

الحَضَانَةُ

تعريفها — الحضانة شرعا تربية الطفل والقيام بشئونه في سن معينة ممن له حق في تربته من محارمه .

من له حق الحضانة — لما كانت حاجة الطفل في أول أطوار حياته ترجع الى تدبير طعامه وملبسه ونومه ونظافته وأمثال هذه الحاجات التي تعذر عليها النساء أكثر من الرجال لوفور شفقتهم وصبرهن كان الأحق بحضانة الطفل محارمه من النساء . فان لم توجد له محرم من النساء، أو وجدت وليست أهلا لحضانه انتقل الحق في حضانه الى محارمه من الرجال العصبية . فان لم يوجد عاصب محرم له، أو وجد وليس أهلا لحضانه انتقل الحق في حضانه الى محارمه من الرجال غير العصبية . ولما كانت أم الطفل أوفر محارمه شفقة به كانت أحق بحضانه ما دامت أهلا لها، سواء كانت زوجة لأبيه أو مطلقة منه، وكانت محارمه اللاتي ينتسبن اليه بأمه أحق بحضانه من محارمه اللاتي ينتسبن اليه بأبيه عند استواء المرتبة قربا . وعلى هذا فترتيب أرباب الحق في الحضانة من المحارم كما يأتي :

أحق النساء المحارم بحضانة الصغير^(١) أمه . ثم أم أمه وإن علت، ثم أم أبيه وإن علت، ثم أخواته بتقديم الشقيقة فالأخت لأم . فالأخت لأب . ثم بنت أخته الشقيقة ثم بنت أخته لأم ، ثم خالاته بتقديم الشقيقة فالخاله لأم فالخاله لأب، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الأخوة بتقديم بنت الأخ الشقيق فبنت الأخ لأم فبنت الأخ لأب، ثم عماته بتقديم العمة الشقيقة، فالعمة لأم فالعمة لأب، ثم خالات أبيه، ثم عمات أمه، ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن فالتى لأم فالتى لأب :

فان لم توجد من هاته المحارم واحدة، أو وجدت وليست أهلا للحضانة انتقل الحق في حضانه الصغير الى العصبية المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في الارث .

(١) المراد الشخص الصغير سواء كان بنتا أو غلاما فلا فرق بين طفل وطفلة وصغير وصغيرة .

فالأحق بحضانة الصغير من عصبته المحارم أبوه، ثم أبو أبيه وإن علا. ثم أخوه الشقيق، ثم أخوه لأب. ثم ابن أخيه الشقيق، ثم ابن أخيه لأب، ثم عمه الشقيق، ثم عمه لأب، ثم عم أبيه الشقيق، ثم عم أبيه لأب .

فإن لم يوجد من عصبته الرجال المحارم أحد، أو وجد وليس أهلاً للحضانة انتقل حق حضانته إلى محارمه من الرجال غير العصبية على هذا الترتيب .

للمجد لأُم، ثم للأخ لأُم، ثم لابن الأخ لأُم، ثم للعم لأُم، ثم للأخوال بتقديم الشقيق، فالخال لأب فالخال لأُم .

فمن هذا يتبين أن الحق في حضانة الطفل لأقربائه المحارم من النساء والرجال بتقديم محارمه النساء، فمحارمه الرجال العصبية، فمحارمه الرجال غير العصبية، على أن يراعى في الترتيب بين أفراد كل فريق ما قدمناه .

وأذا فقرىباته وأقاربه غير المحارم لا حق لهم في حضانته، فلا حق لبني العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبية لعدم المحرمية ولهم الحق في حضانة الصبي . ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة في حضانة الصبي ولهن الحق في حضانة الصبية . والمحارم غير القرباب كالأم رضاعاً والأخت رضاعاً لا حق لهن في الحضانة .

الأهلية للحضانة : يشترط في الحاضنة أمّا كانت أو غير أم شروط ثمانية إذا توفرت فيها مع توفر شفقتها بقرابتها المحرمية تحقق الغرض المقصود وهو تربية الصغير والقيام بشئونه خير قيام . وهي أن تكون حرة، لأن المملوكة مشغولة بخدمة مالكها عن تربيته، عاقلة، لأن غير العاقلة لا تحسن القيام بشئونه ويخفى عليه منها، بالغة، لأن أخته الصغيرة مثلاً في حاجة إلى الحضانة . قادرة على تربيته والحفاظة عليه، فلو كانت كفيفة أو مريضة بأى مرض يعجزها عن القيام بشئونه والحفاظة عليه لا تكون أهلاً لحضانته، أمينة عليه، فلو كانت كثيرة المغادرة لمنزلها ومهملة شئونه

الأولاد بحيث يترتب على هذا خشية ضياعهم أو لحوق الضرر بهم لا تكون أهلا للحضانة، غير مرتدة، لأن المرتدة عن الاسلام تحبس حتى تعود اليه فلا تقدر على الحضانة، غير متروجة بأجنبي من الصغير، بأن تكون غير متروجة أصلا، أو متروجة بقريب محرم من الصغير كعمه مثلا، لأن زوجها إذا كان أجنبيا منه لا يعطف عليه ولا يمكنها من العناية بتربيته، غير مقيمة في بيت فيه من يبغضه، لأن في مقام الطفل مع من يبغضه تعريضه للخطر والضرر .

وكذلك إذا انتقل حق الحضانة إلى الرجال المحارم . سواء كانوا العصبة أو غيرهم لا يكون المحرم منهم أهلا لحضانة الصغير إلا إذا كان أميناً عليه، قادرا على تربيته، فلو كان فاسقا أو مفسدا أو غير قادر على تربيته لجنون أو عته أو مرض، فلا حق له في حضنته .

والحاضنة أما كانت أو غير أم، لا يشترط في أهليتها لحضانة الصغير اتحادها معه في الدين، فلو كانت أم الصغير المسلم غير مسلمة فهي أحق بحضنته لأن الشفقة الباعثة على قيام الأم بشئون ابنها أو الأخت بشئون أخيها لا تختلف باختلاف الدين، إلا إذا ظهر أن وجوده معها خطرا على إسلامه فلا تكون أهلا لحضنته . وأما إذا انتقلت الحضانة للعصبة من الرجال المحارم فيشترط في أهلية العاصب منهم لحضانة الصغير اتحاده معه في الدين، لأن حق حضنتهم يعتمد على التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين .

والظاهر أنه إذا انتقل حق الحضانة إلى المحارم الأقارب من الرجال غير العصبة لا يشترط اتحاد الدين لأن عملة الاستحقاق هي القرابة المحرمة لا التوارث .

وإذا وجد أكثر من واحدة أو واحد كلهم أهل لحضانة الصغير ودرجة قرابتهم به واحدة، كعدة أخوات شقيقات أو عدة أخوة أشقاء فالأحق منهم بحضنته أصحهم، أثر بيته، فإن تساوا من كل جهة يختار القاضي من بينهم من يشاء .

ومجرد فسق الحاضنة أو سوء سلوكها لا يجعلها غير أهل لحضانة الصغير إلا اذا كان يؤدي ذلك إلى ضياع الولد أو اعتياده أخلاقاً تضره .

مدة الحضانة — أصل المذهب أن مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهي باستغنائهما عن خدمة النساء وقدرة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة . ولم تقدر لهذا سن معينة، ولكن مجتهدى المذهب قدروا سن الاستغناء للغلام بسبع سنين، وللبنات بتسع سنين وهذا ما عليه الفتوى . وعليه تنتهي مدة حضانة الغلام إذا أتم سبع سنين، وتنتهي مدة حضانة البنت إذا أتمت تسع سنين ، ولكن رأى أن الحاجة داعية لأن يكون للقاضي حرية النظر في تقدير مصلحة الصغير بعد سبع، والصغيرة بعد تسع، فإن رأى مصلحتهما في بقاءهما في حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع في الصغير ، وإحدى عشرة في الصغيرة . وإن رأى مصلحتهما في غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء . ولهذا وضعت المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها : ” للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع . وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك “ . وتقدير هذه المصلحة موكل إلى القاضي .

أجرة الحضانة — أجرة الحضانة كأجرة الرضاعة لا تستحقها الأم حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً لأن لها نفقة الزوجية أو نفقة العدة، وتستحقها بعد انقضاء عدتها، أو منعها من المطالبة بنفقة عدتها لمضى سنة من تاريخ طلاقها على ما استظهرناه . وأما غير الأم فنستحق أجرة الحضانة مطلقاً، وهى أيضاً من نفقة الصغير كأجرة رضاعه . والفصل فيها من اختصاص المحاكم الشرعية الجزئية المصرية تارة بصفة نهائية وتارة بصفة ابتدائية على ما بينا في أجرة الرضاعة . وتكون هذه الأجرة حقاً لمن تقوم بالحضانة من حين قيامها بها بلا توقف على القضاء لأنها جزء على عمل . وتكون ديناً صحيحاً لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ويصح لمن تستحقها أن تصالح

أبا الصغير عنها على بدل تأخذه ويلزم الأب بهذا البذل لأن أجرها دين صحيح هو خالص حقها .

وإذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها تحضن فيه الصغير ، فليها أن تطلب من الأب إعداد مسكن لحضنته فيه أو فرض أجرة مسكن .

وإذا احتاجت في حضنته إلى خادم وأبوه موسر فلها أن تطالبه بإحضار خادم أو فرض أجرة خادم .

وعلى هذا فقد يحكم للصغير على أبيه بنفقة لاصلاحه . وأجرة لرضاعه . وأجرة لحضنته . وأجرة مسكن لحاضنته . وأجرة خادم له . وبدل فرش وغطاء .

الحضانة فيها حق للصغير وللحاضنة — الحضانة بمعنى تربية الطفل في سن معينة فيها حق للطفل نفسه ، وحق لمن تقوم بتربيته ، لأن الشارع قدر مصلحة الصغير في أن يقوم بتربيته في أطوار صغره من هو أقدر على تربيته ، بفعل لأمه وسائر قريباته المحارم الحق في أن تمسكنه في سن هن أقدر على تدير شئونه فيها . وجعل لأبيه وسائر أقاربه المحارم من عصبتة الحق في أن يسكوه في سن بعد ذلك هم أقدر على تدير شئونه فيها .

ويتفرع على أن الحضانة فيها حق للصغير، أنه ليس للأم أن تصالح أباه على أن تتركه عنده في مدة حضنته في أي مقابل لأن هذا صلح فيه تفويت حق الصغير، فلا يصح الصلح ولا يستحق بدله . وأنه لو اختلعت الأم مع زوجها على أن تترك ولدها عنده مدة الحضانة فالتخلع جائز والشرط باطل لما فيه من تفويت حق الصغير، وأنه إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة مع تعيينها لها لعدم وجود غيرها تجبر عليها مراعاة لحق الصغير .

ويتفرع على أن الحضانة فيها حق للحاضنة، أنه إذا أرضعت الطفل مرضعة غير حاضنته يجب عليها أن ترضعه عند حاضنته حتى لا يفوت عليها حقها . وأنه

ليس للأب أن ينقل الصغير من البلد الذي تقيم فيه حاضنته لأن في هذا تفويت حقها . وأنه ليس للأب أن يأخذه من يد حاضنته المستوفية شروط الحضانة يعطيه من دونها في المرتبة لأن هذا إضاعة لحقها ، إلا في حال المتبرعة على التفصيل الآتي . ويراعى التفريق بين نفس الحضانة والأجرة عليها . فالحضانة نفسها ليست حقاً خالصاً للحاضنة بل فيها حقها وحق الصغير على ما بينا . وأما الأجرة عليها فهي خالص حقها فإما أن تصالح عليها وتختلغ نفسها بها وتتنازل عنها ، لأن صاحب الحق يتصرف في خالص حقه كيف شاء .

التبرع بالحضانة — إذا أبت أم الصغير أن تحضنه إلا بأجر ووجدت من محارمه من هي أهل لحضنته . بكدته لأبيه أو عمته تبرع بحضنته ، فإن كان الأب مستحقاً على الصغير في ماله بأن كان له مال ونفقته بأنواعها واجبة فيه ، فإنه يسلم للتبرعة لأن في هذا صيانة ماله من غير إضرار به لأن المتبرعة بحضنته ليست أجنبية عنه بل هي من محارمه .

وإن لم يكن للصغير مال وكان أجرة حضنته مستحقاً على الأب ، فإن كان الأب موسراً لا يعطى للتبرعة بل يبق عند أمه ويحجب الأب على دفع أجرتها لأن حضانة الأم أصلح للولد من حضانة غيرها لو فور شفقتها ولا ضرر على الأب لأنه موسر . وإن كان معسراً يعطى للتبرعة لأن في إلزامه بالأجر مع إعساره إضراراً به ولا تقتضيه ضرورة مع وجود المتبرعة من المحارم .

ومن المقارنة بين التبرع بالرضاعة والتبرع بالحضانة يتبين أن بين أحكامهما فرقاً من وجهين :

(الأول) أنه لا فرق في المتبرعة بالرضاعة بين أن تكون قريبة للطفل أو أجنبية منه . وقد اشترطنا في المتبرعة بالحضانة أن تكون من محارم الصغير التي هي أهل لحضنته ، بحيث إذا كانت المتبرعة بحضنته أجنبية منه أو محرماً فاقدة شرطاً من شروط الحاضنة لا يلتفت إليها وكأنه لم توجد متبرعة .

(والثاني) أنه عند وجود متبرعة بالرضاعة يعطى لها سواء كان للطفل مال أولا، وسواء كان الأب موسرا أو معسرا. وأما عند وجود متبرعة بالحضانة فلا ينزع من أمه ويعطى لها إلا إذا كان الصغير لا مال له والأب موسر. ومنشأ التفريق أن الغرض من الرضاعة تغذية الطفل وهو يتحقق من الأم كما يتحقق من غيرها قريبة أو أجنبية فلا فرق بين متبرعة وأخرى، ولا مبرر لالزام الصغير أو أبيه بمال لضرورة له. وأما الحضانة فالغرض منها التربية من هي أهل لها. وهذه الأهلية لا تكون إلا بالقرابة المحرمة مع استيفاء الشروط، فإذا لم تكن المتبرعة فيها هذه الأهلية فات الغرض ولم يتحقق معنى الحضانة. ولا شك أن قيام الأم بهذه التربية خير للطفل من قيام حاضنة أخرى بها، فلا يعدل عن خير الطفل إلا لموجب وهو عسر الأب أو عدم إضاعة مال الولد.

وإذا أبت أم الصغير الحضانة إلا بأجر ولا توجد متبرعة من محارمه، وليس للصغير مال، والأب معسر تجبر الأم على القيام بحضنته وتكون أجرتها دينا على أبيه. وكذلك الحال في أجرة الرضاعة إذا لم توجد متبرعة، وليس للصغير ولا لأبيه مال.

سفر الحاضنة بالولد — إذا كانت الحاضنة الأم وزوجيتها بأبي الولد قائمة فليس لها الانتقال إلى أى بلد آخر إلا باذن زوجها، لأن قرارها في المسكن الشرعى الذى أعده لها حق له واجب عليها. وإذا كانت في عدة طلاقه الرجعى أو البائن فليس لها الانتقال مطلقا لا باذنه ولا بغير إذنه، لأن اعتدادها في مسكن العدة حق للشرع واجب عليها. وإذا كانت مطلقة انقضت عدتها فلها أن تسافر بولدها بغير إذن أبيه إلى بلدها الذى هو وطنها وكان عقد زواجهما فيه، سواء كان هذا البلد قريبا من بلد الأب أو بعيدا عنه، وسواء كان مصرا أو قرية، لأن مقتضى عقده عليها فى بلد هو وطنها الترامه الرضا باقامتها فيه. وليس لها أن تسافر به بغير إذن أبيه إلى بلد انتهى فيه الأمران أو أحدهما بأن كان لا هو وطنها ولا عقد عليها فيه، أو كان وطنها ولم يعقد عليها فيه، أو عقد عليها فيه وليس وطنها، إلا إذا كان هذا

البلد الذى انتهى فيه الأمران أو أحدهما مصرا قريبا بحيث يمكن الأب أن يذهب إليه ويرى ولده ويعود قبل أن يدخل الليل . فان كان مصرا بعيدا أو قرية مطلقا سواء كانت قرية أو بعيدة فليس لها أن تنتقل إليها إلا باذن الأب .

وأما غير الأم من الحاضنات فليس لها الانتقال بالولد من محل حضنته إلا باذن أبيه مطلقا .

والحكمة فى هذا مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضنته بواسطة أمه وقريباته المحارم . وبين إشراف أبيه على تربيته حتى لا تضار والدته بولدها ولا مولود له بولده ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه .

ولهذه الحكمة نفسها ليس للأب أن يخرج الصغير من البلد الذى تقيم فيه أمه ما دام فى حضنتها التى هى أهل لها ، لأن فى هذا الانحراج تفويت حقها وحق الصغير فيمنع منه سواء كان البلد الذى يريد نقله إليه قريبا من أمه أو بعيدا . إلا إذا سقط حق الأم فى الحضانة لسبب من الأسباب ولم يكن فى البلد الذى هى فيه من ينقل إليه حق حضانة الصغير ، فله أن ينقله من بلد أمه الى البلد الذى فيه من لها الحق فى حضنته . وإذا زال المانع من أهلية الأم للحضانة وعاد إليها استحقاقها وجب على الأب أن يعيده إليها حيث تقيم . ومثل الأم فى هذا غيرها من الحاضنات . وفى كل حالة لا يكون للحاضنة حق السفر بالصغير إذا أثبت إلا أن تسافر سقط حقها فى حضنته وانتقل الحق الى من يليها من الحاضنات .

بعد انتهاء مدة الحضانة — الغلام إذا انتهت مدة حضنته بأن بلغت سنه سبعا أو تسعا صار الأحق بامساكه أبوه . فان لم يكن له أب فالأحق بامساكه جده لأبيه . فان لم يكن له أب ولا جد فالأحق بامساكه أقرب عصبتة من الرجال ، سواء كانوا محارم كأخوته أشقائه ، أو غير محارم كأبناء عمه ، لأن الغلام بعد بلوغه هذه السن يستغنى عن خدمة النساء ، ويصير فى حاجة الى التأديب والتثقيف والتخلق بأخلاق الرجال والأخذ فى أسباب الحياة . وأبوه وسائر عصبتة من الرجال أقدر على تدبير هذا من أمه وسائر قريباته من النساء .

ولا خيار للغلام ولا لأبيه وسائر عصبته في ذلك بل يجبر الغلام على أن يكون عند أبيه أو عاصبه في هذا الطور من عمره ، ويجبر أبوه أو أقرب عصبته على إمساكه إذا امتنع من طلبه ، وذلك لأن الشارع رأى مصلحة الصغير في أن يمسكه أبوه أو عاصبه بعد تجاوزه سن الحضانة ليهذبه ويربيه ، فليس للغلام أن يختار غير ما رآه الشارع ، وليس لأبيه أو عاصبه أن يمتنع عن القيام به لأن حق الشرع لا يملك أحد تفويته . وإذا لم يكن للغلام أب ولا عاصب ولا وصى يبقى عند حاضنته إلا إذا رأى القاضي مصلحته في أخذه منها وإبقائه عند غيرها ممن يختاره .

ويستمر هذا الحق ثابتا على الغلام لعصبته الى أن يبلغ الحلم .

فإذا بلغ الغلام الحلم بأن بلغت سنه خمس عشرة سنة أو رأى أمارات من أمارات البلوغ قبلها وكان عاقلا ذا رأى يستغنى به صار أحق بنفسه وليس لأبيه ولا لأى واحد من عصبته إمساكه جبرا عنه ، بل يكون مخيرا إن شاء انفرد باقامته ، وإن شاء أقام مع أبيه أو أمه أو غيرهما ، إلا اذا كان بعد بلوغه الحلم مفسدا لا يؤمن على نفسه فإن لأبيه أو عاصبه الحق في إمساكه للحفاظه عليه ودفع الفتنة والعار وتأديبه اذا وقع منه شيء يستوجب التأديب حتى يصير مأمونا على نفسه .

وأما البنت فإذا انتهت مدة حضانتها بأن بلغت سنها تسعا أو احدى عشرة سنة صار الأحق بامساكها أبوها ، ثم جدها لأبيها ، ثم أقرب عصبته من الرجال المحارم كأخوتها الأشقاء وأعمامها ، وليس لعصبته من الرجال غير المحارم كأبناء عمها حق في إمساكها ، لأن البنت بعد تجاوزها سن الحضانة واستغنائها عن خدمة النساء تكون حاجتها الى المحافظة عليها وتأديبها وصونها وتحصينها . وعصبته من الرجال المحارم أقدر على هذا من قريباتها من النساء . ولا خيار للبنت ولا لأبيها أو عاصبها المحرم في ذلك بل تجبر هي على أن تكون عند عاصبها المحرم ، ويجبر عاصبها المحرم على إمساكها إذا امتنع لأن هذا حق الشرع لا يملك أحد تفويته .

ويستمر هذا الحق ثابتاً على البنت لأبيها أو عاصبها المحرم الى أن تزوج، فإذا تزوجت صار حق إمساكها لزوجها . لكن إذا بلغت البنت الحلم ولم تزوج وكانت بكراً مسنة، واجتمع لها رأى وعفة، أو كانت ثيباً تؤمن على نفسها، فإن كل واحدة من هاتين تكون أحق بنفسها ، وليس لعاصبها المحرم أن يجبرها على الإقامة عنده ، بل تكون في هذا كالغلام إذا بلغ الحلم عاقلاً ذا رأى يكون أحق بنفسه .

وفي كل موضع يكون للأب أو العاصب الحق في إمساك الغلام أو البنت ، إنما يثبت له هذا الحق إذا كان أميناً غير مفسد لا يخشى على أحدهما منه ، فإن كان غير مأمون عليهما لأنه مفسد مستهتر لا يتحقق مصلحة الصغير بإمساكه فلا حق له ويعتبر كعدمه وينتقل الحق الى من يليه .

نفقة الأقارب

القربة سبب لوجوب نفقة القرب على قربه ، كما أن الزوجة سبب لوجوب نفقة الزوجة على زوجها .

ولا توجب القربة النفقة إلا إذا كانت محزمة للزواج ، فان كانت القربة غير محزمة للزواج كقربة أولاد الأعمام والعلمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، فلا توجب النفقة ، وعلى هذا لا تجب نفقة الفقير على ابن عمه أو ابن خاله .

وإذا كانت الصلة بين الأقارب جزئية بعضهم من بعض تسمى قرابتهم قربة الولاد كقربة الأصول والفروع المنحصرة في عمود النسب . وإذا كانت الصلة ليست كذلك كقربة الأقارب الخارجين عن عمود النسب ، كالأخوة والأخوات تسمى قرابتهم قربة غير الولاد ، أو قربة الحواشي ، أو قربة ذوى الأرحام^(١) ، وعلى هذا ينحصر بحث نفقة الأقارب فيما يأتي :

نفقة الفرع الواجبة له على أصله .

» الأصل الواجبة له على فرعه .

» الأقارب غير الأصول والفروع الواجبة لبعضهم على بعض .

النفقة الواجبة للفرع على أصله

في حال وجود الأب — إذا كان الأب موجودا غير عاجز عن الكسب فنفقة أولاده المستحقين للنفقة واجبة عليه وحده لا يشتركه فيها غيره من أم أو جد أو سواهما .

(١) ففي اصطلاح الفقهاء . ذوى الأرحام في باب النفقات هم الأقارب الذين ليسوا من الأصول والفروع كالأخوة والأخوات والأعمام والعلمات والخالات . وأما ذوى الأرحام في باب الموارث فهم الأقارب الذين ليسوا من أصحاب الفروض ولا من العصبة كالجد لأم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت .

دليل وجوبها - والدليل على وجوبها قوله تعالى في سورة البقرة :
 ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فقد أوجب سبحانه على المولود
 له رزق الوالدات وكسوتهن وهذا الرزق وهذه الكسوة من نفقة الأولاد . وقد
 ورد في الحديث أن زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله : أن أبا سفيان رجل شحيح
 لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال خذي ما يكفيك
 وولدك بالمعروف .

سبب وجوبها - وسبب وجوبها الجزئية أى كون الولد جزءا من أبيه ، وكما
 تجب على الانسان نفقة نفسه تجب عليه نفقة جزئه . وهذه الجزئية هى السبب
 في وجوب النفقة بين كل فرع وأصله . ولهذا تجب نفقة الأصول على فروعهم
 والفروع على أصولهم ولو لم يتحقق التوارث كما اذا اختلفوا في الدين لتحقيق الجزئية
 وهى سبب الوجوب .

شرط وجوبها - ويشترط لوجوب نفقة الأولاد على أبيهم
 شرطان :

(الأول) أن يكون الأولاد فقراء . عاجزين عن الكسب ، لأنهم اذا لم يكونوا
 فقراء بأن كان للولد منهم مال فنفقته في ماله عملا بالأصل العام . كل من له مال فنفقته
 في ماله ولا تجب على غيره نفقته . وإن كانوا فقراء غير عاجزين عن الكسب فلا تجب
 نفقة القادر منهم أن يكتسب بل تكون نفقته في كسبه ، والعجز عن الكسب يتحقق
 بكون الولد صغيرا . أو بكونه كبيرا ذا عاهة تمنعه من التكسب ، أو بكونه أنثى لأن
 الشأن في الإناث أن لا يعملن للكسب .

فالمستحقون للنفقة من الأولاد هم الفقراء الصغار ، والفقراء الكبار العاجزون
 عن الكسب ، والفقيرات من البنات مطلقا سواء كن صغيرات أو كبيرات قادرات
 على الكسب أو عاجزات عنه .

(الثاني) أن يكون الأب قادرا على نفقتهم بأن يكون غنيا أو كسوبا يكسب من عمله ما يفي بحاجته وحاجتهم - بناء على هذا تتفرع الأحكام الآتية :

الابن اذا كان فقيرا صغيرا وأبوه غني أو كسوب تجب نفقته على أبيه بأنواعها من طعام وكسوة ومسكني وأجرة رضاع وحضانة وكل ما يحتاج اليه الصغير مما يقدر عليه أبوه .

فاذا بلغ الابن الفقير سنا يكون فيها أهلا للكسب سواء كانت سن البلوغ أو قبله ، فان كان قادرا على الكسب وليس به مانع يمنعه منه فلا تجب نفقته على أبيه بل تكون نفقته في كسبه ، ولأب أن يضعه في عمل أو حرفة يكتسب منها وينفق عليه من كسبه ، فان لم يف كسبه بنفقته فعلى الأب تكيل كفايته . وان كان عاجزا عن الكسب لشلل أو عاهة أو أى مرض يعجزه عن الكسب فنفقته بأنواعها واجبة له على أبيه ، لأن عجز الكبير عن الكسب يجعله في حكم الصغير . ومن الجار العاجزين عن الكسب أولاد الأشراف الذين لا يستأجرون للأعمال . وطلبة العلم الذين يشغلهم تعلمه عن كسب الرزق ولا يهتدون إلى طريقه . فهؤلاء تجب لهم النفقة وهم كبار أصحاء .

وأما البنت فاذا كانت فقيرة صغيرة وأبوها غني أو كسوب فنفقتهما بأنواعها واجبة لها على أبيها ، وكذلك إذا كبرت وهي فقيرة فنفقتهما واجبة على أبيها ، سواء كانت قادرة على الكسب أو عاجزة عنه ، لكن إذا اكتسبت فعلا من وظيفة أو حرفة فلا تجب نفقتها على أبيها ، بل تكون نفقتها فيما كسبته لأنها استغنت به ، إلا اذا كان ما كسبته لا يفي بحاجتها فعلى أبيها تكيل كفايتها .

فاذا تزوجت سقط وجوب نفقتها عن أبيها ووجبت نفقتها على زوجها ، فاذا طلقت وانقضت عدتها من مطلقها وصارت لا نفقة لها على زوجها عاد وجوب نفقتها على أبيها ، وكذلك اذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها عن زوجها بسبب نشوزها مثلا تجب نفقتها على أبيها ما دامت ناشزا .

نفقة البنت الفقيرة إما على أبيها ، أو على زوجها ، أو في كسبها إن كسبت فعلا .

وإذا كان الأولاد ممن لا يستحقون النفقة على أبيهم بأن كان لهم مال أو كسب وأنفق عليهم أبوهم من ماله هو فهو متبرع ولا يرجع على أحد منهم بما أنفق إلا إذا استأذن القاضي في الاتفاق عليهم ليرجع بما أنفق ، أو أشهد عند الاتفاق أنه أنفق ليرجع ، فلو أنفق الأب من ماله على ابنه الصغير الغني ، أو على ابنه الكبير الكسوب ، أو على ابنته المدرسة فهو متبرع بما أنفق ، إلا إذا احتاط بالاشهاد عند الاتفاق ، أو استأذن القاضي .

فإذا كان الأب فقيرا وقادرا على الكسب ولكن لم يسر له عمل يكتسب منه أو يسر له عمل يكتسب منه ولكن كسبه قليل لا يفي بحاجته وحاجة من تجب عليه نفقتهم من أولاده ، ففي هذه الحال تجب عليه النفقة لأولاده ولكن لا يؤمر هو بأدائها ، بل تؤمر بأدائها لهم أمهم إذا كانت موسرة ويكون ما يؤديه الأم دينا لها ترجع به على أبيهم إذا أيسر . وإذا كانت الأم غير موسرة أصر أبو الأب الموسر بالإداء . ويكون ما يؤديه دينا على الأب إذا أيسر .

وأما إذا كان الأب فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر سن أو أي عاهة تعجزه عن الكسب ، فيعتبر كالمعدوم وتجب النفقة على من عداه من أقارب الأولاد عند عدم أبيهم . على التفصيل الآتي في حال عدم وجود الأب .

فننبه للفرق بين أب فقير قادر على الكسب ، وأب فقير عاجز عن الكسب ، فإن الأول لا يسقط وجوب النفقة عنه بل يحكم عليه بالنفقة ولكن لا يؤمر بأدائها ، وإنما يؤمر بأدائها الموسر من أقرب أقارب الأولاد . ليكون دينا على الأب . وأما الثاني فيعتبر كالمعدوم ويسقط وجوب النفقة عنه ولا يحكم عليه بها وإنما يحكم بها على الأقارب عدا الأب على ما يبين بعد .

في حال عدم وجود الأب — وإذا لم يوجد للأولاد المستحقين للنفقة أب، أو كان لهم أب ولكنه فقير وملحق بالمعدوم لعجزه عن الكسب، وكان أقاربهم القادرون على الإنفاق عليهم كلهم من أصولهم سواء كانوا أصولاً لهم من ناحية أبيهم أو من ناحية أمهم فوجوب النفقة عليهم على هذا التفصيل .

إذا كان هؤلاء الأصول كلهم وارثين تجب عليهم النفقة جميعاً بنسبة إرثهم سواء تساوت درجة قرابتهم أو اختلفت .

فن له أم، وأبو أب، فنفقته عليهما بنسبة الإرث . على الأم ثلث نفقته ، وعلى الجدة ثلثاها .

ومن له أم أم، وأم أب، وأبو أب فنفقته عليهم بنسبة الإرث . على الجديتين سدسها ، وعلى الجدة خمسة أسداسها ، إلا إذا كان أبو الأب قائماً فعلاً مقام الأب بأن حجب من الإرث بعض العصبة الذين يحجبهم الأب، فحينئذ يكون بمنزلة الأب ويجب عليه وحده النفقة ولا يشاركه فيها أحد . فن له أم، وعم، وأبو أب، فنفقته على جدّه وحده ولا شيء على الأم، لأن الجدة لما حجب العم في هذه الصورة من الإرث كان فعلاً كالأب، والأب لا يشاركه في الإنفاق على أولاده أحد .

وإذا كان هؤلاء الأصول كلهم غير وارثين بأن كانوا من الأجداد أو الجدات غير الصحيحة . تجب النفقة على أقربهم درجة للأولاد ، فان تساوت درجاتهم وجبت النفقة عليهم جميعاً .

فن له أبو أم، وأبو أم أب، فنفقته على أبي أمّه لأنه أقرب درجة .

ومن له أبو أم أم، وأبو أبي أم، فنفقته عليهما معاً بالتساوى لتساويهما في الدرجة .

وإذا كان هؤلاء الأصول بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث، فان تساوا في الدرجة تجب النفقة على الوارثين منهم بنسبة إرثهم، ولا يجب على غير الوارثين منهم شيء .

فن له أبو أب، وأم أب، وأم أم، وأبو أم، فنفتسه على أصوله الوارثين بنسبة لإرثهم، وهم جدّه الصحيح وجدّاته الصحيحتان، على الجذ خمسة أسداسها وعلى الجذتين سدسها، ولا شيء منها على جدّه غير الصحيح وهو أبو الأم لأنه جدّ غير وارث . وفي درجة الوارثين .

وإن اختلفوا في الدرجة تجب النفقة على أقربهم درجة ولو كان غير الوارث . فن له أبو أبي أب، وأبو أم، فنفتته على أقربهما درجة وهو أبو الأم . وإن كان الذي يرثه إذا مات هو أبو أبي الأب . والعلة لهذا أن سبب استحقاق الفروع نفقة على الأصول هو الجزئية، وكلما قربت الدرجة قوى السبب فيرجح الأقرب في الوجوب عليه . وإن كان مثل هذه الصورة الأخيرة لا يتفق حكمها مع قاعدة « الحرّم بالغنم » لأن الذي يرث لا تجب عليه نفقة، والذي تجب عليه النفقة هو من لا يرث .

النفقة الواجبة للأصل على فرعه

إذا كان الأصل فقيراً سواء كان أباً أو أما أو جدّاً أو جدّة، وله فروع قادرين على الانفاق عليه، تجب نفقته على أقربهم له درجة . فإن تساوا في القرب فنفتته عليهم جميعاً بالتساوى، من غير نظر إلى الإرث، لأن علة وجوب النفقة هي الجزئية كما قدّمنا، فكلما تحقق السبب وهو الجزئية تحقق المسبب وهو الوجوب بصرف النظر عن الإرث، وكلما قوى السبب بقرب الدرجة ترجح .

فن له بنت، وابن ابن فنفتته على بنته وحدها لقربتها .

ومن له بنت، وابن فنفتته عليهما بالسوية .

(١) يلاحظ أن الأصل يستحق النفقة إذا كان فقيراً سواء كان قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه . وأما الفرع فلا يستحق النفقة إلا إذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب سواء كان مجزراً لصغره أو مريضاً أو لكونه أيتماً . فالأب الفقير القادر على الكسب تجب له النفقة على ابنه المومر، والابن الفقير الكبير القادر على الكسب لا تجب له النفقة على أبيه المومر .

ومن له بنت بنت، وابن ابن فنفقته عليهما بالسوية .

ومن له ابنان مسلم، وغير مسلم وهو مسلم فنفقته عليهما بالسوية .

وإذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله ومن فروعه تجب النفقة على أقربهم درجة . فان تساوا في الدرجة تجب النفقة عليهم بنسبة الإرث .

فن له أب وابن ابن فنفقته على الأب وحده لقربه درجة .

ومن له أبو أب، وابن ابن فنفقته عليهما معا بنسبة الإرث على الجذّ سدسها، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها .

وكان مقتضى هذا أن من له أب، وابن تكون نفقته على أبيه وابنه بنسبة الإرث لتساويهما في الدرجة . ولكن هنا تجب النفقة على الابن وحده لأن للأب شبهة في مال ابنه بمقتضى الحديث « أنت ومالك لأبيك » فتي وجد الابن القادر تجب عليه وحده نفقة أبيه الفقير وأمه الفقيرة وكل أصوله الفقراء، ولا يشاركه فيها أحد، كما أنه إذا وجد الأب القادر تجب عليه وحده نفقة ابنه الفقير ولا يشاركه فيها أحد .

وإذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله، ومن فروعه، ومن حواشيه أى أقاربه الذين ليسوا من أصوله وفروعه كأخوته وأخواته وأعمامه، فلا يجب على الحواشي شيء من النفقة لأنهم مع وجود الفروع يعتبرون كعدمهم وكأن الموجودين الأصول والفروع فقط .

وإذا اجتمع للفقير أقارب قادرون من أصوله ومن حواشيه، فان كان الصنفان وارثين فالنفقة عليهم بنسبة الإرث .

فن له أم، وأخ شقيق تجب على الأم ثلث نفقته وعلى أخيه ثلثاها بنسبة الإرث، وان كان أحد الصنفين غير وارث فالنفقة على الأصول وحدهم ولو كانوا غير وارثين .

فن له أبو أب ، وأخ شقيق فنفته على جدّه وحده . ومن له أبو أم ، وأخ شقيق فنفته على جدّه لأمه وحده لترجحه بالجزئية ، وإن كان غير وارث والإرث للأخ الشقيق .

نفقة ذوى الأرحام بعضهم على بعض

إذا كان الفقير المستحق للنفقة أقاربه القادرون كلهم من الخواشي أى من الأقارب الخارجين عن عمود النسب الذين ليسوا من أصوله ولا فروعه كأخوته وأخواته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته فهؤلاء تجب نفقته عليهم بنسبة الإرث ، فالمحجوب من الإرث لا تجب عليه النفقة ، والوارث تجب عليه النفقة بنسبة نصيبه في الإرث .

وهذا مقتضى الآية الكريمة إذ قال الله سبحانه في سورة البقرة : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمصروف . لا تكلف نفس إلا وسعها . لا تضارّ والده بولدها . ولا مولود له بولده . وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ . فقد أوجب سبحانه رزق الوالدات وكسوتهن على الوارث إذا لم يوجد المولود له ، وعبر عنه بوصف الوارث إشارة إلى أن إرثه هو سبب وجوب النفقة عليه ، عملاً بقاعدة "الغرم بالغنم" . فن له ثلاثة أخوة أشقاء قادرون فنفته عليهم أثلاثاً :

ومن له أخوات متفرقات شقيقة ، ولأب ، ولأم ، فنفته عليهن أنحاساً ، على الشقيقة ثلاثة أنحاساً ، وعلى الأخت لأب خمساً ، وعلى الأخت لأم خمساً . ومن له عمّة ، وخال فنفته عليهما على العمة ثلثاً وعلى الخال ثلثاً .

ومن له أخ لأم وخال فنفته على الأخ لأم فقط لأنه الوارث وحده .

وبعض المذاهب يجعل نفقة جميع الأقارب بعضهم على بعض على أساس الإرث بلا تفريق بين قرابة الولاد وغيرها ، فن لا يرث بعد الممات لا تجب عليه النفقة في الحياة ، ومن يرث تجب عليه النفقة بنسبة إرثه عملاً بالقاعدة "الغرم بالغنم" .

وهذا هو التقسيم الذى ذكره العلامة ابن عابدين فى صفحة ٧٢٧ من الجزء الثانى من حاشيته ونصه ^(١) .

” لا يخلو إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد شخصا واحدا ، أو أكثر . والأول ظاهر وهو أنه تجب النفقة عليه عند استيفاء شروط الوجوب . والثانى لا يخلو إما أن يكونوا فروعا فقط ، أو فروعا وحواشى ، أو فروعا وأصولا ، أو فروعا وأصولا وحواشى ، أو أصولا فقط ، أو أصولا وحواشى . فهذه ستة أقسام وبقي قسم سابع نعمة الأقسام العقلية وهو الحواش فقط نذكره تيمنا للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولاد “ :

(القسم الأول) الفروع فقط والمعتبر فيهم القرب والجزئية أى القرب بعد الجزئية دون الميراث . نفى ولدين لمسلم فقير ولو أحدهما نصرانيا أو أثنى تجب نفقته عليهما سوية ، للتساوى فى القرب والجزئية وإن اختلفا فى الارث . وفى ابن ، وابن ابن على الابن فقط لقربه ، وكذا تجب فى بنت ، وابن ابن على البنت فقط لقربها ، ويؤخذ من هذا أنه لا ترجيح لابن ابن على بنت بنت وإن كان هو الوارث لاستوائهما فى القرب والجزئية ، ولتصريحهم بأنه لا اعتبار للارث فى الفروع ، وإلا لوجب أن نلانا فى ابن وبنت ، ولما لزم الابن النصرانى مع الابن المسلم شئ ، وبه ظهر أن قول الرملى فى حاشية البحر أنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم .

(القسم الثانى) الفروع مع الحواشى والمعتبر فيه أيضا القرب والجزئية دون الارث ، نفى بنت ، وأخت شقيقة على البنت فقط وإن ورثتا ، وتسقط الأخت لتقديم الجزئية . وفى ابن نصرانى ، وأخ مسلم على الابن فقط ، وإن كان الوارث هو الأخ أى لاختصاص الابن بالقرب والجزئية . وفى ولد بنت ، وأخ شقيق على

(١) ذكرت نص هذا التقسيم ليرجع اليه من أراد الوقوف على بعض التفصيل فى نفقة الأقارب .

ولد البنت ، وان لم يرث أى اختصاصه بالجزئية ، وان استويا فى القرب لإدلاء كل منهما بواسطة . والمراد بالخواشى هنا من ليس من عمود النسب أى ليس أصلا ولا فرما فيدخل فيه ما فى الذخيرة لوله بنت ، ومولى عتاقة فعلى البنت فقط ، وان وراثا أى لاختصاصها بالجزئية .

(القسم الثالث) الفروع مع الأصول والمعتبر فيه الأقرب جزئية ، فان لم يوجد اعتبر الترجيح ، فان لم يوجد اعتبر الارث . ففى أب ، وابن تجب على الابن لترجيحه .بأنت ومالك لأبيك ، أى وان استويا فى قرب الجزئية . ومثله أم ، وابن لقول المتون ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد . قال فى البحر : لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس اليهما اه . فليس ذلك خاصا بالأب كما يتوهم بل الأم كذلك ، وفى جد؟ وابن ابن على قدر الميراث أسداسا للتساوى فى القرب ، وكذا فى الارث وعدم المرجح من وجه آخر ، وظاهره أنه لوله أب وابن ابن أو بنت بنت ، فعلى الأب لأنه أقرب فى الجزئية ، فانتفى التساوى ووجد القرب المرجح وهو داخل تحت الأصل المسار عن الذخيرة والبدايع . وكذلك تحت قول المتون ولا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد .

(القسم الرابع) الفروع مع الأصول والخواشى وحكمه كالثالث لما علمت من سقوط الخواشى بالفروع لترجيحهم بالقرب والجزئية فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول وهو القسم الثالث بعينه .

(القسم الخامس) الأصول فقط فان كان معهم أب فالنفقة عليه فقط لقول المتون ، ولا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد ، وإلا فاما أن يكون بعضهم وراثا وبعضهم غير وارث أو كلهم وارثين ، ففى الأول يعتبر الأقرب جزئية لما فى القنية له أم ، وجد لأم ، فعلى الأم أى لقربها ويظهر منه أن أم الأب كأبى الأم . وفى حاشية الرملى : اذا اجتمع أجداد وجدات فعلى الأقرب وان لم يدل به الآخرا اه . فان تساوا فى القرب فالمفهوم من كلامهم ترجح الوارث بل هو صريح قول البدائع

في قرابة الولاد اذا لم يوجد الترجيح اعتبر الارث اه . وعليه ففي جد لأم وجد لأب تجب على الجد لأب فقط اعتبارا لارث . وفي الثاني أعني لو كان كل الأصول وارثين فكالارث ففي أم وجد لأب تجب عليهما أثلاثا في ظاهر الرواية .

(القسم السادس) الأصول مع الحواشي ، فان كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحاً للجزئية ولا مشاركة في الإرث حتى يعتبر فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث الصنف الآخر . مثال الأول ما في الخانية لوله جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد اه . ومثال الثاني ما في القنية لوله جد لأم وعم فعلى الجد اه . أى لترجحه في المثالين بالجزئية مع عدم الاشتراك في الإرث لأنه هو الوارث في الأول والوارث هو المم في الثاني . وإن كان كل من الصنفين أعني الأصول والحواشي وارثا اعتبر الإرث ففي أم وأخ عصبي أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك على الأم الثلث وعلى العصبية الثلثان .

ثم اذا تعددت الأصول في هذا القسم بنوعيه ننظر اليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر في القسم الخامس مثلاً لو وجد في المثال الأول المآز عن الخانية جد لأم مع الجد لأب نقدم عليه الجد لأب لترجحه بالإرث مع تساويهما في الجزئية ، واو وجد في المثال الثاني المآز عن القنية أم مع الجد لأم نقدمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب وبهذا يسقط الإشكال الذي سنذكره عن القنية كما مستعرفه ، وكذلك لو وجد في الأمثلة الأخيرة مع الأم جد لأم نقدمها عليه لما قلنا ، ولو وجد معها جد لأب بأن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبي أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الجد وحده كما صرح به في الخانية ووجه ذلك أن الجد يجب الأخ وابنه والمم لتزيله حينئذ منزلة الأب وحيث تحقق تزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة وإذا كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة فكذا إذا كان موجودا حكماً فيجب على الجد فقط بخلاف ما لو كان للفقير

أم ، وجد لأب فقط ، فإن الجد لم يتزل منزلة الأب . فلذا وجبت النفقة عليهما
أثلاثاً في ظاهر الرواية كما مر .

(القسم السابع) الحواشي فقط والمعتبر فيه الإرث بعد كونه ذا رحم محرم
وتقديره واضح في كلامهم كما سيأتى :

ثم هذا كله إذا كان جميع الموجودين موسرين ، فلو كان فيهم معسر فتارة يتزل
المعسر منزلة الميت ، وتجب النفقة على غيره ، وتارة يتزل منزلة الحى وتجب على من
بعده بقدر حصصهم من الإرث — انتهى تقسيم ابن عابدين —

زوجة المستحق للنفقة

إذا كان الأب مستحقاً للنفقة على ابنه فنفقة زوجته أيضاً تجب على ابنه إذا
كان الأب فى حاجة إليها ولا يمكنه أن يستغنى عنها ، لعاهة أو مرض أو نحوهما
وإذا كان غير محتاج إليها فلا تجب نفقتها على ابنه . ولهذا لا يجب على الابن
إلا نفقة زوجة واحدة لأبيه لأن الواحدة تندفع بها حاجته .

وأما إذا كان الابن مستحقاً للنفقة على أبيه فنفقة زوجته لا تجب على أبيه
إلا إذا كان كفيلاً بها فإنها تجب نفقتها عليه بمقتضى الكفالة ، وإنما يؤمر بأداء
النفقة المفروضة لها على ابنه ليرجع بها عليه إذا أيسر .

ومثل زوجة الابن زوجة سائر من تجب لهم النفقة .

أما الخادم فإن كان ضرورياً لمستحق النفقة ومن تجب عليه النفقة موسر ،
فهو من النفقة الواجبة لا فرق بين أب على ابنه وابن على أبيه .

مقارنة بين أنواع النفقات بعضها وبعض

الزوجية والقرابة كل منهما موجب للنفقة، والقرابة كما قدمنا قرابة الولاد أى الأصول والفروع المنحصرة فى عمود النسب، وقرابة غير الولاد أى الخارجين عن عمود النسب الذين ليسوا من الأصول ولا الفروع، والنفقة الواجبة بكل سبب من هذه الثلاثة تختلف فى بعض الوجوه والأحكام .

(أولاً) من جهة سبب الوجوب — فسبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو الجزاء على احتباسها لحق الزوج ومنفعته ، ولهذا تستحق النفقة كل زوجة سلمت نفسها لزوجها ولو حكماً، سواء كانت غنية أو فقيرة، وسواء كانت متحدة معه ديناً أو مختلفة معه ديناً، وسواء كان الزوج غنياً أو فقيراً، قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه، لأنه متى صح عقد الزواج وسلمت الزوجة نفسها ولو حكماً وجد الاحتباس فوجبت النفقة جزاء له .

وأما سبب وجوب النفقة بقرابة الولاد فهو الجزئية أى كون الفرع جزءاً من أصله، والإنسان كما تجب عليه نفقة نفسه تجب عليه نفقة جزئه، ففى وجدت الجزئية وتحققت الحاجة إلى النفقة وجبت ، ولا عبرة بكون الأصل وارثاً فرعاً أو الفرع وارثاً أصله، أو غير وارث . ولهذا تجب نفقة الأصل على فرع، والفرع على أصله ولو تخالفاً فى الدين لأنه لا اعتبار للإرث . وتجب النفقة على الأقرب من الأصول أو الفروع ولو كان غير الوارث لترجح الجزئية بالقرب . وتجب نفقة الأب على ابنه وبنته الموسرين بالسوية لتساويهما فى الجزئية وإن اختلفا فى الإرث . وتجب نفقة الأب على ابن ابنه وبنته بالسوية لتساويهما فى الجزئية، وإن كان أحدهما وهو بنت البنت غير وارثة أصلاً، والعللة فى هذا أن سبب وجوب النفقة بقرابة الولاد هو الجزئية ثم القرب دون الميراث ، وإلى هذا أشار الله سبحانه بقوله : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ ﴾ فدل على أن العلة كونه مولوداً له . أى أن التوالد هو سبب الوجوب .

وأما سبب وجوب النفقة بقرابة غير الولاد فهو الإرث عملاً بقاعدة الغرم بالغنم فكما أن القريب المحرم يرث قريبه إذا مات، تجب عليه نفقته في حال الحياة إذا احتاج. ولهذا لا تجب النفقة بين هؤلاء الأقارب المحارم إذا اختلفوا ديناً، لأن اختلاف الدين من موانع الإرث فهو من موانع وجوب النفقة بينهم. وتجب عليهم النفقة بقدر حصصهم من الإرث. والمحجوب منهم عن الإرث لا تجب عليه نفقة.

فمن له أخت شقيقة، وأخ شقيق موسران فنفقته عليهما أثلاثاً. ومن له عم شقيق، وعمة شقيقة موسران فنفقته على عمه وحده، ومسلم له أخوان شقيقان موسران مسلم ومسيحي نفقته على أخيه المسلم وحده. والعلة في هذا أن سبب وجوب النفقة بقرابة غير الولاد التوارث، فغير الوارث لا تجب عليه نفقة، والورثة تجب عليهم النفقة بقدر حصصهم من الإرث. وإلى هذا أشار الله سبحانه بقوله: ﴿وعلى الوارث مِثْلُ ذَلِكَ﴾. فدل على أن العلة كونه وارثاً. أى أن التوارث هو سبب الوجوب.

(ثانياً) من جهة حكمة الشارع في إيجابها — فنفقة الزوجة الحكمة في إيجابها أن احتباس الزوج لها لحقه ومنفعته يستوجب عليه القيام بنفقته لأنه يشغلها بحقوقه وواجباته. ولهذا تجب كما قدمنا للغنية والفقيرة على الغنى والفقير. ويراعى في تقديرها حال الزوج المحتبس لها يسارا وعسرا لأن الجزاء يراعى في تقديره مقدرة المفروض عليه.

وأما نفقة القريب على قريبه فالحكمة في إيجابها سد حاجة المحتاج منهم وصلة رحمه بمنعه من السؤال. ولا فرق في هذه الحكمة بين قرابة الولاد وقرابة غير الولاد. ولهذا لا تجب نفقة قريب على قريبه إلا إذا كان محرماً له، فلا نفقة بين أبناء الأعمام والعلمات، وأبناء الأخوال والحالات لعدم المحرمية. ولا تجب لقريب إلا إذا كان فقيراً محتاجاً إلى النفقة حتى يكون ذا حاجة يجب على قريبه أن يسدها. ولا تجب على قريب إلا إذا كان وسراً أو قادراً على الكسب أو كسوباً وفي ماله فضل يفي بالانفاق على غيره.

وأما إذا كان ماله أو كسبه على قدر حاجته فقط ، فلا يجب عليه الانفاق على غيره . ويراعى في تقديرها كفاية من تجب له لا يسار من تجب عليه . والعلة في هذا كله أنها تجب لسد الحاجة فلا تجب إلا لاحتاج ، على قادر ، وبمقدار ما يسد الحاجة .
(ثالثا) من جهة الشرط فيمن تجب عليه . أما نفقة الزوجة فتجب على زوجها مهما كانت حاله من يسر أو عسر أو قدرة على الكسب أو عجز عنه .

وأما نفقة الفرع على أصله والأصل على فرعه ، فيشترط فيمن تجب عليه القدرة على الكسب لا اليسار . ولذلك إذا كان الأب معسرا قادرا على الكسب تجب عليه نفقة أولاده المستحقين للنفقة ولا يمنع عساره من إيجابها عليه ما دام قادرا على الكسب ، وتؤمر أمهم إذا كانت موسرة بأداء ما وجب على الأب لأولاده منها ، على أن يكون ما تنفقه ديناً لها ترجع به على الأب إذا أيسر . وإذا كان الابن كسوبا ذا عيال وليس لكسبه فضل عن نفسه وعن عياله ، وله أب فقير لا كسب له أجبر الابن على ضم أبيه إلى عياله ، ولا يجبر على أن يعطيه شيئا على حدة ، والأم في هذا كالأب .

وأما نفقة ذوى الأرحام بعضهم على بعض ، فيشترط فيمن تجب عليه اليسار لا مجزئ القدرة على الكسب ، فالقريب غير الموسر لا تجب عليه نفقة .

واختلف في تحديد هذا اليسار . فروى عن أبي يوسف أن من ملك نصابا فاضلا عن حاجاته الأصلية ، ولو كان غير نام ، اعتبر موسرا في حق نفقة ذوى الأرحام . وقال محمد : الموسر في باب النفقات هو من في كسبه فضل عن نفقة نفسه ونفقة عياله ، وهذا هو الذى عليه العمل في المحاكم الشرعية المصرية .

(رابعا) من جهة صيرورة النفقة الواجبة ديناً على من تجب عليه . فنفقة الزوجة التى سامت نفسها لزوجها ولو حكما تعتبر على ما عليه العمل الآن ديناً صحيحاً في ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما . ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء . ولهذا كان للزوجة أن تطلب

الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على وقت التقاضى إذا اثبتت أنه امتنع عن الاتفاق عليها فى تلك المدة مع وجوبه ، ويقضى بها مستندة إلى مبدأ تلك المدة — على أن لا تزيد المدة السابقة على ثلاث سنين نهايتها تاريخ رفع الدعوى ، فنفتقتها من حين استحقاقها دين صحيح من كل وجه .

وأما نفقة الصغير المستحق للنفقة فلا تكون ديناً على من تجب عليه إلا من وقت القضاء بها فقط . ولهذا لا يطلب الحكم بها عن مدة سابقة على وقت التقاضى ، ولا يقضى بها مستندة إلى وقت سابق على تاريخ القضاء ، وإذا حكم بها صارت ديناً من تاريخ الحكم ولكنها لا تكون ديناً صحيحاً من كل وجه ، لأن المتجمد منها كما يسقط بالأداء أو الإبراء يسقط بموت الصغير أيضاً ، لأنها واجب من باب الصلوات والصلوات تسقط بالموت .

وأما نفقة سائر الأقارب المستحقين للنفقة عدا الصغير فلا تكون ديناً على من تجب عليه إلا إذا قضى القاضى بها ، وأذن باستدانتها ، واستدانتها فعلاً المقضى له . ولهذا لا يطلب الحكم بها عن مدة سابقة على وقت التقاضى ، وإذا قضى بها وتجدد من المحكوم به مبلغ لم يؤد للمحكوم عليه ولم يكن فى الحكم إذن بالاستدانة ، أو كان فى الحكم إذن بالاستدانة ولم يستدنه فعلاً المقضى له ، ومضت مدة شهر فأكثر فانه يسقط وليس للمحكوم له حق المطالبة به . لأن مضى المدة دليل الاستغناء ولا نفقة مع استغناء .

(خامساً) من جهة الاختصاص القضائى — نفقة الزوجة على زوجها ، ونفقة الصغير على أبيه ، يكون حكم المحكمة الشرعية الجزئية فيها نهائياً إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع منها على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك ، ويكون ابتدائياً إذا زاد المحكوم به فى كل نوع أو المطلوب الحكم به فيه على ذلك .

أما نفقة الصغير على غير أبيه كعمه وجدّه وأخيه ، ونفقة سائر الأقارب فيكون حكم المحكمة الشرعية الجزئية فيها ابتدائياً قابلاً للاستئناف دائماً مهما كانت قيمة المبلغ المحكوم به أو المطلوب الحكم به .

والسبب في هذا أن نفقات الأقارب في شروط استحقاقها وتشعب أحكامها ووجوه الترجيح بين قريب وقريب ما يقضى بأن تكون قابلة للاستئناف مطلقا حتى يمكن ضمان العدالة وتدارك الخطأ . ولا كذلك الحال في نفقة الزوجة على زوجها ونفقة الصغير على أبيه ، لأن الزوج والأب لا يشاركما أحد في الاتفاق على الزوجة والإبن . خاتمة - إذا كان الفقير عاجز عن الكسب ليس له أقارب تجب عليهم نفقته ، أوله أقارب فقراء عاجزون مثله فنفقته في بيت المال ، لأن بيت المال تؤول اليه تركة من لا وارث له . وكل مال لا يعرف صاحبه ، فعليه الاتفاق على كل من لا يجد من ينفق عليه عملا بالقاعدة العادلة "الفرم بالغنم"^(١) .

(١) وقد أصدرت وزارة الحفانية في شأن هذا المنشور رقم ٣٦ لسنة ١٩٢٢ ، ونصه : علقت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت أمامها دعاوى على وزارة المالية بطلب فرض نفقة لفقر المدعين . ويعجزهم عن الكسب . وعدم وجود من تجب نفقتهم عليه .

ومن حيث أن هذه الدعاوى غير مسموعة شرعا لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة وهذه الدعاوى غير ملزمة شرعا :

(أولا) لما يؤخذ من الفتية عن الامام الوبرى من أن الامام ليس بملزم قضاء باعطاء من له حظ في بيت المال بل له الخيار في المنع والاعطاء . وأما ما قاله ابن عابدين تعليقا على عبارة الفتية من "أنه ليس للامام الخيار في المنع والاعطاء من بيت المال مطلقا ، وإنما له ذلك بالنسبة للمال الذي أخذه صاحب الحظ بدون عليه" فهو تأويل منه لصريح عبارة الفتية . وحل لها على خلاف ظاهرها لم يستند فيه الى نص من كتب المذهب فضلا عن تخالفه لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها في أبواب بيت المال فلا يعول عليه ، وقد نقل عبارة الفتية شارح الوهبانية وصاحب البحر والفتاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء . ولم يعلقوا عليها بمثل ما علق به ابن عابدين .

(ثانيا) نص الزيلعي وصاحب البحر والبدايع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المال في مصارف مفوض لرأى الامام وموكول الى اجتهاده وظاهر من هذا أن الامام لا يطالب قضاء بالصرف لشخص معين من المصارف .

(ثالث) أن الفقير الذي هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المال ليس متعبنا للصرف عليه منه لتعدد مصارف هذا البيت ، فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير في الزكاة والفقير في الوقف على انفقوا ، لأن دعواهما غير ملزمة فلا تسمع اذن .

لهذا

لوجه الوزارة نظر المحاكم الى عدم سماع هذه الدعاوى ما

وزير الحفانية

تحريرا في ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٢

بمضاء

الحَجَر

تعريفه — الحجر لغة المنع . وشرعا هو المنع من نفاذ العقود والتصرفات القولية . فمن قام به سبب من أسباب الحجر الستة الآتى بيانها منع من أن يباشر عقدا أو تصرفا قوليا بحيث اذا باشر شيئا من ذلك لا ينفذ ولا يلزمه حكمه على التفصيل الذى سيذكر اكل محجور عليه .

ومن هذا التعريف يؤخذ أن الحجر إنما يكون عن العقود والتصرفات القولية لأنها هى التى يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها وعدم ترتب حكمها عليها فكأنها شرعا لم تكن . أما أفعال الجوارح فلا يتصور الحجر فيها، لأن الفعل متى وقع لا يمكن رفعه . وبناء على هذا فالمحجور عليه بأى سبب من أسباب الحجر مؤاخذ بأفعاله وان كانت لا تنفذ عليه تصرفاته القولية . فاذا أتلّف المجنون أو المعتوه أو الصبي مالا أو نفسا أو ما دونها ضمنوا ما أتلّفوه لأن اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد، كالنائم اذا انقلب على مال انسان فأتلفه ضمن وإن عدم القصد^(١) . ومتى لزمهم الضمان فان كان لمتلف منهم مال ألزم الولى عليه بأن يؤدى الضمان من ماله ، وإذا لم يكن للمتلف مال لا يخاطب بأداء ضمان ما أتلّفه ، إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا اذا أيسر . وهذا اذا لم يكن صاحب المال المتلف هو الذى ساط المحجور عليه على ماله بدون إذن الولى أو الوصى عليه . أما اذا أقرض انسان ماله للمجنون أو المعتوه أو صبي أو أى محجور عليه بدون إذن الولى عليه ، أو أودعه وديعة ، أو أعاره عارية ، فهلك القرض أو الوديعة أو العارية ، أو استهلك فى يد المحجور عليه ، فلا ضمان عليه ، والمالك هو المقرط لأنه عرض ماله للضياع وسلط عليه يدا لا تحفظه . لكن إذا فعل صاحب المال شيئا من ذلك باذن الولى فأتلفه المحجور عليه وجب الضمان .

(١) ولهذا نصوا على أن الصبي أو المجنون اذا قتل أحدهما إنسانا كان مؤاخذا بفعله ، غير أن ليس لواحد منهما عمد ، بل التتل منهما يعتبر خطأ يوجب الدية على العاقلة .

دليله — الأصل الذى بنى عليه الحجر هو قوله تعالى فى سورة النساء :
 ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ
 وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا . وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ
 رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ﴾ .

نهى الله سبحانه الولاية أن يؤتوا السفهاء أموالهم لأن فى إعطائهم لهم تعريضها
 للضياع ، وهذا يدل على منع هؤلاء السفهاء من التصرف فيها لأنهم لو نفذت
 تصرفاتهم فيها لأضاعوها وهى فى يد الولاية ببيعها أو هبتها أو أى تصرف فيها
 فلا يكون لحبسها عنهم فائدة ولا للنهى عن إيتائهم أموالهم ثمرة .

حكمة تشريعه — لما كان فاقد العقل وهو المجنون والصغير غير المميز ليس
 أهلا للقصد ولا يتصور منه الرضا لعدم التمييز . وناقص العقل وهو المعتوه والصبي
 المميز ليس أهلا لتقدير المصلحة حجر الشارع على كل واحد منهم ومنعه من التصرف
 فى ماله حتى لا تضيع أموالهم وحتى يحال بينهم وبين من يحتالون عليهم لأخذ أموالهم
 بالباطل رحمة بهم ، وصيانة لمالهم ، كما حجر على السفه وذى الغفلة رحمة بهما وحفظا
 لمالهما . وكما حجر على المدين دفعا للضرر عن دائئيه . وكما حجر على الطبيب الجاهل
 بمنعه من مزاولته مهنته دفعا للضرر عن الأبدان . وعلى المفتى المساجن الذى يعلم
 الناس الحيل دفعا للضرر عن الأديان . وعلى المكاري المفلس صيانة للأموال ،
 ففى الحجر على كل من حجر عليهم مصلحة خاصة ومصالح عامة وكلها ترجع إلى حفظ
 مال من لا يستطيع المحافظة على ماله وإلى دفع الضرر عنهم وعن الناس ، فالجحر على
 المجنون والمعتوه والصبي والسفيه هو لمصلحة أنفسهم بحفظ أموالهم من أن يبددوها
 ومن أن يسلبها الناس منهم بالباطل . والجحر على المدين . والطبيب الجاهل .
 والمفتى المساجن ، هو لمصلحة الناس بحفظ حقوقهم وأبدانهم ودينهم .

وليس فى الحجر أضرار بأموال المحجور عليهم ، لأن الشارع جعل عليهم ولاية
 مالين يحفظون أموالهم ويستثمرونها بالمعروف وبما فيه نفعهم . ومن لا ولى له

من أب أو جد أو وصى أو جب الشارع على القاضى أن يدير شئون أمواله بما يتفق ومصلحته بواسطة من يقيمهم من الوصاة أو القوام .

أسبابه — أسباب الحجر ستة : الصغر ، والجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة ، والدن . والأسباب الثلاثة الأولى ترجع إلى فقد الأهلية أو نقصها . ولذا كان الحجر بها متفقا عليه بين الامام وصاحبيه . أما الأسباب الثلاثة الأخيرة فلا ترجع الى فقد الأهلية أو نقص فيها لأن كلا من السفه والمدين وذى الغفلة بالغ عاقل لا قصور فى أهليته وإنما عرض لهم ما يقتضى الحجر عليهم دفعا للضرر عنهم وعن الناس . ولكونهم لا قصور فى أهليتهم لم يتفق الامام وصاحباه على الحجر عليهم ، فالامام لا يرى الحجر عليهم ، وصاحباه يريان الحجر عليهم .

استدل الامام بأن الانسان متى بلغ عاقلا رشيدا ، فقد كملت أهليته ، وكان له بمقتضى كمال أهليته حرية التصرف فى ملكه ، فالحجر عليه بمنعه من التصرف فى ملكه فيه إضاعة لأهليته ، وإهدار لآدميته ، وإلحاق له بالمعجوات ، وفاقدى الأهلية . ولا ينبغى إهدار آدمية الانسان خوفا على ماله من الضياع لأنه لا يرتكب الضرر الأعلى اتقاء للضرر الأدنى . فالامام يحجى أهلية الانسان وحرية تصرفه الى أبعد مدى . ويرى أن لا يحجر على السفه وذى الغفلة وإن أضاعا ماله لأن المال غاد ورائح . كما لا يرى الحجر على المدين فلا توقف تصرفاته ولا يباع ماله عليه جبرا ، بل يلجأ بالحبس الى أن يبيع بنفسه ويستد دينه ، وعلى هذا الأساس نفسه رأى أن الوقف غير لازم لأنه تصرف لا يخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف ، وما دام ملك المالك ثابتا فلا يسلب حق التصرف فى ملكه .

أما الصحابان فاستدلا بقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ ﴾ . وهذا النهى عن إعطاء السفهاء أموالهم يدل على منعهم من التصرف فيها لأنهم لو أبيع لهم التصرف فيها أضاعوها وهى فى يد أوليائهم فضاعت حكمة النهى . وبأن الصبي المميز والمعتوه حجر عليهما

مع أن إضرارهما بآلهما محتمل ، فالسفيه وذو الغفلة أولى بالحجر عليهما لأن إضرارهما بأموالهما محقق . ولأن في عدم الحجر على المدين إضاعة لحقوق الدائنين وإضراراً بهم والضرر مدفوع شرعاً . والمفتى به مذهب الصاحيين وعليه العمل .

والمحجور عليهم لفقد الأهلية أو نقصها أو للسفه أو الغفلة خاضعون الآن بمصر في كل ما يتعلق بالحجر عليهم ، ورفع الحجر عنهم ، وتدير شئونهم المالية للمجالس الحسبية بمقتضى المادة ٣ من قانون المجالس الحسبية الصادر في أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، أما المدين فالنظر في تصرفاته والفصل ببطالانها أو عدمه من اختصاص المحاكم الأهلية المدنية فهي التي يطلب منها الدائنون الحكم ببطالان تصرف مدينهم الضار بحقوقهم . ومن هذا ما نص عليه في المادة ٥٣ من القانون المدني من أنه لا يجوز لأحد أن يوقف ماله لإضراراً بمداينيه ، وإن وقف كان الوقف باطلاً .

أثر الحجر — يختلف أثر الحجر في تصرفات المحجور عليه باختلاف سببه بمعنى أن أثر الحجر في تصرف الصغير يخالف من بعض الوجوه أثره في تصرف المجنون أو المعتوه أو السفیه . وهذا البيان :

الصغير غير المميز والمجنون — الصغير غير المميز هو الطفل الذي لم تبلغ سنه سبع سنين ، ولا يفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير ، والمجنون جنونا مطبقا هو من فقد عقله واستوعب جنونه جميع أوقاته . هذان فاقدان الأهلية وليس واحد منهما أهلا لأى تصرف ، سواء كان نافعا أو ضارا ، أو دائرا بين النفع والضرر ، فكل عقد أو تصرف يباشره أحدهما يكون باطلا غير منقذ ، لأن عبارة العاقد إنما تعتبر شرعا لما تدل عليه من الرضا والقصد . وهذان لا يميز عندهما فلا رضا ولا قصد ، فعبارة الواحد منهما لغو .

أما إذا كان المجنون جنونه غير مطبق بأن كان يذهب عقله في بعض الأوقات ويعود إليه في بعضها ، فإن تصرفاته في وقت ذهاب عقله تكون باطلة لصدورها

من فاقد الأهلية . وتصرفاته في وقت عودة عقله اليه ، تكون صحيحة لصدورها من كامل الأهلية بشرط أن يكون في وقت عودة عقله اليه مفيقا لإفاقة تامة .

الصغير المميز والمعتوه المميز — الصغير المميز هو من بلغ سبع سنين . ويفهم ما يترتب على العقود والتصرفات . ويميز الغبن الفاحش من اليسير . والمعتوه المميز هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام سيئ التدبير لاضطراب عقله ، هذان ناقصا الأهلية وليسا فاقديها لأن أصل الأهلية يكون بالتمييز وهو متحقق فيهما ، ولوجود أصل الأهلية فيهما ونقصها كان حكم تصرف الواحد منهما على ما يأتي :

ان كان تصرفه نافعا له نفعا محضاً كقبوله الهبة له أو الوصية صح ونفذ بدون توقف على إجازة وليه . وان كان تصرفه ضاراً به ضرراً محضاً كتبرعه بشيء من ماله ، أو إقراضه ، أو إعارته ، بطل ، ولا تصححه إجازة الولي ، لأن الإجازة انما تلحق الصحيح الموقوف ولا تلحق الباطل . وإن كان تصرفه محتملاً للنفع والضرر كيبيع وشرائه وتأجيريه واستئجاره وسائر معاوضاته صح وكان موقوفاً نفاذه على إجازة وليه ، فان أجازه إجازة معتبرة شرعاً بأن كان التصرف الذي أجازه ليس فيه غبن فاحش نفذ ، وإن لم يجره أو أجازه مع أن فيه غبناً فاحشاً لم ينفذ ، فلوجود أصل الأهلية صححتنا التصرف الدائر بين النفع والضرر ، ولنقصها جعلناه موقوفاً نفاذه على إجازة الولي ليجبر برأيه وتقديره ما نقص من أهلية الصغير المميز أو المعتوه ^(١) .

السفيه وذو الغفلة — السفيه هو من يبذر ماله ويضيعه فيما لا مصلحة له فيه ، ولا يرتضيه عقل ولادين . وذو الغفلة هو السليم القلب الذي يغبن في المبيعات ولا يهتدى الى الراجح من التصرفات .

(١) وبعض الصبيان المميزين يأذنهم الولي عليهم بالتجارة لما يأنس فهم من خبرة ، وهذا الإذن تنفذ تصرفاتهم التجارية من بيع وشراء ودهن وصلاح وتأجيل دين وكل ما تستلزمه التجارة ، ولكن ليس له أى تبرع . فالإذن السابق كالأجازة اللاحقة ويسمى المأذون له بالتجارة .

هذان بالغان عاقلان ليسا فاقدي الأهلية ولا ناقصيهما، والحجر عليهما على مذهب
الصاحبين المقتى به ليس لقصور أهليتهما، وإنما هو لدفع الضرر عنهما ودفع الضرر عن
الناس بمعاملتهم، فإذا وجد من إنسان ما يدل على سفهه أو غفلته حجر عليه . ولكمال
أهليتهما وكون الحجر عليهما إنما هو لحفظ مالهما كان كل منهما مخاطبا بجميع العبادات،
وأهلا للتكاليف، وكان حكم تصرف الواحد منهما بعد الحجر عليه على ما يأتي :
إن كان تصرفه مما لا يقبل الفسخ ولا يبطله الهزل كان صحيحا نافذا، ولذا كان
زواج كل منهما وطلاقه صحيحا نافذا لصدوره من كامل الأهلية .

وإن كان تصرفه مما عدا ذلك من العقود والتصرفات فحكمه حكم تصرف
الصبي المميز والمعتوه المميز . فإن كان نافعا له نفعا محضاً صح ونفذ . وإن كان ضاراً به
ضرراً محضاً بطل ولا تلحقه اجازة^(١) . وإن كان محتملاً النفع والضرر صح وكان
موقوفاً على اجازة القيم عليه ، فإن أجازته ولم يكن فيه غبن فاحش نفذ، وإن
لم يحزه أو أجازته وفيه غبن فاحش لا ينفذ .

مبدأ ثبوت الحجر - ومع إنفاق الصاحبين على الحجر على السفه وذى الغفلة اختلفا
في أن الحجر هل يثبت بمجرد ظهور دلائل السفه والغفلة ويؤول بزوالها، أو لا يثبت
إلا بصدور قرار بالحجر من الجهة المختصة، ولا يزول إلا بصدور قرار منها برفعه .
قال محمد أن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً، فإذا وجدت دلائل السفه
أو الغفلة يثبت الحجر من حين ظهورها، سواء صدر قرار الحجر معها أو بعدها، وإذا
زالت هذه الدلائل ارتفع الحجر سواء صدر قرار برفعه معها أو بعدها .

وقال أبو يوسف أن مجزّد وجود وقائع السفه أو الغفلة لا يثبت بها الحجر حتى
يصدر قرار بالحجر بناء عليها فيكون محجوراً عليه من حين القرار . وكذلك مجزّد ظهور

(١) وعلى هذا تكون تبرعات المحجور عليه للسفه باطلة، لكن استثنى من ذلك وقفه على نفسه في حياته
ثم من بعده على أى جهة عنها لأن في وقفه على نفسه حفظ العين وضمان ريعها له، واستثنى أيضاً وصيته
بثلث في سبيل الخير، لأن الوصية لا تخرج العين عن ملكه حال حياته . وهو بعد موته في حاجة إلى الثواب
لا إلى المال .

دلائل الرشد لا يرتفع بها الحجر حتى يصدر قرار برفع الحجر فيكون غير محجور عليه من حين القرار، وذلك لأن وقائع السفه أو الغفلة قد تشبه وقد تقدر وقائع سفه مع أنها ليست كذلك. وكذا الحال في وقائع الرشد، وإنما الذي يقدر هذه الوقائع ويحكم بأنها أمارات سفه أو أمارات رشد هو القضاء فيناط الحجر أو رفعه بقراره. ولأن الحجر بالسفه والغفلة مختلف فيه وإنما يرجحه قضاء الحاكم به. ولأنه إذا اعتبر محجورا عليه قبل صدور قرار بالحجر عليه كان في هذا تغيير بالناس الذين يعاملونه بناء على أنه لم يقرر حجر عليه. والعمل جار بمذهب أبي يوسف لأنه أضيظ ووجهته أوضح.

وعلى هذا الخلاف فكل تصرفات السفه وذى الغفلة بعد ظهور أمارات سفهه وغفلته وقبل صدور قرار الحجر عليه تكون على قول أبي يوسف كتصرفات المطلق غير المحجور عليه. وعلى قول محمد حكمها حكم تصرف المحجور عليه.

وتصرفات المحجور عليه للسفه أو الغفلة بعد ظهور أمارات رشده وقبل صدور قرار برفع الحجر عنه هي كتصرفات الرشيد على قول محمد وتصرفات السفه أو ذى الغفلة على قول أبي يوسف.

المدين — إذا طلب الدائنون الحجر على مدينهم فعلى مذهب الصاحبين المفتى به يجابون إلى طلبهم ويحجر على المدين أن يتصرف تصرفا يضر بحقوق الدائنين بحيث لو باشر تصرفا فيه لإضرار بحقوقهم كان غير نافذ وتوقف على إجازتهم، ولهذا لو وقف المحجور عليه للمدين فوقفه موقوف نفاذه على إجازة الغرماء، فإن أجازوه نفذ ولزم، وإن لم يجزوه بطل. ولو وهب أو أوصى فكذلك، وإذا امتنع المدين من أداء ما عليه من الديون، فعلى قول الصاحبين للقاضي أن يبيع من أمواله ما يفي بالمدين المطلوب منه مراعى البدء ببيع ما يخشى عليه التلف منها، ثم يبيع سائر المنقولات، ثم يبيع سائر العقار. ويترك له ما يلزم له ولن تجب عليه نفقتهم بقدر الكفاية من طعام وكسوة وسكنى.

رفع الحجر — يرفع الحجر عن المحجور عليه متى زال السبب الذي بنى عليه الحجر، فيرفع الحجر عن السفية إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، ويرفع الحجر عن ذى الغفلة إذا ظهرت خبرته واهتدى الى حسن التصرف، وعن المجنون إذا شفى وعاد اليه عقله، وعن المعتوه إذا كملت قواه العقلية وزال اختلاطه. وأما الصغير فما دام دون سبع سنين فهو غير مميز والحجر عليه كئى يشمل كل تصرف، فإذا بلغ سبع سنين فأكثر فهو مميز والحجر عليه إنما هو فى التصرفات الضارة، والدائرة بين النفع والضرر، فإذا بلغ الحلم عاقلا رشيدا فلا حجر عليه وله حرية التصرف ولا ولاية لأحد عليه فى نفس ولا مال.

وبلوغ الحلم للبنت والفلان يكون بظهور علامة من علامات البلوغ كالاختلام والأحبال، والحيض، فإن لم يظهر على أحدهما شئ من علامات البلوغ، فإنه يحكم ببلوغ كل منهما الحلم متى وصلت سنة خمس عشرة سنة على القول المفتى به.

وأما بلوغ الرشد فانه على ما عليه العمل الآن فى المجالس الحسبية يكون ببلوغ القاصر أو القاصرة إحدى وعشرين سنة ميلادية. وقد جاء فى المادة ٢٩ من قانون المجالس الحسبية ما نصه: "تنتهى الوصاية أو الولاية على المال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرّر المجلس استمرارها. ومع ذلك فتبقى بلغ القاصر ١٨ سنة، ولم يمنع من التصرف، جازله تسلم أمواله ليديرها بنفسه. ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته والتصرف فيه، والتأجير لمدة لا تتجاوز سنة، وزراعة أطيانه، وإجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة، وبعد القاصر رشيدا بالنسبة إلى هذه التصرفات، ويبقى قاصرا فيما عداها ويستمر الوصى فى أداء وظيفته بالنسبة اليه".

والرشد شرعا هو كون الشخص مصلحا فى ماله لا ينفقه فى غير مصلحة ولا يعمل فيه بالتبذير والإسراف، وليس له فى الشرع سنّ محدّدة غير سنّ بلوغ الحلم، فإذا بلغ الشخص خمس عشرة سنة رشيدا أصبح ذا أهلية تامة للتصرفات الشرعية جميعها

فتكون له الولاية التامة في ماله ، ويصح أن يكون ناظرا على الأوقاف ، وأن يكون وليا على غيره في النفس أو المال ، وتحديد القانون الحسبي سنا للرشد بعد سن البلوغ إنما هو للاحتياط ولأجل التحقق من إيناس الرشد .

تنبيهه — إذا بلغ الصبي الحلم غير رشيد بأن قارن سفهه بلوغه منع عنه ماله بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، لأن الله سبحانه شرط لدفع أموال اليتامى إليهم شرطين : بلوغ الحلم ، وإيناس الرشد في قوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . فحق بلوغ الصبي الحلم سفيها لا يدفع إليه ماله حتى يرشد مهما امتد زمن سفهه ولو بلغ من السن أى مبلغ وهذا قول الصاحبين . وأما الإمام فقال : إذا بلغ سفيها لا يدفع إليه ماله حتى يرشد أو يبلغ نحسا وعشرين سنة ، فإذا بلغها دفع إليه ماله على أى حال كان لأنها مظنة رشده وكافية لتجربته ولا فائدة في الانتظار بعدها .

فعلى مذهب الصاحبين لا فرق بين من بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه ، وبين من بلغ سفيها ، كل منهما يمنع عنه ماله ويحجر عليه أن يتصرف فيه إلى أن يرشد . وأما على مذهب الإمام فالذى بلغ غير سفيه ثم طرأ عليه السفه لا يمنع عنه ماله ولا يحجر عليه أن يتصرف فيه . والذى بلغ سفيها يمنع عنه ماله حتى يرشد أو يبلغ نحسا وعشرين سنة فهو يفرق بين السفه المقارن والسفه الطارئ .

الولاية على المال

الصغير والمجنون والمعتوه تثبت الولاية شرعا على أموالهم لستة أشخاص بهذا الترتيب الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم القاضي ثم وصيه .

والسفيه وذو الغفلة تثبت الولاية على أموالهما للقاضي، ثم للقيم الذي يعينه .
فالصغير ومن في حكمه من الكبار غير المكلفين بلجنون أو عته لا ولاية للقاضي ولا وصيه على أموالهم اذا كان لأحدهم ولي شرعى أب أو وصيه أو جد أو وصيه، والسفيه وذو الغفلة الولاية على أموالهما للقاضي أو القيم الذي يعينه، ولو كان لأحدهما أب أو جد .

والشرط العام في ولي المال أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية، وأن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه إلا اذا كان الولي القاضي فلا يشترط فيه اتحاد الدين لأن اتحاد الدين إنما يشترط في الولاية الخاصة . أما الولاية العامة وهي ولاية القاضي فلا يشترط فيها اتحاد الدين .

والولاية الستة على أموال الصغار ومن في حكمهم لكل منهم حدود خاصة لولايته . وهذا البيان :

(١) ولاية الأب — اذا كان أبو الصغار ومن في حكمهم من الكبار غير المكلفين معروفا بالعدالة، أو مستورا الحال لا يعرف عنه ما ينفي عدالته، فله الولاية المطلقة على أموالهم لا فرق بين ذكورهم وأنثاهم ولا فرق بين أن يكونوا في حضنة حاضتهم أو في يده . وعليه أن يحفظ مالهم ويستثمره . وله أن يتصرف فيه بكل ما فيه حفظه واستثماره، فله التجارة فيه . ودفعه لمن يعمل فيه على سبيل المضاربة . وله أن يؤجر منقولاته وعقاراته وأطيانه . وله أن يبيع مال الصغير عقارا أو منقولا ويشتري للصغير بماله عقارا أو منقولا بشرط أن لا يكون في البيع أو الشراء غبن

فاحش، فإن باع مال الصغير بغبن فاحش بطل البيع، ولو أجازاه الصغير بعد بلوغه لا تلحقه الأجازة لأن الأجازة لا تلحق الباطل. وإذا اشترى للصغير بغبن فاحش نفذ الشراء. ولكن عليه هو لا على الصغير لأن الشراء متى وجد نفاذا نفذ، ولا ضرر على الصغير في نفاذه على الأب. وله أن يرهن مال الصغير بدين عليه أو على نفسه. وله أن يودعه ويعيه لمن يحفظه. وله أن يبيع مال نفسه لولده. ويشتري مال ولده لنفسه، ويهرن ماله لولده ويرتهن مال ولده لنفسه. ويتولى هو طرفي العقد. وليس له أن يتبرع بمال الصغير، فلا يجوز له أن يهب شيئا منه بغير عوض. ولا أن يقرضه. ولا يقترضه ولا يقفه ولا يوصى به.

وكل التصرفات النافعة، والدائرة بين النفع والضرر التي يقتضيها حفظ المال واستثماره يجوز له مباشرتها في مال ولده، وأما التصرفات الضارة فليس له مباشرتها.

أما إذا كان الأب معروفا بسوء الرأي وفساد التدبير فله الولاية أيضا على أموال ولده الصغير ومن حكمه من الكبار غير المكلفين ولكنه ليس مطلق التصرف كالأب العدل أو مستور الحال، بل لا يجوز تصرفه إلا إذا كان ظاهر النفع فله التصرف النافع نفعاً محضاً، وله التصرف الدائر بين النفع والضرر بشرط التحقق من نفعه بأن يبيع عقار الصغير بضعف قيمته ويشتري له العقار بنصف قيمته، ويبيع المنقول بزيادة نصف قيمته ويشتريه بنقص ثلث قيمته، بأن يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر، ويشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة. وهذا الاحتياط نتيجة في الحقيقة قصر تصرف الأب المعروف بفساد التدبير على النافع نفعاً محضاً، لأنه في الغالب لا يتيسر له تحقيق هذا الشرط في بيع العقار أو المنقول.

أما إذا كان الأب مبذرا متلفا مال ولده غير أمين على حفظه فانه تسلب ولايته ويتزع مال ولده الصغير ومن في حكمه من يده ويعين بدله وصى كما إذا لم يكن له أب.

وعلى هذا العمل الآن بالمجالس الحسبية، فالولى الشرعى له سلطة التصرف فى أموال الصغير ومن فى حكمه حسبما هو سائغ له شرعا، إلا إذا كان سبب التصرف بحيث يلحق الضرر بمال الصغير، فتحد سلطته، ويلزم بالاستئذان فى إجراء التصرفات المحتملة للنفع والضرر المنصوص عليها فى المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية، فإن بلغ سوء تصرفه إلى درجة الخطر على أموال ولده تسلب ولايته ويمين وصى بدله. فلا سلطان للجلس الحسبى على الولى الشرعى إلا إذا أساء التصرف بمقتضى ولايته، فإن أساء التصرف كان للجلس الحسبى عليه سلطان الحد من سلطته، أو سلب ولايته.

وهذا نص المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية التى تقر ذلك :

” لا يجوز الحكم بسلب ما للأولياء الشرعيين من السلطة على أموال الأشخاص المشمولين بولايتهم إلا بناء على طلب النيابة العمومية، وبشرط أن يكون سوء تصرفهم فى أموال المذكورين ملحقا بالضرر برأس مالهم نفسه، فإذا رأى المجلس أن عدم الثقة بالولى لا يبلغ درجة تبرر سلب جميع سلطته على تلك الأموال، فله أن يحظر عليه إجراء كل التصرفات المبينة فى المادة الحادية والعشرين أو بعضها بدون إذن خاص “.

(٢) ولاية وصى الأب — وهو المسمى الوصى المختار. وهو من يختاره الأب ويوصى إليه بأن يكون خلفا عنه بعد موته على أولاده يدير شؤونهم، وهو بهذا الإيصاء تكون له على قعر الموصى ولاية مالية فقط وليست له ولاية على أنفسهم، ويكون فى ولايته المالية مقدما على جدتهم لأبيهم بحيث لو وجد أبو الأب ووصى الأب كانت الولاية على نفس القصر لجدتهم وعلى مالهم لوصى أبيهم.

إقامته — الإيصاء عقد يتم بإيجاب من الموصى، وقبول من الوصى، والإيجاب يكون بأى لفظ يدل عليه. مثل: أوصيت إليك بأولادى، أو فلان وصى مالى... والقبول يكون بما يدل على الرضا من قول كأن يقول الوصى قبلت،

أو رضيت ، أو تعهدت ، أو فعل كأن يباشر شأنًا من شئون تركة الموصى بعد موته ، أو يشتري للورثة شيئًا من حاجاتهم ، أو يقضى بمض ديون الموصى ، أو يقضى بعضها .

فتى صدر الإيجاب من الموصى وهو أهل له باستكمال أهليته تم الإيجاب من جانبه سواء صدر منه في حلق صحته أو مرضه ، ومتى قبل الوصى لزمته الوصاية ، فإن قبلها في حياة الموصى وعلم بقبوله ، واستمر على هذا القبول حتى مات الموصى كانت الوصاية لازمة له لتامها من جانبه ، وليس له أن يخرج نفسه إلا إذا جعل له الموصى الحق في أن يخرج نفسه متى شاء ، وإن ردها في حياة الموصى وعلم برده لم تلزمه وبطل الإيجاب حتى لو قبل بعد ذلك لا تتم ، لعدم مصادفة القبول لإيجاب ، وإن سكت في حياة الموصى ولم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى كان له بعد موته القبول أو الرد . وإذا لزم الوصى الوصاية بقبوله إياها بعلم الموصى فليس له أن يعزل نفسه عنها في حياته إلا بعلمه ، وليس له أن يعزل نفسه عنها بعد موته إلا إذا كان له الحق بمقتضى الإيصاء أن يخرج نفسه متى شاء ، والحكمة في هذا عدم التفرير بالموصى . ومتى تم عقد الإيصاء كان للموصى بعد موت الموصى الولاية على أمواله .

تثبيت الوصى المختار — على ما عليه العمل الآن بالمجالس الحسبية ليس بمجرد اختيار الموصى للموصى المختار يجعل له حق التصرف في تركته بعد موته ، بل لابد من عرض أمر هذه الوصاية على المجلس الحسبي المختص ليقترر تثبيت الوصى في الوصاية بعد أن يتحقق من لياقته لها واستيفائه الشروط الواجب توافرها في الوصى ، وإذا تبين للمجلس أن الموصى اختار للوصاية من لا يليق لعدم استيفائه تلك الشروط يعتبر هذا الاختيار كأن لم يكن ويعين المجلس وصيا من قبله ، كما إذا مات الموصى ولم يعين وصيا . وإذا ثبته ثم طرأ عليه ما يخل بلياقته . عزله وعين غيره . وإن رآه عاجزا عن القيام وحده بشئون التركة ضم إليه غيره .

ولذا جاء في المادة ٣ من قانون المجالس الحسبية الميمنة اختصاص المجالس .
« وثبتت الأوصياء المختارين اللاتقين للوصاية . وتعين المشرفين . وعزل جميع
المتولين المذكورين . واستبدال غيرهم بهم » .

شروط الوصى — يشترط في الوصى شرعا أن يكون كامل الأهلية بالعقل
والبلوغ والحزنية . متحدا في الدين مع المولى عليه . أمينا . حسن التصرف . قادرا
على إدارة شئون التركة .

وزاد قانون المجالس الحسبية ألا يكون محكوما عليه في جريمة سرقة أو خيانة
أمانة أو نصب أو تزوير، أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو غير ذلك من
الجرائم الماسة بالشرف أو النزاهة ، وألا يكون محكوما بأفلاسه الى أن يحكم برّد
شرفه اليه . وألا يكون قد قور الأب حرمانه من التعيين من قبل وفاته بأشهاد شرعى .
أو بكاتبه صادرة بخطه .

وهذه الشروط التي زيدت في قانون المجالس الحسبية هي تفصيل لشرط
الأمانة المشترط شرعا ، وهي تشترط في الوصى المختار ، وفي الوصى الذي يعينه المجلس
ما عدا الشرطة الأخير فانه خاص بالوصى الذي يعينه المجلس .

تخصيص الوصى المختار — اذا خصص الأب الوصى الذي اختاره
بنوع خاص من التصرفات كأن اختاره ليكون وصيا في زراعة أطيانه أو اجارة
عقاراته أو تحصيل ديونه . قال أبو حنيفة : لا يقبل الوصى المختار التخصيص بل
يكون وصيا عاما ، ولو اختار عدة أوصياء وخصص كل واحد منهم بنوع كان كل
منهم وصيا عاما . وقال أبو يوسف : الوصى المختار يتخصص بما خصص به ،
ولا تكون له ولاية على غيره .

وجه قول الامام أن الولاية لا تنجزاً فمن ولى تصرفا ملك الولاية كاملة في كل
أنواع التصرفات . وأن الموصى رضى برأى هذا المختار في بعض التصرفات فيكون

أولى ممن لم يرض برأيه في تصرف ما، فتكون ولايته عامة - ووجه قول أبي يوسف أن تخصيص الموصى للموصى ببعض التصرفات دليل على أنه لا يثق برأيه فيما عداها، ورب امرئ يحسن تصرفا ولا يحسن آخر، بفعله وصيا عاما إهدار لمعنى التخصيص، وبعد عن غرض الموصى وهو أحرص الناس على شئون تركته . والفتوى على قول أبي حنيفة . والظاهر قول أبي يوسف :

تعدد الوصى المختار - إذا أوصى الأب الى أكثر من واحد، فإن نص في إيصائه على أن لكل منهم أن ينفرد بالتصرفات، أو نص على وجوب الاشتراك اتبع ما نص عليه، وإذا أطلق ولم ينص على اشتراك أو انفرد . فأبو يوسف يرى أن لكل منهما أن ينفرد بالتصرفات لأن اختيار كل واحد منهما مع الإطلاق له أكسبه ولاية كاملة . والطرفان يريان أنه يجب عليهما الاشتراك في التصرفات، وإلا ضاع غرض الموصى من تعيين اثنين فأكثر، فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف، إلا في المسائل التي لا تقتضى الاشتراك، وهذه المسائل ترجع الى قسمين :

(الأول) التصرفات التي يخشى من تأخيرها الضرر كبيع ما يخشى عليه التلف، وشراء حاجات القصر الضرورية، وتجهيز المتوفى وتكفينه .

(الثاني) التصرفات التي لا يحتاج فيها الى الرأى كرد الودائع المعروفة الى أصحابها . وقضاء الديون النابتة المطلوبة . وتنفيذ الوصية المعينة الصحيحة لمعين .

تصرفات الوصى المختار - إذا كانت التركة مشغولة بدين أو وصية فعليه أن يسد الدين، وينفذ الوصية . وإذا كان الوفاء بالدين يقتضى بيع التركة كلها من منقول وعقار فله بيعها . لأنه لا تركة إلا بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية الجائرة .

وإذا كانت التركة غير مشغولة بدين أو وصية والورثة كلهم كبار حاضرون، فليس للموصى المختار ولاية عليهم لأنهم غير محجور عليهم وكل ما يملكه بمقتضى الوصاية أن يقتضى ديون الموصى . ويقبض حقوقه ويدفعها الى ورثته .

وان كانوا كلهم كبارا غير حاضرين فله مع ذلك أن يبيع المنقولات فقط اذا رأى أن أثمانها أبقي منها لأن هذا من باب الحفظ .

واذا كان الورثة كلهم صغارا فله الولاية المالية عليهم ، وله بمقتضى هذه الولاية أن يتصرف في أموالهم بما فيه حفظها واستثمارها من إجارة ومضاربة ومزارعة . وليس له أن يتبرع بشيء منها لاهبة ولا وصية ولا صدقة ولا وقفا . وكل ما يملكه الأب من التصرف المالى يملكه وصيه لأنه قائم مقامه ، إلا أن الأب له أن يبيع مال الصغير عقارا كان أو منقولا بثمن المثل أو بغيره يسير ولو لم يوجد أحد المسوغات الشرعية لبيع العقار . وأما وصيه فليس له أن يبيع العقار إلا بمسوغ شرعى . والمسوغات ترجع الى قسمين :

(الأول) أن يتعلق بالتركة حقوق لا يمكن إيفائها إلا ببيع العقار كأن يكون على المتوفى دين أو فى التركة وصية ولا يفنى بذلك بيع المنقولات .
(الثانى) أن يكون بيع العقار خيرا للصغير من بقائه . كأن يوجد راغب فيه يشتره بضعف قيمته أو أكثر ، أو تكون ضررته وما يصرف عليه للصيانة ، أو الزراعة تزيد على غلاته ، أو يكون العقار مبنيا و بناؤه آيل الى السقوط ولا تقود عند الوصى لترميمه وتلافى سقوطه ، أو يحتاج القاصر الى النفقة وليس فى التركة نقود ولا عروض ولا سبيل الى تدبير نفقته إلا بيع عقاره ، أو يخشى على العقار من تسلط يغصبه ظلما ولا يمكن دفعه عنه ولا استرداده منه بعد غصبه . وفى هذه الحالات وأمثالها يكون خير القاصر ومنفعته فى بيع عقاره .

فالوصى المختار من الأب له أن يتصرف فى أموال القصر التصرفات النافعة نفعا محضا ، كقبض ما يوهب لهم أو يوصى اليهم به ، وقبض ديونهم ، وتحصيل غلاتهم . وله أن يتصرف التصرفات الدائرة بين نفع القصر وضررهم . فله أن يتجر لهم بأموالهم . وله أن يبيع منقولاتهم بمثل القيمة أو بغيره يسير . وله أن يشتري لهم عقارا أو منقولا بمثل القيمة أو بغيره يسير . وله أن يؤجر ما لهم . وله أن يبيع

مال نفسه لليتيم، ويشتري مال اليتيم لنفسه، ويتولى هو طرفي العقد. ولا احتياط ودفع التهمة اشترط في هاتين الحالتين أن يكون في البيع والشراء نفع ظاهر للقاصر بأن يبيع للقاصر العقار بنصف قيمته، ويشتري منه العقار بضعف قيمته. وفي غير العقار بأن يبيع له ما يساوي خمسة عشر بعشرة، ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر. وليس له أن يصرف في أموالهم تصرفاً ضاراً فلا يتبرع بشيء من مال الصغير بأي نوع من التبرع، ولا يتنازل عن حق ثابت لهم، ولا يقتر بحق غير ثابت عليهم، وغير ذلك مما فيه إضرار ظاهر بالقصر.

ومن هذا يتبين أن تصرفات الوصي المختار تخالف تصرفات الأب في مسألتين: (الأولى) أن الأب له بيع منقولات أولاده القصر وعقاراتهم بثلث المثل أو بغبن يسير. وأما وصيه المختار فله بيع منقولاتهم فقط بثلث المثل أو بغبن يسير. وأما عقاراتهم فليس له بيعها إلا بمسوغ شرعي من المسوغات التي بينها. (الثانية) أن الأب إذا تولى طرفي العقد بينه وبين ولده بأن باع مال نفسه لولده، أو اشتري مال ولده لنفسه، فلا يشترط تحقق النفع الظاهر في المبادلة بالمعنى الذي بينها، بل يكفي أن لا يكون في المبايعة غبن فاحش. وأما الوصي فإذا تولى طرفي العقد بينه وبين القاصر فلا بد من تحقق النفع على ما بينها.

وعلة التفريق واضحة لأن شفقة الأب وحرصه على مصلحة أولاده لا حاجة معهما إلى ضمان آخر، ولا كذلك الوصي فإنه قد يؤثر مصلحة نفسه على مصلحة القاصر. ولذلك إذا كان يبيع مال القاصر لأجنبي أو شراؤه له من أجنبي لم تشترط الخيرية بالمعنى السابق، بل إن كان المبيع منقولاتاً صح بثلث المثل أو بغبن يسير. وإن كان عقاراً صح بوجود المسوغ.

(٢) ولاية الجحد - إذا آلت الولاية للجحد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا، ملك التصرفات التي يملكها الوصي المختار من الأب. إلا أن الجحد ليس له أن يبيع شيئاً من التركة لا من عقاراتها ولا منقولاتها لتسديد دين على المتوفى أو تنفيذ

وصية له : مع أن الوصى المختار له أن يبيع التركة كلها من عقار ومنقول إذا اقضى ذلك إيفاء ما على المتوفى من ديون أو تنفيذ وصاياه الجائزة . وإنما يملك الجّد بيع التركة لقضاء ديون القصر أنفسهم . وبناء على هذا إذا كان على المتوفى دين أو في تركته وصية والولاية للجدّ ، فالدائن أو الموصى له لا يطالب الجّد ببيع شيء من التركة لسداد الدين أو تنفيذ الوصية ، وإنما يرفع الأمر الى القاضي ليجرى هو ببيع ما يفي بالسداد أو التنفيذ .

وهذا تفريق لا يظهر له وجه . ولذا قال محمد : الجّد يملك عند عدم الأب أو وصيه كل ما يملكه الأب من التصرفات — وهذا القول هو الظاهر — ولكن المقتضى به هو الأول .

(٤) ولاية وصى الجّد — إذا اختار الجّد وصيا على أولاد ابنه من بعده ، كان هذا الوصى المختار من الجّد له الولاية المالية التي كانت للجدّ على مال أولاد ابنه وملك من التصرفات المالية ما يملكه الجّد لأنه مستمد ولايته منه . وأحكامه من حيث إقامته ، والشروط الواجب توافرها فيه ، وتبنيته من المجلس الحسبي المختص ، وعدم تخصصه بالتخصيص ، وما يجوز له عند التعمّد من الانفراد أو عدم الانفراد ، هي الأحكام التي قررناها للوصى المختار من الأب .

(٥) ولاية القاضي ووصيه — إذا كان فاقدا الأهلية وناقصوها من الصغار ومن في حكمهم من الكبار غير المكلفين لجنون أو عته ليس لهم ولى شرعى لا أب ولا وصيه ، ولا جد ولا وصيه ، تكون الولاية على أموالهم للقاضي ، وقد حل محل القاضي الآن المجلس الحسبي . فمن ليس له ولى شرعى على ماله من القصر ومن في حكمهم ، فالولاية الشرعية على أموالهم للمجلس الحسبي المختص ، وبما أن القاضي قديما والمجلس الحسبي حالا لا يستطيع أن يباشر شئون هذه الولاية بنفسه ، ولا أن يتصرف في أموال القصر بيده ، كان لا بد أن يعين عنه وصيا يدير شئون القصر

المالية نيابة عنه . وهذا هو الوصى المعين، وهو شرعا متى عين صارت له الولاية المالية وملك من التصرف المالى ما يملكه الوصى المختار من كل تصرف نافع نفعا محضاً، أو دائرين النفع والضرر على ما فصلناه، وليس له أن يتصرف أى تصرف مالى ضار بالقصر . إلا أن الوصى المعين يفترق شرعا عن الوصى المختار فى مسائل :

(١) الوصى المختار لا يقبل التخصيص على المفتى به، ولكن الوصى المعين يقبل التخصيص، فإذا عين وصى لإدارة شئون الأتبان الزراعية فقط تخصص بها ولم تكن له ولاية على غيرها . لأن ولاية القاضى تخصص فكذلك ما استمد منها .

(٢) الوصى المختار له أن يبيع مال نفسه للقاصر ويشتري مال القاصر لنفسه بشرط أن تتحقق الخيرية فى المعاوضة بالقدر الذى يبناءه، ولكن ليس للوصى المعين أن يعقد هذه المعاوضة لأنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له كإبنه وأبيه، لأنه نائب عن القاضى، والقاضى لا يملك ذلك لأنه فعله قضاء وهو لا يقضى لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادتهم له دفعا للهمة، فمثله من استمد الولاية منه .

(٣) الوصى المختار له ولاية التصرف بنفسه فى حياته، وله أن يوصى الى غيره من بعده ويكون هذا الوصى الثانى وصيا فى التركتين فى تركة الوصى نفسه وفى التركة التى هو وصى فيها . ولكن الوصى المعين لا يملك أن يعين وصيا من بعده على التركة التى هو معين فيها إلا إذا جعل له الحق فى هذا التعيين . لأنه يتخصص بالتركة وبنوع التصرف .

فما تقدم يؤخذ أن ولاية الأب المالية أشمل من ولاية وصيه المختار، وأن ولاية وصيه المختار أشمل من ولاية الجد، وإن ولاية الجد ووصيه حدودهما واحدة وولاية الوصى المعين أضيق الولايات حدودا . ومنشأ هذا كما قدمنا الاحتياط لمصلحة القصر، والتفريق بين ولاية الولي الشرعى ومن اختاره، وبين ولاية الأجنبي المعين من قبل القضاء .

و يؤخذ أيضا أن تصرفات الولاية المالين الستة مقيدة بالمصلحة . ولذا حظر عليهم كل تصرف ضار بمصلحة الصغير ومن حكمه . وأبيح لهم التصرف النافع والدائرين النفع والضرر مع وجوه الاحتياط التي فصلناها في ولاية كل منهم . والأصل في هذا قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا . إِنْ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ .

ما عليه العمل الآن — كل ما قدمناه من الأحكام في حدود الولاية على المال هو ما تقرّر في مذهب أبي حنيفة تحديدا لسلطان الولاية المالين وبياناً للفرق بينهم .

وقانون المجالس الحسينية الجاري به العمل الآن وهو الصادر في أكتوبر سنة ١٩٢٥ قد وضع حدود الولاية المالية على أمس هذه الأحكام ، وزاد بعض ما اقتضته رعاية مصلحة القصر من الأحكام . ونحن نبين بالإجمال ما سنده قانون المجالس الحسينية المذكور . ومنه يتضح أن الخلاف إنما هو في وسائل الاحتياط .

إذا كان للقصر ولى شرعى أب أو جد صحيح ، فلا تكون للمجالس الحسينية ولاية على أموال هؤلاء القصر ، وإنما الولاية لوليهم الشرعى أيهم أو جدّهم . وليس للمجالس الحسينية سلطان على هذا الولي الشرعى ، فله أن يتصرف في أموال القصر بكل ما يسوغ له شرعا أن يتصرف فيه بدون استئذان المجلس أو رجوع إليه . وليس له أن يتصرف ما حظر عليه شرعا . ولكن إذا أساء الولي الشرعى التصرف في أموال القصر بحيث تكون تصرفاته مضرة بهذه الأموال ، كان على المجلس أن يتدخل في ولايته ، فإن رأى تصرفات الولي تجعله غير أمين وغير موثوق به قرر سلب ولايته على أموالهم ، وصار القصر كأنهم لا ولى لهم وعين المجلس الحسيني من يختاره وصيا عليهم . وإذا رأى أن تصرفاته لا تبلغ من السوء درجة تجعله غير أمين وأن لا مبرر لسلب

ولايته، فله أن يتخذ الاحتياطات لتصرفه بحيث يحظر عليه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (وهي الواردة بالمادة ٢١) كلها أو بعضها إلا باذن المجلس (المادة ٢٨ من قانون المجالس الحسبية) .

وإذا لم يكن للقصر ولى شرعى كانت الولاية على أموالهم للمجلس الحسبي المختص غير أنه إذا كان الولي الشرعى قد اختار قبل وفاته وصيا على القصر المشمولين بولايته كان على المجلس أن ينظر في هذا الوصى المختار، فان تبين أنه لائق للوصاية بتوافر شروط الوصى فيه ثبتت فيها وكانت له الولاية . وإن رآه غير لائق لها لعدم استيفائه الشروط عين وصيا من قبله وكان هذا الاختيار لم يكن . وإذا لم يكن للولى الشرعى وصى مختار من قبله، أو كان له وصى مختار ولم يثبت المجلس . عين المجلس الحسبي من يشاء من استكمل الشروط الواجب توفرها شرعا وقانونا فى الوصى .

والوصى المختار بعد تربيته، والوصى المعين بعد تعيينه، سيان فى الخضوع لرقابة المجلس الحسبي، ووجوب تقديمهما الحساب له . وما يجوز لهما من التصرف فى أموال القصر، وما لا يجوز .

فالتصرفات الضارة ضررا محضا كالهبة : والإقراض، والإعارة، والإقرار على الصغير بدين غير ثابت . والتنازل عن حق ثابت . وكل ما فيه إخراج شئ من ملك القاصر بغير عوض، أو تعريض ماله أو حقه للضياع . ليس للوصى مطلقا مختارا كان أو مميئا . ولا للقيم على المحجور عليه . ولا للوكيل عن الغائب أن يباشر شيئا منها، وإذا باشر شيئا منها كان تصرفه باطلا بطلانا جوهريا لا تلحقه اجازة المجلس لو أجازته، ولا اجازة القاصر بعد بلوغه (مادة ٢٢ من قانون المجالس الحسبية) . وهذا يطابق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

والتصرفات النافعة نفعا محضا مثل قبول الهبات والوصايا له . وما يقتضيه استئثار الأعيان وصيانتها وحفظها مثل التأجير للذة القصيرة التى تقل عن ثلاث سنوات، وتحصيل الإيراد، ودفع الضرائب والديون الثابتة، وبيع المنقولات التى يكون حفظ

ثمها خيرا من بقائها، وتسجيل العقود، وترميم البناء . يجوز للوصى مطلقا سواء كان مختارا أو معينا أن يباشرها من غير توقف على إذن المجلس .

وهذا أيضا يطابق الحكم الشرعى تمام المطابقة .

والصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، لا يجوز للوصى على القصر مختارا كان أو معينا ، ولا للقيم على المحجور عليه ، ولا للوكيل عن الغائب ، أن يباشر شيئا منها إلا بإذن المجلس بحيث اذا باشر شيئا منها بدون اذنه كان تصرفه باطلا ولكنه بطلان نسبي ، فلو أجازه المجلس نفذ لأن الاجازة اللاحقة كالإذن السابق . وهذه التصرفات عدّها القانون في المادة ٢١ وهذا العدّ ليس حصرا وإنما هو بيان لما يكثر وقوعه . وهذا هو مادون بالمادة ٢١ المذكورة :

(١) شراء العقارات ، أو بيعها أو استبدالها ، أو ترتيب حقوق عينية عليها .

(٢) التصرف بالبيع أو الرهن في الأوراق المالية .

(٣) تقليل التأمينات المقررة لمنفعة القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .

(٤) الاعتراف بدين سابق على الوفاة ، أو الحجز ، أو الغيبة .

(٥) الصلح أو التحكيم .

(٦) اجراء القسمة بالتراضى .

(٧) طلب القسمة القضائية عند عدم الاتفاق .

(٨) قبول الهبة اذا كانت مقترنة بشرط .

(٩) التأجير لمدة أكثر من ثلاث سنوات .

(١٠) الاقتراض .

(١١) شراء شيء لأنفسهم من ملك القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب ،

أو بيع شيء من ملكهم لواحد منهم .

(١٢) استئجار ملك القاصر ، أو المحجور عليه ، أو الغائب .

(١٣) قبول التنازل لهم عن حق ، أو دين على القاصر ، أو المحجور عليه ،

أو الغائب .

ووجوب حصول الوصى على اذن خاص لمباشرة هذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر يفاير ما قدمناه من الحكم الشرعى الذى يسوغ هذه التصرفات للوصى المختار . والوصى المعين بمقتضى الايصاء بدون توقف على اذن . ولكن اذا روى أن الوصى المعين من قبل المجلس الحسى يستمد ولايته من المجلس وأنه يتخصص بما خصصه به وتنقيده ولايته بالحدود الذى حداه له . وأن الوصى المختار لا يملك الولاية إلا بعد تثبيت المجلس له وهو بهذا التثبيت يتقيد بما قيده به . وأن الشارع أباح التصرفات الدائرة بين النفع والضرر مع إيجاب احتياطات خاصة فى التصرفات . وأن الغرض من توقف التصرف على اذن المجلس هو التحقق من رعاية هذا الاحتياط وتوفير مصلحة الصغير ومن فى حكمه ، يتبين أن توقف هذه التصرفات على الاذن لا يخرج عن حدود ما قرره الشريعة من اتخاذ الاحتياط لمصلحة القاصر ، وأن لا يقرب ماله إلا بالتى هى أحسن .

فعلى أساس هذا الاحتياط نص القانون على ما لا يجوز للوصى من التصرفات فى المادة ٢٢ ، وعلى ما يجوز له باذن خاص فى المادة ٢١ ، ومفهومه أن ما عدا المنصوص عليه فى المادتين المذكورتين يجوز له مباشرته بدون اذن خاص وهى التصرفات التى ترجع الى حفظ التركة واستثمارها وجلب النفع للقاصر نفعا محضا .

محاسبة الوصى — اذا بلغ القاصر رشيدا فله أن يحاسب الوصى عن ادارته فى مدة وصايته ، ومصرفات المحاسبة عليه لأنها فى مصلحته . واذا كان الوصى معروفا بالأمانة اكتفى منه بالحساب الاجمالى وصدق بيمينه فيما يدعيه من إيراد أو مصرف اذا كان الظاهر لا يكذبه ، فان كان الظاهر يكذبه فلا يصدق بيمينه ، بل لا بد من البينة إلا اذا بين سببا مقبولا لمخالفة الظاهر . مثلا اذا قدم الوصى فى الحساب أنه انفق على القاصر فى الشهر مائة جنيه فى نفقته وكان الظاهر يكذبه فلا يصدق بيمينه إلا اذا بين سببا مقبولا بأن قال أن ثيابه سرقت وجدد بدلها أو احتاج الى علاج استنفذ مبالغ كبيرة ، أو غير ذلك مما يحتمل أن يصرف فيه هذا

القدر . وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكتفى منه بالحساب الاجمالي ، بل لا بد من حساب تفصيل لأبواب الإيراد وأبواب الصرف ويصدق بيمينه فيما لا يكذبه فيه الظاهر من كل تصرف سائق له شرعا . وفيما عدا ذلك لا يصدق إلا بالبينه . هذا هو الحكم الشرعي في محاسبة الوصي وهو مبنى على أنه أمين والأمين يصدق . وكذلك للقاصر اذا بلغ رشيدا أن يحاسب وليه الشرعي أباه أو حده ، ويعامل كل منهما في المحاسبة على أساس أنه أمين يصدق فيما يدعيه من إيراد ومصرف ما لم يكذبه الظاهر .

أما الذى عليه العمل الآن بمقتضى المادة ٢٤ وما بعدها ، فإن كل وصي ملزم بأن يقدم حسابا تفصيليا في آخر كل سنة الى المجلس الحسبي التابع له ، وبأن يرفق بهذا الحساب جميع المستندات التى تؤيده . وملزم بأن يقدم الحسابات النهائية الى المستحق أو الذى يولى إدارة التركة بدله . بلا تفريق بين وصى مختار ومعين ، ولا بين معروف بالأمانة وغير معروف بها . واعتماد المجلس الحسبي للحساب المقدم من الوصى لا يمنع ذوى الشأن من الطعن فيه أمام المحاكم المختصة ، لأن نظر المجلس فى الحساب وتصديقه من باب الرقابة لا من باب القضاء به فهو لا يأخذ قوة الشيء المحكوم به^(١) .

أجرة الوصى — للوصى أجرة مثل عمله ان كان فقيرا محتاجا . وان كان غنيا فلا أجر له . قال تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْعِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ولكن لتغير الأيام صار المفتى به أن الوصى مطلقا غنيا أو فقيرا له الأجر اذا أبى أن يعمل إلا بأجر . والقاضى يقدره بما يراه .

والجارى عليه العمل الآن أن الوصى اذا طلب تقدير أجر على عمله يعين له المجلس الحسبي هذا الأجر بمراعاة قيمة الأموال التى يديرها . والعمل الذى استوجبه ادارتها . والفائدة التى عادت على القاصر منها . ويكون ذلك بقدر الامكان بتقدير

(١) بعض الدوائر القضائية رأت أن القاصر اذا بلغ رشده ليس له أن يحاسب الوصى على حساب اعتمده المجلس الحسبي بناء على أن المجلس نائب عن القاصر فهو يمثل في المصادقة على الحساب المقدم من الوصى .

مبالغ معين في المائة من صافي الإيراد السنوى المتحصل، على أن لا يزيد الأجر على كل حال عن ثمانية في المائة من صافي الربح، أو من جملة الإيراد بعد خصم الأموال ومصاريف الزراعة، ومصاريف صيانة العقار .

موت الأب أو وصيه مجهلاً — المراد بموت أحدهما مجهلاً أن يموت من غير أن يبين ما للقاصر من عقار ومنقول ونقود وديون وتصرفاته بمقتضى ولايته بياناً يجعل كل شيء للقاصر معروفاً محفوظاً . والقاعدة الفقهية أن الأمين ملزم بالحفظ وضامن بالتعدي . وأن إهماله بتجهيله الأمانة نوع من التعدي يكون به ضامناً . وعلى هذا وضعت القاعدة — الأمين يضمن بموته مجهلاً — ولكن الأب ووصيه مع كون كل منهما أميناً في مال القاصر الذى تحت يده مستثنيان من هذه القاعدة . فإذا مات أحدهما مجهلاً مال القاصر، فما وجد من هذا المال أخذ، وما لم يوجد لا يكون مضموناً في تركته أحدهما، وذلك لأن كل واحد منهما له ولاية التصرف في مال القاصر، فيحتمل أنه اتجرف فيه فحسر . أو باع منه شيئاً فضايع الثمن . أو تصرف أى تصرف من التصرفات الجائزة له فكانت سبباً في ضياع شيء منه بخلاف سائر الأئمة، فإن عليهم الحفظ وليس لهم التصرف، فما لم يوجد من المال الذى تحت يدهم بعد موتهم يكون مضموناً عليهم .

والظاهر أن الجّد ووصيه في هذا مثل الأب ووصيه، لأن كلا منهما أمين له ولاية التصرف فعلة الاستثناء متحققة .

المفقود

تعريفه - المفقود شرعا هو غائب لا يدري مكانه ولا يعلم أى هو أم ميت .
إدارة شئونه - اذا ترك المفقود وكلا كان قد وكله عنه قبل فقده ، تستمر وكالة هذا الوكيل ، ويكون له الحق بمقتضاها في حفظ أمواله واستثمارها والنظر في شئونها من تحصيل غلات وقبض ديون ، وغير ذلك من كل تصرف يقتضيه الحفظ أو الاستثمار . ولا يعتبر الوكيل بفقد موكله معزولا من الوكالة بل يبقى نائباً عنه في إدارة شئونه . وليس لورثة المفقود التعرض له ، ولا لمندوب بيت المال عند عدم وجود ورثة له ، لأنه ما دام لم يحكم بموت المفقود فما له باق على ملكه ، ووكيله قائم فيه مقامه ، ولا حق فيه للورثة ولا لبيت المال ، ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقاراته إلا بإذن القاضي .

وإذا لم يترك المفقود وكلا عنه عين له وكيل يحفظ أمواله ويستثمرها بما فيه المصلحة .

جهة الاختصاص بشئونه - المجالس الحسبية هي المختصة الآن بتعيين الوكيل في مال المفقود ، ومراقبة الوكيل الذى أنابه عنه المفقود قبل فقده ، ولها الحق في محاسبته وفي عزله وتعيين غيره إن رأته غير صالح لإدارة المال ، ولها ضم غيره إليه إن رأته غير قادر عليها وحده . وشأنه في ذلك شأن الوصى على القاصر والقيم على المحجور عليه .

والمحاکم الشرعية هي المختصة بالحكم بموت المفقود ، وقسمة تركته بين ورثته ، وشئون زوجته .

وتصرفات الوكيل في أموال المفقود على ما عليه العمل الآن بالمجالس الحسبية حكمها حكم تصرفات الوصى في مال القاصر ، والقيم في مال المحجور عليه ، فلا يجوز له التبرع بشئ منه ولا تغييره كما نص على ذلك في المادة ٢٢ ، ويجب عليه استئذان

المجلس لإجراء أى تصرف من التصرفات الواردة فى المادة ٢١ ، وما عدا ذلك فهو سائح له بغير استئذان ، لأن المواد المذكورة جعلت حكمها ساريا على الأوصياء والقائمة . والوكلاء عن الغائبين . بغير تفريق بين وصى مختار ومعين وبين وكيل مختار وكيل معين .

أحكام المفقود — يعتبر المفقود حيا وترتب عليه أحكام الأحياء ما دام لم يثبت موته ولم يحكم به . لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يفرد . وعلى هذا لا يفترق بينه وبين زوجته ولا تحل لأحد غيره . ولا يقسم ماله بين ورثته ، ولا تفسخ إجارته . وتجب عليه فى ماله النفقة لزوجته ولكل من تجب عليه نفقتهم شرعا ، لأنه معتبر حيا فى غيبته . فلا ترتب عليه أحكام الموتى فتبقى زوجته على عصمته ، وماله على ملكه ، وإجارته قائمة ، ويبقى أهلا لوجوب النفقة عليه . ولكن بما أن حياته هذه اعتبارية وليست محققة فلا ترتب عليها الأحكام التى شرطها التحقق من الحياة ، وعلى هذا لا يرث فعلا من غيره . ولا يستحق فعلا الموصى له به ، لأن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية التحقق من حياة الوارث أو الموصى له بعد موت المورث أو الموصى . وبما أن المفقود ليست محققة حياته بل هو معتبر حيا فقط ، فلا يرث فعلا ولا يستحق الموصى به فعلا ، ولكن لاحتمال حياته يوقف له نصيبه فى الميراث الذى يستحقه لو كان محقق الحياة ، ويوقف له الموصى له به ، فاذا ظهر حيا أخذ النصيب الموقوف المحفوظ له لأنه تبين أنه استحققه ، وإذا لم يظهر حيا وحكم بموته ، يرد الموقوف من الميراث الى ورثة المورث ، وترد الوصية الى ورثة الموصى ، لأن المفقود لما لم تظهر حياته كان كأنه عند موت المورث أو الموصى غير موجود ، فلا حق له فى الإرث ، ولا الوصية . ويكون ما وقف له حقا لورثة المورث أو الموصى :

وهذا معنى قول الفقهاء يعتبر المفقود حيا فى الأحكام التى تضره وترتب على ثبوت موته كقسمة ماله بين ورثته وانقطاع زوجته . ويعتبر ميتا فى حق الأحكام

التي تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته . كإثباته من غيره واستحقاقه وصية غيره له .

متى يحكم بموته — أصل المذهب أن المفقود يحكم بموته بالبينّة . فإن لم توجد بينة فبموت أقرانه ، أو بمضى تسعين سنة من تاريخ ولادته .

والجاري عليه العمل الآن في المحاكم الشرعية وهو مأخوذ من مذهب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل أن المفقود إذا فقد في حالة يظن معها موته كمن خرج ليقضى حاجة قرية ويعود ففقد . أو خرج للقتال في الميدان ففقد ، فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه ، إذا مضت عليه أربع سنين كاملة من حين فقدته ولم يعد ، وبحث عنه فلم يوجد . وإذا فقد في حالة يظن معها بقاءه حيا كمن سافر للسياحة أو التجارة أو طلب العلم ففقد ، فهذا يحكم بموته بناء على طلب ذى الشأن فيه إذا مضت عليه من حين فقدته مدة لا يعيش مثل المفقود إلى غايتهما ، وتحزى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يوجد . وتقدير هذه المدة موكل إلى رأى القاضى يقدرها بمراعاة سنّ المفقود وحالته الصحية حين فقدته ، وقد تكون أربع سنين أو أقل أو أكثر .

والفرق بين الحالين أنه لما كان الفقد في الحالة الأولى على حال يغلب فيها الهلاك حددت أربع سنوات يكون مضيتها مرجحاً موته . ولما كان الفقد في الحالة الثانية على حال يظن معها بقاءه حيا ترك أمر تقدير المدة التي يحكم بموته إذا مضت إلى القاضى ليراعى سنّ المفقود وصحته وسائر أحواله . ولزم التحزى في الحالتين للاحتياط . وقبل صدور الحكم بموته يعتبر حيا على ما قدمنا مهما طالّت مدّة فقدته .

ومتى حكم بموته اعتدت زوجته عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بموته . وبعد انقضائها تحل للأزواج . وقسمت تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم بموته . وردّ الموقوف له من الارث أو الوصية إلى ورثة موثرته أو الموصى كما قدمنا .

ومن هذا يتبين أن الحكم بموت المفقود لا يستند الى تاريخ فقده بالنسبة لإرث غيره منه . ولهذا لا يرثه إلا ورثته الموجودون وقت الحكم بموته . أما من ماتوا قبل الحكم فلا يرثونه ولو ماتوا بعد فقده . ويستند الى تاريخ فقده بالنسبة لإرثه من غيره، ولهذا يرد النصيب الموقوف من الإرث أو الوصية الى ورثة المورث أو الموصى كأن المفقود لم يكن موجودا .

ظهور حياته — إذا حكم بموت المفقود على أى حال كان فقده ثم جاء ، أو ظهرت حياته بأى دليل . فأما زوجته فهي له ما لم يتزوج بها آخر ويستمتع بها غير عالم بحياة الأول . فان وجدها كذلك أى تزوجت بآخر وتمتع بها غير عالم بحياة الأول فهي لزوجها الثانى إلا أن يكون عقد عليها فى عدة وفاة الأول . وأما ماله فالموجود منه فى أيدى ورثته يأخذه منهم . وأما ما استهلكه منه فهو غير مضمون عليهم لأنهم أخذوه بحكم القاضى . وكذلك الحكم فيما كان موقوفا له من إرث أو وصية ورد الى ورثة المورث أو الموصى بعد الحكم بموته يأخذ الموجود منه بأيديهم وأما المستهلك فلا ضمان له .

مادة ٢١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ — ”يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى . وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا“ .

مادة ٢٢ من القانون نفسه — ”بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم“ .

مادة ٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ — ”إذا جاء المفقود أو لم يحى وتبين أنه حى فزوجته له ما لم يتمتع بها الثانى ، غير عالم بحياة الأول ، فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول“ .

المريض مرض الموت

قدّمنا أن مرض الموت هو المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج بيته ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل بيتها . ويغلب فيه الهلاك . ويتصل به الموت . وأن من كان صحيحا ولكن وجد في حال يغلب هلاكه فيها ، ثم مات حكمه وهو في حالته الخطيرة حكم المريض مرض الموت . ومن هذا يؤخذ أن المرض لو أعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ولكن حصل الشفاء منه لا يعتبر مرض موت . وكذلك لو أعجز صاحبه ولكن لم يكن بحيث يغلب فيه الهلاك أو لم يعجزه ولم يغلب فيه الهلاك تكون تصرفات المريض فيه تصرفات الصحيح . وقالوا إن المريض إذا طالت علته بأن مضت عليه سنة فأكثر من غير تغير وازدياد يعتبر مرضه مرضا لا يغلب فيه الهلاك ، وتكون تصرفات المريض بعد ظهور تطاول مرضه بمضى السنة عليه كتصرفات الصحيح . فلا يمكن الحكم على المريض بأنه مريض مرض موت إلا بعد موته ، وما دام حيا لا اعتراض لأحد على أى تصرف له لاحتمال أن يبرأ من مرضه فلا يكون مرض موت وتكون تصرفاته فيه كتصرفات الأصحاء .

تصرفاته — بما أن المريض مرض الموت يتعلق بماله حقوق دائنيه وورثته . وهو في مرضه عرضة للتهمة في تصرفه . فلا يكون حر التصرف في ماله بل تكون أحكام تصرفاته على هذا التفصيل المقصود منه المحافظة على حقوق الدائنين والورثة ونفى التهمة .

فأما تصرفاته الانشائية التي هي معاوضات محضة وليس فيها محاباة في العوض ولا أى تبرع ، مثل البيع والاجارة ببذل المثل ، فهذه نافذة ولا حق لدائن أو وارث في الاعتراض على تصرف منها بعد موت المريض ، لأن ما خرج عن ملك المريض دخل في ملكه بدله وحققهم إنما يتعلق بمالية ملكه لا بخصوص أعيانها ، فيبعه واجارته

وكل مبادلاته ما دامت بثن المثل فهي نافذة . ولكن اذا كان بيعه لأحد ورثته توقف نفاذ البيع بعد موته على اجازة سائر الورثة نفيا للثمة ولو كان البيع بثن المثل^(١) .
وأما تصرفاته الانشائية التي هي تبرعات كالهبة والوقف والضمان والمحابة في المعاولات ، فهذه تصرفات تضر بحقوق الدائنين . والورثة . لأنها تخرج شيئا من ملك المريض بغير عوض . ولذلك يكون حكمها حكم الوصية وان صدرت منجزة .
فاذا وهب المريض مرض الموت أو وقف أو ضمن أو حابى في مبادلة كان هذا التصرف منه بمنزلة الوصية ، فان مات مدينا بدين مستغرق تركته توقف نفاذ تصرفه على اجازة دائنيه . وإن مات غير مدين وكان تبرعه لو ارث توقف نفاذه على اجازة سائر الورثة أيا كان المقدار المتبرع به . وإن مات غير مدين وكان تبرعه لغير وارث نفذ في ثلث تركته وتوقف فيما زاد عنه على اجازة سائر الورثة . مع مراعاة التفريق بين وقفه ووصيته كما هو مبين في موضعه .

ويؤخذ من هذا أن تبرعات المريض مرض الموت سواء صدرت منجزة أو مضافة الى ما بعد الموت حكمها حكم الوصية . وأما تبرعات الصحيح ، فان صدرت مضافة الى ما بعد الموت فهي وصية . وأن صدرت منجزة فهي نافذة ولا يسرى عليها حكم الوصية .

وأما تصرفه الاخبارى وهو اقراره بحق على نفسه لغيره ، فان صدر اقراره هذا لأحد ورثته ، كما اذا أقر لزوجه بأن لها عليه ألف جنيه ، أو أقر لأحد أبنائه بمثل ذلك ، يعتبر هذا الاقرار منه حكمه حكم تبرعه ، فيتوقف على اجازة سائر ورثته بعد موته . أيا كان مقدار المقتر به لاحتمال أنه أراد إيثار بعض الورثة على بعض . ولما لم يملك التبرع عمدا الى صورة الاقرار فبريد قصده عليه ويعتبر اقراره لو ارثه وصية دفعا للثمة . وأما ان

(١) وهذا قول الامام والملة الاتباع عن الشهاب وعن إيثار بعض الورثة ببعض الأعان . وقام أبو يوسف : البيع لو ارث بثن المثل صحيح نافذ ، لأنه ما دام بثن المثل فلا شبهة . ولا حق لسائر الورثة في الاعتراض عليه بعد موت مؤثرهم .

كان إقراره لأجنبي فهو صحيح نافذ لأنه لا تهمة ، فيعتبر مجتزأ إخبار عن ملك سابق للمقتله ، لا إنشاء تمليك في الحال .

ويستثنى من عدم نفاذ اقرار المريض لوارث إلا إذا أجازته سائر الورثة ثلاث مسائل الاقرار في كل واحد منها لم يحدث شيئا جديدا يجعل المقتز موضع تهمة : فيكون نافذا بعد موت المقتز بدون توقف على اجازة سائر الورثة .

(الأولى) إذا كان للوارث وديعة معلومة عند موته المريض ، فأقر المريض بها نفذ اقراره لأنه لو لم يقر ومات مجهلا للوديعة كانت مضمونة في تركته وكان الوارث أخذ مثلها أو قيمتها لأن الأمين يضمن بموته مجهلا ، فالأقرار لم يحدث شيئا جديدا .
(الثانية) إذا كان الوارث عنده وديعة للموثر ، فأقر الموثر في مرضه بأنه أخذها نفذ لأن الوارث أمين ولو قال رددتها له يصدق .

(الثالثة) إذا كان الوارث وكلاء عن الموثر في قبض ماله من الديون ، فأقر الموثر في مرضه بأنه أخذ الديون من وكيله نفذ لأن الوكيل أمين ولو قال دفعت إليه ما قبضته يصدق .

ففي هذه المسائل الاقرار لم يحدث شيئا ، فعدم تنفيذه لا أثر له وإذا يكون نافذا . والمراد هنا بالوارث الذي لا ينفذ اقرار المريض له من قام به سبب الارث وقت الاقرار ولم يمنع من إرثه مانع وقت الموت ، كما إذا أقر لزوجه ومات وهي على عصمته ولم يمنعها من إرثها منه اختلاف دين أو أى مانع ، أو أقر لأخيه الشقيق ولم يوجد عند الموت من يحجبه من الميراث . وغير الوارث هو من فقد فيه الأمران بأن كان أجنبيا وقت الاقرار والموت ، أو أحدهما بأن وجد فيه سبب الارث وقت الاقرار ولكن منع من إرثه مانع وقت الموت ، أو ورث وقت الموت ولم يكن قام به سبب الارث وقت الاقرار . وهذا بخلاف الوارث في باب الوصية فإن الوارث هناك من ورث فعلا وقت موت الموصى ، سواء قام به السبب وقت الوصية ، أم لا . وغير الوارث من لا يرث فعلا وقت موت الموصى .

ديون الصحة وديون المرض — دين المرض هو الدين الذي ثبت على المريض بإقراره في مرضه بمعنى أنه لم يكن طريق لثبوتة غير إقرار المريض به . أما الدين الذي يثبت على المريض بغير إقراره كأن يثبت بالبينة . والدين الذي يثبت على الصحيح ، سواء كان بإقراره أو بالبينة فهو دين صحة . فالدين يعتبر دين مرض في صورة ودين صحة في ثلاث صور .

وبما أن المريض مرض الموت إذا كان مدينا يتعلق حق دائنيه بذمته وبأمواله فليس له أن يقضى دين بعض غرمائه دون بعض ، فإن قضى دين بعض دائنيه كان لباقيهم حق الاعتراض لتعلق حقهم جميعا بماله . وهذا إذا كانت الديون كلها متساوية بأن كانت كلها ديون صحة أو كانت كلها ديون مرض . وأما إذا اختلفت بأن كان بعضها ديون صحة وبعضها ديون مرض فلا حق لدائن المرض في الاعتراض على قضاء دين الصحة ، لأن ديون الصحة مقدمة في الإيفاء على ديون المرض . ولهذا إذا كانت تركة المريض بعد موته لا تفي بسداد جميع ديونه يبدأ بتسديد ديون الصحة ، فإن وفيت بها وفيت ، وإن لم تف بها قسمت بين دائئها قسمة تناسبية . وإن وفيت بها وبقي بعد ذلك الإيفاء شيء يفي بديون المرض وفيت ، وإن لم يف قسم بين دائئيه قسمة تناسبية .

والعلة في هذا أن دين المرض موضع اتهام فيقدم عليه دين الصحة الذي لاتهمة فيه . وإن الغرماء المتساوين في ديونهم تتعلق بمال المريض حقوقهم على السواء . فلا ينفذ بإثار بعضهم بالإيفاء إلا برضا الباقيين .

الهبة

تعريفها — الهبة فى اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له من مال وغيره . قال تعالى ﴿ رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا ﴾ وقال سبحانه ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَآثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكَوْرَ . أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَآثًا . وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَاقِبًا ﴾ .

وفى اصطلاح الفقهاء هى عقد يفيد تملك العين فى الحال بغير عوض . فهى من عقود التملك المجانى والملك وارد فيها قصدا على العين . ومنفعتا تملك تبعاً لها . بخلاف الاعارة فانها تملك فى الحال بغير عوض ولكن للمنفعة لا العين . وبخلاف الوصية فانها تملك العين أو الدين أو المنفعة بغير عوض ولكن لا فى الحال بل فيما بعد موت الموصى . وبخلاف البيع والاجارة فان التملك للعين فى البيع وللمنفعة فى الاجارة ليس بالمجان وإنما هو فى مقابلة الثمن أو الأجرة .

ركنها — ركنها ركن كل عقد الإيجاب والقبول . فالإيجاب ما صدر أولاً من احد العاقدين للدلالة على الرضا . والقبول ما صدر ثانياً من الآخر للدلالة على موافقته والرضا بما رضى به . وإيجاب الهبة قد يكون بلفظ صريح لا يحتمل معنى غير الهبة كقول الواهب وهبتك . تبرعت لك . هذا لك . وقد يكون بلفظ غير صريح يحتمل الهبة وغيرها مثل أطعمتك . نَحَلْتُكَ . فاللفظ الصريح يتم به إيجاب الهبة بدون توقف على نية الواهب أو دلالة الحال . وغير الصريح لا يعتبر إيجاباً للهبة إلا بالنية أو دلالة الحال ، وقبول الهبة قد يكون باللفظ كقول الموهوب له قبلت . رضيت . وقد يكون بالفعل وذلك بأن يقبض الموهوب له العين الموهوبة فيقوم قبضه مقام قوله قبلت . غير أن هذا القبض إن كان فى مجلس الإيجاب تم به العقد والملك ولو لم يأذن به الواهب صراحة . وإن كان بعد مجلس الإيجاب لا يعتبر قبولاً إلا إذ أذن الواهب به صراحة . فإذا قال شخص لآخر وهبتك هذا

الكتاب نخذه فإذا تناوله الموهوب له تم العقد بتناوله وملكه ، سواء كان التناول في مجلس الإيجاب أو بعده . وإذا قال وهبتك هذا الكتاب ولم يقل نخذه فإن تناوله في مجلس الإيجاب ملكه لأن سكوت الواهب اذن بالقبض دلالة . وإن تناوله بعد مجلس الإيجاب لا يملكه لأنه قبض بغير اذن لا صراحة ولا دلالة فهو غير معتبر شرعا كما سيحى .

وهل إيجاب الهبة مثل قبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل بمعنى أن المالك إذا سلم شيئا من ملكه إلى آخر أو أرسل إليه شيئا منه ودلت القرائن على أنه يتبرع له به ، هل يكون هذا الإرسال أو الإعطاء أو التسليم هبة بالفعل كالهبة يقول وهبت؟ الذى يؤخذ من أقوال فقهاءنا أنه يكون هبة . فقد نصوا على أن الأب إذا سلم ابنته جهازها الذى جهزها به من ماله ولم يصرح بأنه وهب لها يعتبر هبة إذا كان العرف يشهد بأنه يوهب . ونصوا على أن الخاطب إذا أرسل إلى مخطوبته حلية أو ثوبا ولم يصرح بأنه من مهرها أو هبة لها يعتبر هبة إذا كانت العادة إن مثل هذا يوهب . ونصوا على أن الأب إذا أنفق على أولاده الأغنياء الذين لا تجب نفقتهم عليه يعتبر متبرعا ، فالذى يؤخذ من هذا إن إيجاب الهبة كقبولها كما يكون بالقول يكون بالفعل إذا دلت القرينة على إرادة الهبة بهذا الفعل . وهذا استحسان كما صرحوا فى البيع بأنه ينعقد بالتعاطى . والقياس أن العقود إنما تكون باللفظ ولكن قد يقوم الفعل مقام اللفظ بدلالة الحال فيكون التسليم والتناول هبة وقبضا كما يكون التعاطى بيعا .

وقد يقوم إيجاب الواهب مقام قبول الموهوب له وقبضه ، فتم به الهبة كما إذا وهب الأب لولده الصغير ، أو وهب أى ولى لمن هو فى ولايته فان عبارة الولى بمنزلة إيجاب منه وقبول عن المولى عليه . ويدد نائبة عن يده فأيجابه هو فى المعنى إيجاب وقبول وقبض .

شروطها

(١) في الواهب — يشترط في الواهب شروط لصحة هبته . وشروط لنفاذها بدون توقف على إجازة أحد .

فيشترط لصحة هبته أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ . وأن يكون غير محجور عليه للسفه أو الغفلة . وأن يكون مختارا غير مكره .

فان كان فاقدا الأهلية وهو المجنون والصغير غير المميز . أو ناقص الأهلية وهو المعتوه المميز والصبي المميز . أو محجورا عليه للسفه أو الغفلة . أو مكرها . فهبة كل واحد منهم غير صحيحة لأنها صادرة من غير أهل لها ، لأنهم فريقان فريق لا يتصور منه الرضا أصلا وهو فاقدا الأهلية ، وفريق لا يتصور منه الرضا الصحيح الذي يعتبر شرطا رضا وهم الباقون . ولكون هبة الواحد منهم غير صحيحة لا تلحقها إجازة الولي أو القيم . ولا تلحقها إجازة الواهب نفسه بعد كمال أهليته أو رفع الحجر أو الإكراه عنه ، لأن الإجازة لا تلحق غير الصحيح . فبطلان هبتهم بطلان جوهرى ^(١) .

ويشترط لنفاذ هبته أن يكون مع توافر شروط الصحة فيه غير محجور عليه للدين . وأن يكون صحيحا غير مريض مرض الموت . وأن يكون مالكا للعين الموهوبة .

فان كان محجورا عليه للدين فهبته صحيحة موقوفة على إجازة دائنية مادامت تضر بحقوقهم فان أجازوها نفذت وان لم يحيزوها بطلت . وان كان مريضا مرض الموت فهبته حكمها حكم الوصية ان كانت لأحد ورثته توقفت على إجازة سائر الورثة بعد موته أيا كان مقدار الموهوب . وان كانت لغير وارث نفذت فيما يخرج من ثلث تركته فقط وتوقفت فيما زاد عنه على إجازة الورثة بعد موته . وان كان غير مالك

(١) قال صاحب البدائع في تنكب الاكراه : ” وأما النوع الذي يحتمل الفسخ ، فالبيع والشراء والهبة والايارة ونحوها . فالاكراه موجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر : يوجب توقفها على الاجارة كبيع الفضولى . وعند الشافعى : يوجب بطلانها أصلا “ . ثم قال : ” المكره على الهبة والصدقة اذا سلم طائعا لا يجوز “ .

لما وهب فهو فضولى وتصرف الفضولى يتوقف على إجازة المالك . ومن هذا هبة الرقيق لأنه غير مالك فتوقف هبته على إجازة المالك .

(٢) فى الموهوب له — يشترط فى الموهوب له أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة له . وأن يكون معينا . فان كان غير موجود كما إذا قال الواهب وهبت دارى لابن فلان ولم يولد لفلان ابن فالهبة باطلة . وكذلك إن كان الموهوب له غير معين معلوم كما إذا قال الواهب وهبت دارى لفلان أو أخيه فالهبة باطلة . وذلك لأن الهبة تملك العين فى الحال ولا تملك إلا لموجود معلوم يملك بنفسه أو بوليه والمعدوم والمجهول لا يملكان بنفسهما ولا بوليهما ، لأنه لا ولاية لأحد عليهما فلا يتحقق معنى الهبة إذا كان الموهوب له واحدا منهما ، وعلى هذا فالهبة للحمل غير صحيحة لأن الحمل غير موجود تحقيقا فلا يملك بنفسه ، ولا ولاية لأحد عليه وهو حل إذ الولاية عليه بتبدئ من حين ولادته . بخلاف الوصية للحمل فانها صحيحة ، وسبب التفريق بينهما أن الهبة تملك محض فى الحال ولا تتم إلا بالقبض . والحمل ليس أهلا لأن يملك فى الحال ولا أن يقبض لا بنفسه ولا بولى عليه . وأما الوصية فهي تملك من وجه واستخلاف من وجه ، ولذا قيل إنها أخت الميراث . ولا يشترط لتسامها القبض .

ففى كان الموهوب له موجودا تحقيقا ومعلوما صححت الهبة له ، غير أنه إن كان كامل الأهلية فهو الذى يقبل الهبة ويقبضها بنفسه أو بنائبه ، وإن كان فاقدا الأهلية بأن كان مجنونا أو طفلا غير مميز فالذى يقبل الهبة له ويقبضها بنفسه أو بوكيله هو الولى المالى عليهما لأنهما ليسا أهلا للقبول والقبض . وإن كان ناقص الأهلية وهو الصبي المميز والمعتوه المميز أو محجورا عليه لفسقه أو غفلة فالذى يقبل الهبة ويقبضها هو الولى عليهم أو هم بأنفسهم لأن قبول الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا فيملكونها بأنفسهم .

(٣) في صيغة الهبة — يشترط في صيغة الهبة أن تكون منجزة . لا معلقة على شرط . ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأن معناها التملك في الحال . والتعليق يجعل التملك عند وجود المعلق عليه لا في الحال . وكذلك الاضافة تجعل التملك حين حلول الزمن المضاف اليه . فلو قال الواهب وهبت لك كتابي هذا ان نجحت في الامتحان فهي هبة باطلة ، وكذلك لو قال وهبت لك كتابي في أول السنة المقبلة . إلا اذا كان التعليق صوريا بأن كان المعلق عليه محققا وقت التكلم كما اذا قال إن كان هذا الكتاب ملكي فقد وهبته لك وهو في الواقع ملكه لأن هذه في الحقيقة صيغة منجزة في صورة معلقة . والأصل في عقود التملك التام أنها تفيد الملك في الحال ولا تقبل توقينا ولا تعليقا ولا الى اضافة الى مستقبل .

وأما اقترانها بالشرط — فاذا اقترنت الصيغة بشرط صحيح يلائم مقتضى العقد صحت الهبة والشرط كما اذا وهبه كتابا وشرط عليه أن يهديه هدية عنها . وأما اذا اقترنت بشرط لا يلائم مقتضى العقد فالهبة تصح والشرط يبطل كما اذا وهبه كتابا بشرط أن لا ينتفع به ، أو بشرط أن لا يملكه ورثته من بعده .

والعُمرى هي هبة مقرونة بشرط باطل ولذلك صحت وبطل الشرط . وصورتها أن يقول شخص لآخر وهبتك دارى مدة عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهي رد على . أو وهبتك دارى مدة عمرى أو حياتى فاذا مت أنا فهي رد على ورثتى ، أو يقول أعمرتك دارى أو دارى لك عمرى فهذه هبة مقرونة بشرط وهو تقييد الملك المقصود بها بوقت هو مدة عمر الواهب أو الموهوب له وهذا الشرط لا يلائم العقد لأن مقتضى عقود التملك التام استفادة الملك مطلقا غير موقت . ولذلك صحت الهبة وبطل الشرط فتكون الدار للعُمر له ولورثته من بعده .

وأما الرقبي فهي هبة معلقة على شرط غير محقق في الحال ولذلك كانت باطلة ، وصورتها أن يقول شخص لآخر دارى لك رقبى أن مت قبلك فهي لك ؛ وإن مت قبل فهي لى كأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه ، فهذه هبة معلقة على موت

الواهب قبل الموهوب له فهي باطلة . وحينئذ لا تفيد الملك للموهوب له . ويظل الشيء المرقب على ملك مرقبه ولورثته من بعده ويكون في يد المُرَقَّب له عارية .

في الشيء الموهوب — يشترط في الشيء الذي يوهب شروط لصحة هبته، وشروط لنفاذها، وشروط لتتمام ملكيته .

فيشترط لصحة هبته أن يكون وقت عقد الهبة مالا ، متقوماً ، موجودا ، معلوماً ، مملوكا في نفسه ، سواء كان من العقارات أو المنقولات .

ويشترط فيه لنفاذها أن يكون وقت عقد الهبة مملوكا للواهب .

ويشترط فيه لتتمام ملكيته أن يقبضه الموهوب له .

وهذا تفصيل الاجمال في هذه الشروط .

١ — كونه مالا — فلو كان الشيء الموهوب ليست له قيمة مالية أصلا ولا يتمتلك كالميتة حتف أنفها والدم المسفوح ، فلا تصح هبته لأن الهبة تملك ولا تملك إلا لماله قيمة مالية يملك .

٢ — كونه متقوماً — فلو كان الشيء الموهوب غير متقوم في حق العقدين أو أحدهما كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين ، فلا تصح هبتهما لأنهما في حق المسلمين غير محل للملك والتملك والهبة عقد تملك .

٣ — كونه موجودا — فلو كان الشيء الموهوب معدوما وقت عقد الهبة فلا تصح الهبة لأنه لا محل للعقد ، فلو وهب إنسان لآخر فرسا ثم تبين أنها ماتت قبل العقد فالهبة باطلة . ولو وهب لإنسان ما تنمره نخلته هذه السنة . أو ما تلده نعجته هذه المرة ، أو ما في بطن بقرته من حمل ، أو ما في ضرعها من لبن . فلا تصح الهبة في هذا كله ، لأن المعدوم في الحال لا يتحقق فيه معنى الهبة وهو التملك في الحال . وكذلك لا تصح الهبة إذا كان الموهوب في حكم المعدوم فلو وهب لإنسان

ما في هذا البر من دقيق ، أو ما في هذا اللبن من سمن ، أو ما في هذا القصب من سكر ؛ فلا تصح الهبة لأن عين الوهب غير موجود بشخصه فهو في حكم المعدوم .

٤ — كونه معلوما — علم الموهوب يتحقق بتعيين قدره ، كما اذا قال : وهبت لك نصف منزلى ، أو بتعيين شخصه ، كما اذا قال : وهبتك كتابى هذا لأن الملكية لا ترد إلا على معلوم ، فلو كان الشيء الموهوب مجهولا قدره وشخصه فلا تصح هبته ، كما اذا وهب انسان لآخر جزءا من داره ولم يبين قدره ، أو وهب له أحد فرسيه ولم يعين أحدهما ، أو شاة من غنمه ولم يبينها .

٥ — كونه مملوكا في نفسه — والمراد بهذا كون الشيء الموهوب في ذاته مما ترد عليه الملكية ويقبل التداول وانتقال ملكيته من يد إلى يد لأنه لو كان مما لا يملك ولا يقبل التداول لا يتحقق معنى الهبة فيه ، فلو كان الشيء الموهوب من المباحات : كالماء في النهر ، والسماك في البحر ، والطير في الهواء . فلا تصح هبته لأن المباح وهو مباح لا ملكية لأحد له ولا يرد عليه التملك . ومن هذا لا تصح هبة المساجد والزوايا لأنها بنائها مساجد أو زوايا خرجت عن ملك بانيها ولم تدخل في ملك أحد فصارت غير مملوكة في نفسها وغير قابلة للتداول .

وأساس هذه الشروط الخمسة أن الهبة عقد تملك في الحال فلا بد أن يكون محل العقد وهو الشيء الموهوب مما يملك في وقت وجود عقد الهبة وذلك بكونه وقت العقد مالا متقوما موجودا معلوما مما يملك ويملك .

كونه مملوكا للواهب — هذا شرط لنفاذ الهبة لا لصحتها ، فلو وهب الانسان ما هو مملوك لغيره فهو فضولى وهبته موقوفة على اجازة المالك ، فان أجازها المالك وهو أهل لاجازتها بأن كان أهلا للتبرع نفذت ، وان لم يجزها بطلت . وكذلك اذا كان المالك غير أهل للاجازة . ولهذا بطلت هبة الولي المالى أى شىء من مال

من له الولاية عليه، كهبة الأب أو الجد أو الوصي مال الصغير، لأن المالك هو الصغير وهو ليس أهلا للاجازة .

فيلاحظ الفرق بين اشتراط كون الموهوب مملوكا في نفسه وبين اشتراط كونه مملوكا للواهب، فان الأول شرط صحة ويتفرع عليه أن هبة المباحات غير صحيحة . والثاني شرط نفاذ ويتفرع عليه أن هبة المملوك للغير صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة المالك .

قبض الموهوب — قبض الشيء الموهوب ليس شرطا لانعقاد الهبة ولا لصحتها ولكنه شرط لانتقال الملكية من الواهب الى الموهوب له ، فبمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، واستيفاء الشروط التي بينها في العاقلين . وفي صيغة العقد . وفيما يوجب . يتعقد العقد ويصح . ولكن لا يترتب عليه أثره وهو انتقال الملكية إلا إذا قبض الموهوب له ما وهب له سواء كان عقارا أو منقولا . وقبل القبض تبقى العين الموهوبة ملكا للواهب وأى تصرف له نافذ . ولا يتعلق بها حق للموهوب له . وعللوا ذلك بما ورد من الأثر ” لا تجوز الهبة الا مقبوضة “ وبأنه لو ثبت الملك في الشيء الموهوب يجزئ الايجاب والقبول قبل القبض ثبت للموهوب له حق المطالبة بتسليمه فينقلب عقد الهبة من عقد تبرع الى عقد ضمان وفي هذا قلب للشروع .

وانما يكون القبض معتبرا شرعا وتنقل به الملكية بشرطين : (أحدهما) أن يكون القبض باذن الواهب . فان كان الاذن صراحة كما اذا قال الواهب للموهوب له . اقبض ما وهبت لك ، أو خذه ، أو تسلمه ، صح القبض في مجلس العقد وبعده . وان كان الاذن دلالة كما اذا تناول الموهوب له العين الموهوبة على مرأى من الواهب وهو ساكت عن نفيه صبح القبض في مجلس العقد لا بعده . (وثانيهما) أن يتولى القبض الموهوب له إن كان مميزا ، أو وليه إن كان غائرا مميزا ، أو زوج الصغيرة بعد زفافها اليه ، لأنه بعد الرفاف يعولها ويقوم على حفظها فيقبض ما يوجب لها .

وقد ينوب القبض القائم وقت الهبة عن تجديد قبض بعدها، فإذا أودع على عند محمد وديعة، أو أعار له عارية، أو غصب محمد من عليّ عينا فقال عليّ: وهبت لك الوديعة، أو العارية، أو العين المغصوبة. وقال محمد: قبلت. فإن محمدا يملك ما وهب له مما تحت يده من وديعة أو عارية أو غصب يجزئ الإيجاب والقبول، وينوب قبضه القائم عن قبض يجدد بعد الهبة.

والقبض نوعان: قبض كامل، وقبض ناقص. فالقبض الكامل يتحقق بجيازة العين الموهوبة مفرزة غير شائعة في غيرها ولا متصلة به، والقبض الناقص يتحقق يجزئ التخلية بين الموهوب له والشيء الموهوب.

وفي بعض الهبات لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل. وفي بعضها قد يكتفى بالقبض الناقص وتنتقل به الملكية، وهذا هو التفصيل:

هبة المفرز المنفصل عن غيره — فإذا كان الشيء الموهوب مفرزا ليس شائعا في غيره ولا متصلا به كهبة دار محدودة ليست مشغولة بشيء للواهب. أو هبة خاتم معين أو كتاب معين، فلا تنتقل الملكية بالهبة فيه، إلا إذا قبضه الموهوب له قبضا كاملا بأن يتسلمه ويحوزه لنفسه.

هبة المشاع — وأما إذا كان الشيء الموهوب مشاعا في غيره كهبة نصف هذا المنزل أو ربع هذا الحمام أو ثلث هذه الأرض الزراعية. فإن كان المشاع الموهوب بعضه يقبل القسمة نكمتين فدانا وهب نخمسا أو منزل كبير وهب نصفه فإنه لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض الكامل، أي بالقسمة وإفراز القدر الموهوب وتسليمه للموهوب له وحيازته لنفسه. وإن كان المشاع الموهوب بعضه لا يقبل القسمة كفرس أو منزل صغير، فإنه يكتفى بالقبض الناقص وتنتقل الملكية فيه بقبض الموهوب على الشيوع. ووجه التفرقة بين الحالين إنه لما كان للمشاع يقبل القسمة كان القبض الكامل ممكنا بالإفراز والحيازة، فلا تنتقل الملكية إلا به. ولكن

لما كان المشاع لا يقبل القسمة كان القبض الكامل غير ممكن ، فاكتمى بالقبض الناقص الممكن وهو القبض على الشيوع ، والأصل في هذا أن النص شرط القبض . والقبض عند الإطلاق ينصرف إلى القبض الكامل ، فحيث أمكن القبض الكامل لا تنتقل الملكية إلا به ، وحيث لا يمكن يكتفى بالقبض الناقص .

والمراد بما يقبل القسمة ما يبقى متفعلاً بأجزائه بعد القسمة الانتفاع الذي كان متفعلاً به قبلها كمشقة أفدنة من خمسين فدانا ، أو نصف منزل كبير يقبل أن يقسم منزلين . والمراد بما لا يقبل القسمة ما لا يبقى متفعلاً به بعد القسمة الانتفاع الذي كان قبلها بأن كان لا يبقى متفعلاً به أصلاً ، كحبة من اللؤلؤ لو قسمت لا ينفع بها أو يبقى متفعلاً به ولكن بغير الانتفاع الأقل كبقرة أو منزل صغير .

ومن هذا يتبين أن المشاع سواء أكان يقبل القسمة أم لا يقبلها تصح حبة جزء معين منه ، وأن شيوع الموهوب في غيره لا يبطل حبه غير أنه إن كان شائعاً فيما يقبل القسمة لا يملك إلا بالقبض الكامل أى بالإفراز والحيازة ، وإن كان شائعاً فيما لا يقبل القسمة ملك بالقبض الناقص وهو قبضه على الشيوع .

هبة المتصل بغيره — إذا كان الشيء الموهوب متصلاً بغيره فأما أن يكون اتصاله اتصال ملاصقة أو اتصال جوار . واتصال الملاصقة إما أن يكون خلفياً كاتصال الزرع بالأرض والثمر بالشجر أو صناعياً كاتصال البناء بالأرض . واتصال الجوار كاتصال الدار بالأثاث الموضوع فيها . واتصال الأثاث بالدار ، والهة مع هذا الاتصال بكل أنواعه صحيحة ، ولا تنتقل الملكية بها إلا بالقبض ، غير أنه في اتصال الملاصقة بنوعيه الخلقى والصناعى وفي أحد نوعى اتصال الجوار هو ما إذا كان الموهوب مشغولاً بما اتصل به ، لا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل أى بفصل الموهوب مما اتصل به وتسليمه للموهوب له وحده . وأما في النوع الآخر من اتصال الجوار وهو أن يكون الموهوب شاغلاً لما اتصل به فإنه تنتقل الملكية بالقبض الناقص

أى يجزئ التخليصة بين الواهب والموهوب له . وعلى هذا لو وهب ما فى الأرض من زرع . أو وهب الأرض بدون زرعها . أو البناء القائم على الأرض . أو الأرض المقام عليها البناء بدونها . أو الدار المشغولة بأثاثه أو المكتبة المشغولة بكتبه ، ففى كل هذا لا يملك الموهوب إلا بفصله مما اتصل به وقبضه وحده . ولو وهب ما فى داره من أثاث أو فى مكتبته من كتب ملك الموهوب له الموهوب يجزئ التخليصة بينه وبينه .

الهبة بشرط العوض — إذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يعطيه عوضا عن هبته صح ذلك . ولا يقال أن هذا ينافى كون الهبة تملكا بغير عوض لأن معنى كونها بغير عوض أنه ليس شرطا فى تحققها وجود العوض كالبيع . وهذا لا ينافى أنها فى بعض جزئياتها يشترط فيها العوض . فإذا وهب واحد لآخر كتابا على أن يهديه كتابا صححت الهبة والشرط وتكون هبة ابتداء ومعاوضة انتهاء فيشترط فيها ما يشترط فى الهبة ولا تنتقل الملكية إلا بالقبض ، وإذا تمت روعى فيها أحكام البيع فيملك كل منهما ما أخذه ملكا لازما . وهذا هو مذهب الحنفية . وأما غيرهم فقالوا أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء فيراعى فيها أحكام البيع من حين العقد لأن العبرة للعانى لا للألفاظ .

حكم الهبة — إذا تمت الهبة مستوفية أركانها وشروطها وقبض الموهوب له العين الموهوبة ترتب عليها حكمها وهو تملك الموهوب له للعين الموهوبة ولكنه ملك غير لازم^(١)، لأن الواهب له أن يرجع فى هبته ويعيد الى ملكه ما وهبه ما لم يمنع من رجوعه أحد الموانع السبعة الآتية :

أما السبب فى أن الواهب له حق الرجوع فلا^٢نه قد يكون أخرج العين من ملكه بغير عوض رغبة فى أن يحقق له غرض من الأغراض الدنيوية فإذا لم يحقق

(١) الهبة إذا كانت لفقر محتاج أو لجهة من جهات البر تسمى صدقة ويتم الملك فيها بالقبض ، ولا يصح الرجوع فيها لأن المقصود منها اذن ثنوية الله ، ولا يصح الرجوع عن قصد الثواب من الله . بخلاف ما إذا كانت غير صدقة فإن الواهب قد يكون قصده منها منفعة شخصية خاصة فإذا فات قصده كان له الرجوع فى هبه .

له هذا الغرض كان غير راض بالتملك فيرجع فيه لأن أساس التملك الرضا :
 — وهذا الحكم وتعليقه موضع نظر لأن العبرة في كل عقود التملك الرضا وقت العقد
 وقد اعتبر صدور الإيجاب منه اختياراً دليلاً على الرضا من غير نظر إلى ما تنطوي
 عليه نفسه . فتنى قال الواهب المستوفى الشروط وهبت اعتبر راضياً بانخراج العين
 الموهوبة من ملكه بغير عوض ، ولا عبرة بما ينويه ولا بما يطرأ بعد ذلك . ولهذا
 كان الرجوع في الهبة من وجهة الدين والخلق رزية تأبأها المروءة وكرم الخلق . لأن
 فيه تغريراً بالموهوب له ، ونقضاء لالتزام تم من الواهب . ولذا قال الشافعي : لا يجوز
 للواهب أن يرجع في هبته إلا فيما يهب الوالد لولده . —

وأما الموانع السبعة التي تمنع الواهب أن يرجع في هبته فهي المرموز لها بحروف
 « دمع خزقة » وهي :

(١) الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة من الأصل أو غير متولدة فن وهبت
 له دابة فسمنت ونمت عنده ، أو وهبت له قطعة أرض فبناها منزلاً . أو وهب
 له منزل ذو طبقتين فبنى عليهما ثالثة ، فليس للواهب أن يرجع في هبته لأن الزيادة
 التي تولدت من الأصل كسمن الدابة أصبحت ملك الموهوب له لأنها نماء ملكه .
 والزيادة التي زادها الموهوب له كالبناء . هي ملكه أيضاً والواهب ليس له الرجوع
 إلا في ملكه خاصة وهو الأصل . وفصل الأصل من الزيادة قد يتعذر كما في سمن
 الدابة أو يضر الموهوب له كما في البناء . وإذا فرجوع الواهب فيما وهب مع طرؤه
 هذه الزيادة المتصلة بنوعيه إما متعذر وإما مضر بالموهوب له ، فلهذا امتنع رجوعه
 في هذه الحال إلا إذا زالت الزيادة فيزول المانع ويعود له حق الرجوع . ومن هذا
 التعليل يفهم أن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع . كما إذا وهب له فرس فأسرجه .

(٢) موت أحد العاقلين الواهب أو الموهوب له فإذا مات الواهب فليس
 لورثته الرجوع في الهبة لأن الرجوع حق شخصي للواهب مبني على غرضه وقصده
 من الهبة فما دام لم يظهر له غرض آخر حتى مات اعتبر راضياً تمام الرضا بما وهب .

وإذا مات الموهوب له انتقل الملك في العين الموهوبة إلى ورثته وليس للواهب الرجوع عليهم لأنهم لم يتلقوا الملك منه بل من مورثهم .

(٣) العوض فإذا كانت الهبة بشرط عوض أداه الموهوب له فليس للواهب الرجوع لأن هذه في الحقيقة بيع لا هبة . وكذلك إذا لم تكن الهبة بشرط العوض ولكن الموهوب له من تلقاء نفسه وبدون اشتراط عليه بعد أن تمت الهبة أعطى الواهب شيئاً من ماله فأخذه . فسواء كان العوض مشروطاً أو غير مشروط فهو مانع من الرجوع لحديث ” الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها “ أى ما لم يعوض عنها .

(٤) خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأى سبب كالهبة والبيع والوقف لأن الموهوب له تصرف في ملكه التصرف الجائز له والواهب ليس له نقض هذا التصرف ولا الرجوع إلا على الموهوب له . وملكه الآن لغير الموهوب له .

(٥) الزوجية . فإذا وهب أحد الزوجين للآخر شيئاً فليس له الرجوع في هبته لأن هذه الهبة في معنى الصلة للعلاقة الزوجية وفي الرجوع قطع لهذه الصلة . والعبرة أن تكون الزوجية قائمة وقت الهبة ، فلو وهب لأجنبية ثم تزوجها كان له الرجوع . لأن الزوجية وقت الهبة لم تكن قائمة . ولو وهب لزوجته ثم أبانها لم يكن له الرجوع لأن الزوجية وقت الهبة كانت قائمة .

(٦) القرابة المحرمة ، فمن وهب لذى رحم محرم منه فليس له الرجوع حتى لا يكون بهذا الرجوع قاطعاً لمن وصله من ذوى رحمه المحارم .

(٧) هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له لأن ملك الواهب زال بالهلاك وهو انما يرجع في ملكه ولا يضمن الموهوب له مثلها أو قيمتها لأنها هلكت وهى على ملك الموهوب له والمرء لا يضمن ملك نفسه عند هلاكه .

المحاكم المختصة بقضايا الهبة — قضايا الهبة والوصية تتنازع اختصاصها في مصر . المحاكم الشرعية والمحاكم الأهلية . ومنشأ هذا النزاع أن المادة ١٦ من

لأنه ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في أمور منها مسائل الهبة والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية، فعلى هذا النص تستند المحاكم الشرعية في أن قضايا الهبة من اختصاصها ، ولكن رأى أن القانون المدني نص على بعض أحكام الهبة في مواده وهذا يقتضى أن للمحاكم الأهلية اختصاصا في قضايا الهبة تطبق فيه تلك النصوص .

لهذا جرى عمل كثير من المحاكم على توزيع الاختصاص والتفريق بين القضايا المتعلقة بأصل الهبة والقضايا المتعلقة بغير أصلها للتوفيق بين هذه النصوص .

فاذا كان موضوع النزاع انعقاد الهبة وصحتها ونفاذها وأهلية الواهب وغير ذلك مما يرجع إلى أركان الهبة وشروطها فالمختص بنظره المحاكم الشرعية . وأما إذا كان موضوع النزاع الاجراءات الشكائية والتسليم وغير ذلك مما يتفرع من المنازعات فالمختص بنظره المحاكم الأهلية .

ولكون الهبة اعتبرت من الأحوال الشخصية من جهة أن الواهب في الغالب ينوى بهبه التصديق والقربة ، فالمرجع في أحكامها إلى الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه القانون المدني . فالمختص بقضاياها نوعان من المحاكم ومرجع القضاء الأهل في أحكامها إلى مصدرين : الشريعة الإسلامية والقانون المدني .

الوصية

تعريفها — الوصية شرعا عقد يفيد تملك عين أو دين أو منفعة بلا عوض مملوكا مضافا إلى ما بعد موت الموصى . فهي كالهبة في أنها من عقود التملك بغير عوض . ولكنها تخالف الهبة من وجهين : (أولها) أن التملك يستفاد بالهبة في الحال ، وأما التملك المستفاد بالوصية فلا يكون إلا بعد موت الموصى . (وثانيهما) أن الوصية تكون بالعين وبالدين والمنفعة . والهبة لا تكون إلا بالعين . وأما هبة الدين لمن عليه الدين فهي ابراء . وتمليك المنفعة في الحال بلا عوض فهو إعارة .

ركنها — ركنها الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى له . فالإيجاب من الموصى يكون بكل لفظ يصدر منه يدل على التملك المضاف إلى ما بعد موته بغير عوض ، مثل أوصيت لفلان بداري أو بسكاتها أو بما لى على فلان من دين . أو وهبت له ذلك بعد موتى أو ملكته بعدى . والقبول يكون من الموصى له بعد موت الموصى لأنه ما دام التملك مسندا إلى ما بعد الموت فيكون ما بعد الموت هو وقت قبوله ، وأما في حياة الموصى فلا تملك فلا عبرة بالقبول أو الرد حال حياته ^(١) .

وإذا صدر الإيجاب من الموصى لا يكون ملزما له ، بل يكون له حق الرجوع عنه ما دام حيا ، لأن الموجب له حق الرجوع عن إيجابه قبل القبول في عقود المعاوضات ، فبالأولى يكون له هذا الحق في عقود التبرعات .

وعلى هذا يجوز للموصى أن يرجع عن وصيته ما دام حيا . وهذا الرجوع كما يكون صراحة بالقول ، مثل أن يقول عدلت عن وصيتي أو أبطلتها أو رجعت فيها ، يكون

(١) قال صاحب البدائع ” وإذا ثبت أن القبول ركن في عقد الوصية فوقت القبول ما بعد موت الموصى . ولا حكم للقبول والرد قبل موته . حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله . لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت ، والقبول أو الرد جواب . فيكون بعد إيجاب الملك “ .

دلالة بالفعل، مثل أن يعمد الموصى إلى الشيء الموصى به فيتصرف فيه تصرفاً يخرج به عن ملكه كأن يبيعه أو يهبه . أو تصرفاً يغيره ويجعله شيئاً آخر كأن يبنى على قطعة الأرض الموصى بها منزلاً، أو يخلط الشيء الموصى به بشيء آخر من ملكه بحيث لا يمكن تمييزه أصلاً أو لا يمكن إلا بعسر، كأن يخلط أردب القمح الموصى به بأردب آخر من نوعه أو بأردب من شعير . أو يزيد في الشيء الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، كأن يوصى بدار من طبقتين ثم يبنى عليهما طبقة ثالثة .

فإذا رجع الموصى عن وصيته صراحة أو دلالة بطل إيجابه وليس للموصى له أن يبنى عليه قبولا . كما يبطل الإيجاب يحنون الموصى جنونا مطبقاً لأنه لا بد لصحته من بقاء الموجب على أهليته إلى وقت موته ، وكما يبطل الإيجاب بهلاك الموصى به إذا كان عينا مشاراً إليها لقوات محل العقد .

وأما إذا لم يرجع الموصى عن وصيته لا بقول ولا بفعل، بل بقي مصراً عليها حتى مات، فإن للموصى له الحق في أن يقبلها وأن يردّها . فإن ردّها بطلت الوصية وبقي الموصى به على ملك ورثة الموصى . وإن قبلها تمت الوصية وملك الموصى به سواء كان عينا أو منفعة ملكاً لازماً ليس لأحد حق نقضه . وإن سكت الموصى له فلم يقبل ولم يرد إلى أن مات اعتبر قابلاً وتمت الوصية وملك ورثته العين الموصى بها إلى موتهم .

ومن هذا يؤخذ أن تمام عقد الوصية من جانب الموصى بأن يصدر منه إيجاب الوصية ويستمر على أهليته وإيجابه من غير رجوع عنه بقول أو فعل حتى يموت . ومن جانب الموصى له بأن يقبلها بعد موت الموصى . أو يسكت عن الرد والقبول حتى يموت . فإن شئت قلت ركن الوصية الإيجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له بأن يقع اليأس عن رده بموته .

وهذا إذا كان الموصى له معينا بالشخص حتى يتأق منه القبول أو الرد . أما إذا كان غير معين بالشخص كمن أوصى لفقراء بلده ، أو في أى سبيل لخير .

فهذه الوصية في الحقيقة صدقة تم بالايحاب وحده من الموصى . لأن قصد الموصى بالوصية للفقراء أو في وجه من وجوه الخير التقرب الى الله بإخراج ماله إليه سبحانه لا التملك لأحد .

شروطها

(١) في الموصى — يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلاً للترع بأن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحزنية . وأن يكون مختاراً غير مكروه . وغير محجور عليه لسفه أو غفلة ، لأن التبرعات من غير هؤلاء باطلة لا تقبل الاجازة كما بينا في الهبة . وتستثنى من هذا جزئيتان :

(الأولى) تصح وصية الصغير المميز الخاصة بأمر تجهيزه ودفنه ما دامت في حدود المصلحة لأنها من حاجاته بعد موته .

(الثانية) تصح وصية المحجور عليه للسفه في وجه من وجوه الخير كبناء مستشفى . أو تعليم فقراء . وإن كان له وارث وأجازها نفذت من كل ماله ، وكذا إذا لم يكن له وارث أصلاً . وأما إن كانت له ورثة ولم يجيزوا هذه الوصية فإنها تنفذ من ثلث ماله فقط . والسبب في صحة وصيته في سبيل الخير أن الحجر على السفه إنما هو للحفاظ على ماله في حياته حتى لا يصرفه في غير مصلحة ولا يعيش عالة على غيره وهو بالوصية لا يخرج شيئاً عن ملكه حال حياته ، بل يخرجها بعد مماته إلى وجوه البر التي يكون في أشد الحاجة إلى المثوبة عليها لا إلى المال . ولهذا السبب صح وقف المحجور عليه للسفه إذا وقف على نفسه ثم على جهة عينها لأن الحجر إنما هو للحفاظ على أمواله ووقفه بهذه الطريقة يحقق هذه المحافظة لأنه يمنع العين من التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية ويضمن ريعها لنفسه ما دام حياً .

(٢) في الموصى له — إذا كان الموصى له معيناً يشترط لصحة الوصية له أن يكون موجوداً وقت الوصية تحقيقاً أو تقديرًا ، فإذا قال الموصى أوصيت

بدارى لفلان وكان فلان موجودا وقت إيجاب الوصية صحت الوصية له ، بحيث إذا مات الموصى مصرا عليها ولم يردها فلان بعد موته ملك الدار الموصى له بها . وأما إذا كان فلان ميتا وقت إيجاب الوصية له فلا تصح الوصية .

وكذلك إذا قال الموصى أوصيت لحمل فلانة وكان الحمل موجودا في بطنها وقت إيجاب الوصية له صحت الوصية ، بحيث إذا مات الموصى مصرا على وصيته ملك الحمل ما أوصى له به . وقدمنا في الهبة وجه التفريق بين الهبة للحمل والوصية للحمل .

وأما إذا لم يكن الموصى له معينا بالشخص فيشترط أن يكون موجودا وقت موت الموصى تحقيقا أو تقديرا ، ولا يشترط وجوده وقت الوصية . فإذا قال الموصى أوصيت بدارى لأولاد أختى على ولم يعين هؤلاء الأولاد ومات مصرا على وصيته ملك الدار من يكونون موجودين من أولاد على وقت موت الموصى ، سواء منهم الموجود تحقيقا أو تقديرا كالحمل ، ولو لم يكونوا موجودين وقت إيجاب الوصية .

والتحقق من وجود الحمل وقت الوصية أو وقت موت الموصى يكون بولادته حال قيام زوجية الحامل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو من وقت موت الموصى . وإذا كانت الحامل الموصى لحملها معتدة من طلاق بائن أو وفاة فالتحقق من وجوده بولادته لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، لأنه ما دام الشارع حكم بنبوت نسبه فقد حكم بوجوده وقت الوصية له .

ويشترط في الموصى له انفاذ الوصية له أن يكون غير وارث للموصى . وأما إذا كان أحد ورثته فيتوقف نفاذ الوصية له على اجازة باقى الورثة .

والمراد بالوارث هنا من يرث الموصى فعلا بعد وفاته ولو لم يقم به سبب الارث وقت الوصية . وغير الوارث هو من لم يرث فعلا وقت موت الموصى ولو كان من الورثة وقت الوصية . فإذا أوصى لأجنبية ثم تزوجها ومات وهى على

عصمته فهي وارثة لا تنفذ الوصية لها إلا بأجازة سائر الورثة . ولو أوصى لزوجته ، ثم طلقها وانقضت عدتها ومات وهي ليست على عصمته فهي أجنبية والوصية لها نافذة . وهذا خلاف المراد بالوارث وغير الوارث في اقرار المريض .

ويشترط في الموصى له لنفاذ الوصية له أن لا يقتل الموصى قتلا محزما مباشرا لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » فإذا قتل الموصى له الموصى لا تنفذ الوصية له إلا بأجازة الورثة^(١) بشرط أن يكون قتلا مباشرا ومحزما ، سواء كان عمدا أو شبه عمد أو خطأ أو جاريا مجرى الخطأ . وأما القتل بالتسبب ، كما إذا حفر الموصى له بئرا في طريق عام فتردى فيها الموصى . والقتل دفاعا عن النفس . والقتل من فاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والصبي والمعتوه فلا يمنع نفاذ الوصية^(٢) .

ويشترط أيضا في الموصى له أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن إزالتها لأنه معها لا يمكن تسليم الموصى به ، ولا تنفيذ الوصية ، بأن يكون معينا بالشخص مثل أوصيت لفلان ، أو بالنوع ، مثل أوصيت لفقراء بلدى . أو لطلبة العلم بمعهد كذا ، ولا يشترط أن يتحد الموصى له في الدين مع الموصى فتصح وصية المسلم للمسلم ولغيره ما لم يكن حربيا . ولا يشترط أن يكون الموصى له من أهل التملك فتصح الوصية للملاجئ والمساجد والمدارس وسبل الخير والنفع وتكون الوصية في هذه الحال صدقة تتم بإيجاب الموصى وحده لأن القصد منها إخراج الملك الى وجه الله لا تملك أحد كما تقدم .

(١) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو مبنى على أن حرمان القاتل من الوصية هو لحق الورثة . وقال أبو يوسف : القاتل تبطل الوصية له ولا تلحقها أجازة الورثة ، لأن من تعجل بالشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه ، فكما لا يرث لقاتل لا وصية لقاتل . وقول أبي يوسف : هو المعقول . وعلى قوله يكون هذا الشرط شرط صحة لا شرط نفاذ كقولها .

(٢) القتل أنواع خمسة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وجار مجرى الخطأ ، وقتل بالتسبب . فالنوع الخامس لا يمنع من نفاذ الوصية كما لا يمنع من الميراث . والأنواع الأربعة الأولى تمنع من نفاذ الوصية كما تمنع من الميراث بشرط أن يكون القاتل عاقلا بالغا ليس مدافعا عن نفسه ولا مشغلا حدا أو قصاصا .

(٣) في الموصى به — يشترط في الموصى به أن يكون بعد موت الموصى قابلاً للتمليك بأى سبب من أسباب الملك ، فتصح الوصية بكل مال متقوم من الأعيان، لأنها تملك بالبيع أو الهبة . ومن المنافع لأنها تملك بالإجارة أو الإعارة، وتصح الوصية بما يثمر شجره لأنه يملك بعقد المساقاة . وبما في بطن بقرته أو نسجته لأنه يملك بالارث، فما دام وجوده محققاً وقت موت الموصى استحققه الموصى له ، وتصح الوصية بالدين لأنها في الحقيقة وصية بالعين التي تقتضى من المدين سداداً للدين .

ولا تصح بما ليس مالا كالميتة . وما ليس متقوماً في حق العاقدين أو أحدهما ، كالنحر للسامين ، ولا بمعدوم لا يقبل التملك بأى عقد وقت الوصية ، كالوصية بما ستلذه غنمه .

وكما يصح أن يكون الموصى به معلوماً، كما إذا أوصى الموصى لفلان بألف جنيه أو أوصى له بثلاث تركته يصح أن يكون مجهولاً، كما إذا أوصى لفلان بجزء من ماله ويكون بيان هذا الجزء حقاً للورثة بعد موت الموصى .

نفاذ الوصية — إذا استوفت الوصية شروطها ومات الموصى مصرّاً عليها ، فنفاذها يختلف باختلاف حال الموصى ، والموصى به ، والموصى له .

فإن كان الموصى وقت الوصية مديناً بدين مستغرق تركته ومات على ذلك فلا تنفذ وصيته في قليل من ماله ولا كثير ، لا لوارث ولا لأجنبي ، إلا إذا أجازها الدائنون وذلك لأن حق الدائن مقدم على حق الموصى له والوارث ، فما دامت التركة مستغرقة بالدين فالحق فيها للفرماء . لأنه لا وصية إلا بعد سداد الدين ، ولا تركة إلا بعد سداد الدين وتنفيذ الوصية الجائزة .

وإن كان الموصى مديناً بدين غير مستغرق تركته ومات على ذلك فما يعادل الدين من تركته فهو متعلق به حق الدائنين ، فلا تنفذ وصيته فيه إلا بإجازتهم .

وما زاد يعتبر كأنه تركه مستقلة خالية من الدين فتسرى في تنفيذ الوصية فيه الأحكام الآتية :

وإن كان الموصى غير مدين وليس له وارث نفذت وصيته مطلقا، سواء كان الموصى به قليلا أو كثيرا، ولو استغرق جميع تركته، لأنه ما دام لم يتعلق بالتركة حق لدائن ولا لوارث فوصية الموصى نافذة، وليس لأحد الاعتراض على نفاذها، وليس لبيت المال اعتراض عليها لأن مرتبته في الاستحقاق بعد الموصى له . وعلى هذا إذا أوصى شخص لأحد أو لجهة بربكل ماله ومات، وليس عليه دين، وليس له وارث استحق الموصى له كل تركته . وإذا أوصى أحد الزوجين للآخر بربكل ماله ومات وليس عليه دين وليس له وارث آخر استحق الموصى له كل تركته .

وإن كان الموصى غير مدين . وله ورثة، فإن كانت وصيته لوارث فلا تنفذ إلا بأجازة سائر الورثة، سواء كان الموصى به قليلا أو كثيرا، لقوله صلى الله عليه وسلم : "إن الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"^(١) . ولأن في إيثار بعض الورثة على بعض بطريق الوصية إغارا للصدور وتوليدا للاحتقاد وقطيعة للرحم . ولكن إذا أجاز الورثة أو بعضهم الوصية لأحدهم نفذت في حق من أجازوا لأنهم تنازلوا عن حقهم .

وإن كان الموصى غير مدين وله ورثة ووصيته لأجنبي، فإن كان الموصى به لا يتجاوز ثلث تركته نفذت الوصية بدون توقف على إجازة أحد . وإن تجاوز الموصى به ثلث تركته نفذت في الثلث فقط وتوقف نفاذها فيما زاد عنه على إجازة الورثة،

(١) وأما قوله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ) المعروف حقا على المتقين) فالمراد بها والله أعلم بمراده الوصية للوالدين اللذين يمنع من إرثهما شرعا مانع كاختلاف الدين مثلا . والأقربين الذين لا يرثون كالعمة الشقيقة مع العم الشقيق ، وبنت الأخ الشقيق مع امه ، وكل قريب ليس له في الإرث نصيب . فالله شرع الوصية لتدارك ما فات في الإرث .

فإن أجازوا نفذت فيه أيضا، وإن ردوا بطلت فيه ولم يكن للموصى له غير الثلث .
وإن أجازها بعضهم وردّها بعضهم نفذت في حق الذي أجاز وبطلت في حق من
لم يجز . فلو أوصى رجل لأجنبي بنصف ماله ومات وله ابنان ، فإن أجاز الابن الوصية
استحق الموصى له نصف التركة ، وورث الابن النصف الباقي لكل منهما الربع .
وإن لم يجز الابن الوصية استحق الموصى له ثلث التركة ، وورث الابن الثلثين
الباقين لكل منهما الثلث . وإن أجازها أحدهما ولم يجزها الآخر استحق من أجاز
ربع التركة ، كما لو أجازا معا ، واستحق من لم يجز ثلث التركة ، كما لو لم يجزا معا ،
والباقي يكون للموصى له . فاللهجيز ربع . والغير المجيز ثلث . وللوصى له الباقي $\frac{5}{11}$.

ولو مات الموصى عن ورثة هم أمه . وأخته الشقيقة . وأخته لأمه ، وقد أوصى
لأجنبي غير وارث له بنصف تركته ، وكان مقدار تركته ٧٢ فدانا .

فإذا أجاز ورثته كلهم وصيته أخذ الموصى له $\frac{1}{4}$ تركته ٣٦ فدانا . وأخذ ورثته
فروضهم من نصفها الباقي ، فللأم $\frac{1}{4}$ النصف ٦ فدادين . وللأخت الشقيقة
 $\frac{1}{4}$ النصف ١٨ فدانا . وللأختين لأم $\frac{1}{4}$ النصف ١٢ فدانا .

وإذا لم يجز ورثته وصيته أخذ الموصى له $\frac{1}{4}$ تركته ٢٤ فدانا . وأخذ ورثته
فروضهم من الثلثين الباقيين ، فللأم $\frac{1}{4}$ الثلثين ٨ فدادين ، وللأخت الشقيقة
 $\frac{1}{4}$ الثلثين ٢٤ فدانا . وللأختين لأم $\frac{1}{4}$ الثلثين ١٦ فدانا .

وإذا أجاز الوصية بعضهم ولم يجزها الآخر أخذ الموصى له $\frac{1}{4}$ التركة ،
وأخذ معه ما استفاده من إجازة المجيز ، وهو الفرق بين نصيبه في حال عدم الإجازة .
وفي حال الإجازة . ففي هذا المثال إن كان المجيز لأم فقط أخذ الثلث ٢٤ فدانا
+ ٢ فدانان . وإن كان المجيز الأخت الشقيقة فقط أخذ ٢٤ فدانا + ٦ فدادين .
وإن كان المجيز الأختين لأم فقط أخذ ٢٤ فدانا + ٦ فدادين . وهكذا إذا كان
المجيز اثنين منهم .

ففى عرف نصيب الموصى له ، وكل وارث عند عدم اجازتهم جميعا . ونصيب الموصى له ، وكل وارث عند اجازتهم جميعا . . يسهل معرفة نصيب الموصى له ، وكل وارث عند اجازة بعضهم وعدم اجازة بعضهم .

وانما نفذت الوصية للأجنبي فى الثلث فقط وتوقفت فيما زاد على اجازة الورثة لحديث سعد بن أبى وقاص حيث كان مريضا فعاده الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله ! أوصى بكل مالى ؟ قال : لا . قال : أوصى بالثلثين ؟ قال : لا . قال : أوصى بالنصف ؟ قال : لا . قال : أوصى بالثلث ؟ فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وكل موضع توقف نفاذ الوصية فيه حتى أجازة الورثة لا تكون هذه الاجازة صحيحة يترتب عليها أثرها ، وهو نفاذ الوصية إلا بشرطين : (الأول) أن تكون الاجازة بعد موت الموصى لأنه قبل موته لم يثبت للجزء حق فلا اعتبار لأجازته . وعلى هذا لو أجاز بعض الورثة الوصية فى حياة الموصى ثم ردها بعد موته ، فالعبرة لرده ولا اعتبار لأجازته ، (والثانى) أن يكون المميز وقت أجازته من أهل التبرع بأن يكون كامل الأهلية غير محجور عليه لسفه أو غفلة لأن أجازته فى حكم التبرع منه والتنازل عن حقه .

المال الذى تنفذ فيه الوصية — إذا كانت الوصية بمال غير معين بالشخص بأن أوصى الموصى بثلاث ماله أو ربعة مثلا استحق الموصى له ثلث أو ربع مال الموصى الموجود عند وفاته ، سواء كان له هذا المال وقت الوصية أولا ، لأن التملك فى الوصية مضاف الى ما بعد الموت ، فيتعلق بالمال الموجود وقت التملك والتملك . وإذا كانت الوصية بمعين بالذات بأن أوصى الموصى بهذا المنزل أو هذه المكتبة استحق الموصى له عين الموصى به ، بحيث لو هدم المنزل أو حرق المكتبة فى حياة الموصى بطلت الوصية لفوات محلها .

الوصية بالمنفعة — تبين من تعريف الوصية أنها كما تكون بالعين تكون بالدين وبالمنفعة ، والوصية بالمنفعة تارة تكون بأن ينتفع الموصى له بنفسه بالعين الموصى بها، كما إذا أوصى له بسكنى داره، أو بركوب فرسه، أو بالقراءة فى كتبه . وتارة تكون بأن ينتفع الموصى له بغلة العين الموصى بها، كما إذا أوصى بأن يستغل الموصى له داره أو أرضه أو أى عين يملكها .

والشرط لنفاذ الوصية بالمنفعة هو الشرط لنفاذ الوصية بالعين، فان كان الموصى له بالمنفعة وارثا توقف نفاذ الوصية له على اجازة سائر الورثة مهما كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها . وإن كان غير وارث نفذت الوصية له بالمنفعة إذا كانت قيمة العين الموصى بمنفعتها لا تتجاوز ثلث التركة . فان تجاوزت الثلث توقفت فيما زاد عن الثلث على اجازة الورثة، وذلك لأن الوصية لغير الورثة بمنفعة عين من الأعيان تحول بين الورثة وبين الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها . ولا يجوز للموصى أن يعطل انتفاعهم بأكثر من ثلث ماله إلا بأجازتهم .

وهنا فى الوصية بالمنفعة بحثان : (الأول) ما الذى يملكه الموصى له بالمنفعة من ضرور الانتفاع . (والثانى) ما أمد هذا الانتفاع .

أما الأول فاذا نص الموصى فى وصيته على أن الموصى له الحق فى أن ينتفع بالعين الموصى بها بنفسه . وأن يستغلها كان له الانتفاع والاستغلال، فان شاء سكن المنزل، وإن شاء أجره وانتفع بأجرته .

وإذا نص على أن له السكنى فقط لم يكن له الاستغلال عملاً بنص الموصى فله أن يسكن المنزل وليس له أن يؤجره .

وإذا نص على أن له الاستغلال فقط . قيل ليس له الانتفاع بنفسه لأن الموصى ملكه أن ينتفع على وجه خاص فليس له غيره . وقيل له الانتفاع بنفسه أيضاً لأن

تمليك الانسان المنفعة لغيره فرع عن ملكيته لها، إذ لو لم يملكها بنفسه ما أمكنه أن يملكها غيره. وهذا الرأي الثانى هو الراجح .

ومذهب الامام أحمد أن من أوصى له بالانتفاع ملك الاستغلال، ومن أوصى له بالاستغلال ملك الانتفاع . وهذا مذهب معقول المعنى، لأن الموصى ما أراد بوصيته إلا نفع الموصى له . وقد يتعذر على الموصى له أن ينتفع بنفسه لبعده الدار الموصى بها عن محل إقامته أو ضيقها عن حاجته أو لأى سبب، فإذا لم يكن له الاستغلال بقيت الدار فى مثل هذه الحالات معطلة وضاع غرض الموصى من نفع الموصى له . وهذا الخلاف جار أيضا فيمن وقف دارا على فلان ليسكنها^(١) .

وأما الثانى فإذا أطلق الموصى بالمنفعة وصيته أو نص على الأبد، كما اذا قال أوصيت لفلان بسكنى منزلى أو بسكنى منزلى أبدا، كان للموصى له الانتفاع مادام حيا، فإذا مات ترد العين الموصى بمنفعتها الى ورثة الموصى . وإذا حدد مدة كان للموصى له الانتفاع فى المدة المحددة فقط . فإذا قال أوصيت لفلان بسكنى دارى أو محصول أرضى سنة، فله ذلك بعد موت الموصى سنة فقط . وإذا قال أوصيت لفلان بسكنى دارى الستة الثالثة بعد مماتى فله السكنى تلك السنة، وبعد المدة المحددة تعود العين الى ورثة الموصى . فالوصية بالمنفعة ينتهى أمدؤها بانتهاء المدة إذا حددت لها مدة، وبانتهاء حياة الموصى له إذا أطلقت عن تحديد مدة أو نص فيها على الأبد . ولا تنتقل المنفعة إلى ورثة الموصى له لأنهم غير موصى لهم بها، ولأن المنافع لا تورث وحدها، بل تورث تبعا لإرث الأعيان .

حكم الوصية — اذا تمت الوصية باستيفاء ركنها وشروطها ترتب عليها حكمها، وهو ثبوت الملك بعد موت الموصى للموصى له فيما أوصى له به . فإذا كان موصى له

(١) وقد أخذنا بمذهب الامام أحمد فى مشروع الاصلاح لبعض أحكام الوقف، وبيننا فى مذكرتنا ما فى الأخذ به من مصالح .

بالعين ملكها ملكية تامة، وكان له بعد موت الموصى حق التصرف فيها بجميع التصرفات التي للمالك في ملكه وتورث عنه بعد مماته . وإذا كان موصى له بالمنفعة ملكها على حسب نص الوصية من حيث نوع الانتفاع وأمدته على ما بينا، وتكون في هذه الحال رقة العين الموصى بمنفعتها ملكا لورثة الموصى . ولكن ملكيتها ناقصة حتى يستوفى الموصى له حقه في منفعتها . وقد قدمنا أن الموصى مادام حيا له الرجوع عن وصيته ، لأنه لم يحصل إلا الإيجاب وحده فله العدول عنه لأنه لم يتم العقد . وهذا من الوجهة القضائية . أما من الوجهة الخلقية فمن شرع في خير فعليه أن يعضى فيه ، والله يحب العبد إذا عمل عملا أن يتمه ، وهو سبحانه يمد بمعونته من أراد الخير ويوفقه الى أن يتمه وأن يتبع الخير بخيرات :

والحمد لله على نعمة التوفيق

قانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠ خاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية

نحن سلطان مصر :

بعد الديباجة - رسمنا بما هوآت :

الباب الأول - في النفقة

القسم الأول - في النفقة والعدة

مادة ١ - تعتبر نفقة الزوجة التي سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو الإبراء .

مادة ٢ - المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق .

مادة ٣ - من تأخر حيضها بغير رضاع تعتبر عدتها بالنسبة للنفقة بسنة بيضاء لا ترى فيها الحيض ، فان أدعت أنها رأت الدم في أثناءها أخرت الى أن ترى الدم مرة أخرى ، أو الى أن تمضي سنة بيضاء ، وفي الثالثة إن رأت الدم انقضت عدتها وإن لم تره تنقضى العدة بانتهاء السنة .

فان كانت مرضعا وحاضت في أثناء الرضاع اعتدت بالاقراء وإن تأخر حيضها بعد انقضاء مدة الرضاع ، كان الحكم في تأخر حيضها هو ما تقدم . وفي الحالتين لا تسمع دعوى أن لها عادة في الحيض لأكثر من سنة^(١) .

(١) ألقت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

القسم الثاني - في العجز عن النفقة

مادة ٤ - إذا امتنع الزوج عن الاتفاق على زوجته، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الاتفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا. وإن أثبت أنه أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

مادة ٥ - إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي.

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

مادة ٦ - تطليق القاضي لعدم الاتفاق يقع رجعا، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للاتفاق في أثناء العدة، فإذا لم يثبت إيساره ولم يستعد للاتفاق لم تصح الرجعة.

الباب الثاني - في المفقود

مادة ٧ - إذا كان للمفقود وهي من انقطع خبره مال تنفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتبين الجهة التي يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجودا بها. وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحفانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة. فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضي ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر، يعلن القاضي الزوجة، فتعده عدة وفاة أربع أشهر وعشرة أيام. وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تترج بغيره.

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مادة ٨ — اذا جاء المفقود أو لم يبيء وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول ، فان تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول .

الباب الثالث — في التفريق بالغيب

مادة ٩ — للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمة بالغيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ — الفرقة بالغيب طلاق بائن .

مادة ١١ — يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

الباب الرابع — في أحكام متفرقة

مادة ١٢ — تسرى أحكام المادة الثالثة من هذا القانون على المعتدات الاتي حكم لهن بنفقات عدة بمقتضى أحكام نهائية صادرة قبل تنفيذ هذا القانون ^(١) .

مادة ١٣ — على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويسرى العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية م

صدر برأى رأس التين في ٢٥ شوال سنة ١٣٢٨ (١٢ يولييه سنة ١٩٢٠)

فؤاد

بأمر الحضرة السلطانية

رئيس مجلس الوزراء

محمد توفيق نسيم

وزير الحقانية

أحمد دو الفقار

(١) ألغيت هذه المادة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية

نحن فؤاد الأول ملك مصر :

بعد الديباجة — رسمنا بما هوآت :

١ — الطلاق

مادة ١ — لا يقع طلاق السكران والمكروه .

مادة ٢ — لا يقع الطلاق غير المنجز، إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير .

مادة ٣ — الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

مادة ٤ — تكايات الطلاق ، وهي تحتل الطلاق وغيره ، لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

مادة ٥ — كل طلاق يقع رجعا إلا المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول . والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠

٢ — الشقاق بين الزوجين والتطبيق للضرر

مادة ٦ — إذا أدعت الزوجة لإضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما ، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكّمين ، وقضى على الوجه المبين بالمواد

(٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١) .

مادة ٧ — يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما .

مادة ٨ — على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قزرا .

مادة ٩ — إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منهما : أوجهل الحال . قزرا التفريق بطلقة بائنة .

مادة ١٠ — إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

مادة ١١ — على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقترانه، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

٣ — التطلاق لغيبة الزوج أو لحبسه

مادة ١٢ — إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

مادة ١٣ — إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فترق القاضي بينهما بتطليقة بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار وضرب أجل .

مادة ١٤ — لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للجزية مدة ثلاث سنين فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بائنا للضرر، ولو كان له مال تستطيع الاتفاق منه .

٤ - دعوى النسب

مادة ١٥ - لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة .

٥ - النفقة والعدة

مادة ١٦ - تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجة .

مادة ١٧ - لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد عن سنة من تاريخ الطلاق . كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفى عنها زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق .

مادة ١٨ - لا يجوز تنفيذ حكم بنفقة صادر بعد العمل بهذا القانون لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق . ولا يجوز تنفيذ حكم صادر قبل العمل بهذا القانون لمدة بعد صدوره إلا بمقدار ما يكمل سنة من تاريخ الطلاق .

٦ - المهر

مادة ١٩ - إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فان عجزت كان القول للزوج بيمينه ، إلا إذا ادعى مالا يصح أن يكون مهرا لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل .

وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين وريثتهما .

٧ - سنّ الحضانة

مادة ٢٠ - للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع ، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصالحتهما تقتضي ذلك .

٨ — المفقود

مادة ٢١ — يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

وأما فى جميع الأحوال الأخرى ، فيفوض أمر المدّة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك كله بعد التحزى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا .

مادة ٢٢ — بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة فى المادة السابقة تعتد زوجته عدّة الوفاة وتنقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

مادة ٢٣ — المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

مادة ٢٤ — تلتقى المواد (٣ و ٧ و ١٢) من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ التى تتضمن أحكاما بشأن الثقة ومسائل أخرى متعلقة بالأحوال الشخصية .

مادة ٢٥ — على وزير الحقانية تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

نأمر أن يصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بمرأى عابدين فى ٢٨ رمضان سنة ١٣٤٧ (١٠ مارس سنة ١٩٢٩)

فؤاد

بأمر حضرة صاحب الجلالة

رئيس مجلس الوزراء

محمد محمود

وزير الحقانية

أحمد محمد خشبه