

بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة الخليل

كلية الدراسات العليا

قسم القضاء الشرعي

التدابير الشرعية والقانونية لحفظ أموال اليتيم

إعداد الطالبة: مآب معاوية ناشف

الرقم الجامعي: 21019004

إشراف الأستاذ الدكتور: حسين مطاوع الترتوري

قُدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية

الدراسات العليا - جامعة الخليل

1437هـ - 2015م

التدابير الشرعية والقانونية لحفظ أموال اليتيم

**The Islamic And Legal Arrangement For Saving
An Orphan's Properties**

إعداد الطالبة: مآب معاوية حسن ناشف

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت يوم الأحد بتاريخ 9 ربيع الأول 1437هـ، الموافق 20 كانون
الأول لعام 2015م.

وقد تكوّنت لجنة المناقشة من:

أ.د. حسين مطاوع الترتوري	مشرفاً ورئيساً	التوقيع:
د. جمال زيد الكيلاني	ممتحناً خارجياً	التوقيع:
د. لؤي عزمي الغزاوي	ممتحناً داخلياً	التوقيع:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشكر

الحمد لله وحده، أهل الفضل والثناء الحسن، أوجب العلم مكرمةً منه وتفضلاً، وأرسل خير خلقه هادياً ومعلماً، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه الطيبين الأكرمين.

وقد أحسن بي ربي إذ جعلني لأبوين كريمين يخدمان العلم بالمال والبنين، هما أحق الناس بالشكر، طلبا العلم الشرعي ثم أورثاني حبه والشغف لطلبه، وحسب أبي أن جعل اسمي لاسمه تبعاً، وحسب أمي أني حفظتُ عنها سيرة رسول الله ﷺ وأخبار أصحابه ﷺ. ولا أزكي على الله أحداً.

ثم الشكرُ الجزيل لجامعة الخليل التي حرصت على استقبال طلابها أينما كانوا، حين عزَّ في بلادي علم الشريعة، متمثلةً بأساتذة جعلهم الله خير خلقه إذ حملهم العلم أمانةً عظيمةً، وأحسبهم قد أحسنوا حفظها والله حسيبهم. فتحوا لي أبواب الفهم وأرشدوني طريق العلم الشرعي على وجه حسن.

وأسأل الله لمشرفي الفاضل، الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري، زيادةً في العلم والدين والمكانة العلية في الدنيا والآخرة؛ إذ علمني بخلقه الرفيع وفهمه الدقيق كيف يكون العلم أعزَّ مطلبٍ في حياة المرء. ثم أشكر أعضاء لجنة المناقشة الكرام، أن تكرّموا بقراءة رسالتي، ومناقشتها، وتنبهني إلى تصحيح ما وقع فيها من أخطاء.

وإنَّ من جميل عدلِ الله في خلقه أن جعل الثواب موصولاً بأسبابه، فأسأل الله لأبوي وأساتذتي جميعاً حسن الثواب الدائم المتصل.

ملخص البحث

تهدف الدراسة إلى بيان الطرق التي رسمتها الشريعة الإسلامية لحفظ أموال اليتيم، لئلا تكون عرضةً للمعتدين الطامعين.

وقد جعلت ذلك في مقدمة، وتمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة.

بينتُ في المقدمة أسباب اختيار الموضوع وأهميته، وأهداف الدراسة، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وحدوده، وخطته.

أما التمهيد؛ فقد اجتهدتُ أن أكتب فيه ما يحتاج القارئ إليه في فهم محور البحث، فجعلته مقتصرًا على تعريف اليتيم والمال.

وأما الفصل الأول؛ فهو بعنوان مفهوم الأهلية والحجر على اليتيم، بينتُ من خلاله كيف حدّ الشرع والقانون من تصرف الصغير بماله، من خلال الحديث عن مفهوم الأهلية ونوعيتها: أهلية الوجوب وأهلية الأداء. ثم حكم تصرفات الصغير، المميز وغير المميز. ثم الحجر على اليتيم.

وفي الفصل الثاني، تحدثتُ عن الوصاية على اليتيم، فعرفتُ الوصاية وأنواع الأوصياء: الوصي المختار الذي يختاره الأب، والوصي المعين من جهة القاضي. ثم ترتيب الأوصياء ضمن أولوية محددة، وقبول الوصاية والرجوع عنها، والشروط الواجب توفرها في الوصي. ثم واجبات الوصي تجاه مال اليتيم، ومدى سلطته في التصرف بمال اليتيم. ثم عزل الوصي.

وفي الفصل الثالث تحدثتُ عن حكم التجارة والزكاة بمال اليتيم. وقد جعلتُ الموضوعين

في فصلٍ واحدٍ لارتباطهما ببعض، ويظهر ذلك في الأحاديث والآثار التي استدل بها الموجبون لزكاة مال اليتيم؛ حيث جعلت التجارة سبيلاً للحفاظ على مال اليتيم من أن تأكله الزكاة.

أما الفصل الرابع، فقد تحدثتُ فيه عن الوصية الواجبة، وهي تقنينٌ مستحدثٌ وُضع لحفظ

حق الأيتام في ميراث أبيهم الذي مات في حياة جدهم. وقد عرّفت فيه الوصية الواجبة، والمستند الشرعي لها، وبينتُ مستحقيها، وشروط استحقاقها. ثم تحدثت عن الحقوق المالية للحمل اليتيم، فمهدتُ له ببيان أقل مدة الحمل وأكثره. ثم شرعت في بيان الحقوق المالية للحمل، ابتداءً بنفقة أمه، ثم ميراثه، والوصية له والوقف عليه. والأصل أن تكون مسائل الجنين في مبحث تصرفات الصغير في الفصل الأول، وأن أبدأ بها قبل أحكام الطفل اعتباراً بالأسبقية، ولكني رأيت أن من الأنسب إفراد أحكام الجنين في مبحث خاص، باعتبار أن ما يثبت للجنين ليس بناء على تصرفات، وإنما هي حقوق تجب باعتبار أهلية الوجوب الناقصة لديه، وليس للجنين علاقةٌ تصرفٍ بها.

ثم أنهيت البحث بخاتمة، أثبتتُ فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

وأرفقتُ في آخر البحث ملحفاً، جعلتُ فيه نموذجاً تطبيقياً لدعوى لها صلةٌ بما جاء في بعض الموضوعات.

وقد جعلتُ للبحث ثلاثة فهارس: الأول: للمراجع والمصادر، مرتبةً بحسب الحروف

الهجائية لأسماء الكتب. والثاني: فهرس الأعلام، رتبته اعتباراً بتاريخ الوفاة. ثم فهرس الموضوعات.

Abstract

This study aims to investigate the different ways offered by Islamic Law to protect the orphans' properties from any kind of unjust taking over. First of all, the study points out the importance of its subject, its aims, its methods, its limits as well as its general outline. Moreover a general overview on former studies is given. Furthermore the terms *orphan* and *property* are defined.

The first chapter explains the legal aspects related to the orphans' possibilities to have their property at their disposal.

The second chapter presents the issue of legal guardianship and its different types.

The third chapter deals with trading and with the religious tax of *Zakat* concerning the orphan's property.

The fourth chapter investigates different aspects related to the law of inheritance with regard to orphans.

While in the conclusion above all the most important results of this study are presented, an appendix gives insight to selected juridical cases that were related to some of the above-mentioned issues.

المقدمة

ما افتُتِحَ شيءٌ باسمِ اللهِ ثم خاب، وإذا وقع التوكُّلُ على اللهِ في شيءٍ فهو في خيرٍ إن شاء الله، وخيرُ الأعمالِ ما استترَ لئِنالِ بستره فضلُ الإخلاصِ، إلا العلمُ؛ فهو في خيرٍ ما نُشرَ ولم يُكتم، وإنِّي أبتغي وجهَ اللهِ ورضاه فيما أكتبُ وأسأله وحده السدادَ والتوفيقَ والفتحَ.

وإنِّي لا أزعُمُ في الدينِ فهماً ما دمتُ أتعلَّمُ، فما أكتبُهُ هو حدُّ علمي، وهو حدُّ صغيرٍ صغير، لا يتجاوزُه بشرٌ لو أفنى أضعافَ عمره في طلبه. لهذا فإنِّي أسألُ اللهَ أن يتجاوزَ عني الخطأَ فيه، ثم أطلبُ من القارئِ صبراً على أسلوبِ التَّأليفِ، فإنه أسلوبٌ محكومٌ بنظامٍ أكاديمي قد يقع القارئُ في شيءٍ من المللِ فيه، لكنني أحاولُ قدر الإمكان أن أقدم لكلِّ مبحثٍ بمقدمةٍ تربط المطلَّعَ بالموضوع، فيسهلَ الفهمَ وتعمَّ الفائدةَ.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

ومما دفعني لاختيار هذا الموضوع - التدابير الشرعية لحفظ أموال اليتيم - أهميته التي

تتمثل في النقاط التالية:

- لقد حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق العدل مبدأً عاماً من مبادئها، وإنَّ من ميزات هذا التشريع العظيم أنه لم يترك مستضعفاً في المجتمع إلا وكفل له من يرحمُ ضعفه، ويحفظ حقوقه. واليتيمُ واحدٌ من هؤلاء المستضعفين، وهو أحدُّ أشدِّ فئات المجتمع عرضةً للظلم،

وبخاصة إذا كان ذا مال. فقد حَبَّتْهُ الشريعةُ بمزيد من الرعاية والاهتمام، وذلك بسنّ تشريعاتٍ عملية لحفظ حقوقه.

- وقد جاءت الآيات الكريمة بالحث على إنصاف الأيتام وأوصت بهم خيرًا، وحذرت من أكل أموالهم ظلماً. ثم تَبِعَتْهَا الأحاديث النبوية مؤكدةً شارحةً كيف يكون الحفاظ على أموالهم ببعض التدابير. ثم نظرتُ نظرةً عامةً في أبواب الفقه ومبادئ التشريع، فرأيت أن هذه التدابير الشرعية موزعةً بين ثنايا الكتب الفقهية الأم، بعضها في أبواب العبادات والآخر في المعاملات وغيره في التركات. فرأيت أن من الحَسَن أن أجمع شتاتها في مؤلَّفٍ واحد خدمةً لهذا العلم الشريف.

- حفظُ المال مقصدٌ من مقاصد الشريعة الإسلامية، جُعِلَتْ له مساراتٌ واسعةٌ للحصول عليه حلالاً مباركاً، ومساراتٌ أخرى لإنفاقه في وجوه الإباحة والاستحباب والوجوب، وثالثةٌ للحفاظ عليه من الزوال. ومال اليتيم محطُّ عنايةٍ من المشرِّع الحكيم، إذ جعلَ لحفظه تشريعاتٍ خاصةً، لم يجعلها لغيره من الأموال.

مجال الدراسة:

وأقصد بالقانون: القوانين والقرارات المعمول بها في المحاكم الشرعية في فلسطين 48 وهي:

- مجلة الأحكام العدلية سنة 1293هـ/1876م.
- قانون قرار حقوق العائلة العثمانية سنة 1917م.
- كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا سنة 1944م.

- القرارات الاستثنائية الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية في القدس.
- ملاحظة: أعتد في مبحث الوصية الواجبة قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010، وذلك لعدم توفر النصوص القانونية بشأن الوصية الواجبة في بلادنا (فلسطين 48)، وهو ما يأخذ به القضاة في المحاكم الشرعية عندنا.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان الأحكام الفقهية والتشريعات القانونية التي تؤدي إلى حفظ مال اليتيم، كالحجر على اليتيم، ووجوب تعيين وصي على أمواله، وتنمية أموال اليتيم.

الدراسات السابقة:

1. "حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي" إعداد: تسنيم محمد جمال استيتي، وهي رسالة ماجستير قُدمت لجامعة النجاح الوطنية بنابلس عام 2007م. وتناولت الدراسة حقوق اليتيم المادية والمعنوية والشخصية والمدنية في ثلاثة فصول: الأول في مفهوم اليتيم، والثاني في حقوق اليتيم الشخصية، والثالث والأخير في حقوق اليتيم المدنية. وقد تحدثت في الفصل الأخير عن الحق المالي لليتيم في أقل من عشرين صفحة، دون التفصيل في الأمور المالية لليتيم وحفظها وتنميتها، وبمجهود شمولي عام حَوّت

الباحثة موضوع رسالتي، لأفصل البحث فيه متناولاً كل جوانبه بإذن الله، مع زيادة الدراسة القانونية.

2. "إدارة واستثمار أموال الأيتام في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة" إعداد: أحمد عايد دبلان. وهي رسالة ماجستير مقدمة لجامعة اليرموك بإربد عام 1991. وهو بحث يعالج واقعاً تجريبياً مقتصرًا على استثمار أموال اليتيم دون التطرق لأساليب حفظها في الشريعة الإسلامية. كما أن البحث لم يتناول الجانب القانوني، وهو ما سأعمل عليه في بحثي.

3. "استثمار أموال الفُصّر ومن في حكمهم" إعداد ياسر بن عبد الله بن المسند، وهي دراسة مقدمة لنيل درجة الماجستير في جامعة الإمام محمد بن سعود في المملكة العربية السعودية عام 1427هـ. وقد تفردت الرسالة بتسليط الضوء على مجالات وأوجه الاستثمار من المنظور الإسلامي من خلال عرض مبسط لكل وسيلة استثمارية، كالإجارة والمزارعة والمساقاة. وهي أيضًا اقتصت بالجانب الميداني للموضوع، كما أنها شملت الفُصّر بشكل عام، ولا يخفى أن فرقًا واضحًا بين اليتيم الذي لا أب له وبين القاصر الذي يتولى أبوه شؤونه.

منهج البحث:

وأتبع في بحثي المنهج الوصفي مع الاستفادة من المنهجين الاستنباطي والاستقرائي وفق الخطوات التالية:

1. عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في القرآن الكريم.

2. عزو الأحاديث النبوية إلى المصادر الحديثية التي خرَّجتها بسنِّدها، والحكم عليها إذا كانت مروية في غير الصحيحين أو أحدهما.
3. عزو الآثار إلى المصادر الحديثية التي خرَّجتها بسنِّدها، والحكم عليها.
4. الرجوع إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة.
5. ذكر أدلة كل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة مع بيان وجه الاستدلال لها ومناقشتها، وترجيح ما يؤيده الدليل من غير تعصبٍ لأي منها.
6. الرجوع إلى المصادر الحديثة التي يمكن الاستفادة منها في موضوع البحث.
7. الرجوع إلى كتب القانون المعمول بها في فلسطين 48، وشروحاتها.
8. الرجوع إلى المعاجم اللغوية والمصادر المختصة في المصطلحات لبيان معاني المصطلحات والألفاظ الغريبة.
9. ترجمة الأعلام من الصحابة والتابعين والفقهاء رضي الله عنهم، باستثناء الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم، وأئمة المذاهب الأربعة لشهرتهم، ثم جعلها في فهرس في آخر البحث، مرتبٍ بحسب سنة الوفاة ابتداءً بالأسبق، فإن ذكر اسمه لأول مرة جعلت ترجمته كاملةً في الهامش، وإن تكرر ذكرت سنة الوفاة -فحسب-.
10. إثبات النتائج والتوصيات التي يُتوصل إليها، ومراعاة الموضوعية والأمانة.

خطة البحث:

المقدمة. واشتملت على: أسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهداف الدراسة، وحدود البحث، ومنهجه، وخطته.

التمهيد: وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: مفهوم اليتيم.

- المطلب الثاني: مفهوم المال.

الفصل الأول: مفهوم الأهلية والحجر على اليتيم. وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: مفهوم الأهلية. وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: تعريف الأهلية لغةً واصطلاحًا.

- المطلب الثاني: أنواع الأهلية.

- المبحث الثاني: حكم تصرفات الصغير. وفيه تمهيد ومطلبان:

- التمهيد.

- المطلب الأول: حكم تصرفات الصغير غير المميز (الطفل).

- المطلب الثاني: حكم تصرفات الصغير المميز.

- المبحث الثالث: الحجر على اليتيم. وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الحجر لغةً واصطلاحًا.

- المطلب الثاني: أسباب الحجر.

- المطلب الثالث: أنواع الحجر.

- المطلب الرابع: رفع الحجر عن اليتيم.

الفصل الثاني: الوصاية على اليتيم. وفيه تمهيد وسبعة مباحث:

- تمهيد: مفهوم الوصاية وعلاقتها بالوصاية.

- المبحث الأول: تعريف الوصاية لغة واصطلاحًا.
- المبحث الثاني: أنواع الأوصياء.
- المبحث الثالث: ترتيب الأوصياء.
- المبحث الرابع: قبول الوصاية والرجوع عنها.
- المبحث الخامس: شروط الوصي.
- المبحث السادس: واجبات الوصي.
- المبحث السابع: سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم.
- المبحث الثامن: عزل الوصي.

الفصل الثالث: زكاة مال اليتيم والتجارة به. وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: حكم زكاة مال اليتيم. وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: أصل المسألة وعرض آراء الفقهاء.
- المطلب الثاني: أدلة الموجبين والمانعين لزكاة مال اليتيم.
- المطلب الثالث: المناقشة والترجيح.
- المبحث الثاني: حكم التجارة بمال اليتيم. وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: عرض آراء الفقهاء في حكم التجارة بمال اليتيم.
- المطلب الثاني: أدلة المجيزين والمانعين للتجارة بمال اليتيم.
- المطلب الثالث: المناقشة والترجيح.

- المطلب الرابع: صور التجارة بمال اليتيم.

الفصل الرابع: الوصية الواجبة والحقوق المالية للحمل. وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: الوصية الواجبة، وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

- التمهيد.

- المطلب الأول: تعريف الوصية الواجبة.

- المطلب الثاني: المستند الشرعي للوصية الواجبة.

- المطلب الثاني: مستحقو الوصية الواجبة.

- المطلب الرابع: شروط استحقاق الوصية الواجبة.

- المبحث الثاني: الحقوق المالية للحمل. وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

- تمهيد: مدة الحمل.

- المطلب الأول: نفقة الأم الحامل.

- المطلب الثاني: ميراث الحمل.

- المطلب الثالث: الوصية للحمل.

- المطلب الرابع: الوقف على الحمل.

الخاتمة: وفيها نتائج البحث والتوصيات.

التمهيد

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: مفهوم اليتيم.
- المطلب الثاني: مفهوم المال.

المطلب الأول

مفهوم اليتيم

أولاً: في اللغة:

اليتيم هو الانفراد، ومنه يُقال درةً يتيمة. واليتيم: الفرد. يُقال: يتيم ويتيم وأيتمه الله. وأيتمت المرأة وهي موتم، أي صار ولدها يتيمًا. والجمع أيتام ويتامى ويتمة.

واليتيم: فقدان الأب. وهو يتيمٌ وهي يتيمة، حتى يبلغا، فإذا بلغا زال اسم اليتيم عنهما. وقد يُطلق عليهما أيتامًا بعد البلوغ مجازًا.

واليتيم في الناس: من قبل الأب. وفي البهائم من قبل الأم.

ولا يُقال لمن فقد أمه يتيمٌ؛ ولكن مُنقطع، أو عَجِي. ويقال للذي فقد أبواه: لطيم.

وأصل اليتيم: الغفلة، وبه سُمِّي اليتيم يتيمًا لأن الناس يتغافلون عن بره. ومن معاني اليتيم:

الإبطاء، لأن البرَّ يببطئُ عنه¹.

¹ الرازي، محمد (ت666هـ)، مختار الصحاح، (تحقيق محمود خاطر)، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، 1995م، ص745. وابن منظور، محمد (ت711هـ)، لسان العرب، ط1، بيروت، دار صادر، ج12، ص645.

ثانيًا: في الاصطلاح:

ذكر بعض الفقهاء والمفسرين تعريفاتٍ لليتم لا تختلف عن المعنى اللغوي. وأذكر بعض التعريفات ليس على سبيل الحصر، ثم أبين التعريف المختار.

1. عَرَّفَ النَّسْفِيُّ الْيَتَامَى، فقال: "الذين ماتت آباؤهم"¹.

ويؤخذ عليه أنه عمم اليتيم على كل من فقد أباه، سواء كان بالغًا أم غير بالغ.

والصحيح أن اسم اليتيم يزول بالبلوغ، ودليل ذلك: قول علي بن أبي طالب عليه السلام: حفظتُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يُتَمُّ بعد احتلام"². وبهذا يكون التعريف غير مانع، لأنه يجعل البالغ داخلًا في تعريف اليتيم.

2. عرف ابن العربي المالكي اليتيم فقال: "كل من لا أب له من الآدميين، ولم يبلغ

الحُلْم"³.

ويؤخذ عليه أن عبارة "لا أب له" تحتل دخول كل من جهل أبوه، كاللقيط، فاللقيط أيضًا

لا أب له، لكنه ليس يتيمًا، وبهذا يكون التعريف غير مانع.

¹ النسفي، عبد الله بن أحمد (ت710هـ)، مدارك التنزيل وحقائق التأويل (تفسير النسفي)، (تحقيق: يوسف بديوي)، ط1، بيروت، دار الكلم الطيب، 1998، ج1، ص327.

² رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم 11091، باب البلوغ بالاحتلام، ج6، ص57. وقال البيهقي: روي ذلك من وجه آخر عن علي وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه مرفوعًا. وقال الزرقاني: حديث حسن. انظر: الزرقاني، محمد بن عبد الباقي (ت1122هـ)، مختصر المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، (تحقيق: محمد الصباغ)، ط4، بيروت، المكتب الإسلامي، 1989م، ص245.

³ ابن العربي، محمد بن عبد الله (ت543هـ)، أحكام القرآن، (تحقيق: محمد عطا)، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م، ج2، ص402.

3. عرّف الزركشي اليتيم فقال: "الصغير الذي لا أب له"¹.

ويؤخذ عليه أنه خصّ اليتيم بالصغير، وبذلك لا يدخل الحمل الذي مات أبوه في التعريف، فيكون التعريف غير جامع. وفيه ما أخذ على تعريف ابن العربي في أن عبارة "لا أب له" تجعل التعريف غير مانع.

4. عرفّ البهوتي اليتيم، فقال: "من لا أب له، ولم يبلغ"².

ويؤخذ عليه ما أخذ على التعريفين السابقين، فإن عبارة "لا أب له" تجعل التعريف غير مانع.

5. عرّف ابن تيمية اليتيم، فقال: "اليتيم من فقد أباه"³.

ويؤخذ عليه أنه غير مانع من وجهين:

الوجه الأول: أنه جعل سبب اليتيم فقدان الأب، والفقد أعم من الموت، فقد يفقد الولد أباه بغيبته وانقطاع أخباره، كمن حُكِم عليه بالسجن المؤبد، وهذا لا يُقال له يتيم، وبهذا يكون التعريف غير مانع من وجه.

والوجه الثاني: أنه عمّم اليتيم على كل من فقد أباه، سواء كان بالغاً أم غير بالغ.

التعريف الراجح: من مات أبوه ولم يبلغ.

¹ الزركشي، محمد بن عبد الله (ت794هـ)، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، دار الأوقاف الكويتية، 1985م، ج3، ص368.

² البهوتي، منصور بن يونس (ت1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، (تحقيق: أحمد عبد الحميد)، الرياض، دار الكتب العلمية، 2003م، ص1313.

³ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (ت728هـ)، مجموع فتاوى ابن تيمية، (تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار)، ط3، دار الوفاء، 2005م، ج34، ص108.

وهو تعريف النَّسْفِي، مع ضرورة ذكر عدم البلوغ في التعريف صراحةً.

وهو ما يُفهم من كلام النسفي في شرحه التعريف: "وَحَقَّ هَذَا الْإِسْمُ -أَيُّ الْيَتِيمِ- أَنْ يَقَعَ عَلَى الصَّغَارِ وَالْكَبَارِ، لِبَقَاءِ مَعْنَى الْإِنْفِرَادِ عَنِ الْآبَاءِ، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ غَلَبَ أَنْ يُسَمَّوْا بِهِ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغُوا مَبْلَغَ الرِّجَالِ، فَإِذَا اسْتَعْنَوْا بِأَنْفُسِهِمْ عَنِ كُلِّ كَافِلٍ وَقَائِمٍ عَلَيْهِمْ، زَالَ هَذَا الْإِسْمُ عَنْهُمْ"¹.

ويمتاز هذا التعريف عن غيره من وجهين:

1. حصر التعريف -اليَتِيمَ- فيمن مات أبوه، وبهذا لا يدخل فيه اللقيط وابن المفقود.

2. حصر التعريف -اليَتِيمَ- في غير البالغين، وبهذا لا يدخل فيه البالغون.

¹ النسفي، مدارك التنزيل، ج1، ص327.

المطلب الثاني

مفهوم المال

أولاً: في اللغة:

هو مصدر مَوْلٍ. وهو كل ما يملكه الفرد أو الجماعة¹، وهو في الأصل: ما يملك من الذهب والفضة، ثم أُطلق على كل ما يُقتنى ويملك من الأعيان².

ثانياً: في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريف المال على اتجاهين، وذلك نظرًا لاختلافهم في ما يدخل في معنى

المالية:

الاتجاه الأول: وهو للحنفية:

والمال عند الحنفية: "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة"³.

¹ مصطفى، إبراهيم، والزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد، والنجار، حامد، المعجم الوسيط، (تحقيق: مجمع اللغة العربية)، دار الدعوة، ج2، ص892.

² ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص635.

³ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الفكر، 2000م، ج4، ص501.

وللحنفية تعريف آخر للمال، وهو: "اسم لغير الآدمي، خُلِق لمصالح الآدمي، وأمكن إجرازه

والتصرف فيه على وجه الاختيار"¹.

الاتجاه الثاني: وهو للجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

أولاً: عند المالكية: "كل ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادةً وشرعاً للانتفاع به"².

ثانياً: عند الشافعية: "المال ما كان منتفعاً -أي: مستعداً- لأن ينتفع به وهو إما أعيان أو

منافع"³.

ثالثاً: عند الحنابلة: "ما يباح نفعه مطلقاً واقتناؤه بلا حاجة"⁴.

توضيح التعريفات:

أولاً: يتضح من تعريف الحنفية أن⁵:

¹ ابن نُجَيْم، زين الدين بن إبراهيم (ت970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق وفي آخره تكملة البحر الرائق للطوري، ط2، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ج5، ص277.

² ابن العربي، أحكام القرآن، ج2، ص107.

³ الزركشي، المنثور، ج3، ص222.

⁴ الفتوحى، محمد بن أحمد (ت972هـ)، منتهى الإيرادات، (تحقيق: عبد الله التركي)، ط1، مؤسسة الرسالة، 1999م، ج2، ص254-255.

⁵ أبو زهرة، محمد (ت1394هـ)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996م، ص47. والزرقا، مصطفى (ت1420هـ)، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دمشق، دار القلم، 1999م، ص125.

1. كل ما لا يمكن ادّخاره، كالخضروات والثمار الطازجة، والثمار في بداية انعقادها قبل أن

تتضج، لا يُعدُّ مالاً.

2. كل ما لا يمكن إحراره، كالصيد، لا يُعدُّ مالاً.

3. كل ما لا تميل إليه النفس البشرية، كالأدوية، لا يُعدُّ مالاً.

ويؤخذ على تعريف الحنفية أنه أخرج كثيراً من الأموال التي لا تميل إليها النفس البشرية، وهي

مع ذلك تُعدُّ ذات قيمة مادية عالية، كالأدوية والعقاقير الطبية، فإنها وإن كانت تعافها النفس؛ إلا

أن لها نفعاً عظيماً في علاج الأمراض.

كما أخرج التعريف كل الأموال التي لا يمكن ادّخارها كالثمار الطازجة، مع أنها تُعدُّ أموالاً لا

يُستهان بقيمتها.

وكذلك ما لا يمكن إحراره، كالهواء والحرارة، فإنه وإن كان ليس في اليد، إلا أنه مالٌ له

استعمالات علمية ثمينة جداً.

ثانياً: يتضح من تعريفات الجمهور أنّ:

1. كل ما لا يمكن الانتفاع به، كحبة القمح، وقشرة الجوز، لا يُعدُّ مالاً.

2. ما يحرم شرعاً كالميتة والخمر والخنزير، لا يُعدُّ مالاً.

3. المنافع كالحقوق، والديون الثابتة بالذمم تُعدُّ مالاً.

4. ما يُباح الانتفاع به لحاجة أو ضرورة، كإقتناء الكلب للحراسة، وأكل الميتة لدفع الجوع

المميت، يُعدُّ مالاً.

التعريف الراجح: "كل ما له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار"¹.

وهو تعريفٌ يشمل المنافع؛ كالديون والحقوق. ويشمل الأعيان؛ ما أمكن ادّخارها كالحبوب، أو لم يمكن، كالخضروات الطازجة. وما أمكن إحرازه أو لم يمكن، كالهواء المضغوط في الأنابيب، والطاقة الشمسية.

وكذلك يخرج به ما لا يُنتفع به لتفاهته، كقطرة الماء وحبّة القمح الواحدة.

ويخرج به ما لا يجوز له الانتفاع به شرعاً، كالميتة والخمر والخنزير، في حال السعة والاختيار، لا في حال الضرورة، فإن جاز الانتفاع به عند الضرورة فهو مال له قيمة كأن تكون له منفعة في دفع الموت جوعاً، وإن كان محرماً².

¹ العبادي، عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، عمّان، مكتبة الأقصى، 1984م، ج1، ص179. نقلاً عن: الرمانى، زيد، تقسيم السلع في الدراسات الاقتصادية، مقال منشور في الانترنت، موقع الألوكة، 2010م.
² العبادي، الملكية، ج1، ص179.

الفصل الأول

مفهوم الأهلية والحجر على اليتيم

وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: مفهوم الأهلية.
- المبحث الثاني: حكم تصرفات الصغير.
- المبحث الثالث: الحجر على اليتيم.

المبحث الأول

مفهوم الأهلية

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: تعريف الأهلية لغةً واصطلاحًا.

- المطلب الثاني: أنواع الأهلية.

المبحث الأول

مفهوم الأهلية

المطلب الأول

تعريف الأهلية لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: الأهلية في اللغة:

مصدر أهْلَ. وأهْلُ الأمر: ولاته¹ وأصحابه، ويقال: هو أهْلٌ لكذا أي مستوجبٌ له ومستحق. والأهلية للأمر: الصلاحية له².

الفرع الثاني: الأهلية في الاصطلاح:

أولاً: الأهلية عند الأصوليين:

اعتاد جمهور الأصوليين أن يتحدثوا عن الأهلية في مباحث شروط التكليف وموانعه، أما الحنفية فمنهجهم بحث شروط التكليف وموانعه تحت اسم "الأهلية"³. وأذكر بعض التعريفات للأهلية ثم أبين المآخذ عليها والراجح منها:

¹ الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (ت817هـ)، القاموس المحيط، (تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005م، ص945-946.

² الزبيدي، محمد بن محمد (ت1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، (تحقيق: محمود الطناحي)، دار الهداية، 1993م. ج28، ص43. ومصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ص31-32.

³ السلمي، عياض، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط1، الرياض، دار التدمرية، 2005م، ص79.

1. الأهلية: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"¹.

جاء التعريف شاملاً لنوعي الأهلية: الوجوب والأداء، وذلك بقوله: "له وعليه"، وشاملاً

كذلك جميع الحقوق والواجبات المترتبة على الإنسان بكونه إنساناً.

ويؤخذ على التعريف: أنه جعل تقدير الصلاحية لثبوت الحقوق وأداء الواجبات مطلقاً،

غير مضبوطٍ بجهة شرعية تقوم بمنح هذه الصلاحية.

2. "أهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصدوره وطلبه منه وقبوله إياه"².

ويؤخذ على التعريف: أنه عبّر عن التصرفات التي تتطلب وجود الأهلية بكلمة "شيء"

وهي في التعريفات كلمة موهمة لا تضبط المعرف. وبقوله: "قبوله إياه" خرجت التصرفات التي لا

تحتاج إلى قبول، كالإرث والنسب. ولم يحدد التعريف الجهة المختصة بتقدير هذه الصلاحية

للإنسان. من هذه الوجوه لا يكون التعريف جامعاً مانعاً ولا مبيئاً.

3. الأهلية: "صفة يقدّرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطابٍ تشريعي"³.

¹ البخاري، عبد العزيز بن أحمد (ت730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (تحقيق: عبد الله عمر)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م، ج4، ص335.

² ابن أمير الحاج، محمد بن محمد (ت879هـ)، التقرير والتحبير في علم الأصول، بيروت، دار الفكر، 1996م، ج2، ص219.

³ الزرقا، مصطفى (ت1420هـ)، المدخل الفقهي العام، ط2، دمشق، دار القلم، 2004م، ج2، ص783.

يتضح من التعريف أن تقدير هذه الصفة والصلاحية في الإنسان يعود للشارع. والمراد بالخطاب التشريعي هو الحكم الشرعي عند الأصوليين، سواء كان فيما يخص العبادات الدينية أو الالتزامات والحقوق المدنية كوجوب تنفيذ العقود وضمّان المتلفات وثبوت الملكية¹.

ثانياً: الأهلية في القانون:

1. جاء في المادة الأولى من قانون الأهلية القانونية والولاية رقم 5722 لسنة 1962م²:
"كل شخص أهل للحقوق والواجبات منذ انتهاء ولادته وحتى مماته"³.
 2. وجاء في المادة الثانية من نفس القانون: "كل شخص أهل للإجراءات القانونية، ما لم تُجرّد أو تُقيّد هذه الأهلية في قانون أو بقرار صادر عن محكمة"⁴.
- ويُلاحظ أن القانون فرّق بين نوعي الأهلية، دون أن يذكر تعريفاً خاصاً بالأهلية، وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث أنواع الأهلية.

ويؤخذ على تعريف القانون أن فيه دور، بقوله في التعريف لفظ "أهل".

التعريف الراجح: "صفة يقدرها الشارع تجعل الإنسان محلاً صالحاً لخطابٍ تشريعي". وذلك

للأسباب الآتية:

¹ الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص 783.

² أقره الكنيست في 7 آب 1962.

³ ناطور، مقال (ت2011م)، المرعي في القانون الشرعي، ط2، رام الله، مطبعة الوحدة، ص165.

⁴ ناطور، المرعي، ص165.

1. يُعدُّ التعريف مانعاً حيث حدد الجهة التي يعود إليها تقدير الأهلية، بقوله: "يقدرها الشارع".

2. يُعدُّ التعريف جامعاً لنوعي الأهلية، بقوله: "خطابٍ تشريعي"، فالخطاب التشريعي يشمل الحقوق والواجبات، سواء كانت من قسم العبادات الدينية أو الالتزامات والحقوق المدنية.

المطلب الثاني

أنواع الأهلية

الأهلية نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء. وكلٌّ من أهلية الوجوب والأداء نوعان: أهلية كاملة وأهلية ناقصة. وتفصيل ذلك:

الفرع الأول: أهلية الوجوب:

وهي "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام". والمراد بالإلزام: ثبوت الحقوق له، كوجوب نفقته على غيره. أما الالتزام، فالمراد به ثبوت الحقوق عليه، كالتزامه بالإففاق على من تجب نفقتهم عليه¹.

وأهلية الوجوب مبناها على الذمة، والذمة تثبت للإنسان منذ ولادته² بإجماع الفقهاء³، كما تثبت للشخص الاعتباري كالشركات والأوقاف وبيت المال⁴. والذمة هي: "وعاء اعتباري يقدر تـكونه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات"⁵.

¹ الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص785.

² السرخسي، محمد بن أحمد (ت490هـ)، أصول السرخسي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1993م، ج2، ص333.

³ البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص335.

⁴ السلمي، أصول الفقه، ص79.

⁵ الزرقا، المدخل الفقهي، ج 2، ص786. لم يفرّق بعض الفقهاء بين الذمة وبين أهلية الوجوب، وقد احترز الزرقا لذلك، ففرّق في تعريفه بين الذمة وأهلية الوجوب بأن الذمة هي المحل المقدر لهذه الصلاحية. انظر:

أهلية الوجوب نوعان: كاملة وناقصة.

1. أما أهلية الوجوب الكاملة، فتثبت للإنسان منذ ولادته حياً حتى وفاته¹، ولا تفارقه لأي سببٍ

من الأسباب كالجنون والصغر².

2. وأما أهلية الوجوب الناقصة، فتثبت للجنين في بطن أمه إلى حين ولادته حياً، فإن ولد حياً

ثبتت له أهلية وجوب كاملة³. وبيان ذلك: إن الجنين في بطن أمه ليست له ذمة صالحة

لكونه جزءاً من الأم، ولكنه منفردٌ بالحياة، معدٌّ ليكون نفساً له ذمة، فمن هذا الوجه يكون

صالحاً لأن تثبت له حقوق لا تحتاج إلى قبول، وهي: النسب والميراث والوصية والوقف،

لكنه لا يكون أهلاً لتترتب عليه واجبات. فإن ولد ميتاً ذهب أهليته فلا يستحق ما سبق⁴.

أما الحقوق التي يشترط فيها القبض كالهبة⁵ فلا تثبت له، وإن كانت نفعاً محضاً، لأن

القبض لا يتصور من الجنين، ولا ولي أو وصي يقوم مقامه¹.

الجواهري، حسن، نظرية الذمة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في الانترنت، موقع الجامعة الإسلامية لبحوث أهل البيت، 1414هـ.

¹ يرى الدكتور السنهوري أن أهلية الوجوب تمتد إلى ما بعد الوفاة، إلى حين تصفية التركة وسداد الديون. انظر: السنهوري، عبد الرزاق (ت1971م)، الوسيط في شرح القانون المدني، طبعة دائرة المعارف القانونية، ج1، ص221.

² البزدوي، علي بن محمد (ت482هـ)، كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البزدوي)، كراتشي، مطبعة جاويد بريس، ص330.

³ السلمي، أصول الفقه، ص80.

⁴ السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص333، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص120.

⁵ اتفق الفقهاء على ضرورة قبض الهبة، ولكنهم اختلفوا في كون القبض ركناً في الهبة أم شرطاً؛ فذهب بعض الحنفية إلى أن القبض ركناً في الهبة (انظر: السرخسي، محمد بن أحمد (ت490هـ)، المبسوط، (تحقيق: خليل الميس)، ط1، بيروت، دار الفكر، 2000م، ج12، ص83). وأما القائلون بأن القبض شرط، فاختلفوا أيضاً في نوع الشرط؛ فذهب جمهور الحنفية، والشافعية إلى أن القبض شرط للزوم الهبة (انظر: الحصكفي، محمد بن علي

أهلية الوجوب في القانون:

لم يضع القانون تعريفاً محدداً لأهلية الوجوب، بل وضع الضوابط التي تجعل الشخص متمتعاً بهذه الأهلية.

أثبت القانون أهلية الوجوب لكل شخص منذ ولادته وحتى مماته، فقد جاء في المادة الأولى من قانون الأهلية القانونية والولاية رقم 5722 لسنة 1962م: "كل شخص أهل للحقوق والواجبات منذ انتهاء ولادته وحتى مماته"².

أما الحمل فقد اعتبره القانون في حكم الحي بالنسبة للميراث والوصية -إن ولد حياً- كما في الشرع، فقد جاء في المادة الثالثة (ب) من قانون الوراثة لسنة 1965م³: "كل من ولد خلال 300 يوم من وفاة المورث يعتبر في حكم من كان على قيد الحياة"⁴. كما جاء في المادة 540 من

(ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الفكر، 1386هـ، ج5، ص691، والشرييني، محمد بن الخطيب (ت977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، بيروت، دار المعرفة، 1997م، ج2، ص516). وذهب المالكية إلى أن القبض ليس شرطاً للزوم الهبة ولا لصحتها، وإنما هو شرط لتتمام الهبة وتحقق فائدتها (انظر: ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد (ت595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مصر، مطبعة مصطفى البابي، 1975م، ج2، ص330). وذهب جمهور الحنابلة إلى أن القبض شرط لصحة الهبة في المكيل والموزون (انظر: ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (ت620هـ)، المغني في فقه الإمام أحمد، ط1، بيروت، دار الفكر، 1405هـ، ج6، ص273). ويفهم من هذا عدم جواز الهبة للحمل، لأن القبض إما أن يكون مباشراً من الموهوب له أو بواسطة وليه أو وصيه، ولم يقل أحد من الفقهاء بتعيين الولي للجنين، فتعذر القبض.

¹ السرخسي، المبسوط، ج12، ص83، والشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص512.

² ناطور، المرعي، ص165.

³ أقرته الكنيسة في 1 شباط 1965م.

⁴ ناطور، المرعي، ص403.

كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الوصايا: "تجوز الوصية للحمل، بشرط أن يولد حياً لأقل¹ من ستة أشهر..."².

وقد أجاز القانون تعيين ولي للجنين. جاء في المادة 33 (أ) من قانون الأهلية القانونية والولاية: "يجوز للمحكمة أن تعين ولياً... للجنين"³. ويُفهم من المادة أن القانون أثبت للجنين أهلية وجوب.

الفرع الثاني: أهلية الأداء:

وهي "صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل"⁴. والمقصود بالاعتبار الشرعي هو أن يحكم الشارع على تصرفات الإنسان بالصلوح، فتنترتب على هذا التصرف آثاره ونتائجه -سواء كان التصرف فعلياً أو قولياً-⁵.

أنواع أهلية الأداء:

1. أهلية أداء كاملة: وتبنى أهلية الأداء الكاملة على قدرة فهم الخطاب وذلك بكمال العقل، وعلى قدرة القيام به وذلك بالبلوغ⁶.

¹ خطأ في نص المادة. والصحيح: لأكثر.

² ناطور، المرعي، ص 361.

³ ناطور، المرعي، ص 173.

⁴ الزرقا، المدخل الفقهي، ج 2، ص 786-787.

⁵ الزرقا، المدخل الفقهي، ج 2، ص 703.

⁶ السرخسي، أصول السرخسي، ج 2، ص 340.

ومناط العقل البلوغ، لأن العقل يتفاوت في الناس على وجهٍ يتعذر إدراكه إلا بعد التجربة والبحث، فأقام الشرع البلوغ مظنة العقل، لأن الغالب كمال العقل بالبلوغ¹، فكل من ثبت بلوغه سواء بالسن أو بظهور العلامات المعتبرة للبلوغ يكون عاقلاً أهلاً للأداء².

فكل من بلغ عاقلاً قادراً على القيام بالتكاليف الشرعية فهو مأموراً بالخطاب التشريعي، تقع عليه التكاليف الشرعية والالتزامات المدنية، وتُعدُّ تصرفاته القولية والفعلية صحيحة، فتترتب عليه آثارها³.

2. أهلية أداء ناقصة: تبنى أهلية الأداء الناقصة على التمييز. ويحكم على الإنسان بالتمييز حين تكون له القدرة العقلية على التفريق بين الخير والشر، والحسن والقبيح من الأمور، دون أن يكون مدركاً لعواقب الأفعال إدراكاً تاماً. وليس لذلك سنٌ منضبطةٌ بين الناس، بل هي قدرة متفاوتة قد تتأخر بحسب فطرة الطفل ودرجة ذكائه، وغالباً يحصل التمييز عند بلوغ الطفل السابعة من عمره⁴. ودليل ذلك قول الرسول ﷺ: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع"⁵، ولا يتصور أن يؤمر بالصلاة غير المميز. وعليه فإن كل من كان دون السابعة من عمره يعد فاقداً لأهلية الأداء.

¹ البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص351.

² خَلَّاف، عبد الوهاب (1375هـ)، علم أصول الفقه، ط8، دار القلم، ص138.

³ الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص802.

⁴ الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص802.

⁵ رواه أبو داود في سننه برقم 495، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ج4، ص185. وصححه ابن حجر الهيتمي في الزواج. انظر: الهيتمي، أحمد بن محمد (ت973هـ)، الزواج عن اقتراف الكبائر، مصر، المطبعة الخيرية، 1284هـ، ج1، ص144.

والمعتوه والسفيه يُعدّان في حكم الصغير المميز، فأما المعتوه فلعدم تمام عقله، وأما السفيه فلأنه لا يحسن التدبير في ماله¹.

3. أهلية أداء منعدمة: إذا كان تمام العقل يثبت أهلية أداء كاملة، ونقصانه يثبت أهلية أداء ناقصة، -كما سبق بيانه-؛ فإن انعدام العقل يعدم أهلية الأداء تمامًا، ولهذا قسم بعض العلماء أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام، معتبرًا انعدام الأهلية قسمًا ثالثًا². وتكون أهلية الأداء المنعدمة قبل التمييز، فالطفل من لحظة ولادته إلى تمييزه لا تثبت له أهلية أداء مطلقًا، والمجنون كذلك.

أهلية الأداء في القانون:

جاء في المادة الثانية من قانون الأهلية القانونية والولاية لسنة 1962: "كل شخص أهلاً للإجراءات القانونية، ما لم تُجرّد أو تُقيّد هذه الأهلية في قانون أو بقرار صادر عن محكمة"³. وهو نصّ عام قيدته المادة الثالثة من نفس القانون، فجاء فيها: "كل شخص لم يكمل الثامنة عشرة من عمره يعد قاصرًا، وكل شخص أكمل الثامنة عشرة من عمره يعد راشدًا"⁴.

ويُلاحظ من هاتين المادتين أن القانون لم يفرق بين أهلية الأداء الكاملة والناقصة، فجعل مناط أهلية الأداء بلوغ السن القانونية المنصوص عليها. وكل من كان دون السن القانونية يعدّ قاصرًا يفتقر إلى ولي أو وصي يمثله.

¹ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 270.

² خلاف، علم أصول الفقه، ص 137.

³ ناطور، المرعي، ص 165.

⁴ ناطور، المرعي، ص 165.

أما فاقد الأهلية في القانون فقد تحدثت عنه المادة الثامنة من نفس القانون: فجاء فيها:
"كل شخص غير قادر على الاهتمام بشؤونه بسبب مرض نفسي أو نقص عقلي، يجوز للمحكمة
أن تعلن عنه بأنه فاقد للأهلية القانونية. بناءً على طلب زوجه أو قريبه أو طلب المستشار
القضائي للحكومة أو وكيله، وذلك بعد أن تستمع إلى أقوال الشخص أو ممثله"¹.

ويُلاحظ من المادة الثامنة أن النقص العقلي لا ينقص الأهلية، بل يعدها. وبذلك لم تفرق
بين المعتوه والمجنون، أو المميز وغير المميز من الصغار.

كما أن نص المادة الثانية من قانون الأهلية عام يحتمل التقييد في مواضع أخرى، فيحق
بناءً عليه أن تمنح المحكمة أهلية قانونية لإنشاء تصرفاتٍ دون أخرى، كتحديد أهلية الزواج².

¹ ناطور، المرعي، ص 166.

² جاء في المادة الرابعة من قانون قرار حقوق العائلة العثماني: "يُشترط في أهلية النكاح أن يكون الخاطب في سن الثامنة عشرة فأكثر والمخطوبة في سن السابعة عشرة فأكثر". انظر: ناطور، المرعي، ص 229.

المبحث الثاني

حكم تصرفات الصغير

وفيه تمهيد ومطلبان:

- التمهيد.
- المطلب الأول: حكم تصرفات الصغير غير المميز (الطفل).
- المطلب الثاني: حكم تصرفات الصغير المميز.

التمهيد

ترتفع صفة اليتيم بالبلوغ - كما سبق بيان ذلك في تعريف اليتيم -، وكون الصغير يتيمًا لا يُغيّر ذلك من حكم تصرفاته شيئًا، بل قد يظهر الفرق في تصرفات من يتولى أمر هذا الصغير إن كان ذا أب أو كان يتيمًا؛ لهذا فقد جعلتُ المبحث بعنوان: "حكم تصرفات الصغير". ثم فرّقت بين المميز وغير المميز لاختلاف الأحكام في كلّ منهما.

سيتناول هذا المبحث كل التصرفات التي تقع من الصغير، سواء كانت في العبادات أو المعاملات أو الجنايات، لأن تصرفاته لا تخلو من أن تكون لها صلةً بالمال؛ ومقصد البحث: كيف حفظت الشريعة ونصوص القانون مال اليتيم من الضرر، مع مراعاة القواعد العامة في العدل. فما كان له صلة بالمال فأفصلُ القول فيه بما يخدم مقصد البحث، وما لم يكن له صلة وثيقة أذكره دون إطالة.

أما الحمل؛ فبناء على ثبوت أهلية وجوب ناقصة له؛ فإنه يستحق بعض الحقوق، كأن يرث، ويوهب ويوصى له ونحوه. وقد جعلت للجنين مبحثًا خاصًا، بعنوان: "الحقوق المالية للحمل"¹.

¹ الأصل أن تكون مسائل الجنين في هذا المبحث، وأن أبدأ بها قبل أحكام الطفل اعتبارًا بالأسبقية، ولكنني رأيت أن من الأنسب أفراد أحكام الجنين في مبحث خاص، باعتبار أن ما يثبت للجنين ليس بناء على تصرفات، وإنما هي مجرد حقوق تجب باعتبار أهلية الوجوب الناقصة لديه، وليس للجنين علاقة تصرف بها.

المطلب الأول

حكم تصرفات الصغير غير المميز (الطفل)

أولاً: الصغير غير المميز هو الذي لم يبلغ السابعة من عمره، وقد عبّر عنه بعض الفقهاء بـ"الطفل"، وتثبت للطفل أهلية وجوب كاملة. أما أهلية الأداء فلا تثبت له مطلقاً؛ لأن مناطها التمييز والعقل.

وبينت مجلة الأحكام العدلية مفهوم الصغير، فجاء في المادة 943: "الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء، يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية، والشراء جالب لها. ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر، كالتغرير في العشرة خمسة، وبين الغبن اليسير. ويقال للذي يميز ذلك صبي مميز"¹.

ثانياً: حكم تصرفات الصغير غير المميز:

بناءً على انعدام أهلية الأداء عند الطفل فإن كل أفعاله وأقواله لا يُعتد بها، لأنها تقع منه دون وعيٍ أو إدراك. وتصح منه بعض العبادات كالحج لجواز الإنابة فيه، وهو ما يُفهم من قول

¹ باز، سليم (ت1338هـ)، شرح المجلة، ط3، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1986م، ص534-535.

الرسول ﷺ للمرأة التي رفعت صبيها فسألت النبي ﷺ: ألهذا حج؟ قال: "نعم، ولك أجر"¹. ولكنه لا يُسقط عنه حج الفريضة بالإجماع².

ولا يعتد بأفعاله كذلك إن كانت مدنية كالهبة والبيع. فلو اشترى الطفل شيئاً وسلمه إياه البائع ثم هلك في يد الطفل، فإنه يهلك على حساب البائع لأنه تصرف باطل، بخلاف ما لو أنفقه الصغير من تلقاء نفسه³.

كما لا تعدُّ جناية الطفل إجراماً، ولا تكون سبباً للعقوبة، فلا يُحرّم الطفل من الميراث بسبب قتل مورثه عند جمهور الفقهاء⁴، ولا يثبت في حقه القصاص؛ لأنه غير مؤاخذ بتصرفاته⁵.

وبناءً على كمال أهلية الوجوب التي تثبت للطفل منذ ولادته، تثبت الحقوق والالتزامات له وعليه، فيملك ما يُشترى ويوهب له، ويرث ويورث، ويجب في ماله الضمان الناتج عن تصرفاته الجنائية. ويمكن تقسيم الالتزامات المالية التي تثبت على الطفل بناءً على كمال أهلية الوجوب عنده إلى أربعة أقسام⁶:

¹ ابن عثيمين، محمد (ت1421هـ)، شرح رياض الصالحين، الرياض، دار الوطن للنشر، 1425هـ، ج2، ص379. والحديث رواه مسلم، كتاب الحج، باب صحة حج الصبي وأجر من حج عنه، رقم 3317، ج4، ص101.

² ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (ت318هـ)، الإجماع، (تحقيق: أبو حماد حنيف) ط2، عجمان، مكتبة الفرقان، 1999م، ص77.

³ الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص798.

⁴ عند الشافعية يُحرّم القاتل من الميراث مطلقاً، سواء كان القاتل صغيراً أو كبيراً. انظر: النووي، المجموع، ج16، ص61.

⁵ البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص212-213. وابن قدامة، المغني، ج7، ص162-163.

⁶ الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص797-798، وأبو زهرة، الملكية، ص267-269. جعلها الزرقا ثلاثة أقسام، فضم الأعاوض والغرامات المالية في قسم واحد تحت مسمى الأعاوض المالية.

الأول: الأَعْوَاض المَالِيَة. وهي الالتزامات المالية التي تنتج من التصرفات الشرعية التي

يباشرها له وليه أو وصيه، كثمن ما يشتريه الولي للطفل أو يستأجره له¹.

الثاني: الضرائب المطروحة على الأموال. وهي التي تجب في عين المال دون النظر إلى

مالكها، كخَراج الأرض وصدقة الفطر، وإن كان في بعضها معنى العبادة والقرية كصدقة الفطر².

الثالث: النفقات التي تجب للفقراء في مال الأغنياء. كنفقة الأغنياء على أقاربهم الفقراء

ضمن قواعد وشروط النفقة التي حددها الفقهاء. فتجب النفقة من مال الصغير على والديه لو كانوا

فقراء³، وقد عبر عنها الفقهاء بالواجبات التي تثبت بسبب الغير⁴. ومنها الزكاة، وهي محل خلاف

بين الفقهاء في وجوبها من مال الصبي، فمنهم من اعتبرها عبادة محضة يشترط لوجوبها التكليف،

ومنهم من اعتبرها عبادة مالية تجب في عين المال دون النظر إلى مالكة⁵.

¹ البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص338. اعتاد الفقهاء أن يتحدثوا عن مهر الزوجة في هذه المناسبة، وقد رأيت من المناسب عدم ذكر ذلك في البحث، لعدم شيوع زواج الصغار في أوساط الناس أيامنا هذه، وهي من المسائل التي ندر وقوعها -إن لم نقل عُدمت- وبخاصة أن القانون جعل سنًا محددة لأهلية الزواج وهي 18 سنة ميلادية.

² ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج2، ص142-143.

³ وقد اخترت عدم تفصيل مذاهب الفقهاء في مسائل نفقة الصغير على والديه وذويه؛ لئلا يطول البحث ويتفرع الحديث عن جزئياته، إلا بما ينقل للقارئ الكريم صورةً عامة تخدم الموضوع. ثم له أن يرجع في المسألة على أمهات الكتب الفقهية. ولكنني اخترت أن أفصل القول في القانون، لما في نصوص القانون من صيغة مبهمّة تفتقر إلى الشرح، ولأن مصادر شرح القانون المعمول به في البلاد تكاد لا تتعدى الكتابين، كما أنها لم تحظ بالانتشار في المكتبات. وهي بلا شك مستقاة من نصوص الشريعة والمذاهب الفقهية المعتمدة.

⁴ السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص336، والبخاري، كشف الأسرار، ج4، ص339-340، وابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج2، ص142.

⁵ أفردتُ للزكاة بحثًا خاصًا، لذا لم أفصل القول فيه هنا.

الرابع: الغرامات المالية. وهي ضمان ما يتلفه الصغير، وأروش¹ الجنايات التي يرتكبها الصغير. فإن الصغير غير مؤاخذ بجُرمه لعدم الإدراك والتكليف، أما ما يعوّض بالمال في حقوق العباد فهو واجب في مال الطفل إن كان ذا مال، ويؤدى بواسطة وليه أو وصيه². ووجوب الكفارة المالية هو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، الذين اعتبروا الكفارة عبادة مالية لا بدنية، فتجب كالزكاة³، أما الحنفية فلم يوجبوا كفارة القتل على الصغير، لأنه غير مخاطب بالشرائع⁴.

والضابط في وجوب ذلك على الطفل، أن حق العباد الذي يحتمل النيابة، يجب على الطفل في ماله، يباشره عنه وليه⁵.

تصرفات الصغير غير المميز في القانون:

أولاً: أثبت القانون للصغير غير المميز أهلية وجوب كاملة، ونفى عنه أهلية الأداء مطلقاً. وبناءً على ذلك فإن:

¹ الأرش: هو المال الواجب المُقَدَّر شرعاً بالاعتداء على ما دون النفس. انظر: الزحيلي، وهبة (ت1436هـ)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط 3، دمشق، دار الفكر، 1989م، ج6، ص280.

² السرخسي، **أصول السرخسي**، ج2، ص333، والبخاري، **كشف الأسرار**، ج4، ص339.

³ عليش، محمد بن أحمد (ت1299هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، 1989م، ج9، ص152. الماوردي، علي بن محمد (ت450هـ)، **الحاوي الكبير (الحاوي في فقه الشافعي)**، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م، ج8، ص881. والبهوتي، **كشاف القناع**، ص2970-2971.

⁴ الكاساني، علاء الدين بن مسعود (ت587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، (تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود)، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م، ج10، ص301.

⁵ البخاري، **كشف الأسرار**، ج4، ص339.

التصرفات القولية: تصرفات الصغير غير المميز القولية كلها باطلة، لأن صحة العبارة تكون بالتمييز، وهو منعدم فيه¹ والبطلان لا يُنتج أثرًا، وعليه فإن كل تصرفاته القولية من بيع وإجارة ووديعة وقرض لا تُلزم الصغير أي أثر من آثار هذا التصرف. جاء في المادة 966 من مجلة الأحكام العدلية: "لا تصح أصلاً تصرفات الصغير غير المميز القولية، وإن أذن له وليه"². وجاء في المادة 483 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا، باب الحجر: "الصغير الذي لا يعقل، تصرفاته القولية كلها باطلة"³.

وبهذا يتفق القانون مع الفقه في بطلان التصرفات القولية الصادرة من الصغير غير المميز.

ثانيًا: أثبت القانون أهلية وجوب كاملة للصغير غير المميز، وبناءً على ذلك فإن حكم تصرفاته يكون كالآتي:

1. التصرفات الفعلية: الصغير مؤاخذ بأفعاله، فإن أثلّف مال غيره أو عضواً من أعضاء غيره وجب البدل أو أَرشُ الجناية في ماله إن كان ذا مال، والمتصرف بمال الصغير هو المطالب بإخراجها⁴. جاء في المادة 487 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدرى باشا، باب الحجر: "الصبي مؤاخذ بأفعاله، فإذا جنى جنابةً ماليةً أو نفسيةً، أُدّيَ ضمانها من ماله بلا تأخيرٍ إلى البلوغ"⁵، إلا أن الصغير ليس أهلاً للعقوبة، بل يجب حق الغير في ماله إن تسبب هو بإتلافه، وما

¹ باشا، محمد قدرى (ت1306هـ)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية وشرحه لمحمد زيد الإبياني، (ت1354هـ)، (تحقيق: محمد سراج وعلي جمعة)، القاهرة، دار السلام، 2009، ج2، ص1169.

² باز، شرح المجلة، ص541.

³ ناطور، المرعي، ص351.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج2، ص1178.

⁵ ناطور، المرعي، ص352.

سوى ذلك لا يطالبُ الصغيرُ به؛ فلا يُحرم من الميراث¹ أو الوصية². جاء في المادة 586 من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا، باب الموانع من الإرث: "...أما إذا قتل مورثه قصاصاً أو حدّاً أو دفعاً عن نفسه، فلا حرمان من الإرث، وكذا لو كان القتل تسبباً بلا مباشرة، أو كان القاتل صبيّاً..."³. وجاء في المادة 539 من نفس القانون، باب الوصية: "لا تجوز الوصية لقاتل الموصي مباشرةً عمدًا كان القتل أو خطأً قبل الإيضاء أو بعده إلا إذا أجاز الورثة أو كان القاتل صبيّاً..."⁴. ويتفق القانون مع الفقه في عدم تجريم الطفل بأفعاله، أما ما يؤدي ضمائمه بالمال كإتلاف مال غيره، فضمنان ذلك واجبٌ في ماله.

وقد تحدثت المادة 586 إلى قتل الصغير مورثه قصاصاً، إلا أن القتل قصاصاً لا يُعتبر إلا إذا نفذّه الوالي، أو حكم به القاضي، أما التنفيذ الفردي فيعدُّ تاراً جاهليّاً. كما أنه لا يُتصور أن يقتل الطفل مورثه أو غيره حدّاً أو قصاصاً.

2. يستحق الهبات والعطايا وما في حكمها، كالميراث والوصية والوقف. والهبة للصغير غير المميز إما أن تكون ممن له ولاية عليه أو من أجنبي.

أ. فإن كان الواهب ممن له ولاية على الصغير تَمَّت الهبة بمجرد الإيجاب، وقام قبضه مقام قبض الصغير.

ولا فرق بين أن يكون ولي الصغير له ولاية على المال كالأب والجد والقاضي والوصي، أو لا تكون له ولاية على ماله، كأخيه أو عمه أو أمه، أو غيرهم ممن يعول الصغير ويكفله.

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج2، ص1442.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج2، ص1308-1309.

³ ناطور، المرعي، ص372.

⁴ ناطور، المرعي، ص361.

إلا أنه يشترط في صحة قبض الثاني أن يكون الصغير في كنفهم ورعايتهم وتربيتهم، وإن كان الولي على المال موجوداً، لأن فيه نفعاً للصغير خصوصاً وقد وُجدت دلالة تفويض الأب ونحوه إلى من يعول الصغير ويكفله ويشهد له بصحة القبض¹.

جاء في المادة 512 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا باب الهبة: "هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالإيجاب وبنوب قبض الوهاب عن قبض الموهوب له"².

ب. وإن كان الوهاب أجنبيًا، فلا تتم الهبة بمجرد الإيجاب، بل لا بد من القبض، سواء كان القبض ممن له الولاية على المال أو ممن هو في كنفهم ورعايتهم، على التفصيل المذكور سابقاً³.

جاء في المادة 513 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الهبة: "إذا وهب أجنبي هبةً لصبي، جاز لكل من هو في حجره قبضها"⁴.

وأما في صحة الوصية له، فقد جاء في المادة 531 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصايا: "يشترط لصحة الوصية كون الموصى له حيًا تحقيقًا أو تقديرًا"⁵. فتصح الوصية للحمل بخلاف الهبة، ويشترط لصحتها كما جاء في المادة 540 من نفس الباب: "أن يولد حيًا لأقل⁶ من ستة أشهر من وقت الوصية إن كان الزوج حيًا، أو لأقل من سنتين من وقت الموت

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1252.

² ناطور، المرعي، ص357.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1253.

⁴ ناطور، المرعي، ص357.

⁵ ناطور، المرعي، ص359-360.

⁶ خطأ في نص المادة. والصحيح: لأكثر.

أو الطلاق البائن... فإن جاءت المرأة بتوأمين فالوصية لهما نصفين. وإن مات أحدهما بعد الولادة فوصيته ميراثٌ بين ورثته، وإن مات أحدهما قبل الولادة فالوصية للحي منهما¹.

3. النفقات: تجب على الصغير الغني نفقة أبويه وأجداده الفقراء، مسلمين كانوا أو ذميين،

وفي ذلك تفصيلٌ وشروط².

¹ ناطور، المرعي، ص361.

² وأرى أن لا أفصل في النفقات، التزاماً بموضوع البحث وتجنباً للإطالة، ولمن أراد مزيد تفصيل فليرجع إلى كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا وشرحه لمحمد زيد الإبياني، ج2، ص1019 وما بعدها.

المطلب الثاني

حكم تصرفات الصغير المميز

تثبت للصغير المميز أهلية وجوب كاملة، وبناءً على كمال أهلية الوجوب عنده فإن حكمه بالنسبة للحقوق والالتزامات كحكم الطفل غير المميز، -كما سبق تفصيل ذلك في المطلب السابق-.

كما تثبت للصغير المميز أهلية أداء ناقصة، فإذا بلغ تثبتت كاملة. وعليه فإن تصرفاته تقع على النحو التالي:

أولاً: العبادات: وهي نوعان:

1. ما لا يحتمل إلا أن يكون مشروعاً، أو ما تكون صفة الحُسن فيه متعينة، وهو الإيمان بالله: يقع إيمان الطفل صحيحاً، ذلك بأن الإيمان بالله لا يعود بضررٍ على الإنسان بأي حال، لكنه لا يجب عليه لانعدام التكليف¹.
2. ما يحتمل أن لا يكون مشروعاً في بعض الأوقات، أو ما لا يكون حسناً دائماً، والمقصود هنا العبادات، البدنية والمالية، فالقيام ببعض العبادات أحياناً قد يعود بالضرر على الصغير في حياته عاجلاً. وتقسم العبادات إلى قسمين: بدنية كالصلاة، ومالية كالزكاة.

¹ السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص341.

أ. أما العبادات البدنية كالصلاة، فتصح من الصغير ولا تجب عليه بالاتفاق، ووجه اعتبار صحتها أنه يعتاد عليها فلا تشق عليه عند البلوغ. وأما عدم وجوبها فلأن في وجوبها عليه معنى الابتلاء، وذلك لا يتصور في حق الصغير. ويبنى على عدم وجوبها أنه لو أداها غير كاملة لم يلزمه القضاء أو الإعادة، ولو ارتكب محظورًا لم تجب عليه الكفارة، كما لو أحرم وارتكب محظورًا من محظورات الإحرام، فلا تجب عندها الكفارة¹.

ب. وأما العبادات المالية، كالزكاة فقد اختلف الفقهاء في وجوبها على الصبي بناءً على اختلافهم في حقيقتها، فمن اعتبرها عبادة محضة قال بوجوبها على المكلفين، ومن اعتبرها واجبًا اجتماعيًا في عين المال دون النظر إلى مالكة قال بوجوبها على كل من يملك النصاب سواء كان مكلفًا أم غير مكلف. وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث "زكاة مال اليتيم".

ثانيًا: التصرفات القولية: وهي ثلاثة أقسام²:

أولاً: التصرفات التي فيها نفع مالي محض، كقبول الهدية والصدقة. وهي صحيحة سواء وقعت من الشخص نفسه أو من وليه أو وصيه.

ثانيًا: التصرفات التي فيها ضرر مالي للصغير، كالتبرع والإسقاطات. وهي باطلة سواء وقعت من الشخص نفسه أو من وليه أو وصيه.

¹ السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص334.

² ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص255. والخرخشي، محمد بن عبد الله، (ت1101هـ)، شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ج5، ص292.

ثالثاً: التصرفات التي تحتل النفع والضرر معاً، كالبيع والشراء والإجارة. وفيها خلاف بين

الفقهاء:

1. ذهب الحنفية والمالكية إلى أن تصرفات الصغير المميز القولية تنعقد موقوفةً على إجازة

الولي أو الوصي، إذا كان الصبي ممن يعقل مثل هذه التصرفات، ويعني أنّ البيع سالبٌ

للملك، والشراء جالبٌ له، ويُعد الإذن في التصرف إجازةً له¹.

2. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن تصرفات الصغير المميز القولية باطلة. أما من أذن له

وليه فيصح تصرفه عند الحنابلة دون الشافعية، واستثنى الشافعية الإذن بالدخول وإيصال

الهدية، فيصح من الصغير المميز².

تصرفات الصغير المميز في القانون:

أولاً: التصرفات القولية. وهي مقسومة إلى ثلاثة أقسام:

1. تصرفات مضرّة للصغير ضرراً محضاً. كالهبة، والطلاق، والعتاق، والقرض ونحوه. فهذه

كلها غير جائزة وإن أجازها الولي أو الوصي³.

جاء في المادة 484 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، باب الحجر:

"تصرفات الصبي المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلاً إذا كانت مضرّة لهما ضرراً

محضاً، وإن أجازها الولي أو الوصي"¹.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص255. والحصكفي، محمد بن علي (ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الفكر، 1386هـ، ج5، ص687. ومالك بن أنس (ت179هـ)، المدونة الكبرى، (تحقيق: زكريا عميرات)، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4، ص396.

² الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص215-216. والبهوتي، كشف القناع، ص1673.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1173.

2. تصرفات نافعة للصغير نفعاً محضاً. كقبول الهبة والوصية. فهذه كلها جائزة ولو لم يُجزها الولي أو الوصي².

جاء في المادة 485 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الحجر: "التصرفات التي تصدر من الصبي المميز والمعتوه، وتكون نافعة لهما نفعاً محضاً جائزة، ولو لم يجزها الولي أو الوصي"³.

3. العقود القولية الدائرة بين النفع والضرر. كالبيع والإجارة، فموقوفة على إجازة من له الولاية على ماله، إن كانت قابلة للإجازة؛ بأن لم يكن فيها غبن فاحش وكان المبيع والبائع والمشتري والثمن موجودين. وإن لم يجزها، أو أجازها وكانت مما لا يقبل الإجازة؛ بأن فقد شرط من هذه الشروط، لغت⁴.

جاء في المادة 486 كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الحجر: "المحجور عليه صبياً مميّزاً كان أو كبيراً معتوفاً إذا عقد عقداً من العقود الدائرة بين النفع والضرر، توقّف نفاذه على إجازة الولي أو الوصي. فإن أجازها، وكان قابلاً للإجازة، نفذ. وإن لم يجزه، أو أجازها وكان غير قابل للإجازة، فلا ينفذ أصلاً"⁵. وفي هذا يتفق القانون مع المذهب الحنفي والمالكي.

• الإذن للصبي بالتجارة: جاء في المادة 492 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الحجر: "يجوز للوصي أن يأذن للصبي بالتجارة إذا جربه فرآه يعقل أن البيع للملك

¹ ناطور، المرعي، ص352.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1175S.

³ ناطور، المرعي، ص352.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1175.

⁵ ناطور، المرعي، ص352.

سالبٌ، وأن الشراء له جالب، وأنه يعرف الغبن اليسير من الفاحش، وهو ظاهر غير خافٍ على من يعقل"¹.

والصبي المميز المأذون له في التجارة، فكل تصرف تحتاج له التجارة، يجوز له توليه، وينبني على ذلك أن له البيع والشراء، سواء كان بمثل القيمة، أو بغبن يسير أو فاحش². جاء في المادة 493 من نفس الباب: "يجوز للصبي المأذون له في التجارة البيع والشراء ولو بفاحش الغبن والتوكيل بهما والرهن والارتهان والإعارة، وأخذ الأرض إجارة ومساقاة ومزارعة، والإجارة والإقرار بالوديعة وبالدين، والحط من الثمن بعيب، والمحابة والتأجيل والصلح. وليس للمأذون أن يقرض ولا يهب ولا يكفل ولا يتزوج إلا بإذن وليه في النكاح..."³.

ثانيًا: التصرفات الفعلية:

أثبت القانون أهلية وجوبٍ كاملة للصغير المميز، وبذلك تتفق تصرفاته الفعلية مع تصرفات الصغير غير المميز، فهو مؤاخذٌ بأفعاله، وعليه ضمان ما أتلفه، ويستحق الهبات والعطايا وما في حكمها، وتجب في ماله نفقة أبويه وأجداده⁴.

ويفترق المميز عن غير المميز في مسألة قبض الهبة والوصية.

1. قبض الهبة: الواهب إما أن تكون له ولاية على الصبي، أو لا تكون.

¹ ناطور، المرعي، ص353.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1190.

³ ناطور، المرعي، ص353.

⁴ بينت ذلك في تصرفات الصغير غير المميز، في المطلب السابق.

أ. فإن كان للواهب ولاية على الصبي؛ تمت الهبة بمجرد الإيجاب، وقام قبض الواهب مقام قبض الصغير، سواء كان الصبي في كنفه وتربيته أو لا، بالشروط المذكورة في الهبة للصغير غير المميز¹.

جاء في المادة 512 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، (كتاب الهبة):
"هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالإيجاب وينوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له، سواء كان الواهب أبًا، أو أمًا، أو غيرهما ممن يعوله عند عدم الأب"².

ب. وإن كان الواهب ممن ليست له ولاية على الصبي؛ فلا تتم الهبة بمجرد الإيجاب، بل لا بد من القبض، سواء كان القابض الصبي نفسه أو من له الولاية على ماله.
ويصح قبض من له الولاية على ماله سواء كان الصبي في كنفه وتربيته أو لا.
ويصح قبض الصبي وإن لم يجزه وليه، تطبيقًا لما ذكر في تصرفات الصبي النافعة نفعًا محضًا³. كما يصح قبض غيره له حتى الأجنبي، إذا كان الصبي في عياله⁴.

جاء في المادة 513 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، (كتاب الهبة):
"إذا وهب أجنبي هبة لصبي، جاز لكل من هو في حجره قبضها، والصبي إذا كان مميزًا فقبضه معتبر ولو مع وجود الأب"⁵.

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1253.

² ناطور، المرعي، ص357.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1253.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1255.

⁵ ناطور، المرعي، ص357.

2. الوصية. الأصل أن وصايا الصغير لا تصح، سواء كان الصغير مميزاً أو غير مميز، وسواء كان مأذوناً له بالتجارة أو لا؛ لأن الوصية تبرع، والتبرعات لا تصح من الصغير. ولكن تصح وصايا الصبي المميز استثناءً في أمر تجهيزه ودفنه بشرط مراعاة المصلحة¹.

جاء في المادة 531 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، (كتاب الوصايا):

"يشترط لصحة الوصية كون الموصي حرّاً بالغاً عاقلاً مختاراً أهلاً للتبرع... وإنما تجوز وصية الصبي المميز في أمر تجهيزه ودفنه"².

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1285.

² ناطور، المرعي، ص359.

المبحث الثالث

الحجر على اليتيم

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الحجر لغة واصطلاحًا.
- المطلب الثاني: أسباب الحجر.
- المطلب الثالث: أنواع الحجر
- المطلب الرابع: رفع الحجر عن اليتيم.

المطلب الأول

تعريف الحجر لغة واصطلاحًا

الفرع الأول: الحجر في اللغة: هو بالفتح: المنع. يقال: حَجَرَ عليه حَجْرًا أي: منعه من

التصرف. وبالكسر: العقل، لأنه يمنع صاحبه من فعل القبيح¹، قال الله ﷻ: ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي

حَجْرٍ ﴾² أي: لذي عقل. وتستعمل بمعنى الضيق، يقال: تحجّر ما وسعه الله أي: ضيقه على

نفسه³.

الفرع الثاني: الحجر في الاصطلاح:

أولاً: الحجر عند الفقهاء:

- عرفه متأخرو الحنفية بقولهم: منعٌ مخصوص بشخصٍ مخصوص عن تصرفٍ

مخصوص أو عن نفاذه⁴.

¹ الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (ت817هـ)، القاموس المحيط، (تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005م، ص271-272.

² سورة الفجر، الآية 5.

³ الزمخشري، محمود بن عمر (ت538هـ)، أساس البلاغة، (تحقيق: محمد باسل)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص169.

⁴ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص143.

شرح التعريف:

قولهم "منعٌ مخصوص"، يعني المنع من ثبوت حكم الفعل لا المنع من الفعل نفسه، وبهذا يشمل التعريف التصرفات القولية والفعلية، فالقول بأنَّ الفعل لا يمكن دفعه بعد وقوعه¹ مردودٌ؛ لأنَّ المنع المقصود هنا هو منع حكم الفعل بعد وقوعه، لا منع الفعل ذاته، فلا تترتب عليه آثاره²، وبهذا يكون التعريف جامعاً للتصرفات القولية والفعلية التي قد تقع من المحجور عليه.

قولهم "بشخصٍ مخصوص"، يخرج به الأشخاص غير المحجور عليهم، فقد حصر التعريفُ الحجرَ على أشخاص معينين. وبهذا يكون التعريف مانعاً.

قولهم: "عن تصرفٍ مخصوص أو عن نفاذه" يشمل منع المحجور عليه من القيام بأصل الفعل، كمنع الصغير والمجنون عن أصل التصرف القولي إن كان ضرراً محضاً. وكذلك عن وصفه بالنفاذ بعد وقوعه، كمنع نفاذ تصرف المجنون والصغير إن كان دائراً بين النفع والضرر³.

¹ عرف متقدمو الحنفية الحجر بأنه: "منعٌ من التصرف قولاً لا فعلاً". وقالوا: "إن الحجر يقع في الأقوال دون الأفعال؛ لأن الحجر في الحكميات دون الحسيات، ونفوذ القولي حكمي، يُقبل ويُرد، أما الفعل فهو حسِّي لا يمكن رده إذا وقع، فلا يُنصّر الحجر عنه". انظر: الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي (ت743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، القاهرة، المكتبة الأميرية، 1313هـ، ج5، ص191.

² ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص143.

³ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص143.

- **والحجر عند المالكية:** هو صفة حكمية (يحكم بها الشرع) توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في ما زاد عن قوته، كما يوجب منعه من نفوذ تصرفه في تبرعه بزائد على ثلث ماله¹.

شرح التعريف: يبين التعريف أصناف المحجور عليهم، وهم اثنان: الأول: ممنوع من التصرف بماله فيما يزيد عن قوته، سواء كان التصرف بيعاً أو تبرعاً، والمقصود هنا: الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق. أما الصنف الثاني فممنوع من التبرع بماله فيما يزيد عن الثلث، والمقصود هنا: المريض مرض الموت والزوجة².

كما يبين التعريف حكم تصرف المحجور عليه، وهو عدم النفاذ.

- **وعرف الشافعية الحجر بأنه:** المنع من التصرفات المالية³.
- **وعرف الحنابلة الحجر بأنه:** منع الإنسان من التصرف في ماله⁴.

ويؤخذ على تعريفي الشافعية والحنابلة مأخذان:

1. لم يخص التعريفان المنعَ بجهة معينة، بل أطلقاه على الإنسان دون تحديد، فدخل في ذلك البالغ والصغير، والعاقل والمجنون، والرشد والسفيه وغيرهم. وبهذا يكون تعريف الشافعية والحنابلة غير مانع.

¹ الدسوقي، محمد بن أحمد (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج3، ص292.

² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص292.

³ الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص215.

⁴ البهوتي، كشف القناع، ص1647.

2. حَصَرَ التعريفان المنع بالتصرف بالمال دون غيره من الأفعال، فخرجت بذلك التصرفات

غير المالية التي قد تقع من المحجور عليه، كالطلاق والعنق ونحوهما. وبهذا يكون

تعريفهما غير جامع.

ثانيًا: الحجر في القانون: عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 941 بأنه: منع شخص

مخصوص عن تصرفه القولي¹.

ويؤخذ على التعريف: ما يؤخذ على تعريفَي الشافعية والحنابلة في حصرهم الحجر في

التصرفات القولية دون الفعلية. وبهذا يكون تعريف المجلة غير جامع.

التعريف المختار:

يترجح لي بعد التدقيق في تعريفات الفقهاء، أن تعريف الحنفية أنسب من غيره من

التعريفات؛ أما تعريف الشافعية والحنابلة فلكونهما غير جامعين وغير مانعين. وأما تعريف

المجلة فلأنه غير جامع أيضًا.

وأما تعريف المالكية، -وإن كان أكثر دقةً من تعريفَي الشافعية والحنابلة-، إلا أنه حصر

معنى الحجر في المنع من نفاذ التصرف بعد وقوعه، وفي هذه الجزئية يكون تعريف الحنفية

أكثر شمولية ودقة، إذ احتزرت للفعل القولي الضار الذي قد يقع من المحجور عليه.

¹ ناطور، المرعي، ص155.

قد يقول قائل: إن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه، فما فائدة المنع؟ وقد رد الحنفية على هذا القول بقولهم: إن المقصود من منع الفعل بعد صدوره هو منع الحكم، لا أصل الفعل، كما مر في شرح تعريفهم¹. وقد يُقال بعد ذلك: فما الفرق إذن بين منع حكم وقوع الفعل -في مفهوم الحنفية- وبين الحكم بعدم نفاذه بعد وقوعه -في مفهوم المالكية-؟ أقول: إن الحكمة العامة من تشريع الحجر ضبطُ المحجور عن الإتيان بكل ما يعود عليه بالضرر، وترك هذا التقدير إلى شخص أهلٍ للتصرف في أموره. فالأمر بمنعه من الفعل أصلاً فيه مزيدُ تأكيدٍ على حجره، وفيه مزيدُ تأكيدٍ على ضرورة مراقبة وليه أو وصيه لتصرفاته، بما يحفظ المصلحة حيثما كانت. كما لا يمكن إنكار صعوبة التراجع عن تنفيذ فعله بعد وقوعه، فالمنع من الفعل أحرز وأحوط.

¹ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص143.

المطلب الثاني

أسباب الحجر

اختلف الفقهاء في أسباب الحجر.

1. فهي عند الحنفية ثمانية: اتفق الحنفية على ستة منها، هي: الصغر، والرق،

والجنون، والمفتي الماجن¹، والطبيب الجاهل²، والمكاري المفلس³، وزاد أبو يوسف

ومحمد سببين: الدَّيْن والسَّقَّة⁴.

2. وعند المالكية سبعة: وهي قسمان: في الأول يقع الحجر فيما زاد عن قوت المحجور

عليه، ولو كان التصرف غير تبرع. وفي الثاني يقع على ما زاد عن ثلث مال

المحجور عليه إذا كان تبرعاً. أما الأول: فالرق، والصبأ، والدَّيْن، والمراد به الفلَس

بسبب الدَّيْن. والجنون، سواءً كان الجنون مطبقاً أو متقطعاً. والسَّقَّة⁵، وهو التبذير

وسوء التصرف في المال، فهؤلاء يُحجر عليهم فيما زاد على قوتهم. وأما الثاني فمرض

الموت، والنكاح بالنسبة للزوجة، فيُحجر عليها في مال زوجها⁶.

¹ هو الذي يفتي الناس بالحيل الباطلة ليسقط عنهم الواجبات الشرعية. انظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، ج9، ص254.

² كمن يسقي الناس دواءً مُهلِكاً ونحوه. انظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص254.

³ كالذي يؤجر الناس ما لا يملك. انظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص254.

⁴ ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص254.

⁵ السفية: هو المفسد للمال بالصرف إلى الوجوه الباطلة. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص82.

⁶ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص292.

3. وعند الشافعية: أسباب الحجر ثمانية: السفه والصغر والجنون، وهي أسباب ثابتة بقول

الله ﷻ: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمَلِّ وَلِيُّهُ

بِالْمَدْلِ¹، فقد فسر الشافعي السفه بالمبذر، والضعيف بالصغير، والكبير بالمختل،

والذي لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله. كما يقع الحجر عندهم على المفلس

لحق الغرماء، وعلى الراهن للمرتهن، وعلى المريض للورثة، وعلى العبد لسيده، وعلى

المرتد للمسلمين².

4. وأما الحنابلة، فالحجر عندهم لستة أسباب: الجنون، والصغر، والسفه، ومرض الموت،

والرق، والدَّيْن، والرهن³.

- وفي القانون: أسباب الحجر ستة: الصغر، والجنون، والعته، والغفلة، والسفه، والدَّيْن. جاء

في المادة 481 من قانون الحجر: "يُحجر على الصغير، والمجنون، والمعتوه، وذو الغفلة،

والسفيه والمديون".

وما يهمنا في هذا المبحث هو الصغير. وقد اتفقت كلمة الفقهاء والقانون على أنَّ الصغيرَ

محجورٌ عليه.

¹ سورة البقرة، الآية 282.

² الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص 215.

³ البهوتي، كشف القناع، ص1647.

المطلب الثالث

أنواع الحجر

تمهيد: الحكمة العامة من تشريع الحجر تحقيقُ المصلحة، سواء كانت المصلحة عامة أو خاصة، إذ تظهر جليةً في كل فردٍ من أفراد المجتمع بعد تحقق الأسباب المؤدية إلى اتخاذ هذا التشريع.

ويمكن تقسيم الحجر من حيث المصلحة إلى نوعين: حجر لمصلحة المحجور عليه، وحجر لمصلحة الغير¹.

أولاً: الحجر لمصلحة المحجور عليه: كالحجر على الصغير، والمجنون، والسفيه والمبذر.

- أما بالنسبة للصغير والمجنون والمعتوه؛ فانقص العقل وانعدام الأهلية في تقدير مصلحتهم الشخصية، إذ لا يتصور منهم الإدراك الصحيح للرضا في إجراء العقود والتصرفات القولية عامة.

- وأما السفيه والمبذر؛ فلاسرافه في هدر أمواله دون وجه فائدةٍ له.

ثانياً: الحجر لمصلحة الغير: كالحجر على المدين المفلس، والمريض مرض الموت، والراهن، والمرتد، والعبد.

¹ الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص215، والبهوتي، كشاف القناع، ص1647-1648.

- أما الحجر على المدين المفلس في منعه من التصرف بأمواله، فالمصلحة للدائنين لا للمدين نفسه في حفظ حقهم في أمواله.
- وأما الحجر على المريض مرض الموت؛ فلحفظ مصلحة الورثة في حقهم فيما زاد عن ثلث التركة حيث لا دين.
- وأما الحجر على الراهن؛ فلحفظ حق المرتهن في العين المرهونة.
- وأما المرتد؛ فلحقوق المسلمين الواجبة في ذمته، كالديون، والغرامات والأعواض المالية.
- وأما العبد؛ فلحق سيده.

ولا شك أن حفظ مصلحة المحجور عليه يلتقي مع المصلحة العامة. لأن منع الفرد من إهدار ماله وتعرضه للفاقة والحاجة، إنما هو حفظ للمجتمع من الانزلاق في مهاوي الفقر والعوز للغير؛ إذ إن المال حق عام للمجتمع ينبغي على كل فرد حفظه، وإنفاقه في وجوه الخير الخاصة والعامة. وفي تشريع الحجر على بعض الأفراد ممن هم ليسوا أهلاً لإنفاق أموالهم في وجوه المصلحة؛ حفظ لمصلحة المجتمع كله. ويدل على ذلك قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا ۗ¹﴾، فقد دلت الآية الكريمة على أن المال إنما هو مال المجتمع وتقوم به حياة الناس، بتوجيه الخطاب إلى الناس عامة، لا إلى السفية.

وزاد الحنفية: إن من صور الحجر للمصلحة العامة:

- الحجر على الطبيب الجاهل. كمن يسقي الناس دواءً مهلكاً ونحوه، أو لا يقدر على تطبيب الناس، فيزيدهم بأساً بتطبيبهم عن غير علم.

¹ سورة النساء، الآية 6.

- **والمفتي الماجن**، كالذي يفتي الناس بالحيل الباطلة لئيسقط عنهم الواجبات الشرعية، ولا يبالي بتحليل الحرام وتحريم الحلال.

- **والمكاري المفلس**. كالذي يؤجر الناس ما لا يملك، ويأخذ أموال الناس بحجة استثمارها، ثم يختفي عن الأنظار.

والأصل في هذا المنع يعود للقاعدة الفقهية: يُتحمّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، أو يُدفع الضرر الأعلى بالضرر الأدنى¹.

ومثل هذا الحجر لا يكون حجرًا بالمعنى الفقهي الذي يقتضي عدم نفاذ التصرف؛ ففعله نافذ بعد وقوعه، لأن المفتي الماجن لو أفتى فأصاب، جازت فتواه ونفذت، وكذلك الطبيب الجاهل لو باع دواءً نافعاً نفذ بيعه، وهكذا. وإنما الحجر هنا منعٌ حسي، يُقصد به دفع الضرر بإيقافهم عن ممارسة عملهم عقوبةً وزجرًا؛ فيُمنع الطبيب حفظاً للأبدان، ويمنع المفتي حفظاً للدين، ويمنع المكاري حفظاً للأموال².

وقد ذكرها القانون في المادة 491 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، باب الحجر، فحكّم بمنع المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس من ممارسة عملهم، حفظاً للمصلحة العامة. جاء في المادة 491: "يُمنع المفتي الماجن الذي يعلمُ الناس الحيل الباطلة أو يفتي عن جهل، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس"³.

¹ الزيلعي، تبیین الحقائق، ج5، ص193، وابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص254.

² ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص147.

³ ناطور، المرعي، ص353.

المطلب الرابع

رفع الحجر عن اليتيم

إن الصغير المحجور عليه لا تُسَلَّم له أمواله إلا إذا تحقق شرطان: البلوغ والرشد، وهذان الشرطان متفق عليهما عند جميع الفقهاء¹، وقد زاد المالكية عدة شروط في حالات سيأتي تفصيلها. ودليل وجوب تحقق شرطي البلوغ والرشد ثابت بصريح الآية الكريمة: ﴿وَأَنْبَلُوا إِلَيْنَا حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾².

ومفهوم الرشد عند جمهور الفقهاء، الحنفية³ والمالكية⁴ والحنابلة⁵: صلاح المال - فحسب-. فينفقه فيما يحل، ويمسكه عما يحرم، ولا ينفقه في البطالة والمعصية، ولا بالتبذير والإسراف.

وهو عند الشافعية: صلاح الدّين والمال، فلا يفعل محرماً يبطل العدالة، ولا يبذر في ماله باحتمال غبن فاحش، أو يصرفه في محرم⁶.

¹ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص150. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص296. الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص216. البهوتي، كشف القناع، ص1673-1674.

² سورة النساء، الآية 6.

³ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص150.

⁴ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص297.

⁵ البهوتي، كشف القناع، ص1673-1674.

⁶ الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص219.

ويترجح لدي مذهب الجمهور، فالرشد هو صلاح المال، لأن ارتكاب المعاصي ليست

سبباً لعقوبةٍ دنيويةٍ كمنع الشخص من التصرف بماله.

والصغير إما أن يبلغ رشيداً وإما أن يبلغ غير رشيد.

أولاً: فإن بلغ رشيداً يرتفع الحجر عنه كما مر.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط إذن القاضي لفك الحجر على قولين:

الأول: أنه يُشترط إذن القاضي لفك الحجر، لأن الرشد يحتاج إلى اجتهادٍ وإثبات. وهو

قول عند الشافعية¹. كما يشترط إذن القاضي عند المالكية إذا كان للمحجور عليه وصي معين من

قبل القاضي، لأن من عينه القاضي لا يعزله إلا القاضي².

والثاني: لا يشترط إذن القاضي لفك الحجر، ودليله: إن الحجر ثبت عليه بغير قاضي، فلا

يحتاج في فكه لإذن القاضي. وهو مذهب الجمهور من الحنفية³ والمالكية⁴ والراجح عن الشافعية⁵،

والحنابلة⁶.

وللمالكية تفصيلاً في فك الحجر عن الصغار؛ فقالوا: إن الصغير إما أن يكون ذكراً أو أنثى.

وإما أن يكون ذا أب، أو ذا وصي، أو يتيمًا مهملاً لا أب له ولا ولي ولا وصي.

¹ الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص216.

² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص297.

³ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص150.

⁴ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص296.

⁵ الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص221.

⁶ البهوتي، كشف القناع، ص1673-1674.

1. فإن كان ذكراً.

أ. فإما أن يكون له أب؛ فيشترط لفك الحجر عنه شرطان: البلوغ والرشد. فإن بلغ راشداً رُفِعَ عنه الحجر مباشرةً دون أن يرفعه عنه أبوه. والسبب في ذلك أن الولد يدخل في ولاية أبيه من غير وساطة، فإن بلغ رشيداً قادراً على تولي ماله خرج من ولاية أبيه من غير وساطة¹.

ب. وإن كان له وصي؛ فيشترط بالإضافة للبلوغ والرشد، أن يرشده الوصي قائلاً: فككت الحجر عن فلان وأطلقت له التصرف في ماله لحسن تصرفه، مُشهداً على ذلك العدول. وإنما احتاج للترشيد لأن الصغير يدخل في وصاية الوصي بواسطة، سواءً من الأب -وهو الوصي المختار-، أو من القاضي -وهو الوصي المعين-، فيحتاج خروجه من الحجر إلى أمر زائد، أما من له وصي مختار فيخرجه وصيه. وأما من له وصي معين، فيخرجه القاضي، لأن من عينه القاضي لا يعزله إلا القاضي. فإن مات الوصي قبل أن يفك الحجر عنه، ولم يوصَ بفك الحجر، فلا ينفك الحجر إلا بإذن القاضي².

ج. وأما اليتيم المهمل الذي لم يوصَ به أبوه لأحد، ولا أقام السلطان عليه ولياً ولا ناظرًا؛ ففيه عند المالكية قولان مشهوران، الأول أن يُرْفَع الحجر عنه بمجرد بلوغه، وأفعاله كلها جائزة نافذة بعد البلوغ، سواءً بلغ رشيداً أو سفيهاً، وسواءً اتصل سَقَهه ببلوغه، أو طرأ بعد رشده، وهذا قول مالك وكبار أصحابه، والثاني أن يُنظر إلى حاله في معاملاته وبيعوه، فإن ظهر رشيداً فيها، رُفِعَ الحجر عنه ونفذت تصرفاته، وهو

¹ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص296-297.

² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص297.

قول ابن القاسم¹. واتفق جميعهم أن أفعاله جائزة نافذة إذا جهلت حاله ولم يعلم برشد أو سفه².

2. وأما الأنثى:

أ. فإن كانت ذات الأب؛ فيُضاف إلى شرطي البلوغ والرشد لفك الحجر عنها شرطان:

الأول: أن يشهد العدول -اثنان فأكثر- بصلاح حالها وحُسن تصرفها، والثاني: أن

تتزوج ويدخل الزوج بها. ولأب ترشيدها قبل زواجها، ولو لم يشهد العدول برشدها³.

ب. وأما ذات الوصي، سواءً كان الوصي مختاراً أو معيناً؛ فيُضاف إلى الشروط السابقة:

أن يرفع الوصي عنها الحجر، دون إذن الحاكم. فإن لم يفكه الوصي استمر الحجر

ولو تزوجت أو طال عليها الأمد⁴.

ج. وأما اليتيمة المهملة التي لا ولي لها ولا وصي؛ فيشترط لفك الحجر عنها شرط

إضافي فوق ما ذكر، وهو أن يمضي على الدخول بها عام إن كانت متزوجة، وإن لم

تكن متزوجة فلا ينفك عنها الحجر حتى تئأس من الزواج⁵.

وأرى أن تفصيلات المالكية فيها حرجٌ كبير، فلا حاجة لتلفظ الوصي بفك الحجر عن

اليتيم، كما لا أرى فرقاً بين الذكر والأنثى في إثبات الرشد واشتراط الشهادة، واشتراط الزواج،

¹ هو عبيد الله بن الحسن، أبو القاسم بن الجلاب، شيخ المالكية العلامة. تفقه بالقاضي أبي بكر الأبهري. كان أفقه المالكية في زمانه بعد الأبهري. له مصنف كبير في مسائل الخلاف. توفي راجعاً من الحج سنة 378هـ. انظر: الذهبي، محمد بن أحمد (ت748هـ)، سير أعلام النبلاء، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط)، ط9، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993م، ج16، ص384.

² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص297.

³ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص298.

⁴ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص298.

⁵ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج3، ص297.

ومرور عام على الدخول لفك الرشد في حق الأنثى، وليس هناك دليل على هذه الشروط، إنما ضابط الرشد صلاح المال، وحسن التصرف به.

ثانياً: وإن بلغ الصغير غير رشيد: استمر الحجر عليه بسبب السفه، فلا ينفك عنه حتى يرشد، وهو مذهب الصحابين من الحنفية¹، والمالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴. وعند أبي حنيفة: يستمر الحجر عليه إلى حين بلوغه الخامسة والعشرين، فإن بلغ الخامسة والعشرين انفك الحجر عنه ولو لم يرشد، لأن في الحجر عليه في هذه السن إهداراً لكرامته وإنسانيته⁵، ولأنه إذا بلغ هذه السن فقد بلغ سنّاً يُتصوّر أن يصير فيه جدّاً⁶.

رفع الحجر في القانون:

أولاً: أن يبلغ الصغير رشيداً، أي محسناً للتصرف في ماله، فيجب على الوصي تسليم ماله إليه. ولما كان الرشد لا يُعلم إلا بالاختبار؛ فالواجب على الوصي أن يختبره، بأن يدفع إليه شيئاً من ماله ويأذن له بالتجارة، فإن آنس منه حسن تصرف سلم إليه الباقي، وتكون أفعاله القولية

¹ ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص260.

² الدردير، أحمد بن أحمد الخلوتي (ت1201هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، ج3، ص298.

³ الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص221.

⁴ البهوتي، كشف القناع، ص1674.

⁵ ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص260.

⁶ وذلك لأن أدنى ما يبلغ فيه الغلام اثنتا عشرة سنة، فيولد له ولد لسته أشهر، ثم الولد يبلغ اثني عشر سنة، فيولد له ولد لسته أشهر فقد صار بذلك جدّاً. انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص91.

كلها نافذة دون توقف على إجازة وليه أو وصيه¹ ولا بد من إثبات الرشد بحجة شرعية، وهي حكم القاضي².

جاء في المادة 476 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الوصي: "ينبغي للوصي أن لا يدفع للصبي ولا للصبية مالهما بعد البلوغ إلا بعد تجربتهما واختبارهما في التصرفات. فإن آنس منهما رشداً وصلاًحاً دفع إليهما المال، وإلا فلا"³.

ثانياً: إذا بلغ الصغير غير رشيد؛ فلا يسلم الوصي المال إليه، إلا إذا ظهر رشده، أو بلغ الخامسة والعشرين من عمره. ودليل ذلك: إن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه، باعتبار أثر الصبا، فقدر بخمس وعشرين سنة، لقول أهل الطبائع: من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده، ألا ترى أنه قد بلغ سنّاً يُتصور أن يكون فيه جداً. ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبةً عليه، والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب، فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب، فلا معنى لمنع المال بعده⁴. وقد ذهب القانون في ذلك مذهب أبي حنيفة.

جاء في المادة 478 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الوصي: "إذا بلغ الولد غير رشيد، فلا يُسَلَّمُ المال إليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، ما لم يؤنس رشده قبلها"⁵.

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1161.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1165.

³ ناطور، المرعي، ص351.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1162-1163.

⁵ ناطور، المرعي، ص351.

فلو بلغ الولد غير رشيد، وسلّم إليه الوصي المال قبل بلوغه خمسًا وعشرين سنة، أو قبل أن يظهر رشده، فضاع المال عنده؛ ضمن الوصي مثلما سلمه له، إذ بتسليمه له وهو غير رشيد يكون قد أعطاه لغير من هو أهل لحفظه فيكون معتديًا فيضمن¹.

جاء في المادة 479 من نفس الباب: "إذا بلغ الولد مفسدًا لماله وهو في حجر وصيه، فدفع إليه المال عالمًا بفساده عند البلوغ، وضاع المال، ضمنه الوصي. وكما يضمن بالدفع إليه وهو مفسد، فكذا قبل ظهور رشده بعد البلوغ، حيث علم عدم رشده قبل البلوغ"².

أما إذا ظهر رشد الولد قبل البلوغ، فسلم الوصي إليه المال، فضاع عنده، فلا ضمان عليه؛ لأنه سلمه إلى مالكة بعد انتفاء السبب الموجب لعدم التسليم، وهو الرشد³.

جاء في المادة 480 من نفس الباب: "إذا ظهر رشد الغلام قبل البلوغ، ودفع إليه الوصي المال، فضاع عنده، فلا ضمان على الوصي"⁴.

الترجيح:

أ. إذا بلغ الصغير رشيدًا فلا يُشترط إذن القاضي في رفع الحجر، لأن الأصل والغالب أن يبلغ الشخص رشيدًا، أما خلاف ذلك فيحتاج إلى إثبات.

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1164.

² ناطور، المرعي، ص351.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1164.

⁴ ناطور، المرعي، ص351.

ب. إذا بلغ الصغير غير رشيد استمر الحجر عليه إلى أن يرشد، فلا لا ينبغي التفريط بمال المرء لمجرد كونه جذاً، فإن الحجر على ماله ليس فيه إهدارٌ لكرامته، وإنما هو تشريعٌ يحفظُ له ماله من التبذير والتضييع.

الفصل الثاني

الوصاية على اليتيم

وفيه تمهيد وسبعة مباحث:

- تمهيد: مفهوم الولاية وعلاقتها بالوصاية.
- المبحث الأول: تعريف الوصاية لغة واصطلاحًا.
- المبحث الثاني: أنواع الأوصياء.
- المبحث الثالث: ترتيب الأوصياء.
- المبحث الرابع: قبول الوصاية والرجوع عنها.
- المبحث الخامس: شروط الوصي.
- المبحث السادس: واجبات الوصي.
- المبحث السابع: سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم.
- المبحث الثامن: عزل الوصي.

تمهيد

مفهوم الولاية وعلاقتها بالوصاية

مفهوم الولاية في الفقه: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى¹. وهي باعتبار محلها نوعان:

ولاية على النفس، وولاية على المال.

أما الولاية على النفس؛ فهي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، من صيانة وتأديب

وتعليم وتزويج².

وأما الولاية على المال؛ فهي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات،

كالبيع والإجارة والرهن وغيرها³.

والولاية على المال نوعان: ولاية قاصرة، وولاية متعدية.

أما الولاية القاصرة؛ فهي سلطة المرء على مال نفسه، وهي ثابتة لكل من له أن يتصرف

في مال نفسه، وهو البالغ العاقل الرشيد، فيملك حق التصرف بأمواله وحقوقه، وتكون تصرفاته

¹ ابن نُجَيْم، البحر الرائق، ج3، ص117.

² الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص746. والزحيلي، محمد، النظريات الفقهية، ط1، دمشق، دار القلم، وبيروت، الدار الشامية، 1993م، ص160.

³ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص746.

نافذة يترتب عليها جميع النتائج والآثار والالتزامات. وتسمى هذه الولاية بالولاية الأصلية، أو ولاية بالأصالة¹.

وأما الولاية المتعدية؛ فهي سلطة المرء على مال غيره، وتثبت للبالغ العاقل بطريق شرعي. فمن لم يستطع أن يقوم بشؤونه الخاصة، ولا يحسن التصرف بأمواله لعذرٍ من الأعذار، كالصغير والمجنون ونحوهما، يقوم غيره مقامه، ويتولى له القيام بشؤونه، ويتصرف له كتصرفه لنفسه في تحقيق المنافع ودفع المضار والمفاسد، وتسمى هذه الولاية أيضاً بالنيابة².

والنيابة باعتبار مصدرها نوعان:

1. نيابة أصلية: وهي ولاية يثبتها الشارع للشخص، كولاية الأب على ابنه الصغير.

ويسمى النائب في هذه الحالة بالولي³. وقد أجمع الفقهاء على أن الأب الثقة الأمين

يلي مال ولده القاصر ومصالحه إذا كان له مال، وليس للحاكم منعه من ذلك⁴.

2. نيابة غير أصلية: وهي التي تثبت للشخص بإنابة شخص آخر له، أو تكليف منه،

كالأب أو القاضي. وهي الوصاية⁵.

¹ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص324. والزحيلي، النظريات الفقهية، ص158.

² الزحيلي، النظريات الفقهية، ص158-159.

³ الزحيلي، النظريات الفقهية، ص160.

⁴ ابن المنذر، الإجماع، ص 102.

⁵ الزحيلي، النظريات الفقهية، ص160.

المبحث الأول

تعريف الوصاية لغة واصطلاحاً

أولاً: الوصاية في اللغة: مصدر من وَصَّى، وتطلق بمعنى الوصل والفرض والعهد، يقال:

توصى النبات بمعنى اتصل، والوصية من الله بمعنى الفرض، لقول الله ﷻ: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ يُؤْتِكُمْ بِهِ

لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾¹. وصى إليه وله بشيء أي جعله له، وعهد إليه².

ثانياً: الوصاية في الاصطلاح:

- عند الحنفية: طلب الشيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته³.

وقولهم: "حال حياته"، يجعل الوكالة عندهم بمعنى الوصاية؛ لأن إنابة الشخص غيره حال

حياته تُعدُّ وكالة، وبهذا يكون التعريف غير مانع.

- وعند المالكية: عقدٌ يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابةً عنه بعد موته⁴.

¹ سورة الأنعام، الآية 151.

² ابن منظور، لسان العرب، ج15، ص394، ومصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص1038.

³ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص647.

⁴ النفراوي، أحمد، (ت1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1995م، ج2، ص132.

والتعريف مركب من قسمين: الأول يدخل فيه الوصية؛ وهي التبرع بثالث المال، والثاني يدخل فيه الوصاية؛ وهي القيام على شؤون القاصرين وتنفيذ العهود، وقضاء الديون. وقد عبر المالكية عن الوصاية بالعقد، والعقد اتفاق إرادتين، وهذا ليس شرطاً في الوصاية، فقد يوصي شخص لآخر ليقوم بشؤون أولاده من غير استشارته.

- وعند الشافعية: عهدٌ خاص مضاف إلى ما بعد الموت¹.

- وعند الحنابلة: الأمر بالتصرف بعد الموت².

وتعريف الشافعية والحنابلة يدخل فيه تنفيذ الوصية وهي المتعلقة بالمال، ويشمل الوصاية وهي القيام على شؤون الأطفال، وبهذا يكون التعريف غير مانع. إلا أن تعريف الحنابلة أعم من تعريف الشافعية، فالوصاية عند الشافعية مقيدة بما عهد به الموصي -فحسب-، بقولهم "عهد خاص"، أما الحنابلة فقد جعلوا باب الوصاية أوسع، بقولهم "الأمر بالتصرف"، أي مطلق التصرف.

- وفي القانون: عرف القانون الوصي بأنه: الشخص الذي أقامه غيره مقامه ليتصرف في

تركته بعد موته، أو أقامه القاضي إذا كانت هناك داعية إليه³.

-ويؤخذ عليه أنه غير جامع، فقد قيد التعريف الوصاية بالتصرف بالتركة فقط، وبذلك يخرج

به التصرف بشؤون الصغار. كما أنه لم يقيد الوصي بأي قيد، بل جعله مطلقاً يحتمل دخول أي شخص، البالغ وغير البالغ، العاقل وغير العاقل... وبهذا يكون التعريف غير مانع.

¹ النووي، يحيى (ت676هـ)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج15، ص397.

² المرادوي، علي بن سليمان (ت885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج7، ص138.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1086.

التعريف المختار: أمرٌ بالتصرف يوجب نيابةً عن الأمر بعد موته.

وهو الشقُّ الثاني من تعريف المالكية، باستبدال كلمة "عقد" بـ "أمر بالتصرف"؛ لأن العقد يعني اتفاق إرادتين، والوصاية لا تعني بالضرورة اتفاق إرادتين. وتظهر مزية تعريف المالكية عن غيره أنه فرّق بين الوصية والوصاية، وقيد الوصاية بالتصرف بعد الموت.

المبحث الثاني

أنواع الأوصياء

الوصي باعتبار المصدر الذي يستمد منه الوصاية نوعان: وصي مختار، ووصي معين.

وهي تسمية قانونية مستحدثة.

وقد عبّر الفقهاء القدامى عن الوصي المختار بقولهم "وصي الأب"، وعن الوصي المعين

بقولهم: "وصي القاضي".

أما الوصي المختار؛ فهو من يختاره الأب أو الجد نائباً عنه ليتصرف في أمواله ويقوم

على مصالح المستضعفين (أي غير الراشدين) من ورثته¹.

وأما الوصي المعين؛ فهو الذي يعينه القاضي للإشراف على شؤون القُصّر المالية².

الفرق بين الوصي المختار والوصي المعين:

فرق الحصفي في الدر المختار بين الوصي المعين والوصي المختار من سبعة أوجه³:

¹ الجزيري، عبد الرحمن بن محمد (ت1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، القاهرة، دار ابن الهيثم، ص809.

² الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص131.

³ الحصفي، الدر المختار، ج6، ص722.

1. للوصي المختار أن يبيع أو يشتري لنفسه من مال اليتيم إذا كان في ذلك نفع ظاهر لليتيم، بخلاف وصي القاضي؛ فليس له ذلك ولو كان النفع ظاهرًا، لأنه وكيل القاضي، وفعله كفعل القاضي، فلا يكون القاضي طرفًا لأنه لا يقضي لنفسه.
2. يستطيع الوصي المختار أن يقبض لليتيم دون إذن أحد، أما وصي القاضي فلا يملك القبض إلا بإذن مبتدأ من القاضي بعد الإيصاء.
3. للوصي المختار أن يجعل الصغير أجيرًا بسائر الأعمال، بخلاف وصي القاضي.
4. يصح للوصي المختار أن يجعل وصيًا على اليتيم من بعده، أما وصي القاضي فلا يملك ذلك، بل يرجع الأمر إلى القاضي فيعين غيره.
5. الوصي المختار لا يقبل التخصيص، سواء قيده الموصي أم لم يقيده، أما وصي القاضي فإنه يقبل التخصيص، كأن يعينه القاضي وصيًا لشراء شيء للموصي عليه، ثم تنتهي الوصاية بتمام البيع.
6. ليس للقاضي أن يهَي الوصي المختار عن بعض التصرفات، بينما له نهي الوصي المعين.
7. ليس للقاضي عزل الوصي المختار العدل الأمين، بخلاف وصي المعين فللقاضي عزله ولو كان عدلاً.

المبحث الثالث

ترتيب الأوصياء

أولاً: إذا أوصى الأب في حياته لأحد، فقد اختلف الفقهاء في حكم الوصاية إليه على قولين:

1. تثبت الوصاية المالية للوصي المختار، سواءً كان قريباً للأب أو غير قريب، ولا يزاحمه

غيره على الوصاية ولو كان الغير جداً. وهو مذهب الجمهور من الحنفية¹ والمالكية² والحنابلة³.

واستدلوا بأن ولاية الأب تنتقل إلى وصيه بالإيضاء، فكانت ولاية الأب قائمة معنىً، فيقدم

وصي الأب على الجد كالأب نفسه. ولأن اختيار الأب وصياً مع علمه بوجود الجد يدل على أن

تصرفه أنظر لأولاده من تصرف الجد⁴. وهو مذهب القانون؛ فقد جاء في المادة 974 من مجلة

الأحكام العدلية: "ولي الصغير في هذا الباب⁵: أولاً: أبوه، ثانياً: الوصي المختار إذا مات أبوه، أي

الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حياته، ثالثاً: الوصي الذي نصبه الوصي المختار حال حياته

¹ المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت593هـ)، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، القاهرة، مكتبة ومطبعة محمد علي صباح، ص265. والبلخي، نظام الدين (ت1118هـ) وآخرون، الفتاوى الهندية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000م، ج6، ص167.

² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص452.

³ البهوتي، كشاف القناع، ص1677.

⁴ الموصلي، عبد الله بن محمود (ت683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، (تحقيق: عبد الطيف عبد الرحمن)، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005م ج5، ص76.

⁵ الباب الأول، (في المسائل المتعلقة بالحجر)، الفصل الثاني (في المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعته).
والمعته).

إذا مات، رابعًا: جده الصحيح...¹. وفي المادة 434 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب ولاية الأب: "إذا مات الأب فالولاية من بعده على نفس أولاده للجد، وعند فقده للأولياء المذكورين في مادة (35)². والولاية في مالهم من بعده للوصي الذي اختاره وإن لم يكن قريبًا له، ثم إلى وصي وصيه"³.

2. لا تثبت الوصاية للوصي المختار بوجود الجد لأب، فهو أولى من غيره بالوصاية، واستدلوا بأن الشرع أقام الجد مقام الأب عند عدمه، حتى أحرز ميراثه⁴، وأن القرآن الكريم سمى الجد أبا كما في قول الله ﷻ على لسان يوسف ﷻ: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي ابْرِهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾⁵. وهو مذهب الشافعية⁶.

ويترجح لدي مذهب الجمهور، فإن وصي الأب مقدّم على الجد، لأن اختيار الأب وصيًا مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لأولاده من تصرف الجد.

¹ حيدر، علي (ت1353هـ)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (تحقيق: فهمي الحسيني)، ط1، دار الجيل، 1991م، ج2، ص694-695.

² المادة 35 من قانون قرار حقوق العائلة العثماني: "الولي في النكاح: العصبية بنفسه على ترتيب الإرث والحجب، فيُقدّم الابن ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم ولاة العتاقة. فولي المجنونة في النكاح ابنها وإن سفل، دون أبيها عند الاجتماع". انظر: ناطور، المرعي، ص253.

³ ناطور، المرعي، ص342.

⁴ الزيلعي، تبیین الحقائق، ج6، ص213. وبيان ذلك أن الجد كالأب في الميراث، إلا في ثلاث حالات: الأولى: الأب يُسقط الإخوة والأخوات، أما الجد فيقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب. الثانية: الأب يُسقط أمه في الميراث، أما الجد فلا يُسقطها. الثالثة: الأب مع وجود الزوج أو الزوجة يرث الأم من الثلث إلى ثلث الباقي، أما الجد فلا يردها. انظر: الشريبي، مغني المحتاج، ج4، ص25.

⁵ سورة يوسف، الآية 38.

⁶ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص100.

ثانيًا: إذا مات الأب ولم يوص لأحد، فقد اختلف الفقهاء فيمن تنتقل إليه الوصاية على ثلاثة

أقوال:

1. الحنفية: تنتقل الوصاية عند الحنفية للجد، ثم لوصيه، ثم لوصي وصيه، ثم للحاكم¹.

وهو مذهب القانون؛ فقد جاء في المادة 974 من مجلة الأحكام العدلية: "ولي الصغير في

هذا الباب²: أولاً: أبوه، ثانيًا: الوصي المختار إذا مات أبوه، أي الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه

في حياته، ثالثًا: الوصي الذي نصبه الوصي المختار حال حياته إذا مات، رابعًا: جده الصحيح،

أي أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب، خامسًا: الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته،

سادسًا: الوصي الذي نصبه هذا الوصي، سابعًا: الحاكم أو الوصي الذي نصبه الحاكم"³.

وجاء في المادة 434 في كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذافي باشا، باب ولاية الأب: "فإن

مات الأب ولم يوص، فالولاية في مال الصغار والكبار الملحقين بهم إلى الجد الصحيح، ثم

لوصيه، ثم لوصي وصيه، فإن لم يكن الجد، ولا وصيه، فالولاية للقاضي العام"⁴.

2. المالكية والحنابلة: تنتقل الوصاية عند المالكية والحنابلة للحاكم⁵.

¹ المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، ج4، ص261. ونظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص167.

² الباب الأول، (في المسائل المتعلقة بالحجر)، الفصل الثاني (في المسائل التي تتعلق بالصغير والمجنون والمعته).
³ حيدر، درر الحكام، ج2، ص694-695.

⁴ ناطور، المرعي، ص342.

⁵ الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص452. المرادوي، الإنصاف، ج5، ص240.

3. الشافعية¹: تنتقل الوصاية عند الشافعية للجد لقيامه مقام الأب، ثم لوصي الجد لقيامه مقامه، ثم للحاكم، لقول الرسول ﷺ: "فالسُلطان ولي من لا ولي له"². وفي الصحيح: تلي الأم بعد الأب والجد، وتقدم على وصيهما، لكمال شفقتها³.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص339. الشرييني، معني المحتاج، ج3، ص100.
² رواه الترمذي في سننه برقم 1102، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج3، ص407، وحسنه. والحاكم في المستدرک، برقم 2706، ج2، ص168، وصححه على شرط الشيخين.
³ الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص375.

المبحث الرابع

قبول الوصاية والرجوع عنها

أولاً: قبول الوصاية:

اتفق الفقهاء على اشتراط قبول الموصى إليه الوصاية. ولكنهم اختلفوا في وقت القبول على

قولين:

1. ذهب الجمهور وهم الحنفية¹، والمالكية²، والشافعية في قول³، إلى اشتراط القبول في حياة الموصى، لأن الوصاية عقد تصرف فأشبهه الوكالة. وزاد الحنفية اشتراط علم الموصى بالقبول أو الرد، فلو قبل الوصاية، ثم ردها في غيبته فإنها لا ترتد، بل تلزمه، لأن الموصى مات معتمداً عليه، فلو ردها في غيبته فقد غره، أما إذا رد الموصى إليه الوصاية في حضور الموصى فإنها ترتد، إذ ليس للموصى ولاية إلزام على الموصى إليه. فإن سكت ولم يقبل أو يرد، ثم مات الموصى، فالموصى إليه بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء رد، لأنه ليس للموصى عليه ولاية إلزام على الموصى إليه فيبقى مخيراً⁴.

¹ الكليبولي، عبد الرحمن بن محمد (ت1078هـ)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، (تحقيق: خليل المنصور)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م، ج4، ص454.

² الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص446.

³ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص101.

⁴ الكليبولي، مجمع الأنهر، ج4، ص454. والفرق بين الموصى له والموصى إليه في عدم جواز الرد في غيبة الموصى، أن الموصى له حين يرد الوصية (وهي التبرع) فإنما يرد شيئاً نفعه لنفسه، بخلاف الموصى إليه (الوصي) فإنه يرد شيئاً نفعه للموصى وللموصى به (الصغير).

2. وذهب الشافعية في قول، إلى اشتراط القبول بعد موت الموصي، وعدم صحته في حياة الموصي؛ لأن وقت التصرف لم يدخل قبل الموت، كالوصية بالمال، فلو رد في حياته ثم قبل بعد موته لزم¹.

3. يصح القبول في حياة الموصي وبعد موته، لأنها من أنواع الوصية. وهو مذهب الحنابلة².
ويترجح لدي قول الجمهور، في أن وقت القبول يكون في حياة الموصي، لأن الوصاية فيها معنى الوكالة، فاشترط علم الموصي لأنه معتمد عليه، وإن لم يعلم الموصي بقبول الوصي فلا فائدة من إيصائه لشخص ليس متأكدًا من قبوله.

ثانيًا: الرجوع عن الوصاية:

1. ذهب الحنفية³ والمالكية⁴ إلى أن الوصي لا يملك الرجوع عن الوصاية بعد موت الموصي؛ لأن رجوعه عن الوصاية بعد ثبوتها فيه ضرر وتغزير بالموصي والموصى عليه. فلو ردها في حياة الموصي وبعلمه فيصح إذ لا ضرر ولا تغزير.

2. وذهب الشافعية⁵ والحنابلة⁶ إلى أن للوصي الرجوع عن الوصاية متى شاء؛ لأن الوصاية تصرف بالإذن، فجاز الرجوع عنها كالوكالة.

¹ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص101-102.

² الحراني، عبد السلام بن عبد الله (ت652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، الرياض، مكتبة المعارف، 1984م، ج1، ص392.

³ ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص521.

⁴ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص456.

⁵ النووي، المجموع، ج15، ص516.

⁶ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج4، ص523.

ويترجح لدي مذهب الحنفية والمالكية، فإن في رجوع الوصي عن الوصاية بعد ثبوتها فيه ضررٌ بالموصى عليهم، وتغريزٌ بالموصي بعد قبول الوصي الوصاية.

وذهب القانون مذهب الحنفية في قبول الوصاية والرجوع عنها، فقد جاء في المادة 435 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الوصي: "من أوصي إليه فقبل الوصاية في حياة الموصي لزمته، وليس له الخروج عنها بعد موت الموصي، ما لم يكن جعله وصياً على أن يُخرج نفسه منها متى شاء"¹. وجاء في المادة 437 من نفس الباب: "من أوصي إليه فلم يقبل الوصاية في حياة الموصي بل ردها بعلمه ثم قبل بعد موته، لا يصح قبوله". وفي المادة 438 من نفس الباب: "من أوصي إليه فسكت ولم يصرح بالقبول وعدمه، فمات الموصي، فله الخيار إن شاء رد الوصاية وإن شاء قبلها"².

¹ ناطور، المرعي، ص 342.

² ناطور، المرعي، ص 342.

المبحث الخامس

شروط الوصي

1. التكليف: البلوغ والعقل، لأن غير المكلف مفتقر إلى ولاية غيره¹.
2. الإسلام. لأن الوصاية فيها معنى الولاية، والكافر متهم في دينه، للمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم، ولا ولاية له على مسلم، لقول الله ﷻ: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَيًّا﴾²، وقول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بَطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْمُرُونَكُمْ خَبْرًا وَلَا وُدًّا مَا عَنِتُّمْ قَد بَدَتْ أَلْبَعُضَهُ مِّنْ أَفْوَاهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ﴾³. لكن وصاية الذمي إلى الذمي صحيحة بشرط أن يكون عدلاً في تصرفاته، ممثلاً لما يعتقدونه واجباً، منتهياً عما يحرمونه، مراعيًا للمروءة. ولأنه يجوز أن يكون ولياً له فجاز أن يكون وصياً⁴. وفي الصحيح عند الشافعية لا تجوز؛ قياساً على عدم قبول شهادته للكافر والمسلم⁵.

¹ السمرقندي، محمد بن أحمد (ت539هـ)، تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، 1984م، ج3، ص221. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص452. والنووي، المجموع، ج15، ص508. وعبد الرحمن بن إبراهيم (ت624هـ)، العدة شرح العدة، (تحقيق: صلاح عويضة)، ط2، دار الكتب العلمية، 2005م، ج1، ص278.

² سورة النساء، الآية 141.

³ سورة آل عمران، الآية 118.

⁴ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص221. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص452. والنووي، المجموع، ج15، ص508. والشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص97. والمقدسي، العدة، ج1، ص278.

⁵ النووي، المجموع، ج15، ص508.

3. الحرية. وهي شرط عند الجمهور خلافاً للمالكية¹.

4. العدالة ولو ظاهرة. لأن الوصاية ولاية وانتمان، ولا أمانة لفاسق².

وقال الحنفية: لو أوصى إلى صبي، وعبد غيره، وكافر، وفاسق، بدّلهم القاضي بغيرهم، ولفظ "بدّل" يفيد صحة الوصاية، وقال محمد رحمه الله: الأصل أن الوصاية باطلة³.

5. الهداية إلى التصرف في مال الموصي، فلا تصح الوصاية إلى من ليست لديه خبرة بشؤون التصرف المالي لسفه أو هرم أو مرض أو غفلة أو عدم خبرة. وعبر عنها بعض الفقهاء بالكفاءة⁴.

وأجاز الجمهور من الحنفية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷ الوصاية لضعيف غير قادر على القيام بشؤون الوصاية، فلا يعزله القاضي، بل يضم إليه من يعينه.

¹ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص221. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص452. والنووي، المجموع، ج15، ص508. والبهوتي، كشف القناع، ص1677.

² المرغيناني، الهداية، ج4، ص258. والدردير، الشرح الكبير، ج4، ص452. والشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص97. والمقدسي، العدة، ج1، ص278.

³ المرغيناني، الهداية، ج4، ص258. وابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص701.

⁴ المرغيناني، الهداية، ج4، ص258. والدردير، الشرح الكبير، ج4، ص452. والشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص97. والبهوتي، كشف القناع، ص1677.

⁵ المرغيناني، الهداية، ج4، ص259.

⁶ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص98.

⁷ ابن قدامة، المغني، ج6، ص607.

ولا تشترط الذكورة، لأن المرأة من أهل الشهادة، فجازت الوصاية إليها¹، ولأن سيدنا عمر رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة رضي الله عنها². والأم أولى من غيرها لأنها أشفق على أولادها³.

واختلف الفقهاء في اشتراط البصر؛ فذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والأصح عند الشافعية، والحنابلة إلى عدم اشتراطه، لأن الأعمى من أهل الشهادة، ولأنه متمكن من التوكيل لغيره فيما لا يتمكن من مباشرته بنفسه⁴.

وذهب بعض الشافعية في الصحيح إلى اشتراط البصر، لأن الوصاية تفتقر إلى عقود لا تصح من الأعمى، وفضل نظر لا يُدرك إلا بالعين⁵.

وفي القانون: لا يُشترط في الوصي البصر، ويُشترط فيه ستة شروط: الإسلام، والحرية، والبلوغ، والعقل، والأمانة وحسن التصرف. فإن لم يتحقق أحد هذه الشروط عزل القاضي⁶.

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص167. والدردير، الشرح الكبير، ج4، ص452. الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص98. والمقدسي، العدة، ج1، ص278.

² هذا ما أوصى به عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إن حدثت به حدثت أن تمغاً، وصيرمة بن الأكوع، والعيد الذي فيه، والمائة سهم التي بخبير، ورقيقه الذي فيه، والمائة التي أطعمه محمد رضي الله عنه بالوادي، تليه حفصة ما عاشت... رواه أبو داود برقم 2881، ج3، ص76، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف. وقال ابن الملقن: هذا الأثر صحيح. انظر: ابن الملقن، عمر بن علي (ت804هـ)، البدر المنير في تخریج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، (تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال)، ط1، الرياض، دار الهجرة، 2004م، ج7، ص292.

³ الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص98. والبهوتي، كشاف القناع، ص1678.

⁴ البلخي، الفتاوى الهندية، ج6، ص167. والدردير، الشرح الكبير، ج4، ص452. والشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص89. وابن قدامة، المغني، ج6، ص601.

⁵ النووي، المجموع، ج15، ص508. والشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص98.

⁶ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1094-1099.

جاء في المادة 443 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الوصي: "يكون الوصي مسلمًا، حرًا، عاقلًا، بالغًا، أمينًا، حسن التصرف، فإذا أوصى الميت لغير ذلك فالقاضي يعزله ويستبدله"¹.

أما العاجز الذي لا يمكنه القيام بجميع شؤون التركة وحده، فلا يعزله القاضي، بل يضم إليه غيره².

جاء في المادة 445 من نفس الكتاب، باب الوصي: "إذا كان الوصي الذي اختاره الميت عدلاً قادرًا على القيام بالوصاية فليس للقاضي عزله، وإن كان عاجزًا عن القيام بها حقيقة، يضم إليه غيره"³.

ولا تُشترط الذكورة، فقد جاء في المادة 441 من نفس الكتاب، باب الوصي: "تجوز الوصاية إلى الزوجة والأم وغيرهما من النساء، وإلى أحد الورثة أو غيرهم، ويجوز جعل الأم أو غيرها مشرفة -أي ناظرة- على أولاده مع وجود الوصي"⁴.

¹ ناطور، المرعي، ص343.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1101.

³ ناطور، المرعي، ص343.

⁴ ناطور، المرعي، ص343.

المبحث السادس

واجبات الوصي

1. **حفظ أصول المال وتثمين فروعه**، ويكون ذلك بتعهد ماله من أن تمتد إليه أيدي المعتدين، وحفظه من التلف والهلاك، وعدم الإسراف في النفقة¹. وأما تتميته فباستغلال العقار والعناية به، وهي واجبة عند الشافعية²، أما الجمهور من الحنفية³ والمالكية⁴ والحنابلة⁵ فقد أجازوا للوصي تنمية أموال اليتيم ولم يقولوا بوجوبها.

ويترجح لدي مذهب الجمهور إذ لا دليل يقوى على إلزام الوصي بتتميته، وإنما غاية الأمر الاستحباب.

2. **الإنفاق على اليتيم وعلى من تجب نفقته في ماله**، كما هو مبين في مبحث النفقة الواجبة في مال الصغير، ويكون ذلك بالمعروف، دون إسراف أو تقتير⁶. وسئل شريح¹ عن النفقة على اليتامى؛ فقال: "أسبغ عليهم، فإن أكلوا فهم أحق به، وإن عاشوا فسيرزقهم الله"².

¹ الزيلعي، تبیین الحقائق، ج6، ص 213. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص875. والبهوتي، كشف القناع، ص1678.

² الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص875.

³ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص712.

⁴ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. وعليش، منح الجليل، ج9، ص588.

⁵ البهوتي، كشف القناع، ص1678.

⁶ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص181. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص875. والبهوتي، كشف القناع، ص1678.

3. إخراج ما تعلق بماله من الحقوق، وهي نوعان:

أ. حقوق الله ﷻ: وهي الزكوات، أما زكاة الفطر فواجبة عند الحنابلة³ والشافعية⁴ وجائزة عند الحنفية⁵ والمالكية⁶ إذا كان اليتيم موسراً. وأما زكاة الأموال فواجب على الوصي إخراجها عند المالكية والشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية⁷. وقال المالكية: إذا كان بالبلد حنفية فإخراج الزكاة يكون بعد أن يُرفع الأمر إلى الحاكم⁸.

ب. حقوق العباد، وهي نوعان:

1. حق واجب بالاختيار، وهي الديون، فيجب على الوصي إخراجها من مال اليتيم إذا ثبتت وطالب بها أصحابها⁹. وأجاز المالكية تأخير قضاء الديون إذا اقتضت مصلحة الصغار ذلك¹⁰.

¹ هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، من كبار التابعين، أسلم في حياة النبي ﷺ ولم يره، كان قاضياً لعمرو عثمان وعلي ومعاوية ؓ سنتين سنة إلى أيام الحجاج، فاستعفى قبل موته بسنة، مات بالكوفة سنة 78هـ، وقد جاوز المائة وثمانين سنين. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص106.

² وكيع، محمد بن خلف بن حيان (ت306هـ)، أخبار القضاة، (تحقيق: عبد العزيز المراغي)، ط1، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، 1947م، ج2، ص273.

³ البهوتي، كشف القناع، ص892.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص880.

⁵ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص180.

⁶ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194.

⁷ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص157. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص880. والبهوتي، كشف القناع، ص806-807.

⁸ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص193.

⁹ الزيلعي، تبیین الحقائق، ج6، ص209. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص881-880. والمرداوي، الإنصاف، ج7، ص223.

¹⁰ عليش، منح الجليل، ج8، ص568.

2. حق واجب بدون اختيار، وهي أروش الجنایات. أما الجنایة على المال فعلى الوصي إخراجُ غُزْمِها من مال الیتیم¹. وأما الجنایة على النفس، فتجب فيها الكفارة المالية، وعلى الوصي إخراجها من مال الیتیم عند الجمهور، وهم: المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ خلافاً للحنفية الذين قالوا بعدم وجوب الكفارة على الصبي القاتل⁵.

واجبات الوصي في القانون:

1. النفقة على الیتیم:

جاء في المادة 466 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "ينبغي للوصي ألا يُفْتَر ولا يسرف في النفقة على الیتیم، بل يوسع عليه فيها بحسب ماله وحاله لتكون بين ذلك قواماً، وله أن يزيد في النفقة المفروضة إن كانت غير كافية"⁶.

والصغير لا يخلو من حالاتٍ ثلاث:

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص881. والسرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص333، والبخاري، كشف الأسرار، ج4، ص339.

² عليش، منح الجليل، ج9، ص152.

³ الشافعي، محمد بن إدريس (ت204هـ)، الأم، بيروت، دار المعرفة، 1393هـ، ج7، ص133. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص881.

⁴ البهوتي، كشاف القناع، ص2970-2971. والبهوتي، منصور بن يونس (ت1051هـ)، شرح منتهى الإيرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، (تحقيق: عبد الله التركي)، ط1، مؤسسة الرسالة، 2000م، ج6، ص153.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص301.

⁶ ناطور، المرعي، ص349.

1. أن يكون له مال حاضر عند الوصي، فينفق عليه الوصي من هذا المال مراعيًا حاله وماله وفقًا للمادة السابقة¹.

2. أن يكون له مال غائب. فإن اشترى الوصي لليتيم شيئًا من مال نفسه، فإن كان ضروريًا كالطعام والكسوة فله الرجوع عليه بثمنه عند بعض الحنفية، وقال بعضهم: ليس له الرجوع لأنه يكون متطوعًا في الإنفاق استحسانًا، إلا إذا أشهد أن ذلك كان قرضًا فله الرجوع. وإن كان الذي اشتراه له ليس ضروريًا كبيت أو فرس فله الرجوع عليه فيه أشهد أو لم يُشهد².

3. أن لا يكون له مال أصلًا. فإن كان الوصي ممن تجب عليه نفقة الصغير كعمه أو خاله، فإن اشترى له شيئًا ضروريًا كالطعام والكسوة فلا يرجع عليه إذا صار الصغير ذا مال؛ لأنه واجب عليه، فإن كان الذي اشتراه له ليس ضروريًا فله الرجوع عليه. فإن لم تكن النفقة واجبة على الوصي ففيه الخلاف المذكور في الحالة الثانية³.

ويترجح لدي عدم الرجوع في الضروري كالطعام والشراب، إذ لا يُتصور أن يحصي الوصي العدلُ ثمنَ ما يأكله اليتيم ويشربه ثم يعود عليه بثمنه. أما ما يشتريه الوصي مما لا يحتاجه الوصي وهو في كنف الوصي، كالبيت والمركب، فلا يستقيم أيضًا أن يرجع الوصي بثمنه على اليتيم، فإن رآه الولي ضروريًا واشتراه من مال نفسه فهو هبة ليس له المطالبة بثمنها بعد ذلك.

جاء في المادة 467 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب الوصي: "إذا احتاج

اليتيم النفقة وله مال غائب أو لا مال له، ولم يكن الوصي ممن تجب نفقة الصغير عليه في صورة

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1147-1148.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1148.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1148.

كونه لا مال له أصلاً، وأنفق عليه الوصي من مال نفسه في لوازمه الضرورية، فليس له الرجوع عليه إلا إذا أشهد أنه أنفق ليرجع"¹.

2. إخراج ما تعلق بمال اليتيم من حقوق:

أما قضاء الديون، فلا يكون إلا بعد ثبوت البينة وقضاء القاضي به أو تصديق الورثة، فإذا قضى ديناً لم يثبت ببينة ضمن؛ فقد جاء في المادة 468 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "إذا قضى الوصي ديناً على الميت بلا بينة من الغريم وقضاء القاضي ولا تصديق من الورثة فعليه الضمان"².

ومن الحقوق المالية المتعلقة بمال اليتيم: النفقة الواجبة على أقاربه الفقراء، فيجب على الوصي إخراجها من مال اليتيم.

أما ضمان أفعاله؛ فإذا أئلف اليتيم مال غيره، أو أئلف عضواً من أعضائه أخذ البذل أو الأرش من ماله، والذي يُطالب بدفعه هو المتصرف فيه، أي وصيه"³.

جاء في المادة 487 من كتاب الأحكام الشرعية، باب الحجر: "الصبي مؤاخذاً بأفعاله، فإذا جنى جناية ماليةً أو نفسية، أدى ضمانها من ماله بلا تأخير إلى البلوغ"⁴.

¹ ناطور، المرعي، ص 349.

² ناطور، المرعي، ص 349.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج 3، ص 1178.

⁴ ناطور، المرعي، ص 352.

المبحث السابع

سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم

اتفق الفقهاء على أن تصرف الوصي في مال اليتيم منوطاً بمصلحته، فلا يجوز للوصي أن يتصرف تصرفاً يضر بمال اليتيم أو يزيل ملكه عنه، كالهبة والوصية والقرض والرهن، وإسقاط الدين¹.

وهو مذهب القانون؛ فقد جاء في درر الحكام: "والحاصل، يجب أن يكون تصرف السلطان، والقاضي، والوالي، والوصي، والمتولي، والولي مقرونًا بالمصلحة، وإلا فهو غير صحيح ولا جائز"². وجاء في المادة 460 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "لا يجوز للوصي قضاء دينه من مال اليتيم، ولا إقراضه ولا اقتراضه لنفسه، ولا رهن ماله عند اليتيم، ولا ارتهان مال اليتيم ولا رهنه من أجنبي بدين على اليتيم أو على الميت أو على نفسه، وأخذ رهن وكفيل بالدين المطلوب لليتيم وللميت"³.

أما التصرفات التي تحتل النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة فقد اختلف الفقهاء في حكمها على النحو التالي:

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص585-586. والخرخشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي،

الحاوي الكبير، ج8، ص875. والشيرازي، المهذب، ج2، ص126. والمرداوي، الإنصاف، ج5، ص241.

² حيدر، درر الحكام، ج1، ص52.

³ ناطور، المرعي، ص348.

أولاً: البيع والشراء: والوصي إما أن يبيع أو يشتري مال اليتيم لنفسه، أو لأجنبي.

• بيع الوصي مال اليتيم لنفسه:

1. المال المنقول: اختلف الفقهاء في جواز ذلك على أربعة أقوال:

الأول: لا يجوز، لأن الوصي متهم فيه، وهو مذهب الصاحبين من الحنفية¹، والشافعية²

والحنابلة³.

الثاني: لا يجوز، إلا أن يكون شيئاً زهيداً⁴، وهو مذهب المالكية⁵.

الثالث: يجوز، إذا كان الوصي جذاً لكمال شفقته، وهو مذهب الشافعية⁶.

الرابع: يجوز، إذا كان وصي الأب، بشرط أن تتوفر المنفعة الظاهرة لليتيم، وهي قدر النصف

زيادة أو نقصاً. أما وصي القاضي فلا يجوز مطلقاً، لأنه وكيل القاضي، وهو مذهب أبي حنيفة⁷.

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179.

² الشيرازي، المهذب، ج2، ص129.

³ المقدسي، العدة، ج1، ص280.

⁴ وعبر المالكية عن الزهيد بما قيمته ثلاثة دنانير أو أقل. انظر: عليش، منح الجليل، ج9، ص589.

⁵ المواق، محمد بن يوسف (ت897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م، ج8،

ص573. وعليش، منح الجليل، ج9، ص589.

⁶ الشيرازي، المهذب، ج2، ص129.

⁷ تكلم المشايخ في تفسير المنفعة الظاهرة على قول أبي حنيفة رحمه الله: قال بعضهم: أن يبيع من الصبي من

مال نفسه ما يساوي ألف درهم بثمانمائة، ويبيع مال الصبي من نفسه ما يساوي ثمانمائة بألف. وقال بعضهم: أن

يبيع من مال نفسه ما يساوي ألفاً بخمسمائة، ويبيع من مال الصبي من نفسه ما يساوي خمسمائة بألف، أي أن

تكون المصلحة ظاهرة للصبي. انظر: نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179.

2. العقار: اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: لا يجوز مطلقاً. وهو مذهب الجمهور؛ الحنفية¹ والمالكية² والحنابلة³.

الثاني: يجوز، إذا كان الوصي جذاً لكمال شفقتة. وهو مذهب الشافعية⁴.

• بيع الوصي مال اليتيم لأجنبي:

1. المال المنقول: اتفق الفقهاء الأربعة على جواز بيع الوصي مال اليتيم المنقول لأجنبي⁵،

واشترط الحنفية أن يكون المبيع بما يتغابن الناس فيه عادة، وهو الغبن اليسير الذي لا

يدخل تحت تقويم المقومين⁶. واشترط المالكية والحنابلة أن تكون المصلحة للصغير في

بيعه، فإن كانت المصلحة في إبقائه فلا يجوز⁷.

2. العقار: اتفق الفقهاء الأربعة على جواز بيع الوصي عقار اليتيم لأجنبي⁸، واشترط كل

منهم شروطاً لجواز البيع:

أ. عند الحنفية: يجوز بثلاثة شروط:

¹ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص708-709. ونظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179.

² المواق، التاج والإكليل، ج9، ص588.

³ المقدسي، العدة، ج1، ص280.

⁴ الشيرازي، المهذب، ج2، ص129.

⁵ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص708-709. ونظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179. والشيرازي، المهذب،

ج2، ص127. والمواق، التاج والإكليل، ج8، ص557. والمقدسي، العدة، ج1، ص279.

⁶ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص708-709. ونظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179.

⁷ المواق، التاج والإكليل، ج8، ص557. والمقدسي، العدة، ج1، ص279.

⁸ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص708-709. ونظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179. وعليش، منح

الجليل، ج9، ص583. والشافعي، الأم، ج7، ص134. وابن قدامة، المغني، ج4، ص317.

الأول: أن يكون الوصي معينًا من قبل الأب أو الجد أو القاضي لكمال شفقتهم وحرصهم على مصلحة اليتيم، فإن كان معينًا من قبل الأخ أو الأم فلا يجوز.

الثاني: أن يكون البيع بضعف القيمة.

الثالث: أن تكون الغاية من البيع واحدة من هذه الأسباب: إما نفقة الصغير، أو أداء دين عن الميت، أو إخراج وصية الميت التي لا سبيل لإنفاذها إلا ببيع العقار، أو خوف هلاك العقار، أو أن غلات العقار لا تكفي تكاليفه، أو كونه في يد متغلب. وإن كان العقار في يد متغلب فيجوز للوصي بيعه خوف أن يسترده المتغلب وإن لم تكن للصغير حاجة إلى ثمنه¹.

ب. عند المالكية: شرط واحد: أن يكون البيع ببيان السبب؛ كأن تزيد مصاريف العقار على غلاته، أو ليس له ما ينفقه على اليتيم².

ج. عند الشافعية: يجوز بشرطين:

الأول: أن يكون البيع فيه حظ لليتيم.

الثاني: أن يحتاج إليه في النفقة على اليتيم³.

د. عند الحنابلة: يجوز بشرط أن يكون لليتيم حظًا في ذلك، جاء في المغني: "وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظرًا لهم، ولا يختص بما ذكروه⁴، وقد يرى الولي الحظ في غير هذا مثل غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره، وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام

¹ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص708-709. ونظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص179.

² عليش، منح الجليل، ج9، ص583.

³ الشافعي، الأم، ج7، ص134.

⁴ يقصد ما ذكره الشافعية وغيرهم من اشتراط حالات معينة لجواز بيع العقار.

بالمقام أو يرى شيئاً في شرائه، فيبيعه ويشترى له بثمنها داراً يصلح له المقام بها، وأشباه هذا ما لا ينحصر، وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره، وإن دفع فيه مثلي ثمنه إما لحاجته إليه وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه¹.

رأي القانون في سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم بيعاً وشراءً:

ذهب القانون مذهب الحنفية في سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم؛ ففرق بين أن تكون التركة خالية عن الدين أو مشغولة به وبالوصايا، وبين أن يكون الورثة كلهم كباراً أو كلهم صغاراً، أو بعضهم كبيراً وبعضهم صغيراً. والمراد في البحث ليس تصرف الوصي في مطلق التركة، وإنما تصرفه في مال الأيتام، لهذا سأذكر تصرف الوصي في التركة باعتبار أصحاب التركة كلهم صغاراً، أما نصيب الكبار فلا تصرف للوصي فيه. لهذا أذكر تصرف الوصي في التركة حال كون الورثة كلهم صغاراً على النحو التالي:

1. أن يبيع الوصي أو يشتري من مال اليتيم لأجنبي:

أ. أن يكون الشيء المراد بيعه منقولاً:

يجوز للوصي بيع المنقول بمثل القيمة أو بغبن يسير، مع مراعاة المصلحة للصغار، سواء كانت لهم حاجة لثمنه أم لا؛ لأن حفظ ثمنه أيسر وأبقى؛ إذ المنقول يتسارع إليه الفساد غالباً بخلاف النقود، فتكون المصلحة في بيعه. وأما إن كان البيع والشراء بغبن فاحش، فلا يصح².

ب. أن يكون عقاراً:

¹ ابن قدامة، المغني، ج4، ص317.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1121.

لا يجوز بيع العقار إلا أن يكون هناك مسوغ للبيع، فإن لم يكن فلا يجوز أصلاً، لأن العقار محظوظ بنفسه. والمسوغ ينحصر في منفعة الصغير أو اضطرار الوصي لبيعه، وذلك في سبعة حالات ذكرتها المادة الآتية ذكرها، فإن باع الوصي دون وجود أحد هذه المسوغات فالبيع باطل، ولا تلحقه إجازة اليتيم بعد بلوغه، لأن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بل الموقوف¹.

جاء في المادة 450 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "إذا كانت التركة خالية عن الدين والوصية، والورثة كلهم صغار، يجوز للوصي أن يتصرف في كل المنقولات ببيعها، ولو ببسير الغبن، وإن لم يكن للأيتام حاجة لثمنها. وليس له أن يبيع عقار الصغير إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية الآتية، وهي:

1. أن يكون في بيعه خير لليتيم بأن يبيعه لرغبة فيه بضعف قيمته.
2. أو أن يكون على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمنه، فيباع منه بقدر الدين.
3. أو يكون في التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها، ولا نقود لنفاذها منها، فيباع من العقار بقدر ما ينفذ الوصية.
4. أو يكون اليتيم محتاجاً إلى ثمنه لنفقةٍ عليه، فيباع ولو بمثل القيمة أو ببسير الغبن
5. أو تكون مؤنته وخرجه تزيد على غلاته.
6. أو يكون العقار داراً، أو حانوتاً آيلاً إلى الخراب، فيباع خوفاً من أن ينقض.
7. أو يخاف عليه من تسلط جائر ذي شوكة عليه.

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1121-1123.

فإن باع الوصي عقار الصغير بدون مسوِّغٍ من هذه المسوغات، فالبيع باطل، ولا تلحقه الإجازة بعد بلوغ اليتيم. والشجر، والنخيل، والبناء دون العرصة معدودة من المنقولات لا من العقارات، فللوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة¹.

ويقول الإيباني في شرح المادة: "وحيث إن العقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من محل إلى آخر والمنقول بخلافه، فحينئذٍ يكون الشجر والنخيل والبناء دون الأرض القائم عليها من المنقولات، فيجوز للوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة. والذي يظهر أن هذا ليس على إطلاقه؛ إذ كيف يسوغ للوصي إذا كان للصغير بيتٌ يستغله وبنائه متين أن يبيع البناء ويترك الأرض بدونه أو يبنيتها من مال الصغير بعد هدم المشتري البناء وأخذه أنقاضه. أو كيف يسوغ له بيع أشجار مثمرة ذات إيراد. والمعقول أن البيع في مثل هذه الأحوال لا يجوز؛ لأن ولاية الوصي نظرية، ولا نظر في مثلها، فلا بد من مراعاة الظروف والأحوال"².

2. أن يبيع الوصي أو يشتري من مال اليتيم لنفسه:

أ. الوصي المختار: يجوز للوصي المختار أن يبيع ويشتري من مال اليتيم لنفسه بشرط أن تكون الخيرية لليتيم، وهي في العقار التضعيف، فيشتري من اليتيم ما يساوي خمسين بمائة، ويبيعه ما يساوي مائة بخمسين. وإن كان منقولاً فالخيرية في زيادة الثلث، فيشتري منه ما يساوي عشرة بخمسة عشر، ويبيعه ما يساوي خمسة عشر بعشرة³.

¹ ناطور، المرعي، ص345.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1123.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1135.

ب. وصي القاضي: لا يجوز لوصي القاضي أن يبيع ويشترى من مال اليتيم شيئاً ولو

بالخيرية، لأنه وكيل القاضي، وفعله كفعله، والقاضي لا يقضي لنفسه¹.

جاء في المادة 459 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، باب الوصي: "يجوز

لوصي الأب أن يبيع مال نفسه لليتيم، وأن يشتري لنفسه مال اليتيم إن كان فيه خير. والخيرية في

العقار في الشراء: التضعيف، وفي البيع: التنصيف. وفي غير العقار أن يبيع ما يساوي خمسة

عشر بعشرة من الصغير، ويشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير. ولا يجوز

لوصي القاضي أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم مطلقاً².

ثانياً: إجارة مال اليتيم:

اتفق الفقهاء على جواز إجارة الوصي مال اليتيم إذا تحققت مصلحة اليتيم، بأن لا يؤجر

بأقل من أجر المثل، وبما لا يتغابن الناس فيه³.

واشترط المالكية⁴ وجمهور الشافعية⁵ والحنابلة⁶ أن تنتهي الإجارة قبل بلوغ اليتيم، فإذا أجر

الوصي مال اليتيم، وبلغ اليتيم انفسخت الإجارة، وقال الحنابلة: إن لم يعلم الوصي ببلوغ الصبي

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1135.

² ناطور، المرعي، ص348.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص586. والمواق، التاج والإكليل، ج7، ص565. وعليش، منح الجليل، ج7،

ص524. والنووي، يحيى بن شرف (ت676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي،

1405هـ، ج5، ص250. والبهوتي، كشف القناع، ص1794.

⁴ المواق، التاج والإكليل، ج7، ص565. وعليش، منح الجليل، ج7، ص524.

⁵ النووي، روضة الطالبين، ج5، ص250.

⁶ البهوتي، كشف القناع، ص1794.

في هذه المدة لم تنفسخ الإجارة¹. وعند الحنفية والشافعية في قول² إذا استمرت الإجارة وبلغ اليتيم فلا خيار له في إبطال الإجارة³.

ويترجح لي أن الإجارة تنتهي ببلوغ اليتيم، إلا إذا أمضاها هو بعد بلوغه، لأنه أصبح حر التصرف في ماله، وله أن يمضيها أو يفسخها.

ثالثاً: جعل الوصي وانتفاعه بمال اليتيم:

اتفق الفقهاء على جواز أخذ الوصي الأجرة من مال اليتيم، والأكل من ماله وركوب دابته بقدر الحاجة، فإن كان غنياً ولا حاجة له فيه فلا يجوز⁴، واستدلوا بقول الله عز وجل: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵، وبما روي أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال: إني فقير ليس لي شيء، ولي يتييم، فقال له رسول الله ﷺ: "كُلْ مِنْ مَالِ يَتِيمِكَ غَيْرَ مُسْرِفٍ وَلَا مُبَذِّرٍ وَلَا مُتَأْتِلٍ"⁶.

¹ البهوتي، كشف القناع، ص1794.

² النووي، روضة الطالبين، ج5، ص250.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص585.

⁴ الموصلي، الاختيار، ج5، ص77. والحطاب، محمد بن محمد (ت954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (تحقيق: زكريا عميرات)، دار عالم الكتب، 2003م، ج8، ص569. والشيرازي، المهذب، ج2، ص129. والمقدسي، العدة، ج1، ص280.

⁵ سورة النساء، الآية 6.

⁶ رواه أبو داود في سننه، برقم 2874، ج3، ص74. وقال الألباني: حسن صحيح. انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، صحيح سنن ابن ماجه، ط1، الرياض، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1997م، ج2، ص368. وقال الصنعاني: إسناده قوي، ومتأثل: هو المتأثل، والتأثل: اتخاذ أصل المال حتى كأنه عنده قديم. انظر: الصنعاني، الحسن بن أحمد (ت1276هـ)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، ط1، دار عالم الفوائد، 1427هـ، ج3، ص1239.

وهو مذهب القانون: جاء في المادة 469 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا،

باب الوصي: "لوصي إذا عمل أجره مثل عمله إن كان محتاجًا، وإلا فلا أجر له"¹.

- الفرق بين سلطة الوصي وسلطة الأب في التصرف بمال اليتيم:

1. للأب أن يشتري من مال ولده لنفسه ويبيع عليه من مال نفسه، وليس ذلك للوصي².
2. للأب أن يؤجر من مال ولده لنفسه، وليس ذلك للوصي³.
3. للأب أن يقترض من مال ولده، وليس ذلك للوصي⁴.
4. للأب أن يقضي دين نفسه من مال ولده، وليس ذلك للوصي⁵.
5. للأب أن يوصي بالولاية على ولده، وليس للوصي أن يوصي. وهو مذهب الشافعية⁶ والحنابلة⁷. بينما يجوز للوصي المختار أن يوصي عند الحنفية⁸ والمالكية⁹.

¹ ناطور، المرعي، ص349.

² الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص709. والمواق، التاج والإكليل، ج8، ص572. الماوردي، الحاوي الكبير،

ج8، ص874. والمقدسي، العدة، ج1، ص280.

³ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص178.

⁴ الموصلي، الاختيار، ج5، ص76.

⁵ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص178.

⁶ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص874.

⁷ والمقدسي، العدة، ج1، ص280.

⁸ المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، ج4، ص261.

⁹ الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص452.

- الفرق بين سلطة الجد وسلطة وصي الأب في التصرف بمال اليتيم:

فرق الحنفية بين صلاحية الجد في التصرف بمال اليتيم وبين وصي الأب في مسألتين:

1. ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن الجد الصحيح -أبو الأب- ووصيه لا يملكان صلاحية بيع شيء من التركة لوفاء الديون وتنفيذ الوصايا، إلا بأمر من القاضي؛ بينما يملك وصي الأب سلطة بيع المنقول مطلقاً سواء كانت للقاصر حاجةً لثمنه أم لا، وسواء كان هناك دين أم لا. كما يملك الوصي سلطة بيع العقار لسداد ديون التركة أو القاصر. وأما محمد رحمه الله فأقام الجد مقام الأب، فأجاز له ذلك¹.

وقد أخذ القانون برأي أبي حنيفة، فقد جاء في المادة 454 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذافي باشا، باب الوصي: "ليس للجد الصحيح ولا لوصيه بيع العقار ولا العروض لقضاء الدين عن الميت ولا تنفيذ الوصية، وإنما له بيعها لقضاء الدين عن الأيتام. ويرفع الغرماء أمرهم إلى القاضي، ليبيع لهم من التركة بقدر ديونهم، وكذا الموصى له"².

وفي هذا يقول الإبياني في شرح المادة: "جعل أبو حنيفة الجدَّ الصحيحَ أنزلَ من وصي الأب بالنسبة للتصرفات، وجعله محمد أرقى منه؛ لأن الأب يملك ما لا يملك وصيه، ولم أر توجيه كلِّ من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب، وكلما أردت توجيه قول الإمام بشيء وجدته معترضاً. ولكن قول محمد يمكن توجيهه؛ لأن كلاً من وصي الأب والجد يشتركان في ثبوت الولاية على أموال الأيتام، والجد عنده من الشفقة على أولاد ابنه

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص176.

² ناطور، المرعي، ص346.

ما ليس موجوداً عند الوصي فيكون أرقى منه في التصرفات. وبعضهم يقول: يُفتى بقول الإمام، ولكن الظاهر مذهب محمد¹.

2. يملك الجد صلاحية بيع مال أحد طفليه للآخر؛ أي يملك صلاحية تولي طرفي العقد بنفسه، ولا يصح ذلك للوصي².

¹ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1128-1129.

² الحصفي، الدر المختار، ج6، ص726.

المبحث الثامن

عزل الوصي

ينعزل الوصي بثلاث حالات:

1. متى شاء الموصي. اتفق الفقهاء على أن للموصي عزل الوصي متى شاء، ولو لم تظهر

منه خيانة؛ لأن الوصاية عقد جائز من الطرفين، فهو غير لازم، كالوكالة¹. وعند أبي

حنيفة إذا عزل الموصي الوصي ينعزل ولو لم يعلم الوصي بالعزل².

وهو مذهب القانون؛ فقد جاء في المادة 444 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري

باشا، باب الوصي: "يجوز للموصي أن يعزل الوصي من الوصاية ويخرجه عنها بعد

قبوله، ولو في غيبته"³. ويقول الإبياني في شرح المادة: "وبالتأمل نجد أن قول أبي يوسف

هو الظاهر؛ لأنه يترتب على قول الإمام أن الوصي ينعزل وإن لم يعلم، وفي ذلك من

التغيير ما لا يخفى، إذا الناس عرفوه وصياً، وهو عرف نفسه كذلك، ولم يحصل لديه ما

ينفي هذا الوصف"⁴.

¹ ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص700، والخرشي، شرح خليل، ج8، ص194. والشربيني، مغني المحتاج،

ج3، ص102. والبهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج4، ص523.

² نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص165. وابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص700.

³ ناطور، المرعي، ص343.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1100.

2. العجز التام أو الخيانة. فإن ظهر من الوصي عجزه التام استبدله القاضي، وإن ظهرت خيانتة وجب عزله، وهو باتفاق الفقهاء الأربعة¹.

وهو كذلك مذهب القانون؛ فقد جاء في المادة 445 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنديل باشا، باب الوصي: "إذا كان الوصي الذي اختاره الميت عدلاً قادراً على القيام بالوصاية، فليس للقاضي عزله. وإن كان عاجزاً عن القيام بها حقيقة، يضم إليه غيره، وإن ظهر للقاضي عجزه أصلاً يستبدله، وإن قدر بعد ذلك، يعيده وصياً كما كان. ولا يُعزل الوصي بمجرد شكاية الورثة منه أو بعضهم، وإنما يُعزل إذا ظهرت منه خيانة"².

ولا بد من بينة يُثبت بها الوصي عجزه عن القيام بأمور الوصاية، ولا يكفي إخباره عن نفسه بذلك؛ لأنه قد يخبر ذلك تخفيفاً عن نفسه، فلو ضم إليه غيره في هذه الحالة كان فيه إضراراً بالورثة لزيادة الأجر عليهم، إلا إذا وجد متبرع، وهو نادر. فإذا قامت البينة فالضرر يكون في إبقائه؛ فيستبدله القاضي، فإن عاد قادراً أعاده القاضي مراعاةً لحق الميت الذي اختاره. وكذلك لا يكفي إخبار الورثة عن خيانة الوصي، بل لا بد من بينة، فإذا ثبتت خيانتة عزله القاضي وأقام غيره مقامه³.

¹ المرغيناني، الهداية، ج4، ص260. والزيلعي، تبين الحقائق، ج6، ص208. والنفراوي، الفواكه الدواني، ج2،

ص135. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص857. والمقدسي، العدة، ج1، ص279.

² ناطور، المرعي، ص343.

³ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1101-1102.

3. اختلال شرط من شروط الوصي، وهي الكفر، أو الفسق، أو الجنون، أو السفه. فإذا ظهر للقاضي اختلال شرط من شروط الوصي عزله، وأقام غيره مكانه، وهو باتفاق الفقهاء الأربعة¹.

وهو مذهب القانون؛ فإذا اختل في الوصي شرط من شروط الوصاية عزله القاضي وأقام غيره مقامه². جاء في المادة 443 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "يكون الوصي: مسلمًا، حرًا، عاقلًا، بالغًا، أمينًا، حسن التصرف. فإذا أوصى الميت لغير ذلك، فالقاضي يعزله"³.

¹ المرغيناني، الهداية، ج4، ص260. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص192. والنووي، المجموع، ج15، ص511. والمقدسي، العدة، ج1، ص279.

² باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1099.

³ ناطور، المرعي، ص343.

الفصل الثالث

زكاة مال اليتيم والتجارة به¹

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حكم زكاة مال اليتيم.

المبحث الثاني: حكم التجارة بمال اليتيم.

¹ جعلت الموضوعين في فصلٍ واحدٍ لارتباطهما ببعض، ويظهر ذلك في الأحاديث والآثار التي استدل بها الموجبون لزكاة مال اليتيم؛ حيث قرنت الزكاة بالتجارة، فجعلت التجارة سبيلاً للحفاظ على مال اليتيم من أن تأكله الزكاة.

المبحث الأول

حكم زكاة مال اليتيم

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: أصل المسألة وعرض آراء الفقهاء.
- المطلب الثاني: أدلة الموجبين والمانعين لزكاة مال اليتيم.
- المطلب الثالث: المناقشة والترجيح.

المطلب الأول

أصل المسألة وعرض آراء الفقهاء

• أصل المسألة:

اتفق الفقهاء على وجوب الزكاة في مال المسلم البالغ العاقل إذا توافرت في المال شروط النصاب. ثم اختلفوا في وجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون. ويعود الاختلاف في ذلك إلى سببين:

الأول: اختلاف الفقهاء في صحة الاحتجاج بالأحاديث الصريحة التي توجب الزكاة في أموال اليتامى.

الثاني: اختلاف الفقهاء في مفهوم الزكاة، فمنهم من ذهب إلى ترجيح معنى العبادة المحضة فيها كالصلاة والصيام، فهي واجبة إذن على من يقع عليه التكليف فحسب. ومنهم من ذهب إلى ترجيح معنى العبادة المالية فيها فتجب في مال كل مسلم، سواء كان مكلفاً أم لا¹.

¹ ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، (595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1975م، ج1، ص245.

• عرض لآراء الفقهاء: ينقسم الفقهاء في وجوب زكاة مال الصغير إلى فريقين:

الأول: من ذهب إلى وجوب الزكاة في مال الصغير مطلقاً.

الثاني: من ذهب إلى عدم وجوب الزكاة في مال الصغير إما مطلقاً، أو في بعض الأموال.

1. أما القائلون بوجوب الزكاة في مال الصغير مطلقاً؛ فهم جمهور الفقهاء: المالكية¹ والشافعية²

والحنابلة³ وابن حزم⁴، وهو مروى عن عدد من الصحابة والتابعين⁵؛ من الصحابة: عمر وعلي

وعائشة وعبد الله بن عباس⁶ وعبد الله بن عمر⁷ وجابر بن عبد الله⁸، ومن التابعين: الزهري¹

وطاووس².

¹ الإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، المدونة الكبرى، (تحقيق: زكريا عميرات)، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص308.

² الرافعي، عبد الكريم بن محمد (ت623هـ)، العزيز شرح الوجيز (المعروف بالشرح الكبير)، (تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ج2، ص560. والنووي، المجموع، ج5، ص326.

³ البيهوتي، كشاف القناع، ص806-807.

⁴ ابن حزم، المحلى، ج5، ص201.

⁵ الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج1، ص308. وابن حزم، المحلى، ج5، ص205.

⁶ هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، وأمه لبابة الكبرى بنت الحارث. ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات في شعب مكة. لقب بالبحر، وحير الأمة وترجمان القرآن وإمام التفسير. كان من أكثر من روى الحديث عن رسول الله ﷺ، وأعلم الناس بقضاء أبي بكر وعمر وعثمان. ولاه علي بن أبي طالب على البصرة، فبقي عليها أميراً، ثم فارقها قبل أن يقتل علي. شهد صقين وكان أحد الأمراء فيها. توفي سنة 68 بالطائف وهو ابن سبعين. انظر: ابن الأثير، علي بن محمد (ت630هـ)، أسد الغابة في معرفة الصحابة، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2012م، ص395-396.

⁷ هو عبد الله بن عمر بن الخطاب، ولد قبل البعثة بسنة، وأسلم وهو صغير مع أبيه، وهاجر قبل أبيه، لم يشهد بدرًا لصغر سنة. كان كثير الاتباع لآثار رسول الله ﷺ، وكان شديد الاحتياط في الفتوى. توفي سنة 73هـ، وعمره 84 سنة. انظر: ابن الأثير، أسد الغابة، ص716-718.

⁸ هو جابر بن عبد الله بن حرام بن غنم بن كعب، صحابي أنصاري، يكنى بأبي عبد الله. شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي، وهو آخر من مات في المدينة ممن شهد العقبة. روي عنه أنه قال: "غزوت مع رسول الله ﷺ =

2. وممن قال بعدم وجوب الزكاة في مال الصغير مطلقاً³: سعيد بن جبير⁴ وإبراهيم النخعي⁵.

3. والقائلون بوجوب الزكاة في بعض أموال اليتيم اختلفوا في هذه الأموال:

أ. فذهب الحنفية إلى وجوب الزكاة في الزرع والثمار التي يملكها الصغير فحسب، وما سوى ذلك من ماله كالنقدين وعروض التجارة وغيرها فلا تجب فيه الزكاة⁶.

ب. وذهب الحسن¹ وابن شُبْرَمَةَ² إلى وجوب الزكاة في كل مال نام؛ وهي الأنعام والزرع والثمار وزاد مجاهد³ عروض التجارة. أما المال الذي لا ينمى فلا زكاة فيه⁴. فقد روي عن الحسن البصري

=سبع عشرة غزوة، لم أشهد بدرًا ولا أخذًا؛ منعي أبي، فلما قتل يوم أحد، لم أتخلف عن رسول الله ﷺ في غزوة قط". كان من المكثرين في الحديث، حافظًا للسنن. توفي سنة 74هـ، وكان عمره 94 سنة. انظر: ابن الأثير، أسد الغابة، ص165-166.

¹ هو أبو بكر محمد بن مسلم الزُّهري، الإمام العَلَم، حافظ زمانه، ولد سنة 50هـ، وتوفي ببنته في ضيعته بين الحجاز والشام سنة 124هـ. انظر: ابن خلكان، أحمد (ت681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، (تحقيق: إحسان عباس)، بيروت، دار صادر، ج4، ص178، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج5، ص326-350.

² هو أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني، الفقيه القدوة عالم اليمن، من أكابر التابعين تفقها في الدين ورواية الحديث. كان من أبناء الفرس الذين جهزهم كسرى لأخذ اليمن له. ولد ونشأ في اليمن عام 33هـ، وتوفي حاجًا بالمزدلفة أو بمنى عام 106هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج5، ص38-49، والزركلي، خير الدين بن محمود (ت1396هـ)، الأعلام، ط15، دار العلم للملايين، ج3، ص224.

³ ابن حزم، المحلى، ج5، ص205. وابن قدامة، المغني، ج2، ص488.

⁴ هو أبو عبد الله الأسدي الوالبي، الإمام الحافظ المقرئ المفسر الشهيد، تابعي من كبار العلماء، روى عن ابن عباس وعائشة ؓ. وقد روي أنه كان يحرم في العام مرتين، مرة للحج ومرة للعمرة. قتله الحجاج في شعبان سنة 95هـ، عن عمر يناهز 57 سنة. ثم مات الحجاج بعده بخمسة عشر يومًا في رمضان من نفس السنة. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص321-343.

⁵ هو إبراهيم بن يزيد بن قيس، يمتد نسبه إلى سعد بن مالك، اليماني ثم الكوفي، الإمام الحافظ فقيه العراق، تابعي، روى عن خاله الأسود بن يزيد ومسروق وغيرهم من كبار التابعين، ولم يحدث عن أحد من الصحابة ؓ. لكنه كان بصيرًا بعلم ابن مسعود ودخل على عائشة رضي الله عنها وهو غلام. كان واسع الرواية، فقيه النفس، كبير الشأن. توفي عام 96هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص520-525.

⁶ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص157.

أنه قال: "ليس في مال اليتيم زكاة إلا في زرعٍ أو ضرع"⁵. وروي عن مجاهد أنه قال: "كل مالٍ لليتيم ينمى، أو قال: كل شيءٍ من بقرٍ أو غنمٍ أو زرعٍ، أو مالٍ يُضارب به فزكّه، وما كان له من صامت لا يُحرّك فلا تزكّه حتى يُدرك، فادفعه إليه"⁶. وروي عن ابن شبرمة أنه قال: "لا زكاة في ذهبه وفضته خاصةً، وأما الثمار والزرور والمواشي ففيهما الزكاة"⁷.

• أما الجنين؛ فإن ولد حياً وله مال وُقف له من إرث أو وصية أو نحوها، فللشافعية

والحنابلة في وجوب الزكاة في ماله قولان:

الأول: تجب كالصبي. وذهب إليه بعض الشافعية، وهو الصحيح في المذهب⁸.

¹ هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، من سادات التابعين وكبرائهم، وكان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه، أبوه مولى زيد بن ثابت رضي الله عنه، وأمّه خيرة مولاة أم سلمة زوج النبي ﷺ، سُببت أمه من ميسان وهي حامل به وولدت في المدينة سنة 21هـ، وتوفي بالبصرة سنة 110هـ. انظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج2، ص 69-71، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص563-588.

² هو عبد الله بن شُبْرمة بن طفيل بن حسان الضبي، الإمام العلامة فقيه العراق وقاضي الكوفة. تابعي، من أئمة الفروع. ولكنه ليس من المكثرين في الحديث، فقد روى نحو ستين حديثاً وحدث عن أنس بن مالك. كان عفيفاً صارماً عاقلاً خبيراً، وكان شاعراً كريماً جواداً. أمر أبو جعفر المنصور بقتله فلم يزل مختفياً حتى توفي بخراسان سنة 144هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج6، ص347-349.

³ هو أبو الحجاج مجاهد بن جبر، مولى السائب بن أبي السائب المخزومي. تابعي. شيخ القراء والمفسرين. روى عن ابن عباس وأبي هريرة وعائشة وسعد بن أبي وقاص وعبد الله بن عمرو وغيرهم رضي الله عنهم. وأخذ عن ابن عباس القرآن والتفسير والفقه. روي عنه أنه قال: "عرضت القرآن على ابن عباس ثلاث عرضات، أقف عند كل آية أسأله فيم نزلت وكيف كانت". توفي سنة 104هـ وهو ساجد عن عمر يناهز ثلاثاً وثمانين سنة. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص449-457.

⁴ ابن حزم، المحلى، ج5، ص205. وأبو عبيد، القاسم بن سلام (ت224هـ)، كتاب الأموال، (تحقيق: خليل هراس)، بيروت، دار الفكر، ص550-551.

⁵ أبو عبيد، كتاب الأموال، ص551.

⁶ أبو عبيد، كتاب الأموال، ص551.

⁷ ابن حزم، المحلى، ج5، ص205.

⁸ الرافعي، العزيز، ج1، ص561. والنووي، المجموع، ج5، ص330.

الثاني: لا تجب، وذهب إليه جمهور الشافعية في الأصح¹، والحنابلة²، لأن الجنين لا تُتَيَقَّنُ حياته ولا يُوثَّقُ بها، فلا يحصل له تمام الملك واستقراره، ولا تجب الزكاة في ماله إلا بمرور حول من ولادته³.

¹ الرافعي، العزيز، ج1، ص561. والنووي، المجموع، ج5، ص330.

² البهوتي، كشف القناع، ص807.

³ البهوتي، كشف القناع، ص807.

المطلب الثاني

أدلة الموجبين والمانعين لزكاة مال اليتيم

• أدلة القائلين بوجوب الزكاة في مال اليتيم مطلقاً، وهم الجمهور:

أولاً: من القرآن:

1. قول الله ﷻ: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾¹.
2. وقول الله ﷻ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾². وجه الاستدلال من الآيتين الكريمتين: إن الخطاب بوجوب الزكاة عامٌ يشمل الكبير والصغير، العاقل والمجنون، الحر والعبد³. واستدل الشافعية بهذه الآية من وجه آخر، فقالوا: "الهاء والميم في قول الله ﷻ: ﴿أَمْوَالِهِمْ﴾ كنايةٌ ترجع إلى مذكورٍ تقدّم، وهو قول الله ﷻ: ﴿وَالسَّيِّئُونَ الْأَوَّلُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ﴾⁴، قيل: اتبعوهم في الإسلام من الذراري والأطفال"⁵.

¹ سورة البقرة، الآية 43.

² سورة التوبة، الآية 103.

³ ابن حزم، المحلى، ج5، ص201.

⁴ سورة التوبة، الآية 100.

⁵ الماوردي، علي بن محمد (ت450هـ)، الحاوي الكبير (الحاوي في فقه الشافعي)، ط1، دار الكتب العلمية،

1994م، ج3، ص152.

3. قول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿٤٤﴾ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُورِ﴾¹ وقول الله ﷻ: ﴿إِنَّمَا

الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمَوْلَاةِ فُلُوهُنَّ فِي الرِّقَابِ وَالْغُرْمِينَ وَفِي سَبِيلِ

اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾². دلت الآية على أن الزكاة حق مالي واجب على المسلمين لمستحقيها.

وجه الاستدلال بالآية: الإضافة بحرف اللام في قول الله ﷻ ﴿لِلسَّائِلِ﴾ و﴿لِلْفُقَرَاءِ﴾

تقتضي الاختصاص بجهة الملك إذا كان المضاف إليه من أهل الملك، كالفقراء والمساكين

ومن عطف عليهم³، والصبي أهل لوجوب حقوق العباد المالية عليه، كغرامة المتلفات

ونفقة الأقارب، لهذا فهو أهل لوجوب الزكاة عليه أيضاً⁴. والدليل على أن الزكاة حق مالي

قول أبي بكر الصديق لعمر رضي الله عنهما⁵: "والله لأقاتلنَّ من فرق بين الصلاة والزكاة،

فإن الزكاة حق المال"⁶.

ثانياً: من السنة:

1. عن ابن عباس⁷ أن النبي ﷺ بعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: "ادعهم إلى شهادة أن

لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس

صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في

¹ سورة المعارج، الآية 24-25.

² سورة التوبة، الآية 60.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص379-380.

⁴ النووي، المجموع، ج5، ص330.

⁵ القرطبي، يوسف، فقه الزكاة، ط21، القاهرة، مكتبة وهبة، 1994م، ج1، ص131.

⁶ متفق عليه. رواه البخاري برقم 1399، كتاب بدء الوحي، ج2، ص131، ومسلم برقم 133، باب الأمر بقتال

الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، ج1، ص38.

⁷ ت68هـ.

أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم¹. ووجه الاستدلال من الحديث أن الخطاب في وجوب الزكاة عام في جميع أغنياء المسلمين، الكبار والصغار، العقلاء والمجانين، الأحرار والعبيد².

2. عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"³.

3. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "ابتغوا في مال اليتيم أو في مال اليتامى لا تذهبها أو لا تستهلكها الصدقة"⁴.

4. عن المثني بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس فقال: "ألا من ولي يتيما له مال فليئجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"⁵.

وجه الاستدلال بالأحاديث: أمر النبي ﷺ الأولياء والأوصياء أن يعملوا على تنمية أموال الأيتام، وحذر من تركها بلا استغلال واستثمار فتأكلها الصدقة أو الزكاة، والمقصود بأكلها: إخراجها، وإخراجها لا يكون إلا إذا كان واجبا؛ إذ لا يجوز للولي أن يتبرع بمال اليتيم وينفقه في غير واجب⁶.

¹ رواه البخاري برقم 1395، في كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، ج2، ص130.

² ابن حزم، المحلى، ج5، ص202.

³ رواه الطبراني في المعجم الأوسط برقم 4152، ج4، ص264. وضعفه الألباني. انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، ص15.

⁴ رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم 7588، باب من تجب عليه الصدقة، ج4، ص107. وقال: مرسل، إلا أن الشافعي أكد بالاستدلال بأخبار أخرى وبما روي عن الصحابة رضي الله عنهم في ذلك.

⁵ رواه الترمذي، برقم 641، باب زكاة مال اليتيم، ج3، ص32. وقال: في إسناده مقال. وضعفه الألباني في سنن الترمذي.

⁶ القرضاوي، فقه الزكاة، ج1، ص128.

ثالثاً: من الأثر:

1. عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه قال: كانت عائشة رضي الله عنها تليني وأخاً لي

يتيمين في حجرها، وكانت تخرج من أموالنا الزكاة¹.

2. عن سعيد بن المسيب² أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "ابتغوا بأموال اليتامى لا تأكلها

الزكاة"³.

رابعاً: القياس: إن الزكاة تُراد لثواب المزكّي ومواساة الفقير، والصبي والمجنون من أهل الثواب ومن

أهل المواساة، ولهذا تجب عليهما نفقة الأقارب، فوجبت الزكاة في مالهما قياساً على الواجبات

المالية كالنفقة والغرامات المالية⁴، فكان على الولي أدائها عن الصبي كنفقة أقاربه، وتعتبر نية

الولي في الإخراج كما تعتبر النية من رب المال⁵.

¹ رواه الإمام مالك في الموطأ برقم 678، كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، ج1، ص342. وقال ابن حجر: روي من طرق عن علي بن أبي طالب وهو مشهور عنه. انظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، ج2، ص354.

² هو أبو محمد سعيد بن المسيب (بفتح الياء المشددة، وروي عنه أنه كان يقول بكسر الياء) بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، عالم أهل المدينة وسيد التابعين، جمع بين الحديث والفقهاء والزهد والعبادة والورع، رأى عمر وسمع عثمان وعلياً وعائشة وأبا هريرة وغيرهم من كبار الصحابة رضي الله عنهم. ولد سنة 13هـ، وتوفي بالمدينة سنة 94هـ. انظر: الذهبي، محمد بن أحمد (ت748هـ)، سير أعلام النبلاء، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط)، ط9، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993م، ج4، ص218.

³ رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم 11300، باب تجارة الوصي بمال اليتيم، ج6، ص2. وقال البيهقي: صحيح، وله شواهد عن عمر رضي الله عنه وروي من وجه آخر مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم.

⁴ الشيرازي، إبراهيم بن علي (ت476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، ج1، ص261.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج3، ص488.

• أدلة الحنفية ومن وافقهم في عدم وجوب الزكاة في مال اليتيم باستثناء الزروع والثمار:

أولاً: من الكتاب: قول الله ﷻ: ﴿حُذِّمْنَ أَمْوَالَهُمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾¹. وجه الاستدلال

بالآية: الآية تبين المراد من الزكاة، وهو التطهير من الذنوب، والصبي لا ذنوب له لأنه ليس من

أهل التكليف، وما دام التطهير منفياً عنه فعلة الزكاة إذن غير موجودة فيه، فلا تجب عليه².

ثانياً: من السنة:

1. قول الرسول ﷺ: "بُنِيَ الْإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ: شَهَادَةُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنْ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ

وَرَسُولُهُ، وَإِقَامَ الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءَ الزَّكَاةِ، وَحَجَّ الْبَيْتِ، وَصَوْمَ رَمَضَانَ"³، وجه الاستدلال

بالحديث: ما بني عليه الإسلام يكون عبادة، فالأصل أن الزكاة عبادة، والصبي ليس من

أهل وجوب العبادة، فلا تجب عليه كالصلاة والصوم، والعبادات التي تحتل السقوط تقدّر

في الجملة، فلا تجب على الصبي⁴.

2. قول الرسول ﷺ: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى

يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ"⁵. وجه الاستدلال بالحديث: رُفِعَ الْقَلَمُ كِنَايَةً عَنِ سَقُوطِ

¹ سورة التوبة، الآية 103.

² النووي، المجموع، ج5، ص330.

³ رواه مسلم، برقم 122، باب قول النبي ﷺ بني الإسلام على خمس، ج1، ص34.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص380.

⁵ رواه الحاكم في المستدرک برقم 949، باب التأمين، ج1، ص389. وقال: صحيح على شرط الشيخين، وقال

الذهبي في التلخيص: على شرطهما. انظر: الحاكم، محمد بن عبد الله (ت405هـ)، المستدرک على الصحيحين

مع تعليقات الذهبي في التلخيص، (تحقيق: مصطفى عطا)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990م، ج1،

ص389.

التكليف، والتكليف منوط بفهم الخطاب، وفهم خطاب الشارع قد سقط بالجنون والنوم

والصغر، وقد ثبت بالدليل السابق أن الزكاة عبادة وتكليف، فتسقط بالصغر¹.

ثالثاً: من الأثر: عن ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: ليس في مال

اليتيم زكاة². وفي رواية: عن ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال: "من ولي مال

يتيم فليحص عليه السنين، وإذا دفع إليه ماله أخبره بما فيه من الزكاة، فإن شاء زكى وإن شاء

ترك"³.

رابعاً: من المعقول: إن مصلحة الصغير تقتضي عدم وجوب الزكاة في ماله، لأن إيجاب

الزكاة في ماله إيجاب على العاجز عن الفعل، وتكليف ما ليس في الوسع، ولا سبيل إلى الإيجاب

على الولي ليؤدي من مال الصبي، لأن الولي منهي عن قربان مال اليتيم إلا على وجه الأحسن

بنص الكتاب، وذلك في قول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾⁴. وأداء الزكاة من

ماله قرباناً لماله لا على وجه الأحسن⁵.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص158. والقرضاوي، فقه الزكاة، ج1، ص125.

² رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن أبي حنيفة، وقال الزيلعي: حدثنا قال ابن حبان في كتاب الضعفاء: كان من العباد (يعني ليث بن سليم) لكن اختلط في آخر عمره، حتى كان لا يدري ما يحدث به، فكان يقلب الأسانيد، ويرفع المراسيل. انظر: الزيلعي، عبد الله بن يوسف (ت762هـ)، نصب الرأية لأحاديث الهداية، (تحقيق: محمد عوامة)، ط1، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1997م، ج2، ص334. وقال ابن حجر: أخرجه البيهقي من وجه آخر عن ليث مطولاً موقوفاً أيضاً. انظر: ابن حجر، أحمد بن علي (ت852هـ)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، (تحقيق: عبد الله اليماني)، بيروت، دار المعرفة، ج1، ص249.

³ رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم 7597، باب من تجب عليه الصدقة، ج4، ص108. وقال البيهقي: هذا أثر ضعيف، فإن مجاهداً لم يلق ابن مسعود، فهو منقطع، وليث ضعيف عند أهل الحديث. انظر: الزيلعي، نصب الرأية، ج2، ص334.

⁴ سورة الأنعام، الآية 152.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص382.

المطلب الثالث

المناقشة والترجيح

مناقشة الجمهور لأدلة المانعين:

أولاً: التطهير في قول الله ﷻ: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾¹ ليس خاصاً بإزالة الذنوب، نعم إن الغالب فيها تطهير الذنوب لكنه ليس شرطاً²؛ بل يشمل التطهير تربية الخلق وتنمية النفس على الفضائل، وتدريبها على المعونة والرحمة، كما يشمل تطهير المال أيضاً. ولو سلمنا أنه خاص بتطهير الذنوب، فهو لا يستلزم ألا تجب إلا للتطهير من الذنوب، وليس ذلك السبب الوحيد لمشروعيتها، وإنما شرعت الزكاة لسد خلة الإسلام والمسلمين، والصبي والمجنون من أهل الإسلام³.

ثانياً: قول الرسول ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث..."، لا يصلح للاحتجاج به في عدم وجوب الزكاة في مال الصبي، فالمراد رفع الإثم والوجوب؛ والصبي ليس من أهل الإثم، ولا تجب العبادات البدنية عليه، بل تجب في ماله الحقوق المالية كالعشر وصدقة الفطر، فتجب الزكاة في ماله، ويطالب وليه بإخراجها⁴.

¹ سورة التوبة، الآية 103.

² النووي، المجموع، ج5، ص330.

³ القرضاوي، فقه الزكاة، ج1، ص133.

⁴ النووي، المجموع، ج5، ص330. وابن قدامة، المغني، ج2، ص488.

ثالثاً: قولهم "إن الزكاة عبادة محضة فلا تجب عليه قياساً على الصلاة والحج"، مردوداً بأن ليس ثمة تلازم بين الفريضتين بحيث تثبتان معاً وتزولان معاً¹، ولا يسقط فرضٌ أوجبه الله تعالى أو رسوله ﷺ، إلا حيث أسقطه الله تعالى أو رسوله ﷺ، ولا يسقط فرضٌ من أجل سقوط فرضٍ آخر بلا نصٍ أو قرآن أو سنة². وشرائع الإسلام لا يُقاس بعضها ببعض، لأنها أمهات تمضي كل واحدة على فرضها وسننها، فهي مختلفة في أشياء كثيرة، منها أن الحائض تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة. ومنها أن المكاتب تجب عليه الصلاة ولا تجب عليه الزكاة. ومنها أن المريض يسعه الإفطار إلى أن يصح ولا يسعه تقويت الصلاة، بل يصلحها على قدر طاقته³.

رابعاً: ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "من ولي مالاً يتيم فليُحصِ عليه السنين، وإذا دفع إليه ماله أخبره بما فيه من الزكاة، فإن شاء زكى وإن شاء ترك. قال الشافعي: ليس بثابت عن ابن مسعود من وجهين: الأول أن الحديث منقطع، والثاني أن الذي رواه ليس بحافظ. قال البيهقي: وجه انقطاعه أن مجاهداً⁴ لم يدرك ابن مسعود، وأما الذي ليس بحافظ فهو ليث بن أبي سليم⁵. وأجيب عنه: إن ليثاً كان أحد العلماء العباد، وقيل: اختلط في آخر عمره. ومعلومٌ أن أبا حنيفة لم يكن ليذهب فيأخذ عنه حال اختلاطه ويرويّه وهو الذي شدّد في أمر الرواية ما لم يشدده غيره على

¹ القرضاوي، فقه الزكاة، ج1، ص134.

² ابن حزم، المحلى، ج5، ص206.

³ أبو عبيد، كتاب الأموال، ص554.

⁴ ت104هـ.

⁵ انظر: ابن عبد الهادي، محمد بن أحمد (ت744هـ)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، (تحقيق: سامي جاد الله وعبد العزيز الخباني)، ط1، الرياض، دار أضواء السلف، 2007م، ج3، ص33.

ما عُرف، ويبقى الوجه الأول قائماً، وهو انقطاع الحديث لو فرضنا أن أبا حنيفة أخذ عن ليث قبل أن يختلط¹.

خامساً: قولهم إن مصلحة الصغير تقتضي عدم إخراج ماله إلا على وجه الأحسن منقوض بأن مصلحة الصبي الغني تقابلها مصلحة الفقراء والمساكين ومصلحة الدين والدولة. والشريعة لم تهدر حقهما في إيجاب الزكاة عليهما فحسب، بل أوجبتة في كل مالٍ نامٍ أو من شأنه النماء. كما أنها لا تجب إلا في الفاضل عن حوائجهما، ولهذا ذكر بعض الفقهاء أن النقود التي يحتاج إليها صاحبها للنفقة الضرورية لا تجب فيها الزكاة ولو بلغت نصاباً وحال عليها الحول². وفي شروط المال الذي تجب فيه الزكاة يقول الكاساني صاحب البدائع: "ومنها كون المال فاضلاً عن الحاجة الأصلية؛ لأن به يتحقق الغنى ومعنى النعمة، إذ المال المحتاج إليه حاجةً أصلية لا يكون صاحبه غنياً عنه ولا يكون نعمةً؛ لأنه من ضرورات حاجة البقاء وقوام البدن، فكان شكره شكر نعمة البدن"³.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص157.

² القرضاوي، فقه الزكاة، ج1، ص135.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص394.

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور:

أولاً: العموم الذي احتج به الجمهور في قول الله ﷻ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ

بِهَا¹﴾ وباقي عمومات الزكاة لا تتناول الصبيان، فهي مخصوصة بالبالغين لما ورد ذكره من أدلة على عدم وجوبها على الصبيان².

ثانياً: ما رواه الترمذي أن النبي ﷺ خطب الناس فقال: "ألا من ولي يتيما له مال فليتجر

فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"، فهو ضعيف، قال الترمذي: إنما يروى الحديث من هذا الوجه وفي إسناده مقال، لأن المثنى يُضَعَّف في الحديث. وقال صاحب التنقيح: قال مهناً: سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث، فقال: ليس بصحيح. وللحديث طريقان آخران عند الدراقطني، وهما ضعيفان باعترافه³.

ثالثاً: ما روي عن عمر وابنه رضي الله عنهما وعائشة رضي الله عنها من القول بوجوب الزكاة في مال

اليتيم، لا يستوجب كونه عن سماع، وهو قول أمكن الرأي فيه، فحاصله قول صحابي عن اجتهاد عارضه رأي صحابي آخر⁴.

رابعاً: المراد بتزكية مال اليتيم في الأحاديث والآثار: التصرف بماله كي ينمو، فالتزكية

معناها التنمية توفيقاً بين الدلائل. وكذلك الصدقة في قول الرسول ﷺ "حتى لا تأكلها الصدقة"؛ فإن معناها ليس الزكاة المعروفة، بل يُطلق اسم الصدقة على النفقة، كما في قول الرسول ﷺ: "نفقة

¹ سورة التوبة، الآية 103.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص382.

³ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص156.

⁴ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص157.

الرجل على أهله صدقة"¹، ووجه الاستدلال: إن الحديث أضاف الأكل إلى جميع المال، والنفقة هي التي تأكل جميع المال، لا الزكاة².

خامساً: قياس الزكاة على باقي العبادات المالية وأن الصغير من أهل المواساة منقوض بالذمي، لأن الذمي من أهل المواساة أيضاً ولكن الزكاة غير واجبة في ماله، ولو كان وجوبها بمجرد كونها حقاً مالياً يثبت للغير لصح أدائها منه بدون الإسلام. ولو صح القياس لما اقتضى إلا وجوب الأداء على الولي نيابةً، كما هو المقيس عليه من نفقة الزوجة³.

الترجيح:

يترجح لي بعد النظر في الأدلة، وما ورد ذكره من مناقشة وردود؛ أن مال الصبي تجب فيه الزكاة، ولا فرق في ذلك بين النقود والزرع والماشية وغيرها. وتظهر مزايا أدلة الموجبين على أدلة المانعين في عدة وجوه:

1. لم يثبت دليل قطعي يقوى على تخصيص العموم الوارد في الآيات الدالة على وجوب الزكاة، فتبقى الآيات والأحاديث الموجبة على عمومها؛ تشمل البالغ والصغير، والعاقل والمجنون.

2. إن الأحاديث التي استدل بها الموجبون، وإن كان بعضها فيه ضعف، إلا أن معناها قد روي من عدة طرقٍ يقوي بعضها بعضاً.

¹ رواه البخاري برقم 4006، كتاب بدء الوحي، ج5، ص107.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص382.

³ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص157.

3. ثبت وصح عن كبار الصحابة ما يقوي معنى الأحاديث.

4. لم أجد في كتب الحنفية ما يدل على وجوب الزكاة في الزروع والثمار دون سائر الأموال،

بل إن ما ذكره من أدلة يصلح للاحتجاج به في عدم وجوب الزكاة في مال الصغير

مطلقاً، وقد نوقشت أدلتهم.

المبحث الثاني

حكم التجارة بمال اليتيم

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: عرض آراء الفقهاء في حكم التجارة بمال اليتيم.
- المطلب الثاني: أدلة المجيزين والمانعين للتجارة بمال اليتيم.
- المطلب الثالث: المناقشة والترجيح.
- المطلب الرابع: صور التجارة بمال اليتيم.

المطلب الأول

عرض آراء الفقهاء في حكم التجارة بمال اليتيم

اختلف الفقهاء في حكم التجارة بمال اليتيم على قولين:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء وهم: الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى استحباب

التجارة بمال اليتيم⁵.

الثاني: ذهب ابن أبي ليلى⁶ إلى عدم جواز التجارة بمال اليتيم⁷.

واشترط الشافعية عدة شروط يجب توفرها في التجارة بمال اليتيم:

1. أن يكون المال منقولاً لا عقاراً، لعدم جواز بيع العقار عندهم.

2. أن يكون الزمان آمناً، فإن كان مخوفاً لم تجز.

¹ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص712.

² الخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194.

³ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص344.

⁴ البهوتي، كشاف القناع، ص1678.

⁵ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص712. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي، الحاوي

الكبير، ج8، ص344. والبهوتي، كشاف القناع، ص1678.

⁶ هو عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الأوسي، من أكابر تابعي الكوفة، ولد سنة 15هـ، وسمع عن عثمان وعلي وأبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه، شهد وقعة الجمل وكانت راية علي بن أبي طالب رضي الله عنه معه، توفي سنة 83هـ في

وقعة الجمام. انظر: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ)، طبقات الحفاظ، ط1، بيروت، دار الكتب

العلمية، 1403هـ، ص26. وابن خلكان، وفيات الأعيان، ج3، ص126.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص361.

3. أن يكون السلطان عادلاً، فإن كان جائراً لم تجز.

4. أن يغلب على ظن الوصي أن المتاجرة مُربحة، فإن غلب على ظنه أنها خاسرة لم تجز.

فإن لم يتجر لم يضمن لسببين: الأول: أن ملك اليتيم لم يستقر على ربح معلوم، فلا يضمن

الوصي ما هو ليس في ملك اليتيم. والثاني: أن ربح التجارة تبع، ولا ضمان إلا على أصل المال.

فإن قصر الوصي بهذه الشروط فهو ضامن لما تلف من رأس المال¹.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص345.

المطلب الثاني

أدلة المجيزين والمانعين للتجارة بمال اليتيم

أولاً: استدل أصحاب القول الأول وهم جمهور الفقهاء على استحباب التجارة بمال اليتيم،

بالقرآن والسنة والأثر:

1. قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾¹. جاء في تفسير ابن أبي حاتم

الرازي: "أي طلب التجارة فيه والربح فيه"²، وفي الكشاف: "إلا بالخصلة التي هي أحسن ما

يُفَعَلُ بمال اليتيم، وهي حفظه وتثميته"³.

2. قول الله ﷻ: ﴿إِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ فَاعْتَدِلْ وَلَا تَمْدِدْ إِلَيْهِ فَكَانَ لَكَ كَلِمَةٌ كَثِيرَةٌ مِمَّا تَكَفَّرَ بِهَا مِنَ الْحَقِّ فَاعْتَدِلْ﴾⁴.

وجه الاستدلال: إن الولي يلزمه أن يملّي ما حدث من دين، والدين في الغالب

إنما يكون عن بيع، وهو لا يصح من الصبي، فيتولاه وليه، فدلّ على أن الولي يتولاه⁵.

3. عن أنس بن مالك ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"⁶.

¹ سورة الأنعام، الآية 152.

² الرازي، عبد الرحمن بن أبي حاتم (ت327هـ)، تفسير ابن أبي حاتم، (تحقيق: أسعد الطيب)، صيدا، المكتبة العصرية، ج5، ص1418.

³ الزمخشري، محمود بن عمر (ت538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، بيروت، دار الكتاب العربي، 1407هـ، ج2، ص79.

⁴ سورة البقرة. الآية 282.

⁵ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص361.

⁶ رواه الطبراني في المعجم الأوسط برقم 4152، ج4، ص264. وضعفه الألباني. انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير، ص15.

4. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "ابتغوا في مال اليتيم أو في مال اليتامى لا تذهبها أو لا تستهلكها الصدقة"¹.

5. ومن الأثر: عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب² أن عمر بن الخطاب ﷺ قال: "ابتغوا بأموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"³.

ثانياً: استدل ابن أبي ليلى في عدم جواز التجارة بمال اليتيم، بالقرآن والقياس والمعقول⁴:

1. قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾⁵. وجه الاستدلال: إن عموم الآية

هو النهي عن مال اليتيم، والخصوص هو الأحسن، والأحسن يكون بحفظه.

2. القياس: فإن الولي مندوبٌ إليه حفظ مال اليتيم قياساً على المودع عنده المندوب لحفظ

الوديعة، فلما لم يجز للمودع عنده أن يتجر بالوديعة، لم يجز للوصي أن يتجر بمال اليتيم.

3. والمعقول: فإن التجارة بمال اليتيم خطر، وطلب الربح فيها متوهمٌ غير مضمون، فلا يجوز

أن يتعجل فعلاً خطراً لأجل ربح متوهم.

¹ رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم 7588، باب من تجب عليه الصدقة، ج4، ص107. وقال: مرسل، إلا أن الشافعي أكد بالاستدلال بأخبار أخرى وبما روي عن الصحابة ﷺ في ذلك.

² ت94هـ.

³ رواه البيهقي في السنن الكبرى، برقم 11300، باب تجارة الوصي بمال اليتيم، ج6، ص2. وقال البيهقي: صحيح، وله شواهد عن عمر ﷺ وروي من وجه آخر مرسلًا عن النبي ﷺ.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص361.

⁵ سورة الأنعام، الآية 152.

المطلب الثالث

المناقشة والترجيح

أجاب المجيزون على أدلة ابن أبي ليلى في منعه التجارة بمال اليتيم على النحو التالي:

1. الاستدلال بالآية: اختلف المفسرون في تفسير ﴿يَأْتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ في قول الله ﷻ:

﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾¹ على ثلاثة أقوال: الأول: إن التي هي أحسن هي التجارة،

وهو قول مجاهد². والثاني: أن يتجر له ولا يأخذ من الربح شيئاً، وهو قول الضحاك³. والثالث: إن

التي هي أحسن أن يأكل بالمعروف إن افتقر، وبمسك عن الأكل إن استغنى، وهذا قول ابن زيد⁴.

ومذهب ابن أبي ليلى⁵ خارج عنها كلها⁶.

¹ سورة الأنعام، الآية 152.

² ت104هـ.

³ الضحاك بن مزاحم الهلالي، صاحب التفسير، حدّث عن ابن عمر، وأنس بن مالك، وسعيد بن جبيرة، وعطاء، وطاووس، وقيل: حدّث عن ابن عباس. كانت له مدرسة في التفسير فيها ثلاثة آلاف طالب. وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما، وحديثه في السنن لا في الصحيحين. توفي بخراسان سنة 102هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص598-600.

⁴ هو عبد الرحمن بن زيد بن أسلم العدوي، مفسر، له "التفسير"، و"الناسخ والمنسوخ". روى عن أبيه وعن ابن الكندي، وأخرج له الترمذي وابن ماجه. توفي سنة 182هـ. انظر: الداودي، محمد بن علي (ت945هـ)، طبقات المفسرين، بيروت، دار الكتب العلمية.

⁵ ت83هـ.

⁶ الطبري، جامع البيان، ج9، ص662. والماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص362.

2. القياس إنَّ القياس على المودع عنده في اختصاصه بالحفظ خطأ؛ لأن المودع عنده

نائب عن المودع، فكان تصرفه موقوفاً على إذن المودع، أما الوصي فنائب عام التصرف، بدليل

أن له الإنفاق على اليتيم وشراء العقار له¹.

3. المعقول: إنَّ سلامة المال في أحوال السلامة أغلب، وظهور الربح في حال الاستقامة

أظهر، لذا جاز للوصي الاتجار بمال اليتيم².

ويترجح لدي رأي الجمهور في جواز التجارة بمال اليتيم، كما لم أجد لأدلتهم مناقشة،

وتظهر مزية أدلة الجمهور على أدلة ابن أبي ليلى في تفسير ﴿يَأْتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ في قول الله ﷻ:

﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾³؛ إذ لا دليل يقوى على تخصيص العموم في الآية بأنَّ

الأحسن هو حفظه، ولو فرضنا أنَّ الأحسن هو حفظه، فكيف يكون الحسن الذي هو أقل درجة؟

ولم يقل به أحد من الصحابة أو التابعين.

كما أنَّ الجمهور قد استدلوا بأحاديث تقويها أخبار أخرى رويت عن الصحابة ﷺ في الحثِّ

على التجارة بمال اليتيم لئلا تأكلها الزكاة.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص362.

² الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص362.

³ سورة الأنعام، الآية 152.

المطلب الرابع

صور التجارة بمال اليتيم

• الوصي إما أن يتاجر بمال اليتيم لمصلحة نفسه، أو لمصلحة اليتيم:

الصورة الأولى: أن يتاجر الوصي بمال اليتيم لمصلحة نفسه:

فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز ذلك؛ أما الحنفية والمالكية فقد ذكروا ذلك صراحة¹، وأما الشافعية فيُفهم من كلامهم عدم جواز ذلك، إذ لا مصلحة لليتيم فيه²، وأما والحنابلة فقد قالوا بعدم جواز اتّجار الوصي بمال اليتيم بنفسه لمصلحة اليتيم، فمن باب أولى لا تجوز التجارة به لمصلحة نفسه³.

الصورة الثانية: أن يتاجر الوصي بمال اليتيم لمصلحة اليتيم: وفيها ثلاث صور:

1. أن يتاجر الوصي بمال اليتيم بنفسه ويكون الربح كله لليتيم، وهو جائز بالاتفاق⁴. فإن اتّجر الوصي بمال اليتيم، فإما أن يكون عمله قاطعاً له عن الانشغال بعمله وكسبه، وإما أن لا يشغله:

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص177. والقرافي، أحمد بن إدريس (ت684هـ)، الذخيرة، (تحقيق: محمد حجي)، بيروت، دار الغرب، 1994م، ج7، ص172.

² الشيرازي، المهذب، ج2، ص128.

³ المقدسي، العدة، ج1، ص279. ويأتي بيانه في الصورة الثانية (3).

⁴ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص712. ومالك، المدونة الكبرى، ج4، ص147. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص194. والماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص344. والبهوتي، كشف القناع، ص1678.

أ. فإن كان عمل الوصي في التجارة بمال اليتيم قاطعاً له عن عمله وكسبه، وكان فقيراً

محتاجاً، فقد اختلف الفقهاء في جواز أخذه أجره المثل على قولين:

الأول: ذهب الجمهور وهم: الحنفية¹، والمالكية²، والشافعية في قول³، والحنابلة⁴ إلى أن

للوصي أجره مثل عمله، لأن في منع الأجرة ذريعةً إلى إهمال مال الأيتام وترك تنميتها والتجارة

بها، وهي إحدى التأويلات الواردة في قول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ

بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵ أي: فليأخذ إذا كان محتاجاً أجره معلومة على قدر خدمته، وهو قول عطاء⁶.

الثاني: ذهب الشافعية في قول إلى عدم جواز أخذ الأجرة، لأنه عمل ذلك مختاراً عن غير

عقدٍ لازم فصار متطوعاً⁷.

ويترجح لدي قول الجمهور، وهو جواز أخذ الوصي الفقير أجره مثل عمله بمال اليتيم، لئلا

يتقاعس الوصي عن تنمية مال اليتيم والعمل فيه، ولا يمنع كون الوصي متطوعاً أن يأخذ أجره،

فإنه وإن كان عملاً عن عقدٍ غير لازم، إلا أن في أخذ الأجرة تحفيزاً له على جلب المنفعة لنفسه

ولليتيم معاً.

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص181.

² الخطاب، مواهب الجليل، ج8، ص569.

³ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص365.

⁴ المقدسي، العدة، ج1، ص280.

⁵ سورة النساء، الآية: 6.

⁶ هو عطاء بن أبي رباح، تابعي، قرشي، مفتي الحرم، ولد في خلافة عثمان ؓ ونشأ بمكة، حدث عن عائشة

وابن عباس وابن عمر ومعاوية وغيرهم من الصحابة ؓ، وأرسل عن النبي ﷺ، وحدث عنه مجاهد والزهري وغيرهم،

توفي بمكة في رمضان سنة 115هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج5، ص78-88.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص365.

ب. وإن كان عمل الوصي غير مانع له من الانشغال بعمله وكسبه، وكان غنياً مكتفياً فقد اختلف الفقهاء في جواز أخذ الأجرة على قولين:

الأول: ذهب الجمهور وهم: الحنفية¹ والمالكية في قول²، والشافعية³، والحنابلة⁴ إلى عدم

جواز أخذ الوصي الأجرة على عمله، لقول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾⁵.

الثاني: ذهب المالكية في قول إلى جواز أخذ الوصي أجرةً مثل عمله ولو كان غنياً⁶.

ويترجح لدي جواز أخذ الوصي أجرةً مثل عمله - وإن كان غنياً - إذا كان ذلك باعثاً على

استثمار مال اليتيم، فإنه أفضل من تركه بلا تنمية، شرط أن يكون ذلك بالمعروف.

2. أن يدفع الوصي مال اليتيم لآخر يتاجر به، ويسمى هذا الفعل مضاربة⁷، وهي أن

يدفع رجلٌ ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه⁸،

وهو أيضاً جائز بالاتفاق، ويكون الربح لليتيم (صاحب المال) وللمضارب (صاحب العمل) بحسب

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص181.

² الخطاب، مواهب الجليل، ج8، ص569.

³ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص364.

⁴ المقدسي، العدة، ج1، ص280.

⁵ سورة النساء، الآية: 6.

⁶ الخطاب، مواهب الجليل، ج8، ص569.

⁷ ويسمى أهل الحجاز: قراضاً، وهما بنفس المعنى. انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ج5، ص219-220.

⁸ ابن قدامة، المغني، ج5، ص134.

الاتفاق¹، واستدلوا بأن المضاربة من مصلحة اليتيم، وأن العقلاء البالغين يفعلون ذلك لأنفسهم، فأولى للأوصياء أن يفعلوا ذلك للأيتام².

3. أن يُضارب الوصي بمال اليتيم بنفسه، وقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على ثلاثة

أقوال:

الأول: ذهب الحنفية³، وجمهور المالكية⁴، والشافعية⁵ إلى جواز مضاربة الوصي بمال اليتيم بنفسه. واستدلوا بقول الرسول ﷺ: "انَّجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"⁶، ولأن هذا أنفع لليتيم من ترك التجارة، لما يحصل له من بعض الربح⁷، ولأن الوصي يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه، فلما كان من أفعال الرشيد أن يتجر بماله كان الوصي مندوباً إلى أن يتجر بمال اليتيم⁸.

¹ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، ص177. ومالك، المدونة الكبرى، ج4، ص147. والنووي، روضة الطالبين، ج6، ص323. والمقدسي، العدة، ج1، ص279.

² السرخسي، المبسوط، ج22، ص34. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص445. والماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص362. والمقدسي، العدة، ج1، ص279.

³ الحصكفي، الدر المختار، ج6، ص712.

⁴ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج5، ص455.

⁵ الماوردي، الحاوي الكبير، ج8، ص344.

⁶ رواه الطبراني في المعجم الأوسط برقم 4152، ج4، ص264. وضعفه الألباني. انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير، ص15.

⁷ السرخسي، المبسوط، ج22، ص34.

⁸ الماوردي، الحاوي الكبير، ج5، ص361-361.

الثاني: ذهب الحنابلة إلى عدم جواز تجارة الوصي بنفسه بمال اليتيم مضاربةً، بل يتجر له على أن يكون الربح كله لليتيم. لأن الوصي وكيل اليتيم، ولا يجوز تصرفه إلا في نفع الموكل، فلا يستحق من الربح إلا أن يجعل له الوكيل شيئاً¹.

الثالث: ذهب أشهب² من المالكية إلى كراهة تجارة الوصي بمال اليتيم بنفسه، لئلا يحابي الوصي لنفسه، فإن عمل به مجاناً فهو غير مكروه، بل من المعروف الذي يُقصد به وجه الله تعالى³.

ويترجح لدي جواز مضاربة الوصي بمال اليتيم، لقوة أدلتهم، ولما في ذلك من مصلحة لليتيم وللوصي معاً، وهو ما يجعل الوصي ساعياً على رزق اليتيم كما يسعى على رزقه وماله. وقد كره الإسلام أن يكون المال راكداً لا نفع منه، بل حثّ على استثماره حفظاً للنماء الاقتصادي العام، وفي منع المضاربة تقويته لخير مأمول. ولا بد أن تكون التجارة فيما يغلب على الوصي ظنُّ الربح فيه، فلا يضع الوصي مال اليتيم في تجارةٍ يغلب على ظنه احتمالُ الخسارة فيها، سواءً كان احتمالُ الخسارة نابغاً من عدم استقرار حال البلد، أو في زمانٍ غير مأمون، وهي الشروط التي تحدث عنها الشافعية في التجارة بمال اليتيم.

¹ المقدسي، العدة، ج1، ص279.

² هو أشهب بن عبد العزيز القيسي العامري الجعدي، ولد سنة 140، وقيل 150. من أصحاب الإمام مالك، اسمه مسكين، وأشهب: لقب أطلقه عليه الإمام مالك، قرأ على نافع، وتفقه بالمدينة ومصر، وانتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم، بلغت سماعته عشرين كتاباً، توفي بمصر سنة 204هـ، بعد الشافعي بثمانية عشر يوماً. انظر: ابن فرحون، إبراهيم بن علي (ت799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (تحقيق: محمد الأحمد)، القاهرة، دار التراث، ج1، ص307.

³ المواق، التاج والإكليل، ج8، ص572. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص445.

رأي القانون:

أجاز القانون للوصي أن يتاجر بمال اليتيم لليتيم، لا لنفسه، فقد جاء في المادة 456 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "يجوز للوصي أن يتجر بمال اليتيم لليتيم، تنميةً له وتكثيراً، وأن يعمل كل ما فيه خير، وليس له أن يتجر لنفسه بمال اليتيم"¹.

وقد أجاز القانون للوصي أن يأخذ أجره مقابل عمله إذا كان فقيراً، فإن لم يكن محتاجاً فلا يجوز. جاء في المادة 469 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصي: "الوصي إذا عمل أجره مثل عمله إن كان محتاجاً، وإلا فلا أجر له"².

¹ ناطور، المرعي، ص 347.

² ناطور، المرعي، ص 349.

الفصل الرابع

الوصية الواجبة والحقوق المالية للحمل

وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: الوصية الواجبة.
- المبحث الثاني: الحقوق المالية للحمل.

المبحث الأول

الوصية الواجبة

وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

- التمهيد.

- المطلب الأول: تعريف الوصية الواجبة.

- المطلب الثاني: المستند الشرعي للوصية الواجبة.

- المطلب الثاني: مستحقو الوصية الواجبة.

- المطلب الرابع: شروط استحقاق الوصية الواجبة.

تمهيد

بدأت فكرة "الوصية الواجبة" كمصطلح مركب بتقنين¹ مستحدث في القوانين الوضعية، بعد أن اقتضت الحاجة إلى ذلك فوضعت قواعد تسهّم في حل قضية لم يطرق الفقهاء بابها، لا لعدم أهميتها بل لقلّة شيوعها وانعدام الشكوى فيها. لهذا فإن كتب الفقه القديمة لم تذكر الوصية الواجبة بهذا المفهوم، إلا بالقدر الذي تبين فيه أن التشريع الإسلامي العظيم قد جعل باباً واسعاً للاجتهاد في الأحداث المستجدة.

والحديث عن تقنين الوصية الواجبة يستلزم بدايةً أن أُعرّف بفكرة الوصية الواجبة وهي مشكلة الابن حينما يُتوفى في حياة أبيه وله أولاد وذرية من بعده. فحينما يتوفى الأب، يرثه أبناؤه وبناته الأحياء، وأما ابنه المتوفى في حياته فلا يرث، كما أن أبناؤه لا يرثون من جدهم كونهم محجوبين، فالابن يحجب ابن الابن، بناءً على قاعدة: الأقرب يحجب الأبعد.

ونظرًا لأن القوانين المعمول بها في بلادنا لم تنص على مبدأ الوصية الواجبة، ولأهمية هذا التقنين في حفظ حق اليتيم في ميراث أبيه المتوفى لو كان حيًّا؛ كان لا بد من بحث المسألة وتناول جميع جوانبها القانونية، وقد رجعت إلى قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام 2010 لأن القضاة في المحاكم الشرعية في فلسطين 48 يرجعون إليه في هذه المسألة.

¹ اعتاد الناس أن يستعملوا كلمة "التشريع" بمعنى التقنين، ولا أراه صوابًا. لأن التشريع حقٌّ لله ﷻ وللرسول ﷺ، وقد اكتمل بانقطاع الوحي. وما اجتهد فيه الفقهاء رحمهم الله وواضعو القانون، إنما هو تطبيق لجزئيات هذه الشريعة الكاملة في صورٍ قرر الشارع الحكيم أصلها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون لم يأت بأكثر مما جاء به قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام 1976 بشأن الوصية الواجبة، فقد جاءت المادة 279 من القانون الجديد بنفس النص الذي جاءت به المادة 182 من القانون القديم.

المطلب الأول

تعريف الوصية الواجبة

وأبدأ بتعريف مركبات المصطلح في اللغة والاصطلاح كل على حدة، ثم تعريف الوصية الواجبة كمصطلح مركب.

الفرع الأول: تعريف الوصية:

أولاً: الوصية في اللغة: مصدر من وَصَّى، وتطلق بمعنى الوصل والفرض والعهد، يقال: توأى النبات بمعنى اتصل، والوصية من الله بمعنى الفرض، لقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِ﴾¹ وصَّى إليه وله بشيء أي جعله له، وعهد إليه².

ثانياً: الوصية في الاصطلاح:

- عند الفقهاء: اختلفت تعريفات الفقهاء للوصية على النحو التالي:

1. عرّف الحنفية الوصية بأنها: "ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته، أو في

مرضه الذي مات فيه"³.

¹ سورة الأنعام، الآية 151.

² ابن منظور، محمد، لسان العرب، ج15، ص394، ومصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، ص1038.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص481.

وقوله "تطوعاً" قيدٌ تخرج به الوصية بالواجبات، وهي الوصية بأداء حقوق الله تعالى كالحج والزكاة والكفارات، فهو غير جامع من هذا الوجه. وأما تبرع المريض في مرض موته فإنه يأخذ حكم الهبة، ويشترط لثبوتها ما يشترط للهبة، فإن لم تُستوفَ هذه الشروط تبطل، ولا يكون لها حكم الوصية بعد الموت؛ مثاله: أن لا تقبض الهبة حال حياة الواهب فتبطل ولا تأخذ حكم الوصية، وبذلك يكون التعريف غير مانع من هذا الوجه¹.

2. وعرف المالكية الوصية بأنها: "عقدٌ يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابةً عنه بعد موته"².

ويؤخذ عليه أنه غير جامع، لأن الوصية قد تكون بأكثر من الثلث فيما يتعلق بالواجبات، كالزكاة والكفارات.

3. وعرف الشافعية الوصية بأنها: "عهدٌ خاص مضاف إلى ما بعد الموت"³.

4. وعرف الحنابلة الوصية بأنها: "الأمر بالتصرف بعد الموت"⁴.

ويلاحظ على تعريفي الشافعية والحنابلة، أنهما يشملان الوصية والوصاية، والوصاية: جعل الشخص وصياً على أولاده من بعده.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص481-482، وأبو زهرة، محمد (ت1394هـ)، شرح قانون الوصية، ط2، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، 1950م، ص9-10.

² النفراوي، الفواكه الدواني، ج2، ص132.

³ النووي، المجموع، ج15، ص397.

⁴ المرदाوي، الإنصاف، ج7، ص138.

- في القانون: عرّف قانون الأحوال الشخصية الأردني الوصية في المادة 254 بأنها:

"تصرف بالتركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي".

التعريف المختار: وهو تعريف القانون، وذلك للأسباب التالية:

1. شمل هذا التعريف جميع الوصايا بقوله: "تصرف"، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات،

والوصية بالواجبات، وتقسيم التركة بين الورثة، ويشمل ما يكون بالمنافع والأعيان، فهو تعريف

جامع لكل صور الوصية.

2. وهذا التعريف مانع من وجهين:

أ. أنه قصر الوصية على التصرف بالمال بقوله: "في التركة"، وبذلك خرج معنى الوصاية من

التعريف.

ب. أنه أخرج تبرعات المريض في مرض الموت بقوله: "مضاف إلى ما بعد الموت".

3. لم يحدّد التعريف مقداراً للوصية، وبذلك دخل في التعريف الوصية بالواجبات التي قد تستغرق

أكثر من ثلث التركة أو كلها.

الفرع الثاني: الواجب.

أولاً: الواجب في اللغة: مشتق من الفعل وجب، بمعنى لزم وسقط، يقال: وجب الشيء

أي لزم، ووجب الحائط إذا سقط¹ ومنه قول الله ﷻ: ﴿فَإِذَا وَجِئَتْ جُنُوبَهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ

وَالْمَعْتَرَّ¹﴾.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج1، ص793، والرازي، مختار الصحاح، ص740.

ثانيًا: الواجب في الاصطلاح: اختلف الأصوليون في تعريف الواجب على مذهبين:

1. مذهب جمهور الأصوليين من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية: "الواجب هو خطاب

الشارع بما ينتهض تركه سببًا للذم شرعًا في حالة ما"².

2. مذهب الحنفية: عرف السرخسي الواجب بأنه: "ما يكون لازم الأداء شرعًا ولازم الترك فيما

يرجع إلى الحلِّ والحرمة من غير أن يكون دليله موجبًا للعلم قطعًا"³.

والفرق في مفهوم الواجب بينهما: أن الواجب عند الجمهور هو ما كان الطلب فيه

جازمًا، بحيث يكون فاعله مأجورًا مطيعًا، ويكون تاركه آثمًا، ولا فرق عندهم بين الفرض والواجب⁴.

أما الحنفية فقد فرقوا بينهما؛ فالفرض عندهم: ما ثبت بدليلٍ قطعي لا شبهة فيه، يكفر

جاحده ويفسُق تاركه بلا عذر. والواجب: ما ثبت بدليلٍ ظني لا يكفر تاركه، ويفسُق جاحده لما في

دليله من شبهة⁵.

ذكر بعض الفقهاء المعاصرين عدة تعريفاتٍ للوصية الواجبة:

1. "وصية واجبة للأحفاد الذين يموت آباؤهم أو أمهاتهم في حياة أبيهم أو أمهم، ولا

يرثون شيئًا بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم عن الميراث، فإن لم يفعل ذلك كان تاركًا

لواجب يقوم القاضي مقامه فيعطيه نصيب والده لو بقي حيًا بشرط أن لا يزيد عن الثلث"¹.

¹ سورة الحج، الآية 36.

² الأمدي، علي بن محمد (ت631هـ)، الأحكام في أصول الأحكام، (تحقيق: سيد الجميلي)، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1404هـ، ج1، ص139.

³ السرخسي، أصول السرخسي، ص111.

⁴ ابن حزم، علي بن أحمد (ت456هـ)، الأحكام في أصول الأحكام، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1404هـ، ج3، ص333. والأمدي، الأحكام، ج1، ص140، والسرخسي، أصول السرخسي، ص111-112.

⁵ البزدوي، كنز الوصول، ص137.

ويؤخذ على التعريف أن فيه دور، وأن فيه إطالة لا حاجة لها، إذ يذكر شروط الوصية وأسبابها، وليس هذا من ضوابط التعريف الصحيح، والصحيح أن يكتفي بالإشارة إلى أن هناك شروط، دون تفصيل وشرح.

2. "إثبات ميراث من مات من الأبناء قبل وفاة أبيه المورث، ونقل ميراثه هذا إلى أولاده من بعده"².

ويؤخذ عليه أنه عام يدخل فيه ميراث هذا الميت دون شروط، فهو تعريف غير مانع، يجعل الوصية الواجبة مطلقة، دون تحديد مقدار أو شروط مخصوصة.

3. "تمليك نصيب معلوم من التركة جبراً، لفرع الولد الذي مات أبوه في حياة مورثه، بشروط مخصوصة"³.

التعريف المختار: وهو تعريف الثالث "تمليك نصيب معلوم من التركة جبراً، لفرع الابن الذي مات في حياة أبيه، بشروط مخصوصة"، مع تصرف في العبارة دفعاً للإيهام، وذلك باستبدال كلمة الولد بالابن؛ فإن الولد يشمل الذكر والأنثى. وهذا التعريف جامع لصفات الوصية الواجبة، مانع لدخول غيرها فيها، ليس فيه إطالة أو دور، يتفق مع المفهوم القانوني للوصية الواجبة. وهو تعريف يحصر الوصية الواجبة في فروع الأبناء دون البنات.

¹ أبو العينين، بدران، أحكام التركات والموارث في الشريعة الإسلامية والقانون، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ص334.

² العجوز، أحمد، الميراث العادل في الإسلام بين الموارث القديمة والحديثة ومقارنتها مع الشرائع الأخرى، بيروت، دار المعارف ص234.

³ أبو عيد، عارف، الوجيز في الميراث، ط4، عمان، دار النفائس، 2000م، ص121.

المطلب الثاني

المستند الشرعي للوصية الواجبة

نصت المادة 279 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام 2010 على أنه: "إذا توفي شخص وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية..."¹.

وقد استند القانون في تقنين الوصية الواجبة إلى²:

1. قول الله ﷻ: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾³. وجه الاستدلال: إن الآية الكريمة أوجبت الوصية وفرضتها، وذلك بقول الله ﷻ: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ ﴾ أي: فُرض عليكم، وذكر المعروف في قول الله ﷻ: ﴿ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ يؤكد وجوبها، ثم في قول الله ﷻ: ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ أيضًا تأكيد للوجوب⁴.

¹ بدأ العمل بالوصية الواجبة في الأردن منذ صدور قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976 ونشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 1.12.1976م. انظر: داود، أحمد، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، ط1، الأردن، دار الثقافة، 1999م، ج2، ص1318.

² داود، القرارات الاستثنائية، ج2، ص1319.

³ سورة البقرة، الآية 180.

⁴ الجصاص، أحمد بن علي (ت370هـ)، أحكام القرآن، (تحقيق: محمد قمحاوي)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، ج1، ص203.

2. قول بعض الفقهاء بوجوب الوصية بوجه عام، وهو ما روي عن جماعة من التابعين¹، منهم سعيد بن المسيب² وطاووس³ والحسن البصري⁴ والزهري⁵، وهو قول بعض المالكية⁶، وأبو بكر من الحنابلة⁷، وابن حزم⁸. وقد اختلف القائلون بوجوب الوصية في حقيقة هذا الوجوب على ثلاثة أقوال:

أ. ذهب الزهري إلى القول بوجوب الوصية على كل مكلف إن ترك خيرًا، مما قل من ماله أو كثر، دون أن يحدد مستحقيها أو مقدارها⁹.

ب. وذهب جمهور القائلين بوجوب الوصية وهم جماعة التابعين منهم: سعيد بن المسيب وطاووس والحسن البصري¹⁰، وبعض المالكية¹¹، وأبو بكر غلام الخلال من الحنابلة¹؛

¹ ابن حزم، المحلى، ج9، ص315.

² سبقت ترجمته (ت94هـ).

³ سبقت ترجمته (ت106هـ).

⁴ هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، من سادات التابعين وكبرائهم، وكان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه، أبوه مولى زيد بن ثابت رضي الله عنه، وأمّه خيرة مولاة أم سلمة زوج النبي ﷺ، سببت أمه من ميسان وهي حامل به وولدت في المدينة سنة 21هـ، وتوفي بالبصرة سنة 110هـ. انظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج2، ص69-71، والزركلي، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج4، ص563-588.

⁵ سبقت ترجمته (ت124هـ).

⁶ الخطاب، مواهب الجليل، ج8، ص513.

⁷ المرادوي، الإنصاف، ج7، ص143. وأبو بكر هو الشيخ الإمام العلامة شيخ الحنابلة أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد البغدادي الفقيه، تلميذ أبي بكر الخلال. ولد سنة 285 هـ، وتوفي سنة 363 هـ. من مؤلفاته: "المقنع" و"الشافعي" و"زاد المسافر" و"الخلاف مع الشافعي" و"مختصر السنة". انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج16، ص144.

⁸ ابن حزم، علي بن أحمد (ت456 هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر، ج9، ص314.

⁹ ابن قدامة، المغني، ج6، ص444.

¹⁰ ابن قدامة، المغني، ج6، ص444.

¹¹ الخطاب، مواهب الجليل، ج8، ص513.

إلى وجوبها للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، ولم يقل أحدٌ منهم بوجوب إخراجها من ماله إذا مات ولم يوصِ.

ج. وذهب ابن حزم إلى وجوبها على كل مكلف، فيوصي لأقربائه الذين لا يرثون إما لرقٍ أو لكفرٍ أو لأن هناك من يحجبهم من الميراث، ولا حد في ذلك. فإن مات ولم يوصِ وجبت الوصية في ماله لهم، على تفصيلٍ فيمن تجب له الوصية من الأقارب إن تعددوا².

3. القواعد الفقهية، منها "تصرف السلطان على الرعية منوطٌ بالمصلحة" والتي تفيد بأن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته³، فقد رأى واضعو القانون أن من مقتضى العدل أن لا يُحرَمَ أولاد الابن المتوفى من نصيبهم في ميراث أبيهم لو كان حيًّا، وألا يُتركوا وقد عانوا اليتيمَ والفقيرَ معاً⁴.

¹ المرداوي، الإنصاف، ج7، ص143.

² ابن حزم، المحلى، ج9، ص314.

³ السيوطي، عبد الرحمن (ت911هـ)، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ص122، وابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم (ت970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، بيروت، دار الكتب العلمية، 1400هـ، ص123.

⁴ داود، القرارات الاستثنائية، ج2، ص1318.

المطلب الثالث

مستحقو الوصية الواجبة

ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى أن الوصية الواجبة تثبت لأولاد الابن دون أولاد البنت. والمراد بأولاد الابن: أولاده، وأولاد أولاده وإن نزلوا، تُقسم بينهم تقسيم المواريث؛ للذكر مثل حظ الأنثيين. ولا تطبق عليهم أحكام الحجب في الميراث، بل يحجب كل أصل فرعَه دون فرع غيره، ويستحق كل فرع حصة أصله -على ألا تزيد على الثلث-¹.

ويُستدل لعدم استحقاق أبناء البنت وصيةً واجبةً بالأدلة التالية:

1. أولاد البنت الذين توفيت أمهم في حياة أبيها أو أمها يُحرمون من الميراث في هذه الحالة لأنهم من ذوي الأرحام فلا ميراث لهم بالأصل لوجود أصحاب الفروض والعصبات².
2. القول باستحقاق أولاد البنت للوصية الواجبة لا يتفق مع الحكمة من تقنينها، وهي معالجة فقرهم وحرمانهم بموت أبيهم؛ فأولاد البنت لهم أبٌ يتولى نفقتهم ورعايتهم³.

¹ السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج2، ص104.

² السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج2، ص101.

³ قبيلان، هشام، الوصية الواجبة في الإسلام، ط2، بيروت، منشورات عويدات، 1985م، ص63 (نقلًا عن: الأزعر، ريم، الوصية الواجبة دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف د. مازن هنية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008م، ص69).

3. يستحق أولاد الأبناء وصية واجبة في ميراث جدهم، وهو ما يندرج تحت قاعدة "الغرم

بالغنم" المبنية على قول الرسول ﷺ: "الخراج بالضمآن"¹، ويتحقق ذلك من وجهين:

أ. لو أصاب الجدَّ العوزُ، وله أبناء أبناء، وأبناء بنات -فحسب-، فإن نفقته على أبناء

أبنائه، لا أبناء بناته².

ب. يُعدُّ ابن الابن من العاقلة التي تُغرَّم بجنایات الخطأ مع جده وأعمامه، ولا يغرَّم ابن

البنات مع جده لأمه وأخواله³ إلا إذا كان من العاقلة نفسها⁴.

فمن هذين الوجهين لا يتفق استحقاق أبناء البنات للوصية الواجبة مع القاعدة المذكورة.

¹ رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح. انظر: الترمذي، محمد بن عيسى (ت279هـ)، الجامع الصحيح، (حقيقه: أحمد شاکر وآخرون)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، كتاب البيوع، باب "ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً"، رقم 1285، ج3، ص581.

² دراركة، ياسين، الوصية الواجبة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، العدد الخامس، 1986م، ص357 (نقلًا عن: الأزعر، الوصية الواجبة، ص69).

³ دراركة، الوصية الواجبة، ص357.

⁴ مثال ذلك: أن يكون الجدُّ لأم عم الأب، فيكون الحفيد ابن ابن أخ، وبهذا يكون من العاقلة. انظر: "مسائل وفصول من هم العاقلة": ابن قدامة، المغني، ج9، ص515.

المطلب الرابع

شروط استحقاق الوصية الواجبة

اشترط القانون في المادة 279 عدة شروط لثبوت الوصية الواجبة، وهي¹:

1. أن لا يكون الأحفاد الذين مات أصلهم في حياة أحد أبويه وارثين، فإن كانوا وارثين لا

تجب الوصية لهم. فلو مات شخص عن بنت وابن ابن، فإن البنت تستحق النصف فرضاً،

وابن الابن يستحق النصف تعصيباً.

2. أن لا يتجاوز هؤلاء الأحفاد ثلث تركة الجد لأنها وصية وليست ميراثاً والوصية محدودة

بالتلث.

3. أن لا يكون الجد قد أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما

يساوي الوصية الواجبة، فإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت لهم بمقدار ما يكمل نصيب

أصلهم المتوفى في حياة أحد أبويه، أو الثلث إن كان نصيبه أكبر منه.

4. أن يكون أبوهم قد مات قبل أصله أو معه.

بناءً على ما سبق، فقد أراد القانون حل قضية كثرت فيها الشكوى، وحفظ حق الأيتام في

استحقاق حصة أبيهم لو كان حياً، والذي تركهم -غالباً- عرضة للعوز والحاجة. والحقيقة الثابتة

بالاستقراء أن جل الأيتام في مجتمعاتنا يعانون الفقر والحاجة. لكن القانون في بعض جزئياته لا

يخلو من النقاش:

¹ السباعي، مصطفى (ت1384هـ)، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط9، بيروت، دار الوراق، 2001م، ج2، ص103-105، وأبو زهرة، شرح قانون الوصية، ص200-201، وداود، القرارات الاستثنائية، ج2، ص1319.

أولاً: القول: "إن القانون قد استند على أقوال الفقهاء بتقنيته للوصية الواجبة" فيه نظر، فبعد التأمل في أقوال الفقهاء في وجوب الوصية لم ألتمس من كلامهم مؤيداً لما ذهب إليه واضعو القانون بتفاصيله المذكورة، سواءً من أوجبها دون قيود كالزهري، أو من أوجبها ديانةً للأقربين الذين لا يرثون، كبعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض التابعين، أو من أوجبها ديانةً وقضاءً للأقربين الذين لا يرثون وهو ابن حزم.

إن وجوبَ إخراج الوصية من مال الميت في حال لم يوصِ في حياته هو مذهب ابن حزم - فحسب-، ولم يقل به غيره من الفقهاء، ولكن ابن حزم لم يوجب الوصية لفتنة من أقارب الميت دون غيرها، ولم يفعل كما فعل واضعو القانون حين خصّوها بفروع الابن الذكر المتوفى.

ثانياً: ينبغي أن يكون القانون محققاً للعدل في جميع الظروف. والمساواة بين جميع الأيتام في هذا الحق لا تحقق العدالة دائماً؛ ماذا لو ترك الأب المتوفى في حياة أبيه مالاً لأولاده يفوق تركه جدهم بأكملها؟ وذلك يقتضي أن ينظر واضعو القانون نظرةً أعمق قبل أن يوجبوا الوصية للأحفاد دون مراعاة لكونهم في فقرٍ أو غنى.

يؤيد هذا أن الباحث في نصوص الفقهاء الذين أوجبوا الوصية بشكل عام، والذين أوجبوها للأقربين غير الوارثين، يجد أنهم جعلوا ضابط استحقاقها من الأقارب هو تحقق الفقر لا مجرد مَظَنَّتِهِ، فقد رُوي عن طاووس أنه يقول: "من أوصى لقومٍ وسماهم وتركَ ذوي قرابته محتاجين

انتزعت منهم وردت على ذوي قرابته، فإن لم يكن في أهله فقراء، فلاهل الفقر من كانوا"¹، نعم إن الأقرين أولى بالصدقة، ولكن الأصل أن مناط الأولوية الفقر.

واني أرى مفهوم الوصية الواجبة أشبه بالنفقة من الميراث، والنفقة منوطاً في معظم صورها بالحاجة²، بخلاف الميراث؛ فهو حق للوارث سواء كان غنياً أم فقيراً. ولو كان للأحفاد الذين توفي أبوهم في حياة جدهم ميراثٌ خالصٌ لما سكت عنه الشارع الحكيم.

لهذا أوصي بأن لا يغفل القانون عن الأخذ بعين الاعتبار فقر الصغار أو غناهم، فيشترط الفقر لاستحقاقهم الوصية الواجبة.

¹ الصنعاني، عبد الرزاق بن همام (ت211هـ)، مصنف عبد الرزاق، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي)، ط2، بيروت، المكتب الإسلامي، 1403هـ، ج9، ص81، رقم 16426.

² تجب النفقة في بعض الأحوال ولو كان المنفق عليه أغنى من المنفق، كوجوب النفقة على الزوجة ولو كانت غنية.

المبحث الثاني

الحقوق المالية للحمل

وفيه تمهيد وأربعة مطالب:

- تمهيد: مدة الحمل.
- المطلب الأول: نفقة الأم الحامل.
- المطلب الثاني: ميراث الحمل.
- المطلب الثالث: الوصية للحمل.
- المطلب الرابع: الوقف على الحمل.

تمهيد

مدة الحمل

يختص هذا المبحث في الحمل، وقد تحدثت فيه عن الحقوق المالية التي تجب له، ابتداءً بنفقة أمه مدة الحمل، ثم ميراثه، وما يثبت له من التبرعات كالهبة والوصية والوقف.

وكل هذه الحقوق لا تثبت للحمل إلا بتأكد وجوده مستقرًا في الرحم، ثم بولادته ضمن مدة معينة حددها الفقهاء والقانون، فإن ولد قبل أقل من مدة الحمل، أو بعد أكثرها، لم تثبت له الحقوق المراد بحثها هنا¹.

أولاً: أقل مدة الحمل:

أجمع الفقهاء² على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ودليل ذلك: إشارة النص في قول الله ﷻ: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾³ وقول الله ﷻ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁴. ووجه الاستدلال من الآيتين: أن الآية الأولى بينت مجموع مدة الحمل والرضاعة وهو ثلاثون شهراً،

¹ كأن يولد بعد الزواج بخمسة أشهر مثلاً، أو يولد بعد وفاة الأب بعشرة أشهر.

² ابن المنذر، الإجماع، ص122. وانظر: السرخسي، المبسوط، ج30، ص92. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج2، ص422. والشريبي، معني المحتاج، ج3، ص509. والبهوتي، كشف القناع، ج7، ص2246.

³ سورة الأحقاف، الآية 15.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

والآية الثانية بينت مدة الرضاعة وهي أربعة وعشرون شهرًا، فبقي من الثلاثين ستة أشهر، وهي مدة أقل الحمل¹، وهو استدلال ابن عباس رضي الله عنهما².

ثانيًا: أكثر مدة الحمل:

كل من بحث في أقوال الفقهاء رحمهم الله لا بد سيجد أن منهم من قال: إن أكثر مدة الحمل سبع سنين، ومنهم من قال هي خمس، وأربع، وثلاث، وستان، وسنة وتسعة أشهر. وقد علق صاحب كتاب "خلق الإنسان بين الطب والقرآن" على أقوالهم، فقال: "وأما كتب الفقهاء فمشحونة بحكايات المولودين وقد أنبتت أسنانهم. المولودين لثلاث وأربع سنوات... وكلها حكايات خرافية لا سند لها من الصحة مطلقًا"³.

الحقيقة أن مضمون كلام المؤلف -وإن كان صحيحًا-؛ إلا أنني لا أقبل أن يفهم كلام الفقهاء ويفسر "بالخرافة والحكاية"، ذلك لأن الفقهاء لا يتكلمون في أمور الاختصاصات الطبية والعلمية فيما لم يرد به دليل منقول؛ إلا من باب النقل عن الوقائع أو ما ترامى إلى أسماعهم، ثم لا يعدونه دليلًا. فإذا ورد الدليل، أو تكلم أهل الاختصاص فهو المعتمد عندهم. وفي هذا يقول الإمام ابن القيم: "وما ذكره من الحساب لا يقوم عليه دليل ولا تجربة مطردة، فرما زاد على ذلك أو نقص منه..."⁴، وقد نقل ابن القيم أيضًا عن جماعة من الفقهاء أنه: "لا يجوز في هذا الباب التحديد

¹ الكياهراسي، علي بن محمد (ت504هـ)، أحكام القرآن، (تحقيق: موسى علي، وعزت عطية)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ، ج4، ص341.

² سبقت ترجمته (ت68هـ).

³ البار، محمد، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط8، جدة، دار السعودية للنشر والتوزيع، 1991م، ص454.

⁴ ابن القيم، محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، التبيين في أيمان القرآن، (تحقيق: عبد الله البطاطي)، جدة، مطبعة المجمع الفقه الإسلامي، 1429هـ، ص509.

والتوقيت بالرأي، لأننا وجدنا لأدنى الحمل أصلاً في تأويل الكتاب، وهو الأشهر الستة، فنحن نقول بهذا ونتبعه، ولم نجد لآخره وقتاً¹.

وقد اخترتُ ألا أخوض في نقل أقوال الفقهاء، ومناقشتها، وتفنيدها. فالقول في أكثر مدة الحمل حيث لا دليل؛ راجعُ لأهل الاختصاص والطب. وهي تسعة أشهر (266 يوماً)².

وممن قارب برأيه رأيَ أهلِ الطب في أكثر مدة الحمل: عمر وابنُ عباس³ ومجاهد⁴ وسعيد بن جبير⁵، وهو مذهب ابن حزم⁷ ورواية عن أحمد أن غالب مدة الحمل تسعة أشهر⁸.

يقول ابن عباس في قول الله ﷻ: ﴿اللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا

تَزَادُ﴾⁹ ﴿وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ﴾ أي ما تنقص عن تسعة أشهر¹⁰.

¹ ابن القيم، محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، تحفة المورود بأحكام المولود، (تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط)، ط1، دمشق، دار البيان، 1971، ص270.

² البار، خلق الإنسان، ص451.

³ سبقت ترجمته (ت68هـ).

⁴ سبقت ترجمته (ت104هـ).

⁵ سبقت ترجمته (ت95هـ).

⁶ مالك بن أنس (ت179هـ)، الموطأ، (تحقيق: محمد عبد الباقي)، مصر، دار إحياء التراث العربي، ج2، ص582. و السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، (تحقيق: مركز هجر للبحوث)، مصر، دار هجر، 2003م، ج8، ص377.

⁷ ابن حزم، المحلى، ج8، ص400.

⁸ ابن قدامة، المغني، ج8، ص362.

⁹ سورة الرعد، الآية 8.

¹⁰ ابن القيم، تحفة المورود، ص267.

المطلب الأول

نفقة الأم الحامل

نفقة الأم الحامل، إنما وجبت لمصلحة الأم والجنين معاً، ومن الحقوق المالية للجنين، أن تجب نفقة أمه، من مأكّل ومشرب ودواء وملبس ومسكن.

ولا أتحدث في هذا المبحث عن نفقة الأم الحائل (غير الحامل)؛ إذ إن المقصود هنا هو الجنين الذي تحمله الأم، لا الأم نفسها.

والأم الحامل إما أن تكون زوجة أو معتدة، سواء معتدة من طلاق أو موت. ولكل حال من هذه الأحوال أحكام مختلفة. وتفصيل ذلك:

أولاً: نفقة الزوجة: وهي واجبة على الزوج بلا خلاف¹. ودليل ذلك:

أ. من الكتاب:

- قول الله ﷻ: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾².
- وقول الله ﷻ: ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾³.

¹ نقل الإجماع: ابن المنذر، الإجماع، ص 109. وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج 4، ص 188. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج 4، ص 183-184. والشرييني، مغني المحتاج، ج 3، ص 559-560. والبهوتي، كشاف القناع، ص 2813.

² سورة الطلاق، الآية 7.

³ سورة البقرة، الآية 233.

- وقول الله ﷺ: ﴿فَلَا يُخْرِجَنَّكَ مِنَ الْجَنَّةِ فَتَشْقَى﴾¹، وجه الاستدلال: إن الله عز وجل قال: "فتشقى" ولم يقل فتشقيان، فدل على أن آدم عليه السلام هو الذي يتعب لنفقتة ونفقتها، وبنوه على سنته²، فإن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يأت في شرعنا ما يعارضه، ولا معارض له.

ب. ومن السنة:

- قول الرسول ﷺ في حجة الوداع: "اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهنَّ بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"³.
- وقول الرسول ﷺ لهند⁴ زوج أبي سفيان: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"⁵.
- وقد سئل رسول الله ﷺ: ما حق المرأة على الزوج؟ قال: "يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا اكتسى..."¹.

¹ سورة طه، الآية 117.

² الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص559.

³ رواه مسلم، برقم 3009، في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ج4، ص39.

⁴ هي هند بنت عتبة بن ربيعة، من سادات قريش وبنيت كنانة، كانت امرأة ذات أنفة، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بليلة، هي أم الخليفة معاوية بن أبي سفيان ﷺ، شهدت معركة اليرموك وكانت تحرض المسلمين على قتال الروم، توفيت في خلافة عمر بن الخطاب ﷺ يوم أن مات أبو قحافة والد أبي بكر الصديق ﷺ سنة 14هـ. انظر: ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (ت463هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، (تحقيق: علي البجاوي)، ط1، بيروت، دار الجيل، 1992م، ج4، ص1922-1923. وابن الأثير، أسد الغابة، ص1593-1594. وكنعان، محمد، وفيات الأعيان والمشاهير خلاصة تاريخ ابن كثير، ط1، بيروت، مؤسسة المعارف، 1998م، ص19.

⁵ رواه مسلم، برقم 4574، كتاب الأقضية، باب قضية هند، ج5، ص129.

ج. وأما الإجماع؛ فلأن الأمة قد أجمعت على وجوب نفقة الزوجة على زوجها².

د. وأما المعقول: فلأن الزوجة محبوسة لزوجها، يمنعها احتباسها له من الكسب، فتجب عليه

نفقتها³.

- في القانون: تجب نفقة الزوجة من حين العقد، سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة،

مسلمة أو غير مسلمة، كبيرة أو صغيرة⁴.

جاء في المادة 160 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب النفقة ولمن

تستحق من الزوجات: "تجب النفقة من حين العقد الصحيح على الزوج ولو فقيرًا، أو مريضًا، أو

عَنِيًّا، أو صغيرًا لا يقدر على المباشرة، للزوجة، غنيةً كانت أو فقيرة، مسلمة أو غير مسلمة، كبيرة

أو صغيرة، تطبيق الوقاع أو تشتهي له⁵، شرط ألا تكون ناشزة، فإن نشزت فلا نفقة لها، وهو ما

جاء في المادة 171 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب من لا نفقة لهن: "الناشزة

وهي التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه، بغير وجه شرعي، يسقط حقها في النفقة مدة

نشوزها"⁶.

¹ رواه ابن حبان في صحيحه، برقم 4175، وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح. محمد بن حبان (ت354هـ)،

صحيح ابن حبان، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993م، ج9، ص482.

² نقل الإجماع: ابن المنذر، الإجماع، ص109. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص113. والخرخشي،

شرح مختصر خليل، ج4، ص183-184. والشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص559. والبهوتي، كشاف القناع،

ص2813.

³ ابن نجيم، البحر الرائق، ج4، ص188. والبهوتي، كشاف القناع، ص2813.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج1، ص380-397.

⁵ ناطور، المرعي، ص281.

⁶ ناطور، المرعي، ص283.

ثانيًا: نفقة المعتدة. والعدة إما أن تكون من طلاق في نكاح صحيح، أو في نكاح فاسد، أو موت.

1. فإن كانت معتدة من طلاق في نكاح صحيح، فلها النفقة بلا خلاف¹. أما المعتدة من طلاق رجعي؛ فهي في حكم الزوجة لأن ملك النكاح ما زال قائمًا. وأما المعتدة من طلاق بائن فقول الله ﷻ: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلِيًّا حَمِلًا فَأْتِفُوا عَلَيْنَّ حَتَّى يَضَعَنَّ حَمْلَهَا﴾². فإن خرجت المعتدة الحامل من بيت العدة فلفقهاء في وجوب النفقة لها قولان:

الأول: إن خروجها من بيت العدة بغير إذن زوجها يُسقط النفقة، لأنها بخروجها تكون ناشزًا، والناشر لا نفقة لها. وهذا مذهب الحنفية³ والشافعية⁴.

والثاني: أن لها النفقة، لأن النفقة لم تُفرض لها بل للولد. وهو مذهب المالكية⁵ والحنابلة⁶.

- وفي القانون: تجب النفقة للزوجة المعتدة من طلاق في نكاح صحيح، سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا⁷.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص121. والخرشي، شرح مختصر خليل، ج4، ص192. والشربيني، معني المحتاج، ج3، ص576. والبهوتي، كشف القناع، ص2817.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص144.

⁴ الشربيني، معني المحتاج، ج3، ص572.

⁵ الدسوقي، محمد بن أحمد (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج2، ص514-515.

⁶ البهوتي، كشف القناع، ص2818.

⁷ باشا، الأحكام الشرعية، ج2، ص797.

جاء في المادة 150 من قانون قرار حقوق العائلة العثماني: "على الزوج نفقة معتدته"¹. وفي المادة 324 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قديري باشا، باب العدة ونفقة المعتدة: "كل فرقة طلاقاً أو فسحاً وقعت من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة، سواء كانت بمعصية أم لا، فتجب عليه النفقة مدة العدة وإن طالت"²: أولاً: لمعتدة الطلاق، رجعيًا كان أو بائنًا بينونة صغرى أو كبرى، حاملاً كانت المرأة أو حائلاً..."³.

فإن نشزت وخرجت من بيت العدة فلا نفقة لها في القانون⁴. جاء في المادة 151 من قانون قرار حقوق العائلي العثماني: "ليس للمطلقة في نشوزها نفقة في عدتها"⁵، وفي المادة 171 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قديري باشا، باب من لا نفقة لهن: "الناشزة وهي التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه، بغير وجه شرعي، يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها"⁶.

وحيث لم يفرّق القانون بين نشوز الحائل والحامل، يبقى الحكم على العموم.

ويترجح لي مذهب المالكية والحنابلة، في ثبوت النفقة للزوجة أثناء العدة وإن خرجت من بيتها-، وتعد هذه النفقة حقاً للحمل، وليس للوالد أن يحرم ولده من النفقة بنشوز أمه، وما دامت نفقة الحمل لا تتأتى إلا بالنفقة على الحامل، فلا تسقط.

¹ ناطور، المرعي، ص245.

² لم يبين القانون أقصى مدة للعدة والأصل أن يبينها، وهي أكثر مدة الحمل، وقد اعتبر القانون أكثر مدة الحمل سنتين، كما جاء في المادة 540 من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قديري باشا، باب الوصايا: "...أو لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن إن كانت معتدة لوفاء أو طلاق"، وقد بينتُ الراجح في أكثر مدة الحمل، وهو تسعة أشهر.

³ ناطور، المرعي، ص315.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج1، ص399.

⁵ ناطور، المرعي، ص245.

⁶ ناطور، المرعي، ص283.

2. وإن كانت معتدة من نكاح فاسد أو وطء شبيهة فللفقهاء في وجوب النفقة لها قولان:

الأول: ليس لها نفقة، لأنه لا نفقة لها في حال التمكين، فبعده أولى. وهو قول جمهور

الحنفية¹، والأصح عند الشافعية².

الثاني: تجب لها النفقة، لعموم آية نفقة الحامل، وقياساً على وجوب النفقة على الولد بعد

انفصاله، ولأن النفقة للولد لا للحامل، وقد روي هذا عن أبي حنيفة إذا أقرت الزوجة على نكاحها³،

وهو مذهب المالكية⁴ والحنابلة⁵، والصحيح عند الشافعية⁶.

- في القانون: لا تجب النفقة للمعتدة من نكاح فاسد أو وطء شبيهة، إلى أن يكون النكاح

بلا شهود، فإنه وإن كان فاسداً - تجب النفقة فيه، لأن النكاح بلا شهود مختلف فيه⁷.

جاء في المادة 172 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قدري باشا، باب من لا نفقة لهن:

"المنكوحة نكاحاً فاسداً، والموطوءة بشبهة، لا نفقة لهما، إلا المنكوحة بلا شهود"⁸.

ويترجح لي مذهب الجمهور، فتجب لها النفقة، لقوة أدلتهم، ولأن النفقة من حق الحمل، فلا

يجوز أن يُترك بلا منفق، ثم لا ذنب له ليعاقب على فعل أبيه.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص118.

² الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص577.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص140.

⁴ الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ص554.

⁵ البيهوتي، كشف القناع، ص2818-2819.

⁶ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص577.

⁷ باشا، الأحكام الشرعية، ج1، ص401-402.

⁸ ناطور، المرعي، ص283.

3. وإن كانت معتدة من وفاة: فلفقهاء قولان في وجوب نفقتها.

الأول: لا تجب لها النفقة. وهو مروى عن ابن عباس¹ وجابر² رضي الله عنهما، وهو مذهب

الجمهور، من الحنفية⁴ والمالكية⁵ وجمهور الشافعية⁶ والصحيح عند الحنابلة⁷.

الثاني: لها نفقة الكفاية. وهو مروى عن علي وابن عمر⁸ رضي الله عنهما، وهو قول للشافعية¹⁰، ورواية عند

الحنابلة¹¹.

واستدل الجمهور القائلون بعدم وجوب النفقة للمعتدة من الوفاة بالأدلة التالية:

أ. بقول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ

غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴿١٢﴾، فالوصية في هذه الآية مفسرة بأمرين، أحدهما: المتاع والنفقة إلى الحول، والثاني:

السكنى إلى الحول، ثم نزل قول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ

¹ سبقت ترجمته (ت68هـ).

² سبقت ترجمته (ت74هـ).

³ الرازي، محمد بن عمر (ت606هـ)، مفاتيح الغيب، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج6، ص493.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص165.

⁵ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج5، ص515.

⁶ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص577.

⁷ البهوتي، كشف القناع، ص2819.

⁸ سبقت ترجمته (ت73هـ).

⁹ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص493.

¹⁰ الرملي، محمد بن أبي العباس (ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، 1984م،

ج7، ص211.

¹¹ ابن قدامة، المغني، ج9، ص292.

¹² سورة البقرة، الآية 240.

أَشْهُرٍ وَعَشْرًا¹ ناسخًا هذين الحكمين؛ أما النفقة والسكنى فلأن القرآن دل على ثبوت الميراث لها،
والسنة دلت على أنه لا وصية لوارث².

فصارت منسوخة بالقرآن والسنة معاً³.

وقد رد الموجبون على هذا بأن النسخ في الآية هو نسخ مدة العدة من حولٍ كاملٍ إلى أربعة
أشهرٍ وعشراً، وهو لا يعني نسخ حكم نفقة العدة⁴.

ب. ومن السنة: قول الرسول ﷺ: "ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة"⁵.

ج. من المعقول: لأن النفقة وجبت في مقابلة التمكين في ملك النكاح، وبالموت ينقطع ملك
النكاح، فتتقطع النفقة⁶.

واستدل الموجبون للنفقة للمعتدة من وفاة بالكتاب والسنة والمعقول:

¹ سورة البقرة، الآية 234.

² الحديث: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث". رواه الترمذي في سننه، برقم 2266، ج8، ص238. وقال: حديث حسن صحيح. وقال شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن. انظر: مسند الإمام أحمد بتعليق شعيب الأرنؤوط، ج5، ص267.

³ الطبري، محمد بن جرير (ت310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري)، (تحقيق: أحمد شاكر)، ط1، مؤسسة الرسالة، 2000م، ج4، ص400. والرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص492. والقرطبي، محمد بن أحمد (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، ط2، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964م، ج3، ص174. والسيوطي، الدر المنثور، ج3، ص111.

⁴ الصنعاني، محمد بن إسماعيل (ت1182هـ)، سبل السلام، ط4، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ج3، ص222.
⁵ رواه الدارقطني في سننه، برقم 3950، ج5، ص39. وضعفه الألباني. انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، ط1، الرياض، دار المعارف، 1992م، ج9، ص377.

⁶ الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص493.

أ. أما الكتاب؛ فقد استدلوا بالآيتين السابقتين اللتين استدلت بهما المانعون، غير أنهم قالوا:

إن معنى آية الوصية في قول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ

مَّتَعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ¹: من يتوفى منكم ويذرون أزواجًا وقد وصوا لهن بنفقة الحول وسكنى

الحول، إن خرجن قبل ذلك وخالفن وصية الزوج بعد أن يقمن المدة التي ضربها الله تعالى لهن،

فلا حرج عليهن فيما فعلن في أنفسهن من معروف، أي: نكاح صحيح، لأن إقامتهن غير لازمة.

والسبب في ذلك أنهم زمان الجاهلية كانوا يوصون بالنفقة والسكنى حولاً كاملاً، فبين الله تعالى أن

ذلك غير واجب. وبهذا يكون النسخ زائلاً، لأن النسخ خلاف الأصل، فوجب المصير إلى عدمه

قدر الإمكان².

وبعموم قول الله ﷻ: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ³﴾، فالآية الكريمة

تقرر وجوب النفقة للحامل عموماً، سواء كانت في عدة الرجعي، أو البائن، أو الوفاة⁴.

ب. ومن السنة: قول الرسول ﷺ لفاطمة بنت قيس: "لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً"⁵.

ووجه الاستدلال: عموم الحديث في النفقة للحامل، سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو

من وفاة¹.

¹ سورة البقرة، الآية 240.

² الرازي، مفاتيح الغيب، ج6، ص492.

³ سورة الطلاق، الآية 6.

⁴ خان، محمد صديق (ت1307هـ)، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة، ج2، ص81.

⁵ رواه أبو داود في سننه، برقم 2292، ج2، ص255. والبيهقي في السنن الكبرى، برقم 16136، ج7، ص473.

وعبد الرزاق في مصنفه، برقم 12025، ج7، ص22. وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير. انظر:

ج. وبالقياس: أي قياس المفارقة بالموت على المفارقة في الحياة -أي الطلاق-؛ فكما

تجب النفقة على الحامل المعتدة من طلاق، تجب على المعتدة من وفاة².

د. والمعقول: فلأن الحمل بسبب الزوج، فعليه نفقته، ولأن النفقة للولد لا للأم³.

- وفي القانون: لا نفقة للمعتدة من وفاة، ولو كانت حاملاً، لأن احتباسها ليس لحق

الزوج، بل لحق الشرع. ولأن المتوفى غالباً يترك شيئاً، فترث منه زوجته وتنفق على نفسها منه⁴.

جاء في المادة 152 من قانون قرار حقوق العائلة العثماني: "ليس للمرأة التي توفي زوجها

سواء كانت حاملاً أو حائلاً نفقة عدة"⁵.

ويترجح لي وجوب النفقة للمعتدة من وفاة، لضعف أدلة المانعين:

- أما الاستدلال بالنسخ، فقد رد الموجبون عليه.

- وأما الحديث "ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة" فهو ضعيف لا يصح الاستدلال

به، وقد عارضه حديث صحيح يصرح بوجوب النفقة للحامل.

- وأما المعقول؛ ففوات التمكين لم يكن بفعل الزوجة، وإنما بوفاة الزوج، وهو أمر طبيعي

لا يجوز أن يسقط حقاً ثابتاً للزوجة والحمل الذي هو ولد المتوفى.

الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، صحيح الجامع الصغير، ط3، بيروت، المكتب الإسلامي، 1988م،

ج2، ص1254.

¹ خان، الروضة الندية، ج2، ص81.

² ابن قدامة، المغني، ج9، ص292.

³ ابن قدامة، المغني، ج9، ص292.

⁴ باشا، الأحكام الشرعية، ج2، ص821.

⁵ ناطور، المرعي، ص245.

وأما قولهم: إن المتوفى غالباً ما يترك ميراثاً تتفق على نفسها منه، فهو احتمال لا يصح الاعتماد عليه، فإن كان قد ترك مالا وورثت، فلها الثمن أو الربع، ولو قلنا إنها تتفق على نفسها منه وطال الحمل، نفذ ولم يبق لها منه شيء، بل أنفقته على ولده وذهب نصيبها، وإن لم يترك شيئاً فقد تُركت إلى غير مُنفق. ثم إن الحمل بسبب الزوج، والنفقة والميراث حقان مختلفان، فلماذا تسقط نفقة الحمل بميراث أمه؟

المطلب الثالث

ميراث الحمل

أولاً: حكم ميراث الحمل: أجمع الفقهاء على أن الحمل من جملة الورثة على اعتبار أنه

منفرد بالحياة، فإذا ولد كانت له ذمة تجعله أهلاً لوجوب الحق له وعليه¹.

يقول ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرجل إذا مات وزوجته حبلى، أن الولد الذي في بطنها

يرث، ويورث إذا خرج واستهل"².

ويشترط لثبوت الميراث له شرطان:

الأول: أن يُتَيَقَّنَ وجوده في بطن أمه عند وفاة مورثه. ويعلم ذلك بأن يولد ضمن المدة

المعروفة للحمل؛ وهي ما بين ستة إلى تسعة أشهر³. فإذا وُلِدَ بعد وفاة مورثه لأكثر من تسعة

أشهر، فلا يرث⁴.

¹ ابن المنذر، الإجماع، ص 97. وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، ص 389. والدردير، أحمد بن محمد (ت 1201هـ)، الشرح الكبير، دار الفكر، ج 4، ص 487، والشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص 39. والبهوتي، كشف القناع، ج 7، ص 2245.

² ابن المنذر، الإجماع، ص 97.

³ اخترت التسعة أشهر بناءً على الكلام السابق في أكثر مدة الحمل، أما نصُّ الفقهاء فمختلفٌ عن ذلك.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج 30، ص 92. والدردير، الشرح الكبير، ج 2، ص 422. والشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص 39. والبهوتي، كشف القناع، ج 7، ص 2246.

والثاني: أن ينفصل كله حيًّا عند الجمهور¹، أو أكثره عند الحنفية². وتُعرف حياته بالاستهلال، كالصراخ والبكاء والعطاس والتثاؤب والحركة. ودليل ذلك قول الرسول ﷺ: "لا يرث الصبي حتى يستهلَّ صارحًا"³.

ويترجح لي مذهب الجمهور للحديث الصحيح، فالجنين لا يستهل صارحًا إلا إذا خرج كله حيًّا.

ثانيًا: تقسيم التركة: اختلف الفقهاء في تقسيم التركة قبل ولادة الجنين على قولين:

1. ذهب المالكية إلى أن التركة توقف ولا تقسم حتى يوضع الحمل، ويتبين هل هو ذكر أم أنثى؟ واحدًا أم أكثر؟⁴ لأن مدة الحمل قصيرة غالبًا، فلا يضر تأخر تقسيمها، ولا تتغير⁵.
2. وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ وأشهب من المالكية⁹ إلى أن التركة تقسم ويوقف للحمل نصيبه. فإذا رضي الورثة بأن توقف التركة إلى بعد ولادته

¹ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص296. والشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص39. والبهوتي، كشاف القناع، ج7، ص2247.

² السرخسي، المبسوط، ج30، ص92.

³ رواه ابن ماجة في سننه برقم 2751، ج2، ص919، وصححه الألباني في سنن ابن ماجة.

⁴ ابن رشد، محمد بن أحمد (ت450هـ)، البيان والتحصيل والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، (تحقيق: محمد حجي وآخرون)، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1988م، ج14، ص486-487.

⁵ الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص487.

⁶ السرخسي، المبسوط، ج30، ص94.

⁷ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص39.

⁸ البهوتي، كشاف القناع، ج7، ص2245.

⁹ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج8، ص224.

وقفت، وإلا فلا يُجبرون على ذلك. لكن ثمة حالات يجب فيها وقف نصيب بعض الورثة لأن المولود قد يستحق جميع التركة، أو يحجب غيره¹.

وهو رأي القانون؛ فقد جاء في المادة 631 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قديري باشا، باب مسائل متنوعة: "يوقف للحمل من التركة نصيب ابنٍ واحد أو بنت واحدة أيهما كان أكثر، هذا لو كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان. فلو كان يحجبهم حجب حرمان وقف الكل، ويؤخذ الكفيل من الورثة في صورة القسمة. ويرث الحمل إن وضع حياً أو خرج أكثره حياً فمات، لا إن خرج أقله فمات، إلا إن خرج بجناية فإنه يرث ويورث. فإذا ظهر الحمل فإن كان مستحقاً جميع الموقوف فيها. وإن كان مستحقاً للبعض، يأخذ ما يستحقه، والباقي يعطى لكل وارث ما كان موقوفاً من نصيبه"².

ويترجح لي مذهب المالكية في انتظار تقسيم التركة إلى ما بعد ولادة الجنين حياً.

ووجه الترحيح أن أنصبة الورثة لا تُقسم إلا بالرجوع إلا المحكمة واستصدار "حجة حصر إرث"، من المحكمة الشرعية بطلب موقع من جميع الورثة³، وعلى أي حال، فهي إجراءات لها

¹ مثال ذلك: أن يموت عن أخ شقيق، وزوجة حامل. فتعطي الزوجة الثمن، ويوقف نصيب الأخ، لأن الحمل لو وُلد ذكراً استحق الباقي بالتعصيب، ولا يرث الأخ شيئاً لأنه محجوب بالابن. وتصح المسألة من ثمانية أسهم: للزوجة 1، وللابن 7. وإذا وُلدت أنثى فلها النصف، والباقي للأخ بالتعصيب. وتصح المسألة من ثمانية أسهم: للزوجة سهم، وللبنات 4، وللأخ 3. وإذا مات الحمل استحقت الزوجة الربع، والباقي للأخ تعصيباً.

² ناطور، المرعي، ص 382.

³ جاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية في القدس في ملف 2002/18: "عدم موافقة جميع الورثة بيبقي المحكمة بدون صلاحية". انظر: عسلي، زياد، وبيدر، رائد، وعراقي، إسلام، الموسوعة القضائية في الأحوال الشخصية بالمحاكم الشرعية في إسرائيل، ط1، القاهرة، دار ابن حزم، 2008م، ص 112.

قيودها، ولا تصدر قبل نشرها بالصحف المحلية، والتحقق من الرسوم المالية، والأوراق الثبوتية المصدّقة من الدوائر الحكومية، وفقاً للإجراءات التي تطلبها المحكمة.

والنصيب الموقوف للحمل قد لا يثبت، إذ إن ولادته ميئاً محتملة، وسقطه كذلك، وخطأ الأطباء في جنس المولود محتمل - وإن كان نادراً-؛ فإن حصل ذلك فإن الحجة الوراثية ستحتاج إلى تصحيح.

لهذا لا أرى بأساً في الانتظار، فإن مدة الحمل ليست بالمدة الطويلة التي تُلحق الضرر بالورثة في تأخير القسمة.

ثالثاً: مقدار ما يوقف للحمل من التركة: اختلف الجمهور القائلون بتقسيم التركة في مقدار ما يوقف للحمل، على ثلاثة أقوال:

1. يوقف للحمل ميراث ذكرٍ واحد، وهو مروى عن أبي يوسف من الحنفية، وهو الأصح عندهم وعليه الفتوى¹.

2. يوقف للحمل ميراث ذكرين اثنين، وهو مذهب الحنابلة² ومحمد من الحنفية³، لأن ولادة التوأمين معتادة، وما زاد على ذلك فهو نادر.

3. يوقف للحمل مقدار أربعة ذكور، وهو مروى عن أبي حنيفة⁴ ومذهب الشافعية¹، إذ لم يُنقل عن المتقدمين أن امرأة ولدت أكثر من أربع بنين.

¹ السرخسي، المبسوط، ج30، ص94.

² البهوتي، كشاف القناع، ج7، ص2245.

³ السرخسي، المبسوط، ج30، ص94.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج30، ص94.

وفي القانون: يوقف نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر، جاء المادة 631 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذافي باشا، باب مسائل متنوعة: "يوقف للحمل من التركة نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما كان أكثر..."².

وقد رجحت رأي المالكية، وهو انتظار تقسيم التركة إلى ولادة حين الجنين.

رابعاً: أحوال ميراث الحمل: أحوال الحمل في الميراث خمسة³:

1. أن لا يكون وارثاً على جميع الأحوال، سواء كان ذكراً أو أنثى.
2. أن يرث على أحد التقديرين -الذكورة أو الأنوثة-، ولا يرث على التقدير الآخر.
3. أن يكون وارثاً على جميع الأحوال، سواء كان ذكراً أو أنثى.
4. ألا يختلف إرثه على أحد التقديرين، سواء كان ذكراً أو أنثى.
5. ألا يكون معه وارث أصلاً، أو يكون معه وارث لكنه محجوب به.

والحالات الخمسة أشرحها بالأمثلة⁴:

الحالة الأولى: أن لا يكون الحمل وارثاً على جميع الأحوال، سواء كان ذكراً أو أنثى⁵.

¹ الشرييني، مغني المحتاج، ج3، ص40.

² ناطور، المرعي، ص382.

³ الصابوني، محمد، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، ط5، 1987م، ص186.

⁴ هذا التقسيم يكون وفق مذهب الجمهور القائلين بتقسيمها ووقف نصيب الحمل.

⁵ تُقسّم التركة في هذه الحالة اتفاقاً ولا توقّف، لأن الحمل غير وارث، فولادته حياً أو ميتاً لا تؤثر على القسمة. فكلام المالكية في عدم تقسيم التركة ينطبق على اعتبار الحمل وارثاً. وإلى هذا يشير نص كلامهم: "وسألته عن رجل هلك وترك امرأة حاملاً وترك أولاداً؛ كيف نصنع في ميراثه؟ قال: يوقف الميراث ولا يقسم منه شيء حتى تضع المرأة" انظر: ابن رشد، البيان والتحصيل، ج14، ص486.

مثالها: أن يموت عن: زوجة، وأب، وأم حامل من أب غير أبيه، فإن الحمل لو ولد، فسيكون أخًا لأم، وهو محجوب بالأب على كل حال. فتوزع التركة على النحو التالي: للزوجة الربع، وللأم ثلث الباقي، والباقي للأب. وتصح المسألة من 4 أسهم: للزوجة سهم واحد، والباقي ثلاثة: لأم واحد، ولأب اثنان.

الحالة الثانية: أن يرث الحمل على أحد التقديرين -الذكورة أو الأنوثة-، ولا يرث على التقدير الآخر.

مثالها: أن يموت عن: زوجة، وعم، وزوجة أخ شقيق حامل، فتعطى الزوجة الربع، ويوقف الباقي إلى ما بعد الولادة، لأنها لو أنجبت ذكرًا فهو ابن أخ شقيق، وهو مقدم على العم، فله الباقي تعصيبًا. وإن وُلدت أنثى فهي ذات رحم، ولا ميراث لها، ويأخذ العم الباقي تعصيبًا. وتصح المسألة من 4 أسهم، للزوجة سهم واحد، ولابن الأخ الشقيق 3. فإن ولدت أنثى فالثلاثة للعم.

الحالة الثالثة: أن يكون الحمل وارثًا على جميع الأحوال، سواء كان ذكرًا أو أنثى.

مثالها: أن يموت عن زوجة حامل، وأب، وأم. فنقسم التركة تقسيمين على اعتبار أنه سيولد ذكرًا، أو أنثى، ويوقف له أوفر النصيبين.

فلو وُلد ذكرًا، فللزوجة الثمن، وللأم السدس، ولأب السدس، والباقي للولد تعصيبًا. وتصح المسألة من 24 سهمًا: للزوجة 3، وللأم 4، ولأب 4، وللولد 13.

ولو ولدت أنثى، فللزوجة الثمن، وللأم السدس، وللبنت النصف، والباقي لأب تعصيبًا. وتصح المسألة من 24 سهمًا: للزوجة 3، وللأم 4، وللبنت 12، ولأب 5.

الحالة الرابعة: ألا يختلف إرث الحمل على أحد التقديرين، سواء كان ذكراً أو أنثى. فعندئذ يُحفظ للحمل نصيبه ويعطى الورثة نصيبهم.

مثالها: توفي عن أخت شقيقة، وأخت لأب، وأم حامل من زوج آخر. فالحمل عند ولادته نصيبه السدس، سواء كان ذكراً أو أنثى. وتصح المسألة من ستة أسهم: للأب سهم، وللشقيقة 3 أسهم، وللأخت لأب سهم، وللمولود سهم.

الحالة الخامسة: ألا يكون مع الحمل وارث أصلاً، أو يكون معه وارث لكنه محجوب به. في هذه الحالة توقف التركة كلها إلى حين ولادته، فإن وُلد حياً أخذها، وإن وُلد ميتاً أعطيت لمن يستحقها.

مثالها: توفي عن أخ لأم، وزوجة ابن حامل. فإذا وُلد ذكراً حجب الأخ لأم واستحق كل التركة بالتعصيب لأنه فرع الميت، وإذا وُلدت أنثى فتأخذ النصف فرضاً، والباقي بالرد لعدم وجود العصابات.

مثال آخر: أن يموت عن أخ شقيق، وزوجة حامل. فتعطى الزوجة الثمن، ويوقف نصيب الأخ، لأن الحمل لو وُلد ذكراً استحق الباقي بالتعصيب، ولا يرث الأخ شيئاً لأنه محجوب بالابن. وتصح المسألة من ثمانية أسهم: للزوجة 1، وللابن 7. وإذا وُلدت أنثى فلها النصف، والباقي للأخ بالتعصيب. وتصح المسألة من ثمانية أسهم: للزوجة سهم، وللابنت 4، وللأخ 3¹.

¹ انظر أمثلة الحالات الخمسة: الصابوني، المواريث، ص186-190. وأمثلة أخرى: حسن، عائشة، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008م، ص94-97. واقرظط، مفتاح، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2002م، ص121-124.

المطلب الرابع

الوصية للحمل¹

أولاً: حكم الوصية للحمل: اتفق الفقهاء على جواز الوصية للحمل²، واشتروا لجوازها عدة

شروط:

1. أن يُتأكَّد وجوده في بطن أمه حين الوصية عند الجمهور، وهم الحنفية والشافعية والحنابلة، وذلك بولادته ضمن مدة الحمل، أي: لأكثر من ستة أشهر، وأقل من تسعة أشهر³. أما المالكية فلم يشترطوا ذلك، بل قالوا بصحة الوصية لحملٍ سيكون في المستقبل. فإن كان حين الوصي حملً فإنَّ الموصى به يُؤخَّرُ إلى الولادة، وإن لم يكن حينها حملً انتظرَ بالوصية إلى اليأس من الولادة، فإن لم يحصل حملٌ رُدَّت الوصية على ورثة الموصي⁴.

2. أن يولدَ الجنينُ حيًّا، وذلك باستهلاله بالصراخ أو البكاء أو الحركة⁵.

¹ سبق تعريف الوصية في مبحث "الوصية الواجبة".

² الموصلي، عبد الله بن محمود (ت683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، (تحقيق: عبد الطيف عبد الرحمن)، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005م، ج5، ص72. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص423. الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص54، البهوتي، كشف القناع، ج7، ص2142.

³ الموصلي، الاختيار، ج5، ص72. الشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص54-55. البهوتي، كشف القناع، ج7، ص2142.

⁴ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص423. وأرى أن رأي السادة المالكية يجعل تقسيم التركة وإخراج الوصايا متوقفاً على مدة فيها جهالة قد تطول، مما يؤدي إلى تأخير الحقوق وتعطيلها.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص490. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص423. والشريبي، مغني المحتاج، ج3، ص55. والبهوتي، كشف القناع، ج7، ص2143.

3. أن يكون الموصى له مطابقاً للأوصاف والشروط التي حددها الموصي في الموصى

له¹، فلو قال الموصي: أوصي لحمل فلانة من فلان، فلا بد أن يثبت نَسَبُ الحمل لفلان المذكور لتصح الوصية، فإن لم يشترط وقال: أوصيت لحمل فلانة، صحت الوصية للحمل مطلقاً.

ثانياً: قبول الوصية: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن قبول

الوصية من الولي أو الوصي يقع بعد ولادة الحمل حياً، فلو قَبِلها قبل الولادة فقبوله غير معتبر، بل تبقى الوصية موقوفةً على قبول الولي بعد الولادة². أما عند الحنفية فلا تحتاج الوصية إلى قبول³.

ثالثاً: تعدد الأجنة: إذا أتت المرأة بأكثر من واحد؛ فالوصية لهم بالتساوي، فإن وُلد أحدهم

ميثاً فالوصية للحي منهم، وإن وُلد أحدهم حياً ثم مات، فنصيبه من الوصية لورثته⁴.

رأي القانون: تجوز الوصية للحمل، شرط أن يولد حياً ضمن مدة الحمل المقررة، فإذا

ولدت المرأة توأمين فالوصية لهما بالتساوي، وإن مات أحدهما بعد الولادة فنصيبه لورثته، وإن ولد ميثاً فالوصية للحي منهما⁵.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص489. والشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص55. البهوتي، كشف القناع، ج7، ص2143.

² ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص424، والشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص55. والبهوتي، كشف القناع، ج7، ص2143.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص489.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، ج10، ص489-490. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص423. والشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص55. والبهوتي، كشف القناع، ج7، ص2143.

⁵ باشا، الأحكام الشرعية، ج3، ص1310-1313.

جاء في المادة 540 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قذري باشا، باب الوصايا: "تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حيًا لأقل من ستة أشهر¹ من وقت الوصية إن كان زوج الحامل حيًا، أو لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن إن كانت معتدةً لوفاة أو لطلاق بائن حين الوصية. فإن جاءت المرأة بتأمين حيين، فالوصية لهما نصفين. وإن مات أحدهما بعد الولادة، فوصيته ميراثٌ بين ورثته. وإن مات أحدهما قبل الولادة، فالوصية للحي منهما"².

¹ خطأ في نص المادة. والصحيح: لأكثر من ستة أشهر.

² ناطور، المرعي، ص361.

المطلب الخامس

الوقف على الحمل

أولاً: تعريف الوقف:

- الوقف في اللغة: معناه الحبس والمنع. وهو من الفعل: وَقَفَ: أي سكن ولم يتحرك.

والحبس هو كل ما حبس بوجه من وجوه البر¹.

وفي الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريف الوقف بناءً على اختلافهم في حقيقة الوقف، هل هو

تبرع أم إسقاط كالعق، على النحو التالي².

1. ذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف تبرع بالمنفعة دون العين، فهو أشبه بالعارية، يملك

الواقف عين الموقوف ويتبرع بمنفعته للموقوف عليه³، فلا يزول ملك الواقف عن

العين الموقوفة إلا بحكم الحاكم⁴. وهو عنده عقد غير لازم⁵. وإلى هذا ذهب بعض

الشافعية في غير المشهور⁶ وهو رواية عن الإمام أحمد⁷.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج9، ص359.

² الزرقا، مصطفى (ت1420هـ)، أحكام الأوقاف، ط2، عمان، دار عمار، 1998م، ص29-33.

³ ابن الهمام، فتح القدير، ج2، ص203.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، ج8، ص391.

⁵ الزيلعي، عثمان بن علي (ت743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ، ج3، ص325.

⁶ النووي، المجموع، ج15، ص324.

⁷ ابن قدامة، المغني، ج6، ص208.

2. ذهب محمد من الحنفية إلى أن الوقف تبرع بالعين والمنفعة معاً، فهو أشبه بالهبة¹، وعليه فإن الوقف عند محمد يزول عن ملك الواقف وينتقل إلى ملك الله تعالى، ويقع لازماً لا يمكنه الرجوع فيه إذا تم التسليم².

3. ذهب أبو يوسف من الحنفية³ (وعليه الفتوى عند الحنفية)، والمالكية⁴، والمشهور من مذهب الشافعية⁵، والراجح عند الحنابلة⁶ إلى أن الوقف إسقاط كالعتق، لا تبرع. فتسقط ملكية الوقف عن الواقف ويلزم بمجرد اللفظ، فلا يجوز له الرجوع فيه.

وبناء على اختلاف الفقهاء في حقيقة الوقف، يمكن عرض تعريفاتهم للوقف اصطلاحاً

على النحو التالي:

عرّف أبو حنيفة الوقف بأنه: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة⁷.

وعرّفه الصحابان: حبس العين على ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب⁸.

¹ الحداد، علي بن محمد (ت800هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدروي، باكستان، مكتبة حقانية، ج2، ص21.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج8، ص391. والموصلي، الاختيار، ج3، ص46.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج8، ص391. والموصلي، الاختيار، ج3، ص46. والحداد، الجوهرة النيرة، ج2، ص21.

⁴ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج7، ص79. وابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص75.

⁵ النووي، المجموع، ج15، ص324.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج6، ص208.

⁷ ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، ج6، ص203.

⁸ ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص203.

وعرّفه المالكية: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك مُعْطِيهِ ولو تقديراً¹.

وعرّفه الشافعية: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته،

على مصرف مباح موجود².

وعرّفه الحنابلة: تحببُ مالكٍ مطلقٍ التصرفِ ماله المنتفع به، مع بقاء عينه، بقطع

تصرف الواقف وغيره في رقبته³.

وفي القانون: جاء في المادة الأولى من قانون العدل والإنصاف في الوقف، كتاب الوقف:

"الوقف هو حبس العين عن تملكها لأحد من العباد، والتصدق بالمنفعة على الفقراء، ولو في

الجملة على وجه من وجوه البر"⁴.

ثانياً: حكم الوقف على الحمل: الوقف على الحمل له صورتان⁵:

أ. الصورة الأولى: أن يكون الحمل مقصوداً بالوقف أصالةً لا تبعاً. كأن يقول شخص: وقفت

داري على من سيولد لي، أو على جنين هذه المرأة.

ب. الصورة الثانية: أن يكون الوقف على الحمل تبعاً. كأن يقول شخص: وقفت داري على

أولادي وذريتهم، وكان فيهم حمل.

¹ الخرشي، شرح مختصر خليل، ج7، ص78.

² الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص485.

³ البهوتي، كشاف القناع، ج6، ص2032.

⁴ ناطور، المرعي، ص444.

⁵ صبري، عكرمة، الوقف الإسلامي، بين النظرية والتطبيق، ط2، عمان، دار النفائس، 2011م، ص259-262.

وبيان الصور:

أ. الصورة الأولى: أن يكون الحمل مقصودًا بالوقف أصالةً لا تبعًا. كأن يقول شخص: وقفت داري على من سيولد لي، أو على جنين هذه المرأة. وقد اختلف الفقهاء في هذه الصورة على رأيين:

1. ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم صحة الوقف على الحمل أصالةً، بل يصح تبعًا. فإن خص الحمل وحده بالوقف لم يصح، لأنه لا يصح تملك المعدوم أصالةً بل تبعًا¹. وأما الحنفية فلم يذكروا الحمل إلا تبعًا ضمن الأولاد والذرية بقولهم: "وقفت على ولدي وولد ولدي"، فيفهم من عباراتهم أنهم لا يجيزون الوقف على الحمل إلا تبعًا².

2. ذهب المالكية إلى صحة الوقف على الحمل أصالةً، فيصح عندهم الوقف على من سيولد ولو لم يكن موجودًا حين الوقف. وبالرغم من أن المالكية يشترطون أن يكون الموقوف عليه أهلاً للتملك، إلا أنهم أجازوا مثل هذا الوقف استنادًا إلى حكمهم بصحة الوقف المؤقت³.

ويترجح لي مذهب الجمهور في عدم صحة الوقف على الحمل أصالةً، لأنه وقفٌ على من لا يصح تملكه، إذ الجنين في حكم المعدوم وليس لأحد أن يملك عنه.

¹ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص488. والبهوتي، كشاف القناع، ج6، ص2040.

² الموصل، الاختيار، ج3، ص52.

³ ابن عرفة، حاشية الدسوقي، ج4، ص77.

ب. الصورة الثانية: أن يكون الوقف على الحمل تبعاً. كأن يقول شخص: وقفت داري على أولادي وذريتهم، وكان فيهم حمل. وقد اتفق الفقهاء على صحة الوقف على الجنين تبعاً¹، ثم اختلفوا في اشتراط وجود الحمل حين الوقف على رأين:

1. ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم اشتراط وجود الحمل لصحة الوقف، فلو أوقف على أولاده وذريتهم، فإن كان فيهم حمل وانفصل حياً استحق، فإن لم يكن يُحفظ له نصيبه من تاريخ الوقف، إلى أن ينفصل حياً².

2. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الحمل لا يستحق الوقف إلا إذا كان موجوداً وقت تسمية الوقف ثم انفصل حياً. كأن يقول الواقف: بيتي هذا وقفٌ على أولادي وذريتهم، فإن كان بينهم حمل استحق، فإن حدث حمل بعد ذلك، فلا يستحق³.

ويترجح لي مذهب الشافعية والحنابلة، فيستحق الحمل الوقف إذا كان موجوداً وقتَه -فحسب-، فإن لم يكن موجوداً عند تسمية الوقف فلا يستحق. لأن عدم التركة إلى انقطاع احتمال حدوث الحمل، فيه إضرارٌ بمستحقّي التركة؛ لما فيه من تأخير استحقاقهم للتركة لو اعتبرنا أن الوقف على الحمل غير الموجود صحيحاً.

¹ الموصلي، الاختيار، ج3، ص52. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج7، ص80. والشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص488. والبهوتي، كشف القناع، ج6، ص2040.

² الموصلي، الاختيار، ج3، ص52. الخرشي، شرح مختصر خليل، ج7، ص80.

³ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص488. والبهوتي، كشف القناع، ج6، ص2040.

رأي القانون: يصح الوقف على الحمل إذا كان مذكورًا ضمن الولد -أي تبعًا¹.

جاء في المادة 15 من قانون العدل والإنصاف: "إذا كان الوقف على شخص معين، أو على جماعة معينين تعيينًا يحتمل الانقطاع بأن كانوا يُحصَوْنَ عددًا، فلا يصح إلا إذا ذكر معه الأبد نصًا أو دلالةً. فإذا قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على ولدي، أو على زيد ثم الفقراء. أو قال: صدقة موقوفة لله أبدًا على ولدي، وولد ولدي، ومن بعدهم للفقراء، أو على أولاد زيد ومن بعدهم للفقراء. أو قال: صدقة موقوفة على ولدي، وولد ولدي ونسلهم، وعقبهم... صح الوقف بهذه الصيغ كلها"².

¹ باشا، محمد (ت1306هـ)، قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف، (تحقيق: علي جمعة ومحمد سراج)، ط1، الإسكندرية، دار السلام، 2006م، ص140.

² ناطور، المرعي، ص454-455.

الخاتمة

وفيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

أولاً: نتائج البحث

1. اليتيم: من مات أبوه ولم يبلغ. فإذا بلغ زال اسم اليتيم عنه.
2. الأهلية صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطابٍ تشريعي. وهي نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء.
 - أ. أهلية الوجوب: صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام. وهي نوعان: كاملة، وناقصة. تثبت أهلية الوجوب الكاملة للإنسان منذ ولادته، وتثبت أهلية الوجوب الناقصة للجنين.
 - ب. أهلية الأداء: صلاحية الإنسان لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل. وهي ثلاثة أنواع: كاملة: وتثبت للبالغ، وناقصة: وتثبت للمميز وهو من بلغ السابعة، ومنعدمة: وهو من لم يبلغ السابعة.
3. بناءً على انعدام أهلية الأداء عند الطفل غير المميز: فإنه لا يُعتد بأفعاله وأقواله، ولا تُعدُّ جنايته إجراماً، ولا تكون سبباً للعقوبة.
4. يصح الإيمان، وتصح العبادات؛ كالصلاة من المميز، ولا تجب عليه بالاتفاق.
5. لا تصح تصرفات المميز القولية الضارة به كالتبرع، وما كان نافعاً كقبول الهبة يصح، وما كان دائراً بين النفع والضرر كالبيع، ينعقد موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي.

6. بناءً على ثبوت أهلية الوجوب عند الطفل وعند الصغير المميز تجب عليهما الالتزامات المالية؛ كثمن ما يُشترى، وصدقة الفطر، والنفقة التي تجب للفقراء في مال الأغنياء. والغرامات المالية؛ كضمان المتلفات، وأروش الجنایات.
7. الصغير محجور عليه. والحجر: منعٌ مخصوص بشخصٍ مخصوص عن تصرفٍ مخصوص أو عن نفاذه.
8. يرتفع الحجر عن الصغير بالبلوغ والرشد. والرشد: صلاح المال، فينفقه صاحبه فيما يَجِلُّ، ويمسكه عما يحزُم.
9. الوصاية: أمرٌ بالتصرف يوجب نيابةً عن الأمر بعد موته.
10. الأوصياء نوعان: وصي مختار؛ وهو من يختاره الأب أو الجد نائباً عنه ليتصرف في أمواله ويقوم على مصالح القُصَّر من ورثته. ووصي معيّن؛ وهو الذي يعينه القاضي للإشراف على شؤون القُصَّر المالية.
11. يشترط قبول الموصى إليه الوصاية في حياة الموصي. وللوصي الرجوع عن الوصاية، في حياة الموصي وبعلمه.
12. يشترط في الوصي: الإسلام، والتكليف، والعدالة، والهداية إلى التصرف بالمال، والحرية. ولا تشترط الذكورة والبصر.
13. يجب على الوصي حفظ مال اليتيم من الهلاك، والنفقة عليه، وعلى من تجب نفقتهم على اليتيم، وإخراج ما تعلق بمال اليتيم من حقوق؛ وهي حقوق الله كالزكاة، وحقوق العباد كالديون.

14. يجوز للوصي إجارة مال اليتيم، بشرط أن تكون المصلحة ظاهرةً لليتيم، وبما لا يتغابن الناس فيه عادةً.

15. للوصي أن يأخذ الأجرة من مال اليتيم، وأن يأكل من ماله، ويركب سيّارته بقدر الحاجة، فإن كان غنيًا ولا حاجة له فيه فلا يجوز.

16. تختلف سلطة الأب في التصرف بمال ولده عن سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم في خمسة وجوه: يجوز للأب أن يبيع ويشترى، ويؤجر، ويقترض، ويقضي دَيْنَ نفسه من مال ولده، وليس ذلك للوصي. والخامس: للأب أن يوصي غيره على ولده، وليس ذلك للوصي.

17. تنتهي الوصاية ببلوغ اليتيم رشيدًا، أو بعزل الوصي. وينعزل الوصي بثلاث حالات: الأولى: متى شاء الموصي. والثانية: إذا ظهرت خيانة الوصي أو عجزه التام. والثالثة: إذا اختلف شرط من شروط الوصي.

18. تجب الزكاة في مال اليتيم كافةً.

19. يُستحب للوصي التجارة بمال اليتيم. وللوصي أن يدفع مال اليتيم لمن يُضارب به، وله أن يُضارب به بنفسه.

20. يستحق اليتيم الذي مات أبوه في حياة أبيه وصيةً واجبةً من ميراث الجد، وهي مقدار حصة الابن المتوفى، ضمن شروطٍ مخصوصة. والوصية الواجبة تقنينٌ استُحدث لحفظ حق الأيتام في تركة أبيهم المتوفى في حياة جدهم.

21. تثبت للحمل اليتيم عدة حقوق بشرط ولادته حيًّا؛ كالميراث، والوصية، والوقف.

ثانيًا: التوصيات:

بعد الدراسة والتحقيق، وقفتُ على بعض الثغرات في بعض مواد القانون، فيما يختص بعددٍ من المسائل، يرجع بعضها إلى خطأ في العبارة، وبعضها إلى مخالفة الواقع والحال. أوصي بالتنبيه لها، والعمل على تعديلها، وهي كما يأتي:

1. في تصرفات الصغير الجنائية: جاء في المادة 586 من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا، باب المواريث: "...أما إذا قتل مورثه قصاصًا أو حدًا أو دفعًا عن نفسه، فلا حرمان من الإرث وكذا لو كان القتل تسببًا بلا مباشرة، أو كان القاتل صبيًا...". أوصي بتعديل نص المادة بشأن قتل الصبي مورثه؛ إذ إن القتل قصاصًا لا يُعتبر إلا إذا نفذه الوالي، أو حكم به القاضي، أما التنفيذ الفردي فيعدُّ تأثرًا جاهليًا. كما أنه لا يُتصور أن يقتل الطفل مورثه أو غيره حدًا أو قصاصًا.

2. في الوصية الواجبة: أوجب قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 وصيةً لأولاد الابن المتوفى في حياة أبيهم، بقدر حصة أبيهم المتوفى، شرطًا ألا تزيد على الثلث. وفي ذلك أوصي بأن لا يغفل القانون عن الأخذ بعين الاعتبار فقر الصغار أو غناهم في استحقاقهم الوصية الواجبة. فإنني أرى مفهوم الوصية الواجبة أشبه بالنفقة من الميراث، والنفقة منوطَةٌ في معظم صورها بالحاجة¹، بخلاف الميراث؛ فهو حقٌّ للوارث سواء كان غنيًا أم فقيرًا. ولو كان للأحفاد الذين توفي أبوهم في حياة جدهم ميراثٌ خالصٌ لما سكت عنه الشارع الحكيم.

¹ تجب النفقة في بعض الأحوال ولو كان المنفق عليه أغنى من المنفق، كوجوب النفقة على الزوجة ولو كانت غنية.

3. في أكثر مدة الحمل: جاء في المادة 540 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، باب الوصايا: "تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حيًا لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إن كان زوج الحامل حيًا، أو لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن إن كانت معتدَّة لوفاة أو لطلاق بائن حين الوصية". أوصي بتعديل المادة في أكثر مدة الحمل، إلى اعتبارها تسعة أشهر (266 يومًا)، وهو قول أهل الاختصاص.

4. في تحديد أعلى مدة للعدة: جاء في المادة 324 من كتاب الأحكام الشرعية لمحمد قنري باشا، باب العدة ونفقة المعتدة: "كل فرقة طلاقًا أو فسخًا وقعت من قبل الزوج لا توجب سقوط النفقة، سواء كانت بمعصية أم لا، فتجب عليه النفقة مدة العدة وإن طال: أولاً: لمعتدة الطلاق، رجعيًا كان أو بائنًا بينونة صغرى أو كبرى، حاملاً كانت المرأة أو حائلاً...". لم تحدد المادة أعلى مدة للعدة، والأصل أن يكون ذلك مرتبطاً بأعلى مدة الحمل وهي تسعة أشهر (266 يومًا) كما بينتُ في النقطة السابقة.

5. في شرط صحة الوصية للحمل: جاء في المادة 540 من كتاب الأحكام الشرعية لقنري باشا، باب الوصايا: "أن يولد حيًا لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إن كان الزوج حيًا، أو لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن...". وقد وقع خطأ في نص المادة في عبارة: "لأقل من ستة أشهر"، والصحيح "لأكثر من ستة أشهر".

الحمْدُ خاتمة النعم، والكمال لله وحده، والخطأُ صفةٌ بشرية لا يخلو منها مخلوق، فما أصبت فمن الله وبهدياته، وما أخطأتُ فمن نفسي ومن الشيطان، وإنِّي أسأل الله أن يتجاوز عني ما يعلم ولا أعلم، وألتمس العذرَ من القارئ الكريم في أي زلّةٍ وقعت في هذا البحث دون قصد.

ملحق

وفيه نموذج تطبيقي لدعوى نفقة زوجة حامل، وقد حكم فيه القاضي بنفقة لمصروفات

الحمل.

المحكمة الشرعية في الناصرة
امام فضيلة القاضي عدنان عبد الحميد عدوي

ملف رقم [REDACTED]
نفقة زوجة حامل

التاريخ : 2009/11/9

المدعية : [REDACTED] هوية رقم [REDACTED] من الطيبة .
بواسطة وكيلها المرافع الشرعي [REDACTED]
- ضد -

المدعى عليه : [REDACTED] هوية رقم [REDACTED] من الطيبة .
بواسطة وكيله المحامي [REDACTED]

قرار

بعد الاستماع الى اقوال المتقاضين ، فإني اكلف المدعية اثبات ادعائها امامنا وذلك ليوم الثلاثاء ، الموافق 2009/12/15 ، الساعة 11:30 ظهراً ، وبالنسبة لطلب المدعية الحكم لها بالمصاريف التي تحتاجها من اجل الحفاظ على حملها ، وتلقي العلاج المناسب ، من اجل الحفاظ على الجنين ، فإني احكم على المدعى عليه ، ان يدفع للمدعية مبلغ وقدره 1500 شيكل جديد ، وذلك خلال خمسة ايام من اليوم ، لضرورة الأمر ، وذلك عن مصاريف الحمل ، والعلاج ، الذي تلقاه المدعية ، من اجل الحفاظ على جنينها ، لأن الحفاظ على نفس الجنين ، وخاصة بعد ان تصور بميئته ونفخ فيه الروح ، هو من واجب الأب ، بموجب الكتاب والسنة والأجماع ، أما بالنسبة للمصاريف الأخرى التي طلبتها المدعية من جماله والى ، فهذه تصرف وتجب على المدعى عليه ، عندما يستهل الجنين صارتاً .

قراراً شرعياً صحيحاً أمر بتسجيله والعمل بموجبه حسب الأصول .

تحريراً في يوم الاثنين الحادي والعشرين من شهر ذي القعدة سنة 1430 هـ

وفق 2009/11/9 م

القاضي عدنان عبد الحميد عدوي
القاضي المرافع الشرعي

1145-2009
مخاتبة الصبا مومن محامي

معتكمة الناصرة الشرعية
بيوت الدين الشرعية ناصرة
سبعة طبق الاصل القوتة نامون نامون
7-11-09

فهرس الأعلام

1. (14هـ) هند بنت عتبة: هي هند بنت عتبة بن ربيعة، من سادات قريش وبني كنانة، كانت امرأة ذات أنفة، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بليلة، هي أم الخليفة معاوية بن أبي سفيان ؓ، شهدت معركة اليرموك وكانت تحرض المسلمين على قتال الروم، توفيت في خلافة عمر بن الخطاب ؓ يوم أن مات أبو قحافة والد أبي بكر الصديق ؓ سنة 14هـ.

2. (68هـ) ابن عباس ؓ: هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، وأمه لبابة الكبرى بنت الحارث. ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات في شعب مكة. لقب بالبحر، وحبر الأمة وترجمان القرآن وإمام التفسير. كان من أكثر من روى الحديث عن رسول الله ﷺ، وأعلم الناس بقضاء أبي بكر وعمر وعثمان. ولاءه علي بن أبي طالب على البصرة، فبقي عليها أميراً، ثم فارقتها قبل أن يقتل علي. شهد صفين وكان أحد الأمراء فيها. توفي سنة 68 هـ بالطائف وهو ابن سبعين.

3. (73هـ) ابن عمر ؓ: هو هبذ الله بن عمر بن الخطاب ؓ، ولد قبل البعثة بسنة، وأسلم وهو صغير مع أبيه، وهاجر قبل أبيه، لم يشهد بدرًا لصغر سنة. كان كثير الاتباع لآثار رسول الله ﷺ، وكان شديد الاحتياط في الفتوى. قيل إن الحجاج حج معه فكان ابن عمر يتقدمه في المواقف، فشق ذلك على الحجاج فأمر بمن يضربه بحربة على ظهر قدمه، فمرض منها أيامًا ثم مات وصلى عليه الحجاج سنة 73 هـ، وعمره 84 سنة.

4. (74هـ) **جابر** رضي الله عنه: هو جابر بن عبد الله بن حرام بن غنم بن كعب، صحابي أنصاري، يكنى بأبي عبد الله. شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي، وهو آخر من مات في المدينة ممن شهد العقبة. روي عنه أنه قال: "غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، لم أشهد بدرًا ولا أحدًا؛ منعني أبي، فلما قتل يوم أحد، لم أتخلف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة قط". كان من المكثرين في الحديث، حافظًا للسنن. توفي سنة 74هـ، وكان عمره 94 سنة.
5. (78هـ) **القاضي شريح**: هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، من كبار التابعين، أسلم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يره، كان قاضيًا لعمر وعثمان وعلي ومعاوية رضي الله عنهم ستين سنة إلى أيام الحجاج، فاستعفى قبل موته بسنة، مات بالكوفة سنة 78هـ، وقد جاوز المائة وثمانين سنين.
6. (83هـ) **ابن أبي ليلى**: هو عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الأوسي، من أكابر تابعي الكوفة، ولد سنة 15هـ، وسمع عن عثمان وعلي وأبي أيوب الأنصاري رضي الله عنهم، شهد وقعة الجمل وكانت راية علي بن أبي طالب رضي الله عنه معه، توفي سنة 83هـ في وقعة الجمام.
7. (94هـ) **سعيد بن المسيب**: هو أبو محمد سعيد بن المسيب (بفتح الياء المشددة، وروي عنه أنه كان يقول بكسر الياء) بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، عالم أهل المدينة وسيد التابعين، جمع بين الحديث والفقہ والزهد والعبادة والورع، رأى عمر وسمع عثمان وعليًا وعائشة وأبا هريرة وغيرهم من كبار الصحابة رضي الله عنهم. ولد سنة 13هـ، وتوفي بالمدينة سنة 94هـ.
8. (95هـ) **سعيد بن جبير**: هو أبو عبد الله الأسدي الوالبي، الإمام الحافظ المقرئ المفسر الشهيد، تابعي من كبار العلماء، روى عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهم. وقد روي أنه كان يحرم

في العام مرتين، مرةً للحج ومرةً للعمرة. قتله الحجاج في شعبان سنة 95هـ، عن عمر 57 سنة. ثم مات الحجاج بعده بخمسة عشر يوماً في رمضان من نفس السنة.

9. (96هـ) إبراهيم النخعي: هو إبراهيم بن يزيد بن قيس، يمتد نسبه إلى سعد بن مالك، اليماني ثم الكوفي، الإمام الحافظ فقيه العراق، تابعي، روى عن خاله الأسود بن يزيد ومسروق وغيرهم من كبار التابعين، ولم يحدث عن أحد من الصحابة رضي الله عنه. لكنه كان بصيراً بعلم ابن مسعود ودخل على عائشة رضي الله عنها وهو غلام. كان واسع الرواية، فقيه النفس، كبير الشأن. توفي عام 96هـ.

10. (102هـ) الضحاك: هو الضحاك بن مزاحم الهلالي، صاحب التفسير، حدث عن ابن عمر، وأنس بن مالك، وسعيد بن جبيرة، وعطاء، وطاووس، وقيل: حدث عن ابن عباس. كانت له مدرسة في التفسير فيها ثلاثة آلاف طالب. وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما، وحديثه في السنن لا في الصحيحين. توفي بخراسان سنة 102هـ.

11. (104هـ) مجاهد: هو أبو الحجاج مجاهد بن جبر، مولى السائب بن أبي السائب المخزومي. تابعي. شيخ القراء والمفسرين. روى عن ابن عباس وأبي هريرة وعائشة وسعد بن أبي وقاص وعبد الله بن عمرو وغيرهم رضي الله عنهم. وأخذ عن ابن عباس القرآن والتفسير والفقهاء. روي عنه أنه قال: "عرضت القرآن على ابن عباس ثلاث عرضات، أقف عند كل آية أسأله فيم نزلت وكيف كانت". توفي سنة 104هـ وهو ساجد، عن عمر يناهز ثلاثاً وثمانين سنة.

12. (106هـ) طاووس: هو أبو عبد الرحمن طاووس بن كيسان الخولاني الهمداني، الفقيه القدوة عالم اليمن، من أكابر التابعين تفقهاً في الدين ورواية الحديث. كان من أبناء الفرس

الذين جهزهم كسرى لأخذ اليمن له. ولد ونشأ في اليمن عام 33هـ، وتوفي حاجًا بالمزدلفة أو بمنى عام 106هـ.

13. (110هـ) الحسن البصري: هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، من سادات التابعين وكبرائهم، وكان إمام أهل البصرة وخبير الأمة في زمانه، أبوه مولى زيد بن ثابت رضي الله عنه، وأمه خيرة مولاة أم سلمة زوج النبي ﷺ، سُبِّيت أمه من ميسان وهي حامل به وولدت في المدينة سنة 21هـ، وتوفي بالبصرة سنة 110هـ.

14. (115هـ) عطاء: هو عطاء بن أبي رباح، تابعي، قرشي، مفتي الحرم، ولد في خلافة عثمان ؓ ونشأ بمكة، حدّث عن عائشة وابن عباس وابن عمر ومعاوية وغيرهم من الصحابة ؓ، وأرسل عن النبي ﷺ، وحدث عنه مجاهد والزهري وغيرهم، توفي بمكة في رمضان سنة 115هـ.

15. (124هـ) الزهري: هو أبو بكر محمد بن مسلم الزهري (بضم الزاي)، الإمام العلم، حافظ زمانه، ولد سنة 50هـ، وتوفي ببيته في ضيعته بين الحجاز والشام سنة 124هـ.

16. (144هـ) ابن شبرمة: هو عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي، الإمام العلامة فقيه العراق وقاضي الكوفة. تابعي، من أئمة الفروع. ولكنه ليس من المكثرين في الحديث، فقد روى نحو ستين حديثاً وحدث عن أنس بن مالك. كان عفيفاً صارماً عاقلاً خيِّراً، وكان شاعراً كريماً جواداً. أمر أبو جعفر المنصور بقتله فلم يزل مختفياً حتى توفي بخراسان سنة 144هـ.

17. (204هـ) أشهب: هو أشهب بن عبد العزيز القيسي العامري الجعدي، ولد سنة 140هـ، وقيل 150هـ. من أصحاب الإمام مالك، اسمه مسكين، وأشهب: لقب أطلقه عليه الإمام

مالك، قرأ على نافع، وتفقه بالمدينة ومصر، وانتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم، كان ورعاً في سماعه، بلغت سماعته عشرين كتاباً، توفي بمصر سنة 204هـ، بعد الشافعي بثمانية عشر يوماً.

18. (363هـ) أبو بكر الخلال: أبو بكر هو الشيخ الإمام العلامة شيخ الحنابلة أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد البغدادي الفقيه، تلميذ أبي بكر الخلال. ولد سنة 285هـ، وتوفي سنة 363هـ. من مؤلفاته: "المقنع" و"الشافعي" و"زاد المسافر" و"الخلافة مع الشافعي" و"مختصر السنة".

19. (378هـ) أبو القاسم: هو عبيد الله بن الحسن، أبو القاسم بن الجلاب، شيخ المالكية العلامة. تفقه بالقاضي أبي بكر الأبهري. كان أفقه المالكية في زمانه بعد الأبهري. له مصنف كبير في مسائل الخلافة. توفي راجعاً من الحج سنة 378هـ.

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. الزرقا، مصطفى (ت1420هـ)، أحكام الأوقاف، ط2، عمان، دار عمار، 1998م.
3. أبو العينين، بدران، أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة.
4. ابن العربي، محمد بن عبد الله (ت543هـ)، أحكام القرآن، (تحقيق: محمد عطا)، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م.
5. الكياهراسي، علي بن محمد (ت504هـ)، أحكام القرآن، (تحقيق: موسى علي، وعزت عطية)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ.
6. وكيع، محمد بن خلف بن حيان (ت306هـ)، أخبار القضاة، (تحقيق: عبد العزيز المراغي)، ط1، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، 1947م.
7. الزمخشري، محمود بن عمر (ت538هـ)، أساس البلاغة، (تحقيق: محمد باسل)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
8. ابن الأثير، علي بن محمد (ت630هـ)، أسد الغابة في معرفة الصحابة، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2012م.
9. البزدوي، علي بن محمد (ت482هـ)، كنز الوصول إلى معرفة الأصول (أصول البزدوي)، كراتشي، مطبعة جاويد بريس.

10. السرخسي، محمد بن أحمد (ت490هـ)، أصول السرخسي، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1993م.
11. السلمي، عياض، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط1، الرياض، دار التدمرية، 2005م.
12. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (ت318هـ)، الإجماع، (تحقيق: أبو حماد حنيف) ط2، عجمان، مكتبة الفرقان، 1999م.
13. باشا، محمد قدري (ت1306هـ)، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية وشرحه لمحمد زيد الإبياني (ت1354هـ)، (تحقيق: محمد سراج وعلي جمعة)، القاهرة، دار السلام، 2009.
14. حسن، عائشة، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، مؤسسة مجد الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008م.
15. ابن حزم، علي بن أحمد (ت456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1404هـ.
16. الأمدي، علي بن محمد (ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، (تحقيق: سيد الجميلي)، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1404هـ.
17. الموصللي، عبد الله بن محمود (ت683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، (تحقيق: عبد الطيف عبد الرحمن)، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، 2005م.
18. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله (ت463هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، (تحقيق: علي البجاوي)، ط1، بيروت، دار الجيل، 1992م.

19. السيوطي، عبد الرحمن (ت911هـ)، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ.
20. وابن نُجيم، زين العابدين بن إبراهيم (ت970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، بيروت، دار الكتب العلمية، 1400هـ.
21. الزركلي، خير الدين بن محمود (ت1396هـ)، الأعلام، ط15، دار العلم للملايين.
22. الشافعي، محمد بن إدريس (ت204هـ)، الأم، بيروت، دار المعرفة، 1393هـ.
23. المرادوي، علي بن سليمان (ت885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
24. ابن الملقن، عمر بن علي (ت804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، (تحقيق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان، وياسر بن كمال)، ط1، الرياض، دار الهجرة، 2004م.
25. ابن رشد، محمد بن أحمد (ت450هـ)، البيان والتحصيل والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، (تحقيق: محمد حجي وآخرون)، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1988م.
26. ابن نُجيم، زين الدين بن إبراهيم (ت970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق وفي آخره تكملة البحر الرائق للطوري، ط2، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي.
27. المواق، محمد بن يوسف (ت897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م.

28. ابن القيم، محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، التبيان في أيمان القرآن، (تحقيق: عبد الله البطاطي)، جدة، مطبعة المجمع الفقه الإسلامي، 1429هـ.
29. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد (ت879هـ)، التقرير والتحبير في علم الأصول، بيروت، دار الفكر، 1996م.
30. البخاري، محمد بن إسماعيل (ت256هـ)، الجامع الصحيح، ط1، القاهرة، دار الشعب، 1987م.
31. مسلم بن الحجاج (ت261هـ)، الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم، بيروت، دار الجيل ودار الآفاق الحديثة.
32. القرطبي، محمد بن أحمد (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، ط2، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1964م.
33. الحداد، علي بن محمد (ت800هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدروي، باكستان، مكتبة حقانية.
34. الماوردي، علي بن محمد (ت450هـ)، الحاوي الكبير (الحاوي في فقه الشافعي)، ط1، دار الكتب العلمية، 1994م.
35. اقريط، مفتاح، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2002م.
36. الحصكفي، محمد بن علي (ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الفكر، 1386هـ.

37. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، (تحقيق: مركز هجر للبحوث)، مصر، دار هجر، 2003م.
38. ابن حجر، أحمد بن علي (ت852هـ)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، (تحقيق: عبد الله اليماني)، بيروت، دار المعرفة.
39. ابن فرحون، إبراهيم بن علي (ت799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (تحقيق: محمد الأحمد)، القاهرة، دار التراث.
40. القرافي، أحمد بن إدريس (ت684هـ)، النخيرة، (تحقيق: محمد حجي)، بيروت، دار الغرب، 1994م.
41. خان، محمد صديق (ت1307هـ)، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة.
42. البيهقي، أحمد بن الحسين (ت458هـ)، السنن الكبرى، ط1، حيدر آباد، مجلس دائرة المعارف النظامية، 1344هـ.
43. النسائي، أحمد بن شعيب (ت303هـ)، السنن الكبرى، (تحقيق: حسن شلبي)، أرقام النسخة موافقة لطبعة الرسالة.
44. الدردير، أحمد بن محمد (ت1201هـ)، الشرح الكبير، دار الفكر.
45. المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم (ت624هـ)، العدة شرح العمدة، (تحقيق: صلاح عويضة)، ط2، دار الكتب العلمية، 2005م، ج1، ص278.
46. الزافعي، عبد الكريم بن محمد (ت623هـ)، العزيز شرح الوجيز (المعروف بالشرح الكبير)، (تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997.

47. البلخي، نظام الدين (ت1118هـ) وآخرون، الفتاوى الهندية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000م.
48. الزحيلي، وهبة (ت1436هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، دمشق، دار الفكر، 1989م.
49. الجزيري، عبد الرحمن بن محمد (ت1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، القاهرة، دار ابن الهيثم.
50. النفراوي، أحمد بن غانم (ت1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1995م.
51. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (ت817هـ)، القاموس المحيط، (تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة)، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2005م.
52. داود، أحمد، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، ط1، الأردن، دار الثقافة، 1999م.
53. الزمخشري، محمود بن عمر (ت538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، بيروت، دار الكتاب العربي، 1407هـ.
54. السرخسي، محمد بن أحمد (ت490هـ)، المبسوط، (تحقيق: خليل الميس)، ط1، بيروت، دار الفكر، 2000م.
55. النووي، يحيى (ت676هـ)، المجموع شرح المذهب، دار الفكر.
56. الحراني، عبد السلام بن عبد الله (ت652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، الرياض، مكتبة المعارف، 1984م.

57. ابن حزم، علي بن أحمد (ت 456 هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر.
58. الزرقا، مصطفى (ت1420هـ)، **المدخل الفقهي العام**، ط2، دمشق، دار القلم، 2004م.
59. مالك بن أنس (ت179هـ)، **المدونة الكبرى**، (تحقيق: زكريا عميرات)، بيروت، دار الكتب العلمية.
60. ناطور، مثقال (ت2011م)، **المرعي في القانون الشرعي**، ط2، رام الله، مطبعة الوحدة، 1996م.
61. الحاكم، محمد بن عبد الله (ت405هـ)، **المستدرک على الصحيحين مع تعليقات الذهبي في التلخيص**، (تحقيق: مصطفى عطا)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990م.
62. الطبراني، سليمان بن أحمد (ت360هـ)، **المعجم الأوسط**، (تحقيق: طارق بن محمد، وعبد المحسن الحسيني)، القاهرة، دار الحرمين، 1415هـ.
63. مصطفى، إبراهيم، والزيات، أحمد، وعبد القادر، حامد، والنجار، حامد، **المعجم الوسيط**، (تحقيق: مجمع اللغة العربية)، دار الدعوة.
64. ابن قدامة، عبد الله (ت620هـ)، **المُعْنَى فِي فِقْهِ الْإِمَامِ أَحْمَد**، ط1، بيروت، دار الفكر، 1405هـ.
65. أبو زهرة، محمد (ت1394هـ)، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996م.
66. العبادي، عبد السلام، **الملكية في الشريعة الإسلامية**، عمّان، مكتبة الأقصى، 1984م.
67. الزركشي، محمد بن عبد الله (ت794هـ)، **المنثور في القواعد الفقهية**، ط2، دار الأوقاف الكويتية، 1985م.

68. الشيرازي، إبراهيم بن علي (ت476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
69. الصابوني، محمد، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، ط5، 1987م.
70. عسلي، زياد، وبدير، رائد، وعراقي، إسلام، الموسوعة القضائية في الأحوال الشخصية بالمحاكم الشرعية في إسرائيل، ط1، القاهرة، دار ابن حزم، 2008م.
71. مالك بن أنس (ت179هـ)، الموطأ (رواية يحيى بن يحيى الليثي)، ترقيم الأحاديث متفق مع طبعة دار المغرب.
72. العجوز، أحمد، الميراث العادل في الإسلام بين المواريث القديمة والحديثة ومقارنتها مع الشرائع الأخرى، بيروت، دار المعارف.
73. الزحيلي، محمد، النظريات الفقهية، ط1، دمشق، دار القلم، وبيروت، الدار الشامية، 1993م.
74. المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت593هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية.
75. أبو عيد، عارف، الوجيز في الميراث، ط4، عمان، دار النفائس، 2000م.
76. دراركة، ياسين، الوصية الواجبة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، العدد الخامس، 1986م.
77. الأزعر، ريم، الوصية الواجبة دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف د. مازن هنية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008م.

78. قبلان، هشام، الوصية الواجبة في الإسلام، ط2، بيروت، منشورات عويدات، 1985م.
79. صبري، عكرمة، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، ط2، عمان، دار النفائس، 2011م.
80. الكاساني، علاء الدين بن مسعود (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود)، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م.
81. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد (ت595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مصر، مطبعة مصطفى البابي، 1975م.
82. الزبيدي، محمد بن محمد (ت1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، (تحقيق: محمود الطناحي)، دار الهداية، 1993م دار الهداية.
83. الزيلعي، عثمان بن علي (ت743هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ.
84. السمرقندي، محمد بن أحمد (ت539هـ)، تحفة الفقهاء، بيروت، دار الكتب العلمية، 1984م.
85. ابن القيم، محمد بن أبي بكر (ت751هـ)، تحفة المورود بأحكام المولود، (تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط)، ط1، دمشق، دار البيان، 1971.
86. الرازي، عبد الرحمن بن أبي حاتم (ت327هـ)، تفسير ابن أبي حاتم، (تحقيق: أسعد الطيب)، صيدا، المكتبة العصرية.

87. الرماني، زيد، تقسيم السلع في الدراسات الاقتصادية، مقال منشور في الانترنت، موقع الألوكة، 2010م.
88. ابن عبد الهادي، محمد بن أحمد (ت744هـ)، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، (تحقيق: سامي جاد الله وعبد العزيز الخباني)، ط1، الرياض، دار أضواء السلف، 2007م.
89. الطبري، محمد بن جرير (ت310هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، (تحقيق: أحمد شاكر)، ط1، مؤسسة الرسالة، 2000م.
90. ابن عرفة، محمد بن أحمد (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
91. البار، محمد، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط8، جدة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1991م.
92. حيدر، علي (ت1353هـ)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (تحقيق: فهمي الحسيني)، ط1، دار الجيل، 1991م.
93. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (ت1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الفكر، 2000م.
94. النووي، يحيى بن شرف (ت676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامي، 1405هـ.
95. الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، ط1، الرياض، دار المعارف، 1992م.

96. ابن ماجة، محمد بن يزيد (ت273هـ)، سنن ابن ماجة، (تحقيق: محمد عبد الباقي) بيروت، دار الفكر، (الأحاديث مزيلة بأحكام الألباني عليها).
97. أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت275هـ)، سنن أبي داود، بيروت، دار الكتاب العربي.
98. الدارقطني، علي بن عمر (ت385هـ)، سنن الدارقطني، تدقيق مكتب التحقيق بمركز التراث للبرمجيات، ترقيم النسخة يتفق مع طبعة مؤسسة الرسالة.
99. الذهبي، محمد بن أحمد (ت748هـ)، سير أعلام النبلاء، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط)، ط9، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993م.
100. التفتازاني، مسعود بن عمر (ت793هـ)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، (تحقيق: زكريا عميرات)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996م.
101. باز، سليم (ت1338هـ)، شرح المجلة، ط3، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1986م.
102. السباعي، مصطفى (ت1384هـ)، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط9، بيروت، دار الوراق، 2001م.
103. أبو زهرة، محمد (ت1394هـ)، شرح قانون الوصية، ط2، القاهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، 1950م.
104. الخرخشي، محمد بن عبد الله (ت1101هـ)، شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر.
105. البهوتي، منصور بن يونس (ت1051هـ)، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، (تحقيق: عبد الله التركي)، ط1، مؤسسة الرسالة، 2000م.

106. محمد بن حبان (ت354هـ)، صحيح ابن حبان، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1993م.
107. الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، صحيح الجامع الصغير، ط3، بيروت، المكتب الإسلامي، 1988م.
108. الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، صحيح سنن ابن ماجه، ط1، الرياض، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1997م.
109. الألباني، محمد ناصر الدين (ت1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي.
110. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت911هـ)، طبقات الحفاظ، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ.
111. الداوودي، محمد بن علي (ت945هـ)، طبقات المفسرين، بيروت، دار الكتب العلمية.
112. ابن حجر، أحمد بن علي (ت852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ.
113. الصنعاني، الحسن بن أحمد (ت1276هـ)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، ط1، دار عالم الفوائد، 1427هـ.
114. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (ت861هـ)، فتح القدير، دار الفكر.
115. القرضاوي، يوسف، فقه الزكاة، ط21، القاهرة، مكتبة وهبة، 1994م.
116. باشا، محمد (ت1306هـ)، قانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف، (تحقيق: علي جمعة ومحمد سراج)، ط1، الإسكندرية، دار السلام، 2006م.

117. أبو عبيد، القاسم بن سلام (ت224هـ)، كتاب الأموال، (تحقيق: خليل هراس)، بيروت، دار الفكر.
118. البهوتي، منصور بن يونس (ت1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، (تحقيق: أحمد عبد الحميد)، الرياض، دار الكتب العلمية، 2003م.
119. البخاري، أحمد بن محمد (ت730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (تحقيق: عبد الله عمر)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م.
120. ابن منظور، محمد (ت711هـ)، لسان العرب، ط1، بيروت، دار صادر.
121. المرغيناني، علي بن أبي بكر (ت593هـ)، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، القاهرة، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح.
122. الكليبولي، عبد الرحمن بن محمد (ت1078هـ)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، (تحقيق: خليل المنصور)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م.
123. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (ت728هـ)، مجموع فتاوى ابن تيمية، (تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار)، ط3، دار الوفاء، 2005م.
124. الرازي، محمد (ت666هـ)، مختار الصحاح، (تحقيق محمود خاطر)، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، 1995م.
125. الزرقاني، محمد بن عبد الباقي (ت1122هـ)، مختصر المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، (تحقيق: محمد الصباغ)، ط4، بيروت، المكتبة الإسلامي، 1989م.

126. النسفي، عبد الله بن أحمد (ت710هـ)، مدارك التنزيل وحقائق التأويل (تفسير النَّسْفِي)، (تحقيق: يوسف بديوي)، ط1، بيروت، دار الكلم الطيب، 1998.
127. ابن حنبل، أحمد (ت241هـ)، مسند الإمام أحمد، (تعليق: شعيب الأرنؤوط)، القاهرة، مؤسسة قرطبة.
128. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد (ت235هـ)، مصنف ابن أبي شيبة، (تحقيق: محمد عوامة)، ترقيم الأجزاء والصفحات متفق مع طبعة الدار السلفية الهندية القديمة، وترقيم الأحاديث متفق مع طبعة دار القبلة.
129. الصنعاني، عبد الرزاق (ت211هـ)، مصنف عبد الرزاق، (تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي) ط2، بيروت، المكتب الإسلامي، 1403هـ.
130. والشرييني، محمد بن الخطيب (ت977هـ)، مُغْنِي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، بيروت، دار المعرفة، 1997م.
131. عليش، محمد بن أحمد (ت1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، 1989م.
132. الفتوحى، محمد بن أحمد (ت972هـ)، منتهى الإرادات، (تحقيق: عد الله التركي)، ط1، مؤسسة الرسالة، 1999م.
133. الحطاب، محمد بن محمد (ت954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (تحقيق: زكريا عميرات)، دار عالم الكتب، 2003م.
134. الزيلعي، عبد الله بن يوسف (ت762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، (تحقيق: محمد عوامة)، ط1، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، 1997م.

135. الزرقا، مصطفى (ت1420هـ)، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دمشق، دار القلم، 1999م، ج2، ص 783.
136. الجواهري، حسن، نظرية الذمة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في الانترنت، موقع الجامعة الإسلامية لبحوث أهل البيت، 1414هـ.
137. الرملي، محمد بن أبي العباس (ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، 1984م.
138. ابن خلكان، أحمد (ت681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، (تحقيق: إحسان عباس)، بيروت، دار صادر.
139. كنعان، محمد، وفيات الأعيان والمشاهير خلاصة تاريخ ابن كثير، ط1، بيروت، مؤسسة المعارف، 1998م.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
ب	الشكر
ت	ملخص البحث باللغة العربية
ج	ملخص البحث باللغة الإنجليزية
ح	المقدمة:
ح	- أسباب اختيار الموضوع وأهميته
خ	- مجال الدراسة
د	- أهداف الدراسة
د	- الدراسات السابقة
ذ	- منهج البحث
ر	- خطة البحث
1	التمهيد:
2	- المطلب الأول: مفهوم اليتيم
6	- المطلب الثاني: مفهوم المال
10	الفصل الأول: مفهوم الأهلية والحجر على اليتيم
11	- المبحث الأول: مفهوم الأهلية:
12	- المطلب الأول: تعريف الأهلية لغةً واصطلاحًا

16	- المطلب الثاني: أنواع الأهلية
23	- المبحث الثاني: حكم تصرفات الصغير:
24	- التمهيد
25	- المطلب الأول: حكم تصرفات الصغير غير المميز (الطفل)
33	- المطلب الثاني: حكم تصرفات الصغير المميز
40	- المبحث الثالث: الحجر على اليتيم:
41	- المطلب الأول: تعريف الحجر لغة واصطلاحًا
46	- المطلب الثاني: أسباب الحجر.
48	- المطلب الثالث: انواع الحجر
51	- المطلب الرابع: رفع الحجر عن اليتيم
59	الفصل الثاني: الوصاية على اليتيم
60	- تمهيد: مفهوم الولاية وعلاقتها بالوصاية
62	- المبحث الأول: تعريف الوصاية لغة واصطلاحًا
65	- المبحث الثاني: أنواع الأوصياء
67	- المبحث الثالث: ترتيب الأوصياء
71	- المبحث الرابع: قبول الوصاية والرجوع عنها
74	- المبحث الخامس: شروط الوصي
78	- المبحث السادس: واجبات الوصي
83	- المبحث السابع: سلطة الوصي في التصرف بمال اليتيم

95	- المبحث الثامن: عزل الوصي
98	الفصل الثالث: زكاة مال اليتيم والتجارة فيه
99	- المبحث الأول: حكم زكاة مال اليتيم:
100	- المطلب الأول: أصل المسألة وعرض آراء الفقهاء
105	- المطلب الثاني: أدلة الموجبين والمانعين لزكاة مال اليتيم
111	- المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
117	- المبحث الثاني: حكم التجارة بمال اليتيم:
118	- المطلب الأول: عرض آراء الفقهاء في حكم التجارة بمال اليتيم
120	- المطلب الثاني: أدلة المجيزين والمانعين للتجارة بمال اليتيم
122	- المطلب الثالث: المناقشة والترجيح
124	- المطلب الرابع: صور التجارة بمال اليتيم
130	الفصل الرابع: الوصية الواجبة والحقوق المالية للحمل
131	المبحث الأول: الوصية الواجبة:
132	- التمهيد
134	- المطلب الأول: تعريف الوصية الواجبة
139	- المطلب الثاني: المستند الشرعي للوصية الواجبة
142	- المطلب الثاني: مستحقو الوصية الواجبة
144	- المطلب الرابع: شروط استحقاق الوصية الواجبة
147	- المبحث الثاني: الحقوق المالية للحمل:

148	- تمهيد: مدة الحمل
151	- المطلب الأول: نفقة الأم الحامل
162	- المطلب الثاني: ميراث الحمل
169	- المطلب الثالث: الوصية للحمل
172	- المطلب الرابع: الوقف على الحمل
178	الخاتمة:
178	- النتائج
181	- التوصيات
183	ملحق: نفقة زوجة حامل
184	فهرس الأعلام
189	فهرس المصادر والمراجع
204	فهرس الموضوعات