الجامعة الإسلامية العالمية
اسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون

T-801

DATA ENTERED

نيابة الشخص عن غيره في التصرف المالى

(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف

الأستاذ الدكتور . سير عواد علي عواد

رئيس قسم الفقه الإسلامي بكلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية العالمية

إسلام آباد - باكستان

إعداد

مروان كونش

International Islamic Univ. المكتبة الجامعة الإسلامية العالمية إسلام آباد
LIBRARY
Islamabad

١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م

01/09/2010

MS

٢٩٧،١٤

ع ر ن

DATA ENTERED

١- فقه اسلامي- نيابة الشخصي عند غيره

١- عنوان

T- 801

Accession No.....

M.D

ED

DATA ENTERED

17/01/14

بسم الله الرحمن الرحيم

توقيعات الممتحنين

١- .....

٢- .....

٣- .....

إسلام آباد

التاريخ : .....

كلمة الشكر

لا بد من واجب الوفاء والإعتراف بالجميل ، أن أتقدم بين يدي هذا البحث المتواضع بخالص الشكر إلى كل من له على يد ، من غير استثناء خصوصا والدي الكريمين الذين تعهداني وربياني صغيرا وإلى هذه اللحظة ، وتحملا في ذلك عناء شديدا . وكذلك إخوتي وجميع أفراد الأسرة وخاصة أخي الفاضل عثمان وزوجتي الفاضلة أم محمد .

ولا أنسى أن أتقدم بخالص الشكر والوفاء والإحترام إلى جميع أساتذتي الذين تعلمت على أيديهم كل شيء منذ الصغر إلى يومنا هذا . ولا يتسع المقام لحصرهم جميعا ، ولكني أخص بالذكر أستاذي وشيخي الكريم الأستاذ الدكتور سيد عواد على عواد ، رئيس قسم الفقه الإسلامي بكلية الشريعة والقانون . الذي أشرف على هذا البحث وتعهده وساعدني في كل شيء كنت بحاجة إليه ، و أعطاني كثيرا من وقته الغالي في سبيل انجاح هذا العمل ، فله مني جزيل الشكر ، ومن الله عظيم الأجر

ولا أنسى أيضا أساتذتي في الجامعة الإسلامية العالمية إذا كان لا بد من ذكر بعضهم منهم الشيخ الدكتور أحمد العسال و أستاذي الفاضل الدكتور دياب عبد الجواد عطا ، والدكتور عبد اللطيف عامر والأستاذ الكريم أكرم غراب ولا يمكن إحصاء فضلهم عليّ ولهذا أكتفي بالشكر الجزيل و أسأل الله أن يرزقهم عمرا طويلا لينتفع الناس من علمهم النافع و أن يجمعنا جميعا حول حوض النبي صلى الله عليه وسلم .

خلاصة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد ،

فهذا بحث في : « نيابة الشخص عن غيره في التصرف المالي » أتقدم به لكلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد - باكستان لنيل درجة الماجستير .

وقد قسمت هذا البحث بفضل الله تعالى وعونه إلى مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة.

أما المقدمة : تكلمت فيها عن أهمية الموضوع وسبب اختياري له والمنهج الذي عالجت به مسائل هذا البحث وفروعه.

أما الباب الأول :فكان عن مقدمات النيابة وقسمته إلى أربعة فصول :

الفصل الأول : في تعريف النيابة ، وفيه مبحثان

المبحث الأول : تعريف النيابة لغة واصطلاحا

المبحث الثاني : تعريف النيابة في القانون

وأما الفصل الثاني فكان عن تطور النيابة ، وجاء في مبحثين :

المبحث الأول : تطور النيابة في الفقه الإسلامي ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : في النيابة الإرادية

المطلب الثاني : في النيابة الجبرية

وأما المبحث الثاني : فقد جعلته في تطور النيابة في القانون وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول : التطور التشريعي للنيابة

المطلب الثاني : التخفيف من انتفاء النيابة في القانون الروماني

المطلب الثالث : النيابة في القانون الفرنسي القديم

المطلب الرابع : تطور النيابة في القانون الإنجليزي

وأما الفصل الثالث : ففي أنواع النيابة ، وجاء الكلام عنها في مبحثين :

المبحث الأول : أنواع النيابة عن الغير في الفقه الإسلامي ، وفيه مطلبان :.

المطلب الأول : النيابة الإرادية ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : النيابة المستندة إلى عقد الوكالة

الفرع الثاني : النيابة المستندة إلى غير عقد الوكالة ، وقد جعلت الكلام عن هذا الفرع في مسائل أربعة :

المسألة الأولى : النيابة الإرادية المستندة إلى عقد المساقاة
المسألة الثانية : النيابة الإرادية المستندة إلى عقد الإجارة
المسألة الثالثة : النيابة الإرادية المستندة إلى عقد الشركة
المسألة الرابعة : النيابة الإرادية المستندة إلى عقدالرهن
المطلب الثاني : النيابة غير الإرادية وفيه أربعة فروع :
الفرع الأول : نيابة الولي
الفرع الثاني : النيابة القضائية
الفرع الثالث : نيابة الوصي المختار
الفرع الرابع : نيابة الفضولي
المبحث الثاني : أنواع النيابة عن الغير في القانون ، وفيه مطلبان :
المطلب الأول : أنواع النيابة من حيث تحديد سلطة النائب وفيه فرعان :
الفرع الأول : النيابة الإرادية
الفرع الثاني : النيابة القانونية
المطلب الثاني : أنواع النيابة من ناحية مصدرها :
المطلب الثالث : أنواع النيابة من حيث ترتب الآثار على الأصيل مباشرة أو عدم ترتيبها
المطلب الرابع : أنواع النيابة من حيث وجود السلطة وعدمها
المطلب الخامس : النيابة الظاهرة أو الإيهامية
المطلب السادس : مقارنة
و أما الفصل الرابع : التعبير عن النيابة وفيه مبحثان :
المبحث الأول : التعبير عن النيابة في الفقه الاسلامي وفيه مطالب ثلاثة :
المطلب الأول : التعبير باللفظ
المطلب الثاني : التعبير بالكتاب
المطلب الثالث : التعبير بالإشارة
المبحث الثاني : التعبير عن النيابة في القانون .
و أما الباب الثاني : فقد جعلته في أهم مجالات النيابة وهي الولاية والوصاية ونيابة الدائن عن المدين ونيابة الوكيل ونيابة الفضولي :

وقد جاء هذا الباب في أربعة فصول :

و أما الفصل الأول : فكان في الولاية والوصاية، وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : الولاية على المال وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الولاية في الفقه الإسلامي وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : تعريف الولاية

الفرع الثاني : أقسام الولاية

الفرع الثالث: شروط الأولياء

الفرع الرابع : مراتب الأولياء

المطلب الثاني : الولاية في القانون وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : تعريف الولاية في القانون

الفرع الثاني : أقسام الولاية وطبيعتها

الفرع الثالث : شروط الأولياء

الفرع الرابع : أولياء المال ومراتبهم

و أما المبحث الثاني : الوصاية وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الوصاية في الفقه الإسلامي وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: تعريف الوصاية.

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الإيصاء وحكمه وفيه مسألتان

المسألة الأولى : حكمة مشروعية الإيصاء و أدلتها

المسألة الثانية : حكم الإيصاء

الفرع الثالث : أقسام الوصاية

المطلب الثاني : الوصاية في القانون وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: تعريف الوصاية.

الفرع الثاني : أنواع الأوصياء

الفرع الثالث: شروط الوصي.

المبحث الثالث: المولى عليهم وقد جعلت الكلام عن هذا في خمسة مطالب وهي :

المطلب الأول : المولى عليه الصغير

المطلب الثاني : المجنون والمعتوه

المطلب الثالث: السفيه وذو الغفلة
المطلب الرابع : المحكوم عليه بعقوبة جنائية
المطلب الخامس : المولى عليه الغائب
و أما المبحث الرابع ففي نيابة الأولياء والأوصياء وفيه أربعة مطالب :
المطلب الأول: نيابة الأب وفيه فرعان:
الفرع الأول: نيابة الأب في الفقه الإسلامي.
الفرع الثاني: نيابة الأب في القانون.
المطلب الثاني: نيابة وصي الأب وفيه فرعان:
الفرع الأول: نيابة وصي الأب في الفقه الإسلامي.
الفرع الثاني: نيابة وصي الأب في القانون.
المطلب الثالث: نيابة الجد ووصيه وفيه فرعان:
الفرع الأول: نيابة الجد ووصيه في الفقه الإسلامي.
الفرع الثاني: نيابة الجد ووصيه في القانون.
المطلب الرابع: نيابة القاضي ووصيه وفيه فرعان:
الفرع الأول: نيابة القاضي ووصيه في الفقه الإسلامي.
الفرع الثاني: نيابة القاضي ووصيه في القانون
المبحث الخامس : أحكام نيابة الولي والوصي تكلمت في هذا المبحث عن الإشراف والمحاسبة على نيابة الولي والوصي وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الإشراف والمحاسبة في الفقه الإسلامي وفيه فرعان :
الفرع الأول : تعيين مشرف عن طريق الولي
الفرع الثاني : كيفية محاسبة الأولياء والأوصياء
المطلب الثاني : الإشراف والمحاسبة في القانون
و أماالفصل الثاني فقد جعلته في النيابة عن المدين وفيه ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : الدين الذي يحجر بسببه وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الدين الذي يحجر بسببه في الفقه الإسلامي
المطلب الثاني : الدين الذي يحجر بسببه في القانون
المبحث الثاني : تصرفات النائب عن المدين وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مدى ما يملكه المدين من التصرفات المالية
المطلب الثاني : أثر النيابة عن المدين وفيه فرعان
الفرع الأول : أثر النيابة عن المدين في الفقه الإسلامي
الفرع الثاني : أثر النيابة عن المدين في القانون
المبحث الثالث : إنتهاء النيابة عن المدين وفيه مطلبان
المطلب الأول : إنتهاء النيابة عن المدين في الفقه الإسلامي
المطلب الثاني : إنتهاء النيابة عن المدين في القانون
و أما الفصل الثالث : فهو عن النيابة في الوكالة وفيه مباحث خمسة :
المبحث الأول : في تعريف الوكالة وفيه مطلبان :
المطلب الأول : تعريفها في اللغة واصطلاح الفقهاء
المطلب الثاني :الوكالة في القانون
المبحث الثاني : مشروعية الوكالة
المبحث الثالث : شروط الوكالة وفيه مطالب ثلاثة :
المطلب الأول :ما يشترط في الموكل في الفقه والقانون
المطلب الثاني : ما يشترط في الوكيل في الفقه والقانون
المطلب الثالث : ما يشترط في الموكل فيه وفيه فرعان :
الفرع الأول : شروط الموكل فيه في الفقه الإسلامي
الفرع الثاني : شروط الموكل فيه في القانون
المبحث الرابع : أنواع الوكالة وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول :الوكالة العامة والخاصة
المطلب الثاني : الوكالة المطلقة والمقيدة
المطلب الثالث : أنواع الوكالة في القانون
المبحث الخامس : نيابة الوكيل وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول : في حكم العقد
المطلب الثاني : في حقوق العقد
المطلب الثالث : في حكم و حقوق العقد في القانون
وأما الفصل الرابع : ففي نيابة الفضولي وجاء هذا الفصل في مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الفضولي في اللغة والإصطلاح وعند أهل القانون

المبحث الثاني : مشروعية تصرف الفضولي وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مشروعية تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : مشروعية تصرف الفضولي في القانون

و أما الباب الثالث : فقد جعلته في شروط التيابة و أحكامها وانقضائها :

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : شروط التيابة وفيه مبحثان

المبحث الأول : ماهية الشرط وبيان أقسامه

المبحث الثاني : شروط التيابة في الفقه والقانون

و أما الفصل الثاني : ففي آثار التيابة وفيه مبحثان :

المبحث الأول : آثار التيابة في الفقه الإسلامي وفيه مطالب أربعة :

المطلب الأول : العلاقة فيما بين النائب والغير

المطلب الثاني : العلاقة فيما بين النائب والأصيل

المطلب الثالث : العلاقة فيما بين الأصيل والغير

المطلب الرابع : تعاقد الشخص مع نفسه

المبحث الثاني : آثار التيابة في القانون وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ظهور آثار التيابة

المطلب الثاني : تعاقد الشخص مع نفسه

و أما الفصل الثالث : ففي انقضاء التيابة وفيه مبحثان :

المبحث الأول : انقضاء التيابة الإرادية وفيه مطلبان :

المطلب الأول : انقضاء التيابة الإرادية في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : انقضاء التيابة الإرادية في القانون .

المبحث الثاني : انقضاء التيابة [illegible] وفيه مطلبان :

المطلب الأول : انقضاء التيابة الجبرية في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : انقضاء التيابة الجبرية في القانون .

أما الخاتمة فقد أوضحت فيها ما تبين لي من خلال معالجتي لمسائل هذا البحث وفروعه .

والله سبحانه وتعالى هو المستعان وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

الباب الأول
تعريف النيابة تطورها وأنواعها والتعبير عنها
الفصل الأول : فى تعريف النيابة

المبحث الأول : تعريف النيابة في الفقه الإسلامي : ١

١- تعريف النيابة في اللغة : ١

٢- تعريف النيابة في الاصطلاح : ٢

٣- تعريف النيابة عند الفقهاء المحدثين : ٤

المبحث الثاني : تعريف النيابة فى القانون : ٧

الموازنة بين تعريف النيابة في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي : ١٠

الفصل الثانى : فى تطور النيابة

المبحث الأول : تطور النيابة فى الفقه الإسلامى : ١١

المطلب الأول : النيابة الإرادية : ١١

المطلب الثاني : النيابة الجبرية ومشروعيتها : ١٢

المبحث الثاني : تطور النيابة فى القانون : ١٤

المطلب الأول : التطور التشريعي للنيابة : ١٤

المطلب الثاني : التخفيف من انتفاء النيابة في القانون الروماني : ١٦

المطلب الثالث : النيابة في القانون الفرنسي القديم : ١٧

المطلب الرابع : تطورالنيابة في القانون الإنجليزي: ١٨

الفصل الثالث : أنواع النيـــابة

المبحث الأول : أنواع النيابة عن الغير فى الفقه الإسلامى. : ٢٣

المطلب الأول : النيابة الإرادية : ٢٣

الفرع الأول : النيابة المستندة إلى عقد الوكالة : ٢٣

الفرع الثاني : النيابة المستندة إلى عقد آخر غير الوكالة : ٢٥

المسألة الأولى : النيابة المستندة إلى عقد المساقاة : ٢٥
المسألة الثانية : النيابة المستندة إلى عقد الإجارة : ٢٨
تعريف الإجارة لغة : ٢٨
وتعريفها اصطلاحا : ٢٩
المسألة الثالثة : النيابة المستندة إلى عقد الشركة : ٣١
المسألة الرابعة : النيابة المستندة إلى عقد الرهن : ٣٤
المطلب الثاني : النيابة غير الإرادية : ٣٦
الفرع الأول : نيابة الولي : ٣٧
الفرع الثاني : النيابة القضائية : ٣٧
الفرع الثالث : نيابة الوصي المختار : ٣٨
الفرع الرابع : نيابة الفضولي : ٣٨
المبحث الثاني : أنواع النيابة عن الغير في القانون : ٤٢
المطلب الأول : أنواع النيابة من حيث تحديد سلطة النائب : ٤٢
الفرع الأول : النيابة الإرادية : ٤٢
الفرع الثاني : النيابة القانونية : ٤٣
المطلب الثاني : أنواع النيابة من ناحية مصدرها : : ٤٤
أنواع النيابة الإرادية : : ٤٦
القسم الأول : النيابة الارادية المستندة إلى عقد الوكالة : ٤٦
القسم الثاني : النيابة الارادية المستندة إلى عقد آخر غير الوكالة : ٤٨
المطلب الثالث : أنواع النيابة من حيث ترتب الآثار على الأصيل
مباشرة أو عدم ترتيبها : ٤٩
المطلب الرابع : أنواع النيابة من حيث وجود السلطة وعدمها : ٥٠
المطلب الخامس : النيابة الظاهرة أو الإيهامية : ٥١
المطلب السادس : مقارنة : ٥٥

الفصل الرابع: التعبير عن النيابة

المبحث الأول : التعبير عن النيابة في الفقه الاسلامي : ٥٨
المطلب الأول : التعبير باللفظ : ٥٨
المطلب الثاني : التعبير بالكتابة : ٥٩

المطلب الثالث : التعبير بالإشارة : ٦٠
النيابة الخاصة : ٦٣
النيابة المطلقة : ٦٤
النيابة المقيدة : ٦٦
المبحث الثاني : التعبير عن النيابة في القانون . : ٦٧

الباب الثاني :

الولاية والوصاية ونيابة الحائز عن المعين والوكالة ونيابة الفضولي

الفصل الأول : الولاية والوصاية.

المبحث الأول : الولاية على المال : ٧١
المطلب الأول : الولاية في الفقه الإسلامي : ٧١

الفرع الأول : تعريف الولاية : ٧١
لغة : ٧١
إصطلاحا : ٧٢
الفرع الثاني : أقسام الولاية : ٧٥
أولا : أقسام الولاية من ناحية موضوعها : ٧٥
ثانيا : أقسام الولاية من ناحية مصدرها : ٧٦
ثالثا : أقسام الولاية من ناحية سببها : ٧٦
رابعا : أقسام الولاية من ناحية سلطانها : ٧٧
الفرع الثالث: شروط الأولياء : : ٧٨
الشرط الأول : التكليف : ٧٩
تعريف العقل : ٨٠
البلوغ : ٨٢
الشرط الثاني : الإسلام : ٨٥
الشرط الثالث : الحرية : ٨٧
الشرط الرابع : العدالة : ٨٩
أقسام العدالة : ٩٠
أقوال الفقهاء في اشتراط العدالة الظاهرة في الولي : : ٩١
الشرط الخامس : الذكورة : ٩٣

الشرط السادس : البصر : ٩٥
الشرط السابع : القدرة على القيام بمهام الوصاية : ٩٧
الشرط الثامن : عدم وجود عداوة بين الوصي والموصي عليه : ٩٨
الشرط التاسع : التعيين : ٩٨
الشرط العاشر : القدرة على التصرف مع الأمانة : ٩٨
الفرع الرابع : مراتب الأولياء : ٩٨
أولا : الولاية على الصغير : ٩٩
ثانيا :مراتب الولاية على المجنون والمعتوه : ١٠٢
ثالثا ::مراتب الولاية على السفيه ومن به غفلة : ١٠٣
المطلب الثاني : الولاية في القانون : ١٠٦
الفرع الأول : تعريف الولاية في القانون : ١٠٦
الفرع الثاني : أقسام الولاية وطبيعتها : ١٠٧
الفرع الثالث : شروط الأولياء : ١١٠
الفرع الرابع : أولياء المال ومراتبهم : ١١١
المبحث الثاني : الوصاية : ١١٤
المطلب الأول : الوصاية في الفقه الإسلامي : ١١٤
الفرع الأول: تعريف الوصاية. : ١١٤
الفرع الثاني: حكمة مشروعية الإيصاء وحكمه : ١١٥
المسألة الأولى : حكمة مشروعية الإيصاء و أدلتها : ١١٥
المسألة الثانية : حكم الإيصاء : ١١٦
الفرع الثالث : أقسام الوصاية : ١١٨
أولا : الوصي العام والوصي الخاص : ١١٨
ثانيا : الوصي الدائم والوصي المؤقت : ١٢١
ثالثا : الوصي المعين والمختار : ١٢١
المطلب الثاني : الوصاية في القانون : ١٢٢
الفرع الأول: تعريف الوصاية. : ١٢٢
الفرع الثاني : أنواع الأوصياء : ١٢٣
أولا : الوصي المعين والمختار : ١٢٤
ثانيا : الوصي العام والوصي الخاص : ١٢٥

ثالثا : الوصي الدائم والوصي المؤقت : ١٢٦
الفرع الثالث: شروط الوصي. : ١٢٧
المبحث الثالث : المولى عليهم : ١٢٩
المطلب الأول : المولى عليه الصغير : ١٢٩
اولا : في الفقه الإسلامي : ١٢٩
ثانيا : في القانون : ١٣٠
المطلب الثاني : المجنون والمعتوه : ١٣٤
اولا : في الفقه الإسلامي : ١٣٤
ثانيا : في القانون : ١٣٧
المطلب الثالث: السفيه وذو الغفلة : ١٤٠
اولا : في الفقه الإسلامي : ١٤٠
ثانيا : في القانون : ١٤٤
المطلب الرابع : المحكوم عليه بعقوبة جنائية : ١٤٦
اولا : في الفقه الإسلامي : ١٤٦
ثانيا : في القانون : ١٤٧
المطلب الخامس : المولى عليه الغائب : ١٤٨
اولا : في الفقه الإسلامي : ١٤٨
ثانيا : في القانون : ١٥٠
المبحث الرابع : نيابة الأولياء والأوصياء : ١٥٢
المطلب الأول : نيابة الأب : ١٥٢
الفرع الأول: نيابة الأب في الفقه الإسلامي. : ١٥٢
الفرع الثاني: نيابة الأب في القانون. : ١٥٣
المطلب الثاني: نيابة وصي الأب : ١٥٥
الفرع الأول: نيابة وصي الأب في الفقه الإسلامي. : ١٥٥
المسألة الأولى : أحوال التركة التي يتصرف فيها الوصي بالوصاية : ١٥٦
المسألة الثانية : تصرف الوصي بالرهن : ١٥٨
المسألة الثالثة : تصرف الوصي بالقرض : ١٥٩
الفرع الثاني: نيابة وصي الأب في القانون. : ١٦٠
اولا : سلطات الوصي : ١٦٠

ثانيا: واجبات الوصي : ١٦٢
المطلب الثالث: نيابة الجد ووصيه : ١٦٣
الفرع الأول: نيابة الجد ووصيه في الفقه الإسلامي. : ١٦٣
الفرع الثاني: نيابة الجد ووصيه في القانون. : ١٦٥
المطلب الرابع: نيابة القاضي ووصيه : ١٦٦
الفرع الأول: نيابة القاضي ووصيه في الفقه الإسلامي. :..... ١٦٦
الفرع الثاني: نيابة القاضي ووصيه في القانون : ١٦٦
المبحث الخامس : أحكام نيابة الولي والوصي : ١٦٨
المطلب الأول : الإشراف والمحاسبة في الفقه الإسلامي : ١٦٨
الفرع الأول : تعيين مشرف عن طريق الولي : ١٦٨
الفرع الثاني : كيفية محاسبة الأولياء والأوصياء : ١٦٩
المطلب الثاني : الإشراف والمحاسبة في القانون : ١٧٠

الفصل الثاني : النيابة عن المدين

المبحث الأول : الدين الذي يحجر بسببه : ١٧٢
المطلب الأول : الدين الذي يحجر بسببه في الفقه الإسلامي : ١٧٢
المطلب الثاني : الدين الذي يحجر بسببه في القانون : ١٧٣
المبحث الثاني : تصرفات النائب عن المدين : ١٧٧
المطلب الأول : مدى ما يملكه المدين من التصرفات المالية : ١٧٧
المطلب الثاني : أثر النيابة عن المدين : ١٧٩
الفرع الأول : أثر النيابة عن المدين في الفقه الإسلامي : ١٧٩
الفرع الثاني : أثر النيابة عن المدين في القانون : ١٧٩
المبحث الثالث : إنتهاء النيابة عن المدين : ١٨٠
المطلب الأول : إنتهاء النيابة عن المدين في الفقه الإسلامي : ١٨٠
المطلب الثاني : إنتهاء النيابة عن المدين في القانون : ١٨٠

الفصل الثالث : النيابة في الوكالة

المبحث الأول : في تعريف الوكالة : ١٨٢
المطلب الأول : تعريفها في اللغة واصطلاح الفقهاء : ١٨٢
المطلب الثاني :الوكالة في القانون : ١٨٧
المبحث الثاني : مشروعية الوكالة : ١٨٩

المبحث الثالث : شروط الوكالة : ١٩٣
المطلب الأول :ما يشترط في الموكل : ١٩٣
أولا : في الفقه ٦: ١٩٣
ثانيا : في القانون : ١٩٨
المطلب الثاني : ما يشترط في الوكيل : ١٩٩
أولا : في الفقه : ١٩٩
ثانيا : في القانون : ٢٠١
المطلب الثالث : ما يشترط في الموكل فيه : ٢٠١
الفرع الأول : شروط الموكل فيه في الفقه الإسلامي : ٢٠١
الفرع الثاني : شروط الموكل فيه في القانون : ٢٠٥
المبحث الرابع : أنواع الوكالة : ٢٠٧
المطلب الأول :الوكالة العامة والخاصة : ٢٠٧
المطلب الثاني : الوكالة المطلقة والمقيدة : ٢٠٨
المطلب الثالث : أنواع الوكالة في القانون : ٢٠٩
المبحث الخامس : نيابة الوكيل : ٢١٢
المطلب الأول : حكم العقد : ٢١٢
المطلب الثاني : حقوق العقد : ٢١٥
المطلب الثالث : حكم و حقوق العقد في القانون : ٢١٨

الفصل الرابع : نيابة الفضولي

المبحث الأول : تعريف الفضولي في اللغة والإصطلاح وعند أهل القانون : .. ٢٢٠
المبحث الثاني : مشروعية تصرف الفضولي : ٢٢٣
المطلب الأول : مشروعية تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي : ٢٢٣
المطلب الثاني : مشروعية تصرف الفضولي في القانون : ٢٢٦

الباب الثالث

شروط النيابة و أحكامها و انقضاؤها

الفصل الأول : شروط النيابة

المبحث الأول : ماهية الشرط وبيان أقسامه : ٢٢٨
المبحث الثاني : شروط النيابة في الفقه والقانون : ٢٣٠

الفصل الثاني : آثار النيابة

المبحث الأول : آثار النيابة في الفقه الإسلامي : ٢٣٦
المطلب الأول : العلاقة فيما بين النائب والغير : ٢٣٦
المطلب الثاني : العلاقة فيما بين النائب والأصيل : ٢٣٦
المطلب الثالث : العلاقة فيما بين الأصيل والغير : ٢٣٧
المطلب الرابع : تعاقد الشخص مع نفسه : ٢٣٨
المبحث الثاني : آثار النيابة في القانون : ٢٤٢
المطلب الأول: ظهور آثار النيابة : ٢٤٢
المطلب الثاني : تعاقد الشخص مع نفسه : ٢٤٤

الفصل الثالث : انقضاء النيابة

المبحث الأول : انقضاء النيابة الإرادية : ٢٤٩
المطلب الأول : انقضاء النيابة الإرادية في الفقه الإسلامي : ٢٤٩
المطلب الثاني : انقضاء النيابة الإرادية في القانون . : ٢٥٤
المبحث الثاني : انقضاء النيابة الجبرية : ٢٦١
المطلب الأول : انقضاء النيابة الجبرية في الفقه الإسلامي : ٢٦١
المطلب الثاني : انقضاء النيابة الجبرية في القانون . : ٢٦٢
خاتمة البحث : ٢٦٤
فهرس بأهم مراجع البحث ومصادره ، مرتبة على الترتيب الهجائي
أولا : باللغة العربية : ٢٦٧
ثانيا : باللغة التركية : ٢٩٣
ثالثا : باللغة الإنجليزية : ٢٩٥
رابعا : فهرس الآيات القرآنية : ٢٩٧
خامسا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة : ٢٩٩

مقدمة

إن الحمد لله نستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيآت أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، و أشهد أن لا إله إلا الله و أشهد أن محمدا عبده ورسوله .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين . وبعد . . . . .

فلما كانت الأحكام متناهية – بخصوص المعاملات – يأتي دور الفقهاء لكي يجدوا لكل حادث حكما من كتاب الله تعالى أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم أو غير ذلك من مصادر الإستنباط التي لا تخرج في مضمونها عن إطار الكتاب والسنة والتي بينها علم أصول الفقه .

فإن الثروة الفقهية العظيمة التي حوتها موسوعات فقهاء الإسلام ومؤلفاتهم على مدى العصور منذ نشأة الفقه الإسلامي وتطوره حتى بلوغه مرحلة الأزدهار في عصوره الذهبية تنادي ذوي الهمم العالية ، من الدارسين والباحثين ، للكشف عن مكنوناتها ، واظهار ذخائرها النفيسة ، حتى ينتفع المسلمون بها في حياتهم ، ويكون ذلك خير وسيلة لإيقاظهم إلى منبع سعادتهم ، ومصدر عزهم ، فيعود للشريعة الإسلامية هيمنتها على حياة الناس .

ومما يدل على أن قواعد المعاملات تتسم بالمرونة في الفقه الإسلامي أن الإمام الشافعي رحمه الله تعالى – كان له رأيان في كثير من المسائل ، وذلك لأنه انتقل من الجزيرة العربية إلى العراق ثم إلى مصر ، والبيئات تختلف في كل منها .

والناظر في تشريعات الدول المعاصرة يجد أن دساتيرها تضمن قواعد عامة مختصرة ثم يأتي القانون ليفصل ما أوجزه الدستور ، ثم تأتي اللوائح لتواجه الواقع وما ينبئ به .

سبب اختياري الموضوع :

ولقد دفعني إلى إختيار موضوع (نيابة الشخص عن غيره في التصرف المالي) عدة أمور أهمها فيما يلي :

أولا: أن « النيابة » وثيقة الصلة بواقع حياة الناس في شتى المجتمعات .

ومختلف الطبقات لأن التعامل بها شائع في تصرفات كثيرة ، والعمل بها جار في مختلف الأفعال والأعمال التي تدخلها النيابة ، كالشراء والبيع وقضاء الديون والنكاح والخصومة وإقامة الحدود وغير ذلك .

ثانيا: وللنيابة أهميتها في الجانب الإجتماعي من حياة الناس إذ تتجلى في حقيقتها روح التعاون بين الأفراد والجماعات .

ثالثا : مكانة المال في الإسلام باعتباره وسيلة لتحقيق كثير من المنافع للإنسان.

رابعا : الأسباب الداعية إلى النيابة عديدة فمنها :

كون الناس ليسوا سواء في التصرف في المال ، فقد يوجد لدى الشخص المال وبالرغم من ذلك لا يستطيع الإشراف عليه أو استثماره .

– فقد يكون عديم الأهلية أو ناقصها

– وقد يكون الشخص كامل الأهلية ، وبالرغم من ذلك لا يقدر على مباشرة ماله ربما لضعف خبرته أو لضيق وقته أو لاشتغاله بما هو أهم ، أو لتفرغه لما فيه نفع عامة الناس ومصلحتهم من ولاية أوقضاء إلى غير ذلك مما يحتاج إلى وضع المال تحت يد شخص آخر . ويفرض الشارع الحكيم : « نيابة الشخص عن غيره في التصرف المالي» في الحالة الأولى فضلا منه ورحمة و إظهارا لروح التعاون والمحبة بين المسلمين.

أما في الحالة الثانية فقد أجازها الشارع الحكيم – كما سنرى – إقرارا لمبدأ التعاون الذي حث عليه الشرع الحنيف ولما ينطوي عليه من منافع كثيرة لحفظ المال .

ولا شك أن تناول كل من النوعين من النيابة يظهر مبادئ التشريع الإسلامي .

هذا مع العلم بأنه ليس من قصدي حمل الشريعة على ما جاء به القانون ، بل الشريعة هي الأصل المقيس عليه . والحكمة ضالة المؤمن أني وجدها أخذ الناس بها ، فلا مانع من الاستعانة بما في الفقه الوضعي من الصياغة أو التبويب أو التنظيم بما يتفق مع الشريعة الإسلامية ، ولا يخالف أحكامها .

ولكل هذا اخترت أن يكون موضوع رسالتي لنيل شهادة الماجستير من كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية العالمية باسلام آباد : هو « نيابة الشخص عن غيره في التصرف المالي » .

بيان المراد بكلمة « التصرف » الواردة في العنوان » :

المراد بكلمة « التصرف » الواردة في العنوان شرعا :

كل ما يصدر عن الشخص من أقوال و أفعال ويرتب الشارع عليه نتيجة من النتائج .

فالتصرف القولي : كالبيع والإيجار والهبة والطلاق ، إذ رتب الشارع على كل تصرف أثره ، وهو انتقال الملكية في البيع ، وإباحة المنفعة في الإيجار ، وانتقال الملكية في الهبة وسقوط العصمة في الطلاق .

ومثال التصرف الفعلي الإتلاف ، إذ رتب عليه الشارع الضمان.

بينما يفرق أهل القانون في المراد بكلمة « التصرف » ، فيفرقون بين ما يصدر عن الشخص من :

- أعمال مادية
- أعمال إرادية

والأول يطلق عليه (الواقعة القانونية) ويرتب القانون عليه أثره ، كإصلاح جدار آيل المسقوط في ملك الغير أو اعتداء على ملك الغير حيث يلزم القانون المعتدين تعويض الضرر الذي يترتب على الإعتداء .

والواقع القانونية تقابل في الشريعة التصرفات الفعلية .

أما ما يصدر عن الإنسان من أعمال إرادية فيطلق عليها (الأعمال القانونية) أو التصرفات القانونية تمييزا لها عن الأولى .

فهي عبارة عن اتجاه الإرادة إلى احداث أثر قانوني بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه .

ويستوي أن يتم التصرف القانوني من جانبين كالبيع أو من من جانب واحد كالوقف.

وهذا النوع يقابل في الشريعة التصرف القولي .

منهجي في البحث :

اعتمدت على المنهج الآتي في معالجتي هذا البحث :

أولا : استعرضت آراء المذاهب الأربعة وهي الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة

ثانيا : ذكرت رأي الظاهرية في المسألة بعد المذاهب الأربعة في المسائل التي لهم

قول فيها .

ثالثا : ذكرت رأي الشيعة من إمامية وزيدية وكذ الإباضية متى تيسرلي ذلك

رابعا : استعرضت رأى القانون بعد استعراض رأي الشريعة في المسألة

خامسا : حاولت أن آتي بقوانين البلاد المختلفة عند عرض رأي القانون الوضعي في كل مسألة بقدر الطاقة والوسع .

سادسا : عندما اطلاق كلمة القانون أو مادة كذا من القانون المدني مثلا فأعني بها القانون المدني المصري

سابعا : عندما اتعرض للكلام عن القوانين المختلفة مثل القانون التركي أو السويسري أو الألماني فإنني أشير إلى أي من هذه القوانين صراحة .

ثامنا : اعتمدت في دراستي لهذا الموضوع على أمهات الكتب الفقهية لكل مذهب ولم أكتف في أكثر الأحيان لبيان حكم المسألة المعروضة بالرجوع لمصدر واحد بل غالبا كنت أرجع لأكثر من مصدر في المذهب الواحد عملا على الإيضاح والبيان .

تاسعا : استعنت بالكتب الحديثة التي الفت في الموضوعات التي لها صلة ببحثي

حادي عشر : أذكر أقوال الفقهاء أولا ثم أذكر أدلتهم و أناقش أدلتهم متى تيسر لي ذلك . ثم أحاول أن أرجح من هذه الأراء ما كان أقرب إلى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم .

ثاني عشر : أذكر أقوال الفقهاء في المسألة أحيانا مع أدلتهم و أرجح ما هو أقرب إلى الكتباب والسنة

ثالث عشر : كما رجعت إلى أمهات التفسير لشرح الآيات التي استنبطت منها الأحكام

رابع عشر : راجعت كتب الأحاديث المعتبرة المتصلة بالبحث .

خامس عشر : خرجت الآيات القرآنية الشريفة وعزوت كل آية إلى السورة الواردة مبينا رقم الآية .

سادس عشر : خرجت الأحاديث النبوية الشريفة من كتب السنة المعتمدة أو من شروحها التي تذكر النص ثم تشرحه .

سابع عشر : شرحت الألفاظ أو المصطلاحات الفقهية من المعاجم والكتب التي تهتم بهذا الشأن

ثامن عشر : بينت معاني الألفاظ الغريبة الواردة بالبحث مستعينا في ذلك بكتب اللغة .

تاسع عشر : قارنت القانون الوضعي بالفقه الإسلامي بعد عرض الآراء المبسوطة في كل منهما .

عشرون : أشرت إلى الإختلافات الموجودة في القوانين الوضعية كلما تيسرلي ذلك

احدى وعشرون : اعتمدت في المقارنة على القانون المصري والتركي واستعنت بغيرها متى تيسرلي ذلك .

وأخيرا : وضعت أربعة فهارس لهذا البحث

أحدها : لموضوعات البحث وفروعه

ثانيها : لأهم المصادر والمراجع التي رجعت إليها في اعداد الرسالة

ثالثها : للآيات القرآنية

رابعها : للأحاديث النبوية الشريفة

والله ولي التوفيق وصلى الله تعالى على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الباب الأول

تعريف النيابة بصورها وأنواعها

والتعبير عنها

الفصل الأول : تعريف النيابة

الفصل الثاني : تطور النيابة

الفصل الثالث : أنواع النيـــابة

الفصل الرابع : التعبير عن النيابة

الفصل الأول
تعريف النيابة

المبحث الأول : تعريف النيابة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : تعريف النيابة في القانون

الفصل الأول

في تعريف النيابة وفيه مبحثان

المبحث الأول : تعريف النيابة لغة واصطلاحا

أولا : تعريف النيابة في اللغة : جاء في معجم متن اللغة (١)

ناب نوبا ونوبة الأمر : نزل

و-عنه نوبا ومنابا : قام مقامه وهو نائب "ج" نواب وذاك منوب عنه . وجاء في مصدره نيابة وهو صحيح وإن أنكره ثعلب . .

وأنابه عنه : أقامه مقامه . . .

واستنابه : أقامه مقامه . . .

والنائب فاعل من ناب "ج" نواب

وفي المعجم الوسيط (٢) : من وضع مجمع اللغة العربية بالقاهرة.

تأليف الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين:

ناب الشيء نوبا : قرب ، والى الشيء : رجع اليه واعتاده وعنه نيابة : قام مقامه فهو نائب والجمع نواب.

وأناب عنه فلانا في كذا : أقامه مقامه.

واستنابه : أنابه والنائب : من قام مقام غيره في أمر أو عمل أشول : وعليه يقال نائب الرئيس ونائب القاضي ونائب الشعب والنائب العمومي.

---

(١) معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة من تاليف العلامة الشيخ احمد رضا عضو مجمع اللغة العربية بدمشق ج ٥/٥٦٧ وما بعدها نشر مكتبة الحياة - بيروت ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠م

(٢) ٩٦١/٢ انتشارات ناصر خسرو- طهران.

-وجاء في لسان العرب (١) : ناب الأمر نوبا ونوبة : نزل وناب عني فلان ينوب نوبا ومنابا أي قام مقامي .

-وجاء في "الصحاح" (٢) ناب عني فلان ينوب منابا أي قام مقامي ابن السكيت : النوب بالفتح : القرب ، خلاف البعد.

جاء في " مختار الصحاح" (٣) : ناب عنه ينوب منابا : قام مقامه .

ومن هذا الذي تقدم نعلم أن النيابة في اللغة هي قيام الشخص مقام غيره في تصرف معلوم

وأن النائب : هو الذي يقوم مقام الغير في أمر أو عمل فيه صلاح للمنيب

ثانيا : تعريف النيابة في الاصطلاح:

الناظر في كتب الفقهاء القدامى يجد أنهم رحمهم الله تعالى يذكرون النيابة في كل أبواب الفقه فلم يعنونوا لها تحت باب محدد . فنراهم يعبرون عنها أحيانا بكلمة استنابة وأحيانا بكلمة إنابة . وهذه المصطلحات قريبة من المعنى اللغوي السابق وهو : إقامة الإنسان غيره مقام نفسه .

وهذه بعض النقول التي توضح ذلك :

- جاء في "الأشباه والنظائر"(٤) "النيابة في النية ..... مريض يمسه غيره فالنية على المريض دون المميم قالوا المعتبر نية الموكل فلو نواها ودفع الوكيل بلا نية أجزأته "

---

(١) لسان العرب للإمام العلامة ابن منظور ج١٤/ ٣١٨. نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت طبعة جديدة محققة الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري ج١\٢٢٨-٢٢٩ مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٣٧٦ هـ 1957 م

(٣) للشيخ العلامة محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ص ٦٨٤ ط : ١٩٧٩م دار القلم - بيروت

(٤) للشيخ زين الدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفي(٩٢٦هـ - ٩٧٠هـ) ج ١/ ٨٣ ومعه شرحه للحموي : غمز عيون البصائر للشيخ الإمام السيد أحمد بن محمد الحموي المصري من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي - باكستان.

-وعرّف ابن الشاط [١] " الملك بقوله : " والصحيح في حد الملك أنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عن العين أو المنفعة".

-وعرف بعض فقهاء المالكيةالوكالة بما يفيد أنها والنيابة شيء واحد "[٢]

-وأوضح الشاطبي [٣] تعريف النيابة في كتابه " الموافقات "عند الكلام عما تصح فيه النيابة بقوله :

المطلوب الشرعي ضربان :

أحدهما : ما كان من قبيل العاديات الجارية بين الخلق في الاكتساب ، وسائر المحاولات الدنيويةالتي هي طرق الحظوظ العاجلة كالعقود على اختلافها والتصاريف المالية على تنوعها.

وثانيهما : ماكان من العبادات الملازمة للمكلف من جهة توجهه الى الواحد المعبود.

فأما الأول : فالنيابة فيه صحيحة فيقوم فيها الإنسان عن غيره وينوب منا به فيما لا يختص به منها فأوضح الإمام الشاطبي أن النيابة هي قيام الإنسان مقام غيره في تصرف معلوم.

وعبر بعض فقهاء الشافعية عن الوكالة باصطلاح النيابة فقد نص بعضهم على أن الموكل أصيل والوكيل نائب.

جاء في " مغني المحتاج"[٤]في باب الوكالة : تصرف الشخص لنفسه أقوى من تصرفه لغيره فان تصرفه له بطريق الأصالة ولغيره بطريق النيابة.

---

(١) ابن الشاط في حاشيته على الفروق ٢٠٩/٤ وص٢٣٤

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ٦٨/٦ للمحقق ابي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المتوفي سنة ١١٠١هـ المطبعة الأميرية بولاق- القاهرة ١٣١٧هـ.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠ هـ طبع في مطبعة دار المعرفة - بيروت- لبنان.

(٤) مغني المحتاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ٢١٨/٢ مطبعة مصطفى الحلبي

وجاء في " القواعد " (١) للامام أبى الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادى المتوفى سنة ٧٩٥هـ ص٣٧٤ {صلاة الحاج عن غيره ركعتى الطواف تحصل ضمنا وتبعا للحج وإن كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالا.

وهكذا نرى : أن الفقهاء القدامى يقصدون باصطلاح النيابة : إقامة الشخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز شرعا.

فكل ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة وعلى ذلك لا تصح النيابة فى أمر حرمه الشارع الحكيم كالسرقة والغصب والاتجار فى الخمر و يسأل من اقترف ذلك شخصيا فى حال اختياره إذ لا نيابة فى أمر محظور بل تصح النيابة فى كل أمر يجوز للشخص أن يفعله بنفسه كما سيأتى بيانه قريبا. (٢)

تعريف النيابة عند الفقهاء المحدثين:

علمنا من كلام الفقهاء القدامى للتقدم أنهم يرون أن اصطلاح النيابة يراد به إقامة الإنسان غيره مقامه. (٣)

وهنا نرى بعض الفقهاء للمحدثين (٤) يعرفها بقوله : يراد بنيابة الإنسان عن غيره أن يقوم مقامه فى عقد أو عمل جائز وإن شئت قلت فى التزام أو عمل جائز رتب الشارع عليهما آثارا شرعية.

وأشار صاحب هذا التعريف الى مصدر النيابة عقب التعريف السابق مباشرة فقال وهذه النيابة قد تكون مستمدة من الشارع ابتداء يعطيها بناء على أمر عارض جعله

---

(١) الطبعة الاولى – نشر مكتبة الكليات الازهرية.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢٨٣/٣ مطبعة أنصار السنة المحمدية وطبعة أخرى من نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض، الروض المربع للعلامة منصور بن يونس البهوتي المتوفي ١٠٥١هـ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٩٧٠م. ومذكرة النيابة عن الغير في التصرف للمرحوم الشيخ على الخفيف: محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا- كلية الحقوق جامعة القاهرة.

(٣) فهاهو ابن نجيم في كتابه "البحر الرائق" يعرفها بقوله: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم: ج ١٣٩/٧ طبع دار المعرفة. بيروت

(٤) مذكرة في النيابة عن الغير في التصرف للشيخ على الخفيف :{السابق}

علة وسببا لثبوتها وذلك كنيابة الاب ووالد الأب على الصغير ومن في حكمه فان الشارع قد أثبتها لهما ابتداء بسبب ولادة للولي عليه لهما .. وقد تكون مستمدة من شخص آخر وفي هذه الحال قد تكون عامة كنيابة الخليفة عن المسلمين وقد تكون خاصة كنيابة ناظر الوقف ونيابة الوكيل عن الموكل ونيابة الوصي والقيم عمن أقامهما ونيابةالفضولي عمن عمل له .

وعرفها بعضهم (١) بإنها: قيام شخص بتصرف شرعي مكان غيره بتكليف من الشارع أو القضاء أو بالاتفاق على أن ينتج التصرف آثاره في ذمة الأصيل .

وهذا التعريف قد اشتمل على النيابة الجبرية والاختيارية إلا أنه غير واف. لأنه حينما أشار إلى النيابة الجبرية عبر عن ذلك بقوله :"بتكليف من الشارع أو القضاء".

ومن ثم لم يشتمل على النيابةُ التي تستند إلى الضرورة والتي يقرها الشرع كتصرف الرفقة في السفر إذا مات أحدهم وقاموا ببيع متاعه وجهزوه بثمنه فانهم -والحالة هذه- يعتبرون نائبين عن الورثة وينصرف أثر تصرفهم إلى الورثة فلا يضمنون ما باعوه من مال الميت ويعودون بما غرموه على الورثة إن كانوا جهزوه من مالهم .

إذاً يمكن تعريف النيابة بأنها :

قيام شخص مقام غيره بأمر الشارع أو بإقراره أو بإرادة شخص آخر أو بإجازته اللاحقة في تصرف قابل للنيابة بحيث تعود آثار التصرف إلى شخص الأصيل لا النائب.

والمراد بكلمة "شخص " هو النائب إذ كما يتصرف الشخص بالأصالة عن نفسه يجوز له أن يتصرف بالنيابة عن غيره .

والمراد بكلمة " مقام غيره" الأصيل الذي تستمد منه الإنابة وهو حر في أن يقوم بالتصرف الذي يجوز له أو أن ينيب فيه غيره(٢)

---

(١) الدكتور يوسف المرصفي في كتابه النيابة في التعاقد في الفقه الإسلامي" رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ص ١٩٨- ٢٠١.

(٢) الموافقات للإمام الشاطبي ٢٢٧/٢.

والمراد بقولنا " بأمر الشارع " : إشارة إلى أن النيابة قد تستند إلى الشارع الحكيم الذي يفرضها جبرا على الأصيل سواء كان ذلك لمصلحته كما في الولاية على الصغير والمجنون أو لمصلحته ومصلحة الغير كما في الحجر على المكاتب أو كان لمصلحة الغير كالحجر على المدين لحق الغرماء عند جمهور الفقهاء .

والمراد بقولنا : " أو بإقراره "لكي يشمل التعريف النيابة التي تستند الى حالة الضرورة كمن أوى واجبا عن غيره ولم يكن قاصدا التبرع وكتصرف بعض الرفقة في السفر على ما أشرنا اليه من قبل .

والمراد بقولنا " أو بإرادة شخص آخر " : إشارة إلى النيابة الإرادية سواء استندت الى الوكالة أو غيرها .

و المراد بقولنا " أو بإجازته اللاحقة : إشارة الى تصرف الفضولي إذ هو شخص له أهلية تولي العقد لكن ليست له ولاية التصرف عن غيره فينعقد التصرف موقوفا على إجازة الغير (المالك)أو (الأصيل) .

فإذا ما أجيز التصرف عند الفضولي وكيلا إذ " الإجازة اللاحقة كالإذن السابق"(١) والمراد بقولنا " في تصرف قابل للنيابة " إشارة الى محل النيابة فينبغي أن تتوافر فيه الشروط العامة لمحل التصرفات بأن يكون موجودا ممكنا مشروعا.

والمراد بقولنا " بحيث تعود آثار التصرف إلى شخص الأصيل لا النائب ":إشارة الى للمقصود الأصلي من النيابة وهو ترتب آثار عمل النائب في ذمة الاصيل سواء كانت النيابة جبرية كالولاية أم إرادية كالوكالة. (٢)

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة : ١٤٥٢ الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص : ٣٩٥

(٢) نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية د. شفيق شحاته . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى. العدد الثاني ص: ٢٠٦ - ٢٠٧.

المبحث الثاني

تعريف النيابة في القانون

يطلق (١) على الشخص المعبر عنه " الأصيل "

والذي يعبر عن (الأصيل) "النائب"

ومن تعاقد معه النائب " الغير "

لذا كانت تعريفات فقهاء القانون للنيابة متقاربة فقد عرفها البعض (٢) بأنها:

"حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه".

وعرفها آخرون(٣) بأنها : حلول إرادة النائب في إبرام تصرف قانوني محل إرادة الأصيل مع انصراف آثار هذا التصرف إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب. (٤)

وعرفها آخرون بأنها : عقد يخول للشخص الذي لا يستطيع مباشرة أعماله بنفسه إعطاء السلطة لشخص آخر أن يباشره لحسابه كما لو كان هو نفسه حاضرا سواء لادارة بعض أملاكه أو للتعاقد مع الغير . (٥)

وقد جاء تعريف النيابة في قانون الالتزامات التركي (٦) { المادة : ٣٢} بانها عبارة عن : قدرة الشخص اعتمادا على الصلاحية التي تملكها على أن يتصرف تصرفا قانونيا لحساب الغير وباسم هذا الغير .

ومما تجدر الإشارة اليه في هذا المقام أن قانون الإلتزامات التركي مأخوذ في جملته من

---

(١) Akintürk Borçlar Huk. p.45 Sevinç Matbeasi, Ankara- 1986

(٢) السنهوري في الوسيط ١/١٨٩.

(٣) مصادر الالتزام للدكتور عبد الحي حجازي ٢/٢٢٢ مطبعة نهضة مصر ١٩٥٤م.

(٤) الوجيز في شرح القانون المدني للدكتور عبد المجيد سليم (مصادر الالتزام) ص: ٨٤.

(٥) النظرية العامة للالتزام للدكتور اسماعيل غانم ص. ١٥٠ نشر مكتبة وهبة سنة ١٩٦٨ م.

(٦) Tekinay Borç. Huk.(Gen. Huk) p. 167, Akintürk Borç. Huk p.45, Yeni Hukuk Lugati ve Huk. Terimleri Söz p.310.

القانون السويسري

و يلاحظ على تعريف للمادة السابقة من قانون الالتزامات بأن هذا التعريف لا يخرج في مضمونه عما سبق بيانه من تعريفات لأهل القانون

وكذلك الأمر في القانون الانجليزي (١)والألماني (٢) والباكستاني (٣) حيث إنهم لا تخرج هذه القوانين في مضمونها عما سبق بيانه من التعريفات .

وعرفها الدكتور حارث سليمان الفاروقي بانها :" صلة تنشأ بحكم ارادة الأصيل(Principal) فتخول النائب(agent)حق القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل وحده "(٤)

---

(١) The Law of Agency G.H.L Fridmen p. 9,10,Cheshire and Fifoot's Law of Contract ,Chitty on contractsVol: II p.1,2

وهو يقول أن النيابة تعود إلى القاعدة في القانون العام وهي : p.42

Makim: "Qui peralium facit, per seipsum facere videtur."

He who does an act through another is deemed in law to do it heimself" Black's Law Dictionary. P.58 ومعناه بالإنجليزية :

" من عمل شيئا بواسطة نائبه فكأنه عمله بنفسه"

(٢) نصت المادة : ١٦٤ من القانون الالماني على النيابة بأنها : "إذا عبر شخص باسم شخص آخر بمقتضى السلطة المخولة في تمثيله ، فإن أثر هذا التعبير من استحقاق أو التزام يعود مباشرة إلى الاصيل". نظرية النيابة في الشريعة والقانون للدكتور أحمد حمد ص: ١٢٧ .

(٣) Section 182 The contract Act(IX of 1872) Mulla's Contract Act. 1989 p. 159, 160.;Law Terms of Phrase By Sardar Mohammad Iqbal Khan Mokal p. 5 (Agency);The contract Act(IX of 1872) By Sh Shaukat Mahmood. Second Edition 1981 Legal Research Centre; Law of Contract and Agency in Pakisten by: Aftab Ahmed P. 18 First Edition-1987- Multen .

(٤) المعجم القانوني المادة: النيابة(Agency) لحارث سليمان الفاروقي(انكليزي-عربي و عربي-انكليزي) مكتبة لبنان ساحة رياض الصلح- بيروت- الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٧م.

بيان الراجح:

ذكرنا فيما تقدم أن تعريفات فقهاء القانون متقاربة وأغلبها يشير إلى ثلاثة أمور هى :

١- النائب

٢-الأصيل

٣-وأثر تصرف النائب دون بيان مصدر النيابة.

فنرى أن التعريف الأول اشتمل على ذكر النائب والأصيل وأثر النيابة (كما لو كانت النيابة قد صدرت منه) إذ ما يصدر عن الشخص يلزمه ولم يشر إلى محل النيابة ولا إلى مصدرها .

أما التعريف الثانى فقد أشار إلى أربعة أمور هى :

-النائب .

-والأصيل .

-والمحل.

-والأثر.

ورغم أنه أشار إلى المحل الا أنه لم يشر الى المصدر الذى استمدت منه النيابة وعلى هذا يمكن أن نختار للنيابة فى القانون تعريفا مناسبا هو : أن النيابة عبارة عن قيام شخص بابرام تصرف قانونى باسم شخص اخر ولحسابه يقال له الاصيل سواء تم ذلك بارادة هذا الآخر أم بجعل القانون على أن ينتج التصرف آثارا مباشرة فى ذمة الأصيل

فالمراد بالشخص الأول : النائب .

والمراد بالشخص الآخر : الأصيل

والتصرف القانونى : هو محل النيابة.

والتصرف بالارادة أو بجعل القانون هو جوهر النيابة ومصدرها .

والله تعالى أعلم بالصواب.

للموازنة بين تعريف النيابة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

وعلى سبيل المقارنة بين كل من التعريفين وبشىء من التأمل وإعمال الفكر نجد أن التعريفين متفقان كل الاتفاق من حيث نصهما على أطراف النيابة وهى :

-الأصيل

-والنائب

-والغير

-وأن النيابة تتنوع إلى إرادية وجبرية وأن أثر النيابة ينصرف إلى الأصيل لا النائب

هذا ما يسره الله تعالى فى هذا المقام وهو تعالى أعلم بالصواب.

الفصل الثاني
تطور النيابة

المبحث الأول : تطور النيابة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : النيابة الإرادية.

المطلب الثاني : النيابة الجبرية ومشروعيتها

المبحث الثاني : تطور النيابة في القانون

المطلب الأول : التطور التشريعي للنيابة

المطلب الثاني : التخفيف من انتفاء النيابة في القانون الروماني

المطلب الثالث : النيابة في القانون الفرنسي القديم

المطلب الرابع : تطورالنيابة في القانون الإنجليزي

الفصل الثانى
فى تطور النيابة

المبحث الأول :تطور النيابة فى الفقه الإسلامى :

تتنوع النيابة فى الفقه الإسلامى إلى إرا دية وجبرية وكلا النوعين أقرهما التشريع الإسلامى منذ البداية على الوجه التالى :

المطلب الأول : النيابة الإرادية

إذا كانت نظرية النيابة لم تعرفها القوانين الوضعية إلا منذ عهد قريب على ما سنرى فى تدرج الاعتراف بها حتى وصلت إلى مفهومها الحالى . فعلى العكس من ذلك نرى أن الفقه الإسلامى قد اعترف بالنيابة منذ نشأته .

ولما كانت الوكالة وهى من أهم العقود التى استندت اليها النيابة الإرادية كضرورة للبشر الذين لا يتسنى للواحد منهم القيام بكل حاجاته مباشرة نظرا لظروفه الصحية أو كثرة مشاغله أو عدم علمه بادارة شئون المعاملات أو لمكانته بين الناس فلا يستطيع البيع أو الشراء لضعف خبرته أو لضيق وقته .

وقد كانت الوكالة معلومة عن العرب قبل الإسلام إذ كانوا يعرفون كثيرا من العقود التى تنقل الأعيان والمنافع من ذمة إلى ذمة كالبيع والإجارة أو تنميها كالشركة أو توثق الديون كالرهن والكفالة والحوالة .

ولكن لحق بهذه المعاملات كثير من العيوب التى ادت الى أكل أموال الناس بالباطل كبيع الملامسة والمنابذة (١) ولقد عرف العرب ذلك وبخاصة أهل مكة والمدينة فقد عرف

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي ص ٣٢ والبيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة بيع كان في الجاهلية صورته : كان الرجلان يتساومان المبيع فاذا القى المشتري عليه حصاة =

المكيون ذلك عن طريق العلاقات التجارية المستمرة بينهم وبين الشام والعراق واليمن.
وفي المدينة كذلك تواثروا بعض المعاملات عن طريق التعامل مع اليهود الذين

يشاركونهم الإقامة في المدينة (١)

وبالاشارة إلى ما سبق في شأن الوكالة قبل الاسلام نرى أن الاسلام قد أقرها بالكتاب والسنة والاجماع. (٢)

والحقيقة أن الشريعة الإسلامية قد أقرت النيابة الإرادية من حين نزولها بعكس الحال في القانون الوضعي على ما سنرى إن شاء الله.

المطلب الثاني : النيابة الجبرية

وإذا كان الأمر واضحا بالنسبة للنيابة الإرادية أو الاختيارية كما في الوكالة على سبيل المثال ، فالأمر أوضح بالنسبة للنيابة الجبرية كما في الولاية وهي التي يفرضها الشارع جبرا على الأصيل وأهم صورها الولاية والوصاية.

ونكتفي هنا بالاشارة إلى مايدل على مشروعيتها إذ سنفرد ذلك بالبحث في موضعه إن شاء الله.

= أو لمسه أو تبدله البائع إليه لزم البيع فسدت لورود النهي عنها لما فيه من معنى التعليق كأنه قال : إن القيت عليه حجرا فهو لك : الصحاح للجوهري ٩٧٥/٣.
والمغرب للمطرزي ٢٤٩/٢ والنهاية ٢٦٩/٤، ٦/٥ والمصباح المنير ٨٦١/٢ و ٩١١. وجاء ذلك في مجمع البحرين : ومجمع البحرين وملتقى النهرين من الكتب المعتبرة في فروع الحنفية وهو من تاليف الإمام مظفر الدين احمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي البغدادي الحنفي المتوفي سنة ٦٩٤ هـ وقد شرحه جماعة من العلماء ، منهم بدر الدين العيني : انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية لمحيي الدين عبد القادر القرشي المصري ٨٠/١ مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدر آباد - الدكن. الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ.

(١) المنتقى في تاريخ التشريع الإسلامي للشيخ محمد أنيس عبادة ص ٣١ طبع دار التأليف سنة ١٩٦٥م.

(٢) سيأتي الكلام مفصلا عن هذا حين نتكلم عن مشروعية الوكالة في الفصل الثالث من الباب الثاني ان شاء الله.

مشروعية النيابة الجبرية :

أما الكتاب فمن وجهين :

الأول : قول الله عز وجل { ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا } (١)

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة :

أ- أنها دلت على منع إيتاء المال للسفهاء أو تمكينهم منه وجعله في أيديهم .

وقد أضيف المال إلى الأولياء مع أنه في الحقيقة مال السفهاء .

ب- لأن الأولياء قوامها ومدبروها فهم الذين يقومون نيابة عن السفهاء بتدبير أموالهم(٢)

الثاني : قول الله تعالى عز من قائل { فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل } (٣)

والسفيه : يشمل المبذر ماله والصغير .

والضعيف : يشمل الشيخ الكبير والصغير والمجنون . (٤)

وأما السنة : فما روى عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى عليه وسلم أنه قال { رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق }(٥)

ورفع القلم عن الصبي : يراد به قلم الخطاب أي التكليف فلا يكون مكلفا إلا إذا بلغ

ووجه الدلالة من هذا الحديث الشريف :

أنه قد دل على أن المؤاخذة قد رفعت عن المذكورين في الحديث حتى تنتهي تلك الموانع المذكورة فينوب عنهم أولياؤهم لقضاء مصالحهم وتصريف أمورهم .

---

(١)سورة النساء آية رقم ٥

(٢)أحكام القرآن لابن العربي ٢١٨/١ والمغني لابن قدامة ٥٠٥/٤.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٤)أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٦/١ وما بعدها عند تفسيره لآية المداينة.

(٥)البخاري ١٢٠/٨ كتاب الحدود ، و ١٦٩/٦ كتاب الطلاق رواه أحمد وأبو داود ٥٥٨/٤ والنسائي وابن ماجة والحاكم عن عائشة رضي الله عنها. انظر كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعلامة الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى ١١٦٢هـ. جـ١/٤٢٤ . الطبعة الثالثة لدار إحياء التراث العربي - بيروت .

المبحث الثانى
تطور النيابة فى القانون

المطلب الأول : التطور التشريعى للنيابة

التطور التشريعى للنيابة بمفهومها الحديث إنما هو وليد التقدم الحضارى وما ترتب عليه من تعدد الارتباطات و المبادلات.

أما فى المجتمعات البدائية كالمجتمع الرومانى فإن الحاجة لم تكن داعية للنيابة نظرا لقلة نشاط الأشخاص .

فإذا نظرنا إلى التنظيم الاقتصادى والاجتماعى فى المجتمع الرومانى فنجده فى روما كان مختلفا تماما عن التنظيم الحديث فالتجمع لكل عائلة كان يمثل ما يشبه الاستقلال الذاتى لها .

فكل عائلة فى حد ذاتها تمثل مجتمعا مستقلا ولم تكن والحالة هذه فى حاجة إلى رؤوس أموال أو نشاط الآخرين والعمليات التى كانت تسود وقتذاك قليلة إلى حد بعيد وكان يقوم بها رب العائلة .

وبناء على هذا ففكرة الوكالة بمعنى أن يبرم الشخص التصرف لنفسه ثم ينقله فى نفس الحين إلى الموكل لم تكن موجودة ومن ثم فإن الحاجة لم تكن داعية إليها باستثناء بعض المشتريات التى تجرى داخل العائلة الواحدة وهذه يمكن أن يقوم بها أى شخص وترجع آثارها الى رب العائلة الذى يمثل الشخصية القانونية الوحيدة داخل المجتمع .

ولم تبق هذه الحال طويلا إذ تطور الوضع وأزيلت الحواجز بين تلك التجمعات فأصبح الفرد لا رب الأسرة هو الأساس وكثر التعاقد بعد أن أقيمت الأسواق فى أماكن وأزمنة معروفة وصار من لا تساعده ظروفه فى أمور البيع و الشراء يعهد إلى وسيط يبرم التصرف لحسابه ثم ينقله بعد ذلك إلى المستفيد .

ومعنى ذلك أن الرومان قد عرفوا الوكالة ولكن ليس بالوضوح الذى عليه الفقه الاسلامى فى هذا المقام وإنما كانت عندهم وقتذاك عبارة عن خدمة يؤديها صديق لصديقه (١)

---

(١) الوكالة وأثرها في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاوز ص: ٣١-٣٢.

ولو بحثنا عن علة قاعدة اقتصار آثار التصرف فى القانون الروماني وعدم التسليم بقاعدة الأثر المباشر للنيابة وجدنا ذلك راجعا إلى عدة اعتبارات (١) هي:

١-الشكلية(٢)التى كانت الطابع المميز للقانون الرومانى لم تكن تسمح بأن تتجاوز آثار تصرف الشخص الذى تولى الطقوس والأشكال التى يقوم عليها التصرف إلى شخص آخر لم يشترك فى تلك الطقوس والأشكال .

٢- السياسة الشرعية المقنن الرومانى كانت تهدف دائما إلى رعاية الاستقلال الاقتصادى للفرد الحر تمييزا له عن الرقيق وقد اقتضت رعاية هذا الاستقلال الاترجع آثار تصرف الفرد إلا على نفسه دون غير.

ويؤيد هذا النظر أن نيابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة كانت مقررة من أول الامر فى كل ما يجعل رب الأسرة دائنا ثم امتدت إلى جعله مدينا فى بعض الأحوال المعينة بينما لم تتقرر نيابة الأفراد الأحرار بعضهم عن بعض إلا بعد تطور طويل وفى أحوال خاصة (٣).

٣- النظرة الرومانية إلى الالتزام نظرة شخصية بحتة ومنطق المذهب الشخصى فى الالتزام يقتضى ألا يتعدى الالتزام أشخاص القائمين بالتصرف القانونى الناشئ عنه الالتزام الى غيرهم ممن لم يشترك فى إبرام التصرف (٤).

ومن هنا كان من القواعد المقررة فى القانون الرومانى :

- أن " العقود لا تتعدى لغير أطرافها بنفع ولا ضرر ".
- أن " لا شبهة فى عدم التزام انسان بعقد غيره".
- وأن " حكم العقود الاقتصار "

---

(١) النيابة في التصرفات القانونية (طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها) الدكتور : جمال مرسى بدر ص ١٤-١٥ طبع الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٠م . والنيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١١٣ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ع١/س١ والوكالة وأثرها في إنشاء الالتزامات للدكتور كلارز ص ٢٤ وما بعدها .انظر أيضا: Esener Dr . Turhan Selahiyete Mustenit Temsil p.2 : ٧٥.

(٢) Esener Selahiyete Mus. Temsil p:2 1961- Ankara

(٣) المرجع السابق ص: ٢ و ٣ .

(٤) المرجع السابق ص: ٣ .

المطلب الثانى : التخفيف من انتفاء النيابة فى القانون الرومانى

عرفنا مما تقدم أن القانون الرومانى كان يقر فى الأعم الأغلب انتفاء النيابة .

ومن ثم كانوا لا يسلمون بقاعدة الأثر المباشر للنيابة .

وقد ترتب على عدم التسليم بمبدأ النيابة مضار كثيرة ولذلك حاول " البريتور" (١) التخفيف منها قدر المستطاع مع مراعاة أن رب العائلة كان يستطيع أن يكتسب الحقوق عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته وكان ناتج التصرف ينصرف إلى ذمة رئيس العائلة وكان هذا قاصرا على الجانب الإيجابى فقط دون الجانب السلبى .

فكان يستطيع ملكية الأشياء عن طريق التسليم أو التسلم أو يكتسب عن طريقهم الحقوق الشخصية عن طريق التعهد وليس هذا على أساس النيابة أيضا .

بل كانوا يستعملون حق رب الأسرة فى التملك إذ كانوا يعتبرون أداة من أدوات التملك فهم من رب الأسرة بمنزلة اليد.

وتطور الوضع بعد ذلك عن طريق الدعاوى البريتورية للتخفيف من التعقيدات التى تنتج عن قصر أثر تصرف الابن أو العبد على الجانب الايجابى فقط .

فكان من حق الأشخاص الخاضعين لسلطته أن ينشئوا فى ذمته -رب العائلة- التزامات قبل الغير وكان للغير أن يرجع على رب العائلة بالدين الناشيء عن تعامل الابن أو العبد . (٢) وبذا بدأ تغير المبدأ القديم وكان للغير أن يرجع أيضا على العبد أو الابن بمقتضى الدعوى المدنية و قد كانت توجه للابن متى أصبح ولى نفسه والعبد قد اعتبر منذ القرن الثانى الميلادى ملزما بالتزامات طبيعية مصدرها العقد الصادر عنه .

وقد تطور الوضع أيضا فى حالة ما إذا أدار العبد أو الابن نشاطا بحريا أو تجاريا

---

(١) وهو الذي كانت بيده السلطة القضائية في القانون الروماني فكان الرومان يقترحون الحلول للأمور على البريتور فيدمجها في منشوره السنوى فتصبح ملزمة وبعد زوال سلطة البريتور كانوا يقترحون هذه الحلول على الامبراطور الذى استأثر بسلطة تفسير القانون عن طريق مجلسه الاستشاري : تطبيق الشريعة الاسلامية فى البلاد العربية للدكتور صوفى أبى طالب ص ١١٨ مطبعة دار النهضة العربية القاهرة انظر أيضا Esener Sel . Must . Tems p.3.

(٢) انظر فى هذا Esener . ibid . p.2 ومصادر الحق للسنهورى ٥/١٦٣.

لرب العائلة فكان بمقتضى دعوى بريتورية { دعوى التجارة البحرية أو البرية } أن يرجع الغير على رب العائلة بالدعوى البريتورية وعلى النائب بالدعوى المدنية . (١)

ويمكن لنا في هذا المقام أن نؤكد أن فكرة النيابة (٢) على ما هي عليه في الوقت الحاضر – لم تتحقق في القانون الروماني في صور الوصاية أو الوكالة بالخصومة ولا في حالة تصرف الابن أو العبد بدلا من رب الأسرة .

ففي هذه الصور الثلاثة لم يحدث شيء يمكن أن نسميه نيابة وإن كانت الحلول العملية التي أمكن الوصول اليها تذكرنا بمعنى النيابة التي أشار إليها الدكتور شفيق شحاته . (٣)

المطلب الثالث : النيابة في القانون الفرنسي القديم

بداية صار الحال على ماهو عليه في القانون الروماني ولكن ما لبثت هذه الحال أن تغيرت ويتجلى هذا التغير في أن الشكلية بدأت تتقهقر لتساير التطور المستمر للعقود

فكان القانون الكنسي يبني العلاقات القانونية على أساس أخلاقي فأدى ذلك إلى الاعتراف بالقوة الملزمة للوعود

وفي القرن السادس عشر أوشكت الشكلية الألمانية على الانقراض وكان مجرد توافق الإرادتين بدون شكليات خارجية كاف ليحل محل العقد .

واختفت الشكلية تماما باقرار مبدأ الرضائية وبعد اختفاء الشكلية وإطلاق المجال لإرادة الأطراف عند تفسير الاتفاقات والضرورات الاقتصادية والتقدم الحضاري التي تجعل الإنسان في حاجة ملحة إلى أن ينيب عنه غيره . أقر القانون الكنسي فكرة

---

(١) بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي أبي طالب ص ١٦٨.

(٢) النيابة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية د/ شفيق شحاته ص ٥٧–٥٨.

(٣) المرجع السابق د. شفيق شحاته .

النيابة(١) وكانت الكنيسة حائزة للسلطة الروحية والزمنية معا ولم يكن الملوك في ذلك الوقت إلا ممثلين للبابا يباشرون السلطة بهذه الصفة .

وفى القرن السادس عشر استقر الفقه على أن الوكيل لم يعد ملتزما قبل الغير وعلى هؤلاء أن يتجهوا مباشرة إلى الموكل .

ولم يكن الوكيل ملتزما قبل الغير إلا اذا تقدم طواعية كمسئول أو إذا تعاقد باسمه واختبأ الأصيل وراءه . (٢)

وبعد هذه المراحل السابقة فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم نستطيع أن نقول إننا الآن قد وصلنا إلى مايسمى بحرية الشخص فى الإنابة بمعناها الحقيقى .

فبعد أن أقر القانون –فى عصرنا الحاضر– مبدأ النيابة اتفق فقهاء القانون على أن للشخص مطلق الحرية فى أن يتعاقد بالأصالة عن نفسه أو بالنيابة عن غيره إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما هو الحال فى بعض قوانين الأحوال الشخصية فى بعض الدول بخصوص عقد الزواج (٣). [م/١٥٥ مدنى للمشروع التمهيدى للقانون]

وبالتالى فكل تصرف يحق للشخص أن يبرمه بنفسه يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب إلا إذا كان متطلبا حدوثه من الأصيل .

كما فى حلف اليمين [م/٧٧٤ من قانون الموجبات والعقود] (٤)

المطلب الرابع :

تطور النيابة فى القانون الانجليزى :

من المعروف كما رأينا فى القوانين الوضعية الأخرى – أن نظرية النيابة قد مرت بمراحل مختلفة حتى وصلت إلى الصورة التى عليها اليوم(٥).

---

(١) Esener . Sel . Must . Tems p.3 1961

(٢) الوكالة وأثرها فى انشاء الالتزامات لكلارز ص٤٨–٥٧.

(٣) شرح القانون المدنى للدكتور محمد كامل مرسى ص ١٦١.

(٤) موجز فى مصادر الالتزام للدكتور محمد لبيب شنب ص ٧٧ طبعة ١٩٧٠ م .

(٥) Fridman . p.4

فيرى بعض أهل القانون أن مصدر نظرية النيابة يعود إلى نظرية العرف في القانون الانجليزى (١) وبعضهم (٢) يرى أن مصدرها راجع إلى مؤسسة " أتورناتوس" في القانون الألماني وهناك من يدعى مثل " ميت لند" (٣) أن جذور نظرية النيابة أخذت مما كان يقوم به رجال الدين المسيحي في القرون الوسطى .

وغير ذلك من الآراء ولكن المتفق عليه أن القانون الانجليزى لم يعترف بهذه المؤسسة حتى نهاية القرون الوسطى وفي هذا الوقت نرى أن القانون قَبِل أن يكون الأصيل مسئولا عما فعله النائب (٤) نيابة عنه .

حتى أن القانون الإنجليزى أى القانون العام ما كان يستعمل كلمة النائب إلا بعد القرن السابع عشر و الثامن عشر (٥).

يقول الدكتور جمال مرسى بدر عند كلامه عن تطور النيابة : " أما الفقه الانجليزى والفقه الامريكى فيتميزان بالخلو من محاولات إقامة بناء نظرى لنظام النيابة ولا غرابة في ذلك إذ إن التفكير الانجلوسكسونى – لغلبة الطابع العملى عليه ينأى عن المضاربات العقلية ولا يحفل كثيرا باستخلاص النظريات في كل مجال ومع ذلك فالمعروف تاريخيا أن النيابة كنظام جامع لتطبيقاته العملية لم يبدأ في الظهور في أحكام القضاء الانجليزى ثم الأمريكي الا ابتداء من القرن التاسع عشر انظر سنوجلار ص ١٤"(٦)

ويؤيد ذلك ما ذكره " فريد مان" (٧) من آراء في كتابه المشهور " قانون النيابة" ومنها أن اعتبار النيابة كنظرية بدأ بعد القرن السابع عشر ومنذ هذا التاريخ تطورت

---

(١) Fridmen p.3 ,4 ,5 and Muller Freinfels (1964) 13 Am J Comp L at p.195.

(٢) History of English law iv p.411

(٣) وهو يستدل بقضية الملك " ادوارد الاول " (Edward I) simpson History of the Law of Contract (1975) p 540 . Notes :1,2 and Esener .S.M.T. م.3

(٤) Fridmen p.5

(٥) Fridman p.5,6. Muller – Freientels (1964) 13 Am J Comp Lat .p.197.

(٦) النيابة في التصرفات القانونية من ١٠ هامش (١) الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٨٠ الطبعة الثالثة .

(٧) (بتصرف) Fridman p(3–10)

النيابة إلى أن وصلت فى نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر وأصبحت نظرية مستقلة وهذه النظرية التى توصل إليها القانون الانجليزى فى القرن التاسع عشر هى أصل نظرية النيابة الحديثة فى القانون الانجليزى اليوم (١)

والخلاصة:

نفهم من كل ما سبق أن النيابة كنظرية عامة مستخلصة من تطبيقاتها العديدة ليست قديمة فى القانون الوضعى كما هو الحال بالنسبة للفقه الإسلامى(٢) فهى لم تبرز كنظام له صفة العموم إلا فى أواخر القرن الماضى وفى مطلع هذا القرن على يد الفقهاء الألمان(٣) والايطاليين ثم الفرنسيين الذين اتجهوا فى دراستهم إلى استخلاص مقومات النيابةمن تطبيقاتها كالوكالة والفضالة وغيرها و إلى ابراز كيان النيابة المتميزة حتى استوت لها نظرية عامة تنبسط على كثير من النظم ولكنها لا تختلط بها بل تتميز عنها بمقوماتها الذاتية وأركانها الخاصة. (٤)

إذاً أول تقنين أبرز وجود النيابة المستقل ونظمها فى نصوص لها صفة العموم هو التقنين المدنى الألمانى (٥) الصادر سنة ١٨٩٦ والمطبق ابتداء من يناير سنة ١٩٠٠ وذلك فى المواد [من ١٦٤ الى ١٨١] منه وكذلك قانون الالتزامات السويسرى(٦) فأفرد للنيابة بصفة عامة المواد من ٣٢ الى ٤٠ فى سنة ١٨٨١. (٧)

---

(١) Cf Stoljar Law of Agency p 14: muller – F reientels (1964 13 A J Comp. L p.197

(٢) Belgesay , p.8 Esener , S.M.T. p.3

(٣) Esener . S.M.T p.3 Ankara-1961

(٤) النيابة فى التصرفات القانونية د/ جمال موسى بدر ص: ١٠٩

(٥) Türk Med. Ken. ve Borç. Kenunu p.10 Inkilap ve Aka Kitabevleri Kall. Şti. Velken Matb. Istanbul-1980

(٦) المرجع السابق ص: ١١ والنيابة في التصرفات القانونية ص: ١١

(٧) وتقابلها في قانون الإلتزامات التركي المنقول Esener S.M.T p.3 من القانون السويسرى المواد ٣٢-٤٠ وهي مأخوذة بنصها عن المواد المقابلة لها في القانون السويسري كما هو الحال في القانون المدني كله.

أما مشروع الالتزامات الفرنسي الإيطالي فقد تناولها في المواد ٣١ وما بعدها (١)

وأما قانون الالتزامات التركي والقانون المدني التركي المنقول عن القانون السويسري الصادر في تاريخ ١٩٢٦ فقد (٢) تناولها في المواد ٣٢-٤٠ وكذلك القانون المدني الإيطالي الحالي الصادر سنة ١٩٤٢ فقد نظم النيابة في المواد من ١٣٨٧ إلى ١٤٠٠ كما أن اللجنة التي كان معهودا اليها تنقيح القانون المدني الفرنسي لم تغفل أمر النظرية العامة للنيابة فضمتها بالمواد من ٢٠ الى ٣٤ من مشروعها (٣).

ولم يكن القانون المدني المصري يختلف عن مصدره الأهم في هذا الموضوع وهو تقنين نابليون فكلاهما لم ينظم النيابة بنصوص عامة الى أن جاء القانون المدني المصري الصادر في سنة ١٩٤٨ وسد هذا النقص في المواد ١٠٤ وما بعدها التي رسمت " القواعد الأساسية لنظرية عامة في النيابة في التعاقد لا نظير لها في التقنينات الراهنة " (٤)

ونلاحظ أن قوانين البلاد العربية التي استمدت من التقنين المدني المصري قد سارت على نفس النهج فالقانون المدني السوري الصادر في سنة ١٩٤٨ قد تناول الأحكام العامة للنيابة في المواد ١٠٥-١٠٩ منه وتناولها القانون المدني الليبي الصادر في سنة ١٩٥٣ في المواد ١٠٤-١٠٨ منه كما تناولها القانون المدني السوداني الصادر في ١٩٧١ في المواد ٨٩-٩٣ منه (٥).

---

(١)النيابة في التصرفات القانونية د/جمال موسى بدر ص :١٢.

(٢) Velidedeoglu, Hifzi Veldet, T.M.K ve B.K Vol:2 p.1 و

Akinturk, Turgut, Borçlar.K. p.3 Sevinç Melte Ankara

1986

(٣)النيابة في التصرفات القانونية د/جمال مرسى بدر ص :١٢.

(٤)المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري جـ٢/ ٥٠

(٥)مواد النيابة في هذه القوانين مأخوذة من مثيلاتها في القانون المصري بنصوصها تقريبا.

وأما القانون المدني العراقي فإنه لم يتناول الأحكام العامة للنيابة ولكنه يحتوي في باب الوكالة على المادتين ٩٤٢، ٩٤٣ اللتين تقابلان ١٠٥،١٠٦ من القانون المدني المصري (النيابة في التصرفات القانونية)للدكتور جمال مرسى بدر ص :١٠-١١.

المقارنة :

وعلى سبيل المقارنة يتضح لنا أن التشريع الإسلامى قد أقر منذ البداية النيابة بنوعيها : الإرادية والجبرية .

أما القانون الوضعى فلم يقرها إلا بعد أن تخلص القانون من الشكلية التى كانت تسيطر عليه وأصبح لإرادة الأطراف دور معتبر فى التعاقد بالإضافة إلى الضرورات التى فرضتها روح العصر من شتى نواحى التقدم إذ هى تتطلب إقرار نظام النيابة الأمر الذى يظهر بجلاء علو التشريع الإسلامى ومسايرته لكل العصور .

هذا ما يسّره الله تعالى فى هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

الفصل الثالث
أنواع النيـــابة

المبحث الأول : أنواع النيابة عن الغير في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول : النيابة الإرادية

الفرع الأول : النيابة المستندة إلى عقد الوكالة

الفرع الثاني : النيابة المستندة إلى عقد غير الوكالة

المطلب الثاني : النيابة غير الإرادية

الفرع الأول : نيابة الولي

الفرع الثاني : النيابة القضائية

الفرع الثالث : نيابة الوصي المختار

الفرع الرابع : نيابة الفضولي

المبحث الثاني : أنواع النيابة عن الغير في القانون

المطلب الأول : أنواع النيابة من حيث تحديد سلطة النائب

الفرع الأول : النيابة الإرادية

الفرع الثاني : النيابة القانونية

المطلب الثاني : أنواع النيابة من ناحية مصدرها :

المطلب الثالث : أنواع النيابة من حيث وجود السلطة أي الصلاحية وعدمها

المطلب الرابع : النيابة الظاهرة أو الإيهامية

المطلب الخامس : مقارنة

الفصل الثالث

أنواع النيـــــابة

وفيه مبحثان

المبحث الأول : أنواع النيابة عن الغير فى الفقه الإسلامى

تتنوع النيابة فى الفقه الإسلامى الى :

١- نيابة إرادية

٢- نيابة غير إرادية

وأتناول فيما يلى الكلام عن النيابة بنوعيها

فالإرادية إما أن تكون مستندة إلى عقد وكالة أو مستندة إلى عقد آخر كعقد العمل أو الزواج والجبرية على خلاف ذلك وفقا لما يلى :

المطلب الأول : النيابة الإرادية

الأصل فى النيابة أن تكون إرادية بمعنى أن الأصيل ينيب بدلا عنه شخصا آخر يسمى " النائب لإبرام تصرف ما ينصرف أثره إلى الأصيل .

ولكن كيف توجد النيابة ؟

هل توجدكعقد مستقل كالوكالة والجعالة أم يمكن أن تقوم النيابة بالاستناد إلى عقد آخر ؟

فى الواقع يمكن تحقق النيابة فى الصورتين ويجدر بى أن أفصل ذلك على الوجه التالى :

لما كانت النيابة يمكن أن تستند إلى غير عقد الوكالة فى بعض الأحيان فأرى أنه من المناسب التكلم عن النوعين وجعلت لكل نوع فرعا مستقلا .

الفرع الأول : النيابة المستندة إلى عقد الوكالة :

تقدم الكلام عن أن النيابة الإرادية فى الفقه الإسلامى قد تستند إلى الوكالة إلا أنه

مما تجدر الإشارة إليه أن جمهور الفقهاء قد ميزوا بين النيابة والوكالة وذكروا أن النيابة أعم من الوكالة خلافا لبعض الفقهاء الذين سووا بينهما .

ومن هذا نعلم أن الخلاف في هذه الجزئية على قولين :

القول الأول : لجمهور الفقهاء ومنهم الحنفية وجمهور المالكية وجمهور الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية .

وهؤلاء – رحمهم الله تعالى – يرون : أن النيابة أعم من الوكالة .

القول الثاني : لبعض المالكية وبعض الشافعية وهؤلاء يرون : النيابة مساوية للوكالة . (١)

بيان الراجح:

وبالتأمل في الوكالة هل هي تساوي النيابة أو النيابة أعم ؟

أرى أن الخلاف هنا لفظي لا ثمرة له في الواقع العملي وأن مراد الجمهور بأن النيابة أعم نظرا لأنها تكون كذلك في غير التصرفات المالية كإنابة إمام الصلاة غيره أو إنابة الحاكم قاضيا أو أميرا في منطقة ما . وهذا خارج عن مجال بحثنا

أما في التصرفات المالية فقد اعتبروا الوكيل نائبا ووضعوا له ضابطا في الشيء الذي ينـاب فيـه وهو أن يكون مما تصح فيـه النيـابة أو أن يكون مما يصح أن يباشره الشخص بنفسه والله أعلم .

---

(١) انظر نضلاج من وجهة نظر القائلين بأن النيابة أعم من الوكالة ومخالفيهم القائلين بأن النيابة تساوي الوكالة في: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري لشيخ الإسلام أبي بكر ابن علي ابن محمد الحداد اليمني ١\٣٥٨ والبحر الرائق لابن نجيم ٧\١٣٩ – ١٤٠ وحاشية ابن عابدين ٥\٥١١ – ٥١٢ (بتصرف) .

الفرع الثاني : النيابة التي تستند الى عقد آخر غير الوكالة :

عرفنا مما سبق أن الأعم والأغلب هو قيام النيابة بالاستناد إلى عقد الوكالة .

غير أن هذا لا يمنع قيام النيابة في صورة إنابة من الأصيل إلى شخص آخر تربطه به رابطة أخرى كما هو الحال في في عقد المساقاة أو الإجارة أو الشركة أو الرهن .. الخ.

المسألة الأولى :

النيابة الارادية المستندة إلى عقد المساقاة .

تعريفها :

في اللغة : مشتقة من السقى لأنه معظم عملها وأصل منفعتها .

قال صاحب المصباح(١): سقيت الزرع سقيا فأنا ساق وهو مسقى على مفعول .

ويقال للفتاة الصغيرة ساقية لأنها تسقي الأرض وسميتمساقاةلأنها مفاعلة من السقى لأن أكثر أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقى لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك .

وفي الشرع : عرفها صاحب الجوهرة النيرة (٢) - من الحنفية - بقوله : المساقاة دفع النخل والكرم والأشجار المثمرة معاملة بالنصف أو الثلث أو بالربع قل أو كثر وأهل المدينة يسمونها المعاملة .

---

(١) المصباح المنير للشيخ محمد بن أحمد المقري الفيومي مادة (ثوب) والمعجم الوسيط ١/٤٢٣ انتشارات ناصر خسرو طهران

(٢) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري لشيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني - رحمه الله - المتوفي - ٨٠٠ هـ ج١/٢٥٦ نشر مكتبة امدادية ملتان باكستان.

وعرف ابن عرفة حقيقتها العرفية فقال:

هي عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لابلفظ بيع أو إجارة أوجعل (١)

وعرفها الشيخ محمد الشربيني الخطيب في كتابه " مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . (٢) بقوله :

وحقيقتها : أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما :

والخلاصة أن المساقاة في الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج.

أو هي : معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها .

والمراد بقوله [معاملة] في تعريف الحنفية: المساقاة التي هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة (٣) بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم إلى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها كما تقدم .وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي .

والأصل فيها -قبل الإجماع - خبر الصحيحين [أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر وفي رواية : دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع (٤)

---

(١) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ٦\٢٢٨

(٢) ٢٢٢/٢ مطبعه مصطفي الحلبي القاهرة.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز لدقائق للإمام الزيلعي ٥\٢٨٤ نشر مكتبة امدادية - ملتان - باكستان

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٢٥١/٢، صحيح البخاري ٣\٦٨-٦٩ (كتاب المزارعة) وصحيح مسلم ١١٨٦/٢ كتاب المساقاة باب (١) قال الشيخ عبد اللطيف بن ابراهيم آل عبد=

ولأن الحاجة داعية إليها لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ لها ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار فيحتاج ذاك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل(١)

وعلى ذلك : إذا أناب للمالك العامل فى أمر يخرج عن التزاماته أو قصر المالك فى أمر وقام العامل به بدلا عنه بإذنه يعتبر ذلك إنابة مستندة إلى عقد المساقاة .

جاء فى : (مغنى المحتاج)للشيخ الشربينى جـ٢/٣٢٩ ما نصه :

وكل ما وجب على العامل كان له استئجار المالك عليه وكل ما وجب على المالك لو فعله العامل باذن المالك استحق الأجرة أ.هـ .

ولذا جاء فى الصفحة رقم ٣٥٢ من " مغنى المحتاج السابق " ويستثنى من الخلاف المذكور فى المتن [عدم ذكر الأجرة] مسائل :

إحداها – عامل المساقاة إذا عمل ما ليس من أعمالها باذن المالك فانه يستحق الأجرة . أ.هـ.(٢)

= اللطيف في كتابه «طريق الرشد إلى تخريج احاديث بداية ابن رشد جـ٢/٨٦ من مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٤٠٢هـ ما نصه : حديث ابن عمر «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطي خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما خرج منها» متفق عليه. وهذا لفظ البخاري في باب المزارعة مع اليهود من صحيحه وهو عند الإمام مسلم في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع. ، وانظر ايضا سبل السلام للصنعاني ٣/٩١٦-٩١٧. نشر مكتبة عاطف بالأزهر – القاهرة.

(١) مغني للمحتاج جـ٢/٣٢٢. مطبعة مصطفى الحلبي.

(٢) وانظر أيضا حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥٤٥-٥٤٦ والمغني لابن قدامة ٥/٨٧

المسألة الثانية

النيابة الإرادية المستندة إلى عقد الإجارة :

تعريف الإجارة لغة:مشتقة من الأجر بمعنى : العوض والثواب [١] قال تعالى:{ قال لو شئت لتخذت عليه أجرا } [٢] أى عوضا على ما قمت به من بناء .

وقال تعالى : { يا قوم لا أسألكم عليه أجرا إن أجرى إلا على الذى فطرنى أفلا تعقلون } [٣] أى لا أسألكم عليه ثوابا . أى ما أرجو الثواب فى ذلك الا من الذى فطرنى .

ومثل هذا فى القرآن كثير.

وفى حديث أم سلمة رضى الله عنها { أجرنى الله فى مصيبتى وأخلف لى خيرا منها}[٤] . آجره يؤجره إذا أثابه وأعطاه الأجر والجزاء .

والأمر : آجرنى وأجرنى .

وأجر المرأة مهرها . وفى التنزيل { ياأيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى أتيت أجورهن } [٥]

ومعنى استأجر الرجل الرجل : أى استعمله عملا بأجرة أى بثواب يثيبه على عمله.

---

(١) لسان العرب لابن منظور المتوفي ٧١١هـ ٥/٦٦. وما بعدها طبعة مصورة عن طبعة بولاق مصر – والقاموس المحيط للفيروزآبادي ١/٣٧٦. وما بعدها. نشر المؤسسة العربية للطباعة والنشر – بيروت.

(٢) الكهف جزء الآية ٧٧.

(٣)سورة هود الآية ٥١.

(٤)مسند الإمام أحمد بن حنبل ويهامشه منتخب كنز العمال في الأقوال والأفعال ، ج ١/٢٠٩ طبع دار الفكر –بيروت.

(٥) سورة الاحزاب الآية ٥٠

في الإصطلاح :

اتفق علماء الحنفية على تعريف الإجارة بأنها : « بيع المنفعة »

وعرف منهم الكاساني الإجارة بأنها : « بيع للمنفعة » (١)

وعرفها ابن نجيم (٢) بأنها : « بيع منفعة معلومة بأجرة معلومة »

ونرى أن علماء المالكية عرفوها بتعريفات مختلفة (٣) : منها ما جاء في اللباب : حقيقة الإجارة : « تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم ».

وعرفها الشيخ الشربيني من علماء الشافعية بأنها : « عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم » (٤)

الدليل على مشروعية الإجارة :

الإجارة مشروعة دل على هذا الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى { فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن } (٥)

قال الإمام القرطبي رحمه الله تعالى { فان أرضعن لكم } يعني المطلقات أولادكم منهن فعلى الآباء أن يعطوهن أجرة إرضاعهن(٦) والأمر بدفع الاجر على جواز عقد الاجارة .

ومن السنة : أحاديث كثيرة منها :

ماروى عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري – رضي الله عنهما أن رسول الله صلى

---

(١) البدائع ٤\١٧٤

(٢) البحر الرائق ٨\٢ وانظر أيضا : درر الحكام شرح غرر الاحكام للقاضي محمد بن فراموز الشهير بملا خسرو ٢\٢٢٥ مطبعة أحمد كامل ١٣٢٩ هـ وتبيين الحقائق ٥\١٠٥ ونتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير ٨\٢ والهداية للمرغيناني ٣\٢٣١

(٣) ذكرت هذه التعريفات في كتاب « شرح فتح الجليل على مختصر سيدي خليل للشيخ محمد عليش ٣\٣٥ نشر مكتبة النجار طرابلس – ليبيا

(٤) مغني المحتاج ٢\٣٣٢ وانظر أيضا : نهاية المحتاج ٥\٢٥٩

(٥) سورة الطلاق الآية : ٦

(٦) الجامع لاحكام القرآن للامام القرطبي ١٨ / ١٦٨

T-801
CENTRAL LIBRARY

الله عليه وسلم قال : [من استأجر أجيرا فليعلمه أجره] (١)

فأمره صلى الله عليه وسلم بوجوب بيان الأجرة للأجير عن استئجاره دليل على جواز الإجارة .

وهذا الحديث وغيره من الأحاديث الكثيرة التي في معناه تدل - كما سبق - على جواز الإجارة .

ولأن العمل في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جرى بموجبه مع علمه بذلك فقد بعث صلى الله عليه وسلم والناس يؤجارون ويستأجرون فلم ينكر (٢) عليهم فكان ذلك تقريرا منه صلى الله عليه وسلم .

وأما الإجماع :

فقد أجمع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين (٣) على جواز الإجارة وأنها ثابتة وكانت عندهم معلومة معروفة وكانوا يتعاملون بها وكذلك التابعون من بعدهم وأهل العلم في كل عصر ومصر .

ولم يرد عن أحدهم مخالفة إلا ما روى عن عبد الرحمن بن الأصم من أنها لا تجوز لما فيها من غرر حيث إنها عقد على منافع لم تخلق بعد .

وهذا غير صحيح لأن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها .

ولأن المنافع وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والأحكام تناط بالغالب .

---

(١) رواه عبد الرزاق في " مصنفه " ورواه أحمد في مسنده وأبو داود في مراسيله عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه بلفظ " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يستأجر الرجل حتى يبين له أجره " ورواه النسائي في المزارعة موقوفا على أبي سعيد الخدري : إذا " استأجرت أجيرا فأعلمه أجره " ورواه ابن ابي شيبة في " مصنفه " موقوفا - أيضا - على أبي سعيد الخدري : انظر نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٤/١٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٧٤

(٣) كتاب الاجماع لابن المنذر ص : ١٠١

وكذلك روى عن إبراهيم بن علية : أنها لا تجوز لأنها أكل مال بالباطل (١) .

قال ابن حزم في كتابه المحلى (٢) : وهذا باطل منقوله وقد استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن أريقط ليلا إلى مكة.

ومخالفتهما -أي ابن الأصم وابن عليه لا تمنع انعقاد الإجماع لأنه سابق على مخالفتهما بل إن مخالفتهما خروج عن الإجماع المستند على الكتاب والسنة الصحيحة الثابتة فلا يعبأ بذلك مع وجود العمل بمقتضاه من زمن الصحابة رضى الله عنهم حتى يومنا هذا .

ومن حيث استناد النيابة إلى عقد آخر غير عقد الوكالة :

فالنيابة الإرادية قد تستند إلى عقد الإجارة .

فإذا استأجر شخص دابة من آخر فانه يتعين على المالك [المؤجر] علف تلك الدابة وذلك ليتسنى للمستأجر الانتفاع بها على الوجه الأمثل .

فإذا أذن المؤجر للمستأجر بالقيام بذلك بدلا منه اعتبر ذلك نيابة مستندة إلى عقد الإجارة وله الرجوع بما أنفقه على المالك .(٣)

المسألة الثالثة :

النيابة الإرادية المستندة إلى عقد الشركة :

تعريفها : الشركة اختلاط شيء بشيء لغة (٤)

وفي الشريعة عبارة عن اختلاط النصيبن فصاعدا بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الأخر .(٥)

---

(١) المحلى لابن حزم ٨/١٨٢

(٢) المرجع السابق .

(٣) مغنى المحتاج ٢/٣٥٧ والقواعد لابن رجب ص١٤٦ وإعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤١٧-٤١٨

(٤) الصحاح للجوهرى ٤/١٥٩٣ طبع دار العلم للملايين - بيروت ولسان العرب لابن منظور ١٠/ ٤٤٨ والمصباح المنير للفيومى ١/٤٧٤ المطبعة الاميرية بمصر والنهاية فى غريب الحديث والاثر لابن الاثير ٢/٤٦٦

(٥) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للعلامة الشيخ نجم الدين بن حفص النسفى ص ٩٩ [بتصرف] و شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٦/١٥٢ وحاشية ابن عابدين ٤/ ٢٩٩ والكافى للإمام يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ٢/٧٨٠ مطبعة الرياض الحديثة ومغنى المحتاج ٢/٢١١ والإشراف على مذاهب الاشراف [والإفصاح عن معانى الصحاح] للوزير عون الدين أبى المظفر يحيى بن محمد ابن هبيرة ٢/٣

وفى " التعريفات "[١] للسيد الشريف على بن محمد الجرجانى ص: ٥٥ .

الشركة: هى اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يتميز ثم أطلق اسم الشركة على العقد وإن لم يوجد اختلاط النصيبين أ. هـ.

والأصل فيها - من الكتاب - أيات كثيرة :

منها قوله عز وجل [يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين] [٢] فجعل للميراث مشتركا [٣] بين الأولاد.

ومنها قوله تبارك وتعالى : [وإن كثيرا من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم] [٤]

والخلطاء : هم الشركاء . قال صاحب المغرب [٥] : ومنه خالطه شاركه وهو خليطه فى التجارة وفى الغنم وهم خلطاؤه وبينهما خلطة : يعنى شركة .

وأما السنة فأحاديث كثيرة أيضا منها :

ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أن الله يقول : أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه . فاذا خانه خرجت من بينهما " رواه أبو داود [٦] وصححه الحاكم ومعناه:

أن الله معهما فى الحفظ والرعاية والإمداد والعون فإذا حصلت الخيانة نزعت البركة من مالهما.

---

(١) انتشارات ناصر خسرو - طهران . ايران

(٢) سورة النساء الآية ١١

(٣) قال الإمام ابن العربى فى كتابه " أحكام القران " : تعليقا على هذه الآية اعلموا علمكم الله أن هذه الآية ركن من أركان الدين وعمدة من عمد الاحكام وأم من أمهات الآيات فان الفرائض عظيمة القدر حتى إنها ثلث العلم وقد قال صلى الله عليه وسلم [العلم ثلاث : آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة] .

(٤) سورة ص الآية ٢٤ .

(٥) المغرب فى ترتيب المعرب للإمام المطرزى جـ١/١٥١ نشر دار الكتاب العربى - بيروت .

(٦) سنن أبى داود ٣/ ٦٧٧ كتاب البيوع باب في الشركة (١٧) رقم الحديث : ٣٣٨٣ وسبل السلام للصنعانى ٣/٨٩٢ نشر مكتبة عاطف - بالأزهر - القاهرة .

وفيه حث على التشارك مع عدم الخيانة والتحذير منها . (١)

ومنها أن الشركة كانت معروفة قبل الإسلام فقد روى أبو داود وابن ماجه والحاكم عن السائب (٢) بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري (٣) .

والحديث دليل على أن الشركة كانت ثابتة قبل الإسلام ثم قررها الشارع على ما كانت عليه وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز .

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة (٤) . وذكر ذلك ابن المنذر في كتابه " الاجماع "

وقد تستند النيابة الى عقد الشركة إذ يعتبر كل شريك نائبا عن الآخر فيما يخصه .

فإذا تصرف أحد الشريكين أو الشركاء في أمور تهم الجميع ينصرف أثر هذا التصرف للجميع بطريق النيابة الضمنية .

جاء في كتاب " الفتاوى الهندية " ٣/ ٤٧١ : { وإذا وكل أحد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا .

وجاء في المغني لابن قدامة جـ٥/ ٩٥ : { ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ماشاء}.

---

(١) سبل السلام (الموضع السابق)

(٢) اختلفت كتب الفقه في من روى الحديث هذا : هل هو السائب ابن شريك كما جاء في " المبسوط أم هو قيس بن السائب أم عبد الله بن السائب : المبسوط ١١/٥ وشرح فتح القدير ٢/٥ وجاء في سبل السلام ٣/٨٩٣ : قال ابن عبد البر : السائب بن ابي السائب من المؤلفة قلوبهم وممن حسن إسلامه وكان من المعمرين عاش الى زمن معاوية وكان شريكا للنبي صلى الله عليه وسلم في أول الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح قال : " مرحبا بأخي وشريكي كان لا يماري ولا يداري "

(٣) المدارأة بالهمزة : المدافعة والمماراة بغير همز : المجادلة . طلبة الطلبة للامام النسفي . ص ١٠٠

(٤) إنما قال " في الجملة " لأن الحنفية أجازوا كل نوع من أنواع الشركات : عنان – أبدان – وجوه مفاوضة:

والمالكية أجازوا كل الشركات السابقة ما عدا شركة الوجوه والشافعية أبطلوها كلها ما عدا شركة العنان والحنابلة أجازوها كلها ما عدا شركة المفاوضة .

ولا أتعرض هنا لتعريف كل نوع من هذه الشركات منعا من إطالة البحث فمن أراد شيئا عنها فليفتش في كتب اللغة والفقه .

المسألة الرابعة :

الإنابة المستندة الى عقد الرهن : تعريفه [١]: الرهن في اللغة : جعل الشيء محبوسا أي شيء كان بأي سبب كان . جاء في التعريفات للجرجاني ما نصه : الرهن في اللغة : مطلق الحبس .

وفي المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي جـ١/ ٢٠٣ مانصه :

(رهنت) الرجل الشيء ورهنه عنده واسترهنني كذا فرهنته عنده وارتهنه أخذه رهنا

والرهن : المرهون والجمع رهون ورهان ورهن . .

وأصل التركيب دال على الثبات { ومنه } الراهن ثابت الدائم . . .

وفي الشريعة : حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين [٢] والأصل فيه من الكتاب : قول الله عز وجل { وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة } [٣]

ووجه الدلالة من الآية الكريمة على المدعى : أن الله تعالى في آية الدين السابقة على هذه ندب إلى كتابة الدين والإشهاد عليه حفاظا على الأموال من الجحود والإنكار

ثم عقب ذلك بما ينبغي اتباعه في حالة تعذر وجود الكاتب وبين ذلك بأن البديل هو الرهن والبدل يأخذ حكم المبدل منه والأمر في الآية للندب لقوله تعالى { فإن أمن بعضكم بعضا }

ومن السنة :

١- ماروواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : { الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته وعلى الذي يركب ويشرب النفقة }

---

(١) الصحاح للجوهري ٥/٢١٢٨ والقاموس المحيط ٤/٣٣١ وما بعدها والمصباح المنير ١/٢٧١ وما بعدها

(٢) التعريفات للجرجاني ص ٥٠ وتكملة فتح القدير ١٠/١٢٥ والكفاية على الهداية للإمام جلال الدين الخوارزمي الكرلاني ٩/ ٦٤ وما بعدها نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت وحاشية ابن عابدين ٦/٤٧٧ وما بعدها والكافي لابن عبد البر ٢/٨١٢ ومغني المحتاج ٣/١٢١ والمغني لابن قدامة ٤/٢٩٧ والإشراف ٨/٣٦٧ .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٨٣

رواه البخاري(١) : باب الرهن مركوب ومحلوب ووجه الدلالة من هذا الحديث الشريف :

أن إباحة الركوب والحلب للمرهون فرع جواز الرهن نفسه وقال الصنعاني في " سبل السلام "(٢) والحديث دليل على أنه يستحق المرتهن الانتفاع بالرهن في مقابلة نفقته وفي المسألة ثلاثة أقوال نقلها الصنعاني في " سبل السلام " (٣)

الأول : ذهب أحمد وإسحاق إلى العمل بظاهر الحديث وخصوا ذلك بالركوب والدر فقالوا : ينتفع بهما بقدر قيمة النفقة ولا يقاس غيرهما عليهما .

والثاني للجمهور قالوا: لا ينتفع المرتهن بشيء قالوا : والحديث خالف القياس من وجهين :

أولهما : تجويز الركوب والشرب لغير المالك بغير إذنه .

ثانيهما : تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجتمعة وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها ويدل على نسخ حديث ابن عمر " لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه " أخرجه البخاري في أبواب المظالم .

وتعقب ذلك الصنعاني بقوله (٤):

(أما النسخ فلا بد له من معرفة التاريخ على أنه لا يحمل عليه إلا إذا تعذر الجمع ولا تعذرهنا إذ يخص عموم النهي بالمرهونة .

وأما مخالفة القياس فليست الأحكام الشرعية مطردة على نسق واحد بل الأدلة تفرق بينها في الأحكام والشارع حكم هنا بركوب المرهون وشرب لبنه وجعله قيمة النفقة وقد حكم الشارع ببيع الحاكم عن المتمرد بغير إذنه وجعل صاع التمر عوضا عن اللبن وغير ذلك . .

---

(١) صحيح البخاري ٢/١١٥-١١٦ كتاب الرهن رقم الحديث ٢٥٠٦ و ٢٥٠٧

(٢) سبل السلام ٣/٨٦٩

(٣) المرجع السابق

(٤) سبل السلام ٣/٨٦٩

والقول الثالث : للأوزاعي والليث : أن المراد من الحديث أنه إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون فيباح حينئذ الإنفاق على الحيوان حفظا لحياته وجعل له في مقابل النفقة الانتفاع بالركوب أو شرب اللبن بشرط ألا يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه ..

٢-مارواه البخاري (١) في صحيحه في كتاب الإستقراض عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : « أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي إلى أجل ورهنه درعا من حديد »

ووجه الدلالة على المدعى ظاهر.

وقد قام الإجماع على مشروعية الرهن والحاجة كذلك داعية اليه .

وبناء على ذلك :

من رهن ماله عند رجل بدين عليه وجعل المرتهن مسلطا على بيعه وقبض ثمنه عند حلول الأجل فتصرف المرتهن - والحالة هذه- إنما يعد إنابة من صاحب الرهن المدين مستندة إلى عقد الرهن (٢).

المطلب الثاني : النيابة غير الإرادية :

إذا كانت النيابة الإرادية على ما أسلفنا - جوهرها وأساسها أن هناك عملا إراديا صادرا من الأصيل للنائل .

فالنيابة غير الإرادية على العكس من ذلك تماما فنرى أنه لا دخل لإرادة الأصيل بل تفرض عليه لأسباب راعاها الشارع الحكيم :

- لمصلحة الأصيل أحيانا ولمصلحته ومصلحة الآخرين أحيانا أخرى على ما سنرى إن شاء الله في موضعه من هذا البحث وقد يباشر النائب مهام النيابة دون أن يتدخل أحد وهي صورة الولاية وقد يلي النائب مهام النيابة غير الإرادية بإرادة شخص آخر وهي نيابة الوصي المختار.

---

(١)صحيح البخاري ٣\٨٢ كتاب الإستقراض (١)

(٢) بدائع الصنائع ٦\٢٨

وقد يكون عن طريق القاضي وهي نيابة وصي القاضي أو النيابة القضائية . وقد يكون القاضي هو النائب .

وعلى ذلك يمكن حصر صور النيابة غير الإرادية فيما يأتي :

الفرع الأول : نيابة الولي الولاية

تعريفها : الولاية بالفتح : النصرة والمحبة (١)

وفي الشرع : تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى (٢)

والولي يشمل الأب والجد وولاية كل منهما أصلية بمعنى أنها لم تستمد من مصدرها من شخص آخر بل من الشارع الحكيم مباشرة .

وفوق هذا فهي ذاتية بمعنى أنه لا يصح له أن يعفي نفسه منها إلا لأسباب معينة يرجع في تقديرها إلى القاضي .

الفرع الثاني : النيابة القضائية

قد تتحقق النيابة غير الإرادية فيما لو قام بها القاضي أو من ينيبه القاضي بدلا عنه وتسمى نيابة قضائية .

وإنما سميت بهذا الاسم { قضائية } نظرا لمصدر الذي استمدت منه وهو القاضي .

إذ من حق القاضي أن ينوب عن الصغير نفسه إذا لم يكن له ولي .

فقد قال صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنهما :

{ السلطان ولي من لا ولي له } (٣)

فمن حق القاضي أن ينوب عن الدائنين في استعمال حقوق مدينهم لكي يصلوا إلى حقهم .

---

(١) الصحاح للجوهري ٦\٢٥٣٠ والمعجم الوسيط ٢\١٠٥٨

(٢) التعريفات للجرجاني ص : ١١٢

(٣) بذل المجهود في حل أبي داود للشيخ خليل أحمد السهارنفوري المتوفى ١٣٤٦ هـ . ١\٧٩١-٨٠ طبع دار اللواء للنشر والتوزيع الرياض وفتح الباري للعلامة ابن حجر العسقلاني المتوفى ٨٥٢ هـ وتلخيص الحبير لابن حجر ٣\١٥٦ نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

ولما كان من العسير على القاضي أن يباشر كل مصالح الناس في منطقة ولايته بنفسه جرى العمل على أن ينيب عنه غيره فيكون هذا الغير امتدادا لشخص القاضي في نطاق هذا العمل . (١)

الفرع الثالث: نيابة الوصي المختار

أجاز الشارع الحكيم للولي أن يختار وصيا عنه يعد امتدادا لشخصه في رعاية أمور الصغير .

لأنه أشفق عليه وهو أدرى بمصلحته .

وتعد تصرفات الوصي المختار نافذة أيضا في حق الموصى عليه إذا كانت وفق قواعد الوصاية وتعد النيابة هنا نيابة شرعية لأن الشارع هو الذي أجازها وأعطى الوصي تلك الصلاحية .

وبرغم أن هذا عملا إراديا وهو اختيار شخص النائب { الوصي} إلا إنها نيابة غير إرادية أصلا.

لأن الأصيل لا دخل له في اختيار النائب كذلك الوصي المختار يعد امتدادا لشخص الولي بإقرار الشارع الحكيم على ما سيأتي تفصيله .

الفرع الرابع : نيابة الفضولي

الفضولي لغة : هو من لم يكن وليا ولا أصيلا ولا وكيلا في العقد (٢) .

وفي المغرب للمطرزي جـ٢/٣٦٢:

... ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي

وهو في اصطلاح الفقهاء على ما نقله عنهم المطرزي في " المغرب " ٢/٣٦٢ .

من ليس بوكيل وفتح الفاء فيه خطأ أ.هـ.

فالفضولي هو من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي وأن تصرفه عند جمهور الفقهاء موقوف على إجازة رب العمل أو صاحب الشأن { الأصيل } فإن أجازه اعتبر

---

(١) النيابة عن الغير في التصرف للمرحوم الشيخ علي الخفيف ص ٤-٥ محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا بكلية الحقوق - جامعة القاهرة طبع دار الكتاب العربي ١٩٥٥ م.

(٢) التعريفات للجرجاني ص : ٧٢

تصرفه تصرف وكيل وبالتالي يأخذ [أحكام الوكالة ويدخل بذلك في النيابة الإرادية لا القانونية :

وقد تكون أعمال الفضولي ملزمة لرب العمل وبالتالي فتدخل أعماله في النيابة غير الإرادية [الإجبارية]

وفي هذه الحال يختلف الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي :

فنجد أن القانون يعتبر عمل الفضولي نيابة قانونية إذا توفرت شروط الفضالة .

بينما نجد أن الشريعة الاسلامية الغراء تفصل بين :

- ما اذا كان العمل الذي قام به الفضولي يجب على رب العمل اداؤه .

- أو أن قيامه به لازم لكي يتمكن الفضولي من مباشرة حقه على ماله .

وبين ما إذا كان غير ذلك وإليك التوضيح بالمثال .

فمثلا : إذا أدى الفضولي واجبا على شخص من غير إذن كدين النفقة على زوجته أو أقاربه في حالة غيبة هذا القريب أو امتناعه .

أو ما أنفقه اللاقط على اللقطة ولم يكن متبرعا فإنه يرجع بما انفق على صاحب الشيء الملتقط (١)

والاصل في ذلك (٢) الكتاب والسنة وسيأتي تفصيله في الفصل الرابع من الباب الثاني ان شاء الله .

وقد عقد الله سبحانه وتعالى الموالاة بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض (٣) إذ

---

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الاصبحي ١١\٣٨-٣٩ والذخيرة للإمام شهاب الدين أحمد بن ادريس عبد الرحمن القرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ ٤\١٢٩ الطبعة الاولى وانظر أيضا : الاشباه والنظائر لابن نجيم الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجم المصري الحنفي والمتوفى سنة ٩٧٠هـ ص: ٢٨٣-٢٨٤ طبع و نشر دار الكتب العلمية - بيروت. والقواعد لابي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ ص: ١٤٣ الطبعة الأولى نشر مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة .

(٢) مواهب الجليل للمطاب ٦\٢٩٣ مطبعة دار الفكر - الطبعة الثانية .

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ٢\٤١٨

يقول عز من قائل : { والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض . } (١)

فمن أدى عن وليه واجبا كان نائبه فيه بمنزلة وكيله أو ولي من أقامه الشارع للنظر في مصالحه . .

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٢٣ ما نصه :

(ولإن انفق الملتقط على اللقطة من عنده خير ربها إذا جاء بين فكها بالنفقة لأنه قام عنه بواجب أو إسلامها لملتقطها في نظيرها . . } وهذا عند الجمهور حيث يرى بعض الحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين أن الفضولي يعد متبرعا طالما تصرف بغير إذن .

ومن ذلك أيضا : ماإذا أنفق رجل على ما تعلق به حقه من مال غيره كما إذا أنفق أحد الشريكين على المال المشترك أو المرتهن على الرهن إذ مصلحته لكي ينتفع بالمال المشترك أو الشيء المرهون أن ينفق عليه فهنا إنابة تقرها حالة الضرورة .

وللنائب أن يرجع على الأصيل بما غرمه لأنه لا يعد متبرعا وهذا النوع متفق عليه بين الفقهاء . (٢)

يقول العلامة الشيخ الخفيف :

ومما يتناوله هذا السبب { الضمان بناء على التزام بالنيابة } : الالتزام بسبب النيابة

وهذه النيابة قد تكون اختيارية بإرادة المنيب كما في الوكالة وقد تكون بحكم الشرع أو العرف كما في نيابة الوصي عن الصغير والقيم عن المحجورعليه والحاكم بناء على ولايته العامة .

والولاية التي تستوجبها الضرورة (وهي التي تعنينا هنا) دفعا للضرر وأقرها الشارع بناء على ذلك.

والولاية في أي تصرف يقضي العرف برضا صاحب الشأن عنه بحيث لو رجع اليه فيه قبل مباشرته لارتضاه وأذن به .

ففي هذه الأحوال يكون ما ينفقه النائب من مال في حدود ولايته مضمونا على المنوب عنه بحيث يكون له الرجوع عليه في ماله (٣)

---

(١) سورة التوبة الآية : ٧١

(٢) نظرية الضمان في الفقه الإسلامي الضمان بناء على التزام بالنيابة ص: ٢٧ للإمام الشيخ على الخفيف-رحمه الله –

(٣) انظر : نظرية الضمان ص: ٢٧ والأمثلة التي ساقها الشيخ على الخفيف في هذا المقام

ومن صورها (١) الأكثر وضوحا تصرف الرفقة في السفر إذا مات أحدهم فباعوا فراشه وعدته ليجهزوه بثمن هذه الأشياء ويردوا الباقي للورثة فان التصرف يلزم الورثة ولا يستطيعون رده أخذا بالاستحسان (٢)

جاء في حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٠٠ [مطلب فيما يجوز من التصرف بمال الغير بدون إذن صريح] يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض ما يحتاج إليه المريض بلا إذنه .. وكذلك أحد الرفقة في السفر لأنه بمنزلة أهله في السفر .. إذا مات بعض الرفقة في السفر فباعوا فراشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا البقية إلى الورثة أو أغمي عليه فأنفقوا عليه في ماله لم يضمنوا استحسانا].

وتتضمن صورة إلزام الأصيل (٣) بتصرف الفضولي فيما أنفق لكي يستوفي حقه أو يحفظ ماله إذا قام صاحب العلو ببناء السفل إذ لصاحب العلو حق مقرر على السفل هو حق قرار علوه عليه ولصاحب السفل حق مقرر على صاحب العلو هو دفع للمطر والشمس عن سفله .

فإذا انهدم السفل دون تدخل من صاحبه وترتب على ذلك هلاك العلو فإنه لا جبر على صاحب السفل ببناء سفله ولكن اذا امتنع صاحب السفل من إقامة سفله فإن لصاحب العلو أن يبني السفل ليقيم عليه علوه ويكون متبرعا ببناء السفل .

ولكن إذا كان لا يمكنه استئذان صاحب السفل أو القاضي لعذر منعه من ذلك وأقام السفل ليبني عليه علوه فإنه لا يعد متبرعا ببنائه السفل وله أن يرجع على صاحب السفل بما أنفق بخصوص ملكه.

أما إذا كان تصرف الفضولي على غير النحو الذي سبق على ما سنرى إنشاء الله فإن تصرفه يأخذ حكم التصرف الموقوف وهو إذا أجيز انقلب إلى وكالة وبالتالي يعد نيابة اختيارية .

---

(١) أي الولاية التي تستوجبها الضرورة .

(٢) قال الإمام الشيخ نجم الدين ابن حفص النسفي- رحمه الله- في كتابه « طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية » له ما نصه :

الإستحسان : استخراج المسائل الحسان وهو اشبه ما قيل فيه هنا وان أكثروا فيه ويجيء الاستفعال بمعنى الأفعال يقال أخرج واستخرج فكان الاستحسان ههنا : احسان المسائل واتقان الدلائل ، فلما القياس والاستحسان المذكوران في جواب مسائل الفقه فبيانها في أصول الفقه « طلبة الطلبة ص : ٨٩ نشر دائرة المعارف الإسلامية آسيا آباد - مكران - بلوچستان .

(٣) تكملة رد المحتار على الدر المختار ٨\٦٨ و ٦٩ ، ٥\٢٢١ ونظرية الضمان للشيخ علي الخفيف ص : ٢٧ وما بعدها.

المبحث الثاني
في أنواع النيابة عن الغير في القانون

عرفنا مما تقدم:

أن النيابة في الفقه الإسلامي تنقسم إلى :

- نيابة إرادية
- ونيابة غير إرادية(جبرية)

فإذا نظرنا إلى التقسيمات التي سار عليها أهل القانون نجد:

- أنه لو نظر إلى النيابة من ناحية المصدر أي الجهة التي تعين شخص النائب تكون إما إرادية أو قانونية أوقضائية. (١)

ولو نظر إليها من ناحية تحديد سلطة النائب تكون :

إما لرادية أو قانونية .

ويجري الفقه المقابلة عادة بين النيابة الارادية والقانونية باعتبار الجهة التي تحدد سلطة النائب لا الجهة التي تعينه . (٢)

وهذا تفصيل ما أجملته

المطلب الأول : أنواع النيابة من ناحية تحديد سلطة النائب

تتنوع من تلك الناحية إلى: إرادية أو قانونية .

الفرع الأول . النيابة الإرادية :

ويطلق عليها فقهاء القانون النيابة الاتفاقية (٣) باعتبار أن الاتفاق هو الذي يحدد سلطة النائب على ماهو ظاهر في عقد الوكالة إذ يحدد في هذا العقد سلطة الوكيل في التعاقد عن الموكل بينما يرى بعض الباحثين (٤) أن الأصح تسمية هذا النوع من النيابة

---

(١) مصادر الالتزام للدكتور اسماعيل غانم ص ١٥٠ طبعة ١٩٦٨م نشر مكتبة وهبة بالقاهرة وشرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي ص ١٦٢.

(٢) مصادر الالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكي ص ١٠٤ طبع ١٩٧٩ م .

(٣) ويطلق عليها في القانون الانجليزي والامريكي والباكستاني " النيابة العقدية " أي بنيت على العقد وهو يفيد نفس المعنى الارادية أو الاتفاقية . **Law of Contract and Agency. in Pak. p. 193, Fridman p.47 Cheshire and fitoots's Law of Cont. p424**

(٤) الدكتور اسماعيل غانم في مصادر الالتزام ص ١٥٠ .

بالنيابة الإرادية (١) .

وهو رأي له وجاهته على ماسنرى لأن مصدر سلطة النائب ليس هو العقد (الاتفاق) بل إرادة الأصيل وحدها بغض النظر عن العقد الذي تقوم إلى جواره النيابة كعقد الوكالة أو العمل .

ويظهر مما تقدم :

أنه في هذا النوع في النيابة أن الاصيل يتميز فيه بأنه حر في أن ينيب عنه غيره أولا وأنه بنفسه هو الذي يختار شخص النائب ويحدد سلطته (٢) .

الفرع الثاني : النيابة القانونية(٣)

تتمثل النيابة القانونية(٤) في :

-نيابة الولى

-أو الوصي

-أو القيم

-أو الوكيل عن الغائب

---

(١) وهكذا سميت فى القانون التركى راجع : Akintürk B.H p. 46,50, Tekinay B.H(Gen. Hük.) p.168; Esener, S.M.T p.11

وهذا ما قال به الدكتور جمال مرسى بدر فى كتابه " النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٤٤ تنص المادة ١٠٩ من القانون المدنى الاردنى الجديد على أنه " تكون النيابة فى التعاقد اتفاقية أو قانونية ".

(٢) مصادر الالتزام ل للدكتور عبد الحي حجازي ص ٢٢٥ مطبعة النهضة بمصر ١٩٥٤ م والنيابة في التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسي بدر ص : ١١٣ ، ١١٤ والوكالة و أثرها في انشاء الالتزامات للدكتور جان كلارز ص : ٨١.

(٣) Esener; S.M.T p.11,12; Tekinay B.H (Gen.Hük) p.168

(٤) Akintürk,B.H (Genel. Hük, Ozel Borç İliskileri) p.50

Tekinay Borçlar Huk. (Gen. Hük) p.168,169;

Akintürk, Borç Huk. p.58; Esener Sel.Must. Tems,p.12 ورجع في هذا أيضا النيابة في التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسي بدر ص : ١٤٥ الطبعة الثالثة

أو الحارس القضائي الذي يستعمل حق مدينه حيث يحدد القانون في كل تلك الصور سلطة النائب هذه هي الصور التي تتمثل فيها النيابة القانونية .

فماذا عن تعيين النائب ؟ والجواب عن ذلك :

أنه لا يلزم في النيابة القانونية أن يتولى القانون تعيين النائب كما هو الحال بالنسبة للوصي أو الولي إذ قد يقوم بتلك المهمة القاضي كما هو الحال في تعيين الوصي أو القيم أو الحارس القضائي (١) وقد يتم ذلك عن طريق الغير أي غير الأصيل كما هو الحال في الوصي المختار الذي يختاره الأب قبل وفاته وصيا على أولاده . (٢)

وقد يرجع ذلك إلى فعل يصدر من النائب نفسه فيرتب عليه القانون سلطته في النيابة كما هو الحال في نيابة الفضولي(٣) على النحو الذي سنرى تفصيله في موضعه من هذا البحث إن شاء الله .

وليس بمستغرب أن يقوم بتعيين النائب شخص آخر في هذا النوع من النيابة، نظرا لأن القانون قد وضع الإطار العام الذي بمقتضاه يتولى القاضي تعيين الوصي أو القيم أو الحارس القضائي أو الذي يتم على أساسه تعيين الوصي المختار.

وبعد هذا العرض يظهر أن هذا النوع من النيابة يفرض على الأصيل فرضا دون الاعتداد بإرادته وإن القانون كما تقدم هو الذي يحدد سلطة النائب . (٤)

المطلب الثاني : أنواع النيابة من ناحية مصدرها

وهي على ما عرفنا مما سبق - تتنوع من تلك الناحية إلى :

---

(١) النيابة فى التصرفات القانونية السابق ص : ١٤٥، ١٤٦ .

(٢) المرجع السابق ص : ١٤٥-١٤٦

(٣) النيابة فى التصرفات القانونية السابق ص : ١٤٦

(٤) موجز فى مصادر الالتزام للدكتور محمد لبيب شنب ص٧٨ ونظرية العقد للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٢ ط : ١٩٥٠م ومصادر الالتزام للدكتور اسماعيل غانم ص : ١٥١ والنيابة فى التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسى بدر ص ١١٤ و ١١٥ . نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب وانظر ايضا فى القانون التركى :Tekinay B.H. (Gen Hük): p. 168,169 Akintürk B.H p.50 Esener: . . S.M. Tems. p. 12 ،

١- نيابة ارادية (١).

٢-نيابة قانونية (٢).

٣- نيابة قضائية (٣) .

فالنيابة الأولى يستمد النائب سلطته فيها من إرادة الشخص الأصيل وهو الذي يقوم بتعيينه كما في النيابة التي تستند إلى عقد عمل أو وكالة .

والنيابة الثانية (القانونية) (٤) يتولى فيها القانون تعيين شخص النائب على ماهو واضح في نيابة الولي والفضولي والدائن .

والثالثة (القضائية) (٥) يتولى القاضي فيها تعيين النائب كما في الوصي والقيم والحارس القضائي ويعتبر النائب معينا من قبل القضاء ولو كان اختياره أصلا بطريق الاتفاق مادام تثبيته متوقفا على إجازة القضاء كما هو الحال في الوصي للمختار .

وبناء على هذا تكون نيابة الوكيل نيابة إرادية بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذي يضفي على النائب صفة النيابة وتكون نيابة كل من الولي والفضولي والدائن نيابة قانونية بالمعنيين

---

(١) Tekinay B.H(Gen. Hük) p.168; Akintürk age. p.50 ' Law of Contract and Agency in Pak by Aftab Ahmed p. 193 .

Esener , age p.11 , 12 . Fridmen p. 47 : Cheshire and fifoot's law of contract. p. 424 . Chitty on contracts vol. 11 . p . 6

(٢) Tekinay age p.168. Esener. age p.12 (Akintürk age.p. 50.; Get through Guide LLB p. 437

(٣) Tekinay B.H p. 169 Get Through Guide LLB p. 437. Jowitt's Dict.of Eng. Law. Vol: I p. 877.

(٤) النيابة فى التصرفات القانونية (السابق) من: ١٤٥ وراجع فى هذا أيضا: Tekinay. age.p168; Esener , age;p 12 Akintürk, age. p.50

(٥) النيابة فى التصرفات القانونية من: ١٤٥ Tekinay age. p.169;Get Through Guide . LLB p.437; Jowitt's Dict.Law Vol. I p. 877.

وتكون نيابة كل من الوصي والقيم والحارس القضائي نيابة قانونية بالمعني الأول وقضائية بالمعني الثاني . (١)

أنـــواع النيـــابة الإراديـة :

أجملنا فيما سبق أن النيابة الإرادية :

- تستند غالبا إلى عقد الوكالة
- وقد تستند إلى عقد آخر غير الوكالة .

والآن جاء دور التفصيل فنقول وبالله التوفيق . . .

النيابة الإرادية تستند غالبا إلى عقد الوكالة أو العمل أو الزواج أو إلى عقد آخر غير عقد الوكالة (٢) :

ومعنى هذا : أن النيابة الإرادية :

-إما أن تكون مستندة إلى عقد الوكالة

-أو إلى عقد آخر غير عقد الوكالة .

فهي قسمان:

القسم الأول : النيابة الإرادية المستندة إلى عقد الوكالة

النيابة الإرادية المستندة إلى عقد غالبا ما يكون ذلك العقد هو عقد الوكالة ومن هنا نشأ الخلط والالتباس بين الوكالة والنيابة . (٣)

ويظهر هذا الخلط والالتباس في فعل المقنن القانوني الذي خلط بينهما في التقنين المدني القديم حيث عرف الوكالة بقوله :

---

(١) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري جـ١/١٩٠ ط : دار احياء التراث العربي - بيروت وشرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي ص ١٦٢ ونظرية العقد للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٢ .

(٢) راجع في هذا كل من :

Esener . p. 64 . Tekinay p. 174 . Akinturk p . 50

والنيابة في التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسي بدر ص: ١٤٧

(٣) الوكالة كما عرفتها المادة : ٦٦٩ من القانون المدني المصري : عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل .

وراجع في هذا أيضا: **Tekinay. p. 174-176; Esener. p.64 vd.**

والنيابة في التصرفات القانونية (السابق) ص : ١٤٧ .

"التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيئ بإسم الموكل وعلى ذمته"(١)

ويرشد هذا النص إلى أن الوكيل يكون في جميع الحالات نائبا.

والوكالة – على ما سنعلم . فيما يأتي قد تكون نيابية وقد تكون غير نيابية.

ولكن القانون المدني الجديد تدارك ذلك فتكلم عن النيابة وهو بصدد الكلام عن الأحكام العامة للعقد بينما أدخل الوكالة ضمن العقود المسماة(٢)

ويرى بعض الباحثين(٣) أن تكون دراسة النيابة بصدد الكلام عن آثار العقد.

وهو رأى له وجاهته:

لأن النيابة لا تتعلق بإنعقاد التصرف القانوني بل بمضمونه.

ولقد حاول بعض الفقهاء (٤) التمييز بين الوكالة والنيابة بما يظهر معه أنه قد تجتمع النيابة والوكالة وذلك إذا كانت الوكالة نيابية بمعنى أنه من حق الوكيل أن يضيف التصرف إلى الأصيل مباشرة وهذا المعنى نفسه أشار إليه رجال القانون التركي(٥).

وقد تكون الوكالة غير نيابية كما في الإسم المستعار فهو وكيل كسائر الوكلاء ولكنه يلزم أن يتصرف باسمه. وعليه بعد ذلك أن ينقل التصرف إلى الموكل بتصرف جديد تنفيذا لعقد الوكالة المبرم بينهما. ومثل ذلك ايضا الوكيل بالعمولة الذي يحترف أعمال الوكالة، اذ يتعامل باسمه الشخصي ويطبق عليه نفس الكلام السابق(٦).

وأنه في حالة اجتماعهما(٧) فإن الوكالة إنما تتعلق بالناحية الداخلية بين الوكيل والموكل.

---

(١) المادة : ٥١٢ من التقنين المدني القديم ونلاحظ أن هذا التعريف يتمشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدني الفرنسي في المادة ١٩٨٤ ونصها : " الوكالة أو الانابة تصرف بمقتضاه يخول شخص لآخر سلطة إجراء عمل لأجل الموكل وباسمه "

(٢) شرح القانون المدني د. محمد كامل مرسي ص ١٥٩ و ١٦٠

(٣) د. عبد الحي حجازي في كتابه " مصادر الالتزام " ص ٢١٧

(٤) الوسيط للأستاذ السنهوري ٧/من المجلد الأول ص ٢٣٣ . ومصادر الالتزام للدكتور حجازي (في الموضع السابق) . وراجع في هذا ايضا :

Tekinay. p. 174 : Esener. p 64-69 Akintürk, p. 50

(٥) Yavuz, Türk, B.H. (Öz Hük) p. 197 Esener, Tekinay p. 174 p. 64

راجع في هذا أيضا : النيابة في التصرفات القانونية ص : ١٤٧ وما بعدها.

(٦) النيابة في التصرفات القانونية ص : ١٤٨-١٤٩-١٥٢

(٧) أي الوكالة والنيابة راجع هذا الموضوع : Tekinay p. 176

والنيابة تتعلق بالناحية الخارجية أي التي تهم الغير بالإضافة إلى أن الوكالة تنشأ نتيجة الاتفاق بين الموكل والوكيل. (١)

أما الإنابة فهي تصرف منفرد يتم بارادة الأصيل(٢).

القسم الثاني: النيابة الإرادية المستندة إلى عقد آخر غير الوكالة (٣).

قد يبدو للبعض أنه من الصعوبة بمكان قيام نيابة مستندة إلى عقد آخر غير الوكالة. وهذا الفهم ليس بصحيح.

فقد توجد النيابة مستندة إلى عقد الشركة (٤): كما في الإنابة الضمنية الصادرة من الشركاء في الشيوع لشريك لهم في ادارة المال الشائع تطبيقا للمادة ٣/٨٢٨ التي تنص على ما يلي:

" وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم"(٥).

-وقد توجد النيابة مع عقد العمل(٦):

كما هو الحال في موظف المحل التجاري الذي يتعامل مع الجمهور. وكذلك للموظفون التجاريون لدي شخص معين أو شركة معينة. (٧)

فجميع هؤلاء -في علاقاتهم بالغير- إنما يمثلون صاحب العمل بحيث تنصرف آثار تصرفاتهم إليه مباشرة.

والعلاقة بينهم وبين صاحب العمل أو الشركة ليست الوكالة وإنما عقد العمل.

---

(١) Yavuz p. 193-194 . Akinturk p.211. Tekinay p.174 Esener.p.61

(٢) المراجع السابقة في الهامش رقم : ١

(٣) انظر فيه أيضا : النيابة في التصرفات القانونية لجمال مرسي بدر ص ١٥٣

Tekinay p. 174;Esener. p. 63.;Yavuz. T.B.H.p.198 .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الوسيط للسنهوري جـ٧ للجلد الاول ص ٢٩٩ والمراجع السابقة .

(٦) النيابة في التصرفات القانونية (السابق) ص : ١٥٣ وانظر في هذا ايضا

Tekinay p. 174-175 Esener . p. 93 :

(٧) النيابة في التصرفات القانونية ص : ١٥٣

Esener. p. 63. Yavuz. T.B.H.p.198 Tekinay p. 174-175 .

فهنا يقال : بأن هنا نيابة وهذه النيابة مستندة إلى عقد العمل. وإيضا المستل التجاري الذي اتفق معه تاجر أو صانع على أن يقوم بابرام عمليات قانونية لحسابهم.

فالعلاقة التبعية هنا غير موجودة. وما دام الأمر كذلك : فإن المستل التجاري يتمتع بحرية كبيرة فهو يتعاقد باسم المؤسسة التي كلفته ولحسابها وليس هناك ما يمنعه قانونا من الجمع بين صفة النيابة والعمل(١).

المطلب الثالث: أنواع النيابة من حيث ترتب الآثار على الاصيل مباشرة أو عدم ترتبها :

تكلمنا فيما سبق- عن تقسيم النيابة من حيث- سلطة النائب وكذلك من حيث مصدرها.

وأريدالآن أن أتكلم عن تقسيم آخر للنيابة ألا وهو من ناحية ترتب آثار تصرف النائب على الأصيل مباشرة أو عدم ترتبها. وتنقسم النيابة بهذا الأعتبار إلى :

-نيابة مباشرة

-نيابة غير مباشرة.

أولا :النيابة المباشرة (٢) :أن النائب في هذا النوع من النيابة يضيف التصرف الى الاصيل مباشرة (٣) بمعنى انه يتصرف باسم الاصيل ولحسابه (٤) و نتيجة لذلك ترجع اثار تصرفات النائب الى المنيب بكاملها دون حاجةالى اي عقد جديد. (٥)

---

(١) النيابة فى التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسى بدر ص : ١٥٣ و ١٥٤ (بتصرف) وانظر فى هذا ايضا الوكالة للدكتور كلاريز ص ٨٩-٩٣.

(٢) Esener p. 12 Akinturk p. 47 Tekinay p. 167.

وهذا ما يقصد في القانون الانجليزي و الباكستاني بالاصيل المكشوف أو المعلن عنه (Disclosed Principal) راجع في هذا

Fridmen Ch. 11 p 187 Fifth ed. London 1983 Cheshire and fifoot's Law of – Contract Ch 15 p. 431 Chitty on Contracts vol . 11 p 22

(٣) المراجع السابقة

(٤) المراجع السابقة .

(٥) المراجع السابقة

ويسمى هذا النوع ايضا بـ « النيابة دون الواسطة » (١)

ثانيا : النيابة غير المباشرة (٢): أو بعبارة أخرى كما صرح بها بعض أهل القانون(٣) : « النيابة بالواسطة » وهي أن يضيف النائب التصرف إلى نفسه لا إلى الأصيل مباشرة بمعنى أنه يتصرف باسمه لحساب الأصيل

وفي هذه الحالة لا ترجع آثار تصرفات النائب إلى الاصيل مباشرة بل تحتاج إلى عقد جديد يترتب عليه انصراف الآثار إلى الأصيل (٤)

المطلب الرابع : أنواع النيابة من حيث وجود السلطة اي الصلاحية وعدمها

تنقسم النيابة من هذه الناحية إلى نوعين (٥) وهما :

أ – النيابة بالسلطة اي مع وجود الصلاحية

ب – النيابة بدون السلطة اي بغير صلاحية

نتكلم الآن عن كل نوع على حدة :

أولا : النيابة بالسلطة (٦) تعني أن النائب قد أذن له مسبقا بالتصرف باسم الأصيل ولحسابه ومصدر هذه السلطة قد يكون قانونا وقد يكون إرادة الأصيل نفسه . وفي هذه

---

(١) Esener p. 12 , Akinturk p. 47 Tekinay p. 167

(٢) Esener p. 13 , Akinturk p. 46 Tekinay p. 167

وهذا ما يعنى بالاصيل المكتوم (ndieclosed principal) في القانون الانجليزي والباكستاني راجع في هذا مراجع القانون الانجليزي والباكستاني :

Fridman Ch. 11 p 187 -221 Fifth ed. London 1983 Cheshire and fifoot's Law of Contract Ch 15 p. 431 Chitty on Contracts vol . 11 p 26 Law of Contract and Agency in Pakistan by Aftab Ahmad p. 22 Mulla's Contract Act (Sec . 230) of The Contract Act , 1872 p. 193.

Goodhart and Hamson (Undisclosed Principals in contract) (1931) 4 Camb Lj 320 Muller - Freinfels, (The Undisclosed Principal) (1953) 16 MLR 299) انظر أيضا في هذا p.193

(٣) Esener P. 13 Akinturk p.46 Tekinay p.167

(٤) المراجع السابقة في الهامش رقم : (٢)

(٥) Akinturk p.46 Ankara 1986

(٦) المرجع السابق ص : ٤٩-٥٠

الحالة كما أشرنا اليه قبل ذلك - تسمى النيابة في الأولى «النيابة القانونية» وفي الثانية « النيابة الارادية » (١)

وقد شرحنا هذين النوعين سابقا ولا حاجة إلى تكرار ها هنا .

ثانيا النيابة بدون السلطة : (٢) تعني أن النائب لم يكن مأذونا له مسبقا لينصرف باسم الأصيل ولحسابه .

وهذا النوع يطلق عليه في القانون الفضالة ويسمى الشخص الذي ينصرف بدون سلطة أو اذن مسبق في الفقه الإسلامي « فضوليا »

ولا ندخل إلى تفاصيل هذا النوع أيضا لأننا قد خصصنا له مبحثا مستقلا ولا داعي إلى تكرارها هنا .

المطلب الخامس : النيابة الظاهرة أو الإيهامية:(٣)

عرفها الدكتور حارث سليمان الفاروقي بأنها: "يظن وجودها نتيجة أعمال قصدية او اهمالية يصدر عنها الأصيل فتوهم الناس ان شخصا معينا هو نائبه بينما هو ليس

---

(١) المرجع السابق ص : ٥٠ وانظر ايضا في هذا : Esener p. 11-12 , Tekiney p. 168

(٢) Akinturk p. 55 Tekiney p. 199 ويسمى هذا النوع في القانون الانجليزي والباكستاني « Agency by Ratification » بمعنى نيابة بالإجازة اللاحقة . راجع في هذا مراجع القانون الانجليزي والباكستاني The Law of Agency by Fridmen Ch. 5 p 73 Procaccia on the Theory of ratification in the law of Agency (1978) 4 Tel Aviv V Studies in Law 9 Chitty on Contracts Vol. II p.8 Chesire and fifoot's Law of Contract Ch. 15 p. 424 Law of Contract and Agency in Pakistan p. 199 Sec. (196) of The Contract Act . (IX of 1872) of Restatement , Second , Agency para : 82 : وراجع كذلك في القانون الامريكي

(٣) هذا ما يسمى في القانون الانجليزي والباكستاني بـ « Apparent or ostensible agency

راجع في المراجع الانجليزية والباكستانية

The law of Agency by Fridmen p 97, chitty on contracts vol : II p 22; Cheshire and fifoots law of contract p 424; law of contract and Agency in Pakistan by Aftab Ahmed p 194,195; sec. 237 of the contract Act , 1872; PLD 1963 SC 244; Mulla's Contract Act p 197

كذلك". (١)

وقد استقر القضاء الفرنسي في تطبيقات عديدة على هذه الفكرة منذ أواخر القرن الماضي(٢) مثل حكم محكمة استئناف باريس الصادر في ١١ يناير سنة ١٩٢٨(٣) الذي يقرر أن النيابة يتحقق حكمها برجوع أثار تصرف النائب إلى الأصيل حتى لو كان ذلك التصرف خارج حدود الإنابة كما لو صدرت من الأصيل وذلك حتى كان في غموض العبارات التي صيغت فيها الانابة أو في مسلك الأصيل أو على العموم في خطأ منسوب إليه ما يعطي الغير فكرة خاطئة عن مدى سلطة النائب.

وللقضاء المصري كذلك تطبيقات لمبدأ الانابة الظاهرة جاء معظمها قبل أكتوبر سنة ١٩٤٩م.في أحكام المحاكم المختلطة منها حكم الاستئناف المختلط الصادر في ٦يناير سنة ١٩٣٢(٤) مقررا أنه يستثنى من قاعدة عدم التزام الموكل بأعمال الوكيل الخارجة عن حدود وكالته حالة ما إذا كان الموكل قد خول الوكيل سلطات ظاهرية من شأنها ايقاع الغير حسن النية في غلط بخصوص مدى الوكالة.

وبعد انتهاء أجل القضاء المختلط في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩(٥).

استمرت المحاكم المصرية في تطبيق مبدأ الانابة الظاهرة على الوجه المتقدم.

وكذلك قانون الالتزامات السويسرى والتركي(٦) قد حويا في المادتين ٣٣ فقرة ثالثة و٣٤ فقرة ثالثة ما يفيد اقرار هذا القانون لفكرة النيابة الظاهرة فقد نصت المادة ٣/٣٣ على أنه في حالة الإنابة الخارجية يتحدد مدى النيابة على ضوء العبارات الموجهة

---

(١) المعجم القانوني ص : ٢١ مادة Agency)

(٢) دالوز الاسبوعي ١٩٢٦\٨١ (نقلا عن النيابة في التصرفات القانونية)ص : ٢٦٠

(٣) دالوز الاسبوعي ١٩٢٨\٢٧٩(نقلا عن النيابة في التصرفات القانونية)ص: ٢٦١

(٤) المجموعة المختلطة (البلتان) ٤٤\١٠٥ (نقلا عن النيابة في التصرفات القانونية) الدكتور جمال مرسي ص : ٢٦٣ الطبعة الثالثة ..

(٥) النيابة في التصرفات القانونية الدكتور جمال مرسي ص : ٢٦٤ الطبعة الثالثة

(٦) القانون المدني التركي وقانون الالتزامات ص : ٢٩٥ مطبعة Inkilab ve Ake القانون المدني التركي وقانون الالتزامات للدكتور حفظ ولدت ولي نائة أوغلوا

Hifzi Veldet Velide de oğlu. Vol. II.p.587,588 .

إلى الغير، والقانون السويسرى جار على أن تبلغ الانابة للغير(١) كما نصت المادة ٣/٣٤ على أن الأصيل متى أبلغ الغير بعبارات صريحة أو بأفعاله وسلوكه بوجود النيابة ومداها فلا يستطيع الاحتجاج على الغير حسن النية بانتهاء النيابة أو بتضييق حدودها إلا إذا بلغ به ذلك الغير(٢)

وقد جرى قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية على تطبيق مبدأ النيابة الظاهرة ومن أحكامها في هذا الصدد الحكم الصادر في ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨(٣).

ونرى أن القانون الإنجليزي - وكذلك الباكستاني- في نظامه المقابل للنيابة والمعروف باسم "Agency" (٤) يحوي قواعد يمكن تقريبها من قواعد الإنابة الظاهرة في القوانين اللاتينية وغيرها مما تقدمت الإشارة اليه وهذه القواعد في القانون الانجليزي ليست إلا تطبيقا لقاعدة كلية في قواعد مؤداها أنه لا يقبل من الشخص قول يتنافي مع سابق سلوكه متى كان هذا السلوك دافعا للغير إلى تغيير في مركزه القانوني-Change in position- وهي يمكن أن تقابل بقول فقهاء الشريعة عندنا " من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"(٥).

---

(١) Esener , S. Must. Temsil. p. 44,45,46. Ankara-1961

وون توهر(Von Tuhr) ص: ٢٩٠-٢٩١ وانظر الحاشية رقم ٢٤ حيث يقرر المؤلف أن هذه القاعدة لا تقتصر على مدى النيابة وانما تنطبق أيضا في حالات انعدام النيابة أصلا.

(٢) Turk. Med. K. p 295 Inkilap ve Aka - Istanbul - 1980 ; Velidedeoglu, Turkcelestirilmis metinleriyle birlikte T.M.K ve B.K Vol : 2 p. 588.Evrim Basim - Yayim - Dağitim - Istanbul. 5.Baskı.

(٣) مجموعة أحكام المحكمة الفيدرالية A.T.F.,74,II,149 -١٤٩/٢/٧٤ مشار إليه في المجلة ربع السنوية سنة ١٩٥٠ ص: ٢٤٦

Revue Trim, 1950, p, 246

(٤) "The Law of Agency" by Fridman, London, Butterworths 1983 ; "Principles of the law of contract and of Agency in its relation to contract" by Anson, Oxford 1920. ; Cheafire and Fifoot's law of contract. Chapter 15 (Privity of Contract under the law of Agency) p.421 London 1981. ; Chitty on Cantract Vol : II (Specific Contract) egency, p 1. London 1977; Law of contract and Agency in Pakisten by Aftab Ahmed, Ch. 13 p 187 Pakistan; Sect (182 - 238) of The Cantract Act . (IX of 1872) of Pakisten and India.

(٥) المادة : (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية

وتسمى هذه القاعدة الكلية في اصطلاح القانون الانجليزي "Estoppel" (١) كما يطلق على النيابة المبنية عليها اصطلاح "Agency by Estoppel" (٢)

وعرفها بوستيد (Bowstead) بأنها : "متى كان الشخص بلفظه أو بمسلكه قد أظهر شخصا آخر بمظهر النائب عنه أو تغاضى عن ظهور ذلك الشخص الآخر بهذا المظهر، فلا يقبل منه انكار النيابة قبل الغير المتعامل على أساس ذلك المظهر مع الشخص الظاهر كنائب ولو لم تكن هناك نيابة أصلا في الحقيقة"(٣).

ونفهم - مما سبق - أن النيابة الظاهرة أو الإيهامية موجودة في القانون الانجليزي كلما كان مسلك الشخص مدعاة للغير حسن النية إلى الإعتقاد بأنه قد أناب عنه شخصا آخر ففي هذه الحالة إذا تعامل هذا الغير مع ذلك النائب الظاهر فلا يقبل من صاحب

---

(١) أصل هذا التعبير الكلمة الفرنسية Estoupe والإنجليزية "Estopped" وهو لا يخلو من معنى الكلمتين اذ يفيد الاغلاق او الايقاف عن سير أو تصرف أو سلوك . على أن معناه القانوني يذهب إلى أبعد ذلك ،ويمكن تفسيره بالاغلاق الحكمي او الحجة المقلقة أو الموصدة ، لانها تغلق دون الشخص باب الرجوع فيما قال أو فعل وتجعل من قوله أو فعله حجة عليه ، كما يمكن تفسيره أيضا بالحجة القاصرة (على صاحبها)أو الحق المانع وال estoppel قاعدة من قواعد البينة تمنع الشخص من انكار ما صدر عنه من قول أو فعل او سلوك وتقرر ان صدوره أو رضاه أو سكوته عن أمر أو قبوله به صراحة أو ضمنا يعتبر حجة قاصرة عليه تمرمه من نقضه أو انكاره . ولا تختلف هذه القاعدة عن المبدأ القائل بأنه لا يقبل من أحد قول يتنافي مع سابق سلوكه (المعجم القانوني لحارث سليمان الفاروقي ، المادة : estoppel

(٢) Fridmen Ch : 6 p 97 ; Chitty on Contracts. Vol: II p 16. ; Cheshire and Fifoot's Law of Contract . Ch : 15, p 424; Law of Contract and Agency in Pakisten p 194.; Mulla's Cont. Act. p.196; (Sec. 235 of Cont. Act, 1872) .

(٣)

Bowstead : "A Digest of the law of Agency", art.9, p.21. ; Fridman Ch.6, p.97.; Pole v leask (1863) 8 LT 645 at p 648 per Lord Cranworth; Cheshire and Fifoot's law of Contract p. 424.

الشأن أن ينكر علاقة النيابة لتنافي هذا القول مع سابق سلوكه. (١).

وجدير بالذكر أن قاعدة النيابة الظاهرة تنطبق بالطريق العكسي على الشخص الذي يتعامل دون أن يشير إلى أنه نائب ثم يدعي النيابة عن غيره في التصرف الذي أجراه فهنا لا يقبل منه هذا القول لتعارضه مع سابق تصرفه كصاحب شأن أصيل. (٢)

لا يختلف القانون الأمريكي مع القانون الانجليزي في قاعدة النيابة الظاهرة فهي قاعدة تنظم الشرائع الأنجلو سكسونية عموما. (٣)

المطلب السادس : مقارنة

وعلى سبيل المقارنة وبعد هذا العرض لانواع النيابة في الفقهين: -الاسلامي والوضعي- فإنه يظهر ما يلي:

أولا: تتنوع النيابة في الفقه الإسلامي إلى إراديه وجبرية.

وما جاء في القانون من تقسيمها إلى إرادية وقانونية بالنظر إلى حدود سلطة النائب: أو ارادية وقانونية وقضائية بالنظر إلى الجهة التي تعيّن شخص النائب فإن كان هذا لا يخالف الشريعة في قليل ولا كثير نظرا لأن الغاية في الفقهين واحدة، فالمراد بيان دور النائب وبيان وضع الأصيل. وقد وضح ذلك جليا في كلام فقهاء الشريعة عند تقسيمهم للنيابة إلى إرادية وجبرية على ما سبق.

ثانيا: يفرق الفقه الإسلامي بين ما اذا كا تدخل الفضولي لأداء واجب عن رب العمل أم غير ذلك : وفي الحالة الأولى يقر الشارع تدخل الفضول ويلزم رب العمل

---

(١) Fridman Ch. 6 , p.97 .98. ; Cheshire and Fifoot's law Contract Ch. 15 p. 424 , 425 Anson : "Principles of the law of Cont. and of Agency in its relation to contract" p.4033, Oxford 1920 Law of Cont and agency in Pakisten Ch.13, p.194 195

(٢) النيابة في التصرفات القانونية) ص : ٢٧٨ الطبعة الثالثة ...

(٣) انظر في القانون الامريكي : Restatement , 2nd (1958), Agency Section 8 and 8 B.

بتصرف الفضولي وفي الحالة الثانية يكون تصرف الفضولي موقوفا على إجازة الأصيل(١).

وهذا معناه : أنه في الحالة الأولى تعتبر النيابة جبرية وفي الحالة الثانية تعتبر ارادية بينما يرى القانون أن نيابة الفضولي قانونية إذا توافرت شروط الفضالة على ما سيأتي تفصيله.

فإن الذي يقابل الفضالة في الفقه الإسلامي بمعناها المعروف "من كون التصرف موقوفًا على اجازة المالك" " التصرف في ملك الغير" في القانون

ثالثا: أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يقرران أن النيابة الإرادية يمكن أن تقوم مستندة إلى عقد يستوى في هذا أن يكون عقد وكالة أو غيره.

رابعا: نرى أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي من حيث ترتب آثار تصرف النائب على الأصيل مباشرة عند إضافة النائب العقد إلى الأصيل.

خامسًا : نجد في جزئيات الاحكام في الشريعة الغراء ما قد يسوغ القول بأن الشريعة تقر فكرة الإنابة الظاهرة وأن العبرة فيها بظاهر مكنة النائب بالنسبة للغير حسن النية دون حقيقة تلك المكنة في واقع الأمر(٢).

ويمكن أن نمثل على ذلك بقول الحنفية في وجوب ابلاغ انقضاء النيابة إلى الغير. ورد في المبسوط مايفيد ذلك: "إن كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أي المدين) يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر انه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله ايا بمحضر من المطلوب أمر للمطلوب بالدفع إليه ثم الإخراج نهى له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهي في حقه ما لم يعلم به.(٣)"

---

(١) سواء تعين أداؤه كما بالنسبة لبناء السفل أم كان أقل من ذلك ، والصورة الأولى متفق عليها بين الفهاء ،أما الثانية مختلف فيها فبعض الفقهاء يعتبرون عمل الفضولي تبرعا ،والقانون يعتبر الصورة الثانية من الفضالة لأن الفضولي يقصد بتدخله أداء حاجة مهمة لرب العمل إذ يقوم بالتزام فرضه القانون . انظر : مصادر الالتزام د\ عبد الحي حجازي ص : ٦٢١ والوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ١\١٢٤٤-١٢٤٥، والوسيط أيضا : ١\١١٠٧ ومصادر الحق للسنهوري ١\٥٩\٦١١ . هامش(٣)

(٢) النيابة في التصرفات القانونية) للدكتور جمال مرسي بدر ص : ٢٧٩

(٣) المبسوط للسرخسي ١٩\٦٩من منشورات ادارة القرآن والعلوم الاسلامية - كراتشي .

مثل ذلك ما ورد في حاشية ابن عابدين(١).

وعند غير الحنفية نجد الحكم الجزئي عينه معللا بمنع الضرر(٢)

وهي علة إذا أطلقناها جاز أن ينبنى عليها جميع حالات النيابة الظاهرة المعروفة في القوانين الحديثة كما تقدم. (٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤\٤٣٤ طبعة بولاق سنة ١٣٢٥ هـ

(٢) المغني لابن قدامة ٥\٢٤٢ طبعة مصر سنة ١٣٤٧ هـ:

والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل الوكيل) قبل علمه بموت الموكل وعزله نص عليه في رواية جعفربن محمد لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانة ويتضرر المشتري والوكيل ».

(٣) (النيابة في التصرفات القانونية) للدكتور جمال مرسى بدر ص : ٢٧٩-٢٨٠

الفصل الرابع
التعبير عن النيابة

المبحث الأول : التعبير عن النيابة فى الفقه الإسلامى

المطلب الأول : التعبير باللفظ

المطلب الثاني : التعبير بالكتابة

المطلب الثالث : التعبير بالإشارة

المبحث الثانى : التعبير عن النيابة فى القانون .

الفصل الرابع
التعبير عن النيابة ، وفيه مبحثان

المبحث الأول : التعبير عن النيابة في الفقه الإسلامي

التعبير عن النيابة في الفقه الإسلامي له ثلاث صور :

فهو : إما أن يكون باللفظ

- أو بالكتابة .

- أو بالإشارة .

المطلب الأول : التعبير باللفظ:

وهذا هو الأصل باعتبار أن اللفظ هو الوسيلة الواضحة للتعبير عما يحيس بصدر الإنسان كما أنه الوسيلة العامة بين البشر ولا يقوم غيره مقامه إلا في حالة الضرورة(١).

ويستوى أن يكون التعبير عن الإنابة صريحا أو ضمنيا(٢). فالصريح : أن يقول الأصيل للنائب، أنبتك في كذا أو أنت وكيلي على أن تضيف التصرف إليّ.

والضمني كما في تصرف الزوج في بعض شؤن زوجته دون اعتراضها أو تصرف الزوجة في شراء ما يحتاجه للنزل وهو ما يطلق عليه بعض الفقهاء: الوكالة بالعرف والعادة(٣).

---

(١) نظرية عقد البيع : مجموعة محاضرات بكلية الشريعة والقانون – قسم الدراسات العليا : ألقاها المرحوم الشيخ السيد خليل الجراحي.

(٢) عقد البيع للاستاذ الدكتور الشافعي عبد الرحمن ص ١٥.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٢٨٠.

المطلب الثاني : التعبير بالكتابة

الكتابة لغة (١) : الجمع ومنه كتب البغلة أو الناقة : إذا جمع بين شفريها - بفتح الشين - جانبي فرجها بحلقة ليمنع الوثوب عليها .

وفي اصطلاح الفقهاء (٢) : طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة شملت أنواعا أو لم تشمل .

وقد يعبر النائب عن إرادته بالكتابة التي يعتبرها العلماء السبيل أو الطريق الثاني الذي يكشف عما في الفؤاد إذ هي أحد اللسانين . (٣)

وإذا كان التعبير باللفظ محل اتفاق بين الفقهاء في اعتباره حجة إذ هو الأصل في التعبير .

فقد اختلفت كلمتهم حول التعبير بالكتابة . هل يمكن اللجوء إليها رغم قدرة الشخص على النطق أم لا ؟

- فالجمهور ومنهم الحنفية والمالكية وعند الشافعية في الاصح وأحمد في رواية عنه والزيدية يرون أنه يستوى أن يكون الشخص قادرا على النطق أولا فله التعبير بالكتابة -والحالة هذه- لأنها احد اللسانين . ، ولأنها لا تقل عن اللفظ في إظهار ما في الفؤاد والارادة كما نعلم - امر خفي فيستوى أن يعبر عنها باللفظ أو الكتابة . (٤)

---

(١)مصباح المنير للفيومي مادة :كتب والمعجم الوسيط جـ٢/٧٧٤-٧٧٥ (بتصرف)

(٢) مراقي الفلاح (شرح نور الإيضاح) مطبوعة مع حاشية الطحطاوي للعلامة السيد أحمد الطحطاوي ص١١ نشر قديمي - كتب خانة مقابل آرام باغ كراتشي .

(٣) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للشيخ المهدى لدين الله أحمد بن يحي بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ جـ٤/٢٦ (فقه زيدى) مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٨هـ

(٤) ولقد قسم فقهاء الحنفية الكتابة الى ثلاثة اقسام لم يخالفهم أحد فيها وهي : القسم الأول : كتابة مستبينة مرسومة بان تكون واضحة وموجهة من شخص معين إلى شخص معين آخر أيضا كما في الرسالة وهي حجة في الاستناد اليها كالنطق تماما .

القسم الثاني : كتابة مستبينة غير مرسومة كالكتابة على الجدار وهذا النوع لا يعتد به =

– ويرى بعض فقهاء الشافعية والحنابلة والإمامية (١) تقييد ذلك بما إذا كان الشخص عاجزا عن النطق إذ هو أكثر بيانا عن الكتابة.

ولعل رأى الجمهور هو الراجح لوجاهة أدلتهم وسايرتها للواقع والله أعلم .

المطلب الثالث : التعبير بالإشارة

الإشارة : تعيين الشئ باليد ونحوها، والتلويح بشيئ يفهم منه المراد (٢). وأيضا قد تتم الإنابة بالإشارة لغير القادر على التعبير عن إرادته وهو الأخرس عند الجمهور على خلاف بينهم إذا كان قادرا على الكتابة : هل يلزم أن يعبر عن إرادته بالكتابة أم تكفى الإشارة ؟

– فبعض الحنفية وبعض الشافعية يفضل الكتابة لأنها أبين وأبعد عن الاحتمال

–وبعضهم الآخر يسوى بين الكتابة والإشارة لأن الإفهام يتحقق بكل من الكتابة والإشارة . (٣)

– أما المالكية وبعض الإمامية : فقد خالفوا الجمهور حيث ذهبوا الى أنه يجوز للشخص أن يعبر عن إرادته بالإشارة سواء كان قادرا على النطق أو الكتابة أم لا .

ووجه ذلك : أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا عرفا يستوى فى ذلك اللفظ أو

= إلا بالنية لانها قد تكون للتجربة .

القسم الثالث : كتابة غير مستبينة كالكتابة على الهواء وهذا النوع لا عبرة به : الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٦/٢ – ١٩٩ وشرح المجلة ١٩٠/١ والهداية ٢١/٣– ٢٢ وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٣ ورد المحتار ١٢/٣ والروض المربع بشرح زاد المستقنع للعلامة منصور بن يونس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١ هـ جـ٢/٢٣ مطبعة السعادة بمصر سنة ١٩٧٠ م .

(١) المراجع السابقة .

(٢) المعجم الوسيط ٤٩٩/١ انتشارات ناصر خسرو – طهران .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٣–٣٤٤ طبع دار الكتب العلمية – بيروت وشرح المجلة ١٩٣/١ ورد المحتار ١٢/٣ .

الإشارة ما دامت مفهمة لأنها تسمى كلاما لغة .

قال المولى عز وجل فى محكم كتابه الكريم حين سأله نبيه زكريا عليه السلام أن يهب له ذرية طيبة وطلب أن يجعل الله له آية : { آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا } (١)

والرمز : هو الإشارة والإيماء (٢) .

والإشارة التى يعتد بها عند الفقهاء هى الإشارة المعهودة المفهمة وإلا فلا تعتبر .

ويفهم مما تقدم : أن الكتابة والإشارة بدل ضرورى عند الحنفية ولهذا فإنه لايؤخذ بأى منهما فى النيابة عن رضا إلا عند تعذر القول .

فإذا لم يكن الكلام متعذرا لم يؤخذ بأي منهما وفقا للقاعدة :

{ لا عبرة بالبدل مع القدرة على الأصل } (٣)

لفظ الأصيل قد يكون عاما أو خاصا :

قد يصدر اللفظ من الأصيل : عاما أو خاصا .

فإذا صدر لفظ - الإيجاب (٤)- من الأصيل بما يدل على العموم كانت الوكالة عامة وذلك بأن يعطى فيها الأصيل للنائب سلطة إبرام جميع التصرفات المالية التى تهمه دون تخصيص بنوع معين من التصرفات كقول الأصيل للنائب :

- جائز أمرك فى كل شئ .

-وما صنعت من شئ فهو جائز .

- وأنت نائبى فى كل شئ .

وفى شأن الخصوص فى الوكالة اختلف أهل العلم فى الصيغة العامة الصادرة من

---

(١) سورة آل عمران الآية : ٤١ .

(٢) المعجم الوسيط جـ١/٣٧٢ انتشارات ناصر خسرو- طهران .

(٣) المدخل الفقهى للدكتور احمد الحجى الكردى ص ٤٠ مطبعة الانشاء - دمشق .

(٤) على رأى الحنفية الذين يقولون بان ما يصدر أولا هو الإيجاب وما يصدر ثانيا هو القبول .

للوكل للوكيل وذلك على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : للحنفية وبعض الحنابلة (١) .

وقد ذهبوا إلى القول بجواز الوكالة العامة وذلك إعمالا للفظ وجريا للعام على عمومه وأصحاب هذا الرأى مع اتفاقهم على جواز الوكالة العامة :

- الا ن بعضهم قصرها على الحفظ فقط .

- وبعضهم الآخر يرى جواز تصرف النائب فى كل شىء إلا الطلاق والعتاق والوقف إلا إذا دل دليل سابق على صحة تصرفه فى ذلك أو نفاذ تصرفات الوكيل فى المعاوضات فقط فلا يلى العتق ولا الطلاق والوقف وكل ما هو تبرع كالابراء من الدين .

ويمكن أن يناقش هذا الرأى: بأن صرف التوكيل العام إلى الحفظ فقط أو المعاوضات فقط مخالف لعموم اللفظ فلا يعمل بهذه المخالفة .

المذهب الثانى : للشافعية وجمهور الحنابلة والظاهرية والإمامية فى أحد الرأيين والزيدية وقد ذهبوا إلى القول : بان الوكالة العامة باطلة لما فيها من الغرر حيث يدخل فيها طلاق زوجاته وعتق عبيده ويدخل فيها البيع بالقليل والكثير وهما ضدان فلا تصح . (٢)

ويناقش هذا : بأنه يؤدى إلى إلغاء عبارة الموكل وكلام العقلاء بصان عن العبث. يؤيد هذا القاعدة الفقهية التى تقضى بأن [إعمال الكلام أولى من إهماله] (٣)

---

(١) تكملة رد المحتار ٢٦٥/٧ وبدائع الصنائع ٢٤٦٦/٧ مطبعة الامام والبحر الرائق لابن نجيم ٤٢/٧

(٢) الحاوى للماوردى جـ١٧١/٨ : مخطوط بدار الكتب المصرية وفيه : (وهى باطلة للجهل بها لانه قد يحتمل التوكيل فى حفظ القليل والكثير ويحتمل مع القليل والكثير وهما ضدان فبطلت الوكالة أهـ وانظر ايضا : البحر الزخار ٥٤/٥ والمغنى لابن قدامة ٩٣/٥ وشرائع الاسلام ١٩٣/٢ .)

(٣) مجلة الاحكام العدلية المادة ٦٠ وانظر شرح هذه القاعدة فى المدخل الفقهى للدكتور أحمد الحجى الكردى ص٢٨ مطبعة الانشاء . دمشق .

المذهب الثالث : للمالكية وأحد الرأيين عند الإمامية وهو مذهب الزيدية (١) .
ويرون : أن الوكالة العامة صحيحة . ولا ينفذ منها في حق الموكل من التصرفات إلا ماكان نافعا له أو لا ضرر عليه لأنها مخصصة بالعرف ومصلحة الموكل .

بيان الراجح :

وبعد بيان مذاهب الفقهاء بخصوص الوكالة وعرض أدلة كل رأى ومناقشة ما أمكن مناقشته منها .

فإن ما يبدو لى رجحانه فى هذا المقا م - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث لما يأتى :

أولا : أن هذا الرأى وسط بين المذاهب هنا والعرب تقول :

" حب التناهى شطط خير الأمور الوسط " .

ثانيا : أن أصحاب هذا الرأى لاحظوا مصلحة كل من الموكل والوكيل على السواء.

فلم يطلقوا المجال لتصرفات الوكيل لما فيها من الضرر والغرر .

ولم يبطلوها ألبتة لما فى ذلك من إلغاء عبارة العقلاء والمفروض صيانتها عن العبث كما تقدم بل أعملوها :

- إذا كانت نافعة للموكل

- أو قضى العرف بصحتها .

وفى ذلك من المصلحة ما فيه .

الإنابة الخاصة :

تكلمنا فيما سبق عن الإنابة العامة وبينا أقوال العلماء فيها وهنا أتكلم بعون الله عن الإنابة الخاصة فأقول وبالله التوفيق :

---

(١) حاشية الدسوقى ٣/٢٨٠-٢٨١ والبحر الزخار ٥/٥٤ ، وشرائع الاسلام ٢/١٩٣ وانظر أيضا للمالكية : كتاب " القوانين الفقهية " لابن جزى ص ٣٢٢ نشر دار الكتاب العربى بيروت .

قد يصدر اللفظ من الأصيل متضمنا إنابة خاصة وذلك إذا كان موضوعها عملا معينا أو أعمالا معينة: كأن يقول الموكل للوكيل : وكلتك ببيع أرضي أو بيع جميع ما أملك من حيوانات .

فعلى الرغم من أن التصرف في الصورة الثانية يتضمن أشياء متعددة إلا أن التصرف في حقيقته يعتبر نوعا واحدا وهو البيع .

وعلى هذا فلا مانع من الإنابة الإرادية سواء كانت مستندة إلى وكالة أم لا (١) .

فإذا وردت الصيغة خاصة بتصرف معين فيكون مداها محددا بهذا الإطار .

أما إذا كانت عامة في التصرفات المالية : كأنت نائبي في كل التصرفات المالية أو أنت جائز أمرك في كل تصرف . فقد سبق أن رجحنا أنه لا يصح من ذلك إلا كل تصرف يتفق مع مصلحة الأصيل أو يقضي به العرف .

النيابة المطلقة والمقيدة (٢) :

قد ترد الصيغة بالإنابة مطلقة أو مقيدة :

– فالمطلقة هي التي تخلو من أي قيد يحدد للنائب كيفية إبرام التصرف المراد القيام به كتحديد السعر أو المكان أو الشخص . وقد اختلفت أقوال الفقهاء رحمهم الله حول مدى صحة الوكالة المطلقة على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : للجمهور وقد ذهبوا إلى أن المطلق يحمل على ما يقضي به العرف فإذا كان وكيلا بالبيع : فلا يبيع إلا بنقد البلد وبثمن المثل . وأن يكون بالنقد لابالنسيئة(٣)

---

(١) الحاوي للماوردي ٨/١٧٢ .

(٢)عرف الامام الآمدي في كتابه "أحكام في أصول الاحكام" جـ٣/٢ المطلق : بأنه اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه والمقيد : يطلق باعتبارين :

الاول : ماكان من الالفاظ الدالة على مدلول معين كزيد و عمرو وهذا الرجل ونحوه.

والثاني : ما كان من الالفاظ الدالة على وصف مدلوله المطلق بصفة زائدة عليه كقولك: دينار مصري ودرهم مكي .

وهذا النوع من المقيد وإن كان مطلقا في جنسه من حيث هو دينار مصري ودرهم مكي غير أنه مقيد بالنسبة الى مطلق الدينار والدرهم فهو مطلق من وجه ومقيد من وجه أهـ

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٥/١٩٤ .

الرأى الثانى : لأبى حنيفة(١) عليه الرحمة ويرى : أن الإطلاق يسرى على إطلاقه إلا أنه فرق بين البيع و الشراء :

- فإذا كان وكيلا بالبيع له أن يتصرف بالقليل والكثير فاذا باع بغبن فاحش فإنه يصح إذ العرف يتعارض في مسائل البيع فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ماهو أربح منه متعارف فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض إلا بدليل . واسم البيع يطلق عرفا على البيع بغير نقد البلد وعلى المؤجل ولأنه مأذون فيه .

ولأن البيع بغير نقد البلد بيع بجنس الأثمان فصح كالبيع بنقد البلد .

وكذلك البيع بأقل من ثمن المثل فإن ذلك جائز من الموكل فصح من الوكيل قياسا على ثمن المثل .

- أما إذا كان وكيلا بالشراء فإنه يتقيد بالعرف (٢) فلا يشترى إلا بثمن المثل .

وتفرقه الحنفية بين : الوكيل فى البيع والوكيل فى الشراء من صحة تصرف الوكيل بالبيع بالقليل والكثير وعدم صحة تصرف الوكيل بالشراء بدون التقييد بالعرف لم تظهر وجاهتها عندى والأصح والله أعلم أن تقيد صحة التصرف فى الحالتين بالعرف { إذ للعروف عرفا كالمشروط شرطا} المادة ٤٣: من مجلة الأحكام العدلية .

وأن القياس على نقد البلد فالمعنى فيه أن العرف يقتضيه وأن البيع بأقل من ثمن المثل كما لا يصح فى الشراء لا يصح فى البيع فلا فرق.

---

(١) االجوهرة النيرة على مختصر القدورى جا/٢٦٨ نشر مكتبة إمدادية ملتان - باكستان .

(٢) العرف : مااستقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول : التعريفات للجرجانى ص ١٤٦ انتشارات ناصر خسرو - طهران.فالعرف : ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم والمراد : ما عرفه أهل العقول الرشيدة والطبائع السليمة فما يعتاده الناس مما هو ضرر أو فساد أولا مصلحة فيه لا يكون من المعروف الذى تبنى عليه الاحكام. والعرف اصل أخذ به الحنفية والمالكية فى غير موضع النص وهذا يعد أصلا من أصول الفقه . وقد هداهم الى هذا ما ورد فى كتاب الله تعالى من قوله عز وجل { خذ العفو وأمر بالعرف } يقول القرافى : فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية كما دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : { ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن } انظر : البدائع ٥\٢١٣ والمبسوط ١٢\١٣٨ فقد قال بعض العلماء أنه موقوف على ابن مسعود راجع الآمدي ٣\١١٢.

الرأي الثالث : للامامية (١) في إحدى الروايتين وقد ذهبوا إلى القول بعدم صحة الوكالة مطلقا لما فيها من الجهل والغرر .

بيان الراجح:

وما يبدو رجحانه في هذا المقام هو رأي جمهور الفقهاء من أن المطلق يحمل على ما يقضي به العرف فإذا كان وكيلا بالبيع فلا يبيع إلا بنقد البلد وبثمن المثل وأن يكون بالنقد لان التصرف في الوكالة المطلقة على مثل هذا النحو الذي ذكرنا أمر يضع الأمور في مواضعها حيث يبعد كلا من الأصيل والنائب عن أدنى نزاع أو اقل خصومة .

الأمر الذي يتبين معه بجلاء مدى يسر الشريعة وصلاحيتها لكل أعراف الناس(٢).

وإذا كان العرف يقضي بصحة البيع بغبن فاحش كما يقول الإمام أبو حنيفة رحمه الله توصلا إلى شراء ما هو أربح منه فإن هذا نادر والأحكام تناط بالغالب وليس بالنادر(٣) وعلى هذا :

فإذا كانت الإنابة مستندة إلى عقد الوكالة أو غير مستندة إليه : يصح أن ترد مطلقة وينصرف هذا الإطلاق إلى ما يقضي به العرف كما هو رأي الجمهور بدون تفرقة بين ما إذا كان بائعا أو مشتريا ويقاس على البيع والشراء غيره من العقود .

الإنابة المقيدة :

فإذا كانت الصيغة الصادرة من الأصيل للنائب محددة بأن بين الأصيل للنائب فيها حدود سلطته من إبرام التصرف على نحو ما كأن يتم التصرف في حدود سعر معين فإن على النائب التقيد بتلك القيود.

---

(١) شرائع الإسلام ٢/١٩٣

(٢) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور السيد صالح ص ٢٦٧ .

(٣) المادة ٤٢ من شرح مجلة الاحكام لسليم رستم باز اللبناني طبعة ثالثة مصححة ومزيدة طبع على نفقة الحاج عبد الغفار وأولاده بدلهي كما طبع في بيروت المطبعة الاادبية سنة ١٩٢٣ م طبع سنة ١٣٠٥ هـ ، وانظر أيضا المدخل الفقهي للدكتور أحمد الحجي الكردي . مطبعة جامعة دمشق ١٤٠٦-١٤٠٧هـ . ١٩٨٦-١٩٨٧ م.

المبحث الثاني

التعبير عن النيابة في القانون

نقدم الكلام عن التعبير عن النيابة في الفقه الاسلامي وبينا الصور المتعددة لهذا التعبير .

وهنا نتكلم عما يقابل ذلك في القانون :

واذا كانت النيابة تعبيرا عن ارادة الأصيل فمقتضى قاعدة الرضائية ألا تخضع لأى شكل كان – اللهم إلا من حيث الاثبات – وعلى ذلك فيصح أن تكون الانابة شفوية بل قد يصح أن تكون ضمنية كما أنها قد تكون كتابية أو رسمية دون وجوب في هذا أو ذاك(١)

اذن في القانون لا يلزم للنيابة شكل خاص أو صورة معينة أو وسيلة محددة (٢) فقد يتم التعبير صراحة أو ضمنا .(٣) والصريح قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا .

---

(١) النيابة في التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسي بدر ص : ١٧١ وانظر في القانون الانجليزي :

The Law of Agency by Fridman. P. 48.;Chitty on Contracts Vol: II P. 6.; ,Cheshire and Fifoot's Law Of Contract . P. 424.

وانظر في القانون الباكستاني

Sec. (186) The contract Act (IX of 1872) Law of Contract and Agency in Pakistan. Ch. 14. P. 193.; Mulla's Contract Act . p. 162.; PLD 1985 Sc 298.

وانظر ايضا في القانون التركي والسويسري و الالماني

Esener, S.M.T p. 31-36.; Akintürk, B.H. 51.; Tekiney\Akmen\ Burcuoglu\Tekiney Borçlar Hukuku 7 Basi , Istambul 1993 p . 172-174;von Tuhr \ p. 289; Becker , Mad 32 , No 5; Oser/ Schonerberger, Mad 328 , No, 25 .

(٢) دور السكوت للدكتور عبد الرازق فرج ص : ١٩ والدكتور كلاريز في الوكالة ص : ١٩٦ والمراجع السابقة في هذا الموضوع .

(٣) النيابة في التصرفات القانونية (السابقة) ص : ١٧١ Borçlar Hukuku by Prof . Dr. Turgut Akintürk p . 51 Ankara 1986.; Selahiyete Mustenil Temsil by Dr. Turhan Esener p , 31 vd . Ankara 1961.; والمراجع السابقة في الهوامش رقم: (١)

وقد ساير القانون المدنى الألمانى هذا النظر فجاءت المادة ١٦٧ منه فى فقرتها الأخيرة تقر أن النيابة التى موضوعها القيام بتصرف يخضع لشكل معين ليست خاضعة للشكل المشروط لذلك التصرف(١) .

واذن فللنائب أن يقوم باسم الأصيل بتصرف يشترط فيه القانون الشكل الرسمى كهبة أو كرهن رسمى (٢)

وكذلك الأمر فى القانون السويسرى حيث استقر قضاء المحكمة الفدرالية على تخليص النيابة من الأشكال ولو كان التصرف المناب فيه مما يلزمه الشكل الرسمى(٣).

وكذلك الأمر فى القانون التركى حيث قال بهذا كثير من رجال القانون التركى (٤) وهناك حكم من محكمة التمييز تدل على ذلك (٥) أيضا.

ولم يساير القانون المدنى الايطالى الفقهاء (٦) الذين وقفوا معا مع منطق النظرية الحديثة فى النيابة على ما قدمناه اذ جاءت المادة ١٣٩٢ منه تقرر " النيابة لا أثر لها مالم تصدر فى الشكل المقرر للعقد الذى يجب أن يبرمه النائب ".

ونرى أن القانون المدنى المصرى قد نحا هذا المنحى فنص فى باب الوكالة [المادة ٧٠٠] على أنه " يجب لن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

وكذلك الأمر فى القانون المدنى السورى [المادة ٦٦٦] وفى القانون المدنى الليبى

---

(١) Esener, Sel . Mus . Tem. p 31. ; Steudinger Coing Med. 167 No . 7 RGZ 76 , 304.; Hupke p . 113 .

(٢) Esener , Turhan S.M. Tem. p 34.

انظر ايضا : جوهل Guhl : « قانون الالتزامات الفيدرالي » ترجمة وينيه دي جوت ، زيورخ سنة ١٩٤٧ ص : ١١٠ وانظر ايضا : وون توهر ص : ٢٨٩ وبدمسلى ص : ٣٧-٣٨

(٣) المرجع السابق

(٤) Esener . S.M.T. p 35.; Postecioglu p 97 No ;. 64 Seymen - Elbir p. 297;

(٥) Temyiz Hukuk Umumi Heyeti Kerari 1935 , p 137 .

(٦) انظر : كيروني و ابللو ص : ٤١٥-٤١٦

Chironi e Abello : " Trattato di dritto civile italiano " vol : I Torino 1904 p. 415-416

(نقلا عن النيابة في التصرفات القانونية ص : ١٣٣)

(المادة ٧٠٠) وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ٧٧٥) وفي القانون المدني الجزائري (المادة ٥٧٢) وحكم هذه المواد مطابق لحكم(المادة ٧٠٠) من القانون المدني المصري (١)

وكذلك القانون المدني الفرنسي في مواد متفرقه خاصة بالتوكيل في حالات معينة وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على مبدأ تبعية شكل النيابة لشكل التصرف الذي سيجريه النائب فيجب أن تكون رسمية ان وجب أن يكون ذلك التصرف رسميا (٢)

وهذه القاعدة موجودة كذلك في القانون الانجليزي حيث يجب أن يكون النائب في ابرام عقد رسمي حاملا لنيابة مفرغة هي الأخرى في الشكل الرسمي . (٣)

وكذلك الأمر في القانون الأمريكي لا يختلف عن القانون الانجليزي (٤)

وأما القانون الباكستاني فلا يختلف كذلك عن مصدره وهو القانون الانجليزي (٥)

---

(١) النيابة في التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسي بدر ص : ١٧٤

(٢) D . 57 I 92 ; Ces 5 Feb 1891 p . 217 . I . ; Madray, p 208; Esener . S.M.T. p 33

(نقلا عن أستر Esener ص : ٣٣ انقرة ١٩٦١) وانظر ايضا : النيابة في التصرفات القانونية (السابق) ص : ١٧٤

(٣) وجدير بالذكر هنا ك من يرى أن هذا استثناء في القانون الانجليزي والامريكي والقاعدة أن النيابة لا تخضع لأي شكل ولو كان التصرف الذي يقوم به النائب يجب أن يكون فيه شكل رسمي .

Cheshire and Fitfoot's Law of Contract . Ch . 15 p 424 .

وانظر ايضا في القانون الانجليزي كلا من :

Fridman , ch . 4 . p 48; Berkeley v Hardy (1826) 5 B & C 355 ;

Chitty on Contracts Vol . II ch . I . p . 7

(٤) Restatement , 2 nd Agency , Section = 28 , Mechem Section 24-27

وانظر في تفصيل القواعد التي تحكم شكل النيابة في القانون الامريكي :

Corpus juris Securndum , vol . 2 A , Section (42-47) Fenson , Sections 15 and 142 .

(٥) Power of Attorney Act (VII of 1882); PLD 1989 Peshawar 185; West of Pakisten Urban Rent Restriction Ordinance (VI of 1959) , S. 13 ; Stamp Act (II of 1899) s. 2. (21) Civil Procedure Code (Vof 1908) . O III R 2 . ; The Stamp Act , 1899 (as Amended up - to date) by M . Mahmood Keuser Brothers Lahore p . 70 ; The Unrepealed Central Acts Vol III from 1882 to 1897 p.113 Ministry of Law Government of Pakisten Karachi 1952.

المقارنة :

وعلى سبيل المقارنة فقد تبين لدى - مما تقدم بيانه - أنه في القانون لا يلزم للنيابة شكل خاص أؤ صورة معينة أو وسيلة محددة ما عدا بعض الاستثناءات فى بعض القوانين الوضعية كالفرنسى والمصرى والانجليزى . .

فقد اتفق القانون الوضعى مع الفقه الاسلامى بأن التعبير قد يتم صراحة أو ضمنا والصريح قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفا.

وكذلك قد ترد الصيغة عامة أو خاصة أو مطلقة أو مقيدة إلا أن القانون المصرى على ماسيأتى بيانه - بخصوص الصيغة العامة فى الوكالة قصرها فقط على أعمال الادارة .

وقد راينا فى الفقه الاسلامى بعض من قيدها بما فيه مصلحة الموكل .

أما النيابة المطلقة فقد راينا لعلماء الفقه الاسلامى رايين :

هل المطلق يحمل على اطلاقه أو على ما يجرى به العرف .

ومن كل هذا يظهر بجلاء :

أنه لا خلاف بخصوص التعبير عن النيابة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى .

الباب الثاني :

الولاية والوصاية ونيابة الدائن عن المدين والوكالة ونيابة الفضولي

الفصل الأول : الولاية والوصاية

الفصل الثاني : النيابة عن المدين

الفصل الرابع : نيابة الفضولي

الفصل الثالث : النيابة في الوكالة

الفصل الأول

الولاية والوصاية.

المبحث الأول : الولاية على المال

المطلب الأول : الولاية في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف الولاية لغة

الفرع الثاني : أقسام الولاية

الفرع الثالث : شروط الأولياء :

الفرع الرابع : مراتب الأولياء

المطلب الثاني : الولاية في القانون

الفرع الأول : تعريف الولاية في القانون

الفرع الثاني : أقسام الولاية وطبيعتها

الفرع الثالث : شروط الأولياء

الفرع الرابع : أولياء المال ومراتبهم

المبحث الثاني : الوصاية

المطلب الأول : الوصاية في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف الوصاية.

الفرع الثاني : حكمة مشروعية الإيصاء وحكمه

المطلب الثاني : الوصاية في القانون

الفرع الأول : تعريف الوصاية.

الفرع الثاني : أنواع الأوصياء

الفرع الثالث: شروط الوصي.

المبحث الثالث: المولى عليهم

المطلب الأول : المولى عليه الصغير

المطلب الثاني : المجنون والمعتوه

المطلب الثالث : السفيه وذو الغفلة

المطلب الرابع : المحكوم عليه بعقوبة جنائية

المطلب الخامس : المولى عليه الغائب

المبحث الرابع : نيابة الأولياء والأوصياء

المطلب الأول: نيابة الأب

الفرع الأول : نيابة الأب في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : نيابة الأب في القانون.

المطلب الثاني : نيابة وصي الأب

الفرع الأول : نيابة وصي الأب في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : نيابة وصي الأب في القانون

المطلب الثالث: نيابة الجد ووصيه

الفرع الأول : نيابة الجد ووصيه في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : نيابة الجد ووصيه في القانون.

المطلب الرابع: نيابة القاضي ووصيه

الفرع الأول : نيابة القاضي ووصيه في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : نيابة القاضي ووصيه في القانون

المبحث الخامس : أحكام نيابة الولي والوصي

المطلب الأول : الإشراف والمحاسبة في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعيين مشرف عن طريق الولي

الفرع الثاني : كيفية محاسبة الأولياء والأوصياء

المطلب الثاني : الإشراف والمحاسبة في القانون

الباب الثاني

في أهم مجالات النيابة

الولاية والوصاية ونيابة الدائن ونيابة الوكيل، ونيابة الفضولي

الفصل الأول

في الولاية والوصاية وفيه خمسة مباحث

المبحث الاول : في الولاية على المال

المطلب الاول : الولاية في الفقه الاسلامي

الفرع الأول : تعريف الولاية

لغة : جاء في كتاب « للغرب في ترتيب للعرب » (١)

ويقال { ولى } الأمر { وتولاه } اذا فعله بنفسه ومنه قوله : في " باب الشهيد " : لوا أحاكم أى تولوا أمره من التجهيز . ومنه ولى اليتيم أو القتيل وولى البلد أى مالك أمرهما { والولاية} بالكسر والولاية بالفتح : النصرة والمحبة .

وفي « التعريفات » (٢) للجرجاني :

" الولاية من الولى : وهو القرب فهى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة " ويقال ولى الشئ ووالى عليه ولاية أى قام عليه يقال :

أوليته الأمر ووليته عليه أى ملكته إياه فهو وليه .

ومن معانى الولى أيضا : النصير ومنه قوله تعالى : { الله ولى الذين آمنوا} (٣)

---

(١) للامام أبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي ج ٤٩٥/٢ نشر دار الكتاب العربي -بيروت.

(٢) للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني - انتشارات ناصر خسرو طهران ايران {وهذه الطبعة نسخة من الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية المنشئة بجمالية مصر المحمية سنة ١٣٠٦هـ }

(٣)سورة البقرة : الآية ٢٥٧.

وقال عز وجل [هنا لك الولاية لله الحق] (١) وقد قرئ بفتح الواو وكسرها وقال المفسرون : إن معنى الولاية بالفتح النصرة ومعناها بالكسر : القدرة والسلطة .

وقال سيبويه : الولاية بالفتح المصدر والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به (٢) .

ومعنى هذا : أن اهل اللغة يميلون إلى ترجيح استعمال الولاية بكسر الواو فيما يحتاج إلى تدبير وقدرة وعمل يقال : ولى الشئ أى أقام عليه وملكه .

ويميلون إلى ترجيح فتح الواو فيما يحتاج الى النصرة والآيات القرآنية جمعت بين القراءتين

فمن يعين وليا لا بد فيه من استيفاء المعنيين :

أولهما : قدرته على التصرف والادارة .

ثانيهما : جانب التعاون وعدم العداوة بينه وبين المولى عليه (٣)

تعريف الولاية اصطلاحا :

عرفها الحنفية بأنها : " تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى "(٤)

ونوقش هذا التعريف من ثلاثة وجوه:

---

(١) سورة الكهف الآية رقم ٤٤.

(٢) لسان العرب لابن منظور الافريقي المجلد العشرون من ٢٨٧-٢٩٦ طبعة مصورة من نسخة لجنة الدار المصرية للتاليف/وتفسير ابن كثير ٨٤/٣ وفتح القدير للشوكاني ٢٧٦/١ والولاية على المال للشيخ علي حسب الله ص٢.

(٣) رد المحتار علي الدر المختار، شرح تنوير الابصار ٥٥/٣

(٤) رد المحتار علي الدر المختار، شرح تنوير الابصار ٥٥/٣ والاحوال الشخصية للاستاذ أحمد الخضري ص:٥ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ٩ شارع الصنادقية ميدان الأزهر الشريف حسين محمد امبابي المنياوي سنة ١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م.

وكذلك عرف الولاية السيد الشريف الجرجاني في كتابه «التعريفات بهذا التعريف ص ١١٢.

وموسوعة الاحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب. الجزء الثاني ص ٨٣٢ نشر دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع- المنصورة. الطبعة الرابعة ١٩٨٨.

الوجه الأول : أنه تعريف غير جامع لانواع الولاية إذ للشخص ولاية على نفسه (١) وماله وهذه غير داخلة فى التعريف .

الوجه الثاني انه يفهم من التعريف ان للولى عليه يكون له مشيئة واباء مع انه في بعض الحالات يكون للولى عليه خاليا من ذلك كما هو واضح في الولاية على المجنون والصغير (٢) .

وقد اجاب عن هذه المناقشة المرحوم الاستاذ احمد ابراهيم بك في كتاب << احكام التصرف عن الغير بطرين النيابة >> له بقوله : ص ٦: إن مراد الفقهاء هو ان التنفيذ يكون جبرا علي المولى عليه بدون التفات الى مشيئته وإبائه ان كان له مشيئة واباء ..... أ . هـ .

الوجه الثالث أن الولاية صفة تقوم بالشخص والتنفيذ اثر من آثارها لاحقيقة لها(٣)

ولما كانت الولاية صفة تقوم بالشخص او سلطة يمنحها الشارع لشخص تتوافر فيه شروط الولايه التي سنتكلم عنها فيما بعد فقد تقاربت تعريفاتها عند الفقهاء المحدثين :

-فقد عرفها الشيخ احمد ابراهيم بقوله << إنهاصفة تقوم بشخص تجعل له سلطانا على غيره في نفسه اوماله او فيهما معا جبرا عنه >> (٤)

وواضح من نص هذا التعريف انه يتكلم فقط عن الولاية على الغير ولم يتكلم عن الولاية الذاتية .

- وعرفها الشيخ علي حسب الله بقوله << انها سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون توقف على رضا غيره >> (٥) أ.هـ .

-وعرفها المرحوم الاستاذ الدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني :

---

(١)وهي سلطة المرء علي مال نفسه وتسمى ولاية قاصرة: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد التركماني ص١١٨ طبع دار الشروق- جدة

(٢) الشريعة الإسلامية للدكتور بدران أبي العينين ص ٤٢٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤)احكام التصرف عن الغير بطريق النيابة د/ أحمد ابراهيم ص٦

(٥)الولاية على المال والتعامل بالدين ص ٢ طبع سنة ١٩٦٧م.

بقوله << وفي اصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية بها يتمكن الإنسان من تنفيذ التصرفات على الغير قولا اوفعلا دون توقف على رضاه>> (١)

- وعرفها الدكتور عبد الكريم (٢) زيدان نقلا عن الاستاذ الشيخ على الخفيف في كتابه << النيابة عن الغير في التصرف >> ص [٧]فقال : " الولاية سلطة شرعية في النفس أو المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيهما شرعا "

- وعرفها الدكتور وهبة الزحيلى (٣) بقوله : " و في اصطلاح الشرع : هى سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها أى ترتيب الآثار الشرعية عليها .

والولاية على القاصر : هى إشراف الراشد على شئون القاصر الشخصية والمالية "

- وعرفها الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء (٤) بقوله :

" ويراد منها عند الفقهاء : قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شئونه الشخصية والمالية . "

أقول ومن المعنى اللغوى للولاية أخذ المعنى الشرعى إذ عرفوها بأنها نفاذ القول على الغير شاء أو أبى (٥)

ويمكن تعريف الولاية بتعريف أراه - راجحا : فى نظرى المتواضع : بأنها قدرة

---

(١)الاحوال الشخصية ص ٥. مطبعة دار التاليف بالمالية بمصر سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٣م.

(٢)المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٧٩ الطبعة العاشرة ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م. مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة- بغداد

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ج ٤/١٣٩ الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق.

(٤) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام، للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء الجزء الثاني ص ٨١٧. طبعة عاشرة مطبعة طربين- دمشق ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م.

(٥)شرح العناية علي الهداية للإمام محمد بن محمود البابرتي ٢/٣٥٢ مطبوع بهامش شرح فتح القدير - المطبعة الاميرية- القاهرة. والمراجع السابقة عند تعريف الحنفية للولاية في الهامش رقم (١).

شرعية تجعل لمن تثبت له السلطة على إنشاء التصرفات وتنفيذها .

فالسلطة : هي قدرة من القدرات التي منحها الله تعالى للإنسان تفصلا منه عز وجل كالأهلية والحرية وتلك السلطة شرعية بمعنى أنها مكتسبة من الشارع الحكيم سواء كانت أصلية كما إذا تولى الإنسان عملا لنفسه أو لمن يدخل تحت ولايته كابنه الصغير أو المجنون .

وسواء كانت مكتسبة كما إذا تولى الإنسان عملا لغيره سواء أكان ذلك بناء على عقد عام كالإمارة أو على عقد خاص كالوكالة

الفرع الثاني : اقسام الولاية :

تنقسم الولاية إلى أقسام متعددة بحسب النظر إليها :

- فقد ينظر إليها من ناحية موضوعها أو من ناحية مصدرها أو سببها أو سلطانها ونفصل ذلك على الوجه الآتي :

أولا أقسام الولاية من ناحية موضوعها :

تنقسم إلى :

١- ولاية على النفس

٢- وولاية على المال

١- الولاية على النفس :

هذه الولاية تتضمن أنواعا عديدة بمعناها العام من القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة - وهي ولاية ضم الصغير في سن معينة والقيام على شئونه فيها من ترتيب وتأديب - وولاية ضمه بعد هذه السن إلى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته وتوجيهه وولاية تزويجه (١).

وقد أجملت الكلام عن الولاية على النفس لأنها ليست موضع بحثنا

---

(١) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٨٠. مؤسسة الرسالة - مكتبة القدس - بغداد - العراق - الطبعة العاشرة ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م.

٢- الولاية على المال :

وهذه تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية كالصغير ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه . (١)

والولاية على المال تختلف باختلاف سبب الحجر فان كان لصغر أو جنون أوعته فإن الولاية تثبت للولى الشرعى وهو الاب ثم وصيه والجد ثم وصيه والقاضى أو من يقوم مقامه وإن كان لسفه أوغفلة فان الولاية تكون للقاضى أو من يختاره القاضى ولا تكون للولى الشرعى وهذا اذا بلغ رشيدا ثم حجر عليه للسفه أو الغفلة أما إذا بلغ سفيها أو ذا غفلة فان الولاية تستمر عليه حتى يرشد (٢) .

ثانيا : أقسام الولاية من ناحية مصدرها :

قد تكون الولاية أصلية (ذاتية) وقد تكون مكتسبة (٣)

١- فالولاية الأصلية هى التى تثبت للانسان من غير عمل شخص آخر بل هى من الشارع الحكيم كولاية الأب على ابنه .

٢- والولاية المكتسبة : هى التى يكتسبها الانسان من غيره كولاية الوصى والقيم

ثالثا : أقسام الولاية من ناحية سببها :

قد ينظر إلى الولاية من ناحية السبب الذى أنشأها ويتضح ذلك فى أمور هى :

١- القرابة: وهي سبب لولاية الاب او الجد ووصيهما لكونه خلفا عنهما وقائما مقامهما فتكون ولاية القرابة قائمة معنى .

٢- القضاء : سبب في ولاية القاضي لان القاضي عين للنظر في مصالح الناس وقد

---

(١) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٨٠ مؤسسة الرسالة مكتبة القدس- بغداد العراق- الطبعة العاشرة ١٩٨٨م.

(٢) الاحوال الشخصية د/ محمد مصطفى شلبية الحسيني ١٣٩٢هـ ١٩٧٣م مطبعة دار التاليف بالمالية بمصر.

(٣) راجع في هذا : الاحوال الشخصية للأستاذ أحمد الحصري ص٦. والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٧٩ - ٢٨٠. مؤسسة الرسالة - مكتبة القدس الطبعة العاشرة سنة ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨- بغداد- العراق.

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : [السلطان ولي من لاولى له] (١)

ولما كان السلطان لا يمكن له في الواقع مباشرة كل شئون الولاية فقد جرت العادة في أن ينوب عنه قضاته وعلى ان ينوب عن القاضي وصيه اذ القاضي كذلك لا يمكنه ان يتولى بنفسه شئون الصغار

٣- الإتفاق : كولاية الوكيل عن موكله

٤- الملك : كولاية السيد على رقيقه من العبيد والإماء

٥- الولاء كولاية السيد على معتوقه ((وهي قرابة حكميه حاصلة من العتق او من الموالاة)) كما يقول الجرجاني في ((التعريفات)) (٢)

٦- الإمامة : لان السلطان يلي امور من لا ولي له (٣)

رابعا :اقسام الولاية من ناحية سلطانها : اذا نظرنا الى الولاية من ناحية سلطان الولى فإن هذه النظرة تكون باعتبارات متعددة :

١- فمن ناحية العموم والخصوص نجد أن الولاية :

إما عامة كولاية القاضى واما خاصة كولاية الأب .

٢- ومن ناحية كونها عليا أو سفلى :

- فان الولاية قد تكون عليا كولاية الاب والجد والشارع الحكيم فى هذا النوع من الولاية أجاز لهما التصرف فى مال الولد لوفور شفقتهما عليه .

وهى وصف ذاتى لهما لا يؤثر العزل فيها بمعنى أن الأب أو الجد لو عزلا نفسيهما لم ينعزلا .

---

(١)بذل المجهود في حل ابي داود للشيخ خليل أحمد السهارنفوري المتوفى ١٣٤٦هـ ج ١/٧٩-٨٠ دار اللواء للنشر والتوزيع بالرياض وفتح الباري ١٩١/٩ نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، وتلخيص الخبير ١٥٦/٤ نشر دار المعرفة - بيروت

(٢)كتاب «التعريفات » للجرجاني ص ١١٢.

(٣) الدر المختار ج. ٥٥/٤ ومغني المحتاج ١٤٩/٤-١٥١ والتعريفات للجرجاني ص. ١١٢.

- وقد تكون الولاية سفلى على ما هو الحال في الوكيل نظرا لأن تصرفه مستفاد من الإذن وهو عقد جائز بمعنى أنه لكل من الوكيل والموكل أن يعزل نفسه وتفسخ الوكالة في هذه الحال لأن الوكالة في حقهما وصف غير ذاتي .

والولاية على المال تدخل في كل تلك التقسيمات (١)

تعليق :

عرفنا مما تقدم :

أن الولاية إذا كان مصدرها الشارع الحكيم فهي ذاتية أصلية بمعنى أنها حق للولي لا يصح انتزاعها منه وإعطاؤها لآخر ما لم تكن هناك أسباب تدعو إلى ذلك كأن فقد شرط من شروط الولاية هنا من ناحية و من ناحية أخرى فهي واجبة لا يصح للولي أن يتنحى عنها حتى ولو كان وصيا من قبل الأب أو الجد .

ومعنى ذلك أنها تكون لازمة للولي يقوم بأعبائها دون أن يطلب منه ذلك .

ولكن قد يعرض لها ما يجعلها غير لازمة في حقه إذا لم تتوافر فيه شروط الولاية(٢).

الفرع الثالث في شروط الأولياء :

لما كانت الولاية والوصاية تهدفان إلى غرض واحد هو رعاية المولي عليه أو الموصى عليه فإني أتكلم عن شروط الولي والوصي هنا معا بما يغني عن ذكر الشروط منفصلة : وهذه الشروط ترتيبها كالآتي :

١- التكليف

٢- الاسلام

٣- الحرية .

---

(١) أنظر في هذه التقسيمات كتاب « الإشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٦ نشر دار الكتب العلمية بيروت

(٢) البدائع ١٥٢/٥ الطبعة الثانية ود المختار ٥٥/٣ والاشباه والنظائر للسيوطي ١٧١-١٧٦. والبحر الزخار: ١٦٤/٤ ط :١ والشيخ أحمد ابراهيم « في المرجع الذي سبق له » ص:٧

٤- العدالة

٥- الذكورة

٦-البصر

٧- القدرة على القيام بمهام الولاية

٨- عدم وجود عداوة بين الوصي والموصى عليه .

٩- تعيين الوصي بأن يكون شخصا معينا معروفا وتفصيل ذلك على ما يلي :

الشرط الأول : التكليف :

يشترط في الوصي أن يكون شخصا مكلفا (١) لأن المكف هو الذي يحكم على أفعاله بالقبول أو الرد .

وأساس التكليف - على ما قاله الآمدي (٢) - في كتابه « الإحكام في اصول الأحكام » هوالعقل والفهم فالعقل للدرك الفاهم هو عماد التكليف وقد قال في ذلك الآمدي (٣) « اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلا فاهما لأن التكليف خطاب وخطاب من لاعقل له ولا فهم محال كا لجماد والبهيمة »

ويستفاد من هذا الكلام أن عماد التكليف العقل وأنه لا يصل إلى حد التكليف الا

---

(١)« هو الشخص الذي تعلق خطاب الله تعالى بفعله » أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١/١٥٨ دار الفكر الطبعة الأولى١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. دمشق. راجع في هذا ايضا كلا من المستصفى ١/٥٣، والإحكام للآمدي ١/٧٨ ارشاد الفحول ١٠. راجع في هذا أيضا من الكتب الحديثة : الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤/١٤٧، ٧/١٩٥، ٨/١٣٢ دار الفكر - دمشق تصوير من الطبعة الثانية(١٤٠٥هـ - ١٩٨٥) سنة التصوير ١٩٨٧م. والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٨١. مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس - بغداد. الطبعة العاشرة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م. والقاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبي حبيب مادة «المكلف» ص ٣٢٢ نشر ادارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي

(٢) سيف الدين علي بن محمد الآمدي نشر دار الفكر وطبعه أخرى لمطبعة محمد علي صبيح - الأزهر - القاهرة- جـ ١/١١٥ -١١٦.

(٣) الإحكام في أصول الاحكام للآمدي ١/١١٥-١١٦

اذا تكامل نموه وأنه لا بد من ضابط ظاهر هو البلوغ (١) فكان البلوغ حدا فاصلا بين نقصان العقل وكما له .

وإذا كان العقل بهذه الأهمية من حيث كونه عماد التكليف فارى أنه لابد من الكلام عن العقل لأن المجنون لم يكن أهلا للتكليف بسبب فقدانه لعقله .

كما أن الصغير لم يكن مكلفا بسبب عدم بلوغه مرحلة العقل الذي به يفهم الخطاب فيكون مكلفا .

فمن هذا نعلم : أن العقل يعد مناط التكليف إذ إنه وسيلة فهم الخطاب الموجه من الشارع إلى العباد فكل هذا يقتضى أن نتعرف على معنى العقل ومدى أهميته للإنسان:

أولا :تعريف العقل :

لغة العقل معناه « مايقابل الغريزة التي لا اختيار لها (٢) » « ومنه : الإنسان حيوان عاقل »

ومن معانيه أيضا : « مايكون به التفكير والاستدلال وتركيب التصورات والتصديقات » (٣)

« وما به يتميز الحسن من القبح والخير من الشر والحق من الباطل » (٤)

---

(١)البلوغ له علامات كثيرة وللعلماء فيها أقوال كثيرة فمن أرادها فلينظرها في مواهب الجليل للحطاب ٥/٥٩ ورد للمحتار ٦/١٥٣ ومغني المحتاج ٢/١٦٧ وشيء من التفصيل الفقهي للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص ٨٩ وما بعدها. والبدائع : ٧/٢٣٩؛ وكشاف القناع : ٥/٥٥ وما بعدها والمهذب : ٢/٣٦.

(٢) المعجم الوسيط للدكتور ابراهيم أنيس وآخرين جـ ٢/٦١٧ [من وضع واعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة] انتشارات ناصر خسرو طهران – ايران – الطبعة الثانية والقاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي ابي حبيب مادة " العقل " ص ٢٥٩ من نشر ادارة القران والعلوم الاسلامية كراتشي باكستان .

(٣) المراجع السابقة ويطلق أيضا علي القلب والنية والحصن واللبأ .

(٤) المراجع السابقة .

تعريف العقل شرعا:

عرفه فقهاء الإسلام بقولهم : إنه جسم لطيف مضئ محله الرأس عند عامة أهل السنة والجماعة أثره يقع على القلب فيصير القلب مدركا بنور العقل الأشياء كالعين تصير مدركة بنور الشمس وبنور السراج الأشياء فإذا قل النور وضعف قل الإدراك وضعف وإذا انعدم النور انعدم الإدراك. (١)

أما علماء الاصول فقد عرفوا العقل بقولهم : العقل معنى يمكن به الاستدلال من الشاهد على الغائب والإطلاع على عواقب الأمور والتمييز بين الخير والشر ومحله الدماغ (٢) وقيل : محله القلب.

وحجة من قال محل العقل الدماغ هي : أن الرجل يضرب في رأسه فيزول عقله: ولولا أنه فيه لما زال بذلك كما لا يزول بضرب يده أو رجله.

ومن هنا نسب إلى الإمام أبي حنيفة تارة وإلى محمد تارة أخرى قوله في كتاب الديات فيمن ضرب رأسه فذهب عقله وجبت فيه الدية.

أما قول من قال محل العقل القلب: فقد عرفوا القلب بقولهم « القلب اللحم الصنوبري الشكل المودع في الجانب الأيسر من الصدر»

والقائلون بأن محل العقل هو القلب القاضي أبو زيد: عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي. (٣)

---

(١) التقرير والتحبير للعلامة ابن أمير حاج المتوفى ٨٧٩هـ جـ ٢/١٦٢ المطبعة الاميرية\ بالقاهرة ١٣١٦هـ عرف الجرجاني العقل بتعاريف عديدة ومنها :

أن" العقل جوهر مجرد عن المادة في ذاته مقارن لها في فعله وهي النفس الناطقة التي يشير اليها كل أحد بقوله أنا وقيل العقل جوهر روحاني خلقه الله تعالى متعلقا ببدن الانسان وقيل العقل نور في القلب يعرف الحق والباطل ...ألخ"

.. وعقب الجرجاني بأن " العقل ما يعقل به حقائق الاشياء قيل محله الرأس وقيل محله القلب " وذكر ايضا أنواعا عديدة للعقل من يريد التفصيل يرجع الى كتابه المشهور " التعريفات باب العين ص ٦٥-٦٦ انتشارات ناصر خسرو طهران - إيران .

(٢) كشف الاسرار للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري عن أصول فخر الاسلام البزدوي جـ٤/١٣٨٢.

(٣) أحد القضاة السبعة وكان ممن يضرب به المثل في النظر واستخراج الحجج وهو من أجل كبار فقهاء الحنفية واليه انتهت مشيخة بخارى وسمرقند وما والاهما : انظر ترجمته في نهاية كتابه " تقويم النظر " طبع المطبعة الادبية بسوق الخضار القديم بمصر .

وشمس الأئمة السرخسي وأحمد في رواية عنه وقد استدلوا على قولهم هذا بقوله سبحانه وتعالى{ أفلم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها}(١).

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة: أن العقل جعل في القلب كما جعل السمع بالأذن وقد حاول بعض العلماء التوفيق بين القولين فقالوا «بأن أصل العقل وإدارته من القلب وينتهي إلى الدماغ»(٢).

وبعد أن عرفت العقل في كل من اللغة والشرع فاني أتكلم هنا عن تحقق التكليف فأقول وبالله التوفيق:

يتحقق التكليف بالبلوغ والعقل

أولا : البلوغ (٣):للفقهاء في اشتراط البلوغ في الوصي أوالولي رأيان:

الرأي الأول : للجمهور ، وقد قالوا:(٤)

إنه يشترط في الوصي أن يكون بالغا لأن غير البالغ لا تثبت له الولاية على نفسه فمن باب أولى الا تثبت له على غيره.

ولأن الولاية سلطة تثبت للانسان على غيره للنظر في مصالحه التي يعجز عن

---

(١) سورة الحج الآية ٤٦.

(٢) التقرير والتحبير ١٦٢/٢ الطبعة السابقة

(٣) يتصور ان يكون الاب غير بالغ لذا ألحق الولد بابن عشر احتياطا للنسب فيلحق به الولد ولا يثبت به بلوغه : كشاف القناع على متن الاقناع ٢٢٣/٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٩/٢ الشرح الصغير : ٣٦٩/٢ ومواهب الجليل للحطاب ٥٩/٥ ورد المحتار : ١٥٣/٦ ومغني المحتاج : ١٥٤/٣ والمهذب : ٣٦/٢ . وانظر ايضا في هذا الموضوع من الكتب الحديثة : المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية (السابق) ص ٢٨١ .والفقه الاسلامي وادلته (السابق) ص ١٤٧/٤ ، ١٩٥/٧ ، ١٣٢/٨ والاحوال الشخصية للاستاذ أحمد الحصري (السابق) ص ٩٣ .وموسوعة الاحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٨٣٦/٢. دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع – ١٩٨٨ والوصية الواجبة في الاسلام لهشام قبلان ص٢٦٩ – منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات بيروت وباريس طبعة ثانية ١٩٨٥ وشرح قانون الاحوال الشخصية لقاضي علاء الدين خروف ٣٢٠/٢ مطبعة المعارف – بغداد سنة ١٣٨٣ هـ–١٩٦٣ م والاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ١٢٩/٢ (المادة ٧٦) للدكتور أحمد الكبيسي مطبعة الارشاد بغداد ١٩٨٤

القيـــام بها.

ولا يكون ذلك إلا لمن يستطيع القيام بمهام الولاية ويتحقق ذلك بالبلوغ وغيره.

الرأي الثاني: لبعض الحنابلة:

وهؤلاء رحمهم الله تعالى يرون صحة الإيصاء إلى الصبي المميز قياسا على الوكالة على ما سنرى. (١)

ربيان الراجح :

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام والله تعالى أعلم- هو رأي الجمهور الذي اشترط في الوصي أن يكون بالغا لما تتطلبه الوصاية من أن يكون الشخص الوصي كامل الأهلية والصغر مناف لها. إذ الصغير مولى عليه فكيف يكون وليا على غيره.

إذ هو قبل البلوغ- كما تقدم- لا تثبت له الولاية على نفسه فكيف تثبت له على غيره؟

وما استدل به بعض الحنابلة من القياس على الوكالة فهو قياس مع الفارق فهناك فرق بين الوصاية والوكالة اذ الوصاية استنابة بعد وفاة الموصي ،ومصلحة المولي عليه تقتضي أن يكون الوصي كامل الأهلية اذ لا يوجد من يصحح تصرفه بخلاف الوكالة اذ الموكل موجود يمكن أن ينهى الوكالة أو يحدد للوكيل التصرف الموكل فيه ونحو ذلك.

ثانيا : العقل.

العقل : ما يعقل به حقائق الأشياء وهو جوهر مجرد عن المادة في ذاته مقارن لها في فعله. قيل محله الرأس وقيل محله القلب(٢)- كما تقدم

ويشترط الفقهاء في الولي والوصي أن يكون عاقلا فلا يصح الإيصاء إلى

---

(١) الإنصاف للمرداوي ٢٨٦/٧ والمغني ١٣٧/٦ . والأحوال الشخصية للشيخ الحسيني ص ١١-١٢ مطبعة دار التاليف بالمالية - بمصر.

(٢) التعريفات للجرجاني ص : ٦٥ انتشارات ناصر خسرو - طهران ايران

مجنون(١). لأن الجنون ينافي الأهلية وهو محل العطف والرحمة كما في الصغير فتثبت الولاية عليه لغيره والفقهاء -رحمهم الله- يقسمون الجنون إلى قسمين(٢).

القسم الأول : جنون مطبق

والثاني : جنون غير مطبق

والأول يستمر جنونه طول الوقت أو يستمر معظمه في رأي أبي يوسف(٣).

أما الثاني فيصيب صاحبه على فترات يكون المجنون فيما بينها كامل العقل فهل يصح الإيصاء إلى المجنون غير المطبق أولا؟

اختلف قول الفقهاء في ذلك على رأيين (٤) :

الرأي الأول : لجمهور الفقهاء وقد ذهبوا - رحمهم الله تعالى - إلى القول بعدم صحة الإيصاء إلى المجنون مطلقا سواء كان جنونه مطبقا أو غير مطبق .

الرأي الثاني: لبعض الحنفية وقد ذهبوا إلى القول بصحة الإيصاء إلى المجنون غير

---

(١) الجنون هو كون العقل ممسوخا : فقد عرفه الجرجاني في كتاب " التعريفات " له ص ٢٥ بقوله : الجنون : هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهج العقل إلا نادرا أهـ ثم قال الجرجاني بعدما تقدم : وهو عند أبي يوسف : ان كان حاصلا في أكثر السنة فمطبق وما دونها فغير مطبق وانظر ايضا : المغرب للمطرزي جـ٢/٩٤

(٢) الفقه الاسلامي وادلته للدكتور وهبة الزحيلي ١٢٨/٤ دار الفكر - دمشق وكتاب المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص٧٦. نشر ادارة القران والعلوم الاسلامية كراتشي - باكستان وكذلك نصت المادة (٩٧٩) على الجنون المطبق والمادة (٩٨٠) من مجلة الاحكام العدلية على الجنون غير المطبق .

(٣) التعريفات للجرجاني ص٦٥-انتشارات ناصر خسرو-طهران

(٤) قبس من التفسير الفقهي للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص ٨٩ وما بعدها وأصول الفقه للامام أبي زهرة ص ٢١٧ وما بعدها نشر دار الفكر العربي القاهرة، والفقه الإسلامي وادلته (السابق) ص ١٢٨ والمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٦٥ مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس بغداد الطبعة العاشرة.

للطبق في حالة افاقته .(١)

جاء في الفتاوى الهندية - لجماعة من علماء الهند - برئاسة الشيخ نظام -طبع المطبعة الأميرية ببولاق - القاهرة سنة ١٣١٠ هـ ج ٦/ ١٤٢ ما نصه :

(ولو أوصى إلى صبي أو معتوه أو مجنون جنونا مطبقا لم يجز أفاق بعد ذلك أم لم يفق)

ويرشد هذا النص إلى أن الموصى لو أوصى إلى المجنون غير المطبق ابتداء كان الإيصاء صحيحا :

بيان الراجح :

والراجح فى نظرى المتواضع أن رأى الجمهور أولى بالصحة :

١- لأن عارض الجنون يذهب بسلامة الإدراك وتقدير الأمور تقديرا صحيحا والمجنون قد يستفيق فى بعض الأوقات إذا كان جنونه مطبقا وإذا كان ذلك كذلك فإنه يأخذ حكم الجنون حتى فى حال استفاقته إلى أن يثبت شفاؤه تماما .

٢- ولأن المجنون - حال جنونه - ليس له ولاية على نفسه فى هذه الحال فمن باب أولى ألا تكون له ولاية على غيره

الشرط الثانى : الإسلام:

إذا كان المولى عليه مسلما هل يشترط فى الوصى الإسلام أولا ؟

للعلماء فى ذلك قولان :

أحدهما : لأكثر أهل العلم وقد ذهبوا إلى القول بأنه يشترط فى الوصى أن يكون

---

(١) نصت على ذلك المادة (٩٨٠) من مجلة الاحكام العدلية ونصها : " تصرفات المجنون غير المطبق فى حال افاقته كتصرف العاقل " وعقب على ذلك الشيخ سليم رستم باز اللبنانى بقوله : " هذا اذا كان يزول عنه وقت افاقته عارض الجنون بالكلية اما الذى يجن ويفيق ناقص العقل فحكمه كصغير مميز كما حققه فى رد المحتار شرح المجلة للرحوم سليم رستم باز اللبنانى . ص٥٤٨. المطبعة الادبية بيروت سنة ١٩٢٣ م وانظر ايضا فى هذه المسألة : كتاب المعاملات الشرعية (السابق) ص ٧٧.

مسلما إذا كان المولى عليه مسلما (١).

إذ لا ولاية لكافر على مسلم مصداقا لقول المولى عز وجل :

{ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا }(٢)

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة : أن الوصاية نوع ولاية والولاية قوامها النصرة وهي هنا منتفية إذ العداوة الدينية مانعة من قيامها فلا ولاية لكافر على مسلم .

ثانيهما : لبعض الحنفية : وقد ذهبوا إلى القول بأنه يصح أن يوصى المسلم إلى الذمي ولكن يعزله القاضي ويعين مكانه مسلما .

جاء في الفتاوى الهندية (٣) : وإذا أوصى مسلم إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهي باطلة معناه ستبطل لأنه لو أوصى المسلم إلى الذمي فان للقاضي أن يبطلها ويخرجه من الوصاية :

التعليق وبيان الراجح :

وبالتأمل في القولين السابقين نجد أن أصحابهما في الحقيقة يشترطون الإسلام في الوصي إذا كان المولى عليه مسلما.

والقول الثاني وإن كان يصح الإيصاء إلى الذمي في البداية إلا أنه يعتبر الوصي في هذه الحال قد فقد شرطا وعلى القاضي أن يخرجه من الوصاية وتعيين شخص آخر مسلم وبهذا يتلاقى القولان معا في اشتراط الاسلام في الوصي إذا كان المولى عليه مسلما .

---

(١) كشاف القناع ٢٢٣/٢ بدائع الصنائع للكاساني ١٥٣/٥ وشرح منتهى الإرادات ١٥٤/٥ ومنهج الطلاب وحاشية البجيرمي ٤٤١/٢ ،وراجع ايضا من الكتب الحديثة : الاموال الشخصية للاستاذ احمد الحصري ص ٩٣ والفقه الاسلامي وادلته للدكتور وهبة الزحيلي ١٤٨/٤ ، ١٩٦/٧ ، ١٣٢/٨. والمدخل للدكتور عبد الكريم زيدان ص٢٨٢. وموسوعة الأموال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٨٣٦/٢. والاموال الشخصية للدكتور أحمد الكبيسي ١٢٩/٢. وشرح قانون الأموال الشخصية لعلاء الدين خروف ٢٧٠/٢. مطبعة المعارف - بغداد - ١٣٨٣م - ١٩٦٣م.

(٢) سورة النساء الآية ١٤١.

(٣) الفتاوى الهندية جـ١٤٢/٦ ،وانظر أيضا حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٥٢/٤ وشرائع الإسلام ٢٥٢/٢.

وليس بينهما من فارق – في تقديري المتواضع – إلا في صورة ما لو تصرف الذمي قبل إخراج القاضي له من الوصاية .

فإن تصرفه في هذه الحال صحيح على الرأي الثاني دون الأول ومع ذلك فالرأي الأول أولى بالرجحان لما يأتي :

أولا : قوة أدلته حيث استدل أصحابه بالكتاب بينما استند المخالف بالمعقول والمعقول لا ينهض حجة في مقابلة الكتاب.

ثانيا: أنه يسوى بين الكافر سواء أكان حربيا أم ذميا لوجود العداوة الدينية : ويؤيد ترجيحي للرأي الأول ما جاء في مغني المحتاج ٣\٧٤٦ من قوله [الاسلام] فلا يصح الإيصاء من مسلم إلى ذمي إذ لا ولاية لكافر على مسلم لتهمته .

هذا والله أعلم وأعز وأكرم .

الشرط الثالث : الحرية :

الحر : خلاف العبد ويستعار للكريم كالعبد للئيم . .

والحرية مصدر الحر وحقيقتها : الخصلة المنسوبة إلى الحر (١)

وفي المعجم الوسيط (٢): الحرية الخلوص من الشوائب أو الرق أو اللؤم .

وقد اختلفت أقوال الفقهاء رحمهم الله تعالى في صحة الإيصاء إلى العبد وذلك على مذاهب ثلاثة (٣):

المذهب الأول : للمالكية والحنابلة والإماصية وبعض الزيدية .

وقد ذهبوا إلى القول بصحة الإيصاء إلى العبد مطلقا سواء كان مملوكا للموصى أو لغيره وذلك في حالة ما إذا أذن له سيده

المذهب الثاني : للصاحبين : أبي يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية وبعض علماء

---

(١) المغرب للمطرزي ١/١١٠ نشر دار الكتاب العربي-بيروت.

(٢) المعجم الوسيط جـ ١/١٦٥ انتشارات ناصر خسرو- طهران -إيران

(٣) الهداية للمرغيناني ٤/٢٥٩ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٤٥٢ ومغني المحتاج ٢/٧٤٠ والإنصاف للمرداوي ٧/٢٨٥ وشرائع الإسلام ٦/٢٥٦ والبحر الزخار ٥/٣٢١.

الزيدية : وقد ذهبوا : إلى أنه يشترط الحرية في الوصي سواء كان العبد ملكا للموصي أو ملكا لغيره (١)

المذهب الثالث : وهذا المذهب يفصل بين ما إذا أوصى لعبد نفسه أو عبد غيره :

أ- فمذهب الإمام أبي حنيفة-رحمه الله-أن الإيصاء إذا كان لعبد الغير لا يصح إلا إذا أذن له مولاه

وإن أوصى إلى عبده :

- فان كان الورثة كلهم صغارا تصح

- أما إذا كان في الورثة كبار فلا تصح

ب- وذهب بعض العلماء من الحنابلة والزيدية إلى صحة الإيصاء الى العبد إذا كان مملوكا لنفس الموصي وقالوا : ببطلان الوصية إلى عبد الغير .

الأدلة :

أولا : أدلة المذهب الاول : استدل أصحاب المذهب الأول القائلين بصحة الإيصاء إلى العبد مطلقا في حالة ما إذا أذن له سيده بالمعقول وهو : أن العبد ممنوع من الإيصاء لخدمة سيده فاذا انتفى المانع بأن اذن له سيده جاز الإيصاء الى العبد .

ثانيا : أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه من اشتراط الحرية في الوصي سواء كان ملكا للموصي أو ملكا لغيره بالمعقول أيضا وهو : أن العبد ليست له ولاية على نفسه فلا يلي أمر غيره ولأن الوصاية تحتاج إلى فراغ والعبد مشغول بخدمة سيده .

وفي إثبات الوصاية للعبد قلب للمشروع إذ فيها إثبات الولاية للمملوك { العبد على المالك } وهذا قلب للمشروع

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥\١٥٣ . والفقه الإسلامي و أدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٤\١٤٩١ ، ٧\١٩٥ ، ٨\١٣٣١ ، والاحوال الشخصية للأستاذ أحمد المصري ص: ٩٣ ، وموسوعة الاحوال الشخصية لعوض عبد التواب ٢\٨٣٦١ ، وشرح قانون الاحوال الشخصية للقاضي علاء الدين خروف ٢\٢٧٠ ، والوصية الواجبة في الاسلام لهشام قبلان ص : ٢٦٩ والاحوال الشخصية للدكتور الكبيسي ٢\١٢٩١ .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث :

والمذهب الثالث القائل بالتفصيل وهو :

- أن الإيصاء إذا كان لعبد الغير لايصح إلا اذا اذن له مولاه

- وإن أوصى لعبده وكان الورثة صغارا صحت أما اذا كان فى الورثة كبار فلا تصح

استدلوا على ما ذهبوا اليه بالمعقول من ثلاثة أوجه :

أولا : أن الوصاية إذن بالتصرف والعبد مخاطب

وثانيا : ان العبد مسلط بالتصرف من سيده بخلاف عبد الغير .

ثالثا : أنه لا ولاية لأحد عليه لأن الصغار ليس لهم ولاية المنع مع أنهم ملاك .

بيان الراجح:

وبعد استعراض مذاهب الفقهاء وأدلتهم فى هذه المسألة فإن ما يترجح لدى منها - والله أعلم - : ما قال به أصحاب المذهب الاول من صحة الإيصاء إلى العبد مطلقا سواء فى ذلك عبد نفس الموصى أم عبد غيره وذلك لما يأتى :

أولا : قوة أدلة هذا المذهب ووجاهتها .

ثانيا : أن العبد مكلف مخاطب بأحكام الشريعة والذى يمنع ولايته هو اشتغاله بخدمة سيده فإذا زال هذا المانع بان أذن له سيده صح أن يكون وصيا على غيره .

الشرط الرابع : العدالة

العدالة فى اللغة " الإستقامة " (١)

" وفى الشريعة : عبارة عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور دينه " وترشد هذه التعريفات للعدالة فى المذاهب المختلفة -سواء ماذكرناه هنا أو أشرنا اليه في المراجع الأخرى في الهامش - أنه لا بد فيمن يتصف بالعدالة أن يتوافر فيه ما يأتي :

---

(١) التعريفات للجرجاني ص ٦٣ انتشارات ناصر خسرو طهران ايران وانظر معنى ما جاء في التعريفات السابقة - في الاحكام في أصول الاحكام للآمدي جـ ١٠٨/٢ وحاشية العلامة ابي السعود جـ ٧٠/٣ ومغني المحتاج ٤٢٧/٤ ومنتهى الإرادات ٦٥٨/٢ . والمراجع السابقة التي ذكرناها قبل عند كل شرط .

١- أن يكون ملتزما بأحكام الشرع (١) .

٢- أن تكون أقواله وأفعاله على استقامة واستواء فلا الرضا يضيعه فيفعل مالايفعل في حال الاستقامة ولا الغضب يؤثر فيه فينتقم لنفسه أو لغيره مما لم يشرع(٢)

٣- أن يكون ملازما للتقوى مطبقا ومنفذا لأوامر الله عز وجل مجتنبا لما نهى عنه وأن تكون مروءته ظاهرة (٣) ،

فإذا عدم أحد هذه الشروط أو كلها فقد عدم الحياء أو على الأقل قل حياؤه .

ولا شك أن ذلك يؤثر على أدائه للولاية والنبي صلى الله عليه وسلم يقول فيما رواه عنه ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال الرسول صلى الله عليه وسلم : (إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : اذا لم تستح فاصنع ما شئت)اخرجه البخاري (٤)

لفظ الأولى ليس في البخاري بل في سنن ابي داود (٥)، ووقع في حديث حذيفة « إن آخر ماتعلق به اهل الجاهلية من كلام النبوة الاولى - الى آخره » اخرجه احمد والبزار(٦)

والمراد من النبوة الاولى(٧) : ماتفق عليه الانبياء ولم ينسخ كما نسخت شرائعهم لانه أمر اطبقت عليه العقول .

اقسام العدالة :

العدالة قسمان :

١-باطنة(٨)

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهري ٩/٢٩٢ والتعريفات للجرجاني ص ٦٣.

(٢) الولاية على النفس للدكتور حسن الشاذلي ص ٢٨٥. طبع دار الطباعة المحمدية - بجوار الجامع الأزهر - القاهرة.

(٣) المرجع السابق.

(٤) صحيح البخاري ٧\١٠٠ كتاب الأدب ،باب (٧٨) حديث رقم: ٦١٢٠.

(٥)سنن أبي داود ٥\١٤٨ كتاب الأدب ،باب في الحياء (رقم الحديث : ٤٧٩٧

(٦)مسند الإمام أحمد ٤\١٢١ ، ١٢٢ و ٥\٢٧٣ .

(٧) سبل السلام ٤/٧،١٦٠ نشر مكتبة عاطف - الأزهر - القاهرة

(٨) الباطنة من الرجل سريرته : المعجم الوسيط ١/٦٣

٢-ظاهرة

فالباطنة : هي التي تثبت بالبينة : أي بالشهود :(١)

وأما الظاهرة : فهي ان يعرف الشخص بين الناس باجتناب المحرمات والرذائل

أقوال العلماء في اشتراط العدالة الباطنة في الولي :

عرفنا مما سبق قريبا : ان العدالة الباطنة هي التي تثبت بشهادة الشهود على أن الولي غير مرتكب لكبيرة أو مصر على صغيرة وقد اختلفت أقوال الفقهاء في اشتراطها في الوصي وذلك على رأيين (٢) :

الرأي الاول : أنها لا تشترط بهذا قال جمهور الفقهاء .

الراي الثاني : أنها تشترط لأن الفاسق غير مؤتمن بهذا قال الشافعية وهو رواية عند الحنابلة والشافعية يفرقون بين الوصي والولي في هذه المسألة حيث يشترطونها في الوصي دون الولي ولم أعثر على دليل للجمهور فيما وقفت عليه من كتب لهم والظاهر من كلامهم - تلميحا لا تصريحا - أن عدم اشتراطها عندهم لما في ذلك من الحرج البالغ على الناس ودفع الحرج مدفوع شرعا .

بيان الراجح :

وبعد بيان رأي الفقهاء في اشتراط العدالة الباطنة من عدم اشتراطها وبعد ذكر دليل كل منهم .

فإن ما يظهرلي رجحانه في هذه المسالة ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من عدم اشتراط العدالة الباطنة في الولي

وذلك نظرا لصعوبة التحقق من العدالة الباطنة للولي أو الوصي، إذ لا يمكن التأكد من العدالة الباطنة الا بمصاحبة الشاهد له في صداقة دائمة أو عدة أسفار أو معاملات ونحو ذلك وهذا ليس من السهل تحقيقه والواقع يصدق ذلك .

---

(١) [illegible]

(٢) جاء في مغني المحتاج للعلامة الشربيني جـ ٤/٤٦١ ولكن خصها الفقهاء بالشهود وسموا ذلك لأن بهم يتبين الحق ، وانظر ايضا الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٤ وما بعدها نشر دار الكتب العلمية- بيروت.

ويمكن في هذا المقام الاكتفاء بالعدالة الظاهرة مع مراعاة الضوابط التى يسير على هديها الوصى أو الولى من إحكام نظام الرقابة والمحاسبة فيه بما يحقق مصلحة الصغير ومن على شاكلته .

أقوال العلماء فى اشتراط العدالة الظاهرة فى الولى :

ولهم فى اشتراط العدالة الظاهرة فى الولى أو الوصى رأيان :

الرأى الأول : للحنفية : وهو رواية عند الحنابلة وأحد الرأيين للإمامية وبعض الزيدية وقد ذهبوا-رحمهم الله تعالى-: إلى أنه لا تشترط العدالة فى الوصى .

الرأى الثانى : المالكية والشافعية . وهو الرواية الثانية عند الحنابلة والرأى الثانى للإماميةوبعض الزيدية وقد ذهبوا إلى أنه تشترط العدالة الظاهرة

الأدلة :

استدل أصحاب الرأى الأول على عدم اشتراط العدالة فى الوصى بالمعقول من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول : أن للمسلم محل الأمانة فيصح الإيصاء اليه كما فى الوكالة والإيداع(١) .

الوجه الثانى : أن الإيصاء إلى الفاسق صحيح ويضم اليه شخص أمين لانه يمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الموصى بابقائه فى الوصية فيكون جمعا بين الحقين وان لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه (٢)

الوجه الثالث : أن الفاسق أهل للولاية والخلافة إرثا وتصرفا فالفاسق تصح الوصية اليه ولكن يخرجه القاضى ويجعل مكانه غيره (٣)

واستدل أصحاب الرأى الثانى على اشتراط العدالة الظاهرة بالمعقول - أيضا - من وجهين :

الوجه الأول : ان الفاسق لا أمانة له فيخشى عليه من تضييع مال الولد ونحوه

---

(١)شرائع الإسلام ٢/٢٥٢

(٢)المغني ٦/١٤٠ نشر مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة.

(٣)المبسوط جـ٢٨/٢٥.

فينتفى بالتالى الغرض الأصلى من الوصاية أو الولاية (١)

الوجه الثانى : ان الوصاية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلها (٢) .

المناقشة :

١- مناقشة أدلة الرأى الأول : ويمكن أن يناقش الوجه الأول من أدلة القائلين بعدم اشتراط العدالة فى الوصى من قياسهم الوصاية على الوكالة بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح .

وعلى فرض التسليم : فان الوكيل يملك التصرف بجميع انواعه بينما الوصى لا يملك ذلك .

٢- مناقشة أدلة الرأى الثانى :

ويمكن أن يناقش ما استدلوا به من المعقول : بأن الفاسق قد يكون أمينا ثقة وفى هذه الحال لا يخشى على ضياع المال عنده فيجوز أن يكون وصيا .

بيان الراجح :

وبعد عرض رأي العلماء فى اشتراط العدالة الظاهرة فى الولى أو الوصى من عدم ذلك وبعد بيان أدلة كل رأى ومناقشة ما أمكن مناقشته من الأدلة .

فإن الذى يظهر رجحانه فى هذا المقام القول بصحة الإيصاء إلى الفاسق بشرط أن يكون ثقة حاذقا فى التصرف ماهرا فيه .

أما اذا كان بخلاف ذلك فالصواب عدم صحة الإيصاء اليه عملا على مراعاة اختيار الوصى الأمثل ونظرا لمصلحة المولى عليه والله اعلم :

الشرط الخامس : الذكورة

الذكورة " خلاف الأنوثة" (٣)

والفقهاء فى اشتراط الذكورة فى الوصى من عدم اشتراطها على مذهبين :

---

(١)شرائع الإسلام ٢٥٢/٢ والبحر الزخار ٨٨/٥ والفروق ٣٦/٤

(٢)المغني ١٤٠/٦ نشر مكتبة الكليات : الأزهرية.

(٣) المعجم الوسيط جـ ٢١٣/١ انتشارات ناصر خسرو – طهران.

المذهب الأل : عدم اشتراط الذكورة بهذا قال أكثر أهل العلم (١)

المذهب الثاني : أنه لا يجوز الايصاء إلى المرأة وبهذا قال عطاء (٢) .

الأدلة :

استدل اصحاب المذهب الأول على عدم اشتراط الذكورة بالسنة والمعقول :

أما السنة: فهى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لهند بالتصرف فى مال أبى سفيان حيث روت عائشة رضى الله عنها : دخلت هند بنت عتبة - امرأة أبى سفيان - على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى إلا ما أخذت من ماله بغير علم فهل على فى ذلك من جناح ؟ فقال :" خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفى بنيك (٣) :

وهذا يدل على أن المرأة أن تتصرف فى مال الغير بالولاية وغير ذلك . (٤)

وأما القياس فهو : أن للرأة تصح شهادتها وهى كالرجل فى سائر التصرفات المالية فيصح أن تكون وصية كا لرجل (٥).

استدل عطاء على أنه لا يجوز الإيصاء للرأة بالقياس وهو أن للرأة لا تكون قاضية

---

(١)الفقه الإسلامي وأدلته (السابق) ١٢٤/٨. والبدائع ١٥٤/٥. والوصية الواجبة في الإسلام (السابق) ص ٢٦٩. والاحوال الشخصية للأستاذ أحمد الحصري ص ٩٣. والأحوال الشخصية لأحمد الكبيسي ١٣٠/٢.

(٢)انظر : الاقناع ١٩٨/٦ وانظر أيضا : الاحوال الشخصية للدكتور أحمد الكبيسي ١٣٠/٢.

(٣)فتح الباري بشرح صحيح البخاري كتاب البيوع الحديث رقم ٢٢١١ بلفظ [خذي انت وبنوك ما يكفيك بالمعروف] ٤٠٥/٤ وسبل السلام ج١١٦٠/٣ نشر مكتبة عاطف الازهر القاهرة

(٤)جاء في الفتاوي الهندية ١٤٢/٦ ولإذا أوصى الرجل الى المرأة او الى الاعمى فهو جائز وجاء في مغني المحتاج ٧٥/٣ وقد أوصى سيدنا عمر الى ابنته حفصة رضي الله عنها ر واه ابو داود ج وأم الاطفال اولى من غيرها من النساء عند اجتماع الشروط وجاء في حاشية العدوي على الرسالة للقيرواني ٢٠٤/٢ (شروط الموصى له : الاسلام ... ولو كان الوصى أعمى أو امراة)وجاء في المغني ١٣٧/٦ : وتصح الوصية الى المرأة في قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح واسحق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجز عطاء لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون : وانظر ايضا الاقناع ١٩٨/٦

(٥) انظر المراجع السابقة

الصغير، لأنه أكثر شفقة على ولده من غيره(١) غير أن الإمامية جعلوا الجد مع الأب في مرتبة واحدة(٢).

واختلفت كلمتهم فيما وراء ذلك:

* هل يولى الجد أم وصى الأب؟

* هل للوصى أن يوصى إلى غيره أم لا؟

* ومن قال بولاية الجد أجاز له الإيصاء.

ثم اتفقوا بعد هذا على أن القاضى هو الذى تئول إليه الولاية بعد الوصى، وأن للقاضى أن يوصى إلى غيره.

وأرى -والله أعلم- أن المقام يقتضى الكلام عن كل مذهب على حدة عملاً على الإيضاح والبيان. فأقول وبالله التوفيق:

١ . ترتيب الأولياء عند الحنفية:

أولاً . الولاية على الصغير عند الحنفية:

* الأب ووصيه المختار ثم وصى وصيه وهكذا.

* ثم جده الصحيح ثم الوصى الذى اختاره الجد ونصبه . أى عينه . فى حال حياته، ثم الوصى الذى نصبه هذا الوصى، ثم وصى وصيه وهكذا.

* ثم القاضى أو الوصى المنصوب من قبله(٣).

جاء فى جامع الفصولين(٤) لابن قاضى سماوة "الولاية فى مال الصغير إلى الأب ووصيه ووصى وصيه ولو بعُدَ فلو مات أبوه ولم يوص فالولاية إلى أب الأب ثم وصيه ثم وصى وصيه فإن لم يكن فالقاضى ومن نصبه القاضى. أ.هـ ونصت عليه المادة ٩٧٤ من مجلة الأحكام العدلية.

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٥/١٥٢.

(٢) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام ٢/١٥ دار الأضواء بيروت.

(٣) بدائع الصنائع ٥/١٥٢ - ١٥٥.

(٤) جامع الفصولين ٢/١٣.

ويرشد هذا النص فى ترتيب الأولياء إلى أن الحنفية يقدمون وصي الأب على الجد لأن اختيار الأب له . والحالة هذه . يفيد أن الأب اطمأن إلى هذا الوصى وكفاءته ونظره الثاقب فى الأمور أكثر من الاطمئنان للجد وإلا لما فعل ذلك.

ولأنه بالإيصاء له تنتقل ولاية الأب اليه فكانت ولاية الأب قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه(١).

٢ . ترتيب الأولياء عند المالكية(٢) :

يقرر علماء المالكية . رحمهم الله تعالى . أن الولاية على مال الصغير تكون: للأب، ثم لوصيه ووصى وصيه فإن لم يوجدوا تكون للحاكم أو وصيه.

ويرشد هذا النص إلى أن المالكية لا يرون ولاية للجد ويعللون ذلك: أن الجد يستوى مع الأخ فى درجة القرابة نظراً لأن كلاً منهما . فى قرابته . يدلي بالأب. ولا ولاية للأخ فكذلك الجد لا ولاية له.

٣ . ترتيب الأولياء عند الشافعية:

جاء فى تكملة المجموع(٣) ، ما نصه: "ينظر فى ماله الأب إن كان عدلاً ثم الجد لأنها ولاية فى حق الصغير فيقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه الوصى لأنه نائب عن الأب والجد فقدم على غيره. وإن لم يكن وصى نظر السلطان لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فتثبت للسلطان كولاية النكاح".

---

(١) حاشية العلامة أبى السعود ٥٥٢/٢ والأصول الشخصية للشيخ الحسينى ص٨ وجامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل ١٣/٢ والمبسوط ٤٤/١٢.

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٩٩٣/٤ وفيها ما نصه: "والولى على المحجور عليه من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه بعد بلوغه الأب الرشيد لا الجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب. ثم وصيه فوصى الوصى وإن بعد..." انظر أيضاً الخرشى ٢٩٧/٥. والمدخل للدكتور عبد الكريم زيدان ص٢٨١ "الوصية الواجبة فى الإسلام (السابق) ص٢٦٩. والأحوال الشخصية للأستاذ أحمد الحصرى ص٥٨.

(٣) التكملة الثانية شرح المهذب للشيخ محمد نجيب المطيعى - رحمه الله - ٣٤٤/١٣.

وقال أبو سعيد الأصطخرى: "فإن لم يكن أب ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فتثبت لها الولاية فى المال كالأب".

والمذهب(١) أنه لا ولاية لها. لأنها ولاية تثبت بالشرع(٢) فلم تثبت للأم كولاية النكاح(٣).

٤ . ترتيب الأولياء عند الحنابلة:

تثبت الولاية عند الحنابلة (٤) على صغير ومجنون لأب ثم بعد الأب لوصيه إن توفرت فيهما صفة البلوغ والرشد. والعقل والعدالة وإنما تثبت لوصى الأب لأنه نائب الأب أشبه وكيله فى الحياة. ثم إن لم يكن أب ولا وصيه أو كان الأب موجوداً وفقد شيئاً من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية للحاكم، لأن الولاية انقطعت من جهة الأب فتكون للحاكم لأنه ولى من لا ولى له".

بيان الراجح فى ترتيب الأولياء:

وبعد عرض آراء العلماء فى ترتيب الأولياء، وبعد تأمل وإعمال فكر، يظهر رجحان رأى الشافعية فى هذا الترتيب حيث أثبتوا الولاية للجد قبل الوصى وهذا رأى وجيه لإطلاق اسم الأب عليه فى القرآن على ما فى قوله . عز من قائل . فى قصة نبى الله يوسف عليه السلام: {واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب}(٥).

فقد سمى الله تعالى إبراهيم أباً مع أنه كان جداً أعلى لسيدنا يوسف عليه السلام.

ولأن ولايته ثابتة بطريق الأصالة فهو كالأب يقوم مقامه عند عدمه حقيقة وعرفاً(

---

(١) إذا أطلق المذهب - عند الشافعية - فالمراد به الراجح من الطريقين أو الطرق أو الوجهين أو الوجوه كأن يحكى بعضهم فى المسألة قولين أو وجهين ويقطع بأحدهما ثم الراجح يعبر عنه بالمذهب: انظر نهاية المحتاج ٤٢/١ ومغنى المحتاج ١٢/١ وتحفة المحتاج ٥١/١

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٥٥

(٣) المهذب ٣٣٢/١ ونهاية المحتاج ٣٥٥/٣-٣٥٦ ومغنى المحتاج ١٧٣/٣.

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يونس البهوتى المتوفى ١٠٥١هـ ج٣٧١/٣-٢ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٩٧٠م. وانظر أيضاً الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج٣٢٣/٥ والمغنى لابن قدامة ٥٢١/١.

(٥) سورة يوسف الآية ٣٨

قال الإمام السيوطي(١) ما نصه: "الأولى: ولاية الأب والجد وهي شرعية بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد لوفور شفقتهما" أ. هـ.

إذن فلا مجال للأب في الاختيار(٢) مع وجود الجد لمنافاة ذلك لما تقضي به الشريعة الإسلامية الغراء من العمل على تقوية أواصر المحبة والود بين الأقارب.

والأب إذا أقدم على اختيار غير الجد للوصاية على ولده فإن هذا من شأنه أن يولد التنافر والتباعد بين أبناء الأسرة الواحدة، ولا يتفق مثل هذا مع روح التشريع الإسلامي. والله أعلم..

ثانياً ـ مراتب الولاية على المجنون والمعتوه:

لا يخلو الجنون والعته من واحد من أمرين:

أحدهما: أن يكونا متصلين بالصغر.

ثانيهما: ألا يكونا متصلين بالصغر ولكن حدث كل منهما بعد ذلك.

فإن كان الأول بأن كان الجنون أو العته متصلاً بالصغر فإن الولاية تثبت عليه لمن كان وليه قبل البلوغ: من أب أو جد أو وصي وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء(٣). رحمهم الله تعالى..

وإن كان الثاني: ـ بأن كان غير متصل بالصغر ـ بأن بلغ الصغير رشيداً وانتهت ولاية من كان ولياً عليه، ثم حدث أن أصيب بالجنون والعته. فالفقهاء في ذلك على رأيين(٤):

---

(١) الأشباه والنظائر ص ١٥٥.

(٢) أي اختيار وصي.

(٣) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٨١ والفقه الإسلامي وأدلته (السابق) ٤/١٤٣.

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية للشيخ سليم رستم باز اللبناني المادة ٩٧٤ والمهذب لأبي إسحاق الشيرازي ١/٣٢٩. ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى السيوطي ٤/٤١٣ من منشورات المكتب الإسلامي بدمشق. والولاية على المال والتعامل بالدين للشيخ علي حسب الله ص٢٨ طبعة ١٩٦٧.

الرأى الأول[١] : أن الولاية تعود كما كانت وبهذا قال محمد بن الحسن الشيبانى من الحنفية وأيضاً الشافعية والحنابلة فى الأصح من مذهبيهما.

ووجه ذلك: أن ولاية الولى على الصغير ومن فى حكمه لم تكن إلا لعجزه عن إدارة شئون نفسه، فإذا بلغ رشيداً ثم أصيب بالجنون أو العته يكون عجزه قد تحقق فتعود الولاية.

الرأى الثانى: أن الولاية لا تعود بل تكون للقاضى[٢] ابتداءً بهذا قال أبو يوسف من الحنفية والمالكية ومقابل الأصح للشافعية والحنابلة.

ووجه ذلك: أن الولاية قد سقطت والساقط لا يعود[٣] والراجح الرأى الأول لأن ثبوت الولاية للقاضى ابتداء مع وجود الأب أو الجد أمر غير مقبول.

إذ لا يلى القاضى إلا عند عدمهما. ولأن جوهر الولاية ومضمونها أنها لم تشرع إلا لعجز الصغير عن تدبير شئونه.

فإذا كان الجنون أو العته غير متصل بالصغر ولكن أيامنهما حدث بعد ذلك فإن الولاية تعود عليهما. فعود الولاية عليهما عين الصواب لتحقق عجزهما عن إدارة شئونهما.

وهذا يتفق مع ما تهدف إليه الشريعة من رعاية أمور الصغار ومن فى حكمهم. والله تعالى أعلم.

ثالثاً - مراتب الولاية على السفيه ومن به غفلة:

السفيه[٤] عاقل ولكنه غير رشيد ولذلك كان مخاطباً بكل التكليفات الشرعية ومؤاخذاً بكل ما يفعل إن خيراً فخير وإن شراً فشر، وإن ارتكب جناية عوقب بعقابها غير

---

(١) تبيين الحقائق ١٩٥/٥. ومغنى المحتاج ١٧١/٢، ونهاية المحتاج ٣٥٦/٤.

(٢) غاية المنتهى ١٤٢/٢، والشرح الكبير للدردير ٢٩٢/٣ وانظر أيضاً الفقه الإسلامى وأدلته ١٤٤/٤ والمدخل (السابق) ص ٢٨١.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز اللبنانى المادة ٥١ طبعة ثالثة. طبع على نفقة الحاج عبد الغفار وأولاده بدلهى كما طبع فى بيروت المطبعة الأدبية سنة ١٩٢٣م وأنظر أيضاً المدخل الفقهى د/أحمد الحجى الكردى ص ١٣٠ مطبعة جامعة دمشق ١٤٠٦-١٤٠٧هـ-١٩٨٦-١٩٨٧م.

(٤) سيأتى تعريفه تفصيلاً عند الكلام عن المولى عليه

منقوص. وجمهور الفقهاء(١) على أن عقوده غير المالية ماضية أما عقوده المالية فهي موضع الحجر.

فالخلاصة من هذاالتعريف: أن السفه عبارة عن التصرف في المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والإسراف مع قيام العقل وهذا يتفق مع تعريف فخر الإسلام(٢) للسفه بقوله: "هو عبارة عن خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة" وبهذا يتبين أن التعريف الاصطلاحي للسفه لا يخرج عن التعريف اللغوي في معناه ومرماه.

وكما تكلمنا فيما سبق عن الجنون والعته من حيث اتصاله بالصغر أو لا؟ فإن الكلام هنا عن السفيه وذي الغفلة يقتضينا أن ننظر هل هذا السفه مصاحب للبلوغ أم أنه قد طرأ بعد البلوغ رشيداً ونفس الكلام ينسحب على ذي الغفلة:

١ . فإن كان السفه مصاحباً للبلوغ فقد اختلفت كلمة الفقهاء على قولين(٣) :

القول الأول: الولاية تعود لمن كانت له بهذا قال أكثر أهل العلم(٤) ومنهم محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة وهو رواية عن الإمامية.

ووجه ذلك: أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً(٥) فإذا انعدم الرشد عادت الولاية وعملاً على استصحاب الحال قبل ذلك.

---

(١) أصول الفقه للإمام أبي زهرة ص ٣٢٠ الطبعة السابقة.

(٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري ٣٤٧/٤ وانظر أيضاً في تعريف السفيه: البدائع ١٦٩/٧، والدر المختار ورد المحتار ١٠٢/٥ وما بعدها، وتبيين الحقائق ١٩٥/٥ والشرح الصغير ٣٩٣/٣.

(٣) حاشية الدسوقي ٢٩٩/٣ ونهاية المحتار ٣٦٥/٤ ومغني المحتاج ١٧٠/٢ وكشاف القناع ٣٧٦/٣ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣٦١/٢ وفتح العزيز مع المجموع ج١٠/٢٨٦-٢٨٧ والبحر الزخار ٨٨/٥.

(٤) المدخل (السابق) ص ٢٨١. وعند الجعفرية تكون الولاية للقاضي إذا لم يتصل السفه والغفلة بالصغر، فإذا اتصل فعندهم قولان أرجحهما أنها تكون للقاضي (نقله الدكتور عبد الكريم زيدان من الأستاذ على الخفيف "النيابة عن الغير" ص ٥٣-٥٥).

(٥) أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ٦٥١/١ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. وقد عرفها الدكتور بقوله: "هي الأمر الظاهر المنضبط المعرف للحكم الذي يتبنى عليه الحكم وجوداً وعدماً".

القول الثاني الولاية للقاضي ابتداء أو من يقيمه القاضي قيما عليهما: بهذا قال أبو يوسف من الحنفية. والإمامية في رواية: نظراً لتوقف الحجر على حكم الحاكم.

بيان الراجح:

والراجح ما قال به أكثر أهل العلم لوجاهة ما استدلوا به على ما ذهبوا إليه.

لأن السفيه وذا الغفلة ـ كلا منهما ـ والحالة هذه ـ في أمسّ الحاجة إلى من يدبر أمره ويرعى شئونه فلو ترك لنفسه في الإنفاق لضيع ماله بصرفه في غير مواضع الإنفاق فكان القول بعود الولاية إليه عين الصواب.

٢ ـ أما إن لم يتصل السفه أو الغفلة بالبلوغ: فالفقهاء في ذلك على أربعة أقوال(١) :

القول الأول: الولاية للقاضي ابتداءً بهذا قال أبو يوسف من الحنفية والمالكية والأصح للشافعية(٢) وجمهور الحنابلة والإمامية لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم وفكه كذلك فكذا النظر في مالهما. ولأن الولاية قد ارتفعت بالرشد فلا تعود إلا بدليل وهو منتف والحاكم ولي عام فلا يحتاج إلى دليل لإثبات الولاية له.

القول الثاني: أن الولاية تعود لمن كانت له بهذا قال محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية وهو مقابل الأصح عند الشافعية.

القول الثالث: لبعض الحنابلة ويرون أن الولاية للعصبات مع اتفاقهم على أن الحاكم هو الذي يصدر الحكم بالحجر على من بلغ رشيداً ثم عاوده السفه.

القول الرابع: لبعض الشافعية ويرون أنه في حالة عدم الأب والجد تكون الولاية للعصبات لشفقتهم.

---

(١) المراجع السابقة ـ في السفه المصاحب للبلوغ. والمغني ٥١٩/٤. والمادة ٩٨٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) أي الأصح من الوجهين أو الوجوه وهو المفتى به في المذهب ويعبر به عندما يكون الخلاف قوياً تحفة المحتاج ٤٩/٦.

بيان الراجح:

ولعل القول الأول القائل بأن الولاية تكون للقاضي ابتداءً إذا لم يتصل كل من السفه والغفلة، بالبلوغ أولى بالترجيح.

لأن هذا أمر محل اجتهاد ونظر، فإذا تحقق القاضي من وجود السفه أو الغفلة كان هو الولي الأنسب في هذه الحال. وله مع هذا أن يعيد الولاية إلى من كانت له الولاية، عليه قبل البلوغ، لأنه أدرى بمصلحته(١) . والله تعالى أعلم بالصواب .

المطلب الثاني : الولاية على المال في القانون:

نتناول الولاية هنا من حيث:

١ . تعريفها.

٢ . أقسامها.

٣ . طبيعتها.

٤ . شروط الولي.

٥ . مراتب الأولياء.

وقد جعلت الكلام عن كل ذلك في فروع على الترتيب الآتي:

الفرع الأول : تعريف الولاية في القانون:

الولاية في القانون لا تخرج عن كونها سلطة قانونية لشخص معين تخول له القيام بالتصرفات القانونية التي يكون المال محلاً لها لحساب غيره من عديمي الأهلية(٢) ، أ

ناقصيها أو كامليها ممن تقوم بهم بعض موانعها بحيث تنتج تلك التصرفات آثارها في حقهم.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٩٠ وتكملة شرح فتح القدير ج٩/٢٥٩ وحاشية ابن عابدين ج٤/١٤٤ وما بعدها والهداية للمرغيناني ٤/٢٨٢ ونهاية المحتاج للرملي ٤/٣٦٤ والنيابة من الغير في التصرفات المالية للشيخ علي الخفيف ص ٥٣-٥٤.

(٢) الوجيز في شرح عقدي البيع والتأمين للدكتور محمد عمران ص٣٧ طبع دار النهضة والمدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق فرج ص٦٢٤ وما بعدها نشر مؤسسة الثقافة الجامعية والمدخل لدراسة القانون للدكتور أحمد سلامة ص٦٠ طبعة ١٩٧٤م.

ويرشد هذا التعريف إلى أن الولاية في القانون . كما في الشريعة . هي سلطة التصرف في مال الغير لا في مال الشخص نفسه، فحقيقتها وجوهرها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب غيره(١).

وواضح أيضاً أن الولاية نوع من أنواع النيابة إذ الأصل في الولاية أنها تكون في مال الشخص . ذاتية . ثم تتسع لتشمل مال الغير . متعدية . بينما النيابة لا يمكن تصورها في جميع الحالات إلا حيث يوجد طرفان:

١ . نائب.

٢ . ومنوب عنه(٢).

الفرع الثاني: أقسام الولاية وطبيعتها:

أولاً . الكلام عن أقسام الولاية: تتعدد تقسيمات الولاية بالنظر إليها من نواح مختلفة:

١ . فمن ناحية موضوعها:

أ . ولاية على النفس.

---

(١) عرفت الولاية في القانون الباكستاني بأنها "فعل أو عمل الولي" وعرفت المادة (٢/٤) الولي في (Guardions and Wards dct (VIII of 1890 بأنه: "الشخص الذي يعتني بنفس الصبي أو ماله أ بالنفس والمال كليهما" وكذلك الامر في القانون الإنجليزي والامر يكي و لا يختلف عما هو عليه القانون الباكستاني بحيث أن الدكتور حارث سليمان الفاروقي عرف الولي أو الوصي (Guardien)بأنه: "يستخلف على القاصر أو فاقد الاهلية أو ناقصها ليتعهد شخصه بالعناية والرعاية ويدير أمواله وحقوقه لمنفعته الخالصة" المعجم القانوني للدكتور حارث سليمان الفاروقي مادة "(Guardien)ص ٢٦٢ مكتبة لبنان وانظر أيضاً: Black's law dict. P639 (Guefdiarship) and P. 635 (Guardien)., Vowitt's dict. of Eng. Law Vol.I P.877., Law terms and phrases by serdar M. Iqbal Khon Mokal (Guardien) p. 425., Family law by P.M. Bromley p. 364., The Child's voice in the court of law by olive M. stonr P. 45.

(٢) الوجيز للدكتور محمد عمران في شرح عقدي البيع والتأمين ص٢٧ (بتصرف) والمدخل للقانون للدكتور توفيق فرج ص٦٢٤.

ب . ولاية على المال(١).

٢ . وبالنظر إلى الأشخاص الذين تثبت عليهم: فتثبت على عديم الأهلية، أو ناقصها . كما هو الحال بالنسبة للصبى غير المميز والمجنون والمعتوه والصبى المميز. وقد يكون السبب عارضاً من عوارض الأهلية كما إذا كان الجنون بعد سن الرشد. وقد يكون السبب مانعاً من موانع الأهلية كما إذا كان الشخص يملك أهلية الأداء ولكنه غائب لا يستطيع مباشرة تصرفاته المالية.

٣ . ويمكن النظر إليها من حيث مصدرها:

* فقد يكون القانون كولاية الأب والجد.

* وقد يكون القضاء أى تستمد من حكم القاضى كولاية الوصى المعين.

* وقد تكون إرادية كما هو الحال فى الوصى المختار . على ما سيأتى تفصيله وإن كان يشترط تثبيت هذا الاختيار عن طريق القاضي (٢).

موازنة بين أقسام الولاية فى الفقه والقانون:

وبالنظر فيما رآه فقهاء الإسلام من تقسيمات للولاية وما رآه فقهاء القانون فى هذا المجال يبدو أنه لا يوجد كبير فرق بين التقسيمين وما أضافه فقهاء الإسلام من تقسيمات أخرى للولاية من كونها علياً أو سفلى فإن مواد قانون الولاية على المال فى القانون لا تخرج عن هذا . والله أعلم بالصواب .

ثانياً . طبيعة الولاية:

بناء على ما علمناه فيما سبق:

* قد يكون مصدر الولاية القانون وذلك فى حال ما لو كان الولى هو الأب أو الجد

---

(١) المدخل للدكتور توفيق فرج ص٤٦١ (هامش ١).
(٢) المراجع السابقة فى الفرع الأول السابق.

الصحيح(١). إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً على مال ابنه هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى قد يكون مصدرها القضاء أو الإرادة كما في الوصي المختار.

وفي الصورة الأولى تثبت الولاية من غير احتياج لحكم من المحكمة باعتبار أنها حق لكل من الأب والجد.

ولا يصح لواحد منهما أن يتنحى عنها إلاّ بإذن المحكمة ولذلك نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م على أنه: "لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية إلا بإذن المحكمة".

ومما لا شك فيه أن ثبوت الولاية دون الحاجة إلى حكم - على ما نصت عليه المادة السابقة - أمر يحمد للمقنن حيث راعى صلة القرابة الوثيقة بين الصغير وبين كل من أبيه وجده، الأمر الذي يجعل أياً منهما يتصرف بما فيه مصلحة الصغير لو فور شفقتهما.

أما ولاية الوصي سواء كان معيناً أو مختاراً فهي لا تثبت من تلقاء نفسها. بل لابد من موافقة المحكمة في حالة الوصي المختار.

أما في حالة الوصي المعين فهو الذي يعينه القاضي ويستمد ولايته منه كذلك.

ولكل منهما أن يرفض الإيصاء ولا جبر عليهما في القبول، إلا أنه يلاحظ أيضاً أن الجد لابد من تثبيت ولايته عن طريق المحكمة وعلى سبيل المقارنة: فإنه يظهر لي أنه ليس هناك من فارق حول طبيعة الولاية أو الوصاية في كل من الفقهين: الإسلامي والوضعي. إلا فيما يشترطه القانون من تثبيت(٢) ولاية الجد وكذلك في الوصي المختار.

---

(١) وهو أبو الأب وإن علا: قال المرحوم الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلباته الحسيني في كتاب (الأحوال الشخصية) له ص ١٣٨ الجد الصحيح هو الذي لا يتوسط بينه وبين الميت أنثى كأب الأب وأب أب الأب وإن علا. وانظر أيضاً: مدخل القانون للأستاذ الدكتور نعمان جمعة ص٤٧٥ طبعة ١٩٧٨م.

(٢) طبيعة الولاية والوصاية للدكتور حسن كيرة. والمدخل للدكتور أحمد سلامة ص٥٩٨. ونظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص٨٢. والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص٥٧٥. والمدخل للدكتور توفيق فرج ص٤٧٦ و٤٧٩. والولاية على المال للدكتور محمد كمال حمدي ص٣٥ ط ٢ سنة ١٩٦٦م.

بينما فى الفقه الإسلامى لا تحتاج ولاية الجد إلى تثبيت من القاضى فهى عند من قال من الفقهاء بثبوت الولاية للجد ذاتية أصلية حق له لا يصح أن يتقدم عليه غيره، كما أنها واجبة عليه لا يصح له أن يتنحى عنها.

الفرع الثالث: فى شروط الأولياء:

نص قانون الولاية على المال فى المادة الثانية منه أنه "لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بما له هو".

ويرشد هذا النص إلى أنه يجب أن يكون الولى كامل الأهلية لأن فاقد الأهلية أو ناقصها لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى ألا تكون له ولاية على غيره، كما يلزم اتحاد الدين بين الأب وابنه وذلك يتصور فيما إذا كان الأب كافراً وأسلمت الأم فى الوقت الذى كان فيه الأبناء صغاراً. فإنهم فى هذه الحال يتبعون الأم فى إسلامها ولا ولاية للأب عليهم(١).

وبناء على ما تقدم: فإنه إذا لم تتوفر فى الولى الأهلية اللازمة تقوم للمحكمة بتعيين وصى عن طريقها وتحدد له التصرفات الواجب عليه القيام بها. وستأتى أمثلة لتلك التصرفات التى نصت عليها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال(٢).

وعلى سبيل المقارنة: فإن ما أوردته المادة الثانية من قانون الولاية على المال. سابقة الذكر. تتفق مع ما اشترطه جمهور فقهاء المسلمين(٣) ولم يكن هناك من خلاف بين الفقهين: إلا ما ذكره علماء الحنفية فى الأب سيىء التصرف المعروف بفساد الرأى وسوء

---

(١) د. محمد كمال حمدى (السابق) ص٣٤ و٣٥ والمدخل للدكتور حسن كيرة ص٥٦٨ ود. نعمان جمعة (السابق) ص٤٧٦. والمدخل للدكتور توفيق فرج ص ٦٦٩ والأحوال الشخصية للأستاذ أحمد الحصرى ص ٦٥. وموسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٨٣٢/٢ (الباب الأول) ونرى أنه قد أجملت المادة (٧٦) فى قانون الأحوال الشخصية العراقية شروط الوصى، فقالت: "يشترط فى الوصى توفر الأهلية القانونية والشرعية" وذلك لأن الوصاية نوع من الولاية. فيشترط أن تتوفر فى الوصى الأهلية الكاملة. وهى بالاسلام، والبلوغ، والعقل والعدالة. ومعنى هذا توافر الشروط التى نص عليها فقهاء الشريعة التى ذكرناها من قبل: شرح قانون الأحوال الشخصية لعلاء الدين خروف ٢٧٠/٢. والأحوال الشخصية للدكتور أحمد الكبيسى ١٢٩/٢.

(٢) المدخل للدكتور توفيق فرج ص ٦٦٩.

(٣) الأحوال الشخصية للشيخ الحسينى ص١١ الطبعة السابقة.

التدبير أو الفاسق فقد نصوا على أنه تقيد تصرفاته بالخيرية لمصلحة الصغير كأن يبيع بضعف القيمة ويشترى بنصفها.

وفى القانون قد يكون سوء التصرف فى أموال القاصر سبباً فى سلب ولاية الولى إذا تعرضت أموال الصغير للخطر بسبب سوء التصرف وفساد التدبير على ما نصت عليه المادة ٢٠ (١).

وفى هذه الجزئية أيضاً يقترب القانون من المذهب الحنفى على ما نرى.

الفرع الرابع: أولياء المال ومراتبهم:

ينص القانون الوضعى على أن أولياء المال هم(٢) :

* الأب.
* الجد.
* الوصى المختار.
* القاضى.

١ . ولاية الأب: على ما نصت عليه المادة/ ١ تثبت له بنص القانون فهى ولاية ذاتية أصلية على ما سبقت الإشارة إليه.

٢ . ولاية الجد: فتثبت ولايته إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً> أو اختار وصياً

---

(١) المدخل للقانون للدكتور نعمان جمعة ص ٤٧٦ طبعة ١٩٧٨.

(٢) المدخل للقانون د. نعمان جمعة ص ٤٧٦ طبعة ١٩٧٨م. ونرى أن القانون المدنى التركى ينص على أن الولاية للأب والام معاً. وإذا مات أحد منهما فالآخر يكون ولياً. ولاحق للجد أو لغيره من أقرباء الصغير أن يتولى الولاية إلا بقرار من المحكمة. وانظر فى هذا المادة (٢٦٢) و(٢٦٣) و(٢٦٤) من القانون المدنى التركى.

وينص القانون الإنجليزى والامريكى على أن الام تصبح وليا إذا لم يكن أبوه حياً وانظر فى هذا: The Child's voice in the courf of law by Olive M. Stone p45-47; Family law by P. M. Bromley P363.; Jowitt's dictionary of English law, Vol. I p.877; Black's law dictionary (Guardian) P.635. Daniels V. Metropoliton life ins. Co., 135 Pa. Super. 450,5 A. 2d 608, 611 (Black's).

رفضت المحكمة تثبيته لعدم توافر الشروط المطلوبة فيه كلاً أو بعضاً.

٣ . ولاية الوصى المختار: وهذا الوصى يختاره الأب لكنه يلاحظ هنا أن الوصى المختار رغم أنه مقدم على الجد لكونه قد اختير بواسطة الأب الذى هو أدرى من غيره بمن هو أشفق على صغيره فإنه يخضع لأحكام الوصاية(١). ويلزم عرض الأمر على المحكمة لتثبيت هذا الاختيار على ما نصت عليه المادة ٢٨ (٢).

٤ . القاضى: تكون الولاية للقاضى(٣) إذا انعدم الوصى المختار أو الجد، وفى هذا الحال تعين المحكمة وصياً من قبلها ليتولى تدبير وإدارة شئون القاصر(م/٢٦).

هذا بالنسبة للولاية على من هم دون سن الرشد.

أما أولياء المال على الكبار فهم:

١ . القيم: وهو ذلك الشخص الذى تقوم المحكمة بتعيينه ليتولى أمور من يحجر عليه بعد البلوغ لعته أو سفه أو جنون أو غفلة أو من حكم عليه بعقوبة جنائية(٤) (م/٢٥/٤ عقوبات).

٢ . المساعد القضائى: وهو شخص تقوم المحكمة بتعيينه لمعاونة من تقررت مساعدته وذلك بالاشتراك معه فى التصرفات التى يحتاج فيها الوصى إلى إذن المحكمة.

---

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) ونرى أن القوانين الوضعية لا تختلف كثيراً فى هذا الامر وأن القانون الإنجليزى يتفق مع القانون المصرى تماماً فى ولاية الوصى المختار. ويطلق عليه فى القانون الإنجليزى "Guardianship by statute or by testamentary". ومعنى ذلك الولاية أو الوصاية بالإيصاء أى ولاية إيصائية انظر فى هذا: Family law by P.M. Bramley P. 365.; Black's law dictionary. P635.; Jowitt's Dictionary of English law. Vol. I P. 877.; Law terms and Phrases by S. M. Iqbal Khon Mokal P. 427.

(٣) وهذا أيضاً من الامور المتفق عليها بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى حيث أن القوانين الوضعية أجمعت على هذا النوع من النيابة أو الوصاية.

(٤) ويختلف القانون السويسرى والتركى عن القانون المصرى فى تخصيص القوامة للكبار فقط والقانون المدنى السويسرى والتركى لا يفرق بين الصغير والكبير فى أمر القوامة: راجع فى هذا: Vasilik ve Kayyimlik Hukuku by M. Nezih Elpe Ankara-1967.

٣ . الوكيل عن الغائب: وهو شخص تعينه المحكمة ليتولى أمور الغائب وشئونه إذا لم يترك وكيلاً عنه(١).

المقارنة:

وعلى سبيل المقارنة فإنه يتضح مما سبق: أن الولاية على من هم دون سن الرشد تثبت لأشخاص محددين فى الفقهين: الإسلامى والوضعى.

ويتفق الفقهاء على تقديم ولاية الأب باستثناء ما ذكره بعض فقهاء الإسامية على أن الجد يقدم على الأب لكبره وخبرته فى حالة الاختلاف نظراً لأنهما فى مرتبة واحدة عندهم. وأثبت القانون الولاية للجد وهو بهذا يتفق مع أحد الرأيين فى الفقه الإسلامى.

ولقد رأينا بعض الآراء فى الفقه الإسلامى تجعل للجد وللوصى أن يوصى لغيره. وتقديم وصى الأب أو الوصى المختار على الجد فى القانون يتفق مع أحد الرأيين فى الفقه الإسلامى كذلك.

---

(١) المدخل للدكتور حسن كيرة ص٥٩٨. والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص ٤٧٤- ٤٧٥ . والمدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق فرج ص٦٦٤ و٦٦٨ ومحاضرات فى النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص٩٣ وما بعدها ونظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص١٠٤ مطبعة نهضة مصر ١٩٦٥م.

المبحث الثانى فى الوصاية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: الوصاية فى الفقه الإسلامى ، وفيه فروع :

الفرع الأول : فى تعريف الوصاية:

١ . تعريف الوصاية لغة: جاء فى "المغرب فى ترتيب المعرب"(١) ما نصه: "أوصى فلان إلى زيد..... بكذا (إيصاء وقد وصى) به توصية والوصية والوصاة اسمان فى معنى المصدر.. ثم سمى الموصى به وصية.. (والوصاية) بالكسر مصدر الوصى وقيل: الإيصاء: طلب شىء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته". أ.هـ.

وفى المعجم الوسيط ج٢/١٠٣٨: وصى فلاناً: جعله وصيه يتصرف فى أمره وماله وعياله بعد موته.

وفى الصحاح للجوهرى ٦/ ٢٥٢٥: أوصيت له بشىء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيك. والاسم الوصاية والوِصاية، وأوصيته ووصيته أيضاً بمعنى، والاسم الوصاة.

وفى الاختيار(٢) نقلاً عن بعض أهل اللغة: الاستيصاء: قبول الوصية. يقال: فلان استوصى من فلان إذا قبل وصيته. قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم»(٣) أى اقبلوا وصيتى فيهن فإنهن أسرى عندكم.

ويرشد ما تقدم إلى أن الوصية فى اللغة: طلب شىء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته.

---

(١) للإمام أبى الفتح ناصر بن عبد السيد بن على المطرزى ٢/٤٨٦- ٤٨٧ نشر دار الكتاب العربى -بيروت. وانظر فى هذا أيضاً المعجم الوسيط ٢/١٠٣٨. والقاموس الفقهى لغة واصطلاحاً لسعدى أبى حبيب ص٣٨١.

(٢) الاختيار لتعليل المختار للعلامة عبدالله بن محمود بن مودود الموصلى ج٥/٦٢ مطبعة دار المعرفة -بيروت ١٩٧٥م.

(٣) يرجع إلى البخارى مع شرحه فتح البارى ج٩/٢٥٣ كتاب النكاح وصحيح مسلم ٢/١٠٩١ كتاب الرضاع وسنن الترمذى مع التحفة ج٤/٢٢٦ كتاب الرضاع، وسنن ابن ماجه ١/٥٩٤ كتاب النكاح.

وفى اصطلاح الفقهاء: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع(١).

وهى سبب من أسباب نقل الملكية فى الإسلام وأمرها موكول إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء.

الفرع الثانى: فى حكمة مشروعية الإيصاء وحكمه:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكمة مشروعية الإيصاء وأدلتها.

لقد شرعت الوصية بالمال ليتدارك الإنسان بها ما فاته فى حياته من خير.

فالوصية قضية مشروعة وقربة مندوبة. دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: {من بعد وصية يوصى بها أو دين}(٢).

أما السنة: فإن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه مرض بمكة فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث فقال يارسول الله إنى لا أخلف إلا بنتا أفأوصى بجميع مالى؟. قال: لا. قال: أوصى بثلثى مالى؟ قال: لا. قال: فنصفه؟ قال: لا. قال: فثلثه؟ قال عليه الصلاة والسلام: الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» (٣) أى يسألون الناس كفايتهم(٤).

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام للقاضى محمد بن فراموز الشهير بملا خسرو الحنفى ج٤٢٦/٢ وحاشية العدوى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى ج٢٠٤/٢ ومواهب الجليل للحطاب ٣٦٤/٦ ونهاية المحتاج ٩٨/٦ وكشاف القناع ٢٩٧/٤ والمغنى ١٣٧/٦. وراجع أيضاً من الكتب الحديثة: فقه السنة للسيد سابق ٤١٧/٣. والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٨/٨ والأحوال الشخصية للأستاذ أحمد الحصرى ص٩٠. وشرح قانون الأحوال الشخصية لعلاء الدين خروف ٣١١/٢ و٣١٢ وموسوعة الأحوال الشخصية (السابق) ٨٨٤/٢.

(٢) سورة النساء الآية ١٢.

(٣) أخرجه أصحاب الكتب الستة فى (كتاب الوصايا): يرجع إلى البخارى مع الفتح ٣٦٣/٥ نشر وتوزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد وصحيح مسلم ١٢٥٠/٣. نشر دار إحياء التراث العربى - بيروت وسنن النسائى ٢٠١/٦ مطبعة مصطفى الحلبى بالقاهرة سنة ١٩٦٤. وسنن ابن ماجة ٩٠٤/٢ مطبعة عيسى الحلبى بالقاهرة سنة ١٩٦٤.

(٤) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى المجلد الثانى ٦٢/٥ وما بعدها - دار المعرفة بيروت - لبنان ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م.

وقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعون حيث شئتم» وفي رواية حيث: أحببتم(١).

فحكمة مشروعية الوصية تقوية الزاد إلى المعاد والرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه(٢).

أما الإجماع(٣) : فإن الأئمة المهديين والسلف الصالح قد أوصوا وعليه عمل الأمة إلى يومنا هذا.

ولأن الإنسان لا يخلو من حقوق له أو عليه وأنه مؤاخذ بذلك، فإذا عجز بنفسه فعليه أن يستنيب في ذلك غيره. والوصي نائب عنه في ذلك.

المسألة الثانية: في حكم الإيصاء:

الإيصاء بالنظر إلى الصغير ومن هو في حكمه قد يكون واجباً أو مباحاً: جاء في (الجوهرة النيرة) على مختصر القدوري لشيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني . رحمه الله تعالى . المتوفى سنة ٨٠٠هـ ج٢/٣٨٨ ما نصه: "الوصية محثوث عليها مرغب فيها غير مفروضة ولا واجبة لكنها مشروعة بالكتاب والسنة" انتهى.

وجاء في مواهب الجليل للحطاب ج٦/ ١٣٦٤: "وحكم الوصية قال ابن رشد في (كتاب الوصايا): "حكمها الندب على الجملة" أ.هـ. وقال أيضاً: حكمها الوجوب.

وقد وردت السنة المطهرة بما يفيد هذه المعاني: فقد روى مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله ص قال: «ماحق إمرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت

---

(١) هذا الحديث من الأحاديث المشتهرة المتداولة بين الفقهاء وقد روى من طرق متعددة فقد رواه أحمد من طريق أبي الدرداء وابن ماجه من طريق أبي هريرة والدار قطني من طريق معاذ بن جبل وفي بعض طرقه مقال: يرجع إلى نصب الراية للزيلعي ٤/٢٩٩. كتاب الوصايا وسنن ابن ماجة ٢/٩٠٤ كتاب الوصايا والدارقطني ٤/١٥٠ كتاب الوصايا ومسند الإمام أحمد ٦/٤٤١.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٦/١٣٦٤.

(٣) أنيس الفقهاء في الألفاظ المتداولة بين الفقهاء للشيخ قاسم القونوي المتوفى عام ١٩٧٨هـ ص٢٩٩ نشر دار الوفاء للنشر والتوزيع - جدة.

ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» متفق عليه(١).

قال الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ على ما نقله عنه صاحب (سبل السلام)(٢): معناه: "ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك".

والخلاصة من هذه النصوص أن الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ اختلفوا في الوصية(٣) : هل هي واجبة أم لا؟

* فذهب الجمهور إلى أنها مندوبة.

* وذهب داود وأهل الظاهر(٤) إلى وجوبها وحكي عن الشافعي في القديم(٥).

وادعى ابن عبد البر الإجماع على عدم وجوبها(٦).

والأقرب ما ذهب إليه الهادوية(٧) وأبو ثور من وجوبها على من عليه حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به كوديعة ودين الله تعالى أولا دمي.

وفي (أنيس الفقها)(٨) ما يؤيد رأي الهادوية وأبي ثور: فقد جاء فيه: أجمعوا على أن الوصية غير واجبة لمن ليست له أمانة يجب عليه الخروج منها ولا عليه دين لا يعلم به من هو له وليست عنده وديعة بغير إشهاد ومن كانت ذمته متعلقة بهذه الأشياء فإن الوصية بها واجبة عليه.

---

(١) فتح الباري ١١/١٩٠. ونيل الأوطار ٦/١٤٢. وسبل السلام ٣/٩٦٢.
(٢) سبل السلام للصنعاني ٣/٩٦٢. نشر مكتبة عاطف ـ الأزهر ـ القاهرة.
(٣) سبل السلام ٣/٩٦٢ الطبعة السابقة.
(٤) راجع المحلى ج ٩/٣١٢ طبعة : دار الآفاق الجديدة ـ بيروت
(٥) مغني المحتاج ٣/٤٦.
(٦) سبل السلام ٣/٩٦٣.
(٧) المرجع السابق.
(٨) أنيس الفقهاء ص ٣٠٠ وانظر أيضاً الإشراف على مذاهب الأشراف المسمى بالإفصاح عن معاني الصحاح للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ج٢/٧٠ نشر المؤسسة السعيدية بالرياض وتكملة شرح فتح القدير ١٠/٤١٣ والكافي لابن عبد البر ٢/١٠٢٣ وما بعدها ومغني المحتاج ٣/٤٦ وما بعدها والمغني ٦/١٣٧ وما بعدها

هذا ما يسره الله تعالى في هذا المقام وهو سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفرع الثالث في أقسام الوصاية

لا تخرج الصيغة التي يتم بها الإيصاء عن:

* أن ترد عامة في كل ما يخص الموصي.

* أو ترد خاصة بتصرف معين(١).

ففي الحالة الأولى يعتبر الوصي وصياً عاماً وفي الحالة الثانية يكون وصياً خاصاً، ومن ناحية أخرى:

* قد ترد صيغة الإيصاء غير محددة بمدة فيكون الوصي وصياً دائماً.

* وقد ترد محددة بزمن معين فتكون مؤقتة وهنا يكون الوصي وصياً لفترة محددة.

فيطلق على الوصي . في الحالة الأولى . الوصي الدائم، وفي الثانية: كما تقدم يطلق عليه الوصي المؤقت.

* ومن ناحية المصدر الذي يخول الوصي بالتصرف: فإن الوصي قد يكون مختارا من الأب أو الجد أو من وصيهما: وقد يختاره القاضي.

ففي الحالة الأولى . هنا . يطلق على الوصي الوصي المختار. وفي الثانية يطلق عليه الوصي المعين، وما تقدم كله كان على وجه الإجمال، ولنستعرض الآن هذه المسائل على وجه التفصيل:

أولاً ـ الوصي العام والوصي الخاص:

الوصي العام: كما سبق هو الذي صدرت صيغة الإيصاء إليه عامة مثل: أنت وصيٌ على كل أملاكي أو في كل مالي.

أما الوصي الخاص: فهو الذي صدرت صيغة الإيصاء إليه من الموصي خاصة مثل: أنت وصيٌ على مالي الذي في مدينة (لاهور) مثلاً أو مدينة (دمشق) وله أموال غيرها.

---

(١) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد التركماني ص ١٢٥ نشر دار الشروق ـ جدة ـ السعودية.

أو أنت وصيٌ على ولدى (محمود) مثلاً وله أولاد غير ولده هذا ولا خلاف بين الفقهاء . رحمهم الله تعالى . فى صحة الإيصاء سواء كان عاماً أو خاصاً، ويجب على الوصى فى الإيصاء العام أن يتصرف بما فيه مصلحة لمولى عليهم وما يقضى به العرف(١).

وقد اختلفت أقوال الفقهاء فى الوصاية الخاصة من حيث اعتبارها خاصة أو عامة أى من حيث كونها قابلة للتخصيص أو أنها تكون عامة وذلك على قولين(٢):

القول الأول: أن الوصاية تقبل التخصيص بهذا قال أكثر أهل العلم ومنهم: المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية.

القول الثانى: أن الوصاية الخاصة تعد وصاية عامة فى جميع شئون التركة: بهذا قال الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف وبعض الزيدية.

أولاً ـ أدلة أكثر أهل العلم (الجمهور):

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من أن الوصاية تقبل التخصيص بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: أن تعدى الوصى إلى غير ما خصص له يخالف إرادة الموصى وهو أدرى بشئونه. فربما لا يثق بالوصى إلا فيما فوضه فيه. ولعله كان يريد إقامة وصى آخر

---

(١) العرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول وهو حجة أيضاً لكنه أسرع إلى الفهم التعريفات الجرجانى ص٦٤ انتشارات ناصر خسرو طهران ـ إيران.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/١٣٩ والمبسوط للسرخسى ج٢٦/٢٨- ٢٨ وتكملة رد المحتار على الدر المختار لمحمد علاء الدين أفندى المتوفى ١٣٠٦هـ ج٧/٤٧ مطبعة مصطفى الحلبى بالقاهرة. والفتاوى الطرطوسية أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل للشيخ نجم الدين إبراهيم بن على الطرطوسي المتوفى ٧٥٨هـ ج٢/١٢٨. طبع المطبعة الشرفية بالقاهرة ١٣٤٤هـ وحاشية الشيخ على العدوى الصعيدى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى ج٢/٢٠٤ المسمى كفاية الطالب الربانى على مذهب الإمام مالك طبع دار المعرفة ببيروت. وحاشية الدسوقى ٤/٥١ ومواهب الجليل للحطاب ٦/٣٨٨. ونهاية المحتاج ٦/١٠٦ ومغنى المحتاج ٣/٧٧. ومنتهى الإرادات للشيخ تقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى المتوفى ٩٧٢هـ الشهير بابن النجار ج٢/٦٤ نشر مكتبة دار العروبة بالقاهرة والبحر الزخار ج٥/٣٢٠- ٣٢٢. والولاية على المال للشيخ محمد الزفزاف: محاضرات القيت على طلاب الدراسات العليا بكلية الحقوق جامعة القاهرة.

على ما وراء القيد فوافقه منيته.

الوجه الثاني: أن الوصاية تقبل التفويض لأنها لا تخرج عن كونها تفويض التصرف بعد الوفاة فتخصص بما فوض فيه الولي قياساً على الوكالة المقيدة بتصرف معين.

ثانياً ـ أدلة الإمام أبي حنيفة ومن معه:

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من أن الوصاية الخاصة تعد وصاية عامة في جميع شئون التركة بالمعقول أيضاً وهو: أن الوصاية تستقر بعد وفاة الموصى وهي خلافة ونيابة وهي تنتقل كاملة ولا تتجزأ فمن صار وصياً في شيء اعتبر وصياً في الجميع.

ويتفق(١) أصحاب القولين السابقين في أمرين هما:

الأمر الأول: أن الوصاية الخاصة المقيدة إذا صدرت من الموصى ينهى الوصي عن التصرف في غير ما خصص له فعلى الوصي الالتزام بذلك ومن ثم لا يصح له أن يتعدى حدود ما خصص له لأن الموصى ـ والحالة هذه ـ إنما نهاه لمصلحة رآها.

الأمر الثاني: أن وصي القاضي إذا عين له القاضي التصرف فإنه أيضاً يقيد بما خصص له التصرف فيه. لأنه في هذه الحال يعتبر وكيلاً عن القاضي لا نائباً عن الأب. ومن ثم تسري عليه أحكام الوكيل لا أحكام الولي. والوكالة تقبل التخصيص بخلاف الحال في الولاية.

بيان الراجح:

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام ما قال به أكثر أهل العلم من أن الوصاية تقبل التخصيص، لأن الموصى الذي صدرت منه الوصاية أعلم وأدرى بصلاحية من عهد إليه برعاية وإدارة شئون أولاده، وليس من اللازم أن يتولى جميع شئونهم، لأن من الناس من هو أكثر خبرة ومهارة في مجال وليس كذلك في مجالات أخرى فمن ثم يجب مراعاة رغبة الموصى في ذلك.

وعلماء الحنفية أنفسهم ـ على ما تقدم ـ قدموا وصي الأب على الجد إذا ما قام الأب

---

(١) المراجع السابقة في الولاية الخاصة من حيث قبولها التخصيص من عدم ذلك

باختياره وليس ذلك الاتجاه عندهم . والله أعلم . إلا لما هو معروف عن الأب في الأعم الأغلب من مراعاة مصلحة صغيره أكثر من أي إنسان في الوجود.

ثانياً ـ الوصي الدائم والوصي المؤقت:

الأساس في الوصي أن يكون دائماً بمعنى أنه يمارس مهامه إلى حين انتهاء الوصاية ببلوغ المولى عليه رشيداً(١).

إلا أنه لا مانع من توقيت الإيصاء بمدة معينة أو تعليقه بحدوث فعل معين كأن يقول الولي للوصي: (أوصيت إليك شهراً أو شهرين أو عاماً أو إلى قدوم زيد من الحج) فإذا قدم زيد من الحج كان وصياً، فيصح ذلك ويكون الرجل وصياً حتى قدوم زيد. فإذا قدم خرج الأول من الوصاية. ويستدل لذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة: فما روى أن النبي ص: «ولّى زيد بن حارثة جيش الأمراء فإن مات فجعفر(٢) بن أبي طالب فإن مات فعبد الله بن رواحة».

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف على المدعى: "أن الوصية كالتأمير بجامع النيابة في كل"(٣).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق فلا يجوز لأن الإيصاء عبارة عن استنابة في التصرف بعد الموت بعكس الحال في التأمير فإنه استنابة في حال الحياة. وأما المعقول: فهو أن الوصاية تحتمل الأخطار والجهالات فصح فيها التوقيت والتعليق ونحو ذلك(٤).

ثالثاً ـ الوصي المعين والمختار:

يجوز للأب أن يقوم بتعيين وصي على ولده القاصر . على ما سلفت الإشارة إليه . وإذا انتقلت الولاية إلى الجد يجوز له أيضاً أن يختار وصياً وكذلك من يخلفهما في الولاية. ويسمى الشخص المختار بواسطة الأب وصي الأب. والمختار بواسطة الجد يسمى وصي الجد.

---

(١) مغني المحتاج ٣/٧٧.
(٢) صحيح البخاري ٢/١٨١.
(٣) مغني المحتاج ٣/٧٧.
(٤) المرجع السابق (بتصرف).

ومن هذا نعلم: أن الوصي المختار هو من يختاره الأب أو الجد أو من يخلفهما: أما إذا مات الأب أو الجد دون إيصاء فإن القاضي ـ في هذه الحال ـ يختار بنفسه وصياً لرعاية شئون الصغير والتصرف في التركة ويطلق على هذا الوصي الوصي المعين. وإنما كان الاختيار للقاضي في الوصي المعين لما للقاضي من ولاية في شئون التركات وأموال فاقدي الأهلية وناقصيها(١).

المطلب الثاني في الوصاية في القانون:

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: في ماهية الوصاية:

عرف أهل القانون الوصاية بأنها: "وظيفة قانونية يوكل الفرد أو إرادة القانون أمورها إلى شخص تكون مهمته النيابة عن القاصر وإدارة أمواله"(٢).

---

(١) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح العلامة سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى عام ٧٩٢هـ والمتن للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري المتوفى ٧٤٧هـ ج٢/١٦١ مطبعة محمد علي صبيح بالقاهرة وتيسير التحرير على كتاب التحرير والتيسير للعلامة محمد أمير المعروف بأمير بادشاه ج٢/٢٤٩. مطبعة الحلبي القاهرة ١٣٥٠هـ. والتحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام المتوفى ٨٦١هـ.

(٢) الولاية على مال القاصر للدكتور محمود سعد الدين الشريف طبع ١٩٤١ ص٢٢٧ والولاية على المال للدكتور محمد كمال حمدي ص٧٩ الطبعة الثانية ١٩٦٦م ونظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص٥٧٥. وعرف قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الوصية المصري الوصية بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت" الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٨/٩.

وقد عرفت محكمة النقض الوصاية في حكم حديث لها في الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٢م : "بأنها نوع من أنواع النيابة القانونية تعمل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير.." موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار محمد عوض عبد التواب ٨٨٤/٢ الطبعة الرابعة ١٩٨٨ دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع المنصورة ـ القاهرة.

وليس هناك تعريف منصوص عليه في القانون المدني التركي ولكن رجال القانون التركي عرفوا الوصاية بأنها: "مؤسسة تابعة لأحكام الحقوق العامة كقاعدة تحافظ على=

كما عرفوا الوصى بأنه: "كل شخص غير الأب أوالجد تثبت له الولاية على مال القاصر سواء تم هذا بالاختيار بواسطة الأب أو بالتعيين من قبل المحكمة"(١).

مقارنة:

وعلى سبيل المقارنة، فإنه قد وضح مما تقدم فى الفقه الإسلامى أن الإيصاء عقد يتم بالإيجاب والقبول، ويتفق القانون مع الفقه فى هذا. وكذلك فإن الوصى فى كل من الفقهين حرفى قبول الوصاية أو رفضها فلا جبر عليه بل يرجع القبول أو الرفض لإرادته الخاصة، هذا عن الأمر الذى يتفق فيه الفقهاء.

أما وجه الخلاف بينهما: فهو أن الشريعة الإسلامية أجازت للوصى أن يقبل حال حياة الموصى وبعد وفاته. فإذا حدث أن قبل الوصاية حال حياة الموصى فإن الاختيار والحالة هذه يكون تاماً، أما إذا سكت حتى مات الموصى فهو بالخيار بين القبول وعدمه(٢). أما فى القانون فالقبول لا يوجد إلا بعد وفاة الموصى، وهو بهذا يتفق مع أحد الرأيين فى الفقه الإسلامى(٣).

هذا ما فتح الله به على فى هذا المقام.

الفرع الثانى فى أنواع الأوصياء

والكلام فى هذا الفرع على النحو التالى:

= المصالح الشخصية والمالية للصغار أو المحجورين عليهم الذين كانوا من الواجب أن يكونوا تحت ولاية ولكنهم ليسوا كذلك".

راجع فى هذا: Aile Hukuku by prof: Dr. Kemal Dguzmen & prof. Dr. Mustafe Dural p. 424 Filiz kitabcvi- Istenbul 1994.

وتعريف الوصاية فى القانون الباكستانى والإنجليزى نفس التعريف الذى ذكرناه فى الولاية لأنهما لا يفرقان بين الولاية والوصاية ويطلقون عليهما معاً اسم "Guardienship" راجع فيه المراجع التى ذكرناها عند الكلام عن تعريف الولاية فى كل من القانون الإنجليزى والباكستانى.

(١) المدخل للدكتور حسن كيرة ص٦٠٤ والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٨ ونظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص١٠٧.

(٢) النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص٩٦.

(٣) نفس المرجع.

أولاً - الوصي المختار والمعين:

١ . الوصي المختار: هو ذلك الشخص الذي يختاره الأب أثناء حياته وقبل وفاته ليكون وصياً على ولده القاصر أو الحمل(١) المستكن ليقوم برعاية أموال ذلك القاصر وإدارتها إلى أن يبلغ سن الرشد أو من يختاره المتبرع عند تبرعه بالنسبة لما تبرع به إذا اشترط خروج ذلك المال من ولاية الولي (المادة ١/٢٨)، ولكي يكون هذا الاختيار نهائياً لابد أن يثبت بورقة رسمية أو عرفية تصدق على توقيع الأب أو المتبرع أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه (م٢/٢٨)، وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها (م٤/٢٨) وللمحكمة حق الرفض في تثبيته إذا رأت عدم توافر شروط الوصي فيه(٢).

٢ . الوصي المعين: هو من تعينه المحكمة، إذا لم يكن للصغير أو للحمل المستكن ولي، أو لم يكن له وصي مختار، أو كان ولكنه لم يكن مستوفياً للشروط(٣).

ومما تجب(٤) مراعاته في هذا المقام أن وصي الحمل المستكن الذي يتم تعيينه عن طريق المحكمة يستمر وصياً على المولود ما لم تقم المحكمة بتعيين شخص غيره (م٢/٢٩). وعلى سبيل المقارنة: فإنه يتضح مما سلف أنه لا اختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول الوصي المختار والمعين وإن كان الأمر يتسع في الفقه الإسلامي فيشمل وصي الجد ووصي الوصي على ما سبق بيانه عند الكلام عن أولياء المال ومراتبهم، وينحصر الفرق بين الفقهين:

---

(١) الحمل: ما كان في بطن.. المغرب للمطرزي ١/١٢٨ نشر دار الكتاب العربي - بيروت.

(٢) الولاية على المال للدكتور كمال حمدي ص٧٩. في هذه النقطة يتفق القانون التركي المصري اتفاقاً تاماً إلا أن القانون التركي يختلف مع الفقه الإسلامي والقانون المصري من حيث إنه يقبل أن تكون الأم ولياً كما ذكرنا ذلك من قبل. ومن هنا يعطي القانون التركي - وكذلك السويسري - للأم حق اختيار الوصي< ولا فرق بين الأب والأم في هذه المسألة انظر فيها: Aile Hukuku by Qguzman & Dural P. 463, 464; ونصت المادة (٣٦٥) من القانون المدني التركي على ذلك أيضاً. وكذلك الأمر في القانون الإنجليزي يتفق مع القانون التركي اتفاقاً تاماً في هذه المسألة راجع في هذه: Family law by. P.M. Bromley p.365. sixth Edition. London. Butterworths 1981.; Black's law dict. p. 635.; Jowitt's Dict. of Eng. Law Vol.I (A-K) p. 877.,

(٣) المدخل لدراسة القانون للدكتور أحمد سلامة ص٨٣ طبعة ١٩٧٤م.

(٤) مدخل القانون للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٨. ونظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص١٠٧. والمدخل للدكتور توفيق فرج ص٦٨١ وما بعدها نشر مؤسسة الثقافة الجامعية ص٦٨١.

* في أن اختيار الأب أو المتبرع في الفقه الإسلامي بعد باتاً لا يحتاج إلى تثبيت من المحكمة متى كانت شروط الوصي متوفرة وذلك على عكس الحال في القانون على ما تقدم بيانه.

ثانياً ـ الوصي العام والخاص:

إذا نظرنا إلى الوصي من حيث مدى ما يعطى له من سلطات فإننا نجده إما أن يكون وصياً عاماً أو وصياً خاصاً؛ والأصل في الوصي أن يكون له كامل السلطة على كل أموال القاصر.

فإذا استثنى القانون شيئاً من هذه السلطة صار الوصي ـ والحالة هذه ـ وصياً خاصاً بعد أن كان عاماً.

ولقد أوضحت المادة (٣١) تلك الحالات التي ينتقل فيها الوصي من كونه عاماً ليكون خاصاً على النحو الآتي(١) :

١ ـ إذا أن آل القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة المال.

٢ ـ إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

٣ ـ إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع من يمثله الوصي.

٤ ـ إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.

٥ ـ إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصي أو أحد من المذكورين في البند الثاني السابق.

٦ ـ إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.

---

(١) موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٨٩٦/٢.

ثالثاً ـ الوصي المؤقت والوصي الدائم:

تظل سلطات الوصاية للوصي سارية إلى أن تنتهي بأحد أسبابها، وهذا هو الأصل فيها. إلا أنه قد تحدث ظروف تقتضي أن يكون تعيين الوصي مؤقتاً على ما نصت عليه المادة (٣٢) وهو في حالتين:

أحدهما: حالة ما إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر.

ثانيهما: إذا أوقف الوصي أو منعته ظروف مؤقتة من أداء واجباته تجاه الموصى عليه كأن توافرت أسباب قوية تدعو للنظر في عزل الوصي، أو حدث للوصي عارض من عوارض الأهلية التي تزيل ولايته (المادة ٤٨).

وقد يضطر الوصي للسفر لأمر هام، أو قد يصاب بمرض شديد وترى المحكمة ـ رغم ذلك ـ الإبقاء عليه وصياً حرصاً على مصلحة القاصر فتعين وصياً مؤقتاً حتى عودة الوصي الأصلي من سفره أو شفائه مما ألم به من مرض(١).

المقارنة:

وبالتأمل في كل ما سبق من تقسيمات يظهر أنه لا خلاف بين كل من الفقهين الإسلامي والوضعي. اللهم إلا ما ذكره بعض الفقهاء من أن الوصي الخاص يعتبر وصياً عاماً.

فالقانون في واقع الأمر يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي في هذا المقام

---

(١) الدكتور شفيق شحاته (السابق) ص٩٥ ود. محمد كمال (السابق) ص١٠٣- ١٠٤ ود. نعمان جمعة (السابق) ص ٤٨٣ ود. توفيق فرج (السابق) ص٦٨٥- ٦٨٦.

الفرع الثالث ـ شروط الوصي:

وقد تكلمت المادة (٣٧) من المرسوم بقانون الولاية على المال عن هذه الشروط وهي(١) : "أن يكون الوصي عدلاً كفؤاً صاحب أهلية كاملة"(٢).

وأرى أنه من المفيد هنا أن أشير إلى باقي نص المادة لما لذلك من أهمية في بيان حالات سلب الولاية والحد منها ووقفها ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً:

١ . المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة. ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.

٢ . من حكم عليه بجريمة كانت تقتضي قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته.

---

(١) انظر نظرية الحق للدكتور أحمد سلامة ص ٨٤ والمدخل للدكتور حسن كيرة ص٦٠٤ ففيهما شرح واف لهذه الشروط وانظر أيضاً موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٨٨٣/٢.

(٢) وأجملت المادة (٧٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي شروط الوصي فقالت: "يشترط في الوصي توفر الأهلية القانونية والشرعية" (وذلك: لأن الوصاية نوع من الولاية، فيشترط أن تتوفر في الوصي الأهلية الكاملة. وهي بالإسلام، والبلوغ والعقل والعدالة. أما الشروط القانونية التي يجب توفرها في الوصي فهي بلوغ السن القانونية وهي ثماني عشرة سنة. وألا يكون محكوماً عليه بجناية مخلة بالشرف أو بجناية أو سرقة أو غصب أو تزوير، وألا يكون محكوماً بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.. ويجوز أن يكون الوصي رجلاً أو امرأة) شرح قانون الأحوال الشخصية لعلاء الدين خروف ٢٧٠/٢، ٢٧١. والأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون للدكتور أحمد الكبيسي ١٢٩/٢.

إذن لا فرق بين القانون المصري والعراقي في هذا الأمر. ولا فرق كذلك بينهما وبين الفقه الإسلامي. وكذلك القانون التركي يشترط في الوصي أن يكون رشيداً وكفؤاً لها أهلية كاملة. نصت على ذلك المادة (٣٦٣) من القانون المدني، ونصت المادة (٣٦٨) على من لا يجوز أن يكون وصياً وهم:

١ـ الأشخاص الذين هم أنفسهم تحت وصاية.

٢ ـ من هو محروم من حقوقه المدنية والسياسية أو هو معروف بسوء السلوك.

٣ ـ من تعارضت مصلحته مع مصلحة القاصر أو كان بينه وبين القاصر عداوة.

٤ ـ قضاة المحكمة المتخصصة في الوصاية وهي محكمة الصلح ومحكمة أصلية

ونلاحظ أن القانون التركي لا يختلف عن القوانين الوضعية الأخرى في هذه المسألة.

٣ . من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

٤ . المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.

٥ . من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

٦ . من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى للمحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك. ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه موقعة بإمضائه.

٧ . من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائي، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على القاصر، ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه، وإلا فمن أهل دينه(١).

المقارنة:

ومما سبق يظهر لنا بجلاء اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي حول شروط الوصي عدا ما ذكره بعض الفقهاء من عدم صحة الإيصاء إلى الأعمى أو الأنثى.

ويبدو أن القانون لا يفرق بين الذكر والأنثى أو بين البصير(٢) والأعمى. وهذه النظرة تتفق مع ما يقول به جمهور فقهاء الإسلام.

---

(١) انظر في هذا أيضاً بالإضافة إلى ما تقدم من مراجع نظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص١٠٧. والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٨ والمدخل للدكتور توفيق فرج ص٦٨٦-٦٨٧. وموسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٨٨٣/٢، ٨٨٤.

(٢) ونرى أن القانون المدني التركي يفرق بين البصير والأعمى ولا يجيز أن يكون الأعمى وصياً راجع في هذا: Aile Hukuku by Oquzman & Dural p. 459 Filiz Kitabevi Istanbul 1994.

إذن القانون التركي يتفق مع بعض الشافعية الذين ذهبوا إلى عدم صحة الإيصاء إلى الأعمى لعدم صحة بيعه وشرائه بنفسه. انظر شرح المنهاج ١٠٢/٦.

المبحث الثالث : المولى عليهم

تكلمت فيما سبق عن الولاية وأقسامها وبينت من هو الولي، كما تكلمت عن مراتب الأولياء.

وهنا أتكلم عن الخاضعين للولاية: وقد جعلت الكلام عن هذا في خمسة مطالب وهي:

المطلب الأول: المولى عليه الصغير.

المطلب الثاني: المجنون والمعتوه.

المطلب الثالث: السفيه وذو الغفلة.

المطلب الرابع: المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

المطلب الخامس: المولى عليه الغائب.

المطلب الأول ـ المولى عليه الصغير:

أولاً ـ في الفقه الإسلامي:

تعريف الصغيرلغة: صغُر صغراً قل حجمه أو سنه(١).

أما في الشرع: فقد عرفه صاحب فتح الغفار بقوله: "حقيقة الصغر: مدة عمر الشخص ما بين الولادة إلى حين البلوغ"(٢).

ويرشد هذان التعريفان ـ اللغوي والاصطلاحي ـ إلى أن الصغير هو الذي لم يبلغ الحلم ذكراً كان أو أنثى وقد اتفق الفقهاء على الحجر على الصغير(٣) ، وإذا كان الحجر على

---

(١) المعجم الوسيط ٥١٥/٦ انتشارات ناصر خسرو ـ طهران ـ إيران.

(٢) فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار للشيخ زين الدين إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي المتوفى ٩٧٠هـ ـ ج٨٤/٣ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٥٥هـ ١٩٣٦م.

(٣) الأحوال الشخصية للمرحوم الدكتور محمد مصطفى شلباته الحسيني ص٢٧ مطبعة دار التأليف شارع يعقوب بالمالية بمصر.

الصغير محل اتفاق بين الفقهاء إلا أنه مما تجب ملاحظته أن بعض تصرفاته تخرج عن إطار الولاية إذ إن الفقهاء يقسمون تصرفات الصغير إلى ثلاثة أقسام(١) :

١ . تصرفات نافعة نفعاً محضاً: كقبول الهبات من غير عوض والاستحقاق في الوقف من غير مقابلة أي التزام، وهذه نافذة من غير حاجة إلى إذن الولي، فمثل هذه التصرفات تخرج عن الولاية ويخالف في ذلك الشافعية(٢).

٢ . تصرفات ضارة ضرراً محضاً(٣) : كالتبرعات والطلاق والعتق وهذه التصرفات تقع باطلة فلا تنعقد أصلاً باتفاق الفقهاء لا من الصغير ولا من وليه.

٣ . تصرفات دائرة بين النفع والضرر: مثل البيع والشراء والإجارة، وهذه تنعقد موقوفة على إجازة من له حق الولاية على المال فإن أجازها نفذت وإلا فلا(٤).

أقول: وعدم انعقاد التصرفات الضارة ضرراً محضاً من الصغير أو من وليه هو عين المصلحة. لأن الولاية منوطة بالمصلحة ولا مصلحة في القيام بها.

ثانياً ـ المولى عليه الصغير في القانون:

عرفنا في الفقه الإسلامي أن هناك من التصرفات ما يقع صحيحاً نافذاً من الصغير وبالتالي يخرج من إطار الولاية كما أن هناك تصرفات أخرى تصح بإذن الولي فتأخذ نفس الحكم فما هو الحال في القانون؟ الإجابة عن ذلك نتناولها فيما يلي:

---

(١) المرجع السابق وشرح التلويح على التوضيح ص١٦٨ والمبسوط ج٢١/٢٥ والملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة دار الفكر العربي.

(٢) حيث يمنعون جميع التصرفات لأن عبارته ملغاة إلا في بعض الأمور كالأذن في دخول الدار: انظر التكملة الثانية للمجموع (شرح المهذب) ج١٣/٢٤٤.

(٣) المجلة: المادة ٩٦٧ والأحكام الشرعية المادة ٤٨٥. المجلة تتكلم في المادة ٩٦٧ في هذه التصرفات كلها: انظر أيضاً بالإضافة إلى ما سبق مختصر شرح الأحكام الشرعية للشيخ محمد زيد الابياني ص٤١٠ مطبعة على سكر أحمد بمصر الطبعة الثانية سنة ١٣٣٠هـ - ١٩١٢م.

(٤) شرح التلويح على التوضيح والمبسوط في الموضعين السابقين وأحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للشيخ أحمد إبراهيم بك ص٤٤ محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا ـ كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة.

يفرق القانون فيما يختص بالقُصّر (من لم يبلغوا سن الرشد)(١) بين الصبى غير المميز والصبى المميز:

فالصبى غير المميز: من كان سنه دون سبع(٢) سنوات وهو فى هذه الحال يكون فاقداً لأهلية الأداء(٣) ، وبناء على ذلك تقع تصرفاته جميعاً باطلة، والذى ينوب عنه وليه أو وصيه (م/٤٥ و١١٠ مدنى) والقانون بهذا يتفق مع الفقه الإسلامى.

أما الصبى المميز: فهو من بلغ سن السابعة إلى سن الحادية والعشرين(٤) (سن

---

(١) الرشد: عند جمهور الفقهاء صلاح المال وعند الشافعية صلاح الدين والمال، لأن من ضيع دينه ضيع ماله، ومن لا يؤتمن على دينه لا يؤتمن على المال، العقود المسماة فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى والقانون المدنى الأردنى للدكتور وهبة الزحيلى ص٤٠٧ ونرى أن القانون المدنى التركى يفرق أيضاً بين الصبى المميز والصبى غير المميز. نصت على ذلك المادة (١٦) من القانون المدنى التركى.

(٢) المميز: هو الذى أتم سن السابعة، وغير المميز هو الذى لم يتم سن السابعة من العمر. لقوله ص: «مروا أولادكم بالصلاة، وهم أبناء سبع سنين» فيكون سن التمييز سبع سنوات هجرية كاملة (م١٥٩) إماراتى (م١١٨) أردنى، لكن لم يصرح القانون الأردنى بوصف السنة بالهجرية المرجع السابق للدكتور وهبة الزحيلى.

(٣) الأهلية: هى صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق قبل غيره وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق وبذلك يتبين أن الأهلية ذات شعبتين: أحدهما: أهلية لأن تثبت له حقوق وأن تثبت عليه حقوق. والثانية: أهلية لأن ينشىء التزامات على نفسه وتصرفات تجعل له حقوقاً قبل غيره. والأولى تسمى أهلية الوجوب وهذه تثبت له بمقتضى إنسانيته فالأصل فى ثبوتها كونه إنساناً والثانية تسمى أهلية الأداء والأصل فى ثبوتها ليس مجرد الإنسانية بل الأصل فى ثبوتها التمييز : أصول الفقه للإمام أبى زهرة ص٢٠٧ نشر دار الفكر العربى.

(٤) سن الرشد فى القانون المدنى التركى ثمانى عشرة (المادة ١١) ومن المشهور فى القانون الفرنسى أنه جعل سن البلوغ فى الواحدة والعشرين وكذلك فى المذهب الأرثوذكسى ولم يجز بدء البلوغ قبل هذه السن: القانون المدنى الفرنسى المادة (٣٨٨) والقانون الأرثوذكسى الحق العائلى المادة (٢٢٧). وليس لتمديد سن البلوغ أهمية فى القانون الرومانى إذ إن للأب سلطة مطلقة على ابنه ما دام حياً وإن الشرائع الالمانية والإيطالية والرومانية توافق القانون الفرنسى فى جعل سن البلوغ فى الواحدة والعشرين، فى حين أن القانون السويسرى يجعله فى العشرين. والأسبانى فى الثالثة والعشرين. هذا ما ذكره الأستاذ نجيب صدقه فى مقالته التى نشرت فى (المشرق) ج٢/٣٦ ص: ٢١٣ سنة ١٩٣٨م. ومقارناً كل ما سبق بالسلطة الأبوية فى الشرع الإسلامى.

و فى قانون البلوغ الباكستانى Majority Act المادة (٣) ما نصه : يعتبر الشخص الساكن فى باكستان أنه قد بلغ سن البلوغ عندما يكمل ثمانية عشر عاماً وليس قبله. ولكن فى حالة القاصر الذى عينت المحكمة وصياً له أو لماله أو لكليهما يكون سن البلوغ واحدا وعشرين عاما : Sec.3 Majority Act (IX of 1875)

الرشد) وله أهلية أداء ناقصة إذ يتوافر له بعض أسباب التمييز (م/٤٦ مدني).

ولقد أوضحت المادة (١١١ مدني) حكم تصرفاته في هذه الحال فنصت على الآتي:

١ . إذا كان الصبي مميزاً وقعت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً(١).

٢ . وعلى العكس من ذلك تقع تصرفاته باطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً(٢) ، ويقصد بالتصرفات الضارة تلك التي تنشيء في جانب القاصر التزاماً دون أن تكسبه حقاً في مقابله كهبة بعض أمواله للغير والتصرفات النافعة نفعاً محضاً تلك التي من شأنها زيادة أمواله أو حقوقه أو إنقاص ديونه دون أن يخرج من ذمته أو يتحمل مقابل ذلك أي شيء كقبول الهبة أو الوصية(٣).

٣ . أما التصرفات المالية التي تدور بين النفع والضرر فإنها تكون . والحالة هذه . قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، وينتهي حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أوإذا صدرت الإجازة من وليه، أو من المحكمة بحسب الأحوال طبقاً للقانون.

ويلاحظ أن هناك بعضاً من الاستثناءات نصت عليها المادة ١١٢ وهي: "إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون" (المادة ٦٤ من قانون الولاية على المال).

---

(١) ولا يعترف القانون الفرنسي بحق الصغير في قبول الهدايا والهبات إلا إذا كان له ذلك في عقد زواجه Contret de meriage القانون المدني: المادة ١٣٨٥ والاحكام الشرعية المادة ٤٨٥ للمجلة المادة ٩٦٧ وإن القانون التركي يتفق مع القانون المصري حيث إن المادة (١٦) من القانون المدني التركي نصت على صحة تصرفات الصبي المميز متى كانت نافعة نفعاً محضاً أي بغير عوض.

(٢) والقانون الفرنسي يتفق مع الشرع الإسلامي و يحافظ على مصالح الصغار فيذهب إلى أن جميع تصرفاتهم القولية يمكن أن تفسخ أن ثبت أن فيها ضرراً لهم، مهما كان هذا الضرر طفيفاً. القانون المدني المادة ١٣٠٥؛ راجع أيضاً المواد من ١٣٠٦- ١٣١٠.

(٣) المدخل للدكتور عبد المنعم البدراوي ص٢٨٤. والمدخل للدكتور توفيق فرج ص٦٤٧.

وترشد هذه الاستثناءات إلى أن التصرفات التي يجوز للصبي المميز القيام بها وممارستها إنما تعد خارجة عن نطاق النيابة، إذ هو يعتبر كامل الأهلية بخصوصها(١)

المقارنة:

ومن هذا نعلم: اتفاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أن الصغير محل للولاية، وأنه في الفقهين ينقسم إلى مميز وغير مميز، وأن المميز تنقسم تصرفاته إلى(٢) :

* نافعة نفعاً محضاً.

* ضارة ضرراً محضاً.

* دائرة بين النفع والضرر.

إلا أن الخلاف بينهما منحصر فيما يأتي : أن القانون قد جعل نهاية الولاية على الصبي المميز ببلوغه رشيداً وحدد هذاالرشد بالسن وهو بلوغ الصبي إحدى وعشرين سنة بينما في الفقه الإسلامي البلوغ له علامات وفيها ما هو خاص بالأنثى: وهو الحيض والحمل. ومنها ما هو مشترك بين الرجال والنساء وهو الإنزال والإنبات عند الجمهور.

والسن وإن اختلف الفقهاء في تحديده لكن لا يكفي في الفقه الإسلامي البلوغ(٣) وحده لكي يصير الشخص مستوفياً لأهلية الأداء بل لابد من إيناس الرشد مصداقاً لقوله

---

(١) المادة ٥ من قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦م. والمولد: ٥٧، ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٤ من قانون الولاية على المال. وانظر في هذا موسوعة الأحوال الشخصية للمستشار معوض عبد التواب ٩٤٨/٢ وما بعدها.

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة ٩٦٧ شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز اللبناني طبعة ثالثة مصححة ومزيدة: طبع على نفقة الحاج عبد الغفار وأولاده بدلهي كما طبع في بيروت المطبعة الأدبية سنة ١٩٢٣م. وشرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المادة ٤٨٤- ٤٨٥- ٤٨٦. لمحمد زيد الأبياني. الجزء الثاني ص٢١٨ لعام ١٣٢١هـ مطبعة الشعب بشارع محمد علي بمصر ١٩٠٣م. ونصوص مواد المشروع العربي الموحد في مشروع قانون المعاملات المالية العربي المادة ١٦٧. الفعل الضار والضمان فيه للدكتور مصطفى أحمد الزرقا دار القلم - دمشق. الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ ١٩٨٨م.

(٣) بدائع الصنائع ١٧٢/٧ ورد المحتار ٥٢/٦ وشرح الخرشي ٢٩٠/٥ والتاج والاكليل للمواق ٥٩/٥ والولاية على النفس للدكتور حسن الشلالي ص٢٨٩.

تعالى: {فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم}(١).

المقارنة:

ومما تقدم نعلم أن فقهاء الإسلام لم يحددوا سناً معينة للرشد كما هو الحال في القانون(٢) . كما تقدم . وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على سعة أفق فقهاء الإسلام لاختلاف ذلك بحسب حالة الشخص وموطنه وظروف الحياة التي يحياها(٣).

المطلب الثاني ـ المجنون والمعتوه:

أولاً ـ في الفقه الإسلامي:

١ . الجنون لغة: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً(٤) فالجنون هو كون العقل مسلوباً وعرفه الإمام المطرزي بقوله: "الجنون: زوال العقل أو فساده"(٥).

٢ . أما الجنون في الاصطلاح: فقد قيل: "إنه اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب فإنه لا يظهر آثارها وتتعطل أفعالها"(٦) وعرفه الإمام البزدوي بقوله: "والمعنى الموجب انعدام آثاره وتعطيل أفعاله الباعث للإنسان على أفعال

---

(١) سورة النساء الآية ٦.

(٢) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبي زهرة ص٢١٨ دار الفكر العربي.

(٣) الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبي زهرة ص٢١٩- ٢٢٠ ويذهب الإمام أبو حنيفة عليه الرحمة إلى أن أهلية الأداء تصير كاملة ببلوغ الشخص خمساً وعشرين سنة فيسلم إليه ماله ولو كان سفيهاً مبذراً لماله وانظر أيضاً المبسوط للسرخسي ج٢٤/١٦١ ومجلة الأحكام العدلية المادة ٩٨٢. وشرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ محمد زيد الأبياني المادة (٤٩٦).

(٤) التعريفات للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ص٣٥ انتشارات ناصر خسرو ـ طهران ـ إيران. وانظر أيضاً القاموس المحيط ٤/٢١٠ والقاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبي حبيب نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان. وانظر أيضاً: أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١/١٦٩. دار الفكر ـ دمشق. الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م. وعرفه الدكتور أحمد الزرقاء بأنه: «اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان» في المدخل الفقهي ف: ٤٦٠.

(٥) المغرب في ترتيب المعرب ١/٩٤ نشر دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ لبنان.

(٦) مرآة الأصول ص٣٣٦.

مضادة لتلك الأفعال من غير ضعف في عامة أطرافه وفتور في سائر أعضائه"(١).

ومهما يكن من شيء فإن هذه التعاريف وإن تعددت ألفاظها إلا أنها تدور حول معنى واحد وهو أن الجنون عبارة عن اختلال القوى العقلية لدى الإنسان حيث يؤدي هذا الاختلال إلى عدم جريان الأقوال والأفعال على ضوء نهج العقل السليم.

٣ . أنواع الجنون: يتنوع الجنون إلى نوعين:

أحدهما . الجنون الأصلي: ومعناه: "أن يولد الإنسان فاقد العقل فلا يصلح لقبول ما أعد لقبوله من العقل"(٢) وهذا الجنون لا يرجى لصاحبه الشفاء منه. وقيل: المراد بالجنون الأصلي هو "الجنون المتصل بزمان الصبا بأن يجن الإنسان صغيراً، فعندما يبلغ يبلغ مجنوناً"(٣).

ثانيهما . الجنون العارض: ومعناه أن يبلغ الإنسان سليم العقل كامل الفهم ثم يطرأ له الجنون. وقد عرفه الإمام البزدوي بقوله: "وأما معنى عارض أوجب زوال الاعتدال الحاصل للدماغ" وهذا النوع من الجنون يمكن أن ينفع معه العلاج بما يسّر الله ومن الأدوية المتنوعة المتعددة(٤).

ويرى علماء الأصول أن الله عز وجل قد اعتنى بخلق الإنسان وحافظ عليه من الآفات(٥) استدلالاً بقوله تعالى: {الذي خلقك فسواك فعدلك}(٦) لذا، الأصل في الجنون عندهم هو أنه عارض وليس بأصلي، إذ سلامة الإنسان من الآفات هي الأصل

---

(١) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام محمد البزدوي للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري ٤/١٣٨٤.

(٢) كشف الأسرار ٤/١٣٨٣.

(٣) تيسير التحرير للعلامة محمد أمير المعروف بأمير بادشاه ٢/٤٣٠ مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة ١٣٥٠هـ. وانظر أيضاً في هذا: أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١/١٦٩ دار الفكر - دمشق. والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص٢٦٥.

(٤) كشف الأسرار ٤/١٣٨٤، وأصول الفقه الإسلامي (السابق) ١/١٦٩، والمدخل (السابق) ص٢٦٥.

(٥) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح للعلامة سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي المتوفى ٧٩٢هـ والمتن للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي المتوفى ٧٤٧هـ ج٢/١٦٧ مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر - القاهرة. والتقرير والتحبير ٢/١٧٤.

(٦) سورة الإنفطار الآية ٧.

والجنون العارض يمكن معالجته، لذا فمثله مثل أى مرض آخر يصاب به الإنسان.

٤ . المعتوه لغة: "الناقص العقل.. وقيل: المدهوش من غير جنون. وقد عَتِهَ عتهاً وعَتاهاً وعَتاهِيَةً"(١).

وقال الجرجانى فى كتابه (التعريفات)(٢) "العته: عبارة عن آفة ناشئة عن الذات توجب خللاً فى العقل فيصير صاحبه مختلط العقل فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين، بخلاف السفيه فإنه لا يشابه المجنون لكن تعتريه خفة إما فرحاً وإما غضباً".

المعتوه فى الشرع: "من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون"(٣) وبعض الفقهاء يعتبر العته والجنون شيئاً واحداً على ما جاء فى الهداية للمرغينانى(٤) وهو "المجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه". وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث لا تتغير به الأحكام لأن من لا يميز يكون فاقد الأهلية، سواء سمى مجنوناً أو معتوهاً.

مشروعية الحجر على المجنون:

اتفقت(٥) كلمة الفقهاء على أن الجنون موجب للحجر. فإذا أصيب إنسان بالجنون فإنه يحجر عليه فى تصرفاته التى تتوقف فى صحتها ونفاذها على العقل. والقول بالحجر لم يكن مراداً به النيل من المجنون، إنما الغرض منه هو مراعاة مصلحة المجنون نفسه. والقول بصحة الحجر على تصرفات المجنون لم يكن متناولاً لجميع هذه التصرفات، لأن للمجنون أهلية ثابتة مؤداها أن يثبت له الملك كما يثبت له الإرث. كما أن أفعاله التى لا تتوقف فى صحتها على العقل تكون معتبرة(٦).

---

(١) المقرب للمطرزى ٢/٢٠٣ والمعجم الوسيط ٢/٥٨٣.

(٢) التعريفات للجرجانى ص٦٣ انتشارات ناصر خسرو - طهران.

(٣) حاشية ابن عابدين ٦/١٤٤ وانظر أيضاً فى معنى العته شرعاً مرآة الأصول ٢/٤٤١. والتلويح على التوضيح ٢/١٦٨. وكشف الأسرار ٢/١٣٩٤. والتقرير والتحبير ٢/١٧٦.

(٤) الهداية ٣/٢٨٠.

(٥) حاشية ابن عابدين ٦/١٤٢ وحاشية الدسوقى ٣/١٩٢، وتكملة المجموع ١٣/٣٤٤، والمغنى ٤/٥٠٥، وشرائع الإسلام ٢/٩٩ والبحر الزخار ٥/٨٨، والمحلى ٨/٢٧٨، وشرح التلويح على التوضيح ٢/١٦٦ و١٦٩.

(٦) كشف الأسرار للنسفى ٢/٢٦٣.

فمن هذا نرى أن الحجر على المجنون لم يكن مصادرة لجميع أفعاله وأقواله، إلا أنه لما فات عقله بعارض الجنون كان هذا العارض من أسباب الحجر عليه فبما تتوقف صحته على العقل نظراً له كالصبا والرق فإنهما من أسباب الحجر نظراً للصغير والمولى، والحجر على أقواله صحيح جائز، لأن اعتبارها بالشرع بخلاف الأفعال إذ أنها توجد حسا لا مرد لها فلا يتصور الحجر عليها شرعاً فتفسدت عباراته حتى لم تصح أقاريره وعقوده وغيرها.

ويتضح مما سبق أن الحجر ثابت في حق المجنون بحكم الشرع ولا يتوقف على صدور الحكم من القاضي وهذا ما قال به جمهور العلماء وخالفهم في ذلك . المالكية . إذ أنهم يرون أن الحجر لا يتم على مجنون إلا إذا صدر الأمر به من أبيه أو وصيه أو القاضي(١). وفي حالة الحجر على المجنون لابد من تعيين من يتولى شئونه ويرعى أموره. فإن كان له ولي استمرت الولاية عليه، وإن لم يكن له ولي يعين القاضي له من يتولى تدبير شئونه ورعايته لأموره.

ومتى زال الجنون عن المجنون وأصبح عاقلاً رفع الحجر عنه من غير توقف على أمر القضاء باتفاق أهل العلم. وإذا كان الجنون عارضاً أصابه بعد البلوغ لرتفع الحجر بمجرد الإفاقة من الجنون. بينما إذا كان الجنون أصلياً وأفاق منه قبل البلوغ لا يرتفع الحجر بمجرد الإفاقة مع البلوغ إنما يتوقف على إيناس الرشد.

ثانياً ـ المجنون والمعتوه في القانون:

١ . المجنون:الجنون هو ضياع العقل وفقده بسبب آفة أصابت الشخص وهو يؤدي إلى فقد التمييز(٢). ومن ثم يفقده الأهلية، فلا يعتد بأقواله وأفعاله، وقد يكون مطبقاً أي

---

(١) الكافي ٨٣٢/٢

(٢) نظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص١١٢. والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٢ ومبادىء القانون للدكتور عبد المنعم البدراوي ص٣٦٠ نشر مكتبة سيد عبدالله وهبة طبعة ١٩٧٠، والمعجم القانوني لحارث سليمان الفاروقي مكتبة لبنان ساحة رياض الصلح ـ بيروت. الطبعة الرابعة مادة "Insanity" أي الجنون ويعرف الدكتور حارث سليمان الفاروقي الجنون بأنه: "خلل القوى العقلية أو اختلالها. اضطراب توازن نفساني ينبعث عن هوطي الدماغ وسوء تركيب جزئياته أو عن أي عامل مخل ينصب على الإدراك والعاطفة والإرادة والمشاعر والتصرفات الخلقية ويتفاوت تأثيره بتفاوت خطورته. (الأغراض القانون) فقدان الإدراك =

مستمراً وقد يكون غير مطبق أى غير مستمر والقانون على ما فى المادة: ٤٥ مدنى لا يفرق بينهما، إذ يعتبره كالصبى غير المميز، ولكن يفرق القانون فى أمر آخر وهو تصرفات المجنون إذا وقع التصرف قبل تسجيل قرار الحجر أو بعده(١) :

* فإذا صدر من المجنون أى نوع من التصرفات بعد تسجيل طلب توقيع الحجر أو تسجيل قرار الحجر فإنه يقع باطلاً باتفاق فقهاء القانون.

* أما التصرف الصادر من المجنون قبل ذلك فإنه يقع صحيحاً إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة أو كان الطرف الآخر على علم به وذلك رعاية للمتعاقد حسن النية الذى تعاقد معه المجنون وعملاً على استقرار المعاملات (المادة ١١٤ مدنى).

ويرى بعض أهل القانون(٢) أن تصرفات المجنون فى الحالة الثانية تقع باطلة حتى ولو كان الجنون غير شائع، أو كان الطرف الآخر على غير بينة به وذلك على أساس انعدام الإرادة، كما أن تصرفاته تقع باطلة بعد الحجر بسبب فقدان الأهلية(٣). وهذا الذى سار عليه القضاء قبل صدور المجموعة المدنية الجديدة.

أثر الحكم بالحجر على المجنون:

يرى أهل القانون أنه يلزم لترتب الأثر السابق أن يصدر حكم الحاكم بالحجر (المادة ١١٣ مدنى) والمادة ٦٥ من قانون الولاية على المال. إلا أنه مما تجب ملاحظته فى هذا المقام، أن الشخص إذا بلغ وبه جنون أو عته، فإن الولاية أو الوصاية تستمر عليه دون حاجة إلى حكم على ما ترشد إليه المادة (٤٤) مدنى والمادة (١٨) من قانون الولاية على المال.

= والذاكرة والذكاء إلى حد يمنع المصاب من تفهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها والتمييز بين الخبيث والطيب" ص٣٦٩. وانظر أيضاً فى تعريف الجنون فى القانون التركى Aile Hukuku by Oguzman-Dural p.443. Istanbul 1994.

(١) مبادىء القانون للدكتور عبد المنعم البدراوى (السابق) ص٣٩٧. وأحكام الولاية على المال للمستشار صلاح خاطر - مجلة نادى القضاة عدد ١٩٨٠ ص٦٦ وما بعدها. (الكتاب الأول).

(٢) المدخل للعلوم القانونية د. توفيق فرج ص٦٥٣.

(٣) الدكتور البدراوى فى كتابه "مبادىء القانون" ص٤٠٠ الطبعة السابقة والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فى كتابه (نظرية الحق) ص١١٦ هامش١، ود. توفيق فرج فى المدخل ص٦٥ هامش١.

وعلى سبيل المقارنة: فإنه يتضح لي مما تقدم أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في موضوع الحجر على المجنون ولم يكن بينهما من خلاف إلا في أن الشريعة تفرق بين الجنون المطبق وغيره فتجعل تصرفات المجنون حال الإفاقة صحيحة، كذلك يثبت الحجر على المجنون دون الحاجة إلى حكم الحاكم بالحجر عند جمهور الفقهاء، خلافاً للمالكية - على ما سبق - بينما يشترط القانون في صحة التصرف الصادر من المجنون قبل تسجيل قرار الحجر ألا يكون الجنون شائعاً وإلا يكون الطرف الآخر على علم به.

فإن كان الجنون شائعاً وكان الطرف الآخر على غير علم به، فإن التصرف يقع باطلاً في هذه الحال. وأما القانون التركي فيشترط توافر أحد هذه الشروط الثلاثة للحكم على المجنون بالحجر وهي(١) :

* عجز الشخص عن مسايرة أعماله.

* أن يكون محتاجاً إلى رعاية بصفة دائمة.

* أن يكون مهدداً لأمن غيره.

٢ - المعتوه: يعرفه أهل القانون بأنه: من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون(٢). فهو ناقص العقل مختله بينما المجنون فاقد العقل بالكلية: فالموصوف بالعته يشبه العقلاء من ناحية والمجانين من ناحية أخرى(٣). هذا فضلاً عن أن القانون التركي في المادة رقم (٣٥٥) منه يرى أن المعتوه يحجر عليه.

وعلى سبيل المقارنة فإن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في أن المعتوه يحجر عليه إلا أن فقهاء الشريعة يفرقون بين ما إذا كان المعتوه بحالة يعقل فيها التصرف أم لا؟

---

(١) انظر فيها AileHukuku by Dguzman-Durel p. 433
هذا ما نصت عليه المادة ٣٥٥ من القانون المدني التركي.

(٢) نظرية الحق د. عبد الفتاح عبد الباقي ص١٠٦. ونظرية الحق د. أحمد سلامة ص٥٧. وعرفه حارث سليمان الفاروقي في المعجم القانوني له في المادة unsound mind ليقوله: عقل غير سليم به علة أفقدت صاحبه أهلية القيام بأود نفسه وإدارة شئونه وأعماله الخاصة. ويعتبر of unsound mind من كان معتوهاً أو ذا غفلة أو مخالطاً..." مكتبة لبنان الطبعة الرابعة.

(٣) المدخل للدكتور سليمان مرقس ص٥٦٢ والمدخل للدكتور حسن كيرة ص٥٠٠.

ففى الحالة الأولى يأخذ حكم الصبى المميز فى تصرفاته، وفى الحالة الثانية يأخذ تصرفه حكم الصبى غير المميز فى عدم نفاذ تصرفه. ولكن المقنن المصرى لم يأخذ بتلك التفرقة بل سوى بين المعتوه والمجنون فى حكم تصرفه(١).

المطلب الثالث ـ السفيه وذو الغفلة:

أولاً ـ المولى عليه السفيه وذو الغفلة فى الفقه الإسلامى:

١ . السفيه:

تعريف السفيه لغة: السفيه هو من يبذر ماله فيما لا ينبغى. والجمع: سُفَهَاءُ وسِفَاهٌ وهى سفيهة(٢).

وفى «التعريفات» السفه : "عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فيحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع"(٣).

والسفيه فى الشرع(٤) : "هو الذى لا يحسن القيام(٥) على تدبير أمواله وينفقها

---

(١) د. البدراوى (السابق) ص٣٩٨. وعوارض الاهلية للدكتور حسين التورى ص١٠٤.

(٢) المعجم الوسيط ج١/٤٢٤- ٤٢٥.

(٣) التعريفات للسيد الشريف الجرجانى ص٥٢. وانظر أيضاً فى معنى السفه والسفيه: القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً لسعدى أبى حبيب مادة (سفه وسفيه) ص١٧٣- ١٧٤.

(٤) عند الحنفية: " السفيه: الخفيف العقل، المتلف لماله فيما لا غرض له فيه، ولا مصلحة. راجع البدائع ٧/١٦٩، ١٧١ وتبيين الحقائق ٥/١٩٥، واللباب ٢/٦٨ وما بعدها.

عند المالكية: هو المبذر لماله إما لإنفاقه باتباعه لشهوته، وإما لقلة معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً فى دينه. راجع بداية المجتهد ٢/٢٧٩ والقوانين الفقهية ص٣٢١.

عند الشافعية: السفه: تبذير المال، وسوء التصرف. مغنى المحتاج ٢/١٦٨ وما بعدها والمهذب ١/٣٢٢.

عند الحنابلة: السفيه: هو الذى لا يحسن التصرف. ضعيف العقل وشيئ التصرف: المغنى ٤/٤٦٩ وما بعدها وكشاف القناع ٣/٤٤٠ وما بعدها.

عند الإمامية: هو الذى يصرف أمواله فى غير الاغراض الصحيحة. شرائع الإسلام ٢/١٠١.

(٥) الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شلبى الحسينى ص٢٨- ٢٩.

فى غير موضعها(١) وهو نوعان:(٢)

أ . سفه يصاحب البلوغ ويستمر بعده، ويرى الفقهاء أن أمواله لا تدفع إليه وفى جواز تصرفاته رأيان:

أحدهما: أنه لا يمنع من العقود والتصرفات لأن منع المال عنه لعجزه عن حفظه لا الحجر عليه.

ثانيهما: أن عقوده وتصرفاته لا تنفذ حتى يرشد ويستمر هكذا حتى يبلغ الخامسة والعشرين فإن بلغها سلم إليه ماله ولو كان سفيهاً. لما روى عن عمر رضى الله عنه قال: "ينتهى لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة".

ب . سفه طارىء ويرى الإمام أبو حنيفة أنه ليس من أسباب الحجر، فلا يصح الحجر عليه لأنه مخاطب بالوفاء بالعقود ولم يسقط عنه التكليف(٣).

ولما ورد فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال: «ذكر رجل لرسول الله ص أنه يخدع فى البيع فقال: من بايعت فقل لا خلابة»(٤) رواه الشيخان بسندهما ومعنى (لا خلابة) أى لا غش ولا خديعة.

---

(١) وعرف السفه فى شرح المنار بأنه: "عبارة عن التصرف فى المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل" شرح المنار ص ٩٨٨. وعرف الدكتور وهبة الزحيلى السفيه بأنه: من يبذر ماله ويصرفه فى غير موضعه الصحيح" العقود المسماة فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى والقانون المدنى الاردنى ص٤٠٩. دار الفكر - الطبعة الاولى. وعرف أيضاً فى كتابه (أصول الفقه الإسلامى) السفه بأنه: "فى الشريعة عبارة عن خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل= بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة" ١/١٨١- ١٨٢، دار الفكر ١٩٨٦م. وعرفت المادة (٩٤٦) من مجلة الأحكام العدلية السفيه: "بأنه الذى ينفق ماله فى غير موضعه ويبذر فى نفقاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف".

(٢) المبسوط للسرخسى ج٢٤/١٦١ طبع إدارة القران - كراتشى - باكستان. وانظر أيضاً الأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى شماته الحسينى ص٢٨- ٢٩.

(٣) أسباب الحجر ثلاثة: الصغر والرق والجنون والعته: الاحوال الشخصية للشيخ الحسينى ص٢٩ مطبعة دار التاليف بالمالية بمصر سنة ١٩٧٣م.

(٤) فتح المبدى بشرح مختصر الزبيدى على صحيح البخارى لشيخ الإسلام عبدالله بن حجازى بن إبراهيم الشرقاوى المتوفى ١٢٢٧هـ مطبعة صبيح (كتاب البيوع) حديث رقم ٩٦٩ وسنن الترمذى ٢/٢٦١ أبواب البيوع، باب ما جاء فيمن يخدع فى البيع حديث رقم ١٢٦٨ ونيل الأوطار ٥/١٨٢ وسبل السلام ج٣/٣٥ كتاب البيوع مطبعة الحلبى.

فلو كان الحجر مشروعاً واجباً أو جائزاً لحجر عليه، وأيضاً إذا بلغ الشخص عاقلاً فقد وصل إلى حد الإنسانية المستقلة، فإذا منع من التصرف ففى ذلك إهدار لكرامته وأنها فوق المال، وقد أبحنا له أن يتزوج مع خطر عقد الزواج فى الحياة الاجتماعية فأولى أن تترك له حرية التصرف فى المال(١).

ويرى جمهور الفقهاء(٢) : أن السفه من أسباب الحجر فيجوز الحجر عليه إذا كان الجنون طارئاً. لقوله تعالى: {ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً}(٣) وفى مصلحة السفيه نفسه أن يمنع عنه ماله لأنه لو ترك وشأنه لضاعت أمواله وأصبح عالة على الناس. ولكنهم اختلفوا فى وقت ابتداء الحجر(٤) فقال الإمام محمد بن الحسن الشيبانى "إنه يبتدىء من وقت وجود السفه وهو مقابل الأصح عند الشافعية. لأن سبب الحجر التبذير، فإذا وجد السبب وجد المسبب" وقال الإمام أبو يوسف: "إنه يبتدىء من وقت حكم القاضى بالحجر وبه قال أكثر أهل العلم" وأما قبل الحكم فجميع تصرفاته نافذة لأن الحجر على السفيه فيه خلاف بين الفقهاء. ويحتاج فيه إلى الاجتهاد، فلابد من الترجيح بحكم القاضى، وهو الراجح لأننا لو أبطلنا تصرفات السفيه قبل الحكم لكان فى ذلك إضرار بمن تعاملوا معه على أساس أنه رشيد مع جهلهم بحالته.

أثر الخلاف فى اشتراط الحكم بالحجر على السفيه:

ينبنى على اختلاف الفقهاء السابق فى اشتراط حكم بالحجر على السفيه أم لا. هو

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ الحسينى ص٢٩.

(٢) المغنى لابن قدامة ٤٥٨/٤ وكشف الأسرار ١٤٩٢/٤ وانظر أيضاً المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص٢٧٢. والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٤٣٨/٥.

(٣) سورة النساء الآية ٥.

(٤) الهداية ٢٨٢/٣ ومواهب الجليل للمطاب ٧٤/٥ والبهجة فى شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لأبى بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسى الغرناطى ج٢/٢٠١ الطبعة الثانية لمطبعة مصطفى الحلبى عام ١٣٧٠هـ وفتح العزيز على الوجيز للإمام أبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى المتوفى عام ٦٢٣هـ (مطبوع مع كتاب الوجيز للغزالى) ج١٠/٢٨٦ والمجموع التكملة الثانية ٢٧٢/١٣ والمغنى لابن قدامة ٥١٩/٤. ومجلة الأحكام العدلية م: ٩٨٤ و٩٩٧ والبحر الزخار ج٣٢٤/٥.

أن من قال بضرورة حكم الحاكم بالحجر على السفيه أن أفعاله تكون صحيحة قبل صدور الحكم رغم وجود التبذير، وتكون باطلة بعد صدور الحكم. وعلى رأى من قال بعدم الاشتراط: تكون باطلة بمجرد وجود حالة التبذير.

جاء في (تبصرة الحكام): "وأما أفعاله قبل ذلك (أى قبل حكم الحاكم) فإن أفعاله فيه جائزة عند مالك وجميع أصحابه واختار ذلك سحنون"(١) أ.هـ.

٢ ـ تصرفات ذى الغفلة:

تعريفه لغة(٢) : الغفلة متابعة النفس على ما تشتهيه. وقال سهل: الغفلة: إبطال الوقت بالبطالة وقيل: الغفلة عن الشيء هى ألا يخطر ذلك ببالك. وقال المطرزى فى كتابه (المغرب)(٣) "غفل الشيء كتمه، ورجل مغفل على لفظ اسم المفعول من التغفيل وهو الذى لا فطنة له".

وذو الغفلة فى الشرع(٤) : هو الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاوضات وهو فى أحكامه وتصرفاته كالسفيه فى كل ما ذكر فيه من خلاف بين الفقهاء(٥).

وقد قسم الحنفية تصرفات ذى الغفلة إلى قسمين(٦) :

* قسم يفسده الهزل فالتصرف فيه يقبل النقض وهو التصرفات المالية.

* وقسم لا يفسده الهزل فالتصرف فيه لا يقبل النقض وهو: النكاح والطلاق والعتاق. وموضع الحجر فى السفيه وذى الغفلة ـ كما تقدم ـ هو التصرف المالى أما ما عداه فهما فيه كالرشيد. ويمكن القول إجمالاً بأن تصرفات السفيه وذى الغفلة كتصرف الصبى المميز إلا فى أمور منها:

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥١/٢.

(٢) المعجم الوسيط ٦٥٧/٢ الطبعة الثانية ـ ناصر خسرو ـ طهران. والتعريفات للجرجاني ص٧.

(٣) ج٢٤١/٢.

(٤) الشيخ الحسيني (السابق) ص٢٩.

(٥) بدائع الصنائع ١٦٩/٧. وتبيين الحقائق ١٩٨/٥ والدر المختار ١٠٢/٥ وما بعدها.

(٦) الأحوال الشخصية للشيخ مصطفى شلبي الحسيني ص٣٠.

١ . أن النكاح والطلاق والعتاق من الصبى باطل ومن السفيه وذى الغفلة جائز.

٢ . أن الوصية لا تجوز من الصبى وتجوز من السفيه وذى الغفلة فى حدود الثلث.

٣ . جارية السفيه وذى الغفلة إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه، ومن الصبى لا يثبت.

٤ . السفيه وذو الغفلة مطالبان بجميع التكاليف الشرعية كالصيام والصلاة والزكاة والحج والكفارات ومسؤلان عن الجنايات التى تقع منهما ولا يطالب المميز بشىء من ذلك.

ثانياً ـ تصرفات السفيه وذى الغفلة فى القانون:

١ . السفيه: عرف أهل القانون السفيه بأنه "من يبذر المال ويتلفه على خلاف مقتضى العقل والشرع"(١). سواء أكان ذالك في وجه الخير أو الشر(٢).

٢ . ذو الغفلة: عرفه أهل القانون بأنه "من لا يحسن التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات فيخدع فى معاملاته بسهولة ويغبن"(٣).

---

(١) مبادىء القانون للدكتور عبد المنعم البدراوى ص١٤٠. والمدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق فرج ص١٤٧ نشر مؤسسة الثقافة الجامعية وعرف القانون التركى السفيه بانه المبذر والمسرف ومن يصرف ماله بلاسبب ووعى راجع فى
Yeni Hukuk lugati ve Hukuk terimleri Sözlüğü by T. Azmi Uslu P. 271 Sitelهذا kitabevi - Istanbul 1964.

وانظر أيضاً فى معنى السفيه فى القانون التركى: Aile Hukuku by Oguzman-Dural p. 436, 437. Istanbul 1994.ويطلق على السفيه فى القانون الإنجليزى (Prodigel)عرف الأستاذ سليمان الفاروقى هذه الكلمة بأنها: "سفيه؛ مبذر. الشخص الذى لا يعتبر رغم بلوغه السن القانونية، أهلاً لإدارة شئونه الخاصة نظراً لإسرافه المفرط وسوء سلوكه، ولا يأنسه القانون على تصريف هذه الشئون بل يقتضى تعيين قيم عليه Curatorيتولاها نيابة عنه" ص٥٥٨ المعجم القانونى. وهناك كلمة أخرى بهذا المعنى وهى (Spendthirift)فى القانون الإنجليزى. المعجم القانونى لحارث سليمان الفاروقى ص٦٥٥ مكتبة لبنان.

(٢) نظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص١١٩ مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٦٥.

(٣) الدكتور توفيق فرج (السابق) ص١٥٦.

أما عن التصرفات: فقد فرق القانون بين التصرف الصادر منه قبل تسجيل قرار الحجر، والتصرف الصادر بعده فجعل التصرف الصادر بعده يأخذ حكم تصرف الصبى المميز(١). أما التصرف الصادر قبله فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة غش أو تواطؤ(٢) أو استغلال (المادة ١١٥ مدنى).

اشتراط الحكم:

الولاية على السفيه وذى الغفلة تكون بحكم كما أن رفع الولاية يكون بحكم أيضاً (م/ ١١٣ مدنى) و(م/ ٦٥) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢(٣). وسواء فى ذلك أن يكون السفه أو الغفلة مصاحباً للبلوغ أم طارئاً بعد بلوغ الشخص رشيداً وإن كان الخلاف يظهر فى شخص الولى: حيث تكون الولاية فى الحالة الأولى لمن كانت له قبل ذلك من الولى أو الصبى بحسب الأحوال وفى الحالة الثانية يعين له قيم(٤).

المقارنة:

ومما سبق يتبين أن القانون الوضعى يتفق مع جمهور فقهاء الشريعة فى الحجر على السفيه وذى الغفلة. كما يتفق أيضاً مع أحد الرأيين فى الفقه الإسلامى من أن الحجر

---

(١) وكذلك الأمر فى القانون العراقى والمادة (١٠) الفقرة الأولى راجع فيها: المدخل للأستاذ عبد الكريم زيدان ص٢٧٥. ولا يختلف القانون التركى عن العراقى والمصرى إلا فى نقطة وهى أن الحكم بالحجر على السفيه لا يكفى بل لابد من إعلان الحكم. راجع فى هذا: Aile Hukuku by Oguzmen-Dural p. 452, 453.

(٢) فى المعجم الوسيط ج٢/١٠٤١ تواطأ القوم على الأمر: توافقوا: أ.هـ والتواطؤ يحدث إذا شعر شخص بأنه سوف يطلب توقيع الحجر عليه للسفه فيعمد إلى تهريب أمواله لدى شخص آخر حتى يتهرب من أحكام الحجر ويكون الشخص الآخر متفقاً معه على ذلك: د. عبد المنعم فرج الصدة (السابق) ص١١٠ ومصادر الالتزام للدكتور أنور سلطان ص٧٩ نشر دار المعارف سنة ١٩٨٠م.

(٣) وكذلك الأمر فى القانون العراقى المادة (٦٥) والمادة (١٠) الفقرة الثالثة المدخل (السابق) ص٢٧٥. وكذلك فى القانون التركى والسويسرى المادة (٣٥٦) و(٣٥٩) من القانون المدنى التركى راجع Aile Hukuku by Oguzmen-Dural p. 448.

(٤) أصول الالتزامات في القانون المدني للدكتور مختار القاضي ص: ١٢٧ طبعة ١٩٦٧م. وانظر أيضا المواد ١٨ و ٤٧ و ٦٥ من قانون الولاية على المال والمادتين ٤٧ و ١١٣ مدني.

يحتاج إلى حكم حاكم لأن الحجر من مواضع الخلاف ويحتاج فيه إلى الاجتهاد، فكان لابد من الترجيح بحكم القاضي.

المطلب الرابع ـ المحكوم عليه بعقوبة جنائية

أولاً ـ في الفقه الإسلامي:

نص قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أنه من بين من تشملهم القوامة المحكوم عليه بعقوبة جنائية حيث ينوب القيم عنه في إدارة أمواله أثناء مدة تنفيذ العقوبة.

والجريمة والجناية في الفقه الإسلامي: اسم لفعل مجرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك. لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه بينما يطلقها بعض الفقهاء على جرائم الحدود والقصاص(١).

وبناء على ذلك يمكن القول بأن لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة.

الجنحة في القانون: يعد الفعل جنحة إذا كان معاقباً عليه بالحبس بما يزيد عن أسبوع أو بالغرامة التي تزيد عن مائة قرش (م/ ١١ و١٢ من قانون العقوبات).

والمعنى مما تقدم: أن الجناية والجنحة والمخالفة في القانون هي جناية في الشريعة الإسلامية إذ أن الجناية في الشريعة تعني الجريمة أياً كانت درجة الفعل من الجسامة كبيرة كالجناية في القانون أم بسيطة كالمخالفة في القانون.

الحبس والسجن من العقوبات المقيدة للحرية في الشريعة الإسلامية وهي من عقوبات التعازير وأنها تتنوع ما بين الجلد أو القتل أو الحبس أو التغريب إلى الوعظ والهجر

---

(١) التشريع الجنائي للدكتور عبد القادر عودة ١/٦٠٩.

والتوبيخ والتهديد والتشهير والمصادرة والحرمان من بعض الحقوق (١) المقررة للمجرم.

ومعنى ذلك أنه يجوز أن يعاقب المحبوس بالحرمان من مباشرة تصرفاته المالية مطلقاً سواء سهل عليه أداء بعضها أم صعب عليه ذلك. وهذا راجع إلى تقدير القاضي إذا رأى ذلك.

فالمحبوس شخص كامل الأهلية فالحبس لا يمنعه من مباشرة تصرفاته المالية. جاء في "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٢) تحت عنوان: (ما يمنع المحبوس منه وما لايمنع) ما نصه: "ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة والإقرار لغيرهم من الغرماء، حتى لو فعل شيئا من ذلك نفذ ولم يكن للغرماء ولاية الإبطال، لأن الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات" ولكن إذا رأى القاضي منعه من مباشرة تلك الحقوق بنفسه جمعاً بين الحبس وبين ذلك المنع كان له ذلك، إذ للقاضي أن يجمع بين أكثر من عقوبة تعزيرية. ولكن هل تترك أمواله بلا رعاية من أحد؟

والجواب عن ذلك بالنفي لأن قواعد الشريعة ومرونتها تشمله فإذا كان قد ترك وكيلاً فبها ونعمت، وإن لم يترك طلب منه تحديد شخص معين ليخلفه في القيام بتلك التصرفات.

ثانياً - المحكوم عليه بعقوبة جناية في القانون:

عقوبة الجناية في القانون: هي السجن أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو الإعدام(٣) على ما سلفت الإشارة إليه قبل قليل. فتقضي المادة (٢٥) من قانون العقوبات بأن المحكوم عليه بعقوبة جناية يصير محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ويختار قيماً تصدق عليه المحكمة. فإن لم يختر أحداً قامت المحكمة المدنية الكلية التي يقع في

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص٤٦ الطبعة الرابعة لعام ١٩٦٢م والتشريع الجنائي (السابق) ص٦٨٧ وما بعدها.

(٢) للكاساني ٧/١٧٤.

(٣) شرح قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى السعيد ص٤٦ وانظر أيضاً المادة (١٠) من قانون العقوبات.

دائرتها محل إقامته بتعيين قيمٍ عليه والمنع قاصر على أعمال الإدارة(١). ولا يتقرر إلا بعد اعتقاله وطول مدة الاعتقال فإذا أفرج عنه زال المانع(٢)

المقارنة:

وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية يمنع من أعمال الإدارة لأن للقاضي سلطة في أن يقررها وله كذلك ألا يقررها وفقاً لظروف الشخص وتقدير القاضي المختص. فإذا رأى القاضي منع المحكوم عليه بعقوبة جناية من ممارسته أعمال الإدارة حدث الاتفاق بين الفقهين. أما إذا لم ير المنع لبعض الظروف فهنا يحدث الخلاف بين القانون وجمهور الفقه الإسلامي. وفي هذه الحالة يكون القانون قد اتفق مع ما ذهب إليه أبو حنيفة . رحمه الله ..

المطلب الخامس ـ المولى عليه الغائب:

أولاً ـ في الفقه الإسلامي:

تعريفه: يطلق على المفقود: فقد جاء في كتاب (المغرب) ما نصه: "فقدت الشيء غاب عني.. وأنا فاقد، والشيء مفقود، وتفقدته وافتقدته تطلبته، وافتقدته بمعنى فقدته"(٣).

وجاء في (المعجم الوسيط)(٤) في مادة (غاب) يغيب غَيباً وغَيبَةً. وغيبوبة، وغياباً: خلاف شهد وحضر. يقال غاب فلان: بعد. وغاب فلان عن بلاده: سافر. وغابت الشمس وغيرها: غربت واستترت عن العين. ويقال: غاب عنه الأمر: خفي وغائب. جمعه غُيَّبٌ، وغيّابٌ.

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي (السابق) ص١٣١– ١٣٢ ود. توفيق فرج (السابق) ص٦٦٢ ودكتور شفيق شحاته (السابق) ص٩٢.

(٢) نصت المادة (٤٥٧) من القانون المدني التركي على: "حجر الشخص الذي حكم عليه بالحبس لسنة أو أكثر. راجع شرح هذه المادة Aile Hukuku by Oguzmen-Durel p. 439.; Yesi- lik ve Kayyimlik Hukuku by M. Nezih Elpe P. 23. Belkonoglu Matbaecilik ltd. Şti. Ankara 1967.

(٣) المغرب ٢٦٣/٢ نشر دار الكتاب العربي ـ بيروت. وانظر أيضاً الصحاح للجوهري ٥٢٠/٢ نشر دار العلم للملايين ـ بيروت. الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ– ١٩٧٩م. والقاموس المحيط للفيروز آبادي ٣٢٥/١ مطبعة مصطفى الحلبي ـ القاهرة. الطبعة الثانية ١٣٧١هـ ، ١٩٥٢م. والمصباح المنير للفيومي ٧٣٤/٢ المطبعة الأميرية ـ القاهرة.

(٤) المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية ج٦٦٧/٢ الطبعة الثانية. انتشارات ناصر خسرو ـ طهران ـ إيران. وانظر أيضاً القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبي حبيب ص ٢٧٩. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ـ كراتشي ـ باكستان.

والمفقود في الشريعة: هو غايب لم يدر موضعه وحياته وموته(١). كما يطلق على من له محل إقامة أو موطن معلوم بالخارج ويتعذر حضوره أو الاتصال به. كما يطلق على من كان بالبلد، ولكنه مستتر عن الأعين لا يعلم مكانه(٢).

ومن هذه الإطلاقات يتضح أن الغائب يشمل المفقود كما يشمل غيره، وينتهي الأمر في المفقود لو احد من أمرين(٣) :

أولهما: إما إلى الحكم بحياته وذلك إذا علم مكانه وظهر خبره.

ثانيهما: وإما إلى الحكم بوفاته.

والغائب على ماهو ظاهر . مما سبق . شخص اضطرته وألجأته بعض الظروف للابتعاد عن ماله، فلا يستطيع ـ والحالة هذه ـ من رعايته. فهو شخص كامل الأهلية إلا أن بعده عن رعاية ماله قد يعرضه للضياع إذا لم يجعل له من يشرف عليه ويحافظ عليه.

لذا كان من رحمة التشريع الإسلامي أنه أجاز للقاضي أن ينصب له وكيلاً يرعى أموره أثناء غيبته. هذا فضلاً عن أن القاضي نفسه يجوز له القيام بمهام ومصالح الغائب وإليك بعض النصوص التي ترشد إلى ذلك جاء في مواهب الجليل للحطاب(٤) ما نصه: "وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوكل به من يرضى ويقبض ديونه ولا يبرأ من دفع غرمائه إلى ورثته لأن ورثته لم يرثوه بعد"(٥) أ. هـ

وبناء على ذلك فإذا كان للقاضي أن ينظر بنفسه في مال الغائب أو أن يعين له وكيلاً فمن باب أولى إذا كان الغائب قد ترك وكيلاً يقره القاضي. لأنه لا ينعزل في هذه

---

(١) شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ١٤١/٦ مطبعة الحلبي الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ ـ ١٩٧٠م. وحاشية ابن عابدين ٢٩٢/٤ مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م. والإفصاح عن معاني الصحاح والمسمى بالإشراف على مذاهب الأشراف للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ١٧٥/٢ طبع المؤسسة السعيدية بالرياض وبدائع الصنائع ١٩٦/٦ مطبعة الإمام لصاحبها زكريا يوسف ـ القاهرة. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٧٩/٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ج٤٩١/٧ مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٦م. الطبعة الثانية. ومغني المحتاج ٤٠٦/٤ مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٨م.

(٣) البدائع ١٩٦/٦ والهداية ١٨١/٢ والشرح الكبير ٤٨٢/٢ وج١٦٤/٤ ومغني المحتاج ٤٤٢/٢.

(٤) ٥٦/٤.

(٥) انظر أيضاً في معنى هذا النص: الهداية للمرغيناني ١٨٠/٢ مطبعة مصطفى الحلبي ـ القاهرة.

الحالة بفقد الموكل لأن ذلك ليس من بين ما ذكره الفقهاء سبباً للعزل(١).

ثانياً ـ المولى عليه الغائب فى القانون:

عرف الغائب فى القانون التركى بأنه «الشخص الغير موجود أو الذى لا يعرف مكانه، أو يتعذر حضوره للمحكمة» (٢)

وقد نصت عليه المادة (٧٤ ولاية) على أنه لا يخرج عن واحد من ثلاثة:

* من كان مفقوداً لا تعرف حياته ولا موته.

* أو من لم يكن له محل إقامة أو موطن معلوم.

* أو من كان له محل إقامة أو موطن معلوم بالخارج واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها.

فإذا كان الشخص أحد هؤلاء الثلاثة ومضى على غيابه سنة فأكثر، وتعطلت مصالحه ولم يكن خاضعاً لولاية أو وصاية أو قوامة. فإن كان قد ترك وكيلاً عاماً فإن المحكمة تحكم ـ فى هذه الحالة ـ بتثبيته بعد استيفائه لشروط الوصى (م/ ٧٥ ولاية) وإلا قامت بتعيين وكيل غيره، وفى هذه الحالة الأخيرة يعد هذا الوكيل نائباً عن الغائب وتطبق عليه أحكام الوصى (م/٧٨ ولاية).

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للعلامة عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى ج١/٧١٢ طبع دار إحياء التراث العربى للنشر والتوزيع.

(٢) Yeni Huk. lugeti ve Hukuk ter. söz. P. 96' يطلق الغائب والغيبة على كلمات عديدة فى القانون الإنجليزى منها:

١ ـ (absence)غيبة: غياب أو تغيب وهو على خمسة أنواع يرجع للتفصيل إلى المعجم القانونى لحارث سليمان الفاروقى ص٥.

٢ ـ (Absent)غائب: غامر: غير موجود (فى مكان معين) ص٦.

٣ ـ (absente)غائب: متغيب.

٤ ـ (absente reo)المدعى عليه غائب، أو حالة كونه كذلك.

٥ ـ (absentee)غائب: متغيب: مقيم فى الخارج. مالك غائب يسكن غير البلاد التى بها أملاكه.

٦ ـ (absentem accipere debemus eum qui non est eo loci in quo petitur)' معناه: الغائب من لا يستطاع العثور عليه حيث يقيم (أو حيث تفترض إقامته) راجع فى كل هذه المعجم القانونى لحارث سليمان الفاروقى ص٥ و٦.

ونخلص من كل هذا أن الغائب هو عبارة عن شخص كامل الأهلية ولكن الضرورة اقتضت إقامة وكيل عنه ليتولى إدارة أمواله حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الذين تعاملوا معه قبل غيبته.

وتنتهي مهمة الوكيل بواحد من الأمور الآتية:

أولاً . انتهاء الغيبة وذلك بعودة الشخص الغائب.

ثانياً . موت الغائب.

ثالثاً . صدور حكم محكمة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً: راجع المادة (٧٦ ولاية)(١).

المقارنة:

وعلى سبيل المقارنة: فإن القانون الوضعي . بناء على ما تقدم . يتفق مع الفقه الإسلامي في إقامة وكيل عن الغائب يتولى إدارة أمواله أثناء غيبته. وذلك انطلاقاً من أن القاضي في الشريعة الإسلامية الغراء من جملة مهامه أن ينظر بنفسه مال الغائب، أو أن يعين وكيلاً يخلف هذا الغائب في إدارة أمواله حتى لا تتعطل مصالح الغائب ومصالح الآخرين ممن سبق لهم الدخول معه في معاملات قبل غيبته.

---

(١) أصول القانون للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص٤١١. والمدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق فرج ص٦٥٧– ٦٥٨ ومدخل القانون للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٤– ٤٧٥ طبعة سنة ١٩٧٨م.

المبحث الرابع نيابة الأولياء والأوصياء

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول ـ نيابة الأب ،

وفيه فرعان :

الفرع الأول ـ نيابة الأب فى الفقه الإسلامى:

لما كان الآباء ليسوا سواء فى الرشد وحسن التصرف فى المال. كما أنه قد تعرض لأحدهم عوارض وصفات تجعلهم بعيدين عن الوضع الطبيعى لتصرفات الأب المثالى لذا رأينا الفقهاء . إزاء هذه الحال . يقسمون الآباء إلى ثلاثة أنواع يتضح على أثرها مدى ولاية كل منهم:

النوع الأول: الأب المبذر المعروف بالإسراف وإتلاف الأموال. وقد اتفق الفقهاء . والحالة هذه . على أن مثل هذا الأب لا يلى أمر الصغير لأنه لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى ألا يلى أمر غيره(١).

النوع الثانى: الأب الفاسد الرأى السيء التدبير أو الفاسق. وقد علمنا مما تقدم عند الكلام عن شروط الأولياء أن الجمهور يشترطون فى الولى العدالة لأن غير العدل لا يؤتمن على مال المولى عليه.

أما الحنفية فقد خالفوا الجمهور فى ذلك فأثبتوا الولاية للأب الفاسق. ووجه ذلك عندهم أن الولاية مبناها الشفقة، وفسق الأب لا يسلبه ذلك وغاية ما هنالك أنهم اشترطوا لنفاذ تصرفاته فى مال الصغير الخيرية الظاهرة(٢).

---

(١) الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند جمع الأمير الهندى عالم كبير المتوفى ١٠٧٠هـ. ج٦/ ١٥٠ المطبعة الأميرية ـ القاهرة. والنيابة عن الغير للشيخ أحمد إبراهيم بك ص٤٩. وشرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زيد الأبيانى ٦/ ١١٦ وما بعدها. مطبعة الشعب بشارع محمد على بمصر ١٩٠٣م.

(٢) فسر بعض الحنفية الخيرية: بأنها بيع الأموال بأكثر من قيمتها لا فرق فى ذلك بين عقار ومنقول. وفسرها بعضهم بأن يبيع العقار بضعف قيمته ويشتريه بنصف قيمته، أو =

النوع الثالث: الأب العدل أو مستور الحال(١) فيأخذ حكم الأب العدل أيضاً. وحكمه أنه يكون مطلق التصرف فى أموال الصغير كما يتصرف فى ماله هو إلا ما كان فيه غبن فاحش فلا يجوز.

الفرع الثانى ـ نيابة الأب فى القانون:

جوهر نيابة الولى ومضمونها هو إدارة أموال القاصر والتصرف فيها التصرف الحسن. وهذا الأمر يرتب عليه واجبات يلتزم بالقيام بها وتختلف سلطة الولى فى القيام بأعمال الإدارة أو التصرف فيما لو كان أباً أو جداً.

فيلاحظ أن القانون قد توسع فى إعطاء سلطات للأب وعكس ذلك فى الجد وتقل تلك السلطات بالنسبة للوصى وفى هذا المقام أتكلم عن سلطات الولى الأب وذلك على النحو الآتى:

سلطات الأب(٢) : تختلف سلطة الأب فى التصرف بحسب ما إذا كان التصرف:

* نافعاً محضاً.
* ضاراً ضرراً محضاً.
* أو دائر بين النفع والضرر.

ففى التصرفات النافعة نفعاً محضاً مثل قبول الهبة والوصية وقبول الإبراء من دين على الصغير يجوز للولى مباشرتها، إذ الولاية تقوم على المصلحة وهذه التصرفات ذات نفع خالص.

= يبيع المنقول بزيادة نصف قيمته ويشتريه بنقص ثلث قيمته. وعمم بعضهم فقال. يكفى فى الاحتياط فى تصرف هؤلاء الأولياء ألا تكون بغبن فاحش طالما تحققت مصلحة الصغير. (رد المحتار على الدر المختار ٦/٧١١).

(١) أى لم تظهر عدالته ولا فسقه: جامع أحكام الصغار لمجد الدين أبى الفتح محمد بن محمود السمرقندى الاستروشنى المتوفى سنة ٦٣٢هـ ج١/١٨٩ (مطبوع بهامش كتاب "جامع الفصولين" لابن قاضى سماوة الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠هـ والمغنى لابن قدامة ٥/٦٦. ومجلة الأحكام العدلية م/٩٦٣ والبحر الزخار ٤/١٦٤- ١٦٥. والولاية على المال للشيخ على حسب الله ص٣٦.

(٢) المدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٦. د. توفيق فرج (السابق) ص٦٧. راجع فى القانون المدنى التركى: Aile Hukuku by Oguzmen-Durel p. 423, 424, 425 Istanbul 1994.

وفى التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالتبرعات: فإنه لما كانت الولاية مصمونها مصلحة الصغير فلا يصح للأب أن يتصرف تصرفاً ضاراً بالصغير حتى ولو أذنت المحكمة(١). واستثنى القانون من ذلك ما إذا كان التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى (المادة ٥) فإنه يجوز بإذن المحكمة. كما أجازت المادة (١٧ ولاية) للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه، وله كذلك أن ينفق على من تجب على الصغير نفقته(٢).

المقارنة:

وبالتأمل فيما سبق نجد أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى المحافظة على مال الصغير ويخالفه فى التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى حيث لا يجوز ذلك فى الفقه الإسلامى بناء على قواعد الولاية، وأجازه القانون . على ما يبدو . وفقاً لقواعد التكافل الاجتماعى فى الشريعة الإسلامية(٣).

وفى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: مثل البيع والشراء والإجارة ويفرق بشأنها بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف(٤) وأساس التفرقة بينهما هو أثر العمل فى أموال من يباشره فإن كان يتعلق باستثمار الأموال وتنميتها ولا يمس رأس المال فهو من أعمال الإدارة، أما إن كان ينطوى على إخراج جزء من رأس المال من الذمة أو ترتب حق عينى عليه ونحو ذلك عد من أعمال التصرف(٥).

---

(١) المدخل للدكتور توفيق فرج ص٦٧١.

(٢) الولاية على المال للدكتور محمد كمال حمدى ص٤٦ و٤٧.

(٣) الولاية على المال للدكتور محمد كمال حمدى ص٤٦ و٤٧ والتكافل الاجتماعى يعنى أن يكون أحاد الشعب فى كفالة جماعتهم محاضرات فى المجتمع الإسلامى للإمام أبى زهرة ص٤ (مطبعة الإمام) لصاحبها زكريا يوسف، القلعة ـ القاهرة.

(٤) النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص١٠٥.

(٥) يقسم أهل القانون العمل إلى: أعمال حفظ، وأعمال إدارة، وأعمال تصرف.
ويريدون بالأولى: الأعمال الضرورية العاجلة التى تهدف إلى حماية الذمة المالية للشخص وتتميز بضآلة نفقتها بالنسبة لقيمة المال الذى تتم حمايته ومثالها: جرد الأشياء التى يتعلق بها حق الشخص، وتسجيل التصرف، وأخطار شركة التأمين بوقوع الضرر المؤمن ضده.
ويريدون بأعمال الإدارة: تلك الأعمال المقصود منها استغلال أو استثمار العناصر المادية=

ومن جملة ما تقدم يظهر: أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في أن الولي يقوم بأعمال الإدارة، وأعتقد بأنه لا مانع في الفقهين من أن تكون هناك بعض القيود على تصرفات الولي عملاً على مصلحة الصغير.

المطلب الثاني ـ نيابة وصي الأب:

وفيه فرعان:

الفرع الأول . نيابة وصي الأب في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني . نيابة وصي الأب في القانون.

الفرع الأول ـ نيابة وصي الأب في الفقه الإسلامي:

الوصي . على ما سبق . إذا كان من جهة الأب فهو الوصي المختار، وسوف نتكلم في هذا الفرع عن أهم تصرفاته وذلك في الأمور التالية:

١ . أحوال التركة التي يتصرف فيها الوصي بالوصاية.

٢ . تصرف الوصي بالرهن.

٣ . تصرف الوصي بالقرض.

وقد جعلت الكلام عن كل منها في مسألة وذلك على الترتيب الآتي:

= المكونة للذمة المالية استقلالاً عادياً ومثال ذلك: من يتولى إدارة أرض زراعية فإنه يقوم بتمهيد الأرض للزراعة وإحضار السماد والبذور وزرعها وتعهد الزرع بالعناية إلى أن ينضج للحصول والقيام بحصاده.

أما أعمال التصرف: فالمراد بها عندهم الأعمال التي يترتب عليها تعديل المركز المالي للشخص بصفة نهائية أو إلزامه بالنسبة للمستقبل مثل بيع عقار أو محل تجاري أو إنشاء رهن أو تغيير نشاط اقتصادي يمارسه مشروع من المشروعات ويلاحظ على هذه التقسيمات أن أعمال الحفظ ضرورية على أساس أنها تهدف إلى حماية حق أو إنقاذه من خطر يهدده وأنها غير خطرة ولا تمس أصل الحق (المادة ٨٣٠) انظر أعمال الإدارة وأعمال التصرف في القانون للدكتور محمد السعيد رشدي ص١٣٤ طبعة عام ١٩٨٢م. والمدخل للدكتور توفيق فرج ص٦٧٦ والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٨٠.

المسألة الأولى: أحوال التركة التي يتصرف فيها الوصي بالوصاية:

تختلف سلطات الوصي في التركة من حيث البيع والشراء وقضاء الديون بحسب حال التركة وخلوها من الديون ومن الوصية إذ من المقرر شرعا أن الدين مقدم على الوصية والميراث مصداقاً لقول الله عز وجل: {من بعد وصية يوصى بها أو دين}(١). والوصية وإن كانت مقدمة في الآية ذكراً إلا أن الدين مقدم عليها. لأن الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب أولى، وقد قال علي رضي الله عنه(٢) : "إنكم تقرءون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي ﷺ قدم الدين على الوصية". والذي يقوم بأداء ديون التركة وتنفيذ الوصايا هو الوصي إن كان للتركة وصي. وقد يحتاج للبيع أو الشراء ويمكن القول بأن تصرف الوصي في شئون التركة متوقف على حالها. وبالتأمل وإعمال النظر في كلام الفقهاء. رحمهم الله تعالى. يظهر أن لها حالات: بيان أهمها فيما يلي:

الحالة الأولى: تركة ليست مشغولة بوصية ولا دين والحال في الورثة أنهم صغار فهنا يفرق بين تصرف الوصي في المنقول والعقار.

ففي المنقول: لا خلاف بين الفقهاء. رحمهم الله تعالى. في أن الوصي له بيع ما سوى العقار من العروض(٣) والمتاع بمثل القيمة أو بغبن يسير لأن ما سوى العقار يحتاج إلى الحفظ وحفظ الثمن له أيسر.

وفي العقار اختلفت كلمة الفقهاء على قولين(٤) :

---

(١) سورة النساء الآية ١١.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج١٩/٢١٥. وسبل السلام للصنعاني ٣/١٠٧. وانظر أيضاً أحكام القرآن للجصاص ٢/٩٥ نشر دار الكتاب العربي - بيروت. وأحكام القرآن لابن العربي ١/٣٤٣ طبع دار المعرفة - بيروت - تحقيق علي محمد البجاوي. وجاء في تفسير ابن كثير المتوفى ٧٧٤هـ ج١/٤٥٩ طبع مطبعة الحلبي ما نصه : وقوله: {من بعد وصية يوصى بها أو دين} أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الدين مقدم على الوصية وذلك عند إمعان النظر يفهم من فحوى الآية الكريمة. أهـ

(٣) العرض - بالسكون -: المتاع قالوا: والدراهم والدنانير وما سواهما عرض وقال أبو عبيد: العروض الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيواناً ولا عقاراً. المصباح ٢/٤٢

(٤) العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام للإمام أبي محمد بن عبدالله بن سلمون الكناني (مطبوع بهامش كتاب "تبصرة الحكام" لابن فرحون) ج١/٢٠٢- ٢٠٣ المطبعة البهية المصرية بمصر سنة ١٣٠٢هـ

القول الأول: لا يجوز للوصي بيعه إلا لمسوغ كقضاء دين لا يمكن قضاؤه إلا ببيعه أو للإنفاق من ثمنه على اليتيم، أو أن يكون بيع العقار خيراً للقاصر من بقائه كما إذا بيع بضعف قيمته أو أكثر بهذا قال أكثر أهل العلم ومنهم: جمهور الحنفية وجمهور المالكية والمشهور عند الشافعية والحنابلة.

القول الثاني: أن للوصي أن يبيع العقار بغير حاجة إلى مسوغ طالما أن ذلك قد تم بالسعر المناسب أو بالغبن اليسير. إذ أنه يتصرف بما فيه المصلحة ويحمل تصرفه على السداد. بهذا قال بعض الحنفية وبعض المالكية والشافعية في غير الراجح وبعض الحنابلة. ونوقش هذا من قبل أصحاب القول الأول(١) : بأن اشتراط المسوغ ضروري لبيان وجه المصلحة في التصرف والله عز وجل يقول: {ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم}(٢) فالآية الكريمة تدل على جواز مخالطتهم مع رعاية المصلحة.

بيان الراجح:

والذي يترجح لديّ من القولين السابقين ما قال به جمهور الفقهاء من عدم جواز بيع الوصي مال الصغير إلا لمسوغ لوجاهة هذا القول وعملاً بالاحتياط لمصلحة الصغير المولى عليه والله تعالى أعلم بالصواب.

الحالة الثانية: تركة غير مشغولة بدين ولا وصية والورثة كلهم كبار وهم حضور.

ففي هذه الحالة لا يجوز للوصي التصرف في التركة إلا بإذنهم لصيرورة المال ملكاً لهم بمجرد موت مورثهم. وليس للوصي - والحالة هذه - إلا اقتضاء ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة الكبار.

---

(١) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للشيخ المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ ج٥/٣٢٢ مطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٨هـ. والمدونة الكبرى ج٥/٤٨٠.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٠.

الحالة الثالثة: تركة غير مشغولة بدين ولا وصية والورثة كلهم كبار وكانوا غائبين(١).

فللوصي ـ في هذه الحالة ـ بيع الأموال المنقولة وحفظ ثمنها لهم، لأن حفظ الثمن أيسر وعليه حفظ مال الغائب وليس له بيع العقار لأنه محصن بنفسه لا يخشى عليه من التلف.

الحالة الرابعة: تركة غير مشغولة بدين ولا وصية والورثة بعضهم كبار وبعضهم صغار. فالحكم بالنسبة للصغار على ما ذكرناه في الحالة الأولى وبالنسبة للكبار فالحكم كما هو ظاهر في الحالتين السابقتين بحسب حالهم.

وبناء على ما تقدم فإن الديون أو الوصايا إذا كانت مستغرقة للتركة ولم يقض الورثة الديون أو الوصايا من أموالهم فللوصي في هذه الحالة أن يبيع التركة كلها عقاراً كانت أو منقولاً بمثل القيمة أو بغبن يسير(٢).

المسألة الثانية ـ تصرف الوصي بالرهن:

يتضمن تصرف وصي الأب بالرهن حالات من أهمها ما يلي:

الحالة الأولى: الرهن والارتهان حق للوصي كما هو حق للولي ـ الأب ـ فقد ترتب على تصرفات الوصي في مال الصغير ديون له أو عليه. فيجوز له الرهن إذا كان على الصغير ديون ويجوز له الارتهان إذا كان له ديون لأن ذلك يعتبر من قبيل الإيفاء والإستيفاء وهو يملك ذلك قياساً على الولي ـ الأب ـ وقيد الشافعية ذلك بالضرورة أو الغبطة الظاهرة(٣).

---

(١) تحفة الفقهاء للعلامة علاء الدين السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩هـ وهي أصل كتاب بدائع الصنائع للكاساني ج٢/٣٧٢ مطبعة جامعة دمشق ١٣٧٩هـ وحاشية ابن عابدين ٥/٤٩٢ وجامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة المتوفى سنة ٨١٣هـ ج٢/٢١ ومجمع الضمانات ص٤٠٨ ومواهب الجليل ٦/٣٩٢ والأم للشافعي ٤/١٢٤ـ ١٢٥

(٢) مجمع الضمانات لأبي محمد البغدادي ص٤٠٨ (وتاريخ وفاة بغدادي ١٠٢٢هـ) طبعة المطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٨هـ

(٣) آداب الأوصياء للعلامة علاء الدين علي بن أحمد بن محمد العمالي ج٢/٢١٥ (مطبوع بهامش الجزء الثاني من كتاب "جامع الفصولين" لابن قاضي سماوة).

الحالة الثانية: رهن مال الصغير في دين على الوصي للغير: وقد اختلفت كلمة الفقهاء في رهن مال الصغير في دين على الوصي للغير وذلك على قولين:(١)

أحدهما: عدم الجواز قياساً بهذا قال أكثر أهل العلم ومنهم: أبو يوسف وزفر والمالكية والشافعية والحنابلة لأن الرهن إيفاء الدين حكماً وهو ما لا يملكه الوصي أي كما لا يجوز للوصي أن يفي دينه من مال اليتيم لا يجوز له أن يرهنه.

ثانيهما: الجواز استحساناً بهذا قال أبو حنيفة ومحمد واحتجا لذلك بأن الوصي يملك الحفظ والإيداع والحفظ بالرهن أضمن لأن الوديعة إذا هلكت هلكت بلا ضمان والرهن يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين فعلى هذا يصير المرتهن بالهلاك مستوفياً دينه والوصي موفياً له ويضمن للصبي لأنه قضى دينه بماله فيضمنه.

بيان الراجح:

وما يبدو لي رجحانه في هذا المقام ما قال به الجمهور من عدم الجواز لوجاهة ما استدلوا به ولقوله تعالى: {لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت}(٢).

المسألة الثالثة ـ تصرف الوصي بالقرض:

تعريفه: قال المطرزي(٣) (القرض) القطع يقال قرض الثوب بالمقراض و(قرضته) الفأرة وهي القراضة، و(القرض) واحد القروض تسمية بالمصدر. قالوا: هو مال يقطعه الرجل من أمواله فيعطيه عيناً ونبحث هنا حالتين:

الحالة الأولى: إقراض مال الصغير للغير. وقد اختلف الفقهاء في هذا على رأيين(٤)

---

(١) آداب الأوصياء ٢/٢١٥-٢١٦ وحاشية أبي السعود ٣/٥٥١ وجامع الفصولين ١/١٤ و٢١ والفتاوى الهندية ٦/١٥٢ والمدونة ج٥/٣١٤ ومواهب الجليل ٦/٣٩٧ وتكملة المجموع ١٣/٣٥٢. والمغني ٤/٢٦٩ وكشاف القناع ٣/٢٧٤.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٣) المغرب ٢/٢٧٨.

(٤) آداب الأوصياء ٢/٢١٥-٢١٦. وحاشية أبي السعود ٣/٥٥١ وجامع الفصولين ١/١٤ و٢١ والفتاوى الهندية ٦/١٥٢ والمدونة ٥/٣١٤ ومواهب الجليل ٦/٣٩٧. وتكملة المجموع ١٣/٣٥٢ والمغني ٤/٢٦٩ وكشاف القناع ٣/٢٧٤.

أحدهما: أن ذلك جائز. بهذا قال جمهور الفقهاء. واستدلوا لذلك: بالقياس على الوديعة فكما جاز للوصى أن يودع مال الصغير جاز له قرضه.

ثانيهما: لا يجوز. وهو الأصح عند الحنفية وعند المالكية إذا كان على سبيل المعروف. ووجه ذلك أن فيه معنى التبرع ابتداء وهو ضرر على الصغير والوصى لا يملكه(١).

الحالة الثانية: إقراض مال الصغير للوصى وللفقهاء فى ذلك رأيان أيضاً(٢) :

الأول: عدم الجواز بهذا قال الجمهور واستدلوا لذلك بأن هناك فرقاً بين الولى إذا كان أباً والولى إذا كان وصياً وذلك لوفور شفقة الأب، وأنه يعمل لمصلحة الصغير بخلاف وصى الأب.

الثانى: الجواز إذا كان الوصى قادراً على الوفاء بهذا قال محمد بن الحسن الشيبانى من الحنفية والمالكية فى رواية عنهم.

بيان الراجح:

والراجح قول الجمهور من عدم الجواز لما جبل عليه الأب من الشفقة الظاهرة على صغيره والعمل دائماً على ما يسعده ويوفر مصلحته وليس الوصى كالأب فى مثل ذلك.

الفرع الثانى ـ نيابة الوصى فى القانون:

الوصى فى القانون له سلطات ممنوحة له، وعليه واجبات يقوم بها. وهنا أتكلم أولاً عن السلطات ثم الواجبات.

أولاً ـ سلطات الوصى:

تضمنت المادة (٣٨ ولاية) بيان سلطاته وهى ترشد إلى ما يلى:

---

(١) مواهب الجليل ٦/٤٠٠ وحاشية أبى السعود والفتاوى الهندية وجامع الفصولين فى المواضع السابقة.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص٣٩٦ وجامع الفصولين ٢/١٣ و١٤. وجامع أحكام الصغار ١/١٩٦ ومواهب الجليل ٦/٤٠٠ وآداب الأوصياء ٢/١٧٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ٢/١٥١.

١ . التصرفات النافعة نفعاً محضاً: وفي هذه الحالة يقوم الوصي بهذه التصرفات دون حاجة إلى استصدار إذن من المحكمة لأن ولايته مبنية على جلب النفع للصغير وتحقيق مصلحته، ووجه المصلحة في نفع مثل هذه التصرفات ظاهر. ولكنه يلزم استئذان المحكمة فيما إذا كانت هذه التصرفات تحمل الصغير أي التزام كما إذا كانت الهبة محملة بالتزامات (المادة ٣٩/٩) وقد عرفنا ـ فيما تقدم ـ رأي الفقه الإسلامي عن قيام الولي بمثل هذا النوع من التصرفات.

٢ . التصرفات الضارة ضرراً محضاً: ومثل هذه التصرفات يمنع الوصي من القيام بها لأن تصرفه منوط بالمصلحة، ولا مصلحة في قيامه بهذه التصرفات فإذا باشرها كان تصرفه باطلاً لا يلحقه الإجازة لامن المحكمة ولا من القاصر نفسه بعد بلوغه ومن تلك التصرفات الهبة من مال الصغير أو التنازل عن الحقوق أو تأجيلها ومع ذلك أجاز المتن التبرع من مال الصغير إذا كان لواجب إنساني أو عائلي بشرط الحصول على إذن المحكمة(١) (٦/٣٨).

٣ . التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهذا النوع من التصرفات يفرق فيه القانون بين أعمال التصرف وأعمال الإدارة على ما يلي:

أولاً ـ أعمال التصرف: الأصل في اعمال التصرف أنه يلزم لقيام الوصي بها استصدار إذن من المحكمة . ولكن . يجوز له القيام بأعمال التصرف بدون الرجوع إلى المحكمة إذا اقتضت أعمال الإدارة(٢) القيام بها. فله الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقته إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ (المادة ٣٩/١٠) وله القيام بالصلح أو التحكيم فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (م ٣٩/٣).

---

(١) المدخل للدكتور حسن كيرة ص٦٠٦، والمدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٨. نصت المادة (٣٩٢) من القانون المدني التركي على عدم جواز تصرفات الوصي بالهبة أو بالوقف أو أن يكون كفيلاً باسم المولى عليه. راجع في هذ :

Aile Hukuku by Oguzman-Durel p. 486

ونصت المادة (٤٠٥) على التصرفات التي لابد من إذن المحكمة راجع في هذا: Vesilik ve Kayyimlik Huk. by M. Nazih Elpe: p. 33. وكذلك نصت المادة (٤٠٨) من القانون المدني السويسري على التصرفات الممنوعة للوصي راجع: Vesilik ve kay. Huk. P. 34.

(٢) على ما سيأتي بيانه بعد قليل.

ثانياً ـ أعمال الإدارة: وهذه لا مانع ـ في القانون ـ من قيام الوصي بها لأنها تلحق بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً ولكن القانون استوجب إذن المحكمة لمباشرة بعض أعمال الإدارة لأسباب منها:

١ ـ إيجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو لمن يكون الوصي نائباً عنه (م ٣٩/ ١٥).

٢ ـ إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة (م ٣٩/٨).

وعلى سبيل المقارنة فإن أعمال الإدارة لما كانت لا مساس لها برأس المال فإنه يمكن إلحاقها بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً في جوازها من الوصي ومن هذا يتضح أن القانون متفق تمام الاتفاق مع الفقه الإسلامي في هذه الجزئية من البحث.

ثانياً ـ واجبات الوصي:

يلزم القانون الوصي بواجبات محددة، بناءاً على المهمة المنوط به أداؤها على الوجه الأكمل ومنها ما يلي:

١ ـ تسلمه أموال القاصر(١) : فيقوم على رعايتها باذلا كل جهده في العناية بها شأنه في ذلك شأن ما يطلب من الوكيل المأجور (م/ ٣٦) والقانون المدني يشترط في الوكيل المأجور أن يعتني بعمله عناية الرجل المعتاد فيقع على الوصي هذا الالتزام سواء كان بأجر أم بغير أجر (م ٤٦ ولاية)(٢).

٢ ـ إيداع ما يحصله من نقود خزانة المحكمة أو أحد البنوك الذي تحدده المحكمة بعد

---

(١) نصت المادة (٣٨٢) من القانون المدني التركي والمادة (٣٩٨- ٤٠٤) من المدني السويسري على ذلك صراحة. وعلى الوصي أن يسجل كل هذا في دفتر مستقل. راجع: Vasilik ve key. Huk. P. 26.; Aile Huk. by Oguzmon _ Dural P. 476.

(٢) الأصل في الوصاية أنها تبرع من الوصي ولكنه يجوز للمحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجراً أو تضمه مكافأة عن عمل معين (م/٤٦).

استبعاد النفقة المقررة وذلك في مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه(١) ولا يجوز أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن المحكمة (م/ ٤٣ ولاية).

المقارنة:

بالنسبة للبند الأول من بذل العناية اللازمة للمحافظة على مال الصغير فإن القانون يتفق في هذا مع الفقه الإسلامي لأنه يحقق المحافظة على المال، والمحافظة على المال أحد الضرورات الخمس(٢) التي نادت بها الشريعة.

المطلب الثالث ـ في نيابة الجد ووصيه وفيه فرعان:

الفرع الأول: نيابة الجد ووصيه في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: نيابة الجد ووصيه في القانون.

الفرع الأول ـ نيابة الجد ووصيه في الفقه الإسلامي:

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في أمور أهمها:

١ . بيع بعض أموال التركة لسداد الديون: والقائلون بثبوت الولاية له اختلفوا في هذه المسألة على قولين وأساس الخلاف هنا هل الجد كالأب في التصرف أم كوصي الأب؟

---

(١) نصت على ذلك المادة (٢٨٥) من المدني التركي و(م٤٠١) من السويسري على ذلك صراحة. راجع للتفصيل في ذلك: Vasiikve Key. Huk. by M. Nezih Elpe P.29.; Aile Hukuku by Oguzman-Durel p. 478, 479.

(٢) الشاطبي بعد ما قسم مقاصد الشريعة في الخلق إلى: ضرورية، حاجية، وتحسينية شرح الضرورية بقوله: "فأما الضرورية فمعناها أنه لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة. وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين" وذكر بعد ذلك هذه الضروريات الخمس وهي: المحافظة على الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال: الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي ج٢/٣-٤ نشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع سنة ١٣٤١هـ. وانظر أيضاً تاريخ الفقه الإسلامي وقواعده للدكتور طه أبي الحاج ص٧٤ وما بعدها طبع دار الحمامي للطباعة والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص٤١ ـ ٤٢ من نشر مؤسسة الرسالة مكتبة القدس ـ بغداد ـ العراق ـ الطبعة العاشرة ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م

أ . ذهب بعض الفقهاء إلى أن الجد كوصي الأب في التصرف لأنه لو كانت ولايته كولاية الأب لقدم على الوصي وهذا غير واقع(١). غير أنه ليس له أن يبيع من التركة شيئاً للوفاء بالديون وتنفيذ الوصايا، بل يرفع كل من الموصى له والدائن أمره للقاضي ليبيع في التركة ما يحقق الوفاء بحقهما(٢) ، أو يعين من يقوم بذلك.

ب . وذهب البعض الآخر ومنهم بعض الحنفية كمحمد بن الحسن الشيباني والشافعية إلى أن تصرف الجد كالأب لأن ولاية كل منهما ذاتية ولكن قدم عليه ـ عند الحنفية ـ احتراماً لرغبة الأب. ولذا كان له التصرف في التركة بأن يبيع منها ما يوفي الدين وينفذ الوصية(٣).

٢ . تعاقد الجد مع نفسه: الجد كالأب بالنسبة لأحوال التصرف، فيملك التعاقد لنفسه بالبيع والشراء من مال القاصر عند الجمهور. أما الوصي فيجوز له ذلك عند البعض لا عند الجمهور(٤).

٣ . ولاية وصي الجد: إذا آلت الوصاية إلى وصي الجد فله من السلطات مثل ما

---

(١) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص: ٥٠٨ و٥٠٩.

(٢) جامع أحكام الصغار لمجد الدين أبي الفتح محمد بن محمود السمرقندي الاستروشني المتوفى سنة ٦٣٢هـ مطبوع على هامش جامع الفصولين لابن قاضي سماوة ج٢/٣١ طبعة أولى سنة ١٣٠٠هـ. وانظر أيضاً الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص: ٥٠٨ وما بعدها نشر إدارة القرآن ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ـ كراتشي ـ باكستان. وشرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ محمد زيد الأبياني ـ الطبعة الأولى ١٣٢١هـ - ١٩٠٣م. مطبعة الشعب بشارع محمد علي بمصر ص: ١٤٢ والمادة ٤٤٢.

(٣) الأحوال الشخصية للشيخ محمد مصطفى شلبي ص١٤ (بتصرف) وانظر أيضاً الأحوال الشخصية لأبي زهرة (السابق) ص٥٠٨ وما بعدها وشرح الأحكام الشرعية (السابق) ص١٤٢ المادة ٤٤٢.

(٤) البدائع ٦/٢٩٨٩ وعون المعبود شرح سنن أبي داود لمحمد شمس الحق العظيم ابادي نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ٩/٤٤٥-٤٤٦ وسبل السلام ٤/١٥٢٥ نشر ادارة الحديث بجوار إدارة الأزهر بالقاهرة.

لوصي الأب(١). لأن الجد بمنزلة الأب عند عدمه فكذا وصيه(٢).

الفرع الثاني ـ نيابة الجد في القانون:

تؤل الولاية . في القانون . إلى الجد من بعد الأب ووصيه ولقد أعطى القانون للجد نفس سلطات الوصي، وهما ـ أي الجد والوصي ـ متحدان في كل التصرفات عدا أعمال الإدارة فتضيق فيها سلطة الوصي عن سلطة الجد، حيث يجوز للجد مباشرتها دون استئذان بعكس الحال في الوصي فهو مقيد بالإذن من القاضي(٣).

ومما تجدر ملاحظته في هذا المقام أن القانون المدني التركي لم يتكلم عن ولاية الجد حيث نصت المادة (٢٦٢) على أن الولاية على الصغير للأب والأم أما إذا حدث طلاق بين الأب والأم فإن الولاية تكون لمن تقرر المحكمة له ذلك. أعني أن الأمر مفوض للمحكمة في تعيين أي من الأب أو الأم(٤) والمواد التي تنظم الوصاية في القانون المدني التركي لم تتكلم أيضاً عن وصاية الجد إلا أنه لا يمنع أيضاً أن يكون الجد وصياً إذا عينته المحكمة على ما نصت عليه المادة (٣٦١) من "أن الصلاحية في أمور الوصاية لدوائر الوصاية(٥) التي تقع في محل إقامة الصغير أو المحجور عليه".

---

(١) جامع الفصولين لمحمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة ٢١/٢ طبعة أولى سنة ١٣٠٠هـ. وانظر أيضاً: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ج٨٢١/٢ مطبعة طربين ـ دمشق ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٨م. والوصية الواجبة في الإسلام لهشام قبلان ص٢٧٢. منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات ـ بيروت ـ باريس والأحوال الشخصية لأبي زهرة ص٥١٠ وما بعدها من منشورات إدارة القرآن ـ كراتشي ـ باكستان

(٢) الاختيار لتعليل المختار لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ج٦٩/٥ من نشر دار المعرفة ـ بيروت ـ لبنان.

(٣) المدخل للدكتور نعمان جمعة ص٤٧٨ طبع سنة ١٩٧٨م والمدخل للدكتور حسن كيرة ص٦٠٢

(٤) أن القانون المدني التركي لا يعترف بالطلاق أي أنه لا يرى حقاً للرجل أن يطلق زوجته وإذا طلق بإرادته الخاصة فإنه لا يترتب على طلاقه أي أثر قانوني والسبب في هذا كما ذكرنا أن القانون المدني التركي مأخوذ من القانون المدني السويسري.

(٥) دوائر الوصاية هي محكمة الصلح والمحكمة الأصلية في القانون المدني التركي ودلت على هذا المادة (٣٤٨): «Vesayet deireleri, sulh mehkemesiyle, mehkemei esliyedir»

المقارنة:

وعلى سبيل المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون فيما يتعلق بنيابة الجد ووصيه فالقانون المصري يتفق مع أحد الرأيين في الفقه الإسلامي من حيث إن سلطة الجد كسلطة وصي الأب.

ويتفق القانون التركي أيضاً مع أحد الآراء في الشريعة الإسلامية بحيث أنه لا يعطي أية سلطة للجد كما هو الحال في مذهب المالكية والحنابلة على ما تقدم.

المطلب الرابع: نيابة القاضي ووصيه وفيه فرعان:

الفرع الأول: نيابة القاضي ووصيه في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: نيابة القاضي ووصيه في القانون.

الفرع الأول - نيابة القاضي ووصيه في الفقه الإسلامي:

أولاً - نيابة القاضي: إذا لم يوجد الأب أو الجد أو الوصي فإن الولاية في هذه الحالة تكون للقاضي. وبناء على هذا فإن للقاضي التصرف في مال الصغير أو في التركة بما يحقق المصلحة بهذا قال الجمهور(١). واستندوا في ذلك إلى الحديث «السلطان ولي من لا ولي له» (٢). **ثانياً - وصي القاضي:** نظراً لاشتغال القاضي بأعمال القضاء في الغالب الأعم وعدم استطاعته لكل أعمال القصر، أجاز له الشارع الحكيم أن ينصب وصياً يقوم عنه بهذه المهمة(٣).

الفرع الثاني - نيابة القاضي ووصيه في القانون:

بعد الأب ووصيه والجد الصحيح تئول الولاية - في القانون - إلى القاضي لأنه ولي من لا ولي له. وقد سار العمل على أن تقوم المحكمة المختصة وهي المحكمة الابتدائية.

---

(١) الفتاوى الهندية ١٥٤/٣ المطبعة الأميرية - بولاق - القاهرة سنة ١٣١٠هـ ومجمع الضمانات لأبي محمد بن غانم البغدادي المتوفى سنة ١٠٢٧هـ ص٤١ المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨هـ

(٢) انظر ص٧٧ (لتخريج هذا الحديث)

(٣) الفتاوى الهندية ١٥٤/٣ الطبعة السابقة.

دائرة الأحوال الشخصية . بتعيين وصى من قبلها ليرعى مصالح الصغير تحت اشرافها لانشغال القاضى بأمور القضاء والفصل فى الخصومات ومن ثم كان من الصعب عليه أن يرعى أمور الصغار ونحوهم(١).

كما ذكرنا آنفاً أن سلطة الوصاية فى القانون التركى والقانون السويسرى لدائرة الوصاية التى تقع فى محل إقامة القاصر أو المحجور عليه(٢)

وما يظهر مما تقدم من القانون المدنى التركى والسويسرى واستناداً لنص المادة (٣٥٤) من القانون المدنى التركى(٣) والمادة (٤١/٣٦٨) من القانون المدنى السويسرى فإن المحكمة المختصة وهى محكمة الصلح تعين وصيا فوراً عندما تعلم بأن هناك قاصراً ليس له ولى، والمحكمة الأصلية تراقب كل أعمال محكمة الصلح فى هذا.

وهنا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى الاعتراف بسلطة القاضى فى الولاية على القاصر الذى لا ولى له. إلا أن هناك فرقاً بين القانون التركى وما يراه جمهور الفقهاء وهو أن القانون التركى لا يعترف بولاية الجد على القاصر إلا إذا عينته المحكمة وهو فى هذه الحالة موافق لما ذهب إليه المالكية والحنابلة على ما سبقت الإشارة إليه قبل قليل

أما القانون المدنى المصرى فالملاحظ عليه أنه يسوى بين سلطة وصى الأب ووصى القاضى(٤)

---

(١) مصادر الالتزام للدكتور أنور سلطان ص٨٧.

(٢) دلت على هذه المادة (٣٦٢) من القانون المدنى التركى والمادة (٣٧٦) من القانون المدنى السويسرى.

(٣) Vasilik ve Kayyimlik Hukuku. M. Nezih Elpe S. 16 Balbenoglu matbaecilik ltd. Şti. 1967 Ankara; Aile Hukuku by Oguzmon-Dural P.427 Istanbul 1994.

(٤) مصادر الالتزام للدكتور أنور سلطان ص٨٧.

المبحث الخامس: في أحكام نيابة الولي والوصي

نتكلم في هذا المبحث عما يختص بالإشراف والمحاسبة على نيابة الولي والوصي وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الإشراف والمحاسبة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الإشراف والمحاسبة في القانون.

المطلب الأول - الإشراف والمحاسبة في الفقه الإسلامي(١):

والكلام هنا عن أمرين هما:

١. تعيين مشرف عن طريق الولي.

٢. كيفية محاسبة الأولياء والأوصياء.

وقد خصصت فرعاً للكلام عن كل نقطة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول - تعيين مشرف عن طريق الولي:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله تعالى - على أنه يجوز للولي أن يعين مشرفاً على الوصي، ولكن ما دور المشرف هنا؟ هل يعد وصياً آخر مع الوصي الأول؟ أم أن دوره يقتصر فقط على الإشراف والمحاسبة؟

للفقهاء في ذلك قولان:(٢)

القول الأول: أنه يعد وصياً آخر بهذا قال جمهور الحنفية وبعض المالكية.

القول الثاني: أن المشرف لا يكون وصياً بل يقتصر دوره على الإشراف والمراقبة. بهذا قال بعض الحنفية وجمهور المالكية.

---

(١) « يشرف القاضي على أعمال الوصي المختار، كما يشرف على أعمال الأب. وذلك بمقتضى ولايته العامة » الوصية الواجبة في الإسلام لهشام قبلان. ص٢٧١.

(٢) الدر المختار للحصكفي ٥٠٤/٦- ٥٠٥ (ومؤلفه الإمام محمد علاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ) مطبعة محمد علي صبيح - القاهرة - الأزهر. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥ هـ طبع دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠هـ

استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من أن المشرف يعد وصياً آخر: بأن الإيصاء يشمله وكأن الموصى قد عين أكثر من وصى من البداية فيأخذ حكم تعدد الأوصياء. وهو أنه يصح لأحد الوصيين الإنفراد فى المسائل التى لا تحتاج إلى الرأى والمشورة كتجهيز الميت الموصى وشراء كفن له ورد الودائع والمغصوبات. أما إذا شرط اجتماعهما فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف.

واستدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من أن المشرف لايكون وصياً بل يقتصر دوره على الإشراف والمراقبة بأن دور المشرف يختلف عن دور الوصى فالوصى يكون المال فى يده ويقوم بالتصرفات التى تهم المولى عليه أما دور المشرف فهو النظر فيما يقوم به الوصى هل يتفق مع مصلحة المولى عليه أم لا؟ ولا يبرم الوصى تصرفاً إلا إذا أجازه المشرف.

ولعل ما استدل به أصحاب القول الثانى أوجه مما يعد دليلاً لرجحان المذهب الثانى القائل بالتفرقة بين الوصى والمشرف. واقتصار دور المشرف على المراقبة لأعمال الوصى فما كان منها محققاً مصلحة الصغير أجازه. وما كان منها بعكس ذلك رده. وفى ذلك مصلحة للصغير مما لا يخفى على أحد.

الفرع الثانى - كيفية محاسبة الأولياء والأوصياء:

هل للقاضى أن يطلب تقديم كشف حساب من الولى أو الوصى عن كل مدة معينة كشهر أو سنة مثلاً؟ للفقهاء فى ذلك قولان(١) :

القول الأول: أن ذلك للقاضى وللمولى عليه بعد انتهاء الولاية أن يتقدم بطلب إلى القاضى يطلب فيه محاسبة الولى ويتعين على القاضى أن يجيبه إلى ذلك. بهذا قال جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية ويرى بعض الأحناف أن الوصى أو الولى إذا امتنع عن تقديم كشف حساب فإنه لا يجبر على أدائه.

---

(١) مجمع الضمانات ٢٥٥/٢ ونهاية المحتاج للعلامة الرملى ١٠٩/٦. والبحر الرائق ٢٦٢/٥. وما بعدها و٢٩٦/٦. وغرة عيون الأبصار ٤٥/١. وراجع أيضاً هامش جامع الفصولين ٢٧٩/٢ وما بعدها. والأموال الشخصية للأستاذ أحمد الحصرى ص١٢٥، ١٢٦. والوصية الواجبة لهشام قبلان ص٢٧٤.

القول الثانى: لبعض الشافعية أن الوصى والولى لا يطالب بتقديم كشف حساب ولكنه إذا ادعى عليه خيانة فإنه يحلف لتبرئة ساحته.

ويبدو أن أصحاب القول الثانى وهم بعض الشافعية لا يخالفون الجمهور إذا ادعى خيانة على الولى أو الوصى. لأنه فى حالة الخيانة أعتقد أن الجمهور فى هذه الحالة لا يمتنعون عن القول بتقديم كشف حساب يبرىء ساحة الولى أو الوصى مما قام حوله من شكوك لأن الكل يهدف إلى العمل على مصلحة المولى عليه.

المطلب الثانى ـ الإشراف والمحاسبة فى القانون:

تتمثل هذه الرقابة فى القانون فى المشرف والمشرف هو الشخص الذى يعين مع الوصى المختار أو مع وصى القاضى ليتولى مراقبة الوصى فى إدارة شئون القاصر أو القيم أو الوكيل عن الغائب. ولقد جعل القانون الحق للمحكمة فى أن تعين مشرفاً لمراقبة أعمال الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب وذلك لضمان أداء سهامهم على الوجه الأمثل على ما تنص عليه المادة (٨٠) كما يجوز للمحكمة أن تقرر انتهاء الإشراف إذا زالت دواعيه على ما ترشد إليه المادة (م٨٣)(١).

وعلى سبيل المقارنة فإن مفهوم الرقابة على أعمال الأولياء والأوصياء فى القانون بواسطة المشرف تكاد تتطابق إلى حد بعيد إذ المؤدى واحد وهو الحفاظ على أموال القصر ومن فى معناهم غير أن وجه الخلاف بينهما فيما يبدو أنه فى الفقه الإسلامى يجوز تعيين المشرف عن طريق الولى بينما قصر القانون هذا الحق للمحكمة وحدها.

والأمر فى القانون المدنى التركى يختلف عن الأمر فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى. وهذا الاختلاف منحصر فى أن محكمة الصلح تراقب الوصى بنفسها متى شاءت

---

(١) النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص٩٨ ونظرية الحق للدكتور عبد الفتاح عبد الباقى ص١١٠. مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٦٥م. والمدخل للدكتور أحمد سلامة ص٩٧ طبعة سنة ١٩٧٤م.

ونص القانون المدنى الفرنسى على أن الولى واقع تحت مراقبة المحكمة حال قيامه ببعض الأعمال المنصوص عليها كالإقراض، والرهن أو الصلح المادة (٣٨٩) وكذلك الأب يقدم الحساب عن تصرفه عند انتهاء ولايته. المادة (٣٨٩) والمواد (٤٦٩ و٤٧١– ٤٧٥)

فلها محاسبته كل ثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو سنة(١).

المقارنة:

وعلى سبيل المقارنة فإن القانون المدنى التركى يتفق مع الفقه الإسلامى والقانون المصرى من ناحية ويختلف معهما من ناحية أخرى. ونقطة الاتفاق هى مراقبة الوصى ومحاسبته عملا على مصلحة القاصر. أما نقطة الخلاف فهى أن الشريعة والقانون المصرى يعينان مشرفاً على الوصى ولكن فى القانون المدنى التركى فإن المحكمة هى التى تتولى الإشراف بنفسها.

(١) انظر فيها: Vasilik ve Kayyimlik huk. by. M. Nezih Elpe P. 30. Ankara-1967.; Aile Hukuku by Oguzman- Dural P.493 Istanbul 1994.

الفصل الثاني

النيابة عن المدين

المبحث الأول : الدين الذي يحجر بسببه

المطلب الأول : الدين الذي يحجر بسببه في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : الدين الذي يحجر بسببه في القانون

المبحث الثاني : تصرفات النائب عن المدين

المطلب الأول : مدى ما يملكه المدين من التصرفات المالية

المطلب الثاني : أثر النيابة عن المدين

الفرع الأول : أثر النيابة عن المدين في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني : أثر النيابة عن المدين في القانون

المبحث الثالث : إنتهاء النيابة عن المدين

المطلب الأول : إنتهاء النيابة عن المدين في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : إنتهاء النيابة عن المدين في القانون

الفصل الثانى
النيابة عن المدين

المبحث الأول: الدين الذى يحجر بسببه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الدين الذى يحجر بسببه فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى: الدين الذى يحجر بسببه فى القانون.

المطلب الأول . الدين الذى يحجر بسببه فى الفقه الإسلامى:

الدين الذى يحجر بسببه عند من رأى أن الحجر بسبب الدين جائز وهم جمهور الفقهاء خلافاً لأبى حنيفة ـ رحمه الله ـ يشترطون فى هذا الدين شروطا وهى:

١ . أن يكون الدين ثابتاً عند الحاكم سواء كان ذلك ببينة أو بإقرار المدين(١).

٢ . أن يكون الدين(٢) حالاً حتى يحكم بالحجر يلزم أن يكون الدين الذى يراد الحجر

---

(١) المغنى ٤/٤٨٤ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ومكتبة الرياض بالسعودية وشرائع الإسلام (إمامى) ٢/٨٩ دار الاضواء ـ بيروت.

(٢) دان= دينا وديانة: خضع وذل وأطاع. ودان فلان ديناً: اقترض فهو دائن بمعنى مدين. المعجم الوسيط ١/٤٠٧ مادة (دان) وانظر أيضاً فى معنى الدين لغة: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٣١٩ والمفردات فى غريب القرآن للراغب الأصفهانى ص١٧٥ ولسان العرب لابن منظور ١٣/٦٦١– ١٧١.

الدين فى الإصطلاح الفقهى عند المالكية والشافعية: هو ما ثبت بالذمة. عند الحنفية: ما ثبت فى الذمة غير معين بالذات، بل بالوصف كالنقود، والمكيل والموزون والمذروع. وما وجب فى الذمة بعقد، أو استهلاك. عند الاباضية: هو ما ترتب فى الذمة بمعاملة. القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً لسعدى أبى حبيب ص١٣٣

وفى المجلة (م١٥٨): ما يثبت فى الذمة كمقدار من الدراهم فى ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين.

وقد جرى أكثر الفقهاء على استعمال لفظ (الدين) بأنه (وصف شرعى فى الذمة يقتضى مطالبة صاحبه بأداء ماوجب عليه" انظر فى هذا المعنى: الفروق للقرافى ٢/١٣٤. نهاية المحتاج=

لأجله حالاً أو مؤجلاً حل أجله فلا يصح الحجر بالمؤجل وإلا ضاعت فائدة التأجيل(١).

٣ . أن يكون الدين لازماً: يشترط فى الدين الذى يراد الحجر لأجله أن يكون لازماً، فخرج ما لو كان جائزاً إذ يجوز للمدين التحلل منه فينتفى الدين كنجوم الكتابة، وكالثمن فى مدة خيار المشترى، والمبيع فى مدة خيار البائع فلا يجوز الحجر بسببه(٢).

٤ . أن يكون الدين مستغرقاً مال المدين(٣) وعلى ذلك اتفاق جمهور الفقهاء القائلين بالحجر بسبب الدين أنه يشترط أن يستغرق الدين مال المدين.

٥ . أن يطلب الغرماء الحجر(٤).

المطلب الثانى ـ الدين الذى يحجر بسببه فى القانون:

علمنا مما سبق أنه لكى يتم الحجر بسبب الدين يلزم أن تتوافر عدة شروط هى:

= ١٣٠/٢. وما بعدها والعذب الفائض ١٥/١. راجع فى معنى الدين عند الحنفية: فتح القدير ٤٢١/٥ ورد المحتار ١٥٧/٥ وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى ٥٠٢/٢ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٥٤ وراجع فى معنى الدين عند الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة): نهاية المحتاج ١٣١٠/٣ منح الجليل ٣٦٢/١ وما بعدها. وشرح منتهى الإرادات ١/ ٣٦٨ والقواعد لابن رجب ص١٤٤.

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢٦٤/٣ مطبعة عيسى الحلبى. والتاج والإكليل شرح مختصر سيدى خليل للعلامة أبى عبدالله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق المتوفى ٨٩٧هـ مطبوع على هامش مواهب الجليل للحطاب ج٢٧/٥، وتكملة المجموع ٢٨٩/١٧ مطبعة الإمام المنشية ـ القلعة ـ القاهرة.

(٢) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ١٤٦/٢ مطبعة مصطفى الحلبى.

(٣) شرائع الإسلام لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبى المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع مطبعة الآداب بالنجف الأشرف سنة ١٣٨٩ (فقه إمامى) ج٨٩/٢. والأم للإمام محمد بن إدريس الشافعى ٢١٢/٣ نشر دار المعرفة بيروت. وتبيين الحقائق: ١٩٩/٥. الدر المختار ١٠٣/٥ ومغنى المحتاج ١٤٧/٢ وما بعدها. والمغنى ٤٠٩/٤ وكشاف القناع: ٤٠٧/٢ ـ ٤١١. والخرشى وحاشية العدوى عليه ٢٦٣/٥ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه: ٢٦٢/٣.

(٤) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ١٤٦/٢ مطبعة مصطفى الحلبى شرائع الإسلام لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبى المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع مطبعة الآداب بالنجف الأشرف سنة ١٣٨٩هـ (فقه إمامى) ج٨٩/٢. والأم للإمام محمد بن إدريس الشافعى ٢١٢/٣ نشر دار المعرفة بيروت.

١ . أن يكون الدين ثابتاً.

٢ . أن يكون حالاً.

٣ . أن يكون لازماً.

٤ . أن يكون مستغرقاً مال المدين.

٥ . أن يطلب الغرماء الحجر.

فما رأى القانون المدنى فى ذلك؟ والجواب أن القانون(١) هو أيضاً اشترط لذلك عدة شروط:

الأول: أن يكون الدين ثابتاً، فإذا كان محل نزاع حول استقراره فى ذمة المدين فلا يصلح أن يكون مبرراً للحكم فى دعوى شهر الإفلاس(٢).

الشرط الثانى: أن يكون الدين حالاً لأنه لا مطالبة ولا استحقاق بالدين المؤجل وإلا ضاعت الفائدة المرجوة من التأجيل (المادة ٢٥٥ مدنى) والقانون التركى (٣) لا يختلف

---

(١) ونرى أن الفقه الإسلامى قد بارى فى هذا الموضوع أحدث النظم الغربية التى أخذ بها القانون المصرى والسنهورى والأردنى والإماراتى: نظم أحكام الحجر بسبب الإفلاس (م٤٠١-٤١٣) فى القانون الإماراتى و(م٣٧٥-٣٨٦) فى القانون الاردنى. العقود المسماة للدكتور وهبة الزحيلى ص٤١٥.

(٢) الوسيط فى شرح القانون المدنى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ج٢/١٢١٤. طبع دار إحياء التراث العربى - بيروت - الطبعة الأولى والثانية.

(٣) علم حقوق الحجر والإفلاس للدكتور باكى كورو ص٧٨- ٧٩. طبع مطبعة العدالة سنة ١٩٩١م.
أنظرة وهذا قريب من المقرر فى الفقه المالكى حيث إن المدين الذى أحاط الدين ماله تتقيد تصرفاته حتى قبل الحجر، فلا تسرى فى حق دائنيه تصرفاته الضارة بهم التى صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم. وقد نص كذلك القانون الإماراتى (م٣٦٩- ٤٠٠) والأردنى (م٣٧٠-٣٧٤) على ذلك ضمن الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ العينى. تحت عنوان "دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن".
راجع: الخرشى وحاشية العدوى عليه: ٣٦٧/٥ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه: ٢٦٢/٣-٢٦٤. وبداية المجتهد: ٢٨٠/٢ وما بعدها والقوانين الفقهية: ص٣١٨ وما بعدها.
وراجع فى القانون الإماراتى والأردنى: العقود المسماة فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى والقانون المدنى الأردنى للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلى ص٤١٢ دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق ١٩٨٧م.

كثيراً عن الفقه الإسلامي والقانون المصري إلا أنه يسمح أن يحجر على مال المدين احتياطا بشرط أن يثبت الدائن أحد أمرين في المحكمة:

أحدهما: عدم وجود محل إقامة معروف للمدين.

ثانيهما: محاولة المدين إخفاء ماله أو ظهور بوادر تدل على استعداده للسفر تهرباً من الوفاء بدينه.

وقد تولت المواد من ٢٥٧ . ٢٦٨ من القانون المدني التركي النص على تنظيم أمور الحجر الاحتياطي ومثل هذا المعنى جاء في القانون السويسري.

الشرط الثالث: أن يكون الدين لازماً: اشترط القانون أن يكون الدين مستحق الأداء ومنه يتضح أن يكون الدين لازماً إذ لو كان الحال بخلاف ذلك ما كان مستحق الأداء(١). وبالتأمل فيما قاله الفقهاء وفقهاء القانون يظهر اتفاق الفقهين حول هذا الشرط.

الشرط الرابع: أن يكون الدين مستغرقاً مال المدين: فقد استلزم القانون لشهر إعسار المدين أن تكون أمواله غير كافية لسداد دينه المستحق الأداء(٢). ويختلف القانون التركي مع القانون المصري الذي يشترط استغراق الدين مال المدين حيث لا يوجد نص في القانون التركي يقضي بهذا الشرط(٣). بل تنص المادة (١٥٥-١٦٦) من قانون الحجر والإفلاس التركي على أنه يجوز للدائن أن يطالب المحكمة بإفلاس المدين. ومن هذا نعلم أن القانون المصري يتفق مع الفقه الإسلامي في هذا الشرط ولكن القانون التركي يختلف عنهما حيث أجاز للمدين أن يطلب من المحكمة شهر إعسار المدين حتى ولو لم يستغرق الدين ماله.

---

(١) آثار الالتزام للدكتور محمد علي عمران ص١٢٣ ونظرية الالتزام (أحكام الالتزام) للدكتور محمود جمال الدين زكي ص١٠٨ وما بعدها طبع سنة ١٩٧٤م. والوسيط للدكتور السنهوري ٢/١٠٠٦ طبع دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص٢١٧ نشر مكتبة عبدالله وهبة - القاهرة ١٩٦٨م. والعقود المسماة للدكتور وهبة الزحيلي ص٤١٢ وما بعدها. دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق. الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

(٣) علم حقوق الحجر والإفلاس للدكتور باكي كورو ص٣. مطبعة العدالة سنة ١٩٩١م. أنقرة.

الشرط الخامس: طلب الغرماء بالحجر: نصت المادة (٢٥٠) مدنى على أنه "يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه".

وطريقة الإفلاس العام على ما هو منصوص فى المواد ٥٨ و١٥٥- ١٦٦ يشترط(١) فيها ضرورة طلب المدين(٢). وترشد هذه النصوص إلى أن القانون- سواء كان تركياً أو مصرياً- يشترط لشهر إعسار المدين أن يطلب الدائن أو المدين ذلك. ومن ثم فلا يجوز للمحكمة أن تصدر الحكم من تلقاء نفسها، كما لا تستطيع النيابة العامة أن تطلب ذلك(٣).

---

(١) علم حقوق الحجر والإفلاس للدكتور باكى كورو ص١٥. نشر مطبعة العمالة الطبعة ١٩٩١م - أنقرة.

(٢) علم حقوق الحجر والإفلاس (السابق) ص٨٦. ولا يختلف القانون الإماراتى والاردنى فى ذلك راجع العقود المسماة للدكتور وهبة الزحيلى ص٤١٥.

(٣) الوسيط للدكتور السنهورى (السابق) ج٢/ ١٢٢١.

المبحث الثانى

تصرفات النائب عن المدين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مدى ما يملكه المدين من التصرفات المالية.

المطلب الثانى: أثر النيابة عن المدين.

المطلب الأول . مدى ما يملكه المدين من التصرفات المالية فى الفقه الإسلامى:

من آثار الحجر منع المدين من التصرف فى ماله وذلك لكى يأخذ الغرماء حقهم منه ولكن هل يجوز للمدين أن يتصرف بما لا يضر الغرماء؟ للفقهاء القائلين بالحجر على المدين قولان(١) :

أحدهما: لجمهور القائلين بالحجر وقد قالوا: لا يجوز للمدين القيام بأى تصرف.

ثانيهما: لأبى يوسف ومحمد من الحنفية وقد ذهبا إلى القول بأنه يجوز أن يتصرف بما لا يضر الغرماء بأن يكون التصرف بمعاوضة خالياعن المحاباة.

الأدلة على ذلك:

١ . استدل أصحاب الرأى الأول على أنه لا يجوز للمدين القيام بأى تصرف معاوضة أو غير معاوضة لتعلق حق الغرماء به قياساً على المرهون. إذ لا يصح للراهن أن يتصرف فيه لأنه محبوس لحق المرتهن(٢).

٢ . واستدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه بالمعقول: وهو أن كل تصرف يؤدى إلى إبطال حق الغرماء فإن المدين يمنع منه وما لا يؤدى إلى ذلك فلا يمنع منه(٣).

---

(١) الهداية للمرغيناني المتوفى ٥٩٣هـ ٢٨٥/٣ مطبعة الحلبى وحاشية ابن عابدين ١٥١/٦ مطبعة مصطفى الحلبى. والشرح الكبير للدردير ٢٦٦/٣ طبعة عيسى الحلبى. ومغنى المحتاج للشيخ الشربينى الخطيب ١٤٧/٢ مطبعة الحلبى. والأم للإمام الشافعى ٢١٠/٣ طبع دار المعرفة - بيروت.

(٢) الشرح الكبير ٢٦٦/٣ ومغنى المحتاج ١٤٧/٢ والأم ٢١٠/٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ١٥١/٦ والهداية ٢٨٥/٣.

بيان الراجح:

وما يظهر لي رجحانه في هذه المسألة هو رأي الجمهور وذلك لتعلق حق الغرماء بمال المدين من حين الحجر.

. منع المدين من التصرف في القانون: لقد جعل القانون من آثار شهر الإعسار عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه وإمعاناً في الحماية لم يقصر القانون هذا الأثر على التصرفات التي تقع بعد الحكم بل من حين تسجيل صحيفة الدعوى. إلا أنه يمكن القول بأن هذا المنع يقتصر على التصرفات المفقرة وهي التي من شأنها أن تنقص من حقوق المدين أو تزيد من التزاماته. ومثال الأولى البيع والثانية القرض(١).

هذا والمواد (١٨٤- ١٩٤) من قانون الحجر والإفلاس التركي(٢) تنص على أن المفلس لا يستطيع أن يبيع شيئاً مما حجر عليه فيه من ماله.

المقارنة:

ونفهم مما سبق: أن القانون الوضعي يتفق في عمومه مع الشريعة الإسلامية من حيث منع المفلس من التصرفات الضارة بالغرماء إلا أنه في القانون يمنع تصرف المدين من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى وعند أكثر فقهاء الشريعة القائلين بالحجر على صحة تصرف المدين قبل الحكم بالحجر(٣)، وبعض فقهاء المالكية يمنع تصرف المدين من حين إحاطة الدين بماله(٤).

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري ج٣/٣٢ انظر في هذه المسألة في القانون الإماراتي والأردني العقود المسماة للدكتور وهبة الزحيلي ص٤١٦-٤١٧.

(٢) علم حقوق الحجر والإفلاس (السابق) ص : ٩٢

(٣) تبين الحقائق ٥/١٩٩ والدر المختار ٥/١٠٣ وتكملة الفتح ٧/٢٢٧ ومغني المحتاج ٢/١٤٧- ١٤٩ والمهذب ١/٣٢٠ والمغني ٤/٤٠٩- ٤٧١. وكشاف القناع ٣/٤٠٧- ٤١١.

(٤) انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٢٦١-٢٦٤ والقوانين الفقهية ص٣١٨ وما بعدها. وبداية المجتهد ٢/٢٨٠ وما بعدها. وكذلك الأمر في القانون الإماراتي (م٣٩٦- ٤٠٠) والأردني (م٣٧٠- ٣٧٤) تحت عنوان "دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن" العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني للدكتور وهبة الزحيلي ص٤١٢

المطلب الثانى ـ أثر النيابة عن المدين:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر النيابة عن المدين فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثانى: أثر النيابة عن المدين فى القانون.

الفرع الأول ـ أثر النيابة عن المدين فى الفقه الإسلامى:

إذا باشر القاضى(١) أو نائبه مهمة بيع مال المدين وتقسيم ثمنه بين الغرماء فهو فى هذه الحالة يفعل ذلك نيابة عن المدين. وبناء على هذا: فإن حكم التصرفات التى يجريها القاضى أو نائبه إنما ينصرف أثره للأصيل (المدين) فإذا أدى القاضى أو نائبه الدين للغرماء فإن ذمة الأصيل تبرأ منه كلياً أو جزئياً حسب ما أدى فإذا تلف جزء من المال فإنما يتلف على حساب الأصيل أو الغير على خلاف بين الفقهاء(٢). ومسئولية القاضى هنا مسئولية الأمين طالما أنه لم يتعد ولم يفرط.

الفرع الثانى ـ أثر النيابة عن المدين فى القانون:

يقرر فقهاء القانون أيضاً أن ما يقوم به القاضى أو نائبه إنما يتم لحسا المدين إذ القصد من الحجر هو قضاء حاجة الدائن ولذلك إذا هلك جزء من المال المحجوز عليه بقوة قاهرة فإن الذى يتحمل تبعة الهلاك هنا هو المالك ولا يؤثر ذلك فى حق الدائن (الحاجز) ويقرر القانون أن إجراءات البيع تتم فى مواجهة المدين وهذا من شأنه أن يظهر أن المدين فى البيع الجبرى هو الأصيل لأن التصرف يتم لحسابه بهدف أداء حقوق الغرماء.

---

(١) راجع فى هذا: تبيين الحقائق ١٩٩/٥ وما بعدها. والقوانين الفقهية ص٣١٩. ومغنى المحتاج ١٥٠/٢ وما بعدها. وكشاف القناع ٤٢٠/٣ وما بعدها وبداية المجتهد ٢٨٧/٢.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج٢٩٢/٢ نشر دار المعرفة ـ بيروت ـ والأم للإمام الشافعى ٢٠٩/٢ نشر دار المعرفة ـ بيروت وتكملة المجموع ٢٩٦/١٣ مطبعة الإمام بمصر. والمغنى لابن قدامة ٤٩٤/٤ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ومكتبة الرياض بالرياض.

المبحث الثالث

انتهاء النيابة عن المدين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: انتهاء النيابة عن المدين فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى: انتهاء النيابة عن المدين فى القانون.

المطلب الأول ـ انتهاء النيابة عن المدين فى الفقه الإسلامى:

تنتهى النيابة عن المدين بحكم الحاكم عند أكثر الفقهاء وبيان ذلك بالتفصيل على ما يلى:

اشتراط حكم الحاكم:

للفقهاء القائلين بالحجر على المدين حول انتهائه بحكم الحاكم رأيان(١) :

أولهما: أنه يشترط حكم حاكم: بهذا قال جمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية والراجح عند الشافعية وإحدى الروايتين عند الحنابلة والراجح عند الإمامية لأنه ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا بحكمه.

ثانيهما: أن حكم الحاكم لا يشترط فى ذلك: بهذا قال بعض الفقهاء وهو المرجوح عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة والراجح عند الزيدية لأنه حجر عليه لأجله فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزوال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه.

المطلب الثانى ـ انتهاء النيابة عن المدين فى القانون:

يقرر القانون المدنى أن إعسار المدين ينتهى بأحد أمرين:

١ ـ إما بحكم من القضاء.

٢ ـ أو بقوة القانون.

والحالة الأولى تضمنتها المادة ٢٦١ مدنى وتكون إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٤٤٩ والهداية ٣/٢٨٦ وشرائع الإسلام ٢/٩٦ والبحر الزخار ٥/٨٣ والمهذب ١/٢٢٧.

لاتزيد على أمواله وقد تتمثل هذه الحالة أيضاً متى قام المدين من تلقاء نفسه بالوفاء بديونه التى حلت(١).

والحالة الثانية وهى انتهاء الإعسار بقوة القانون ويكون ذلك بمضى خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار حيث يراعى مصلحة المدين وتلك المدة كافية للدائنين لكى يستوفوا حقوقهم(٢).

وبهذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامى فى أن حق الدائنين لا يسقط بالتقادم.

---

(١) كذلك الأمر فى القانون المدنى الأردنى وفى قانون المعاملات المدنية الإماراتى. راجع العقود المسماة للدكتور وهبة الزحيلى ص٤١٩ وكذلك فى قانون الإفلاس والحجر التركى المادة (١٨٢) نصت على ذلك. راجع علم حقوق الحجر والإفلاس للدكتور باكى كورو ص١٠٦-١٠٧

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ١٢٤٢/٢ وأحكام الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار ص٦٦ محاضرات ألقيت على طلبة كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر سنة ١٩٧٢ و١٩٧٣ وتطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية للدكتور صوفى أبى طالب ص١٤٦ طبعة سنة ١٩٧٥م مطبعة دار النهضة - مصر. وكذلك فى قانون المعاملات المدنية الإماراتى وثلاث سنوات فى القانون المدنى الأردنى العقود المسماة (السابق) ص٤١٩.

الفصل الثالث
النيابة في الوكالة

المبحث الأول : في تعريف الوكالة

المطلب الأول : تعريفها في اللغة واصطلاح الفقهاء

المطلب الثاني : الوكالة في القانون

المبحث الثاني : مشروعية الوكالة

المبحث الثالث : شروط الوكالة

المطلب الأول : ما يشترط في الموكل

المطلب الثاني : ما يشترط في الوكيل

المطلب الثالث : ما يشترط في الموكل فيه

الفرع الأول : شروط الموكل فيه في القانون

الفرع الثاني : شروط الموكل فيه في القانون

المبحث الرابع : أنواع الوكالة

المطلب الأول : الوكالة العامة والخاصة

المطلب الثاني : الوكالة المطلقة والمقيدة

المطلب الثالث : أنواع الوكالة في القانون

المبحث الخامس : نيابة الوكيل

المطلب الأول : حكم العقد

المطلب الثاني : حقوق العقد

المطلب الثالث : حكم و حقوق العقد في القانون

الفصل الثالث

النيابة فى الوكالة

المبحث الأول ـ تعريف الوكالة وفيه مطلبان:

المطلب الأول . تعريف الوكالة فى اللغة واصطلاح الفقهاء:

أ . تعريف الوكالة لغة(١) : الوكالة بفتح الواو وكسرها وهى اسم للتوكيل وتطلق الوكالة على معان عدة منها:

١ . الحفظ: ومنه قوله تعالى: {وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل}(٢) أى الحافظ(٣). وقوله عز من قائل: {لا إله إلا هو فاتخذه وكيلاً}(٤) قال الفراء : أى حفيظاً(٥).

٢ . الاعتماد والتفويض: قال الجوهرى (والتوكل إظهار العجز والاعتماد على غيرك والاسم التكلان. واتكلت على فلان فى أمرى إذا اعتمدته)(٦) ويقال: وكل أمره إلى فلان: فوضه إليه واكتفى به. ومن هذا الإطلاق قوله تعالى: {وعلى الله فليتوكل المؤمنون}(٧) وقوله تعالى حاكياً عن هود عليه السلام: {إنى توكلت على الله ربى

---

(١) المصباح المنير للفيومى ١٤٩/٢ (الواو مع الكاف وما يثلثهما) نشر المكتبة السلفية ـ بيروت. ومختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى (مادة: وكل) المطبعة الأميرية بالقاهرة ١٩٢٥م. وانظر أيضاً لسان العرب لابن منظور ٧٣٣/١١ وما بعدها. وأنيس الفقهاء ص: ٢٣٨.

(٢) سورة آل عمران الآية ١٧٣.

(٣) انظر المبسوط للسرخسى ٢/١٩ من منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م كراتشى باكستان. وأنيس الفقهاء للشيخ قاسم القونوى المتوفى سنة ٩٧٨هـ ص٢٣٨ والناشر دار الوفاء للنشر والتوزيع ـ السعودية ـ جدة. والفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى ٧١/٥ دار الفكر ـ دمشق الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م.

(٤) سورة المزمل الآية ٩.

(٥) على ما نقله عنه الكاساني بدائع الصنائع ١٩/٦.

(٦) راجع الصحاح للجوهرى ١٨٤٤/٥ وأنيس الفقهاء ص٢٣٨.

(٧) سورة آل عمران الآية ١٢٢.

وربكم}(١) أى اعتمدت على الله، وفوضت أمرى إليه(٢). وقوله تعالى: {ومن يتوكل على الله فهو حسبه}(٣).

٣ . القيام بأمر الغير أو إقامة الغير فى التصرف: قال ابن منظور (ووكيل الرجل الذى يقوم بأمره، سمي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره، فهو موكول إليه الأمر)(٤).

٤ . الكفالة: قال ابن منظور(٥) (الوكيل: هو المقيم الكفيل بأرزاق العباد، وحقيقته أنه يستقل بأمر الموكول إليه، وفى التنزيل العزيز {ألا تتخذوا من دونى وكيلا}(٦) ومن ذلك قوله تعالى: {ونعم الوكيل}(٧) أى الكفيل(٨).

ب ـ تعريف الوكالة اصطلاحاً فى الفقه الإسلامى:

لم يختلف الفقهاء المسلمون . رحمهم الله . فى أن الوكالة فى معناها الاصطلاحى "إنابة الغير فى إجراء التصرف"(٩) إلا أن الذى اختلفوا فيه هو وضع تعريف للوكالة يوضح أبعاد هذه النيابة بالدقة المطلوبة وهذا الاختلاف حاصل حتى بين فقهاء المذهب الواحد. وهذا ما يجعلنى أمام جملة من التعاريف تتفاوت فى مدى كونها جامعة مانعة

---

(١) سورة هود الآية رقم ٥٦.
(٢) بدائع الصنائع ٦/١٩.
(٣) سورة الطلاق الآية ٣.
(٤) لسان العرب ١١/ ٧٣٥- ٧٣٦ وصحاح الجوهرى ٥/١٨٤ والقاموس المحيط للفيروز آبادى ٤/٦٧. وأنيس الفقهاء (السابق) ص٢٢٨- ٢٢٩. والمبسوط لشمس الدين السرخسى ١٩/٢. إدارة القرآن ـ كراتشى ـ باكستان.
(٥) لسان العرب لابن منظور ١١/٧٣٣.
(٦) سورة الإسراء الآية ٢.
(٧) سورة آل عمران الآية ١٧٣.
(٨) لسان العرب لابن منظور ١١/٧٣٣.
(٩) الوكالة فى الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد البصار العانى ص: ٣٦ طبع مطبعة العانى سنة ١٣٩٥هـ- ١٩٧٥م بغداد ـ العراق. والوكالة فى الفقه الإسلامى لطالب شاهد سقبل ص١٤. دار اللواء للنشر والتوزيع. الرياض ـ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م.

في موضوعها:

أولاً . عند الحنفية:

عرف التمرتاشي . رحمه الله . التوكيل في (تنوير الأبصار) بقوله: "هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"(١) وجاء في الدر المختار للحصكفي وسعه شرحه: رد المحتار لابن عابدين ج٥/ ٥١٠. أنها: "إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"(٢). ويلاحظ أن قيد الجواز سقط من هذا التعريف وأسقط البعض كالكاساني والسرخسي من التعريف قيد الجواز والمعلوسية معاً فقالا: "وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل"(٣).

ويتضح من هذه التعريفات الثلاثة أن تعريف التمرتاشي أوضح من غيره. ولهذا نأخذ هذا التعريف أصلاً في بيان قيود التعريف:

قيود التعريف(٤) :

١ . قوله (تصرف جائز) قيد التصرف الموكل فيه بأن يكون جائزاً، ومعنى الجواز هنا هو أن يملك الموكل الولاية على إجراء هذا التصرف بنفسه، ولنفسه أو لغيره. فيخرج بهذا القيد من لا يملك ذلك كتوكيل الصبي المميز غيره في هبة ماله.

٢ . قوله (معلوم) فخرج بهذا القيد التصرف المجهول.

ويتضح من التعريفات أنها اشتملت على الوكيل والموكل والموكل فيه.

ثانياً . عند المالكية:

عرفها ابن عرفة في (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب) ج٥/ ١٨١

---

(١) أنظر تنوير الابصار أصل شرح الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٤٠.

(٢) انظر أيضاً البحر الرائق في شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٧/ ١٣٩، ١٤١ والجوهرة النيرة على مختصر القدوري لشيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني ٢/ ٣٥٨ نشر مكتبة إمدادية . ملتان . باكستان.

(٣) البدائع للكاساني ٦/ ١٩ المبسوط للسرخسي ١٩/ ٢ تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي ٣/ ٢١٥. مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندي ٢/ ٢٢١.

(٤) الوكالة للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني (السابق) ص٣٧ (بتصرف).

بأنها: "نيابة ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته"(١).

فالوكالة بموجب هذا التعريف إنابة فى حق يملكه المنيب لشخص آخر ليقوم به له، مع عدم اشتراط كون الوكالة بعد موت المنيب. نرى أن التعريف قد شمل أركان الوكالة الأربعة وهى: فقوله (ذى حق) يشير به إلى الموكل و أشار بقوله (لغيره) إلى الوكيل وفى قوله (فيه) الإشارة إلى الموكل فيه وهو الحق ثم النيابة تحتاج إلى صيغة ليتم التعاقد.

قيود التعريف(٢) : فى التعريف المتقدم لابن عرفة قيود ينبغى توضيحها:

١ . قوله: "غير ذى امرة ولا عبادة" صفة لذى حق وهو الموكل وذلك يعنى أن ألا يكون الموكل صاحب إمارة يوكل فى أمور إمارته، كالإمام ينيب أميراً أو قاضياً. فإن المناب هنا يكون نائباً لا وكيلاً. وكذلك إمام الصلاة حين ينيب غيره فى الصلاة فإنها نيابة لا وكالة. ما ذكرناه هو المشهور فى مذهب المالكية.

أما على خلاف المشهور وهو مذهب ابن رشد والقاضى عياض(٣) فإن هذه الصور فى النيابة تسمى وكالة أيضاً(٤).

٢ . قوله: "غير مشروطة بموته" وبهذا يكون هذا القيد احترازياً خرج به الإيصاء.

ثالثاً . عند الشافعية:

وعرف بعض فقهاء الشافعية الوكالة بأنها: "تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه فى حياته مما يقبل النيابة"(٥).

وعرفه الشيخ محمد الشربينى الخطيب فى كتاب (مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج)(٦) له بقوله: "تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره بصيغة ليفعله فى حياته".

---

(١) انظر أيضاً شرح الخرشى لمختصر خليل ٦٨/٦. والبهجة فى شرح التحفة ١٩٩/١.

(٢) الوكالة فى الشريعة والقانون لمحمد رضا عبد الجبار (السابق) ص٤٢. وما بعدها (بتصرف).

(٣) الوكالة فى الفقه الإسلامى للأستاذ طالب قائد صقبل ص١٧. دار اللواء - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.

(٤) الوكالة فى الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العانى ص٤٣- ٤٤.

(٥) أنظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج بهامش حواشى الشروانى والعبادى ٢٩٤/٥.

(٦) مغنى المحتاج إلى عرفة معانى المنهاج ٢١٧/٢. وفقه المعاملات د. مصطفى الخن ص٢٠٧.

وعرفهاالشيخ زكريا الأنصارى . رحمه الله . فى منهج الطلاب بقوله: "إنها تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله فى حياته"(١).

ولا تخرج تعاريف فقهاء الشافعية الأخرى عن التعريفات السابقة وتعريفات الشافعية السابقة شاملة لأركان الوكالة الأربعة: فقوله "شخص" يشير به إلى الموكل، وقوله: "أمر" فيه الإشارة إلى الموكل به، وقوله: "آخر" يشير به إلى الوكيل. ثم لابد للتفويض من صيغة يتم بها العقد.

قيود التعريف:

١ . قوله: "أمر" يشير به كما ذكرنا إلى التصرف الموكل به. وإضافة أمر إلى ضمير يعود إلى الشخص المفوض يشعر بلزوم كون الموكل به مملوكاً للموكل لكى يصح توكيل غيره فيه، لأن من لا يملك أمراً لا يملك توكيل غيره فيه.

٢ . قوله: "فيما يقبل النيابة" فخرج بذلك التصرفات التى لا تقبل النيابة كالصلاة والصيام والوضوء.

٣ . قوله: "ليفعله فى حياته" فخرج به الإيصاء لأنه نيابة بعد الموت.

رابعاً . عند الحنابلة(٢) :

عرفها صاحب (كشاف القناع)(٣) بقوله: "إنها استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة"(٤) وهذا التعريف تظهر فيه أركان الوكالة بوضوح وهى: فقوله "جائز

---

(١) منهج الطلاب بهامش حاشية البجيرمي ٤٧/٣.

(٢) انظر الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للمرداوى ٣٣٩/٥-٣٥٢

(٣) كشاف القناع للبهوتى ج٣/٢٨٤.

(٤) وان أدق تعريف للحنابلة هو تعريف صاحب (غاية المنتهى) فقد قال: "إنها استنابة جائز التصرف مثله فى الحياة فيما تدخله النيابة" انظر مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى ٤٢٨/٣ وعرف الإمامية الوكالة بأنها: "استنابة فى التصرف" شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام للمحقق الحلى أبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ١٩٣/٢ دار الأضواء -بيروت وعرف السمناني الوكالة بأنها "استنابة فى حال الحياة فى العقود والتصرف". روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة أبى القاسم على بن محمد بن أحمد الرحبى السمناني المتوفى سنة ٤٩٩هـ- ٦٣٠/٢م. مؤسسة الرسالة -بيروت. ودار الفرقان عمان (حققها الدكتور صلاح الدين الناهى).

التصرف" إشارة إلى الموكل. وقوله: "مثله" إشارة إلى الوكيل. وقوله: "فيما تدخله النيابة" إشارة إلى الموكل فيه. ثم لابد من صيغة لتمام العقد.

قيود التعريف:

١ . قوله: "جائز التصرف" أي سالك التصرف وبذلك احترز التعريف عمن لا يملك التصرف كالمجنون والصبي دون في معناهما

٢ . قوله: "مثله" إشارة إلى الوكيل وشرطه أن يكون مالكاً للتصرف الذي يتوكل فيه، لأن من لا يملك إجراء تصرف لنفسه، فعدم جوازه لغيره أولى.

٣ . قوله: "في الحياة" فاخرج بذلك الإيصاء.

٤ . قيده: "فيما تدخله النيابة" احترز به عن التصرفات التي لا تقبل نيابة شخص فيها عن آخر كما ذكرناه آنفاً كالصلاة والصوم.

المطلب الثاني ـ الوكالة في القانون:

عرفت المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري بما نصه: "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" وبنص هذا التعريف وبذات الألفاظ أخذ القانون المدني السوري في المادة (٦٦٥) والقانون المدني الليبيي في المادة (٦٩٩) وعرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (٣) ونصها: "الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"؛ وتعريف القانون العراقي مقتبس من تعريف الحنفية، كما هو ظاهر. ولكن مسألة الجواز الواردة في التعريف تختلف في القانون عنها في الفقه، ذلك أن المراد بالجواز القانوني غير المراد بالجواز الشرعي(١).

وعرف القانون المدني التركي الوكالة في المادة (٣٨٦) ونصها: "الوكالة عقد بمقتضاه يستلزم الوكيل بإدارة الأمر الذي وكل فيه أو بإقامة التصرف الذي تحمله"(٢).

---

(١) الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص: ٥٥ ومعنى ذلك: ليس كل ما جاز في القانون للموكل هو جائز له في الشرع، يستطيع أن يوكل غيره فيها قانوناً حين أن ذلك ممتنع في الشرع.

(٢) أنظر Turk Boreler Hukuku (Dzel Hukumler) by Dos. Dr. Cerdet Yavuz Vol: II p. 193 Istanbul 1989., Borelar Hukuku (Genel Hukumler; Ozel Borg iliskileri) by. prof. Dr. Turgut Akinfurk P.211. Ankara 1986.

وعرف القانون اللبناني الوكالة في المادة (٧٦٩) ونصها: "الوكالة عقد بمقتضاه يفوض الموكل إلى الوكيل بقضية أو بعدة قضايا أو بإتمام عمل أو فعل، أو جملة أعمال وأفعال. ويشترط قبول الوكيل، ويجوز أن يكون قبول الوكالة ضمناً وأن يستفاد من قيام الموكل به" فالقانون اللبناني يوافق القانون العراقي في نظره إلى الوكالة على أنها تفويض من الموكل لوكيله للقيام بالتصرف له.

والذي يتبين من هذه التعريفات أن ماذهب إليه القانون المدني العراقي واللبناني يوافق الفقه الإسلامي في اعتبار الوكالة تعبيراً عن إرادة الموكل في إنابة غيره في التصرف بخلاف ما ذهب إليه القانون المدني المصري والتركي حيث إنهما عرفا الوكالة بأثر من آثار عقد الوكالة. فالوكيل إنما يعمل برأيه ووزنه فيساوم ويرى المصلحة فإذا تصرف تصرف بإرادته وعبارته. وإذن يكون الموكل قد استخدم إرادته وعبارته معاً. ولذا فالوكيل لا يضيف العبارة إلى موكله بل يقول: "بعت كذا لا باع فلان كذا".

وإذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله فقال: "باع فلان كذا" صار في هذا التصرف كالرسول، والوكيل لا يسند العقد إلى الموكل إلا في النكاح وأشباهه وفي هذه الحالة يعتبر سفيراً ومعبراً(١) ويمكن إذن تعريف الرسالة بأنها: تبليغ شخص كلام آخر لغيره دون أن يكون له دخل في التصرف(٢).

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للعلامة الأستاذ علي الخفيف ص١١٧. والفقه الإسلامي (نظرية العقد الموقوف) للدكتور وهبي سليمان مدكور ص٤٨٤. والنيابة في التصرف القانوني للدكتور شفيق شحاته (مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه).

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥٠٩/٥ وأنيس الفقهاء ص٢٣٩. والإجماع لابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ ص ١٢٨ الطبعة الثالثة ١٤١١هـ- ١٩٩١م. قطر.

المبحث الثاني ـ مشروعية الوكالة:

الوكالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع(١) والمعقول.

أما الكتاب: فآيات كثيرة منها قول الله عز وجل: {فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة} (٢) أخبر الله تعالى عن أهل الكهف أن يوكلوا واحداً منهم لشراء طعام. فما قص الله تعالى عن الأمم الماضية بلا إنكار يكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه. ذكر ذلك الشيخ قاسم القونوى فى كتابه: (أنيس الفقهاء ص٢٣٩) (٣).

ومنها قوله عز من قائل: {إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها}(٤) ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن العاملين عليها هم الذين يقومون بتحصيلها والموكلون على جمعها نيابة عن المستحقين فى تحصيل حقوقهم فتكون الوكالة جائزة(٥).

ومنها قوله تبارك وتعالى: {وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً}(٦) ووجه الدلالة: أن الله عز وجل بين أنه إذا حدث تخاصم بين الرجل والمرأة يرسل الحاكم أو القاضى حكماً من جهة الزوج وحكماً من جهة الزوجة وهذان الحكمان يعتبران كوكيلين عند بعض الفقهاء

---

(١) الإجماع: هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور على حكم شرعى بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم. والإجماع حجة شرعية على رأى جمهور الفقهاء وخالف فى حجته النظام من المعتزلة والإمامية وبعض الخوارج (انظر فى ذلك إرشاد الفحول للشوكانى ص٧٣ والمتصفى ج١ ص١١٠. والاحكام للآمدى ١/١٠١.

(٢) قال ابن العربى: "وهى أقوى آية فى الفرض أحكام القرآن ١٢١٦/٣ وانظر أيضاً الجامع لاحكام القرآن للقرطبى ٢٧٦/١٠ وروح المعانى فى تفسير القرآن والسبع المثانى للآلوسى ٥٢١/١٥ سورة الكهف الآية ١٩.

(٣) انظر أيضاً البحر الرائق لابن نجيم ١٤٠/٨ ومغنى المحتاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ٢١٧/٢.

(٤) سورة التوبة الآية ٦٠.

(٥) تكملة المجموع (الثانية) للشيخ محمد نجيب المطيعى ـ رحمه الله ـ ج١٣/٥٣٥ والمغنى لابن قدامة ٨٧/٥ وأحكام القرآن لابى العربى ١٢١٧/٣.

(٦) سورة النساء الآية ٣٥. وأصل الشقاق: أن كل واحد يأخذ شقاً غير شق صاحبه أى ناحية غير ناحيته: فتح القدير للإمام محمد ابن على الشوكانى المتوفى ١٢٥٠هـ ج١/٤٦٣ طبع دار الفكر

من جهة الزوجين. وهذا يدل على مشروعية الوكالة أيضاً. ويرى آخرون أنهما قاضيان(١).

وأما السنة: فأحاديث كثيرة أيضاً تدل على مشروعية الوكالة في الإسلام منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء أضحية(٢). ووجه الدلالة على المدعى ظاهر ومنها ما ورد من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في نكاح ميمونة فقد روى الترمذي وأحمد عن أبي رافع قال: "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالاً، وبنى بها حلالاً وكنت السفير بينهما"(٣) وهذا توكيل منه في عقد الزواج.

ومنها ما روي عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا » رواه أيضاً البيهقي والدار قطني(٤).

وتمام الحديث: «فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته»(٥) وفي الحديث دليل على مشروعية الوكالة وتعلق الأحكام بالوكيل. فيجوز للإمام أن يتخذ وكلاء له في بعض المهام كجمع الصدقة وتوزيعها أو يرسل من يقبضها.

ومنها: ما روى عن عروة البارقي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (وهو أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي المتوفى ٥٤٣هـ ج١/٤٢١ طبع دار المعرفة - بيروت. تحقيق على محمد البجاوي وانظر أيضاً كتاب سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص: ١٢١ وما بعدها مطبعة نفرتيتي - إمبابة - القاهرة.

(٢) هذا الحديث من رواية حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام. قال الترمذي حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب ابن أبي ثابت لم يسمع من حكيم بن حزام، فالحديث منقطع انتهى كلامه ملخصاً. قال المنذري: في إسناده مجهول أهـ انظر الترمذي مع التحفة ٤/٤٧٠ كتاب البيوع؛ وسنن أبي داود مع عون المعبود ٩/٢٤١. كتاب البيوع؛ ونصب الراية ٤/٩٠ كتاب الوكالة ونيل الأوطار ٥/٢٧٠. والتلخيص الحبير ص٢٥١.

(٣) انظر الحديث في سنن الترمذي برقم ٨٤١ ونيل الأوطار ٥/٢٦٩ وأحمد: ٦/٣٩٣ والدارمي ٢/٣٨

(٤) سنن الدار قطني ٤/١٥٤ وسنن أبي داود ٢/٢٨٢ والسنن الكبرى للبيهقي ٦/٨٠.

(٥) المراجع السابقة وسبل السلام ٣/٨٩٤ نشر مكتبة عاطف - الأزهر. وطريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد لفضيلة الشيخ عبد اللطيف بن إبراهيم آل عبداللطيف ٢/١٠٦. من مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة سنة ١٤٠٣هـ

بعث معه بدينار يشترى له أضحية. فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه.. رواه الخمسة إلا النسائي. وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه(١).

ووجه الدلالة: أن الحديث دل على مشروعية الوكالة إذ إنه صلى الله عليه وسلم وكل عروة في شراء أضحية أو شاة. وبالإضافة إلى ما أفاده هذا الحديث من مشروعية النيابة فقد استدل به جمهور الفقهاء على أن تصرف النائب خارج حدود النيابة يلزم الأصيل إذا كان نافعاً.

ومنها: ما جاء في الصحيحين(٢) : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر. فجاءهم بتمر جنيب(٣) فقال: أكل تمر خيبر هكذا ؟ فقال : إنا لنأخذ الصاع(٤) من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاث ، فقال : لا تفعل. بع الجمع(٥) بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً».

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون منذ عصر النبوة على العمل بالوكالة في كثير من التصرفات جيلاً بعد جيل وعصراً بعد عصر. وقد نصت كتب الفقه بذكر هذا الإجماع في المذاهب كلها(٦).

---

(١) انظر سنن الترمذي رقم ١٢٥٧ و١٢٥٨ وسبل السلام ٣/٥٦ دار نشر الكتب الإسلامية - لاهور - باكستان.

(٢) صحيح البخاري ٣\١٢٩ وصحيح مسلم ٥\٤٧

(٣) الجنيب : نوع جيد من التمر (ج) جنب. المعجم الوسيط ١\١٣٩

(٤) الصاع : مكيال تكال به الحبوب ونحوها ، وقدره أهل الحجاز قديما بأربعة امداد ، أي بما يساوي عشرين ومائة و ألف درهم . وقدره أهل العراق قديما بثمانية أرطال ، المعجم الوسيط ١\٥٢٨

الصاع : يساوي ٣،٢٤٥ كغم انظر المكاييل والاوزان الاسلامية وما يعادلها في النظام المتري تاليف فالترهنتس ترجمة الدكتور كامل العسلي ، مطبعة القوات المسلحة الاردنية - منشورات الجامعة الاردنية ص : ٦٣ و ٧٩

(٥) الجمع - النخل ينبت من نوى غير معروف الصنف ، وتمر مختلط من أنواع متفرقة ليس مرغوبا فيه . (المعجم الوسيط ١\١٣٥)

(٦) فتح القدير ٤٧٨ وتبيين الحقائق .وبداية المجتهد ٢\٢١٠ و تكملة المجموع ١٣\٨٣٨ والمغني ٥\٦٣ والإجماع للأمام ابن المنذر المتوفى ٣١٨ هـ من مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤن الدينية بدولة قطر الطبعة الثالثة سنة ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م وحاشية على الدر المختار ٥\٥٠٩ و أنيس الفقهاء ص : ٢٣٩ وروضة القضاة ٢\٦٣٤ والمهذب ١\٣٤٨ ومغني المحتاج ٢\٢١٧

وأما المعقول: فإن الإنسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته أو لكثرة ماله أو لكثرة اشغاله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة. جاء في أحكام القرآن لابن العربي: "والوكالة عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره.."(١).

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٣\١٢٢٨ وانظر أيضا المغني لابن قدامة ٥\٨٧

المبحث الثالث
شروط الوكالة

المطلب الأول ـ شروط الموكل في الفقه الإسلامي:

لابد لانعقاد الوكالة وصحتها من توافر شروط معينة في الموكل. وأتكلم الآن عن هذه الشروط على ما يلي:

أولاً . أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه الغير(١) :

بمعنى أن يكون أهلاً لمباشرة التصرف لنفسه. وفي هذا يقول صاحب المغني: "كل من صح تصرفه بشيء لنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة(٢) ". وعلى هذا لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولي(٣). كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها. وهذا شرط معقول. لأن الوكيل يستمد ولايته من موكله فإذا لم يملك الموكل مباشرة تصرف ما لم يستطع أن يوكل غيره فيه. لأن الإنسان لا يستطيع أن يملك غيره ما لا يملك

---

(١) البدائع للكاساني ٦\٢٠ الاختيار لتعليل المختار ٢\١٥٦ والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٨٤ ، والفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٦ ، وفقه المعاملات للدكتور مصطفى الخن ص: ٢١١. والوكالة في الشريعة و القانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص: ١٣٦ ، ونظرية النيابة في الشريعة و القانون للدكتور أحمد حمد ص: ٣٨ وما بعدها وشرائع الإسلام (فقه الإمامي) ٢/١٩٦ ، ١٩٧ ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ٨\١١-١٢. وفقه السنة للسيد سابق ٣/٢١٤ دار الكتاب العربي – الطبعة الثامنة ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م بيروت – لبنان

(٢) المغني ٥\٥١١ دار الفكر – بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م .

(٣) البدائع للكاساني ٦\٢٠ الاختيار لتعليل المختار ٢\١٥٦ والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٨٤ ، والفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٦ -٧٧ ، والوكالة في الشريعة و القانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص: ١٣٦ ، ونظرية النيابة في الشريعة و القانون للدكتور أحمد حمد ص: ٢٩ وما بعدها والمجلة(المادة : ١٤٥٧)

هو، وفاقد الشيء لا يعطيه كما يقولون. ويصح توكيل الصبي المميز في الأمور التي هي نفع محض، وإن لم يأذنه الولي، كقبول الهبة والصدقة(١) لأنه مما يملكه بنفسه فيملك تفويضه إلى غيره بالتوكيل.

وأما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة، فإن كان مأذوناً له في التجارة صح منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه وإن كان ممنوعاً من التصرفات فينعقد التوكيل موقوفاً على إجازة وليه، وعلى إذن وليه بالتجارة أيضاً(٢).

ثانياً . البلوغ:

يوافق(٣) المالكية والحنابلة وبعض الزيدية الحنفية في عدم اشتراط البلوغ في الموكل بل كما بيناه تصح وكالة الصبي المميز إذا أذن له وليه. وخالفهم (٤) في ذلك الشافعية والظاهرية والإمامية وبعض آخر من الزيدية والإباضية وابن شاش وابن الحاجب من المالكية.. وحجتهم أن البلوغ شرط في جميع التصرفات، إذ به ينضج المرء ويخرج عن طور الصبا.

ويصح للمرأة عند الحنفية التوكيل في تزويجها إذا كانت بالغة عاقلة(٥) ويصح للمحرم أن يوكل غيره في الزواج. ولا يصح للمرأة عند الجمهور(٦) أن توكل غيرها في

---

(١) البدائع للكاساني ٦\٢٠ المجلة (المادة : ١٤٥٧ -١٤٥٨) ١٥٦ والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٤ ، وفقه السنة للسيد سابق ص: ٣\٢١٤

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦\٢٠ وفقه المعاملات للدكتور مصطفى الخن ص : ٢١٣ والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص : ٢٨٤ والوكالة في الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص : ١٥٧

(٣) انظر: الانصاف ٥\٣٦٥ والبحر الزخار ٥\٥٨ والمغني ٥\٦٤ ، وتبيين الحقائق ٤\٢٥٤ ومواهب الجليل ٥\١١٩

(٤) انظر المحلى لابن حزم ٨\٣٢٢ مفتاح الكرامة ٧\٥٣ والبحر الزخار ٥\٥٨ وشرائع الاسلام ٢\١٩٧ ونهاية المحتاج ٥\٢١ ومغني المحتاج ٢\٢١٧ ، ومواهب الجليل ٥\١١٨، وشرح النيل ٩/٤٩٨

(٥) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ص : ٢٨٤ دار الفكر - دمشق سورية الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ-١٩٨٧ م

(٦) المرجع السابق ص : ٢٨٤ وفقه المعاملات للدكتور مصطفى الخن ص : ٢١٢ مطابع مؤسسة الوحدة ١٩٨١-١٩٨٢ م

مباشرة عقد زواجها؛ لأنها لا تملك أن تزوج نفسها. ولا يجوز للمحرم بحج أو عمرة توكيل غيره بالزواج، إذ لا يُنكح المُحرم ولا يُنكح.

ثالثاً . الرشد:

وهذا عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة والظاهرية حيث أجازوا للسفيه أن يتصرف في الأمور المالية وغيرها دون استثناء سواء بنفسه أو بمن ينوب عنه(١).

رابعاً . ألا يكون محجوراً عليه في دين:

وقع نفس الخلاف الذي ذكرناه في الرشد بين الجمهور الذين اشترطوا هذا الشرط وبين كل من أبي حنيفة والظاهرية حيث إنهم لايرون الحجر على المفلس(٢).

خامساً . ألا يكون على فراش الموت:

ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية، فأجازوا أن يتصرف المريض كما يشاء دون استثناء سواء بنفسه أم بنائبه(٣).

سادساً . إذن الزوج:

ولم يقل بهذا الشرط إلا بعض المالكية وكذلك الإمامية(٤). لأن المرأة لها ولاية تامة على جميع أموالها عند الجمهور(٥).

---

(١) المبسوط : ١٥٧\٢٤ والمحلى : ٣٢٢\٨ الوكالة في الشريعة والقانون المرجع السابق ص : ١٤١ ونظرية النيابة في الشريعة القانون(السابق) ص : ٤٠-٤١ وما بعدها وشرائع الاسلام (فقه امامي) ١٩٦\٢، والمغني ٥١\٥ دار الفكر الطبعة الاولى ١٤٠٥ هـ.

(٢) نفس المراجع والمغني ٣٢٠\٤، وحاشية الخرشي ٢٦٢\٥

(٣) المحلى : ٣٢٢\٨ ونظرية النيابة في الشريعة و القانون السابق : ص : ٤١، الوكالة (السابق) ص : ١٤٥-١٤٦والكالة في الفقه الاسلامي للأستاذ طالب شائد مقبل ص : ١٠٠ دار اللواء رياض الطبعة الاولى ١٤٠٢ هـ-١٩٨٢م ، والمراجع للجمهور : شرح فتح القدير ٤٦٢\٨ ،الطبعة الاولى بولاق بمصر . والمدونة ٦٠٥٩\٦ دار صادر - بيروت - لبنان ، والمغني ١٩٢\٦ سنة١٩٦٩م نشر مكتبة القاهرة . ونهاية المحتاج ٥٩\٦-٦٠ .

(٤) الخرشي ٣٠٤\٥ وشرائع الاسلام (فقه امامي) ٢٠٥\١

(٥) الوكالة (السابق) ص : ٤٢ نظرية النيابة (السابق) ص : ١٤٦

سابعاً . ألا يكون سكراناً:

يرى الأحناف والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة أن تصرفات السكر ان معتبرة عقوبة له إذا سكر بطريق محرم محظور(١). وخالف الجمهور في ذلك الإمامية وبعض الحنابلة(٢) بحيث يرون إن تصرفاته غير معتبرة لأنه فاقد العقل ولا قصد له.

ثامناً . ألا يكون مكرهاً:

ولا يختلف الفقهاء(٣) على أن تصرفات المكره غير معتبرة سواء كان يتصرف بنفسه أو بنائبه.

تاسعاً . ألا يكون هازلاً(٤) : هذا أيضاً موضع الاتفاق بين الفقهاء لأن الهازل لا يعتبر قوله ولا يصح تعاقده(٥) خلافاً للشافعية في الأصح.

عاشراً . أن يكون مسلماً:

يقسم الفقهاء الكفار إلى أربعة أقسام واختلفت أنظارهم في صحة إبرام عقود النيابة في كل نوع منها. وهذه الأنواع الأربعة(٦) هي الحربي والمستأمن والمرتد والذمي:

١ . الحربي: وهو الكافر الذي أعلنت دولته الحرب على الإسلام أو الذي مازالت دولته في حالة حرب مع المسلمين.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص : ٣١٠ وحاشية العدوي ٢\١٢٦ وقليوبي وعميرة ٢\٣٣٨ زاد المعاد ٤\٤٠

(٢) تذكرة الفقهاء ٢\١١٥ و زاد المعاد ٤\٤٠

(٣) الوكالة (السابق) ص : ١٤٧-١٤٨ ونظرية النيابة (السابق) ص: ٤٢ وانظر أيضا : أصول الفقه الاسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١\١٨٨ دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ١٩٨٦ م .

(٤) الهزل : وهو اللعب وهو أن يراد بالشيء ما لم يوضع له : (أصول الفقه الاسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١\١٨٠

(٥) نظرية النيابة (السابق) ص: ٤٣ والمجموع ٩\١٨٤ ، التوضيح على التنقيح وحواشيه ٢\٢٠٧ ، ٢٠٨ وتيسير التحرير على كتاب التحرير ٢\٢٩٢ ودليل الطالب على مذهب الامام أحمد بن حنبل ص : ١٠٦ .

(٦) المرجع السابق ص : ٤٣

ويرى الأحناف والإباضية أن الحربي لا يصح عقد وكالته. أما بقية المذاهب فترى جواز ذلك وحجتهم أن عبد الرحمن بن عوف (١) رضي الله عنه وكل أمية بن خلف ليقوم برعاية مصالحه في مكة على أن يقوم هو برعاية مصالح أمية في المدينة. وكان ذلك بعلم الرسول صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه.

المرتد: الفقهاء في توكيل المرتد مستندون إلى زوال ملكه بالردة وعدمه فيخلص جواز وكالة المرتد إلى ثلاثةآراء(٢) :

أولاً . وكالة المرتد تعتبر موقوفة على إسلامه وهو مذهب الإمام أبي حنيفة . رحمه الله . وإحدى الروايتين عند الحنابلة ووجه عند الشافعية(٣).

ثانياً . تعتبر وكالة المرتد صحيحة نافذة وهو مذهب الصاحبين ومقتضى مذهب المالكية في المشهور ووجه عند الشافعية وبه قال الإمامية(٤) وبه قال ابن قدامة.

ثالثاً . تعتبر وكالة المرتد باطلة لا تجوز قطعنا عنه ملكه أو أوقفناه وهو وجه عند الشافعية والرواية الأخرى عند الحنابلة، وهو ظاهر مذهب المالكية (٥).

أما إذا كانتوكالة المرتد في الكسب فصحيحة بناء عل صحة كسب المرتد عند جميع الفقهاء(٦) ويجوز التوكيل من المرتدة بالإجماع عند الحنفية لأن تصرفاتها نافذة بلا خلاف(٧).

---

(١) صحيح البخاري ٣\١٢٩ وعمدة القاري ٥\٦٨٢ فتح الباري ٥\٣٨٥ ،المغني ٥\٧٣ ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان . الطبعة الاولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م .

(٢) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص : ١٤٩ ،

(٣) البدائع ٦\٢٠ الانصاف ٥\٣٧٠-٣٧١ و روضة الطالبين ٤\٢٩٩ ،والمغني : ٨\١٢٨-١٢٩ ومغني المحتاج ٤\١٣٤ ومواهب الجليل ٥\٢٨٤

(٤) البدائع ٦\٢٠و روضة الطالبين ٤\٢٩٩ وحاشية العدوي على الخرشي ٥\٢٩٠ ، ٣٠٨ ، شرائع الاسلام ١\٢٤١ والمجموع ١٨\١٦والمغني ٥\٧٣

(٥) حاشية العدوي على الخرشي ٥\٢٩٠ ، ٣٠٨ ،و الانصاف ٥\٣٧٠-٣٧١ ، روضة الطالبين ٤\٢٩٩ ، و مغني المحتاج ٤\١٤٣ والمجموع ١٨\١٧

(٦) الوكالة في الشريعةو القانون (السابق) ص : ١٤٩ .

(٧) البدائع ٦\٢٠ « ويرى جمهور الفقهاء أن المرتدة لا عصمة لها فهي كالذكر في الحكم في ردتها وعليه فتكون وكالتها موقوفة حتى يتبين مصيرها . وهذا عند الحنابلة ومن وافقهم وعند الشافعية في المعتمد أن وكالتها باطلة البتة كما هو في المرتد (الوكالة في الفقه الاسلامي للاستاذ طالب شاكر مقبل ص : ١١١ في الهامش دار اللواء الرياض الطبعة الاولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

٢ . المستأمن: هو شخص غير مسلم من دار الحرب دخل دار الإسلام بأمان ليقيم فيها مدة مؤقتة. وقد اتفق(١) الفقهاء على صحة توكيل المستأمن وقد نقل العيني في(عمدة القارىء) والعسقلاني في (فتح الباري) عن ابن المنذر أنه لا خلاف في ذلك.

٣ . الذمي: الذمي هو من أقام في دار الإسلام من غير المسلمين إقامة دائمة. والقاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن الذمين كالمسلمين في المعاملات الشاملة لجميع الارتباطات القانونية وفي جميع الشئون الدنيوية(٢).

حادي عشر . أن يكون عدلاً:

وهذا الشرط يقول به الشافعية وأحمد في إحدى الروايتين عنه في موضوع تزويج الولي لابنته(٣) ولكن المشهور في مذهب المالكية والظاهر من مذهب الحنفية أن ولاية الفاسق صحيحة في تزويج ابنته وهو مذهب الإمامية والزيدية(٤).

شروط الموكل في القانون:

نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٣٠) من القانون المدني العراقي في بيان شروط الموكل على مايلي: "يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً، ولا توكيل صبي مميز بتصرف تصرفاً ضارا ضرراً محضاً ولو أذن به الولي> ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا إذن وليه. وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذوناً بالتجارة فإن كان محجوراً ينعقد توكيله موقوفاً على إذن وليه.

---

(١) الوكالة في الشريعة و القانون (السابق) ص : ١٥٠ ونظرة النيابة (السابق) ص : ٤٤ فتح الباري ٥\٣٨٦ ،وعمدة القارىء ٥\٦٨٢ ،والمغني لابن قدامة ٥\٣٣ دار الفكر – بيروت الطبعة الاولى ١٤٠٥هـ .

(٢) انظر أحكام الذميين والمستأمنين للدكتور عبد الكريم زيدان ص : ٥٦١ ، والمغني ٥\٣٣ دار الفكر – الطبعة الاولى ١٤٠٥ هـ .

(٣) المهذب ١\٢٤٩ ، والانصاف ٥\٣٥٩ .

(٤) حاشية العدوي ٣\٢٤ . حاشية ابن عابدين ٣\٨ ، وتذكرة الفقهاء ٢\١١٥ ،والبحر الزخار ٥\٢٥٩. انظر أيضا : الوكالة في الشريعة و القانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص : ١٥١ ونظرية النيابة في الشريعة والقانون للدكتور أحمد حمد ص : ٤٥ .

والقانون كما هو ظاهر من المادة يتفق مع ماذهب إليه الفقهاء وخاصة فقهاء الحنفية وشرط وصحة الوكالة من الموكل في القانون نصت عليها (المادة ٩٢٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي و(المادة ٨٣٤) من القانون المدني الأردني وذلك يتفق مع ماذهب إليه الفقهاء وخاصة المذهب الحنفي لانهما مأخوذان من مذهب الحنفية(١).

أما القانون المصري والتركي والسوري والليبي فلم يتناولوا الكلام عن شروط الموكل وقد علق الأستاذ محمد رضا عبد الجبار العاني على ذلك بقوله: فيرجع في ذلك إلى القواعد العامة(٢).

المطلب الثاني : ما يشترط في الوكيل في الفقه الإسلامي:

لابد من توافر بعض الشروط في الوكيل لصحة الوكالة كما هو الحال في الموكل: فهناك شروط لابد من توافرها في الوكيل ووقع فيها نفس الخلاف المذكور عند الكلام عن شروط الموكل. ولهذا وتجنباً للإطالة أكتفي هنا بذكر هذه الشروط وهي:

أولاً . أن يكون عاقلاً.

ثانياً . أن يكون بالغاً.

ثالثاً . أن يكون ذكراً.

رابعاً . ألا يكون سكراناً.

خامساً . ألا يكون هازلاً.

سادساً . أن يكون عادلاً.

سابعاً: أن يكون رشيداً فما ذكرناه عند شروط الموكل من الخلاف بين الفقهاء واقع هنا أيضاً إلا أننا نضيف إليه أن الشافعية (٣) يرون جواز نيابة السفيه في قبول النكاح وتردد المالكية(٤) بين قولين أرجحهما جواز كون السفيه نائباً.

---

(١) العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني للدكتور وهبة الزحيلي ص : ٢٨٣ .

(٢) انظر الوكالة في الشريعة و القانون ص: ١٥١

(٣) مغني المحتاج ٢\٢١٨

(٤) مواهب الجليل ٥\١٢٠-١٢١

ثامناً : أن لا يكون مكرها : فاتفق الفقهاء على اعتبار هذا الشرط وأن المكره لا يصح تصرفه سواء أكان نائباً أو منوباً عنه، إلا أن للأحناف رأياً آخر بالنسبة للنائب وهو أنه يجوز تصرفه فى حالة الإكراه، وضمان هذا التصرف على من أكرهه(١).

تاسعاً . أن يكون معيناً: لم يشذ أحد من الفقهاء فى اشتراط تعيين النائب لأن النيابة عقد تترتب عليه حقوق والتزامات لابد أن تكون واضحة أمام طرفيه من أول إبرامه(٢). إلا أن الشافعية ذكروا أن الوكيل المجهول لو كان تبعاً لمعلوم صح توكيله(٣).

عاشراً . أن يكون عالماً بنيابته: وقد ذهب إلى اعتبار هذا الشرط الأحناف والحنابلة والزيدية(٤) أما الشافعية والحنابلة فى رواية أخرى فلم يذهبوا إلى اعتبار هذا الشرط(٥).

حادى عشر: أن يكون مسلماً: انفرد المالكية(٦) فى اشتراط هذا الشرط وحجتهم أن الكافر لا يوثق بنيابته ولا يتحرى الحق فيها، وقد يغلظ فى تعامله مع المسلمين عند اقتضائه حقوق من أنابه.

ثانى عشر: ألا يكون عدواً لمن ناب عنه: ولم يقل بهذا الشرط إلا المالكية وحدهم، وقالوا به فى الخصومة، فيجيزون أن يكون المسلم نائباً عن النصرانى واليهودى وغيرهما بشرط ألا يكون بينه وبينهم عداوة دنيوية(٧).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤٧\٢٤

(٢) نظرية النيابة (السابق) ص: ٤٨ الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ١٦٢ وحاشية البجيرمي ٥٦\٣ والمبسوط للسرخسي ١٩\٧٣-٧٤

(٣) حاشية البجيرمي ٥٠\٣ مثال ذلك: كما لو قال شخص: وكلت محمدا و أي انسان آخر لشراء سيارة لي.

(٤) البحر الرائق ١٤٠\٧ قواعد ابن رجب، قاعدة ٦٤، البحر الزخار ٦٥\٥ و تكملة ابن عابدين ٢٦٧\٧ و درر الحكام شرح المجلة ٥٤٦\٣

(٥) تحفة المحتاج ٣١٠\٥ قواعد ابن رجب قاعدة ٦٤ وتذكرة الفقهاء ١١٤\٤ و اعانة الطالبين وبهامشه فتح المعين ٨٧\٣ دار الفكر بيروت وفيض الاله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك ٥٠\٢ الطبعة الثانية سنة ١٣٧٢هـ- ١٩٥٣م شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر.

(٦) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٨، والمدونة الكبرى ٥٠\٤ والمغني ٦٤\٥

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨٧\٣

ثالث عشر: ألا يتعدد النائب: وهذا ما انفرد به المالكية(١) في موضوع الخصومة، لكنهم قالوا: إن رضى خصم الموكل بتعدد الوكلاء جاز.

شروط الوكيل في القانون:

لم ينص القانون المصري والتركي والسويسري والألماني والسوري والليبي على شروط الوكيل وإنما يرجع في ذلك إلى القواعد العامة(٢).

وأما القانون الفرنسي فقد نص في المادة (٢٢) على أنه: "ليس من الضروري أن يكون للنائب أهلية التصرف فيما وكل فيه، ويكفي أن يكون قادراً على تمثيل غيره وفقاً للقانون".

وأما القانون المدني العراقي فقد عالج شروط الوكيل في الفقرة الثانية من المادة (٩٣٠) ونصها: "يشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلاً وإن لم يكن مأذوناً" وهذه المادة مأخوذة عن مجلة الأحكام(٣) العدلية.

المطلب الثالث: شروط الموكل فيه(٤)

وفيه فرعان:

الفرع الأول . شروط الموكل فيه في الفقه الإسلامي:

١ . أن يكون الموكل به مملوكاً للموكل: ملك التصرف الموكل فيه من قبل الموكل يكون بملك أهلية التصرف. وأهلية التصرف الكاملة إنما تكون بالعقل والبلوغ والحرية

---

(١) المرجع السابق ٣\٢٩٢

(٢) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ١٦٩ ونظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ١٢٩

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة « ١٤٥٨ » وكذلك الأمر في القانون الاماراتي والأردني « م ٩٢٥ » إماراتي « م ٨٣٤ » أردني. وهما قد أخذا من المجلة « م ١٤٥٧-١٤٥٩ » ومرشد الحيران « م ٩١٦-٩٢١ » راجع في هذا العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني للدكتور وهبة الزحيلي ص: ٢٨٣ . دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد القرطبي ٢\٣٠٠ من منشورات الرضي قم - ايران المطبعة أمير =

ومن هذا نعلم: أن حق التصرف لابد أن يكون ثابتاً للموكل حين التوكيل(١). سواء نشأت هذه الملكية عن ملكية الشيء أم نشأت عن الولاية عليه شرعاً(٢). لأن ما لا يملكه الإنسان لا يتصور تفويض التصرف به لغيره، وهذا متفق عليه(٣).

كما إذا قال المالك لشخص: وكلتك في بيع بستاني الفلاني مثلاً أو قال ولي الصبي والمجنون لشخص: وكلتك في تأجير الدار التي يملكها الصبي أو المجنون، فإن الولي له حق التصرف في مال هؤلاء فله حق التوكيل، وعلى هذا فلا يصح أن يكون التصرف فيما لم يملكه، أو فيما سيملكه إلا تبعاً فلو قال شخص لآخر: وكلتك في بيع دار خالد، وهو لا يملكها، أو وكلتك في بيع البستان الذي سأشتريه، لم يصح ذلك في الأصح. أما لو قال: وكلتك في بيع امتعتي هذه وما سأشتريه من أثواب صحت الوكالة في الجميع، صحت في الأول لأنه مملوك للموكل، وصحت في الثاني تبعاً للأول(٤).

والمراد بكون الموكل فيه مملوكاً للموكل أن الموكل يملك التصرف فيه شرعاً ويتحقق ذلك بأن يكون التصرف به مباحاً في الشرع كالبيع مثلاً(٥). بعبارة أخرى كما قال الدكتور عبد الكريم زيدان ـ رحمه الله ـ : "بأن يكون من التصرفات الجائزة شرعاً(٦) ، فلا يجوز التوكيل في الغصب والاعتداء على مال الغير ولا في الجنايات وسائر

= قم سنة الطبع ١٤٠٦ هـ و (٢) البدائع ٦\٢١ وما بعدها والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٨٥مؤسسة الرسالة مكتبة القدس ـ بغداد ١٩٨٨م ، والوكالة في الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص: ١٧٠ وما بعدها وفقه المعاملات للدكتور مصطفى الخن ص : ٢١٣-٢١٤ ونظرية النيابة في الشريعة والقانون للدكتور أحمد حمد ص: ٥٠ وما بعدها والفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٨ ، العقود المسماة (السابق) للدكتور وهبة الزحيلي ص : ٢٨٤

(١) فقه المعاملات ـ (السابق) ص : ٢١٣

(٢) نظرية النيابة في الشريعة و القانون (السابق) ص : ٥٠

(٣) الفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٨

(٤) مغني المحتاج ٢\٢١٩

(٥) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ١٧٠ « أن القاعدة العامة في الوكالة أن « من صحت منه مباشرة الشيء صح توكيله فيه غيره وتوكله فيه عن غيره ومن لا فلا » الأشباه والنظائر للسيوطي ص : ٤٦٣

(٦) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٥

المحرمات، لأن الأفعال المحرمة شرعاً لا يجوز ولا تباح للموكل فلا تجوز النيابة فيها ولا تباح للوكيل.

٢ . أن يكون قابلاً للنيابة: وهو كل ما تصح النيابة فيه من الأمور المالية وغيرها(١). كالبيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والطلاق والنكاح والخلع والصلح. ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالصدقة والزكاة(٢). ونحو ذلك من العقود والتصرفات التي لا ينظر فيها إلا لوقوعها وتحصيلها ولا ينظر إلى شخص فاعلها.

أما التصرفات التي ينظر فيها إلى شخص فاعلها فلا تقبل النيابة، لأن المقصود منها لا يحصل إلا بصدورها من شخص معين، كالشهادة والإيمان والصلاة لأنه لا يصح التوكيل فيها لعدم قابليتها للنيابة لأنها تتعلق بالشخص نفسه. ومثلها الإيلاء والقسامة واللعان لأنها أيمان فلا يصح التوكيل فيها(٣).

وتجوز الوكالة عند الجمهور في العبادات التي لها تعلق بالمال قبضاً وإخراجاً ودفعاً إلى المستحق كالزكاة والكفارة والنذر والصدقة والحج والعمرة عند العجز وبعد الموت، وذبح الهدي وذبح الأضحية ونحوها(٤) ؛ لأن المقصود بها إيصالها لأهلها. ولم يجز المالكية التوكيل بالحج؛ لأن المقصود به تهذيب النفس وتعظيم شعائر الله، وأما إنفاق المال فهو أمر عارض(٥).

---

(١) الفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٩ العقود المسماة (السابق) للدكتور وهبة الزحيلي ص : ٢٨٤

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢\٣٠٠ وانظر أيضا : فقه المعاملات (السابق) ص : ٢١٤و الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ١٨٠ وما بعدها

(٣) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٥

(٤) مغني المحتاج : ٣\٢١٩ بداية المجتهد ٢\٣٠٠ ،و المغني : ٥\٨٣و وتكملة ابن عابدين : ٧\٢٧١

(٥) الفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٩ العقود المسماة (السابق) للدكتور وهبة الزحيلي ص : ٢٨٤

والضابط في ذلك كما ذكره الدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني في كتابه (الوكالة في الشريعة والقانون) نقلاً عن بعض كتب الفقه المالكي كما يلي(١) :

أولاً . كل تصرف مشتمل على مصلحة لا تتحقق إلا بمباشرة الفاعل نفسه، فإن النيابة ممتنعة فيه إطلاقاً، وذلك كالإيمان بالله ورسوله وإقامة الصلاة وحلف اليمين وأداء الشهادة.

ثانياً . كل تصرف يشتمل على مصلحة يراد تحقيقها دون النظر إلى شخص القائم به، فإن النيابة جائزة فيه قطعاً. وذلك كالبيع والشراء وقضاء الديون ورد المسروق والمغصوب والودائع والعواري، حيث المقصود إيصال الحقوق إلى أهلها سواء بالشخص نفسه، أم بنائبه.

ثالثاً . كل تصرف مشتمل على المصلحتين معاً: المصلحة المنظور فيها إلى مباشرة الفاعل نفسه، والمصلحة المنظور فيها إلى مجرد تحقيقها، فهو تصرف متردد بين المصلحتين، ويتمثل هذا في الحج. فهو عبادة بدنية يقترن بها إنفاق مال، فمن اعتبر الناحية الدينية وما فيها من مصلحة خاصة تعود إلى شخص من يحج لم يعتبر جواز النيابة فيه، ومن نظر إلى ناحية الإنفاق أجاز النيابة فيه، لأن الإنفاق كما يمكن أن يحدث بالشخص نفسه يمكن أن يحدث بنائبه.

٣ . أن يكون محل النيابة معلوماً: وضابط ذلك أن يكون الذي سيقوم بالتصرف نيابة على علم به يجعله قادراً على الامتثال، فإن لم يكن يعلمه على هذا الوجه لم يصح عقد النيابة وذلك بسبب الجهالة(٢). ولا تضر الجهالة اليسيرة فيه إذا كانت الوكالة خاصة، ولا الجهالة الفاحشة إذا كانت الوكالة عامة كما لو قال لوكيله اشتر لي ما شئت. فإذا سلم محل الوكالة من الجهالة على النحو الذي ذكرناه، جاز أن ترد الوكالة على جميع العقود والتصرفات التي تقبل النيابة(٣).

---

(١) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ١٨١ نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٥٢

(٢) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٢٠٥ نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٥٧

(٣) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص: ١٨٥

ومما اشترطه الشافعية قريباً من هذا الشرط الذى نحن بصدده الآن وهو أن يكون معلوماً ولو من وجه، ولا يشترط العلم به من جميع الوجوه، إذ يقل فى مثله الغرر، ولأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضى المسامحة فيه، فيكفى أن يكون معلوماً من وجه يقل معه الغرر للوكيل(١).

والوكالة المطلقة عند الحنفية باطلة إذا كانت الجهالة فاحشة(٢) والوكالة المطلقة عند الشافعية والحنابلة باطلة للجهالة، ومثلوا للوكالة المطلقة بمن وكل فى شراء ثوب دون أن يذكر نوعاً ولا ثمناً(٣). أما المالكية فيجيزون الوكالة العامة والوكالة المطلقة، ويحدد العرف عندهم هذا العموم وهذا الإطلاق فلا جهالة حينئذ(٤).

الفرع الثانى . شروط الموكل فيه فى القانون:

لم تنص القوانين سواء منها المصرى والتركى والسويسرى والألمانى والفرنسى والليبى على شروط الموكل فيه وإنما المآل فيه إلى القواعد العامة وأما القانون العراقى والأردنى والإماراتى فيتفق عموماً مع ما ذكرناه عن فقهاء الشريعة لأن مصدر هذه القوانين هو الفقه الإسلامى ويظهر ذلك مما يلى:

١ . تنص المادة (٣٩٠) من القانون المدنى العراقى على "أنه يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به.".

٢ . ويشترط القانون المدنى العراقى فى التصرف الموكل فيه أن يكون معلوماً. وذلك نص المادة (٩٢٧) فقد نصت على أن: "الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم" والمراد بالجواز هنا الجواز القانونى وليس الشرعى.

٣ . ويشترط القانون العراقى فى الموكل به أن يكون قابلاً للنيابة كما هو مفهوم من

---

(١) فقه المعاملات (السابق) ص : ٢١٤

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٧\٥١٠

(٣) مغني المحتاج : ٢\٢٢١ ونهاية المحتاج ٥\٢٥ ، المغني : ٥\١٩

(٤) مواهب الجليل (شرح مختصر خليل) للحطاب ٥\١٩٤

للمادة (١٢٦) ونصها: "لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه. وفي القانون المدني التركي . كما ذكرناه آنفاً . ليس هناك نص ينص على شروط للوكل به إلا أن الذي يفهم من عموم القانون والنصوص التي تنظم صلاحية النيابة تدل على أن الوكالة لا تجوز في التصرفات التي تخالف القانون أو الآداب والأخلاق الاجتماعية أو إذا كان التصرف بغير حق(١).

---

(١) النيابة المستندة إلى الصلاحية نظرا إلى قانون الالتزامات التركي والسويسري للدكتور نورهان أسنر ص : ٧٢ من منشورات كلية الحقوق انقرة . طبع في سنة ١٩٦١ م .
راجع : Türk Borçlar Hukuku(özel Hukumler)by Dr. Cevdet Yavuz vol : II p . 196 Istanbul 1989.

المبحث الرابع

أنواع الوكالة في الفقه الإسلامي والقانون:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول . الوكالة العامة والخاصة:

يرجع التنوع في الوكالة إلى القيود أو الأوصاف التي تضاف إلى العقد فيتبين شموله أو عدم شموله وإطلاقه أو تقييده والتزام المتعاقدين به أو عدم التزامهما.

١ . فمن حيث الشمول وعدمه تتنوع إلى وكالة عامة ووكالة خاصة:

الوكالة العامة: ما كانت غير محصورة بتصرف معين(١) بحيث يعطى الموكل فيها للوكيل إذناً عاماً ليقوم بالتصرف في جميع شئونه دون استثناء(٢) وهي التي اشتملت على كل أمر يقبل النيابة(٣) كما لو قال شخص لآخر أنت وكيلي في كل شيء أو فيما لي من حقوق وتصرفات، فيملك الوكيل بهذه الوكالة كل تصرف جائز مملوك للموكل(٤). وتصح الوكالة العامة عند الحنفية والمالكية لأنها تجوز في كل ما يملكه الموكل وفي كل ما تصح فيه النيابة من التصرفات المالية وغيرها(٥) وبناء على هذا يجوز للوكيل أن يبيع ويشترى، ويؤجر ويستأجر، ويهب ويوهب له، ويوقع الطلاق على الزوجات، ويقبل عن الموكل في عقود الزواج إلى آخر ذلك(٦). ولا يصح هذا النوع من الوكالة عند الشافعية والحنابلة؛ لما فيه من عظيم الغرر(٧) ولوجود الجهالة الكثيرة التي يعسر معها تحديد مهمة الوكيل(٨).

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٧\٥١٠ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٦

(٢) نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص : ٢٨

(٣) العقود المسماة (السابق) لوهبة الزحيلي ص : ٢٨٥

(٤) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٦

(٥) تكملة رد المحتار : ٧\٣٥٧ و بداية المجتهد ٢\٣٠٢

(٦) نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص : ٢٨

(٧) مغني المحتاج : ٢\٢٢١ وكشاف القناع : ٣\٤٧١

(٨) العقود المسماة (السابق) لوهبة الزحيلي ص : ٢٨٥

الوكالة الخاصة: هي ما كانت متعلقة بتصرف معين[١] على عكس الوكالة العامة، فموضوعها محدد لا يجوز للوكيل أن يتجاوزه[٢]. مثل بيع هذا المنزل. وليس للوكيل فيها إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها. أو العرف الجارى؛ لأن الوكالة حسب الحاجة[٣]. فإذا كان التوكيل فى بيع شيء مثلاً، فلا يجوز للوكيل التصرف بغير البيع ولا يجوز له التصرف ببيع شيء سواه[٤]. واتفق الفقهاء على جواز الوكالة الخاصة وهذا هو الأصل الغالب فيها[٥].

المطلب الثانى ـ الوكالة المطلقة والمقيدة:

٢ . ومن حيث إطلاق اللفظ وتقييده تتنوع إلى وكالة مطلقة ووكالة مقيدة:

الوكالة المطلقة: هي الوكالة التى لا يقيد فيها الموكل الوكيل بأى قيد من القيود[٦] وهى الخالية من كل قيد[٧] وهذا يصدق على صورتين[٨] : صورة يصرح فيها الموكل بالإذن العام للوكيل، وبهذا تصبح الوكالة المطلقة والوكالة العامة بمعنى واحد. وصورة يحدد فيها الموكل نوع التصرف من بيع وشراء ولكنه لا يقيد الوكيل فى كيفية البيع ولا

---

(١) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٦

(٢) نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٢٨ – ٢٩

(٣) العقود المسماة (السابق) لوهبة الزحيلي ص: ٢٨٦

(٤) نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٢٩

(٥) الفقه الاسلامي و أدلته لوهبة الزحيلي ٥\٧٥والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٦

(٦) نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٢٩

(٧) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٢١٧

(٨) نظرية النيابة في الشريعة والقانون (السابق) ص: ٢٩

في ثمنه ولا في مكانه ولا في زمانه ولا من يتعامل معه، وبهذا تكون الوكالة وكالة خاصة مطلقة. ولكن بعض الفقهاء ذهب إلى أن الوكالة المطلقة تقيد بما يقضي به العرف كما لو قال وكلتك في بيع داري لا يجوز للوكيل أن يبيع الدار بغبن فاحش أو بما لا يباع به عادة وذهب أبو حنيفة إلى أن التوكيل المطلق يجري على إطلاقه ولا يتقيد بشيء لا بعرف ولا بغيره ، لأن الموكل لو أراد تقييده بشيء لصرح بذلك، فعدم التصريح دل على تركه الأمر للوكيل يتصرف فيه كما يشاء(١).

الوكالة المقيدة : هي التي يحدد فيها الموكل للوكيل حدود تصرفه ويرسم له طريق هذا التصرف(٢) ، ويضع له قيوداً على عكس الوكالة المطلقة كما لو قال وكلتك في بيع داري هذه بكذا من المال فلا يجوز للوكيل، في هذه الحالة أن يخالف ما قيده به الموكل إلا إذا كانت المخالفة إلى ما فيه خير للموكل، كما لو قيده بأن يبيع الدار بألف دينار فباعها بألف ومائة دينار. أما لو باع الدار بأقل من ألف فإن البيع يكون موقوفاً على إجازة الموكل، وعند بعضهم كالشافعي يقع باطلاً(٣).

المطلب الثالث ـ أنواع الوكالة في القانون:

نصت المادة (٧٠١) من القانون المدني المصري كما نص القانون الليبي والقانون المدني السوري في مادته (٦٦٧) على ما يلي:

"١ . الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة.

٢ . ويعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله".

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥١٠\٧ المغني : ١٢١\٥ وانظر أيضا : المدخل (السابق) ص : ٢٨٦

(٢) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (السابق) ص : ٢٨٦

(٣) البدائع ٢٧\٦ و المغني : ٢٢٠\٥ وكشاف القناع ٢٣٩\٢، و مغني المحتاج : ٢٢٣\٢

فالوكيل العام بموجب هذا النص لا يجوز له القيام بأى عمل من أعمال التصرف تبرعاً ولا معاوضة إلا إذا كانت تقتضيه أعمال إدارة التصرف، وكذلك لا يجوز للوكيل العام أن يهب مال الموكل كله أو بعضه (١).

ونصت المادة (٧٠٢) من القانون المدنى المصرى وكذا القانون الليبى والسورى فى المادة (٦٦٨) على أن الموكل يلزمه تعيين التصرف الذى يريد التوكيل فيه إن لم يكن هذا التصرف من أعمال الإدارة. ونصت المادة (٩٣١) من القانون المدنى العراقى على ما يلى: "يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل وتعميمها، فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة فى كل حق له صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم"(٢). بناء على هذا النص فإن الوكالة قد تكون عامة وقد تكون خاصة وكلاهما صحيح.

ويرشد نص المادة (٩٣٢)(٣) من القانون المدنى العراقى إلى أن الوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة وكلاهما صحيح. وهذا قبل صدور قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) أما بعد صدور هذاالقانون فإن المادة (٩٣١) مدنى عراقى تم تقييدها بالفقرة الثانية من المادة (٥٢) من قانون المرافعات الجديد فبموجب هذه المادة يكون العموم الوارد فى القانون المدنى العراقى قد تقيد، فلا يجرى عموم الوكالة على عمومه إلا فى الأمور التى لم تطلب المادة فيها توكيلاً خاصاً(٤). وبذلك يكون القانون المدنى العراقى قد مال إلى رأى الشافعية ومن وافقهم فى لزوم تخصيص الوكالة بعد أن كان يأخذ برأى الحنفية ومن وافقهم.

وفى القانون التركى إشارة إلى صلاحية النيابة سواء كانت عامة أو خاصة(٥) بناء

---

(١) الوسيط للسنهوري ٧\٤٣٢-٤٣٤

(٢) المادة منقولة نصا عن المادة « ٨٩٩ » من مرشد الحيران

(٣) المادة منقولة نصا عن المادة « ٩٠٠ » من مرشد الحيران

(٤) الوكالة في الشريعة والقانون (المرجع السابق) ص: ٢٢٤-٢٢٦

(٥) قانون الالتزامات للدكتور : Turgut Akintürk ص: ٢١٢-٢١٣ مطبعة seving انقره Türk Borçler Huk , (Özel Huk) by Ceydet Yevuz Vol : II p 216-221 Istem-bul 1989.

على هذا إذا كانت الوكالة وكالة عامة تشمل: كل التصرفات القانونية وإذا كانتالوكالة خاصة فإنها تشمل بعض التصرفات القانونية المعينة(١) ونصت المادة (٣٨٨) من قانون الالتزامات التركي في فقرتها الثالثة على أن هناك بعض التصرفات والمعاملات المهمة ولابد فيها من تعيين الموكل مثل دعاوى الخصومة والصلح والتحكيم والهبة وتمليك غير المنقول.

بناءً على ما تقدم نلاحظ أن القانون التركي والسويسري يتفقان مع رأي في الفقه الإسلامي حيث يشترط لبعض التصرفات المهمة أن تكون الوكالة فيها خاصة. والملاحظ في القانون الفرنسي أيضاً أنه يقسم الوكالة إلى عامة وخاصة بحيث نصت المادة (٢٨) على ما هو نصها: "النيابة العامة تخول للنائب حق التصرف في الأعمال الإدارية فحسب، إلا إذا كان في القانون أحكام مخالفة لذلك، و النيابة الخاصة بعمل ذي طبيعة محددة لا ضرورة لتحديد التصرف فيها ما لم يقتضي ذلك القانون".

---

(١) المراجع السابقة في الهامش(٥) (ص ٢١٠)

المبحث الخامس

نيابة الوكيل

اتحدث في هذا المبحث عن حكم العقد وحقوقه وقد خصصت لذلك ثلاثة مطالب وهي:

المطلب الأول: حكم العقد [١] في الفقه الإسلامي.

يراد بحكم العقد: الغرض والغاية منه أو الأثر المترتب على العقد. ففي عقد البيع والشراء يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشترى وملكية الثمن للبائع. وفي عقد الإجارة الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر وملك المؤجر . مالك العين . للأجرة وهكذا في سائر العقود.

وقد أجمع الفقهاء[٢] على أن حكم العقد إنما يرجع إلى الموكل في جميع العقود والأحوال سواء أكان العقد مضافاً إلى الموكل أم إلى الوكيل في عقد معاوضة.

لكن الفقهاء وإن كانوا قد اتفقوا على هذه النتيجة إلا أنهم يختلفون في طريق ثبوت الحكم للموكل:

١ . فمنهم من قال يثبت للوكيل: لأن السبب قد تحقق من جهته ولكنه لا يستقر، إذ ينتقل فور ثبوته إلى الموكل بموجب عقد التوكيل وهو مذهب الكرخي وأسنده ابن قدامة[٣] للإمام أبي حنيفة إذ يقول: وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك

---

(١) كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد ابراهيم بك ص : ١٧٥ ومصادر الحق ص : ٢١٠ وروضة القضاة وطريق النجاة للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرسي السمناني المتوفى سنة ٤٩٩ هـ حققه الدكتور صلاح الدين الناهي : ٦٤٥\٢ مؤسسة الرسالة بيروت - دار الفرقان عمان . الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م.

(٢) مصادر الحق ص : ٢١٠\٤ وما بعدها . دار إحياء التراث العربي والمعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد ابراهيم بك ص : ١٧٦ و تبيين الحقائق ٢٥٦\٤ و المغني : ١٣٠\٥ مغني المحتاج : ٢٢٩\٢ وما بعدها وبداية المجتهد ٢٩٨\٢ والمهذب : ٣٥٦\١

(٣) المغني : ١٣٠\٥ نشر مكتبة الجمهورية العربية بالقاهرة ومكتبة الرياض الحديثة

من البائع إلى للموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل. أ.هـ.

ويذكر ابن قدامة أن أبا حنيفة يستدل على أن الملك يكون أولاً للوكيل ثم ينتقل منه إلى للموكل بأنه لو خالف الوكيل الموكل فاشترى بغير ما عين له موكله كان الشراء له ولم يصر بعد للموكل(١) ويتفرع على هذا أن المسلم لو وكل ذمياً بشراء خمر أو خنزير لم يصح الشراء عند الشافعية والحنابلة لأن المسلم ليس له أن يتملك شيئاً من هذين ويصح عند أبى حنيفة ويقع للذمى الوكيل لا للمسلم الأصيل الموكل(٢). هذا ما ذكره ابن قدامة فى كتابه (المغنى) والمعروف فى مذهب الحنفية غيرهذا فالملك عندهم يثبت ابتداء للموكل. دون حاجة لأن يثبت للوكيل ثم ينتقل منه للموكل.فى"تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق"(٣) من كتبهم: أن الملك فى عقد البيع والشراء يقع ابتداءً للموكل.

٢ . ومنهم من يثبت الحكم للأصيل ابتداء . عند العقد .: باعتباره خليفة عن الموكل وهذا مذهب الحنفية والشافعى وأحمد(٤) يقول العلامة الكاسانى فى كتابه (البدائع)(٥) "لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر" وفى تبيين الحقائق(٦) : والصحيح أن حكم العقد يقع فى الوكالة للموكل ابتداءً خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل فى حق الكل . أى حكم العقد وحقوقه .. ويقول الإمام المرغينانى فى (الهداية)(٧) له "والملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتباراً للتوكيل السابق وهو

---

(١) وهذا الرأي قريب مما يذهب إليه القانون الوضعي الغربي في نظام « الاسم المستعار » لان الملك ينتقل في هذا النظام إلى الوكيل وهو الاسم المستعار . ثم ينقله الوكيل إلى الموكل «مصادر الحق ص : ٤\٢١٤ »

(٢) المغني : ٥\١٣٠

(٣) تبيين الحقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ٤\٢٥٦ المطبعة الاميرية بالقاهرة ١٣١٤ هـ

(٤) المغني لابن قدامة : ٥\١٣٠ مغني المحتاج : ٢\٢٣٠ والمهذب ١\٢٥٦ وبداية المجتهد ٢\٢٩٨

(٥) البدائع ٦\٣٣

(٦) تبيين الحقائق : ٤\٢٥٦.

(٧) الهداية للمرغيناني ٣\١١١

صحيح". ويفسر صاحب (الفتح)[١] النص السابق فيقول: "وكلمة . هو الصحيح . تشير إلى ما ذهب إليه الكرخي من أنه يثبت للوكيل ابتداءً ثم ينتقل منه.

٣ . ويذهب القاضي أبو زيد[٢] . فيما نقله الصدر الشهيد . إلى أن الوكيل نائب عن الموكل في تحصيل حكم العقد وليس أصيلاً في تحصيل هذا الحكم ومن ثم ينصرف حكم العقد ابتداءً للموكل.

المقارنة:

وعلى سبيل المقارنة فإن الرأى الثالث هو أقرب الآراء الثلاثة لفكرة النيابة الصحيحة وقد ذكر الفقهاء أنه الأحسن وإن قيل عن الرأى الثانى إنه الأصح فى مقابلته بالرأى الأول. وقيل أيضاً عن الرأى الثالث أنه يوافق الرأى الأول فى حق الحقوق ويوافق الرأى الثانى فى حق الحكم ولكنه يبدو أنه يخالف الرأيين[٣] معاً فيما يتعلق بحكم العقد وهو يوافقهما فيما يتعلق بحقوق العقد إذ هو مثلهما يجعل النائب أصيلاً ولكنه يخالفهما فيما يتعلق بحكم العقد إذ هو يجعل النائب نائباً لا أصيلاً بينما يجعله الرأيان الآخران أصيلاً لا نائباً[٤].

---

(١) الكمال بن الهمام في شرح فتح القدير ٦\١٧٦-١٨

(٢) هو عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي أحد القضاة السبعة وكان ممن يضرب به المثل في النظر واستخراج الحجج وهو من أجل كبار فقهاء الحنفية وإليه إنتهت مشيخه بخارى وسمرقند وما والاهما انظر ترجمته في: أعلام الأخيار لمحمود بن سلمان الشهير بالكفوى وتاج التراجم لقاسم بن قطلوبغا وشذرات الذهب لأبي الفلاح وطبقات الحنفية للحافظ عبد القادر التميمي ووفيات الوفيات لابن خلكان ، ومعجم البلدان لياقوت الحموي وانظر ترجمة مختصرة في نهاية كتابه « تأسيس النظر » طبع المطبعة الأدبية سوق الخضار القديم - بمصر الطبعة الأولى.

(٣) مصادر الحق للسنهوري ص : ٥\٢١٢

(٤) المصدر السابق.

المطلب الثاني : حقوق العقد

يقصد بحقوق العقد . الأعمال التي لابد منها للحصول على حكمه . مثل: تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب أو خيار الرؤية أو الشرط، وضمان رد الثمن إن استحق المبيع مثلاً، ومثل تمكين المستأجر من تسليم العين التي استأجرها للانتفاع بها، وضمان وصول الأجرة للمالك المؤجر(١). وقد اختلف كلمة الفقهاء . رحمهم الله تعالى . في رجوع هذه الحقوق إلى الموكل أو الوكيل وذلك على الوجه التالي:

١ . الأحناف: يقول الأحناف برجوع هذه الحقوق إلى الوكيل لأنه هو الذي باشر إصدار العقد، فالطرف الآخر في العقد لا يعرف غيره، ولكنه مع ذلك منفذ لإرادة الموكل فيجب ملاحظة الأمرين، وهذا لا يكون إلا بجعل حكم العقد وهو المقصود الأصلي منه راجعاً إلى الموكل، وجعل حقوقه التي تعتبر بمثابة لوازم للحكم راجعة إلى الوكيل. وإنما جعلوا المقصود الأصلي . وهو الحكم . راجعاً إلى الموكل وما عداه راجعاً إلى الوكيل لأن الولاية الأصلية للموكل، والوكيل قد استمد ولايته على إنشاء العقد منه ثم إن رجوع الحقوق إلى الوكيل . عندهم . مقيد بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون من أهل الضمان . العهدة . فإن لم يكن كذلك بأن كان محجوراً عليه رجعت الحقوق إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى الموكل(٢) لأن الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق إليه لأن الوكالة ضمان وكفالة وهو ليس من أهلهما.

الشرط الثاني: أن يضيف العقد إلى نفسه(٣) ، فلو أضافه إلى الموكل كأن يقول: اشتريت لفلان . الموكل . كذا رجعت الحقوق إلى الموكل لأن الوكيل هنا سفير فقط(٤).

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ص : ٥\٢١٢ انظر ايضا : كتاب المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد ابراهيم بك : ص : ١٧٥ والفقه الاسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ٥\١١٤ دار الفكر .

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة « ١٤٥٨ » شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز اللبناني ص ٧٧٥-٧٨١ في شرح المادة « ١٤٦١

(٣) المجلة « المادة ١٤٦١ »

(٤) المرجع السابق ص : ٧٨٢

وعلى هذا فالعقود التى يصح إضافتها إلى الوكيل كالبيع والشراء والإجارة ونحو ذلك ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل دون الموكل حتى ليكون المالك فيها كالأجنبى ويكون الوكيل كأنه المالك(١).

وأما العقود التى لا يمكن أن يضيفها الوكيل إلى نفسه مثل الزواج والطلاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد ونحوها(٢). فالحقوق كلها ترجع للموكل دون الوكيل الذى ليس هو فى هذه العقود إلا سفيراً ومعبراً محضاً عن الموكل. ويترتب على ذلك أنه ليس للزوجة أن تطالب وكيل الزوج بالمهر، بل تطالب الزوج نفسه إلا إذا ضمن وكيل الزوج المهر فلها أن تطالبه بحكم ضمانه لا وكالته(٣).

٢ . المالكية: الأصل فى المذهب المالكى أن الوكيل هو الذى تتعلق به حقوق العقد، فإذا كان وكيلاً بالبيع فهو الذى يطالب المشترى بالثمن وتعتبر هذه المطالبة من توابع الوكالة فلا يجوز له أن يتركها، ولذلك لو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه، وهذا ما لم يقض العرف بخلافه، ففى بيع الدار والعقار جرى العرف أن الوكيل بالبيع لا يقبض الثمن إلا بتوكيل خاص والذى يطالب بالثمن ويقبضه هو الموكل، أما فى بيع السلع فللوكيل قبض الثمن والمطالبة به(٤).

٣ . الشافعية: أما الشافعية فقد ذكرت كتب الأحناف أنهم يخالفونهم فيجعلون حقوق العقود التى ترجع إلى الوكيل . عند الأحناف . ترجع للموكل نفسه دون الوكيل كأحكامها، وكحقوق العقود الأخرى التى ترجع عند الأحناف أيضاً للموكل نفسه كالرواح ونحوه(٥). وبالرجوع إلى كتب الشافعية وجدت أنهم يقررون أن حقوق العقد يحور إرجاعها إلى الوكيل وأن الأصح رجوعها إلى الموكل ابتداءً.

---

(١) البدائع ٦\٣٣ مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ هـ الطبعة الأولى تبيين الحقائق للعلامة الزيلعي ٤\٢٥٦ المطبعة الأميرية بمصر ١٣١٤ هـ - ١٣١٥ هـ والهداية للمرغيناني : ٣\١١١ مطبعة الحلبي بمصر ١٣٥٥ هـ .

(٢) وتسمى هذه العقود عقود الإسقاطات وكذلك من العقود التي لا يمكن أن يضيفها الوكيل إلى نفسه العقود التي لا تثبت إلاّ بالقبض وهي عقود الهبة والصدقة و القرض والعارية والرهن وهي العقود التي تسمى في القانون بالعقود العينية على ما تقدم بيانه .

(٣) البدائع ٦\٣٣ والهداية ٣\١١١ .

(٤) القوانين الفقهية للعلامة أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الكلبي المتوفى ٧٤١ هـ ص : ٣٢٢ (بتصرف) نشر دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م . والمدونة الكبرى ١٠\١٨٦٨٣ سنة ١٣٢٣ هـ

(٥) البدائع ٦\٣٣ والهداية ٣\١١٢ . تبيين الحقائق ٤\٢٥٦.

يقول الإمام الرملى فى كتابه (نهاية المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج)(١) : "إذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن وإذا استحق المبيع رجع المشترى على الوكيل بالثمن ثم يرجع الوكيل على الموكل، وإن كان للمشترى الرجوع ابتداءً على الموكل نفسه فى الأصح" أ. هـ.

فمن هذا نعلم: أن الشافعية وإن أجازوا الرجوع على الوكيل فى هذا إلا أنهم يصرحون بأنه جواز وأن الأصح الرجوع على الأصيل.

وأخيراً: فالقول برجوع الحقوق إلى الموكل فى بعض العقود يضيع إلى حد كبير الغرض من الوكالة والتوكيل. فإن المرء يوكل غيره فى بعض أموره كى يتخفف من عناء مباشرتها بنفسه أو لأنه لا يقدر على القيام بها، فإذا جعلنا الحقوق ترجع إليه فى عقود البيع والشراء والإجارة ونحوها لم نحقق له الغرض الذى كان يبغيه من توكيل من يقوم بها ولهذا أميل إلى رأى الأحناف فى هذه المسألة(٢).

٤ . الحنابلة: يرى الحنابلة أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل. جاء فى (المغنى)(٣) لابن قدامة: ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل وإنما تتعلق بالموكل وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب. وقال ابن قدامة أيضاً(٤) : وثمن ما اشتراه الوكيل إذا كان مؤجلاً فإنه يثبت فى ذمة الموكل أصلاً وفى ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما.

وبناءً على هذا: فالحنابلة يرون أن حقوق العقد ترجع للموكل نفسه كما يرجع إليه حكمه. لأنهم يعتبرون الوكيل مجرد معبر وسفير عن العاقد الأصيل فلا يرجع إليه حكم العقد ولا حقوقه.

---

(١) نهاية المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للرملي ٤\٤٧٨ و مغني المحتاج ٢\٢٣٠ وما بعدها والمهذب ١\٣٥٣

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ص : ٢٧٥

(٣) المغني لابن قدامة ٥\١٣١ طبع دار المنار سنة ١٣٦٧ هـ و سنة ١٣٦٨ هـ

(٤) المرجع السابق ، انظر أيضا كشاف القناع ٤\٤٦٨

المطلب الثالث . حكم وحقوق العقد في القانون:

عالج القانون المدنى المصرى والليبيى فى المادة (١٠٥) والقانون العراقى فى المادة (١٤٢) والقانون السورى فى المادة (١٠٦) مسألة حقوق العقد إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل. فقد نصت المادة (١٠٥) من القانون المدنى المصرى والليبيى والمادة (١٠٦) من القانون السورى على: "إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل وهذا ذات الحكم الوارد فى المادة (١٤٢) من القانون المدنى العراقى حيث نصت على الآتى: "حقوق العقد تعود إلى العاقد فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفى حدود الوكالة فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه".

فالمواد صريحة فى أن حكم العقد وحقوقه تعود إلى الموكل حيث يضيف الوكيل العقد إلى الموكل لا إلى نفسه وبشرط أن يكون تصرف الوكيل ضمن حدود وكالته. والقانون فى هذا يتفق مع الفقه الإسلامى(١).

وجاء فى المادة (١٠٦) من القانون المصرى والليبيى والمادة (١٠٧) من القانون السورى ما يلى: "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

والمادة (٤٩٣) من القانون المدنى العراقى تتفق مع ما ذهب إليه القانون المصرى وكذلك القانون اللبنانى يتفق مع ما ذكرناه عن القوانين العربية فى مادتيه (٧٩٩ إلى ٨٠٧) وبالنظر إلى قانون الالتزامات التركى فيما يتعلق بهذين الأمرين فإنه يتبين لى الآتى: نصت المادة (٣٢) من قانون الالتزامات التركى على أن: "الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذى أبرمه النائب تعود إلى الأصيل. وإذا كان النائب لم يخبر بأنه نائب أو الوكيل وقت إبرام العقد فلا يصبح الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان الغير

---

(١) الوكالة في الشريعة والقانون (السابق) للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص : ٢٨٤

المتعاقد معه على علم بالنيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع هذا أو ذاك. وفى غير ذلك يتوقف حق كل من الدائن والمدين بالضرورة على موافقة المبادىء التى تحكم هذه التصرفات"(١).

وهذا النص نفسه موجود فى قانون الالتزامات السويسرى. وكذلك الذى نص عليه القانون الألمانى فى المادة (١٦٤) قريب من المعنى المنصوص عليه فى كل من القانون المدنى التركى والسويسرى(٢). وأما القانون الإنجليزى والأمريكى والباكستانى فكذلك لا تختلف عما عليه القوانين التى ذكرناها الآن(٣).

ويتبين لى من كل ما تقدم أن القانون الوضعى يرتب الآثار على الموكل إذا كان النائب قد أخبر بصفته النيابية أو إذا كانت الظروف توحى بذلك. وإلا فإن الآثار تترتب على النائب ويكون مسئولاً عنها وهذا يتفق مع من قال بهذا فى الفقه الإسلامى.

---

(١) Borçler Huk. by Turgut Akintürk p. 46-49 Ankara - 1986; Tekiney Akman\Burcuoglu\Altop Tekiney Hukuku 7 Basi Istanbul 1993 p , 167; Türk Borçler Huk.(Özel Hük) by Cevdet Yavuz Vol: II p , 197 Istanbul - 1989; Salahiyete Mustenit Temsil by Turhan Esener P . 95 vd Ankara 1961 ;

(٢) S.M.T by Esener p . 97 - 102 Ankara

(٣) The Law of Agency by Fridman ch II p. 187-237; Bowstead on Agency by Reynold and Davenport Ch 7 Article. 78 p 23, Article 82 p.256 and Ch 8 Article 112 p. 352; Chesire and Fifoot's Law of Contract by Furmston Ch 15 p. 431-440 ; Chitty on Contract Vol II Ch. I p. 22 - 44; Law of Contract and Agency in Pakistan by Aftab Ahmad Ch. 17 p. 217.

الفصل الرابع
نيابة الفضولي

المبحث الأول : تعريف الفضولي في اللغة والإصطلاح وعند أهل القانون

المبحث الثاني : مشروعية تصرف الفضولي

المطلب الأول : مشروعية تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : مشروعية تصرف الفضولي في القانون

الفصل الرابع
نيابة الفضولي

المبحث الأول . تعريف الفضولي

أولاً . تعريف الفضولي في اللغة:

الفضولي: هو من ليس ولياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد(١). والفضولي من الرجال: المشتغل بالفضول: أي الأمور التي لا تعنيه(٢).

ثانياً . تعريف الفضولي في اصطلاح الفقهاء:

تدور تعريفات الفقهاء للفضولي حول المعنى اللغوي(٣) :

* فقد عرفه بعض الحنفية(٤) بأنه: "من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعي"

* وعرفه بعضهم بأنه: "من لم يكن ولياً ولا وصياً ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد"(٥).

وعلى ما تقدم يلاحظ على التعريف الأول تميزه بالوضوح والدلالة على ماهية الفضولي. ولما كانت كلمة التصرف عامة يمكن أن تطلق على التصرف القولي والفعلي إلا أن الحنفية(٦) يقصرون تصرفه هنا على التصرف القولي. والأولى إجراء التعريف على إطلاقه ليكون شاملاً للتصرف القولي والتصرف الفعلي ولذلك يمكن تعريف الفضولي: بأنه ذلك الشخص الذي يقوم بتصرف قولي أو فعلي لحساب شخص آخر دون ولاية منه

---

(١) التعريفات للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ص : ٧٢ انتشارات ناصر خسرو طهران ، والمعجم الوسيط ٢\٦٩٣ انتشارات ناصر خسرو طهران

(٢) المعجم الوسيط في الموضع السابق وانظر ايضا : الملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة حيث شرح معنى الفضولي في الهامش ص : ٢٩٤ دار الفكر العربي وكتاب المعاملات الشرعية المالية للأستاذ أحمد ابراهيم بك : ص : ١٢٦ - (في الهامش)

(٣) لسان العرب ١١\٥١٥ و المعجم الوسيط ٢\٦٩٣

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥\١٠٦ وفتح القدير ٧\٥١٠ و انظر أيضا في فقه الحنابلة : الاقناع ٢\٦٢ وفي فقه الشافعية مغني المحتاج ٢\١٥.

(٥) التعريفات للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ص : ٧٢ انتشارات ناصر خسرو طهران

(٦) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥\١٠٦ و شرح فتح القدير على الهداية ٧\٥١٠

في ذلك وذلك كمن يبيع ملك الغير من غير وصاية أو وكالة(١) ، وكمن يطفيء حريقاً شب في منزل جاره وكمن يبني حائطاً للغير أوشك على الانهيار.

تعريف الفضالة: لفظ الفضالة لم يكثر استعماله بين فقهاء الشريعة ولقد عرفها بعض الفقهاء المعاصرين(٢) بأنها: "وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره نفساً ومالاً بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ولا ولاية شرعية ولا وصاية.

ثالثاً . تعريف الفضالة في القانون: عرفتها المادة (١٨٨) مدني مصري بما نصه: "أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك". والنص السابق موجود في المادة (١٨٩) من القانون المدني السوري وعرفتها المادة (٣٨) من قانون الالتزامات التركي بما نصه: "إذا عقد أحد عقداً في حق غيره بغير صلاحية ولم يأذن هذا الشخص بهذا العقد لا يكون دائناً أو مديناً". وفي قاموس الاصطلاحات القانونية (٣) التركية جاء تعريف " تصرف الفضولي بأنه: تصرف أحد في حق غيره من غير صلاحية".

وبعض رجال القانون التركي(٤) أثناء كلامهم عن أنواع النيابة رأيناهم يقسمون النيابة أيضاً من حيث وجود الصلاحية وعدمها ويعبرون عن (الفضالة) بالنيابة من غير صلاحية. وإذا أجاز المنيب تصرف الفضولي فهنا توصف النيابة بالنيابة بالصلاحية أما قبل الإذن فيكون العقد موقوفاً(٥). مثال ذلك: أن يقوم واحد من الناس في غياب جاره بإقامة جدار كاد أن ينقض على منزل هذا الجار ويسمى المتدخل في شئون غيره فضولياً والمستفيد من التدخل رب العمل(٦).

---

(١) الملكية ونظرية العقد للامام أبي زهرة ص: ٣٩٥ (بتصرف) والفقه الاسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ٤\٣٧٣ و المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٩٠ مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس بغداد الطبعة العاشرة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م و عرفت المادة « ١١٢ » من مجلة الاحكام العدلية بأن « الفضولي من يتصرف بحق الغير بدون الاذن شرعي » شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز اللبناني

(٢) وهو الاستاذ المرحوم أحمد ابراهيم بك في كتابه التصرف عن الغير بطريق النيابة ص ٢٥٥

(٣) Yeni Hukuk Lugati ve Hukuk Terimleri Sozlugu by T.Azmi Uslu. مطبعة site شارع انقرة-استانبول. سنة ١٩٦٤ م.

(٤) Borcler Hukuku. Prof. Dr. Turgut Akintürk ص ٥٥-٥٦. مطبعة sevinç أنقرة -١٩٨٦

(٥) المرجع السابق.

(٦) مصادر الإلتزام للدكتور أحمد حشمت ص ٥٥٦.

ويرتب القانون أثر تدخل الفضولي في ذمة رب العمل بغض النظر عن نية الفضولي، وهذا ما يميز الفضالة عن الوكالة(١). فالوكيل يلتزم لأنه أراد أن يلتزم بخلاف الفضولي إذ لا يلزم أن تتجه نيته إلى الالتزام بالرغم من أن هناك تقارباً بين الفضالة والوكالة إذ قد تنقلب الفضالة إلى وكالة إذا أقر رب العمل عمل الفضولي أو قد تنتهي الوكالة إلى فضالة في حالة تجاوز الوكيل حدود وكالته أو استمر في عمل الوكالة بعد انتهاء مدتها(٢).

تعليق: وبعد تعريف الفضالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يظهر لي: أن الفضولي شخص يتصرف بلا ولاية كما يظهر أن الفضالة في القانون ليست هي الفضالة المعروفة لدى فقهاء الشريعة فالفضولي في الفقه الغربي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلاً منه فيرجع عليه بما أنفق في ذلك. أما الفضولي في الفقه الإسلامي فهو من يتدخل في شئون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة(٣). هذا ما قال به الدكتور السنهوري ولكنني أرى أن الأسر في القوانين الغربية اليوم لا يختلف عما عليه الفقه الإسلامي حيث أنهم لا يشترطون أن تكون هناك حاجة ضرورية. بل يكفي أن يكون تصرفه في أبسط شيء ممكن مثل شراء قلم أو(٤) ما شابه ذلك.

---

(١) مصادر الإلتزام للدكتور عبد الحي حجازي ص ٦١١ مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤م.
(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ١/١٢٧٠ وما بعدها هامش: ١ ومصادر الإلتزام للدكتور عبد الحي حجازي (في الموضع السابق)
(٣) المواد (٤٦٦-٤٦٨) من القانون المدني المصري.
وانظر أيضا: مصادر الحق للدكتور السنهوري ٤/٨٣ وما بعدها وأحكام التصرف من الغير للمرحوم الاستاذ أحمد ابراهيم بك ص : ٦٥ وما بعدها . والفضالة للدكتور محمد جبر الالفي (دراسة مقارنة) ص : ٧٧ وما بعدها بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت ٣ س ٣\٤\٣ .
(٤) Borçlar Huk . by Turgut Akintürk p . 55 - 56;Tekinay Borç. Huk. by Tekinay\Akman\Burcuoglu\Altop p. 199 vd. ;
راجع في القانون الباكستاني : Law of Contract and Agency in Pakistan by Altab Ahmed . p 199-202 ; Sec (196) of the contract Act.(in 1872) by Sir Dinshah Fardunji Mulla . p . 169 Lahore 1989;The contract Act by Sh. Shaukat Mahmood p. 705 Lahore 1981.;1973 SCMR 484+AIR 1936 P.C. 193+35 Ind. App. 48 (PC)., 1973 SCMR 484+8 Cal. L. Jour 458
أنظر في القنون الإنجليزي والامريكي:
Bowsteed on Agency. Art.15 p.39. Fourteenth Ed. London 1976; The Law Of Agency by Fridman Ch.5. p.73,74. fifth ed. Lodon 1983.; Chitty on contract Vol. II para 2018 p.8,9,10. Twent-fourth Ed.London 1977.; Law of Contract (Cheshire and Fitootis) ch. 15 p. 425. London 1981. Restatement, 2nd. 360.

المبحث الثاني -
مشروعية تصرف الفضولي

المطلب الأول - مشروعية تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي (١)

لا خلاف بين الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في أن تصرفات الفضولي غير نافذة ولا تنتج آثارها. لأن من شروط النفاذ أن يكون للعاقد سلطة على المعقود عليه، وذلك يكون بالملك أو الولاية. كأن يكون المعقود عليه مملوكاً للعاقد، أو أن يكون وكيلاً في التصرف أو أن يكون ولياً أو وصياً بالاتفاق. على أن الفضولي ليس له شيء من ذلك. غير أنهم اختلفوا حول سبب عدم النفاذ: هل هو البطلان؟ أم الوقف وذلك على قولين:

القول الأول: أن تصرف الفضولي باطل(٢)، لا تلحقه الإجازة بهذا قال المالكية في أحد القولين، وهو الجديد من مذهب الشافعي وهو أصح الأوجه عند الشافعية وجمهور الحنابلة والظاهرية وهو رواية عند كل من الزيدية والإمامية وبناء على ذلك لا يجوز للأصيل أن يمضي التصرف إلا أن يتراضى هو والغير - المتعاقد مع الفضولي - على ابتداء عقد جديد(٣).

القول الثاني: أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن فإن أجازه نفذ في حقه وإن رده بطل منذ انعقاده بهذا قال الحنفية وهو القول الثاني عند المالكية وبه قال الإمام الشافعي - في القديم - ورواية عن الإمام أحمد وإحدى الروايتين

---

(١) البدائع ٥\١٤٨-١٤٩ بداية المجتهد ٢\١٥٠ كشاف القناع ٢\١١-١٢

(٢) الباطل: هو الذي لا يكون صحيحاً بأصله أو ما كان فائت المعنى من كل وجه إما لانعدام الأهلية أو المحلية كبيع الحر وبيع الصبي (التعريفات للجرجاني ٣١-٣٢ انتشارات ناصر خسرو - بتصرف يسير وانظر أيضاً المدخل للدكتور حسين حامد حسان ص: ٤٢٩ وما بعدها. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٩٠ والملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة: ٢٩٥. وكشاف القناع ٢/١١ وما بعدها ومغني المحتاج: ٢/١٥ والمجموع للنووي ٩/٢٨١.

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للعلامة المرداوي ٤/٢٨٣ وما بعدها.

عند كل من الزيدية والإمامية(١).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول: وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقول الله عز وجل: {ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى}(٢).

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على المدعى أن الإنسان إذا تصرف تصرفاً ما فإنه ينصرف إليه لا إلى غيره، ولا يقع التصرف للغير إلا بعقد جديد إذ الآية أفادت بطريق الحصر أن كسب الإنسان يكون عليه لا على غيره، والقول بصحة تصرف الفضولي يناقض الآية لما فيه من إسناد كسب الإنسان إلى غيره. وعلى ذلك: إذا أراد أي شخص أن يضيف تصرفاً إلى آخر فإن ذلك يكون بعقد مبتدأ(٣). وقد نوقش هذا: بأن تصرف الإنسان وإن كان له بحسب الأصل إلا أن له أن يجعله لغيره كالفضولي الذي ينعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة.

وأما السنة: فأحاديث كثيرة وردت في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ومنها: حديث حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أأبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: «لا تبع ما ليس

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢ والفروق للقرافي المتوفي ١٢٠١ هـ. ٢٤٤/٣ طبع دار المعرفة - بيروت: وقيد المالكية ذلك بما إذا كان التصرف قد وقع-وقيد بعض آخر من المالكية وبعض الإمامية صحة تصرف الفضولي موقوفا على الإجازة بما إذا لم يعلم المتعاقد مع الفضولي وقيد أبو حنيفة ذلك بالبيع لا بالشراء فإنه يقع للمشتري : : أنظر المرجعين السابقين وكتاب شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد بن يوسف أطفيش المتوفي ١٣٣٢ وهو شرح لكتاب النيل وشفاء العليل للشيخ ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم المتوفي سنة ١٢٢٣هـ ٢٣١/٨(فقه إباضي) نشر دار الفتح بيروت. والبدائع ١٤٨/٥. ومغني المحتاج ١٥/٢ والمدخل للدكتور حسين حامد ص ٢٩٩. المدخل للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٩١ مؤسسة الرسالة مكتبة القدس-بغداد. وبداية المجتهد ١٧١/٢ منشورات الرضي-قم سنة الطبع ١٤٠٦هـ والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة : ٢٩٥.

(٢) سورة الأنعام الآية ١٦٤.

(٣) المحلي لابن حزم ٤٢٥/٨ وأحكام عقد البيع للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص ٥٧.

عندك»(١) وما ليس عند الإنسان يشمل:

* ما ليس مملوكاً له.

* وما كان مملوكاً له خارجاً عن الحوزة.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف: أن هذا نص في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان والفضولي يبيع ما ليس عنده وهو منهي عنه فلا يكون مشروعاً وما كان كذلك كان باطلاً(٢).

أدلة أصحاب القول الثاني: استدل أصحاب هذا القول على أن تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقول الله عز وجل: {وأحل الله البيع وحرم الربا}(٣).

ووجه الدلالة: أن الآية عامة لم تفصل بين ما إذا وجد التصرف من المالك بطريق الأصالة وبين ما إذا وجد من الوكيل في الابتداء وبين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء فيكون تصرف الفضولي جائزاً.

وأما السنة: فحديث عروة البارقي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به أضحية أو شاة فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى تراباً لربح فيه» رواه الخمسة إلا النسائي وقد أخرجه البخاري ضمن حديث ولم يسق لفظه وأورد له الترمذي شاهداً من حديث حكيم بن حزام(٤) : «بارك الله في صفقة يمينك»(٥).

---

(١) سبل السلام للصنعاني (المتوفي ١١٨٢هـ) ج ٣/١٧ نشر دار الفكر وهو شرح لكتاب بلوغ المرام من أدلة الأحكام للعلامة ابن حجر العسقلاني وجامع الأصول في أحاديث الرسول للشيخ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري المتوفي سنة ٦٠٦ هـ ١/٤٥٧ طبع مطبعة الملاح. وتيسير الوصول الى جامع الأصول من حديث الرسول لإبن الديبع الشيباني ١/٥٦. ونيل الأوطار ٥/٢٧٠. رواه ابن ماجه والترمذي. وقال حديث حسن صحيح (نصب الراية: ٤/٤٥)الطبعة الثالثة.

(٢) المجموع (شرح المهذب) ٩/٢٦٢ فتح العزيز (بهامش المجموع) ٨/١٢١ مطبعة الإمام بالقلعة-بمصر- القواعد لإبن رجب ص: ٤١٧.

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٧٥

(٤) أخرجت هذا الحديث في الكلام عن مشروعية الوكالة

(٥) سبل السلام للإمام الصنعاني ٣\٢١ نشر دار الفكر حديث رقم ٣٩

ووجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أذن له أن يشترى شاة واحدة ولم يأذن له فيما عدا ذلك فيكون تصرفه بعد ذلك تصرف فضولى وقد أقره الرسول صلى الله عليه وسلم فيكون مشروعاً وإلا لما أقره الرسول صلى الله عليه وسلم وأنكر فعله(١).

بيان الراجح:

وما يبدو لى رجحانه فى هذا المقام هو القول الثانى لقوة أدلته ثم لأنه جعل التصرف موقوفاً يحقق مصلحة الأصيل ولا يفوت عليه سعى أخيه المسلم الذى رأى خيراً يجنبه من وراء قصده لمصلحة غيره فجعل التصرف موقوفاً على إجازة الأصيل أسر أقرته الشريعة فى روحها الصافية ومقاصدها السامية(٢). كما أن الأصيل لا يجيز تصرفاً إلا إذا كانت له فيه مصلحة ظاهرة.

والقاعدة المعروفة لدى الفقهاء أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق(٣).

المطلب الثانى ـ مشروعية تصرف الفضولى فى القانون:

اعترف القانون المدنى المصرى بالفضالة والمادة (١٨٨) والتركى المأخوذ عن القانون السويسرى من قانون الإلتزامات فى المادة (٣٨) وذلك للضرورة التى تعرض هذا التدخل وقد نصت المادة (١٧٠) من مشروع قانون المعاملات المدنية المصرية على أنه إذا عمل شخص فى مال غيره لدفع ضرر محقق دون أن يستطيع استئذانه اعتبر فى عمله نائباً والتزم بالاستمرار فى العمل إلى أن يتمكن رب العمل مباشرته بنفسه وذلك إذا كان فى التوقف ضرر به. أما إذا لم يكن هناك ضرر محقق ولم يستأذن رب العمل كان العمل موقوفاً على إجازته.

---

(١) الملكية و نظرية العقد للإمام أبي زهرة ص: ٢٩٧ دار الفكر

(٢) الخرشي على مختصر سيدي خليل ٥\١٨ وعقد البيع للدكتور الشافعي عبد الرحمن ص: ٥٨. وانظر أيضا مصادر الحق للسنهوري ٤\١٨٥ وما بعدها. دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان طبع بإذن خاص من رئيس المجمع العلمي العربي الإسلامي محمد الدابة، والمدخل للدكتور عبد الكريم زيدان ص: ٢٩١

(٣) الملكية و نظرية العقد للإمام أبي زهرة ص: ٢٩٥، ٢٩٧، ٢٩٨ والمجلة العدلية المادة: ١٤٥٣ ونصها: « الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة. فلو باع واحد مال الآخر بوجه الفضول ثم أخبر صاحبه فأجازه صار كما لو كان قد وكله قبلا » شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز اللبناني ص: ٧٧١.

ويقترب هذا الشق الأخير من المادة سابقة الذكر من الرأى الثانى فى الفقه الإسلامى القائل بأن تصرف الفضولى صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن وإن كان القانون قد انفرد بالكلام عن الضرر المحقق الوقوع والضرر غير المحقق الوقوع(١).

والذى سبق كان ما ينص عليه القانون المصرى ولكن القانون التركى والسويسرى لا يفرقان بين الضرر المحقق الوقوع والضرر غير المحقق الوقوع بل أطلق الكلام فى المادة(٣٨).

ومن هذا نعلم أن القانون التركى والسويسرى يتفقان مع رأى الحنفية ومن معهم فى الفقه الإسلامى فى عدم التفرقة بين الضرر المحقق الوقوع وغيره وكذلك الأمر فى القانون الإنجليزى والباكستانى والأمريكى(٢) حيث إنهم لا يفرقون أيضاً بين الضرر المحقق الوقوع وغيره.

---

(١) فالآثار التي تترتب على العقد – التزاما أو حقا – لا تنصرف إلى الغير في الفقه الإسلامي و إذا كان الفقه الغربي ، لا يجيز أن ينصرف الالتزام إلى الغير ولكن يجيز أن ينصرف الحق ، فإن الفقه الإسلامي لا يجيز أن ينصرف إلى الغير لا التزام ولا حق. فلا يجوز في الفقه الإسلامي التعهد عن الغير بحيث يلتزم الغير بهذا التعهد . (مصادر الحق) ٤\١٥٩)

(٢) المراجع المذكورة عند الكلام عن تعريف الفضالة في القانون (ذكرنا هذه المراجع عند مناقشة ما قال الدكتور عبد الرزاق السنهوري في التفرقة مفهوم الفضالة في الفقه الاسلامي والفقه الغربي .)

الباب الثالث
شروط النيابة و أحكامها و انقضاؤها

الفصل الأول : شروط النيابة

الفصل الثاني : آثار النيابة

الفصل الثالث : انقضاء النيابة

الفصل الأول
شروط النيابة

المبحث الأول : ماهية الشرط وبيان أقسامه

المبحث الثاني : شروط النيابة في الفقه والقانون

الفصل الأول
شروط النيابة وفيه مبحثان

المبحث الأول : ماهية الشرط وبيان أقسامه

أولا : ماهية الشرط :

١- الشرط في اللغة (١): بالتسكين : إلزام الشيء و إلتزامه في البيع ونحوه وجمعه شروط.

والشرط - بالتحريك العلامة وجمعه أشراط ، وأشراط الساعة علاماتها ومنه قوله تعالى : « فقد جاء أشراطها » (٢) أي علاماتها

٢- وعرفه الأصوليون : بأنه ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته . (٣)

فالمراد من الوجود وجوده الشرعي الذي يترتب عليه أثره :

فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده.

فالزوجية شرط لإيقاع الطلاق ، فإذا لم يوجد زواج لم يوجد طلاق ولا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق ، كذلك الوضوء شرط لصحة اقامة الصلاة ، فإذا لم يوجد

---

(١) أنظر المعجم الوسيط ٤٧٩/١ إنتشارات ناصر خسرو-طهران والقاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي ٣٨١/٢ مطبعة مصطفي الحلبي ولسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧ نشر دار صادر بيروت. ومختار الصحاح للرازي ص٣٣٤ (محمد ابن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي المتوفي ٦٦٦هـ

(٢) سورة محمد الآية ١٨.

(٣) وعرفه الأستاذ وهبة الزحيلي بأنه: (هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير اقتضاء اليه. وبعبارة أخري: (وهو ما يستلزم من عدمه عدم الحكم أو عدم السبب). ومعني (من غير إقتضاء إليه) أي من غير تاثير له فيه، وذلك أن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ولا عدمه أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ٩٩/١ دار الفكر بدمشق.وانظر أيضا إرشاد الفحول ص٦. والمدخل الي مذهب أحمد ص ١٧٠. والقاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي ابي جيب ص١٩٢. إدارة القرآن-كراتشي.

وضوء لا تصح إقامة الصلاة ولا يلزم من وجود الوضوء إقامة الصلاة (١)

والشرط قسم من أقسام الحكم الوضعي

ثانيا : أقسام الشرط :

ينقسم الشرط باعتبار مصدره إلى ثلاثة أقسام "

١- شرعي : (٢) وهو ما كان مصدر اشتراطه الشرع ، أي أن الشارع هو الذي اشترطه لتحقق الشيء كبلوغ الصغير سن الرشد فإنه شرط لتسليم المال إليه .

٢- لغوي : كقولك : إن دخلت الدار فأنت طالق .

فإن أهل اللغة وضعوا هذا التركيب ليدل على أن ما دخلت عليه « إن » هو الشرط والآخر المعلق به هو الجزاء .

٣- عقلي :

كالحياة للعلم فإن العقل هو الذي يحكم بأن العلم لا يوجد إلاّ بوجود الحياة(٣)

وينقسم من حيث تعلقه بالسبب أو المسبب إلى قسمين :

١- شرط للسبب : وهو الذي يكمل السبب ويقوى معنى السببية فيه ويجعله أثرا مترتبا عليه كالعمد بالنسبة للقتل الموجب للقصاص فإن العمدية شرط في القتل الذي هو سبب والحرز للمال المسروق شرط للسرقة التي هي سبب لوجوب الحد على السارق .

٢- شرط للمسبب مكمل له : فموت المورث وحياة الوارث شرطان للإرث الذي سببه القرابة أو الزوجية أو العصوبة (٤)

---

(١) حاشية البناني على جمع الجوامع للعلامة عبد الرحمن بن جاد الله البناني المتوفي سنة ١١٩٨هـ ٢٠/٢ طبع دار إحياء الكتب العربية مطبعة عيسى الحلبي وكشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي للشيخ عبد العزيز أحمد البخاري المتوفي سنة ٧٣٠ هـ ١٧٣/٤ طبع دار الكتب العربي ١٣٩٤هـ وإحكام الأحكام للآمدي (سيف الدين علي بن محمد الآمدي) المتوفي ٦٣١هـ ١٣٩/٢ نشر دار الفكر ١٤٠١هـ

(٢) أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١٠١/١. دار الفكر-بدمشق

(٣) كشف الاسرار ١٧٣\٤

(٤) أصول السرخسي : محمد بن أحمد السرخسي المتوفي ٤٨٣هـ ٣٢٣/٢ نشر دار المعرفة-بيروت ١٣٩٣هـ وكشف الاسرار ١٧٣/٤ وحاشة البناني ٢١/٢ علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص١١٩.

المبحث الثاني
شروط النيابة في الفقه والقانون

لكي تتحقق النيابة لا بد من توافر الشروط الآتية :

١- حلول ارادة النائب محل إرادة الأصيل :

لكي تكون عبارة الشخص- أو ما تقوم مقامها - ملزمة ويترتب عليها أثرها لا بد أن تكون له أهلية اداء .

فإذا كانت أهليته منعدمة فلا عبارة له ، أما إذا كانت ناقصة فيكون نفاذ الإلتزام متوقفا على عبارة من له ولاية عليه .

وكذلك قد يكون الشخص كامل الأهلية وله ولاية نفاذ التصرف إلاّ أنه يكل أمر التصرف إلى غيره لأن أكثر منه خبرة به ، أو لأن وقته لا يسمح بالقيام به فيولي غيره عنه فيباشره بما له من الولاية .

والنائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل إذ هو أصل في العقد ، والعقد إنما يقوم بكلامه (١)

يقول العلامة الزيلعي في كتابه : « تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق » (٢)

« الوكيل أصل في العقد ، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم الشافعي لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول والوكيل بالنكاح » أ هـ

---

(١) حاشية رد المحتار ٧\٢٦٦ وشرح فتح القدير ٦\٢٤ والاموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ص : ٣٦٢ ، يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي اتفاقا تاما في هذه النقطة بالذاب انظر في القانون التركي والسويسري والالماني كتاب .

Selahiyete Mustenit Temsil Dr. Turhen Esener p. 139 Ankara 1961 , Tekinay Borclar Hukuku Genel Hukumler Filiz Kitebevi Isten bul 1993 P. 170 . Borclar Hukuku Prof.Dr.Turgut Akinturk p.49 Sevinc Matbaesi Ankara 1986

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفي ٧٤٣هـ-المطبعة الاميرية- بولاق القاهرة سنة ١٣١٤هـ - ١٣١٥هـ ٤/٢٥٦ نسخة مصورة نشرتها دار المعرفة للطباعة-بيروت.

ويقول الكاساني الملقب بملك العلماء في كتابه « بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع » (١)

الوكيل هو العاقد حقيقة لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضا ، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعا ، إلاّ أن الشرع أثبت الحكم للموكل لأن الوكيل إنما فعله له بأمره . أ. هـ.

ولذلك يجب أن يكون النائب مميزا حتى يصح أن يكون له كلام ينتج أثرا وإن كان لا يشترط فيه البلوغ (٢) لأنه لا يتصرف في ماله . و إنما يتصرف في مال غيره بتفويض منه ، ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصيل في عيوب الرضاء (٣) فإكراهه يفسد العقد ، وله خيارفوات الوصف المرغوب فيه إذا وقع في غلط .

ومن هذا نرى أن الفقه الحنفي متفق في هذا الشرط مع القانون الوضعي حيث يتم العقد بعبارة النائب وهو العاقد وحكمه بل وحقوقه تنصرف إلى الأصيل على ما سيأتي . وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل هو الذي يميز النائب والرسول في

---

(١) بدائع الصنائع ٣٣/٦ مطبعة الجمالية ١٣٢٨هـ

(٢) هذا محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والوضعي بحيث إن القانون التركي والسويسري والفرنسي والالماني لاتشترط أن يكون النائب كامل الاهلية بل التمييز فقط راجع :

G.M.T by Esener p. 137. B.H. by . Akinturk p. 49.

وفي القانون المدني التركي: المادة (١٥) تشير إلي أن يكون العاقد مميزا وتعرفها (تصرف الشخص القير المميز لا يفيد حكما قانونيا).

(٣) ينظر إلي إرادة النائب فحسب في ابطال العقد لسبب الفساد في الإرادة. والاعتبار بإرادة النائب لا بإرادة الاصيل. وهذا ما أفادته المادة (١/١٦٦) من القانون المدني الالماني وليس هناك نص صريح في القانون التركي والسويسري ولكن رجال القانون كلهم متفقون علي أن سبب الفساد في إرادة النائب فحسب بمكن أن يكون سببا في بطلان العقد

G.M.T by Dr. Esener p. 141 - 144 Ankara 1961

ولكن تكيناي(Tekinay) يشير الي بعض الحالات التي ينظر فيها الي إرادة المنيب أيضا، كان يعلم المنيب الخطأ ولم يخبره أو أن يضع شروط العقد بنفسه أو أن تكون هناك حالات في علم المنيب ولكنه لا يخبر النائب حسن النية.

Tekinay Borcler Hukuku p.190 Istanbul 1993

القانون وكذلك في الفقه الإسلامي الذي يميز تمييزا واضحا بين النائب والرسول (١).

فالرسول لا عمل له إلاّ نقل عبارة المرسل وهي تنتقل إما بالخطاب وإما بالكتابة وإما بالرسالة والعقد بالرسالة يتم بعبارة المرسل لا بعبارة الرسول .

ومن ثم لم يشترط في الرسول التمييز إذا كان قادرا قدرة مادية على نقل الرسالة ولا يعتد في عيوب الإرادة بإرادته هو بل بإرادة المرسل ، وهذا بخلاف النائب فالعقد يتم بعبارته لا بعبارة الأصيل .

ويشترط فيه التمييز حتى يكون أهلا لصدور العبارة منه

وفي كل هذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي ولذلك يتفق الفقهاء في أن العبرة بأهلية الأصيل لا بأهلية النائب فيجب أن يتوافر في الأصيل ، وقت تعاقد النائب الأهلية اللازمة للعقد الذي باشره النائب .

ويزيد الفقه الإسلامي أن الأصيل يجب أن يتوفر فيه أهلية العقد وقت صدور النيابة منه (٢)

٢- استعمال النائب إرادته في الحدود المرسومة :

يطلق الفقه الاسلامي يدا الأب والجد في التصرف باعتباره ولياً مادام الأب أميناً حسن الرأي والتدبير والتصرف إلاّ إذا كان التصرف ضاراً ضررا محتماً، بينما يقيد الفقها تصرفات الوصي حفاظا على أموال القاصر . هذا في النيابة الشرعية والقضائية .

---

(١) جاء في فتح القدير للكمال بن إلهمام ٦/٢٤ ما نصه: أن الموضوع لنقل العبارة إنما هو الرسالة فإن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باختيار العبارة، وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل الموكل فإن العبارة فيها للوكيل أهـ أنظر أيضا في هذا:

Tekiney Borclar Huk .Tekiney/Burcuoglu/Altop p . 170 Filiz Kitabevi 7 Basi . Istanbul 1993 Borclar Hukuku Prof. Dr. Turgut . Akinturk p. 49 Ankara 1986 Dolayli Temsil . Dr . Cevdet Yavuz p. 66 Istanbul .1983

(٢) مصادر الحق للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٥/٢٥٩ طبع دار المعارف القاهرة . وشرائع الإسلام ٢/١٩٩ والبحر الزخار ٥/٥٩ والفتاوى الهندية ٣/٤٦٠ والمغني لابن قدامة ٥/١٣٢

أما في النيابة الاتفاقية فالوكالة قد تكون عامة أو خاصة كما قد تكون مطلقة أو مقيدة ، وفي كل الأحوال يلتزم الوكيل بما اتفق عليه (١)

جاء في البدائع (٢) في فقه الحنفية : « التوكيل بالشراء لا يخلو إما أن يكون مطلقا أو مقيداً ، فإن كان مقيداً يراعي فيه القيد إجماعا سواء كان القيد راجعا إلى المشترى أو إلى الثمن حتى إنه إذا خالف لا يلزم الشراء ، إلاّ إذا كان خلافا إلى خير فيلزم الموكل »

وفي الفقه المالكي (٣) « قال مالك : « إن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة ، فإن كان عيبا خفيفا يغتفر مثله وقد كان شراؤها به فرصة لزمك ، وإن كان عيباً مفسداً لم تلزمك إلاّ أن تشاء وهي لازمة للمأمور.

وهكذا نرى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في أن إرادة النائب يجب أن تكون في الحدود المرسومة (٤) للنيابة ، فإذا جاوز النائب هذه الحدود المرسومة لم يكن عمله نافذاً في حق الأصيل إلاّ إذا أجازه الأصيل .

والإجازة تصرف قانوني صادر من جانب (٥) واحد وله أثر رجعي والإجازة اللاحقة

---

(١) Borçlar Hukuku Prof . Dr. Turgut Akintürk p.212-213; Tekinay Borçlar Hukuku p. 177 Filiz Kitabevi - Istanbul 1993 .

(٢) البدائع ٦\٢٩

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٥\١٩٨ (بالهامش) مطبعة دار الفكر وانظر أيضا في هذا الموضوع للشافعية : مغني المحتاج للشربيني ٢\٢٢٩ وللحنابلة : المغني لابن قدامة ٥\١١٩ .

(٤) انظر :

Borçlar Hukuku Prof . Dr. Turgut Akintürk p.52-53; Tekinay Borçlar Hukuku p. 183; Salahiyete Mustenit Temsil Dr . Turhan Esener p. 71 .

(٥) والمادة (٣٣) من قانون الالتزامات ترشد إلى تحديد صلاحية النائب ورفعها

Borçlar Hukuku Prof . Dr. Turgut Akintürk p.56; Salahiyete Mustenit Temsil Dr . Turhan Esener p. 17-18. Türk Isviçre ve Fransiz, Hukuklarinda Dolauli Temsil s . 31. 32.

كالوكالة السابقة (١) على أنه قد يجاوز النائب حدود النيابة دون علم منه في حالتي عزله أو موت الأصيل دون أن يعلم بالعزل أو الموت فيكون عمله نافذاً في حق الأصيل أو ورثته (٢)

٣- تعامل النائب باسم الأصيل (٣)

في عقود الإسقاطات (٤) والعقود التي لا تثبت إلاّ بالقبض (٥) يجب أن يضاف العقد إلى الأصيل وما دام العقد مضافا إلى الأصيل فإن حكمه وحقوقه تنصرف جميعاً إلى الأصيل دون النائب .

أما في عقود المعاوضات فالفقهاء يختلفون في جواز إضافة العقد إلى الأصيل ولا قيمة لهذا الاختلاف عند الشافعية والحنابلة لأنهم يرون أن حكم العقد وحقوقه أيضاً ترجع إلى الأصيل .

أما الحنفية ففي مذهبهم ثلاثة آراء :

أحدها : يمنع إضافة العقد إلى الأصيل

---

(١) المراجع السابقة

(٢) راجع في كل هذا : تبيين الحقائق للزيلعي ٤\٢٣٦ وبدائع الصنائع ٦\٢٩ ومواهب الجليل للمطاب ٥\١٩٣ (الهامش) ومغني المحتاج للشربيني ٢\٢٢٩ والمغني لابن قدامة ٥\١١٩ ومصادر الحق للسنهوري ٥\٢٥٩ وما بعدها طبع دار المعارف القاهرة . وإعلام الموقعين ٣\٩٨ ومصادر الالتزام للدكتور محمد عمران ص : ٧٣ مصادر الالتزام للدكتور اسماعيل غانم ص : ٦٦١ والوجيز في نظرية الالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكي ص : ٤٨ والوسيط للسنهوري ١\١٩٩

(٣) كما تقدم ذكره - أن رجال القانون التركي يقسمون النيابة إلى مباشرة وغير مباشرة أو بعبارة أخرى إلى نيابة بالواسطة وبدون الواسطة . وإذا أضاف النائب العقد إلى المنيب يكون نيابة مباشرة وإذا أضاف العقد إلى نفسه يسمى نيابة غير مباشرة . راجع في هذا : Doleyli Temsil . Dr. Yavuz p. 15 . p 65-66 ; S.M.T p. 12-13; B.H. by Akintürk p.46 .

وهناك من يرى أن أساس النيابة) هو التعامل باسم الغير (الأصيل)راجع في هذا Selahiyete Mustenit Temsil p. 85 vd.

(٤) سيأتي تفصيل الكلام عنها في « آثار النيابة »

(٥) وهي عقود : الهبة والصدقة والقرض والعارية والوديعة و الرهن .

والثاني : يجيز هذه الإضافة

والثالث : يتوسط فيجيز إضافة العقد إلى الأصيل إذا وافق على ذلك .

أما المالكية فالأصل في مذهبهم أن الوكيل هو الذي تتعلق به حقوق العقد ، وإضافة النائب العقد إلى الأصيل معناه :

أن الفقه الإسلامي أقر النيابة كاملة إذ جعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير في كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً واختفى النائب من بينهما كما هو الأمر في فقه القانون في أحدث مراحل تقدمه .

وهنا يقول الدكتور السنهوري : وقد كان سبيل الفقه الإسلامي في هذه الخطوة الرائعة التي خطاها فسبق فيها الزمن أنه قاس النائب الذي يضيف العقد إلى الاصيل على الرسول فاعتبر كلاً منهما سفيراً : الرسول عن المرسل ، والنائب عن الأصيل ولما كان حكم العقد وحقوقه جميعاً ترجع إلى المرسل دون الرسول فكذلك هي تنصرف إلى الأصيل دون النائب (١)

جاء في « فتح القدير » (٢) « ولأن الوكيل في هذه العقود سفير محض أي معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير . . . ولا شك أن الحكم في الرسالة يرجع إلى المرسل دون الرسول »

وإذا تعامل النائب باسمه الشخصي : ففي فقه القانون تجرى أحكام النظام المعروف بالاسم المستعار فتنصرف آثار العقد الذي يباشره النائب إلى شخصه هو لا إلى شخص الأصيل ، وعليه بعد ذلك أن ينقل هذه الآثار إلى الأصيل بعقد جديد (٣)

أما في الفقه الإسلامي فإن النيابة تبقي قائمة حتى إذا أضاف النائب العقد إلى نفسه بينما هي تختفي في نظام الإسم المستعار المعروف في القانون.

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ٥\٢٠٨

(٢) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٦\١٩

(٣) هذا كما سبق ذكره ما يسمى في القانون التركي والسويسري بالنيابة غير المباشرة أو بالنيابة بالواسطة ، لأن النائب في هذا النوع من النيابة يتعاقد باسمه ولحساب غيره

الفصل الثاني
آثار النيابة

المبحث الأول : آثار النيابة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : العلاقة فيما بين النائب والغير

المطلب الثاني : العلاقة فيما بين النائب والأصيل

المطلب الثالث : العلاقة فيما بين الأصيل والغير

المطلب الرابع : تعاقد الشخص مع نفسه

المبحث الثاني : آثار النيابة في القانون

المطلب الأول : ظهور آثار النيابة

المطلب الثاني : تعاقد الشخص مع نفسه

الفصل الثاني
آثار النيابة
المبحث الأول : آثار النيابة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول : فيما بين النائب والغير

لما كان حكم العقد وحقوقه جميعاً تعود إلى الأصيل دون النائب في عقود الإسقاطات والعقود التي لا تثبت إلاّ بالقبض فإن العلاقة تكون مباشرة بين الأصيل والغير في كل من حكم العقد وحقوقه .ويختفي شخص النائب من بينهما كما هو الحال في القانون في أحدث مراحل تقدمه على ما سبقت الإشارة إليه .

أما عقود المعاوضات كالبيع مثلا فيجوز للنائب أن يضيفها إلى نفسه ولا خلاف بين الفقهاء على ما سبق بيانه على أن حكم العقد في هذه الحالة ينصرف أيضاً إلى الأصيل – دون النائب . أما حقوق العقد فتنصرف إلى النائب فهو الذي يطالب المتعاقد الآخر ، وهو الذي يطالبه المتعاقد الآخر.

أما الأصيل فيبقى بمعزل عن كل ذلك ، وبعد أن انصرف له حكم العقد تحقيقاً للنيابة ، يرجع على النائب – في حقوق العقد – وهو إنما أنابه من أجل ذلك وهذا هو الأصل ، وهو الذي يقع فعلا في الكثرة الغالبة من الأحوال (١)

المطلب الثاني: العلاقة فيما بين النائب والأصيل

تقوم العلاقة بين النائب والأصيل على أساس أن يد النائب يد أمانة (٢) كما أن ما يغرمه لحساب الأصيل يرجع به عليه .

فالنائب بالشراء إذا قبض المبيع من البائع ليسلمه إلى الأصيل أو قبض الثمن من

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ١٧٧/٥ وما بعدها.

(٢) الفتاوي الهندية ٥٦٧/٣ المجموع ٦٠١/١٣ كشاف القناع ٤٨٤/٣ قواعد ابن رجب ص٦١ قاعدة ٤٤ شرح الحطاب ٢١٠/٥ شرح الخرشي ٨٢/٦.

الأصيل ليدفعه إلى البائع أو قبض النائب بالبيع الثمن من المشترى ليدفعه إلى الأصيل . أو قبض المبيع من الأصيل ليسلمه إلى المشتري أو قبض النائب بقبض الدين أو العين ما وكل في قبضه . فإن ما في يد النائب – في كل هذه الأحوال – يكون أمانة بمنزلة الوديعة ، فإذا هلك بغير تعدّ منه هلك على الأصيل وإلاّ هلك عليه .

جاء في « شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل » (١) الوكيل غير المفوض إذا وكل في قبض حق فقال قبضته وتلف مني فإنه يبرأ لموكله من ذلك لأنه أمين ، و أما الغريم الذي عليه الدين فإنه لا يبرأ من الدين إلاّ إذا أقام بينة تشهد له أنه دفع الدين إلى الوكيل المذكور ولا تنفعه شهادة الوكيل لأنها شهادة على فعل نفسه .

وجاء في كتاب « المهذب » (٢) للشيخ الامام أبي اسحق ابراهيم بن محمد الشيرازي مانصه : « والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل ، فإن تلف في يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلم يضمن » .

وجاء في كتاب « المغني » (٣) : « وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيره لأنه رضي بكونه في يده . . . فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه فتلف ضمنه » .

المطلب الثالث : العلاقة بين الأصيل والغير

عندما يضيف النائب العقد إلى الأصيل ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الأصيل دون النائب .

فالفقه الإسلامي أقر النيابة كاملة إذ جعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير في كل من حكم العقد و حقوقه جميعاً . واختفى شخص النائب من بينهما كما هو الحال في القانون أما إذا أضاف النائب العقد إلى نفسه ، فعلى الرغم من انصراف حقوق العقد إليه فإن هذا لا يمنع قيام علاقة مباشرة بين الأصيل والعاقد الآخر في بعض الأحوال ، ويرجع ذلك إلى أن العاقد الآخر مع أنه اعتمد التعامل مع النائب ، بعد أن أضاف هذا العقد إلى نفسه لا يتضرر إذا تعامل رأسا مع الأصيل بل يستفيد .

---

(١) شرح الخرشي: للشيخ محمد بن عبد الله الخرشي ٨١/٦.

(٢) المهذب ٣٥٧/١ ط : القاهرة ١٣٤٣ هـ

(٣) المغني ١٠١/٥ نشر مكتبة الجمهورية العربية المتحدة ومكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

فالقاعدة التي تقضي بانصراف حقوق العقد إلى النائب الذي يضيف العقد إلى نفسه إنما تقررت بوجه عام لحماية العاقد الآخر.

ففي الحالات التي لا يحتاج فيها العاقد الآخر إلى هذه الحماية تعود إلى الأصل في النيابة فتقوم العلاقة المباشرة بين العاقد الآخر والأصيل (١)

المطلب الرابع : تعاقد الشخص مع نفسه

الأصل في الفقه الإسلامي كما هو الحال في القانون المدني الألماني (٢) والمصري أن تعاقد الشخص مع نفسه غير جائز .

ولتعاقد الشخص مع نفسه صورتان

الصورة الأولى : إما أن يكون من يتولى صيغة العقد من الجانبين

- أصيلا عن نفسه نائبا عن غيره
- و إما أن يكون نائبا عن الجانبين

فإذا كان أصيلا عن نفسه نائبا عن غيره :

كمن يوكل في بيع شيء فيبيعه من نفسه لم يجز البيع لأن ذلك يؤدي إلى تعارض الأحكام إذ يكون الشخص الواحد طالباً ومطلوباً ، مسلما وقابضا ، مخاصماً وخصماً وهذا لا يجوز فإذا أذن الأصيل لنائبه في البيع أن يبيع من نفسه فلا يعتد بهذا الإذن عند الحنفية ويبقى البيع غير جائز وهو أحد الوجهين عند الشافعية ، وإحدى الروايتين عند الحنابلة :

جاء في « المبسوط » (٣) للسرخسي :ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ٣٣٩/٥

(٢) المادة «١٨١» من القانون المدني الالماني تمنع تعاقد الشخص مع نفسه وهذا كان في الماضي ولكن الإجتهادات الجديدة ترشدنا الي أن حكم تعاقد الشخص مع نفسه هو حكم النيابة الفضولية Selahiyete Mustenit Temsil p. 159)

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٢/١٩ مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر باب الخلق-القاهرة. وانظر أيضا: البدائع ٢٨/٦ والمغني لابن قدامة ١١٨/٥.

ابن له صغير لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدى إلى تضاد الأحكام

وجاء في « المهذب » (١) للعلامة أبي إسحاق الشيرازي : وللشافعية وجهان :

أحدهما : أن البيع لا يجوز حتى مع الإذن وهو المنصوص.

وجاء في « المغني » (٢) لابن قدامة : من وكل في بيع شيء لم يجز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين .
وكذلك الوصى لا يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه . . .

وجه الرواية الأولى : أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال : بعه لغيرك . ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه من نفسه فلم يجز كما لو نهاه.

أما عند المالكية والرواية الثانية عند الحنابلة والوجه الثاني عند الشافعية فإذن الأصيل يجعل البيع جائزا. (٣)

جاء في « شرح الخرشي » (٤) على مختصر سيدي خليل : «الوكيل على بيع شيء لا يجوز له أن يبيعه من نفسه ولو كان بغير محاباة مالم يكن بحضرة الموكل وما لم يسم له الثمن ومالم يأذن له في البيع لنفسه وإلاّ جاز على ما قاله الشيخ كريم الدين».

ورواية الحنابلة القائلة بالجواز يتكلمون فيها بالنسبة للوكيل وكذلك الوصي فأجازوا لهما أن يشتريا بشرطين : (٥)

أحدهما : أن يزيدا على مبلغ عنه في النداء أي على السلعة

ثانيهما : أن يتولى النداء غيره

---

(١) ٣٥٢/١ طبعة القاهرة ١٣٤٣ هـ

(٢) المغني ١١٨/٥-١١٩ نشر مكتبة الجمهورية العربية بالقاهرة ومكتبة الرياض الحديثة بالرياض.

(٣) المهذب ٣٥٢/١ الطبعة السابقة.

(٤) شرح الخرشي ٧٧/٦.

(٥) المغني لابن قدامة ١١٨/٥ نشر مكتبة الجمهورية العربية ومكتبة الرياض .

٢- و أما إن كان نائبا عن الجانبين :

فيظهر أن الحنفية (١) يمنعون عند ذلك تعاقد الشخص مع نفسه إذ إن حقوق العقد تنصرف عندهم إلى الوكيل فتنصرف إلى الوكيل بالبيع إذا كان موكلا أيضا في الشراء.

ويذهب الإمام أبو زهرة (٢) إلى هذا الرأي فيقول : « لايصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين وتقوم عبارته مقام عبارتهما »

ووجهه : أن العاقد في البيع وما يشبهه ترجع الحقوق إليه سواء كان يعقد بالأصالة أم بالنيابة فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق.

وهذه حقوق متقابلة . والشخص لا يتعلق به حقان متقابلان في زمان واحد لأن ذلك يؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما طالبا ومطلوبا وهذا محال .

ولذلك لم يجز أن يكون الشخص الواحد وكيلا من الجانبين في البيع وأشباهه ويصلح رسولا من الجانبين لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدي عمله إلى مناقضة للمعقول. وكذلك القاضي يتولى العقد من الجانبين لأن الحقوق لا ترجع إليه .

ومع ذلك يجيز الشيخ أحمد ابراهيم العقد إذا كان الوكيل موكلا من شخص ببيع شيء معين وموكلا من آخر بشراء ذلك الشيء بعينه له (٣)

بيع الولي والوصي المختار :

يجوز استثناء أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتين :

الأولى : أن يبيع الأب أو الجد مال الصغير ويجوز ذلك ولو بغبن يسير على الصغير لا بغبن فاحش.

وهذا إن كان الولي حسن التدبير فتشترط الخيرية وفسرت بأنها النفع الظاهر (٤)

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩/٣٢ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢١هـ والبدائع ٢/٢٣١، ٢٣٢و٥/١٣٦. رد المحتار لابن عابدين: ٤/٥ تبيين الحقائق: ٦/٢١١ وفتح القدير ٢/٤٢٨.

(٢) الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة ص٣٥٢ طبعة القاهرة ١٩٣٩م وطبعة أخرى لدار الفكر العربي ص: ٤٠٦.

(٣) مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الإسلامي ص١٦٦ ط: سنة ١٣٦٤-١٩٤٥م.

(٤) وفسر بعضهم النفع الظاهر بالتصرف الواضح المنفعة لليتيم من غير تقيد بمقدار. (الملكية ونظرية العقد للإمام أبي زهرة ص٤٠٧ طبع دار الفكر العربي-

وقيل : إنها البيع بالضعف أو الشراء بالنصف في العقار وفي المنقول بزيادة الثلث أو الشراء بنقص الثلث و إنما جاز ذلك استحسانا لوفور شفقة الأب والجد فيفترض أنهما لم يقدما على الصفقة إلاّ لمصلحة الصغير.

والقياس : المنع لتعارض المصلحة ولوجوب تعدد العاقد وهذا هو رأى زفر .

وعند الحنابلة : الجواز للأب دون الجد.

الثانية : أن يبيع الوصي المختار من الأب أو الجد مال الصغير من نفسه أو يبيع ماله من الصغير . ولكنه لا يجوز ذلك إلاّ إذا كان فيه نفع ظاهر للصغير فتشترط الخيرية دائما في الوصي ولا تشترط في الولي إلاّ إذا كان سيئ التدبير و إنما جاز ذلك استحسانا عند أبي حنيفة و أبي يوسف . لأن قربان مال اليتيم بما فيه نفع ظاهر له هو قربان له على الوجه الأحسن فجاز (١).

ولا يجوز بالأجماع إذا لم يكن فيه نفع ظاهر (٢)

وكره الإمام مالك (٣) أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه فإن فعل ذلك أو آجر الوصي نفسه في عمل اليتيم في حجره تعقبه الإمام :

– فما كان خيرا لليتيم أمضاه والقياس يأبى جواز ذلك لوجوب تعدد العاقد ولتعارض المصلحة وهذا قول محمد وهو مذهب الشافعي (٤) و أحمد بن حنبل (٥)

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٣٥ وهم يستدلون لما قالوا به هنا بقول الله عز وجل: «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن » فجاز بنص القرآن (الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٠٧)

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص: ٤٠٧ دار الفكر العربي

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٥\٦٩

(٤) المهذب ١\٣٣٠

(٥) المغني لابن قدامة ٥\١١٢ والمبسوط للسرخسي ١٩\٢٢ رد المحتار لابن عابدين ٤\٥ والبدائع ٢\٢٣١-٢٣٢ وفتح القدير ٢\٤٢٨ كشاف القناع ٢\٢٣٨، ٢٣٩ ونهاية المحتاج ٢\١٩٢-١٩٣، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٤٦-٢٤٧ نشر مؤسسة الرسالة – بيروت ومكتبة القدس ببغداد.

المبحث الثاني
آثار النيابة في القانون

المطلب الأول : ظهور آثار النيابة

تظهر آثار النيابة في الأمور الآتية :

١- العلاقة بين النائب و الغير

ينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إلى النائب (١) ومن هنا لايستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد إلاّ إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في ابرامه كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد نحو الغير فلا يستطيع الغير أن يطالب بالتزام من الالتزامات التي أنشأها العقد .

فلا تقوم إذن علاقة مباشرة بين النائب والغير عن طريق العقد ولكن قد تقوم هذه العلاقة المباشرة عن طريق آخر ومثال ذلك : أن يخطيء النائب في تنفيذ النيابة فيكون مسئولا مباشرة نحو الغير ولكن المسئولية هنا مسئولية تقصيرية ولم تنشأ عن طريق العقد.

---

(١) في القانون التركي يشترط أن يتعاقد النائب باسم الاصيل و إلاّ كما تقدم ذكره أن أثر العقد ينصرف أولا إلى النائب وبعد ذلك ينتقل إلى الاصيل راجع في هذا

Tekinay Borçler Hukuku p.185; Borçler Hukuku Prof . Dr. Turgut Akintürk . p. 46; S.M.T p. 12-13 .

وكذلك الامر في القانون الإنجليزي راجع :

Fridman p.168-221. London,1983.; Chitty on Contract, vol.II para. 2044 p 22 * para 2049 & p. 26; Cheshire and Fifoot's Law of Contract Ch. 15 p. 431 Bowstead on Agency. Art. 78 p. 231 & Art 82 . p. 256 .

أنظر في القانون الباكستاني:

Law of Contract and Agency in Pakistan para 270.p.217; Section (226,227) The Contract Act (IX of 1872).; Mulla's Contract Act 1989 p.189 .

ومثال ذلك أيضا: أن يكفل النائب الأصيل ، فتنشأ العلاقة المباشرة من عقد الكفالة لا من العقد الذي أبرمه النائب مع الغير باسم الأصيل (١)

٢- العلاقة بين النائب والأصيل :

يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة - الاتفاق أو القانون - ويحق للنائب بوجه عام إنابة وكيل عنه في تنفيذ النيابة ويكون مسئولا عن هذا الوكيل نحو الأصيل (٢). وعلى النائب أن يقدم حسابا للأصيل عن تنفيذ نيابته (٣) ، والنائب مسئول عن تقصيره وإهماله نحو الأصيل فيما وكل فيه (٤)

فإذا كان وكيلا وجب عليه أن يبذل في تنفيذ وكالته عناية الرجل المعتاد إذا كانت الوكالة بأجر ، وعنايته هو - دون أن يزيد - على عناية الرجل المعتاد إذا لم تكن الوكالة بأجر (٥).

وعلى النائب أيضا أن يحتفظ بالاسرار التي علمها بمقتضى وكالته (٦) وعلى

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ٥\١٧٧-١٧٨

(٢) تنص المادة (٣٩١) من قانون الالتزامات التركي على هذا الأمر وكذلك في المادة : (١٩٢) من القانون الباكستاني نصت على ذلك راجع :

The Contract Act (IX of 1872) Section (192) Law of Contract and Agency in Pakistan para 257 p. 207 Asimple Study of Mercantile Law by Sechdeva & Gupta (1992 p . 116

(٣) B.H. by Prof. Dr. Turgut Akinturk p. 213 . Fridman Part III ch. 8 p. 151. Bowsteed on Agency by Reynolds, and Devenport Article 52 p.156 London Chitty on Contract, vol.II para. 2100. p.54. London 1977, Law of Contract and Agency in Pakistan by Aftab Ahmad Cp.17 para 261.p.210 sec.213 of The Contract Act (IX of 1872) Mulla's Contract Act1989 p.179

(٤) المرجع السابق (وهذا ذكر في القانون المدني التركي في المواد التي تنظم أمر الوكالة من ٣٨٦ إلى ٣٩٨

(٥) المرجع السابق ومصادر الحق للسنهوري ٥\١٧٨

(٦) Borcler Hukuku Prof . Dr. Turgut Akinturk s . 213 vd Turk Borcler Huk Ozel Hukvol. 2 p.242 Istanbul 1989

الأصيل أن يضمن ما أصاب النائب من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ النيابة تنفيذاً معتاداً (١)

٣- العلاقة فيما بين الأصيل والغير :

- كما تقدم ذكره - أن أثر العقد ينصرف إلى الأصيل التزاما كان أو حقوقا ولهذا فإن النائب لا يلتزم ولا يستحق شيئا من هذا العقد الذي أبرمه.

والحاصل أنه تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ويختفي شخص النائب من بينهما فيعتبر الأصيل هو المتعاقد مع الغير وإليه ينصرف أثر العقد ، فالأصيل في العقد الذي أبرمه النائب لا يعتبر « غيراً » بل لا يعتبر خلفا للنائب انتقل إليه منه أثر العقد كالوارث . وإنما هو أحد طرفي العقد كما سبق القول وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني ، ولكنها الخطوة التي انتهى إليها منطق النيابة في تطورها (٢).

المطلب الثاني : تعاقد الشخص مع نفسه

التعاقد مع النفس - كما تقدم -هو العقد الذي يتم عن طريق الجمع بين صفتين في شخص واحد بحيث يقوم هذا الشخص بدور الطرفين فيصدر تعبيرين عن الإرادة متقابلين في شأن مصالحهما المتعارضة (٣)

---

(١) انظر فيما يتعلق بهذا المادة (٢\٣٩٤) من قانون الالتزامات التركي والسويسري والمادة (٧١١) من القانون المدني المصري ،وكذلك راجع في هذا في القانون الإنجليزي والباكستاني Bowsted on Agency , Article 67 p.201 Fridmen p.174 Chitty on Contract, vol II pare . 2119 p. 66 Law of Contract and Agency in Pakisten Ch. 16 pare 269 p. 215. Section 222 of The Contract Act (IX of 1872) Mulla's Contract Act 1989 Ch. 10 p. 186-187

وانظر أيضا : في القانون التركي

Turk Borclar Hukuku (Ozel Hukuk) by Cevdet Yavuz vol II p. 254

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٥\١٧٨ دار إحياء التراث العربي وراجع في هذا : المراجع الإنجليزية والباكستانية التي ذكرناها عند الكلام على العلاقة بين النائب والغير .

(٣) نظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة من ١٥٤ طبع سنة ١٩٥٠ ومصادر الالتزام للدكتور إسماعيل غانم ص: ١٧٠ طبعة القاهرة ١٩٥٦ م ونظرية الالتزام للدكتور محمود جمال الدين زكي سنة ١٩٧٩ ص : ٥٠ ومصادر الالتزام للدكتور محمد عمران ص: ٨٠ طبع سنة ١٩٨٢ م.

ويتحقق ذلك إذ كان الشخص نائبا عن طرفي العقد فيكون مثلا : وكيلا في كل من البيع والشراء ، وقد يكون ا لشخص أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر فيبيع مثلا لنفسه العين الموكل في بيعها. وعلى ذلك يكون العقد قد جرى بإرادة النائب وحده أي أن إرادته قد حلت محل الإرادتين معا ، ومن هنا انقسم الفقه حول تعاقد الشخص مع نفسه .

- فرأى يذهب إلى المنع ، إذ لا يكون أمامنا في هذا التعاقد إلاّ إرادة واحدة والعقد لا يتم إلاّ بتوافق إرادتين .

ورأي يذهب إلى الجواز .

وأنصار الجواز انقسموا إلى فريقين :

أ- فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه عقد حقيقي توافق فيه الإيجاب والقبول ولكن شخصا واحدا هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول (١)

ب- وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلاّ على إرادة واحدة جعلها القانون تنتج هذا الأثر(٢).

موقف الشرائع من تعاقد الشخص مع نفسه :

اختلفت الشرائع في موقفها من تعاقد الشخص مع نفسه فمنها ما منع في الأصل هذا التعاقد وذلك كالتقنين المصري والسوري والليبي والأردني والأماراتي والتقنين الألماني والانجليزي والمشروع اللاتيني (٣)

(١) وهذا ما يقول به « وون توهر » (Von Tuhr) و « وبورت مان » « Portmann » انظر في هذا : S.M.T by Dr. Esener p. 156

(٢) ممن قال به « رومل » « Rumel » و « وجلّيرد » « Gilliard » راجع في هذا : S.M.T by Dr. Esener p56.157.158 Ankara 1961

ومصادر الحق للسنهوري ص : ١٧٩ والمراجع السابقة المذكورة في أول هذا المطلب : هامش : ١ أنظر أيضا : Doleyli Temsil by : Dr. :Yavuz p. 192 Istenbul 1983

(٣) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص : ٤٠٨ ومصادر الحق للسنهوري ص : ٥\١٧٦ والوكالة في الشريعة والقانون ص : ٢٢٥ وانظر أيضا :

S.M.T. by Dr. Esener p. 156 , Doleyli Temsil by Dr. Yavuz p. 192

وانظر في القانون الانجليزي والباكستاني :

Bowsteed on Agency by Reynolds, Article 47 p. 132-133 Fridman The Law of Agency Ch. 8 p. 152 . Chitty on Contract Vol : II pera 2097 p. 52 . Law of Contract and Agency in Pakistan by Aftab Ahmad Ch. 15 pera 259 p.208 Multan Pakistan first Ed. 1987

ومنها ما يجيزه في الأصل كالتقنين الفرنسي والتقنين السويسري والتركي والإيطالي والبلجيكي وغيرها من القوانين الوضعية (١) ، غير أنه لا توجد شريعة أطلقت المنع ، فالشرائع التي منعت أجازت في أحوال معينة على سبيل الاستثناء ، والشرائع التي أجازت منعت في أحوال استثنتها . ولقد توسع كلا الفريقين في الاستثناء ، فتقاربت الشرائع المانعة والشرائع المجيزة (٢)

والقانون المدني الألماني حين نص في المادة (١٨١) على منع تعاقد الشخص مع نفسه تعرض لبيان الاستثناءات ، فذكر الحالات التي يجوز فيها تعاقد الشخص مع نفسه ومنها (٣):

- إذا أذن المنيب في ذلك
- إذا رخص القانون للنائب في ذلك بأن أذن له في التعاقد مع نفسه
- إذا كان تعاقد الشخص مع نفسه يترتب عليه إيفاء دين

والقانون السويسري والتركي (٤) عندما أجازا تعاقد الشخص مع نفسه قيدا ذلك بأمرين هما :

١- إذن المنيب للشخص بذلك

٢- الاّ يترتب على تعاقده مع نفسه ضرر يضر بالمنيب .

وجدير بالذكر أن آخر ما وصل إليه القانون الالماني وفقا لما أفادته المادة (١٨١) اعتبار تعاقد الشخص مع نفسه كالنيابة من غير صلاحية أي الفضالة (٥) .وبهذا يتفق هذا القانون مع كل من القانون التركي والسويسري حيث أن رجال هذين القانونين يرون إعطاء حكم الفضالة لمن تعاقد مع نفسه (٦)

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ص : ١٧٩ الملكية ونظرية العقد لابي زهرة ص : ٤٠٨ وانظر أيضا من مراجع الأجنبية :

S.M.T by Dr Esener p. 161 Dolayli Temsil by Yavuz p. 192

(٢) المراجع السابقة :

(٣) S.M.T by Dr Esener p. 159

(٤) Tekinay Borcler Hukuku p. 179-180

(٥) ترشدنا المادة (١٧٧) من القانون المدني الالماني إلى اعتبار ذلك مثل حكم من يتعاقد من غير صلاحية :S.M.T By Esener p. 159

(٦) Tekinay Borcler Hukuku p. 180 S.M.T p. 169 Dolayli Temsil p 204

تعاقد الشخص مع نفسه في التقنينات المدنية للبلاد العربية :

أولا : في التقنين المدني المصري

أورد التقنين المدني المصري نصاً عاما يحرم تعاقد الشخص مع نفسه الا في حالات استثنيت فنصت المادة (١٠٨) من هذا التقنين على أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد.

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلا في بيع مال فاشتراه لنفسه (١) أو تعاقد لحساب غيره نائبا عن طرفي العقد كما لو كان موكلا في بيع مال فاشتراه لشخص وكله في الشراء ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين .فإذا تعاقد الشخص مع نفسه كان مجاوزا لحدود النيابة وكان شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته فلا يكون عمله نافذا في حق الأصيل إلا إذا أقره هذا الأخير (٢).

وهذا ما صرحت به المادة (١٠٨) سالفة الذكر حيث استثنت من منع تعاقد الشخص مع نفسه أن يرخص الأصيل في ذلك منذ البداية أو أن يجيز التعاقد بعد ذلك(٣)

ثانيا : التقنينات العربية الأخرى

التقنينات العربية الأخرى تورد في تعاقد الشخص مع نفسه أحكاما تقرب من أحكام التقنين المدني المصري ، فالمادة (١٠٩) من القانون المدني السوري تطابق المادة (١٠٨) من التقنين المدني المصري ، كما أن النص السابق يوافق ما نص عليه القانون

---

(١) انظر : في هذا التطبيق المواد (٤٧٩-٤٨١) مدني المصري .

(٢) نرى أن القانون المصري يتفق مع القوانين الأخرى سابقة الذكر - الالماني والسويسري والتركي حيث يرى أن تصرف من تعاقد مع نفسه موقوف على اجازة صاحب الشأن وهو المنيب أو الموكل .

(٣) انظر في شرح المادة : (١٠٨) مدني مصري مصادر الحق للسنهوري ٥\١٧٩

الليبي والتقنين المدني العراقي (المادة : ٥٩٢) يقرر نفس المبدأ ويستثني منه حالات (١).

المقارنة

رأينا فيما تقدم لفقهاء الشريعة رأيين لتعاقد الشخص مع نفسه ، وبنظرة عامة في منهج القانون نجده يتفق مع أحد الرأيين في الفقه الإسلامي سواء في اصل القاعدة أم في الاستثناء الذي جاء به .والله أعلم بالصواب .

---

(١) وردت هذه الحالات في المادة : (٥٨٨) ومنها :

أ - يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله أي يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته و بغبن يسير لا فاحش .

ب- فإن باع مال نفسه لولده أو اشترى مال ولده لنفسه يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد (ومصادر الحق للسنهوري ٥\١٨١-١٨٢ وانظر أيضا الوكالة في الشريعة والقانون للدكتور محمد رضا عبد الجبار العاني ص : ٣٢٢ وما بعدها .

الفصل الثالث

انقضاء النيابة

المبحث الأول : انقضاء النيابة الإرادية

المطلب الأول : انقضاء النيابة الإرادية في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : انقضاء النيابة الإرادية في القانون .

المبحث الثاني : انقضاء النيابة الجبرية

المطلب الأول : انقضاء النيابة الجبرية في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : انقضاء النيابة الجبرية في القانون .

الفصل الثالث
انقضاء النيابة

المبحث الأول : انقضاء النيابة الإرادية

المطلب الأول : انقضاء النيابة الإرادية في الفقه الإسلامي (١)

قد تنقضي النيابة الإرادية بسبب اختياري يرجع إلى النائب أو الأصيل ، وقد تنتهي بسبب قهري لا يرجع إليهما وبيان ذلك على ما يلي :

أولا : الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة الإرادية :

عرفنا مما سبق أن النيابة الإرادية يتنوع مصدرها فقد تستند إلى عقد إجارة ووكالة أو عمل ووكالة أو وكالة فقط .

وعلى كل حال ففي كل تطبيقات النيابة الاختيارية هي عقد جائز بالنسبة للأصيل أو بالنسبة للنائب لكل واحد منهما الحق في إنهاء هذا العقد بإرادته إلاّ أنه قد يرد على ذلك بعض القيود نوضحها فيما يلي :

١- إنهاء النيابة بإرادة الأصيل :

يجوز للأصيل أن يلغي أمره للنائب ، لأنه هو الذي يقدر مصلحته في استمرار النيابة أو إنهائها ففي خصوص عقد الوكالة للموكل عزل الوكيل بلا رضاه ، إذ هي من

---

(١) انظر عند الحنفية : البدائع ٦\٣٧٨ وما بعدها . الدر المختار : ٤\٤٣٤ ، تبيين الحقائق : ٤\٢٨٦ وما بعدها.
وعند المالكية : بداية المجتهد ٢\٢٩٨ الشرح الكبير : ٣\٢٩٦
وعند الشافعية : مغني المحتاج ٢\٢٣٢ المهذب : ١\٣٥٧
وعند الحنابلة : المغني : ٥\١١٣ غاية المنتهى ٢\١٥٤ وما بعدها .

العقود الجائزة لا اللازمة فيكون محتملا للفسخ بالعزل والنهي وغير ذلك . (١)

القيود التي يراعيها الأصيل لإنهاء النيابة :

مع إثبات الحق للأصيل في إنهاء النيابة فقد قيد بعض الفقهاء الأصيل حين انهاء النيابة بإرادته المنفردة ويرجع ذلك إلى عوامل متعددة أهمها : (٢)

١- حماية الغير حسن النية

٢- عدم ترتب مفسدة على العزل

١- فاما عن حماية الغير حسن النية

فحماية حسن النية مرجعه أن النائب يتعامل باسم الأصيل مع الغير ، وحتى لا يضار الغير من جراء تصرف أجراه النائب بعد أن عزله الأصيل وبالتالي لا يعود أثر التصرف إلى الأصيل ، ويضار بذلك الغير ولذا اشترط جمهور الفقهاء أن يعلم النائب بالعزل (٣)

٢- أما عن عدم ترتب مفسدة على العزل :

فقد اشترط الشافعية ولم يخالفهم أحد من الفقهاء فيما أعلم حتى يصح عزل المكل للوكيل الاّ تترتب مفسدة على العزل وإلا فلا نفاذ له (٤)

---

(١) بدائع الصنائع ٦\٣٧ طبع دار الكتاب العربي - بيروت . الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ٣\١٥٤ مطبعة الحلبي القاهرة . والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار للشيخ أحمد بن يحيى المرتضى ٥\٦٤ (فقه زيدي) مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ . وانظر أيضا المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد إبراهيم بك ص : ١٨١ طبع دار إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان . والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ص : ٢٨٩

(٢) المراجع السابقة .

(٣) البدائع ٦\٣٧ والهداية للمرغيناني ٣\١٥٤ والبحر الزخار ٥\٦٤ (يتصرف استفدناه من كل هذه المراجع)

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٥\٥٥

٢- إنهاء النيابة بإرادة النائب :

وكما أن للأصيل في النيابة الإرادية أن يعزل النائب كذلك للنائب أن يعزل نفسه بإرادته ا لمنفردة دون توقف على رضا الأصيل إذ هي عقد جائز لكل منهما ، وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنه يشترط علم الأصيل (١) إذا عزل الوكيل نفسه بحضرة الموكل أما إذا تم العزل بغير حضرته ففي ذلك خلاف على رأيين : (٢)

أحدهما : يرى أنه لا يشترط لوقوع العزل علم الموكل

ثانيهما : يرى إشتراط علم الموكل

وإذا قلنا بالنسبة لعزل الأصيل للنائب أن عليه قيودا يجب مراعاتها كحماية الغير حسن النية وعدم ترتب مفسدة على العزل فكذلك الحال بالنسبة للنائب

ثانيا : الأسباب الجبرية لانقضاء النيابة الإرادية :

تتعدد أسباب انقضاء النيابة الإرادية بسبب قهري والغالب في هذه الأسباب أنها راجعة إلى فقد الأهلية أو نقصانها وقد يكون السبب غير ذلك ، والغالب أن السبب قد يكون مشتركا إذ يمكن حصوله لأحد العاقدين كالموت أو الجنون أو السكر - الخ .

وبيان هذه الحالات إجمالا على ما يلي :

الموت - الجنون ، الإغماء - السكر - الفسق - الردة -التعدى - الطلاق .

والمراد بالتعدي هنا التعدي فيما وكل فيه مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة :

ففي الموت إذا مات النائب انتهت ا لنيابة ، إذ الموت آخر مراحل الإنسان ، وهو أداة تنفيذ النيابة ولا يستطيع ورثته أن يتصرفوا نيابة عنه لأن الأصيل لم ينبهم (٣)

وكذلك إذا مات الأصيل انقضت النيابة ، لأن النائب يستمد ولايته من الأصيل ، فإذا مات الأصيل انعدم بالتالي مصدر النيابة ولا يصح له أن يلزم ورثة الأصيل

---

(١) المراجع السابقة في الهامش (١) ص ٢٥٢.

(٢) القوانين الفقهية ٣٢٣ (بتصرف)

(٣) مغني المحتاج ٢\٢٣١ مطبعة مصطفى الحلبي

بتصرفات لم يأذنوا فيها : (١)

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في الوقت الذي تعتبر فيه النيابة منتهية بموت الأصيل : هل بوقت الوفاة أم أنها تنتهي بعلم النائب بالوفاة ؟ رأيان للفقهاء في ذلك(٢)

وفي بطلان النيابة بكل من الجنون والاغماء والسكر والفسق وتعدي النائب حدود نيابته رأيان للفقهاء أيضا (٣)

انقضاء النيابة الإرادية بالردة

للفقهاء في بطلان الوكالة إذا ما ارتد الموكل أو الوكيل أحوال متعددة بناء على اختلافهم في الحكم بجواز وكالته :

فبعضهم ومنهم الإمام أبو حنيفة والشافعية في وجه والحنابلة في وجه يرى أن وكالة المرتد موقوفة ، فإن لحق بدار الحرب مرتدا أو مات على الردة بطلت وكالته قياسا على أن تصرفاته موقوفة على لحاقه بدار الحرب أو موته مرتدا فكذلك بطلان الوكالة .

وبعضم ومنهم الصاحبان : أبو يوسف ومحمد والشافعية في الوجه الآخر والحنابلة في الوجه الثاني ومقابل الأصح للزيدية يرى عدم بطلان الوكالة لأن تصرفات المرتد نافذة فكذا وكالته ولأنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل الوكالة كما لو لم يلحق بدار الحرب (٤)

بعضهم ومنهم المالكية والزيدية في الأصح والشافعية والحنابلة في وجه عند كل

---

(١) الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير على مختصر خليل ٣\٢١٦ مطبعة عيسى الحلبي

(٢) بدائع الصنائع ٦\٣٨ مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ هـ. الطبعة الأولى ،وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢\٣٠٢ طبع دار المعرفة – بيروت . ومواهب الجليل للإمام محمد بن محمد عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ٥\٢١٤ نشر دار الفكر .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المغني لابن قدامة ٥\١٢٦ والبدائع ٦\٣٨ مطبعة الجمالية ١٣٢٨ هـ

منهما أن الوكالة باطلة ، لأن تصرفات المرتد باطلة فكذا وكالته قياسا على الموت (١)

وما أختاره من بين هذه الآراء الثلاثة القول القائل بأنها موقوفة لأنه وسط بين قولين : أحدهما الجواز ، وثانيهما البطلان .

والقول المختار في نظري المتواضع هو القول بأنها موقوفة ... الخ لأنه يعبر عن أعدل الآراء و أحسنها وعند الله العلم بالصواب .

الطلاق : هل تنقضي النيابة به ؟

زاد المالكية الطلاق كسبب من الأسباب التي تنقضي بها النيابة (٢) وذلك إذا كانت المرأة وكيلة لزوجها ثم طلقها وعلم من الموكل كراهة ذلك منها .

أما إذا كان هو الوكيل عن زوجته ثم طلقها فإنه ينعزل في جميع بيده.

والظاهر - والله أعلم - أن علة التفرقة عندهم في هذا هي أن الطلاق بيده .

أما جمهور الفقهاء فلا يعتبرون الطلاق سببا منهيا للوكالة إذ هي لا تتوقف على النكاح فكذا لا تنقضي بالطلاق (٣).

والظاهر وجاهة رأي جمهور الفقهاء حيث لا ارتباط بين الوكالة والطلاق .

وكما ذكرت فإن عقد الوكالة عقد جوازي للوكيل أو للموكل انهاؤه بإرادته المنفردة وهذا ما ييسر الأمر .

فطالما أن الزوج أو الزوجة لم يعلن صراحة حين وقوع الطلاق إنهاء الوكالة فتبقى قائمة (٤) والله تعالى أعلم .

---

(١) البحر الزخار ٥\٦٥ مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٨ هـ والقوانين الفقهية لابن جزي ص: ٣٢٣ نشر دار الكتاب العربي - بيروت . (بتصرف)

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣\٢١٦ مطبعة عيسى الحلبي

(٣) المرجع السابق .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣\٢١٦ مطبعة عيسى الحلبي وانظر أيضا : الهداية للمرغيناني ٣\١٥٤

المطلب الثاني : انقضاء النيابة الإرادية في القانون .

إن من ينظر في كل من القانون المدني المصري وقانون الالتزامات التركي والقانون المدني السويسري يجد أن الأسباب التي تنقضي بها النيابة منها ما هو ارادي يرجع الى إرادة الأصيل أو النائب .

ومنها ما هو جبري ليس لإرادة أحدهما دخل فيه .

وفيما يلي الكلام عن النوعين :

أولا : الأسباب الإختيارية لإنقضاء النيابة .

وتتمثل تلك الأسباب في حق الأصيل أو النائب في إنهاء النيابة بإرادته المستقلة(١)

إذ الأصيل بإرادته المستقلة هو الذي يخول النائب القيام بأعمال هذه النيابة ، وإذا كان هذا الحق له فله أن ينفي عنه تلك الصفة على ما ترشد إليه المادة (٧١٥)من القانون المدني المصري والمادة « ٣٤ » من قانون الالتزامات التركي والقانون السويسري ، كذلك للنائب هذا الحق على الرغم من قبوله القيام بمهام النيابة لكنه غير ملزم بالاستمرار فيها بل له الحق ، في أن يتخلي عنها في أي وقت شاء إذ الأصل إنها تفضلية (٢)

---

(١) انظر في القانون التركي :

Borçlar Hukuku Prof . Dr. Turgut Akintürk p.53 ;Türk Borcler Huk by Yavuz Vol. II p. 257.

وانظر أيضا في القانون الباكستاني .

Law of Contract and Agency in Pakistan ch 18 para. 275 p. 223; Sect 201 of The Contract Act (IX of 1872); Mulla's Contract Act . p. 171

A Simple Study of Mercantile Law by Sachdeva & Gupta p. 118

كذلك انظر : في القانون الانجليزي والامريكي :

Bowstead on Agency Article 138 p. 432 . The Law of Agency by Fridman ch 21. p. 349.

(٢) الوسيط للسنهوري ٣/٣٢٥ ط . دار احياء التراث العربي – بيروت والعقود المدنية للدكتور أكثم الخولي ص : ٣٤٦، ومدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة للدكتور أحمد شوقي ص : ١٦ المطبعة العربية الحديثة – العباسية القاهرة . ومطبعة نهضة مصر ١٩٥٧م.

اشتراط العلم بالعزل :

وإذا قلنا باعطاء الأصيل سلطة عزل نائبه في أي وقت فإنه لا ينتج أثر إلاّ من وقت وصوله إلى علم النائب وذلك حماية للغير حسن النية (١)

فإذا تصرف النائب تصرفات بعد عزله وقبل علمه بالعزل فإن تلك التصرفات تلزم الأصيل بالرغم من صحة العزل (٢) .

وقد نصت المادة (٣٧) من قانون الإلتزامات السويسري والتركي على هذا الأمر ونصها : « طالما كان النائب على غير علم بانتهاء نيابته ، فالأصيل أو ورثته يصيرون بتصرفه دائنين أو مدينين ، كما لو كانت وكالته ما زالت قائمة وتستثني من ذلك الأحوال التي يكون فيها الغير عالما بانتهاء النيابة ، إلا أنه مما يجب ملاحظته في هذا المقام أن العزل يمكن أن ينتج أثره حتى ولو لم يصل إلى علم النائب أو الغير إذا كان الأصيل قد انهى النيابة بنفس الأسلوب الذي بدأها به . فمثلا إذا كانت النيابة قد أعلن عنها في الصحف و ألغاها الأصيل بنفس الطريقة فإن العزل يكون صحيحا بمعنى أن الأصيل لا يكون مسؤلا بعد ذلك عن تصرف النائب في مثل هذه الأحوال . لأنه قد بذل ما في وسعه لإعلام الغير بانقضائها (٣).

ومما سبق يظهر الآتي :

١- أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد قرر حق الأصيل أو النائب في التنحي عن النيابة الإرادية

٢-أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد أقر حق الأصيل أو النائب في العزل بحيث لا يمكن الاتفاق على عكسه .

---

(١) الدكتور أحمد شوقي في كتابه « ومدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة » ص : ١٦
Tekinay Borçler Hukuku p.196; Borçler Huk. Prof . Dr. Turgut Akinturk p.53;
Selahiyete Mustenit Temsil Dr Turhen Esener p.199 vd.

(٢) المراجع السابقة

(٣) النيابة في التصرفات القانونية (طبيعتها و أحكامها وتنازع القوانين فيها للدكتور جمال مرسي بدر ص : ٣٦٥ نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٠ م.

٣- ما اشترطه القانون من علم الوكيل إذا عزله الموكل يتفق مع رأى جمهور الفقاء .

ثانيا : الأسباب الجبرية لإنقضاء النيابة الإرادية :

فيما يلي أهم حالات الإنقضاء :

١- الموت : (١) ويستوى في ذلك الأصيل والنائب .

أ- موت الأصيل : الأصل أن النيابة تنتهي بموت الأصيل وهو ما نص عليه في خصوص عقد الوكالة المادة ٧١٤ المدني المصري والمادة (٣٥ و ٣٩٧) من قانون الالتزامات التركي والسويسري ولكن هناك حالات يجوز فيها أن تمتد الوكالة بعد موت الأصيل وتتمثل تلك الحالات فيما يلي :

١- إذا اتفق الموكل والوكيل على ذلك وهنا تحل ورثة الموكل محله (٢)

٢- إذا كانت النيابة في مصلحة الأصيل أو النائب فإنها لا تنتهي بموت الأصيل وإلاّ كانت عديمة الجدوى كما إذا وكل شخص آخر في قبض ثمن المبيع ودفع الثمن سدادا لدين في ذمة الموكل للوكيل أو للغير .

٣- إذا علم النائب بموت الأصيل وكان قد بدأ عملا معينا بخصوص النيابة فعليه في هذه الحالة أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف وبذلك تبقى النيابة قائمة فيما يقوم به النائب من أعمال لهذا الغرض .

٤- إذا كان تنفيذ النيابة يبدأ بعد موت الأصيل كما إذا وكل شخص شخصا آخر في نشر وثائق معينة بعد موته أو في إقامة نصب تذكاري له ، وتتخذ الوكالة هنا صورة الوصية ويكون الوكيل هو المنفذ لها (٣)

---

(١) Tekinay B.H. p. 194. ; B.H. Akintürk p.53; S.M.T. Esener p.175. vd.

(٢) Tekinay B.H. p. 194. ;S.M.T. Esener p.175. vd.

(٣) S.M.T. Esener p.175. vd.

ب – موت النائب (١)

وإذا كان كل ما سبق بالنسبة للأصيل فكذلك بالنسبة لموت النائب إذ العلة واضحة وهي أن الميت وقد انقضت حياته لا يقدر على مباشرة شئونه فكذلك لا يملك مباشرة شئون غيره بالأولى .

وقد نصت المادة (٧١٧) من القانون المدني المصري وكذا المادة (٣٥ و ٣٩٧) من قانون الالتزامات التركي والسويسري على ذلك ، إلاّ أنه يجوز الاتفاق على بقاء الوكالة بعد موت الوكيل ويلزم بها الورثة في حدود التركة (٢)

ومما سبق يتضح بالنسبة لانقضاء النيابة بالموت :

أولا : أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي قد أقر انقضاء النيابة بالموت.

ثانيا : أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يرى استمرار النيابة بعد موت الأصيل إذا كان تحت يد النائب أموال للأصيل لمباشرة بعض أعمال النيابة ولم يكملها ويترتب على عدم الإكمال مفسدة .

ثالثا : يختلف الفقه مع القانون في جواز الاتفاق على استمرار النيابة بعد موت الأصيل أو النائب حيث يجيز ذلك القانون ولا يجيزه الفقه الإسلامي إذ بموت الأصيل

---

(١)راجع في موت الأصيل والنائب في القانون الباكستاني :

Law of Contract and Agency in Pak. Ch. 18. Para 279 p. 225; Sect. (201) of TheContract Act. (IX of 1872). ; Mulla's Contract Act p.177. ; A Simple study of Mercantile Law p.118.

أنظر أيضا : في القانون الإنجليزي والأمريكي :

Fridman Ch. 21 p. 357. ; Bowstead on Agency Art. 136. p. 426. ; Cheshire and Fifoot's L. of . C. Ch. 15 p. 452-453.

(٢) الوسيط للسنهوري ٧\٦٥٥-٦٥٦ والعقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة) للدكتور أكثم الخولي ص : ٢٥٠ وشرح القانون المدني للدكتور محمد عرفة ص: ٣٤٩ ط : ١٩٤٩ م مطبعة جامعة فؤاد- القاهرة حاليا.

انقطع مصدر النيابة ولا يمكن إلزام ورثته بتصرفات لم يأذنوا فيها ، وإذا مات النائب فليس لورثته سلطة التصرف نيابة عنه .

٢- فقد الأهلية أو نقصها :

تنتهي النيابة بفقد الأهلية أو نقصها ، فإذا حجر على الأصيل لجنون أو عته أو نحو ذلك وامتنع عليه مباشرة التصرفات القانونية التي صدرت فيها النيابة ، فإن النيابة تنقضي إذ لا يمكن أن ينصرف أثر تصرف نائبه إليه .

ويرجع سبب الانقضاء هنا إلى فكرة استحالة التنفيذ المادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري ونصت المادة (٣٥ و ٣٩٧) من قانون الالتزامات التركي والسويسري على انقضاء النيابة بسبب فقد الأهلية ونقصها على ما هو الحال في القانون المدني المصري (١)

وإذا كان هذا واضحا بالنسبة للأصيل فبالنسبة للنائب أوضح لتزعزع الثقة التي تقوم بين الأصيل ونائبه (٢) .

٣- الإفلاس (٣)

يرتب القانون انقضاء النيابة بإفلاس الأصيل أو النائب لأن الأصيل لا يستطيع أن

---

(١) راجع كذلك في القانون الباكستاني :

Law of Contract and Agency in Pak. Ch. 18. Para 280 p. 225; Sec. (201) of The Contract Act (IX of 1872) ; A Simple study of Mercantile Law(The Indian Contracts Act , 1872) p.118.

انظر أيضا : في القانون الإنجليزي والأمريكي :

Bowstead on Agency Art. 136. p. 427;

Drew .v. Nunn (1879) 4 Q.B .D. 661 ; Yenge v. Toynbee (1910) 1 K.B. 215 ; The Law of Agency Ch. 21 p. 357 ; Cheshire and Fifoot's Law of Contract Ch. 15 p. 453.

(٢) شرح القانون المدني للدكتور محمد عرفة ص: ٣٥٣ الطبعة السابقة والعقود المسماة : شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي ص: ٤٥٩ الطبعة الثانية ١٩٥٢ م.

(٣) المادة (٣٥) من قانون الالتزامات التركي وكذلك السويسري نصت على ذلك .

يباشر التصرف لنفسه فبالأولى لا يباشره بنائب (١) والإعسار كالإفلاس . ويرجع السبب هنا إلى فكرة استحالة التنفيذ كما في فقد الأهلية .

ونفس الحكم بالنسبة للنائب لأنه لا يمكنه أن يباشر التصرف لنفسه حيث غلت يده عنها فأولى أن تغل عن أموال غيره بالإضافة إلى زوال ثقة الأصيل به (٢) إلاّ أن هذا ليس على الإطلاق بل هناك حالات تستمر فيها النيابة على الرغم من إفلاس النائب أو الأصيل وذلك على سبيل الاستثناء على ما ترشد إليه المادة (٣٥) من قانون الالتزامات التركي والسويسري ونصها :

« النيابة التعاقدية تنتهي بالموت أو بإعلان الغيبة أو الحرمان من مزاولة الحقوق المدنية أو إفلاس النائب أو الأصيل ، ما لم يكن خلاف ذلك مقررا بالاتفاق أو ناشئا من طبيعة التصرف . . . »

ومثال ذلك :ما يرشد إليه القانون المدني الألماني من أن إفلاس الأصيل أو النائب قد لا يكون سببا كافيا لانقضاء النيابة بل انقضاء النيابة بالإفلاس مرتبط بطبيعة التصرف الذي جرت فيه النيابة (٣)

---

(١) راجع في هذا :

Tekinay B.H. p. 194. ; B.H. Akintürk p.53; S.M.T. Esener p.185,196.

(٢) النيابة في التصرفات القانونية د. جمال مرسي بدر ص: ٢٨٤ والوسيط للأستاذ السنهوري ٢\٦٥٢ وانظر أيضا : في هذا الموضوع في القانون الباكستاني :

Law of Contract and Agency in Pak. Ch. 18 para 279 p. 224 ; Sect. (201) of The Contract Act (IK of 1872) : ; Mulla's Contract Act p.171. ; A Simple study of Mercantile Law p.120.

وكذلك انظر في القانون الإنجليزي والأمريكي :

Fridman Part V Ch. 21 p.358 .;Cheshire and Fifoot's Law of Contract Ch. 15 p. 454. ; Bowstead on Agency Art. 137 p.429.

(٣)

S.M.T. Esener p.185, 196 vd. ;
Tekinay B.H. p. 194,195 ,

وهو بهذا يتفق مع ما ينص عليه قانون الإلتزامات التركي والسويسري في المادة (٣٥) سابقة الذكر .

والخلاصة :

إن كل ما جاء به القانون من أسباب انقضاء النيابة لا يخرج في عمومه عما هو مذكور في كتب الفقه الإسلامي فقد نصت المادة (٦٧٩) من مشروع قانون المعاملات المدنية المصرية على أنه : « تنتهي الوكالة »

١- باتمام العمل الموكل به

٢- بإنتهاء الأجل المحدد لها

٣- بوفاة الموكل أو بخروجه عن الأهلية ، إلاّ إذا تعلق بالوكالة حق للغير .

٤- بوفاة الوكيل أو بخروجه عن الأهلية ولو تعلق بالوكالة حق للغير

٥- بالفسخ » أ . هـ .

وهذا هو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية (١) ومرشد الحيران (٢)

---

(١) المجلة (م : ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ١٥١٧ ، ١٥١٨ ، ١٥٢١ - ١٥٣٠)

(٢) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدري باشا المادة : ٩٦٦ ، ٩٧٠ ، ٩٧٤)

المبحث الثاني
انقضاء النيابة الجبرية

المطلب الأول : انقضاء النيابة الجبرية في الفقه الإسلامي

و أتكلم أولا عن الأسباب الجبرية المتعلقة بشخص الأصيل ثم عن الأسباب الجبرية المتعلقة بشخص النائب وذلك على الوجه الآتي :

١- الأسباب الجبرية المتعلقة بشخص الأصيل

تنتهي النيابة الجبرية بانتهاء الغرض المقصود من فرضها وقد تنتهي قبل ذلك .

أ - ففي الولاية على سبيل المثال :

- إذا كان المولى عليه صغيرا ، فإن كان المقصود من فرض الولاية أو الوصاية عليه هي رعايته في أموره المالية حتى يبلغ رشيدا ، فإنه إذا بلغ رشيدا فإن الولاية تنتهي ولا محل لبقائها .

وقد تنتهي الولاية قبل تحقيق هذا الغرض لسبب يرجع إلى الأصيل وهو موته .

ب- وإذا كان المولى عليه مجنونا : فالنيابة تنتهي بإفاقته رشيدا .

جـ - و أيضا إذا كان الأصيل سفيها تنتهي النيابة بعد رشده .

د - المدين - إذا كان الأصيل مدينا فإن النيابة تنقضي عنه وفقا لرأي الجمهور بمجرد تقسيم مال المدين بين الغرماء ، إذ تنقطع المطالبة عنه ويرتفع الحجر ، لأن العلة في الحجر المال وقد قسم فيزول الحجر . (١)

٢- الأسباب الجبرية المتعلقة بشخص النائب (٢)

يجب على القاضي أن يعزل الولي أو الوصي إذا كان غير كفء لأي سبب من

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤\١٦٤ والهداية ٢\٢٨٥ وبداية المجتهد ٢\٢٨٤ ومواهب الجليل للحطاب ٥\٣٣ والمغني لابن قدامة ٤\٤٨٥ والمحلى لابن حزم ٨\١٧٠

(٢) المراجع السابقة .

الأسباب عملا على تحقيق مصلحة الأصيل وذلك إذا فقد النائب الأهلية بأن جن أو أصابه سفه ونحو ذلك ، لأن الولاية نظر ولا نظر لهؤلاء .

الوصي المؤقت والمعين :

الوصي قد يكون دائما وقد يكون مؤقتا وهذا جائز في الوصاية .

فإذا انتهت المدة التي حددها الموصى انتهت النيابة بالنسبة لهذا الوصي .

الموت : فالنائب إذا مات فإن النيابة تنتهي في حقه ويعين بدلا منه من يقوم برعاية الأصيل ، لأن الولاية نظر ولا نظر للميت .

والخلاصة :

أنه لا مجال لاختيار النائب أو الأصيل في إنهاء النيابة الجبرية والوسائل التي تنتهي بها جبرية نظمها الشارع الحكيم :

ومنها : ما يتفق مع إنهاء النيابة الإختيارية كالموت بالنسبة للنائب والأصيل

وكفقد الأهلية أو نقصانها بالنسبة للنائب غير القاضي .

وعلى كل حال فالموت تنتهي به النيابة القانونية (الجبرية) كما تنتهي به النيابة الإختيارية (الاتفاقية)

والسبب في ذلك :

أنه يلزم أن يتمتع النائب بقدرة على القيام بأعباء النيابة .

فإذا لم يصلح لذلك انتهت النيابة في حقه يستوى في هذا الانتهاء النيابة الإختيارية أو الجبرية – والله تعالى أعلم – .

المطلب الثاني : انقضاء النيابة الجبرية في القانون

عرفنا مما تقدم أنه ليس للإرادة دخل في إنتهاء النيابة الجبرية في الفقه الإسلامي وأنها تنتهي بأسباب جبرية فما هو الحال بالنسبة للقانون ؟

الجواب عن ذلك نفهمه مما يأتي :

أولا : دور الإرادة في انقضاء النيابة الجبرية : (١)

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أنه لا دخل لإرادة النائب أو الأصيل في إنهاء النيابة الجبرية (٢)

ووجه ذلك – فيما يبدو – أنها ما قررت إلاّ حماية للأصيل أو الغير لأسباب خاصة راعاها المقنن وإعطاء هذا الحق للأصيل يخل بالغرض من قيامها .

ثانيا : أسباب انقضاء النيابة الجبرية في النيابة القانونية .

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن أسباب الانقضاء لا تكون إلاّ قانونية يستوى في ذلك أن يكون السبب عاما . كاستحالة التنفيذ أو هلاك المحل أم خاصا بالنيابة كموت الأصيل أو النائب أو فقد الأهلية أو نقصانها أو الإفلاس أو زوال السبب الذي قامت من أجله . (٣)

ففي الولاية وجدنا أنها تنتهي في الفقه الإسلامي إذا كانت على الصغير بالبلوغ والرشد .

وإذا كان الأصيل مدينا فإن النيابة تنتهي في الفقه الإسلامي بمجرد تقسيم المال بين الغرماء عند الجمهور (٤) وتنقطع المطالبة عنه .

وقد عرفنا مما سبق أن الإعسار ينتهي بحكم القضاء أو بقوة القانون م وهكذا كل صور النيابة . (٥)

وبناء على ذلك يكون الإتفاق تاما بين الفقه الإسلامي والقانون في هذا الخصوص . والله الموفق وهو أعلم بالصواب.

---

(١) النيابة في التصرفات القانونية د. جمال مرسي بدر ص: ٢٤٩ وما بعدها .

(٢) Vesilik ve Kayyimlik Hukuku by.M. Nezih Elpe p. 36 vd.; Aile Hukuku by Oguz-men & Dural p.505 Istanbul 1994.

(٣)

Tekineg B.H. p. 194,vd. , S.M.T. Esener p.185, vd. Akintürk. B.H. p. 53. ,
Vesilik ve Kayyimlik Hukuku by.M. Nezih Elpe p. 36 vd. Aile Hukuku by Oguz-men & Dural p.502 Istanbul 1994.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٤\١٦٤ والهداية ٢\٢٨٥ وبداية المجتهد ٢\٢٨٤ ومواهب الجليل للحطاب ٥\٣٣ والمغني لابن قدامة ٤\٤٨٥ والمحلى لابن حزم ٨\١٧٠

(٥) الوسيط للأستاذ السنهوري ٢\١٢١٤ ومصادر الإلتزام د. اسماعيل غانم ص: ١٥٨ طبعة القاهرة . ١٩٥٦ م. وأحكام الالتزام د. محمود جمال الدين زكي ص: ٥٤ ومصادر الالتزام د. عبد الحي حجازي ص: ٢٢٧ مطبعة النهضة بمصر . سنة ١٩٥٤ م.

خاتمة البحث

وبعد أن منّ الله تعالى عليّ بإكمال هذا البحث فإنني ألخص أهم ما انتهيت إليه على الوجه التالي :

١- أن النيابة التزام حيث يقوم شخص نيابة عن شخص آخر بإنهاء أمر من الأمور.

- أن النيابة عند الفقهاء عبارة عن قيام شخص بتصرف شرعي مقام غيره بتكليف من الشرع ، أو القضاء أو الاتفاق على أن ينتج التصرف آثاره في ذمة الأصيل .

- أن النيابة في القانون عبارة عن قيام شخص بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر ولحسابه بحيث ينتج التصرف آثاره مباشرة في ذمة الأصيل سواء تم ذلك بإرادة هذا الأخير أم بجعل القانون .

- أن فكرة النيابة قد تطورت تطورا ملحوظا حتى أصبح مسلما في القانون الوضعي الغربي أن النائب الذي باشر العقد لا يعتبر طرفا فيه ، أما الأصيل الذي لم يباشر العقد فهو الطرف .

- أن فكرة النيابة تعتبر صورة حديثة نسبيا من صور الفن القانوني ولذلك فهي لم تظفر بتنظيم شامل إلا في التقنينات الحديثة كالتقنين الألماني والتقنين السويسري .

- أنه بالنظر إلى المصدر الذي يضفي على النائب صفة النيابة أمكن في الفقه الإسلامي كما هو الأمر في الفقه الغربي تقسيم النيابة إلى نيابة قانونية ، ونيابة قضائية ونيابة اتفاقية .

- أن النيابة عن الغير تتنوع في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي إلى نيابة إرادية و نيابة جبرية .

- أن النيابة ثمرة تعاون بين النائب والأصيل فلكل منهما دور في إبرام التصرف

- أن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة - وإذا كان هو الأصل فلا يقوم غيره من الكتابة والإشارة مقامه إلاّ في حالة الضرورة . ؟

أن هناك نوعين من العقود لا يجوز للنائب إضافتها إلى نفسه بل يجب أن يضيفها إلى الأصيل وهما :

- عقود الإسقاطات : وهي النكاح والطلاق على مال ، والخلع ، والصلح عن دم العمد .

- والعقود التي لا تثبت إلاّ بالقبض مثل الهبة والصدقة والقرض والعارية والرهن ونحوها .

- أن العلاقة تكون مباشرة بين الأصيل والغير في كل من حكم العقد وحقوقه ويختفي شخص النائب من بينهما في الفقه الإسلامي كما هو الحال في القانون في أحدث مراحل تقدمه .

- أن العلاقة بين النائب والأصيل تقوم على أساس أن يد النائب يد أمانة .

- أن الأصيل في الفقه الإسلامي كما هو الحال في كل من القانون المدني الألماني والمصري والسوري والليبي والأردني والإماراتي والإنجليزي والمشروع اللاتيني أن تعاقد الشخص مع نفسه غير جائز ، إلاّ إذا أذن الأصيل لنائبه في البيع من نفسه . فإذن الأصيل يجعل البيع جائزا عند بعض الفقهاء .

- أنه في آثار النيابة ينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إلى النائب ومن ثم لا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد إلاّ إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما تثبت له في إبرامه .

- أن الفقه الإسلامي قد انقسم حول تعاقد الشخص مع نفسه فرأى يذهب إلى التحريم ورأى يذهب إلى الإباحة .

- أن الشرائع قد اختلفت في موقفها من تعاقد الشخصي مع نفسه فمنها ما يحرمه في الأصل - كما تقدم - ومنها ما يبيحه كالتقنين الفرنسي والسويسري والتركي والإيطالي والبلجيكي وغيرها من القوانين الوضعية .

- أن القاضي أو نائبه إذا أدى الدين للغرماء يعد نائبا عن المدين حيث يبرأ الأخير من الدين .

أن القانون الروماني قد اعترف بالوكالة و أجازها في حدود ضيقة . وكذلك القانون الفرنسي .

- أن الفقه الإسلامي أجاز التوكيل بصفة عامة في كل تصرف يصح أن يباشره المرأ بنفسه فهو أوسع الشرائع في هذا النوع من العقود .

- أن الوكالة تنقسم إلى وكالة عامة ووكالة خاصة و إلى وكالة مطلقة ووكالة مقيدة .

- أنه يراد بحكم العقد : الغرض والغاية منه ، ففي عقد البيع والشراء يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع .

- أنه يقصد بحقوق العقد : الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكم مثل تسليم للمبيع وقبض الثمن والرد بالعيب أو خيار الرؤية أو الشرط و ضمان رد الثمن إذا استحق المبيع

أن الفضالة وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شئون غيره بدون إذن من صاحب الشأن و أن الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بدون إذن شرعي .

- أن الراجح في عقد الفضولي أنه صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن .

- أن النيابة الإرادية في الفقه الإسلامي قد تنقضي بسبب اختياري يرجع إلى النائب أو الأصيل وقد تنتهي بسبب قهري لا يرجع إليهما .

- أسباب انقضاء النيابة في القانون الوضعي منها ما هو ارادي يرجع إلى ارادة الأصيل أو النائب ومنها ما هو جبري ليس لإرادة أحدهما دخل فيه .

المراجع والمصادر

مرتبة على الترتيب الهجائي

أهم مراجع البحث :

أولا : باللغة العربية

ثانيا : باللغة التركية

ثالثا : باللغة الإنجليزية

وفهرس الآيات القرآنية والأحاديث النبيوية

فهرس بأهم المراجع والمصادر مرتبة على الترتيب الهجائي

إسم الكتاب	المؤلف والطبعة
حرف الهمزة	
١. الإجماع	للإمام ابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨ هـ تحقيق ودراسة د.فؤاد عبد المنعم أحمد مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية بدولة قطر الطبعة الثالثة ١٤١١ هـ- ١٩٩١م .
٢. الإحكام في أصول الأحكام	لسيف الدين علي بن محمد الآمدي المتوفى ٦٣١ هـ نشر دار الفكر ١٤٠١ هـ - ١٩٩١ م وطبعة أخرى لدار الحديث خلف الجامع الأزهر - القاهرة
٣.أحكام الالتزام	د. عبد الناصر العطار محاضرات القيت على طلبة كلية الشريعة والقانون (الدراسات العليا) جامعة الأزهر سنة ١٩٧٢ و سنة ١٩٧٣م
٤.أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة	للشيخ أحمد ابراهيم بك مطبعة العلوم مصر ١٩٤١م
٥.أحكام القرآن	للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى ٣٧٠هـ نشر دار الكتاب العربي - بيروت
٦. أحكام القرآن	لأبي محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي(٤٦٨- ٥٤٣) تحقيق : علي محمد البجاوي نشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - الطبعة الثالثة : ١٣٩٢هـ- ١٩٧٢ م
٧.أحكام الولاية على المال	للمستشار صلاح خاطر مجلة نادي القضاة عدد ١٩٨٠ م

٨. الاحوال الشخصية	للمرحوم الدكتور محمد مصطفى شحاته الحسيني مطبعة دار التأليف شارع يعقوب بالمالية بمصر الطبعة السادسة ستة ١٣٩٣هـ ١٩٧٤ م
٩. الاحوال الشخصية	للشيخ محمد أبي زهرة طبع ادارة القرآن والعلوم الاسلامية - كراتشي باكستان
١٠. الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون	للدكتور أحمد الكبيسي مطبعة الإرشاد - بغداد سنة ١٩٧٤ م
١١. الاحوال الشخصية	للأستاذ أحمد الحصري نشر مكتبة الكليات الأزهرية ٩ شارع الصنادقية ميدان الأزهر الشريف حسين محمد امبابي المتياوي ستة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م
١٢. الإختيار لتعليل المختار	للعلامة عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي المتوفى ٦٨٣ هـ طبع دار المعرفة - بيروت سنة ١٩٧٥ م
١٣. آداب الأوصياء مطبوع بهامش الجزء الثاني من كتاب « جامع الفصولين »	للعلامة علاء الدين علي بن أحمد بن محمد الجمالي
١٤. إرشاد الفحول	للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر ١٣٠٦هـ ١٩٣٧ م الطبعة الأولى .

١٥. الأشباه والنظائر	للشيخ زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر الشهير بأبن نجيم المصري الحنفي والمتوفى سنة ٩٧٠ هـ نشر دار الكتب العلمية - بيروت.
١٦. الأشباه والنظائر	للإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطى والمتوفى سنة٩١١هـ طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر١٣٧٨ هـ.
١٧. أصول الالتزامات في القانون المدني	د. مختار القاضي طبع سنة ١٩٦٧ م .
١٨. أصول السرخسي	للإمام أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي نشر دار المعرفة - بيروت ١٣٩٣ هـ و ١٩٧٢م
١٩. أصول الفقه	للإمام أبي زهرة نشر دار الفكر العربي
٢٠. أصول الفقه الإسلامي	للدكتور وهبة الزحيلي. دار الفكر الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م. دمشق.
٢١. اعلام الموقعين عن رب العالمين	لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية المتوفى ٧٥١هـ الطبعة الأولى مطبعة السعادة ١٣٧٣ هـ١٩٥٥م وطبعة أخرى لدار الجليل للنشر والتوزيع والطباعة
٢٢. الأفصاح عن معاني الصحاح	للوزير عون الدين أبي المظفر يحيي بن محمد بن هبيرة المؤسسة السعيدية بالرياض.
٢٣. الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل	لشرف الدين موسى المقدسي المعروف بالحجاوي والمتوفى ٩٦٧هـ. طبع المطبعة المصرية بالأزهر.

٢٤. الأم	للإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى ٢٠٤ هـ طبع دار المعرفة للطباعة والنشر
٢٥. الأموال ونظرية العقد	د. محمد يوسف موسى طبع سنة ١٩٥٢ م
٢٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل	لشيخ الإسلام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي المتوفى سن ٨٨٥ هـ طبع دار احياء التراث العربي بيروت
٢٧. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء	للشيخ قاسم القونوي المتوفى سنة ٩٧٨ هـ تحقيق د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي الناشر دار الوفاء للنشر والتوزيع السعودية جدة الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م
حرف الباء	
٢٨. البحر الرائق شرح كنز الدقائق	لزين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم طبع مكتبة دار الكتب العربية الكبرى - مصر وطبعة أخرى للمكتبة الماجدية : كوئتة باكستان
٢٩. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار	للمرتضى الشيخ المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ مطبعة السعادة القاهرة الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ
٣٠. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٧٨ هـ مطبعة الإمام لصاحبها زكريا يوسف - بالقاهرة ومطبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٨

٣١.بداية المجتهد ونهاية المقتصد	للشيخ الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى سن ٥٩٥ هـ طبع مطبعة الاستقامة القاهرة وطبعة أخري لمنشورات الرضي- قم ايران ١٣٨٩ هـ ١٩٦٩ م
٣٢. بذل المجهودفي حل ابي داود	للشيخ خليل أحمد السهارنفوري المتوفى ١٣٤٦هـ ١/٧٩-٨٠ دار اللواء للنشر والتوزيع بالرياض
٣٣.البهجة في شرح التحفة على الارجوزة المسمى بتحفة الحكام	لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ القاهرة
حرف التاء	
٣٤.التاج والاكليل شرح مختصر سيدي خليل (مطبوع على هامش مواهب الجليل للحطاب	للعلامة ابي عبد الله محمدبن يوسف العبدري الشهير بالمواق المتوفي ٨٩٧ هـ نشر دار الفكر . الطبعة الثانية.وطبعة اخرى مكتبة النجاح طرابلس- ليبيا
٣٥. تاج التراجم في طبقات الحنفية	للشيخ قاسم بن قطلوبغا الحنفي مطبعة العاني بغداد سنة ١٩٦٢ م
٣٦. تأسيس النظر	للامام ابي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي المطبعة الادبية - بسوق الخضار القديم - مصر
٣٧. تبصرة الحكام مطبوعة على هامش « فتح العلي المالك »	لابن فرحون اليعمري المتوفى ٧٩٩ هـ المطبعة البهية المصرية بمصر سنة ١٣٠٢ هـ

٣٨. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق	للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى ٧٤٣ هـ المطبعة الأميرية بولاق - بمصر (الطبعة الأولى) وطبعة أخرى لمكتبة امدادية ملتان - باكستان
٣٩. التحرير في أصول الفقه	العلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ مطبعة الحلبي القاهرة سنة : ١٣٥١ هـ
٤٠. التحرير في الفقه الشافعي	للشيخ زكريا الأنصاري . مطبوع مع شرحه حاشية الشرقاوي مطبعة بولاق - بمصر سنة ١٩٧٥
٤١. التقرير والتحبير	للعلامة ابن أمير حاج المتوفى ٨٧٩هـ المطبعة الاميرية\ بالقاهرة ١٣١٦هـ
٤٢. تطبيق الشريعة الاسلامية في البلاد العربية	للدكتور صوفي أبي طالب مطبعة دار النهضة العربية القاهرة .
٤٣. التعريفات	للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني نشارات ناصر خسرو طهران ايران وطبعة أخرى بالمطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية سنة ١٣٠٦هـ.الطبعة الأولى
٤٤. تفسير القرآن العظيم	للإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير المتوفى ٧٧٤ هـ طبع دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه وطبعة أخرى دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت الطبعة الأولى ١٣٠٦ ، ١٩٨٦ م
٤٥. التكملة الثانية للمجموع (شرح المهذب)	للشيخ محمد نجيب المطيعي مطبعة الامام بمصر

٤٦. تكملة شرح فتح القدير المعروف بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار	لقاضي زاده شمس الدين أحمد بن قودر المتوفى ٩٨٨ هـ الطبعة الأولى بولاق وطبعة أوفست مكتبة المثنى بغداد
٤٧. تكملة المجموع (الأولى)	للعلامة تقي الدين بن الحسن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفى ٦٥٧ هـ نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة
٤٨. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير	للحافظ ابن حجر العسقلاني ٧٧٣ هـ- ٨٥٢ هـ طبعة المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، -
٤٩. تيسير التحرير على كتاب التحرير	للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده القاهرة - مصر. سنة ١٣٥٠ هـ
٥٠. تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول	لابن الأثير الجزري ولابن الديبع الشيباني مطبعة السنة المحمدية
حرف الجيم	
٥١. جامع أحكام الصغار (مطبوع بهامش كتاب « جامع الفصولين »	لمجد الدين أبي الفتح محمد بن محمود السمرقندي الاستروشني المتوفى سنة ٦٣٢ هـ الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ
٥٢. الجامع لأحكام القرآن	للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى ٦٧١ هـ ، طبع دار الكتاب العربي بالقاهرة مصر سنة ١٣٨٧ هـ- ١٩٦٧ م

٥٣. جامع الأصول في أحاديث الرسول	للشيخ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري المتوفى ٦٠٦ هـ طبع مطبعة الملاح وطبعة أخرى مطبعة السنة المحمدية الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩ هـ
٥٤. جامع الفصولين	لمحمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماوة الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ
٥٥. الجوهرة النيرة على مختصر القدوري المتوفى ٤٢٨ هـ	لشيخ الإسلام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني المتوفى سنة ٨٠٠هـ طبع مكتبة امدادية - ملتان - باكستان وطبعة أخرى للمطبعة الخيرية بمصر الطبعة الأولى.
٥٦. الجواهر المضية في طبقات الحنفية	لمحيي الدين عبد القادر القرشي المصري مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية. حيدر أباد - الدكن. الطبعة الأولى ١٣٣٢هـ.
حرف الحاء	
٥٧. حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار	للعلامة محمد أمين بن محمد بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي المتوفى سنة ١٣٥٢ هـ طبع مطبعة مصطفى الحلبي. الطبعة الثانية) ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م وطبعة أخرى بدار احياء التراث العربي
٥٨. حاشية البجيرمي (على شرح منهج الطلاب)	للشيخ زكريا الأنصاري ومؤلف حاشية البجيرمي للشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي المتوفى ١٢٢١ هـ نشر المكتبة الإسلامية - تركيا وطبعة أخرى لمطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٩ هـ

٥٩. حاشية البناني على جمع الجوامع	للعلامة عبد الرحمن بن جاد الله البناني المتوفى ١١٩٨ هـ طبع دار احياء الكتب العربية وطبعة أخرى : مطبعة عيسى الحلبي
٦٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير	للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المتوفى ١٢٣٠ هـ طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر
٦١. حاشية الشرقاوي. (على شرح التحرير)	للشيخ عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشرقاوي المتوفى سنة ٢٢٧ هـ أو ٢٢٦ هـ طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة ومطبعة بولاق - القاهرة - ١٢٩٨ هـ
٦٢. حاشية العدوي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٣٨٦هـ)	للشيخ على الصعيدي العدوي المالكي طبع دار المعرفة بيروت . وطبعة أخرى مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٥٧هـ-١٩٣٧م
٦٣. الحاوي	للعلامة أبي الحسن علي بن محمود بن حبيب الماوردي المتوفى ٤٥٠ هـ مخطوط بدار الكتب المصرية
حرف الخاء	
٦٤. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل	لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المتوفى سنة ١١٠١ هـ طبع دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع
حرف الدال	
٦٥. درر الحكام شرح غرر الأحكام	للقاضي محمد بن فراموز الشهير بملا خسرو الحنفي المتوفى ٨٨٥ هـ طبع مطبعة أحمد كامل الكائنة في دار السعادة سنة ١٣٢٩ هـ وطبعة أخرى للمطبعة العامرة الشرقية بمصر ١٣٠٤هـ

٦٦.الدر المختار شرح التنوير الأبصار للتمرتاشي المتوفى ١٠٠٤ هـ	للعلامة علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي المتوفى ١٠٨٨ هـ مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين السابق) طبع مطبعة محمد علي صبيح - الأزهر - القاهرة .
حرف الذال	
٦٧.الذخيرة	للإمام شهاب الدين أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن أبي العباس القرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٣ هـ (الطبعة الأولى طبع كلية الشريعة جامعة الأزهر سنة ١٣٨١ هـ
حرف الراء	
٦٨.روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني	لمحمود بن عبد الله الحسيني البغدادي الالوسي المتوفى سنة ١٢٧٠ هـ طبع إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة ودار احياء التراث العربي - بيروت .
٦٩.روضة الطالبين	للشيخ الإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ نشر المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دمشق
٦٨.روضة القضاة وطريق النجاة	للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني المتوفى سنة ٤٩٩ هـ (حققها الدكتور صلاح الدين الناهي) مؤسسة الرسالة - بيروت ودار الفرقان عمان
٦٩.الروض المربع بشرح زاد المستقنع.	للعلامة منصور بن يونس البهوتي المتوفي ١٠٥١هـ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٩٧٠م
حرف الزاي	
٧٠.زاد المعاد في هدي خير العباد	للعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ طبع المطبعة المصرية ومكتبتها

حرف السين	
٧١.سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام	للسيد الإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير ١٠٥٩هـ - ١١٨٢هـ نشر دار الكتب الإسلامية ، لاهور باكستان وطبعة أخرى لمكتبة ومطبعة المشهد الحسيني بالقاهرة
٧٢.سنن ابن ماجة	للحافظ. ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة سنة ١٩٦٤ م وطبعة أخرى لدار احياء الكتب العربية بالقاهرة
٧٣.سنن أبي داود	للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث بن اسحق بن بشير بن شداد بن عمران الازدي السجستاني المتوفى ٢٧٥ وطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأولى ١٣٧١ هـ ١٩٥٢ م
٧٤.سنن الترمذي مع التحفة « تحفة الأحوذي»	للإمام أبي العلا محمد بن عبد الرحيم المباركفوري طبعة المطبعة السلفية بالمدنية المنورة الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م
٧٥.سنن الدار قطني	للإمام أبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الدار قطني المتوفى ٣٨٥ هـ طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٧ هـ . ١٩٦٦ م المدينة المنورة و الطبعة الرابعة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٧ م عالم الكتب
٧٦.السنن الكبرى للبيهقي	. للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى البيهقي المتوفى ٤٥٨ هـ طبع دار الفكر وطبعة أخرى في الهند حيدر آباد الدكن سنة ١٣٥٢،
٧٧.سنن النسائي	للإمام أحمد بن علي بن شعيب بن علي النسائي المتوفى ٣٠٣ هـ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة الطبعة الأولى ١٩٦٤ م

حرف الشين	
٧٨.شذرات الذهب في أخبار من ذهب	لعبد الحي بن العماد الحنبلي المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت وطبعة أخرى دار المسيرة بيروت الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م
٧٩.شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (فقه إمامي)	لابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن يحيى بن الحسن المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبعة مطبعة الآداب بالنجف الأشرف ١٣٨٩هـ ١٩٦٩م
٨٠.شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية	لمحمد زيد الابياني طبعة مطبعة الشعب بشارع محمد علي بمصر ١٣٢١ هـ ١٩٠٣م الطبعة الأولى
٨١.شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح والمتن للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي المتوفى سنة ٧٤٧ هـ	للعلامة سعدالدين مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى٧٩٢ هـ طبعة مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر القاهرة . وطبعة أخرى لأصح المطابع كارخانة تجارت كتب ارام باغ كراتشي باكستان ١٤٠٠
٨٢.شرح فتح الجليل على مختصر سيدي خليل	للشيخ محمد عليش نشر مكتبة النجاح طرابلس - ليبيا
٨٣.شرح قانون الأحوال الشخصية	لقاضي علاء الدين خروف مطبعة المعارف - بغداد ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م
٨٤. شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل	للمحقق ابى عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي المتوفي١١٠١هـ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق- مصر الطبعة الثانية

٨٥.شرح فتح القدير على الهداية	للشيخ محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بالكمال بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ طبعة مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ ١٩٧٠م
٨٦.شرح قانون العقوبات	د. السعيد مصطفى السعيد الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٢ م
٨٧.شرح القانون المدني	د. محمد عرفة طبع مطبعة جامعة فؤاد - القاهرة
٨٨.شرح القانون المدني الجديد	د. محمد كامل مرسي الطبعة الثانية ١٩٥٢ م
٨٩.شرح قانون الاحوال الشخصية	لقاضي علاء الدين خروف مطبعة المعارف - بغداد سنة ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٣ م
٩٠.شرح الكبير على مختصر سيدي خليل	للعلامة سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبي البركات الشهير بالدردير المتوفى ١٢٠١ هـ طبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة .
٩١.شرح المجلة (مجلة الأحكام العدلية)	المرحوم سليم رستم باز اللبناني طبعة ثالثة مصححة ومزيدة طبعة بيروت المطبعة الأدبية ١٩٢٣ م.
٩٢.شرح النيل وشفاء العليل (فقه اباضي)وهو شرح لكتاب النيل وشفاء العليل	للشيخ ضياء الدين عبد العزيز بن ابراهيم المتوفى ١٢٢٣هـ للشيخ محمد بن يوسف أطفيش المتوفى ١٣٣٢ نشر دار الفتح - بيروت وطبعة أخرى للمطبعة السلفية ١٣٤٣ هـ

حرف الصاد	
٩٣.الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية	لإسماعيل بن حماد الجوهري المتوفى سنة ٣٩٣ هـ طبعة مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٣٧٨ هـ ١٩٥٦ م
٩٤.صحيح البخاري	للحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي المعروف بابن حجر العسقلاني نشر وتوزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد
٩٥.صحيح مسلم	للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري المتوفى ٢٦١ هـ نشر دار احياء التراث العربي - بيروت -لبنان
حرف الضاد	
٩٦.ضوابط العقد في الفقه الإسلامي.	للدكتور عدنان خالد التركماني (دكتوراة في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر) طبع دار الشروق- جدة الطبعة الأولى ١٤٠١هـ١٩٨١ م
حرف الطاء	
٩٨.طريق الرشد إلى تخريج أحاديث بداية ابن رشد	للشيخ عبد اللطيف بن ابراهيم آل عبد اللطيف مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة ١٤٠٣ هـ
٩٩.طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية	للعلامة الشيخ نجم الدين بن حفص النسفي المتوفى ٥٣٧ هـ نشر دائرة المعارف الإسلامية آسيا آباد مكران - بلوجستان
حرف العين	
١٠٠.العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة	د. أكثم أمين الخولي مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٧ م.
١٠١.العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني	د. وهبة الزحيلي نشر دار الفكر - دمشق - سورية الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ ١٩٨٧ م.

١٠٢.علم أصول الفقه	للشيخ عبد الوهاب خلاف المتوفى ١٩٥٦ م طبعة مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر
١٠٣.عمدة القاري شرح صحيح البخاري	للإمام بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى ٨٥٥ هـ طبعة دار احياء التراث العربي - بيروت.
١٠٤.العناية علي الهداية بهامش فتح القدير	لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى ٨٧٦ هـ الطبعة الأولى بولاق مصر .
١٠٥.عوارض الأهلية	د. حسين التوري (رسالة دكتوراه من جامعة قاهرة)
١٠٦.عون المعبود شرح سنن أبي داود	للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨ م
حرف الغين	
١٠٧.غمز عيون البصائر	للشيخ الإمام السيد أحمد بن محمد الحموي المصري مطبوع مع الأشباه والنظائر لابن نجيم
حرف الفاء	من منشورات ادارة القرآن والعلوم الاسلامية - كراتشي باكستان
١٠٨.الفتاوى الطرطوسية أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل	للشيخ نجم الدين ابراهيم بن علي الطرطوسي المتوفى ٧٥٨ هـ طبع المطبعة الشرقية بالقاهرة ١٣٤٤هـ
١٠٩.الفتاوى الهندية	لجماعة علما الهند جمع الأمير الهندي عالم جير المتوفى ١٠٧٠ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر الطبعة الثانية
١١٠.فتح الباري بشرح صحيح البخاري	للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد

١١١.فتح العزيز على «الوجيز للغزالي» مطبوع مع كتاب الوجيز للغزالي المتوفى ٥٠٥ هـ	للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ مطبعة الإمام القلعة القاهرة.
١١٢.فتح الغفار بشرح المنار لمعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار	للشيخ زين الدين ابراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي المتوفى ٩٧٠ هـ طبعة مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة ١٣٥٥ هـ-١٩٣٦م الطبعة الأولى
١١٣.فتح القدير (في التفسير)	للإمام محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ثم الصنعاني المتوفى سنة ١٢٥٠ .دار الفكر.
١١٤.فتح المبدى بشرح مختصر الزبيدي على صحيح البخاري	لشيخ الإسلام عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشرقاوي المتوفى ١٢٢٧ هـ طبع مطبعة صبيح
١١٥.الفروق للقرافي	لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المتوفى ٦٨٤ طبعة دار المعرفة بيروت.
١١٥. الفضالة (دراسة مقارنة)	د. محمد جبر الألفي بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة جامعة الكويت٣س ٣/ ٤/ ٣
١١٦.الفعل الضار والضمان فيه	د. مصطفى أحمد الزرقا طبع دار القلم - دمشق الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ ١٩٨٨م.
١١٧.الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد	للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء . طبعة عاشرة مطبعة طربين- دمشق ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م.

١١٨.الفقه الإسلامي وأدلته	للدكتور وهبة الزحيلي دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق. الطبعة الثالثة- ١٩٨٩
١١٩.فقه المعاملات	د. مصطفى الخن كلية الشريعة جامعة دمشق
حرف القاف	طبع مطابع مؤسسة الوحدة ١٤٠١هـ-١٤٠٢. ١٩٨١-١٩٨٢ م
١٢٠.القاموس الفقهي لغة واصطلاحا	لسعدي ابي حبيب نشر ادارة القران والعلوم الاسلامية كراتشي باكستان .
١٢١.القاموس المحيط	لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المتوفى سنة ٨١٧ هـ طبعة مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة
١٢٢.القواعد في الفقه الإسلامي	للحافظ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي أبي الفرج زين الدين المتوفى سنة ٧٩٥ هـ مطبعة الصدق الخيرية مصر الطبعة الأولى سنة ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م
١٢٣.القوانين الفقهية	لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن يوسف بن جزي الكلبي المتوفى سنة ٧٤١ هـ نشر دار الكتاب العربي بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م
حرف الكاف ١٢٤.الكافي	للإمام يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر مطبعة الرياض الحديثة الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ -١٩٧٨
١٢٥.كتاب سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين	د. الشافعي عبد الرحمن نشر مطبعة تفرتيتي - امبابة القاهرة
١٢٦(أ)كتاب المعاملات الشرعية المالية	للأستاذ أحمد ابراهيم بك رحمه الله نشر ادارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي - باكستان

١٢٦(ب) الكتب الستة	Cagri Yayinlari Binbirdirek Meydani Sokak No 5\1 Turbe Istanbul Turkey
١٢٧.كشاف القناع عن متن الاقناع	للعلامة منصور بن يونس البهوتي المتوفى ١٠٥١ هـ مطبعة انصار السنة المحمدية وطبعة أخرى من نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض
١٢٨.كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام لابزدوي	للشيخ عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى ٧٣٠ هـ نشر مكتبة الصنائع ١٣٠٧ هـ.
١٢٩.والكفاية على الهداية	للإمام جلال الدين الخوارزمي الكرلاني نشر داراحياء التراث العربي - بيروت
١٣٠.كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الحديث على ألسنة الناس	للعلامة الشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفي ١١٦٢هـ . الطبعةالثالثة لدار إحياء التراث العربي - بيروت .
حرف اللام	
١٣١.لسان العرب	للإمام العلامة محمد بن بكر بن علي أبي الفضل جمال الدين بن منظور الرويفعي الأفريقي المصري المتوفى سنة ٧١١ هـ نشر دار إحياء التراث العربي - بيروت
حرف الميم	
١٣٢.مبادئ القانون	د. عبد المنعم البدراوي نشر مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة ١٩٧٠ م.
١٣٣.المبسوط	للعلامة محمد بن أحمد بن أبي سهل أبي بكر شمس الأئمة السرخسي المتوفى ٤٩٠ طبع لدار القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي باكستان وطبعة أخرى لمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر باب الخلق القاهرة سنة ١٣٣١ هـ

١٣٤.مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر	للعلامة عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي المتوفى ١٠٨٧ هـ طبعة دار احياء التراث العربي - بيروت.
١٣٥.مجمع الضمانات	لأبي محمد البغدادي المتوفى سنة ١٠٢٧ المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ
١٣٦.محاضرات في المجتمع الإسلامي	للإمام المرحوم محمد أبي زهرة طبع مطبعة الإمام لصاحبها زكريا يوسف القلعة القاهرة.
١٣٧.المحلى	لأبي محمد علي بن أحمد سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف الأندلسي الظاهري المتوفى سنة ٤٥٦ هـ . نشر مكتبة الجمهورية العربية بمصر ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م
١٣٨.مختصر أحكام المعاملات الشرعية	للشيخ العلامة علي الخفيف نشر مكتبة السنة المحمدية الطبعة الرابعة سنة ١٣٧١ هـ١٩٥٢
١٣٩.مختصر شرح الأحكام الشرعية	للشيخ محمد زين الابياني طبعة مطبعة علي سكر أحمد بمصر الطبعة الثانية ١٣٢٠ هـ
١٤٠.مختار الصحاح	للشيخ العلامة محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى ٦٦٦ هـ طبعة المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٩٢٥ م.
١٤١.المدخل	د. حسين حامد حسان طبع دار النهضة بالقاهرة ١٩٧٢م.
١٤٢.المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية	للدكتور عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة ومكتبة القدس بغداد العراق الطبعة العاشرة. سنة هـ ١٤٠٨-١٩٨٨ م

١٤٣.والمدخل لدراسة القانون	د. أحمد سلامة سنة الطبع ١٩٧٤ م.
١٤٤.المدخل للعلوم القانونية	د. توفيق فرج نشر مؤسسة الثقافة الجامعية
١٤٥.المدخل الفقهي	د. أحمد الحجي الكردي نشر مطبعة الانشاء - دمشق وطبعة أخرى لمطبعة جامعة دمشق سنة الطبع ١٤٠٦-١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦-١٩٨٧ م
١٤٦.المدخل للقانون	د. نعمان جمعة طبعة ١٩٧٨ م.
١٤٧.المدونة الكبرى	للإمام أبي عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي امام دار الهجرة المتوفى سنة ١٧٨ هـ ورواية أخرى سنة ١٧٩ هـ مطبعة مكتبة المثنى بغداد وطبعة أخرى لدار الباز ، طبعت بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٣
١٤٨.مدى سلطة الوكيل في انهاء عقد الوكالة	د. أحمد شوقي لمطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٧ م
١٤٩.ومذكرة النيابة عن الغير في التصرف	للمرحوم الشيخ علي الخفيف محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا كلية الحقوق جامعة القاهرة.
١٥٠.ومذكرة مبدأ في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الاسلامي	للشيخ أحمد ابراهيم بك طبعة سنة ١٣٦٤ هـ ١٩٤٥ م

١٥١.مراقي الفلاح (شرح نور الايضاح) مطبوع مع حاشية الطحاوي)	للعلامة السيد أحمد الطحطاوي نشر قد مي كتب خانة مقابل آرام باغ - كراتشي - باكستان
١٥٢.المستصفى في علم الأصول	للإمام حجة الإسلام أبي حامد الغزالي دار صادر (الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بولاق مصر المحمدية سنة ١٣٢٤ هـ
١٥٣.مسند الإمام أحمد بن حنبل (بهامش منتخب كنز العمال في الأقوال والأفعال	للإمام أحمد بن حنبل طبع دار الفكر - بيروت.
١٥٤.مصادر الحق في الفقه الإسلامي	للدكتور عبد الرزاق السنهوري طبع دار المعارف القاهرة وطبعة أخرى دار احياء التراث العربي - بيروت ١٩٥٣م-١٩٥٤م
١٥٥.مصادر الالتزام	د. محمود جمال الدين زكي طبع ١٩٧٩ م
١٥٦.مصادر الالتزام	د. اسماعيل غانم نشر مكتبة وهبة بالقاهرة وطبعة أخرى بالقاهرة سنة ١٩٥٦
١٥٧.مصادر الالتزام	د. عبد الحي حجازي طبعة مطبعة نهضة - مصر سنة ١٩٥٤ م.
١٥٨.مصادر الالتزام	د. محمد عمران مكتبة سعيد رأفت جامعة عين الشمس ط : ١٩٨٢ م
١٥٩.مصادر الالتزام	د. أنور سلطان نشر دار المعارف سنة ١٩٨

١٦٠.المصباح المنير	للشيخ أحمد بن محمد المقري الفيومي طبعة مطبعة الأميرية بمصر وطبعة أخرى لمكتبة السلفية ببيروت.
١٦١(أ). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى	للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني المتوفى ١٢٤٣ هـ من مشرورات المكتب الإسلامي دمشق الطبعة الأولى ١٣٨٠ هـ .
١٦١(ب). معجم البلدان	لشيخ الإمام شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي دار صادر بيروت
١٦٢. المعجم القانوني (انكليزي-عربي وعربي-انكليزي)	لحارث سليمان الفاروقي مكتبة لبنان ساحة رياض الصلح بيروت- الطبعة الرابعة ١٩٨٢م.
١٦٣.معجم متن اللغة موسوعة لغوية حديثة	تأليف العلامة الشيخ احمد رضا عضو مجمع اللغة العربية بدمشق نشر مكتبة الحياة ١٣٨٠هـ-
١٦٤.المعجم الوسيط	للدكتور ابراهيم أنيس وأخرين من وضع واعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة انتشارات ناصر خسرو طهران - ايران - الطبعة الثانية
١٦٥.المغرب في ترتيب المعرب	للإمام اللغوي أبي الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطرزي نشر دار الكتاب العربي-بيروت.
١٦٦.المغني	لأبي محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن قدامة المقدسي نشر مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة. وطبعة أخرى لمكتبة الرياض الحديثة ١٤٠١ هـ ١٩٨١
١٦٧.مغني المحتاج	للشيخ محمد الشربيني الخطيب المتوفى ٩٧٧هـ مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧هـ-١٩
١٦٨.المتعسقى في تاريخ التشريع الإسلام	للشيخ محمد أنيس عبادة طبع دار التأليف سنة ١٩٦٥م

١٦٩.منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات	للشيخ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن التجار المتوفى ٩٧٢ هـ طبعة لدار الجيل للطباعة بالقاهرة ١٩٦٢ م
١٧٠ .منهج الطلاب (مطبوع مع شرحه حاشية البجيرمي)	للإمام أبي يحيى زكريا الأنصاري نشر المكتبة الإسلامية تركيا
١٧١.الموافقات في أصول الشريعة	لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطب المتوفى ٧٩٠هـ طبعة مطبعة دار المعرفة - بيروت- لبنان. وطبعة أخرى لدار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٤٠ هـ
١٧٢.مواهب الجليل لشرح مختصر خليل	للإمام محمد بن محمد عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب المتوفى ٩٥٤ هـ نشر دار الفكر الطبعة الثانية
١٧٣.موجز في مصادر الإلتزام	د. محمد لبيب شنب طبع سنة : ١٩٧٠ م
١٧٤.المهذب	لأبي اسحق ابراهيم بن علي الشرازي المتوفى ٤٧٦ هـ مطبعة عيسى البابي الحلبي القاهرة ١٣٤٣ هـ
١٧٥.نصب الراية لأحاديث الهداية	للحافظ عبد الله بن يوسف الزيلعي نشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ-١٩٧٣م والطبعة الأولى ١٣٥٧هـ ١٩٣٧ م
١٧٦.نظرية الحق	د. عبد الفتاح عبد الباقي نشر مطبعة نهضة مصر ١٩٦٥ م.

١٧٧.النظرية العامة للالتزام	للدكتور اسماعيل غانم نشر مكتبة وهبة سنة ١٩٦٨ م.
١٧٨.نظرية العقد	د. سليمان مرقس ط. ١٩٥٦م
١٧٩.النظرية العامة للحق	د. شفيق شحاته ط: ١٩٤٩
١٨٠.نظرية العقد في قوانين البلاد العربية	د. عبد المنعم فرج الصدة ط : ١٩٥٠
١٨١.نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية	د. شفيق شحاته نشر في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية السنة الأولى - العدد الثاني
١٨٢.نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة رسالة دكتوراة من جامعة الأزهر	د. ياسين ابراهيم درادكة من منشورات وزارة الأوقاف وشئون المقدسات الإسلامية عمان بالأردن
١٨٣.نظرية الضمان في الفقه الإسلامي	للشيخ علي الخفيف معهد البحوث والدراسات العربية . جامعة الدول العربية (على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية)
١٨٤.نظرية النيابة في الشريعة و القانون	د. أحمد محمد كلية الشريعة جامعة قطر طبع دار القلم الكويت - شارع السور عمارة السور الطبعة الأولى ١٩٨١ م

١٨٥.نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج	لشمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي المتوفى١٠٠٤ هـ طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٣٥٧هـ ١٩٣٧
١٨٦.النهاية في غريب الحديث والأثر	للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري بن الأثير المتوفى ٦٠٦ هـ الناشر المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ
١٨٧.نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقي الأخبار	للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى ١٢٥٥ هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي القاهرة وطبعة ثالثة لدار الجيل - بيروت ١٩٧٣ م
١٨٨.النيابة عن الغير	للشيخ المرحوم أحمد ابراهيم بك (مطبعة العلوم - مصر - ١٩٤١ م
١٨٩. النيابة في التصرفات القانونية	الدكتور جمال مرسي بدر طبع الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٠م الطبعة الثالثة
١٩٠.النيابة عن الغير في التصرف	للشيخ علي الخفيف طبع دار الكتاب العربي ١٩٥٥م
١٩١.الوجيز في شرح عقدي البيع والتأمين	د. محمد عمران طبع دار النهضة
١٩٢.الوجيز في نظرية الإلتزام	د. محمد جمال الدين زكي طبع مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ط : ١٩٦٨م
١٩٣.الوسيط في شرح القانون المدني	د. عبد الرزاق السنهوري طبع دار احياء التراث العربي - بيروت الطبعة الأولى والثانية

١٩٤.الوصية الواجبة في الإسلام	لهشام قبلان المحامي العام لدى محكمة التمييز في لبنان من منشورات البحر المتوسط و منشورات عويدا بيروت - باريس طبعة أولى ١٩٨١ طبعة ثانية جديدة ١٩٨٥
١٩٥.الوكالة في الشريعة والقانون	د. محمد رضا عبد الجبار العاني طبع مطبعة العاني - بغداد ١٩٧٥ م- ١٣٩٥ هـ
١٩٦.الوكالة في الفقه الإسلامي	للأستاذ طالب قائد مقبل دار اللواء - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م
١٩٧.الولاية على المال	الشيخ محمد الزفزاف محاضرات القيت على الدراسات العليا بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٤١م
١٩٨.الولاية على المال	د. محمد كمال محمدي الطبعة الثانية ١٩٦٦ م
١٩٩.الولاية على المال والتعامل بالدين	للشيخ علي حسب الله طبع سنة ١٩٦٧
٢٠٠.الولاية على النفس	للدكتور حسن الشاذلي طبع دار الطباعة المحمدية - بجوار الجامع الأزهر - القاهرة.
حرف الهاء	
٢٠١.الهداية شرح بداية المبتدي	للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني المتوفى ٥٩٣هـ الناشر : المكتبة الإسلامية وطبعة أخرى مصطفى البابي الحلبي القاهرة الطبعة الأخيرة.

المراجع باللغة التركية

1. Aile Hukuku Prof. Dr. Kemal Oguzman & Prof. Dr. Mustafa Dural. Filiz Kitabevi Istanbul - 1994.

2. Borçlar Hukuku. (Genel Hükümler , Özel Borç. Iliskileri) Prof. Dr. Akintürk Sevinç Matbaasi Ankara 1986.

3. Tekinay Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) 7. Baski. Prof. Dr. Sermet Akman, Dc. Dr. Haluk Burcouglu, Yard. Doc. Dr. Atilla Altop Filiz Kitabevi Istanbul 1991 .

4. Icra ve Iflas Hukuku Bilgisi Prof. Dr. Baki Kuru 12. Baski. Banka ve Ticaret Hukuku Arastirma Enstitusu Turkiye İs Bankasi Vakfi- Hukuk Fakultesi, Cebeci - Ankara 1991.

5. Islam Hukukunda Hacr Dr.Abdul Kadir Şener A.U.I.F.D.1976/C.21 1978/C.22.

6. Islam Hukukunda Velayet (I) Dr. Mehmet Şener D.E.U.I.F.D 1985/C.2

7. Ingilizce- Turkce Hukuk Sözlüğü . Mustafa Ovacik. Banka ve Ticaret Hukuku Arastirma Enstitusu Turkiye İs Bankasi Vakfi- Hukuk Fakultesi Cebeci Ankara Olgaç Matbaasi- 1986

8. Salahiyete Mustenit Temsil (Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk Isviçre Borclar Hukuku Bakimindan.) . Dr. Turhan Esener. Ankara Hukuk Fakultesi Yayinlarindan No 150 Ajans Türk Matbaasi Ankara 1961.

9. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Doc. Dr. Cevdet Yavuz Cilt : 2 I. Basi Nisan 1989 Istanbul Beta Basim Yayim Dagitim A.S. Cagaloglu.

10. Türk. - Isvicre ve Fransiz Medeni Hukuklarinda Dolayli Temsil (Doktora Tezi) Doc. Dr. Cevdet Yavuz Istanbul Universitesi Yayinlarindan No 3126 Hukuk Fakultesi No. 674 Fakulteler Matbaasi Istanbul 1983.

11. Turk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu Ikinci Cilt (Borçlar Kanunu ve Terım Ve Sözcükler Kilavuzu) Ord. Prof Dr. Hifzi Veldet Velidedeoglu 5 . Basi Evrim Basim Yayim Dagitim Cagalogu Istanbul 1993

12. TürkMedeni Kanunu ve Borclar Kanunu Inkilap ve Aka Kitabevleri Koll Şti.Istanbul Ankara Caddesi No 95 Yelken Matbaasi 1980.

13. Vasilik ve Kayyimlik Hukuku . M. Nezih Elpe Balkanoglu Matbaalik Ltd Şti. 1967 Ankara.

14 Yeni Hukuk Lugati ve Hukuk Terimleri Sozlugu Site Kitabevi Ankara Caddesi No 52/I Istanbul 1964.

المراجع باللغة الانجليزية

1. Black's Law Dictionary Fifth Edition

2. Bowstead On Agency Fourteenth Ed. By. F.M.B Reynolds B.C.L. M. of TheInner Temple Barrister London Sweet & Maxwell 1976 Third Impression 1982.

3. Cheshire and Fifoot's Law of Contract by. M.P. Formston T.D. B.C.L MA of Gray's Inn, Barrister London - Butterworth 1981 Tenth Edition.

4. The Child's Voice in The Court of Law. An Account of the representation of minors in Civil Proceedings in Canada and some other (Mostly Common Law) Jurisdictions by Olive M. Stone. L.L.B, B.Sc. (Econ) Ph.D. (London) of Gray's Inn, Barrister.

5. Chitty on Contracts The Common Law Library Number 2. Volume II Specific Contracts , London Sweet & Maxwell 1977.

6. The Contract Act (IX of 1872) By. Sh. Shaukat Mahmood Second Ed. 1981 Legal Research Centre Noor Villa 5, Arya Nagar Poonac Road Lahore - 25

7. Family Law P.M. Bromley MA. (Oxon.) , L.L.M. (Manchester) of the MiddleTemple , Barrister, Sixth Edition. London Butter Worth 1981.

8. Get Through Guide F.E.L 1988, Mansoor Book House - Katchery Road - Lahore.

9. Get Through Guide L.L.B 1988, published by. Mian Asad Hakim for Mansoor Book House-2 -Katchery Road Anarkali - Lahore.

10. Guardian and Wards (Incorporating Amendments by.) Guardians and Wards (Ordinance 1980, Compiled by. M. Kazam Khan Civil & Criminal Law Publications. 1 Turner Road Near Hight Court Lahore.

11. Jowitt's Dictionary of English Law. by. The Late The Right Honourable The Earl Jowitt and Clifford. Walsh, L.L.M. Second Edition by. John Burke Barrit Volume I (A.-K) London - Sweet & Maxwell Limited 1977.

12. The Law of Agency Fifth Edition by. G.H.L. Fridman MA. BC. L , LL.M of The Ontario Bar and of The Middle Temple. Barrister London Butterworth 1983.

13. Law of Contract and Agency in Pakistan by, Aftab Ahmad BA. LL.B , LL.M (London Aamir & Aasim Publication , Multan (Pakistan).

14. Law of Guardians and Wards by. Malik Muhammad Tashid Awan, BA. LL.B, D.T.L Pakistan Legal Publications. Out Fall Road, Sant Nagar Lahore.

15. Law Terms & Phrases By. Sardar Muhammad Iqbal Khan Mokal (Principal Lahore University Law College) Law Publishing Company Katchery Road, Lahore.

16. Mulla's Contract Act 1989 The Contract Act (IX 1872) By. The Right Honourable Sir Dinshah Fardunji Mulla KT.. C.T.E MA, LLD by Ahsan Sohail Anjam MA. LLB. Mansoor Book House- Katchery Road Lahore.

17. A Simple Study of Mercantile Law With Question & Answers by. Sachdeva & Gupta 1992 Ajanta Prakashan 2768, Gali Arya Samaj Bazar Sita Ram, Delhi

18. Stamp Act, 1899 (As Amended Up-to date) by. M. Mahmood M.A. LL.B Kausar Brother 1/5-B Lahore.
19. PLD 1986 Peshawar 185
20. PLD 1963 Sc. 244
21. Procaccia " on The Theory of Ratification in the Law of Agency (1978) 4 Tel Aviv V Studies in Law 9.
22. Undisclosed Principals In Contract by . Goodhart and Hamson (1931)
23. Undisclosed Principals by. Muller - Freinfels (1953)
24. The Unrepealed Central Acts Volume III from 1882 to 1897 , both inclusive Published by The Manager of Publications Government of Pakistan of Law, Karachi 1952.

فهرس الآيات .

الرقم	الآيات القرآنية	الصفحة
١.	أفلم يسيروا في الأرض فتكون لهم قلوب	٧٢
٢.	الذي خلقك فسواك فعدلك	١٣٥
٣.	ألا تتخذوا من دوني وكيلا	١٨٣
٤.	الله ولي الذين آمنوا	٧١
٥.	إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها	١٨٩
٦.	إني توكلت على الله ربي وربكم	١٨٣
٧.	آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا	٦١
٨.	خذ العفو و أمر بالعرف	٦٥
٩.	فابعثوا أحكم بورقكم هذه إلى المدينة	١٨٩
١٠	فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم	١٣٤
١١.	فإن ارضعن لكم فآتوهن أجورهن	٢٩
١٢.	فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا	١٣
١٣	فقد جاء أشراطها	٢٢٨
١٤.	قال لو شئت لتخذت عليه أجرا	٢٨
١٥.	لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا	١٨٢
١٦.	لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت	١٥٩
١٧.	من بعد وصية يصى بها أو دين ١١٥ ،	١٥٦
١٨.	واتبعت ملة آبائي ابراهيم و إسحق ويعقوب	١٠١
١٩.	و أحل الله البيع وحرم الربا	٢٢٥

٢٠.	والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض	٤٠
٢١.	وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما	١٨٩
٢٢.	وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة	١٣٤
٢٣.	وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض	٣٢
٢٤.	وعلى الله فليتوكل المؤمنون	١٨٢
٢٥.	وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل.....	١٨٢
٢٦.	ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله .....: ١٣، ١٤٢ ،	١٨٣
٢٧.	ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى	٢٢٤
٢٨.	ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا.....	٨٦
٢٩.	ومن يتوكل على الله فهو حسبه	١٨٣
٣٠.	ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن	١٥٧
٣١.	هنالك الولاية لله الحق	٧٢
٣٢.	يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللآتي آتيت أجورهن	٢٨
٣٣.	يا قوم لا أسألكم عليه أجرا إن أجري إلاّ على الذي فطرني ...	٢٨
٣٤.	يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين	٣٢

فهرس الأحاديث

الرقم	الأحاديث النبوية	الصفحة
١.	آجرني الله في مصيبتي و أخلف لي خيرا منها	٢٨
٢.	إذا اتيت وكيلي بخيبر فخذ منه خمسة عشر وسقا	١٩٠
٢.	استوصوا بالنساء خيرا فانهن عوان عندكم	١١٤
٤.	إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم	١١٦
٥.	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر	١٩١
٦.	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معه بدينار	١٩١، ٢٢٥
٧.	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالا	١٩٠
٨.	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام	١٩٠
٩.	أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكل أمية بن خلف	١٩٧
١٠.	إنكم تقرءون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي	١٥٦
١١.	إن مما أرك الناس من كلام النبوة الأولى « إذا لم تستح	٩٠
١٢.	أن النبي صلى الله عليه وسلم إشترى طعاما من	٣٦
١٣.	أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر	٢٦
١٤.	الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك أغنياء خير من	١١٥
١٥.	خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفي بنيك	١٤
١٦.	رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ	١٣.
١٧.	السلطان ولي من لا ولي له	٣٧، ٧٧، ١٦٦
١٨.	الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا	٣٤
١٩.	قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما	٣٢

٢٠. كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لاتداري ولا تماري ٣٣
٢١. لا تبع ما ليس عندك ٢٢٥
٢٢. لا تحلب ماشية إمرئ بغير إذنه ٣٥
٢٣. ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي ١١٧
٢٤. ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ٦٥
٢٥. من إستأجر أجيرا فاليعلمه أجره ٣٠
٢٦. من بايعت فقل : لا خلابة ١٤١
٢٧. ولي زيد بن حارثة جيش الأمراء فإن مات فجعفر ١٢١