

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا
قسم الفقه المقارن

العلاقة بين الطبيب والمريض وأثارها
دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إعداد

الطالب / السيد رضوان محمد جمعة

لنيل درجة العالمية « الدكتوراه »

في الفقه المقارن

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

إسماعيل عبد الغنى سمهان

أستاذ القانون المدني بالكلية

الأستاذ الدكتور

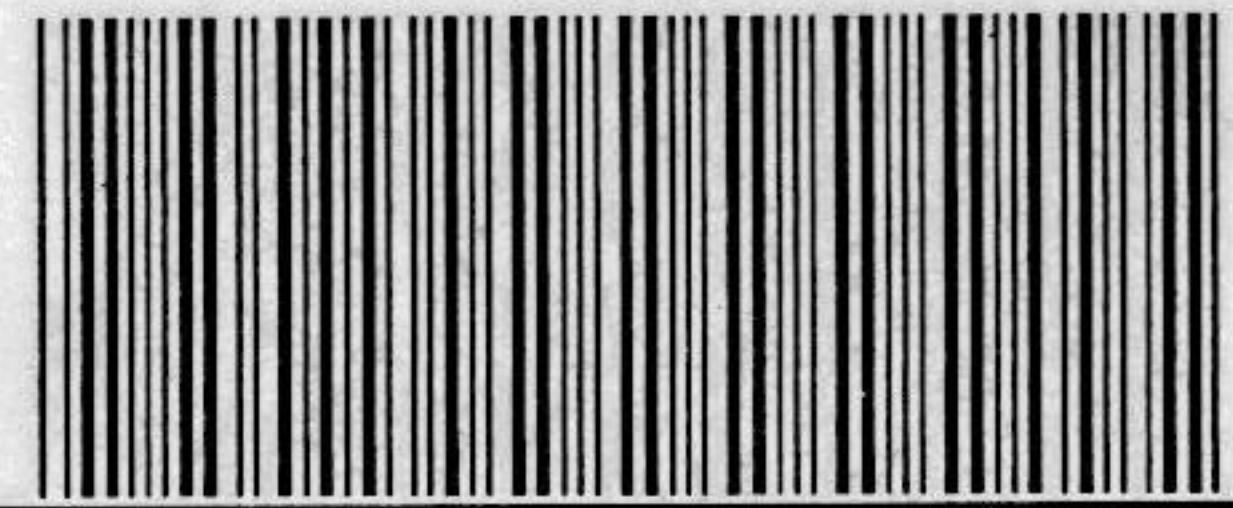
المركسي عبد العزيز السماحي

أستاذ الفقه المقارن بالكلية

١٩٩٢م

١٤١٣هـ

T 100009



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين :
أما بعد

فلقد خلق الله - جلت قدرته - الإنسان ، واستخلفه في هذا الكون ، قال - عز وجل - :
« وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة » (١) ، وفضله على جميع المخلوقات ،
قال - سبحانه وتعالى - : « ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من
الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً » (٢).

ولكى تستمر هذه الخلافة اتفقت الشرائع كلها على وجوب حفظ النفس من الهلاك ، وقرر
الفقهاء المسلمون أنه من الضرورات الخمس ، والتي أجمعت كل التشريعات - السماوية
والوضعية - على وجوب حفظها وهي : « حفظ النفس والدين والعقل والمال والعرض » .

ولقد كانت التوجيهات النبوية الواردة في العلاج والوقاية من الأمراض واضحة جلية في
وجوب حفظ النفس وعلاجها من الأمراض (٣) ، فقد جاء في هذه التوجيهات الأمر بالتداوي .

فقد روى مسلم في { صحيحه } ، من حديث أبي الزبير ، عن جابر بن عبد الله ، عن النبي
- صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « لكل داء دواء ، فإذا أصيب دواء الداء ، برأ بإذن الله -
عز وجل - . (٤) »

(١) سورة البقرة - آية - ٣٠ .

(٢) سورة الإسراء - آية - ٧٠ .

(٣) سواء مرض القلوب أو الأبدان .

(٤) أخرجه مسلم وابن ماجه والحاكم في المستدرک ، قال الحاكم : هو صحيح على شرط مسلم .
وصححه ابن حبان - باب ذكر الأخبار بان العلة إذا عولجت بدواء غير دوائها لم تبرأ حتى
تعالج به . انظر : صحيح مسلم بشرح النووي - محيي الدين النووي - الجزء الرابع عشر
- المجلد الخامس - في السلام - باب لكل داء دواء واستحباب التداوي - ص ١٩١ -
مكتبة النهضة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - ١ شارع الصادقية بالأزهر . سنن ابن
ماجه للإمام العافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني - ٢٠٧ - ٢٧٥ هـ - الجزء الثاني -
(٣١) كتاب الطب - (١) باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء - ص ١١٢٨ - طبع دار إحياء
الكتب العربية - تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي . المستدرک على الصحيحين للإمام
العافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري ، وبزيله التلخيص للعافظ الذهبي - رحمهما الله
تعالى - الجزء الرابع - ص ٢٠٠ - الناشر - دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .
الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان - ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي
المتوفى سنة ٧٣٩ هـ - ضبط وتقديم / كمال يوسف العوت - المجلد السابع - رقم ٦٠٢١ -
طبع دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

الفهرس العام

رقم الصفحة	الموضوع
١	مقدمة البحث
٨	خطة البحث
	الباب الأول
١١	العلاقة بين الطبيب الخاص والمريض
	الفصل الأول
١٢	الاتجاهات الفقهية في تكييف العلاقة بين الطبيب الخاص والمريض
	البحث الأول
١٣	تكييف علاقة الطبيب الخاص بالمريض في الفقه الإسلامي
	المطلب الأول
١٣	تعريف عقد الإجارة وأدلة مشروعيته
١٣	الفرع الأول : تعريف عقد الإجارة
٢٣	الفرع الثاني : أدلة مشروعية هذا العقد
	المطلب الثاني
٣١	إجارة الطبيب في الفقه الإسلامي
٣٢	الفرع الأول : النصوص المتعلقة بإجارة الطبيب الوارد بكتب الفقه الإسلامي
٣٨	الفرع الثاني : الطبيب أجبر مشدرك في الفقه الإسلامي
٤٢	الفرع الثالث : الطبيب أجبر خاص في الفقه الإسلامي
	البحث الثاني
٤٧	تكييف علاقة الطبيب الخاص بالمريض في الفقه القانوني الوضعي
	المطلب الأول
٤٨	تكييف الفقه التقليدي لعلاقة الطبيب الخاص بالمريض
٤٩	الفرع الأول : عقد الوكالة
٥٥	الفرع الثاني : عقد العمل وإجارة الخدمات
٦١	الفرع الثالث : عقد الإذعان
٦٣	الفرع الرابع : عقد المقاولة

رقم الصفحة

الموضوع

المطلب الثاني

٧١ التكيف الحديث لعلاقة الطبيب الخاص بالمرضى فى الفقه القانونى الوضعى

المبحث الثالث

٧٤ مقارنة بين تكييف الفقه الإسلامى والفقه القانونى الوضعى

الفصل الثانى

٧٦ أركان العقد الطبى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

المبحث الأول

٧٨ رضا المريض بالعلاج فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

المطلب الأول

٧٩ رضا المريض بالعلاج فى الفقه الإسلامى

٨٠ الفرع الأول : تعريف الرضا والفرق بينه وبين الاختيار والتراضى ...

٨٦ الفرع الثانى : خفاء الرضا وطرق إظهاره

٨٩ الفرع الثالث : شروط صيغة الرضا

المطلب الثانى

١٠٥ رضا المريض بالعلاج فى الفقه القانونى الوضعى

الفرع الأول : اتجاهات فقهاء القانون الوضعى فى القول بضرورة توافر رضا

١٠٦ المريض بالعلاج

حالة خاصة: الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير فى العلاقة بين الطبيب

١١٤ والمريض

١١٧ فرع الثانى : مدى حرية الطبيب فى اختيار مريضه (رضا الطبيب)

المبحث الثانى

١٢٤ الأهلية المطلوبة للرضا بالعلاج فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

المطلب الأول

١٢٦ الأهلية المطلوبة للرضا بالعلاج فى الفقه الإسلامى

تابع الفهرس العام

رقم الصفحة	الموضوع
١٢٧	الفرع الأول : أهلية الوجوب وأهلية الآراء في الفقه الإسلامي
١٣٥	الفرع الثاني : عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي
١٤٤	الفرع الثالث : النيابة عن المريض في الفقه الإسلامي
١٤٤	أولا : الولاية :
١٤٦	ثانيا : الوكالة
١٤٩	ثالثا : الفضولي
	رابعا : حالة خاصة : الأمراض الخطيرة التي لا يمكن فيها انتظار الحصول على
١٥١	إذن المريض أو من ينوب عنه
	المطلب الثاني
١٥٣	الأهلية المطلوبة للرضا بالعلاج في القانون الوضعي
	المبحث الثاني
١٦١	عيوب الرضا بالعلاج في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
	المطلب الأول
١٦٢	عيوب الرضا بالعلاج في الفقه الإسلامي
١٦٢	الفرع الأول : الغلط في الفقه الإسلامي
١٦٦	الفرع الثاني : التدليس في الفقه الإسلامي
١٧٠	الفرع الثالث : الإكراه في الفقه الإسلامي
١٧٧	الفرع الرابع : الغبن في الفقه الإسلامي
	المطلب الثاني
١٨٠	عيوب الرضا بالعلاج في القانون الوضعي
١٨١	الفرع الأول : الغلط في العقد الطبي
١٨٤	الفرع الثاني : التدليس في العقد الطبي

تابع الفهرس العام

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الثالث : الإكراه فى العقد الطبى	١٨٩
الفرع الرابع : الغبن فى العقد الطبى	١٩٤
المطلب الثالث	
مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	١٩٩
المبحث الرابع	
إثبات الرضا بالعلاج فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	٢٠٠
المطلب الأول	
إثبات الرضا بالعلاج فى الفقه الإسلامى	٢٠٣
المطلب الثانى	
إثبات الرضا بالعلاج فى القانون الوضعى	٢٠٥
المطلب الثالث	
آثار العقد الطبى فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	٢١٢
المبحث الأول	
التزامات الطبيب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	٢١٣
المطلب الأول	
التزامات الطبيب فى الفقه الإسلامى	٢١٣
أولا : طبيعة التزام الطبيب	٢١٣
ثانيا : مشاركة الطبيب على البرء	٢١٥
المطلب الثانى	
التزامات الطبيب فى القانون الوضعى	٢١٩
الفرع الأول : مصدر التزام الطبيب وطبيعته	٢١٩

رقم الصفحة	الموضوع
٢١٩	الفصل الأول : مصدر التزام الطبيب
٢٢١	الفصل الثاني : طبيعة التزام الطبيب
٢٢٩	الفرع الثاني : الالتزام بالإفشاء بالمعلومات
٢٣٣	الفرع الثالث : الالتزام بالسلامة
٢٣٧	الفرع الرابع : الالتزام بالسرية
	المبحث الثاني
٢٤٧	التزامات المريض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
	المطلب الأول
٢٤٨	التزامات المريض في الفقه الإسلامي
٢٤٨	الفرع الأول : التزام المريض بمعاونة الطبيب
٢٥٠	الفرع الثاني : التزام المريض بدفع أجره الطبيب
	المطلب الثاني
٢٧٣	التزامات المريض في القانون الوضعي
٢٧٣	الفرع الأول : التزام المريض بمعاونة الطبيب
٢٧٥	الفرع الثاني : التزام المريض بدفع الأتعاب
٢٨٠	الفرع الثالث : كيفية تقدير الأتعاب
	المبحث الثالث
٢٨٢	مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
	الباب الثاني
٢٨٣	المسئولية العقدية للطبيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تابع الفهرس العام

الموضوع	رقم الصفحة
الفصل الأول	
الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٢٩٠
المبحث الأول	
الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي	٢٩٢
المطلب الأول	
معنى الخطأ في الفقه الإسلامي	٢٩٢
المطلب الثاني	
التعدي والخطأ في الفقه الإسلامي	٢٩٥
الفرع الأول : معنى التعدي	٢٩٥
الفرع الثاني : أنواع التعدي	٢٩٨
المطلب الثالث	
تدرج الخطأ في الفقه الإسلامي	٣٠١
المطلب الرابع	
معياري الخطأ وإثباته في الفقه الإسلامي	٣٠٤
المبحث الأول	
نظريات الفقه القانوني الوضعي في تحديد الخطأ الطبي	٣٠٧
المطلب الأول	
النظريات التقليدية في تحديد الخطأ الطبي	٣٠٩
الفرع الأول : نظرية تدرج الخطأ	٣١٠
الفرع الثاني : نظرية يـرا	٣١٢
الفرع الثالث : نظرية الخطأ الجسيم في المجال الطبي	٣١٩

تابع القهر من العدم

رقم الصفحة	الموضوع
المطلب الثاني	
٣٢٥	النظريات الحديثة في تحديد الخطأ الطبي
٣٣٥	الفرع الأول : نظرية الخطأ العادي والخطأ المهني
٣٣١	الفرع الثاني : نظرية "بيسيرف" في تحديد الخطأ الطبي
المطلب الثالث	
٣٣٥	عبء إثبات الخطأ في المجال الطبي
المبحث الثالث	
٣٤٣	مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
الفصل الثاني	
٣٤٤	الضرر وعلاقة السببية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
المبحث الأول	
٣٤٤	الضرر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
المطلب الأول	
٣٤٥	الضرر في الفقه الإسلامي
٣٥٠	التعزير بالتفريم المال
٣٥٥	شروط الضرر في الفقه الإسلامي
المطلب الثاني	
٣٥٨	الضرر في القانون الوضعي
٣٥٩	الفرع الأول : الضرر العادي والضرر الأدبي في المجال الطبي
٣٦٦	الفرع الثاني : مدى التعويض عن الضرر في المجال الطبي

تابع الفهرس العام

الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني	
علاقة السببية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٧١
المطلب الأول	
رابطة السببية في الفقه الإسلامي	٣٧٢
المطلب الثاني	
رابطة السببية في القانون الوضعي	٣٨١
الفرع الأول : نظرية تعادل الأسباب	٣٨٢
الفرع الثاني : نظرية السبب المنتج	٣٨٥
المبحث الثالث	
مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٩١
الفصل الثالث	
مدى المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٩٣
المبحث الأول	
مدى مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٩٤
المطلب الأول	
مدى مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي	٣٩٥
أولا : مسؤولية الطبيب عن فعله الشخصي	٣٩٥
ثانيا : مسؤولية الطبيب عن مساعديه وذلائقه	٤٠٢
ثالثا : مسؤولية الطبيب عن الأجهزة والآلات المستخدمة في العلاج	٤٠٥
المطلب الثاني	
مدى مسؤولية الطبيب في القانون الوضعي	٤٠٨

تابع الفهرس العام

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الأول : مدى مسئولية الطبيب عن فعائه الشخصى	٤٠٨
الفصن الأول : مرحلة التشخيص	٤٠٨
الفصن الثانى : مرحلة المعلاج	٤١٨
الفرع الثانى : مسئولية الطبيب عن الآلات والأجهزة المستخدمة فى المعلاج	٤٤٧
المبحث الثانى	
حالة الضرورة وأثرها فى المجال الطبى فى الفقه الإسلامى والقانون	
الموضعى	٤٥٤
المطلب الأول	
حالة الضرورة وأثرها فى المجال الطبى فى الفقه الإسلامى	٤٥٥
الفرع الأول : مفهوم الضرورة وأدلة مشروعيتها	٤٥٧
الفرع الثانى : شروط الضرورة	٤٦١
المطلب الثانى	
حالة الضرورة وأثرها فى المجال الطبى فى القانون الوضعى	٤٦٨
المبحث الثالث	
شروط الإعفاء من المسئولية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	٤٧٥
أولا : موقف الفقه الإسلامى من هذا الشرط	٤٧٥
ثانيا : موقف الفقه القانونى من هذا الشرط	٤٧٥
المبحث الرابع	
مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	٤٧٩
الخاتمة	٤٨٠
فهرس المراجع	٤٨٤