ذلك بغير سلاح". راجع: السرخسي، المبسوط: 166/23؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : 373/2؛ مغني المحتاج:309/4، البهوتي، شرح منتهى الإرادات: 298/2؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: 204/11 بتصرف.

[901]: راجع: الفرع الثاني من هذا المطلب، 257.

[902]: مباشرة الأمور أن تليها بنفسك: مختار الصحاح: 22/1، ومنه-كما ذكر ابن منظور- باشر الرجل امرأته مباشرة وبشارا، كان معها في ثوب واحد فوليت بشرته بشرتها: لسان العرب: 61/4.

[903]: التسبب من السبب. والسبب الحبل، وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور؛ فيقال هذا سبب هذا، وهذا مسبب هذا. راجع: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي:262/1 ؛ وجاء في لسان العرب : وجعلت فلانا لي سبباً إلى فلان في حاجتي وودجاً؛ أي وصلة و ذريعة: 458/1.

بإطلاق، والتسبب مع التعدي[904]. وأخطأ بعض الباحثين إذ أناط التعمد بالتسبب، اعتماداً على مجلة الأحكام العدلية؛ حيث تضمنت في المادة 93 قاعدة مفادها "المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد". وتعقّب ذلك العلامة مصطفى الزرقا بقوله أنه يراد بلفظ "التعمد" معنى "التعدي" لا معنى القصد، ومع ذلك فهو تعبير غير سديد لا سيما في قاعدة؛ لأنه موهم. وأيد كلامه بأن التعدي هو أساس التضمين في حالتي المباشرة والتسبب على حد سواءٍ، بغض النظر عن التعمد أو الخطأ.[905]

وهذا صحيح، فإن ربط الضمان بالتعدي هو الذي جرى عليه الفقهاء من القديم، ومن عباراتهم الكثيرة الدوران في مناسبات التعليل قولهم: "الضمان على من تعدى"[906]، "الضمان على المتعدي"[907]، و"الضمان بالتعدي"[908]، و"الضمان منوطٌ بالتعدي"[909]. [910]

وعلى ذلك، فإن معيار التمييز بين التعدي بالمباشرة والتعدي بالتسبب يكمن في تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر الموجب للضمان في الفقه الإسلامي. فالتعدي بالمباشرة يتحقق حينما يحدث الضرر عادةً نتيجةً مباشرةً لما باشره المعتدي من فعل، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر؛ يتسبب عنه الضرر. أما التعدي بطريق التسبب فيتحقق حينما يحصل الضرر، ليس عن فعل الشخص ذاته، وإنما عن أمرٍ آخر يفصل بين فعله و الضرر.[911]

ثالثـا: معيـار أو ضابط التعـدي

قال العلامة عبد الرزاق السنهوري رحمه الله:" الظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي، كما هو في الفقه الغربي، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد. فمعياره موضوعي لا ذاتي، كما

---

[904]: راجع: الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص58 و ما يليها، د.عادل جبري، المفهوم القانوني لرابطة السببية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص222.

[905]: راجع: المدخل الفقهي العام:1047/2 ، بند 90/81.

[906]:مصنف عبد الرزاق: 252/8، باب ضمان المقارض إذا تعدى، ولمن الربح.

[907]: راجع: ابن قدامة، المغني: 292/5 ، و ابن مفلح، المبدع: 96/5، الكاساني، بدائع الصنائع: 274/7، وحيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الحكام: 234/2.

[908]: راجع: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني: 271/2، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (الحطاب)، مواهب الجليل، 265/5، أحمد بن محمد الحموي ، غمز عيون البصائر: 308/1، عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 150/6.

[909]: شرح الزركشي على مختصر الخِرقي: 301/2.

[910]: د.علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي :342/1-343.

[911]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 58 ، و د.عادل جبري، المرجع السابق، ص 222 وما يليها.

هو شأن سائر المعايير في الفقه الإسلامي، فالعبرة إذن في قياس السلوك المألوف بين الناس، فما خرج عن المعتاد، كان انحرافاً يحقق المسؤولية، وما كان معتاداً، لا يكون تعدياً؛ وبالتالي، فلا يكون سبباً للضمـان".[912]

وبناءً عليه، يعتبر الطبيب متعدياً إذا تصرف تصرفاً ليس من عادة أهل فن الطب أن يفعلوه، سواء تعلق الأمر بدرجة العناية اللازمة أو الحيطة والتبصر و الحذر.

وفي المقابل، ذهب البعض[913] إلى أن فقهاء الشريعة اعتنوا بتعريف التعدي في معناه اللغوي والاصطلاحي، إلا أنهم لم ينصوا صراحةً على معياره أو ضابطه، ولكن ليس معنى ذلك أنه لا وجود لفكرته -أي ضابط التعدي- في الشريعـة؛ فمن المقرر أن الحاكم على أفعال العباد هو الشارع سبحانه وتعالى- أوالمشرع بلغة القانونيين- دون سواه.

وبناءً عليه، فإن معرفة حـد مجاوزة مـا يجوز إلى ما لا يجوز، إنما يرجع أصلاً إلى الشارع في الأحوال التي ينص فيها على مشروعية الأفعال. وفي الأحوال التي يسكت فيها الشارع الحكيم عن بيان حكم مسألةٍ أو لم يرسم حدوداً لها، لحكمةٍ مـا؛ فلم يعلم له ضابطٌ في الشرع، ولا في أصل اللغة، يرجع فيه إلى العرف.[914]

حيث يقصد بالعرف الذي يجب مراعاته هو العرف الصحيح، وليس العرف الفاسد الذي يناقض نصاً من نصوص الشريعة أو أصلاً من أصولها، سواء أكان هذا المألوف عرفاً عامـاً؛ وهو الذي يتفق عليه الناس في كل الأمصـار، أم عرفاً خاصـاً؛ وهو الذي يسود في بلد من البلدان، أو لدى طائفـة من الناس ؛ كعرف التجار أو الزراع أو الأطباء ونحو ذلك. وعليه، فكل ما يراه الناس أو المسلمون تجاوزاً للمألوف – بالضوابط السابقة الذكر – يعد معياراً للتعدي.

والتوفيق بين الرأيين يقتضي القول، إن الفقهاء على فرض أنهم لم ينصوا صراحة على ضابط للتعدي بصفة عامـة -ما عدا المجال الطبي- إلا أنه يستشف من خلال استقراء نصوصهم أن هذا الضابط كان ماثلاً في أذهانهم، وربما من شدة وضوحه أنه لم تدعهم الحاجة إلى بيانه. ومن أمثلة ما ورد في فروعهم يؤيد ذلك ما يلي: " قالوا هذا [أي يضمن] إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عـادةً، أما إذا رش ماء قليلاً كما في المُعتـاد والظاهـر أنه لا يزلق به عـادةً لا

---

[912]: راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 149/6.

[913]: د. محمد فتح الله النشار: التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، ص146 وما يليها.

[914]: وذلك كما سبق بيانه في المطلب الخامس حول خصائص التشريع الإسلامي، في الفصل الثاني من الباب التمهيدي لهذه الأطروحة.

يضمن".[915] و"كما لو وضع تراباً في الطريق يطّين به سطحـه-مثلاً- وقد خالف العـادة، فإنه يضمن من يزلق بـه".[916]

ولعلّ هذا ما دفع بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف التعدي بأنـه "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعـاً، أو عرفـاً أو عـادةً ".[917]

أما ضابط التعدي في المجال الطبي فقد أشار إلى ذلك غير ما أحدٍ من الفقهاء، إذ يتمثل في عدم خروج الطبيب عن فعل مثلـه من الأطباء، فإن خرجت أعماله عن الرسم المعتاد اعتبر ضامنـاً؛[918] كمن يطّبب المريض بغير إذنـه، أو يتجاوز الموضع المطلوب جراحته فيستأصل عضوا صحيحا، أو يستعمل آلة يكثر ألمها مع وجود بديل أفضل منها، أو يباشر الجراحة في وقت لا يصلح لذلك من غير ضرورة؛ كالحر أو البرد المُفْرِطَين، أو في حال ضعف المريض، أو يكون منه تقصير في التطبيب يفضي إلى الإتلاف، فلا شك في تعدي الطبيب في مثل هذه الصور ونظيرها، وإن كان حاذقا أو ماهرا في صناعة الطب، مأذونا له في ذلك[919]. ويسمي العلامة ابن القيم[920] - رحمه الله- هذا النوع جناية خطأ، تستوجب الضمان[921]، حيث كشف عن قاعدة جليلة في

---

[915]: علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي: 192/4.

[916]: محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: 357/7.

[917]: د.فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون، ص 189.، و د.محمد فاروق بدوي العكام، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1977، ص 77، ود.صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص175: أشار إلى ذلك د.عادل جبري، المرجع السابق، ص 222.

[918]: قال اللخمي:إذا قطع في الوضع المعتاد فمات لم يكن عليه شيء، وإن زاد على ذلك يسيرا ووقع القطع فيما قارب كان خطأً، وإن زاد على ذلك فيما لا يشك فيه أن ذلك عمد كان فيه القصاص: محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل: 15/8، قال عبدالله بن أحمد النسفي حافظ الدين أبو البركات صاحب كنز الدقائق: ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد: ابن نجيم؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 33/8.وقال الخطابي: لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى، فتلف المريض كان ضامنا: ابن القيم ؛ الطب النبوي، ص 80. وقال الشافعي: "فَإِنْ كان فَعلَ ما يفْعلُ مِثْلُه مِما فيه الصلاح لِلْمفْعول بِهِ عِند أهل الْعِلْمِ بِتِلْك الصناعةِ فَلا ضمانَ عليه وإِنْ كان فَعلَ ما لا يفْعلُ مِثْلُه من أَراد الصلاح وكان عالِما بِهِ فَهو ضامِن ولَه أَجر ما عمِلَ في الْحالَينِ في السلامةِ والْعطَبِ": الأم: 172/6.

[919]: راجع: د.عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، ص 63؛ د.محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص 580، د.أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، ص 48، شرح الخرشي على مختصر خليل: 15/8.

[920]: هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير، الزرعي، الدمشقي الحنبلي، أبو عبد الله ، وتسميته بابن القيم نسبة إلى أبيه الذي كان قيماً على مدرسة الجوزية، برع في جميع العلوم، وفاق الأقران حتى عده الشوكاني ـ رحمه الله ـ مجتهداً مطلقاً، ثم ذكر أنه غلب عليه حب شيخه ابن تيمية ـ رحمه الله ـ حتى كان لا يخرج عن شيء من أقواله، له تصانيف كثيرة نافعة ـ توفي سنة 751هـ . انظر : البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، للشوكاني : 143/2.

[921]: راجع: زاد المعاد: 140/4، والطب النبوي، ص 81.

معرض حديثه عن الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فقال: "وقاعدة الباب إجماعاً ونزاعاً: أن سراية الجنايـة مضمونةٌ بالاتفاق، وسراية الواجـب مهدرةٌ بالاتفاق، وما بينهما ففيه النزاع. فأبو حنيفة أوجب ضمانه مطلقاً، وأحمد ومالك أهدرا ضمانه، وفرق الشافعي بين المقدر فأهدر ضمانه، وبين غير المقدر فأوجب ضمانه. فأبو حنيفة نظر إلى أن الإذن في الفعل إنما وقع مشروطاً بالسلامة، وأحمد ومالك نظرا إلى أن الإذن أسقط الضمان، والشافعي نظر إلى أن المقدر لا يمكن النقصان منه، فهو بمنزلة النص، وأما غير المقدرات؛ كالتعزيزات والتأديبات، فاجتهادية، فإذا تلف بها، ضمن؛ لأنه في مظنة العدوان".[922]

رابعـاً: إثبـات تعدي الطبيب

لا تقبل دعوى المريض ضد الطبيب، متهماً إياه بالتعدي، مجردةً من أي دليل، بل لا بد أن يقدم ما يثبت دعواه من من أدلة و براهين تدل على أن الطبيب قد ارتكب ما يوجب مساءلته، قال تعالى: «قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين»[923]، و قال صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماءَ رجالٍ وأموالَهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"،[924] وفي رواية أخرى: "ولكن البينة على المدعِي، و اليمين على من أنكر".[925]

فبينت الشريعة الإسلامية من خلال نصوصها المتضافرة، التي تشكل قاعدة عامة، تقتضي عدم قبول الدعاوى المجردة من أي دليل، إذ في قبولها ذريعةٌ للاعتداء على دماء الناس وأعراضهم وأموالهم، وهذا يتعارض مع المقاصد الشرعية الضرورية التي جاءت الشريعة بحفظها ورعايتها.

وبناء على ما تقدم، فإن المريض أو نائبه إذا ادعى ما يوجب مسؤولية الطبيب، وأنكر الطبيب صحة تلك الدعوى، يتعين على المدعي إبراز ما لديه من الأدلة الواضحة؛ لإثبات تسبب الطبيب في ضرره، وإلا فلا مسؤولية على الطبيب. و في المقابل لو ادعى الطبيب أن ما أصاب المريض من ضرر، كان نتيجةً لسبب أجنبي لا يـد له فيه، أو لخطأ المريض نفسه، وأنكر ذلك

---

[922]: الطب النبوي، ص 80.

[923]: سورة النمل، الآية 64.

[924]: صحيح ابن حبان، كتاب الدعوى، باب ذكر ما يجب على المدعى عليه عند عدم بينة المدعي بما يدعي: 477/11، البيهقي في السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب، باب اختلاف المتبايعين رقم 10585: 331/5، وسنن الدارقطني، كتاب الوصايا، باب خبر الواحد يوجب العمل: 157/4.

[925]: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم 20990: 252/10.

المدعى عليه، فإنه يتعين على الطبيب أيضاً إقامـة الدليل على ما يدعيه لإثبات صحـة دعواه.[926]

فالبينة في الدعاوى عموماً على المدعي، و اليمين على المدعى عليه، وعلى هذا أجمع أهل العلم[927]؛ وهي مسألة يتفق فيها القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي، حيث يتعين عبء الإثبات على المدعي كأصل عام؛ وذلك بإثبات خطأ المعتدي، ووقوع الضرر.[928]

فإذا كان الخطأ عقدياً، فالظاهر في الفقه الإسلامي أنه يجب التمييز في يد المدين بين ما إذا كانت يد ضمـانٍ، فيقع عليه إثبات أنه قام بالتزامه وهو التزام بتحقيق غاية، وبين ما إذا كانت يد أمانـةٍ، فيقع على الدائن عبء إثبات أن المدين، لم يبذل العناية الواجبة؛ بمقتضى التزامه ببذل عنايـة.[929]

وإذا كان الخطأ تقصيرياً، يبدو، وفقاً للقواعد العامة للإثبات، أن على المدعِي إثبات خطأ المتعدِي (المدعى عليه)، وذلك بإثبات حصول الضرر من جهة، وإسناد سببه إلى المدعى عليه من جهة أخرى.

وبناءً على هذا التحليل، إذا رفع المدعي دعواه، فإن القاضي، بعد أن يطلب من المدعي أن يبين دعواه، يسأل المدعى عليه، فإن أقر به ثبت بإقراره الحق الذي يدعيه المدعي و صدر الحكم به. وإذا أنكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي، طلب القاضي من المدعي أن يقدم بينته التي يثبت بها ما يدعيه؛ كالشهود العدول مثلا، فإن قدم البينة، ثبتت الدعوى و صدر الحكم بها، و إن عجز المدعِي عن تقديم البينة، عرض عليه القاضي حق تحليف خصمه اليمين، فإن طلب تحليفه وحلف المدعى عليه، رد القاضي الدعوى. وإن نكل المدعى عليه عن اليمين اعتبر ذلك إقراراً ضمناً، وثبت عليه الحق الذي يدعيه المدعِي، وصدر الحكم به، إما بمجرد نكوله أو بعد رد اليمين على المدعي.[930]

---

[926]: راجع: عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية-دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين المعاصرة (رسالة جامعية) ص 267-268.

[927]: ابن المنذر محمد بن ابراهيم، الإجماع، ص 62.

[928]: راجع: د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص 270.

[929]: د.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 152/6.

[930]: راجع: د.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 133.

فوسائل إثبات الدعوى في الفقه الإسلامي كثيرة جداً، بعضها مختلف فيه؛ مثل علم القاضي، القرائن، القسامة، القيافة، والقرعة، وبعضها متفق عليه؛ كالإقرار، الشهادة، واليمين والنكول عنها، وهي بلا ريب أكبر من أن تحيط بها حدود هذه الدراسة. لذلك، أرى من المناسب أن أسلط الضوء على ما يلائم الدعاوى الطبية المعاصرة من وسائل الإثبات، في جانبها أو ذيلها المدني[931]، وذلك كما يلي:

1. الإقـرار:[932]

الإقرار هو الإذعان للحق و الاعتراف به.[933] وعند الفقهاء[934] هو إخبار بثبوت حق للغير على المُخبر، حال كونه عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه أو مفلس إذا تعلق الإقرار بحق مالي، سواء كان لفظا أو كتابة أو إشارة معلومة لمن لا يحسن غيرها كالأخرس. فالإخبار هو قيد خرج به الإنشاء عند جمهور الفقهاء ماعدا الحنفية[935]، ولا يقبل الإقرار من مجنون أو صبي أو مكره، ويصح إقرار السفيه والمفلس بالحد والقصاص؛ لأنه غير متهم، دون إقراره بالمال؛ فإن السفيه متهم بعدم أهليته في التصرف بالمال، وإن المحجور عليه بإفلاسه متهم في تأثيره على حق الغير كالدائنين. ويستوي أن يكون الإقرار باللفظ الصريح أو تقديمه مكتوباً إلى مجلس القضاء، أو بالإشارة المتداولة عرفًا التي ليس فيها شك في الدلالة على مقصودها، وتتعين في حق الأخرس.

والإقرار هو حجة قاصرة على المُقِر، يؤخذ به ويحكم عليه بمقتضاه، ويعتبر أقوى وسيلة من وسائل الإثبات، فـ"الإلزام بالإقرار أشد أسباب الحكم وأقوى من البينة؛ لأن الحكم بالإقرار مقطوع به، بينما الحكم بالبينة مظنون فيه"؛[936] وقد أُطلق عليه سيد الأدلة ؛ لأنه اعتراف من الجاني على نفسه، وهو أعلم بها من غيره. ذلك أن الجاني؛ بوصفه طبيباً مثلا، إذا شهد على نفسه بما يوجب الضرر بها، غالباً ما يكون صادقا في شهادته على نفسه، وهو أعلم من غيره بحقيقة فعله،

---

[931]: أشرت إلى الدعوى المدنية الأصلية بالجانب، وبالدعوى المدنية التبعية؛ أي التابعة لدعوى أخرى؛ جنائية كانت أم إدارية، بالذيل وأرجو أن أكون موفقاً في هذا التعبير.

[932]: راجع: د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي و المسؤولية الطبية، ص 284-285، عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ص171-172، ود.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ص 135 وما يليها.

[933]: لسـان العرب: 88/5.

[934]: راجع: الفتاوى الهندية: 156/4، مواهب الجليل: 216/5، نهاية المحتاج: 64/5، المهذب: 243/2، وكشاف القناع: 452/6.

[935]: قال السرخسي: "فإن الخبر قد يكون صدقا وقد يكون كذبا والإعلام والبشارة والإشهاد-أي الإنشاء- لا يكون إلا بما هو صدق": المبسوط: 20/18.

[936]: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 98/4؛ وقد عزاه إلى معين الحكام لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي الحنفي.

ومن ثم كان الإقرار الصادر حجة عليه. وفي حالة الإقرار يسقط عبء الإثبات عن المدعي، ليصير الإقرار حجة كاملة في ذاته، بمثابة النص في محل النزاع. ولا يصح الرجوع عن الإقرار بعد القضاء،[937] وذلك لأن القضاء بالإقرار يستند إلى العلم الحاصل بالإقرار. وفي ذلك يقول العلامة ابن فرحون[938] -رحمه الله-: لو أقر أحد الخصمين عند القاضي، فحكِم عليه مستندا لإقراره، وشهد شهود المجلس بذلك، ثم أنكـر أن يكون أقـر، أنفذ تلك المقالة على قائلها ولم يعذر إليه في شهادة شهودها؛ لكونها بين يديه وعلمه بها وقطعه بحقيقتها، ولا يفيد الخصم إنكاره، وهذا هو الأصح، وبه جرى الحكم والعمل.[939]

2- الشهـادة والاختلاف بينها وبين رأي الخبراء:

الشهادة في اللغـة: الإخبار أو البيان؛ أي القول الصادر عن علم حاصل بالمشاهدة، فهي إذن مشتقة من المشاهدة التي تنبىء عن المعاينة، وبها يقع البيان. وقد تطلق أيضا على الحلف، ومن ذلك قوله تعالى: «ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين»،[940] وتطلق أيضا على الحضور؛ ومن ذلك قوله تعالى:«وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود»،[941] وقوله جلّ شأنـه: «فمن شهد منكم الشهر فليصمه».[942]

أما الشهادة شرعـًا: فهي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة أو ما يقوم مقامها[943]؛ لإثبات حق على الغير.[944] وتسمى البينة؛ لأنها تبين ما في النفس و تكشف الحق فيما

---

[937]: يبدو أن الرجوع عن الإقرار قبل إصدارالحكم جائز، إذا تم تحت الإكراه مثلا، وإلا فلا. أمـا الرجوع عنه بعد إصدار الحكم فلا يجوز؛ لأن حجية الحكم المقضى به تمنع من ذلك، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بأنه يفضي إلى التسلسل و الدور و هو باطل، فباطل ما يؤدي إليه وهو الرجوع عن الحكم بعد إصداره.

[938]: هو القاضي برهان الدين إبراهيم بن علي المشهور بابن فرحون ، أحد كبار فقهاء المالكية ، ولد بالمدينة بعد السبعمائة بيسير ، وله مؤلفات كثيرة منها : تبصرة الحكام ، ودرر الغواص في محاضرة الخواص ، والديباج المذهب ، توفي ـ رحمه الله ـ سنة 799هـ . انظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص: 30 ، بدر الدين محمد بن يحي القرافي، وتوشيح الديباج وحلية الابتهاج ، ص : 45 ، تحقيق: أحمد الشتيوي.

[939]: راجع: تبصرة الحكام: 143/1.

[940]: سورة النور، الآية 08.

[941]: سورة البروج، الآية 07.

[942] : سورة البقرة، الآية 185.

[943]: حيث اشترط الحنفية أن يبدأ الشاهد بكلمة "أشهد" في مستهل شهادته، ولا يقوم غيرها مقامها؛ كقوله "أعلم" و "أتحقق"، و للمالكية قولان أظهرهما عدم الاشتراط، وإنما المدار فيهاعلى ما يدل على حصول علم الشاهد بما شهد به كرأيت كذا ، و سمعت كذا، أو أتحقق أن لهذا عند هذا كذا، فلا يشترط لأدائها صيغة معينة. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :282/6؛ وحاشية الدسوقي، على الشرح الكبير للدردير: 60/6.

اختلف فيه،[945] و"البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر"[946]. وهي فرض كفائي، ذلك أن الشريعة قاضيةٌ بأن من علم شيئا؛ من طبيب و غيره، وكان كتمانه -بلا عذر- يؤدي إلى حصول مفسدة و دفع مصلحة عامة أو خاصة، أنه يجب عليه إظهاره والإخبار به. وإن وظيفـة الشاهد هي النقل المجرد لما رآه أو سمعه، أما ترتيب المسببات على الأسباب (أي الاستنتاج) فهي من عمل الحاكم (أي قاضي الموضوع) ووظيفته،[947] الذي يتعين عليه الحكم بالحـق في القضية المعروضة، لأنه مأمور بذلك بنص الكتـاب في قولـه تعـالى:«فاحكُم بين الناس بالحق»،[948] والشهادة كما تشير الآيات الدالة على مشروعيتها،[949] تعتبر من الحق الذي يجب الحكم استناداً إليه.[950]

وفيما يخص فعل الطبيب فإنه لا يقبل أن تقدم شهادةٌ عليه من أشخاصٍ عاديين، غير عالمين بطبيعة العمل الطبي، إلا في حالة التدليل على عدم سابقة الإذن من المريض أو الولي، وإنما يعول في الشهادة على أهل الخبرة و الاختصاص؛ لبيان وضع العمل الذي قام به الطبيب، ومدى اتفاقه مع الأصول العلمية و الفنية المتفق على اتباعها في مهنة الطب.[951]

والمراد بشهادة أهل الخبرة، إخبار الخبير عن حقيقة أمرٍ لا يمكن التوصل إلى معرفته إلا عن طريق أهل الاختصاص. فحقيقة ما يعرض على جسم الإنسان من مرض، لا يتبينه ولا يحدد

---

[944]: و قد أوردت التعريف بصياغة خاصة على نحو ليشمل اتجاهي الفقهاء، و يبدو أن اشتراط الحنفية للفظ الشهادة أسلم، سدا لذريعة التلاعب بالألفاظ، فتضيع المعاني، وأن عدم اشتراط المالكية له -على أظهر القولين عندهم - أحكم، و ذلك لأنه يغلب المقاصد على الوسائل، وهو يتماشى مع القاعدة الفقهية المعروفة " العبرة في العقود المقاصد و المعاني، لا للألفاظ و المعاني". فإن اعترض على هذا بأن الشهادة ليست بعقد، أمكن القول بأن الشهادة تصرف شرعي(تصرف قانوني عند القانونيين)، فهي في حكم العقود. والأصل أن الشريعة لم تشترط لفظا خاصا لا في كتاب و لا سنة، ولهذا لم يتطرق لبحثها بعض الفقهاء، على أنه في كل الأحوال ينبغي للقاضي أن يتأكد من سلامة و دقة الشهادة المقدمة، وإن أتت بأي لفظٍ أو لسانٍ . والله تعالى أعلم.

[945]: انظر: الشيخ علي قرعة، الأصول القضائية، ص 144-145، أشار إليه د.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، ص 141.

[946]: د.علي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: 370/3؛ 669.

[947]: ابن أبي الدم، أدب القضاء، ص 353؛ 395: أشار إليه د.قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، المرجع السابق، ص 288.

[948]: سورة ص، الآية 38.

[949]: كقوله تعالى: « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجلٌ و امرءتان أن تضلّ إحداهما فتذكّر إحداهما الأُخرى»، و قوله تعالى: « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثمٌ قلبه » : سورة البقرة، الآيتان 282؛ 283 على التوالي.

[950]: راجع: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 282/6.

[951]: راجع: عبد الله بن سالم الغامدي، المرجع السابق، ص 275- 276.

حجمه وصفته و خطره إلا الطبيب المختص. وقد اشترط الفقهاء -رحمهم الله- الخبرة في الشهادة فقالوا: "يشترط في كل شاهد أن يكون عارفاً بما يتعلق به، ففي عيوب النساء يكون عالماً بالطب".[952]

فقد تشعبت العلوم والتخصصات في وقتنا، حتى بات يلقب بعصر التخصصات. والخبير هو كل شخص له دراية خاصة ومعرفة كاملة بمسألة من المسائل؛ سواء تعلقت بعلم الطب أوغيره، تستلزم أن يرجع إليه القاضي إذا أشكل عليه أمر؛ لمعرفة رأيه الفني الكاشف لمقتضى الحال. قال تعالى: «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون».[953]

وجاء في الطرق الحكمية[954] ما نصه:" وقد صرح الأصحاب أنه تقبل شهادة الرجل الواحد من غير يمين عند الحاجة، وهو الذي نقله الخرقي[955] في مختصره فقال: وتقبل شهادة الطبيب العدل في الموضحة[956] إذا لم يقدر على طبيبين، وكذلك البيطار في داء الدابة"، وورد في المنتقى شرح الموطأ[957] استخدام العارف والخبير في شرب الخمر للكشف عن شاربيها.

ويجوز قبول شهادة الخبير حتى لو كان غير عدل، أو غير مسلم عند الحاجة. فقد ذكر ابن فرحون-رحمه الله- في باب شهادة غير العدول للضرورة كلاماً بليغاً جامعاً للمسألة. ومما نقله عن بعض علماء المالكية[958]، أنه إذا كان الموضع لا عدول فيه، جاز الحكم بشهادة أمثالهم. وعليه،

---

[952]:حاشية قليوبي:327/4.

[953]: سورة النحل، الآية 43.

[954]: لابن قيم الجوزية، ص 123.

[955]: هو عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد، أبو القاسم، الخرقي، أحد أئمة المذهب الحنبلي، كان عالماً بارعاً في المذهب، وكان ذا دين وورع. له مصنفات كثيرة في المذهب لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه الذي شرحه جماعة من العلماء، منهم ابن قدامة في كتابه المغني. توفي -رحمه الله- سنة 334هـ: محمد بن أبي يعلى أبو الحسين، طبقات الحنابلة: 75/2، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة-بيروت د.ت.ن.

[956]: "الموضحة الشجة التي تبدي وضح العظم": مختار الصحاح: 302/1.

[957]: لسليمان بن خلف الباجي:142/3.

[958]: جاء في الذخيرة للقرافي في كتاب الأقضية نقلا عن أبي زيد القيرواني في النوادر، أنه قال: "وإذا جاز نصب الشهود فسقة؛ لأجل عموم الفساد، جاز التوسع في أحكام المظالم و الجرائم؛ لأجل كثرة فساد الزمان". واستطرد قائلا: "...أنا لا نشك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمنائهم لو كانوا في العصر الأول ما ولوا ولا حرج، وولايتهم حينئذٍ فسق ظن، ولأنهم فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسوق، فقد قال الحسن البصري-رحمه الله-: أدركت أقواما كانت نسبة أحدنا إليهم كنسبة البقلة إلى النخلة، وهذا زمان الحسن فكيف زماننا؛ فقد حسن ما كان قبيحا واتسع ما كان ضيقا واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، وبعضد ذلك من القواعد الأصلية أن الشرع وسع للموقع في النجاسة وفي زمن المطر في طينه وأصحاب القروح، وجوز ترك أركان الصلاة وشروطها إذا ضاقت الحال عن إقامتها، وكذلك كثير في الشرع " : 46/10.

أقمنا أصلحهم وأفلهم فجوراً للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم، رعاية للمصالح، فإن التكليف شرط في الإمكان، وهذا كله للضرورة؛ لئلا تنهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعطل الحدود؛ ولذلك أجازوا الحكم بقول الطبيب النصراني في العيوب وفي مقادير الجراح وتسميتهـا.[959]

ويبدو أن القول بجواز شهادة غير المسلم، حينما لا يوجد سواه، سائغٌ ومناسب لعصرنا الذي شهد تعامل المسلمين بغيرهم، نتيجة لسهولة الاتصالات و توافر وسائله. أما شهادة غير العـدل أو الفاسق تحديداً، فإنها جائزة بشرطٍ، في حال تعذّر وجود العدل، وإلاّ فلا تقبـل. وذلك لأن إسقاط شهادة الفاسق إنما كانت لكون الفسق مظنةَ كذبِ الفاسق لا سلب أهليته، فإذا علم كونه صادقاً فقد انتفت مظنة كذبه التي هي العلة في منع قبول شهادته، وإنما يعلم صدقُه مع فسقه بوجود قرائن[960] تدل على ذلك، وتبعث الاطمئنان على أنه صادق. أما تقدير القرائن الدالة على صدق الفاسق؛ فأمر متروك إلى القاضي حسب تقديره واجتهاده. ويعتبر هذا القول سائغاً، في حال غلبة الفسق على الناس، وتعذر إثبات عدالة الشاهد.[961] ويجوز شهادة المرأة، خصوصاً فيما لا يطلع عليه غيرهن؛ من ممرضات وقابلات وطبيبات، اللاتي يباشرن علاج المرضى وجراحتهم، وهن أولى بالنظر إلى عورات النساء المريضات من الرجال، إلا لضرورة.[962]

ويشترط ألاّ يكون الشاهد أجيراً عند المشهود عليه أو عاملاً تحت إشرافه؛ كالممرض بالنسبة للطبيب و الطبيب لأستاذه، فيكون عرضةً للاتهام بأنه استعمل شهادته لجلب منفعة أو دفع مضرة، وألاّ يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوةٌ أو تنافس، ولو كان عدلاً، على قول أكثر أهل العلم.[963]

---

[959]: راجع: تبصرة الحكام: 26/2.

[960]: جمع قرينة، والقرينة لغة مأخوذة من المقارنة والمصاحبة؛ كالقرن بين الحج و العمرة، والجمع بين التمرتين، ومنه ما يطلق على الزوجة قرينة، وعلى الزوج قرين. قال ابن سينا: وبعضها- أي الأحوال- لا يدل إلا بقرينة؛ مثل الخفقان: القانون في الطب:373/2.
جاء في المادة 1741 من المجلة: "الْقَرِينَةُ الْقَاطِعَةُ هِيَ الْأَمَارَةُ الْبَالِغَةُ حد الْيَقِينِ مَثَلًا إذَا خرج أحد مِن دار خَالِيَةٍ خَائِفًا مدهوشا وفي يدِهِ سِكين ملوثَةٌ بِالدمِ فَدخَلَ فِي الدارِ ورئِي فِيها شخص مذْبوح فِي ذَلِك الْوقْتِ قَلَّا يشتبه فِي كَونِهِ قَاتِلَ ذَلِك الشخص ولَا يلْتفَت إلَى الِاحتِمالَاتِ الْوهمِيةِ الصرفَةِ كَأَنْ يكُونَ ذَلِك الشخص الْمذْكُور ربما قَتلَ نفْسه": درر الحكام: 431/4. وقال الجرجاني بأنها : "أمر يشير إلى المطلوب": التعريفات: 223/1.

[961]:انظر: الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير: 4/ 88، مشار إليه عند د. عبد الكريم زيدان في نظام القضاء، ص 154-155.

[962]: راجع: التداوي والمسؤولية الطبية، ص292-293.

[963]: راجع: المرجع ذاته، ص 293، ونظام القضاء، ص 155 وما يليها.

تختلف الشهـادة عن رأي الخبـراء الفنيين كالأطباء من وجهين:

الوجه الأول: إن رأي الخبير الفني هو إخبار عن حقيقة علمية، يمكن أن تنطبق على أي إنسان وقعت له نفس الظروف والأحداث التي وقعت لذلك الطبيب و المريض، أما الشهادة فإنها تتعلق بالمريض نفسه وما حدث له في علاقته بالطبيب.

والوجه الثاني: يشترط في الشهادة أن تكون من اثنين على الأقل، أما الخبرة فإنه يكفي فيها قول خبير واحد؛ لانتفاء الشبهة، إذ لا يتصور منه معاداة جميع الخلق.[964]

ويحصل أن يتفق أهل الخبرة على تحديد نوع الحالة التي أمامهم، وفي هذه الحالة لا إشكال في قبول شهادتهم، واعتبارها بينة يستند إليها القضاء. أما إذا اختلفت شهادتهم على سبيل التضاد، وهذه الحالة لها احتمـالان:

الاحتمال الأول: أن يتساوى عدد الشهود في كل جانب، وذلك بأن يكون في جانب الطبيب شاهدان وفي جانب المريض شاهدان أيضاً. ففي هذه الحالة تلغى شهادة أهل الخبرة من الجانبين؛ لتساويها في العدد و تعارضها في الدلالة، فتتهاتر أو تتساقط ويعمل بالأصل، و هو السلامة وبراءة الذمة؛ لأنها الأصل المتيقّن، فلا يصح إثبات العيب بخلافه[965]. جاء في الفتاوى الهندية:" الْكَحالُ إذَا صب الدواءَ في عينِ رجلٍ فَذَهب ضوءُها لَا يضمن كَالْختان إلا إذَا عَلِطَ، فَإِنْ قال رجلَان إنه ليس بِأَهلٍ وهذَا من خرقٍ فَعلَه، وقال رجلَان هو أَهلٌ لَا يضمن".[966]

الاحتمال الثاني: أن ترجح كفة أحد الجانبين على الأخرى؛ وذلك كأن يكون الشهود في جانب الطبيب أكثر[967] منهم في جانب المريض، ففي هذه الحالة، يعتبر جانب الطبيب، وتلغى شهادة من كان بجانب المريض. والعكس صحيح، تعتبر شهادة المريض إذا كان الشهود في جانبه أكثر منهم في جانب الطبيب. ومن تقريرات العلماء قولهم: "وإِنْ كان في جانِبِ الْكَحالِ واحِد، وفي جانِبِ

---

[964]: راجع: التداوي و المسؤولية الطبية، ص 290؛ و الغامدي في مسؤولية الطبيب المهنية، ص 281. وقد تطرق علماءنا قديماً-رحمهم الله- للمسألة بعنوان الفرق بين الشهادة و الرواية، حيث اعتبروا الرواية خبرا عاما لا يختص بمعين، بخلاف الشهادة التي هي خبر يختص بشخص معين. انظر: أحمد بن إدريس القرافي في الفروق: 12/1. وقد عزاه إلى الإمام أبي عبدالله المازري.

[965]: الشيخ أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 39.

[966]: الشيخ نظام الدين وجماعة من علماء الهند:512/4.

[967]: طبعاً بشروط الشهود المعتبرة شرعاً، المبينة آنفا؛كالعدالة ونحو ذلك. أما كثرة العدد، بلا توافر الشروط، ملغاةٌ شرعاً.

الْآخرِ اثْنانِ ضمِن".[968] فضمن الطبيب في هذه الحالة؛ لأن الشهود بجانب المريض أكثر منهم في جانب الطبيب.

ويستثنى من هذه الحالة ما لو اضطربت أقوالهم، حيث يكون اختلافهم سبباً لتساقط شهاداتهم، فضلاً عن أن تكون حجةً لمن شهدوا له.[969]

وقد أشار إلى هذا صاحب "وثائق في الطب الإسلامي"[970] -وقد كان قاضياً- في نازلة نزلت بقرطبة -أعادها الله للإسلام- واختلفت فيها أقوال أهل الخبرة، في عيب في عين جارية. فذهب ثلاثة من الأطباء إلى صحة وجود العيب وقدمِـه. واضطربت أقوال شهود المدعى عليه الثلاثة في حدوث العيب، فذهب أحدهم إلى القول بعدم وجود أثرٍ للعيب، و قال آخر إن العيب يقْدم ويحدثُ، وقال الثالث إن العيب حديث. فأفتى بإسقاط شهادة شهود المدعى عليه؛ لاضطراب أقوالهم، واعتبر شهادة غيرهم لاتفاقهم على معنى واحد.

3. الكتابـة وحكمها شرعاً في المجال الطبي:

المراد بالكتابة ما يتم كتابته في إطار العلاقة بين الطبيب و المريض، سواء كان عقدا طبيا، أو توقيعات للمريض أو وليه تدل على موافقته وإذنه للطبيب بإجراء عملية جراحية، ونحو ذلك من الوصفات الطبية، وما يكتبه الطبيب من تقارير وبيانات عن الحالة الصحية للمريض، وما يتعلق به للرجوع إليها عند الحاجة لها.

وتحظى الكتابة بأهمية خاصة في مجال الإثبات في الفقه الإسلامي، وقد دلّت على مشروعيتها آية المداينة، حيث قال تعالى:«وليكتب بينكم كاتب بالعدل»[971]، وإن ذهب جمهور العلماء إلى أن الأمر في هذه الآية بالكتابة ينصرف إلى الاستحباب والإرشاد إلى صون المال عن الفساد والبوار[972]، خلافاً لبعض العلماء الذين ذهبوا إلى الوجـوب[973]؛ لأنه أدفع للنزاع وأقطع للخلاف

---

[968]: الفتاوى الهندية، تأليف لجنة من علماء الهند برئاسة نظام الدين: 512/4.

[969]: راجع: التداوي والمسؤولية الطبية، ص 295.

[970]: الإمام عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي القرطبي، أبو الأصبغ- رحمه الله- (ت 486 هـ)، ص 60-66.

[971]: سورة البقرة، الآية 282.

[972]: راجع: الجصاص، أحكام القرآن: 206/2، ابن العربي، أحكام القرآن: 329/1، تفسير القرطبي: 384/3 وما يليها، الرازي، التفسير الكبير: 93/7، الزمخشري، الكشاف: 352/1، تفسير البيضاوي: 578/1؛ تفسير الجلالين: 63/1، الشنقيطي، أضواء البيان:184/1.

[973]:وبه قال البعض مثل عطاء والشعبي. راجع: أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن: 120/3، الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير: 300/1، ابن حزم علي بن أحمد، المحلى بالآثار: 80/8.

الناتج عن النسيان أو الجحود. وعليه، يبدو لي أنّ عصرنا الحالي يحتم علينا-وفقاً للقواعد العامة للشريعة الإسلامية- ترجيح العمل بالرأي الثاني القائل بالوجـوب، في الأشياء الخطيرة المفضية إلى النزاع؛ كالعقارات والمنقولات المتقومة دون اليسيرة[974] حفظاً للمال، وكحل الأبضاع في النكاح حفظاً للدين والنسل، وكالمعاملات الطبية بصفة عامـة؛ لأن ذلك أدعى إلى حفظِ النفس، وذلك من وجهين:

الوجه لأول: اتسم سلف هذه الأمة، خصوصاً في القرون الثلاثة الأولى المشهود لها بالخيرية، بانتشار الصلاح و الورع؛ الذي يمنعهم من التعدي على حقوق الغير بغير حق. فكان القول بالاستحباب في حقهم سائغاً. أما عصرنا الذي غلب عليه فساد الذمم وقلة الورع، فإن القول باستحباب الكتابة في حقهم غير سائغ؛ لما يؤول إليه من ضياع حقوق الناس، و تشجيع المعتدين على ذلك. فسد ذريعة الفساد أمر واجب، ودرء المفاسد باعتبار ما يؤول إليه أولى من جلب المصالح، بل هو عين المصلحة.

الوجه الثاني:أشار البعض[975] إلى أنه لما كانت الأمية منتشرةً في العصور الأولى، فإن القول بالوجوب في حقهم في ذلك الوقت يدعو إلى الحرج، والله سبحانه وتعالى يقول:«وما جعل عليكم في الدين من حرج»[976]، أما الآن وقد انتشر التعليم، فإن المانع للوجوب قد زال، وبالتالي فإن الكتابة ينبغي أن يكون لها أولوية وأهمية في الإثبات أمام الجهات القضائية، خصوصاً أن كثيرا من الإجراءات الطبية تتم بطريقة مكتوبة، يمكن التعويل عليها لمعرفة التعدي أو الخطأ الطبي، وهو رأي -كما يبدو- لـه وجاهتـه.

ثم إن حفظ المعلومات الخاصة بالمرضى لا يتم إلا بكتابتها في أوراق مرتبة موثقة ومؤرخة. وعليـه، ينبغي أن يتم التوثيق بعبارات واضحة في مدلولها على المعنى المراد من وضعها له، وفي هذا يقول الإمام الجصاص[977]-رحمه الله-: "وعليه التحرز من العبارات المحتملة للمعاني، وتجنب

---

[974]: يفهم من ذلك جواز العمل بالرأي القائل بالاستحباب فيما لا يفضي إلى النزاع؛ كالمال اليسير. وهذا ما أخذت به كثير من القوانين الحديثة، تحت مسمى العقود الرضائية، التي لا تتطلب الشكلية أي الكتابة.انظر مثلا المادة 333 ق.م.ج، بموجب قانون 2005م، إذ جاء فيها أن كل ما لا يفوق مائة ألف د.ج، لا يشترط فيها الشكلية، ما عدا استثناءات وردت بالمادة 334 من ذات القانون.

[975]: انظر: الغامدي في مسؤولية الطبيب المهنية، ص 283- 284.

[976]: سورة الحج، الآية 78.

[977]: هو أحمد بن محمد بن علي الرازي أبوبكر، إمام الحنفية في عصره، من تصانيفه أحكام القرأن، والفصول في الأصول، وشرح مختصر الطحاوي، وشرح أسماء الله الحسنى، ولد ببغداد سنة 305 هـ و توفي سنة 370هـ.راجع: ابن أبي الوفاء، طبقات الحنفية :84/1.

الألفاظ المشتركة، وتحري تحقيق المعاني، بألفاظ مبيّنة، خارجة عن حد الشركة والاحتمال"[978].

وما جرى العمل به في عصرنا أن يكون لكل مريض ملف طبي، يحفظ فيه كل ما يتعلق به من أحوال، ولا شك أن هذا الأمر فيه مصلحة شرعية لذوي الحقوق. وقد نص العلماء على وجوب حفظ الوثائق، سواء من قِبل القاضي أو الطبيب، في مكان أمين لا تصل إليه يد تغير ما فيه من بيانات[979]، وعلى وجوب ضمان من تسبب في إتلاف وثيقة تثبت حق ضامن؛ لتسببه في ضياع حقه، فقد عد القـرافي من أسباب الضمان:" وكتقطيع الوثيقة المتضمنة للحق وللشهادة به، فيضيع الحق بسبب تقطيعها، فيضمن عند مالك-رضي الله عنه- ذلك الحق؛ لتسببه فيـه".[980]

الفرع الثـاني: الضـرر:

إذا كان الخطأ هو أبرز عناصر الضمان في كل من الفقه والتشريع الغربي؛ حيث جرى القول والعمل على أنه يجب في الفعل الذي ينشأ عنه الضرر أن يكون خطأً، فإنّ الضرر هو أبرز عناصره في الفقه الإسلامي؛ حيث لا يشترط الفقه الإسلامي في الضـرر الموجب للتعويض، أن يكون ناشئاً عن اعتداء، ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقا[981]، وإن كانا يتفقان على أنّ الضمان أو المسؤولية المدنية لا تتحقق، دون وقوع أي ضرر بالمضرور. وقد أخطأ من ظن أنّ مسؤولية الطبيب، في الشريعة الإسلامية، تقوم على أساس التعدي والخطأ، لا على أساس الضرر؛ باعتباره الأساس العام للضمان، ومنطق العدالة[982]. وسيأتي جواب ذلك من خلال ما يأتي، خصوصاً أثناء حديثي عن معيـار الضرر. وبناء عليـه، يطيب لي تناول هذا الفرع في النقـاط التاليـة:

أولا: تعريـف الضـرر

الحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ لذلك كان لزاماً علينا معرفة ماهية لفظ الضرر من حيث اللغة والاصطلاح، وذلك كما يلي:

---

[978]: أحكام القرآن: 484/1 .

[979]: راجع: علي بن محمد أبو الحسن الماوردي (ت450هـ)؛ أدب القاضي: 77/2 .

[980]: راجع: القـرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق مع هوامشه: 336/2.

[981]: انظر: الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 53-54.

[982]: راجع: د.محمد نجدات المحمد، في أطروحته المتميزة للدكتوراه بعنوان "ضمان العقد في الفقه الإسلامي"، ص201.

1. تعـريفـه لغـةً :

جاء في مختار الصحاح[983]: الضرر ضد النفع، وبابه رد، وضاره بالتشديد بمعنى ضره والاسم الضرر، وضرةُ المرأةِ امرأةُ زوجِها، والبأساء و الضراء الشدة... والضر بالضم الهزال وسوء الحال، والمضرة خلاف المنفعة، ورجلٌ ذو ضارورة وضرورة أي حاجة، وقد اضطر إلى الشيء أي ألجىء إليه، ورجلٌ ضرير بين الضرارة بالفتح؛ أي ذاهب البصر، والضرائر المحاويج.

وورد في لسان العرب[984]: الضرر النقصان يدخل في الشيء، يقال دخل عليه ضرر في ماله، والضر أيضا حال الضرير وهو الزمِن، والضراء الزمانة، قال ابن الأعرابي[985]: الضرة الأذاة، وقوله تعالى: «غيرُ أولي الضرر»[986]؛ أي غير أولي الزمانة، وقال ابن عرفـة[987]: أي غير من به علّةٌ تضره وتقطعه عن الجهاد، وهي الضرارة أيضا، يقال ذلك في البصر و غيره، والضرر الضيق، ومكان ضرر أو ذو ضررٍ، أي ضيق. وبناء عليه، فإن للضرر معانٍ أخرى أيضاً، لا يستدعي مقام البحث استقصاءها، وأشهر معانيه-كما يبدو- أنه ضد النفع، والنقصان والأذى بصفة عامة.

2. تعـريفـه اصطلاحـاً:

تناول كثير من فقهاء الشريعة لفظ الضرر بالتعريف، بمناسبة شرحهم لحديث "لا ضرر ولا ضرار"[988]، وكانت كثير من معانيهم الاصطلاحية قريبةً من المعاني اللغوية، وفيها قصور بين ناتج عن المقارنة بين الضرر والضرار واعتمادهم في تعريفه على سياق الحديث.[989] كما تناولوا تعريفه

---

[983]: لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي:159/1.

[984]: لابن منظور: 483/4 ، 484 .

[985]: هو محمد بن زياد أبو عبد الله بن الأعرابي، من موالي بني هاشم، كان عالما باللغة و الشعر، كثير السماع، راوية للأشعار، حسن الحفظ لها، كان موطنه بالكوفة، ولدسنة 150 هـ ، وتوفي على الراجح سنة 231. هـ. راجع:جلال الدين السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين و النحاة : 106/1.

[986]: سورة النساء، الآية 95.

[987]: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي المالكي، أبو عبدالله، علامة مشارك في علوم كثيرة منها علوم الشرع والعربية، كان إمام تونس وعالمها في عصره. ولد بها سنة 716 هـ، وتوفي فيها سنة 803 هـ. من مصنفاته: المختصر الكبير في فقه المالكية، و الحدود في التعريفات الفقهية.انظر: الزركلي، الأعلام: 272/7.

[988]: سبق تخريجه ص 51.

[989]: لكل واحدةٍ من اللفْظتين معنى غير الآخر فمعنى قوله (لا ضرر) أي لا يضر الرجلُ أخاه فينقص شيئاً من حقه أو مسلكه وهو ضِد النفع وقوله (لا ضِرار) أي لا يضار الرجل جاره مجازاة فينقصه ويدخِل عليه الضرر في شيء فيجازيه بمثله، فالضرار منهما معـاً والضرر فعل واحد، ومعنى قوله (ولا ضرار) أي لا يدخلَ الضرر وهو النقصان على الذي ضره: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغـة:314/11. وقال الباجي في المنتقى يحتمل أن يريد بقوله (لا ضرر)؛ أي لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ولا يجوز له إضرار بغيره، وقال غيره (الضرار) أن تضر نفسك لتضر بذلك غيرك، فإذا مِنع هذا فكيف بمن يصلح مال نفسه بإفساده مال

في مباحثهم المختلفة. وحسبي أن أورد أهم تعريفات الضرر مما يتناسب وطبيعة البحث، وذلك كما يلي:

أ. عرفه بعضهم بقوله: "المراد بالضـرر كل أذى يصيب الإنسان؛ فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك مما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر".[990]

غير أن هذا التعريف -كما يبدو[991]- غير جامـع، فهو لا يشمل جميع أنواع الضرر؛ كالضرر الجسمي و الضرر المعنوي، فقد خص هذا التعريف بالضرر المادي، ولعلّه قصر التعريف على الضـرر المـالي؛ لأنه النوع الوحيد الذي يستلزم التعويـض في نظره. أما الضرر المعنوي – كما يظهر- فهو غير قابل للتعويض، وأما الضرر الجسمي، فهو وإن كان يوجب بـدلاً مالياً في حالة امتناع القصاص لسببٍ مـا، فهو في نظر المُصنف عقوبـةٌ وليس تعويضـًا عن ضرر، ولا فـرق في ذلك عنـده بين ما يستوجب الديـة أو الأرش[992] أو حكومة العـدل.[993]

ب. وقال بعضهم: "الأذى إيلام النفس وما يتبعها من الأحوال، والضـر إيلام الجسم وما يتبعه من الحواس".[994] وتعريف الضرر، في مقابل الأذى، غير جامع-كما يظهر-؛ لأن الضرر كما يعتري الأبدان، يعتري الأموال، بل قد يعتري الشرف و السمعة والعاطفـة.

غيره ...وقال الخشني (الضرر) ما ينفعك ويضر صاحبك، و(الضرار) ما يضر صاحبك ولا ينفعك؛ فيكون الضـرر ما قصد به الإنسان منفعة نفسه وما كان فيه ضرر على غيره، والضـرار ما قصد به الإضرار بغيره: ابن فـرحون، التبصـرة:258/2؛ ونفس هذه المعاني أوردها ابن الجـزري في النهايـة في غريب الأثر:81/3-82.

[990]: الشيخ علي الخفيف، الضمـان، ص 38.

[991]: راجع: د.محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 26- 27 .

[992]:"الدية:المال الذي هو بدل النفس، الأرش هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس: الجرجاني، التعريفات، ص42؛31 على التوالي.

[993]: قال الأزهري في تعليقه على حديث "في أرش الجراحات الحكومة": ومعنى الحكومة في أرش الجراحات التي ليس فيها دية معلومة أن يجرح الإنسان في موضع في بدنه، مما يبقي شينه ولا يبطل العضو، فيقتاس[أي يقَدر] الحاكم أرشه: لسان العرب: 145/12.[أورد هذا الحديث ابن الأثير في النهاية: 420/1؛ وبحثت عن سنده، فلم أعثر له على أصل]. وجاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن المعنى اللغوي، فقد أطلقوه على الواجب الذي يقدره عدلٌ في جناية ليس فيها مقدار معين من المال. قال ابن عاشر: اتفقت الأنقال على أن المراد بالحكومة الاجتهاد وإعمال الفكر فيما يستحقه المجني عليه من الجاني. وسبب التسمية أن استقرار الحكومة يتوقف على حكم حاكم أو محكمٍ معتبر، ومن ثم لو اجتهد فيها غيره لم يكن له أثر. قال ابن عرفة: ألفاظ المدونة يأتي فيها تارة لفظ الحكومة، وتارة لفظ الاجتهاد، فيحتمل أن يكونا مترادفين: 68/18-69.

[994]: عزاه المناوي إلى الحرالي، راجع: فيض القدير: 18/6.

لكننا إذا اعتبرنا الأذى مرادفاً للضرر[995]، فإنه يشمل الضرر الأدبي إضافة إلى الضرر الجسمي، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دامت الحقائق محل اتفاق. ورغم ذلك، فإن التعريف ترك المحترزات؛ لأن إيلام النفس أو الجسم بمسوغ شرعي؛ كالقصاص أو التعزير، يعتبر في فحوى التعريف ضرراً، وهو ليس كذلك.

ج. "الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين؛ أو هو كل أذى يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"[996]. قال أحد الباحثين معلقاً[997]: لعلّه أقرب التعريفات الحديثة إلى مطابقة المعنى المراد، فهو يشمل جميع أنواع الضرر، ولكنه ترك المحترزات، وهذا يجعله غير مانع؛ لأنه بهذا الإطلاق يمكن اعتبار المال غير المتقوم ضررا، وإتلاف النفس غير المعصومة كذلك.

د. كما عرف الضرر بأنه"كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون"[998]. ويبدو أن آخر هذه التعريفات ذكراً هو أشملها لمحل الضرر، وطريقة حدوثه، وأشمل لحالتي القصد إليه وعدمه[999]، كما يتضمن المحترزات؛ كالمال المتقوم المحترم، والجسم المعصوم، والعرض المصون، التي تجعله مانعاً من دخول غيره فيه.

هـ. التعريف المختار"في المجال الطبي":بناء على ما سبق، يمكن القول بأن الضرر الطبي هو: "كل أذى يلحق الشخص محل التطبيب، دون مسوغٍ شرعي، في جسمه، وما يستتبع ذلك من أذى مادي أو معنوي، في نفسه أو ذويه ومن لهم به مصلحةٌ مشروعـة".

ويمكن شرح التعريف على النحو التالي: "كل أذى" صيغة تفيد العموم والاستغراق لكل أذى سواء أكان جسيماً أم يسيراً، حالا أم مستمراً، تمّ عن قصد أو عن مجرد خطأ. وعبارة "الشخص محل التطبيب"، تشمل المريض كما تشمل غيره؛ كمن يقوم بفحوص أو كشوف دورية وقائية من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من جهة رسمية ؛ كمؤسسة عمل أو شركة تأمين، أو هيئة تتطلب فحوصاً لعقد قران ونحو ذلك. وقيد "دون مسوغ شرعي" أخرج ما يكون من ضررٍ لم يحظَ بحماية الشرع؛ كقصاص أو تعزير، وكل ضرر أملته ضرورة إنقاذ شخص على

---

[995]: الأذى و هو الضرر: بدر الدين محمد بن أحمد العيني (ت855هـ)، عمدة القاري: 57/13.

[996]: د.وهبة الزحيلي، الضمان، ص23، وقد عزاه إلى المدخل الفقهي العام للزرقا ف586، والنظرية العامة للموجبات في العقود في الشريعة لصبحي محمصاني:169/1 ط 1948، ولعله أخذ من كل مرجع، على التوالي، طرفـاً ثم ركبـه في تعريفـه.

[997]: راجع: د.محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 28.

[998]: : د.محمد بن المدني بوساق، المرجع ذاته، من ذات الصفحة.

[999]: راجع: د.عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي، ص46.

جناح السرعة؛ مثل القيام بعمل جراحي في مستشفى نائٍ غير مزودٍ بأجهزةٍ متطورةٍ أو في أوقات الكوارث والحروب[1000]. ووصف الأذى الحاصل "في جسمه وما يستتبع ذلك من أذى مادي أومعنوي" يشمل كل أنواع الضرر؛ الجسمي منه، وكل ما يترتب عليه من ضرر مادي، نجم عن إجراء عملية جراحية بناء على خطأ طبي، وما فاته من كسب طيلة هذه المدة، بل وكل ما تكبده من أذى معنوي نغص عليه حياته، وحرمه من التمتع بمباهجها.

ويستوي في ذلك أن يقع الضرر "في نفسه أو ذويه ومن لهم به مصلحةٌ مشروعـة". فأما "في نفسه" فعلم من خلال ما سبق، وأما "ذويه" فيشمل ما يصيب عياله من ضررٍ، خصوصاً ما يترتب عليه من توقف النفقة أو انقطاعها في حالة الزمانة أو الموت. ويتأثر سلباً تبعاً كُل من تربطه به "مصلحة"، سواء أكان دائنا، أو موصى له أو وارثاً في حالة موته؛ الذين يحق لهم أن يخلُفُوه في متابعة الدعوى في ذيلها المدني إن رفعت، وأن يرفعوها بدلاً عنه؛ ليدخل الضمان في ذمته المالية، ثم يؤول إليهم استيفاء حقوقهم بعدئذٍ.

وقيدت المصلحة بأنها "مشروعة"؛ لسقوط كل حق لم يرد به الشرع؛ كرشوةٍ كان يدفعها الميت لقضاء حوائجه، أو خليلةٍ كان ينفق عليها، بخلاف ما آل إليه الأمر في الفقه و القضاء الفرنسيين من إلغاء هذا الشرط والاكتفاء بوجود مصلحة للخلف، بصرف النظر عن كونها مشروعة أم لا.[1001]

ثـانيـاً: حكـم الضـرر

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية ما نصه:" الأصل تحريـم سائر الأنواع إلا بدليل، وتزداد حرمته كلما زادت شدته، وقد شهدت على ذلك النصوص الشرعية الكثيرة، منها قوله تعالى: «لا تضار والدةٌ بولدِها ولا مولود له بولدِه»، وقوله تعالى: «ولا تمسِكوهن ضراراً لتعتدوا»[1002]. وقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "لا ضرر ولا ضرار"[1003]، وهذا الحديث يشمل كل أنواع الضرر؛ لأنّ النكرة في سياق النفي تعم، وفيه حذف أصله لا لُحوق أو إلحاق،

[1000]: كما حصل مؤخراً في عدوان ما يسمى بـ"دولة إسرائيل" بأعتى الأسلحة المتطورة والمحظورة في القانون الدولي العام على المسلمين العزّل في غـزة بفلسطين -أعادها الله حرة طليقة- بشكل متواصل منذ 27 ديسمبر2008 م إلى 19 ينايـر 2009م: www.peaceforlife.org/resources/mideast/2009/09-0100-gazawar.html

[1001]: سبق تناول ذلك في الجانب القانوني، ص 181.

[1002]: سورة البقرة الآية 233، سورة البقرة الآية 231، على التوالي.

[1003]: سبق تخريجه ص 51.

أو لا فعلَ ضررٍ أو ضرارٍ بأحد في ديننا: أي لا يجوز شرعاً إلا لموجب خاص. أما إدخال الضرر على أحد يستحقه لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جريمته، أو لكونه ظلم نفسه وغيره، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد بالحديث قطعاً. كما أن الضرر يباح استثناءً في أحوال أخرى، ضبطتها بعض القواعد الفقهية من أمثال " الضرورات تبيح المحظورات" و قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" وما إلى ذلك من القواعد".[1004]

وخشية الاستطراد الذي يخرج بنا عن المقصود، نكتفي بالوقوف فحسب عند القاعدة الأخيرة، وما يتصل بها من القواعد. فقاعدة "الضرر الأشد يزالُ بالضرر الأخف" تقتضي عدم إزالة الضرر بضررٍ مثله؛ وهذا ما تتضمنه قاعدة أخرى هي "الضرر لا يزال بمثله" لأنّ السعي في إزالته بمثله عبثٌ، ولا بما هو أشد منه، فهذا كله لا يجوز شرعاً ولا عقلاً أيضاً. وهنالك قاعدةٌ أخرى تقيد قاعدة "الضرر لا يزالُ بِمثله"، وهي" يتحملُ الضرر الخاص لدفع الضرر العامِ"، أي لا يزال الضرر بالضرر إلا إذا كان أحدهما عاما والآخر خاصا، فيتحمل حينئذٍ الضرر الخاص لدفع الضرر العام. وهذه بلا ريب قواعد مهمة من قواعد الشرع مبنية على المقاصد الشرعية في جلب مصالح العباد ودفع الفساد عنهم.

ثـالثاً: معيـار الضرر وإثباتـه

لما كان الضرر في الغالب حالة ماديـة، فقد جعل الفقه الإسلامي معياره أو ضابطه موضوعياً أو مادياً، وبالتالي يجوز للمضرور إثباته بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن. ولا يختلف في ذلك منهج الفقه الإسلامي عن منهج فقهاء القانون، فكلاهما يقيم الضرر على أساس موضوعي، قوامه إلحاق الأذى بالغير، أو انتقاص حق من حقوقه، غير أن فقهاء القانون المدني وهم بصدد تعريف الضرر يتعرضون له باعتباره أحد أركان المسؤولية المدنية، شأنه في ذلك شأن الخطأ ورابطة السببية بينهما. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيتعرضون له باعتباره أساس المسؤولية، إذ يعتبرونه الركن الأساسي الذي يرتب التعويض أو الضمان على وقوعه، ولا يقيمون وزناً للخطأ، فالتعويض مرتبطٌ بالضرر بصرف النظر عن وقوع خطأ أم لا،[1005] إذ لا يلزم أن يكون الضرر ناتجاً عن اعتداء.[1006]

[1004]: الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت: 28/179-180.

[1005]: راجع: د.محمد النشار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 166.

[1006]: راجع: الشيخ علي الخفيف، الضمان، ص 53.

كما يكون التعويض مستحقا بصرف النظر عمن حدث منه الضرر، ودون اعتبارٍ لوجود الإثم في الجناية أو عدمه؛ لأن الضرر واقعة ماديـة. وعليـه، يجب أن يكون التعويض مقدراً على أساس تغطية ما وقع فعلاً، دون زيادة أو نقصان، ودون تمييـز بين متسببٍ وآخـر.[1007]

ولقد ورد عن بعض المالكية ما يثبت لزوم النظر إلى الاعتبارات الشخصية عند تقدير التعويض عن الضرر؛ فمن قطع ذنب دابـة ذي الهيئة، غرم قيمتها كاملة، إذا أراد صاحبها تركها. وعلّلوا ذلك بذهاب المقصود من ملكيتها وهو الركوب؛ حيث إنها لا تصلح له بعد هذا العيب؛ لأن مثله لا يركبهـا.[1008] وذلك تقريراً على ما جاء في أرجوزة "تحفة الحكام"[1009]:

ومتلف منفعـة مقصـودة مما لـه كيفيـ ـةٌ معهـودة
صاحبـه خيـر في الأخـذ مع أخـذه الأرش عيب حلـه
أو أخـذِه لقيمـةِ المعيـب يـوم حـدوثِ حـالة التغييب

جاء في الفروق للقـرافي-رحمه الله-: "ذنب بغلة القاضي ونحو ذلك، فعندنا-أي المالكية- يضمن الجميع، في جميع صور ذلك، وقال الشافعي وابن حنبل -رضي الله عنهما- ليس لـه في جميع صور ذلك إلا ما نقص؛ لأن الأصل بقاء ما بقي على ملكه... ومنشأ الخلاف خلافهم في الملك هل يضاف للضمان وسببه معـًا، وهو قول المخالف؛ فلذا قال الضمان الذي سببه عدوان لا يوجب ملكاً؛ لأنه سبب للتغليط لا سبب للرفق، أو يضاف للضمان فقط لا لسببه، وهو قولنا. وعليه، فالضمان قدر مشترك بين العدوان وغيره". وقد تم بسط هذه المسألة بأدلة كل فريق، وحسبي أن أُورِد طَرَفاً منها؛ للإيفاء بالغرض. فمـن الوجوه التي ذكرها المالكيـة:

"لنـا وجـوه، الأول: أن نقول إنه أتلف المنفعة المقصودة فيضمن؛ كما لو قتلها. أما أنه أتلف المنفعة المقصودة؛ فلأن ذا الهيئة إذا قطع ذنب بغلته لا يركبها بعـد، والركوب هو المقصود، وأما قياس ذلك على قتلها؛ فلأنه إذا قتلها ضمنها اتفاقا، مع بقاء انتفاعه بإطعامها لكلابه وبزاته[1010] وبديغ جلدها فينتفع به أو بغير دباغ، إلى غير ذلك من المنافع غير المقصودة عادةً، فلما

[1007]: راجع: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 170.

[1008]: راجع: التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام (ت1258هـ)، البهجـة في شرح التحفـة مع حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام عبد الله بن محمد التاودي (ت 1209هـ): 584/2 ، ضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين.

[1009]: للقاضي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي (ت829) مع البهجة للتسولي: 584/2.

[1010]: جمع بـزة و:" الِبـزةُ بالكسر الهيئة والشارة واللبسة": لسان العرب: 312/5، ورد في مختار الصحاح: "بزه سلبه وبابه رد، وفي المثل من عز بز؛ أي من غلب سلب، و ابتزه استلبه، و البز من الثياب أمتعة البزاز، و البِزة بالكسر الهيئة": 21/1.

لم يمنع ذلك من الضمان، علمنا أن الضمان مضاف للقدر المشترك بينهما منها، وهو ذهاب المقصود، فيستويان في الحكم، عملاً باشتراكهما في الموجب ".

وما احتج به مخالفـوهم، في وجهـين، كالآتي:

"وأما ما احتجوا به من الأمرين، الأول: "قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بِمِثْـلِ مـا اعتدى عليكم» [سورة البقرة، الآية 194]، والاعتـداء حصل في البعض، فتلزمه قيمة البعض.

والثاني: أن مقتضى أن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، بل إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان، أن تكون الجنايـةُ في بغلة القاضي أو الأمير مثلهـا في غيرها؛ كما لو جنى على عبده أو داره، في عدم لزوم قيمة الجميع بل البعض، ويؤيد ذلك أنه لو قطع ذنب حمار التراب أو خرق ثوب الحطاب لم يلزمه جميع القيمة، مع تعذر بيع ذلك من الأمير والقاضي، فإنهما لا يلبسان ذلك الثوب بسبب ذلك القطع اليسير، وأنه لو قطع أذن الأمير نفسه أو أنف القاضي، لما اختلفت الجناية فكيف بدابته، مع أن شين القاضي بقطع أنفه أشـد".

ثم رد عن هذه الأدلة بما يلي:"فالجواب عن الأول: بأحد ثلاثة وجوه، الأول: أن ظاهر الآية يقتضي أن يعور فرس الجاني كما عور فرسه، وهذا الظاهر متروك إجماعاً، الثاني: أنها وردت في الدماء لا في الأموال، والثالث: أن قوله تعالى "عليكم" أي أنفسكم إنما تناول أنفسنا؛ لأنه ضمير الأنفس.

وعن الثاني: بثلاثـة وجوه، الأول: أن الدار جلّ مقصودها حاصلٌ بخلاف الفرس، الثاني: أنا لا نسلم قولهم "لا يختلف التقويم باختلاف الناس، بل باختلاف البلاد والأزمان"، ألا ترى أن الدابة الصالحة للخاصة والعامة؛ كالقضاة والخطباء أنفس قيمةً؛ لعموم الأغراض فيها، ولتوقع المنافسة في المزايدة فيها، أكثر من التي لا تصلح إلا لأحد الفريقين. والثالث: أن القياس على أذن الأمير وأنف القاضي باطـلٌ؛ لأن القاعدة أن المعتبر في باب الدماء مزايا الأموال، لا مزايا الرجال، فإن دية أشجع الناس وأعلمهم كدية أجبن الناس وأجهلهم، فأين أحد البابين من الآخر".

وعلّـق القـرافي قائـلاً: "وبالجملة فالنقص عند العلماء ثلاثة أقسام، الأول: ما تذهب به العين بالكلية فيوجب طلب القيمة اتفاقاً، والثاني: ما لا يبطل المقصود فلا تلزم به القيمة اتفاقاً، والثالث: ما يخل بالمقصود فهو محل الخلاف المذكور".[1011]

[1011]: راجع: الفـروق وهوامشـه: 71/4- 73.

وتعليقاً على ما سبق ذكره، يمكن القول إن رأي غيـر المالكية ينضح بمعيـار موضوعي مـادي بحت، يهتم بمحل الضرر كقيمة مالية تثبت في الذمة، دون طرفي الالتزام، بينما ينيط المالكيـةُ، في رأيهم هذا -باعتباره نموذجاً في هذه المسألة فحسب- الضـرر بمعيـارٍ موضوعي للرجل العادي في وسط أترابـه، ولا يعتبر على الإطلاق دليلاً على قوله بالمعيـار الشخصي. فنخلص إلى أن الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، بما فيهم المالكية، ينتهجون المعيـار أو الضابط الموضـوعي.

إذن، فالفقه الإسلامي ذو نزعة ماديـة، فهو لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقاً؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علةً وسبباً للتضمين، فإذا وجدتِ العلةُ وجِد المعلولُ، والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذا لزم الضمـانَ من لا إدراك له في ماله؛ كصغير لا يعقل أو مجنون، وشغلت ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء، وإنما يجب الأداء في هذه الحال على من له ولاية على المال.

أما الغالب الأعم عند فقهاء القانون أنهم يتبنون الاتجاه الشخصي ؛ لأن مدار حكمهم يتعلق بوصف سلوك الشخص ومدى إدراكه وتمييزه، حتى يمكن الحكم عليه بما إذا كان قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي فيوصف بالخطأ أم لا، وهذا فضلاً عن اشتراطهم لأهلية التمييز.[1012] ثم بدأ التشريع الغربي شيئاً فشيئاً ينفصل عن المسؤولية الشخصية، و يتجه صوب المسؤوليـة الموضوعية، كما أشرنا إليه في أكثر من موضع؛ مثل تشريع التأمين عن حوادث السير، بصرف النظر عن وجود خطأ أم لا. ولا عجب أن نرى القانون الوضعي يصوب نفسه ويتدارك خطئه؛ ليقترب من فقه شريعة رب العالمين.

وقد أشار بعضهم[1013] إلى أن الضرر المراد في التعريف هو ما يعتبره الشرع ضررا، وأما ما لا يعتبره الشرع ضررا، فهو وإن سمي ضررا في اللغة، فإنه لا يترتب عليه شيء، خلافا للضرر المعتبر شرعاً، فإن فيه التعويض وغيره.

وأضاف غيره بأن الضرر يثبت أيضاً بالعقل و التجربة و العادة، ما يقرره أهل الخبرة، كلٌ في اختصاصه؛ كإثبات الأطباء أن في التبغ ضررا، وإثبات الخبراء بأن في الغازات المنبعثة من مداخن

[1012]: راجع: د.محمد النشار، التعويض المدني، ص145-146، و الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص54.

[1013]: راجع: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ص 28.

المركبات -من أكسيد كربون وغيره- ضرراً، وما ثبت بالعادة من أن السرعة المفرطـة سبب في أضرارٍ فادحة بالأنفس والممتلكات.[1014]

رابعـاً: أنـواع الضـرر

ينقسم الضرر باعتبارات مختلفة إلى أنواع كثيرة، لكل حكمها في الشرع، ويهمنا التركيز على أهمها مما له ثماره العملية، وفيما يلي بسط ذلك:

I. أنواع الضرر من حيث طبيعتها: حيث ينقسم الضرر إلى ضرر حِسـي؛ يدرك بالحواس، وما يقابله من ضرر أدبي أو معنوي:

1. الضـرر الحسـي: وهو قسمان: ضرر جسمـي، وضرر مالـي:

أ. الضـرر الجسمي: هو ما كان محله جسد الإنسان، سواء أكان بإبانـة عضو من الأعضاء ،أم بتعطيل معنى من المعاني، أم جرح أو تشويه ينقص الجمال، أم عاهة تقعد عن العمل والكسب. ويفارق الضرر الجسمي الضرر المالي، في كونه شرع فيه القصاص[1015] العيني في العمد، وقد خص الضرر الجسمي بذلك؛ لحكمة بالغةٍ اقتضتها ضرورة المحافظة على النفس؛ لقولـه تعالى:«ولكم في القصاص حياةٌ» [البقرة:179]؛ وهذا الجانب في الضرر الجسمي من قسم الجنايات، وهو خارج عن موضوع بحثنا؛ لأن القصاص هو عقوبة زاجرة للجاني، وإن اعتبرت بمثابة تعويض معنوي شفاءً لغليل المجني عليه أو وليه. أما إذا حصل الضرر خطـأً، أو كان عمداً وامتنع القصاص، لسبب من الأسباب أو مانع من الموانع، ففي هذه الحالة يصار إلى العِوض المالي أصـالةً في الضرر الناتج عن الخطأ، وبـدلاً في غيره.ويتمثل العوض المالي في الدية أو الأرش، وإن اختلفت آراء الفقهاء في اعتبار البدل المالي، بين قائل بأنه عقوبة وليس تعويضا، وبين قائل بأنه يجمع بين العقوبة و التعويض.[1016]

ب. الضـرر المالي: وهو ما كان محلّه مـالاً، سواء أكان حيواناً، أم منقولاً أو عقاراً؛ وسواء أكان الضرر الذي لحق به إتلافاً تاماً للذات، أم تعطيلاً لبعض الصفات، أو حدوث نقص

[1014]: راجع: د.عبد القادر جعفر، نظام التأمين الإسلامي، ص46.

[1015]: القصاص هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل: الجرجاني، التعريفـات، ص 225 .

[1016]: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 39-40.

فيها أو تعييب؛ حيث يخرج المال من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة، أو يؤدي ذلك إلى نقصان قيمتـه.[1017]

ويكون التعويض عن الضرر المالي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر إن أمكن، وإلا كان التعويض متمثلا في تغريم المسئول نظير ما أتلفه من المال، أو قيمته لجبر الضرر الواقع وإزالته.

والتعويض هو السبيل الوحيد لجبر الضرر المالي، ومن ثم فلا يجوز تخيير المضرور بين أخذ التعويض أو إتلاف مال المسئول نظير إتلافه لماله،[1018] وذلك لما تقرر آنفاً-في حكم الضرر- من أن إتلاف الشيء بمثله مفسدةٌ، بل وعبثٌ وضياع للمال من غير فائدة، والشريعة الغراء التي جاءت برعاية المصالح ودرء المفاسد، من لدن حكيم خبير-سبحانه وتعالى-، منزّهةٌ عن النقص والعبث في أحكامها.

وهو المنهج الذي طبقته السنـة فيما يتصل بالإتلافات المالية ونحوها، فقد غرم النبي -صلى الله عليه وسلم- حينما أهدت بعض أزواجه إليه طعاماً في قصعة، فضربت إحداهن -رضي الله عنهن جميعاً- القصعةَ بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي- صلى الله عليه وسلم-: "طعـام بطعـامٍ، وإنـاءٌ بإنـاءٍ".[1019]

فالقصاص لا يكون إلا في الأبدان؛ لأن الغاية منها تأديب الجاني وردع غيره، لمنع حدوث الجريمة، ولا سبيل إلى ذلك إلا بمعاقبة الجاني بمثل ما فعل، أما إتلاف الأموال فالأنفع والأصلح فيه التضمين، وذلك بإحلال مال محل المال الذي أُتلف، وبهذا تتبين الحكمة من تشريع الضمان في الأموال، وتشريع القصاص في الدماء، فما سوى الله بين الأمرين في طبع ولا عقل ولا شرع.[1020] على أن لِلْمقَابلَةِ في إتْلَافِ الْمالِ بِمِثْلِ فِعلِهِ مساغًا في الِاجتِهادِ، وقد ذَهب إلَيهِ بعض أَهلِ الْعِلْمِ نِكايةً في الْكُفارِ بِإفْسادِ أموالِهم إذَا كَانوا يفْعلُونَ ذلك بِنا أو كان يغِيظُهم.[1021] ولا شك أن هذا مطابق لما هو معروف اليوم بمبدأ المعاملة بالمثل في القانون الدولي العام؛ حيث يكون الصراع بين

[1017]: راجع: د.محمد بوساق، المرجع ذاته، ص 40.

[1018]: د.محمد النشار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، ص 172- 173.

[1019]: رواه الترمذي في سننه في كتاب الأحكام، وأصله في صحيح البخاري ، في كتاب المظالم ، وقد سبق تخريجه في الباب التمهيدي حول مشروعية الضمان.

[1020]: راجع: ابن القيم، إعلام الموقعين: 124/2-125، والتعويض المدني، ص 174.

[1021]: : راجع: ابن القيم، المرجع ذاته: 123/2.

سيادات دول. أما إذا كان النزاع مرتبطاً بمعاملة مالية ذات عنصر أجنبي، فيحكمها قواعد القانون الدولي الخاص؛ بموجب معاهدات واتفاقيات قضائية بين الدول، نتيجة انفتاح المجتمعات على بعضها وتعاونها في الوقت الحاضر، مما يجعل إنصاف المظلوم ممكناً من قبل القضاء. وبالتالي، فلا يجوز المقابلـة في إتلاف الأموال؛ لما تقـرر آنفـاً.

2. الضـرر المعنـوي(والرأي المختار في هذه المسألة):

الضرر المعنوي أو الأدبي[1022] هو كل أذى يصيب الإنسانَ في عِرضه أو عاطفته أو شعوره. وسمي ضررا أدبيا أو معنويا؛ لأنه غير مادي؛ فإن محله العاطفة والشعور. وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بحماية الجنس البشري من جميع الآفات المادية والمعنوية، من منطلق تكريم الله تعالى للإنسان، بموجب قوله عز من قائلٍ: «ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثيرٍ ممن خلقنا تفضيلاً» [الإسراء:70]، فسدت الشريعة الغراء كل منافذ وسبل العبث والإضرار بحقوق الناس بغير حق، سواء في أموالهم، أو في أجسادهم، أو في أعراضهم وعواطفهم ومشاعرهم. فكما وضعت حدوداً لردع من يعتدي على أموال الناس وأنفسهم، وضعت حـد القذف وعقوباتٍ أخرى غير مقدرة حمايةً للأعراض، وصيانةً للمجتمع من شيوع الرذيلـة والفسـاد، فالجانب المعنـوي في الإنسان لا يقل أهمية عن الجانب المادي فيـه.[1023]

[1022]: التفريق بين الضرر الأدبي والضرر المعنوي مشكلٌ، وعبثاً حاول الشيخ علي الخفيف-رحمه الله- التفريق بين الضرر الأدبي والضرر المعنوي، فقال إن الضرر الأدبي يتمثل في الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه وعِرضه من فعل أو قول يعد مهانة له؛ كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضربٍ لا يحدث فيه أثراً، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته. ويتمثل الضرر المعنوي في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها؛ كما في التزامٍ امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه؛ كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المؤجرة إلى مؤجرها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين. راجع: الضمان، ص 44. ويبدو من خلال الأمثلة التي ساقها أنه فسر الضرر المعنوي =بتفويت حق شخصي، والحق الشخصي هو حق مالي ولكن ليس للشخص الاستئثار عليه إلا بواسطة ذمة شخص آخر و هو المدين، ولذلك أُطلق عليه حق الدائنيـة. فكأنه حصر الضرر غير المعنوي؛ أي المادي، فيما فيه تفويت لحق عيني؛ وهو ما يستأثر صاحبه عليه دون واسطة كملك العقار، وهذا غير صحيح، إذ كلاهما حق مالي. وبناء عليه، فضلت أن أسير في البحث على أن الضرر الأدبي والضرر المعنوي مترادفان، بجامع أنّ كليهما ضرر غير مالي، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دامت الحقائق محل اتفاق، والله أعلم.(تبرير ما ذهب إليه: ربما لأنه يرى رأي الحنفية أن المنافع ليست مالا؛ لأنه لا يمكن حيازتها، إذ هي شيء معنوي لا يتصور وضع اليد عليه استقلالا : الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 122/5 ¡ وجاء فيما يلي أن المنفعةَ ملك وليس مالاً، حاشية ابن عابدين: 502/4.

[1023]: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ص 29

فإذا وقع ضرر أدبي أو معنوي، فهو مساوٍ للضرر المادي في وجوب الضمان في العرف الحاضر[1024]، إلا أنّ جمهور الفقه الإسلامي اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية دون المعنوية، التي اكتفوا فيها بإيجاب عقوبـة جنائيـة عليها؛ كحد القـذف ثمانين جلدةً الثابت بنص الكتاب، أو التعزيـر[1025]؛ أي العقوبات غير المقدرة المفوضة إلى رأي القاضي، وذلك في كل معصية أو جناية لا حـد[1026] فيهـا. ومع هذا فقد ذهب الصاحبان[1027] من الحنفية، ومن حذا حذوهما من الباحثين المعاصرين[1028]، إلى أنه يجب التعويض عن الضرر الأدبي، ولكل من المذهبين أدلّتـه الخاصـة، نستعرضها فيما يلي:

أ. أدلّـة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي:

1. جاء في مجمع الأنهر : " ولو شج رجلاً، فالتحمت ونبت الشعر، ولم يبق لها أثر، يسقط الأرش[1029] عند الإمام-أي أبي حنيفة-، وعند أبي يوسف[1030] يجب أرش الألم، وهو حكومة

[1024]: يقصد بذلك أنها محل اتفاق في القوانين الوضعية المعاصرة.

[1025]: وهذا مذهب الجمهور خلافاً لابن القيم الذي يرى أن للمجني عليه في شرفه أن يفعل بالجاني مثل ما فعل به، متحريا العدل، ما لم يكن الفعل محرماً في ذاته؛ كالكذب عليه وقذفه وسب والديه، فليس له فعل ذلك اتفاقا. ويعلل ما ذهب إليه، أنه أقرب إلى الكتاب والميزان وآثار الصحابة، من التعزير المخالف للجناية جنسا ونوعا وقدرا وصفةً، وهو مقتضى القياس. وعند تحقيق مناط قول ابن القيم نجد أنه متعذر التطبيق؛ لأن لغالب في الأمور المعنوية أنها حرام لأنها ادعاءٌ بالباطل، ولصعوبة تحقيق العدل فيها؛ لأن السب والشتم من الأمور المعنوية التي تختلف من شخص لآخر، بل ومن بيئة لأخرى. ولذا كان مذهب الجمهور، وهو ترك تقدير التعزير للقاضي، هوالأسلم؛ لأنه يقضي على الفتنة ، ومنع الشطط، ويحقق مصلحة الطرفين ، فكان هو القول الراجح. راجع: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 32-33؛ وإعلام الموقعين:318/1.

[1026]: الحد: عقوبة مقدرة وجبت حقا للمجتمع؛ مثل حد السرقة وحد الزنا والقذف وشرب المسكرات والمحاربة. راجع: د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 24.

[1027]: وهما الإمام أبويوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري(ت182 هـ) و الإمام محمد بن الحسن الشيباني(132- 189هـ).

[1028]: مثل د.فوزي فيض الله في رسالته عن المسؤولية التقصيرية (ف53-59، ص 135-144) حيث أقر فكرة التعويض عن الضرر الأدبي : أشار إليه العلامة مصطفى الزرقـا- كما أشار إلى أنّ المشرع المدني الأردني أخذ بذلك في المادة 267 مستعرضاً أدلته من الشريعة في مذكرته الإيضاحية- : الفعـل الضـار، ص 121 وما يليها.

[1029]: سقوط الأرش لا يستلزم سقوط العقوبة، أما العقوبة فواجبة حتماً: الزرقا، الفعل الضار، ص 122.

[1030]: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي، صاحب أبي حنيفة، هو الإمام المجتهد العلامة المحدث، قاضي القضاة أيام هارون الرشيد، من مآثره الخراج، أدب القاضي، واختلاف الأمصار.ولد سنة 113هـ توفي يوم الخميس 5 ربيع الأول سنة اثنتين وثمانين ومائة 182 وقال غيره مات في غرة ربيع الآخر وعاش تسعا وستين سنة : الذهبي، محمد بن أحمد أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء: 535/8.

عدل؛ لأن الشين الموجب إن زال، فالألم الحاصل لم يزل، وعند محمد[1031] عليه أجرة الطبيب؛ لأن ذلك لزمه بفعله، وكأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه للطبيب. وفسر في شرح الطحاوي قول أبي يوسف عليه الأرش؛ بأجرة الطبيب والمداواة، فعلى هذا لا خلاف بين أبي يوسف ومحمد. وللإمام أن الموجب الأصلي هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته، وقد زال ذلك بزوال أثره، والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد؛ كالإجارة والمضاربة الصحيحين أو شبه العقد كالفاسد منهما، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني، فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الألم لا يوجب شيئا لأنه لا قيمة لـه"[1032].

فجعل قول أبي يوسف-رحمه الله-هذا أصلاً للقول بالتعويض المالي عن الضرر المعنوي؛ باعتبار أن أبا يوسف قد قرر التعويض المالي على الألم، و الألم ضرر أدبي عند القائليـن بجواز ذلك في الفقه الإسلامي. وعلى التفسير الوارد في شرح الطحاوي، السابق الذكر، لا خلاف بين الصاحبين في القول بالتعويض عن الضرر الأدبي، وانطلاقاً من هذا الأصل قالوا: بإمكانية التعويض عن الضرر الأدبي في غيـر هذه الصورة.

ويرد عليه بما يأتي: لو سلّمنا بما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية، فلا يمكن التسليم بأن الألم الناتج عن الجرح ضرر أدبي خالص، فهذا النوع من الضرر نتج عن فعل مادي، وقد يكون هذا مسوغاً للتعويض عنه؛ باعتباره ضررا ماديا يؤدي إلى خسارة مالية؛ لأنه قد يعطل عن العمل، وفيه أجرة الطبيب وثمن الدواء. فمثل هذا الضرر ليس معنوياً إطلاقاً، وبذلك يكون ما ذهب إليه أبو يوسف صحيحاً، ولكن لا يجوز اتخاذه أصلاً للقول بالتعويض عن الضرر المعنوي.[1033]

2. نقل عن الإمام محمد بن الحسن-رحمه الله- "في الجراحات التي تندمل، على وجه لا يبقى لها أثر، تجب حكومةٌ بقدر ما لحِقه-أي المجروح- من الألم "[1034]، وحكومة العدل هي ما يقدره القاضي

[1031]: هو محمد بن الحسن بن عبد الله بن طاوس بن هرمز ملك بني شيبان، ويلتقي نسبه بالإمام أبي حنيفة في طاووس بن هرمز- الذي أسلم على يد عمر (ض) ، أبو عبد الله، من قرية حرستى من أعمال دمشق، قدم أبوه العراق فولد محمد بواسط سنة 132هـ ونشأ بالكوفة وسمع العلم من الإمام الأعظم والأوزاعي والإمام مالك والثوري ومسعر بن كدام وروى عنه الإمام الشافعي وغيره من العلماء الكرام والمشائخ العظام، يعتبر هو وأبو يوسف كبار أصحاب أبي حنيفة الملقبين بالصاحبين: ابن أبي الوفاء، طبقات الحنفية:526/1.

[1032]: راجع: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: 355/4-356؛ ومثله في تبيين الحقائق: 138/6.

[1033]: راجع: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 36.

[1034]: راجع: السرخسي، المبسوط: 81/26.

من تعويـض بنـاءً على تقريـر الخبـراء.[1035]

3. ورد في المغني:[1036] "أنّ قطع حلمتي الثديين، عند مالك والثوري[1037]، توجب ديتهما إن ذهب اللبن، وإلا وجبت حكومةٌ بقدر شينه"؛ أي بقدر العيب الذي يصيب المرأة.[1038]

4. نص الشافعية على أنه لو جرحه وبرء ولم ينقص أصلا أنه" يعزر فقط، إلحاقاً للجرح باللطم والضرب، للضرورة. وقيل يفرض القاضي شيئاً باجتهاده، ورجحه البلقيني[1039]".[1040]

5. وفي الفقه الزيدي جاء في البحر الزخار:" وفِي الْإِيلَامِ حكُومةٌ وإِنْ لَم يؤثر، إذْ هو ممنوع "ا وفيه أيضاً:"ولا شيء في قطع طرف الشعر، إذ لا يؤثر في الجمال، فإن أثّر بأن أخذ النصف فما فوقه فحكومةٌ؛ لما فيه من الزينة".[1041]

ويمكن الـرد على هذه الأدلـة في مجموعها بنفس ما ورد الرد عنه؛ وذلك بأنها ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم والشين وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر، كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها، ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعاً على التعويض المالي عن الضرر الأدبي. على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي، يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية، ومن ذلك: إيقاع الألم بالضرب أو اللطم و لو لم يترك أثراً، ونقص جمال عضو من الأعضاء، والضرر الأدبي الذي له انعكاسات ماليةٌ يقبل التعويض كأي ضرر مالي، ويمثل له بـ: اتهام طبيب بالجهل بالطب، أو اتهام

[1035]: راجع: د.وهبة الزحيلي، الضمان، ص 24، و العلامة مصطفى الزرقا، الفعل الضار، ص 36.

[1036]: لابن قدامة: 623/9-624.

[1037]: هو سفيان بن سعيد بن مسروق ؛ من بني ثور بن عبد مناة من مضر ، أبو عبد الله : أمير المؤمنين في الحديث ، كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى . توفي بالبصرة سنة 161هـ من آثاره : الجامع الكبير : والجامع الصغير" في الحديث. راجع : تهذيب التهذيب :111/4، وتاريخ بغداد للخطيب البغدادي:151/9 ، والزركلي في الأعلام: 158/3.

[1038]: راجع: الفعل الضار، ص 122.

[1039]: هو عمر بن رسلان بن نصير بن صالح بن شهاب بن عبد الخالق بن عبد الحق الشيخ الفقيه المحدث الحافظ المفسر الأصولي المتكلم النحوي اللغوي المنطقي الجدلي الخلافي النظار، سراج الدين أبو حفص الكناني العسقلاني الأصل البلقيني المولد المصري مولده في شعبان سنة 724 ببلقينة من قرى مصر الغربية، وتوفي في ذي القعدة سنة 805هـ . كان أعجوبة الزمان، فقد فاق أقرانه على رأس القرن الثامن في الفقه على مذهب الشافعي رحمه الله.راجع: أبو بكر بن أحمد بن عمر بن قاضي شهبة، طبقات الشافعية:36/4، وطاشكبري زاده، الشقائق النعمانية، العقد المنظوم:22/1.

[1040]: راجع: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، فتح الوهاب:247/2.

[1041]: أحمد بن يحي المرتضي (ت840هـ- 1437م)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار : 245/15، و242/15 على التوالي: موقع الإسلام www.al-islam.com .

تاجر بأنه عديم الأمانة أو أنه على وشك الإفلاس...الخ، مما يصرف الناس عن التعامل معه ويضر بمورده المالي.[1042]

6. إنّ الواجب في الضرر المعنوي التعزيـر، "والتعزير بالعقوبات المالية مشروع أيضاً في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه[1043]، ومذهب أحمد في مواضع بلا نزاع عنه، وفي مواضع فيها نزاع عنـه، والشافعي في قول[1044]، وإن تنازعوا في تفصيل ذلك".[1045]

وقد جاءت السنة عن النبي - صلى الله عليه وسلم- والخلفاء الراشدين، بإضعاف الغرم على كاتم الضالة[1046]، وتحريق المكان الذي يباع فيه الخمر[1047]، وأخذ شطر مال مانع الزكاة[1048]؛ ونحو ذلك كثير، حتى إن من قال إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة وقال قولاً بلا دليل، ولم يرد عن النبي - صلى الله عليه وسلم- شيء قط يقتضي أنه حرم جميع العقوبات المالية، بل أخذُ الخلفاء الراشدين وأكابر أصحابه بذلك، بعد موته، دليلٌ على أن ذلك محكم غير منسوخ[1049]. وإن من أئمة المذاهب الأربعة الذين لا يجيزون التعزير بأخذ المال في الراجح عندهم، نظروا إلى اعتبارات سياسية محضة، وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذونها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلونها[1050]. وهذا المحذور غير قائم الآن بعد تنظيم القانون الوضعي كيفية دفع الغرامات إلى الخزينة العامة مباشرة.[1051]

ويـرد على هذا الاستدلال بما يلي:

[1042]: راجع: الأستاذ مصطفى الزرقا، الفعل الضار، ص 123-124.

[1043]: راجع: ابن فرحون، تبصرة الحكام: 221/2؛ فصل: والتعزير لا يختص بفعل معين ولا قول معين، ونقل القرافي كلام ابن فرحون وأكده في الفروق مع هوامشه: 324/4، الفرق السادس والأربعون والمائتان(246) بين قاعدتي الحدود والتعازير.

[1044]: "ولا يجوز على الجديد بأخذ المال"؛ أي يجوز في المذهب القديم. راجع: عبد الحميد الشرواني، حاشية الشرواني 179/9، شهاب الدين أحمد الرسلي الملقب بعميرة، حاشية عميرة 206/4.

[1045]: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى: 109/28-110.

[1046]: عن أبي هريرةَ أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: "ضالةُ الْإبل الْمكْتومةُ غَرامتها ومِثْلُها معها" : سنن أبي داود:139/2.

[1047]: مثلما فعل علي كلرم الله وجهه. راجع: كنز العمال: 200/5، الحديث رقم 13744.

[1048]:قال النبي(ص) عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: " ومن أبى فَإنا آخِذُوها وشطْر إِبِلِهِ عزمةٌ من عزماتِ ربنا": سنن النسائي:16/5؛ الحديث رقم 2444.

[1049]: راجع: الفتاوى الكبرى: 110/28.

[1050]: راجع: البهوتي، كشف القناع: 125/6.

[1051]: راجع: د. وهبة الزحيلي، الضمان، ص 25.

لو سلّمنا بأن التعزير بالعقوبات المالية لم ينسخ، وهو الراجح كما يرى ابن القيم، فإن ذلك من باب العقوبات، وليس من باب التعويض المالي عن الضرر؛ ولذلك فلن يستطيع من يدعي ذلك أن يأتي بمثال واحد فيه تعويض، أي: يفرض على الجاني ويعطى إلى المتضرر جبراً لما أصابه من الضرر المعنوي، وهذا هو محل النـزاع. أما التعـزير بإتلاف مال الجاني، أو تعظيم الغرم عليه، فخارج عن نطاق موضوعنا. ثم إن الأمثلة المذكورة في هذا الصدد، نتجت عن ضرر مادي، وليس عن ضرر معنوي، فلا علاقة إذن، بين التعزير بالعقوبات المالية وبين الضرر المعنوي، والله أعلم.[1052]

وتحمس بعض الباحثين المعاصرين للقول بالتعزير المالي عن الضرر المعنوي فقال: في زماننا هذا يكون التعزير بأخذ المال –كما يعبر عنه الفقهاء- وبفرض الغرامة –كما يعبر القانونيون- في الأضرار الأدبية أو المعنوية...أمضى في العقاب، وأحسن في تحقيق النتائج التأديبية...ولعلّ من الحق أن يقال: إن في هذه الأضرار الأدبية يجتمع حقان: حق الله...وحق العبد...فليكن حق الله بالعقوبات الواقعة على الجسم والنفس والمال على حسب الأحوال، وليكن حق العبد بفرض الغرامات المالية، ولكل منهما أثره القوي في الزجر والتأديب ...[1053]

ورد الأستاذ مصطفى الزرقا عليه فقال: لو سلمنا بالتعزير المالي(أي العقوبة المالية) لمن أضر بغيره أدبيا، لوجب أن يذهب المال إلى خزينة الدولة لا إلى جيب المتضرر، وهذا لا يقولون به، وليس هو مراد المستدلين بجواز التعزير المالي شرعاً.[1054]

7. عرض الأستاذ الزرقا ما احتجت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ص 300 للتعويض المالي عن الضرر الأدبي ببعض النصوص الفقهية التي سلفت، وبالحجج التالية أيضاً:

أ. السند في هذا الباب حديث "لا ضرر ولا ضرار". وهو نص عام، فقصره على الضرر المادي تخصيص بغير مخصص.

ب. ليس المقصود بالتعويض مجرد إحلال مال محل مال، بل يدخل في الغرض منه المواساة إن لم تكن المماثلة، ومن أظهر تطبيقات ذلك الدية و الأرش.

[1052]: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 37-38.

[1053]: راجع: د.فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية، ف57، ص 144.

[1054]: الفعـل الضـار، ص 124.

ج. إن القول بعـدم التعويض عن الضرر الأدبي، يفتح الباب على مصراعيه للمعتديـن على أعراض الناس وسمعتهم...، وجواباً على ذلك رد الأستـاذ مصطفى الزرقا بقولـه:

إن الحجتين (أ) و (ج) واهيتان بل موهومتان، إذ تفترضان أن القول بعدم التعويض المالي يعني عدم زجر المعتدين على أعراض الناس وسمعتهم، بينما محل الخلاف هو طريقة الزجر، والشريعة أخذت في مبدأ الزجر بعقوبة التعزير لا بالتعويض المالي في الضرر الأدبي.

أما الحجة (ب) فلا تصح؛ لأن الديـة عِوض قدرته الشريعة عن الضرر الذي يلحق أولياء القتيل وورثته، ومن العسير التسليم بأنه ضرر أدبي، بل الأوجه أن يوصف بأنه ضرر مالي ومادي "وخاصة أن الشريعة ساوت في مقدار الدية بين الأفراد المختلفين مهما تفاوتت منزلتهم الاجتماعية". أما الأرش فواضح أيضاً أنه تعويض عن ضرر مادي. ولا يعني ذلك أن الضرر المادي لا يحدث ألماً في المضرور، بل يعني أنه لا يخدش سمعته واعتباره بين الناس، ولكن فيه أذى جسمياً ظاهراً. ولا يمكننا التسليم بأن الألم ضرر مادي محسوس، وقد يكون له انعكاس مالي، إذ يعوق الإنسان أو يعطله أحياناً عن ممارسة نشاطاته ووسائل كسبه.[1055]

ب. أدلّـة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الأدبي:

استدل جمهور الفقهاء على دعواهم بأنّ الشريعة لا تجيـز التعويض المالي عن الضرر الأدبي -فيما يبدو- على مـا يلي:

1. الضرر ليس في مال حتى ينجبر بالمال؛ ذلك لأنّ الشريعة لا تعد شرف الإنسان وسمعته مالاً متقوماً يعوض بمال آخر إذا اعتدي عليه، فالمُثُلُ العليا تأبى أن يساوم الشخص على شرفه وعِرضه كما يساوم على أمواله. وعليـه، فالتعويض عما يشين الإنسان في عِرضه بالمال، يعتبر من باب الأخذ على العِرض مالاً وهذا لا يجوز؛ ولذلك لا يجوز أن يصالح المقذوف من قذفه على مال. جاء في مواهب الجليل[1056] :"ومن صالح من قذف على شقص[1057] أو مال لم يجز، ورد، ولا شفعة فيـه، بلـغ الإمـام أم لا... وجعلـه من باب الأخـذ على العِرض مـالاً". [1058]

2. إن قبول مبدأ التعويض المالي عن الأضرار الأدبية له محذور واضح، هو أن تقويمه بالمال لا يستند إلى أساس سليم، وتقديره يختلف باختلاف الأشخاص، ولا يكون إلا تحكماً. والتعويض

[1055]: الفعـل الضـار، ص 125.

[1056]: للحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبدالله: 305/5.

[1057]: "والشقيص الشيء اليسير، قال الأعشى: فتلك التي حرمتك المتاع وأودت بقلبك إلا شقيصا": لسان العرب: 49/7.

[1058]: راجع: الشيخ علي الخفيف، الضمان، ص46، ود.محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص34.

فيه يكون اعتباطيـاً، لا ينضبط بضابط، بينما يحرص الشرع على التكافؤ أو التناسب الموضوعي بين الضرر والتعويض.[1059]

3. إذا كان الغرض من التعويض المالي هو جبر الضرر ومحوه وإزالته، فإن أخذ المال في مقابل الضرر الأدبي لا يعود به الشعور المجروح أو الشرف المثلوم إلى ما كانا عليه. وبالتالي، فإن الضرر المعنوي لا يجبره التعويض المالي؛ ولذلك وضعت الشريعة الإسلامية ما يناسبه من الحد والتأديب، وهذا تعويض كافٍ، يزيل آثار الضرر، ويشفي غيظ المتضرر، ويزيل العار عنه، ويعيد له اعتباره، والله تعالى أعلم.[1060]

4. إن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة ماليـة، وهو شيء غير محسوس، وغير ممكن تحديده ولا تقديره، ولا يترك آثاراً ظاهرة في الجسم. والتعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضـرر مالي واقع فعـلاً، أو ما في حكمه؛ كنقص في جزء من أجزاء الجسم البشري، أو تشويه خِلقته. فالتعويض المالي إذا شرع لمقابلة مال ضائع على المضرور، أو بدلاً عن القصاص إذا تعذّر إجراؤه؛ لكون الضرر وقع خطأً، أو عفا المجني عليه أو وليه، أو لأسباب أخرى؛ فلأن الضرر في هذه الحالة تسبب في فقد شيء محسوس، وغالبـاً ما يتبع الضرر الجسمي خسارة ماليـة.[1061]

ويمكن الرد على هذا الرأي، بأن الضرر الأدبي الذي له انعكاسات مالية يقبل التعويض كأي ضرر محسوس، ويمثل له بالأمثلـة التي ساقها الأستاذ الزرقا: كاتهام طبيب بالجهل بالطب، أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو على وشك الإفلاس...الخ مما يصرف الناس عن معاملته ويضر بمورده المالي.[1062]

5. لقد تضافرت النصوص الشرعية[1063] على تأكيد شدة تحريم الشريعة للإضرار الأدبي، وأنّ حد القذف مثالٌ واضح على ذلك.لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة

[1059]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، الضمان، ص 46، و الأستاذ مصطفى الزرقا، الفعل الضار، ص 124.

[1060]: راجع: د.محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني، ص 176، و د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر، ص 35.

[1061]: راجع: د.محمد بوساق، المرجع ذاته، ص 34-35.

[1062]: انظر: الفعل الضار، ص 124.

[1063]: مثلما روى مسلم عن أبي هريرة (ض) عن النبي(ص) أنه قال:" كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعِرضه": كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم ظُلْمِ الْمسلِمِ وخذْلِهِ واحتِقَارِهِ ودمِهِ وعِرضِهِ ومالِهِ: 1983/4، الحديث رقم 2564. وعنه قال:" المفلس مِن أمتي من يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة، ويأتي وقد شتـم هذا، وقـذف هذا وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيعطى هذا من حسناته وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قبل أن يقضى ما عليه أُخذ مِن خطاياهم، فطُرِحت عليه، ثم طُرِح في النار": صحيح مسلم، باب: تحريم الظلم من ذات الكتاب:1997/4؛ الحديث رقم 2581.

الإضرار الأدبي إنما هو التعزير الزاجر، وليس التعويض المالي.[1064]

6. لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي المحض كالشرف والسمعة؛ لأنه يخضع لقواعد التعزير الشرعي، وهو ليس مجالاً صالحاً للتعويض المالي فيما عرف من أساليب الشريعة في معالجة الانحراف، وأما إذا كان للضرر الأدبي آثار مالية، فتشمله الأحكام العامة للفعل الضار في الشريعة؛ باعتباره ضررا مادياً، ويلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي، يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية.[1065]

7. التعويض بالمال عن الضرر المعنوي، باعتراف بعض رجال القانون الوضعي صراحةً، ليس كافياً، ولا يزيل آثار الضرر، فالضرر المعنوي لا يمحى ولا يزول بِعِوض مالي.[1066]

8. ومن بين ما علّق به الأستاذ الزرقا على تقرير المشرع المدني الأردني في المادة 2/267[0] بتعويض مالي للزوج والأقارب عما يصيبهم من ضرر أدبي بموت المصاب، حيث ذكر أنّ هذا الحكم المستحدث ليس مقبولاً على الإطلاق في فقـه الشريعة؛ لانطوائه على مخالفات شرعية صارخـة، وهو مثال جلي للفوضى التشريعية التي يحدثها تطبيق مبدأ التعويض المالي عن الضرر الأدبي، إذا اعتبر أن موت المصاب ضرر أدبي لزوجته وأسرته، يستحقون بموجبها تعويضاً لا حدود له يضاف إلى الدية الشرعية، تحت اسم الضرر الأدبي. كما أن فيه مخالفةً صريحة لأحكام الميراث في الشرع؛ بترك القاضي يوزع التعويض على أحظّ أفراد العائلة من الحزن والفجيعة.[1067]

9. ومما فُرع على ما تقدم، عدم وجوب الضمان بسبب تفويت فرصة من الفرص، كان من المحتمل أن يكون ورائها كسب مالي؛ وذلك مثل ضياع فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامي في تقديم استئنـاف في موعده، أو ضياع فرصـة دخول في امتحان للترشيح في وظيفة معينـة، أو للحصول على ترقية، إذ ليس في ذلك ضرر يتمثل في فقد مال قائم.[1068]

3: انظر: الفعـل الضـار، ص 124.

[1065] راجع: المرجع نفسه، ص 126؛ 123.

[1066]: راجع: د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني:866/1 أشار إليه بوساق في المرجع السابق، ص 36. للإشارة فإن السنهوري من القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي، وعبارته تدل على أن الضرر الأدبي لا يمكن محو آثاره، فذلك لا يتصور، وإنما يعوض عنه بتعويض ضئيل أو نشر حكم على سبيل رد الاعتبار للمضرور. ويفهم من فحوى كلامه أن التعويض يكون بمقابل رمزي.

[1067]: راجع: الفعـل الضـار، ص 126-127.

[1068]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، الضمان، ص 46.

ويمكن أن يرد على هذا الرأي، على وجاهته نسبياً؛ بأنه يفتح ذريعة الفساد ويغطي على أصحابه مسئولياتهم، في وقتٍ ضعف فيه الوازع الديني، إذا لم يمنعهم زاجر أو جابر، على أنه ينبغي ألاّ يتجاوز التعويض حدوداً معقولة، يحددها التشريع القائم، حتى لا يزيد التعويض عن نسبة فقد المال المحتمل؛ الذي يترك لحكومة العدل؛ أي لسلطة القاضي التقديرية؛ بحيث لا ينبغي أن يصل تعويض المال المحتمل تفويته حد المال القائم، فيكون في تصوري كمن يبلغ في التعزير-في تصوري الخاص- عقوبة الحد، فيكون من المعتدين، وذلك منهي عنه؛ لمجافاته للعدل والإنصاف.

ج. الـرأي المختـار في هذه المسألـة:

لا شك بأن مسألة التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي عويصةٌ للغاية في الفقه الإسلامي، فلا غرابة أن تزلّ فيها أقدام؛ أو تقصر عن فقه كنهها أحلام.

ويرجع سبب عدم القول بالتعويض عن الضرر الأدبي بشكل عام إلى وجود منظومة العقوبات؛ المتمثلة في الحدود والديات؛ لتأديـب كل من تسول له نفسه المساس بحق من حقوق الإنسان، مادياً كان أو معنوياً. كما يرجع السبب-فيما يبدو- إلى اتسـام الفقه الإسلامي بمعايير أو ضوابط موضوعية[1069] مادية منضبطة؛ أي قابلة للتقويم أو التقدير.

وفي المقابل، قال البعض بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي مجـاراةً لرياح القانون الوضعي العاتيـة، خصوصاً في الغرب؛ الذي بالـغ التشريع والقضاء فيه، حتى أصبحنا نسمع في دعـاواه و أقضيته فرض تعويضات خيالية لقاءَ مزاعم أدبية في منتهى التفاهة، ربما اختلقها أصحابها أصلاً للحصول على مبالغ مالية، خصوصاً من أصحاب الثراء الواسع أو الجاه العريض؛ سواء عن طريق الصلح أو القضاء.

وأمام إهمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ساحة الحياة، عدا أحكاماً يسيرة، اقترح البعض،[1070] وإن لم يكن قائلاً بالتعويض المالي عن الضرر الأدبي، أنه إذا كان تحريك الدعوى الجزائية؛ لمعاقبة من أضر أدبياً بسواه، يتطلّب، في النظام القضائي، من المتضرر أن يطلب تعويضاً عن ضرره الأدبي، يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض مالي رمزي. وإذا كان للضرر الأدبي، بالنسبة لبعض الأشخاص ذوي المهن الحرة كالطبيب، انعكاسات على عملهم تسبب لهم أضراراً مالية، فإن الضرر الأدبي –حينئذٍ- يخضع للأحكام العامـة في التعويض.

[1069]: راجع: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 149/6.

[1070]: انظر: الأستاذ مصطفى الزرقا، الفعل الضار، ص 127-128.

وبناء على ما سبق عرضه وبيانه، يمكن التوصل إلى النتائـج التاليـة:

1. لا يصح التعويض عن الضرر الأدبي المحض؛ كالشرف والسمعة؛ للأدلة التي ساقها أصحاب الرأي الثاني، وهم جمهور الفقهاء -رحمهم الله- قديماً وحديثاً.

2. يجوز التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي إذا كانت له انعكاسات مالية؛ كاتهام طبيب في سمعته، مما يؤثر سلباً على مهنته ودخله المادي. ويستوي الأمر في هذه الحالة سواء قلنا، إنه تعويض عن ضرر أدبي، آل إلى ضرر مادي، فأمكن ضبطه وتحديده وقياسه،أو قلنا إنه لما آل إلى ضرر مادي، فالمعتبر ما آل إليه، وبالتالي فهو تعويـض عن ضرر مـادي محسوس ليس إلا، وليس بتعويض عن ضرر أدبي البتـة. ومهما يكن طريق الاستدلال، المؤدي إلى اعتبار التعويض عن الضرر الأدبي أو عدمه، فالنتيجة واحـدة، وهي جواز التعويض عن الضرر الأدبي الذي له ذيول أو آثار مالية، ولا مشاحة في الاصطلاح وفي طريق الاستدلال، ما دامت الحقائق محل اتفاق، واللّـه تعالى أعلم.

II. أنـواع الضرر من حيث طريقـة حدوثـه:

ينقسم الضرر من حيث طريقة حدوثه إلى ضرر مباشر وضرر غير مباشر، وضرر واقع وضرر متوقع. فأما بيان معنى "المباشر وغير المباشر"، بالنسبة للضرر، وما يتعلق بهما من أحكام، فحسبي ما بينته سابقاً.[1071] فبقي أن أسلط الضوء على كلٍّ من الضرر الواقع، والضرر المتوقع، والضرر المحتمل، وتفويت الفرصة، وذلك على النحو التالي:

1. الضـرر الواقـع: وهو يقابل الضرر الحالّ بالتعبير القانوني؛ أي الضرر الناجز الذي وقع فعلاً. ذلك لأن التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن ضـرر وقع فعلاً؛ لأنه السبب في التعويض، والمسبب-أي النتيجة- لا يتقدم سببه، وإلا لم يكن سبباً له، ولكن إذا وقع الضرر فعلاً وجب التعويض؛ لأن السبب يفضي إلى مسببه دائما؛ ولهذا إذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب به ضمان، وقد جاء في مجمع الضمانات[1072]: إذا ذبح رجلٌ شاةً لآخر لا يرجى حياتها، لا يضمن استحساناً، سواء كان أجنبياً أو راعياً. وذُكر في النوازل شاةٌ لإنسان سقطت وخِيف عليها الموت فذبحها إنسانٌ كي لا تموت، لا يضمن استحسانا؛ لأنه مـأذون دلالـةً.وعلّل الأستاذ علي الخفيف ذلك؛ بأنه بعمله هذا -وقد أشرفت على الهلاك- أفاد مالكها ولم يضره، حيث إنه لم

[1071]: راجع: أنواع التعدي وضابط التفرقة بينهما في الفرع السابق الخاص بالتعدي.

[1072]: انظر: لأبي محمد بن غانم البغدادي في المسائل الاستحسانية باب الصيد والذبائح: 464/1.

يفوت عليه لحمها، على حين يفوت عليه لو تركها تهلك بدون ذبح. وهذا بخلاف ما لو ذبح بدل الشاة فرساً، فإنه يضمن؛ لإتلافه مالاً وقت الاعتداء، وهو ضرر كان من المحتمل ألاّ يكون، وذلك ببرئها.[1073]

2. الضـرر المتوقـع: حيث يقابل الضرر المستقبل في اصطلاح القانونيين، وهو ضرر تحقق سببه فعلاً، وتراخت آثاره في المستقبل؛ كإصابة عاملٍ إصابةً تعجزه عن الكسب في الحال، يكون من المحقّق-وفقاً لتقارير الأطباء- أنها ستؤثر على عمله في المستقبل. وإذا اتفق الفقه الإسلامي مع الفقه القانوني في وجوب تحقق الضرر؛ أي وقوعه فعلاً، حتى يستوجب الحكم بالتعويض، فإنه لم يجارِه في النتيجة المتوصل إليها، وهي عدم جواز التعويض عن الضرر المتوقع. وذلك لأن هذا الضرر وإن تحققت أسبابه، وبات من المؤكد وقوعه، إلا أنه لم يقع فعلاً، وما دام كذلك فلا يعوض عنه إلا حين وقوعه،؛ لأن التعويض عنه ربما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، كما إذا زاد الضرر أو قلّ عن التعويض المقدر، وإن كان الفقه القانوني وضع لذلك حلولاً- كما سبق بيانه في الجانب القانوني- وذلك بجواز المطالبة بتعويض عن الضرر الزائد، إلا أنه بخس المسئول حقه إذا قلّت الأضرار عن مقدار التعويض، فلم يجز له المطالبة برد الزائد من التعويض على قيمة الضرر؛ بحجة أن هذا ينافي حجية الأمر المقضي به، ولا ريب أن هذا لا يتماشى ومبادئ العدالة. أما الفقه الإسلامي، فقد تحاشى الوقوع في مثل هذا، فمنع التعويض عن الضرر المتوقع أو المستقبل حتى يقع فعلاً؛ ذلك لأن الضرر هو السبب في التعويض، ولا يتقدم المسبب على سببه، والضرر المتوقع وإن تحقق سببه، إلا أنه لم ينكشف مقداره حالا.[1074] وقواعد الشريعة تأبى التعويض إلا عن الضرر الماثل الواقع فعلا؛ الذي يمكن تقويمه بالمال، أما الضرر المتوقع فلا تعويض فيه؛ لأنه معدوم وقت حدوث الأذى بالجسم، ولا قيمة للمعدوم، فلا يصح مقابلته بالمال.[1075]

قال القرافي -رحمه الله-: "وإذا جعلت المرأة أمرها لوليين فزوجاها من رجلين كُفئين، فالمعتبر أولهما إن عرف كالبيع، إلا أن يدخل بها الأخير فهو أحق بها"،[1076] وهنا يفيت الدخولُ بالعقدِ الثاني العقد الأول؛ لما يترتب عنه من الفساد. ويعلل ذلك قائلاً: "بأنا أجمعنا على الأخذ بالشفعة، وهو إبطال أثر العقد السابق، وتسليط الشفيع على إبطاله؛ لأجل الضرر الداخل على

[1073]: راجع: الضمـان في الفقه الإسلامي، ص 38.

[1074]: راجع: د.محمد فتح الله النشار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص211-212.

[1075]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 38.

[1076]: أنوار البروق في أنواع الفروق: 187/3.

الشريك من توقع القسمة، وإذا قُضِي بتقديم مجرد الضرر المتوقـع غير الناجز بدون أن ينضم إليه عقد على العقد هنالك، وجب أن يقضى هاهنا بتقديم الضرر الناجز المنضم إليه عقد على العقد السابق بطريق الأولى. أما كون ضرر الشريك في الشفعة متوقعاً لا ناجزاً؛ فلأنها قد تحصل وقد لا تقع البتة".[1077]

وتعريف القرافي للضرر المتوقع بهذا المعنى؛ أي بأنه ما قد يحصل، وقد لا يقع بتاتاً، يجعله- في تقديري الخاص مع صحة ما أورده من أمثلة- يخرج عن التعريف، الذي اعتمدته سلفاً- وهو تعريف القانونيين لتسهيل عقد المقارنة- للضرر المتوقع، ليندرج تحت مسمى الضرر المحتمل. والضرر المتوقع أقوى من الضرر المحتمل؛ لأنه مؤكـد[1078]، غير أنّ آثاره المستقبلية غير معروفة بالتدقيق. وأما الضرر المحتمل، فهو غير مؤكد وقوعه بالمرة. وعليـه، يبدو أنّ الشريعة من خلال ما رأينا أنها تنيط أحكامها بالضبط والتحديد[1079]، تجيز الشفعة لضرر مؤكد، أو ما في حكمه؛ وهو مظنة وقوع الضرر المتوقع-بالتعريف الوارد سلفاً- لا لضـرر محتملٍ؛ قد يقع، وقد لا يقع.

وقرر بعض الفقهاء أنه "لا يسن غسلُ داخل العينين...نظراً إلى أنّ الضرر المتوقع كالمتحقق"؛ أي في حكم الضرر المتحقق.[1080]

3. الضـرر المحتمـل: وهو ما يحتمل الوقوع وغيره على حد سواء، والضرر المحتمل، وإن تتفاوت درجة احتماله قوةً وضعفاً، فقد يكون مظنوناً، وقد يكون موهوماً، والشيء، بمقتضى قواعد الشرع، إذا تطرق إليه الاحتمال، سقط به الاستدلال. وعليه، فلا يعرف الفقه الإسلامي التعويض عن الضرر المحتمل-شأنه في ذلك شأن الفقه القانوني على اختلاف بينهم-، حيث إن فقهاء الشريعة لا يقولون بالتعويض عن الضرر المحتمل مطلقاً، بينما يرى فقهاء القانون- وهم بصدد تقدير التعويض- أن المضرور يستحق تعويضاً عما فاته من كسبٍ، ولا ريب أن هذا ضرر احتمالي، قد لا يتحقق للشخص. ومن ثم فقد أحسن الفقه الإسلامي حينما جرد التعويض من الاحتمالات، التي يمكن ألا تتحقق، فإذا كان الضرر محتملاً، فلا ضمان ولا تعويض.[1081]

[1077]: المرجـع ذاتـه: 190/3.

[1078]: وذلك كإصابة عاملٍ إصابة تعجزه عن الكسب حالا وتؤثر على عمله مآلاً، ومثله "الشفعة لدفع الضرر المتوقع في طول أمد الشركة وأنه لا يقدر على إصلاح ولا جذاذ ولا حرث إلا برضا صاحبه": القرافي، الذخيرة: 281/7.

[1079]: راجع: خصائص التشريع الإسلامي في الباب التمهيدي.

[1080]: راجع: شرح شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي على مختصر الخِرقي: 34/1.

[1081]: راجع: د.محمد النشار، التعويض المدني، ص 199.

4. تفويت الفرصـة:وقريب من الضرر المحتمل أو الاحتمالي، بالمعنى الوارد آنفاً، تفويت الفرصة، وذلك لكونه ضرر غير متحقق، فتفويت فرصة الترقية أو استئناف الحكم، وإن كان فيه نوع ضرر، وهو تفويت الوسيلة، إلا أن ذلك لا يستلزم ضرورةً الإضرار به فيما يتعلق بالنتيجة وهي الحصول على الترقية أو كسب القضية المستأنف فيها، فإن النتيجة احتمالية؛ إذ إنّ الشخص قد يمكّن من الوسيلة ولا يكسب نتيجتها.

وباعتبار أن تفويت الفرصة هي، من وجه آخر، ضرر معنوي ليس فيه تعويض لامتناع شرط المالية- على ما سبق آنفاً-، ولكن ذلك لا يمنع التعزير؛ بما يراه ولي الأمر محققاً للمصلحة العامة، وبهذا يثبت أن الفقه الإسلامي يلتزم منهجاً موضوعياً في وجوب التضمين، ويجمع شتات النوازل، حتى لا يفلت مجرم من العقاب، دون أن يتخلى عما اشترطه من عدم جواز التعويض بمال إلا في مقابلة مال سلب أو أُتلف.[1082]

وذهب البعض إلى أن استحقاق التعويض عن تفويت مجرد الفرصة، هو أكل لأموال الناس بالباطل، وهو منافٍ لشريعة الإسلام الخالدة. بخلاف ما لو وقع فعلاً بتفويت الفرصةِ ضياع مالٍ، وتحقق ذلك قطعاً، من غير توهم أو احتمال ضعيف، فمن حق من ضاع ماله في هذه الحال، أن يطالب بتعويض ما لحقه من ضررٍ؛ بتفويت الفرصة عليـه.[1083]

5. الضـرر المفتـرض: تأبى شريعةُ الإسلام أن يسأل الإنسانُ عن ضررٍ يحدثه غيره ولا يد فيه، وذلك ما يدلّ عليه قوله تعالى:«ولا تزِر وازرةٌ وِزر أُخرى» [سورة الأنعام، الآية 164]؛ وقوله تعالى:«لا يكلف اللهُ نفْساً إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكْتسبت» [سورة البقرة، الآية 286]. وعلى ذلك، لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوانه إلا إذا كان نتيجةَ إثارةٍ منه، أو إهمالٍ في حفظه وحراسته، حيث يجب ذلك شرعاً وعرفاً، ولا يسأل عن ضررٍ يحدث من سقوطِ بناءٍ لـه، إلا إذا كان نتيجةَ تقصيرٍ في تحاشي ذلك؛ بأن بناه واهناً، أو أغفل نقضه أو إصلاحه، على الرغم من تنبيهه إلى وهنه وتعرضه للسقوط.كما لا يسأل عما يحدثه أولاده ولا أتباعه من ضررٍ، إنما يسألون هم عنه في أموالهم.

وهذا ما لم تأخذ به القوانين الوضعية الحديثة، التي ألزمت المَتبوع ضمانَ الضرر الذي يحدث من تابعه، بعمله غير المشروع، متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته، أو بسبب تأديتها،

[1082]: راجع: د.محمد النشار، المرجع نفسه، ص 119إ212، وأ. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 46.

[1083]: راجع: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ص 125-126.

بناءً على افتراض خطئه في اختياره ذلك التابع، أو على وجوب تحمل تبعة إنابته إياه عنه في عمله، واعتبرته خطأً لا يقبل إثبات العكس. وهو نفس المبدأ الذي طبقته مع حارس الأشياء؛ الذي اعتبر مسئولا بناءً على افتراض تقصيره في بذل العناية الخاصة. وقرروا مسؤولية المتبوع عن تابعه، طبقاً لقاعدة "الغنم ِبالغرمِ"[1084] التي فُسرت على نحو خاص؛ بحيث جعلت كلّ مـا يجني منه الإنسان ربحاً، لقـاءَ ذلك، عليـه تبعـةُ مـا يحدث عنه من ضررٍ بغيره، في حين أن معنى القاعدة، فيما يراه فقهاء الشريعة، أنّ غُنم الإنسان من مالٍ، يستتبع غرامتـه، إذا ما أصاب هذا المالَ ضرر، وذلك بتحمله ضرره، لا ضرر غيـرِه.

ولا شك أن هذا المبدأ لا أساس له من العدالة، فإنّ المال وثمراته لمالكه، لا يؤخذ منه شيء إلا بحقه، سواء كان معاوضةً، أو تبرعاً عن طيب نفسٍ، أو تعويضاً عن مال أُتلف، وليس في افتراض مخالفةٍ، لم تحدِثْ عملاً ضاراً، مما يصلح أساساً للتعويض أو التقويم، ولذلك لـم يكن الإلزام بالتعويض، بناءً على النظرية المادية أو نظرية تحمل التبعـة[1085]، مما يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامي، ولا ريب أن مساءلةَ الشخص عن ضررٍ لا يد له فيه هو أخذٌ للمال بغير حقه، وأنه أكلٌ للمال بالباطل، والله تعالى يؤكد على أخذه بحقه، إذ يقول: « يا أيها الذين آمنوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم بالباطلِ إلا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُم » [سورة االنساء، الآية 29]؛ ويقول: « فإنْ طِبن لَكُم عن شيءٍ مِنه نفْساً فَكُلُوه هَنِيئاً مرِيئـاً » [سورة االنساء، الآية 04]. [1086]

والمبدأ العام في الشريعة الإسلامية هو المسؤولية الشخصية، وعليه، فقد قرر فقهاء الإسلام المسؤولية المدنية للقُصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم، وذلك من أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلة التي يحوزونها بعد الرشد، مما يدل على اتجاههم في التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية. ومما قرروه أن الصغير مؤاخذٌ بضمان ما أتلفه من الأموال.[1087]

[1084]: هذه القاعدة سبق إليها فقهاء الشريعة بمفردات مغايرة، منها" من له الغنم فعليه الغرم" و"الغرم مجبور بالغرم" وأحيانا يعبرون عنها بلفظ "النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة" وهي مرتبطة بقاعدة "الخراج بالضمان":درر الحكام: 1/78-80، وهي المواد 85،87؛ 88، الإمام أحمد المعروف بشاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي، حجة الله البالغة:1/781-782، والتعويض المدني، ص 217.

[1085]: راجع: تفصيل ذلك فيما من المطلب الأول ضمن المبحث الأول لهذا الفصل، ص 146.

[1086]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 46-48، و النشار، التعويض المدني، ص217 ومايليها.

[1087]: جاء في المادة 916 من مجلة الأحكام العدلية:" إذا أتلف صبي مال غيره، فيلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال، ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه"درر الحكام:1/177، وبالمادة 960 من نفس المرجع:"يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز" درر الحكام : 1/186.

إلا أنه مراعاةً لمبدأ العدالة، ودفعاً للضرر عن المتضرر، فإن المتسبب في إحداث الضرر يسأل عنه. وعليه، فلا يسأل الأولياء والأوصياء عن فعل غيرهم إلا إذا صدر منهم ما يوجب الضمان؛ كالتقصير في الحفظ عمدا أو الإغراء بالإتلاف أو التسليط على الضرر، أو الأمر به وما شاكل ذلك، على أساس قاعـدة "المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب ضامن إذا كان متعديا"؛ إما بالتعمد أو التقصير وعدم التحرز في الإضرار[1088]، لا على أساس الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، الذي جاءت به نظرية تحمل التبعة في القانون.

وقد بحث فقهاء الشريعة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، في حكم أعمال "تلميذ الأجير المشترك"، ومما قالوه فيها:

- إذا وطئ تلميذ الأجير المشترك على ثوب من ثياب القصارة فخرقه يضمن؛ لأن وطأ الثوب غير مأذون فيه.[1089]

- إذا وقع من يد التلميذ سراج فاحترق ثوب من ثياب القصارة، فالضمان على الأستاذ(المعلم)؛ لأن المشي بالسراج عملٌ مأذون فيه.[1090]

ويتلخص من تعليلات فقهاء الحنفية السابق ذكرها: أن المتبوع يسأل عن أعمال تابعه، إذا كان هناك عقد إجارة بينهما، وكان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلةً ومحلا وكيفيةً بحسب العرف الشائع، أو كان مأمـوراً به من الأستاذ صراحةً أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمـان على الأستـاذ.[1091]

وبناء عليـه، تقوم المسؤولية-فيما يبدو- على أساس الضرر الناشئ، في هذه الحالة، عن الخطأ الثابت، سواء كان من التابع (التلميذ) في النص الأول، أو من المتبوع (الأستاذ) في النص الثاني، وليس بتاتاً على أساس الخطأ المفترض للمتبوع بصفة عامة.

خامسـاً: التعويـض عن الضـرر وما تعلق به من مسائل:

التعويض لغـةً مشتق من العِوض وهو البدل والخَلَف. قال الإمام الشافعي-رحمه الله-:

[1088]: راجع: الأستاذ وهبـة الزحيلي، الضمـان، ص -254.255

[1089]: راجع: أبومحمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ص 135.

[1090]: راجع: المصدر ذاته، من ذات الصفحة.

[1091]: الأستاذ وهبـة الزحيلي، الضمـان، ص 257، وقد أشار في الهامش إلى الشيخ محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، ص 28، ود. فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية، ص 390.

"سافِر تجِد عِوضاً عمن تفارقه..."[1092]؛ أي بدلاً مكافِئاً عمن تنأى عنه وتغترب. أما شرعاً فلم تستعمل كتب الفقه القديمة مصطلح التعويض، وإنما استعملت، بالمعنى المراد، بدلُه مصطلح الضمان، على أحدِ تعريفَي الضمان[1093]، وهو " المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال ".[1094]

وبناء عليه، يقصد من التعويض جبر الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، بصرف النظر عمن حدث منه الضرر، ودون اعتبارٍ لوجود الإثم في الجناية أو عدمه؛ لأن الضرر واقعة مادية. وعليه، يجب أن يكون التعويض مقدراً على أساس تغطية ما وقع فعلاً، دون زيادة أو نقصان، ودون تمييز بين متسببٍ وآخر.[1095]

ويجب ألا يأخذ المتضرر أكثر مما فقده، وعلى ذلك، إذا لم يفِت، فعلُ ضررٍ للمتضرر، صفةً ولا منفعةً، فلا شيء له؛ لأن التعويض شرع لجبر نقصان المال أو فواته. وقد أورد الحنفية مسائل استحسنوا عدم الضمان فيها، فقالوا: "وذُكر في النوازل شاةٌ لإنسان سقطت وخِيف عليها الموت، فذبحها إنسانٌ كي لا تموت، لا يضمن استحساناً؛ لأنه مـأذونٌ دلالـةً".[1096]

والتعويض عن الضرر في المجال الطبي أمر لازم؛ حيث يغطي نفقات علاج المجني عليه، إذا بقي حيا، واستيفاء الدية من طرف أوليائه في حال وفاته. وهنا لابد أن نطرح تساؤلاً عما إذا كان الجاني يتحمل نفقات طبية باهظة، قد تفوق الدية أو الأرش أو حكومة العدل في الجراحات التي تترك أثراً تشويهياً؟ فقد يلحق القتيلَ قبل وفاته نفقات طبية، كما تلحق المجني عليه فيما دون النفس أنواع من النفقات الطبية إلى حين شفائه.

لا شك في وجوب تحمل الجاني تكاليف العلاج الطبي، إذ لولا هذا العلاج ربما حصلت سراية في الجراحات قد تتلف النفس. فقد عرف الطب الحديث ألواناً متعددة من العلاج، وقد تستغرق تكاليف العلاج معظم الدية في حال الوفاة، أو كل الأرش فيما دون النفس. فماذا يبقى للمجني عليه أو لورثته إذا توفي؟ إنهم عندئذٍ يتحملون الجناية دون عِوض من دية أو أرش. وهذا

[1092]: راجع: ديوان الشافعي، ص48.

[1093]: وهو رد الشيء أو بدله لا الكفالة. راجع:المبحث الثاني الخاص بأحكام الضمان في المجال الطبي في الفصل الثاني من الباب التمهيدي.

[1094]: راجع: د.محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، ص 155.

[1095]: راجع: د.محمد بوساق، المرجع عينـه، ص 170.

[1096]: البغدادي، مجمع الضمانات، المسائل الاستحسانية من باب الصيد والذبائح: 464/1.

خلاف المقصد الشرعي في جعل الدية أو الأرش عوضاً عما فُقد من نفس أو عضو، وعما شوه من البدن. وقد نقل ابن رشد-رحمه الله- في كتاب الديات فيما دون النفس اتفاق جمهور الفقهاء، على أنّ الشجة التي دون المُوضحة[1097] لا عقل-أي لا دية-فيها، إنما فيها حكومة عدل، قال بعضهم هي أجرة الطبيب.[1098]

وعقّب الأستاذ الزرقا قائلاً: إن أجرة الطبيب هي ضرر مالي قد لحِق بالمجني عليه، غير الأذى الذي لحقه في جسمه. فإذا كانت أجرة الطبيب هي حكومة العدل الواجبة تعويضاً، بقي الضرر الذي أصاب جسمه بلا عِوض. وهذا منافٍ لعدل الشريعة الإسلامية الحكيمة واعتدالها.[1099]

ولكن هل على الجاني أن يتحمل نفقة العلاج مهما بلغت ولو كانت كبيرة ؟

وقد ذهب البعض[1100] إلى أن هذه المسألة اجتهادية، حيث تحتاج إلى مزيد من البحث والتفكير في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها وفقه المذاهب. ويمكن القول بأن النفقات التي هي من قَبِيل تعويض العضو المفقود؛ كتركيب رجلٍ صناعية مثلاً، هي مشمولة حتما بمبلغ الأرش. لكن النفقات اللازمة للوصول إلى حالة الشفاء، وتهدف إلى الحد من سراية التلف وتفاقمه، يمكن تحميلها كلا أو بعضاً على الجاني. ولعلّ الأفضل ترك ذلك لتقدير المحكمة.

طبعاً الكلام عن التعويض؛ بالدية أو الأرش المقدر أو غير المقدر، يستقيم في حالة الجناية على النفس وما دونها خطأً، أما في حالة العمد، يجب القصاص بالإجماع.

وليس هناك ما يمنع المضرور من النزول عن حقه في التعويض، بعد وقوع الضرر؛ على سبيل الإبراء، أو قبل حدوثه بموجب اتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية، تماماً كما يجوز الاتفاق على تشديدها، وذلك بمضاعفة الشرط الجزائي في حالة إخلالٍ بالتزام تعاقدي. أما الإعفاء أو الإذن بالعمل غير المشروع؛ كالجناية على النفس، فلا يعتد به شرعاً.[1101]

[1097]: والموضحة التي تقطع السمحاق- وهي جلدة تكون بين اللحم وعظم الرأس رقيقة- وتوضح العظم أي تبينه: راجع: طلبة الطلبة: 329/1.و"الشجاج الدامية التي تدمى بها الرأس، الباضعة التي تقطع اللحم، السمحاق التي بينها وبين العظم جلدة، الموضحة التي بلغت العظم، المنقلة التي يخرج منها العظم، الهاشمة التي تهشم العظم أي تكسره، الآمة التي تصل إلى أم الدماغ وكذلك الجائفة: الكاتب الخوارزمي، مفاتيح العلوم:15/1.

[1098]: راجع: بدايـة المجتهـد ونهاية المقتصد، ص 856.

[1099]: الفعـل الضـار، ص 138.

[1100]: راجع: الأستاذ الزرقا في الفعل الضار، ص 138.

[1101]: راجع: د.وهبـة الزحيلي، الضمـان، ص 108.

واختلفت المذاهب في حق ولي الدم هل هو القصاص فحسب دون الدية، أو أحدهما على البدلية، فللولي أن يختار الدية بدلاً من القصاص ولو لم يرض الجاني ؟

ذهب الحنفيـة[1102] ومالك عن ابن القاسم[1103]-رحمهم الله- أنه ليس لولي الدم إلاّ القصـاص أو العفو مجاناً، وليس له أن يجبر الجاني على دفع الدية إذا امتنع وسلّم نفسه؛ أي ليس لولي الجناية العدول إلى أخذ الدية إلا برضا القاتل. وذهب الشافعيـة[1104]، وأشهب[1105] من المالكيـة إلى أنه له حق الانتقال من القصاص إلى الدية، وأن يجبر الجاني على دفع الدية.[1106]

ويبدو أن الأخذ بالرأي الثاني أولى؛ في تقرير حق العدول عن القصاص إلى الدية، ضماناً لتعويض وليّ الضحية عما أصاب خلفهم من الضرر من جهة، وحل للمعضلات على اختلاف أنواعها بالطرق السلمية، والشارع الحكيم لا يتشوف إلى سفك الدماء.

ويستعين القاضي في تقرير وتقدير التعويض إلى رأي أهل الخبرة أو المعرفة بتسمية بعض الفقهاء. جاء في تبصرة الحكام: " ويرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه... وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة من النساء في قياس الجرح وقدره إذا كان مما تجوز فيه شهادة النساء...".[1107]

ولكن، هل ينظر في تقدير التعويض شرعاً إلى تغير قيمة العملة في الضرر الناجم عن الاعتداء ؟

[1102]: "إذا كان القود عندنا هو الواجب في العمد فلا ينقلب مالا إلا من جهة الصلح" : حاشية ابن عابدين: 529/6.

[1103]: هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي بالولاء المصري، الفقيه المالكي جمع بين الزهد والعلم وتفقه بالإمام مالك رضي الله عنه ونظرائه وصحب مالكا عشرين سنة وانتفع به أصحاب مالك بعد موت مالك، وهو صاحب المدونة في مذهبهم وهي من أجل كتبهم وعنه أخذها سحنون. وكانت ولادته في سنة 132 وقيل 133 وقيل 128 وتوفي 191هـ ليلة الجمعة لسبع ليال مضين من صفر بمصر ودفن خارج باب القرافة الصغرى قبالة قبر أشهب الفقيه المالكي. راجع: وفيات الأعيان:129/3.

[1104]: "وإن اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن له أن يرجع إلى القصاص. وإن قال اخترت القصاص فهل له أن يرجع إلى الدية ؟ فيه وجهان: أحدهما له أن يرجع لأن القصاص أعلى، فجاز أن ينتقل عنه إلى الأدنى ، والثاني ليس له أن يرجع إلى الدية لأنه تركها فلم يرجع إليها؛ كالقصاص": أبو إسحاق الشيرازي، المهـذب 188/2.

[1105]: هو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي ثم الجعدي الفقيه المالكي المصري، تفقه على الإمام مالك رضي الله عنه ثم على المدنيين والمصريين. قال الإمام الشافعي رضي الله عنه ما رأيت أفقه من أشهب لولا طيش فيه وكانت المنافسة بينه وبين ابن =القاسم، وانتهت الرياسة إليه بمصر بعد ابن القاسم. وكانت ولادته بمصر سنة 150 هـ وقال أبو جعفر ابن الجزار في تاريخه ولد سنة 140 وتوفي سنة 204: وفيات الأعيان:238/1.

[1106]: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 180/6.

[1107]: لابن فرحـون : 80/2.

قال الأستاذ علي الخفيف-رحمه الله-:" ولا عبرة بتغير الأسعار، فإن نقص بسببها سعر المغصوب، لم يكن على الغاصب بسبب ذلك ضمان؛ وهذا بخلاف الحكم في حال التعـدي عند مالك[1108]؛ إذ يضمن المعتدي، في هذه الحـال نقص السعـر."[1109]

الفـرع الثالث: الإفضـاء

لا يكفي لإلزام شخص بالضمان، أن يتوافر ركنا التعدي والضرر، بل يجب أن يكون من شأن التعدي الإفضاء إلى هذا الضرر؛ أي أن يكون مترتبا على هذا التعدي، وهو ما يعبر عنه الفقهاء المعاصرون برابطة السببية، وهو الركن الثالث من أركان نظرية الضمـان في الفقـه الإسلامي. وغني عن البيـان أن فقـه الشريعـة القديم لم يتناول ركن الإفضـاء أو السببيـة، في أبواب الضمـان، بنحو صريـح، مثلما فعل فقـه القانـون، وإنما كان لبعض الباحثيـن المحدثيـن في الفقـه الإسلامي الفضـل في تناولـه وإظهـاره.[1110]

أولا: تعـريف الإفضـاء

1. تعريفـه لغـةً: الإفضاء مصدر أفضى وفضا، "وقد أفضى خرج إلى الفضاء، وأفضى إليـه بسره-أي أعلمه به- وأفضى بيده إلى الأرض، مسها بباطن راحته في سجوده".[1111]

و"فضا المكان و أفضى إذا اتسع، و أفضى فلان إلى فلان أي وصل إليه، وأصله أنه صار في فرجته وفضائه...و أفضى الرجلُ دخل على أهله، و أفضى إلى المرأة غشيها، وقال بعضهم إذا خلا بها فقد أفضى، غشي أو لم يغش، و الإفضاء في الحقيقة الانتهاء، ومنه قوله تعالى:« وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض »[1112] ... و أفضى المرأةَ فهي مفضـاةٌ، إذا جامعها فجعل مسلكيها مسلكا واحدا كأفاضها... لا يفضي الله فاك، هكذا جاء في رواية، ومعناه أن لا يجعله فضاء لا سِن فيه... ويقال الناس فوضى إذا كان لا أمير عليهم ولا من يجمعهم، وأمرهم فضا بينهم أي لا أمير عليهم، وأفضى إذا افتقـر".[1113] والتعريف اللغوي قريب من التعريف الشرعي

[1108]: راجع: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: 175/5.

[1109]: راجع: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 101.

[1110]: راجع: د.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ص177، د. فوزي فيض الله، نظرية الضمان، ص96 ؛ د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 26، و د.عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص263.

[1111]: مختـار الصحـاح:212/1.

[1112]: سورة النساء، الآية 21.

[1113]: لسـان العـرب:157/15؛ 158.

الذي درج على استعماله فقهائنا القدامى، وربما تأثروا في تقرير ذلك بما ورد في القرآن الكريم؛ مثل الآية السابقة الذكر، حيث قصروه على الجماع وما في حكمه كالخلوة.[1114]

2-تعريفـه اصطلاحـاً: وهو عند الباحثين المعاصرين" أن يكون الفعلُ موصِلاً إلى نتيجةٍ لا تتخلّف عنه إلا إذا انتفت الموانع".[1115] ولعلّـه تعريـف صحيح؛ حيث تشمل عبارة "الفعـل" ما كان سببـاً، سواء كان عن تعدي أو عدمه، أو مجرد خطإٍ أو كان عمداً، ومن شأن هذا السبب أن يؤدي حتماً إلى المسبب أو النتيجة، التي لا تتخلف إلا لمانع؛ من آفة سماوية مثل الجائحـة[1116] ونحوها، أو خطأ المتضرر أو خطأ الغير؛ كما سيأتي بيانه في موضوع انتفاء الإفضاء في الفقه الإسلامي.[1117]

ومما يشير إلى صحة استعمال المتأخرين لهذا التعريف الشامل، وعدم حصره في الجماع ونحوه، استخدام الفقهـاء القدامى للفظ الإفضـاء، في مباحثهم الفقهيـة، خارج حدود تعريفهـم الاصطلاحي المشـار إليه آنفـاً، ومنه قولهـم: " والتجـارة كثيـرة الإفضـاء إلى المنـازعـة"[1118]، وقولهم:"وأصل الإفضـاء الوصـول إلى شيء من غير واسطـة"[1119]؛ و"الإفضاء إلى الشيء ألاّ يكون بينك وبينه حائـل"[1120]، وقال ابن تيمية[1121]-رحمه الله-:"إن الله سبحانه ورسوله سدا الذرائع المفضية إلى المحارم؛ بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كان

[1114]: راجع: الإمام فخر الدين الرازي، التفسير الكبير: 14/10.

[1115]: د.حسان شمسي باشا، و د. محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ص 78، ولعله مقتبس من تعريف د. فوزي فيض الله، نظرية الضمان، ص96، أشار إليه د.عادل حبيب، في المفهوم القانوني لرابطة السببية ص 264.

[1116]: "الجائحة فإنها المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله": ابن سلام القاسم الهروي أبو عبيد، غريب الحديث:60/2، و"قال الشافعي (الجائحة) ما أذهب الثمر بأمر سماوي وفي حديث أمر بوضع الجوائح، والمعنى بوضع صدقات ذات الجوائح، يعني ما أصيب من الثمار بآفة سماوية لا يؤخذ منه صدقة فيما بقي": الفيومي، المصباح المنير:113/1.

[1117]: راجع: المطلب الثالث من المبحث الأول في الفصل الأول من هذا الباب.

[1118]: الإمام فخر الدين الرازي، التفسير الكبير:145/5

[1119]: تفسير الثعالبي:277/3.

[1120]: ابن الجوزي ،كشف المشكل:89/1.

[1121]: هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، الملقب بتقي الدين وشيخ الإسلام، ولد سنة 661هـ، وتوفي سنة 728هـ، كان كثير البحث في فنون الحكمة، داعية دين وإصلاح في الدين، له مؤلفات كثيرة نافعة، منها منهاج السنة النبوية، ودرء العقل والنقل. راجع: ابن خلكان، وفيات الأعيان:35/1، والزركلي، الأعلام: 286/6.

وسيلة وطريقاً إلى الشيء، لكن صارت في عرف الفقهاء عبارةً عما أفضت إلى فعل محرم، ولو تجردت عن ذلك الإفضـاء لم يكن فيها مفسدة".[1122]

ثانيا: طبيعـة الإفضاء في الفقه الإسلامي

وحـدد الفقهـاء رابطـة السببيـة أو الإفضـاء؛ بأن تكون إما على سبيل المباشـرة أو السببيـة، فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب.[1123] وقد سبق أن أشرنا إلى تعريف كل من المباشرة والتسبب في اللغة[1124]، وبقي أن نشير إلى تعريفهما في الشرع. وفي هذا المعنى يقرر البعض بقوله:" إنا نستطيع أن نفرق بين المباشرة والتسبب؛ بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة، وأن السبب يولد المباشرة، أو هو واسطة لتولد المباشرة التي تتولد عنها الجريمة".[1125]

وفي نفس المعنى ذهب الشيخ علي الخفيف إلى أن" الضرر المباشر هو ما كان نتيجةً لاتصال آلـة التلف بمحله، والضرر المسبب هو ما كان بفعل في محل أفضى إليه فعل آخر في محل آخر مع احتمال تخلف الفعل الثاني عنه، فإن لم يكن التخلف محتملاً عد الضرر حينئذٍ مباشراً، وكان الفعلان بمثابة فعل واحد. وقد قيل أيضا في بيان الضرر المسبب هو ما أدى إليه فعلٌ بواسطة فعل آخر متوسط بينهما ترتب عليه مباشرة".[1126] وعليـه، يبدو أن نسبة الضرر إلى المباشر أقوى من المتسبب.

وبناء على ما سبق، يقرر البعض بحق" أن قوة إسناد النتيجة إلى الفعل، هي مناط التفرقة بين المباشرة و التسبب، فإذا كانت قوة الإسناد شديدة؛ بحيث يكون الفعل موجِد العلة، كان الفعل مباشرة، وإن لم يكن من القوة ؛ بحيث لم يوجد العلة بنفسه، وإنما أوجد ما يستوجب وجود العلة، كان تسببا، ومن أوجد ملزوم العلة كان متسبباً، و على هذا نجد أن التسبب أقل مرتبة من المباشرة ".[1127]

وعلى ذلك، فإن معيار التمييز بين التعدي بالمباشرة والتعدي بالتسبب، يكمن في تحديد الطريقة التي يحدث بها الضرر الموجب للضمان في الفقه الإسلامي، فالتعدي بالمباشرة يتحقق حينما

[1122]: الفتاوى الكبرى:256/3.

[1123]: راجع: د. الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود:180/1، أشار إليه د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 26.

[1124]: راجع: أنواع التعدي في الفرع الأول من هذا المطلب.

[1125]: د.عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 451.

[1126]: الضمـان في الفقه الإسلامي، ص58.

[1127]: د.عادل جبري حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص 224.

يحدث الضرر عادةً نتيجة مباشرة لما باشره المعتدي من فعل، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر. أما التعدي بطريق التسبب فيتحقق حينما يحصل الضرر، ليس عن فعل الشخص ذاته، وإنما عن أمر آخر يفصل بين فعله و الضرر.[1128]

ويرجع الفقه التمييز بين المباشرة والتسبب من حيث شروط الضمان إلى أحد القواعد الأصولية التي تميز بين العلة والسبب[1129]، وتقضي بأن العلّة باعتبارها وصفاً مؤثراً بذاته في الحكم، متصلاً به، فلا تحتاج إلى أمرٍ زائدٍ يضاف إليها لثبوت الحكم، فيدور معها المعلول وجوداً وعدماً، أما السبب فهو طريق إلى الحكم بدون تأثير، إذ لا بد فيه أن يتوسط بينه وبين الحكم علة؛ لذلك لا يضاف إليه الحكم إلا بزيادة وصفٍ يجعله صالحاً للعلة أو في حكم العلة. وعليه، فإن المباشرة تنزل منزلة العلة، فيوجد عقبها المعلول حتماً، ولما كان المباشر علّةً، والمتسبب سبباً؛ أي علة العلة، فإن الحكم- أي الضمان- يضاف إلى المباشر، دون حاجةٍ إلى شروط أخرى ما عدا مباشرته للضرر، لكنه لا يضاف إلى المتسبب إلا بشرط آخر وهو التعدي.[1130]

وهذا-في اعتقادي- كلام سديد، وأصله عند فقهائنا قديماً وحديثاً. فقد جاء في البحـر الرائـق:" وإنما لم يضمن ِلأن هذه الْأشياءَ تسبب، وشرطُ الضمانِ التعدي، ولم يوجد، فَصار

[1128]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 58 ، د.عادل جبري، المرجع ذاته، ص 222 وما يليها.

[1129]: العلة لغةً المرض: مختار الصحاح:189/1، وتأتي بمعنى السبب كقولهم:" وهذه عِلته: سببه": الفيروزآبادي، القاموس المحيط:137/3.

والسبب في اللغة: "الحبل وكل شيء يتوصل به إلى غيره": مختارالصحاح:119/1. قال المرداوي في التحبير شرح التحرير: "...العلة قسم من السبب، فالسبب أعم منها، فإنها تعتبر فيها المناسبة، والسبب أعم من ذلك؛ فقد يكون زماناً ومكاناً وغير ذلك ويفرق بينهما في اللغة والكلام والأصول والفقه. فأما اللغة فالسبب ما يتوصل به إلى غيره ولو بوسائط كتسمية الحبل سبباً، وذكروا للعلة معاني يدور الأمر المشترك فيها على أن يكون أمراً مستمراً؛ ولهذا يقول أكثر النحاة اللام للتعليل والباء للسببية والتعليل فغاير بينهما. وأما الكلام فالسبب ما يحصل الشيء عنده لا به، والعلة ما يحصل به، وأيضاً العلة ما يتأثر بها المعلول بلا واسطة ولا شرط، والسبب ما يفضي للحكم بواسطة وبشرط؛ ولذلك يتراخى حتى توجد وسائطه وشرطه وتنتفي موانعه. وأما في الأصول فقال الآمدي في جدله: العلة ما تكون للمظِنة وللحكمة، وأما السبب فللمظنة دائماً إذ بالمظنة يتوصل إلى الحكم لأجل الحكمة ..." : 7/3183-3184. ومثلوا له بقولهم:"ففي المثقل والمحدد السبب هو القتل العمد العدوان، والعلة الزجر لحفظ النفس، والحكم القصاص، وفي الزنا واللواطة السبب إيلاج فرج في فرج محرم شرعا مشتهى طبعاً، والعلة الزجر لحفظ النسب، والحكم وجوب الحد": الشوكاني، إرشاد الفحول: 377/1.

[1130]:راجع:د.عادل جبري، المرجع السابق، ص 333؛ وقد أشار إلى: د.محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني(رسالة بجامعة القاهرة، 1978) ص246، د. إبراهيم أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة، اللاتينية-الإسلامية-الأنجلو أمريكية مع طرح فكرة التعدي كأساس للمسؤولية المدنية، ص228.

كما لو حفَر بِئْرا في مِلْكِ نفْسِهِ فَتلِف بِهِ إنسانٌ، بِخِلَافِ ما إذَا رمى سهما في مِلْكِهِ فَأصاب إنسانا، حيثُ يضمن؛ لِأنه مباشِر، فَلَا يشترطُ فيه التعدي؛ لِأن الْمباشرةَ عِلةٌ، فَلَا يبطُلُ حكْمها بِعذْرٍ، والسبب ليس بِعِلةٍ، فَلَا بد من التعدي لِيلْتحِق بِالْعِلةِ ".[1131]

وقال الغـزالي-رحمه الله- في عبارة وجيزة :"وحد المباشرة إيجاد علة التلف؛ كالقتل والأكل والإحراق، وحد السبب إيجاد ما يحصل الهلاك عنده، ولن بعلةٍ أخرى".[1132]

وجاء في شرح القواعد الفقهية: "يضاف الحكم إلى المباشر لما تقدم ...من أن الفاعل هو العلة المؤثرة، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة، لا إلى أسبابها الموصلة؛ لأن تلك أقوى وأقرب... فالمباشر مقدم كالعلة وعلة العلة، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى علة العلة"[1133].

ثالثـاً: تحديد معيار رابطة الإفضاء عند تعدد أسباب الضرر في الفقه الإسلامي

إذا كان للضرر عدة أسباب، فمن هو المسئول الأول عن إحداث الضرر، هل يشترك جميع المعتدين في تحمل التبعة، أم ينفرد بها أحدهم دون الآخرين ؟

في الجواب تفصيل: إمـا أن يكون فعـل المعتدين من نوع واحـدٍ، أو من نوع مختلـفٍ.

الحالة الأولى: تعدد أسباب الضرر مع وحدة الفاعلين:

إن كان فعل المعتدين من نـوع واحد[1134]؛ بأن كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين، فهم جميعاً مسئولون على حد سواء، ويمثل له في المسؤولية المدنية باشتراك جماعةٍ في إتلاف شيء، فإنهم يضمنون المثل أو القيمة، ويتحمل كل واحد منهم نصيبه دون تضامن فيما بينهم، عملا بمبدأ المسؤولية الفردية المقرر في الشرع: «ولا تزر وازرةٌ وزر أُخرى» [سورة الإسراء، الآية 15]؛ أي لا تتحمل نفس آثمـةٌ جنايـةَ آخـر.

وإن تفاوت فعل المعتدين قوةً وضعفاً، قُدم السبب الأقوى عند المالكية والحنابلة، وقياساً عند الحنفية، فإن قصد أفراد –مثلاً- قتلَ إنسانٍ، كل على انفراده دون اتفاقٍ مع غيره، أو قصد

[1131]: لابن نجيم الحنفي:43/8.

[1132]: راجع: الوجيز: 205/1؛ 48/2.

[1133]:العلامة أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص447.

[1134]: راجع: د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص37 ومايليها.

كل واحد منهم ضربه بلا قصدِ قتلٍ فمـات، قُـدم للقصاص الأقـوى فِعلاً حيث تميزت أفعالهم، كما يقتص ممن كان فعلُه أشـد من فعل غيره؛ بأن جرح أو قطع عضواً-وذلك إذا أمكن المماثلة في القصاص، فإن تعذر ذلك صير إلى الدية- ويعزر من لم يجرح.[1135]

وأما مقتضى الاستحسان عند الحنفية، فهو توزيع الضمان على المشتركين، حسب دور كل واحد في إحداث الضرر قوةً وضعفاً.[1136]

جاء في مجمع الضمانات عند الحنفية عن جماعة " ازدحموا يوم الجمعة، فدفع بعضهم بعضاً، فوقع على زجاج الخزاف وقدوره، فانكسرت: يضمن الدافـع، إن انكسرت بقوة دفعه".[1137]

ويمثل رأي جمهـور الفقهاء ورأي الحنفية قيـاساً، الذي يعتد بالسبب الأقـوى، عند تعدد الأسباب، ما يقابل الأخذ بنظرية السببية الملائمـة أو السبب المنتج عند فقهاء القانـون، ويمثل رأي الحنفية استحسانـاً؛ أي توزيع الضمـان على المشتركين، ما يقابل الأخذ بنظرية تكافؤ الأسبـاب أو تعادلها عندهم، كما تقدم بيانه.[1138]

الحالة الثانية: تعدد أسباب الضرر مع اختلاف عمل الفاعلين:

وأما إن اختلف عمل المعتدين؛ بأن كان بعضهم مباشرا، والآخر متسببا، فالحكم هنا تقديم المباشر على المتسبب، بموجب القاعدة الفقهية التي تقول:"إذا اجتمع المباشر والمتسبب، يضاف الحكم إلى المباشر"[1139]؛ أي إذا غلبت المباشرةُ السبب، وذلك بأن تقطع عمله وأثره، وهذا ما قرره الفقهاء بنصوص فقهية صريحة. جاء في درر الحكام: "إذَا اجتمع الْمباشِر؛ أي عامِلُ الشيءِ وقَاعِلُه بِالذاتِ، مع الْمتسببِ؛ وهو الْفَاعِلُ لِلسببِ الْمفْضِي لِوقُوعِ ذَلك الشيءِ، ولَم يكُن السبب ما يؤدي إلَى النتِيجةِ السيئَةِ إذَا هو لَم يتبع بِفعلِ قَاعِلٍ آخر، يضاف الْحكْم الذِي يترتب علَى الْفِعلِ، إلَى الْفَاعِلِ الْمباشِرِ دونَ الْمتسببِ. وبِعبارةٍ أخصر يقَدم الْمباشِر فِي الضمان عن الْمتسببِ... لَو حفَر رجلٌ بِئْرا فِي الطرِيقِ الْعام، فَأَلْقَى أحد حيوانَ شخصٍ فِي ذَلك الْبِئْرِ، ضمِن الذِي أَلْقَى الْحيوانَ، ولَا شيءَ علَى حافِرِ الْبِئْرِ؛ لِأَن حفْر الْبِئْرِ بحد ذَاتِهِ لَا يستوجِب تلْف الْحيوان،

[1135]: راجع: الدردير، الشرح الكبير مع الدسوقي:6/195-196، ابن رجب، القواعد ص327؛ الطوري، تكملة البحر الرائق: 8/397.

[1136]: راجع: تكملة البحر الرائق: 8/397، د.فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية، ص327.

[1137]: للبغدادي: 1/351.

[1138]: راجع: المطلب الثالث ضمن المبحث الأول من الفصل الأول لهذا الباب، ص 209.

[1139]: المادة 90 من المجلة، راجع: درر الحكام:1/27.

ولو لم ينضم إليه فعلُ المباشِرِ، وهو إلْقَاءُ الحيوانِ في البِئْرِ، لما تلف الحيوانُ بحفْرِ البِئْرِ فقَطْ. ورب قَائِلٍ يقُولُ بأنه لو لم يحصلْ فعلُ الحفْرِ، لما تأتى فعلُ الإلْقَاءِ، فَبما أن فعلَ الإلْقَاءِ هو الوصف الأخِير، فَقَد أُضِيف التلف إليه، وقد ورد في الولوالجية[1140] (كُل حكْمٍ يثْبت بعِلةِ ذَاتِ وصفَينِ، يضاف الحكْم إلى الوصفِ الذِي وجِد مِنهما أخِيرا)، أما إذَا كَانَ ذَلك الحيوانُ سقَطَ بنفْسِهِ في البِئْرِ، فَإذَا كَانَ حافِر البِئْرِ قد حفَره بدون أمرٍ من ولي الأمرِ، فَالضمانُ ... يترتب علَى حافِرِ البِئْرِ"[1141].

جاء في الفـروق: "إذا اجتمع من أسباب الضمان الثلاثة سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين؛ كمن حفر بئرا لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر، والأول متسبب. فالغالب تقديم المباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، فيقدم في المثال المذكور المُلْقِي فيكون الضمـان عليـه".[1142]

كما جاء في التاج والإكليل:" يجب الضمان على [من]حفر بئراً في محل عدوان فتردت فيه بهيمة أو إنسان، فإن رداه غيره، فعلى المُردِي؛ تقديماً للمباشرة على التسبب".[1143]

وورد في الفتاوى الكبرى: "وقد تنازع الفقهاء في المشتركين في القتل إذا باشر بعضهم دون بعض، فقيل لا يجب القَود إلا على المباشر خاصـةً، وهو قول أبي حنيفة، وقيل إذا كان السبب قوياً وجب على المباشر والمتسبب؛ كالمُكرِه والمُكره، والشهود بالزنا والقصاص إذا رجعوا وقالوا تعمدنا، وهذا مذهب الجمهور كمالك والشافعي وأحمد، ثم إذا أمسك واحد وقتله الآخر، فمالك يوجب القود على الممسك والقاتل، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، والرواية الأخرى يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت... وقيل لا قود إلا على القاتل؛ كقول أبي حنيفة والشافعي".[1144]

[1140]: أي الفتاوى الولوالجية لأبي الفتح ظهير الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة بن عبد الرزاق الولوالجي، من أهل ولوالج بلدة من طخارستان بلخ، سكن سمرقند، إمام فاضل حسن السيرة وتفقه على جماعة وكتب الأمالي وولد في جمادى الأول 467، ومات بعد 540 هـ وذكره الذهبي في هذه الطبقة من الذين لم تعرف وفاتهم: انظر: www.arabic-islamic-books.com, www.3lsooot.com, www.ahlelhadeeth.com, www.islamport.com/b/4/trajem .

[1141]: شرح مجلة الأحكام العدلية، لحيدر علي:80/1.

[1142]: : القـرافي: 339/2.

[1143]: لمحمد بن يوسف العبدري : 278/5.

[1144]: شيخ الإسلام ابن تيميـة: 279/6.

وثمة حالات تستثنى من قاعدة المباشر مقدم على المتسبب؛ حيث يكون المتسبب وحده هو الضامن، أو يشترك مع المباشر في الضمان، وذلك كما يلي:

1. ضمان المتسبب وحـده:

إذا كان المتسبب هو العامل الرئيسي في إحداث الضرر، وذلك بأن يتغلب السبب على العلة المباشرة، وذلك إذا تعذر إضافة الحكم إلى المباشر بالكلية، فيضاف الحكم- وهو الضمان هنا- إلى المتسبب وحده ؛ كما إذا دفع رجلٌ إلى صبي سكينا ليمسكه، فسقط من يده، فجرحه، ضمن الدافع؛ لأن السبب هنا في معنى العلة.

جاء في المبسوط[1145]: "وإذا أعطى الرجل صبيا عصا أو سلاحا يمسكه له، ولم يأمره فيه بشيء، فعطب الصبي بذلك؛ بأن سقط من يده، فوقع على رجله، فمات، فضمانه على عاقلة[1146] الرجل؛ لأنه جانٍ في استعمال الصبي في إمساك ما دفع إليه، وهو سبب لهلاكه، متعد في ذلك السبب..."؛ لأن الصبي لم يباشر فعلاً معيناً فهو غير مسئول، والآلة بطبيعتها جارحة.[1147]

ومثل لهذا في الإخلال بالتزام عقدي، بما ورد في مجمع الضمانات:[1148] "إذا دلّ المودع- لديه- سارقًـا، ضمن؛ لالتزامـه الحفظ"، وهنا أضيفت السرقة إلى الدال المتسبب، دون المباشر للسرقة؛ بدلالة وجود عقد إيداع.

2. ضمان المتسبب و المباشر معـًا:

إذا اشترك المتسبب والمباشر في إحداث الضرر، وكان لكل واحدٍ منهما دور بارز مساوٍ لفعل الآخر، بحيث تساوا في أثر الفعل، فإنهما يشتركان في الضمان.[1149]

قال الزيلعي[1150] أن " الْمسبب إنما لَا يضمن مع الْمباشِرِ إذَا كان السبب شيئا لَا يعملُ بِانفِـرادِهِ في الْإِتْلَافِ؛ كما في الْحفْرِ مع الْإِلْقَاءِ، فإن الْحفْر لَا يعملُ شيئا بِدون الْإِلْقَاءِ، وأما إذَا كان السبب يعملُ بِانفِرادِهِ، فَيشتركَان".[1151]

[1145]: السرخسي: 185/26.

[1146]: "عاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ": مختار الصحاح: 187/1؛ و"هي العصبة والأقارب من قبل الأب الذين يعطون دية قتيل الخطأ وهي صفة جماعة عاقلة وأصلها اسم فاعلة من العقل وهي من الصفات الغالبة":النهـاية: 278/3.

[1147]: راجع: د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص191.

[1148]: البغدادي: 363/1.

[1149]: انظر: د.وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص43 وما يليها.

ومن أمثلة ذلك: "أن الراكِب إذَا أمر إنسانا، فَنخس الْمأمور الدابةَ، ووطِئَت إنسانا، كان الضمانُ عليهما، فَاشتركَا في الضمان؛ فَالناخِس سائِق، والْآمِر راكِب، فَتبين بهذا أنهما يستويان".[1152]

ومن أمسك شخصاً ليقتله آخر، فالضمان عليهما معاً عند مالك وفي رواية عند أحمد، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي؛ كما تقدم.[1153]

قال ابن تيميـة:"وقد تنازعوا أيضاً في الآمِـر الذي لم يكْرِه، إذا أمر من يعتقد أن القتـلَ محرم، هل يجب القَود على الآمر على قولين، وأما الـردء[1154] فيما يحتاج فيه إلى المعاونة؛ كقطع الطريق، فجمهورهم على أن الحد يجب على الردء والمباشرة جميعاً، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد وكان عمر بن الخطاب(ض) يأمر بقتل الربيئة[1155] وهو الناطور[1156] لقطاع الطريق".[1157]

وجاء في الروضة البهيـةَ[1158]: "ضمن راكِب الدابةِ ما تجنِيهِ يديها ورأْسِها دونَ رِجلَيها ... ولَو ركِبها اثْنان تساويا فِي الضمان؛ لِاشتِراكِهمـا فِي الْيـدِ والسيِيـرةِ، إلا أنْ يكُونَ أحدهما ضعِيفًا، لِصِغرٍ أو مرضٍ، فَيختص الضمانُ بِالْآخرِ؛ لِأنه الْمتولي أمرها".

فهذه النصوص الفقهية تدل بوضوح إسناد الضرر إلى السبب الأقوى، وهو السبب المباشر من حيث الأصل، إلا في حالات استثنائية؛ حيث يتغلب السبب على المباشر، فينسب الضمان إليه، وهذا يقابل الأخذ بنظرية السببية الملائمة أو السبب المنتج في الفقه القانوني المدني؛ التي تحظى بقبول

[1150]: هو فخر الدين عثمان بن علي بن مِحجِن، من أهل زبلع بالصومال، أبو عمر قدم القاهرة وتوفي بها سنة743هـ، فقيه حنفي مشارك في عدة علوم. راجع: شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد العسقلاني: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: 258/3.

[1151]: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: 150/6.

[1152]: المرجع ذاته من ذات الصفحة، وقد عزي إلى محمد بن الحسن الشيباني-رحمه الله- من الحنفية.

[1153]: راجع: كلام ابن تيمية في الفتاوى: 279/6، المذكور آنفاً .

[1154]: العون والناصر: مختار الصحاح: 101/1، لسان العرب: 85/1، النهاية في غريب الحديث والأثر: 213/2.

[1155]: "يقال ربأ لنا فلان و ارتبأ إذا اعتان... وهو العين والطليعة الذي ينظر للقوم لئلا يدهمهم عدو، ولا يكون إلا على جبل أو شرف ينظر منه، و ارتبأت الجبل صعدته":لسان العرب:82/1، و"يربأ أهله أي يحفظهم من عدوهم": النهاية:179/2.

[1156]: "نطر الناطر و الناطور من كلام أهل السواد: حافظ الزرع والتمر والكرم. قال بعضهم وليست بعربية محضة، وقال أبو حنيفة هي عربية، قال الشاعر: ألا يا جارتا بأباض إني رأيت الريح خيرا منك جارا، تغذينا إذا هبت علينا وتملأ وجه ناطركم غبارا، قال الناطر: الحافظ": لسان العرب: 215/5.

[1157]: الفتاوى الكبرى: 279/6.

[1158]: في شرح اللمعة الدمشقية(فقه الإمامية)، لزين الدين بن علي العاملي الجبعي :389/5: الناشر: دار العالم الإسلامي –بيروت، المصدر: موقع الإسلام www.al-islam.com ؛ [الكتاب مشكول ومرقم آليا غير موافق للمطبوع].

معظم الفقه والقضاء المدنيين كما تقدم[1159]، ولا شك في المساواة في الضمان، في حالة تساوي المباشر مع المتسبب، على أحد الآراء الفقهية المذكورة، وهذا فضلاً عن تساوي كل من المباشر مع المباشر، والمتسبب مع المتسبب، فيما يبدو، والله تعالى أعلم.

رابعـاً: تحديد معيار رابطة الإفضاء عند تسلسل الأضرار في الفقه الإسلامي

يرى فقه الشريعة- بالاتفاق في ذلك مع فقه القانون- أنه عند حدوث أضرارٍ متعاقبة، تسبب البعض في وقوع الآخر منها، الوقوف عند السبب المباشر، الذي أنتج أثره فيها، دون التجاوز إلى أبعد منه، حيث ينقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر[1160]، وقد عبر الفقهاء عن ذلك باشتراط أن يكون الضرر نتيجةً لاتصال آلة التلف بمحلّه[1161].

ومن أمثلـة ذلك:

- "لو ضرب رجلاً، فسقط المضروب مغشياً عليه، وسقط منه شيء... يضمن الضارب المال الذي مع المضروب؛ لأنه هو المستهلك، وكذا يضمن ثيابه التي عليه، لو تلفت".[1162]

- "ألقى تراباً كثيراً، فوهن جدار جارِه، حتى انهدم الحائط، فإن دخل الوهن في الحائط من ثقله، ضمن" .[1163]

- "رجل حفر بئراً في الطريق، فجاء رجل وسقط، فتعلق هذا الرجل برجل آخر، وتعلق الثاني بآخر، ووقعوا جميعاً وماتوا، إن لم يعلم كيف ماتوا، ولم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول على الحافر؛ لأنه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر، ودية الثاني تكون على الأول؛ لأن الأول هو الذي دفعه حيث جره إلى نفسه، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى".[1164]

[1159]:راجع: الفرع الثاني من المطلب الثالث ضمن المبحث الأول في الفصل الأول لهذا الباب.

[1160]: انظر: د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص46، د.عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص280.

[1161]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، الضمـان ، ص58.

[1162]: وهذا عند محمد صاحب أبي حنيفة-رحمهما الله-. راجع: لسان الحكام: 278/1.

[1163]: مجمع الضمانات :356/1.

[1164]: مجمع الضمانات:408/1.

- " لو وقع واحِد فِي الزبيةِ[1165]، فتعلق ثِنَانٍ، والثاني بِثَالِثٍ، والثالِثُ بِرابِعٍ، فَوقَعوا جمِيعا، افْترسهم الْأسدِ، عن عِلِي-عليهِ السلام-أنه قضى فِي ذَلِك أن الْأولَ فَرِيسةُ الْأسدِ، لَا يلْزم أحدا، ويغرم أهلُه

ثُلُثَ الديةِ لِلثانِي، ويغرم الثانِي لِلثالِثِ ثُلُثَي الديةِ، ويغرم الثالِثُ لِلرابِعِ الديةَ كَامِلَةً، وعمِلَ بِها أكْثَر الْأصحابِ .

لَكِن توجِيهها علَى الْأصول مشكِلٌ...وتخصِيص حكْمِها بِواقِعتِها ممكِن، فَترك الْعمل بِمضمونِها مطْلَقًا متوجه. وتوجِيهها؛ بِأن الْأولَ لَم يقْتلْه أحد، والثانِي قَتلَه الْأولُ وقَتلَ هو الثالِثَ والرابِع، فَقُسطَت الديةُ علَى الثلَاثَةِ، فَاستحق مِنها بِحسبِ ما جنِي علَيهِ. والثالِثُ قَتلَه اثْنان وقَتلَ هو واحِدا، فَاستحق ثُلُثَينِ كَذَلِك. والرابِع قَتلَه الثلَاثَةُ، فَاستحق تمام الديةِ - تعلِيلٌ بِموضِعِ النزاعِ، إذْ لَا يلْزم مِن قَتلِهِ لِغيرِهِ سقُوطُ شيءٍ مِن دِيتِهِ عن قَاتِلِهِ.

وربما قِيلَ بِأن دِيةَ الرابِعِ علَى الثلَاثَةِ بِالسوِيةِ، لِاشتِراكِهِم جمِيعا فِي سببِ قَتلِهِ. وإنما نسبها إلَى الثالِثِ، لِأن الثانِي استحق علَى الْأول ثُلُثَ الديةِ فَيضِيف إلَيهِ ثُلُثًا آخر ويدفَعه إلَى الثالِثِ فَيضِيف إلَى ذَلِك ثُلُثًا آخر ويدفَعه إلَى الرابِعِ .

وهذَا -مع مخالَفَتِهِ لِظَاهِرِ الروايةِ- لَا يتم فِي الْآخرينِ[1166]. وفِي روايةٍ أُخرى[1167] أن عِليا علَيهِ السلَام قَالَ: لِلْأول ربع الديةِ، وِللثانِي ثُلُثُ الديةِ ،وِللثالِثِ نِصف الديةِ، وِللرابِعِ الديةُ كَامِلَةً. وجعلَ ذَلِك

كُله علَى عاقِلَةِ الْمزدحِمينِ، ووجهت بِكَون الْبِئْرِ حفِرت عدوانا، وِالِافْتِراسِ مستِندا إلَى الِازدِحامِ الْمانِعِ مِن التخلصِ .

فَالْأولُ مات بِسببِ الْوقُوعِ فِي الْبِئْرِ، ووقُوعِ الثلَاثَةِ فَوقَه، إلا أنه بِسببِهِ، وهو ثَلَاثَةُ أرباعِ السببِ فَيبقَى الربع علَى الْحافِرِ، والثانِي مات بِسببِ جذْبِ الْأول وهو ثُلُثُ السببِ ووقُوعِ الْباقِيينِ فَوقَه وهو ثُلُثَاه ووقُوعهما علَيهِ مِن فِعلِهِ فَيبقَى لَه ثُلُثٌ، والثالِثُ مات مِن جذْبِ الثانِي ووقُوعِ الرابِعِ

[1165]: وهِي الْحفْرةُ تحفَر لِلْأسدِ سميت بِذَلِك ،لِأنهم كانوا يحفِرونها فِي موضِعٍ عالٍ ، وأصلُها : الزابِيةُ الِتي لَا يعلُوها الْماءُ وفِي الْمثَلِ: بلَغَ السيلُ الزبا. راجع: الروضة البهية (في فقه الإمامية):392/5: المصدر: موقع الإسلام www.al-islam.com

[1166]: فِي روايةِ محمدِ بنِ قَيسٍ عن الْباقِرِ. راجع: الروضة البهية:392/5.

[1167]: رواها سهلُ بن زِيادٍ عن ابنِ شمونٍ عن عبدِ اللهِ الْأصم عن مِسمعٍ عن أَبي عبدِ اللهِ علَيهِ السلَام، وهو خِيرةُ الْعلامةِ فِي التحرِيرِ. راجع: الجبعي، الروضة البهية:393/5-394 .

وكُل مِنهما نِصف السببِ، لَكِن الرابِع مِن فِعلِهِ فَيبقَى لَه نِصف، والرابِع موته بِسببِ جذْبِ الثالِثِ قَلْه كَمالُ الديةِ؛ لِاستِقْلالِهِ بِإتلافِهِ ".

وإذا تتابعت أربعة أضرارٍ مثلاً، بحيث كان سبب الرابع الثالث، والثالث الثاني، والثاني الأول، فعلى الرغم من أن سبب الضرر الرابع هو الضرر الثالث؛ باعتباره سبباً قريباً أو مباشراً، إلا أنّ الضرر الرابع لا يمكن إسناده إليه-أي الثالث- حقيقةً، وإنما يسند إلى الأول منها، وإن كان سبباً بعيداً أو غير مباشرٍ. ولعل ذلك هو ما يقصده فقهاء الشريعة بقولهم أن التسبب الملجئ إلى المباشرة، حكمه حكم المباشرة، أو هو كالمباشرة، طالما كان هذا الفعل نتيجةً حتميةً لفعل المباشرة وفقاً لمجرى العادة والمألوف.[1168]

ففي حالة تسلسل الأضرار، يتطلب جمهور الفقه الإسلامي لقيام المسؤولية، وبالتالي، الضمان، أن يترتب الضرر على الفعل مباشرةً؛ أي دون أن يفصل بين الفعل و الضرر فعلٌ آخر، وهو ما يعني في تعبير موازٍ، أنه عند تعدد المباشر أو المتسبب على سبيل التعاقب، فإنه يعتد بالفعل الأقوى في حالة المباشرة والسبب الأقوى في حالة التسبب.[1169]

ومثل لذلك بقيام شخصٍ بجرح رقبة آخر جرحاً شديداً، ويأتي ثانٍ ويحز رقبته، أو يقوم الأول بحز الرقبة بما يحيا معها، ويقوم الثاني بالجرح؛ ففي هذه الحالة لا يعتد إلا بالفعل الأقوى.

ويذهب الإمامية إلى الاعتداد بالسبب الأسبق في الوجود، وذلك بالقول: "ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا؛ كوضعِ الْحجرِ وحافِرِ الْبِئْرِ، فَيعثُر بِالْحجرِ فَيقَع فِي الْبِئْرِ، فَيضمن واضِع الْحجرِ؛ لِأنه أسبق السببين فِعلًا، وإِنْ تأخر الْوضع عن الْحفْرِ، ولو تقَدم الْحافِر؛ كما لو نصب إنسانٌ سِكينا فِي قَعرِ الْبِئْرِ، فَوقَع فِيها إنسانٌ مِن غَيرِ عِثَارٍ، فَأصابته السكين؛ فَمات، فَالضمانُ علَى الْحافِرِ. هذَا إِذَا كَانا متعديين، فَلَو كَانَ فِعلُ أَحدِهِما فِي مِلْكِهِ فَالضمانُ علَى الْآخرِ؛ لِاختِصاصِهِ بِالْعدوانِ".[1170]

ويمكن أن يرد بحق على ذلك؛ بأن الهدف من تحديد الضمان هو بيان مدى ارتباط فعله بالضرر الحادث، وهذا لا يكون إلا بالنظر إلى أولوية أحد الأسباب من حيث الإتلاف لا من

[1168]: راجع: الأستاذ علي الخفيف، الضمـان ، ص 85 .

[1169]: راجع: عادل حبيب، المرجع السابق، ص 281 هامش 2 .

[1170]: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية :391/5: www.al-islam.com

حيث الوجود، ولا اعتبار من ناحية السبق في الوجود، إذ كيف نقدم سببا رغم ضعفه لمجرد سبقه في الوجود، وترك السبب الأقوى بالرغم من أثره البالغ في إحداث الضرر لمجرد تأخره ؟ [1171]

ونقل عن الإباضية في هذا الصدد القول بالمساواة جميعاً، ومن أقوالهم:"وإنْ حفَر فِي الطريق حفْرةً فَهو ضامِن لِمن تضرر بِها، وإنْ جعلَ فِيها آخر رمحا أو عقْربا أو حيةً أو غَير ذَلك، ضمِنا معا". [1172]

وقدر البعض[1173] أنّ الرأي الذي انتهى إليه الإباضية يتناقض مع قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، التي هي محل اتفاق الفقهاء. ولعل تعليقه، على هذا المثال، لا يستقيم؛ لأنه يتضمن متسببين. ولقد استخرجت مثالاً آخر، يجتمع فيه مباشر ومتسبب؛ لأتحقق من هذا الزعم، وهو قولهم: "وإنْ حفَر حفْرةً، وركز فِيها آخر رمحا أو جعلَ فِيها ما يضر، وعَطاها ثَالِثٌ فَهم ضامِنونَ، وكَذَا إنْ دفَع فِيها رابِع رجلًا فَالْأربعةُ ضامِنونَ". [1174] ففي هذا المثال يعتبر الثلاثة الأوائل متسببين، دون الرابع؛ أي الدافع، إذ يعتبر مباشراً. وكلام الإباضية هذا موهِم بصحة التعليق السابق؛ لأنه ورد في كتاب الديات، وقولهم "فَالْأربعةُ ضامِنونَ"بإطلاق العبارة، دون بيان أو توجيه، يقتضي ظاهرها الاشتراك والتضامن على سبيل المساواة.

ويمثل رأي جمهور الفقهاء في اعتدادهم، عند تعدد الأسباب على سبيل التعاقب، بالسبب الأقوى، ما يقابل الأخذ بنظرية السببية الملائمة أو السبب المنتج عند فقهاء القانون، ويعتبر رأي الإباضية؛ القائل بالمساواة بين الأسباب في الضمان، موازياً للقول بنظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها عندهم.

خامساً: انتفاء الإفضاء أو السببية في الفقه الإسلامي وأثره في الضمان

لا يضمن الطبيب تلف النفس أو عضو منها، بعد إجراء عمل طبي لمريضه، إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد، إذا ما انتفت علاقة الإفضاء أو السببية بين فعله والتلف، وذلك في حالة ما إذا أُسند التلف إلى سببٍ أجنبي، لا يد له فيه؛ بأن كان بفعل مخلوقٍ؛ أي نتيجةَ خطأ المريض التضرر

[1171]: راجع: د.عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية ، ص 282.

[1172]: راجع: محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، كتاب شرح النيل وشفاء العليل: 415/30، نشر مكتبة الإرشاد، مصدر الكتاب : موقع الإسلام www.al-islam.com [الكتاب مشكول ومرقم آليا غير موافق للمطبوع].

[1173]: راجع: د.عادل حبيب، المرجع السابق، ص 282.

[1174]: راجع: الشيخ اطفيش، المرجع السابق: 416/30.

ذاته، أو خطأِ غيره ممن ليسوا تحت إشراف الطبيب، أو كان نتيجةَ حصول عارضٍ سماوي وهو ما يعبر عنه بالآفة السماوية، أو الجائحة؛ كما سيأتي بيانه.

ويرى البعض[1175] بحق أن فقه الشريعة الغراء لم يحدد المقصود بالسبب الأجنبي، كما لم يتناوله في إطار نظرية عامة لدفع الضمان، ولكن يمكن استخلاص ذلك من خلال تتبع ما أورده الفقهاء من أمثلة تطبيقية لصوره، ومن بعض القواعد الفقهية التي ذكروها، ومن أهمها "ما لا يمكن الاحتراز عنه عفو"، و"لا يضمن ما لا يمكن الاحتراز عنه"[1176].

1. الآفـة السماوية وأثرها في انتفـاء الضمان: إذ تقابل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي في الفقه القانوني، ومن ضروب الآفة السماوية الجائحـة، وهي الآفة التي تصيب الأموال كالثمار[1177].

ومن التطبيقات التي وردت في نصوص الفقه الإسلامي-وسيأتي طرف منها- يبدو أن الآفة السماوية هي أمر ليس في الإمكان الاحتراز عنه، ولا في الوسع توقعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهذا هو عين ما هو مقرر في الفقه الغربي.[1178]

ومما قرره الفقهاء أنه "إذَا اصطَلَم[1179] الزرع آفَةٌ سماوِيةٌ لَا يمكِن اِلاحتِراز عنها كَالْغرق والْحرق وشِدةِ الْبردِ، وما أشبه ذَلِك، فَلَا خراج"[1180]، "وكل ما لا يستطاع الدفع له جائحةٌ؛ مثل الرياح المرسلة، والجيش معدود من الجوائح؛ كفتنةٍ وكالعدو الكاشح... والجراد المنتشر... والمطر والبرد والطير والنار ونحوها"[1181]؛ و"إذا أصابتِ الثمار آفـةٌ سماوية أو سرقت في

[1175]: راجع: د.عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص 376-377.

[1176]: السرخسي، المبسوط: 139/2، و حاشية ابن عابدين: 170/4 على التوالي.

[1177]:راجع:"الجائحة: الآفة، يقال جاحت الآفة المال تجوحه جوحاً؛ من باب قال إذا أهلكته و تجيحه جياحة لغة فهي جائحة، والجمع الجوائح، والمال مجوح و مجيح و أجاحته بالألف لغة ثالثة فهو مجاح، واجتاحت المال مثل جاحته، قال الشافعي: الجائحة ما أذهب الثمر بأمر سماوي": المصباح المنير:113/1. "جوح" الجيم والواو والحاء أصل واحد وهو الاستئصال يقال جاح الشيء يجوحه استأصله ومنه اشتقاق الجائح":ابن فارس، معجم مقاييس اللغة العربية:492/1، و"الجائحة الآفة التي تهلك الثمار والأموال": الروضة الندية: 376/2.

[1178]: راجع: د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 178/6.

[1179]: "وفي الأنف الدية إذا اصطلم: الاصطلام الاستيصال، أراد به قطعـه من أصله": النسفي، طلبـة الطلبـة:328/1.

[1180]: الفتاوى الهندية: 242/2.

[1181]: شرح ميارة:489/1.

الشجرة...فإن تلف الجميع، فلا شيء على المالك باتفاق الأصحاب؛ لفوات الإمكان، والمراد إذا لم يقصر، فأما إذا أمكن الدفع؛ فأخر أو وضعها في غير حرز، فانه يضمن"[1182].

قال الشوكاني: "الْجوائِح جمع جائِحةٍ، وهِي الْآفَةُ الَتي تصِيب الثمار فَتهلكُها... ولَا خِلَاف أن الْبرد والْقَحطَ والْعطَش جائِحةٌ، وكذَلك كُل ما كَانَ آفَةً سماوِيةً. وأما ما كَانَ مِن الْآدمِيين؛ كَالسرِقَةِ فَفِيهِ خِلَاف، مِنهم من لَم يره جائِحةً[1183] لِقَولِهِ-صلى الله عليه وسلم- "إذَا منع الله الثمرةَ"[1184]، ومِنهم من قَالَ : إنه جائِحةٌ[1185] تشبِيها بِالْآفَةِ السماوِيةِ". [1186]

وحول طبيعة الجائحة ونطاقها اختلف فقهاء المالكية إلى ثلاثة آراء[1187]؛ الأول منها يحصر الجوائح في الحوادث أو النوازل السماوية دون أفعال الآدميين، والثاني يشمل إضافةً إلى النوازل السماوي أفعالَ الآدميين إذا كانت غالبةً؛ كاجتياز الجيش الجرار، الذي لا يمكن دفعه، وأما إذا كانت غير غالبة، حتى لو حدثت بغتةً وعلى حين غرة؛ كالسرقة مثلاً، فلا تعتبر في حكم الجائحة، إذ من الممكن التحرز منها. والرأي الثالث توسع في معنى الجائحة؛ بحيث تشمل الآفات السماوية وأفعال الآدميين على السواء.

ودليل الرأي الأول فيما يتعلق بالنوازل السماوية، ظاهر حديث "إذَا منع الله الثمرةَ"- المذكور آنفاً-، و أن المنع إنما يرجع إلى الله وليس إلى فعل الإنسان. ودليل أصحاب الرأي الثاني؛ الذين أضافوا فعل الآدمي إذا كان غالباً، فقد نظروا إلى وجه الشبـه بين الحادثة السماوية والفعل الإنساني الغالب، من حيث الاستعصـاء على الدفع والرد. أما دليل أصحاب الرأي الثالث؛ الذين توسعوا في معنى الجائحة لتشمل الحادثة السماوية والآدمية، فيبدو أنهم غلّبوا فكرة المسؤولية المدنية أو الضمـان.[1188]

[1182]: الإمام النووي، روضة الطالبين: 252/2.

[1183]: راجع: البهوتي شرح منتهى الإرادات: 86/2 ، ابن قدامة، المغني: 86/4.

[1184]: متفق عليه رواه أنس بن مالك(ض): صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أنْ يبدو صلاحها ثُم أصابته عاهةٌ فَهو من الْبائِع: 766/2، رقم الحديث 2086، وصحيح مسلم، كتاب الْمساقَاةِ، باب وضعِ الْجوائِح: 1190/3، الحديث رقم 1555.

[1185]: راجع: روضة الطالبين:252/2.

[1186]: نيل الأوطار: 280/5-281.

[1187]: الرأي الأول لابن نافع ، والثاني رواية عن مالك، والثالث لابن القاسم. راجع: المدونة الكبرى، كتاب الجوائح: 37/12-38.

[1188]: راجع: د.عادل حبيب، المرجع السابق، ص 377 وما يليها بتصرف، إذ رغم عرضه للمسألة بتميز، خلط في نقل أسماء الفقهاء المذكورة، كما أشار إلى رأي ثالث لمطرف في المدونـة ولم أجده-.

وبناء على ما سبق بيانه، يتضح أن النوازل السماوية تعتبر في حكم الجائحة باتفاق الفقهاء. وأما ما يتعلق بفعل الآدميين من خلاف، يبدو أن رأي المالكية الثاني ورأي ابن قيم الجوزية-الآتي بيانه- أرجح الآراء وأعدلها، فهو اشترط في فعل الآدميين أن يكون غالباً؛ أي أن تتوافر فيه علة الجائحة، وهي عدم إمكان التحرز والدفع، وهذا الرأي يشبه رأي فقهاء القانون في اشتراطهم للظروف الطارئة في نطاق تنفيذ العقود-إضافةً إلى الشروط الأخرى- أن تكون عامةً، وذلك حتى لا يختلق الأفراد هذه الظروف، فيتمكنوا من خرق العقود والإفلات من المسؤولية القانونية. فقبول فعل الآدميين مطلقاً، دونما قيد أو شرط، قد يفضي إلى التحايل على الشرع؛ كما قد يفضي إلى التحايل على القانون في اصطناعهم للظرف الطارئ الخاص، والله تعالى أعلم. ولعل هذا المعنى هو ما قصده ابن القيم -رحمه الله- بقوله:"... وإِنْ قُدر أَن الْمصِيبةَ كانت جائِحةً، فَلَيس في الحديث أَنها كانت جائِحةً عامـَةً، بلْ لَعلها جائِحةٌ خاصـةٌ؛كَسرِقَةِ اللصوص التي يمكِن اِلاحتِراز منها، ومِثْلُ هذا لَا يكُونُ جائِحةً تسقِطُ الثمن عن الْمشتري، بِخِلَافِ نهبِ الْجيـوشِ والتلَفِ بِآفَـةٍ سماوِيـةٍ".[1189] ويمكن القول بأن شرط عدم التوقـع الذي اشترطه فقهاء القانون لتحقق السبب الأجنبي، لا يقول به فقهاء الشريعة، إلا إذا كان-فيما يبدو- لازماً من لوازم عدم إمكـان الدفع والتحرز، وبذلك تجنب الفقه الإسلامي التخبط الذي وقع فيه فقهاء القانون في وضع معيار دقيق له، ما بين قائلٍ بالمعيار الشخصي، وقائلٍ بالمعيار الموضوعي، ومقترحٍ لمعيار مختلط يجمع بينهما، وهو معيار الشخص المعتاد بين نظرائه.[1190]

2. أثـر خطـأ المضرور في الفقـه الإسلامي:

لا يرتب الفقه الإسلامي أثراً على تدخل المضـرور في تحقق الضرر أو اتساع نطاقه إلا إذا كان هذا التدخل من شأنه نفي رابطـة السببية بين التعدي والضرر، حيث يستطيع المدعى عليه أن يدفع الضمان المطلوب منه بإثبات أن الضرر نشأ نتيجـة تدخـل المتضـرر في إحـداث الضرر أو تفاقمه. وخطأ المضـرور قد يكون هو السبب الوحيد والمباشر في إحداث الضرر، وقد يشترك مع خطأ المدعى عليـه في إحداثه. وفيما يلي عرض كل من هذين الفرضين:

[1189]: إعـلام الموقعين: 357/2.

[1190]: راجع: الفرع الثالث من المطلب الثالث في المبحث الأول من الفصل الأول للباب الثاني.

أ. خطأ المضرور باعتباره السبب الوحيد والمباشر في تحقق الضرر:

إذا كان خطأ المضرور؛ كالمريض مثلاً، هو السبب الوحيد والمباشر في إحداث الضرر، دون اشتراك المدعى عليه في إحداثه، ارتفع الضمان عن المدعى عليه وهو الطبيب، وتحمل المضرور تبعة خطئه[1191]؛ وذلك كما لو باشر المريض دواء دون مشورة الطبيب، تحمل عاقبة فعله، لو أُصيب بأذى. ففي هذه الحالة، يعتبر المريض هو من تعمد إلحاق الضرر بنفسه، وبالتالي، ينتفي الضمان عن الطبيب. فالمبدأ هنا هو أن من تعمد إحداث الضرر بنفسه، وكان خطأه هو السبب الوحيد، تحمل – وحده – كل آثار هذا الخطأ.[1192]

وفي هذا الفرض يتفق فقه الشريعة مع ما فقه القانون المدني. ومن أمثلتهم: "لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوي، بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضاً، وإن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه، إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له. وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً، لزمه ضمان مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا".[1193]

ب. اجتماع خطأ المضرور مع خطأ المدعى عليه في تحقق الضرر:

إذا اجتمع خطأ المريض مع خطأ الطبيب، فقد يستغرق أحد الخطئين الآخر، وقد لا يستغرقه وهو ما يسمى بالخطأ المشترك، فهاتان صورتان لاجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب.

الصورة الأولى: استغـراق أحـد الخطئين الآخـر:

وتتحقق هذه الصورة في فرضين: الأول أن يقع الضرر برضـاء المضرور، والثاني أن يكون أحدهما نتيجـةً للآخـر.

أما في الفرض الأول، وهو الذي يقع فيه الضرر برضاء المريض، فالقاعدة-هنا كما هي في القانون- أن رضاء المريض لا يرفع عن فعل الطبيب صفة الخطأ، فموافقة المريض على إجراء عمل طبي لا ضرورة له، تمثل خطأ من جانبه، لكنها لا تخلع عن الطبيب صفة الخطأ، وتبقى مسؤوليته تجاه ذلك كاملةً. ولا يمكن أن يحمل رضاء المريض بالضرر، على أنه اتفاق لإعفاء الطبيب من

[1191]: راجع: د.عادل حبيب، المرجع السابق، ص 497 وما يليها.

[1192]: راجع : د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص158.

[1193]: حاشية ابن عابدين: 560/4.

المسؤولية. وعلى فرض التسليم بوجود هذا الاتفاق فهو باطل؛ لأنه يستطيل على النفس البشرية، وفي هذا مخالفة لقواعد الشرع القاضية بأن الضرر مرفوع شرعاً.

أما في الفرض الثاني، حيث يكون أحد الخطئين نتيجةً للآخر، وفيه إما أن يكون خطأ المريض ناتجاً عن خطأ الطبيب، أو العكس؛ أي أن يكون خطأ الطبيب نتيجةً لخطأ المريض.

فحيث يقع خطأ المريض نتيجةً لخطأ الطبيب، يكون خطأ الطبيب مباشـراً يستغرق خطأ المريض؛ باعتباره متسبباً. وبناء عليه، لا يكون لخطأ المريض أي أثر على تحقق ضمان الطبيب، إعمالاً لقاعدة تقديم المباشرة على التسبب. ويمثّل له بتناول المريض العلاج بطريقة خاطئة، بناء على توصية الطبيب بذلك، مما ترتب عنه تفاقم حالته الصحية.

وبالمقابل أيضاً، فإنه حيث يكون خطأ الطبيب نتيجةً لخطأ المريض، تنتفي مسؤوليته بذلك؛ لاستغراق خطأ المريض خطئه، إعمالاً لنفس القاعدة المذكورة. ومثاله أن يصف الطبيب للمريض علاجاً لا يتناسب مع حالة المريض، بناء على بيانـات كاذبة أو غير صحيحة ذكرها المريض.[1194]

الصورة الثانية: الخطـأ المشتـرك

يعد خطأ المريض – المضرور – سبباً مخففاً لمسؤولية الطبيب، حيث ساهم بخطئه، بقدرٍ مـا في وقوع الضرر، بحيث يمكن القول إن للضرر المشترك سببين متميزين: خطأ المضرور وخطأ المسئول، حيث يتم توزيع عبء التعويض بينهما في هذه الحالة، كلٌ بقدر مساهمته في إحداث الضرر.

وإضافة كلمة "المشترك" إلى الضرر، هو قيد خرج به الضرر غير المشترك؛ فلو ثبت أن فعلَ أحدهم قد أحدث ضرراً متميزاً عن الضرر الذي أحدثه فعلُ غيره، اعتبر كل منهما مباشراً، فلا تضامـن بين الفاعلين، وعلى كل منهما ضمـانُ الضرر الذي أحدثـه.[1195]

[1194] : راجع: د. محمد منصور، المسؤولية الطبية، ص36 ¡ 172، ود. أشرف جابر، المرجع السابق، ص157 وما يليها.

[1195] : راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص160، د. علي علي سليمان، نظرية الالتزام، ص200.

بينما ذهب بعض الفقهاء إلى القول بضمان كل واحد منهما للآخر سفينة الآخر أو دابته إذا تصادما، ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى اشتراكهما في الضمان؛ وذلك بأن يضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لأنها تمت بفعله، وفعل صاحبه.

- ورد في تبيين الحقائق[1196]: "ولو كان سائق وراكب، قيلَ لا يضمن السائق ما وطِئَت الدابةُ؛ لأن الراكب مباشِر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب، والإضافةُ إلى المباشِر أولى، وقيلَ الضمانُ عليهما لأن كُل ذلك سبب الضمان ألا ترى أن محمدا[1197] -رحمه الله تعالى- ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابةَ ووطِئَت إنسانا كان الضمانُ عليهما؛ فاشتركا في الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان... ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلةُ كل واحدٍ منهما دِيةَ الآخر، وقال زفر[1198] والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحدٍ منهما نصف دية الآخر... ولأن كُل واحدٍ منهما مات بفعله وفعل صاحبه، فيعتبر نصفُه ويهدر النصف".

- جاء في حاشية الدسوقي[1199]:" إذا تصادما قصدا؛ أي عمدا، فالقَود مطْلقًا، ولو بسفينتين على الراجِح ؛ بمعنى أنه إذا مات أحدهما فالقَود على من بقي، وأما إذا ماتا معا فلا قود ولا دِيةَ، وإنْ تصادما خطأً فالديةُ على العاقلةِ ولو بسفينتين ؛ بمعنى أن دِيةَ كُل منهما على عاقلةِ الآخر إنْ ماتا معا، وإنْ مات أحدهما، فديته على عاقلةِ من بقي منهما، وإنْ كان عجزا، فيحملُ في غير السفينتين على الخطأ، وفي السفينتين يكُونُ هدرا، هذا هو الراجِح ".

[1196] الإمام فخر الدين الزيلعي :150/6.

[1197]: أي محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة رحمهما الله، وقد سبق ترجمته.

[1198]: هو ابن الهذيل بن قيس العنبري البصري الكوفي، أبو الهذيل، فقيه كبير من أصحاب أبي حنيفة، أصله من أصفهان ولد سنة 110؛ وعن ابن المبارك قال سمعت زفر يقول نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر وإذا جاء الأثر تركنا الرأي، وعن محمد بن وهب أنه كان من أصحاب الحديث وكان أحد العشرة الذين دونوا الكتب مات بالبصرة فى أول خلافة المهدي سنة 158هـ .راجع: ابن أبي الوفاء، طبقات الحنفية:1/535-536.

[1199]: على الشرح الكبير للدردير: 192/6.

- جاء في الإنصاف[1200]: "وإنْ اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كُل واحدٍ منهما سفينةَ الآخرِ وما فيها، هكذَا أطْلق كثير من الأصحاب... قال المصنف وغيره محله...إنْ فرطَ، ضمن كُل واحدٍ سفينةَ الآخرِ وما فيها، وإنْ لم يفرطْ، فلَا ضمانَ على واحدٍ منهما".

-كما جاء في المحلى[1201]: "وقال بعض أصحابنا إذَا اصطدمت السفينتان بغير قصدٍ من ركابهما، لكن بغلبةٍ أو غفْلةٍ، فَلاَ ضمانَ في ذلك أصلاً، فَإنْ حملاَ سفينتهما على التصادمِ؛ فَهلكَتا، ضمن كُل واحدٍ نصف قيمةِ السفينةِ الأُخرى؛ لأنها هلكت من فعلهما، ومن فعل ركابها".

وبناء على ما سبق من نصوص فقهية للسادة العلماء-رحمهم الله-، فإن الاتجاه الفقهي الذي يتجه إلى توزيع عبء الضمان بين المدعى عليه والمضرور، في حالة اشتراكهما في إحداث الضرر المراد ضمانه، يتسق مع ما استقر عليه فقهاء القانون المدني المعاصر.

أخيراً، فإن خطأ المريض لا يمكن أن ينفي حلقة الإفضاء أو السببية بين التعدي الطبي والضرر الواقع فحسب، بل يمكن أيضاً أن ينفي صلة الإفضاء بين التعدي ونوع آخر من الضرر – يعوض عنه القضاء الوضعي– ألا وهو فوات الفرصة في الحياة، أو الشفاء أو في تحسين الحالة أو تفادي تفاقمها.[1202]

وقد سبق الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي طبق ذلك[1203]، في حالة رفض المصاب فيها بحادثةٍ؛ لأسباب دينية (مذهب الجيوفا[1204]) أن ينقل إليه دم، فتوفي بعد أيامٍ. وإن كان من المقرر أن النجاة من الموت ليست مؤكدة في حالة نقل الدم، إلا أن رفض المصاب لنقل الدم إليه، قد ساهم بالضرورة في حرمانه من فرص الحياة، ويلزم إنقاص التعويض بنسبةِ حرمانه منها؛ بسبب خطئه.

[1200]: المرداوي: 244/6.

[1201]: ابن حزم: 502/10-503.

[1202] : راجع: د. محمد منصور، المرجع السابق، ص173، وطلال عجاج، المرجع السابق، ص404.

[1203] : Crim 30 oct 1974, J.C.P. 1975.2.18.38 n. Mourgeon Lyon, 6 Juin 1975 D.1976, 415 n. Savatier: أشار إليه د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص173.

[1204] : Accepter du sang pour sauver des vies revient à nier la foi, encourir la colère de Dieu et méprisent la mesure pour le salut éternel que Dieu a ordonné, que le sang précieux du Christ : http://it.wikipedia.org/wiki/Testimoni_di_Geova#Principi_dottrinali_basilari_dei_Testimoni_di_Geova

بيد أن الشريعة، وإن كانت لا تعترف بفوات الفرصة باعتباره ضرراً في النظر الشرعي، إلا أنها من خلال قواعد الضمان، خصوصاً قاعدة المباشرة والتسبب، تحكم بضمان المريض، إذا كان السبب الوحيد، على أنه مباشر للإضرار بنفسه، وباشتراكهما في الضمان، على أنهما متسببان، والله سبحانه وتعالى أعلم.

3. خطـأ الغيـر في الفقـه الإسلامي:

يعد فقهاءُ الشريعة فعلَ الغير سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدعى عليه من الضمان، ويعبر هؤلاء الفقهاء عن الغير بتعبير الأجنبي. فإذا هلك الشيء بفعل أجنبي، انتفت رابطة الإفضاء أو السببية بين التعدي والضرر، فـلا يضمـن المديـن في عقـود الأمانـات؛ كالعارية والوديعة ونحو ذلك، دون عقـود الضمـان[1205]؛ كعقد التطبيب-باعتباره عقد إجارة عامة- حيث يمكن للمدعى عليه دفع الضمان، ثم الرجوع على الغير بما دفع، وهذا في حالة ما إذا لم تطالب الضحية بالتعويض من الغير الأجنبي .

ومثل لذلك بما لو سرقت العارية من المستعير، فلا يضمن؛ لأن السرقة بفعل أجنبي، ولا يد له فيها. وإذا هلكت الوديعة بفعل عدو مكابر، كان هذا فعل الأجنبي، ولم يضمن المودع عنده.[1206] جاء على ألسنة الفضلاء من أئمة الفقه الإسلامي ما يلي:

ـ "ولو حدث بالمهر عيب سماوي قبل القبض، فإن شاءت أخذت ناقصاً بلا غرم النقصان، وإن شاءت أخذت القيمة يوم العقد، وإن حدث بفعل الزوجة صارت قابضة بالجناية، وإن حدث بفعل أجنبي؛ فإن شاءت أخذت قيمة النقْصان من الأجنبي، وإن شاءت أخذت قيمته من الزوج، واتبـع-أي الزوج- الجـاني بالأرش".[1207] وقواعـد الضمـان تقتضي ألا يضمن الزوج نقصـان المهـر، إذا أسنـد الإفضـاء لغيـره.

ـ "ولو نخس رجلٌ أجنبي دابةً، معها راكب أو قائد أو سائق، فما نشأ عنها، فعلى الناخس، دون

[1205]: راجع: أ. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 182/6.

[1206]: راجع: د.عادل حبيب، المرجع السابق، ص 527، ود. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 180/6.

[1207]: البغدادي، مجمع الضمانات: 730/2.

الثلاثة، فإن مات أحد من فعلها، فهو على عاقلة الناخس".[1208] بذا يتضح أن فعل الناخس الأجنبي قطع صلة الإفضاء، بين الثلاثة المدعى عليهم، وبين الضرر المشكو منه.

- "لو ادعى المُبتاع أنها هلكت، صدق فيما لا يغاب عليه من رقيق أو حيوان، ويحلف فيما يغاب عليه: لقد هلكت، ويغرم القيمـة، إلا أن يشهد-أي يأتي ببينة- بأن الهلاك من غير سببه".[1209] وكان مقتضى القياس أن يضمن المشتري هلاك الشيء –مما يغاب عليه-، إلا أنه لما أُسند الإفضاء- ببينة- لغيره، يضمن الغيـر قيمـة التلف.

- "وإن أتلفه-أي المهر- أجنبي؛ فإن قلنا إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض؛ كآفة سماوية، فالحكم ما سبق-أي الفسخ-، وإن قلنا يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب؛ فللمرأة الخيار، إن شاءت فسخت الصداق؛ وحينئذٍ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد، ويأخذ الزوج الغرم من المُتلِف، وإن أجازت تأخذ من المتلِف المثل أو القيمة، ولها أن تطالب الزوج بالغرم؛ فيرجع هو على المتلِف، إن قلنا بضمان اليد-أي ما يقابل المسؤولية التقصيرية-، وإن قلنا بضمان العقد- أي المسؤولية العقدية-، فليس لها مطالبة الزوج".[1210]

ويتضح عدم إسناد الضمان للزوج قِبلَ زوجته، والقول بالفسخ على أحد القولين؛ نظراً لاعتبار فعل الأجنبي كالآفة السماوية، وإن وجب ضمان الأجنبي ما أتلفه في حق الزوج، على القول المعتمد في المذهب، حيث يكون للزوجة الخيار بين فسخ الصداق وإجازته، وفي كل من الفرضين، يعتبر الأجنبي ضامناً تجاه الزوج أو الزوجة؛ إما مهر المثل أو القيمة، على التفصيل المذكور؛ وذلك لانقطاع رابطة الإفضاء، بين تلف المهر وفعل الزوج، بفعل الأجنبي.

- "إذا أتلفه-أي المبيع- أجنبي لم ينفسخ العقـد... بل يخيـر المشتري بين الفسـخ، ومطالبـة متلِفـه ببدلِـه".[1211] ووجه جواز الفسخ، انتفاء رابطة الإفضاء بين الإتلاف والمشتري؛ بفعل الأجنبي، الذي يعد ضامنـاً قِبلَ البائع. وكذلك الشأن في حال إمضائه للعقد، حيث يرجع على الأجنبي بضمانه؛ لنفس العلة المذكورة.

[1208]: ابن فرحون، تبصرة الحكام:256/2.

[1209]: القرافي، الذخيرة: 26/9-27.

[1210]: النووي، روضة الطالبين: 251/7.

[1211]: شرح الزركشي: 9/2.

وبناء على ما سبق، يعتبر الطبيب أجيرا مشتركاً، وبالتالي، فإن يده يد ضمانٍ، على اختلاف بين العلماء في اشتراط التفريط أو التعدي لانعقاد ضمان الطبيب، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأحمد في الصحيح من قوليهما والقول المعتمد عند المالكية، وعدم اشتراط التعدي والقول بالضمان مطلقاً، وهو المفتى به عند الحنفية، والشافعي وأحمد في قولٍ عندهما، وقولٌ عند المالكيـة[1212]، كما عرضناه مفصلاً في مظانـه[1213].

المطلب الثاني: مقارنة موجبات الضمان في المجال الطبي بين الفقهين الإسلامي والقانوني

بعد استعراضنا لموجبات التعويض في كل من الشريعة والقانون، يجدر بنا أن نعقد هذا المطلب للموازنة بين منهج كل من الفقه الإسلامي وفقه القانون المدني في هذا الموضوع، وذلك بالإشارة إلى الاتجاهات العامـة.

ومما لاشك فيه أن الفقهين يلتقيان معاً في إيجاب الضمـان في حالة وجود خطأ، نتج عنه ضرر بالغير، وفي فرض تعويضٍ على من أخطأ خطأً لا يخطئ مثلُه أهلُ صناعة الطب؛ أي إذا خرج عن أصول وقواعد هذا الفن المستقرة. كذلك الشأن فيمن سبب ضررا للغير، ولو بلا قصد الإضرار، ويظهر هذا في التحولات التي حدثت في الفقه القانوني، حيث عمل-أي الفقه القانوني- على تراجع فكرة الخطأ، وبهذا التقى مع الفقه الإسلامي، الذي يغلب فكرة الضرر، بصرف النظر عن وجود تعدي أم لا. كما أن الفقهين يتفقان في إسناد الضرر إلى الشخص الذي تناط به رابطة الإفضاء أو السببية، ويتفقان في غموض فكرة السببية وتعقيدها.

لكن هناك أوجهـاً يتميز فيها الفقه الإسلامي عن الفقه القانوني نوجزها فيما يلي:

أولاً: لما كان الخطـأ عند أصحاب النظرية الخطئية أو الشخصية يمثل العنصر البـارز والجوهري في المسؤولية التقصيرية، كان التعبير بالخطـأ عن الفعل الذي يولد الضرر أو ينشأ عنه التلف متى انحرف مرتكبه عن السلوك المألـوف للشخص العادي هو من أبرز ملامح القانونيين. ولذلك

[1212]: راجع: السرخسي، المبسوط: 103/15، حاشية الدسوقي: 373/5-376، مغني المحتاج: 351/2، المغني: 306/5-307، د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص168/166، ود. أسامة إبراهيم التايه، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص 20-19.

[1213]: وذلك خلافاً للأجير الخاص، الذي تعتبر يده يد أمانة. راجع:المطلب الثاني من المبحث الثاني الخاص بالفصل الأول من الباب الأول.

كان الفرد محل اهتمامهم، وأدى ذلك بهم إلى البحث عن سلوكه وتقصى مسلكه؛ لمعرفة ما إذا كان قد انحرف عن هذا السلوك فاقترف خطأً من غيره.

أما تعبير فقهاء الشريعة بالتعـدي الشامل للخطأ أو العمد، فهو من منطلق اهتمام فقهاء الشريعة بالضـرر لا بالخطأ كأساس للتعويض، ومن ثم فهم يجعلون الأهمية في الالتزام لمحله ويغلبونه على طرفه. فهم يعتدون بالمحل كقيمة مالية وينظرون إلى العلاقة بين طرفي الالتزام على أنها علاقة بين ذمتين ماليتين، لا بين ذاتين. ولذلك لم تدع الضرورة عندهم تقصي حالة الفرد، والبحث عن مسلكه لمعرفة ما إذا كان قد اقترف خطأً أم لا؛ لأنّ الذمة لا يتصور فيها وقوع خطأ.[1214]

ثانيـاً: الاتجاه الشخصي هو الغالب الأعم عند فقهاء القانون؛ لأن مدار حكمهم يتعلق بوصف سلوك الشخص ومدى إدراكه وتمييزه حتى يمكن الحكم عليه؛ بما إذا كان قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي؛ فيوصف بالخطأ أم لا، وهذا فضلاً عن اشتراطهم لأهلية التمييز.

ومهما دافع علماء القانون الوضعي عن قولهم بأن "الانحراف عن سلوك الرجل العادي" هو معيار موضوعي مجرد، فإن ذلك لا ينضبط في كثير من الحالات، ويتعذر من الناحية العملية على قاضي الموضوع عدم الخطأ في تقدير مدى مسائلة الطبيب من عدمه؛ لأن سلطة القاضي التقديرية تسلط على قياس سلوك الطبيب في ظروف الزمان والمكان المحيطة به، وهي أمور قد تتغير من بلاد لأخرى، بل من زمان لآخر، كما أن القضاة أنفسهم يمكن أن يختلفوا في إدراك هذه الوقائع المادية التي لا رقـابة لمحكمة النقض عليها، والأخذ بمقياس الرجل العادي قد يؤدي إلى عدم جبر ضرر المضرور، وإلى إفلات من أضر بغيره من التعويض.

وبناء عليه، قد يبدو هذا المعيار من الناحية النظرية ممكناً، ولكن عند تحقيق مناطـه وتطبيقه على الوقائع المعروضة يبدو صعب المنال؛ لما يثيره من تساؤلات حول حدود سلوك الرجل العادي، خصوصاً مع اختلاف صور وأشكال الخطأ.

أما علماء الفقه الإسلامي فإنهم ينظرون إلى واقع السلوك في الخارج كما يجب أن يكون، بغض النظر عن ذات شخص السالك ومداركه من الداخل. إذن، فالفقه الإسلامي ذو نزعة ماديـة محضة، فهو لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقاً؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علةً وسبباً

[1214] : د. محمد فتع الله النشار، التعويض المدني، ص145.

للتضمين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول، والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذا لزم الضمـانَ من لا إدراك له في ماله؛ كصغير لا يعقل أو مجنون، وشغلت ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء، وإنما يجب الأداء في هذه الحال على من له ولاية على المال.

وبالتالي، لم يلجأ فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ما لجأ إليه القانونيون من ليّ أعناق النصوص القانونية – بعد الانتقادات التي وجهت إليهم عن عدم مسائلة عديم التمييز – لكي يصلوا عن طريق الاستثناءات إلى مسائلتـه.[1215]

قال الإمام العز بن عبد السلام[1216]-رحمه الله-: «الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصـالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسـد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشتـرط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد، والجهل والعلم، والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان...».[1217]

ثالثـاً: أما بالنسبة لضابـط التعدي أو الخطأ عند كل من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون، فإن فقهاء القانون لم يضعوا تعريفاً للخطأ، وإنما وضعوا له معياراً أو ضابطاً، ومعياره كما بينا آنفاً "الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي" على أنه مقياس مجرد وموضوعي في تصورهم.

وعلى العكس من ذلك، عنى فقهاء الشريعة بتعريف التعدي في معناه اللغوي والاصطلاحي، إلا أنهم لم ينصوا صراحة على معياره وضابطه، ولكن ليس معنى ذلك أنه لا وجود لفكرة ضابط للتعدي في الشريعة؛ فمن المقرر أن الحاكم على أفعال العباد هو الشارع دون سواه. وبناءً عليه، فإن معرفة حد مجاورة مـا يجوز إلى ما لا يجوز إنما يرجع أصلاً إلى الشارع في الأحوال التي ينص فيها على مشروعية الأفعال.

وفي الأحوال التي يسكت فيها الشارع الحكيم عن بيان حكم مسألةٍ أو لم يرسم حدوداً لها، لحكمةٍ مـا؛ فلم يعلم له ضابطٌ في الشرع، ولا في أصل اللغة، يرجع فيه إلى العرف.[1218]

[1215] : راجع: التعويض المدني، ص145-146، وعلي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص54.

[1216] :سبق ترجمته.

[1217] : قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 150/1.

[1218] : كما سبق بيانه في خصائص التشريع الإسلامي ضمن الفصل الثاني من الباب التمهيدي من هذه الأطروحة.

ويقصد بالعرف الذي يجب مراعاته هو العرف الصحيح وليس العرف الفاسد الذي يناقض نصاً من نصوص الشريعة أو أصلاً من أصولها، سواء أكان هذا المألوف عرفاً عاماً؛ وهو الذي يتفق عليه الناس في كل الأمصار، أم عرفاً خاصاً؛ وهو الذي يسود في بلد من البلدان، أو عند طائفة من الناس؛ كعرف التجار أو الزراع أو الأطباء.

فكل ما يرى تعدياً أو تجاوزاً للمألوف – بالضوابط السابقة الذكر – يعد معياراً للتعدي.

ومن أمثلة ما ورد في فروع فقهاء الشريعة يؤيد ذلك ما يلي: "قالوا هذا [أي يضمن] إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق به عـادةً، أما إذا رش ماء قليلاً كما في المُعتاد والظاهر أنه لا يزلق به عادةً لا يضمن".[1219]

وعليـه، فالضابط هنا مادي موضوعي، ومقياس الماء الكثير و الماء القليل مرده إلى العـرف.

والفقه الإسلامي الذي اعتاد أن يؤسس قواعده على الأمور الظاهرة دون الباطنة ويبني مسائله على ضوابط موضوعية، يعتد بالظروف الخارجية – كظرف الزمان والمكان – التي أحاطت بالمسئول، دون الظروف الذاتية؛ كجنس المسئول وسنه... إلخ.

وقد أُثر عن بعض الفقهاء اعتدادهم بظرف الزمان كما ورد في قولهم: «لو رش الماء في الطريق أو توضأ فيه ضمن ولم يفصل، قالوا: إنما يضمن الراش إذا مر المار على موضع الرش ولم يعلم به[1220]؛ بأن كان ليـلاً، أو أعمى فعثر به ومات، وأما إذا علم المار بالرش والصب فلا يضمن».[1221] و عبارة "أعمى" هنا وردت بالنسبة للمضرور وليس للمسئول، فلا تفيد الاعتداد بالظروف الذاتية للمسئول بحال.

كما نقل اعتدادهم بظرف المكان في قولهم: «ولو تعمـد المرور في مـوضع صب الماء فسقـط لا يضمـن، لأنه صاحب علةٍ، وقيل هذا إذا رش بعض الطريق؛لأنه يجد موضعاً للمرور لا أثر له فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيئاً، وإن رش جميع الطريق يضمن، لأنه مضطر في المرور».[1222]

[1219] : علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي: 192/4.

[1220]: يبدو أن بعض الفقهاء يعتدون بالظروف الذاتية كحالة العلم هنا، غير أن هذا ليس بصحيح؛ لأن العلم هنا مقيد بقرائن مادية منظبطة؛ كالعمى أو الليل، إذن، فالمعتبر هي القرائن المادية ليس إلا.

[1221]: لجنة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام، الفتاوى الهندية: 41/6.

[1222]: الهداية: 193/4.

ومما جاء في نصوص الفقهاء يدل على عدم اعتدادهم بالظروف الذاتية ما نص عليه ابن عبد السلام-كما مر بنا آنفاً- : «... ولا يشترط في ذلك -أي الضمان- أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد، والجهل والعلم، والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان».[1223]

وعلى ذلك، فإن ضابط التعدي عند فقهاء الشريعة موضوعي، ومعيار الخطأ عند المحققين من فقهاء القانون شخصي، خلافاً للاتجاه القانوني الحديث الذي استبعد الخطأ كموجب للضمان؛ تاركاً الساحة للضرر- خصوصا بعد ظهور شركات التأمين التي ساهمت كثيرا في دفع عبء التعويض- وهو بهذا يلتقي أخيراً مع ذهب إليه الفقه الإسلامي منذ قرون خلت.

ولما كان الضرر في الغالب حالة مادية، فقد جعل الفقه الإسلامي معياره موضوعياً أومادياً، وبالتالي، يجوز للمضرور إثباته بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن. ولا يختلف في ذلك منهج الفقه الإسلامي عن منهج فقهاء القانون، فكلاهما يقيم الضرر على أساس موضوعي، قوامه إلحاق الأذى بالغير، أو انتقاص حق من حقوقه، غير أن فقهاء القانون المدني وهم بصدد تعريف الضرر يتعرضون له باعتباره أحد أركان المسؤولية المدنية، شأنه في ذلك شأن الخطأ ورابطة السببية بينهما. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيتعرضون له باعتباره أساس المسؤولية، إذ يعتبرونه الركن الأساسي الذي يرتب التعويض أو الضمان على وقوعه، ولا يقيمون وزناً للخطأ، فالتعويض مرتبط بالضرر بغض النظر عن وقوع خطأ أم لا.[1224]

رابعاً: ذهب بعض الفقهاء المحدثين[1225] إلى أن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي محدودة ضيقة، وهو بذلك يختلف عن الفقه الغربي اختلافا بينا، إذ بينما يعوض عن كل ضرر مادي أو أدبي في إطار القانون، وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من ربح، ولو كان ذلك عن منفعة أو عمل أو أي أمر آخر، على التفصيل الذي أوردناه، يشترط الفقه الإسلامي في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوما في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه. فلا يعوض عن المنافع ولا عن العمل، إلا في استثناءات محدودة سيأتي ذكرها. فمن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته، إذا لم يكن

[1223]: قواعد الأحكام: 150/1.

[1224]:راجع: د.محمد النشار، التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 166.

[1225]: انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 168/6 وما يليها.

هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن، فيؤخذ من المدين مثله أو قيمته. ذلك أن الأصل أن المنفعة-كسكنى الدار وركوب الحيوان وعمل الأجير- من قبيل الأعراض، فهي ليست مالا متقوما في ذاته حتى يجب فيه الضمان. ولا تقوم المنفعة إلا بعقد؛ كعقد الإيجار، فعندئذ تستحق الأجرة عن المنفعة، لا بحكم الضمان، بل بحكم العقد الذي قومها. ومن ثم لا تكون المنفعة مضمونة بالغصب[1226]، إذ لا عقد هنا يقومها.

ويزيد في التضييق من فكرة الضرر في الفقه الإسلامي قاعدتـان شهيرتان فيه، هما: "الخـراج بالضمان"[1227]، و"الأجر والضمان لا يجتمعان". ومؤدى القاعدة الأولى "أن فوائد المبيع يملكها المشتري؛ بسبب ضمانه للمبيع، إذا أتلف عنده، فالباء سببية"[1228]، "فمن كان ضمان المبيع عليه، كان خراجه له، وكما أن المبيع لو تلف أو نقص في يد المشتري فهو في عهدته، وقد تلف على ملكه ليس على بائعه شيء، فكذا لو زاد وحصل منه على غلة، فهو له لا للبائع، إذا فسخ بنحو عيب، فالغنم لمن عليه الغرم"[1229].

ويفْهم من القَاعِدةِ الثَانِيةِ-كما بَينتها المَادةُ 86 من المَجلةِ-[1230] "أنه لَا تجِب الْأُجرةُ فِي الْحال الِتي يجِب فِيها الضمانُ؛ يعنِي أن الْإِنسانَ إذَا استأْجر دابةً وهلَكت ِبلَا تعد، لَا يضمن سِوى الْأُجرةَ، وإِذَا غَصب دابةً فَهلَكت، يضمن ِقيمتها، ولَا أُجرةَ علَيهِ". "وقد يصل القياس في هذه القاعدة إلى حد الغرابة، ولذلك يعدل عنه إلى الاستحسان. فإذا استأجر عيناً لغرض معين، فاستعملها لغرض آخر، فالقياس أنه لا يضمن ولا أجر عليه؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان. فإذا فُرِض أن العين لم يصبها ضرر من استعمالها في الغرض الآخر، فإنه لا يضمن شيئاً ولا يجب عليه

[1226]:قال الشاطبي-رحمه الله-: "الغصب عند الفقهاء هو التعدي على الرقاب، والتعدي مختص بالتعدي على المنافع دون الرقاب... فإذا كان غاصباً فهو ضامن للرقابِ لا للمنافعِ، وإنما يضمن قيمة الرقبة يوم الغصب لا بأرفع القيم؛ لأن الانتفاع تابع فإذا كان تابعا صار النهي عن الانتفاع تابعا للنهي عن الاستيلاء على الرقبة؛ فلذلك لا يضمن قيمة المنافع إلا على قول بعض العلماء، بناء على أن المنافع مشاركة في القصد الأول، والأظهر أن لا ضمان عليه لعموم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان، وسبب ذلك ما ذكر من أن النهي عن الانتفاع غير مقصود لنفسه بل هو تابع للنهي عن الغصب، وإنما هو شبيه بالبيع وقت النداء، فإذا كان البيع مع التصريح بالنهي صحيحاً عند جماعة من العلماء؛ لكونه غير مقصود في نفسه، فأولى أن يصح مع النهي الضمني": الموافقات: 117/3وما يليها.

[1227]: أصلها حديث صحيح سبق تخريجه .

[1228]: الإمام الشوكاني، السيل الجرار: 106/3.

[1229]: العلامة عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير: 503/3.

[1230]: درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 78/1-79.

الأجر؛ ولذلك قيل إنه يجب الأجر في هذه الحالة، استحسانـاً لا قياساً"[1231]. جاء في مجمع الضمانات: " لو أقعد فيها قصارا فانهدمت من عمله ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن، وينبغي أن يجب فيما لم يضمن وهو الساحة، ولو لم ينهدم شيء من القصارة لا يجب الأجر قياساً، ويجب المسمى استحساناً"[1232].

وذهب الأستاذ السنهوري[1233] بحق إلى أن هذه القاعدة في حاجة إلى قاعدة أخرى تكملها، وهي تلك التي تقضي بأن الضامن يملك المضمون بالضمان من وقت قبضه. وبالتالي، -إذا صح هذا – يمكن القول بأن ضابط هذه القاعدة أن الأجر والضمان لا يجتمعان في حالة وجوب الضمان فعلاً؛ فيدفع المدين قيمة الشيء أو مثله، ويصبح مالكاً له من يوم قبضه، وتكون منافعـه له كمالكٍ، فلا يجب الأجر عليه. أما إذا لم يجب الضمان، فمجرد احتمال تحمل تبعة الهلاك لا يمنع من الأجر، ويكون اجتماع الأجر واحتمال تحمل التبعة، في هذه الحالة، آتياً على سبيل القياس.

ولما كانت هذه النظرة إلى المنافع نظرة صناعية محضة، وهي نظرة ضيقة لم تلاحظ فيها الاعتبارات العملية، فقد وسع الفقه الحنفي منها قليلا باستثناءات ثلاثـة:

1. إذا استخدم شخص صغيراً بدون إذن وليه، كان للصغير متى بلغ أن يأخذ أجر مثل خدمته عن تلك المدة، ولو توفي الصغير، فلورثته أن يأخذوا أجر مثل المدة من مستخدم الصغير، طبقا للمادة 599 من مجلة الأحكام العدلية.[1234]

2. إذا كان المال مال وقف أو مال صغير، واستولى عليه أحد، فعليه-خلافاً للأصل-ضمان المنفعة؛ أي أجرة المثل، حسب المادة 596 من المجلة.

3. إذا كان المال معدا للاستغلال، فيلزم من استولى عليه، عالماً بذلك ودون شبهة ملك أو عقد،

[1231]: أ. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 169/6.

[1232]: البغدادي: 95/1.

[1233]: راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 169/6-170.

[1234]: "لو استخدم أحد صغيرا بدون إذن وليه فإذا بلغ يأخذ أجر مثل خدمته ولو توفي الصغير فلورثته أن يأخذوا أجر مثل تلك المدة من ذلك الرجل.ليس لأحد أن يستخدم الصغير بدون عوض ما عدا الأب والجد والوصي ولهؤلاء استخدامه على سبيل التهذيب والرياضة. فعليه، لو استخدم أحد صغيرا مدةً ولو كانَ من ذوي قرباه أو كانَ زوج أمه بدون إذن وليه أو وصيه أو القاضي؛ أي بدون أجرة، فإذا بلغ الصغير سن الرشد أخذَ أجر مثل خدمته في تلك المدة، فإذا لم يكن ذلك مساويا أجر مثل خدمته يأخذ أجر مثله": درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 590/1.

ضمان المنفعة؛ أي أجرة المثل، بموجب المادة 596 من المجلة.[1235]

وفضلا عن ذلك، قرر بعض المالكية أن تعدي المودع لديه على الوديعة أو المستعير على ما استعاره، فاستعملها في سفر طويل حتى نقصت أسواقها؛ أي نقص سعرها في السوق، فاعتبروه مؤثراً كبيراً، لدرجة أنهم جعلوه مفوتاً للغرض المقصود؛ لذلك جعلوا لربها الخيار في أخذها مع كرائها، أو أخذ قيمتها يوم التعدي، لكنهم يشترطون أن تكون الدواب معدةً للتجارة لا للقُنية. جاء عندهم أن "من استودع إبلا مثلا، فتعدى عليها وأكراها لمكة مثلا، ورجعت بحالها مثل ما كانت عليه يوم الإيداع، إلا أنه حبسها عن أسواقها؛ بأن كانت زمن غيبتها غاليةً، فلربها أن يأخذ قيمتهـا يوم كرائها؛ لأنه يوم التعدي ولا كراء له، وله أن يأخذ الكـراء والدابـة، وكذلك الحكم في المستعير... وقوله: حبسها عن أسواقها، يعين أنها للتجارة، وأما لو كانت للقُنية فليس له إلا كرائها، إن لم تتلف".[1236]

وذكر الحطاب[1237] نحـوه[1238]، ولكنه لم يذكر القيد السابق-وهو بأن تكون معدة للتجارة- وهذا قد يفهم منه أن هناك اتجاهاً في الفقه المالكي، يرى تأثير تغير السعر في باب التعدي مطلقاً[1239]، على أساس تفويت النفع على صاحبها.

وجاء في قواعد الأحكام: "وإن فات شيء ... تحت يده الضامنة بتفويته، أو بتفويت غيره، أو بآفة سماوية، فإنه يخير عند الشافعي -رحمه الله- بقيمته أكبر ما كانت، من حين وضع يده إلى حين الفوات تحت يده؛ لأنه مطالب برده في كل زمان، فلذلك وجب عليه أقصى قيمة".[1240]

وعليـه، نخلص مما تقدم أن هنالك تيارات ملحوظةٌ في الفقه الإسلامي تتجه إلى ضمان المنافع. فالشافعي يجعلها مضمونة في الغصب، والمالكية يراعون تأثير تغير السعر في باب التعدي-

---

[1235]:" لو استعملَ أحد مالًا بِدون إذْن صاحِبِهِ فهو مِن قَبِيل الْغصبِ لَا يلْزمه أداءُ منافِعِهِ ولَكِن إنْ كانَ ذَلك الْمالُ مالَ وقْفٍ أو مالَ صغِيرٍ فَحِينئِذٍ يلْزم ضمانُ الْمنفَعةِ أي أجر الْمِثْلِ فِي كُل حالٍ، وإنْ كانَ معدا لِلاستِغلَالِ يلْزمه ضمانُ الْمنفَعةِ أي أجر الْمِثْلِ إذَا لم يكُن بِتأْوِيلٍ مِلْكٍ أو عقْدٍ ": درر الحكام: 584/1.

[1236]: شرح الخرشي على مختصر خليل: 115/6.

[1237]: هو محمد بن محمد الحطاب المكي المولد والقرار، الفقيه المالكي، ولد سنة 902هـ، وتوفي سنة 945هـ. راجع: شجرة النور الزكية، ص 270.

[1238]: مواهب الجليل: 439/5.

[1239]: راجع: د. بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 230.

[1240]: العز بن عبد السلام: 153/1.

كما تقدم-، وقد قال ابن حزم[1241]، وبعض شيوخ الحنابلة، وأبو ثور، بلزوم الضمان إذا نقص الشيء بانخفاض الأسعار[1242]، والحنفية يجعلون الأجرة والربح للغاصب، ولكن ذلك لا يطيب له، ويجب عليه أن يتصدق بها، ولو دفع الغلة إلى المالك حل للمالك تناولها [1243]. وهذا يقترب من فكرة الالتزام الطبيعي في الفقه القانوني. وقد أقر الحنفية الحالتين الأوليين-ضمان أجر الصغير ومال الوقف ومال الصغير-؛ لأسباب إنسانية، ولحماية الوقف، أما الثالثة- أي أجر المال المعد للاستغلال-فقد أقرها لأسباب فنية؛ ذلك لأن المذهب الحنفي لما كان يرى أن المنفعة لا تقوم ولا تضمن إلا بالعقد، وابتغاء توسيع هذه القاعدة، افترض عقد إيجار ضمني، وينقُض افتراض الإيجار الضمني أن يكون المال غير معد للاستغلال، أو يكون معدا ولكن المستولي لا يعلم ذلك، أو كان يعلم ولكنه وضع يده على المال بتأويل عقد آخر غير الإيجار الضمني، أو بتأويل ملك مما يتعارض مع افتراض الإيجار الضمني. فعقد الإيجار المفترض هذا- وقد أقيم بحيث لا يتعارض مع الملابسات والظروف-صناعة فقهية أُريد بها التوسع من ضيق قاعدة ضيقة جامدة. فمن هنا يجب أن يستمر التطور؛ بحيث يفترض الإيجار في كل الظروف، ثم يترك هذا الفرض إطلاقا ويقال مباشرة بتقوم المنافع، وهذا ما فعله التقنين المدني العراقي-المستمد من الفقه الإسلامي- فقد وصل في مراحل هذا التطور إلى المرحلة الأخيرة.[1244]

وخلاصـة القول، يمكننا القول؛ بناء على الاتجاه الفقهي القائل بالتعويض عن المنفعة، بأن فعل التطبيب، باعتباره عقد إجارة عامة أو مشتركة، يستوجب التعويض عن أية خسارة تحملها الدائن المريض، وعن أي ربح فاته؛ لأن هذه المنفعة مالٌ متقوم بالعقد ضاع على الدائن، وهو ضرر متفرع عن الضرر الأصلي، فحكمه حكم الأصل، فيعود به على المدين الطبيب على أساس المسؤولية العقدية. وحتى على فرض أن فعل الطبيب أفضى إلى ضرر المريض في غير صورة العقد؛ مثل تعامل المريض مع طبيب في مستشفى عام، حيث يعتبر خدمة عمومية منظمة بقوانين لائحية، فليس هنالك ما يمنع من القول بالتعويض عن المنفعة، على ضرر متفرع عن الضرر الأصلي، حيث

[1241]: هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة سنة 384هـ، وتوفي سنة 456هـ، له مصنفات كثيرة في فنون مختلفة؛ كالإحكام في أصول الأحكام، والمحلى، والفصل في الملل والأهواء والنحل . انظر: شذرات الذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي : 299/3.

[1242]: راجع: المحلى: 139/8، والإنصاف: 155/6 ؛ وقواعد الأحكام: 151/1-152، على التوالي.

[1243]: راجع: مجمع الضمانات:313/1.

[1244]: راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 174/6 وما يليها.

يكون حكمه حكم الأصل، أنه يجب فيه الضمان، بناء على المسؤولية التقصيرية. وفي كلتا الصورتين، يجب على من يزعم ضياع أو فوات منفعة إثبات ذلك. وفي اعتقادي، هذا هو عين القول بالتعويض عن فوات الفرصة إذا كانت محققة لا محتملة أو مظنونة. وهو ما ذهب إليه البعض[1245]؛ حيث قال: "للأضرار المحتملة تأثير في تقدير التعويض، إذا كانت مؤكدة الوقوع؛ لأنها عندئذٍ تكون في حكم الواقعة فعلاً". وإن اعترض على تفويت الفرصة في نفس المقام فقال: "أو الأضرار المتوقعة نتيجة تفويت فرصةٍ، وغير ذلك من الأضرار غير مؤكدة الوقوع، فلا تعويض فيها في الفقه الإسلامي". فبين مناط الرفض عن التعويض عن فوات الفرصة؛ بأن الأضرار غير مؤكدة الوقوع، وفقهاء القانون المدني-كما تقدم- بينوا أن تفويت الفرصة-من حيث هو؛كوسيلة تستعمل للوصول إلى المراد، هو ضرر محقق، بصرف النظر عن مآل الضرر، سلبا كان أم إيجاباً، وهو ما يتماشى-في اعتقادي- مع قواعد الشريعة القاضية بسد ذرائع الفساد، فكيف يسيغ لنا القول بفتحها. فلو منع أحد غيره بأي وسيلة كانت؛ مثل تأخر وسيلة نقل جوي عن موعدها، ففوت عليه ميعاد إجراء عملية جراحية مجدولة منذ مدة، فعدم إجرائه للعملية في موعدها بحد ذاته ضرر محقق، بقطع النظر عن إفضائها إلى ضرر بالنفس أو دونها من الأعضاء؛ أو عدم إفضائه لذلك، فذلك ضرر آخر، لو حصل يمكن أن ينسب إليه، ولو لم يحصل فلا يفلت من التبعة عن الضرر الأول، ولو لم نقل بذلك لفتحنا بابا واسعاً لمن أراد أن يضر بغيره، مفوتاً عليه منفعة؛ أي مدخلاً عليه ضرراً، دون أن يقع تحت طائلة المسؤولية، وهذا –في اعتقادي- هو عين فتح ذرائع الفساد، والله منعنا من ذلك.

بيد أن التعويض عن هذا النوع من الضرر، مشروطٌ بوجود بينـة قطعيـة ثابتـة، لا احتمالية ولا مفترضة.

وبناء على هذا التحليل، فلا يختلـف- في تصوري الخاص- ما ذهب الفقـه الإسلامي- في اتجاهه المشار إليه مع تطويره كما نادى به الأستاذ السنهوري- عن فقـه القانـون المـدني.

وبناء على ما سبق من تحليل، فإن القول بأن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي محدودة ضيقة غير صحيحة؛ لما بينا من نصوص فقهية، تمثل اتجاهات عريضة للسادة العلماء؛ من فحول الفقه الإسلامي، الذين استقوا آراءهم الواسعة في هذا الموضوع، من خلال فهمهم للشريعة الإسلامية

[1245]: راجع: د. محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 261-262.

الغـراء، وإنما غاية ما في الأمر، يمكن القول بأن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي هي منضبطة بحدود الشرع.

خامسـاً: ولقد شاب ماهيةَ السببية في الفقه القانوني كثير من الغموض، جعلت بعض المشتغلين بالقانون يصرحون بمدى ما بلغته السببية؛ كفكرة قانونية، من التعقيـد، خصوصاً في نطاق العلوم الإنسانية، إلى حد أن وصفوها بمحاولة تقصي اللغز، أو عذابات السببية[1246]. وتحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الشاقة والعسيرة؛ نظراً لاتسام الجسم الإنساني بالتعقيد في خصائصه وتغير حالاته وعدم وضوح الأسباب التي أدت إلى المضاعفات الظاهرة.[1247]

إن رابطة السببية من الأهمية بمكان، بحيث إن معظم النزاعات المطروحة أمام قضاء النقض تتعلق بتأسيس رابطة السببية[1248]، وسوف نرى لاحقاً أن من بين الوسائل التي يستعملها القضاء الجزائي الفرنسي؛ لعدم قبول الفصل في الدعوى المدنية التابعة للدعوى العمومية، هو نقض رابطة السببية.[1249]

لكن الصعوبة والغموض تكون أكثر ما تكون حينما تتعدد الأسباب المنتجة للضرر، وهذا بخلاف السبب المعزول، الذي لا يثير صعوبة في الكشف عنه[1250]. وهذا ما أدخل فقهاء القانون، بلْه المحاكم، في معارك ضارية حول تحديد معيارٍ دقيق لركن السببية. إذ بينما تبنى القضاء الجنائي معياراً موسعاً تمثل في "نظرية تكافؤ الأسباب"، أخذ القضاء المدني بمعيارٍ ضيق تجسد في "نظرية السببية الملائمة" وهذا في ألمانيا.[1251] أما في فرنسا أخذ القضاء المدني بـ"نظرية تكافؤ الأسباب"، حينما كان أصل اشتراط الخطأ؛ باعتباره ركناً في المسؤولية المدنية غالباً، فلما اتجه التطور التشريعي إلى التوسع في قرائن الخطأ، ودخلت في القانون حالات "تحمل التبعة"، اتجه القضـاء نحو معيـار أكثر تضييقاً لرابطة السببية.[1252]

[1246]: ويبدو هذا من العنوان المثير الذي اختاره الفقيه الفرنسي ESMEIN لكتابه حول السببية:" أنف كليوباترا هذه أم عذابات السببية": أشار إليه د.عادل جبري، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص 241.

[1247]: راجع: د. عادل جبري ، المرجع ذاته، ص241، ود. عبد المنعم داوود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص33.

[1248] : Sylvie Welsch, Responsabilité du médecin, p.165.

[1249]: سيأتي بسط هذه المسألة في الفرع الثاني من المطلب الأول ضمن المبحث الأول من الفصل الأخير لهذه الأطروحة إن شاء الله.

[1250] :Terre et autres, op.cit. p. 664

[1251] : Nagub Hocni, le lien de causalité en droit pénal, 1955, N°10 : أشارإليه د.عادل جبري،المرجع السابق، ص 262

[1252] : Marty (G), la relation du cause et effet comme condition de la responsabilité civile, rev. Trim. Dr. Civ. 1939, p.685 et s ; Mazeaud (H.L) et Tunc (A), traité théorique et pratique de la responsabilité=

وإزاء هاتين النظريتين السابقتين، تولد لدى الفقه نوعين من الردود تمثل في الاتجاه الأول؛ حيث رأى البعض صعوبةَ إخضاع فكرة السببية لأي معيار علمي، وذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى تطوير نظرية السببية الملائمة؛ من خلال الاستعانة بقوانين الإحصاء؛ التي يمكن أن توظف على صعيدين مختلفين، أحدهما: موضوعي، وثانيهما: شخصي.

إذ يتمثل التقدير الموضوعي في مدى احتمال حدوث الضرر، باستخدام فكرة الاحتمالية، التي تعتبر أكثر الوسائل للتأكد من الأسباب المنتجة للضرر. وعليه، يقدر القاضي الرابطة القائمة بين الواقعة المولدة للضرر وبين المسؤولية تقديراً إحصائياً.

بيد أنه يؤخذ على هذه المحاولة، أنها تستند على عناصر أجنبية عن فكرة السببية، وقد دل الاستقـراء على أن هذا الأسلوب –أي التقدير بالاستعانة بفكرة الاحتمالات- هجره القضاء بشكل متزايد. وهذا إضافةً إلى أن ما سوف يقدره القاضي، على أنه عامل محتملٌ لإحداث الضرر، إنما يكون في الحقيقة، هو العامل الذي يجب على الشخص المعتاد توقعـه، وهكذا نعود مع فكرة التوقع هذه إلى تقدير عنصر الخطـأ، وليس عنصر السببية ذاتـه.

ويتجسد التقدير الشخصي في مدى استطاعة توقع الضرر، حيث اتجه البعض الآخر عن طريق الاستعانة لفكرة الاحتمالات، إلى إدخال معيار التوقـع، فلا يعتبر سبباً منتجاً للضرر إلا الأحداث التي كان يجب على الشخص المعتاد أن يتوقعها في تقديره محتمةً لإنتاج هذا الضرر.

على أن هذه المحاولة، يمكن أن يرد عليها أيضاً نفس المآخذ؛ من حيث أنها بقيامها على تقدير سلوك مرتكب الفعل، إنما تعود مرة أخرى إلى البحث عن الخطأ.

كما لف الغموض بعض مقومات فكرة السبب الأجنبي؛ كعدم إمكان التوقع، الذي اضطربت فيه المعايير، بين قائلٍ بالمعيار الشخصي، وبين قائلٍ بالمعيار الموضوعي، وجامع بينهما في معيار يأخذ من كل معيار محاسنه، ويتجنب مساوئه، ويمكن تسمية هذا المعيار بالمعيـار المختلط، أو ما يمكن أن يطلق عليه بمعيار الشخص المعتاد بين نظرائه، لكن هذا المعيار يبقى أمراً ميسوراً من حيث التصور، لكنه متعذر من حيث التطبيق.

وعليـه، لا يختلف فقـه الشريعة عن فقـه القانون بالنسبة لغموض فكرة السببية، حيث حدد رابطة الإفضاء؛ بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غيرهما.[1253]

أشار إليه د.عادل جبري، المرجع ذاته،،ص 262 : civile délictuelle et contractuelle,1960,T.II, N01442, p359

[1253]: راجع: د. المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود:180/1، أشار إليه د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 26.

إذ سجل البعض[1254] بأن ضابط التمييز بين المباشرة والتسبب؛ الذي يستند إلى قوة رابطة السببية، يعترضه بعض الصعوبات. فتحقق رابطة السببية بين الفعل-مباشرةً كان أو تسبباً- وبين الضرر، تستوجب الضمان بالمساواة، فلكل من المباشر والمتسبب علاقـةٌ بالنتيجة الضارة.

ويرجع الفقه الإسلامي التمييز بين المباشرة والتسبب من حيث شروط الضمان إلى أحد القواعد الأصولية التي تميز بين العلة والسبب[1255]، وتقضي بأن العلّة باعتبارها وصفاً مؤثراً بذاته في الحكم، متصلاً به، فلا تحتاج إلى أمرٍ زائدٍ يضاف إليها لثبوت الحكم، فيدور معها المعلول وجوداً وعدماً، أما السبب فهو طريق إلى الحكم بدون تأثير، إذ لا بد فيه أن يتوسط بينه وبين الحكم علة؛ لذلك لا يضاف إليه الحكم إلا بزيادة وصفٍ يجعله صالحاً للعلة أو في حكم العلة وهو التعدي.[1256]

أما القول بأنه لكون رابطة الإفضاء أو السببية في حالة "المباشرة" تكون مباشرة؛ لعدم وجود ما يفصل بين فعل المباشر والضرر، فيجب الضمان مطلقاً، ولكونها في حالة التسبب غير مباشرة؛ لوجود فاصل بين الفعل والضرر، فلا يقوم الضمان إلا بشروط أخرى؛ هذا القول بعيد عن الصحة، و لا مستند له، بل مخالف لقواعد ومنطق الضمان، فالفاصل بين فعل المتسبب والضرر، إما أن يترتب عليه هدم رابطة السببية بين الفعل والضرر، وهنا لن تقوم المسؤولية مطلقاً، وإما أن لا يترتب على هذا الفاصل أي أثرٍ من حيث إسناد الضرر إلى المتسبب، وفي هذه الحال يكون وضعه وضع المباشر، ولا تكون هناك حاجةٌ لاشتراط أمرٍ آخر.

وإن عدم دقة التمييز يفضي إلى نتائج غريبة ومتناقضة، وهذا ما نلمحه في اضطراب تكييفات الفقهاء في النوازل والمسائل.[1257]

[1254]: د.عادل جبري حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص 237 وما يليها.

[1255]: أشرنا إلى تعريفهما في اللغة والاصطلاح في الفرع الثالث من المطلب الأول ضمن هذا المبحث.

[1256]: راجع:د.عادل جبري، المرجع السابق، ص 333؛ وقد أشار إلى: د.محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ص246، و د. إبراهيم أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة،اللاتينية-الإسلامية-الأنجلوأمريكية مع طرح فكرة التعدي كأساس للمسؤولية المدنية، ص228.

[1257]: ذكر المصنف أن التشريعات الحديثة تنبذ هذه التفرقة، ومن أخذ بها مثل التشريعين العراقي أو الكويتي جعلها في حدود ضيقة، وقد عزاه إلى: د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية، بند 232 وما يليه.

وهذا الرأي له وجاهته وحظه من النظر الشرعي، فاشتراط التعدي في التسبب ذريعةٌ إلى ضياع حقوق الناس، وقواعد الشرع -فيما نعلم- قاضيةٌ بضمان ما يصيب الغير من ضررٍ مطلقاً؛ سواء كانت عن محض تسببٍ ليس فيه معنى التعدي، أو تسبباً ينطوي على معنى التعدي.

وبناءً عليه، يمكن القول بأن من سقط في حفرةٍ حفرها شخص ما في ملكه، فلا ضمان على الحافر؛ ليس بسبب أنه غير متعدي، ولكن لأن الساقط مباشر. فإن غطّى الحافر الحفرةَ؛ بحيث لم يرها الساقط، أو حفرها في الطريق العام، يكون ضامناً؛ لأنه متسبب، حتى لو لم يقصد من وراء ذلك الأذى بغيره. وبهذا نقترب من المسؤولية الموضوعية التي عرف بها الفقه الإسلامي، ونبتعد عن المسؤولية الشخصية أو الخطئية؛ التي عرف بها الفقه القانوني قبل أن يتجه- في عدة محاولات؛ مثل التأمينات الإجبارية- صوب المسؤولية الموضوعية أو الشيئية[1258].

ويمثل رأي جمهور الفقهاء ورأي الحنفية قياساً، الذي يعتد بالسبب الأقوى، عند تعدد الأسباب، ما يقابل الأخذ بنظرية السببية الملائمة أو السبب المنتج عند فقهاء القانون، ويمثل رأي الحنفية استحساناً؛ أي توزيع الضمـان على المشتركين، ما يقابل الأخذ بنظرية تكافـؤ الأسباب أو تعادلهـا عندهم، كما تقدم بيانه في الجانب القانوني[1259].

ويرى البعض[1260] بحق أن فقه الشريعة الغراء لم يحدد المقصود بالسبب الأجنبي، كما لم يتناوله في إطار نظرية عامة لدفع الضمان، ولكن يمكن استخلاص ذلك من خلال تتبع ما أوردوه من أمثلة تطبيقية لصوره، وكذلك من بعض القواعد الفقهية التي ذكروها، ومن أهمها "ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه".

وبناء على ما سبق بيانه، يتضح أن النوازل السماوية تعتبر في حكم الجائحة باتفاق الفقهاء. وأما ما يتعلق بفعل الآدميين من خلاف، يبدو أن رأي المالكية الثاني[1261] أرجح الآراء وأعدلها، فهو اشترط في فعل الآدميين أن يكون غالباً؛ أي أن تتوافر فيه علة الجائحة، وهي عدم إمكان التحرز والدفع، وهذا الرأي يشبه رأي فقهاء القانون في اشتراطهم للظروف الطارئة في نطاق تنفيذ العقود-إضافةً إلى الشروط الأخرى- أن تكون عامةً، وذلك حتى لا يختلق الأفراد هذا الظرف، فيمكنهم خرق العقود والإفلات من المسؤولية القانونية. فقبول فعل الآدميين مطلقاً، دونما قيد

[1258]: انظر: تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية، في الفرع الأول من المطلب الأول ضمن المبحث الأول لهذا الفصل من هذا الباب الثاني.

[1259]: راجع: الفرع الثاني من المطلب الثالث في المبحث الأول من هذا الفصل الأول للباب الثاني، ص 209.

[1260]: راجع: د.عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية، ص 376-377.

[1261]: في رواية عن مالك: المدونـة، كتاب الجوائح: 38/12.

أوشرط، قد يفضي إلى التحايل على الشرع؛ كما قد يفضي إلى التحايل على القانون في اصطناعهم للظرف الطارئ الخاص، والله تعالى أعلم.

كما أن المبدأ العام في حال خطأ المضرور باعتباره الخطأ الوحيد، هو أن من تعمد إحداث الضرر بنفسه، وكان خطأه هو السبب الوحيد، تحمل – وحده – كل آثار هذا الخطأ.[1262] وفي هذا الفرض يتفق فقه الشريعة تماماً مع ما ورد في فقه القانون المدني.

ثم إن الاتجاه الفقهي؛[1263] الذي يمثله رأي الحنفية استحساناً، يتجه إلى توزيع عبء الضمان بين المدعى عليه والمضرور، في حالة اشتراكهما في إحداث الضرر المراد ضمانه، ولم يعلم مقدار مساهمة كل واحدٍ منهما، يتسق مع ما ذهب إليه فقهاء القانون المدني المعاصر من الأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب. لكن في حال القدرة على تمييز أي منهما كان العامل المسبب للضرر، فإن رأي جمهور الفقهاء يتفق مع ما استقر عليه معظم الفقه فضلاً عن القضاء خصوصاً في فرنسا، ومن تأثر به من البلاد العربية في نطاق محدود بقواعد المسئولية العقدية.[1264]

كذلك، فإن خطأ المريض لا يمكن أن ينفي حلقة الإفضاء أو السببية بين التعدي الطبي والضرر الواقع فحسب، بل يمكن أيضاً أن ينفي صلة الإفضاء بين التعدي ونوعٍ آخر من الضرر – يعوض عنه القضاء الوضعي الحديث– ألا وهو فوات الفرصة في الحياة، أو الشفاء أو في تحسين الحالة أو تفادي تفاقمها.[1265]

غير أن الشريعة، وإن كانت لا تعترف بفوات الفرصة باعتباره ضرراً في النظر الشرعي؛ لأنه غير متحقق أو موهوم، إلا أنها من خلال قواعد الضمان، خصوصاً قاعدة المباشرة والتسبب، تحكم بضمان المريض، إذا تحققت هذه الأضرار المحتملة في المستقبل، وإلا فلا، والله أعلم.

وقد اعتبر فقهاء الشريعة أن فعل الأجنبي سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدعى عليه من الضمان. فإذا هلك الشيء بفعل أجنبي، انتفت رابطة الإفضاء بين التعدي والضرر، فلا يضمن المدين في عقود الأمانات؛ كالوديعة، دون عقود الضمان، كعقد التطبيب-باعتباره عقد إجارة عامة- حيث يمكن للمدعى عليه دفع الضمان، وأن يعود على الغير بما دفع، وهذا في حالة ما إذا لم تطالب الضحية بالتعويض من الغير الأجنبي .

[1262]: راجع : د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص158.

[1263]: ويمثله رأي الحنفية استحساناً، وهو ما يقابل الأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها عند فقهاء القانون كما تقدم آنفاً.

[1264]: راجع: ص 212.

[1265]: راجع: د. محمد منصور، المرجع السابق، ص173، وطلال عجاج، المرجع السابق، ص404.

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ السنهوري -رحمه الله-[1266] بأن السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة دون يد الضمان، وذلك مثل يد البائع قبل تسليم المبيع، فإن الالتزام يصبح التزاماً بتحقيق غاية، فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي. ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الحال بفسخ العقد، ولا يوجب فوق الفسخ تعويضاً آخر، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ. أما في الفقه الغربي فهناك تعويض فوق الفسخ، وهذا التعويض وحده هو الذي يمتنع بالسبب الأجنبي. ومن ثم رتب على ذلك نتائج خطيرة، تتمثل في أنه لا يوجد فرق عملي في هذه المسألة بين الفقهين الإسلامي والغربي. ولكن يلاحظ في الفقه الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ المضرور، فإنه يمنع الفسخ. وما دام السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي لا ينفي الضمان، إذا كانت يد المدين يد ضمان، فلا جدوى من إثباته؛ لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان، ومن ثم لا محل للتساؤل عمن يقع عليه عبء الإثبات هنا.

وإذا أردنا أن نسقط كلام السنهوري على فعل الطبيب، فإنه يستقيم في حالة ما إذا التزم الطبيب بتحقيق غاية؛ كالالتزام بالبرء بموجب الاتفاق، ومثل لذلك بجراحة التجميل، أو الالتزام بسلامة المريض في نقل الدم، الذي تمليه قواعد القانون، فلا ريب أن الضمان لا يرتفع في الفقه الإسلامي بحالٍ؛ لأن يد الطبيبِ يد ضمانٍ، لا يد أمانة.

بيد أن ذلك- في تصوري الخاص- لا يفضي إلى الفسخ فحسب، دون التعويض؛ لأن مجرد الفسخ متصور قبل مباشرة الفعل الطبي، إذا لم يترتب على ذلك ضرر؛ كأنْ يفَوت الطبيب على مريضِهِ فرصةَ شفائه؛ بتنصله من التزامه في وقتٍ غيرِ مناسبٍ. أما إذا باشر الطبيب فعله، ووقع الضرر بالمريض، أو أحجم الطبيب عن علاج المريض بعد إبرامهما عقد التطبيب، فإن القول بالفسخ فحسب، دون التعويض، تأباه مقاصد الشرع وقواعد الضمان، القاضية برفع الضرر قبل وقوعه، وجبره بعد وقوعه. وقد عالجت مسألة التعويض عن الضرر ضمن موجبات التعويض في المجال الطبي في الفقه الإسلامي فيما سبق.[1267]

[1266]: راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 6/182-183.

[1267]: راجع: الفرع الثاني من المطلب الأول التابع للمبحث الثاني ضمن الفصل الأول من الباب الثاني.

أما إذا كان التزام الطبيب ببذل عنايـة؛ أي كانت يده يد أمانةٍ، ووقع الضرر بالمريض، فلا ضمانَ، إلا إذا أُسنِد الضرر إلى فعل الطبيب، بأن استطاع مدعي الضرر إقامة الدليل على أن فعل الطبيب، الذي اتصف بالخطأ الذي خرج به عن أصول أهل صناعة الطب، أفضى إلى الضرر الحاصل. ويستطيع الطبيب أن يدفع عن نفسه التهمة، بأن يثبت الطبيب أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي؛ مثل فعل الغير أو خطأ المضرور ذاته.

المبحث الأول: ممارسة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الوضعي

نستعرض في هذا المبحث تعريف الدعوى وما يتعلق بها ومقوماتها في إطار القانون، ثم نبين مجال تطبيق الدعوى المدنية؛ سواء كان ذلك عن طريق التسوية القضائية أو التسوية الودية، وهذا في مطلب أول. ثم نتناول في مطلب ثانٍ ماهية التأمين من المسئولية، وحدود الخطر المؤمن منه في المجال الطبي.

المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية ومجال تطبيقها

ترمي دعوى المسؤولية المدنية إلى حصول المتضرر على التعويض الذي يمكنه من إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل أن يحل به الضرر ما أمكن، فإن تعذر ذلك -خصوصاً في المجال الطبي؛ حيث يتعذر التعويض العيني -أمكنه بواسطتها تخفيف الضرر إلى أقصى حد ممكن، وذلك بطلب تعويض نقدي، عملا بقاعدة "والبدل إنما يجب عند تعذر الأصل"[1268].

الفرع الأول: مفهوم الدعوى المدنية وشروطها

أولا: تعريـف الدعـوى المدنيـة

1. تعريـف الدعوى لغـةً:

الدعوى مشتقة من"دعا يدعو دعوة ودعاء، وادعى يدعي ادعاء و دعوى، وفي نسبه دعوة أي دعوى، والدعوة بكسر الدال ادعاء الولد الدعِي غير أبيه؛ يقال دعي بين الدعوة والدعاوة".[1269] و"في هذا الأمر دعوى ودعاوى؛ أي مطالب".[1270]

و"الدعوى في اللغة، عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه، حالة المسالمة والمنازعة جميعا، مأخوذةٌ من قولهم ادعى فلان شيئا، إذا أضافه إلى نفسه؛ بأن قال لي".[1271]

وفرق بعضهم بين الدعوى والإقرار والشهادة، فقال:" فإن كان إخباراً عن حق للمخبر على الغير أمام القاضي فهو: دعوى -Claim - وإن كان إخبارا بحق للغير على المخبر نفسه

[1268]: شيخ الإسلام ابن تيمية، شرح العمدة: 165/2.

[1269]: لسان العرب: 261/14.

[1270]:محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس: 8383/1. مصدر الكتاب:www.alwarraq.com وتتمة الكتاب من: www.ahlalhdeeth.com

[1271]: القونوي، أنيس الفقهاء: 242/1.

فهو: إقرار -Recognition of right - وإن كان إخباراً بحق للغير على الغير أمام القاضي فهو: شهادة -Attestation –".[1272]

2. تعريـف الدعوى المدنية اصطلاحـاً:

تعرف دعوى المسؤولية المدنية بأنها "الوسيلة القضائية التي يستطيع المتضرر عن طريقها الحصول من المسئول على تعويض الضرر الذي أصابه، إذا لم يسلم له به المتضرر اتفاقاً".[1273] وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة 1613 بقولها:"الدعوى هي طلب أحدٍ حقه من آخر في حضور القاضي، ويقال له المدعي، وللآخر المدعى عليه".[1274]

وزاد صاحب أنيس الفقهاء إلى تعريف الدعوى لغة فقال:" وأما شرعاً فيراد به إضافة الشيء إلى نفسه في حالة واحدة مخصوصة وهي حالة المنازعة".[1275]

وعليه، يتبين من هذه التعريفات أن دعوى المسؤولية المدنية هي طلب المتضرر(المدعي) تعويضاً ممن سبب له الضرر (المدعى عليه)، موجه للقاضي للفصل فيه، إذا لم يحل النزاع بالتسوية الودية أو الصلح.

ثانيـاً: شـروط الدعـوى المدنيـة

إذا كان المبدأ العام أن يسمح لكل مطالب بحق أن يتقدم بدعواه، سواء أكان شخصا طبيعياً أو معنوياً، مواطنا أو أجنبياً، إلا أنه يشترط لسماع الدعوى أن يكون للمدعي صفة وأهلية ومصلحة.[1276]

يقصد بالصفة أن يكون للمدعي علاقة مباشرة بالشيء المدعى به؛ كأن يكون مستأجراً لعقارٍ أو حائزاً له. وهذه الصفة قد تتعدى إلى الولي والوصي والوكيل...إلخ. وبذلك فمتى انتفت العلاقة بين المدعي –مثلاً- والشيء الذي ينازع فيه، فإن مآل دعواه الرفض؛ لانعدام صفته في التقاضي. والصفة قد تثبت بوكالة خاصة.[1277]

[1272]: سعدي أبو حبيب، معجم لغة الفقهاء: 48/1 مصدر الكتاب : موقع يعسوب [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع].

[1273]: د. أحمد الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، ص151.

[1274]: حيدر علي، درر الأحكام: 151/4.

[1275]: القونـوي: 242/1.

[1276]: راجع: المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، رقم 66-154 ، و أ. سائح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية-نصاً وتعليقا وشرحا وتطبيقا، ص 368-369.

[1277]: راجع: قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 387؛ 45 المؤرخ في 1998/2/22، المجلة القضائية، عدد 1991/03، ص 120.

أما الأهلية فهي قدرة المدعي على مباشرة تصرفاته بنفسه، ويكون ذلك ببلوغ سن محددةٍ قانوناً[1278]، وأن يخلو من العيوب التي تؤثر على صحة تصرفاته؛ كعدم تمتعه بقواه العقلية أو الحجر على تصرفاته. فإذا كان الشخص صبياً مميزاً، لم يبلغ سن الرشد، أو بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلـة، يعتبر ناقص الأهليـة. وبالتالي، يخضع هؤلاء بحسب الأحوال؛ لأحكـام الولايـة أو الوصايـة أو القوامـة، وفقاً للشروط والقواعد المقررة قانوناً.[1279]

وإذا كان الشخص المعنوي مدعياً، فإن تمثيله في المحاكمة يتم بواسطة أحد ممثليه القانونيين، وهذا إجمالاً، في الشركات رئيس مجلس الإدارة أو المدير، وفي الهيئات المعنوية الأخرى رئيسها.

ومن القواعد المقررة قانوناً، أنه لا دعوى بغير مصلحة، والمصلحة المقصودة هي حماية شخص لحق اعتدى عليه، أو اغتصب منه، فأساس المصلحة الحق الثابت المعتدى عليه بأي صفةٍ كانت، والهدف من إقامة الدعوى هو حماية ذلك الحق أو استرداده. ويشترط الفقه العربي- كما سبق بيانه[1280]- أن تكون المصلحة مشروعة.

فكل هذه الشروط يجب توافرها في المدعي، فضلاً عن المدعى عليه، وإلا رتب القانون على الدعوى جزاء البطلان، والبطلان من النظام العام، يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، دونما حاجةٍ إلى إثارته من قبل أحد الأطراف.[1281]

الفـرع الثانـي: مجـال تطبيـق دعـوى المسؤولية المدنيـة

أولا: التسوية القضائيـة:

إذا لم ينته المضرور والمسئول عن الضرر بفض النزاع ودياً، وذلك بدفع تعويض منصف يرضى به المضرور، فإن المضرور يلجأ إلى التسوية القضائية حتماً؛ لتحصيل حقه. ويكون ذلك في فرضين: الأول، أن لا يكون الطبيب المسئول عن الضرر مؤمناً على مسؤوليته، فيعجز عن سداد التعويض، إذا كان كبيراً. وفي الثاني، يمكن أن يكون الطبيب مؤمناً على مسؤوليته، ولكنه استعمل طرقاً احتيالية لغبن المضرور في مبلغ التعويض، سواء تم ذلك بمفرده، أو بالاتفاق مع شركة التأمين، تجعل المضرور لا يتردد في رفع دعوى قضائية؛ لاستحقاق الضمان. والمضرور بفضل الدعوى

[1278]: سن الرشد تسعة عشر (19) سنة حسب المادة 40 ق.م.ج.

[1279]: راجع: المادة 43إ 44 ق.م.ج.

[1280]: انظر: شروط الضرر في المطلب الثاني من المطلب الثاني ضمن الفصل الأول من هذا الباب.

[1281]: راجع: أ. سائح سنقوقة، الدليل العملي في إجراءات الدعوى المدنية، ص 29-30، قانون الإجراءات المدنية-نصاً وتعليقا وشرحا وتطبيقا، ص 351، ود. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 655.

المباشرة، يكون دائناً لكل من المؤمن-شركة التأمين-والمؤمن له، فالمؤمن يكون مديناً بالتعويض المستحق له؛ بحكم الدعوى المباشرة، والمؤمن له -الطبيب المسئول- يكون مديناً؛ طبقا لقواعد المسؤولية.

فكل من المؤمن والمؤمن له مدينان بدين واحد، إلا أنهما غير متضامنين فيه، بل هما مسئولان عنه بالتضامم؛ بسبب اختلاف المصدر، وطبقا للقواعد العامة المقررة في الدعوى المباشرة لا يجوز للمضرور أن يجمع بينهما، وله الرجوع على كل منهما، فإن استوفى حقه من أحدهما برأت ذمة الآخر، ويبقى لأحدهما حق الرجوع على الآخر، أما إذا لم يستوفِ كل حقه من المؤمن لعدم كفاية مبلغ التأمين، رجع بالباقي على المؤمن له المسئول.

وفي المقابل، يمكن أن يلجأ الطبيب المؤمن له إلى التسوية القضائية؛ لمواجهة المؤمن-شركة التأمين-، إذا لم يستحق مبلغ التأمين منه، وذلك بواسطة دعوى أصلية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يمكن للمؤمن-شركة التأمين- الرجوع على الغير المسئول ؛ بدعوى حلول، أمام القضاء، وهو ما يضمن الحماية القانونية لكل طالب حق، سواء كان مضروراً، أو مؤمناً له، أو مؤمناً.

فإذا كان المؤمن يرتبط بالمؤمن له بناء على عقد التأمين من المسؤولية، ويرتبط بالمضرور عن طريق الدعوى المباشرة التي يوجهها هذا المضرور إليه، فإنه يمكن أن يرتبط كذلك بالغير المسئول عن الحادث المؤمن منه.

وتقوم هذه العلاقة في العديد من الفروض ، منها أن يكون مرتكب الحادث تابعا للمؤمن له، أو أن يتحقق الخطر المؤمن منه نتيجة خطأ مشترك بين المؤمن له وبين الغير فتكون المسؤولية تضامنية أو تضامية بحسب الأحوال بينهما .

ومثال ذلك في نطاق التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، أن يتحقق الخطر المؤمن منه بواسطة أحد تابعي أو مساعدي الطبيب المؤمن له ، أو بواسطة طبيب آخر لا تقوم بينه وبين هذا الأخير علاقة تبعية، كما هو الحال بالنسبة للطبيب البديل، أو طبيب التخدير مع الجراح .

ففي مثل هذه الفروض إذا وفى المؤمن-شركة التأمين- المضرور أو المؤمن له بالتعويض، كان له بعد ذلك أن يرجع على هذا الغير بنصيبه في التعويض.[1282]

[1282]: راجع: د.أحمد شرف الدين، الأساس القانوني لرجوع المؤمن على الغير المسئول عن الحادث: مجلة الحقوق الكويتية، س4، ع2؛ أبريل 1980؛ ص231.

ونصت المادة 38 من قانون التأمينات الجزائري[1283] أنه" يحل المؤمن محل المؤمن له، في الحقوق والدعاوى تجاه الغير المسئولين، في حدود التعويض المدفوع له".وقررت المادة إعفاء المؤمن من الضمان أو جزء منه تجاه المؤمن له، إذا تسبب المؤمن له في استحالة قيام المؤمن برفع دعوى الرجوع ضد الغير المسئول. كما منعت المؤمن من ممارسة دعوى الرجوع ضد الغير، إذا كان هذا الغير ممن يسأل عنهم مدنياً؛ كتابعيه أو من يخضعون لرقابته أو أقاربه المباشرين الذين يقيمون معه، إلا إذا صدر عنهم فعل قصد الإضرار.

وغالبا ما يضع المؤمن قيودا في عقد التأمين تلزم المؤمن له لتسير دعوى المسئولية؛ وفق ما يتفق مع وجهة نظره ويحقق مصلحته، وذلك تجنبا لما قد يصدر عن المؤمن له من تهاون أو تساهل مع المضرور، سواء بحسن نية، أو بتواطؤ بينهما؛ لأن المؤمن له قد يركن إلى أن مسؤوليته قد غطيت بعقد التأمين. وتتمثل هذه الشروط في شرط تقديم المستندات المتعلقة بمطالبة المضرور القضائية، فضلاً عن شرطي عدم الإقرار بالمسئولية، وإدارة المؤمن دعوى المسئولية.[1284]

1. اختصاص المحكمة الفاصلة:

ترفع الدعوى المدنية أمام الجهات القضائية المختصة بالنظر في الدعوى وفقاً لقواعد الاختصاص المحلي والنوعي.

حيث يؤول الاختصاص المحلي للمحكمة- من حيث الأصل- إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه أو محل إقامته، فإن تعدد المدعى عليهم يعود الاختصاص للجهة التي يقع في دائـرة اختصاصهـا موطن أحـدهم أو مسكنه. ويمكن أن يكون مكـان وقوع النزاع أو الفعل الضار، أو الجهة القضائية التي تم تقديم طلب الضمان الأصلي لها، أو الجهة التي تم الاتفاق فيها، أو مكان تنفيذ العقد.[1285] وللإشارة فإن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، ومن ثم يمكن اللجوء إلى أية جهة قضائية لطرح النزاع أمامها، شريطةَ الاتفـاق على ذلك بإقـرار مكتوب وموقـع، أو مؤشرٍ عليه إن لم يحسن صاحبه التوقيع، وإذاك يبقى القاضي مختصاً بذلك

[1283]: بموجب أمر 95-07، المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق لـ 25 يناير سنة 1995.

[1284]: راجع: د.أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص 310 وما يليها.

[1285]: راجع: المادة 08؛ 09 قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

النزاع، وكذلك الأمر بالنسبة للجهة التي يؤول إليها الاستئناف[1286]؛ ولذلك فليس للقاضي إثارة عدم الاختصاص المحلي دون طلب أحد الأطراف، وهذا على عكس الاختصاص النوعي، الذي يعتبر من النظام العام، وعليـه، فللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[1287].

والاختصاص النوعي للمحكمة يحدده نوع القضية بذاتها، وهذا النوع من القضايا عددته النصوص القانونية على سبيل الحصر[1288]، كما حددت الجهة الناظرة لتلك القضايا. فقد ترفع دعوى المسؤولية أمام القضاء العادي، كما قد ترفع أمام القضاء الإداري .فالدعوى التي يرفعها المضرور ضد المرفق الصحي عند قيام مسؤوليتها، تكون الجهة القضائية المختصة هو القضاء الإداري، ولا يختص بها القضاء العادي؛ لأن الأخطاء المقترفة من الأطباء بالمستشفى العام في حالة ثبوتها، تكون مرتبطة دائماً بتنفيذ خدمة عامـة. و عليـه، فالقضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الفاصل.[1289] ولذا لزم تحميل إدارة المستشفى العام بتغطية الأخطاء الصادرة من تابعيها، أثناء قيامهم بأعمال المرفق، ولكي يضمن المضرور حصوله على حقه، ينبغي عليه منازعة المتبوع أمام القضاء الإداري. ورغم الضمانات القانونية، فإن الدعاوى المرفوعة ضد المستشفيات العامة قليلة؛ بالنظر للأخطاء الطبية الشائعة، وربما يعود ذلك إلى قلة الوعي الطبي، ونقص الثقافة الطبية في أوساط المواطنين والمتضررين خاصة.[1290]

وقد استقر قضاء محاكم القضاء الإداري، وفق ما نص عليه التشريع الجزائري؛[1291] بأن الغرفة الإدارية، هي ذات الاختصاص المحلي والنوعي، في مثل هذه الدعوى.

وفي فرنسا يعود الاختصاص في مثل هذه الدعاوى إلى القضاء الإداري، ما عدا الدعوى المباشرة، التي لا تعدو أن تكون دعوى تعويض مدني، يختص بنظرها، وفقا للقواعد العامة، القضاء العادي.

[1286]: قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 45651 مؤرخ في 1998/3/27 أشار إليه أ. سائح سنقوقة: الدليل العملي في إجراءات الدعوى المدنية، ص20.

[1287]: راجع: المادة 93 ق.إ.م.ج.

[1288]: راجع: المادتين 01-02 ق.إ.م.ج.

[1289]: راجع: د.ظاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة- دراسة مقارنة، ص 6.

[1290]: راجع: د.ظاهري حسين، المرجع السابق، ص 79 .

[1291]: حسب المادة 07 ق.إ.م : " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتداء بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها...".

وهو ما أكدته محكمة التنازع، على أساس أن الدعوى المباشرة لا تهدف إلا إلى تنفيذ التزام المؤمن، وهو التزام يستند إلى القانون الخاص.[1292]

فلو رفعت دعوى مسؤولية أمام القضاء الإداري، ورفعت دعوى مباشرة-أي بين المضرور والمؤمن،- أمام القضاء العادي، ففي هذه الحالة، يتعين على القضاء العادي، وقف الفصل في الدعوى حتى يفصل القضاء الإداري في دعوى المسؤولية، وذلك متى كان المؤمن له مزاولاً نشاطه في مرفق طبي عام.[1293]

2. الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية

وبناء على ما سبق، يجدر بي إثارة نقطة جد مهمة، تتعلق باختصاص المحكمة الفاصلة لدعـوى المسؤولية المدنيـة.

الأصل أن تناط دعوى التعويض المدني بالقضاء العادي، وبالتحديد القضاء المدني. وعليه، يرجع الاختصاص إلى المحاكم الابتدائية .فالمرجع الصالح العادي للنظر في دعوى المسؤولية المدنية هو القضاء المدني، ولكن يكون الضرر أحياناً نتيجةً لفعلٍ جرمي، يعاقب عليه القانون، فتقع الملاحقة الجزائية على المتسبب في الضرر؛ بصفته مدعى عليه. وفي هذه الحالة يكون أمام المتضرر حق الاختيار بين القضاء المدني وبين القضاء الجزائي.

ويختار البعض طريق القضاء الجزائي؛ نظراً لكون الإجراءات أمامه أكثر بساطةً منها أمام القضاء المدني، ومن ثم فإن الدعوى الجزائية تشكل وسيلةَ ضغطٍ معنوي على المتسبب بالضرر؛ للقيام بإيفاء التعويض؛ لأنه يمكن لمن حكِم له بالتعويض من طرف القضاء الجزائي أن يحكم له كذلك بالإكراه البدني؛ أي بحبس المحكوم عليه المدين[1294]؛ تحصيلاً لدينـه عليـه. كما يمكنه الحصول على تعويضٍ معنوي يرد له اعتباره؛ لأي سبب كان؛ مثل طلب الاعتذار العلني في قاعة المحكمة أو بالنشر في الصحف، إذا كان من شأن التعدي المساس بكرامته أو سمعته، ويستجيب القاضي لطلبه ما دام مقبولا اجتماعياً ومشروعا قانوناً.

[1292] : T.Cconfl., 3 mars 1969, R.G.A.T. ; T.Cconfl., 22juin 1992, p.343, note F.Vincent أشار إليه : د.أشرف جابر، المرجع السابق، ص 35

[1293]: راجع: د.أشرف جابر، المرجع السابق، ص 350 .

[1294]: راجع: المادة 599 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الصادر بالأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم.راجع: أحسن بوسقيعة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، ص 01.

لكن هل أبواب القضاء مشرعةٌ أمام كل ادعاءٍ، بالنسبة للدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى من غير ما ضابطٍ ؟

في الحقيقة إنّ حق اختيار الطريق الجنائي جائـز في كل من التشريع الجزائري والتشريع المصري، على نحوٍ أرحب منه في التشريع الفرنسي؛ الذي ضيق مجال هذا الحق- كما سيأتي بيانه- وذلك مادام الحـق المدني قائمـاً، لم ينقض لسببٍ مـا؛ كالتنازل، عنه أو الوفاء به، أو التقادم، أو صدور حكمٍ نهائي، ذلك أن هذه الأسباب تسد أمام المضرور كلا من الطريق الجنائي والطريق المدني على حد سواء.

ومع افتراض بقاء هذا الحق المدني قائماً، فإن خيار المضرور بين الطريقين الجنائي والمدني، وإن كان حقاً عاماً متسع النطاق، إلا أنه مقيد ببعض القيـود، نبينها فيما يلي:

1/2. القيود الواردة على تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية:

أ. إذا لم تتحرك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائي تحركا صحيحاً؛ كعدم تقديم شكوى في الجرائم التي تحتاج إلى شكوى، أو فوات ميعادها، أو التنازل عنها، فلا يمكن الادعاء مدنياً أمامه، وفي هذه الحالة ليس أمام المضرور إلا أن يرجع إلى القواعد العادية في الاختصاص ويقيم دعواه المدنية أمام القضاء المدني.

ب. وكذلك الشأن إذا كانت الدعوى الجنائيـة قد انقضت لسبب خاص بها؛ مثل وفاة المتهم، أو العفو الشامل، أو صدور حكم نهائي فيها قبل إقامة الدعوى المدنية، فلا يكون هناك من سبيل أمام المضرور سوى الالتجاء إلى القضاء المدني.

ج. أيضاً إذا كانت المحكمة الجنائية غير مختصة بنظر الدعوى الجنائية التي سببت الضرر المدعى به، فإنها تكون غير مختصة كذلك بنظر الدعوى المدنية.[1295]

2/2. القيود التي ترجع إلى نوع الجهة المختصة بنظر الدعوى الجنائية:

حق الادعاء مدنياً مقصور على المحاكم الجنائية العادية، فلا يكون أمام المحاكم الجنائية التي خولها القانون اختصاصاً استثنائياً؛ مثل محاكم أمن الدولة، والمجالس والمحاكم العسكرية. كما لا يجوز الادعاء مدنياً أمام المجالس التأديبية، ذلك أنه حق استثنائي بحت، فلا محل للتصريح به إلا إذا أباحه القانون صراحةً، ومثله لا يجوز أمام محكمة الأحداث؛ قصد توفير الوقت الكافي لها لأداء رسالتها.

[1295]: راجع: د.عبد المنعم داود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص 143.

وإذا كان المضرور من الجريمة قد رفع دعواه أولا إلى المحكمة الجنائية، فيمكنه أن يترك هذا الطريق، ويقيم نفس دعواه من جديد أمام المحكمة المدنية، ويستوي في ذلك أن يكون قد رفع دعواه الأولى، أمام المحكمة الجنائية بطريق الادعاء المباشر، أو بطريق التبعية للدعوى العمومية المرفوعة من النيابة العامة. والإلغاء هنا منصب على الإجراءات لا على أصل الحق، فلا يمنع من إعادة رفعه أمام المحكمة المدنية، إلا إذا صرح بالتنازل عن الحق المدعى به، فعندئذٍ يمنع من العودة إلى الدعوى من جديد أمام أي جهة قضائية.[1296]

وبالمقابل، إذا رفَع، من ناله ضرر من الجريمةِ، دعواه؛ بطلب التعويض إلى المحكمة المدنية في مبدأ الأمر، فلا يحق له أن يترك دعواه هذه ويرفعها إلى المحكمة الجنائية، إلا إذا رفعت النيابة[1297] الدعوى الجنائية فيما بعد، فيحق له -حينئذٍ- أن يعدل عن الطريق المدني ، ويقيم دعواه أمام المحكمة الجنائية بطريق التبعية للدعوى الجنائية التي أقامتها النيابة.[1298] ومفهوم المخالفة يتضح أنه ليس له أن يقيم الدعوى الجنائية بنفسه عن طريق الادعاء المباشر أمام المحكمة الجنائية. فإذا كان هذا الطريق مفتوحاً أمامه فهجره مختاراً إلى الطريق المدني، فيحمل على أنه قد تنازل عنه تنازلاً يقيده بطبيعة الحال؛ لأن الطريق المدني أصلح للمتهم. والفرض أن الواقعة جنحة أو مخالفة، أما إذا كان جناية، فالمضرور ما كان يملك الادعاء المباشر لا قبل اختيار الطريق المدني ولا بعده من باب أولى.[1299]

نص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادة 04 منه على أنه "يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية، غير أنه يتعين أن ترجئ المحكمة المدنية الحكم، في تلك الدعوى المرفوعة أمامها، لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت".

ويصح، في حالات استثنائيـة، أن تنفصل الدعوى المدنية عن الدعوى الجنائية، فتستمر مطروحةً -وحدها-أمام القضاء الجنائي، حين تكون الدعوى الجنائية قد انقضت لسبب أو لآخر، وهذه الأحوال تدعو إلى القول بأن تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية لا محل له إلا عند بدء

[1296]: راجع: المادة 247 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، والمادة 1/260 قانون الإجراءات الجزائية المصري، رقم 150 لسنة 1950 المتمم والمعدل بآخر قانون رقم 153 لسنة 2007.

[1297]: النيابة هيئة قضائية تقوم بإقامة الدعوى على متهم ونحوه نيابة عن المجني عليه فردا كان أو مجتمعا (محدثة): إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط: 964/2.

[1298]: راجع: المادة 05 ق.إ.ج.ج.، والمادة 264 ق.إ.ج.م.

[1299]: راجع: د.عبد المنعم داود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص146-147.

مباشرة الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي فحسب، أمـا بعـد ذلك فاستقلال كل منهما عن الآخر متصور الحصول في ظروف متعددة؛ مثل: أ-حالة انقضاء الدعوى الجنائية؛ لسبب طرأ بعد رفع الدعوى المدنية بالتبعية لها، ب-حالة الحكم بالبراءة مع وجود وجهٍ للحكم بالتعويض، ج-حالة الطعن في الحكم الصادر في الدعوى المدنية دون الجنائية.[1300]

وبناء على ما سبق، يبدو أن التشريع الجزائي الجزائري أجاز هذا الحق مثل ما ذهب إليه المشرع الجزائي المصري، وفي نفس الوقت تأثر بالمشرع الجزائي الفرنسي في اشتراطه ألا يقبل رفع الدعوى المدنية الملازمة للدعوى الجنائية إلا ممن سبب له الضرر شخصياً(المادة 02)، لكن لم يجارِهِ في بقية الأحكام؛ حيث أجاز دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر، سواء كان مادياً، جسمياً، أو أدبياً، مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية(المادة 02/03)، على عكس ما ذهب إليه التشريع والقضاء الجزائيين في فرنسا.

حيث اشترط التشريع الفرنسي[1301]o لقبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي، أن يكون الضـرر الحاصـل من جناية أو جنحة أو مخالفة، يعـود لمن مسـه ضـرر شخصـي، نـاتجٌ مباشـرةً عن الجُـرم.[1302] إذن، هنالك شرطان أساسيان، يجب توافرهما، لسماع الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي الفرنسي، هما: أ- حدوث ضرر شخصي، مما يستبعد المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للغير[1303]، إلا إذا نتجت هي أيضاً مباشرة عن الجرم، عندها يعود للمتضرر شخصياً أن يطالب بالتعويض. ب ـ أن تقوم الصلة السببية المباشرة بين الضرر المشكو منه وبين الجرم الحاصل. وهذا ما يستبعد حتماً الأضرار غير المباشرة.[1304]

ولم تتردد محكمة التمييز الفرنسية في التضييق في قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي، وكان ذلك نابعاً من إرادة المحاكم الاحتفاظ بالطابع الجزائي لهذا القضاء ، الذي ينصب اهتمامه على محاكمة المجرمين؛ بغية إنزال العقاب بالمذنبين منهم، مبتعداً قدر الإمكان عن الاشتغال بالنواحي المدنية من الدعاوى الجزائية؛ لئلا تغرق المحاكم في المسائل المدنية، فيضعف الاهتمام

[1300]: راجع: د.عبد المنعم داود، المسؤولية القانونية للطبيب، ص147، كما سبق تناوله في المطلب الثاني من المبحث الأول للفصل الأول من الباب لتمهيدي.

[1301]: راجع: د.مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 746 وما يليها.

[1302]: راجع: المادة 1/02 قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي، الصادر بتاريخ 12/31/ 1957 .

[1303]:Cass.Assembée Pleniere, 12 janv,jcp 1980. 19335 Rapport Pousard et obs.Carbonnier , et crim. 24 janv. 1979 d. 1979. Ir. 247.

[1304] : Cass.Crim 13 juin 1978 d. 1978 ir. 9.

بالدعوى العامة ويؤخر الفصل فيها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، اتقاءً لإقدام الأفراد على إصباغ مطالبهم بالصبغة الجزائية؛ بغية ممارسة الضغط والابتزاز على المدينين وإكراههم على الامتثال لمطالبهم، خشية الفضيحة والتشهير وحتى العقوبة الجزائية. ومن ناحية ثالثة، سداً لذريعة محاولة الأفراد التحرر من الشكليات التي تفرضها بعض الدعاوى المدنية، والتحرر من عبء وسائل الإثبات المحددة حصراً في الأصول المدنية.

كما يبدو أن الحرص على عدم المساس بحق النيابة العامة، في انسيابية الملاحقة الجزائية، وعلى عدم إحراجها وانتزاع المبادرة منها في تحريك دعوى الحق العام، لعب دوراً في تحديد سياسة التضييق التي اعتمدتها محكمة التمييز الفرنسية في قبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي، حتى أنها اتخذت منحى لا يخلو من الانتقاد، عندما قررت –مثلاً- أنه في حال عدم حصول وفاة ضحية جرم وقع عليها، لا يحق لذويها الادعاء أمام القضاء الجزائي بالتعويض عن الألم الذي لحق بهم نتيجة رؤية جروحها[1305]. أما إذا توفيت الضحية، فيصبح هذا الحق مقبولاً[1306]. كما اعتبرت أنه إذا كانت وفاة الضحية تحدث مباشرةً لدى ذويها ضرراً ماساً بعاطفتها، إلا أن المرض العضوي الذي يصيب هؤلاء من جراء المساس بالعاطفة لا يحصل مباشرةً من الجرم؛ أي يعتبر ضرراً غير مباشر، مما يحول دون سماع الدعوى بالتعويض عنه أمام القضاء الجزائي. وعليه، يرى بعض المعلقين على هذا القرار أنه يعتمد مفارقةً غير مقبولة، فكيف يقبل الادعاء بالألم النفسي المدلى بحصوله لذوي الضحية، دون وجود وسيلة للتحقق منه، ولا يقبل الادعاء أمام نفس القضاء الجزائي بالتعويض عن المرض العضوي الملموس القابل للتشخيص، الناتج عن الألم النفسي المدلى به. وهل يمكن التسليم بأن مثل هذا المرض، لا يتأتى مباشرةً من الألم الذي أحدثه الجرم.[1307]

لكن الاجتهاد القضائي الفرنسي أوجد مخرجاً للنقابات والجمعيات المكونة لحماية مصالح نقابية أو مهنية أو خاصة ببعض فئات من المواطنين، فقبل الدعوى المدنية المقدمة منها عندما يلحقها ضرر شخصي ومباشر نتيجةَ جرمٍ وقع بأحد أعضائها، من شأنه أن يمس بالمصلحة التي تحميها.[1308]

[1305] : Cass.Crim. 26 nov. 1966- jcp. 1967. 14979 note p.c et 23 janv. 1975-jcp 1975. 18333 note Robert et D. 1976. 375 note Savatier, etc…

[1306]: G.Viney. note sous cass. Crim. 01 mars 1973 JCP. 1974 II. 17615.

[1307] : Note .G.Viney. Précité.

[1308] : Cass.Crim. 03 janv. 1925. D.P. 1925.1.85. Cour d,assises de Paris 15 Déc . 1977. D. 1978. 16 note Mayer.

وعلى عكس القضاء المدني، الذي توسع في منح التعويض للمتضررين من الجرم، سواء كان الضرر شخصياً أو مرتداً، مباشراً أو غير مباشر، مادياً أو معنوياً، تشدد القضاء الجزائي الفرنسي في قبول مثل هذه الدعاوى، ولكي يستبعدها جنح هذا القضاء إلى نفي الصلة السببية بين الضرر المدلى به وبين الجرم الحاصل، وإلى التشدد في التحقق من جدية وقوة واستمرارية العلاقة الإنسانية والعاطفية التي كانت قائمة بين مدعي الضرر المرتد والمجني عليه، مع العلم أن القضاء المدني الفرنسي لم يعد يشترط وجود رابطة شرعية بين مدعي الضرر وضحية الجرم.

وذهب البعض بحق إلى أن التوسع في دائرة الضرر اللاحق بالغير، وحتى الذي يمس الشخص، عندما لا يكون من النتائج الطبيعية للفعل الجرمي، يسبب حرجاً للمحاكم، إذ غالباً ما يرهق المدعى عليه، بما لا طاقة له به، كما يرهق الضامن بصورة تجعل كُلفة الضمان مرتفعة؛ من ناحية الثمن، وموجبات الضمان، مما يمكن أن يؤدي إلى شلل المؤسسة أو إفلاسها.[1309] وهذا سديد، ولعله السبب وراء اشتراط شركات التأمين على المستأمِن عدم الاعتراف بخطئه.

ثانيـا: التسويـة الوديـة

التسويـة الوديـة: هي وسيلة فعالة في هذا النظام؛ للحصول على تعويض يجبر الضرر، وهذا الأسلوب يخفف من كثرة القضايا المعروضة على القضاء، ويجنب المضرور مشاكل وإجراءات الدعوى القضائية، وإن أهم ميزة في هذا الإجراء كونه اختيارياً، ويرفضه المضرور إذا لاحظ عدم كفاية المبلغ المقترح، أو عدم شفاء غليله بعد.[1310]

فلا يوجد ما يمنع من أن يتفق المستأمِن والمضرور على تسوية ودية؛ للمسؤولية الناجمة عن الحادث، و تتم المطالبة بإنذار على يد منفذ (محضر) أو بكتاب عادي أو موصى عليه أو شفويا.[1311]

فرجوع المستأمِن في حالة التسوية الودية بينه وبين المتضرر، يتحقق بمطالبة المتضرر المستأمِن المسئولَ عن الحادث ودياً؛ بالتعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب الحادث. وبستجيب المستأمِن للمطالبة ويقر بمسؤوليته ويتصالح مع المضرور على تعويض معين، في هذه الحالة يكون الخطر

[1309]: راجع: د.مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 750.

[1310]: راجع: د. مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري – دراسة مقارنة، ص97.

[1311]: راجع: د. إبراهيم أبو النجا – التأمين في القانون الجزائري – الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد:287/1.

المؤمن منه قد تحقق، ويحق للمستأمِن- "Assuré(e)"- الرجوع على المؤمن- "Assureur" أي شركة التأمين- بالضمان نتيجة الإقرار أو التصالح.[1312]

والتسوية الودية قد تكون في صالح المستأمِن؛ كما لو تنازل المتضرر عن المطالبة؛ لاقتناعه بأن الحادث الضار لم يقع بخطأ من المستأمِن، وفي هذه الحالة لا يترتب على تحقق الخطر المؤمن منه أي ضررٍ بالنسبة للمؤمن-أي شركة التأمين-، ومن ثم فلا محل لرجوع المؤمن له أو المستأمِن على المؤمـ ـن بالضمـ ـان.

وقد تكون التسوية الودية لصالح المتضرر؛ كما لو أقر المؤمن له بمسؤوليته أو تصالح مع المضرور بشأنها، وفي هذه الحالة يعتبر الضرر قد تحقق، ومن ثم يكون للمؤمن له أن يرجع على المؤمن بالضمان، ومع ذلك يجوز للمؤمن عند الرجوع عليه بالضمان ، أن يدفع مطالبة المؤمن له؛ بجميع الدفوع التي يستطيع أن يتمسك بها؛ كما يلي:

1. الاتفاق على عدم جواز الإقرار بالمسؤولية أو الصلح بغير موافقة المؤمن

كثيرا ما تتضمن وثيقة التأمين شرطاً يحظر على المستأمن الإقرار بمسؤوليته أو التصالح عليها مع المضرور بغير موافقة المؤمن، ويعتبر هذا الشرط صحيحاً، يجب العمل به، ويترتب على مخالفة هذا المنع، سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، أو على الأقل عدم الاحتجاج على المؤمن بما تم من إقرار أو تصالح. وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 2/622 على هذا الوضع بالقول أنه: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

-الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض؛ بسبب خرق القوانين أو النظم، إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية ".

ويبرر منع المؤمن للمؤمن له من أن يقر بمسؤوليته أو يصالح بناء على لامبالاة المؤمن له؛ لكون التأمين قد غطى مسؤوليته؛ فيقدم على الإقرار أو الصلح دون وزن دقيق لظروف الحادث، كما يبرره خشية أن يتواطأ المؤمن له مع المضرور بالمسؤولية أو يصالحه على مبلغ كبير، وربما دفع المؤمن له إلى ذلك ما تولد في نفسه من رهبة؛ نتيجة تهديد المضرور له باتخاذ إجراءات جنائية ضده

[1312]: راجع: د. محمد حسين منصور – مبادئ عقد التأمين، ص 168.

ليحمله بذلك على الإقرار أو الصلح.[1313] إلا أنه لا ينبغي على القضاء أن يتمسك بحرفية الجزاء المقرر في هذه الحالة، فإذا ما تبين للمحكمة أن مسؤولية المؤمن له متحققة بلا شك، وأن إقراره أو صلحه تم بإرادة حرة مختارة، ولم يكن تهاوناً أو نتيجة تهديد المضرور أو تواطؤ معه، أو أنه بغير هذا الإقرار سيقع حيف على المضرور لا محالة. ففي هذه الحالات لا ينبغي للقضاء أن يرتب جزاء هذا الشرط عند إقرار المستأمِن أو صلحه مع المضرور؛ لأن ترتيب هذا الجزاء حينئذٍ، يعني ضياع الحقوق و معاونة المخطئ على التهرب من آثار خطئه، و في هذا مخالفة للنظام العام.[1314]

ويقصد بالإقرار في هذا المقام الإقرار بالمسؤولية من الناحية القانونية لا مجرد الإقرار بالوقائع المادية كما حدثت، فذلك هو واجب على المؤمن له.[1315] كذلك، لا يعتبر إقراراً بالمسؤولية، ما يقدمه المستأمِن للمضرور، عقب الحادث؛ من إسعافاتٍ يمليها عليه واجب الإنسانية؛ ثم يروي الحادث كما حصل فعلا، دون أن يكتم شيئا من وقائعه المادية، وهذا ما يتفق مع نص المادة 18 من قانون التأمين الجزائري[1316] بقولها :" لا يحتج على المؤمن بأي اعتراف بالمسؤولية، ولا بأية مصالحة خارجة عنه، ولا يعد الاعتراف بحقيقة أمر، إقراراً بالمسؤولية". فهذه المادة تقضي بعدم الاحتجاج على المؤمن بإقرار المؤمن له بمسؤوليته أو التصالح عليها مع المضرور في غيبة المؤمن مع عدم اعتبار اعتراف المؤمن له بالوقائع المادية إقرارا بالمسؤولية. وبالتالي، فإذا ما أراد المؤمن له أن يرجع على المؤمن بالضمان، أن يثبت مسؤوليته تجاه المضرور بطرق الإثبات الأخرى.[1317]

2. تسوية الضمان مع المؤمن ودياً أو بدعوى أصلية :

إذا ما انتهى المؤمن له مع المضرور إلى تسوية ودية، على النحو الذي تقدم، كان له أن يرجع بعد ذلك على المؤمن بالضمان.[1318] وهذا الرجوع إما أن يكون ودياً، إذا ما استجاب له المؤمن، وإما أن يكون رجوعاً قضائياً، عن طريق رفع دعوى أصلية بالضمان على المؤمن، إذا لم يستجب للتسوية الوديـة.

[1313]: راجع: د. مصطفى محمد جمال، أصول التأمين- عقد الضمان-دراسة مقارنة، ص 479، د.محمد منصور، المرجع السابق، ص168.

[1314]: م راجع: د.محمد حسين منصور، مبادئ عقد التأمين، ص169.

[1315]: راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط: 1521/2.

[1316]: بموجب الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415هـ، الموافق 1995/01/25م.

[1317]: راجع: د. إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري:289/1.

[1318]: راجع: د.السنهوري: الوسيط: جـ7 مجلد2 ص1521.

وفي كلا الفرضين– تسوية ودية أو دعوى أصلية – يكلف المؤمن له بإثبات تحقق مسؤوليته نحو المتضرر؛ بكافة وسائـل الإثبات، ولا يكتفي في هذا الإثبات بالإقرار أو الصلح، وإثبات أن هذه المسؤولية يغطيها ضمان المؤمن-" أي شركة التأمين- ؛ أي إن مسؤوليته داخلة في نطاق عقد التأمين.

3. التسويـة عن طريـق الصلـح:

يمكن أن تتم التسوية بطريـق الصلح بين طرفين؛ والصلح مشتق من "صلُح يصلُح ويصلُح صلاحاً وصلُوحاً، والصلاح ضد الفساد"[1319]، و"الصلْح اِلاسم مِن الْمصالَحةِ؛ أَي الْمسالَمةِ، وهِي خِلَاف الْمخاصمة"[1320]،"وفِي الصلْحِ إِطْفَاءُ النائِرةِ هِي الْعداوةُ والشحناءُ".[1321] و"الصلح: إنهاء الخصومة"[1322]، وذلك بأن يتنازل كل طرفٍ على وجه التقابل عن جزء من حقه أو ادعائه؛ ليحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتجنبان نزاعاً محتملاً.

ووفقاً لنص المادة 419 ق.م.ج[1323] " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "، وهذا النص يتوافق ونص المادة 549 ق.م.م، والمادة 2044 ق.م .ف.

وتعريف التشريع المدني الجزائري مطابق لنظيره المصري، وإن اختلفت عبارتاهما قليلاً، مما يوحي بأن الأول اقتبس من الثاني، ولكنه لم يماثله في الدقة، ويتمثل ذلك في قوله:" يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، خلافاً لعبارة الثاني:"ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه". إذ يتضح أن عبارة "عن حقه" أشمل للكل وللبعض، وأما عبارة" عن جزء من ادعائه" قاصرة على البعض دون الكل. والتنازل عن كل الحق يوحي ظاهره بالإبراء لا الصلح، لولا تقييد ذلك بعبارة " على وجه التبادل"، ومع ذلك فهو مشكلٌ.

ويتفق الإقرار والصلح؛ من حيث وسائل الإثبات، من خلال المسؤولية، فيجوز للمستأمِن

[1319]: لسان العرب: 516/2.

[1320]: نجم لدين أبو حفص عمر بن محمد النسفي، طلبة الطلبة:294/1.

[1321]: المرجع ذاتـه:294/1.

[1322]: سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي:215/1. مصدر الكتاب : موقع يعسوب.

[1323]: كما نصت عليه بعض القوانين الجزائرية؛ مثل القانون التجاري في مادته 317؛ المعدلة بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 1993/04/25، وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري: المادة 381، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008: المادة 970-974: www.joradp.dz

أن يقر للمضرور بالمسؤولية أو يصالحه عليها. وقد يكون الإقرار بالمسؤولية صريحاً؛ في ورقة مكتوبة يقر فيها بالمسؤولية ويتعهد بدفع التعويض، أو شفوياً، كما يكون ضمنياً؛ باتخاذ موقفٍ لا يدع مجالاً للشك في الإقرار. كذلك قد يكون الصلح مكتوباً أو مشافهةً. والصلح لا يقل خطراً عن الإقرار، إذ هو إقرار، مضافاً إليه تقدير لمبلغ التعويض، وهو في القليل إقرار كامل بالمسؤولية، ومساومة على المقدار، فإذا أقر المؤمن له بالمسؤولية إقراراً صريحاً أو ضمنياً، أو صالح عليها، فإن الاتفاق الذي تم بينه و بين المؤمن يقتضي سقوط حقه في الضمان.[1324]

والصلح كأي تصرف قانوني، يشترط توافر الأهلية القانونية له(بموجب المادة 68 من قانون التأمين الجزائري)، والمقصود بالأهلية هنا أهلية الاختصام، وتعني التعبير عن أهلية الوجوب في المجال الإجرائي، وصلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني للخصم؛ بما يتضمن من حقوق وواجبات إجرائية[1325]. واستناداً للقاعدة العامة التي نصت عليها المادة 460 ق.م.ج :" يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشتملها عقد الصلح".

ولا يصح الصلح إلا في المصالح المالية فحسب، دون المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام؛ طبقاً لما قررته المادة 461 ق.م .ج. ومن المقرر قانوناً أن عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح، يجب أن تفسر تفسيرا ضيقاً؛ أياً كانت تلك العبارات، فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع، الذي حسمه الصلح؛ طبقاً للمادة 464 ق.م.ج.

4. التسويـة عن طريـق الوساطـة:

بعد أن نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصلح[1326]، تطرق إلى الوساطة[1327]؛ كطرق بديلة لحل النزاعات، حيث أوجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم؛ باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أي يمس بالنظام العام، وإذا قبل الخصوم هذا لإجراء ، عين القاضي وسيطا لتفهم وجهة نظرهم ومحاولة التوفيق بينهم؛ لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع. وتمتد الوساطة إلى كل النزاع أو جزء منه، ولا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، فيمكنه اتخاذ أي تدبير يراه مناسبا في أي وقت. وتحدد مدة الصلح بثلاثة أشهر، قابلةٍ للتجديد مرةً واحدة، بناء على طلب الوسيط، طبعاً بشرط موافقة

[1324]: راجع: د.السنهوري، الوسيط: 1522/7.

[1325]:انظر: د. بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية - نظرية الدعوى – نظرية الخصومة والإجراءات الاستثنائية، ص 74.

[1326]: راجع: المـواد 970-974، والمـواد 990-993 في القانـون رقم 08-09.

[1327]: انظر: المـواد 994-1005 من ذات القانـون.

الخصوم وسلطة القاضي التقديرية في التمديد. وتسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو معنوي. ويجب أن يكون الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السيرة والاستقامة؛ الذي يشترط فيه الأهلية القانونية عموماً والأهلية في النظر في المنازعة المعروضة عليه خصوصاً، والحيادية والاستقلال في ممارسة الوساطة، وهذا وفقاً للإجراءات المحددة لذلك. ويأخذ محضر الاتفاق نفس قيمة وحجية الحكم القضائي بموجب المادتين 600 و1004 ق.إ.م.إ.ج.

5. الفـرق بين التسويـة عن طريق كل من الصلـح والوساطـة:

بناء على ما تقدم في التشريع الجزائري[1328]، يتفق الصلح مع الوساطة في أن لكليهما أثره في إنهاء الخصومة، إذا ما قُدر لهما النجاح، ولهما حينئذٍ نفس حجية الحكم القضائي، وكلاهما يعتبر سنـداً تنفيذيـاً.

ويختلفـان في كون الصلح جوازي، والوساطة وجوابية، والصلح يعرضه الخصوم أو يتم بسعي من القاضي، والوساطة تسند إلى شخص طبيعي أو معنوي يسمى الوسيط، والصلح غير مقيد بمدة، بخلاف الوساطة، إذ مدتها محددة بثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة. والصلح يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، أما الوساطة فعلى القاضي القيام بها في أول جلسة، والصلح يتناول الموضوع كله[1329]، بينما تتناول الوساطة كل النزاع أو جزءاً منه. وميدان الصلح وميدان الوساطة مقيدان ببعض القوانين؛ حيث استثني منهما قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أي يمس بالنظام العام، ومحضر الصلح سند تنفيذي بمجرد التأشير عليه وإيداعه، ومحضر الوساطة سند تنفيذي بعد المصادقة عليه بالأمر القضائي.

6. مزايـا التسويـة الوديـة عن طريق الصلـح

لا يخفى أن تحقق للتسوية الودية بطريق الصلح مزايـا لكل من المؤمن، و المؤمن له، والمضرور.[1330]

أ. بالنسبة للمؤمن :

الصلح قد يؤدي إما إلى نزول المضرور تماماً عن مطالبة المؤمن له، إن اقتنع بعدم مسؤوليته عن الضرر الذي أصابه، و إما أن يؤدي إلى التوصل إلى تعويض أقل مما يقضى به لو رفع الأمر إلى

[1328]: في القانون المدني الجزائري، و قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09.

[1329]: سبق أن انتقدنا هذا في معرض إيراد الصلح طبقا للمادة 459 ق.م.ج آنفاً في هذا الفرع.

[1330]: راجع: د.أشرف جابر، المرجع السابق، ص297.

القضاء، وذلك عندما تكون مسؤولية المؤمن له ثابتةً بشكل قطعي، و مصلحة المؤمن في كلا الحالتين ظاهـرة.

ب. بالنسبة للمؤمن له :

يحقق الصلح للمؤمن له - الطبيب – ميزة من خلال سرية مفاوضاته؛ التي تحفظ له سمعته المهنية بخلاف العلانية؛ التي تتسم بها جلسات المحاكم وما يترتب عليها من النيل منه؛ نتيجة تداول دعاوى المسؤولية بين أروقة القضاء، وهو ما يهدر وقته وجهده ويؤثر في النهاية على ممارسته لعملـه .

ج. بالنسبة للمضرور:

يضمن الصلح للمضرور الحصول سريعاً على تعويض الضرر الذي أصابه، وهو ما يجنبه، من جهة، نفقات ومصاريف الدعوى، و يجنبه، من جهة أخرى، النتائج غير المضمونة للدعوى، نظراً لصعوبة إثبات خطأ الطبيب المؤمن له في كثير من الأحيان. وبكلمة موجزة وجامعة، يمكن القول إن الصلح يسمح بتجنب مخاطر الدعوى "La loterie procès".

7. مـآل التعويـض عن طريـق الصلـح

ولكن هل للغلط؛ كأحد عيوب الإرادة، تأثير على صحة عقد الصلح، في حالة تفاقم الضرر بعد الصلح ؟

يثور هذا التساؤل في نطاق التأمين من المسؤولية الطبية نظراً للطبيعة الغالبة للضرر المترتب على النشاط الطبي؛ حيث يكون ضررا جسدياً، فمن المتصور أن يتسبب نشاط الطبيب في إصابة المريض بضرر جسدي؛ نتيجة تدخلٍ جراحي، أو علاجٍ بالأشعة، و تبدو إصابة المريض- في بادئ الأمر- محدودة في نطاق معين .

فإذا تصالح المريض مع الطبيب أو شركة التأمين على تعويض هذا الضرر الذي أصابه؛ نتيجة خطأ الطبيب، و قَبِلَ تعويضاً يسيراً ، ثم تفاقم ضرره بعد ذلك. فهل يجوز له أن يطالب بتعويض تكميلي في ضوء ما آلت إليه حالته، على أساس توافر الغلط، و هو أحد عيوب الإرادة، التي تجعل العقد قابلاً للإبطال ؟[1331]

ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز ذلك، مستنداً إلى حجية الشيء المقضي به؛ الذي

[1331]: راجع: د.أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص 303-304.

يتمتع به الصلح وفقاً لما تنص عليه المادة 2052 من التقنين المدني الفرنسي[1332] من أن الغلط في درجة أو جسامة الضرر ليس سبباً لبطلان الصلح ، و لا يترتب هذا الأثر – البطلان- إلا إذا كان الغلط في طبيعة الضرر .

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى الأخذ بهذا الرأي، حيث قضى بأن الغلط في محل العقد لا يعدو أن يكون غلطاً في الضرر، لا يخول المضرور الحق في المطالبة بتعويض تكميلي .

وبالمقابل، ذهب رأي آخر في الفقه تؤيده بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أن الغلط في جسامة الضرر يعد غلطا جوهرياً، يبطل به عقد الصلح. ويستند هذا الرأي إلى فكرة العدالة، حيث أن محل العقد ليس فحسب الحق في التعويض، و إنما فضلاً عن ذلك قيمة هذا الحق. وهو ما يحقق قدراً أكبر من الحماية للمضرور، يستوي في ذلك أن يكون تفاقم الضرر بعد الصلح متوقعاً أم لا، فيكون للمضرور أن يطالب بتعويض تكميلي.

ويبدو أن الرأي الأول هو الأدنى إلى القبول؛ لأنّ الغلط الواقع في عقد الصلح، يخضع للقواعد العامة في الغلط؛ التي تستلزم في الغلط الذي يكون سبباً لإبطال العقد، أن يبلغ حدا من الجسامة؛ بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد. ولا يكون الأمر كذلك، إلا إذا تكشفت هذه الجسامة عن ضرر يختلف في طبيعته عن الضرر الذي كان موجودا وقت الصلح؛ كحدوث عاهة مستديمة أو موت المصاب، أما مجرد تفاقم الضرر الذي كان موجودا وقت الصلح، فلا يعدو أن ينتج غبناً، والغبن لا يؤثر في الصلح .

وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أكثر من حكم لها، حيث قضت بأنه" يجب على قاضي الموضوع، عند النظر في طلب التعويض التكميلي من المتضرر، أن يقف على حقيقة الضرر اللاحق على الصلح، حيث لا يملك أن يعيد النظر في قيمة الضرر الأصلي؛ الذي تحدد نهائيا "[1333].

[1332] : Art .2052 stipule: « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, elle ne peuvent être attaquées pour d'erreur causé de droit, ni pour cause de lésion ». Il faut donc, pour qu'un recours en aggravation puisse prospérer, une demande nouvelle qui n'a pas donné lieu à un jugement ou à la conclusion d'une transaction entre la victime et l'assureur responsabilité de l'auteur du dommage corporel initial : www.macsf.fr/vous-informer/prejudice-aggravation-reparation.

[1333] : Civ.2è, 22 avr. 1971, II , n. 152 ; Civ.2è, 11janv. 1995, bull. civ. II, n. 19.

ويمكن القول، إذن، بأنه في نطاق التأمين من المسؤولية الطبية، يستطيع المريض أو رثته التمسك ببطلان عقد الصلح للغلط، متى كان هذا الغلط واقعاً في طبيعة الضرر؛ الذي تم الصلح بناء على تقديره، على نحو غير صحيح.

8. نماذج عن التسوية الودية في المجال الطبي

تبنت بعض الدول الأوروبية نماذج أو تصورات عن التسوية في المجال الطبي، حيث تهدف إلى تسوية ودية بين المرضى من جانب، والأطباء من جانب آخر، وإن اختلفت هذه النماذج من حيث الشكل أو الهيكل، إلا أنها من حيث الجوهر تهدف إلى غاية واحدة، وهي تقديم العون لأطراف النزاع في تسويته بعيداً عن ساحة القضاء. وتتمثل هذه النماذج في ثلاث، وهي النموذج الفرنسي حيث نظام الموفق الطبي، النموذج الألماني حيث اللجان الطبية، والنموذج السويسري حيث مكاتب الخبرة.[1334] كما تبنت الجزائر نموذجاً أقرب إلى النقابة منه إلى الوسيط الطبي، تمثل في مجلس أخلاقيات مهنة الطب.

أ. النموذج الفرنسي : نظام الموفق الطبي"**Le médiateur médical**"

قدمت، في فرنسا، العديد من الاقتراحات التي تنادي بضرورة تأسيس نظام الموفق الطبي؛ ليتولى الإشراف على إجراء الصلح بين المرضى من جهة، وبين الأطباء من جهة أخرى.ورغم الاتفاق على ضرورة إيجاد مثل هذا النظام، إلا أنه اختلفت صور الاقتراحات إلى ثلاثة نماذج هي:

أ/**1.** الاقتراح الأول : مشروع "**Mac Alees** "

في أواخر السبعينات تقدمت اللجنة المشكلة برئاسة السيد Mac Alees بمشروع تأسيس نظام الموفق الطبي، و قد تمثلت ملامح هذا المشروع في النقطتين التاليتين :

ـ يؤدي الموفق الطبي وظيفةً مزدوجةً، فمن جهة يأخذ على عاتقه عرض وبيان كافة المعلومات التي يجب إحاطة الأطراف بها، لاسيما المريض، ومن جهة أخرى إتمام الصلح بين الأطراف في ضوء تلك المعلومات.

ـ كما يقوم بتحديد الخبراء، ويلتزم مؤمن الطبيب بتحمل نفقات الخبرة التي يؤديها هؤلاء.

أ/**2-** الاقتراح الثاني : مشروع "**J.L.Masson** "

تقدم السيد Masson في 14 ديسمبر 1982 بمشروع قانون بخصوص إنشاء لجان تعويض متخصصة في مجال المسؤولية الطبية، وتتمثل فكرة هذا المشروع في النقاط التالية :

[1334]: راجع: د.أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص 298 وما يليها.

ـ تنشأ في دائرة كل محكمة ابتدائية إحدى هذه اللجان، وتتكون من موفق طبي رئيساً لها، وأطباء منتخبين، وممثلين للمرضى.

ـ تتولى هذه اللجنة تقدير الأضرار الناجمة عن الخطأ الطبي، وتحديد التعويض المناسب لها، ثم ترفع تقريرها إلى المحكمة الابتدائية.

ـ يقوم الموفق الطبي بتحديد ثلاث خبراء، منهم طبيبان: ممارس عام، وأخصائي، أما الثالث فيكون من رجال القانون، حيث يقوم هؤلاء الخبراء بإعداد التقرير الفني من الناحيتين الطبية والقانونية وتقديمه إليه بعد ذلك .

ـ وأخيراً، تقوم اللجنة برفع تقريرهـا إلى المحكمة الابتدائية التابعـة لها.

أ/3- الاقتراح الثالث : مشروع "**B. Debré** "

في 17 نوفمبر 1987 تقدم السيد Bernard Debré بمشروع قانون إلى الجمعية الوطنية بإيجاد نظام يسمح بالحد من دعاوى المسؤولية ضد الأطباء .

وقد نصت المادة الأولى من هذا المشروع على أن نظام الموفق الطبي يمكن أن يحقق هذا الهدف، وأن هذا الموفق يلتزم في سبيل أداء مهمته بتذليل كافة السبل أمام الأطراف للوصول إلى التسوية الودية.

وعلى سبيل التأكيد أعطى هذا المشروع للموفق صفة القاضي الشرفي، لكنه ليس له أي دور قانوني، كما أنه لا يتمتع بأية سلطة إلزام الأطراف، وفي حالة عدم وصول هؤلاء إلى التسوية الودية، يرفق تقرير الخبير الذي يصدق عليه الموفق، وتكون بين أوراق الدعوى التي ترفع إلى القضاء .

ويمكن القول بصفة عامة، إن من مصلحة المرضى والأطباء على حد سواء أن يلجئوا إلى هذا النظام، فإذا كانت مسؤولية الطبيب ثابتة، فإن المريض يستطيع أن يحصل من المؤمن خلال وقت قصير على تعويض مناسب، وإذا لم يثبت الخطأ في جانب الطبيب، فإن الموفق الطبي يستطيع أن يقدم للمريض تعويضا مناسباً، ما لم تكن النتائج الضارة التي لحقت به تعتبر تطورا طبيعيا للمرض.

ورغم أن رأي الموفق الطبي غير ملزم، سواء للمريض أو الطبيب، إلا أن معظم الحالات تنتهي بالأخذ برأيه من الطرفين.[1335]

[1335] : F.Du Verier et J.F.Naud :" La couverture de l'aléa médical Con. Médical". 07 nov. 1992,

ب- النموذج الألماني " اللجان الطبية "**Les commissions médicales**"

من خلال الاتفاق المبرم في عام 1975 بين نقابة الأطباء واتحاد مؤمني المسؤولية، تم إقرار إنشاء لجان الصلح "Des commission de conciliation" بين المرضى والأطباء، على أن تشكل هذه اللجان من أربعة أعضاء: اثنان منهم لتمثيل نقابة الأطباء، والثالث ممثلا عن الطبيب المنسوب إليه الخطأ، والرابع ممثلا عن المريض .

حيث يتمثل دور هذه اللجان في ثلاثـة أمـور: إثبات الوقائع المادية محل النزاع، وإدارة و توجيه الخبرة الطبية، ثم تقديم تقرير مسبب إلى كل أطراف النزاع.

ويتميز هذا الدور؛أي تقديم التقرير، بأنه ذو طبيعة فنية بحتة، بحيث لا تقوم هذه اللجان بأي دور قضائي، وبعبارة موازية لا تحل محل العدالة "Elle ne remplacent pas la justice"[1336].

أما اللجوء إلى هذه اللجان فهو اختياري، يتوقف على رغبة أطراف النزاع. وهذه اللجان تقدم خدماتها بلا مقابل، إذ عبء تمويلها يقع على نقابة الأطباء.[1337] فإذا قدرت هذه اللجان توافر الخطأ في جانب الطبيب، فإنها تتقدم إلى مؤمن مسؤوليته باقتراح مبلغ التعويض، وهو اقتراح غير ملزم، لا للطبيب ولا للمريض، خصوصاً المريض، الذي له حق اللجوء إلى القضاء، في حالة عدم اقتناعه برأي هذه اللجان، أو عدم قبوله لمبلغ التعويض الذي تقترحه.

ج. النموذج السويسري " مكاتب الخبرة "**Des bureaux d'expertise**"

أنشأت هذه المكاتب سنة 1982 بمساهمة اتحاد الأطباء السويسريين، الذي يضم زهاء 90 % من ممارسي المهن الطبية في سويسرا في كثير من مقاطعات سويسرا؛ كمقاطعتي " Lausanne et Bern" لتعمل على فض المنازعات، التي تثور بين المرضى والأطباء بصورة وديـة.[1338]

وفي سبيل ذلك تقوم هذه المكاتب بدراسة الحالات التي ينسب فيها خطأٌ أو إهمالٌ إلى طبيب أثناء ممارسته نشاطه الطبي. وتتمتع هذه المكاتب بالسلطة التقديرية لقبول أو رفض أي طلب يقدم إليها من جانب المريض، زاعماً وجود خطأ من جانب الطبيب. ولها بناء على هذه السلطة

[1336] : F. Ewald : Le problème français des accidents thérapeutiques enjeux et solutions , 1992, p.72.

[1337] :B. Esnault : Quelles solutions aux problèmes d,indemnisation des victimes d,accidents thérapeutiques : responsabilité objective et/ou assurance du risque thérapeutique, 1992, p.61.

[1338] : B. Esnault, op.cit. p.62.

التقديرية، أن ترفض فحص أي طلب كيدي، إذا بدا ما يوحي في ظاهره بعدم وجود أي خطأ يمكن أن ينسب إلى الطبيب.[1339]

إذ تقوم هذه المكاتب بدورها، بناء على طلب من أطراف النزاع؛ دون مقابل، تماما كما هو الحال فيما يتعلق باللجان الطبية في ألمانيا، حيث يتولى اتحاد الأطباء تحمل نفقات عمل هذه المكاتب.[1340] وتلتزم هذه المكاتب بإعداد تقرير برأيها إلى أطراف النزاع في الطلب المقدم إليها، في غضون ثلاثة شهور من تاريخ تقديمه إليها.[1341]

د.النمـوذج الجزائـري :

أما بخصوص التشريع الجزائري فلم يظهر هذا النظام إلا حديثاً ولم يعرف الأجهزة المنظمة له إلا مؤخراً و هذا فيما هو منصوص عليه في مدونة أخلاقيات الطب[1342]. هذه المدونة التي حددت مقر المجلس الوطني لأخلاقيات الطب بولاية الجزائر (م163)، وبينت أجهزته (م164)؛ وصلاحياته(م165)، المتمثلة في معالجة كل المسائل ذات الاهتمام المشترك للأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة، فيما يتعلق بتطبيق أحكام هذا المرسوم، حيث يتولى التقاضي، وممارسة السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية التي تشكله.

فإلى جانب المجلس الوطني، هنالك اثنا عشر مجلساً جهوياً، كل مجلس منها يتكون من فروع محددة (م168)، من صلاحياتها البت في المسائل ذات الاهتمام المشترك بالنسبة للفروع النظامية الثلاثة التي تتشكل منها على مستوى المنطقة. وهو يمارس السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية الجهوية التي يتشكل منها (م169). وللفرع النظامي أحكام خاصة بتكوينه وعضويته(م172-176). ويسهر الفرع النظامي الجهوي على تنفيذ قرارات المجلس الجهوي والمجلس الوطني لأخلاقيات المهنة الطبية. والفرع النظامي الوطني المناسب، له صلاحيات إدارية تتعلق بضوابط الممارسة الطبية(م177). وللفروع النظامية الجهوية السلطة التوفيقية للفصل في النزاعات التي قد تحدث بين المرضى والأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة أنفسهم، وكذلك النزاعات بين الإدارة والأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة(م178).

[1339] : F. Ewald : Le problème français des accidents thérapeutiques, op.cit. p.73.

[1340] : B. Esnault, op.cit. p.63.

[1341] : F. Ewald : Le problème français…, op.cit. p.73.

[1342]: حسب المرسوم التنفيدي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 06 يوليو1992م.

وعمليا يعالج مجلس أخلاقيات مهنة الطب القضايا الخاصة بممارسة المهنة؛ بما فيها القضايا المتعلقة بـ" الأخطاء الطبية".

وفي حديثه عن الأخطاء الطبية دافع الدكتور "بقاط بركاني محمد"، رئيس مجلس أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر، عن مبدأ تعميم تأمين مكاتب الأطباء-أي التأمين من المسؤولية-، مما يجنب الطبيب المتابع في حالة إقرار المحكمة بالتعويض فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية، على أن تقوم شركات التأمين بتعويض القيم المالية بدلا عنه، موضحا أن عمادة الأطباء لا تحمل طابع المسؤولية الجزائية، وتنحصر مهمتها في تسليط العقوبات التأديبية[1343]... حيث أشار إلى أن 20/° من الأطباء غير مسجلين في اللائحة الوطنية التي تضم45 ألف طبيب. وبرأي الدكتور بقاط فإن الجزائري ما زال ينظر إلى مجلس أخلاقيات المهنة على أنه مجرد أداة، تدافع عن مصالح الطبيب دون المواطن، ما يجعله يشكك دوما في قراراتها، علما بأن عمادة الأطباء في الجزائر لم تفصل بعد في الملفات المطروحة أمامها، المقدرة ب200 ملف منذ استحداثها في 2006 نظراً لحساسية القرار المتخذ، خوفاً من الإجحاف في حق الطرفين ، سواء الضحية أو الطبيب.[1344]

أما من حيث التنسيق بين المجلس والقضاء، صرح المسئول الأول عن مجلس أخلاقيات مهنة الطب سابقاً؛ بأن التنسيق مع الكثير من محاكمنا عبر التراب الوطني غائب، إذ نادراً ما تطلب هذه المحاكم رأي المجلس رغم أهمية موقفنا.[1345]

بيد أن هذا الإشكال قد يزول إذا فُعل نظام الوساطـة؛ بنصوص تنظيمية تشمل المسؤولية الطبية؛ بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المشار إليه سابقاً. وعليه، يكون الوسيط في هذه الحال، أقرب إلى الموفق الطبي الذي لاحظناه في النموذج الفرنسي، وفي الوساطة أيضاً ما قد يوحي بتأثر المشرع الجزائري بالمشرع السويسري، في تقييد مدة الوساطة بثلاثة أشهر، لكن الفارق بينهما، أنها- في التشريع الجزائري- قابلة للتجديد مرة واحدة، بناء على طلب الوسيط.

المطلب الثاني: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

إن الإنسان له رغبة جامحة في أن يعيش في أمان، جعلته يسلك كل سبل الأمان منذ فجر

[1343]: الأربع: وهي الإنذار، التوبيخ، والمنع من الممارسة بصفة ظرفية، والمنع من الممارسة بصفة نهائية.

[1344]: جريدة الخبر الجزائرية، العدد 5628 المؤرخ في 06 ماي 2009م، الموافق لـ 11 جمادى الأولى 1430 هـ، تقرير رتيبة. ص.

[1345]: جريدة الخبر الجزائرية، بتاريخ 2005/04/02م، تقرير ع.ملوك.

التاريخ، فكانت السبب وراء تكوين الجماعات والعشائر والقبائل، ثم تطور ذلك إلى شكل دول وجماعات دول، كل ذلك كان انطلاقاً من حقيقة أساسية وبسيطة ، وهي أن الإنسان لا يستطيع مواجهة أخطار الحياة ومصاعبها بمفرده، بل يتحتم عليه أن يتعاون مع أترابه في ذلك. لقد فكر الإنسان في رفع الخطر بعد وقوعه أو التخفيف من آثاره، فسلك لذلك سبلا متعددة، يهمنا منها سبيل التأمين، ولفظ التأمين ذاته يدل على هذا المعنى، إذ هو مشتق-كما يبدو- من الأمان.

الفرع الأول: حقيقة التأمين والتأمين من المسؤولية

أولا: التعريف بالتأمين وتطوره :

1. مفهـوم التأميـن:

يعرف الفقه التأمين "L'assurance" بأنه" عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين، وهو المستأمِن أو المؤمن له، نظير مقابلٍ يدفعه وهو القسط، على تعهد الطرف الآخر، وهو المؤمن، بدفع مبلغٍ لصالح المستأمِن أو للغير عند تحقق خطرٍ معين، ويتحمل المؤمن على عاتقه مجموعة من المخاطر، يجري المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء".

يعرف المشرع المصري التأمين بقوله: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".[1346]

وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع المدني الجزائري في المادة 619، بلفظه وفحواه، مما يوحي باقتباس المشرع الجزائري له من المشرع المصري.

ويعرف المشرع اللبناني التأمين بقوله إن عقد الضمان هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص، يقال له الضامِن؛ بعض الموجبات، عند نزول بعض الطوارئ بشخص المضمون أو بأمواله، مقابل دفع بدل يسمى القسط أو الفريضة.[1347]

ويلاحظ أن تعريف المشرع اللبناني لا يختلف كثيرا عن تعريف المشرع المصري، إلا في المصطلحـات المستخدمة؛ حيث يستخدم مصطلح الضمـان بدلاً من التأميـن"Assurance"¡

[1346]: المادة 747 من القانون المدني المصري.

[1347]: المادة 950 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، أشار له: د.محمد حسين منصور، مبادئ عقد التأمين، ص11.

والضامـن بدلاً من المؤمـن "Assureur"؛ والمضمـون بدلاً من المؤمـن لـه"Assuré". ويطلق على الحـادث أو الكارثـة التي يستوجب وقوعها دفع مبلغ التأمين لفظ الطـوارئ. وتستخدم كل القوانين العربية مصطلح التأمين والمؤمن والمؤمن له.

ويتضح مما سبق أن التأمين يقوم على جانبين:

الجانب الفني: حيث يقوم المؤمن، في صورة مشروع من مشروعات التأمين، بتغطية الخطر، من خلال التعاقد مع عدد كبير من المستأمنين تتقاضى منهم أقساطاً معينة. ويكمن جوهر العملية التأمينية في التعاون المنظم بين مجموع المستأمنين، من خلال ما يدفعونه من أقساط، على تحمل الخسارة التي يتعرض لها أحدهم؛ بسبب الكوارث المؤمن منها. إذ يقوم المؤمن؛ بهذه العملية، بتجميع المخاطر المتشابهة وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء التي يتم، طبقاً لها، تحديد سعر القسط على نحو يضمن تغطيةَ ما تحقق من المخاطر المؤمن منها، إضافةً إلى نسبةٍ من الربح للشركة المؤمنة، نظير قيامها بالعملية.

الجانب القانوني:يتمثل في العلاقة التعاقدية بين المستأمن والمؤمن، حيث يسعى الأول لتأمين نفسه أو غيره من خطر أو حادث يخشى وقوعه. ويلتزم المؤمن، نظير الحصول على قسط معين، بتغطية هذا الخطر وتعويض المستأمن عنه.[1348]

2. نشأة التأمن وتطوره

يتسم التأمين بالحداثة نسبياً، فلم تكن نشأته على يد المشرع، بل محصلة تطور طويل وبطيء بهدف حصول الإنسان على الأمان في مواجهة مخاطر الحياة.

ولعل البدايات الأولى للتأمين كانت في صورة التضامن بين أهل الحرفة الأولى أو المهنة؛ لتبادل المعونة بينهم ، حيث يتحمل الأعضاء الخسارة التي تلحق بأحدهم؛ باشتراك كل منهم بمبلغ من المال.

وكان المجال الأول لظهور التأمين هو مجال المخاطر البحرية، نتيجة ازدهار التجارة البحرية، حيث ظهر التأمين البحري في نهاية العصر الوسيط في صورة نظام القرض البحري لدى اليونان والرومان، حيث يتعهد شخص لمالك السفينة بتحمل مخاطر الرحلة البحرية نظير مبلغ معين، فإذا هلكت السفينة يفقد المتعهد القرض الذي دفعه للمالك، أما إذا وصلت بسلام فإن المقرض يحصل

[1348]: راجع: د.محمد حسين منصور، مبادئ عقد التأمين، ص 11-12.

على فائدة مرتفعة إضافة إلى مبلغ القرض. وهذا النظام وإن كان يحقق الأمان بالنسبة للمالك، إلا أنه يعد ضرباً من ضروب المقامرة، ويتسم بالطابع الفردي، مما يبعده عن نظام التأمين الذي يقوم على أساس التعاون المتبادل.

ولقد أدى تحريم الكنيسة للقرض الربوي إلى الابتعاد عن نظام القرض البحري، والتطور نحو ظهور التأمين البحري بمعناه الحقيقي في القرن 14م، حيث ازدهرت التجارة البحرية في حوض البحر الأبيض المتوسط على يد الإيطاليين. فقد أدى قيام المشروعات الكبيرة بالعملية لإلى اتخاذها صبغة جماعية، وتم تحويل مبلغ القرض إلى عوض مالي ، يتم دفعه عند وقوع الكارثة، وتحويل الالتزام برد لقرض إلى قسط يدفع مقدماً.

وبعد زمن طويل تلاه في الظهور التأمين البري"Assurance Terrestre " في إنجلترا خلال القرن 17؛ بسبب الحريق الذي نشب في لندن عام 1666؛ وتسبب في خسائر كبيرة، حيث ظهرت كثير من الشركات للتأمين على هذا النوع من المخاطر. وتأخر ظهور التأمين على الحياة؛ بسبب اعتبار رجال الكنيسة له أنه من قبيل المضاربة على حياة الإنسان؛ لتنافيه مع الوازع الديني، إلى أن أمكن وضع جداول وإحصائيات خاصة بالوفيات، تتيح تحديد درجة احتمال الوفاة، وقسط التأمين على نحو علمي وفني دقيق، مما أدى إلى اكتساب هذه الصورة من صور التأمين للشرعية القانونية في النصف الثاني من القرن 19.

وقد أدى ازدهار الصناعة وانتشار الآلات والمواصلات وما صحب ذلك من مخاطر إلى ظهور التأمين من المسؤوليـة؛ كالتأمين من المسؤولية عن مزاولة المهنة، والتأمينات الاجتماعية؛ كالتأمين الإجباري عن حوادث السيارات وإصابات العمل.

ثم تطور التأمين تطورا هائلا خلال القرن العشرين، حيث ازدادت حجم عملياته وتعددت مجالاته؛ بسبب تطور الأنظمة الاقتصادية والاجتماعية وتعقد الحياة الحديثة وزيادة المخاطر فيها، حتى أصبح يغطي الكثير من الأحداث والنشاطات الإنسانية.[1349]

أما التأمين في الجـزائر فقد مر بمراحل ثلاث هي :

المرحلة الأولى: الممتدة بين استرجاع السيادة الوطنية في 05 جويلية1962 و27 ماي 1966:

[1349]: راجع: د.محمد حسين منصور، المرجع ذاتـه، ص 12-14، د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني- عقد التأمين ، الجزء 07، المجلد 02، ص 1025 .

وهي المرحلة التي صدر فيها القانون المؤرخ في 08 جوان 1963 ؛ الذي يبين كيفية إخضاع الشركات الفرنسية التي كانت تنشط في مجال التأمين في الجزائر لرقابة السلطة الجزائرية .

المرحلة الثانية : المرحلة الممتدة ما بين 27 ماي 1966 و 30 جانفي 1974:

هي المرحلة التي صدر فيها القانون الذي يخضع تماما جميع الشركات الناشطة في مجال التأمين بالسلطة الجزائرية؛ بمقتضى الأمر رقم 66-127 المؤرخ في 06 صفر عام 1386 الموافق 27 مايو سنة 1966، الذي تضمن تأسيس احتكار الدولة لعمليات التأمين. وفي هذه المرحلة استحدثت الدولة عدة شركات في التأمين وهي : الشركة الجزائرية للتأمين، الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين، والشركة المركزية لإعادة التأمين، الشركة الجزائرية لتأمين النقل.

المرحلة الثالثة : مرحلة 30 جانفي 1974 وما يليها :

هذه المرحلة عرفت بصدور عدة قوانين تنظم الشركات الناشطة في مجال التأمين؛ التي بينت عملية التأمين، لعل أهمها ما يلي[1350]:

ـ الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 06 محرم عام 1394 الموافق 30 يناير سنة 1974، المتعلق بإلزامية التأمين على المراكب البرية ذات محرك وبنظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 05 ذي الحجة عام 1408 الموافق 19 يوليو 1988.

ـ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 يناير سنة 1975، الخاص بالقانون المدني؛ الذي نص على الأحكام العامة لعقد التأمين (المادة 619-625).

ـ القانون رقم 80-07 المؤرخ في 28 شعبان عام 1400 الموافق 09 أوت 1980؛ المتعلق بالتأمينات؛ حيث ألغى المواد 626-643 حول أنواع التأمين الواردة بالقانون المدني.

ـ القانون رقم 83-11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 02 يوليو سنة1983؛ المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

ـ القانون رقم 83-13 المؤرخ في 1983/7/02؛ المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

ـ الأمر 95-07 المتضمن نظـام التأمينـات، المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995.

[1350]: الجريدة الرسمية العدد 13 المؤرخ في 07 شوال عام 1415هـ ، التي تناولت التأمينات بالأمر 95-07 المشار إليه أعلاه.

ـ الأمر رقم 96-19 المؤرخ في 1996/7/06؛ المعدل والمتمم للقانون رقم 83-13 المؤرخ في 1983/7/02؛ المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

3- خصائـص عقـد التأميـن :

في ضوء ما تم بيانه، يتسم عقد التأمين بالخصائص القانونية التالية:

أ. الأصل فيه أنه عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول؛ لعدم وجود إكراه فيه، إلا أنه لا يثبت عادة إلا بوثيقة التأمين.

ب. وهو عقد معاوضة؛ لأن كلا من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما أعطى .

ج. كما أنه عقد زمني؛ لأن الالتزامات تستمر فيه طوال فترة التأمين .

د. وهو أيضا من عقود الإذعان؛ لأن المستأمِن هو الطرف الضعيف الذي لا يملك حق مناقشة الشروط التي تفرضها شركة التأمين، وأكثرها مفْرغٌ في نموذج مطبوع ومعروض على الجمهور .

هـ. التأمين من عقود حسن النية، ولا شك أن مبدأ حسن النية ينبغي أن يسود في كافة العقود، إلا أن هذا المبدأ يلعب في عقد التأمين دورا مهما وحاسما.

و. وأهم خاصية من خصائص عقد التأمين، التي سوف تكون لها الأهمية الكبرى في صدد الحكم عليه من الناحية الشرعية، وهي أنه عقد احتمـالي؛ أي من عقود الغـرر.[1351]

ثانيـاً: التأميـن من المسؤوليـة

قبل بيان تعريف التأمين من المسؤولية وما يتعلق به، لا بد من الإشارة إلى أنه هو تأمين خاص، يندرج تحت التأمين من الأضرار "Assurance de dommages " ؛ وهو ما يقابل تأمين الأشخاص "Assurance de personnes " على الحياة أو المرض أو الإصابـات التي تمس سلامة جسمه. والتأمين من الأضرار يتعلق بتأمين المؤمن له عن الخسارة التي تصيبه في ذمته المالية، وهو نوعان: تأمين على الأشياء"Assurance de choses "؛ كالتأمين ضد الحريق، أو السرقة، أو موت الماشية، وتأمين من المسؤولية"Assurance de responsabilité "؛ الذي يرمي إلى تعويض المؤمن لـه عن المبالـغ التي يدفعها للغير إذا تحققت مسؤوليتـه؛ وذلك كتأمين المسؤولية الناشئة عن حوادث العمل، وحوادث السيارات، والمصاعد الكهربائية.

[1351]: راجع: المستشار محمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية، ص 29 وما يليها، ود.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 97 وما يليها.

1. تعريف التأمين من المسؤولية

التأمين من المسؤولية هو عقد الهدف منه ضمان المؤمن له ضد رجوع الغير الذي أصابه ضرر يكون المؤمن له مسئولا عن تعويضه.[1352]

وعليه، يغطي تأمين مسؤولية-الطبيب مثلاً-الخسارة التي تلحقه بسبب التعويض الذي يدفعه للمضرور، حينما يتسبب الطبيب في الإضرار بالمريض، وتنعقد مسؤوليته المدنية. وبالتالي، يكون للمستأمن-الطبيب- الرجوع على المؤمن-شركة التأمين- بما تكبده من مصروفات وتكاليف في دفع المسؤولية عنه .

وفي هذه الحالة نكون بصدد ثلاثـة أشخاص: المؤمن، والمؤمن له، والمصاب؛ الذي له أن يرفع دعوى ضد المؤمن له؛ على أساس المسؤولية، أو ضد المؤمن على أساس الدعوى المباشرة؛ للحصول على تعويض، بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد. وهذا عكس تأمين الأشيـاء ؛ الذي فيه طرفـان هما: المؤمن، والمؤمن له(المستفيد).

ويتميز تأمين الأضرار؛ بما فيه تأمين المسؤولية، بالصفة التعويضية، فلا يتقاضى المؤمن له مبلغ التعويض إلا بحلول الضرر، وبالقدر الذي يتناسب معه. ومن ثم فإن التعويض لا يتحدد إلا بعد وقوع الخطر وتقدير الضرر. وهذا على عكس تأمين الأشخاص، الذي ليس له صفة تعويضية، حيث يحصل المستفيد على المبلغ المؤمن منه عند وقوع الخطر، بغض النظر عن وجود ضرر من عدمه. فهذا المبلغ يكون محددا سلفاً عند بدء التأمين.

ولا يجوز للمستأمن في تأمين الأضرار؛ بما فيه تأمين المسؤولية، الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض الذي يتقاضاه من الغير المسئول، بل يكون ذلك التعويض من حق المؤمن؛ أي شركة التأمين، وهذا بخلاف تأمين الأشخاص، حيث يمكن الجمع بين المبلغين، ولا يجوز للشركة-بالتالي- أن ترجع على الغير المتسبب في الحادث.

وتأمين الأضرار؛ بما فيه تأمين المسؤولية، مرتبطٌ بموضوع التأمين، بخلاف تأمين الأشخاص، فشخصية المستأمن هي محل اعتبار.

وجدير بالذكر أن التأمين على الإصابات، ليس مرادفا للتأمين على الأضرار؛ الذي يعد تأمين المسؤولية نوعاً منه-كما قد يتوهم-، وإنما هو يندرج تحت تأمين الأشخاص.

[1352] : Picard et Besson :" Les assurances terrestres 5e ed ., 1982 n174, Viney(G) Les obligation, la responsabilité : effets 1988, n° 356, p. 464" : أشار إليه د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 8

والتأمين من المسؤولية لا يعني الإعفاء من المسؤولية؛ لأن الإعفاء من المسؤولية يؤدي إلى الإعفاء من أي تبعة مطلقاً، وبالتالي سقوط حق المضرور في المطالبة بالتعويض. أما التأمين من المسؤولية فهو يؤكد المسؤولية، غايةَ ما في الأمر أن التعويض يضاف إلى ذمة جماعية تقف وراء الذمة الفردية للمسئول وهي شركة التأمين. وبعبارة موازية لا يلغي التأمين المسؤولية، ولكنه يحولها من عاتق المسئول إلى عاتق المؤمن، وهو بذلك يدعم مركز المضرور، ولا يضعفه كما هو الشأن في شرط عدم المسئولية.[1353]

2. التأمين من المسؤولية في التشريع الجزائري

وقد نظم المشرع الجزائري في قانون التأمين رقم 95-07 التأمين من المسؤولية تحت عنوان التأمينات الإلزامية؛ حيث خصص التأمينات الإلزامية في مجال النشاطات البحرية (المواد من 145 - 150) وفي مجال النشاطات الجوية (المواد 158- 160) . وفي المجال البري حددت المادة 163 وما يليها المؤسسات والأشخاص والمهن التي تكون فيها التأمين من المسؤولية المدنية أمرا إجبارياً.

حيث نصت المادة 167 بقولها:" يجب على المؤسسات الصحية والمدنية وكل أعضاء السلك الطبي، والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم و تجاه الغير".

كما أخضعت له المؤسسات التابعة للقطاع الصحي؛ بموجب المادة 169 بقولها : "يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم أو المتلقون له".

كذلك أوجبت المادة 168 على المبتكرين أو المستوردين أو الموزعين إلزامية التأمين من مسؤولياتهم المدنية المهنية؛ التي تتسبب في أي ضرر، تجاه المستهلكين والمستعملين والغير، لكل المستحضرات الغذائية والصيدلانية ومستحضرات التجميل والمواد الصناعية...الخ.

وأوجبت المادة 173 أن يكون الضمانُ المكتتب كافياً، بالنسبة للأضرار الجسمانية والأضرار المادية على حد سواء. ومنعت عقد التأمين من أن ينص على سقوط أي حق؛ يمكن أن يحتج به على الضحايا، أو ذوي حقوقهم.

وأخيراً، جعلت المادة 184 تحت طائلة المسؤولية عدم الامتثال لإلزامية التأمين من المسؤولية

[1353]: راجع: د. أشرف جابر: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، ص 11-12.

المدنية بقولها : " يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المشار إليها في المواد 163 إلى 172 و174 أعلاه بغرامة مالية يتراوح مبلغها بين 5.000 دج و 100.000 دج. ويجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال باكتتاب التأمين المعني".

3. أقسـام التأمين من المسؤوليـة

ينقسم التأمين من المسؤولية إلى قسمين رئيسيين هما : التأمين من خطر محدود أو معين، والتأمين من خطر غير محدود أو غير معين، وذلك كما يلي[1354]:

أ. التأمين من المسؤولية عن خطر محدود: هو تأمين على قيمة مقدرة أو قابلة للتقدير؛ ضماناً لمسؤولية المؤمن له عن الضرر الذي يلحق بشيء معين، ويمكن-بالتالي- تقدير قيمة التعويض سلفاً، وهي عادة ما تكون قيمة هذا الشيء.

ويتحقق ذلك في التأمين من المسؤولية عن شيء معين يحوزه شخص غير مالك هذا الشيء؛ كالمستأجر بالنسبة للعين المؤجرة، والناقل بالنسبة إلى البضائع التي ينقلها، فيؤمن المستأجر من مسئوليته عن حريق العين المؤجرة، ويؤمن أمين النقل من مسئوليته عن البضائع التي ينقلها.

ب. التأمين من المسؤولية عن خطر غير محدود: هو تأمين خال من قيمة مقدرة أو قابلة للتقدير، ويلاحظ أنه عكس النوع الأول، لا يمكن تقدير قيمة الضمان سلفاً، وهنا يلتزم المؤمن بتغطية مسؤولية المؤمن له أيا كان مقدار التعويض الواجب دفعه. وذلك مثل التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات، والتأمين من المسؤولية المهنية.

وتجدر الإشارة إلى أن المؤمن-شركة التأمين- يستطيع تحديد التزامه بالضمان في حدود مبلغ التأمين المتفق عليه، بالرغم من أن الخطر المؤمن منه غير محدود، وهذا لا يعني أننا بصدد تأمين عن خطر محدود.

وعلى الرغم من أن التأمين من المسئولية الطبية تأمين من خطر غير محدود، إلا أنه ليس هناك ما يحول دون أن يضع المؤمن حداً أقصى لمبلغ التأمين؛ الذي يلتزم به في حالة تحقق مسئولية الطبيب، المؤمن له.

وتبدو أهميـة هذا التقسيم في اختـلاف الأحكـام التي تطبق على كل قسم منهـا،

[1354]: راجع: محمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية، ص43، و د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، ص 14-16.

فقاعـدة النسبيـة "La règle proportionnelle"[1355]، والتأمين الزائـد أو المغـالى فيـه "La surassurance"[1356]، لا تطبق أحكام أي منهما على التأمين، إلا إذا كنا بصدد التأمين من خطـر محـدود؛ حيث نكون بصدد قيمة مقـدرة أو قابلـة للتقديـر.

أما في نطاق التأمين من المسئولية غير المحدود؛ مثل التأمين من المسئولية الطبية، فلا مجال لتطبيق قاعدة النسبية؛ حيث لا توجد قيمة مقدرة أو قابلة للتقدير، إذ يجهل كل من الطبيب المؤمن له-فضلا عن المؤمن- القيمة الحقيقية للخطر؛ لأنه لا يعرف تحديدا مدى الضرر ولا مدى التعويض الذي يمكن أن يترتب على نشاطه الطبي. وهو ما يمكن القول معه أننا لا نجد في هذا النوع من التأمين من المسئولية قيمة محددة مؤمنا عنها، حتى ننسب إليها مبلغ التأمين، فنعرف ما إذا كان يقل عنها أم لا.[1357]

أيضاً لما كان التأمين من المسئولية الطبية تأميناً من خطر غير محدود، فلا يتصور أن يثور بشأنه التأمين الزائد، ذلك أنه من المتعذر على الطبيب المؤمن له، بل على المؤمن ، أن يقدر مسبقاً الخطر المحتمل تحققه، فالخطر الطبي لا سبيل أمام طرفي العقد إلى تقديره- ولا يتعارض مع ذلك أن يحدد المؤمن حدا أقصى للضمان الذي يقدمه بموجب عقد التأمين- والمؤمن عادة ما ينظر إلى هذا الخطر على أنه خطر سيء التقدير" Un risque mal tarifié"، وهذا ما يحمل الكثير من المؤمنين على العزوف عن ضمان مسئولية الأطباء فيما يتعلق بالمخاطر الجسيمة، التي تنجم عن بعض صور النشاط الطبي بوجه خاص.[1358]

خلاصة القول، لا مجال لتطبيق أحكام التأمين الزائد- كما نظمتها المادة 121-3 من قانون التأمين الفرنسي[1359]- في نطاق التأمين من المسئولية الطبية، فطلب إبطال عقد التأمين في حالة

[1355]: وهي من تطبيقات قاعدة عدم التزام المؤمن إلا بقيمة الضرر الفعلي، ومفادها عدم استحقاق كل قيمة الضرر المؤمن منه، إذا هلك الشيء هلاكا جزئياً، بل استحقاق نسبة من قيمة الضرر تعادل نسبة مبلغ التأمين إلى قيمة الشيء وقت الكارثة :
د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 262.

[1356]: يكون التأمين زائداً حينما يكون المبلغ المؤمن به في عقد تأمين واحد، أكبر من قيمة الشيء المؤمن عليه، أو هو الذي يرد على قيمة قابلة للتحديد، وتكون القيمة المعلنة فيه أكبر من القيمة الحقيقية للشيء المؤمن عليه: د. أشرف جابر، المرجع ذاته، ص 266.

[1357] : Picard(M) et Besson(A) , Les assurances terrestres, 5e éd. 1982,n°. 312, p.312,461: أشار لـه : د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 264-265.

[1358] : Jean Lois Foyix : Difficultés et Perspectives d,avenir de l'assurance des profession médicales, 1982, p.11 : أشار إليه د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 267

[1359]: قانون 2003-706 المؤرخ في 2003/8/01.

حصول المغالاة بسوء نية، أو تخفيض مبلغ التأمين في حالة حصول ذلك بحسن نية، لا وجه لإعماله في نطاق هذا التأمين.

4. نطـاق الخطـر المؤمن منـه

تحقق الخطر المؤمن منه هو وقوع الحدث الذي يكون المؤمن له مسئولا عنه، وما يترتب عنه من مطالبة المضرور من هذه الواقعة للمؤمن له بالتعويض، ويستوي في ذلك أن تكون المطالبة قضائية أو أن تكون خارج القضاء.[1360] والقاعدة أن المؤمن لا يلتزم بالتعويض إلا إذا تحقق الخطر المؤمن منه أثناء سريان الضمان، ويعتد في تعويض المضرور بتاريخ تحقق الحادث المؤمن منه، لا بتاريخ المطالبة؛ لأن حقه ينشئ من وقوع الحادث لا من المطالبة . وفيما يلي عرض المخاطر المغطاة بعقد التأمين، والمخاطر المستبعدة.

I : المخاطـر المغطـاة

يقصد بها تغطية كافة الآثار المالية الناجمة عن المسؤولية المدنية للطبيب – المؤمن له – أثناء مباشرة أعمال مهنته، باختلاف صورها، وتتقرر مسؤوليته في صور متعددة، إذا كان الخطر المحقق يعتبر خطأ ثابتاً أو مفترضاً، اعتد به القضاء؛ بناء على الخبرة الطبية، على النحو الذي سبق تفصيله.

وعقد التأمين بالضرورة يغطي شقي المسؤولية المدنية للطبيب العقدية والتقصيرية، بحيث لا يقتصر على أحدهما دون الآخر، إلا ما استثناه القانون؛ كالأخطاء العمدية؛ كما سيأتي بيانه.

وسنتناول ضمن المخاطر المغطاة، كلا من المسؤولية عن الغير، ثم المسؤولية عن حوادث الآلات والأجهزة المستخدمة في النشاط الطبي.

أ. المسؤوليـة عن الغيـر:

حيث تشمل الأضـرار الواقعـة من تابعي الطبيب المؤمن لـه، وكذلك الطبيب البديل الذي يحل محلـه.

[1360]: ثار خلاف فقهي حول ترتيب أحكام التزام المؤمن بقيمة التأمين، حيث اعتد الرأي الأول بترتيب هذه الأحكام بمجرد وقوع الحادث المؤمن منه، بينما ذهب الرأي الثاني إلى ترتيبها إلى حين المطالبة بالتعويض من جانب المضرور. راجـع: د.مصطفى محمد جمال – أصول التأمين (عقد الضمان) ص 474 .

أ/1. تغطية العقد للأضرار الواقعة من تابعي الطبيب المؤمن له:

يشمل تغطية عقد التأمين كل الأضرار التي تنجم عن الأشخاص التابعين للطبيب، التي تكون قابلةً للتأمين عليها؛ بحيث يرجع على المؤمن في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن التعويض. وقد ورد في نص المادة2/121 من قانون التأمين الفرنسي على أنه " يضمن المؤمن الخسائر والأضرار التي تقع بواسطة الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له مدنيا، بموجب المادة 1384– الخاصة بالمسئولية التقصيرية عن الغير[1361]- من القانون المدني، أياً كانت طبيعة أخطائهم وجسامتها ". ويقابلها المادة 769 من القانون المدني المصري، والمادة 136 من القانون المدني الجزائري[1362].

وقد نصت على هذا الضمان أيضاً المادة 1/2 من عقد تأمين اتحاد المؤمنين الطبي في فرنسا GAMM، ولا يلزم فيمن توافرت فيه صفة التابع للطبيب المؤمن له -حتى يشمل الضمان نتائج فعله- أن يكون عمله لقاء أجر، إذ من الممكن أن يكون متطوعاً. إذ مدار هؤلاء أن يقوموا بأعمالهم تحت الرقابة المباشرة والفعلية للطبيب –المؤمن له.

ولا يشترط لإعمال هذا الضمان أن يكون منصوصاً عليه صراحةً في عقد التأمين، حيث يكون تلقائياً، إلا أن المؤمن عادةً ما يشترط النص عليه صراحةً في العقد بهدف زيادة القسط؛ الذي يتضاعف كلما زاد عدد المساعدين والممرضين، وهو ما يحدث في الحالات التي يمتلك فيها الطبيب المؤمن له عيادة أو مستشفى.

وفي هذا البند الخاص يلزم تحديد عدد مساعدي الطبيب المؤمن له وطبيعة دور كل منهم، ولا يثير إجراء هذا التحديد أية صعوبة في العيادات الخاصة، بينما يصعب ذلك في المستشفيات العامة؛ حيث يصعب تقدير هؤلاء؛ لأنهم في تغير مستمر؛ لأن المرافق العامـة تعتبر هيئـة قابلـة للتغيير والتبديل"Un corps interchangeable"، ولا سبيل حينئذٍ أمام المؤمن إلا أن يلجأ إلى التقديـر الجـزافي.[1363]

[1361] : Dernière modification du texte le 01 juin 2009 - Document généré le 30 avril 2009 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance .

[1362]: بموجب قانون 05-10.

[1363]: راجع: د. أشرف جابر، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، ص 188 وما يليها.

أ/2. نطاق الضمان من حيث الأفعال:

تتعلق المسألة الأولى بمدى جواز استبعاد بعض أخطاء تابعي الطبيب المؤمن له، أو نطاق ضمان المؤمن لأفعال تابعي الطبيب المؤمن له.

ومن ثم، إذا كانت القواعد العامة تقضي بأن عقد التأمين يشمل كل أخطاء تابعي الطبيب المؤمن له، مهما كانت درجة جسامتها؛ لأنها لا تتعلق بإرادته-أي المؤمن له-، فإن جانباً من الفقه يرى أن مسؤولية المؤمن له عن النتائج الضارة للأخطاء العمدية للغير المسئول عنهم مدنياً، لا تعتبر استثناءً من مبدأ عدم جواز التأمين من الخطأ العمدي أو التدليس للمؤمن له، ويبني رأيه على اعتبارين هما :

الأول: خطأ الغير، خصوصاً، الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له مدنياً يشكل نوعاً من الخطر، وإذا كان خطر هؤلاء الأشخاص ليس من قبيل الحالة الفجائيـة، إلا أن المؤمن له يقع عليه نحوهم عبء الرقابـة. ويستطيع، بالتـالي، أن يتخذ بعض الاحتياطـات التي تمنعهم من إحـداث الضـرر.

الثاني: خطأ الغير؛ الذي يعتبر المؤمن له مسئولا عنهم مدنياً، ولو كان عمدياً، فلن تكون له هذه الصفـة في مواجهة المؤمن ، إذ لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة الغش الصادر من المؤمن له شخصياً.[1364]

أ/3. نطاق الضمان من حيث الأشخاص :

وتتعلق المسألة الثانية بمدى جواز استبعاد أخطاء بعض تابعي الطبيب المؤمن له، أو نطاق ضمان المؤمن من حيث الأشخاص؛ الذين يعتبر المؤمن له مسئولا عنهم مدنياً.

خلافاً لما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، من عدم جواز الاتفاق على استبعاد أفعال بعض تابعي المؤمن له أو جميعهم من نطاق الضمان، على أساس القوة الآمرة للمادة2/121 من قانون التأمين الفرنسي، ذهب الفقه في فرنسا[1365] ومصر[1366] أيضاً إلى أنه يجب أن يقوم عقد

[1364]: راجع: د. محسن عبد الحميد البيه – التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له في القوانين المصري ، الفرنسي ، الكويتي – مجلة المحامي الكويتية – طبعة 1987 ، ص 224 .

[1365] : Picard et Besson, op.cit., n°. 189, p.308.

[1366]:راجع: جلال محمد إبراهيم، التأمين، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانونين الكويتي والفرنسي، ص 206.

التأمين –خارج نطاق حالات التأمين الإجباري- بتحديد الأشخاص الذين يشملهم الضمان، حتى لا نضع على عاتق من يقبل ضمان المسؤولية الشخصية للمؤمن له عبء مسؤولية كافة الأشخاص؛ الذين يكون مسئولاً مدنيا عنهم. فهذا القول يستلزم أن يصبح تأمين أفعال هؤلاء تأميناً إجبارياً، وهو ما لم يقصده المشرع. ولا شك في اتفاق ذلك مع أحد المبادئ الأساسية في عقد التأمين، وهو مبدأ حرية المتعاقدين في تحديد الخطر المؤمن منه، فمبدأ سلطان الإرادة يسمح للأفراد بتحديد موضوع ومحل العقد؛ أي إن لهم حرية تحديد الخطر محل التأمين ومدى الضمان.

وتطبيقاً لذلك في مجال التأمين من المسئولية الطبية، يمكن الاتفـاق في عقد التأمين على استبعـاد بعـض تابـعي الطبيب المؤمن له؛ الذين لا تتوافـر فيهم الخبرة والكفاءة اللازمة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الليبي قد نظم تأميناً إجبارياً من المسئولية الطبية، ليس على القائمين بالمهن الطبية فحسب، وإنما كذلك على القائمين بالمهن المرتبطة بها، وهؤلاء هم التابعون، ويبرم هذا التأمين لدى "هيئة التأمين الطبي".

ولذلك، فكل ضررٍ يصيب المريض بفعل أحد تابعي الطبيب، تتم تغطيته عن طريق عقد التأمين المبرم بواسطة هذا الشخص، دون حاجةٍ إلى إثارة الضمان الناشئ عن عقد التأمين المبرم بواسطة الطبيب. وهو ما يمكن القول معه- في ظل التأمين الإجباري لتابعي الأطباء في قانون الصحة الليبي[1367]- بعـدم جواز الاتفاق على استبعـاد بعض تابعي الطبيب المؤمن له من الضمان.

ب. تغطية عقد التأمين للأضرار الواقعة من البديل "Le remplaçant"

المقصود بالبديل الشخص الذي يحل محل الطبيب في حالة غيابه، ولا شك في أهمية الدور الذي يقوم به هذا البديل، الذي يتمثل في ضمان استمرارية علاج المرضى، خصوصاً بالنسبة لأصحاب الأمراض المزمنة؛ الذين لا تتحمل حالتهم توقف الرعاية الصحية.

وبالرغم من أن البديل لا يعتبر تابعاً للطبيب، إلا أنه يسأل الطبيب المؤمن له عن كل فعل يصدر من البديل، وتقوم هذه المسئولية على أساس سوء اختياره له.

[1367]: القانون الصحي رقم 1973/106 حيث ربط الترخيص لمزاولة مهنة الطب بإبرام عقد التأمين من المسؤولية طبقاً للمادة 26. راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 193.

ويجب أن ينص الطبيب المؤمن له صراحةً في عقد التأمين، على أنه يضمن مسئولية البديل، كما يجب أن يخطر شركة التأمين؛ بخطاب موصى عليه باسم الطبيب الذي سيحل محله، محدداً المدة الذي سيحل فيها البديل محل الطبيب المؤمن له.

والغالب أن يسري الضمان، بالنسبة للبديل، بنفس الشروط الخاصة بالطبيب المؤمن له، ومع ذلك قد يضع المؤمن شروطاً أو قيوداً على ضمان البديل، تتعلق هذه الشروط بكفاءة البديل؛ كأن يشترط حصوله على مؤهل معين أو تكون له خبرة كافية. كما تتعلق بالظروف والأحوال التي يجوز فيها قيام البديل محل الطبيب المؤمن له؛ كأن يشترط المؤمن أن يكون غياب الطبيب في الحالات المسموح بها قانوناً؛ أي بمسوغ قانوني، فإن كان غيابـه مخالفاً لأحكام القانون، فلا يمتد الضمان إلى أخطاء البديل الذي يحل محله. ويشترط –بداهةً- في البديل أن يكون مأذوناً له قانوناً بمزاولة النشاط الذي يضطلع به.

وأثناء قيام البديل بعمله، لا يجوز للطبيب المؤمن له أن يزاول نشاطه إلى جانبه، وإنما يقتصر العمل على البديل وحده؛ حيث يكون البديل هو المستفيد وحده من الضمان.

ومع ذلك يظل الطبيب المؤمن له محتفظاً بالضمان بالنسبة للنشاط الطبي؛ الذي يمارسه في الحالة المنصوص عليها في قانون العقوبات المقارن[1368]؛ وهي حالة الضرورة، المتعلقة بالالتزام بمساعدة الأشخاص؛ الذين يكونون في حالة خطر.

ولا يحق للبديل إبرام عقد التأمين من مسؤوليته عن ذات الخطر، الذي يغطيه عقد التأمين المبرم بواسطة الطبيب المؤمن له.

وقد قضي بالتعويض على سبيل التضامم "Solidum"[1369] بين الطبيب المؤمن له والبديل ، في حالة أخطأ البديل في استخدام جهاز أشعة، مما ترتب عليه، وقوع أضرار للمريض. فأما وجه مسؤولية الطبيب – المؤمن له – هو إساءته في اختيار البديل، غير المستوفي للشروط اللازم توافرها في هذا العمل، إذ كان لا يزال طالباً. وأما وجه مسؤولية البديل، فكانت لقبوله استخدام الجهاز مع علمه بعدم كفائته.

[1368]: راجع: المادة 63 قانون العقوبات المصري رقم 1937/58، المادة 182/ 2 ق.ع.ج، المادة 235/5-6-7، ق.ع.ف، حسب آخر تعديل: 01 avril 2009 - Document généré le 28 avril 2009 : www.Legifrance.gouv.fr

[1369] :Cou. d'app. de paris, 1er juill. 1992,J.C.P , 7 oct. 1992,2591 ; D. 1993, som.com., p.28.

وفضلاً عن البديل، يمكن أن يغطي العقد الأخطاء التي يرتكبها الأشخاص الذين لا يزالون يتلقون تدريبهم على مزاولة الطب"Les stagiaires " تحت إشراف الطبيب المؤمن له، ومثل هؤلاء أطباء الامتياز، إذ يمكن أن يتضمن عقد التأمين من المسئولية المبرم بواسطة الطبيب المؤمن له شرطاً بامتداد الضمان إلى هؤلاء.[1370]

2. المسؤوليـة عن حوادث الآلات والأجهزة المستخدمة في النشاط الطبي :

قد يتعدى عقد تأمين التابعين إلى ما يستخدمه الطبيب من أجهزة وآلات علمية، وأساس هذه المسؤوليـة هي العلاقـة العقديـة لا التقصيرية؛ وذلك متى كانت العلاقـة بين الطبيب والمريض علاقـة عقديـة.

ويترتب على ذلك أن هذه المسئولية ههنا تقوم على الخطأ الثابت وليس المفترض؛ لأن الخطأ المفترض لا وجود له في العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض، وإنما ميدانه الذي يسود فيه هو؛ حيث يكون الطبيب حارساً للشيء، وتكون العلاقـة بين الطبيب والمريض غيـر عقديـة- أي تقصيرية-؛ ففي هذه الحالة فحسب، يسأل الطبيب عن تعويض الضرر، دون حاجةٍ إلى إثبات خطإٍ في جانبه؛ طبقاً للنصوص القانونيـة المنظمة للمسئوليـة التقصيريـة عن الأشيـاء غير الحيـة[1371].

وتبرير ذلك، يتمثل في أنه متى كانت مسئولية الطبيب عقدية[1372]، فلن توجد أهمية لتحديد المصدر المادي للضرر؛ لأن أحكام المسئولية العقدية لا تختلف تبعاً لما إذا كان الضرر ناشئاً عن الفعل الشخصي للطبيب، أو فعل شخص تابع للطبيب، أو عن تدخل شيء استخدمه الطبيب في العمل الطبي.[1373] وبناء على ذلك، متى قام عقد علاج بين طبيب ومريض، واستخدم الطبيب آلـةً أو جهازاً ، فتسبب ذلك في ضرر للمريض، فلا تنعقد مسئولية الطبيب، إلا إذا أثبت هذا

[1370]: راجع: د. أشرف جابر، التأمين من المسئولية المدنية للأطباء، ص 194.

[1371]: وهي المادة 1/1384 ق.م.ف ، والمادة 178 ق.م.م ، والمادة 1/138 ق.م.ج.

[1372]: وهو الوضع الغالب في الوقت الحاضر بعد قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير –الذي اعتبر أن المسئولية العقدية للطبيب هي الأصل، وليس التقصيرية-الصادر في 1936.5.20.

[1373]: فضلا عن أن مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية يمنع من تطبيق قرينة الخطأ عن فعل الأشياء الحية، في المجال العقدي. انظر مثلاً:, Civ.oct.1967, B. civ.,1,n° 273 ;Civ.16 nov.1965,D.1966, 61

المريض خطأً في جانب الطبيب؛ كأن يبرهن على أن الطبيب قد استخدم جهازاً لا يصلح استخدامه[1374].

ويضمن المؤمن تلك الأضرار، سواء كانت ناشئةً عن الخطأ الشخصي للطبيب، أو عن خطأ أحد تابعيه، أو البديل، ويتم النص عليه مباشرةً في عقد التأمين وهو "ما يعرف بشرط استخدام الأجهزة "La clause d'usage d'appareil".كما يلزم تحديد تلك الأجهزة في ثنايا هذا الشرط؛ بحيث يتحدد على نحو دقيق مدى التزام المؤمن بتغطية مسئولية الطبيب عن استخدام هذه الأجهزة.

أخيـراً، جدير بالإشارة إلى أنه من المتصور ألا يقبل المؤمن تغطية الأضرار التي يمكن أن تنشأ عن بعض الأجهزة؛ كأجهزة الأشعة التي تنجم عنها أضرار بالغة، وقد يقبل المؤمن تغطية تلك الأضرار نظيـر أقساطٍ مرتفعـةٍ.

ثانيـاً: المخاطـر المستبعـدة

الأصل أن يشمل عقد التأمين جميع الأضرار الناجمة عن تحقق الخطر المؤمن منه، مهما كان سببه، حتى حالتي الغش والخطأ العمد.

إلا أنه من النادر عملياً أن يأتي العقد على هذا النحو، حيث لا يخلو عادةً من شروط يدرجها المؤمن مستبعداً بها الضمان عن بعض المخاطر، وعقد التأمين من المسئولية الطبية بشكل خاص يتميز بأنه يرد على مخاطر ذات طبيعة خاصة، تتصل بالنشاط الطبي ذاته، قد يترتب عليها آثار غاية في الأهمية. لذا كان من الطبيعي أن يحتوي العقد على تلك الشروط التي تستبعد تلك المخاطر، وهنا نكون بصدد "استبعاد اتفاقي".

إضافةً إلى ذلك، فإنه وفقاً للقواعد العامة في التأمين، لا يجوز التأمين من بعض المخاطر، وهو ما يعرف بـ"الاستبعاد القانوني".

ويختلف الاستبعاد عن السقوط، فالاستبعاد يقصد به التعبير عن مبدأ الحرية التعاقدية للمتعاقدين التي تتجلى في تحديد نطاق الخطر المؤمن منه باستبعاد بعض المخاطر وعدم التزام المؤمن بإدراجها في الضمان.

[1374]: راجع تفصيل هذا: د. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية، ص 248 وما يليها.

في حين أن السقوط هو جزاء منصوص عليه في وثيقة التأمين أو ملحق لها، ومقتضاه سقوط حق المؤمن له في تغطية الخطر المؤمن منه، إذا أخل -المؤمن له- بالتزاماته؛ مثل عدم إعلان المؤمن بوقوع الخطر أو الكارثة.

1. الاستبعـاد القانـوني " Les exclusions légales"

لا يجوز التأمين من المسؤولية الجنائية، والخطأ العمدي على حد سواء، ولا خصوصية لعقد التأمين من المسئولية، فهو استبعاد تقرره القواعد العامة للتأمين، ويتعلق بالنظام العام.

فمن جهة، لا يمكن أن يضمن المؤمن الغرامات الناتجة عن ارتكاب الطبيب المؤمن له لجريمة جنائية؛ تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة في قانون العقوبات؛ حيث يجب أن يتحمل الطبيب هذه المبالغ من ذمته المالية الخاصة.

ويسري الحظر ولو كانت الغرامة المحكوم بها على الطبيب بمناسبة خطأ صادر من شخص آخر؛ كأن يستعين ببديل أو تابع، دون أن يكون مرخصاً لهما بمزاولة أعمال الطب، حيث يكون الطبيب قد ساهم جنائياً بقدر ما في ارتكاب الجريمة من البديل أو التابع.

ولا يتناول الحظر الآثار المدنية للحكم الجنائي، فهذه يجوز التأمين منها، ولذلك فإن التعويض المدني الذي قد يحكم به تبعاً للعقوبة الجنائية التي يقضى بها على الطبيب، يجوز أن يضمنه عقد التأمين من المسئولية؛ لأنه لا يحمل صفة الردع أو العقوبة.

ومن جهة أخرى، لا يجوز للطبيب أن يؤمن من مسئوليته عن الخطأ العمدي، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة التي تستلزم ألا يكون الخطر المؤمن منه معلقاً على محض إرادة أحد طرفي العقد، وخاصة المؤمن منه، وإلا انتفى العنصر الجوهري لعقد التأمين وهو الاحتمال؛ لأنه من المقرر عدم جواز التأمين على الخطر المؤكد الحدوث، فضلاً عن المستحيل.

وهذا الفرض وإن كان نادراً، إلا أنه متصور؛ كما لو أعطى الطبيب للمريض مادة سامة ليريحه من داء عضال، وهو ما يسمى بالموت الرحيم، أو أن يبتر عضواً لشخص بقصد لإعفائه من الخدمة العسكرية. وعليـه، فلا يتحمل المؤمن-شركة التأمين- تعويض الضرر الذي يلحقه الطبيب المؤمن له عمداً بالغير.

واختلف الفقه في حالة الخطأ العمد، فذهب معظم الفقه المصري إلى القول ببطلان عقد التأمين بطلاناً مطلقاً، وذهب بعض الفقه إلى القول باستبعاد هذا الشرط-أي الخطأ العمدي- من عقد التأمين، ويبقى العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره فيما يتعلق بالأخطار التي لا ترجع إلى الخطأ العمدي للمؤمن له. ورد هؤلاء على القائلين بالبطلان بالقول بأن القواعد العامة لا تستلزم البطلان، وإنما إزالة العارض فحسب. وما يستفاد من فحوى نصوص قانونية مقارنة[1375]، هو سقوط التزام المؤمن، وإبراء ذمة المؤمن إذا تحقق الخطر نتيجةَ فعلٍ متعمد من المؤمن له، دون أن يترتب على ذلك أي بطلان.[1376]

2. الاستبعـاد الاتفـاقي "Les éxclusions conventionnelles"

طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين[1377]. وبالتالي، يكون لأطراف العقد حرية تحديد محله؛ كتحديد الخطر المؤمن منه، ومدى الضمان الذي يلتزم به المؤمن وشروطه.

وليس هناك ما يمنع دون اتفاق المؤمن مع المؤمن له، على تحديد الخطر المؤمن عليه؛ سواء من حيث نوع المسئولية أو جسامة الخطأ أو وضع قيـود أخرى، يكون الغرض منها عـدم تأميـن "Non assurance"بعض المخاطر، أو استبعاد خطر ما "Exclusion de risque" من ضمان المؤمن. وبناء على ماسبق، فإن للاستبعاد الاتفاقي صورتين هما :

أ. الاستبعاد المباشر"L'éxclusion directe"

يقصد به الاتفاق في وثيقة التأمين صراحةً على أن المؤمن لا يضمن خطراً أو أخطاراً معينة.

ومثاله في نطاق التأمين من المسئولية الطبية، أن ينص المؤمن أن العقد لا يغطي مسؤولية الطبيب خارج حدود تخصصه المأذون له قانوناً بمزاولته، وعادةً ما يشترط المؤمن في الطبيب الذي يريد التأمين من مسئوليته أن يكون "أخصائياً"؛ حتى يضمن قدراً أدنى من الكفاءة لديه، تقل معه احتمالات تحقق الخطر، فيستبعد من الضمان مسئولية الممارس العام.

ومن ذلك ما قد يرد في وثيقة التأمين من استبعاد المسئولية التضامنية "Exclusion de responsabilité in solidum" للطبيب المؤمن له، ويواجه هذا الشرط حالة ما إذا تحققت

[1375]: المادة 1/102 قانون التأمين الجزائري، والمادة 2/12 قانون التأمين الفرنسي، والمادة 2/768 قانون مدني مصري.

[1376]: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 203 ، د.محمد منصور، مبادئ عقد التأمين، ص58، جلال إبراهيم، التأمين ص159.

[1377]: راجع مثلاً ما قضت به المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

مسئولية الطبيب المؤمن- كأن يكون جراحاً- مع طبيب التخدير –مثلاً- على سبيل التضامم. ومقتضى هذا الشرط لا يلتزم المؤمن إلا بتغطية نصيب المؤمن له من المسئولية، دون غيره من المسئولين، ويستطيع أن يحتج به في مواجهة المضرور. ويهدف المؤمن من هذا الشرط إلى تجنب مصاعب الرجوع على بقية المسئولين مع المؤمن له، إن هو أوفى المضرور حقه في التعويض كاملاً.

في هذا المجال قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة هذا الشرط وجواز الاحتجاج به في مواجهة المضرور، سواء نص عليها في الوثيقة ذاتها، أو في ملحق لها، بشرط أن يكون ذلك قبل تحقق الكارثـة.[1378]

لكن هذا لا يعني إعفـاء الطبيب من هذه المسؤولية، وإنما تظل قائمـة في مواجهة المضرور عن الجـزء غير المؤمن عليـه.

ومن المخـاطـر التي تستبعـد بصـورة مباشـرة :

ـ المسؤولية الناتجة عن إجراء التجارب الطبية[1379]، والمنتجات الدوائية قبل تسويقها، التي يمكن أن يترتب عليها قدر كبير من الجسامة .

ـ المسؤولية الناتجة عن جراحة التجميل "La chirurgie esthétique"، وذلك لأن المؤمنين لا ينظرون إلى هذه الجراحة على أنها تدخل في الإطار التقليدي للعلاج، ومع ذلك يقبل المؤمنون ضمـان هذا الخطر مقابـلَ زيـادة في مقدار القسط .

ـ المسؤولية الناتجة عن عمليات الوقف الإرادي للحمل " L'interruption volontaire de grossesse"، ويسمى الإجهاض الاختياري للحمل.[1380]

ب. الاستبعاد غير المباشر" Exclusion indirecte"

يقصد به الحالة التي يحدد فيها المؤمن بدقة المخاطر التي يضمنها، فيدخل في الضمان ما يندرج تحت هذه المخاطر، ويستبعد ما لم يرد في هذا التحديد؛ كأن ينص في عقد التأمين على

[1378] : Cass.1re civ., 1re oct. 1980, Bull. Civ.I, n° .235.

[1379]: نظم المشرع الفرنسي تأميناً إجبارياً من المسئولية لناشئة عنها بموجب قانون 1138/88 الصادر في 1988/12/20.

[1380]: فقد أجاز المشرع الفرنسي هذا الإجهاض بضوابط خلال عشرة أسابيع الأولى من الحمل إذا كان لغير غرض علاجي حسب المادة 1/162 من قانون الصحة العامة، أو في أي وقت إذا كان استمرار الحمل يعرض صحة المرأة لخطر شديد بموجب المادة 12/162 من ذات القانون.

تغطية مسؤولية الطبيب في عيادة معينة أو مستشفى معين، وعليـه، فأي خطر يتحقق أثناء ممارسة نشاطه في عيادة أخرى أو مستشفى آخر لا يكون محلا للتأمين عليه. ومثال الاستبعاد غير المباشر أيضاً أن يقصِر المؤمن الضمانَ على مسئولية الطبيب العقدية أو التقصيرية، فهذا يعد استبعاداً للمسئولية الأخرى. ومثال ذلك أيضا أن ينص المؤمن على أن العقد يغطي الأضرار الجسدية، التي تصيب المريض، فهذا يعد استبعاداً غير مباشرٍ؛ للأضرار المادية والأدبية التي تصيبه، من نطاق الضمـان.

وبناء على ما سبق، يجب توافر ثلاثـة شـروط لقبول الاستبعـاد من التأمين، وهي أن يكون وارداً في العقد، وأن يكون قاطعاً، ومحدداً. وذلك كما يلي:

- يجب إدراج شرط الاستبعاد في وثيقة التأمين أو في ملحق لها، على أن يرد بنص خاص في الوثيقة، وذلك لأن الاستبعاد لا يفترض ولا يستنتج بطريق القياس على أسباب ورد بيانٌ بالوثيقة على استبعادها.
- يجب أن يكون شرط الاستبعاد من التأمين قاطعاً؛ بمعنى أن يكون كاشفاً عن إرادة الأطراف في استبعاد بعض المخاطر من الضمان، في وضوح تام لا لبس فيه و لا غموض، وذلك بوروده في الوثيقة بشكل ظاهرٍ مميزٍ عما عداه من الشروط، وإلا كان باطلاً.
- يجب أن يكون شرط الاستبعاد من التأمين محدداً، وهو ما يعني عدم جواز وروده في صيغة عامة، تحتمل كثيراً من التأويل والتحكم، سواء من ِقبل الأطراف أو قاضي الموضوع.

ومن أمثلة شروط الاستبعـاد العامـة التي تقع باطلـة في مجال التأمين من المسئولية، أن يستبعد المؤمن "الأخطاء الجسيمة" للطبيب المؤمن له، دون أن يضع تحديداً يعين في التعرف عليها، أو أن يرد الاستبعاد على "الخطأ المهني أو الفني" للطبيب المؤمن له دون الخطأ العادي، وهذه بدورها صيغة غير محددة ؛ لأن التمييز بين الخطأ الفني والخطأ العادي لا يخلو من الاختلاف، فما تعتبره محكمةٌ أنه خطأ عادي، قد تقدره محكمةٌ أخرى على أنه خطأ فني؛ لأنه يتعذر في بعض الحالات الفصلُ بين فعل الطبيب العادي وفعله الفني.[1381]

[1381]: راجع: د. أشرف جابر، المرجع السابق، ص 207.

المبحث الثاني : ممارسة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية

يجدر بنا التعرض لدعوى المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي في مطلب أول، وما يرافقها من تأمين حول المسئولية في مطلب ثان.

المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية ومجال تطبيقها

بدايةً، لا بد من الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي احتوى على مبادئ وإجراءات مفصلة[1382]، فإذا فرغ القاضي من سماع حجج وبينات ودفوع الأطراف، وأعلن ختام المرافعة، وجب عليه إصدار الحكم المناسب في الدعوى دون تأخير. وهذا الحكم يستمده من الشريعة الإسلامية؛ لأنها هي قانونه الواجب التطبيق، وإلا نقض حكمه واعتبر باطلاً. ولكن هل يقصد بالقانون الواجب التطبيق التقيد بمذهب واحد، خصوصاً بالنسبة للمعاملات؛ باعتبار أن المذاهب هي مدارس تفسيرية واجتهادية لاستنباط الأحكام الشرعية من نصوص الكتاب والسنة ؟ .

فقد نص بعض الفقهاء على عـدم جواز تقييد القاضي بمذهب معين، ومن ذلك قولهم: "ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه، وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافاً، لأن الله تعالى قال: « فاحكم بين الناس بالحق» [سورة ص، الآية 26]؛ والحق لا يتعين في مذهب، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب، فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط".[1383]

إذ قيد بعضهم عدم جواز الشرط بالمجتهد دون المقلد[1384]، وبعد أن حكى الخلاف في المسألة، فرق البعض بين التولية المطلقة وبين التولية المقيدة بمذهب محدد، فقال: " وقد اختلف الفقهاء فيما إذا اشترط عليه الحكم بمذهب معينٍ، هل تفسـد التولية؟ أو تصح ويفسد الشرط؟ أو تصح ويصح الشرط؟ والقول بالصحة وفساد الشرط إنما هو في المجتهد، أما المقلد فلا، والناس

[1382] منها ما تطرقنا له بصدد إثبـات تعدي الطبيب في الفرع الأول من المطلب الأول للمبحث الثاني في الفصل السابق من هذا الباب.

[1383]: ابن قدامـة، المغني: 136/10، و"قال الْمـاوردِي ولَو أَدى شافِعِيا اجتِهاده إلَى أَنْ يحكُم بِمذْهبِ أَبِي حنِيفَةَ فِي قَضِيةٍ جاز"، وقال ابن تيميـة:"وكان بعض أصحابِنا يمنع من اعتزى إلَى مذْهبٍ أَنْ يحكُم بِغيرِهِ لِتوجِهِ التهمةِ وهذَا وإِنْ اقْتضته السياسةُ بعد استِقْرارِ المذاهب وتمييز أَهلِها، فَحكْم الشرعِ لَا يوجِبه لِما يلْزمه من الِاجتِهادِ في كل حكْمٍ طَرِيقُه الِاجتِهاد": الفتاوى الكبرى: 213/2.

[1384]: "وقال القـرافي: الحاكم إن كان مجتهـداً، فلا يجوز له أن يحكم ويفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلـداً، جاز له أن يحكم بالمشهور من مذهبه وأن يفتي به وإن لم يكن راجحا عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده في الفتيا، وأما اتباع الهوى في الحكم والفتيا فحرام إجماعـاً ": ابن فرحون، تبصرة الحكام: 22/1.

اليوم مقلـدون[1385]، فلا يأتي هذا القول فيهم، والذي أقوله في هذه الأعصار: إن الذي تولى القضاء على الإطلاق إذا أطلق السلطان توليته؛ لحكمٍ بمشهورِ مذهبه إن كان مقلداً، وبما يراه إن كان مجتهداً، والذي يقول له السلطان وليتك القضاءَ على مذهب فلان ليس له أن يتجاوز مشهور ذلك المذهب إن كان مقلداً، وإن كان مجتهداً في مذهبـه فله الحكم بما ترجح عنده منه بدليل قوي، وليس له مجاوزة ذلك المذهب مقلداً كان أو مجتهداً؛ لأن التولية حصرته في ذلك"[1386].

ولعله أعدل المذاهب في هذه المسألة، فتقدير التولية المطلقة والتولية المقيدة يعود في باب السياسة الشرعية إلى الحاكم المسلم.

ومن المناسب في تصوري الخاص، في هذه المسألة العويصة، إسنـاد التولية المقيـدة، بالنسبة لقضاة المحكمة الابتدائية، من خلال تقنين الأحكام الفقهية، سواء كانت من مذهب واحد، أو من عدة مذاهب، حسبما تقضي به النصوص الصريحة، وتمليه المصلحة وقواعد الشريعة؛ منعـاً للقاضي من التحكم والتشهي، وإسنـاد التولية المطلقـة لقضاة المحاكم العليا؛ تشجيعـاً للاجتهاد القضائي، المنضبط بضوابط الشرع.

ومن المسائل المقررة المتصلة بالدعوى ما ذكره القـرافي بقوله: "قاعدة لا يعتبر الشرع من المقاصـد إلا ما تعلق به غرض صحيح محصلٌ لمصلحـةٍ أو دارئ لمفسـدةٍ، وكذلك لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشيـاء التافهـةِ الحقيـرةِ ".[1387]

وبناء عليـه، لا يحق لمريض أن يرفع دعوى على طبيب إلا إذا مسه ضرر حقيقي، ولعل هذا من بين الأسباب التي جعلت فقهاء الشريعة يشترطون في الضرر محل التعويض أن يكون مادياً أو جسدياً محسوساً، دون غيره من الضرر الأدبي[1388]؛ الذي يصعب قياسه.

وعلى الطبيب أن يتحمل عبء التعويض تجاه مريضه، إذا أصابه أذى من جراء تدخله الطبي، ولا حرج -كما سيأتي بيانه- في أن يعقد تأميناً على مسئوليته؛ ليدفع عن نفسه خطر رجوع المضرور عليه بالضمـان، وذلك بأن تدفع شركة التأمين التعويض في حدود ما هو متفق عليه في وثيقة العقـد.

[1385]: "قول ابن الصلاح لَا يجوز لِأحدٍ أنْ يحكُم في هذا الزمان بِغير مذْهبِه فَإِنْ فَعلَ نقِض لِفَقْدِ الِاجتِهادِ من أهل هذا الزمان": ابن تيميـة، الفتـاوى: 213/2.

[1386]: السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي: 12/2-13.

[1387]: الذخيـرة: 478/5-479.

[1388]: سبق معالجته في الفصل السابق في كل من الجانب القانوني وجانب فقه الشريعة.

وأمام المتضـرر أن يسلك الطريق القضائي، على التفصيـل الوارد في الجانب القانوني[1389]، أو العدول عنه إلى التحكيم. والتحكيم هو تولية الخصمين حاكماً ارتضياه لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها، دون القصاص والحدود؛ الذي يستلزم إثبات حكم أو نفيه من المحكم، وليس له ولاية على الحكم.[1390] ويمكن العفو أو الصلح[1391] عن القصاص-مثلاً- على مال[1392]، وإذا خشي القاضي من تفاقم الأمر بين الخصمين أو كانا من أهل الفضل أو بينهما رحِم أمرهما بالصلح ؛ ابتعاداً عما يورثه التقاضي من الضغائن.[1393]

ولا حرج من اقتباس أي تجربة قانونية إجرائية؛ مما عرضناه أو غيره من أنظمة التسوية القضائية[1394]، طالما تتماشى مع مقاصد الشريعة وقواعدها.

كما تجدر الإشارة إلى أن القاضي في النظام الإسلامي سابقاً-في حدود علمي- كان يقضي في جميع المنازعات؛ لتمكنه من العلم الشرعي؛ من خلال القواعد الأصولية و القواعد الفقهية، فضلا عن النصوص التفصيلية لما ورد في الكتاب والسنة، إذا كان مجتهداً، ومن خلال مدونات مذهبه المعتمدة، إذا كان مقلداً لمذهب. وهذا بخلاف العلم بجميع نصوص القانون اليوم، بالنسبة للقاضي حتى في مجال اختصاصه فإنه متعذر، فما بالك بما هو خارج عن حقل اختصاصه القضائي. ومرد ذلك لكثرة التشريعات وتلاحقها كالطوفان أو الانهيار الجليدي؛ من تعديل وإتمام وإلغاء، فضلاً عن اختلاط التشريعات العادية بالتشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية، حتى أصبح المختص بقانونٍ ما لا يحيط علما حتى بتخصصه، وهذا ما جعل علماء الاجتماع القانوني[1395] يؤكدون على انتشار ظاهرة الجهل بالقانون، واقترحوا جملة اقتراحاتٍ منها أن تفَعلَ جميع وسائل الاتصال والإعلام لإيصال القاعدة القانونية إلى الناس.

[1389]: راجع: المطلب الأول من المبحث الأول لهذا الفصل. ولا حرج من الإحالة عليه لأن القانون الحديث احتوى على إجراءات أكثر تفصيلا، والسبب أنه يواجه الواقع، وبالتالي فهو يتطور، على عكس الشريعة المغيبة عن ساحة الحياة القانونية، عدا نواحي محدودة جدا، خصوصا ما يتعلق بالأحوال الشخصية، وحتى هذه الدائرة تواجه انحسارا، نتيجة تأثر قوانيننا بآثار العولمة القانونية؛ التي فرضت قوانينها على العالم ومنها مجتمعاتنا العربية الإسلامية. وبالتالي فإن تطور القانون الإجرائي مقابل الشريعة، هو تطور زمان وليس دليلا عن قوة حجة وبرهان؛ لأن المقارنة لا تستساغ بين ما هو مطبق، و بين ما هو غير مطبق.

[1390]: ابن فرحون، تبصرة الحكام: 50/1.

[1391]: الصلح معاقدة يتوصل بها الى الإصلاح بين المختلفين: ابن قدامة، المغني: 308/4.

[1392]: راجع: مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر: 247/3.

[1393]: راجع: تبصرة الحكام: 50/1.

[1394]: راجع: المطلب الأول من المبحث الأول لهذا الفصل.

[1395]:راجع: د.سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص 599 وما يليها.

ورغم ذلك، بغية إيصال القضاء الإسلامي إلى أكبر درجة من التخصص؛ تجنباً للأخطاء في الأحكام القضائية، وإسراعاً في الفصل في المنازعات"Fast releif " بصفة عامة؛ ليصل إلى درجة أكبر من محاكم العدالة في انجلترا "Courts of Equity or Chancery "[1396]، حيث يقضي القاضي بجملة مبادئ مستوحاة من القانون الطبيعي ومبادئ العدالة، فضلاً عن القضاء الاستعجالي في القضاء الفرنسي " Référé "[1397] ، ومن تأثر به مثل القضاء المصري والقضاء الجزائري، وإن كان القضاء الاستعجالي في بلادنا العربية محدود للغاية؛ لأنه مؤقت ويقضي في حقوق معترف بها قانوناً؛ مثل حق النفقة للحاضنة قبل صدور الحكم بالطلاق، ولا تمس الأوامر المستعجلة أصل الحق[1398]. وعليه، يجب على القضاء الإسلامي اعتماد قواعد الاختصاص القضائي، خصوصاً النوعي منه، بحيث يقضي القاضي في مجال محدد يصبح تخصصاً له، مع مراعاة خصوصيات الشريعة الإسلامية، التي من بين ما تتطلب بيان مؤهلات القضاة في درجات التقاضي المختلفة، فالمحاكم العليا تتطلب مؤهلات علمية أكبر، تصل إلى درجة الاجتهاد. وليس في قواعد الشريعة فضلاً عن نصوصها الجزئية ما يمنع من الأخذ بقواعد الاختصاص القضائي ، فهذه قضية استصلاحية تقرر تبعاً للمصلحة، والله أعلم.

ومن الأنظمة القضائية الاستثنائية أو الخاصة ما يعرف بولاية المظالم أو قضاء المظالم، وهي وظيفة قضائية، إلا أنها أوسع من وظيفة القاضي العادي، ذلك لاحتوائها على اختصاصات تدخل في صلاحيات القاضي واختصاصات خاصة بأصحاب السلطة التنفيذية. وعليه، فهي ليست وظيفة قضائية بحتة، ولا وظيفة تنفيذية خالصة، بل "هي وظيفة ممتزجة من سطوة السلطـة، ونصفة القضـاء، وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي، وكأنه يمضي ما عجز القضاة أو غيرهم عن إمضائه، ويكون نظره في البينات والتقرير واعتماد الأمارات والقرائن، وتأخير الحكم إلى استجلاء الحق، وحمل الخصمين على الصلح واستحلاف الشهود، وذلك أوسع من نظر القاضي"[1399].

[1396] :Saghir Ahmad Khan, Principles of Equity- Maxims and Cases, p.5; Black's Law Dictionary, p.356.

[1397] : Strickler (Y), Le juge des référés, juge du provisoire, thèse Strasbourg III, 1994, www.dictionnaire-juridique.com.

[1398]: راجع المواد 299-305 ق.إ.م.إ.ج.

[1399]: ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، ص 222.

وكانت تولية هذه الوظائف إنما تناط بالخلفاء أو من يجعلون ذلك له من وزير مفوض أو سلطان متغلب، بموجب عقد صريح؛ كتعيين والي للمظالم على وجه التخصيص، فيباشر وظيفته على أساس هذا التعيين، وقد يكون بصورة عقد ضمني، كما لو عين القاضي أمير إقليم أو وزير تفويض، فلهؤلاء صلاحية النظر في الأمور العامة بحكم ولايتهم، ولهم بعموم هذه الولاية حق النظر في المظالم، دون حاجة إلى تقليد أو إذن خاص.

ومن صلاحيات قاضي المظالم، النظر في تعدي الولاة على الرعية، من تلقاء نفسه، دون حاجة إلى متظلم، وله أن يتصرف تجاههم وفق ما تقتضيه المصلحة، وفي حال اعوجاجهم بعد أن ينصحهم، له حق رفع تقرير بشأن ذلك للخليفة أو أمير الإقليم، أما إذا تظلم شخص ضد الوالي أو الأمير، فلوالي المظالم أن يحكم في هذه الظُلامة ويلزم تنفيذ حكمه فيها.

ومن صلاحياتهم كذلك النظر في تنفيذ الأحكام القضائية، فيلزم من لم يستطع القاضي إلزامه، وله النظر فيما عجز عنه الناظرون في الحسبة[1400] من المصالح العامة؛ كالمجاهرة بمنكر ضعف المحتسب عن دفعه، والتعدي في طريق عجز عن منعه.

وتتكون هيأة محكمة المظالم من الحماة والأعوان؛ لجذب القوي وتقويم الجريء، والقضاة والحكام؛ لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجري في مجالسهم بين الخصوم، والفقهاء؛ ليرجع إليهم فيما أشكل عليه، والكتاب؛ ليثبتوا المحاكمة، والشهود على ما أمضاه من أحكام.[1401]

ويظهر من أنظمة القضاء المختلفة؛ من قضاء عادي، وقضاء المظالم، والحسبة، إضافة إلى أعوان القضاء ومنهم الشرطة، ما يدل على حرص الشريعة الشديد في منع التعدي قبل وقوعه، ورفعه بعد حدوثه. وربما كان هنالك تداخلا في الصلاحيات في بعض الأحيان، إلا أن هذه الأنظمة التي كانت في العصر الوسيط، تمثل أرقى ما وصلت إليه البشرية من العدل والإنصاف،

[1400]: الحسبة هي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له فيتعين فرضه عليه ويتخذ الأعوان على ذلك ويبحث عن المنكرات ويعزر ويؤدب على قدرها ويحمل الناس على المصالح العامة في المدينة مثل المنع من المضايقة في الطرقات ومنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار في الحمل والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع من ضررها على السابلة والضرب على أيدي المعلمين في المكاتب وغيرها في الإبلاغ في ضربهم للصبيان المتعلمين ولا يتوقف حكمه على تنازع أو استعداء بل له النظر والحكم فيما يصل إلى علمه من ذلك ويرفع إليه وليس له إمضاء الحكم في الدعاوي مطلقا بل فيما يتعلق بالغش والتدليس في المعايش وغيرها في المكاييل والموازين وله أيضا حمل المماطلين على الإنصاف وأمثال ذلك مما ليس فيه سماع بينة ولا إنفاذ حكم وكأنها أحكام: مقـدمـة ابن خلـدون، ص 225.

[1401]: راجع: د.عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، ص253 وما يليها.

ومن روعة التشريع الإسلامي أنه جاء بقواعد ومبادئ كلية، ولم يتوغل في الإجراءات والتفصيلات التي من شأنها أن تتطور، ولذلك يتساهل في الوسائل ما لا يتساهل في المقاصد، وعليـه، فأي تجربة قانونية لا تتعارض مع قواعد الشريعة يمكن الانتفاع بها، إذا دعت إلى ذلك الحاجة بله الضرورة.

ومن القضايا التي كانت محل تظلم أو تقاضي، ما كان يحصل للمرضى من أذى بسبب تدخل الأطباء، رغم ما كان يسود في عصور خلت، في عهد انحطاط الحضارة الإسلامية وتخلف المسلمين، بل حتى أوقات قريبة من القرن العشرين الميلادي، في بلاد العرب والمسلمين، من إحجامهم من رفع قضايا ضد الأطباء، بحجة أن الطب كالسحر لا يفك ألغازه إلا الأطباء، وبذريعة أن ما حدث هو قدر ونحو ذلك، مما يعكس غياب الثقافة الطبية والثقافة القانونية في آن معاً، فهو قصور في فهم الناس، والإسلام بريءٌ من ذلك.

وقد أشار صاحب "وثائق في الطب الإسلامي[1402]"-وقد كان قاضياً- إلى نازلةٍ نزلت بقرطبة-أعادها الله للإسلام- واختلفت فيها أقوال أهل الخبرة، في عيبٍ في عينِ جارية، فذهب ثلاثةٌ من الأطباء إلى صحة وجود العيب وقِدمِـه. واضطربت أقوال شهود المدعى عليه الثلاثة في حدوث العيب، فذهب أحدهم إلى القول بعدم وجود أثرٍ للعيب، و قال آخر إن العيب يقْدم ويحدثُ، وقال الثالث إن العيب حديث. فحكم حينئذٍ بإسقاط شهادة شهود المدعى عليه؛ لاضطراب أقوالهم، واعتبر شهادة غيرهم لاتفاقهم على معنى واحد.

وجاء في الشرح الكبير[1403] عند المالكية: "(ولا دية لعفوٍ) أي لولي عاف عن القاتل (مطلقٍ) في عفوِه...بأن لم يصرح حال العفو، بديةٍ ولا غيرها (إلاّ أن تظهر) بقرائن الأحوال (إرادتها) ويقول بالحضرة إنما عفوت على الدية (فيحلف) أي فيصدق بيمين (ويبقى على حقه) في القتل (وإن امتنع) القاتل من إعطاء الدية، فإن لم يقُلْ ذلك بالحضرة، بل بعد طولٍ، فلا شيء له، وبطُل حقه؛ لمنافاة الطـول للإرادة المذكورة". وعبارة"وبطُل حقه؛ لمنافاة الطول للإرادة المذكورة" تحمل على سقوط حقه بالتقادم . و"تقادم الحق" هو مرور زمن معين على حق أو عين دون مطالبة صاحبهما مع قدرته عليهما.[1404] والتقادم لا يسقط الحق في التعويض- من حيث

[1402]: ص 60-66؛ للإمام عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي القرطبي، أبو الأصبغ- رحمه الله- (ت 486 هـ).

[1403]: للدردير: 181/6.

[1404]: راجع: د.محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان، ص 165، أشار إليه د.محمد نجدات في ضمان العقد، ص 361.

المبدأ- في الشريعة الإسلامية؛ لأنه لا يجوز لأحدٍ أخذ مال غيره بغير رضاه، وبلا سببٍ شرعي. لكن التقادم يعتبر مانعاً من سماع الدعوى بالحق، ويرجع الأستاذ وهبة الزحيلي[1405] سبب ذلك إلى حماية الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنب إثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر -أي كاشف- للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانةً مرور الزمن وتقادم العهد؛ لأن مبدأ الإسلام العام الأزلي هو احترام ملكية الآخرين، إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التعليق بالشرط، وبناء عليه، يصح للحاكم العام في مذهب الحنفية منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلاً، فيعتبر قضاؤه بعدئذٍ غير نافذٍ.[1406]

فإذا ترك شخص دعواه في التعويض خلال مدة مقررة، سقط حقه في إقامة الدعوى، إلاّ أن يقر الخصم بالحق، فينهدم مرور الزمن؛ لظهـور الحق بإقراره[1407]، وعلى ذلك نصت المادة 1674 من المجلة. وعلّق الشارح على ذلك بقوله: "لما يسقُطُ الْحق بِتقَادمِ الزمن، ولو تقَادم الزمن أحقَابا كَثِيرةً، وأن عدم استِماعِ الدعوى بِمرورِ الزمنِ، الْمبينِ آنِفًا، مبني علَى الْأَمرِ السلْطَانِي بِسببِ امتِناعِ الْحكامِ عن سماعِ الدعوى، خوف وقُوعِ التزويرِ لِقَطْعِ الْحِيلِ والتزويرِ والْأَطْماعِ الْفَاسِدةِ الْفَاشِيةِ بين الناسِ ". [1408]

وذكر الأستاذ مصطفى الزرقا[1409] أن التقـادم، بوجه عام في الفقه الإسلامي، هو قضية استصلاحية خاضعة لقواعد المصالح المرسلة، وليست منظمة بنص في أصل الشريعة، ومن الممكن التعديل فيها بحسب الحال مقتضيات المصلحة الزمنية والتنظيم القضائي. وهو ما قرره صاحب درر الحكام[1410]؛ بأنه أمر اجتهادي.

ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون في اعتبار التقادم مسقِطاً للحقوق، على النحو الذي بيناه، إلا أنه يختلف عن القانون في اعتبـاره للتقادم مكسِباً للحق، عـدا ما ورد عن المالكية

[1405]: راجع: نظرية الضمان، ص 102.

[1406]: نصت المادة 1660 من المجلة على ذلك بقولها: " لما تسمع الدعاوى غير الْعائدةِ لِأَصل الْوقْفِ أو لِلْعمومِ كَالدينِ الْوديعةِ والْعقَارِ الْملْكِ والْمِيراثِ والْمقَاطَعةِ فِي الْعقَاراتِ الْموقُوفَةِ أو التصرفِ بِالْإِجارتينِ والتوليةِ الْمشروطَةِ والْغلةِ بعد تركِها خمس عشرةَ سنةً": حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 261/4.

[1407]: راجع: الزرقا، المدخل الفقهي العام ف 4/23 : 335/1-336.

[1408]: راجع: حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام: 279/4.

[1409]: راجع: الفعل الضار، ص 131.

[1410]: راجع: حيدر علي: 261/4.

قولهم به اعتماداً على أثرٍ عن سعيد بن المسيب(ض) مرفوعا إلى النبي-صلى الله عليه وسلّم- أنه قال:" من حاز شيئا عشر سنين فهو له"[1411]. وإليه أشار الشيخ خليل[1412] بقوله: "وإن حاز أجنبي غير شريكٍ وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت، بلا مانع عشر سنين، لم يسمع ولا بينتـه، إلا بإسكانٍ ونحوه"[1413]. وجاء في المدونة في الشهادة على الحيازة، وفي الرسالة في خاتمة باب القضاء، مثلـه [1414]. وقال ربيعة[1415] : "إذا كان الرجل حاضراً، وماله في يد غيره، فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك، فالمال للذي هو في يده، إلا أن يأتي الآخر ببينةٍ، على أنه أكرى أو أسكن أو أعار عاريةً وإلا فلا شيء له".[1416]

وجاء عن ابن القاسم[1417] أنّ "من حاز على حاضرٍ عروضا أو حيوانا أو رقيقاً، فذلك كالحيازة في الربع[1418]، إن كانت الثياب تلبس وتمتهن، والدواب تركب وتكرى، والأمة توطأ. ولم يحد مالك في الرباع عشر سنين، ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا حازها دون الآخر؛ فيما يبنى ويهدم ويكرى ويسكن"[1419]؛ أي بمعنى أن مالكـا-رحمه الله- " ...لم يوقت في ذلك حـدا، ورأى ذلك على قدرِ ما يـرى ويجتهـد فيه الإمـام "[1420]

[1411]: "قال في المقرب عن ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة عن سعيد بن المسيب يرفع الحديث للنبي(ص)":شرح ميارة:279/2، وقال ابن القيم : "يذْكر عن سعِيدِ بن الْمسيبِ، وزيدِ بن أَسلَم"، "وهذَا لَا يثْبت": الطرق الحكمية:168/1؛ 169/1؛ على التوالي.

[1412]: سبق ترجمته.

[1413]: تولى شرحها كل شروح خليل. ومن أهمها: الشرح الكبير:169/6 ، شرح ميارة :272/2؛ والعبدري، التاج والإكليل: 210/6.

[1414]: مالك عن ابن القاسم، المدونة الكبرى :192/13، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: 245/2.

[1415]: هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ مولى آل المنكدر التيميين تيم قريش المعروف بربيعة الرأي فقيه أهل المدينة أدرك جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وعنه أخذ مالك بن أنس رضي الله عنه .وقال مالك ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة الرأي . وكانت وفاته في سنة 136هـ، وقيل سنة ثلاثين ومائة. راجع: وفيات الأعيان: 288/2-290.

[1416]: راجع: أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح ميارة : 272/2.

[1417]: : سبق ترجمته .

[1418]: "الربع الـدار بعينها حيث كانت، وجمعها رباع و ربوع و أرباع و أربع، والربع أيضا المحلـة": مختار الصحاح: 97/1.

[1419]: وقيل "هذا- أي عشر سنين- في الدور والأرضين، وأما غيرها من ثياب أو حيوان أو عبد فذلك أقصر مدة، وكل شيء بحسبه وقدره، فالثياب السنة والسنتان فيها حيازة إذا لُبست": محمد بن يوسف العبدري، التـاج والإكليـل : 210/6.

[1420]: ابن القيم، الطـرق الحكميـة: 169/1.

وجاء في الشرح الكبير[1421]: وإنما لم تسمع دعواه، مع الشروط المذكورة؛ لأن العرف يكذبه؛ لأن سكوته تلك المدةِ دليلٌ على صدق الحائزِ؛ لجري العادة أن الإنسانَ لا يسكت عن ملكه تلك المدة... وفي المدونة الحيازة كالبينة القاطعة، لا يحتاج معها ليمين أي من الحائز،وهذا في محض حق الآدمي، وأما الوقف بأنواعه-الذي هو حق لله-، فتسمع فيه البينة ولو تقادم الزمن".

قال ابن القيم-رحمه الله-: فَالْأَيدِي ثَلَاثٌ، الْأُولَى:" يد يعلَم أنها مبطِلَةٌ ظَالِمةٌ فَلَا يلْتفَت إِلَيها. الثانِيـةُ: يد يعلَم أنها محِقةٌ عادِلَةٌ، فَلَا تسمع الدعوى عليها؛ كَمن تشاهد في يدِهِ دار يتصرف فيها بِأنواعِ التصرفِ؛ من عِمارةٍ وخرابٍ وإِجارةٍ وإِعارةٍ، مـدةً طَوِيلَـةً، مِن غَيرِ منازِعٍ ولَا مطَالِبٍ، مع عدمِ سطْوتِهِ وشوكَتِهِ، فَجاءَ من ادعى أنه غَصبها منه واستولَى عليها بِغيرِ حق، وهو يشاهِده في هذه الْمدةِ الطوِيلَةِ، ويمكِنه طَلَب خلَاصِها منه، ولَا يفْعلُ ذلك، فَهذَا مِما يعلَم فيه كَذِب الْمدعِي، وأن يد المدعى عليه محِقةٌ. هذا مذْهب أَهلِ الْمدِينةِ مالِكٍ وأَصحابِهِ وهو الصـواب"[1422].

المطلب الثاني: التأمين من المسؤولية في المجال الطبي في الشريعة الإسلامية

إذ نبين فيه فلسفة وأنظمة التأمين في الإسلام في فرع أول، ثم نردفه بموقف الفقه الإسلامي من التأمين من المسئولية في المجال الطبي في فرع ثانٍ.

الفرع الأول: فلسفة وأنظمة التأمين في الإسلام

بناء على ما تم بيانه حول التأميـن والتأميـن من المسئوليـة في الجانب القانوني[1423]؛ فإن فلسفـة التأمين أصلاً تقوم على أساس اشتـراك جمع غفير من الناس في إزالـة الضـرر الحاصل أو تخفيفه. وهو ما ينوء عن تحمله شخص بمفرده، لكن تفريـق تكاليف رفعه أو تخفيفه على طائفـة كبيرة من الناس، يجعل تحمله يسيراً، لا يصيب أي أحد منهم بغبن فادح.[1424]

[1421]: للدردير مع حاشية الدسوقي: 170/6.

[1422]: الطـرق الحكميـة: 167/1.

[1423]: راجع: المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

[1424]: راجع: د.محمد رواس قلعه جي، مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، ص 126.

إن الخلفية الإنسانية الجميلة للتأمين قد شابها كثير من الكدر عندما انقلب عقد التأمين من عقد تعاونٍ على الخير وتبرعٍ وخدمةٍ للشعوب إلى عقد استرباحٍ، يد شركات كبرى يسيطر عليها الجشع وحب كنز المال.[1425]

وإن كان عقد التأمين غير معروف في الفقه الإسلامي، إلا أن فكرة التأمين تمثلت في الشريعة في جملة من الأنظمة هي:

أولا: حق الفقراء في النفقة من بيت المال:

يقول الدكتور يوسف القَرضاوي[1426]: "وقبل أن يعرف المجتمع الغربي نظام التأمين بقرون، كان المجتمع الإسلامي يؤمن أفراده بطريقته الخاصة؛ إذ كان (بيت مال المسلمين) هو شركة التأمين الكبرى، التي يلجأ إليها كل من نكبه الدهر، فيجد فيه العون والملاذ..."[1427]

ولقد راعى الإسلام للمعسر؛ الذي ليس له قريب موسِر ينفق عليه، أو ينفق عليه ولكن لا يفي بحاجاته، قرر له حقا في بيت المال، وإلى هذا أشار الكاساني[1428] في بدائعه قائلاً: " وأما النوع الرابع [مِن مصارِف بيتِ المالِ] فيصرف إلى دواءِ الْفُقَراءِ والْمرضى وعِلاجِهِم وإلى أكْفَانِ الْموتى الذِين لا مالَ لهم، وإلى نفَقَةِ اللقِيطِ وعقْلِ جِنايتِهِ، وإلى نفَقَةِ من هو عاجِز عن الْكسبِ ولَيس له من تجِب عليه نفَقَته، ونحوِ ذلك، وعلى الْإِمامِ صرف هذه الْحقُوقِ إلى مستحِقيها".[1429]

ثانياً: نظام الزكـاة:

إن نظام الزكاة جزء من نظام التكافل الاجتماعي في الإسلام، ذلك التكافل الذي لم يعرفه الغرب إلا في دائرة ضيقة هي دائرة التكافل المعيشي، بمساعدة الفئات العاجزة والفقيرة. وعرفه الإسلام في دائرة أعمق وأفسح، بحيث يشمل جوانب الحياة المادية والمعنوية[1430]. والزكاة في رأي

[1425]: راجع: المرجع ذاته من ذات الصفحة.

[1426]: عالم مصري أزهري معاصر أشهر من نارٍ على علمٍ، صاحب التصانيف، يشتغل بالفقه والدعوى والإصلاح.

[1427]: فقـه الزكـاة:907/2.

[1428]: هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ملك العلماء المنعوت بعلاء الدين ، تفقه على محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، وقرأ عليه معظم تصانيفه مثل التحفة فى الفقه وغيرها من كتب الأصول، وصنف كتاب البدائع وهو شرح التحفة وعرضه على شيخه فازداد فرحاً به وزوجه ابنته الحسناء الفقيهة العالمة، وجعل مهرها منه ذلك، فقال الفقهاء فى عصره شرح تحفته وزوجه ابنته، وطلبها جماعة من ملوك بلاد الروم فامتنع والدها. واشتغل فى أشغاله بالفقه فلم ينجب، ونسبته إلى كاسان وهي بلدة وراء الشاس بها قلعة حصينة، مات رحمه الله بحلب في العاشر من رجب سنة 587هـ. راجع: طبقات الحنفية: 244/2.

[1429]: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 69/2، دار الكتاب العربي- بيروت، ط2، 1982م.

[1430]: فهناك التكافل الأدبي، والتكافل العلمي، والتكافل السياسي، والتكافل الدفاعي، والتكافل الجنائي، والتكافل الأخلاقي، والتكافل الاقتصادي، والتكافل العبادي، والتكافل الحضاري، وأخيراً التكافل المعيشي، وهو الذي خصص اليوم خطأً باسم التكافل الاجتماعي،

البعض أقرب إلى للضمان منها إلى التأمين؛ لأنها لا تعطي الفرد بمقدار ما دفع من قسط؛ كما هو الشأن في نظام التأمين، وإنما تعطيه بقدر ما يحتاج إليه، قلّ ذلك أو كثر.[1431]

ثالثاً: نظام تحمل العاقِلة الديةَ:

مضمون هذا النظام أنه إذا جنى أحد جناية قتل غير عمد؛ بحيث يكون موجبها الأصلي الدية لا القصاص، فإن دية النفس توزع على أفراد عاقلته الذين يحصل بينه وبينهم التناصر عادةً، وهم الرجال البالغون من أهله وعشيرته، وكل من يتناصر بهم ويعد واحدا منهم.[1432]

ويرى البعض أن العاقلة هم أهل نصرة الرجل من رجال قبيلته أو أهل نقابته أو حزبه السياسي.[1433]

رابعاً: عقد الموالاة[1434]

صورته أن يقول شخص ممن أسلم من غير العرب لعربي أو شخص مجهول النسب لآخر: "أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت"[1435]، فيقبل العربي، فيصير القابل بهذا العقد عاقلا؛ أي يلتزم بدفع الدية عمن عقل عنه في جناية الخطأ. وسيأتي الحديث عن موقف الفقهاء منه في الفرع القادم.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التأمين والتأمين من المسئولية في المجال الطبي

بدايـةً، اتفق كثير من العلماء المعاصرين على جواز مختلف صور التأمين التعاوني؛ كالتأمين الاجتماعي، على خلاف التأمين التجاري[1436]، الذي يهدف أساساً إلى الربح.

وبناء عليه، اختلف بعض الفقهاء المعاصرين في جواز التأمين التجاري، بما فيه التأمين من المسئولية، ما بين مبيح محرم، ويهمنا في حدود هذه الدراسة موقف الفقه الإسلامي من التأمين من المسئولية؛ التي تتمثل في ضمان المستأمِن ضد رجوع الغير؛ الذي أصابه ضرر بسببه، بدعوى

ونظام التكافل الاجتماعي أوسع كثيرا من الزكاة؛ لأنه يشمل أمورا متعددة ، والزكاة تشمل شيئا واحدا وهو ما يعرف ب"التأمين الاجتماعي" و"الضمان الاجتماعي". راجع: فقـه الزكـاة: 880/2.

[1431]: راجع: العلامة القرضاوي، فقـه الزكـاة:281/2.

[1432]: راجع: المستشار محمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية، ص 80.

[1433]: راجع: د.محمد رواس قلعه جي، المرجع السابق، ص 127.

[1434]: "الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له، وولاء موالاة وسببه العقـد... والمعنى فيهما التناصـر ": االمرغيناني، الهداية شرح البداية: 271/3.

[1435]: إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، لسان الحكام: 432/1.

[1436]: ماعدا البعض مثل الأستاذ مصطفى الزرقا، راجع: الشيخ فيصل مولوي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، ملاحق.

التعويض عليه. فيكون للمستأمِن-الطبيب مثلاً- الرجوع على المؤمن-شركة التأمين- بما تكبده من مصروفات وتكاليف في دفع المسؤولية عن نفسه.

I. أدلـة المجيـزين والاعتراضـات عليهـا

فمن أجـاز التأمين ومنه التأمين من المسئوليـة، استدل بجملة أدلـ ـة نوردها فيما يلي:

أولاً: عقد التأمين عقـد تعـاون وتضامن اجتماعي، على ترميم الكوارث الواقعة على الإنسان في ماله عن طريق تجزئتها وتفتيتها وتوزيعها على مجموع المستأمنين، بدلاً من أن يتحمل أضرارها الشخص المصاب وحده. ومما لا شك فيه أن التعاون على الخير أمر تقره الشريعة وتدعو إليه. إن عقد التأمين يمنح الأمان والاطمئنان للمستأمن على ماله ومستقبل حياته، هذا الأمان الذي هو من أعظم نعم الله، والذي من به على قريش بقوله: « فليعبدوا رب هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف »[1437].

اعترض البعض على هذا بالقول بأننا إذا سلمنا أن فكرة التعاون والتضامن الاجتماعي موجودةٌ في نظام التأمين التجاري، فإننا لا نسلم أنها هي الغاية من هذا التأمين، بل إن شركات التأمين التجارية إنما انطلقت لتحقيق أرباح باهظة من أقصر الطرق، وجماهير الفقراء والمتوسطين إنما يقبلون على التأمين انطلاقاً من ظروفهم الخاصة، فيرون أنهم يدفعون القليل ليحصلوا على الكثير، إذا تعرض أحدهم لحادث، وفي هذا ربح فوق أنه اطمئنان على المستقبل. ثم إن التعاون على الخير أمر تقره الشريعة، هذا لا جدال فيه، لكن من المعروف أن الغاية المشروعة تستلزم وسيلة مشروعة. فلماذا لا نفَعلُ أساليب شرعية لتقصيرنا، ونستحدث أسلوباً تحوم حوله الشبهات.[1438]

ثانيـاً: ليست العقود في الشريعة محددة محصورة، بل يجـوز استحداث صـور جديدة من العقود كلما دعت الحاجـة، والأصل في العقود الإباحـة، عند أكثر العلماء، ما لم يرد نص يمنعها أو تكون مخالفة لقواعد الشريعة العامة القطعية. وعقد التأمين لم يرد بخصوصه نص يمنعه، وليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة، فضلاً عن أن حاجة الناس تقتضيه، فيكون جائزاً شرعاً.[1439]

اعتِرض على هذا بأنا نسلم بأن الأصل في العقود الإباحة، وأنه لم يرد في الشرع نص بتحريم التأمين بذاته؛ لأنه أصلا لم يكن معروفا عند نزول الشريعة، لكن القول بأن التأمين لا يخالف

[1437]: سورة قريش، الآية 3-4.

[1438]: راجع: الشيخ فيصل مولوي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، ص 40.

[1439]: راجع: أ. مصطفى الزرقا، ذكره الشيخ فيصل مولوي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، ص 22.

قواعد الشريعة العامة فيه نظر، وذلك لما في التأمين من الربا والغرر والقمار. ثم إن حاجة الناس تقتضي إيجاد حل لمشكلة الحوادث المفاجئة بأي أسلوب شرعي كان، ولا تقتضي بالضرورة قيام عقد التأمين.[1440]

ثالثـاً: إن في أحكام الشريعة، وأصول فقهها ونصوص الفقهاء، ما يصلح أن يكون مستنداً قياسيـاً واضحـاً في جواز عقد التأمين. ومن ذلك:

1. نظـام العاقلـة:

يشير الأستاذ مصطفى الزرقا إلى أن نظام العواقل في الإسلام يهدف إلى غايتين: الأولى: تخفيف أثر المصيبة عن الجاني المخطئ، والثانية: صيانة دماء ضحايا الخطأ عن أن تذهب هدراً؛ لأن الجاني المخطئ قد يكون فقيراً لا يستطيع دفع التأدية فتضيع الدية.

فنظام العاقلة هو نظام تعاوني جعله الإسلام إجبارياً في القتل غير العمد؛ لما يحققه هذا النظام من مصلحة قدر الشارع أهميتها، وهو بذلك يلتقي مع نظام التأمين فيما يتعلق بتنظيم التعاون بين الناس على ترميم الكوارث المالية التي تلحق ببعضهم؛ لما يحققه التأمين وخصوصاً التأمين من المسئولية من مصالح، تتجانس مع المصلحة التي يحققها نظام العواقل. والمصلحة التي يراها الشارع الحكيم بالغةً من القوة درجةً توجب جعلها ملزمةً، لا يسوغ أن تصبح مفسدة، إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعاوضة.

على أن فضيلة الشيخ محمد أبي زهرة[1441] لا يرى، رداً على الأستاذ الزرقا، قياس عقدِ التأمين على تحمل العاقلة الدية؛ لأن العاقلة أسرة يربطها الدم، على التعاون في تحمل الغرم والاشتراك في كسب الغنم، وهذا لا يتوافر في عقد التأمين.[1442] ويرى الشيخ فيصل مولوي أن قياس التأمين على نظام العاقلة هو قياس مع الفارق؛ لأن هذا التأمين ليس نظاما تعاونيا بحتا. ويضيف قائلاً: إذا كان نظام العاقلة نظاماً شرعياً بلا خلاف، فلماذا لا نطبقه إلزامياً في حدوده الشرعية، واختيارياً فيما نتعاقد عليه، بدل أن نلجأ إلى نظام جديد، ليس أفضل منه ولا أيسر في التطبيق، وليس له ميزة إلا أنه نظام قائم موجود وفد إلينا مع سائر الأنظمة الغربية.[1443]

[1440]: راجع: الشيخ فيصل مولوي، المرجع ذاته، ص42.

[1441]: شيخ الأزهر في زمانه من القرن العشرين الميلادي، له مؤلفات حسان، منها الملكية، والجريمة إلخ.

[1442]: راجع: المستشار محمد سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 81.

[1443]: راجع: الشيخ فيصل مولوي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، ص 46.

2. عقـد المـوالاة:

قال ابن قدامة-رحمه الله-: "ولا يعقل مولى الموالاة، وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما، ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم إلى عشيرة فيعد نفسه معهم، وبهـذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يعقل مولى الموالاة ويرث، وقال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم".[1444]

ويعتبر الأستاذ أحمد طه السنوسي من أول من اتخذ عقد الموالاة دليلاً قياسياً على جواز عقد التأمين من المسئولية[1445]، مستنداً إلى أن أركان عقد الموالاة تتفق إلى حد كبير وأركان عقد التأمين المشار إليه، فهو:

أ. عقد بين طرفين أولهما مولى الموالاة ويقابل شركة التأمين، وثانيهما المعقول عنه ويقابل المؤمن له.

ب. يتضمن عنصر العِوض المالي، الذي يتمثل في التزام مولى الموالاة بالدية أو التعويض عن الجريمة التي نتج عنها ضرر للغير، وهذا يقابل التزام شركة التأمين بدفع التعويض للمضرور في التأمين من المسئولية.

ج. يتضمن عنصر المقابل المالي، المتمثل فيما يتركه المعقول عنه من تركةٍ إذا لم يكن له وارثٌ، وهذا مقابل الأقساط التي يدفعها المؤمن له نظير التزام شركة التأمين بدفع التعويض.

ويؤيد الأستاذ مصطفى الزرقا[1446] هذا بالقول: إن عقد الموالاة فيه شبـه كبير مع التأمين من المسئولية، فبمقتضى عقد الموالاة يتحمل الولي المسئولية؛ أي الضمان المالي، الذي يترتب على المولى، نتيجةَ جنايةِ الخطأ الصادرة منه، وذلك بسبب العقد، رغم أن المولى المتعاقد لم يجن شيئاً. وفي مقابل هذا التحمل (الاحتمالي غير المحقق) يستفيد الولي الإرث من المولى إذا مات من غير وارث (وهو أيضاً عوض احتمالي غير محقق).

على أن البعض يعتـرض على ذلك فيقـول:

[1444]: المغني: 307/8.

[1445]: في بحث له بعنوان" عقد التأمين في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأزهر، المجلد 25، سنة 1373هـ - 1953م.

[1446]: في بحثه الذي قدمه في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1961م، وطبعه بعد ذلك، ص 22 وما يليها، أشار إليه محمد سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 80.

أ. إنه لا جامعة قط تجمع عقد التأمين مع عقد الموالاة؛ لأن عقد الموالاة يجعل غير العربي في أسرة عربية، ينتمي إليها ويكون كأحد أفرادها ويحمل اسمها ولقبها، وهذا لا يتوافر في المتعاقد مع شركة التأمين، إذ إنه لا يعد واحداً منها، وليس عضوا في جمعيتها العامة ولا يتدخل في ميزانيتها وما يجب في أوجه الاستقلال والإنفاق.[1447]

ب. عقد الموالاة هو حل استثنائي لاحتواء غير العربي، الذي دخل في الإسلام، والتحق بالمجتمع المسلم، وليس له فيه عاقلة، ومادام أنه حل استثنائي، جاء على خلاف القياس، فلا يقاس عليه غيره.

ج. ثم إن بين عقد الموالاة وبين التأمين من المسئولية فروقـًا أساسيـة، وهي أكبر من وجوه التشابـه، وهـذه الفـروق هي:

أ. إن عقد الموالاة أساسه التناصر بين طرفين متعادلين، بينما التأمين من المسئولية عمل تجاري بين طرفين غير متكافئين.

ب. في عقد الموالاة يكون تحمل الولي للمسئولية المالية المترتبة على جناية الخطأ أمراً احتمالياً، كما أن اكتساب الإرث أمر احتمالي أيضاً، وبذلك يتعادل الطرفان. أما في عقد التأمين من المسئولية فإن اكتساب الشركة للقسط أمر مؤكد، بينما اكتساب المستأمِن أمر احتمالي، فينعدم التعادل بين الطرفين.[1448]

3. دلالـة الوعـد الملزم عند المالكية:

أشار بعض الفقهاء المعاصرين[1449] إلى هذه الدلالة، بالقول إن الشخص قد يعِد غيره عِدةً بقرض أو تحمل خسارة عنه أو إعارة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل. والوعد الملزم لصاحبه يشبه عقد التأمين، حيث تلتزم شركة التأمين للمستأمِن-ولو بلا مقابل- أن تتحمل عنه أضرار الحادث المعين وتعوض عليه خسائره. فإذا وقع الحادث ، وجب الوفاء بالوعد، بناء على

[1447]: راجع: الشيخ محمد أبو زهرة، ذكره محمد سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 80، وعزاه إلى بحث الأستاذ الزرقا السابق الذكر.

[1448]: راجع: الشيخ فيصل مولوي، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، ص44-45.

[1449]: راجع: أ. الزرقا في بحثه الذي قدمه في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1951م، ص58، وأ. علي الخفيف، في بحثه في عقد التأمين المقدم لندوة البيضاء، في ربيع الأول سنة 1392هـ - مايو 1972م.

بعض أقوال المذهب المالكي[1450]. وعند الحنفية المواعيد ليست ملزمةً إلا في حالات ضيقة إذا صدرت بطريق التعليق[1451].

يقول الأستاذ الزرقا: إننا إذا نظرنا إلى مذهب المالكية الأوسع في هذه القضية، فإننا نجد في قاعدة الالتزامات هذه متسعاً لتخريج عقد التأمين على أساس الوعد الملزم. ويشير الأستاذ علي الخفيف إلى أن التأمين لا يقل منزلةً عن وعدٍ أقيم على سببٍ، إذ إنه يتضمن الالتزام بدفع التعويض عند نزول الضرر المؤمن له، وإذا كان الوعد واجب الوفاءِ قضاءً، فأولى أن يجب الوفاء بالالتزام بالتعويض في التأمين.

ويعترض البعض[1452] على هذا بالقول إن قاعدة الوعد الملزم- فوق أنها مما اختلف فيه الفقهاء ولم يأخذ بها جمهورهم، بل لم يأخذ بها جمهور المالكية أنفسهم- قد تصلح للتطبيق في حوادث فردية، ولكنها لا يمكن أن تصلح لبناء نظام كامل يتعامل به مثل نظام التأمين. وفضلاً عن ذلك، فإن الوفاء بالوعد يدخل في عقود التبرعات، بينما يدخل الوفاء بعقد التأمين في عقود المعاوضات؛ لأنه يكون بمقابل وهو القسط المدفوع، وعليه، فإن قياس التأمين على الوعد الملزم، قياس مع الفارق.

4. ضمـان الطـريق:

يتمثل ضمان الطريق فيما لو قال رجلٌ لِغيرِهِ" أُسلُك هذا الطريق، فَإِنْ أُخِذَ مالُك فَأنا ضامِن " فَسلَكه فَأُخِذَ مالُه، كان الضمانُ صحِيحـا، والْمضمونُ عنه مجهـولٌ، ومع هذا جوز الضمـانُ.[1453] ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا أن في هذا النص عند الحنفية دليلاً استثنائياً قوياً في إباحة التأمين على الأموال من الأخطار.

[1450]: وذلك إذا أدخل المُوعِد الموعود في سبب يلزمه بوعده، حيث قال سحنون: الذي يلزم من الوعد قوله اهدم دارك وأنا أسلفك ما يبنى به أو اخرج إلى الحج وأنا أسلفك أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، أما مجرد الوعد فلا يلزمك الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق؛ أي إنها يوجب المسئولية الخلقية فحسب. وقال أصبغ: إذا كان وعده مقروناً بذكر السبب، حيث قال يقضى عليك به تزوج الموعود أم لا، وكذا أسلفني لأشتري سلعة كذا لزمك، تسبب في ذلك أم لا، والذي لا يلزم من ذلك أن تعده من غير ذكر سبب. راجع: الفـروق: 54/4.

[1451]: راجع: السرخسي، المبسوط، كتاب الطلاق، باب الخيار: 212/6.

[1452]: راجع: فيصل مولوي، المرجع السابق، ص49.

[1453]: راجع: الفتاوى الهندية:277/3، و مجمع الضمانات:588/2.

وقد اعترض عليه بنفس ما اعترض على دلالة الوعد الملزم؛ من أنه حل استثنائي لمشاكل فردية، وأنه يتخلل عقود التبرعات، بخلاف التأمين؛ الذي يدخل في المعاوضات.[1454]

رابعـاً: أثر العرف أو المصلحة أو الضرورة في استنباط حكم التأمين في الشريعة

ذكر فضيلة الشيخ علي الخفيف أن عقد التأمين قد احتل أهمية كبرى وذاع وانتشر في جميع البلاد، وذلك لما يحققه من مزايا وفوائد، بحيث أصبح من أهم الدعامات التي يقوم عليها النشاط الاقتصادي، فضلا عما يحققه للأفراد من مصالح شخصية واجتماعية، فهو يبعث فيه الاطمئنان ويشعره بالأمان بما يحققه له من مزايا وضمانـات إذا أُصيب بمرض أو عجز أو شيخوخة، وبما يحققه لذويه من أن يعيشوا في يسر وفي مأمن من غوائل الدهر. وهذه جميعها تحقق حكمة الشارع في كثير من الأحكام؛ مثل التعاون على الخير.

وبسبب ما يحققه التأمين من مزايا ومصالح، فقد بلغ مستوى العرف العام في جميع البلاد الإسلامية. ولا يقدح فيه أن عدد المؤمن لهم بالنسبة إلى غيرهم قليلٌ، وأن من الناس من ينكره، إذ لا يشترط في أن يصير الشيءُ عرفاً عاماً أن يباشره كل فرد من أفراد الأمة، ولا أن يعمل به أكثرها من ناحية العدد، ولا أن يكون عليه إنكار، فالعرف هو الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية، ومثل عقد التأمين في ذلك مثل عقد الاستصناع، بل إن انتشار عقد التأمين وذيوعه أعظم من انتشار عقد الاستصناع، ولم يقدح في أن يكون عقد الاستصناع عرفاً عاماً أن الشافعية[1455] ومن ذهب مذهبهم ينكرونه.

بل إن الحاجة إلى عقد التأمين تكاد تقارب الضرورة، لا سيما في المجالات الاقتصادية ومجالات مواجهة المخاطر التي يستحيل على الفرد بإمكانياته مواجهتها لولا وجود التأمين؛ لذا اقتضت الحاجة لاستمرار مشروعات التأمين الكبرى والتوسع فيها، تقاضي أقساط التأمين، وذلك يستوجب جواز عقد التأمين وبقائه.

وقد اعترض عليه بأن في التأمين الاجتماعي مندوحةٌ عن التأمين؛ لما فيه من شبهة، كما دعا إلى تبني جمعيات تعاونية لهذا الغرض.[1456]

[1454]: راجع: الشيخ فيصل مولوي، المرجع السابق، ص50.

[1455]: راجع: الوسيط: 173/4، و فتاوى السبكي: 447/1.

[1456]: راجع: الشيخ محمد أبو زهرة، في رده على بحث الأستاذ مصطفى الزرقا في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1951، أشار إليه: محمد سعيد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص11.

II. أهم أدلـة المانعيـن والـرد عليهـا:

انبرى جماعة من الباحثين و العلماء المعاصرين ينكرون التأمين، بما فيه التأمين من المسئولية. ولهم في ذلك عدة أسانيـد. منها ما ذكرناه في معرض الرد على أدلة المجيزين، إذ يكفي الإشارة إليه؛ منعاً للتكرار الذي لا طائل منه، ومنها ما سأعرضه بشيء من الإيجاز غير المخل، مع توجيهها لتقتصر على التأمين من المسئولية المدنية الطبية؛ لتحاشي الاستطراد والطول، وهو ما لا تسمح به حدود هذه الدراسة.

أولاً: أثر الغـرر في عقد التأمين:

يرى هذا الاتجاه أن عقد التأمين يشتمل على الغـرر؛ لأن لا أحد من الطرفين يعلم مقدار ما يدفع ومقدار ما يأخذ، فقد يقبض أحد الطرفين أكثر مما دفع أو أقل، وهو منهي عنه.

واعترض عليهم بأن الغرر إنما نهي عنه؛ لأنه قد يفضي إلى النزاع ، فإذا اتفق الأطراف، ارتفع النزاع، وفي هذه الحال امتنعت علة التحريم، فارتفع معها المعلول، وهو القول بتحريم التأمين لما فيه من غرر.

ثانيـاً: انعدام التعادل بين الأقساط ومبلغ التأمين وما يثيره من شبهة الربا:

يرى هذا الاتجاه أن مبلغ التأمين إذا زاد عن الأقساط المدفوعة، فهو ربا، والربا منهي عنه. ويرى فضيلة الشيخ أبي زهرة في هذه الحالة أن عقد التأمين يعتبر صرفاً باطلاً؛ لأنه شراء دينٍ بدينٍ، وعقد الصرف لا يصح إلا بالقبض.[1457]

على أن المجيزين يردون ذلك بأن ربا الفضل يتحقق في مبادلة مال بمال زائد، عند اتحاد جنس البدلين، إذا كان من الأصناف الربوية الستة المنصوص عليها، أو ما أُلحق بها. وربا النسيئة هو ما يتضمن فضلُ مالٍ في مقابلة الأجل؛أي تأخير الوفاء، أو بعبارة موازية، يتحقق ربا النسيئة بتأخير قبض البدل، ويسري على هذا أحكام الصرف. وعقد التأمين خالٍ من الربا؛ لأن المعاوضةَ فيه معاوضةٌ بين نقودٍ تدفع أقساطاً للشركة، وبين منفعةٍ تتمثل في تحملها تبعة الكارثة أو الضمان.

III. الرأي المختـار في هذه المسألـة:

لا ريب - في اعتقادي- أن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول المجيز للتأمين، خصوصاً التأمين من المسئولية، هو عين المصلحة. فلنتصور كم من الإشكالات يمكن أن تطرح في المجال الطبي، إذا لم يكن هنالك تأمين؟ فبالنسبة للأطباء سوف يدفع الكثير منهم إلى مسح كل أثرٍ يدل

[1457]: راجع: بحثه المشار إليه في أسبوع الفقه الإسلامي، ص 83؛ 95.

على مسئوليته؛ كإحجام بعض الأطباء عن كتابة الدفتر الطبي "Les feuilles de protocoles" للتدخل الطبي بشكل مفصل، أو كتابته مع عدم التوقيع والتأشير عليه، أو تقديمه إلى طبيب لا يحمل الصفة والمؤهلات اللازمة؛ ككتابة تقرير عن عملية جراحية من طبيب عام مناوب أو من طرف طبيب لا زال في طور التكوين؛ مما يسهل للطبيب الحاذق عديم الضمير الإفلات من المسئولية، وإن الله ليزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن. وعليـه، ففي القول بإلزام الطبيب القيام بالتأمين من المسئوليـة سـد لذريعـة الفسـاد، وحفظٌ وحمايـةٌ لمصلحة الطرف الضعيف، ألا وهو المريض.

وفي المقابل، إن بقاءَ الطبيب مهدد بإمكان تسليط سيف المسائلة عليه، سوف يدفعه إلى أن يحجم عن أن يتحلى بالشجاعة والجرأة اللازمتين في مهنتهما، خصوصا في بعض التخصصات الحساسة، وهو ما من شأنه أن يقعده عن ارتياد الخطر، وتطوير البحث العلمي في المجال الطبي، الذي هو في صراع أبدي مع العلل، التي طورت بدورها من أساليبها، فلا يكاد يمضي زمن إلا سمعنا فيه بمرض جديد، وفي فرض إلزامية التأمين من المسئولية حمايةٌ للطبيب من خطر رجوع المضرور عليه بالضمان، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فكان تفعيل التأمين من المسئولية؛ تحصِيلاً للمقصود، واجبـاً، وأدنى درجاته الجواز.

وفي كلتا الحالتين السابقتين تحري مقْلَـةَ المصلحة الشرعية، التي توازن بين المصالح المتعارضة، وتراعي المصلحة العامـة دون ريب.

IV. نحو تأمين ذي طابع إسلامي:

لا أحد يشك في أن اعتماد شركات تأمين إسلامية، تقوم على التعاون، وتصرف مصارفها فيما يحل، ولا يكون همها جمع المال بقدر ما يكون همها الشاغل هو تقديم الخدمة للمتعاملين. وأظن أن حصول هذه الشركات على مقابل لخدمتها، مؤسس على أنه عقد إجارة مشتركة. كما يجوز للشركة أن تحصل على ربح لتطوير قدراتها التنافسية والخدماتية ومواجهة الأزمات المالية، وهذا ما يجعل شركات التأمين أقدر على غيرها من الجمعيات التي قد لا تسعفها المؤهلات والخبرات اللازمة، خصوصاً بعد أن لا حظنا خلال أزمة 2008-2009م المالية أن شركات تأمين عملاقة، بل بنوك عريقة زالت من الوجود أو غيرت استراتيجياتها؛ بأن لجأت إلى شراكة حكومية أو خاصة.

وبناء عليه، يبدو أن الحكمة في الإبقاء على الشيء وتطويره، وصولاً إلى الهدف المنشود، أولى من القول بحرمته. و الحكمة بل المصلحة الشرعية تقتضي أنه إذا بطُل الأصلُ صير إلى البدل، وأما نقض الأصل دونما بدلٍ فلم يقل به عقلٌ ولا شرع، وبالتالي، فالمصلحة في الإبقاء على عقد التأمين من المسئولية مع تعديله، والله تعالى أعلم.

وبناء على هذا التحليل، لا أرى مانعاً من القول بجواز عقد التأمين من المسئولية في المجال الطبي، بالضوابط التي أشرنا إليها، فإذا زال المانع؛ بأن أصبحت لنا القدرة الكافية لاستحداث تأمين إسلامي، ارتفع الممنوع، وهو قولنا بجواز التأمين من المسئولية على صورته الحالية بدواعي الضرورة والمصلحة، فما المصلحة إلا فيما شرع الله سبحانه ورسوله ε.

خـــاتمـــة

في نهاية هذا البحث، لا يسعني في حدود هذه الدراسة المترامية الأطراف، ما بين الجانب القانوني وجانب الشريعة، أن أشير إلى كل النتائج المتوصل إليها، إنما يكفي الإشارة إلى الملاحظات الرئيسية؛ التي يحق علينا أن نطلق عليها زبدة البحث نصا واستنباطاً.

ـ وأهم نتيجة في هذا البحث هو تبيان صحة القول بانعقاد المسئولية المدنية عن الخطأ الطبي من عدمه، وبيان حدود الخطأ إن صح ذلك. إذ بينما نادى بعض فقهاء القانون ردحاً من الزمن أنه لا مسئولية دون خطأ، وعرف هؤلاء بأصحاب النظرية الشخصية، طرأت عوامل عديدة اقتصادية وفلسفية، بل وحتى قانونية، تمثلت في القصور التشريعي عن تغطية ما استجد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير الإنصاف أن يطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ، ضد أصحاب المصانع الكبرى؛ طبقا للقواعد القانونية التقليدية. هذا فضلا عن ظهور شركات التأمين على المخاطر، وما رافقها من تشريعات ملزمة بالتأمين، مما وفّـر ضمانات كافية للمتضرر، وجعله يحصل على تعويض بأقرب السبل وأسهلها.

هذه العوامل كلها، كان لها الأثر البالغ في فقه القانوني المدني؛ حيث دعا إلى هجر فكرة الخطأ واستبدالها ببدائل؛ أبرزها نظرية المخاطر أو التبعة وما كان لها من تأثير على القضاء؛ حيث تبنت فكرة الخطأ المفترض، وهذا فضلاً عن تأثيرها في كثير من التشريعات الحديثة. يليها في الأهمية نظرية الضمان؛ التي هي صورة مخففة من تحمل التبعة، بيد أنه لم يكتب لها ما لسابقتها من نجاح. واعتنق هذا الاتجاه أصحاب المسئولية الموضوعية، الذين يهتمون بمحل الالتزام، المتمثل في ضرورة تعويض من أُصيب بضرر طبي مطلقاً، بغض النظر عن طرفي الالتزام، والبحث في مسلك الفرد في اتصافه بالخطأ من عدمه.

وبناء عليه، يبدو أن النظرة المتوازنة ليس في القول بضرورة توافر الخطأ لانعقاد المسؤولية المدنية، فقد يشق على المضرور إثباته إذا اتسم بالصفة الفنية، فينجو الفاعل ويتملص من المسؤولية، فيفضي ذلك على ضياع الحقوق، وتغليب مصلحة طرف دون آخر، وكل هذا باطلٌ، فباطلٌ ما يؤدي إليه، وهو ضرورة اشتراط الخطأ لانعقاد المسؤولية. وليس الصواب في القول بهجران الخطأ وأفوله مطلقا؛ لأن ذلك يؤدي من خلال مؤسسات التأمين ونحوها إلى اضمحلال المسؤولية الفردية، والتشجيع على إشاعة ثقافة الإهمال والتقصير والاتكال، هذا من جهة. ومن جهة أخرى،

لما في ذلك من خرق لقواعد القانون، القاضية في نطاق العقد-مثلاً- بضرورة توافر الالتزام ببذل العناية اللازمة من طرف الطبيب تجاه مريضه، ومدى قياس درجة تلك العنايـة للقول بمسؤوليـة الطبيب أو عدمها.

لذلك، يبدو لي أنه لا مناص من اشتراط الخطـأ في ميدان المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، وفي المسؤولية العقدية في دائرة الالتزام ببذل عناية. بينما يلعب الخطـر أو الضـرر دوراً رئيسيـاً في مجال المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وعن حراسة الأشياء، وكذلك في إطار المسؤولية العقدية في دائرة الالتزام بتحقيق نتيجة، على اختلاف مسمياته، ومع ذلك يلعب الخطـأ –حينئذٍ- دوراً ثانويـاً أو مكمـلاً.

ولا زال للخطأ أهمية كبرى في كل من التشريع و القضاء الجزائري، وأكبر عائق لا زال يواجه المريض، خصوصاً في بلادنا الجزائر، هو صعوبة إثبات خطأ الطبيب؛ لأن الحصول على وثائق رسمية مفصلة للحالة المرضية والتدخل العلاجي، مؤشر عليها بتوقيع الطبيب الرئيسي، مرفقاً بذكر بياناته؛ كما تنص على ذلك البروتوكولات الطبية، بات أمراً متعذراً، سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص، وإذا أمكن المريض أو ذووه، باستعمال حيلهم ووسائلهم الخاصة، إثبات بعض حيثيات الواقعة، فمن العسير إثبات كل جوانب الحالة الطبية.

وبناء عليه، إن لم نقل بضرورة تبني فكرة الخطأ المفترض؛ مثلما هو عليه الحال في حوادث المرور، يجب مراجعة قانون الصحة[1458]، وكل ما يتعلق به مثل قانون التأمين وقانون الضمان الاجتماعي، بشكل شامل ليستجيب لمتطلبات الواقع. فلا زال قانون التأمين الجزائري -مثلاً-يمنح تعويضاتٍ مجحفة للمتضررين، بناء على نسبة الضرر المؤشر عليه في تقرير الخبير الطبي، مما يجعل البعض يستبعد التسوية الودية، ويلجأ إلى التسوية القضائية، رغم ما فيها من إجراءات وتكاليف.

والاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي أنه ذو نزعة ماديـة، فهو لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء ومخالفة محظورة، بل يجب الضمان فيه مطلقاً؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علةً وسبباً للتضمين، فإذا وجدتِ العلةُ وجِد المعلولُ، والإلزام في ذلك إنما هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، ولذا لزم الضمـانَ من لا إدراك له في ماله؛ كصغير لا يعقل أو مجنون، وشغلت ذمته به دون أن تشغل ذمته بالأداء، وإنما يجب الأداء في هذه الحال على من له ولاية على المال.

[1458]: وهو ما نادى به بعض الباحثين الجزائريين. انظر مثلا: د.رايس محمد، المسئولية المدنية للأطباء، ص 505.

ـ ومن النتائج المهمة التي تتعلق بالضرر الطبي، تحقيق مسألة تغير قيمة الضرر النقدية في حالة ما إذا حدد لشخص تعويضاً عن ضرر جسدي مستمر. وهو ما حدا بمحكمة النقض الفرنسية حديثاً، إلى الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة بعد صدور الحكم النهائي. إذ يزداد التعويض في مقداره، بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، وتتجسد الوسيلة الفنية التي لجأت إليها لتحقيق هذا الغرض في ربط التعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري قياسي «une rente viagère indexée»، حسب مؤشرات الأسعار المعيشية أو معدل الدخل الفردي أيضاً؛ مثل حالة الإصابة بالعجز الكلي عن العمل، حيث يضمن المصاب الحصول على مبلغ يساوي الراتب الذي كان ينبغي أن يقبضه لو لا حصول الحادث.

وعليـه، للقاضي أن يستعين بوسيلة حسابية تقيم التناسق المستمر بين مقدار التعويض وقيمة الضرر، وهذه طريقة موازية للطريقة التي ينص عليها القانون المدني المصري في المادة 131؛ والقانون المدني الجزائري في المادة 170؛ التي قوامها أن للقاضي، إن لم يتيسر له تحديد مقدار التعويض تحديداً كافياً، أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير، لكن الطريقة التي ابتدعتها محكمة النقض الفرنسية أفضل، لأنها لا تكلف المضرور عناء رفع دعوى جديدة، ليصل إلى مسايرة التعويض لقيمة الضرر.

وقد تولى التشريع الفرنسي ذلك بتاريخ 1975/12/30، حيث أجاز تعديل التعويض المقضي به في صورة مرتب لمدى الحياة، وتحديد مقدار الزيادة في الإيرادات، دون اشتراط طلب المضرور إعادة النظر في التعويض. ولا يوجد في رأي بعض الفقه العربي- وهو ما نراه- ما يمنع من الأخذ بما ذهب إليه كل من القضاء والتشريع الفرنسي الحديث، في ظل نصوص قانونية تسمح بأن يكون التعويض في صورة إيراد مرتب.[1459] وتفادياً لحجية الشيء المقضي به، التي تمنع من إعادة النظر في تقدير الإيراد بعد أن حدده القاضي في حكمه بمبلغ من النقود، يستطيع القاضي أن يأمر في ذات الحكم بتغيير مقدار الإيراد بتغير سعر النقد، ولا حرج على القاضي في ذلك، إذا كان قد روعي في التعويض المقضي به، أن يكون مخصصاً لنفقـة المضرور.

[1459]: راجع: المادة 1/171 مدني مصري، والمادة 132 مدني جزائري، والمادة 246 مدني كويتي جديد.

وقد نصت المادة 132/1 مدني جزائري بأنه إذا كان التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً، فإنه يجوز إلزام المدين بتقديم تأمين، وذلك حتى يكون السداد مضموناً، وقد يتم التعويض في صورة أسهم أو سندات، وقد يتم في صورة تقديم حق عيني للمضرور؛ كحق انتفاع أو استعمال.[1460]

ثم إن تقدير القضاء[1461] لمقدار التعويض، هو الأصل في المسؤولية التقصيرية، وهو الغالب في المسؤولية العقدية.[1462] والقاعدة أن تقدير التعويض يكون وقت صدور الحكم القضائي النهائي، حيث يكتمل في هذا الوقت عناصر الضرر المحققة، وفقاً لقيمتها في ضوء تغير القيمة الشرائية للنقود، ومع ذلك فإن هنالك اعتبارات[1463] تقتضي تقدير التعويض، بناء على قيمته في وقت سابق على صدور الحكم النهائي؛ كتجمد الضرر بناء على إصلاح المضرور للضرر، وبالتالي يضع حداً لتفاقمه، أو خطأ المضرور المؤثر في تقدير قيمة التعويض، ومن ذلك رفضه عرض المسئول بإصلاح الضرر، فيتسبب بخطئه في اشتداده، وتحمل المسئول الأثر المترتب على انخفاض الأسعار وقت صدور الحكم القضائي؛ بحيث تتحدد قيمة التعويض في وقت سابق على هذا الانخفاض، بالقدر الذي يغطي الضرر تغطية كاملة. فإن بدت ناقصة عما كان عليه وقت حصول الفعل الضار، اعتبر ضرراً إضافياً محققاً، ينبغي جبره بالتعويض في حدود هذا الفرق، وليس من الأضرار الاحتمالية، أو مجرد ضرر عن ضياع فرصة، طالما أنه لن يعتد بشأنه بالأسعار المتباينة من وقت وقوع الفعل الضار إلى حين صدور الحكم القضائي.

ـ وفيما يتعلق بالتعويض عن الضرر، هنالك تيارات ملحوظةٌ في الفقه الإسلامي تتجه إلى ضمان المنافع. فالشافعي يجعلها مضمونة في الغصب، والمالكية يراعون تأثير تغير السعر في باب التعدي-كما تقدم-، وقد قال ابن حزم وبعض شيوخ الحنابلة، وأبو ثور، بلزوم الضمان إذا نقص الشيء بانخفاض الأسعار[1464]، والحنفية يجعلون الأجرة والربح للغاصب، ولكن ذلك لا يطيب له، ويجب عليه أن يتصدق بها، ولو دفع الغلة إلى المالك حل للمالك تناولها.[1465]

[1460]: راجع: د. علي سلميان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، ص210.

[1461] : خصوصاً في حالة غياب التعويض المقدر في العقد أو القانون، راجع المواد 131، 182 ق.م.ج.

[1462] : راجع: د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 216-217.

[1463] : راجع: د. أحمد شوقي، المرجع السابق، ص63 وما يليها.

[1464]: راجع: المحلى: 139/8، والإنصاف: 155/6 ؛ وقواعد الأحكام: 151/1-152، على التوالي.

[1465]: راجع: مجمع الضمانات:313/1.

وبناء على هذا الاتجاه الفقهي، يمكننا القول بالتعويض عن المنفعة ، فإن فعل التطبيب باعتباره عقد إجارة عامة أو مشتركة، يستوجب التعويض عن أية خسارة تحملها الدائن المريض، وعن أي ربح فاته؛ لأن هذه المنفعة مالٌ متقوم بالعقد ضاع على الدائن، وهو ضرر متفرع عن الضرر الأصلي، فحكمه حكم الأصل، فيعود به على المدين الطبيب على أساس المسؤولية العقدية. وحتى على فرض أن فعل الطبيب أفضى إلى ضرر المريض في غير صورة العقد؛ مثل تعامل المريض مع طبيب في مستشفى عام، حيث يعتبر خدمة عمومية منظمة بقوانين لائحية، فليس هنالك ما يمنع من القول بالتعويض عن المنفعة، على ضرر متفرع عن الضرر الأصلي، حيث يكون حكمه حكم الأصل، أنه يجب فيه الضمان، بناء على المسؤولية التقصيريـة. وفي كلتا الصورتين، يجب على من يزعم ضياع أو فوات منفعة إثبات ذلك.

أما بالنسبة للتعويض عن فوات الفرصة، فقد قرر جمع من الفقهاء بأن تفويت الفرصة هو ضرر معنوي ليس فيه تعويض لامتناع شرط المالية- على ما سبق بيانه-، ولكن ذلك لا يمنع التعزير؛ بما يراه ولي الأمر محققاً للمصلحة العامة. [1466] و ذهب البعض[1467] إلى أن التعويض لا يسوغ إلا إذا كانت الأضرار المحتملة مؤكدة الوقوع لا مظنونة؛ حيث قال: "للأضرار المحتملة تأثير في تقدير التعويض، إذا كانت مؤكدة الوقوع؛ لأنها عندئذٍ تكون في حكم الواقعـة فعلاً". وإن اعترض على تفويـت الفرصـة في نفس المقام فقال:" أو الأضرار المتوقعة نتيجة تفويت فرصةٍ، وغير ذلك من الأضرار غير مؤكدة الوقوع، فلا تعويض فيها في الفقه الإسلامي". فبين مناط الرفض من التعويض عن فوات الفرصة؛ بأنها من جملة الأضرار غير مؤكدة الوقوع، وفقهاء القانون المدني-كما تقدم- بينوا أن تفويت الفرصة من حيث هو؛كوسيلة تستعمل للوصول إلى المراد، هي ضرر محقق، بصرف النظر عن مآل الضرر، سلباً كان أم إيجاباً، وهو ما يتماشى-في تصوري الخاص- مع قواعد الشريعة القاضية بسد ذرائع الفساد، فكيف يسيغ لنا القول بفتحها. فلو منع أحد غيره بأي وسيلة كانت؛ مثل تأخر وسيلة نقل جوي عن موعدها، ففوت عليه ميعاد إجراء عملية جراحية مجدولةٍ منذ مدة، فعدم إجرائه للعملية في موعدها بحد ذاته ضرر محقق، بقطع النظر عن إفضائها إلى ضرر بالنفس أو دونها من الأعضاء؛ أو عدم إفضائه لذلك، فذلك ضرر آخر، لو حصل يمكن أن ينسب إليه، ولو لم يحصل فلا يفلت من التبعة عن الضرر الأول، ولو لم نقل بذلك

[1466]: راجع: د.محمد النشار، المرجع نفسه، ص 119j212، وأ. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 46.

[1467]: راجع: د. محمد بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 261-262.

لفتحنا بابا واسعاً لمن أراد أن يضر بغيره، مفوتاً عليه منفعة؛ أي مدخلاً عليه ضرراً، دون أن يقع تحت طائلة المسؤولية، وهذا هو عين فتح ذرائع الفساد، والشرع منعنا من ذلك.

بيد أن التعويض عن هذا النوع من الضرر، مشروطٌ بوجود بينـة قطعيـة ثابتـة، لا احتمالية ولا مفترضة. وبناء عليـه، فلا يختلـف- في تصوري الخاص- ما ذهب إليه الفقـه الإسلامي عن ما توصل له فقـه القانـون المـدني.

وبناء على ما سبق من تحليل، فإن القول بأن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي محدودة ضيقة، كما أشار إليها البعض[1468]، غير صحيحة؛ لما بينا من آراء فقهية، تمثل اتجاهات عريضة للسادة العلماء؛ من فحول الفقه الإسلامي، الذين استقوا آراءهم من معين الشريعة الإسلامية الغـراء، وإنما غاية ما في الأمر، يمكن القول بأن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي منضبطة بحدود الشرع.

ـ إن رابطة السببية من الأهمية بمكان، بحيث إن معظم النزاعات المطروحة أمام قضاء النقض تتعلق بتأسيس رابطة السببية.[1469] وهذا صحيح، فمن الوسائل القانونية التي عمد إليها القضاء الجزائي الفرنسي لرفض الفصل في الدعوى المدنية المطروحة أمامه؛ التي تحاول إصباغ دعوتها بالصبغة الجزائية، والتحرر من شكليات بعض الدعاوى المدنية المفروضة، والتحرر من عبء وسائل الإثبات المحددة حصراً في الأصول المدنية، هو نفي حلقة السببية.

وإن إثبات السببية من طرف المتضرر، طبقاً للنظرية التقليدية؛ القائمة على الخطأ الواجب الإثبات، صعب للغايـة، وإن كان سهلَ التطبيق بالنسبة للقاضي، كما أن نفيهـا من طرف الطبيب لإعفائه من المسؤولية؛ طبقاً لنظرية المخاطر، التي تفترض الخطأ في جانبه، صعب المنـال، على سهولةِ تنفيذه بالنسبة للقاضي، الذي -مع ذلك- يستعين بتقرير الخبراء للتأكد من صحة استنتاج الخطأ المفترض.

لكن الصعوبة والغموض تكون أكثر ما تكون حينما تتعدد الأسباب المنتجة للضرر، بخلاف السبب المعزول، الذي لا يثير صعوبةً في كشفه. فمن المتصور أن يتبنى القانون الجنائي معياراً يوسع من نطاق رابطة السببية؛ كالمعيار المستمد من "نظرية تكافؤ الأسباب"، ولا خطورة في ذلك، فإذا امتدت رابطة السببية – وفقاً لهذا المعيار – إلى نتائج ليس من العدالة أنْ يسأل المتهم

[1468]: انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 168/6.

[1469] : Sylvie Welsch, Responsabilité du médecin, p.165.

عنها، فإن الركن المعنوي – المتمثل في الخطأ أو القصد – يستبعد المسؤولية عن هذه النتائج، إذا لم تثبت الخطيئة إزاءها. وهذا يعني أن الخطأ يصلح في القانون الجنائي من عيوب معيارٍ متسعٍ لرابطة السببية.

ولكن هذا القول غير صحيح في القانون المدني، فإذا قامت المسؤولية المدنية دون خطأ، فإن تبني معيار متسع لرابطة السببية، يؤدي إلى مساءلة المدعى عليه عن أضرار ليس من العدالة أن يسأل عنها، ولا وسيلة من الخطأ لإصلاح ذلك. ويعني ذلك أن القانون المدني، وخاصة في حالات المسؤولية دون الخطأ، يتطلب معياراً مضيقاً – أو على الأقل معتدلاً – لرابطة السببية. ومؤدى ذلك، جـواز اختلاف معيار رابطة السببية في القانون الجنائي عنه في القانون المدني، فيكون الأول موسعاً والثاني مضيقاً.

وهذا الاختلاف بين القانونين واضح في القضاء الألماني، فبينما تبنى القضاء الجنائي "نظرية تكافؤ الأسباب" أخذ القضاء المدني "بنظرية السببية الملائمة"،[1470] وفي فرنسا أخذ القضاء المدني بنظرية تكافؤ الأسباب، حينما كان أصل اشتراط الخطأ؛ باعتباره ركناً في المسؤولية المدنية غالباً، فلما اتجه التطور التشريعي إلى التوسع في قرائن الخطأ، ودخلت في القانون حالات "تحمل التبعة"، اتجه القضاء نحو معيار أكثر تضييقاً لرابطة السببية.[1471]

وإزاء هاتين النظريتين السابقتين، تولد لدى الفقه نوعين من الردود تمثل في الاتجاه الأول° حيث رأى البعض صعوبةَ إخضاع فكرة السببية لأي معيار علمي، وذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى تطوير نظرية السببية الملائمة؛ من خلال الاستعانة بقوانين الإحصاء؛ التي يمكن أن توظف على صعيدين مختلفين، أحدهما: موضوعي، وثانيهما: شخصي. إذ يتمثل التقدير الموضوعي في مدى احتمال حدوث الضرر، باستعمال فكرة الاحتمالية، التي تعد دون شك أكثر الوسائل للتأكد من الأسباب المنتجة للضرر. وعليه، يقدر القاضي الصلة القائمة بين الواقعة المولدة للضرر والمسؤولية تقديراً إحصائياً، وذلك بالاستعانة بالخبرة عند الاقتضاء. على أنه يؤخذ على هذه المحاولة، أنها تستند من ناحية، على عناصر غيـر مؤكدة أو أجنبية عن فكرة السببية، ومن ناحية أخرى، فإن الاستقـراء يدل على أن أسلوب التقدير بالاستعانة بفكرة الاحتمالات هذه، يهجرها القضاء

[1470] Nagub Hocni, le lien de causalité en droit pénal, 1955, N°10 : أشار إليه د.عادل جبري،المرجع السابق، ص 262

[1471] Marty (G), la relation du cause et effet comme condition de la responsabilité civile, rev. Trim. Dr. Civ. 1939, p.685 et s ; Mazeaud (H.L) et Tunc (A), traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,1960,T.II, N01442, p359 .

بصورة متزايدة، وهذا فضلاً عن أن ما سوف يقدره القاضي، باعتبار أنه عامل محتملٌ لإحداث الضرر، إنما سيكون في الحقيقة، هو العامل الذي يجب على الشخص المعتاد أن يتوقعـه، وهكذا نعود مع فكرة التوقع هذه إلى تقدير عنصر الخطـأ، وليس عنصر السببية ذاتـه.

ويتجسد التقدير الشخصي في مدى استطاعة توقع الضرر، حيث اتجه البعض الآخر عن طريق الاستعانة لفكرة الاحتمالات، إلى إدخال معيار التوقـع، فلا يعتبر سبباً منتجاً للضرر إلا الأحداث التي كان يجب على الشخص المعتاد أن يتوقعها في تقديره محتمةً لإنتاج هذا الضرر. على أن هذه المحاولة، يمكن أن يرد عليها أيضاً نفس المآخذ؛ من حيث أنها بقيامها على تقدير سلوك مرتكب الفعل، إنما تعود مرة أخرى إلى البحث عن الخطأ.

كما لف الغموض بعض مقومات فكرة السبب الأجنبي؛ كعدم إمكان التوقع، الذي اضطربت فيه المعايير، بين قائل بالمعيار الشخصي، وقائل بالمعيار الموضوعي، وجامع بينهما في معيار يأخذ من كل معيار محاسنه، ويتجنب مساوئه، ويمكن تسمية هذا المعيار بالمعيار المختلط، أو ما يمكن أن يطلق عليه بمعيار الشخص المعتاد بين نظرائه. لكن هذا المعيار يبقى أمراً سهلاً باعتبار التصور ولكنه أمر صعب من حيث التطبيق.

ـ وحدد فقه الشريعة رابطة الإفضـاء؛ بأن تكون إمـا على سبيل المباشـرة أو السببية، فلا ضمان في غيرهما.[1472] ويرى البعض بأن ضابـط التمييـز بين المباشرة والتسبب الذي يستند إلى قوة رابطة السببية، يعترضه بعض الصعوبـات[1473]. فتحقق رابطة السببية بين الفعل-مباشرةً كان أو تسبباً- والضرر، تستوجب الضمان بالمساواة، فلكل من المباشر والمتسبب علاقـةٌ بالنتيجة الضارة. ويرجع الفقه الإسلامي التمييز بين المباشرة والتسبب من حيث شروط الضمان إلى أحد القواعد الأصولية التي تميز بين العلة والسبب[1474]، وتقضي بأن العلّة باعتبارها وصفاً مؤثراً بذاته في الحكم، متصلاً به، فلا تحتاج إلى أمرٍ زائدٍ يضاف إليها لثبوت الحكم، فيدور معها المعلول وجوداً وعدماً، أما السبب فهو طريق إلى الحكم بدون تأثير، إذ لا بد فيه أن يتوسط بينه وبين الحكم علة؛ لذلك لا يضاف إليه الحكم إلا بزيادة وصفٍ يجعله صالحاً للعلة أو في حكم

[1472]: راجع: د. الحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود:180/1، أشار إليه د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص 26.

[1473]: د.عادل جبري حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص 237.

[1474]: أشرنا إلى تعريفهما في اللغة والاصطلاح في الفرع الثالث من المطلب الثاني في المبحث الأول من الفصل الأول لهذا الباب.

العلة وهو التعدي.[1475] أما القول بأنه لكون رابطة الإفضاء أو السببية في حالة "المباشـرة" تكون مباشرة؛ لعدم وجود ما يفصل بين فعل المباشر والضرر، فيجب الضمـان مطلقـاً، ولكونها في حالة "التسبب" غير مباشرة؛ لوجود فاصل بين الفعل والضرر، فلا يقوم الضمـان إلا بشروط أخرى؛ هذا القول بعيد عن الصحة، و لا مستند له، بل مخالف لقواعد ومنطق الضمان، فالفاصل بين فعل المتسبب والضرر، إما أن يترتب عليه هدم رابطة السببية بين الفعل والضرر، وهنا لن تقوم المسؤولية مطلقاً، وإما أن لا يترتب على هذا الفاصل أي أثرٍ من حيث إسناد الضرر إلى المتسبب، وفي هذه الحال يكون وضعه وضع المباشر، ولا تكون هناك حاجةٌ لاشتراط أمرٍ آخر.

وإن عدم دقة التمييز يفضي إلى نتائج غريبة ومتناقضة، وهذا ما نلمحه في اضطراب تكييفات الفقهاء في النوازل والمسائل. وهذا الرأي له وجاهته وحظه من النظر الشرعي، فاشتراط التعدي في التسبب ذريعةٌ إلى ضياع حقوق الناس، وقواعد الشرع-فيما نعلم- قاضيةٌ بضمان ما يصيب الغير من ضررٍ مطلقاً؛ سواء كانت عن محض تسببٍ ليس فيه معنى التعدي، أو تسبباً ينطوي على معنى التعدي.

وبناءً عليه، يمكن القول بأن من سقط في حفرةٍ حفرها شخص ما في ملكه، فلا ضمان على الحافر؛ ليس بسبب أنه غير متعدي، ولكن لأن الساقط مباشر. فإن غطّى الحافر الحفرة؛ بحيث لم يرها الساقط، أو حفرها في الطريق العام، يكون ضامناً؛ لأنه متسبب، حتى لو لم يقصد من وراء ذلك الأذى بغيره. وبهذا نقترب من المسؤولية الموضوعية التي عرف بها الفقه لإسلامي، ونبتعد عن المسؤولية الشخصية؛ التي عرف بها الفقه القانوني قبل أن يتجه- في عدة محاولات؛ مثل التأمينات الإجبارية- صوب المسؤولية الموضوعية[1476].

ويرى البعض[1477] بحق أن فقه الشريعة الغراء لم يحدد المقصود بالسبب الأجنبي، كما لم يتناوله في إطار نظرية عامة لدفع الضمان، ولكن يمكن استخلاص ذلك من خلال تتبع ما أوردوه من أمثلة تطبيقية لصوره، وكذلك من بعض القواعد الفقهية التي ذكروها، ومن أهمها "ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه".

[1475]: راجع:د.عادل جبري، المرجع السابق، ص 333؛ وقد أشار إلى: د.محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ص246، د. إبراهيم أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دراسة تحليلية للأنظمة القانونية المعاصرة،اللاتينية-الإسلامية-الأنجلوأمريكية مع طرح فكرة التعدي كأساس للمسؤولية المدنية، ص228.

[1476]: انظر: تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية، في الفرع الأول من المطلب الأول ضمن المبحث الأول للفصل الأول من الباب الثاني.

[1477]: راجع: د.عادل حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية، بند 232-233.

وبناء على ما سبق بيانه، يتضح أن النوازل السماوية تعتبر في حكم الجائحة باتفاق الفقهاء.
وأما ما يتعلق بفعل الآدميين من خلاف، يبدو أن رأي المالكية الثاني[1478] أرجح الآراء وأعدلها ، فهو اشترط في فعل الآدميين أن يكون غالبـاً؛ أي أن تتوافر فيه علـة الجائحـة، وهي عدم إمكـان التحرز والدفع، واشترط ابن القيم في الجائحة الآدمية أن تكون عامـة بحيث لا يمكن الاحتراز منها؛ كنهب الجيوش دون سرقة اللصوص التي يمكن الاحتراز منها[1479]، وهذا الرأي يشبه رأي فقهاء القانون في اشتراطهم للظروف الطارئة في نطاق تنفيذ العقود-إضافةً إلى الشروط الأخرى- أن تكون عامةً، وذلك حتى لا يختلق الأفراد هذا الظرف ، فيمكنهم خرق العقود والإفلات من المسؤولية القانونية. فقبول فعل الآدميين مطلقاً، دونما قيد أو شرط، قد يفضي إلى التحايل على الشرع؛ كما قد يفضي إلى التحايل على القانون في اصطناعهم للظرف الطارئ الخاص، والله تعالى أعلم.
كما أن المبدأ العام في حال خطأ المضرور باعتباره الخطأ الوحيد، هو أن من تعمد إحداث الضرر بنفسه، وكان خطأه هو السبب الوحيد، تحمل – وحده – كل آثار هذا الخطأ.[1480] وفي هذا الفرض يتفق فقه الشريعة مع ما فقه القانون المدني.
ويمثل رأي جمهور الفقهاء ورأي الحنفية قياساً، الذي يعتد بالسبب الأقوى، عند تعدد الأسباب، ما يقابل الأخذ بنظرية السببية الملائمة أو السبب المنتج عند فقهاء القانون، ويمثل رأي الحنفية استحساناً؛ أي توزيع الضمان على المشتركين، ما يقابل الأخذ بنظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها عندهم. ويعتبر الاتجاه الفقهي الذي يتجه إلى توزيع عبء الضمان بين المدعى عليه والمضرور، في حالة اشتراكهما في إحداث الضرر المراد ضمانه، يتسق مع ما استقر عليه فقهاء القانون المدني المعاصر.
كذلك، فإن خطأ المريض لا يمكن أن ينفي حلقة الإفضاء أو السببية بين التعدي الطبي والضرر الواقع فحسب، بل يمكن أيضاً أن ينفي صلة الإفضاء بين التعدي ونوع آخر من الضـرر – يعوض عنه القضاء الوضعي– ألا وهو فوات الفرصة في الحياة، أو الشفاء أو في تحسين الحالة أو

[1478]: الأرجح ما روي عن مالك ، خلافا لابن القاسم القائل بأن السرقة جائحة مطلقاً، و لابن نافع القائل: ليست السرقة بجائحة: راجع: المـدونة الكبـرى: 38/12.
[1479]: إعـلام الموقعين: 357/2.
[1480]: راجع : د. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، ص158.

تفادي تفاقمها.[1481] غير أن الفقه الإسلامي، وإن كان بعضه لا يعترف بفوات الفرصة باعتباره ضرراً في النظر الشرعي؛ لأنه غير متحقق أو موهوم أو ليس بمال متقوم، إلا أنه، من خلال قواعد الضمان، خصوصاً قاعدة المباشرة والتسبب، يحكم بضمان المريض، إذا تحققت هذه الأضرار المحتملة في المستقبل، وإلا فلا، والله أعلم.

وقد اعتبر فقهاء الشريعة أن فعل الأجنبي سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى إعفاء المدعى عليه من الضمان. فإذا هلك الشيء بفعل أجنبي، انتفت رابطة الإفضاء بين التعدي والضرر، فلا يضمن المدين في عقود الأمانات؛ كالوديعة، دون عقود الضمان، كعقد التطبيب-باعتباره عقد إجارة عامة- حيث يمكن للمدعى عليه دفع الضمان، وأن يعود على الغير بما دفع، وهذا في حالة ما إذا لم تطالب الضحية بالتعويض من الغير الأجنبي .

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ السنهوري -رحمه الله-[1482] بأن السبب الأجنبي ينفي الضمان في يد الأمانة دون يد الضمان، وذلك مثل يد البائع قبل تسليم المبيع، فإن الالتزام يصبح التزاماً بتحقيق غاية، فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي. ذلك أن الفقه الإسلامي يكتفي في هذه الحال بفسخ العقد، ولا يوجب فوق الفسخ تعويضاً آخر، فلم يمنع السبب الأجنبي من الفسخ. أما في الفقه الغربي فهناك تعويض فوق الفسخ، وهذا التعويض وحده هو الذي يمتنع بالسبب الأجنبي. ومن ثم رتب على ذلك نتائج خطيرة، تتمثل في أنه لا يوجد فرق عملي في هذه المسألة بين الفقهين الإسلامي والغربي. ولكن يلاحظ في الفقه الإسلامي أنه إذا كان السبب الأجنبي هو خطأ المضرور، فإنه يمنع الفسخ. وما دام السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي لا ينفي الضمان، إذا كانت يد المدين يد ضمان، فلا جدوى من إثباته؛ لأنه حتى لو ثبت لا يرفع الضمان، ومن ثم لا محل للتساؤل عمن يقع عليه عبء الإثبات هنا.

وإذا أردنا أن نسقط كلام السنهوري على فعل الطبيب، فإنه يستقيم في حالة ما إذا التزم الطبيب بتحقيق غاية؛ كالالتزام بالبرء بموجب الاتفاق، ويمثل لذلك بجراحة التجميل، أو الالتزام بسلامة المريض في نقل الدم، الذي تمليه قواعد القانون، فلا ريب أن الضمان لا يرتفع في الفقه الإسلامي بحالٍ؛ لأن يد الطبيبِ يد ضمانٍ، لا يد أمانة.

[1481]: راجع: د. محمد منصور، المرجع السابق، ص173، وطلال عجاج، المرجع السابق، ص404.

[1482]: راجع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 6/182-183.

بيد أن ذلك- في تصوري الخاص- لا يفضي إلى الفسخ فحسب، دون التعويض؛ لأن مجرد الفسخ متصور قبل مباشرة الفعل الطبي، إذا لم يترتب على ذلك ضرر؛ كأنْ يفَوت الطبيب على مريضِهِ فرصةَ شفائه؛ بتنصله من التزامه في وقتٍ غير مناسبٍ. أما إذا باشر الطبيب فعله، ووقع الضرر بالمريض، أو أحجم الطبيب عن علاج المريض بعد إبرامهما عقد التطبيب، فإن القول بالفسخ فحسب، دون التعويض، تأباه مقاصد الشرع وقواعد الضمان، القاضية برفع الضرر قبل وقوعه، وجبره بعد وقوعه.

أما إذا كان التزام الطبيب ببذل عناية؛ أي كانت يده يد أمانةٍ، ووقع الضرر بالمريض، فلا ضمانَ، إلا إذا أُسنِد الضرر إلى فعل الطبيب، بأن استطاع مدعي الضرر إقامة الدليل على أن فعل الطبيب، الذي اتصف بالخطأ الذي خرج به عن أصول أهل صناعة الطب، أفضى إلى الضرر الحاصل. ويستطيع الطبيب أن يدفع عن نفسه التهمة، بأن يثبت الطبيب أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي؛ مثل فعل الغير أو خطأ المضرور ذاته.

ـ إن الفقه الإسلامي يماثل القانون الوضعي في الانتقادات التي وجهت إلى التكييفات الخاصة بعقد التطبيب؛ كالوكالة أو عقد العمل، أو المقاولة، ماعدا عقد الإجارة، وذلك لأنّ فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون بأنّ الطبيب هو أجير مشترك، والأجير المشترك ليس له تبعية لأحد، كما هو الحال بالنسبة للأجير الخاص، فسلم من الاعتراض، وهذا ما جعل بعض فقهاء القانون –رغم عدم اعتمادهم لهذا التكييف الذي انتهجـه فقهاء الشريعة الإسلامية- يقولون بواجهتـه.[1483]

ـ لما كانت الشريعة الإسلامية تنيط أحكامها بالأوصاف والمعاني دون الأسماء والأشكال، فإن لفظي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يعتبر نشازا عن قاموس الشريعة الإسلامية، إذا نظرنا إليها من حيث الصياغة والشكل، ولكن إذا أمعنا النظر في كنههما ومعناهما وجدناهما يقابلان مفهوم لفظ الضمـان المقرر لجبر الضرر في الفقه الإسلامي. "إن المسؤولية الطبية لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية فحسب، بل كان لها فيها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره، أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية في العصر الحديث"[1484].

وللضمان في الفقه الإسلامي إطلاقات متعددة، يهمنا منها ما يتعلق بمسؤولية الضامن عن مخالفة التزاماته العقدية (وهذه مسؤولية عقدية) أو إتيانه أي فعل ينجم عنه ضرر للغير، أو إحداثه هذا

[1483]: راجع: طلال عجاج، المرجع السابق، ص93-94.

[1484]: عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، ص46.

الضرر بالغير (وتلك هي المسؤولية التقصيرية)، والاثنان معا يشكلان ما يعرف وضعاً بالمسؤولية المدنية.

ويشير البعض إلى أنه " لا يمكن القول إن هناك نظرية في المسئولية العقدية في الفقه الإسلامي، على النحو الذي رأيناه في الغربي. وإنما يمكن استخلاص ما يقابل نظرية المسئولية العقدية في الفقه الغربي من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، وهذا هو شأننا في المقابلات التي نجريها ما بين الفقهين"[1485].

ـ ثم إن كان الفقه الإسلامي يقسم الضمان إلى ضمان عقد وضمان إتلاف فإن بعض الباحثين فرقوا بين بيان العقد في الفقه الإسلامي والمسؤولية العقدية في القانون، حيث قصروا ضمان العقد على إتلاف المال، بينما يكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد. وفي ذلك يقول الشيخ علي الخفيف -رحمه الله- : "كما تبين أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء، غير المسؤولية العقدية في اصطلاح فقهاء التشريع الوضعي. فضمان العقد ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضات عن المال التالف، وإنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد ... وذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة، فإن عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا إلزامه وإجباره عليه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز إلا أن يمتثل، أما إلزامه على وجه التعويض عما أحدثه بامتناعه من ضرر لا يتمثل في فقد مال، فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية ...؛ لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء مقابلة المال بالمال ... وعلى هذا الأساس، فالفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية التي يعرفها الفقه الوضعي ..."[1486]. ويتفق الدكتور فتحي الدريني، والدكتور وهبة الزحيلي مع رأي الشيخ علي الحفيف، والدكتور عبد الرزاق السنهوري [1487].

أما ضمان الإتلاف أو التعدي الذي يقابل المسؤولية التقصيرية بالتعبير القانوني الحديث، فإن قواعد الشريعة الإسلامية تقبله، فما فتئ علماء الفقه الإسلامي يؤكدون على وجوب ضمان الطبيب لما يتلفه في صور كثيرة؛ منها أن يكون جاهلا لقواعد الطب، أو غير حاذق، أو قصر في

[1485]: د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 138/6.

[1486]: الضمان في الفقه الإسلامي، ص19-20 .

[1487]: راجع: النظريات الفقهية د. فتحي الدريني، ونظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 168/6 ؛ الوسيط في القانون المدني: 271/1؛ 796.

التطبيب، أو طبب المريض بلا إذن منه؛ كما لو ختن صغيراً بغير إذن وليه، فأدى ذلك إلى تلف أو عيب، أو جاوز الموضع المعتاد، فإنه يضمن في كل ذلك ما ترتب عليه.[1488]

وفي المقابل، فإن هنالك نصوصاً فقهية، خصوصاً لدى فقهاء المذهب الحنفي، توحي بوجود المسئولية العقدية في الفقه الإسلامي، ومن ذلك حينما يخالف شرطـاً اتفق عليه بالعقد، أو يخالف العقـد من أساسه، وفي هذا يقول صاحب بدائع الصنائع[1489]: "ما يضمنه الأجير المشترك[كالطبيب] يضمنه بالعقـد لا بالإفساد والإتلاف؛ لأنّ ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي، وأنّ وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالإتلاف"[1490]. وقال صاحب البحر الرائق:[1491] "ولا يضمن حجـام أو فصاد أو بزاغ-أي بيطار- لم يتعـد الموضع المعتـاد؛ لأنه التزمه بالعقـد فصار واجبـاً عليه، والفعل الواجب لا يجامعـه الضمـان".[1492] وفرق صاحب المبسوط بين ضمان العقد وضمان الجناية عرضاً، وهو يقرر مسئولية الطبيب العقديـة، حيث قال: "وأما فعل الفصاد والبزاغ فإنه مضمون ضمـان عقـد، ولكي لا يتولد ضمان الجنايـة من ضمان العقـد".[1493]

إذن، نستخلص مما سبق أن الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية بالمعنى الدقيق لها في غير المجال المالي، فكان من الطبيعي أن يكيف الخطأ الطبي على أساس المسؤولية التقصيرية بما تتضمنه من عمل غير مشروع أو تعـدي. ولكن هذا لا يمنع من إعادة النظر في هذه المسألة، بالقول إن الفقه الإسلامي يعرف المسئوليتين العقدية؛ تأسيسها على نصوص السـادة الحنفيـة؛ لأن الاختلاف فيها –كما يبدو- يعود إلى الأعراف والبيئات والقرائح، وبالتالي، يصح أن نطلق عليه اختلاف عصرٍ وزمانٍ لا اختلاف حجةٍ وبيانٍ، وهذا فضلاً عن المسئولية التقصيريـة.

[1488]: راجع: حاشية ابن عابدين: 43/5، مختصر الطحاوي 129، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 375/5، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل: 320/6، الشرح الصغير: 505/4، ونهاية المحتاج737/2، وأسنى المطلب: 427/2، المغني مع الشرح الكبير: 120/6.

[1489]: هو إمام الحنيفة علاء الدين الكاساني رحمه الله.

[1490]: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: 212/4.

[1491]: هو زين الدين ابن نجيم الحنفي رحمه الله.

[1492]: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 33/8.

[1493]: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخبي الحنفي، المبسوط: 149/26.

وقد أصاب في اعتقادي من جمع البعض المسؤوليتين بقولهم: "محل الضمان هو: ما يجب فيه الضمان سواء أكان الضمان ناشئاً عن عقـد، أم كان ناشئًا عن إتلاف ويد".[1494]

ـ إذا كان الأصل أن الطبيب يلتزم ببذل عناية؛ لأن الله هو الشافي، دون الالتزام بتحقيق غاية، يتبين لنا من خلال ما تناولناه أنّ الرأي الراجح هو رأي القائلين بجواز مشارطة الطبيب على البرء، متى كان ممكناً، إذا كان علاجه معلوماً، وزمانه كذلك؛ لأنه في هذه الحالة يكون بعيداً عن الغرر والجهالة، ولأن الحاجة داعية إليه.

ـ وحول مقارنة موجبات التعويض بين الشريعة والقانون، نلاحظ أنه رغم تقدم القانون التفصيلي للمسؤولية المدنية الطبية الناتج عن تطبيق القانون الوضعي في الميدان، وغياب تطبيق الشريعة عن ساحة الحياة إلا ما ندر، تظل الشريعة تتفق مع آخر التطورات الحاصلة في الميدان القانوني في العصر الحديث، إن لم نقل تتفوق عليه، إن أخذنا في الحسبان بعامل الزمن بالنسبة للاجتهاد الفقهي، وعامل التطبيق من عدمه بالنسبة للاجتهاد القضائي.

ـ ومن المفيد الإشارة إلى تقرير مبدأ التأمين الإجباري من المسئولية المهنية للطبيب، حيث إن الخطأ أو إصابة المريض بضرر متوقع دائما في نطاق العمل الطبي، وقد تكون هذه الأضرار شديدة الخطورة على المريض وعلى مسئولية الطبيب بالتعويض، ويزداد الواقع تعقيدا أن بعض هذه الأضرار لا تظهر إلا بعد وقت طويل من تاريخ العلاج الطبي، أو تظهر ولكن تتراخى آثارها إلى المستقبل. فلا شك أن التأمين الإجباري يحقق قدرا كبيرا من الاستقرار في الوسط الطبي، من خلال ما يحقق من تسويـة بين المصالح المتعارضة للأطراف المتنازعة.

ـ وغير خافٍ على أحد ما للمعالجة التشريعية للوقائع والنوازل الطبية من أهمية، بيد أننا نلاحظ أن الحل التشريعي –وحده- مهما بلغ من الدقة، قاصر عن تسويتها بالشكل الذي يرضي جميع الأطراف، فكم تبقى القضايا عالقةً بحبال القضاء الطويلة لسنين، وتأخير الفصل في المنازعات لونٌ من الظلم ومظهر من مظاهر التخلف، لا يليق بأمم تصبو إلى المعالي أن تتصف به؛ لذلك كان لزاماً علينا أن ننادي بإشاعة الثقافة الطبية، وخلق التسامح والتراحم بين أفراد المجتمع، فمهنة الطب أنبلُ من أن تكون مشروعاً استثمارياً، كما أن التطاول على الطبيب بلا حق، هو خلق يأباه المجتمع الحي.

[1494]: الموسوعة الفقهية الكويتية: 228/2.

ـ لا حرج في أن نستفيد من تجـارب من سبقنا، مثلما هو عليه الحال في فرنسا أو غيرها من الدول المتطـورة، إن في الحقل التشريعي؛ سواء تعلق الأمر بقانون الصحـة أو قانون التأمينات أو أنظمة التسوية الوديـة، أو في الحقل القضائي، وما يتعلق به من اجتهادات حاسمة، طالما اتصف ذلك بالمصلحـة المرسلة، في حدود ما تسمح به شريعتنا وقانوننا. والشريعة الإسلامية خصوصا من خلال القواعد العامة أو الكلية، ليس فيها ما يمنع من اقتباس القوانين الإجرائيـة المتعلقة بدعاوى المسئولية الطبية، والأخذ بالتأمين الإجباري عن مسئولية الطبيب، وقواعد الاختصاص القضائي، وما شاكل ذلك.

ـ ينصح بتدريس القانون الطبي –فضلاً عن إشاعة الثقافة الطبية لدى العامة- بشكل خاص لطلاب الدراسات الشرعية؛ حتى يتمكنوا من إنزال النصوص الشرعية على النوازل تنزيلا صحيحاً، يمثل بحق روح الشريعة ومقاصدها. كما ينصح بتدريس ما يتعلق بالقانون الطبي من معين الفقه الإسلامي ضمن المنظومة التعليمية الخاصة بالطب، فضلاً عن غيرها من التخصصات؛ وذلك حتى يكون الطبيب المسلم على بصيرة من دينه، خصوصا فيما يتعلق بالمعاملات الطبية الحديثة.

ـ يتوجب علينا المزيد من إشاعة الثقافة الطبية لدى عامة الناس، خصوصاً مع تطور وسائل الإعلام والاتصال اليوم؛ وذلك حتى يساهموا في تجنب الأخطاء الطبية من أن تقع أو يحدوا منها، وحتى يطالبوا بحقوقهم فيما يتعلق بالتعويضات عن الأضرار التي تصيبهم، وأكبر دليل على تنامي الوعي الطبي، بعد إثارته من طرف وسائل الإعلام المختلفة، هو إحجام عدد غير يسير عن التحصين ضد وباء إفلوانزا الخنازير، ومثل هذا المناخ يجعل الطبيب أكثر حيطةً وحذراً في استعماله لنشاطه الطبي.

تم بحمد الله وتوفيقه يوم الثلاثاء 15جمادى الثانية 1430هـ الموافق ل 6/09/ 2009م

Abstract

This thesis named as **"*Civil liability over medical error- Comparative study*"** is focusing on Algerian, Egyptian, and French legislatures and jurisprudences, on one hand, and Islamic jurisprudence in different schools, especially the "four sunny schools" in other hand.

The medical suits pending before the courts, in almost all over the world, illustrate that medical malpractice rises different legal issues in its civil field.

The most importantly, that civil medical liability is a result of "*medical error*" i.e. when there is no proof or evidence regarding medical malpractice that takes place either because of bad faith or a breach of contract, does the patient subject to medical malpractice or his successors can claim any remedy from that convicted physician; either judicially or extra judicially, because there is no responsibility without mistake?

This judicial concept, which is based on a given mistake, is lead by judicial school so called "*subjective or mistaken school*". According to this school, when there is no error there is no liability.

Unlike the former school, so called "objective or material school" argues that there is no need to look for an *"error"* to claim a remedy. If a *"Damage"* appears after a medical treatment, the physician is presumed to be liable; irrespective that damage is a result of a mistake or not, unless it is proved that such a damage belongs to other cause.

Medical malpractice costs has been raised, as a result of civil medical liability litigations. To solve this issue, "*Medical Assurance*" was involved by different laws, as a compulsory elements to cover physicians responsibility about material, moral or emotional damage.

Legal standards has been discovered by different facts and studies as far as classical legal rules are concerned. error, damage, causal relation, negligence,

lack of care, and the extension or the scope of compensation, all these lead to the suggestion of substantial medical liability reforms.

To improve the current system, private as well as public medical care sector and the government must share common goals of establishing a medical liability system that provides the resolution of claims in a fair, cost-effective and timely manner, deters negligence, look for fraud, prevent injuries, fairly compensates patients, and provides relief to physicians. The current system is not working well for physicians and patients even at developed states. Only trial lawyers benefit from this system. Therefore, it must be a fair balance to control the big number of controversies among different parties.

Finally, if we look to Islamic jurisprudence in its different schools, we find that Islamic law so called "*sharia*" , in its general rules as legal maxims, specific sentences, prophet Muhammad *"Blessing and peace be upon him* practice so called "*sunna*", and his big companions deeds who understand the spirit of law which is named " maqasid al-sharia", rather than the jurisprudence of big scholars of Islam, has made fair legal rules, which is focusing on general interest or public welfare.

However, Islamic legal rules authorize us to get profit from any judicial experience, related to substantive and especially adjective or procedural legal rules as court jurisdiction rules.

فهرس الآيـات الكريمـة

- { وقفوهم إنهم مسئولون} سورة الصافات، 24 1
- {يسألونك عن الأهلة } سورة البقرة، الآية 189 11
- { يريد الله بكم اليسر } سورة البقرة: الآية 185 ..... 34، 40
- { ولكم في القصاص حياة } سورة البقرة: الآية 179 ..... 34،257
- { وأمرهم شورى بينهم} سورة الشورى: الآية 38 37
- { وشاورهم في الأمر} سورة آل العمران: الآية 159 37
- { وكذلك جعلناكم أمةً وسطًا} سورة البقرة: الآية 143..... 39
- { يريد الله بكم اليسر} سورة البقرة: الآية 185..... 40
- {ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج} سورة المائدة، الآية، 07 40
- {يريـد اللـه أن يخفّـف عنكـم} سورة النساء: الآية 28..... 40
- { ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم } سورة يوسف: الآية72..... 49
- { وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به} سورة النحل: الآية 126..... 52
- {وجزاء سيئة سيئة مثلها} سورة الشورى، الآية 40 55
- لا {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} 91
- { تلك حدود الله فلا تعتدوها} سورة البقرة: الآية 229 91
- {وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ } سورة النساء، الآية 92 91
- { فإن أرضعن لكم فئاتوهن أجورهن} سورة الطلاق، الآية 6 129
- { قالت إحداهما يا أبت استئجره } سورة القصص، الآية 26 129
- { ...على أن تأجرني ثماني حجج} سورة القصص، الآية 27 129
- { فلا عدوان إلاّ على الظالمين} سورة البقرة، الآية 193..... 131
- {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه... } سورة البقرة، الآية 194 ..... 132، 255
- {وإذا مرضت فهو يشفين } سورة الشعراء، الآية 80..... 132

- {فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن} سورة النساء، الآية 34 143
- {و ما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلّا خطأً } سورة النساء، الآية 92 232
- {تلك حدود الله فلا تعتدوها } سورة البقرة ، الآية 239 232
- {فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون } سورة المؤمنون ، الآية 07 232
- {وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا}سورة البقرة، الآية 190 232
- {قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين } سورة النمل، الآية 64..... 238
- {ويدرؤوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات} سورة النور، الآية 08.... 241
- { وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود } سورة البروج، الآية 07 241
- { فمن شهد منكم الشهر فليصمه } سورة البقرة، الآية 185 241
- {واستشهدوا شهيدين من رجالكم... } سورة البقرة، الآية 282..... 242
- { ولا تكتموا الشهادة ... } سورة البقرة، الآية 283..... 242
- { فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون } سورة النحل، الآية 43..... 243
- { وليكتب بينكم كاتب بالعدل} سورة البقرة، الآية 282..... 246
- { وما جعل عليكم في الدين من حرج }سورة الحج، الآية 78 247
- { غيرُ أولي الضرر } سورة النساء الآية 95..... 249
{ لا تضار والدةٌ بولدِها ولا مولود له بولدِه } سورة البقرة، الآية 233..... 252
- { ولا تمسِكوهن ضراراً لتعتدوا } سورة البقرة، الآية 231 257
- { ولكم في القصاص حياةٌ } سورة البقرة، الآية 179 259
- {ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر } الإسراء:70 272
-{ ولا تزِر وازرةٌ وِزر أُخرى } سورة الأنعام، الآية 164؛ سورة الإسراء، الآية5 272، 282
- { لا يكلف اللهُ نفْساً إلا وسعها } سورة البقرة، الآية 286 272
- {... لا تأكُلُوا أموالكُم بينكُم بالباطل } سورة االنساء، الآية 29 273
- { فإنْ طِبن لكُم عن شيءٍ مِنه نفْساً فَكُلُوه هِنيئاً } سورة االنساء، الآية 04..... 273
- { وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض } سورة النساء، الآية 21.... 278
- { فاحكُم بين الناس بالحق} سورة ص، الآية 38 361

-{ فليعبدوا رب هذا البيت... } سورة قريش، الآية **3-4** **372**

□فهـرس الآثـار□

- كلكم راع ومسؤول عن رعيته..... 11
- إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام..... 34
- مـ ـا أسكر كثيره فقليـله حرام 34
- أُعطِيت خمساً لم يعطَهن أحد قَبلي 35
- أرسلت إلى الناس كـافة 35
- أُرسِلْت إلى الأحمرِ والأسودِ..... 35
- أرسلت إلى كل أحمر وأسود 35
- أعطيت خمساً لم يعطهن نبي قبلي 35
- أرسلت إلى الناس عامـة 35
- لا تبع ما ليس عندك 36
- أحب الدين إلى الله الحنيفة السمحة 40
- إن الله يحب الرفق في الأمر كله 40
- ما خير رسول الله(ص) بين أمرين قط 40
- البيعان بالخيار ما لم يتفرقا 41
- طعام بطعام، وإناء بإناء ..... 51، 258

- على اليد ما أخذت حتى تؤدي ..... 51، 132
- من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين 52
- لا ضـرر ولا ضـرار ..... 52، 250، 258
- الخراج بالضمان 91
- احتجم النبي(ص)..... 130
- حجم أبو طيبة النبي(ص) 130
- ... أن أبا سعيد الخدري رقى ملدوغاً بعقرب بالفاتحة على قطيع..... 136
- البينة على المدعي 166
- من قُتِلَ دون مالِهِ فهو شهيد 233
- لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم..... 238
- ولكن البينة على المدعي، و اليمين على من أنكر..... 238
- ضالةُ الْإِبل الْمكْتومةُ عَرامتها ومِثْلُها معها 263
- ومن أبى فَإِنا آخِذُوها وشطْرِ إِبِلِهِ عزمةٌ من عزماتِ ربنا 263
- كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعِرضه 266
- المفلس مِن أمتي من يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة 266

إذَا منع الله الثمرةَ..... 292

فهـرس الأعـلام المترجم لهم

- أبو ثور 6
- الإمام الشافعي 11
- داود الأنطاكي 14
- عز الدين بن عبد السلام 17
- الإمام الشاطبي، أبو إسحاق 41
- العلامة ابن عاشور 41
- الإمام مالك 41
- أبو عبد الله محمد بن عرفة الدسوقي 46
- أبو حامد الغـزالي 47
- أبو عبد الله محمد بن علي بن محمد الشوكاني 47
- أحمد بن محمد الحسيني الحموي 47
- الشيخ علي الخفيف 47
- الشيخ محمود شلتوت 48
- مصطفى أحمد الزرقا 48
- عبد الكريم زيدان 50
- عبد الرزاق السنهوري 51
- أنس بن مالك 51
- سمرة بن جندب 52
- النعمان بن بشير 52
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر 54
- ابن رشد الحفيد 56

هنري وليون مازو 84

- فتحي الدريني و وهبة الزحيلي 126
- ابن قدامة 127
- أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، أبو جعفر 128
- عبد الله بن العباس 130
- أبو طيبة 130
- الإمام أبو حنيفة 131
- الإمام أحمد بن حنبل 131
- الإمام القرافي 133
- ابن عابدين 134
- الدردير، هو أحمد بن محمد العدوي 136
- علي علي سليمان 143
- ابن القيم 237
- ابن فرحون 241
- عمر بن الحسين أبو القاسم، الخرقي 243
- الإمام الجصاص 247
- ابن الأعرابي 249
- الإمام ابن عرفة المالكي 249
أبو يوسف 260
- محمد بن الحسن الشيباني 261
- سفيان الثوري 262
- عمر بن رسلان بن نصير البلقيني 262
- ابن القاسم، أبو عبد الله عبد الرحمن 277
- أشهب، أبو عمرو بن عبد العزيز 277
- شيخ الإسلام ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم 279
- الزيلعي، فخر الدين عثمان 285
- زفر، بن الهذيل بن قيس 296

- محمد بن محمد الحطاب 307
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي..... 308
- ربيعـة الرأي، أبو عثمان بن أبي عبد الرحمن 368
- يوسف القرضاوي 371
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد..... 371
- محمد أبو زهرة 374

ثبت المصـادر والمراجـع

- المراجع في فقـه الشريعـة الإسلاميـة

أولا: مراجع في التفسير و الحديث

ـ آبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1415هـ

ـ الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1399 هـ/1979 م.

ـ الألباني، محمد ناصر الدين، السلسلة الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، د.ت.ن.

ـ الألوسي، شهاب الدين السيد محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ـ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1407 هـ/1987 م

ـ البيضاوي، تفسير البيضاوي، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن.

ـ البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1414 هـ/1994م

ـ الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث، بيروت.

ـ الثعالبي، عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف، تفسير الثعالبي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، د.ت.ن

ـ الجزري، أبو السعادات المبارك محمد، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ/1979م.

ـ الجصاص، أحمد بن علي الرازي ، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ

ـ ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، تحقيق خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ
ـ كشف المشكل من حديث الصحيحين، تحقيق علي حسين البواب، دار الوطن، الرياض، 1418هـ/1997م
ـ الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/1990م
ـ ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، صحيح ابن حبان، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414هـ/1993م
ـ الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة، بيروت 1386هـ/1966م
ـ ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني، مسند الإمام أحمد مؤسسة قرطبة، مصر، د.ت.ن
ـ أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، ط1، 1369هـ
ـ الرازي، فخر الدين محمد بن عمر التميمي، التفسير الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.
ـ ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب، جامع العلوم و الحكم، تحقيق مسعد بن كامل و أسامة بن عبد العليم، دار ابن رجب، مصر، 1423هـ/2002م.
ـ الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر الخوارزمي ، الكشاف، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
ـ الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي، أضواء البيان، تحقيق مكتب البحوث و الدراسات، دار الفكر، بيروت.
ـ الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن
ـ نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار:دار الجيل، بيروت، 1973م، و طبعة مكتبة الكليـات الأزهرية 1398هـ - 1978م.
ـ ـ ـ ـ ـ، إرشاد الفحول، دار الفكر بيروت، 1412هـ، 1992م، تحقيق: محمد سعيد البدري

ـ الطبراني، سليمان بن أحمد أبو القاسم ، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ.
ـالطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب ، المعجم الكبير، مكتبة الزهراء- الموصل، ط2 تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، 1404هـ/1983 م.
ـ الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد ، جامع البيان في تأويل القرآن، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.ـ الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، شرح معاني الآثار: ـ تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1؛ 1399هـ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط مؤسسة الرسالة- بيروت 1408هـ- 1987 م، ط1.
ـ ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الفكر، بيروت.
ـ العسقلاني؛ علي ابن حجر، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق السيـد عبد الله هاشـم اليمانـي المدنـي،نشر المدينـة المنـورة، 1384 هـ/1964 م
ÜÜÜÜ؛ الدراية في تخريج أحاديث البداية، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة.
ÜÜÜ؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، دار المعرفة، د.ت.ن.
ـ أبو عوانة، يعقوب بن إسحاق الاسفرائني، مسند أبي عوانة، تحقيق أيمن بن عازف الدمشقي، دار المعرفة، بيروت، ط1؛ 1998م
ـ العيني، بدر الدين محمود بن أحمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي- بيروت، د.ت
ـ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، د.ت.ن
ـ ابن ماجه؛ محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.د.ت.ن
ـ مالك بن أنس، أبو عبد الله الأصبحي، موطأ الإمام مالك برواية يحي بن يحي الليثي، إعداد أحمد راتب عرموش، دار النفائس، بيروت، ط7؛ 1404هـ/1983م.
ـ المتقي، علاء الدين علي بن حسام الدين الهندي، كنز العمال، دار الكتب العلمية- بيروت، 1419هـ/1998م، ط1، تحقيق محمود عمر الدمياطي.

ـ محمد بن أحمد، وعبد الرحمن بن أبي بكر المحلي و السيوطي، تفسير الجلالين، دار الحديث، القاهرة، ط1، د.ت.
ـ المقدسي، محمد بن طاهر، ذخيرة الحفاظ، تحقيق: د.عبد الرحمن الفريوائي، دار السلف- الرياض، ط1؛ 1416هـ/1996م.
ـ المقدسي، محمد بن عبد الواحد بن أحمد الحنبلي، الأحاديث المختارة، تحقيق : عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة النهضة الحديثة- مكة المكرمة، 1410هـ، ط1.
ـ المناوي، عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط1؛ 1356هـ.
- النسائي المجتبي،أحمد بن شعيب بن عبد الرحمن أبو عبدالله، سنن النسـائي، مكتب المطبوعات الإسلامية- حلب، 1406هـ - 1986م، ط2، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة.
ـ النووي، أبو زكريا يحي بن شرف، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2؛ 1392 هـ
Ü ÜÜÜÜÜ؛ شرح صحيح مسلم، طبع مكتبة النهضة الإسلامية بالأزهر.د.ت.ن.
ـ النيسابوري؛ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، د.ت.ن.
ـ الهيثمي، علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الريان للتراث - دار الكتاب العربي، القاهرة – بيروت، 1407هـ

ثانيا: مراجـع في فقـه و أصول المذاهب الفقهيـة

المذهب الحنفـي:

ـ إبراهيم ابن أبي اليمن محمد الحنفي، لسان الحكام ، البابي الحلبي- القاهرة، 1993هـ، 1973م، ط2.
ـ جمعية المجلة، وهي لجنة من كبار ديوان الأحكام العدلية ، صنفت على المذهب الحنفي في عهد الدولة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق المحامي: نجيب هواويني، نشر كارخانه تجارت كتب، د.ت.ن
ـالحموي، شهاب الدين أحمد بن محمد المكي الحسيني، غمز عيون البصائـر شرح الأشبـاه و النظائر؛ لابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1؛ 1405 هـ / 1985م.

ـ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت
ـ الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ
ـ السرخسي، شمس الدين، المبسوط: ـ دار المعرفة، بيروت. د.ت.نj ـ دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ/1993م.
Ù السمرقندي؛ علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ/1984م.
ـ السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط2، دار الفكر، بيروت.
ـ ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار مع الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، ط2؛ 1424هـ/2003م.
ـ العيني، بدر الدين محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، منشورات علي تيضون، ط1؛ 1410هـ/2000م.
ـ غانم البغدادي، أبو محمد بن محمد، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تحقيق محمد أحمد سراج و علي جمعة محمد، د.ت.م.ن
ـ الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2؛ 1982م.
ـ الكليبولي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية- بيروت-1419هـ 1998م، ط1، تحقيق عمران منصور.
ـ المحبوبي، عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ/ 1996م.
ـ المرغياني، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، الهداية شرح بداية المبتدي؛ المكتبة الإسلامية، بيروت، د.ت.ن
ـ ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مع تكملته في الجزء الثامن؛ للعلامة محمد بن حسين بن علي الشهير بالطوري، إذ توفي ابن نجيم رحمه الله قبل أن يتمه ووصل إلى كتاب الإجارة، دار المعرفـة، بيروت،، ط2، د.ت.ن.

ـ النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد، كنز الدقائق مع البحر الرائق، دار المعرفة، ط2؛ بيروت، د.ت.ن
ـ نظام و جماعة من العلماء، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، 1411هـ/1991م.
المذهب المالكي:
ـ الآبي، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت.د.ت.ن
ـ الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.ن
ـ الحطاب، محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل؛ دار الفكر، بيروت، ط$_2$؛ 1398 هـ/1978 م.
ـ التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام(ت1258هـ)؛ البهجة في شرح التحفة ، مع حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام عبد الله بن محمد التاودي (ت 1209هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1؛ 1418هـ ، 1998م، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين.
ـ الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط$_2$؛ 1424هـ/2003م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مؤسسة الرسالة ناشرون- بيروت، ط1؛ 1425هـ- 2004 م، تحقيق سالم الجزائري.
ـ الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات، تحقيق محمد عبد الله دراز و عبد السلام محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط$_1$؛ 1411هـ/1991م.
ـ ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، مصنع الكتاب للشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1978م.
ـ ابن عاصم ،القاضي أبو بكر محمد بن محمد الأندلسي (ت829)؛ أرجوزة تحفة الحكام، مع البهجة للتسولي، ، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1؛ 1418هـ ، 1998م.س
ـ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط$_1$؛ 1407هـ .

ـ العبدري، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398هـ.
ـ الفاسي، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م.
ـ ابن فرحون، إبراهيم بن أبي عبد الله محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ/2001م
ـ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيـرة، دار الغرب- بيروت، 1994م. تحقيق محمد حجي.
ـ الفروق:- تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994م، - تحقيق خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.
ـ النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، 1420هـ/2000م
ـ مـالك ابن أنس، المدونـة الكبرى، دار الفكـر، بيـروت، د.ت.ن
ـ ميارة، أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي، شرح ميارة الفاسي، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/2000م.

المذهب الشـافعـي:

ـ الآمدي، أبو الحسن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق د. سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1404هـ.
ـ الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1400هـ.
ـ الرملي، أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.
ـ السبكي، تقي الدين علي بن عبد الكافي أبو الحسن، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1404هـ.
ـ فتـاوى السبكي، دار المعرفـة- بيروت، د.ت.ن.
ـ السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ.

-الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة- بيروت، 1993هـ ، ط2.
ـ الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شركة سابي، بيروت، 1374هـ /1900م.
ـ الشرواني، عبد الحميد، حاشية الشرواني، دار الفكر- بيروت، د.ت.ن
ـ الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، تكملة المجموع شرح المهذب للنووي، بيروت، ط1؛ 1423هـ /2002م.
Ü ÜÜÜÜÜÜÜÜÜÜÜÜ؛ المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكـر، بيروت، د.ت.ن
ـ العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن
ـ عميرة، شهاب الدين أحمد الرسلي ، حاشية عميرة، دار الفكر- بيروت، ط1؛ 1419هـ /1998م، تحقيق مكتب البحوث والدراسات.
- الغزالي، الوجيـز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، دار المعرفة – بيروت 1399 هـ /1979م.
ـ القليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، حاشية قليوبي، تحقيق مكتب البحوث و الدراسات، دار الفكر، بيروت، ط1؛ 1419هـ /1998م
ـ المحلي، شمس الدين، شرح جمع الجوامع مع حاشية البناني وتقرير الشربيني، دار الفكر، لبنان، 1402هـ /1982م.
ـ ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، تحقيق فؤاد عبد المنعم، الإسكندرية، دار الدعوة، ط3؛ 1402هـ
ـ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، 1421هـ /2000م.

المذهب الحنبلـي:

ـ البعلي، محمد بن أبي الفتح، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق محمد بشير الأدلبي، المكتب الإسلامي، 1401هـ /1981م.
ـ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، الحسبة و مسؤولية الحكومات الإسلامية، الطريق للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، د.ت.ن
Ü ÜÜÜÜÜÜÜÜÜÜÜÜ؛ شرح العمدة في الفقه، تحقيق سعود صالح العطيشان، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1؛ 1413هـ .

Ù ÙÙÙÙÙÙÙÙÙÙÙÙ¡ الفتـاوى الكبرى، دار المعرفـة، بيروت، د.ت.ن
ـ الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ/2002م.
ـ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني¡ دار الفكر، بيروت، 1405 هـ/1985م.
ـ ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي الدمشقي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973 م.
Ù ÙÙÙÙÙÙ¡ زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرناؤوط و عبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14¡ 1407هـ/1986م.
Ù ÙÙÙÙÙ¡ الطب النبوي، مكتبة الثقافة الدينية، بور سعيد، مصر، ط1¡ 1422هـ/2001م.
Ù ÙÙÙÙÙ¡ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني، القاهرة، د.ت.ن
ـ المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: - تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن
- تحقيق عبد الرحمن الجبرين و آخرين، مكتبة الرشد، السعودية، ط1¡ 1421هـ/2000م.
ـ مرعي، ابن يوسف الحنبلي، دليل الطالب على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2¡ 1389هـ.

المذهب الظاهـري:
ـ ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ت.ن
المذهب الزيـدي:
ـ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت، ط1¡ 1412هـ/1992م.
Ù ÙÙÙÙ¡ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمد إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ¡1405 هـ

المذهب الإبـاضـي:
ـ اطفيش، محمد بن يوسف،شرح النيل وشفاء العليل، نشر وزارة التراث القومي و الثقافة، سلطنة عمان، 1407هـ/1986م
ثالثـاً: مراجع فقهيـة و أصوليـة حديثـة:
- الأخضري، الأخضر أبو عبد الرحمن، القُنيـةُ في شرح نظم الفائق-لنفس المؤلف- في مقاصد الشريعة، مكتبة الرشاد- الجزائر، 1429هـ/2008م.
ـ ابن الإخوة، محمد بن محمد بن أحمد القرشي، كتاب معالم القربة، تحقيق محمود محمد شعبان وصديق أحمد عيسى المطيعي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1976م.
ـ إدريس، عبد الفتاح محمود، قضايا طبية من منظور إسلامي – بحث فقهي مقارن – ط1، 1414هـ/1993م، د.م.ن.
ـ بلتاجي، محمد، عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، نشر دار العروبة، الكويت، 1402هـ/ 1982م.
ـ بهشي، أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الحلبي، دمشق، ط2، 1969م.
ـ بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الرياض، ط1، 1419هـ/1999م.
ـ الخفيف، الشيخ علي، الضمان في الفقه الإسلامي: دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، -المطبعة الفنية الحديثة ، 1971م.
ـ خلاف، عبد الوهاب، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت، ط5، 1402هـ/1982م.
ـ الخن، مصطفى سعيد، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1424هـ/2003م.
ـ الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2، 1993م.
ـ الدهلوي، الإمام أحمد المعروف بشاه ولي الله بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، دار الكتب الحديثة-مكتبة المثنى – القاهرة-بغداد، تحقيق سيد سابق، د.ت.ن.
ـ الريسوني، أحمد ومحمد جمال باروت، الاجتهاد (النص، الواقع، المصلحة)، دار الفكر

المعاصر، بيروت – دار الفكر، دمشق، 1422هـ/2002م.
ـ الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان ، دار الفكر، دمشق – دار الفكر المعاصر، بيروت، ط7، 1427هـ/2006م.
ـ الزرقا، أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحقيق مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ/1989م.
- ـ ـ ـ ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي- طبعة دار القلم – دمشق، الطبعة الأولى، 1440هـ -1999م.
- ـ ـ ـ ، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم-دمشق، دار العلوم-بيروت، 1984م.
ـ ـ ، المدخل الفقهي العام: دار القلم- دمشق، ط1، 1440هـ/1999م، ط2، 1425هـ/2004م.
ـ سراج، محمد أحمد، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي - – دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون – دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 1410هـ/1990م.
ـ سليمان، محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة، ط1، 1405هـ/1985م.
ـ شتا أبو سعد، محمد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية (المسؤولية المدنية...)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
- شلتوت، الشيخ محمود المسؤولية المدنية و الجنائية في الشريعة الإسلامية، طبعة مطبعة الأزهر،د.ت.ن
ـ شمس الدين، محمد مهدي و آخرون، مقاصد الشريعة، آفاق التجديد، دار الفكرالمعاصر، بيروت – دار الفكر، دمشق، ط2، 1426هـ/2005م.
ـ طه، أحمد، الطب الإسلامي، دار الاعتصام، د.ت.ن
- عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، ص 13، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1421هـ - 2000م.
- ـ ـ ، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، 1425هـ/2004م.
ـ عدنان، محمد جمعة، رفع الحرج، مؤسسة الرسالة، دار العلوم الإنسانية، دمشق، ط3، 1413هـ/1993م.

ـ عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مكتبة العروبة- القاهرة، 1960.
ـ الغامدي، عبد الله بن سالم، مسؤولية الطبيب المهنية – دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة ، سلسلة الرسائل الجامعية (7)، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1؛ 1418هـ/1997م.
ـ أبو غدة، عبد الفتاح، بحوث في الفقه الطبي و الصحة النفسية من منظور إسلامي ، دار الأقصى، ط1؛ 1411هـ/1991م.
ـ الفاضل، عبيد الله، الطب الإسلامي عبر القرون، دار الشواف، الرياض، ط1؛ 1989م.
ـ الفنجري، محمد شوقي، الإسلام و التأمين – التعاون لا الاستغلال أساس عقد التأمين الإسلامي – الهيئة المصرية العامة للمكتبات، 1989م.
ـ القَرضاوي، يوسف: -دراسة في فقه مقاصد الشريعة بين المقاصد الكلية و النصوص الجزئية، دار الشروق، القاهرة، ط1؛ 1417هـ/2006م.
ÜÜÜÜ؛ فقـه الزكـاة، دار الرسالـة- بيروت، ط24؛ 1420هـ، 2000م.
ـ محمد رواس قلعه جي، مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، دار النفائس- بيروت، ط6 1426هـ، 2005م.
ـ محمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية، دراسة عامة مع تطبيقها على النظام القانوني للتأمين في الجمهورية العربية الليبية، توزيع مكتبة دار التراث- القاهرة، الحقوق محفوظة للمؤلف، ط1؛ 1418هـ، 1997م.
ـ ملحم، أحمد سالم، التأمين الإسلامي – دراسة فقهية تبين حقيقة التأمين التعاوني بصورته النظرية و العملية و ممارساته في شركات التأمين الإسلامي – دار الأعلام، عمان – الأردن، 1423هـ/ 2002م.
ـ مولوي، - الشيخ فيصل ، نظام التأمين وموقف الشريعة منه، ص44-45، دار الرشاد الإسلامية- بيروت، ط1؛ 1408هـ- 1988م.
ـ الندوي، الشيخ علي أحمد، موسوعة القواعد و الضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، دارالقلم- دمشق، الطبعة الثانية، 1425هـ ـ 2004م.
ـ النسيمي، محمود ناظم، الطب النبوي و العلم الحديث، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3؛

1991م.
ـ النشار، محمد فتح الله، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002م.
ـ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، دار السلاسل، الكويت، ط2.
رابعاً: كتب التراجم و الأعلام والتاريخ والطب
ـ ابن أبي الوفاء، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، نشر مير محمد كتب خانه، كراتشي، باكستان، د.ت.ن.
ـ ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة؛ دار الشعب، د.ت.ن.
ـ - الأندلسي، عيسى بن سهل أبو عبد الله، وثائق في الطب الإسلامي ووظيفته في معاونة القضاء في الأندلس، مستخرجة من مخطوط الأحكام الكبرى، تحقيق د.محمد عبد الوهاب خلاف، مراجعة وتقديم د. محمد علي مكي، مستشار مصطفى كامل إسماعيل، توزيع المركز العربي الدولي للإعلام، ط1، القاهرة، 1982.
ـ بدر الدين محمد بن يحي القرافي، توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تحقيق: أحمد الشتيوي، دار الغرب الإسلامي ، ط1؛ 1403هـ Ü 1983م.
ـ ابن ثغري بردي الأتابكي، جمال الدين يوسف أبو المحاسن، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: -دار الكتب المصرية، القاهرة، 1357هـ/1938م، - وزارة الثقافة والإرشاد القومي- مصر، د.ت.
ـ ابن حجـر، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة؛ مطبعة السعادة، القاهرة، ط1؛ 1328هـ.
-ÜÜÜÜ؛ تقريب التهذيب، موقع يعسوب [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع].
-ÜÜÜÜ؛ تهذيب التهذيب، مطبعة مجلس دار المعارف النظامية-الهند، ط1؛ 1327هـ.
-ÜÜÜÜ؛الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد- الهند، 1392هـ، 1972م، ط2، مراقبة محمد عبد المعيد ضان.
ـ الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1؛ 1416هـ/1995م.
ـ الخطيب البغدادي، أبو بكر حمد بن علي، تاريخ بغداد، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن

- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، دار القلم – بيروت، 1984، ط5.
ـ ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان و أنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة، لبنان، د.ت.ن
ـ الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن
Ü ÜÜÜÜÜ¡ سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط9، 1413هـ
ـ الزركلي، خير الدين، الأعلام:- دار العلم للملايين، بيروت، ط5¡ 1980م، - موقع يعسوب.
ـ ابن السبكي، تاج الدين بن علي ، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق محمود محمد الطناحي و عبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة البابي الحلبي، ط1¡ 1385هـ/1966م.
-ابن سينا، القانـون في الطب، د.ت.م.ن، وضع حواشيه: محمد أحمد الضناوي.
ـ الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، طبقات الفقهاء، تحقيق خليل الميس، دار القلم، بيروت، د.ت.ن
ـ طاشكبري زاده ، الشقائق النعمانية، العقد المنظوم، دار الكتاب العربي-بيروت، 1395هـ/1975م.
ـ ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب: - تحقيق علي محمد البجاوي¡ دار الجيل، بيروت، ط1¡ 1412هـ/ 1992م، - تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية- بيروت، 1415هـ/1995م.
ـ ابن العماد، عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: - دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن ، - دار المسيرة، بيروت، ط2¡ 1399هـ/1979م.
ـ ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المالكي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ن
ـ ابن قاضي شهبة¡ أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، طبقات الشافعية، تحقيق الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1¡ 1407 هـ.
ـ مخلوف، محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المطبعة السلفية، القاهرة، 1349هـ
ـ المراغي، عبد الله مصطفى، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، دار الكتب العلمية، ط2¡ 1394هـ/1974م.

ـ ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب أحمد، تحقيق عبد الرحمن بن سليمان العثيمين؛ مكتبة الرشد، الرياض، ط1؛ 1410هـ.

خامسـاً: كتب المعاجـم و اللغـة

ـ إبراهيم مصطفى وآخرون المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، د.ت.م.ن

ـ أحمد الهاشمي، القواعد الأساسية للغة العربية، دار الكتب العلمية- بيروت، د.ت.

ـ الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1؛ 2001م.

ـ جبور، عبد النور، معجم عبد النور المفصل، عربي- فرنسي؛ دار العلم للملايين، بيروت، ط1؛ 1983م.

ـ الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1؛ 1405هـ

ـ الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت

ـ الخوارزمي الكاتب، محمد بن أحمد بن يوسف أبوعبد الله، مفاتيح العلوم، دار الكتب العلمية- بيروت.د.ت.ن.

ـ الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1415هـ/1995م.

ـ السابق، جروان، الكنـز، قاموس فرنسي عربي، دار السابق، بيروت، ط1؛ 1985م.

ـ ابن سلام القاسم الهروي أبو عبيد، غريب الحديث، تحقيق: د.محمد عبد المعيد خان، دار الكتاب العربي-بيروت، ط1 ؛ 1396هـ.

ـ عنترة، بن شداد، ديوان عنترة، الجامع الكبير لكتب التراث الإسلامي والعربي، الإصدار الثاني، 1426هـ/ 2005م.

ـ الشافعي، محمد بن إدريس، ديوان الشافعي، تحقيق زهدي يكن، دار الثقافة، بيروت، د.ت.ن.

ـ ابن فارس، أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة العربية، دار الجيل- بيروت، 1420هـ-1999م، ط2، تحقيق عبد السلام محمد هارون.

ـ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ت.ن

ـ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي،

المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.ن
ـ المنجد في اللغة و الأعلام، توزيع دار المشرق، بيروت، ط41، 2005م.
ـ ابن منظور، محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، د.ت.ن
ـ النسفي، أبوحفص نجم الدين عمر بن محمد، طلبة الطلبة، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس، عمان، 1416هـ/1995م.

- المراجـع القانونيـة باللغـة العربيـة

أولا: المراجـع العامـة:

ـ إسحاق إبراهيم، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط8، 2005م.
ـ بوبشير، محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية ـ نظرية الدعوى ـ نظرية الخصومة والإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998م.
ـ الترمانيني، عبد السلام ، الوسيط في تاريخ القانون و النظم القانونية ، جامعة الكويت ، الطبعة الثالثة، 1986م.
ـ تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، د.ت.ن
ـ الحكيم، عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، ج 1 و 2، بغداد، ط3، 1977م.
ـ جبران، يوسف نجم، النظرية العامة للموجبات، مصادر الموجبات، القانون و الجرم و شبه الجرم، ديوان المطبوعات الجزائرية، منشورات عويدات ، بيروت – باريس، ط2، 1981م.
- جلال محمد إبراهيم، التأميـن، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانونين الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية، 1994.
ـ حجازي، عبد الحي، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، د.ت.ن
ـ حسن، أحمد إبراهيم، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1979م.
ـ خليل، عدلي، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة المصرية، ط1، 1989م.

ـ سليمان، علي علي، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري: - ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1984م، - ديوان المطبوعات الجزائرية، ط2، 1989م.
Ü ÜÜÜÜ؛ النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، 1998.
ـ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن
ـ شنب، محمد لبيب، المسؤولية عن الأشياء ـ دراسة مقارنة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي ـ مكتبة النهضة المصرية.
ـ شيهوب، مسعود، مسائل عن المخاطر و تطبيقاتها في القانون الإداري ـ دراسة مقارنة ـ ديوان المطبوعات الجامعية، 1998م.
ـ العدوي، جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001م
ـ العربي، بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي- ج1، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، 1996.
Ü ÜÜÜ ؛ دروس في القانون القضائي الجزائري، قسم الماجستير، جامعة وهران، الجزائر، 1988م.
Ü ÜÜÜ؛ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، 1999م.
ـ عصام، أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ط2، 1988م.
ـ فركوس، دليلة، تاريخ النظم القانونية، أطلس للنشر، ديسمبر 1993م.
ـ محمد سعيد عبد اللطيف، نظم التأمين وحكمها في الشريعة الإسلامية؛ دراسة عامة مع تطبيقها على النظام القانوني للتأمين في الجمهورية العربية الليبية، توزيع مكتبة دار التراث- القاهرة، الحقوق محفوظة للمؤلف، ط1، 1418هـ، 1997م.
ـ مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، 2 الالتزامات 2 ت في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، 1988م.
ـ منصور، محمد حسين، مبادئ عقد التأمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.ن
Ü ÜÜÜÜÜÜÜÜÜ؛ مبادئ قانون التأمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ت.ن

ـ النقيب، عاطف، النظرية العامة للمسؤولية الناشئـة عن فعل الأشيـاء في مبادئها القانونية و أوجهها العملية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ط2، 1981م.

ثانيـاً: المراجـع المتخصصـة

ـ الأبراشي، حسن زكي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة.

ـ أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م/1420هـ

ـ بابكر، الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب ـ دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار مكتبة الحامد، عمان – الأردن – ط1، 2002م.

ـ باشا، حسان شمس و محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه و القانون، دار القلم، دمشق، ط1، 1425هـ/2004م.

ـ بسام، محتسب بالله، التأمين بين الشريعة و القانون – الحلال و الحرام-، د.ت.م.ن

Ü ÜÜÜÜÜÜ المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، بيروت، ط1، 1404هـ/1984م.

ـ التونجي، عبد السلام، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري والمصري و الفرنسي، د.ت.م.ن

ـ أبو جميل، وفاء حلمي، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، 1987م.

ـ الجوهري، محمود فائق، أخطاء الأطباء، دار المعارف، القاهرة، نوفمبر 1962م.

ـ حسين، محمد عبد الظاهر، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، 1995م.

ـ الحسيني، عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، دار الكتب اللبناني – دار الكتاب العالمي، ط1، 1997م.

ـ الحيارى، أحمد حسين عباس، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2005م.

ـ الديناصوري، عز الدين و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القانون،

الحديثة للطباعة، القاهرة، مارس 1988م.
ـ رشدي، محمد السعيد، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، دار الفتح للطباعة، 1978م.
ـ الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار و الضمان فيه – دراسة و صياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية و فقهها انطلاقا من نصوص القانون المدني الأردني – دار القلم، دمشق، ط1؛ 1409هـ/1988م.
ـ أبو زيد، محمد محمد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن مرض فقد المناعة المكتسبة " الإيدز " في مجالات المسؤولية المدنية (في الإطار الطبي و خارجه)، مطبوعات جامعة الكويت، 1995م/1996م.
ـ شرعان، محمد، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.ن
ـ شرف الدين، أحمد، مسؤولية الطبيب ـ مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة
ـ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي و القضاء الكويتي و المصري و الفرنسي، طبع و تصميم دار السلاسل، الكويت، 1406هـ/1986م.
ـ الشوا، محمد سامي، مسؤولية الأطباء و تطبيقاتها في قانون العقوبات (التجارب الطبية، جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس، استقطاع الأعضاء و نقلها)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
ـ الصقير، قيس الصقير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، ط1؛ 1966م، د.ت.ن
ـ ظاهري، حسين، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية و دور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993م.
Ü ÜÜÜÜÜÜ؛ الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ـ دراسة مقارنة ـ الجزائر فرنسا، دار هومـة، الجزائـر، 2002م.
ـ عادل جبري محمد ، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي – دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2003م.
ـ عجاج، طلال، المسؤولية المدنية للطبيب – دراسة مقارنة – المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان – 2004م.

ـ عبد الحليم، رضا، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين و أمراضه الوراثية ـ دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي ـ دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2003م.
ـ عبد المنعم، محمد داوود، المسؤولية القانونية للطبيب، مكتبة نشر الثقافة، الإسكندرية، 1988م.
ـ عدلي، خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة، القاهرة، ط1، 1989م.
ـ العوجي، مصطفى، القانون المدني، ج2 المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط2، 2004م.
ـ الفضل، منذر، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية – دراسة مقارنة – دار الثقافة و الدار العلمية الدولية، عمان – الأردن- ط1، 2000م.
ـ فؤاد، محمد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
ـ قاسم، محمد حسين، إثبات الخطأ في المجال الطبي ـ دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية ـ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م.
ـ مأمون، عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م.
ـ محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقايدية، مطبوعات جامعة الكويت، 1993م.
ـ محمد عبد الرحمن، أحمد شوقي، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000م.
ـ مصطفى، محمد جمال، أصول التأمين ـ عقد الضمان دراسة مقارنة ـ للتشريع و الفقه والقضاء في ضوء الأسس الفنية، 1999م
ـ المنتصر، سمير، المسؤولية عن التجارب الطبية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، إيداع 1990م.
ـ منصور، محمد حسين، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م.
ـ أبو النجا، إبراهيم، التأمين في القانون الجزائري ـ أحكاما عامة طبقا للقانون الجديد ـ ج1، ط2، 1992م، د.م.ن

ـ النشار، محمد فتح الله، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002م.
ـ وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسئولية المدنية عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، 1427هـ/ 2006م.
ثالثـاً: الرسـائل الجامعيـة في كل من الشريعـة والقانـون
ـ أسامة، إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول، 1994م.
ـ البعلي، عبد الحميد محمود، تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراة بجامعة الأزهر، 1397 هـ.
ـ جعفر، عبد القادر، نظام التأمين الإسلامي، رسالة ماجستير بالجامعة الأمريكية المفتوحة – لبنان – دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1427هـ/2006م.
ـ الجفال، علي داود، المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي منها، رسالة دكتوراة في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1405هـ/1985م.
ـ جمعة، السيد رضوان محمد، العلاقة بين الطبيب و المريض و آثارها، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراة في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، 1413هـ/1992م.
ـ الجوهري، فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراة، جامعة فؤاد الأول، دار الجوهري للطباعة و النشر، القاهرة، 1951م .
ـ الحيارى، حسن عباس، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن.
ـ رايس، محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراة، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، كلية الحقوق، 2005/2004م.
ـ سعد، أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، جامعة القاهرة، 1983م.
ـ السعيد، مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1982م.

ـ عادل حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية في القانون المقارن، ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة المنصورة 1986.
ـ الغامدي، عبد الله بن سالم، مسؤولية الطبيب المهنية – دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة مع دراسة معمقة للنظام السعودي، سلسلة الرسائل الجامعية (7)، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1، 1418هـ/1997م.
ـ قايد، أسامة عبد الله، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.
ـ قيس آل الشيخ، ابن محمد مبارك، التداوي و المسؤولية الطبية، رسالة دكتوراة، قسم الفقه و السياسة الشرعية، جامعة الزيتونة، تونس، دار الفارابي للمعارف، حلبوني، سوريا، ط3، 1427هـ/2007م.
ـ مأمون، عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2005/2004م.
ـ محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة بجامعة القاهرة، 1978.
ـ محمد فرج، غرب إسماعيل، مسؤولية الطبيب في جراحة التجميل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث فقهي مقارن، كلية الشريعة و القانون، القاهرة، 1419هـ/1998م.
ـ الملاح، حسين محمد، الفتوى نشأتها وتطورها أصولها وتطبيقاتها، رسالة دكتوراة، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1422 هـ/2001 م.
ـ النجدات، محمد نجدات، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دار المكتبي- دمشق، ط1، 1427هـ/2007م.
ـ هاشم عبد الله، عبد الراضي محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة دكتوراة في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1414هـ/1994م.
ـ واصف، سعيد، التأمين من المسؤولية في عقد النقل، جامعة القاهرة، 1985م.
ـ يسري، محمد إبراهيم، الجناية العمد للطبيب على الأعضاء البشرية بالجراحة الطبية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأزهـر، القاهرة، 1414هـ/2002م.
رابعـاً: الأبحـاث و المقـالات في فقه الشريعة والقانون

- أحمد طه السنوسي، عقد التأمين في الشريعة الإسلامية، مجلة الأزهر، المجلد 25، سنة 1373هـ - 1953م.
ـ حومد، عبد الوهاب، المسؤولية الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة، س5، عدد (2)، يونيو، جامعة الكويت، 1992م.
- الخضر، محمد حسين، شيخ الأزهر في بحث له بمجلة الأزهر بعنوان "مراعاة العرف"، نقلا عن عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص147-148.
- الخفيف، الشيخ علي، في بحثه في عقد التأمين المقدم لندوة البيضاء، في ربيع الأول سنة 1392هـ - مايو 1972م.
- الزرقا، مصطفى، بحث حول التأمين الذي قدمه في أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق سنة 1961م.
ـ شعلة، سعيد أحمد، قضاء النقض المدني في المسؤولية و التعويض، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال 72 ساعة، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2004م.
ـ الشوا، محمد سامي، الخطأ في وسط الفريق الجراحي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول، جامعة جرش، الأردن، 1999م.
ـ عبد الرحمن الطحان، حيوية المسئولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم إلى كلية الشريعة، المؤتمر العلمي الأول ، جامعة جرش- الأردن 1999م.
ـ الغاياتي، لاشين، مدى مسؤولية الطبيب عن أخطائه في الشريعة و القانون، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999م.
ـ فرج، وديع، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، مجلة القانون و الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، س12، ع1، محرم 1361هـ - يناير 1942م، مطبعة إلياس نوري، بمصر.
ـ الفضل، منذر، المسؤولية الطبية، بحث مقدم لجامعة عمان الأهلية، الأردن، 1993م
ـ أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، تعويض الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، س10، ع03؛ 1986م
ـ د. محسن البيه – التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له في القوانين المصري ، الفرنسي ، الكويتي – مجلة المحامي الكويتية – طبعة 1987 ، ص 224 .
ـ مرقس، سليمان، مسؤولية الطبيب و مسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون و الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، س7، ع1، ذو القعدة 1355هـ - يناير 1937م، مطبعة إلياس نوري، و أولاده بمصر.

ـ مصاروة، فريد، المسؤولية الطبية بين الشعار و التطبيق، مجلة السماعة لنقابة الأطباء الأردنيين، ع 64، كانون الأول 97 – آذار 98، ص 48 – 49.

خـامسـاً:

أ ـ الدوريـات و المجـلات

ـ مجلة جامعة جرش الأهلية، الأردن، (ملخصات المؤتمر لكليات الشريعة – الأخطاء الطبية في ميزان الشريعة و القانون (1 – 3) تشرين ثاني، 1999م.

ـ مجلة الحقوق الكويتية، س10، ع03؛ 1986م.

ـ مجلة الحقوق و الشريعة، س5، عدد (2)، يونيو، جامعة الكويت، 1992م.

ـ مجلة القانون و الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، س7، ع1، ذو القعدة 1355هـ - يناير 1937م، مطبعة إلياس نوري، و أولاده بمصر.

ـ مجلة القانون و الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، س12، ع1، محرم 1361هـ - يناير 1942م، مطبعة إلياس نوري، و أولاده بمصر.

ـ المجلة القضائية الجزائرية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 1؛ 1991، ملف رقم 52862 تاريخ 1988/07/16، ص120-122.

ـ المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، سنة 1996، ملف رقم 75670 تاريخ 1991/01/13.

ـ المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، سنة 1998، ملف رقم 5755 تاريخ 1998/10/20.

ب ـ الجرائـد:

ـ جريدة الخبر الجزائرية، العدد 5628 المؤرخ في 06 ماي 2009م، الموافق لـ 11 جمادى الأولى 1430 هـ، تقرير رتيبة. ص.

ـ جريدة الخبر الجزائرية، بتاريخ 2005/04/02م، تقرير ع.ملوك.

سادساً: قوانيـن ومراسيـم

ـ القانون المدني الجزائري الصادر بموجب أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان، عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر ، سنة 1975م، المعدل و المتمم بالأمر05-10،المؤرخ في20يونيو 2005، وآخر تعديل كان بمقتضى أمر07-05 ، المؤرخ في13 مايو 2007م.

ـ قانون العقوبات الجزائري: الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفرعام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بآخر تعديل 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر 2006؛ الجريدة الرسمية رقم 84.

ـ قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ، الصادر بالأمر رقم 66-154 المؤرخ في 15/ 6/ 1966 بأثر رجعي ابتداء من الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 22 رجب عام 1385 هـ الموافق 11/16/ 1965م.

- قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم، بآخر تعديل بقانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006؛ الجريدة الرسمية رقم 84.

ـ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في القانون رقم 08-09 الؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008.

ـ قانون الأسرة الصادر بقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 السنة 42.

ـ القانون المؤرخ في 08 جوان 1963 ؛ الذي يبين كيفية إخضاع الشركات الفرنسية التي كانت تنشط في مجال التأمين في الجزائر لرقابة السلطة الجزائرية.

ـ الأمر رقم 66-127 المؤرخ في 06 صفر عام 1386 الموافق 27 مايو سنة 1966، المتضمن تأسيس احتكار الدولة لعمليات التأمين.

ـ الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 06 محرم عام 1394 الموافق 30 يناير سنة 1974، المتعلق بإلزامية التأمين على المراكب البرية ذات محرك وبنظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 05 ذي الحجة عام 1408 الموافق 19 يوليو 1988

ـ لأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 يناير سنة 1975، الخاص بالقانون المدني؛ الذي نص على الأحكام العامة لعقد التأمين (المادة 619-625).

ـ القانون رقم 80-07 المؤرخ في 28 شعبان عام 1400 الموافق 09 أوت 1980، المتعلق بالتأمينات؛ حيث ألغى المواد 626-643 حول أنواع التأمين الواردة بالقانون المدني.

ـ القانون رقم 83-11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 02 يوليو سنة1983، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

ـ القانون رقم 83-13 المؤرخ في 1983/7/02، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

ـ قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-5، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير 1985.

ـ الأمر رقم 96-19 المؤرخ في 1996/7/06، المعدل والمتمم للقانون رقم 83-13 المؤرخ في 1983/7/02، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.
ـ الأمر 95-07 المتضمن نظام التأمينات، المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة 1995. الجريدة الرسمية العدد 13 المؤرخ في 07 شوال عام 1415هـ ، التي تناولت التأمينات بالأمر 95-07.
ـ "الوكالة الوطنية للدم" الناشئة بمقتض المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 9 أبريل 1995؛ المادة الأولى والثالثة، الجريدة الرسمية رقم 21 لعام 1995.
- المرسوم التنظيمي الجزائري (للوظيفة لعامة) رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1988 الموافق لـ 1 رجب 1405هـ.
ـ قانون التأمينات الجزائري : بموجب الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415هـ، الموافق 25/01/1995م.
ـ القانون التجاري الجزائري الصادر في 26 سبتمبر1975 ، الذي تقرر العمل به ابتداء من 1975/7/05 ، المعدل بموجب المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في1993/04/25
ـ مدونة أخلاقيات الطب، حسب المرسوم التنفيدي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 06 يوليو1992م.
- القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 1803/3/14م المعدل بآخر تعديل له في 2009/04/30م
- قانون العقوبات الفرنسي المعدل في 2009/4/01.
- قانون الصحة الفرنسي رقم 2002/303 الصادر في 04 مارس 2002 المعدل لقانون الصحة العمومية(ومن أسباب ظهوره ما أنتجه قرار Perruche الشهير الذي منح تعويضاً للوالدين عن الضرر الذي أصاب الطفل بداء الحميراء " La rubéole" الذي لم يكتشف في حينه).
ـ قانون أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي، الصادر بتاريخ 12/31/ 1957 .
ـ قانون التأمين الفرنسي المعدل بقانون 2003-706 المؤرخ في 2003/8/01.
ـ القانون رقم 2002-1577 بتاريخ 30 ديسمبر 2002م ، الخاص بالمسئولية الطبية، المعدل بآخر قانون في 2003/11/02 الذي عدل قانون الصحة العامة وقانون التأمينات.
ـ قانون التأمينات المعدل بقانون 2003-706، الصادر في 2003/8/01، الذي دخل حيز التنفيذ في 2003/11/02.

ـ نظم المشرع الفرنسي تأميناً إجبارياً من المسئولية لناشئة عن إجراء التجارب الطبية بموجب قانون 1138/88 الصادر في 1988/12/20.
- القانون المدني المصري القانون رقم 1948/131 المعدل بآخر قانون رقم 1970/55.
قانون الإجراءات الجزائية المصري، رقم 150 لسنة 1950 المتمم والمعدل بآخر قانون رقم 153 لسنة 2007.
ـ قانون العقوبات المصري رقم 1937/58.
ـ قانون المرافعات المصري، الصادر في 1875/9/16 أمام المحاكم المختلطة، المعدل بآخر تعديل له بقانون رقم 1999/18.
ـ قانون الإثبات المصري، رقم 1968/25.
ـ قانون الصحة الليبي رقم 1973/106 حيث ربط الترخيص لمزاولة مهنة الطب بإبرام عقد التأمين الإجباري من المسؤولية لتابعي الأطباء.
-القانون المدني الأردني.
- ـ ـ ـ ـ ـ الكويتي.
- ـ ـ ـ ـ ـ العراقي.

مراجـع أجنبيـة: **I-Ouvrages géneraux :**

-Cardacia (G), la portee primitive de la loi(aquilia), extrait de daube noster , edinburgh, scotish, Academic press,1974.
- Carbonier (J), droit civil, T4, les obligations, 22ème éd. Hémis Droit privé, Puf, janv.2000.
-Cohin(- M.R) – L'abstention fautive en droit civil et pénal.
- Fau Connet (P), La responsabilité, étude de sociologie,Paris,1920.
- François térré, philippe sinler et Yves lequette, Droit civil, les obligations, 6 ème ed. Dalloz, 1996, ed. delta, 1998.
-Garnier Délamare et autres, Dictionnaire illustré des termes de médecine, 28 é ed. Matoine-paris 2004
-Giffard(A.E) : Droit romain et ancien droit français, Coll. robert Villers, 2ed.1967.
- Girard (F) : Manuel élémentaire de droit romain ,7 ème éd 1924.
-Henry campbell black, and others, Black,s Law Dictionary, sixth ed. 1990, west publishing co.Usa

- Mazeaud (Henri, Leon, et Jean), Leçon de droit civil, T. II, Obligations Générales : Biens- Droit de propriété et ses démembrements, 3ème éd. Montchrestien, Paris, 1966.
- Malaurie (P) et Aynès (L), cours de droit civil T. VI. 1998.
- Marty et Raynaud, droit civil, les obligations, 2ème éd. TI, sirey, 1988.
- Nagub Hocni, Le lien de causalité en droit pénal, 1955.
-Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, éd. 2000, Dalloz.
- Philippe le tourneau et Roic Cadiet, Droit de la responsabilité , éd. Dalloz,1996.éd. Delta, Liban,1997.
- Saghir Ahmad khan, principles of equity – Maxims and cases, Mansoor book house, Lahore- Pakistan, 1999.
- Savatier (J), la profession libérale.
-Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4é ed. paris, 1949.
-Roudiere®, théorie générale du droit, 1945.

II-Ouvrages spéciaux:

-Contagrel (V), L'indemnisation par l'assureur de responsabilité civile de la victime décédée accidentellement, 1993.
- Desobèrt et autres, Droit médical , Paris, Masson, 1974,
- Dufourmantelle (R), la force majeure dans les contrats civils au Commérciaux et dans les marchés administratifs , paris,1920.
-Esmein (paul), Le nez de cléopatra, ou Les affres de la Causalité, Dalloz. 1964.
- Esnault (B) : Quelles solutions aux problémes d,indemnisation des victimes d,accidents thérapeutiques : responsabilité objective et/ou assurance du risque therapeutique, 1992
Ewald (F) :Le probléme français des accidents thérapeutiques enjeux et solutions , 1992.
- Foyix Jean Lois: Difficultes et Perspectives d,avenir de l,assurance des profession médicales, 1982. ???***
- Gilbèrt (H) et Glorieaux (P.L), La necessité d,un critère de l,acte médical, Cong.Int.Mor.Méd.Paris, 1955, T.L.
- Hannouz.M.M. et Hakem. A.R., Préçis de droit médical, Opu, Alger,03-1991.
-Lambart, le médecin devant ses sugés, 1973, Enc. Dalloz Médecin.
-Lambert Faivre, Droit du dommage corporel, système d'indemnisation
- Mazeaud (H.et L) etTunc(A) M traité théorique et pratique et La responsabilite civile délictuelle et contractuelle T.II , éd.1950, 1960, 1965.
- Margaret Brazier, médecine patients and the law, Penguim Book, 1992.
-Picard et Besson : " Les assurances terrestres 5e éd . 1982.
-Savatier.R, traité de la responsabilité civile en droit français, , T.I. II 2ème éd. paris , 1951.
- Savatier et Aubry, Traité de droit médical, paris, 1965.
-Sylvie Welsch, Responsabilité du médecin.
- Viney(G) Les obligation, la resposabilité : effets 1988.

III- Théses :

- Abdel Gawad (M), la force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien, thèse, paris, 1957.
-Aktam El Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien. Th. Paris1954 (P) : durandn les conventions d'irresponsabilité, thèse, paris, 1931.
-Deschamps (C.Lapoyade), La responsabilité de la victime, Thèse, Bordeaux, 1977.
-Durandn, les conventions d'irresponsabilité, thèse, paris, 1931.
-Finon (odile) : Faute et assurance dans la responsabilité civile médicale, thèse, paris, 1972.
- Givord (F), La réparation du préjudice moral, Thèse.grenoble,1939.
-Hoquet-Berg(S), obligation de moyens ou obligation de resultat à propos de la responsabilité médicale, thèse. Paris XII, 1995.
–Marguénaud(v.j.p.), l'animal en droit privé, Thèse limages, éd.1992.
-penneau(J), La faute et erreur en matière de résponsabilité medicale, Paris, 1972.
- Strickler (Y), Le juge des référés, juge du provisoire, Th. Strasbourg III, 1994, www.dictionnaire-juridique.com.
-vallimaresco (A) : la justice privée en droit moderne th. Paris 1926.

IV-Articles:

- Esmein(P), la commercialisation du dommage moral, D. 1954, chron 113.
Le tourneau (p), la verdeur de la faute dans la responsabilité civile, R.T.D.C ,1988.
-Lindon®, validité de la clause de non- concurrence ; j .c.p 1960.
-Louis Bach, réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, R.T.D.C, 1977.
-Marty (G), la relation du cause et effet comme condition de la résponsabilité civile, R.T.D.C , 1939.
-Penneau(J), Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.D.J, 1973.
-Penneau(J), La responsabilité du médecin, connaissance de droit **???*****
-Ripert(G), le prix de la douleur, D. 1948, chron1.
Robino (j), in R.T.D.C, 1951,
-Savatier.R, le dommage et la personne, D. 1955, chron.1.
- Tunc (A),intervention au deuxieme congrés international de morale medicale, paris,1966, T.I.
-Stark (B), les clauses de non responsabilité, D. 1974, chapr.157 N° 16.
-Viney(G) et Jourdain(p), L'indemmisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation, JCP, ed. N° 17, doc. 4016, P.182.
-Viney(G) l'indemnisation des victimes de dommages causés par le fait d'une chose, D. 1982, Chron.

V-Arrêts :

- Cass.Civ. Arrêt Mercier célèbre, du 20.5.1936.
-Civ. 31 Mai. 1960, D 1960 571 – 11 Juin, 1963 GP 1963.2.307
-Civ. 15 Nov. 1955 D 1956 113
-Grenoble, 29 Oct 1901, D. 1904, 2, 300, Trib.Béthune, 7 Fév 1936, D.H, 1936, 435.
-Montpellier 5 Mai 1971, G.P. 1971, 2.
- AIX 26 Nov 1969, la presse médicale 17 Janv 1970.
-Com. 28 juin 1988, j.c.p 88, 1i, 319.
-Com. 09 juill 1975, D. 76, 417.
-Crim. 12 Dec 1946.1947, Aix, 12 Jan. 1954 D. 1954. 338
-Civ. 25 Mai 1971, j.c.p. 1971. 16859.
-Cass. 20 Mai 1936 D. 1936.1.88 Note E.P.
- Cass. 18 Jan 1938 G.P. 1938, 27 Mai 1940,D. 1941 P.33 Note Nast, 31 Mai 1960 D. 1960, P.571.
-Paris 18 Mars 1938 D. 1938, P.337, Bordeaux, 11 oct 1938 D. 1939, P.28.
-Cass.ass.pl.07/02/1990, D. 1991,Resumé 4, note .G. Mémeteau, p.183.
-N° spécial sur le droit de la santé publique du 25/10/1997, p.22.
-Cass.11/10/1988,Bull.Civ.1988,n° 281, p.192.
- Cass.Civ.Ass.plén. Arrêt pérruche celébre, du 17/11/2000, qui a donné dommage intéret au victime sur la base que la victime a le droit «d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap».L,arrêt est celèbre et disponible sur plusieurs sites d,internèt.
-Cass. Ire Civ. 7 Janv. 1997, Gaz. Pal, 7-8 Fév. 1997, Flash juripr. Paris 11 Mai 1995, G.P. 95.
- T.G.I. Lyon. 28 Nov. 1973 j.c.p 1974. 17652 note Savatier
-Crim. 26 Dec 1964, GP 1965, 312-22 Juin 1972, 17266 N. Savatier
-Civ. 21 Fev 1961, J.C.P. 1961 OII, 12129, note Savatier.
-Paris 01/07/1991, J.C.P. 1991, II, 1762 note Harichaux
-Savatier, note sous : T.G.I, seine, 3 mars 1965, J.C.P, 1966, 14582.
-Paris, 17 Juin, D.1988.inf.rap, P.497. Note. penneau
-F.Chabs,obs lyon 8 janv 1981,j.c.p.1981,11,19699.
Civ.2, 12 oct. 1955, D.56.301, n.R.Rodière.
Crim 30 oct 1974, J.C.P. 1975.2.18.38 n. Mourgeon Lyon, 6 Juin 1975 D.1976, 415 n. Savatier
T.Cconfl., 3 mars 1969, R.G.A.T. ; T.Cconfl., 22juin 1992, p.343, note F.Vincent.
- Cass.civ.14 dec.1983.j.c.p.1984, IV
-Cass. 1ère civ , 16 Janv. 1962 D. 1962, 199, note R. Rodière, jcp 1962, 11, 12557, note p. esmein, RTD civ, 1962, 316, obs. A.turc (mort d'une jument, préjudice d'affection: 500F!);TGI, obs. A. Tunc (mort d'un teckel, préjudice d'affection: 600 F!);
-Cass. 1ère civ, 27 Janv, 1982, JCP 1983, 11, 19923, note F, chabas.

-Cass.Assembée Pleniere, 12 janv,jcp 1980. 19335 Rapport Pousard et obs.Carbonnier , et crim. 24 janv. 1979 d. 1979. Ir. 247. - Cass.Crim 13 juin 1978 d. 1978 ir. 9.
-Cass.Crim. 03 janv. 1925. D.P. 1925.1.85. Cour d,assises de Paris 15 Déc . 1977. D. 1978. 16 note Mayer.
- F.Du Verier et J.F.Naud :" La couverture de l,aléa medical Con. Medical". 07 nov. 1992
-Cou. D,app. De paris 1re, 1er, juill. 1992,JCP , 7 oct. 1992,2591 ; D. 1993, som.com., p.28.
-Arrêt Trichard , D.H ،1965 ،2 ،14304.
-Soc. 8 Dec. 1960 D. Soc. 1961. 314, Paris. 29 Mai. 1961. D. 1961. 497.
-CIV. 25 MAI. 1987, B1, N°170
-Arret Epoux v.,j.c.p.,1992-II-21881,note j.moreau -
Rec.C.E.P.127 ;1993-II-22061, note j.moreau
Crim 30 oct 1974, J.C.P. 1975.2.18.38 n. Mourgeon Lyon, 6 Juin 1975 D.1976, 415 n. Savatier
cass. Civ, 1ère, 31 Janv 1973, Bull. civ, I, N° 41; D. 1973, note Schmelck;
R.T.D.C. 1973, , note G. Durry. R.T.D.C, 1973.
Cass.Crim. 26 nov. 1966- jcp. 1967. 14979 note p.c et 23 janv. 1975-jcp 1975. 18333 note Robert et D. 1976. 375 note Savatier, etc…
: G.Viney. note sous cass. Crim. 01 mars 1973 JCP. 1974 II. 17615.
Civ.2è, 22 avr. 1971, II , n. 152 ; Civ.2è, 11janv. 1995, bull. civ. II
cass 1er civ. 23 juill. 1979, Bull. civ, I, n° 228.
Cass.civ-19/02/1968-393.
Cass. Civ, 25 Fev 1997, GAZ Pal, Cass. 1er Civ, 14 Oct 1997, 1997.2.
Civ. 8 Oct 1974, B. Civ N° 255
Cass. Tre Civ. 25 Fév. 1997, JCP 1997, ed.G.N°.11
Cass.1re civ., 1re oct. 1980, Bull. Civ.I, n° .235.

"Sites éléctroniques " **مـواقـع إلكتـرونيـة:**

www.dictionnaire-juridique.com

www.legifrance.gouv.fr

www.joradp.dz

www.islamic-council.com موقع وزارة الأوقـاف المصريـة

www. shamela.ws المكتبـة الشاملـة

www.al-islam.com موقع وزارة الشؤون الإسلاميـة والأوقاف السعوديـة

www.alwarraq.com

www.ahlalhdeeth.com

موقع يعسوب (يحتوي عدة مواقع سنية وشيعية)

www.al-islam.com

4 shared المكتبـة العربيـة

www.islamic-council.com موسوعـة الأعـلام

www.arabic-islamic-books.com,

www.islamport.com/b/4/trajem,

www.ahlelhadeeth.com,

www.3lsooot.com.

www.http://it.wikipedia.org/wiki/Testimoni_di_Geova#Principi_dottrinali_basilari_dei_Testimoni_di_Geova

www.macsf.fr/vous-informer/prejudice-aggravation-reparation.

www.peaceforlife.org/resources/mideast/2009/09-0100-gazawar.html

فهرس الموضوعات

مقدمـة 4

البـاب التمهيدي: المسؤوليـة المدنيـة وخصـائـص التشريـع الإسلامي في المجـال الطبـي 9

الفـصل الأول

أنـواع المسؤوليات الطبية ومراحـل تطـور المسؤوليـة المدنيـة 10

المبحث الأول : تعريف المسؤولية الطبية وأنواعها 10

المطلب الأول : تعريف المسؤولية الطبية 10

الفرع الأول : تعريف المسؤولية الطبية لغة 10

الفرع الثاني: تعريف المسؤولية الطبية اصطلاحاً 13

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية الطبية 14

الفرع الأول: المسؤوليتان الطبيتان الجنائية والمدنية والفرق بينهما 15

الفرع الثاني: حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني 18

الفرع الثالث: المسؤوليتان التأديبيتان الطبيتان الإدارية والنقابية 19

الفرع الرابع: حجية الحكم الجنائي أمام جهة التأديب 19

المبحث الثاني : تطور المسؤولية المدنية ووظائفها في القانون الوضعي 21

المطلب الأول: مراحـل تطـور المسؤولية المدنيـة 21

الفرع الأول: نحو مسؤولية مدنية موضوعية 24

أولا: أسباب التطور الموضوعي 24

ثانيـاً: مظاهر التطور الموضوعي 25

ثالثـاً: توزيع عبء الأضرار للمسؤولية المدنية 27

المطلب الثاني : وظـائف المسؤولية المدنيـة 28

الفرع الأول: الوظائف التهذيبية للمسؤولية المدنية 29

أولا: الوظيفة الردعية 29

ثانيـاً: الوظيفـة التهذيبيـة 30

ثالثـاً: الوظائف التعويضيـة للمسؤولية المدنيـة 31

الفصـل الثاني

خصـائص التشريع الإسلامي و الأحكام العامة لفكرة الضمان في الفقـه الإسلامي 33
المبحث الأول: خصائص التشريع الإسلامي 33
المطلب الأول: عمـوم الشـريعة الإسلاميـة 33
المطلب الثاني: غياب التفريع في زمن التشريع 37
المطلب الثالث: نوط الأحكام الشرعية بمعان وأوصاف لا بأسماء وأشكال 38
المطلب الرابع: السماحة ورفع الحرج 39
المطلب الخامس: نوط التشريع بالضبط والتحديد 41
المبحث الثاني: الأحكام العامة لفكرة الضمان في الفقه الإسلامي 46
المطلب الأول: تعريف الضمان في الفقه الإسلامي و الفرق بينه وبين التعريف القانوني 46
الفرع الأول: تعريف الضمـان 46
أولا: تعريفه لغـة..... 46
ثانيا: تعريفه اصطلاحـاً 46
1- تعريف الضمان بمعنى الكفالة 46
2- تعريف الضمان بمعنى التعويض 46
الفرع الثاني: الفرق بين تعريف الضمان في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي 48
المطلب الثاني : مشروعيـة الضمـان 51
المطلب الثالث : أسبـاب الضمـان في الفقه الإسلامي 54
الفرع الأول: ضمـان العقـد 54
الفرع الثاني : الغصب و الإتلاف 56

البـاب الأول: الطبيعـة القانونيـة للمسؤولية المدنيـة للطبيب..... 57

الـفصـل الأول

حقيقـة المسؤولية المدنيـة للطبيب في إطار العلاقـات الطبية..... 58
المبحث الأول : المسؤولية المدنية للطبيب في الفقـه الوضعـي 58
المطلب الأول: المسؤوليـة العقديـة 58
الفرع الأول: مفهوم المسؤولية العقدية 58
الفرع الثاني : شـروط المسؤوليـة العقديـة 60
أولاً : أن يربط بين الدائن والمدين عقد صحيح تم الإخلال به بدايةً 60
ثانيـا: أن يكون من أصابه ضرر الطبيب أحد المتعاقدين أو خلفا عاما له 62

الفرع الثالث: علاقات طبية تعاقدية 64
أولاً: علاقة المريض بالطبيب والمستشفى الخاص 64
ثانياً: علاقة المريض بالمستشفى العام 67
ثالثاً: علاقة الطبيب بالفريق الطبي والعمل الجماعي المشترك 70
1- الفريق الطبي "مسؤولية الطبيب المعالج والطبيب البديل" 70
2- الطب الجماعي المشترك "الطاقم الطبي" 71
المطلب الثاني: المسؤوليـة التقصيريـة..... 76
الفرع الأول: مفهـوم المسؤولية التقصيرية 76
الفرع الثاني: نطاق المسؤولية التقصيرية 80
أولاً: حالة بطلان العقد الطبي 80
ثانياً: حالة امتناع الطبيب وحالات الاستعجال 81
ثالثاً: الطبيب العامل في مرفق عام 81
رابعاً: اقتران الخطأ المدني بالخطأ الجنائي 82
خامساً: إصابة غير المريض بضرر 83
سادساً: الخدمات الطبية المجانية 84
الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب التقصيرية عن فعل الغير 85
أولاً: النص القانوني 85
ثانياً: شروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه 85
المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من المسؤولية المدنية في المجال الطبي..... 87
المطلب الأول: نظرية المسئوليتين العقدية والتقصيرية على غرار الفقه الغربي مستنبطة من الأحكام والقواعد المقررة في الفقه الإسلامي..... 87
المطلب الثاني: مسئولية الطبيب العقدية والتقصيرية في الفقه الإسلامي..... 88
الفصـــل الثـاني
تكييـــف المسؤوليـــة المدنيـــة للطبيـب..... 93
المبحث الأول: تكييف المسؤولية المدنية للطبيب في الفقه الوضعي 93
المطلب الأول: المسؤولية العقدية 93
الفرع الأول: مفهومها فقهاً 93
الفرع الثاني: مفهومها قضاءً..... 95
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية..... 97
الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية فقهاً 97

الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية التقصيرية قضاءً..... 100
الفرع الثالث: أهم الفروق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية 104
المطلب الثالث: تكييف العقد الطبي..... 106
الفرع الأول: عقد وكالة أو عقد إيجار أشخاص 106
الفرع الثاني: العقد الطبي عقد مقاولة (استصناع) 109
الفرع الثالث: العقد الطبي عقد غير مسمى (من نوع خاص) 111
المطلب الرابع: صفة التزام الطبيب 112
الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية 112
أولاً: رأي الفقه 113
ثانياً: تطبيقات قضائية 115
الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق غاية 117
أولاً: التزامات تتصل بالواجبات الإنسانية والأخلاقية للطبيب 117
ـ التزام الطبيب بإعلام المريض نموذجاً 118
ثانياً: التزامات تتصل بأعمال فنية 121
ـ نقل الـدم نموذجـاً 121
ثالثاً: الالتزام بضمان سلامة المريض 123
المبحث الثاني: التكييف الفقهي للمسؤولية الطبية المدنية في الفقـه الإسلامي..... 125
المطلب الأول:موازنة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في المجـال الطبي
في الفقـه الإسلامي..... 125
المطلب الثاني: تكييـف العقـد الطبي..... 128
المطلب الثالث: الترجيح بين الالتزام ببذل عناية وبين الالتزام بتحقيق غاية..... 133

البـاب الثـاني: تحريـك دعوى المسؤولية المدنية الطبية..... 139
الفصـ ـ ـل الأول
عناصر المسئولية المدنية الطبية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي..... 140
المبحث الأول: عناصر المسئولية المدنية في القانون الوضعي..... 140
المطلب الأول: الخطأ الطبي..... 140
الفرع الأول: ماهيـة الخطـأ الطبـي 140
أولا: تعريـف الخطـأ 140
ثانيـًا: تطوراتـه 142

ثالثا: تراجع الخطأ كأساس للمسؤولية 143
رابعاً: البدائل عن الخطأ ومدى نجاحها 144
I. نظرية المخاطر 144
1. تأثيرات نظرية تحمل التبعة على القضاء 147
أ. تبني الخطأ المفروض 147
ب.ابتكار القضاء الفرنسي فكرة الالتزام بالسلامة 149
ج. ابتكار القضاء الفرنسي نظرية الأفعال الخاطئة 149
د. القضاء الفرنسي يقر بمسؤولية فاقد الوعي عن الحراسة 149
هـ. موقف القضائين المصري والجزائري من نظرية تحمل التبعة : 150
2. مدى تأثير نظرية تحمل التبعة على التشريعات الوضعية (فرنسا، مصر ، الجزائر) 150
II. نظرية الضمان 151
خامساً: ترجيح لفكرة الخطأ أساساً للمسؤولية في حـدود معينة 152
الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي وصوره 153
أولاً: أهم أنواع الخطأ الطبي 153
ثانياً: بعض صور الخطأ الطبي 155
1. الخطأ في التشخيص 156
2. أخطاء العلاج 157
3. أخطاء التوليد 158
الفرع الثالث: معيار الخطأ 159
ـ المعيار الموضوعي، المعيار الذاتي، و المعيار المختلط 159
ـ الفرق بين الخطأ والغلط 160
ـ التمييز بين الحادثة الطبية، وبين مجرد الإخفاق في العلاج 161
الفرع الرابع: إثبات الخطأ الطبي 165
أولاً: تحديد لمكلف بعبء الإثبات وما يثيره من صعوبات 166
ثانيا: سلطة القاضي في تقديرخطأ الطبيب وما يتعلق به من مشكلات 170
ـ فكرة الخطأ الاحتمالي لدى محكمة النقض الفرنسية 171
ثالثاً: دور الخبـرة في إثبات خطـأ الطبيب 173
المطلب الثاني: الضرر الطبي 177
الفرع الأول: مفهوم الضرر وأهميته 177
الفرع الثاني: أنواع الضرر في المجال الطبي 180
أولا: الضرر المادي 180

ثانيا: الضرر المعنوي (التشريع والقضاء: الفرنسي، المصري، الجزائري) 181
الفرع الثالث: شـروط الضـرر 187
أولاً: المساس بحق أو مصلحة ذات قيمة للمضرور معتبرة قانونـاً 187
ثانياً: أن يكون الضـرر محققـاً 187
1. الضرر المستقبل 188
2. الضرر المحتمل 189
3. تفويت الفرصة 190
ثالثاً: أن يكون الضرر مباشـراً وشخصيـاً 194
الفرع الرابع: حدود التعويض عن الضرر 199
المطلب الثالث: علاقـة السببيـة 203
الفرع الأول: ماهية رابطة السببية 204
الفرع الثاني: تحديد معيار رابطة السببية في الفكر القانوني 207
أولا: تقدير ذلك في حال تعاقب الأضـرار 207
ثانيا: تقدير ذلك في حال تعدد الأسبـاب 208
1. نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها 208
2. نظرية السببية الملائمة 210
3. أثر هاتين النظريتين في الفقه 211
ـ الاتجاه الأول: صعوبة إخضاع فكرة السببية لأي معيار علمي 211
ـ الاتجاه الثاني: تطوير نظرية السببية الملائمة 211
الفرع الثالث: تحديد الأثر القانوني في حالة تعدد أسباب الضرر 212
أولاً: السبب الأجنبي وأثره في عدم انعقاد المسؤولية المدنية 213
I. ماهية السبب الأجنبي 213
II. مقومات السبب الأجنبي 214
1.عدم إمكان التوقع 215
2. استحالة الدفع 217
3. انتفاء الإسناد أو الخارجية..... 220
ثانياً: تعدد أسباب الضرر وأثره في تحديد نسبة المسؤولية المدنية 221
I. تدخل المضرور (المريض) في تحقق الضـرر 221
1. صور اجتماع خطأ المريض مع خطأ الطبيب 221
2. شروط اعتبار خطأ المريض سبباً لإعفاء أو امتناع مسؤولية الطبيب 223

3. خطأ المضرور والتأمين من المسؤولية 224
II.تدخل الغـير في إحداث الضـرر 225
1. مفهوم فعل الغير وخصائصه 226
2. أثر فعل الغير على مسؤولية الطبيب 228
3. فعل الغير والتأمين من المسؤولية 229
المبحث الثاني: أركـان المسؤولية الطبيـة المدنيـة في الفقه الإسلامي 231
المطلب الأول: موجبات التعويض في المجال الطبي في الفقه الإسلامي 231
الفـرع الأول: التـعـدي 231
أولا: تعريـف التعـدي (لغة واصطلاحاً)..... 231
ثانيـا: أنـواع التعـدي (التعدي بالمباشرة، والتعدي بالتسبب) 234
ثا ضابط التفرقـة بينهما 234
ثالثـا: معيـار أو ضابط التعـدي 235
رابعـا: إثبـات تعدي الطبيب 238
1- الإقـرار 240
2- الشهـادة والاختلاف بينها وبين رأي الخبراء..... 241
3- الكتابـة وحكمها شرعاً في المجال الطبي..... 246
الفرع الثـاني: الضـرر 248
أولا: تعريـف الضـرر(لغة واصطلاحاً) 248
ثـانيـا: حكـم الضـرر 252
ثـالثاً: معيـار الضرر وإثباتـه 253
رابعـاً: أنـواع الضـرر 257
I- أنواع الضرر من حيث طبيعتها 257
1. الضـرر الحسي: وهو قسمان: ضرر جسمي، وضرر مالي 257
2. الضـرر المعنـوي (والرأي المختار في هذه المسألة)..... 259
أ. أدلّـة القائلين بجواز التعويض عن الضرر الأدبي 260
ب. أدلّـة المانعين لجواز التعويض عن الضرر الأدبي 265
II- أنواع الضرر من حيث طريقـة حدوثـه 269
1. الضـرر الواقـع 269
2. الضـرر المتوقـع 270
3. الضـرر المحتمـل 271
4. تفويت الفرصـة 272

5. الضـرر المفتـرض 272
خامسـاً: التعويـض عن الضـرر وما تعلق به من مسائل..... 274
الفـرع الثالث: الإفضـاء(السببية) 278
أولا: تعـريف الإفضـاء (لغة واصطلاحا) 278
ثانيا: طبيعـة الإفضاء في الفقه الإسلامي 280
ثالثـاً تحديد معيار رابطة الإفضاء عند تعدد أسباب الضرر في الفقه الإسلامي 282
الحالة الأولى: تعدد أسباب الضرر مع وحدة الفاعلين 282
الحالة الثانية: تعدد أسباب الضرر مع اختلاف عمل الفاعلين (تحكمها قاعدة تقديم المباشر على
المتسبب مع وجود استثناءات) 283
رابعـاً: تحديد معيار رابطة الإفضاء عند تسلسل الأضرار في الفقه الإسلامي 287
خامسـاً: انتفاء الإفضاء أو السببية في الفقه الإسلامي وأثره في الضمان 290
1. الآفـة السماوية وأثرها في انتفـاء الضمان 291
2. أثـر خطـأ المضرور في الفقـه الإسلامي 293
3. خطـأ الغيـر في الفقـه الإسلامي 298
المطلب الثاني: مقارنة موجبات الضمان في المجال الطبي بين الفقهين الإسلامي والقانوني..... 300
(فروق أساسية تتعلق بعناصر الضمان الثلاثة: التعدي أو الخطأ، الضرر، الإفضاء أو السببية)

الفصل الثاني

ممارسـة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في القانون و الشريعة الإسلامية..... 317
المبحث الأول: ممارسة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في القانون الوضعي..... 317
المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية ومجال تطبيقها 317
الفرع الأول: مفهوم الدعوى المدنية وشروطها 317
أولا: تعريـف الدعـوى المدنيـة (لغةً واصطلاحاً) 317
ثانيـاً: شـروط الدعـوى المدنيـة 318
الفرع الثاني: مجـال تطبيـق دعـوى المسؤولية المدنيـة 319
أولا: التسوية القضائيـة 319
1. اختصاص المحكمة الفاصلة 321
2. الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية 323
ثانيـا: التسوية الوديـة 328
1. الاتفاق على عدم جواز الإقرار بالمسؤولية أو الصلح بغير موافقة المؤمن 329
2. تسوية الضمان مع المؤمن ودياً أو بدعوى أصلية 330

3. التسوية عن طريق الصلح 331
4. التسوية عن طريق الوساطة 332
5. الفرق بين التسوية عن طريق كل من الصلح والوساطة 333
6. مزايا التسوية الودية عن طريق الصلح 333
7. مـآل التعويض عن طريق الصلح 334
8. نماذج عن التسوية الودية في المجال الطبي 336
أ- النموذج الفرنسي : نظام الموفق الطبي 336
ب-النموذج الألماني " اللجان الطبية 338
ج- النموذج السويسري " مكاتب الخبرة..... 338
د- النموذج الجزائري 339
المطلب الثاني: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب 340
الفرع الأول: حقيقة التأمين والتأمين من المسؤولية 341
أولا: التعريف بالتأمين وتطوره 341
1. مفهـوم التأمين 341
2. نشأة التأمن وتطوره 342
3. خصائص عقد التأمين 345
ثانيـاً: التأميـن من المسؤوليـة 345
1. تعريف التأمين من المسؤولية 346
2. التأمين من المسؤولية في التشريع الجزائري 347
3. أقسام التأمين من المسؤولية:..... 348
أ. التأمين من المسؤولية عن خطر محدود 349
ب. التأمين من المسؤولية عن خطر غير محدود 348
4. نطـاق الخطـر المؤمن منـه 350
I. المخاطـر المغطـاة 351
أ. المسؤوليـة عن الغير..... 350
أ/1. تغطية العقد للأضرار الواقعة من تابعي الطبيب المؤمن له 351
أ/2. تغطية عقد التأمين للأضرار الواقعة من البديل 352
ب. المسؤولية عن حوادث الآلات والأجهزة المستخدمة في النشاط الطبي 353
II. المخاطـر المستبعـدة 356
أ. الاستبعـاد القانـوني 357

ب. الاستبعـاد الاتفاقي (المباشر، وغير المباشر) وشروط قبوله 358
المبحث الثاني : ممارسة دعوى المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية 361
المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية ومجال تطبيقها 361
Ü هل يقصد بالقانون الواجب التطبيق التقيد بمذهب واحد ؟ 361
Ü لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة 362
Ü يمكن العفو أو الصلح على مال إذا دعت المصلحة ذلك 363
Ü القاضي المسلم يقضي في جميع المنازعات، وليس هنالك ما يمنع من استحداث قواعد الاختصاص القضائي إذا دعت المصلحة ذلك 363
Ü القضاء الاستثنائي: قضاء المظالم واختصاصاته 364
Ü الناظرون في الحسبة وأعوان القضاء 365
Ü دعوى قضائية طبية بالأندلس 366
Ü تقادم الدعوى "المُسقط للحقوق" قضية استصلاحية 366
المطلب الثاني: التأمين من المسؤولية في المجال الطبي في الشريعة الإسلامية 369
الفرع الأول: فلسفة وأنظمة التأمين في الإسلام 369
أولا: حق الفقراء في النفقة من بيت المال 370
ثانياً: نظام الزكـاة 370
ثالثاً: نظام تحمل العاقِلة الديةَ 371
رابعاً: عقد الموالاة 371
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التأمين والتأمين من المسئولية في المجال الطبي 371
I. أدلـة لمجيزيـن والاعتراضـات عليها: 372
أولاً: عقد التأمين عقد تعاون وتضامن اجتماعي 372
ثانياً: ليست العقود في الشريعة محددة محصورة 372
ثالثـاً: في أحكـام الشريعة، وأصـول فقهها ما يصلح أن يكون مستنداً قياسيـاً واضحـاً: 372
1. نظام العاقلـة 373
2. عقـد المـوالاة 374
3. دلالة الوعد الملزم عند المالكية 375
4. ضمـان الطـريق 376
رابعـاً: أثر العرف أو المصلحة أو الضرورة في استنباط حكم التأمين في الشريعة 377
II. أهم أدلـة المانعيـن والـرد عليها 378
أولا: أثر الغـرر في عقد التأمين 378

ثانيـاً: انعدام التعادل بين الأقساط ومبلغ التأمين وما يثيره من شبهة الربا 378
III. الرأي المختار في هذه المسألة 378
IV. نحو تأمين ذي طابع إسلامي 379
خـاتمـة 381
Abstract 397

الفهـارس:

1ـ فهرس الآيات الكريمة 399
2 ـ فهرس الآثـار 402
3 ـ فهرس الأعلام المترجم لهم 404
4 ـ ثبت المصادر والمراجع 407
5 ـ فهرس الموضوعـات 439