الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية

جامعة وهران- أحمد بن بلة – 1 -

قسم: العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة وقانون

النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي

مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في شريعة والقانون

إعداد الطالبة المترشحة:

- ايتم فضيلة

إشراف:

-الدكتورة :حبار آمال

اللجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة في اللجنة
أ.د. الأخضري لخضر	أستاد التعليم العالي	جامعة وهران أحمد بن بلة 1	رئيس ومناقشا
د.ة. حبار آمال	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة وهران أحمد بن بلة 1	مقررا
د.ة. جمعي ليلى	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة وهران أحمد بن بلة 1	مناقشا
د. راجع عكاشة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة وهران أحمد بن بلة 1	مناقشا

السنة الجامعية:

1435-1434هـ/2014-2013م


بسم الله الرحمن الرحيم

الدعاء

يا رب .....لا تدعني أصيب اذا نجحت

و لا أصاب باليأس اذا فشلت بل ذكرني دائما لأن

الفشل هو تجربة التي تسبق النجاح.....

يا رب .....علمني ان التسامح هو أكبر مراتب القوة و أن الحب الانتقام هو أفضل

كظاهر العنف.....

يا رب..... اذا جردتني من النجاح فاترك لي قوة الصبر حتى أتغلب على الفشل...

و اذا جردتني من نعمة الصحة فاترك لي نعمة الايمان.....

يا رب.....اذا أسأت الى الناس أعطيني

الشجاعة للاعتراف و اذا أساء الي الناس أعطيني

نعمة العفو.....

يا رب.... اذا نسيتك فلا تنساني

آمـــــــين

الإهداء

أول ما أقول: إني أحمد الله العلي الأكرم ،الذي علم بالقلم،علم الإنسان ما لم يعلم،ثم أتبع ذلك بالصلاة والتسليم على المرسل رحمة للعالمين ،و إماما للمتقين ،وقدوة للعالمين،محمد النبي الأمين،والرسول العربي، وعلى آله الهاديين،وصحبه الرافعين لقواعد الدين،أما بعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

من قال الله فيهما:"وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"

ـ الوالدة العزيزة أطال الله في عمرها

ـ إلى كل إخوتي وأخواتي

ـإلى الأساتذة الذين ساعدوني في إعطاء معلومات نحو البحث"الدكتورة حبار آمال، الأستاذ الدكتور لخضاري،الدكتورة جمعي"

ـ إلى زوجي الذي ساندني في إنجاز البحث وأعانني في ذلك

ـإلى كل من ساهم معي في إنجاز هذا البحث

- وأسأل الله أن ينفعني بما علمني ،وزدني علما ،إنك قريب مجيب الدعاء ،عليه توكلت وإليه أنيب.

تشكرات

قال صلى الله عليه و سلم "من أسدى إليكم معروفا فكافئوه فان لم تستطيعوا فاعوالة"

لا يسعني وأنا أنهي هذ العمل الا أن أتوجه بالشكر لله سبحانه و تعالى و أحمده حمدا يليق بجلاله و عظيم سلطانه على توفيقه و نعمته هاته فلك الحمد ربي حتى ترضي و لك الحمد اذا رضيت و لك الحمد بعد الرضى نتقدم بالشكر الجزيل و التقدير الكبير و عظيم العرفان الى ادكتورة المشرفة" حبال آمال " التي أكن لها كل احترام و التي لم تبخل علينا في يد العون و على نصائحها و توجيهاتها التي قدمتها لي لاتمام هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الى جميع أساتذة جامعة كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية و بالخصوص لجنة المناقشة بولاية وهران.

و في الاخير لا يفوقني الا أن أتقدم باسمى معاني الشكر الى كل من قدم لي يد المساعدة في اتمام هذا العمل.

إتيم فضيلة

المقدمة

المقدمة :

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا إله إلا الله ومن سيئات أعمالنا من يهديه الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا وأن محمدا رسول الله .

_اما بعد،فإن القانون يعتبر ضرورة اجتماعية ومطلب أساسي لتنظيم حياة البشر لإيجاد قواعد قانونية تسير حياتهم.

تتضمن المعاملات المالية قواعد كثيرة تبين كيفية تسيير الحياة المالية بين الناس، ويعد التعاقد بين طرفين بتوافق إرادتين لإنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله وذلك بإحداث أثر قانوني ،وإذا نظرنا إلى ماهية العقد نجد أنه إتفاق بين شخصين يتأسس بطريق الإرادة مما يرتب أثرا قانونيا محددا وهو إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء رابطة قانونية .

_أما من جانب أثر العقد فهو من الأسباب التي ترتب ما يدخل في مضمون العقد من الآثار القانونية أما من ناحية العقد فهو الإتفاق المبرم بين طرفين أو أكثر حيث ينتج الأثر القانوني، وذلك بواسطة إنشاء أوتعديل أو نقل أو إنهاء رابطة قانونية فإن هذا لايتحقق بدون إرادة، لأن الإرادة دورها يكون بارزا في هذا الشأن ،وهذا إذا اتفقت ارادتين مع بعضهما البعض

ن لأن الإرادة رغم دورها الهام إلا انها لاتعد إلا إذا وجد التراضي بين الطرفين على ما التزما به .

_وبالتالي، فإن وجود مبد أ التراضي بشكل كاف ينشىء العقد وهو يصدر نتيجة تعبير كل طرف عن إرادته اتجاه الطرف الآخر،إلا أن الإرادة حرة في إنشاء العقد أو عدم إنشاءه أو في التراجع عن إبرام التعاقد ولكن لايمكن القول من خلال هذا أن الفرد لايبرم العقد إلا بإرادته بسبب وجود عقود جبرية يفرضها القانون.

والتعبير عن تراضي الطرفين لإنشاء العقد يفرغ هذا التوافق في قالب شكلي وذلك لأجل إثباته إلا أنه يبقى التراضي مبدأ أساسي لإنشاء العقد والتعبير عن الإرادة ،كما أن للإرادة دور كبير في تحديد مضمون العقدخاصة في المسائل الجوهرية وإلا حددت من طرف القاضي. أما من حيث حرية التراضي على مضمون العقد فإن الطرفان المتعاقدان بإرادتهما ليس لهما ان يخالفا النظام العام أو الآداب العامة أثناء التعاقد .

كمصدر مسبب للأثر القانوني فنجد أن العقد يربط بين أشخاص معينين يريدون إذا نظرنا للعقد الإرتباط لتحقيق هدف معين يحقق مصالحهم .العقود التي يفرضها القانون لا يحدد مسبقا للأشخاص لأن من خصائص هذه القواعد أنها عامة ومجردة وحتى بالنسبة للأثار الناتجة عن الأطراف المتعاقدة وطبيعة تعاقدهما .

ـــوتشتمل أركان العقد في ثلاثةوهي: التراضي، والمحل، والسبب ،و لا يقوم التعاقدبين الطرفين من دونهم باعتباره مبدأ أساسي لتوافق إرادتين من اجل إحداث الأثر القانوني، ولقدنص القانون المدني المصري في المادة 89 على أنه:"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد "أما المادة 54من القانون المدني الجزائري فتنص على مايلي :"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" كما تنص أيضا المادة 59منه على مايلي :"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

ـــ يتحقق التراضي نتيجة تعبير كل من الطرفين عن إرادتهما وذلك بتبيان رغبتهما لإنشاء العقد وبهذا يصدر الإيجاب والقبول لإنشاء العقد ،بحيث يتحقق إنشاء العقد يتطابق الإيجاب والقبول فإذا لم يتطابق الإيجاب مع القبول لايتحقق التعاقد مما يستدعي عدم وجود مبدأ الرضائية بين الطرفين .

وبالتالي فينتج عنه عدم إبرام العقديؤدي إلى ترتيب أثر قانوني ،وبما أن الإرادة أمر باطني لايمكن إدراكه إلامن خلال تطبيقها في مظهر خارجي لإحداث الأثر القانوني.

ـــ والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحا باللفظ أو الإشارة أو الكتابة أومايدل على ذلك،وقد يكون ضمنيا ،فهناك من التشريعات القانونية التي تعتد بالإرادة الحقيقية لكن في بعض الحالات ترد إستثناءات فيأخذ بالإرادة الظاهرة لحماية وإستقرار المعاملات .

ـــو التعبير عن الإرادة قد يصدر من الأصيل، وهذا هو الأصل في المعاملات المالية والتصرفات القانونية ،وقد يكون بين الأصيل والنائب يتعاقد النائب بإسم ولحساب شخص آخر، أو بين نائبين يتعاقد كل منهما باسم ولحساب طرف يمثله بحيث يكون التراضي بطريق النيابة،؛ ونسميه النيابة في التعاقد .

أهمية الموضوع :

_تعتبر النيابة في التعاقد صورة من صور التراضي، وبما أن التراضي يتم بتوافق إرادتين لإحداث أثر قانوني هوالعقد ،فإن نظام النيابة يحقق فائدة كبرى في مجال المعاملات المالية والتصرفات القانونية ،لأنه بفضل هذا النظام يسمح بإبرام عقودلصالح ناقصي الأهلية وعديمها في حالة وجود نائب عنهم يحل محلهم .

_كما أن النيابة في التعاقد تسمح للشخص أن يبرم العقد بواسطة غيره وذلك لظروف خاصة تمنعه من إنشاء التصرف القانوني .حتى أن نظام النيابة يحقق مصالح كثيرة بالنسبة للشخص الغائب بحيث يعين له القضاءقيما يحل محله في إبرام تصرفاته ومعاملاته المالية .

وإذا تكلمنا عن النيابة الشرعية فيما يخص الولي والوصي في مجال بحثنا هذا وهو المعاملات المالية غير الأحوال الشخصية المتعلقة بالقاصر نجد أن الولي والوصي هما نائبان أمينان مثل الأب والجد لأنهما يعملان لصالح القاصر .

كما أن نظام الإنابة يحقق فائدة بالنسبة للمدين، فهي من الأعمال القانونية التي تقتضي من المدين الحصول على رضا الدائن بشخص أجنبي يقوم عنه بوفاء الدين .

اسباب إختيار الموضوع :

هناك جملة من الأسباب دفعتني بالخوض في هذا الموضوع وهي :

1)الكشف عن حقيقة النيابة هل هي نفسها الوكالة التي تناولها الفقه المالكي؟

2)كما أن نظام النيابة في التعاقد يحقق التيسير للأطراف المتعاقدة من أجل التعبير عن الإرادةوهذا ما تناولته كتب القانون بشكل واسع .

3)رغبتي في معرفة هل الوكالة هي نفسها النيابة، أم أن الوكالة صورة من صورها؟

4)غياب مفهوم النيابة القانونية عندي ومعناها في الفقه المالكي .

5)اهتمامي ومحبتي للفقه المالكي على أنه المذهب الساري فيي بلادنا .

أهداف البحث :

_المقصود من هذا البحث هو معرفة مفهوم النيابة في التعاقد في الفقه المالكي، وأيضا مفهوم النيابة القانونية ومامدى توافقها مع القانون المدني الجزائري ،مع إستقصاء فروع ومسائل من الفقه المالكي ومعرفة مدى تطبيقها في القانون المدني الجزائري .حتى أستطيع إدراك مدى

إعمال المشرع الجزائري حين إصداره للتقنين المدني على حسب ما هو ساري في المذهب المالكي.

ـ بيان مدى تطبيق المشرع الجزائري للفقه المالكي في مسألة التصرفات القانونية والمعاملات المالية .

ـ معرفة أحكام النيابة في التعاقد في الفقه المالكي .

إشكالية البحث :

ـالإشكالية التي يمكن طرحها من خلال هذا البحث وهي معرفة هل الوكالة في مفهومنا العام الذي نعرف به الوكالة هي نفسها النيابة في التعاقد كما تناولها القانون المدني الجزائري ؟ وإذا كان هذان المصطلاحان يتضمنان نفس المعنى ،فإذا هل النيابة كما تناولها القانون المدني الجزائري تتضمنها كتب الفقه المالكي وسائر المذاهب الأخرى، أم تكون في أجزاء وفروع نستنبطها من خلال معرفتنا لذلك ؟

ـ وهل نستطيع القول أن الوكالة التي عرفها الفقه المالكي هي نفسها النيابة في التعاقد في القانون الجزائري ؟ام أن الوكالة فقط صورة من صور النيابة ؟

منهج البحث :

تتبعت المنهج الإستقرائي وذلك من أجل إستقراء مسائل وآراء الفقهاء في المذهب المالكي مع ذكر ما يتعلق بالنيابة القانونية في القانون المدني .كما اعتمدت المنهج الإستدلالي، وذلك للتدليل على ماتم عرضه من أفكار تخص الموضوع ومسائل فقهية كأدلة على تصور الموضوع .

صعوبات البحث :

ـكأي بحث من البحوث وكأي باحث من الباحثين لابد من تلقي صعوبات في إنجاز البحث العلمي ،ومن الصعوبات التي واجهتها هو عدم حسن استغلال الوقت في إنجاز البحث العلمي وفي تصوير فكرة شاملة عن الموضوع بالإضافة إلى بعض المحن التي مررت بها والله تعالى أعلى وأعلم وأيضا صعوبة التوفيق بين ميدان العمل وميدان البحث العلمي .

خطة البحث :

المقدمة

الفصل التمهيدي :نشأة القانون والنيابة تاريخيا

الفصل الأول :ماهية النيابة

المبحث الأول :مفهوم النيابة وتحديد أهميتها ونطاقها

المطلب الأول :النيابة لغة وأهميتها

الفرع الأول :مفهوم النيابة لغة

الفرع الثاني :أهمية النيابة

المطلب الثاني :تعريف النيابة شرعا واصطلاحا وتحديد نطاقها

الفرع الأول :مشروعية النيابة

الفرع الثاني :نطاق النيابة

المبحث الثاني :مفهوم وأحكام النيابة عند المشرع الجزائري

المطلب الأول :موقف المشرع الجزائري من النيابة وشروط تحقيقها

الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري من النيابة

الفرع الثاني :شروط النيابة في التعاقد

المطلب الثاني :أحكام النيابة عند المشرع الجزائري

الفرع الأول :حكم تعاقد الشخص مع نفسه

الفرع الثاني :الآثار المترتبة عن النيابة في التعاقد

الفصل الثاني :أحكام النيابة لذى الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة)

المبحث الأول :أحكام النيابة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

المطلب الأول :أحكام النيابة في الفقه المالكي

الفرع الأول :الوكالة والوصاية

الفرع الثاني :الولاية والقوامة

المطلب الثاني :موقف المشرع الجزائري من النيابة

الفرع الأول :أحكام الوكالة والوصاية عند المشرع الجزائري

الفرع الثاني:أحكام الولاية والقوامة عند المشرع الجزائري

المبحث الثاني :المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة

المطلب الأول :أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون الجزائري

الفرع الأول:أوجه الشبه بينهما في الوكالة والوصاية

الفرع الثاني : أوجه الشبه بينهما فيالولاية والقوامة

المطلب الثاني :أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي والقانون الجزائري

الفرع الأول :أوجه الإختلاف بينهمافي الوكالة والوصاية

الفرع الثاني : أوجه الإختلاف بينهمافي الولاية والقوامة

الخاتمة .

الفصل التمهيدي

نشأة القانون والنيابة تاريخيا

المبحث الأول :فكرة التقنين من حيث القانون الوضعي والتشريع الإسلامي

المبحث الثاني: فكرة النيابة تاريخيا

الفصل التمهيدي

نشأة القانون والنيابة تاريخيا

_ يعتبر الباحثون نشأة القانون تاريخيا موضوع ثار نظر الباحثين خاصة في العهد الروماني، لأن الررومان هم مؤسسوا القانون ،حيث أن منبع القانون صدر وبرز صيته بدءا من عند الرومان.

المبحث الأول

:فكرة التقنين من حيث القانون الوضعي والتشريع الإسلامي

_ يتضمن هذا المبحث فكرة القانون تاريخيا وكيف تم بدا التقنين وذلك ابتداءا من العصر الروماني، والسبب في ذلك أن روما لقد شهدت تطور وتجديد عصري ،لأن القانون لم يطه بشكل أوضح إلا عند الرومان باعتبارهم مؤسسوا القانون،وذلك أن العصور الخالية لم يطهر فيها فكرة القانون بشكل أوضح.

المطلب الأول

تأسيس القانون عند الرومان

_ تطرقت في هذا المطلب لأسس ومصادر القانون عند الرومان تاريخيا، وكيف عرفت الحضارة الرومانية تطور في مصادر القانون على حسب التطور والتغيير العصري آنداك .

الفرع الأول

أهمية القانون عند الرومان

_ نعلم أن الرومان في بادئ الأمر كانت عبارة عن مدينة صغيرة تعتمد على الحياة الزراعية ،ولما بسطت نفوذها على باقي الشعوب أصبحت امبراطورية تسيطر على العديد من الدول مما جعلها تنظم قوانين تتماشى مع مجتمعها وميادينها آنداك سياسيا واقتصاديا واجتماعيا

_وبالتالي ،كان التقنين عند الرومان أهمية كبيرة ،من أجل تنظيم حياة مجتمعها وتسيير معاملاته المالية وهذا ما دعى القوانين الحديثة تأخذ من القانون الروماني بإعتباره كان المنبع والأساس في إنشاء القوانين ولعل افضل ميزة تميز بها القانون الروماني وهو أنه كان يميز بين قواعد الدين وقواعد الأخلاق والفلسفة ،مما جعل الرومان يعرف عنهم أنهم أول من أسسوا , القانون وكان انطلاق في بناء القواعد القانونية لمختلف النظم .

_كما تعتبر الأصل الذي أخذته منه القوانين الحديثة أحكامها حاليا كالقانون الفرنسي مما يجعلنا نقول يستدعي أن الرومان كانوا سباقين في تأسيس أصول القانون ولهذا تم البدأبلمحة حول نشأة القانون تاريخيا من الحضارة الرومانية .[1]

الفرع الثاني

مصادر القانون عند الرومان

_ إن التطور التاريخي الذي عرفت به الحضارة الرومانية في ميادين شتى وسيطرتها سياسيا آنداك ،جعلها تشهد عصور مختلفة حيث مر على كل عصر بنظام حكم وتغيير خاص وهذا مادعى إلى وجود تغيير في الحياة الإجتماعية وتغير في المعاملات والتصرفات القانونية، حيث وجدت قوانين تتماشى مع مستجدات العصر في ذلك الوقت .وبالتالي ،إن التغير العصري أوجد تغير في المصادر القانونية فبداية كانت تعتمد الحضارة الرومانية على العرف لأن العرف عند الرومان كان له دور هام والعرف يثمتل في العادات والتقاليد التي اكتسبها الشعب الروماني وتوارثوها عن أجدادهم وحياتهم القديمة ،فهذه العادات والتقاليدالتي جسدت في العرف حيث كانت قانونا يطبق عليهم ويتوسع تطبيقه في الإمبراطورية ولم يكن التشريع آنذاك له مكان أساسي في القانون بل العرف اعتبر المبدأ الأساسي للتشريع .

_ وبعدالتطور الذي عرفته روما أصبح للتشريع فيها مكانة في القانون الروماني مثل العرف،حيث ظهر العديد من الفقهاء المختصين في القانون مما أدى إلى تطور التشريع، فظهر قانون الشعوب الذي كان يطبق على الشعوب الأجانب عن الإمبراطورية ،ثم تطورت الحضارة الرومانية في عالم التجارة وكان الإنفتاح كبير على باقي دول العالم .[2]

---

(1)د.علي محمد جعفر/نشأة القوانين وتطورها ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،ط1،1422هـ2002،ص - ص69-71

(2) د.علي جعفر محمد/نشأة القوانين وتطورها، (المرجع السابق)ص - ص80-109

المطلب الثاني

التشريع في الفقه الإسلامي

ـ يتضمن هذا المطلب نبدة حول طريقة معيشة العرب قبل مجيء الإسلام ،وكيف كانت حياتهم الإجتماعية والدينية ، ولما جاء الإسلام غير من بعض العادات والمعتقدات التي كانوا يعتقدون بها، وكيف كان للتشريع أثر على حياتهم .

الفرع الأول

حالة العرب قبل مجيء الإسلام

ـ من المعلوم أن العرب قبل مجيء الإسلام كان طبعهم الترحال والتنقل من مكان إلى آخر نتيجة لطبيعة البادية والحياة الجاهلية آنذاك والعادات التي توارثوها عن آباءهم وأجدادهم في ذلك العصر، ،لكن بالإنتقال إلى المدينة نجد أن الحياة فيها عكس الحياة الموجودة في البادية فالمدن عرفت عنها التجارة مع باقي المدن والدول المجاورة لبلاد مكة .

ـ حيث كان أهل مكة يتاجرون عن طريق القوافل التجارية إلى بلاد الشام والحجاز واليمن إلى جانب وجود الزراعة في الحجاز وهذا لايعني أن الصناعة كانت معدومة إنما كان أربابها اليهود يسيرونها وهذا يستدعي وجود نظم قانونية تتناسب مع عادات العرب وتقاليد البيئة ووضع قواعد تجارية تخص مجال المعاملات التجارية مع بعضهم البعض أو مع الأجانب، حيث كانت موجودة بعض البيوع التي بقي التعامل بها حتى بعد مجيء الإسلام، ومن البيوع والمعاملات التجارية التي حرمها الإسلام لتحقق ضررها على مصالح الأطراف كالربا

ب مجال الأحوال الشخصية والأسرية نجد أن الإسلام حرم بعض أنواع الزواج التي جرمها الله كزواج الشغار وزواج المتعة، فالإسلام أقر بما يتماشى مع المنطق الإنساني وعادات العرب الحسنة ،وتقاليدهم الإجتماعية وأبطل ما يعدم الحياة البشرية ومالايقر به العقل الإنساني .أما في جانب العبادات كان العرب عاكفين على عبادة الأصنام وطوافهم حول البيت وتصفيقهم وهم عراة فلما جاء الإسلام جعل الحج ركن من أركان الإسلام وحرم العادات السيئة التي كان العرب يمارسونها في الحج .[1]

(1)د.علي محمد جعفر/نشأة القوانين وتطورها،(المرجع السابق) ،ص . ص197.195

الفرع الثاني

ضوابط التشريع عند مجيء الإسلام

إن ظهور الإسلام أدى إلى تغيير جدري وشامل لعصر الجاهلية ولمعتقدات العرب حتى في تعاملاتهم المالية والتجارية ،حيث ظهر التشريع الإسلامي مغيرا لحياة العرب وتقاليدهم الإجتماعية فإنبعاث النبي صلى الله عليه وسلم لكافة الناس كان بداية لنزول الوحي الذي تضمن قواعد التشريع. وللتشريع مصادر منها المصادر الأصلية والتبعية ،فالمصادر الأصلية المثمثلة في القرآن الكريم فنزول الوحي القرآني على النبي صلى الله عليه وسلم جاء كمصدر شامل يبين العقيدة الصحيحة والسليمة وقواعد إتباعها ،وأبرز الأخلاق التي يجب الإقتداء بها والمعاملات الحسنة يلزم على المسلم اتباعها وبين ما يجب الإبتعاد عنه من الأخلاق والمعاملات السيئة هذا في جانب العبادة الروحانية، أما في مجال الأحوال الشخصية فنجد أن التشريع الإسلامي بين طريقة الزواج الصحيح وشروطه وأركانه وحرم الزواج الفاسد، وبين أيضا المحرم والمباح في مجال العلاقات الأسرية كالرضاعة والمحرمات من الزواج بهم من الأقارب وشرع كل ما يحفظ الأنساب .

_ أما إذا انتقلنا في مجال المعاملات المدنية فوضع الإسلام ضوابط للتعامل بين المتعاقدين وأبطل بعض المعاملات الفاسدة كالربا لقوله تعالى :"وأحل الله البيع وحرم الربا"وأيضا حرم بعض البيوع المضرة لمصالح الطرفين .

_ أما السنة النبوية فقد جاءت شارحة ومكملة للقرآن الكريم، فشرحت ما بينه القرآن من عقيدة ودين ومعاملات سواء في الأحوال الشخصيةأ والتصرفات المدنية ،كما أن السنة النبوية جاءت مكملة لبعض الأمور مبينة لفوائدها والغرض منها .

_ أما فيما يخص المصادر التبعية فنجد أن الإجماع قد تجمع الأمة على أمور تتفق عليها، أما بخصوص القياس والإستحسان والمصالح المرسلة والإستصحاب فهي مصادر تبعية تتماشى وفق مايطرأ من نوازل وحوادث الحياة الجديدة وهذه المصادر هي مصادر مبينة لأحكام الشريعة[1]،والتشريع الإسلامي كان يتميز بالتدرج في نزول الوحي ولم يكن دفعة واحدة بل نزل النشريع على حسب الوقائع وامتثال الناس له .

---

(1)د.علي محمد جعفر/نشأة القوانين وطورها (المرجع السابق)،ص . ص239. 255

ولقد بني التشريع الإسلامي على أسس متينة،حيث بني التشريع الإسلامي على التيسير وعدم الحرج بالإضافة إلى تحقيق مصالح الناس وإبعاد المضرة والمشقة عن الناس،والعمل على إيجاد العدالة وتحقيقها بين الناس .[2]

المبحث الثاني

فكرة النيابة تاريخيا

ـ لم تكن النيابة في العصر الروماني متطورة كما وصلت إليه في عصرنا الحالي، حيث أن الرومان تقبلوا هذه الفكرة بالتدرج وعلى حسب التطور الإجتماعي آنداك .

المطلب الأول

النيابة عند الرومان والتشريعات المختلفة

يتضمن هذا المطلب لمحة حول تقبل الرومان لفكرة النيابة رغم أنهم نفوها لكن كانت النيابة محصورة في نطاق محدد وتم تطويرها تدريجيا .

الفرع الأول :

النيابة في القانون الروماني

ـ يقصدبالنيابة في التعاقد ،حلول إرادة النائب في تصرف قانوني محل إرادة الأصيل مع إنصراف أثر التصرف إلى شخص الأصيل.

لكن المسلم به في الفقه الغربي أن النائب لايعتبر طرف في العقد وإنما الأصيل هو طرف في العقد وهذا تطبيقا لقاعدة أن أثر العقد ينصرف إلى العاقدين دون غيرهما ،لكن القانون الروماني لم يسلم بفكرة أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل وكان من باشر العقد أصيلا أو نائبا هو العاقد وذلك مرجعه إلى ثلاثة أشياء :

1)*الأوضاع والشكليات التي تركت لأن العقد كان شكليا عند الرومان وبالتالي لايباشره إلا العاقد نفسه ولا تنصرف الآثار إلا إليه لأنه هو الذي يقوم بكل التصرفات.[1]

---

(2)د.علي محمد جعفر/نشأة القوانين وتطورها ،المرجع السابق،ص،ص200. 204

(1)د.عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت . لبنان،ط1998،2،ج5،ص. ص163.162

2)*الإلتزام عند الرومان هو عبارة عنرابطة شخصية إذا كانت ناشئة بين شخصين فمن الصعب إعطاءها لشخص ثالث وزوالها عن الشخصين الأصيلين .

3)*التسليم بفكرة النيابة يقتضي الفصل بين العلة والمعلول و المعلول يتمثل في الشخص المباشر للعلة والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العلة ويترتب المعلول في الشخص الأصيل .(1)

_ وكانت صورة النيابة عند الرومان أن الشخص الوكيل عن شخص آخر ينصرف أثر العقد إلى الموكل وبعدما عرف التعاقد تطورا عند الرومان أصبحت النيابة تظهر بمظاهر مختلفة فبدأت نيابة الإبن والعبد عن رب الأسرة في جعله دائنا لا مدينا، ثم بعد ذلك اقتضى أن يكون رب الأسرة مدينا لادائنا(2).وكان أثر العقد يتوقف عند الوكيل بحيث إذا وكل شخص آخر وتعامل مع الأجنبي فلا صلة للموكل مع الأجنبي ولا للأجنبي مع الموكل بل كلاهما يرجعان إلى الوكيل .ثم بعد ذلك أدرجت إستثناءات في فكرة النيابة:

_ إذا كانت النيابة القانونية، يكون النائب وليا أو وصيا أو قيما فإن ما ينتج عن العقد من حقوق وإلتزامات ترجع على المحجور.(القاصر) حيث جوزت النيابة في عقود القبض لأنه عمل مادي والنائب يستطيع تسليم المبيع إلى المشتري ولم تجوز النيابة في المعاطاة والتنازل القضائي .

_كما أجيزت النيابة في عقد القرض بأن يعطي الوكيل للمقترض النقود ويصبح المقترض مدين لا للوكيل بل للمقرض .وجوزت أيضا في العقود العينية ثم تطورت أكثر وأصبح للغير أن يرجع على الموكل بدعوى مباشرة وليكن ذلك للموكل على الغير .وكان الوكيل في القانون الروماني يتعاقد باسمه لا باسم الموكل لأن الحقوق والإلتزامات الناشئة تنصرف إليه لا إلى الموكل إلا إذا كان يتعامل باعتباره رسولا فتعود الحقوق والإلتزامات إلى الموكل(3) .

---

(1)د.عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ،ج5،ص ـ ص162 _ 163

(2)ينظر :د.علي محمد جعفر/نشأة القوانين وتطورها،المرجع السابق ، ص ـص21 .22

ينظر :عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ،ج5،ص_ص163. 164

(3)عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ج5، ص ـص164 _ 165

ـ والملاحظ من خلال ما ذكر أن القانون الروماني تبنى فكرة النيابة في التعاقد لكن ليست بشكل واضح ومعترف بها كما هو الأمر في القوانين الحالية ،وذلك أن الحضارة الرومانية تبنتها بتدرج وذلك على حسب التطور الإجتماعي وتحدد الحياة المالية خاصة في التصرفات المدنية كما أن الحضارة الرومانية اعترفت بالنيابة في التعاقد على حسب الأوضاع والعصور التي مرت بها والأهم في هذه الجزئية أن النيابة في التاقد كان معترفا بها تاريخيا منذ وجود الحضارة الرومانية ،وكيف أن الرومان طوروا قوانينها في موضوع النيابة فأجيزت النيابة في عقود القبض رغم بعض القيود الواردة في تصرفات الموكل والغير، وتبيان حدود تصرفات الوكيل .ولكن تبقى النيابة في القانون الروماني واردة عليها قيود تكاد تنفيها من المعاملات المالية والتصرفات القانونية عند الرومان .

الفرع الثاني

النيابة في التشريعات المختلفة

ـ بقي الأمر سائرا في القانون الفرنسي القديم على ما كان عليه القانون الروماني من عدم الإعتراف الكامل بموضوع النيابة ،إلى غاية القرن السادس عشرتم الإعتراف بالنيابة في التعاقد حيث أجاز القانون للشخص أن يتعاقد بواسطة وكيل دائنا أو مدينا، وصار هذا التطور نتيجة تحرر الإرادة من الشكلية التي كانت واردة في القانون الروماني،أما أول نظام اعترف بنظام النيابة نظاما قانونيا وجعلت لها قوانين وتنظيم وهو القانون الألماني فقدخصص المواد 164إلى غاية 181لنظام النيابة.

ـأما بخصوص القانون السويسري خصص المواد 32 إلى 40وهذا ما اتبعه القانون الإيطالي سنةالصادر 1942 حيث أفرد لتنظيم النيابة المواد 1387 إلى 1400، ثم أخذ بنظام النيابة كنظام مستقل له قواعده وأسسه يراعيها القضاء في غياب التنظيم التشريعي كما هو الحال في فرنسا ومصر قبل صدور القانون المدني الحالي.(1)

أما النيابة في القانون المدني الجزائري فقد تناولها المشرع في المواد73إلى77 والتي تكلمت عن النيابة وعن شروط التعاقد بطريق النيابة وحكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري وهذا ضمن القسم الثاني المتعلق بشروط العقد وأولهما التراضي.

ـوإذن لقد خصص القانون المدني الجزائري خصص تنظيما للنيابة في التعاقد كغيره من القوانين الحالية

---

(1)د.علي محمد جعفر /نشأة القوانين وتطورها،المرجع السابق،ص2

_أما الفقه الغربي فيقسم النيابة من حيث منشأها إلى نيابة قانونية ونيابة قضائية وهي الوصاية أما النيابة الإتفاقية وهي التي تنشأ عن طريق الإرادة وهي الوكالة ،والنيابة القانونية هي التي تتقرر مباشرة بنص القانون وتتمثل في نيابة الولي والفضولي ونيابة الدائن عن مدينه.

_ وبخصوص النيابة القضائية ،هي الصادرة بقرار القضاء وهي نيابة القيم والوصي ونيابة الحارس القضائي وبالتالي، إن النيابة القانونية والقضائية تحدد سلطات النائب فيها بنص القانون، أما النيابة الإرادية تتحدد سلطات النائب فيها عن طريق الإرادة وهي الوكالة ،لأنها تكون بواسطة إرادة المتعاقدين .(1)

المطلب الثاني

النيابة وأحكامها في الفقه الإسلامي

_يتضمن هذا المطلب مفهوم والأحكام المتعلقة بمضمونها ومدى توافق الفقه الغربي في تنظيمه لأنواع النيابة وأحكامها مع الفقه الإسلامي في تشريع أحكام النيابة وأنواعها، وما يتعلق بها من مسائل.

الفرع الأول

مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي

_ يميز الفقه الإسلامي بين الرسول والنائب ،فالرسول هو الذي يعبر عن إرادة المرسل دون أن يكون له رأي في ذلك ولهذا جوز للصبي أن يكون رسولا .لأنه يقوم بالتبليغ فقط وإن كان له إرادة على التبليغ ونقل الإرادة،أما النائب فإنما يعبر عن إرادته لاعن إرادة الأصيل لأته أصل في العقد والعقد قائم بكلامه ولذلك يجب على النائب أن يكون مميزا حتى يصدر عن كلامه أثر ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصيل في عيوب الرضا .(1)

_ وقد تكون الرسالة بألفاظها والوكالة بألفاظها ،فالرسالة هي تبليغ أحد آخر لغيره من دون أن يكون له دخل في التصرف، وبالتالي الرسالة(2) هي إيصال كلام إلى المرسل إليه دون تعبير عن إرادة المرسل ويشترط في الرسالة أن يضاف العقد إلى المرسل ،والرسول هو مبلغ من باشر العقد

(1)د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ،ج 5، ص_ص183 _ .184

(2)د.علي حيدر/درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،دار عالم الكتب ،طبعة خاصة،1423هـ . 2003،ج3،ص_ص49_54

ـأما الوكيل[1] هو من يباشر العقد، وفي تصرفات الوكيل يوجد من العقود التي تضاف إلى الأصيل ومن العقود التي تضاف إلى نفسه أما الرسول يجبر على إضافة العقد إلى المرسل .

ـ ونستطيع القول أن التوكيل لغة هو تفويض الأمر إلى الغير وشرعا تفويض التصرف في أمرإلى غيره وإقامته مقامه

أما الرسالة هي تبليغ الكلام إلى الغير بلا دخل له في التصرفات[2]

ـونظر الوكيل بالقبض مسقط خيار رؤية الموكل أيضا الوكيل بالشراء لارؤية الرسول المشتري ونظر الوكيل بالقبض أي قبض المبيع يسقط عند أبي حنيفة خيار رؤية الموكل كالوكيل بالشراء ،وقيل لافرق بين الرسول والوكيل فيفصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار .[3]

ـ وإذا نظرنا إلى مصادر النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي لم يختلف عنه في الفقه الغربي .فالنيابة القانونية في الفقه الإسلامي هي النيابة الشرعية أو الولاية الشرعية ومصدرها الشرع وهو وجود الولي يكون نائبا شرعيا عن المحجور وذلك بحكم الشرع والقاضي أيضا نائبا عن المحجور،وفي تزويج اليتامى، و عن المفلس في بيع ماله بحكم الشرع .

ـأما النيابة القضائية فمصدرها القاضي حيث أن الوصي يعين من طرف القاضي، يكون نائبا عن المحجور وأيضا القيم .يتم تعيين القيم بمقتضى حكم قضائي.

ـ والنيابة الإتفاقية في الفقه الإسلامي فمصدرها الإرادةوذلك بإنشاء اتفاق بين النائب والأصيل، وهذا الإتفاق هو الوكالة وإذا كانت النيابة بإذن لاحق لتصرف النائب ونسميها فضالة لكن الفضولي قبل الإجازة ليس بنائب إلا إذا أجاز له صاحب الشأن فيصير نائبا لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة(4)

---

(1)د.علي حيدر/درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق ،ج3،ص،ص495 .496

(2) العلامةالقاضي محمد بن فراموز الشهير بمنلاخسر الحنفي /الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام،كتالوكالة،ج2،ص،ص281

(3)د.عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ،ج5،ص_ص182 .

(4)العلامة محمدأمين الشهير بإبن عابدين المختار على الدر المختار شرح توير الأبصار ،ت.ح،عادل أحمد عبد الموجود ،علي محمد معوض،دار عالم الكتب الرياض ،ط.خاصة ،1423هـ . 2003م،كتاب الوكالة ،ج8،ص_ص،239 . 340

و إذن نستطيع القول بأن الفقه الإسلامي لا يتكلم عن النيابة بشكل رئيسي كما هي موجودة في القانون ولكن يمكن تلخيص ما تم ذكره وهو أن الولاية في الفقه الإسلامي تنقسم إلى ولاية قاصرة أو ذاتية وإلى ولاية متعدية .

ـ فالولاية القاصرة ثبت للشخص بمجرد إكتمال أهلية الأداء لديه، فهي ولاية يستمدها الشخص بحكم الشرع وله الحق في القيام بمختلف التصرفات كالزواج وما تعلق بماله ،أما الولاية المتعدية تنقسم إلى ولاية أصلية وولاية نيابية

ـ فالولاية الأصلية ،هي التي تنشأ بحكم الشرع ومثالها ولاية الأب والجد حيث تستمر على القاصر حتى يزول سببها كصغر السن .(أي البلوغ)،أما الولاية النيابية فتنقسم إلى نوعين،فهناك الولاية الإختيارية تتمثل في ولاية الوكيل لأنها تنشأ بمقتضى إختيار الطرفين .ويوجد الولاية الإجبارية وهي تتمثل في ولاية الوصي والقيم.[1]

ـ وبالتالي، فهذه أنواع الولاية ،هي تلخيص لما ذكر من أنواع الولاية بالمفهوم القانوني فالولاية الأصلية هي النيابةالقانونية لأنها تتمثل في ولاية الولي والجد ،أما الولاية النيابية الإختيارية هي النيابة الإتفاقية وهي الوكالة والولاية النيابية الإجبارية وهي النيابة القضائية وهذا في المفهوم القانوني .

ـ وبالتالي أنواع النيابة في القانون هي نفسها أنواع النيابة في الفقه الإسلامي حيث نجد أن القانون سواء القانون المدني الجزائري أو غيره من القوانين توافق في مصادر النيابة الموجودة بالفقه الإسلامي ولانجد خلافا في ذلك.

الفرع الثاني

أحكام النيابة في الفقه الإسلامي

ـ ما تحسن الإشارة إليه ضمن أحكام النيابة في الفقه الإسلامي هو أن نميز بين حكم العقد وحقوقه فمثلا حكم العقد هو الغرض الأصلي من العقد فحكم البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن إلى البائع ،أما حقوق العقد فهي المطالبات والإلتزامات التي تنشأ من العقد.

---

(1)د.علي محمد جعفر /نشأة القوانين وتطورها ،ص_ص23 . 25

ينظر:د.وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته ،دار الفكر ،ط2، 1405هـ . 1985م ،نظرية العقد ،ج4 ،ص_ص140 .141

فتكون حقوق العقد من جانب البائع المطالبة بالثمن وحبس المبيع، ومن المشتري قبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والإستحقاق والعيب .

ـ وأيضا نميز بين إضافة النائب العقد إلى الأصيل وإضافته إلى نفسه ،فهناك مجموعة من العقود التي تجب إضافتها إلى الأصيل كالزواج وسائر الإسقاطات، وهناك نوع آخر من العقود التي تضاف إما إلى الأصيل وإما إلى النائب .

ـ فالطائفة الأولى من العقود التي يجب إضافتها إلى الأصيل كالزواج وسائر الإسقاطات فلا يجوز للوكيل أن يضيفها لنفسه وإنما يجب إضافتها للموكل وهي الزواج والطلاق على مال والخلع والعتاق على مال والكتابة والصلح عن دم العمد والصلح عن إنكار ،وسميت هذه العقود بالإسقاطات لأنها تسقط فكرة الحق كالزواج هو إسقاط لحرمة المرأة على الرجل والطلاق إسقاط للحل والخلع أيضا وغير ذلك

ـ وإذن فوكيل الزوجة يضيف العقد إلى الزوجة ولايتصور أن يضيفه إلى نفسه، وأيضا الوكيل عن الزوج يضيف العقد إلى موكله وهو الزوج، وكذلك نفس الشيء بالنسبة إلى الوكيل في الطلاق فيضاف العقد إلى الموكل الأصيل لا إلى النائب الوكيل وبالتالي، فإن حكم العقد وحقوقه تنصرف إلى الموكل دون الوكيل فإذا زوج الوكيل الزوج من زوجته انصرف إلى الزوج دون الوكيل حكم الزواج وحقوقه يثبت للزوج دون الوكيل صفة الزواج وهذا حكم الزواج ويطالب الوكيل الزوجة بتسليمها لزوجها وتطالب الزوجة الزوج دون الوكيل بمهرها وهذه حقوق الزواج .

وبالتالي فإن حكم العقد وحقوقه في الإسقاطات تنصرف إلى الموكل دون الوكيل لأن القاعدة تقضي أن كل عقد يضاف إلى الموكل فإن حكمه وحقوقه تنصرف إليه .(1)

ويقول محمد علاء الدين في الجزء الأول ص222"الوكيل أصل في العقد بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل وإنما جعل نائبا في الحكم للضرورة كي لايبطل مقصود الموكل ولا ضرورة في حق من الحقوق ولأن العقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أو من لايقدر على مطالبته "(2)

(1)د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،المرجع السابق ،ج5،ص_ص189. 190 . 193. 19

(2)د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق نج5،ص231

وجاء أيضا :"الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا أمرني أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال ولو أخرج الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلا في النكاح ،والفرق أنه في الطلاق أضافه إلى الموكل معنى لأنه بناء على مالك الرقبة ،وهي للموكل في الطلاق والعتاق فأما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى فكأنه قال ملكتك بضع موكلتي. "(1)

والذي يمكن قوله من خلال ما ذكر أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى الموكل فتكون حقوقه راجعة إلى الموكل ويكون الوكيل فيها بمثابة سفير محض ،كعقد النكاح والطلاق على مال والعتاق على مال كوالخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن إنكار المدعى عليه ففي هذه العقود تكون الحقوق راجعة إلى الموكل .(2)

أما الطائفة الثانية من العقود التي تجب إضافتها إلى الأصيل وهي العقود التي لا ثتبت إلا بالقبض وهي الهبة والصدقة والقرض والعارية والوديعة والرهن وعادة قد تضاف الشركة والمضاربة .وفي هذه التصرفات يضيف الوكيل إلى الموكل العقد فينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل ويكون الوكيل فيها كسفير ومعبر فقط لأن هذه العقود فيها القبض ولايكون الوكيل فيها أصيلا فلا يستطيع أن يقبض ملك الغير .(3)

ونصت المادة 1460من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يلزم أن يضيف الوكيل الغقد إلى موكله في الهبة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض والشركة والمضاربة والصلح عن إنكار وإن لم يضفه إلى موكله فلا يصح ."

---

(1)العلامة محمد أنين الشهير بإبن العابدين /رد المحتار على الدر المختار،كتاب الوكالة ، المصدر السابق ،ج8 ،ص،ص245 247.

(2)الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي /بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ت.ح،علي محمد معوض ،عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية (بيروت . لبنان)،ط2، 1424هـ . 2003م ،كتاب الوكالة ،ج7،ص،ص402 . 403

(3)عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،(المرجع السابق)،ص،ص 196 .197و .198ا

ونستخلص أن الوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض والشركة والمضاربة يكون الوكيل في هذه العقود بمثابة سفير فتكون الحقوق راجعة إلى الموكل وبالتالي تتم إضافة العقد إلى الموكل لأن الحكم في هذه العقود يثبت بالقبض وإنه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا .(1)

أما بخصوص الجهة التي تتعلق بها حقوق العقد يوجد نوعان فيوجد عقود يعقدها الوكلاء وتتم إضافتها إلى الموكل من ناحية الحكم والحقوق وهي العقود التي سبق وأن ذكرناها عقود الإسقاطات بالإضافة إلى عقود القبض .

أما النوع الثاني من العقود التي تتعلق بها الحقوق وتتمثل في الوكيل فتكون الحقوق راجعة إليه بينما الحكم يبقى للأصيل وهو الموكل ،أماعند الحنفية (1)فكل عقد كالبيع والإجارة فحقوقه تعود إلى الوكيل دون الموكل فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم بالعيب ،وكل عقد يلزم الوكيل إضافته إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن الحقوق تتعلق بالموكل وليس بالوكيل وبالتالي لا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة بتسليمها .

و أما المذهب المالكي(2)فقد صرح في حق الوكيل بإن الموكل إذا وكل الوكيل على بيع فله طلب الثمن وقبضه لأنه من توابع البيع إلا إذا وكله على الشراء فله قبض المبيع من البائع وتسليمه للمشتري وله رد المعيب على البائع إن لم يعينه الموكل فإن عينه بأن قال إشتري لي هذه السلعة فلا رد للوكيل .

يعلم fوهذا في الوكيل الغير المفوض وإلا فله الرد ولو اشتراها لموكله أو باعها له ، والمثمن كذلك وقال المشتري أنه وكيل وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل إلا أن يكون مفوض .

---

(1)ينظر :الإمام أبي محمد محمود بن أحمد العيني /البناية في شرح الهداية ،دار الفكر ،ط1، 1400هـ . 1980م ،كتاب الوكالة ،ج8 ،ص ـص279 _ 281

ينظر :الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي /بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،كتاب الوكالة ،المرجع السابق ،ج7 ،ص_ص402 . 403

(2)العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي/حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،دار إحياء الكتب العربية،باب صحة الوكالة،ج3،ص382

_أماعند الشافعية [1] الأصل أن الموكل هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه كما يجوز للوكيل قبض الثمن إذا لم يمنعه الموكل كما أن الموكل هو الذي يطالب المشتري بتسليم المبيع ويجوز للوكيل ذلك إذا لم يمنعه الموكل وللموكل أن يطالب المشتري بضمان العيب والإستحقاق ،ةإذا كان الشراء بوكيل فاطكموكل يطالب البائع بتسليم المبيع ويقبضه كما يكون للوكيل ذلك جائز إذا لم يمنعه الموكل والموكل يرجع على البائع بضمان العيب والإستحقاق وقد يكون ذلك للوكيل لكن بإذن الموكل.

وقيل أن الوكيل بالبيع لا يملك تسليم المبيع قبل توفر الثمن وبعد التوفير لايجوز له المنع فإنه حق للغير والوكيل بالشراء يملك تسليم الثمن المسلم إليه ويملك قبض المشترى .والوكيل بإثبات الحق هل يستوفي وبإستيفاء الحق هل يخاصم ففيه ثلاث أوجه والأعدل أن الوكيل بالإثبات لا يستوفي وبالإستيفاء يثبت ويخاصم سعيا في الإستيفاء .(2)

وقد نجد أن أحكام العقد في الفقه الشافعي يقصد بها حقوق العقد وتكون هذه الأحكام تتعلق بالوكيل كخيار الرؤية وخيار المجلس والتقابض في المجلس ،وليست الحقوق التي تتصل بآثاره كتسليم المبيع وجاء في نهاية المحتاج للرملي الجزء الخامس ص51"وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمن حيث جوزناه له وتلف في يده ..وخرج المبيع مستحقا رجع عليه المشترى ببدل الثمن وإن اعترف بوكالته في الأصح لدخوله في ضمانه بقبضه والثاني يرجع به على الموكل وحده لأن الوكيل سفير محض ...وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداءا في الأصح لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده "(3)

والمدهب الحنبلي(4) الأصل أن الموكل تتعلق به حقوق العقد وأيضا حكمه فالبيع بوكيل فالموكل يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه كما أن الموكل هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع والمشتري يطالب الموكب بضمان العيب وبضمان الإستحقاق كما يكون للوكيل ذلك والأصل أن الحقوق تتعلق في الأصل بالموكل .

---

(1)د.عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق فيا لفقه الإسلامي، المرجع السابق،ج5،ص239_240

(2)الإمام أبي محمد بن محمد الغزالي/الوجيز في فقه مدهب الإمام الشافعي ،ت.ح،طارق فتحي السيد،دار الكتب العلمية(بيروت . لبنان)،ط1، 1425هـ . 2004م ،ص185

(3)،(4) ينظر :عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،المرجع السابق ،ج5 ،ص _ص 243 . 246 .247

أمافي حالة وكيل الشراء فالموكل يطالب البائع بتسليم المبيع وقبضه والموكل يرجع على البائع بضمان العيب وبالإستحقاق كما أن البائع يطالبه بالثمن كما يجوز للوكيل ذلك ويكون الوكيل ضامن فيثبت الثمن في ذمة الموكل أصلا وفي ذمة الوكيل تبعا فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وإن أبرأ الموكل برئ الوكيل .(1)

ـ أما ما يتعلق بحالة إذا ماتعاقد الشخص مع نفسه فإننا نجد إختلاف المداهب في هذه المسألة، فالمدهب الحنفي منع تعاقد الشخص مع نفسه ولا يعتد بالإذن ويكون البيع غير جائز ،وحتى إذا تعاقد الشخص وكان نائبا عن الجانبين فلا يجوز ذلك وجاء في المبسوط في الفقه الحنفي(2) "ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام فإنه يكون مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما في العيب ،وفيه من التضاد ما لايخفى ولوباعه له من ابن له كبيرأو امرأته أو واحد ممن لا تجوز شهادته له لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله بمطلق الوكالة أيضا، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إلا من عبده ومكاتبه "

أما المذهب المالكي(3) إذن الموكل يجعل البيع جائزا، لأن الوكيل على بيع سلعة لا يكون له أن يبيعها لنفسه إلا بإذن الموكل لأن الموكل له الخيار في الرد والإمضاء وقال عبد الوهاب إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز ويحتمل أنما اشتراها لما رأى أن من الناس من يرغب فيها بأكثر وعلى المذهب فإن فاتت السلعة فعليه الأكثر من القيمة والثمن .وذكر ابن حبيب أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها ثم باعها فالربح للموكل وكذلك الوصي إذا اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح فإن الربح لهم .

ـ ومن المدونة :من وكل رجلا يسلم له في طعام فأسلمه إلى نفسه أو ابنه الصغير أو لشريك له مفاوض أو شركة عنان أو زوجته أو مكاتبه أو مدبره أو أم ولده أو عبد المأذون له في التجارة أو عبد لولده الصغار، أو عبد أحد ممن ذكرنا أو ذمي، فذلك كله جائز إن صح بغير محاباة ما خلا نفسه وشريكه المفاوض أو من يلي عليه من ولد أو يتيم أو سفه، وشبهه اللخمي إن أسلمه على ولده بالكبير جاز .

(1)د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق،ج5،ص247

(2) شمس الدين السرخسي /المبسوط ،دار المعرفة (بيروت لبنان)،كتاب البيوع،ج19،ص32

(3)خليل ابن اسحاق الجندي المالكي / التوضيح في شرح جامع الأمهات،مركز سيبويه للمخطوطات وخدمة التراث ،1429 هـ2008م . ج6،ص396

أما إذا وكل على بيع شيء فعند مالك يجوز أن يشتريه لنفسه وقد قيل عنه لا يجوز ،وقال الشافعي لا يجوز له وكذلك عند مالك الوصي والأب .(1)

أما المذهب الحنبلي(2) فقد قرر بأنه للوكيل أن يبيع من نفسه إذا أدن له الموكل ونص على أنه إن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه لأنه وكل في طرفي العقد فجاز له أن يليهما وجاء في المغني الجزء الخامس ص108"من وكل في بيع شيء لم يجز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين ...وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ...ووجه الرواية أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت عليها كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه ...وإذا أدن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك قال الشافعي في إحدى الوجهين ،لايجوز لأنه يجتمع له في عقده غرضان الإسترخاص لنفسه والإستقصاء للموكل وهما متضادان فمانعان " وبالتالي، فإن المذهب الحنبلي جوز للوكيل البيع من نفسه إذا أدن له الموكل بذلك كما يجوز أن يكون وكيلا عن الجانبين.

أما المذهب الشافعي(3) فلا يجوز للوكيل أن يشتري لنفسه ولا للوصي، فالمذهب الشافعي يجوز للأب والجد أن يشتري من أنفسهما ولكن يوجد رواية لا تجوز للوكيل أن يبيع لنفسه إلا بإذن الموكل وبالتالي، فإن المذهب الشافعي فيه روايتان وهو يجوز للوكيل أن يبيع من نقسه لكن بإذن الموكل والرواية اخرى أنه لايجوز .وجاء في المهذب الجزء الأول ص302"وإن وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن لأن العرف في البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة ،عليه ولأن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقضي في الثمن عليه ...وإن وكل رجلا في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح لأنه عقد يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه ."

قال الماوردي"اعلم أن النيابة في البيع والشراء قد تكون على أربعة أوجه وهي :

من جهة النسب الأب والجد على الطفل

---

(1)القاضي عبد الوهاب البغدادي /التلقين في الفقه المالكي ،مكتبة نزار مصطفى باز ،الرياض . مكة المكرمة ،ت.ح،محمدثالث سعيد الغاني ،باب الوكالة ،ج2،ص446

(2)،ينظر:عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق،ج5،ص،ص254 . 255

(3)عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق،ج5،ص_ص2548255

من جهة الحكم الحاكم أو امين على المولى عليه

من جهة الوصية وصي الأب والجد

من جهة الوكالة وكيل الموكل

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة فهل يجوز لهؤلاء أن يبيعوا ويشتروا لأنفسهم مالهم بيعه وشراؤه حيث وجدت أربعة مذاهب مختلفة القول في ذلك:

المذهب الأول :مذهب مالك والأوزاعي(1) : يقول بأن يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشتروا مالهم بيعه وشراؤه

المذهب الثاني :وهو قول زفر بن هديل (2):لا يجوز لجمبعهم أن يبيعوا ويشتروا لأنفسهم

المدهب الثالث:وهو قول أبي حنيفة يجوز ذلك لهم إلا الوكيل وحده

المذهب الرابع :وهو مذهب الشافعي ،لا يجوز لذلك جميعهم إلا الأب والجد

فدليل المذهب الأول أن المقصود من البيع هوحصول الثمن والمقصود من الشراء حصول الشري ولم يلزم ذكر من يقوم بذلك بخلاف النكاح، وليس هناك فرق بين حصول الثمن من النائب أوغيره وقياسه على الأب بعلة أن كل من جاز له بيع مال غيره جاز له بيعه على نفسه

أما دليل المذهب الثاني :إن الإنسان مجبول على طبع الحب لنفسه وتغليب حظ نفسه على حظ غبره وبالتالي إذا باع من نفسه انصرف بجبلة الطبع إلى حظ نفسه ،فيصير المقصود من النيابة معدوما وقياسا على الوكيل لأنه نائب في العقد فلم يجز أن يعقد مع نفسه.

أما دليل المذهب الثالث نيابة الوكيل عن جائز الأمر فكان مأذونا له من غير ولاية وبالتالي هو انقض حالا من ذي الولاية فيجوز للولي مبايعة نفسه لقوة نسبه ولا يجوز لغير ذي الولاية من الوكيل مبايعة نفسه لضعف نسبعه كالأجنبي .(3)

---

(1)الأوزاعي (88 .157هـ)هو عبد الرحمان بن عمرو بن أحمد الأوزاعي إمام فقيه محدث مفسر نسبته إلى الأوزاع من قرى دمشق وأصله من سبي السند نشأيتيما رحل إلى اليمامة والبصرة وأراده تالمنصورر على القضاء فأبى ،نزل بيروت مرابطا وتوفي بها .

(2)زفر بن هديل (110 . 158هـ) بن قيس العنبري أصله من أصبهان فقيه إمام من المتقدمين من تلاميذ أبي حنيفة تولى قضاء البصرة ومات بها وهو أحد الذين دونوا الكتب .

(3)أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي /الحاوي الكبير للشافعي ،ت.ح محمد معوض ،أحمد عبد الموجود ،دار الكتب العلمية ،كتاب الوكالة ،ج6،ص_ص536 . 537

أما دليل المذهب الرابع فهو أن الأب بطبعه مجبول على حب ولده وجلب المصلحة لهم وخاصة له شدة الميل لولده والشح على نفسه لتحقيق مصلحة الولد .وهذا المعنى يكون مفقود فيمن سواه وصار هذا الحكم ضمن اختصاصه منتفيا عمن سواه .(1)

والذي يمكن قوله من خلال ما ذكر أن المالكية أجازوا للأب والجد والوكيل والوصي أن يبيعوا ويشتروا لأنفسهم مالهم بيعه وشراؤه هذا فيما يخص المذهب المالكي ،أما المذهب الحنفي فيجوز ذلك للأب والجد زالوصي إلا الوكيل بإعتبار مالهم من شفقة وحنوة على القاصر وجاء في البدائع "لا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع ،إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانا".

أما الشافعي فمنع الوكيل والوصي من التصرف في البيع والشراء لأنفسهم إلا الأب والجد .

كما أن المذهب الحنبلي يتقارب مع المذهب المالكي في الرأي .

وتولي الواحد طرفي العقد يكون باعتبارات: (2)

أن يكون أصيلا من جانب ووليا من جانب آخر كبيع الإبن مال ابنه

أن يكون وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر كأن يوكله شخص أن يزوجه من ابنته الصغيرة

يكون وكيلا من الجانبين كأن يوكله أن يزوجه وتوكله امرأة أيضا أن يزوجها

أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ووكيلا عن الطرف الآخر إذا وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه

يكون وليا من الجانبين كالولي الشرعي الجد كان يزوج حفيده من أحد الحفيدات

وخلاصة القول من هذا الفصل التمهيدي أننا ذكرنا كيف كان الرومان قد طوروا القانون وإحداث نشأته على حسب مجتمعهم وحياتهم المالية ،وأهم المصادر المعتمد عليها في تشريعهم فكانت بداية في العرفُ ثم بعد زمن وما شهدته الحضارة الرومانية من عصور متطورة فأخذت التشريع كمصدر مهم وبعد توسع الحياة الشعبية عند الرومان .

---

(1)أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي /الحاوي الكبير للشافعي ،كتاب الوكالة ،ج6،ص537

(2)فتحي الذريني /النظريات الفقهية،منشورات جامعة دمشق ، ط4،1997،ص336

ـثم نم ذكر لمحة حول فكرة النيابة في القانون الروماني ،حيث عرفنا أنها كانت مقصورة في بداية الأمر على أشخاص معينين ،وفيما بعد عرفت النيابة تطورا ولتعد مقصورة على جماعة معينة نتيجة ما تطلبته الظروف آنداك والمعاملات المالية في عصرهم .لكن الذي يجب قوله أن الرومان كانوا قد شرعوا للنيابة قواعد قانونية خاصة على حسب حياتهم البيئية لكن هذا لم يمنع من وجود وتطبيق فكرة النيابة عندهم إلا أنهم لم يطبقوها كما سبقهم بخصوصها الفقه الإسلامي بأحكامه المثالية فيها ،ولم يأخذها القانون الروماني كما أخذها القانون الوصعي حاليا وإنما كانت جد محصورة على حسب الوضع الإجتماعي في عصرهم ,

ـأما الفقه الإسلامي فلم يعرف النيابة بتعريف موجز مثل الفقه الغربي نتيجة العرف والبيئة أنذاك حيث نجد أن أحكام النيابة في الفقه الإسلامي تناولت أحكامها في مسائل جزئية ،لكن وجدنا أن القوانين الوضعية توافقت مع الفقه الإسلامي، فمصادر النيابة سواء الإتفاقية والمتمثلة في عقد الوكالة وهي نفسها في القانون ونفس الشيء بالنسبة للنيابة القضائية والقانونية أو الولاية الشرعية فقها

ـأما فيما يتعلق بأحكام النيابة، فنجد أن الفقه الإسلامي أرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل وذلك في عقود خاصة كالنكاح وعقود الصلح عن دم والطلاق ...أما فيما يخص عقود البيع والشراء فإن من المذاهب التي أرجعت حقوق العقد إلى الوكيل بإعتباره قام بالإلتزامات كالمذهب المالكي والحنبلي، أما المذهب الشافعي والحنفي فذهب إلى القول بأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل باعتباره الأصيل في العقد.

وبالتالي، فإن الفقه الإسلامي كانت أحكامه سباقة في تبيان أحكام النيابة بالتفصيل على الفقه الغربي.

الفصل الأول

ماهية النيابة

يتضمن هذا الفصل تعريفا للنيابة بشكل عام من الناحية اللغوية والإصطلاحية كما سنعرف معنى النيابة بمعنى الشرعي ثم يتم الإنتقال إلى المعنى القانوني الذي يعرف النيابة وكيف تناولها أهل القانون من حيث أقسامها وشروطها وما تضمنته النيابة من من معاني قانونا .

المبحث الأول

مفهوم النيابة وتحديد أهميتها ونطاقها

ـللنيابة في القاموس اللغوي معان متعددة ومتنوعة على حسب الإستعمال اللغوي للعرب كما أننا نجد أن المعنى الإصطلاحي يتم استقصاؤه من المعنى اللغوي ،باعتباره الأصل. وبالتالي، فإن المعنى اللغوي والإصطلاحي يتمثل في عدة مقامات وفي عدة ألفاظ .

المطلب الأول

مفهوم النيابة لغة وتحديد أهميتها

ـسوف نتناول ضمن هذا المطلب حقيقة النيابة لغة ونعرف استعمالات العرب لهذا المفرد في عدة معان واصطلاحات ،وذلك أيضا على حسب العرف الذي كان يعيشه العرب ولكن يبقى للنيابة معناها الحقيقي .

الفرع الأول

تعريف النيابة في اللغة

ـعند تتبعنا لكلام العرب نجد أن للنيابة إطلاقات متعددة فوجدناها في القاموس اللغوي بمعان مختلفة فجاءت كالآتي :

وجدنا لفظ النيابة بمعنى نزل وقد نجدها بالمعنى ما ينوب الإنسان اي ما ينزل به من المهمات والحوادث ،ووجدت بمعنى المصيبة أو النازلة التي تنزل بالإنسان وتكون بمعنى النوائب .(1)

(1)الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري /لسان العرب ،ت،ح،عبد الله علي كبير ،محمد أحمد حسب الله ،هاشم محمد الباذلي،سيد رمضان أحمد ،دار المعارف (النيل . القاهرة)،مجلد السادس ،باب النون ،ج50،ـ،ص0754_ .4569

ـ كما نجد مفرد ناب من ينوب نيابة بمعنى قام مقامه وقد يأتي مفرد أناب بمعنى الجمع ويأتي بمعنى ما كان مسيرة يوم وليلة، وقيل ما كان على ثلاثة أيام كما قد نجد لفظ النيابة بمعنى القرب ونجده بمعنى القوة والمطر الجود، وقد يتمثل معنى النيابة بأن يطرد الإبل باكرا إلى الماء فيمسي على الماء ،وقد يستعمل لفظ النيابة بمعنى القصد والإتيان مرة بعد مرة كما نجدلفظ النوبة المأخوذ من ناب وهي الفرصة والدولة .

ـ ونقول تناوب القوم الماء،أي تقاسموه على المقلة وهي حصاة القسم، وتأتي بمعنى العاقبة وتكون بمعنى أقبل وتاب ورجع ولزم الطاعة .وجاءت بمعنى جيل من السودان كما تكون بمعنى الرجوع إلى الله بالتوبة، ونقول ناب عنه الوكيل في كدا ينوب نيابة فهونائب.

والآن يعد معرفتنا لمعاني النيابة المتنوعة لغة فإنه يمكن إجمال الحقيقة اللغوية في ثلاث إطلاقات :

الإطلاق الأول ،يكون مفرد النيابة بإعتبار ما نزل :

ـ فالنيابة مصدر ناب، وهو ما ينزل بالإنسان من المهمات والحوادث ومنه المصيبة أو النازلة التي تنزل بالإنسان من حوادث الدنيا وغير ذلك .

ـ الإطلاق الثاني، فيكون بإعتبار ما يشترط لوجود النيابة :

فوجدنا أن النيابة تطلاق لغة على القوة والجود والقرب حيث

قال أبو ذؤيب :

أرقت لذكره من غير نوب كما يهتاج موشي نقيب(1)

ـ وأيضا نجد أن النيابة تطلق على الرجوع والإقبال والقصد ولزوم الطاعة والإنابة والجمع .

وجاء في البيت:

انقطع الرساء والحل الثوب وجاء من بني وطاء النوب(2)

---

(1)،(2) ينظر :العلامة أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور /لسان العرب ،المصدر السابق ،مجلد السادس ،باب النون ،ج50 ،ص_ص4569 . 4570

ينظر :السيد مرتضى الحسيني الزبيدي /تاج العروس من جواهر القاموس ،ت.ح،عبد العليم الطحاوي ،مطبعة حكومة الكويت ،ط2،1407هـ 1987،ج4(قرب . صوت)،ص_ص 212 . 218

ينظر :أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا /معجم مقاييس اللغة ،ت،ح،عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ،ج5(القاف . النون)،ص367

أما الإطلاق الثالث فيأتي بإعتبار من تنوب عنه :

ـ جاء في المدونات اللغوية مفهوم النيابة بمعنى قام مقامه ،وقيل ناب عنه الوكيل في كذا ينوب نيابة فهونائب والحاصل أن البيان المجمل للحقيقة اللغوية هو أن النيابة في الإستعمال اللغوي لها عدة معاني ومصطلحات تستعمل فيها على حسب مواقعها من الإستعمال في لغة العرب وعاداتهم وبيئتهم .

ـ إلا أنه من خلال تصنيف هذه المعاني اللغوية على حسب شروطها ومعانيها المختلفة إلا أنه يمكن أن نتوصل إلى تعريف النيابة في الحقيقة اللغوية على أنها مقام يوكل في المهمات إلى من يستحقه وذلك وفق شروط محددة .

الفرع الثاني

أهمية النيابة

ـ إن نظام النيابة نظام قانوني يحقق فوائد قانونية جمة وهذا نجده حتى من ناحية الفقه الإسلامي فنظام النيابة له مصالح وفوائد سواء من ناحية الوصاية أوالولاية الشرعية أو القوامة . وتعود أهمية النيابة إلى أن بعض الأشخاص لايمكنهم أن يباشروا إبرام العقد بأنفسهم وذلك لإعتبارات قانونية أولظروف خاصة يعاني منها العاقد الأصلي وبالتالي ،لا يمكنه أن يقوم بابرام العقود لوحده ، ففاقد التمييز لا يستطيع أن يبرم تصرفا قانونيا بشأن أمواله لأنه ليس له أهلية الأداء، وإنما ثبتت له أهلية الوجوب فقط،وهذا حتى بالنسبة للشخص الغائب فإن القاضي يولي من يتولى أموره المالية gوهذا ما يتحقق وفق نظام القوامة .

ـ ولهذا كان لابد من وجود شخص آخر يقوم بتولي شؤون العقد مكان القاصر وذلك ضمن نظام النيابة؛ إلا أن الشخص الذي له أهلية أداء كاملة فله القدرة على أن يباشر إبرام عقوده المالية لحاله وهذا يذكر ضمن الشخص الغائب الذي تكون له القدرة على إبرام التصرف القانوني إلا أن ظروفه الخاصة تمنعه من ذلك .[1]

ـ و الآن ننتقل للكلام عن نظام الإنابة القانونية ،فهو عمل قانوني يلتزم بمقتضاها المدين بعد الحصول على رضا الدائن بتقديم شخص أجنبي يلتزم عنه بأداء الدين .

---

(1)د.حلال علي العدوي ود.محمد لبيب شنب /مصادر الإلتزام ،الدار الجامعيةللطباعة والنشر ،بيروت ،1985،ص196

فوجود المنيب الذي يجعل شخصا مكانه ويكون أجنبيا لينيب عنه بوفاء الدين إلى الدائن، أما الطرف الثاني وهو المناب وهو الشخص الأجنبي الذي يجعله المدين مكانه لوفاء الدين، والطرف الثالث المناب لديه وهوالدائن الذي يوفي له الدين الشخصي .(1)

ـ ونفس الشيء بالنسبة للأصيل والنائب والغير، فالعلاقة بين هؤلاء الأطراف الثلاثة متكاملة ، بحيث يلتزم كل طرف من الأطراف الثلاثة بالعمل المكلف به ،كما أن للإنابة بأنواعها الكاملة والناقصة تحقق المصالح المقصودة فالإنابة الكاملة هو أن يتفق المنيب والمناب لديه والمناب على أن يحل المناب محل المنيب في مواجهة الدائن وذلك بأن تبرأ ذمة المنيب من الدين وبالتالي، ينقضي الدين القديم وينشأ مكانه دين جديد من خلال تغيير المدين .

ـ وقد تكون الإنابة الكاملة تغيير الدائن في الحالة التي يكون فيها المناب مدينا للمنيب وجدد هو الآخر دينه فجعل دائنه المناب لديه بدلا من المنيب فيكون المنيب جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن،وقد تقترن الإنابة الكاملة بالتجديد وذلك إمابتغيير الدائن وإما بتغيير المدين.

أما الإنابة الناقصة(3) فهي التي يتفق فيها المدين والدائن والمدين الجديد على أن يكون المناب كمدين آخر في مواجهة الدائن، ومن تم يكون للدائن مدينين بدلا من مدين واحد والإنابة الناقصة لا تبرأ ذمة المدين نحو الدائن ولهذا تختلف عن الإنابة الكاملة التي تؤدي إلى براءة ذمة المدين .(2)

ـ فنجد أن نظام الإنابة بأنواعه يحقق فائدة لكل طرف من الأطراف المشاركة في الإنابة وأنواع الإنابة الكاملة والناقصة لها أهمية بتغيير الأطراف المتعاقدة وجعل ما يخدم مصلحة كل طرف في الإنابة لأن هذا من ميزتها.أما في المجال الأسري ما يخص الوصاية والولاية الشرعية فنجد أن الأب والجد بما لهم من الشفقة والرحمة اتجاه الإبن القاصر والإهتمام الذي يوليه الفقه الإسلامي والقانون للقاصر حيث تم توضيح التصرفات الخاصة بكل من الأب والجد اتجاه القاصر وإعطاء للوصي والقيم مكانة مهمة ،فهذا يدل على أن لنظام النيابة أهمية في تحقيق مصالح القاصر والذي لايقدر على تولي أموره.

---

(1) د.خليل أحمد حسن قدادة /الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، ج2،أحكام الإلتزام ،ص،ص306. 308 . 309

(2)د.خليل أحمد حسن قدادة/الوجيز في شرح القانون المدني،المرجع السابق، ج2،ص_ص307_309-308

المطلب الثاني

تعريف النيابة شرعا واصطلاحامع تحديد نطاقها

ـ يتضمن هذا المطلب يتضمن مفهوم النيابة في المعنى الشرعي والإصطلاحي، فنذكر الآيات والأحاديث التي تكلمت واحتوت معنى النيابة وذلك من الناحية الشرعية ثم استخلاص حقيقتها الإصطلاحية من الناحية الشرعية ،وهذا بناءا على المعنى اللغوي .

الفرع الأول

مشروعية النيابة

إن تكلمنا عن الحقبقة الشرعية نجد أن لفظ النيابة ورد في الشرع على أنحاء مختلفة فنجد معناها في :

الكتاب :

جاء في التنزيل العزيز :قوله نعالى "منيبين إليه "(1)

وجاء في قوله تعالى :"وأنيبوا إلى ربكم وأسلموا إليه "(2)

وبالنسبة للسنة النبوية الشريفة :

يوجد حديث خيبر :"قسمها نصفين نصفا لنوائبه وحاجاته ونصفا بين المسلمين "

حديث الدعاء :"ياأرحم من انتابه المسترحمون "

وأيضا يوجد حديث صلاة الجمعة :"كان الناس يتناوبون الجمعة من منازلهم "

وأيضا حديث :"احتاطوا لأهل الأموال في النائبة والواطئة"

وبالنسبة لحديث الدعاء :"إليك أنبت "

والحاصل في البيان الشرعي للنيابة أنها تطلق على :

ما يجلب لدفع النوائب،وتطلف أيضا على ما فيه معنى الرجوع والتوجه والإنابة إلى الله تعالى.

والذي يمكن قوله من خلال ماذكر بأن للنيابة في المعنى اللغوي اصطلاحات مختلفة ومتنوعة على حسب استعمالات العرب آنداك لكن من المعاني اللغوية المستعملة أن لفظ ناب يعني قام مقامه

ـــوبالتالي، من خلال هذا المعنى نتوصل إلى أن لفظ النيابة عند العرب من معانيه واستعمالاته ماوافق أهل القانون في تعريفهم للنيابة على أنها مقام يعطى للشخص الذي يستحقه وذلك وفق شروط معينة يحددها القانون في النائب، وهذا التعريف الذي جعله أهل القانون للنيابة وافق ما وجد في لغة العرب وفي قاموسهم .

ـــأما فيما يخص الحقيقة الشرعية فوجدنا أن لفظ النيابة في الآيات والأحاديث النبوية الشريفة، فتظهرأهمية نظام النيابة في تحقيقه مصالح القصر بصفة عامة فهويأخذ به ليحقق ما يدفع به حاجات القاصر وما يجنب الظروف القاهرة التي قد تلحق بالشخص المتعاقد فتمنعه من التعاقد شخصيا بصفته أصيلا .

ـــ وأيضا قد يكون المعنى الشرعي للنيابة ما فيه التوجه والإنابة إلى الله تعالى وهذا ما يوافق المعنى اللغوي .

الفرع الثاني

نطاق النيابة

ـــ إن الكلام في هذا الموضوع يقتضي الرجوع نوعا ما إلى مامدى استعمال النائب لسلطة النيابة التي خوله الأصيل حق التعامل بمقتضاها ،ويقتضي النطاق أن نتحدث فيه عن النيابة المقيدة والمطلقة.

ـــفالنيابة المقيدة هي التي يكون مجال التعامل فيها بالنسبة للنائب مقيدا على حسب الحدود والشروط التي عينها له الأصيل ،ولهذا يكون تعامله في هذه الحالة مقيدا بما أمر في التعامل به .

ـــأما النيابة المطلقة وهي التي يكون مجال التعامل فيها بالنسبة للنائب مطلق فلا يوجد شروط تحدد أو تقيد تعامله وإنما تكون سلطة النيابة له مطلقة وهذا بمقتضى السلطة التي يعطيها الأصيل للنائب

وضمن كلامنا عن النيابة المطلقة سوف نتعرض للنيابة من ناحية الموضوع ومن ناحية الأشخاص

لكن إذا تكلمنا عن مصادر النيابة القانونية والإتفاقية والقضائية فإن القانون في النيابة القانونية هو الذي يحدد نطاق تعامل الولي ونفس الشيء بالنسبة إلى النيابة الإتفاقية فالإتفاق وهو عقد الوكالة هو الذي يحدد نطاق تعامل الوكيل في هذا العقد، وأيضا في النيابة القضائية فالوصي والقيم والحارس القضائي والسنديد الجهة القضائية تحدد نطاقهما.

ـ يتحقق نطاق النيابة من جهتين:[1] الجهة الأولى :تكون من ناحية الموضوع ،لكون أن النيابة في التصرفات القانونية دون الأعمال المادية لأن الأعمال المادية .تخرج تماما عن نطاق النيابة ولهذا هناك من لم يعتبر التابع نائبا عن المتبوع لأن هذا يعتبر من الأعمال المادية.

2)أما الجهة الثانية وهي ناحية الأشخاص، لكن هنا ندخل ما إذا كان الشخص الإعتباري ضمن هؤلاء الأشخاص ؟ذلك أن الشخص المعنوي لايمكن أن يتصور أن يباشر عمله القانوني بنفسه وإنما لابد من شخص طبيعي يمثله يباشر نشاطه وبالتالي، هل يمكن القول أن هؤلاء الأشخاص الذين يمثلون هذا الشخص المعنوي ويقومون بالعمل بإسمه ولحسابه فهل هذا يدخل ضمن نظام النيابة وأحكامها ؟

ـ للإجابة على ذلك ،نقول بأن يقول به البعض ،أما البعض الآخر ،فالبعض الآخر لايقبل هذه الفكرة، ويقول أن انصراف آثار النشاط الذي يقوم به ممثلو الشخص المعنوي لايقوم على فكرة النيابة وإنما على فكرة العضوية أو على فكرة التمثيل ،لأن فكرة العضوية مؤداها أن الشخص الإعتباري لايمكن وجوده دون أجهزة أو أعضاء يحققون نشاطه، وهؤلاء الأشخاص يعتبرون جزءا لايتجزأ من الشخص الإعتباري نفسه .أما فكرة الثمتيل فتقتضي أن يكون الشخص الإعتباري بضرورة قانونية تحتم أن يمثله الشخص الطبيعي ليتولى نشاطه المادي والقانوني وذلك بصفة دائمة ،ويتميز هذا الثمتيل من النيابة من ناحيتين :

الناحية الأولى:أن فكرة الثمتيل هي مفروضة بحكم قوة الأشياء وطبيعة الشخص الإعتباري، وبالتالي فإن الشخص الإعتباري بصفته هذه تجعل الشخص الطبيعي يكون مشرفا عليه دائما ،وبينما خاصية النيابة ليست بصفة دائمة ثنبت على صاحبها وإنما لوقت محدد ولعرض خاص أو لظرف خاص

(1)د.حلال علي العدوي ود.محمد لبيب شنيب /مصادر الإلتزام المرجع السابق ،ص_ص197 . 198

ـأما من النا حية الثانية فإن فكرة التمثيل تستوعب كل أوجه النشاط الخاصة بالشخص الإعتباري سواءا ما تعلق بالأعمال المادية أو التصرفات القانونية وذلك على خلاف النيابة التي لا توجد إلا في التصرفات القانونية .

و الصواب هو الأخذ بفكرةالنيابة بالنسبة إلى النشاط القانوني الذي يخص الشخص الإعتباري، والأخذ بفكرة التمثيل بالنسبةللنشاط المادي للشخص الإعتباري ذلك أن النشاط القانوني للشخص الإعتباري لايوجد فارق بين الأحكام التي يخضع لها تصرفات من يمثل الشخص المعنوي وأحكام النيابة .(1)

المبحث الثاني

مفهوم وأحكام النيابة عند المشرع الجزائري

ـ يتضمن هذا المبحث بيان لحقيقة النيابة من ناحية الوضع القانوني الذي وضعه أهل القانون في التشريع الجزائري رغم أن وضع التعاريف القانونية ليس من اختصاص المشرع ولا التشريع بصفة عامة وإنما نجد فقهاء القانون يعرفون النيابة من حيث المفهوم والشروط والآثار وذلك بشكل حديث على ما كانت عليه النيابة في العهد الروماني .

المطلب الأول

مفهوم النيابة عند المشرع الجزائري

ـ يتناول هذا المطلب يذكر تعريف النيابة في القانون الجزائري وهذا تعريف مختصر عرف به فقهاء القانون النيابة.

الفرع الأول

تعريف النيابة

ـعرف فقهاء القانون النيابة على أنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع انصراف الأثار المترتبة عن هذا التصرف إلى الأصيل (2)

---

(1)د.حلال علي العدوي ود.محمد لبيب شنب ،مصادر الإلتزام المرجع السابق،ص_ص198 . 199

(2)عبد الرزاق السنهوري /الوسيط في شرح القانون المدن ،مصادر الإلتزام ط 2007 . 2008 ،ج1 ،ص 157

كما تعرف بأنها قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني لحساب الأصيل .(1)

ـ ويقصد بالنيابة أن يقوم شخص يسمى النائب بالتعاقد باسم ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل ،وفي هذه الحالة يصدر التعبير عن الإرادة من النائب بينما آثار العقد لا تنصرف إليه وإنما تنصرف إلى العاقد الحقيقي وهو الأصيل الذي أبرم العقد باسمه ولحسابه .(2)

ـ وبالتالي، فإن نظام النيابة يجعل النائب يعقد العقد ويباشر المعاملات الخاصة بالعقد لكن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه لكن آثار العقد ترجع إليه وبالتالي يكون أساس والمفصود من التعاقد قدتم.

ـ ونعلم أن في ظل القانون الروماني لم يعرف النيابة في وقتهم ، كانت محصورة في أشخاص معينين وعلى معاملات معينة وذلك بعدما عرفت الحضارة الرومانية تطورا كبيرا وشهدت عصورا مختلفة تاريخيا جعلها تطور التنظيم القانوني الخاص بالنيابة لكن ليس مثلما هو عليه الحال في التشريع القانوني الحالي.

لكن بالنسبة الفقه الإسلامي فلم يعرف النيابة للأن البيئة والوقت والعرف لم يكن يستدعي إلى ذلك ، تجسدت في أنواعها وهي النيابة الشرعية والإتفاقية والوصاية، وهذا مايتفق فيه القانون مع الفقه الإسلامي ويمكن القول أن الوكالة هي ليست نفسها النيابة كما طرح هذا السؤال في الإشكالية لأن الغرض من هذا البحث هو معرفة ما إذا كان النيابة يقصد بها الوكالة سواءا في الفقه الإسلامي أو القانون فبعد معرفتي لنظام النيابة في القانون الروماني ومعنى النيابة في الفقه الإسلامي فوجدت أن أنواع النيابة في الفقه الإسلامي تتوافق مع القانون الوضعي سواءا الجزائري أو غيره ،وهذا يعني أن الوكالة ليست هي نفسها النيابة على الصعيد القانوني أوفي الفقه الإسلامي ،كما كان ظهر لي في رأيي أن الوكالة يقصد بها النيابة ولكن نظام النيابة أعم بكثير من الوكالة وإنما الوكالة تعتبر فقط نوعا من أنواع النيابة لأن الوكالة عقد اتفاق ينشأ بمقتضى توافق إرادتي طرفين لإنعقاد الوكالة والوكالة قد تكون عامة أو مقيدة وذلك على حسب التفويض الذي يعطيه

---

(1)د.حبار آمال /مصادر الإلتزام الإرادية والغير الإرادية في القانون المدني الجزائري ،مكتبة الرشاد للطباعةو النشر والتوزيع ،ط 1،1434 . 2013 ،ص36

(2د.حلال علي العدوي،د.محمد لبيب شنب /مصادر الإلتزام ،ص199

الموكل إلى الوكيل في التعاقد إما بإطلاق التصرف أو تقييده ،وهذا يدخل ضمن أنواع الوكالة وبالتالي فالوكالة هي النيابة في القانون والفقه الإسلامي ليس كذلك لأن النيابة عامة والوكالة فقط هي نوع من أنواع النيابة وهي تتمثل في النيابة الإتفاقية .

الفرع الثاني

شروط النيابة في التعاقد

تتمثل شروط النيابة في التعاقد فيما يلي:

أولا: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

ـ يعرف هذا الشرط الأساسي النيابة، أي أن لوجود النيابة لابد من تطبيق هذا الشرط من طرف النائب وإلا انعدمت النيابة والقول أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل وهو أن يعبر النائب عن إرادته لا الأصيل وبالتالي ،لا يكون وسيط بين النائب والأصيل والغير وإنما كل طرف متعاقد في النيابة يؤدي مهامه الخاصة به، فإذا وجد ناقلا للإرادة و هو الرسول فلا تعتبر النيابة ،لأن الرسول ليس مثل النائب وبالتالي في هذه الحالة يكون في مقام الرسالة ،والرسول لايكون معبرا عن الإرادة وإنما فقط ناقلا .

أما النائب فيكون معبرا عن إرادة الأصيل حيث يجب عليه ألا يكون مجنونا أو غير مميز بينما الرسول إذا كان غير مميزا أو مجنونا فهو فقط يقوم بنقل الإرادة وقد يكون التعاقد بين غائبين وفي الرسالة تكون العبرة بإرادة الرسول لاالنائب ،بخلاف النائب فتكون العبرة بإرادة النائب لا الأصيل، وينظر إلى إرادته إن طرأ عليه ،عيب من عيوب الإرادة وحتى لو كانت إرادة الأصيل لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة ،حتى أنه في النية من حيث حسنها أو سؤها ينظر إلى النائب لا الأصيل .

ـ كما يوجد بعض الحالات التي ينظر فيها إلى الأصيل لا النائب وذلك إذا صدرت منه تعليمات محددة ويشترط في الأصيل أهلية التعاقد لا النائب لأنه هو الذي تنصرف إليه آثار العقد المترتبة عن تعامل النائب (1)،حيث تنص المادة 73من القانون المدني الجزائري :"إذا تم العقد بطريق النيابة كان الشخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الإعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم

(1)د.عبد الرزاق السنهوري /الوسيط في القانون المدني ، مصادر الإلتزام المرجع السابق ،ج1،ص160

ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما.

غير أنه إدا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها "[1] وبالتالي تقرر هذه المادة بأن أساس المعاملة في النيابة وهي أنها تعود للنائب بإعتباره طرف في التعاقد حيث يكون النظر في عيوب الرضا إلى إرادةالأصيل ،كما أنه يعترف بنية النائب إلا إذاتحتمت ظروف وجعلت نية الأصيل هي التي يعتد بها وذلك لظروف خاصة .

أما الشرط الثاني من شروط النيابة وهو:

ثانيا:.استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة له

عندما تحدد تعاملات النائب في عقده فيجب على النائب أن يعبر عن إرادته ولكن في الحدود المرسومة له وذلك سواءا عن طريق الإتفاق الذي يحدده له الطرف الأصيل ودلك من خلال عقد الوكالة ،وقد يعبر النائب عن إرادته وذلك وفق ما يحدده له القانون إذا كانت النيابة قانونية على أن نيابة الولي يحددها له القانون من خلال تصرفاته مكان القاصر . التي يحددها له القانون وهذا أيضا نجده في النيابة القضائية والتي تحددنطاق تعامل الوصي في تصرفاته الخاصة مع القاصر أيضا وبالتالي فإن هذا الشرط الثاني من شروط النيابة لابد من وجوده حتى يتحقق المراد من النيابة ،لأن العمل الذي قام النائب لا ينتج آثره إذا تجاوز الحدود المرسومة له وقد ينتج هذا العمل أثره إلا إذا كان الغير حسن النية يتعامل مع النائب على أنه لم يجاوز حدوده أو إذا أبقى الأصيل سند النيابة في يد النائب ،فإذا جاوز النائب حدود النيابة فالغير يمكنه أن يرجع على النائب بمطالبته بالتعويض ولكن قد يقر الأصيل عمل النائب ،فإذا أقر الأصيل ذلك فهنا يكون قد تم التعاقد في حدوده أما ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات تضاف إلى الأصيل .

والشرط الثالث الذي تكتمل به انعقاد النيابة وهو:

ثالثا:.أن يتعامل النائب بإسم الأصيل وأن يكون التعامل لحسابه:

فالهدف من انعقاد النيابة هو أن يكون التصرف الذي يباشره النائب تصرفا تعود آثار انعقاده إلى الأصيل وعلى أن يكون تعامله بإسم الأصيل ولحسابه .(2)

،(2)د.علي علي سليمان /النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2003،ص،ص42 .44

(1)القانون المدني الجزائري المعدل بمقتضى القانون رقم 05_10المؤرخ في 2005/06/20

ـ وعليه، فإن النيابة تنعدم في حالة ما إذاخالف النائب ذلك ولم يتعامل باسم الأصيل ولالحسابه ولذا يجب على المتعامل معه إعلامه بصفته كالنائب وإلا لم تكن للنيابة أن تتحقق لإنعدام صفة النيابة ،حبث لا تنصرف الآثار إلى الأصيل ،ولكن قد تضاف آثار العقد إلى الأصيل إذا كان الغير يعلم حتما بوجود النيابة أو كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع النائب أو الأصيل وبالتالي يجب على الغير أن يعلم بالنيابة، فإذا لم يكشف النائب عن نيته لن يتعاقد معه لأن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل وإنما تنصرف إلى النائب ويكون الغرض من النيابة لم يتحقق إذن .

والآن نتساءل الحكم ما إذا تجاوز النائب حدود نيابته ؟وللإجابة على ذلك نقول:

إذا تجاوز النائب حدود نيابته فإن موقفه يكون في أمرين :

1) :وهوتطبيقا لقاعدة الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ،فإن الأصيل في هذه الحالة يجيز ما عمله النائب حتى ولو تجاوز حدوده في التصرف الذي قام به ،وبذلك يصبح هذا التصرف ملزما للأصيل .

2) :قد يعترض الأصيل على التصرف الذي أجراه النائب فإنه في هذه الحالة لايكون الأصيل ملزما بما قام به النائب وإنما يعود ذلك كله إلى النائب لأنه هو المسؤول عن التصرف الذي قام به، .ويكون نائب في هذه الحالة منفدا لما تصرف فيه نتيجة مجاوزته لحدود النيابة ،فإذا لم ينفذ ما قام به كان على الغير أن يطالب بحقه في التعويض أمام القضاء، ويكون تقدير التعويض الذي يأخذه الغير من طرف القاضي .

ـ والذي يمكن قوله من خلال ما سبق تحليله، أن النيابة لايمكنها أن تقوم وتنعقد بدون وجود الشروط السابقة حيث أنه إذا اختل شرط واحد من هذه الشروط انعدمت النيابة ولا تنصرف الآثار إلى الأصيل، لأن قوام النيابة لايوجد وبالتالي لابد من إعادة النظر في أي تصرف قد يباشر النائب اتجاه الغير لأنه يغير طبيعة العلاقة التي توجد بين كل طرف من الأطراف الثلاثة خاصة العلاقة المتعامل فيها بين النائب والغير لأنه تجاوز النائب حدوده ولايقر بها الأصيل في رأيه فيكون النائب في هذه الحالة هو المسؤل وحده عما قام به من تصرف خاطئ أو تجاوز غير مشروع.

---

(1)د.حبار آمال /مصادر الإلتزام (المصادر الإرادية والمصادر الغير الإرادية في القانون المدني الجزائري)، المرجع السابق ،ص 40

فإن القضاء في هذه الحالة يحاسبه عما فعله اتجاه الأصيل والغير، ويكون للغير أن يعود على النائب بالتعويض الذي يستحقه من خلال المطالبة بذلك أمام القضاء.

المطلب الثاني

أحكام النيابة عند المشرع الجزائري

ضمن هذا المبحث سيتم التطرق لموقف المشرع الجزائري من النيابة من خلال معرفة تعاقد الشخص مع نفسه مع التطرق لبعض القوانين الأخرى .ولقد سبق أن تم ذكر هذه المسألة في الفصل التمهيدي وموقف الفقه الأسلامي اتحاهها، والآن سوف نعرف موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة ،ثم نتناول الأثار المترتبة عن انعقاد النيابة ،وكيف يكون موقف كل طرف من الأطراف الثلاثة الذين يشاركون في انعقاذ النيابة، والأثار المترتبة لكل طرف منهم .

الفرع الأول :

حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري

ـ تختلف معظم التشريعات في هذه المسألة اختلافا كبيرا، فهناك من منعت تعاقد الشخص مع نفسه بما فيها بعض مذاهب الفقه الإسلامي وهذا من الناحية الشرعية ،ويوجد من أباحته بدون أن تورد استثناء على ذلك ،وبهذا الخصوص فبعض القوانين أباحت نعاقد الشخص مع نفسه لكن أوردت على هذه الإباحة اسثناءا، ويوجد من منعها منعا باث ولكن رغم ذلك أورد إسشتناءه على هذا المنع ،خاصة في العقود ذات الأهمية الخاصة سواء بالقاصر أوالطفل الصغير الذي يتولى وليه شؤونه أو بالنسبة إلى التصرفات التي تخص الوصي أو القيم ،أو بالنسبة أيضا إلى التصرفات التي تخص حقوق الأصيل ومصالحه لأن التعاقد من طرف شخص واحد أول مصلحة يهددها وهو الأصيل بحد ذاته ،وقد يسبب نتائج سلبية للأصيل وذلك من خلال عدم وصوله إلى الآثار العقد التي نشأ العقد في الأساس من أجله .

وبالتالي، حيث أن هذه المسألة وهي تعاقد الشخص مع نفسه مسألة تعددت فيها مختلفة ومتناقضة في الحكم عليها حيث أن في الفقه الإسلامي أيضا قد ذكر آراء مختلفة لفقهاء المذاهب المختلفة من حيث التجويز والمنع للوكيل من أن يعقد العقد من نفسه و سمحوالذلك فقط لأشخاص محددين .

ـولقد نص المشرع الجزائري في المادة 77من القانون المدني الجزائري :"لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة "

ـ ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منع نعاقد الشخص مع نفسه سواءا كان هذا التعاقد الذي يجريه النائب بأن يكون نائب عن طرفي العقد أو يكون نائبا عن غيره وأصيلا عن نفسه، ولكن تم ورود ثلاث إستثناءات عليها.

فالإستثناء الأول وهو أنه يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه وذلك برخصة من الأصيل لأن ترخيص الأصيل يجيز للشخص أن يتعاقد مع نفسه

أما الإستثناء الثاني، وهوما تقتضي به قواعد التجارة أو العرف التجاري أو نص القانون فهذا يؤدي إلى تعاقد الشخص مع نفسه فإذا رجعنا إلى النص القانوني نجد أن في مجال الولاية يجوز للولي أن يتعاقد مع نفسه بإسم القاصر الذي يشرف عليه وهذا ما أجازته بعض المذاهب الفقهية حيث جوزت للولي هذا التعاقد لأن الولي أدرى بصالح إبنه وأقرب الناس منه للمحافظة عليه .

أما الإستثناء الثالث، وهوإقرار الأصيل بذلك لأن الإجازة اللاحقة من الأصيل كالإذن السابق من الأصيل

وبالتالي نستطيع القول أن تعاقد الشخص مع نفسه عند المشرع الجزائري قد أخذ مجرى بعض آراء فقهاء المذهب الإسلامي، حيث أن من الفقهاء من منع تعاقد الشخص مع نفسه كيف كان شكل هذا التعاقد حيث منعوا على الولي أن يتعاقد مع نفسه في المال الخاص بالقاصر ،ولقد سبق ذكر آراء فقهاء المذاهب في الفصل التمهيدي فإن المشرع الجزائري قد وافق الفقه الإسلامي في تشريعه لهذه المادة مع ذكر الأشخاص الذ ين يشملهم حق التعاقد مع أنفسهم وذلك بإستثناء خاص لأن الهدف في النيابة وهو المحافظة على مصالح الأطراف وبالأخص مصلحة القاصر والأصيل والغير.

وإلى جانب القيود التي وردت على النائب بخصوص الأشخاص الذين يتعاقد معهم لحساب الأصيل، ولكن قد أورد القانون قيود أخرى فهذا ما تضمن في القانون المصري(1) في قانون الولاية

(1)د.حلال علي العدوي /د.محمد لبيب شنب /مصادر الإلتزام المرجع السابق،ص204

على المال المصري من أنه لايجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لزوجته أو أقاربه أو أقاربها من الدرجة الرابعة

وغير ذلك من القيود التي ندخل دراستها في نطاق دراسة الولاية على المال وأيضا نجد بخصوص الوكالة فقد ترد عليها بعض القيود فنجد أن فالموكل قد يفرض على الوكيل قيودا في التصرف الذي جعله مشرفا عليه .

الفرع الثاني

الآثار المترتبة عن النيابة في التعاقد

ـ للنيابة في التعاقد آثار تعود على الأطراف الثلاثة ،بحيث تنتج علاقات متناسقة بين كل الأطراف وأول علاقة توجدها النيابة وهي كالآتي:

أولا : العلاقة فيما بين النائب والغير

ـ من المعلوم أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل لا إلى النائب وبالتالي لايجوز للنائب أن يطالب الغير بأي حق من الحقوق التي تنشأ عن العقد ،إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد وفي إبرامه.

ـ ولاتقوم في ذمة النائب أي إلتزام بالعقد نحو الغير، وبالتالي لايستطيع الغير أن يطالب النائب بأي إلتزام من الإلتزامات ،والذي يمكن قوله أنه لاتقوم علاقة مباشرة بين النائب والغير عن طريق العقد وإنما قد تكون ناشئة بطريق آخر ،كأن يخطئ النائب في إقامة النيابة عن طريق العقد وبالتالي قد يعود الغير في طلب التعويض على النائب لأنه يكون مسؤول في حالة تجاوز حدوده أو إذا لم يقر الأصيل بذلك التجاوز.

أو أن يكون النائب كفيلا للأصيل فتنشأ العلاقة المباشرة لا من العقد وإنما من عقد الكفالة الذي أبرمه النائب مع الغير باسم الأصيل .

ثانيا :العلاقة بين النائب والأصيل

ـ تتحدد هذه العلاقة عن طريق المصدر الذي انشأ النيابة فإذا كانت النيابة على طبيعة الإتفاق وهو عقد الوكالة فإن هذا الإتفاق هو الذي يحدد طبيعة هذه العلاقة ،وإذا كانت طبيعة هذه العلاقة مصدرها القانون فإن القانون يحدد طبيعة هذه العلاقة.[1]

(1)د.عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق ،ج5 ،ص_ص177. 178

كذلك القضاء يحدد هذه الطبيعة إذا إستلزم الأمر ذلك ،ولكن في عقد الوكالة يجب على الوكيل تنفيذ ما طبق عليه من خلال الأحكام الموجودة في المواد الخاصة بالوكالة لأن الوكيل بمثابة مسؤول عن أفعاله نحو الأصيل ،وعليه أن يبذل في هذا العمل عناية الرجل العادي حسب المادة 576من القانون المدني الجزائري ،وأيضا المادة583من نفس القانون التي تنص على أنه:" يكون الموكل مسؤول عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ". وأيضا المادة 582 من نفس القانون التي تنص أنه يجب على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ...وبالتالي، فإن المشرع جعل مواد من أجل حفظ العلاقة بين الأصيل والنائب وحتى أن المشرع نص في آخر المواد الخاصة بالوكالة بأن المواد من 74 إلى 77 الخاصة بالنيابةتطبق في علاقات الموكل والوكيل والغير الذي يتعامل مع الوكيل .

ثالثا :العلاقة فيما بين الأصيل والغير (1)

_ تنتج علاقة فيمابين الأصيل والغير، وتبقى العلاقة سارية بذلك بينهما ،ويختفي حينئذ النائب إن الأصيل هو المتعاقد مع الغير، و تنصرف إليه آثار العقد، فيكسب بذلك الحقوق التي تولدت من العقد ويلتزم الأصيل بالإلتزامات التي أنشأها العقد أما الغير فإنه يطالب بالحقوق والإلتزامات دون وساطة من النائب .

وبتالتالي، فإن الأصيل في العقد هو طرف فيه ولا يعتبر خلفا للنائب ولا يعتبرا غيرا وإنما هو المؤسس للعقد .

وإذن، الذي يمكن قوله من خلال هذا التحليل الواردبهذا الفصل هو أن تعريف النيابة في لغة العرب له عدة مصطلحات واستعمالات استخدمها العرب في وقتهم ،فوجدنا من هذه المصطلحات مصطلح أن ناب بمعنى قام مقامك وبالتالي هذا هو التعريف المحض لغة لمصطلح النيابة ثم من خلال المصطلحات الأخرى للنيابة لغة حاولنا تصنيفه باعتبار ،منها أن النيابة تكون بإعنبار مانزل بمعنلى هذا المصطلح استخدم بإعتبار ما ينزل بالإنسان من مهمات وحوادث تطرأ عليه ،أما الإعتبار الثاني وهو باعتبار الشروط التي تشترط فيها ورأينا عدة شروط لهذا المفرد .

---

(1)د.عبد الزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي ،المرجع السابق،ج5،ص178

أما الإعتبار الثالث، وهو معنى النيابة بأنها توظف لمعنى قام مقامك وهذا هو التعريف الأصلي للنيابة وبالتالي يمكن القول أن العرب عرفوا النيابة لغة على معنى أن تجعل شخص يقوم مقامك وفق شروط محددة تتوفر فيه وذلك ليس في كل وقت وإنما في المهمات والحوادث التي تنزل بالإنسان .

ـ ونستطيع القول أن التعريف القانوني الذي عرف به فقهاء القانون النيابة وافق التعريف اللغوي المحض الذي استعمله العرب أما إذا انتقلنا إلى الحقيقة الشرعية فنجد في الأصل أن الوحي نزل بما يوافق بيئة العرب وعاداتهم ومنطق العقل الإنساني، إذنجد أن مصطلح النيابة وجدناه في الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة وذكر أهمية نظام النيابة على أساس أنه يجلب لدفع النوائب والحاجات عن الناس فنجد أن النيابة في القانون له نفس الأهمية، تستعمل في ظروف خاصة كما في حالة غياب الشخص وعجزه عن القيام بشؤونه ،فيجعل النائب مكانه ليتولى أموره،أو في حالة القاصر والصبي الغير قادران عن تولي أمورهما الشخصية والمالية فيجعل القانون من يقوم مقامهما لدفع العسر والحاجة عنهم فيجعل الولي والوصي كنائبان عنهم، ليقوما بالتصرفات الخاصة بهما أو وجود ظروف خاصة تمنع الشخص من أن يباشر معاملاته المالية فيجعل وكيلا بالإتفاق يتولى شؤونه وبالتال،ي فمصطلح النيابة شرعا يبيت الأهمية والفائدة التي نجنيها من نظام النيابة وهذا ماأشار إليه أهل القانون كذلك نجد معنى النيابة في الشرع يقصد به الإنابة والرجوع و التوجه إلى الله تعالى .

ـ كان بخصوص الجانب اللغوي والشرعي لمعنى النيابة فوجدنا أن مضمون النيابة حاليا توافق مع ما جاء به العرب لغة وماجاء في الشرع الذي أوضح معنى النيابة .

ـأما بخصوص ماهية النيابة وأحكام النيابة عند المشرع الجزائري فقد تناولها القانون المدني في المواد من 73إلى المواد 77 فوجدناه لم يعرف النيابة ،لأن التعريف من اختصاص الفقهاء وليس من اختصاص التشريع ،لكن تطرق للأحكام الخاصة بالنيابة من حيث الشروط والآثار المترتبة عنها .فالبنسبةللشروط المتمثلة في حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل وهو الشرط الأساسي الذي نأخذ به إذ أن النائب يحل محل الأصيل ليبرم العقد ويتكلم مكانه لكن العبرة بارادة الأصيل مع انصراف آثار العقد إليه ،وينظر أيضا إلى النائب من حيث خلوه من عيوب الإرادة وأن تكون أهلية كاملة، الأصيل لأنه تنصرف إليه آثار العقد وميز أيضا القانون بين الرسول والنائب فالرسول هو ناقل فقط

وليس له أن يعبر بارادته عن الأصيل وهذا ماتوافق فيه الفقه الإسلامي مع القانون في التمييز بين الرسول والنائب فالفقه الأسلامي أيضا أخذ بهذا التمييز بين النائب والرسول، حيث أن الوكيل ليس مثل الرسول وأقول الوكيل لأن الفقه الإسلامي لم يتناول النيابة كما تناولها القانون حاليا لأن معنى النيابة في الفقه الإسلامي كما بق القول كان يثمتل في الوكالة ولكن لانقصد بالوكالة أنها النيابة في الفقه الإسلامي لأن الوكالة هي نوع من أنواع النيابة، والنيابة هي أعم في من الوكالةفي الفقه الإسلامي .

فالنيابة في الفقه الإسلامي مصادرها متوافقة فيها مع القانون، وهي القانون والقضاء والإتفاق ،

ـ إن الوكيل في الفقه الإسلامي فهو معبر لإرادة الموكل وأيضا يأخذبعين الإعتبار بأهلية الموكل في الفقه الإسلامي مثل القانون ،كما يأخذ بأهلية الأصيل أما في حالة ما إذا جاوز النائب حدود النيابة المرسومة له فيتوقف أثر ذلك على إجازة الأصيل خاصة في حالة موت الأصيل أو عزل النائب وهذا ما يأخذ به أيضافي الفقه الإسلامي .

حيث جاء في البدائع،الجزء 6ص92:"التوكيل بالشراء لايخلو إما إن كان مطلقا أوكان مقيدا يراعى فيه القيد إجماعا لما ذكرنا سواءا كان القيد راجعا إلى المشتري أو إلى الثمن حتى أنه إذا خالف لا يلزم الشراء إلا إذا كان خلافا إلى خير فيلزم الموكل مثال الأول إذا قال اشترلي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء ..لايلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ...والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشتريا لنفسه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل ...

وقال المواق(2) (هامش الخطاب جزء 5 ص197) في الفقه المالكي :"قال مالك إن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة فإن كان عيبا خفيفا يغتفر مثله وقد كان شراؤها به فرصة لزمك وإن كان عيبا مفسدا لم تلزمك إلا أن تشاء وهي لازمة للمأمور "

وجاء أيضا في المدونة الكبرى :"قلت :أرأيت إن وكلت وكيلا يشتري لي سلعة بعينها فذهب فاشترى السلعة وهي بثمانمائة درهم فاشترها بألف درهم ؟قال لا يلزم الآمر ويلزم المأمور في قول مالك إلا أن يشاء ذلك الآمر فيكون ذلك له إلا في مثل ما يتغابن الناس في مثله فذلك يلزم الآمر ولا يلزم المأمو

(1)،(2)د.عبد الرزاق السنهوري /مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق ،ج5، ص_ص219 .222

وهذا قول مالك قال سئل مالك عن الرجل يأمر رجلا أن يبيع له سلعة فيبيعها؟قال مالك يلزم البيع الآمر إلا أن يبيعا المأمور بما لا يشبه فيكون ذلك البيع غير جائز وينتقض البيع إن كانت لم تفت فإن فاتت ضمن المأمور قيمة تلك السلعة للأمر "

وورد في رد المحتار مايلي :"...وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم خلافا لهما والثلاثة قلنا إنه مامور بارطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ولواشترى ما لايساوي ذلك وقع للوكيل إجماعا...فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى الموكل من الثمن وقع الشراء للوكيل لمخالفته أمره.."

والذي يمكن قوله في هذه الجزئية أن للنائب والوكيل عندما يجاوز الحدود المرسومةله فإنه يتحمل ما جاوزه من مخالفات إلا إذا كان تجاوزه في المنطق المعقول فعلى الموكل أن يقبل ذلك ،أماإذا كان بما لايتغابن الناس بمثله فيتحمل الوكيل ما جاوزه ويضمن القيمة وهذا ما نص عليه القانون .

أما الشرط الثالث وهو أن يتعامل النائب باسم الأصيل ولحسابه، فإن تعامل النائب بإسمه هو وكان أثر العقد لحسابه انعدمت النيابة قانونا وهذا ما نجد له مصطلح في الفقه الإسلامي وهو أن يضيف النائب العقد إلى نفسه أو يضبفه إلى الموكل فذكرنا في الفصل التمهيدي بأنه يوجد من العقود وهي الإسقاطات والعقود التي تثبت بالقبض بأنه يجب على الوكيل أن يضيفها إلى الموكل.

ـ والعقود الخاصة بالبيع والشراء، فهناك من أضافها إلى الموكل وهناك من المذاهب من جعلها تضاف إلى الوكيل وهذاقد سبق ذكره في الفصل التمهيدي .

أما فيما يتعلق بالآثار فنجد أن فقهاء القانون أوضحوا العلاقات الناتجة عن عقد النيابة بين كل من الأطراف الثلاثة فيجعل النائب محل الأصيل ليعبر عن إرادته هو وتنتقل الأثار إلى الأصيل سواءا كان هذا في النيابة الإتفاقية أو القانونية أما العلاقة بين النائب والغير فإن النائب يقوم بعمله اتجاه الغيربصفته وكيلا عن الموكل أو نائبا عن الأصيل إلا إذا تجاوز حدوده المرسومة له فإنه يقوم بالتعويض أو الضمان في الفقه الإسلامي إذا لم يقر الموكل أو الأصيل بذلك، أما العلاقة فيما بين الأصيل والغير

---

(1)د.محمد أمين الشهير بإبن العابدين /رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ،كتاب الوكالة ،ج8 ،ص_ص251 . 225

(2)الإمام مالك بن أنس الأصبحي/المدونة الكبرى/دار الكتب العلمية،كتاب الوكالات ،ج3،ص272

فإن النائب يختفي وتعود الآثار الناتجة عن العقد إلى كلا من الطرفين بإعتبارهما الأصيلان الطرفان المتعاقدان في هذا العقد، وهذا ما وصل إليه الفقه الإسلامي لكن بمدى أبعد من الفقه الغربي .

أما بالنسبةلمسألة تعاقد الشخص مع نفسه فرأينا أن التشريع الجزائري منع هذا التعاقد لكن أورد على هذا المنع إستثناءات. أما في الفقه الإسلامي فنجد أن بعض المذاهب منعت نعاقد الشخص مع نفسه حتى للولي الذي يتولى شؤون وأموال القاصر، لكن يوجد من الفقهاء من أجاز ذلك للولي باعتباره أدرى بمصلحة القاصر وحنوة الأبوة تجعله يقدم مصلحة الإبن على مصالحه الخاصة به وهذا يستدعي أن المشرع في تشريعه للمادة 77من القانون المدني قد وافق المذاهب التي منعت تعاقد الشخص مع نفسه لكن جوزت ذلك للولي على مال القاصر إلا أن المشرع أضاف إستثناء وهو مراعة قواعد وعرف التجارة وإذا أجاز الأصيل هذا التعاقد فإنه يجوز للنائب أن يتعاقد لنفسه ولقد تم اختلاف التشريعات والقوانين في هذه المسألة فنأخذ على سبيل المقارنة بعض التشريعات التي قضت بنفس الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري كالقانون الليبي في المادة 108 مدني، والسوري في المادة 109 مدني .

الفصل الثاني

أحكام النيابة لدى الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارن

_تناولنا في الفصل الأول النيابة كمفهوم عام وأحكامها عند المشرع الجزائري حيث تم تعريف النيابة عند فقهاء القانون وتناولنا نظرية النيابة من حيث الشروط المتعلقة بها والآثار المترتبة ثم تعرضت لمسألة تعاقد الشخص مع نفسه و،كيف تم إختلاف التشريعات حول هذه المسألة ،ولأن ضمن هذا الفصل سنتناول أحكام النيابة في الفقه المالكي ثم بعد ذلك نجري مقارنة مع القانون الجزائري من حيث أوجه الشبه والإختلاف .

المبحث الأول

أحكام النيابة في الفقه المالكي

ضمن هذا المبحث سيتم ذكر محتوى النيابة بشكل عام في الفقه المالكي مع التطرق لأحكام الخاصة بكل نوع من أنواع النيابة وهي النيابة الإتفاقية والمثمتلة في الوكالة،قانونية وهي الولاية ،وفي القضائية، وهي الوصاية والقوامة.

المطلب الأول

أحكام النيابة في الفقه المالكي

في الفرع الأول سوف نتطرق لأحكام الوكالة والوصاية ،أما في الفرع الثاني وسنتطرق لأحكام الولاية والقوامة .

الفرع الأول

الوكالة . الوصاية

أولا: الوكالة

1) تعرف الوكالة لغة بالفتح والكسر في اللغة وهي الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله الحسنى بمعنى الحافظ ومنه التوكيل،ويقال على الله توكلنا أي فوضنا أمرنا .قال الفراء حفيظا وتطلق ويراد بها التفويض والتوكيل :تفويض التصرف إلى الغير وسمي الوكيل وكيلا لأن موكله قد فوض إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر[1]

وفي حديث الدعاء :"اللهم رحمتك أرجو فلا تكلني إلى نفسي طرفة عين "

أما في الإصطلاح فقد عرفها الفقهاء كما يلي :

الحنفية : يقصد بها "هي إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا في تصرف جائز معلوم ."

الشافعية : يقصد بها"تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلأى غيره ليفعله في حياته ."

الحنايلة: فيقولون استنابة حائز التصرف مثله فيما تدخل النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين

المالكية كما عرفها ابن عرفة نيابة ذي حق غير ذي ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته .[2]

وعرفت أيضا على أنها كل حق جازت فيه النيابة جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والإجارة وغيرذلك.[3]

قد عرفها القرطبي بأنها عقد وكالة أذن الله سبحانه وتعالى فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة في ذلك،إذ ليس كل أحد يقدر على تناول أموره إلا بمعونة غيره فيستنيب من يريح

وللوكالة أركان وهي، الموكل ثم الوكيل وما فيه التوكيل وأخيرا الصيغة أو الوكالة.

---

(1)ينظر :الموسوعة الفقهية الكويتية /وزارة الشؤون الدينية ،ج45،وكالة . يوم النحر ،ص5

(2)د.عبد الرحما ن الجزيري /الفقه على المذاهب الأربعة ،المكتب الثقافي ،كتاب الوكالة ،ج5 ،ص81

ينظر أيضا :الموسوعة الفقهية الكويتية /المرجع السابق ،ج45 ،وكالة . يوم النحر المرجع السابق،ص5

(3)القاضي غبد الوهاب البصري البغدادي /التلقين في الفقه المالكي ، ت.ح،محمد ثالث سعيد الغاني مكتبة نزار مصطفى الباز ،الرياض مكة المكرمة، باب الوكالة ،ج2 ،ص445

2)أركانها:

أ) : الموكل

هو كل من جاز له أن يتصرف لنفسه، فإنه يجوز له الإستنابة لقوله تعالى :"فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة "(1)وقال أبي داوود أن عليه السلام أمر رجلا أن يشتري له أضحية بدينار فاشترى له شاتين بدينار وباع واحدة بدينار وأتاه بشاة ودينار فدعا له عليه السلام بالبركة (2)

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح ،فمالك جوز ذلك وبه قال الشافعي ولم يجوز أبو حنيفة وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة .

فريق آخررأى أن فعل الغير لا ينوب عنه فعل الغير إلا ما دعت الضرورة إليه، وانعقد الإجماع في ذلك وبالتالي، لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته .وهناك من رأى الأصل الجواز، فقال الوكالة جائزة في كل شيء إلا فيما أجمع على أنه لا تصح من العبادات وما جرى مجراها لأن عليا وكل عقيلا وقال :هذا عقيل ماقضى عليه فعلي وما قضى له فلي ولم ينكر ذلك أحد (3) .كما يشترط في الموكل والوكيل الحرية فلا تجوز من الرقيق بالإضافة إلى الرشد والبلوغ .(4)

---

(1)سورة الكهف/19

(2)الإمام شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي /الذخيرة ،تح،محمدبوخبزة ،دار الغرب الإسلامي ،ط1،1994،كتاب الوكالة ،ج8،ص،ص5،6

(3)الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي /بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،دار المعرفة ،ط6،1402هـ . 1982م،كتاب الوكالة ،ج2،ص301

(3)د عبد الرحمان الجزيري /الفقه على المداهب الأربعة ،كتاب الوكالة ،ج4،ص129

(4)سورة الكهف /19

2) :الوكيل

هو كل من جاز له أن يتصرف لنفسه في الشيء جاز له أن ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلا للإستنابة إلا أن يمنع مانع فقد منع في الكتاب من توكيل الذمي على مسلم أو بيع أو شراء أو استئجار أو يبضع معه.[1] ،أما المنع في البيع والشراء ليلا يأتيه بالحرام ولهذا منع الذمي عاملا ليلا يعامل بالربا وبما لا تحل المعاوضة به ولايكون ممنوعا بالشرع من التصرف في الشيء الذي وكل فيه ،فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي في النكاح .[2]

3) :مافيه التوكيل

يتوفر فيه شرطان [3]

الشرط الأول :أن يكون قابلا للنيابة ،وهو الذي لا يتعين حكمه مباشرة كالبيع والحوالة والكفالة وسائر العقود والفسوخ ،دون العبادات الغير مالية كأداء الزكاة والحج على خلاف فيه ،ويمنع في المعاصي كالسرقة والقتل ويلحق بالعبادات الأيمان والشهادات واللعان والإيلاء .

كما يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والعقوبات وفي الخصومات والإقرار والإنكار برضى الخصم وبغير رضاه وفي حضور المستحق وفي غيبته .وقال الشافعي لاتجوز الوكالة على الإقرار وشبه ذلك بالشهادة والأيمان .

الشرط الثاني :أن يكون مافيه التوكيل معلوما بالجملة ،سواءا نص عليه أودخل تحت عموم اللفظ أوعلم بالقرائن أو العادة ،كأن يقول فلان وكيلي لا يجوز ذلك حتى يقول بالتفويض أو بالتصرف في بعض الأشياء، وإن قيد ببعض الأشياء دون بعض اتبع مقتضى اللفظ أو العادة .

4):الوكالة(4)

هي غقد يلزم بالإيجاب والقبول مثل سائر العقود فتعتبر من العقود الجائزة ،وليست من العقود اللازمة، وهي نوعان عند مالك عامة وخاصة.

---

(1)الإمام شهاب الدين القرافي /الذخيرة ،كتاب الوكالة ،ج8،ص-ص6،5

(2)الإمام أبي الوليد بن رشد القرطبي /بداية المجتهد ونهاية المقتصد،كتاب الوكالة المرجع السابق،ج2،ص301

(3)الإمام شهاب الدين القرافي / الذخيرة ،كتاب الوكالة المصدرالسابق ،ج8،ص-ص7،6

فالوكالة العامة هي التي تقع بالتوكيل العام الذي لا نسمي فيه شيئا، حيث أنه إذا سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض .و الإمام الشافعي قال أنه لاتجوز الوكالة بالتعميم لأنها غرر ويجوز منها ما سمي ونص عليه وحدد .(1)

ومنه أن الوكيل المفوض إليه له أن يوكل غيره، ويقول ابن رشد في هذا، لاأحفظ في جواز توكيله غيره نصا لأحد من المتقدمين واختلف فيه المتأخرون، والأظهر له أن يوكل لأن الموكل أنزله منزله والعمل بالقيروان أنه لايوكل إلا بنص له عليه .كما أن الوكيل المفوض إليه إذا حط أو أخر نظرا أو استيلافا جاز إلا أن يكون وكيلا مخصوصا فلا يجوز ما حط أو أخر بخلاف المفوض .(2)

وبما أن الوكيل المفوض يقوم مقام الموكل إلا أنه لايجوز له أن يعمل بما يخالف العرف كأن يزوج ابنته أويبيع داره و قدجاء في المدونة (2):"قلت :أرأيت إن وكلت رجلا يشتري لي أمة فاشترى لي ابنتي أو أختي أيجوز ذلك علي قال إن كان علم فلا يجوز ذلك "

الأحكام الخاصة بالوكالة :

. إذا وكل الموكل في البيع مطلقا لم يجز البيع إلا بثمن المثل نقدا بنقد البلد، فإن باع بما لايتغابن الناس فيه أو بخلاف نقد البلد لا يلزم الموكل إلا برضاه، وأيضا في الشراء خلاف أبو حنيفة في البيع جواز بيع بغير نقد البلد أو بما لايتغابن الناس بمثله أو نقصان ووافق في شراء عبد ليس له أن يشتري بأكثر من ثمن مثله ولا إلى أجل ،ودليل عدم جواز البيع بما لايتغابن الناس بمثله ،لأنه توكيل فيه مساومة لا يجوز فيه التغابن المتفاوت .لأن الوكيل لا يملك المحاباة في حكم الهبة ولا يهب الشيء الذي وكل فيه،كما أن البيع في الشرع يقتضي النقد بالنقد، وأيضا كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز أن يشتري بأكثر من ثمن المثل فإذا ملك البيع لم يجز أن يبيع بأقل من ثمن المثل كالوصية، وثبت أن الوكيل لا يملك الهبة فلم يملك المحاباة ودليل ذلك أنه يجوز إلى أجل، أن البيع المطلق في الشريعة يقتضي التقييد ،فإذا أذن الوكيل في بيع المطلق فإنما أذن له على وجه المعقول منه.

(1)الإمام أبي الوليد بن رشد القرطبي /بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج2،كتاب الوكالة المرجع السابق،ص302

(2)أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري/التفريع ،ت.ح حسين بن سالم الدهماني،دار الغرب الإسلامي،ط1408،1هـ_1987،ج2،ص317

(3)الإمام مالك الأصبحي /المدونة الكبرى ،ج3،كتاب الوكالة ،ص،272وينظر أيضا محمد الأمير الكبير/جواهر الإكليل لشرح مختصر الخليل،ت.ح أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري ،عبد الوهاب اللطيف ،مكتبة القاهرة،ج2،كتاب الوكالة،ص 32ينظر :محمد الأمير الكبير/جواهر الإكليل لشرح مختصر الخليل،ت .ح أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري ،عبد الوهاب اللطيف ،مكتبة القاهرة،ج2،كتاب الوكالة،ص328

وهو النقد فلم يجز بيعه على غيره وبما أن الإطلاق يقتضي نقد البلد لأن الموكل لو باعه بنفسه بيع مطلق لإقتضى نقد البلد[2]

. إذا استوفى الوكيل ما أمره بإبتياعه إن كان بثمن المثل جاز وقال الشافعي لايجوز وهذا ماذهب إليه المدهب المالكي في مسألة الوصي والأب والدليل على ذلك في الأوصياء والأب قوله تعالى :"ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير "[1]،ولأنه أقيم للنظر في مال من يلي عليه فإن كان الذي يشتريه بزيادة فهذا يعتبر أحط لليتيم وأسوأ لأحواله. إذا في الوكيل فغرض الموكل توفير الثمن دون أعيان المشترى ولأن هذا المقصود .

ويكون الوكيل مؤتمن بينه وبين موكله فإن ادعى رد ما أودعه أو أرسلمه إليه ليشتري به أو ليدفعه إلى غيره صدق مع يمينه،فإن ادعى ضياع ما وكله بقبضه وسلمه إلى موكله فإن ثبت قبضه إياه من الغريم صدق في الضياع وفي إقباض الموكل فإذا لم يثبت ذلك إلا بإقرارالغريم فالدين باق على الغريم.

أما إذا وكله بقيض عنه الدين لم يكن دفعه إلا ببينة فإن دفعه بغير بينة لم يبرأ الوكيل إن جحد الموكل ويغرم الوكيل في ذلك .وكذلك في الوصي يقضي غرم الميت بغير بينة فهو ضامن لأنه أتلف ذلك على الأصاغر.

ومن كان له في ذمة رجل دين أو غيره عين من الأعيان في غير ذمته فجاء من ادعى أنه وكبل لصاحب الحق في تسليم ذلك الحق ولا بينة له فصدقه الأخر قلا يجبر على تسليمه وفصل أبو حنيفة بين العين وما في الذمة وقال لا يجبر على أن يعطيه ما في ذمته ولا يجبر على تسليم الأعيان وقال أبو يوسف يجبرفي الموضعين.

أما إذا وكله في ابتياع شيء فابتاعه على الصفة التي وكله عليها وذكر أنه ابتاعه لموكله فإن الملك ينتقل إلى الموكل دون الوكيل ،وقال أبو حنيفة ينتقل إلى الوكيل ثم إلى الموكل لأنه توكيل في معاوضة فإذا صح العقد الموكل لم ينتقل إلى ملك الوكيل كالتوكيل في النكاح ،ولأنه مبتاع لغيره فإذا لزم الإبتياع الغير لم ينتقل إليه مثل الحاكم إذا ابتاع لليتيم.[3]

(1)البقرة/22

(2)أبي عبد الله مالك بن أنس /المعونة على مدهب عالم المدينة،ت.ح محمد حسن اسماعيل الشافعي ،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان ،ط1418،1. 1998،ج2،كتاب الوكالة ،ص 206 .208

(3) ينظر :القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي /الإشراف على نكت مسائل الخلاف ،ت،ح عبيدة بن حسن آل سلمان،دار ابن القيم ،ابن عفان ،ط1429،1 2008،ج3،كتاب الوكالة،ص،ص81ـ

وفي حالة إذا وكله في قبض الدين على رجل أو وديعة عنده فصدق الغريم الوكيل وليس للوكيل بينة لا يجبر الغريم دفع الشيء إلى الوكيل ،وقال أبو حنيفة يجبر إذا كان الحق في الذمة ولا يجبر إذا كان في غير الذمة ,،ولأن الغريم لا يلزم أن يدفع إلا ما يبرأ به والدفع بالإقرار لا يبرأ بدليل أن صاحب الدين إذا جحد الوكالة لزمه دفعه إليه ثانية وإذا كان كذلك لم يلزمه الدفع .

وفي حالةما أقر صاحب الحق بالوكالة للوكيل فلا يجبر على الدفع،واقر بقبض الحق برئ الغريم أيضا لأن ثبوت الوكالة ليس شرطا في الإبراء أما إذا اقر صاحب الحق بالوكالة وأنكر الغريم لم يدفع له لزم الغريم بإقامة البينة بالدفع إلى الوكيل،فإذا لم تقم بينةغرم ما أتلفه،وحتى إذا كانت الوكالة ببينة ودفع الغريم إلى الوكيل بغير بينة وأنكر صاحب الحق فإن الغريم يغرم المال لأن إقرار الوكيل بالقبض غير مقبول على الموكل لأن الوكيل أمين فيما بينه وبين موكله وللغريم أن يحلف صاحب الحق إلا إذا ادعى الوكيل أنه دفع المال إليه ببينة فيبرأ الغريم .[1]

ولا يجوز للوكيل غير المفوض أن يوكل في شيء وكل عليه إلا بإذن موكله، لأن الموكل قد لايرضى إلا بأمانته هو إلا إذا وكل فيما لا يليق به مباشرته ،كأن يقوم بتوكيل شخص جليل القدر على حقير كبيع دابة في السوق فله أن يوكل على بيعها حيث علم الموكل بوجهاته واشتهر بذلك لعلم الموكل مسبقا أنه لا يباشر بيعها فكأنه إنما أذن له في التوكيل،ويجوز له التوكيل إذا كثر ماوكل على بيعه أو شق عليه فيوكل من يشاركه في البيع وليس له توكيله استقلالا بخلاف الوكيل المفوض فله فيها ذلك وبه قال الشافعي وأحمد.

و بخصوص الوكيل الثاني فلا ينعزل بعزل الأول وكأنه وكل وكيلا بعد وكيل أم إذا كان التوكيل في شيء لائق بلا إذن وجوازه تأويلان في قول المدونة:"من وكل رجلا يسلم له في طعام فوكل الرجل لم يجز حملها غبعضهم على معنى لم يجز للوكيل أن يوكل بلا إذن موكله وبعد فللموكل الخيار في إمضاء فعل الوكيل وكيله أورده"(2)

(1)أبي عبد الله مالك بن أنس/المعونة على مذهب عالم المدينة،باب الوكالة،ج2،ص-ص207-208

(2)الشيخ الحاج محمد باي بلعالم/إقامة الحجة بالدليل على نظم ابن بادي لمختصر الخليل، دار ابن حزم ،باب الوكالة ،ج5،ص-ص48. 49 وينظر:ابن عبيد الديماني الموريتاني/الميسر الجليل في شرح مختصر الخليل، ت.ح أحمد بن التاه بن حمينا،دار الرضوان،ط1،1424هـ_2003 ، باب الوكالة،ج3،ص259

ولا يكون للوكيلين الإستبداد والإستقلال فيما يفعله عن موكله دون اطلاع الوكيل الآخربخلاف الوصيين إلا لشرط من الموكل أن لا يستبد أحدهما فيتبع شرطه وإن وكله شخص على بيع ثم بعتها لشخص وباعها الوكيل الآخر، فأول البيعين لازم، والثاني بيع فضولي لإنتقال السلعة للمشتري الأول يالبيع الأول في كل حال ليس للمشتري الثاني بالقبض .(1)

أما إذا باع الوكيل والموكل شيئا واحدا بيعتين مختلفتين فإذا باع الآمر والوكيل فأول البيعتين أحق إلا أفن يقبض الثاني السلعة فهو أحق بها.

كما أنه يجوز للوكيل أن يوكل عبد، محجورا عليه أو مأذونا له ويكره أن يوكل نصرانيا على بيع أو ابتياع أو يبضع معه وكذلك لوكان عبدا له(2) ،كما أنه لايقبل إقرار الوكيل على موكله عند حاكم ولا غيره وقال أبو حنيفةفي هـ\ا السياق يقبل إقراره عليه في مجلس الحكم ولا يقبل في غيره ،ودليل التوكيل في الخصومة إذا أطلق تضمن المنع لأن ذلك ينافي في المقصود من التوكيل لأنه وكله على أن يخاصم عنه فقد تضمن ذلك طلب الحق وتحصيله وإثبات البينة به واستخراجه من يد الخصم والإقرار نقيضه ويسقط ذلك كله فكان مقتضى الوكالة مانعا من ذلك.

وأيضا يوجد جزئيةأخرى في المدهب المالكي وهو توكيل المراهق لا أعرف نصا فيه وأنه لا يصح أما عند أبي حنيفة كل من لم يصح أن يوكل لم يصح أن يتوكل كالمجنون ولأنه غير مكلف كالصغير والمجنون وإذا تم التوكيل في بيع سلعة بيعا فاسدا كالربا والغرر لم يصح ولم يملك الوكيل بيعها بيعا صحيحا وهو قول الشافعي وأبو حنيفة حيث يجوز ذلك ودليل أنه توكيل لا يتضمن بيعا شرعا فعلى الوكيل لا يملك البيع لأنه وكله في إجارة شيء فباعه فلا ملك بيعه ولأنه كل من لم يملك التصرف على الوجه الذي أذن له فيه لم يملكه على غيره .(3)

---

(1)ينظر:الشيخ محمد باي بلعالم/إقامة الحجة،باب الوكالة المرجع السابق،ج5،ص- ص49- 50

ابن عبيد الموريتاني/الميسر الجليل،باب الوكالة المرجع السابق،ص264

(2)أبي القاسم عبيد الله ابن الجلاب البصري/التفريع،باب الوكالة،ج2،ص-ص317. 319

(3)القاضي عبد الوهاب البغدادي/الإشراف على نكت مسائل الخلاف،باب الوكالة ،ج5،ص-ص79. 84

يجوز التوكيل في استيفاء القصاص مع غيبة الموكل خلاف لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن كل ماصحت النيابة فيه لغير الموكل صحت غيبته كالبيع واستيفاء الأموال وحقوقها.(1)

. وفي حالة ماإذا خالف الوكيل فيما أمره به الموكل كأن يدفع شخص مالا لأخر وقال له :أسلمه في شيء موصوف فخالفه وأسلمه في غيره منع الرضا من الموكل بمخالفة الوكيل في عقد السلم .

إذا خالف الوكيل في الشراء بغير نقد البلد أو بأكثر من ثمن المثل جدا أو شراء غير لائق أو خالف ما عين بلفظ أو عرف لزمه ما اشترى ويغرم الثمن إن لم يرضه موكله ،وإن علم معامله أنه وكيل خالف أو اشترى على خيار موكله لم يلزمه مااشترى وكدا إن أفسد البيع ولم يشعر وفات المبيع فعلى الموكل القيمة ،ويجوز رضى الموكل في غير السلم إن دفع له الثمن، أما إذا اشترى بعيب فيرد به إن اشتراه عالما به فيلزمه إن لم يرضه موكله إلا أن يقل العيب وإن خالف في البيع فباع بغير نقد البلد أو ثمن المثل أو خالف ما عين فيخير موكله في الإجازة والرد فيأخذ شيئه إن لم يفت وقيمته من الوكيل إن فات بحوالة سوق.(2)

وإذا وكل الموكل الوكيل على بيع فله طلب الثمن وقبضه لأنه من توابع البيع وإلا إذا وكله على الشراء فله قبض المبيع من البائع وتسليمه للمشتري وله رد المعيب على بائعه إن لم يعينه الموكل ،فإن عينه بأن قال له اشتري لي هذه السلعة فلا رد للوكيل به وهذا في الوكيل الغير المفوض وإلا فله الرد ولواشتراه لموكله أو باعها له، ومثمن كذلك بأن قال لا أتولى ذلك لم يطالب وإنما يطالب موكله وشبه في مفهوم لم يصرح قوله كبعثني فلان لتبيعه كذا أو ليشتري منك كذا فلا يطالب بالثمن. فإن أنكر فلان أنه أرسله فالثمن على الرسول.(3)

---

(1)القاضي عبد الوهاب البغدادي/الإشراف على نكت مسائل الخلاف،باب الوكالة المرجع السابق، ،ص79

(2)ابن عبيد الديماني/الميسر الجليل ،باب الوكالة،المرجع السابق،ص260 . وينظر ايضا الشيخ محمد باي بلعالم /إقامة الحجة بالدليل ،باب الوكالة، ج5،ص48

(3)العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي/حاشية الدسوقي،باب صحة الوكالة المرجع السابق، ص382
ينظرأيضا:الإمام شهاب الدين القرافي/ الذخيرة،كتاب الوكالة الملرجع السابق، ،ص 10
ينظر أيضابن عبيد الديمامي/الميسر الجليل(المرجع السابق)،باب الوكالة المرجع السابق، ،ص259

والثمن على الرسول إن قال بعثني لأشتري منك أو لأشتري له منك فيطالب الرسول ما لم يقر المرسل بأنه أرسله فالطلب على المرسل وإن طولب الوكيل بالعهدة من عيب أو استحقاق ما لم يعلم المشتري أنه وكيل وإلا الطلب على الموكل لا الوكيل إلا أن يكون مفوض.

أما فيما يخص مسألةماإذا باع الوكيل ما أمر ببيعه فباعه لنفسه ومنع ذلك خاصة إذا وكل في بيع لمحجور فإن فعل ذلك خير موكله في الرد والإمضاء ،والمشهور في المدهب المالكي والمعروف أن الوكيل على بيع سلعة لا يكون له بيعها من نفسه فإن فعل فالموكل بالخيار في الرد والإمضاء ،وقال عبد الوهاب:إن باعه من نفسه من غير محاباة جاز ويحتمل إنما اشتراها لما رأى أن من الناس من يرغب في شرائها بأكثر، وعلى المذهب فإن فاتت السلعة فعليه الأكثر من الثمن والقيمة،وذكر ابن حبيب عل بيع السلعة فاشتراها ثم باعها بربح أن الربح للموكل وكذلك الوصي إن اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح فإن الربح لهم فرأى أن ذلك البيع الذي باعه من نفسه كأنه لم يكن لكونه معزولا.(1)

وجاء في المدونة :"من وكل رجلايسلم له في طعام فأسلمه إلى نفسه أو ابنه الصغير أو ل مفاوض أو شركة عنان أو زوجته أو مكاتبه أو مدبر أو أم ولده أو عبد المأذون له في التجارة أو عبلولده الصغار أوعبد أحد ممن ذكرنا أو ذمي، فذلك كله جائز إن صح لغير محاباة ما خلا نفسه وشريكه المفاوض أو من يلي عليه من ولد أو يتيم أو سفه، وشبهه الخمي إن أسلمه إلى ولده الكبير جاز"

(1)ينظر :خليل إسحاق الجندي المالكي/التوضيح في شرح جامع الأمهات،مركز سيبويه للمخطوطات وخدمة التراث،ط1429. 2008،كتاب الوكالة،ج6،ص396،وينظر أيضا: ابن عبيد الديماني الموريتاني المالكي/الميسر الجليل في شرح مختصر الخليل، ت،حأحمد بن التاه بن حمينا،دار الرضوان للنشر،ط1424،1هـ. 2003،باب الوكالة ،ج3،ص261 ينظر أيضا:محمد الأمير الكبير /جواهر الإكليل شرح مختصر الخليل،ت،ح أبو الفضل عبد الله الصديق الغماري،عبد الوهاب عبد اللطيف،مكتبة القاهرة ،كتاب الوكالة ،ج2،ص329،وينظر أيضا :أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،ت،ح محمد عبد العزيز الدباغ،دار الغرب الإسلامي،ط1999،1،كتاب الوكالات،ج7،ص-ص200-202.وينظر أينظر :وزارة الشؤون الدينية والأوقاف/الموسوعة الكويتية الفقهية،ج45،وكالة المرجع السابق،ص39-40.وينظر أيضا:الشيخ الحاج محمد باي بلعالم/إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر الخليل ،دار ابن حزم،كتاب الوكالة ،ج45،ص48

فتعتبرالوكالة من العقود الجائزة، لكل واحد من المتعاقدين حق الخروج عن العقد وللموكل عزل الوكيل حضورا أم غيابيا وللوكيل عزل نفسه عن الوكالة مع حضور الموكل وغيبته ،خلافا لأبي حنيفة ليس للوكيل ذلك إلا بحضور الموكل لأنه عقد لا يفتقر إلى شخص فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق والعتاق.

وإذا تصرف الوكيل بعد علمه بالعزل يعتبر تصرفه باطل ويضمن لتعديه إن علم الغريم أو معامل للموكل لم يجز تسليمه لشيء إلى الوكيل فإن فعل لم يبرأ وضمن،وتصرف الوكيل بعد عزله أو بموت الموكل والوكيل لا يعلم فيه اختلاف حيث قال ابن القاسم :تصرفه مردود ،وقال غيره تصرفه باطل، وهوقول أهل العراق ودليل البطلان العزل يسقط معنى الوكالة ولم يختلف بعلم الوكيل بموجبه وجهله أصله الموت. ودليلناأنه عقد لا يفتقر إلى رضا شخص فلم يفتقر إلى علمه بفسخه كالطلاق ولأنه سبب تنفسخ به الوكالة فلم يختلف فيه حكم العلم والجهل(1)

وأما حكم الوكالة فهو اللزوم من الجانبين إذا كانت بغير أجرة وقيل اللزوم من جانب الموكل قاله بعض المتأخرين ،بناءا على لزوم الهبة وإن لم تقبض وبالأجرة لازمة من الطرفين لأنها إجارة ويجب أن يكون العمل معلوما كما في الإجارة وإن كانت على سبيل الجعالة ففي اللزوم يوجد ثلاثة أقوال اللزوم من الطرفين، وعكسه واللزوم من جهة الجاعل.(2)

---

(1)أبي عبد الله مالك بن أنس/المعونةعلى مدهب عالم المدينة(المصدر السابق)،باب الوكالةالمرجع السابق،ص-ص208. 209 وينظر أيضا:القاضي عبد الوهاب البغدادي/ الإشراف على نكت مسائل الخلاف،باب الوكالةالمرجع السابق،ص-ص78. 83 ينظر :القاضي عبد الوهاب البغدادي/التلقين في الفقه المالكي، المصدر السابق ،باب الوكالة،ج2،ص 446

(2)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،كتاب الوكالة،المرجع السابق،ص 446،ينظر :الشيخ محمد الأمير/شرح التحرير،ت،ح محمد محمود ولد محمد الأمير،دار أبو يوسف بن تاشفين،مكتبة الإمام مالك،باب الوكالة،ج2،ص496

الوصاية:

1)تعريفها

الإيصاء:في اللغة مصدر أوصى ويقال أوصى فلان وأوصى إليه جعله وصيا يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته وفي الإصطلاح إقامة الإنسان غيره مقام نفسه والتصرف بعد الموت والصلة بين الوكالة والإيصاء أن كلا منهما من أنواع النيابة لكن الوكالة تكون أثناء الحياة أما الإيصاء فيكون بعد الوفاة.(1)

وقال الجوهري،أوصيت له إذ جعلته وصيك وأوصيت له شيء،والإسم والوصاية بكسر الواو وفتحها والوصاة أيضاووصيت وأوصيت بمعنى واحد ووصيت الشيء بالشيء بتخفيف الياء أصيه إذا أوصيته به ،وأرض واصية أي متصلة النيات استنادا إلى قوله تعالى:"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين(2)"(3)

ويقال أنت وكيلي بعد موتي ويكون وصيا ،وأنت وصيي في حياتي يكون وكيلا لأن كلا منهما إقامة للغير مقام نفسه فيعقد كل منهما بعبارة الأخر أنت وصيي أو أنت وصي في مالي أو أسلمت بعد موتي أو تعهدت إليك الأولاد بعد موتي، أو أقم بلوازمهم بعد موتي أو ما جرى مجرى هذه الألفاظ يكون وصيا.(4)

أركان الوصاية:

أ):الموصي

تنفذ الوصية من كل حر مكلف بالغ عاقل مختار في رأي الشافعية، ويصح إيصاء السكران فالأب المحجور عليه لا وصية له على ولده بسبب الصغر أو السفه ويصح عند المالكية والحنابلة إيصاء المميز.

---

(1)الموسوعة الفقهية الكويتية المرجع السابق،وزارة الشؤون الدينية والأوقاف،ص6

(2) سورة النساء/21

(3)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،كتاب الوصايا،المصدر السابق،ج7،ص170
وينظر أيضا:د.وهبة الزحيلي/الفقه الإسلامي وأدلته،المرجع السابق، باب الوصايا،الفصل الثالث المرجع السابق،،ص132
(3)العلامة محمد أمين الشهير بإبن العابدين/رد المحتار على الذرالمختار شرح تنوير الأبصارالمصدر السابق،،ص409

وقدأجاز المالكية للأم الإيصاء على أولادها بشروط وهي أن يكون المال القليل بقلة نسبية وأن يورث المال عنها بأن كان المال لها وماتت، وألا يكون للموصي عليه ولي من أب أو وصي أب أو وصي قاض، وإن كثر المال ليس لها الإيصاء ولوكان المال للولد من غير الأم كأبيه أو من هبة فليس لها الإيصاء، بل يرفع الأمر للحاكم وإن كان للولد ولي أخر من أب أو وصي فلا وصية لها على أولادها.

إذن الموصي،هوكل من كانت له ولاية على التصرف على الملك والأطفال كالأب والوصي دون الأم،ولا تجوز وصية الجد والأخ لعدم الولاية وإن لم يكن له أب ولا وصي إلا أن يكون وصيا بخلاف الأم وقال الشافعية الجد كالأب.[1]

وقال اللخمي ،تجوز الوصية من ابن عشر سنين،وقيل أربعة تجوز وصاياهم دون تصرفاتهم، الصبي والصبية ،المحجور عليه الأحمق، والمصاب الذي يفيق أحيانا في تلك الحال وقال الحنفية وصية الصبي غير نافدة قياسا على تصرفاته في الحياة وهو أحد قولي الشافعي وخالفنا في العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لأنهم لايملكون عنده.

ب)الوصي:

وتتمتل شروط الوصي فيما يلي :

التكليف، وهو وجود البلوغ والعقل فلا تصح وصية الصبي والمجنون لعدم تحقق المصلحة من طرفهما.

الإسلام،لا تصح وصية لكافر ولو تمتع بحق الولاية،وتصح وصية الذمي لذمي أو لمسلم

العدالة،وذلك أن يكون الوصي عدلا غير خبيث بالإضافة إلى الأمانة وهناك من أضاف الخبرة

حيث في هذا المقام قال اللخمي[3]:إذا أوصى إلى غير عدل فادع ضياع المال لم يصدق إذا كان غير مأمون.[2]

---

(1)د.وهبة الزحيلي/الفقه الإسلامي وأدلته،باب الوصايا،المرجع السابق،ص132

(2) الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة، المصدر السابق ،كتاب الوصايا، ج7 المرجع السابق،ص،ص12-157-159-160

(3)اللخمي:(478هـ)،هو علي بن محمد الربعي،أبو الحسن فقيه مالكي قيرواني الأصل نزل بسفاقس وتوفي بها.

الكفاية والهداية في التصرف:

أجاز المالكية والحنابلة وصاية العبد بخلاف الشافعية والحنفية كما يجوز أن تكون المرأة لأنها من أهل الشهادة وجوز الحنابلة وصية المنتظر الذي ينتظر أهليته أو إذا كان فلان أوصى إلى فلان ولكن حتى يقدم فلان معين فليعط الحاضر كل شيء البضع وغيره حتى يقدم الغائب فيكون وصيا وحده،وبالتالي فإن الوصاية لاتصح إلى فاسق أو خائن ةلاإلى مجنون ولا إلى الصبي وإذا كان الوصي عدلا ثم طرأعليه فسق يعزل فإن تصرفه مردود.[1]

ولاتشترط الذكورة ولا البصر،بكون المرأة وصيا لأنها من أهل الشهادة،ويصح كون الأعمى وصيا لأنه من أهل الشهادة، ولأنه متمكن من التوكيل لغيره.

أمافيما يخص تعدد الأوصياء، فيجوز تعدد الأوصياء وليس لأحدهم الإنفراد بالتصرف سواءا أكان التعيين بعقد واحد أو بعقدين في رأي الحنفية والمالكية،إلا بتصريح الموصي بجواز الإنفراد إلا عند الحنفية إذا أجازأحدهما تصرف صاحبه،وعليهما التعاون في التصرفات فلا يستقل أحدهما ببيع أوشراء ونكاح وغيرهما إلا بتوكيل فإن مات أحدهما أو اختلفا في أمر كبيع وشراءأو تزويج نظر الحاكم عنه أماالمالكية فيرون فيما فيه الأصلح من استقلال الحي في الوصاية أو بجعل غيره أو رد فعل أحدهما حال الإختلاف أو إمضائه وليس لأحد الوصيين إيصاء لغيره في حياته بلا إذن صاحبه فإن أذن له جاز وليس لهما قسم المال الذي أوصاهما عليه .(2)

ج):الموصى فيه

لا يصح الإيصاء إلا في تصرف معلوم يملك الموصي فعله ليعلم الوصي ما وصي به إليه ليحفظه ويتصرف فيه لأن الإيصاء كالوكالة

---

(1)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،المصدر السابق،باب الوصايا،المرجع السابق،ص –ص160-165وينظر أيضا :أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات ،المصدر السابق،كتاب الوصايا،ج11،ص278

(2)د.وهبة الزحيلي/الفقه الإسلامي وأدلته،باب الوصايا، المرجع السابق ،ص-ص134. 135

والوصي يتصرف بالإذن فلم يجز إلا في تصرف معلوم يملكه الموصي كالإيصاء في قضاء الدين، وتوزيع الوصية والنظر في أمر غير رشيد من طفل ومجنون وسفيه ورد الودائع إلى أهلها والإسترداد ممن هي عنده ورد مغصوب وإيصاء إمام بخلافه وإقامة حد قذف.[1]

د):الصيغة

تنعقد الوصاية بالإيجاب والقبول بالإتفاق كأن يقول الموصي أوصيت إليك أو فوضت إليك كأقمتك مقامي في أمر أولادي بعد موتي،أو جعلتك وصيا وتكفي إشارة الأخرس وكتابته.[2]

3) الأحكام الخاصة بالوصاية وتصرفات الوصي:

قال الإمام مالك: من قال فلان وصيي فقد بالغ في الإيصاء ويكون وصيا على كل شيء كمن سميت له الأمور،وقال ابن القاسم وأشهب يقوم مقامه في كل شيء وفي بضع بناته وإنكاح صغار بنيه وقال أشهب في كل ما يليه من أمور حياته وفيما كان يلي من وصايا الناس وقاله مالك.

وقال ابن القاسم وأشهب[4]:إذا أوصى إليه بماله فهو وصي على ماله وولده وزاد إلا أن يقول أوصيت له بمالي وليس من ولدي في شيء فيكون إليه من أمور ولده ماكان بسبب المال من بيع وشراء أو انفاق وغيره ويكون الإنكاح وغيره من أوصيائه.

وإن قال فلان وصيي على تقاضي ديني ووصي آخر على مالي، وفلان آخر على بضع بناتي فهو كما قال وليس للذي جعله على القضاء والإقتضاء غير ذلك أما الذي جعله وصيا على ماله بيع تركته وقبض الثمن ووصي البضع ليس له فعل إلا ما وصي به.(3)

والملاحظ أن الشخص إذا عين الوصي فهو وصيه على جميع الأشياء إلا إذا حدده على شيء خاص وبذلك يكون وصيا على الشيء الذي أمر بالوصاية فيه.

---

(1)د.وهبة الزحيلي/الفقه الإسلامي وأدلته،المرجع السابق،باب الوصاياالمرجع السابق،ص137

(2)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،كتاب الوصاياالمصدر السابق،ص54

(3)ينظر:أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،كتاب الوصايا،ج11المرجع السابق ص-ص278.276

(4)أشهب:(145هـ 204) أشهب هو بن عبد العزيز بن داود القيسي العامؤي الجعدي فقيه الديار المصرية ومات بمصر.

أمابخصوص وصي الوصي كالوصي في البضع وغيره وإذا مات أحد الوصيين عن غير وصية فأراد القاضي أن يجعل مع الباقي غيره إما لحاجته إلى معين لكثرة مايلي، وإما لأنه ليس بالبين في العدالة ،وإلا لم أر أن يجعل معه أحد ولو أن الميت منهما أوصى إليه أو إلى غيره بما إليه من ذلك كان جائزا.

وللوصي أن يزكي من مال اليتيم ويخرج عنه وعن عبده الفطرة ويضح عنه من ماله إذا أمن أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس أو كان شيء يخفي له،وإذا أفاد عبد اليتامى مالا كثيرا فللوصي أن ينزعه منه وأما اليسير لا بال له فلا ينزعه وكذلك الأب.

كما أن للوصي أن يتجر بأموال اليتامى لهم ولاضمان عليه ويشتري لهم الرقيق للغلة والحيوان من الماشية،ولوباع متاعا لهم فأفلس المشتري فلا ضمان على الوصي وله أن يتجر بمال يتيمه ببدنه أو يؤاجر له من يتجر فيه أو يدفعها قراضا أو بضاعة على اجتهاده ولايضمن ،وله أن يودع ماله على النظر ولأمر يراه وأما أن يفعله على المعروف بمن يأخذه فلا يصلح ذلك.

كما له أن يدفع ماله قراضا إذا دفعه إلى أمين ولا يضمن ،وللوصي أن يبيع لليتامى بالدين إن رأى ذلك نظرا ويعمل الوصي بما لهم قراضا كما لا يبيع لهم من نفسه ولا يشتري لها وينفق الوصي على اليتامى على إنسان بقدره وليس الصغير كالكبير وليوسع عليهم ولا يضيق وله أن يشتري لهم ما يلهون به مما يطيب نفوسهم ،وإذا كانت لهم سعة فليوسع عليهم وللوصي أن يفعل بمال اليتيم ما ينميه وينفعه به.[1]

ومن اليتامى لهم الغنم أهل البادية فلا ينبغي للوصي بيعها عليهم وله أن يخاطهم في الماشية والزرع وأن يخلط طعامه بطعامهم إذا كان لا يغنيهم.

---

(1)ينظر:أبي محمد بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،كتاب الوصايا،ج 11المصدر السابق،ص،ص290 .
294وينظر أيضا:أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري/التفريع،كتاب الوصايا،ج2،المرجع السابق،ص-ص257-
258ينظر أيضا:الإما م شهاب الدين القرافي/الذخيرة ،كتاب الحجر،ج8 المصدر السابق،ص-ص240-242ينظر:ابن عبيد الديماني الموريتاني/الميسر الجليل في شرح مختصر الخليل،المرجع السابق،باب الوصايا،ج4،ص،ص318
319.

كما أن للوصي أن يبتاع لهم ماشية يعيشون بها إن كانوا بموضع لا يصلحهم إلا ذلك، وأن يبتاع لهم من يحرث عليهم من رقيق وحيوان إما بالبادية أو بالحضرة ولا يبيع عليهم الربع لغير عذر ليتخذ لهم العين فلا يفعل ،فأما لحاجة في مصالحهم أو لرغبة في الثمن النفيس أو ربع بموضع سوء أو لتداعي خراب ليتخذ غيره أو ليس في غلته شيء.

ولا يؤاجر الوصي بدين اليتيم إلا بوجه نظر من خوف أو جحود أو تفليس إن قيم به فيكون نظرا لليتيم ،وكذلك لو وضع من دينه أو صالح عنه على هذا المعنى مما هو خير لليتيم،ويصح بيع وشراء الوصي من أجنبي بما لايتغابن الناس وهو الغبن الفاحش لأن ولايته نظر ولوباع به كان فاسدا حتى يملكه المشتري بالقبض.(1)

وإذا باع الوصي أو اشترى مال اليتيم من نفسه فإن كان وصي القاضي لا يجوز ذلك مطلقا لأنه وكيله وإن كان وصي الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير،أما بيع الأب مالصغير من نفسه جائز بمثل القيمة وبما يتغابن فيه وهو اليسير وإلا لا، وهذا في المنقول.

أما إذا دفع الوصي المال إلى اليتيم فبل ظهور رشده بعد الإدراك ضاع ضمن لأنه دفعه إلى من ليس له أن يدفع إليه وجاز بيع الوصي على الكبير الغائب في غير العقار إلا الدين أو خوف هلاكه والأصح لا .

ووصي أب الطفل أحق بماله من جده وإن لم يكن وصيه فالجد وليس للجد بيع العقار والعروض لقضاء الدين والوصايا.(2)

أما فيما يخص قسمة الأوصياء للمال،في العين وغيرها يكره ذلك وتكون عند أعدلهم ويلي هو النفقة فإن اختلفوا طبعوا على ذلك ولا يقسم، وجعل عند غيرهم فإن اتهموا نزع منهم إلى يد عدل

---

(1)أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،المصدر السابق،كتاب الوصايا، ج11المرجع السابق،ص –ص،292-293وينظر أيضا:الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،كتاب الوصايا، ج7،المصدر السابق،ص170

(2)العلامة أمين الشهيربابن عابدين/رد المحتار على الذر المختار،كتاب الوصايا، ج10،ص،ص422و .423و 429 .

حيث قال أشهب،في الوصي، أكره لهما قسمة المال وليكن عند أعدلهما فإن اقتسماه أو لتكل فيه أعدلهما على صاحبه ولا بأس به عنده لم يضمناه فإن اختلفا جعله السلطان عتد أعدلهما فإن استويا أو تقاربا فعند أكفئهما وأحرزهما وأنجحهما.

وأيضا ورد أنه لايقسم الأوصياء المال وليكن عند أوثقهم بإيقافهم أو بالسلطان ويختصمون عليه ولأن الميت أراد اجتماعهم فيما كلفهم وقد يراد أحدهم لأمانته وآخر لكفايته وآخر لرأيه لم أر أن يقسموا فينفر بكل واحد وإنما أحق اجتماعهم في كل أمر لينتفع بذي الأمانة والرأي والكفاية (1).

ولكن تصح قسمة وصي الحال وكونه نائبا عن الورثة كبار غيب أو صغار مع الموصى له بالثلث ورجوع للورثة على الموصى له إن ضاع قسطهم معه لصحة قسمة، الوصي أما قسمة عن الموصى له الغائب أو الحاضر بلا إذن الورثة الصغار عند الزيلعي لاتصح وحينئد يرجع الموصى له بثلث ما بقي من المال إذا ضاع قسطه لأنه كالشريك مع الوصي ولا يضمن لأنه أمين.

وتصح قسمة القاضي وأخذ قسط الموصى له إن كان في المكيل والموزون أما في غيرهما لاتجوز لأنه مبادلة كالبيع، (2)،ويقاسم على الصغير الأب والوصي كل شيء ولا يقسم الوصي بين الصاغر حتى يرفعه إلى الإمام فيراه نظرا لعظم الخطر في القسمة من غير ضرورة فإن كان معهم اكابر استحب الرفع إلى الإمام احتياطا للصغار فإن قاسم الكبار دون الإمام جاز إذا اجتهد وأحضر الأصاغر أم لا لسلطان الأكابر على إقرارملكهم مع عدم الضرر وإذا غاب أحد الأكابر امتنع قسم الوصي عليه لأنه ليس تحت ناظره،ولا يقسم للغائب إلا الإمام أو نائبه لأنه الناظر في أمور العامة ويجعله تحت يد أمين .

وقال ابن شلبون مذهبه في الكتاب ثلاثة أوجه :الصغار وحدهم لا يقسم بينهم إلا بأمر السلطان أو معهم كبار استحب الإستئذان وإن لم يفعل مضى،أو مع أجنبي جاز القسم من غير استئذان. لم يجوز مالك للصبي الذي يأذن له وصيه بالتجارة وإن كان يعقل لأن الصبي مولى عليه(3

---

(1)أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،كتاب الوصايا،ج 11المصدر السابق،ص-ص288-289

(2)العلامة أمين الشهيربابن العابدين/رد المحتار على الذر المختار،كتاب الوصايا،ج10المصدر السابق،ص419 .

(3)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،كتاب القسمة،ج7 المرجع السابق،ص184

فلا يرى الإذن بالتجارة بخلاف العبد إذا أذن له سيده جاز ذلك لأنه ليس بسفيه غير أن ملكه بيد غيره ،وإذا احتلم الغلام وأعصاه الوصي بعض المال له ليختبره في تصرفاته فيرى مالك أنه إذا لحقه الدين سواء في ماله كله الذي كان للوصي يتولاه أو في المال المتصرف فيه لا يلحق الدين المولى عليه لأن هذا الإذن ليس بإذن.

وللوصي أن يرهن متاع اليتيم فيما يبتاع له من كسوة أو طعام كما يستلف له حتى يبيع بعض متاعه،وذلك لازم لليتيم وليس له أخذ عروضه بما أسلفه رهنا إلا أن يسلف له من غيره خاصة ولا يكون أحق من الغرماء لأنه حائز من نفسه لنفسه.(1)

ويكون الوصي مصدق في نفقته على اليتيم وكذلك ولي السفيه مصدق في نفقته، فإذا بلغ اليتيم وادعى أنه قدرد ماله إليه لم يصدق ولم يقبل قوله إلا ببينة تشهد له ،وله أن ينفق على أم اليتيم من ماله إذا كانت محتاجة.(2)

لم يجوز المالكية بيع عقار الصغير إلا أوجه،فيجوز بيع عقار الصغير للأجنبي لا لنفسه بضعف قيمته أو لنفقة الصغير أو دين الميت أو وصية مرسلة لانفاذها إلا منه أو لكون غلاته لا تزيد على مؤنته أو خوف خراب أو نقصان أو كونه في يد متغلب ،وهذا لو البائع وصيا أما الأم والأخ لا يملكان حق بيع العقار مطلقا ولا شراء غير الطعام والكسوة.(3)

انتهاء الوصاية:

قال أشهب وابن القاسم،إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فلا يعزل حتى تظهر منه خيانة أو ضعف يدخل عليهم منه ما يدخل بالخيانة فيعزل ويجعل غيره ويكون كوصي الميت في كل شيء ،قال مالك إذا عزل أحد الوصيين لخيانة فلا يجعل مع الآخر غيره إلا أن يضعف.(4)

---

(1)الإمام شهاب الدين القرافي /الذخيرة،،كتاب الرهون،ج8 المرجع السابق،ص78

(2)أبي القاسم بن الحسن بن الجلاب البصري/التفريع،باب في الحجر والمولى عليه،ج2المرجع السابق ص،ص257- 258

(3)ينظر :العلامةإبن العابدين، رد المحتار على الذر المختار المصدر السابق ،كتاب الوصايا،ج10 المصدر السابق،ص424 ينظرأيضا:الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة،،كتاب الوصايا،ج7 المصدر السابق،ص،ص170 .171،كتاب الحجر،ج8،ص240

(4)أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،المصدر السابق،ص،ص281 . 283

وقد تنتهي الوصاية بوصول الشخص سن البلوغ ،فالبلوغ في اللغة هو الوصول أما في الإصطلاح،هو انتهاء الصغر،وقد تنتهي الوصاية بعودة الولي إلى الولاية بحيث تنتهي مهمة الوصي في حالة مباشرة الولي لمها مه وإذا تم عزل الوصي أو قبل استقالته فللقاضي عزل الوصي إذا ظهرت خيانته،أو يفقد الوصي القدرة على ممارسة مهامه كتعلرضه لطارئ يمنعه من ذلك.

الفرع الثاني:

الولايةوالقوامة

أولا:الولاية

1)تعريفها:

الولاية في اللغة بالفتح والكسر هي القدرة والنصرة والتدبير ،وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ،وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولايدعها تستبد به دونه.

أماإصطلاحا:الولايةهي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى والصلة بين الوكالة والولاية كلا منهما نيابة ،ولكن الوكالة نيابة اتفاقية أما الولاية نيابة شرعية أو إجبارية.(1)

وإذا انتقلنا إلى مفهوم النيابة القانونية في الفقه المالكي على أنها النيابة الشرعية لأن الشخص إذا كان عديم الأهلية أو من ناقصيها لايستطيع تولي شؤونه بنفسه مثل الراشد،وبالتالي، هذا القاصر لايستطيع تدبير أمور حياته لوحده وإنما لابد من شخص يقيم حاجاته ويتولى أمواله وذلك لعجزه وضعفه وهو لم يبلغ الرشد والنتيجة أنه لايستطيع في هذه الحالة ضمان حياته.

ولقد اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على أنه يمكن أن يتكفل هؤلاء الأشخاص المتوفر فيهم الشروط المناسبة وذلك عن طريق ما يسمى بالولاية.

والولاية هي ضرب من النيابة،حيث أن النيابة تعرف على أنهاقيام شخص مقام آخر في التصرف عنه

---

(1)ينظر:وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الكويتية/الموسوعة الفقهية الكويتية المرجع السابق،ج45،وكالة المرجع السابق،ص6
ينظرأيضا:د/وهبة الزحيلي /الفقه الإسلامي وأدلته المرجع السابق،باب الولاية وأنواعها،ج7،ص746

كما نجد أن الولاية تكون على نوعين وهي الولاية العامة والولاية الخاصة

فالولاية العامة:تثمتل هذه الولاية في ولاية الإعتقاد والديانة لقوله تعالى:"والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض"[1]

أما الولاية الخاصة:تثمتل هذه الولاية في ولاية النسب لقوله تعالى:" وأولو الأرحام بعضهم في كتاب الله"[2]

والولاية في جوهرها تكون من أنواع النيابة والتي بمعناها العام قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه،وبذلك فالنيابة نوعان:

أ) النيابة الإختيارية وهي عقد الوكالة لأن هذا العقد ينشأ برغبة كلا من الطرفين بإبرام عقد إتفاق بينهم ليكون الوكيل نائبا عن الموكل في تولي شؤنه الخاصة بمصالحه.

بحيث يكون موضوعها تفويض التصرف إلى الغير وهذا ضمن الوكالة العامة والوكالة الخاصة

ب)النيابة الإجباريةوتثمتل هذه النيابة في النيابة الشرعية، وهي الولاية، وأيضا في الوصاية والقوامة وكلاهما يندرجان ضمن النيابة القانونية وهذه النيابة تسمى بالنيابة الإجبارية لأته يجبر فيه القانون الولي أو الوصي أو القيم بتولي شؤون القاصر وأموره الخاصة المتعلقة بأحواله الشخصية ومعاملاته المالية.

ويتضح من هذا، أن النيابة بمفهومها العام هي أعم من الولاية والوكالة بحيث أن الولاية الشرعية والوكالة هما فقط من أنواع النيابة العامة.

حكم الولاية وأثره:

بما أن الولاية هي نيابة إجبارية، وبذلك تكون تصرفات الولي صحيحة ونافذة إذا استوفت شروطها وقواعدها الشرعية مما يستوجب أن تكون خادمة لمصالح القاصر فلا يمكن للقاصر بعد الرشد أن ينقض شيئا ما.[3]

---

(1) د.أحمد الزرقا/ المدخل الفقهي العام/دار القلم دمشق،ط1418،1 . هـ1998م،نظرية الأهلية والولاية،ص –ص844 . 845

(2)سورة التوبة الآية 21

(3)الأنفال الآية 75

أنواع الولاية:

يوجد نوعين من أنواع الوية،وهي: الولاية على النفس والولاية على المال.

الولاية على النفس:

تثبت هذه الولاية تحقيقا لمصلحة المولى عليه،بحيث يتولى عنه الأمور التي يعجز عن ادراك المنفعة والخير فيها وهي الأمور المتعلقة بنفسه،وقد وجه الشرع والقانون هذه المهمة إلى الأشخاص القادرين على القيام بها وتتوفر فيهم الشروط المعينة ويكون تقديرهم لمصالح القاصر محميا ومضمونا.

وثتبت هذه الولاية على الصغير والصغيرة وعلى المجنون والمجنونة وعلى المعتوه والمعتوهة وأيضا على البكر والثيب التي لاتكون مأمونة على نفسها.أما فيما يخص سلطات الولي على النفس فيدخل في هذا المجال صيانة الولد وحفظه وعلاجه ويكون للولي أن يضمه إليه بعد الحضانة فلا ينفرد وحده بالإقامة مع غيره.إلا إذا بلغ الذكر أو تزوجت البنت وأصبحت ذا محرم وعفة وطهارة.

ويدخل أيضا في الولاية على النفس تأديب القاصر والإنفاق عليه وثتقيفه وتعليمه المعرفة النافعة وتوجيهه إلى الدراسة .

كمانجد الولاية على النفس تكون أيضا في تزويج الصغير أو الصغيرة بحيث لايجوز للمرأة البالغة تزويج نفسها بغير مهر المثل أو بغير الكفء الغيرقادر على تولي شؤونها.(1)

فالولاية على النفس يتولاها الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر العصبات بأنفسهم على ترتيب الإرث والحجب.فابن المجنون والمجنونة مثلا ثم ابن ابنهما مهما نزل هو في الولاية على أنفسهما مقدم على أصولهما من أب فمن فوقه مهما علوا.وأبو الصغير أو المجنون مقدم على فروع الأب وهم الإخوة والإخوة مقدمون عاى فروع الجد وهم الأعمام.

---

(1)ينظر :د.زكربا البري/الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون،منشأة المعارف بالإسكندرية ،ص .-ص 233. 232

وعند تعدد العصبات من درجة واحدة كالإخوة يقدم من كان شقيقا على من كان لأب فقط،وإن لم يوجد أحد من العَصبات تنتقل ولاية النفس إلى الأم ثم إلى غيرها من الأقارب وذوي الأرحام.

أما بخصوص الولاية على القاصر من بعد موت أبيه فقد فوضها الشرع إلى من يختاره قبل موته ليقوم على أموال أولاده القصر وسوء كان ذلك الشخص الذي يختاره الأب من أسرته أم نتمن فيرها إذا لم يعهد الأب بالوصاية على أولاده القصر قبل مما ته إلى أحد انتقلت الولاية على أموالهم إلى جدهم العصبي،ووصي الجد يقوم مقام وصي الأب.

ومبدأ الولاية الشرعية على الأشخاص إنما تبدأ منذ ولادتهم فلا ولاية لأحد على الجنين قبل أن يولد هذا بما قاله جمهور الفقهاء.(1)

الولاية على المال:

تكون الولاية على المال في التصرفات والعقود التي تتصل بمال القاصر ،من بيع وشراء وإجارة ورهن، ويتولى هذه الأمور وليه ليدبر شؤونه الخاصة،وتثبت الولاية المالية على الصغيرالمجنون والمعتوه باتفاق الفقهاء،وعلى السفيه وذي الغفلة وهذا في رأيي الجمهور.

والصغر من حيث قوة الحجر، وثبوت الولاية المالية يوجد نوعان من الصغر:

- صغر ينعدم فيه التمييز، ويكون فيه الصغير فاقد الأهلية تماما فلا ينعقد له تصرف ولا عبارة، ويكون أمر تولي أموره كله إلى الولي.

- صغر يكون معه التمييز، ويكون فيه الصغير ناقص الأهلية لافاقدها، حبث بكون الصغير ناقص الأهلية لافاقدها ونكون صحة تصرفاته النافعة نفعا محضا ونفاذها وليس فيه حاجة إلى قبول إذن الولي مثل قبول الهبات والوصايا والإستحقاق في الوقف من غير عوض.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء موقوفة على إجازة وليه المالي والتصرفات الضارة ضرر محضا على القاصر فتكون باطلة كالتبرعات بكل أنواعها.

والصبي المميز هو الصبي الذي يبلغ سننا معينا يميز فيه فحوى العقود ومعانيها ويدرك المراد منهافيعرف أن الشراء جالب والبيع سالب ويعرف الكسب والغبن والحد في سن التمييزيكون السابعة.

(1)د.أحمد الزرقا /المدخل الفقهي العام،نظرية الأهلية والولاية، المرجع السابق ،ص.847

أما قيل السابعة فلا يكون الطفل مميزا ولو أدرك شيئا من ذلك.وتستمر أحكام الصغر حتى يبلغ الصغير رشده ودليل ذلك قوله تعالى :"وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغو النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" [2]وبالتالي، لابد من اطلاق التصرفات المالية في البلوغ والرشد .

فأما البلوغ فيكون ببلوغ الصبي سن التناسل وظهور أعراض الرجولة عليه وأعراض الأنوثة على الفتاة،وهذا البلوغ الطبيعي لايكون قبلب سن الثانية عشر بالنسبة للغلام وبالنسبة للفتاة يكون قبل سن التاسعة ،فإذا تجاوز الصبي هذا السن ولم يرعليه شيئا من علامات هذا البلوغ استمر عليه الصغر حتى يبلغ سن الخامسة عشر بالنسبة للفتى والفتاة.

أما الرشد فهو الإحسان في تدبير المال وإنفاقه على مقتضى العقل والحكمة والشرع وهو أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان حيث جعله الفقهاء أمرا تقديريا يترك بيانه للتشريعات الوقتية وللقضاء،فإذا تحقق البلوغ وتأخر الرشد استمرت الولاية المالية على الشخص حتى يرشد مهما كبرت سنه فإذا بلغ أكثر ولم يرشد يمنع المال عنه بغرض تهذيبه وترشيده بصورة حسنة، فان لم يكن هنالك أمل من هذا سار الحجر عليه رغم أنه فيه إهدار للكرامة لكن مع المحافظة على المال.

حيث أن الحجر على السفيه فيه مصلحة للورثة حتى لايضيع ماله ويعيشون عالة على الناس،لقوله تعالى +:"ولاتأتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا"[3].ويأخذ ذوي الغفلةوهو الساذج الذي لايهتدي إلى التصرفات النافعةو يغبن في المعاملات حكم السفيه في الأحكام الفقهية لأن ذا الغفلة ضعيف الإدراك وضعيف الإرادة.

أما المجنون وهو المريض بمرض عقلي يمنع من ادراك الأمور على حقيقتها ،والمعتوه وهو قليل الفهم مختلك الكلام فاسد التدبير فيأخذ المجنون حكم الصبي الغير مميز ،كما يأخذ المعتوه حكم الصبي المميز.(1)

والولاية على المال تثبت للأب ابتداءا على مال الصغير ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ويسمى الوصي المختار ثم للجد من الأب وإن علا، ثم لوصيه ويسمى أيضا الوصي المختار بعد ذلك للقاضي ثم لوصيه.

(3)النساء/5

(1)د.زكريا البري/الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية، المرجع السابق ،ص. ص238 . 239 .240 . 241

(2)سورة الأنعام،الاية152

فإذا وجد الأب كانت الولاية له فإن لم يوجد وكان قد اختار من يتولى شؤون أولاده المالية كانت الولاية لمن اختاره ولوكان الجد موجودا فإن لم يكن الأب قد اختار وصيا كانت الولاية للجد من الأب فإن لم يكن موجودا انتقلت الولاية إلى وصيه الذي اختاره ،فإن لم يكن قد اختار أحدا كانت للقاضي الذي لايكفي وقته للإشراف على أمور القصر فيعين وصيه الذي يتولى ذلك.

ويرى الإمام مالك والإمام أحمد أن الولاية على مال الصغير تثبت للأب ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه، أما الإمام الشافعي يرى أن الولاية تثبت للأب ثم الجد من جهته ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد ثم للقاضي.

بينما المذهب الحنفي يثبت الولاية للجد ويؤخرها مرتبة عن وصي الأب وذلك، أن الأب هو أوفر الناس شفقة على أبناءه وأحرصهم عليه مصلحة فكان في اختياره لشخص آخر مصلحة في ذلك مع وجود الجد، وفي هذا دلالة قوية على أنه يرى هذا الشخص هو أصلح وأقدر على هذه الولاية والتي تعتمد على الأمانة والتجربة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يمتاز بها الجد.

والإمام الشافعي يثبت الولاية للجد ويجعل مرتبته قبل وصي الأب أن الجد أب عند موت الأب،فيكون في مرتبة الأب فيسبق وصي الأب.

ولم يجعل الإمام مالك ولا الإمام أحمد الولاية للجد إلا بوصاية من الأب أو القاضي، ولايكون لأقارب الأب أو الجد حق في الولاية ولوكانوا عصبات إلا بسبب الوصاية اختيارا أو تعيينا من القاضي.والولاية على المجنون أو المعتوه فتكون لهؤلاء الأولياء السابقين ،وتكون الولاية ثابتة عليه لعجز الصغر ولم يوجد ما يسقطها فتستمر ثابتة عليه بعد بلوغه مجنونا كان أو معتوها أما إذا بلغ الصبي عاقلا سقطت عنه هذه الولاية التي كانت ثابتة عليه لصغره فإذا جن أو أصابه عته عادت الولاية عليه لعودة عجزه بالجنون والعته،وعلى هذا تكون الولاية على المجنون والمعتوه كالولاية على الصغير سواء أكان مجنونا أو مهتوها مقارنا للبلوغ أم كان طارئا بعده.

والولاية على السفيه وذي الغفلة تثبت أيضا للأب والجد مقارنين للبلوغ ،أما إذا بلغ الولد رشيدا ثم أصابه السفه أو الغفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته وليس للأب والجد ولاية على السفيه وذي الغفلة مراعاة لمصلحتهما ومالهما .(1)

(1)د.زكريا البري/الأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية، المرجع السابق ،ص – ص242 . 244

ولا لنقص أهليتهما كما هو الأمر في المجنون والمعتوه .

شروط الولي:

أ) الذكورة، لايصح عقد الولاية من الأنثى لأنها بالفطرة لاتتمكن من مباشرة أمور القاصر المالية وعلى أحواله الشخصية.

ب): البلوغ،لايصح العقد من صبي لعدم أهليته وعدم تمكنه من ذلك لنقص القدرة عنده على ذلك.

ج) : العقل، لاتصح الولاية من المجنون والمعتوه والسكران لضعف قدرتهما العقلية والنفسية على ذلك.

د):الإسلام.

هـ) :عدم الإكراه،لايصح عقد الولاية من مكره لأنه لايتمكن من أداء عمله باخلاص اتجاه القاصر

ما لايشترط في الولاية:

العدالةوالرشد ووجه صحة عقده،أن السفيه غير محجور عليه في ذلك وأن الولاية عليه إنما هي في ماله.وبناءا على ما سبق ذكره،فإن بهذه الشروط يتمكن المشرف من تدبير شؤون القاصر حتى تكون له القدرة الكافية على تحمل مسؤليته اتجاه القاصر وما يحدث له من ظروف أو طوارئ قد تصيبه ،بالإضافة إلى أحواله ولأموره الشخصية والمالية الخاصة به.

أما العدالة والرشد فلا تشترط في الولي لأن الولي، بطبيعة التصرفات التي سيقبل عليها يكون ذو عدالة ورشد حتى يشرف على الحياة الشخصية والمالية للقاصر(1).

الأحكام الخاصة بالولي والمولى عليه:

المتفق عليه أن الإنسان قبل البلوغ محمول على السفه وتكون تصرفاته وأفعاله مردودة وتصرف المعاوضة موقوف على إجازة الولي وإلا رده ،ويحجر على السفهاء من الأكابر .

(1)د.الحبيب بن الطاهر/الفقه المالكي وأدلته،مؤسسة المعارف بيروت . لبنان،ط3،1426 هـ .2005م ،ج3،ص – ص226 . 227

و المرأة إن تصرفت في أموالها بأكثر من الثلث بدون إذن زوجها،ولايحجر على الفاسق إذا كان عارفا مصلحته المالية إلا المبذر بماله .(1)

كمايجب على الوصي والولي أن تكون تصرفاته نافعة نفعا محضا لصالح القاصر، فمن ظاهر الأقوال أما مالكا منع للولي والوصي أن يأذن للصبي بالتجارة إذا عقل الصبي ذلك ،لأن الصبي مولى عليه وهوتحت الولاية ومازال سفيها فلم يجز له التجارة بخلاف العبد الذي جوز له التجارة لأنه ملكه بيد غيره لكنه ليس بسفيه، ولا يتجر الصبي في ماله كالبيع والصدقة ولا الهبة ولا الشراء ولا غير ذلك ولا يلزمه أي تصرف قام به في ذلك قبل بلوغه بقضائه بعد البلوغ.(2)

كما لايلزمه دين ارتكبه من خلال تجارة، فلا يعوض الدين لا في المال الذي في يده ولا الذي في حوزته لأنه مولى عليه،لكن هناك من فقهاء المالكية من جوزوا تجارة الصبي إذا عقل ذلك و منهم أبو عمر وعبد الوهاب ، وإذا قارب البلوغ والرشد.(3)

و قدمنع الشافعي أن يبيع الولي مال الصبي بنسيئة وان يأخذ العوض من كسبه أو يسافر بماله من غير ضرر ولا يودعه ولايقرضه مع إمكان المتاجرة فيه،وقال عبد الملك ومطرف ما وهب الأب من مال ولده فعوضه على الأب ،وما باع الأب أو رهن من متاع ولده رد إذا كان هذا التصرف لصالح الأب وإن جهل لم يرد لإحتمال صحة التصرف ،وأما ما اشترى من عقار أو رقيق وكان ببخس ييسير رد وإن عظمت المحاباة أيضا ،لأن الولي من شأنه تحقيق المصلحة للصبي وإبعاد الفساد عنه.

وقال مالك في اليتيم، يحتلم فيبيع ويشتري أو يهب أو يتصدق أويعتق ولم يؤنس منه الرشد ،قال لو خصب بالحناء ولم يؤنس منه الرشد لم يدفع غليه ماله ولم يتجر في ماله بيع ولاشراء ولاهبة ولا صدقة ولا عتق حتى يؤنس منه الرشد.

---

(1)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة، الم صدر السابق ،كتاب الحجر،ج8 المصدر السابق،ص230

(2)ينظر:الإمام مالك الأصبحي/المدونة الكبرى ،كتاب المديان ،ج4 المصدر السابق،ص 74

(3)الإمام شهاب الدين القرافي /الذخيرة ،كتاب الحجر،ج8 المصدر السابق،ص – ص 230 236

ثم أنس منه الرشد فدفع إليه ماله قال الإمام مالك لا يلزمه ذلك العتق ولا تلك الصدقة ولا تلك الهبة بقضاء، ولكنه غن فعل ذلك من عند نفسه فأجاز ماكان صنع فذلك جائز.(1)

أما إذا وهب للمحجور عليه وما استفاذ منه فما يهب للمحجور عليه من مال يدخل ذلك المال في مال المحجور عليه فإذا دفع إلى المولى عليه وليه مالا ليتجر به ويخلي بينه و بين التجارة فيركبه دين لا يلزمه ذلك لا مما الذي في يده ولا مما في غيره مما يحجب ،عنه لأنه مولى عليه ولا يجوز عليه شيء من ذلك الدين.(2)

فالغلام والجارية لايخرجان من الولاية إلا بالرشد طردا للعلة ،وعند أكثر أصحاب مالك أن أفعالهما نافذة بمجرد البلوغ لعدم تقدم الحجر، والبلوغ مظنة الرشد وكمال العقل.

أما إذا أراد الولي أن يختبره في ماله فظاهر قول مالك المنع ،وجوزه عبد الوهاب من فقهاء المالكية إذا قارب البلوغ وذلك يقدر معين يختبره به إذا دليل الرشد فمن جعل ذلك لوليه اكتفى بعلمه ومن جعله للحاكم لم يكتف بقول وليه وإنما لابد من أن تشهد بينة على ذلك.(3)

أما ما وهبه الرجل من مال ابنه الصغير أو تصدق به،حيث جاء في المدونة قال ابن القاسم ولا يجوز للوالدان أن يهب مال بنيه الصغار الذين في ولايته ،ولا يجوز له أيضا ما أعطوه من أموالهم والوالدان في هذا كالأجنبي لا يجوز للوالدان أن يأذن لهم في أن يصنعوا المعروف في أموالهم ماداموا في ولايته.

قال ابن القاسم ،قال مالك: وإن تصدق الأب بشيء من مال ابنه الصغير أو وهب لم يجز وإن كان الأب موسرا فإن فات ضمن وإن كان التصدق غليه قد أتلف تلك الهبة أو الصدقة فإن كان الأب موسرا لم يكن للأب ولاللإبن أن يتبعا المتصدق عليه ولا الموهوب له.(4)

---

(1)الإمام مالك بن أنس الأصبحي/المدونة الكبرى، المصدر السابق،كتاب المديان، ج4المرجع السابق،ص82

(2)الإمام مالك بن أنس الصبحي /المدونة الكبرى،كتاب المديان،المصدر السابق،ص82

(3)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة ،كتاب الحجر ،ج8 المصدر السابق،ص230

(4)الإمام أبي الوليد عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن إبراهيم ابن أبي زمنين/منتخب الأحكام،ت ح،عبد الله بن عطية الرواو الغامدي ،المكتبة المكية مؤسسة الريان،ج2،ص285

وإنما يكون ذلك للإبن على الأب ولا يجوز للأب أن يأخذ من مال ابنه شيئا إلا على وجه القرض بالمعروف.وأما ما باع الرجل أو رهن لتفسه من متاع ولده الصغير فعرف أنه لنفسه ،خاصة فهو مردود وإن أشكل ذلك ،وجهل أن يكون لنفسه فعل ذلك أو لولده فهو ماض لأنه قد يلي ولده وينفق عليه من مالهم إن شاء ويرهن لهم ويبيع لينفق عليهم فذلك أيضا جائز حتى يعلم أنه إنما فعل ذلك لنفسه خاصة.

أما الذي يبيع أرضا أو دارا لولده في حجره والأب مليء أو سفيه أو مفلس أو لابأس بحاله إن ك،ان الأب ليس بسفيه ولا مولى عليه جاز بيعه ولم يكن للإبن أن يرده وإن كان كثيرا إذا كان ذلك نظرا له ويتبع أباه بثمن ماباع من ماله ويكون لإبنه أن يحاسبه بما أنفق عليه إن شاء ذلك من يوم ما باع،وإن كان الأب سفيها مثله يولى عليه لم يجز عليه بيعه وإن لم يكن عليه ولي لأنه لوباع لنفسه لم يجز له بيع.

والسفيه الذي يموت أبوه ولا يوصى به إلى أحد أو يموت وصي أبيه ولم يوص أبيه ولم يوص به إلى أحد غيره، فيبيع متاعه ويتلفه ولا ولي له بأمر السلطان ولا وصي يليان ماله أترى ما باعه من ماله جائز لمن اشتراه منه؟

،إذا كان معروف بالسفه والتبذير فباع شيئا لم يجز ورأيته مفسوخا،وإن طال بعد ذلك الزمان لا أرى أن يعدا عليه برأس المال ولا غيره،وهوكمن هو في ولاية لأن حاله مسخوطة فلا أرى أن يجوز من أمر قليل ولا كثير إلا أن يجد الرجل ماله عنده يعينه فيكون أحق به منه وليس يخرجه عن حال السفه وإن لم يكن له ولي إلا حال الرشد والصلاح .

والذي يتضح من خلال هذا أن تصرفات الولي اتجاه القاصر تكون نافعة له نفعا محضا حيث أن الشرع أبطل التصرفات التي تضره ضررا محضا، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون بين الإجازة والرد على حسب الأفعال التي يباشرها نحو القاصر.[1]

---

(1)ينظر:الإمام أبيعبدالله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن إبراهيم ابن أبي زمنين/منتخب الأحكام،المرجع السابق،بابالولاية والترشيد،ج2المرجع السابق،ص.ص287 و 288 و 297

انقضاء الولاية:

تنقضي الولاية بأمرين :

أ)**الإنقضاء الطبيعي للولاية**:تنقضي الولاية طبيعيا نتيجة كبر القاصر وبلوغه سنا يتركه يباشر أموره لوحده،إلا إذا أصيب بعارض من عوارض الأهلية فإن الولاية في هذه الحالة تستمر عليه,وقد الولاية بأمر آخروهو موت الولي أو موت المولى عليه قبل بلوغه سن الرشد.;:تنقضي

ب)الإنقضاء العارض للولاية:

تنقضي الولاية بشكل عارض إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب تصرف الولي تصرفا غير صحيح، أو كان ولي غير مأتمن أو لايحسن تدبير أمور الإدارة.أو تنحي الولي وعدم قدرته على الإستمرار في تولي مهامه نتيجة نعرضه لمرض أو عارض طارئ منعه من ذلك.(1)

ثانيا:القوامة

1)تعريفها:

القوامة في اللغة:هي القيام على الأمر والمال أو ولاية الأمر وقد استعمل افقهاء لفظ القوامة في معان فريبة من المفهوم اللغوي منها، ولاية يفوضها القاضي إلى شخص راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه المالية، ومنها ولاية يستحقها الزوج على زوجته وتوجد بين الوكالة والقوامة، أن الوكالةهي نيابة اتفاقية أما القوامةفهي نيابة قضائية . (2)

وتعرف القوامة في اللغة بأنها القيام على الشيء برعايته والحفاظ عليه،ومن ذلك القيم الذي يقوم على الشيء برعايته والحفاظ عليه ويليه ويصلحه، والقوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء والإستبداد بالنظر فيه والحفاظ على الشيء.

أما من ناحية الشرع فيستعمل فقهاء السريعة لفظ القوامة في ثلاث معان ويقصد بها:

أ) ولاية يفوضها القاضي لشخص كبير راشد من أجل التصرف في أمور القاصر وتدبير شؤونه المالية وهي بهذا المعنى لاتختلف عند بعض الفقهاء عن الوصاية.(3)

---

(1)د.محمد صبري الجندي /النيابة في التصرفات القانونية ،دار الثقافة،ط1433،1هـ- 2012م،ص - ص 99 . 100

(2) وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الكويتية/الموسوعة الفقهية الكويتية المرجع السابق،ص6

(3)د.محمد الجندي صبري/النيابة في التصرفات القانونية المرجع السابق،ص100

ويقصرها البعض الآخر على الإشراف في إدارة أموال القاصر دون التصرف فيها،وهذا على خلاف الوصاية والذين يقربون القوامة من الوصاية يطلقون على القيم مسمى وصي القاضي أو كما قال المالكية مقدم القاضي.

ب)ولاية يفوض بموجبها صاحبها حفظ المال الموقوف وتنميته

ج) ولاية يفوض بها الزوج تدبير شؤون زوجته وتأديبها وإمساكها.

وبالتالي، فإن المعنى الأول هو المعنى الصائب حيث نأخذ القوامة بمعنى الولاية وهو الإشراف على أمور القاصر والتصرف في إدارة أمواله.

أحكام القوامة (1):

القوامة على المحجور عليهم :تثبت القوامة على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة.

القيم على مال المفقود: يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه، لأن القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ماذكر نظر له فيفعل.

القوامة على الوقف:يرى الفقهاء أن حق تولية أمر الوقف في الأصل للواقف من شرطها لنفسه أو لغيره اتبع شرطه، أما إذا لم يشترط الواقف الولاية لأحد أوشرطها فمات المشروط له فاختلف الفقهاء في ذلك.

قوامة الزوج على زوجته:الزوج قيم على زوجته والمقصود أن الزوج أمين عليها يتولى أمرها ويصلحها في حالها ،ويقوم عليها آمرا ناهيا كما يقوم الوالي على رعيته.

وجعلت القوامة للرجل على المرأة لثلاث أسباب:

السبب الأول/كمال العقل والتمييز:قال القرطبي:إن الرجال لهم فضيلة في زيادة العقل والتدبير فجعل لهم حق القيام عليهن لذلك.

السبب الثاني/كمال الدين

السبب الثالث/بدل المال من الصداق والنفقة،أي المهور والنفقات والكلف التي أوجبها الله عليهم لهن في كتابه وسنة نبيه، فالرجل أفضل من المرأة في نفسه وله الفضل عليها فناسب أن يكون فيماعليها .

(1)وزارة الشؤون الدينية والأوقاف/الموسوعةالفقهية الكويتية المرجع السابق،ج34،ص - ص77 . 79

مقتضى قوامة الرجل على المرأة:

مقتضى قوامة الرجل على المرأة ،أن يجب على الرجل أن يبدل المهر والنفقة ويحسن العشرة ويحجب زوجته ويأمرها بطاعة الله.

الشروط الواجب توافرها في القيم هي (1) :

يشترط فيمن يعين قيما على السفيه أو ذي الغفلة ما يشترط في الوصي. على أن يكون كامل الأهلية معروفا بالأمانة ،مستور الحال ولبعض الفقهاء منهم أن يكون وفقا لدين وملة المطلوب الحجر عليه.

والقيم هو الذي يختاره القاضي إذا لم يوجد ولي أو وصي يتولى الولاية والوصاية،وتكون القوامة على فاقد الأهلية أو ناقصها وذلك بناءا، على من له مصلحة في ذلك.

وهذا هو حكم القانونالمدني الجزائري أما من ناحية الفقه فنجد أن القوامة هي في أحكامها مثل الوصاية، إلا أن القيم يسمى وصي القاضي أو مقدم القاضي،والصلا حيات التي تخص الوصي هي الصلاحيات التي يباشرها القيم لأنه إذا انعدم الوصي أو الولي وجاء مكانه القيم الذي يعينه القاضي فإنه يكمل المهمة التي كان يقوم بها .

كما ان القيم ينصب على الأمور التي تخص المفقود إذا عينه القاضي على ذلك.

أما في القوانين الأخرى غير القانون الجزائري نجد أن القوامة تتقرر على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد فالقوامة تتقرر على من أصيب بعد بلوغه سن الرشد بجنون أو عته أو سفه أو غفلة.

أسباب انتهاء القوامة :

من الأسباب التي تنتهي بها القوامة هي نفس الأسباب التي تنتهي بها الوصاية.

---

(1)ينظر:د.محمد صبري الجندي /النيابة في التصرفات القانونية،المرجع السابق،ص . ص 105- 106.

المطلب الثاني:

موقف المشرع الجزائري من النيابة

يتضمن هذا المطلب الموقف الذي أخذه المشرع الجزائري في المواد التي تعرضت للوكالة، وأيضا المواد التي تناولت الوصاية وذلك في قانون الأسرة، لأن الوصاية تدخل ضمن الأحوال الشخصية شؤون الأسرة التي تخص القاصر

الفرع الأول:

أحكام الوكالة والوصابة في القانون المدني الجزائري

تكلم المشرع الجزائري عن الوكالة ضمن الباب التاسع بخصوص العقود الواردة على العمل، وضمن الفصل الثاني يوجد الوكالة حيث تناولها المشرع الجزائري في ثلاث اقسام،تضمن القسم الأول الوكالة،والقسم الثاني فتضمن الاثار المترتبة عن الوكالة والقسم الثالث تناول موضوع انتهاء الوكالة.

وتم معالجة الوكالة في الموادمن 571 إلى 589.من القانون المدني الجزائري

بالتطرق لهذه المواد نجد المادة 571 عرفت الوكالة على أنها الإنابة وهو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري عرف الوكالة على أنها إنابة كما أن تعريفها بتعريف النيابة يدل على أن المشرع الجزائري اعتبر الوكالة على أنها نيابة .

أما المادة572 فنصت على أن الوكالة في القانون يجب أن تتوفر فيها الشكل القانوني الذي ينص عليه القانون لتطبيق الوكالة،وحتى تكون ضمن الحدود القانونية المنصوص عليها.

اما المادة 573فقد تطرقت لأنواع الوكالة من حيث التعميم والتخصيص لقدعرفنا أن الوكالة في الفقه المالكي نوعانوهما: العامة والخاصة ،فالوكالة العامة في الفقه المالكي تقتضي أن الوكيل له حق التفويض في التصرف إلا ما خالف العرف أو العادة أماالوكالة المخصصة فهي التي يخصص فيها الموكل للوكيل حق التصرف في شيء مخصوص بعينه دون الأعمال الأخرى لكن بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع ذكر في هذه المادة الوكالة التي ترد بألفاظ عامة،قد أورد عليها تخصيص دون الوكالة الخاصة، حيث قصر عمل الوكيل في الوكالة العامة بالمفهوم القانوني على تنفيذ العقود الإدارية منها الإيجار وذلك لمدة زمنية محددة بثلاث(03) سنوات وأعمال الحفظ والصيانة إلى جانب العمل الذي يخص الديون واستيفاء الحقوق.

والتصرف كالبيع وبيع البضاعة والمنقولات سارعة التلف إلى جانب شراء مايستلزم من الأشياء التي تخص محل الوكالة.وبالتالي فإن المشرع الجزائري حصر الوكالة العامة في الأعمال الخاصة بالإدارة دون الأعمال الأخرى.

وفي المادة574 ذكر الوكالة الخاصة والتي حددها في أعمال معينة وخاصة دون الأعمال الإدارية وبالتالي فإن الوكالة تكون خاصة في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء وفي الوكالة الخاصة يتم تحديد نوع العمل الذي سيقوم به الوكيل حتى ولو لم يعين هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات فانه لابد من التخصيص فيه أكثر.

والوكالة الخاصة يباشرها الوكيل وفق ما هو محدد له وذلك على حسب طبيعة كل امر وعلى حسب طبيعة العرف الجاري.

أما القسم الثاني فتناول الآثار المترتبة عن الوكالة.

في المادة575نصت على أن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود التي رسمها الموكل ولكن يكون للموكل أن يجاوز الحدود المرسومة إذا كان يعلم أن الموكل قد يوافق على ذلك وأيضا كان يتعذر عليه إخطار الموكل سلفا ولكن في كل الحالات يجب على الوكيل أن يخبر الموكل بما تجاوزه،وبالتالي وافق المشرع الجزائري في هذه المادة مع مايشترط في النيابة وهو عدم تجاوز النائب للحدود المرسومةله من قبل الأصيل.

والمادة576والمادة577 نصت على أنه للوكيل عند قيامه بمهام الوكيل أن يبذل في هذه المهام عناية الرجل العادي نحو عقد الوكالة وأيضا عليه أن يوافي الموكل بجميع المعلومات الضرورية التي تخص عقد الوكالة.

أما المادة 578 فالمشرع لم يجوز للوكيل أن يعمل بمال الموكل لصالح نفسه وما يخدم مصالحه لأن الوكيل موكول إليه مهام وعليه بالقيام بها اتجاه الموكل.

والمادة 579 تنص في حالة تعدد الوكالاء فإذا كانوا يوجد وكلاء متعددين مهمتهم أنهم مسؤولون بالتضامن عن أي ضرر يصيب الموكل نتيجة العمل المتضامن فيه الذين قاموابه وذلك بفعل خطأ مشترك ارتكبوه وذلك أنه إذا كان الوكلاء متضامنين فلا يسأل أحد منهم عما فعله بسبب خطأ أو تعسف في مهمته أو متجاوزا حدود وكالته.

أما إذاتم تعيين الوكلاء في عقد واحد فإنهم عليهم أن يعملو مجتمعين وذلك إذا لم يرخص لهم بإنفرادهم في العمل إلا إذا اقتضت طبيعة العمل غلى عدم الحاجة إلى تبادل الرأيي فيما بينهم.

أما المادة 580 نصت عل أنه إذا جعل الوكيل نائبا عنه في تنفيذ الوكالة لكن دون ترخيص فإنه يكون مسؤولا كما يفعله النائب كما لو أنه عمل هو العمل ،ويكون هو والنائب مسؤلين عما فعله.

أما إذا رخص للوكيل في إقامة النائب فإنه لايكون مسؤولا عما فعله النائب إلا عن خطئه في اختيار النائب أو في الة ما إذا رتكب خطأ في تنفيذ التعليمات الصادرة منه.

ويجوز للموكل ولنائب الوكيل أن يرجعا على الوكيل استنادا على مافعله في اختياره لنائب الوكيل أوأصدر منه تعليمات خاطئة.

والمادة 581 نصت على أنه على الوكالة إذا كانت بأجر أو بغير أجر،فإذا كانت الوكالة تبرعية تطوعا من الوكيل في قيامه بهذه الوكالة وقد تكون الوكالة بأجر إذا اتفق الموكل والوكيل على ذلك.

فالوكالة التبرعية وهو أن يتفق الوكيل والموكل على أن تكون الوكالة تبرعية بغير أجر.

أما إذا كانت الوكالة بأجر فغن تقدير هذا الأجر يخضع لتقدير القاضي .

والمادة 582 تنص على أنه ماينفقه الوكيل في شأن الوكالة فعلى الموكل أن يرجع على الوكيل بالنفقة التي أنفقها في شأن الوكالة سواءا كان المبلغ قليل او كثير فالمبلغ الذي ينفقه الوكيل من أجل أداء مهمة الوكالة ولوكان المبلغ كبيرا فإن الموكل مسؤول عن رد ذلك المبلغ للوكيل.

أما المادة 583 تبين أن الموكل يكون مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر نتيجة تأذيته لمهام الوكالة وذلك دون ارتكاب خطأ منه في تنفيذه للوكالة تنفيذا معتادا

والمادة 584 تنص على أنه إذا تعدد الأشخاص الموكلين في تنفيذ الوكالة بحيث إذا اتفقوا على توكيل وكيل في تنفيذ الوكالة وذلك في عمل مشترك فإن الموكلين مسؤولين اتجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة إلا أذا تم الإتفاق على غير ذلك .

أما المادة الأخير من القسم الثاني وهي المادة 585وتنص على أن المواد الخاصة بالنيابة وهي من المادة 74 إلى المادة 77 من القانون المدني الجزائري تنص على أن هذه المواد تطبق في العلاقة بين الموكل والوكيل بالغير.

والذي يمكن قوله أن المشرع الجزائر ي في تعريفه للوكالة عرفها على أساس أنها عقد إنابة وبالتالي هل يمكن القول أن المشرع الجزائري عرف الوكالة على أنها إنابة رغم أننا نعلم أن الوكالة هي فقط نوع من أنواع النيابة وهي النيابة الإتفاقية التي تنشأ بموجب اتفاق يكون بين الموكل والوكيل فكيف يعرف المشرع الجزائري الوكالة على أنها إنابة وبالتالي فإن المشرع في المادة الأولى الخاصة بالوكالة نستطيع القول أن المشرع لما عرف الوكالة على أنها عقد إنابة كان يقصد بها أن الوكالة هي نوع من أنواع النيابة أو كان يقصد الوكالة هي عقد إنابة وبالتالي فإن المشرع الجزائري يكون قد أخطأ لأن الوكالة هي نوع من أنواع النيابة وهي النيابة الإتفاقية.

أما إذا انتقلنا إلى القسم الثالث وهو القسم الخاص بإنتهاء الوكالة والأسباب المؤذية إلى إنتهاءها، فنجد المادة586نصت على أن الوكالة تنتهي بأحد الأسباب الأتيةوهي:

الوكالة تنتهي بإتمام العمل الموكل فيه وإنتهاءه

وأيضا تنتهي الوكالة بإنتهاء أجل المعين للوكالة

كما تنتهي الوكالة بموت الموكل أو موت الوكيل

وتنتهي الوكالة بعزل الوكيل أو بعدول الموكل عن ذلك.

والمادة 587تنص على أنه للموكل أن ينهي الوكالة متى شاء أو يقيدها حتى ولو وجد اتفاق يخالف ذلك لأن الوكالة من العقود الجائزة فيجوز للموكل كما يجوز للوكيل أن ينهي الوكالة سواءا بحضرة أحدهما أو بغيبته أما إذا كانت الوكالة بأجر فإن للموكل أن ينهيها لكن بتعويض الوكيل عن هذا العزل في حالة ما إذا ألحق به ضرر نتيجة عزله .

والمادة 588نصت على أنه يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عنم الوكالة في أي وقت شاء حتى ولو كان موجودا اتفاق يخالف ذلك ويتم التنازل بإعلان الموكل عن ذلك، أما إذا كانت الوكالة بأجر وعزل الوكيل نفسه عن الوكالة فإن الوكيل يكون مسؤولا عما أصاب الموكل من ضرر نتيجة عزل الموكل عن الوكالة وهذا إذا كان عزل الوكيل في وقت غير مناسب أو بعذر غير مقبول.

أما إذا كانت الوكالة لصالح أجنبي فلا يمكن للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة حتى يتمكن الأجنبي من حفظ مصالحه وصيانتها.

والمادة 589نصت على الوكيل أن يكمل العمل الذي قام به وأن يكمل كل الأعمال الخاصة بوكالته وذلك دون إحداث تلف لها،وإذا انتهت الوكالة بموت الوكيل فإنه يجب على ورثته

إخطار الموكل بموت الوكيل وذللك إذا كان لورثته الأهلية على ذلك.وهذا إذا كانوا على علم بالوكالة التي قام بها الوكيل.وان يتخذو التدابير اللازمة لصالح الموكل وما يخص مصالحه.

فيمكن القول من خلال هذه المواد الخاصة بالوكالة فإن المشرع الجزائري عرف الوكالة على أنها عقد نيابة ثم ذكر الوكالة العامة وماذا يقصد بها في القانون الجزائري حيث نجد أن المشرع قصرها على الأعمال الإداريةومنها الإيجار وحدده بمدة زمنية معينة وهي ثلاث سنوات فهذه هي الوكالة العامة وذلك على حسب ما يوافق العرف والعادة وما لا يخالف القانون أما الوكالة الخاصة في القانون المدني الجزائري وهي التي ترد بألفاظ التخصيص وهي الوكالة التي ترد على غير الأعمال الإدارية ولكن حصرها المشرع الجزائري في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء فهذه الوكالة الخاصة بحيث لايتمكن الوكيل من مباشرة مهمته إلا فيما حدد له وأمر به.

أما فيما يخص الآثار المترتبة عن الوكالة فإن الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومةله وذلك إذا تعذر عليه إخطار الموكل سابقا أو كان يعلم من الظروف حتما أن الموكل سيولفق على ذلك،كما أن الوكيل في تنفيذه للوكالة لابد أن يكون بمثابة الرجل العادي وألا يستعمل المال المخصص للوكالة لصالح نفسه.

كما أن الوكلاء إذا كانوا متعددين كانوا مسؤولين عما يفعلونه اتجاه الموكل في حالة إذا ما أصابه ضرر نتيجة عملهم المشترك ،وذكر المشرع الجزائري أن الوكالة أيضا تكون إما تبرعية إذا كان هناك اتفاق بين الموكل والوكيل علىى ذلكوقد تكون الوكالة بأجر وذلك بتقدير من القاضي وبإتفاق ناشئ بين الوكيل والموكل.

كما أن الموكل يكون مسؤولا برد كل النفقات التي أنفقها الوكيل من أجل مهمته في الوكالة ويكون أيضا مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر نتيجة عمله بالوكالة كصفة وكيل عنه،وفي الأخير ذكر المشرع الجزائري أن المواد الخاصة بالنيابة من المادة 74إلى المادة 77 تطبق هذه المراد على العلاقة فيما بين الموكل والوكيل بالغير.

أما القسم الثالث وهو إنتهاء النيابة ذكر المشرع الجزائري أن النيابة تنتهي بأسباب وهي إما بإتمام الوكيل للعمل الموكل فيه أو موت الوكل أو الوكيل أو بإنتهاء الأجل المعين للوكالة أو بعزل الوكيل أو بعدول الموكل عن الوكالة.

ويجوز كلا من الطرفان أن ينعزلا عن الوكالة سواءا من جهة الوكيل أو من جهة الموكل لأن الوكالة هي من العقود الجائزة غير اللازمة فيحق لكلا من الطرفان أن ينعزلا عنها لكن في حالة إلحاق ضرر بكلا من الطرفان نتيجة الإنعزال لابد من تعويض ذلك الضرر اللاحق بهما وذلك يتحديد من طرف القضاء.

في حالة ما إذا مات الوكيل فإن على الورثة إخطار الموكل بموت الوكيل وذلك إذا لم يكونوا فاقدي الأهلية وأن يتخذوا التدابير اللازمة للحفاظ على مصالح الموكل.

أما النوع الأخر من أنواع النيابة والذي يدخل ضمن النيابة القضائية وهي الوصاية وتوجد الوصاية بقانون الأسرة الجزائري وذلك لما لها من أهمية تخص حياة القاصر والمعاملات الماليةالخاصة به،فغننا نجد الوصاية سواءا في القانون الجزائري أو في القوانين الأخرى يدخل ضمن قانون الأحوال الشخصية لأنها من الأمور العائلية.

فنجد الوصاية في القانون رقم 64. 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9يونيو يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05. 02المؤرخ في 27 فبراير 2005.

فنجد الوصاية ضمن الكتاب الثاني والذي هو النيابة الشرعية فالفصل الأول يتكلم عن الأحكام العامة أما الفصل الثاني يتكلم عن الولاية والفصل الثالث يتكلم عن الوصاية والفصل الرابع يتكلم عن التقديم.

فالوصاية في قانون الأسرة الجزائري أوردها المشرع الجزائري في المواد92 إلى المادة98،فالمادة الأولى وهي المادة92يذكر المشرع الجزائري أنه في حالة الوصاية يجوز للأب أو الجد أن يعين الوصي للولد القاصر وذلك إذا لم يعين الأب وصيا على الولد وذكر المشرع الجد لأن الجد في مقام الأب إلا أنه لم يمنحه المشرع الجزائري هذا المقام في الولاية حيث أنه منحه للأم في حالة غياب الأب أو وفاته, ثم في الوصاية قال أن الأب أو الجد له أن يعين الوصي على القاصر وهذا لظروف معينة وهو انعدام وجود الأم أوأن الأم لاتقدر على الإمتثال للوصاية لإنعدام الأهلية لديها ،وذلك بطرق قانونية ثبتت انعدام أهليتها أما إذا تعدد الأوصياء فللوصي إختيار الأصلح منهم وذلك الذي يكون يمتاز بالأمانة والعدل والثقة ويشرف على أمور القاصر بإخلاص.

وهذا وفقا لأحكام المادة 86من قانون الأسرة الجزائري والي يتكلم فيها المشرع أن من بلغ سن الرشد وهو السن الذي حدده المشرع ب 19 سنناكاملة فهو له الحق في مباشرة حقوقه المدنية ،وذلك إذا لم يحجز عليه أو لم يحجر عليه.وهذا محدد في المادة 40 من القانون المدني والذي يحدد

فيها المشرع الجزائري سن الرشد وهو السن الذي يكون فيه الشخص كامل الأهلية وذلك إذا كان بكامل قواه العقلية.

أما المادة 93 من نفس القانون تحدد الشروط الواجب توافرها في الوصي وأول شرط منها وهو :

أولا :الإسلام أي أن يكون الوصي من ملة دين الإسلام،فلا تصح الوصاية من غير المسلم كصاحب كتاب أو أهل الذمة وإنما لابد أن يتوافر فيه شرط الإسلام.

ثانيا:عاقلا ،أن يكون الوصي ذو عقل حتى يكون يعرف معنى التكليف ويكون قادرا أن يباشر الأمور الخاصة بالقاصر بكامل قواه العقلية.

ثالثا:بالغا لابد أن يكون الوصي بالغا فلا تصح الوصاية من فاقد التمييز لأنه لا يقدر على ذلك ولا من ناقص الأهلية وإنما لابد على الوصي أن يمتاز بالبلوغ الراشد والمميز للحفاظ على مصالح القاصر.

رابعا:قادرا أمينا :الوصي لابد أن تتصف فيه صفة القدرة على مباشرة الأمور القاصر الشخصية والماليةوأن يتصف بالأمانة وعدم الخيانة وأن يكون ثقة لذلك.

خامسا:حسن التصرف ،على الوصي أن يمتاز بالحكمة والهداية في التصرف وكفايته في ذلك حتى يتمكن من التعامل مع أمور القاصر وتدبيرها بحكمة وأمانة.

ويمكن للقاضي عزل الوصي إذا رآه بأنه ليس أهلا لذلك ولم تتوفر فيه الشروط اللازمة التي نص عليهاقانونا فإن للقاضي أن يعزله عن مهمته كوصي.

أما المادة 94 من نفس القانون تنص على أته يجب عرض الوصاية على القاضي وذلك لتثبتها من طرف القاضي أو رفضها أيضا من طرفه وذلك بجلاد وفاة الأب.

والمادة 95نصت على أن المشرع الجزائري منح للوصي نفس سلطة الولي وذلك أن التصرفات التي يقوم بها الولي للوصي أن يقوم بها وهذا وفقا للأحكام الواردة في المواد 88. 90.89.

فالمادة 88من نفس القانون تنص على أن للولي التصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص على أمواله وذلك بغية الحفاظ على مصالحه ويكون مسؤولا عن كل حدث يحدث للقاصر أو كل أمر يحدث له،كما يجب على الولي أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

في حالة التعاملات الخاصة بالعقار فإنه يجب على الولي أن يستأذن القاضي في حالة ما إذا باع العقار الخاص بالقاصر أو قام بقسمته أو رهنه أو أجرى المصالحة،وذلك لعظم خطر هذه الأمور والتصرف فيها،وما يخص بيعها من أحكام .

وأيضا يستأذن القاضي في بيع المنقول ذات الأهمية الخاصة وأيضا في حالة إستثمار أموال القاصر بالإفراض أو الإقتراض أو مساهمته بأموال القاصر في الشركة

ذلك أيضا على الولي أن يستشير القاضي في إيجار العقار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات،أو إذا كان لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد.أما المادة 89 تنص على أنه يجب على القاضي أن يراعي الإذن الذي يقدمه الولي في بيع الأشياء الخاصة بالقاصر وعليه أن يراعي في هذا الإذن المصلحة والضرورة التي تقتضي تصرف الولي في هذه الأشياء تصرفا قانونيا،لأن الولي لايتمكن من بيع العقار أو المنقولات أو التصرف فيها إلا لوجود مصلحة تعود بالنفع على القاصر أو لوجود ضرورة تستدعي من الولي بيع العقار أو المنقول أو التصرف فيه وتلك الضرورة كعدم وجود المال الذي ينفقه الولي على القاصر أو غيرذلك من الضرورات.

كما نص المشرع الجزائري أن بيع العقار يتم بالمواد العلني وذلك اتباعا للتطبيق القانوني .

والمادة90 من نفس القانون تنص على أنه إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر كأن يتصرف الولي في أموال القاصر لنفسه فهنا يطالب القاضي بتعيين متصرف خاص تلقائيا أو من له مصلحة في ذلك للنظر في المصالح المتعارضة بين الطرفين.

إذا المادة95 الخاصة بالوصاية تمنح الوصي نفس السلطات التي تخص الولي والتي تم ذكرها سابقا.

أما المادة 96وهي المادة الخاصة بإنتهاء الوصاية ويذكر فيها المشرع الجزائري أن الوصاية تنتهي ب:

. بموت القاصر أو بزوال أهلية الوصي أو بموته

. بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر القاضي حكما بالحجر عليه

. بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي فيها

. قبول عذر الوصي في التخلي عن مهامه

. تنتهي أيضا الوصاية بعزله وذلك بناءا على طلب من له مصلحة في ذلك أو القاضي وهذا إذا رأى منه ما يهدد مصلحة القاصر كخبث ظهر من الوصي أو فسق ،أو عدم الأمانة منه.

وتنص المادة 97 على أن الوصي الذي انتهت مهمته عليه أن يسلم الأموال التي عهدته،كما يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر إذا رشد أو إلى ورثته وذلك في مدة لاتتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

كما يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء،أما إذاتوفي الوصي أو فقد فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.

وفي الأخير المادة 98 تحمل الوصي مسؤولية الضمان فيما يلحق أموال القاصر من ضرر وذلك بسبب تقصيره في ذلك.

الفرع الثاني

أحكام الولاية والقوامة عند المشرع الجزائري

أحكام الولاية عند المشرع الجزائري

ضمن هذا الفرع سنذكر أحكام الولاية والقوامة عند المشرع الجزائري فنجد أن الولاية والقوامة في قانون الأسرة الجزائري ضمن النيابة الشرعية.

فتكلم المشرع الجزائري عن الولاية في المواد 87 إلى المادة91.

فالمادة87 من أمر رقم 05. 02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 نصت على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته صرف المشرع الجزائري الولاية إلى الأم وذلك أن ولايتها تحل مباشرة بعد وفاة الأب

وبالتالي فإن المشرع الجزائري جعل الولاية على الأب وبعد وفاة الأب تنصرف مبتشرة الولاية إلى الأم.ويكون لها محل قانوني،أما إذا غاب الأب أو حصل له مانع فالأم أيضا تحل محله في تدبير الشؤون المستعجلة المتعلقة بالأولاد،أما في حالة وجود طلاق فتسند الولاية إلى من أسندت إليه لحضانة.

ونصت المادة 88 أوضحت صلاحيات الولي في تصرفه إتجاه أموال القاصر وقد سبق ذكر ذلك في المادة 95 من الوصاية التي تحيل إلى هذه المادة وتبين صلاحيات الوصي اتجاه تصرفه في أموال القاصر.ونفس الشيء بالنسبة للمادة89 والتي تأمر الولي أن يتخذ الإذن من القاضي في تصرفه في

الأموال السابق ذكرها في المادة88من هذا القانون وأيضا المادة89 في حالة ما إذا تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر فيتصرف في ذلك متصرف خاص وقد سبق ذكر ها سابقا.

أما المادة 91 خاصة بالحالات التي تنتهي فيها الولاية ،حيث أن الولاية تنتهي بعجز الولي عن القيام بمهمته،وأيضا تنتهي الولاية بموت الولي وبالحجر عليه كما تنتهي الولاية بإسقاط الولاية عن الولي.

أحكام القوامة عند المشرع الجزائري

ذكر المشرع الجزائري التقديم والذي هو القوامة فالمادة 99من قانون الأسرة تعرف المقدم على أنه هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود الولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه ،أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

أم المادة 100 تجعل المقدم مقام الوصي في الصلاحيات التي يتميز بها الوصي وبالتالي فإن للمقدم نفس الأحكام الخاصة بالوصي وبالوصاية فإنها تخص المقدم.ولقد سبق ذكر المواد الخاصة بالوصاية وبأحكام الوصي.

المبحث الثاني:

المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة

يتضمن هذا المبحث أوجه المقارنة بين ماذكر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك على حسب ماشرعه المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة،وهذا يتجسد في أوجه الشبه وأوجه الإختلاف الواردة في كل نوع من أنواع النيابة.

المطلب الأول:

أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

من خلال هذا المطلب سنذكر التشابه الوارد بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك من خلال الفرعين السابق ذكرهما وهي الوكالة والوصاية والولاية والقوامة(التقديم) وذلك مما ذكر في الوكالة والوصاية والولاية والقوامة وأحكامهم في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي.

الفرع الأول:

أوجه الشبه في الوكالة والوصاية

أولا :أوجه الشبه في الوكالة

أول شيء يقال ضمن هذا البحث وهو النيابة في التعاقد أن مفهوم النيابة عند أهل القانون وعند فقهاء المالكية يتوافق إلا أن فقهاء المالكية أو غيرهم من المذاهب لم يعرفوا النيابة كما عرفها القانون المدني الجزائري أو غيره من القوانين الحديثة،المعاصرة لأن فقهاء المالكية كانوا يبنون مسائل الفقه بناءا على عصرهم وبيئتهم وعرفهم وعلى النوازل التي كانت تطرأعليهم وبالتالي وجدنا مفهوم النيابة عند فقهاء المالكية متوافق مع مايوجد عند أهل القانون.وذلك من خلال أنواع النيابة.

فنجد أن النيابة الإتفاقية وهي عقد الوكالة عند أهل القانون هي النيابة الإختيارية وتسمى النيابة الإختيارية لأنها تنشأ بمقتضى عقد يكون بين الطرفين وبإتفاق منهما،وعند فقهاء المالكية عقد الوكالة من المعروف أنه عقد إتفاق بين الطرفين.

أما النيابة القانونية عند أهل القانون وهي النيابة المثمتلة في الولاية أما في الفقه المالكي نجد أن النيابةالقانونية تتمتل في النيابة الشرعية أو ما يسمى بالولاية الشرعية وتتمتل في ولاية الولي ووصاية الوصي والقوامة ،إلا أننا نجد المشرع الجزائري لما ذكر النيابة الشرعية في قانون الأسرة كان ضمنها الولاية والوصاية والتقديم لكن فقهاء القانون يحددون النيابة القضائية بالوصاية والتقديم ،إذن أول تشابه بين القانون والفقه المالكي أوغيره من المذاهب وهو التوافق بين هذين المجالين في أنواع النيابة.

أما فيما يخص الوكالة فإننا نجد المشرع الجزائري تكلم عن أنواع الوكالة في المادة 573من القانون المدني الجزائري والتي حدد فيها المشرع أن الوكالة العامة ترد بألفاظ عامة ولا يكون فيها التخصيص وحصرها المشرع الجزائري في العقود الإدارية أما الوكالة الخاصة عند المشرع الجزائري وهي التي ترد بألفاظ خاصة بحيث لايسمح للوكيل أن يتجاوز فيها الحدود المرسومة له وما تقتضيه الأمور من توابع ضرورية يطالب الوكيل بعملها وذلك وفقا للعرف الجاري وعلى حسب طبيعة كل أمر.وهذا على حسب المادة574من القانون المدني الجزائري.

أما في الفقه المالكي نجد أن الوكالة العامة هي التي يرد فيها للوكيل التوكيل بألفاظ عامة تصرح للوكيل أن يباشر وكالته بالتعميم في كل شيء مع مراعاة مايقتضيه العرف والعادة، وبالتالي فالمشرع الجزائري أقر في المادة573 والمادة 574 من القانون المدني بأنواع الوكالة العامة والخاصة إلا أنه يوجد استثناء سيتم ذكره في أوجه الإختلاف وبالتالي لما ذكر المشرع الجزائري أنواع الوكالة العامة والخاصة قد تقارب مع الفقه المالكي بذكره لهذه الأنواع رغم أنو ورد اختلاف فيها بين الفقه المالكي وما أورده المشرع.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي فيما يخص الأثار الناتجة عن الوكالة،فنجد المشرع في المادة575 من القانون المدني نصت على أن الوكيل لا يتجاوز الحدود المسومة له من طرف الموكل فإذا تجاوزها عليه بإعلام الموكل بذلك أوكان يعلم مسبقا أن الموكل سيوافق على ذلك وهذا من خلال الظروف الناشئة عن ذلك،فنجد في الفقه المالكي(1) أنه ليس للوكيل أن يخالف ما أمره به موكله سواءا في الشراء أو البيع أوغير ذلك فإذا خالف الوكيل الموكل ما أمره به كأن يبيع بغير نقد البلد أو يشتري بخلاف ما أمره فإن الموكل يخير بين الإجازة والرد ،فإن أمضى فعل الوكيل وأقر به يكون الوكيل قد أصبح فعله نافذا وذلك لموافقة الموكل عليه وأيضا للموكل الموافقة عليه إذا كان العيب قليل،وهذا ماتم ذكره في الأحكام الخاصة بالوكيل سابقا والمشرع يكون قد تقارب مع الفقه المالكي في هذه الجزئيةوهو عد م مجاوزة الوكيل لحدود وكالته وعلى الموكل أن يخير بين الموافقة على العمل أورده والمشرع ذكر أن الوكيل يغلب عنده الظن أن الموكل سيوافق على ذلك كأن يكون العيب قليلا.

ونص المشرع الجزائري في المادة578 من القانون المدني على أنه لايجوز للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه ونجد في الفقه المالكي أنه يمنع على الوكيل أن يشتري أو يبيع ما أمر ببيعه أو بشرائه،فإن فعل ذلك يكون الموكل مخير بين الرد أو إمضاء فعل الوكيل فالمشرع الجزائري منع على الوكيل أن يتصرف في مال الموكل وذلك لصالح نفسه،وهي جزئية يتوافق فيها المشرع مع الفقه المالكي لوأيضا تكلم المشرع الجزائري في حالة تعدد الوكلاء فإن عملهم يكون مجتمعا إذا لم يرخص لهم في الإنفراد في العمل حيث أنهم يكونون مسؤولين عما حدث من ضرر اتجاه الموكل،وهذا في المادة579 من القانون المدني الجزائري ،فنجد في الفقه المالكي(2) على أنه ليس لأحد الوكيلين الإستبداد والإستقلال في عمله إلا إذا أذن الموكل بذلك فيتبع شرطه ونجد في المادة580 نص فيها المشرع على أنه لايجوز للوكيل أن ينيب عنه بوكيل آخر بغير رخصة من الموكل أنه إذا حدث ضررا على الموكل يكون الوكيل ونائبه مسؤولين اتجاه الموكل عما أصابه وفي الفقه المالكي.

لايجوز للوكيل الغير المفوض له أن يوكل غيره بلا إذن من الموكل لأن الموكل قد لايرضى إلا بأمانته فإن وكل بغير رضاه كان الموكل له الخيار في الموافقة أو الرفض.إلا إذا غلبت الظروف كأن يشق عليه بيع ماوكل فيه فيوكل الوكيل من يشاركه في البيع فهنا يجوز له التوكيل بحيث أنه إذا وكل بغير رضاه فالموكل يخير في الموافقة أوعدم الموافقة وأيضا يكون مسؤولا عما يفعله الوكيل الثاني ويضمن ذلك.

(1) يرجع إلى الميسر الجليل /ابنعبيد الديماني،اب الوكالة،ج3،ص ص 260 261

(2) يرجع إلى إقامة الحجة/محمد باي بلعالم المرجع السابق،باب الوكالة،ج5،ص49. 50

وأيضا الوكالة عند فقهاء المالكية (1)تكون الوكالة بأجرة وبغير أجرة فكلاهما يطالب فيها الطرفان باللزوم وقيل يطالب باللزوم فقط في الوكالة التي تكون بأجرة ونجد المشرع الجزائري في المادة581من القانون المدني الجزائري تكلم عن الوكالة التبرعية وهي التي تكون بغير أجر إذا اتفق الطرفان على ذلك ،أما الوكالة التي هي بأجرة يحدد أجرتها القاضي ويكون من مقتضها أن يلتزم الطرفان بمهامه.

أما فيما يخص انتهاء الوكالة فالوكالة في الفقه المالكي(2) هي من العقود الجائزة الغير اللازمة للطرفين فيجوز لكلا من الطرفين الإنعزال عن الوكالة سواءا بحضور الطرف الآخر أو بغيبته لأنها لا تلزم الطرفان،وهذا ما توافق فيه المشرع الجزائري مع الفقه المالكي وذلك في المادة587من نفس القانون والتي تنص على أنه يجوز للوكيل كما يجوز للموكل أن ينهيا عقد الوكالة وهذا لأن المشرع يعتبر الوكالة من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ولو وجد اتفاق بخلاف ذلك إلا أنه إذا أراد الوكيل الإنعزال عن عقد الوكالة فعليه أن يعلن الموكل بذلك لكن في الفقه المالكي جعل لكلا من الطرفين حق العزل عن عقد الوكالة حتى ولم يحضر الطرفان،وبالتالي فإن الموكل له حق عزل الوكيل ولو وجد اتفاق يخالف ذلك مع تعويض الموكل للوكيل عن الضرر الذي لحقه جراء العزل.

أما إذا أراد الوكيل أن يعزل نفسه فيجب عليه إعلام الموكل بذلك وله حق العزل وإذا كانت الوكالة بأجرفإنه ملزم بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء العزل.

كما أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل أو بإنتهاء الأجل المعين للوكالة وفي حالة ما إذا مات الوكيل والموكل لا يعلم بذلك فعلى ورثته إخطار الموكل وأن يكملوا ماتم البدء به إذا كان لهم أهلية المباشرة على ذلك.

والذي يمكن تلخيصه من خلال ما يقال أن المشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي في بعض الجزئيات وهي:

أن المشرع الجزائري أقر بأنواع الوكالة وهي الوكالة العامةوالخاصة ونجد عند الإمام مالك أن الوكالة

---

(1)الإمام شهاب الدين القرافي/الذخيرة ،المصدر السابق،كتاب الوكالة،ج8، ص9

(1)يرجع :المعونة على مذهب عالم المدينة/الإمام مالك بن أنس المصدر السابق،باب الوكالة،ج2،ص208

نوعين عامة وخاصة فتوافق المشرع مع الفقه المالكي في هذه الجزئية رغم أنه يوجد بعض الإستثناءات الواردة على هذه الأنواع.

وايضا توافق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في المادة 575وهي أنه لايجوز للوكيل مجاوزة الحدود المرسومة له فإذا جاوزها يكون الموكل مخير بين الإمضاء والرد في فعله أو كان يعلم أن الموكل يوافق على ذلك كأن يكون العيب قليلا.

وتوافق المشرع الجزائري مع المذهب المالكي أن الوكيل يمنع عليه استعمال مال الموكل لصالح نفسه في المادة578 وقد مع المالكية على الوكيل أن يبيع أو يشتري لنفسه ما وكل في بيع أو شرائه فإذا فعل خير الموكل بين الإمضاء والرد.

وتوافق المشرع الجزائري في المادة579في حالة ما إذا كان تعدد الوكلاء فيجب على الوكلاء أن يكون عملهم مجتمعين إلا إذا رخص الموكل بإنفرادهم فيتبع شرطه في ذلك.وفي الفقه المالكي ليس لأحد الوكيلين الإستقلال في عمله عن الأخر إلا إذا أمر الموكل بذلك فيتبع شرطه.

وايضا توافق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في حكم الوكالة وهي أن تكون الوكالة تبرعية أو وكالة بأجر.

أما فيما يخص إنتهاء الوكالة فإن الوكالة اعتبرها المشرع الجزائري من العقود الجائزة والتي يحق للطرفان فسخها وهذا ما ذكره فقهاء المالكية على أنه يحق لكلا من الطرفان فسخها ولو لم يعلم الطرف الآخر،إلا أن المشرع الجزائري أورد إستثناء وهو أن الوكيل إذا أراد عزل نفسه عليه أن يعلن الموكل بذلك.وأيضا إذا كانت الوكالة صادرة لصاح أجنبي فلا يحق له التنازل.

فالذي تم ذكره وهي الأوجه التي تقارب فيها المشرع الجزائري في تشريعه للوكالة مع الفقه المالكي إلا أن المشرع أورد إستثناءات على هذا التشريع الخاص بالوكالة.

أوجه الشبه بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الوصاية

لقد نظم المشرع الجزائري الوصاية ضمن قانون الأسرة لأنها تختص بأحوال القاصر الشخصية والمالية وتدبير أموره.

فنص المشرع في المادة 93من قانون الأسرة على الشروط الواجب توافرها في الوصي بحيث يجب على الوصي أن يكون مسلما وهذا مااشترطه المالكية في الوصي وهو الإسلام فلا تقبل الوصية للكافر ولا

للذمي لقوله تعالى+:"والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض"

كما يشترط في الوصي أن يكون عاقلا ويقول فقهاء المالكية(1) لا تصح الوصايةإلى المجنون ولا إلى الصبي ،لعدم الأهلية فكل شخص مسلوب الأهلية لاتصح له الوصاية لأن الوصاية تتطلب فيها التكليف ووجود القدرة العقلية لدى الوصي.ويجب على الوصي أن يكون بالغا فلا تصح الوصاية لفاقد الأهلية لا لعديم التمييز.

وأيضا اشترط المشرع أن يكون الوصي قادرا وأمينا فلا تصح الوصاية عند المالكية لخائن ولا لفاسق لأن الوصاية ولاية وائتمان ،حيث أنه إذا كان الوصي عدلا ثم طرأعليه فسق يعزل ويصبح تصرفه مردود،وقال اللخمي(2):إذا وصى غير عدل فادع ضياع المال لم يصدق إذا كان غير مأمون.

والشرط الأخير وهو أن يكون الوصي حسن التصرف وهوما اشترطه المالكية بالهداية والكفاية في التصرف،فلا تصح الوصاية إلى غير الرشيد الذي لا يهتدي في التصرف.

فإذا ظهر منه فسق أو خيانة فعلى القاضي عزله ورد تصرفه لأنه باطل ومردود.

وجاء في المدونة(3):أرأيت إذا كان الموصي خبيث أيعزل عن الوصية؟قال ،قال مالك:نعم إذا كان الوصي غير عدل فلا يجوز الوصية إليه،قال وقال مالك وليس للميت أن يوصي بمال غيره وهم ورثته إلى من ليس بعدل.

وبالتالي فإن للقاضي أن يعزل الوصي إذا لم تتوفر فيه الشروط اللازمة أو السابق ذكرها في قانون الأسرة.

وجاء في المادة95والتي تنص على أن للوصي نفس سلطات الولي وذلك طبقا للأحكام الصادرة في المواد 88. 90.89من قانون الأسرة وهي المواد التي تخص الولي والتصرفات المتعلقة به في أموال القاصر ،فنصت المادة88من قانون الأسرة على أن الولي له الحق أن يتصرف في بيع عقار القاصر وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة عليه.

وله أيضا بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

+التوبة/21

(1)يرجع إلى:الذخيرة،المصدر السابق،كتاب الوصايا،ج7،ص158

(2)يرجع إلى :نفس المصدر،كتاب الوصايا،ج7،ص180 . 181

(3)يرجع إلى:المدونة الكبرى/المصدر السابق،كتاب الوصايا الأول،ج4 ،ص 333

استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة

إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

وهذه المادة سبق أن تم ذكرها،فهذه الصلاحيات تكون للولي وقد أنزل القاضي الوصي منزلة الولي في هذه التصرفات فيكون للوصي نفس هذه الصلاحيات.

بحيث يجوز للوصي أن يبيع عقار القاصر وهذا ما ذكره المشرع الجزائري أما فيما يخص الفقه المالكي،نجد أن المالكية (1)جوزوا للوصي بيع عقار القاصر وذلك بوجوه بأن يكون بيع العقار وجه نحو الغبطة في الثمن أو لا كفاية في غلته أو حاجة للنفقة أو لكون العقار يكون في موضع خرب أو يخشى انتقال العمارة من موضعه فيبيعه ويستبدل بثمنه في موضع أصلح.هذا ما اتفق عليه فقهاء المالكية في بيع الوصي عقار القاصر.

أما فيما يخص قسمة العقار فالمشرع أجاز للوصي قسمته وفي الفقه المالكي وجدنا أن المالكية اختلفوا في هذا الأمر فمنهم من وافق على ذلك ونهم من لم يوافق إلا بشروط ،فورد أن الوصي لا يقسم بين الأصاغر حتى يرفعه للإمام فيراه نظرا لعظم الخطر في القسمة من غير ضرورة فإن كان معهم أكابر استحب الرفع إلى الإمام احتياطا للصغار ،فإن قاسم الكبار دون الإمام جاز إذا إجتهد وأحضر الأصاغر أم لا لسلطان الأكابر على إقرار ملكهم مع عدم الضرر ولوغاب أحد الأكابر امتنع قسم الوصي عليه لأنه ليس تحت ناظره .

ومن المالكية منم قال أنه يجوز مقاسمة الوصي كالأب ولا مدخل للقاضي معه وقال أشهب،إذا لم يدخل عليهم الوصي مرتفقا لا يقسم فإن فعل مضى.

ومنهم من قال مقاسمة الوصي للصغار مع الكبار تمضي على الإجتهاد كسائر تصرفاته والأحسن الرفع للقاضي فيبعث من يقسم .

وقال ابن شلبون: ثلاث أوجه الصغار وحدهم لا يقسم بينهم إلا بأمر السلطان أو معهم كبار استحب الإستئذان وإن لم يفعل مضى ،أو مع أجنبي جاز القسم من غير استئذان.(2)

---

(1)يرجع إلى:رد المحتارعلى الذرالمختار/محمد أمين ابن عابدين المصدر السابق،باب الوصايا،ج10،ص ص424.425

(2)يرجع إلى :الذخيرة،المصدر السابق،كتاب القسمة،ج7،ص184

وأجاز مالك للأب والوصي أن يقاسم على الصغير الدور أو العقار وكذلك أجاز العروض وجميع الأشياء.(1)

وبالتالي فإن فقهاء المالكية أجازواقسمة الوصي للعقار ولكن بشروط وظروف تتيح للوصي التصرف فيه وهي الضرورة الملحة حفاظا على مصالح القاصر.ونقول أن المشرع أجاز قسمة العقار ولكن بعد أخذ الوصي الإذن منهوبالتالي فإن المشرع وافق من فقهاء المالكية الذين أجازوا قسمة الوصي للعقار ولكن بأخذ الإذن من الإمام أو السلطان أو بحضور الأكابر في ذلك.

وأجاز المشرع الجزائري للوصي إستثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض ولقد جوز فقهاء المالوكية(2) للوصي أن يدفع ماله قراضا أي بجزء من ربحه وبضاعة بأن يدفعه لمن يتجر به على الربح ولا يضمن الوصي ماتلف إن دفع إلى أمين كان ذلك في البر والبحر ،فإن قارض غير مأمون وهو يعلم ضمن ماتلف .

والمادة 89 التي تنص على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة فالوصي لايباشر في هذه التصرفات إلا إذا وجدت مصلحة داعية إلى ذلك وفقهاء المالكية جوزوا للوصي بيع العقار إلا إذا ادعت الضرورة في ذلك ولقد سبق وأن ذكرنا الوجوه التي يتم فيها بيع العقار،وأيضا قسمته فلا تتم قسمته إلابحضور ذوي المصلحة كالسلطان والإمام والأكابر،فالمشرع الجزائري وافق الفقه المالكي في هذه الجزئية وهي عدم بيع الوصي للعقار إلا بإذن القاضي حتى يرى السبب في ذلك وهذا ما اشترطه فقهاء المالكية وهي شروط بيع العقار وأيضا قسمته لاتتم في القانون الجزائري إلا بإذن القاضي وهذا ما جعله فقهاء المالكية وهو أن الوصي لايقسم عقار القاصر إلا بحضور الإمام أو السلطان أو الأكابر للقاصر.

والمادة 90 والتي نص فيه المشرع أنه إذا تعارضت مصالح القاصر ومصالح الوصي فيعين متصرف خاص تلقائيا ينظر في هذه المصالح ،وجاء في الفقه المالكي(3) أن الوصي إذا اشترى لنفسه العقار نظر السلطان وظاهره ينظر الآن فإن لم يكن فيه فضل نظر يوم البيع بالقيمة والسداد قال عبد الملك:ينظر فيه يوم الشراء،وهذا يبين أنه متى تعرضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي فيجعل

---

(1)يرجع إلى:المدونةالكبرى المصدر السابق ،كتاب القسمة،ج4،ص289

(2)يرجع إلى: الميسر الجليل المرجع السابق،باب الوصايا،ج4،ص. ص318 . 319

(3)يرجع إلى:الذخيرة ،المصدر السابق،كتاب الوصايا،ج7،ص ص170 . 17

السلطان.

ليفصل في الأمر وينظر في ذلك وهذا مانظمه المسرع الجزائري في المادة90من قانون الأسرة.

ويمكن أن نستخلص من خلال ماذكر أن المشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي في المادة 88من قانون الأسرةالتي تعطي للوصي نفس صلاحيات الولي بحيث أجاز المشرع للوصي بيع العقار ورهنه وقسمته ولكن بعد أخذ الإذن من القاضي ووجدنا في الفقه المالكي أن الوصي له حق بيع العقار ولكن بشروط يرى فيه السلطان،أما في قسمته فلا يقسم الوصي إلا بعد أخذ الإذن من السلطان أو الإمام أو بحضرة الأكابر فهذ الجزئية تبين توافق المشرع مع الفقه المالكي.

وأيضا أجاز المشرع للوصي استثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض،ونجد في الفقه المالكي أن يقرض مال القاصر لمن يحقق له الربح إذا كان الشحص الذي يأخذ القرض مأمون فلا يضمن الوصي ما أتلفه أما إذا كان ذلك الشخص غير مأمون فلا يضمن ما أتلفه.

وأما إذا تعارضت مصالح القاصر مع مصالح الوصي كأن يشتري الوصي عقار القاصر لنفسه فإن السلطان أو القاضي وجعل المشرع ينظر فيه متصرف خاص,

فهذه الجزئيات هي التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه المالكي.

الفرع الثاني:

أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الولاية والقوامة

أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون الأسرة الجزائري في الولاية

من المعلوم أن الولي عند مباشرته للولاية يكون أكثر مزيد من الشفقة والرحمة وأكثر حرصا للحفاظ على مصالح القاصر،وتدبير أموره المتعلقة بحياته الشخصية والمالية.

فهو يعمل دائما على جلب المنفعة للقاصر ودفع المفسدة عنه ،فالعمل الذي يعود على القاصر بالمنفعة المحضة يقبل منه كقبول الهبة والعمل الذي يضر القاصر يدفع عنه خاصة إذا كان ضرره محضا فلا يقبل منه كتقديم التبرعات من مال القاصر.

ووجدنا أن المشرع الجزائري في المادة87من قانون الأسرة جعل الولاية للأب وهذا ماوافق فيه الفقه المالكي مع ورود بعض الإختلافات في هذه المادة فعند فقهاء المالكية إذا كانت الولاية على المال تثبت الولاية للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم لمن يقيمه ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاض.

وإذا كانت الولاية على النفس فتثبت الولاية عند المالكية للبنوة ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدود ثم العمومة،فاولي على النفس عند المالكية هو الإبن وابنه ثم الجد أبو الأب ثم العم وابنه ويقدم الشقيق منها على غير الشقيق ثم القاضي في عصرنا.(1)

وبالتالي فالمشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي في الولاية على النفس وهو أن الولاية ابتداءا تكون للأب على القاصر.

أما فيما يخص المواد88.89.90ن قانون الأسرة وهي التي تحدد صلاحيات الولي في مباشرته لأموال القاصر والتصرف فيها فنجد أن هذه المواد أيضا أعطت للوصي حق التصرف في هذه الأموال مثل الولي،وبما أن الولي هوالذي يعين الوصي ومادام للوصي هذه الصلاحيات فللولي مباشرة هذه الصلاحيات من باب أولى.

أما في الفقه المالكي فنجد أن الولي عند فقهاء المالكية ذو رحمة وشفقة أكثر على القاصر بحكم الأبوة والحنوة التي عنده فهو يعمل على تحقيق مصالح القاصر فإذا قام ببيع العقار إلا إذا وجد الظروف السابق ذكرها وأيضا للولي قسمة العقار ولكن بدون حضور القاضي ولاالسلطان لأن الولي هو الأدرى بمصالح القاصر وحفاظا على أموالهم.فكل ما جوزه المالكية من مباشرة الوصي لأموال القاصر يكون أيضا للولي ذلك وأكثر لأن الوصي عند فقهاء المالكية يختاره الولي أما في حالة ماإذا أراد أن يشتري الولي لنفسه من أموال القاصر،فقال المطرف وعبد الملك(2):ما باع أورهن من متاع ولده لنفسه فهو مردود وإن عرف أنه فعله لنفسه،وإن جهل هل لنفسه أم لولده لايرد لإمكان صحة التصرف.وقالا ما اشترى من رقيقه أو عقاره نفذ إلاببخس يسير فيرد كله لأنه معزول عن غير المصلحة وما قارب الأثمان مضي وباع وقلت المحابة مضى ذلك كله وإن عظمت المحاباة رد كله لتمن الفساد.

وبالتالي فالولي عند بعض فقهاء المالكية له أن يشتر ي لنفسه من مال القاصر لكن إذا ان هذا الشراء ببخس يسير رد الشراءلأن الولي مهمته الحفاظ على مصلحة القاصر .

(1)ينظرإلى: الفقه الإسلامي وأدلته المرجع السابق،الولاية وأنواعها،ج7،ص.ص749 . 750

(2)يرجع إلى:الذخيرة، المصدر السابق،كتاب الحجر،ج 8، ص243

فالولي عند المالكية له بيع من أموال الولد الصغير إذا حتجت الضرورة لذلك أما ان حابى أو اشترى لنفسه بغير وجه حق فلا يجوز ذلك اما المشرع الجزائري فأجاز للولي وللوصي نفس الصلاحيات ولكن بأخذ إذن القاضي في ذلك.

فالتقارب الحاصل بين الفقه المالكي والقانون الجزائري في الولاية هو أن المشرع جعل الولاية للولي وأيضا ما رايناه عند فقهاء المالكية من جعل الولاية للولي في الولاية على المال وأيضا جوز المالكية للولي البيع والشراء والرهن إذاكانت الضرورة داعية لذلك

أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في القوامة

إن القوامة أوكما سماها المشرع الجزائري بالتقديم فنجد المشرع تكلم عن التقديم في المادتين 99و100من قانون الأسرة فعرف المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاره أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

والمادة 100من قانون الأسرة نصت على أ،ن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام أما التكلم عن القيم نجد من يقصد به وصي القاضي لأنه عند انعدام الولي والوصي الذي يقوم على شؤون القاصر فإن القاضي يعين القيم على أموره.

وبالتالي نستطيع القول أن وصي القاضي عند المالكية(1) له نفس صلاحيات الوصي المختار،إلا انه لايجوز لوصي القاضي أن يشتري أو يبيع لنفسه من مال اليتيم فله البيع والشراء والقسمة ورد الوديعة وشراء حاجة الطفل والخصومة في الحقوق وقسمة كيلي أو وزني وطلب دين وقضاء دين وبيع ما يخاف تلفه وجمع أموال ضائعة.فنفس الصلاحيات التي تعطى للوصي المختار تعطى لوصي القاضي

فالمشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي في تعريفه للقيم على أنه هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود الولي أو الوصي المشرف على أمور القاصر والمالكية عرفوا القيم على أنه من يختاره القاضي في حالة انعدام الولي أو الوصي ليشرف أيضا على أمور القاصر إلا أن التسمية تختلف عن القانون وهو أن المالكية سموا القيم بوصي القاضي

---

(1)يرجع إلى: رد المحتار على الذر المختار المصدر السابق،باب الوصايا،ج10،ص . ص 414 . 422

والمشرع الجزائري أعطى للقيم نفس الصلاحيات التي يمارسها الوصي المختار فكما أن الوصي المختار له حق البيع والشراء وقسمة المال وغير ذلك من التصرفات أيضا القيم له ذلك إلا أنه ليس له وهذا أيضا في الفقه المالكي فوصي القاضي الذي هو القيم له نفس صلاحيات الوصي المختار إلا أنه لايحق له بيع أو شراء لنفسه من أموال القاصر فذلك لايجوز مطلقا.

المطلب الثاني:

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري

يتضمن هذا المبحث الإختلافات الواردة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك على مستوى الوكالة والتي تضمنها القانون المدني الجزائري،وأما على مستوى قانون الأسرة فنجد الوصاية والولاية والقوامة لأن هذه الأمور تتعلق بالأحوال الشخصية والمعاملات المالية للقاصر،فنذكر الإختلافات الواردة بين هذه الجزئيات مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجزائري المدني وقانون الأسرة.

الفرع الأول:

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة والوصاية

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة

الذي يمكن قوله في هذه الجزئية وهو أن الوكالة عند فقهاء المالكية هي نوع من النيابة والنيابة تكون أعم من الوكالة ،والوكالة عند بفقهاء المالكية نوعان عامة وخاصة وهذا عند الإمام مالك فاعامة عند إمام مالك وهي التي ترد بألفاظ عامة تبين فيها أن الوكيل له حق التفويض والتصرف في جميع الأشياء إلا ماخالف العرف،والصلاحيات التي تكون للوكيل المفوض ليست نفس الصلاحيات التي تكون للوكيل المخصص فالوكيل المفوض يكون بمنزلة الموكل نفسه أما الوكيل الخاص وهوالذي يجعله الموكل في عمل معين وخاص وعليه ألا يجاوز الحدود المرسومة له.

هذا في الفقه المالكي أما المشرع الجزائري فتكلم عن الوكالة العامةوحصرها فقط في الأعمال الإدارية وعلى أن ترد هذه الوكالة العامة بألفاظ عامة ،أما الأعمال التي ليست من أعمال الإدارة فلا بد فيهامن تخصيص وهي البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء بحيث لايكون للوكيل إلا القدرة على مباشرة العمل المحددله فيها.

وبالتالي تم اختلاف المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في هذه الجزئية لأن الوكالة العمة عند المالكية تكون في جميع الأمور وبتفويض من الموكل فيقوم الوكيل المفوض مقام الموكل أما الوكالة الخاصة غعند المالكية تكون في عمل أو عقد معين يعينه الموكل للوكيل الخاصوليس فقط كما نظمه المشرع وهي الرهن والتبرع وغيره..

وأيضا تم اختلاف المشرع مع الفقه المالكي في تعريف الوكالة فالوكالة عند المشرع الجزائري إعتبارها عقد إنابة وبالتالي فالوكالة والنيابة هما مفهوم واحد أما الوكالة عند المالكية فهي تبنى على الصيغة فتكون الوكالة باللفظ العم أو باللفظ الخاص ومن حيث اللزوم إذا كانت بأجرة فتتطلب اللزوم من الجانبين وإذا كانت بغير أجرة قيل أنها تتطلب اللزوم من جانب واحد.

فالوكالة في الفقه المالكي أو غيره من المذاهب هي نوع من أنواع النيابة وبالتالي المشرع الجزائري أخطأ لأنه اعتبرالوكالة هي عقد إنابةوبالتالي لابد من المشرع تصحيح وجه نظره في هذه المادة.

أما الإختلاف الثاني وهو في المادة588 من القانون المدني وهي أنها تجيز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة ولكن بعد إعلان الموكل عن ذلك،لكن في المادة التي قبلها 587 والتي تجيز للموكل أن يعزل نفسه عن الوكالة دون علم الوكيل بذلك ولكن في حالة ما إذا ألحق كل طرف ضررا بالآخر وكانت الوكالة بأجر فعليه تعويض الضرر الذي ألحقه كل طرف بآخر،ولكن في الفقه المالكي تعتبر الوكالة من العقود الجائزة وليست من العقود اللازمة وبالتالي يحق لكلامن الموكل والوكيل فسخ عقد الوكالة بحضور الطرف الأخر أو بعدم حضوره،لكن المشرع الجزائري اختلف مع الفقه المالكي بحيث جعل الموكل عقد الوكالة من جهته جائزا فيحق له الفسخ متى شاء أما الوكيل فلا يجوز له ذلك إلابإذن الموكل.

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة في الوصاية

الإختلاف الوارد بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الوصاية نجد أن المشرع الجزائري في المادة92من قانون الأسرة تم فيه تعيين الموصي وهو الأب أو الجد الذي يعين الوصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86من هذا القانون،أما في الفقه المالكي نجد أن الموصي يتمثل في الأب فالأب هو الذي يعين الوصي ولايكون للجد تعيين الوصي فعند انعدام الولاية من الأب فيجب على الأب أن يعين الوصي والوصي المختار هو الذي يقوم مقام الأب لتولي مهام الوصاية.

وأيضا عند المالكية الأم لا تكون من الأوصياء لعدم قدرتها على ذلك،أما فيما يخص تعدد الأوصياء فالمالكية جوزوا تعدد الأوصياء وليس لهم الإنفراد بالعمل إلا إذا جوز لهم الموصي ذلك فإن المشرع الجزائري اختلف مع الفقه المالكي في جعل الموصي بعد الأب الجد وأيضا جعل الأم تكون وصيا على الولد القاصر ولم يأخذ بتعدد الأوصياء وإنما إذا تعدد الأوصياء اختار منهم الأصلح فهذه الجزئية اختلف فيها المشرع الجزائري مع الفقه المالكي.

أما فيما يخص إيجار الوصي لعقار القاصر فإن المشرع الجزائري حدد هذا الإيجار بثلاث سنوات لكن في الفقه المالكي إذا باشر الوصي الإيجار لايحدد بالمدة ولكن لابد من جلب المنفعة من هذا الإيجار للقاصر.

الفرع الثاني:

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي و قانون الأسرة الجزائري في الولاية والقوامة

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الولاية

لقد تكلم المشرع الجزائري عن الولي في المادة 87حيث جعل الولاية للأب على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب تحل الأم محله للقيام بالأمور المستعجلة ،أما في حالة الطلاق فيمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.هذا عند المشرع الجزائري.

أما على مستوى الفقه المالكي فالولاية تكون عند المالكية على نوعين الولاية على النفس والولاية على المال ولقد تكلم المشرع الجزائري عن الولي دون تحديد نوع الولاية.

فالولاية على المال تثبت للأب ثم للوصي الذي يختاره الأب وهذا عند المالكية،فالمشرع اختلف مع الفقه المالكي بأن جعل الولاية للأب ثم تحل مباشرة بعد وفاته الأم وحتى أثناء غيابه وفي حالة الطلاق يمنح ذلك للحاضن.

أما فيما يخص الولاية على النفس عند المالكية تكون للبنوة ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجد ثم العمومة.فالمشرع الجزائري لم يتكلم عن هؤلاء الأولياء ولم يجعل لهم هذه المراتب وإنما حصر الولاية فقط في الأب والأم وهذا الإختلاف الوارد بين ما نظمه المشرع الجزائري وبين ماجاء عند المالكية.

وأيضا في الصلاحيات الخاصة بالولي في أموال القاصر نجد أن المالكية أجازوا للأب أن يشتري او يبيع من مال ولده لنفسه لكن بدون محاباة وبما لايتغابن الناس فيه فهذه المسألة لم ينظمه المشرع

الجزائري ضمن المادة التي تتكلم عن صلاحيات القاصر.وأيضا جعل المشرع الجزائري للإيجار مدة معينة

والمادةالأخيرةمن الولاية التي تكلمت عن انتهاء وطيفةالولي فذكر المشرع الجزائري أن وظيفة الولي تنتهي بموته،عجزه،بالحجر عليه،بإسقاط الولاية عنه.

أما عند المالكية تنتهي الولاية على النفس يزوال سببها وهو الصغر وبزواج القاصر وهذا لم يذكره المشرع الجزائري.

أما في الولاية على المال فتنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد وإنتها وظيفة الولي أو موت القاصر وهذا لم يورده المشرع الجزائري في المادة الأخيرة.

فهذه الإختلافات الواردة بين الفقه المالكي وما أورده المشرع الجزائري في تنظيمه للنيابة العامة، على أننا نجد الولي حريص كل الحرص في تحقيق المنفعة للقاصر من خلال معاملاته ودفع المضرة عنه ،وهذا ما ذكره المشرع الجزائري على أن الولي تكون له اتجاه القاصر مسؤولية الرجل الحريص.

كما أن للولي بيع العقار عند المالكية من غير أخذ الإذن من القاضي بخلاف الوصي الدي يجب عليه عند بيع العقار أخذ الإذن من القاضي أو السلطان أو بحضور الأكابر أو الإمام فإذا لم يتم حضور أحدهم لاتتم قسمة العقار،أما الولي فلا يشتر ط فيه حضور أحد ممن سبق ذكرهم عند فسمة العقار لكن المشرع الجزائري يجيز للولي قسمة العقار إلا بحضور القاضي.

أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في القوامة

نجد في أغلب كتب المتقدمين من المالكية أوغيرهم أن القوامة لفظ حديث بحيث لم يستعمله المتقدمين ولا المتأخرين من الفقهاء وإنما نجد في كتب عصرنا الحالي ومن خلال تشريع المشرع لقانون الأسرة في المواد الخاصة بالقوامة.

لكن وجدنا لفظ القوامة يدخل ضمن الوصاية و الوصاية عند المالكية تكون بعد الولاية فإذا لم يوجد ولي أو وصي يتولى تدبير شؤونه الخاصة يعين القاضي وصيا من طرفه ويسمى وصي القاضي وهو ما يعرف عند المشرع الجزائري بالقيم.

فتوافق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في تعريفه للقيم ولكن تم الإختلاف في بعض المسائل،وهو أن القيم عند المشرع الجزائري يختاره القاضي أو بناءا على طلب من أحد أقاربه أما في الفقه المالكي فالقيم يختاره القاضي عند انعدام الولي أو الوصي.

وأيضا اختلف المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في التسمية فالقيم عند المالكية يسمى وصي القاضي لأن القاضي هو الذي يختاره،أما عند المشرع الجزائري فيسمى قيما لأنه يتقدم بعد انعدام الولاية والوصاية لمباشرة شؤون القاصر.فهذا اختلاف وارد بين الفقه والقانون في تسمية القوامة وأما الإختلاف الوارد أن المشرع الجزائري أنزل القيم منزلة الوصي في الصلاحيات الخاصة بالوصي وفي التصرفات القانونية التي يباشرها الوصي ولكن لم يعطي المشرع للوصي حق الشراء أو البيع لنفسه من أموال القاصر ولم يتكلم عن ذلك في المواد الخاصة بالوصاية،وبالتالي مادام المشرع الجزائري لم يبح ذلك للوصي فمن باب أولى ألا يبيح ذلك للقيم مادام القيم يخضع لجميع التصرفات التي تكون من حق الوصي مباشرتها.

لكن عند المالكية أباحوا للوصي أن يبيع أو يشتري لنفسه من مال القاصر وذلك بعدم المحاباة وبما يتغابن الناس بمثله وعدم وجود الغبن الفاحش فيجوز له ذلك إذا كانت المنفعة ظاهرة للصغير ،بينما وصي القاضي والذي هو القيم لايجوز له ذلك مطلقا عند المالكية بخلاف الأب فيجوز له ذلك بمثل القيمة وبما يتغابن الناس فيه وهو اليسير.

فهذه المسألة وهو بيع الولي أو الوصي أو القيم في التشريع الجزائري قد سكت عنها المشرع ولم ينظم لها مواد تتكلم عن ذلك،فهذه من الإختلافات الواردة بين الفقه المالكي والقانون الجزائري حول أوجه المقارنة في أنواع النيابة فمنها ماتشابه فيها الفقه المالكي مع القانون المدني وقانون الأسرة ومن الجزئيات التي تم فيها الإختلاف

وقد يرجع هذا إلى حسب البيئة والعصر والعرف والناس ومعاملاتهم سواءا في المعاوضات أو في الأمور الشخصية وعل حسب أيضا العادة فقد يتم الإختلاف في مسائل وقد يتم التوافق أيضا في مسائل أخرى وهذا مايبين أن المشرع الجزائري قد أخد ببعض الأمور من الفقه المالكي والبعض المختلف فيه لأن الحياة العصرية قد تتطلب فيه مجرى آخر وكلام آ

الخاتمة

يعتبر التراضي مبدأ سلطان الإرادة بين المتعاقدين فإذا تم بين الطرفين أنشىء العقد ورغم أن توافر التراضي هو المبدأ الأساسي لإنعقاد العقود إلا أن التشريع بصفة عامة جعل لذلك مبادئ أخرى ليتم التعاقد وهو توافر الشكلية لأن الرضائية لاتكفي وحدها.

وبالتالي فالتراضي حينما تتوافق الإرادةان ويتم التطابق بينهما ،وبذلك ينشأ العقد ويرتب آثاره.

أن صور التراضي متنوعة ومختلفة فكل منها يصل إلى هدف معين وينعقد بشكل خاص وبطريقة معينةوأنا من خلال موضوع بحثنا تناولنا من صور التراضي النيابة في التعاقد، ولقد عرفنا من خلال ماتم ذكره معلومات خاصة بهذا الموضوع أن النيابة لها مصادر ولها نتائج تترتب عن انعقادها كما لها أهداف يتوصل لها كل طرف من خلال المشاركة في إبرام عقد النيابة.إلا اننا قمنا بهذا البحث توصلنا إلى بعض النتائج التي لم تكن متوقعة والتوصل إليها من خلال هذا البحث:

مما تحسن الإشارة إليه بناءا على ما سبق تحليله،أن النيابة عرفها أهل القانون عرفوها على حسب مقتضيات العصر وما تتطلبه المعاملات المالية المنعقدة بين الأشخاص.

لكن برجوعنا إلى الفقه المالكي أو إلى غيره من المداهب الأخرى نجد أن فقهاء المالكية لم يعرفوا النيابة مثل فقهاء القانون لأن عرفهم وعاداتهم وبيئتهم لم تسمح لهم بذلك،وأنما استنتجنا مفهوم النيابة من خلال

أنواع النيابة فأدركت أن النيابة عند المالكية تثمتل في عقد الوكالة وأيضا في الولاية على النفس والولاية على المال تتضمن الولاية والوصاية والتقديم وبالتالي، أدركتا أن مفهوم النيابة عند فقهاء المالكية ليس مثل مفهوم النيابة عند فقهاء القانون.

وكذلك من التائج التي توصلت إليها أن النيابة هي أعم من الوكالة سواءا عند المالكية أو في القانون وأننا كنا نعتقد أن الوكالة لفظا ومعنى يقصد بها النيابة أو هي بالأحر النيابة لكننا بعدما قمنا بهدا البحث أدركت أن النيابة أعم بكثير من الوكالة ، فقط هي نوع من أنواع النيابة وهذا في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

نلاحظ في هذه الجزئية قول عياض(1) في هذه المسألة :" حيث أنه استعمل لفظ الوكالة في عرف الفقهاء في النيابة خلاف ذلك ،ومن تأمل وأنصف علم صحة ما قلناه لأنه هو المتبادر إلى الذهن عرفا ويحتمل أن يقال النيابة مساوية للوكالة في المعرفة فتعريفها بها دور فيقال هي جعل ذي امر غير إمرة التصرف فيه لغير الموجب لحوق حكمه لجاعله كأنه فعله ،فتخرج نيابة إمام الطاعة أميرا أو قاض أو إمام صلاة لعدم لحوق فعل النائب في الصلاة الجاعل والوصية للحوق حكم فاعلها غير الجاعل" ويقول ابن شاش(2):" الوكالة نيابة عن الموكل فهي لاتكون إلا فيما تصح فيه النيابة مما يلزم الرجل القيام به لغيره ويحتاج إليه الرجل لمنفعة نفسه فأما الوكالة فيما يلزم الرجل القيام به لغيره كتوكيل الأوصياء والوكلاء المفوض إليهم من ينوب عنهم وكإستخلاف الإمام على ما يلزم به القيام من أمور المسلمين. وأما الوكالة فيما يحتاج إليه الرجل لمنغفعة نفسه فذلك كتوكيله على البيع والشراء والنكاح والحدود والخصام."

وبالتالي، فالوكالة هي فقط نوع من أنواع النيابة وهذا ما توصلنا إليه من خلال هذا البحث وهي النيابة الإتفاقية وهذا هو الهدف من إشكالية البحث التي طرحت وهو معرفة ما إذا كانت الوكالة هي النيابة أم لا.

وبعدما اتضحت لنا المعلومات الغامضة والتي كانت غائبة عنا توصلنا إلى أن النيابة هي مفهوم عام من الوكالة، والوكالة هي من أنواع النيابة.

والذي يمكن قوله أيضا أنه في هذا البحث لم أكن أعتقد أنني سأتكلم عن النيابة الشرعية رغم أنني أعرف أن النيابة القانونية متمثلة في الولاية، والنيابة القضائية متمثلة في الوصاية والتقديم كما صنفها فقهاء القانون فغاب عني مفهوم النيابة الشرعية على أنها هي النيابة القانونية، وأن النيابة الشرعية قد تضمنها قانون الأسرة تحت مسمى واحد وهي النيابة الشرعية وجاء من خلالها تشريع مواد الولاية والوصاية، والتقديم وأيضا لم أعلم أنني سوف أعرج على قانون الأسرة فيكون عبارةعن دمج بين القانون المدني الذي تناول الوكالة كمعاملة مدنية تكون بين إتفاق الطرفين على ذلك،وأيضا النيابة الشرعية المتمثلة في الولاية والوصاية والقوامة بحيث تم التكلم في هذا البحث عن جزئيتين .جزئية موجودة بقانون الأسرة تخص

---

(1)الإمام أبي عبد الله عبد الرحمان الرعيني/مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل،دار الكتب العلمية،ط1416،1هـ-1995م،باب الوكالة،ج7،ص-ص160-161.

الأحوال الشخصية والأسرية والجزئية الأخر خاصة بالمعاملات المدنية والتصرفات المالية التي تتعلق بالأطراف المتعاقدة.

ومن النتائج التي خرجنا بها في هذا البحث أننا لما تكلمنا عن القانون الروماني في الفصل التمهيدي عرفنا أن الرومان نظموا في تشريعاتهم قانون يخص بالنيابة وهذا مما يؤكد أن موضوع النيابة كان له أثر كبير منذ الحضارة الرومانية قديما،إلا أن الرومان نظموا النيابة على شكل محدود ومحصور فجعلوها على أشخاص معينين بكيفية خاصة وفي وقت خاص فالنتيجة التي خرجت بها لم أعرف مسبقا أن الرومان جعلوا تنظيما خاصا للنيابة، وأيضاعرفت النيابة عندهم عرفت تطورا ملحوظا تبعا لتطور العصور التي شهدها التاريخ أثناء وجود الحضارة الرومانية.

فذكرنا في الفصل التمهيدي مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي وجدت أن فقهاء المذاهب كانوا سباقين على العهد الروماني فيما يتعلق بموضوع النيابة وأحكامه بمدى أبعد فوجدت أنهم تكلموا عن النائب وأحكامه في حالة ماإذا أضاف العقد إلى نفسه وفي حالة ما إذا أضافه إلى الموكل بحيث فصلوا المذاهب التي يباشرها الوكيل مما يجب عليه إضافتها إلى الموكل، فعرفت بأنه لايوجد تشريع عالج مضمون النيابة بطريقة أفضل من الفقه الإسلامي الذي تناول كل الأحكام الخاصة بها.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من تعاقد الشخص مع نفسه فنجده قد منع تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني مع مراعاة ما يقضي به القانون وقواعد التجارة وهنا وجدنا في بعض التشريعات القانونية المراد بما يقضي به القانون وهو ولاية الأب حيث إذا تطرقت لموقف المالكية نجد هم أجازوا للأب أن يبيع لنفسه،ولكن دون محاباة في البيع لأن مهمة الولي تحقيق المصلحة وإبعاد المفسدة عنه.

وإذن استنتجت من هذا البحث بعض النتائج فإنني رأيت بعض التوصيات أو التأملات التي يجب القول عنها إتجاه التشريع الجزائري الذي انتهجه المشرع الجزائري.

فالذي يمكن قوله هو أنه لما نظم المشرع الجزائري في المادة 571 والتي عرف فيها الوكالة على أنها عقد إنابة بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

فالمشرع الجزائري عرف الوكالة على أنه عقد إنابة وبالتالي، يظهر لي أن المشرع قد أخطألما عرف الوكالة على أنها عقد إنابة ،فجعل الوكالة والإنابة بمفهوم واحد ولكن لابد من إعادة النظر في هذه

المادة التي عرف بها الوكالة على أنها عقد إنابة فالوكالة هي نوع من أنواع النيابة وليست هي والنيابة بمفهوم واحد وإنما هي عقد إتفاقي ينشأ بإتفاق الطرفين ورضاهما.

وعلى المشرع أن يعيد النظر في هذه المسألة ،مصححا اتجاهه التشريعي في تعريف الوكالة على أنها عقد نيابة.

أما المادة 573من القانون المدني نص فيها المشرع الجزائري على الوكالة العامةو الوكالة الخاصة بحيث حصر الوكالة العامة خصرها في أعمال الإدارة ولا يحق للوكيل أن يباشر غير الأعمال الإدارية التي نص عليها المشرع ،بحيث أن حصر المشرع للوكالة العامة فقط في الأعمال إدارية ضيق ذلك على الموكل والوكيل من حيث التعامل فالفقه المالكي الوكالة العامة معناها أوسع من المعنى الذي جعله المشرع،بحيث كانت الوكالة العامة يفوض فيها الموكل حق التصرف في جميع الأشياء إلا ماخالف العرف

والذي يجب على المشرع أن يعيد النظر في حصر الوكالة العامة فقط على الأعمال الإدارية أما الوكالة الخاصة فهي التي خصصها المشرع في التبرع والرهن والمرافعة أمام القضاء والتحكيم وتوجيه اليمين والإقرار والصلح والبيع فهذه الأعمال هي التي يكون فيها تخصيص الوكالة.

أما في الفقه المالكي الوكالة الخاصة هو أن يخصص الموكل الوكيل في عمل محدد على ألا يجاوز الحدود المرسومة له في هذا العقد والذي يمكن قوله أن المشرع الجزائري لابد عليه من إعادة النظر في تضييقه للوكالة العامة والوكالة الخاصة ويمكن القول أن المشرع الجزائري نهج هذا النهج لأن العصر والعرف والبيئة تختلف عما كان عليه الإمام مالك عند تشريعه لأنواع الوكالة ولهذا قد يكزن المشرع حصر الوكالة العامة والوكالة الخاصة في هذه العقود تماشيا مع مقتضيات العصر ومستجداته.

وأيضا أورد المشرع في المادةمن القانون المدني 587التي تعطي للموكل حق فسخ الوكالة متى شاء على أن يقوم بتعويض الوكيل في حالة ما إذا كانت الوكالة بأجر إذا تسبب الموكل للوكيل بضرر.

أما في المادة 588من نفس القانون والتي تقضي بأنه يجب على الوكيل إذا أراد فسخ الوكالة ليس له ذلك إلا إذا أعلن الموكل على ذلك.

فالفقه المالكي اعتبر الوكالة عقد جائز من كلا الطرفين وليس بعقدلازم فإذا أراد أحدهما فسخ العقد فيجب عليه الفسخ دون إعلام أوحضرة الطرف الآخر،لكن المشرع الجزائري جعل هذا العقد عقد جائز من طرف واحد وهو الموكل دون الوكيل ولهذا على المشرع أن يعيد النظر ويجعل عقد

الوكالة عقد جائز من كلا الطرفين،بحيث يحق لكلا من الطرفين الفسخ دون أعلام الطرف الآخر تماشيا مع ما جاء به الفقه المالكي.

ومن التأملات التي يجب على المشرع الجزائري أن ينظر فيها وهو أن المشرع الجزائري سكت عن مسألة في حالة ما إذا عزل الموكل الوكيل وتصرف الوكيل بعد العزل إذا لم يعلم بالعزل بحيث هذه المسألة ورد فيها إختلاف بين فقهاء المالكية فالمشرع في تنظيمه لعقد الوكالة ،فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة وسكت عنها ولابد على المشرع من إعادة النظر في هذه المسألة.

أما إذا انتقلنا إل قانون الأسرة فنجد المشرع الجزائري تكلم عن الوصاية ولكنةجعل مكانتها في قانون الأسرة ضيق ومحصورا بحيث لم يجعل المشرع الجزائري لها تنظيما أفضل ،فالوصاية تكون في القانون الجزائري عند انعدام الأم فإذا وجدت الأم لاتكون الوصاية كما أنه ليس للجد تعيين الوصي لأن الجد والأخ لايكون موصيا.

فالأب هو الذي يعين الوصي فبعد انعدام الولاية وعدم وجود الولي فيحل مكان الولي الوصي المختار الذي يختاره الأب ولكن المشرع الجزائري جعل الوصاية بعد ولاية الأب ثم الأم التي تحل مكان الولي عند وفاته أما الوصي فيختاره الأب او الجد إذا لم توجد الأم،وعلى المشرع الجزائري لابد عليه من إعادة الإعتبار للوصاية وإعطاء الوصي حقه القانوني.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري انتهج هذا النهج لأن الأب أشفق على أولاده القصر،وبعد الأب تحل مكانه الأم ولأن ألم أكثر رحمة وشفقة وحرصا على مصلحة أولادها لهذا لم يعطي المشرع الجزائري للوصاية المكانة الأليق بها من حيث التنظيم القانوني لها.

وأيضا مسألة سكت عنها المشرع الجزائري وهي لم يذكرها في الولاية والوصاية والتقديم وهي حالة ماإذاباع أو إشترى الولي أو الوصي أو القيم لنفسه فهذه المسألة سكت عنها المشرع الجزائري ولم يذكر موقف المشرع منها.

قائمة المصادر والمراجع الخاصة بالبحث

أولا:القرآن الكريم

ثانيا: السنة النبوية

قوا ميس اللغة العربية:

1/أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا/معجم مقاييس اللغة ،ت.ح عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،ج5.

2/الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري/لسان العرب ،ت.ح عبد الله علي كبير،محمد أحمد حسن الله هاشم محمد الباذلي ،سيد رمضان أحمد ،دار المعارف ،مجلد السادس،باب النون،ج50.

3/السيد مرتضى الحسيني الزبيدي/تاج العروس من جواهر القاموس،ت.ح عبد العليم الطحاوي ،مطبعة حكومة الكويت،ط1407،2هـ_1987،ج4.

كتب الفقه الإسلامي:

1/أحمد الزرقا/المدخل الفقهي العام،دار القلم دمشق،ط1418،1_1998م،نظرية الأهلية والولاية.

2/أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي/الحاوي الكبير الشافعي،ت.ح محمد معوض ،أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية،كتاب الوكالة،ج6.

3/الإمام أبي محمد بن محمد الغزالي/الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي،ت.حطارق فتحي السيد،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،ط1425،1هـ_2004م.

4/الإمام أبي محمد محمود بن أحمد العيني/ البناية في شرح الهداية،دار الفكر،ط1980،1،كتاب الوكالة،ج8.

5/عبد الرحمان الجزيري/الفقه على المذاهب الأربعة،المكتب الثقافي،كتاب الوكالة،ج5.

6/عبد الرزاق السنهوري/مصادر الحق في الفقه الإسلامي،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت _لبنان،ط1998،8،ج5.

7/علي حيدر/دررالحكام شرح مجلة الأحكام ،دار عالم الكتب،طبعة خاصة،1423هـ_2003،ج3.

8/الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ت.ح علي محمد معوض ،عادل أحمد عبد الموجود،دار الكتب العلمية،بيروت _لبنان،ط1424،2هـ_2003م،كتاب الوكالة،ج7.

9/فتحي الذريني/النظريات الفقهية،منشورات جامعة دمشق،

10/العلامة القاضي محمد بن فراموز الشهير بمنلاخسر الحنفي/الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام،كتاب الوكالة،ج2.

11/شمس الدين السرخسي/المبسوط ،دار المعرفة،بيروت_لبنان،كتاب البيوع،ج19

كتب الفقه المالكي:

1/ابن عبيد الديمانيالموريتاني/الميسر الجليل في شرح مختصر الخليل،ت.ح أحمد بن التاه بن حمينا ،دار الرضوان للنشر والتوزيع،ط1424،1هـ_2003م،باب الوكالة،ج3

2/أبي عبد الله مالك بن أنس/المعونة على مذهب عالم المدينة،ت.ح محمد حسن إسماعيل الشافعي ،دار الكتب العلمية،بيروت _لبنان،ط1418،1هـ_1998م،كتاب الوكالة،ج2.

3/القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي/ الإشراف على لنكت مسائل الخلاف،ت.ح عبيدة بن حسن آل سلمان،دار ابن القيم،ابن عفان،ط1429،1هـ_2008م،ج3،كتاب الوكالة.

4/الإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني/النوادر والزيادات،ت.ح محمد عبد العزيز الدباغ،ج7،دار الغرب الإسلامي،ط1999،1

5/الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار المعرفة ،ط1402،6هـ_1982م،كتاب الوكالة،ج2.

6/الإمام أبي الوليد عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن إبراهيم ابن ابي زمنين /منتخب الأحكام،ت.ح،عبد الله بن عطية الرواو الغامدي،المكتبة المكية،مؤسسة الريان،باب الولاية والترشيد،ج2

7/الشيخ الحاج محمد باي بلعالم /إقامة الحجة بالدليل على نظم ابن بادي لمختصر الخليل،دار ابن حزم،باب الوكالة،ج5.

8/د.الحبيب بن الطاهر/الفقه المالكي وأدلته،مؤسسة المعارف،بيروت _لبنان،ط3،1426هـ_2005م،ج3.

9/خليل بن إسحاق الجندي المالكي/التوضيح في شرح جامع الأمهات،مركز سبويه للمخطوطاتوخدمة الثرات،ط1،1429هـ_2008م،

10/الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي/الذخيرة،ت.ح محمد بوخبزة،دار الغرب الإسلامي،ط1،1994،كتاب الوكالة،ج8.

11/القاضي عبد الوهاب البصري البغدادي/التلقين في الفقه المالكي،ت.ح محمد تالت سعيد الغاني،مكتبة بزار مصطفى الباز،الرياض،مكة المكرمة،باب الوكالة،ج2.

12/الإمام مالك بن أنس الأصبحي/المدونة الكبرى،دار الكتب العلمية،كتاب الوكالات،ج3.

13/محمد الأمير الكبير/جواهر الإكليل لشرح مختصر الخليل ،ت.ح أبو الفضل عبد الله الصديق العماري،عبد الوهاب اللطيف،مكتبة القاهرة.باب الوكالة،ج8.

14/الشيخ محمد الأمير /شرح التحرير،ت.ح محمد محمود ولد محمد الأمير ،دار أبو يوسف بن تاشفين،مكتبة الإمام مالك،باب الوكالة،ج2

15/العلامة محمد أمين ابن عابدين /رد المحتار على الذر المختارشرح تنوير الأبصار،ت.جعادل أحمد عبد الموجود،علي محمد معوض،دار عالم الكتب الرياض،طبعة خاصة،1423هـ_2003م،كتاب الوكالة،ج8.

كتب القانون العام:

1/د.حبار آمال/مصادر الإلتزام الإرادية والغير الإرادية في القانون المدني الجزائري،مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع،ط1،1434هـ_2003م.

2/د.حلال علي العدويومحمد لبيب شنب،مصادر الإلتزام،الدار الجامعية للطباعة والنشر،ط1985،1.

3/د.خليل أحمد حسن قدادة /الوجيز في شرح القانو ن المدني الجزائري،مصادر الإلتزام،طبعة2007_2008،ج

4/زكريا البري/الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون،منشأة المعارف بالإسكندرية.

5/علي علي سليمان/النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،ط،2003.

6/علي محمد جعفر/نشأة القوانين وتطورها،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،ط1422،1هـ،2002.

7/د.محمد صبري الجندي/النيابة في التصرفات القانونية،دار الثقافة،ط1433،1هـ،2012م.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

البسملة ..... أ
الدعاء ..... ب
الإهداء ..... ج
تشكرات ..... د
المقدمة 1

الفصل التمهيدي

نشأة القانون والنيابة تاريخيا

المبحث الأول: فكرة التقنين من حيث القانون الوضعي والتشريع الإسلامي 8
المطلب الأول: تأسيس القانون عند الرومان 8
الفرع الأول: أهمية القانون عند الرومان 8
الفرع الثاني: مصادر القانون عند الرومان 9
المطلب الثاني: التشريع في الفقه الإسلامي 10
الفرع الأول: حالة العرب قبل مجيء الإسلام 10
الفرع الثاني: ضوبط التشريع عند مجيء الإسلام 11
المبحث الثاني: فكرة النيابة تاريخيا 12
المطلب الأول: النيابة عند الرومان والتشريعات المختلفة 12
الفرع الأول: النيابة في القانون الروماني 12
الفرع الثاني: النيابة في الشريعات المختلفة 14
المطلب الثاني: النيابة وأحكامها في الفقه الإسلامي 15
الفرع الأول: مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي 15
الفرع الثاني: أحكام النيابة في الفقه الإسلامي 17

الفصل الأول

ماهية النيابة

المبحث الأول:مفهوم النيابة وتحديد أهميتها ونطاقها.....27

المطلب الأول:مفهوم النيابة لغة وتحديد أهميتها.....27

الفرع الأول:تعريف النيابة في اللغة.....27

الفرع الثاني:أهمية النيابة.....29

المطلب الثاني:تعريف النيابة شرعا واصطلاحا مع تحديد نطاقها.....31

الفرع الأول:مشروعية النيابة.....31

الفرع الثاني:نطاق النيابة.....32

المبحث الثاني:مفهوم وأحكام النيابة عند المشرع الجزائري.....34

المطلب الأول:مفهوم النيابة عند المشرع الجزائري.....34

الفرع الأول:تعريف النيابة.....34

الفرع الثاني:شروط النيابة في التعاقد.....36

المطلب الثاني:أحكام النيابة عند المشرع الجزائري.....39

الفرع الأول:حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري.....39

الفرع الثاني:الآثار المترتبة عن النيابة في التعاقد.....41

الفصل الثاني

أحكام النيابة لدى الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة

المبحث الأول:أحكام النيابة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.....47

المطلب الأول:أحكام النيابة في الفقه المالكي.....47

الفرع الأول:الوكالة – الوصاية.....47

الوكالة.....47

الوصاية.....58

الفرع الثاني:الولاية والقوامة:.....66

الولاية.....66
القوامة.....76
المطلب الثاني:موقف المشرع الجزائري من النيابة 79
الفرع الأول:أحكام الوكالة والوصاية في القانون المدني الجزائري.....79
الفرع الثاني:أحكام الولاية والقوامة عند المشرع الجزائري.....87
المبحث الثاني:المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة.....88
المطلب الأول:اوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.....88
الفرع الأول:أوجه الشبه في الوكالة والوصاية 89
الفرع الثاني:أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الولاية والقوامة.....97
المطلب الثاني:أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري 100
الفرع الأول:أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة
والوصاية.....100
الفرع الثاني:أوجه الإختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الولاية
والقوامة.....102
الخاتمة.....105
قائمة المصادر والمراجع.....111
فهرس الموضوعات. 116

الملخص

النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي ،تعرف النيابة في التعاقد عند أهل القانون هو أن يحل النائب محل الأصيل في إبرام تصرف قانوني على لأن تعود نتائج العقد إلى الأصيل بصفته الشخص الأصلي في العقد ،وللنيابة في التعاقد أنواع وتتمثل في النيابة القانونية وتكون بحضور الولي والنيابة الاتفاقية وتتمثل في عقد الوكالة والذي يبرمه الأصيل والنائب أو نقول الوكيل والموكل، والنوع الثالث وهو النيابة القضائية وتتمثل في وجود القيم.

أما فيما يخص شروط النيابة فتتمثل في مجموعة من الشروط والشرط الأول يتمثل في وجود إرادة النائب فلا تكون النيابة من شخص عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أو فيه عيوب الإرادة أما الشرط الثاني وهو أن يكون العقد باسم الأصيل ولحسابه فلا يصح للنائب أن يعقد العقد باسمه ولحسابه.

الكلمات المفتاحية:

النيابة؛ النيابة في التعاقد؛ القانون المدني الجزائري؛ الفقه المالكي؛ الوصاية؛ الوكالة؛ القوامة؛ الولاية؛ المشرع الجزائري؛ قانون الأسرة الجزائري.

نوقشت يوم 30 ماي 2016