بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية العالمية، اسلام آباد
كلية الشريعة والقانون

International Islamic Univ. المكتبة LIBRARY Islamabad الجامعة العالمية اسلام آباد
DATA ENTERED

بحث لنيل الماجستير موضوعه:

الولاية على النفس بين الشريعة والقانون

دراسة مقارنة

T-178

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

محمد سيد أحمد محمد عامر

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة والقانون

إعداد

الطالب: إمليها

١٤٠٩ هـ

١٩٨٩ م

19/07/2016

DATA ENTERED

DATA

Accession No. T-178

MS

٢٩٧٤١

ا م و

١- فقه اسلامی- ولایة

٢- عنوانه

DATA ENTERED

10/01/14

توقيعات الممتحنين :

١ -

٢ -

٣ -

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث :

الحمدالله رب العالمين والعاقبة للمتقين والصلاة والسلام على رسوله و آله و آصحابه أجمعين ـ

أما بعد : فان أتقدم ببحثا فى الولاية على النفس مقارنا بين ماورد فى الفقه الاسلامى وقانون الباكستانى

و تحتوى هذا البحث على مقدمة و أربعة فصول و نتائج ـ و قسمتُ كل فصل إلى مباحث و كل مبحث إلى مطالب و كل مطلب إلى فروع و كل فرع إلى مسائل ـ

و جعلتُ المقدمة فى بيان أهمية الموضوع و سبب اختيارى له ـ

و فيما يلى بيان خلاصة البحث ـ

أما خلاصة البحث فقد خصصها لذكر أمرين ـ

أولهما : أهم النتائج التى تم التوصل اليها خلال هذا البحث ـ

ثانيهما : بعض المقترحات التى ينبغى للسلطة العليا أن تاخذ بها وواجب العلماء بانسبة لبيان الولاية على النفس بالتفصيل ـ

أهم النتائج التى تم التوصل اليها :

(١) إن الولاية على النفس كانت موجودة منز بداية الشريعة الاسلامية و كذلك قانون الباكستان يعترف بنظرية الولاية على النفس ـ

(٢) إن القانون الباكستانى للولاية على النفس يتفق مع الشريعة الاسلامية فى قواعة العامة ، أما الفروع فالقانون يخالف الشريعة الإسلامية فى بعضها ـ

(٣) إن مفهوم الولاية في الفقه الاسلامي والقانون الباكستاني في معنى واحد ، غير ان الفقه الاسلامي بين مفهوم الولاية بيانا تفصيليا شاملا ـ

(٤) ان القانون الباكستاني يتفق مع الشريعة الاسلامية في الاساس العام نفسيا و اجتماعيا لتشريع الولاية بمعناها الخاص ـ

(٥) إن الفقه الاسلامي يقسم الولاية بمعناها العام الى قسمين ولاية عامة وولاية خاصة ـ

أما الولاية العامة فقد قسمها الفقهاء من حيث شمولها و خصوصها إلى اربعة أقسام ـ

(ا) من تكون ولايته عامة في الأعمال العامة ـ

(ب) من تكون ولايته عامة في الأعمال الخاصة ـ

(ج) من تكون ولايته خاصة في الأعمال العامة ـ

(د) من تكون ولايته خاصة في الأعمال الخاصة ـ

والقانون الباكستاني بل كل القوانين الوضعية لا تتفق مع الشريعة الاسلامية من حيث الموضوع و إن أمكن اتفاقها في نواح كثيرة من حيث الكل حيث تقوم نظرية الولاية في القانون الوضعي عموما على نظرية السيادة ، ولا تعطي للشرائع الدينية المرتبة الأولى اوالوحيدة في سن القوانين ـ

و أما الشريعة الاسلامية فتعترف بالسلطة العامة والولاية الكاملة للحاكم في أمور الدين و سياسة الدنيا كليهما كما صرح به الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية ـ و أحكام الشريعة هي الميهمنة على نشوء السلطة و دورها ـ

الأربعة المعتبرة ـ إلا انه يجد له مستندا من بعض الآراء لبعض العلماء و مع ذلك فهو يخالف هذه الآراء ايضا لان القانون قيد البلوغ بثماني عشرة سنة للذكر و ست عشرة سنة للأنثى و لم يذكر البلوغ الطبيعي ، و بذلك يخالف القانون الشريعة تماما ـ

(١٠) الفقه الاسلامي يشترط في ولي الحفظ والتربية عدة شروط والقانون يتفق فيها مع الشريعة إلا في شرط واحد و هو ثبوت الولاية للمرتد في القانون و عدمه في الشريعة ـ

(١١) الفقه الاسلامي يشترط في الولي في ولاية الإنكاح والتزويج عدة الشروط ـ

أما القانون الباكستاني فلا يُوجد فيه ذكر شروط للولي في الزواج بالنسبة للمولى علية بصورة مستقلة و إنما أحال القانون في ذلك الى الشريعة الاسلامية حسب قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٢ م ـ

(١٢) الفقه الاسلامي يثبت على الحاضنة رعاية شؤن المحضون في تدبير طعامه و ملبسه و نومه و تنظيفه و كذلك القانون الباكستاني ـ

(١٣) الفقه الاسلامي يثبت حق الحضانة للنساء لأنهن أهدى إلى التربية لو فور شفقتهن والولاية على النفس تثبت للولي على النفس ففي هذا يتفق القانون الباكستاني مع الشريعة الاسلامية ـ

(١٤) الفقه الاسلامي يوجب على الأولياء ولاية التعليم بدليل قول الله تعالى " قوا انفسكم و اهليكم نارا " (١)

---

(١) سورة التحريم الاية ٦

و يمكن القول أنه لا محل للقول بسيادة تشريعية مماثلة لما فى القوانين الوضعية ـ

(٦) إن الفقه الاسلامى يُقسم الولاية بمعنا ها الخاص الى قسمين ولاية على المال وولاية على النفس والقانون الباكستانى يتفق مع الشريعة الاسلامية فى كثيـــر من الأحكام ، لأن مسائل الأحوال الشخصية ماخود أغلب احكامها من مذهب الإمام الأعظم ـ

(٧) الفقه الاسلامى يقسم الولاية على النفس الى قسمين ـ وهى ولاية الحفظ والتربية والتقويم وولاية الإنكاح والتزويج ، و كذلك فى القانون الباكستانى ـ

(٨) الفقه الاسلامى يشترط فى المولى عليه فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم ثلاثة شروط وهى الصغر وزوا ل العقل بالجنون أوالعته والأنوثة ـ و أما القانون الباكستانى فلم أجد تصريحا فيه بشروط المولى عليه ـ و إنما استنبطتها من تعريفاته بالصبى والمجنون وإنتها الولاية على الصبى والمجنون والمرأة و يمكن القول أنه لا يوجد فرق بين ما ذكره القانون والشريعة الاسلامية ـ

(٩) عند جمهور الفقهاء يشترط فى المولى عليه فى ولاية التزويج الصغر ، و زوال العقل بالجنون أوالعته ، والأنوثة أما عند الحنفية تشترط فى المولى عليه الصغر و زوال العقل ولا تثبت عندهم ولاية التزويج على المرأة العاقلة البالغة ـ و قال بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم ثبوت الولاية التزويج على الصغار ـ ولكن القانون الباكستانى منع زاوج الصغار قبل البلوغ حسب المادة رقم ٦ قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ م ـ

و مما تقدم يتبين أن القانون تعارض فى هذه المسألة مع المذاهب الفقهية

و كذلک القانون الباکستانی أحال هذا الأمر علی الشریعة الاسلامیة ـ

(١٥) الفقه الاسلامی یثبت ولایة المعلم وواجبات المعلم و کذلک القانون الباکستانی یثبت هذه الولایة ـ

(١٦) الفقه الاسلامی یثبت الولایة علی النفس للأولیاء لمصلحة المولی علیهم ـ و کذلک ورد فی القانون ما یفید أن ولایة علی النفس تثبت حسب الأحوال الشخصیة لمصلحة المولی علیه ـ ولکن ورد فی نفس القانون أنه ـ إذا ثبت أن مصلحته فی غیر العمل بقانون الاحوال الشخصیة فحینئذ لا یعمل بقانون الاحوال الشخصیة بل یعمل بما فیه المصلحة للمولی علیه لأن اساس هذه الولایة هی مصلحة المولی علیه فإذا لم توجد مصلحته فی الأحوال الشخصیة عمل بما فی القانون و بذلک فالقانون قد یخالف أحکام الشریعة الاسلامیة ـ أو أنه فتح الباب لوجود المخالفة ـ

(١٧) الفقه الاسلامی یوجب علی الولی علی النفس المحافظة علی نفس القاصر و جسمه و عقله و حقوقه و سلوکه و یوجب مسئولیته عن أعمال القاصر عند إهمال الولی ، و تأدیب القاصر والقانون أحال هذا الأمر علی الشریعة الاسلامیة ـ

(١٨) الفقه الاسلامی یثبت للولی الولایة الاجباریة علی القاصرین والولایة الاختیاریة أو بمعنی آخر ولایة الندب و الاستحباب علی المراة البالغة العاقلة عند الحنفیة والقانون الباکستانی یتفق مع رأی الحنفیة ـ

(١٩) الفقه الاسلامی یثبت ولایة الاجبار وولایة الإختیار من حیث ثبوت الحق للمرأة البالغة العاقلة عند جمهور الفقهاء غیر الحنفیة والقانون الباکستانی یتفق مع رأی الحنفیة ـ

(٢٠) الفقه الاسلامى يثبت انتقال الولاية من الولى الأقرب إلى الولى الذى يليه أو الحاكم عند غيابه أو عضله على اختلاف الفقهاء فى هذا و كذلك فى القانون ـ

(٢١) الفقه الاسلامى يشترط فى الولي الأهلية الكاملة فاذا انعدمت أهليته بسبب جنون مثلا تسقط ولايته و كذلك فى القانون ـ

(٢٢) الفقه الاسلامى يثبت الولاية عند ثبوت السبب الموجب للولاية فاذا زال السبب تنتهى عنه الولاية ببلوغ الصغيرة و إفاقة المجنون و بزواج المرأة مثلا ، و كذلك فى القانون ـ

ثانيـــا : بعض المقترحات التى ينبغى للسلطة العليا أن تاخذ بها و واجب العلماء بالنسبة لبيان الولاية على النفس بالتفصيل ـ

م :

(١) القانون الباكستانى يثبت الولاية على النفس للمرتد والشريعة تخالفه فى هذا فبذلك نقترح هنا ـ على السلطات العليا فى باكستان أن تضـــــع تشريعا يمنع ذلك و تطبق قانون الولاية على النفس بالنسبة إلى هذه الأمور كلها حسب الشريعة الاسلامية ـ

(٢) القانون الباكستانى منع زاوج الصغار قبل البلوغ حسب المادة رقم ٦ قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ م وحسب المادة ٢ نفس القانون قيد البلوغ بثمانى عشرة سنة للغلام و ست عشرة سنة للفتاة و يزعمون أن فيه مصلحة المولى عليه و إن قال بعض فقهاء الشريعة الاسلامية بعدم ثبوت ولاية التزويج

على الصغار و لكن لم يقل أحد منهم بأن البلوغ يقتصر على السنوات المعينة بل عندهم إذ بلغ الصبى أوالفتاة بالبلوغ الطبيعى فلا ممانعة من الزواج ، و اذا لم يوجد شئى من علامات البلوغ الطبيعى فيرجع إلى السن ـ والقانون يمنع تزويج الذكر قبل ثمانى عشرة سنة وفى تزويج الأنثى قبل ست عشرة سنة ولوكانا بالغين البلوغ الطبيعى ، فبهذا يخالف القانون الشريعة ـ والعمل بالقانون فى هذه المسألة يتضمن الضرر لهما و للمجتمع لا مكان و قوعهما فى الزنا ـ فلذلك يجب على السلطات العليا أن تغيرهاتين المادتين من القانون إلى ما ورد فى الشريعة الاسلامية ـ

(٣) و ورد فى القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠ المادة ١٩ أنه : إذا ثبت أن مصلحة المولى عليه فى غير ما قرر فى قانون الاحوال الشخصية ـ فيؤخذ بما يراه القاضى مصلحة له لأن اساس هذه الولاية هى مصلحة المولى عليه و بذلك نقول أن القانون الباكستانى لم يتفق فى تلك المسألة مع الشريعة الاسلامية تماما اذا كانت الاحوال الشخصية الإسلامية بحيث تكون كل قوانينها موافقة للكتاب والسنة شرعت لمصلحة المولى عليه ولا يجوز للقاضى أن يترك الشريعة الاسلامية و يعمل برائه و يقضى باجتهاده فقط لان العالم بالمصلحة هو الشارع دون القاضى و ذلك لأن الله سبحانه و تعالى خلق العباد وهو أعلم بما يصلحهم ولا يجوز للقاضى أن يقضى باجتهاده دون أن يرجع الى حكم الشرع فى ذلك ـ

و بذلک نقترح هنا کما افترضنا من قبل انه یجب علی السلطات العلیا فی باکستان اُن تضع نصایمنع مخالفة الشرع فی هذه المسألة اُو یطبق قانون الولایة علی النفس بالنسبة لهذه الامور کلها لان الباکستان دولة مسلمة و حسب قـــول الله تعالی " و من لم یحکم بما انزل الله فاُولئک هم الکافرون " -(۱)

و قول الله تعالی " و من لم یحکم بما انزل الله فاُولئک هم الظالمون " - (۲)

و قول الله تعالی " ومن لم یحکم بما انزل الله فاُولئک هم الفاسقون " (۳)

ب:

و وصلت عند کتابة هذا البحث إلی نتیجة و هی :

ان کل الفقهاء الاقدمین ذکروا احکام الولایة علی النفس بالتفصیل تحت عنا وین مختلفة کا لحضانة والولایة فی الزواج والحجر والکفالة والولاء والعلم والقصاص والجنایة و ما إلی دلک و بذلک نقترح هنا انه ینبغی علی العلماء فـــی عصرنا اُن یهتموا ببیان اُحکام الولایة علی النفس و توضیح مسائلها بکل الطرق لکی یسهل للقضاة و غیرهم الرجوع فی هذه المعاملة المهمة - و یجب علی السلطات العلیا و علی المسلمین عامة اُن یجعلوا القوانین کلها فی باکستان ما وفق تقضی به اُحکام الشریعة الاسلامیة -

و بعد ، فهذا ما استطعت اُن أصل الیه من خلال هذا البحث الذی کتبته عن الولایة علی النفس بین الشریعة والقانون -

---

(۱) سورة المائدة الایة ٤٤
(۲) نفس سورة الایة ٤٥
(۳) نفس سورة الایة ٤٧

فإن كان قد أصابني التوفيق فذلك فضل من الله سبحانه و تعالى ، و إن كنت غير ذلك فحسبي أنني بشر ، و من طبيعة البشر الخطاء و النقصان دائما ، لان الكمال لله وحده ، والعصمة من صفات الأنبياء فكل إنسان يؤخذ من كلامه و يرد عليه إلا صاحب الروضة الشريفة عليه أفضل الصلاة والسلام ـ

و صلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله و صحابته و من دعـــا بدعوته واهتدى بهديه و تمسك بسنته إلى يوم الدين ـ

فهرس الموضوعات

رقم	الموضوع	الصفحة
١	خلاصة البحث .	و ـ ط
٢	فهرس الموضوعات.	ى ـ ز
٣	المقدمة والخطة.	١ ـ ١٣
٤	الفصل الاول	١٤
	تعريف الولاية و مشروعيتها و أساسها	
	و أقسامها فى الشريعة الاسلامية والقانون	
٥	المبحث الاول : تعريف الولاية فى الشريعة الاسلامية والقانون.	١٥
٦	المطلب الاول : تعريف الولاية فى الشريعة الاسلامية .	١٥
٧	الفرع الاول : تعريف الولاية لغة	١٥ ـ ١٦
٨	الفرع الثانى : تعريف الولاية عند الفقهاء.	١٧ ـ ١٩
٩	المطلب الثانى : تعريف الولاية فى القانون	٢٠ ـ ٢١
١٠	المبحث الثانى : مشروعية الولاية	٢٢
١١	المطلب الاول : مشروعية الولاية فى الشريعة الاسلامية	٢٢
*	أولاً: مشروعيتها من القرآن الكريم	٢٢ ـ ٢٤
*	ثانيا : مشروعيتها من السنة النبوية	٢٥ ـ ٢٦
*	ثالثا : مشروعيتها من الإجماع	٢٦

	* رابعا : مشروعیتها من المعقول .	۲۷
۱۲	المطلب الثانی : مشروعیة الولایة فی القانون .	۲۸
۱۳	المبحث الثالث : اُساس الولایة .	۲۹
۱٤	المطلب الاول : الاساس العام نفسیا و إجتماعیا لتشریع الولایة فی الشریعة الاسلامیة ـ	۲۹ ـ ۳۲
۱۵	المطلب الثانی : الاساس العام نفسیا و اجتماعیا لتشریع الولایة فی القانون ـ	۳۳ ـ ۳٤
۱٦	المبحث الرابع : اُقسام الولایة .	۳۵
	المطلب الاول : اُقسام الولایة فی الشریعة الاسلامیة .	۳۵
	* الولایة العامة .	۳٦ ـ ۳۷
	* الولایة الخاصة .	۳۸ ـ ٤۰
۱۷	المطلب الثانی : اُقسام الولایة فی القانون الباکستانی.	٤۱
۱۸	الفصل الثانی : ارکان الولایة علی النفس و شروطها ـ	٤۲
۱۹	المبحث الاول : المولی علیه و شروطه .	٤۲
۲۰	المطلب الاول : شروط المولی علیه فی ولایة الحفظ والتربیة والتقویم ـ	٤۳
۲۱	الفرع الاول : شروط المولی علیه فی ولایة الحفظ والتربیة والتقویم فی الشریعة الاسلامیة .	٤۳

٥٣	الفرع الاول : من لهم حق التعليم ـ	٩٤
٥٤	المسألة الاولى : من لهم حق التعليم فى الشريعة الاسلامية ـ	٩٤
*	اولاً : الأم ـ	٩٤
*	ثانيا : الأب ـ	٩٤ ـ ٩٦
*	ثالثا : المعلم ـ	٩٦
٥٥	المسألة الثانية : من لهم حق التعليم فى القانون ـ	٩٧
٥٦	الفرع الثانى : واجبات المعلم ـ	٩٨
٥٧	المسألة الاولى : واجبات المعلم فى الشريعة الاسلامية ـ	٩٨ ـ ١٠١
*	تأديب المتعلم	١٠١
*	وهل يضمن الدية بسبب ممارسته حقه	١٠١ ـ ١٠٢
	فى التأديب أو بمعنى آخر اذا ضرب المعلم المتعلم	
	للتاديب المشروع فمات المتعلم بسبب هذا التاديب فما الحكم ؟	
٥٨	المسألة الثانية : واجبات المعلم فى القانون ـ	١٠٣
٥٩	المطلب الثالث : ولاية الولى على الفنس ـ	١٠٤
٦٠	الفرع الاول : من تثبت له ولاية الحفظ والتربية ـ	١٠٤
٦١	المسألة الاولى : من تثبت له ولاية الحفظ والتربية ـ	١٠٥ـ١٠٦
	فى الشريعة الاسلامية ـ	
٦٢	المسألة الثانية : من تثبت له ولاية الحفظ والتربية فى القانون ـ	١٠٧

*	المسألة الاولى : الصغر ـ	٤٤
*	المسألة الثانية : زوال العقل بالجنون أو العته ـ	٤٥
*	المسألة الثالثة : الأنوثة ـ	٤٥ ـ ٤٦
٢٢	الفرع الثانى : شروط المولى عليه فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم فى القانون الباكستانى ـ	٤٧
٢٣	المطلب الثانى : شروط المولى عليه فى ولاية الإنكاح والتزويج ـ	٤٨
٢٤	الفرع الأول : شروط المولى عليه فى ولاية الإنكاح والتزويج فى الشريعة الاسلامية ـ	٤٨
*	المسألة الاولى : الصغر ـ	٤٩ ـ ٥٠
*	المسألة الثانية : زوال العقل بالجنون أو العته ـ	٥٠ ـ ٥٢
*	المسألة الثالثة : الأنوثة ـ	٥٢ ـ ٥٣
٢٥	الفرع الثانى شروط المولى عليه فى ولاية الإنكاح والتزويج فى القانون ـ	٥٤
٢٦	المبحث الثانى : الولى و شروطه	٥٥
٢٧	المطلب الاول : شروط الولى فى ولاية الحفظ و التربية	٥٥
٢٨	الفرع الاول : شروط الولى فى ولاية الحفظ و التربية فى الشريعة الاسلامية ـ	٥٦ ـ ٥٩

٢٩	الفرع الثانى : شروط الولى فى ولاية الحفظ والتربية فى القانون ـ	٥٩
٣٠	المطلب الثانى : شروط الولى فى ولاية الإنكاح والتزويج ـ	٦٠
٣١	الفرع الاول : شروط الولى فى ولاية الانكاح والتزويج فى الشريعة الاسلامية ـ	٦٠ ـ ٦٨
٣٢	الفرع الثانى : شروط الولى فى ولاية الانكاح والتزويج فى القانون ـ	٦٩
٣٣	المبحث الثالث : ما تكون فيه الولايه على النفس ـ	٧٠
٣٤	المطلب الاول : ما تكون فيه الولاية على النفس فى الشرعية الاسلامية ـ	٧٠ ـ ٧١
٣٥	المطلب الثانى : ما تكون فيه الولاية على النفس فى القانون الباكستانى ـ	٧٢
٣٦	الفصل الثالث الولاية على النفس فى غير الزواج	٧٣
٣٧	المبحث الاول : فى الحضانة و مشروعيتها وأنواعها	٧٣
٣٨	المطلب الاول : تعريف الحضانة و مشروعيتها	٧٤
٣٩	الفرع الاول : تعريف الحضانة و مشروعيتها فى الشريعة الاسلامية ـ	٧٤

* تعريف الحضانة – ٧٤

* مشروعيتها – ٧٤

* اختلاف العلماء في ان الحضانة هل حق للحاضنة أو المحضون ؟ ٧٤ – ٧٦
و أثر هذا الخلاف –

٤٠ تعريف الولاية و مشروعيتها في القانون – ٧٦

٤١ المطلب الثاني : انواع تلك الولاية و مراحلها – ٧٧

٤٢ الفرع الاول : انواع تلك الولاية و مراحلها في – ٧٧ – ٨٤
الشريعة الاسلامية –

٤٣ الفرع الثاني : انواع تلك الولاية و مراحلها في القانون – ٨٥

٤٤ المبحث الثاني : أقسام الاولياء في غير الزواج ووجباتهم – ٨٦

٤٥ المطلب الاول : ولاية الحاضنة – ٨٧

٤٦ الفرع الاول : من له حق الحضانة – ٨٧

٤٧ المسألة الاول : من له حق الحضانة في الشريعة الاسلامية – ٨٧ – ٩٠

٤٨ المسألة الثانية : من له حق الحضانة في القانون – ٩١

٤٩ الفرع الثاني : واجبات الحاضنة – ٩٢

٥٠ المسألة الاولى : واجبات الحاضنة في الشريعة الاسلامية – ٩٢

٥١ المسألة الثانية : واجبات الحاضنة في القانون – ٩٣

٥٢ المطلب الثاني:ولاية المعلم ٩٤

٦٣	الفرع الثانى : واجبات الولى على النفس ـ	١٠٨
٦٤	المسألة الاولى : المحافظة على نفس القاصر و جسمه و عقله و حقوقه فى الشريعة الاسلامية ـ	١٠٩–١١٠
٦٥	المسألة الثانية : المحافظة على سلوك القاصر فى الشريعة الاسلامية ـ	١١١
٦٦	المسألة الثالثة : تأديب القاصر فى الشريعة الاسلامية ـ	١١٢–١١٣
٦٧	المسألة الرابعة : مسئولية الولى على النفس عن أعمال القاصر فى الشريعة الاسلامية ـ	١١٤–١١٥
٦٨	المسألة الخامسة : واجبات الولى على النفس فى القانون ـ	١١٦
٦٩	المبحث الثانى : انتهاء الولاية فى غير الزواج ـ	١١٧
٧٠	المطلب الاول : سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه أو تقصيره ـ	١١٧
٧١	الفرع الاول : سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه أو تقصيره فى الشريعة الاسلامية ـ	١١٨
	* العجز الحسى ـ	١١٨–١١٩
	* العجز الشرعى ـ	١١٩–١٢٠
	* سقوط الولاية بتقصيره	١٢١
٧٢	الفرع الثانى : سقوط الولاية او انعزال الولى لعجز أو تقصيره فى القانون ـ	١٢٢

٧٣	المطلب الثانى : انتهاء الولاية على المولى علية ـ	١٢٣
٧٤	الفرع الاول : انتهاء الولاية على المولى على	١٢٣
	فى الشريعة الاسلامية ـ	
٧٥	المسألة الاولى : انتهاء الولاية على الصغير	١٢٤-١٢٦
٧٦	المسألة الثانية انتهاء الولاية على المجنون ـ	١٢٧
٧٧	المسألة الثالثة : انتهاء الولاية على المرأة	١٢٧
٧٨	الفرع الثانى : انتهاء الولاية على المولى علية فى القانون ـ	١٢٨-١٢٩
٧٩	الفصل الرابع : الولاية فى الزاوج	١٣٠
٨٠	تمهيد : هدف الشارع من هذه الولاية ـ	١٣٠ -١٣١
٨١	المبحث الاول : الولى فى ولاية الزاوج ـ	١٣٢
٨٢	المطلب الاول : الأولياء فى عقد الزاوج	١٣٢
٨٣	الفرع الاول : الأولياء فى عقد الزواج فى الشريعة الاسلامية ـ	١٣٣-١٣٥
٨٤	الفرع الثانى : الأولياء فى عقد الزواج فى القانون ـ	١٣٦
٨٥	المطلب الثانى : ترتيب الأولياء فى ولاية الزواج ـ	١٣٧
٨٦	الفرع الاول : ترتيب الأولياء فى ولاية الزواج فى الشريعة	١٣٧
	الاسلامية ـ	
٨٧	المسألة الاولى : مذهب الحنفية فى ترتيب الاولياء ـ	١٣٧-١٣٨
٨٨	والمسألة الثانية : مذهب المالكية فى ترتيب الاولياء ـ	١٣٩-١٤٠

٨٩	والمسالة الثالثة : مذهب الشافعية فى ترتيب الأولياء ـ	١٤٠
٩٠	والمسألة الرابعة : مذهب الحنابلة فى ترتيب الاولياء ـ	١٤٠-١٤٣
٩١	الفرع الثانى : ترتيب الأولياء فى القانون ـ	١٤٤
٩٢	المبحث الثانى : أقسام الولاية فى الزواج	١٤٥
٩٣	المطلب الاول : أهلية المرأة	١٤٥
٩٤	الفرع الاول : أهلية المرأة فى الشريعة الاسلامية ـ	١٤٦
*	تعريف الأهلية لغة وفى اصطلاح جمهور الأصوليين والفقهاء ـ	١٤٦
*	أقسام الأهلية ـ	١٤٦
*	أهلية الوجوب ـ	١٤٦
*	أهلية الأداء ـ	١٤٧
*	أهلية المرأة ـ	١٤٧- ١٥٠
٩٥	أهلية المرأة فى القانون ـ	١٥١
٩٦	المطلب الثانى : أقسام الولاية من حيث ثبوتها للولى ـ	١٥٢
	اى والوية الاجبارية والولاية الاختيارية ـ	
٩٧	الفرع الاول : فى أقسام الولاية من حيث ثبوتها للولى فى	١٥٢
	الشريعة الاسلامية ـ	
*	الرأى الاول للحنفية	١٥٢-١٥٤
*	الرأى الثانى لجمهور الفقهاء	١٥٤-١٥٦

* مناقشة أدلة الجانبين - ١٥٦-١٥٧

٩٨ الفرع الثانى : أقسام الولاية من حيث ثبوتها للولى فى القانون - ١٥٨

٩٩ المطلب الثالث : أقسام الولاية من حيث ثبوت الحق للمرأة فى اختيار زوجها من عدمه - ١٥٩

١٠٠ الفرع الاول : ولاية الاختيار - ١٥٩

١٠١ المسألة الاولى : ولاية الاختيار فى الشريعة الاسلامية - ١٥٩-١٦٠

١٠٢ والمسألة الثانية : ولاية الاختيار فى القانون - ١٦١

١٠٣ الفرع الثانى : ولاية الاجبار - ١٦٢

١٠٤ المسألة الاولى : ولاية الاجبار فى الشريعة الاسلامية - ١٦٢

* اولاً : على من تثبت ولاية الاجبار - ١٦٢-١٦٤

* ثانياً : الأولياء فى ولاية الاجبار - ١٦٥-١٦٨

١٠٥ المسألة الثانية : ولاية الاجبار فى القانون - ١٦٩

١٠٦ المبحث الثالث : إمتناع الأولياء عن التزويج و غيابهم - ١٧٠

١٠٧ المطلب الاول : إمتناع الأولياء عن التزويج - ١٧٠

١٠٨ الفرع الاول : إمتناع الأولياء عن التزويج فى الشريعة الاسلامية - ١٧١-١٧٢

١٠٩ الفرع الثانى : إمتناع الاولياء من التزويج فى القانون - ١٧٣

١١٠ المطلب الثانى : حكم غياب الأولياء - ١٧٤

١١١ الفرع الاول : حكم غياب الأولياء فى الشريعة الاسلامية - ١٧٤-١٧٦

	* الغيبة بسبب الأسر أو الفقر ـ	١٧٦
١١٢	الفرع الثانى : حكم غياب الأولياء فى القانون ـ	١٧٧
١١٣	المبحث الرابع : انتهاء ولاية الزواج ـ	١٧٨
١١٤	المطلب الاول : سقوط ولاية الولى ـ	١٧٨
١١٥	الفرع الاول : سقوط ولاية الولى فى الشريعة الاسلامية ـ	١٧٩
١١٦	الفرع الثانى : سقوط ولاية الولى فى القانون ـ	١٨٠
١١٧	المطلب الثانى : انتهاء ولاية الزواج	١٨١
١١٨	الفرع الاول : انتهاء ولاية الزواج فى الشريعة الاسلامية ـ	١٨١
	* انتهاء ولاية على الصغير ـ	١٨١
	* انتهاء ولاية على المجنون ـ	١٨١
	* انتهاء ولاية على المرأة ـ	١٨١ ـ ١٨٢
١١٩	الفرع الثانى : انتهاء ولاية الزاوج فى القانون ـ	١٨٣
١٢٠	فهرس بأهم المراجع ـ	١٨٤-١٩٥

بسم الله الرحمن الرحيم

" المقدمة "

الحمد لله الذى هدانا للإسلام ، و ما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، والصلاة والسلام على محمد البشير والنذير ، و على آله و أصحابه و من سار على نهجه واستن بسنة إلى يوم الدين ـ

و بعد ،

فإن الشريعة الاسلامية شريعة خالدة أبدية أنزلت من الله تعالى على خاتم رسله لتكون للناس رحمة و فضلا ، و ترمى الشريعة كما قرر الفقهاء إلى حفظ خمسة مقاصد، تسمى مقاصد الشريعة و حفظ النفس من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ـ ولذا فانها لم تترك أمرا من الامور التى تتعلق بالنفس إلا وبينته و فصلت أحكامه و ليس المراد بحفظ النفس ذلك المعنى الخاص بمنع الاعتداء والذى شرع له القصاص بل إمتدت الشريعة الرحيمة واعتنت بأمور القاصرين عناية عظيمة حيث نظمتها و وضعت لها القواعد الكلية المحكمة و خطت لها الخطوط العامة والتفصيلة دفعا لفساد و الفوضى و جلبا للاطمئنان والإستقرار والالفة المحبة بين الناس ـ

يقول الله تعالى : " يريد الله أن يخفف عنكم ، و خلق الإنسان ضعيفا "(١) و ان هذا النص الكريم يشير الى حقيقتين ثابتتين ـ

و هى ان الاحكام الشريعة شرعت لتخفيف مشاق هذه الحياة التى نحيا ها كيلا ينحدر الإنسان إلى الرذائل ، ولا إلى التقاطع والتنابذ ، أوعدم التآلف والتراحم

---

(١) سورة النساء الاية ٢٨

و يكون ذلك بفطم النفوس عن شهواتها و تربيتها على الخير ، و المحبة والتواد ، فإن الحياة لا تكون خفيفة غير شاقة إلا في هذا الإطار الذي تجتمع القلوب فيه ولا تتشعب بها الأهواء فتتنافر و تبعد عنه هذا من ناحية و من ناحية أخرى -

فإن الانسان ينشاء في هذا الوجود ضعيفا ، لا يقوى منفردا على سواء جهته إلا بعد زمن ليس بالقصير ، وإذا كانت رعاية الحيوان لأفراخه قصيرة ، فرعاية الانسان - لأولاده طويلة ، تمتد رعايته إلى خمسة عشر عاما ، بينما الحيوان لا تمتد رعايته لأفراخه أكثر من بضعة أسابيع أو اشهر أو سنة على الأكثر -

وما أحكم قوله تعالى في الدلالة على هذه الحقيقة - " وخلق الإنسان ضعيفا" (١)

و لهذا الضعف الذي صاحب الإنسان منذ ولادته - نظمت عليه ولاية حتى يستوى شابا قويا ، يعتمد على نفسه ، و نظم الاسلام رعايته لأجل ذلك الضعف حتى يقوى المولود و يزول ضعفه ، و يستقل بنفسه ، وإن ذلك يختلف باختلاف الأزمان ، فانه كلما تعقدت اساليب الحياة ، كان الضعف لا يزول إلا بكثرة الدربة على الحياة - و ذلك يختلف باختلاف جنس الإنسان من زكورة وانوثة ، فان الذكر يبلغ درجة القوة والإستغناء قبل بلوغ المراة هذا في نفس السن ، بل إنها لا تستغني عن الرجل في حياتها ، فتكون في ظل الزوج في حال الزواج و تكون في الولاية عند انفرادها عن الزوج

(١) سورة النساء الاية ٢٨

و ذلک فی حکم الإسلام ، وهو حکم المجتمع الفاضل الذی لا یصح أن یعیش فی غیر الفضیلة العالیة ـ وهذا هو الذی یسمی فی الاسلام " بالولایة علی النفس " ـ

ونظرا إلی اهمیة هذا الموضوع والحاجة إلی بیانه وقع اختیاری علیه تحت إسم " الولایة علی النفس بین الشریعة والقانون " ـ

و تکلمت حول هذا الموضوع بنا حیة فقهیة من المذاهب الاسلامیة فی ضوء المنقول والمعقول و مع ذلک قارنت القانون المعمول به فی باکستان مع الفقه الاسلامی فی موضوع الولایة علی النفس ، و قد تکلمت حول إختلاف الفقهاء بادلتهم التفصیلة و رجحت رأیا مختارا فی ضوء المنقول والمعقول ـ وادا وجد شئ جدید من القانون قارنته مع الفقه الاسلامی فنظرت فیه الی حد توافقه مع طبیعة الاحکام الإسلامیة

و فیما یلی بیان موجز عن مختلف موضوعات البحث ـ

المقدمة :

" الفصل الاول "

تعریف الولایة و مشروعیتها واسسها واقسامها فی الشریعة الإسلامیة والقانون ـ

المبحث الاول : فی تعریف الولایة :

المطلب الاول : فی تعریف الولایة فی الشریعة الاسلامیة ـ

الفرع الاول : فی تعریف الولایة لغة ـ

والفرع الثانی : فی تعریف الولایة عند الفقهاء ـ

المطلب الثانى : فى تعريف الولاية فى القانون

المبحث الثانى : فى مشروعية الولاية :

المطلب الاول فى مشروعية الولاية فى الشريعة الاسلامية –

أولا:مشروعتها من القرآن الكريم –

ثانيا : مشروعيتها من السنة النبوية –

ثالثا :مشروعيتها من الإجماع –

رابعا : مشروعيتها من المعقول –

المطلب الثانى : فى مشروعية الولاية فى القانون –

المبحث الثالث : فى أساس الولاية

المطلب الاول : فى الاساس العام نفسيا و إجتماعيا لتشريع الولاية فى الشريعة الإسلامية –

المطلب الثانى : فى الاساس العام نفسيا و إجتماعيا لتشريع الولاية فى القانون –

المبحث الرابع : فى أقسام الولاية –

المطلب الاول : فى أقسام الولاية فى الشريعة الاسلامية –

أولا : الولاية العامة .

ثانيا : الولاية الخاصة –

المطلب الثانى : فى أقسام الولاية فى القانون الباكستانى –

" الفصل الثانى "

فى اركان //ولاية على النفس و شروطها ـ

المبحث الاول : فى المولى علية و شروطه

المطلب الاول : فى شروط المولى علية فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم ـ

الفرع الاول : فى شروط المولى علية فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم فى الشريعة الاسلامية ـ

المسألة الاولى : الصغر ـ

المسألة الثانية : زاول العقل بجنون أو عته ـ

المسألة الثالثة : الأنوثة ـ

الفرع الثانى : فى شروط المولى علية فى ولاية الحفظ التربية والتقويم فى القانون الباكستانى ـ

المطلب الثانى : فى شروط المولى علية فى ولاية التزويج ـ

الفرع الاول : فى شروط المولى علية فى ولاية التزويج فى الشريعة الاسلامية ـ

المسألة الأولى : الصغر ـ

المسألة الثانية : الجنون ـ

المسألة الثالثة : الأنوثة ـ

الفرع الثانى : فى شروط المولى علية فى القانون ـ

المبحث الثانی : فی الولی و شروطه

المطلب الاول : فی شروط الولی فی ولایة الحفظ والتربیة ـ

الفرع الاول : فی شروط الولی فی الشریعة الاسلامیة ـ

الفرع الثانی : فی شروط الولی فی القانون ـ

المطلب الثانی : فی شروط الولی فی ولایة الإنکاح والتزویج ـ

الفرع الاول : فی شروط الولی فی ولایة الإنکاح والتزویج فی الشریعة الاسلامیة ـ

الفرع الثانی : فی شروط الولی فی ولایة الإنکاح والتزویج فی القانون ـ

المبحث الثالث : ما تکون فیه الولایة علی النفس ـ

و قسمته إلی مطلبین

المطلب الاول : ما تکون فیه الولایة علی النفس فی الشریعة الاسلامیة ـ

المطلب الثانی : ما تکون فیه الولایة علی النفس فی القانون الباکستان ـ

الفصل الثالث

الولایة علی النفس فی غیر الزواج ـ

قد قسمت هذا الفصل إلی ثلاثة مباحث ـ

المبحث الاول :

فی الحضانة و مشروعیتها و انواعها و مراحلها ـ

و قسمته إلى مطلبين

المطلب الاول : فى تعريف الحضانة و مشروعيتها ـ

و قسمته إلى فرعين

الفرع الاول : فى تعريف الحضانه و مشروعيتها فى الشريعة الاسلامية ـ

الفرع الثانى : فى تعريف الحضانة و مشروعيتها فى القانون ـ

المطلب الثانى : فى أنواع تلك الولاية و مراحلها ـ

و قسمته إلى فرعين

الفرع الاول : فى أنواع تلك الولاية و مراحلها فى الشريعة الاسلامية ـ

الفرع الثانى : فى أنواع تلك الولاية و مراحلها فى القانون ـ

المبحث الثانى : فى أقسام الأولياء فى غير الزواج وواجباتهم ـ

و قسمته إلى ثلاثة مطالب ـ

المطلب الاول : فى ولاية الحاضنة ـ

و فيه فرعان ـ

الفرع الاول : فيمن له حق الحضانة ـ

و قسمته الى مسألتين ـ

المسألة الاولى : فيمن له حق الحضانة فى الشريعة الاسلامية ـ

المسألة الثانية : فيمن له حق الحضانة فى القانون ـ

الفرع الثانى : فى واجبات الحاضنة ـ

و قسمته إلى مسألتين

المسألة الأولى : فى واجبات الحاضنة فى الشريعة الإسلامية ـ

المسألة الثانية : فى واجبات الحاضنة فى القانون ـ

المطلب الثانى : فى ولاية المعلم ـ

و فيه فرعان ـ

الفرع الاول : فيمن لهم حق التعليم ـ

و قسمته إلى مسئلتين

المسألة الأولى : فيمن لهم حق التعليم فى الشريعة الاسلامية ـ

والمسألة الثانية : فيمن لهم حق التعليم فى القانون ـ

الفرع الثانى : فى واجبات المعلم ـ

و قسمته الى مسئلتين ـ

المسألة الاولى : فى واجباب المعلم فى الشريعة الاسلامية ـ

المسألة الثانية : فى واجبات المعلم فى القانون ـ

المطلب الثالث : فى ولاية الولى على النفس ـ

و فيه فرعان

الفرع الاول : فيمن تثبت له ولايته الحفظ والتربية ـ

وفيه مسألتان

و [illegible] ـ

المسألة الاولى : فيمن تثبت له ولاية الحفظ والتربية فى الشريعة الاسلامية ـ

والمسألة الثانية : فيمن تثبت له ولاية الحفظ والتربية فى القانون ـ

الفرع الثانى : فىَ واجبات الولى على النفس -

و قسمته إلى خمسة مسائل

المسألة الاولى: فى المحافظة على نفس القاصر و جسمه و عقله و حقوقه فى الشريعة الاسلامية -

والمسألة الثانية : فى المحافظة على سلوك القاصر فى الشريعة الاسلامية -

والمسألة الثالثة : فى تأديب القاصر فى الشريعة الاسلامية -

والمسألة الرابعة : فى مسئولية الولى على النفس عن أعمال القاصر فى الشريعة الاسلامية -

والمسألة الخامسة : فى واجبات/الولى على النفس فى القانون -

المبحث الثالث : فى انتهاء الولاية فى غير الزواج

و قسمته إلى مطلبين

المطلب الاول : فى سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه أو تقصيره -

و فيه فرعان -

الفرع الاول : فى سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه أو تقصيره فى الشريعة الاسلامية -

والفرع الثانى : فى سقوط الولاية أو إنعزال الولى لعجزه أو تقصيره فى القانون -

المطلب الثانى : فى انتهاء الولاية على المولى علية ـ

و فيه فرعان

الفرع الاول : فى انتهاء الولاية على المولى عليه فى الشريعة الاسلامية ـ

و قسمته إلى ثلاثة مسائل ـ

المسألة الاولى : فى انتهاء الولاية على الصغير ـ

والمسألة الثانية : فى انتهاء الولاية على المجنون ـ

والمسألة الثالثة : فى انتهاء الولاية على المرأة ـ

الفرع الثانى : فى انتهاء الولاية على المولى عليه فى القانون ـ

" الفصل الرابع "

الولاية فى الزواج ـ

قد قسمت هذا الفصل إلى تمهيد و اربعة مباحث و جعلت التمهيد فى بيان هدف الشارع من هذه الولاية ـ

المبحث الاول : فى الولى فى ولاية الزواج ـ و قسمته إلى مطلبين ـ

المطلب الاول فى الاولياء فى عقد الزواج ـ و قسمته إلى فرعين ـ

الفرع الاول : فى الاولياء فى عقد الزواج فى الشريعة الاسلامية ـ

والفرع الثانى : فى الاولياء فى عقد الزواج فى القانون ـ

المطلب الثانى : فى ترتيب الاولياء فى ولاية الزاوج ـ

و قسمته إلى فرعين

الفرع الاول : فى ترتيب الأولياء فى الشريعة الاسلامية ـ

و قسمته إلى اربعة مسائل ـ

المسألة الاولى : فى مذهب الحنفية فى ترتيب الأولياء ـ

والمسألة الثانية : فى مذهب المالكية فى ترتيب الأولياء ـ

والمسألة الثالثة : فى مذهب الشافيعة فى ترتيب الأولياء ـ

والمسألة الرابع : فى مذهب الحنابلة فى ترتيب الأولياء ـ

الفرع الثانى : فى ترتيب الأولياء فى القانون ـ

المبحث الثانى : فى أقسام الولاية فى الزاوج ـ

و قسمته إلى ثلاثة مطالب ـ

المطلب الاول : فى أهلية المرأة ـ

و قسمته إلى فرعين

الفرع الاول : فى أهلية المرأة فى الشريعة الاسلامية ـ

والفرع الثانى : فى أهلية المرأة فى القانون ـ

المطلب الثانى : فى اقسام الولاية من حيث شبوتها للولى ـ

ـ اى الولاية الاختيارية والولاية الاجبارية ـ

و قسمته إلى فرعين

الفرع الاول : فى أقسام الولاية من شبوتها للولى فى الشريعة الاسلامية ـ

والفرع الثانى : فى أقسام الولاية من ثبوتها للولى فى القانون ـ

المطلب الثالث : في أقسام الولاية من حيث ثبوت الحق للمرأة في اختيار زوجها من عدمه -

و قسمته إلى فرعين

الفرع الاول : في ولاية الاختيار -

و ينقسم إلى مسئلتين -

المسألة الاولى في ولاية الاختيار في الشريعة الاسلامية -

والمسألة الثانية : في ولاية الاختيار في القانون -

الفرع الثاني : ولاية الاجبار -

و ينقسم الى مسئلتين -

المسألة الاولى : في ولاية الاجبار في الشريعة الاسلامية -

والمسألة الثانية : في ولاية الاجبار في القانون -

المبحث الثالث : في امتناع الأولياء عن التزويج و غيابهم -

و ينقسم إلى مطلبين -

المطلب الاول : في امتناع الأولياء عن التزويج و ينقسم الى فرعين -

الفرع الاول : في امتناع الأولياء عن التزويج في الشريعة الاسلامية -
الفرع الثاني : في امتناع الاولياء عن التزويج في القانون -
المطلب الثاني : حكم غياب الأولياء -

و ينقسم الى فرعين -

الفرع الاول : حكم غياب الأولياء في الشريعة الاسلامية -

الفرع الثاني : حكم غياب الأولياء في القانون .

المبحث الرابع : في انتهاء ولاية الزاوج .

و ينقسم الى مطلبين -

المطلب الاول : في سقوط ولاية الولي -

و ينقسم الى فرعين -

الفرع الاول : في سقوط ولاية الولي في الشريعة الاسلامية -

الفرع الثاني : في سقوط ولاية الولي في القانون -

المطلب الثاني : في انتهاء ولاية الزواج -

و ينقسم إلى فرعين -

الفرع الاول : في انتهاء ولاية الزاوج في الشريعة الاسلامية -

الفرع الثاني : في انتهاءولاية الزواج في القانون -

و قد بذلت أقصى جهدي في بيان أحكام //ولاية على النفس في الشريعة الاسلامية والقانون الباكستاني -

فإن أكن قد وفقت فمن الله وإلا فإن الكمال لله وحده - ولا يفوتني أن أقر بالفضل لكن من ساعدني في إنجاز هذا البحث وهم كل أساتذتي الأجلاء هنا في الجامعة الإسلامية -

وإنا اشكر هم جميعاً و اشكر كل من ساهم في إتمام هذا البحث ولو بإشارة أو تلميحه - والله يجزيهم عنا خير الجزاء -

الطالب " إمليها "

بسم الله الرحمن الرحيم ٥

الفصل الاول

في تعريف الولايه" ومشـــروعيتها و أساسها وأقسامها في الشريعه" الإسلاميه" والقانون -

والكلام فيه في اربعه" مباحث :

١- المبحث الاول : في تعريف الولايه" -

٢ - المبحث الثاني : في مشروعيه" الولايه" -

٣ - المبحث الثالث : في أساس الولايه" -

٤ - المبحث الرابع : في أقسام الولايه" -

المبحث الاول

تعريف الولايه" في الشـــريعه" الإسلاميه" والقانون -

والكلام فيه في مطلبين -

١- المطلب الاول : تعريف الولايه" في الشريعه" الإسلاميه -

٢- المطلب الثاني : تعريف الولايه" في القانون -

المطلب الاول

تعريف الولايه" في الشـــريعه" الإسلاميه -

وفيه فرعان :

الفرع الاول : تعريف الولايه" لغه" -

الفرع الثاني : تعريف الولايه" عند الفقهاء -

الفرع الاول

تعريف الولايه" لغه" -

تأتي الولايه" بفتح الواو وكسرها بمعنى النُّصره"[١] - كما في قوله تعالى " والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض "[٢]

وقال سيبويه" انها بالفتح مصدر وبالكسر اسم - كالإماره" - وهي اسم لما يتولاه الشخص ، ويقوم به من أعمال -[٣]

والولي فعيل بمعنى فاعل من وليه اذا قام به . كما في قوله تعالى (الله

١- لسان العرب المجلد ١٥ ص ٤٠٧،٣- سوره" التوبه الايه ٧٠

٢- لسان العرب المجلد ١٥ ص ٤٠٧

وَلِيّ الذين آمنوا [1]) وقال ابن فارس وكل من وَلِي أمر أحد فهو وليُّه - وقد يطلق الولى أيضاً على العِتق وابن العم والناصر وحافظ النَّسب والصديق [2]

ومنه وَلِيُّ اليتيم الذى يلى أمره ويقوم بكفايته وولىّ المرأة" الذى يلى عقد النكاح عليها ولا يَدَعُها تستبد بعقد النكاح دونه [3] كما فى قوله عليه سلام (أيما امرأة" نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل .....) [4]

وقد يأتى الولى بمعنى مفعول فى حق المطيع فيقال المُؤمن وليّ اللّه [5]

١- سورة" البقرة الاية" ٢٥٧

٢- المصباح المنير ج ٣ ص ٢٢٧، ٣- لسان العرب ج ١٥ ص ٤٠٧ والمعجم الوسيط ج ٢ ص ١٠٥٨ ،

٤- مسند للامام احمد بن حنبل ج ٦ ص ٦٩

٥- المصباح المنير ج ٢ ص ٩٢٨

الفرع الثانى

تعريف الولاية عند الفقهاء :

لما كانت مراتب الولاية متدرجة ، فهناك الولاية العامة ، وولاية الخاصة ، والأخص منها - اختلف تعريفات الفقهاء للولاية حسب عمومها وخصوصها -

أولاً : تعريف الولاية بالمعنى الأعم -

عرفها الفقهاء بأنها " تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[1] " أى سلطة شرعية تقتضى تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى - واحترز بشاء أو أبى ، عن ولاية الوكيل -

وعرفها بعض المحدثين ، بأنها " قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى شؤن غيره جبراً عليه "[2]

وبالنظر فى هذين التعريفين يتبين أن كل واحد منهما يدور حول معنى واحد وهو السلطة الشرعية التى تثبت لبعض الأشخاص على بعض فتجعل لبعضهم التصرف فى شئون البعض الآخر قهرا عنه -

والخصائص المشتركة للتعريفين هى :

١- أن الولاية فى كل منهما مطلقة ، فتشمل : الولاية على النفس وولاية على المال ، كما تشمل الولاية العامة ، كولاية الحاكم أو القاضى ، والولاية الخاصة كولاية الأب أو الجد -

وأحسن هذين التعريفين هو التعريف الثانى -

---

١ - رد المحتار على الدر المختار ج ٢ ص ٣٢١ والبحر الرائق ج ٣ ص ١٠٩

٢- أحكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الرحمن تاج ص ٥٥ والأحوال الشخصية للأستاذ أحمد الحصرى ص ٥

١- لأن هذا التعريف يصرح بأن الولاية هي قوة شرعية بينما التعريف الأول لا يصرح بذلك .

٢- ولأن موضوع الولاية فيه أشمل ، وهي التصرف في شئون الغير ويكون ذلك بالفعل أو القول بينما هي في التعريف الأول أخص (القول فقط)

ثانيا : تعريف الولاية بالمعنى الأخص.

وعرفت الولاية بتعريفات أخرى ولكنها أخص من التعريفات السابقة .

١- فعرفت بأنها " قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر تشئونه الشخصية والمالية "[١]

٢- وعرفت ايضا بأنها " تدبير الكبير الراشد شئون القاصر الشخصية والمالية "[٢]

وبالنظر في مثل هذين التعريفين يتبين أن كل واحد منهما يدور حول معنى قريب من التعريفين الأولين ، وإن كانت الولاية هنا أخص.

١ - لأنها تتعلق بالولاية على المال والولاية على النفس .

٢- ولأنهما يثبتان الولاية على القاصر .

والقاصر ، من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كغير المميز أو ناقصها كالمميز .[٣]

تعريف الولاية على النفس

لما كان موضوع البحث : الولاية على النفس ....لزم تعريف الولاية بهذا المعنى .

١- موسوعه فقه عمر بن الخطاب لدكتور محمد رواس قلعه جي ص ٩٨٥

٢،٣ الفقه الاسلامي وأدلته للدكتور وهبه الزحيلي ج ٤ ص ٧٤٦

وقد عرفت بأنها "القدرة" على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة" الى اجازة" أحد "[١] وعرفها البعض بأنها "الإشـــــــراف على شئون القاصر الشخصية" "[٢]

والتعريف الأول يتعلق بتزويج المولى عليه فقط أما التعريف الثانى فيتعلق بالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل فى حرفه ونحو ذلك من ضروريات المولى عليه.

وأحسن هذين التعريفين هو التعريف الثانى وهو الذى يوافق غرضنا من هذا البحث.

ولأن للولىّ على النفس عملين :

أولهما : القيام على شئون المخلوق الضعيف . والثانى ولايه" التزويج "[٣]

ويثبت من هذا التعريف أنه يتعلق بكليهما .

---

١ - الأحوال الشخصيه" للإمام أبى زهره" ص ١٠٧

٢ - الفقه الاسلامى وأدلته للدكتور وهبه" الزحيلى ج ٤ ص ١٤١

٣ - الولايه" على النفس للامام أبى زهره" ص ١٧

المـــــطلب الثانى

تعريف الولايه" فى القـــــانون -

لم يرد فى القانون الباكستانى تعريف للولايه" ولكن وجـد فيه تعريف السياده"

" Souereignity "قد ورد فى ديباجه[1] الدستور لسنه" ١٩٧٣ م -

الدوله" لها حق السياده" ولكن السياده " المطلقه" حق لله تعالى ، والدوله"

لها حق السياده" المقيده" وينفذ هذه السلطه" نواب مجلس الشعب ، الذين

عينهم الشعب الباكستانى -

والدولة عندها نظام " Government "

ونظام قائم على أصحاب المناصب والوظائف الرسميه" القائمين بأعمال الدوله"

التنفيذيه" والقضائيه" والتشريعيه" والإداريه" -

وقد ورد فى الماده" ٩٠ دستور سنه" ١٩٧٣ م

أن السلطه" التنفيذيه"[2] بيد رئيس الدوله" أوبيد نوابه - وقد ورد فى الباب الثالث

أن المحكمه" العليا بيد ها السلطه" القضائيه" -

وهذه السلطه" بمعنا ها العام -

وورد فى الماده" ٦٠ و ٧٠ ، القانون رقم ٨ لسنه" ١٨٩٠ م المحكمه"

لها السلطه" بأن تولى على الصبىّ ولياً على النفس أوعلى المال ، أوعلى النفس

والمال معاً اذا رأت فى ذلك مصلحته ولكن اذا كان له الولى الطبيعى كالأب أوالوصى

١- التمهيد الباسط لاسباب التشريع المراد اصداره وأغراضه

٢- المقصود بالسلطه" التنفيذيه" السلطه" المقيده" وليست المطلقه" حسب ماورد فى الدستور -

فللمحكمة أن تعزلهما وبعد عزلهما . لها أن تعين له الولى -

وهذا هو تعريف السلطة الخاصة لأن هذه السلطة تتعلق بالصبى فقط-

وورد فى القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٢ م المادة رقم ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠ ،

٧١ ، ٨٠ ، ما يفيد انه اذا ثبت بعد التحقيق جنون الشخص فللمحكمة ان تعين له ولى على النفس ووليا على المال وكذلك تثبت لها السلطة فى عزل الولى على النفس والمال-

ويمكن القول بأن الولاية ثابتة فى القانون كما هى ثابتة فى الشريعة الاسلامية- وفى الشـــــريعة الاسلامية توجد للولاية العامة والخاصة تعريفات كما ذكرتُ فى الفرع الأول . ولكن فى القانون يسمى الولاية العامة باسم السيادة أو السلطة ولم يوجد فيه تعريف للولاية ولكن السيادة والسلطة تفيد معنى الولاية التى تستعمل فى الشريعة الاسلامية -

المبحث الثانى

مشـــــروعيه " الولايه " ـ

والكلام فيه فى مطلبين ـ

١- المطلب الاول : فى مشروعيه " الولايه " فى الشريعه " الاسلاميه " ـ

٢- المطلب الثانى : فى مشروعيه " الولايه " فى القانون ـ

المطلب الاول

مشروعيه " الولايه " فى الشريعه " الاسلاميه " ـ

تستمد الولايه " مشروعيتها من الكتاب والسنه " والإجماع والعقول ـ

أولاً : مشـــــروعيه " الولاية من القرآن الكريم ـ

ورد فى القران الكريم ما يفيد مشروعيه " الولايه " ـ

من ذلك :

١ ـ قول الله تعالى " ولاتؤتوا السفهاء اموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا . وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "(١)

قال القرطبى رحمه الله لما أمر الله تعالى بدفع أموال اليتامى اليهم فى قوله تعالى " وآتوا اليتامى أموالهم "(٢) بيّن أن السفيه وغير البالغ لا يجوز دفع ماله اليه . فدلت الآيه " على ثبوت الوصايه " والولايه "(٣) والكفاله "(٤) على الأيتام ـ

---

١ ـ سوره " النساء الايه " ٥ ، ٦ ؛ ٢ ـ سوره " النساء الايه " ٢ .

٣ ـ الوصى : شرعا من يقام لاجل الحفظ والتصرف فى الرجل واطفاله بعد الموت (القواعد الفقه للمجدد دى البركتى ص ٥٤٢) فالوصايه : هى إقامة الرجل يتصرف فى مال الرجل واطفاله بعد موته ـ فتبين من هذا التعريف أن الوصايه والولايه لا فرق بينهما هنا عند الشارع

٤ ـ هى الولاية على طفل واستحقاقه له فيتعلق بها الحق (المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٦١٢ عرفنا من قول ابن قدامه ان الكفاله والولاية على طفل بمعنى واحد ـ

وقوله تعالى " ولا تؤتوا السفهاء " اختلف العلماء في هؤلاء السفهاء من هم ؟

فروى سالم الأفطس عن سعيد بن جبير قال : هم اليتامى ، لا تؤتوهم أموالكم ، وقال النحاس وهذا من أحسن ما قيل في الآيه " ، وروى اسماعيل بن ابى خالد عن أبى مالك قال : هم الأولاد الصغار وقال ابوموسى الأشعرى رضى الله تعالى عنه ، السفهاء كل من يستحق الحجر وهذا جامع (١)

وقال أحمد الصاوى المالكى في قوله تعالى " اى لا تتركوهم هملا بل علموهم الصنائع وأمور الدنيا والدين ولا تفرطوا في ذلك حتى يبلغوا " (٢)

ولما ثبت من هذين الآيتين مشروعيه " الولايه " على المال فكذلك ثبت منهما مشروعيه " الولايه على النفس لأن حفظ المال يكون لحفظ النفس كما أشار إليه أحمد الصاوى -

قول الله تعالى " وأمر أهلك بالصلاه " واصطبر عليها " (٣)

قال القرطبى : أمره تعالى للنبى صلى الله عليه وسلم - بأن يأمر أهله بالصلاه " ويمتثلها (٤) بهم ، ويصطبر عليها ويلازمها ، وهذا الخطاب للنبى صلى الله عليه وسلم - ويدخل في عمومه جميع امته وأهل بيته على التخصيص " (٥)

وقال شهاب الدين الألوسى " المراد بالصلاه " المفروضه " ويؤمر الصبى بادائها وإن لم تجب عليه ليعتاد ذلك (٦)

٣ - قول الله تعالى " ياأيها الذين آمنوا قوا انفسكم وأهليكم نارا " (٧)

---

١ - الجامع لأحكام القران للقرطبى ج ٥ ص ٢٧ و ٢٨

٢ - حاشيه الصاوى على تفسير الجلالين ج ١ ص ٢٠٤

٣ - سوره طه الايه " ١٣٢

٤ - يعمل به ويؤديه (المعجم الوسيط ج ٢ ص ٨٦٠

٥ - الجامع لأحكام القران للقرطبى ج ١١ ص ٣٦٣

٦ - روح المعانى لشهاب الدين الألوسى ج ١٦ ص ٢٨٣ / ٧ - سوره التحريم الايه " ٦

قال أحمد الصاوى " قوا أهليكم . اى مروهم بالخير والنهوهم عن الشر وعلموهم وأدبوهم . والمراد بالأهل النساء والأولاد وما الحق بهم كالخدم[١] - فثبت من هذه الآيه " ولايه " التعليم والتربيه " -

٢- قول الله تعالى " ولاتنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ....."[٢]

فى هذه الايه دليل على أن لا نكاح الا بولى - قال محمد بن على بن الحسين : النكاح بولى فى كتاب الله ثم قرأ " ولا تنكحوا المشركين "[٣]

٥ - قول الله تعالى " واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن ازواجهن " -[٤]

قال القرطبى فى هذه الايه " الخطاب للاولياء - وأن الأمر اليهم فى التزويج مع رضاهن -[٥]

٦- قول الله تعالى " أطيعوا الله وأطيعوالرسول وأولى الأمر منكم "[٦]

ومن هذه الأيه " ثبتت ولايه الأمير على الرعيه "[٧] - بل وتثبت جميع الولايات التى يحتاجها المسلمون للقيام بامورهم العامه ومصالحهم -

---

١ - حاشية الصاوى على تفسير الجلالين ج ٤ ص ١٢٢

٢ - سوره " البقره " الايه " ٢٢١

٣ - الجامع لأحكام القران للقرطبى المجلد ٣ ص ٧٣

٤ - سوره البقره الأية ٢٣٢

٥ - الجامع لأحكام للقرطبى المجلد ٣ ص ١٥٨

٦ - سوره النساء الأيه " ٥٩

٧ - التفسير المظهرى للعلامه " قاضى ثناء الله بانى بتى ج ٢ ص ١٥٢

ثانيا : مشـــــروعيتها من السنة" النبوية" :

١ ـ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروا صبيانكم بالصلاة" لسبع سنين واضربوهم عليها لعشر سنين وفرقوا بينهم فى المضاجع ـ (١)

قال النووى : والأمر الضرب واجب على الولى سواء كان أبا أو جدا أو وصيا أو قيما من جهة" القاضى ـ (٢)

ونقل الخطيب الشربينى عن الروضة" ـ يجب على الآباء والأمهات تعليم أولادهم ـ (٣) فثبت من هذا الحديث ولاية التعليم والتربية" للآباء على أولادهم الصغار ـ

٢ ـ عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة" عن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة" نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له ـ (٤)

٣ ـ عن أبى موسى عن النبى صلى الله عليه واله وسلم قال لا نكاح إلا بولى ـ (٥)

---

١ ـ رواه أحمد وابود اود . الحديث أخرجه الحاكم من حديثه ايضا والترمذى والدارقطنى من حديث عبد الملك بن الربيع عن ابيه عن جده ولم يذكر التفرقة (نيل الأوطار ج ١ ص ٣٧٧ وسنن ابى داود المجلد ١ ص ٧١

٢ ـ المجموع للنووى ج ٣ ص ١١

٣ ـ مغنى المحتاج ج ١ ص ١٣١

٤ ـ رواه الخمسة" الا النسائى . أخرجه ايضا ابوعوانه وابن حبان والحاكم وحسنه الترمذى (نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٠) وسنن للامام البيهقى ج ٧ ص ١٠٥ ومسند للامام أحمد ج ٦ ص ٦٩ ـ

٥ ـ رواه الخمسة الا النسائى اخرجه ايضا ابن حبان والحاكم وصححا (نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٤٩ و ٢٥٠) وسنن ابى داود المجلد ٢ ص ٢٢٩

٤ - عن عائشة" رضى الله تعالى عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولى . والسلطان ولى من لاولى له ①

٥ - عن أبى هريرة" قال ا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تزوج المرأة" المرأة" ولا تزوج المرأة" نفسها فان الزانيه هى التى تزوج نفسها ②

٦ - عن المقدام بن معدى كرب الكندى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا أو ضيعه فالتى وأنا ولى من لاولى له أفك عنه وارث ماله والخال ولى من لاولى له يفك عنه ويرث ماله ③

فهذه الأحاديث تثبت مشروعية" ولاية" الحفظ والتربية" وولاية" التزويج وسيأتى تفصيل الكلام عن تلك الأحاديث فى الفصل الثالث والرابع -

ثالثا : الاجماع ا

انعقد الإجماع على مشروعية" الولاية" فى الجملة" وحكى هذا الاجماع اكثر من واحد ④

فلا خلاف بين الفقهاء فى مشروعية" الولاية" وانما اختلفوا فى مسائل يأتى بيانها -

---

١ - سنن الكبرى للإمام البيهقى ج ٧ ص ١٠٦

٢ - رواه ابن ماجه والدارقطنى . وقال ابن كثير الصحيح وقفه على أبى هريرة (نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٠)

٣ - اى يزيل عنه (المعجم الوسيط ج ٢ ص ٧٠٥

٤ - مسند للامام أحمد بن حنبل ج ٤ ص ١٣٣

٥ - بدائع الصنائع ج ٣ ص ٢٣٠ والبحر الرائق ج ٣ ص ١١٨ ومجموع الفتاوى لابن تيميه المجلد ٣٢ ص ٣٣

رابعا : ومن المعقول ا أن الانسان خُلق ضعيفا لا يقوى على الانفراد بمواجهة الحياة الا بعد زمن ليس بالقصير وفى هذا الزمن لا تتوفر عنده القوة على أن يقوم بحفظ ماله ونفسه فلا بد أن تثبت عليه ولاية لحفظ ماله من الضرر ولحفظ نفسه ولتعليمه والتربيته ـ①

---

١ - الولاية على النفس للإمام أبى زهرة ص ٥

المطلب الثانى

مشروعية الولاية فى القانون.

يجرى العمل فى باكستان حسب القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠ م الخاص بالأولياء على النفس والأولياء على المال (١).

وكذلك يُطبق فى باكستان القانون رقم ٩ لسنة ١٨٧٥ م الذى ينص على أن الولاية التزويج تنتهى ببلوغ الصبى (٢).

وكذلك يُطبق فى باكستان القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٢ م خاصا بحفظ وتطبيب المجانين وحفظ أموالهم (٣).

وصدر فى باكستان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٢ م خاصا بالأحوال الشخصية الاسلامية - ويطبق على المسلمين حسب ما ورد فى الشريعة الاسلامية -

وورد فى المادة رقم ٢ فى القانون المذكور (٤)

وحاصل هذه المادة القانونية أن الشريعة الاسلامية تعتبر قانونا عاما وأساسيا ويمكن فيها الاستثناء بالتشريع الوضعى فى بعض الأحوال.

إذن يمكن القول بأنه لا يوجد أى اختلاف بين الشريعة الاسلامية والقانون فى ولاية التزويج وولاية الحفظ والتربية ولذلك يوجب القانون الاحالة على أحكام الشريعة الاسلامية -

---

١ - The Guardians and wards Act, (Viii of 1890) ٢- The Majority Act (IX of 1975). ٣ - The Lunacy Act 1912 (IV of 1912)

٤ - والشريعة الاسلامية يقضى بها فى الارث والزواج والطلاق وتعيين المهر والتبنى والولاية والصفر وتعيين النسب والقرابة والوصية والهبة والشئون الدينية والوقف والأمانات.

المبحث الثالث

في أساس الولاية

والكلام فيه في مطلبين -

١- المطلب الأول : في الاساس العام نفسيا واجتماعيا لتشريع الولاية في الشريعة الاسلامية -

٢- المطلب الثاني : في الاساس العام نفسيا واجتماعيا لتشريع الولاية في القانون-

المطلب الاول

الاساس العام نفسيا واجتماعيا لتشريع الولاية في الشريعة الاسلامية -

الأساس العام لتشريع الولاية هو رعاية المصلحة للفرد والجماعة وذلك أن كل واحد من الناس لا يستطيع أن يقوم بشئون نفسه فكثيرا ما يعجز الانسان عن أداء ذلك فالنساء مثلاً عاجزات عن أداء كثير من الامور الضرورية والصبيان لا يعرفون ما ينفعهم مما يضرهم والمجانين لا يميزون بين مالهم وما عليهم ، على أن عليهم طبقا لاحكام الحياة أن يؤدوا ما يجلب لهم مصالحهم ويدفع عنهم مضراتهم-

كذلك الفرد لا يستطيع أن يعيش وحيدا بنفسه ويقوم بكل ما يتطلبه قانون الحياة ، فلا بد من التعامل مع بني نوعه ليقوم كل واحد من أفراد المجتمع بما يحسنه من الأعمال على سبيل المعاضدة- ولكن الحياة الاجتماعية والتعامل على أساسها لا يخلوان من الخلاف والتنازع بين الأفراد في جلب المنافع ودفع المضار ، فكل يريد المنفعة لنفسه ولو أدى ذلك الى اضرار غيره ، لأن النفوس جبلت على حب الجاه والاستبداد بالامور فمن هنا لزم الأناسي أن يكون لهم من يصلح بينهم عند المنافسة وعند ما يبتغي كل واحد

من الأفراد المنفعة لنفسه دون غيره.

فأعطى الله الأمير حق الولاية على رعيته ليرفع عنهم الضرر و يصلح بينهم فيما شجر و أمر الله تعالى المسلمين بطاعة اولى الأمر بقوله تعالى " أطيعوا الله و أطيعوا الرسول و أولى الأمر منكم "(١)

هذا هو الاساس الاجتماعى لوجوب الولاية بحيث لو لم توجد الطاعة لفسدت شيئونهم الاجتماعية وكذ لك شيئونهم الفردية(٢).

و لقد أمر الله تعالى أولياء اليتامى أن يكون نظرهم الى مصلحة اليتامى عند التصرف فى أموالهم بقوله " يسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير "(٣)

يقول ظفرعثمانى : للولى تعليم اليتيم و تأديبه و تقويمه والاستيجار له على ذ لك و مواجرته ممن يعلمه الصناعة"(٤)

فعلم أن الأساس فى مشروعية الولاية مصلحة المولّى عليه بعدم تركه هملا ، كما وأن فيها نظرا إلى رعاية ماله من الضياع وكذا كل ما يتعلق بشئون اليتيم وغيره التى للولى أن يتصرف فيها - و ذ لك لقصورهم عن التصرف فى جميع امورهم على وجه نافع لهم - فلولم تشرع الولاية و تركوا و شأنهم لأهملت استعداداتهم الجسمية والروحية بالكمالات الانسانيه ، لأن الصبيان مثلا طبائعهم مائلة الى اللهو واللعب لا يجبهم الا مباشرة اللهو ولا يعرفون أهمية المال فيبذلونه فيما لا قيمة له للحياة

---

١ - سورة النساء الاية ٥٩ ٢ - التفسير المظهرى ج ٢ ص ١٥٣
٣ - سورة البقرة الأية ٢٢٠
٤ - أحكام القران للعلامة المحدث الشيخ ظفر العثمانى ج ١ ص ٣١٨

الانسانية" . فهم بدون الولى لا يصلحون الأمر من الامور . وحين يكبرون فاذاهم قد أضاعوا المال والعمر فلا يكون نفع منهم لأنفسهم ولا لمجتمعهم بل كثيرا ما يكونوا ضررا على مجتمعهم . فمن هنا راعت الشريعة" مصلحة" المولّى عليه الفردية" والاجتماعية" فشرعت الولاية" ـ

وحين نبحث عن أساس ثبوت ولاية" الآباء على أولادهم الصغار نجد الأساس العام له هو رعاية" مصلحة" الأولاد شخصيا واجتماعيا . ومن ناحية" . المصلحة" الاجتماعية" ترجع المصلحة" الى الولى نفسه ايضاً ـ

قال الله تبارك وتعالى "قوا أنفسكم وأهليكم نارا "(١)

وروى عن على اكرم الله وجهه فى هذا الآية "علموا أنفسكم وأهليكم الخير وأدبوهم "(٢)

وقال قاضى ثناء الله بانى بتى فى قوله تعالى "وأهليكم " أى ـ بالتعليم والتأديب والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر(٣) وقال ابن العربى : فعلى الرجل أن يصلح نفسه بالطاعة" ويصلح أهله إصلاح الراعى للرعية"(٤) وفى الأية" أمر بوقاية" النفس والأهل من النار وهى أسمى مصالح الإنسان . وصلاحية" الانسان لوقاية" نفسه معلومة" ما دام يقدر على ذلك ـ

أما صلاحيته لصيانة" أهله من النار فلا يكون إلاّ بولايته . وولايته لم تشرع الاّ لرعاية" مثل هذه المصلحة" الانسانية" ـ قال النبى صلى الله عليه وسلم "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته "(٥)

---

١ ـ سورة" التحريم الأية" ٦ ، ٢ ـ روح المعانى ج ١٤ ص١٥٦ ط مكتبه امداديه" ملتان وأحكام القران لمفتى محمد شفيع ج ٥ ص ٩٢ وأحكام القران لجصاص المجلد ٣ ص ٤٦٦
٣ ـ التفسير المظهرى لقاضى ثناء الله بانى بتى ج ٩ ص ٣٤٤ ، ٤ أحكام القران لابن العربى المجلد ٤ ص ١٨٥٢ ، ٥ ـ البخارى المجلد ٢ ص ٧٧٩

قال مفتى محمد شفيع فى هذا ، ومعلوم أن الراعى كما عليه حفظ من إسترعى وحمايته والتماس مصالحه فكذلك عليه تاديبه وتعليمه۔[1]

فحفظ الرعايا وحمايتهم مما لا ينبغى وقوعهم فيه والتماس مصالحهم اسباب لمشروعية الرعاية ووجوبها ۔ والرعاية لا توجد بدون الولاية فالله سبحانه وتعالى لا يعطى لأحد حق التصرف فى نفس الغير إلا لسبب وحكمة ومصلحة شرعية سواء كانت المصلحة راجعة الى الفرد أو المجتمع ۔

ففى كل صورة من صور الولاية حيث ورد فى الكتاب أو السنة ما يثبت ولاية انسان على غيره دلالة واضحة على اعتبار المصلحة الانسانية نفسية أو اجتماعية وذلك لأن الله تبارك وتعالى جعل امور الناس بحيث يحتاج بعضهم الى بعض فى اجرائها لتقوم بذلك الحياة الاجتماعية وحتى يتميز الانسان عن غيره من الحيوانات۔

فمن هنا مست الحاجة الى شرعية التصرف للبعض فى شئون غيره من بنى نوعه الذين لا يعرفون طرق الاستفادة من ممتلكاتهم من الأموال والانفس ولتدبير المصالح العليا للمجتمع ، فشرع الله حق الولاية لمن يستحقه على الآخرين ليستقيم أمر كل من الأفراد والجماعات۔

---

١ ۔ أحكام القران لمفتى محمد شفيع ج ٥ ص ٩٢

المطلب الثـــانى

الاساس العام نفسيا واجتماعيا لتشريع الولايه" فى القانون-

ينص الدستور الباكستانى الصادر فى سنه" ١٩٧٣ م فى الماده" ٣٥ على أن على الدوله" - اى النظام - أن يحافظ على نظام الزواج والأسره" والأم والطفل من الضياع -①

وفى القانون رقم ٨ لسنه" ١٨٩٠ م الماده" ٧ على المحكمه" أن تولى على الصبى وليا على النفس أو المال أو النفس والمال معا اذا رأت فيه مصلحته-

وفى القانون المذكور الماده" ١٧ -

اذا قررت المحكمه" وليا على الصبىّ فليكن القرار مطابقا لقانون الأحوال الشخصيه" لمراعاه" مصلحته- وفى الماده" رقم ٢٤ ، الولى على النفس ملتزم بأن يحفظ المولى عليه ويتفق عليه وأن يتوجه الى حفظ صحته وما الى ذلك من الأحوال الشخصيه فى قانونها -

وفى الماده" رقم ٢٧ على الولى على المال ان يحافظ على مال المولى عليه كما يحافظ الرجل الكامل الأهلية على مال نفسه ويكون عمله نافعا ولمصالح المولى عليه-

ويتبين من تلك النصوص أن المقصد الأساسى من القانون رقم ٨ لسنه" ١٨٩٠ م حفظ حقوق الصبيان وناقصى الأهلية ورعايه" مصالحهم - فعلى هذا الدوله"② لها ولايه" عامه" على كل صبىّ وهى تنفذ هذا بواسطه" المحكمه"-③

---

١ - Protection of family etc :- The state shall protect the mairiage the Family, the Mother and Child .

٢ - اى رئيس الدوله" ٣ - اى القاضى -

وورد فى القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٢ م المادة ٣٤٥ ما يفيد أنه اذا ثبت بعد التحقيق جنون شخص فللمحكمة المحلية أن ترسله الى مستشفى المجانين.

وكذ لك تثبت سلطة للقضاء على نفس ومال المجنون كما فى المادة رقم ٦٧ :

اذا ثبت للمحكمة أن الشخص مجنون فعليها أن تحافظ على نفسه وأن تختار نظاما لحفظ ماله. ١- القاضى بنفسه ٢- أو بأعوانه ٣- أو بتعين قيم -

ويبين من هذا أن الأساس فى تشريع الولاية هى مصلحة المولى عليه والمجتمع لأن للمحكمة أن تحفظ أموال الناس ونفوسهم بولايتها العامة -

واذا كان الشخص مجنونا فللمحكمة أن تحافظ على ماله ونفسه وترسله إلى المستشفى لكى تحفظ نفس المجنون وتحفظ المجتمع من ضرره -

ويمكن القول أن القانون الباكستانى يتفق مع الشريعه الاسلاميه فى الاساس العام نفسيا واجتماعيا لتشريع الولايه بمعناها الخاص.

المبحث الرابع

في اقسام الولاية

و ينقسم الى مطلبين

١ - المطلب الأول : في أقسام الولاية في الشريعة الاسلامية -

٢ - المطلب الثاني : في أقسام الولاية في القانون -

المطلب الأول

أقسام الولاية في الشريعة الاسلامية-

تنقسم الولاية بمعناها العام الى قسمين :

١ - ولاية عامة -

٢ - ولاية خاصة

أولا : الولاية العامة :

وهى التى تثبت للإمام على الأمة . فالامامة هى الولاية العامة كما صرح بذلك الماوردى حيث قال : "ان الامامة موضوعة لخلافة النبوة فى حراسة الدين وسياسة الدنيا" ①

فحراسة الدين وسياسة الدنيا ولاية عامة للإمام على الأمة .

وقد إتفق الفقهاء على وجوب ان يكون للأمة إمام ② بدليل قول الله تعالى : ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ③

ففرض علينا طاعة أولى الأمر فينا وهم الأئمة المتامرون علينا ④

ولما كان الإمام لا يقدر بنفسه على القيام بأمور الأمة كلها ، خول الشرع له ان يستعين على تلك الأمور بنواب عنه تثبت لهم ولايات ، هى اخص من ولاية الإمام ولكنها فى ذاتها يمكن أن تعد من الولايات العامة . وقد قسمها الماوردى وابويعلى من حيث شمولها وخصوصها الى اربعة أقسام .

القسم الاول : من تكون ولايته عامة فى الأعمال العامة .

القسم الثانى : من تكون ولايته عامة فى أعمال خاصة .

القسم الثالث : من تكون ولايته خاصه فى الأعمال العامة .

القسم الرابع : من تكون ولايته خاصة فى الأعمال الخاصة .

القسم الاول : من تكون ولايته عامة فى الأعمال العامة وهم الوزراء لأنهم يستنابون فى جميع الامور من غير تخصيص ⑤

وتنقسم الوزارة الى قسمين .

وزاره تفويض ، ووزارة تنفيذ .

فأما وزارة التفويض ، فهى ان يستوزر الإمام من يفوض اليه تدبير الأمور برأيه وامضائها على اجتهاده .

---

١ - الاحكام السلطنية للماوردى ص ٢٥ - الاحكام السلطانية للماوردى ص ٥ وابى يعلى ص ١٩

٣ - سورة النساء الآية ٥٩ ، ٤ - الاحكام السلطانية للماوردى ص ٥

٥ - الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢١ ولأبى يعلى ص ٢٨

وأما وزارة التنفيذ فحكمها أضعف وشروطها أقل . لأن النظر فيها مقصور على رأى الامام وتدبيره- وهذا الوزير وسط بينه وبين الرعايا . والولاة يؤدى عنه ما أمر أو ينفذ عنه ما ذكر ويمضى ما حكم ويخبر بتقليد الولاة وتجهيز الجيوش ويعرض عليه ما ورد من فهم وتجدد من حدث ملمّ (١)

ليعمل فيه ما يؤمر به . فهو معين فى تنفيذ الأمور وليس بوال عليها ولا متقلد لها - فان شورك فى الرأى كان باسم الوزارة أخص وإن لم يشارك فيه كان باسم الواسطة والسفارة أشبه - (٢)

القسم الثانى : من تكون ولايته عامه فى أعمال خاصة . وهم امراء الاقاليم والبلدان لأن النظر فيما خصوا به من الأعمال عام فى جميع الامور (٣)

واذا قلد الإمام اميرا على اقليم او بلد كانت إمارته على ضربين عامة وخاصة- (٤)

القسم الثالث : من تكون ولايته خاصة فى الأعمال العامة

وهم كقاضى القضاة . ونقيب الجيوش . وحامى الثغور . ومستوفى الخراج وجابى الصدقات . لأن كل واحد منهم مقصور على نظر خاص فى جميع الأعمال (٥)-

القسم الرابع : من تكون ولايته خاصة فى الأعمال الخاصة

. وهم كقاضى بلد أو إقليم أو جابى صدقاته أو حامى ثغره أو نقيب جند لأن كل واحد منهم خاص النظر مخصوص العمل- (٦)

١- "ملمّ" جمعه جمعا شد يدا (المعجم الوسيط ج ٢ ص ٨٤٦ ط المكتبة العلمية طهران)

٢- الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٥ ، ٢٦ ولأبى يعلى ص ٢٩ - ٣١ ،

٣- الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢١ ولابى يعلى ص ٢٨ ، ٤- الاحكام السلطانية للماوردى ص ٣٠ ولابى يعلى ص ٣٤ - ٣٧ ، ٥- الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢١ ، ٣٥ ، ٧٠ ولابى يعلى ص ٢٨ ، ٦- الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢١ ، ٣٥ ، ٥٤ ، ٧٢ ولابى يعلى ص ٢٨

ثانيا : الولاية الخاصة -

وهى تثبت للأقربا، أو من يقوم مقامهم كالأب والجد وما الى ذلك[١] -

وهى تنقسم الى قسمين :

ولاية على المال وولاية على النفس -

١- ولاية على المال : أما الولاية على المال فذكرها فقهاء الشريعة الاسلامية في باب الحجر[٢] - لأنه اثرها ، وذكروا له عدة تعريفات فعرفه الحنفية بأنه منع عن التصرف قولاً لا فعلاً لصغر أو رق أو جنون[٣] -

ومن تعريفات المالكية ما ذكره صاحب كتاب حاشية الدسوقى بقوله " الحجر صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تعرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله[٤] -

وعرفه من فقهاء الشافعية الخطيب الشربينى فى مغنى المحتاج بأنه " المنع من التصرفات المالية[٥] "

ومن الحنابله عرفه ابن قدامة فى المغنى بقوله " منع الإنسان من التصرف فى ماله "[٦]

يتبين انها تضمنت كلها معنى مشتركا وهو المنع من التصرف ثم هى تختلف بعد ذلك فى أمرين :

الأمر الأول : أن المالكية يجعلون الحجر صفة (حكمية- اعتبارية) فى الشخص تقتضى منعه من التصرف فى حين يجعله الجمهور نفس المنع ..... وهذا خلاف صورى ، لأن الحجر معناه المنع وهو لا يثبت الا لشخص موصوف بصفاب تقتضي منعه من التصرف -

---

١- البحر الرائق ج ٣ ص ١٢٤ وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٣ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٦ وكشاف القناع للبهوتى ج ٥ ص ٥٠

٢- الحجر فى اللغه : المنع ، تقول حَجر عليه حجرا : منعه من التصرف فى ماله (المعجم الوسيط ج ١ ص ١٥٧) ٣- تبين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٩٠

٤- حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٩٢ ، ٥ - مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ج ٢ ص ١٦٥ ، ٦- المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٠٥

والأمر الثانى : اُختلفت التعريفات فيما يمنع منه المحجور عليه.

١ - فالحنفية يمنعونه من كل التصرفات القولية.

٢ - والمالكية يمنعونه من تصرف فى جزء معين من ماله.

٣ - والشافعية يمنعونه من التصرفات المالية.

٤ - والحنابله يمنعونه من التصرف فى ماله.

وعلى كل حال فان هذا ليس من موضوع دراستنا التفصيلته -

والمنع من التصرف هنا يقتضى ثبوت سلطة شرعية تثبت لبعض الأشخاص - وهم الأولياء - على بعض اخر - وهم المحجور عليهم - يكون للأولياء الحق فى التصرف فى الشئون المالية للمحجور عليهم قهرا عنهم -

الولاية على النفس :

وهى تتمثل فى أمرين -

الاول ولاية الحفظ والتربية.
والثانى ولايه الإنكاح والتزويج -

فولاية الحفظ والتربية ، ذكرها الفقهاء فى باب الحضانة ، وعرفوا ، الحضانة ، بأنها حفظ ، من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه ، وتربيته.[1]

و يظهر من هذا التعريف أن الحضانة ، هى حفظ الولد وتربيته وهو فى حاجة اليها -

فالولد منز ولادته محتاج الى من يعتنى به و يقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه فى حياته لانه فى حياته الأولى يكون عاجزا عن القيام بمصالح نفسه وغير مدرك لما يضره وما ينفعه ، والشريعة الإسلامية قد ناطت هذا الامر بوالدى الصغير لانها أقرب الناس اليه فى هذه الحياة - وكذلك حكم المجنون والمعتوه وسياتى تفصيل ذلك فى الفصل الثالث -

---

١ - مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢

الـــثانى : ولايه الإنكاح والتزويج -

وهى تنقسم باعتبار المولى عليه الى ولاية إجبار وولاية اختيار -

فولاية الإجبار عرفها ابوزهرة بانها " القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى اجازة أحد "(١)

وأما ولاية الاختيار فانها " حق الولى فى تزويج المولى عليه بناء على اختيار ورضاه "(٢)

ويظهر من التعريفين ان ولاية الإنكاح والتزويج هى سلطة انشاء عقد الزواج - واختلف الفقهاء فى هذه المسألة وسياتى تفصيل ذلك فى الفصل الرابع -

---

١- الاحوال الشخصيه للامام ابى زهرة ص ١٠٧

٢- الفقه الاسلامى وادلته للدكتور وهبة الزحيلى ج ٧ ص ٨٨/

المطلب الثانى

أقسام الولاية فى القـــانون الباكستانى .

قد ورد فى الدستور الباكستانى الصادر ١٩٧٣م فى المادة رقم ٩٠ ان الاتحاد (الدولة) لها السلطه التنفيذية وتنتقل هـذه السلطة إلى رئيس الاتحادية . فلرئيس ان ينفذ القانون بنفسه او يولى غيره لتنفيذه وفقا لما ورد فى الدستور (١)

فيظهر من هذا النص الولاية العامة لرئيس الاتحادى ونوابه .

الولاية الخاصة حاصلت للسلطة الحاكمة او الولى الطبيعى أو الولى الذى عينه المحكمة وفقا للقانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠م والقانون يضيف الى هنا أنه إذ قنن المقننة أو ذو سلطة قانونا فهذا القانون مشار اليه فى الفوق يكون تابعا لذلك القانون حسب ماده رقم ٣ قانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠م والولاية على المال والنفس أو كليهما ثابتة للولى على وفق ماده رقم ٤/٢ قانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠م ويمكن القول ان القانون الباكستانى يتفق مع الشريعه الإسلاميه فى الاحوال الشخصية بصفة عامة كما صرح به القانون رقم ٥ لسنه ١٩٦٢م

أما بانسبه إلى الولاية العامة فالقانون لا يتفق الشريعة الاسلامية فيها تماما بل يعترف بالسلطة التنفيذ به فقط ؛ للحاكم والمحكمة.

وأما الشريعة الاسلامية فتعترف بالسلطة العامة والولاية الكاملة للحاكم فى أمور الدين وسياسة الدنيا كليهما كما صرح به الماوردى فى كتابه الأحكام السلطانية.

١- Exercises of executive authority of the federation :-

The executive authority of the federation shall vest in the president and shall be exercised by him either directly or through officer subordinate to him in accordance with the consititution. (PLD 1985 Central statute P. 472)

الفصـــل الثانى

فى أركان الولاية على النفـــس و شـــروطها ـ

والكلام فيه فى ثلاثه مباحث :

١- المبحث الأول . المولى عليه و شـــروطه ـ

٢- المبحث الثانى . الولى و شـــــروطه ـ

٣- المبحث الثالث . ما تكون فيه الولاية على النفس ـ

المبحـــث الأول

المولى عليه و شـــــروطه ـ

والكلام فيه فى مطلبين ـ

١- المطلب الأول . شـــروط المولى عليه فى ولاية الحفظ و التربية و التقويم ـ

٢- المطلب الـــثانى . شـــــروط المولى عليه فى ولاية التزويج ـ

المطلب الأول

شروط المولى عليه فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم

وفيه فرعـــان :

الفرع الأول . فى شروط المولى عليه فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم فى الشريعة الاسلامية ـ

والفرع الثانى . فى شـــروط المولى عليه فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم فى القانون ـ

الفرع الأول .

شروط المولى عليه فى ولاية الحفظ والتربية والتقويم فى الشريعة الاسلامية ـ

لما كانت الولاية عبارة عن " حفظ من لا يستقل بأمور نفسه وتربيته " [1] لزم أن يتحقق فى المولى عليه أمور ـ

وهى شروط لصحة الولاية ، اذا نظرنا الى شخص المولى عليه وفى ذات الوقت يمكن ان تُعدّ اسبابا لوجود الولاية اذا نظر الى ذات الولاية ـ

فالشروط التى يجب ان يوجد واحد منها على الأقل فى المولى عليه لكى تثبت عليه الولاية ثلاثة ١- الصغر ٢- زوال العقل ٣- الأنوثة ـ

فينقسم الكلام فى هذا الفرع الى ثلاثة مسائل :

المسألة الاولى : الصغر ـ

والمسألة الثانية : زوال العقل ـ

والمسألة الثالثة : الأنوثة ـ

١- مغنى المحتاج ٣ج ص٤٥٢

المسألة الأولى . الصـــغر[١]

قد إتفق الفقهاء على ان الصغر شرط لثبوت الولاية لأن علة ثبوت الولاية هى عجز الشخص عن التصرف فى شئون نفسه يحتاج الى من يقوم بحفظه و تربيته و تعليمه و تأديبه . فالصغر شرط لصحة الولاية و سبب لثبوتها - فان لم يكن المولى عليه صغيرا لا تثبت عليه ولاية الحفظ والتربية و تزول الولاية عن الصغير ببلوغه عاقلا[٢] إلا أن يوجد سبب اخر كالجنون أو الأنوثه -

والدليل على ذلك :

أولاً من القران الكريم : قول الله تعالى " وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا "[٣]

ثانيا : من السنه النبويه : قوله عليه الصلاه والسلام " مروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين و اضربوهم عليها لعشر و فرقوا بينهم فى المضاجع "[٤]

ثالثا من الإجماع : إلفقد اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و من بعدهم على ذلك -[٥]

١- الصغير هو الصبى الذى لم يفهم البيع والشراء ولم يفرق بين الربح والغبن و يقال للذى يميز ذلك صبى مميز والصغيرة مؤنث الصغير (قواعد الفقه للمجددى البركتى ص ٣٤٩) ٢- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٢ ، ٤٣ وتقريرات الشيخ محمد عليش وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ وكشاف القناع للبهوتى ج ٥ ص ٤٩٥ وما بعدها ٤٩٥ ، ٤٩٩ - ٥٠٠ ، ٣- سوره الاسراء الآية ٢٤ .

٤- رواه أحمد وابود اود . الحديث أخرجه الحاكم من حديثه ايضا والترمذى والدارقطنى من حديث عبدالملك بن الربيع عن ابيه عن جده و لم يذكر التفرقه (نيل الاوطار ج ١ ص ٣٧٧) .

٥ - بدائع الصـــنائع ج ٤ ص ٤٢ .

المسألة الثانية : زوال العقل بجنون[1] أو عته[2]

من الشروط التى يثبت بها الولاية الجنون والعته.

وقد اتفق الفقهاء على ان الجنون والعته يوجبان الولاية على صاحبهما وذلك لعجزهما عن التصرف فى شئونهما وحاجتهما الى من يقوم برعايتهما كالصبئ أو أكثر. وقياسا على الصبئ[3].

المسألة الثالثة : الأنوثة.

الأنوثة أيضا شرط فى المولى عليه وسبب من اسباب ثبوت الولاية على النفس بذاتها من غير ان تكون مرتبطة بصغر أو زوال عقل . وهى تدخل فى عموم الصغار وفى عموم المجانين باقات عقلية ولكنها مجردة من وصفى الصغر والجنون وهذا يوجب ولاية الحفظ والصيانة عليها.[4]

والدليل على ذلك :

قول الله تعالى " الرجال قوامون على النساء "[5]

يقول القرطبى فى تفسير هذه الاية " اى يقومون بالنفقة عليهن والذب عنهن.[6]

١- الجنون : هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهج العقل إلا نادرا (التوضيح والتلويح للصدر الشريعة ج ٢ ص ٧٦٠) .

٢- العته : هو اختلال فى العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلا ومرة كلام المجانين (التوضيح والتلويح لصدر الشريعه ج ٢ ص ٧٦٣) .

٣- البحر الرائق ج ٤ ص ١٧١ وتقريرات الشيخ محمد عليش وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ١٦٩ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ ، ٤٥٩ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٣ ، ١٤٠ ، ١٤١ وكشاف القناع للبهوتى ج ٥ ص ٤٩٦ ، ٤٩٩ - ٤- الولاية على النفس للإمام أبى زهرة ص ٤٢ .

٥ - سورة النساء الاية ٣٤ ٦- الجامع لإحكام القران للقرطبى المجلد ٥ ص ١٤٨

وكذلك فسرها محمد جمال الدين القاسمي في تفسيره بقوله " اى مسلطون على أدب النساء يقومون عليهن آمرين ناهين قيام الولاة على الرعية "[1] و يشرح ابن العربي بقوله " المعنى هو امين عليها يتولى امرها و يصلحها في حالها "[2]

اذا نظرنا في كل هذه التفاسير للآيه الكريمة تتضح لنا النتيجه أن المرأة تحتاج في اصلاح أمورها والذب عنها وحفظها والتأديب إلى ولي يتولى أمرها و يقوم باصلاحها آمراً وناهياً لها سواء كان الولي ابا أو زوجاً أو قيما اخر لأن كلمة الرجال تشمل الكل و هكذا كلمة النساء تشمل الكل فعلمنا أن الأنوثة شرط لصحة الولاية.

والبنت إما أن تكون بكرا أو ثيبا.

أما البكر البالغة العاقلة . فعند جمهور الفقهاء لا يخلى سبيلها و للولي ان يضمها الى نفسه لانها مطمع لكل طامع و لم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها من الخداع . ولان البنت اذا انفردت فلا يؤمن ان يدخل عليها من يفسدها و يلحق العار باهلها[3]

وعند الشافعية ان البنت اذا بلغت فلها الانفراد عن ابويهما . لكن هذا ليس على اطلاقه بل ان كانت هناك في انفراد هما ريبة فللام اسكانها معها وكذا للولي من العصبة اسكانها معه اذا كان محرما لها وإلا ففي موضع لائق يسكنها و يلاحظها دفعا لعار النسب كما يمنعها النكاح من غير الكفء[4]

وأما الثيب العاقلة البالغة :

الثيب اما ان تكون مأمونة على نفسها او غير مامونة على نفسها.
فاذا كانت مامونة على نفسها فلا تثبت عليها ولاية ضم.

ولكن اذا كانت غير مأمونة على نفسها فعند الحنفية للأب ان يضمها الى نفسه لدفع العار والفتنه وعند جمهور الفقهاء لا تثبت عليها ولاية ضم ولكن لعصبتها واهلها منعها من المحرمات[5]

١- التفسير القاسمي لمحمد جمال الدين القاسمي المجلد ٢ ص ٢٠١٣- احكام القران لابن عربي المجلد ٢ ص ٤١٦ ٣٠- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٣٥٦، ٣٥٧ والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١ ط مكتبه الرياض الحديثة بالرياض .

٤- مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٩ ٥بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣ والبحر الرائق ج ٤ ص ٧١ وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٤ والمدونة الكبرى المجلد ٣ ص ٣٥٦ و مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٩، ٤٦٠ والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١ -

الفرع الثاني :

شروط المولى عليه في ولاية الحفظ والتربية والتقويم في القانون الباكستاني ـ

حسب الماده رقم ٤/٣ ، قانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠ م نجد ان المولى عليه هو الصبيُ الذى يكون لنفسه وما له ولى وهذا التعريف يشمل الصغير والصغيرة ولا يشمل المجنون ـ[1] وتنتهى ولاية الولى على النفس ببلوغ الصبى وذلك حسب الماده رقم ٤١/١ قانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠ م وان كانت المولى عليها أنثى فتنتهى ولاية الولى عليها بزواجها ممن تتوفر فيه شروط الولاية ، وتنتهى ولاية الولى الذى عينته المحكمه على نفس الأنثى بزواجها من زوج له أهلية الزواج وتتوفر فيه شروط الولاية ـ

وحسب الماده رقم ٤/٥ قانون رقم ٤ لسنة ١٩١٢ م المجنون يشمل المجنون والمعتوه وحسب الماده رقم ٤٧ قانون رقم ٤ لسنه ١٩١٢ م إن المحكمة إذا تأكدت من جنون شخص فلها ان تقوم بصيانة نفسه وماله ـ وكذلك تحت الماده رقم ٧١ قانون ٤ رقم لسنة ١٩١٢ م نجد ان محكمة المنطقة " District Court " لهما سلطة تعيين الولى على نفس المجنون ـ

وكذلك القانون رقم ٥ لسنه ١٩٦٢ ينص فى ماده رقم ٢ على ان المسلمين يُحكم بينهم فى مسائل الأحوال الشخصية حسب الشريعة الإسلامية ، او ما يسمى (بالأحوال الشخصية الاسلامية)

ولم اجد تصريح القانون بشروط المولى عليه وانما استنبطتها من تعريفات الصبى والمجنون وانتهاء ـ الولاية عليهما فشروط المولى عليه كالتالى ـ

١ ـ الصغر ٢ ـ زوال للعقل بجنون أوعته ٣ ـ الانوثة ـ

ويمكن القول : انه لا يوجد فرق بين ما ذكره القانون فى هذا الفرع وبين الشريعة الاسلامية ـ

---

(١) " 162 IC 176" The defination of the ward does not include any body other than a minor. It does not include lunatic for instance. Hence the act does not apply to lunatic.

المطلب الثانى

شروط المولى عليه فى ولاية التزويج -

وفيه فرعان :

الفرع الاول . شروط المولى عليه فى ولاية التزويج فى الشريعة الاسلامية-

الفرع الثانى : شروط المولى عليه فى ولاية التزويج فى القانون-

الفرع الاول

شروط المولى عليه فى ولاية التزوج فى الشريعة الاسلامية - لما كانت الولاية فى الزواج عبارة عن " القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى اجازة أحد "[1]

لزم ان يتحقق فى الولى والمولى عليه امور وهى شروط لصحة الولاية اذا نظر الى شخص المولى عليه وفى ذات الوقت يمكن ان تُعدّ اسبابا لوجود الولاية اذا نظر الى ذات الولاية - وهذه الشروط يكون بعضها فى الولى وستاتى فى المبحث الثانى -

واما الشروط التى يجب ان يوجد واحد منها على الأقل فى المولى عليه لكى تثبت عليه الولاية فهى ثلاثة-

١- الصغر ٢ - زوال العقل بالجنون او العته ٣ - الأنوثة-

فينقسم الكلام فى هذا الفرع الى ثلاثة مسائل-

المسألة الأولى : الصغر -

والمسألة الثانية : الجنون

والمسألة الثالثة : الأنوثة-

١- الاحوال الشخصية للأمام أبى زهرة ص ١٠٧

المسئالة الأولى الصغر :

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على ثلاثة آراء بناء على اختلافهم في جواز تزويج الصغار وصحته أو جوازه وعدم صحته.

الرأى الاول : عند جمهور الفقهاء يشترط في المولى عليه ان يكون صغيرا او صغيرة وذلك لأن علة ثبوت الولاية هي عجز الشخص عن التصرف مع جوازه له فيحتاج الى من يقوم بتزويجه فالصغر شرط لصحة الولاية وسبب لثبوتها فان لم يكن المولى عليه صغيرا لا تثبت عليه ولاية إلا ان يوجد سبب اخر كالجنون او الأنوثة.[1]

واستند جمهور الفقهاء في جواز تزويج الصغار، ومن ثم اشتراط الصغر لصحة الولاية أو لثبوتها الى قول الله تعالى " واللائى لم يحضن واولات الأحمال أجلهن ان يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من امره يسرا "[2]

ففي هذه الآية بين الله تعالى عدة الصغيرة التي لم تحض، وسبب العدة شرعا هو النكاح وذلك دليل على صحة نكاح الصغيرة ويقاس عليه نكاح الصغير.[3]

وبدليل تزويج ابى بكر رضى الله عنه ابنته عائشة رضى الله تعالى عنها - من الرسول الله صلى الله عليه وسلم وهى صغيرة[4] " كما قالت عائشة رضى الله تعالى عنها تزوجنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت سبع وفى روايه أوست - ودخل بى وأنا بنت تسع "[5]

١- بدائع الصنائع ج ٢ ص٢٤١ والمبسوط للسرخسى ج ٤ ص٢١٢ والشرح الصغير وبلغة السالك لأقرب المسالك ج ١ ص ٣٩١ ومغنى المحتاج ج ٣ ص١٤٩ وكشاف القناع للبهوتى ج ٥ ص٤٣.

٢- سورة الطلاق الآيه ٤ ٣٠٤ - المبسوط للسرخسى ج ٤ ص ٢١٢ .

٤- بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٠ ٥٠ سنن ابى داود ج ٢ ص ٢٣٩ .

الرأى الثانى :

ويرى بعض فقهاء المسلمين - عثمان البتى وابن شبرمة وابوبكر الأصم -

عدم ثبوت ولاية الزواج على الصغير والصغيرة لعدم حاجة الصغار الى الزواج لأن المقصود من النكاح قضاء الشهوة والنسل ، والصغر ينافيهما[1]

واستندوا الى قول الله تعالى " وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم[2] " فهذه الاية دلت على عدم صحة النكاح قبل البلوغ ومن ثم عدم الحاجه الى الولاية[3]

الرأى الثالث :

أما ابن حزم الظاهرى فإنه أثبت الولاية على الصغيرة البكر فقط ، دون الصغير وذلك لتزويج سيدنا ابى بكر سيدتنا عائشة منه صلى الله عليه وسلم كما ذكرنا قبل قليل[4]

ومما سبق يظهر أن الخلاف بين الفقهاء هنا لا يرجع الى اختلافهم فى الصغر كشرط لثبوت ولاية التزويج ، وانما يرجع الى اختلافهم فى جواز وصحة تزويج الصغير والصغيرة.

الترجيح - وبالنظر فى آراء الفقهاء وما ذكروه من أدلة يتبين ان رأى الجمهور هو الأرجح نظرا لقوة أدلتهم من المنقول والمعقول ، وضعف الادلة التى ذكرها عثمان البتى وابوبكر الاصم وابن شبرمة ، وابن حزم الظاهرى انما ذهب الى ما ذهب اليه لانه ينكر القياس.

المسألة الثانية : زوال العقل بالجنون أو العته.

الجنون :. لا خلاف بين الفقهاء فى كون الجنون شرط لصحة الولاية. واتفق الفقهاء على ان الجنون يوجب الولاية على صاحبه وذلك لعجزه عن التصرف وقياسا على الصبى.

---

١ - المبسوط للسرخسى ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ وبدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٠ .

٢ - سورة النساء الآية ٦ ٣ - المبسوط للسرخسى ج ٤ ص ٢١٢ ٤ - المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٩ ص ٤٩٠ ، ٤٩٢ .

والجنون إما ان يكون مطبقاً[١] او غير مطبق -

وقد اتفق الفقهاء على ان الجنون المطبق شرط لصحه الولاية- واما غير المطبق فلا تثبت عليه ولاية التزويج بل ينظر افاقته-

وعند جمهور الفقهاء تثبت الولاية على المجنون المطبق لانه بمنزلة الصبى ويستوى ان كان جنونه أصليا - بان بلغ مجنونا - أوعارضا - بأن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ - وقال زفر: اذا طرأ الجنون لم يجز للمولى التزويج لأنه ثبت له الولاية على نفسه عند بلوغه . والنكاح يعقد للعمر ولا تجدد الحاجة اليه فى كل وقت فبصيرورته من اهل النظر لنفسه يقع الاستغناء فيه عن نظر الولى بخلاف المال فان الحاجة اليه تجدد فى كل وقت-

دليل جمهور الفقهاء . ان ثبوت الولاية لعجز المولى عليه عن النظر لنفسه . والجنون الاصلى والعارض فى هذا سواء[٢] والذى أراه أن رأى جمهور الفقهاء هو الراجح لأن الجنون المطبق شرط لصحة الولاية و يستوى ان كان جنونه أصليا أوعارضا لعجزه عن التصرف " وهذا الاستدلال اقرب للواقع العملى من استدلال زفر لأنه المجنون قد يحتاج الى النكاح مع عجزه عن عقده وفضلاً عن ذلك فان زفر قد اثبت الولاية على المال فمن باب أولى تثبت على النفس . وهذا ما نميل إليه -

---

١- المراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل السنة وقيل أكثر السنة وقيل الشهر وعليه الفتوى مذهب الحنفية . وقال ابوحنيفة لا يوقت فى الجنون المطبق شئ وكما هو دأبه فى التقديرات فيفوض الى رأى القاضى (فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٥ .

٢ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤١ والمبسوط للسرخسى ج ٤ ص ٢٢٨ والبرالرائق ج ٣ ص ١١٨ وجواهر الاكليل ج ١ ص ٢٩٦ وبلغة السالك لأقرب المسالك ج ١ ص ٣٨٢ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢٠ والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٩٩ ، ٥٠٠

العـــته ـ[1]

والعته ايضا شرط لصحة الولاية وسبب من اسباب ثبوت الولاية عند اكثر الفقهاء لعجزه عن التصرف كالمجنون بل هو أولى من الصبي بثبوت ولاية الزواج عليه[2]ـ

المسألة الثالثة : الأنوثة ـ

اختلف الفقهاء في زواج المرأة المكلفة من دون ولي على الرأيين ـ

الرأي الاول : يرى جمهور الفقهاء ان الأنوثة مانع من صحة عقد الزواج ، ومن ثم فهي شرط في المولى عليه وسبب من اسباب ثبوت الولاية ـ

وأساس هذه الولاية ان البالغة العاقلة ليس لها ان تنفرد بامر زواجها ، بل لوليها سلطان عليها ولا ينعقد النكاح بعبارتها[3]

واستدل جمهور الفقهاء في اشتراط ثبوت الولاية على المرأة البالغة العاقلة بعدة أدلة ومنها ـ

أولاً من القران : قول الله تعالى " فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن "[4] وهذا أصح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى[5]

ثانياً من السنة النبوية : قوله عليه الصلاة والسلام " لا نكاح إلا بولي[6] " اي لا يصح النكاح إلا بولي و (هنا نافيه ولكنها بمعنى النهي)[7] وقوله عليه الصلاه والسلام " لا تزوج المراة المرأة ولا المرأة نفسها " و (لا) في الحديث ناهية والنهي يقتضي الفساد ، أو هي نافية بمعنى النهي حتى لا يلزم الكذب في اخباره صلى الله عليه وسلم ـ

١- اختلال في العقل بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين (التوضيح والتلويح ج ٢ ص ٧٩٢ ٢- فتح القدير ج ٣ ص ٢٧٢ والمغني لابن قدامة ج ٦ ص ٤٩٩
٣- الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٢٥٦ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٩٨ ومغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٧ والمغني ج ٦ ص ٤٩٩ ٤- سورة البقره الاية ٢٣٢ ٥- مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٧
معنى العضل : منع المراة من التزويج من بكفها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه (المغني ج ٦ ص ٤٧٧) ٦- سنن ابي داود ج ١ ص ٢٨٣ . سبل السلام ج ٣ ص ١١٧
٧- سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٠٦ وجامع ترمذي ج ١ ص ١٤١ .

الرأى الثانى : ويرى ابوحنيفة وابويوسف فى رواية عنه : ان للمرأة البالغة العاقلة ان تنفرد بعقد الزواج من غير اشتراك وليها ـ[1]

واستدلا على صحة عقد الزواج منها ومن ثم عدم اشتراط الولاية لصحة العقد وبالتالى عدم ثبوتها بعدة ادلة ومنها ـ

أولاً من القران : قال الله تعالى " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره "[2]

وهذا يدل على ان النكاح ينعقد بعبارتها ، لانه اضيف اليها ـ[3]

وقول الله تعالى " واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن "[4]

والاستدلال بهذه الاية من وجهين ، احدهما انه اضاف النكاح اليهن فيدل على صحة النكاح بعبارتهن من غير شرط الولى ـ

والثانى : نهى الأولياء عن منعهن من النكاح انفسهن من ازواجهن اذا تراضى الزوجان . والنهى يقتضى وجود المنهى عنه ـ[5]

ثانيا من السنة النبوية : قوله عليه الصلاة والسلام " الأيم أحق بنفسها من وليها "[6]

والأيم : من لازوج لها بكرا كانت أو ثيبا ويفهم من الحديث ثبوت حقين ، حق الولى فى مباشرة عقد النكاح برضاها ، وحقها فى الانفراد بعقد النكاح لأنه جعلها أحق منه ولن تكون أحق الا إذا زوجب نفسها بغير رضاه ـ[7]

ثالثا من المعقول : للمرأة أن تنفرد بعقد الزواج من غير اشتراك وليها ـ[8] لأنه تصرف فى خالص حقها ، وهى من أهله لكونها عاقلة بالغة ، ولهذا كان لها حق التصرف فى المال ، ولها اختيار الأزواج ، وانما يطالب الولى بتزويجها كيلا تنسب الى الوقاحة ولذا كان المستحب فى حقها تفويض الأمر اليه ، والاصل هنا ان كل من ينفذ تصرفه فى ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه نفسه ، وكل من لا ينفذ تصرفه فى ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه ـ[9] وعلم مما تقدم ان الادلة لكلا الرأيين تحتمل وجوها وسنناقش هذا فى المطلب الثانى من المبحث الثانى من الفصل الرابع ، إن شاء الله تعالى[10]

١- بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٢ والهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ـ ٢- سورة البقرة الآية ٢٣٠ ـ ٣- البرالرائق ج ٣ ص ١٠٩ ـ ٤- سوره البقرة الآية ٢٣٢ ـ ٥- بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٨ ـ ٦- سنن ابى داؤد ج ١ ص ٢٩٢ ، ٧٠- البحرالرائق ج ٣ ص ١٠٩ ـ ٨- بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٣ والهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٢٥٦

٩- البحرالرائق ج ٣ ص ١٠٩ ، ١١٠ ـ راجع ص ١٥٦ وما بعدها

الفرع الثـــانى

شروط المولى عليه فى القانون .

القانون الباكستانى فيما يتعلق بعموم الولاية يسيرعلى مقتضى الشـريعة الاسلامية ونصعليه فى القانون رقم ٥ لسنه ١٩٦٢م الذى ذكران مسئالة الولاية على النفس يرجع فيها لاحكام الشريعة الاسلامية- ولكن القانون الباكستانى منع زواج الصغارقبل البلوغ - وهذا حسب الماده رقم قانون رقم ٤ لسنة ١٩٢٩م .وأوجب على الولى عقوبة تبدأ بالحبس- بلا مشقة- لمدة شهر ، أو بغرامة مالية تبلغ الف روبية أو بهما جميعا -

وهذا اذا قام الولى بالمساعدة فى عقد زواج الصغاراو بإنشاء هذا العقد ، أو اجازته او بالتساهل فى المنع عن الزواج - اى ينعقد زواج الصغير بحضوره أو بعلمه ، ويتساهل فى منع هذا الزواج -

وهذا (المنع من تزويج الصغار) فى القانون الباكستانى نجد له مستندا عند بعض أقوال الفقهاء فهـذا هو مذهب عثمان البتى وابن شبرمة وابوبكر الأصم حيث منعوا زواج على الصغار -

ويرى ابن حزم الظاهرى منع زواج الصغيردون الصغيرة -

ومما تقدم يتبين ان القانون تعارض فى هذه المسئالة مع المذاهب الفقهية الأربعة المعتبرة- الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، والشافعية- إلا انه يجد له مستندا من بعض الأراء لبعض العلماء -

المبحث الثـــانى

الـــــولى و شـــــروطه

والكلا م فيه فى مطلبيـــــن

المطلب الاول : فى شـــــروط الولى فى ولاية الحفظ والتـــــربية-

والمطلب الثانى : فى شـــــروط الولى فى ولاية الزواج

المطلب الاول

شـــــــروط الولى فى ولاية الحفظ والتربية -

وفيه فرعان :

الفـــرع الاول : شـــروط الولى فى الشريعة الاسلامية

والفرع الثـــانى : شـــروط الولى فى القانون -

الفـــرع الاول :

شـــروط الولى فى ولاية الحفظ والتربية فى الشريعة الاسلامية . ـ

١ ـ الشرط الاول : أن يكون بالغا فلا تصح ولاية الصغير لانه لا ولاية له على نفسه فأولى ان تثبت له ولاية على غيره[١] ـ

٢ ـ الشـــرط الثانى : أن يكون عاقلا فلا تثبت الولاية للمجنون لانه لا يستطيع القيام بشئون نفسه فلا يكون له تولى شئون غيره ـ و يستوى فى الجنون ان يكون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من ولاية الحفظ والتربية ـ وكذلك لا تصح ولاية المعتوه لانه محتاج لرعاية الغير فلا يرعى هو غيره ، وكلاهما ـ المجنون والمعتوه كالصغير فلا تصح ولاية لهما على [٢] ـ

٣ ـ الشـــرط الثالث : يشترط فى الولى ان يكون أمينا على المولى عليه فلا تثبت ولاية لغير امين على تربية الولد و تقويم اخلاقه ـ كالفاسق من سكير أو مشتهر بالزنا او اللهو الحرام لان فى كفالته ضرر على المولى عليه و هذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر[٣] ـ

٤ ـ الشرط الرابع : ان يكون حرا فلا تصح ولاية لرقيق لانه لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يثبت له ولاية على غيره ولانه مشغول بخدمة سيده ـ[٤]

٥ ـ الشرط الخامس : ان يكون قادرا على حفظ المولى عليه و صانته ـ فلا تثبت ولاية لغير القادر على الحفظ والتربية ، مثل الشيخ اذا أفند ـ والمريض لانه يحتاج الى من يحافظ عليه و يرعاه ـ والذى لا يقدر على رعاية مصالح المولى عليه (الصبى ..... ،، لكونه غير كف للقيام بذلك ـ

---

١ ـ منحه الخالق والبحر الرائق ج ٤ ص ١٦٩ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٣٥٦ و مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٧ ب(٢) ـ البحر الرائق ج ٤ ص ١٧١ و فتح القدير ج ٤ ص ٣٧١ و تقريرات الشيخ محمد عليش و حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٨ و مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٤، ٤٥٥ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ١٦٩ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٧ و كشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٨ (٣) ـ البحر الرائق ج ٤ ص ١٦٧، ١٦٩ وبدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣ وتقريرات الشيخ محمد عليش وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٨ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٣٥٦ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ١٦٩ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٨ والمغنى ج ٩ ص ١٣٧ (٤) ـ بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٢ وتقريرات الشيخ محمد عليش وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٧، ٥٣٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٤ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٩ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٦٥

٦- الشرط السادس : الاسلام اذا كان المولى عليه مسلما -

القول فى هذه المسألة من ناحتين -

الاولى . فى شرط الحاضنة

والثانية . فى شرط ولاية الحاضن

الاولى . شرط الحاضنة -

اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين -

الراى الاول . يرى الشافعية والحنابلة ان الإسلام شرط لصحة الحضانة . فلا تثبت الحضانة للحاضنه الكافرة ؛ لان الحضانة ولاية ولم يجعلها الله للكافر على المؤمن بدليل قول الله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا[1] "

ولانه يُخشى على دينه من الحاضنة لحرصها على لنشوئه على دينها . وتربيته على هذا الدين ، ويصعب عليه بعد ذلك ان يتحول عنه . وهذا اعظم ضرر يلحق بالطفل[2] -

الرأى الثانى : لم يشترط الحنفية والمالكية اسلام الحاضنة فيصح كون الحاضنة كتابية او مجوسية او ذمية لأن هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وانه لا يختلف بالاسلام والكفر ولان الشفقة لا تختلف باختلاف الدين[3] -

ولكن إختلف الحنفية والمالكية فى مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة -

فقال الحنفية : يبقى عندها الى ان يعقل الأديان ببلوغه سنة السابعة . أو يتضح ان فى بقائه عندها خطرا على دينه أو يخشى ان تعوده على شرب الخمر او أكل لحم الخنزير مثلا -[4]

١- سوره النساء الاية ١٤١ . ٢- مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٨ . ٣٠ - فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ وتقريرات الشيخ محمد عليش بهامش حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٣٦ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٣٥٩ . ٤- الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٨٢ . ٣٧٣ وبدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٢

وقال المالكية: يبقى مع الحاضنة الى انتهاء مدة الحضانة الشهيرة.

ولكنها تُمنع من تغذيته بالخمر ولحم الخنزير فان خشينا ان تعتقل الحرام اعطى حق الرقابة الى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الضرر.[1]

والأحناف وان رأوا جواز حضانة الكافرة، إلا إنهم إشترطوا: ان لا تكون مرتدة لان المرتدة تستحق الحبس فلا تُتاح لها الفرصة لحضانة الطفل.[2]

وأرجح رأى الشافعية والحنابلة لأن الولد يحتاج من صغره الى بيئة مسلمة حتى يصلح فيها أحواله وظروفه ولا ينطبع في ذهنه امور معاندة للإسلام ولا يتأثر من خُلق وعادات حاضنته غير المسلمة. وعند الحاضنة الكافرة من الشفقة ان تعود الولد على عاداتها المحبوبة اليها وان كانت مخالفة للاسلام. وبعد انتهاء الحضانة يصعب تغيير عاداته الراسخة في طبيعته حيث بقي في هذه البيئة لسبع سنوات مثلا. ولا يمكن للمسلمين حماية الولد ورعايته في هذه الحالة.

فلذلك ارجح راى الحنابلة والشافعية وأميل اليه.

الثانية: في شرط ولاية الحاضن

إختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين.

القول الاول: الإسلام شرط لصحة الولاية عند الحنفية والشافعية والحنابلة، فلا ولاية للكافر على مسلم بدليل قول الله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ".[3]

ولأن الولاية اذا لم تثبت للفاسق فاولى ان لا تثبت للكافر لان ضرره أكثر، لأنه يجتهد في إخراجه عن الاسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وهذا أعظم الضرر والولاية إنما

١- المدونة الكبرى المجلد٢ ص ٣٥٧ وتقريرات الشيخ محمد عليش بهامش حاشيه الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٩ ٢٠- جامع احكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ١ ص ٩٩ ٣٠- سورة النساء الآية ١٤١.

تثبت لحفظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه و هلاك دينه۔[1]

وقال الكاساني في كتابه " بدائع الصنائع " يشترط في الولي ان يكون مسلما بخلاف الحاضنة لان الحق في ولاية الحفظ والتربية مبني على الميراث ولا ميراث بالتعصيب للرجال مع اختلاف الدين ۔[2]

القول الثاني للمالكية : انه لا يشترط الاسلام في ولي الحفظ والتربية كالحاضنة لأن حق ولاية التربيه للرجل لا يثبت عندهم الا إذا كان عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجه أو غيرها ۔[3]

وأرجح قول جمهور الفقهاء لقوة أدلتهم من المنقول والمعقول۔

وأما المرتد عن الاسلام فلا تصح ولايته لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد لانه يستحق القتل فان تاب واسلم يعود حقه لزوال المانع إلا ان يوجد مانع آخر۔[4]

الفرع الثاني

شروط ولي الحفظ والتربيه في القانون۔

بالنسبه لشروط الولي على النفس في القانون ماده رقم ١٧ قانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠م "في تعيين الولي على نفس يشترط في الولي الأهلية الكاملة والقرابة للمولى عليه واتحاد الدين وان يكون صاحب الأخلاق الحسنة ولا يجوز للمحكمه أن تعين الولي بدون رضا الولي واساس هذه الشروط هو مصلحة المولى عليه۔[5]

ولكن هناك حكم قضائي حكم بان اتحاد الدين ليس بشرط بل الولاية حق ثابت للولي لا يزول عنه حتى بالردة۔[6] ويمكن القول بان القانون يتفق مع الشريعه في تقرير الشرائط وهي البلوغ والعقل والحرية والامانة والقدرة وفي اتحاد الدين ، كما تتفق مع بعض اقوال فقهاء الشريعة في اختلافه۔ ويختلف القانون عن الشريعة بالكلية في مسألة الإرتداد فالمرتد يقتل حسب الشريعة الاسلامية أو يحبس ، ولكن القانون لا يعاقب على الردة ولا يسقط عن المرتد الحق في الولاية۔

١۔ مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٥ والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٨ ، ٢٠ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٢ ، ٤٣ ، ٣٠ - تقريرات الشيخ محمد عليش وحاشيه الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٩ - ٤ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢٩ ۔

٥۔ S. 17 OF THE GUARDIANS AND WARDS ACT (VIII of 1890)

٦۔ Muchoo V. Azeensahee 1866,5 WR, Hari Chand V. Ghulam Rasul AIR 1932 Lahore P.385.

المطلب الثانى

شروط الولى فى ولاية الإنكاح والتزويج

وفيه فرعان .

الفرع الاول : فى شروط الولى فى ولاية الإنكاح والتزويج - فى الشريعة الاسلامية

الفرع الثانى : فى شروط الولى فى ولاية الإنكاح والتزويج فى القانون-

الفـــرع الاول

شروط الولى فى ولاية الانكاح والتزويج فى الشريعة الاسلامية-

اذا كانت الحكمة من الولاية على النفس هى تحقق المصلحة للمولى عليه ، حيث يقوم الولى عن القاصر فى الامور التى يعجز عن توليها مع عدم إهمال حقوق المجتمع وآدابه وفضائله ، والحفاظ على كرامة الأسرة- فلذلك اشترط الفقهاء فى الولى فى الزواج شروطا ، هى :

١- البلوغ -

٢- العقل

٣- الحرية

٤- القدرة

٥- الإسلام

٦- الزكورة

٧- العدالة

٨- الرشد

١- الشرط الاول : يشترط فى الولى ان يكون بالغا ، فلا تصح ولاية الصغير لانه لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره- هذا مذهب الجمهور ، وفى رواية عن أحمد بن حنبل يشترط بلوغه وقال : اذا بلغ عشرا زوج وتزوج لانه يصلح بيعه فتثبت له

الولاية كالبالغ ـ[1]

وأرجح رأى جمهور الفقهاء لان الصغير يحتاج الى ولاية الغير فلا تثبت له ولاية على الغير ـ

وقياس النكاح على البيع قياس لا يصح ، لان الضرر فى الزواج ابلغ والمصلحة فيه أخفى ـ

٢ - الشرط الثانى : ان يكون عاقلا . فلا تثبت الولاية للمجنون لأنه ليس من اهلها ، ولأن اهلية الولاية بالقدرة على تحصيل النظر فى حق المولى عليه وذلك بكمال الراى والعقل ولم يوجد ، وكذلك لا تثبت الولاية للمعتوه لضعف عقله لأن شرط الولى العقل فلا يصح عقد منه ـ[2]

والجنون الذى يمنع ثبوت الولاية هو الجنون المطبق [3] فانه يزيل الولاية زوالا تاما حتى يثبت شفاؤه ـ[4]

٣ - الشرط الثالث : ان يكون حرا . فلا تصح ولاية العبد ، الولاية بإنفاذ القول على الغير ولاية متعدية ، ولولاية القاصرة منتفيه عن العبد فالمتعدية أولى ـ ولان هذه ولاية نظر ومصلحه ، ومصالح الولاية لا يوقف عليها إلا بالتامل ، والمملوك لاشتغاله بخدمة مولاه لا يتفرغ للتامل والتدبر ـ

---

١ - حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٧٧ والبحر الرائق وبدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٧ وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٢ والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ١ ص ٣٨٧ والخرشى ج ٣ ص ١٨٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٦ والانصاف للمرداوى ج ٨ ص ٧٢ والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦٥ .

٢ - المراجع السابق ، والفتاوى العالمكيرية ج ١ ص ٢٨٤ والمهذب ج ٢ ص ٣٦ .

٣ - والمراد بالجنون المطبق هو ما قيل سنه ، وقيل اكثر السنه ، وقيل الشهر ، وقال ابوحنيفه : لا يوقت الجنون المطبق شئى كما هو دأبه فى التقديرات ، فوض الى راى القاضى (فتح القدير ج ٣ ص ١٨٥) ٤ - فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٥ والخرشى على مختصر الخليل ج ٣ ص ١٨٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٣ والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦٥ .

وقد انعقد الإجماع على نفى ولايته فى النكاح لعجزه ـ وليس نفى الولاية مطلقا ـ ①

٤ـ الشرط الرابع : ان يكون قادرا ، فلا تثبت الولاية للعاجز . لان العاجز لا قدرة له على نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره ـ ②

٥ ـ الشرط الخامس : الاسلام اذا كان المولى عليه مسلما ③ ـ فلا تصح ولاية غير المسلم على المسلم بدليل قول الله تعالى "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ④ ـ

وقد انعقد إجماع اهل العلم على عدم ثبوت الولاية فى الزواج للكافر على المسلم ⑤ ـ

وكذلك لا تثبت الولاية للمسلم على الكافر ـ اى ولاية التزويج بالقرابة بدليل ⑥ قول الله تعالى " مالكم من ولايتهم من شئ ⑦ ـ

وقال المالكية فى الكافرة الكتابية يتزوجها مسلم ، يجوز ولأبيها الكافر أن يعقد لها عليه ⑧ ـ

١ـ فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٤ والبحر الرائق ج ٣ ص ١٢٣ وبدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٩ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ١٧٦، ١٧٧ والخرشى ج ٣ ص ١٨٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٦٥ وكشاف القناع ج ٥ ص ٥٣ والمغنى ج ٦ ص ٤٦٥ .

٢ـ فتح القدير ج ٣ ص ٣٨٥ والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ١ ص ٣٨٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٣ والمغنى ج ٦ ص ٤٦٥ (وقال : الخطيب الشربينى إلا تثبت ولاية لمختل النظر بهرم ، وهو كبرسن ـ وكذلك قال ابن قدامة لا تثبت ولاية للعاجز ، وسواء فى هذا من لا عقل له لصغيره كطفل ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند ـ

٣ـ الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٢٨٥ والخرشى على مختصر الخليل ج ٣ ص ١٨٨ والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ١ ص ٣٨٧ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٦

٤ـ ـ سورة النساء الآية ١٤١ ـ ٥٠ ـ المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦٥ ، ٤٦٠ ـ فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٥ والخرشى ج ٣ ص ١٨٨ والمهذب ج ٢ ص ٣٦ وكشاف القناع ج ٥ ص ٥٣

٧ ـ ـ سورة الأنفال الآية ٧٢ ـ ٨٠ ـ الشرح الصغير وبلغة السالك ج ص

وهل يجوز للمسلم ان يزوج امته الكافرة ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأى الاول : يرى المالكية والحنابلة وهو قول للشافعية - انه يجوز للمسلم ان يزوج امته الكافرة لانها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها إختلاف الدين كالولاية في البيع والإجارة [١]

الرأى الثانى : وعند الحنفية وهو القول الآخر للشافعية - لا يجوز للمسلم ان يزوج امته الكافرة لانه اذا لم يملك الكافرة بالنسب فان لا يملك بالملك أولى [٢]

وأرجح رأى جمهور الفقهاء لان ولاية الولى تثبت بالملك فيجوز له التصرف في تفسها باى طريقة ومن ذلك الزواج -

ويجوز للسلطان المسلم ان يزوج الكافرة بولايته العامة ، اذا لم يكن لها ولى من اهل دينها - ودليل ذلك :

اولا من السنه : عن عائشه رضى الله تعالى عنها ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها - فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » [٣]

وثانيا : من المعقول .

ان ولايه السلطان تعم المسلمين واهل الزمه - خلاصه القول ان المسلم تثبت له الولاية على المسلم والكافر تثبت له الولاية على الكافر - واذ ن فليس الاسلام بشرط في ثبوت

---

١ - الشرح الصغير وبلغة السالك ج ١ ص ٣٨٧ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٦ وكشاف القناع ج ٥ ص ٥٣ - ٢٠ - الفتاوى الكبرية ج ١ ص ٢٨٤ والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٦ . ٣ - رواه احمد ، والترمذى وابوداود وابن ماجه والدارمى وصححه (مشكاة المصابيح للخطيب التبريزى ج ٢ ص ٩٣٨ الطبعة الثانية ١٩٧٩ بيروت المكتب الاسلامى

٢ - فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٥ وحاشية رد المحتار لابن عابدين المجلد ٣ ص ٧٧

الولاية وليس الكفر بمانع منها - لان الكفر لا يقدح فى الشفقة بين الولى والمولى عليه - والدليل على ذلك قول الله تعالى " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض "[1] غاية الامر ان المسلمة لا يزوجها الا مسلم -

ولا تثبت ولاية للمرتد على أحد لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد لانه يستحق القتل[2] كما قدمنا[3] -

٦ - الشرط السادس : الذكوره -

- لا يكون الولى الا ذكرا ، وهذا عند جمهور الفقهاء غير الحنفية ، فلا تثبت ولاية الزواج للانثى لان المرأة لا تثبت لها الولاية على نفسها فاولى ان لا تثبت لها الولاية على غيرها[4] -

والدليل من السنه :

قوله عليه الصلاة وسلم عن ابى هريره قال " قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لا تزوج المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هى التى تزوج نفسها -[5] وابوحنيفة أثبت ولاية التزويج للأم والبنت وغيرهما من النساء اذا لم يكن عصبات من الرجال ، وذلك بناء على مذهبه من ان الولايه تكون لعامة الأقارب ذكورا واناثا -[6]

وأرجح رأى جمهور الفقهاء لوجود دليل من المنقول وان كان موقوفا إلا انه يوخذ به قبل رأى الحنفية -

---

١ - سورة الانفال الآية ٧٣ - ٢٠ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٩ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ١٧٦ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ١٥٩ - ٣٠ راجع ص ٥٩

٤ - المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٧٩ وبدآية المجتهد ج ٢ ص ١٢ ونهايه المحتاج ج ٦ ص ٢١٩ والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦٥ ، ٥٠ - رواه ابن ماجه والدارقطنى واخرجه ايضا البيهقى ، قال ابن كثير الصحيح وقفه على ابى هريرة ، وقال الحافظ رجاله ثقات (نيل اللوطار ج ٦ ص ٢٥٠ ، ٢٥١) وسنن ابى داود المجلد ٢ ص ٢٢٩

٦ - فتح القدير ج ٣ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ والبحر الرائق ج ٣ ص ١٢٤ -

وأما من المعقول : فان المرأة ليست من أهل الولاية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام عن ابى بكره قال لما بلغ رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ان اهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى ، قال لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة " ①

ويظهر من هذا الحديث انه لا تثبت الولاية العامة للمرأة . والحديث الذى ذكر قبل ذلك بخصوص عدم ولاية المرأة على نفسها فى الزواج . يؤكد ان المرأة ليست من اهل الولاية على نفسها . فأولى ان لا تصح لها ولاية على غيرها - وبالجمع بين الحديثين انه لا تثبت لها ولاية خاصة -

---

① رواه احمد والبخارى والنسائى والترمذى وصححه (نيل الاوطار ج ٩ ص ١٦٦ ، ١٦٧)

الشـــرط السابع العدالة :

اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة على رأيين-

الرأي الاول . وهو شرط عند الشافعية على المذهب وفي رواية عن أحمد . فلا تثبت الولاية لغير العدل- وهو الفاسق[1]-

والدليل على ذلك من المنقول "عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما . موقوفا . قال لا نكاح الا بشاهدي عدل وولي مرشد[2]" وقال البيهقي بعد ان رواه من طريق اخرى عن ابي خثيم بسنده مرفوعا بلفظ "لا نكاح الا باذن ولي مرشد أو سلطان "[3]

وأما الدليل العقلي . فلأن الولاية تحتاج الى النظر وتقدير المصلحة والأمانة في تحقيقها فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال-

ويكفي العدالة الظاهرة . فيكفي مستور الحال[4] . لان اشتراط العدالة ظاهرا وباطنا فيه حرج ومشقة ويفضي الى بطلان غالب الأنكحة-

ويستثنى من هذا الشرط السلطان يزوج من لاولي لها . فلا تشترط عدالته للحاجة الى اثبات الولاية له مع عدم عدالته حيث للولي غيره . والسيد يزوج امته . فلا تشترط عدالته لانه يزوج بالملك لا بالولاية-[5]

١- الفاسق : هو من شهد و اعتقد ولم يعمل بشهادة و يرتكب الكبائر و يصر على الصغائر (قواعد الفقه للبركتي ص ٤٠٤)

٢ - رواه البيهقي عن ابن خثيم عن ابن عباس موقوفا (نيل الاوطار ٦ ص ٢٥٩) والبيهقي المجلد ٧ ص ١٧٦ انظر سنن الكبرى للبيهقي كتاب النكاح - المرشد في اللغه هو : اسم فاعل بمعنى الهادي الى طريق الرشاد (انظر لسان العرب ج ٣ ص ١٧٥ ، ١٧٧)

٣- قال البيهقي ان المشهور بهذا الاسناد موقوف على ابن عباس والبيهقي المجلد ٧ ص ١٢٦ ونيل الاوطار ٦ ص ٢٥٩)

٤- مستور الحال هو : عدل الظاهر وخفي الباطن . وقيل من لم تظهر عدالته ولا فسقه (قواعد الفقه للمجددي البركتي ص ٤٨٣)

٥- مغني المحتاج ج ٣ ص ١٥٤ وكشاف القناع ج ٥ ص ٥٤ .

واســـــتدلوا .

١ـ بعموم قول الله تعالى " وأنكحوا الايامى منكم[1] "

وهو خطاب عام للأولياء لا يخص العدول منهم ـ

٢ـ واما الدليل من المعقول فهو ان الفاسق يصلح ان يكون وليا يتولى فى تزويج مواليه باتفاق فثبتت له بذلك ولاية على الغير ، ولان له ولاية كاملة على نفسه فلا مانع ان يتولى امر غيره ، ولان اساس هذه الولاية هو الشفقة وأيضا بان الفسق لا يمنع من الإرث فلا يقدح فى الولاية ـ

وقد اجاب الحنفية والمالكية عن استدلال اصحاب الرأى الاول بالحديث ، بقولهم ان المرشد ليس معناه الرشيد وانما هو الذى يرشد غيره ويختار له وجوه المصلحة ، والفاسق اهل لهذا المعنى بما له من العقل والشفقة والحرص على مصلحة المولى عليه[2]

وأرجح رأى الحنفية والمالكية لقوة ادلتهم من المنقول والمعقول ـ ولان الشافعية والحنابلة يثبتون الولاية للولى العام ـ الحاكم ، والسيد ـ ولو كانا فاسقين فاولى ان تثبت للولى الخاص لان شفقته أوفر من الحاكم ـ

٨ـ الشرط الثامن الرشـــــد :

اختلف الفقهاء فى معناه هنا وبالتالى نذكر أراء الفقهاء فى معناه ـ

ومعناه هنا عند الحنابلة معرفة الكفء ومصالح النكاح وليس حفظ المال لان رشد كل مقام بحسبه[3]

١ـ سورة النور الآية ٣٢ ـ بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٩ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٤ وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٢ والخرشى على مختصر الخليل ج ٣ ص ١٨٧ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٣٣ والمغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٦٦

٣ـ كشاف القناع ج ٥ ص ٥٤ ـ

ومعناه عند الشافعية هو عدم تبذير المال - والرشد على هذين المعنيين شرط في الراجح عند الشافعية وعند الحنابلة في ثبوت الولاية لان المحجور عليه بسفه لا يلي امر غيره الزواج فاولى ان لا يلي امر غيره ، فان لم يكن السفيه محجورا عليه جاز له تزويج المولى عليه على القول المشهور عند الشافعية - واما المحجور عليه بالفلس : فتثبت له الولاية ، لانه كامل الاهلية وانما حجر عليه لحق الغير لا لنقص فيه[1]

ويرى الحنفية والمالكية : وهو رأى الحنابلة ايضا - ان الرشد - بمعنى حسن التصرف في المال ليس شرطا في ثبوت الولاية ، فيثبت للسفيه ولو محجورا عليه تزويج المولى عليه[2]

لكن يستحب عنده المالكية ان يكون تزويج من السفيه ذى الرأى[3] - باذن وليه ، فندب ان ينظر الولى بما فيه المصلحة فان كان صوابا ابقاه وإلا رَدَّه ، فان لم يكن له ولى أى كان غير محجور عليه - صح انكاحه ، اما ضعيف الراى فلا يصح منه العقد[4]

وأرى ان الرشد شرط لثبوت الولاية لان السفيه لا يقدر على تدبير امور نفسه المالية فكيف يشارك غيره ولأن عقد الزواج له أهمية لأنه يتعلق بحياة المولى عليه ولا يتجدد -

---

١- نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٣٢ وكشاف القناع ج ٥ ص ٥٤ -

٢- بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٣٩ والشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ١ ص ٣٨٧ وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٢ .

٣- والمراد بالرأى : العقل والدين وهذان لا ينافيان السفه -

٤- الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ١ ص ٣٨٧ وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٢ والخرشي على مختصر الخليل ج ٣ ص ١٨٩ -

الفـــرع الثانى

شـــــروط ولى التزويج فى القانون الباكستانى -

لا توجد شـــــــــروط الولى الزواج بالنسبه للمولى عليه فى القانون بصوره مستقله وإنما أحال القانون فى ذلك الى الشريعة الاسلامية حسب قانون رقم ٥ لسنه ١٩٦٢ م -

ولم يشترط القانون الباكستانى الأخذ بمذهب معين من المذاهب الفقهية ، وانما ذكر ذلك على وجه العموم -

المبحث الثالث

ما تكون فيه الولاية على النفس

والكلام فيه في مطلبين -

المطلب الاول : ما تكون فيه الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية -

والمطلب الثاني : ما تكون فيه الولاية على النفس في القانون الباكستاني -

المطلب الاول

ما تكون فيه الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية ، بينا قبل هذا في المبحث الاول والثاني شروط المولى عليه في ولاية الحفظ والتربية والتقويم ، وولاية التزويج - وكذلك شروط الولي في الولايتين المذكورتين - وبهذا انتهينا من الكلام في بعض احكام الركنين الأولين من الولاية - وهما شروط كل من المولى عليه والولي - والآن نبدأ في الركن الثالث الاخير من الولاية - وهذا الركن هو تصرفات الولي وحدودها - ويسمى هنا الركن ، ما تكون فيه الولاية على النفس - والولاية هي " قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شئون غيره جبرا عليه "[1]

ونأخذ من هذا التعريف نتيجة أن الولاية على نوعين ، ولاية عامة وولاية خاصة - وقبل ان نخوض في موضوعنا فلنشرح الولاية العامة - ونوضحها بامثلة عديدة - يطور التمثيل ولاية الحاكم ، فان له ولاية على نفوس الناس كلهم نافذة عليهم قهرا تحت سلطته وكذلك الولاية العامة ثابتة لنائبه نيابة عنه مثل وزير التنفيذ ووزير التفويض[2] وكذلك امير الجيش له ولاية الاجبار على المجاهدين[3] -

---

١ - احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الرحمن تاج ص ٥٥

٢ - احكام السلطانية للماوردي ص ٥-٢١ ولابي يعلى ص ١٩ ، ٣٣

٣ - احكام السلطانية للماوردي ص ٤٨ ولابي يعلى ص ٤٦ ، ٤٧ -

وولاية القاضى ايضاً ولاية عامة على الناس من حيث المجموع ، فاذا كان قاضيا على كل البلد فولايته عامة كل البلد واذا كان قاضيا بإقليم خاص أو منطقة خاصة فولايته ايضاً عامه فى تلك المنطقة والإقليم (١) -

وكذلك ولاية المظالم التى يرفع شكوى الناس واليها - ولاية عامة على الذين يتعلق بهما (٢) والولاية الخاصة على النفس هى ولاية الحفظ والتربية وولاية الزواج -

فكل نوع من الولايات المذكورة ولاية عامة على النفوس مثل ولاية الامام وولاية القاضى ونحو ذلك ولكن ولاية الحفظ والتربية وولاية الزواج ولايات خاصة بالنسبه الى الولايات مذكورة الصدر - ولهذا قسم علماء عصرنا الولاية على النفس الى قسمين :

ولاية الحفظ والتربية وولاية الزواج (٣)

وبناء على هذا فان الكلام فى هذا البحث سيقتصر على ما استقر علماء العصر من ان الولاية على النفس تشمل على نوعين فقط وهما -

الاول : ولاية الحفظ والتربية -

والثانى : ولاية التزويج -

وسياتى تفصيل ذلك فى الفصلين الثالث والرابع من هذا البحث -

---

١ - أحكام السلطانية للماوردى ص ٧٠ وما بعدها ولأبى يعلى ص ٦٥ وما بعدها -

٢ - أحكام السلطانية للماوردى ص ٧٧ وما بعدها ولأبى يعلى ص ٧٣ وما بعدها -

٣ - الولاية على النفس للإمام أبى زهرة ص ١٧ والأحوال الشخصية لأحمد الحصرى ص ٩

المطلب الثانى

ما تكون فيه الولاية فى القانون الباكستانى -

تثبت ولاية الحفظ والتربية حسب القانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠ م والقانون رقم ٤ لسنه ١٩١٢ م اما القانون ٥ رقم لسنه ١٩٦٢ م فانه تثبت ولاية الحفظ والتربية وولاية التزويج غيران هذا القانون لم يفصل القول فى هذه الولاية وانما أحال الى الشريعة الاسلامية-

امّا السلطنة العامة فانها تثبت من الدستور الباكستانى الصادر ١٩٧٣ م - على سبيل المثال ما ورد فى الماده رقم ٩٠ ان الاتحاد - الدولة - لها السلطة التنفيذية و و تنتقل هذه السلطة الى رئيس الاتحادية ، فللرئيس ان ينفذ القانون بنفسه او يولى غيره لتنفيذه وفق كما ورد فى الدستور-(١)

لكن هذه السلطة مقيدة حسب الفصل الاول من الباب الثانى من الدستور-(٢)

فالقانون الدستورى يذكر انه لكل شخص حرية التصرف والعيش والسلوك حسبما توحيه الإرادة العاقلة دون الإضرار بالغير او دون اى تاثير أو قيد إلا ما فرضته القوانين العادلة الضرورية وواجبات الحليلة الاجتماعية-

و يمكن القول ان القانون الباكستانى يتفق مع الشريعة الاسلامية-

فى ان الولاية على النفس تكون فى الحفظ والتربية والتزويج وكذلك تثبت للحاكم ولاية عامة على النفس حسب ما ورد فى الدستور-

---

١- PLD 1985 Central statute P. 472.

٢- Part II Chapter I of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, 1973.

الفـــصل الثالث

الولاية على النفـــس في غير الزواج -

والكلام فيه في ثـــلاثة مباحـــث :

المبحث الاول . في الحضانة و مشروعيتها وانواعها و مراحلها -

المبحث الثاني . في الأولياء في غير الزواج وواجباتهم -

المبحث الثالث . في انتهاء الولاية -

المبحث الاول

الحضانة و مشروعيتها و أنواعها و مراحلها -

الولاية على النفس في غير الزواج تشمل امورا .

أهمها : الحضانة وسنبينها في مطلبين -

المطلب الاول . في تعريف الحضانة و مشروعيتها -

المطلب الثاني . في أنواع تلك الولاية و مراحلها -

المطلب الاول

تعريف الحضانة ومشروعيتها ـ

وفيه فـــرعان :

الفرع الاول . في تعريف الحضانة ومشروعيتها في الشريعة الاسلامية ـ

الفرع الثاني . في تعريف الحضانة ومشروعيتها في القانون ـ

الفرع الاول . تعريف الحضانة ومشروعيتها في الشريعة الاسلامية ـ

اولا : في تعريف الحضانة . لغة وشرعا :

في اللغه : الحضانة بكسر الحاء وفتحها مصدر من حضن والحضن ما بين الابط والكشح أو هو الصدر ، ويقال حضنه ـ اى ربّاه ـ (١)

وشـــرعا : " تربية الولد لمن له حق الحضانة " (٢)

ثانيا : مشـــروعيتها .

١ ـ من السنه النبويه ، عن عبدالله بن عمرو بن العاص ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم ابوه انه ينتزعه منى ـ فقال أنت احق به ما لم تنكحى ـ (٣)

٢ ـ من المعقول . ان كفالة الطفل وحضانته واجبة لانه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وانجاوه من المهالك ـ (٤)

ثالثا : اختلاف العلماء في ان الحضانة حق حاضل للحاضنة أو المحضون ؟ وأثر هذا الخلاف :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على آراء ـ

---

١ ـ لسان العرب ج ٣ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ٢٠ ـ حاشية رد المحتار (لابن عابد ين ج ٣ ص ٥٥٥ ٣٠ ـ رواه احمد وابوداود لكن في لفظه " وان اباه طلقني وزعم ان ينتزعه مني " الحديث اخرجه ايضا البيهقي والحاكم وصححه (نيل الأوطار ج ٧ ص ١٣٨)

٤ ـ المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٣ ـ

الرأى الاول : يرى الحنفية ان الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليها لان الحق يتضمن معنى الجواز وهو القول الأصح عند الشافعية ، وأحمد و رواية عن مالك.[١]

واستدلوا بعدة أدلة .

منها : قول الله تعالى " فان أرضعن لكم فاتوهن اجورهن "[٢] فجعل الله تعالى اجر الرضاع على الأب لا على الأم مع وجودها - فدل ان الرضاع ليس على الأم ، ولأن الإرضاع إنفاق على الولد - ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها احد كنفقة ما بعد الاستغناء . فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه ، ولان التعبير بان يدل على جواز ترك الارضاع ، وترك الارضاع يتضمن تركه الحضانة ، فاذا لم يوجد من ترضعه غيرها اجبر عليه - وهذا قول عامة العلماء.[٣]

الرأى الثانى : وهو رواية عن مالك كما هو قول ابن ابى ليلى وابى ثور والحسن بن صالح ان الحضانة حق للمحضون فتكون واجبة على الأم ، فتجبر الأم الحاضنة على الحضانة - وقد اختار ذلك ابو الليث والهندوانى من مشايخ الحنفية[٤] والرازى ، واستدل اصحاب هذا الرأى بعدة أدلة -

منها : قول الله تعالى " والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين "[٥]

والمراد من الآية الأمر وهو للوجوب[٦]

---

١ - فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ وبدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٠، ٤١ وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٥٥ والمدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٦٢ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ والمغنى ج ٩ ص ١٣٩ ، ٢٠ - سورة الطلاق الآية ٦ -

٣ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٠ وحاشية رد المحتار ج ٣ ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ وفتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ والمدونة الكبرى ج ٢ ص ٣١٦ ، ٣١٧ - فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ ، ٥٠ - سورة البقرة الآية ٢٣٣ ، ٤٠ - فتح القدير ج ٤ ص ٤٤٨ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ -

الرأى الثالث : وساق ابن عابدين التوفيق بين الرأيين على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا فى الحضانة ، فقول من قال انها حق للحاضنة قلا تجبر ، هذا محمول على ما اذا لم تتعين لها ، واقتصر القول على انها - اى الحضانة - حقها لان المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها - ومن قال انها حق المحضون فتجبر محمول على ما اذا تعينت واقتصر على انها - اى الحضانة - حقه لعدم من يحضنه غيرها - [1]

ويوافقه فى هذا الشافعى -

الفـــرع الثانى :

تعريف الحضانة ومشروعيتها فى القانون -

اولا : فى تعريف الحضانة .

لم يرد فى القانون تعريف الحضانة ولكن يوجد فيه لفظ الولى " والولى معناه الشخص الذى يعتنى بنفس الصبى أو ماله او كليهما [2] " فيظهر من هذا ان فعل الولى أو عمله يسمى الولاية -

هذا التعريف للولى عام ينطبق على الولى على المال والولى على النفس - والحاضنة -

ثانيا : مشـــروعيتها :-

يجرى العمل فى باكستان حسب القانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠م الخاص بالأولياء على النفس والأولياء وعلى المال - [3]

وصدر فى باكستان القانون رقم ٥ لسنه ١٩٦٢م خاصا بالأحوال الشخصية الاسلامية - ويطبق على المسلمين حسب ما ورد فى الشريعة الاسلامية - [4]

١- حاشيه ردالمحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

٢- S .4 (2) The Guardians and Wards Act (VIII of 1890)

٣- The Guardians and wards Act (VIII of 1890)

٤ - The West Pakistan Muslim personal Law (Shariat) Act (V of 962)

المطلب الثانى

انواع تلك الولاية ومراحلها ـ

وفـــيه فرعان :

الفرع الاول : فى انواع تلك الولاية ومراحلها فى الشريعة الاسلامية ـ

الفرع الثانى : فى انواع تلك الولاية ومراحلها فى القانون ـ

الفرع الاول

انواع تلك الولاية ومراحلها فى الشريعة الاسلامية ـ

ان الشارع جعل الحق فى حضانة الولد فى مراحل حياته الأولى لأمه ، والمراد بالحضانة . حفظ القاصر ورعايته والقيام على تربيته ، وفى هذا الدور من الحياة يكون فى رعاية أمه أو امرأة تغنى غناءها ـ ولهذا كانت الحضانة للنساء لان الولد يحتاج فى هذه المرحلة الى تربية النساء ـ

وكذلك تثبت على المولود ولاية على النفس وهى فى مقابل الولاية على المال ـ واذا كان المولود حين يولد يحتاج الى من يقوم على غذائه وفراشه ولباسه ، يغذيه وينميه ويلبسه ، فانه يحتاج الى من يحميه ومن يحسن اليه ويوجه سلوكه ـ وهو الرجل القوى الذى يرعاه ـ واذا كانت أمه تمده بعنايتها داخل البيت ، فابوه يمده بحمايته وعطفه ورعايته داخل البيت وخارجه ـ ①

وفى هذا المرحلة تثبت على الصبى حضانتان ، حضانة الأم وما يمكن ان نسميه مجازا ـ ②

---

١ ـ بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ ، ٤٣ وفتح القدير ج ٤ ص ٤٢٨ والبحر الرائق ج ٣ ص ٧٠ والخرشى ج ٤ ص ٢٠٨ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ ، ٥٢٧ والمدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٥٦ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ ، ٤٥٣ والمغنى ج ٩ ص ١٣٣ ـ

٢ ـ بعض الفقها يثبت للرجال حضانة حقيقة ولكن بمعنى الولاية على النفس لان طبيعة الرجل فى الغالب تنافى الحضانة بمعناها الاخص (بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ ـ

حضانة الأب بالولاية على النفس فاذا مات أحدهما - أو كان احدهما غير صالح للعمل الذى يجب عليه فان الحضانة بنوعيها تنفصل عن الابوين - فتكون الحضانة لغير الأم من النسا . وتكون الولاية على النفس لغير الأب من الأولياء - وان الحضانة تستمر مشاركة الولاية على النفس حتى تنتهى مدة الحضانة وقد إختلف الفقهاء فى مدة انتهاء الحضانة وسياتى - وإذا إنتهت الحضانة صارت الرعاية الكاملة للقاصر منوطة بالولى على النفس ، وصار الولى على النفس هو المهيمن وحده ، وهو يتولى إصلاحه وتربيته -

وكذلك يجب على الولى تعليم المولى عليه فان عين له معلما أو ارسله إلى المدرسة ثبتت للمعلم ولاية على الصبى -[1]

ويمكن القول بأن ولاية النساء ولاية ناقصة لأنها فقط لتربيه الولد فى وقت معين ولا تثبت لهن ولاية على النفس بمعناها الكامل عند جمهور الفقهاء -

وكذلك الولاية المقيدة بإذن الولى ، وهى التى تثبت للمعلم لتعليم الصبى فقط - فهى ولاية ناقصة أيضاً -

وأما ولاية الولى على النفس فهى ولاية كاملة ، وتثبت له ولاية الحفظ والتربية وغيرها من عناصر الولاية على النفس -

مراحل الحضانة :

المرحلة الاولى :- تبتدى هذه المرحلة بولادة الولد فهو محتاج منذ - يولد لمن يعتنى به ويقوم على تربيته وحفظه وتدبير كل ما يلزمه فى حياته. لأنه فى حياته الاولى يكون عاجزا عن هذا -

والشريعة الإسلامية قد ناطت هذا الامر بوالدى الصغير لانهما اقرب الناس اليه فى هذه الحياة - اما عن تربيته ورعاية شئونه فى المرحلة الاولى فقد جعلتها للأم أو من تقوم مقامها من النساء -

---

١- بدائع الصنائع ج ٢ ص ١٤٥ والمدونة الكبرى ج ١ ص ١٠٢ والمجموع للإمام النووى ج ١ ص ٢٧ والمهذب ج ١ ص ٥١ والمغنى ج ١ ص ٦١٦ -

وأما عن ولاية التصرف في نفس الولد فقد جعلها للأب أو من يقوم مقامه من الأولياء .

وفي هذه المرحلة احق الناس بحضانة الطفل أمه لا يعرف فيه خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية ما دامت الأم قد اجتمعت فيها شرائط الحضانة.[1]

المرحلة الثانية : تبتدى هذه المرحلة ببلوغ الصغير سبع سنين أو سن التمييز عند البعض .

وفي هذه المرحلة اذا كانت الزوجية باقية بين الابوين فالحضانة لها - للأم - وأما اذا افترقا بطلاق أو نحوه - (كاللعان مثلاً)

فالأمر إما أن يتعلق بالغلام أو البنت .

أولاً الغلام :

يرى الشافعية والحنابلة أنه اذا بلغ الغلام سن التمييز وافترق ابواه خير بين ابويه بدليل ما روى عن ابى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : ان النبى صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه "[2]

وقال ابن قدامة في المغنى . وقد انعقد إجماع الصحابة على ذلك - فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهارا وإن إختار أمه كان عندها ليلا وعند ابيه نهارا ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه.[3]

وقال الحنفية : يجبر الأب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لان نفقته وصيانته عليه بالإجماع.[4]

١- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ ، ٤٣٠ والمدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٥٩ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ ، ٥٢٧ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ والمغنى ج ٩ ص ١٣٣

٢- رواه احمد وابن ماجه والترمذى وصححه (نيل الاوطار ج ٧ ص ١٣٩ ، ١٤٠ -

٣- مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ ، ٤٥٨ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٢ ، ١٤٣ -

٤- فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٨ والبحر الرائق ج ٣ ص ١٧٠ -

فان لم يستغن عن الأم فلا تجبر الأم على دفعه إلى الأب -

وقال الامام مالك : يترك الغلام مع أمه حيث شاء ولكن إذا إحتاج إلى الأب فللأب أن يؤدبه بالنهار ويتقلب إلى أمه بالليل فى حضانتها ويؤدبه عند أمه ويتعاهده عند أمه ولا يفرق بينه وبينها إلا أن تتزوج -(١)

ثانيا البنت : اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على أراء

الرأى الاول . يرى الحنابلة انه اذا بلغت الجارية سبع سنين كانت عند أبيها ، لأن الفرض بالحضانة الحفظ . والحفظ للجارية بعد السبع فى كونها عند أبيها لأنها تحتاج الى الحفظ والأب أحق بذلك فإن الأم تحتاج الى من يحفظها ويصونها -(٢)

ومن يحتاج الى حفظ نفسه كيف يحفظ غيره -؟

الرأى الثانى . ويرى الشافعية أنه اذا بلغت الجارية سن التمييز وافترق ابواها خيرت بين ابويها ، " لانه صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين ابيه وامه "(٣) والفتاة كالغلام فى الإنتساب ، ولان القصد بالكفالة الحفظ للولد ، والمميز اعرف بحفظ نفسه فيرجع اليه -(٤)

الرأى الثالث . اتفق الحنفية والمالكية على أن الأم أولى بها من الأب لكنهم إختلفوا فى ثمن ضمها الى امها -

فقال الحنفية . الأم والجدة احق بالجارية حتى تحيض لأنها بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى -(٥)

---

١ - المدونة الكبرى ج ٢ ص ٣٥٦ ، ٢٠ — المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٤

٣ - رواه احمد وابن ماجه والترمذى وصححه (نيل الاوطار ج ٧ ص ١٣٩ ، ١٤٠

٤ - مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ ، ٥٠ - الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٧١ -

وقال المالكية . الأم اولى بها حتى تبلغ مبلغ النكاح ويخاف عليها فإذا بلغت مبلغ النكاح و خيف عليها نظر ، فان كانت امها فى حرز ومنعة وتحصين كانت احق بها أبدا حتى تنكح وان بلغت ثلاثين سنة أو اربعين سنة ما دامت بكرا فأمها احق بها ما لم تنكح الأم أو يخف موضعها - فان خيف على البنت فى موضع الأم ولم تكن الأم فى تحصين ومنعة أو كانت غير مرضية فى حالها ضم الجارية ابوها اليه أو أولياؤها -[1]

المرحلة التالية للبلوغ .اى بعد البلوغ -

مذهب الحنفية :

الأمر اما يتعلق بالغلام أو البنت - فان تعلق بالغلام فانه اذا بلغ عاقلا وهو مأمون عليه ، واجتمع رأيه واستغنى عن الأب فلا حق للأب فى إمساكه كما ليس له ان يمنعه من ماله فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء ، أما اذا كان غير مأمون عليه فللأب أن يضمه الى نفسه ولا يخلى سبيله -[2]

واذا بلغ الغلام غير رشيد ، بأن كان معتوها مثلا فقد قيل بأنه يكون عند الأم وقيل ان الرأى السابق ينبغى ان يكون عند من يتخيره الولد - وأما عند الحنفية ، الذين يمنعون التخيير اذا بلغ السن المذكور يكون عند الأب -[3]

واذا تعلق الامر بالبنت فقد تكون بكرا وقد تكون ثيبا :

أما البكر : فيكون لأبيها ان يضمها الى نفسه لانها مطمع لكل طامع و لم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع -[4]

١- المدونة الكبرى ج ٢ ص ٢٥١ ، ٢٥٧ - ٢٠ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣

٣- البحر الرائق ج ٤ ص ١٧١ .

٤- فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٤ وبدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣

وأما الشيبا ، فان كانت مأمونة على نفسها فلا حق للأب فى ان يضمها الى نفسه ، وان لم تكن مأمونة على نفسها فللأب ان يضمها إليه. وكذا الأخ وللعم الضم اذا لم يكن مفسدا.[1] ولم يكن عنده ذكور بالغون غير محارم له.

المذاهب الأخرى :

يختلف الحكم إذا تعلق الأمر بغلام ، عنه اذا تعلق ببنت ا

فعند المالكية . اذا تعلق الأمر بغلام فإنه يبقى فى حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب بعد ذلك حيث شاء. ومثل الأم غيرها من جدة و خالة.[2]

وعند الشافعية . ان الغلام إذا بلغ رشيدا ولى أمر نفسه لاستغنائه عمن يكفله فلا يجبر على الإقامه عندا أحد أبويه.[3]

وكذلك عند الحنابلة. قال ابن قدامة : ان البالغ الرشيد لا حضانة عليه ، واليه الخيرة فى الإقامه عند من شاء من أبويه لأنه قد استغنى عنهما فان كان فهذا هو الحكم.[4]

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن الفقهاء متفقون على ان الغلام اذا بلغ عاقلا فان ولاية الحفظ و التربية تنتهى بالنسبه له ولا يجبر على الإقامة عند أى واحد من أبويه أو عند غيرهما ، بل له الانفراد إن أراد.

أما اذا بلغ الغلام غير رشيد بأن كان مثلا مجنونا أو معتوها او اعتراه الجنون او العته بعد ذلك ، ومثله البنت.

فالمشهور فى مذهب مالك أن الغلام اذا بلغ مجنونا أو زمنا ، سقطت حضانته عن الأم واستمرت نفقته على الأب ، اذا أن أمد الحضانة فى المذهب هو البلوغ من غير قيد او شرط.

١- المراجع السابق ٢- المدونة الكبرى المجلد ٢ ص ١٥٧ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ -
٣- مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٩ ٤٠ - المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٠ ، ١٤١ -

لكن يقابل هذا المشهور ما قاله ابن شعبان ان امد هما فى الذكر حتى يبلغ عاقلا غير زمن.[1]

وعند الحنابلة والشافعية كذلك يشترط لكى يختار الولد أحد الأبوين فى سن التميز ، أن يكون عاقلا عقل مثله و هذا يقتضى أنه إن كان معتوها أو مجنونا لا يخير ، و يبقى عند الأم حتى بعد البلوغ.[2]

وكذلك قال ابن قدامة . انما يخير الغلام بشرطان لا يكون معتوها فان كان معتوها كان عند الأم ولم يخير لان المعتوه بمنزله الطفل وان كان كبيرا ولذلك كانت الأم احق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير الصبى فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم و بطل اختياره لأنه زال استقلاله بنفسه وإنما كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بحفظه وكما فى حال طفوليته.[3]

والذى تخلص به من ذلك ان الحنفية والمالكية عند هم رأيان.

الاول و هو أن المعتوه و مثله المجنون يكونان بعد البلوغ مع الأب.

والثانى يكون له عند الأم و هذا يتفق مع مذهب الشافعية والحنابلة.

و بالنظر و صلت ان رأى الشافعية والحنابلة والرأى الثانى عند المالكية والحنفية هو الراجح لان المعتوه والمجنون فى حاجة الى حضانة النساء والأب لا يقدر على ذلك فلذلك أميل الى هذا الرأى.

واذا تعلق الأمر ببنت :

فقد نص المالكية فى المدونة الكبرى ان البنت تكون عند الأم ، أو عند الجدة أو الخالة ، على حسب الأحوال ، حتى تبلغ النكاح و يخاف عليها ، فاذا بلغت مبلغ

١- حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ -

٢- مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٦ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٢ -

٣- المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤٤ -

النكاح وخيف عليها ضرر ، فان كانت امها في حرز ومنعة وتحصين كانت أحق بها أبداً حتى تنكح - اى الأم أو الخالة - وإن بلغت محضونتها ثلاثين أو اربعين سنة ، ما دامت بكرا ، فاذا خيف على البنت في موضع الحاضنة من هؤلاء ، ولم تكن الحاضنة في تحصين ومنعة أو كانت غير مرضية في حالها ضم الجارية ابوها اليه - أو اولياؤها ، ان كان في موضع الذى تضم اليه كفاية وحرز -[1]

وعند الشافعية اذا بلغت البنت رشيدة فلها الإنفراد عن أبويها ولكن الأولى أن تكون عند أحدهما حتى تتزوج ان كانا مفترقين ، وبينهما ان كان مجتمعين لأنه أبعد عن التهمة -

لكن هذا ليس على إطلاقه بل إن لم تكن في انفرادها ريبة ، فإن كانت فللأم إسكانها معها ، وكذا للولى من العصبة اسكانها معه اذا كان محرما لها ، وإلا ففي موضع لائق بها يسكنها ويلاحظها دفعا لعار النسب كما يمنعها نكاح غير الكفء ، ويجبر على ذلك -[2]

وعند الحنابلة اذا كانت البنت بالغة فليس لها أن تنفرد بنفسها ، بل لأبيها أو لوليها عند عدم الأب ، منعها من الإنفراد لأن البنت إذا انفردت فلا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها -[3]

---

١ - المدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٣٥٩ ، ٣٥٧

٢ - مغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٩ ، ١٤١ -

٣ - المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١ -

الفـــرع الثانى

أنواع تلك الولاية ومراحلها فى القانون

فى القانون الباكستانى الأم أحق بحضانة الولد فى الحياة الزوجية وبعد تفرقه بطلاق ما دامت لم تتزوج بزوج آخر ـ

أما الغلام فيكون فى حضانة الأم الى سبع سنين وأما الجارية فتكون فى حضانة الى سن البلوغ وأما الولاية على النفس فى هذه المرحلة فقد جعلها القانون للأب لأنه الولى الطبيعى أو لوصيه بعد وفاته ـ①

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن القانون الباكستانى فى هذا الفرع يتفق مع الشريعة الإسلامية ـ

---

١ ـ MT. Haidre V. Jawad Ali (1934) All L J. 3999;
Ulfat Bibi V. Bufati (1927) 69 All 773.

المبحث الثانى

اقسام الأولياء فى غير الزواج وواجباتهم -

ويتقسم الكلام فيه الى ثلاثة مطالب -

المطلب الأول . فى ولاية الحاضنة

المطلب الثانى . فى ولاية العلم

المطلب الثالث . فى ولاية الولى النفس-

المطلب الاول

ولاية الحاضنة

وفيه فـــرعان

الفرع الاول : فيمن له حق الحضانة.

والفرع الثانى : فى واجبات الحاضنة.

الفـــرع الا ول

من له حق الحضانة

و ينقسم الى مسئلتين -

المسئالة الاولى : فيمن له حق الحضانة فى الشريعة الإسلامية.

والمسئالة الثانية : فيمن له حق الحضانة فى القانون.

المسئالة الاولى . من له حق الحضانة فى الشريعة الإسلامية.

الأصل ان تثبت الحضانة للنساء فى وقتها وإذا ثبتت بعنا الأخص للرجال فتثبت على معنى : ان للأب الحق فى الرعاية الكاملة التى تدخل فيها الحضانة ضمنا فيفوض هذا الحق - الحضانة. لمن شاء من النساء أو بمعنى آخر يكون للأب اختيار الحاضنة وسنبين أولا الأساس فى ترتيب من له حق الحضانة عند الحنفية و نلحق المذاهب الاخرى به - لان فى معظم البلاد الإسلامية يعمل بالمذهب الحنفى فى الاحوال الشخصية فى الأعم الأغلب.

أولاً . عند الحنفية الترتيب كما يلى - أولا الأم فإن لم توجد الأم قدم الأقرب جهة للأم - أم الأم مثلاً - ثم إذا اتحدت الجهه فإنه يقدم الأقرب درجة أى الاخت على بنت الاخت مثلاً - وبعد ذلك إذا اتحدت الجهة والدرجة يقدم الأشرقوة. اى الاخت الشقيقة. على الاخت لام والاخت لاب مثلاً -

الطبقة الاولى : الأم أحق بحضانة الولد بالاجماع لوفور شفقتها ـ[1]

ودليل تقدم الأم من السنة النبوية ما روى أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقالت له . يا رسول الله . إن ابنى هذا كان بطنى له وعاءً وثديى له سقاءً وحجرى له حواء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينتزعه منى . فقال أنت أحق به ما لم تنكحى "[2]

وإذا كانت الأم هى الطبقة الأولى بلا خلاف فإن :

الطبقة الثانية . أم الام وإن علت لمشاركتها الأم فى الإرث والولادة . ويقدم الأقرب فالأقرب ـ

الطبقة الثالثة . ثم عند الحنفية والشافعى فى الجديد أم الأب اذا لم توجد أم الأم فى درجتها ـ لمشاركتها ام الأم فى معنى السابق . ثم أم أبى الأب ـ ثم أم أبى الجد للعنى نفسه ـ[3]

وعند المالكية ـ الخالة ـ أخت الام ـ ثم خالتها ـ اى خالة الام[4] ـ لأنها اقرب درجة إلى الام ـ

أما عند الحنابلة : فالأب أولى لأنه اقرب من غيره وليس لغيره كمال شفقة فرجح بها ـ[5]

١ـ بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١، ٤٢ وفتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ وما بعدها وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٦ وما بعد هـا ـ ٢ـ رواه ابوداود وأحمد واخرجه ايضا البيهقى والحاكم وصححه (نيل الاوطار ج ٧ ص ١٣٨) ـ ٣ـ الهداية وفتح القدير ج ٤ ص ٣٩٩ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ ـ ٤ـ حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٧ ـ
٥ ـ كشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٦ ـ

الطبقة الرابعة . ثم عند الحنفية والشافعية الأخوات لأن ام الأب أشفق من الأخت. وعند المالكية عمة الام وعمة الخالة. لأنها اقرب درجة إلى الأم أما عند الحنابلة : أم الأب وإن علت لأنها تدلى بمن هو أحق وقد مناها على الجد لأن الانوثة مع التساوى توجب الرجحان .

الطبقة الخامسة . الخالة ثم ان عدمت الاخوات تنتقل الحضانة الى الخالات عند الحنفية والشافعية . وعند المالكية أم الأب وإن علت.

أما عند الحنابلة الجد - أى أبو الأب. لأنه أب أو بمنزلته ثم أمهاته لأنهن يدلين بمن هو أحق -

الطبقة السادسة . ثم بنات الأخت عند الحنفية لأن بنات الأخت أحق من بنات الاخ لان الأخ لا حق له فى الحضانة والاخت لها حق فى الحضانة . فكانت بنت الاخت أولى بنت الأخ -

وعند الشافعية بنت الأخ وبنت الاخت :

وعند المالكية الأب . أما عند الحنابلة : جد الأب ثم أمهاته وإن علون وان لم يكن وارثات لانهن يدلين بعصبة من اهل الحضانة بخلاف أم أبى الام.

الطبقة السابعة . ثم بنات الأخ عند الحنفية. وعند الشافعية العمات ! وتقدم العمة من الأب والأم ثم العمة من الأب ثم العمة من الأم.

أما عند المالكية والحنابلة . الأخت . وتقدم الأخت الشقيقة ثم لأم ثم لأب.①

الطبقة الثامنة . العمات عند الحنفية . وأولى العمات العمة لأب وأم لانها تدلى بقرابتين . ثم العمة لأم لا تصالها بجهة الأم . ثم العمة لأب.

وعند المالكية الوصى ذكرا أو أنثى لان مرتبة الوصى مقدمة على مرتبة العصبة.

١- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ ، ٤٢٠ والبحر الرائق ج ٤ ص ١٩٩ وما بعدها ومغنى المحتاج ج ٤٥٢ ص ٤٥٤ ، والمهذب ج ٢ ص ١٦٩ ، ١٧١ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٤ ، ٥٢٨ والخرشى ج ٤ ص ٢٠٧ والمغنى ج ٩ ص ١٣٢ ، ١٣٣ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٧ .

وعند الشافعية الرجال بشروط: ثم تثبت لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث وكذا غير محرم كابن عم على الصحيح ، ولا تسلم اليه مشتهاة بل الى ثقة يُعينها.

أما عند الحنابلة ، الخالة: اى بعد الاخوات تأتى الخالات ويقدم من على العمات ثم الخالة لابوين ثم الخالة لأم ثم الخالة لاب.

الطبقة التاسعة: عند المالكية تثبت الحضانة لأخ المحضون ثم ابنه.

وعند الشافعية: الانثى الى لا ترث وفيه وجهان -

أحدهما : سقوط كل جدة لا ترث. وهى من تدلى بذكر بين انثيين كأم أبى الام لانها أدلت بمن لا حق له فى الحضانة -

والثانى . تثبت الحضانة لكل جدة لا ترث لولا وتها لكن تتأخر عن جميع المذكورات لضعفها.

وعند الحنابلة العمات لا تهن أخوات الاب فتقدم العمة من الابوين ، ثم العمة من الاب ، ثم العمة من الام - ثم خالات أمه ثم خالات ابيه ثم عمات ابيه.

الطبقة العاشرة: عند المالكية العم ثم ابنه.

وعند الحنابلة ، ثم بنات اخوة المحضونة ونبات أخواته.

الطبقة الحادية عشرة . عند المالكية الجد لأم على خلاف بينهم لأنه لا يرث.

فقال ابن رشد لا تثبت له الحضانة كالخال - ولكن قال الخمى تثبت له الحضانة لان له حنانا وشفقة.

الطبقة الثانية عشرة: عند الحنابلة ، ثم بنات أعمامه وبنات عماته ، ثم أعمام أبيه ونبات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه كذلك على التفصيل المتقدم - اى تقدم من تدلى بالابوين ثم من تدلى بالام ، ثم من تدلى بالاب.[٥]

---

[٥] المراجع السابقه ص٨٩

المسألة الثانية ا. من له حق الحضانة فى القانون ـ

حسب القانون الباكستانى الأم احق بحضانة الصبى فى الحيات الزوجية وبعد الفرقة بطلاق ـ①

ثم أم الام وإن علت ، ثم أم الأب وان علا ، ثم الأخت الشقيقه ، ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم بنت الأخت الشقيقة ، ثم بنت الأخت لأم ، ثم بنت الأخت لأب ، ثم الخالة لأم ، ثم للخالة للأب ـ②

وورد فى القانون رقم ٨ لسنه ١٨٩٠ المادة ١٧ ما يفيد ان ولاية الحضانة تكون بحسب الأحوال الشخصية لمصلحة المولى عليه ـ

ولكن ورد فى المادة ١٩ نفس القانون أنه إذا ثبت ان مصلحته فى غير العمل بما بقانون الأحوال الشخصية فحينئذ لا يعمل بقانون الأحوال الشخصية بل يعمل بما فيه المصلحة للمولى عليه لان اساس هذه الولاية هى مصلحة المولى عليه اذا ما وجدت مصلحته فى الأحوال الشخصيه يعمل بما فى القانون ـ③

ويمكن القول ان القانون الباكستانى لم يتفق فى تلك المسألة مع الشريعة الاسلامية تماما اذا كانت الاحوال الشخصية اسلامية بحيث تكون كل قوانينها موافقة للكتاب والسنة لان الشريعة الإسلامية شرعت لمصلحة المولى عليه ولا يجوز للقاضى أن يترك الشريعة الاسلامية ـ ويعمل برأيه ويقضى باجتهاده فقط ، دون أن ينظر الى الشريعة الاسلامية لان العالم بالمصلحة هو الشارع دون القاضى وذلك لان الله سبحانه وتعالى خلق العباد وهو أعلم بما يصلحهم ، ولا يجوز للقاضى ان يقضى بإجتهاده دون ان يرجع الى حكم الشرع فى ذلك ـ وايضاً هذه المادة رقم ١٩ تتناقض مع المادة رقم ١٧ التى تقضى بان تكون الولاية على النفس حسب قانون الأحوال الشخصية ـ

---

١ ـ MT. Haidri V. Jawad Ali (1934) All. L J 390; Ulfat Bibi V. Bufati (1927) 69 All-773.

٢ ـ S. 342 of Mulla on the Principles of the Muhammadan law P.371, 372, Pakistan edition By Dr. M.A. Manan.

٣ ـ 1969 All. L J, 799.

الفرع الثانى

واجبات الحاضنة .

و ينقسم الى مسئلتين :

المسئالة الاولى . فى واجبات الحاضنة فى الشريعة الإسلامية-

والمسئالة الثانية . فى واجبات الحاضنة فى القانون-

المسئالة الاولى : واجبات الحاضنة فى الشريعة الإسلامية-

أولاً- يجب على الحاضنة رعاية شئون المحضون فى تدبير طعامه و ملبسه و نومه و تنظيفه وغسله وغسل ثيابه و نحو ذلك[1]-

والدليل على ذلك من السنة النبوية - عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال .....والمرأة راعية على اهل بيت زوجها وولده- و هى مسئولة عنهم "[2]

قال ابن حجر العسقلانى : فرعاية المرأة تدبير أمر البيت و الأولاد -[3]

ثانياً- و يجب على الحاضنة المحافظة على المحضون فلا يجوز لها ان تترك المحضون فى منزل لها وحده بما يعرض للأذى[4]-

ثالثا- و يجب على الحاضنة تعليم المحضون لأنه من التربية " كما قال الشافعى و أصحابه رحمهم الله على الأباء والأمهات تعليم اولادهم الصغار ما يتعين عليهم بعد البلوغ فيعلمونهم الطهارة والصلاة والصوم و نحوها و يعرفهم بتحريم الزنا واللواط و السرقة و شرب المسكر والكذب والغيبه و شبهها و يعرفه بان البلوغ يد خلهم فى حرّ التكليف و يعرفهم ما يبلغون به[5] والدليل على ذلك قول الله تعالى " يا ايها الذين امنوا قوا أنفسكم و اهليكم نارا "[6]

١- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص٥٢٦ و مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٢ و كشاف القناع ج ٥ ص٤٩٦-٤٩٣- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ج ٢٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ -ع- حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٥٦

٥- المجموع شرح المهذب ج ١ ص ٢٦ -٦- سورة التحريم الآية ٦ -

المسئاله الثانية . واجبات الحاضنة فى القانون-

ورد فى القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠م المادة ٤/٢ الولى معناه الشخص الذى يعتنى برعايه نفس الصبى أو ماله أو لكليهما - وفى نفس المعنى تعتبر الحاضنة ولية لانها ترعى المحضون وأيضاً تطلق كلمة الولى على كل شخص يرعى الوليد -①

وايضاً فقد وردت فى نفس القانون واجبات الحاضنة فى المادة ٢٤ وهى حماية الصبى وتقويم المساعدة والمعالجة والتعليم له وما يقضى به قانون الأحوال الشخصية-

ويمكن القول بان القانون يتفق مع الشريعة الاسلامية فى هذه المسئالة-

---

١- Niaz Bi V. Fazal Elahi PLD 1953 Lahore, 662.

المطلب الثانى

ولاية التعليم

وفيـــــه فرعان

الفرع الاول . فيمن لهم حق التعليم -

والفرع الثانى . فى واجبات المعلم -

الفرع الاول

من لهم حق التعليم

وينقسم الى مسئلتين :

المسئالة الاولى فيمن لهم حق التعليم فى الشريعة الإسلامية-

والمسئالة الثانية فيمن لهم حق التعليم فى القانون-

المسئالة الاولى : من لهم حق التعليم فى الشريعة الإسلامية -

أولاً - الأم لأنها أقرب الناس الى الولد فيجب عليها مسئولية تعليم أولادها الصغار ما يتعين عليهم - بعد البلوغ لانه من التربية-[1]

وكذلك المعارف والأمور التى تصلحه وتصلح له فى تلك المرحلة -

ثانيا الأب- لأنه أقرب الناس إلى الولد فيجب عليه تعليم الأولاد الصغار ما يتعين عليهم بعد البلوغ فيعلمه الولى الطهارة والصلاة والصوم ونحوها -[2]

ودليل على ذلك قول الله تعالى " قوا انفسكم واهليكم نارا "[3]

قال احمد الصاوى " قوا اهليكم " اى مروهم بالخير والنهوهم عن الشر وعلموهم وأدبوهم- والمراد بالأهل النساء والأولاد وما ألحق بهم كالخدم-[4]

---

١ - المجموع شرح المهذب ج ١ ص ٢٦ ٢٠ - المرجع السابق

٣- سورة التحريم الاية ٦ - ٤ - حاشية الصاوى على تفسير الجلالين ج ٤ ص ١٢٢ -

وقول الله تعالى " وامر اهلك بالصلاة واصطبر عليها "[1]

قال القرطبي : امره تعالى للنبي صلى الله عليه وسلم بأن يأمر اهله بالصلاة ويعمل به معهم ويصطبر عليها ويلازمها - وهذا الخطاب للنبي صلى الله عليه وسلم ويدخل في عمومه جميع أمته واهل بيته على التخصيص[2]

وقول الله تعالى " وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم[3] "

قال جماعة من الفقهاء إ الصغير لا يخلو من احد أمرين ، إما أن يكون غلاما أو جارية ، فان كان غلاما ردّ انتظر إليه في نفقة شهرا ، او اعطاه شيئا نذراً يسيرا - يتصرف فيه ، ليعرف كيف تدبيره وتصرفه ، وهو مع ذلك يراعيه لئلا يتلفه .....فاذا رآه متوخيا[4] سلم اليه ماله واشهد عليه - وان كانت جارية رد اليها ما يرد الى ربة البيت من تدبير بيتها والنظر فيه ، في الاستغزال والاستقصاء على الغزالات في دقع القطن وأجرته ، واستيفاء الغزل وجودته ، فان رآها رشيدة سلم ايضاً اليها مالها وأشهد عليها ، والا بقيا تحت الحجر حتى يؤنس رشدهما -

وقيل : اختبروهم في عقولهم وادياتهم وتنمية أموالهم[5]

وقال أحمد الصاوي المالكي " اي لا تتركوهم هملا بل علموهم الصنائع وامور الدنيا والدين ولا تفرطوا في ذلك حتى يبلغوا "[6]

١- سورة طه الآية ١٣٢ ٢٠ - الجامع لاحكام القران للقرطبي ج ١١ ص ٢٦٣

٣- سورة النساء الآية ٦ ٤٠ - وحُمي الأمر نحتطلبه وون سواه ، وهو للامر : وجهة له (المنجد) ص ٨٩٢ ٥٠- الجامع لاحكام القران للقرطبي ج ٥ ص ٣٤

٦- حاشية الصاوي على تفسير الجلالين ج ١ ص ٢٠٤ -

وثبت فى صحيح البخارى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قال كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته "[١]

كما يجب عليه ان يعلمه ما يليق بحاله من المعارف والآداب والمصالح المناسبة.

ثالثا : العلم - قال النووى فى كتابه " المجموع " أعلم ان التعليم هو الاصل الذى به قوام الدين وبه يومن احاق العلم فهو من أهم امور الدين واعظم العبادات وأكد فروض الكفايات.[٢]

ودليل على ذلك قول الله تعالى " واذا اخذ الله ميثاق الذين اوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه "[٣]

وقوله عليه الصلاة والسلام " ليبلغ الشاهد منكم الغائب "[٤] صريح فى وجوب نقل العلم واشاعه السنن والأحكام وهو اجماع.[٥]

وكما ذكرنا قبل قليل : يجب على الولى تعليم المولى عليه فان عين له معلما أو أرسله إلى المدرسه فستثبت للمعلم ولاية التعليم.

---

١ - فتح البارى لابن حجرج ٩ ص ٣٠٤ ٢٠- المجموع شرح المهذب ج ١ ص ٣٠ ٣٠ - سورة ال عمران الآية ١٨٧ ٤- رواه البخارى (عمدة القارى شرح البخارى ج ٢ ص ١٤٣، ١٤٤ - ٥ المرجع السابقة ص ٩٦

المسألة الثـــانية : من لهم حق التعليم فى القانون-

ورد فى القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠ م المادة ٤٣ أن من وجبات الولى تعليم المولى عليه و ما يقضى به قانون الأحوال الشخصية-

فيؤخذ من هذا ان الولى سواء كان ابا او جدا او غيرهما من الاولياء تثبت لهم ولاية التعليم-

فان عين له معلما او أرسله الى المدرسه فتثبت للمعلم ولاية التعليم-

و يمكن القول ان القانون يتفق مع الشريعة الاسلامية فى هذه المسألة-

الفرع الثانى

واجبات المعلم-

و ينقسم الى مسئلتين-

المسئالة الاولى . واجبات المعلم فى الشريعة الاسلامية-

والمسئالة الثانية . فى واجبات المعلم فى القانون-

المسئالة الاولى واجبات المعلم فى الشريعة الاسلامية- لا شك ان وظيفة المعلم مهمة جداً لأن بيده زمام الشعب اذا اراد ان يسوق أذهان صغار القوم بطريق يوصلهم الى الصلاح والعمران فعنده أهلية لهذا الهدف- ولكن اذا تعهد أن يخرب أخلاق الأطفال و يجعلهم فوضى لا سراة لهم فهذا العمل أيضاً هو ممكن منه والمعلم يحتاج فى تحقيق هدفه المهم إلى بذل جهدٍ وافرٍ ولذلك يلزم عليه أن يعمل وفق الطرق التى توصله و تلاميذه إلى الهدف العظيم من العلم و التعليم- فاذاً تكون عليه بعض الواجبات حتى يصلح عمله و طرق تعليمه و لكن يترتب الأثر على أعماله التعلمية يحتاج إحتياجا تاماً إلى أن يركز على الوجوه الآتية و يؤدى الوظائف التالية-

أولاً : يجب على المعلم ان لا يرجو من تعليمه أجراً او جزاءً أو عوضا أو ذكر خير له بل يقصد بهذا العمل الجليل فقط وجه الله ولا يخلط عمله بشئى من الطمع بل يسلك هذا لسبيل حِسبةً لِلّهِ كما جاء فى القران الكريم " ام تسألهم اجرا فهم من مغرم مثقلون " ①

وكذلك جاء فى الحديث عن عبدالرحمن بن شبل عن النبى صلى الله عليه وسلم قال إقرؤا القران و لا تغلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به و لا تستكثروا به " ②

و قد ذهب بعض الفقهاء المتأخرين من الحنفية و ابن حزم من الظاهرية و فى قول

١- سورة القلم الآية ٤٦

رواه أحمد (نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٥

عند الحنابلة والمالكية- وهو مذهب الشافعية - الى ان أخذ الأجرة على تعليم العلوم الدينية جائزٌ- ①

ومع ذلك هم لا يريدون ان يكون اكبرهم العلم الدنيا والأجرة بل ينبغي أن يكون الهدف الأصلي إشاعة العلم وأن يأتي مع ذلك حصول الأجرة تبعا - دفعا لحوائجه الضرورية حتى يكون فارغ البال ويتمكن من إجراء هذا العمل بطمانينة وسكون قلب -

ثانيا : أن يكون صاحب الخلق والمحاسن الجليلة ويعلمهم بالرفق وطلاقة الوجه عملا ② بما روى عن ابى هارون العبدى قال كنا نأتى أباسعيد الخدرى رضى الله عنه فيقول مرحبا بوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم إن النبى صلى الله عليه وسلم " قال إن الناس لكم تبع وان رجالاً يأتونكم من أقطاع الارض يتفقهون فى الدين فإذا أتوكم فاستوصوا بهم خيراً "③

ثالثا : ومن واجبات العلم ان يحذر نفسه من الحسد والرياء اوالاعجاب بنفسه واحتقار الناس وان كان الناس اخفض درجة منه لان الحسد والريا من امراض النفس المهلكة ومن موبقات الأعمال الصالحة- ④

كما جاء فى الحديث الذى رواه مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة- رضى الله تعالى عنه " ورجل تعلم العلم وعلّمه وقرأ القرآن فأتى به فعرّفه نعمه فعرفها قال فما عملت فيها قال تعلمتُ العلم وعلّمتهُ وقرأت فيك القرآنَ قال كذبت ولكنك تعلمت العلم ليقال عالم و قرأت القران ليُقالَ هو قارئ فقد قيل ثُم أُمر به فَسُحِبَ على وجهه حتى أُلقى فى النّارِ "⑤

١- المجموع ج ١ ص ٢٧ واحياء العلوم الدين للإمام الغزالى ج ١ ص ٥٦ والإجارة الواردة على عمل الانسان للدكتور شرف على شرف ص ١٤٩ وما بعدها الطبعة الاولى- ٢ - المجموع ج ١ ص ٢٧ ، ٢٨ - ٣- رواه الترمذى (مشكاة المصابيح ج ١ ص ٧٥) ٤ -المجموع ج ١ ص ٢٨ -
٥- صحيح مسلم المجلد ٢ ص ١٤٠ —

رابعاً : يجب عليه أن يكلم التلاميذ على قدر عقولهم و يعلمهم بطريق سهل مفيد لهم - لأنه لو كلم تلاميذه بكلمات صعبة وعباراتها دقيقة قد يصعب عليهم الفهم فتكون النتيجة سلبية و يكون جهده بلا طائل و قد يمل الطلاب فيرغبوا عن تحصيل العلم - فلذلك على المعلم ان يسلك الطريق السهل المؤثر في القلوب حتى يكون جهده مفيداً - (١)

خامساً : يجب على المعلم ان يكون مستعداً للتدريس و ذلك بان لا يزال مجتهدا في الإشتغال بالعلم قراءة و اقراءً و مطالعة و تعليقا و مباحثة و مناظرة و تصنيفا و لا يستحي من أن يكسب العلم ممن هو أدنى منه في سنٍ أو نسب - و لا يستحي من السئوال عما لا يعلم لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت نعم النساء الانصار لم يمنعهن الحياء ان يتفقهن في الدين - (٢)

و قال سعيد بن جبير لا يزال الرجل عالما ما تعلم فاذا ترك العلم و ظن أنه قد استغنى و اكتفى بما عنده فهو أجهل ما يكون (٣)

سادساً : و من اهم الواجبات على المعلم أن لا يُزل العلم و لا يذهب به إلى مساكن تلاميذه كبار القدر بل عليه أن يجبر التلاميذ ان يأتوا إليه و يأخذوا منه العلم كما صانه السلف من هذا الزل واخبارهم في هذا كثيرة . حيث دعى الخلفاء والأمراء العلماء الفضلاء الى بيوتهم ليعلموا ابناءهم العلم ولكنهم رفضوا ذلك و ما ذلوا العلم - (٤)

سابعاً : يجب على المعلم ان يعامل تلاميذه معاملة الشفقة والإحسان و يعدهم مثل أبنائه (٥) عملا بما روي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما انا لكم مثل الوالد لولده " (٦)

١- احياء العلوم الدين للغزالي ج ١ ص ٥٧ - ٢ - رواه البخاري (عمدة القاري ج ٢ ص ٢١٠ - ٣ — المجموع ج ١ ص ٢٩ - ٤ - المرجع السابق

- ٥ - احياء العلوم الدين ج ١ ص ٥٥ والمجموع ج ١ ص ٣٠

٦- مشكاة المصابيح ج ١ ص ١١٢

هذا ما قصدت ذكره من واجبات المعلم للاحه كثيراً من واجبات المعلم لا مجال لذكره في هذا المختصر. وهذا الذى ذكرته وان كان عاما ، لكنه يدخل تحته تعليم الصغار من غير آبائهم.

وأما عن تأديب الولد أو المتعلم فللإسلام طريقة خاصة في إصلاح الولد وتربيته فإن كان ينفع مع الولد الملاطفة بالوعظ ، فلا يجوز للمربى أو المعلم أن يلجأ إلى الهجر ، وإن كان ينفع الهجر أو الزجر فلا يجوز له ان يلجا الى الضرب ، وإذا عجز عن جميع الوسائل الإصلاحيه ملاطفة ووعظاه وزجراً وهجراً ، فلا بأس بعد هذا ان يلجأ الى الضرب غير المبرح.[1]

ففى الشريعة الاسلامية للمعلم أن يضرب المتعلم تأديبا لكن بشروط : وهو ان يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله ، وان يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه ، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير فاذا كان فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب ، لأن الفعل مباح له.[2] وهذه الاباحه ناتجة عن الولاية الثابتة للمعلم.

وهل يضمن الدية بسبب ما رسة حقه فى التأديب ؟ أو بعبارة أخرى.

إذا ضرب المعلم المتعلم للتأديب المشروع فمات المتعلم بسبب هذا التأديب فما الحكم.

إختلف الفقهاء فى هذه المسألة على آراء.

الرأى الاول : يرى أبو حنيفة أنه اذا كان الضرب بغير إذن الأب ففى هذه الحالة يجب ضمان الدية لأنه عتد فى الضرب المتولد منه فيكون مضمونا عليه. فأما إذا كان الضرب بإذن الأب فلا مسئولية ، للضرورة ، لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فاسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه

---

١ - تربية الأولاد فى الاسلام لعبد الله علوان ج ١ ص ٩٠ ، ٢٦٠-٢٦١ التشريع الجنائى لعبد القادر عودة ج ١ ص ٥١٨ -

الضرورة ـ [١]

الرأى الثانى : يرى المالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية ان المؤدب لا يضمن ما دام الضرب يعتبر مثله أدبا ، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة ، فان كان الضرب شديدا بحيث لا يعتبر مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا ـ [٢] لان التاديب فعل مشروع للزجر والردع فلا يضمن التالف به ، كما هو الشان عند تطبيق الحدود الشرعيه أو التعزيرات [٣] ـ

والذى يدل على هذا قول صاحب الشرح الصغير (ان تعمد) الجانى ضربا لم يجز بحد د بل وان يقضيب ـ أى عصا أو سوط أو نحو هما مما لا يقتل به غالبا وان لم يقصد قتله ..... ، وقوله لم يجز احترز به من التاديب الجائز من الحاكم أو المعلم أو الوالد فلا قود فيه لانه ليس بعدوان " [٤]

الراى الثالث : يرى الشافعى أنه يثبت ضمان الدية لان المقصود هو التاديب لا الهلاك فإذا حصل هلاك تبين أنه جاوز الحد المشروع " [٥]

---

١ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ ـ ٢ ـ التشريع الجنائى الاسلامى لعودة ج ١ ص ٥١٨ ـ ٣ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٣٢٧ والاحكام السلطانية لابى يعلى ص ٢٨٢ وكتاب الفقه على المذاهب الاربعة ج ٥ ص ٢٩٢

٣ ـ الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ج ٢ ص ٣٨٣ ـ ٤ ـ مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٩ والاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٣٨ ـ

المسئالة الثانية : واجبات المعلم في القانون-

إن واجبات الأستاذ التي ذكرت في كتيب " التعاليم الخلقية للأساتذة الجامعة " موافق عليها ومؤكدة من قبل رابطة الجامعات الباكستانية ، وهي مؤسسه حكومية تعمل للإشراف العلمي على الجامعات في الكتاب الذي اصدرته بعنون " سياسة التعليم القومي وبرنامجها التطبيقي "عام ١٩٧٩م ، واليك نص ما يقول :

" وسوف توضع تعاليم خلقية وتطبق في مختلف مستويات الأساتذة ، وقد قامت رابطة الجامعات الباكستانية بوضع مسودة لهن التعاليم الخلقية "①

والواجبات على النحو التالي :

١ - أن يتعامل مع الطلبة بالعدل والمساواة بغض النظر عن صفاته الجسمية والعقلية والعاطفية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية-

٢- ان يعترف بالفروق العلمية بين الطلبة ويحاول أن يفي بحاجاتهم الضرورية-

٣- ان يشجع الطلبة على العمل والتخطيط لتحقيق آمال فردية عالية في ترقية ملكاته البدنية والعقلية والروحية-

٤- ان يوفر للكلبة معلومات وافيه صادقة يعول عليها عن قواهم وتقدمهم وانجازاتهم في ضوء أهدافهم العلمية والمهنية-

٥- ان يكون متجادبا ومقدرا ومراسيا وموضوعيا عند التعامل مع الطلبه ، ويحاول ان يحل مشاكلهم ، باحسن وأسرع صورة ممكنة-

٦- ان يسعى دوما إلى تطبيق النظام بين الطلبة تحت إشرافه ولقبضهم بأن لا يشتركو في النشطة غير مرغوب فيها-

٧- ان يمنع الطلبة من إعطاء ملاحظات محقرة عن طلبة آخرين او اساتذة أو ادارة الجامعة-

٨- ان يجتنب من ذكر نقائص طلاب بأعيانهم اما الآخرين أو بطريقة تضيض أو تضرهم أو أباؤهم-②

١- National education policy and implementation programme Government of Pakistan Ministry of education Islamabad 1979. P.98.

٢- " University Grant Commission" code of Eithics for University Teachers. P.7 and 8. By N.A. Kazi Chairman.

المطلب الثالث

ولاية الولى على النفس ـ

وفيه فرعان :

الفرع الاول فيمن تثبت له ولايه الحفظ والتربية ـ

والفرع الثانى فى واجبات الولى على النفس ـ

الفرع الاول

من تثبت له ولاية الحفظ والتربية ـ

ويتقسم الى مسئلتين :

المسئالة الاولى : فيمن تثبت له ولاية الحفظ والتربية ـ فى الشريعة الاسلامية ـ

والمسئالة الثانية : فيه تثبت له ولاية الحفظ والتربية فى القانون ـ

المسئالة الاولى . من تثبت له ولاية الحفظ والتربية فى الشريعة الاسلامية - قد ذكرنا ترتيب الحاضنات على وفق مذهب الحنفية. وقد ذكرنا ان الحضانة تثبت للنساء فى وقت واذا تثبت بعناها الأخص للرجال فتثبت على معنى : أن الأب له حق فى الحضانة فيفوض هذا الأمر لمن شاء من النساء -[1]

ويرى الحنفية أنه إن لم توجد من النساء محرم للصغير والصغيرة انتقل حق الحضانة الى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم فى الإرث : فيقدم الأب ثم الجد أبوالاب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابناؤهم كذلك ثم العم الشقيق ، ثم ابن العم الشقيق ان كان المحضون غلاما فان كانت المحضونة أنثى فلا حق له فى الحضانتها سواء اكانت مشتهاة أم غير مشتهاة ، وسواء أكان مامونا عليها أم غير مامون عليها لانه ليس بمحرم لها - فان لم يوجد أحد العصبات المحارم أو وجد ولم تتوفر فيه شروط الحضانة انتقل الحق الى المحارم من غير العصبة ، فيقدم الأخ لأم ، ثم العم لأم ،

ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم وهذا عند ابى حنيفة لأن لهؤلاء ولاية التزويج فيكون لهم حق الحضانة-

واذا اجتمع مستحقو الحضانة فى درجة كإخوة وأعمام فاصلحهم أولى ، فان شاوروا فاسنهم -[2] وتتمثل الولاية على النفس فى أمرين :

الاول . ولاية الحفظ والتربية- اى اتمام تربية الطفل التى بدات بالحضانة ويتم ذلك بامور نذكر بعضها ، وهى : ١- مراقبه تصرفات الحاضنة -

٢- مراقبه المحضون وشموله برعايته وحنانه- ٣- القيام بالامور اللازمة لحفظ وتربيته فى الامور التى لا تتمكن الحاضنة من القيام بها أو لا تقدر عليها -

---

١- راجع ص ٨٧ وما بعدها ٢- فتح القدير ج ٤ ص ٣٧١

وولاية الحفظ والتربية بمعناها الأخص: هي وظيفة الحاضن للصغير يرعاه و يقوم بما يحتاجه و تستديم مرحلة الحفظ الى ان يتجاوز الصغير سن الحضانة و قد قرر الفقها ان مرحلة الحضانة تنتهي بالنسبة الى الغلام ببلوغه حداً يستقل فيه بخدمه نفسه بأن كان ياكل وحده و يستنجي وحده وقُدرت السن التي يبلغ فيها الغلام هذه المرحلة بسبع سنين ، و هناك رأى آخر يقدر سن هذه المرحلة بتسع سنين والرأى الاول عليه الفتوى في المذهب الحنفي -

واما الجارية فتستديم عليها تلك الولاية حتى تحيض او تصبح مشتهاة- لان بعد هذه المرحلة هي تحتاج الى التحصين والحفظ والأب أقوى واهدى-(١)

ولان هذه الولاية- اى ولاية التحصين والحفظ بعد البلوغ - تثبت للأولياء لا للحواضن على اختلاف العلما . في هذا كما ذكرناه في مراحل الحضانة-(٢)

والثاني . ولاية النكاح والتزويج - أو بمعنى آخر المحافظة مع الصون بعد البلوغ وتولى عقد الزواج لمن كان منهم قاصرا مثل المجنون والمعتوه والمرأة- أما الاول اى ولاية الحفظ والتربية فقد ذكرناه في ترتيب الحواضن في الفرع الاول-(٣)

وأما الثاني - اى المحافظة مع الصون بعد البلوغ فسياتي في ترتيب الأولياء في الفصل الرابع إن شاء الله تعالى لان الأولياء المحافظة مع الصون بعد البلوغ وتولى عقد الزواج وهم نفس الأولياء فلا حاجه الى التكرار فليراجع-(٤)

١- المرجع السابق ص ١٠٥

٢- راجع ص ٧٨ و مابعدها

٣- راجع ص ٨٧ ومابعدها

٤- راجع ص ١٣٧ ومابعدها

المسألة الثانيه : من تثبت له ولاية الحفظ والتربية في القانون -

ورد في القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠ م المادة ٤/٢ الوئي معناه الشخص الذى يعتنى بنفس الصبى أو ماله أو كليهما -[١]

فالولى يشمل كل شخص يشرف على نفس الصبى سوا وُلّى بحكم القانون أو سلطانه أو بدون حكم المحكمة -[٢]

فالقانون المذكور يتعلق بالاولياء بوجه عام -

فالاولياء اربعة اقسام :

١- الأولياء الطبيعيون ، كالأب والجد -

٢- والأوصياء -

٣- والأولياء الذين تعينهم محكمة المنطقة ،

٤- والأولياء الذين تعينهم المحكمة العليا باختصاص ابتدائى حسب المادة ٣ نفس القانون -[٣]

١- The Guardians and Wards Act (VIII of 1890)

٢- Fatimuddin Khokar V. Zaibunnisa, PLD 1968 Kar, 774.

٣- The Grardians and Wards Act (VIII 1890) P.16.By sardar Mohammad Iqbal Khan Mokhal.

الفرع الثانى

واجبات الولى على النفس

ويتقسم الى خمسة مسائل :

المسألة الاولى : فى المحافظة على نفس القاصر وجسمه وعقله وحقوقه فى الشريعة الاسلامية.

والمسألة الثانية : فى المحافظة على سلوك القاصر فى الشريعة الإسلامية.

والمسألة الثالثة : فى تأديب القاصر فى الشريعة الاسلامية.

والمسألة الرابعة : فى مسئولية الولى عن اعمال القاصر فى الشريعة الإسلامية.

والمسألة الخامسة : فى واجبات الولى على النفس فى القانون.

المسئالة الاولى . المحافظة على نفس القاصر و جسمه وعقله و حقوقه فى الشريعة الإسلامية -

١- المحافظة على نفس القاصر :

والمقصود بالتربية النفسية تربية الولد منز أن يعقل على الجرأة والصراحة والشجاعة ، والشعور بالكمال ، وحب الخير للآخرين والانضباط عند الغضب ، والتحلى بكل الفضائل النفسيه والخلقية على الإطلاق -

والهدف من هذه التربية تكوين شخصية الولد وتكاملها واتزانها حتى يستطيع إذا بلغ سن التكليف أن يقوم بالواجبات المكلف بها على أحسن وجه وأنبل معنى (١)

٢ - المحافظة على جسمه :

أما محافظة على جسمه بعدم تعريضه للتهلكه - فهو كما قال ابن قدامة فى كتابه " المغنى " كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وانجاؤه من المهالك (٢)

٣- المحافظة على عقله :

والمقصود بالتربية العقلية تكوين فكر الولد بكل ما هو نافع من العلوم الشرعية والثقافية والعلمية والعصرية ، والتوعية الفكرية والحضارية حتى ينفج الولد فكرياً ويتكون علميا و ثقافيا -

أما المسئولية التعليمية ذكرها الله تعالى فى اول الوحى و من ثم تعلم أهمية هذه المسئولية (٣)

فقد قال الله تعالى " اقرأ باسم ربكالذى خلق ، خلق الانسان من علق ، اقرأ و ربك الأكرم الذى علم بالقلم - علم الانسان ما لم يعلم - (٤)

١- تربية الاولاد فى الاسلام لعبد الله ناصح علوان ج ١ ص ٢٩٩ - ٢ - المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٣ - ٣ - تربية الاولاد فى الاسلام لعبدالله ناصح علوان ج ١ ص ٢٥٠ وما بعدها - ٤ - سورة القلم الآيات ١ - ٥ .

وأما مسئولية القومية الفكرية ، والمقصود بها ، ارتباط الولد بالاسلام دينا ودولة[١]

واما الصحة العقلية : وهى من المسئولية التى جعل الله أمانه فى عنق الآباء والمربين جميعاً فبالاعتناء بصحة عقول ابنائهم وتلامذتهم - وهذه المسئولية تتزكد فى تجنيبهم المفاسد المنتشرة فى المجتمع هنا وهناك لان لها تاثيرا على العقل والزاكرة والجسم الانسانى بشكل عام[٢] - كا بعاده عن تعاطى المسكرات والمخدرات ونحوها -

٤ - محافظته على حقوقه : وفى الجملة يجب على الولى على النفس أن يجعل المولى عليه كقطعة من نفسه يرضى له ما يرضاه لنفسه -

وإن الولى على النفس يجب عليه أن يحافظ على كل ما يتعلق بنفس القاصر فهو الذى يشرف على غذائه بعد مجاوزة سن الحضانة وانتقاله اليه ، وهو والذى يقوم بجميع اموره وبختنه وتعليمه[٣] -

فإذا اعتدى على نفس القاصر معتد فانه هو الذى يقتضى لانه من الولاية على النفس وشرع لأمر راجع اليها وهو تشفى الصدر فهليه كالإنكاح[٧] - ولذا قال الله تعالى " ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطان فلا يسرف فى القتل انه كان منصورا "[٥] فما دونه القتل من الاعتداء يجب على الولى دفعه ، واستيفاء حق القاصر المترتب عليه -

---

١ - تربيه الاولاد فى الاسلام لعبد الله ناصح علوان ج ١ ص ٢٨٦ -

٢ - المرجع السابق ص ٢٩٦ والولاية على النفس للإمام أبى زهرة ص ٢٣ -

٣ - فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ والهداية بهامش فتح القدير ج ٤ ص ٣٧١ والبحر الرائق ج ٤ ص ١٦٦ ، ١٧٠ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٧ ، ٥٢٨ والخرشى ج ٤ ص ٢٠٨ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٥ ، ٤٥٨ والمغنى ج ٩ ص ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٥ -

٤ - الهداية ج ٤ ص ١٦٣ -

٥ - سوره بنى اسرائيل الآية ٣٣ -

المسألة الثانية : المحافظة على سلوك القاصر فى الشريعة الاسلامية.

ويتمثل ذلك فى منع القاصر من الايذاء ، أو بعبارة أدق حماية الناس من أذاه ، وإن ذلك بلاريب يتبع تأديب الطفل وتهذيبه وتعويده على ترك الاعتداء على غيره وتلقينه الإيمان بانه يجب عليه ان يجب الناس مايحب لنفسه وان يكره لهم ما يكره لها ، ويجب عليه تأديبه تأديبا رقيقا لكيلا يؤذى أحدا ، وان ذلك فوق أنه من الأخلاق الإجتماعية الفاضلة ، ففيه حماية لأموال من ان يحكم بأجزاء منها فى تعويض من يعتدى عليهم فإنه مسئول عما يرتكب من جرائم فى ماله ، وإن كانت التبعات البدنية ملقاة عنه ، حيث هو ضعيف العقل والإدراك ، ومن الرحمة به والمجتمع أن يصان من ان يرتكب أذى بالناس.(١)

والذى يدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته".(٢)

---

١ - الولاية على النفس للإمام أبى زهرة ص ٢٤ واحكام القران ؛ مفتى محمد شفيع ج ٥/٤ ص ٩٢ - ٢ - البخارى المجلد ٢ ص٧٧٩ -

المسئالة الثالثة : تأديب القاصر في الشريعة الاسلامية-

أولاً . تأديب الصبي المميز . كما ذكرنا قبل ذلك في واجبات المعلم . وهو أنه للاسلام طريقته الخاصة في إصلاح الولد وتربيته فان كان ينفع مع الولد الملاطفة بالوعظ فلا يجوز للمربي ان يلجأ الى الهجر . وان كان ينفع الهجر والزجر فلا يجوز له أن يلجأ إلى الضرب واذا عجز وعن جميع الوسائل الاصلاحية ملاطفة ووعظا وزجراً وهجراً فلا باس بعد هذا أن يلجأ . إلى الضرب غير المبرح -①

ويشترط في تاديب الصغار ما يشترط في تاديب المرأة كما سنبينه في الهامش-②

١- تربية الاولاد في الاسلام لعبد الله علوان ج ١ ص ٦٠ ، ٦١ -

تأديب الانثى : (بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣٤ وبلغة السالك لاقرب المسالك ج ١ ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ ومغني المحتاج ج ٣ ص ٣٥٩ - ٣٦١)

ولاية التاديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بأن تشترن مثلاً- ويبدا بالترتيب الآتيه :

١- الوعظ والارشاد ، ب- الهجر في المضجع والاعراض ج - الضرب غير المخوف ، ان اصرت على النشوز ضربها عند ئز ضربا غير مبرح بدليل قول الله تعالى " وضربوهن " سوره النساء الآية- ٣٤ -

٢- ويجتنب في أثنا الضرب : الوجه تكرمه له ويجتنب البطن والمواضع المخوفة خوف القتل ، ويجتنب المواضع المستحسنه لئلا يشوهها ويكون الضرب كما أبان الحنفية عشرة اسواط فأقل ، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا يجلد احدكم امراته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم " متفق عليه في الصحيحين (نيل الاوطار ج ٦ ص ٢١٢ - ويكون الضرب ايضاً بيد أو بعصا خفيفة إن رأى الزوج هذا -

حكم السرية والمسئولية على التأديب :

إذا ضرب الأب ابنه للتأديب المشروع أو ضرب الولى المولى عليه فمات المؤدب بسبب هذا التاديب ، فهل يضمن هؤلاء بفعلهم ؟ اختلف الفقهاء فى هذه المسألة على رأيين :

الرأى الاول . قال ابوحنيفة والشافعى ، إنه يجب ضمان الدية فى هذه الحالات لأن المقصود هو التأديب والزجر ، لا الهلاك ، فاذا افضى التأديب الى التلف ، تبين انه تجاوز الحد المشروع له ، او تخطى حدود السلطة المخولة إياه ، ولأن هذا الفعل وهو التأديب أمر مباح فيتقيد شرط السلامة للغير ، ولان استيفاء الانسان حقه مقيد بشرط السلامة للآخرين.[1]

الرأى الثانى . وقال المالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية لا ضمان فى هذه الحالات ، ما لم يكن هناك اسراف أو زيادة على ما يتحقق المقصود به ، أو يتجاوز المعتاد ، لان التأديب فعل مشروع للزجر والردع فلا يضمن التالف به ، كما هو الشان عند تطبيق الحدود الشرعية او التعزيرات.[2]

ثالثا . تاديب الصبى غير المميز والمجنون :

وأما الصبى غير المميز والمجنون فليس من حق الولى ان يضربهما تأديبا لانهما ليس من أهل التأديب[3] - بدليل قوله عليه الصلاة والسلام - مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم ابناء عشر وفرقوا بينهم فى المضاجع[4] .

١- جامع احكام الصغار بهامش جامع الفصولين ج ٢ ص ٨-١٠ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ والمهذب ج ٢ ص ٢٨٩ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ١٩٩ والاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٣٨ - ٢- بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ والشرح الصغير وبلغة السالك ج ٢ ص ٣٨٣ والمغنى ج ٨ ص ٣٢٧ والاحكام السلطانية الابى يعلى ص ٢٨٢ ونيل الاوطار ج ٧ ص ١٤٠ - ١٤٥ - والفقه على المذاهب الاربعة ج ٥ ص ٢٩٢ -٣- بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ، ٦٤٠ - ٤ - سنن ابى داؤد ج ١ ص ١٣٣ -

المسألة الرابعة : في مسئولية الولى عن اعمال القاصر في الشريعة الاسلامية -

إن الجرائم التى عقوبتها بدنيه لا تجب على القاصر لان منشاها التكليف وهو غير مكلف شرعا ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل " (١)

لكن تجب عليه مغارم مالية كما لو سرق الصبى أو المجنون أو أتلفا مالا فيجب في مالهما ضمان بإتلافه (٢) - وجرائم القصاص لا تستوجب قصاصا بالنسبة له ولكنها تستوجب الدية فى ماله -

ولكن اختلف فقهاء في مدى مسئولية القاصر فى جرائم القتل والجرح - واساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى وصف فعل القاصر اذا قتل أو جرح -

الرأى الاول . يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أن عمد القاصر خطأ . فاذا وقعت منه الجناية على النفس عمدا وجبت الدية على العاقلة اذا بلغت ثلث الدية أو اكثر ، أما إذا كانت الدية أقل من الثلث وجبت على القاصر (٣) - وقد نص على ذلك صاحب المدونة الكبرى بقوله - قلت : ارأيت الصبى والمجنون ما جنيا من عمد او خطأ بسيف أو غير ذلك أهو خطأ - قال - عبدالرحمن بن القاسم - قال مالك نعم وتحمله العاقلة اذا كان بلغ الثلث الدية - فصاعدا وان كان اقل من الثلث ففى اموالهم وان لم يكن لهم مال كان ذلك دينا عليهم يتبعون به " (٤)

١- نفس المرجع ج ٤ ص ١٤١ - ٢- بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ وبلغة السالك ج ٢ ص ٤٢١ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٧٤ والمغنى ج ٨ ص ١٩٤ -

٣- الهداية ج ٤ ص ١٨٨ ، ١٨٩ والمغنى ج ٧ ص ٦٦٤ - ٤- المدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٣٩٩ -

الرأى الثانى : يرى الشافعية ان عمد القاصر عمد ولذلك جعل الشافعية الدية أو أرش الجناية فى ماله[1].

واما مسئولية الولى بالنسبة لما يقع من القاصر :

فالشريعة الاسلامية تابى ان يسئال الانسان عن ضرر لا يدله فى احداثه وذلك ما يدل عليه قوله تعالى " ولاتزرو وازرة وزر أخرى[2] " وقوله تعالى " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها - لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت[3] " وعلى ذلك لا يسئال الإنسان عن احدث اولاده وأتباعه من ضرر انما يسئالون هم عنه فى أموالهم - إلا اذا كان نتيجة اشارة منه لهم اوتوجيههم أو نتيجة إهمال أو تقصير فى حفظهم وحراستهم حيث يجب عليه ذلك شرعا أو عرفا "[4]

هذه احكام الشريعة الاسلامية فى ضمان ما يتلفه القاصر من اموال وفى الغرامات المالية التى تترتب على اعتدائه على الأنفس والأبدان -

ومنها يتبين أنه لا تبعه على الولى إلا بمقدار تقصيره فى المحافظة ، بحيث يكون فى استطاعته منعه ولم يمنعه ، و يقدر هو على هذا التقصير ، واذا كان قد حرضه على الاتلاف يضمن على أساس هذا التحريض[5]

١- المهذب ج ٢ ص ١٩٦ - ٢- سورة الانعام - الآية ١٦٣ -

٣ - سورة البقرة الآية ٢٨٦ - ٤- الضمان فى الفقه الاسلامى القسم الاول للاستاذ على الخفيف ص ٥٧ ، ٥٨ -

٥- الولاية على النفس للإمام ابى زهرة ص ٣٩ -

المسئالة الخامسة : في واجبات الولى على النفس في القانون-

ورد في القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠م المادة ٢٤ « يجب على الولى حماية الصبى وتقويم المساعدة والمعالجة والتعليم له وما يقضى به قانون الاحوال الشخصية-

وكذلك القانون رقم ٥ لسنة ١٩٢٣ ينص في المادة رقم ٣ على ان المسلمين يحكم بينهم في مسائل الاحوال الشخصيه حسب الشريعة الاسلامية -
أو ما يسمى (بالاحوال الشخصية الاسلامية) -

المبحث الثانى

فى انتهاء الولاية فى غير الزواج

وينقسم الى مطلبين -

المطلب الاول . فى سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه او تقصيره-

والمطلب الثانى . فى انتهاء الولاية على المولى عليه-

المطلب الاول

سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه أو تقصيره-

وفيه فرعان :

الفرع الاول . فى سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه او تقصيره فى الشريعة الاسلامية -

والفرع الثانى . فى سقوط الولاية أو انعزال الولى لعجزه او تقصيره فى القانون-

الفرع الاول

سقوط الولاية او انعزال الولى لعجزه او تقصيره فى الشريعة الاسلامية.

تسقط ولاية الولى او ينعزل عن الولاية بالعجز :

والعجز نوعان :

١- حسى بأن لا يقدر على القيام بواجبات الولاية.

٢- شرعى بأن تبقى قدرته على القيام بواجبات الولاية ولكن يفقد شرطا من شروط الولاية.

١- العجز الحسى بأن لا يقدر على القيام بواجبات الولاية. وتسقط ولاية الولى او ينعزل عن الولاية عند فقد شرط من شروط الأهلية فى الولى. ومنها القدرة " قال ابن عابدين " واما الحضانة فإن أمكنه حفظ المحضون كان اهلا للحضانة وان لم يمكنه ذلك فلا يعتبر اهلا لها. وهو معلوم من قول الرملى قادرة كما يعلم منه حكم ما إذا كانت مريضة او كبيرة عاجزة.[1]

وكذلك قال صاحب لشرح الكبير ، ان الحاضن سواء كان ذكراً او انثى يجب ان يكون قادرا على سئون الحضانة ، فلا حضانة لهنة ، أقعدها السن عن القيام بشئان المحضون ، إلا ان يكون عندها مَن يحضنه ، وقال إنه يدخل فى ذلك العمى والصمم والمرض والإقعاد.[2]

ومعنى ذلك ان هذه الموانع اذا أقعدت الحاضنة عن شئون الحضانة ، ولم يكن عندها من يحض الصغير ، بمعنى من يساعدها على سئون الحضانة فانها سقط عنها الحضانة.

وقال الشربينى الخطيب : ان لا يكون الحاض ، أعمى كما افتى به عبد الملك بن

١- حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٥٦

٢- حاشية الدسوقى على الشرح الكبر وبها مشها الشرح المذكورج ٢ ص ٥٢٨ -

ابراهيم المقدسي من أئمتنا وهو من أقران ابن الصباغ وأقره عليه جمع من محققي المتاخرين "[١] وفي كشاف القناع ايضاً جعل العمى من العجز ، فقال " أنه لا حضانة لعاجز عن الحضانة كأعمى ونحوه كذمن[٢] "

وكذلك اذا جن الولي تسقط عنه الولاية لعجزه ، لانه لا يقدر على القيام بواجبات الولاية ـ

فتسقط ولاية الولي عند عدم قدرته على القيام بواجبات الولاية سواء كان ذلك في مرحله حضانة النساء ، أو بعدها ـ وسبب ذلك ان الحضانة لحفظ المحضون وصيانته ، والقيام على شئونه وتربيته وتوجيهه فيجب كون الحاضن قادرا على القيام بهذه المهام ، ذكرا كان او انثى ، حتى يتحقق مقصود الشارع من الحضانة ـ ولان عدم القدرة مانع من ثبوت الولاية ابتداء ، فاذا طرأ في اثنائها يسقطها

٢ـ العجز الشرعي بأن يقدر على القيام بواجبات الولاية ولكنه يفقد شرطا من شروطها :

ومنها العدالة . فتسقط ولاية الولي بفسقه أو قله دينه وصونه ، بأن كان غير مامون على المولى عليه لعدم تحقق المصلحة المقصوده من ولاية الحفظ والتربية وقد مر الكلام عن هذه الشروط بالتفصيل ـ في المطلب الأول ، الفصل الثاني[٣]

وكذلك تسقط الحضانة بتزوج الحاضنه بأجنبي عن الصغير او بقريب له غير محرم وهو متفق عليه ـ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام " انت أحق به ما لم تنكحي "[٤] فإن كانت متزوجه بقريب محرم للمحضون كعمه وابن اخيه ، فلا يسقط حقها في الحضانة .

١ـ الاقناع ج ٣ ص ١٥١ ـ ٢ـ كشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٩ ـ

٣ـ راجع ص ٥٧ وما بعدها ـ ٤ ـ رواه احمد وابوداود وصححه الحاكم (سبل السلام ج ٣ ص ٢٢٧ ـ

لأن الذى تزوجته له حق فى الحضانة . وشفقته تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالته[١] وكذلك كل من تزوجت من النساء يسقط حقها[٢] -

وكذلك تسقط ولاية الولى بارتداده عن الاسلام بالاتفاق لانه يُقتل او تحبس اذا كانت إمرأه[٣] - وكذلك تسقط الولاية بسفر الحاضن أو الحاضنة فعند المالكية تسقط ولاية الولى بسفر الحاضن سفر نقله وانقطاع الى مكان بعيد وهو مقدر بستة برد فأكثر[٤] - فلو سافر ولى المحضون أو سافرت الحاضنة ستة برد فأكثر لا أقل منها . فللولى أخذ المحضون ، وتنتهى حضانة الحاضنة إلا أن تسافر معه ولا يسقط حقها فى الحضانة بسفر التجارة والنزهه ونحوه -[٥]

وقال الحنفية يسقط الحق فى الحضانة إذا سافرت الأم المطلقة الى بلد بعيد لا يستطيع فيه الأب زيارة ولده فى نهار يرجع فيه الى بيته ويبيت فيه ، واما غير الأم فيسقط حضانتها بمجرد الانتقال -[٦]

وقال الشافعية . يسقط الحق فى الحضانة بالسفر لمكان مخوف أو بقصد النقله سواء اكان طويلا ام قصيرا -[٧]

وقال الحنابلة . يسقط حق الحضانة بالسفر لبلد يبعد بمقدار مسافه القصر فاكثر -[٨]

١- فتح القدير ج ٤ ص ٣٢٨ وما بعدها والبحر الرائق ج ٤ ص ١٩٨ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٩ ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٥ ، ٤٥٦ والمغنى ج ٩ ص ١٣٨

٢ - فتح القدير ج ٤ ص ٣٧٠ - ٣ - مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٥٥ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٨ والبحر الرائق ج ٤ ص ١٦٧ - ٤ - البريد

٥ — الخرشى ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٣١ ، ٥٣٢ - ٦ - البحر الرائق ج ٤ ص ١٧٢ وبدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٠ ، ٤٤ - ٧ - مغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩

٨ - المغنى ج ٩ ص ١٤١ ومسافة القصر ٨٩ كم الفقه الاسلامى وادلته ج ٧ ص ٢١٨ -

سقوط الولاية بتقصير الولى :

تسقط ولاية الولى بتقصيره وتنتقل الى من يليه ، كما قال ابن قدامة "إن الأب اذا أسقط حقه فى الحضانة فانها تنتقل الى غيره" (١) وهذا يفيد أن الولاية تنتقل عن الولى بتقصيره.

وكذلك تسقط الحضانة عن الحاضنة بتقصيرها كما قال ابن عابدين "والمراد بكونها أمينة أن لا يضيع الولد عندها بالشتغالها عنه بالخروج من منزلها كل وقت."(٢)

وهذا يفيد ان حضانتها تسقط بتقصيرها وينتقل الى من يليها من الحاضنات. أما اذا لم يوجد إلا الحاضنه التى لها الحضانة فانها تجبر عليها ولا تسقط حقها فيها ، ولا تملك الامتناع عنها ، لان هذا ان كان لها ضاع الولد ، ولم يوجد من يربيه ، فيصير هملا والشارع لا يرضى ذلك. وقد سر الكلام عن هذا بالتفصيل فيما سبق فى هذا الفصل.(٣)

١- المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٣٩ -

٢- حاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٣ ص ٥٥٦

٣- راجع ص ١٢٤ وما بعدها

الفرع الثانى

سقوط الولايه أو انعزال الولى لعجزه او تقصيره فى القانون

ورد فى القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠ المادة ٤٧ -

أن ولاية الولى تنتهى بموت الولى أو بعزله[1] او ببرائه[2] -

وكذلك تنتهى ولايته بإنتقال الولاية الى المحكمة ، وببلوغ القاصر وبتزوج الفتاة برجل قادر على ولاية زوجته ، وكذلك تسقط الولاية عن الاب اذا كان غير قادر على حفظ أولاده[3]

ويمكن القول ان القانون يتفق مع الشريعة الاسلامية -

---

[1] Removal (Faruqis law Dictionary P. 598.
[2] Discharge " " " P. 220.
[3] The Guardians and Wards Act (VIII of 1890).

المطلب الثانى

انتهاء الولاية على المولى عليه

وفيه فرعان :

الفرع الاول . فى انتهاء الولاية على المولى عليه فى الشريعة الاسلامية

والفرع الثانى . فى انتهاء الولاية على المولى عليه فى القانون.

الفرع الاول

انتهاء الولاية على المولى عليه فى الشريعة الاسلامية.

ويتقسم الى ثلاثة مسائل :

المسألة الاول فى انتهاء الولاية على الصغير.

والمسألة الثانية فى انتهاء الولاية على المجنون.

والمسألة الثالثة فى انتهاء الولاية على المرأة.

المسـألة الاولى . في انتهاء الولاية على الصغير -

تنتهي الولاية عن الصغير اذا بلغ مبلغ الحلم وعقل واستغنى عن الاولياء[١] -

أمارات البلوغ . لقد استنبط الفقهاء ضوابط لتحديد سن البلوغ فاذا وجدت واحدة منها حكم ببلوغ الشخص اما اذا تخلفت كلها فلا يحكم بالبلوغ - وهي :

البلوغ بالحلم والبلوغ بالسن -

البلوغ بالحلم :

الاصل عند الفقهاء جميعا في تحديد سن البلوغ قوله عليه الصلاة والسلام " رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم[٢] "

واذا كان البلوغ بالاحتلام فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام وبالإحبال اذا وطئ والانزال . وبلوغ الجارية يعرف بالحيض أو خروج المني او الحبل لان هذه الامارات تعد دلايلا قاطعا على البلوغ حيث إنعقد اجماع الفقهاء على ذلك[٣]

البلوغ بالسن :

ولما كانت هذه العلامات قد تتاخر فقد رؤى ان يحدد البلوغ بالسن ، إلا انهم لم يتفقوا على تحديد سن معين للبلوغ بل اختلفوا في ذلك على مذاهب -

أ- مذهب الحنفية : يرى ابوحنيفة ان سن البلوغ لذكر ثماني عشرة سنة وللانثى سبع عشرة سنة - وقد استدل ابوحنيفة على مذهبه بالمنقول والمعقول -

أما المنقول فقول الله تعالى " حتى يبلغ اشده[٤] " واشد الصبي اذا بلغ ثماني عشرة سنة أما الإناث فان بلوغهن أسرع فزدنا في الغلام احتياطا لاشتماله على الفصول الأربعة التي يعتدل المزاج في واحد منها لا محاله فيقوى فيها -

---

١- بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣ وجامع احكام الصغار على هامش جامع الفصولين ج ١ ص ٨٥ والمدونة الكبرى المجلد ٢ ص ١٥٦ وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٢٦ ومغني المحتاج ج ٣ ص ٤٥٩ والمغني ج ٩ ص ١٤١ - ٢- سنن ابي داود ج ٤ ص ١٤٠ -

٣- تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٠٣ وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٩٢ ومغني المحتاج ج ٢ ص ١٩٦/ ١٩٧ - والمغني لابن قدامة ج ٤ ص ٥٠٨ وما بعدها - ٤ - سورة انعام الآية ١٥٢ -

أما دليله العقلي فهو ان طبيعة البلوغ تختلف باختلاف البلدان والمناخ فيكون البلوغ ما بين الخامسة عشرة والثامنة عشرة فيوخذ بالثامنة عشره احتياطا - هذا ما قاله ابوحنيفة في الحد الاعلى للبلوغ[١] اما الحد الأدنى عنده فانه مقد ر بتسع سنين - للفتاه واثنتى عشرة سنة للغلام[٢]

ب- وأما المالكية . فان البلوغ عندهم لا يكون الا بأمارات البلوغ مهما كان سن الغلام - وعندهم اذا ادعى صبي انه بلغ فإنه يصدق ويكون القول قوله وكذا لو ادعى عدم البلوغ[٣]

و دليلهم على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام . رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم[٤]

ج - وذهب ابويوسف ومحمد والشافعي وأحمد إلى أن البلوغ يتم اذا بلغ الشخص خمس عشرة سنة والذكر والانثى سواء عندهم[٥]

كما قال ابن قدامة اواما السن في البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنه وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وابويوسف محمد[٦] "

ولكن قال الشربيني الخطيب "أن بلوغ الغلام بخمس عشرة سنة وأما بلوغ الجارية بتسع سنوات لان وقت امكانه استكمال تسع سنين "[٧] ففي هذا يخالف الشافعية الجمهور في سن البلوغ للفتاة والدليل على ذلك ماروى عن عائشة رضى الله تعالى عنها انها قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا بنت سبع ودخل بى وانا بنت تسع "[٨]

١- الهداية ج ٣ ص ٢٨٤ - ٢ - تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٠٣ - ٣- حاشية الدسوقى ج ٣ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ - ٤ - سنن ابى داود ج ٤ ص ١٤٠ - ٥ - تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٠٣ ومغنى المحتاج ج ٢ ص ١٦٦ - ٦ - والمغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٠٩ ، ٥١٠ - ٧ - مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٦٦، ١٦٧ - ٨ - سنن ابى داود ج ٣ ص ٣٣٩

وقد استدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول :

أما المنقول فعن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عرضنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد فى القتال وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزنى فلما كان يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة اجازنى[1] " وأما دليلهم العقلى : فهو ان البلوغ لا يتاخر عادة عن هذا السن وهى احدى الحج الشرعية فيما لانص فيه ومن ادلتهم ايضاً أن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالانزال[2]

هذا ما ذكره الفقهاء فى تحديد سن البلوغ ، وبالنظر فيها مجتمعة يتبين لنا ان كل فقيه له وجهه نظره ، وان الطبائع قد تتفق فى بلد معين مع راى بعضهم وفى بلد اخر تتفق مع وجهه نظر البعض فلما قاله ابوحنيفة من تحديد السن بثمانية عشر عاما يتفق مع مناخ المناطق الباردة فإن البلوغ يكون فيها متاخرا قد يتجاوز أكثر من هذا السن - وما قاله ابويوسف ومحمد والشافعى وأحمد فانه يكون مناسبا بالنسبه للمناطق المعتدلة والحارة - فان البلوغ يكون فيها متقدما - والذى اراه عدم ترجيح رأى بعينه فى هذه المسألة - بل نترك تقدير سن البلوغ للعرف فى كل بئية من البئيات حسب طبيعتها لان هذا الامر يتفق مع الواقع العملى -

---

١- البيهقى المجلد ٦ ص ٥٥ - ٣ - تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٠٣ والمغنى ج ٤ ص ٥١٠ -

المسألة الثانية . انتهاء الولاية على المجنون-

اتفق الفقهاء على ان الجنون سبب من اسباب ثبوت الولاية على النفس وذلك لعجز ه عن التصرف في شئونه الى من يقوم برعايته كالصبى او اكثر وقياسا على الصبى-

(١) فيثبت من هذا ان الولاية لا تثبت على العاقل البالغ- لان علة الولاية هو الجنون ، والحكم يدور مع العلة ، وجودا وعدما ، فاذا وجدت العله وجد الحكم وإن زالت العلة زال الحكم- فإذن تنتهى الولاية على المجنون بزوال الجنون-

المسألة الثالثة . انتهاء الولاية على المرأة-

اختلف الفقهاء في انتهاء الولاية على المراة- وقد مر الكلام عن هذا في هذا الفصل- ونخلص من ذلك الى ان البنت اذا كانت بكرا بالغة عاقلة تنتهى عنها الولاية الا اذا كانت غير مامونة على نفسها- وعند الحنفية والحنابلة لا تنتهى عنها الولاية - اى البنت البكر- ولو كانت مامونة على نفسها-

وعند جمهور الفقهاء . تنتهى الولاية عن الثيب البالغ ولو كانت غير مامونة على نفسها غير ان الحنفية لا تثبت الحرية عندهم لثيب اذا كانت غير مامونة على نفسها بل أن للعصبة ضم المرأة المفسدة ، بكرا كانت أو ثيبا(٢)

ولا شك ان الولاية تنتهى بالزواج ، اذ ان الحفظ والصيانة سيكونان على الزواج لا بحكم الولاية على النفس-

---

١- البحر الرائق ج ٤ ص١٧١ وتقريرات : الشيخ محمد عليش وحاشية الدسوقى ج ٢ ص ٥٢٦ والمهذب ج ٢ ص ١٦٩ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٣، ٤٥٩ والمغنى ج ٩ ص ١٣٣، ١٤٠، ١٤١ وكشاف القناع ج ٥ ص ٤٩٦ ، ٤٩٩

٢- راجع ص٨١ وما بعدها- ٣- المدونة الكبرى المجلد ٢ ص ٢٥٦، ٢٥٧ وبدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٣ ومغنى المحتاج ج ٣ ص ٤٥٩، ٤٦٠ والمغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٤١ -

الفـــرع الثانى

انتهاء الولاية على المولى عليه فى القانون -

ورد فى القانون رقم ٨ لسنة ١٨٩٠م المادة ٤١ - تنتهى الولاية على القاصر ببلوغه- والقاصر يشمل الذكر والانثى - ولكن حدود البلوغ -

حسب القانون رقم ٩ لسنه ١٨٧٥ م المادة ٣ - الشخص يسمى بالغا إذا استكمل الثامنة عشرة من العمر ولكن إذا تعين الولى بحكم المحكمة فحينئذ تنتهى الولاية ببلوغ المولى عليه احدى وعشرين سنة- والمستثنى من هذا حسب المادة ٣ نفس القانون هو النكاح والمهر والطلاق لأن فى هذه المسائل يطبق عليه قانون الاحوال الشخصية-

ويلاحظ ان القانون الباكستانى بالنسبه للولاية المالية- جعل السن ينتهى بثمانى عشرة بالنسبه الغلام والانثى من غير تفرقه بينهما ولكن اذا كان القاصر مكفول المحكمة فتنتهى عنه الولاية باحدى وعشرين سنة- ولكن حسب القانون ٩ لسنه ١٩٢٩ لا يجوز نكاح القاصر إلا إذا استكمل ثمانى عشرة سنه من عمره اذا كان ذكرا ، وست عشرة سنة اذا كانت انثى - والنكاح قبل ذلك باذن الولى جريمة فى القانون-

ولكن ورد فى القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣ ، على المسلمين يحكم بينهم فى مسائل الاحوال الشخصية حسب الشريعة الاسلامية- أو ما يسمى بالاحوال الشخصية الاسلاميه-

وأما بالنسبه للمراة فتنتهى عنها الولاية بالزواج مع الرجل القادر على ولاية زوجته-[1]

واما بالنسبه للمجنون :

ورد فى القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ م المادة رقم ٤٧ ، ٤٩ ، ٤٨ ، ٧٨ ، ٧١ ، ٨٠ ، ما يفيد أنه اذا ثبت بعد التحقق جنون الشخص- فللمحكمه ان تعين له وليا على النفس وليا على المال وكذلك تثبت لها السلطة فى عزل الولى على النفس والمال-

---

١- The Guardians and wards Act (VIII of 1890) S. 41.

من هذا الكلام يتبين أن العلة فى الولاية هى الجنون ، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، فاذ وجدت العله وجد الحكم وان زالت العلة زال الحكم ، والعلة هى الجنون - فاذن تنتهى الولاية على المجنون بزوال الجنون -

ويمكن القول بان القانون لا يوجد فيه اتجاه بل يوجد فيه اتجاهات يخالف بعضها البعض الآخر -

الفصل الرابع

الولاية فى الزواج .

تمهيد : هدف الشارع من هذه الولاية.

إن من أهداف الشريعة الاسلامية تحقيق وتنظيم وحفظ مصالح المجتمع والحفاظ على ترابطه والعلاقات بين أفراده ، وأهم ما يبنى عليه المجتمع وهو الأسرة والأفراد - ولذلك قررت بعض القيود على الصغار وناقص العقل حفظا لحقوقهم ومراعاة لمصالحهم وتحقيقا للتعاون على البر والتقوى ، وسدا الأبواب الفساد التى قد تترتب على تركهم وقصراتهم ومن جملة هذا الولاية فى الزواج على الصغار والمجانين والمرأة على خلاف نذكره فيها ، وسوف نبين مصالح كل واحد من هؤلاء بالنسبة الى الولاية عليهم فى الزواج -

أولاً . للصغار : من البين ان الصغار عقولهم ناقصة لا يميزون بين ما يفيدهم وما يضرهم وليست عندهم الكفاية لمعرفة مصالحهم وخاصة فى الامور المهمة فى الحياة مثل الزواج- فلذلك يحتاجون الى ولىّ عليهم ليحقق مصلحتهم ويحميهم مما يضرهم- وايضا فان النكاح من جملة المصالح فى حق الذكور والإناث جميعاً وهو يشتمل على اغراض ومقاصد لا تتوفر الا فى الأكفاء ، وشريك الحياة الكفؤ قد لا يتفق وجوده فى كل وقت ، فكانت الحاجة ماسة إلى اثبات الولاية على الصغار ولو انتظر بلوغهم لفات ذلك الكف ، وقد لا يوجد مثله-

وأما المجانين فهم يعيشون فى المجتمع المسلم فاذا كان المجنون البالغ مائلا إلى مباشرة النساء أو وفقا لرأى الطبيب لا بد له من الزواج معالجة لجنونه ففى هذه الحالة مثلا تكون الولاية عليه فى الزواج سببا للمصالح الثلاثة- مصلحة المجتمع ومصلحة المجنون نفسه وكذلك مصلحة الولى -

أما مصلحة المجتمع ، فان المجتمع يحفظ من ذلات المجنون بزواجه حتى لا يقع فى الزنا لعدم شعوره-

واما مصلحة المجنون نفسه فلأنه بسبب الزواج يصبح مأموناً من العمل البائس ويحفظ من غضب الناس عليه وربما يفيق من الجنون بسبب الزواج وفقا لرأى الطبيب فالمجنون يحتاج الى ولاية الولى لانه لا قدرة له على القيام بما يؤدى الى الزواج بنفسه ـ

وأما مصلحة الولى : فلأن الولى يكون أقرب قرابة وعلاقة بالمجنون ولذلك لا يأمن من الضرر الذى هو نتيجة أعمال المجنون البائسة بالمجتمع بل يكون أشد فى حقه منه فى حق المجتمع ـ

واما المرأة فانها وان كانت بالغة عاقلة ولكن عقلها يكون مغلوبا بالعواطف والنزعات والرغبات ومع ذلك فان قلة الخبرة وعدم التجربة كثيرا ما يصبح سببا لزواجها بغير الكفء او بالذى لا يليق بالرفقة طول الحياة ـ ولذلك تحتاج الى ولى يختار لها كفؤاً وزوجا يليق بها فى المعيشة الدائمة ويقوم بحاجاتها ويعاملها معاملة حسنة ـ أو يكبح من جماح عاطفتها ـ أو يبعد عنها المخادعين اصحاب الكلام المعسول والافعال الرديئة ـ وبجانب ذلك فانه اذا أطلق ـ سراحها فربما تتزوج زواجا يكون سببا للعار لها وللولى وللأسرة ـ فسداً لهذا الباب لا بد لها من ولى يزوجها زواجا حسنا ـ او يمنعها من التزوج زواجا رديئا ـ والخلاصة ان الولاية تحمى حقوق المجتمع والأسرة والأفراد وتحفظها من العار وتهيئ لهما بيئة وظروفا صالحة حتى يكون العيش أسعد ومأمونا وسوف نبين التفاصيل فى هذا الفصل إن شاء الله تعالى ـ

وينقسم هذا الفصل الى اربعة مباحث ـ

المبحث الاول . فى الولى فى ولاية الزواج ـ

والمبحث الثانى . فى أقسام الولاية فى الزواج ـ

والمبحث الثالث . فى إمتناع الأولياء عن الزواج وغيابهم ـ

والمبحث الرابع . فى انتهاء ولاية الزواج ـ

المبحث الاول

الولى فى ولاية الزواج

وينقسم الى مطلبين .

المطلب الاول . فى الأولياء فى عقد الزواج -

والمطلب الثانى . فى ترتيب الأولياء فى ولاية الزواج -

المطلب الاول

الأولياء فى عقد الزواج

وينقسم الى فرعين .

الفرع الاول . فى الأولياء فى عقد الزواج فى الشريعة الاسلامية -

والفرع الثانى . فى الأولياء فى عقد الزواج فى القانون-