

كيفية التعاقد مع القاصر المميز في عقد الإشهار

How to contract with a minor in an advertising contract

أ/ بلخير هند

ط/د جيد محمد

كلية الحقوق

كلية الحقوق

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد (الجزائر)

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد (الجزائر)

b.belkhir.univoran2@gmail.com

mohammed.djeyed@cuniv-tindouf.dz

ملخص:

يعتبر قاصرا في القانون الوضعي الجزائري كل فرد لم يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة، كما أن القاصر نوعين القاصر المميز، وقاصر غير المميز، غير أننا نخص بالدراسة في هذا المقال النوع الأول، من حيث تبين الإطار المفاهيمي للعلاقة التعاقدية التي تربط القاصر المميز بمن يتعاقد معه في عقد الإشهار، والبحث في الجوانب القانونية المتحكمة في النيابة كطريقة في تعاقد القاصر المميز في عقد الإشهار. كلمات مفتاحية: القاصر؛ الولاية؛ الوصي؛ عقد الإشهار؛ النيابة.

Abstract:

A minor is considered in Algerian positive law to be any individual who has not reached the age of majority, which is nineteen years, and there are two types of minors: the discerning minor and the non-discerning minor. However, in this article, we will study the first type, in terms of clarifying the conceptual framework of the contractual relationship that links the discerning minor to the person with whom he contracts in the advertising contract, and researching the legal aspects controlling representation as a method in the discerning minor's contracting in the advertising contract.

Keywords: Minor; Guardianship; Guardian; Advertising Contract; Representative.

. مقدمة:

تشكل الأسرة اللبنة الأساسية في بناء المجتمع، لذلك نجد أن المشرع أحصها بالحماية في قانون الأسرة، بالأخص القاصر المميز باعتباره أحد أفراد الأسرة، وذلك حفاظا على حقوقه التي ترتبها بعض التصرفات كعقد الإشهار الذي يكون طرفا فيه. يعتبر قاصرا كل شخص ذكر أو أنثى بلغ سن التمييز وهي ثلاثة عشر سنة كاملة بحسب المادة 42 من القانون المدني الجزائري، وتكون إرادته خالية من العيوب التي قد تشوبها، ففي هذه الحالة يكون للقاصر المميز الحق في التصرف في ماله عن طريق الوصي الذي يحدده القانون أو يختاره الأب أو أقامه القاضي، أما عن نطاق تصرف الولي و الوصي في مال القاصر المميز فهي مرسومة في قانون الولاية على المال، و في قواعد الشريعة الإسلامية، تطبق علي عديمي الأهلية أو ناقصيها، قواعد الأهلية التي تجيز تصرفات الولي أو الوصي، و في حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء.

يمثل القاصر عن طريق ممثله القانوني، والقاصر في هذه الحالة يقصد بها القاصر غير مميز والقاصر المميز، وذلك بنص المادة 210 من قانون الأسرة التي أجازت للموهور له أن يحوز الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه، يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا.

ينوب عن القاصر المميز في العقود التي منها عقد الإشهار هو النائب والنيابة إما أن تكون قانونية أو عن طريق القضاء، وهي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل والتصرف باسم الأصيل وحسابه، وعلى هذا الأساس تم تحديد عنوان المقال بكيفية التعاقد مع القاصر المميز في عقد الإشهار.

على هذا الأساس تكون الإشكالية كما يلي: إلى أي مدى يمكن التعاقد مع القاصر في عقد الإشهار؟

تهدف هذه الدراسة إلى المساهمة في دراسة الأحكام المتعلقة بحماية القاصر المميز في القانون الجزائري.

بالنسبة للمنهج، اتبعنا في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي، حيث قسمنا الموضوع في هذا المقال إلى مبحثين: **المبحث**

الأول: الإطار المفاهيمي للعلاقة التعاقدية للقاصر المميز في عقد الإشهار، وفي المبحث الثاني: تعاقد القاصر المميز عن طريق النيابة في عقد الإشهار.

المبحث الأول: تعريف القاصر والوصاية والولاية

يعتبر القاصر ذلك الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد، وفي هذا المبحث سنتعرض لمفهوم القاصر والوصاية والولاية عليه، حيث سنتناوله في مطلبين المطلب الأول تعريف القاصر وولاية والوصي على أن نتناول في المطلب الثاني تعريف الوصاية والولاية.

المطلب الأول: تعريف القاصر وولاية الوصي.

إن القاصر هو شخص طبيعي لم يصل سن الرشد، أما الوصي فهو من يتولى أمور القاصر المميز القانونية أو القضائية، أي جميع التصرفات القانونية، لذا أوجد المشرع الجزائري، ما يعرف بالوصاية والولاية على القاصر، وفي هذا المطلب سنقوم بتعريف القاصر وكذا بيان ولاية الولي.

الفرع الأول: تعريف القاصر

إن القاصر هو فرد من هذا الجنس أو ذاك الذي لم يبلغ بعد سن الثامنة عشرة كاملة¹، ولا خلاف بين فقهاء القانون المدني والشريعة الإسلامية في أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل فعقل القاصر تثبت به أهلية أداء قاصرة، والعقل الكامل تثبت به أهلية أداء كاملة، والأول عقل الصبي المميز الذي يدرك الخير والشر، ويعرف ما فيه النفع والضرر من الالتزامات والتصرفات، والثاني من بلغ رشده ووصل عقله إلى كامله.

أما الطفل - منذ ولادته إلى أن يبلغ سن التمييز - فلا تثبت له أهلية أداء كاملة ولا قاصرة أي ناقصة لأن الوعي مفقود فيه، فيظل الطفل من هذه المرحلة الزمنية من عمره فاقدا أهلية الأداء، لأن أهلية الأداء إنما تؤهله لتصرفات شرعية وقانونية تعتمد التعقل، والطفل لا يعي هذه التصرفات أصلا من بداية هذه المرحلة، ولا يفهمها فهما كافيا في أواخرها.²

وسن الرشد في القانون المدني الجزائري هي تسعة عشر، أما عن سن التمييز فهي تقدر بثلاث عشرة سنة، وكل من لم يبلغ ثلاث عشر سنة يعتبر فاقدا للتمييز معدوم الأهلية (م 42 فقرة 2)، حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة، فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أي عقد، وليس هذا مقصورا على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة، بل يمتد أيضا إلى عقود الاغتناء، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز، فلا تكون لإرادته أثر.

تثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه³، يعتبر القاصر مميزا من تاريخ بلوغه سن التمييز، أي من سن السابعة حتى بلوغ سن الرشد⁴، ويعتبر الصغير مميزا إذا كان يفهم ماهية التصرفات كالبيع والشراء ويدرك أن الأول سالب للملكية، وأن الثاني مكسب لها.⁵ لا يجوز للصبي غير المميز ولا للمجنون ولا للمعتوه إبرام أي عقد من العقود، وإلا كان العقد باطلا ويتولى الوالي أو الوصي أو القيم إبرام العقود عن القاصر أو المحجور عليهم لمجنون أو عته أو غفلة أو سفه.⁶

إن الأهلية ليست ركنا في الالتزام وإنما هي شرط صحة التراضي، وسلامة الإرادة من العيوب التي قد تشوبها.

الفرع الثاني: ولاية الوصي

تكون ولاية الوصي لمن اختاره الأب أو أقامه القاضي، فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيصوب إذن المحكمة في القبول أو الرفض، ويباشر أهلية الإدارة ولكن لا بد من إذن المحكمة في إجار عقار القاصر والمدة أكثر من سنة في المباني، وفي إجار الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصي نائباً عنه وفي استثمار الأموال وتصنيفها واقتراض مال القاصر وإقراضه أو في الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ وفيها يصرف من تزوج القاصر أو في تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم قانون الولاية على المال، ويباشر أهلية التصرف بإذن من المحكمة وذلك بالنسبة لجميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة، وأيضا التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدى ما يدخل في أعمال الإدارة، التنازل عن التأمينات وإضعافها (المادة 39 من القانون الولاية على المال). أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصي أن يباشرها إلا بإذن المحكمة وإلا هذا تشير المادة 38 من قانون التبر بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة.⁷

ولي الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح وبهذا تقضي المادة 1 من قانون الولاية على المال إذ تنص على أن (للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد أختار وصيا للولاية على مال القاصر، وعليه القيام بها، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة). فإذا لم يكن للصغير ولي، ولم يعين الأب وصيا مختارا تعين المحكمة وصيا، وهذا ما تقضي به المادة 29 من قانون الولاية على المال، إذ تنص على أنه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكين وصي مختار تعين المحكمة وصيا).

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولي والوصي في مال القاصر فمرسومة في قانون الولاية على المال وفي قواعد الشريعة الإسلامية، التي تعتبر التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون ولا تتعرض مع شرع الله.

وللولي أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء، مع وجوب الحصول على إذن المحكمة إذا كانت الهبة أو الوصية محملة بالتزامات معينة (م 12 من قانون الولاية على المال) كما يباشر أهلية الإدارة وأهلية التصرف حتى بالغبن اليسير، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز، أما أهلية

التبرع فلا يستطيع الولي أن يباشرها، إلا أن يكون التبرع لأداء واجب انساني أو عائلي وأذنت به المحكمة التي يجوز لها أن تحد من ولايته أو أن تسلبه إياها، إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرفه أو لأي سبب آخر.

المطلب الثاني: تعريف الوصاية والولاية

بعد التطرق إلى تعريف القاصر وتوضيح ولاية الوصي، وجب التعريف بالوصاية التي تعتبر حماية أقرها القانون لحماية القاصر المميز قبل بلوغه سن الرشد وهي 19 سنة كاملة في القانون المدني الجزائري، كما ستطرق إلى الولاية أيضا والتي تكون من أحد الوالدين على ابنهما، وتعتبر كل من الوصاية والولاية إجراء قانونيا يسمح بمباشرة التصرفات القانونية والتعبير عن إرادة القاصر من طرف المسؤول المباشر عليه، حماية لحقوقه، وهو ما سيتم تناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الوصاية

إن الوصاية كحماية واجبة للولد هي عبء عام وهي واجبة على العائلات وعلى المجتمع العام وسن الرشد في القانون المدني الفرنسي: فقد حدد ها بثمانية عشرة سنة كاملة، وفي هذه السن يكون كل شخص أهلا لممارسة الحقوق التي يتمتع بها⁸.
أما الوصي في القانون المدني الفرنسي فإن الحق الفردي في اختيار الوصي، سواء كان من أقارب القاصر أم لا، لا يعود إلا لمن لا يزال على قيد الحياة من الوالدين إذا كان يوم وفاته محتفظا بممارسة السلطة الأبوية.⁹
وبعين الوصي لمدة الوصاية¹⁰.

ان الوصاية تكليف شخصي، ولا تنتقل إلى ورثة الوصي¹¹.

ويمثل الوصي القاصر في الحدود التي يحددها القانون أو القضاء في وصيته، باستثناء الحالات التي يسمح فيها القانون للقاصر القيام بها بنفسه.¹²

أما الإذن للقاصر في القانون المدني الفرنسي:

فيعتبر القاصر مأذونا له بحكم القانون بسبب الزواج.¹³

ويمكن أن يصبح القاصر مأذونا له ولو لم يكن متزوجا عندما يبلغ سن السادسة عشرة كاملة.¹⁴

فان القاصر المأذون له أهل - كالراشد - للقيام بكل أعمال الحياة اليومية.¹⁵

ولا يعود القاصر المأذون له تحت سلطة أبيه أو أمه، إن هذين غير مسؤولين بحكم القانون بصفتهما فقط أبا أو أما، عن الضرر الذي يمكن أن يسببه للغير بعد الإذن له¹⁶.

ولا يمكن للقاصر المأذون له أن يكون تاجرا¹⁷.

الفرع الثاني: تعريف الولاية وانتهاء مهام الوصي.

يكون الأب وليا على أولاده القصر، بعد وفاته تحل الأم محلها قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محلها في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد¹⁸.

أما الوصاية في قانون الأسرة الجزائري فانه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم.

و"يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط".¹⁹

ويجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتبنيها أو رفضها.²⁰

أما سلطات الوصي فهي نفس سلطات الولي في التصرف وفقا للقانون الجزائري.²¹

وتنتهي فترة الوصي في قانون الأسرة الجزائري ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، أو بموت القاصر أو بزول أهلية الوصي أو موته.²²

وعلى الوصي الذي انتهت وصيته أن يسلم الأموال التي كانت في حوزته للقا صر ويقدم بها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه طبقا لإحكام قانون الأسرة الجزائري.²³

أما عن تصرفات الأولياء والأوصياء والقوام: فالتصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام، تكون صحيحة من الحدود التي رسمها القانون.²⁴

يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي يجب حمايته.²⁵

مما يحظر على القاصرين في قانون الإشهار الموريتاني بأنه لا يجوز أن تحتوي الرسالة الإشهارية مضامين يمكن أن تلحق الضرر المعنوي أو البدني بالقاصرين.²⁶

ولا يمكن ان يكونوا ممثلين رئيسيين في الإشهار إلا إذا وجدت صلة مباشرة بينهم وبين الخدمة أو المنتج محل الإشهار.²⁷ إما دعوى القاصر أمام القضاء المدني فلا يمكن له أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا أمام القضاء لمباشرة حقوقه المدنية دون إدخال وليه في الدعوى.²⁸

يتقدم الوصي لوحده بالدعوى في القانون المدني الفرنسي من أجل المطالبة بالحقوق المالية للشخص المحمي.²⁹

المبحث الثاني: تعاقد القاصر المميز عن طريق النيابة في عقد الاشهار.

نتناول في هذا المبحث مطلبين، المطلب الأول حلول إرادة النائب محل إرادة القاصر المميز على أن نتناول في المطلب الثاني أنواع النيابة عن القاصر المميز في عقد الاشهار وآثارها.

المطلب الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة القاصر المميز في عقد الاشهار

وهي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لإرادة الأصيل، أما تعبير النائب عن الإرادة لا ينتج أثره إلا بعد علم من وجه إليه، لذا سنعالج في هذا المطلب، صور حلول إرادة النائب أي الوصي محل إرادة القاصر، ليعبر عنه ويباشر التصرفات القانونية نيابة عن القاصر، ثم أثر تعبير النائب عن إرادته مكان القاصر وما يترتب عن ذلك من آثار سيتم توضيحها.

الفرع الأول: صور حلول إرادة النائب أي الوصي محل إرادة القاصر

التعبير الصادر من النائب أي الوصي يمثل إرادة القاصر، سواء كان صريحا أو ضمنيا، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة وينتج أثره من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ولا يسقط بموت النائب أو فقدته لأهليته. والنيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة صادرة منه هو.

وهي إما قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا نطاقها، وإما اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها، ويتحقق هذا في عقد الوكالة.³⁰

والتعبير عنها يكون صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذته - كلاما أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهرا موضوعيا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس.³¹

أما النيابة فهي قيام شخص يوصف بالنائب بالحل محل شخص يوصف بالأصيل، لإبرام عقد باسم هذا الأخير وحسابه، والنيابة قد تنشأ عن طريق العقد وأبرز تطبيقاتها هو عقد الوكالة، كما تنشأ النيابة مباشرة عن نص القانون مثل ولاية الولي على ناقص الأهلية أو نيابة الوصي أو القيم³².

وتعبير عن الإرادة الصريح قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة، والتعبير الضمني عن الإرادة يكون ضمنيا إذا كان المظهر الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة.³³

أما الإرادة الظاهرة فهي الإرادة التي تنتج أثرا في الإرادة في مظهرها الاجتماعي، لا من مكنها وهي تنتج في الضمير ولا تأخذ الإرادة مظهرها اجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها، فالعبرة بهذا الإفصاح، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه، دون الحاجة إلى تحسيس ما تنطوي عليه النفس من نيات، فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في عالم النفس فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي، وجب أن تتجسم في المظهر المادي لها، وهو ما يستطيع إدراكه. وفي هذا استقرار للتعامل، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوي على نية أخرى غير التي ستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية.

الفرع الثاني: أثر تعبير النائب عن إرادته

أثر التعبير عن الإرادة - التعبير عن الإرادة - سواء كان صريحا أو ضمنيا، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه،³⁴ كما ينص القانون المدني الجزائري في المادة 61 (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقيم الدليل على عكس ذلك)³⁵. أمّا عن أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة، إن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه، وهذا الوجود يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته،³⁶ وهذا ما ينص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 62 ((إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)).³⁷

وقد يصدر التعبير عن الإرادة لا من شخص صاحب المصلحة في التصرف القانوني إنما من نائب عنه يتولى إبرام التصرف القانوني لحساب الأصيل، وينتج هذا التصرف القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأخير، وفي النيابة تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، فالتصرف القانوني وإن كان ينتج أثره المباشر في حق الأصيل إلا أنه يبرم مع ذلك بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل، ولذلك يختلف عن الرسول حيث يعتبر الأخير ناقلا فقط لإرادة الأصيل إلى الغير، يتكلم بلسانه ويعبر عن إرادة مرسله،³⁸ و النيابة في التعاقد هي وسيلة لا غنى عنها في تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع، فكثيرا ما يحدث أن يكون صاحب المصلحة في تصرف معين موجودا في مكان يبعد كثيرا عن مكان إبرام هذا التصرف، فإذا اشترطنا وجود الشخص بنفسه لانعقاد العقد لأدى ذلك إلى إرهاقه وتعطيل أعماله وربما إلى عزوفه عن إبرام التصرف، ولذلك يكون من الأسهل والأوفق أن يسمح القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل شخصا آخر محل محله في إبرام هذا العقد.

وفي حالات أخرى يكون صاحب المصلحة شخصا عديم أو ناقص التمييز بسبب السن أو الجنون أو العته أو الغفلة، ومثل هذا الشخص لا يكون أهلا للتصرف في حقوقه، ولذلك لا بد من تعيين نائب له محل محله في إدارة شؤونه.

والنيابة في التعاقد تنقسم من حيث مصدر تعيين شخص النائب إلى نيابة قانونية ونيابة قضائية ونيابة اتفاقية، ومثال الأولى نيابة الولي، ومثال النيابة القضائية نيابة الوصي والقيم وسنديك التفليسة والحارس القضائي، أم النيابة الاتفاقية فإن صورتها الوحيدة هي الوكالة.³⁹

المطلب الثاني: أنواع النيابة التعاقدية للقاصر المميز في عقد الاشهار وآثارها

إن أنواع النيابة للتعاقد عن القاصر المميز في عقد الإشهار إما نيابة قضائية، أو اتفاقية، يقره القضاء، أو قانونية ينص عليها القانون، وعلى النائب أن يلتزم في إبرامه للتصرف حدود نيابته، أما شروط النيابة في التعاقد للقاصر المميز في عقد الإشهار تنصرف هي وآثارها وحقوقها والتزاماتها إلى الأصيل مباشرة.

الفرع الأول: أنواع النيابة التعاقدية للقاصر المميز في عقد الاشهار

قد تكون النيابة للقاصر المميز في عقد الاشهار نيابة قضائية وهي التي يقرها القضاء، طبقا للقانون لتعيين الحارس القضائي أو الوصي أو القيم أو وكيل التفليسة أو تعيين القاضي العقاري وكيلا، أو نيابة قانونية وتستند على القانون الذي ينظم حالاتها كما في الولاية الجبرية على القاصرين، ولا أثر في ذلك لإرادة النائب عنه، ويتحدد مدى هذه النيابة بالأحكام الواردة في القانون الذي تناول تنظيم موضوعها.

نيابة اتفاقية وتستند إلى اتفاق حاصل بين الأصيل والنائب، ويطلق عليها اسم الوكالة ويتحدد مداها بقدر الصلاحية التي منحها الأول إلى الثاني في سند التوكيل⁴⁰.

والنيابة في التعاقد قد تنشأ عن طريق العقد وأبرز تطبيقاتها هو عقد الوكالة، كما قد تنشأ مباشرة عن نص القانون، مثل ولاية الولي على ناقص الأهلية أو نيابة الوصي أو القيم⁴¹.
أما النيابة التشريعية في قانون الأسرة الجزائري: "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"⁴².

"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"⁴³.

الفرع الثاني: شروط النيابة التعاقدية للقاصر المميز في عقد الإشهار والإخلال بها

يجب أن تتوافر فيه شروط وهي حلول إرادة النائب الأصيل في إبرام التصرف القانوني، وإجراء النائب للتصرف باسم الأصيل ولحسابه، والتزام النائب في إبرامه للتصرف في حدود نيابته.

أولاً: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

لكي تتحقق النيابة يجب أن تحل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني فالنائب هو الذي يبرم التصرف لا الأصيل، وهو في إبرامه للتصرف إنما يعبر عن إرادته هو لا إرادة الأصيل فهو ليس رسولاً ناقلاً للإرادة الأصيل فالأخير يقتصر دوره على التعبير عن إرادة الأصيل، ولذلك فالعبرة في العقد الذي تم عن طريق رسول هو بإرادة المرسل وحده دون إرادة الرسول، فيصح أن يكون الأخير غير كامل الإرادة طالما اقتصر دوره على نقل إرادة المرسل ولهذا ينظر في عيوب الإرادة إلى المرسل دون إرادة الرسول.

أما في التعاقد بطريق النيابة وطالما كان النائب يعبر عن إرادته هو فالعبرة هي بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل من حيث النظر في عيوب الإرادة وبناء على ذلك إذا أبرم النائب العقد تحت تأثير غلط وقع فيه أو إكراه أو تدليس وقعا عليه كان العقد قابلاً للإبطال، ولو كانت إرادة الأصيل غير مشوبة بأي عيب، فالعقد إنما ينعقد بإرادة النائب وحده، وكذلك يصبح العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد مع النائب إذا وقع هذا المتعاقد في غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه وقع عليه من النائب والنائب ولو أنه يبرم التصرف القانوني معبرا فيه عن إرادته هو لا إرادة الأصيل، إلا أن أثر هذا التصرف لا يترتب في ذمته هو، إنما يترتب هذا الأثر في ذمة الأصيل مباشرة ولذلك لا يشترط في النائب أن يكون أهلاً للتصرف فيصبح أن ينوب قاصر أو سفیه محجور عليه في بيع منزل لشخص للوافر فيه أهلية التصرف

بشرط أن يكون النائب مميزا حتى يكون أهلا لصدور إرادة مستقلة عنه وذلك مالم تكن النيابة قانونية حيث يشترط القانون في النائب أن يكون أهلا أهلية كاملة أما أهلية التعاقد (أو أهلية الأداء) فينظر فيها إلى شخص الأصيل فهو الذي ستنصرف إليه آثار العقد.

وبناء على ذلك إذا كان الأصيل ناقص الأهلية في وقت صدور العقد الذي يبرمه الوكيل نيابة عنه، كان هذا العقد قابلا للإبطال لمصلحة هذا الأصيل والعبرة في توافر الأهلية في الأصيل إنما يكون في وقت مباشرة الوكيل للعقد فإذا كان الأصيل غير أهلا لهذا التعاقد وقت صدور التوكيل ثم أصبح أهلا له وقت مباشرة الوكيل للعقد، اعتبر هذا العقد صحيحا، ويكون عكس ذلك إذا كان الأصيل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة الوكيل للعقد.

أما في النيابة القانونية - كنيابة الولي والوصي فإن القانون هو الذي يخلق هذا النائب هذه الصفة ولهذا يجوز أن يكون الأصيل في تلك النيابة ناقص الأهلية أو عديمها، فالمقصود هنا من النيابة هو تلاقي الآثار المترتبة على انعدام الأهلية أو نقصها، ويعتد القانون إذن بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل ولكن إذا تصرف النائب وفقا لتعليمات محددة صادرة له من الأصيل عندئذ يجب النظر إلى إرادة الأخير حيث يعتد بإرادته في خصوص هذه التعليمات فإذا وكل شخص آخر في شراء سيارة معينة وكان الموكل عالما بوجود عيب في السيارة والوكيل يجهل ذلك فإنه لا يجوز للموكل أن يرجع له البائع بدعوى العيوب الخفية، ذلك أنه إذا كان الأصل هو أن العقد ينعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل، إلا أن إرادة الأخير تكون محل اعتبار، فيما يختص بعلمه وفيما يصدره إلى النائب من تعليمات حيث النائب في خصوص هذه التوجيهات والتعليمات بمثابة الرسول المعبر عن إرادة المرسل.

وكذلك إذا كان القانون ينظر إلى حسن أو سوء نية المتعاقد في بعض الأحوال فإنه في التعاقد بالنيابة يجب أن ينظر إلى حسن أو سوء نية النائب لا الأصيل فإذا كان النائب سيء النية أو اشترى عقارا من بائع مسعر متواطئا معه فإن لدائن البائع الحق في الطعن في هذا البيع بالدعوى البولييسية حتى ولو كان الأصيل الذي انصرفت آثار العقد إليه حسن النية.

ثانيا: إجراء النائب للتصرف باسم الأصيل وحسابه

ولو أن النائب يعبر في التصرف القانوني عن إرادته هو لا إرادة الأصيل إلا أنه يبرم هذا التصرف باسم الأصيل وبصفته نائبا عنه، أي يجب أن تتوافر لدى النائب والمتعاقد معه نية اضافة آثار العقد إلى الأصيل مباشرة فالنائب يبرم العقد، إلا أن آثار هذا العقد تنصرف إلى الأصيل دون النائب معنى ذلك أن على النائب أن يعلن عن صفته صراحة لمن يتعاقد معه وقد تفهم هذه الصفة بطريقة ضمنية من بعض الظروف كالعامل في متجر بيع البضاعة الخاصة بصاحب المحل بصفته نائبا عنه بطبيعة الحال وكذلك الخادم عندما يتعاقد فإنه يفهم أنه يتعاقد عن سيده⁴⁴.

ثالثا: التزام النائب في إبرامه للتصرف حدود نيابته

إن النائب يعبر عن إرادته هو في إبرام التصرف القانوني غير أن آثار هذا التصرف لا تنصرف إلى الأصيل إلا إذا التزم النائب حدود نيابته المعنية بنص القانون أو الاتفاق، فإذا خرج عن حدود النيابة فإن التصرف لا ينتج أثره بالنسبة للأصيل فمن يوكل غيره في إبرام تصرف قانوني خاص بشراء عقار معين لا تنصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه نائبه إذا كان موضوع التصرف عقارا آخر لم يحدده الأصيل، وكذلك إذا باع الوصي عقارا للقاصر بغير إذن من المحكمة، فإن هذا البيع لا تنصرف آثاره إلى القاصر أي إلى الأصيل⁴⁵.

من شروط النيابة أن تحمل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وبالتالي فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، ولذلك يجب أن تكون إرادة النائب خالية من عيوب الإرادة، فالعبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل،⁴⁶ والتعبير عن الإرادة هو التجسيد الخارجي للموس للإرادة الحقيقية أو الإرادة الباطنة للمتعاقد، وهذا التجسيد هو ضرورة فعلية ومنطقية، إذ لا يتصور أن تلتقي إرادتان دون أن يتم الإفصاح عنهما خارجيا بمظاهر مادية ملموسة، والأصل أن يتطابق المظهر وهو التعبير عن الإرادة مع الجوهر وهو حقيقة ما اتجهت إليه الإرادة

فعلا.⁴⁷

والإرادة التي تصدر أولاً متضمنة عرض إبرام العقد على طرف آخر تسمى الإيجاب، والإرادة التي تصدر تالية لها متضمنة الموافقة على إبرام هذا العقد تسمى القبول، وبارتباط القبول بالإيجاب أو تلاقيهما وتوافقهما يتم العقد.⁴⁸

ولكن القانون يحمي القاصرين في عقد الأشهار كغيره من عقود العمل فقد أوجب العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح الأطفال والمراهقين، دون تمييز بسبب النسب أو غيره من الظروف، ومن الواجب حماية الأطفال والمراهقين من الاستغلال الاقتصادي والاجتماعي، وعلى الدول أيضاً أن تفرض حدوداً دنياً للسن يحظر القانون استخدام الصغار الذين لم يبلغوها في عمل مأجور ويعاقب عليه.⁴⁹

نصت المادة (2) من البند الثالث من اتفاقية السن الدنيا للاستخدام اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم (180 لسنة 1973) على أن "لا تكون السن الدنيا المفترضة لإنهاء السنة الدراسية الإلزامية، وفي جميع الأحوال على أن لا تقل عن الخامسة عشرة من العمر".⁵⁰ يجوز تشغيل الأحداث الذين بلغوا الخامسة عشرة من العمر في الأعمال النهارية عدى المهرقة والضارة منها.⁵¹ أمّا الأجر في أداء الخدمة: "يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عمالاً لم تجر العادة بالتبرع به أو عمالاً داخلاً في مهنة من أدائه".⁵²

النيابة بأجر: قد يكون الاتفاق على الأجر صراحة أو ضمناً.⁵³

الفرع الثاني: آثار إخلال النائب بالتزاماته في عقد الأشهار للقاصر المميز

إن العقد الذي يبرمه النائب إنما بإرادته ولكن ليس لحسابه وإنما لحساب الأصيل ولذلك فإن الأثر الجوهرى للنيابة في التعاقد هو انصراف آثار العقد الذي أبرمه النائب، بحقوقه والتزاماته إلى الأصيل مباشرة فلا تنصرف آثار العقد إلى النائب ثم ينقلها بعد ذلك إلى الأصيل ويترب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير الذي تعاقد معه بأي حق من حقوق العقد كما لا يستطيع هذا الغير أن يطالب النائب بأي من الالتزامات التي يقرضها العقد.⁵⁴

أما علاقة النائب بالأصيل فيحكمها المصدر الذي أنشأ النيابة، فإذا كانت النيابة اتفاقية فإن عقد الوكالة هو الذي يحدد حقوق والتزامات النائب نحو الأصيل، وإذا كانت النيابة قانونية، فإن القانون هو الذي يتولى هذا التحديد وفي العلاقة بين الأصيل والغير الذي تعاقد مع النائب فإن آثار العقد تتولد له من العقد مباشرة ويرجع بها على الأصيل، كما أن للأخير أن يكسب الحقوق التي ولدها له العقد مباشرة أيضاً دون وساطة من النائب، ويرجع بها مباشرة على الغير.⁵⁵

إن النائب إذا تجاوز حدود نيابته فإن العمل الذي قام به لا ينتج أي أثر بالنسبة للأصيل، وبالتالي يكون النائب مسئولاً عنه، أي أنه يتم الرجوع على النائب في هذه الحالة لا على الأصيل.⁵⁶

أمّا إبطال العقد لنقص الأهلية حيث لا يرد ناقص الأهلية إلا ما عاد عليه من منفقه (المادة 02/103 قانون مدني) ومن تعاقد مع ناقص الأهلية يقع عليه إثبات تحقق المنفعة من وراء ما تلقاه ناقص الأهلية إن آثار البطلان لا تقتصر على المتعاقدين فقط بل ترتب آثاراً للغير، أو بمعنى آخر الخلف الخاص للمتعاقدين، ومن ثم فإن من تقرر له حق على شيء كان محل عقد تم إبطاله، زال حقه عن هذا الشيء تطبيقاً للأثر الرجعي للبطلان.⁵⁷

يرتب البطلان آثاراً بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير: إن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، ليس له وجود منذ البداية، ولذلك لا أثر له، أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فإن صدور حكم بالبطلان يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، وهذا ما يسمى بالأثر الرجعي للبطلان⁵⁸، فإذا كل ذلك غير ممكن حكم القاضي بتعويض معادل، ونلاحظ أنه في العقود الزمنية لا يمكن إرجاع المتعاقدين إلى الحالة السابقة لأن ما مضى من الزمن لا يمكن إرجاعه، ولذلك لا مناص من الحكم بالتعويض.⁵⁹

خاتمة:

تختلف القوانين من دولة إلى أخرى في تحديد سن الرشد التي يحددها القانون المدني الجزائري في المادة (42) بثلاثة عشر سنة كاملة هذه المرحلة من الطفولة أعطيت عناية خاصة في كثير من الدول و المواثيق الأممية و الاتفاقيات الدولية و قوانين كل دولة على حدى و لكنها اعتنت في أكثر الأحيان بالحماية الجزائية ولم تعطي العناية الكافية لحماية الذمة المالية للقاصر المميز و خاصة في العقود التي يميزها القانون بشروط خاصة و التي منها عقد الإشهار للقاصر المميز الذي لا يمكن التعرض له إلا بمعرفة مفهوم القاصر و الوصاية و الولاية، ففقد الإشهار للقاصر المميز لا يمكن أن يكون إلا عن طريق النيابة القانونية أو القضائية.

التوصيات:

- ✓ إثراء هذا الموضوع أي عقد الإشهار الذي يكون القاصر المميز طرفا فيه، بدراسات قانونية تواكب تطور الإشهار المتنامي من حيث السرعة ومن حيث وسائل العرض.
- ✓ يجب إيجاد مبادئ قانونية ثابتة في كل التشريعات خاصة بحماية الطفل القاصر المميز في كل عقود العمل وخاصة في عقد الإشهار.
- ✓ يجب الفصل في الأداء الإشهاري بين الشخص البالغ سن الرشد والقاصر المميز في عقد الإشهار.
- ✓ يجب تحديد مضامين ومواضيع ووسائل عرض عقد الإشهار للقاصر المميز بالقانون وإيجاد وسيلة لمراقبة ذلك.

الهوامش:

- 1 المادة 388 من القانون المدني الفرنسي بالعربية طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة بالعربية، أعدت الطبعة العربية بمبادرة فايز الحاج شاهين 2012 للطبعة العربية دالوز، جامعة القديس يوسف، بيروت، لبنان، ص 517.
- 2 محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 3 عبد الرزاق أحمد السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، 2004، م، ص 225.
- 4 موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، منشورات المجلس الحقوقي، بيروت، لبنان، 2007، ص 317.
- 5 هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 2015.
- 6 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية والاجتهادات القضائية العربية والفرنسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص 239.
- 7 عبد الرزاق أحمد السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 227.
- 8 المرجع نفسه، ص 555.
- 9 المادة 403 من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007 الصادر بتاريخ 5 مارس 2007 [بدء النفاذ في 1 يناير 2009].
- 10 المادة 406، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 11 المادة 407، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 12 المادة 408، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 13 المادة 413-1، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 14 المادة 413-2، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 15 المادة 413-6 الفقرة الأولى، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 16 المادة 413-7 الفقرة الأولى، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 17 المادة 413-8 الفقرة الأولى، من القانون المدني الفرنسي رقم 308-2007، المصدر نفسه.
- 18 المادة 87 من الأمر رقم 02-05، المتضمن تعديل قانون الأسرة، المؤرخ في 9 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 5، مؤرخة في 27 فيفري 2005.

- 19 المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري، المصدر نفسه.
- 20 المادة 94 من قانون الأسرة الجزائري، المصدر نفسه.
- 21 المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري، المصدر نفسه.
- 22 المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري، المصدر نفسه.
- 23 المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري، المصدر نفسه.
- 24 المادة 118 من القانون رقم 131 المؤرخ في 16 جويلية 1948 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري.
- 25 المادة 16 من القانون المدني المصري، المصدر نفسه.
- 26 المادة 56 من القانون رقم 2018-17 المؤرخ في 13 مارس 2018، يتعلق بالإشهار، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، عدد 1410، السنة 60، الصادرة في 15 أبريل 2018.
- 27 المادة 57 من قانون الإشهار الموريتاني، المصدر نفسه.
- 28 حمدي باشا عمر، القضاء المدني، الطبعة 4، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 25.
- 29 المادة 504 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي، البروفيسور فايز الحاج شاهين، المرجع السابق ص 603.
- 30 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 158.
- 31 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 146.
- 32 زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة: مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، الطبعة 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 67.
- 33 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 150.
- 34 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 152.
- 35 القانون رقم 07.05، يتضمن تعديل القانون المدني الجزائري رقم 75-58، مؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية عدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.
- 36 عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 145.
- 37 القانون رقم 07.05، المصدر السابق.
- 38 رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 49.
- 39 السيد محمد السيد عمران، المرجع نفسه، ص 205.
- 40 المرجع نفسه ص 333.
- 41 زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 67.
- 42 المادة 81 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 جوان سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 24، الصادرة في 12 جوان 1984.
- 43 المادة 83، المصدر نفسه.
- 44 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 53.
- 45 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 58.
- 46 سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت "دراسة مقارنة" دار الكتب القانونية المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص 96.
- 47 المرجع نفسه ص 101.
- 48 المرجع نفسه ص 125.
- 49 سهيل حسين لقناوي، موسوعة المنظمات الدولية 4، الأمم المتحدة الجزء الثالث (الإنجازات والإخفاقات)، الطبعة 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 43.
- 50 جعفر عبد الأمير علي الياسين، الحماية القانونية الدولية للطفل "دراسة إحصائية قانونية اجتماعية" الطبعة 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2015، ص 90.
- 51 المرجع نفسه، ص 92.

- 52 المادة 681 من القانون رقم 131 المتعلق بإصدار القانون المدني المصري، المصدر السابق.
- 53 إبراهيم سيد أحمد، عقد الوديعة "فقها وقضاء" دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005، ص 61.
- 54 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 62.
- 55 رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 64.
- 56 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 96.
- 57 المرجع نفسه ص 122.
- 58 المرجع نفسه، ص 117.
- 59 المرجع نفسه، ص 118.