جامعة محمد بوضياف _المسيلة _

كلية العلوم الانسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

–دراسة مقارنة–

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب :

عباز فريد

إشراف الأستاذ :

رحماني السعيد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف مسيلة	رئيسا
رحماني السعيد	محمد بوضياف مسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف مسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية 2021 /2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

الرقم: /2022

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): فريد عباز

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 109940783004920000

الصادرة بتاريخ: 14/04/2016 عن دائرة: عين ازال

المسجل بكلية: العلوم الانسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة تحت رقم التسجيل: 171737071982

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر' مذكرة ماجستير' اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: النيابة عن المتخلف عن الحج الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 18/09/2022

امضاء المعني (ة):

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People'sDemocraticRepublic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES
Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع: النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة.

إعداد الطلبة:

1- عباز فريد رقم التسجيل: 171739071982

2- رقم التسجيل:

القسم: العلوم الإسلامية الشعبة: الشريعة والقانون التخصص: الشريعة والقانون

إشراف: رحماني السعيد الرتبة: أستاذ التعليم العالي والبحث العلمي.

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2021-2022 وأسمح بإيداعه على مستوى ادارة القسم للمناقشة والتقييم.

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة): رئيس فريق الاختصاص

أ.د/ رحماني السعيد

رئيس القسم

لتحميل الوثيقة يرجى نسخ الرمز

الإهداء

إلي من أوجب الرحمان برها وطاعتها وأجزل الثواب لمن أحسن طاعتها

إلى من أعلى الله قدرها ومكانتها إلى نبع الحنان إلى من كتبت في صفحاتي أول الكلمات إلى أمي إلى أمي إليك يا أماه.

إلي من رباني منذ صغر عهدي وجعل الله عقوقه إحدى الكبر

إلى من أدين له بكل نجاح أصبته بعد الإله لمن أنا ومالي له إلى العزيز الغالي أبي.

إلى الشموع التي أضاءت دربي إلي سندي في هذه الحياة إلي الذين ضقت الحلو والمر بجانبهم إلي أخي وأختي عادل وفايزة.

إلى من كانو عوني في السراء والضراء وروحي لهم فداء إلى كل من جسد معنى الصداقة صديقي أيوب بوعون رفيق الدراسة الذي ساعدني في بحثي المتواضع.

مقدمـــة

المقدمة:

بسم الله الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله وان محمد عبده ورسوله اما بعد.

تعتبر النيابة بالتعاقد صوره من صور التراضي وبما ان التراضي يتم بتوافق ارادتين لأحداث اثر قانوني هو العقد فان نظام النيابة يمكن يحقق فائدة كبرى في مجال المعاملات المالية والتصرفات القانونية، لأنه بفضل هذا النظام يسمح لإبرام عقود لصالح ناقصي الأهلية وعدمها في حاله وجود نائب عنهم يحل محلهم.

كما ان النيابة في التعاقد تسمح للشخص ان يبرم العقد بواسطه غيره وذلك لظروف خاصه تمنعه من انشاء التصرف القانوني. حيث ان نظام النيابة يحقق مصالح كثيره بالنسبة للشخص الغائب حين يعين له القضاء في من يحل محله في ابرام التصرفات ومعاملاته المالية.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك جمله من الاسباب دفعتني بالخوض في هذا الموضوع وهي:

1_ الكشف عن حقيقه النيابة هل هي نفسها الوكالة التي تناولها الفقه الاسلامي المالكي كنموذج.

2_ كما ان نظام النيابة في التعاقد يحقق التيسير للأطراف المتعاقدة من اجل التعبير عن الإرادة.

3_ رغبتي في معرفه هل الوكالة هي نفسها النيابة ام ان الوكالة صوره من صورها وغياب مفهوم النيابة القانونية عندي ومعناها في الفقه المالكي.

4_ اهتمامي ومحبتي للفقه المالكي على انه المذهب الساري في بلادنا.

إشكالية البحث:

الإشكالية التي يمكن طرحها من خلال هذا البحث وهي معرفه النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ومعرفه ما اذا كان المصطلحان يتضمنان نفس المعنى بالنسبة للنيابة والوكالة في الفقه الاسلامي ومعرفه اوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري بنسبه للنيابة في التعاقد.

وهل نستطيع القول ان الوكالة التي يعرفها الفقه المالكي هي نفسها النيابة في التعاقد في القانون الجزائري؟ ام ان الوكالة فقط صوره من صور النيابة؟

أهداف البحث:

المقصود من هذا البحث هو معرفه مفهوم النيابة في التعاقد في الفقه المالكي كأنموذج وايضا مفهوم النيابة القانونية وما مدى وما مدى توافقها مع القانون المدني الجزائري مع استقصاء فروع ومسائل من الفقه المالكي ومعرفه مدى تطبيقها في القانون المدني الجزائري وادراك مدى اعمال المشرع الجزائري حين اصداره للتقنين المدني على حسب ما هو سري في المذهب المالكي.

بيان مدى تطبيق المشاري الجزائري للفقه المالكي كأنموذج في مساله التصرفات القانونية والمعاملات المالية ومعرفه احكام النيابة في التعاقد في الفقه المالكي كأنموذج.

منهج البحث :

المنهج الاستقرائي الاستدلالي وذلك من اجل استقراء مسائل واراء الفقهاء في المذهب المالكي مع ذكر ما يتعلق بالنيابة القانونية في القانون المدني الجزائري.

الدراسات سابقة للموضوع:

_دراسة رمضان مفتاح، بعنوان النيابة في التعاقد، دراسة مقارنة، مذكرة من اجل الحصول على شهاده الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، نوقشت في جامعة الجزائر بن يوسف بن خده، كلية الحقوق 2009،2008، الفرق بينها وبين دراستي أنها تأخذ نفس الموضوع الذي يخدم عنوان مذكرتي محل دراستي.

ـ ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في الفقه القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الشريعة وقانون، نوقشت في جامعة وهران احمد بن بله 1، 2013،2014،الفرق بينها وبين دراستي انها تتحدث على جانب من الفقه الإسلامي واختصت بالفقه المالكي الذي اعتمدته في بحثي كأنموذج.

خطة البحث : تم تقسيم البحث وفق الخطة الآتي :

المقدمة

المبحث التمهيدي: نشأة القانون والنيابة تاريخيا.

الفصل الأول: ماهية النيابة.

المبحث الأول: تعريف النيابة وتحديد أهميتها ونطاقها.

المطلب الأول: تعريف النيابة في اللغة وتحديد أهميتها.

الفرع الأول: تعريف النيابة في اللغة.

الفرع الثاني: أهمية النيابة.

المطلب الثاني: تعريف النيابة شرعا واصطلاحا مع تحديد نطاقها.

الفرع الأول: مشروعية النيابة.

الفرع الثاني: نطاق النيابة.

المبحث الثاني: مفهوم واحكام النيابة عند المشرع الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم النيابة عند المشرع الجزائري.

الفرع الأول: تعريف النيابة في التعاقد.

الفرع الثاني: شروط النيابة.

المطلب الثاني: أحكام النيابة عند المشرع الجزائري.

الفرع الأول: حكم و تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن النيابة في التعاقد.

الفصل الثاني: أحكام النيابة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة.

المبحث الأول: أحكام النيابة في الفقه الإسلامي (الفقه المالكي) أنموذج 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 المدني الجزائري.

الفرع الأول: أوجه الشبه بينهما في الوكالة والوصاية.

الفرع الثاني: أوجه الشبه بينهما في الولاية والقوامة.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: أوجه الاختلاف بينهما في الوكالة والوصاية.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بينهما في الولاية والقوامة.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي :فكرة النيابة في التعاقد.

المطلب الأول: تطور فكرة النيابة في القانون.

لم يتقبل الرومان كقاعدة عامه امكانيه ابرام العقد عن طريق النيابة[1] ذلك ان تنظيم الاقتصادية والاجتماعية الرومانية كان مختلفا جوهريا عن التنظيم الحديث ففي البداية كانت المجموعات الأسرية مستقله تقريبا الواحدة عن الاخرى فكانت حاجاتهم محدودة كل اسره تكفي ذاتها وتشكل مجتمعا صغيرا حرا فلم يكون لأي مجموعه حاجه لرؤوس الاموال ولا لنشاط الاخرين وكانت الاعمال التي تتداول او تتم نادره وكذلك لاكتساب لصالح الغير لم يكن مقبولا الا اذا كان هذا الاكتساب قد تم من طرف اعضاء من نفس الأسرة كابنها وبعدها.

هذا وكون الروماني لم يتقبل نظريه النيابة فإنما يرجع الى ندره النسبية للمبادلات والى التنظيم العائلي الذي كان يخول للأسرة استخدام ابنها او عبديها في اكتساب الحقوق دون التحمل بالالتزامات وهذا النظام كان حسب رايي بعض الكتاب اداه رائعة لاكتساب في يد رب الأسرة واذا كنا نسلم بان القانون الروماني تبعا لذلك لم يعرف النيابة الا بعد تطور طويل.

فان البعض يرى ان القانون الروماني كان يعترف في الواقع من قديم بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة في جعله دائما ثم تطور الوضع قديما بعد وصار يعترف بنيابتهما في جعل رب الأسرة مدينه ايضا لكن ذلك في حدود معينه وعلى ذلك فليس لغير العبد الابن ان ينوب عن غيره ممن لا يخضع الى سلطانه دائما كان ام مدينا وعليه فاذا وكل شخص اخر في عمل يقوم به مع الغير فان هذا الغير لا يعرف في الواقع الا الوكيل الذي يكون له حق الرجوع اليه وكذلك فان الموكل لا يعرفه الا الوكيل وبالأحرى فلم تكن هناك علاقه مباشره ما بين الغير والموكل بعد هذا تطور القانون المدني فصار للغير دعوه قبل الموكل وذلك الى جانب دعوه الأصلية قبل الوكيل ما لم يكن النائب وكيلا يحكم القانون كالوصي والقيم الذي كان يعطي دفعا لدعوى الغير وبذل كانت كامله وبغير هذا الاستثناء لم يكن

[1] : رمضان مفتاح، النيابة في التعاقد دراسة مقارنه،،مذكره من اجل الحصول على شهاده الماجستير في الحقوق فرع العقود و المسؤولية، جامعه الجزائر بن يوسف بن خده كليه الحقوق 2009 ص 9_ 11

يعطي دعوى قبل الغير اي ان يصبح الشخص دائما بوكيل فهذا ما لم يتم في ظل القانون الروماني على وجه الاطلاق الا في حالات ضيقه جدا كما هو الحال بنسبه لحاله النيابة القانونية بل بقي الوكيل هو الدائن للغير على ان يؤدي حسابا بعد ذلك للموكلين فيكون حينئذ مدينا له.

المطلب الثاني: تطور فكرة النيابة في القوانين المستحدثة

لقد انتقلت المفاهيم الرومانية من الشخصية في الالتزام[2] وما يتميز به من شكليه في العقود الى القانون الفرنسي القديم وسلامه واضعه بالفكرة الرومانية القائمة على عدم قيام النيابة دون ملاحظه ما ادخل على ذلك من تحقيقات متلاحقة حيث انه كلما نمت وسائل الاتصال بين الشعوب كلما تعددت العلاقات الاقتصادية كلما ظهرت ضرورات تطبيق الفائدة من اقامه قانوني من شانه ان يسمح للكائن الانساني ان يكسب الحقوق والالتزامات بعيد عن التدخل المباشر لإرادته في نفس الوقت الذي تبقى ذمه النائب اجنبي عن النتائج القانونية لتصرف الذي تم ورغم هذا فان واضعي التقنيين المدني الفرنسية قد جمعوا بين النيابة والوكالة في المادة 1984 التي جاء فيها ما نصه:" الوكالة او النيابة هي تصرف يخول به شخص لأخر سلطه عمل شيء لحساب الموكل وبسمه وانتقال هذا الخلطة الى التشريعات الحديثة التي تأثرت بهذا التقنين ومنها القانون المدني المصري القديم وذلك على الرغم من ان الرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية كان يغنيهم عن وقوعهم فيه هذا الخلط.

الا انه ومع ذلك فان فقهاء الغرب قد اولوا عنايه لهذا الموضوع وراحوا يثرونه بكتاباتهم حتى استطاع فريق من الفقهاء الالمان في نهاية القرن 19 وبداية القرن العشرين من التوصيل الى التمييز بين الوكالة والنيابة وكان لهذه التفرقة اثرها الواضح على القانون المدني الالماني حيث نظم هذه النظرية في المواد من 64 1الى 180 وبذلك تكونت قواعد الأساسية للنيابة في التعاقد ومنه شاعت وانتقلت الى كثير من تشريعات العالم كالقانون السويسري والقانون المدني المصري الجديد والقانون المدني الجزائري الذي نظم احكامها في المواد من 73 الى 77 مع ان هذا التمييز قد اقتصر فقط على الجانب الشكلي

[2] : المرجع نفسه ص 14 –16

حيث فصل عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام ثم وضع مبدا النيابة وما يتصل بها من احكام من القواعد العامة وجعل عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل وذلك على رقمي من ان تعريفه لعقد الوكالة قد عاد فيه خالط من جديد بين النيابة والوكالة اذ اورد لهما تعريفا واحدا في المادة 571 من القانون المدني الذي تنص على ان:" الوكالة او الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخص اخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"

وكان على المشرع الجزائري طالما انه قد ميز بين النيابة باعتبارها ذات احكام عامه والوكالة باعتبارها ذات احكام خاصه ان يقتصر في تعريفه للوكالة عليها وحدها دون ذكر للنيابة لان ارادها في هذا المقام في انه يصرف الى كليهما نفس التعريف بينما الواقع ان الوكالة بطبيعتها عقد تبادلي يستلزم توافق ارادتي الموكل والوكيل مؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني والإنابة تصرف باراده منفرده هي اراده الاصيل يسبغ مقتضاه على النائب صفه النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود اثاره على الاصيل دون النائب وهذا ما يؤكده جانب من الفقه في هذا المجال.

الفصل الاول: ماهية النيابة ويحتوي على مبحثين

المبحث الأول:

تعريف النيابة وتحديد واهميتها و نطاقها

المبحث الثاني:

مفهوم واحكام النيابه عند المشرع الجزائري

المبحث الاول:تعريف النيابة وتحديد أهميتها ونطاقها.

للنيابة في القاموس اللغوي[1] معاني متعددة ومتنوعة على حسب الاستعمال اللغوي للعربي كما اننا نجد ان المعنى الاصطلاحي يتم استقصائه من المعنى اللغوي باعتباره الاصل وبالتالي فان المعنى اللغوي والاصطلاحي يتمثل في عده مقامات وفي عده ألفاظ.

المطلب الأول :تعريف النيابة في اللغة وتحديد أهميتها.

سوف نتناول ضمن هذا المطلب حقيقه النيابة لغة ونعرف استعمالات العرب لهذا المفرد في عده معاني واصطلاحات وذلك ايضا على حسب العرف الذي كان يعيشه العرب ولكن يبقى للنيابة معناه الحقيقي.

الفرع الاول:تعريف النيابة في اللغة.

نيابة[2]– مصدر ناب، جاء نيابة عنه :بدلا منه، ترشح للنيابة: ترشح ليكون نائبا في البرلمان.
النيابة[3] عن الاخرين: القيام مقامهم، راس نائب المدير الاجتماع نيابة عن المدير.

كما نجد لفظا نيابة[4] بمعنى القرب ونجده بمعنى القوه والمطر الجود وقد يتمثل معنا النيابة بان يطرد الابل باكرا الى الماء فيمسي مع الماء فقد يستعمل لفظ النيابه بمعنى القصد والاتيان مره بعد مره كما نجد لفظ النوب المأخوذة من ناب وهي الفرصة والدولة.

النيابة مصدر ناب وهو ما ينزل بالإنسان من المهمات والحوادث ومنه المصيبة او النازلة التي تنزل بالإنسان من حوادث الدنيا وغير ذلك وايضا تطلق على الرجوع والاقبال والقصد ولزوم الطاعة والإنابة والجمع. وجاء في البيت:

---

[1]: ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا لمتطلباته الحصول على شهاده ماجستير في الشريعة والقانون جامعه وهران احمد بن بله قسم العلوم الإسلامية 2014 ص 27.

[2]: الدكتور عبد الغني ابو العزم، معجم الغني.

[3] : محمد بن يعقوب الفيروز ابادي مجد الدين القاموس المحيط

[4] : المرجع نفسه ص 28

انقطع الرساء وانحل الثوب كما يحتاج من بني وطاء النوب[1]

الفرع الثاني:أهمية النيابة النيابة.

ان نظام النيابة نظام قانوني يحقق فوائد قانونيه جمع وهذا نجده حتى من ناحيه الفقه الاسلامي فنظام النيابة له مصالح وفوائد سواء من ناحيه الوصاية او الولاية الشرعية او القوامة وتعود اهميه النيابة الى ان بعض الاشخاص لا يمكنهم ان يباشروا لبرام العقد بأنفسهم وذلك لاعتبارات قانونيه او لظروف خاصه يعاني منها العاقد الاصلي وبالتالي لا يمكنه ان يقوم بابرام العقود[2] لوحده ففاقد التمييز لا يستطيع ان يبرم تصرفا قانونيا بشان امواله لأنه ليس له اهليه الاداء وانما تثبت له اهليه الوجوب فقط وهذا حتى بنسبه للشخص الغائب فان القاضي يولي من يتولى اموره المالية وهذا ما يتحقق وفقا نظام القوامة.

ولهذا كان لابد من وجود شخص اخر يقوم بتولي شؤون العقد مكان القاصر وذلك ضمن نظام النيابة الا ان الشخص الذي له اهليه اداء كامله فله القدرة على ان يبرأ عقوده المالية لحاله وهذا يذكر ضمن الشخص الغائب الذي يكون له القدرة على ابرام التصرف القانوني الا انه ظروفه الخاصة تمنعه من ذلك

نظام الإنابة القانونية عمل قانوني يلتزم بمقتضاها المدين بعد الحصول على رضا الدائن بتقديم شخص اجنبي يلتزم عنه بأداء الدين.

فوجود المنيب الذي يحصل شخصا مكانه ويكون اجنبيا لينيب عنه بوفاء الدين الى الدين اما الطرف الثاني وهو المناب وهو الشخص الاجنبي الذي يجعله المدين مكانه لوفاء الدين والطرف الثالث المناب لديه وهو الدائن الذي يوفى له الدين الشخصي.

ونفس الشيء بنسبه للأصيل والنائب والغير فالعلاقة بين هؤلاء الثلاثة متكاملة بحيث يلتزم كل طرف بالعمل المكلف به كما تكون الإنابة كامله بان يتفق المنيب والمناب لديه والمناب على ان يحل المناب محل المنيب في مواجهه الدائن وذلك بان تبرا عظمه المنيب من الدين وبالتالي ينقضي الدين

[1] : العلامة ابي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مجلد السادس، باب النون ج، 50 ص 4569 4570

[2] : المرجع نفسه ص 29– 30

القديم وينشأ مكانه دين جديد من خلال تغيير المديني اما الإنابة الناقصة فهي التي يتفق فيها المدين والدائن والمدين والجديد على ان يكون المناب كمدين اخر في مواجهه الدائن ومن ثم يكون للدائن مدينين بدلا من مدينه واحد والإنابة الناقصة لا تبرأ ذمة المدين.

فنجد ان نظام الإنابة بأنواعه يحقق فائدة لكل طرف من الاطراف المشاركة في الإنابة وانواع الإنابة كامله والناقصة لها اهميه لتغيير الاطراف المتعاقدة وجعل ما يخدم مصلحه لكل طرفه في الإنابة لان هذا من مميزاتها.

المطلب الثاني: تعريف النيابة شرعا واصطلاحا مع تحديد نطاقها.

يتضمن هذا المطلب مفهوم النيابة[1] في المعنى الشرعي والاصطلاحية فنذكر الآيات والاحاديث التي تكلمت واحتوت معنى النيابة وذلك من الناحية الشرعية ثم استخلاص حقيقتها الاصطلاحية من الناحية الشرعية وهذا بناء على المعنى اللغوي

الفرع الاول:مشروعية النيابة.

ان تكلمنا عن الحقيقة الشرعية نجد ان لفظ النيابة ورد في الشرع على انحاء مختلفة فنجد معناها في قوله تعالى[منيبين اليه]سورة الروم الأية 31 وقوله تعالى[وانيبوا الى ربكم واسلموا له]سورة الزمر الأية 54.

الفقه الاسلامي[2] جعل العلاقة مباشره بين الموكل والغير في حكم العقد وحقوقه واختص شخص الوكيل بينهما كما هو الامر في الفقه الغربي في اخر مراحل تقدمه فالفقه الاسلامي قاس الوكيل الذي يضيف العقد الى الموكلين فلما كان حكم العقد وحقوقه ترجع الى المرسل لا الى الرسول فكذلك هي تنصرف الى الموكل دون الوكيل[3].

---

[1]: ابي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب باب النون، ج50، ص4569، 4570

[2] :رمضان مفتاح، النيابة في التعاقد، دراسة مقارنه، مذكرة تخرج من أجل الحصول على شهاده الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، 2009،2008ص19.

[3] : عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ص 209

والحاصل في البيان الشرعي[1] للنيابة انها تطلق على:

ما يجلب لدفع النوائب وتطلق ايضا على ما فيه معنى الرجوع والتوجه والإنابة الى الله تعالى والنيابة في المعنى اللغوي عند العرب من معانيها وافق القانون في تعريفه للنيابة على انها مقام يعطى للشخص الذي يستحقه وذلك وفق شروط معينه يحددها القانون في النائب.

اما في ما يخص الحقيقة شرعيه فتظهر نيابة واهميه نظامه في تحقيق مصالح القصر بصفه عامه فهو يأخذ به ليحقق ما يدفع به حاجات القاصر وما يجنب الظروف القاهرة التي قد تلحق بالشخص المتعاقد فتمنعه من التعاقد شخصيا بصفته أصيلا.

وايضا قد يكون المعنى الشرعي للنيابة ما فيه التوجه والإنابة الى الله تعالى وهذا ما يوافق المعنى اللغوي.

الفرع الثاني:نطاق النيابة.

ان الكلام في هذا الموضوع يقتضي الرجوع نوعا ما الى ما مدى استعمال النائب[2] لسلطه نيابة التي خوله الاصيل حق التعامل بمقتضاها ويقتضي النطاق ان نتحدث فيه عن النيابة المقيدة والمطلق.

النيابة المقيدة هي التي يكون مجال التعامل فيها بالنسبة للنائب مقيدا على حسب الحدود والشروط التي عينها له الاصيل ولهذا يكون تعامله في هذه الحالة مقيدا بما امر في التعامل به.

اما النيابة المطلقة وهي التي يكون مجال التعامل فيها بالنسبة للنائب مطلق فلا يوجد شروط تحدد او تقيد تعامله وانما تكون سلطه نيابة له مطلقه وهذا بمقتضى السلطة التي يعطيها الاصيل للنائب.

[1] :عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ص209

[2]:ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الشريعة وقانون، 2013،2014، ص32

وضمن كلامنا عن النيابة المطلقة سوف نتعرض للنيابة من ناحيه الموضوع ومن ناحيه الاشخاص لكن اذا تكلمنا عن مصادر النيابة القانونية والاتفاقية والقضائية فان القانون في النيابة القانونية هو الذي يحدث نطاق تعامل الولي ونفس الشيء بنسبه الى النيابة الاتفاقية فالاتفاق وهو عقد الوكالة هو الذي يحدد نطاق تعامل الوكيل في هذا العقد وايضا في النيابة القضائية فالوصي والقيم والطيب والحارس القضائي والسند يد الجهة القضائية تحدد نطاقها.

يتحقق هذا من جهتين الاولى تكون من ناحية الموضوع لكون ان النيابة في التصرفات القانونية دون الاعمال المادية لان الاعمال المادية تخرج تماما عن نطاق النيابة ولهذا هناك من لم يعتبر التابع نائبا عن المتبوع لان هذا يعتبر من الاعمال المادية.

اما الجهة الثانية وهي ناحية الاشخاص لكن هنا ندخل ما اذا كان الشخص الاعتباري ضمن هؤلاء الاشخاص ذلك ان الشخص المعنوي لا يمكن ان يتصور ان يباشر عمله القانوني بنفسه وانما لابد من شخص طبيعي يمثله نشاطه بالتالي هل يمكن القول ان هؤلاء الاشخاص الذين يمثلون هذا الشخص المعنوي ويقومون بالعمل باسمه؟ فهل هذا يدخل ضمن نظام النيابة وأحكامها؟

الإجابة على ذلك نقول هناك من يقبل هذه الفكرة والبعض الاخر لا يقبل هذه الفكرة ويقول ان انصراف اثار النشاط الذي يقوم به ممثل الشخص المعنوي لا يقوم على فكره النيابة وانما على فكره العضوية او على فكره التمثيل لان فكره العضوية مؤداها ان الشخص الاعتباري لا يمكن وجوده دون اجهزة او اعضاء يحققون نشاطه وهؤلاء الاشخاص يعتبرون جزءا لا يتجزأ من الشخص الاعتباري نفسه اما فكره التمثيل فتقتضي ان يكون الشخص اعتباري بضرورة قانونيه تحتم ان يمثله الشخص الطبيعي يتولى نشاطه المادي والقانوني وذلك بصفه دائمه ويتميز هذا التمثيل من النيابة من ناحيتين:

الناحية الاولى: ان فكره التمثيل هي مفروضة بحكم قوه الاشياء وطبيعة الشخص باعتباري وبالتالي بصفته هذه تجعل الشخص الطبيعي يكون مشقا عليه دائما وبينما خاصيه النيابة ليست في صفه دائمه تثبت على صاحبها وانما لوقت محدد ولعرض خاص او لظرف خاص.

اما من الناحية الثانية: فان فكره التمثيل تستوعب كل اوجه النشاط الخاص بالشخص الاعتباري سواء ما يتعلق بالأعمال المادية او تصرفات القانونية وذلك على خلاف النيابة التي لا توجد الا في التصرفات القانونية.

والصواب هو الاخذ بفكره النيابة بالنسبة الى النشاط القانوني الذي يخص الشخص الاعتباري والاخذ فكره التمثيل بالنسبة لنشاط المادي للشخص الاعتباري ذلك ان نشاط القانوني على الشخص الاعتباري لا يوجد فارقون بين الاحكام التي يخضع لها تصرفات من يمثل الشخص المعنوي واحكام النيابة[1].

المبحث الثاني :مفهوم واحكام النيابة عند المشرع الجزائري.

يتضمن هذا المبحث بيان لحقيقتي النيابة من ناحيه الوضع القانوني الذي وضعه اهل القانون في تشريع الجزائري رغم انها ان وضع التعاريف القانونية ليس من اختصاص ولا التشريع بصفه عامه وانما نجد فقهاء القانون يعرفون النيابة من حيث المفهوم والشروط والاثار الحديث على ما كانت عليه النيابة في العهد الروماني.

لم يتقبل الرومان كقاعدة عامه امكانيه ابرام العقد عن طريق النيابة ذلك ان التنظيم الاقتصادي والاجتماعي الروماني كان مختلفا جوهريا عن تنظيم الحديث ففي البداية كانت المجموعات الأسرية مستقله تقريبا الواحدة عن الاخرى فكانت حاجاتهم محدودة كل اسره تكفي ذاتها وتشكل مجتمعا صغيرا حرا فلم يكن لأي مجموعه حاجه لرؤوس الاموال التي تتداول او تتم نادره وكذلك الاكتساب لصالح الغير فانه لم يكن مقبولا الا اذا كان هذا اكتساب قد تم من طرف اعضاء من نفس اسرتك ابنها.

[1]:ايتم فضيله، النيابة في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الشريعة وقانون، 2013، 2014 ص 34.

المطلب الأول :مفهوم النيابة عند المشرع الجزائري.

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

الفرع الاول :تعريف النيابة في التعاقد.

عرف فقهاء القانون النيابة على انها حلول اراده النائب محل اراده الاصيل في ابرام التصرف قانوني مع انصراف الاثار المترتبة عن هذا التصرف الى الاصيل.

ويقصد بالنيابة ان يقوم شخص يسمى النائب بالتعاقد باسم وللحساب شخص اخر يسمى الاصيل وفي هذه الحالة يصدر التعبير عن الإرادة من النائب بينما اثار العقد لا تنصرف اليه وانما تنصرف الى العقيد الحقيقي وهو الاصيل الذي ابرم العقد باسمه ولحسابه.، وبالتالي فان نظام النيابة يجعل النائب يعقد العقد ويبشر المعاملات الخاصة بالعقد لكن يكون التعاقد باسم الاصيل ولحسابه لكن اثار العقد ترجع اليه وبالتالي يكون اساس والمقصود من التعاقد قد تم.

هذا وقد عرفها الفقيه عبد الرزاق احمد السنهوري بانها تعني:

"حلول اراده النائب محل اراده الاصيل مع انصراف الاثر القانوني لهذه الإرادة الى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة صدرت منه هو[1]."

وقد تناول المشرع المدني الجزائري النيابة في التعاقد في المواد من 73 الى 77 منه كما تناول احكامها الاخرى في مواد الوكالة و القوامة والوصاية.

ورغم هذا فان واضعي التقنين المدني الفرنسي قد جمعوا بين النيابة والوكالة في المادة 1984 التي جاء فيها:

[1] :د، عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظريه الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية 1952 ص 189.

"الوكالة او النيابة هي تصرف يخول به شخص لآخر لسلطة عمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

المشرع الجزائري يميز بين النيابة باعتبارها ذات احكام عامة والوكالة باعتبارها ذات احكام خاصة.

اما في شريعتنا الغراء فان لها اصالتها ووحدتها التشريعية لذلك كان الامر فكره النيابة في الشريعة الإسلامية على القوانين السابقة واللاحقة لها حيث لم تتقبل هذه القوانين انصراف اثار التصرف القانوني الذي يجريه النائب الى ذمه الاصيل الا بعد جهد شاق في حين ان فقهاء الشريعة الإسلامية قد سلموا بها قبل غيرهم اذ يرى فقهاء المالكية بصدر عرضهم لموضوع الوكالة لأنها تعني لغة: الحفظ والكفالة والضمان والتفويض يقال وكلت امري لفلان: فوضته اليه، وشرعا ما اشار اليه بقوله: نيابة وهي تستلزم منيب ومنابا في حق من الحقوق المالية او غيرها وعليه فإنها تنصرف الى نيابة شخص لغيره في حق وبذلك فإنها تنطوي على اركان اربعه موكلين ووكيل موكلين فيه وصيغه وبعدها يشرعه هؤلاء الفقهاء في عرض هذه الاركان تباعا لتبيان نطاق تطبيقها في مختلف مجال المعاملات كما هو الشأن بالنسبة للوصية والعقد وفسخه كعقد المزارعة قبل البذر والطلاق والإقالة واداء الدين او قضاؤه لمن له ذلك من امير وسيد او زوج يجوز ان يوكل من يحل غريمه على مدينه المختلفة.

وعليه في الفقه الاسلامي يكون قد جعل العلاقة مباشره بين الموكل والغير في حكم العقد وحقوقه واختفى شخص وكيل بينهما كما هو الامر في الفقه الغربي في اخر مراحله تقدمه فالفقه الاسلامي في هذه في هذه الخطوة الرائعة التي سبق فيها الزمن انه قاس الوكيل الذي يضيف العقد الى موكلي على الرسول اذ اعتبر كلا منهما سفيرا الرسول عن المرسل والوكيل عن الموكل فلما كان حكم العقد وحقوقه ترجع الى المرسل لا الى الرسول فكذلك هي تنصرف الى الموكل دون الوكيل[1].

الفرع الثاني :شروط النيابة في التعاقد.

[1] : رمضان مفتاح، النيابة في التعاقد دراسة مقارنه، مذكره من اجل الحصول على شهاده الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، جامعه الجزائر بن يوسف بن خده كليه الحقوق –،2008 2009 ص 19.

تمثل نظريه اراده النائب الاقربين الى المنطقي القانوني السليم في تفسير طبيعة النيابة في التعاقد لأنها اكثر مسيره للشروط التي تتحقق عن طريقها النيابة والمتمثلة في:

– ان تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل

–ان يقوم النائب بتصرف باسم الأصيل .

–ان ينضبط النائب بحدود النيابة.

أولا: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل[1].

يعرف هذا الشرط الاساسي النيابة اي ان لوجود النيابة لابد من تطبيقه هذا الشرط من طرف النائب والا انعدمت نيابة والقول ان تحول اراده النائب محل اراده الاصيل وهو ان يعبر النائب عن ارادته الى الاصيل وبالتالي لا يكون وسيط بين نائب والاصيل وانما كل طرف متعاقد في النيابة يؤدي مهامه الخاصة به فاذا وجد ناقلا للإرادة وهو الرسول فلا تعتبر النيابة لان الرسول ليس مثل النائب وبالتالي في هذه الحالة يكون في مقام الرسالة والرسول ولا يكون معبرا عن الإرادة وانما فقط ناقلا.

اما النائب فيكون معبرا عن اراده الاصيل حيث يجب عليه الا يكون مجنونا او غير مميز بينما الرسول اذا كان غير مميزا او مجنونا فهو فقط يقوم على يقوم بنقل الإرادة وقد يكون التعاقد بين غائبين وفي الرسالة تكون العبرة بإرادة الرسول لا النائب بخلاف النائب فتكون العبرة بإرادة النائب الى الاصيل وبنظري الى ارادته ان طرا عليه عيب من عيوب الإرادة وحتى لو كانت اراده الاصيل لا يشوبها اي عيب من عيوب الإرادة حتى انه في النية من حيث حسنها او سوئها ينظر الى النائب لا الاصيل.

كما يوجد بعض الحالات التي ينظر فيها الى الاصيل لا النائب وذلك اذا صدرت منه تعليمات محدده ويشترط في الاصيل اهليه التعاقد لا النائب لأنه هو الذي تنصرف اليه اثار العقد المترتبة عن تعامل النائب حيث تنص المادة 73 من القانون المدني الجزائري:" اذا تم العقد بطريقي النيابة كان

[1] : ايت فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الشريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية تخصص الشريعة وقانون، كليه العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعه وهران احمد بن بله واحد،1434 1435ص 36–38

الشخص النائب لا شخص اصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا او في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتما".

غير انه اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادره من موكله فليس للموكل ان يتمسك بجهر النائب لظرف كان يعلمها هو او كان من المفروض حتما ان يعلمها وبالتالي تقرر هذه المادة بان اساس المعاملة في النيابة وهي انها تعود للنائب باعتباره طرف في التعاقد حيث يكون النظر في عيوب الرضا الى اراده الاصيل كما انه يعترف بنيه النائب الا اذا تحكمت ظروف وجعلت نيه الأصيلة هي التي يعتد بها وذلك لظروف خاصه.

اما الشرط الثاني من شروط النيابة وهو:

ثانيا: استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة له.

عندما تحدد تعاملات النائب في عقده فيجب على النائب ان يعبر عن ارادته ولكن في الحدود[1] المرسومة لهم وذلك سواء عن طريق الاتفاق الذي يحدده له الطرف الاصيل وذلك من خلال عقد الوكالة وقد يعبر النائب عن ارادته وذلك وفقه ما يحدده له القانون اذا كانت النيابة قانونيه على ان نيابة الولي يحددوها له القانون من خلال تصرفاته مكان القاصر التي يحددها له القانون وهذا ايضا نجده في النيابة القضائية في تصرفاته الخاصة مع القاصر ايضا وبالتالي فان هذا الشرط الثاني من شروط النيابة لابد من وجوده حتى يتحقق المراد من النيابة لان العمل الذي قام النائب لا ينتج اثاره اذا تجاوز الحدود المرسومة له وقد ينتج هذا العمل اثره الا اذا كان الغير حسن نيه يتعامل مع النائب على انه لم يجاوز حدوده او اذا ابقى الاصيل سندا نيابة في يد النائب فاذا جاوز النائب حدود النيابة في الغير يمكنه ان يرجع على النائب بمطالبته بالتعويض ولكن قد يقر الاصيل ذلك فهنا يكون قد تم التعاقد في حدوده اما ما ينشا عن العقد من حقوقي والتزامات تضاف الى الاصيل.

الشرط الثالث الذي تكتمل به انعقاد النيابة وهو:

---

[1] . :نفس المرجع.

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

فالهدف من انعقاد النيابة هو ان يكون التصرف الذي يباشره النائب التصرف ان تعود اثار انعقاده الى الاصيل وعلى ان يكون تعامله باسم الاصيل ولحسابه.

وعليه فان النيابة تنعدم في حالتي ما اذا خالف النائب ذلك ولم يتعامل باسم الاصيل و ولا لحسابه ولذا يجب على المتعامل معه اعلاماه بصفته كالنائب والا لم تكن للنيابة ان تتحقق لانعدام صفه نيابة حيث لا تنصرف الاثار الى الاصيل ولكن قد تضاف اثار العقد الى الاصيل اذا كان الغير يعلم حتما بوجود النيابة او كان يستوي عند الغير ان يتعامل مع النائب او الاصيل وبالتالي يجب على الغير ان يعلمه بالنيابة فاذا لم يكشف النائب عن نيته لن يتعاقد معه لان اثار العقد لا تنصرف الى الاصيل وانما تنصرف الى النائب ويكون الغرض من النيابة لم يتحقق إذن.

المطلب الثاني :أحكام النيابة عند المشرع الجزائري.

ضمن هذا نبحث سيتم تطرق لموقف المشرع الجزائري من النيابة من خلال معرفه التعاقد الشخص مع نفسه مع التطرق لبعض القوانين الاخرى والان سوف نعرف موقف المشروع الجزائري من هذه المسالة ثم نتناول الاثار المترتبة على انعقاد النيابة وكيف يكون موقف كل طرف من الاطراف الثلاثة الذين يشاركون في انعقاد النيابة والاثار المترتبة لكل طرف منهم.

الفرع الأول: حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري.[1]

تختلف معظم التشريعات في هذه المسألة اختلافا كبيرا فهناك من منعت التعاقد الشخص مع نفسه بما فيها بعض مذاهب الفقه الاسلامي وهذا من ناحيه الشرعية ويوجد من اباحه بدون ان تورد استثناء على ذلك وبهذا الخصوص فبعض القوانين اباحه التعاقد الشخص مع نفسه لكن اوردت على هذه الإباحة استثناء ولكن رغم ذلك اوراد استثنائية خاصه في العقود ذات الأهمية الخاصة سواء بالقاصر او الطفل الصغير الذي يتولى شؤونه او بنسبه الى تصرفات التي تخص الوصي او القيم او

[1] :نفس المرجع.

بالنسبة ايضا الى تصرفات التي تخص حقوق الاصيل ومصالحه لان التعاقد من طرف شخص واحد اول مصلحه بحادثته وقد يسبب نتائج سلبيه للأصيل وذلك من خلال عدم وصوله الى الاثار العقد التي نشا العقد في الاساس من أجله.

وبالتالي حيث ان هذه المسألة وهي تعاقد والشخص مع نفسه مساله تعددت فيها مختلفة ومتناقضة في الحكم عليها حيث ان في الفقه الاسلامي ايضا قد ذكر اراء مختلفة لفقهاء المذاهب المختلفة من حيث التجويد والمنعل الوكيل من ان يعقد العقد مع نفسه وسمح لذلك فقط للأشخاص محددين.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 77 من القانون المدني الجزائري:" لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسمي من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو او لحساب شخص اخر دون تلخيص من الاصيل على انه يجوز للأصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاهما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة."

ويتضح من هذه المادة ان المشرع الجزائري قد منع التعاقد الشخص مع نفسه سواء كان هذا التعاقد الذي يجريه النائب بان يكون نائب عن طرفي العقد او يكون نائبا عن غيره واصيل عن نفسه ولكن تم ورود ثلاث استثناءات عليها.

اما الاستثناء الاول وهو انه يجوز للشخص ان يتعاقد مع نفسه وذلك برخصه من الاصيل لان ترخيص الاصيل يجيز للشخص ان يتعاقد مع نفسه.[1]

اما الاستثناء الثاني وهو ما تقتضي به قواعد التجارة او العرف التجاري او نص القانون فهذا يؤدي الى تعاقد الشخص مع نفسه فاذا رجعنا الى النص القانوني نجد ان في مجال الولاية يجوز للولي ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر الذي يشرف عليه وهذا ما عجزته بعض المذاهب الفقهية حيث جوزت للولي هذا التعاقد لان الولي ادرى بصالح ابنه واقرب الناس منه للمحافظة عليه،، اما الاستثناء الثالث وهو اقرار الاصيل بذلك لان الإجازة اللاحقة من الاصيل كالإذن السابق من الاصيل.

وبالتالي نستطيع القول ان تعاقد الشخص مع نفسه عند المشارع الجزائري قد اخذ مجرى بعض اراء فقهاء المذهب الاسلامي حيث ان من الفقهاء من منع تعاقد الشخص مع نفسه كيف كان شكل

[1] : نفس المرجع.

هذا التعاقد حيث منعه على الولي ان يتعاقد مع نفسه في المال الخاص بالقاصر، فان المشرع الجزائري قد وافق الفقه الاسلامي في تشريعه لهذه المادة مع ذكر الاشخاص الذين يشملهم حق التعاقد مع انفسهم وذلك باستثناء خاص لان الهدف في النيابة وهو المحافظة على مصالح الاطراف وبالأخص مصلحه القاصر والاصيل والغير والى جانب القيود التي وردت على النائب بخصوص الاشخاص الذين يتعاقد معهم لحساب الاصيل.

الفرع الثاني :الآثار المترتبة عن النيابة في التعاقد.

للنيابة في التعاقد اثار تعود على الاطراف الثلاثة بحيث تنتج علاقات متناسقة بين كل الاطراف واول علاقه توجدها النيابة وهي كالآتي :

أولا: العلاقة بين النائب والغير.

من المعلوم ان اثر العقد ينصرف الى الاصيل لا الى النائب وبالتالي لا يجوز للنائب ان يطالب الغير باي حق من الحقوق التي تنشا على العقد الا اذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد وفي ابرامه.

ولا تقوم في ذمه النائب التزام بالعقد نحو الغير وبالتالي لا يستطيع الغير ان يطالب النائب باي التزام من الالتزامات والذي يمكن قوله انه لا تقوم علاقه مباشره بين النائب والغير عن طريق العقد وانما قد تكون ناشئة بطريق اخر كان يخطئ النائب في اقامه نيابة عن طريق عقد وبالتالي قد يعود الغير في طلب التعويض عن النائب لأنه يكون مسؤول في حاله تجاوز حدوده او اذا لم يقر الاصيل بذلك التجاوز.

او ان يكون النائب كثيرا للأصيل فتنشا العلاقة المباشرة لا من العقد وانما من عقد الكفالة الذي ابرمه النائب مع الغير باسم الاصيل.

ثانيا: العلاقة بين النائب و الأصيل.[1]

[1] نفس المرجع. بى

تتحدد هذه العلاقة عن طريق المصدر الذي انشا النيابة فاذا كانت نيابة على طبيعة الاتفاق وهو عقد الوكالة فان هذا الاتفاق هو الذي يحدد طبيعة هذه العلاقة واذا كانت طبيعة هذه العلاقة مصدرها القانون فان القانون يحدد طبيعة هذه العلاقة[1].

كذلك القضاء يحدد هذه الطبيعة اذا استلزم الامر ذلك ولكن في عقد الوكالة يجب على الوكيل تنفيذ ما طبق عليه من خلال الاحكام الموجودة في المواد الخاصة بالوكالة لان الوكيل بمثابه مسؤول عن افعاله نحو الاصيل وعليه ان يبذل في هذا العمل عنايه الرجل العادي حسب المادة 576 من القانون المدني الجزائري وايضا المادة 583 من نفس القانون التي تنص على انه:" يكون الموكل مسؤول عن ما اصاب الوكيل من ضرر دون خطا منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا"

وايضا المادة 582 من نفس القانون التي تنص انه يجب على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا وبالتالي فان المشرع جعل مواد من اجل حفظ العلاقة بين الاصيل والنائب وحتى ان المشارع نص في اخر المواد الخاصة بالوكالة بان المواد من 74 الى 77 الخاصة بالنيابة تطبقه في علاقات الموكل والغير الذي يتعامل مع الوكيل.

ثالثا: العلاقة بين الأصيل والغير.[2]

تنتج علاقه في ما بين الاصيل والغير وتبقى العلاقة السارية بذلك بينهما ويختفي حينئذ النائب ان الأصيلة هو المتعاقد مع الغير وتنصرف اليه اثار العقد فيكسب بذلك الحقوق التي تولدت من العقد ويلتزم بالأصيل بالالتزامات التي انشاها العقد اما الغير فانه يطالب بالحقوق والالتزامات دون وسطه من النائب.

وبالتالي فان الاصيل في العقد هو طرف فيه ولا يعتبر خلفا للنائب ولا يعتبر خلفان للنائب ولا يعتبر غيرا وانما هو المؤسس للعقد.

[1] : عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، المرجع السابق ج ص،177،178

[2] :نفس المرجع.

واذا الذي يمكن قوله من خلال هذا التحليل الوارد بهذا الفصل هو ان تعريف النيابة في اللغة العربية له عده مصطلحات واستعمالات استخدمها العرب في وقتهم فوجدنا من هذه المصطلحات مصطلح ان ناب بمعنى قام مقامك وبالتالي هذا هو التعريف لغة بمصطلح النيابة ثم من خلال مصطلحات اخرى للنيابة لغة حاولنا تصنيفه باعتبار منها ان النيابة تكون باعتبار ما نزل بمعنى هذا المصطلح استخدم باعتبار من مهمات وحوادث تطرا عليه اما الاعتبار الثاني وهو باعتبار الشروط التي تشترط فيها ورأيناها عده شروط لهذا المفرد، اما الاعتبار الثالث وهو معنا النيابة لأنها توظفه لمعنى قام مقامك وهذا هو التعريف الاصلي للنيابة وبالتالي يمكن القول ان العرب عرف النيابة على معنى ان تجعل شخص يقوم مقامك وفق شروط محدده تتوفر فيه وذلك ليس في كل الوقت وانما في المهمات والحوادث التي تنزل بالإنسان.

ونستطيع القول بان التعريف القانوني[1] الذي عرف به فقهاء القانون النيابة وافق التعريف اللغوي الذي استعمله العرب اما اذا انتقلنا الى الحقيقة العرب وعاداتهم ومنطق العقل الانساني اذ نجد ان مصطلح النيابة وجدناه في الآيات الكريمة والاحاديث النبوية الشريفة وذاكر اهميه النظام النيابة على اساس انه يجلب لدفع النوائب والحاجات عن الناس فنجد ان النيابة في القانون له نفس الأهمية تستعمل في ظروف خاصه كما في حاله غياب الشخص وعجزه عن القيام شؤونه فيجعل النائب مكانه يتولى اموره او في حالته القاصر والصبي الغير قادران امورهما الشخصية والمالية فيجعل القانون من يقوم مقامهما لدفع العسر والحاجه عنهم فيجعل الولي والوصي كنائب عنهم ليقوما بتصرفات الخاصة بهما او وجود ظروف خاصه تمنع الشخص من ان يعاشر معاملاته المالية فيجعل وكيلا بالاتفاقي يتولى شؤونه وبالتالي كمصطلح النيابة شرعا يثبت الأهمية والفائدة التي نجنيها من نظام النيابة وهذا ما اشار اليه اهل القانون كذلك نجد معنا النيابة في الشرع التوجه الى الله تعالى.

اما بخصوص ما هي النيابة واحكام النيابة عند المشرع الجزائري فقد تناولنا القانون المدني في المواد من 73 الى المواد 77 فوجدناه لم يعرف النيابة لان التعريف من اختصاص الفقهاء وليس من

[1] نفس المرجع.

اختصاص التشريع لكن تطلق للأحكام الخاصة بالنيابة من حيث شروط والاثار المترتبة عنها بالنسبة للشروط المتمثلة في حلول اراده النائب محل اراده الاصيل وهو الشرط الاساسي الذي نأخذ به اذ ان النائب يحل محل الاصيل ليبرم العقد ويتكلم مكانه لكن العبرة بإرادة الاصيل مع انصراف اثار العقد اليه وينظر ايضا الى النائب من حيث من حيث خلوه من عيوب الإرادة وان تكون اهليه كامله الاصيل لأنه تنصرف اليه اثار العقد وميز ايضا القانون بين الرسول والنائب فالرسول هو ناقل فقط وليس له ان يعبر بإرادته عن الاصيل وهذا ما توافق فيه الفقه الاسلامي مع القانون في التمييز بين الرسول والنائب الفقه الاسلامي ايضا اخذ بهذا التمييز بين النائب والرسول حيث ان الوكيل ليس مثل الرسول واقول الوكيل لان الفقه الاسلامي لم يتناول النيابة كما تناولها القانون حاليا لان معنى النيابة في الفقه الاسلامي يتمثل في الوكالة ولكن لا نقصد بالوكالة انها النيابة في الفقه الاسلامي لان الوكالة هي نوع من انواع النيابة والنيابة هي أعم من الوكالة في الفقه الاسلامي.

النيابة في الفقه الاسلامي[1] مصادرها متوافقة فيها مع القانون وهي القانون والقضاء والاتفاق.

ان الوكيل في الفقه الاسلامي فهو معبر لإرادة الموكل وايضا يأخذ بعين اعتبار باهل يتم وكل في الفقه الاسلامي مثل القانون كما يأخذ به الاصيل اما في حاله ما اذا جاوز النائب حدود النيابة المرسومة له فيتوقف اثر ذلك على اجازتي الاصيل خاصه في حاله موت الاصيل او عزل النائب وهذا ما يأخذ به ايضا في الفقه الاسلام

حيث جاء في البدائع الجزء سته صفحه 92:" التوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقا او كان مقيدا يراعى فيه القيد اجماعا لما ذكرنا سواء كان القيد راجع الى المشتري او الى الثماني حتى انه اذا خالف لا يلزم الشراء الا اذا كان خلافا الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشتري لي جاريه تخدمني فاشترى جاريه مقطوعه اليدين او رجلين او عمياء لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لماذا ذكرنا والاصل ان الوكيل بالشراء الى خالف يكون مشتريا لنفسه الوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازه الوكيل.

[1] :نفس المرجع.

وجاء ايضا في المدونة الكبرى[1]:" قلت رأيت ان وكلت وكيرا يشتري لسلعه بعينها فذهب فاشترع سلعته وهي 800 درهم فاشتراها بألف درهم قال لا يلزم الامر ويلزم المأمور في قول مالك الا ان يشاء ذلك الامر فيكون ذلك له الا في مثل ما يتغابن الناس في مثله فذلك يلزم الامر ولا يلزم المأمور"

وهذا قول مالك قال سال مالك عن الرجل يأمر رجلا ان يبيع له سلعه فيبيعها قال مالك يلزم البيع الامر الا ان يبيع المأمور بما لا يشبه فيكون ذلك البيع غير جائز وينتقض البيع ان كانت لم تفوت فان فاتت ضمن المأمور قيمه تلك السلعة للأمير.

والذي يمكن قوله في هذه الجزئية ان راي والوكيل عندما يجاوز الحدود المرسومة له فانه يتحمل ما جوازه من مخالفات الا اذا كان تجاوزه في المنطق المعقول فعل الموكل ان يقبل ذلك اما اذا كان بما لا يتغابن الناس بمثله فيتحمل الوكيل ما جاوزه ويضمن القيمة وهذا ما نص عليه القانون

اما الشرط الثالث وهو ان يتعامل النائب باسم الاصيل ولحسابه فاين التعامل النائب باسمه هو وكان اثر العقد لحسابه انعدمت النيابة قانونا وهذا ما نجد له مصطلح في الفقه الاسلامي وهو ان يضيف النائب العقد الى نفسه او يضيفه الى الموكل فذكرنا في الفصل التمهيدي بانه يوجد في من العقود وهي الاسقاطات والعقود التي تثبت بالقبض بانه يجب على وكيل ان يضيفها الى الموكل.

اما في ما يتعلق بالأثار [2]فنجد ان الفقهاء القانون اوضح العلاقات الناتجة عن عقد النيابة بين كل من الاطراف الثلاثة فيجعل النائب ما حلال الاصيل ليعبر عن ارادته هو وتنتقل الاثار الى الاصيل سواء كان هذا في النيابة الاتفاقية او القانونية اما العلاقة بين النائب والغير فان النائب يقوم بعمله اتجاه الغير بصفته وكيلا على الموكل او نائبا عن الاصيل الا اذا تجاوز حدوده المرسومة له فانه يقوم بالتعويض او الضمان في الفقه الاسلامي اذا لم يقر الموكل او الاصيل بذلك اما العلاقة فيما بين الاصيل والغير فان النائب يختفي وتعود الاثار الناتجة عن العقد الا كل من الطرفين باعتبارهما الاصيلان الطرفان المتعاقدان في هذا العقد وهذا ما وصل اليه الفقه الاسلامي لكن بمدى ابعد من

[1] : الامام مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية كتاب الوكالات،ج3 ص 272.

[2] :نفس المرجع.

الفقه الغربي اما بالنسبة لمسالتي تعاقد الشخص مع نفسه فراينا ان تشريع الجزائري منع هذا التعاقد لكن او رد على هذا المنع استثناءات اما في الفقه الاسلامي فنجد ان بعض المذاهب منعت تعاقد الشخص مع نفسه حتى للولي الذي يتولى شؤونه واموال القاصر لكن يوجد من الفقهاء من اجاز ذلك للولي باعتباره ادرى بمصلحه القاصر وحنوة الأبوة تجعله يقدم مصلحه الابن على مصالحه الخاصة به وهذا يستدعي ان المشارع في تشريعه للمادة 77 من القانون المدني قد وافق المذاهب التي منعت التعاقد الشخص مع نفسه لكن جوزت ذلك للولي على مال القاصر الا ان المشرع اضافه استثناء وهو مراعاه قواعد وعرف التجارة واذا اجاز الاصيل هذا التعاقد فانه يجوز للنائب ان يتعاقد لنفسه ولقد تم اختلاف التشريعات والقوانين في هذه المسألة فنأخذ على سبيل المقارنة بعض التشريعات التي قضت بنفس الحكم الذي اخذ به المشرع الجزائري كالقانون الليبي في المادة 108 مدني والسوري في المادة 109 مدني.

الفصل الثاني :

أحكام النيابة لدى الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة.

المبحث الأول :

أحكام النيابة في الفقه الإسلامي(الفقه المالكي أنموذج).

المبحث الثاني :

المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة.

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 وكيف تم اختلاف التشريعات حول هذه المسالة وضمن هذا الفصل نتناول أحكام النيابة في الفقه الإسلامي و نختص بالفقه المالكي ثم بعد ذلك نجري مقارنة مع القانون الجزائري من حيث أوجه الشبه والاختلاف.

المبحث الأول :أحكام النيابة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

ضمن هذا المبحث سيتم ذكر محتوى النيابة بشكل عام في الفقه المالكي مع التطرق لأحكام خاصة لكل نوع من أنواع النيابة وهي النيابة الاتفاقية والنيابة القضائية والقانونية.

المطلب الأول: أحكام النيابة في الفقه المالكي

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

الفرع الأول :الوكالة _ الوصاية

أولا: الوكالة.[1]

تعرف الوكالة لغة بالفتح والكسر بالحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله الحسنى بمعنى الحافظ ومن التوكيل ويقال على الله توكلنا أي فوضنا أمرنا، وفي حديث الدعاء: "اللهم رحمتك أرجو فلا تكلني إلى نفسي طرفة عين"

أما في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء كما يلي :

1_ الحنفية : يقصد بها إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا في تصرف جائز معلوم.

2_ الشافعية :يقصد بها تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

3_ الحنابلة [i]: يقولون استنابة جائز التصرف فيما تدخل النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين.

4_المالكية:[2] كما عرفها ابن عرفة نيابة ذي حق ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته[3]

وقد عرفها القرطبي بأنها عقد وكالة إذن الله سبحانه وتعالى فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة في ذالك إذ ليس كل احد يقدر على تناول أموره ألا بمعونة غيره فسيستنيب من يريح وللوكالة أركان وهي الموكل ثم الوكيل ومافيه التوكيل وأخيرا الصيغة أو الوكالة.

1_اركانها:

1

2 :نفس المرجع.

3: الموسوعة الفقهيه الكويتية، وزاره الشؤون الدينية، ج 45، وكاله، يوم نحر، ص5

أ_ الموكل: هو كل من جازله ان يتصرف لنفسه فانه يجوز له الاستنابة لقوله تعالى "فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة" (سورة الكهف الآية 19) واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فمالك جوز ذلك ربه قال الشافعي ولم يجوز أبو حنيفة وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا ان تكون بارزة .

وفريق أخر رأى ان فعل الغير لا ينوب عنه فعل الغير إلا ما دعت الضرورة إليه وان ، وبالتالي لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته وهناك من رأى الأصل الجواز فقال الوكالة جائزة في كل شيء إلا فيما اجمع على انه لا تصح من العبادات وما جرى مجراها ،ويشترط في الموكل والوكيل الحرية فلا تجوز من الرقيق بالإضافة إلى الرشد والبلوغ

ب_ الوكيل. هو كل من جاز له ان يتصرف لنفسه في الشى جاز له ان ينوب فيه عن غيره إذا كان قابلا للاستنابة إلا ان يمنع في الكتاب من توكيل الذمي على مسلم أو بيع أو شراء أو استئجار أو يبضع معه. أم المنع في البيع والشراء ليلا يأتيه بالحرام ولهذا منع الذمي عاملا ليلا يعامل بالربا وبما لا تحل المعاوضة به ولا يكون ممنوعا بالشرع من التصرف في الشى الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي في النكاح [1].

ج_ ما فيه التوكيل: يتوفر فيه شرطان .[2]

_الشرط الأول: ان يكون قابلا لنيابة وهو الذي لا يتعين حكمه مباشرة كالبيع و الحوالة والكفالة وسائر العقود والفسوخ دون العبادات الغير المالية كأداء الزكاة والحج على خلاف فيه ويمنع في المعاصي كالسرقة والقتل ويلحق بالعبادات الإيمان والشهادات واللعان والايلاء .

_الشرط الثاني: ان يكون فيه التوكيل معلوما بالجملة، سواء نص عليه أو دخل تحت عموم اللفظ أو علم بالقرائن أو العادة ، كان يقول فلان وكيلي لا يجوز ذالك حتى يقول بالتفويض أو بالتصرف في بعض الأشياء ، وان قيد ببعض الأشياء دن بعض اتبع مقتضى اللفظ أو العادة.

[1] : الامام ابي الوليد بن رشد القرطبي، نفس المرجع ص 301

[2] : الامام شهاب الدين القرافي، الذخيرة، كتاب الوكالة، نفس المصدر ج 8،ص6.7 :

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

فالوكالة العامة هي التي تقع بالتوكيل العام للذي لا نسمي فيه شيء ،حيث انه إذا سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ، والإمام الشافعي قال انه لا تجوز الوكالة بالتعميم لأنها غرر ويجوز منها ما سمي ونص عليه وحدد.[1]

ومنه ان الوكيل المفوض إليه له ان يوكل غيره ، ويقول ابن رشد في هذا لا اخفض في جواز توكيله غيره نص لأحد من المتقدمين واختلف فيه المتأخرون والأظهر له ان يوكل لان الموكل انزله منزله والعمل بالقيروان انه لا يوكل إلا بنص له عليه كما ان الوكيل المفوض إليه إذا أخر نظرا أو استلاف جاز إلا ان يكون وكيلا مخصوص فلا يجوز ماحط أو أخر بخلاف المفوض.[2]

وبما ان الوكيل المفوض يقوم مقام الموكل إلا انه لا يجوز له ان يعمل بما يخالف العرف كان يزوج ابنته أو يبيع داره

الأحكام الخاصة بالوكالة:

اذا وكل الموكل في البيع مطلقا لم يجز البيع الا بثمن المثل نقدا بنقد البلد ، فان باع بما لا يتغابن الناس فيه او بخلاف نقد البلد لا يلزم الموكل الا برضاه ، وايضا في الشراء خلاف أبو حنيفة في البيع أجاز بيع بغير نقد البلد أو بما لا يتغابن الناس بمثله أو نقصان ووافق في شراء عبد ليس له ان يشترى بأكثر من ثمن مثله ولا إلى اجل ودليل عدم جواز البيع بما لا يتغابن الناس بمثله ، لأنه توكيل فيه مساومة لا يجوز التغابن المتفاوت لان الوكيل لا يملك المحاباة في حكم الهبة ولا يهب الشى الذي وكل فيه ، كما ان البيع في الشرع يقتضي النقد بالنقد وأيضا كل جهة إذا ملك بها الشراء لم يجز ان يشترى بأكثر من ثمن المثل فإذا ملك البيع لم يجز ان يبيع بأقل من ثمن المثل كالوصية وثبت أن الوكيل لا يملك الهبة فلم يملك المحاباة ودليل ذالك انه يجوز إلي أجل أن البيع المطلق في الشريعة

[1] : الامام ابي الوليد بن رشد القرطبي، نفس المرجع ص 322

[2] : ابي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، التفريع، حسين ابن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط 1408 هـ 1987، ص317

يقتضي التقيد فإذا إذن الوكيل في بيع المطلق فإنما أذن له على وجه المعقول منه وهو النقد فلم يجز بيعه على غيره وبما ان الإطلاق يقتضي نقد البلد لان الموكل لو باعه بنفسه بيع مطلق لأقتضي نقد البلد .

ويكون الوكيل مؤتمن بينه وبين وكيله فان ادعى رد ما أودعه أو أرسله إليه ليشتري به أو ليدفعه إلى غيره صدق مع يمينه ، فان ادعى ضياع ما وكله بقبضه وسلمه إلى موكله فان ثبت قبضه إياه من الغريم صدق في الضياع وفي اقباض الموكل فإذا لم يثبت ذالك إلا بإقرار الغريم فالدين باق على الغريم ، إما إذا وكله بقبض عنه الدين لم يكن دفعه إلا ببينة فان دفعه بغير بينة لم يبرا الوكيل ان جحد الموكل ويغرم الوكيل في ذالك ، وكذلك في الوصي يقضي غرم الميت بغير بينة فهو ضامن لأنه اتلف ذالك على الأصاغر.

ومن كان له في ذمة رجل دين أو غيره عين من الأعيان في غير ذمته فجاء من ادعى انه وكيل لصاحب الحق في تسليم ذالك الحق ولا بينة له فصدقه الأخر فلا يجبر على تسليمه وفصل أبو حنيفة بين العين ومافي الذمة وقال لا يجبر على ان يعطيه مافي ذمته ولا يجبر على تسليم الأعيان

ثانيا: الوصاية .[1]

تعريفها:

الإيصاء في اللغة مصدر أوصى ويقال أوصى فلان وأوصى إليه جعله وصيا يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته وفي الاصطلاح إقامة الإنسان غيره مقام نفسه والتصرف بعد الموت والصلة بين الوكالة والايصاء أن كلا منهما من أنواع النيابة لكن الوكالة تكون أثناء الحياة أم الايصاء فيكون بعد الوفاة [2]

وقال الجوهري: أوصيت له إذ جعلته وصيك وأوصيت له شيء، والاسم والوصاية بكسر الواو وفتحها ووصيت وأوصيت بمعنى واحد ووصيت الشى بالشيء اوصيه إذا أوصيته به وصاية أي متصلة

1 :نفس المرجع.

2 : الموسوعة الفقهيه الكويتية نفس المرجع، ص6

النبات، ويقال أنت وكيلي بعد موتي ويكون وصيا وأنت وصيي في حياتي يكون وكيلا لان كلا منهما إقامة للغير مقام نفسه فيعقد كلا منهما بعبارة الأخر أنت وصيي أو أنت وصيي في مالي.

1_أركان الوصاية:

أ_ الموصي:

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

وقد أجاز المالكية للام الايصاء على أولادها بشروط وهي ان يكون المال القليل بقلة نسبية وان يورث المال عنها بان كان المال لها وماتت ، ولا يكون للموصي عليه ولي من أب أو وصي أب أو وصي قاض وان كثر المال ليس لها الايصاء ولو كان المال للولد من غير الأم كابيه أو من هبة فليس لها لأيصاء ، بل يرفع الأمر للحاكم وان كان للولد ولي أخر من أب أو وصي فلا وصية لها على أولادها.

إذا الموصي هو كل من كانت له ولاية على التصرف على الملك والأطفال كالأب والوصي دون الأم ولا تجوز وصية الجد و لأخ لعدم الولاية وان لم يكن له أب ولا وصي إلا أن يكون وصيا بخلاف الأم وقال الشافعية الجد كالأب.[1]

ب_ الوصي:[2]

وتتمثل 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 ان يكون الوصي عدلا بالإضافة إلى الأمانة وهناك من أضاف الخبرة .

[1] : دكتور، وهبه الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، باب الوصايا ص 132

[2] :نفس المرجع.

_الكفاية و الهداية في التصرف : أجاز المالكية والحنابلة وصاية العبد بخلاف الشافعية والحنفية كما يجوز ان تكون المرأة من أهل الشهادة وجوز الحنابلة وصية المنتظر الذي ينتظر أهليته أو إذا كان فلان أوصى إلى فلان ولكن حتى يقدم فلان معين فليعطي الحاضر كل شى حتى يقدم الغائب فيكون وصي وحده، و بالتالي لا تصح الوصاية إلى فاسق أو خائن ولا الصبي .

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

أما فيما يخص تعدد الأوصياء فيجوز ذالك وليس لأحدهم الانفراد بالتصرف سواء كان التعيين بعقد واحد أو بعقدين في رأي الحنفية والمالكية إلا بتصريح الموصي بجواز الانفراد الاعند الحنفية إذ أجاز أحدهما تصرف صاحبه .

ج_ الموصي فيه:

لا يصح الايصاء إلا في تصرف معلوم يملك الموصي فعله ليعلم الوصية ما وصى به إليه ليحفظه ويتصرف فيه لان الايصاء كالوكالة والوصي يتصرف بالإذن فلم يجز إلا في تصرف معلوم يملكه الموصي كالايصاء في قضاء الدين ، وتوزيع الوصية والنظر في أمر غير رشيد من طفل ومجنون وسفيه ورد الودائع إلى أهلها والاسترداد ممن هي عنده ورد مغصوب وايصاء أمام بخلافه وإقامة حد قذف [1].

د_ الصيغة:

تنعقد الوصاية بالإيجاب والقبول والاتفاق كان يقول الموصي أوصيت إليك أو فوضت إليك كاقمتك مقامي في أمر أولادي بعد موت أو جعلتك وصيا وتكفي إشارة الأخرس وكتابة [2]

وتنتهي الوصاية بوصول الشخص سن البلوغ ، وقد تنتهي الوصاية بعودة الولي إلى الولاية بحيث تنتهي مهمة الوصي في حالة مباشرة الوصي لمهامه وإذا تم عزل الوصي أو قبل استقالته فللقاضي

[1] : دكتور وهبه الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته نفس المرجع ص 137

[2] : الامام شهاب الدين القرافي نفس المرجع ص 54

عزل الوصي إذا ظهرت خيانته أو يفقد الوصي القدرة عل ممارسة مهامه كتعرضه لطارئ يمنعه من ذالك.

الفرع الثاني: الولاية والقوامة .

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 ولا يدعها تستبد به دونه

أما اصطلاحا : الولاية هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبا والصلة بين الولاية والوكالة كل منهما نيابة ولكن الوكالة نيابة اتفاقية إما الولاية نيابة شرعية أو إجبارية.[1]

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

ولقد اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على أنه يمكن أن يتكفل هؤلاء الاشخاص المتوفر فيهم الشروط المناسبة وذالك عن طريق ما يسمى بالولاية ، كما نجد أن الولاية تكون على نوعين وهي الولاية العامة والولاية الخاصة .

فالولاية العامة[2] : تتمثل هذه الولاية في ولاية الاعتقاد والديانة لقوله تعالى "وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ "[سورة التوبة الاية71].

أم الولاية الخاصة تتمثل هذه الولاية في ولاية النسب لقوله تعالى "وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ" [سورة الأنفال الآية 75].

---

[1] : وزاره الشؤون الدينية والأوقاف، الكويتية الموسوعة الفقهيه، نفس المرجع جا45 ص6

[2] . :نفس المرجع.

والولاية تكون في جوهرها من أنواع النيابة والتي بمعناها العام قيم شخص مقام أخر في التصرف عنه وبذلك فالنيابة نوعان :

_ النيابة الاختيارية :وهي عقد الوكالة لان هذا العقد ينشأ برغبة كلا من الطرفين بإبرام عقد اتفاق بينهم ليكون الوكيل نائبا عن الموكل في تولي شؤونه الخاصة بمصالحه .

_ النيابة الإجبارية : وتتمثل هذه النيابة في النيابة الشرعية وهي الولاية وايض في الوصاية والقوامة وكلاهما يندرجان ضمن النيابة القانونية وهذه النيابة تسمي بالنيابة الاجبارية لأنه يجبر فيه القانون الولي أو الوصي أو القيم بتولي شؤون القاصر واموره الخاصة المتعلقة بأحواله الشخصية ومعاملاته المالية.

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

2_أنواع الولاية:

يوجد نوعين من الولاية، وهي الولاية على النفس والولاية على المال.

أ-الولاية على النفس[1] :

تثبت هذه الولاية تحقيقا لمصلحه المولى عليه بحيث يتولى عنه الامور التي يعجز عن ادراك المنفعة والخير فيها وهي الامور المتعلقة بنفسهم وقد وجه الشرع والقانون هذه المهمة الى الاشخاص القادرين على القيام بها وتتوفر فيهما الشروط المعينة ويكون تقديرهم لمصالح القاصرين محميا ومضمونا.

وتثبت هذه الولاية على الصغير والصغيرة وعلى المجنون والمجنونة وعلى المعتوه والمعتوهة وايضا على البكر والثيب التي لا تكون مؤتمنة على نفسها اما فيما يخص سلطات الولي على نفسه فيدخل في هذا المجال صيانه الولد وحفظه وعلاجه ويكون لولي ان يضمه اليه بعد الحضانة فلا ينفرد

1 نفس المرجع.

وحده بالإقامة مع غيره الا اذا بلغ الذكر او تزوجت البنت واصبحت ذا محرم وعفه وطهارة ويدخل ايضا في الولاية على نفسي تأديب القاصر والانفاق عليه وتثقيفه وتعليمه المعرفة النافعة وتوجيهه الى الدراسة.

كما نجد الولاية على النفس تكون ايضا في تزويج الصغير او الصغيرة بحيث لا يجوز للمرأة البالغة تزويج نفسها بغير مهر المثل او بغير الكفء الغير قادر على تولي شؤونه.[1]

الولاية على النفس[2] يتولاها الاقرب فللأقرب من اقارب القاصرين على ترتيب الارث والحجب فابن المجنون والمجنونة مثلا ثم ابن ابنهما مهما نزل هو في الولاية على انفسهما مقدم على اصولهما من اب فمن فوقه مهما علوا وابو الصغير او المجنون مقدم على فروع الاب وهم الإخوة والإخوة مقدمون على فروع الجد وهم الاعمام.

وعند تعدد العصابات من درجه واحده كالإخوة يقدم من كان شقيقا على من كان لابي فقط وان لم يوجد احد من العصابات تنتقل ولاية النفس الى الام ثم الى غيرها من الاقارب وذوي الارحام.

اما بخصوص الولاية على القاصر من بعد موت ابيه فقد فوضها الشرع الى من يختاره قبل موته ليقوم على اموال اولاده القصر وسواء كان ذلك الشخص الذي يختاره الاب من اسرته اذا لم يعهد الاب بالوصاية على اولاده القصر قبل مماته الى احد انتقلت الولاية على اموالهم الى جدهم العصبي ووصي الجد يقوم مقام وصي الاب.

ومبدا الولاية الشرعية على الاشخاص انما تبدا منذ ولادتهم فلا ولاية لاحد على الجنين قبل ان يولد هذا بما قاله جمهور الفقهاء[3].

ب-الولاية على المال:

[1] : د، زكرياء البري الاحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، منشأه المعارف بالإسكندري

[2] . :نفس المرجع.

[3] :د، أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، نظرية الاهلية والولاية، المرجع السابق، ص847.

تكون الولاية على المال في التصرفات والعقود التي تتصل بمال القاصر من بيع وشراء واجاره ورهن ويتولى هذه الامور وليه ليدبر شؤونه الخاصة وتثبت الولاية المالية على الصغير والمجنون والمعتوه باتفاق الفقهاء وعلى السفيه وذي الغفلة وهذا في راي الجمهور والصغار من حيث قوه الحجر وثبوت الولاية المالية يوجد نوعان من الصغر:

– صغر ينعدم فيه التمييز، ويكون فيه الصغير فاقد الأهلية تماما فلا ينعقد له التصرف ولا عباره ويكون امر تولي اموره كله الى الولي.

– صغر يكون معه التمييز ويكون فيه الصغير ناقص الأهلية لا فاقدها حيث يكون الصغير ناقص الأهلية لا فاقدها وتكون صحه تصرفاته النافعة نفعا محضا ونفادها وليس فيه حاجه الى قبول اذن الولي مثل قبول الهباه والوصايا والاستحقاق في الوقف من غير عوض.

اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء موقوفه على اجازه وليه المالية والتصرفات الضارة ضرر محضا على القاصرين فتكون باطله تبرعات بكل أنواعها.

والصبي المميز[1] هو الصبي الذي يبلغ سنا معينا يميز فيه فحوى العقود ومعانيها ويدرك المراد منها فيعرف ان شراء جانب والبيع سالب ويعرف الكسب والغب والحد في السن التمييز يكون السابعة.

اما قبل السابعة فلا يكون الطفل مميزا ولو ادرك شيئا من ذلك وتستمر احكام الصغر حتى يبلغ الصغير رشده ودليل ذلك قوله تعالى:" وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم."[سوره الانعام، الآية 152]

وبالتالي لا بد من اطلاق التصرفات المالية في البلوغ والرشد.

فأما البلوغ سيكون ببلوغ الصبي سن التناسل وظهور اعراض الرجولة عليه واعراض الأنوثة على الفتاه وهذا البلوغ الطبيعي لا يكون قبل سن 12 بالنسبة للغلام وبنسبه الفتاه يكون قبل سن التاسعة فاذا

[1] نفس المرجع.

تجاوز الصبي هذا السن ولم يرى عليه شيئا من علامات هذا البلوغ استمر عليه الصغار حتى يبلغ سن الخامسة عشر بالنسبة للفتى والفتاة.

اما الرشد فهو الاحسان في تدبير المال وانفاقه على مقتضى العقل والحكمة والشرعي وهو امر يختلف باختلاف الاشخاص والازمان حيث جعله الفقهاء امرا تقديريا يترك بيانه المالية على الشخص حتى يرشد مهما كبرت سنه فاذا بلغ اكثر ولم يرشد يمنع المال عنه بغرض تهذيبه وترشيده بصوره حسنه فان لم يكن هنالك امل من هذا صار الحجر عليه رغم انه فيه اهدار للكرامة لكن مع المحافظة على المال.

حيث ان الحجر على السفيه فيه مصلحه الورثة حتى لا يضيع ماله ويعيشون عاله على الناس لقوله تعالى:" ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قيما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا."[سوره النساء الايه5]. ويأخذ ذوي الغفلة وهو الساذج الذي لا يهتدي الى التصرفات النافعة ويغبن في المعاملات حكم السفيه في الاحكام الفقهية لان هذا الغفلة ضعيف الادراك و ضعيف الإرادة.

اما المجنون وهو المريض بمرض عقلي يمنع من ادراك الامور على حقيقتها والمعتوه وهو قليل الفهم مختلف كلامي فاسد التدبير فيأخذ المجنون حكم الصبي الغير مميز كما يأخذ المعتوه حكم الصبي المميز[1].

والولاية [2]على المال تثبت للاب ابتداء على مال الصغير ثم لوصله ثم لوصي وصيه ويسمى الوصي المختار ثم للجد من الاب وان على ثم لوصيه ويسمى ايضا الوصي المختار بعد ذلك للقاضي ثم لوصيه فاذا وجد الاب كانت الولاية له فان لم يوجد وكان قد اختار من يتولى شؤون اولاده المالية كانت الولاية لمن اختاره ولو كان الجد موجودا فان لم يكن الاب قد اختار وصيا كانت الولاية للجد من الاب فان لم يكن موجودا انتقلت الولاية الى وصيه الذي اختاره فان لم يكن قد اختار احدا كانت للقاضي الذي لا يكفي وقته للأشراف على امور القصر فيعين وصيه الذي يتولى ذلك.

[1] :د، زكريا البري، نفس المرجع، ص238_241.

[2] :نفس المرجع.

ويرى الامام مالك والامام احمد ان الولاية على مالي الصغير تثبت للابي ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه اما الامام الشافعي يرى ان الولايه تثبت للابي ثم الجد من جهته ثم لوصي الابي ثم لوصي الجد ثم للقاضي.

بينما المذهب الحنفي يثبت الولاية للجد ويؤخرها مرتبه عن وصي الاب وذلك ان الاباء هو اوفر الناس شفقه على ابنائه واحرصهم عليه مصلحه فكان في اختياره لشخص اخر مصلحه في ذلك مع وجود الجد وفي هذا دلاله قويه على انه يرى هذا الشخص هو اصلح واقدر على هذه الولاية والتي تعتمد على الأمانة والتجربة اكثر من اعتمادها على الشفقة التي يمتاز بها الجد.

والامام الشافعي يثبت الولاية للجد ويجعل مرتبته قبل وصي الابي ان الجد اب عند موت الاب فيكون في مرتبه الاب فيسبق وصي الاب.

ولم يجعل الامام مالك ولا الامام احمد الولاية للجد الا بوصاية من الاب او القاضي ولا يكون للأقارب الاب او الجد حق في الولاية ولو كانوا عصابات الا بسبب الوصاية اختيارا او تعيين من القاضي والولاية على المجنون او المعتوه فتكون لهؤلاء الاولياء السابقين عليه العجز الصغار ولم يوجد ما يسقطها فتستمر ثابته عليه اما اذا بلغ الصبي عاقلا سقطت عنه هذه الولاية التي كانت ثابته عليه لصغره فاذا جن او اصابه عاته عاده الولاية عليه لعوده عجزه بالجنون والعته مقارنا للبلوغ كم طارئا بعده.

والولاية على السفيه وذي[1] الغفلة تثبت ايضا للاب والجد مقارنين للبلوغ اما اذا بلغ الولد رشيدا ثم اصابه السفه او الغفلة فان الولاية تكون للقاضي الذي يعين السلطات الولاية تحت اشرافه ومراقبته وليس للاب والجد ولاية على السفيه ولغفله مراعاه لمصلحتهما ومالهما[2] ولا لنقص اهليتهما كما هو الامر في المجنون والمعتوه.

[1] نفس المرجع.

[2] :د، زكريا البري، نفس المرجع، ص242، 244.

3_شروط الولي.

أ_الذكورة : لا يصح عقد الولاية من الانثى لأنها بالفطرة لا تتمكن من مباشره امور القاصر المالية وعلى احواله الشخصية.

ب_البلوغ: لا يصح العقد من صبي لعدم اهليته وعدم تمكنه من ذلك لنقص قدره عنده.

ج_العقل: لا تصح الولاية من المجنون والمعتوه والسكران لضعف قدرتهما العقلية والنفسية على ذلك.

د الإسلام: عدم الاكراه لا يصح عقد الولايات من مكرهن لأنه لا يتمكن من اداء عمله بإخلاص اتجاه ذلك.

مالا يشترط في. الولاية:

العدالة والرشد ووجه صحه عقده ان السفيه غير محجور عليه في ذلك وان الولاية عليه انما هي في ماله وبناء على ما سبق ذكره فان بهذه الشروط يتمكن المشرف من تدبير شؤون القاصر حتى تكون له القدرة الكافية على تحمل مسؤوليته اتجاه القاصر وما يحدث له من ظروف او طوارئ قد تصيبه بالإضافة الى احواله الشخصية والمالية الخاصة به.

اما العدالة والرشد فلا تشترط في الوالي لان الوالي بطبيعة التصرفات التي سيقبل عليها يكون ذو عدالة ورشد حتى يشرف على الحياه الشخصية والمالية للقاصر.[1]

انقضاء الولاية:

تنقضي الولاية بأمرين:

1_ الانقضاء الطبيعي للولاية: تنقضي الولاية طبيعيا نتيجة كبر القاصر وبلوغه سنا يتركه يباشر اموره لوحده الا اذا اصيب بعارض من عوارض اهليه فان الولاية في هذه الحالة تستمر عليه وقد تنقضي بأمر اخر وهو موت الولي او موت المولى عليه قبل بلوغه سن الرشد.

[1] : دكتوره الحبيب بن الطاهر ،الفقه المالكي وادلته، مؤسسه المعارف بيروت لبنان 1426 3 هجري 2005 م، ج3، ص226، 227.

2_ الانقضاء العارض للولاية: تنقضي الولاية بشكل عارض اذا اصبحت اموال القاصر في خطر بسبب تصرف الوالي تصرفا غير صحيح او كان ولي غير مؤتمن او لا يحسن تدبير امور الإدارة او تنحي الولي وعدم قدرته على الاستمرار في تولي مهامه نتيجة تعرضه لمرض او عارض طارئ منعه من ذلك.

ثانيا: القوامة.

تعريفها:

القوامة في اللغة هي القيام على الامر والمال او ولاية الامر وقد استعمل الفقهاء لفظ القوامة في معان قريبه من المفهوم اللغوي منها ولاية يفوضها القاضي الى شخص راشد بان يتصرف لمصلحه القاصر في تدبير شؤونه المالية ومنها ولاية يستحقها الزوج على زوجته اما القوامة فهي نيابة قضائية.

وتعرف القوامة في اللغة بانها القيام على الشيء برعايته والحفاظ عليه ومن ذلك القيم الذي يقوم على الشيء برعايته والحفاظ عليه ويليه ويصلحه والقوام على وزن فعال للمبالغه من القيام على الشيء والاستبداد بالنظر فيه والحفاظ على الشيء.

اما من ناحيه الشرعي فيستعمل فقهاء الشريعة لفظ القوامة في ثلاث معاني ويقصد بها

أ_ ولاية يفاوضها القاضي لشخص كبير راشد من اجل التصرف في امور القاصر وتدبير شؤونه المالية وهي بهذا المعنى لا تختلف عند بعض فقهاء عن الوصاية ويقصرها البعض الاخر على الاشراف في اداره اموال القاصر دون التصرف فيها وهذا على خلاف الوصاية والذين يقربون القوامة من الوصايا يطلقون على القيم مسمى وصي القاضي او كما قال المالكية مقدم القاضي.

ب_ ولاية يفوض بموجبها صاحبها حفظ المال الموقوف وتنميته.

ج_ ولاية يفوض بها الزوج تدبير شؤون زوجته وتأديبها وامساكها.

وبالتالي فان المعنى الاول هو المعنى الصائب حيث نأخذ القوامة بمعنى الولاية وهو الاشراف على امور القاصر والتصرف في اداره امواله.

1 أحكام القوامة[1]:

أ_القوامة على المحجور عليهم : تثبت القوامة على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه و ذي الغفلة.

ب_القيم على مال المفقود: يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كصابه والمجنون .

ج_القوامة على الوقف: يرى الفقهاء ان حق توليتي امري الوقف في الاصل للواقف من شرطها لنفسه او لغيره اتبع شرطه اما اذا لم يشترط الواقف والولاية لاحد او شرطها فمات المشروط له فاختلف الفقهاء في ذلك.

د_قوامة الزوج على زوجته : الزوج قيم على زوجته والمقصود ان الزوجة امين عليها يتولى امرها ويصلحها في حالها ويقوم عليها عامرا لاهيا كما يقوم الوالي على رعيته وجعلت القيامة للرجل على المرأة لثلاث اسباب:

1_ كمال العقل والتمييز: قال القرطبي ان الرجال لهم فضيله في زياده العقل والتدبير فجعل لهم حق القيام عليهن لذلك.

2_ كمال الدين. [2]

3_ بدل المال من الصداقة ونفقه اي المهور والنفقات والكلف التي اوجبها الله عليهم لهنا في كتابه وسنه نبيه فالرجل افضل من المرأة في نفسه وله الفضل عليها فناسب ان يكون فيما عليها.

المطلب الثاني :موقف المشرع الجزائري من النيابة.

[1] : وزاره الشؤون الدينية ،والاوقاف الموسوعة الفقهية الكويتية ج34 ص .79_77

[2] نفس المرجع. .

يتضمن هذا المطلب الموقف الذي اخذه المشاريع الجزائري في المواد التي التي تعرضت للوكالة وايضا المواد التي تناولت الوصاية وذلك في قانون الأسرة لان الوصاية تدخل ضمن الاحوال الشخصية شؤون الأسرة التي تخص القاصر.

الفرع الأول :أحكام الوكالة والوصاية في القانون المدني الجزائري.

تكلم المشرع الجزائري عن الوكالة[1] ضمن الباب التاسع بخصوص العقود الواردة على العمل وضمن الفصل الثاني يوجد الوكالة حيث تناولها المشرع الجزائري في ثلاث اقسام تضمن القسم الاول الوكالة والقسم الثاني تضمن الاثار المترتبة عن الوكالة القسم الثالث تناول موضوع انتهاء الوكالة في المواد من 571 الى 589 من القانون المدني الجزائري.

بالتطرق لهذه المواد نجد المادة 571 [2]عرفت الوكالة على انها الإنابة وهو عقد لمقتضاه يفوض شخص شخصا اخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

وبالتالي فان المشاريع الجزائري عرف الوكالة على انها انابت كما ان تعريفها بتعريف النيابة يدل على ان المشارع الجزائري اعتبر الوكالة على انها نيابة.

اما المادة 572 [3]فنصت على ان الوكالة في القانون يجب ان تتوفر فيها الشكل القانوني الذي ينص عليه القانون لتطبيق الوكالة وحتى تكون ضمن الحدود القانونية المنصوص عليها.

اما المادة 573 فقد تطرقت لأنواع الوكالات من حيث التعميم والتخصيص لقد عرفنا ان الوكالة في الفقه المالكي نوعان هما العامة والخاصة في الوكالة العامة في الفقه المالكي تقتضي ان الوكيل له

1: ايت فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير شريعة وقانون 2013 2014 ص79. [1]

نفس المرجع. ى. . . . ر

ر ر

2:

ص79 نفس المرجع.

حق تفويض في التصرف الا ما خالف العرف او العادة اما الوكالة المخصصة فهي التي يخصص فيها الموكل للوكيل مخصوص بعينه دون الاعمال الاخرى لكن الرجوع الى القانون المدني الجزائري دون الوكالة الخاصة حيث قصره عمل الوكيل في الوكالة العامة بالمفهوم القانوني على تنفيذ العقود الإدارية منها الايجار وذلك لمده زمنيه محدده بثلاث سنوات الى جانب العمل الذي يخص الديون واستفاء الحقوق والتصرف كالبيع وبيع البضاعة والمنقولات سريعة التلف الى جانب شراء ما يستلزم من الاشياء التي تخص محل الوكالة وبالتالي فان المشرع الجزائري حاصر الوكالة العامة في الاعمال الخاصة بالإدارة دون الاعمال الاخرى.

وفي المادة574 [1]ذكر الوكالة الخاصة والتي حددها في اعمال معينه وخاصه دون الاعمال الإدارية وبالتالي فان الوكالة تكون خاصه في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعات امام القضاء وفي الوكالة الخاصة يتم تحديد نوع العمل الذي سيقوم به الوكيل حتى ولو لم يعين هذا العمل على وجهه التخصيص الا اذا 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.

اما القسم الثاني فتناول الاثار المترتبة عن الوكالة.

في المادة 575[2] نسخه على ان الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون ان يجاوز الحدود التي رسمها الموكل ان يجاوز الحدود المرسومة اذا كان يعلم ان الموكل قد يوافقوا على ذلك وايضا كان يتعذر عليه اخطار الموكل سلفا ولكن في كل الحالات يجب على الوكيل ان يخبر الموكل بما تجاوزه وبالتالي وافق المشرع الجزائري في هذه المادة مع ما يشترط في النيابة وهو عدم تجاوز النائب للحدود المرسومة له من قبل الاصيل.

1:ايت فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير شريعة وقانون 2013 2014 ص 80

2:نفس المرجع [2]

والمادة 576[1] والمادة 577 نصفه على ان للوكيل عند قيامه بمهام وكيل ان يبذل في هذه المهام عنايه الرجل العادي نحو عقد الوكالة وايضا عليه ان يوافي الموكل بجميع المعلومات الضرورية التي تخص عقد الوكالة.

اما المادة 578 في المشرع لم يجاوز للوكيل ان يعمل بمال الموكل لصالح نفسه وما يخدم مصالحه لان الوكيل موكول اليه مهام وعليه بالقيام بها اتجاه الموكل.

والمادة 579 تنص في حالتي تعدد الوكلاء فاذا كانوا يوجد وكلاء متعددين مهمتهم انهم مسؤولون بالتضامن عن اي ضرر يصيب الموكل نتيجة العمل المتضامن فيه الذين قاموا به وذلك بفعل خطا مشترك ارتكبه وذلك انه اذا كان الوكلاء متضامنين فليسال احدا منهم عما فعله بسبب خطا او تعسف في مهمته او متجاوزا حدودا وكالته.

اما اذا تم تعيين الوكلاء في عقد واحد فانهم عليهم ان يعملوا مجتمعين وذلك اذا لم يرخص لهم بانفرادهم في العمل الا اذا ارتبط طبيعة العمل على عدم الحاجه الى تبادل الراي فيما بينهم.

اما المادة 580[2] نصت على انه اذا جعل الوكيل نائبا عنه في تنفيذ الوكالة لكن دون ترخيص فانه يكون مسؤولا كما يفعله النائب كما لو انه عمل هو العمل ويكون هو والنائب مسؤولين عما فعله اما اذا رخص للوكيل في اقامتي النائب فانه لا يكون مسؤول عن ما فعله النائب الا عن خطائه في اختيار نائب او في ما اذا ارتكب خطا في تنفيذ التعليمات الصادرة منه.

ويجوز للموكل ولنائب الوكيل ان يرجع على الوكيل استنادا على ما فعله في اختياره لنائب الوكيل او اصدر منه تعليمات خاطئة.

والمادة 581 نص تعالى انه على الوكالة اذا كانت باجر او بغير اجر فاذا كانت الوكالة تبرعيه تطوعا من الوكيل في قيامه بهذه الوكالة وقد تكون الوكالة باجر اذا اتفق الموكل والوكيل على ذلك.

---

[1] ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا متطلبات الحصول على شهاده الماجستير شريعة وقانون 1، 2013،2014ص83

[2] نفس المرجع ص 83.

في الوكالة التبرعية وهو ان يتفق الوكيل والموكل على ان تكون الوكالة التبرعية بغير اجر اما اذا كانت الوكالة باجر فانت تقدير هذا الاجر يخضع لتقدير القاضي.

والمادة 582[1] تنص على انه ما ينفقه الوكيل في شعر الوكالة فعل الموكل ان يرجع على الوكيل بالنفقة التي انفقها في شان الوكالة سواء كان المبلغ قليل او كثير في المبلغ الذي ينفقه الوكيل من اجل اداء مهمه الوكالة ولو كان المبلغ كبيرا فان الموكل المسؤول عن رد ذلك للوكيل.

اما المادة 583 تبين ان الموكل يكون مسؤولا عما اصاب الوكيل من ضرر نتيجة تؤديه لمهام الوكالة وذلك دون ارتكاب خطا منه في تنفيذه للوكالة تنفيذا معتادا.

والمادة 584 [2]تنص على انه اذا تعدد الاشخاص الموكلين في تنفيذ الوكالة بحيث اذا اتفقوا على توكيل وكيل في تنفيذ الوكالة وذلك في عمل مشترك فان الموكلين مسؤولين اتجاه الوكيل في تنفيذ الوكالة الا اذا تم الانفاق على غير ذلك.

اما المادة الأخيرة من القسم الثاني وهي المادة 585 وتنص على ان المواد الخاصة بالنيابة وهي من المادة 74 الى المادة 77 من القانون المدني الجزائري تنص على ان هذه المواد تطبق في العلاقة بين الموكل والوكيل بالغير.

والذي يمكن قوله ان المشاريع الجزائري في تعريفه للوكالة عرفها على اساس انها عقد انابه وبالتالي هل يمكن القول ان المشاريع الجزائري عرف الوكالة على انها انابة رغم اننا نعلم ان الوكالة هي فقط نوع من انواع النيابة وهي النيابة الاتفاقية التي تنشا بموجب اتفاق يكون بين الموكل والوكيل فكيف يعرف المشرع الجزائري الوكالة على انها انابه وبالتالي فان المشرع في هذه المادة الاولى الخاصة بالوكالة نستطيع القول ان المشرع لما عرف الوكالة على انها عقد الإنابة كان يقصد بها ان الوكالة

1:ايتم فضيله، النيابة في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير شريعة وقانون2013، 2014ص84.

2:نفس المرجع ص84.

هي نوع من انواع النيابة او كان يقصد ان الوكالة هي عقد انابه وبالتالي فان المشرع الجزائري يكون قد اخطأ لان الوكالة هي نوع من انواع النيابة وهي النيابة الاتفاقية.

اما اذا انتقل الى القسم الثالث وهو القسم الخاص بانتهاء الوكالة والاسباب المؤدية الى انتهائها فنجد المادة 586[1] نسخه على ان الوكالة تنتهي بأحد الاسباب الأتية وهي:

1- الوكالة تنتهي بإتمام العمل الموكل فيه وانتهائه.

2- وايضا تنتهي الوكالة بانتهاء اجل معين للوكالة.

3- كما تنتهي الوكالة بموت الموكل او موت الوكيل.

4- 4_ وتنتهي الوكالة بعزل الوكيل او بعدول الموكل عن ذلك.

والمادة 587 تنص على انه للموكل ان ينهل وكاله ما تشاء او يقيدها حتى ولو وجد اتفاق يخالف ذلك لان الوكالة من العقود الجائزة فيجوز للموكل كما يجوز للوكيل ان ينهي الوكالة سواء بحضره احدهما او بغيبته اما اذا كانت الوكالة باجر فان للموكل ان ينهيها لكن بتعويض الوكيل عن هذا العزل في حاله ما اذا الحق به ضرر نتيجة عزله.

والمادة 588[2] نصت على انه يجوز للوكيل ان يعزل نفسه عن الوكالة في اي وقت انشاء حتى ولو كان موجودا اتفاقا يخالف ذلك ويتم تنازل بإعلان الموكل عن ذلك اما اذا كانت الوكالة باجر وعزل وكيل لنفسه عن الوكالة فان الوكيل يكون مسؤولا عما اصاب الموكل من ضرر نتيجة عزل الموكل عن الوكالة وهذا اذا كان عزل الوكيل في وقت غير مناسب او بعذر غير مقبول.

اما اذا كانت الوكالة لصالح اجنبيه فلا يمكن الوكيل ان يعزل نفسه عن الوكالة حتى يتمكن الاجنبي من حفظ مصالحه وصيانتها.

1:ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكرة التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الشريعة وقانون 2016 2014 ص 85

2نفس المرجع ص 85.

والمادة[1] 589 نصت على ان الوكيل ان يكمل العمل الذي قام به وان يكمل كل الاعمال الخاصة لوكالاته وذلك دون احداث تلف لها واذا انتهت الوكالة بموت الوكيل فانه يجب على ورثته اختاروا الموكل بموت الوكيل وذلك اذا كان لورثته الأهلية على ذلك وهذا اذا كانوا على علم بالوكالة التي قام بها الوكيل وان يتخذ التدابير اللازمة لصالح الموكل وما يخص مصالحه.

فيمكن القول من خلال هذه المواد الخاصة بالوكالة فان المشرع الجزائري عرف الوكالة على انها عقد نيابة ثم ذكر الوكالة العامة وماذا يقصد بها في القانون الجزائري حيث نجد ان المشرع قصرها على الاعمال الإدارية ومنها الايجار وحدده في مده زمنيه معينه وهي ثلاث سنوات في هذه هي الوكالة العامة وذلك على حسب ما يوافق العرف والعادة وما لا يخالف القانون اما الوكالة الخاصة في القانون المدني الجزائري وهي التي تريد بألفاظ التخصيص وهي الوكالة التي ترد على غير الاعمال الإدارية ولكن حصرها المشارع الجزائري في البيع والله والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعات امام القضاء فهذه الوكالة الخاصة بحيث لا يتمكن الوكيل من مباشره مهمته الا في ما حدد له وامر به.[2]

اما فيما يخص الاثار المترتبة على الوكالة فان الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون ان يجاوز الحدود المرسومة له وذلك اذا تعذر عليه اخطار الموكل سابقا او كان يعلم من الظروف حتما ان الموكل سيوافق على ذلك كما ان الوكيل في تنفيذه للوكالة لا بد ان يكون بمثابه الرجل العادي وان لا يستعمل المال المخصص للوكالة لصالح نفسه.

كما ان الوكلاء اذا كانوا متعددين كانوا مسؤولين عما يفعلونه اتجاه الموكل في حالتي اذا ما اصابه ضرر نتيجة عملهم المشترك وذكر المشرع الجزائري انا الوكالة ايضا تكون اما تبرعيه اذا كان هناك اتفاق بين الموكل والوكيل على ذلك وقد تكون الوكالة باجر وذلك بتقدير من القاضي و باتفاق ناشئ بين الوكيل والموكل.

---

[1] :ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده ماجستير في شريعة : وقانون 2013 2014 ص 86

[2] بنفس المرجع.

كما ان الموكل يكون مسؤولا برادي كل نفقات التي انفقها الوكيل من اجل مهمته في الوكالة ويكون ايضا مسؤولا عما اصاب الوكيل عنه وفي الاخير ذاكر المشرع الجزائري ان المواد الخاصة بالنيابة من المادة 74 الى المادة 77 تطبق هذه المراد على العلاقة فيما بين الموكل والوكيل بالغير.

اما القسم الثالث وهو انتهاء النيابة ذكر المشرع الجزائري ان نيابة تنتهي بأسباب وهي اما بإتمام الوكيل للعمل الموكل فيه او موت الوكيل او الوكيل بانتهاء الاجل المعين للوكالة او بعزل الوكيل او بعدوله عن الوكالة.

في حالتي اذا مات الوكيل فان على الورثة اختار الموكل بموت الوكيل وذلك اذا لم يكون فاقدي الأهلية وان يتخذ التدابير اللازمة للحفاظ على مصالح الموكل.

اما النوع الاخر من انواع النيابة والذي يدخل ضمن النيابة القضائية وهي الوصاية وتوجد الوصاية بقانون الأسرة الجزائري وذلك لما لها من اهميه تخص حياه القاصر والمعاملات المالية الخاصة به فنجد الوصاية سواء في القانون الجزائري او في القوانين الاخرى يدخل ضمن قانون الاحوال الشخصية لأنها من الامور العائلية.

في الوصاية[1] في قانون الأسرة الجزائري اوردها المشرع الجزائري في المواد 92 الى الى المادة 98 فالمادة الاولى وهي المادة 92[2] يذكر المشاريع الجزائري انه في حاله الوصاية يجوز للاب او الجد ان يعين الوصية للولد القاصر وذلك اذا لم يعين الاب وصيا على الولد وذكر المشرع الجد لان الجد في مقام الاب الا انه لم يمنحه المشرع الجزائري هذا المقام في الولاية حيث انه منحه للام في حاله غياب الاب او وفاته ثم في الوصاية قال ان الاب او الجد له ان يعين الوصي على القاصر وهذا لظروف معينه وهو انعدام وجود الام او ان الام لا تقدر على الامتثال للوصاية لانعدام الأهلية لديها وذلك بطرق قانونيه ثبتت انعدام اهليتها اما اذا تعدد الاوصياء فلوصي اختيار الاصلح منه وذلك الذي يكون يمتاز بالأمانة والعدل والثقة ويشرف على امور القاصر بإخلاص.

1:ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا متطلبات الحصول على شهاده الماجستير شريعة وقانون2013، 2014ص 87 [1]

نفس المرجع. [2]

وهذا وفقا لأحكام المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري والذي يتكلم فيها المشرع ان من بلغ سن الرشد وهو سن الذي حدده المشرع به 19 سنه كامله فهو له الحق في مباشره في المادة 40 من القانون المدني والذي يحدد فيها المشرع الجزائري سن الرشد وهو سن الذي يكون فيه الشخص كامل الأهلية وذلك اذا كان بكامل قواه العقلية.

اما المادة 93 من نفس القانون تحدد الشروط الواجب توافرها في الوصية واول شرط منها هو الاسلام اي ان يكون الوصي من مله دين الاسلام فلا تصح الوصاية من غير المسلم كصاحب كتاب او اهل الذمة وانما لابد ان يتوفر فيه شرط الإسلام ثانيا ان يكون عاقلا بحيث ان يكون الوصي ذو عقل حتى يكون يعرف معنى التكليف ويكون قادرا على ان يباشر الامور الخاصة بالقاصر بكامل قواه العقلية،ثالثا ان يكون بالغا بحيث ان يكون الوصي بالغا فلا تصح الوصاية من فاقد التمييز لأنه لا يقدر على ذلك ولا ناقص الأهلية وانما لابد على الوصية ان يمتاز بالبلوغ الراشد والمميز للحفاظ على مصالح القاصر، رابعا ان يكون قادرا امينا فالوصي لابد ان تتصف فيه صفه القدرة على مباشره الامور القاصر الشخصية والمالية وان يتصف بالأمانة وعدم الخيانة وان يكون ثقه لذلك، خامسا حسن التصرف على الوصي ان يمتاز بالحكمة والهداية في التصرف وكفايته في ذلك حتى يتمكن من التعامل مع امور القاصرين وتدبيرها بحكمه وأمانه.

ويمكن للقاضي عزل الوصية اذا راه بانه ليس اهلا لذلك ولم تتوفر فيه الشروط اللازمة التي نص عليها قانون فان للقاضي ان يعزله عن مهمته.

اما المادة 74 [1]من نفس القانون تنص على انه يجب عرض الوصاية على القاضي وذلك لتثبيتها من طرف القاضي او رفضها ايضا من طرفه وذلك بأثبات وفاه الاب.

1:ايتم فضيله، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي مذكره التخرج استكمالا متطلبات الحصول على شهاده الماجستير شريعة وقانون 2013 2014 ص 88

والمادة 95[1] نصت على ان المشارع الجزائري منح للوصي نفس سلطه الوالي وذلك ان التصرفات التي يقوم بها الولي الوصي ان يقوم بها وهذا وفقا للأحكام الواردة في المواد 88 89 90.

الفرع الثاني :احكام الولاية و القوامة عند المشرع الجزائري.

أولا : أحكام الولاية عند المشرع الجزائري [2]:

ضمن هذا الفرع سنذكر احكام الولاية والقوامة عند المشروع الجزائري فنجد ان الولايات والقوامة في قانون الأسرة الجزائري ضمن النيابة الشرعية.

فتكلم المشرع الجزائري عن الولاية في المواد 87 الى المادة 91.

فالمادة 87 من امر رقم 05.02 مؤرخ في 27 فبراير سنه 2005 نصت على انه يكون الاب وليا على اولاده القصر وبعد وفاته صرف المشرع الجزائري انه ولايتها تحل مباشره بعد وفاه الاب.

وبالتالي فان المشرع الجزائري جعل الولاية على الاب وبعد وفاه الاب تنصرف مباشره الولاية الى الام ويكون لها محل قانوني اما اذا غاب الاب او حصل له مانع فالأم ايضا تحل محله في تدبير الشؤون المستعجلة المتعلقة بالأولاد طلاق فتسند الولاية الى من اسندت اليه الحضانة.

ونصت المادة 88 اوضحت صلاحيات الوالي في تصرف فيه اتجاه اموال القاصر وقد سبق ذكر ذلك في المادة 95 من الوصايا التي تحيد الى هذه المادة وتبين صلاحيات الوصي اتجاه تصرفيه في اموال القاصر ونفس الشيء بالنسبة للمادة 89 والتي تامر الولي ان يتخذ الاذن من القاضي في تصرف فيه في الاموال السابقة ذكرها في المادة 88 [3]من هذا القانون وايضا المادة 89 في حاله مائده عارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر فيتصرف في ذلك متصرف خاص وقد سبق ذكرها سابقا.

---

1 .

2: ايتم فضيله النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكر التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده ماجستير شريعة وقانون 2013،2013،ص9

3 نفس المرجع.

اما المادة 91 خاصه بالحالات التي تنتهي فيها الولاية حيث ان الولاية تنتهي بعجز الولي عن القيام بمهمته وايضا تنتهي الولاية بموت الولي وبالحجر عليه كما تنتهي الولاية بإسقاط الولاية عن الولي.

ثانيا أحكام القوامة عند المشرع الجزائري :

ذكر المشرع الجزائري تقديم الذي هو القوى فالمادة 99 من قانون الأسرة تعرف المقدم على انه هو من تعينه المحكمة في حاله عدم وجود الولي او وصي على من كان فاقد الأهلية او ناقصها بناء على طلب احد اقاربه او ممن له مصلحه او من النيابة العامة.

اما المادة 100 تجعل المقدمة مقام الوسيط في الصلاحيات التي يتميز بها الوصي وبالتالي فان للمقدم نفس الاحكام الخاصة بالوصاية وبالوصية فأنها تخص المعلم ولقد سبق ذكر المواد الخاصة بالوصاية وبأحكام الوصي.

المبحث الثاني :

المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة.

يتضمن هذا المبحث اوجه المقارنة بين ما ذكر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك على حسب ما شرح الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة وهذا يتجسد في اوجه الشبه واوجه الاختلاف الواردة في كل نوع من انواع النيابة.

المطلب الأول :اوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

من خلال هذا المطلب سنسكر التشابه الوارد بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك من خلال الفرعين السابق ذكرهما وهي الوكالة والوصاية والولايات والقوامة مما ذكر في الوكالة والوصاية والولايات والقوامة واحكامهم في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي (أنموذج).

الفرع الأول : أوجه الشبه بينهما في الوكالة والوصاية.

أولا: أوجه الشبه في الوكالة:[1]

اول شيء يقال ضمن هذا البحث وهو النيابة في التعاقد ان مفهوم النيابة عند اهل القانون وعند فقهاء المالكية يتوافق الا ان فقهاء المالكية او غيرهم من المذاهب لم يعرفوا النيابة كان عرفها القانون المدني الجزائري او غيره من القوانين الحديثة المعاصرة لان فقهاء المالكية كانوا يبنون مسائل الفقه بناء على عصرهم وبيئتهم عرفهم وعلى النوازل التي كانت تطرا عليهم وبالتالي وجدنا مفهوم النيابة عند فقهاء المالكية متوافق مع ما يوجد عند اهل القانون وذلك من خلال انواع النيابة.

فنجد ان نيابة الاتفاقية وهي عقد الوكالة عند اهل القانون هي النيابة الاختيارية وتسمى النيابة الاختيارية لأنها تنشا بمقتضى عقد يكون بين الطرفين وباتفاق منهما وعند فقهاء المالكية عقد الوكالة من المعروف انه عقد اتفاق بين الطرفين.[2]

اما النيابة القانونية[3] عند اهل القانون وهي نيابة المتمثلة في الولاية اما في فقه المالكي نجد ان النيابة القانونية تتمثل في النيابة الشرعية او ما يسمى بالولاية الشرعية وتتمثل في ولاية الوالي ووصاية

1: ضيلة، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول الحصول على شهاده الماجستير في : شريعة وقانون 2013 2014 ص 93

2 نفس المرجع.

3

الوصية والقوامة الا اننا نجد المشرع الجزائري لما ذكر النيابة الشرعية في قانون الأسرة كان ضمنها الولاية والوصاية والتقديم لكن فقهاء القانون يحددون النيابة القضائية بالوصاية والتقديم اذا اول تشابه بين القانون والفقه المالكي او غيره من المذاهب وهو التوافق بين هذين المجالين في انواع النيابة.

اما في ما يخص الوكالة فإننا نجد المشرع الجزائري تكلم عن انواع الوكالة في المادة 573 من القانون المدني الجزائري والتي حدد فيها المشرع ان الوكالة العامة ترد بألفاظ عامه ولا يكون فيها التخصيص وحصرها المشرع الجزائري في العقود الإدارية اما الوكالة الخاصة عند المشارع الجزائري وهي التي ترد بألفاظ خاصه بحيث لا يسمح للوكيل ان يتجاوز فيها الحدود المرسوم له وما تفتضيه الامور من توابل يطالب الوكيل بعملها وذلك وفقا للعرف الجاري وعلى حسب طبيعة كل امر وهذا على حسب المادة 574 من القانون المدني الجزائري.

اما في الفقه المالكي نجد ان الوكالة العامة هي التي يرد فيها للوكيل التوكيل بألفاظ عامه تصرح للوكيل ان يباشر وكالته بالتعميم في كل شيء مع مراعاه ما يقتضيه العرف والعادة وبالتالي فالمشرع الجزائري اقر في المادة 573 والمادة 574 من القانون المدني بأنواع الوكالة العامة والخاصة الا انه يوجد استثناء سيتم ذكره في اوجه الاختلاف وبالتالي لما ذكر المشارع الجزائري انواع الوكالة العامة والخاصة قد تقارب مع الفقه المالكي بذكره لهذه الانواع رغم انه انه ورد اختلاف فيها بين الفقه المالكي وما اورده المشرع.

ويمكن القول ان المشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي فيما يخص الاثار الناتجة عن الوكالة فنجد المشرع في المادة 575 من القانون المدني نصته على ان الوكيل لا يتجاوز الحدود الموسومة له من طرف الموكل فاذا تجاوزها عليه بأعلام الموكل بذلك او كان يعلم مصدقا ان الموكل سيوافق على ذلك وهذا من خلال الظروف الناشئة عن ذلك فنجد في الفقه المالكي[1] انه ليس انه ليس للوكيل ان يخالف ما امره به موكله سواء في الشراء او البيع او غير ذلك فاذا خالف الوكيل الموكل ما امره به كان يبيع بغير نقض البلد او يشتري بخلاف ما امره فان الموكل يخير بين الإجازة والرد فعل الوكيل[2]

[1] : الميسر الجليل ابن عبيد الديماني، باب الوكالة، ج 3ص 260،.261

[2] نفس المرجع.

واقر به يكون الوكيل قد اصبح فعله وذلك لموافقه الموكل عليه وايضا للموكل الموافقة عليه اذا كان العيب قليل وهذا ما تم ذكره في الاحكام الخاصة بالوكيل سابقا مع الفقه المالكي في هذه الجزئية وهو عدم مجاوزه الوكيل لحدود وكالته وعلى الموكل ان يخير بين الموافقة على العمل او رده والمشرع ذكر ان الوكيل يغلب عنده الظن ان الموكل سيوافق على ذلك كان يقول العيب قليلا.

ونصف المشرع الجزائري في المادة 578 من القانون المدني على انه لا يجوز للوكيل ان يستعمل مال الموكل لصالح نفسه ونجد في الفقه المالكي انه يمنع على الوكيل ان يشتري او يبيع ما امر ببيعه او بشرائه فان فعل ذلك يكون الموكل مخير بين الرد او امضاء فعل الوكيل المشرع الجزائري منع على الوكيل ان يتصرف فيها في مال الموكل وذلك لصالح نفسه وهي جزئيه يتوافق فيها المشرع مع الفقه المالكي.

وايضا الوكالة عند فقهاء المالكية تكون الوكالة باجره وبغير اجره كلاهما يطالب فيها الطرفان باللزوم وقيل يطالب باللزوم فقط في الوكالة التي تكون باجره 581 من القانون المدني الجزائري تكلم عن الوكالة التبرعيه وهي التي تكون بغير اجر اذا اتفق الطرفان على ذلك اما الوكالة التي هي باجره يحدد اجرتها القاضي ويكون من مقتضاها ان يلتزم الطرفان بمهامه.

اما فيما يخص انتهاء الوكالة، فالوكالة في الفقه المالكية هي من العقود الجائزة الغير اللازمة للطرفين فيجوز لكل من الطرفين الانعزال عن الوكالة سواء بحضور الطرف الاخر او بغيبته لأنها لا تلزم الطرفان وهذا ما توافق فيه المشرع الجزائري مع الفقه المالكي وذلك في المادة 587 من نفس القانون والتي تنص على انه يجوز للوكيل كما يجوز للموكل ان ينهيا عقد الوكالة وهذا لان المشرع يعتبر الوكالة من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ولو وجد اتفاق بخلاف ذلك الا انه اذا اراد الوكيل الانعزال عن عقد الوكالة فعليه ان يعلن الموكل بذلك لكن في الفقه المالكي جعل لكل من الطرفين حق العزل عن عقد الوكالة حتى ولم يحضر الطرفان وبالتالي فان الموكل له حق عازل الوكيل ولا وجد اتفاق يخالف ذلك مع تعويض الموكل للوكيل عن الضرب الذي لاحقه جراء العزل.

اما اذا اراد الوكيل ان يعزل نفسه فيجب عليه اعلام الموكل بذلك وله حق العزل واذا كانت الوكالة باجر فانه ملزم بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء العزل.

كما ان الوكالة تنتهي بموت الموكل او الوكيل او بانتهاء الاجل المعين للوكالة وفي حاله ما اذا مات الوكيل والموكل لا يعلم بذلك فعل ورثته اخطار الموكل وان يكملوا ما تم البدء به اذا كان لهم اهليه مباشره على ذلك.

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

ان المشرع الجزائري اقر بأنواع الوكالة وهي الوكالة العامة والخاصة ونجد عند الامام مالك ان الوكالة نوعين عامه وخاصه فتوافق المشاريع مع الفقه المالكي في هذه الجزئية رغم انه يوجد بعض الاستثناءات الواردة على هذه الانواع.

وايضا توافق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في المادة 575 وهي انه لا يجوز للوكيل مجاوزه الحدود المرسومة له فاذا جاوزها يكون الموكل مخير بين الامضاء والرد في فعله او كان يعلم ان الموكل يوافق على ذلك كان يكون العيب قليلا.

وايضا توافق المشرع الجزائري مع المذهب المالكي[1] على ان الوكيل يمنع عليه استعمال مال الموكل لصالح نفسه في المادة 578 وقد منع المالكية على الوكيل ان يبيع او يشتري لنفسه موكل في بيعه او شرائه فاذا فعله خير الموكل بين الامضاء والرد.

وتوافق المشرع الجزائري في المادة 579 في[2] حاله ما اذا كان تعدد الوكلاء فيجب على الوكلاء ان يكون عملهم مجتمعين الا اذا رخص الموكل بانفرادهم فيتبع شرطه في ذلك وفي الفقه المالكي ليس لاحد الوكيلين الاستقلال في عمله عن الاخر الا اذا امر الموكل بذلك فيتبع شرطه.

وايضا توافق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في حكم الوكالة وهي ان تكون الوكالة تبرعيه او وكاله باجر.

[1] : الامام شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج8، ص9.

[2] نفس المرجع.

اما فيما يخص انتهاء الوكالة فان الوكالة اعتبرها المشارع الجزائري من العقود الجائزة والتي يحق لطرفان فسخها وهذا ما ذكره فقهاء المالكية على انه يحق لكل من الطرفان فسخها ولو لم يعلم الطرف الاخر الا ان المشرع الجزائري او رد استثناء وهو ان الوكيل اذا اراد عزل نفسه عليه ان يعلن الموكل بذلك وايضا اذا كانت الوكالة صادره لصالح اجنبي فلا يحق له التنازل.

ثانيا: 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 اموره.

فنص المشرع في المادة 93 من قانون الأسرة على الشروط الواجب توافرها في الوصي بحيث يجب على الوصي ان يكون مسلم وهو الاسلام فلا تقبل الوصي للكافر ولا للذمي لقوله تعالى:" وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ "[سورة التوبة الآية 71].

كما يشترط في الوصي ان يكون عاقلا ويقول فقهاء المالكية لا تصح الوصاية[1] الى المجنون ولا الى الصبي لعدم الأهلية فكل شخص مسلوب الأهلية لا تصح له الوصاية لان الوصاية تتطلب فيها التكليف ووجود القدرة العقلية لدى الوصي ويجب على الوصي ان يكون بالغا فلا تصح الوصاية لفاقد الأهلية لا لعديم التمييز.

وايضا اشترط المشرع ان يكون الوصي قادرا وامينا فلا تصيح الوصاية عند المالكية لخائن ولا لفاسق لان الوصاية ولاية وائتمان حيث انه اذا كان الوصي عدلا ثم طرا عليه فسقا يعزل ويصبح تصرفه مردود فلا تصح الوصاية الى غير الرشيد الذي لا يهتدي في التصرف.

وجاء في المادة 95 و[2]التي تنص على ان الوصي نفس السلطات الولي وذلك طبقا للأحكام الصادرة في المواد 88 89 90 من قانون الأسرة وهي المواد التي تخص الولي والتصرفات المتعلقة 88 من قانون الأسرة على ان الولي له الحق ان يتصرف في بيع عقار القاصر وقسمته ورهنه وله ايضا بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

[1] : الذخيرة نفس المصدر، ج7 ص 158.

[2] نفس المرجع.

نجد ان المالكية جوزوا[1] للوصي بيع عقار القاصر وذلك بوجود بان يكون بيع العقار وجه نحو الغبطة في الثمن او لا كفاية في غلته او حاجه لنفقه او لكون العقار يكون في موضع خرب او يخشى انتقال العقار من موضعه فيبيعه ويستبدل بثمنه في موضع اصلح هذا ما اتفق عليه فقهاء المالكية في بيع الوصي عقار القاصر.

واجازه مالك للاب والوصي ان يقاسم على صغير الدور او العقار وكذلك اجاز العروض وجميع الاشياء[2] وبالتالي فان فقهاء المالكية اجازوا قسمه الوصي للعقار ولكن بشروط وظروف تتيح للوصي التصرف فيه وهي ضرورية اجاز قسمه العقار ولكن بعد اخذ الوصي الأذن منه بالتالي فان المشاريع وافق من فقهاء المالكية الذين اجازوا قسمه الوصي للعقار ولكن بأخذ الاذن من الامام او السلطان او بحضور الاكابر في ذلك.

واجاز المشارع الجزائري للوصي استثمار اموال القاصر بالإقراض والاقتراض ولقد جاوز فقهاء المالكية في الوصي ان يدفع ماله قيرا اي بجزء من ربحه وبضاعه بان يدفعه لمن يتاجر به على الربح ولا يضمن الوصي ما تلف اندفع الى امين كان ذلك في البر والبحر فان قارض غير مأمون وهو يعلم ضمن ما تلف.

والمادة 89 التي تنص على ان القاضي يراعي في الاذن حاله الضرورة والمصلحة فالوصي لا يباشر في هذه التصرفات الا اذا وجدت مصلحه داعيه الى ذلك وفقهاء المالكية جوزوا للوصي بيع العقار الا اذا دعت الضرورة في ذلك.

والمادة 90 والتي نص فيه المشرع انه اذا تعارضت مصالح القاصر ومصالح الوصي فيعين متصرف خاص تلقائيا ينظر في هذه المصالح وجاء في الفقه المالكية[3] ان الوصي اذا اشترى لنفسه العقار نظر السلطان وظاهره ينظر الان فان لم يكن فيه فضل نظر يوم البيع بالقيمة والسداد.

وتوافق المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في المادة 88 من قانون الأسرة التي تعطي للوصيف نفس صلاحيات الولي بحيث اجاز المشرع بيع العقار ورهنه وقسمته ولكن بعد اخذ الاذن من القاضي

[1] : رد المحتار على الذر المختار، محمد امين ابن عابدين، باب الوصايا ج 10 ص424، 425

[2] : المدونة الكبرى ،كتاب القسمة ج 4 ص 289.

13:الذخيرة، ج3ص،171،170.

ووجدنا في الفقه المالكي ان الوصي له حق بيع العقار ولكن بشروط يرى فيه السلطان اما في قسمته فلا يقسم الوصي الا بعد اخذ الاذن من السلطان او الامام او بحضره الاكابر فهذه الجزئية تبين توافق المشرع مع الفقه المالكي.

وايضا اجاز المشرع للوصي استثمار اموال القاصر بالإقراض والاقتراض ونجد في الفقه المالكي[1] ان يقرض مال القاصر لمن يحقق له الربح اذا كان الشخص الذي يأخذ القرض مأمون فلا يضمن ما اتلفه.

واما اذا تعارضت مصالح القاصر مع مصالح الوصي كان يشتري الوصي عقار القاصر لنفسه فان السلطان او القاضي جعل المشرع ينظر فيه متصرف خاص.

الفرع الثاني :أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الولاية والقوامة.

أولا: أوجه الشبه بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الولاية.

من المعلوم ان الولي عند مباشره للولاية يكون اكثر مزيدا من الشفقة والرحمه واكثر حرصا للحفاظ على مصالح القاصر وتدبير اموره المتعلقة بحياته الشخصية والمالية.

فهو يعمل دائما على جلب المنفعة للقاصر ودفع المفسدة عنه فالعمل الذي يعود على القاصر بالمنفعة المحضة يقبل منه كقبول الهبه والعمل الذي يضر القصر يدفع عنه خاصه اذا كان ضرره محضا فلا يقبل منه كتقديم التبرعات من مال القاصر.

ووجدنا ان المشرع الجزائري في المادة 87 من قانون الأسرة جعل الولايات للابي وهذا ما وفق فيه الفقه المالكي مع ورود بعض الاختلافات في هذه المادة عند فقهاء المالكية اذا كانت الولاية على المال تثبت الولاية للابي ثم لوصيه ثم للقاضي ثم لمن يقيمه ثم لجماعه المسلمين ان لم يوجد قاض.

12: الميسر الجليل باب الوصايا،ج4،ص318،319

واذا كانت الولاية على نفسي فتثبت الولايات عند المالكية للبنوه ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الجدود ثم العمومة فأولى على النفس عند المالكية هو الابن وابنه ثم الجد ابو الاب ثم يقدم الشقيق ثم القاضي في عصرنا[1].

وبالتالي المشارع الجزائري توافق مع الفقه المالكي في الولاية على النفس وهو ان الولاية ابتداءا تكون للاب على القاصر.

اما في ما يخص المواد 88 89 90 قانون الأسرة وهي التي تحدد صلاحيات الولي في مباشره لأموال القاصر والتصرف فيها فنجد ان هذه المواد ايضا اعطت للوصي حق التصرف في هذه الاموال مثل الولي وبما ان الولي هو الذي يعين ومادام للوصي هذه الصلاحيات فلأولى اولا مباشره هذه الصلاحيات من باب أولى.

اما في الفقه المالكي فنجد ان الولي عند فقهاء المالكية ذو رحمه وشفقه اكثر على القاصر في حكم العبوه والبنوة التي عنده فهو يعمل على تحقيق مصالح القاصر فاذا قام ببيع العقار الا اذا وجد الظروف السابق ذكرها وايضا للولي قسمه العقار ولكن بدون حضور القاضي ولا السلطان لان الولي هو الأدري بمصالح القاصر وحفاظ على اموالهم فكل ما جاوزه المالكية يختاره الولي اما في حاله ما اذا اراد ان يشتري الولي لنفسه من اموال القاصر فقال :"المطرف وعبد الملك[2] ما باع او رهن من متاعي ولده لنفسه فهو مردود وان عرف ان فعله لنفسه هل لنفسه ام لولده لا يرد الامكان صحه التصرف" وقالا: ما اشترى من رقيقه او عقاريه نفذ الا بخس يسير فيرد كله لأنه معزول عن غير المصلحة وما قرب الاثمان ماضيه وباع وقلت المحابة مضى ذلك كله وان عظمه المحاباة رد كله لثمن الفساد."

وبالتالي فالولي عند فقهاء المالكية له ان يشتري لنفسه من مال القاصر لكن اذا كان هذا الشراء باخس يسير رد الشراء لان الولي مهمته الحفاظ على مصلحه قاصر من اموال الولد الصغير اذا

[1] : الفقه الاسلامي وادلته، ،جج3ص750،749

[2] : الذخيرة،نفس جد المرجع كتاب الحجر،ج8،ص243.

احتجت الضرورة لذلك اما ان حاب او اشترى لنفسه بغير وجه حق فلا يجوز ذلك اما المشرع الجزائري فأجاز للولي و للوصي نفس الصلاحيات ولكن بأخذ اذن القاضي في ذلك.

التقارب الحاصل بين الفقه المالكي والقانون الجزائري في الولاية هو ان المشارع جعل الولاية للولي وايضا ما رأيناه عند فقهاء المالكية من جعل الولاية للولي في الولاية على المال وايضا اجاز المالكية للولي البيع والشراء والرهن اذا كانت الضرورة داعيه لذلك.

ثانيا :أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في القوامة.

ان القوامة او كما سماها المشرع الجزائري بالتقديم فنجد المشرع تكلم عن التقديم في المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة فعرف المقدم هو من تعينه المحكمة في حاله عدم وجود ولي او وصيه على من كان فاقد الأهلية او ناقصها بناء على طلب احد اقاربه او ممن له مصلحه او من النيابة العامة.

والمادة 100 من قانون الأسرة نصت على ان المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الاحكام اما التكلم عن القيم نجد من يقصد به وصي القاضي الذي يقوم على شؤون القاصر فان القاضي يعين القيم على اموره.

وبالتالي نستطيع القول ان وصي القاضي عند المالك[1]ية له نفس صلاحيات الوصي المختار الا انه لا يجوز لوصي القاضي ان يشتري او يبيع لنفسه من مال اليتيم فله البيع والشراء والقسمة ورد الوديعة وشراء حاجه الطفل والخصومة في الحقوق كيلي او وزن وطلب دين وقضاء دين وبيع ما يخاف تلفه وجمع اموال ضائعة في نفس صلاحيات التي تعطى المختار تعطى لوصيه القاضي.

فالمشرع الجزائري توافق مع الفقه المالكي في تعريفه للقيم على انه هو من تعينه المحكمة في حاله عدم وجود الولي او الوصي المشرف على امور القاصر والمالكية عرفوا القيم على انه من يختاره القاضي في حاله انعدام الولي او الوصي ليشرف ايضا على امور القاصر الا ان تسميه تختلف عن القانون وهو ان المالكية سموا القيم بوصي القاضي والمشرع الجزائري اعطى للقيم نفس الصلاحيات التي يمارسها الوصي المختار فكما ان الوصي المختار له حق البيع والشراء وقسمه المال وغير ذلك

[1] :رد المحتار على رد المختار،باب الوصايا،ج10 ص414-422.

من التصرفات ايضا القيم له ذلك الا انه ليس له وهذا ايضا في الفقه المالكي فوصل القاضي الذي هو القيم له نفس صلاحيات الوصي المختار الا انه لا يحق له بيع او شراء لنفسه من اموال القاصر فلذلك لا يجوز مطلقا.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

يتضمن هذا المبحث الاختلافات الواردة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وذلك على مستوى الوكالة التي تضمنها القانون المدني الجزائري واما على مستوى قانون الأسرة فناجد الوصاية والولايات والقوامة لان هذه الامور تتعلق بالأحوال الشخصية فنذكر الاختلافات الواردة بين هذه الجزئيات مقارنه بين فقه المالكية كنموذج والقانون الجزائري المدني وقانون الأسرة.

الفرع الأول : اوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة والوصاية.

أولا : اوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة.

الذي يمكن قوله في هذه الجزئية وهو ان الوكالة عند الفقهاء المالكية هي نوع من النيابة تكون اعم من الوكالة عند فقهاء المالكية نوعان عامه وخاصه وهذا عند الامام مالك فالعامة عند امام مالك وهي التي تريد بألفاظ عامه تبين فيها ان الوكيل له حق التفويض والتصرف في جميع الاشياء الا ما خلف العرف والصلاحيات التي تكون للوكيل المفوض ليست نفس صلاحيات التي تكون للوكيل المخصص الوكيل المفوض اما الوكيل الخاص وهو الذي يجعله الموكل في عمل معين وخاصه عليه الا يجاوز الحدود المرسومة له.

هذا في فقه المالكي اما المشاريع الجزائري فتكلم عن الوكالة العامة وحصرها فقط في الاعمال الإدارية وعلى ان ترد هذه الوكالة العامة اما الاعمال الإدارة فلا بد فيها من تخصيص وهي البيع اليمين والمرافعة امام القضاء بحيث لا يكون للوكيل الا القدرة على مباشره العمل المحدد له فيها.

وبالتالي تم اختلاف المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في هذه الجزئية لان الوكالة العامة عند المالكية تكون في جميع الامور بتفويض من الموكل فيقوم الوكيل المفوض مقام الموكل اما الوكالة الخاصة عند المالكية تكون في عمل او عقد معين يعينه الموكل للموكل الخاص وليس فقط كما نظمه المشرع وهي الله والتبرع وغيره.

وايضا تم اختلاف المشرع الجزائري مع الفقه المالكي في تعريف الوكالة عند المشرع الجزائري اعتبرها عقد انابه وبالتالي فالوكالة والنيابة هما مفهوم واحد اما الوكالة عند المالكية فهي تبنى على الصيغة فتكون الوكالة باللفظ العام او باللفظ الخاص ومن حيث اللزوم اذا كانت باجره فتتطلب اللزوب من الجانبين واذا كانت بغير اجره قيل انها تتطلب اللزوم من جانب واحد.

الوكالة في الفقه المالكي او غيره من المذاهب هي نوع من انواع النيابة وبالتالي المشارع الجزائري اخطأ لأنه اعتبر الوكالة هي عقد انابه وبالتالي لابد من المشرع تصحيح وجهه نظره في هذه المادة. اما الاختلاف الثاني وهو في المادة 588 من القانون المدني وهي انها تجيز للوكيل ان يعزل نفسه عن الوكالة ولكن بعد اعلان الموكل عن ذلك لكن في المادة التي قبلها 587 وهي التي تجيز للموكل ان يعزل نفسه عن الوكالة دون علم الوكيل بذلك ولكن في حاله مائده الحق كل طرف ضررا بالآخر وكانت الوكالة باجر فعليه تعويض الضرر الذي الحقه كل طرف باخر ولكن في الفقه المالكي تعتبر الوكالة من العقود الجائزة وليست من العقود اللازمة وبالتالي يحق كل من الموكل والوكيل فسخ عقد الوكالة بحضور الطرف الاخر او بعدم حضوره لكن المشاريع الجزائري اختلف مع الفقه المالكي بحيث جعل الموكل عقد الوكالة من جهته جائزا فيحق له الفسخ ام الوكيل فلا يجوز له ذلك الا بإذن الموكل.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة في الوصاية.

الاختلاف الوارد بين فقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الوصاية نجد ان المشارع الجزائري في المادة 92 من قانون الأسرة تم فيه تعيين الموصي وهو الاب او الجد الذي يعين الوصي للولد القاصر اذا لم تكن له ام تتولى اموره او عدم اهليتها لذلك بطرق القانونية واذا تعدد الاوصياء فللقاضي

اختيار الاصلح منهم مع مراعاه احكام المادة 86 من هذا القانون اما في الفقه المالكي نجد ان الموصي تمثل في الاب في الاب هو الذي يعين الوصي ولا يكون للجد تعيين الوصي عند انعدام فيجب على الاب ان يعين الوصي والوصي والمختار هو الذي يقوم مقام الاب لتولي مهام الوصاية.

وايضا عند المالكية الام لا تكون من الاوصياء لعدم قدرتها على ذلك اما فيما يخص تعدد الاوصياء فلمالكيه اجازوا تعدد الاولياء وليس لهما الانفراد بالعمل الا اذا اجاز الموصي ذلك فان المشرع الجزائري اختلف مع الفقه المالكي في جعل الموصي بعد الاب الجد وايضا جعل الامه تكون وصيا على الولد القاصر ولم يأخذ بتعدد اوصياء وانما اختار منهم الاصلح في هذه الجزئية اختلف فيها المشرع الجزائري مع فقه المالكي.

اما في ما يخص ايجار الوصي لعقار القاصر فان المشاريع الجزائري حدد هذا الايجار بثلاث سنوات لكن في الفقه المالكي اذا باشا الوصي الايجار لا يحدد بالمدة ولكن لابد من جلب المنفعة من هذا الايجار القاصر.

الفرع الثاني : اوجه الاختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الولاية والقوامة.

لقد تكلم المشرع الجزائري عن الوالي في المادة 87 حيث جعل الولاية للابي على اولاده القصر وبعد وفاته تحيل الام محل له قانونا وفي حاله غياب الاب تحل الامه حله للقيام بالأمور المستعجلة اما في حاله الطلاق فيمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الاولاد هذا عند المشرع الجزائري.

اما على مستوى الفقه المالكي فالولاية تكون عند المالكية على نوعين الولاية على النفس والولاية على المال ولقد دون تحديد نوع الولاية، الولاية على المال تثبت للابي ثم للوصي الذي يختاره الاب وهذا عند المالكية فالمشرع اختلف مع الفقه المالكي لان جعل الولاية للابي ثم تحل مباشره بعد وفاته الام وحتى اثناء غيابه وفي حاله الطلاق يمنح ذلك للحاضن.

اما فيما يخص الولاية على النفس عند المالكية تكون للبنوه ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الإخوة ثم الجد ثم العمومة لم يتكلم عن هؤلاء الاولياء ولم يجعل لهم هذه المراتب وانما حصل الولاية فقط في الاب والام وهذا الاختلاف الوارد بينما نظمه المشروع الجزائري وبينما جاء عند المالكية.

المادة الأخيرة من الولاية تكلمت عن انتهاء وظيفه الولي فذكر المشاريع الجزائري ان تنتهي بموته او عجزه او بالحجر عليه او بإسقاط الولاية عنه.

اما عند المالكية تنتهي الولاية على النفس بزوال سببها وهو صغر وبزواج القاصر وهذا لم يذكره المشرع الجزائري اما في الولاية على المال فتنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد وانتهاء وظيفه الولي او موت القاصر وهذا لم يورده المشرع الجزائري في المادة الأخيرة.

الخاتمة

تعرف النيابة شرعا بانها العلاقة المباشرة بين الموكل والغير في حكم العقد وحقوقه واختص شخص الوكيل بينهما.

النيابة عند فقهاء القانون تعرف بانها حلول اراده النائب محل إرادة الاصيل في ابرام التصرف القانوني.

النيابة في التعاقد هي ان يقوم شخص يسمى النائب بالتعاقد بالسماء والحساب شخص اخر يسمى الاصيل ويصدر التعبير عن الإرادة من النائب بينما اثار العقد لا تنصرف اليه وانما تنصرف الى العقيد الحقيقي وهو الاصيل الذي ابرم العقد باسمه ولحسابه.

للنيابة في التعاقد شروط يجب ان تتحقق عن طريقها النيابة تتمثل في وجود اراده النائب وان يكون في العقد باسم الاصيل ولحسابه ولا تكون النيابة من شخص عديم الأهلية او فيه عيوب الإرادة.

المشرع الجزائري فيما يخص النيابة يضع احكاما وهي حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري والاثار المترتبة عن ذلك من خلال العلاقة بين النائب والغير، بين الاصيل والغير، بين النائب والاصيل.

ولكل علاقه اعطى المشرع الجزائري احكاما يتم فيها النيابة بالتعاقد لكل طرق منهما ومراعاه لكل حاله منهما والحالات التي لا يجوز فيها النيابة في التعاقد هذا في الفصل الاول.

في الفصل الثاني نتناول احكام النيابة في الفقه الاسلامي ونخص بالفقه المالكي كنموذج ثم بعد ذلك نجري مقارنه مع القانون المدني الجزائري من حيث اوجه الشبه والاختلاف.

من انواع النيابة: الوكالة وعرفها المالكية بانها نيابة الى ذي حق بأمره ولا عباده لغيره غير مشروطه بموته.

اركان الوكالة: وهي الموكل، الوكيل، ما فيه التوكيل، الوكالة.

ايضا من انواع النيابة: الوصاية، وهي التصرف في امور الغير وماله وعياله بعد موته او هي اقامه الانسان مقامه غيره مقام نفسه والتصرف بعد الموت فال وكاله تكون اثناء الحياه والوصاية تكون بعد الوفاة هذا فيما يخص النيابة والوصاية.

اركان الوصاية: الموصلي، الوصي، الموصي فيه، الصيغة.

ايضا من انواع النيابة: الولاية، وهي تنفيذ القول على الغير شاء ام ابى والصلة بين النيابة والوكالة ان كل منهما نيابة ولكن الوكالة نيابة اتفاقية ام الولاية نيابة شرعيه او إجباري.

تكون الولاية على النفس وتكون على المال شروطها: الذكورة، البلوغ، العقل، الإسلام، غير العدالة والرشد .

ايضا من انواع النيابة: القوامة قسمها الفقهاء الى ثلاثة معان.

_ ولاية يفوضها القاضي لشخص كبير راشد من اجل التصرف في امور القاصر.

_ ولاية يفوضها بموجبها صاحبها حفظ المال الموقوف وتنميته.

_ ولاية يفوض بها الزوج تدبير شؤون زوجته وتأديبها.

احكام القوامة: على المحجور عليهم، القيم على مال المفقود، القوامة على الوقف، قوامه الزوج على زوجته.

ايضا تناولنا في هذا الفصل احكام الوصاية والوكالة في القانون المدني الجزائري وايضا احكام القوامة والولاية في القانون المدني الجزائري.

المقارنة بين الفقه المالكي كأنموذج والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة في الوكالة والوصايا وبخصوص الولاية والقوامة وهذا من خلال اوجه الشبه والاختلاف فاتفق كل من المشرع الجزائري والفقه المالكي في جوانب واختلفا في جوانب أخرى.

ملخص البحث:

تناولنا في هذا البحث الموسوم بان التعاقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري تعريف النيابة، في التعاقد عند اهل القانون هو ان يحل النائب محل الاصيل في ابرام تصرف قانوني وفيما يخص شروط النيابة تتمثل في وجود ارادة النائب وان يكون العقد باسم الاصيل ولحسابه ولا تكون النيابة من شخص عديم الأهلية او فيه عيوب الإرادة وتناولنا احكام النيابة في التعاقد في الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري ومعرفة اوجه الشبه والاختلاف بينهما.

الكلمات المفتاحية: النيابة – التعاقد – الفقه الإسلامي – القانون المدني الجزائري.

فهرس السور وآيات القرآن الكريم:

السورة والآية	رقم الآية	رقم الصفحة
"مُنِيبِينَ إِلَيْهِ" سورة الروم	31	13
"وَأَنِيبُوا إِلَىٰ رَبِّكُمْ وَأَسْلِمُوا لَهُ " سورة الروم.	54	13
"فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ "سورة الكهف.	19	32
"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ " سورة التوبة.	71	37
"وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ" سورة الأنفال.	75	37

فهرس الأحاديث النبوية :

الحديث	رقم الصفحة
" اللهم رحمتك أرجو فلا تكلني إلى نفسي طرفة عين"	31

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

1_ ابي القاسم عبيد الله بن الحسن ابن جلاب البصري، التفريع، حسين ابن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، 1408 هـ 1987 م د، ط.

2_ الامام ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة الوكالة د، ط.

3_ احمد زرقاء، المدخل الفقهي العام، نظريه الأهلية والولاية د، ط.

4_ ابن الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، مجلد السادس، باب النون، د، ط.

5_ الدكتور عبد الغني ابو العزم، معجم الغني، د، ط.

6_ الدكتور زكريا، الاحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون، منشأ المعارف بالإسكندرية، د، ط.

7_ دكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي، باب الوصايا، د، ط.

8_ عبد الرزاق السنهوري، نظريه العقد، د، ط.

9_ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، د، ط.

10_ رد المحتار على ذر المختار، محمد امين ابن عابدين، باب الوصايا، د، ط.

11_ شهاب الدين القرافي، الذخيرة، كتاب الحجر، د، ط.

12_ المدونة الكبرى، كتاب القسمة، د، ط.

13_ الميسر الجليل، ابن عبد اليماني، باب الوكالة، د، ط.

14_ الموسوعة الفقهيه الكويتية، وزاره الشؤون الدينية، د، ط.

15_ مالك ابن انس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، كتاب الوكالة، د، ط.

16_ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مجد الدين، قاموس المحيط، د، ط.

البحوث الأكاديمية :

17_**ايتم فضيله في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الشريعة وقانون جامعة وهران احمد بن بله 1، 2013،2014 .**

18_**رمضان مفتاح، النيابة في التعاقد دراسة مقارنة، مذكره التخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهاده الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية جامعة بن يوسف بن خده الجزائر، 2008، .**

فهرس الموضوعات :

العنوان	الصفحة
المقدمة	أ
المبحث التمهيدي: فكرة النيابة في التعاقد	7
المطلب الأول: تطور فكره النيابة في القانون	7
المطلب الثاني: تطور فكرة النيابة في القوانين المستحدثة.	8
الفصل الأول: ماهية النيابة.	
المبحث الأول: تعريف النيابة وتحديد أهميتها ونطاقها	11
المطلب الأول: تعريف النيابة في اللغة وتحديد اهميتها	11
الفرع الأول: تعريف النيابة في اللغة	11
الفرع الثاني: أهمية النيابة	12
المطلب الثاني: مشروعية النيابة	13
الفرع الأول: مشروعية النيابة	13
الفرع الثاني: نطاق النيابة	14
المبحث الثاني: مفهوم واحكام النيابة عند المشرع الجزائري	16
المطلب الأول: مفهوم النيابة عند المشرع الجزائري	17
الفرع الأول: تعريف النيابة في التعاقد	17
الفرع الثاني: شروط النيابة في التعاقد	19
أولا: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل	19
ثانيا: استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة له	20
ثالثا: أن يتعامل النائب باسم الاصيل وأن يكون التعامل لحسابه	21
المطلب الثاني: أحكام النيابة عند المشرع الجزائري	21

الفرع الأول: حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري	22
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن النيابة في التعاقد	23
أولا: العلاقة بين النائب والغير	23
ثانيا: العلاقة بين النائب و الأصيل	24
ثالثا: العلاقة بين الأصيل والغير	25
ملخص الفصل الأول	27
الفصل الثاني: أحكام النيابة لدى الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري دراسة مقارنة	
المبحث الأول: أحكام النيابة في الفقه الإسلامي(الفقه المالكي أنموذج)	31
المطلب الأول: أحكام النيابة في الفقه المالكي	31
الفرع الأول: الوكالة _الوصاية	31
أولا: الوكالة	31
1_اركانها	32
الموكل	32
ب_الوكيل	32
ج_مافيه التوكيل	32
د_الوكالة	33
ثانيا_الوصاية	34
1_اركان الوصاية	35
أ_الموصي	35
ب_الوصي	35
ج_الموصي فيه	36
د_الصيغة	36
الفرع الثاني: الولاية والقوامة	37

أولا: الولاية	37
1_ تعريفها	37
2_أنواع الولاية	38
أ–الولاية على النفس	38
ب–الولايةعلى المال	39
3_شروط الولي	43
أ_الذكورة	43
ب_البلوغ	43
ج_العقل	43
د_الإسلام	43
ثانيا: القوامة	44
1_احكام القوامة	45
أ_القوامة على المحور عليهم	45
ب_القيم على مال المفقود	45
ج_القوامة على الوقف	45
د_ قوامة الزوج على زوجته	45
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من النيابة	46
الفرع الأول: أحكام الولاية والوصاية في القانون المدني الجزائري	46
الفرع الثاني :أحكام الولاية والقوامة عند المشرع الجزائري	53
أولا: أحكام الولاية عند المشرع الجزائري	53
ثانيا: أحكام القوامة عند المشرع الجزائري	54
المبحث الثاني: المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري بخصوص النيابة	55

المطلب الأول: أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري	55
أولا: أوجه الشبه في الوكالة	55
ثانيا: أوجه الشبه بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الوصاية	59
الفرع الثاني: أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الولاية والقوامة	61
أولا: أوجه الشبه بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الولاية	61
ثانيا: أوجه الشبه بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في القوامة	63
المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري	64
الفرع الأول: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة والوصاية	64
أولا: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري في الوكالة	64
ثانيا: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الوصاية	66
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري في الولاية والقوامة	66
ملخص الفصل الثاني	68
الخاتمة	69
ملخص البحث	71
فهرس السور وآيات القرآن الكريم	73
فهرس الأحاديث النبوية	73
قائمة المصادر والمراجع	74
فهرس الموضوعات	76

i