

الباب الأول

الولاية على النفس

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول:

القيام على شؤون اليتيم،

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الولاية؛ تعريفها وأقسامها.

المبحث الثاني: الولي على شؤون اليتيم.

المبحث الثالث: حفظ نفس اليتيم.

الفصل الثاني:

ولاية تزويج اليتيم.

obeikandi.com



الفصل الأول



القيام على شؤون اليتيم
ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول الولاية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الولاية

الولاية لغة: مصدر «ولي» فهو وليّ ضد العدو والولي الناصر، والولاية النصرة والسلطة، والولاية تولي أمر الغير والقيام بكفايته^(١).
واصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى^(٢).
وهذا التعريف لا يشمل إلا ولاية الإيجاب^(٣).
وعرفها الحموي^(٤) بأنها:

(١) ينظر: الصحاح للجوهري مادة ولي ٥٥٩/٦ - لسان العرب لابن منظور مادة ولي ٤٠٦/١٥.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ط١. بيروت. د. ك. ع، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧ م. تحقيق زكريا عميرات ١٩٢/٣.

(٣) شرح قانون الأحوال الشخصية مصطفى السباعي. ط٩. دمشق. دار الوراق. ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠١ م. ١٣٦/١.

(٤) هو أحمد بن محمد الحسيني الحموي المكي، عالم مشارك في أنواع العلوم، تولى =

نفاذ تصرف الغير شاء أم أبى^(١). فزاد التصرف على القول لكي يشمل التصرفات القولية والفعلية.

إلا أن هذين التعريفين من حيث معناهما يدلان على بيان الحكم لا على بيان المعنى. لذلك اعتُرض عليهما بتعريف جديد بأنه: قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية^(٢).

وبعد استقراء التعاريف استقر رأي الفقهاء المحدثين على تعريف جامع الولاية، وهو التعريف المختار:

الولاية سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب الآثار الشرعية عليها^(٣).

المطلب الثاني: أقسام الولاية

تنقسم الولاية إلى قسمين: ولاية قاصرة وولاية متعدية.

- فالولاية القاصرة: ولاية الشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية والحرية والبلوغ والعقل. وتسمى الأهلية الذاتية.

- الولاية المتعدية: ولاية الشخص على غيره، ولا تكون إلا لمن ثبتت

= إفتاء الحنفية. أخذ عن الإمام الخفاجي والفتية محمد بن أحمد الشبري، درس بالسليمانية والحسنية بالقاهرة من تصانيفه: «غمز العيون والبصائر»، «الدر النفيس»، «نسب الشافعي»، «كشف الرمز عن خفايا الكنز» وغيرها، توفي سنة ١٠٩٨ هـ. ينظر: هدية العارفين إسماعيل بغدادي/١، ١٦٤، معجم المؤلفين عمر رضا كحالة ٢٥٦/١.

(١) غمز العيون والبصائر للعلامة الحموي ١٠٩٨ هـ. ط٢. إسلام آباد. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ١٤٢٤ هـ. ٢٠٠٤م تحقيق نعيم أشرف نور أحمد ٣٩٥/١.

(٢) المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا، ط١. دمشق دار الفكر ١٣٨٧ هـ. ١٩٦٨ م. ٨١٧/٢.

(٣) الفقه الاسلامي وأدلته الزحيلي. ط٣. دمشق، دار الفكر. ١٤٠٩ هـ. ١٩٨٩ م. ١٣٩/٤ - الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي للدكتور أحمد الغندور، ط٤. بيروت. مكتبة الفلاح، ١٤٢٢ هـ. ٢٠٠١م. ١٤٩ - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بدران أبو العنين بدران، بيروت. دار النهضة العربية، ١٣٨٦ هـ. ١٩٦٧م. ١٣٤.

له ولاية على نفسه. وتنقسم هذه الولاية من حيث من ثبتت له إلى أصلية ونيابية.

○ **فالأصلية:** هي الولاية التي تثبت ابتداءً، من غير أن تكون مستمدة من الغير، كولاية الأب والجد فهما يستمدانها من الشارع بسبب الأبوة.

○ **والنيابية:** هي الولاية المستمدة من غيرها، كولاية القاضي والوكيل والوصي، فالقاضي يستمدها من الحاكم، والوصي ممن أقامه، والوكيل ممن وكله.

وكذلك تنقسم الولاية المتعدية إلى ولاية عامة وولاية خاصة.

○ **فالعامة:** هي الثابتة لرئيس الدولة أصالة ولل قضاء نيابة عنه، بصفتهم حكامًا لا بصفتهم الشخصية.

○ **والخاصة:** هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكامًا، كما تنقسم الولاية المتعدية من حسب موضوعها إلى ثلاثة أقسام:

❖ الولاية على النفس، الولاية على المال، الولاية عليهما معًا.

❖ **فالولاية على النفس:** تكون في الأمور المتعلقة بشأن المولى عليه، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج، كولاية الأخ الشقيق على أخته القاصرة، بغياب الأب والجد أو حضور أحدهما مع عدم الأهلية.

❖ **الولاية على المال:** تختص بالتصرفات المتعلقة بمال المولى عليه، تكون هذه الولاية لمن تثبت لهم شرعًا كالأب أو وصيه، الجد أو وصيه، القاضي ووصيه.

❖ **الولاية على النفس والمال معًا:** كولاية الأب على أولاده فاقدية الأهلية أو ناقصيها - أو الجد^(١) -.

هذا التقسيم للولاية مقارنة مع أحوال اليتيم، وتعريفه؛ يتضح أن

(١) ينظر الفقه المقارن للأحوال الشخصية بدران أبو العينين بدران ١٣٤ - ١٣٥ - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبدالكريم زيدان ط١٦، بيروت، مؤسسة الرسالة

اليتيم يدخل في دائرة الولاية المتعدية، وانخضاعه لتقسيماتها الثلاثة:

- ١ - الولاية على نفس اليتيم.
- ٢ - الولاية على مال اليتيم.
- ٣ - الولاية عليهما معاً.

وسيتم الشروع في الكلام على الولاية على نفس اليتيم قبل ماله، كما هو معهود في كتب الأصول أن النفس مقدمة على المال، لذلك مراعاة لهذا الجانب كان هذا التقديم^(١).

المبحث الثاني

الولي على نفس اليتيم

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الولي

ذكرنا في تعريف الولاية أنها مصدر من ولي، تقوم الولاية بتوليته من خلال السلطة التي تملكها على القاصر؛ لأنها تقوم بكفايته وإدارة شؤونه من خلال الولي.

فمن هو الولي؟ وما هي الولاية على النفس؟ وما هي شروطه؟

هل كل ولي يمكن أن يكون ولياً ليتيم؟

(١) هناك ضروريات خمسة يجب على المسلم المحافظة عليهم بالترتيب، كما نبه علماء الأصول، وهي مقدمة في الأهمية بحسب مراتبها: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. فحفظ النفس أمر ضروري إلا أنه يمهّد في سبيل المحافظة على الدين لأن حفظ الدين أهم، لذا يجب جهاد الأعداء، كما يباح شرب الخمر للمضطّر أو المكره بقصد حفظ النفس، لأن حفظ النفس مقدم على حفظ العقل. ويباح إتلاف مال الغير عند الإكراه؛ لأن حفظ النفس مقدم على حفظ المال. ينظر: الميسر في أصول الفقه، الدكتور إبراهيم محمد سلقيني، ط٣. بيروت. دار الفكر المعاصر ١٩٩٦م، ٤٢٣ - ٤٢٤.

الولي في اللغة: من «ولي» الشيء وولي عليه ولاية وولاية، وهي القرب والدنو، والولي من أسماء الله الحسنى ومعناه الناصر.

وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها، ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه^(١).

- وعند الفقهاء: هو البالغ العاقل الوارث فخرج الصبي والمعتوه والكافر على المسلمة. أو: هو من له على المرأة ملك أو بنوة، أو أبوة، أو تعصيب، أو ولاء، أو إصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام^(٢).

وفي شرح المجلة^(٣) الولي الذي يحق له التصرف في مال الغير بدون استحصال إذن برضاء صاحب المال^(٤).

وعرفه الزمخشري: «بالذي يلي أمر القاصر والضعيف من وصي إن كان سفيهاً، أو وكيل إن كان غير مستطيع، أو ترجمان يمل عنه وهو يصدقه»^(٥).

فالمطلع على تعاريف الولي من كتب الفقه القديمة، يجد أنها تنحصر في ولاية التزويج إلا ما ورد مختصراً بما لا يفي بالمطلوب. كالتعريف القائل: إنه الذي يلي أمر اليتيم ويقوم بكفايته^(٦).

لذلك فالمختار من التعاريف، التعريف القائل: «إن الولي الممثل الشرعي للقاصر، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق»^(٧).

(١) ينظر: الصحاح للجوهري ٥٥٩/٦ - لسان العرب لابن منظور ٤٠٦/١٥.

(٢) ينظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٩٢/٣ - المجموع شرح المذهب للإمام النووي - وتكملته للماراني، ط١. بيروت. د. ك. ع. ١٤٢٣ هـ. ٢٠٠٢ م. ١٦٧/١٩ والقول لابن عرفة، ينظر: شرح حدود ابن عرفة لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، ط١. دار الغرب الإسلامي، بيروت. ١٩٩٣ م، ٢٤١/١.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام علي حيدر - بيروت. د. ك. ع، ٣٣/٢.

(٤) المرجع السابق ٥٢/١.

(٥) الكشاف للزمخشري ٣٢١/١.

(٦) لسان العرب لابن منظور ٤٠٦/١٥.

(٧) المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقا ٨١٧/٢.

فبذلك يكون الولي على نفس اليتيم هو الممثل الشرعي له، فيقوم مقام الأب في جميع الشؤون من تربية وتأديب وتعليم وتزويج وغيرها من الشؤون النفسية ومن عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق وغيرها.

فمن خلال هذه التعاريف استنتج الفقهاء تعريف الولاية على نفس القاصر وكل ما في معناه كالصغير اليتيم وكل قاصر.

فما هو تعريف الولاية على النفس؟

الولي: هو الممثل الشرعي للقاصر، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق. من خلال هذا التعريف الجامع، استنبط الفقهاء أن:

الولاية على النفس: هي الأشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالزويج، والتعليم، والتأديب والتطبيب، والتشغيل في حرفة ونحو ذلك^(١).

وثبت أن الولاية على النفس تدخل دائرة الولاية المتعدية، التي تتطلب ولياً يقوم بشؤون هذه النفس، وبما أن مجال المبحث يدور حول الاهتمام والعناية باليتيم، كان لا بد من البحث عن ولي يقوم بشؤون هذا المخلوق الضعيف، حيث إنني لم أجد فيما اطلعت عليه في بطون الكتب التي اعتمدتها في المبحث وغيرها، على الأولياء الذين يحق لهم تولي سلطته خلا ما كان بعضاً من الكلام في الولاية على اليتيمة أو الصغيرة من النكاح.

وبما أن اليتيم يمر بمراحل مهمة قبل مرحلة الزويج، وجب العناية به حتى يكون صالحاً لنفسه ولماله. هذه المراحل سيتم التعرض لها بالتفصيل بعد معرفة من تكون له الولاية على اليتيم من ولادته وحتى بلوغ رشده.

فهل كل بالغ عاقل وارث يمكن أن يتولى شؤون اليتيم؟ أم هناك أوليات ودرجات؟

ولكن قبل الكلام على مراتب الولي لا بد من معرفة أقسام الولاية على النفس.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي ١٤١/٤.

المطلب الثاني: أقسام الولاية على النفس

استنبط الفقهاء تعريف الولاية على النفس من خلال تعاريف الولي، وكان لا بد من تطبيق أقسامها على القاصرين ومن بينهم اليتيم. لذلك قسم الفقهاء الولاية إلى قسمين:

- ولاية إجبار؛ ويطلق عليها ولاية الحتم والإيجاب.

- ولاية اختيار؛ ويطلق عليها شركة وندب واستحباب.

والأسباب العائدة إلى هذه التقسيمات الاختلاف القائم بين الفقهاء في الحرية البالغة العاقلة، هل تملك الولاية على نفسها أو لا؟ أي هل ولايتها قاصرة أو متعددة؟

فالسادة الحنفية اعتبروا أن ولايتها قاصرة في الأصل، بما قرروه أنها تملك التصرف في مالها، ولها الاختيار^(١)

وأما الجمهور غير الحنفية، فقد اعتبروا أن ولايتها متعددة، باعتبار أنها ضعيفة لا تحسن الاختيار لقلّة ما لديها من الاختبار، وخضوعها للعاطفة التي تطفئ على مصلحتها^(٢).

هذا الاختلاف قائم من حدود ولاية التزويج بالنسبة للمرأة، لذلك سيتم التعرض له في مبحث ولاية التزويج.

أما الصغير فقد اتفق الفقهاء بدخوله في ولاية الإجبار لعدم أهليته^(٣).

(١) ينظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٥، فتح القدير لابن الهمام ط١. بيروت. دار الكتب العلمية. ١٤١٥هـ. ١٩٩٥م. تحقيق عبدالرزاق غالب المهدي ٢٤٧/٣ - البدائع للكاساني ط١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م. تحقيق علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبدالموجود ٣/٣٦٩.

(٢) ينظر: المجموع للنووي ١٩/١٦٨ - المغني لابن قدامة المقدسي ط٢. بيروت. د. ك. ع. ٢٠٠٤م - ١٤٢٤هـ. تحقيق عبدالسلام شاهين ٦/٣١٥، الذخيرة فروع المالكية للإمام القرافي، بيروت. ط١. د. ك. ع. ١٤٢٢هـ. ٢٠٠١م تحقيق أحمد عبدالرحمن ٤/١٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٣٣٩ - نهاية المطلب للجويني، ط١، جدة، دار المنهاج للنشر والتوزيع ٢٠٠٧م - ١٤٢٧هـ. تحقيق عبدالعظيم محمود الديب ١٢/٤٣ - الذخيرة للإمام القرافي ٤/٢٧.

فإذا كانت الولاية على الصغير إجبارية أو جبرية؛ لعدم أهليته وقصره عن القيام بشؤونه، فالولاية على اليتيم تكون من باب الأولى؛ لأن حاجته إلى من يقوم بشؤونه أبلغ من الصغير الذي وجد أباه ليرعاه، بينما فقدته اليتيم، فاختر له الشارع ممثلاً شرعياً عنه، ليقوم مقامه بالمعروف.

المطلب الثالث: مراتب أولياء اليتيم

قدر الله ﷻ أن يولد الصغير عاجزاً وقاصراً عن القيام بأمور نفسه ومصالحته، وقد هيا الله ﷻ له من يعطف عليه في خلال هذه الأطوار، التي سيمر بها في صغره أي من ولادته إلى بلوغه سن الرشد.

والمطلع على كتب الفقهاء قديماً، يجد أن الكلام في الولاية على النفس، ينصب أكثره على ولاية التزويج، باعتبارها المقصد الأساسي والأهم في حياة الصغير والصغيرة؛ لأنه عقد العمر الذي يستقرون عليه.

لذا نجد مراتب الأولياء، من خلال ولاية الإجماع، تتوقف عند ولاية التزويج، مع أن الطفل قبل مرحلة البلوغ يمر بفترات أو بأطوار مهمة، لا بد من التنبيه عليها؛ لأن الطفل قبل بلوغه، يمر بمرحلة تمييزية يفهم فيها الكثير من الأمور الحياتية التي لا يمكن التغاضي عنها كتأديبه وتعليمه، بالإضافة إلى بعض القضايا المالية التي تمكنه - إذا ما رشد - أحقيته في إطلاق الحرية له بالبيع والشراء وغيرها.

فمن الجدير الانتباه إلى مسألة الولاية التي تعتبر مكان الأبوة في الرحمة والشفقة والإكرام، لذلك استثنى الفقهاء الفاسق من الولاية على اليتيم؛ لأنه يكون فاقداً للأهلية بفسقه؛ كما سيتضح في تبيان شروط الولي على نفس اليتيم.

والأصل في الولاية على القاصر هي للعصبات^(١)، بحسب ترتيب

(١) العصبات هم كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى. ينظر القاموس الفقهي سعدي أبو حبيب ط - ٢، دمشق، دار الفكر ١٩٩٣ م. ٣٥٢ - التعريفات الفقهية محمد عميم الإحسان، ط ١، بيروت. د. ك. ع. ٢٠٠٣ م ١٤٢٤ هـ، ١٤٧.

الإرث: البنوة، فالأبوة، فالأخوة، فالعمومة^(١).

باستثناء بعض الفقهاء الذين يعتمدون الترتيب الآتي: البنوة ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة^(٢). لحديث النبي ﷺ: «الإنكاح إلى العصباء»^(٣).

هذا التقسيم لكل قاصر، أما بالنسبة لليتيم الذي لا والد ولا ولد له، فتنتقل الولاية في ترتيب العصباء إلى الأخوة، فالعمومة بغياب الجد الذي يعتبر بمثابة الأب، ففي حياته يقدم على الأخوة والعمومة عند جمهور الفقهاء.

وهو المعتمد في مجلة الأحكام العدلية^(٤)، إذا كانت لديه الأهلية الكاملة. فإن لم يكن هناك عصبية، انتقلت الولاية إلى ذوي الأرحام، الأم وما بعدها على خلاف الجمهور الذين ينقلون الولاية بعد العصباء إلى الحاكم أو السلطان. لقول النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»^(٥).

(١) ينظر: الهداية المرغيناني ٤٨١/٢. مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٤٩/٤ - المغني لابن قدامة المقدسي ٣٢١/٦ - الفقه الإسلامي للزحيلي ١٤١/٤ - درر الحكام علي حيدر ٥٢/١.

(٢) فقهاء المالكية حيث جعلوا الوصي عندهم بمثابة الأب، فهو مقدم على الجد والأخوة. ينظر: الذخيرة للقرافي ٢٧/٤ وما بعدها.

(٣) لا أصل له مرفوعاً، ذكره الزيلعي مبيناً له انظر: نهاية المطلب للجويني، ط ١. ، جدة دار المنهاج للنشر والتوزيع ٢٠٠٧م - ١٤٢٧ هـ. تحقيق عبدالعظيم محمود الديب ١٩٥/٣ وقال ابن حجر في الدراية: لم أجده ٦٢/٢ لذا قال ابن الهمام: «ورد عن علي موقوفاً ومرفوعاً أه ٢٦٨/٣».

(٤) ينظر المادة: ١٠: مجلة الأحكام العدلية أنشئت في عهد السلطة العثمانية على يد نخبة من أهل العلم، لتكون دستوراً للقضاة في المحاكم الشرعية، طبعت للمرة الأولى عام ١٢٩٧ هـ. ثم طبعت عام ١٤٢٤ هـ. في بيروت. دار ابن حزم، وهي المعتمدة لدى المحاكم اللبنانية كتاب قوانين الأحوال الشخصية العامة ولدى الطوائف الإسلامية في لبنان. نادر عبدالعزيز شافي، رسالة ماجستير طرابلس المؤسسة الحديثة للكتاب ٢٠٠٣م. ٤.

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي، عن عائشة ؓ: بحديث: «أيما امرأة نكحت فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له» ٢٨٥ ح ١١٠٢ وقال: حديث حسن.

فتكون الولاية على نفس اليتيم مبدئياً كما يلي:

- **أولاً:** الجدود: أي الجد الصحيح أبو الأب؛ وهو الذي لم تدخل في نسبته إلى الصغير أنثى كأب الأب وإن علا.
 - **ثانياً:** الأخوة: فيأتي الأخ الشقيق، ثم أخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.
 - **ثالثاً:** العمومة: فيأتي العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب.
 - **رابعاً:** الأم والأقرباء غير العصبات. فعند عدم العصبات، تنتقل الولاية على النفس إلى الأم وغيرها من غير العصبات، وهم: أم الأب، ثم الجد غير الصحيح أي أبو الأم، ثم الأخوات مطلقاً، والأخ لأم، فتقدم الأخت الشقيقة ثم أخت لأب، ثم الأخ أو الأخت لأم. وعند عدم هؤلاء تنتقل الولاية إلى أولادهم ثم باقي ذوي الأرحام، كالعمات والأخوال والخالات.
 - **خامساً:** عند عدم العصبات وغيرهم، تنتقل الولاية على النفس إلى القاضي، أو لمن ينصبه القاضي^(١).
- فهذا الترتيب يطبق مبدئياً على الصغار من اليتامى، وغيرهم من قاصري الأهلية.
- إذا فالترتيب في هذه الولاية مرتبة إرثياً بحيث لا ولاية للأبعد مع وجود الأقرب.
- وقد جعلت هذه الولاية إلى العصبات، باعتبار أن الولاية للصيانة مما يلحقهم من العار والشين بأهل الزوج. وهي إنما تكون للعصبات لقوله عليه

(١) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/ ٣٧٦ - ٣٧٧ باختصار، وقد استثنى البنوة لعدم أهلية اليتيم للأبوة، ومولى العتاقة لبعدهم بالانقطاع. جامع أحكام الصغار للأستروشنى طابروت. د. ك. ع. ١٤١٨ هـ. ١٩٩٨ م. ٣٧ - ٣٨، الولاية على النفس محمد أبو زهرة. بيروت. دار الرائد العربي ٨٣ - أحكام الأسرة المسلمة محمد مصطفى شلبي ط٤ بيروت، الدار الجامعية، ١٤٠٣ هـ. ١٩٨٣ م. ٢٨٩.

الصلاة والسلام: «النكاح إلى العصابات».

واللام للجنس، فينبغي أن يكون الجميع مفوضاً إليهم، ولا يعتبر اجتماعهم؛ لأنهم مقابلة الجمع بالجمع، فيقتضي انقسام الآحاد على الآحاد. ولأن اللام إذا دخلت على الجمع أبطلت معنى الجمعية وصار كالمفرد. وهي إنما تكون للعصابات لأن عيالهم قد يكونون من قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار، ولذا كانت قرابة التعصيب مقدمة على قرابة الرحم بالاجماع.

واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمُ وَالصَّالِحِينَ مِن عِبَادِكُمُ وَإِمَائِكُمُ﴾^(١). فقد أمر الله بإنكاحهم، وأطلق ولم يقيد بالعصبة أو غيرهم، والولاية نظرية، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة الموجبة لاختيار الكفاءة، وذووا الأرحام بهذه المثابة، فإن شفقة الإنسان على ابنة أخته، كشفقته على ابنة أخيه، بل تترجح على الثانية. وأن شفقة ذوي الأرحام، ليست بأقل من شفقة السلطان، ولا من ولاءه فكانوا أولى منهم. وأن الولاية مرتبة على استحقاق الميراث؛ لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة، فكل من استحق الميراث استحق الولاية من هنا تظهر أرجحية الإمام؛ لأنه لا معنى لأن يتولى الحاكم نكاح امرأة، مع وجود قريب لها يتصل بنسبها^(٢).

فبالإضافة إلى التعليل المتقدم حول أحقية ذوي الأرحام في الولاية بعد العصابات، فإن فقهاء المذهب المعتمد أقروا ولايتهم، وكذلك فإن قرارهم معتمد في الدوائر الرسمية، وأن أكثر كتب الأحوال الشخصية مؤيدة لرأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله.

موقف القانون:

وإن كان رأي جمهور الفقهاء بخلاف مذهب السادة الحنفية، إلا أن ما عليه عمل القوانين لدى المحاكم الشرعية، راعى مذهب الحنفية،

(١) سورة النور ٣٢.

(٢) البدائع للكاساني ٣/٣٧٧ - فتح القدير لابن الهمام ٣/٢٧٦.

لمسايرته مع أحوال الضعفاء^(١).

لذلك نصت قوانين المحكمة الشرعية على أن:

- الولي في النكاح هو العصة بنفسه على الترتيب^(٢) أي المعتمد في كتب الميراث كما مر.

الخلاصة:

فاليتيم مهما كثرت مراتب الأولياء بالنسبة إليه، ليس من الضروري أن يكون لأصحاب المرتبة الأولى ولاية عليه، إذا لم تتحقق بالإضافة إلى الولي، الشخصية الحسنة صاحب الشروط الأصلية التي وضعها الفقهاء في استحقاق هذه الولاية، سواء أكان من العصابات أم ذوي الأرحام، لأنه قد يكون أولي الأرحام، أكثر تقى وورع من العصابات، فلا يقدم العصابات لأنه من أوائل المراتب، ولكن ينقلها القاضي مباشرة للأرحام؛ ليتم المحافظة عليه، إذا ثبت ذلك.

فالشارع حين أمر بإصلاح اليتيم لم يعط الصلاحية لأحد إلا ضمن الشروط الشرعية المخصصة للولي، فاليتيم ليس كالصغير الذي لم يجد أباه، حتى أنه إذا كان الأب سفيهاً أو لا يملك أهلية الولاية، فلا يمكن إسداؤها إليه، وإنما تنتقل إلى من بعده من العصابات مباشرة.

لذلك فإن إصلاح اليتيم لا يتم إلا من خلال أناس وأولياء صالحين حتى يكون صالحاً، سواء كان لنفسه وماله أو لمجتمعه ودينه.

فأثبت الشرع الولاية لمن امتلك ناصيتها بالشروط التي أطلقها على الأولياء. لذلك لا بد من التعرف على شروط الولي الذي يمكن أن تكون له هذه الولاية.

(١) ينظر: أحكام الأسرة المسلمة محمد مصطفى شلبي ٢٨٩ - الأحوال الشخصية د. أحمد غندور ١٦٤. مجلة الأحكام العدلية ٥٠٥ - الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بدران أبو العنين بدران ١٤٧. شرح قانون الأحوال الشخصية مصطفى ط ٩. دمشق. دار الوراق. ١٤٢٢ هـ. ٢٠٠١ م ١/١٣٩.

(٢) ينظر المادة ١٠: مجلة الأحكام العدلية ٥٠٥، قوانين الأحوال الشخصية نادر عبد العزيز شافي ٤.

المطلب الرابع: شروط الولي

إن إعداد اليتيم لكي يكون أمل الأمة في المستقبل، يجب أن لا يتم عشوائياً، بل لا بد من تنظيم حياته الروحية والمادية معاً، فلا يعطى شيء على حساب شيء آخر، وإلا لما أمر الله سبحانه وتعالى من إعداد دينياً قبل البلوغ، وتعليمه الآداب الإسلامية وكيفية مراعاة الحرمات، فهذه الأمور تحتاج إلى من يتقنها ويعرف أهميتها من الأولياء، ليتمكن الولي من نقش القيم والروحانيات في نفسه وتعميق المفاهيم الخاصة، من حقوق وواجبات، حتى يكون عنصراً فاعلاً في جميع الميادين الدعوية والاجتماعية والاقتصادية... إلخ.

من أجل ذلك جاءت التوصيات مشددة على ضرورة الاعتناء باليتيم بشتى أنواع الوسائل، فلم يعط الشرع الولاية من شاء، إذا لم يمتلك المؤهلات أو الشروط التي تساعد على تنمية هذه الشخصية التي ربما تكون في يوم من الأيام أحد مجددي هذا الدين.

فمن هو الولي؟ وما هي شروطه التي يمكن أن تتحقق على يديه هذه الولاية؟

سبق تعريف الولي عند الفقهاء أنه البالغ العاقل الوارث، فخرج الصغير المعتوه والكافر على المسلمة^(١).

من خلال هذا التعريف يمكن أن نحدد الشروط الأولية للولي وهي:

أولاً: البالغ، والعاقل، والوارث، والحرية. وهو ما يسمى بكامل الأهلية، لأن كل ما ضد هذه الشروط الأربعة يُعدُّ نقصاً في الأهلية، لأن الصغير غير البالغ، ولو كان مميزاً لا يملك الولاية على نفسه فكيف تثبت لغيره. قال الفقهاء: إنه لا ولاية لرقيق ولا صغير ولا مجنون؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت لهم على غيرهم، ولأن هذه الولاية نظرية، ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء^(٢).

(١) البحر الرائق لابن نجيم ١٩٢/٣ - المجموع للنووي ١٦٧/١٩.

(٢) ينظر الهداية للمرغيناني ٢٣٤/١ - المغني لابن قدامة ٣٢٥/٦ - مغني المحتاج =

ثانياً: الإسلام: أن يكون الولي مسلماً؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلمة، قال تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١). لأن المؤمنين بعضهم أولياء بعض والكافرين بعضهم أولياء بعض، والإسلام أعلى وما سواه أدنى، فلا ولاية للأدنى على الأعلى.

واستثنى من ولاية المسلم على الكافر، السلطان أو الحاكم، ومن ينوب عنهم بسبب ولايتهم العامة، لذلك قالوا: إن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة^(٢)، فالبلوغ والعقل والحرية والإسلام شروط متفق عليها بين الفقهاء، وهناك شروط أخرى مختلف عليها في اشتراطها وهي:

ثالثاً: الذكورة: اشترط جمهور الفقهاء الذكورة في الولاية باعتبار أن المرأة قاصرة ناقصة ولا ولاية لها على نفسها، وأما الحنفية فلم يعتبروا الذكورة شرطاً من ثبوت الولاية؛ لأن المرأة البالغة العاقلة تملك ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير. بطريق الولاية أو الوكالة^(٣).

والذي تميل إليه النفس، أن الولاية على اليتيم مشتركة بين الذكورة والأنوثة؛ لأن الأصل في ذلك الإصلاح والتربية، فإن وجد التقصير من الذكورة، فإن الولاية تنتقل إلى الأنوثة وبخاصة اليتيم، فإنه لا بد من مراعاة خاصة الأمومة لديها؛ وهي الأكثر شفقة على أولادها بعد وفاة الأب، والولاية من الطبيعي أن تكون بين الأم والعصوبة. والصغيرة تبقى عند أمها أو جدها حتى تحيض وذلك بعد استغنائها بنفسها، لأنها تحتاج إلى معرفة أعمال النساء من الغزل والطبخ والغسل، والأم أقدر على ذلك، ولذا تبقى البنت في حضانة أمها وجدتها حتى تحيض، فإذا بلغت البنت

= للخطيب للشرييني ٢٥٣/٤، وينظر: المجلة المادة ١١ - قوانين الأحوال الشخصية العامة نادر عبدالعزيز شافي ٤.

(١) سورة النساء ١٤١.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٢٤٧/٣ - الفقه المقارن لبدران ١٤٢.

(٣) الفقه الإسلامي للزحيلي ١٩٦/٧، الولاية على النفس أبو زهرة ١١٣، المغني لابن قدامة ٣٢٥/٦.

احتاجت إلى التزويج والصيانة، والأب له ولاية التزويج - أو عصيته بالنسبة لليتيمة - وهو أقدر على صيانتها من أمها وجدتها؛ لأنها إذا بلغت صارت عرضة للفتنة، ومطمعاً للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء؛ فالأب أقدر على دفع خداع الفسقة واحتياهم، فكان أولى^(١).

فليس من الممكن أن تسلب ولاية كل النساء على غيرهنّ وخصوصاً أولادهنّ، فكم من النساء خرّجن الأبطال والمجددين بغياب الآباء.

رابعاً: ألا يكون محجوراً عليه بالسفه^(٢)؛ لأن السفه إنما حجر عليه لعدم قدرته القيام بما يصلح نفسه في أكثر الأوقات، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُنْصَلَ هُوَ فَلْيُكَلِّلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٣) فدلّت الآية على أن السفه يحتاج إلى من ينوب عنه في معاملاته وعقوده، فكيف يعطى الولاية وهو محجور عليه؟ هذا في شأن الولاية على أي قاصر، فكيف باليتيم وهو الأكثر توصية واهتماماً.

خامساً: أن يكون قادراً على حفظ المولى عليه وصيانتها، كأن يكون القريب العاصب شيخاً هرمًا، قد ضعف عن المحافظة على نفسه، فغيره من باب أولى، فهو يحتاج إلى من يحافظ عليه، فلا يمكنه أن يحافظ على غيره، لأنه قد يختل عقله، ويضعف بصره، ويكبر سنّه، فتتفقد عنده الأهلية فتصبح ناقصة، وهي غير معتبرة لنقصها^(٤).

سادساً: أن يكون محرماً، فإن كان غير محرم، فلا تضم إليه الأنثى، ويضم إليه الذكر.

قال الفقهاء: وتثبت لكل ذي محرم وارث على ترتيب الإرث، فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم، اختار لها القاضي أفضل المواضع؛ لأن الولاية في هذه الحالة للقاضي، فيراعي الأصلح، فإن رآه

(١) البدائع للكاساني ٢١٣/٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٢٥٤/٤ - المبسوط للسرخسي ١٥٧/٢٤ وهو قول الصاحبين خلافاً للإمام أبي حنيفة.

(٣) سورة البقرة ٢٨٢.

(٤) الولاية على النفس لأبي زهرة ١١٤ - مغني المحتاج للشربيني ٢٥٤/٤.

أصلح ضمها إليه، وإلا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة^(١).

سابعاً: العدالة: انقسم الفقهاء في اشتراط عدالة الولي إلى قسمين:

الأول: أن العدالة ليست بشرط في الولي، فاعتبروا الفاسق أهلاً للولاية على نفسه، وكل من له ولاية على نفسه تثبت له الولاية على غيره، باعتبار أن عماد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة، وفسقه لا يمنع شفقه بأولاده، ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه. وهذا رأي أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وأحمد^(٢).

الثاني: أن العدالة تشترط في الولي، وليس للفاسق ولاية على النفس سواء في التزويج أو غيرها؛ لأنه اشترط في الولي الرشد، فلا يكون الولي مرشداً يوصف بإرشاده إلا إذا كان في ذاته عدلاً أميناً في ذات نفسه حتى يؤمن في حق غيره، ولهذا يقبل إقراره ولا تقبل شهادته على غيره، لذلك جاء في الحديث إنه: «لا نكاح إلا بولي مرشد»^(٣)، والرشد هو الصلاح في الدين والدنيا. والصلاح يقابل الفساد الذي يحدث من الفاسق. باستثناء الإمام الأعظم، فإنه لا يقدح فسقه لأنه لا ينزل به^(٤). وهو قول الشافعية والحنابلة وقول عن الحنفية.

وإن كان هناك من رجح الرأي الأول في مسألة الولاية في التزويج، باعتبار أن العدالة إنما شرطت في الولايات لابتعاد الولي عن التقصير والخيانة. وطبع الولي في النكاح يمنعه عن التقصير والخيانة في حق المولى عليه؛ لأنه لو وضعها في غير كفؤ كان ذلك عاراً عليه وعليها،

(١) البدائع للكاساني ٢١٥/٥ - مغني المحتاج للشربيني ١٩٣/٥.

(٢) المبسوط للسرخسي ١٥٧/٢٤ - روضة الطالبين للنووي ط١. بيروت. دار ابن حزم ١٤٢٣ هـ. ٢٠٠٢ م. ١١٨٧ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ط١. بيروت. د. ك. ع ١٤١٥ هـ. ١٩٩٤ م. تحقيق أحمد عبدالسلام ٢٦٠/٥ - المغني لابن قدامة المقدسي ٣٢٦/٦.

(٣) أخرجه الشافعي في مسنده بسند صحيح وقال أحمد: إنه أصح شيء في الباب، كذا في المغني للخطيب الشربيني ٢٥٦/٤ - مسند الإمام الشافعي بيروت. د. ك. ع ٢٩١.

(٤) روضة الطالبين للنووي ١١٨٧. المغني لابن قدامة المقدسي ٣٢٦/٦، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ٢٦٠/٥. جامع أحكام الصغار للأستروشنى ٤٣.

وطبعه يرفض إدخاله على نفسه وموليته من الإضرار والعار^(١). إلا أنهم شرطوا هذه الولاية مما يعطي المصلحة للمولى عليها.

بالإضافة إلى شيء آخر مهم، هو أنهم لم يشترطوا العدالة في ولاية التزويج فقط، بل شُرطت أيضا لمصلحة القاصر سواء في ولايته النفسية أو المالية. فإن وجد في الولي تقصير أو خيانة، فإن الولاية تسلب منه. وهذا ما اتفق عليه جميع الفقهاء.

فالأمر فيه ضيق، فليس للولي أن يتصرف بما يشاء، بل هو مراقب ومسؤول عما يفعله، فمهما كان الكلام والاختلاف في عدالة الولي إذا كان أباً أو جدًا، فاليتيم لا بد للولاية على نفسه من العدالة، لأن الله ﷻ قرر ذلك قائلًا: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾^(٢).

وجمهور المفسرين على أن الإصلاح هنا ليس في المال فقط، وإنما هو في المال والنفس، أي الدين. والفساق سمي فاسقًا لفعله الكبائر وإصراره على الصفات، فلا يمكن أن يتولى إصلاح غيره وهو غير مصلح لنفسه، والعدالة ملكة تحمل على التقوى، وهي وازعة عن التقصير في جلب المصالح ودرء المفاسد.

اليتيمة أحوج في العناية من اليتيم الذي ببلوغه رشيدًا، تنفذ تصرفاته ومعاملاته، وأما اليتيمة فيبقى مُخافًا على نفسها ما لم تكن مدربة على التقوى والصلاح.

موقف القانون:

نصت قوانين المحكمة الشرعية على أنه:

- يشترط في أهلية الولي أن يكون مكلفًا، فلا ولاية للصبي والمجنون والمعتوه على أحد أصلا.

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ط ٢، بيروت. دار الريان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.
٦٧/١ - ٢٥٢/٢.

(٢) سورة البقرة ٢٢٠.

- الولي في النكاح هو العصبه بنفسه على الترتيب^(١).
فالقانون جاء عاماً، لما فيه مصلحة الضعيف، ويبقى الأمر للقاضي في فصل الحكم بالولاية له.

الخلاصة:

إن الشرع إنما شرع لمصلحة الضعيف، والخلاف الدائر بين الفقهاء هو اختلاف لمن يحق له أن يتولى شؤون القاصر عند عدم وجود الشروط الأولية للولي، والتي يمكن حصرها بشكل عام في ثمانية: البلوغ، العقل، الحرية، الإسلام، الذكورية، وأن يكون مالكا لنفسه، والعدالة، والرشد. فالفقهاء ابتدؤوا الولاية للأب بوجوده، ثم للعصبات من بعده، فالحنفية حاولوا وصل أولياء اليتيم مباشرة بعد فقد العصبات إلى ذوي الأرحام، حتى لا تنقطع الشفقة والرحمة عن اليتيم ولو للحظة، لأنه ريثما يصل الأمر إلى الحاكم، قد يتطلب الوقت الكثير، فقد يهان اليتيم في هذه الفترة مما يعرضه إلى الإيذاء وغير ذلك مما يؤدي إلى غضب الله عز وجل وأكثر من ذلك. فهم وضعوا الحلول قبل وقوع حوادثها حفاظاً على مصلحة المتولى عليه، باستثناء العدالة وهم وإن لم يشترطوها إلا أنهم شرطوا لعدمها شروطاً يشعر كأنها موجودة، وإلا فمن يرضى في هذا الزمان أن يولي أولاده أو أولاد غيره أناساً معروفين بفسادهم وإفسادهم، بل هل يقبل القاضي أو الحاكم وهو الموكل بأمر الله ﷻ أمور المسلمين أن يستهين بها.

وغير الحنفية إنما شددوا باعتبار مصلحة المتولى عليه فلا يمكن أن يظن خطأً إلا إذا تؤكد منه، لأن الأصل براءة الذمة، والصدق وغيره من الصفات الحميدة التي يجب أن تكون من شروط الولي.

حتى أن الذي أخذ الرأي بعدم اشتراط العدالة قال: «وقد يجوز في حال الإضطرار ما لا يجوز في حال الاختيار، بحيث إذا تعذر في ولاية

(١) ينظر المادة: ١٠ - ١١؛ مجلة الأحكام العدلية ٥٢٠ - قوانين الأحوال الشخصية

الأيام العدالة، فيختص بها أقلهم فسوقاً فأقلهم فسوقاً، لأن حفظ البعض أولى من تضييع الكل»^(١).

فالولي ستكون مهمته أشق من الأب؛ لأنه يجهل عن اليتيم كل النواحي النفسية والخلقية والعقلية، وهو رغم ذلك يجب أن يصنع منه شعلة يستضاء بها للدين ولحماية الضعفاء والمظلومين.

المبحث الثالث

حفظ نفس اليتيم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أهلية اليتيم

تنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

١ - أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للإلزام أو الالتزام، ومناطها الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن، أو العقل، أو الرشد؛ لكل إنسان في أي طور كان أو صفة، حتى الجنين في بطن أمه له أهلية وجوب تبدأ معه وتنتهي بالموت. وهي تنقسم إلى قسمين:

أ - أهلية وجوب ناقصة: تثبت له بعض الحقوق لا عليه، لأنه ليس أهلاً لترتيب الالتزامات عليه، فيكون دائماً لا مديناً. وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة، فهو من جهة يعد جزءاً من أمه، ومن جهة أخرى يعد إنساناً مستقلاً عن أمه، مهياً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه.

ب - أهلية وجوب كاملة: صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، وتحمل الواجبات، والالتزامات المالية عليه أيضاً. وتثبت للشخص منذ ولادته حياً، دون أن تفارقه في جميع أطوار حياته.

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٦٧/١.

٢ - أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً، والأولى بالذمة أي تثبت هذه الأعمال بذمته، وصلاحيته لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، وهي على خلاف الحال من أهلية الوجوب، فهي ترادف المسؤولية، تشمل حقوق الله من صلاة، وصوم، وحج وسواه، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص لتعلقها بقدرتين قدرة العقل، وقدرة البدن. ومناطها هو التمييز أو العقل والإدراك، فمن تثبت له أهلية الأداء صحت عباداته الدينية كالصلاة والصوم، وتصرفاته المدنية كالعقود.

وأهلية الأداء نوعان: قاصرة وكاملة.

أ - فأهلية الأداء القاصرة: هي صلاحية الشخص المميز لصدور بعض التصرفات كالبيع والشراء، دون البعض الآخر، كهبته وصدقته على غيره، فيتوقف نفاذها على رأي غيره. بحجة أنه إما لعدم اكتمال قدرته العقلية، أو عدم اكتمال قدرته البدنية، فتكون للصبي المميز قبل البلوغ، والمعتوه بعد البلوغ، باعتبار أنه قاصر العقل مثل الصبي فألحق به.

ب - أهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الشخص لصدور الأفعال والتصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على إجازة أحد، لا اكتمال قدرتي العقل والجسد بعد البلوغ، فتثبت للبالغ الرشيد من تبرعات مالية وهبات ويعاقب على جنائاته.

في ضوء هذه الأهلية وأقسامها التي تساير الإنسان في جميع مراحل حياته منذ كان في بطن أمه إلى اكتمال بلوغه فرشده، قسم العلماء هذه المراحل إلى خمسة أطوار أساسية:

١ - طور الاجتنان: هو الطور الذي يكون فيه الإنسان جنيناً، وينتهي بالولادة، وفيه تثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة، فتثبت له بعض الحقوق الضرورية، ولا يثبت شيء عليه. وهذه الحقوق هي: النسب، الإرث، الوصية له، الوقف عليه.

٢ - **طور الطفولة:** ويبدأ من وقت الولادة، ويستمر إلى وقت التمييز، وهو بلوغه السابعة من عمره. ويسمى «غير المميز»، فيعرف شيئاً في البيع والشراء ولكن عدم معرفته أكثر. لذلك تثبت له أهلية وجوب كاملة، ولا تثبت له أهلية للأداء، وما يميزه عن الطفل المميز هو أنه لا يعتد بشيء من تصرفاته التي يباشرها بنفسه، فأقواله مهدورة، وعقوده باطلة، وجنایاته غير معتبرة، إلا إذا كانت مالية على قدر طاقته، فأتلفها فهو ضامن لها.

٣ - **طور التمييز:** يبدأ بعد سن السابعة ويستمر إلى البلوغ عاقلاً، وتثبت له أهلية أداء ناقصة. فيكون له فيه وعي صحيح، ولكنه منبعث عن عقل غرض لم ينضج ولم تكتمل استنارته. فتصح عبادته الدينية ويثاب عليها، وإن لم تكن مفروضة عليه. ويصح منه التصرفات المالية التي فيها نفع محض، أما التي فيها ضرر ونفع كالبيع وغيره فتتوقف على إجازة الولي.

٤ - **طور البلوغ:** هي أهم المراحل التي يمر بها الإنسان؛ لأنه ينتقل فيها من طور الصغر إلى طور الكبر، بعد ظهور علامات البلوغ عليه، فيصبح بذلك مكلفاً، تكتمل له أهلية الأداء الدينية، فيطالب بالإيمان بعناصره الستة، وبأركان الإسلام الخمسة، وكل ما تتوقف عليه مصالح المجتمع الإسلامي إلى سائر التكاليف والواجبات، كما يخضع لنظام العقوبات الشرعي العام فيما يرتكبه من جرائم ومخالفات. وتكتمل أيضاً أهلية الأداء الدنيوية؛ فتكتمل عند الفقهاء، بسن البلوغ إذا بلغ الولد راشداً، فتنفذ تصرفاته. ولا تسلم إليه أمواله؛ لأن الشرع جعل البلوغ أمانة على كمال العقل، فإن ثبت العكس عمل به.

٥ - **طور الرشد:** الرشيد هو مرحلة من أكمل مراحل الأهلية، وهو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص حسن التصرف بالمال من الوجهة الدنيوية، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية. والرشد قد يرافق البلوغ وقد يتأخر عنه، ولا اعتبار له قبل البلوغ، ومرجعه إلى الاختيار والتجربة عملاً بالآية القرآنية ﴿وَابْتَغُوا الْيُسْرَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ

فَإِنْ ءَافَتْكُمْ مِّنْهُم مَّرْضَةٌ ^(١).

في ظل هذه المراحل التي يمر بها كل شخص في هذا الوجود، فتثبت له، تثبت أيضا لليتم وتم هذا التفصيل في المسألة؛ ليتعرف اليتيم على حقوقه التي أوجبها الله ﷻ له من بداية حياته الاجتماعية إلى بلوغه سن الرشد.

يتبين مما تقدم أن الأولاد هم لبنات المجتمع الإنساني التي يجب المحافظة عليها حتى لا يتصدع هذا البناء المجتمعي، لذلك كان اعتناء الشرع بهم عناية شديدة، والاهتمام بهم على قدر الاستفادة منهم والخوف من تصدع المجتمع بسببهم. لذلك عند تقدم الكلام على الأهلية وأقسامها بالتفصيل التي تبين أطوار الإنسان، والتي تعين على الاعتناء بها من خلال المعرفة؛ نستنتج أن اليتيم صاحب حق كباقي القاصرين، يتمتع بأهلية أداء قاصرة، فالاعتناء به أكد والتفتيش عن حقوقه أوسع، لأنه صاحب أهلية متنوعة، بمراحل التطور الإنساني.

المطلب الثاني: حقوق اليتيم الاجتماعية

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: النسب وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حق اليتيم في النسب:

حق لكل مولود أن ينعم بالنسب، لتقوى دعامته من خلال ارتباطه بالأسرة التي ينشأ فيها، وبفقد النسب يصبح الإنسان عرضة للشبه التي قد يتعرض لها طوال حياته.

(١) ينظر: كشف الأسرار للإمام علاء الدين عبد العزيز البخاري. ط ١. بيروت. د. ك. ع ١٤١٨ هـ. ١٩٩٧ م تحقيق عبد الله محمود محمد عمر ٣٣٥/٤ وما بعدها - التلويح للتفتازاني ٣٤٧/٢ وما بعدها المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٣٤/٢ وما بعدها - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان ٢٦١ وما بعدها - الفقه الإسلامي للزحيلي ١١٦/٤ وما بعدها.

لذا اهتمت الشريعة الإسلامية بنسب الأولاد، لأنهم الهدف المرتجى من الحياة الزوجية، فحرصت على عدم ضياع الأولاد، وحذرت الآباء من إنكار أبنائهم أو ادعاء بنوة غيرهم.

والأصل في ثبوت النسب قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ (١).

واليتيم معروف الأب فقدته بالموت، فهو من مستحقي النسب، ولا بد من الاهتمام به حتى لا تجتمع عليه مصيبتان مصيبة فقد النسب ومصيبة فقد الأب، وإلا تعرض الأولياء لغضب الله ﷻ، وفضحهم الله على رؤوس الخلائق يوم القيامة، لقول النبي ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يَدْخُلَهَا اللَّهُ الْجَنَّةَ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَعَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، احْتَجَبَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ» (٢).

وتعريف اليتيم بنسبه إصلاح للحال التي أمر الله ﷻ بتعريفه به.

المسألة الثانية: تحريم التبني:

أما تبني اليتيم فقد حرمت الشريعة الإسلامية نظام التبني في الأصل، فلا يجوز تبني اليتيم ولا تبني غيره.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ (٣) أَدْعَوْهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَلِاخْوَانِكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ (٤).

(١) سورة الفرقان ٥٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الطلاق باب التغليظ الانقضاء ٣٦١ ح: ٢٢٦٣. وقال البوصيري في الزوائد: هذا إسناد ضعيف، فيه يحيى بن حرب وهو مجهول ح ٩١٨.

(٣) سورة الاحزاب ٤ - ٥.

أمر الله ﷻ في هذه الآيات أن يُدعى الأبناء إلى آبائهم، ونهى عن تبنيهم مهما كانت الأسباب، حيث أن هذا النظام كان معمولاً به في الجاهلية، فعن ابن عمر رضي الله عنهما ^(١) قال: «ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد حتى نزلت الآية: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾» ^(٢) ذكره القرطبي وقال: «وفي قول ابن عمر: «ما كنا ندعو زيد بن حارثة إلا زيد بن محمد»، دليل على أن التبني كان معمولاً به في الجاهلية والإسلام، يُتوارث به ويُتناصر، إلى أن نسخ الله ذلك بقوله: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ أي أعدل. فرفع الله حكم التبني ومنع من إطلاق لفظه، وأرشد بقوله إلى أن الأولى والأعدل أن ينسب الرجل إلى أبيه نسباً» ^(٣).

موقف القانون:

نصت قوانين المحكمة الشرعية على أنه:

- إذا لم تُقر المطلقّة الكبيرة بانقضاء عدتها، فإن كانت مطلقة رجعيًا، يثبت نسب ولدها من زوجها، سواء ولدته لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتماهما، أو لأكثر، ولو نفاه لاعتن. وإن كانت مطلقة طلاقاً بائناً بواحدة أو ثلاثة، وجاءت به لأقل من سنتين يثبت نسبه منه. وكذلك المتوفى عنها زوجها إذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين من حين الوفاة ^(٤).

الفرع الثاني: الإرث

بعد تبين حق اليتيم أولاً في النسب، وأنه لا يجوز تبنيه، يثبت حق ثانٍ وهو حقه في الإرث عندما يكون جنيناً في بطن أمه.

(١) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، أخو حفصة أم المؤمنين من أمه زينب بنت مظعون رضي الله عنها، أسلم صغيراً وهاجر قبل والده كان كثير التبني لأنار النبي ﷺ استصغره رضي الله عنه في معركة بدر فردته ت ٨٤ هـ. : ينظر: الإصابة لابن حجر ١٥٥/٤ أسد الغابة لابن الأثير الجزري ٣/٣٣٦.

(٢) أخرجه مسلم في فضائل الصحابة باب فضائل زيد بن حارثة ١١٧٩ ح ٦٣٤٢.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٧٩/١٤ - ٨٠.

(٤) ينظر المادة: ٣٤٤ شرح الأحوال الشخصية للأيباني ١٩.

فقد أجمع الفقهاء على أن الجنين يرث، فقالوا: إن الحمل من جملة الورثة عند موت المورث، إذا انفصل حياً^(١). لقول النبي ﷺ: «إذا استهل المولود ورث»^(٢) والاستهلال رفع الصوت بأن وجدت فيه أماراة الحياة وعبر عنها بالاستهلال لأنه يستهل حالة الانفصال في الأغلب وبه يعرف حياته^(٣).

- مقدار الحمل من التركة:

أما مقدار حقه فيقدر على الشكل التالي:

- أ - تقسم التركة على أصحاب الفرائض، ويقسم للحمل نصيبه من غير انتظار لولادة الحمل؛ منعاً من الإضرار بالورثة.
- ب - يوقف للحمل نصيب ذكر واحد لأنه الغالب المعتاد في الحمل ويأخذ القاضي كفيلاً من الورثة الذين يتأثر نصيبهم من الحمل^(٤). وهو المعتمد عند الحنفية^(٥)، والمعمول به في المحاكم الشرعية.

الفرع الثالث: الوصية^(٦) للجنين

بعد إثبات حق اليتيم في النسب والإرث حالة الاجتنان. تكلم الفقهاء حول أحقية الوصية للحمل، فتجوز الوصية للحمل وبالحمل، إذا وُضع

(١) المبسوط للسرخسي ٣٠/٥٠ - نهاية المطلب للإمام الجويني ٣٢٧/٩ - المغني لابن قدامة المقدسي ٢١٦/٦.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يموت ٤٦٩ ح ٢٩٢٠ عن أبي هريرة، قال الشوكاني: حديث أبي هريرة في إسناد محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف، وقد روي عن ابن حبان تصحيح الحديث. راجع: نيل الأوطار ط ١. بيروت. دار ابن حزم ١٤٢١ هـ. ٢٠٠٠ م - كتاب الفرائض باب ميراث الحمل ١٢١٨ ح ٢٥٦٩.

(٣) عون المعبود العظيم آبادي. ط - ٢ بيروت. د. ك. ع. ١٤١٥ هـ. ١٩٩٥ م ٩٦/٨.

(٤) الفقه الإسلامي للزحيلي ٨/٤١٤.

(٥) المبسوط للسرخسي ٣٠/٥٢ وهو رواية عن أبي يوسف وهو الأصح.

(٦) الوصية في اللغة من وصى الشيء يصي إذ اتصل، ووصاه وأوصاه، وأوصى الرجل عهد إليه. ينظر: الصحاح للجوهري ٦/٥٥٤ - لسان العرب لابن منظور ١٥/٣٩٤ - مادة وصي.

لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية حياً، وعلم وجوده عندها^(١).
فتثبت الوصية لليتيم حالة الاجتنان ثبوتها لأي حمل بل ويعمل على
الاعتناء بها، خوفاً من هدرها أو ضياعها من قبل الولي.

موقف القانون:

نصت قوانين المحكمة الشرعية على أنه:
تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً لأقل من ستة أشهر من وقت
الوصية، إن كان زوج الحامل حياً، أو لأقل من سنتين من وقت الموت،
أو الطلاق البائن، إن كانت معتدة لوفاة أو لطلاق بائن حين الوصية، فإن
جاءت المرأة بتوأمين، فالوصية لهما نصفين، وإن مات أحدهما بعد الولادة
فوصيته ميراث بين ورثته، وإن مات أحدهما قبل الولادة فالوصية للحي
منهما^(٢).

= أما اصطلاحاً فلها عدة تعريفات، فقد:

- عرفها الحنفية بأنها: تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.
- وعرفها الشافعية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت.
- وعرفها المالكية بأنها عقد يوجب على عاقده حقاً في ثلث ماله يلزمه بموته أو
نيابة عنه بعده.
- وعرفها الحنابلة: الأمر بالتصرف بعد الموت.

ينظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٤٠/١٠. مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٦٦/٤
- مدونة الفقه المالكي وأدلته د. الصادق عبدالرحمن العرياني ط١. بيروت. دار
الريان ١٤٢٣ هـ. - ٢٠٠٢ م ٢٧٠/٤ - كشاف القناع منصور بن يونس البهوتي
ط١. بيروت. د. ك. ع. ١٤١٨ هـ. - ١٩٩٨ م، ٤٠٥/٤ - كشاف اصطلاحات
الفنون للتهانوي ط١، بيروت، د. ك. ع. ١٤١٨ هـ. ١٩٩٨ م. تحقيق أحمد حسن
بسج. ٣٨٧/٤.

(١) الهداية للمرغيناني ٥٩٣ هـ. ط١. القاهرة دار السلام ١٤٢٠ هـ. ٢٠٠٠ م تحقيق محمد
محمد تامر - حافظ عاشور حافظ ١٧٢٧/٤ - مغني المحتاج للخطيب الشربيني ط١،
بيروت، د. ك. ع. ١٤١٥ هـ. ١٩٩٤ م. تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد
عبدالموجود. ٦٩/٤٠ - كشاف القناع للبهوتي ٤٣٢/٤.

(٢) ينظر المادة: ٥٤٠: شرح الأحكام الشرعية للأباني طبعة مصورة عن النسخة المصرية
دار الثمر ٢٨٦/٢.

الفرع الرابع: الوقف^(١) عليه

قدمنا أن لليتيم حال اجتناؤه أربعة حقوق: النسب، والإرث، والوصية، والوقف عليه، فأثبتت الثلاثة الأول وبقي الوقف عليه، وجوازه مدار اختلاف بين الفقهاء على رأيين:

الأول: الحنفية: أجازوا الوقف على كل معدوم، كقوله: أرضي موقوفة على من يحدث لي من الولد، ويصح الوقف على كل جنين ولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم طلعت الغلة، كما أجازت الوقف على نفس الواقف أو على الولاية له. والحمل باعتبار الفقهاء معدوم لعدم وجوده على أرض الحياة. فصح الوقف قبل وجود الموقوف عليه^(٢).

(١) الوقف لغة: مصدر وقفت وأوقف الشيء حسبه، جمعها أوقاف ينظر: لسان العرب لابن منظور ٣٥٩/٩ - المعجم الوسيط ١٠٥١/٢ مادة وقف.

• أما اصطلاحاً فلها عدة تعاريف، فقد:

- عرفها الحنفية أنها حبس العين عن التملك والتصدق بالمنفعة.
- وعرفها الشافعية: حبس ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود.
- وعرفها المالكية: جعل منفعة مملوك ولو بأجره أو غلته بصيغة ما يراه المحبس.
- وعرفها الحنابلة: هو تحديث مالك مطلق التصرف ماله منتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر، وتسهيل المنفعة تقريباً إلى الله تعالى ينظر: الاختيار لتعليل المختار للموصل الحنفي، ط ١، بيروت. د. ك. ع. ١٤١٩ هـ. ١٩٩٢ م، تحقيق عبداللطيف محمد عبدالرحمن ٣/٤٦ - مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥٢٣/٣ - بغية السالك للشيخ أحمد الصاوي ط ١، بيروت. د. ك. ع. ١٤١٥ هـ. - ١٩٩٥ م - تحقيق محمد عبدالسلام شاهين - كشاف القناع للبهوتي ٢٩٣/٤.

(٢) رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين طبعة خاصة. الرياض. دار عالم الكتب. ١٤٢٣ هـ. ٢٠٠٣ م ٦/٦٤٥. اللباب في شرح الكتاب عبد الغني الغنيمي. بيروت. المكتبة العلمية ١/١٨٥ - أحكام الأوقاف أحمد بن عمرو الخصاف ط ١، بيروت. د. ك. ع. ١٤٢٠ هـ. ١٩٩٩ م، تحقيق محمد عبدالسلام شاهين ٦٢ - الوصايا والوقف للزحيلي ط ٢، دمشق دار الفكر ١٤١٤ هـ. ١٩٩٣ م. ١٩٠ - غمز العيون والبصائر للحموي ٢/١٠٤.

- المالكية: يجيزون الوقف على الحمل باعتبار أنه أهل للتملك، فقالوا: صح وقف مملوك على أهل التملك كمن سيولد، وقالوا: إنه المشهور المعول على صحته على الحمل وبه اجتمع الجمهور^(١).
- وقسم من الحنابلة أجازوا الوقف عليه باعتبار أنه هبة، أو كالوصية، وعليه أكثر الشروح عندهم. نقلوا تصحيح المسألة واعتمدوا الجواز^(٢).
- الشافعية لم يجيزوا الوقف على الحمل؛ لأنهم اشترطوا إمكان تملكه، وهو معدوم، فقالوا: فإن وقف على معين واحد أو جمع اشترط إمكان تملكه فلا يصح على جنين، فلا يصح الوقف على ولده ولا ولد له لعدم صحة تملكه^(٣).
- الحنابلة في الأصل لم يجيزوا الوقف على الحمل فقالوا: لا يصح الوقف على حمل أصالة كوقفت داري على ما في بطن هذه المرأة. فلا يصح لأنه تملك، والحمل لا يصح تملكه بغير الإرث والوصية، فلا يستحق الحمل شيئاً قبل انفصاله؛ لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله^(٤).

(١) جواهر الإكليل شرح الشيخ خليل اللّآبي الأزهري ط١. بيروت، د. ك. ع ١٤١٨ هـ. ١٩٩٧ تحقيق محمد الخالدي ٣٠٦/٢ - منح الجليل شرح مختصر العلامة خليل ط١. بيروت، د. ك. ع ٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ. تحقيق عبدالجليل عبدالسلام ٧٤/٤ - ٧٥.

(٢) الفروع محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي ٧٦٢ هـ. ط١. بيروت، د. ك. ع ١٤١٨ هـ. - ١٩٩٧ م تحقيق حازم القاضي ٤٤٣/٤، المبدع شرح المقنع إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي ٨٨٤ هـ. ط١. بيروت، د. ك. ع ١٤١٨ هـ. ١٩٩٧ م. تحقيق محمد حسن الشافعي ١٦٠/٥ - غاية المطلب أبو بكر الجراعي ط١. بيروت، د. ك. ع ٢٠٠٤ هـ. - ١٤٢٤ هـ. ، محمد حسن إسماعيل ٢٣٢ وقال: صححه في المغني للمعدوم.

(٣) المجموع للنووي ١٨٦/١٧ - مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥٢٧/٣.

(٤) كشاف القناع للبهوتي الحنبلي ٣٠٤/٤ - المقنع لعبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ط١. بيروت، د. ك. ع ٢٠٠٥ - ١٤٢٦ تحقيق محمد حسن إسماعيل ٢٣٣/٢ في المتن، أما في شرح المطلاع عليه لأبي الفتح البعلبي الحنبلي، فقال: قوله: والحمل هذا المذهب وصحح ابن عقيل جواز الوقف على الحمل ابتداءً، واختاره الحارثي.

فالناظر في الأول يجد أن أكثر الفقهاء يجيزون الوقف على الحمل. وقد أخطأ من نسب عدم جواز ذلك إلى الحنفية^(١)، فإن أكثر كتب الحنفية أجازت الوقف على المعدوم. فالقائلون بعدم الجواز استندوا إلى أنها ليست معلقة أو مقيدة بشيء معلوم لا ينقطع. فقالوا: وجعل آخره للفقراء، ولا بد من هذا القيد لأنه مدار الصحة حتى لا يكون وقفًا على معدوم محض، فإن الوقف على المعدوم لا يجوز^(٢). فأجيب عنها بأدلة:

أ - أن الأصل في المسألة عندهم أنه لا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد^(٣) يجعل آخره لجهة لا تنقطع، وأنه يوجب زوال المالك، فأجاب أبو يوسف^(٤): إذا سمى جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده أو على أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء، وإن لم يسمهم^(٥) لمجرد الوقف. وعلى هذا يكون رأي الحنفية من

(١) القول ذكره عبد الأحد ملا رجب في رسالته بعنوان أحكام اليتيم، دار أطلس للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٢هـ. ٦٨.

(٢) غمز العيون والبصائر للحموي ١٠٤/٢.

(٣) أبو عبدالله محمد بن الحسن الشيباني القاضي، صاحب أبي حنيفة تفقه عليه، وأتم على أبي يوسف، وروى عنهم وعن الأوزاعي ومالك بن أنس وغيرهم. أخذ عنه الشافعي وعلي بن سالم الطوسي وغيرهم. ولي القضاء بعد أبي يوسف، يضرب في ذكائه المثل، أظهر علم أبي حنيفة في تصانيفه، منها: الجامع الصغير، الجامع الكبير، السير الصغير والسير الكبير... توفي ١٨٩هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ٧٨/٧ - الفوائد البهية للكنوي ٢٦٨.

(٤) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب قاضي القضاة صاحب أبي حنيفة، تفقه عليه، روى عنه: أحمد بن حنبل ويحيى بن معين، ولي القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء العباسيين، قال ابن حجر: إنه كان يعطي أموال اليتامى مضاربة ويجعل الربح لنفسه أي يقرضها على ذمته. من تصانيفه: الخراج - الأمالي والنوادر، توفي سنة ١٨٢هـ. ينظر: الفوائد البهية للتهانوي ٣٧٢ - تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٢٤٢/١٤ - لسان الميزان لابن حجر ٦/٣٩٠.

(٥) فتح القدير لابن الهمام ١٩٨/٦. وقال ابن الهمام: أنت خير بأن هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة، وجوابه مذكور في الشروح... أنه إذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فيما إذا سمى جهة تنقطع، ينبغي أن يتم الوقف لمصادفة حكمه محلاً مجتهداً فيه، فتأمل. وقال: تأخير دليل أبي يوسف يدل على أن قوله المختار. انتهى.

المجيزين، وإن بشرط لأنه ليس تعجيزي، وكذلك الحنابلة وإن لم يجيزوا في المشهور إلا أن علماءهم متقدمين ومتأخرين صححوه أو أجازوه كما مر فليُنظر.

ب - إن الحنابلة لم يجيزوا الوقف على الحمل أصالة، إلا أنهم ذهبوا إلى جواز الحمل عليه تبعًا، فقالوا: ولا يصح على معدوم أصلاً، كمن سيولد أو يحدث لي أو لفلان، ويصح تبعًا؛ أي على أولادي ومن سيولد لي^(١).

والسؤال: أنه لا يصح الوقف على معدوم، وهل أصبح الحمل معلومًا بتبعيته الآن أم ماذا؟ باستثناء الشافعية الذين لم يجيزوا لا أصالة ولا تبعًا^(٢).

الترجيح:

وبالنظر إلى الرأيين المذكورين يظهر لي صحة الوقف على الحمل أصالة وتبعًا، باعتبار أن جمهور الفقهاء أجازوا الوقف عليه ولو كان معدومًا ظاهريًا، إلا أن الشرع اعتبر موجودًا، فأجاز له الوصية والنسب والميراث باتفاق الفقهاء.

فكيف حجب الحمل في حال الميراث لولا قوة سلطته التي أعطاه إياها الشرع، فهذه دلالة على صحته. ولو قال قائل إنه حمل قد لا يعيش، ولكن الأصل في المولود أنه يولد حيًّا إلا من قدر الله له الوفاة. فلا يمكن جعل الأصول فروعًا ولا العكس. لأن كلاً من الوصية والوقف يجوز

(١) كشف القناع للبهوتي ٣٠٤/٤ - قال في المطلع على أبواب المقنع: إيراد المصنف صاحب المقنع - في منع الوقف على الحمل يختص بما إذا كان الحمل أصلاً في الوقف، أما إذا كان تبعاً بأن وقف على أولاده أو على أولاد فلان وفيهم حمل أو انتقل إلى بطن، وفيهم حمل، فيصح بلا نزاع، لكن لا يشاركهم قبل ولادته على الصحيح من المذهب نص عليه، وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً، حتى صحح عليه الوقف ابتداءً، وأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله باستحقاق الحمل من الوقف. انتهى. المقنع في حاشيته المسماة بالمطلع على أبواب المقنع محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي ٢/٢٣٣.

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥٢٧/٣.

شرعاً لمن سيوجد، فيجوز لحمل معين موجود بطريق الأولوية^(١).

وفي الختام يظهر - والله أعلم - أن اليتيم في حالة الاجتنان يستحق بالإضافة إلى النسب والميراث والوصية، الوقف عليه أيضاً، وهي حقوق معلقة برقاب الأولياء وإن الاعتداء عليها يعتبر أكلاً لأموالهم، فليحذر قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ (١٠) ﴿٢﴾.

المطلب الثالث: حقوق اليتيم من ولادته إلى بلوغه

وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: حقه بالرضاع وفيه خمسة مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الرضاع؟

أثبتت الشريعة الإسلامية لليتيم حقوقاً أولية، تعتبر من أهم مقومات الحياة الأولى، كالحضانة، والرضاع، والتربية، والتعليم، والإنفاق عليه قبل البلوغ، لحاجته الشديدة إليهم، باعتبار أن القواعد المستقبلية تبنى عليها. لذلك سنتعرف أولاً على الرضاع.

الرضاع:

- لغة: رَضِعَ الصبي أمه، يَرْضَعُها رَضَاعَةً، أي امتص ثديها أو ضرعها. فالمرضعة الأم، والمَرْضِعُ هي التي معها صبي تُرَضِعُهُ؛ والولد رضيع، وِرَاضِع ورَضِع ومَرْضَع، إذا أرضعته أمه^(٣).

- أما اصطلاحاً فعلى النحو التالي:

(١) المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٢٧/٣.

(٢) سورة النساء ١٠.

(٣) ينظر: الصحاح للجوهري ٤٨٧/٣ - لسان العرب لابن منظور ١٢٥/٨ - المعجم الوسيط ٣٥٠/١ مادة رضع.

- ❖ عرفها الحنفية بأنه مصُّ لبن آدمية في وقت مخصوص^(١).
 - ❖ عرفها الشافعية بأنها: اسم لحصول لبن امرأة وما حصل منه في معدة طفل أو دماغه^(٢).
 - ❖ عرفها المالكية: وصول لبن امرأة لجوف رضيع وإن بسعوط أو حقنة تغذي إلا أن يغلب عليه الحولان أو بزيادة شهرين إلا أن يستغني ولو فيهما^(٣).
 - ❖ عرفها الحنابلة بأنها: مصُّ لبن أو شربه ونحوه، ثاب من حمل ثدي امرأة^(٤). وثاب أي اجتمع.
- ويمكن الجمع بين هذه التعاريف بأنه: وصول لبن آدمية إلى جوف رضيع عن طريق المص أو الشرب خلال فصاله أي لستين من ولادته.
- حكم الرضاع:** يُحَرِّم الرِّضَاعُ الْوَلَدَ عَلَى مُرَضِعَتِهِ وَأَرْحَامِهَا؛ لقول النبي ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٥).

الثانية: احقية الإرضاع للأم؟

- والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرِّضَاعَةُ﴾^(٦).
- أرشد الله تعالى الآباء والأمهات في هذه الآية إلى أمرين مهمين:
- الأمر الأول:** إن الأم أحق بإرضاع المولود من الأب فلا يمكن الاعتراض عليها ومنعها إلا في حالات معينة، كالإهمال أو الإضرار وغيره.

(١) اللباب عبد الغني الغنيمي ٢١/٣.

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٢٣/٥.

(٣) بلغة السالك للصاوي ٤٧٠/٢.

(٤) كشف القناع لليهوتي ٥١٨/٥.

(٥) أخرجه البخاري في الشهادات. باب الشهادة على الأنساب. بالرضاع المستفيض والموت القديم ح: ٢٦٤٥، ومسلم في كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة، ح ٣٥٥٩.

(٦) سورة البقرة ٢٣٣.

الأمر الثاني: يحق لكل طفل أن يتمتع وينال قسطه من الرضاع لمدة حولين كاملين، إلا إذا استغنى^(١).

والحكمة في ذلك أنهن أحق بإرضاع أولادهن من الأجنبيات؛ لأنهن أحن وأرق، وانتزاع الولد الصغير إضرار به وبها، وهذا يدل على أن الولد وإن فطم، فالأم أحق بحضائنه لفضل حنوها وشفقتها^(٢). وقد أثبتت البحوث الطبية أن مدة عامين ضرورية لنمو الطفل نمواً سليماً من الناحيتين البدنية والنفسية. فالمتدبر لآيات الرضاع في الكتاب الحكيم، يرى أنها واقعة بعد آيات تتضمن بعض المشكلات الأسرية التي تؤدي أكثرها إلى تفكك المجتمع، كالطلاق وكثرة النزاع، فتحدث الفُرقة، فيتخلى كل من الزوجين عن القيام بواجبه تجاه أسرته فتكون الضحية هي ذاك الطفل البريء.

فأمر الله ﷻ الأم بإكمال مسيرتها التربوية لفترة قصيرة لا تتعدى الأشهر، وأمر الأب أن يستمر بالإنفاق عليها ريثما تعود الأمور إلى مجراها أو يتم الانفصال.

من هنا كان اختلاف الفقهاء في تعنت المرأة عن القيام بواجباتها تجاه أسرتها وعن إرضاع ولدها، فهل هذه الآية مجرد إرشاد أم أمر للام بالإرضاع؟

اتفق فقهاء الإسلام على وجوب الإرضاع من الأم، حفاظاً على حياة وليدها، وأنها تُسأل عن تقصيرها أمام الله ﷻ، سواء أكانت متزوجة بأبي الرضيع أم مطلقة منه^(٣)، وانتهت عدتها. واختلفوا في وجوبه عليها قضاءً، هل يستطيع القاضي إجبارها عليه أو لا؟

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٨٨/١ - ٤٨٩ بتصرف.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٦/٢.

(٣) تفسير البحر المحيط لأبي حيان الأندلسي ط ١. بيروت. د. ك. ع ١٤٢٢ هـ. ٢٠٠١ م. تحقيق زكريا النوتي - أحمد الحمل ٢٢٢/٢ - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بدران أبو العنين بدران ٥٣١ - الفقه الإسلامي للزحيلي ٦٩٨/٧ - اللباب عبد الغني الغنيمي ٩٩/٢.

فذهب المالكية إلى وجوب الإرضاع على الأم لظاهر الآية: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ﴾^(١) فهو أمر في صورة الخبر، فتجبر عليه حال الزوجية، أو حال الاعتداد من طلاق رجعي، فلو منعت من إرضاعه بدون عذر أجبرها القاضي، إلا المرأة الشريفة قد تستثنى من ذلك عرفاً. وأما المطلقة طلاق بينونة فلا رضاع عليها، والرضاع على الزوج إلا أن تشاء هي إرضاعه فهي أحق به ولها أجر المثل^(٢).

وذهب الجمهور إلى أن الأمر هنا للندب، وأنه لا يجب على الوالدة إرضاع ولدها إلا إذا تعينت للإرضاع لأسباب حفظ المولود كالحالات الآتية:

- أن لا يوجد غير الأم.
 - أن لا يرضع إلا منها.
 - إذا عدم الأب لاختصاصها به.
 - أن يكون الأب معسراً لا يجد معه مال لاستئجار الظئر لولده.
 - أن لا يكون للصغير مال.
 - عدم وجود متبرعة لإرضاعه^(٣).
- بل أوجب الشافعية على الأم إرضاعه اللبن: وهو اللبن النازل عقب الولادة، لأن الولد لا يعيش بدونه غالباً^(٤).

والمطلع على التفاسير يجد أن منشأ الخلاف في فهم المراد من قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾ إلى

(١) سورة البقرة ٢٣٣.
 (٢) أحكام القرآن لابن العربي ط ١. بيروت. د. ك. ع ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م. تحقيق محمد عبدالقادر عطا ٢٧٥/١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي المالكي ١٠٦/٣.
 (٣) أحكام القرآن للجصاص الحنفي ٤٨٨/١ - أحكام الصغار للأستروشنى ٨١ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣٧٧/١ - التفسير الكبير للرازي ط ١. بيروت. د. ك. ع ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م. ١٠٠/٦ - الحاشية لابن عابدين ٣٩٨/٤. المغني لابن قدامة المقدسي ٤١٨/٧.
 (٤) تفسير القرآن العظيم ٣٧٨/١ - مغني المحتاج للخطيب الشيريني ١٨٧/٥.

قوله: ﴿وَلِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِعُوا وَلَدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا ءَاتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) يجد أن الخلاف بينهم كائن في حال وجود الأب والأم، بأن كانت الأم مطلقة رجعيًا أو بائنًا.

أما في حال عدم وجود الأب فالفقهاء متفقون على وجوب الإرضاع على الأم؛ لأنها الأولى به وهو من اختصاصها؛ فعلى هذه الحال تجبر الأم بإرضاع اليتيم لعدم وجود الأب ولاختصاصها به، ويجبرها القاضي إذا امتنعت لغير عذر.

الثالثة: هل تستحق الأم الأجر على إرضاع ولدها اليتيم؟

اتفق الفقهاء على عدم استحقاق الأم أجره الرضاع في حال قيام الزوجية، وأثناء العدة من الطلاق الرجعي، لأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها، فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع، حتى لا يجتمع عليه واجبان: النفقة والأجرة في آن واحد، وهو غير جائز لكفاية النفقة الواجبة على الزوج.

أما في حال وفاة الزوج عن ابن رضيع، فإن المرأة تستحق أجره الرضاع لانقطاع النفقة، ولو كانت متعينة لإرضاع الولد، فكما أنها لا تستحق نفقة الزوجية لانتهائها بانقضاء العدة أو الوفاة، فهي أجنبية عن الأب فتأخذ حكم المرضعة الأجنبية في استحقاق الأجرة^(٢).

الرابعة: استئجار المرضع لليتيم.

والأصل في ذلك، قوله تعالى: ﴿وَلِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِعُوا وَلَدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا ءَاتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣)

دلت الآية على جواز العدول في هذه الآيات عن الأم إلى غيرها في

(١) سورة البقرة ٢٣٣.

(٢) الباب للغنيمي ١٠٠/٣ - أحكام القرآن لابن العربي ٢٧٥/١ - مغني المحتاج للشربيني ١٨٧/٥ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠٦/٣. الفقه الإسلامي للزحيلي ١٠٧/٧.

(٣) سورة البقرة ٢٣٣.

حال امتناعها عن الإرضاع، لا بل دلت على وجوب استئجارها حفاظاً على حياة الرضيع من الضياع.

أما أسباب امتناع الأم فهي:

- ١ - أن تتزوج بآخر؛ لأن قيامها بحق الزوج يمنعها من الرضاع.
- ٢ - أن تكره إرضاعه بسبب نزاعها مع زوجها بطلاقها.
- ٣ - أن ترفض المرأة قبول الولد لإرضاعه إيذاءً للزوج.
- ٤ - أن تعترضها آفات سماوية كمرض، أو جنون، أو انقطاع اللبن، وغيرها.

ففي حال إحدى هذه الأسباب، أجاز الفقهاء بالاتفاق للولي أن يستأجر ظئراً^(١) لإرضاع المولود في مدة معلومة بأجر معلوم لحاجة الناس إليها^(٢).

لكنهم اختلفوا في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها:

فأجاز جمهور الفقهاء استئجارها على كسوتها وطعامها؛ واستدلوا على ذلك بأمور منها:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) يعني أجراً على الإرضاع. وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ أجراً للرضاع لا نفقة النكاح.

- ٢ - أن الناس تعارفوا على هذا العقد بهذه الصفة، وليس فيه نص يبطله وفي النزوع عن هذه العادة حرج؛ لأنهم يعدون الظئر من أهل بيتهم.

- ٣ - بالاستحسان، حيث إن القياس يحرم المرضع، لما فيه من الجهالة والغرر، لكنهم استثنوا استئجارها استحساناً.

(١) الظئر: ظأَرٌ يَظْأُرُ، والجمع أظُور، وظُور: العاطفة على غير ولدها، المرضعة لغير ولدها. ينظر: لسان العرب لابن منظور ٥١٤/٤ المعجم الوسيط ٥٧٥/٢ مادة ظأَر.

(٢) الميسوط للسرخسي ١١٩/١٥ - ١٢٠ - المدونة للإمام مالك ٤٥١/٣ - المغني لابن قدامة ٢٩٧/٥.

(٣) سورة البقرة ٢٣٣.

٤ - أنهم لم يقيدوا لها كفايتها من الطعام، لأن منفعة ذلك تعود على ولداهم.

وذهب الشافعية والصاحبان من الحنفية إلى عدم جواز استئجار الظئر على طعامها وكسوتها^(١).

واستدلوا على ذلك بالقياس: فاعتبروا أن استئجار الممرض عقد كباقي الإجازات لا بد فيها من مدة معلومة وأجر معلوم لئلا تفضي إلى المنازعة.

التوفيق بين الرأيين:

الأصل في المسألة مصلحة الطفل في المحافظة عليه وأن استئجار الظئر له جائز بالاتفاق.

كما أن الفقهاء متفقون على أن الأجرة قد تكون نقدية، وقد تكون عينية. فيمكن بذلك إعطاؤها أجرة نقدية أو عينية. والإمام أبو حنيفة ذكر أنها إذا التزمت في بيت نفسها، واشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية^(٢)، واشترطت عند الفطام دراهم مسماة، وقطيفة، ومسحاً، وفراشاً، فذلك جائز عنده. وكذلك عند الصاحبين أرادوا أن يسموا لها ثياباً معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة، ويضربوا لذلك أجلاً، ويسموا لها كل يوم كيلاً من الدقيق معلوماً فحينئذ يجوز^(٣).

فما اشترطه في قول أبي حنيفة أصبح معلوماً أجره عند الصاحبين في هذه المسألة.

أما بالنسبة للمدة فتكون حسب مصلحة المولود، ولا يمكن تحديدها مباشرة قبل أن يستغني، وقد يحتاج إليه بعد السنتين والنصف، فلا يمكن تحديد المدة. وإذا لم يتم تحديد المدة فهل يحرم الولد من الرضاع؟

(١) المجموع للنووي ٢٣٦/١٦ - ٢٣٧ - المبسوط للسرخسي ١١٩/١٥.

(٢) الزطية هي نوع من أنواع الثياب الهندية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١٩/١٥.

المسألة الخامسة: المكلف بأجرة إرضاع اليتيم:

أوجب الفقهاء مؤونة الرضاع لليتيم من ماله إذا كان صاحب مال^(١).
أما إذا كان فقيراً فقد اختلف الفقهاء فيمن تلزمه نفقته.

فالحنفية ألزموا النفقة على كل ذي رحم محرم القرابة المحرمة للقطع، سواء أكان وارثاً كالأخ والأخت وابن الأخ لغير الأم والعم لغير الأم، أم لا كالعم لأم، والخال والخالة، والعمة وابن الأخ لأم وابن الأخت، وبنت الأخ، بخلاف ذي رحم ليس بمحرم، سواء أكان وارثاً كابن العم لغير الأم، أم لا؛ كابن العم لأم، وولد الخال، أو الخالة، أو العمة. استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.. الآية إلى قوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٢).

يعني مثل ما كان على الأب من رزقهن وكسوتهن بالمعروف - والأم والجد وارثان - فوجب أن يشتركا في تحمل ذلك كاشتراكهما في الميراث، فيكون ثلثها على الأم وثلثها على الجد^(٣).

أما الصحابان من الحنفية فأوجبوا على الأم أن تحمل مؤونة الرضاع؛ لترجع بها على الجد في حال فقد الأب، ثم على آبائه وإن بعدوا دون الأم، ولا تنتقل إلا بعد موت الأقرب أو عسرتة^(٤).

أما الشافعية فقد ألزموا النفقة للرضيع على الأصول، كالجد أبي الأب ثم آباؤه وإن علوا، دون الأم، ثم تنتقل بعدهم إلى الأم وجوباً.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ

(١) فتح القدير لابن الهمام ٣٧٤/٤ - جامع أحكام الصغار للأستروشنى ٨١ - بلغة السالك للصاوي ٤٩٣/٢ - كشاف القناع للبهوتي ٥٧٠/٥ - مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٨٨/٥.

(٢) سورة البقرة ٢٣٣.

(٣) المبسوط للرخسي ٢٠٩/٥ - بدائع الصنائع للكاساني ١٧٤/٥ وما بعدها.

(٤) تبين الحقائق فخر الدين الزيلعي ٧٤٣ ط ١. بيروت. د. ك. ع، ١٤٢٠هـ. ٢٠٠٠م، تحقيق أحمد عزو وعناية ٣٢٥/٣.

يُمِّ الرِّضَاعَةَ ﴿إِلَى قَوْلِهِ: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾﴾^(١).

قال النووي: «وإن لم يكن فيهم أب وكان فيهم جد وإن علا، فالنفقة عليه دون الأم والدة، لأنه أقدر على القيام بالنفقة، ويليه الأم لقربها ثم الجدة»^(٢).

أما المالكية فذهبوا إلى أن الأب - إن مات، ولا مال للصبي - فالرضاع على الأم ولها الأجر من مال الصبي إن كان له مال، فإن لم يكن له مال وليس لها لبن لترضعه أجبرت على أن تسترضع له، ولا رجوع لها على الابن بعد ذلك إن أيسر، ولا من بيت مال المسلمين أو غيره.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾^(٣) أي ليس لها أن تلقي ولدها عليه ولا يجد من يرضعه^(٤).

وأما الحنابلة فذهبوا إلى أن مؤونة الرضاع على كل وارث حين فقد الأب أو اعتباره، وجملته: أنه إذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه.

واستدلوا بالآية السابقة، فأوجبوا على الأب نفقة الإرضاع، ثم عطف على الوارث مثل ما أوجب على الوالد. فإن كان للصبي أم وجد، فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة؛ والأم وارثة فكان عليها بالنص ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالورثة^(٥).

(١) سورة البقرة ٢٣٣.

(٢) المجموع للنووي ٢٢/٢٠٣ وما بعدها - روضة الطالبين للنووي ١٥٧٥ - كتاب النفقات للماوردي ط ١. دار ابن حزم ١٤١٨ هـ. ١٩٩٨ م. تحقيق عامر سعيد الزبياري ٢٠٥.

(٣) سورة البقرة ٢٣٣.

(٤) حاشية الدسوقي للإمام الدسوقي ١٣٢٠ هـ. ط ١. بيروت. د. ك. ع ١٤١٧ - ١٩٩٦ م تحقيق محمد عبد الله شاهين ٣/٥٠٦ المدونة للإمام مالك ٢/٢٦٦ - مواهب الجليل للخطاب ط ١ بيروت. د. ك. ع ١٤١٦ هـ. ١٩٩٥ م تحقيق زكريا عميرات ٥/٥٩٣. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/١٠٦ وقال: وفي كتاب ابن الجلاب رضاعة في بيت المال. وإن لم يكن في بيت المال أوجب على المسلمين الأخص بالأخص ٣٠/١١١.

(٥) كشف القناع للبهوتي ٥/٥٦٧ - المغني لابن قدامة المقدسي ٧/٣٩٤.

يظهر من خلال أقوال العلماء أن مؤونة الرضاع من ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فمن مال أبيه، فإذا عدم الأب فالنفقة على من تلزمه نفقته.

وبما أن المسألة تتعلق بحق اليتيم، فإنه من الأفضل الابتعاد عن المذاهب المضيقّة، كمالك والشافعي إلى المذاهب الأكثر اتساعاً واستيعاباً لهذا المخلوق الضعيف.

فالحنفية كانوا أكثر توسعاً من السابقين، بأن جعلوا نفقة الإرضاع لكل ذي رحم محرم وارث، وأبعدوها عن الرحم غير المحرم الوارث أي أوجبوها على العم، وعدموها عن ابنه في حين أن الحنابلة أوجبوها لكل وارث سواء كان محرماً أم غير محرم. فكان الحق لليتيم أن ينال أوسع المذاهب احتياطاً في أن تُنال نفقته من كل وارث كان سيستفيد من إرث الأب لو كان.

الفرع الثاني: نفقة اليتيم وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريف النفقة؟

مر في المطلب السابق، أن اليتيم يحتاج إلى مال يُنفق عليه خلال فترة إرضاعه أو غيرها، وهي ما تسمى مؤونة الصغير يتيماً كان أو غيره، فتجب في ماله إن كان ذا مال. وأما إذا كان فقيراً فعلى من تجب؟ فذهب أهل الفقه إلى أن النفقة على الأم إذا لم يكن لليتيم مال، وإن لم يكن لها مال فعلى من تلزمه نفقته؛ فمن الذي تلزمه النفقة لليتيم؟ ولكن قبل التعرف على من تلزمه النفقة، لا بد من التعرف على معنى النفقة وأنواعها ومصدرها.

النفقة لغة: من نَفَقَ يَنْفُقُ نَفَاقًا، والثانية المراد؛ لأنها مع النفقة من الدراهم، يقال: نفقت السلعة: راجت، ورجل مُنْفَق: أي كثير النفقة، وتأتي بمعنى الصرف، ونفذ وفني ومات..^(١).

(١) الصحاح للجوهري ٣٢٨/٤ - لسان العرب لابن منظور ٣٥٧/١٠ - القاموس المحيط للفيروزآبادي ٢٨٦/٣.

أما اصطلاحاً فقد:

- عرفها الحنفية: بأنها الطعام والكسوة والسكن، أو الإدرار على الشيء بما به بقاؤه^(١).
- وعرفها الشافعية: بأنها طعام مقدر لزوجته وخادمها على زوج، أو لغيرهما من أصل، وفرع، ورقيق، وحيوان، ما يكفيه^(٢).
- وعرفها المالكية: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف^(٣)، أي ما لا تنتظم الحياة إلا به، كالطعام، والكسوة، والسكن عادة من دون زيادة كالحلوى وغيره، أو طعام الحيوان من دون الخروج على المعتاد.
- وعرفها الحنابلة: كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها. والتوابع: كثمن الماء والمشط والسترة ودهن المصباح والغطاء ونحوها^(٤).
- والناظر في التعاريف يجدها تنصب في وجهة واحدة لوجوب الطعام والكسوة والسكن، وهي الأصل لكل آدمي.
- فالتعاريف اللغوية والاصطلاحية متفقة على أن النفقة هي صرف الأموال على وجه المصلحة.
- إلا أن الحنفية والحنابلة عموماً، والشافعية والمالكية خصصوا بعض أنواع النفقة، فاختلّفوا في طعام غير الآدمي فمنعه المالكية وأجازه الشافعية. والفصل - والله أعلم - باعتبار العسر واليسر بالنسبة للمنفق، والحاجة أو غيرها للمنقّي عليه.
- فالنفقة بالنسبة لليتيم هي كفايته بما به قوامه حسيّاً ومعنويّاً بالحكمة.

(١) الحاشية لابن عابدين ٢٧٨/٥ - تبين الحقائق للزيلعي ٣٠٠/٣ والقول في الحاشية شرح العلامة الشلبي.

(٢) المجموع للنووي ٢٢/٢١٢.

(٣) شرح حدود ابن عرفة للرّضاع ١/٣٢١.

(٤) كشف القناع للبهوتي ٥/٥٤٠.

أي الإنفاق عليه بما يعتاش به لإكمال مسيرته الحياتية من طعام، وملبس، ومسكن، وتربية، وتعليم وغيره بما فيه صلاحه.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ (١).

الثانية: على من تجب نفقة اليتيم؟

قدمنا في المطلب السابق أن مؤونة الرضاع لليتيم تكون من ماله، وإلا في من تلزمه نفقته. وهناك نفقات أخرى كالحضانة وتوابعها، من الخادم والحاجيات وغيرها، فهل يلتزمها الأقارب أيضاً أو ماذا؟

لذلك اتفق الفقهاء على أن القرابة ممن تلزمها نفقة اليتيم. أي أن نفقة اليتيم تلزم على أقربائه. والقرابة هي السبب الموجب لذلك، كالزوجة والملك إلى أن يوسر (٢).

ولكنهم اختلفوا في حدود القرابة الموجبة للإنفاق، وحد الآثار التي يجب أن يتوقف عندها بحسب استدلالاتهم، أما في شأن حدود القرابة الموجبة للإنفاق، فهي نفسها التي تحدثنا عنها في مؤونة الرضاع فيمكن العود إليها تحاشياً للتكرار (٣).

ولما كان موضوع نفقة الولادة والأقارب من الموضوعات التي يعسر على القارئ فهمها - إن لم يكن لها قواعد عامة تحكمها وتوضح مسائلها - كان لزاماً أن أضع بعض القواعد، لتسير على ضوئها، وهي:

- ١ - لا تجب النفقة لأحد من الأصول، والفروع، والأقارب الآخرين، إلا عند الحاجة، بخلاف الزوجة، فإن نفقتها واجبة على زوجها، حتى في حال غناها وفقره.

(١) سورة البقرة ٢٢٠.

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢٧٨/٥ - منح الجليل على مختصر خليل محمد عlish ٢٤٥/٤ المجموع للنووي ٣٦٠/٢٢ - كشف القناع ٥٦٥/٥.

(٣) سبق الكلام في صفحة ٩٠ وما بعدها.

- ٢ - لا تجب نفقة القريب على قريبه عند الحنفية، إلا إذا كان ذا رحم محرم له.
- ٣ - لا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للآباء، والأبناء، والزوجات.
- ٤ - لا تجب على الفقير نفقة لأحد، إلا لأصوله، وفروعه، وزوجته. فإن عليه أن يسعى ويتكسب لينفق عليهم، وليس عليه نفقة غير هؤلاء من أقاربه الآخرين، لأنها لا تجب إلا على الموسر.
- ٥ - لا يشارك الأب في نفقة ولده أحد، كما لا يشارك الولد في نفقة أبويه، وهكذا الحكم في الزوجة، فإنه لا يشارك الزوج أحد في الإنفاق عليها.
- ٦ - نفقة الأقارب تقدر بقدر الكفاية، لعدم وجوبها إلا للحاجة، فلا يجب الزيادة عليها، وكذلك نفقة الأولاد إذا كان الأب معسرًا، وعلى حسب ما يراه القاضي إذا كان الأب موسرًا، مع مراعاة حال المنفق والمنفق معًا.
- ٧ - نفقة الأصول والفروع لا يتوقف وجوب أدائها على قضاء القاضي، وهي في هذا كنفقة الزوجة، أما نفقة غيرهم من الأقارب، فإنه يتوقف وجوب أدائها على القضاء.
- ٨ - نفقة الأصول والفروع، وسائر الأقارب تسقط بمضي المدة^(١)، إلا إذا كانت مستدانة بأمر القاضي، أو بإذن من وجبت عليه.
- ٩ - من امتنع عن الإنفاق على قريبه الذي تثبت نفقته عليه فإنه يحبس، كما يحبس الزوج في نفقة زوجته، ولا يستثنى الأب من ذلك، فإنه يحبس إذا امتنع من الإنفاق على ولده. في حين أنه لا يحبس في أي دين آخر عليه لولده.
- ١٠ - لا يقضى بالنفقة في مال أحد إذا كان غائبًا، أو مفقودًا إلا للمستحق لها من الوالدين، والأولاد، والزوجة، وذلك لأن وجوب النفقة

(١) حاشية الدسوقي ٥١٤/٣.

ثابت بنفسه، ولصاحب الحق أن يأخذ حقه بدون قضاء، وإنما قضاء القاضي لإعانتة على الوصول إلى حقه.

هذه هي أهم القواعد العامة للنفقة، التي تعتبر أساساً لأحكامه ومسائلها في المذهب الحنفي^(١).

فهذه القواعد توجب على الأقارب الإنفاق على اليتيم، وخصوصاً إن كانوا من ذوي الرحم المحرم، وأنهم إن لم يهتموا باليتيم، فإن القيم على اليتيم يحبس حتى يؤدي حق اليتيم.

فإن الأغنياء أوجب الله في أموالهم حقوقاً للفقراء والمحتاجين، فكيف إذا كان الفقير يتيماً أو يتيماً وقريباً؟! فعليه حق الفقر وحق القرابة التي أوصى بها الله ﷻ من خلال الرحم.

وقد اعتمد مذهب الحنابلة في مؤونة الرضاع لليتيم؛ لأنه المذهب الأعم والأشمل الذي يبقى فيه اليتيم معلقاً بين أقربائه من غير ضياع، ريثما يصل الأمر به إلى القضاء. فقد يتعرض اليتيم في هذه الفترة القصيرة التي قد تطول أحياناً؛ إلى الذلة والمهانة وهذا مما يوجب غضب الله ﷻ.

هذا ما حدا بالظاهرية^(٢) أن يتوسعوا أكثر من المذهب الحنبلي فقالوا: إن مات الأب، فكل ما ذكرنا مما يجب للولد من: كسوة، ونفقة، وأجرة، و للرضيع وارث، فهو على وارث الرضيع على عددهم لا على مقادير موارثهم منه، والأم من جملتهم: والزوج إن كان زوجها، وأبوها من جملتهم، سواء كان للرضيع مال أو لم يكن، بخلاف كسوته، ونفقته إذا أكل الطعام، فإن لم يكن له وارث فعلى أمه، وارثة كانت أو غير وارثة، ولا شيء لها من أجل ذلك من مال الرضيع، بخلاف وجوب نفقتها من ماله إن كان له مال ولا مال لها^(٣).

(١) الأحوال الشخصية أحمد الغندور ٦٢٠. هذه القواعد وفق المذهب الحنفي المعتمد في المحاكم الشرعية اللبنانية.

(٢) نسبة لابن حزم الاندلسي مؤسس المذهب الظاهري.

(٣) المحلى لابن حزم، بيروت. د. ك. ع. تحقيق عبدالغفار البنداري ١٦٧/١٠ - ١٦٨.

الثالثة: ما شروط وجوب النفقة لليتيم؟

اتفق الفقهاء في شروط وجوب إنفاق القريب على قريبه أن يكون محتاجاً إلى النفقة، كأن يكون:

- ١ - معسراً، حيث أنه لا تجب النفقة لموسر.
 - ٢ - عاجزاً عن الكسب؛ كأن كان به زمانة، أو مرض أو عمي أو أن يكون صغيراً، كما نصوا على أن الأنوثة عجز، فلا تكلف الأنثى الكسب، ولكنها لو اكتسبت بالعمل ما يكفيها لا تجب لها النفقة^(١).
- وبناءً على هذه الشروط يظهر وجوب النفقة على اليتيم لكونه معسراً لا مال له^(٢)، ولكونه صغيراً لم يبلغ الحلم بعد للكسب. وكذا الأنوثة أو الصغيرة التي بلغت الحلم ولو أطاقت الكسب، فإنها لا تؤمر به، إلا إذا أرادت الكسب بنفسها، واكتفت فيمكن قطع النفقة عنها، كما نص الفقهاء على أن اليتيم إذا كان طالب علم^(٣) بالغاً، يعتبر عاجزاً عن الكسب، وأن نفقته متى كانت، تكون واجبة على من تجب عليه شرعاً، إذا كان ذا رشد.

المسألة الرابعة: مصادر أموال اليتيم.

لليتيم حقوق حفظها له الشرع الحنيف، وأوصى بحفظها حتى لا تضيع في أيدي الأولياء. هذه الحقوق منها ما هو حق أصلي، ومنها ما هو ثانوي.

فأما حقوق اليتيم الأصلية:

- ١ - حقه بالميراث. قال تعالى: ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(٤) إلى آخر الآية. أول ما أوصى الله ﷻ في شأن الأسرة أوصى بالأولاد وحفظ

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٨٠/٥ وما بعده - مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٨٦/٥

- كشاف القناع للبهوتي ٥٦٦/٥ - حاشية الدسوقي للدسوقي ٥٠٣/٣.

(٢) لأنه إذا كان ذا مال فلا نفقة له بل ينفق عليه من ماله لما مر.

(٣) حاشية ابن عابدين رد المحتار ٣٦٢/٥ - المجموع للنووي ٤٠١/٢٢.

(٤) سورة النساء ١١.

حقوقهم من الضياع، لأنهم كانوا في الجاهلية لا يعطون الأولاد شيئاً سواء كانوا أغنياء أو فقراء، فحُفِظَتْ أموالهم بالقسمة الشرعية التي أمر الله ﷻ بها.

وقد ذكر المفسرون أنه لما نزلت الفرائض التي فرض الله فيها ما فرض، للولد الذكر والأنثى والأبوين كرهها الناس أو بعضهم، وقالوا: تعطى المرأة الربع أو الثمن، وتعطى البنت النصف، ويعطى الغلام الصغير، وليس من هؤلاء أحد يقاتل ولا يحوز الغنيمة...^(١).

وهذا ما حدث مع امرأة سعد بن الربيع وابنتيه، فلولا الإسلام والوصية من الله بهم لأخذ عمهما حقهن من أبيهن، ولم يدع لهن شيئاً والقصة معروفة^(٢).

وعن جابر بن عبد الله، قال: عادني رسول الله ﷺ وأبو بكر رضي الله عنهما في بني سلمة ماشيين، فوجدني النبي ﷺ لا أعقل شيئاً، فدعا بماء فتوضأ منه، ثم رش علي، فأقمت، فقلت: ما تأمرني في أن أصنع في مالي يا رسول الله ﷺ؟ فنزلت^(٣): ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(٤).

فالميراث أول مصادر أموال اليتيم، وهو حق شرعي حتى لو كان في بطن أمه، وكذا الوقف لما مر.

٢ - حقه من الغنائم^(٥) قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٦٠٠/١ - تفسير الطبري المسمى جامع البيان تفسير القرآن للطبري ط١. بيروت. د. ك. ع، ١٤١٢هـ. ١٩٩٢م ٦١٦/٤ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/٥ - الظلال لسيد قطب ٥٩٠/١.

(٢) أسباب النزول للواحيدي ٢٠١ والقصة سبق ذكرها في مبحث عناية الإسلام باليتام.

(٣) رواه البخاري في كتاب التفسير باب يوصيكم الله في أولادكم ٩٥٧ ح: ٤٥٧٧ ومثله في كتاب الفرائض باب يوصيكم الله في ... ١٤٢٤ ح: ٦٧٢٣. ومسلم في كتاب الفرائض باب ميراث الكلالة ٧٧٨ ح: ٤١٥٣.

(٤) سورة النساء ١١

(٥) الغنائم في اللغة: من غَنِمَ القومُ غَنَمًا؛ الفوز بالشيء من غير مشقة ويأتي بمعنى الفيء.

خُمْسُهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ ﴿١١﴾ الْآيَةُ.

فقد شرع الله ﷻ لليتيم نصيباً من الغنيمة التي يغنمها المسلمون في المعركة، ونزع ملكية الغنيمة ممن يجمعونها، ليخلص الأمر كله لله ويقسم بالقسمة التي ذكرها الله في الآية، فجعل لليتامى خمس الغنيمة باتفاق المفسرين، بالإضافة إلى جزء من خمس الرسول ﷺ على خلاف بين العلماء في الجزء الأخير، المهم أن له نصيباً من الغنائم الأساسية... (٢).

وإن لم يعد هناك غنائم في حروبنا التي توقفت، فيبقى أن لليتم حقاً - كما ذكرنا - في كل ما يرد لبيت مال المسلمين، أو ما قام مقامه (٣). فهو إن لم يكن له مال معبر عنه باليتامى والمساكين وابن السبيل فيشمل هذه الصفات جميعاً. فيكون حقه من الغنيمة المصدر الثاني الشرعي من مصادر أموال اليتيم. بالإضافة إلى الموارد الثانوية كالوصية له والتصدق عليه والقسمة له من التركة وغيرها.

قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (٤).

أمر الله ﷻ أن تقسم تركة الميت لورثته ولغيرهم من ذوي القربى واليتامى والمساكين، فينفحوهم بشيء من هذا الرزق الذي أصابوه من غير كد ولا كدح، وأن يقولوا لهم قولاً حسناً، تعرفه النفوس الأبية، وتستحسنه ولا تنكره الأذواق السليمة ولا تمجه.

= ينظر: الصحاح للجوهري ٣٧٠/٥ - لسان العرب لابن منظور ٤٤٥/١٢
واصطلاحاً: هي المال المأخوذ من الكفار بالقتال وأما المأخوذ بلا قتال يسمى فيناً.

ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٤٠٠/٣.

(١) سورة الأنفال ٤١.

(٢) الظلال لسيد قطب ١٥٢٠/٣ - روائع البيان تفسير آيات الأحكام للصابوني ط ٣، دمشق، دار القلم، ١٤١٨ هـ. ١٩٩٧ م. ٤٣٢/١. بتصرف.

(٣) كصندوق الزكاة وغيره ويأتي الكلام عليها في الباب الثالث.

(٤) سورة النساء ٨.

وقد اختلف مفسرو السلف في هذه الآية، هل هي محكمة أم منسوخة؟ والراجع أنها محكمة. فاليتامى والمساكين الذين يحضرون قسمة المال، تجب القسمة لهم من التركة، وخاصة إذا كان المال كثيراً، لأن أنفسهم قد تتوق إلى شيء منه. فأمر الله ﷻ الرؤوف الرحيم أن يرضخ لهم شيء من التركة يكون براً بهم، وصدقة عليهم، وإحساناً إليهم، وجبراً لكسرهم. فالرزق يقسم لهم حال الغنى وجوباً، وفي حال الفقر ندباً من التركة^(١).

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٢). وقال تعالى: ﴿يَسَّ أَلْبَرُ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ بِلَا الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ أَلْبَرَ إِلَىٰ قَوْلِهِ: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ دَوَىٰ الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ﴾^(٣).

كما جعل المولى ﷻ لليتيم نصيباً من أموال الصدقات، حتى لا ينقطع الرزق عنه، فيكون عرضة للذل والمهانة وهو ما يُغضب الله ﷻ، فجعل خير النفقة على اليتيم، وخير البر صلة اليتيم بالمحبة.

فالشريعة الإسلامية كفلت لليتيم حقوقه، حتى يعيش في هذه الدنيا معزراً مكرماً، وحذرت من الاعتداء عليه وعلى أمواله، واعتبرت ذلك من الحوب الكبير.

ولم تكتف بحفظ حقوقه، بل أمنت له مصادر المعيشة إن كان فقيراً، فحث أهل الخير حتى يتكافلوا ويتعاونوا على حماية الضعفاء، فجعلت في ذلك المثوبة العظيمة والأجر الجزيل.

فالكل مسؤول عن اليتيم غنياً كان أو فقيراً، فالغنى مسؤولية واجبة، والفقير مسؤولية مندبة إلا إذا لم يكن لليتيم معين غيره، فإن المسؤولية تتحول إلى الوجوب، فيشركه مع أولاده الطعام والشراب والملبس.

(١) تفسير المنار محمد رشيد رضا، ط ٢، بيروت، د. ك. ع. ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م تحقيق إبراهيم قمر الدين ٣٢٣/٤ - تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٥٩٦/٢ - القرطبي ٣٣/٥ - وغيرها.

(٢) سورة النساء ٨.

(٣) سورة البقرة ١١٧.

الفرع الثالث: حضانة اليتيم، وفيه عشر مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الحضانة:

الحضانة لغة: من حَضَنَ، يحضُنُ، والحضن: هو ما دون الأبط إلى الكشح^(١). وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان. يُقال حَضَنَ الصَّبِيَّ، يَحْضِنُهُ حَضْنًا وحضانةً أي جعله في حضنه، وضمه إلى صدره^(٢).

أما اصطلاحاً فهي عند الحنفية والمالكية: تربية الطفل ورعايته، والقيام بجميع شؤونه، من تدبير طعامه وملبسه ونومه، والاهتمام بنظافته في سِنٍّ معينة، ممن له حق تربيته شرعاً، من الأقارب المحارم^(٣).

وعرفها الشافعية والحنابلة: بأنها تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه، ويقيه عما يضر، ولو كان كبيراً مجنوناً أو معتوهاً، كغسل رأسه وثيابه، ودهنه وتكحيله، وتحريكه، لينام، وغيره^(٤).

فالحنفية والمالكية خصوا الحضانة بالصغير الذي يحتضن.

أما الشافعية والحنابلة فعمموا كل من لا يستطيع القيام بأمور نفسه، تحت باب الحضانة، وإن كان لا يحضن حقيقة، وإنما هو من باب المجاز. وعليه فإن التعريفين يكمل بعضهما البعض؛ لأن اليتيم قد يبلغ غير عاقل، ولا رشيد. فبذلك لا بد أن يكون له من يكفله ويقوم بتربيته.

أما وجه المناسبة بين التعريفين إنما هو المحافظة على الصغير روحياً ومادياً، فكما تحفظه الأم بين ضلوعها من الأذى، يحضنه الشرع من أن يعتدي عليه أحد أو العكس.

(١) الكشح: ما بين الخاصرة والضلع. ينظر المعجم الوسيط ٧٨٨/٢.

(٢) ينظر: الصحاح للجوهري ٥٢١/٥ - لسان العرب لابن منظور ١٢٢/١٣ - معجم الوسيط ١٨٢/١ مادة حضن.

(٣) ينظر: الحاشية لابن عابدين ٢٥٢/٥ - البدائع للكاساني ٢٠٢/٥ - حاشية الدسوقي ٥٠٨/٣.

(٤) ينظر: المجموع للنووي ٤٤١/٢٢ - كشف القناع ٥٨٣/٥.

الثانية: هل الحضانة حق أم واجب؟

الحضانة حق وواجب للأم باتفاق الفقهاء^(١) إن طلبت ذلك، ولم يكن هناك مانع شرعي أو طبيعي يمنعها من الحضانة، ولا ينازعها فيه أحد.

وعلى العموم، فإن حضانة الطفل لقرابته؛ لأن الحق متعلق بهم، ولأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك. ويكون واجباً عليها، إذا تنازلت عن حقها في الحضانة ولم يوجد من يصلح له، فتجبر على ذلك.

موقف القانون:

نصت قوانين المحكمة الشرعية على أن:

الأم النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، إذا اجتمعت فيها شرائط أهلية الحضانة^(٢).

الثالثة: فيمن يثبت له حق الحضانة على الصغير:

الحضانة في الأصل للنساء^(٣)؛ لأنهن يتميزن بالحنان والشفقة، وهن أرفق وأهدى إلى تربية الأطفال في حياتهم الأولى وفي حال عدمهن تنتقل للرجال.

وليك ترتيب أصحاب الحق في الحضانة:

١ - الأم، ثم أم الأم، وإن بعدت درجاتها، ثم أم الأب وإن بعدت درجاتها؛ لأنها أم أيضاً.

(١) ينظر: الحاشية لابن عابدين ٢٥٢/٥ - المغني لابن قدامة ٤١٠/٧ - المجموع للنووي وتكملته للماراني ٤٤٣/٢٢ - حاشية الدسوقي ٥٠٨/٣.

(٢) ينظر المادة: ٣٨٤ شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٧٠.

(٣) لحديث النبي ﷺ: «أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه الحاكم وصححه في المستدرک ٢٢٦/٢ وحديث: «الخالة والدة» أو «الخالة بمنزلة الأم» رواه البخاري في كتاب الصلح. باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان بن فلان ٥٦٣، ح: ٢٦٩٩.

- ٢ - الأخت الشقيقة للصغير، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم.
 - ٣ - الخالة الشقيقة، والخالة لأم، فالخالة لأب، فبنت الأخت لأب.
 - ٤ - بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب.
 - ٥ - العمة لأب وأم، العمة لأم، ثم العمة لأب، مع ملاحظة: ليس لبنات العم والخالات حق في حضانة الذكور، لأنهن لسن من محارم الصغير، إنما لهن الحق في حضانة الإناث.
- فإن لم يكن لليتيم امرأة من هذه المحارم تستحق الحضانة، انتقلت الحضانة إلى عصة الرجال على الترتيب الآتي:
- ١ - الجد - أبو الأب - لأحقية الرجال المحارم بحضانة الصغير بعد والده، وإن علا.
 - ٢ - الأخ الشقيق، والأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.
 - ٣ - العم الشقيق، فالعم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب، ثم ابن العم الشقيق، فابن العم لأب، مع ملاحظة: أن أبناء العمة، والخال والخالة؛ يدفع إليهم الغلام لا الجارية أي اليتيمة؛ لأنهم غير محارم إلا إذا لم يكن لها غير ابنها، فللقاضي الخيار، وإن رأى أن ابن عمها أصلح ضمها إليه، وكانت غير مشتهة، أو كانت مشتهة، وكان هو أميناً، فيدفعها إليه، وإلا سلمها إلى امرأة أمينة تحضنها.
- فإن لم يوجد للصغير عاصب مطلقاً من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة، أو وُجد ولم يكن أهلاً للحضانة، انتقلت أحقية الحضانة إلى المحارم غير العصة؛ وهم ذووا الأرحام، الأقرب فالأقرب على الترتيب الآتي: الجد لأم، فالأخ لأم، فابن الأخت لأم، ثم العم لأم، فالخال لأبوين، فالخال لأب، فالخال لأم. وعند اجتماع الحاضنين في الدرجات قدم الأورع ثم الأسن^(١).

(١) الحاشية لابن عابدين ٢٦٢/٥ وما بعدها - بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٥/٥ - الأحوال الشخصية أحمد غندور ٥٩٣ - أحكام الأسرة المسلمة محمد شلبي ٧٥٦ =

موقف القانون:

نصت قوانين المحكمة الشرعية على أن:

حق الحضانة يستفاد من قبل الأم، فيعتبر الأقرب فالأقرب من جهتها ويقدم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد المرتبة قرباً فإذا ماتت الأم أو تزوجت بأجنبي أو لم تكن أهلاً للحضانة ينتقل حقها إلى أمها، فإن لم تكن أو كانت ليست أهلاً للحضانة تنتقل إلى أم الأب، وإن علت عند عدم أهلية القربى، ثم لأخوات الصغير، وتقدم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم لبنات الأخوات، بتقديم بنت الأخت لأبوين ثم لأم، ثم لخالات الصغيرة وتقدم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم لبنات الأخ كذلك، ثم لعمات الصغير، بتقديم العمة لأبوين، ثم لأم ثم لأب، ثم خالة الأم، كذلك ثم خالة الأب كذلك عمات الأمهات والآباء بهذا الترتيب^(١).

الرابعة: شروط الحاضنة لليتيم:

بعد بيان مراتب من له الحضانة ودرجاتهم في الأولوية، بقي أن نفتش على أحقية صاحب الحضانة، فليس كل قريب تتوافر فيه صفات الحاضن سواء كان رجلاً أو امرأة، فكل من لم تتوافر فيه صفات وشروط الحاضن لا يرجى من خلال حضائته للطفل الوصول بالغلام إلى الهدف المقصود وهو التربية الإسلامية المنشودة، لأن أي تقصير ظاهر يكون في الحاضن ينعكس سلباً على المحضون، مما يعتبر تضييعاً للأمانة، فلا بد أن تجتمع أكثر مواصفات المربي أو الحاضن؛ لأنها إن لم توجد في الأقرب انتقلت

= والمحاكم الشرعية تعتمد المذهب الحنفي في ترتيب حضانة الصغير، فاقترنت عليه، ولم أتعرض لبقية المذاهب خشية التطويل، ولعدم ضرورة ذكرها. ويمكن العودة إليها في مصادر كتب المذاهب، أو الاقتصار بالرجوع إلى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري، بيروت. دار الأرقم ١٤١٣ هـ .. ١٩٩٣ م. تحقيق إبراهيم محمد رمضان ٥٦٢/٤.

(١) ينظر المادة: ٣٨٤ شرح الأحكام الشخصية للأبائي ٧٠.

إلى من يليه، ولو كان الحاضنة أمه، لأن مصلحة المحضون مقدمة على ما سواه.

الشروط التي تستحق في الحاضن للمحضون، منها ما هو عام في النساء والرجال وما هو خاص بما إذا كانت الحاضن امرأة، أو إذا كان الحاضن رجلاً.

❖ فالشروط العامة التي تجب في النساء والرجال:

١ - البلوغ والعقل والحرية، فلا حضانة لصغير ولو مميزاً أو مجنوناً أو معتوهاً، لعدم القدرة على العناية بأنفسهم، فلا يوكل إليهم القيام بشؤون غيرهم.

٢ - القدرة على تربية المحضون، كالمحافظة عليه خلقاً وصحة، ورعاية شؤونه، فلا حضانة للعاجز لكبر أو مرض، أو عمل يمنعها من تربيته والعناية به، أما إذا كان العمل لا يحول دون رعاية الصغير، وتدبير شؤونه، فيسقط حقها في الحضانة.

٣ - الأمانة على الأخلاق. فلا حضانة لفاسق أو فاسقة، بسبب السكر والزنا واللهو المحرم والكلام الفاحش والبذيء؛ لأن الطفل يتعلم الكلام منذ الثالثة من عمره، فإن كانت الحاضنة فاحشة الكلام، مما يتعلمه الولد، ويؤثر في أخلاقه، فيجب التحذير منه، وإلا فلا حضانة.

٤ - الإسلام وهو شرط عند الشافعية والحنابلة، باعتبار أنها ولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم وهو الصحيح، كما مر سابقاً أن الولاية والرضاع لا تكون إلا لمسلمة، إلا إذا لم يوجد.

● الشروط الخاصة بالنساء:

١ - أن تكون ذا رحم محرم من الصغير، كأمه أو أخته أو جدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال والخالة بالنسبة للصبي لعدم الحرمة^(١).

(١) هذه الشروط عند الجمهور، أما عند الحنفية فلهن الحق في حضانة الأنثى.

٢ - أن لا تكون متزوجة بأجنبي، أو بقريب غير محرم منه؛ لأنه قد يعامل اليتيم بقسوة وكراهية وهذا ما يوجب غضب الله لمخالفة أوامره في الاعتناء، ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج.

٣ - ألا تكون قد امتنعت من حضائته مجاناً والأب معسر، لا يستطيع دفع أجره الحاضنة، فإن كان الأب معسراً، وقبلت قريبته تربيته مجاناً سقط حق الأولى في الحضانة.

٤ - ألا تقيم الحاضنة في بيت يبغضه ويكرهه، فيتضرر به - ولو كان قريباً له - لأن سكناه مع المبغض يعرضه للأذى والضياع، وكذلك يلحقها الإثم هي ومن يؤذيه، لأمر الشرع بإكرامه وعدم التعرض له بالأذى.

● الشروط الخاصة بالرجال:

١ - أن يكون ذا رحم محرم للصغيرة، فليس لابن العم حضانة ابنة عمه؛ لعدم المحرمية إذا كانت مشتبهة، وهي التي حددها الفقهاء بسبع سنين؛ تحذيراً من الخلوة بها، لأن هذا الحق لو ثبت له قد يفضي إلى فتنه وفساد، فقالوا: لا يثبت ذلك سدا للذرائع.

وغاية الأمر، أنه إذا لم يكن للبت عصة غير ابن عمها، فللقاضي أن يقيها عنده إذا كان مأموناً، ولا يخشى عليها الفتنة من وجودها، وإلا أناب القاضي أمانة تقوم بحضانتها.

٢ - أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء كزوجة، أو أم، أو خالة، أو عمّة، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال. فإن لم يكن عند الرجال من يحضن من النساء، فلا حق له في الحضانة^(١).

(١) البدائع للكاساني ٢١٠/٥ وما بعدها - الحاشية لابن عابدين ٢٦٤/٥ وما بعدها - حاشية الدسوقي ٥١١/٤ وما بعدها - المغني لابن قدامة المقدسي ٤١٠/٧ - المجموع للإمام النووي وتكملته للماراني ٤٤/٢٢ - كشاف القناع للبهوتي ٥٨٦/٥ - الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٧/٢٢٥ الفقه المقارن بدران أبو العينين بدران ٥٥٠ أحكام الأسرة مصطفى شلبي ٧٦٣.

موقف القانون:

نصت قوانين المحكمة الشرعية على أنه:

يشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة، عاقلة، أمينة، لا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانه، أن لا تكون مرتدة، ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت المبغضين له ولا فرق في ذلك بين الأم وغيرها من الحاضنات^(١).

الخامسة: مدة الحضانة:

اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ لحظة ولادة الطفل، ولكنهم اختلفوا في الوقت الذي تنتهي فيه. وإن كانوا متفقين على أن الغلام والجارية إذا بلغا جرت عليهم الأحكام الشرعية كما تجري على الرجال، مع إمكانية استقلال الغلام بنفسه، وقدرة الجارية على تنفيذ العقد بنفسها بإجازة وليها.

وهذا الاختلاف خير؛ لأنه متعلق بمصلحة الأطفال وخصوصا اليتيم من بينهم؛ لأنه المعني في دراستنا. كما أن انتهاء الحضانة يُنهي ولاية المرأة على المحضون، وانتقاله إلى من له الحق في كفالتة بعد حضانة النساء.

فذهب الحنفية إلى أن مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهي باستغنائهما عن خدمة النساء، وقدرة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته الأولية، من أكل ولبس ونظافة. وقدروا سن الاستغناء للغلام بسبع سنين، فهو في هذا السن يعتبر قادرا على القيام بشؤون نفسه الأولية، إلا أنه في هذا السن يحتاج إلى التأديب، والتهذيب، والتعليم، والتخلق بأخلاق الرجال وآدابهم. والأب أو الوصي بالنسبة لليتيم أقدر على ذلك من الأم وسائر الحاضنات.

وأما الصغيرة فقدرت حضانتها بتسع سنين، وعليه الفتوى.

(١) ينظر المادة: ٣٨٢ شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٦٧.

واعتبر محمد بن الحسن أنها تدفع إلى أبيها إذا بلغت حد الشهوة، وقدره العلماء بتسع سنين، معللين ذلك بفساد الزمان، ولكن لا مانع من بقائها عند حاضنتها؛ لتتعرف أكثر على آداب النساء، من الغزل والطبخ والغسل حتى تحيض. فإذا حاضت احتاجت إلى التزويج والصيانة، فالأب أو من له الولاية له يمكنه تزويجها، وهو أقدر على صيانتها من أمها وحدها، لأنها ببلوغها صارت عرضة للفتنة ومطمعا للرجال. هذا إذا بلغ الطفل عاقلا، أما إذا بلغ مجنونًا أو زمنيًا، فتستمر صلاحية الحاضنة^(١).

وذهب الشافعية والحنابلة في إحدى الروايات إلى أن الصبي متى ميز بين أبيه وأمه خير بينهما؛ لأن اليتيم مات أبوه، فبالطبع سيختار أمه من بين سائر الأولياء^(٢). وهذا القول لا يمكن اعتماده.

لذلك من الأفضل، أن يبقى عند حاضنته حتى يبلغ سن السابعة أو التاسعة بالنسبة للجارية. ثم ينتقل إلى بيت جده أو من له كفالته، يؤدبه ولا يترك عند حاضنته على هواه؛ لأنها لا تعرف مصلحته كالرجال، وقد تسيطر عليها عاطفتها، فتؤدي إلى فسادها.

السادسة: مكان الحضانة:

هو المكان الذي تقيم فيه الحاضنة، سواء كانت أما أو غيرها من أصحاب الحضانة، والأصل أن الحضانة هو بيت الزوجية إذا كانت قائمة وللفقهاء آراء متقاربة في تحديد موطن الحضانة وما يترتب عليه^(٣).

فإذا كانت الحاضنة أمًا، والزوجية قائمة، فلا يجوز للأم أن تخرج به من المصر الذي هو فيه إلى غيره قبل أن يستغني عن أمه، وتنتهي مدة حضانتها، إلا أن يأذن لها زوجها، لأنها تابعة له، والإقامة معه واجب

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٢/٥ وما بعدها - كشف القناع للبهوتي ٥٩٠/٥ - حاشية الدسوقي ٥٠٨/٣.

(٢) المجموع للنووي ٤٧١/٢٢ - المغني لابن قدامة ٤١٢/٧.

(٣) الحاشية لابن عابدين ٢٧٢/٥ - الفتاوى الهندية للشيخ نظام ٥٦٧/١ - المجموع للنووي ٤٧٨/٢٢ - المغني لابن قدامة ٤١٣/٧ - حاشية الدسوقي ٥١٦/٣.

شرعي، حتى لو كانت معتدة من طلاق يلزمها البقاء في مسكن الزوجية، سواء أكانت حاضنة أم غير ذلك، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحْشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^(١).

وأما إذا كانت معتدة من وفاة، فمكان الحضانة بيت الزوجية؛ لأنها تقضي عدتها فيه، ولا يجوز لها الخروج، ولا إخراجها إلا أن تقوم بفاحشة واضحة، كما ذكر في الآية، ولأن قضاء العدة في بيت الزوجية واجب، لحق الزوج ولحق الشرع، لا يحل لها الانتقال بولدها.

وبعد انتهاء عدتها، يجوز لها أن تنتقل بولدها المحضون إلى أي مكان آخر، في البلد نفسه أو إلى بلد قريب، بحيث يتمكن الولي من الذهاب لرؤيته، والعودة في النهار نفسه؛ لأن غير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة، كما أن غير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها.

السابعة: سفر الحاضنة بالمحضون:

أجاز الشرع للمرأة أن تنتقل بولدها داخل المصر أو خارجه، حيث يمكن للولي أن يعوده يتفقد أحواله كلما أراد في يوم واحد؛ أما إذا كان البلد الذي تريد النقلة إليه بالمحضون بعيداً، فلا يجوز إلا بشرطين:

- ١ - أن يكون البلد الذي تريد النقلة إليه وطنها.
- ٢ - أن يكون عقد الزواج قد تم فيه، إلا أن تكون غير الأم، فلا تقدر على نقله إلا بإذن وليه.

بالإضافة إلى أن يكون البلد الذي تود النقلة إليه يتناسب وأخلاق المحضون، حتى لا يتعلم سوء الأخلاق والرذيلة، كأن تسافر به إلى بلد أجنبي، ولو كان بلدها؛ لأن الأصل فيه الفساد إلا من مَنَّ الله عليه بالهداية فيه، فللولي منعها من الانتقال به إلى بلد ليس بوطنها، أو عُقد عليها فيه لانعدام الشرطين.

(١) سورة الطلاق ١.

وبالنظر إلى ما سبق نجد أن الحضانة تقوم على مصلحة الصغير، من خلال الجمع بين حضنته بواسطة أمه أو قريباته، وبين إشراف الولي عليه حتى لا تضار الوالدة ولا الولد، وكى لا يُحرم الصغير من عطف حاضنته ورعاية أوليائه^(١).

الثامنة: سفر الولي بالمحضون:

كما حفظ الشرع حق الأولياء في ضم المحضون إليهم، كذلك اهتم بحق الحاضنة في حفظ محضونها بجانبها في فترة الحضانة.

فلا يجوز للولي أن ينزع الولد من حاضنته، سواء كانت أمه أو غيرها، إذا كانت من أهل الحضانة، ثم يسافر به إلى مكان آخر بلا رضاها ما بقيت حضانتها؛ لأن في ذلك تفويت حق الحاضنة، والولي لا يملك ذلك إلا إذا سقط حقها في الحضانة فيجوز له ذلك^(٢).

وأجاز المالكية للحاضن أن يأخذ المحضون من الحاضنة، أمّا كانت أو غيرها، سواء كان رضيعاً أو غيره، ما دام يقبل ثدي غير الحاضنة، ولم يخش عليه منه، واشتروطوا لذلك شروطاً:

- ١ - أن يكون سفر نقلة وانقطاع، لا مؤقتاً أو بقصد التجارة أو النزهة.
- ٢ - أن تكون المسافة بُرْدًا^(٣) واحداً فأكثر، على الصحيح في المذهب.
- ٣ - أن يكون الطريق والمكان المراد النقلة إليه مأموناً.

واعتمد الشافعية والحنابلة رأي المالكية، فاعتبروا أنه متى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد مسافة قصر^(٤)، فأكثر على الشروط المذكورة، فالولي

(١) البدائع للكاساني ٢١٨/٥ وما بعدها.

(٢) الحاشية لابن عابدين ٢٧٤/٥.

(٣) البرد: هي ستة عشر فرسخاً، والفرسخ ثلاثة أميال، والميل أربعة آلاف ذراع والسفر الذي يجوز القصر فيه أربعة برد وهي ثمانية وأربعون ميلاً بالأميال الهاشمية التي في طريق مكة. ينظر: لسان العرب ٨٦/٣.

(٤) أي المسافة التي تقصر فيها الصلاة وقد حددها الفقهاء ٨١ كلم تقريباً كما في الحاشية.

أحق بالحضانة، سواء أكان المقيم هو الولي في العادة أم المنتقل؛ لأن الولي في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير، وحفظ نسبه من الضياع^(١).

الخلاصة:

أن سفر الولي لا يسقط حقه في الحضانة، في رأي الحنفية، ويسقطها عند الجمهور.

التوفيق بين الآراء:

إن السفر لم يشرع إلا للحاجة أو الضرورة التي قد يجد من خلالها المسافر مبتغاه، ولأنه لولا ذلك لما سافر، لأن السفر قطعة من العذاب، ولا يشاق المرء نفسه إذا كان غنيا مرتاحاً.

والولي طالما أنه مسؤول عن اليتيم وعن نفقته، واضطر إلى السفر لحاجة نفسه وحاجة يتيمة الذي وكل به، فإذا أبقاه مع حاضنته واثقا من حالها وقدرتها في الاعتناء باليتيم مألأ وحالاً وخلقاً وديناً، فلا يجوز له إخراجه من بين يديها، في فترة حضانتها سواء أكان سفر نقلة أم غير ذلك.

أما إذا علم عدم قدرتها في الإنفاق عليه وتربيته، لفقرها وسوء خلقها، وأن عدم وجوده بجانبه سيؤثر عليه سلباً، فيجوز عند ذلك انتزاعه، مراعاة لليتيم.

التاسعة: أجرة الحضانة:

ذكر الفقهاء أن الحاضنة إذا كانت أمًا والزوجية قائمة، فلا نفقة لها على الحضانة أو الرضاع؛ لأنه واجب عليها ديانة، ولها نفقة الزوجية بطبيعة الحال.

أما إذا كانت معتدة من وفاة، فهي في تلك الحالة مستحقة للنفقة، وقد حبست نفسها لمصلحة اليتيم وحضانتها. والمقرر أن من حبس نفسه

(١) حاشية الدسوقي ٣/٥١٥ وما بعدها - المجموع للنووي ٢٢/٤٧٨ وما بعدها - كشف القناع للبهوتي ٥/٥٩٨.

للقيام بعمل، استحق الأجر في مقابل العمل. وكذا غير الأم من باب الأولى؛ لأن الحضانة عمل من الأعمال يستحق من يقوم به أجرا في مقابلتها، ما لم يكن متبرعا^(١).

فإن كان هناك حاضنة متبرعة، فلا تقدم الأم إذا كانت أجنبية، أما إذا كانت من المحارم كالعمة، فالصحيح أنه يقال للأم: إما أن تسكنه مجانا، وإما أن تدفعي اليتيم إلى عمته^(٢).

العاشر: ما يترتب على انتهاء الحضانة من ضم الولد لأوليائه:

بعد انتهاء مدة الحضانة عند النساء، واستغناء المحضون عن الحاضنة، تنتقل الولاية من بعد الحاضنة إلى من له الولاية من عصبة المحضون جبرا، وفقا للشروط السابقة في شروط الحاضنة أو الحاضن، وخاصة المتعلقة بالذكورة أو الأنوثة، فيقدم الأقوى عصوبة على غيره سواء أكانوا محارم، كإخوة وأشقاء، أم غير محارم، كأبناء العم، لأن الصبي - بعد بلوغه سن السابعة - يحتاج إلى التأديب والتعليم، والتخلق بأخلاق الرجال، فيقدم إلى عصيته من الرجال؛ لأنهم أقدر على ذلك من النساء.

أما البنت، فإذا انتهت مدة حضانتها بالتاسعة على ما بينا من سلامتها وغير ذلك، ضمت إلى جدها، ثم إلى أقرب عصباتها من الرجال المحارم، كأخ أو عم - إذا لم يكن مفسداً - وإن كان مفسداً، فالنظر فيها إلى الحاكم، يضعها عند عدم الأولياء المعتبرين، عند أمينة قادرة على الحفظ^(٣).

(١) الحاشية لابن عابدين ٣٤٩/٥ - مواهب الجليل للخطاب ٦٠٥/٥ - حاشية الدسوقي ٥٢٠/٣ - الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ٥٧٠/٤ - الفقه الإسلامي للزحيلي ٧٣٤/٧.

(٢) الحاشية لابن عابدين ٣٤٩/٥ - الفقه المقارن للأحوال الشخصية ٥٥٧.

(٣) الحاشية لابن عابدين ٢٧١/٥ وما بعدها - البدائع للكاساني ٢١٣/٥ وما بعدها.

الفرع الرابع: تعليم اليتيم، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعليم اليتيم:

بعد بلوغ المحضون سن السابعة، تبدأ مرحلة التمييز التي توجي ببداية الفهم والاستيعاب عند الطفل، وهذا ما يؤكد حديث النبي ﷺ: «علموا أولادكم الصلاة إذا بلغوا سبعاً، واضربوهم عليها إذا بلغوا عشرين، وفرقوا بينهم في المضاجع»^(١) فالحديث دل على أن الصبي إذا بلغ السابعة يكون مستعداً لتعلم أمور دينه كالصلاة، فقام عليها العلماء سائر العبادات، كالصيام والمعاملات كالأخلاق.

من هذا المنطلق النبوي كان الإذن من الشرع بإصلاح اليتيم، لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّتِي تَنَى قُلْ إِصْلَاحٌ لِّمَنْ خَيْرٌ﴾^(٢). فقد فتحت هذه الآية باباً كبيراً من الإصلاحات لليتيم من علم وأدب وفضل، لأن هذا الصنع أعظم تأثيراً من إصلاح حاله بالتجارة.

وبالجملة فالمراد من الآية، أن جهات المصالح المختلفة غير مضبوطة، فينبغي أن يكون عين المتكفل لمصالح اليتيم على تحصيل الخير في الدنيا والآخرة لنفسه، واليتيم في ماله، وفي نفسه^(٣).

لذلك فإن أول ما يجب على الولي هو إصلاح يتيمة، بتعليمه الصلاة، وأمور العبادات والطهارة، وأن يرسله إلى الكتاب ليتعلم القرآن الكريم والعلوم الشرعية والمدنية التي تناسب عمره، ويعوده حب الله

(١) رواه أبو داود باب متى يؤمر الغلام بالصلاة ح ٤٩٥. والترمذي باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة ١٢٤ ح: ٤٠٧ وقال فيه: حديث سيرة بن معبد الجهني حديث حسن صحيح، وعليه العمل عند بعض أهل العلم. انظر مجمع الزوائد لابن حجر الهيثمي بيروت د. ك. ع ١٤٠٨ هـ. ١٩٨٨ م. بتحرير الحافظين العراقي والسيوطي ٢٩٤/١، والحديث مروي عن أبي هريرة - ح، (باب أمر الصبي بالصلاة) رواه البزار وفيه محمد بن الحسن العوفي، قيل فيه: لَيْسَ الحديث ونحو ذلك، ولم أجد من وثقه، وروي عن سيرة بن معبد الجهني.

(٢) سورة البقرة ٢٢٠.

(٣) التفسير الكبير للرازي ٤٤/٦ - البحر المحيط لأبي حيان ١٧٠/٢.

تعالى، والاستعانة به، ومراقبة الله، والإيمان بالقضاء والقدر...

فالتربية ليست بالأمر السهل، وليست من الصعوبة بمكان؛ لأن ما يتعلمه ويراه أمامه يستقر وينقش على صدره وقلبه، كما ينقش على الحجر، فلم يكن من الهين إزالته. وكذلك في كل حال وفي كل وقت، لا بد للولي أن يصطحبه حتى يعلمه أخلاق الرجال وآدابهم، كالاستئذان، وطريقة السلام، واحترام أهل الفضل والعلم والدين؛ لأن الطفل يتأثر بالأخلاق مشاهدة أكثر منها نظرياً.

فقد ورد عن النبي ﷺ أنه كان يعلم عمر بن أبي سلمة^(١) كيفية الطعام وآدابه فقال: كنت غلاماً في حجر رسول الله ﷺ وكانت يدي تطيش في الصحيفة، فقال رسول الله ﷺ: «يا غلام، سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك» فما زالت تلك طعمتي بعد^(٢).

فبين الحديث كيف كان النبي ﷺ يهتم باليتيم في حجره، ويعلمه الأسس التي يجب على الولي أن ينقلها للمتولى عليه، كأن يصطحبه إلى مجالس الكبار، ويعوده على قضاء الحاجات للناس، كما كان يفعل أولاد أصحاب النبي ﷺ، وكذا كيفية السلام، واتخاذ الأصدقاء، والبيع والشراء، واحترام أقربائه، وصلة الرحم. وستأتي نماذج عن ذلك.

وقد بينت الشريعة الإسلامية ما لكافل اليتيم ولمربيه من الخير الكثير والأجر العظيم، لأن في تربيته المشاق والعناء وتفريغ الأوقات، فيعلمه كيفية معاملة الناس ويصطحبه إلى زيارات أقربائه، فيعلمه آداب الزيارات، وكيفية احترام المساجد، من خلال تأديته الصلوات الخمس معه، فلا يكلف الأمر الكثير، لأن التربية تسهل أكثر بوجود اليتيم بجانبه.

(١) أبو سلمة، هو عبدالله بن عبد الأسد المخزومي، ابن عمه رسول الله ﷺ وأخوه من الرضاة، من السابقين الأولين، ذو الهجرتين، توفي في عهد النبي ﷺ بعد أن شهد بدرًا بالمدينة المنورة، حضره رسول الله ﷺ عند وفاته وأغمضه، توفي سنة ٤هـ. ينظر: معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني ١٧٧/٣. الإصابة لابن حجر ١٣١/٤.

(٢) رواه البخاري في الأطعمة، باب التسمية على الطعام والأكل باليمين ١١٧٩ ح: ٥٣٧٦ ومسلم في الآداب، باب آداب الطعام والشراب وأحكامها ٩٩٨ ح: ٥٣١٧.

الثانية: نماذج عن تعليم اليتيم بالمعاملة:

مع انطلاق حملة رعاية اليتيم من خلال نداءات القرآن الكريم، كان لا بد من انتقاء أفضل الأساليب التي تعين على تعليم اليتيم وإصلاحه، والنبي ﷺ كان خير من تولى شؤون الأيتام وتعليمهم، ثم صحابته من بعده.

لذلك سنلقي الضوء على بيت النبي ﷺ ومعاملته للأيتام، وكل صغير كان في حجر النبي ﷺ، وكيفية معاملته لهم، حتى نقبس من أنوار نبوته عليه الصلاة والسلام. وحتى تكون عوناً لكل مربٍّ تولى أمانة الولاية على الأيتام، فيعطي اليتيم بذلك بعضاً من حقوقه.

١ - إشعاره بمعنى البُنوَّة: عن عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه: أنه دخل على رسول الله ﷺ وعنده طعام فقال: «ادنُ يا بني، فسم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك»^(١).

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه^(٢) قال: قال لي رسول الله ﷺ:

(١) أخرجه الترمذي، في الأطعمة، باب ما جاء في التسمية على الطعام ٤٥٩ ح: ١٨٥٧.

وقال: روي عن هشام بن عروة، وعن أبي وجزة السعدي، عن رجل من مزينة، عن عمر بن أبي سلمة، وقد اختلف أصحاب هشام بن عروة في رواية هذا الحديث. قال الحافظ ابن حجر في التقریب: إنه ثقة فقيه ربما دلس ٥٧٣ ترجمة ٧٣٠٢. وقال المباركفوري في تحفة الأحوذی: «قال الحافظ فكأن البخاري عرج عن هذه الطريق لذلك» تحفة الأحوذی ط١. بيروت. د.ك.ع. ١٤١٠ هـ. ١٩٩٠ م ٤٨١/٥.

(٢) هو أنس بن مالك بن النضر الخزرجي الأنصاري، أخذته أمه وهو ابن ثمان سنين إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله هذا ابني غلام كاتب، فخدمه تسع سنين فلقب بخادم رسول الله ﷺ، فكان يفتخر بذلك، وهو من المكثرين في الرواية، روى عنه ابن سيرين، وحميد الطويل، وثابت البناني وحسن البصري، وخلق كثير. روي أن النبي ﷺ كان يداعبه ويقول له: «يا ذا الأذنين» ودعا له النبي ﷺ بالبركة. فكان يستأنه يحمل مرتين في السنة. وهو آخر من مات من الصحابة في البصرة، شاهد ثمانين من ولده أو مائة وعشرين، توفي ٩١ هـ. - ينظر: أسد الغابة لابن الأثير الجزري ٢٩٤/١ - معرفة الصحابة للأصبهاني ٢٢٥/١ - الاستيعاب لابن عبد البر ١٩٨/١.

«يا بني»^(١).

فالمطلع على هذين النصين يرى كيف كان النبي ﷺ يعامل الأيتام، ويشير انتباههم بقوله لهم: «يا بُني» بقلب عطوف رحيم، لأنه بهذا النداء أصبح الطفل في حالة تساعد على تلقي التعليمات وقضاء الحاجات.

قال النووي: وفي هذين الحديثين جواز قول الإنسان لغير ابنه ممن هو أصغر سنًا منه يا ابني، ويا بني مصغراً، ويا ولدي ومعناه تلطف، وأنت عندي بمنزلة ولدي في الشفقة. وكذا يقال له ولمن هو في مثل سن المتكلم يا أخي للمعنى الذي ذكرناه، وإذا قصد التلطف كان مستحباً، كما فعله النبي ﷺ^(٢).

فهذه إشارة أولى إلى أن على الولي أن يُعلمه كأنه ولده، ليشعر اليتيم بعطف الأبوة وحنانها، والولد أو الطفل في هذه المرحلة يفتش عن الكلمات التي نادراً ما تمر على أذنه كما تمر على أذن أصدقائه، فانتبه إلى ذلك!

٢ - تجنب كثرة اللوم والعتاب: فالتعليم بالنسبة لليتيم في هذه المرحلة لا يحتاج إلى مكتب ليتعلم فيه، وإنما هي أمور حياتية طبيعية، يجب أن يتعلمها الطفل ممن هو أكبر منه سنًا. فالمقصود من ذلك تعلم أمور الحياة كاملة، كما يقال عادة: من أَلَفَهَا إلى يَأْنِهَا.

فعن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «خدمت رسول الله ﷺ عشر سنين، والله ما قال لي: أفا قط، ولا قال لي: لم فعلت كذا؟ وهلاً فعلت كذا؟»^(٣)

فالنبي ﷺ كان يراعي حال يتيمه التعليمية؛ لأنه يعلم أنه في مرحلة

(١) رواه مسلم في الآداب باب جواز قوله لغير ابنه يا بني واستجابته الملائكة ١٠٥٩ ح: ٥٦٧٤.

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي كتاب الآداب باب جواز قوله لغير ابنه يا بني ط١. بيروت. دار القلم ١٤/٣٧٧.

(٣) أخرجه البخاري في الأدب، باب حسن الخلق والسخاء وما يكره في البخل ح ٦٠٣٨ ومسلم في الفضائل باب كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقاً ح ٢٣٠٩.

وإن كانت تمييزية إلا أنها غير كافية لأن يُحاسب أو يُلام.

فالطفل لا ينبغي محاسبته والتعامل معه على أمور هو غير محاسب عليها شرعاً ولا قانوناً، وإن بلغ خطؤه ما بلغ؛ لأن عمده يعتبر خطأ في معرض الجنايات كما سيأتي. وحتى عندما يكبر ويبلغ يجب على المربي أن يلتمس له عذراً لفعله، إذا ما ظهر منه تقصير حتى لا ينفر من طبع وليه فيُخفي أخطائه، فانظر إلى واقع أنس رضي الله عنه الذي خدم النبي ﷺ عشر سنين ما قال له فيهن شيئاً يدل على استقذار فعله، والتضجر منه، والتأفف من أعماله، حتى أنه ﷺ كان ليدافع عنه إذا ما وجّه أحد له الملام.

عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: خدمت النبي ﷺ عشر سنين فما أمرني بأمر فتوانيت عنه أو ضيعته، فلامني، فإن لامني أحد من أهل بيته إلا قال: «دعوه فلو قدر» أو قال: «لو قضي أن يكون كان»^(١).

والإكثار من العتاب واللوم للطفل تُضعِف في نفسه الثقة، ويصبح أكثر تعقيداً، فيؤدي ذلك إلى الارتباك عند القيام بالمطلوب منه بعد ذلك. في حين أن عدم محاسبة الطفل وتوجيه إليه الملاحظات الطفيفة التي تُظهر أنه جاد وقوي على القيام بالمسؤولية، تزرع في نفسه دقة الملاحظة، وروح الحياء عندما يرى أمارات عدم القبول على وجه وليّه باللطف والمحبة.

٣ - المتابعة لأعمال اليتيم: لا بد للمربي أن يتابع مربيّه، بعد التعليم - وخصوصاً في أمور العبادات - كالصلاة مثلاً؛ لأنه - كما مر - يجب أن يؤمر بها لسبع ويضرب عليها لعشر باعتبار أن فترة الثلاث سنوات فترة كافية لمتابعة اليتيم في تعليمه أمور الطهارة والصلاة بشكل جيد، حتى إذا ما شارف على البلوغ وسن التكليف صار جاهزاً للامتحان في أمرها، وأنه ستكتب عليه السيئات في تقصيرها، والولي أول

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده ط ١. ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م تحقيق عبد الله محمد الدرويش مسند أنس بن مالك ح ١٣٤١٧. والحديث جزء منه في البخاري كما في الحديث السابق، والبقية زيادة عند أحمد.

المحاسبين على تقصيره عند الخطأ، ولا بد مع المتابعة لها مع الصبر، لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ﴾^(١).

وكذلك في أمور المعاملات وقضاء الحاجات، لا بد من متابعته، والانتباه إلى شعوره، أمام رغبات الآخرين وخصوصاً القيم عليه، وكيفية تعليمه بأسلوب ينم عن محبة ولطف.

فاليقيم أنس بن مالك رضي الله عنه يروي لنا قصة أمر النبي ﷺ له في حاجة ومعارضته لذلك وكيفية حكمة النبي ﷺ، وخصوصاً وأن الطفل عندما يحب مربيه، وإن عارضه فإنه يتمنى خدمته، ولكن على المربي أن يكون حذراً في استقبال صدمة المعارضة، ولا يواجه باليمن عليه والازدراء له كخادم يخدمه، فليس من حقه الشرعي أن يستخدمه، ولكن يجب على الولي أن يخدمه ويطلب منه بالمعروف، لأمر الله له بإصلاحه.

عن أنس رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ من أحسن الناس خلقاً. فأرسلني يوماً لحاجة، فقلت: والله لا أذهب، وفي نفسي أن أذهب، لما أمرني به نبي الله ﷺ، فخرجت حتى أمر على صبيان وهم يلعبون في السوق، فإذا رسول الله ﷺ قد قبض بقفاي من ورائي، قال: فنظرت إليه وهو يضحك، فقال: «يا أنيس، أذهبت حيث أمرتك؟»، قلت: نعم، أنا أذهب، يا رسول الله^(٢).

فالمربي ﷺ، راعى حالة أنس رضي الله عنه وتابعه في ما أمره، ولما وجد منه تقصيراً زاد له من المحبة والإكرام والملاطفة، فانظر إليه كيف أمسكه من قفاه من دون أن يشعر أنس بقدومه وقال له: «يا أنيس»، فجعله في ذلك أكثر حياةً من تقصيره معه عليه الصلاة والسلام.

وإذا ما أتاه بجهة معاكسة لهذا العمل، ونادى على طفله المقصر بقسوة وجفاء، وشتمه أو وجه له أية إهانة، فلن يجد من غلامه إلا الثفور والبُعد والهروب، ولو أدى ذلك إلى قصاصه، وهذا ما لا يرضاه أحد ولا يحبه.

(١) سورة طه ١٣٢.

(٢) رواه مسلم في الفضائل باب: كان رسول الله ﷺ أحسن الناس خلقاً ١١٣١ ح ٦٠٨١.

٤ - تعليمه السلام وآداب الاستئذان:

أمر الله الأولياء أن يعلموا الأطفال آداب الاستئذان، كما يعلمونهم الصلاة، لما فيها من فوائد جمة: أهمها غض البصر وعدم المخالطة للنساء...

فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَوةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَوةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوَرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَفَاتٍ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٥٨﴾ (١).

فالآية ترشد الولي الذي يربي اليتيم إلى التنبه إلى حال اليتيم في أدب الاستئذان، ولا يتركه خشية أن تنكسر نفسه، أو خوف مظنة اليتيم أن وليه يطرده بشكل غير مباشر، بل ليجالسه وليعلمه ويثقفه أمور دينه. فما أجمل تربية النبي ﷺ يعلم فيها أنس ﷺ آداب الاستئذان والسلام بالحكمة والموعظة الحسنة.

فعن أنس ﷺ قال: لما نزلت آية الحجاب ذهبت أدخل كما كنت أدخل فقال لي النبي ﷺ: «وراءك يا بني» (٢). وعنه ﷺ أن رسول الله ﷺ مر على غلمان فسلم عليهم (٣).

وعنه ﷺ قال: قال لي رسول الله ﷺ: «يا بني إذا دخلت على أهلك

(١) سورة النور ٥٨، وكما ورد في مكان آخر قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾ النور ٥٩.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤/٤٥٤ مسند أنس بن مالك ح ١٣٣٧٨. قال البوصيري: في إسناده سلم بن قيس العلوي فيه مقال، قال ابن معين: ضعيف وقال البخاري: تكلم فيه شعبة. ينظر إتحاف السادة المهرة مطبوع مع المطالب العالية لابن حجر ٦/٢٩٨ - ٧٧٨٦ - ٧٧٨٧.

(٣) رواه البخاري في كتاب الاستئذان باب التسليم على الصبيان ١٣٣٤ ح: ٦٢٤٧. ومسلم في السلام باب استحباب السلام على الصبيان ١٠٦٨ ح: ٥٧١٤.

فسلم، تكون بركة عليك وعلى أهل بيتك»^(١).

والنبي ﷺ، يعلم أنس ﷺ كيفية الاستئذان عند الدخول، مراعاة حرمة البيت الذي يدخل إليه، حتى لا يشعر من بداخله بالحرَج، وهذه الأمور لا بد وأن يلتزمها الولي في تعليم محضونه، وهذه الآداب قلما تكون في دور الحضانة أو غيرها، لذلك فإن المسؤولية يجب أن تقع على عاتق الولي القريب، ولا يحتجب عن الولاية، حتى لا يحتجب الله ﷻ عنه يوم القيامة.

هذه النماذج من الآداب بالإضافة إلى آداب كثيرة يجب على الأولياء أن يطلعوا عليها، ويعلموها يتاماهم من خلال الرجوع إلى كتب الآداب، من كتب الصحاح والسنن والمسانيد، أو أن يعودوا إلى كتب التربية التي تتحدث عن تربية الأطفال ليكونوا قادة وقادة في المجتمع^(٢).

لذلك فإن على الولي الكبير ألا يتخلى عن المسؤولية ولا أن يقصر فيها، لما قد يوجبه على نفسه من الإثم الكبير بسبب تركه كفالة من أمره الله بكفالتة؛ لأنه قد يكون طعمة بين أيدي الذين لا يرجون من وراء عملهم وتربيتهم إلا المال. بالإضافة إلى أنه قد يكون هذا الطفل اليتيم ممن كتب له القبول، فيكون قائداً عظيماً أو عالماً جليلاً يُفتخر به أمام الله ﷻ وأمام المجتمع.

الفرع الخامس: تأديب اليتيم: وفيه مسائل:

بعد مرحلة التعليم تبدأ مرحلة التأديب، وهو مستخلص من حديث النبي ﷺ: «علموا أولادكم الصلاة إذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً، وفرقوا بينهم في المضاجع».

(١) رواه الترمذي في الاستئذان باب ما جاء في التسليم إذا دخل بيته ٦٣٥ ح: ٢٦٩٨ وقال: حديث حسن صحيح غريب.

(٢) ينظر: كتب الآداب في صحيح البخاري ومسلم وكتب السنن الأربعة النسائي والترمذي وأبو داود وابن ماجه ومسنَد الإمام أحمد - مسند أنس بن مالك وعمر بن أبي سلمة... - وينظر كتاب تربية الأولاد في الإسلام عبد الله ناصح علوان، ط ٣٠، بيروت، دار الفكر المعاصر، ١٤١٧هـ. ١٩٩٦م. - منهج التربية النبوية للطفل محمد نور بن عبد الحفيظ سويد ط ٣، دمشق ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.

فالحديث النبوي الشريف يرشد الأولياء إلى إمكانية التأديب بالضرب، إلا أنه ﷺ وإن لم يستعمل هذا الأسلوب، ولكنه أمر به من سنٍّ معينة.

ولكن! هل الضرب هو أول أنواع العقوبة؟ أو أن هناك أنواعاً أخرى يتدرج بها للوصول إلى هذا النوع من العقوبة؟

قبل الكلام على أنواع التأديب لا بد من التنويه إلى أمر، وهو أن التأديب ضرورة تربوية تهذيبية للطفل، تساعد على التخلص من الخطأ مباشرة، قبل أن يُنقش ويصبح قاعدة يسير الطفل على هديها.

المسألة الأولى: التأديب بالكلام:

إن طرق تأديب الأولاد قد تختلف، بحسب جِبَلَةِ الطفل، لأن الأولاد منهم من يقبل الأدب بسرعة ويسر ومنهم، يعُسر عليه تقبُّله، ومنهم كثير الحياء ومنهم من لا يستحي، فلا يمكن أن يعامل الصنفان المعاملة نفسها في التأديب. لذلك يجب توخي الحذر في المعاملة والتأديب، فيتدرج الولي في سلم التأديب للوصول إلى الضرب. كما لا بد من مراعاة حال الطفل، فلا يضرب إلا في سنِّ العاشرة، أما إذا أخطأ قبل ذلك فهل هناك وسيلة للتأديب؟

❖ الزجر بكلمة كَخ كَخ:

فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أخذ الحسن بن علي رضي الله عنه ^(١) تمرّة من تمر الصدقة، فجعلها في فيه، فقال رسول الله ﷺ: «كَخ كَخ، ارم بها، أما علمت أنا لا نأكل الصدقة؟» ^(٢).

(١) الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، أبو محمد، سيد شباب أهل الجنة، وريحانة رسول الله ﷺ، والسيد المصلح بين الأمة، وسبط من الأسباط، سماه ﷺ حسناً، شبيه رسول الله ﷺ وحببيه، وابن فاطمة الزهراء - سيدة النساء، روى عنه عائشة وأبو هريرة والشعبي وخلق كثير ت: سنة ٤٩هـ. ينظر: معرفة الصحابة أبي نعيم الأصبهاني ٣/٢ - الإصابة لابن حجر ٦٠/٢.

(٢) رواه البخاري في الزكاة باب ما يذكر من الصدقة للنبي ﷺ ٣١٦ ح: ١٤٩١. ومسلم في الزكاة باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله ٤٧٩ ح: ٢٤٤٠. قال =

والنبي ﷺ زجر الحسن ﷺ بهذه الكلمة تأديباً سريعاً حين كررها كذلك. ثم بين له سبب هذا الزجر ليتعلم أمراً شرعياً خاصاً بآل بيت النبي ﷺ.

❖ الزجرة بكلمة رويدك. ويحك:

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: كان النبي ﷺ في بعض أسفاره وغلّام أسود يقال له: أنجشة يحدو، فقال رسول الله ﷺ: «يا أنجشة: رويدك، سوقاً بالقوارير»^(١).

فهذه النماذج تبين بعض وسائل التأديب الكلامي عند النبي عليه الصلاة والسلام، فيزجر الحسن الطفل الصغير بكلمة «كخ»، وذلك الغلام الأسود بقوله: «رويدك» ومن رواية: «ويحك» وكلها كلمات تدل على أن التأديب الكلامي - إذا أثمر - وجب أن لا يتعدى إلى ما هو أشد من ذلك. وهكذا ينبغي لكل ولي أن يفتش عن ألفاظ الزجر الشرعية، ولا يتعداها إلى ألفاظ غير شرعية، كالشتيم والسب، أو أن يلعن - والعياذ بالله - لنهي النبي ﷺ عن ذلك، وإلا وقع الولي أو المربي في الإثم. لذلك لا بد لدور الأيتام من مراقبة مربّيهم، والنظر في كيفية معاملتهم لأيتام المسلمين؛ لأن الولي قد يصعب عليه تربية طفل واحد، فكيف بمن وكل بأيتام يقضي معهم يوماً أو جزءاً من يوم؟ فالحذر.. الحذر.. من غضب الله ﷻ.

المسألة الثانية: التأديب النظري:

إذا لم يصلح الطفل التأديب الكلامي، وأصر على التماذي في عصيانه به، كان لازماً على المربي أن ينتقل معه إلى التأديب النظري، مع بعض الوعيد ويتبع الخطوة التالية.

= النووي رحمه الله في تفسيره قوله عليه الصلاة والسلام: «كخ.. كخ»: كلمة يزجر بها الصبيان عن المستفذرات، فيقال له: كخ أي اتركه وارم به. شرح صحيح مسلم للنووي ١٨١/٧.

(١) أخرجه البخاري في الأدب باب مَنْ دعا صاحبه فنقص من اسمه حرفاً ١٣٢٤ ح ٦٢٠٢.

والمقصود من التأديب النظري؛ لفت انتباه الطفل المخالف إلى وجود أداة للتأديب كالسوط أو المسطرة، والإشارة إليها دائماً عند صدور الخطأ، لما في هذا النوع من التأديب من وجوه حسنة.

وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «علقوا السوط حيث يراه أهل البيت، فإنه آدب لهم»^(١) فالنبي ﷺ أمر بتعليق السوط في البيت ردعاً وتحذيراً.

فالولي لا بد أن يظهر السوط لردع الطفل عن الخطأ الذي يمكن حله وتصحيحه، لأن هذا النوع من الأطفال يردعهم رؤية السوط، وأداة العقوبة، لأنها رحمة لهم في أن يهملوا، ويتركوا لأهوائهم، ويشعر الطفل عند رؤيته بأن الأمر جد وما هو بالهزل.

المسألة الثالثة: التأديب باليد:

بعد التأديب النظري، تبدأ أوائل التأديب العملي، ومن الأفضل أن لا يكون مباشرة بالعصا أو السوط، فيمكن التأديب عملياً باليد، فقد يكون الطفل اعتاد على التهديد، أو الوعيد الكلامي.

فقد ورد عن النبي ﷺ أنه عاقب باليد، ولكنه عقاب محبة لا عقاب غضب وسخط، لأنه أتبع العقاب لفظاً لطيفاً، لم يبالغ فيه. فعن عبد الله بن بسر المازني رضي الله عنه^(٢) قال: بعثتني أُمِّي إلى رسول الله ﷺ بقطف من عنب

(١) رواه الطبراني في المعجم الأوسط، ط ١، بيروت. د. ك. ع. ، ١٤٢٠هـ. - ١٩٩٩م، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي في باب من اسمه عبد الله ٢١٧/٣ ح: ٤٣٨٢. وقال الهيثمي في المجمع: وإسناد الطبراني فيهما حسن. ١٠٦/٨، وعبد الرزاق في مصنفه ط ١، بيروت. د. ك. ع. تحقيق أيمن نصر الدين الأزهرى، ١٤٢٠هـ. ٢٠٠٠م في باب بر الوالدين ١٠/٦٠ ح ٢٠٢٩٢.

(٢) هو عبد الله بن بسر المازني، أبو بسر صاحب النبي ﷺ، وأبوه وأمه، وأخوه عطية والصماء، وضع النبي ﷺ يده على رأسه وبرك عليه، ودعا له، روى عنه الشاميون، يقال: إنه صلى القبلتين. وهو آخر من مات في الشام بحمص من أصحاب النبي ﷺ سنة ثمان وثمانين ينظر الاستيعاب لابن عبد البر ٤٦٣هـ. ١٠/٣ - معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني ٤٣٠هـ. ١٠٦/٣.

فأكلت منه قبل أن أبلغه إياه، فلما جئت به، أخذ أذني وقال: «يا عُدر»^(١).

فالنبي ﷺ أدب عبد الله تأديباً لطيفاً، منبهاً له على سوء أدائه للأمانة، وإن كان غير مكلف، ولكنه قابل للتوجيهات؛ لأنه يقوم بعمله الخاطئ بنفس طيبة، لا خبيثة. فيكون التأديب معه كلامياً، ثم يتدرج به صُعداً إلى الزجر، ثم يكون الضرب خفيفاً؛ كما استعمله النبي ﷺ.

فتصعيد العقاب لا بد فيه من التحرز؛ لأنه قد يؤذي الطفل، ويقع في الجرائم التي توجب عليه عقوبات مالية تقع في ماله، كما قرره الفقهاء. وهذا الأمر سنتعرض له بعد الكلام على التأديب بالضرب وقواعده. حتى تأخذ النوع حدها في الإيضاح.

المسألة الرابعة: التأديب بالضرب:

إن ظاهر العنوان يحمل معنى قاسياً نوعاً ما، باعتبار أن الضرب هو أقسى أنواع التأديب، وآخرها؛ لأنه كما يقال: إذا لم ينفع الضرب ماذا بعده؟

ولكن من المعلوم أن الضرب تأديب على عقاب، فلا بدّ منه في حينه، حيث إنه لم يعد هناك للكلام أو الزجر أي تأثير.

لكن أهل التربية، ذكروا أن لهذا الضرب قواعد وضوابط ينبغي مراعاتها، حتى يبقى المربي بعيداً عن الخطأ، قريباً من مسار التقويم الصحيح.

(١) رواه ابن السني في عمل اليوم والليلة ط١. بيروت. دار الأرقم بن أبي الأرقم ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م تحقيق د. عبد الرحمن كوثر بن محمد عاشق الهي البرني ٢٤٢ - قال عبد الرحمن: الحديث لم أجده عند غير المصنف وفيه عبد الله بن بسر الجبراني السكسكي. قال الحافظ في التقريب ضعيف من الطبقة الخامسة ٢٩٧ - وصححه المُرَني في مصباح الزجاجة ١١٧٣ قاله في الفتوحات الربانية على الأذكار النُوية للعلامة محمد علي الصديقي ١٠٥٧هـ. ط١. بيروت. دار ابن حزم ١٤٢٦هـ. - ٢٠٠٥م تحقيق صالح عثمان اللحام ٢٢١/٣.

والأصل في مشروعية الضرب مطلقاً، قوله تعالى: ﴿فَعَظُمَ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا فِي الْمَصَاحِفِ وَالْأَمْثَرِ وَأَصْرُهُنَّ﴾^(١) فقد نزلت في تأديب النساء، وقد يسأل السائل عن سبب إيراد هذه الآية. لأن المولى ﷺ حدد سبل التأديب أولاً بالوعظ، ثم بالهجران، ثم بالضرب غير المبرح باتفاق المفسرين. باعتبار أن الزوجة في بيت الزوجية لها تربية أخرى مختلفة عن التربية الأبوية، فيكون بذلك كالطفل الذي يعلمه والده عند اقترابه سن البلوغ.

فبالبلوغ يكمل عقل الغلام، فيكون محلاً لتطبيق الحدود عند فعل ما يوجبه، أما قبل ذلك فلا. فالضرب شرع لتأديب النساء وشرعه النبي ﷺ لتأديب الصبيان، فيكون عقل الغلام قبل البلوغ ناقصاً.

فعلى هذا يكون الضرب مشروعاً من عند الله سبحانه وتعالى، فالمرأة تُضرب لتعود إلى صوابها ورشدها، والغلام الصغير يضرب ليستوي إلى الرشده.

اتفق المفسرون والفقهاء في أن الضرب بالنسبة للغلام أو للمرأة يكون ضرباً غير مبرح؛ لأن المقصود منه التأديب لا العقوبة.

ولهذا الضرب ضوابط وقواعد أذكرها:

القاعدة الأولى: ابتداء الضرب من سن العاشرة لحديث النبي ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر».

القاعدة الثانية: عدم الإكثار من الضربات أكثر من عشر حتى لا يكون عقوبة.

فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال ﷺ: «لا يجلد فوق عشر جلادات إلا في حدٍّ من حدود الله»^(٢).

فقد حدد الحديث الشريف أن الضرب لا يكون أكثر من عشرة

(١) سورة النساء ٣٤.

(٢) أخرجه البخاري في الحدود باب: ٢٩: ٤٢ كم التعزير والأدب ١٤٤٦ ح: ٦٨٤٨. ومسلم في الحدود باب ٢٠: ٩ قدر أسواط التعزير ٨٣٩ ح: ٤٤٨٠.

أسواط، لأنه تعزير وتأديب، فلا يزداد على العشرة في التأديبات التي لا تتعلق بمعصية، كتأديب الأب ولده الصغير^(١).

وقال النووي: قال: لا يضرب أكثر من ثلاثة في الأدب^(٢).

القاعدة الثالثة: تجنب الضرب على بعض الأعضاء.

اتفق العلماء على أن الضرب في الحدود ينبغي أن يتقي به الوجه والعورة والمقاتل^(٣).

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا ضرب أحدكم فليجنب الوجه»^(٤).

قال النووي: «هذا تصريح بالنهي عن ضرب الوجه، لأنه لطيف يجمع المحاسن، وأعضاؤه نفيسة لطيفة، وقد يشوه الوجه، والشين^(٥) فيه فاحش، لأنه بارز ظاهر، لا يمكن ستره، ومتى ضربه، لا يسلم من شين غالب، ويدخل في النهي، إذا ضرب زوجته، أو ولده، أو عبده ضرب تأديب، فليجنب الوجه»^(٦). بالإضافة إلى أماكن أخرى، ويرى جمهور الفقهاء عدم جواز الضرب عليها، كالفرج، والرأس، والمذاكير، معللين بأن الرأس مجمع الحواس وفيه العقل، يُخاف من الضرب عليه فوات العقل، أو فوات بعض الحواس، وفيه إهلاك الذات من وجه^(٧).

فلا بد للولي أن يراعي حال الغلام الذي يريد تأديبه، والنظر في

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر بيروت دار الفكر ١٤١٦ هـ. ١٩٩٦ م. تحقيق عبدالعزيز بن عبد الله بن باز ١٤/١٥٣.

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ٢٣٤/١٢ والقول لابن أبي ذئب وابن أبي يحيى.

(٣) تفسير آيات الأحكام للصابوني ٢٧/٢.

(٤) رواه مسلم في البر والصلة باب النهي عن ضرب الوجه ١٢٥٧ ح ٦٧٤٤.

(٥) الشين: أي العيب والقبح والتشويه. ينظر معجم الوسيط ١/٥٠٤.

(٦) شرح صحيح مسلم للنووي ٤٠٦/١٦.

(٧) ينظر: البدائع للكاساني ٢٥٦/٩ - الجامع لأحكام القرآن ١٠٩/١٢ - تفسير آيات

الأحكام ٢٧/٢ - زاد المسير في علم التفسير لابن قيم الجوزية. ط ٢. بيروت. د. ك.

ع. ١٤٢٢ هـ. ٢٠٠٥ م تحقيق أحمد شمس الدين ٥/٣٦٣.

الأماكن التي يضربه عليها، حتى لا يؤذيه، لأن المقصود هو التربية والتعليم، لا التعذيب والتحقير.

فقواعد الضرب وأماكنها - وإن كانت مستقاة من باب الحدود - إلا أنه يستفاد منها على الصعيد التربوي البسيط من خلال إنزال العقوبة على صاحب العقاب.

بالإضافة إلى أن الفقهاء منهم من حصر الضرب كله على الظهر قال مالك: الحدود كلها لا تضرب إلا في الظهر، وكذلك التعزير^(١).

وقال الحنفية: يفرق الضرب على جميع الأعضاء من الكتفين، والذراعين والعضدين، والساقين، والقدمين^(٢).

فالمالكية حصروها في الظهر فضيقوها، والحنفية توسعوا في مواضع الضرب حتى لا يؤذى المضروب.

- وقد استخلص التربويون ثلاثة آداب في كيفية ضرب الصبيان:

- ١ - أن يكون مفرقاً لا مجموعاً في محل واحد.
- ٢ - أن يكون بين الضربتين زمن يخف به ألم الأول.
- ٣ - ألا يرفع الضارب ذراعه لينقل السوط إلى عضده حتى يرى بياض إبطه، فلا يرفعه لئلا يعظم ألمه.
- ومواصفات السوط، وهي:

- ١ - أن يكون معتدل الحجم بين بين، فيكون بين القضيب والعصا.
- ٢ - أن يكون معتدل الرطوبة، فلا يكون رطباً يشق الجلد لثقله، ولا شديد اليابوسة، فلا يؤلم لخفته.
- ٣ - ولا يتعين لذلك نوع، بل يجوز بسوط، وبعود، وبخشبة، ونعل، وطرف ثوب بعد فتله حتى يشتد.

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٢/١٠٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٩/٢٥٦، ينظر: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية لابن تيمية بيروت. د. ك. ع. ١٤٠٨ هـ - ١٩٩٨ م حققه أبو يعلى القوسي ١٠٥.

- وعدم الضرب عند الغضب^(١).

فلا بد من الحذر والتقيد بهذه المبادئ، ليكون تأديباً تربوياً شرعياً.

المسألة الخامسة: هل يجوز ضرب اليتيم؟

ذكر أهل التفسير في قوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾^(٢) أن الإصلاح في الآية عام على النفس وعلى المال، بمعنى تأديبه وإصلاحه جسدياً ومالياً.

ولما نزلت الآيات، وصدرت الأحاديث التي أمرت بالاعتناء باليتيم، وعدم الاعتداء عليه، لا نفسياً ولا جسدياً. خاف الأولياء من التعدي على حقوق اليتيم من خلال ضربه، وسألوا رسول الله ﷺ عن جواز ضربه:

فعن جابر رضي الله عنه قال: قال رجل: يا رسول الله، مما أضرب يتيماً؟ قال: «ما كنت ضارباً منه ولدك، غير واق مالك بماله، ولا سائل من ماله مالا»^(٣).

قال ابن العربي^(٤): وهذا - وإن لم يثبت مسنداً - فليس يجد عنه أحد

(١) منهج التربية النبوية محمد نور تسويد ١٩٨ «نقلاً عن التربية في الإسلام شمس الدين الأنباني ١٣٥».

(٢) البقرة ٢٢٠.

(٣) رواه ابن حبان في صحيحه، كتاب الرضاع ٢٢٠/٦ ح: ٤٢٣٠ والبيهقي في السنن كتاب البيوع باب الولي يأكل من مال اليتيم ٦/٦ ح: ١٠٩٩٣ ورواه من طريق آخر مرسلًا عن الحسن العرني أن رجلاً قال: ... ح ١٠٩٩٤، وقال: هذا مرسل وقد روي من وجه آخر ضعيف موصولاً ٦/٤٦٥.

(٤) هو محمد بن عبد الله أبي بكر «ابن العربي» الحافظ، ختام علماء الأندلس، وآخر أئمتها وأحد الأعلام المتفنين من العلوم والمستبحرين فيها، من أصحاب الغزالي والمقدسي، سمع من ابن الطيوري، علي البزاز، ورجل إليه للسمع والأخذ عنه، من تصانيفه: أحكام القرآن، القبس شرح الموطأ، والمحصول والعواصم من القواصم وغيرهم.. توفي ٥٤٣هـ. ينظر: طبقات المفسرين محمد بن علي الداودي ط ١. بيروت. د. ك. ع. ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م تحقيق عبد السلام عبد المعين ٤١١ - تذكرة الحفاظ للذهبي بيروت. د. ك. ع. ١٣٧٤هـ. ٤/١٢٩٤.

ملتحدًا؛ لأن المقصود الإصلاح، وإصلاح البدن أوكد من إصلاح المال، والدليل عليه أنه يعلمه الصلاة ويضربه عليها، ويكفُّه عن الحرام بالكهر^(١) والقهر^(٢).

وذكر أدب اليتيم عند عائشة رضي الله عنها فقالت: «إني لأضرب اليتيم حتى ينسبط»^(٣).

والمراد بالانسياط هنا الامتداد والانبطاح على الأرض كما جرت عادة الصبيان، أنهم إذا أغضبهم أحد ينبطحون على الأرض، ويتمرغون ويبيكون، وقد يفعلون ذلك إذا أوجعوا بالضرب. تريد عائشة رضي الله عنها أن تضربه ضربًا وجيعًا مؤلمًا؛ كما يفعل الرجل ذلك بابنه. وينبغي للمؤمن أن يحاسب نفسه في ضرب اليتيم، فإذا كان يعرف في نفسه صدق المحبة والشفقة عليه، فلا بأس أن يوجهه عند الحاجة^(٤).

فضرب اليتيم جائز، ولكن باتباع شروطه، من غير تعسف ولا أذى، فاحذروا! واجعله يفر منك إليك!

المسألة السادسة: هل تُضمن^(٥) الدية بسبب ممارسة حق التأديب؟

للولي الحق في تأديب اليتيم، لما تقرر، فيتدرج معه في إصلاحه من ألطف المعاملة إلى أقصاها، أي بالحكمة والموعظة الحسنة المناسبة لنوع

(١) الكهر: الانتهاز، استقبله بوجه عابس. ينظر لسان العرب لابن منظور ١٦/٤ مادة كهر.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١/٤٢٥.

(٣) رواه البخاري في الأدب المفرد. باب: ٧٩. أدب اليتيم عن شميسة العاتكية ٧٩ ح: ١٤٢ قال فضل الله الجيلاني في توضيح الأدب المفرد ط ١. بيروت. د. ك. ع. ١٤٢٢ هـ. ٢٠٠٢ م تحقيق أحمد شمس الدين، وقال: بأن ابن عدي وثقها في كتاب الجرح والتعديل، النسخة الخطية المملوكة لدار المعارف بحيدر آباد.

(٤) فضل الله الصمد في توضيح الأدب المفرد ١/٢٠٨.

(٥) ضَمِنَ يَضْمَنُ فهو ضامن، أي كافل من الكفالة والالتزام. ينظر لسان العرب لابن منظور ١٣/٢٥٧ مادة ضمن - المعجم الوسيط ١/٥٤٤.

وأما اصطلاحاً فعرفه الفقهاء: هو عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إذا كان قيمياً. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٣/١٢٥.

خطئه، يصعد معه بالتعزير^(١) الكلامي، ثم ينتقل معه عند عدم الفائدة إلى الأكثر تأديباً، ثم إلى تأديبه جسدياً.

وذكرت أن التأديب الجسدي لا بد من الحذر فيه، واتباع أكثر ما يمكن من القواعد بدقة شديدة بعيدة عن الغضب النفسي، حتى لا يتحول التعزير والتأديب إلى القتل والتعذيب، فيؤدي به الأمر إلى ما لا تحمد عقباه في الدنيا، التي قد تقضي على الطفل المربي، أو إلى فقد عضو من أعضاء جسده، فيتحول الولي من حاكم إلى محكوم عليه!

لذلك تكلم الفقهاء في التأديب المشروع الذي يؤدي إلى الموت أو التشويه، كضرب الولي أو الوصي الصبي اليتيم، أو ضرب الزوج زوجته بسبب نشوزها، أو أدب المعلم صبيّاً بغير إذن وليه، فمات المؤدب بسبب هذا التأديب المعهود بين الناس، فهل يضمن هؤلاء جنائيتهم؟^(٢)

فذهب أبو حنيفة والشافعي إلى إيجاب الدية^(٣) على الولي باستثناء ما إذا كان معلماً مأذوناً، فلا ضمان عند أبي حنيفة^(٤).

(١) التعزير لغة: من عزّر، أي منع وأدب. وعُزِّر المذنب أي عوقب بما دون الحد. ينظر: المعجم الوسيط ٥٩٨/٢. واصطلاحاً: هو تأديب دون الحد. والفرق بينه وبين الحد: ١ - أن الحد مقدر، والتعزير مفوض إلى رأي الإمام. ٢ - والتعزير يجب مع الشبهات، وأن الحد لا يجب على الصبي ٣ - والتعزير مشروع له وإنما يسمى عقوبة؛ لأن التعزير شرع للتطهير. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٢١٦/٣. (٢) الجناية: الذنب والجرم وما يفعله الإنسان بما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة. ينظر لسان العرب لابن منظور ١٥٤/١٤ - المعجم الوسيط ١٤١/١. وأما اصطلاحاً فعرفه الفقهاء: الجناية هو كل فعل محظور يتضمن ضرراً، وهي إما على العرض... أو على المال، أو على النفس، ويسمى قتلاً، أو صلباً، أو حرقاً، أو خنقاً، ويسمى قطعاً، أو كسراً، أو شجاً، أو نقاً. ينظر: كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٣٦٧/١.

(٣) الدية هو ما يعطى عوضاً عن دم القتل إلى وليه. ينظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٠٣/٥.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤١٦/١٠ - المذهب للإمام إبراهيم بن علي الشيرازي ط١ بيروت. د. ك. ع. ١٤١٦هـ. - ١٩٩٥م تحقيق زكريا عميرات ٢٦٧/٢ - مجمع الضمانات غانم بن محمد البغدادي الحنفي ط١. بيروت. د. ك. ع. ١٤٢٦هـ. ٢٠٠٥م تحقيق عمر وسيد شوكت ٩٩ - أحكام الصغار للأستروشنى ٣٢٥.

وذهب المالكية والحنابلة والصاحبان^(١) من الحنفية إلى عدم إيجاب الدية ولا ضمان في كل الحالات التأديبية المشروعة^(٢).

فالقائلون بالإيجاب اعتبروا أن التأديب اسم لفعل يبقى المؤدّب حياً بعده، فإذا سرى تبين أنه قتل وليس بتأديب، والأب أو الوصي غير مأذونين بالقتل - باستثناء المعلم - لو ضربه المعلم أو الأستاذ فمات؛ إن كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن، لأنه متعد في الضرب، والمتولد منه يكون مضموناً عليه، وإن كان بإذنه لا يضمن للضرورة، لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية^(٣)، وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم، فكان في التضمنين سد باب التعليم، وبالناس حاجة إلى ذلك، فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة. وهذه الضرورة لم توجد في الأب؛ لأن لزوم الضمان لا يمنعه عن التأديب، لفرط شففته على ولده، فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة^(٤).

وقد استدل أحد الأئمة في هذا النص الذي يوجب الضمان على الولي قيامه على أصلين أساسيين:

أولهما: أن المقصود هو التأديب، وهو مرسوم بحدود رسمها النبي ﷺ فإذا تجاوزها فقد حول التأديب إلى تعذيب، وإتلاف الجسم أو جزء منه، مما لا يدخل في باب التأديب، فالفعل وقع بأمر غير جائز، بل

(١) الصاحبان: هما أبو يوسف ومحمد تلميذا الإمام أبو حنيفة.

(٢) المقنع لابن قدامة المقدسي ٧٥/٣ - بداية المجتهد للقرطبي ط١، بيروت، د. ك. ع. ١٤٠٨ هـ. ١٩٨٨ م. علي محمد معوض، عادل أحمد عبدالموجود ٢٩/٦ - البدائع للكاساني ٤١٦/١٠.

(٣) السراية: هي حدوث مضاعفات أو آثار تترتب على تطبيق العقوبة الشرعية، وتؤدي إلى إتلاف عضو أو موت النفس البشرية، فإذا سرى الجرح الحاصل القصاص من العضو إلى النفس، فأدى للموت سمي الفعل سراية النفس أو الإفشاء للموت، وإذا سرى إلى عضو آخر سمي الفعل سراية العضو. - ينظر: الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٤١٦/١٠ - المهذب للشيرازي ٢/٢٦٧ - مجمع الضمانات للبغداد ٩٩ - جامع أحكام الصغار للأستروثني - الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٣٠١.

بأمر ممنوع. وكل ممنوع يوجب الضمان، ولا يوجد ما يمنع الضمان، فتحقق السبب، ولم يوجد المانع.

ثانيهما: أن الأصل وهو التأديب لا يبرر ذلك؛ لأن ذلك الإذن منصب على التأديب لا على الإتلاف، فإذا تحول الفعل إلى إتلاف لم يكن مأذوناً فيه، إذ أن الذي أفضى إلى التلف هو التعذيب، وليس التأديب وهما متضادان. ويقرر الكاساني^(١) في توضيح رأي أبي حنيفة من حيث أنه أوجب الضمان على الولي دون المعلم، فيقول: «إن رأي أبي حنيفة عدم تضمين المعلم؛ لأنه إن لم يعف من الضمان قد يؤدي الأمر إلى امتناعه عن التعليم؛ أي إنه عند أبي حنيفة يوجد بالنسبة للمعلم المقتضي، وقد تجاوز حد التأديب، لكن وجد المانع، وهو هذه الضرورة العامة، وهذه الضرورة لا توجد في الولي على النفس، فعليه التحرز، وخصوصاً أن الولد أمانة ولا رقيب عليه منها إلا الله تعالى، فوجب الاحتراز في التأديب حتى لا يؤدي إلى التلف، فإن أدى إليه أخذ به»^(٢).

فالخلاصة بالنسبة للموجبين للضمان تؤكد الجناية في هذه الحالات المقصود بها التأديب والزجر، لا الهلاك والتلف، باستثناء المعلم المأذون.

وذهب القائلون بعدم تضمين الولي إلى أن الأب والوصي مأذونان في تأديب الصبي وتهذيبه، والمتولد من الفعل المأذون فيه، لا يكون مضموناً، كما لو عزر الإمام إنساناً فمات^(٣).

واستنبط من هذا النص أيضاً المانع للضمان أصلاً هما:

(١) هو أبو بكر بن مسعود، علاء الدين الكاساني نسبة إلى بلده كاسان، تفقه على محمد السمرقندي، صاحب التحفة التي شرحها الكاساني وسماها بدائع الصنائع، فُسِّرَ بها شيخه محمد وجعله مهر ابنته فاطمة، فقالوا شرح تحفته وتزوج ابنته وله مصنف آخر: السلطان المبين مات سنة ٥٨٧هـ. ينظر الفوائد البهية للكنوي ٩١ - كشف الطنون حاجي خليفة ١/٣٧١.

(٢) الولاية على النفس محمد أبو زهرة ٢٤ - ٢٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤١٦/١٠ - المقنع لابن قدامة ٧٥/٣ - بداية المجتهد للقرطبي ٢٩/٦ - الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٣٠١/٦.

الأول: أن التأديب فعل مأذون فيه ممن له سلطان، بل هو واجب، فإذا كان التلف لعضو من الأعضاء أو لجزء من الأجزاء في الجسم، فقد جاء يتبعه فعل مأذون فيه لا يعد اعتداءً، وخصوصاً أن الأولياء لهم من الشفقة ما يحول بينهم وبين قصد الأذى لمجرد الأذى، وكذلك الشأن من المعلم، فإن ذلك عمله، وهو بمقتضى عمله الذي خصص له لا يفرض فيه الاعتداء، فيكون فعله مأذوناً فيه فلا ضمان.

الأصل الثاني: التعليم والتأديب مطلوبان على جهة فرض العين بالنسبة للولي، وعلى جهة فرض الكفاية بالنسبة لغيرهما. ولو كان ثمة عقاب إن أدى التأديب إلى تلف جزء أو عضو أو نفس لامتنع هؤلاء عن القيام بواجبهم خشية الضمان.

ويسير ذلك الرأي على أساس أن العبرة في العمل المبتدأ الذي أفضى إلى هذا الأذى، أهو جائز أم ممنوع؟ فإن كان ممنوعاً كان الضمان لا محالة؛ لحقيقة الاعتداء، وإن كان غير ممنوع فإنه لا ضمان إذا كان يترتب الضرر غير المقصود، ولأنه لا ضمان إلا حيث الاعتداء، لأن التأديب في ذاته مطلوب، فلا ضمان في أمر مطلوب طلب تعيين أو طلب كفاية.

ويقول الكاساني في تحقيق هذه المسألة: والأصل في هذه الجناية أنها إذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة، لأن الضمان يجب بالفعل السابق، والفعل السابق صادف محلاً غير مضمون^(١).

والخلاصة بالنسبة للمانعين القائلين بعدم الضمان إلى أن الأصل هو أن التأديب مفروض ومأمور العمل به، فما يحدث من التأديب يعود إلى أصل الطلب، كما هو الشأن عند تطبيق الحدود الشرعية والتعزيرات فإنها إن أدت إلى ضرر فلا ضمان، لأن أصلها شرعي.

التوفيق بين الرأيين:

والحق في هذا الموضوع هو أن نعطي كل ذي حق حقه، وأن ينظر الولي القائم على أمر اليتيم، أن يجعل أمر الله نصب عينيه، وأن ينتقي من

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤١٦/١٠.

يؤدب ولده من يصلح للتأديب، لا من يعلم أصول القتال والشتيمة وغير ذلك مما هو منتشر في دور التعليم التي لا تراعي في مؤسساتها غير جمع المال.

فالولي يعتبر مشاركاً في الثواب أو الإثم، إن ترك الأمر على الخيرية، دون التفتيش على ما أمر به النبي ﷺ، كما يختار لولده، والمصيبة أكبر إن كان هكذا مع أولاده.

فإن كان المعلم صعب الخلق، وشديد الطباع، ومعروفاً بقساوته إلا أنه بخس الثمن في الأجرة؛ فإنه قد يرهق الطفل الصغير، وقد يكره العلم وتسوء نفسيته، وقد تتحول طباع أستاذه إليه، لذلك فإذا ما صدر من المؤدب أي أذى يوجب القصاص كقتل أو شج، أو تشويه فكلاهما مسؤولان عن الجناية الولي والمؤدب ويجب عليهما الضمان، لأن الأمر بالنسبة للتعليم مختلف تماماً عن السابق فقد أصبح المعلمون في كثرة وأصبح انتقاء الأستاذ المؤدب أسهل بسبب معرفة الناس بعضها ببعض، بأجور سهلة المرام إلى تحصيلها وأن اليتيم له نفقة خاصة سواء كانت من ماله، أو من أقربائه، أو من بيت المال أو ما يقوم مقامه، كصناديق الزكاة المشهورة والمنتشرة في بلدنا، وفي كل مكان في العالم.

أما إذا كان المؤدب سهل الطباع يضع الأمور في نصابها، فإن صدر منه ما يوجب الضمان كأن صده بغير غضب مع عنف قليل فوقع على جسم صلب فشج أو قتل، فالقول مع عدم تضمينه، بل يتوب إلى الله ويستغفر، ويستسمح من أوليائه، ويوجب على نفسه ما أوجبه الله عليه، والله أعلم.

المسألة السابعة: هل يضمن اليتيم باعتدائه على أحد؟

لا يكمل إصلاح اليتيم فقط بالمحافظة عليه من أن يصيبه مكروه، وإنما يكمل من خلال تأديبه وتهذيبه وتعليمه، وهناك شيء آخر لا يقل أهمية عما سبق هو منعه من الاعتداء على الآخرين وإلا يتهم، لأن الولد في سن الطفولة، يظن بأن الدنيا كلها له، وأنه يجب أن تؤمن كل رغباته، والشرع ينافي ذلك تماماً، حتى يعتاد الحلو والمر والنعم واللا.

فلذلك يجب على الولي أن يكون أكثر حرصاً على اليتيم، ويراعي الحالات التي قد تغضبه وخاصة عندما لا تلبى رغباته، فإنه قد يصدر منه

أي فعل طائش؛ كأن يدفع طفلاً آخر بجانبه مثلاً فيقتله أو يشجه أو أن يضرب أحداً بسكين أو غير ذلك. ففي حال حدوث ذلك، فهل يضمن جناية نفسه ويقتص منه؟

اتفق الفقهاء على أن كل قاصر سواء كان صبيّاً أو مجنوناً أو غير ذلك، إذا قتل إنساناً فلا قصاص عليه، إذ يعتبر أن عمدهم خطأ لعدم التكليف، فلذلك كل ما يجنيه يعتبر من قبيل الخطأ، وإن كان الظاهر عمداً، ويعامل معاملة المخطئ لا العامد^(١).

ومع الاعتبار الذي قضاه الشرع على الصغير بأن عمده وخطأه سواء فما الحكم فيما إذا قتل أو جرح، أو شوه؟ وهل تلزمه الدية؟

ففي المسألة نوعان: الأول: حكم اعتدائه بالقتل أو التشويه:

اتفق الفقهاء على أن عمد الصبي خطأ، فلا قصاص عليه، لكنها تستوجب الدية من ماله إن كان ذا مال في بعض الأحوال، وإلا تكون على عاقلته^(٢)؛ لأن النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة^(٣).

(١) الميسوط للسرخسي ١٢٠/١١ - المغني لابن قدامة ٥٢٠/٧ - حاشية الدسوقي ٥/١٦٠ - المذهب للشيرازي ٢١٠/٣ - الموسوعة الفقهية محمد صديقي بن أحمد البورنو، ط ٣، بيروت، دار ابن حزم، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م - ٦/٤٥٤ - الحاشية لابن عابدين ٢٠٣/٩.

(٢) العاقلة: مأخوذة من العقل وهو الدية، سميت عقلاً، لأن الإبل تعقل بفناء ولي المقتول، يقال: عقلت المقتول: إذا أدبت ديته ومنه سمي العقل عقلاً؛ لأنه يمنع من الخطأ وعقال الدابة من: الذهاب. ينظر البدائع للكاساني ٣٠٠/١٠ - المذهب للشيرازي ٢٣٧/٣. واختلف الفقهاء في المراد بالعاقلة؟ فالحنفية قالوا: إن العاقلة هم أهل الديوان، وقال جمهور الفقهاء (المالكية من المعتمد والشافعية والحنابلة): العاقلة قرابة القاتل من قبل الأب، وهم العصبة النسبية كالأخوة لغير الأم، والأعمام، دون أهل الديوان. إلا أن الشافعية استثنوا الأب وإن علا، والفرع وإن سفل، لأنه أبعاض، فكما لا يتحمل الجاني الدية لا يتحمل أبعاضه وهم الآباء والأبناء. ينظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣١٥/١٠ - المذهب للشيرازي ٢٣٩/٧ - المقنع لابن قدامة ١١٢/٣ - بداية المجتهد للقرطبي ٦/٦٤ - المجموع للنووي ٢٣/٣٨٠.

(٣) رواه البخاري الديات باب جنين المرأة وإن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد ١٤٥٨. ح: ٦٩٠٩ - ٦٩١٠. ومسلم في نفس الباب. باب دية الجنين ووجوب الدية ح: ٤٤٠٨.

فإذا جنى الصبي على رجل في النفس أو فيما دونها، فلا قود عليه، وعمد الصبي، والمجنون في حال جنونه والمعتوه خطأ، تعقله العاقلة، لحديث النبي ﷺ: «رُفِعَ القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق»^(١).

والحديث يبين أن التكليف لازم لبني آدم إلا هؤلاء الثلاثة... ففعل الصبي والمجنون والنائم لا إثم فيه، فلا يكتب القلم إثمهم، ولا التكليف به^(٢).

ويدل أيضًا على عدم تحمل الصبي أو المجنون من الدية مع العاقلة؛ ولأن الدية فيها معنى التناصر، وليس الصبي أو المجنون من أهل النصرة؛ لأن الناس لا يتناصرون بالصبيان والمجانين، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية إذا كانوا ذميين^(٣).

أما إذا كانت الجناية دون النفس - كأن أصاب عين أحد خطأ - فالدية من ماله إذا كان ذا مال دون وليه، فإن لم يكن له فتنظرة إلى ميسرة^(٤).

النوع الثاني: حكم اعتدائه على مال الغير:

اتفق الفقهاء في أن الحدود^(٥) لا تقام دون البلوغ والعقل، فلا يقطع الصبي إذا سرق ولا المجنون، للحديث السابق.

(١) رواه أبو داود في الحدود باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا ٦٩١ ح: ٤٣٩٨ - ٤٣٩٩. والترمذي في الحدود باب فيمن لا تجب عليه الدية ٤٦٥ ح: ١٤٢٣ وقال: حديث علي حسن عريب. وقال النووي في المجموع: إنه صحيح ٩/٤.

(٢) عون المعبود لابن قيم الجوزية في الحدود باب المجنون يسرق أو يصيب أحدًا ١٢/٤٩ ح: ٤٣٨٨.

(٣) البدائع للكاساني ٣١٥/١٠ وما بعدها - المذهب للشيرازي ٢٣٩/٧ - المجموع للنووي ٣٨٠/٢٣ - المقنع لابن قدامة ١١٢/٣ - بداية المجتهد للقرطبي ٦٤/٦.

(٤) أحكام الصغار للاستروشنى ٣٣١ - حاشية الدسوقي ٤٨١/٤.

(٥) الحدود جمع حد وهو المنع. والحد هو الحاجز بين شيئين وحد الشيء ومنتهاه. ينظر: الصحاح للجوهري باب حد ٣٩/٢.

وشرعاً: عقوبة مقدرة وجبت جراء ارتكاب ما يوجبها وغيره جمعاً لتنوعهما. ينظر البدائع للكاساني ١٧٦/٩ - المقنع لابن قدامة ١٠/٣ - كشاف القناع ٩٩/٦.

أخبر النبي ﷺ، أن القلم مرفوع عنهما، وفي إيجاب القطع إجراء القلم عليهما، وهذا خلاف النص، ولأن القطع عقوبة يستدعي جناية، وفعلهما لا يوصف بالجنايات، ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود، كذا هنا، ويضمنان السرقة؛ لأن الجناية ليست شرطاً لوجوب ضمان المال. لذلك اتفق الفقهاء على وجوب ضمان ما أتلّفه الصبي من ماله عند الاعتداء^(١).

فبهذا ننتهي إلى أن الجرائم التي عقوبتها بدنية لا تجب عليه، لأن منشأها مجرد التبعية البدنية، وهو غير مكلف دينياً، لكن العقوبات المالية تجب في ماله، وجرائم القصاص لا تستوجب قصاصاً بالنسبة له، ولكنها تستوجب الدية في ماله، إن كان ذا مال في بعض الأحوال وإلا فإنها تكون على عاقلته... ومهما يكن فإن ثمة ضرراً واقعاً على الصغير من الجرائم التي تقع منه والاحتراز منها واجب، وعبء ذلك يكون على الولي على النفس، فإنه الذي يصون نفس الصغير عن أن يقع في المآخذ^(٢).

موقف القانون

نص قانون المحاكم الشرعية على أن:

الصغير والمجنون والمعتوه المحجورون وإن لم يعتبر تصرفهم القولي، لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة الذين نشأ من فعلهم. مثلاً: يلزم الضمان على الصبي إذا أتلّف مال الغير، وإن كان غير مميز^(٣).

أما إذا حصل الصغير والمجنون على المال بالدفع إليهم، كالوديعة^(٤) مثلاً، أو عارية، أو للعمل فيه، فضاعوا، أو خسروا في تجارتهم، فجمهور الفقهاء على عدم ضمانهم ما أتلّفوه؛ لأنه يعتبر ذلك تفريطاً من

(١) الحاشية لابن عابدين ٢٠٢/٩ - كشف القناع ٥١٦/٣ - حاشية الدسوقي ٤٧٧/٤.

(٢) الحاشية لابن عابدين ٢٠٢/٩ - كشف القناع للبهوتي ٥١٦/٣ - حاشية الدسوقي ٤٧٧/٤.

(٣) ينظر المادة ٩٦٠: المجلة ٢٧٦، قوانين الأحوال الشخصية العامة نادر شافي ٢٨.

(٤) الوديعة: ما يودع عند الإنسان أمانه، والعارية: ما يعار إلى آخر من متاع أو غيره.

الولي، وأنهم ليسوا من أهل العقود، فلا يمكن التزامهم بشيء، ولم يلزمهم الشرع فيه^(١).

أما موقف القانون في ذلك، فقد ذكر في المادة السابقة: أن التصرف إذا نشأ من فعلهم فيلزمهم الضمان، فيأخذ بصيغة مفهوم المخالفة بعدم ضمانهم فيما أوكلوا إليه - والله أعلم - لأنهم ليسوا أهلاً لالتزام العقود.

المبحث الرابع

انتهاء الولاية على النفس،

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أسباب انتهاء الولاية على النفس.

بعد التعرف على معنى الولاية وأهميتها وأسبابها، وهي الاعتناء بهؤلاء المتولى عليهم، والقيام على شؤونهم، فهل تبقى الولاية طوال عمر الولي؟ أو لها زمن أو أمارات تنتهي عندها هذه الولاية؟

فإذا كانت أسباب الولاية على النفس: الصغر والجنون أو العته والأنوثة، فالولاية عليهم تزول بزوال سببها. فالصغير تنتهي الولاية عليه بظهور أمارات البلوغ عليه أو ببلوغه خمس عشرة سنة، وكان عاقلاً مأموناً على نفسه. وأما المجنون فتنتهي بالإفاقة من جنونه وعودة العقل إليه، ويظهر ذلك من خلال تصرفاته وتجربته وإيناس الرشد من كلا السابقين.

أما الأنثى فقد اختلف الفقهاء في انتهاء الولاية عليها وعدمها: فجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يعتبرون أن الولاية تستمر عليها طول حياتها، ولا ولاية لها على نفسها، حتى أنه بعد الزواج تنتقل الولاية إلى زوجها بالمعنى العام^(٢).

(١) المبسوط للسرخسي ١٢٠/١١ - كشف القناع للبهوتي ٥١٦/٣ - حاشية الدسوقي

٤٧٧ - الحاشية لابن عابدين ٢٠٣/٩.

(٢) المدونة الكبرى للإمام مالك ٢٥٩/٥ - معني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٣٩.

أما فقهاء الحنفية فاعتبروا أن الولاية عليها تنتهي بالبلوغ مع العقل بالرشد، كما هي الحال بالنسبة للغلام^(١).

لذلك فإن كانت أسباب الولاية على النفس هي: الصُّغَرُ والجنون والعتة. وفي الأنوثة خلاف. وهذه الولاية تنتهي:

أولاً: بانتفاء السبب الذي ألزَمَهُ، وهو ضعفه عن القيام بأمر نفسه.

وثانياً: ظهور بعض العلامات الطبيعية مع كامل قواه العقلية.

فالقرآن الكريم، أمر بالانتباه إلى قضية البلوغ عند اليتيم بالتخصيص، فقال: ﴿وَاتَّبِعُوا أَلْيَنَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^(٢) والأمر لازم على الأولياء، باعتبار أنهم قيمون على أنفسهم، وهم محجوزون عن القيام بأي فعل إلا بإذن الولي، وعدم الانتباه إلى مسألة البلوغ، فإنه يكون ظلماً من الأولياء بحق اليتامى في وقت أمر الله ﷻ بإطلاقهم إلى الحياة، لينظروا في مصالحهم وأمر أنفسهم وإلا يعتبر الولي مهدراً لحقوق اليتيم، قد يخشى عليه من أن يكون من الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً.

فالبلوغ هو المرحلة الفاصلة بين الصغر والرجولة، وهو المرحلة التي يصبح فيها المسلم مكلفاً بتأدية واجباته الشرعية والمدنية. لذلك لا بد من الاهتمام بقضية مرحلة بلوغه من الأولياء، وتفهمها لليتيم لأمر مهمة منها:

- ١ - معرفته بانتهاء يتمه، وأنه أصبح رجلاً.
 - ٢ - ليكون أكثر حرصاً على عباداته.
 - ٣ - اعتبار نفسه مسؤولاً عن تصرفاته القولية والفعلية.
 - ٤ - انتباهه إلى أنه أصبح محلاً لإقامة الحدود عليه.
- فهذه القواعد المهمة يجب على الولي أن يعلمها لليتيم قبل بلوغه، حتى إذا ما بلغ أعلمه بذلك، وإلا اعتبر الولي غاصباً لحق الصغير وهو مسؤول عنه أولاً أمام الله ﷻ، وثانياً أمام القضاء.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٣٥٧.

(٢) سورة النساء ٦.

لذلك قد يُظلم اليتيم البالغ بتقصير وليّه، أو الابن والبنت بتقصير الوالدين. فكان لا بد من التعرف إلى معنى البلوغ وعلاماته؟

المطلب الثاني: تعريف البلوغ وعلاماته.

فالبلوغ لغة: من بَلَغَ يبلغ، فهو بالغ، أي مدرك من الإدراك^(١). واصطلاحًا: هي قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة إلى غيرها. أو هو طور من أطوار الحياة يستعد الشخص بها لأداء وظيفته النوعية وهي التناسل.

المطلب الثالث: علامات البلوغ:

وللبلوغ علامات، منها ما هو مشترك بين الذكور والإناث ومنها ما هو خاص بالإناث. فالمشترك بين الذكور والإناث فهو:

- ١ - الاحتلام لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾^(٢) وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يتم بعد احتلام»^(٣).
- ٢ - السن: وقد اختلف الفقهاء في السن التي يتعلق بها البلوغ. فقال أبو حنيفة: إن أقصى سن للبلوغ ثماني عشرة للغلام، وسبع عشرة في الجارية والمالكية^(٤).
- وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: خمس عشرة في الغلام والجارية معًا وهو عند الحنابلة أيضًا والأحب عند المالكية^(٥).

-
- (١) الصحاح للجوهري ٤/٤ - المعجم الوسيط ٦٩/١.
 - (٢) سورة النور ٥٩، وينظر: البدائع للكاساني ٩٠/١٠.
 - (٣) بدائع الصنائع للكاساني ٩٣/١٠ - مغني المحتاج للشريني ١٣٢/٣ - حاشية الدسوقي ٤٧٦/٤ - كشف القناع للبهوتي ٥١٧/٣ - ٥١٨.
 - (٤) البدائع للكاساني ٩٤/١٠ - حاشية الدسوقي ٤٧٦/٤ - منح الجليل محمد عlish ٥٧/٦.
 - (٥) البدائع للكاساني ٩٤/١٠ - مغني المحتاج للشريني ١٣٢/٣ - كشف القناع للبهوتي ٣/٥١٧ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٥/٥ - أحكام القرآن لابن العربي ٤١٨/١.

ولكن الفقهاء اتفقوا على أن الحد الأدنى بالنسبة لبلوغ الصغير نكاحاً هو بلوغ اثنتي عشرة سنة، باعتبار أنه لا يمكن أن يكون أقل من ذلك.

قال الألوسي في قوله تعالى: ﴿وَابْتَالُوا أَلَيْسَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾^(١) «أي إذا بلغوا حد البلوغ هو إما بالاحتلام، أو بالسن - وهو خمس عشرة سنة، عند الشافعية وأبي يوسف ومحمد، وهي رواية عن أبي حنيفة - وعليها الفتوى عند الحنفية، لما أن العادة الفاشية، أن الغلام والجارية يصلحان للنكاح، وثمرته في هذه المدة ولا يتأخران عنها»^(٢).

وعن ابن عمر أنه قال: «عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني. وعرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني»^(٣).

٣ - ظهور شعر العانة: وهو شعر ينبت حول قبل الذكر والأنثى؛ لأن النبي ﷺ عندما حُكِّم سعد بن معاذ^(٤) في بني قريظة^(٥)، فحكم، بقتل مقاتلتهم، وسبي ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤنزرهم^(٦). فمن

(١) سورة النساء ٦.

(٢) روح المعاني للألوسي ٤/٤١٥، ناقلاً رأي جمهور الفقهاء.

(٣) رواه مسلم في الإمارة باب بيان سن البلوغ ٩٢٧ ح: ٤٨٧٠. وقال: قال نافع: فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ خليفة، فحدثته هذا الحديث فقال: إن هذا لحد بين الصغير والكبير. فكتب إلى عماله، أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة، ومن كان دون ذلك، فاجعلوه في العيال.

(٤) هو سعد بن معاذ بن امرئ القيس من أصحاب النبي ﷺ، شهد بدرًا وأحدًا واستشهد بالخندق، اهتز لموته عرش الرحمن، سأل الله أن يبقيه حتى يقر عينيه في بني قريظة والنضير، فحكمه النبي ﷺ فيهم فحكم فيهم بحكم الله، ثم انفجر جرحه، فمات سنة ٥هـ. ينظر معرفة الصحابة لأبي نعيم الأصبهاني ٢/٣٩٢ - تاريخ الإسلام للذهبي ١٧٢/١.

(٥) بنو قريظة، نسبة إلى قريظة وهو اسم رجل نزل قلعة حصينة بقرب المدينة فنسب إليهم وهو أخو بني النضير من أولاد هارون عليه السلام. ينظر: الأنساب للسمعاني ١٠١. بيروت. د. ك. ع. ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م تحقيق محمد عبد القادر عطا ٤/٤٥٤.

(٦) مؤنزرهم: من الإزار وهو الثوب الذي يشد على الجسم. ينظر لسان العرب لابن منظور ٤/١٦.

أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذرية^(١). فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «لقد حكمت فيهم بحكم الملك»^(٢)(٣).

فالحديث ينبه الولي إلى الانتباه ليتيمه من خلال ملاحظة علامات البلوغ الظاهرة والخفية كنبات شعر عانته، لأنه قد يخفي عليه احتلامه وسنّه، لذلك اعتبر جمهور العلماء أن نبات شعر العانة من العلامة المميزة للبلوغ. وإن كان هناك أحد لم يعتبرها علامة لبلوغه وقيام الأحكام عليه، إلا أنه عليه الأخذ بها احتياطاً؛ لأن حديث النبي ﷺ الذي يعتبر ضرورة ضرب الولد على تعليمه للصلاة في سن العاشرة، لأن العاشرة باب لابتداء الأحكام.

فتكون هذه الثلاثة الأول من العلامات المشتركة بين الذكور والإناث من: الاحتلام، والإنبات، وبلوغ سن الخامسة عشرة، وهو ما عليه الفتوى.

أما ما هو خاص بالإناث فهو الحبل والحيض^(٤).

موقف القانون:

نصت قوانين المحاكم الشرعية على اعتبار أنه:

- يثبت حد البلوغ بالاحتلام، والإحبال، والحيض، والحبل.

مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة، وفي المرأة تسع سنين،

(١) رواه الترمذي في السير، باب ما جاء في النزول على الحكم ٤٠٥ ح: ١٥٨٤ وقال: حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، أنهم يرون الإنبات بلوغاً إن لم يعرف احتلامه ولا سنّه.

(٢) رواه البخاري في الجهاد والسير، باب إذا نزل العدو على حكم رجل ٦٤٠ ح: ٣٠٤٣. ومسلم في الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد ٨٧١ ح: ٤٦١٨.

(٣) القصة موجودة في كتب السير: البداية والنهاية ١٣٣/٤ وما بعدها - الروض الأنف للسهيلي ٤٤٤/٣ وقال: إن الإنبات أصل في معرفة البلوغ إذا جهل الاحتلام ولم تعرف سنّه.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة، وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة ولم يبلغ يقال له: المراهق، وإن أكملت المرأة تسعًا ولم تبلغ يقال لها: مراهقة.

- من أدرك سن البلوغ، ولم تظهر فيه آثار البلوغ يُعد بالغًا حكمًا^(١).



(١) ينظر المادة رقم ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ مجلة الأحكام العدلية ٢٨٢، قوانين الأحوال الشخصية في لبنان نادر عبد العزيز شافي ٣١.

obeikandi.com



الفصل الثاني



ولاية التزويج،

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

تزويج اليتيم. فيه مطلبان:

المطلب الأول: تزويج الصغار

تكلمت في المبحث الأول عن معنى الولاية، ولمن تثبت أحقية الولاية على اليتيم، باعتبار أن ولايته متعدية، لقصوره عن الاهتمام بنفسه، وانتقينا له الولي المناسب للقيام به على أتم وجه، مع حفظ حقوقه من طفولته إلى بلوغه، وحتى خلال فترة حمله في بطن أمه، كل ذلك يبتغي الولي من خلاله مرضاة الله ﷻ.

وتبين في ما سبق الكلام فيه موقف المحكمة، لما فيه أحكام، وذكرت أنه كان لا بد من الكلام حول ما يعيش به اليتيم سنة بسنة، وطورًا بطور، للحفاظ على حياته الجسدية، كما يُحافظ على ماله، حتى ينتهي إلى سن يحق له التزوج أو التزويج فيه. فهل يجوز تزويج اليتيم؟ ومن يلي أمر زواجه؟ وهل للولي زواج يتيّمته؟

قبل الكلام عن تزويج اليتيم تعرض الفقهاء لمسألة تزويج الصغار،

لذلك سيتم التعرض لزواجهم، ثم الكلام حول زواج اليتامى، فهل يجوز تزويج الصغار؟

اليتيم: هو الصغير الذي لم يبلغ، لذلك اختلف العلماء في حكم تزويج الصبي الصغير إلى رأيين بين مجيزين ومانعين: فالمجيزون ذهبوا إلى جواز تزويج الصغير جبراً، وهم جمهور الفقهاء من أئمة المذاهب بل ادعى بعضهم الإجماع واستدلوا بما يأتي^(١):

- ١ - قوله تعالى ﴿وَالَّتِي يَتَمَنَّى مِنَ الْمَحْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعَذَّبْتُمْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ^(٢)» ووجه الاستدلال في هذه الآية أنه سبحانه وتعالى أثبت العدة للصغيرة، والعدة فرع تصور نكاحها.
- ٢ - قوله تعالى ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ^(٣)» والأيم اسم لمن لا زوج لها صغيرة أو كبيرة. فهي إذن عامة.

- ٣ - قوله تعالى ﴿فِي يَتَمَنَّى النِّسَاءَ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ^(٤)» لما ورد في سبب نزولها أنها نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها، ولا يرغب في نكاحها لدمايتها، ولا يزوجه من غيره، كي لا يشاركه في ماله، فأنزل الله هذه الآية، أمرة الأولياء بتزويجهن من غيرهم، أو تزوجهن مع الإقسط.

- ٤ - زواج النبي ﷺ بعائشة وهي صغيرة فإنها قالت: «تزوجني النبي ﷺ وأنا بنت ست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسع سنين»^(٥).

(١) المبسوط للسرخسي ٣١٢/٤ - الحاشية لابن عابدين ١٧٠/٤ - مغني المحتاج للشربيني ٢٤٦/ ٢٧٨ - نهاية المطلب للجويني ٤٢/١٢ - حاشية الدسوقي ٥٢/٣ - كشاف القناع ٤٤/٥ - المغني لابن قدامة ٣٤١/٦ - المجموع للنووي ٢٢١/١٩.

(٢) سورة الطلاق ٤.

(٣) سورة النور ٣٢.

(٤) سورة النساء ١٢٧.

(٥) أخرجه البخاري في مناقب الأنصار باب تزويج النبي ﷺ عائشة وقدمها المدينة وبنائه بها ٨١٥ ح: ٣٨٩٣ - ومسلم في النكاح باب تزويج الأب البكر الصغيرة ٦٥٧ ح ٣٤٦٤.

- ٥ - ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم من تزويج أولادهم صغاراً^(١).
 - ٦ - قد تكون هناك مصلحة بتزويج الصغار، ويجد الولي الكفء فلا يفوته إلى وقت البلوغ^(٢).
 - أما المانعون الذين يقولون بعدم جواز تزويج الصغار حتى يبلغوا فاستدلوا بـ^(٣):
 - ١ - قوله تعالى: ﴿وَابْتَئُوا آلَ نِسْيَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَافَقْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٤) فقالوا في الحكم الذي تحمله الآية: إنه لو جاز التزويج قبل البلوغ، لم يكن لهذه فائدة.
 - ٢ - أن ثبوت الولاية على الصغير والصغيرة لحاجة المولى عليه، ولا حاجة بهما إلى النكاح، لأن مقصود النكاح طبعاً هو قضاء الشهوة، وشرعاً النسل، والصغير ينافيها.
 - ٣ - أن هذا العقد يعقد للعمر، وتلزمهما أحكام بعد البلوغ إلى أن يوجد ما يبطله، فلا يكون لأحد أن يلزمهما ذلك، إذ لا ولاية لأحد عليهما بعد البلوغ.
 - ٤ - قوله عليه الصلاة والسلام: «تستأمر اليتيمة في نفسها»^(٥) ووجهه أن اليتيمة هي القاصرة عن درجة البلوغ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام:
-
- (١) فقد زوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عروة بن الزبير، وزوج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغيران. ووهب رجل ابنته الصغيرة لعبد الله بن الحسن بن علي كل ذلك بعلم من الصحابة. وهذا دليل على فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة.
 - (٢) الفقه الإسلامي للزحيلي ١٨٠/٧.
 - (٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٣٥٤ - العاشية لابن عابدين ١٧٠/٤ - المبسوط للسرخسي ٣١٢/٤ والقائلون بهذا القول ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصب كلهم من الحنفية.
 - (٤) سورة النساء ٦.
 - (٥) رواه أبو داود عن أبي هريرة في النكاح باب الاستئثار ٣٣٤ ح: ٢٠٩٣. والترمذي في النكاح باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ٢٨٨ ح ١١٠٩ وقال: حديث حسن.

«لا يتم بعد احتلام»^(١). وقد نهى النبي ﷺ عن إنكاح إلى غاية هي استثمارها. ولا تصلح أن تستأمر إلا بعد البلوغ. فكأنه قال: لا تنكح اليتيمة حتى تبلغ، وفي هذا نظر، لأن غاية ما يفيد عدم إجبار اليتيمة، ولا يمنع إجبار ذات الأب فهو دون الدعوى، والدعوى منع تزويج الصغار مطلقاً:

مناقشة أدلة المانعين:

وقد ناقش المجيزون أدلة المانعين فقالوا:

أولاً: قوله تعالى ﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا﴾ لا تصلح دليلاً لهم لأنها بيان وقت تسليم أموال اليتامى إليهم، وبيان شرط إعطاء الأموال هو البلوغ.

ثانياً: وقولهم لا حاجة إلى النكاح - أي أن الصغير غير محتاج للزواج ممنوع؛ لأن مقاصد النكاح ليست منحصرة في النسل وقضاء الشهوة، بل من مقاصده توفير الألفة بسكون كلا الزوجين إلى صاحبه، وثبت النصرة والمودة، والتعاون على الحياة، وهذه المقاصد لا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة، والكفاءة لا يتيسر في كل زمان، فأثبتنا الولاية على الصغيرة خوفاً من فوات الكفاءة إذا انتظروا إلى البلوغ.

وقولهم إن العقد يعقد للعمر، وتلزمهما أحكامه مسلّم في ذاته، ولكن البقاء بالإنكاح السابق لا بالإنكاح مبتعداً بعد البلوغ، وهذا جائز، ولا شيء فيه ألا ترى أن للأب أو الجد بيع مال الصغير، وإن كان حكم البيع هو الملك، يبقى بعد البلوغ^(٢).

وبعد المناقشة نرى أن أدلة المجيزين أقوى من أدلة المانعين، وإنما عرضت أدلة المانعين، بسبب أن الأحوال قد تبدلت عن ما كان عليه السابقون وأن القوانين ارتأت إلى الأخذ بقولهم، لذلك سنعرض ما عليه العمل اليوم.

(١) سبق تخريجه ص ١٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاظمي ٣/ ٣٥٤.

موقف القانون:

لقد أثارَت مسألة تزويج الصغيرة والصغير اهتمام المحاكم الشرعية، مبتغية مصلحتهم، باعتبار أن مصلحة الصغير مقدمة على كل من سواهم من الأولياء، لذلك بعد أن درسوا أدلة المانعين والمجيزين استخلصوا ما يأتي:

لا يجوز لأحد أن يزوج الصغير الذي لم يتم الثانية عشرة من عمره، ولا الصغيرة التي لم تتم التاسعة من عمرها^(١).

المطلب الثاني: تزويج اليتيم

إن جمهور الفقهاء اتفقوا على جواز تزويج الصغير والصغيرة، ولكنهم اختلفوا في تزويج اليتامى، لذلك سأعرض مسألة اختلافهم وأدلتهم على النحو الآتي:

- فذهب المالكية والحنابلة - في قولهم الراجح - إلى أنه ليس لغير الأب تزويج الصغير والصغيرة. وفي رواية للحنابلة لوصي الأب^(٢).
- وذهب الشافعية إلى ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، ولكنهم أضافوا إلى الأب الجد - أبو الأب - من غير الوصي^(٣).
- وذهب الأحناف إلى أن لغير الأب تزويج الصغار، ولها الخيار إذا بلغت إلا مع الجد فإنه كالأب في الولاية. وقال أبو يوسف: لا خيار لها^(٤).
- استدل المالكية والحنابلة والشافعية بقول النبي ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها وإن سكنت فهو إذنّها، وإن أبت فلا جواز عليها»^(٥). فدل

(١) ينظر المادة ٧: مجلة الأحكام العدلية وقوانين الأحوال الشخصية العامة نادر شافي.
 (٢) منح الجليل لعليش ١٧٨/٣ - حاشية الدسوقي ٥٢/٣ - المغني لابن قدامة ٣٤٢/٦ - كشف القناع ٤٨/٥.
 (٣) المذهب للشيرازي ٤٣٠/٢ - المجموع للنووي ٢٢١/١٩ - مغني المحتاج للشربيني ٢٧٨/٤.
 (٤) المبسوط للسرخسي ٢١٣/٤ - البدائع للكاساني ٣٥٦/٣ - ٥٦٩.
 (٥) أخرجه الترمذي في النكاح باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ٢٨٨ ح ١١٠٩، وقال: حديث حسن، ورواه ابن حبان في صحيحه ١٣٥/٦ ح ٤٠٦٧.

الحديث على عدم جواز نكاحها حتى تبلغ فتستأمر أي تستأذن؛ حيث إنها قبل البلوغ لا معنى لإذنها ولا لإبائها.

وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن قدامة بن مظعون^(١) زوج ابن عمر من ابنة أخيه عثمان^(٢)، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»^(٣).

فدل على أن اليتيمة لا يجبرها وصي ولا غيره^(٤)؛ لأن غير الأب قاصر الشفقة، فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي. وزاد الشافعية بأن للجد ولاية وتعصياً، فجاز له إجبار البكر كالأب^(٥).

- واستدل الحنفية بـ:

١ - قوله تعالى: ﴿وَسَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتْلَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُوْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَزَعَوْنَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّبَايَةِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ﴾^(٦). فهذا دليل على جواز تزويج اليتيمة.

٢ - وأن النبي ﷺ زوج بنت عمه حمزة من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنه وهي صغيرة.

٣ - أن الولي على اليتيم بعد البلوغ من الأولى أن يكون قبل البلوغ

(١) هو قدامة بن مظعون بن حبيب القرشي الجمحي، من صحابة النبي ﷺ شهد بدرأً وأحدأً وسائر المشاهد هو أخو عثمان بن مظعون توفي سنة ٣٦هـ. ينظر: الإصابة لابن حجر ٣٢٢/٥ - الاستيعاب لابن عبد البر ٣/٣٢٠.

(٢) عثمان بن مظعون بن حبيب القرشي الجمحي، كنيته أبو السائب، أسلم بعد ثلاثة عشر رجلاً هاجر الهجرتين، وشهد بدرأً وهو أول من مات في المدينة وأول من دفن في البقيع من المهاجرين بعد ما رجع من بدر توفي سنة ٢هـ. .. ينظر الاستيعاب لابن عبد البر ٣/١٦٥ - معرفة الصحابة لأبي نعيم ٣/٣٦٣.

(٣) رواه البيهقي في السنن كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح اليتيمة ١٩٥/٧ قال ابن حجر الهيثمي: رواه أحمد ورجاله ثقات.

(٤) تحفة الأخوذ للمباركفوري ٤/٢٠٧.

(٥) المجموع للنووي ١٩/٢٢١ وما بعدها.

(٦) سورة النساء ١٢٧.

كالأب والجد، وعلل الحنفية سبب خيارها بعد البلوغ في غير الجد والأب لأنهما أصل الشفقة، أما باقي الأولياء بسبب قصور شفقتهم لبعد القرابة، فيقصرون النظر، فأثبتوا لها الخيار تكميلاً للنظر، وحتى لا يتوهم التقصير في إنكاح الأب والجد.

أما أبو يوسف القائل بعدم الخيار لها بعد البلوغ وأن زواج اليتيمة سارٍ باعتبار أن هذا النكاح صدر من ولي فيلزم، كما إذا صدر عن الأب والجد، وهذا لأن ولاية الإنكاح ولاية نظر في حق المولى عليه، فيدل ثبوتها على حصول النظر، وهذا يمنع ثبوت الخيار، لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت لنفي الضرر ولا ضرر، فلا يثبت الخيار^(١).

موقف القانون:

بما أن القانون المعمول به في المحكمة الشرعية يمنع من تزويج الصغير والصغيرة، فمن باب الأولى أن يمنع الأيتام لأنهم صغار كما في المادة السابعة، على أن يعطوا الحق في اختيار حياتهم الزوجية وفق الشروط المعتبرة في النكاح.

المبحث الثاني

حق اليتيمة في الزواج بعد البلوغ:

إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في تزويج البالغة العاقلة التي لم يسبقها يتم، فإنهم اتفقوا على أن اليتيمة إذا بلغت يحق لها أن تزوج نفسها من غير أن يلزمها أحد، ولكن بشرط كفاءة الزوج ومصلحة اليتيمة^(٢).

واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صممت فهو إذن، وإن أبت فلا جواز عليها»^(٣).

(١) المبسوط للرخسي ٢١٣/٤ - بدائع الصنائع للكاظمي ٥٦٩/٣.

(٢) الحاشية لابن عابدين ١٥٥/٤ - المبسوط للرخسي ٢١٥/٤ - المجموع للنووي ١٩/٢٢٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٦ - متن الجليل محمد عيش ١٧٩/٣.

(٣) سبق تخريجه ص ١٥١.

قال السرخسي: «والمراد بالحديث اليتيمة البالغة لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا
الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾ والمراد البالغين، والدليل عليه أنه مدة إلى غاية الاستئثار،
وإنما تستأمر البالغة»^(١).

والحنفية الذين أعطوا الأولياء الحق في إنكاح اليتيم واليتيمة قبل
البلوغ، منعوهم منه بعد البلوغ، بل أعطوا اليتامى حقهم في الخيار بعده
إلا للجد، فليس لهم الخيار، لما مر. إذا زوجهم قبل البلوغ.

فالقصد من هذا أن اليتيمة لا يمكن تزويجها بغير رضاها. فإن طلبت
نظر في طلبها من قبل الأولياء عليها، فإن كان كفؤاً، لبي طلبها وعقد لها
وإن كان غير كفء لم تجب إلى ما تريد. أما إذا كان كفؤاً لها واعترض
الأولياء من غير ما عذر، وعُرض الأمر على القاضي، عقد القاضي لها من
غير أن يلتفت إلى الأولياء، بحيث إن القاضي أو «السلطان ولي من لا ولي
له»^(٢). والقاضي ينوب عن السلطان.

موقف القانون:

مر في مبحث البلوغ أن الإمام أبا حنيفة اعتبر أن أقصى سن للبلوغ
هو الثامنة عشرة بالنسبة للغلام، والسابعة عشرة بالنسبة للبنات، لذلك اعتمد
قوله المشار إليه في أهلية النكاح. فنصت في المحاكم الشرعية على أنه:

يشترط في أهلية النكاح أن يكون الخاطب في سن الثامنة عشر
فأكثر، والمخطوبة في سن السابعة عشرة فأكثر^(٣).

وبناءً على هذه القاعدة بنت المحكمة على أساسها مواد أخرى،
طالما أنها تعتمد المذهب الحنفي في القانون تعطي الحق للبالغين بإقامة
عقد الزواج مباشرة، تحت عين القاضي.

(١) المبسوط للسرخسي ٢١٥/٤ - عون المعبود لابن قيم الجوزية ٨٢/٦ - تحفة
الأحوذى للمباركفوري ١٠. بيروت د. ك. ع. ١٤١٠ هـ. ١٩٩٠ م. ٢٠٧/٤.

(٢) سبق تخريجه ص ٥٥.

(٣) ينظر المادة ٤ «المجلة» قرار حقوق العائلة - ٥١٩ - قوانين الأحوال الشخصية العامة
نادر شافي ٣.

فنصت القوانين بناءً على ما سبق إلى أنه:

- إذا ادعى المراهق الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره البلوغ، فللحاكم أن يأذن له بالزواج إذا كانت هيأته محتملة.

- إذا ادعت المراهقة التي لم تتم السابعة عشرة من عمرها البلوغ، فللحاكم الشرعي أن يأذن لها بالزواج إذا كانت هيأتها أيضًا محتملة ووليها أذن بذلك.

- إذا راجعت الكبيرة التي لم تتم السابعة عشرة الحاكم بقصد التزوج بشخص، يخبر الحاكم وليها بذلك، فإذا لم يعترض الولي، أو كان اعتراضه غير وارد، يأذن لها بالزواج^(١).

فبذلك يكون لليتيم واليتيمة الحق - إذا بلغوا النكاح - أن يعرضوا من يريدوا التزوج بهم على الحاكم أو القاضي بالنيابة عنه، فيخبر بذلك أولياءهم، فإن أذن لها تم العقد، وإن لم يأذن، نظر القاضي، فإن كان كفؤاً عقد لها العقد، ولم يلتفت إلى الأولياء، ولا يحق لهم الاعتراض لا شرعاً ولا قانوناً.

وإنني أرى أن هذه الأمور يجب أن توضح لليتامي - حتى إذا ما بلغوا وأرادوا الزواج ومنعهم الأولياء - أن يعرفوا أن دارة القضاء أو المحكمة، إنما وجدت سنداً لهم، حتى لا يذهبوا فيضيعوا بين أيادي الظالمين الطامعين، بل يذهبون مباشرة إلى بيتهم الأصلي وهو دار الفتوى، لأنها خير مرجع وسبيل لصلاحهم. المؤلف في العادات إلا في حال الضرورة، فإنها تعتبر صاحبة حق وسلطة؛ لذلك اعتمدت رأي محمد بن الحسن في كيفية إيلاء الولي النكاح.

فالفقهاء اتفقوا بأن الولاية على النفس تكون للعصبات، بحسب ترتيب الإرث.

وللاطلاع على تفاصيل المسألة، فقد عرضت في مبحث أقسام

(١) المادة ٥ - ٦ - ٨ مجلة الأحكام العدلية - قانون الأحوال الشخصية نادر شافي

الولاية السابق مراتب الأولياء على النفس، كيف أنها تكون للعصابات، ثم تنتقل عند عدمهم إلى ذوي الأرحام، فيمكن العودة إليها^(١)، وتحاشيت ذكرهم هنا خشية التكرار.

فالولي نُصِب لمصلحة اليتيم، لا لمصلحته الشخصية. لذلك كانت الصفات الأصلية التي يجب أن يتمتع بها الولي حتى ينال شرف العناية باليتيم، هي: البلوغ، العقل، الحرية، الذكورة أو الأنوثة عند عدم الذكورة، وملكه أمر نفسه، والعدالة والرشد في الدين والدنيا.

فهذه هي الصفات الأولية. ولا يجوز العدول عن هذه الصفات أو نقصها عند الاختيار لأي مصلحة كانت، وإنما يمكن التدرج بنقصها عند عدم اكتمالها في شخصية واحدة، لما في الاعتناء باليتيم من مشاق وصبر.

المبحث الثالث

هل يجوز للولي نكاح يتيمة؟

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شروط جواز زواج الولي من يتيمة.

إن الولي هو الذي يتولى نكاح متوليته، فينوب عنها في العقد ليكون وكيلًا عنها، يدافع عنها وتحصل على حقوقها من مهر وكفاءة. والولي الذي قال الفقهاء بجواز بقاء اليتيمة بعد الحضانة في حجرهم هم العصابات من الرجال المحارم، وإن عدت المحارم وكان لها ابن عم مأمون وضعه القاضي وصياً عليها، فهل له أن يتزوجها؟

فذهب الفقهاء^(٢) إلى أنه يجوز للولي أن يتزوجها، متجنباً الوقوع في ما حذرت منه الآية والأحاديث.

(١) ينظر ص ٥٣.

(٢) البدائع للكاساني ٣/٣٢٣ - أحكام القرآن للجصاص ٧٧/٢ - مغنى المحتاج للشرييني ٢٦٩/٤ - المجموع للنووي ١٩/٢٤٠ - المغنى لابن قدامة ٦/٣٤٢ - كشف القناع =

قال تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾^(١).

وعن عائشة رضي الله عنها: أن رجلاً كانت له يتيمة فنكحها، وكان لها عذق، وكان يمسكها عليه، ولم يكن لها من نفسه شيء، فنزلت فيه ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ أحسبه قال: كانت شريكته في ذلك العذق وفي ماله.

وسئلت السيدة عائشة رضي الله عنها عن قوله تعالى، فقالت: يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها، تشركه في ماله، ويعجبه مالها وجمالها، فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا عن أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن ويبلغوا لهن أعلى سنتهن في الصداق...^(٢).

- دلت الآية والأحاديث على أن الأولياء كانوا يتزوجون اليتيمة لمالها دون رغبة فيها. لذلك من أراد أن يتزوج يتيمة يجب عليه أن:
- أن يتزوجها بعد البلوغ بإذنها.
 - أن يقسط لها في صداقها، بل أعلى سنة صداقها.
 - أن لا يكون زواجه طمعاً في مالها.

المطلب الثاني: هل يجوز للولي أن يتولى طرفي العقد؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز للولي أن يتولى طرفي العقد. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَسَتَفْتُنَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَرَغْبُونَ أَن يَنْكِحُوهُنَّ﴾ رغبة أحدكم عن يتيمة، حين تكون قليلة المال والجمال، قال فنهوا أن ينكحوهن رغبة في مالهن وجمالهن إلا بالقسط، من أجل

= للبهوتي ٦٧/٥ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١/٣ - أحكام القرآن لابن العربي ٤٠٧/١.

(١) سورة النساء ٣.

(٢) رواه البخاري في التفسير باب وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى ٩٥٦ [ح ٤٥٧٣ - ٤٥٧٤].

رغبتهم عنهن إذا كن قليلات المال^(١).

وجه الاستدلال بالآية الكريمة: خرج مخرج العتاب، فبدل على أن الولي يقوم بنكاح وليته وحده، إذ لو لم يقم وحده به لم يكن للعتاب معنى.

قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمُ﴾^(٢) أمر الله سبحانه وتعالى بالإنكاح مطلقاً، من غير فصل بين الإنكاح من غيره أو من نفسه.

أنه أشبه البيع والإجارة ونحوهما، أنه إذا كان ولياً يتولى طرفي العقد، كالأب يشتري مال اليتيم لنفسه أو يبيع مال نفسه للصغير^(٣).

ذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز لابن العم أن يتولى طرفي العقد إذا كان وصياً، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام: «كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح». أو بمعنى آخر، قوله عليه الصلاة والسلام: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدان»^(٤).

- ولأن خطاب الإنسان مع نفسه لا ينتظم، ولأنه لو وكل وكيلاً لبيع له سلعة، لم يجز للوكيل أن يتاعها من نفسه.

ولكن الشافعية أجازوا لابن العم أن يتزوج متوليته، بشرط أن يزوجه من هو في درجته في الولاية كابن عم آخر، فإن لم يجد ولياً من درجته، تزوجه من السلطان؛ لأنها تصير في حقه بمنزلة من لا ولي لها فيتزوجها من السلطان، وكذا السلطان له وجهان في الجواز وعدمه.

(١) سبق تخريجه مع الحديث السابق ٤٥٧٤.

(٢) سورة النور ٣٢.

(٣) البدائع للكاساني ٣/ ٣٢٤ - أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤٠٧ - كشف القناع للبهوتي ٦٧/٥.

(٤) أخرجه البيهقي في النكاح باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ٧/ ٢٠٣ ح ١٣٧٢٢. وقال: قال أبو أحمد: حدثنا الجنيدي، حدثنا البخاري قال: مغيرة بن موسى بصري منكر الحديث، قال أبو أحمد: المغيرة بن موسى في نفسه ثقة.

المطلب الثالث: هل يجوز للقاضي تولي طرفي العقد؟

وكذا القاضي إذا أراد أن يتزوجها فيه وجهان:
أحدهما: يصح أن يتزوجها من نفسه ويتولى طرفي العقد.
والثاني: لا يصح أن يتولى العقد بنفسه بل يتزوجها من الحاكم^(١).

الترجيح:

الناظر في أدلة الفريقين يجد أن أدلة الفريق الثاني ضعيفة، ولا دليل على منع الزواج للولي من يتيمة، فالقاضي ولي والولي ولي أيضًا، فكيف يجوز للقاضي ولا يجوز للولي، مع أن الولي القريب أكثر شفقة من القاضي على اليتيمة، لذلك يكون الرأي الأول أصوب والله أعلم.

(١) ينظر مغني المحتاج للشربيني ٢٦٩/٤ - المذهب للشيرازي ٢٣١/٢ - المجموع للنووي ٢٤٠/١٩.