جامعة القاهرة

كليـــــة الحقوق

المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج

دراسة مقارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الطالب

محمد أمين متولى عبد الحميد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ أنور محمود دبور أستاذ الشريعة الإسلامية بالكلية رئيساً

الأستاذ الدكتور/ عبد الرشيد مأمون ندا رئيس قسم القانون المدنى بالكلية والمشرف القانونى على الرسالة عضواً

الأستاذ الدكتور/ محمود بلال مهران أستاذ الشريعة الإسلامية بالكلية والمشرف الشرعى على الرسالة عضواً

الأستاذ الدكتور/ طلبة وهبة خطاب أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة عين شمس عضواً

القاهرة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

كلمة شكر

بكل الامتنان والعرفان بالجميل، أتوجه بجزيل الشكر وعظيم التقدير إلى أستاذى الجليل: الأستاذ الدكتور محمود بلال مهران، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، الذى تفضل بقبول الإشراف الشرعى على هذه الرسالة، والذى تشرفت بتلقى العلم على يديه فى السنة الأولى من مرحلة الليسانس، ولطالما تعهدنى – منذ بداية البحث – بالنصح والإرشاد: بالتلميح تارة، وبالتصريح تارة أخرى، فأدعو الله له بدوام الصحة والعافية، وجزاه الله عنى وعن طلاب العلم خير الجزاء.

وبكل الاحترام والتقدير، أتوجه بجزيل الشكر والثناء إلى الأستاذ الدكتور عبد الرشيد مأمون ندا، أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، على تفضله بقبول الإشراف القانونى على هذه الرسالة، وتحمل عناء قراءتها، ولطالما أفاض علىَّ من علمه وخبرته وسماحته، فجزاه الله عن كل ذلك خير الجزاء، ومتعه بدوام الصحة وحسن العافية.. وبكل الاحترام والتقدير أتوجه بجزيل الشكر ووافر الاحترام إلى الأستاذ الدكتور أنور محمود دبور، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، على تفضله بقبول الاشتراك فى لجنة الحكم على هذه الرسالة، وتحمل عناء قراءتها حسبة لله، فجزاه الله عن ذلك خير الجزاء، ومتعه بدوام الصحة والعافية.

وبكل الاحترام والتقدير، أتوجه بجزيل الشكر والاحترام إلى الأستاذ الدكتور طلبة وهبة خطاب، أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، على تفضله بقبول الاشتراك فى لجنة الحكم على هذه الرسالة، وتحمل عناء قراءتها، فجزاه الله عن ذلك خير الجزاء.

وفى النهاية أتوجه بالثناء العظيم، والذكر الجميل لكل من قدم لى عونًا، أو أسدى إلىَّ معروفًا، أو أبدى لى نصحًا، خلال فترة إعداد هذه الرسالة، وجزاهم الله جميعًا خير الجزاء.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذى خلق الإنسان، فسواه وعدله فى أحسن صورة، ثم استخلفه فى أرضه، وكرمه وفضله على كثير ممن خلق تفضيلاً. الحمد لله الذى أكمل نعمته على عباده ببعثة نبيه محمد – ﷺ – خاتم الأنبياء وإمام المرسلين، الذى هدى البشرية إلى سبيل الهدى وطريق النجاة، اللهم صل وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه وأزواجه وكل من اتبع هديه واقتدى بسنته، واستمسك بشرعه إلى يوم الدين.

أما بعد

١ – إن خروج آدم(١) وزوجته(٢) من الجنة وهبوطهما إلى الأرض، وإن كان فى الظاهر بسبب الأكل من الشجرة، إلا أن الحقيقة غير ذلك؛ لأن الله – سبحانه وتعالى – أراد أن تعمر هذه الأرض بذرية آدم، فأخبر ملائكته قبل أن يخلق آدم بأنه سيجعل فى الأرض خليفة(٣)، قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ (٤) إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٣٠].

---

(١) هو أبو البشر، أصله من التراب، خلقه الله بيده، ونفخ فيه من روحه، وأسجد له ملائكته، سمى آدم؛ لأنه خلق من أديم الأرض، كان كالنخلة السحوق (الطويلة): ستين ذراعًا فى سبع أذرع عرضًا، كان كثير الشعر موارى العورة، فلما أصاب الخطيئة فى الجنة بدت له سوأته، فخرج من الجنة وأُهبط إلى الأرض، خُلق آدم يوم الجمعة، وأُدخل الجنة يوم الجمعة، وأخرج منها يوم الجمعة. مرض آدم فى آخر أيامه، فعهد بالأمر إلى ابنه شيث، قبضت روحه الملائكة يوم الجمعة، وكان عمره ألف سنة، فغسلوه وحنطوه وكفنوه، وصلى عليه جبريل ومن خلفه الملائكة ودفنوه وقالوا: هذه سنتكم فى موتاكم. انظر البداية والنهاية لابن كثير جـ١ ص ٧٠: ٧٥، ٩١، ط أولى، دار الريان للتراث ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

(٢) هى حواء أم البشر، زوج آدم، وسميت بذلك؛ لأنها خلقت من شىء حى، خلقها الله من ضلعه الأيسر ولأم مكانها لحمًا؛ ليسكن إليها. ماتت بعد زوجها بسنة واحدة. انظر البداية والنهاية جـ١ ص٦٨، ٩٢.

(٣) السيد محمد ماضى أبو العزائم: أسرار القرآن جـ١ ص١٠٩، ١١٢ الطبعة الأولى، دار المدينة المنورة، القاهرة ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، البداية والنهاية جـ١ ص٦٩.

(٤) هى أجسام نورانية لطيفة، لها القدرة على التشكيل بالأشكال الحسنة. لم تركب فيهم الشهوة: لا يأكلون ولا يشربون ولا يتناسلون. وهم ليسوا ذكوراً ولا إناثًا. لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون. منهم: الموكلون بالجنة والنار، والحافون حول العرش وحملة العرش، وحمل الوحى إلى الرسل، والكتبة والحفظة، والموكلون بقبض الأرواح. انظر الدكتور على محمد فرغلى: فى قضايا التوحيد ص١٧٣: ١٧٦ دار الطباعة المحمدية، القاهرة سنة ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م.

خامساً: فهـــرس الموضوعـات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	١
الباب التمهيدى	
أصل الطب وتاريخه	
الفصل الأول: صناعة الطب فى العصور القديمة	٢٤
المبحث الأول: صناعة الطب منذ بدء الخليقة وحتى عصر ظهور الحضارات	٢٤
المبحث الثانى: صناعة الطب فى الحضارة الفرعونية القديمة	٣٠
المبحث الثالث: صناعة الطب فى حضارة بلاد ما بين النهرين	٤١
المبحث الرابع: صناعة الطب عند اليهود	٤٥
المبحث الخامس: صناعة الطب عند الإغريق	٥٢
المبحث السادس: صناعة الطب عند الرومان	٥٦
الفصل الثانى: صناعة الطب فى العصور الوسطى	٦٢
المبحث الأول: صناعة الطب فى الشريعة الإسلامية	٦٢
المبحث الثانى: صناعة الطب فى العصور المظلمة فى أوروبا	٦٨
المبحث الثالث: صناعة الطب إبان حروب الفرنجة (الحروب الصليبية)	٧١
الفصل الثالث: صناعة الطب فى العصر الحديث	٧٣
المبحث الأول: التطور التاريخى لصناعة الطب بدء من عصر النهضة الأوروبية وحتى مستهل القرن الحادى والعشرين	٧٣
المبحث الثانى: التطور التشريعى والقضائى لصناعة الطب والمسئولية الطبية بدءاً من عصر النهضة الأوروبية وحتى مستهل القرن	

الحادى والعشرين ٧٧
المطلب الأول: صناعة الطب فى القانون الفرنسى ٧٨
المطلب الثانى: صناعة الطب فى القانون المصرى ٨١

القسم الأول
معصومية الإنسان

تمهيد وتقسيم: ٨٦

الباب الأول
معصومية جسم الإنسان

الفصل الأول: المقصود بلفظ الإنسان ٨٨
الفصل الثانى: حماية الإنسان ٩٤
المبحث الأول: حماية الجانب المادى لجسم الإنسان ٩٤
المبحث الثانى: حماية الجانب المعنوى لجسم الإنسان ١٠٢
الفصل الثالث: مشروعية العلاج ١١٥
المبحث الأول: مشروعية العلاج فى الشريعة الإسلامية ١١٥
المبحث الثانى: مشروعية العلاج فى القانون الوضعى ١٢٢

الباب الثانى
الوقاية من الأمراض

الفصل الأول: الأمراض البدنية ١٣٧
الفصل الثانى: الأمراض النفسية ١٤٧
الفصل الثالث: الوقاية من الأمراض البدنية ١٦٨
الفصل الرابع: الوقاية من الأمراض النفسية ١٩٠

الباب الثالث
العلاج من الأمراض

الفصل الأول: الطبيب المعالج ٢٠٧

الفصل الثانى: عمل الطبيب ٢١١
الفصل الثالث: مراحل العلاج ٢١٩
المبحث الأول: الفحص الطبى ٢٢٠
المبحث الثانى: التشخيص ٢٢٣
المبحث الثالث: التذكرة الطبية ٢٢٧
المبحث الرابع: العلاج ٢٣١
المطلب الأول: العلاج من الأمراض البدنية ٢٣٢
المطلب الثانى: العلاج من الأمراض النفسية ٢٣٩
المبحث الخامس: المرافقة العلاجية ٢٤٦
الفصل الرابع: وسائل العلاج ٢٤٩
المبحث الأول: وسائل العلاج البدنى ٢٤٩
المبحث الثانى: وسائل العلاج النفسى ٢٥٣

القسم الثانى
المسئولية الطبية

تمهيد وتقسيم: ٢٧٠

الباب الأول
مسئولية الطبيب المعالج

الفصل الأول: طبيعة مسئولية الطبيب والإلتزام الملقى على عاتقه ٢٧٣
المبحث الأول: طبيعة مسئولية الطبيب المالية (المدنية) ٢٧٤
المبحث الثانى: طبيعة التزام الطبيب ٢٨٣
الفصل الثانى: أركان مسئولية الطبيب المالية (المدنية) ٢٩٠
المبحث الأول: الخطأ الطبى ٢٩٠
المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبى ٢٩٠
المطلب الثانى: معيار الخطأ الطبى ٢٩٥

المطلب الثالث : نوع الخطأ الطبى ٢٩٩
المطلب الرابع : درجة الخطأ الطبى ٣٠٢
المبحث الثانى: الضرر وأهميته فى المسئولية الطبية ٣٠٨
المطلب الأول : أهمية الضرر فى المسئولية الطبية ٣٠٩
المطلب الثانى : تعريف الضرر ٣١١
المطلب الثالث : نوع الضرر ٣١٣
المبحث الثالث: العلاقة بين الخطأ والضرر ٣١٥
المطلب الأول : توافر العلاقة بين الخطأ والضرر ٣١٥
المطلب الثانى : انتفاء العلاقة بين الخطأ والضرر ٣٢١
المبحث الرابع : جبر الضرر فى المجال الطبى ٣٢٨
المطلب الأول : جبر الضرر المادى ٣٢٨
المطلب الثانى : جبر الضرر المعنوى ٣٣٣
المطلب الثالث : وقت تقدير التعويض ٣٣٩
المطلب الرابع : أثر مرور الزمان (التقادم) فى دعوى التعويض ٣٤١

الباب الثانى
تطبيقات المسئولية الطبية

الفصل الأول : التجارب الطبية ٣٤٩
المبحث الأول: أهمية التجارب الطبية ٣٤٩
المبحث الثانى: مشروعية التجارب الطبية ٣٥٣
المطلب الأول : مشروعية التجارب العلاجية ٣٥٣
المطلب الثانى : مشروعية التجارب الفنية ٣٦١
الفصل الثانى : عمليات التجميل ٣٦٥
المبحث الأول: عمليات التجميل فى الشريعة الإسلامية ٣٦٦
المبحث الثانى: عمليات التجميل فى القانون الوضعى ٣٧٩

الفصل الثالث: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية بقصد العلاج ٣٨٤
المبحث الأول: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية بقصد العلاج فى الشريعة الإسلامية ٣٨٤
المبحث الثانى: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية بقصد العلاج فى القانون الوضعى ٤٠٣
الفصل الرابع: الاستنساخ البشرى ٤٠٩
المبحث الأول: ماهية الإستنساخ البشرى ٤١٠
المبحث الثانى: الإستنساخ البشرى فى ميزان العلم ٤١٥
المبحث الثالث: الإستنساخ البشرى فى ميزان الشرع ٤٢١
المبحث الرابع: الإستنساخ البشرى فى القانون الوضعى ٤٣٠
الخاتمة ٤٣٤
الفهارس ٤٤٨
فهرس الآيات القرآنية ٤٤٩
فهرس الأحاديث النبوية ٤٥٨
فهرس الأعلام المترجم لهم ٤٦٤
فهرس المراجع ٤٦٩
فهرس الموضوعات ٥٠٣

مستخلص الرسالة

الأصل المتفق عليه – سواء فى الشريعة أو فى القانون – هو أن مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان – بشقيه: البدنى والنفسى – يعتبر أحد المبادىء الأساسية الهامة؛ ذلك أن جسم الإنسان يتمتع بمعصومية تجعله بمنأى عن أى مساس أو اعتداء عليه، إلا من أجل صيانته وحفظه؛ فسلامة جسم الإنسان لا يجوز أن تكون محلاً للتصرفات، ولا يباح مسها إلا لضرورة فائدة الإنسان نفسه: كعلاجه من الأمراض، أو الوقاية منها، أو على الأقل تخفيفها، وحتى فى هذه الحالات لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا بعد موافقته، وإلا انعقدت مسئولية الطبيب، وضمن ما جنت يده. ومسئولية الطبيب هنا – سواء فى الشريعة أو فى القانون – مسئولية عقدية.

ولا يلتزم الطبيب بالشفاء، حتى ولو تعهد بذلك؛ لأنه ليس فى مقدوره، ولا فى وسعه شفاء المريض، بل حتى ولو شرط عليه ذلك بطل الشرط – أيضًا – لأنه ليس فى وسه، طالما كان فعله معتاداً ولم يقصر.

وللطبيب الحق فى أن يجتهد ويجرب ما يشاء من الأدوية؛ لإنقاذ مريض على حافة الموت فى حالة استنفاد كل الطرق التقليدية المتاحة، طالما كان القصد من التجربة هو شفاء المريض، لا بغرض البحث العلمى.

ولا بأس بعمليات التجميل التى تجرى بهدف التداوى، أو بهدف الزينة، وإنما المحظور من هذه العمليات هى العمليات التى تجرى بهدف تغيير الخلقة، وإن ابتغى من ورائها الزينة والجمال، ولا يجوز نقل الأعضاء – سواء من الأحياء أو الأموات – لا نعدام حالة الضرورة؛ ولأنها ليست من قبيل العلاج، كما أن العضو المأخوذ من الميت لا يصلح إلا إذا كان دافئًا وتدب فيه الحياة.

ولا يجوز الاستنساخ فى الإنسان والحيوان والنبات؛ لتحقق الضررة وعدم الفائدة؛ ولأن هذا من قبيل التغيير والتبديل لخلق الله.