جامعة القاهرة
كلية الحقوق
الدراسات العليا

الفضالة
فى
الفقه الإسلامى والقانون المدنى

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

إعداد الطالب

عبداللطيف محمد السيد مرسال

وتتكون لجنة المناقشة والحكم من السادة الأساتذة

أ.د / نزيه المهدى مناقشاً قانونياً ورئيساً	أستاذ القانون المدنـــى	
أ.د / على حسين نجيدة مشرفاً قانونياً	الأستاذ غير المتفرغ بالكلية	
أ.د / الشحات محمد منصور شرعياً	عميد كلية الحقوق ببنها	مناقشاً
أ.د / محمد نجيب عوضين شرعياً	أستاذ الشريعة وكيل الكلية	مشرفاً

١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

سُبْحَانَكَ لاَ عِلْمَ لَنَا إِلاَّ مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ{٣٢}

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد ﷺ ورضى الله عن صحابته ، وعن التابعين ،وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبـعـد

عرفت الشريعة الإسلامية "مبدأ الرضائية " وطبقته ، أكثر من أربعة عشر قرناً . على كثير من القضايا والدعاوى . وحرمت أكل أموال الناس بالباطل . قال تعالى :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾" (١) .

وحثت على التعاون ومساعدة الغير فى شئونهم جلباً للمصلحة ودفعاً للضرر . قال تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (٢) .

ومن صور هذا التعاون تصرف الفضولى ، فالفضالة ليست فكرة نظرية تَعنِى بهـا الدراسـات الأكاديمية فقط ، بل هى واقع ملموس فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

فمن المسلم به أن الإنسان بطبيعته فى حاجة إلى عون غيره ،لأسباب كثيرة من أهمها :

١- عدم قدرة الإنسان على مباشرة كل شئونه بنفسه ، فقد لا يملك من الملكات والطاقات ما يمكنه من القيام بكل مطالبه ، ومن هنا كانت الاستعانة بخبرة الآخرين ضرورية عن طريق النيابة فى صورها المختلفة .

٢- الإنسان قد يعرف شيئاً ، وتغيب عنه أشياء أخرى لا يحسن مباشرتها بنفسه ، فيحتاج فيها إلى تدخل غيره ، وسبحان من أحاط بكل شئ علماً .

٣- يتعرض الإنسان فى حياته لظروف وأحداث قد تجعله مضطراً إلى تدخل غيره ، ومن أهم هذه الظروف ، المرض أو السفر أو هما معاً. فقد يصيب الشخص المرضُ بحيث يكون فى مسيس الحاجة إلى تدخل غيره ، ليؤدى عنه ماكان يؤديه فى صحته ، وقد يسافر طلباً للعلم، أو للعمل ، أو للاستشفاء ، وله أموال يخشى عليها من التلف أو حقوق على غيره تحتاج إلى الطلب ، بل قد يكون الشخص امرأة ، تخشى الاختلاط بالآخرين —فى عصر فسدت فيه الأخلاق — فتحتاج إلى من يتولى شأنها .

---

(١) سورة النساء . الآية ٢٩ الجزء الخامس .

(٢) سورة المائدة . الآية ٢ الجزء السادس .

٤- الفضالة قد تكون وسيلة للتيسير ورفع الحرج ، وذلك حين يعجز الإنسان عن القيام بشئونه، فلو لم تشرع الفضالة ، لتعرض للحرج والضيق . والله عز وجل يقول "مَا يُرِيدُ اللهُ لِيَجعَلَ عَلَيكُم مِّن حَرَجٍ " (١)

٥- قد يتعذر الصلح لو تقابل الخصوم بأنفسهم فيأتى دور الفضالة الهام في تحقيق هذا الصلح بين الناس فى أموالهم ،إذا توسط الفضولى لفض النزاع وإصلاح ذات البين .

٦- أحياناً يكون الشخص وكيلاً ، ويتجاوز حدود وكالته ،لتحقيق مصلحة للموكل ، فينقلب- فيما تجاوز فيه حدود الوكالة – إلى فضولى تسرى عليه أحكام الفضالة لا أحكام الوكالة .

٧- وأخيراً ... نجم عن التطور الصناعى والاقتصادى الكثير من المشكلات ، الأمر الذى جعل الإنسان محتاجاً إلى تدخل غيره فى كثير من شئونه .

وفى التنظيم القانونى للفضالة : يكون تدخل الفضولى فى شأن غيره بقصد تحقيق مصلحته ، شرطاً رئيسياً فى الفضالة ، يترتب عليه :

أ) التزام الفضولى : بالمضى فى العمل الذى بدأه ،وإخطاره رب العمل ، وبذل العناية المعتادة ورد ما استولى عليه ،بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به .

ب) التزام رب العمل : بتنفيذ تعهدات الفضولى ، وتعويضه ، وردّ ما أنفقه من نفقة ضرورية أو نافعة ، ودفع أجرة المثل .

من أجل ذلك أقدم هذه الدراسة :

" الفضالة "

الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

(١) سورة المائدة . الآية ٦ الجزء السادس .

منهج البحث وخطة الرسالة

الأصل فى تصرف الإنسان أن يكون لنفسه ، بمعنى أن آثار التصرف تقتصر على شخص المتصرف ولا تتعداه إلى غيره .

فالشخص يلتزم بإرادته أو بعمله المادى ، ولكنه لا يُلزم غيره بهذه الإرادة أو بهذا العمل ، ويعبر عن ذلك " بنسبية التصرف " .

يقول الله تعالى : ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ (١) ويقول عز من قائل ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾(٢)

غير أن مباشرة التصرف قد تقع من "الأصيل" إذا كان كامل الأهلية وتصرف لنفسه فكمال الأهلية يثبت معه حتماً الولاية التامة على شئون النفس ، كالبالغ العاقل الرشيد تثبت له الولاية التامة على شئونه وعقوده وتصرفاته ، لا يحد منها إلا ما كان متعلقاً بحق الغير .

وقد يباشر التصرف "غير الأصيل " وهو إما أن يكون مأذوناً له فى التصرف من الشرع أو من صاحب الشأن فيه ، أو يكون غير مأذون له فى التصرف من الشرع أو من صاحب الشأن فيه .

فإذا كان مأذوناً له فى التصرف من الشرع كانت "الولاية " وإذا كان مأذوناً له فى التصرف من صاحب الشأن فيه كانت " الوكالة " وإن لم يكن مأذوناً له فى التصرف مطلقاً كانت "الفضالة " (٣) .

وقد حددت نطاق الفضالة ، ببيان شروطها ، المستنبطة من نص المادتين ١٨٨ ، ١٨٩ من التقنين المدنى المصرى ، وبينت أحكامها ، طبقا لنصوص المواد ١٩٠–١٩٧ من التقنين نفسه ، وقارنت ذلك بالفقه الإسلامى ، ولم تكن دراستى دراسة نظرية فحسب ، بل حرصت على إبراز الجانب العملى فذكرت بعض صور من تطبيقات الفضالة .

---

(١) سورة النجم : الآية ٣٩ الجزء السابع والعشرون .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٨٦ الجزء الثالث .

(٣) الفضالة : دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقوانين الوضعية الدكتور : عبدالمجيد محمود مطلوب المتوفى سنة ١٩٩٧م ..طبعة ١٩٩٣ ص ٥.

منهج البحث

يتحدد منهج البحث فى أهم النقاط الآتية :

١- بدأت بتعريف الفضالة، ثم بينت حكمها و شروطها ، وانتهيت إلى بيان آثارها، وأهم تطبيقاتها .

٢- حرصت على عدم الانحياز لقانون أو لمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى . مراعياً فى ذلك مقاصد الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان ، مع ملاحظة التسلسل التاريخى للمذاهب فأذكر المسألة عند فقهاء الصحابة ثم فقهاء التابعين إن وجدوا ، ثم الحنفية ، فالمالكية ، فالشافعية ، فالحنابلة ،فالظاهرية ، فالزيدية ، فالإمامية ،فالأباضية .

٣- حققت الآيات القرآنية التى شرفت بها الرسالة ونسبتها إلى سورها .

٤- خرجت الأحاديث النبوية الشريفة التى استدل بها الفقهاء من مصادرها الحقيقية وهى كتب السنة .

٥- عزوت المعنى المراد إلى مصدره ، فالآية الكريمة يؤخذ معناها من كتب التفسير ، والمعنى اللغوى من معاجم اللغة ، والحكم الشرعى من كتب الفقه الإسلامى المعتبرة القديم منها والمعاصر ، والحكم الوضعى من كتب شرح القانون المدنى وأحكام القضاء .

٦- آثرت المنهج (الموضوعى) القائم على حصر الآراء دون تتبعها بالتفصيل ، وقد أعدل عنه – أحياناً – إلى المنهج (التحليلى) فأتتبع أقوال الفقهاء وآراءهم فى كل مذهب على حدة ، تنويعاً لأسلوب العرض بين الإجمال والتفصيل حتى يقف القارئ على جمال الفقه الإسلامى وعمقه .

٧- أذكر المسألة فى الفقه القانونى ثم فى الفقه الإسلامى وبعد الانتهاء إلى الرأى الراجح أعقد مقارنة بين الفقهين مبيناً أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما ، ولا أقصد بالمقارنة – هنا- تلك التى تجرى بين المتماثلين ، بل ابتغى الوقوف على مدى اتفاق القانون أو اختلافه مع الفقه الإسلامى ، ذلك أن شرع الله تعالى لا يقارن بفكر البشر .

خطة الرسالة :

تحتوى الرسالة على فصل تمهيدى وثلاثة أبواب وخاتمة .

الفصل التمهيدى : مفهوم الولاية، وأقسامها .

الباب الأول : حقيقة الفضالة ، وحكمها ، وشروطها ، فى القانون المدنى والفقه الإسلامى ، ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : حقيقة الفضالة .

الفصل الثانى : حكم الفضالة .

الفصل الثالث : شروط الفضالة .

الباب الثانى : أحكام الفضالة وآثارها فى القانون المدنى والفقه الإسلامى، وفيه فصلان :

الفصل الأول : إقرار عمل الفضولى وأثره على الفضالة وفيه مبحثان:

المبحث الأول : إقرار رب العمل وأثره على الفضالة فى القانون المدنى.

المبحث الثانى : إجازة تصرف الفضولى أو رفضه فى الفقه الإسلامى .

الفصل الثانى : آثار الفضالة فى القانون المدنى ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول :آثار الفضالة بالنسبة للفضولى (التزامات الفضولى) .

المبحث الثانى : آثار الفضالة بالنسبة إلى رب العمل (التزامات رب العمل) .

الباب الثالث : بعض صور من تطبيقات الفضالة ، ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : التصرف فى ملك الغير فى القانون المدنى .

الفصل الثانى : نماذج من تصرفات الفضولى فى الفقه الإسلامى .

الخاتمة والتوصيات

الفصل التمهيدى

مفهوم الولاية ، وأقسامها .

أولاً - التعريف بالولاية :

الولاية فى اللغة :

الولاية فى اللغة تدور حول معانٍ كثيرة منها : السلطان،النصرة والقدرة ،وهى مصدر من (الواو واللام والياء) وهو أصل صحيح يدل على القرب مِنْ وَلِيَ الشيء ، يليه ، وولى عليه إذا ملك أمره وتولى شئونه [١].

الولاية فى الاصطلاح الفقهى :

لم يخصص الفقهاء باباً مستقلاً للولاية ، وإنما تحدثوا عنها فى نظرية العقد ضمن شروط العاقدين وكل ما ذكروه عن الولاية لا يخرج عن كونها سلطة يقررها الشارع من الشخص على غيره أو على نفسه ، كما تحدثوا عن الولاية فى النكاح وولاية الإجبار وولاية الندب والاختيار والولاية الشرعية فى التربية للآباء على الأبناء[٢] ، كما يتضح ذلك من عرض تعريف الفقهاء للولاية .

---

(١) لسان العرب لعبدالله محمد بن المكرَم أبى الحسن بن أحمد الأنصارى المعروف بابن منظور طبعة : دار المعارف . القاهرة. بدون سنة طبع جـ٦ ص ٤٩٢٠. معجم ألفاظ القرآن الكريم مجمع اللغة العربية . الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ . ١٩٩٠. القاهرة جـ ٢ ص ١٢٠٨، المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية طبعة : وزارة التربية والتعليم سنة ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠ م . القاهرة ص ٦٨٢ .

(٢) جاء فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ . طبعة :دار الكتب العلمية . الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ– ٢٠٠٢ م . بيروت . لبنان ص ٥٧٦ . " وأما الركن الثالث –أى من أركان العقود – فهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما ، أن يكونا مالكين تامى الملك ، أو وكيلين تامى الوكالة ، بالغين ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما . إما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه ، أو لحق الغير كالعبدً" ، وجاء فى القواعد فى الفقه الإسلامى للحافظ :أبى الفرج عبدالله بن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥هـ. طبعة :دار الكتب العلمية . بيروت لبنان. ن.ت ص ٢١٣ القاعدة : السادسة والتسعون (فيمن وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير أذنه) " من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه هل تقع موقعه وينتفى الضمان عن المؤدى؟ هذا على قسمين : أحدهما أن تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فإن كان المتصرف له ولاية التصرف ، وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب دينا ، وإن لم تكن له ولاية ، فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزئ ، وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزئ إلا أن يجيز المالك التصرف ، فنقول بوقف عقود الفضولى على الإجازة ." ،وجاء فى كتاب : الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام :محمد أبى زهرة المتوفى سنة ١٩٧٤ ،طبعة : مطبعة فتح الله إلياس نورى الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ – ١٩٣٩م . القاهرة ص ٣٢٩ " اما الولاية ، فمعناها :أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثار عليه . وتلك السلطة قد تكون بالأصالة ،بأن يكون متولى العقد هو صاحب الشأن فيه ، وذلك يكون لكامل الأهلية إذا عقد لنفسه ، وقد تكون بقيام الشخص على شئون غيره بولاية شرعية أعطاها له الشرع الشريف ، كولاية الأب على ابنه ، وولاية الجد على حفيده ، وقد تكون تلك السلطة بتوكيل صاحب الشأن وإنابته ، كما فى التوكيل بالبيع والشراء والنكاح ونحو ذلك " وانظر :أهم النظريات الفقهية فى التشريع الإسلامى أستاذنا الدكتور : محمد نجيب عوضين المغربى الناشر : دار الثقافة العربية . ٢٠٠٦ . القاهرة ص ١٥٥ ومابعدها.

الاتجاه الأول :

عرّف صاحب الدر المختار من الحنفية الولاية بأنها : " تنفيذ القول على الغير ، شاء أو أبى"[١]

قوله : (تنفيذ) أى ترتيب آثار الولاية .

قوله : (القول) أى تنفيذ قول الولى على موليه . والولى قد يتصرف بالقول ، وقد يتصرف بالفعل ، والقول لا يؤدى معنى التصرف الفعلى .

قوله : (على الغير) أى المّوْلى عليه ، وهو غير ذات الولى .

قوله : (شاء أو أبى) أى لا يلتفت إلى رأى المولى عليه ، بل يجبر على نفاذ تصرف الولى كغير المميز .

وقد اعترض [٢] على هذا التعريف بعدة اعتراضات من أهمها :

أ- إن هذا التعريف غير مانع ,لأن التنفيذ لا يعبر عن تعريف الولاية .إذ الولاية صفة تقوم بالشخص والتنفيذ المذكور أثرها لا حقيقتها .

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض فيقال : إن أكثر الفقهاء لم يراعوا فى التعريفات المعانى الفلسفية عند المناطقة والمتكلمين ، بل اكتفوا فى تعريف المعرف بما يؤدى إلى تصوره[٣] .

ب- إن التعريف غير جامع لأفراد المعرف ،لأن القول لا يشمل التصرفات الفعلية . والولاية كما تشمل التصرفات القولية فإنها تشمل أيضاً التصرفات الفعلية ، ولا يشمل — أيضا- الولاية الاختيارية كولاية تزويج الحرة البالغة عند الحنفية .

جـ- هذا التعريف لا يتناول ولاية الشخص على نفسه وماله ، مع أن الشخص يكون ولى نفسه وماله قبل أن يكون ولى غيره . فيكون التعريف غير جامع أيضاً ، ومن شرط التعريف أن يكون مانعاً من دخول الغير عليه وأن يكون جامعاً لأفراد المعرف .

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد بن على بن محمد الحصكفى طبعة : شركة ومكتبة ومطبعة : مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر . الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ- ١٩٨٤م جـ ٣ ص ٥٥ . وهو مطبوع مع رد المحتار ، شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتى. طبعة : دار إحياء التراث العربى ١٤٠٦ هـ- ١٩٨٦ م . بيروت . لبنان جـ ٣ ص ١١١. وهو مطبوع بهامش شرح فتح القدير دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام . على حيدر ، طبعة : دار الكتب العلمية بيروت . لبنان . ن . ت . جـ١ ص ٥٢ المادة ٥٩ .

(٢) نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى . دراسة مقارنة . عبدالرازق حسن فرج رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٣٨٨هـ- ١٩٦٨م ص ٢٥٢ ، الولاية ، الوصاية ، الطلاق فى الفقه الإسلامى للأحوال الشخصية . أحمد الحصرى . طبعة :دار الجيل . الطبعة الثانية ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م . بيروت . لبنان ص ١.

(٣) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى لعبد العزيز البخارى طبعة : دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ -١٩٩٧م بيروت لبنان جـ ١ ص ٥١ .

د- قوله (شاء أو أبى) هذه العبارة تدل على أن المعرف هو ولاية الإجبار لا الولاية بمعناها العام فيكون التعريف غير جامع ،لأنه قد اقتصر على نوع واحد من أنوع الولاية المتعددة .[١]

ويمكن أن يجاب عن هذه الاعتراضات فيقال : إن فقهاء الحنفية اكتفوا بتعريف أهم أنواع الولاية ، وهى الولاية المتعدية ،لأنها المقصود فى هذا المقام . فقد عرفوها عند بيان أحكام الولاية فى النكاح .

الاتجاه الثانى :

عرّف المالكية الولاية باعتبار الرابطة الموجبة للإرث . فقد جاء فى القوانين الفقهية لابن جُزى ما نصه :" الولاية خمسة أنواع : ولاية الإسلام . ولا يورث بها إلا مع عدم غيرها ، ولاية الحِلْف ، ولاية الهجرة وكان يتوارث بها أول الاسلام ثم نسخ ، ولاية القرابة ،ولاية العتق ، والميراث بهما ثابت " [٢].

وقد فَصّل ابن رشد الجد هذا التقسيم فى كتابة المقدمات حيث قال : " فأما ولاية الإسلام والإيمان ،فإن الله قد نص عليها فى محكم القرآن فقال : " وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ [٣] " إلا أن هذه الولاية ولاية عامة ، فلا يتوارث بها إلا عند عدم النسب والولاء . لكنها شرط فى صحة الميراث بهما لقوله ﷺ : " لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم ، ولا يتوارث أهل ملتين شيئاً " [٤]

---

(١) انظر فى ذلك : موقف الشريعة من تولى المراة لعقد النكاح دراسة مقارنة د. ناصر أحمد ابراهيم النشوى .. طبعة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م ص ٢١٩ : ص ٢٢١ .

(٢) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جُزَىْ الغرناطى ، تحقيق فضيلة الشيخ : عبدالرحمن حسن محمود . طبعة : دار الفكر . الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ ١٤٠٦هـ- ١٩٨٥ م ص ٤٠٦.

(٣) سورة التوبة . الآية ٧١ الجزء : العاشر .

(٤) رواه الإمام : أبى عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ ، كتاب : الفرائض باب : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ... رقم ٦٧٦٤ ، صحيح مسلم للإمام أبى الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، كتاب : الفرائض رقم ١٦١٤ ، سنن أبى داود الحافظ :أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق : محمد محيى الدين عبدالحميد طبعة : المكتبة العصرية صيدا لبنان سنة ١٩٨٨ م . كتاب : الفرائض رقم ٢٩٠٩ ، سنن ابن ماجة الحافظ :أبو عبدالله محمد بن يزيد القزوينى المتوفى سنة ٣٧٥ هـ طبعة : مكتب التربية العربى لدول الخليج الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ- ١٩٨٦م الرياض المملكة العربية السعودية ، كتاب : الفرائض رقم ٢٧٢٩ ،الجامع الصحيح (سنن الترمذى) لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى المتوفى سنة ٢٧٩ هـ تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى طبعة :دار الفكر الطبعة الثالثة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨م كتاب : الفرائض رقم ٢١٠٧ .

وتُوجب الولاية فى الموضع الذى لا يوجب الموارثة بها ، المناصحة والتناصر فى دين الله تعالى والتعاون على البر والتقوى ، قال تعالى ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ (١) وقال ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾ (٢) وقال النبى ﷺ : " من حق المسلم على أخيه أن يسلم عليه إذا لقيه ، ويعوده إذا مرض ، ويشهد جنازته إذا مات "(٣) وقال ﷺ:" المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً " (٤) .

وأما ولاية الحِلْف والأيمان فإن الناس كانوا يتوارثون بها فى أول الإسلام بدليل قول الله عز وجل : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾ (٥)ثم نسخ الله ذلك بقوله : " وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ " (٦) وقيل: إن ذلك كان فى الجاهلية . فلما جاء الإسلام أمروا أن يؤتوهم نصيبهم من النصر والنصيحة والمعونة والمشورة ولا ميراث .

وذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه إلى أن الآية ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾ (٧) محكمة على ظاهرها فى الميراث وغيره ، وأن الرجلين إذا لم يكن بينهما نسب معروف فوالى أحدهما الآخر على أن يتوارثا ويتعاقلا فإن ذلك يصح ويتوارثان ويتعاقلان ولكل واحد منهما أن يرجع على الموالاة ويفسخها ويوالى غيره مالم يعقل أحدهما عن صاحبه ،فإن عقل عنه لزمته الموالاة (٨) .

---

(١) سورة المائدة الآية ٢ الجزء السادس .
(٢) سورة الحجرات الآية ١٠ الجزء السادس والعشرون .
(٣) ذكره ابن رشد بالمعنى ونصه كما فى صحيح البخارى " حق المسلم على المسلم خمس : رد السلام وعيادة المريض ، واتباع الجنائز ، وإجابة الدعوة ، وتشميت العاطس "كتاب : الجنائز ٢–باب : الأمر باتباع الجنائز . رقم ١٢٤٠ . ومسلم . كتاب : السلام (٣) باب : من حق المسلم للمسلم رَدّ السلام . رقم ٢١٦٢ – وأبوداود . كتاب : الأدب . باب : العاطس . رقم ٥٠٣٠ .
(٤) رواه البخارى . كتاب : المظالم والغصب ٥– باب : نصر المظلوم . رقم ٢٤٤٦ ومسلم : كتاب : البر والصلة والآداب (١٧) باب :تراحم المؤمنين وتعاطفهم رقم ٢٥٨٥ .
(٥) سورة النساء الآية ٣٣ الجزء الخامس .
(٦) سورة الأنفال الآية ٧٥ الجزء العاشر .
(٧) سورة النساء الآية ٣٣ الجزء الخامس .
(٨)أحكام القرآن للإمام :أبى بكر أحمد الرازى الجصاص الحنفى ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ طبعة :دار الفكر بيروت لبنان . بدون سنة طبع .جـ٢ ص ١٨٥ .

والصحيح قول الجمهور لما ثبت فى الصحيحين عن ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قال : "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر " [١]. والمراد بأولى رجل : أقرب رجل مأخوذ من الوَلْى بإسكان اللام على وزن الرمى ، وهو القرب .

وأما ولاية الهجرة .فإن الناس كانوا يتوارثون بها فى أول الإسلام ، لا اختلاف بين أهل العلم فى ذلك . قال تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوا وَّنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [٢] . فكان المهاجرون والأنصار يتوارثون بالهجرة والمؤاخاة التى آخى بها رسول الله ﷺ بها بينهم دون ذوى الأرحام حتى أنزل الله :﴿وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [٣] يريد بقوله " فى كتاب الله " على ما قال أهل التأويل، أى فى آية المواريث[٤] . فالمراد بأولى الأرحام فى هذه الآية ، من سمى الله فى آية المواريث أو دخل فيها بالمعنى وإن لم يُسمَ .

وأما ولاية النسب ، فموجودة أيضا فى القرآن . قال تعالى : ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ [٥] وقال حاكياً عن زكريا عليه السلام : ﴿ وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا﴾ [٦] يقول : وإنى خفت بنى عمى وعصبتى من بعدى أن يرثونى ﴿فهب لى من لدنك ولياً . يرثنى ويرث من آل يعقوب﴾ [٧] أى ولداً وارثاً معيناً يرث مالى ، ويرث من آل يعقوب النبوة ، وذلك أن زكريا كان من ولد يعقوب فوهب الله له يحيى .

وأما ولاية العتق ،فإنها توجب الميراث عند انقطاع النسب ، بحق الإنعام بالعتق والمَنّ به عند جماعة العلماء . [٨]

---

(١) رواه البخارى كتاب الفرائض الحديث رقم ٦٧٣٢ ، ومسلم كتاب الفرائض الحديث رقم ١٦١٥ .
(٢) سورة الانفال الآية ٧٢ الجزء العاشر .
(٣) سورة الأنفال الآية ٧٥ الجزء العاشر .
(٤) قال تعالى : " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ" . سورة النساء الآية ١١ الجزء الرابع .
(٥) سورة النساء الآية ٣٣ الجزء الخامس .
(٦) سورة مريم الآية ٥ الجزء السادس عشر .
(٧) سورة مريم الآيتان ٥-٦ الجزء السادس عشر .
(٨) المقدمات الممهدات : لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات للحافظ أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ ، تحقيق الدكتور .محمد حجى طبعة : دار الغرب الإسلامى . بيروت . الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م جـ ٣ ص ١٢٧ : ص ١٣٣.

الاتجاه الثالث :

لم يذكر فقهاء الشافعية والحنابلة تعريفاً للولاية بمعناها العام ، بل أشاروا إلى أن الولاية سلطة تمنح للشخص ،إما على نفسه وإما على غيره . وذلك فى أكثر من موضع . [١]

تعريف الولاية عند الباحثين المعاصرين :

تعرض الباحثون المعاصرون لتعريف الولاية بمعناها العام . فذكروا أكثر من تعريف :

عرفها الزرقاء بقوله : " الولاية قيام شخص كبير راشد على شخصٍ قاصر فى تدبير شؤونه الشخصية والمالية " [٢]

ويلاحظ على التعريف أنه لم يشر إلى الإجبار والاختيار .كما عبر (بقيام شخص) بدل (تنفيذ) وهو أولى .

كما عرفها الجبورى فقال : " الولاية هى قدرة الإنسان على التصرف الصحيح النافذ لنفسه أو لغيره ، جبراً أو اختياراً " [٣]

ويلاحظ أن صاحب التعريف أتى بعبارة (قدرة الإنسان) عوضاً عن كلمة (سلطة) والتعبير بسلطة أولى من القدرة ،لأن الولاية احتكام . ثم إن القدرة قد توجد ومع ذلك لا توجد السلطة ، كالعبد البالغ الرشيد فلديه قدرة الإنشاء ولكن ليس له حق .

كما أنه لم يقيد القدرة بالشرعية . والمعتبر ما تتوفر فيه الشروط الشرعية الصحيحة . وإن كان قد أشار إلى أنواع الولاية من ولاية على نفسه وعلى غيره ، إلى ولاية الإجبار والاختيار.

---

(١) من هذه المواضع التى تحدثوا فيها عن الولاية :
أ- أحكام الحجر ، حينما تحدثوا فيه عن الولاية على الصبى والمجنون وما يشابههما .
ب- أحكام الوقف ، وذلك عند حديثهم عن ولاية الوقف .
جـ- كتاب الوصايا عند تناول أركان الوصية .
د- كتاب النكاح وذلك عند حديثهم عن أركان النكاح . وولاية الزوج على زوجته .
هـ- كتاب الجنايات ، عند حديثهم عن ولى الدم . جاء فى أحكام القرآن للإمام أبى عبدالله محمد بن إدريس الشافعى طبعة :دار الكتب العلمية ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠ م . بيروت .لبنان جـ١ ص ١٤٦ " قال الشافعى : " قال الله تبارك وتعالى : (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) نزلت :بأن الناس توارثوا بالحِلْف والنصرة ثم توارثوا بالإسلام والهجرة وكان المهاجر يرث المهاجر ولا يرثه — من ورثته — من لم يكن مهاجراً وهو أقرب إليه من ورثته . فنزلت : (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) على ما فُرض لهم لا مطلقاً " ، وجاء فى القواعد فى الفقه الإسلامى لإبن رجب الحنبلى ص ٣٢ " الولى فى النكاح إذا امتنع من التزويج فهل يسقط حقه وينتقل إلى غيره ممن هو أبعد منه أو لا فيقوم الحاكم مقامه ؟ على روايتين ، وانظر شرح الروض المُرْبع لكتاب زاد المُستقنع ، لمنصور بن يوسف بن إدريس للبهوتى . المتوفى سنة ١٠٥١ هـ . طبعة :مطابع المختار الإسلامى . نشر وتوزيع :دار التراث . القاهرة .ن.ت جـ ٢ ص ٣٨٢ .

(٢) المدخل الفقهى العام (الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد) ، مصطفى أحمد الزرقاء مطبعة طربين دمشق الطبعة العاشرة ١٣٨٧ هـ – ١٩٦٨ م . نشر : دار الفكر جـ٢ ص ٨١٧ فقرة ٤٦٥.

(٣) الولاية على النفس د. صالح جمعة الجبورى طبعة : مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ ص ٣١.

وذهب الأستاذ الدكتور محمد نجيب عوضين إلى أن الولاية عبارة عن : " سلطة شرعية لإنسان معين على النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرفات شرعاً [١].

والراجح هذا التعريف ،لأنه يمتاز بالآتى :

(١) القرب من المعنى اللغوى والارتباط به : فالولاية لغة : سلطة . وهى كذلك شرعاً . وهى لغة تحتاج إلى قدرة وتدبير ... ليتمكن صاحبها من القيام بما نيط به ، وهى كذلك شرعاً . وهى لغة فيها معنى النصرة والقرب ، وهى كذلك شرعاً لأنها تمكن إنساناً معيناً من مباشرة أعمال وتصرفات المولى عليه . وبذلك يكون أقرب الناس إليه ، وأكثرهم نصرة له وتحقيقاً لمصالحه .

(٢) الولاية سلطة ، أى قدرة من القدرات التى يهبها الله تبارك وتعالى للإنسان كالحرية والأهلية .

(٣) هذه السلطة توصف بأنها شرعية . أى مكتسبة من قبل الشرع مباشرة كسلطة الأب لإدارة شؤونه وشؤون من يدخل تحت رعايته ، أو من الغير لإدارة الشؤون الخاصة كما فى الوكالة والوصاية ، والعامة كما فى الإمارة والقضاء .

(٤) هذه السلطة غايتها تمكين الولى من رعاية المولى عليه ، سواء كان المولى عليه نفساً أو مالاً فتشمل : ولاية الإنسان على نفسه أو ماله إذا كان أهلاً لذلك وولايته على نفس غيره أو ماله إذا كان محتاجاً لهذه الولاية .

(٥) إنها سلطة توجب أن يكون تصرف الولى نافذاً لا يتوقف على إجازة أحد ، مادام التصرف فى الحدود المشروعة ، حتى يتمكن الولى من أداء ما نيط به من مهام .فإذا انحرف عن المشروع رد تصرفه . وقد يؤدى هذا إلى سلب هذه السلطة وانعقاد مسؤولية الولى .

هذا : وإذ قد انتهيت من الحديث عن حقيقة الولاية ، فإنى أنتقل إلى الحديث عن أقسامها فأقول وبالله التوفيق .

---

(١) أهم النظريات الفقهية فى التشريع الإسلامى أستاذنا الدكتور : محمد نجيب عوضين المغربى ص ١٥٥ : ص ١٥٦ . موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح ناصر أحمد إبراهيم النشوى ص ٢٢٩.