أحكام النيابة في التعاقد بين الشريعة والقانون

The rulings of the prosecution in contracting between evilly and the law

إتيم فضيلة[1]*، حبار آمال[2]
[1]جامعة وهران 1 أحمد بن بلة 1 (الجزائر)، itimomar2@gmail.com
[2]جامعة وهران 1 أحمد بن بلة 1 (الجزائر)، amalgemeaux@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2023/10/14 تاريخ القبول: 2024/06/08 تاريخ النشر: 2024/07/31

ملخص:
يحقق نظام النيابة في التعاقد فوائد عملية كثيرة في مجال المعاملات المدنية وأيضا في الأحوال الشخصية، وذلك بإقامة شخص النائب محل شخص الأصيل والهدف من هذه الدراسة هو معرفة ماهية النيابة قانونا، وأن العبرة فيها بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل. لأنّه هو المتعاقد مع الطرف الآخر على أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل لا إلى النائب، وأيضا معرفة أهم التشريعات القانونية التي أخذت بهذا الموضوع ونظمت له نصوصا قانونية وكيف نظر الفقه الإسلامي لفكرة النيابة وما هيتها عند فقهاء الشريعة. ومن النتائج المتوصل إليها في هذا البحث أن النيابة في التعاقد في القانون هي نظام أعم بحيث يشمل مفهومها النيابة الاتفاقية وهي الوكالة بالإضافة إلى النيابة القانونية والقضائية وتتمثل في القوامة والوصاية والولاية الشرعية. بينما نجد أن الشريعة الإسلامية أخذت بهذه المواضيع المتضمنة معنى النيابة بشكل مفصل لأحكامها وما يترتب عنها كما أن للنيابة شروط يقتضي للطرفان التعامل بها، وآثار قانونية تعود على الأصيل إلا أن موضوع النيابة في التعاقد يحتاج إلى بعض التعديلات القانونية لاسيما من طرف المشرع الجزائري.

كلمات مفتاحية: النيابة؛ التعاقد؛ الأصيل؛ النائب؛ إرادة.

***Abstract*:**
The prosecution system in contracting achieves many practical benefits in the field of civil transactions and also personal status. This is done by replacing the person of the representative with the person of the principal. The aim of this study is to know what legal representation is. What matters is the will of the representative, not the will of the principal, because he is the contracting party with the other party, and the effects of the contract go to

*المؤلف المرسل

the principal, not the representative. Also, knowing the most important legal legislation that took up this issue and organized legal texts for it, and how Islamic jurisprudence viewed the idea of representation and what it is according to Sharia jurists. Among the results reached in this research is that representation in contracting in law is a more general system in that its concept includes representational an agreement, which is the agency in addition to the legal and judicial representation, which is represented in guardianship, guardianship, and legal guardianship. While we find that Islamic law has taken into account these topics, which include the meaning of representation in a detailed manner regarding its rulings and their consequences, and representation has conditions that require both parties to deal with them and legal effects that affect the principal, the issue of representation in contracting needs some legal amendments, especially by the Algerian legislator.
Keywords: *prosecution, Contracting; The original; deputy; will.*

1. مقدمة:

الكثير من التصرفات القانونية تبرم عن طريق النيابة في التعاقد فهي من الأنظمة العملية التي تحقق فوائد كثيرة وذلك بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني بحيث تعود آثار هذا التصرف على ذمة الأصيل لا على ذمة النائب. والإشكالية التي يمكن طرحها حول هذا الموضوع ما هو موقف المشرع الجزائري من أحكام النيابة في التعاقد والتي تم عرض نوع منها في القانون المدني وهي النيابة الاتفاقية، بينما نص قانون الأسرة على النوع الآخر من أنواع النيابة وهي النيابة الشرعية؟ وكيف نظرت الشريعة الإسلامية لأحكام النيابة رغم اختلاف آراء الفقهاء وتفصيلهم لهذا الموضوع؟ الفرضية الأولى: تعديل المشرع الجزائري للمواد المتضمنة عقد الوكالة في القانون المدني وإعادة صياغة تعريف الوكالة بشكل يناسب محتوى الموضوع. وتصحيح الخلل الموجود في قانون الأسرة لاسيما فيما يخص مسائل الولاية على القاصر.

الفرضية الثانية: إمكانية عمل المشرع الجزائري بما نصت عليه الشريعة الإسلامية في أحكام النيابة، ولاسيما النيابة الشرعية والاعتماد على أحكام المذهب المالكي باعتباره المذهب المعتمد في المغرب العربي.

ومن أهداف البحث في هذا الموضوع هو إبراز مدى اهتمام المشرع الجزائري بموضوع النيابة في التعاقد وحال المواد القانونية الي تنص عنها، بالإضافة إلى معرفة ماهية وأراء فقهاء الشريعة لهذا الموضوع وجمع الأفكار والمفاهيم لتشكيل إطار مفاهيمي للنيابة في التعاقد وتتجلى أهمية هذا البحث أن النيابة في التعاقد هي نظام عملي له منافع كثيرة فهو يخفف الظروف الصعبة على كلا من الأطراف فهو يسمح

بإقامة أشخاص ينوبون عن أشخاص آخرين في التصرفات القانونية. ويعقد العقد بواسطة غيره وخاصة الذي تمنعه الظروف الخاصة كبعد المسافة، وقلة التجربة وكثرة الأعمال. والمنهجية المتبعة في هذا البحث هو المنهج الوصفي الذي تضمن تعاريف لمفهوم النيابة بالإضافة إلى المنهج التحليلي لتحليل المفاهيم قانونا وفقها ثم في الأخير المنهج المقارن لمقارنة ماهية النيابة بما جاء في الشريعة الإسلامية والقانون.

الدراسات السابقة:

من الدراسات السابقة التي تكلمت عن النيابة في التعاقد نجد كتاب لمحمد جندي صبري بعنوان دور النيابة في إنشاء التصرفات القانونية، دار الثقافة،1433هـ -2012، ومن الأطروحات وجدت أطروحة دكتوراة لجمال مرسي بدر بعنوان النيابة في التصرفات القانونية لدار النهضة العربية، 1968وأيضا النيابة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة لمحمد جعدي مكي بمكتبة سعيد رأفت 1986

2. ماهية النيابة في التعاقد في النظام القانوني:

1.2 تعريف النيابة في التعاقد:

لغة: النيابة مصدر من الفعل ناب ينوب نيابة وناب عنه، إذا تولى الأمر عنه وجاء نيابة عنه بدلا منه، وبالنيابة من فلان باسم فلان وناب عني فلان ينوب نوبا ومنابا أي قام مقامي. وناب عني في هذا الأمر نيابة إذا قام مقامك (ابن منظور، د.ت، صفحة 774).

التعاقد: من العقد قال ابن فارس: العين والقاف والدال واحد يدل على شدَ وشذَة وثوق من ذلك عقد البناء، والجمع أعقاد وعقود وعقدت الحبل أعقده عقدا (ابن فارس، د ت، صفحة 86).

انعقد وتلك هي العقدة وعاقدته مثل عاهدته وهو العقد والجمع عقود، وهو نقيض الحل ومنه العقيدة أي ما يعقد عليه الإنسان قلبه من الآراء بحزم وتصميم(ابن منظور، د.ت، صفحة 302).

اصطلاحا: تعرف النيابة في التعاقد على أنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني بحيث تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب (فيلالي، 2013، صفحة 144). ويرى فقهاء الإسلام أن النيابة تعني قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه بتفويض مشروع، أما عند فقهاء القانون النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني (الصبري، 2012، صفحة 21).

فهي عبارة عن المبدأ الذي يسمح بموجبه لشخص التعاقد لمصلحة شخص آخر بأخذ طرف النيابة (الصبري، 2012، الصفحات 19-20)

2.2 منشأ النيابة:

لم يسلم القانون الروماني قديما بفكرة النيابة التي تفيد في مفهومها إبرام تصرف من شخص وانصراف آثار هذا التصرف إلى شخص آخر، إلا في حالات معينة فكانت تنحصر في البداية في نيابة الابن والرقيق من رب الأسرة في جعله نائبا أما جعله مدينا فلم تقبل النيابة إلا في حالات استثنائية وفي حدود معينة، أما من لم يكن خاضعا لسلطة أحد عمداء الأسر لم يكن من شأن تصرفه أن ينتج آثار في مواجهة الغير. فالقانون الروماني جعل من باشر العقد أصيل أو نائب هو العاقد وهو الذي ينصرف إليه أثر العقد ويقال أن ذلك مرجعه إلى ثلاث أمور (الصبري، 2012، الصفحات 21-22):

الأمر الأول: ما تركته الأوضاع والشكليات في العقود من أثر تخلف عنها.

الأمر الثاني: الالتزام في القانون الروماني كان رابطة شخصية محضة فإذا نشأت هذه الرابطة بين الشخصين اللذين باشرا العقد فقد كان من الصعب التسليم أنها تمتد إلى شخص ثالث وهو الأصيل (السنهوري، 1998، الصفحات 162-163).

الأمر الثالث: التسليم بفكرة النيابة بمقتضى الفصل بين العلة والمعلول، فالمعلول يترتب في شخص من باشر العلة والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العقد وأن يترتب المعلول في شخص الأصيل. وأخذت النيابة دورها الطبيعي في القانون الروماني في الحالتي التي تكون فيها النيابة نيابة قانونية مثل الوصي والقيم، وأعطى القاضي الروماني في هذه الحالة للنائب دفعا يصد به دعوى الغير ضده ليكون له وللغير الرجوع على الأصيل. وهنا بدأت النيابة تأخذ مداها الكامل وأما خارج هذا الإطار فقد بقي القانون الروماني رافضا لمفهوم النيابة إلى أن أجيزت النيابة في القبض والتسليم، ثم في العقود العينية كالقرض والوديعة والعارية والرهن والهبة وأجيز للغير الذي تعاقد مع النائب الرجوع على الأصيل بجانب دعواه في مواجهة النائب. أما الأصيل لم يكن له الرجوع بدعوى مباشرة على الغير (بدر، 1968، صفحة 234).

ولقد ورث القانون الفرنسي القديم القصور الذي تميز به القانون الروماني في عدم إقرار مبدأ النيابة في التصرفات القانونية، وبقي هذا الحال قائما في القانون الفرنسي حتى بعد القرن 16م، حيث أقر بالنيابة كمبدأ قانوني يجوز للأشخاص مباشرة تصرفاتهم في ظله (السنهوري، 1998، صفحة 164).

3.2 الفرق بين النيابة والتعاقد بالمراسلة:

تختلف النيابة في التعاقد عن التعاقد بالواسطة اختلافا جوهريا في الموضوع، وذلك لأن الرسول الوسيط هو ناقل لإرادة المرسل وهو مجرد مبلغ بين الطرفين في حين أن النائب يتصرف بإرادته الشخصية ولكن لحساب الأصيل (صالح، د ت، صفحة 344). ويترتب على ذلك النتائج التالية:

تعد إرادة النائب في النيابة هي محل اعتبار بالنظر إلى عيوب الرضا أما في التعاقد بالواسطة فإن إرادة المرسل لا إرادة الوسيط هي محل اعتبار في هذه الحال. ومن تم لا يشترط أن يكون الرسول أهلا للأداء إذ يمكن أن يكون قاصرا لا بل يجوز أن يكون الرسول مجنونا أو صبيا غير مميز، وإن قام بنقل الإرادة بشكل سليم زد على ذلك أن التعاقد بالواسطة يمكن أن يتم عن طريق حيوان كالحمام الزاجل (الصبري، 2012، صفحة 23).

التعاقد بواسطة رسول:

هو تعاقد بين غائبين ولو كان في مجلس واحد لأنه تعاقد مع المرسل لا مع الرسول، في حين أن التعاقد بواسطة نائب يعد تعاقد بين حاضر والمتعاقد الآخر (السنهوري، 1998، الصفحات 163-164).

3. مفهوم النيابة في القانون المدني الجزائري وبعض التشريعات الأخرى:

نص المشرع الجزائري على أحكام النيابة في التعاقد في المواد 73إلى المادة77من القانون المدني الجزائري على أن العبرة في التعاقد عن طريق النيابة تكون بإرادة النائب ويرجع أثر التصرف القانوني للأصيل وعلة النائب أن يلتزم بالحدود والصلاحيات التي خولها له الأصيل وينشأ عنها علاقات بين الأصيل والنائب والغير ترتب على كل طرف التزامات وآثارا في ذمة كل متعاقد.

أما المشرع المصري تكلم عن النيابة في التعاقد في المواد 104 إلى المادة 108من القانون المدني المصري نص على نفس الأحكام التي تكلم عنها المشرع الجزائري فجاء في المادة 104 ما يلي: "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما، ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها"(القانون المدني المصري/ رقم 131 ، 1948)

وجاء في المادة 105من القانون المدني المصري: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل" (القانون المدني المصري/ رقم 131 ، 1948)

وأخذ المشرع السوري بنظام النيابة في التعاقد ونصت المواد 105إلى المادة 109من القانون المدني السوري بحيث بين مفهومها وما يترتب عنها من أحكام. أمّا المشرع المغربي(قانون الإلتزامات والعقود المغربي ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل12 أوت 1913،الفصل 30، صفحة 24) لم يتكلم عن النيابة في التعاقد في قانون الالتزامات والعقود المغربي وإنما تكلم عن العقد الحاصل بالمراسلة في الفصل

24إلى الفصل 30من نفس القانون واتبعه في ذلك أيضا المشرع العراقي فلم يأخذ بفكرة التعاقد عن طريق النيابة.

1.3. التعاقد الكترونيا:

ذهب الفقه الأمريكي إلى أن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للوسائل بين البائع والمشتري وتكون صيغة معدة ومعالجة الكترونيا، مما يجعلها تنشئ التزامات عقدية (بيومي، 2002، صفحة 15). وعرفه جانب آخر من الفقهاء على أنه عبارة عن اتفاق الكتروني كلي أو جزئي، وتكون الوسيلة الإلكترونية، وسيلة كهربائية أو مغناطسية لتبادل المعلومات بين المتعاقدين (الرومي، 2004، صفحة 40).

ولكن التعريف الأرجح للتعاقد الإلكتروني هو عبارة عن معاملة تجارية تتم عن بعد باستعمال وسائل الكترونية، وذلك لإتمام العقد (بيومي، 2002، صفحة 49). من خلال هذه التعريفات يلاحظ أن العقد الإلكتروني يعتمد في إبرامه على الوسيلة الإلكترونية، ويتم التعاقد فيه عن بعد. وإذا رجعنا إلى المشرع الجزائري نجد عرف العقد الإلكتروني في المادة 6 من القانون رقم05/18، المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي لأطرافه وباللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني (قانون رقم 05/18المؤرخ في 10مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 16ماي 2018)، هو نفس التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي في المادة 22من الفقرة واحد في قانون الاستهلاك الفرنسي. العقد الإلكتروني يبرم ويتم تنفيذه عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، ودور الحضور الفعلي لأطراف العقد. والقبول المشرع الجزائري لم يتطرق من خلال القانون 18/05إلى الإيجاب والقبول، أو التعبير عن الإرادة سواء ضمنيا أو صراحة وإنما اكتفى بتعريف العقد الإلكتروني، وذكر الإيجاب بصورة عرضية فقط في المادتين 10و11من القانون 15/08بتسميته العرض التجاري الإلكتروني، أما النيابة في التعاقد الكترونيا، وحتى الإرادة تكون صحيحة ومحدثة لأثر قانوني، وتكون صادرة من شخص يتمتع بالأهلية القانونية.

2.3 أنواع النيابة:

مصادر النيابة أو أنواعها إما أن تكون نيابة قانونية إذا كان المصدر الذي يضفي على النائب صفته وهو القانون وتتمثل في الولي والفضولي والدائن الذي يستعمل حق مدينه. وتكون نيابة قضائية: إذا كان القضاء يعين النائب والمتمثل في الوصي والقيم والحارس والسنديك (العاني، د ت، الصفحات 22-23).

وتكون نيابة اتفاقية: إذا كانت نتيجة لاتفاق بين الأصيل والنائب وهي الوكيل أما المصدر الذي يستمد منه النائب صفته ليس المصدر الذي يحدد ولاية النائب فالذي يحدد ولاية النائب في النيابة الاتفاقية هو الاتفاق وفي النيابة القانونية والقضائية يحددها القانون (العاني، د ت، صفحة 23).

فالنيابة القانونية يكون مصدرها القانون وتحدد سلطات النائب بموجبه وتتمثل صور هذا النوع من النيابة في الولي والوصي المختار (السنهوري، 1998، صفحة 166).

والنيابة الاتفاقية تتمثل في عقد الوكالة وعرف المشرع الجزائري عقد الوكالة في المادة571من القانون المدني الجزائري كما يلي: "الوكالة والإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر بالقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه "من خلال هذه المادة نستنتج أن عقد الوكالة من العقود الواردة على العمل، ولم يحدد المشرع طبيعة هذا العمل مادي أو قانوني مع اشتراط ألا يكون مخالف للنظام العام. وتكلمت بقية المواد من 572إلى المادة 588من القانون المدني الجزائري عن الوكالة وتعرض المشرع في هذه المواد للالتزامات التي يلتزم بها كل من الموكل والوكيل مع تعويض الضرر الناتج عن إتمام هذا العقد، فبين المشرع الجزائري في المادة 573 الوكالة العامة وأنها ترد على الوكالة الواردة بألفاظ عامة. التي لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني، أما المادة574من نفس القانون نصت عن الوكالة الخاصة على أنها تكون في كل عمل ليس من أعمال الإدارة كما في أعمال التصرف وجاء في المواد 586إلى المادة 587من نفس القانون على انتهاء الوكالة وطرق انتهائها. وعرفها القانون المدني العراقي في المادة927 والقانون المدني المصري في المادة699.

(السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، د ت، الصفحات 83-84) وتبدأ النيابة الاتفاقية عندما تستند في وجودها إلى عقد بين الأصيل والنائب بمقتضاه ينيب النائب عن الأصيل الأول في إبرام عقد أو تصرف قانوني معيين، فالوكيل يعد نائبا عن الموكل بمقتضى عقد الوكالة غير أنه لابد من التمييز بين الوكالة والإنابة كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 571 من نفس القانون، والاتفاق هو الذي يحدد نطاق سلطات النائب في تمثيل الأصيل (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، د ت).

وإذا تطرقنا إلى النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري، فنجد المشرع لم يعرف الولاية وتفهم من المواد87و88 من نفس القانون. حيث نصت المادة87 من نفس القانون على أن كل من له الحق في الولاية على القصر وهو الأب على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حال الطلاق تمنح الولاية على الأولاد القصر لمن أسندت إليه الحضانة، وهذا ما يدل أن المشرع الجزائري خالف ما نصت

عليه الشريعة الإسلامية التي نظمت أصحاب الولاية والذين تتوفر فيهم شروط صريحة تجعلهم أهل لهذه المهمة دون التخلي عنها دون عذر شرعي. وذلك مع تباين آراء الفقهاء في ذلك. وجاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة93شروط الأولياء قانونا، وهو البلوغ مع العقل والإسلام والأمانة والعدل بالإضافة إلى حسن التصرف، وذكر في المادة91انتهاء الولاية والتي تكون إما بالعجز، أو الموت والحجر وإسقاط الولاية.

ونصت المادة92من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون "من خلال نص المادة يتبين أن من له الحق في اختيار الوصي هو الأب أو الجد. وقد يوجد شخص ثالث يتولى رعاية أموال القاصر إذا لم يوجد الأب أو الأم أو ثبت عدم أهليتهما لذلك. وجاء المشرع الجزائري بفكرة الوصي المختار وهنا في حالة تعدد الأوصياء فإن القاضي يختار الوصي الأصلح للقيام بشؤون القاصر.

وكما يشترط في الولي شروط لمباشرة الولاية الشرعية، يشترط أيضا في الوصي ليكون وصيا على رعاية القاصر وذكر المشرع هذه الشروط في المادة93من نفس القانون وجاءت كما يلي: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"

أما التقديم فنص عليه المشرع الجزائري في المادة99من نفس القانون: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصيها بناء على طلب أحد أقاربه، أو من له مصلحة أو النيابة العامة "إذن يتبين من النص أن المشرع نص على الصنف الثالث من أصحاب الولاية الشرعية أو النيابة وهو المقدم، والذي نعرفه في الفقه الإسلامي بالقيم وتعرف بالقوامة.

3.3 شروط النيابة في التعاقد:

الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل (إبراهيم جلال، 2010، صفحة 61)

في هذا الشرط نتكلم عن التمييز بين النائب والرسول ولقد سبق ذكر هذا في الفرق بين التعاقد بواسطة الرسول والتعاقد بواسطة النائب فالرسالة تقوم على نقل إرادة شخص بواسطة شخص آخر إلى شخص ثالث فيقع التعاقد بين غائبين وتنصرف آثار العقد إلى الأصيل، أما في النيابة فالنائب يعبر عن إرادته الشخصية فالعبرة بهذه الإرادة من حيث وجودها، والعيوب التي تلحق بها ينظر إلى إرادة النائب. أما في الرسول فالعبرة بإرادة المرسل والرسول يعبر عن هذه الإرادة، وتعاقد الأصيل بنائب عنه يعتبر تعاقد

بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد.

ولا يشترط في النيابة الإرادية وهي الوكالة أن يكون النائب متمتعا بالأهلية ويكفي أن يتوافر لديه التمييز في حين أن الأهلية لابد من توافرها لدى الأصيل لأن آثار العقد تنصرف إلى ذمة الأصيل ليس فقط عند الإنابة أو التوكيل وإنما أيضا عندما يباشر الوكيل لحسابه التصرف الذي رخص الوكيل في القيام به (إبراهيم جلال، 2010، الصفحات 62-63).

أما في النيابة القانونية الولاية أو الوصاية فلا بد أن تتوافر في النائب أهلية مباشرة التصرف الذي يجريه لحساب الأصيل لأن الحماية تتقرر لحماية عديمي الأهلية أو ناقصيها، وعلى خلاف الأهلية فإن الشخص النائب لا شخص الأصيل هو ما ينظر إليه في صور النيابة، وفي عيوب الإرادة لأنه هو الذي يتعاقد وهو الذي يعبر عن الإرادة (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، د ت، صفحة 176).

الشرط الثاني: تعامل النائب باسم الأصيل:

لتحقق النيابة يجب أن يتعامل النائب مع الغير باسم الأصيل فإذا تعامل النائب دون أن يبين أنه يعمل لحسا ب الأصيل كان من حق الغير أن يعتبر النائب يعمل لحساب نفسه، وأن ينصرف أثر العقد إلى الأصيل وإذا كان النائب يتعامل لحساب الأصيل ولكن الغير يتعامل مع النائب في شخصه، فالنيابة لا تقوم والعقد لا يتم لامع النائب ولامع الأصيل ويستثنى من هذا أن يستوي عند الغير التعامل مع النائب أو الأصيل (سليمان، 2003، الصفحات 68-69).

الحالة الأولى: إذا كان من المفروض حقا أن يعلم الغير بوجود النيابة.

الحالة الثانية: إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب(فيلالي، 2013، الصفحات 119-120).

الشرط الثالث: تعاقد النائب في حدود الصلاحيات المخولة له

يقوم جوهر النيابة على استعمال النائب إرادته هو لا على إرادة الأصيل فإرادة النائب يجب أن تتقيد بحدود النيابة، فإذا تجاوز النائب حدود نيابته فإن آثار التصرف الذي يجريه النائب لن تنصرف إلى الأصيل في حدود التجاوز لا تلزم النائب، وتتمثل آثار التجاوز في أن للغير الذي تعاقد مع النائب إذا كان حسن النية أن يرجع على النائب بالتعويض ويمكن للتجاوز أن يلزم الأصيل في أكثر من حالة منها (الصبري، 2012، الصفحات 44-45):

إذا رأى الأصيل أن تجاوز النائب لحدود نيابته هو أمر مفيد له فيقره الأصيل، فيترتب أن يسري

في مواجهته ما أمضاه النائب متجاوزا حدود النيابة. وأن ينسحب أثر تجاوز التائب إلى الأصيل إذا توافرت في عمل النائب شروط الفضالة بأن يكون ما أمضاه النائب مفيدا للأصيل. وأن يأتي تجاوز النائب استجابة لحالة ضرورة. يكون ما تجاوز به النائب حدود النيابة يسري في مواجهة الأصيل في حالة الإنابة الظاهرة وتتحقق في أحد فرضين: يقوم الأول عندما تنتهي النيابة ولا يعلم بانتهائها النائب ولا من تعاقد معه (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، د ت، الصفحات 173-174).

4.3 أثار النيابة في التعاقد:

أولا: العلاقة فيما بين النائب والغير:

ينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إلى النائب ومن تم لا يستطيع النائب أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه فلا تقوم علاقة مباشرة بين النائب والغير عن طريق العقد ولكن قد تكون هذه العلاقة عن طريق آخر مثل أن يخطئ النائب في تنفيذ النيابة وأيضا أن يكفل النائب الأصيل فتنشأ العلاقة المباشرة من عقد الكفالة لا من العقد الذي أبرمه النائب مع الغير باسم الأصيل (إبراهيم جلال، 2010، صفحة 63)

ثانيا: العلاقة فيما بين الأصيل والغير:

نصت المادة 74من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل "بمعنى أن التصرفات القانونية التي تبرم عن طريق النيابة وفي حدودها تنشأ عنها علاقة مباشرة بين الأصيل والغير، فالأصيل يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات مع نفسه بأنه العقد الذي يتولى فيه شخص واحد دور الموجب والقابل نيابة عن أحدهما وأصالة عن نفسه أو نيابة عن كليهما، أي أن إرادة شخص واحد تحل محل إرادتي شخصين في إبرام العقد، وفي هذه الحالة إما أن يكون من حلت إرادته محل إرادة غيره نائبا عن كل من طرفي العقد، أو أصيلا عن نفسه ونائبا عن الطرف الآخر ومثال تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلا عن نفسه ونائبا عن الغير إذا وكله أحد ببيع عقار فاشتراه لنفسه (السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، د ت، الصفحات 179-180).

ومثال على اعتباره نائبا عن طرفي العقد إذا وكل أحد ببيع بضاعة ووكله آخر بشراء البضاعة نفسها. وقد اختلفت الشرائع في مثل هذا التعاقد بين مبيح ومحرم فمنها ما يبيحه كالقانون السويسري والقانون الفرنسي ومنها ما يحرمه كالقانون الألماني والإيطالي والشريعة الإسلامية كان لها الحكم بعدم الجواز في هذه المسألة، والقانون العراقي ولكن الشرائع التي أباحت هذا التعاقد حرمته في مواطن بخصوصها

والشرائع التي حرمته أباحته في صور بذاتها (بدر، 1968، صفحة 126).

وجاء في المادة 75من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز لأي شخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري حرم التعاقد مع النفس سواء أكان النائب نائبا عن الطرفين أو كان أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، ويعود هذا الحظر إلى مجرد التعارض بين مصلحتي النائب والأصيل ولهذا فهناك من يرى أن المشرع أراد من هذا الحظر أن يحدد سلطة النائب تحديدا سلبيا (إبراهيم جلال، 2010، صفحة 69)، ولا يمكنه التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، فإن فعل ذلك اعتبر خروجا عن النيابة، وقد تضمن القانون المدني الجزائري مواد تبين عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه كما نصت المادة 410 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه أو بواسطة اسم مستعار، أو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى". ونصت المادة 411: "لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم أو باسم مستعار". ومن الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم تعاقد الشخص مع نفسه (Espace_réservé1)(السعدي، د ت، الصفحات 151-152):

أولا: إذا وجد نص في القانون يجيز التعاقد مع النفس كما في الولاية على المال.

ثانيا: إذا رخص الأصيل أو من يقوم مقامه للنائب أن يتعاقد مع نفسه.

ثالثا: إذا قضت قواعد التجارة بجواز التعاقد مع النفس مثل جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معا وفقا لأحكام القانون التجاري (أنور سلطان، 1969، صفحة 46).

4. ماهية النيابة في الشريعة الإسلامية:

1.4 نشأة النيابة في الشريعة الإسلامية:

أقرت الشريعة الإسلامية بفكرة النيابة وصاغتها بشكلها القانوني ونظرت إلى الالتزام نظرة مادية، بعكس القانون الروماني الذي اعتبره رابطة شخصية لا يمكن أن توجد إلا بين شخصين، ومن جهة أخرى فإن الشريعة قانون غير شكلي بعكس القانون الروماني وفقهاء المسلمين فرقوا بين التصرفات التي تجوز فيها النيابة والتي لا تجوز فيها النيابة، فذهبوا أن النيابة تجوز في عقود التمليكات والإسقاطات

والتفويض والتقييدات والتوثيقات والشركات (بدر، 1968، صفحة 234) والحفظ ولا تجوز النيابة في الشهادة والأيمان ولا الظهار. فالفقه الإسلامي كان له سبق المعالجة في فكرة النيابة ليس على شكل مراحل زمنية بل بشكل نظام جامع، وذلك لحماية المصادر التشريعية التي يستنبط منها الفقهاء أحكام المعاملات والحقوق المالية.

2.4 مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي:

النيابة في الفقه الإسلامي هي فرع من الولاية والولاية لغة: هي تولي الأمر والقيام به أو عليه، ويقصد بها المحبة والنصرة (لجنة فقهاء، صفحة 26) (ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون) (سورة المائدة، الآية 56) وقوله تعالى: (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) (سورة التوبة- 71)

الولاية في الاصطلاح: السلطة والقدرة ويقال الولي صاحب السلطة وفي اصطلاح الفقهاء: هي القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف، ويمكن تعريفها أيضا صلاحية يعترف بها الشرع لشخص يكون له بمقتضاها صلاحية إنشاء وتنفذ التصرفات (الموسوعة الفقهية الكويتية، ج42، صفحة 27).

أنواع الولاية: يوجد ولاية قاصرة أو ذاتية وولاية متعدية

الولاية القاصرة: تثبت للشخص بمجرد اكتمال أهلية الأداء لديه (السعدي، د ت، صفحة 24).

الولاية المتعدية: تكون أصلية أو نيابية فالأصلية تنشأ بحكم الشرع مثل ولاية الأب والجد

الولاية المتعدية النيابية: هي الصلاحية التي يستمدها الشخص بتفويض من آخر مثل ولاية وصي الأب ووصي الجد وولاية الوكيل والقاضي والإمام (الصبري، 2012، صفحة 24).

ويمكن تلخيص أنواع الولاية كما يلي:

-**الولاية على النفس**: تثبت على الطفل بعد تجاوز سن الحضانة إلى بلوغه وتثبت على المجنون والمعتوه وعلى البكر من النساء والثيب إن كانت غير مأمونة على نفسها (أبو زهرة، د ت، الصفحات 458-459).

-**الولاية على المال**: تثبت على الصغار والسفهاء ذوي الغفلة وهي درجات على حسب اختلاف حال المولى عليهم.

-**الولاية على النفس والمال**: تكون هذه الولاية بالإشراف على جانب التربية والحفظ والرعاية وأيضا تولي الجانب المالي للقاصر (أبو زهرة، د ت، صفحة 459).

القوامة: لغة: من قام على الشيء، يقوم قياما أي حافظ عليه ويراعي مصالحه. في الاصطلاح: القوامة: هي ولاية يفوضها القاضي إلى شخص كبير راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه المالية (الحسن، د ت، صفحة 234).

الوصاية: لغة: مصدر أوصى والاسم الوصاية وهو أن تعهد إلى غيره في القيام بأمر من الأمور سواء أكان القيام به في حال حياة الطالب أم كان بعد وفاته. في الاصطلاح: إقامة الإنسان الغير مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات أو تدبير شؤون أولاده الصغار ورعايتهم (الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7، صفحة 205)

الوكالة: لغة من وكل، يوكل وكالة ونعني بها الحفظ والتفويض وتسليم الأمر للغير. في اصطلاح الفقهاء اختلفت تعاريفهم لكن كانت تصب في معنى واحد وهو تفويض جائز التصرف في شيء معلوم.

لم أتطرق في جانب الفقه الإسلامي إلى أحكام الولاية والوصاية والقوامة والوكالة لأنها مباحث واسعة المفهوم وإنما تكلمت عن التعاريف أنواع النيابة في الشريعة الإسلامية لأن التشريع القانوني تضمن نفس المفاهيم لأنواع النيابة قانونا فلم يختلف عن أحكام الشريعة الإسلامية.

3.4 حكم تعاقد الشخص مع نفسه في الفقه الإسلامي:

ذهب الشافعية غلى عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه وذلك أن يشتري لنفسه أو يبيع من نفسه أو يكون متعاقد عن الطرفين وذكروا سبب ذلك لما فيه من التغرير بمصلحة الأصيل(الشيرازي، د ت، صفحة 180)، وتبعهم في ذلك الحنفية والحنابلة واستثنوا في حالة ما إذا سمح الموكل للوكيل بالشراء لنفسه أي أذن له الموكل في ذلك فهذا جائز(ابن عابدين، 1992، صفحة 518). أما المالكية ذهبوا إلى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إلا فيما كان يعود على الموكل بالفائدة ولا يضر به ويحقق مصلحته في هذه الحالة جائز ذلك (ابن رشد القرطبي، د ت، صفحة 345).

5. الخاتمة:

الأصل في التصرف القانوني لا ينصرف إلى غير أطرافه ويعبر عن ذلك بالقول، وأثر التصرف نسبي من حيث أشخاصه، ولكن قد يسري هذا الأثر في حق شخص لم يقم بإبرام ذلك التصرف في حالات معينة، ومن أهم هذه الحالات ما يعرف بالنيابة في التعاقد التي يقوم فيها شخص بإبرام تصرف قانوني وينتج أثر هذا التصرف في ذمة شخص آخر.

ولموضوع النيابة في التعاقد أهمية كبيرة في الحياة العملية إذ أن الكثير من التصرفات القانونية تبرم عن طريق النيابة وذلك لأسباب عديدة، كقلة التجربة أو لبعد المسافة وغيرها من الظروف التي تمنع

الأصيل من مباشرة العقد بنفسه. لكن المشرع الجزائري عرف الوكالة على أنها إنابة والذي يقصده في المادة571من القانون المدني التي تعرف الوكالة على أنها نظام نيابة وبالتالي بهذا المعنى تشمل أنواع النيابة أو أن الوكالة نوع من النيابة ومصدرها اتفاقي مما يستدعي على المشرع الجزائري تصحيح النظر في هذه المادة أما الفقه الإسلامي نظرته كانت واسعة في تعريف أنواع النيابة فكل نوع منها تضمن معنى بارزا يخدم قانون الأسرة وقوانين الأحوال الشخصية بشكل عام. ونجد أيضا أن من النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة هي أن:

النيابة في التعاقد في التشريع القانوني أو القوانين الأخرى نص عليها المشرع القانوني بمفهوم عصري وسطحي ذكرا أن الولاية الشرعية والوكالة والوصاية والقوامة هي من أنواع النيابة بحيث نجد القانون المدني تكلم عن الوكالة بينما قانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية كما يسمى في بعض القوانين العربية، تكلم عن النيابة الشرعية باعتبارها مسائل تخص الأسرة. بينما إذا توجهنا إلى الفقه الإسلامي نجد أن مفهوم النيابة في التعاقد يتمثل في الولاية الشرعية وهي ولاية الأب والجد وتنقسم هذه الولاية بدورها إلى أنواع والوصاية والقوامة في الشريعة الإسلامية لها أحكام وأنواع فصلها فقهاء المذاهب الإسلامية في مباحث بحيث أن نظرة الشريعة الإسلامية للنيابة في التعاقد وأحكامها كانت واسعة من التشريع القانوني. ووجدت الفارق بين النيابة في التعاقد الإلكتروني تجري عليها نفس أحكام النيابة في التعاقد دون وجود شروط جديدة لأن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك، والتعاقد بواسطة الرسول لا يجعل الرسول نائبا عن المرسل وإنما فقط نقل، بينما نائب يعبر عن إرادته هو لينتج تصرفا قانونيا ترجع آثاره على الأصيل.

وفيما يخص حكم تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني الجزائري المشرع الجزائري لم يجوز ذلك لما فيه من إضرار بمصلحة الموكل ولما فيه من تغرير به ولكن قد توجد استثناءات تسمح له التعاقد مع نفسه كما ذكر سابقا.

فلاحظت أن المشرع الجزائري نهج منهج الفقه الإسلامي في هذه المسألة ولاسيما الفقه المالكي بالأخص بحيث لم يجوز تعاقد الشخص مع نفسه إلا إذا ظهر من النائب ما يحمي مصالح الموكل بشكل أهم.

ومن الاقتراحات التي أوصي بها في هذه الدراسة هو إعادة النظر في النصوص المتعلقة بالنيابة في التعاقد وتعديلها بما يخدم مصالح المجتمع الجزائري، والمعاملات المدنية الموجودة بين المتعاقدين لاسيما فيما يخص التعاقد الكتروني كما نوصي بإعادة النظر فيما يخص القوامة والوصاية ضمن قانون الأسرة الجزائري وتحديد أحكامها بشكل أوسع كما شرحها الفقه الإسلامي.

قائمة المصادر والمراجع:

- ابن رشد القرطبي. (د ت). *بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2*. (تح علي الصبيح)
- ابن عابدين. (1992). *الدر المختار وحاشية ابن عابدين، ج5*. بيروت: دار الفكر.
- ابن فارس. (د ت). *معجم مقاييس العرب 1399هـ – 1979، ج4*. (ح عبد السلام هارون)
- ابن منظور. (د.ت). *لسان العرب، ج1*. بيروت: دار صادر.
- أبو اسحاق الشيرازي. (د ت). *المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2*. دار الكتب العلمية.
- أنور سلطان. (1969). *النظرية العامة للإلتزام*. القاهرة: دار الجامعة الجديدة.
- جمال مرسي بدر. (1968). *النيابة في التصرفات القانونية أحكامها وطبيعتها*. دار النهضة العربية.
- زهير عبد الكريم جعفر قبس، و كاظم تركي عي سنية. (2016). تأثير تقانة المعلومات. *مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة*(49)، 393.
- عبد الرزاق السنهوري. (1998). *مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 5-6*. بيروت: منشورات الحلبي.
- عبد الرزاق السنهوري. (د ت). *الوسيط في شرح القانون المدني، ج4*. دار إحياء الثرات.
- عبد الفتاح بيومي. (2002). *النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ج1*. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- علي سليمان. (2003). *النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري*. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
- علي فيلالي. (2013). *الإلتزامات النظرية العامة للعقد*. الجزائر: مطبعة الكاهنة، الدويرة.
- فواز صالح. (د ت). *الموسوعة القانونية العربية المتخصصة، ج5*.
- *قانون الإلتزامات والعقود المغربي ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل12 أوت 1913،الفصل 30.*
- *القانون المدني المصري/ رقم 131 .* (1948).
- *قانون رقم 05/18المؤرخ في 10مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 16ماي 2018.*
- لجنة فقهاء. *الموسوعة الفقهية الكويتية/ ج42*.
- محمد إبراهيم جلال. (2010). *النظرية العامة للإلتزام*. دار النهضة العربية.
- محمد أبو زهرة. (د ت). *الأحوال الشخصية*. القاهرة: دار الفكر العربي.
- محمد أمين الرومي. (2004). *التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت*. مصر: المطبوعات الجامعية.
- محمد جندي الصبري. (2012). *النيابة في التصرفات القانونية*. دار الثقافة.
- محمد رضا عبد الجبار العاني. (د ت). *الوكالة في الشريعة والقانون*. لبنان: دار الكتب العلمية.
- محمد صبري السعدي. (د ت). *الواضح في شرح القانون المدني الجزائري*. الجزائر: دار الهدى.
- *الموسوعة الفقهية الكويتية، ج42*.
- *الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7*.
- ميادة محمد الحسن. (د ت). *القوامة في الأسرة بين التعليل والتقصيد*. جامعة الملك فيصل.