عوارض الأهلية
وأثرها في الإذن بالعلاج
(الصغير نموذجا)

د. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك[*]

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

لَما عَلِم الله من الطفل الصغير ضعفه وقصوره عن النَّظر في أمر نفسه وماله وسائر شؤونه الحياتية اقتضت حكمته – سبحانه – أن يجعله غير مستقلٍّ بأمر نفسه، فاقتضت حكمة المولى – تبارك وتعالى – أن يجعل مناط صحة هذه التصرفات إذن الوليِّ أو الوصيِّ؛ رعاية لمصلحة الصغير؛ لأنه مَظِنّة الغبن والتغرير.

إن الشريعة الإسلامية لم تترك القاصر من غير رعاية ولا ولاية، بل فرضت عليه رقابة وأوْلَتْهُ رعايةً لَمْ تكِلْها إلى حماة طبيعيين، وإنما وكَلَتْها إلى مَن أسْمَتْهُ بالولي. فالوليّ، هو الذي يطلب من الطبيب أن يبصِّره بطبيعة المرض، وصور العلاج ومراحله،

(*) قسم الدراسات الإسلامية – كلية الآداب – جامعة الملك فيصل.

ثم يقرر بناءً على ذلك الموافقة والإذن بالعمل الطبي، أو يقرر الرفض.

والأصل في الولاية أنها قاصرة على صاحبها؛ ذلك أن كل إنسان وهبه الله شروط التكليف، فإنه هو الذي يلي أمر نفسه وماله، ويملك الحق في الموافقة والإذن بالعمل الطبي، بحيث يتلقى من الطبيب المعلومات الخاصّة بحالته الصحية، ثم على أساسها يصرِّح بالإذن بالعلاج أو بالإمتناع والرفض للمعالجة. وفي هذه الحالة فقط يكون المريض متحققا بأهلية الأداء لإصدار الإذن؛ فإنه لا يغنى عن إذنه إذن غيره، مهما كانت صلة القرابة به، فلا يُعتدُّ بموافقة أخيه على العمل الطبي، كما لا يعتد بموافقة ابنه، ومن باب أولى سائر الأقارب.

أما حين يصاب المريض بعارضٍ من عوارض الأهلية، كالإغماء، أو الجنون، أو أن يكون صغيرا لا يُدرك ماينفعه وما يضرُّه فإن الشريعة تنقل الولاية إلى غيره وفق ترتيب تقتضيه مصلحة الصغير.

وقد بيَّن الفقهاء – رحمهم الله – تعالى – أن العمل الطبي لا يكون علاجا مباحا حتى يكون مأذونا فيه، وذكروا أن إذن الصبي غير معتبر لعدم أهليته للإذن؛ لذا أردت دراسة هذه المسألة في بحث مستقل فجاء بعنوان: (**عوارض الأهلية وأثرها في الإذن بالعلاج: الصغير نموذجا**)، وقد قسمت هذا البحث إلى خمسة مباحث:

المبحث الأول: وجاء بعنوان: أدوار الوجوب والأداء للصغير فى الفقه الإسلامى.

المبحث الثاني: التفريق بين آخر مرحلة التمييز وبين أول مرحلة البلوغ.

المبحث الثالث: إذن الصبي للطبيب وما يترتب عليه من آثار.

المبحث الرابع: إذن الولى بعلاج الصبي.

المبحث الخامس: إذن المرأة بعلاج الصبي.

ثم **الخاتمة** التي تضمنت أهم النتائج التي توصلت إليها.

وأعقبت بفهرس المصادر والمراجع.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله عليه وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين.

* * *

المبحث الأول
أدوار الوجوب والأداء للصغير فى الفقه الإسلامى

مما لاشك فيه أن الصغر أحد العوارض السماوية التى ليس للإنسان دخل فيه، غير أنه لا يُعدُّ وصفا ملازما للإنسان الذي خلقه الله ليكون محلا للتكليف؛ لأن التكليف لا يُجامع الصِّغر، لأن الصِّغر وصفٌ غير أصليّ في الإنسان، فهو وصف عارض من هذا الوجه، ولما كان الصغر عجزا فقد جعلَتْه الشريعة الإسلامية سببا تثبت به ولاية الغير على الصغير.

لذا اهتمَّت الشريعة الإسلامية بشأن الصغير، وراعت فيه أوصافه وما جُبل عليه من نقصان في العقل، فشرعت له أحكاما تحفظ له حقوقه، وتدرأ عنه ما قد يلحقه مِن إذاية بسبب ذلك، فجعلت الشريعة الإسلامية للصغير أدوارا ثلاثة، ولكل دور حكم، حيث يختلف دوره في كل مرحلة من مراحل الأهلية من حيث الأداء والوجوب، وقبل الحديث عن إذن الصغير بالعلاج لا بد من معرفة حكم تصرفاته في كل دور من هذه الأدوار حيث إن الأهلية تمر بمراحل أربعة:

المرحلة الأولى للأهلية: مرحلة الجنين: وتبدأ هذه المرحلة لحظة إلتقاء الحيوان المنوي بالبويضة، ويعرف تكون الجنين فى العصر الحديث عن طريق الأجهزة الطبية، خلافا لما مضى من الأزمنة، حيث كانت معرفة ذلك تتوقَّف على حصول الحركة في بطن أمه، وفي هذه المرحلة تثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة؛ لأنه لم ينفصل بعد عن أمه، أما أهلية الإداء فلا يُعدُّ فيها أهلا للأداء.

المرحلة الثانية للأهلية: وهى مرحلة ماقبل التمييز

وتبدأ هذه المرحلة من حين يولد الإنسان، فمتى استهلَّ الجنين صارخا بعد الولادة أصبحت له ذمة مطلقة[1]، فصار أهلا لوجوب الحقوق له، و وجوبها عليه، ويستمر هذا الدور حتى يصل الطفل إلى مرحلة التمييز، وهذه هى المرحلة الأولى التى تدخل في بحثنا.

وفي هذه المرحلة تكون أهلية الوجوب للصغير كاملة، أما أهلية الأداء فلا يتَّصف الصغير بها في هذا الدور؛ فلذلك أبطلت الشريعة الإسلامية عقودَه وسائر تصرفاته.

والصغير في هذه المرحلة لا يعقل؛ لذلك فإن تصرفاته تشبه تصرفات المجنون، وتأخذ نفس أحكامه؛ لأنه عديم العقل والتمييز، بل أدنى حالا منه[2]؛ ولذلك فعبارته لا يعتد بها، ولا تترتب عليها آثار شرعية، وجميع أقواله هذْرٌ لا يترتب بسببها حكمٌ عليه، فلا يصح من الطفل غير المميز إذنٌ بالكشف، ولا بالعلاج، ولا بالجراحة، ولا بغير ذلك من التصرفات، وإنما أناطت الشريعة الإسلامية هذا الإذن بوليِّه.

المرحلة الثالثة للأهلية: هي مرحلة التمييز

وتبدأ هذه المرحلة من سن التمييز حتى مرحلة البلوغ، أي: من حين يكبر الصغير ويكون مدركا لفهم خطاب التكليف، فإذا بدأ عقله يتكامل وينضج، وصار يفرق بين الحسن والقبيح، وأصبح قادرا على التمييز بين ما فيه منفعته ومافيه مضرته تبدأ مرحلة التمييز، ولذلك سمِّي مميِّزا.

(١) النسفي – كشف الأسرار: ٢/٤٦٠.
(٢) أحمد الصديقي – نور الأنوار: ٦/٤٧٧.

ففى هذه المرحلة يكون قد أصاب ضربا من أهلية الأداء، لكنها أهلية ناقصة، فمبناها على العقل القاصر؛ لأن عقل الصغير غضٌّ لم ينضج بعد[١]، فوجود وصف الوعي والعقل يمنع من إبطال تصرفاته حتى لا يلحق بالبهائم، ووجود وصف الصِّغر يمنع اتصافه بالأهلية الكاملة، فالصِّبا يعدُّ عذرا مسقطا لكثير من الحقوق، كالعبادات، والحدود، والكفارات، ذلك أنَّنا إذا عامَلْناه على أنه كامل الأهليَّة، ولم نسقط أهليَّته لكان في ذلك حرجٌ شديد على الصبي، والله – تعالى – يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٢] ولذلك قال ﷺ: (**رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرك، وعن النائم حتى يستيقظ**)[٣].

وقد اقتضت حكمة الله – سبحانه – أن يجعل مناط الإدراك ظهور علامات الرشد وآثاره، كالتمييز بين ما يضر وما ينفع، فقد يبكِّر عند بعض الأطفال ويتأخر عند آخرين، وبذلك يتعذر ضبطه وتتشابه علاماته بأواخر طور الطفولة التي قبله، فأقام الفقهاء سنّ السابعة مقام ظهور آثار التمييز؛ استئناسا بقوله ﷺ: (**علموا ابناءكم الصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر**)[٤].

---

(١) النسفي – كشف الأسرار: ٤٧٨/٢.

(٢) ٢٢ الحج: ٧٨.

(٣) البخاري – الجامع الصحيح بهامش فتح الباري: ٩/٣١٩ كتاب الطلاق باب الطلاق في الإغلاق، حيث قال الحافظ بن حجر – رضي الله عنه – في فتح الباري: ١٠١/١٣ (فهو مرفوع حكما).

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٣٤٣/٣، بهامش بذلك المجهود، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، من كتاب الصلاة. ورواه بلفظ آخر الترمذي في صحيحه: ١٩٨/٢، بهامش عارضة الأحوذي، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة من كتاب الصلاة.

وتنقسم تصرفات الصبي المميز في غير حقوق الله – تعالى – إلى ثلاثة أقسام[1]:

الأول: التصرفات الضارة ضررا محضا

وقد مثَّل الفقهاء لهذه التصرفات بالطلاق، وبالتبرع بالهبة للغير، وبالصدقة، وبإقراض الغير، وبالكفالة عن الغير بالنفس أو المال، فجميع هذه التصرفات مآلها خروج الصبي من أمواله، أو من جزءٍ منها، وإبطالُه ملكه بغير عوض يعود عليه، فهذه التصرفات لا تنعقد، وبناء على إبطال الهبة من الصغير يمكننا الجزم بأن التبرع بالدم وغيره من الأعضاء داخل في هذا القسم.

الثاني: التصرفات النافعة نفعا محضا

وقد مثّل لها الفقهاء بقبول الصغير الهبة والهدية وسائر التبرعات، فإنها نفعٌ محض لاضرر منها على مال الصبي، ولا على بدنه، فلا مانع من صحة قبوله لها، وبناء على جواز قبول الصغير للهبة من الغير يمكننا الجزم بجواز قبوله تبرع غيره له بالدم أو الأعضاء؛ لأنه نفع محض لاضرر فيه، ومثل ذلك بل آكد منه قبوله لإجراء الكشف الصحي عليه وإذنه في ذلك، بشرط أن يكون الفحص خاليا من أي مخاطر إشعاعية أو غيرها، وأن يكون تبرعا من الطبيب مجانا بغير عوض؛ لأنه إن كان محفوفا بشيءٍ من المخاطر فإنه لا يكون نفعا محضا، وكذلك إن كان بعوض فليس نفعا محضا. بخلاف ما لو كانت الفحوص الطبية تنطوي على مخاطر على بدن المريض، فالقياس أنها لا تندرج تحت هذا القسم؛ وبالتالى لا يجوز إجراء مثل هذا النوع من الفحوصات على الصغير.

(١) النسفي – كشف الأسرار: ٢/٤٧١.

الثالث: التصرفات الدائرة بين المنفعة والمضرة

ومثال هذه الحالة سائر المعاوضات التي تقبل الربح والخسارة، كالبيع، والإجارة، والجعالة، وغيرها، فهذه التصرفات إن أثمرت ربحا فهو نفع محض، وإن أثمرت خسارة فهو ضرر محض؛ فاقتضت حكمة المولى – تبارك وتعالى – أن يجعل مناط صحة هذه التصرفات إذن الوليِّ أو الوصيِّ؛ رعاية لمصلحة الصغير؛ لأنه مَظِنّة الغبن والتغرير.

وبناء على هذا يمكننا القول بأن العقد الذي يجريه الصغير مع الطبيب ليداويه أو ليجري عملية جراحية على بدنه أو ليفحصه فحوصا مخطرة على بدنه متوقف على إجازة الوليِّ له؛ واستنادا إلى هذا لا يجوز للطبيب علاج الصغير، وإن كان مميِّزا ما لم يكن ذلك بإجازة الولي، فإذا تعاقد الطفل المريض مع طبيبٍ على معالجته، وكان الطفل مميِّزا فإن عقده يعتبر صحيحا إذا كان بإذنٍ من الوليِّ أو الوصيِّ، أما إذا حصل التعاقد من غير علم الولي فإن صحة العقد تعتبر موقوفة حتى يجيزه الولي أو الوصي، بناءً على أن الإجـــــازة اللاحقة كالإذن السابق[1].

المرحلة الرابعة للأهلية: هي مرحلة البلوغ

والبلوغ هو الحالة التي إذا وصل إليها المميِّز يكون مكتملا في قواه العقلية والبدنية، ويكون بالغا مبلغ الرجال، فيكون متحققا بوصف أهلية الأداء؛ فيصح صدور الأفعال عنه، وهذه المرحلة غير داخلة في نطاق بحثنا.

* * *

(١) علي الندوي – القواعد والضوابط: ص١٦٨.

المبحث الثاني
التفريق بين آخر مرحلة التمييز وبين أول مرحلة البلوغ

للبلوغ علامات طبيعية[1] محسوسة ظاهرة منضبطة، لا يمكن الاختلاف فيها، منها: الإنـــزال؛ لقوله – تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[2]، ومنها إنبات الشعر؛ لما ثبت بحكم العادة أن الإنبات لا يقع إلا بعد البلوغ، ومنها الحيض للأنثى اتفاقا[3]، وخروج شعر العانة والإبط، ومنها علامات تقديرية وهي السن، وهذا النوع من العلامات محل خلاف بين الفقهاء لا نريد الإطالة فيه، وسنكتفي بالحديث عن البلوغ دون التعرض لعلاماته بشيء من التفصل حيث يطرأ هنا سؤال وهو: هل البلوغ مفضيا للعقل والتمييز؟ في الحقيقة لا يمكننا اعتبار البلوغ سببا مفضيا إلى العقل والتمييز، فرُبّ صغير لم يبلغ الحلم، يكون له من اعتدال المزاج والوعي ما يجعله مثل عقلاء الرجال، وكم من كبير بالغ لم يزل عقله ناقصا لانحراف مزاجه، فكيف يمكن أن نحكم على الطفل المميِّز باكتمال عقله ونضجه ليصحّ الاعتداد بأقواله وتصرفاته؟

ولاشك أن التفريق بين آخر مرحلة التمييز وبين أول مرحلة البلوغ صعب جدا، إذ لا يمكن انضباط ذلك؛ لأن مرجعه إلى ظهور آثار التمييز على الطفل من كون تصرفاته على وِزان واحد، وهذه الآثار لا تنضبط، وتعليق الحكم بالأهلية على أمر غير

(١) انظر: ابن عابدين – رد المختار: ٩٧/٥، الدسوقي – حاشية الشرح الكـــبير: ٢٩٣/٣، النـــووي – روضة الطالبين: ١٧٨/٤، ابن قدامة – المغني: ٥٩٨/٦.
(٢) ٢٤ النور: ٥٩.
(٣) ابن عابدين – رد المختار: ٩٧/٥. وانظر المصادر السابقة.

منضبط يفضي إلى حَرَج، وهو مظنة الاختلاف في تقديره، ولا يؤمن أن يكون سببا للتنازع.

من أجل ذلك أقامت الشريعة الإسلامية السبب الظاهر، وهو البلوغ الذي هو مظنة العقل والتمييز، مقام المعنى البـــــاطن وهو التمييز، تيسيرا على العباد[١]، وأدارت الحكم معه وجودا وعدما.

وقد بنى الفقهاء قاعدة فقهية في هذا المعنى وهي: (الوصف الذي هو معتبر في الحكم إن أمكن انضباطه لا يعدل عنه إلى غيره، وإن كان غير منضبط أقيمت مظنته مقامه)[٢].

ولّما خفي هذا المعنى على رجال القانون اعتبروا هذه المسألة مسألة موضوعية، قالوا: "يُقدِّرها الطب طبقا لظروف الحال"[٣].

في بيان هذا المعنى يقول الدكتور مصطفى عدوي: "لا يشترط اكتمال الأهلية حتى يعتدُّ برضائه بالنسبة للتدخل العلاجي؛ فالعبرة ليست بسنِّ المريض، وإنما بقدرته من الناحية الواقعية على مباشرة الخيار، استنادا إلى ما يلقى إليه من المعلومات"[٤].

* * *

(١) النسفي – كشف الأسرار: ٤٦٧/٢.

(٢) القرافي – الفروق: ١٦٥/٢، الفرق الثمن والتسعون بين قاعدة البقاع جعلت المظان منها معتـــبرة في أداء الجمعات وقصر الصلوات وبين قاعدة الأزمان لم تجعل المظان منها معتبرة في رؤية الأهلّـــة ودخـــول أوقات العبادات وترتيب أحكامها.

(٣) د. محمد السعيد رشدي – عقد العلاج الطبي: ص١١٣.

(٤) حق المريض في قبول أو رفض العلاج: ص٨٩.

المبحث الثالث
إذن الصبي للطبيب وما يترتب عليه من آثار

الصغير بحكم صِغَرِه لا يملك الإدراك الكامل للعلاج وضرورته ومخاطره، ومن ثم فلا يملك إعطاء الإذن بعلاجه، فهو في حكم العاجز عن النطق بالإذن، ويترتب على عجزه عن الإذن أن يقف الطبيب أمام احتمالين: الأول: أن يرى الطبيبُ أنه بمنـــزلة وليِّ المريض الصغير، باعتباره أدرى بطبيعة المرض، وأعرف بالمخاطر المترتبة على ترك العلاج ؛ فلا يلزمه أن يستشير أحدا في ذلك[1]. الثاني: أن يُحيل أمر إعطاء الإذن إلى غيره كالممثل القانوني، أو من يسمى بالحماة الطبيعيين. هكذا أُطلق عليهم هذا اللقب (الحماة الطبيعيين) مِن غير ذكر تعريف وحدٍّ لهذا اللقب، وقد استدرك الدكتور علي حسين نجيده قائلا: "إن تحديدهم يعتمد في أغلب الأحوال على الظروف"، ثم علّل ذلك بقوله: "لأن سكوت المشرِّع في هذه الحالة يترك مجالا للقانون الطبيعي الذي تفرضه العدالة، إن الأشخاص الذين يضمنون في الواقع رعاية وحماية المريض يكونون أكثر مِن سواهم التصاقا به، يمكن أن يُقدَّموا على الآباء والإخوة الأكثر قربا من الناحية القانونية، والأقل شفقة من الناحية الواقعية"[2].

ويقول الدكتور أحمد شوقي أبو خطوة: "ويجب تحديد الممثل القانوني لا على أساس درجة القرابة، وإنما على أساس ما يقدِّمه من خدمات للمريض، فالأشخاص

(١) د. علي حسين نجيده – التزامات الطبيب: ص٩٤.
(٢) م. ن: ص٩٣-٩٤.

الذين يتولون حماية المريض وتربطهم به رابطة المحبة والوفاء والإخلاص لهم الأولوية على الوالدين الذين يعبر أكثر قربا منه من الناحية القانونية"[١].

إن الذي ينبغي أن نخلص إليه هو أن المريض لايجوز أن يُترك من غير علاج، ولا أن يؤخر علاجه، بحجة أنه لم يصدر منه الإذن بالمعالجة، كما أنه لايجوز أن يُترك تحت رحمة الطبيب، إذا وجد أحد أقربائه الذين تتوافر فيهم دواعي الشفقة والرحمة أكثر مما هي لدى الطبيب.

أما من يُسَمَّون بالحماة الطبيعيين أو القانون الطبيعي فعنوان مجمل ومبهم لا يدلّ على معنى واضح، فهو غير مفيد؛ لأنه يندرج تحته الآباء، والأمهات، والأعمام، والإخوة، وسائر الأقارب، كما يندرج تحته سائر الأصدقاء وغيرهم، ولا يمكن التعويل على الطبيب في تحديد أَوْلاهم بإعطاء الإذن له بالتصرف في جسد الصغير.

* * *

(١) أحمد شوقي أبوخطوة: القانون الجنائي: ص١٢٩. وانظر في هذا المعنى: محمد حسين منصور – حق المريض في قبول أو رفض العلاج: ص ٥٣-٥٤.

المبحث الرابع
إذن الولى بعلاج الصبي

سبق أن قلت بأن المريض لا يجوز أن يُترك من غير علاج، ولا أن يؤخَّر علاجه، بحجة أنه لم يصدر منه الإذن بالمعالجة، كما أنه لا يجوز أن يُترك للطبيب، فليس الطبيب وليّا له، فإذا كان للمريض وليٌّ، فهو أَولَى الناس به، فالأقارب هم الذين تتوافر فيهم دواعي الشفقة والرحمة، فأوجب الشارع الحكيم وجود ولاية على الصغير؛ من أجل الحفاظ عليه ورعايته، غير أن الفقهاء اختلفوا فيمن أحق بالولاية من أقاربه، ليكون له الحق في الإذن للطبيب بالمعالجة، فاختلافهم فيمن يكون أَوْلَى بالولاية، يدلنا على أن هناك اتفاقا على ضرورة وجود شخص يقوم مقام المريض الصغير في إصدار الإذن بالعمل الطبي أو في رفضه، ويكون بذلك وليا ينوب عنه في ذلك، فالخلاف حينئذ منحصر في تحديد شخص الولي.

إن الشريعة الإسلامية لم تترك القاصر من غير رعاية ولا ولاية، بل فرضت عليه رقابة وأوْلَتْهُ رعايةً لَمْ تكِلْها إلى حماة طبيعيين، وإنما وكَلَتْها إلى مَن أسْمَتْهُ بالولي.

فالوليّ هو الذي يطلب من الطبيب أن يبصِّره بطبيعة المرض، وصور العلاج ومراحله، ثم يقرر بناءً على ذلك الموافقة والإذن بالعمل الطبي، أو يقرر الرفض.

والولاية حق يمنحه الشارع، يجوز لصاحبه بمقتضاه التصرف في مال الغير أوفي نفسه، حفظا ورعاية له، والولاية تعتبر نيابة شرعية، وهي من الحقوق الثابتة للإنسان بحكم شخصيته، بحيث لاينتقل هذا الحق إلى غير الوليِّ بالإرث، لكونه غير تابع لعينٍ

مملوكة، بل هو تابع للوليِّ بحكم شخصيته لاعتبارات خاصة به، مثل توافر دواعي الرحمة والشفقة على من هو مولّى عليه.

فالولاية سلطة نيابية، شرعها الله – تعالى- وجعلها حقا للولي، يكون بموجبها نائبا عن صاحب الحق في القيام بشؤونه، وهي وإن كانت حقا مشروعا للولي غير أن هذا الحق يغلب عليه وصف الواجب، بالنظر إلى أن الوليِّ مطلوب منه رعاية المصلحة فيما ولِّي عليه، طلبا أكيدا على سبيل الوجوب، لا على سبيل النَّدب، فهي رحمة من الله لعباده باعتبار أن القاصر لا يدرك ما ينفعه ولاما يضره، فهو عرضة لإلقاء نفسه إلى المهالك.

والأصل في الولاية أنها قاصرة على صاحبها؛ ذلك أن كل إنسان وهبه الله شروط التكليف فإنه هو الذي يلي أمر نفسه وماله، ويملك الحق في الموافقة والإذن بالعمل الطبي، بحيث يتلقى من الطبيب المعلومات الخاصّة بحالته الصحية، ثم على أساسها يصرِّح بالإذن بالعلاج أو بالإمتناع والرفض للمعالجة.

وفي هذه الحالة فقط يكون المريض متحققا بأهلية الأداء لإصدار الإذن؛ فإنه لا يغنى عن إذنه إذن غيره مهما كانت صلة القرابة به، فلا يُعتدُّ بموافقة أخيه على العمل الطبي، كما لا يعتد بموافقة ابنه، ومن باب أولى سائر الأقارب.

أما حين يصاب المريض بعارضٍ من عوارض الأهلية، كالإغماء، أو الجنون، أو أن يكون صغيرا لا يُدرك ماينفعه وما يضرُّه فإن الشريعة تنقل الولاية إلى غيره وفق ترتيب تقتضيه مصلحة الصغير.

المرعيُّ في ترتيب الولاية على الصغير في معالجاته:

فالترتيب في الميراث يختلف عنه في الترتيب في غسل الميت، وفي الصلاة على الميت راعت الشريعة ترتيبا آخر، وكذلك الأمر بالنسبة لولاية الرجل على المرأة في عقد النكاح.

ويحسن بي أن أذكر تلك القاعدة الجليلة التي ذكرها الإمام شهاب الدين القرافي رحمه الله وهي قوله: "يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها، فللقضاء العارف بالفقه وأحوال الخصوم والبينات، وللحروب من هو أعلم بمكائدها وسياسة جيوشها، ولا يقدم هذا للقضاء ولا الأول للحروب، وكذلك سائر الولايات، وربَّ كاملٍ في ولاية ناقص في أخرى، كالنساء ناقصات في الحروب، كاملات في الحضانة لمزيد شفقتهن وصبرهن، فيقدَّمن على الرجال، فكذلك النظر هاهنا إذا اجتمع الأولياء يقدم من وصفه أقرب لحسن النظر في الولاية"[1].

والمرعي في ترتيب الأولياء في إصدار الإذن للطبيب بمعالجة المريض القاصر أو جراحته هو وفور الشفقة والمحبة؛ واعتبارا لهذا المعنى فأولى الناس بالقاصر قرابته بحكم الشفقة والرحمة التي فطرهم الله عليها وجعلها جبلة فيهم ليس لهم فيها قدرة إكتسابة، وفي ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام -رحمه الله تعالى-: "ويقدم الآباء على الأمهات في النظر في مصالح أموال المجانين والأطفال، وفي التأديب وارتياد الحرف والصناعات؛ لأنهم أقوم بذلك وأعرف به من الأمهات، وكذلك يقدم في ولاية النكاح

(١) القرافي – الذخيرة: ٢٤٦/٤.

الأقارب على الموالى والحكام، ويقدم من الأقارب أرفقهم بالمولى عليه، كالآباء والأجداد"[(١)]، فاعتبر رحمه الله أن المقدم في كل واجب هو أقدر الناس على القيام بمقاصده على أكمل وجه.

ذلك أن مبنى الولاية إنما هو على الشفقة وهي معتبرة بمضنَّتها وهي القرابة، فأقرب الناس إلى القاصر أشفقهم عليه وأرحمهم به بلا خلاف[(٢)].

وإنما اعتبرت الشريعة الإسلامية وجود العطف والشفقة معيارا يراعى بسببه ترتيب الولاية؛ لأن رحمة القريب لقريبه وشفقته عليه تحمله على القيام بواجب الولاية على أكمل وجه وأتمه.

ومن أجل ذلك لم تكن العدالة شرطا في الولاية على نفس المريض القاصر؛ لأن العدالة لم تشترط إلا لتكون وازعة للولي عن أن يقع منه تقصير أو خيانة[(٣)]، فهذا الوازع متحقق في القريب بحكم طبعه، فطبعه يمنعه عن أن يفعل شيئا يدخل بسببه الضرر على نفسه أو على من هو وليه.

ثم إن ولاية الأب لازمة في حقه بحكم نسبه؛ لأن منشأها القربى فما دام متحققا بوصف القرابة فليس له أن ينفكَّ عنها، غير أن مراتب الأولياء تتفاوت قوة وضعفا بحكم قوة القرابة الرابطة بالمريض القاصر، فولاية الأب أقوى درجات الولاية، ويأتي

(١) العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام: ٦٦/١.
(٢) قال الشيخ أبو محمد بن قدامة في المغني: ٣٥٩/٩: {لانعلم في ذلك خلافاً بين أهل العلم}.
(٣) قال العز بن عبدالسلام –رحمه الله–: {فتكون العدالة في هذا الباب من التتمَّات والتكملات}، انظر: العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام: ٦٧/١.

بَعْده العصبات من الأقارب.

وجملة ذلك أن الولاية على القاصر بعد وليِّه الخاص وهو الأب تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب[1]، بحيث تكون الأحقية بالولاية لمن هو أولاهم بالميراث على الترتيب الآتي[2]:

الأخ الشقيق.

ثم الأخ لأب.

ثم ابن الأخ الشقيق.

ثم ابن الأخ لأب.

ثم بنوهم، وإن نـــزلوا.

ثم الجد لأب.

ثم العم لأب.

ثم ابن العم لأب، وإن نـــزل.

ثم جد الجد.

ثم عم الجد، وهو ابن جد الجد.

ويلاحظ في هذا الترتيب تقديم الأخ على الجد، وهو ما ذهب إليه الإمام مالك – رحمه الله – في ولاية النكاح، وحجته – رحمه الله – في ذلك أن الجد يُدلي بالأبوة،

(١) باعتبار القرابة مظنّة الشفقة والرحمة كما في المغني لابن قدامة: ٣٥٩/٩.

(٢) انظر: ابن عابدين – رد المحتار: ٣١١/٢، الصاوي – حاشية الشرح الصغير: ١١٣/٣، الشـــربيني – مغني المحتاج: ١٥١/٣، ابن قدامة – المغني: ٣٥٩/٩.

فيقول: أنا أبو أبيه، والأخ يدلي بالبنوّة، فيقول: أنا ابن أبيه، والبنوّة مقدمة على الأبوّة، بحجب الابن الأب من جملة المال إلى السدس[١].

* * *

(١) القرافي – الذخيرة: ٤/٢٤٧.

المبحث الخامس
إذن المرأة بعلاج الصبي

عرفنا – فيما سبق – اختلاف الفقهاء في ترتيب الولاية على العلاج من الرجال، ولكن هل قصر الفقهاء الولاية في العلاج على الرجال دون النساء، أم أن للنساء ولاية على العلاج؟ الجواب أنَّ الفقهاء فرقوا بين حالتين للمرأة:

الأولى: ولايتها على علاج نفسها.

الثانية: ولايتها على علاج غيرها.

أما الحالة الأولى: وهي ولاية المرأة على نفسها فلا خلاف بين الفقهاء في أنه حقٌّ ثابت لها، مادامت عاقلة بالغة راشدة، ذلك أن مناط الأهلية (أهلية الأداء) عند الفقهاء – رحمهم الله تعالى – هو تحصيل العقل مع التمييز.

فقد ذكر العلماء أن من بلغ عاقلا رشيدا كانت له الأهلية التامة التي بها تصح جميع تصرفاته وأقواله، لا فرق في ذلك بين رجل وامرأة إلا في ولاية الضمِّ[1]، وولاية النكاح[2]، وبعض مسائل ولاية المال.

---

(١) الضمُّ هو أن القيِّم معلى المرأة لا يتركها تستقل بنفسها بالسكنى وأن يلزمها بالسكن في موضع تكون فيه تحت ملاحظته ورعايته حفاظاً عليها، وإبعاداً لها عن مظان التهمة ودفعاً لعار النّسب. انظر: السرخسي – المبسوط: ٢١٢/٥، الدردير – الشرح الصغير: ٥٢٦/٢، البهوتي – شرح منتهى الإرادات: ٢٦٦/٣.

(٢) والمراد صلاحية عبارتها لإنشاء عقد النكاح أو مباشرة النكاح كما عبّر عن ذلك الحافظ ابن العربي في أحكام القران، ١٣/١، وليس المراد سلبها حرية اختيار الزوج، وهذا النوع من الولاية ليس ناشئا من عدم أهلية المرأة وإنما اشترط الأسباب تتعلق بجهل المرأة بالرجال وإمكان حصول التغرير والخداع لها، وتمييـــزاً للنكاح عن السفاح.

والأصل في الإنسان العاقل الرشيد الحريَّة التامة، فلا يحجر على المرأة إلا بدليل. ثم إني لم أجد في نصوص الفقهاء وفي المواضع التي يذكرون فيها شرط الإذن – ما يدل على تضمين من يعالج المرأة بدون إذن وليِّها، فقد نصّوا على تضمين معالج الصبي بغير إذن وليه مرارا، وكذلك المجنون، رغم أنه نادر الوقوع، ولم يذكروا مايفيد نقصان أهلية المرأة، وهي أكثر من الرجال عددا.

وأما ولاية المرأة على علاج غيرها فعلى الرغم من منحها حق الولاية على تربية من لا يستقلُّ بأموره –وهي ما يسمَّى بولاية الحضانة[1]– هذا الحق الذي منحه لها الشارع – تبارك وتعالى، أما أن تأذن بمعالجة من لا يستقل بأموره من صبي أو مجنون أو سفيه أو غيرهم، فهل يشملها معنى الحضانة؟ هذا الأمر يحتاج إلى تفصيل:

والذي ظهر لي أن الحضانة تشمل المعالجات البسيطة دون المخطرة، فسائر صور التمريض والتطبيب التي اطّرد العرف بعدم الحاجة للاستئذان فيها تندرج تحت معنى الحضانة، فلها حق الإذن فيها.

أما المعالجات المخطرة وسائر الجراحات المخوفة منها وغير المخوفة[2] فالذي يظهر لي أن مصدر الإذن فيها هو الولي الشرعي من أب أو ابن أو غيرهما، ولايشكل على ذى لبٍّ أن المرعيَّ في الولاية وفور الشفقة، وأن الأم أشفق؛ ذلك أن الله قد منح المرأة

(١) وهي تربية من لايستقل بأموره على ما يصلحه ويقيه عما يضره. انظر: الجرجاني – التعريفات: ص٨٨.

(٢) كجراحة الزائدة الدودية وإزالة البواسير، أما الجراحات البسيطة كإخراج شوكة من اليد أو خياطة جرح بالأصبع فالظاهر أنها ملحقة بالمعالجات البسيطة التي للمرأة حق الإذن فيها.

مزيدا من العاطفة والتحنان؛ مما قد يجعلها تقدِّم في أحكامها عواطفها القلبية على صوت العقل وندائه، فيعود ذلك على القاصر بالضرر، فإن المرأة قد يبلغ بها الخوف على الصبي مبلغا يمنعها من الإذن بعمل جراحة لاستئصال ورم في البطن ونحوه.

فغلبة العواطف الوجدانية عند النساء تُعدُّ عارضا من العوارض الجبلّية المانعة من مساواتها للرجل في أصل الخلقة، بحيث تقدم المرأة على الرجل في مواضع،كحق الحضانة، ويقدم الرجل عليها في مواضع أخرى.

وهذا مظهر من مظاهر عظمة التشريع الإسلامي وسموه ومراعاته لمصالح العباد حين راعى في تشريع الأحكام ضبط تصرفات الجماعة بما يحقق مصالحها ويدفع عنها المفاسد، ففرَضَ التساوي في كلِّ ما شهِدَت الفطرة بالتساوي فيه، وأعْرَضَ عن المساواة في كل ما شهدت الفطرة بتفاوت الناس فيه.

وهذا المعنى أشار إليه الأستاذ الإمام الشيخ محمد الطاهر بن عاشور – رحمه الله – وحضَّ الفقهاءَ على مراعاته فقال: "فحقيق بالفقهاء وولاة الأمور أن يراعوا هذه الموانع ومقاديرها وتأصلها فيُعْلموا آثارها في المساواة بعد تحقُّق ثبوتها"[1].

ونصوص الفقهاء في عدم اعتبار إذن الصغير بيَّن الفقهاء – رحمهم الله – تعالى – فيها أن العمل الطبي لا يكون علاجا مباحا حتى يكون مأذونا فيه، وذكروا أن إذن الصبي غير معتبر لعدم أهليته للإذن.

فقد جاء في جامع الفصولين: "جاء صبي إلى فصّاد وقال: افصدني فصدا معتادا،

(١) الطاهر بن عاشور – مقاصد الشريعة: ص٩٨.

فمات من ذلك السبب، تجب ديته على عاقله الفصّاد"[١].

قوله: (فصادا معتادا) يفيد أن العمل الطبي وقع موافقا لأصول المهنة، ومع ذلك أوجب عليه الضمان؛ لأن إذن الصبي غير معتبر فهو كلا إذن (كعدمه).

وهذا ما أكده الإمام الدسوقي – رحمه الله – تعالى – بقوله: (...إن كان بلا إذن أصلا، أو بإذن غير معتبر شرعا، كأن داوى صبيا بإذنه، فإنه يضمنه ولو علم و لم يقصر)[٢].

فبين – رحمه الله – أن الإذن غير المعتبر لا يسقط الضمان، ومثّل له بإذن الصبي وأنه لا يسقط الضمان عن الطبيب.

وقال الإمام الشافعي – رضي الله عنه: "ولو جاء رجل بصبي ليس بابنه ولا مملوكه، وليس له بولي إلى ختان أو طبيب، فقال: اختن هذا، أو: بط هذا الجرح له، أو: اقطع هذا الطرف له من قرحة به، فتلف كان على عاقله الطبيب والختان ديته"[٣].

وقال الإمام أبو محمد بن قدامة – رحمه الله – تعالى–: "وإن ختن صبيا بغير إذن وليه، أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه، أو من صبي بغير إذن وليه، فسرت جنايته ضمن؛ لأنه قطعا غير مأذون فيه"[٤].

---

(١) جامع الفصوليين: ١٨٦/٢، وانظر: لسان الحكام: ص٢٧٦، وجامع أحكام الصغار: ١٥٦/١.
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٥٥/٤، وانظر: النوادر والزيادات، ٦/٥ ظهر، وعقد الجواهر الثمينة، ١١٧/٢ ظهر.
(٣) الأم: ٥٣/٦، وانظر: تحفة المحتاج: ١٩٦/٩.
(٤) المغنى،لابن قدامة:٥٣٨/٥، وانظر: الإنصاف: ٧٥/٦.

دل قوله (ختن صبيا بغير إذن وليه) أن إذن الولي هو المسقط للضمان وأن إذن الصبي لا يعتبر، وعلل إيجاب الضمان بأن فعل الطبيب حينئذ يعتبر فعلا غير مأذون فيه. وما اتفق عليه الأئمة الأربعة – رحمهم الله – تعالى– من عدم اعتبار إذن الصبي هو ما نقل عن الإمام علي ﷺ، فقد قال الإمام بن حبيب[1]– رحمه الله — تعالى–: "روي عن علي بن أبي طالب ﷺ في البياطرة المتطببين أن من تقدم منهم على صبي أو مملوك بغير إذن وليه فقد ضمن"[2]؛ فتحصل أن الطبيب لا تجوز له مباشرة فحص الصغار وعلاجهم إلا إذا أذن له بذلك أولياؤهم.

هذا هو الحكم من حيث الأصل، ويستثنى منه الحالات التي جرى العرف فيها بالمسامحة وعدم استئذان الأولياء. ومن ذلك المعالجات البسيطة التي لا خطر في فعلها، وكذلك ما جرى العرف به من إذن الأولياء بمعالجة أبنائهم عندما يحتاجون للعلاج أثناء فترة الدراسة.

وفي هذا المعنى يقول الشيخ إبراهيم بن فرحون – رحمة الله–: "وإذن العبد للحجام أن يحجمه أو يختنه غير مفيد في عدم الضمان إن نشأ عن الحجامة أو الختان خطر؛ لأن رقبة العبد ملك لسيده، قال ابن عبد السلام: وما قاله في الختان ظاهر، وأما الحجامة فالعرف مطرد بعدم استئذان السادات فيها، ولا سيما إذا كان موجبها ظاهرا"[3]،

(١) أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سلمان بن هارون السلمي، من مؤلفاته: الواضحه، وإعراب القرآن، وكتاب السخاء واصطناع المعروف. توفي رحمه الله تعالى سنة ٢٣٩ هـ.

(٢) النوادر والزيادات: ٦/٥ ظهر.

(٣) تبصرة الحكام: ٢٤٣/٢، وانظر: التوضيح على مختصر ابن الحاجب: ٦٥/٣ وجه، والتاج والإكليل لمختصر خليل: ٣٢١/٦، والخرشي على خليل: ١١١/٨.

فأشار بقوله: (فالعرف مطرد..) إلى أثر العرف في إسقاط شرط الاستئذان من سيد العبد، وفي حكم الحجامة سائر المعالجات البسيطة التي جرت عادة الناس على المسامحة فيها، ودل قوله (لا سيما إذا كان موجبها ظاهرا) على أن الإباحة تتأكد حين تزداد حاجة الصغير للعلاج؛ وعليه فإذا كان عرف الناس المسامحة في هذه الأشياء البسيطة فلا عتب ولا مسؤولية على الطبيب لو أقدم على العلاج.

ويبقى السؤال عن أثر تخلف إذن المريض في تضمين الطبيب المعالج.

وأقول: اختلف الفقهاء في تضمين الطبيب حين يعالج المريض بغير إذنه كما بينت ذلك.

وعليه فإن تخلف الإذن لا أثر له عند من أسقطوا اشتراط الإذن من المريض. أما الذين أوجبوا حصول الإذن من المريض، فقد رتبوا على تخلف الإذن ما يلي:

أولا: الدية

ونصوص الفقهاء ظاهرة في ذلك، فالحنفية أوجبوا الدية على العاقلة، فقد قال الشيخ ملا خسرو[(١)] – رحمه الله – تعالى: "لو فصد عبدا أو غلاما طلب الفصد منه؛ فمات بسببه كان قيمة العبد ودية الغلام على عاقلة الفصاد"[(٢)].

فأوجب الدية على عاقلة الفصاد؛ لأنه عالج الغلام أو العبد بإذنهما، وحيث إن

(١) الإمام محمد بن فراموز الشهير بالمولى خسرو، كان عالما بالمنقول والمعقول. من تصانيفه: الغرر وشرحه الدرر ومرقاة الأصول ورسالة في الولاء، توفي رحمه الله سنة ٨٨٥ هـ.

(٢) ملا خسرو – درر الحاكم شرح غرر الأحكام، ٣٩٣/٢، وانظر: جامع أحكام الصغار: ١٥٦/١، وحاشية الطحطاوي: ١١٦/٤، ورد المحتار: ٩٦/٦.

إذنهما غير معتبر ولابد من استئذان وليهما، فالضمان لازم على الفصاد.

وكذلك المالكية أوجبوا الدية على عاقلة الطبيب، فقد ذلك الشيخ محمد البناني[1] – رضي الله عنه – عند قول الشيخ خليل – رحمه الله–: (أو بلا إذن معتبر) قال: (فيضمن ضمان الخطأ يعني على العاقلة)[2].

فبين – رحمه الله – تعالى– أن ضمان من عالج بغير إذن كضمان المخطئ يكون على عاقلة الطبيب. وهذا ما دلت عليه كتب الشافعي، ففي الأم: "وإن ختنهما بغير إذن أبي الصبي، أو أمر الحاكم ولا سيد المملوك، وماتا فعليه الكفارة، وعلى عاقلته دية الصبي وقيمة العبد"[3]، فأوجب الدية على عاقلة الطبيب الذي عالج بغير إذن أبيه.

وقد ذكر الدكتور أحمد إبراهيم أن الإمام الشافعي – رحمه الله – يوجب القصاص على مَن يعالج بدون إذن المريض فقال: "وقد نصَّ الشافعي على أنه إذا كان على رأس بالغ عاقل سلعةً لَمْ يَجُز قطعها بغير إذنه، فإن قطعها بغير إذنه فمات وجب عليه القصاص؛ لأنه تعدى بالقطع"[4].

---

(١) الشيخ أبو عبد الله محمد بن الحسن بن مسعود الفاسي، له تآليف عديدة منها: حاشية على شرح الزرقاني لمختصر خليل وشرح على السلم وحاشية على شرح السنوسي في المنطق، ولد –رحمه الله– سنة ١١٣٣هـ، وتوفي سنة ١١٩٤هـ. (معجم المؤلفين: ٢٢٢/٩، و الأعلام: ٧٢/٧).

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني: ١١٧/٨.

(٣) الأم: ٥٣/٦، وانظر: عماد الرضا: ١٤٩/٢.

(٤) مجلة الأزهر: مجلد٢٠، ص٤٨، وقد أقرَّه على ذلك الشيخ عبد العزيز المراغي بمجلة الأزهر، مجلد٢٠، ص٤١٤، وتبعهما على هذا الخطأ الدكتور أحمد شرف الدين في كتابه الأحكام الشرعية: ص٥٥، وعزا الدكتور أسامة قايد في كتابه (المسؤولية الجنائية للأطباء: ص٩٥، ص١٩١) هذا القول للحنفية والحنابلة، ولست أدري لهم مستنداً في ذلك !

وما ذكره مخالفٌ لما نقلناه عن الإمام الشافعي – رحمه الله– مِن سقوط القصاص ووجوب الدية على العاقلة.

وربما كان مصدر الخطأ في ذلك هو ما وُجد في كتب الشافعية من النصِّ على وجوب القصاص على من عالج أجنبيا علاجا مخطِرا بغير إذنه، قال الإمام النووي – رحمه الله–: "وليس للأجنبي المعالجة ولا القطع المخطر بحال، ولو فعل فسَرَى فمات تعلَّق بفعله القصاص أوالضمان"(١).

وكلامه – رحمة الله — تعالى– إنما يخص من القطع ما كان مخطرا أي ما يحصل الهلاك منه غالبا، وهذا لا يمكن تخصيصه بمذهب الإمام الشافعي –رضي الله عنه–، بل هو ما دل عليه كتاب الله – تعالى– بقوله: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ﴾(٢)، وهو خارج عن فعل الطبيب وعلاجه للمريض، رجاء شفائه وقصد نفعه فيما ليس فيه مخاطرة ولا مجازفة بحياته.

وأما الحنابلة فقد أطلقوا القول بالضمان، ولم أجد منهم من نص على نوع الضمان، هل هو من مال الطبيب أو على عاقلته، والظاهر أنه على عاقلته؛ لأنهم يقرنون الطبيب الذي يعالج بغير إذن المريض بالطبيب المخطئ والجاهل(٣).

(١) روضة الطالبين: ١٣٠/٩، وانظر: الأنوار: ٥٢٢/٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٥٥/٢، والمغني: ٣٢٧/٨.

(٢) ٢ البقره ١٧٩.

(٣) انظر: الفروع: ٤٥٢/٤، والمغني: ٥٣٨/٥، والإنصاف: ٧٥/٦، وانظر فيمن أركب صبيتين بغير إذن وليهما، المقنع: ١٨/٤، والإنصاف: ٣٨/١٠، والفروع: ٨/٦.

ثانيا: الأدب

نص المالكية على أن تعزير الطبيب حين يقدم على علاج المريض بغير إذنه له حظ من النظر، ففي تبصرة الحكام: "قال ابن عبد السلام: ولا يؤدب المخطئ، وهل يؤدب من لم يؤذن له؟ فيه نظر"[(١)]، فقوله: (فيه نظر) يشير إلى احتمال استحقاقه للتأديب.

ولا شك أن هذا الاحتمال وجيه جدا؛ لأن الطبيب حين يتساهل في أخذ الإذن، يكون قد أسقط حرمة المريض من اعتباره، واستهان به، فاستحق الأدب على ذلك.

ويتأكد الأدب فيمن يكثر ارتكابه لهذا الموجب؛ لأن الاستهتار بجسد الإنسان في حقه، أصبح أمرا واضحا وجليا.

ثالثا: سقوط الأجر

لم أر من نص عليه، غير أنه ظاهر؛ لأن الطبيب حين يعالج بغير إذن،ح فإنه لا يملك مصدرا لإثبات استحقاقه الأجر؛ ذلك أن مصدر استحقاقه للأجر هو عقد الإجارة بينه وبين المريض، وحالة العلاج بغير إذن لا يكون فيها عقد أصلا؛ فلا يستحق عليها أجرا.

هذا حيث لا يكون الطبيب مأذونا له إذنا صريحا ولا إذنا بطريق الدلالة؛ لأن هذا الإذن بمثابة التعاقد بين الطبيب والمريض؛ إذ لا يلزم أن يكون بينهما عقد مكتوب[(٢)].

* * *

(١) تبصرة الحكام: ٢/٢٣١.

(٢) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير:٥/٣٠٣، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/٢٥.

الخاتمة

في ختام هذا البحث أحب ذكر أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي:

١) ليس للصبي الحق في الإذن بعلاجه إلا إذا كان العلاج بسيطا؛ فيجوز للصبي المميز الإذن بذلك.

٢) رجحت الدراسة جواز قبول الصبي المميز التبرع بالدم وغيره من الأعضاء؛ لأن فيه نفعا محضا للصبي.

٣) رجحت الدراسة عدم قبول تبرع الصبي المميز بالدم وغيره من الأعضاء؛ لأن فيه ضررا محضا للصبي.

٤) أكدت الدراسة أن العقد الذي يجريه الصغير مع الطبيب ليداويه أو ليجري عملية جراحية على بدنه أو ليفحصه فحوصا مخطرة على بدنه متوقف على إجازة الولي له.

٥) أكدت الدراسة أن المرأة لها الحق في علاج نفسها؛ لأنها كاملة الأهلية.

٦) رجحت الدراسة أن حق علاج الصغير للولي من الرجال دون المرأة.

٧) رجحت الدراسة أن الطبيب ضامن لو أجرى العلاج بدون إذن الولي، إن كان في العلاج سعة، وإلا جاز له العلاج، كإجراء جراحة عاجلة، مثل حادث سيارة مثلا بدون إذن الولي، إذا أخذ بالإجراءات النظامية المتبعة في مثل هذه الحالات.

* * *

المصادر والمراجع

- **خليل بن إسحاق الجندي: (ت٧٧٦هـ)** - التوضيح على مختصر بن الحاجب - مخطوط مكتبة الحرم النبوي الشريف.
- **أحمد شوقي أبو خطوة:**

- القانون الجنائي والطب الحديث - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥م.

- **الأردبيلي: يوسف بن إبراهيم (ت ٧٧٩هـ)**

- الأنوار لأعمال الأبرار (١-٢) الطبعة الأخيرة - مطبعة المدني - القاهرة ١٣٨٩هـ.

- أسامة عبد الله قايد:

- المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - نشر دار النهضة العربية - مصر، ١٤٠٧هـ.

- **البهوتي: الشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن إدريس (ت١٠٥١هـ)**

- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (١-٣)، دار الفكر - بيروت.

- **الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت٢٧٩هـ)**

- سنن الترمذي بشرح عارضة الأحوذي (١-١٣)، دار الكتب العلمية - بيروت (د-ت).

- تنوير الأبصار بهامش رد المحتار على الدر المختار (د-ت).

- **ابن حجر العسقلاني: الحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ)**

- فتح الباري شرح صحيح البخاري (١-١٣)، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية - مصر، ١٣١٩هـ.

- **الدردير: أحمد بن محمد (ت١٢٠١هـ)**

- الشرح الصغير (١-٤)، بهامشة حاشية الصاوي، أخرجه ونسقه كمال وصفي - دار المعارف - مصر، ١٣٩٤هـ.

- **الزرقا: مصطفى أحمد**

- المدخل الفقهي العام، (١-٣) الطبعة التاسعة - مطابع الف باء الأديب، دمشق ١٩٦٧م.

- **أبو زهرة: الشيخ محمد أحمد**

- الولاية على النفس.

- **السرخسي: شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل الحنفي (ت٣٤٩هـ)**

- المبسوط (١-٣٠)، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة - مصر، ١٣٢٠هـ.

- **الشافعي: أبو عبدالله محمد بن إدريس (ت٢٠٤هـ)**

- الأم (١-٧)، بهامشه مختصر المزني، مطبعة بولاق، ١٣٢١هـ.

- **ابن الشحنة: أبو الوليد إبراهيم بن محمد بن محمد (ت -٨٢٢هـ)**

- لسان الحكام في معرفة الأحكام مع معين الحكام، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ١٣٩٣هـ.

- **الشربيني: محمد بن أحمد (ت٩٧٧هـ)**

-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (١-٤) مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة، ١٣٧٧هـ.

- **الصاوي: أحمد بن محمد المالكي (ت١٢٤١هـ)**

- حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١-٦)، مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر، ١٣٩٦هـ.

- **الصديقي: الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد بن عبدالله الحنفي (ت١١٣٠)**

- نور الأنوار على المنار - الطبعة الأولى - بولاق - ١٣١٦هـ.

- **الطاهر بن عاشور:**

- مقاصد الشريعة الإسلامية - الطبعة الثالثة- الشركة التونسية للتوزيع - ١٩٨٨م.

- **ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت١٢٥٢هـ)**

- حاشية ابن عابدين المسماة (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار) (١-٨)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ١٣٨٦هـ.

- **عبدالرشيد مأمون:**

- عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٦م.

- **ابن عبدالسلام: أبو محمد عبدالعزيز السلمي الشافعي (ت٦٦٠هـ)**

- قواعد الأحكام في مصالح الأنام (١-٢)، دار الشرق للطباعة - مصر، ١٣٨٨هـ.

- **عدنان التركماني:**

- ضوابط العقد في الشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى، دار الشروق، جدة، ١٤٠١هـ.

- **علي حسين نجيده:**

- التزامات الطبيب في العمل الطبي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢م.

- **ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد اليعموري (ت٧٩٩هـ)**

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام (١-٢)، الطبعة الأولى، المطبعة العامرة الشرفية - مصر، ١٣٠١هـ.

- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان (د-ت).

- **ابن قاضي سماوه: بدر الدين محمود بن اسرائيل (ت٨٢٢هـ)**

- جامع الفصولين (١-٢)، وبهامشة جامع أحكام الصغار للاستروشيني، الطبعة الأولى، المطبعة الأزهرية، ١٣٠٠هـ.

- **ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي (ت٦٢٠هـ)**

- المغني شرح مختصر الخرقي (١-٩)، الطبعة الثالثة، دار المنار، مصر ١٣٦٧هـ.

- **القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي (ت٦٨٤هـ)**

- الفروق (١-٤)، عالم الكتب - بيروت، (د-ت).

- **محمد السعيد رشدي:**

- عقد العلاج الطبي - مكتبة سيد عبدالله وهبة - القاهرة ١٩٧٦م.

- **محمد بن عمر البقري:**

- حاشية شرح سبط المارديني على الرحبية.

- **المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الحنبلي (ت٥٤٣هـ)**

- الانصاف في معرفة الرجح من الخلاف الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ١٣٧٧هـ.

- **مصطفى عبد الحميد عدوي:**

- حق المريض في قبول أو رفض العلاج، مطبعة حمادة الحديثة، قويسنا، مصر، ١٩٩٢م.

- **مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ)**

- صحيح مسلم بشرح النووي (١-١٨)، المطبعة المصيرية - القاهرة، ١٣٧٧هـ.

- **ابن مفلح: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي (ت٧٦٣)**

- الفروع (١-٦) طبعة دار المعرفة — بيروت.

- **المواق: أبو عبدالله محمد يوسف العبدري (ت٨٩٧هـ)**

- التاج والإكليل لمختصر خليل (١-٦)، بهامش مواهب الجليل - مطبعة السعادة - مصر، ١٣٢٨هـ.

- **ابن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم (ت٩٧٠هـ)**

- الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤٠٠هـ.

- **الندوي: علي**

- القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام الحصيري (ت٦٣٦) الطبعة الأولى مطبعة المدني - مصر ١٤١١هـ.

- **النسفي: أبو البركات، حافظ الدين، عبد الله أحمد بن محمود (ت٧١٠)**

- كشف الأسرار شرح المنار – الطبعة الأولى - بولاق - ١٣١٦هـ.

- **النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف الدين بن مري الدمشقي الشافعي (ت٦٧٦هـ)**

- روضة الطالبين (١-١٠)، مطبعة المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دمشق، (دت).

* * *