مجـــلـة الحـــق للعلوم الشرعية والقانونية
Al-haq Journal for Sharia and Legal Sciences
تصدر عن كلية القانون – جامعة بني وليد – ليبيا
Website: https://www.al-haqjournal.ly/index.php/alhaq/index
المجلد الثاني عشر ـ العدد الثاني 2025 ـ الصفحات (81-93)
ISSN 3005 – 3919 معامل التأثير العربي 1.67 لسنة 2024 2.113 (ISI) لسنة 2025

الاستصحاب وأثره في المسؤولية الطبية الحديثة

د. محمد السايح صالح الكوربو *
قسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة بني وليد ، بني وليد ، ليبيا
mohammedsaleh@bwu.edu.ly

Istishab and its impact on modern medical liability

Mohammed Al-Sayeh Saleh Al-Korbo *
Department of Islamic Sharia, Faculty of Law, University of Bani Waleed, Bani Walid, Libya

تاريخ الاستلام: 2025-05-20 تاريخ القبول: 2025-06-29 تاريخ النشر: 2025-07-09

الملخص
يتناول هذا البحث الاستصحاب وهو أحد الأدلة المختلف فيها في علم أصول الفقه، وتطبيقه في مجال المسؤولية الطبية الحديثة، في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها. ويعرض مفهوم الاستصحاب، وأنواعه، وشروط اعتباره حجة، مع بيان محل الخلاف بين الأصوليين حول حجيته.
كما يؤصل البحث لمفهوم المسؤولية الطبية في ضوء المستجدات التقنية والعلمية، التي أفرزت صورًا جديدة من المسؤولية الطبية تتطلب اجتهادًا فقهياً معاصراً.
ويركز على بيان دور الاستصحاب في إثبات الخطأ الطبي، خاصة في الحالات التي يصعب فيها تقديم دليل مباشر على الخطأ أو علاقة السببية بين الفعل الطبي والضرر. ويستند في ذلك إلى قواعد مثل: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، و"الأصل براءة الذمة". كما يناقش إمكانية توظيف الاستصحاب في تقدير المسؤولية المدنية للطبيب، و الضمان الشرعي عن الأضرار المحتملة، من خلال نماذج تطبيقية معاصرة.
ويخلص البحث إلى أن الاستصحاب وسيلة استدلال معتبرة عند غياب الدليل القطعي، وقد يرجّح جانب المريض في بعض الحالات الغامضة، متى استوفى شروطه. ويوصي بضبط استخدامه في القضاء الطبي، بما يحقق التوازن بين حماية المريض وضمان العدالة للطبيب، مع الدعوة لمزيد من الدراسات الفقهية التطبيقية لمواكبة التحديات الطبية المعاصرة.

الكلمات الدالة: الاستصحاب، المسؤولية الطبية، اليقين، الشك، التطور.

Abstract
This study examines the principle of Istishab, one of the disputed evidentiary sources in the science of *Usul al-Fiqh* (Islamic legal theory), and its application to the field of modern medical liability, in light of the principles and objectives of Islamic law (*Sharia*). It outlines the concept of Istishab, its types, the conditions for its validity as legal evidence, and the scholarly debate surrounding its probative authority.
The research also explores the foundations of medical liability in the context of contemporary scientific and technological developments, which have led to new forms of accountability requiring renewed jurisprudential reasoning.

A central focus is placed on the role of Istishab in proving medical error, particularly in cases where direct evidence of fault or a causal link between the medical act and the harm is difficult to establish. The analysis draws upon legal maxims such as “the presumption is that a prior state continues to exist” and “freedom from liability is the original state.” It also considers the use of Istishab in assessing the civil liability of physicians and the legitimate guarantees for potential harm, through contemporary applied examples.
The study concludes that Istishab is a valid inferential method in the absence of conclusive evidence and may, when its conditions are met, support the patient’s claim in ambiguous cases. It recommends a controlled application of Istishab in medical adjudication to balance the protection of patients’ rights with fairness toward physicians, and calls for further applied jurisprudential studies to address emerging challenges in modern healthcare.

Keywords : Istishab, medical liability, certainty, doubt, development.

المُقَدّمَةْ:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين ... وبعد ...

إن علم أصول الفقه يعد من أشرف العلوم وأعظمها أثراً في فهم الشريعة الإسلامية واستنباط أحكامها، من مصادرها الشرعية التي قسمها الاصوليون إلى مصادر نقلية وعقلية ، وقد ذهب الامام التلمساني إلى القول: بأن الاصل العقلي هو الاستصحاب؛ ولأنه من الادلة التبعية التي نستطيع الوصول عن طريقها إلى حكم النوازل الحياتية والمستجدات الفقهية مسايراً بذلك تطورات العصر.

والاستصحاب، الذي يعني بقاء الحكم على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه، كان له أثر بارز في الوقائع المعاصرة.؛ وذلك لان التطور العلمي عامة والطبي خاصةً كان له كبير الاثر في إثراء الفقه الاسلامي.

ومع تطور العلوم الطبية، وظهور مستجدات في مجال المسؤولية الطبية، برزت الحاجة إلى النظر الأصولي في كيفية التعامل مع الأخطاء الطبية المشتبهة، ومدى تحميل الطبيب المسؤولية عند عدم وجود يقين بالخطأ أو بالتقصير ومن هنا جاءت فكرة هذا البحث الاستصحاب واثره في المسؤولية الطبية الحديثة

لدراسة تطبيقات هذه القاعدة في القضايا الطبية، وبيان مدى اعتبار الاستصحاب دليلاً لحسم النزاع في مثل هذه الحالات.

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في كونه يسهم في معالجة الإشكالات الفقهية والطبية الحديثة، ويساعد في وضع قواعد فقهية راسخة للبت في قضايا المسؤولية الطبية التي يكثر فيها الاشتباه وعدم الجزم.

سبب اختيار الموضوع:

جاء اختيار هذا الموضوع لما له من ارتباط وثيق بالواقع الطبي الحديث، وكثرة الحاجة إلى أحكامه في ضوء التقدم الطبي، مع قلة الدراسات الأصولية المتخصصة التي تناولت هذا الجانب بالتفصيل.

منهج البحث:

سلك الباحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي؛ حيث جمع النصوص الأصولية المتعلقة بالاستصحاب، واستقرأ تطبيقاتها في المسؤولية الطبية الحديثة، ثم قام بتحليلها ومقارنتها بالقواعد الفقهية الأخرى ذات الصلة.

وقد قسم البحث وكان على النحو الآتي:

المبحث الأول: الاستصحاب في علم أصول الفقه

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب

المطلب الثالث: شروط العمل بالاستصحاب و أنواعه

المبحث الثاني: المسؤولية الطبية الحديثة وضوابطها الشرعية

المطلب الأول: تعريف المسؤولية الطبية

المطلب الثاني: صور المسؤولية الطبية الحديثة

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للمسؤولية الطبية

المبحث الثالث: تطبيق الاستصحاب في المسؤولية الطبية الحديثة
المطلب الاول: تطبيق الاستصحاب في إثبات الخطأ الطبي:
المطلب الثاني: تطبيق الاستصحاب في تقدير التعويض
المطلب الثالث: تطبيقات معاصرة للاستصحاب في القضايا الطبية الحديثة
وفد ختم البحث بخاتمة احتوت على أهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول: الاستصحاب في علم أصول الفقه
المطلب الأول: تعريف الاستصحاب
أولاً: تعريف الاستصحاب لغة:
الاستصحاب لغة: مصدر الفعل "استصحب"، وهو مأخوذ من المصاحبة والملزمة، كل شيء ألزم شيئا فقد استصحبه ، ومن هنا قيل: استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتا كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة .[1]
ثانياً :الاستصحاب اصطلاحا :
تفاوتت تعريفات الاصوليين عن الاستصحاب، ومن أهمها ما يلي :
- عرفه الامام الغزالي :"بأنه: عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب"، ووافقه ابن قدامة .[2]
- وعرفه الامام القرافي بأنه: اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال. [3]
- كما عرفه الجلال المحلي :" بأنه استصحاب الاصل أي العدم الاصلي عند عدم الدليل الشرعي، بأن لم يجده المجتهد بعد البحث عنه بقدر الطاقة". [4]
ثالثاً: بيان مفهوم الاستصحاب العام
يدل مفهوم الاستصحاب على الاعتماد على الحالة الثابتة سابقاً في حال الشك في تغيرها، مما يجعله أداة لحسم النزاع عند عدم توفر أدلة أخرى قاطعة.
المطلب الثاني: حجية الاستصحاب
أولاً: حجية الاستصحاب:
الاستصحاب حُجَّةٌ شرعيَّة ، ويجوز الاحتجاج به في النفي والإثبات مطلقاً .
ولكن اختلف الأصوليون في حجيته على ثلاثة أقوال:
- **القول الأول**: الاستصحاب حجةٌ شرعية ، ويجوز الاحتجاج به مطلقاً ،وقد ذهب إلى ذلك: جمهور الأصوليين من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية.
- **القول الثاني**: الاستصحاب ليس بحجةٍ شرعية، ولايجوز الاحتجاج به مطلقاً ، وقد ذهب إلى ذلك: أبو الحسين البصري ، وابن الهمام الحنفي، وابن السمعاني.
- **القول الثالث:** الاستصحاب حجةٌ شرعية ، ويجوز الاحتجاج به في الدفع دون الإثبات، وقد ذهب إلى ذلك: جمهور المتأخرين من الحنفية، كالبزدوي ، والسرخسي ، وابن نجيم. [5]
ثانياً: الأدلة على حجية الاستصحاب :
أولاً: كلُّ ما تحقَّق ولم يُظَنَّ معارضٌ له فإنه يستلزم ظنَّ بقائه، والاستصحاب يفيد ظنَّ بقاء الحُكْم إلى الزمن الثاني، ، والعمل بالظنِّ واجبٌ في الشرعيات، فالاستصحاب يجب العمل به [6] ، قال الفخر الرازي: " ولا معنى لكونه حُجَّةً إلا ذلك" [7]

---

[1] ينظر: لسان العرب) مادة:(ص .ح، ب) والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير 1 /333 ، وتاج العروس 3 /186 ، مادة: ص.ح.ب) في الكل .
[2] المستصفى ، للغزالي ، ص -160 .
[3] شرح تنقيح الفصول ، للقرافي ، -447 .
[4] شرح الورقات في أصول الفقه ، جلال الدين المحلي، -212 .
[5] ينظر: البرهان لابي المعالي الجويني 2: 1135- 1140 ، المستصفى للغزالي : 2: 406- 411 ، الإحكام لابن حزم :5: 2-5 ،اصول السرخسي 2: 147 . العدة في أصول الفقه لابي يعلى الحنبلي:4: 1262-1268 . الإحكام للآمدي :4: 155-169 . المحصول للرازي :6: 109- 121 . قواطع الأدلة في أصول الفقه للسمعاني الحنفي 3: 365-367 . شرح تنقيح الفصول للقرافي 351 . الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي:3: 168 . نهاية السول في علم الاصول للاسنوي :4: 366 . البحرالمحيط للزركشي :6: 17 ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب :2: 284 ، كشف الأسرار،لعلاء الدين البخاري :3: 377 . شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي :4: 403 ، إرشاد الفحول ، للشوكاني :2: 974.

ثانياً: إن العقلاء من الخاصَّة والعامَّة اتفقوا على أنهم إذا تحقَّقوا وجود الشيء أو عدمه، وله أحكامٌ خاصَّةٌ به، سوغوا ترتيب تلك الأحكام عليه في المستقبل من زمان ذلك الأمر، حتى إن الغائب يراسل أهله، ويراسلونه، بناءً على العلم بوجودهم، ووجوده في الماضي، ويُنْفِذ إليهم الأموال وغير ذلك، بناء على ما ذُكِر، ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان، لما ساغ لهم ذلك [8].

ثالثاً: إن بقاء الباقي راجحٌ على عدمه، وإذا كان راجحاً وجب العمل به اتفاقاً وهو المدَّعى، ووجه رجحانه من وجهين:

أحدهما: أن الباقي يستغني عن السبب والشرط الجديدين؛ لأن الاحتياج إليهما إنما هو لأجل الوجود، والوجود قد حصل لهذا الباقي، فلا يُحتَاج حينئذٍ إليهما، وإلا يلزم تحصيل الحاصل، بل يكفيه دوامها بخلاف الأمر الذي يحدث، فإنه لابدَّ له من سببٍ وشرطٍ جديدين فيكون عدم الباقي

كذلك؛ لأنه من الأمور الحادثة، وما لا يفتقر أرجح من المفتقِر، فيكون البقاء أرجح من العدم وهو المدَّعى.

والثاني: أن عدم الباقي يقل بالنسبة إلى عدم الحادث؛ لأن عدم الحادث يصدق على ما لا نهاية له، وأما عدم الباقي مشروطٌ فمتناه ؛ لأن عدم الباقي بوجود الباقي، والباقي متناه، وإذا كان عدم الباقي أقلَّ من عدم الحادث كان وجوده أكثر من وجوده فيكون راجحاً [9].

رابعاً: لو لم يكن الظنُّ حاصلاً ببقاء ما تحقَّق، ولم يُظَنَّ له معارض، لكان الشَّكُّ في الزوجية ابتداء كالشك في بقاء الزوجية في التحريم والجواز، والتالي باطل، أما الملازمة ؛ فلأنه حينئذٍ لا فرق فيهما، وأما بطلان التالي فلأنّ التفرقة بينهما في التحريم والجواز ثابتةٌ بالإجماع، فإنَّ مَدَّ اليد إليها حرامٌ في الأول، بخلاف الثاني فإنه جائز.

وإنما حكموا بالتحريم في الأول ؛ لأن الحُرْمَة ثابتةٌ قبل الشَّك، والأصل بقاء الشيء على ما كان عليه، وبالجواز في الثاني ؛ لأن الجواز ثابتٌ قبل الشك، والأصل بقاء الشيء على ما كان عليه [10]

المطلب الثالث: شروط العمل بالاستصحاب و أنواعه

أولاً: شروط العمل بالاستصحاب عند الأصوليين:

1. عدم وجود دليل ناقل عن الحالة السابقة.

"وشرط اعتباره ألا يقوم دليل يرفع ذلك الحكم المستصحب." [11]

2. أن تكون الحالة السابقة ثابتة بيقين.

" وهو أن يكون الأمر المستصحب متيقناً، إذ لا يثبت المشكوك كأصل"[12]

3. أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو سبباً له.

أي: لا يُستصحب إلا ما له أثر شرعي، كالحكم أو السبب أو الشرط، أما الأوصاف غير المؤثرة فلا اعتبار لها.[13]

4. أن يكون الزمان الثاني مما يصح فيه بقاء الحكم.

أي: لا بد أن يكون الزمان المتأخر قابلاً لبقاء الحكم السابق فيه، فلا يُستصحب مثلاً وجوب الصيام إلى بعد الغروب. [14]

"ومن شرطه أن يكون الزمان اللاحق قابلاً لبقاء ما قبله، وإلا كان عبثاً."

5. ألا يكون الحكم مما يتكرر تجديده (في بعض أنواع الاستصحاب)

بعض الأصوليين استثنوا من الاستصحاب ما يُظن تجدده كل وقت، كالطهارة لمن أصابه ناقضٌ ظاهر.

"ما يظن تجدده غالباً لا يُستصحب، كالطهارة مع مظنة الحدث."[15]

ثانياً: أنواع الاستصحاب عند الأصوليين : [16]

1. استصحاب الحكم الأصلي (البراءة الأصلية)

---

[6] ينظر: المحصول للرازي :6: 109 ، الإحكام للآمدي :4: 155 ، الإبهاج للسبكي:3: 171 ، بيان المختصر للأصفهاني :3: 264 ، نهاية السول للا سنوي :4: 367.

[7] المحصول للرازي ::6: 109.

[8] ينظر: المحصول للرازي :6: 121 ، الإحكام للآمدي :4: 156 ، شرح مختصر الروضة للطوفي :3: 150.

[9] انظر: الابهاج للسبكي 3: 172-173 . نهاية السول للاسنوي 4 : 370 -372 .

[10] انظر: الابهاج للسبكي 3: 172 بيان المختصر للاصفهاني: 3:264.. نهاية السول للاسنوي 4 : 369 -370. .

[11] روضة الناظر، ابن قدامة، ج1، ص 313.

[12] المحصول، الرازي، 2 : 479.

[13] شرح تنقيح الفصول، القرافي، 162.

[14] شرح مختصر الروضة، الطوفي، 3، : 285.

[15] إرشاد الفحول، الشوكاني، ص 27.

[16] أنظر: المستصفى، الغزالي، 1،:140. البرهان، الجويني، 1 :357. ، إرشاد الفحول، الشوكاني 277. شرح التنقيح، القرافي، 162. شرح مختصر الروضة، الطوفي، 3 :281.

هو الحكم بعدم وجود الحكم الشرعي لعدم وجود دليل عليه، أي إبقاء الأصل الذي هو عدم التكليف حتى يرد دليل يدل على وجوده.

2. استصحاب البراءة (عدم الحكم الحادث)

هو استصحاب نفي الحكم الشرعي الثابت في الزمن الماضي إلى الزمن الحاضر. .

3. استصحاب الوصف (العلّة أو السبب).

هو الحكم ببقاء العلة أو الوصف المؤثر في الحكم الشرعي.

محل الخلاف: بعض الأصوليين لا يعتبرونه استصحاباً بالمعنى الدقيق، بل إلحاقاً له بقياس العلة أو الظن الغالب هذا فهو نفي الارتفاع (بعد تحقق الحكم وثبوته).

4. استصحاب الحكم الشرعي الثابت بدليل شرعي.

هو بقاء الحكم الشرعي الثابت بدليل، ما لم يرد ما يرفعه.

المبحث الثاني: المسؤولية الطبية الحديثة وضوابطها الشرعية

المطلب الأول: تعريف المسؤولية الطبية

أولاً: تعريف المسؤولية لغة واصطلاحا :

أولاً: المسؤولية لغة: "سألته الشيء بمعنى استعطيته، وسألته عن الشيء استخبرته" .[17]

والسؤال ما يسأله الإنسان، وسأله الشيء وسأله عن الشيء سؤالاً ومسألة" .[18]

وفي الحديث: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته، والرجل في أهله راعٍ ومسؤول عن رعيته..." .[19]

وهذه كلها أمانات تلزم من استرعيها أداء النصيحة فيها لله ولمن استرعاه عليها وكل واحد منهم أن يأخذ ما استرعى أمره ما يحتاج إليه. [20]

ثانياً: المسؤولية اصطلاحاً:

إن كلمة المسؤولية كلمة مستحدثة لم يستخدمها الفقهاء القدامى، وإنما جاءت في استعمالات بعض الفقهاء المعاصرين ورجال القانون، وإن كانت أساسه الأحكام الشرعية التي جاءت بهذا المبدأ، وقد ورد التعبير على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية بلفظ الضمان للدلالة على مسؤولية الشخص تجاه غيره وما يلزم به في ذمته من مال، أو عمل، سواء أكان عقد ضمان يد أو ضمان إتلاف. [21]

وذهب الفقهاء إلى أن كلمة (المسؤولية) اصطلاح قانوني تقابله كلمة (الضمان) في الفقه الإسلامي.

ويعرف وهبة الزحيلي الضمان: "بأنه الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف في المال، أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" . [22]

بينما يعرفه الشيخ علي الخفيف بمعناه الأعم على لسان الفقهاء: "هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه" .[23]

ويعرف الشيخ شلتوت الضمان: "بأنه تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته" .[24]

ولقد شُرِّع الضمان للضرر لا للعقوبة بصرف النظر عن أهلية ومسلك الشخص؛ لأنّ الخطأ – مثلاً – لا ينافي عصمة المحل وبالتالي كل ضرر وقع بأحد هو مخالفة للشرع ولذا وجب رفعه. [25]

---

[17] لسان العرب لابن منظور؛ مادة (س.أ.ل.)

[18] مختار الصحاح، للرازي، مادة (س.أ.ل.)

[19] صحيح البخاري، كتاب: الجمعة، باب: الجمعة في القرى والمدن، حديث رقم (2554).

[20] شرح صحيح البخاري، ابن بطال القرطبي، مكتبة الرشد، لا ط ، لا ت ، ج7 ص70.

[21] انظر: نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط: 2 ،1982م، ص6. مسؤولية الطبيب المدنية، دراسة مقارنة، عبدالسلام التونجي، دار المعارف، بيروت، لبنان، 1967م، ص96.

[22] نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص22.

[23] الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000م، ص8.

[24] المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، محمود شلتوت، طبعة الأزهر، لا ط، لا ت، ص88.

[25] ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، محمد حسين الشامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، ص75-76

لهذا ذهب الكثير من القانونيين إلى القول إن مصطلح المسؤولية أوسع مدلولاً من مصطلح الضمان؛ لأنّه يسري كذلك على مصطلح التعويض الذي يستعمل كمرادف لها.
ونستطيع القول بأن المسؤولية الطبية : هي التزام الطبيب أو المنشأة الطبية بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالمريض نتيجة خطأ أو تقصير أو مخالفة لأصول المهنة الطبية، سواء أكان ذلك عن عمد أم عن إهمال [26].

المطلب الثاني: صور المسؤولية الطبية الحديثة:

تعددت صور المسؤولية الطبية مع تطور العلوم الطبية، ومن أبرزها:

أولاً: المسؤولية عن الخطأ الطبي المباشر:

ويتحقق هذا الخطأ عندما يتصرف الطبيب تصرفاً مخالفاً للأصول الطبية المتعارف عليها، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمريض .[27]

ثانياً: المسؤولية عن الإهمال الطبي:

الإهمال الطبي: و هو تقصير الطبيب في أداء واجباته المهنية، كعدم متابعة حالة المريض أو إغفال تحذيره من مضاعفات العلاج .[28]

ثالثاً: المسؤولية عن العمليات الجراحية غير المصرح بها :

إذا أجرى الطبيب عملية جراحية دون أخذ موافقة المريض أو وليه، فإنه يكون مسؤولاً عن أي ضرر ينشأ عن ذلك، حتى لو أدت العملية إلى نتيجة ناجحة، لغياب الإذن الشرعي والقانوني .[29]

رابعاً: المسؤولية عن فشل العلاج:

لا يسأل الطبيب عن مجرد فشل العلاج إذا بذل العناية اللازمة ؛ لأن إلتزام الطبيب هو بذل عناية لا تحقيق غاية، إلا في حالات الاتفاق الصريح على ضمان النتيجة .[30]

المطلب الثالث: الضوابط الشرعية للمسؤولية الطبية

ذهب الفقهاء إلى القول بأن عمل الطبيب وتقديمه للخدمة لطالبيها هو عقد إجارة، وأن الطبيب هو أجير مشترك، والأجير المشترك: هو الذي يعمل ويقدم خدمة لعامة الناس، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالصباغ والحداد والكوّاء والصانع ونحو ذلك، ويقابل الأجير المشترك الأجير الخاص أو الأجير الواحد، وهو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة فيستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كالخادم. [31]

س : هل يضمن الأجير المشترك هلاك الشيء في يده أم لا ؟

إن المذاهب الفقهية الأربعة متفقة على أن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده، أو قصَّر في حفظه، فإن تلف الشيء في يده من غير تعدٍ منه ولا إهمال ففي تضمينه رأيان:

ـ الرأي الأول: إن الأجير لا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير، أو خالف شرطاً اتفق عليه، وهذا هو رأي الجمهور من السادة الأحناف والشافعية والحنابلة، وقد ذهبوا إلى القول للأسباب الآتية:

أ- لأن يده يدُ أمانة كالأجير الخاص.

ب- لأن التضمين لا يكون إلا بالتعدي ؛ لقوله تعالى: ﴿ فَلاَ عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [32].

ج- قياساً على الشريك المضارب؛ لأنّ يده يد أمانة، فهو يقبض العين لمنفعته ومنفعة المالك[33].

ـ الرأي الثاني: أن الأجير المشترك ضامن مطلقاً سواء أتلف الشيء بتعد منه أم بغير تعدٍ، وإلى هذا القول ذهب الصاحبان من الأحناف، وقول عند المالكية، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالآتي:

أ- قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [34].

ب- ما ورد في السنة النبوية أن رسول الله ﷺ قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" [35].

---

[26] *المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي*، محمد الألفي، دار الجامعة الجديدة، ج1، ص32

[27] الفقه الإسلامي وأدلته، د وهبة الزحيلي، ار الفكر، دمشق، ج5، ص4132

[28] الضمان في الفقه الإسلامي، عبد الله التركي، مكتبة العبيكان، ج1، ص387.

[29] المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ج1، ص274

[30] الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري، دار النهضة العربية، ج7، ص639.

[31] انظر: بدائع الصنائع، للكاساني، ج 5ص557، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، للزحيلي، ص166.

[32] سورة البقرة، آية 193.

[33] نظر: المبسوط للسرخسي، ج15 ص103، مغني المحاج للشربيني، ج2 ص351.
المغني لابن قدامة، ج5 306-307.

[34] سورة البقرة، آية 194.

ج- ولأنه قبض لمصلحة نفسه، فيضمن بخلاف الذي يقبض لمصلحة غيره.
د- ولتحقيق مصلحة الناس عند فساد الذمم، وهو من باب سد الذرائع؛ لأنّ ادعاء الفساد بسبب خارج عن إرادة الأجير سيفضي إلى تضييع أموال الناس. [36]

الترجيح:

من خلال استعراض آراء الفريقين وأدلة كل منهما، نرى أن ما ذهب إليه الفريق الثاني من تضمين الأجير المشترك مطلقاً من باب سد الذرائع المفضية إلى ضياع أموال الناس ومصالحهم عموماً هو الرأي الراجح؛ نظراً لفساد ضمائر الناس غالباً وخصوصاً في هذا الزمان، وأما في حق الطبيب فهو مشمول بمصطلح الأجير المشترك، فلا يجوز مساءلته إلا إذ قصّر أو تعدى؛ لأنّه لا يشبه الأجير المشترك من كل وجه؛ لأن الأجير المشترك يمكنه تحقيق ما اتفق عليه، لكن الطبيب في حالات يطالب ببذل ما في وسعه من عناية وفي حالات أخرى يكون مطالباً بتحقيق غاية محدودة لإمكانه ذلك.

أولاً: الأصل في تصرفات الطبيب الإباحة مع مراعاة الضوابط:

الأصل في عمل الطبيب الإباحة، إذا توفرت فيه الشروط التالية:

1 - الإذن الشرعي أو القانوني بمزاولة المهنة.

2 - وجود إذن من المريض أو وليه.

3- الالتزام بالأصول الطبية الثابتة علمياً.

ثانياً: ضابط التعدي أو التقصير

لم يلتزم فقهاء الشريعة الإسلامية التعبير بلفظ الخطأ كموجب للضمان؛ لأنّ الخطأ يختلف مدلوله لديهم عن مدلوله في الاصطلاح القانوني، وإنما يعبر الفقهاء عنه في الغالب بلفظ التعدي، وقد يعبرون عنه أحياناً بألفاظ أخرى كالتقصير والإهمال والتفريق وعدم التحرز أو الاحتياط، وإن كانت هذه الألفاظ في مجموعها لا تخرج عندهم عن لفظ التعدي.

تعريف التعدي اصطلاحاً: "هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة" [37]، وبناء على فهم هذا التعريف، فالتعدي في المسؤولية الطبية: هو إتيان الطبيب فعلاً محظوراً سواء كان ذلك إيجاباً أو سلباً، عمداً أو خطأ، مباشرة أو تسبباً.

فمعنى التعدي هنا يشمل العمد والخطأ، ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما.

والتعدي الإيجابي كأن يقوم الطبيب بقتل المريض أو ببتر أحد أطرافه أو إتلاف أحد منافعه، أما التعدي السلبي فيتمثل في الترك كرفض الطبيب معالجة المريض أو إسعافه، ويترتب على ذلك إزهاق روحه، وتفاقم حالته سوءاً. [38]

والظاهر أن التعدي في الفقه الإسلامي هو انحراف في السلوك المألوف للرجل المعتاد، فمعياره موضوعي لا ذاتي، كما هو في سائر المعايير في الفقه الإسلامي، فالعبرة إذاً في قياس سلوك المألوف بين الناس فما خرج عن المعتاد كان انحرافاً يحقق المسؤولية، وما كان معتاداً لا يكون تعدياً وبالتالي فلا يكون سبباً للضمان. [39]

وبناء عليه يكون الطبيب متعدياً إذا تصرف تصرفاً ليس من عادة أهل الطب أن يفعلوه سواءً تعلق الأمر بدرجة العناية اللازمة، أو الحيطة والتبصر والحذر.

يقول ابن القيم: "وقاعدة الباب إجماعاً ونزاعاً، أن سراية الجناية مضمونة بالاتفاق، وسراية الواجب مهدرة 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 الإذن في الفعل إنما وقع مشروطاً بالسلامة، وأحمد ومالك نظرا إلى الإذن فأسقطا الضمان، والشافعي نظر إلى أن المقدر لا يمكن النقصان منه، فهو بمنزلة النص، وأما غير المقدرات كالتعزيرات والتأديبات فاجتهادية، فإن تلف بها ضمن؛ لأنّه في مظنة العدوان" [40]

ثالثاً: ضابط الضرورة الطبية:

---

[35] سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم (1266).
سنن أبوداود، كتاب الإجارة، باب تضمين العارية، حديث رقم (3561).

[36] انظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص166-168.
– مسؤولية الطبيب الجنائية الإسلامية، أسامة إبراهيم، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا كانون الأول، 1994م، ص19-20.

[37] المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، محمد فوزي فيض الله، أطروحة دكتوراه بكلية الشريعة بالأزهر، القاهرة، مصر، 1962م، ص189.

[38] مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، حسان شمس باشا، محمد علي البار، دار القلم، دمشق، سوريا، ط:1-2004م، ص75.

[39] مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبدالرزاق السنهوري، ج6 ص149.

[40] الطب النبوي، ابن قيم الجوزية، مكتبة الثقافة الدينية، بور سعيد، مصر، ط:1 – 2001م، ص80.

لقد راعت الشريعة الإسلامية مبدأ التيسير ورفع الحرج، وخصوصًا في الحالات التي تطرأ فيها ظروف استثنائية تمس الضروريات الخمس، وعلى رأسها حفظ النفس. وتُعد النوازل الطبية من أبرز صور هذه الضرورات، مما يستوجب النظر الفقهي الدقيق وفق ضوابط شرعية محكمة لضمان عدم تجاوز حدود الرخص الشرعية[41].

تعريف الضرورة الطبية:

الضرورة لغةً: الحاجة الشديدة، وتطلق على ما يلجأ إليه الإنسان عند فقدان الوسائل العادية.[42]

وفي الاصطلاح الفقهي: هي الحالة التي إذا لم يُرتكب فيها المحظور ترتب عليها هلاك أو ضرر بالغ للنفس أو غيرها من الضروريات[43].

الضرورة الطبية: هي الحالة التي يضطر فيها الطبيب أو المريض إلى ارتكاب محظور شرعي لأجل علاج ضرر محقق أو متوقع توقعًا غالبًا، مع عدم وجود بديل مباح لذلك[44].

وقد اتفق الفقهاء على أن الضرورة ليست مطلقة، بل مقيدة بجملة من الشروط، منها تحقق الخطر، وعدم وجود بديل، وألا يؤدي ارتكاب المحظور إلى ضرر أشد[45].

- ضوابط الضرورة الطبية في الشريعة الإسلامية:

الضرورة، وإن كانت تبيح المحظورات، إلا أنها ليست مطلقة بلا قيد، بل اشترط الفقهاء شروطًا وضوابط تمنع من الانحراف عن مقاصد الشريعة [46]. وفي المجال الطبي، تتأكد هذه الضوابط بسبب ما قد يترتب على الخطأ من مفاسد عظيمة.

أهم الضوابط الفقهية للضرورة الطبية:

1. تحقق الضرر أو غلبة الظن بوقوعه:

يجب أن يكون الضرر محققًا أو مظنونًا ظنًا غالبًا، وليس مجرد احتمال وهمي[47].

2. أن تكون الضرورة حالّة أو متوقعة توقعًا قريبًا:

لا يجوز الاستناد إلى الضرورات المستقبلية البعيدة أو غير المعلومة [48].

3. انعدام البديل المباح:

لا يجوز التداوي بالمحرم إن وُجد علاج مباح يقوم مقامه [49].

4. أن يقدّر العلاج المحرم بقدره:

يُطبق مبدأ: "الضرورة تُقدَّر بقدرها"، فلا يتوسع في استخدام المحرم. [50]

5. أن يقررها طبيب ثقة عدل مختص:

لا يُعتد برأي غير المختصين أو من لا يوثق بعدالته وأمانته [51].

6. ألا يترتب على العلاج ضرر أكبر:

فالمحظور لا يباح إذا أدى إلى ضرر أعظم من الضرر المراد دفعه [52].

التطبيقات الفقهية المعاصرة للضرورة الطبية :

لقد أظهرت الممارسات الطبية الحديثة حالات متنوعة تُعد من قبيل الضرورات، وقد تعامل الفقهاء المعاصرون مع هذه القضايا بمرونة منضبطة، في ضوء القواعد والضوابط الشرعية.

أولاً: التداوي بالمحرمات :

يجوز استعمال محرم - كدواء نجس أو يحتوي على كحول- إذا لم يُوجد بديل مباح، وثبتت فعاليته بتقرير طبيب عدل مختص [53].

---

[41] الضرورات الطبية وأثرها في التخفيف الفقهي، محمد المختار الشنقيطي، دار ابن الجوزي، 1426هـ، ص 21.

[42] لسان العرب: ابن منظور ، مادة "ض ر ر".

[43] المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الكتب العلمية، ج1، ص 147.

[44] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط4، 1997م، ج8، ص 5899

[45] الموافقات، الشاطبي، دار ابن عفان، ط1، ج2، ص 288..

[46] الضرورات الطبية وأثرها في التخفيف الفقهي، الشنقيطي، ص 45.

[47] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج8، ص 5921.

[48] الفروق، القرافي، ج1، ص 181.

[49] الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 104.

[50] الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 64.

[51] مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 67 (7/5) بشأن التداوي بالمحرمات، 1992م.

[52] الموافقات، الشاطبي، ج2، ص 288.

[53] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج8، ص 5930.

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي التداوي بالخنزير أو مشتقاته عند الضرورة، بشرط انعدام البديل[54].

ثانيا: نقل وزراعة الأعضاء :

أجاز الفقهاء المعاصرون زراعة الأعضاء بشروط، أهمها:

– إذن المتبرع أو وليه إن كان متوفى.

– عدم إتلاف حياة المتبرع الحي.

– ألا يكون ذلك بأجرة أو بيع [55].

ثالثًا: الإجهاض لأسباب طبية:

إذا كان استمرار الحمل يشكل خطرًا محققًا على حياة الأم، جاز إسقاطه قبل 120 يومًا من الحمل، بل قد يكون واجبًا [56].

رابعًا: كشف العورات للعلاج:

يجوز كشف العورة للعلاج بشرط الضرورة، وعدم وجود طبيب من نفس الجنس، والاقتصار على قدر الحاجة. [57]

المبحث الثالث: تطبيق مبدأ الاستصحاب في المسؤولية الطبية الحديثة

.يُعد مبدأ الاستصحاب من القواعد الأصولية ذات الأثر الواسع في الفقه الإسلامي، ويُقصد به: "الحكم ببقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيّره" [58]

و تتجلى أهمية هذا الأصل عند غياب الدليل القطعي، فيُبنى عليه الحكم الشرعي، وله تطبيقات متعددة في باب المعاملات، ومنها المسؤولية الطبية.[59]

المطلب الاول: تطبيق مبدأ الاستصحاب في إثبات الخطأ الطبي

أولاً: الاعتماد في الاستصحاب على السلامة الأصلية :

مما قرره الفقهاء أن الأصل في الإنسان السلامة من المرض، وفي فعل الطبيب السلامة من الخطأ، ما لم يثبت خلافه بدليل. [60]

و يُستصحب الأصل في سلامة الجسم قبل العلاج، فلا يُنسب الضرر الحاصل إلى الطبيب إلا إن ثبت يقينًا أنه تسبب فيه. [61]

وعليه، إذا ادعى المريض أن الطبيب أخطأ بحقه، فيُستصحب الأصل وهو سلامة المريض قبل تدخل الطبيب، ولا يُثبت خطأ الطبيب إلا بدليل قاطع.

ثانياً: أثر الاستصحاب في عبء الإثبات :

الاستصحاب يُسند عبء الإثبات إلى المدعي (المريض أو ذويه)، فلا يُلزم الطبيب بإثبات البراءة، بل يُفترض فيه السلامة. (62)

وبموجب الاستصحاب، تقع مسؤولية الإثبات على عاتق المدعي، وهو المريض أو وليه، ولا يكلف الطبيب بإثبات سلامة فعله إلا إذا وجد ما يدل على خطئه.

وقد أشار إلى هذا الأصل الحديث الشريف: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي"[63]

ويتماشى ذلك مع القاعدة القانونية: "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر".(64)

المطلب الثاني: تطبيق الاستصحاب في تقدير التعويض

أولاً : استصحاب براءة الذمة من التعويض (الضمان):

---

[54] مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 23 (3/11) بشأن التداوي بالمحرمات، جدة، 1986م.

[55] مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 26 (4/1) بشأن زراعة الأعضاء، الكويت، 1988م.

[56] دار الإفتاء المصرية، فتوى رقم 300 لسنة 2001م.

[57] المغني، ابن قدامة، دار الفكر، ج1، ص 126؛ وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج1، ص 729.

[58] المستصفى في علم الأصول، الغزالي، ج1، ص259.

[59] أصول الفقه الإسلامي، الزحيلي، ج2، ص881.

[60] إعلام الموقعين، ابن القيم، 3، ص121.

[61] إرشاد الفحول، الشوكاني، ص255.

[62] القواعد الفقهية، ابن رجب الحنبلي، القاعدة 96.

[63] صحيح البخاري، كتاب الشهادات، حديث رقم (2529).

[64] مجلة الأحكام العدلية، المادة (76).

إذا اختلف الطبيب والمريض في مقدار الضرر أو أسبابه، استُصحبت براءة ذمة الطبيب الأصلية، فلا يُلزم بتعويض إلا إذا ثبت الضرر وثبت نسبته إلى الخطأ الطبي المباشر والعلاقة السببية، وفي حال الشك، يُستصحب الأصل في براءة الذمة. [65]

وعملاً بقاعدة "اليقين لا يزول بالشك" تؤيد أن مجرد احتمال لا يكفي لنقض البراءة الأصلية.[66]

ثانيا :حدود الضمان الطبي وفق الاستصحاب :

لا يُعتبر الطبيب ضامنًا لمجرد حصول الضرر، إلا إذا تجاوز الأعراف الطبية، والاستصحاب هنا يحصر الضمان في حالات التعدي أو الإهمال.[67]

أو في حالة التأخر في التبليغ أو اتخاذ إجراء طبي خاطئ بدون مبرر يُخرج الطبيب من أصل البراءة ويُدخله في دائرة المسؤولية.[68]

وقد يثبت أن الضرر كان نتيجة طبيعية للمخاطر الطبية المعروفة، دون خطأ أو إهمال، فالأصل براءة ذمته استصحابا.

قال ابن رجب: الأصل براءة الذمة من الحقوق والضمانات حتى يثبت خلافه بدليل "[69]

ثالثاً: متى ينقلب الاستصحاب لإثبات الضمان؟ (حالات تطبيقية):

إذا كان الأصل سلامة المريض، ثم ظهرت عليه آثار ضرر غير مبررة طبياً، بعد تدخل طبي جاز استصحاب السلامة لإثبات أن التغير طرأ بفعل طبي أحدث تغيرًا، ويُطلب من الطبيب إثبات أنه اتبع المعايير المهنية المقبولة .

1- إذا وُجدت قرائن قوية كترك أدوات جراحية داخل جسم المريض، فإن الاستصحاب ينقلب من البراءة إلى الضمان.[70]

2- في حالة إجراء عملية دون إذن صريح، تنتفي الحماية التي يمنحها الاستصحاب للطبيب.[71]

3- إجراء عملية بدون موافقة مستنيرة: الأصل عدم جواز التصرف بدون إذن، فإذا ثبت غياب الإذن، يمكن إقامة المسؤولية استناداً للاستصحاب.

4- عدم اتباع الإرشادات الطبية المعتمدة: إذا ثبت أن الطبيب خالف إجراءات معروفة بدون مسوغ طبي، استصحب تقصيره وأقيمت عليه المسؤولية

المطلب الثالث: تطبيقات معاصرة للاستصحاب في القضايا الطبية الحديثة

أولاً : حالات العمليات الجراحية :

1- يُفترض في الطبيب التزامه بالأصول الطبية خلال الجراحة، ويُستصحب هذا حتى تثبت المخالفة، كوجود أثر واضح لإهمال.[72]

2- إذا ادعى المريض حصول خطأ بدون دليل، يُرجّح جانب الطبيب استنادًا إلى الاستصحاب.[73]

3- عند ادعاء المريض حدوث مضاعفات غير متوقعة بعد عملية جراحية، يُستصحب الأصل وهو سلامة تصرف الطبيب، حتى يثبت الإخلال بالمعايير الطبية المتعارف عليها.

ثانياً: قضايا الأخطاء التشخيصية :

1- التشخيص هو فعل اجتهادي، فلا يُعتبر خطأً ضامنًا إلا إذا خالف الطبيب الإجراءات الطبية المقررة.[74]

2- إذا ثبت أن الطبيب لم يُجْرِ الفحوص اللازمة أو تجاهل أعراضًا واضحة، فإن الاستصحاب يُلغى ويثبت الضمان.[75]

---

[65] أنظر: الضمان في الفقه الإسلامي ، وهبة الزحيلي، ص227. و الشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث، القاهرة، ج7، ص200

[66] الفروق، القرافي، ج2، ص17.

[67] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج6، ص4443.

[68] أصول الفقه الإسلامي، عبد القادر أبو فارس، ص304.

[69] أنظر: القواعد الفقهية، ابن رجب، مكتبة المؤيد، الرياض، ج1، ص85

[70] المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، عبد الله الركبان، ص157.

[71] الضوابط الشرعية للإذن الطبي، المجلة الفقهية الكويتية، محمد عبد الغفار الشريف، العدد 14، ص76.

[72] نظرية الالتزام بالتعويض عن الضرر، فؤاد معلال، ص189.

[73] النظام السعودي لمزاولة المهن الصحية، المادة 32.

[74] الخطأ الطبي والمسؤولية الجنائية والمدنية، أحمد الشرباصي، ص76.

[75] المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ص219.

3- إذا ادعى المريض أن الطبيب أخطأ في التشخيص، يُستصحب الأصل وهو أن الطبيب قد بذل جهده وفقاً للأصول الطبية، ولا تثبت مسؤوليته إلا بإثبات الإهمال أو الجهل المفرط.

ثالثاً: النزاع حول الإذن الطبي:

الإذن شرط جوهري في العمل الطبي، وفي حال النزاع حوله يُستصحب الأصل وهو عدم وجوده ما لم يثبت العكس.[76]

وقد نصت التشريعات الحديثة على وجوب التوثيق الكتابي للإذن، وهو ما يُقيد الاستصحاب في هذا الباب.

وفي حالة عدم وجود إذن مكتوب من المريض للعلاج، يُستصحب الأصل وهو عدم الإذن، وبالتالي قد يُعتبر الطبيب متعدياً إذا لم يثبت إذن المريض أو الضرورة الطبية المُلجئة للعلاج دون إذن.[77]

مما سبق يُظهر لنا جلياً أن الاستصحاب أداة فقهية دقيقة توازن بين حقوق الأطباء وحقوق المرضى، إذ يُفترض السلامة حتى يثبت العكس، لكنه ينقلب إلى ضمان عند وجود بينة أو مخالفة صريحة ، ومن ثم فإن تفعيل مبدأ الاستصحاب يتطلب استحضار المعايير الطبية، وتقدير كل حالة بحسب ملابساتها، بما يحقق العدل دون تفريط أو إفراط.

الخاتمة

أولاً: النتائج :

1. مما سبق تبين أن مبدأ الاستصحاب يعد من الأدلة الأصولية التي يعتمد عليها الفقه الإسلامي في إثبات أو نفي المسؤولية الطبية.
2. الاستصحاب يحفظ حقوق الطبيب بعدم إلزامه بالضمان إلا بدليل قاطع، كما يحفظ حق المريض بإلزام الطبيب متى ثبت خطؤه.
3. تطبيق مبدأ الاستصحاب يسهم في تحقيق العدالة في النزاعات الطبية المعاصرة.

ثانياً: التوصيات:

1. دعوة القضاة وأعضاء الهيئات القضائية الشرعية على استخدام مبدأ الاستصحاب عند نظر القضايا الطبية.
2. توعية الأطباء والممارسين الصحيين بأهمية توثيق جميع مراحل العلاج؛ لأن الأصل براءة الذمة ولكن الإثبات يقع عند النزاع.
3. دعوة الهيئات الطبية إلى سن تشريعات مستوحاة من الفقه الإسلامي تراعي قاعدة الاستصحاب في المسؤولية الطبية الحديثة

المصادر والمراجع:

1- أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق سوريا، ط:1-1986.
2- أصول الفقه الإسلامي، محمد عبد القادر أبو فارس، جامعة القدس المفتوحة، عمان الاردن،2011.
3- الأشباه والنظائر، ابن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط:1- 1999.
4- الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، المكتبة الوقفية، القاهرة مصر.
5- الإبهاج في شرح المنهاج ، للسبكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط:1-1984.
7- الإحكام في أصول الاحكام ، لابن حزم الظاهري، تحق: احمد محمد شاكر، دارالافاق الجديدة، بيروت لبنان.
8- الإحكام في أصول الأحكام ،محمد بن علي الآمدي، تحق: عبدالرزاق عفيفي، دار الصميعي، الرياض السعودية،ط:1-1988.
9- ارشاد الفحول إلى تحقيق علم الاصول، محمد بن علي الشوكاني، مكتبة صبيح، القاهرة مصر،دط، دت.
10- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحق: طه عبدالرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973م.
11- الإفتاء المصرية، فتوى رقم 300 لسنة 2001م.
12- أصول السرخسي، لابي بكر السرخسي، تحق: ابو الوفا الافغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد الهند.
13- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين للزركشي، منشورات وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية.
14- البرهان في أصول الفقه، لأبي المعالي الجويني، نحق: عبدالعظيم الديب،ط:1، الدوحة قطر.
15- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبوبكر الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط:2- 1986.

[76] الرضا في العمليات الطبية، . محمد عبد الغفار الشريف، المجلة العربية للفقه والقانون، العدد 10، ص44.

[77] مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات وتوصيات المجمع، الدورة السابعة عشرة، الرياض، القرار رقم 179، ص72

16- تاج العروس من جواهر القاموس. مرتضى الزبيدي، تحق: لجنة من المختصين، دار الارشاد والانباء بالكويت، ط:2001.
17- تقرير القواعد وتحرير الفوائد، ابن رجب الحنبلي، مكتبة المؤيد، الرياض السعودية.
18- العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى الحنبلي، نحق: أحمد بن علي المباركي، ط 1990.
19- الرضا في العمليات الطبية، . محمد عبد الغفار الشريف، المجلة العربية للفقه والقانون، العدد 10.
20- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، لابن قدامة المقدسي، شركة إثراء المتون العلمية، الرياض السعودية، ط:9- 2020.
21- ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، محمد حسين الشامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس. القاهرة، مصر.
22- سنن أبوداود، ابو داوود السسجتاني، دار الحديث ، القاهرة مصر.
23- سنن الترمذي، محمد بن عيس الترمذي، المكتبة الوقفية، القاهرة نصر.
24- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ، شهاب الدين القرافي، دار الفكر،بيروت لبنان، 2004.
25- شرح الورقات في أصول الفقه، جلال الدين المحلي، تحق: حسام الدين بن موسى، منشورات جامعة القدس ، فلسطين، ط:1-1999.
26- شرح العضد على مختصر المنتهى الاصولي، ابن الحاجب المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط:1-2000.
27- شرح الكوكب المنير(في أصول الفقه) لابن النجار الفتوحي الحنبلي، نشر وزارة الاوقاف السعودية، ط:1993.
28- شرح مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) نجم الدين الطوفي الحنبلي، تحق: محمد بن طارق، منشورات اسفار لنشر الكتب العلمية، الكويت، ط:1- 2020.
29- شرح صحيح البخاري، ابن بطال القرطبي، مكتبة الرشد، د ط ، د ت .
30- صحيح البخاري، محمد اسماعيل البخاري، دار الحديث، القاهرة مصر
31- الفروق، لشهاب الدين القرافي، تحق: محمد حجي، دار الغرب، بيروت1994م.
32- الفقه الإسلامي وأدلته، د وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق سوريا، ط:2-1985.
33- قواطع الأدلة في الاصول ، لابي مظفر السمعاني الحنفي، دار الفكر ، بيروت لبنان، ط:1-1997.
34- كشف الأسرار عن أصول البرذوي، علاء الدين البخاري، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، دط، ت.
34- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة .
35- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 23 (3/11) بشأن التداوي بالمحرمات، جدة، 1986م
36- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 26 (4/1) بشأن زراعة الأعضاء، الكويت، 1988م
37- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 67 (5-7) بشأن التداوي بالمحرمات،1992م
38- مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات وتوصيات المجمع، الدورة السابعة عشر، الرياض السعودية.
39- مجلة الأحكام العدلية، طبعت ببيروت لبنان، المطبعة الادبية، 1302هـ .
40- المغني على مختصر الخرقي، لابن قدامة المقدسي، تحق: محمد شرف الدين وآخرون، دار الحديث، القاهرة مصر، ط:1-1996م.
41- مغني المحتاج، للخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت لبنان.
42- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، عبدالرزاق السنهوري، مكتبة النهضة المصرية، د ط، د ت.
43- المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، محمود شلتوت، طبعة الأزهر، د ط، د ت.
44- مسؤولية الطبيب المدنية، دراسة مقارنة، عبدالسلام التونجي، دار المعارف، بيروت، لبنان، 1967م.
45- مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، حسان شمس باشا، محمد علي البار، دار القلم، دمشق، سوريا، ط:1- 2004م.
46- مسؤولية الطبيب الجنائية الإسلامية، أسامة إبراهيم، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا كانون الأول، 1994م.
47- المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، محمد الألفي، دار الجامعة الجديدة.
48- المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، محمد فوزي فيض الله، أطروحة دكتوراه بكلية الشريعة بالأزهر، القاهرة، مصر، 1962م.
49- المنثور في القواعد الفقهية، الزركشي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

50- الضرورات الطبية وأثرها في التخفيف الفقهي، محمد المختار الشنقيطي، دار ابن الجوزي، 1426هـ.
51- الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000م.
52- الضمان في الفقه الإسلامي، عبد الله التركي، مكتبة العبيكان، الرياض السعودية.
53- الضوابط الشرعية للإذن الطبي، المجلة الفقهية الكويتية، محمد عبد الغفار الشريف، العدد 14.
54- نظرية الالتزام بالتعويض عن الضرر، فؤاد معلال، مطبعة الامنية، الرباط المغرب،ط:4- 2012.
55- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط:2 – 1982م .
56- الطب النبوي، ابن قيم الجوزية، مكتبة الثقافة الدينية، بور سعيد، مصر، ط:1– 2001م،
57- المبسوط ، شمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط ، 1993م.
58- الموافقات في أصول الفقه، لابي اسحاق الشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط:1- 2004.
59- المحصول في علم الاصول، فخر الدين الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط:1- 1988.
60- المغني على مختصر الخرقي، لابن قدامة المقدسي، تحق: محمد شرف الدين وآخرون، دار الحديث، القاهرة مصر، ط:1-1996م.
61- مختار الصحاح، لابي بكر الرازي، منشورات دار عمار، عمان الاردن،ط:1- 1996.
62- المستصفى من علم الأصول، لابي حامد الغزالي، مطبعة بابي الحلبي، القاهرة مصر، لا ط، لات.
63- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، احمد الفيومي، تحق: عبدالعظيم الشناوي، دار المعارف ، القاهرة مصرط:2.
64-. نظام مزاولة المهن الصحية السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م- 59) بتاريخ 4-11-1426 هـ ، الاصدار الثالث 1440.
65 - نيل الأوطار من اسرار منتقى الاخبار، محمد بن علي الشوكاني دار الحديث، القاهرة .، مصر.
66.- الوسيط في القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي،بيروت، لبنان، د ط، د ت.