

تعلق الحقوق والواجبات بالذمة ، وتجزء الأهلية تكامل أم انفصام؟ بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون

بقلم

أ.د / أبو بكر لشهب*



الملخص

الذمة وعاء للأهلية عند البعض، ويرى آخرون أن المصطلحين لهما مفهوم واحد، واختلاف وجهات النظر بين شرّاح القانون، وفقهاء الشريعة، حول مفهوم الذمة ، حيث يرى الأولون تعدد الذمة المالية، وانتقالها ، خلافا لفقهاء الشريعة، ولم تتحد كلمتهم حول العلاقة بين الإثنين، كل ذلك يجعل للموضوع أهمية .

وهذا البحث نتناول فيه المراد بكل واحد من الثلاث - الذمة والأهلية والولاية -، والعلاقة بينهم، ونقارن بين الموجود والثابت في الفقهين (فقهاء الشريعة، وفقهاء القانون) نحدد نقاط الالتقاء ونقاط الافتراق، ونقف على النتائج المفيدة عند الاجتهاد.

الكلمات المفتاحية: الذمة - الأهلية - الولاية - الحماية.

مقدمة

يذكر الكثير من علماء التفسير ومقاصد الشريعة أن أجمع آية في القرآن الكريم، آية سورة النحل رقم 90 : (إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي

* أستاذ بمعهد العلوم الإسلامية - مدير مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي - الجزائر.

القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون)، فيها أمر تعالى بكل خلق حسن ، ثم خص سبحانه العدل بالتأكيد في العديد من الآيات. ومناطق النزاع بين الفقهاء هنا أن الله تعالى قد حكم بوجود العدل والإحسان والأول من الثاني والثاني متمم للأول، وتحقيق العدالة يقتضي عدم المساواة أحيانا لاعتبارات منها : الاستحقاقات ، والقيام بالواجبات ، والأهلية، وأمام كل هذا قد تختلف وجهات النظر بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، نظرا لاختلافاتهم في الأهلية وتقسيماتها ، والعلاقة بينها وبين الذمة من جهة ، وعلاقة الاثنين بالقيام بالواجبات من جهة ثانية.

وتباين وجهات النظر خاصة فيما يلي:

1/ في تحديد فقهاء الشريعة الإسلامية للعلاقة بين الذمة والأهلية، فهناك من يرى أن المصطلحين يختلف أحدهما عن الآخر؛ فالذمة وعاء للأهلية، وهناك من يرى أن المصطلحين لهما مفهوم واحد .

2/ اختلاف وجهات نظر شرّاح القانون حول مفهوم الذمة وحصصها في الحقوق المالية دون غيرها من الحقوق .

3/ مفهوم تعدد الذمة المالية، وانتقالها .

وجلي أن اختلاف وجهات النظر حول العلاقة بين الذمة والأهلية يجعل للموضوع أهمية جديرة بالبحث: إذ الذمة هي الشخصية القانونية، ولا تثبت إلا للإنسان - بعد ميلاده- بخلاف الأهلية فإنها وصف محلله الذمة، تثبت حتى للجنين - ناقصة - في انتظار التأكد من المحل الصالح له، وهو الذمة ولا يتأكد ذلك إلا بميلاده حيا، وهو جوهر الخلاف بين الأهلية والذمة .

ولما كانت الولاية الهدف منها رعاية مصالح المتولى عليه لعجزه، فإنه يمكن القول أن الولاية تدور مع صفات الأهلية.

هذا وسوف نقسم الموضوع إلى هذه المقدمة وثلاثة مباحث ثم خاتمة.

المبحث الأول

الذمة محل اعتباري

من أهم شروط من يتعلق الحكم بأفعاله:

1. أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف، لهذا رفع القلم عن النائب حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل¹، وأخرج الفقهاء غير الراشد - أو فاقد العقل - من دائرة المساءلة الجنائية، إلا من باب التدابير الاحترازية...
2. الأهلية عند الأصوليين: الصلاحية للإلزام والالتزام. ويقسمونها إلى: أهلية وجوب، ناقصة وكاملة. وأهلية أداء، ناقصة وكاملة.

المراد بأهلية الوجوب

صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق، وهي ثابتة لكل إنسان بوصفه إنسانا، لأن أهلية الوجوب ملازمة للإنسانية في الإنسان²، فهي إذا عبارة عن صلاحية للإلزام دون الالتزام.

أما الكاملة فهي صلاحيته للإلزام والالتزام معا. إذا كانت أهلية الإنسان للشيء هي صلاحيته لأن يصدر ذلك الشيء عنه، وطلبه منه.

أما عند الأصوليين فهي وإن اختلفت تعريفاتهم فإنها لا تخرج عن: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه³. ويشترط لها ما يلي:

1. القدرة على فهم الخطاب.
 2. أهلية المكلف للتكليف.
- أهلية الأداء: وهي: صلاحية الإنسان لأن تعتبر شرعا أقواله وأفعاله وهي كذلك تكون ناقصة وكاملة.

صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعا، وهذه لا تثبت إلا بالتمييز وبهذا تكون مرادفة للمسؤولية الكاملة. بخلاف أهلية الوجوب: فإنها تعني صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات⁴. والناقصة: صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق فقط دون الواجبات (الإلزام دون الالتزام). وهي ثابتة للجنين وهو في بطن أمه، بحيث يكون محلا اعتباريا صالحا لأن تثبت له الحقوق، مع عدم صلاحيته لأي التزام⁵.

فالجنين تثبت له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الإرث والوصية⁶ ، وكل ما من شأنه الحفاظ عليه ولو بالتعويض، ويتولى وليه -أو الوصي- القبض والرعاية في كل الحقوق الثابتة له.

الذمة والفرق بينها وبين الأهلية:

1. معنى الذمة:

الذمة في اللغة: العهد، لأن نقضه يوجب الدم. لقوله صلى الله عليه وسلم: « المسلمون تتكافأ دماءهم، ويسعى بذمتهم أدناهم »⁷ وقوله صلى الله عليه وسلم: « من صلى صلاتنا، واستقبل قبلتنا، وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله فلا تغدروا الله في ذمته »⁸ والمعنى فله عهد الله ورسوله فلا تغدروا⁹ ، فهي مناط الطلب، ومنشأ الاستحقاق. الذمة اصطلاحاً: وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه¹⁰.

وجاء في الأشباه والنظائر الفن 3، ص 210، أنها أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام¹¹.

1. وصف من افتراض الشارع.

2. تقدير في الشخص.

والملاحظ أن هذه العناصر في الذمة هي نفسها المذكورة في الأهلية -أهلية الوجوب- إلا أن حقيقة الذمة، تدل على معنى الظرفية المقدره في الإنسان لاستيعاب الحقوق له وعليه.

والأهلية قائمة على:

1. صلاحية الإنسان للإلزام.

2. صلاحيته للالتزام.

وبالنظر إلى العنصر الأول مجرداً، قلنا بأن الجنين له أهلية وبالتالي تثبت له الحقوق.

أما إذا نظرنا إلى العنصر الأول والثاني معاً، فإن الجنين يكون ليس أهلاً لأن تثبت له الحقوق.

وبالمقابل نجد اتفاق الفقهاء على أن الجنين وهو في بطن أمه تثبت له حقوق -كما سبق ذكره-

ومن هنا يمكن القول أن هذا العنصر -الصلاحية للالتزام- أحد عناصر الذمة، إلا أنه غير معتبر في أهلية الوجوب بالنسبة للجنين، ويصير الجنين له أهلية وجوب ناقصة، وليست له ذمة، لأن الذمة، أساسها قابلية التحمل¹²، وهذا لا يثبت للإنسان إلا بعد ولادته حياً، بحيث يصبح المحل قابلاً لاستقرار الحقوق فيه، وبالتالي متى اعتبرنا الشخص ذا أهلية للتحمل اعتبرت له ذمة.

فأهلية الوجوب أساس للذمة وليس العكس. خلافاً لما يذكر عن بعض الفقهاء: أن الأدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء أما أهلية الوجوب فهي بناء على قيام الذمة¹³.

وبهذا تكون الذمة أساس أهلية الوجوب، والواقع أن أهلية الوجوب أساس للذمة. ويظهر أن الذمة لا تكون إلا على افتراض الاستقلال في الشخصية مع افتراض القدرة على تحمل الالتزامات، وهو الأمر الذي لا يتصور في الجنين. وعرفها بعض فقهاء القانون بأنها: مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية¹⁴.

وعرفها آخرون بأنها: مجموع ما يكون للشخص من الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية.. وهي مرادفة للفظ شخص¹⁵. وفقهاء الشريعة الإسلامية يعرفونها بما يلي¹⁶:

الذمة: محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه. فهي متصلة بذات الشخص، وليس بأمواله وثورته كما يشير إلى ذلك تعريف القانونيين، كما أنها غير محدودة -بالحقوق المالية فقط- بحيث تشغل بالحقوق المالية وغير المالية¹⁷.

فأمكن تعريف الذمة بأنها:

محل اعتباري وصفي في الشخص قابل لأن يشغل بالحقوق سلبي وإيجاباً. محترزات التعريف:

قلنا محل لأنها موطن -مكان- الالتزام، وذلك على اعتبار أن أهلية الوجوب وصف للإلزام والالتزام أما الذمة فهي محل الإلزام والالتزام. أما القول بأنها اعتبارية لأنها غير محدودة السعة والاستيعاب بحيث تثبت فيها -وعليها- كل الحقوق التي يتصور أن تكون صالحة لها.

والقول بأنها وصف هو ما ذهب إليه صدر الشريعة من الحنفية¹⁸ خلافا للذين يرون بأنها ذات -نفس لها عهد- لأنها بهذا القول تكون الذمة هي نفس الشخص وليست حكما- ملحقا بالشخص¹⁹.
قابلا لأن يشغل بالحقوق سلبا وإيجابيا: حتى نوضح أن الذمة لا تكون لفاقد القابلية على تحمل الأحكام كالحيوان²⁰ وقلنا سلبا وإيجابيا لبيان أن الذمة لا تعني المطالبة بالحقوق دون الالتزام بالواجبات وإنما من لوازم الشخصية القانونية. وكل هذا يوضح أن الجنين لا ذمة له، وإن كانت له أهلية وجوب ناقصة.

مميزات الذمة: بالنظر إلى التفصيل السابق، يمكن حصر مميزات الذمة فيما يلي:
استقلال الشخصية: ويترتب على هذه الميزة أمور منها:

1. أنه لا ذمة لغير إنسان مستقل في الشخصية، فلا ذمة لحيوان وإن وجبت له بعض الحقوق -بالمفهوم العام- كالعناية به والنفقة من أموال الموصي أو المالك.
2. الجنين -من الإنسان- ، لا ذمة له لأنه لا شخصية مستقلة له، وذلك لاعتباره جزءا من أمه، يتغذى بغذائها ويحيى بحياتها ويموت بموتها ... مع أنه مهياً للانفصال فمتى انفصل حيًا، حصلت له الشخصية المستقلة وبها أصبحت له ذمة - وأهلية وجوب كاملة- لهذا تثبت له بعض الحقوق²¹ ولا يجب عليه شيء من الالتزامات، لعدم قابليته لذلك -وما لزم منها- مثل بعض حقوق الآخرين- فإن الخطاب فيه موجه للولي والموصي. وبهذا يظهر الفرق بين أهلية الوجوب والذمة، فالأولى تتجزأ بحيث تكون في الجنين ناقصة وبعد ميلاده حيًا كاملة ، والذمة لا تتجزأ، فلا تثبت إلا لمن كملت عنده الشخصية باكتمال أهلية الوجوب.
بل إن أهلية الوجوب الثابتة للجنين محدودة في بعض الأحكام التي لا تحتاج من جهة إلى رضى وقبول ومن جهة أخرى بها تحصل الشخصية الذمة مستقبلا مثل: النسب، الإرث، الوصية²² والرعاية بكل معانيها ولوازمها²³.
3. هناك تلازما بين الذمة والشخصية، فكل شخص قابل للإلزام والالتزام له ذمة مستقلة خاصة، باعتبار صفته الإنسانية الحقيقية.
والذمة بهذا المفهوم تتسع لكل ما يتصور من الحقوق ولا حد لسعتها.
4. كما أن الذمة لا تتعدد في المحل الواحد، لأنها مساوية للشخصية، ولا تكون للفرد الواحد إلا شخصية قانونية واحدة.

5. والذمة الواحدة لا تكون إلا لفرد واحد، فذمة الأم لا اشتراك لجنينها فيها، لقوله تعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى"²⁴.
 أخيراً: الذمة ضمان لكل الحقوق، وذلك لأنها مستقلة عما يملك صاحبها فتساوى فيها الحقوق، متى استقرت بسبب شرعي صحيح وتساوت في احترامها وانتفى الترجيح (بين الحقوق).

فأمكن تقرير ما يلي:

1. إنَّ الذمة تبدأ بالولادة الكاملة، بخلاف الأهلية - أهلية الوجوب الناقصة - فإنها تبدأ قبل ذلك.
2. إنَّ الذمة لا تتجزأ بخلاف الأهلية.
3. إنَّ الجنين لا ذمة له، وله أهلية وجوب ناقصة²⁵، فلا يلزم بشيء، إلا أنه تجب له الحقوق.
4. إنَّ الذمة لا توصف بالنقصان بخلاف الأهلية - أهلية وجوب ناقصة¹ فيخرج الجنين على أن تكون له ذمة وإن كانت له أهلية وجوب ناقصة²⁶.

الذمة عند علماء القانون²⁷: الذمة في القانون: هي مجموع ما يخص الشخص في أمواله حاضرة ومستقبلية. ومن أهم خصائصها:

1. لا ذمة بلا شخص، ولا شخص بلا ذمة سواء كان إنساناً أو شخصاً اعتبارياً وهي تكون للإنسان منذ كونه حملاً في بطن أمه²⁸. لأنهم اعتبروا الذمة مجموع ما للشخص وما عليه، والجنين له ذمة مالية لأنه أهل للملك وقد يكون له مال. أما في الفقه الإسلامي فإن الذمة محل اعتباري، والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد، وإن ثبتت له حقوق على غيره، فلا حاجة إذن إلى تقدير ذمة له ما دامت أهلية الوجوب الناقصة كافية في ضمان حقوقه.

2. لا يكون للشخص الواحد إلا ذمة واحدة وهو موافقاً لما جاء في الفقه

الإسلامي.

3. الذمة وحدة مالية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها، بينما في الفقه الإسلامي فإنه ينظر إلى الذمة على اعتبار الشخص ذاته وقابليته للإلزام والالتزام (وليس الأموال).

4. الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين، وهو ما رأيناه في الفقه.

5. الذمة لا تنتهي بموت صاحبها وإنما تبقى محتفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركته حتى تتم تصفيتها. بينما في الفقه تنتهي الذمة بموت صاحبها، والسبب أن أصحاب القانون يفصلون بين صاحب الذمة والذمة، فهم ينظرون إليها على أنها مجموعة حقوق مالية، وفي الفقه الإسلامي ينظر إليها على أنها محل قابل لكل الالتزامات والإلزاميات.

المبحث الثاني

الأهلية وأقسامها

(الأهلية لكسب الحقوق وتحمل التزامات وهي أقسام)

الأهلية في اللغة: تعني: الصلاحية²⁹ جاء في التنزيل "وكانوا أحق بها وأهلها"³⁰ أي وكانوا صالحين.

فهي بمعنى: الجدارة والكفاية لأمر من الأمور فلان أهل لكذا أي كفاء وجدير³¹. وإنسان ذو أهلية أي كفاء ومتمكن، أما فقدان الأهلية فيعني حرمان المرء من حق أو تصرف³²، فهي- أعني الأهلية - الصلاحية للأمر، ومن الخصائص المميزة للإنسان يتوقف على توفرها فيه معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق وما يمكن أن يلتزم به من الواجبات.³³

أما في الاصطلاح

فالأهلية تعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات³⁴ وبهذا تكون الأهلية مؤثرة في حياة الشخص تأثيرا كبيرا فليس لأحد أن ينزل عن أهليته أو يعدل في أحكامها، لأنها تمثل الخصائص المميزة للإنسان حيث يتوقف على توفرها فيه معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق ومدى ما يمكن أن يلتزم به من الواجبات.³⁵

فهي مطلوبة في كل خطوة يخطوها الإنسان في أفعاله وتصرفاته التي تعتمد نتائجها صفات مخصوصة في الفاعل المتصرف.³⁶

والأهلية قائمة على أساس ضرورة اتصاف الشخص بالصفات التي يقدر الشارع لزوم وجودها فيه ليتمكن ثبوت الأحكام الشرعية في حقه، ولتصح منه التصرفات وتترتب نتائجها بما يناسب الموضوع³⁷.
وعند الفقهاء: صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات.³⁸
والأساس في ثبوتها هو وجود الحياة فيه، وهي أقسام.

أقسام الأهلية

تقسم الأهلية إلى: أهلية وجوب، وأهلية أداء، وكل قسم يقسم إلى كامل وناقص.

أ- أهلية الوجوب:

مناطها هو الصفة الإنسانية³⁹، ولهذا ثبتت للجنين باعتبار صفته إنساناً ولو احتمالاً، فكانت ناقصة في انتظار التحقق بميلاده حياً.
وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه⁴⁰ ومرتبطة بوجود الذمة فلا تثبت كاملة لمن لا ذمة له (لعدم توفر الذمة فيه)⁴¹. وتحقق بمجرد وجود الإنسان سواء كان بالغاً أم صبياً... ذكراً أم أنثى... وتستمر إلى أن يموت⁴².
ويعرفها فقهاء القانون الوضعي: بأنها صلاحية الشخص ليكون له حقوق وعليه التزامات.⁴³ وصف ملازم للشخص لا يزول إلا بزواله.

1. أهلية الوجوب الناقصة

وهي الثابتة للجنين وهو في بطن أمه، تثبت له حقوقاً دون أن ترتب عليه واجبات في انتظار ولادته حياً⁴⁴.
والحقوق الثابتة بهذا النوع من الأهلية هي التي لا تحتاج إلى قبول كالإرث والوصية، والوقف، وكل ما يجب له من الرعاية والعناية.

2. أهلية الوجوب الكاملة أو التامة

وبالولادة تثبت أهلية الوجوب تامة لمن ولد حياً، إلا أنها مشروطة⁴⁵
1. صلاحية الذمة لتصرف الأولياء والأوصياء، حتى تكون هذه التصرفات جائزة شرعاً، ويترتب على هذا وجوب التزام من صلحت ذمته للأداء. بكل العقود التي كانت من وليه.

2. ثبوت حقوق الغير التي ليست عبادة محضة مثل الزكاة في المال، فإن فيها معنى المؤونة، وكذا النفقة على الأقارب بخلاف الصلاة والصوم فلا تثبت من باب الوجوب، وإنما من باب الاستحباب، والتعليم. وفي الكل الولي مكلف بالتنفيذ والتعليم.

3. ضمان حقوق الغير من المتلفات، لأن الذمة هنا صالحة لذلك، لأنه ليس من قبيل العبادة الخالصة، وإنما من باب حقوق العباد المبناة على المشاحة والمطالبة.

ب. أهلية الأداء

ويراد بها أهلية الشخص لاكتساب الحقوق من تصرفاته، وإنشاء الحقوق غيره، بحيث يكون مطالباً بكل التكاليف الشرعية والقانونية سواء كانت عبادة خالصة، أو عبادة فيها معنى المؤونة، أو مالية خالصة، وسواء كانت له أو عليه. ومناطق هذه الأهلية هو العقل فتكامل باكتماله وتنقص بنقصانه⁴⁶ لهذا يعرفها فقهاء القانون بأنها: صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب عليه القانون آثاره⁴⁷، أو صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية.⁴⁸ أما في الشرع فتعني صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً.⁴⁹

فيكون الأساس في وجودها هو التمييز، بحيث ترادف المسؤولية. ولما كان من غير الممكن حصول التمييز أو معرفة الإدراك العقلي دفعة واحدة - وإنما يحصل ذلك بتدرج - فإن الأشخاص يختلفون في بلوغ درجة التمييز والإدراك، ويقدر قوة ذلك فيهم تكتمل الأهلية. لهذا كانت أهلية الأداء كاملة وناقصة.

1. أهلية الأداء الناقصة

كل تصرف للإنسان له ناحيتان، أولاهما وجوده الحسي، وثانيهما وجوده الاعتباري. أما الأول فيتمثل بالوقوع بالحركة والصورة المادية والثاني هو اعتبار الشارع للتصرف - بعد الوقوع - أنه صالح لترتب الأحكام عليه، وهي آثار الفعل الشرعية، وعدم اعتبار الشارع لآثار التصرف يجعل من وجوده كعدمه، سواء كان قولاً أو فعلاً.

إلا أن هناك مراحل في حياة الإنسان يكون فعله دائراً بين الاعتبار والإلغاء حسب نقص واكتمال الإدراك والإرادة عند المتصرف، وهذا في حد ذاته مرجعه إلى

درجة اكتمال العقل عند الإنسان، بشرط أن لا يكون فيه إهدار أو ضياع لحقوق الأدميين خاصة المادية المالية منها.

فباكتمال صفة العقل بالبلوغ والرشد ولو افتراضا تكون أهلية الأداء كاملة بمجرد وجود ما يدل على العقل في الجانب العملي.

وما يدل على الإدراك النسبي .. والتميز به، تكون أهلية الأداء ناقصة في الإنسان، بحيث تضمن للطفل حماية من العقاب إلا بما يناسب حاله، كما يكون فيها ضمان لحقوق الآخرين المالية (الضمان بالتعويض).

لأن العقل وإن كان مستقلا ببصيرته فقد يزداد بالتجارب تيقظا ولممارسة الأمور تحفظا، فلا يلتبس عليه حزم ولا ينتقض عليه عزم.⁵⁰

وفي الجملة فأهلية الأداء الناقصة هي:

أثر من آثار الإدراك والإرادة -التميز- في الإنسان يصبح به مسؤولا عن أفعاله وأقواله التي يشترط لها شرعا مجرد التمييز.

ولهذا قيل أن مناطها التمييز⁵¹ فهي ثابتة للطفل منذ أن يصير مميزا⁵² إلى أن يبلغ سن البلوغ فالرشد.

وفي هذه المرحلة من عمر الطفل تصح منه بعض الحقوق الواجبة في حق الله تعالى كالإيمان والكفر والصلاة والصوم والحج، وإن كان غير مطالب بها على وجه الحتم واللزوم، وإنما على وجه التعليم والتأديب والتهذيب، فلا يطالب بها إذا فات وقتها أو أبطلها بعد الدخول فيها.⁵³

أما إذا كانت الأفعال والأقوال متعلقة بحقوق العباد، فالنظر يكون فيها من اعتبارات ثلاثة:

الاعتبار الأول: النفع والضرر للطفل.

الاعتبار الثاني: ضمان حقوق الصغير.

الاعتبار الثالث: درجة الإدراك.

الاعتبار الأول: النفع والضرر للطفل⁵⁴

وبهذا الاعتبار تقسم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أفعال نافعة نفعا محضاً: وهي التي يترتب عليها زيادة في ملك (بدخول غير ماله فيه من غير مقابل) مثل قبوله للهبة والصدقة، واستحقاقه الأجرة إذا أجر نفسه.

فما كان كذلك صح من الصبي وينفذ دون حاجة إلى إذن وليه أو إجازته، لأن الهدف من الولاية عليه هو ضمان حقوقه وتحصيل منافعه وقد حصل.

الثاني: أفعال ضارة ضررا محضا: وهي عكس السابقة تماما بحيث يحصل بها نقص في الملك من غير مقابل، ومثالها الصدقة والهبة والوقف وكل ما كان في معناها لا يصح من الصبي المميز ولو مع إجازة وليه لأن الولي لا يملك إلا الحفاظ على ما له بالنماء والزيادة.

الثالث: أفعال دائرة بين النفع والضرر: فهذه تصح من الصبي المميز نظرا لثبوت أصل أهلية الأداء له، ولا تصح منه لأن أهليته غير كاملة لاحتمال عدم حسن تدبيره بنقص في ادراكه.

ولذلك فهي تصح بإذن وليه، وإلا كانت موقوفة على إذن الولي فتتخذ بإجازته وتبطل بعدمها.

لهذا: فيبعه وشراؤه وإجارته ونكاحه... صحيح بإذن الولي، أو إجازته، مع ملاحظة وتقدير النفع والضرر.

المبحث الثالث

الولاية

(سلطة مقيدة بالنفع للغير والأهلية الذاتية، وأحكام تتعلق بذمة الولي وأخرى بذمة القاصر)

ولاية على النفس، وأخرى على المال، الأولى مدارها التربية والتأديب، والثانية مدارها الحفاظ والصيانة، لهذا

حذر الشارع من ترك الولد وإهماله قال عز وجل: "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة"⁵⁵.

والوقاية تحصل بتعليمهم وتأديبهم كما قال علي رضي الله عنه: "وأمرهم بطاعة الله وتعليمهم الخير"⁵⁶، تماشيا مع المسؤولية العامة والخاصة المفروضة على كل ولي لقوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع ومسؤول عن رعيته، فالإمام راع ومسؤول عن رعيته والرجل راع في أهله ومسؤول عن رعيته، والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسؤولة عن رعيته، والخادم في مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته"⁵⁷. وهي أحكام تتعلق بذمة كل ولي حسب درجة ولايته.

و الوقاية المذكورة في الآية، والمسؤولية في الحديث لا يتحققان إلا بالتعليم والتربية على الخير والنهي عن الشر، بداية بمعاني العقيدة والسنن الكونية و وجود القدوة الصالحة، حتى يسلم العقل من الزيغ والضلال.⁵⁸ ، يرافق هذا الواجب رفق من غير إخلال بالواجب؟

رأى الأقرع بن حابس النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقبل ولده الحسن فقال: إن لي عشرة من الولد ما قبلت واحدا منهم! فقال عليه الصلاة والسلام: " من لا يرحم لا يرحم"⁵⁹ ، حكم آخر تعلق بذمة الولي وحق للقاصر .

و أن يقوم به وهو منشرح الصدر محتسبا الأجر عند الله تعالى قالت عائشة رضي الله عنها قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما: اغسلي وجه أسامة، فجعلت أغسله وأنا أنفة، فضرب يدي ثم أخذه فغسل وجهه ثم قبله ثم قال: قد أحسن بنا إذ لم يكن جارية⁶⁰ . تقرير من رسول الله صلى الله عليه وسلم لمبدأ اللطف والرحمة مع الصغار⁶¹ ، حتى أن الإمام البخاري أفرد بابا كاملا بعنوان رحمة الصغير.⁶²

ويبلغ الرفق بالولد حتى يجعله بمنزلة الرفق بالوالد، سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: من أبر؟ فقال: بر والديك. فقال لي ولدان. فقال برّ ولدك. كما أن لوالدك عليك حقا كذلك لولدك عليك حق⁶³ . رفق مرفوق بالتقويم من غير إفراط لأن القسوة والعنف في الصغر مدعاة إلى ذلك في الكبر.⁶⁴

ومعلوم أنه ما أفسد الأبناء مثل إهمال الآباء في تاديبهم وتعليمهم ما يصلح دنياهم وآخرتهم وتفريطهم في حملهم على طاعة الله وزجرهم عن معصيته وإعانتهم على شهواتهم، يحسب الوالد أنه يكرمه بذلك وقد أهانه، وإنه برحمته قد ظلمه وحرمه ففاته انتفاعه بولده، وفوت عليه حظه في الدنيا والآخرة⁶⁵ .

إن الله سبحانه وتعالى يسأل الوالد عن ولده يوم القيامة قبل أن يسأل الولد عن والده.⁶⁶ ، لأنه تعالى كما قال : "ووصينا الإنسان بوالديه حسنا"⁶⁷ . قال: "قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة"⁶⁸ ، فكما أن للأب على ابنه حقا، للابن على أبيه حق.⁶⁹ ، قال ابن عمر رضي الله عنهما: أدب ابنك فإنك مسؤول عنه ماذا أدبته وماذا علمته؟ وهو مسؤول عن برك وطواعيته لك.⁷⁰

قال الإمام النووي: على الأب تأديب ولده وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين، وهذا التعليم واجب على الأب وسائر الأولياء قبل بلوغ الصبي والصبية.⁷¹ لما جاء في السنة "أن لولدك عليك حقاً"⁷². وحديث "كلكم راع ومسؤول عن رعيته"⁷³. وتأديب الوالد ولده من أفضل الأعمال التي يقوم بها "ما نحل والد ولداً أفضل من أدب حسن"⁷⁴.

واعتبر العز بن عبد السلام ضرب الصبيان من الأفعال المشتملة على المصالح والمفاسد مع رجحان مصالحها على مفاسدها، ومع ذلك لا يجوز إذا كان مبرحاً، لأن الضرب مفسدة وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة فإذا لم يحصل التأديب به سقط الضرب الخفيف كما يسقط الضرب الشديد لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد.⁷⁵

هذا ما تعلق بالولاية على النفس،

أما الولاية على المال:

فهي أوسع، لأنها لا تستقل عنها بخلاف الولاية على النفس لا يشترط معها ولاية على المال ولا تستلزمها.

والأب أولى الناس بالإشراف على مال ابنه اتفاقاً واختلفوا في غيره، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى تقديم وصي الأب عن غيره⁷⁶ لتعيين الأب له فأصبح نائباً عنه.

وذهب الشافعي إلى أن الولي بعد الأب هو الجد الصحيح، لأن ولايته مقررة من قبل الشارع لإنزاله منزلة الأب⁷⁷.

ويرى المالكية والحنابلة إنها لا تثبت إلا للأب أو وصيه، ولا تثبت لغيرهما كالجد أو العصة.⁷⁸

والذي يراه الباحث

• أن المعتبر في الولاية على المال هو الحفظ والصيانة وأن هذا متحقق في الأب ووصيه إلا بما يثبت عدم الأهلية فيهما.

• ومهما كان الولي على المال فلا بد من توفر شروط فيه منها:

1. كمال الأهلية، لأن فاقد الأهلية الكاملة ليس أهلاً للولاية على نفسه، فمن باب أولى أن لا يكون أهلاً للولاية على مال غيره.⁷⁹

2. الاتحاد في الدين، فإن كان الأب غير مسلم فلا ولاية له على مال ابنه المسلم⁸⁰، وعلى القاضي أن يعين من يتولى حفظ وصيانة المال، لأن القاضي والي من لا والي له، ويلحق بغير المسلم من كان غير صالح في دينه.⁸¹
3. أن لا يكون مبذرا، أو سيء التدبير، لأن ولايته على المال ولاية حفظ وصيانة، وسيء التدبير لا يمكنه ذلك، كما أن المبذر يتلف المال ويضيعه، فليس لواحد منهما ولاية على مال.
4. أن يكون حسن التدبير أمينا غير مبذر حتى يكون له مطلق التصرف في المال. وتتوفر هذه الشروط في الولي على المال يجوز له الانفاق على الطفل من ماله والتصرف في المال بكل ما يحفظه وينميه، من بيع، وأجرة وصيانة.⁸²

سلطة الولي على المال

إذا توفرت شروط الولاية في الولي على المال جاز له فعل كل ما من شأنه صيانة المال .

يجوز له اتخاذ كل التدابير التي بها يحفظ، فيبيع متى دعت الحاجة إلى بيعه عند جمهور الفقهاء ويستبدل ما تدعو ضرورة صيانه إلى الاستبدال⁸³ .

هذه السلطة للولي ليست خاصة بالأب دون غيره كما ذهب أكثر الفقهاء⁸⁴، وإنما تعم كل ولي على مال .

لعموم قوله عز وجل: "ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن"⁸⁵ لأن اليتيم هو كل من فقد أباه دون البلوغ، وسمي بهذا لانفراده، ومعنى اليتيم هذا متحقق في كل محتاج إلى من يعتني به ويدبر أمره ، فإذا استحق الولي اجرا بسبب ولايته على المال فله ذلك بالتي هي أحسن، حفظا للمال، خلافا للحنفية الذين قالوا : لا يأخذ الوصي من مال اليتيم شيئا لا على سبيل القرض، ولا على سبيل الابتداء سواء كان الولي غنيا أو فقيرا واحتجوا بقوله عز وجل: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" وقوله عز وجل: "وآتوا اليتامى أموالهم" وقوله عز وجل: "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما ..."⁸⁶ .

ورجح الإمام الطبري في تفسيره لآية "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً" جواز الأخذ من مال اليتيم على سبيل الاستقراض، واعتبره من الأكل بالمعروف المذكور في سورة النساء "فليأكل بالمعروف"⁸⁷.

الخاتمة

وفي الختام يمكننا تسجيل النقاط التالية:

1. الذمة: محل اعتباري وصفي في الشخص قابل لأن يشغل بالحقوق سلباً وإيجاباً، فتكون في مقابل الشخصية القانونية.
2. لا ذمة لغير إنسان مستقل في الشخصية و الجنين - من الإنسان- ، لا ذمة له لأنه لا شخصية مستقلة له، وإن ثبتت له الأهلية الناقصة.
3. نظراً للتلازم بين الذمة والشخصية، كل شخص قابل للإلزام والالتزام له ذمة مستقلة خاصة.
4. الذمة تتسع لكل ما يتصور من الحقوق ولا حد لسعتها.
5. الذمة لا تتجزأ ولا توصف بالنقصان بخلاف الأهلية
6. الذمة عند فقهاء القانون : وحدة مالية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها، بينما في الفقه الإسلامي فإنه ينظر إليها على اعتبار الشخص ذاته وقابليته للإلزام والالتزام (وليس الأموال).
7. الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين، في الفقهين.
8. الذمة لا تنتهي بموت صاحبها وإنما تبقى محتفظة بوحدها وشخصيتها في صورة تركته حتى تتم تصفيتها عند فقهاء القانون.
- لأنهم يفصلون بين صاحب الذمة والذمة، وفي الفقه الإسلامي ينظر إليها على أنها محل قابل لكل الالتزامات والإلزامات.
9. هناك علاقة تكامل وترابط بين الذمة والأهلية بقسميها.
10. تفصيل فقهاء الشريعة في الأهلية وتحديد علاقتها بالذمة أضمن للحقوق وأدعى لتحمل الواجبات.
11. الولاية سلطة مقيدة بالذمة وللغير والأهلية الذاتية، وشروط تتعلق بذمة الولي وأخرى بذمة القاصر .

- 12 . المعتبر في الولاية على المال الحفظ والصيانة و هذا متحقق في الأب ووصيه إلا بما يثبت عدم الأهلية فيهما، أو في أحدهما.
13. من شروط الولي على المال حسن التدبير إضافة للأمانة وعدم التبذير .
14. يجوز للولي على المال اتخاذ كل التدابير التي بها يحفظ المال محل الولاية ، فيبيع متى دعت الحاجة إلى بيعه عند جمهور الفقهاء ويستبدل ما تدعو ضرورة صيانتة إلى الاستبدال.
- 15 . أخذ الولي على المال أجرا - بالتي هي أحسن - على ولايته إذا استحق واحتاج إليه ، حفظا للمال، ليس من قبيل أكل أموال اليتامى بالباطل ، وإنما من صميم صيانتة للمال، بشرط تقدير الضرورة ، وعدم الزيادة على الحاجة.
- والحمد لله رب العالمين

¹ رواه أحمد وأبو داود والحاكم. الترمذي رقم 1423 وأبو داود رقم 44.3، والحديث صحيح بتعدد طرقه. ينظر ابن الأثير في جامع الأصول 3/506 و611. والأمدى في الأحكام 1/78. والشوكاني في ارشاد الفحول ص 10. والغزالي في المستصفى 1/54.

² وهبة الزحيلي أصول الفقه الاسلامي 1/163 وما بعدها. خلاف علم أصول الفقه ص 136-137.

³ وهبة الزحيلي أصول الفقه الاسلامي 1/163. ويشترط لها شروطا نذكرها مجملة في شرطين أساسيين.

أولهما: القدرة على فهم الخطاب.

ثانيهما: أهلية المكلف لما كلف به، ويكون كذلك بالعقل، لهذا اعتبروا العقل شرط التكليف. حتى قال الأمدى: اتفق العقلاء، على أن شرط المكلف أن يكون عاقلا فاهما للتكليف. الأحكام 1/78.

⁴ وأساس ثبوتها وجود الحياة ولهذا ذهب البعض إلى مساواتها وتسميتها بالذمة، وسيأتي بيان الفرق بين الاثنين فيما بعد.

⁵ ونجد في الاجتهاد الحنبلي أن نفقة أقارب الجنين واجبة في ماله ان كان له مالا، وبهذا يكون الحمل له ذمة انظر بن رجب في القواعد ص 181.

⁶ المغني والشرح الكبير 6/435-443. والمحلى لابن حزم مسألة رقم 1755 و1746. د. صبحي المحمصاني .. تراث الخلفاء الراشدين ص 400 و 521 و522. العز بن عبد السلام. قواعد الأحكام 2/274.

⁷ أي عهدهم وهناك أحاديث كثيرة في كتب السنة وردت فيها لفظة: الذمة تفيد كلها معنى العهد. أنظر البخاري كتاب الفرائض باب 21، والمدنية 1 والاعتصام 5. ومسلم برقم 467 و470.

⁸ البخاري كتاب الصلاة باب (28) استقبال القبلة. رقم 391 والفتح 1/496.

- ⁹ ينظر فتح الباري ط الرياض ح 1/ ص 496.
- ¹⁰ تنقيح الأصول لصدر الشريعة 153/3 نقلا عن مصطفى أحمد الزرقاء في المدخل الفقهي العم 182/3.
- ¹¹ المرجع السابق 183/3.
- ¹² مصطفى أحمد الزرقاء. المدخل. 184/3.
- ¹³ عبد العزيز البخاري في شرح أصول البزدوي 234/4. ولعل المراد هنا بأهلية الوجوب عنصرها الثاني -القابلية للالتزام- الذي به تكتمل أهلية الوجوب، وكذا الذمة، أما القول بأن مجرد القابلية للإلزام هو الذمة فإنه مخالف حتى لأقوال الفقهاء في الديون المالية مثلا قولهم: أن الدين في الذمة وصف شاغل لها، وقولهم الذمة مشغولة بكذا.
- ¹⁴ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق. ط 1992 الجزائر ص 231.
- ¹⁵ د. محمد حسين : الوجيز في نظرية الحق ص 147 وما بعدها. د.حجازي. نظرية الحق ص 224. محمد سلام مذكور. المدخل للفقهاء الاسلامي ط 1969 ص 440.
- ¹⁶ مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام 190/3.
- ¹⁷ كما تشغل بالأموال تشغل بالأعمال في مثل عمل الأجير، وتشغل بالواجبات الدينية من صلاة وصوم وزكاة
- ¹⁸ التوضيح والتلويح ح 3. ص 153.
- ¹⁹ ذهب إلى هذا الرأي البزدوي وابن مالك، والمراد بالنفس هي ذات الإنسان ينظر شرح المنار ص 936.
- ²⁰ مثل ما كان بفعل الرومان حين كانوا يحاكمون البهائم ويحكمون عليها وظل ذلك في فرنسا أيضا إلى القرن 18 ميلادي. المدخل 191/3. فالطفل الصغير ولو ابن يوم يلزم بحقوق الآخرين من جبر لمتلف أو نفقة واجبة لقريب -ان كان له مال- ووليه أو وصيه يلزم بتنفيذ ذلك.
- ²¹ تثبت له الحقوق التي تصح فيها النيابة، وهي التي لا تحتاج إلى رضا (قبول) في مقابلة الإيجاب.
- ²² الجنين يرث لاعتباره حيًا واشترط عمر الفاروق رضي الله عنه لتوريثه أن يستهل حيًا بعد وفاة مورثه، ينظر: المحلي لابن حزم 908/6 رقم المسألة 1746. والشوكاني في نيل الأوطار 58/6 1859، والمحمصاني تراث الخلفاء الراشدين ص 400.
- وتجوز الوصية للصغير والكبير والجنين أيضا، كما تجوز للمسلم وللذمي، وقضى الامام علي بعدم جوازها للحربي ولا للقاتل ولا للوارث ولا لميت.
- ينظر: د. صبحي المحمصاني تراث الخلفاء الراشدين ص 521 و522 والمغني والشرح الكبير لابن قدامة 435/6 و433 والمحلي لابن حزم 9/ مسألة رقم 1755.
- والعز ا بن عبد السلام في قواعد الأحكام 274/2 حيث قال: (تصح الوصية بالموجود والمعدوم للموجودين والمعدومين) وكذا الوقف المرجع نفسه 273/2 و295.

- ²³ هذا وأوجب الحنابلة على الجنين نفقة الأقراب ان كان له مال. بن رجب القواعد ص 181
انظر المدخل 192/3. ولا تعارض لأن ذلك أولا الخطاب موجه فيه للولي أو الوصي المتصف
بالأمان. فهو واجب على الولي الإنفاق من مال الجنين، ولم يجب شيء على الجنين بدليل أنه لا
يطلب به أن فات حتى على رأي من قال به، ثانيا أنه من الواجبات العامة.
²⁴ سورة الأنعام الآية 164.
- ²⁵ البزدوي كشف الأسرار 1351/4 ابن أمير الحاج في التقرير والتحبير 165/2.
- ²⁶ د. محمد سهام مذكور. الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الاسلامي. ط 1 1969 ص
275.
- ²⁷ مصطفى أحمد الزرقاء المدخل 199/3 وما بعدها.
- ²⁸ وهذا مخالف لما تم بيانه في الفقه الإسلامي.
- ²⁹ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط 1، 1990 الجزائر، ص 135. ود. وهبة الزحيلي
أصول الفقه الاسلامي ط. 1992 الجزائر. 162/1.
- ³⁰ من الآية 26. سورة الفتح.
- ³¹ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط 1387-1968م، دمشق 736/2.
- ³² المعجم العربي الأساسي - لاروس - ص 117.
- ³³ د. إسحاق إبراهيم منصور. نظريتا القانون والحق، ط 1992، الجزائر ص 227.
- ³⁴ د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ط 1985 الجزائر ص 107.
- ³⁵ د. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ط 1، ص 227.
- ³⁶ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط 1387-1968م، دمشق 735/2.
- ³⁷ المرجع السابق. الزرقاء المدخل. 736/2.
- ³⁸ انظر: وهبة الزحيلي في أصول الفقه الإسلامي 163/1. وعبد الوهاب خلاف في علم أصول
الفقه، ط 1، 1990م. ص 135. وزكريا البري في أصول الفقه ط 1406 هـ - 1986 م ص 293.
- ³⁹ التوضيح والتلويح 152/3.
- ⁴⁰ شرح المنار. ص 936 ود. أنور سلطان النظرية العامة للالتزام ط 1962 ص 83 والبزدوي في
كشف الأسرار 1351/4. وابن أمير الحاج في التقرير والتحبير 165/2. والجنين والأحكام
المتعلقة به في الفقه الإسلامي، ط 1، 1969 القاهرة ص 275. وهبة الزحيلي في أصول الفقه
الاسلامي 165/1 وما بعدها. وعبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه ص 136 و 137. وزكريا
البري في أصول الفقه الاسلامي، ط 1986 م ص 294 وما بعدها.
- ⁴¹ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، 740/2.
- ⁴² الشيخ أبو زهرة أصول الفقه ص 308.
- ⁴³ لبني مختار، وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن ط 1984 الجزائر ص 69
وأبو زهرة أصول الفقه ص 308 وهبة الزحيلي من أصول الفقه 163/1.

- ⁴⁴ التقرير والتحبير 166/2 وما بعدها. مرآة الأصول 425/2 وما بعدها. فواتح الرحموت 156/1 وما بعدها. وأصول الفقه الاسلامي لوهبة الزحيلي 165/1.
- ⁴⁵ يراجع في هذا المجال أبواب المحكوم عليه من كتب الأصول مثل: مرآة الوصول، الجزء الثاني. باب المحكوم عليه. (2/425 وما بعدها كشف الأسرار على أصول البزدوي - 4/1357) ورسالة الأهلية وعوارضها لأحمد ابراهيم ... وفواتح الرحموت ... 157/1. وانظر أبو زهرة. أصول الفقه 309 و310. ووهبة الزحيلي من أصول الفقه 1 ص 165-166. ود.محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 108 و109. ود.اسحق ابراهيم منصور. نظريتنا القانون والحق. ص 227-228.
- ⁴⁶ أبو زهرة، أصول الفقه، ص 311.
- ⁴⁷ د.إسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ص 228.
- ⁴⁸ د.محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 109.
- ⁴⁹ وهبة الزحيلي، أصول الفقه، 1/164.
- ⁵⁰ الماوردي- تسهيل النظر وتعجيل الظفر في اختلاف الملك وسياسة الملك، تحقيق محيي هلال السرحان، ط 1981، بيروت، ص 25.
- ⁵¹ الموسوعة الفقهية. ووزارة الأوقاف الكويت. ط 1، 1981 الكويت، ص 21/27 و7/158-159. وانظر كشف الأسرار للبزدوي 4/1357-1358. د.مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام 2/742 وما بعدها. وعبد الوهاب؟؟؟ في علم أصول الفقه 1/166.
- ⁵² والمراد بالتمييز أن يصير للصغير وعي وإدراك يفهم بهما الخطاب إجمالاً- ينظر: الموسوعة الفقهية 27/20 وينظر كشف الأسرار للبزدوي 4/1358 ولسان العرب والمعجم الوسيط.
- ⁵³ وهناك خلاف في صحة إيمانه وكفره في هذه المرحلة خلاصته: صحة إيمانه لأنه أنفع له. ويعزز على كفره ..!
- ⁵⁴ والمراد بالنفع والضرر هنا، الزيادة والنقصان في ماله، فمثلا الهبة والصدقة يعتبران ضررا لما يلحقانه من نقص في مال الطفل. مع أنهما يعتبران نافعين للبالغ الراشد لما فيهما من الأجر.
- ⁵⁵ سورة التحريم الآية 06.
- ⁵⁶ ابن قيم الجوزية، تحفة المودود ص 158، الألويسي في روح المعاني مجلد 10 جزء 28 ص 156-157.
- ⁵⁷ رواه البخاري في صحيحه في الفتن باب الفتنة التي تموج كموج البحر، ينظر الفتح 13/45 و46 ومسلم رقم 1829، في الإمارة فضل الإمام العادل. والترمذي رقم 2263 و1705، والنسائي 8/227. وأبو داود رقم 2928 والإمام أحمد في المسند 5/38 و34-47 و51.
- ⁵⁸ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة 5 العدد 18 ص 229 و230 وينظر فتح الباري 10/440، والاحياء للغزالي 2/200، وأحكام النساء لابن الجوزي ص 170.
- ⁵⁹ الحديث رواه البخاري من حديث أبو هريرة رضي الله عنه. ينظر تخريج العراقي لأحاديث الإحياء، إحياء علوم الدين 2/218 هامش رقم (1).

⁶⁰ قال العراقي : لم أجد هكذا، ثم ذكر رواية عند أحمد بالمسند من حديث عائشة رضي الله عنها، بإسناد صحيح تربية من الأولى وفي آخرها، لو كان أسامة جارية لحليتها ولكسوتها حتى أنفقها. الإحياء 218/2 هامش (2).

⁶¹ المنهج الإسلامي في رعاية الطفولة، اليونسيف، 1405هـ-1985م ص 16 ولمزيد في التفصيل ينظر الأدب المفرد للبخاري ... والإحياء، وتخريج العراقي لأحاديث 218/2 وما بعدها.

⁶² الإمام الغزالي إحياء علوم الدين 217/2 والحديث رواه الطبراني من حديث بن عمر، وقال الدار قطني في العلل: الأصح وقفه على ابن عمر، ينظر هامش 5 الإحياء 217/2 .
⁶³ الغزالي المرجع السابق.

⁶⁴ ابن حجر في الفتح 440/10.

⁶⁵ الدكتور/ نزيه كمال حماد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة 6 العدد 21 ص 18. وانظر كذلك ابن قيم الجوزية في التحفة ص 147.

⁶⁶ ابن قيم الجوزية في تحفة المودود في أحكام المولود ص 139.

⁶⁷ سورة العنكبوت الآية 08.

⁶⁸ سورة التحريم الآية 06.

⁶⁹ بن القيم في التحفة ص 139 و161.

⁷⁰ المصدر نفسه ص 137.

⁷¹ شرح صحيح مسلم 44/8.

⁷² مسلم بشرح النووي 43/8.

⁷³ مسلم برقم 1829. وانظر ابن حجر في الفتح 178/5 والمجموع للنووي 11/3.

⁷⁴ الحديث أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن سعيد بن العاص مرفوعاً. انظر: الشيخ الألباني في ضعيف الجامع الصغير رقم 5231 وابن الربيع في تمييز الطيب من الخبيث. تحقيق محمد عثمان الخشت ص 236 حديث رقم 1223. وابن الأثير في جامع الأصول 416/1. حديث رقم 218. وقال: في سنده مجهول ضعيف، وصححه الحاكم ورده الذهبي بقوله: بل مرسل ضعيف أما الترمذي فقال غريب مرسل، لأن عمر بن سعيد تابعي لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم. رقم الحديث للترمذي 1953. قلت: إلا أن معناه صالح للاحتجاج، وإن لم يصح لفظه، بإضافة مجموع الأدلة السابقة والمعاني التي ذكرت قبل هذا الأثر.

⁷⁵ قواعد الأحكام في مصالح الأنام 102/1.

⁷⁶ ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3، وحاشية بن عابدين 174/6 وبدائع الصنائع 3028/6 و3034. وكشاف القناع 447/3. والمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري تنص على ما يلي: يكون الأب ولها على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محلها قانوناً.

قلت وإذا سلمت هذه المادة في اعتبار الأم وليه على الأبناء في أنفسهم فإنها لا تسلم على هذا الاطلاق في الولاية على أموالهم. إلا أن المادة 92 أجازت للأب أو الجد تعيين وصي، وإذا تعدد الأوصياء اختار القاضي الأصلح منهم (وذكرت المادة 93 شروط الوصي ومنها أن يكون أميناً

حسن التصرف) إلا أن المادة 81 أطلقت عندما نصت على أن ما كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

المواد 82، 83، 84، 85 و86 والقانون المدني: مادة 42 لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة. وفي المادة 44 يخضع فاقد الأهلية وناقصها بحسب الأصول لأحكام الولاية أو الوصاية.

⁷⁷ نهاية المحتاج 362/4، والمهذب 432/1.

⁷⁸ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3. المغني والشرح الكبير 242/5.

⁷⁹ بداية المجتهد 12/2.

⁸⁰ بداية المجتهد 12/2.

⁸¹ د. أمين عبد المعبود زغلول. رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية 319 (نقلا عن بن عابدين في حاشيته).

⁸² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3، المغني والشرح الكبير 242/5.

⁸³ انظر المغني والشرح الكبير 242/5، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3 وحاشية بن عابدين 174/6 و175. وكشاف القناع 447/3-451.

نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، ونصت من جهة أخرى على أن هناك أحوالا يجب فيها على الولي أخذ الإذن من القاضي وهي: (1) بيع العقار وقسمته ورهنه واجراء المصالحة. (2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة. (3) استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة. (4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

وفي المادة الموالية (89) من نفس القانون: على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، وفي المادة (90) إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

⁸⁴ ينظر تفصيل ذلك عند الفقهاء في مثل: بدائع الصنائع 3031/6، ونهاية المحتاج 264/4 والمدونة الكبرى 327/4، وحاشية بن عابدين 495/6 والمغني والشرح الكبير 397/4.

⁸⁵ سورة الأنعام الآية 153 والإسراء الآية 34، واليتم هو فقدان الأب وفي البهائم فقدان الأم، وجاء في القاموس: اليتيم هو الصبي أو الولد الذي فقد أباه قبل البلوغ. القاموس المحيط مادة [يتم] والمعجم الوسيط نفس المادة.

⁸⁶ سورة البقرة الآية 188، والنساء 2، 10، 127.

⁸⁷ جامع البيان للطبري، 260/4، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن 41-44، وابن العربي في أحكام القرآن 324-326/1.