

# التعاقد مع النفس بين النظرية والتطبيق

(مفهوم وحكم التعاقد مع النفس وتطبيقاته المعاصرة)

CONTRAT AVEC SOI-MÊME ENTRE  
THÉORIE ET PRATIQUE

دراسة مقارنة

Étude comparative

كلية الحقوق  
دكتور  
محمد السيد فارس

مدرس القانون المدني  
كلية الحقوق - جامعة القاهرة  
جامعة القاهرة

دكتوراه في القانون الخاص من جامعة مونبيليه (1) بفرنسا



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

"قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ"

سورة البقرة، آية رقم (32)

"وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

سورة طه، آية رقم (114)

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"من سلك طريقا يلتمس فيه علما، سهّل الله له به طريقا إلى الجنة، وإن  
الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا بما يصنع، وإن العالم ليستغفر له  
من في السماوات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء، وفضل العالم على  
العابد كفضل القمر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء لم يورثوا  
دينارا، ولا درهما إنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر"

رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وصححه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعا.

وعن أبي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "فضل  
العالم علي العابد كفضل علي أدناكم، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم  
سلم: إن ملائكته وأهل السماوات والأرض حتى النملة في جحرها وحتى الحوت  
ليصلون علي معلمي الناس الخير"

رواه الترمذي وقال: حديث حسن.

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: "إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من الناس، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق عالماً اتخذ الناس رؤوساً جهالاً فسئلوا فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا"

متفق عليه

عن ابن عباس رضي الله عنهما: "قيل يا رسول الله من نجالس، أو قال: أي جلسائنا خير؟ قال: من ذكركم الله رؤيته، وزاد في علمكم منطقته، وذكركم الآخرة عملاً"، وعن ابن عيينة: "قيل لعيسى عليه السلام: يا روح الله من نجالس؟ فقال: من يزيد في علمكم منطقته، ويذكركم الله رؤيته، ويرغبكم في الآخرة عمله"، رواهما العسكري. وروى الطبراني في الكبير عن أبي أمامة، قال: قال - رسول الله صلى الله عليه وسلم - : "إن لقمان قال لابنه: يا بني عليك بمجالسة العلماء، واسمع كلام الحكماء، فإن الله ليحيي القلب الميت بنور الحكمة، كما يحيي الأرض الميتة بوابل المطر"، قال المنذري: سنده حسن. وعند الطبراني، والعسكري عن أبي جحيفة رفعه: "جالسوا العلماء، وسألوا الكبراء، وخالطوا الحكماء".

# كلية الحقوق جامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمة

### Introduction

#### تعريف العقد (التعاقد):

#### Définition du contrat:

1- يقول الله عز وجل في مُحكم التنزيل: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(1)</sup>، فما لبث أن صدق مشرعو القوانين الوضعية أمر الشارع الحكيم، وتضمنت جُل . إن لم يكن كل . التشريعات المعاصرة في مختلف دول العالم أجمع هذه القاعدة الإلهية الجامعة بعد صياغتها بما يتناسب وظروف العصر، فتضمنت . على سبيل المثال . الفقرة الأولى من المادة 148 من القانون المدني ما نصه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"<sup>(2)</sup>. وسرعان ما عكف فقهاء القانون . من كل صوبٍ وفج . على الأخذ بما

(1) سورة المائدة، الآية رقم 1، وقد اختلف أهل العلم والتأويل في معنى كلمة "العقود" التي أمر الله جلّ شأنه بالوفاء بها في هذه الآية الكريمة بعد إجماعهم على أن معناها ينصرف إلى "العهود"، فقال أبو جعفر: «و"العقود" جمع "عقد"، وأصل "العقد"، عقد الشيء بغيره، وهو وصله به، كما يعقد الحبل بالحبل، إذا وصل به شدا. يُقال منه: "عقد فلان بينه وبين فلان عقداً، فهو يعقده"، وقال في موضع آخر: «حدثني المثنى قال: حدثنا أبو حذيفة قال: حدثنا شبل، عن ابن أبي نجیح، عن مجاهد: "أوفوا بالعقود"، ما عقد الله على العباد مما أحل لهم وحرّم عليهم. وقال آخرون: بل هي العقود التي يتعاقد بها الناس بينهم، ويعقدها المرء على نفسه. (...)، قال الزجاج: "أوفوا بالعقود" خاطب الله المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدين. والعقيد: الحليف» (أنظر جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، حَقَّقَهُ وأخرج أحاديثه: محمود محمد شاكر، ج 9، دار المعارف المصرية، 1423هـ / 2003، ص 452-453 & راجع أيضاً: تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي المعروف بابن كثير، تحقيق سامي بن محمد السلامة، دار طيبة للطباعة والنشر، 1422هـ / 2002م، ج 10، ص 7-8).

(2) ويقابلها - على سبيل المثال لا الحصر - المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، والمادة 107 من التقنين المدني الجزائري، والمادة 231 من قانون الالتزامات المدنية المغربي، والمادة 87 من القانون المدني الأردني، والمادة 113 من القانون المدني السوداني.

أوجبه الأحكام الإلهية من إلزامية العقود والوفاء بما توجب به من التزامات، واستنبطوا منها الأحكام والمبادئ القانونية التي تحكم تكوين هذه العقود والآثار التي تترتب عليها والتي يأتي في مقدمتها مبدأ: "العقد شريعة المتعاقدين"، و"تسببية أثر العقود"، و"سلطان الإرادة"<sup>(1)</sup>.

2- والعقد *Contrat* والتعاقد مترادفان لمعنى واحد في اللغة العربية، فالتعاقد من مشتقات كلمة "عقد"، والعقد يُعرّف لغةً بأنه: «الجمع بين أطراف الشيء وتقويتها، يُقال: عقد طرفي الحبل إذا وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكها فأحكم وصلها. ويُطلق على الضمان والعهد، يُقال: عاقده على كذا إذا عاهدته عليه. ويدل على الوجوب، يقال: عقد البيع إذا أوجبه، وجميع هذه المعاني تدور حول معنى الربط والشد»<sup>(2)</sup>.

(1) يُقصد بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يستطيع أحد أطراف العقد - بحسب الأصل - أن ينقضه أو يعدل في أحكامه، ما لم يسمح له العقد نفسه بذلك أو يسمح له به القانون، كما لا يملك أن يصرف آثاره إلى غيره، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه من أحكام، وهو ما تضمنته الفقرة الأولى من نص المادة 147 من القانون المدني المصري بقولها: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون»، ويُقصد بمبدأ نسبية أثر العقود انصراف آثار العقد فقط إلى طرفيه وعدم انصرافها إلى الغير إلا في حالات معينة وضمن حدود محددة من جهة، ومن جهة ثانية عدم إمكانية إلزام الأطراف المتعاقدة إلا بما تضمنه العقد أو تفرضه طبيعة المعاملة، أما مبدأ سلطان الإرادة فيعني أن الإرادة هي أساس العقد وهي قادرة وحدها على إحداث الآثار القانونية، راجع لشرح أوفى حول هذه المبادئ على سبيل المثال: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص 508 وما يليها & اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة 1968، فقرة 29 وما يليها، وفقرة 87 وما بعدها & جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية 1995، ص 56 وما بعدها & عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1968، ص 59 وما بعدها.

(2) المُفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن مُحَمَّد، المشهور بالزَّاعب الأصفهاني، تحقيق مُحَمَّد سيد الكيلاني، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، 1985، ص 510 & وقد اتفق أئمة اللغة على أن إطلاق لفظ العقد له معنيين: «العقد هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمى اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمانة لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو

أما عن التعريف الاصطلاحي للعقد أو التعاقد لدى فقهاء القانون فهو يتمثل عندهم في: *توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها* (1).

وقد كان يُميّز بعض شراح القانون بين مصطلح الاتفاق *Convention* من جانب، والعقد *Contrat* من جانبٍ آخر، فالاتفاق عندهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، وأما العقد فهو أخص من الاتفاق عند هؤلاء فهو يقتصر على إنشاء التزام أو نقله فقط (2)، وهذه التفرقة كان لها جذور تاريخية نقلها القانون المدني الفرنسي عن بعض شراح القانون القدامى وتضمنتها نصوص القانون المدني الفرنسي القديم، ولكن هذه التفرقة قد فقدت

عقد وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك»، راجع في هذا الشأن: أحكام القرآن، للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالجصاص في تفسير قوله تعالى: *يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* [المائدة: 1]، دار إحياء التراث العربي 1992، ج2، ص 294، 295 & وفي المعنى نفسه: لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الخزرجي الإفريقي المصري، المعروف بابن منظور، الطبعة الأولى، بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر، 1301 هجرية، مادة عقد.

(1) راجع على سبيل المثال لا الحصر: السنهوري، الوسيط، السابق، ص 117 & اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، السابق، فقرة 27، ص 31 & توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة دار النشر للثقافة بالإسكندرية، 1969، ص 234.  
(2) أشار إلى هذه التفرقة بين العقد والاتفاق على سبيل المثال من الفقه المصري: السنهوري، السابق، ص 117 & جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 52 & ولمزيد من البيان راجع أيضاً من الفقه الفرنسي:

Pour cette distinction v. notamment, L. JOSSERAND, théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les contrats, tome I, Sirey 1930, p. 23 et s. & G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, t. III, 1er v., 2e éd., par F. CHABAS, Sirey 1956, p. 78 et s. & Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, Cours de droit civil français, Tome I, par Paul Esmein, 7e éd., Librairies techniques 1961, p. 134 et s. & J. CARBONNIER, Cours de droit civil, année 1956-1957, service d'édition des cours de droit de la faculté de droit, Paris, 1956, p. 11 & Contra, B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», D 1979, p. 111 & E. PUTMAN, «Kant et la théorie du contrat», RRJ 1996, p. 85 et s. & E. SAVAUX, La théorie générale du contrat, mythe où réalité, LGDJ, t. 264, 1997, p. 12.

أهميتها الآن بعد أن استعمل المشرع . بالمادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي الحالي . المصطلحين بمعنى واحد (1)، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء مؤخراً<sup>(2)</sup>.

### المقصود بالتصرف القانوني:

*Notion d'acte juridique:*

3- رأينا أنه من المفيد في مستهل هذه الدراسة أن نعرّف التصرف القانوني بعد تحديد المقصود بالعقد لما سوف نتعرض له بالتفصيل فيما بعد من تحديد الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس واختلاف الفقه حولها، فكما سنرى لاحقاً في موضعه أن الفقه قد انقسم إلى رأيين على طرفي نقيض في شأن تكييف التعاقد مع النفس، فالبعض رأى أنه ينتمي إلى طائفة العقود بالمعنى الضيق، والبعض الآخر اعتبره تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة.

فما معنى التصرف القانوني *Acte juridique*؟

يجب . علينا بادئ ذي بدء . أن نقرر ما استقر عليه الفقه منذ زمن بعيد من أن مصدر الالتزام هو السبب القانوني المنشئ له، فالالتزام هو واجب قانوني خاص لا يتحمل به الشخص إلا لسبب معين، وسواء كان هذا السبب يتمثل في واقعة تعزي إلى هذا الشخص بالذات دون أقرانه من أفراد المجتمع، أم تعزي إلى

(1) يعرف المشرع الفرنسي العقد بالمادة 1101 من تقنينه المدني بأنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه".

Art. 1101 du Code civil français: «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose» & v. pour les jurisprudences, Cass. 3e civ., 19 sep. 2012, D., n° 11-13.679, n° 11-13.789 & Cass. 3e civ., 3 nov. 2004, D., n° 03-15.624.

(2) ومن الجدير بالذكر أن القضاء المصري قد استقر بدوره على المساواة بين لفظي العقد والاتفاق، فها هي محكمة النقض المصرية تقضي وبكل وضوح: «العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني (...)»، نقض مدني 27 ابريل 1983، مجموعة أحكام النقض، س 34، طعن رقم 192، ص 948 & نقض مدني 31 مارس 1985، مجموعة النقض، س 36، رقم 112، ص 536.



الطبيعة، أي سواء كانت واقعة إنسانية، أم واقعة طبيعية، فالواقعة المنشئة للالتزام إذن - أي مصدر الالتزام - تعد كل واقعة أو حدث يعتد به القانون ويرتب عليه أثراً معيناً، كإنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو حتى انقضائه<sup>(1)</sup>.

وقد جرى الفقه أيضاً على تقسيم مصادر الالتزام إلى نوعين من الوقائع، وقائع مادية *Faits juridiques*، وقائع أخرى قانونية *Actes juridiques*، والوقائع الأخيرة هي ما يُطلق عليها أيضاً اسم "التصرفات القانونية". والوقائع المادية هي كل حدث مادي من عمل الطبيعة أو من فعل الإنسان ويرتب القانون عليه أثر معين دون أن يكون للإرادة دخل في إحداث هذا الأثر، وبصرف النظر عن الدور الذي لعبته الإرادة في إحداثه إن كان الحدث المادي من فعل الإنسان، وذلك كواقعة الميلاد أو الوفاة، والفعل الذي يصدر من الشخص فيضّر به بغيره.

أما التصرفات القانونية - محل الحديث - فهي: اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وسواءً وجدت هذه الإرادة إرادة أخرى تتوافق معها أم لا، وعلى ذلك فإن مفهوم التصرف القانوني يشمل العقد والتصرف بالإرادة المنفردة<sup>(2)</sup>.

(1) ويلاحظ أننا نتكلم هنا عن المصدر المباشر للالتزام، أما المصدر غير المباشر فهو دائماً القانون، فالقوة التي تقرّر وجود الالتزام أو تخلفه هي إرادة المشرع نفسه، فالقانون هو الذي يوجد الحق ويحميه، راجع في هذا الصدد: أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ط2، مطبعة مصر، 1954، ص 578 وما بعدها & أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1983، بند 389، ص 402 وما يليها & سليمان مرفس، الوافي في الالتزامات، ج 2، الناشر غير معروف، طبعة 1987، ص 23 & عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، 1955، ص 385 وما بعدها & عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1987، ص 216 وما بعدها & جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 33 وما يليها & وأنظر أيضاً:

J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens et les obligations. 2e partie, PUF, 1957, n° 22 et s. ; au même auteur, Les obligations, 22e éd., PUF, 2000, n° 21 et s. & J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, 11e éd., A. Colin, 2004, n° 59 et s. & A. BÉNABENT, Droit civil, Les obligations, coll. Domat, 10e éd., Montchrestien, 2005, n° 40-45.

(2) لمزيد من البيان حول مفهوم التصرف القانوني بصفة عامة أنظر على سبيل المثال لا الحصر: السنهوري، السابق، ص 128 وما بعدها؛ وللمؤلف نفسه: مصادر الحق في الفقه الإسلامي،

### التصرف القانوني بالإرادة المنفردة والفرق بينه وبين العقد:

#### *Distinction entre acte juridique unilatérale et contrat:*

4- العقد . كما ظهر من تعريفه . هو اتفاق على إحداث أثر قانوني معين، والفكرة التقليدية القديمة للعقد . والموروثة عن القانون الروماني القديم . تستلزم أن يكون العقد توافقاً بين إرادتي شخصين مختلفين على الأقل، حتى ولو كان عقداً ملزماً لجانب واحد *Contrat unilatérale*، وعلى ذلك إجماع غالبية الفقه منذ زمن طويل (1).

دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، مقدمة العقد، دار إحياء التراث العربي، 1954-1953، ص 41 وما يليها & توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، سابق الإشارة، ص 348 وما يليها & أنور سلطان، مصادر الالتزام، السابق، ص 407 وما يليها & عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 393 وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي:

F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8e éd., Dalloz, 2002, p. 51 et s. & A. BÉNABENT, *Ibid.*, n° 41.

(1) ويقول الأستاذ السنهوري في هذا الصدد: «العقد الملزم لجانب واحد *contrat unilatéral* هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين، وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد *Acte juridique unilatéral* فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ جانب واحد»، ثم يضرب لذلك مثلاً بعقد الوديعة غير المأجورة التي يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عيناً دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده، راجع الوسيط، السابق، ص 117، 118، وبصفة خاصة ص 132-133 & أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، السابق، ص 571 وما بعدها & في المعنى نفسه، عبد المنعم البداروي، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الناشر غير معلوم، طبعة 1971، ص 39 & محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الناشر غير معروف، طبعة 1976، ص 35 وما يليها & عبدالفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، 1984، ص 33 وما بعدها، وخاصة ص 676 وما بعدها & جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، السابق، ص 35 وما يليها & عبدالرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة النشر غير معلومة، ص 25 & ويقول الأستاذ "جوسيرا" المضمون نفسه بالحرف الواحد حتى قبل أن ينطق به الفقه المصري: "العقد يستلزم على الأقل تلاقى إرادتين، حتى ولو تعلق الأمر بعقد ملزم لجانب واحد، بمعنى عقد لا ينشئ التزامات إلا على عاتق طرف واحد، وهو يفترق عن التصرف القانوني من جانب واحد، والذي ينتج من التعبير عن إرادة واحدة":

غير أنه قد أخذ بعض شراح القانون في ألمانيا وفرنسا (1) . ومع أقول القرن التاسع عشر الميلادي . ينادون بأهمية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على أساس أن اشتراط توافق إرادتين دائماً لإنشاء الالتزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون، فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة . مثلاً . أن نفس كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور أي لغير شخص معين، وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل، أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته، ففي كل هذه الفروض وغيرها لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا استلزمنا توافق الإرادتين؛ فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج، ثم أنه ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص

«Le contrat suppose la rencontre d'au moins deux volontés, même s'il s'agit d'un contrat unilatéral, c'est-à-dire d'un contrat qui ne crée d'obligations que dans le chef d'une partie. Il se distingue ainsi de d'acte juridique unilatéral, qui est le fruit de la manifestation d'une seule volonté», L. JOSSERAND, théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, tome I, Sirey 1930, p. 27 & J. CHABAS, De la déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris 1931, p. 146 et s. & v. aussi, H. MAZEAUD, Leçons de droit civil, obligations, théorie générale, t. I, 3e éd., Montchrestien, 1966, p. 347 et s. & H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale, 9e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 92 et s. & R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, Rousseau, 1923, t. I, n° 40 et s. et n° 89 et s.

(1) وأشهرهم من الألمان "سيجل" SIEGEL، ومن الفرنسيين "رينيه وورمز" R. WORMS، راجع نظرية الفقيه الأخير عن الإرادة كمصدر للالتزام:

R. WORMS, De la volonté unilatérale, considérée comme source d'obligation, en droit romain et en droit français, Thèse doc., Univ. de France, faculté de droit de Paris 1891, n° 22 et s. & V. aussi en même sens, R. SALEILLES, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, préface H. Capitant, LGD 1925, p. 234 et s. & J. MARTIN DE LA MOUTTE, L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Thèse doc., Toulouse, 1949, n° 67 et s.

بإرادته فالإنسان حر في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها، وقد انتصر لهذه النظرية غالبية الفقه في مصر وفرنسا<sup>(1)</sup>.

5- وعلى هذا فإنه يبدو الفارق جلياً بين العقد والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة في الفقه القانوني، فإن نشأ التصرف القانوني بإرادة واحدة يكون تصرفاً إردياً منفرداً لا عقداً، وإذا لزم طبيعة التصرف القانوني اقترانها بإرادة أخرى، يُسمى التصرف القانوني حينئذٍ بالعقد.

والآثار القانونية التي يمكن أن ترتبها الإرادة المنفردة متنوعة، فيمكن للإرادة

(1) كان الأستاذ السنهوري يرى أن الحالات النادرة التي وردت في القانون المدني الحالي والتي تظهر فيها الإرادة كمصدر للالتزام - كالإيجاب الملزم بالمادة 93 مدني، وإنشاء المؤسسات بالمادة 70، والوعد بجائزة بالمادة 162، وتطهير العقار المرهون رهناً رسمياً بالمادة 1066 - لا تقيم نظرية عامة تسمح بالإرادة المنفردة أن تكون مصدراً مباشراً للالتزام، وإنما يكون مصدر الالتزام في هذه الحالات هو نص القانون مباشرة وليس الإرادة في حد ذاتها، لمزيد من البيان راجع في هذا الصدد: السنهوري، السابق، ص 183 وما بعدها & لكن انتصر غالبية الفقه للمذهب العكسي الذي يعتبر الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام، راجع: أحمد حشمت أبو سنيت، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 578 وما بعدها & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 422 & عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبه، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 216، وأيضاً ص 384 وما بعدها & توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 233 وما يليها، وص 352 وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي راجع على سبيل المثال:

A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg, 1961, n° 435, p. 448 et s. & E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, préf. G. CORNU, Economica, 1985, n° 201 et J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, op. cit., n° 59 et s. & J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2002, n° 891 et s. & F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 8e éd., Dalloz, 2002, p. 51 et s. & P. LOKIEC, Contrat et pouvoir, Essai sur la transformation du droit privé des rapports contractuels, Bibl. dr. priv., LGDJ, 2004, n° 12 et s. & Contra, J. CHABAS, De la déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris 1931, p. 147 et s.

المنفردة أن تنشئ حقاً شخصياً، كإنشاء الوقف والوعد بجائزة، كما يمكن أن تنقل حقاً عينياً، كما في الوصية، ويمكن أن تزيل هذا الحق، كما في التنازل عن حق عيني، وتستطيع الإرادة المنفردة أيضاً أن تنهي بعض العقود، كعقد الوكالة وعقد العمل غير محدد المدة، كما يمكن أن يترتب عليها أثر كاشف، كما في الإقرار بنسب طفل (1).

6- ويبدو أن الفقه الإسلامي سبق جميع التشريعات . القديمة والحديثة . في معرفة العقد بالإرادة المنفردة، بل إن غالبية هذه التشريعات لا تعرف إلى يومنا هذا مفهوماً للعقد ينعقد بإرادة واحدة، بل ولا تعرف نظرية عامة للتصرف القانوني الذي يتم بالإرادة المنفردة؛ وذلك لأن الفكرة البالية القديمة الموروثة من القانون الروماني لا تزال تسيطر على أذهان رجالات وشرح القانون في معظم دول العالم، بالرغم من أنه قد وضع لهؤلاء الشراح مدى أهمية الإرادة المنفردة لحل كثير من المشكلات القانونية كما سلف البيان (2).

فلقد لوحظ أن كثيراً من فقهاء الشريعة الإسلامية عندما يتكلمون عن العقود التي تتم بإرادتين . كالبيع والإجارة . يقصرون تعريف العقد على المعنى الذي يقترن فيه الإيجاب بالقبول، ولا يذكرون العقد بإرادة الموجب وحده، غير أنهم عندما يذكرون التصرفات التي تتم بإرادة منفردة، كالطلاق والعتاق واليمين، فإنهم لا يترددون في إضافة كلمة عقد إليها، والأهم من هذا كله أن العقد بالإرادة المنفردة ثابت في كتاب الله عز وجل، فقد قال تعالى: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ

(1) راجع لمزيد من البيان حول آثار نظرية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على سبيل المثال: أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، السابق، ص 581 وما بعدها & سليمان مرقس، الوافي، السابق، ص 234 وما يليها & توفيق حسن فرج، السابق، ص 354 وما بعدها & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1971، ص 445 وما يليها & ومن الفقه الفرنسي:

R. WORMS, De la volonté unilatérale, op. cit., p. 90 et s. & Ch. LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, t. III, 1re partie, 6e éd, Paris, Economica, 2006, n°104, p. 92 et s. & J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., n° 500 et s. & P. MALAURIE et L. AYNÈS, Obligations, t. II, Contrats et quasi-contrats, 11e éd., 2001, n° 45 et s. & F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Ibid., n° 53, p. 61 et s.

(2) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة: مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، الطبعة الأولى 1999، ص 113 وما يليها.

وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ» (1)، أي عقد اليمين الملزم.

فالعقد في الفقه الإسلامي يشتمل - إذن - على معنيين: أحدهما عقد بإرادتين على الأقل، وهذا مثل عقود البيع والإجارة والشركة وسائر العقود التي يشترط فيها تلاقي الإيجاب بالقبول، وثانيها: عقد بإرادة واحدة، وهو ينعقد بمجرد الإيجاب من العاقد فيلزم نفسه بالعقد، وهذا مثل عقود اليمين والنذر والضمان والوقف والحوالة، فالعقد الأخير مثلاً ينعقد عند الحنابلة بإرادة المحيل وحده إذا كان المحال عليه ملبياً، والضمان أيضاً ينعقد عندهم بإرادة الضامن وحده، والوصية على غير مُعَيَّن تعتبر من عقود الإرادة المنفردة. كالوقف على غير مُعَيَّن - باتفاق الفقهاء جميعاً<sup>(2)</sup>، وأما الوصية لمُعَيَّن فهي تنفرد إلى القبول عند جمهور الفقهاء، وفي قول ضمني لمالك<sup>(3)</sup> أن الوصية تنعقد بالموت - أي موت الموصي - ويحكم بذلك قبل قبول الموصى له، وتعتبر الهبة من عقود الإرادة المنفردة عند بعض فقهاء الحنفية<sup>(4)</sup>.

**ارتباط فكرة التعاقد مع النفس بفكرة النيابة في أغلب الحالات:**

*Liason du contrat avec soi-même et de la représentation*

7- يرتبط مفهوم التعاقد مع النفس بفكرة النيابة في التصرفات القانونية في

(1) سورة المائدة، الآية رقم 89.

(2) المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ج 4، ص 468، 473، ثم ص 480 و 481.

(3) منح الجليل على مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عيش أبو عبد الله المالكي، المعروف بالشيخ عيش، دار الفكر، بيروت 1409هـ - 1989م، ج 4، ص 648، ومالك يرى أن القبول شرط في صحة الوصية، ومعنى ذلك أنها تنعقد بإرادة الموصي وحدها ولكن لا تتم إلا إذا رضي الموصى له منعاً للمنة & من هذا الرأي من الفقهاء المعاصرين: محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دون ناشر، 1953، ص 250 وما بعدها & محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، دون ناشر، 1960، ص 503 وما يليها & محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، طبعة 2000، دار النهضة العربية، ص 119 وما بعدها & مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 115 وما يليها.

(4) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، المشهور بالكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م، ج 6 ص 155 & وراجع أيضاً من الفقه المعاصر: محمد أبو زهرة، السابق، ص 120 وما بعدها.

أغلب حالاته<sup>(1)</sup>، حيث أن الإثابة في التصرفات القانونية . وكما سنرى بشيء من التفصيل فيما بعد . هي التي تسمح في الغالب بأن يتعاقد شخص واحد مع نفسه، إما بالإصالة ونيابة عن الطرف الآخر في العقد، وإما بالنيابة عن الطرفين معاً؛ فالنيابة قد يكون منشؤها الولاية القانونية على فاقدى وناقصي الأهلية، وقد يكون منشؤها نيابة إرادية أو اتفاقية؛ وقد يكون الشخص أصيلاً عن نفسه وولياً على العاقد الآخر، أو ولياً على كلا العاقدين، أو نائباً إرادياً عن كلا العاقدين، فيرى أن من المصلحة أن يعقد بينهما زوج، أو بيع، أو إيجار، أو رهن، فتكون عبارته متضمنة في ثناياها معنى عبارتين.

والنائب في هذه الأمثلة المتقدمة قد أبرم العقد في كلتا الحالتين . أي في النيابة القانونية والنيابة الإرادية . بالتعاقد عن كلا الطرفين، فكان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن البائع في ذات الوقت في الحالة الأولى، ونائباً عن كل من البائع والمشتري في الحالة الثانية، ومن ثم فقد جمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه، ويصدر بذلك الإيجاب والقبول معاً وفي آن واحد، وقد اصطلح الفقه والقضاء في مختلف دول العالم منذ زمن بعيد على تسمية مثل هذه التعاقدات باسم: "التعاقد مع النفس" *Contrat avec soi-même*.

#### تحديد نطاق الدراسة:

##### *Détermination de l'étendu de l'étude:*

8- يمكننا أن نتصور . وفي نطاق العقود التي تخضع للقانون الخاص . أن يقوم شخص بتفويض آخر في بيع عقار من عقاراته مثلاً . أي في إطار نيابة إرادية أو اتفاقية . فيقوم النائب بإبرام عقد بيع هذا العقار، إما مع نفسه لنفسه، وإما مع نفسه لغيره، فيكون فيه النائب هو المشتري في الحالة الأولى بصفته أصيلاً من جهة ونائباً عن البائع من جهة أخرى، أو يقوم فيه النائب . كما في الحالة الثانية . بالنيابة عن كلا العاقدين البائع والمشتري في آن واحد . ويتحقق الأمر نفسه في صور النيابة القانونية أو القضائية، كولي على ولد له ورث مال

(1) نقول في أغلبية حالات التعاقد مع النفس وليس في كل حالاته؛ لأننا سوف نرى فيما بعد أن هناك بعض الصور التي ظهرت حديثاً يمكن أن يحدث فيها مثل هذا التعاقد دون اللجوء إلى فكرة الإثابة في التصرفات القانونية، راجع في هذا الصدد بند 47 وبند 104 لاحقاً.

معين من أمه أو أوصي له به، فيقوم الولي بالتعاقد مع نفسه لنفسه على مال هذا الولد، كأن يبيع أو يؤجر مال القاصر لنفسه، والأمر نفسه بالنسبة للولي على ولدين له، أو وصي على قاصرين، فينوب عنهما معاً في معاملة تتم بينهما، بأن يبيع أو يؤجر لأحدهما مال الآخر.

كما يمكننا تصور الأمر نفسه في إطار العلاقات التجارية؛ ففي نطاق الشركات ذات الشخص الواحد - والتي تمتاز بوجود شريك واحد فيها - يمكن أن يبيع هذا الشريك بصفته أصيلاً أحد أمواله المنقولة أو العقارية إلى الشركة التي هو نائباً عنها أو العكس، ويتصور أيضاً الفرض الذي يكون فيه الشخص نائباً عن - أو مفوضاً من - شركتين تجاريتين معاً، كمدیر عام للشركتين معاً، فيقوم ببيع مال أحد الشركتين للأخرى. وفي هذا السياق نفسه يحدث كثيراً من الناحية العملية أن يتعاقد الوكيل بالعمولة بصفته بائعاً ووكيلاً بالعمولة في نفس الوقت، فيبيع محل العقد التجاري الذي يملكه بصفته أصيلاً، ويشتريه في ذات الوقت بصفته وكيلاً بالعمولة عن شخص آخر طبيعي أو معنوي أو العكس (1).

وفي نطاق القانون العام - لاسيما القانون الإداري - يمكننا أيضاً تصور الحالة التي تتعاقد فيها الدولة مع إحدى جهاتها الإدارية أو وزاراتها بعقد من العقود الإدارية لبيع أو لشراء أحد الأموال العقارية أو المنقولة (2).

9- وسوف نقتصر في هذه الدراسة على بيان حكم التعاقد مع النفس بين النظريات الفقهية والواقع العملي في إطار العقود التي تخضع للقانون الخاص،

(1) سوف نرى فيما بعد أن تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه قد أجازته محكمة النقض المصرية في حكم صريح لها حيث قضت: «ليس ما يمنع في القانون من اجتماع صفتي البائع والوكيل في شخص واحد إذا كان وكيلاً بالعمولة مع وحدة البضاعة ووحدة المشتري»، نقض مدني، 28 يونيو 1983، الطعن رقم 379، و 382، س 22 ق، منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبه، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 249، لمزيد من البيان راجع بند 60 وما يليه لاحقاً، ولموقف القضاء راجع على الأخص بند 64، ولحكم هذا التعاقد قانوناً بند 109 لاحقاً.

(2) كان أول من أثار مسألة إمكانية تعاقد الدولة أو أحد جهاتها الإدارية مع نفسها كان هو الفقيه "جان جاك روسو" في نظريته "العقد الاجتماعي" عام 1754، وقد أعاد إحياء هذه النظرية الأستاذ "ديلكروس" DELCROS في رسالته للدكتوراه عام 1976، راجع في هذا الصدد بند 47، وعلى الأخص بند 104 وما بعده لاحقاً.



وعلى رأسها القانون المدني، فحسب، تاركين ما عدا ذلك من عقود وتصرفات قانونية تخضع لفروع القانون العام . سيما القانون الإداري . للدراسات المتخصصة في هذا الشأن .

ومادام أن التعاقد مع النفس يظهر . كما ذكرنا آنفاً . في معظم صورته وتطبيقاته في حالات النيابة في التصرفات القانونية، فإننا سوف نجتزئ أيضاً بتفصيل حالات تعاقد النائب مع نفسه مشيرين فحسب إلى التطبيقات أو الصور الأخرى التي يمكن أن يتحقق فيها هذا التعاقد بعيداً عن فكرة النيابة .

كما أنه يجب الإشارة هنا أيضاً . ونحن في مستهل هذه الدراسة . إلى أن دراستنا وإن كانت تقتصر على دراسة التطبيقات التي يظهر فيها التعاقد مع نفسه مظهر النائب، غير أننا لن نلقي بالأبواب لتفصيل أحكام النيابة في التصرفات القانونية كلها من حيث الشروط أو الآثار التي تنجم عن هذه النيابة مثلاً، فهذا يخرج بالطبع عن إطار دراستنا التي حددناها سلفاً بالنظرية والتطبيق، وإن كان ولا بد . بما أن الغالب أن التعاقد مع النفس يعد حالة خاصة أو صورة خاصة من صور تعاقد النائب مع نفسه . من تسليط الضوء ولو بإيجاز بسيط، تمهيداً للدراسة، عن مفهوم النيابة وصورها العادية أو البسيطة .

### أهمية الدراسة:

#### *Intérêt de l'étude:*

10- قد أثارت الحالات التي يعقد فيها النائب عقداً مع نفسه بصفتين جدلاً ونقاشاً واسعاً في الفقه والقضاء حول صحتها وبطلانها وطبيعتها القانونية، وما إذا كان هذا التصرف القانوني يعد عقداً أم تصرفاً بإرادة منفردة، وتباينت تبعاً لذلك مواقف التشريعات في مختلف دول العالم من هذه الحالات القانونية ومثيلتها . وقد تجلت صعوبة اختيار مذهب أو رأي بعينه من بين الآراء الفقهية المتعددة التي قيلت في هذا الصدد في شأن الحالات التي يتعاقد فيها الشخص مع نفسه دون أن يكون نائباً عن أحد طرفي العقد، كتعاقد الوارث على ذمة التركة المالية لنفسه، أو

تعاقد الشخص ضمن ذمة مالية واحدة انقسمت إلى ذمتين ماليتين مختلفتين (1).

وأياً ما كان الأمر حول طبيعة هذا التصرف القانوني والذي سوف نُفصله لاحقاً، فإن له أهمية قانونية كبيرة، وليس أدل على ذلك سوى أنه بالرغم من شدة الخلاف الفقهي حول صحة أو بطلان التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه، لم نجد تشريعاً قد منع هذا التعاقد إلا وقد جعل على هذا المنع بعض الاستثناءات، كما لم نجد - من ناحية أخرى - تشريعاً قد أجازته مطلقاً وأخذ به كمبدأ عامٍ إلا وخرج به على مبادئ ومسلمات فقهية وتشريعية قديمة وراسخة.

ومن ناحية أخرى، فإن الواقع العملي - وما تشهده المحاكم من قضايا تُعرض عليها كل يوم - يؤكد أن تعاقد الشخص مع نفسه ليس مجرد فرض نظري أوجده المفهوم الحديث للنيابة في التصرفات القانونية بقيام النائب بإبرام العقد مع نفسه لحساب نفسه أو لحساب لغيره، بل هو حقيقة واقعية تملئها في حالات كثيرة مشاكل الحياة ونزاعاتها المألوفة، فتارةً لا يجد النائب من يرغب في شراء المال الذي أُوكل إليه ببيعه ويرغب هو مع ذلك في شرائه، وتارةً أخرى يكون العرض الذي تقدم به النائب لشراء مال الأصيل هو أفضل العروض المقدمة للأخير، وقد يرى النائب أن الصفقة لا يمكن أن تتم في ظروف أفضل من أن يتعاقد كل من الأصليين الذين ينوب عنهما مع الآخر، وذلك لعدم وجود من يتقدم لإتمام الصفقة بشروط أفضل منهما (2).

(1) وهو ما سوف نتعرض لصوره وحالاته بشيء من التفصيل فيما بعد، راجع بند 47 وما يليه لاحقاً & وفي هذا المعنى:

B. DELCROS, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, étude sur les services non personnalisés de l'Etat, Thèse LGDJ 1976, p. 83.

(2) ويقول الأستاذ Jacques MESTRE في هذا الصدد ما نصه: "قد يظن البعض أن التعاقد مع النفس يعد فرضاً نظرياً أو يحدث في الحياة العملية بصفة استثنائية، ولكنه على النقيض من ذلك فإنه غالباً ما يتعاقد الشخص مع نفسه لاسيما في مجال النيابة في التصرفات القانونية سواءً كانت النيابة إرادية (اتفاقية) أو قانونية، حيث يتعاقد الشخص مع نفسه تارةً بصفة أصلية لحسابه أو لصالحه الشخصي وباسمه، وتارةً أخرى لصالح شخص آخر - غالباً ما يكون شخص معنوي - الذي يمثله ويعمل لتحقيق مصالحه"

«Ce n'est pas que l'hypothèse soit en pratique exceptionnelle : tout au contraire, il est assez fréquent, notamment par l'effet d'une représentation conventionnelle ou légale, qu'une même personne

وفضلاً عن هذا فقد نجد أن إجازة هذا النوع من أنواع التعاقدات قد تمليه اعتبارات المصلحة الخاصة لكلا المتعاقدين في آن واحد، كما لو أن نصيب القاصر كان حصة شائعة في مجموع عقار مملوك له وللمن له الولاية عليه بحكم القانون، وإذا أراد القاصر بيع نصيبه وعرضه على الغير، فإنه يضع له ثمناً بخساً، لأن شراء نصيب القاصر قد يوقع المشتري في نزاع مع الولي مالك بقية العقار على الشيوع.

وقد يصبح تعاقد الشخص مع نفسه أمراً لا غنى عنه في بعض الحالات العملية الأخرى، كما في حال الهبة التي تصدر من الأب لولده الذي لا زال جينياً في بطن أمه (الحمل المستكن)، أو الصبي غير المميز، فلولا إجازة مثل هذا النوع من التعاقدات، لما أمكن انعقاد مثل هذه الهبة التي لها أهمية كبيرة في الحياة العملية لما تعود به من نفع على الجنين وعديم الأهلية.

ففي الأحوال المتقدمة - وغيرها مما لا يسع المقام لذكره تفصيلاً في هذه المقدمة الموجزة - لا محيص من قبول حالة التعاقد مع النفس بشرط الحفاظ على المصالح التي يمسهها هذا النوع من التعاقد، وذلك بوضع الضمانات الكافية للحفاظ على مصلحة طرفي العقد معاً خاصة في حالات الإنابة.

11- ولعل أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع - فضلاً عن أهميته العملية المتقدم ذكرها تفصيلاً - تتمثل في عدم تنظيم المشرع المصري لتعاقد الشخص مع نفسه ضمن نظرية عامة تنطبق على كافة صور هذا التعاقد، فقد اكتفى المشرع - وعلى ما سيبين فيما بعد بشيء من التفصيل - بإيراد حظر للتعاقدات التي تتم بهذا الشكل بالمادة 108 من القانون المدني بشروط معينة وفيما يتعلق بحالات النيابة الاتفاقية في التصرفات القانونية فحسب، في حين قد أورد - وعلى النقيض من ذلك - حكماً عاماً أيضاً يجيز فيه تعاقد الولي مع نفسه بالمادة 71 من قانون الولاية على المال، وقد أدى هذا التناقض في الحكم بين

agisse, d'une part, en son nom propre et, d'autre part, au nom d'une personne, habituellement morale, dont elle a en charge les intérêts», J. MESTRE, «Du contrat conclu avec soi-même», RTD civ. 1990, p. 265.

حالات النيابة الإرادية من جانب والنيابة القانونية من جانب آخر إلى اختلاف وجهات نظر الفقه والقضاء حول مدى مشروعية وجواز مثل هذا التعاقد.

ومن ناحية أخرى فإن ساحات القضاء تعج الآن بالقضايا التي تقوم على أساس تعاقد النائب مع نفسه والتي ثقل منها كاهل القضاة أنفسهم بعد أن خربت ذم الناس في المجتمع، واستشرى الفساد، وأصبح الأمين يُخون، والخائن يُؤتمن، فالوكيل يستغل ثقة موكله في كثير من الأحيان للاستحواذ على أمواله بثمن بخس، والولي أو الوصي أو القيم يخون الأمانة ويأكل أموال القاصرين والمستضعفين واليتامى ظلماً وعدواناً، وملفات القضايا المعروضة على القضاء المصري خير دليل على ذلك.

### خطة الدراسة:

#### *Limites et plan de l'étude:*

12- من جماع ما أوجزناه آنفاً يمكننا تلمس الخطى التي سنسير على هديها في هذه الدراسة المقارنة لموضوع التعاقد مع النفس، فسنتناول هذا الموضوع بين النظرية والتطبيق في بابين مسبقين بمبحث تمهيدي نتناول فيه مفهوم النيابة القانونية وصورها البسيطة، ثم نتعرض في الباب الأول من بابي الدراسة إلى بيان مفهوم التعاقد مع النفس وطبيعته القانونية، فنفضّل فيه المقصود به وتطبيقاته وتمييزه عن غيره مما يشته به من تصرفات قانونية أخرى في فصلٍ أول، ثم نتطرق في الفصل الثاني من الباب نفسه لتحديد الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس ووجهات نظر الفقه والقضاء في شأنه.

أما الباب الثاني والأخير فنفرده لدراسة حكم التعاقد مع النفس من حيث مدى إجازة مثل هذا النوع من أنواع التصرفات القانونية في تطبيقاته وصوره المعاصرة مع بيان موقف مشرعي الدول الأجنبية والعربية منها، فنعرض في الفصل الأول من هذا الباب إذن لموقف الفقه والقضاء منه، ثم نبين في الفصل الثاني والأخير موقف التشريعات المختلفة من صور التعاقد مع النفس في إطار دراسة مقارنة تفصيلية، حتى إذا ما انتهينا من ذلك كله نكون قد وصلنا إلى خاتمة هذا البحث التي سنلخص فيها إلى أهم الاستنتاجات والتوصيات التي تمخضت عنها هذه الدراسة.

والله ولي التوفيق

### مبحث تمهيدي

#### مفهوم النيابة في التصرفات القانونية وصورها

#### *Notion et catégories de représentation*

#### تمهيد وتقسيم:

13- قلنا في مقدمة هذه الدراسة أن تطبيقات أو صور تعاقد الشخص مع نفسه في أغلب حالاتها تبدو وكأنها صورة قانونية خاصة للنيابة في التصرفات القانونية، وبعبارة أخرى فإنه لا يمكن أن تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه إلا إذا كانت هناك نيابة، اللهم إلا في حالات استثنائية خاصة ومحدودة جداً<sup>(1)</sup>.

وهذا يحتم علينا أن نبدأ دراستنا في التعاقد مع النفس بتمهيد يُبين من خلاله تعريف النيابة في التصرفات القانونية، ونستعرض بعد ذلك الصور العادية أو البسيطة لهذه النيابة حتى يتسنى لنا الوقوف على حقيقة هذا التعاقد باعتباره صورة أو حالة خاصة من صور النيابة العادية.

#### المطلب الأول

#### التعريف بالإنابة (النيابة)

#### *Définition de représentation*

14- وفقاً لمبدأ نسبية آثار العقد، فإنه إذا أبرم العقد صحيحاً بين طرفيه، مستوفياً لكافة أركانه وشروطه، ترتب عليه كافة آثاره التي أرادها عاقيه والتي تنصرف إليهما وإلى خلفهما العام دون أن تتعداهما - كقاعدة عامة - إلى الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 145 من القانون المدني بقولها: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام. دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى

(1) باستثناء حالات قليلة ونادرة سنتطرق لها خلال الدراسة لاحقاً، راجع بند 47 و 104 وما يليهما لاحقاً.

الخلف العام»<sup>(1)</sup>، ومن ثم فمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص يعني عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه<sup>(2)</sup>.

بيد أنه قد يحل شخص محل آخر في إبرام العقد، فيقوم الأخير بإبرام العقد نيابةً عنه ولمصلحته، وهذا هو نظام النيابة أو الإنابة في التصرفات القانونية *Représentation*<sup>(3)</sup>، وإذا أردنا أن نطبق قاعدة نسبية أثر العقد هنا في حال النيابة، فإنه يجب التوسع في مدلول كلمة "المتعاقد" الذي تنصرف إليه آثار العقد، فالمتعاقد هنا هو كل شخص اشترك في إبرام عقد من العقود، سواءً أكان ذلك بنفسه، أو بواسطة نائب عنه، فالنائب لا يتعاقد لحسابه أو لمصلحته، وإنما يتعاقد باسم شخص آخر يُسمى الأصيل، ومن ثم فإن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل المتعاقد وليس إلى النائب المفوض في إبرام العقد<sup>(4)</sup>.

(1) يقابلها المادة 1165 من التقنين المدني الفرنسي.

(2) راجع لشرح أوفى حول هذا المبدأ وآثاره: اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مرجع سابق الإشارة، ص 34 وما يليها & جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها & عبد المنعم البدر اوي، مصادر الالتزام، مشار إليه آنفاً، ص 59 وما بعدها & فتحي عبدالرحيم عبدالله، شرح النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالأسكندرية، 2006، ص 289 وما يليها & أيضاً من الفقه الفرنسي:

A. WEILL, La relativité des conventions en droit privé français, thèse doc., Strasbourg, 1938, et même ouvrage Dalloz 1939, p. 34 et s. & J.-L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, LGDJ 1981 & M. BACACHE, La relativité des conventions et les groupes de contrats, LGDJ, 1996, n° 13 et s. & pour le jurisprudence, v. uniquement, Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 où la Cour décide : «L'effet relatif du contrat est un principe en vertu duquel les contrats ne peuvent produire d'effets qu'entre les parties, tant à l'actif qu'au passif».

(3) كان يُطلق عليه بعض الفقه المصري - وعلى رأسهم السنهوري - في منتصف القرن العشرين تقريباً اسم: "النيابة بعد التعاقد"، راجع في هذا الشأن: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 157.

(4) «إذا قلنا أن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة "المتعاقدين". فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب، بل المقصود هنا ومن يمثلانه في التعاقد»، السنهوري، الوسيط، السابق، ص 438 & راجع في المعنى نفسه، جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 362 وما بعدها & محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 97.

15- ولقد أثار مفهوم النيابة (الإثابة) في التصرفات القانونية جدلاً ونقاشاً طويلاً في الفقه<sup>(1)</sup>، ولم يستقر الرأي بشكل قاطع بالنسبة لبعض المفاهيم المتعلقة به حتى الآن<sup>(2)</sup>، ولكن يمكن القول أن النيابة هي: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في تصرف قانوني معين مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو<sup>(3)</sup>.

وقد قرر المشرع المصري المفهوم السابق للنيابة بالمادة 105 من القانون المدني إذ تنص على أنه: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل،

(1) في هذا المعنى: أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 116 & عبد المنعم البدر اوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 147 & في المعنى نفسه:

G. FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui, Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français, Sirey, 1950, p. 27 & E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, préf. G. CORNU, Economica, 1985, n° 14, p. 19.

(2) فسوف نرى فيما بعد أن الفقهاء ما زالوا مختلفين حول الأساس القانوني لنظرية النيابة في التصرفات القانونية، وكيفية انصراف أثر تصرف النائب إلى الأصيل، وطبيعة العقد الذي يبرمه النائب نيابة عن الأصيل.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، بند 83، ص 202 & عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، 1402 هـ - 1982م، بند 548، ص 739 & أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1983، بند 22، ص 26 & جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 97 & ويعرف الفقيه الفرنسي ROUAST النيابة بهذا المعنى فيقول ما نصه:

«l'opération juridique consistant à remplacer une personne par une autre dans un acte intéressant la première, de telle manière que les effets de l'acte s'appliquent à celle-ci, comme si elle y avait été effectivement partie», A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, Les cours du droit 1947-1948, p. 45 ; v. égal., du même auteur, La représentation dans les actes juridiques, 1949, Travaux assoc. H. Capitant, Dalloz, p. 110 et s. & v. aussi, Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. priv., t. 339, LGDJ, 2000, n° 178, p. 12 & V. également en dans la langue juridique, G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 8e éd., 1998, PUF, V. Représentation.

فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يُضاف إلى الأصل، وتؤكد محكمة النقض المصرية أيضاً على المعنى السابق فتقول ما نصه: «لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل، كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو. فهي في جوهرها تحويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصل باعتبار أن الالتزام في حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين (...).»<sup>(1)</sup>

فالنيابة أو الإجابة في التصرفات القانونية هي تولي شخص إبرام تصرف قانوني معين وانصراف آثار هذا التصرف من حقوق والتزامات إلى ذمة شخص غيره، وذلك إما بناءً على رضا هذا الأخير، أو استناداً إلى حكم القانون، بحيث يكون من أبرم التصرف القانوني نائباً عن غيره، ومن انصرف إليه الآثار - وهو من تم التصرف لحسابه أو لمصلحته - أصيلاً<sup>(2)</sup>.

فالجوهر المميز للنيابة إذن يكمن في خروج أو اختفاء النائب من دائرة التصرف القانوني بعد إبرامه ما لم يكن مكلفاً بالتنفيذ أيضاً<sup>(3)</sup>، وتكفل الأصل بالحقوق والتزامات الناشئة عن هذا التصرف القانوني<sup>(4)</sup>.

(1) نقض مدني، 27 ديسمبر 1981، الطعن رقم 157 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام النقض، س 32، ص 2437.

(2) جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980، بند 4، ص 15 & وأنظر أيضاً من الفقه الفرنسي:

G. FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui, op. cit., p. 27.

(3) وفي هذا يقول بعض الفقه الفرنسي ما نصه: "بعدما يبرم النائب العقد، فإنه يختفي من المشهد القانوني نهائياً"

«Le représentant a permis la conclusion du contrat, après quoi il disparaît de la scène juridique», B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, les obligations, 2e partie, Contrats, 6e éd., Litec, 1998, n° 242.

(4) وتشمل نيابة النائب التنفيذ بالإضافة إلى إبرام التصرف في حالات النيابة القانونية كنيابة الولي والوصي، أو اشتراط الأصل على النائب ذلك في النيابة الإرادية، وراجع في هذا المعنى حكم النقض الفرنسي الآتي:



16- وقد ذهب رأي مرجوح في الفقه الفرنسي (1) . مستنداً على ما يبدو لبعض أحكام لمحكمة النقض الفرنسية التي فسروها خطأً . إلى أن تنفيذ التصرف القانوني المناب فيه النائب إن كان يقتضي من الأخير القيام بأعمال مادية، فإنه لا يجوز له النيابة فيها؛ لأن النيابة لا تجوز . عندهم . سوى في التصرفات القانونية . غير أن غالبية الفقه الفرنسي (2) . مشفوعين بأحكام أخرى صريحة لمحكمة النقض . قد تصدوا لهذا الاتجاه الأخير مقررين جواز النيابة في الأعمال المادية كما تجوز في التصرفات القانونية سواءً بسواء .

17- وكما هو الحال في التشريعات الوضعية، فإن النيابة جائزة أيضاً في الفقه الإسلامي في سائر التصرفات القانونية التي يمكن أن يباشرها الشخص بنفسه باستثناء الأعمال التي تقتضي طبيعتها أن تؤدي من قبل صاحب الشأن شخصياً بوصفها أعمالاً لصيقة بشخصه (3)، كحلف اليمين، والشهادة، وبعض

Cass. com., 9 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 143, p. 123 & en ce sens, Cass. civ. 1re, 4 mars 1986, D. 1986, IR, p.168.

(1) راجع في تفصيل هذا الرأي:

V. M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, 1982, préf. D. Huet-Weiller, Bibl. dr. priv., t. 172, LGDJ, n° 259-271 & Cass. 1re civ., 19 févr. 1968, Bull. civ. I, n° 69, p. 315, note H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE & Cass. 3e ch. civ., 17 févr., 1999, Bull. civ. III, n° 40, p. 412.

وقد انتصر المشرع المصري لهذا الاتجاه حين عرّف عقد الوكالة بنص المادة 699 من القانون المدني الحالي بأنه: «عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل» .

(2) راجع على وجه الخصوص:

J. GHESTIN, Ch. JAMIN, et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 2002, LGDJ, n° 929 et s. & V. également, Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», op. cit., n° 153 & Cass. com. 24 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 184, p. 344 & Cass. com. 13 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 175, p. 409 & JCP 1995. I., 3880, n° 8, obs. Ch. Jamin.

(3) جاء في المغني لابن قدامة: «وكل من صحّ تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة أو حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً (...). وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة»، المرجع السابق، ج 5، ص 72.

التصرفات القانونية في بعض القوانين كالزواج في القانون الفرنسي إذ لا تجوز النيابة فيها <sup>(1)</sup>، على خلاف الفقه الإسلامي <sup>(2)</sup>، وقد مرت النيابة في التصرفات القانونية بمراحل تطور دامت قرناً طويلاً حتى وصلت على النحو الذي هي عليه اليوم <sup>(3)</sup>.

18- ولا يخفى ما للنيابة في التصرفات القانونية من أهمية بالغة الأثر في الحياة القانونية والتي يمكن استخلاصها من كثرة تطبيقاتها التي نظمتها التشريعات الوضعية، فهي من جانب تسمح بإقامة أشخاص ينوبون عن ناقصي الأهلية وعديميها، فيحلون محلهم في التصرفات القانونية، ومن جانب آخر فأنها تُيسر لأي شخص أن يبرم التصرف القانوني بواسطة غيره، عندما تمنعه ظروف خاصة

(1) ويبرر الأستاذ ROUAST عدم جواز النيابة في بعض التصرفات القانونية لأنها تصرف آثار التصرف القانوني الذي يجريه شخص إلى شخص آخر بقوله: "إن النيابة تعد عملية قانونية مخالفة للمنطق القانوني"

«la représentation constitue une opération qui paraît contraire à la logique juridique» V. A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 91 & en même sens, H. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, paris, PUF, 1966, p. 118-119.

(2) في هذا المعنى أنظر: عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ص 743.

(3) أنظر في التطور التاريخي للنيابة: السنهوري، مصادر الحق، ج5، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة دار المعارف، 1968، ص 198 & شفيق شحاته، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959، ص 306 وما بعدها & أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 22 & ومن الفقه الفرنسي راجع بصفة خاصة:

R.-V. JHERING, L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement, 1888, trad. O. DE MEULENAERE, t. IV, A. Marescq éd., n° 66, p. 243 et s. & E. PILON, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, thèse, Caen, 1897, nos 26 ets. & G. MADRAY, De la représentation en droit privé, Théorie et pratique, Sirey 1931, p. 3 et s. & V.-J. CLARISE, De la représentation, Son rôle dans la création des obligations, 1949, thèse, Lille, n° 72 & en même sens, V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Dalloz, 2002, n° 603.

من ذلك، كبعده أو غيبته أو قلة خبرته وتجربته أو كثرة أعماله ومشاغله (1).

وإذا ما عرفنا أهمية النيابة على النحو المتقدم فلا بد أن نضع في حساباتنا . كما يقع كثيراً على الصعيد العملي وكما تشهد بذلك واقع القضايا التي تعرض على القضاء يوماً بعد يوم . أن النائب قد يشتري المال المكلف ببيعه لنفسه، أو يبيع مال نفسه للأصيل الذي أنابه بالشراء، وهنا تقع الحالة التي يطلق عليها الفقه تعاقد الشخص مع نفسه، ومن هنا تكون حالة تعاقد الشخص مع نفسه . في الغالب . حالة ملازمة للنيابة كما سبق وأن قدمنا .

19- ولا يختلف مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة عنه في الفقه الغربي، إذ أنه يُسلم بمبدأ النيابة ويقر انعقاد التصرف بإرادة النائب، ويراد بالتصرف عن الغير في الفقه الإسلامي أن ينوب شخص عن غيره في عمل يعود بآثاره على الأصيل المنوب عنه (2).

وقد بحث الفقهاء المسلمون في أهم تطبيقات النيابة وهما الوكالة والولاية على المال، وقسموا الولاية إلى ولاية ذاتية . قاصرة . تثبت للشخص الكامل الأهلية أي البالغ الرشيد على جميع شؤونه وأمواله، وولاية متعدية، تثبت للشخص على غيره، بسبب عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها (3)، وأن هذه الصفة التي

(1) عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1971، ص 139 & عبد المنعم البدر، المرجع السابق، ص 146 & جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق الإشارة، ص 98 & وأنظر أيضاً من الفقه الفرنسي في أهمية النيابة:

E. GAILLARD, La représentation et ses idéologies en droit français, Droits, 1987, n° 6, p. 91

(2) أحمد ابراهيم بك، أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة، مطبعة العلوم، مصر، 1940، ص 3 & علي الخفيف، التصرف الإفرادي والإرادة المنفردة، معهد الدراسات العربية العالية، 1964، ص 48.

(3) وهذه الولاية قد تكون ولاية على النفس وهي تتضمن أنواعاً عدة منها القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة - ضم الصغير الذي لم يبلغ سنأ معينة - ولاية ضم الصغير بعد سن الحضانة إلى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته وتوجيهه، وقد تكون الولاية المتعدية ولاية على المال تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية. والولاية المتعدية نوعان ولاية أصلية وتثبت تلقائياً على الصغير بسبب الأبوة كولاية الأب والجد الصحيح، وولاية نيابة تثبت عن طريق النيابة أي تستمد من شخص آخر (لمزيد من البيان أنظر على وجه الخصوص:

تجعل تصرف الشخص نافذاً في حق غيره تثبت له بحكم الشرع أو القاضي، أو عن طريق ما يترتب على الوكالة أو الفضالة، وقد عُرفت في هذه الصور أنها تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى<sup>(1)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أنه لم تمر فكرة النيابة في الفقه الإسلامي بمراحل التطور التي مرت بها في الفقه الغربي، بل نجد ان الفقه الإسلامي جاء بها وأحياناً من أول الأمر<sup>(2)</sup>، وقد عبر الأستاذ السنهوري عن هذا التطور بقوله: «وقد تميّز الفقه الإسلامي في النيابة في التعاقد بأنه ارتقى في هذا النظام ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه»<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### صور النيابة في التصرفات القانونية

20- تثبت صفة النيابة للنائب إما بالاستناد إلى إرادة الأصيل أو إلى نص القانون، لذلك قيل أن النيابة إما أن تكون نيابة إرادية أو اتفاقية، كنيابة الوكيل،

محمد كمال حمدي، الولاية على المال، ج1، الأحكام الموضوعية، ط1، دار المعارف، 1963، ص 30 & أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، القاهرة الحديثة للطباعة، 1986، ص 9-10.

(1) شفيق شحاته، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، سابق الإشارة، ص 307-306.

(2) محمد مصطفى شلبي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ط1، طباعة دار التأليف، 1376هـ - 1956م، ص 339.

(3) فلم يعرف القانون الروماني فكرة النيابة كنظرية عامة وإنما قد عرف بعض تطبيقاتها، راجع على وجه الخصوص: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 5، المرجع السابق، ص 183 & ويقول العميد CARBONNIER في هذا الصدد ما نصه:

«Jamais le Droit romain ne consacra la représentation comme un principe général, mais il en admit des applications particulières dans un nombre croissant de cas, principalement sous la forme de la représentation imparfaite», J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations, 2004, coll., PUF, n° 1035 & en même sens, P.- F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, éd. revue et mise à jour par F. SENN, Dalloz, 2005, p. 705 et s. & V. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, op. cit., n° 603.

أو نيابة قانونية، كنيابة الولي كالأب، وهناك من يضيف من الفقه إلى هذين النوعين نوع ثالث يطلق عليه النيابة القضائية، وهي التي يُعيّن فيها النائب من قبل القضاء، كما في نيابة الوصي والقيم والحارس القضائي<sup>(1)</sup>.

ومن أجل تحديد صور النيابة التي يمكن فيها أن يتحقق تعاقد الشخص مع نفسه، سنعرض بإيجاز لهذه الصور بقدر تعلق الأمر بموضوع البحث، فسنتناول أولاً النيابة الإرادية، ثم نعرض للنيابة القانونية والقضائية...

### (1) النيابة الإرادية (الاتفاقية):

#### *Représentation conventionnelle ou optionnelle*

21- النيابة الاتفاقية هي تلك النيابة التي تتم بالاتفاق بين النائب والمنوب عنه، ويُطلق عليها أحياناً "النيابة الاختيارية" وذلك لأن لأصيل مطلق الحرية في اختيار شخص النائب وفي إقامة النائب من عدمه، ومصدر الإنابة فيها هو إرادة الأصيل الحرة، أي باختياره<sup>(2)</sup>.

وفي هذا النوع من النيابة يفترض أن شخصاً - مع قدرته على أن يدير شئون نفسه وأن يعبر بنفسه عن إرادته - ينيب عنه غيره في إجراء تصرفات معينة لأسباب شتى، قد يكون منها عدم إمكان تواجده في مكان انعقاد العقد، وقد يكون ذلك راجعاً إلى قلة أو عدم خبرته في التصرف المراد إجرائه<sup>(3)</sup>.

(1) هذا إذا نظرنا إلى النيابة من ناحية الجهة التي تقيم النائب، راجع على سبيل المثال لا الحصر: السنهوري، مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص 306 & جميل الشرقاوي، السابق، ص 99-98 & ومن الفقه الفرنسي:

V.-J. CLARISE, De la représentation, thèse Lille, précitée, n° 37 et s.  
& G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, D. soc. 1991, p. 685.

(2) إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966، بند 81، ص 150 & وفي هذا المعنى أيضاً:

En ce sens, F. ALAPHILIPPE note sous Cass. 1re civ. 13 févr. 1979, D. 1981. 205

(3) عبد المنعم البدر، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، بند 98، ص 146 & جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، السابق، ص 98 & رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام، دار النهضة العربية، 1984، ص 62 & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها وأحكامها وتنازع

22- وتنطوي النيابة الاتفاقية على علاقة عقدية بين الأصيل والنايب تتمثل في: "عقد النيابة"، وحيث أن الاتفاق في كل من هذه العقود يكون مصحوباً بتحويل النايب سلطة إبرام تصرفات قانونية تعود آثارها على الأصيل مباشرة، فإن هذا الاتفاق يبدو وكأنه مصدر النيابة، ومن هنا جاءت تسميتها بالنيابة الاتفاقية أو الاختيارية، وحيث أن مصدر النيابة هنا هو إرادة الأصيل، لذلك أطلقنا عليها النيابة الإرادية.

23- وإذا كانت الوكالة هي المصدر الأكثر شيوعاً للنيابة الاتفاقية إلا أنها ليست المصدر الوحيد، فقد يفوض شخص آخر بموجب عقد عمل، كأن يستخدم صاحب شركة عاملاً لديه ليقوم للشركة بإبرام تصرف قانوني. أو يقوم بعمل مادي وفقاً لرأي الفقه الفرنسي الغالب. تحت إدارته وإشرافه، فالنيابة تنشأ للعامل هنا بمقتضى عقد عمل وليس عقد وكالة، لكن تظل الصورة الغالبة في النيابة الاتفاقية هي عقد الوكالة (1).

القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1980، بند 52 وما بعده & وفي هذا الصدد أيضاً من الفقه الفرنسي:

Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», op. cit., n° 376 & F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, 2000, préf. de P. RODIERE, Bibl. dr. priv., LGDJ, n° 291.

(1) راجع على سبيل المثال: جميل الشرفاوي، السابق، ص 98 & ويفرق بعض الفقه الفرنسي هنا بين نيابة الأشخاص *représentation de personnes*، وهي النيابة التي يمثل فيها النايب شخص المنوب عنه، وهي النيابة الإرادية العادية، ونيابة المصالح *représentation des intérêts*، والتي يمثل فيها النايب مصالح المنوب عنه فحسب دون تمثيله هو شخصياً، وهذه كالنيابة الموجودة بين العامل ورب عمله، لمزيد من البيان حول هذه النظرية راجع:

V.-J. CLARISE, De la représentation, Son rôle dans la création des obligations, op. cit., n° 38 et s. & G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, D. 1991, p. 685 & D. TOMASIN, À la recherche d'une distinction entre mandat et contrat de travail, Mélanges M. Despax, 2002, PU Toulouse 1, p. 203 & P. LOKIEC, Contrat et pouvoir, Essai sur la transformation du droit privé des rapports contractuels, Bibl. dr. priv., LGDJ, 2004, p. 53 et s.

غير أن غالبية الفقه الفرنسي المعاصر قد انتقدوا - ويحق - هذه النظرية على أساس أنه من الصعب القول أن النايب في النيابة عن الأشخاص لا يمثل مصالح المنوب عنه:

وعلى ذلك فإن هناك farkاً بين النيابة والوكالة، فقد توجد الأولى دون الثانية؛ كما في النيابة القانونية كنيابة الولي والوصي، ونيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولي عن رب العمل، وقد يوجد معاً كما في عقود الوكالة العامة أو الخاصة (1).

غير أنه نظراً لارتباط الإنابة بعقد بين النائب والأصيل . غالباً ما يكون وكالة . فقد أدى ذلك إلى الخلط بين الإنابة والوكالة، والصحيح أن تكييف هذا الاتفاق وتحديد طبيعته القانونية وما إذا كان وكالة أم لا، يخضع إلى ما يربط الأصيل والنائب من اتفاق وإلى اتجاه إرادتهما الحقيقية، فهذا الاتفاق يقوم بلا شك على رضا الطرفين، ورضا الأصيل هنا قد يُعتبر عنه صراحة على أساس من الوكالة، وقد يُعتبر عنه ضمناً مما يستخلص من الظروف والملابسات، فالوكالة إذن إما أن تكون صريحة أو ضمنية استناداً إلى مبدأ الرضائية (2).

Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préc., n° 13 et s. & N. MATHEY, «Représentation», Rép. civ., D. 2007, n° 28, p. 5 & F. PETIT, la notion de représentation dans les relations collectives de travail, 2000, préf. de P. Rodière, LGDJ, n° 291.

(1) ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء الألمان هم من كان لهم السبق في التمييز بين الإنابة والوكالة، إذ ميزوا بين التصرف الصادر بإرادة منفردة لتحويل النائب سلطة التصرف، وبين العلاقة التعاقدية بين الأصيل والنائب، راجع لمزيد من البيان: أحمد حشمت أبو شنتيت، مرجع سابق، ص 116 & عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، سابق الإشارة، ص 755 & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 149 & ومن الفقه الفرنسي:

Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, Droit civil français, t. 6, 7e éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BÂTIE, Litec, 1975, n° 164 & A. BÉNABENT, Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, 6e éd., Montchrestien, 2004, n° 631 & F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 7e éd., 2004, Dalloz, n° 660.

(2) لمزيد من البيان راجع: السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 189، أنظر أيضاً لنفس المؤلف الوسيط، ج7، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، بند 220، ص 392 & جميل الشرقاوي، السابق، ص 98 وما يليها & محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، بند 53، ص 103-104 & وراجع في المعنى نفسه:

24- وفي تكييف النيابة الإرادية . أي في العلاقة بين النائب والأصيل وليس بالنسبة للتصرف الذي يجريه النائب لحساب الأصيل . فقد ذهب بعض الفقه (1) إلى القول بأن الأصل أن مصدر النيابة، أي بالنسبة للمصدر الذي يضيف على النائب صفة النيابة، هو تصرف قانوني من جانب واحد هو الأصيل، أي تصرف أحادي من جانب الأصيل، بمقتضاه يأذن الأصيل للنائب أن يتصرف باسمه وتصرف آثار التصرف إليه دون النائب، وذلك لأن القانون لا يعتد إلا بإرادة الشخص نفسه لكي تتصرف آثار التصرف إليه، وإذا كان هذا التصرف أحادياً، فإنه لا يتطلب قبولاً من جانب النائب، فهذا الأخير مجرد رسول، وهو ينفذ تعليمات الأصيل الحرفية.

Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préc., n° 381 & F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, op. cit., n° 295.

(1) راجع لهذا الرأي من الفقه المصري: عيد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، سابق، بند 560، ص 756-757 & وقد كان الأستاذ SAVIGNY - وهو مؤسس هذه النظرية - يرى أن عمل النائب كعمل الرسول سواء بسواء، فهو مجرد أداة وليس له إرادة حقيقية. راجع لشرح أوفى حول هذه النظرية وما تستند إليها من حجج وما وجه إليها من انتقادات:

V. sur les différentes théories et l'importance relative des volontés, R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, 1923, t. I, Rousseau, n° 40 et s. et n° 147 et s.

وراجع لهذا الرأي أيضاً من الفقه الفرنسي:

M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Les obligations, 2e partie, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n° 57 et s. et n° 74 & G. MADRAY, De la représentation en droit privé, Théorie et pratique, Sirey 1931, p. 17 et surtout p. 112 et s. & V.-J. CLARISE, De la représentation, op. cit., n° 39 et notamment n° 78 et n° 134.

ويؤكد الفقيه الأخير على وجوب التفرقة بين مصدر النيابة، أي العلاقة بين الأصيل والنائب من جهة، والتصرف الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل من جهة أخرى: فالذي يخلق الرابطة القانونية بين الأصيل والنائب - لديه - هي إرادة الأصيل وحده في النيابة الاتفاقية (تصرف قانوني بإرادة منفردة)، والقانون ذاته في النيابة القانونية، غير أن إرادة النائب وحدها، أو مشتركة مع إرادة الأصيل، هي التي تحدد نطاق الالتزام الذي يلتزم به الأصيل، راجع رسالته للدكتوراه المشار إليها في هذا الهامش، ص 167 وما يليها.



غير أن الغالبية العظمى من الفقهاء<sup>(1)</sup> يرون - وبحق - أن العلاقة بين الأصيل والنائب في النيابة الإرادية الصريحة تنشأ بمقتضى الاتفاق بينهما، إذ يرضى الأصيل أن يباشر النائب عنه تصرفاً قانونياً وأن يتحمل هو آثار تصرف النائب، ويقبل لنائب بمباشرة هذا التصرف وبصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة، ويبدو أن محكمة النقض المصرية قد انتصرت لهذا الرأي الأخير حين قضت في غير حكم لها بأن: «الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف إليه، وفي غير الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساساً باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما وهو النائب محل الآخر - وهو الأصيل - في إجراء العمل القانوني الذي يتم لحسابه. وتخضع العلاقة بين الوكيل والموكل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة»<sup>(2)</sup>.

25- وقد نشب خلاف من نوع آخر بين الفقهاء يعد امتداداً للخلاف السابق

(1) من هذا الرأي على سبيل المثال لا الحصر: اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 82، وما يليه & عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 219 & ويرى غالبية الفقه الفرنسي المعاصر - وهو مذهب الفقه الإيطالي التقليدي - أن إرادة النائب دائماً لها دور فعال في النيابة الإرادية أو الاختيارية، سواء في عقد النيابة المبرم بين الأصيل والنائب، أو في التصرف المناب في إجرانه النائب (التصرف الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل)، فالنائب ليس مجرد رسول، وإنما يعبر عن إرادته هو ويقوم بعمل شخصي: «Le représentant n'est pas un simple messenger mais déploie une activité personnelle et exprime réellement une volonté», R. POPESCO-RAMNICEANO, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, 1927, thèse, Paris, p. 237 et s. Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préc., n° 106 & en même sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, t. I, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey 1972, p. 270 et s.

(2) نقض مدني، في 24 مايو 1979، في الطعن رقم 111، س 48 ق، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني معلقاً عليها بالمذكرة الإيضاحية والأعمال التحضيرية وأحكام النقض من عام 1931-1999، ج 1، ط 5، منشأة المعارف، 2000، ص 301.

. وسوف يأتي ذكره تفصيلاً في حينه بمشيئة الله تعالى (1). في محاولة تفسير إنصراف آثار التصرف الذي يجريه شخص (النائب) إلى شخص آخر (الأصيل) بالرغم من أن ذلك يجافي أو يخالف مبدأ نسبية آثار العقد، وسوف نحاول هنا إلقاء الضوء بإيجاز شديد على وجهات نظر الفقه في هذا الموضوع لحين العودة إليه مجدداً بشكل تفصيلي عند تناول الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس بالدراسة والتأصيل.

فذهب رأي (2) إلى القول بأن النائب يتخذ مكان الأصيل ويتقمص شخصيته ويعبر عن إرادته عن طريق الافتراض أو المجاز القانوني (القرينة) *fiction*، وكأن الأصيل هو الذي أبرم التصرف المناب فيه وليس النائب، لأن النائب عمله يشبه عمل الرسول، فهو ينقل فقط إرادة الأصيل وليس له أن يعبر عن إرادته هو.

لكن كان من أهم الاعتراضات التي وُجّهت إلى هذا الرأي (3). وبحق. هو أن افتراض أن الأصيل هو الذي أبرم التصرف الذي يجريه النائب لحساب الأصيل افتراض يغيّر الحقيقة ولا يمكن قبوله لاسيما إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية، لأنه في هاتين الحالتين يكون المناب عنه عديم الأهلية أو عاجزاً عن إبرام التصرفات القانونية، كما في حال نيابة الولي أو الوصي، ومادام أن المناب عنه هنا لا يمكن قبول تصرف قانوني منه حقيقة، فكيف نفترض مجازاً قبول إجراءاته

(1) أنظر بند 68 وما يليه لاحقاً.

(2) من نصرأ هذا الرأي - وعلى سبيل المثال لا الحصر - من الفقه الفرنسي:

G. MADRAY, De la représentation en droit privé, Théorie et pratique, Sirey 1931, p. 3 et s.

(3) من هذا الرأي من الفقه المصري على سبيل المثال: حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة، 1943، ص 124-125 & جميل الشراوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 100 & عبدالرشيد مأمون، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 71-72 & وراجع أيضاً لمزيد من البيان من الفقه الفرنسي:

A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 55 & en même sens, R. POPESCO-RAMNICEANO, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé, op. cit., p. 237 et s. & V.-J. CLARISE, De la représentation, op. cit., n° 38 et s. & F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, 9e éd., Dalloz, 2005, n° 178.

للتصرف نفسه؟!.

لذلك فإن الرأي الذي كان سائداً في الفقه التقليدي حيناً طويلاً من الدهر .  
وأعاد صياغته الفقه المعاصر . يذهب نصرائه إلى القول بأن التصرف الذي يبرمه  
النائب لحساب الأصيل يتم بإرادة النائب وحده، ومن ثم فإن النائب . وفقاً لهذا الرأي  
- يعبر عن إرادة نفسه لا عن إرادة الأصيل، لكنه يقصد إلى صرف آثار التصرف  
القانوني من حقوق والتزامات إلى الأصيل وليس إليه هو، ويقرر أنصار هذا الرأي  
أنه لا عجب في أن يقصد الشخص إكساب غيره بعض الحقوق جائز بالفعل في القانون  
في صورة الاشتراط لمصلحة الغير، أما تحميل الشخص غيره ببعض الالتزامات،  
فهذا التصرف يجد أساسه هنا إما في قبول الأصيل مقدماً بذلك في النيابة  
الاتفاقية، وإما نص القانون أو حكم القاضي في النيابة القانونية والقضائية (1).

26- ويترتب على النيابة الإرادية آثار من نوعين مختلفين تماماً: فهي أولاً  
تنشئ رابطة بين الأصيل والنائب يكون بموجبها لكل منهما وعليه حقوق والتزامات  
قبل الآخر، ويحدد هذه الحقوق وتلك الواجبات المصدر الذي أنشأ النيابة وهو  
الاتفاق، وهي ثانياً تؤدي إلى إنشاء علاقة بين الأصيل والغير الذي تعامل مع  
النائب، فالعقد المبرم بين هذا الغير والنائب يكون في مواجهة الأصيل، لأن مقتضى  
الإنابة أن تنصرف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة، فيكسب الأصيل الحقوق التي  
تولدت له من التصرف الذي أجره النائب دون وساطة الأخير، كما يكسب الغير  
الحقوق التي تولدت له من هذا التصرف ويرجع بها مباشرة على الأصيل (2).

وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ما نصه: «لما كان مقتضى  
النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة  
إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . فهي في جوهرها  
تحويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة

(1) وعلى أية حال فسوف نزيد هذه المسألة الخلافية إيضاحاً فيما بعد حين تناولنا لموضوع الطبيعة  
القانونية للتعاقد مع النفس، فنحيل إلى هذا الموضوع منعاً للتكرار هنا، راجع بند 65 لاحقاً.  
(2) راجع لمزيد من البيان حول هذه الآثار: السنهوري، الوسيط، ج1، السابق، ص 166 وما يليها  
& جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 111 وما بعدها.

الأصيل باعتبار أن الالتزام في حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين، ولازم ذلك أن النائب في النيابة القانونية لا يكون مسئولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسئوليته، فإذا لم يرتكب هذا الخطأ، لم يكن مسئولاً حتى لو اصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة»<sup>(1)</sup>.

27- وقد عرف الفقهاء المسلمون النيابة الاتفاقية في أهم مصدر لها وهو الوكالة<sup>(2)</sup>، وأقاموا أحكامها بشكل دقيق يفوق في تنظيمه تنظيم التشريعات الوضعية، بل إن العديد من التشريعات قد اقتبست أحكام الوكالة من الفقه الإسلامي، كالقانون المدني المصري والسوري والأردني واليمني.

ولم يغفل الفقهاء المسلمون التفرقة بين الإنابة والوكالة، وانصراف الآثار المترتبة على تصرف الوكيل إلى الموكل مباشرة، سواء تم التصرف باسم الموكل أو باسم الوكيل، باستثناء التصرفات التي يتعين على الوكيل أن يضيفها إلى الموكل كالإسقاطات، خلاف ما ذهب إليه الفقه الغربي من اشتراط أن يكون التصرف باسم الأصيل لانصراف الآثار إليه<sup>(3)</sup>.

وينبغي على هذا القول أن الوكالة اذا ما انعقدت - في الفقه الإسلامي - فإنها تنعقد مقترنة بإنابة، ويمكن استخلاص ذلك من تعريف الفقهاء المسلمين للوكالة فقد عرفها الحنفية بأنها: «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم»<sup>(4)</sup>، وعرفها الشافعية بأنها: «تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة

## كلية الحقوق

- (1) نقض مدني، 27 ديسمبر 1981، الطعن رقم 157 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام النقض، س 32، ص 2437.
- (2) الشيخ زكريا بن يحيى الأنصاري، شرح منهج الطلاب وبهامشه حاشية البيجرمي، ج3، طبعة حديثة بواسطة دار الملاك 926هـ، ص 47 & شمس الدين محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، للرملي، مع حاشية الشبر املسي لابي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي (1078هـ)، ج5، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ-1938م، ص 14.
- (3) اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 160 & عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، السابق، ص 149 & أنور سلطان، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 36.
- (4) محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، المسماة حاشية ابن عابدين، (1252هـ)، ج4، طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1326هـ، ص 440.

إلى غيره في حياته»<sup>(1)</sup>، وعرفها الحنابلة بأنها: «استنابة جازر التصرف مثله فيما تدخله الإنابة»<sup>(2)</sup>، ويقول ابن عرفه . وهو أحد فقهاء المالكية . في تعريفها: «هي نيابة ذي حق غير ذي أمره ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته»<sup>(3)</sup>، وعرفها الإمامية بأنها: «استنابة في التصرف»<sup>(4)</sup>.

## (2) النيابة القانونية والقضائية:

28- هناك أشخاص ليست لهم القدرة على إبرام التصرفات القانونية والقيام على شئونهم الشخصية، كعديمي الأهلية وناقصيها، والممنوعين من التصرف لأسباب شتى، أو من يتعذر عليهم التعبير عن إرادتهم، فيقيم القانون نواباً عنهم لحماية مصالحهم وإبرام التصرفات القانونية نيابة عنهم، بصفة ولي أو وصي أو قيم وما إلى ذلك<sup>(5)</sup>.

وقد يُطلق على هذا النوع من النيابة اسم "النيابة الضرورية"، ذلك أنها وجدت لضرورة تتمثل في عجز الأصيل عن القيام بالتصرفات القانونية، ومصدر هذا النوع من النيابة هو القانون؛ إذ لا دخل لإرادة الأصيل في إنشائها ولا في تعيين شخص النائب، بل إن تلك الإرادة في معظم صور النيابة القانونية معدومة أو ناقصة في ذاتها، وتعيين شخص النائب في هذا النوع من أنواع النيابة قد يتولاها

(1) الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1377هـ-1958م، ص 217.

(2) تقي الدين محمد بن أحمد الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات، ج 1، عالم الكتب، ص 443.

(3) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرخشي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، ج6، دار صادر، بيروت، دون سنة نشر، ص 68.

(4) زين الدين بن علي الجبعي العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج4، ط1، منشورات جامعة النجف، ص 367.

(5) جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 99 & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص 147 & عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، المرجع السابق، بند 560، ص 758 & وراجع في هذا الصدد من الفقه الفرنسي:

Ph. PÉTEL, Les obligations du mandataire, préf. M. Cabrillac, Litec, 1988, p. 17 et s. & B. MALLET-BRICOUT, La substitution de mandataire, éd. Panthéon-Assas. 2001, p. 45 et s. & E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, op. cit., p. 62 et s. & P. LOKIEC, Contrat et pouvoir, op. cit., p. 58 et s.

القانون مباشرة كما في ولاية الأب والجد، وقد يتولاه القضاء كما في الوصاية، لذلك أطلق عليها جانب من الفقه بالنيابة القضائية<sup>(1)</sup>.

29- ويعالج المشرع المصري النيابة القانونية في نصوص قانونية متفرقة بعضها في القانون المدني في المواد من 188 إلى 196، وبعضها الآخر ضمن نصوص القوانين الخاصة كما في قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952<sup>(2)</sup>.

وإذا ما ولينا وجوهنا صوب القضاء لوجدنا ان هناك العديد من الأحكام قد صدرت بخصوص النيابة القانونية، من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن: «نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ويتعين عليه، حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر، أن يكون هذا العمل في حدود نيابته، أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة، ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر، ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها»<sup>(3)</sup>.

30- وقد عرف الفقهاء المسلمون النيابة القانونية وبحثوا في الولاية والوصاية وغيرها من تطبيقات هذه النيابة، وهذه النيابة قد تستند عندهم إلى الشارع الحكيم (القانون) بصورة مباشرة فينطلق عليها ولاية، وقد يُترك تعيين النائب

(1) اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 81، ص 151 & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 113، ص 140 & مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1959، ص 114 & ولمزيد من البيان راجع بصفة خاصة من الفقه الفرنسي:

E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, op. cit., p. 63 et s. & P. LOKIEC, Contrat et pouvoir, op. cit., p. 60 et s.

(2) تقابلها في القوانين العربية المواد (109 و 118 و 119) من القانون المدني الأردني، والمادة 49 من القانون المدني السوري، والمواد (102 و 103 و 588-591) من القانون المدني العراقي، والفصل (4 و 33 و 93) من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(3) نقض مدني، 31 يناير 1975، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، الطعن رقم 64، س 128، ص 310 & وفي المعنى نفسه، نقض مدني، 19 مايو 1980، مجموعة أحكام النقض، س 31، ص 1439.

إلى القاضي فتسمى نيابة قضائية (1).

والولاية في الفقه الإسلامي هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وقد جرى الفقه الإسلامي على قصر لفظ "الولاية" على الولاية الطبيعية أو الشرعية وهي للأب والجد الصحيح، أما الولاية التي تصدر بأمر من القاضي فتسمى وصاية أو قوامه بحسب الأحوال تبعاً لسبب فرضها (2).

فالنيابة القانونية إذن هي التي يكون مصدرها الشرع، فالشرع هو الذي يضيف على الأب أو الجد صفة النيابة، أما إذا انعدم الأب أو الجد فإن الشرع يضيف على القاضي صفة النائب بالنسبة للمحجور عليه، وفي تزويج اليتامى، وعن المفلس في بيع ماله (3).

أما النيابة القضائية فهي التي يكون مصدرها القاضي، فالوصي يعينه القاضي ويجعله نائباً عن المحجور عليه، وكذلك القيم والوكيل عن الغائب (4).

وقد تولت سائر المذاهب الإسلامية وضع ترتيب للأولياء في النيابة القانونية بغية عدم التزاحم بين الأولياء على تولي أمور الصغار ومن في حكمهم من الكبار غير المكلفين، فبينت مراتب الأولياء على المال، واتفقت بالإجماع على ولاية الأب، غير أنها اختلفت فيمن يتولى ذلك من بعده (5).

- (1) لمزيد من البيان: السنهوري، مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص 221.
- (2) السنهوري، مصادر الحق، السابق، ص 221 وما بعدها & شفيق شحاته، نظرية النيابة في القانون الروماني والشرعية الإسلامية (باب الشريعة الإسلامية)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959، ص 306-307.
- (3) محمد الحسيني الحنفي، الأحوال الشخصية حقوق الأولاد والأقارب، دار الفكر العربي، القاهرة، ط4، 1965، ص 234 & توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1962، ص 360-361.
- (4) أحمد إبراهيم بك، أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة، السابق، ص 3 & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، سابق الإشارة، 1980، ص 151 وما يليها & محمد أبو زهره، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1977، ص 379-380.
- (5) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط1، مطبعة الجمالية بمصر، 1328هـ-1910م، ص 155 & محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة، ج5، مطبعة الشورى، ص 223 & شهاب الدين ابن حجر الهيتمي، الحاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج2، دار صادر، بيروت، ص 456.

وحيث أن حدود النيابة القانونية في الفقه الإسلامي يعينها الشرع أو القانون، فلا يجوز للنائب القانوني أن يتعاقد مع نفسه لمصلحة نفسه، أو لمصلحة أصيل آخر، اللهم إلا إذا أجاز له الشرع أو القانون ذلك، ويجيز الشرع للولي أن يتعاقد مع نفسه، أو للوصي المختار بشرط الخيرية، ويمنع ذلك على الوصي المنصب من قبل القضاء والقاضي مطلقاً<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك فإن تعاقد الشخص مع نفسه يمكن أن يتحقق من خلال النيابة القانونية أو القضائية (الضرورية) ولكن بشرط أن يجيز الشرع أو القانون ذلك؛ لأن واجبات وسلطات النائب . كما تقدم . في هذا النوع من النيابة يحددها الشرع أو القانون، وأهم هذه الشروط على الإطلاق أنه لا يجوز للنائب . حتى ولو كان ولياً أو وصياً . أن يتصرف في مال عديم الأهلية أو ناقصها أو المحجور عليه دون إذن المحكمة كقاعدة عامة<sup>(2)</sup>.

## كلية الحقوق

### جامعة القاهرة

- (1) أنظر نصوص المواد (6، 15، 17، 39) من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952.
- (2) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه: «لا يجوز للمحكمة، طبقاً للفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الولاية على المال لسنة 1952، أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر، أو كان يزيد على خمس القيمة»، نقض مدني، 19 مايو 1980، سابق الذكر، ص 1439 & وفي هذا المعنى: نقض مدني، 10 نوفمبر 1983، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم 1640، لسنة 49 ق، ص 1435 & وراجع أيضاً في شأن الحارس القضائي، نقض مدني، 12 ديسمبر 1995، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم 7092، لسنة 64 ق، ص 1112.



## الباب الأول

### مفهوم التعاقد مع النفس وطبيعته القانونية

#### *Concept et nature juridique du contrat avec soi-même (contrepartie)*

#### تمهيد وتقسيم:

31- وفقاً لمبدأ نسبية آثار العقد . والذي تعرضنا لمفهومه على عجلة في مقدمة هذه الدراسة . فإن آثار العقد، وكقاعدة عامة، تنصرف إلى العاقد، فتكون الإرادة والتعبير عنها لهذا الأخير وحده، ومن ثم تُضاف آثار ذلك العقد . من حقوق والتزامات . إلى ذمته المالية وحده أيضاً .

غير أنه . وكما سبق وأن رأينا آنفاً بشيء من التفصيل . إذا حلّ شخص محل آخر في إبرام التصرف القانوني وقام بإبرام العقد نيابةً عن الأخير ولمصلحته . وسواءً كانت النيابة مصدرها الاتفاق أو مصدرها القانون أو القضاء . فإن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل وليس إلى النائب، على اعتبار أن الإرادة الحقيقية في ذلك العقد هي للأصيل، ووصف العاقد (المتعاقد) ينسحب إلى الأخير وحده وليس إلى من ينوب عنه (1).

لكن متى سلمنا بإمكان حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يمكن أن يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه في الوقت ذاته، أو أن يكون نائباً عن كلا المتعاقدين، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه، ويتولى إبرام العقد مع نفسه لتنسحب آثاره إلى ذمتي شخصين قد يكون

(1) راجع في هذا الصدد بصفة خاصة من الفقه الفرنسي:

J. GHESTIN, «La distinction des parties et des tiers», JCP 1992, I, 3628, n° 4 ; v. pour même auteur, «Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers», RTD civ., 1994, p. 777 & C. GUELFUCCI-THIBIERGE, «De l'élargissement de la notion de partie au contrat», RTD civ., 1994, p. 275 & contra, J.-L. AUBERT, «À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers», RTD civ., 1993, p. 263 et s.

النائب أحدهما، أو لا يكون كذلك.

وقد أثارَت الصور والتطبيقات العملية التي يبدو فيها الشخص نائباً عن غيره ومتعاقداً مع نفسه جدلاً ونقاشاً في الفقه حول صحتها وبطلانها، وطبيعتها القانونية، وما إذا كان هذا التصرف القانوني عقداً بالمعنى الضيق لهذه الكلمة، أم تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة، وتباينت تبعاً لذلك مواقف التشريعات من هذه الحالة القانونية.

وعلى ذلك فإنه يلزم علينا - بادئ ذي بدء - توضيح المقصود بالتعاقد مع النفس من الناحية القانونية في صورته المختلفة، والتمييز بينه وبين ما قد يتشابه معه من تصرفات قانونية أخرى، ثم إذا ما بدا لنا مفهومه واضحاً يبقى توضيح حكمه والتعرف في هذا الشأن على موقف الفقه والقضاء والتشريعات الوضعية حول صحته أو بطلانه، وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل - بمشيئة الله تعالى - في الفصل الأول من هذا الباب.

وإذا ما سلمنا بجواز مثل هذا التعاقد فقهاء وقضاءً وتشريعاً، يبقى لنا النظر في تحديد طبيعته القانونية، فالنائب حينما يتعاقد مع نفسه قد يبدو وكأنه يتعاقد بإرادتين مختلفتين، أي عقد بالمعنى الدقيق<sup>(1)</sup>، وقد يبدو وكأن التصرف قد أبرم بإرادة واحدة ذات شقين أو وصفين مختلفين، أي تصرف قانوني بإرادة واحدة<sup>(2)</sup>، وهذا ما ما سنبينه - بمشيئة الله تعالى - تفصيلاً عند دراسة الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس والتعرف على آراء ووجهات نظر الفقه في هذا الصدد من خلال الفصل الثاني من هذا الباب.

- (1) من هذا الاتجاه في الفقه على سبيل المثال لا الحصر: سليمان مرقس، الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964، بند 114، ص 98 & جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، السابق، ص 113 & عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها.
- (2) من أنصار هذا الرأي على سبيل المثال: السنهوري، الوسيط، السابق، ص 170 & شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، ط1، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1960-1961، ص 86.

## الفصل الأول

### مفهوم التعاقد مع النفس وتمييزه عن غيره

#### مما يشته به من تصرفات قانونية أخرى

32- لم يتعرض كثير من فقهاء القانون لمسألة وضع تعريف محدد للتعاقد مع النفس على اعتبار أن هذه الحالة قد وردت على سبيل الاستثناء في نصوص القانون، ولكن لن نستطيع الوقوف على حقيقة هذا التعاقد وحكمه القانوني من حيث الصحة أو البطلان، إلا بتحديد المقصود به وضرب أمثلة له من واقع الحياة العملية (المبحث الأول).

كما أنه لن يكتمل . في الحقيقة . مفهوم التعاقد مع النفس إلا بعد تمييزه عما قد يشته به من بعض التعاقدات أو التصرفات القانونية الأخرى، فقد لوحظ أن هذا المفهوم يقترب بشكل أو بآخر من التعاقد الذي يتم برسول أو التعاقد الذي يتم بمساعدة قضائي، كما قد لوحظ . من ناحية أخرى . أن تعاقد الشخص مع نفسه يقترب أيضاً من التعاقد باسم مستعار والتعاقد بواسطة الوكيل بالعمولة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مفهوم التعاقد مع النفس

33- سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما المقصود بالتعاقد مع النفس ملقين الضوء على تعريفات الفقهاء في هذا الصدد حتى نتلمس منها الرأي السديد، في حين سنخصص الثاني لدراسة أهم صور التعاقد مع النفس وتطبيقاته المعاصرة حتى يكتمل لنا بناء جوانب هذه الدراسة من الناحية النظرية والتطبيقية أيضاً، والله ولي التوفيق...

## المطلب الأول

### تعريف التعاقد مع النفس

34- قلنا في مقدمة هذه الدراسة أن التعاقد مع النفس . أو كما يطلق عليه

بعض الفقه والقضاء الفرنسيين "تعاقد الطرف العكسي أو المقابل في العقد" *contrepartie* <sup>(1)</sup>. يرتبط بفكرة النيابة في التصرفات القانونية في أغلب حالاتها، وقد رأينا أن هذه النيابة قد يكون مصدرها النيابة الإرادية أو الاتفاقية بين الأصيل والنائب، وقد يكون أساسها هو الولاية القانونية على فاقدى وناقصي الأهلية، وفي هاتين الصورتين من النيابة قد يتعاقد الشخص مع نفسه في التصرف المناب فيه بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً أو ولياً عن المتعاقد الآخر *Contrat sur une seule tête*، أو نائباً اتفاقياً أو ولياً عن كلا المتعاقدين *Double contractant ou double mandat*، فتكون عبارته متضمنة في ثناياها معنى عبارتين، وتظهر إرادته في التصرف القانوني المناب فيه بمظهر إرادتين <sup>(2)</sup>.

ولنضرب بذلك أمثلة من واقع الحياة العملية توضح المقصود بمثل هذا التعاقد: فهب أن وكيلاً عن شخص في بيع مالٍ من أمواله . عقار مثلاً . أراد أن يشتري هذا المال لنفسه، فهنا يتعاقد الشخص . النائب الإتفاقي . في التصرف المناب فيه (البيع) بوصفه نائباً اتفاقياً أو وكيلاً عن غيره (بائعاً) وأصيلاً عن نفسه (مشترياً)، وكذلك الحال إذا ما كان النائب ولياً قانونياً عن شخصين فاقدئ أو ناقصي أهلية، وأراد أن يعقد لمصلحتيهما عقد بيع، أو زواج، أو إيجار .

فالنائب في هاتين الصورتين المتقدمتين . في النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . قد أبرم العقد بالتعاقد عن كلا الطرفين فكان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن البائع في ذات الوقت في الحالة الأولى، ونائباً عن كل من المتعاقدين في الحالة الثانية، ومن ثم فقد جمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه، وتظهر إرادته

## كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) أنظر لاستعمال هذه المصطلح بصفة خاصة:

G. CORNU et ALII, le Vocabulaire juridique, op. cit., v. Contrepartie & Ph. PÉTEL, Les obligations du mandataire, op. cit., p. 117 et s.

(2) راجع في هذا المعنى: اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 170 & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، السابق، ص 154، وص 185 & جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 113 & راجع في هذا المعنى بصفة خاصة:

L. GOUGET, Théorie générale du contrat avec soi-même, étude de droit comparé, Université de Caen, Faculté de droit 1903, p. 7 et s.

وكأنها . أي في الظاهر . قد حلت محل إرادتين (1).

على أن مسألة التعاقد مع النفس لا تقتصر على الأشخاص الطبيعيين وحدهم، فقد يكون شخص معنوي نائباً عن شخص آخر - طبيعياً أم معنوياً - في بيع مال منقول أو عقار، ثم يبيع هذا المال لنفسه أو لآخر كان قد أنابه بشراء ذات نوع المال المناب في بيعه، كما لو كانت هناك شركة تحترف بيع وشراء الأسهم والسندات المالية وقامت بشراء الأسهم المنابة في بيعها لنفسها أو لشركة أخرى كانت قد أنابتها في شراء ذات الأسهم (2).

وعلى هذا - وبعبداً عن تحديد التكليف القانوني السليم لمثل هذا التعاقد فهذا أمر سابق لأوانه الآن - فإن التعاقد مع النفس يبدو لأول وهلة وكأنه حالة خاصة من حالات النيابة في التصرفات القانونية، فالصورة العادية من النيابة في التصرفات القانونية تفترض أن ينيب شخص آخر في تصرف قانوني معين يجريه مع شخص ثالث، أي تفترض النيابة القانونية العادية وجود ثلاثة أشخاص هم: الأصيل، والنائب، والشخص الذي أبرم العقد مع النائب، أما حالة التعاقد مع النفس محل الحديث فهي تفترض وجود شخصين هما: الأصيل والنائب فحسب (3).

35- وإذا ما حاولنا البحث عن تعريف للتعاقد مع النفس، يلاحظ أن عدد قليل من الفقهاء - في حدود ما تيسر لنا من المراجع - قد تعرضوا لتعريفه كما يلي:

- (1) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص 217 & محي الدين اسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، ج1، الالتزامات، مكتبة عين شمس، القاهرة، بدون سنة الطبع، ص 160 & عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، مرجع سابق، بند 572، ص 779-780.
- (2) مثال ذلك ما نصت عليه المادة 35 من القانون رقم 161 لسنة 1957 الخاص بسماسرة الأوراق المالية.

(3) راجع في هذا المعنى:

L. GOUGET, Théorie générale du contrat avec soi-même, étude de droit comparé, op. cit., p. 8 & en même sens, A. GRISONI, Le contrat avec soi-même en droit administratif, thèse, Université Panthéon-Assas (Paris 2), 2010, sous la direction de M. Jacques Petit, p. 37 et s.

قد عرّف جانب كبير من الفقه التعاقد مع النفس بأنه: «العقد الذي يقوم فيه شخص واحد طبيعي بدور طرفي العقد، فيصدر تعبيرين عن الإرادة متقابلين في شأن مصالحهما المتعارضة»<sup>(1)</sup>، لكن يُؤخذ على هذا التعريف أنه يخلط بين انعقاد العقد وأثره<sup>(2)</sup>، فمن المعروف أن طرفي العقد ملتزمين بتنفيذه بعد إبرامه، لأنهما من تنصرف إليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، وبتعبير آخر فإن الدور المنوط بطرفي العقد ليس هو إبرامه فحسب، وإنما الأهم هو تنفيذ الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما، أما التعاقد مع النفس في حالاته الغالبة - وهي حالات النيابة الاتفاقية أو القانونية - فإن دور النائب يقتصر، من حيث الأصل، على إبرام العقد دون تنفيذه، اللهم إلا إذا كان الأخير مكلفاً بالتنفيذ أيضاً وهو فرض استثنائي. ومن ناحية أخرى فإن هذا التعريف لم يبين الطريقة أو الكيفية التي يتم فيها جمع الطرفين في شخص واحد لتحديد المُعرّف، فضلاً عن أنه يقصر التعريف على حالة تعاقد الشخص الطبيعي وحده مع نفسه، في حين أن هناك حالات قد أقر فيها القضاء - وكما سنرى فيما بعد - للشخص الاعتباري بالتعاقد مع النفس لاسيما في حال تعاقد الدولة أو جهة الإدارة مع أحد وزاراتها بالبيع أو الإيجار أو نحو ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1968، بند 113، ص 161، و ص 185 & أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1983، ص 27 & عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 184، وانظر أيضاً لنفس المؤلف نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص 206-207، بند 118 & وفي هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي راجع:

«Le contrat avec soi-même est celui dans lequel intervient une seule personne physique mais agissant en deux qualités juridiques distinctes», A. GRISONI, Le contrat avec soi-même en droit administratif, thèse précitée, p. 33 & M.-O. BARBAUD, La notion de contrat unilatéral: analyse fonctionnelle, LGDJ, DL 2014, p. 243.

(2) أنظر حسين النوري، دراسات في مصادر الالتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1957، ص 166، حيث يقول ما نصه: «يقتصر دور النائب فقط على مرحلة تكوين العقد، فإذا ما تم العقد، تلاشت شخصية النائب».

(3) حيث يقول DELCROS في هذا الصدد ما نصه:

في حين ذهب آخرون إلى تعريف التعاقد مع النفس بأنه: «التعاقد الذي يجمع فيه الشخص صفتين، إما أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير، أو نائباً عن شخصين مختلفين»<sup>(1)</sup>، ويمكن القول أن هذا التعريف وإن كان قد تفادى النقد الموجه إلى التعريف السابق باستخدام لفظ "الشخص" وهو يصدق على الشخص الطبيعي والاعتباري معاً، غير أنه قد اقتصر على بيان صور التعاقد مع النفس دون التطرق إلى ماهيته، فضلاً عن أنه يصدق عليه الانتقاد السابق من حيث أنه لم يحدد دور النائب في العقد، فهذا التعريف يطلق دور النائب في العقد دون تحديد أيّاً من مرحلتي الإبرام أو التنفيذ، في حين أن آثار العقد من حقوق والتزامات، ومن ثم تنفيذه، تنصرف في الأصل إلى الأصيل وليس النائب. فضلاً عن أن هذا التعريف يقصر التعاقد مع النفس على حالات النيابة الاتفاقية أو القانونية وحدها، في حين أننا سبق أن قلنا . وسوف يظهر أيضاً من خلال التطبيقات الحديثة لهذا التعاقد فيما بعد . أنه يمكن للشخص أن يتعاقد مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة يقسمها إلى قسمين منفصلين فيبيع مالاً لحساب هذه الذمة مثلاً

«En matière d'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) qui est par définition constituée d'un associé unique, l'associé peut vendre à sa société certains de ses biens : la même personne agit à deux titres, d'un côté en tant que vendeur, de l'autre en tant qu'acquéreur», B. DELCROS, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, étude sur les services non personnalisés de l'Etat, LGDJ 1976, p. 83 & F. ROLIN, Accord de volontés et Contrat entre personnes publiques, thèse Paris II, 1997, p. 350 et s. & F. COLASSON, le patrimoine professionnel, op. cit., p. 156 et s. & contra, P. FERNOUX, Entreprise individuelle, stratégie de location de l'immobilier, Bull. fisc., III, 2001, p. 117 où il dit : «Au regard du droit civil, organiser un bail entre l'entreprise individuelle et le chef d'entreprise relève purement et simplement de l'hérésie. Le contrat de bail des articles 1714 et suivants du Code civil est un contrat synallagmatique, Deux personnes juridiques distinctes contractent ensemble : le bailleur et le preneur à bail».

(1) شمس الدين الوكيل، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 86. وأنظر أيضاً لنفس المؤلف دروس في الالتزامات، منشأة المعارف بالاسكندرية 1959-1960، ص82.

ويشترطه لحساب الأخرى في آن واحد (1).

36- من خلال ما تقدم يمكننا تعريف التعاقد مع النفس بأنه: العقد الذي يتولى فيه شخص واحد . طبيعياً كان أو اعتبارياً . دور الموجب والقابل في آن واحد، وسواءً انصرفت آثار العقد إليه، أو إلى شخص غيره (2).

وعلى ذلك فإن التعاقد مع النفس لا ينحصر فحسب في تعاقد الأشخاص الطبيعيين وقيامهم بدار القابل والموجب في العقد، وإنما يمتد ليشمل أيضاً الأشخاص الاعتباريين كالدولة وأجهزتها الإدارية والشركات والجمعيات الخاصة، كما أن هذا التعريف يشمل . بالإضافة إلى حالات النيابة الاتفاقية أو القانونية . الحالات يتعاقد فيها الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة، أي يجمع هذا التعريف الحالات التي يظهر فيها المتعاقد مع نفسه بصفة النائب، سواءً كان ذلك نيابةً عن أحدهما وأصالة عن نفسه، أو نيابةً عن كلاهما، كما يشمل أيضاً غير ذلك من الحالات التي يتعاقد فيها الشخص مع نفسه ولا يكون فيها نائباً عن أحد طرفي العقد أو عنهما معاً.

37- وحيث أن اهتمام الفقهاء المسلمين كان منصباً على المسائل العملية دون النظرية منها لاسيما التعريفات، لذلك لم نجد . في حدود ما أطلعنا عليه من مراجع شرعية قديمة أو حديثة . تعريفاً دقيقاً لمفهوم التعاقد مع النفس.

إلا أنه يمكن تعريفه وفقاً لمنظور الفقهاء المسلمين بأنه: العقد الذي يتولى شخص واحد إجراء الصيغة فيه، وسواءً كان ذلك نيابةً عن طرفيه، أو نيابةً عن أحدهما وأصالة عن نفسه، أو في غير ذلك من الحالات الأخرى.

## كليات الحقوق جامعة القاهرة

(1) أنظر بند 47 وما بعده لاحقاً.

(2) قرب هذا المعنى من الفقه الفرنسي:

F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même: op. cit., p. 13 & Obs. J.-L. AUBERT sur Code civ., art. 1596 ; Cass. 1re civ., 2 oct. 1980, n° 78-12-440, Bull. civ. I, n° 241, Defrénois 1981, art. 21750, n° 95.



## المطلب الثاني

### التطبيقات والصور المعاصرة للتعاقد مع النفس

#### *Catégories des applications contemporaines du contrat avec soi-même*

38- يمكن تقسيم التعاقد مع النفس . بحسب ما نرى . إلى أقسام عديدة يختلف كل قسم منها عن الآخر من حيث الزاوية التي ننظر منها إلى هذا التعاقد، فيمكن تقسيمه من زاوية أولى من حيث وحدة أو تعدد الشخص الذي ينصرف إليه آثار العقد إلى تعاقد النائب مع نفسه لحساب شخصين مختلفتين . قد يكون النائب أحدهما . من جانب، وهو الوضع الغالب في مثل هذا التعاقد كما سبق أن قدمنا، وتعاقد الشخص مع نفسه لنفسه حيث انقسمت ذمته المالية إلى ذمتين ماليتين مختلفتين من جانب آخر (أولاً). كما يمكن تقسيم هذا التعاقد أيضاً من حيث الوقت الذي تنصرف فيه آثار العقد إلى أطرافه إلى تعاقد في الحال، وتعاقد آخر بحسب المآل (ثانياً).

#### **أولاً: من حيث الشخص الذي تنصرف إليه آثار العقد**

39- كما رأينا آنفاً من خلال المبحث التمهيدي لهذه الدراسة فإنه يمكن للشخص أن ينوب عن شخص آخر (أصيل) ويبرم نيابة عنه . أي باسم الأصيل ولمصلحته . ما شاء من تصرفات أو عقود تنصرف آثارها إلى ذمة الأصيل مباشرة وليس إلى ذمة النائب، وهنا قد يتعاقد النائب مع نفسه لنفسه فيكون هو الطرف الثاني في العقد، وقد يتعاقد مع نفسه لمصلحة غيره (أصيل آخر) ينوب عنه في الوقت نفسه، وفي كلتا الحالتين يكون هناك شخصان مختلفان تنصرف إليهما آثار العقد . وليس شخص واحد . قد يكون النائب أحدهما .

كما قد يحدث أيضاً . وهو ما أجازه المشرع الفرنسي مؤخراً بالقانون رقم 658 الصادر عام 2010 . أن يتعاقد شخص واحد مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة قسّمها هو إلى ذمتين ماليتين، والفرص هنا أن الشخص يفصل عن ذمته المالية ذمة مالية أخرى دون أن يؤسس بذلك شركة لها شخصية قانونية مستقلة،

وهو ما يُعرف في الفقه الفرنسي بنظرية "تقسيم الذمة المالية".

### (أ) تعاقد النائب مع نفسه

40- في حالات الإثابة التي رأيناها آنفاً، قد يتعاقد النائب مع نفسه لحساب نفسه، أي يظهر كطرف ثانٍ في العقد المُسند إليه إبرامه، وقد يتعاقد مع نفسه لحساب غيره (أصيل آخر قد أنابه) (1):

#### 1. تعاقد النائب مع نفسه لنفسه

41- قلنا من قبل أن مفهوم التعاقد مع النفس للنفس ينصرف إلى قيام شخص بدور العاقدين في عقد واحد، بمعنى أن يظهر هذا الشخص تارةً بدور الطرف الموجب في العقد، كما يظهر تارةً أخرى بدور الطرف القابل، وذلك كله بغرض صرف آثار التصرف القانوني الذي يجريه إلى ذمة الأصيل كطرفٍ أول في العقد من جانب، وإلى ذمته المالية على اعتباره طرف ثانٍ في العقد نفسه من جانب آخر (2).

وبمعنى آخر، فقد يكون لشخص ما سلطة أو ولاية إبرام تصرف قانوني معين لحساب شخص آخر، فيقوم هو نفسه ولحسابه بدور المتعاقد الآخر، فهو حينئذ يتعاقد بصفتين: بصفته أصيلاً لنفسه من جانب، وبصفته نائباً عن غيره .

(1) ويقول الأستاذ الدكتور السنهوري في هذا الصدد: «ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه، وشخص يتعاقد مع نفسه لغيره»، الوسيط، ج 1، السابق، ص 169 & وراجع لمزيد من البيان حول تعاقد النائب مع نفسه لنفسه الفقه الفرنسي والسويسري:

L. GOUGET, Théorie générale du contrat avec soi-même, étude de droit comparé, op. cit., p. 31 et s. & M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Les obligations, 2e partie, par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, p. 74 et s. & F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même, étude de droit comparé et de science juridique pure, thèse doc., Lausanne 1946, p. 24 et surtout p. 80 & A. GRISONI, Le contrat avec soi-même en droit administratif, thèse précitée, p. 15 et p. 63 et s.

(2) وسوف نرى من خلال مواقف الفقه فيما بعد التفسير القانوني السليم لانصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب في هذه الحال إلى ذمة شخص أو شخصين مختلفين في آن واحد وفقاً للنظرية الحديثة الخاصة بالولاية، أنظر بند وما بعده 78 لاحقاً.

الأصيل الذي أنابه . من جانبٍ آخر، وهي صورة النيابة في حالتها الخاصة كما سبق وأن ذكرنا آنفاً، كما لو كان النائب مكلفاً ببيع شيء مملوك للأصيل فيشتريه النائب لنفسه، وهو عندئذ يتعامل بصفته نائباً عن البائع وباسمه، ويتعامل أيضاً باسمه ولحسابه الخاص بوصفه مشترياً، كما لو أناب شخص شخصاً في بيع سيارة فاشترى النائب سيارة الأصيل لنفسه. وكما لو أناب شخص آخر في تأجير عقاره، فقام الأخير باستتجاره لنفسه<sup>(1)</sup>.

وكما لو كان الشخص نائباً عن أحد شركتين - مديراً عاماً أو شريكاً يقوم بالإدارة مثلاً<sup>(2)</sup>. ويملك شركة أخرى من شركات الأشخاص التي لا تنفصل فيها الذمة المالية للشركاء عن ذمة الشركة المالية كشركات المحاصة، فيتعاقد مع نفسه لبيع مال الشركة الأولى لصالح الثانية، ففي مثل هذا التعاقد يتعامل الشخص كبايع باسم ولحساب الشركة الأولى باعتباره نائباً عنها، ويتعاقد من ناحية أخرى كمشتري باسمه ولحسابه الشخصي.

42- ولا شك أن هذا التعاقد يثير تعارضاً في المصالح بين الأصيل والنائب؛ ذلك أن من صفات الإنسان الفطرية أنه يحب نفسه ويفضل مصلحته إذا تعارضت مع مصلحة غيره، فإذا جمع الشخص طرفي العقد في شخصه، بأن كان أصيلاً عن نفسه، ونائباً عن الطرف الآخر، فإنه يرجح أو يفضل مصلحته على مصلحة الطرف الآخر<sup>(3)</sup>.

(1) عبدالحى حجازي، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ص 780 & سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة للنشر، ص 26.

(2) وفي هذا الصدد تقرر محكمة النقض المصرية: «الشريك الذي يدير شئون الشركة شأنه شأن الوكيل عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عما تناولته الوكالة، وقيام كل شريك بإدارة بعض شئون الشركة لا يحول دون حق كل منهما في مطالبة الآخر بتقديم حساب عما أداره»، نقض مدني، 7 يونيو 1951، الطعن رقم 69، س 19 ق، مكتب فني 2، ج 3، ص 963.

(3) خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع، التأمين، الإيجار، ط1، دار النهضة العربية، 1979، ص 79 & أحمد نجيب الهلالي و حامد زكي، شرح القانون المدني، عقود البيع والحوالة والمقايضة، ط3، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، 1954، بند 234، ص 229 & وراجع أيضاً للمعنى نفسه:

M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français,  
Les obligations, op. cit., p. 71.

ففي عقد البيع، مثلاً، فإن البائع من جهة يحاول الحصول على أفضل الأسعار عن طريق بيع ماله بأعلى ثمن ممكن، والمشتري من جهة أخرى يحاول دفع أقل ثمن ممكن للحصول على ذلك المال. وفي عقد الإيجار أيضاً، حيث يسعى المستأجر للحصول على منفعة العين المؤجرة بأقل أجر، في حين يهدف المؤجر إلى الحصول على أعلى أجر وهكذا.

لذلك فإن هذه الصورة بالتحديد من صور التعاقد مع النفس قد أثارت - وكما سنرى بشيء من التفصيل فيما بعد - جدلاً كبيراً في الفقه حول مدى مشروعيتها أو قانونيتها، وحول ما إذا كان بإمكان النائب إجراء مثل هذا العقد والتوفيق بين مصلحته كبائع ومصلحة الأصيل الذي أنابه كمشتري، أو العكس؟

## 2. تعاقد النائب مع نفسه لغيره

43- قد يبرم شخص واحد - باعتباره نائباً عن شخصين مختلفين - تصرفاً قانونياً معيناً كبيع، أو إيجار، ... الخ، وذلك بأن يكون هذا النائب نائباً عن الطرف الأول البائع أو المؤجر، ونائباً في ذات الوقت عن الطرف الثاني، المشتري أو المستأجر، فينوب عن كلا الطرفين في ذات التصرف القانوني، فيبرم النائب التصرف لحساب موكله معاً، بتعيينين يصدران عن إرادته يمثل فيهما، في نفس الوقت، كلاً من البائع والمشتري<sup>(1)</sup>.

وأبرز تطبيق في الحياة العملية لمثل هذا التعاقد ما يقوم به الوكيل بالعمولة في مجال المعاملات التجارية<sup>(2)</sup>، فهذا الشخص قد يكون مكلفاً - مثلاً - من قبل

(1) جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 22، ص 99 & شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، المرجع السابق، ص 82 & وأنظر أيضاً من الفقه الفرنسي:

L. GOUGET, Théorie générale du contrat avec soi-même, étude de droit comparé, op. cit., p. 43.

(2) راجع لمزيد من البيان حول الوكالة بالعمولة راجع بصفة خاصة: مصطفى كمال طه، الوجيز في شرح القانون التجاري، منشأة المعارف، 1949، ص 314 وما بعدها & محسن شفيق، القانون التجاري، ج2، العقود التجارية، ط2، الناشر غير معلوم، 1957، ص 75 وما يليها & مراد فهميم، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982، بند 68، ص 74 وما بعدها & راجع أيضاً للترفة بين تعاقد النائب مع نفسه والوكيل بالعمولة لاحقاً بند 60 وما بعده & ومن الفقه الفرنسي:

أحد عملائه بأن يشتري له عدد معين من الأسهم، ومكلفاً في الوقت نفسه من عميل آخر بأن يبيع أسهماً من نفس النوع والعدد المكلف بشرائه، ففي هذه الأحوال وأمثالها نكون أمام صورة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره، وأطلق جانب من الفقه على هذه الصورة من صور تعاقد الشخص مع نفسه بالنيابة أو الوكالة المزدوجة *Double mandat* (1).

وقد يكون لشخص شركتان يملكهما تتمتع كل منهما بشخصية معنوية مستقلة، ويتولى بنفسه إدارة هاتين الشركتين، فعندما يبرم هذا الشخص عقداً بين شركتيه، فإنه يكون بذلك قد أبرم عقداً مع نفسه لحساب شخصين اعتباريين مختلفين، حيث أن مدير الشركة يعتبر ممثلاً لها ونائباً عنها أو عن مجلس إدارتها في إبرام التصرفات القانونية المخولة له، وبالتالي فهذا الشخص يكون متعاقداً مع نفسه نيابة عن الشركتين، الشخصين الاعتباريين (2).

44- على أن إبرام التصرفات القانونية في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس وإن كان يبدو على أنه يتم بإرادة النائب المنفردة، ويتم بتعبير واحد عن

J. CARBONNIER, Les obligations, 22e éd., 2000, PUF, n° 117 et s. & (1) عبد الحي حجازي، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ص 780 & وراجع بصفة خاصة من الفقه الفرنسي:

J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2002, n° 924 et s. & M.-L. IZORCHE, «mandat sans représentation», D. 1999, chron., p. 369 & J. MESTRE, «Du contrat conclu avec soi-même», obs., RTD civ., 1990, préc., p. 265 & Ph. le TOURNEAU, «Mandat», Rép. civ. Dalloz, avr. 2006, p. 38.

(2) وحكم اعتبار مدير الشركة والشريك المنتدب ممثلاً أو نائباً عنها هو ما قرره المشرع المصري بنص المادتين 516 و 519 من القانون المدني، وقد جرى قضاء النقض على اعتبار مدير الشركة نائباً عنها في التصرفات القانونية حيث قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بما نصه: «مفاد النص في المادتين 1/516، 519 من القانون المدني يدل على أن الشركة بوصفها شخصاً معنوياً يمثلها مديرها أو مديروها الذين يديرون ذمتها المالية وأن مدير شركة الأشخاص الذي عهد إليه بإدارتها بمقتضى نص خاص في عقد الشركة له وحده دون باقي الشركاء ممن لم ينط بهم أعمال الإدارة وأعمال التصرف تمثيل الشركة بوصفها شخصاً اعتبارياً والقيام بالتصرفات القانونية التي تدخل في حدود الغرض من تكوينها ومن بين ذلك تمثيلها أمام القضاء»، نقض مدني، في الأول من شهر أغسطس 2005، الطعنان 661، 662، لسنة 72 ق، مجموعة أحكام النقض، ص 745.

إرادته، غير أن هذا التعبير يطوي في الحقيقة في طياته إرادتين متميزتين ومرتبطتين تكفيان لإبرام العقد<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت الفطرة الإنسانية تجعل الإنسان . في الأصل . يُحابي نفسه فيفضل مصلحته الشخصية عند إبرام العقد إذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر، فإن الأصل أيضاً أن الإنسان لا يُحابي أي من طرفي العقد إذا كان نائباً عنهما معاً، فهو أقرب إلى أن يكون حكماً بينهما منه نائباً<sup>(2)</sup>.

45- وعلى الرغم من أن النائب ليست له مصلحة شخصية في التصرف الذي يبرمه مع نفسه في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس، فالنائب ليس بطرف فيه بل هو نائب عن طرفي العقد معاً، إلا أن جدلاً في الفقه قد أُثير . وكما سنرى بشيء من التفصيل فيما بعد . حول جواز أو منع تعاقد الشخص مع نفسه عندما يكون نائباً عن طرفي العقد معاً:

فذهب الفقه الغالب<sup>(3)</sup> إلى القول بأن التوفيق بين مصلحة الطرفين في هذه الحالة أيسر من حالة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه، فالإرادتان اللتان ينوب الشخص عنهما في هذه الحالة قد تكونا متعارضتين، ولكن هذا لا يمنعه من أن يكون أميناً في توجيه الإرادتين خصوصاً وقد وثق الطرفان فيه، ومن ثم فإنه من الجائز أن يتولى الشخص الواحد طرفي العقد باعتباره نائباً عن الطرفين، إلا إذا

(1) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة: جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 100.

(2) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 65 & راجع أيضاً ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، ج2، ص 105 - 106.

(3) على سبيل المثال لا الحصر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 99-100 & أنور سلطان، الموجز، السابق، ص 65-66 & أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 125 & راجع أيضاً من الفقه الفرنسي:

Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, Cours de droit civil français, op. cit., n° 411 & en même sens, R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, op. cit., n° 136 et s.

وراجع عكس ذلك: عبدالمنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 208 & عبدالمنعم البدرابي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 179، حيث كانوا يرون أن النائب قد يضحى بمصلحة أحد الطرفين لمصلحة الآخر في هذه الحالة من حالات النيابة.

كان التناقض ظاهراً بين المصلحتين أو لم يجز أحدهما التصرف كما في عقد الصلح.

وعلى ذلك فالنائب الذي أنابه شخص آخر لبيع له أرضه مثلاً، وكان هناك شخص ثانٍ قد أنابه ليشتري له أرضاً كالتالي أنيب في بيعها، لا يُخشى عليه من محاباته لأحد الطرفين دون الآخر؛ وذلك لعدم وجود مصلحة شخصية له، اللهم إلا إذا تناقضت مصلحة الطرفين تناقضاً جوهرياً، كما لو كان للنائب أجر من أحد المتعاقدين على قدر كمية العمل وجسامته، فيُخشى حينئذٍ من أن يستزيد النائب من العملية قصداً وبلا مبرر ليستزيد من أجره.

46- وكما ينوب النائب في التعاقد عن الأشخاص الطبيعية، ينوب كذلك عن شخصين أحدهما أو كلاهما اعتبارياً أو معنوياً كالشركات وما يماثلها، فمثلاً قد يكون لشركتين مدير واحد يقوم بشئونهما، فيبرم عقداً نيابةً عن الشركتين معاً، وليس من خطر في ذلك لأن مديري الشركات مسؤولون عن تقديم حساب بأعمالهم في أوقات منتظمة، وفي هذا الصدد تقضي محكمة النقض المصرية بما نصه: «الشريك الذي يدير شئون الشركة شأنه شأن الوكيل عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عما تناولته الوكالة، وقيام كل شريك بإدارة بعض شئون الشركة لا يحول دون حق كل منهما في مطالبة الآخر بتقديم حساب عما أداره»<sup>(1)</sup>. ومع ذلك فكثيراً ما ينص قانون الشركات على الحد من ذلك، كأن يقول مثلاً إذا تعارضت مصلحة الشركة كشخص اعتباري، مع مصلحة مديرها فعلى مجلس الإدارة أن يعين عضواً آخر ليمثلها<sup>(2)</sup>.

والنيابة في عقود المعلوماتية شائعة جداً لأن أغلب المتعاقدين هم أشخاص معنوية، وحتى لو كان أطراف هذه العقود أشخاصاً طبيعيين، فعدم خبرتهم ودرايتهم في أمور المعلوماتية تدفعهم إلى تخويل غيرهم من أهل الخبرة والمستشارين في التعاقد بالنيابة عنهم، وكثيراً ما يتولى إبرام هذه العقود شركات متخصصة في هذا المجال تتولى إبرام العقد نيابة عن طرفيه كلاً من المورد والمستفيد.

(1) نقض مدني، 7 يونيو 1951، الطعن رقم 69، س 19 ق، مكتب فني 2، ج 3، ص 963.  
(2) في هذا المعنى: عبد الحي حجازي، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ص 753 & وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه:

وعلى أية حال فإن تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه أو لغيره قد يقع في الحال، وقد يكون التعاقد بحسب المآل، وهما الصورتان اللتان سوف نتعرض لمفهومهما بعد قليل.

### (ب) تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة

47- قد يحصل التعاقد مع النفس ضمن ذمة مالية واحدة، كما إذا أراد شخص أن يخص مائنين هما له بأحكام أو قواعد قانونية خاصة ويحدد ما لهذين المائنين من حقوق وما عليهما من التزامات، وهو ما يُطلق عليه في الفقه الفرنسي تقسيم أو فصل الذمة المالية " *Division ou répartition du patrimoine* <sup>(1)</sup> .

وبناءً على مضمون النظرية الأخيرة فإن شخصاً واحداً يمكن أن يتعاقد مع نفسه لمصلحة نفسه إذا قام بفصل أو بتقسيم ذمته المالية إلى ذمتين ماليتين مختلفتين، فيتعاقد لهاتين الذمتين بصفته القابل والموجب في آن واحد، والحقيقة أن التعاقد يتم على ذمة مالية واحدة هي الذمة المالية لهذا الشخص وحده.

فعلى سبيل المثال، إذا كان لشخص نصف المال المملوك على الشيوخ مع والده، وكان على مال الوالد عدة ديون، ثم توفي الوالد وانتقلت التركة المثقلة بالديون إلى الوارث الشريك على الشيوخ، ففي هذه الحالة إذا شاء هذا الشخص الذي كان يملك النصف على الشيوخ خاصة ثم آل إليه النصف الآخر، أن يقسم ما بين الملكين لتحديد الحقوق والالتزامات التي على النصف الذي آل إليه بطريق

(1) يعد من مؤسسي هذه النظرية في الفقه الفرنسي الفقيه DELCROS في العقد الأخير من القرن العشرين الميلادي، وقد تبع هذا الفقيه العديد من الفقهاء في نظريته أمثال ROLIN وغيره وأخذ بها المشرع حديثاً بالقانون رقم 658 الصادر عام 2010:

B. DELCROS, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat, étude sur les services non personnalisés de l'Etat, LGDJ 1976, p. 65 et s. et surtout p. 80 et s. & F. ROLIN, Accord de volontés et Contrat entre personnes publiques, op. cit., p. 348 et s. & F. COLASSON, le patrimoine professionnel, op. cit., p. 156 et s. & en même sens, R. VERDOT, La notion d'acte d'administration en droit privé français, préf. P. KAYSER, LGDJ, 1963, p. 23 et s. & J.-M. DELLECI, «Les risques de la gestion du patrimoine et leur prévention», Banque et droit 1996, t. 46, p. 9 et s.



الميراث، أي يفصل الذمة المالية للتركة عن ذمته المالية الخاصة، فيجوز له ذلك قانوناً<sup>(1)</sup>، فيتعامل حينئذٍ في ذمة التركة المنفصلة عن ذمته المالية مع نفسه بطريق النيابة<sup>(2)</sup>.

وتحصل حالة تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة كذلك عند تعاقد شركة التأمين مع نفسها للتأمين على أموالها من الحريق أو السرقة أو الخسارة<sup>(3)</sup>، فبعض شركات التأمين قد تفضل إبرام عقد التأمين على أموالها لدى نفسها لأسباب عديدة من أهمها هو ضمان الحفاظ على أصول الشركة ورأس مالها الثابت بتعويض الخسارة عند تحقق الخطر حتى لا تضطر الشركة إلى شهر

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بما نصه: «وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك بأنه لما كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث، والتركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، فإن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته، ومن ثم فلا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، ومن المقرر شرعاً أنه "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، نقض مدني، "أحوال شخصية"، 30 مارس 1998، في الطعن رقم 154 لسنة 67 ق، وقضت المحكمة نفسها في غير حكم لها بأن: «المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث، وكانت ذمة التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، فإن ديون المورث تتعلق بتركته، ولا تنشغل بها ذمة ورثته، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة»، نقض مدني، "أحوال شخصية"، 26 أكتوبر 1997، في الطعن رقم 8704، لسنة 63 ق & وفي المعنى نفسه: نقض مدني، "أحوال شخصية"، 14 مايو 2003، في الطعن رقم 1473، لسنة 72 ق.

(2) لمزيد من التفصيل راجع في هذا الصدد:

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., n° 137.

(3) يُذكر أن غالبية الفقه المصري قد فضلوا اختيار تعريف الفقيه "هيمار" للتأمين حيث يعرفونه بأنه: "عملية يحصل بمقتضاها أحد الأطراف وهو المؤمن له - نظير دفع قسط - على تعهد لصالحه أو لصالح الغير، من الطرف الآخر وهو المؤمن، تعهد يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداءً معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء"، أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1991، ص 14 & في المعنى نفسه: السنهوري، الوسيط، ج 7، بند 543، ص 159 & عبد المنعم البدر، العقود المسماة، الإيجار والتأمين، القاهرة 1968، الناشر غير محدد، بند 97، ص 150 & محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، الطبعة الثانية، القاهرة، 1950، الناشر غير معلوم، ص 11.

إفلاسها عند تحقق المخاطر الكبيرة، كما أن شركة التأمين قد تفضل الاقتصاد في أقساط التأمين المدفوعة فتعتمد إلى إبرام العقد مع نفسها ولا تلجأ إلى شركة أخرى منافسة قد تطلبها بأقساط باهظة (1).

ويحدث ذلك أيضاً في النظام القانوني الفرنسي بصفة خاصة لاسيما فيما بين الأزواج بعضهم البعض، فمن المعروف أن النظام المالي للزواج في ظل القانون الفرنسي يعترف بذمة مالية منفصلة أو مستقلة عن ذمة أي من الزوجين خاصة لدى تصفية الأموال بعد الانفصال الجسماني بينهما، فيجوز لكل من الزوجين حينئذ التعاقد على الذمة المالية المشتركة لهما بالبيع أو الشراء أو حوالة الحقوق ونحوها (2).

وقد تتحقق هذه الحالة من حالات التعاقد مع النفس في تقرير الضمان لدين مستقبلي ولدائن غير معلوم؛ فمثلاً إذا أمرت إدارة الشركة بعمل رهن على أصولها - عقارات أو منقولات - لضمان إصدار السندات، أي لصالح حملة سنداتهما، حيث إذا عجزت الشركة المصدرة عن دفع الفوائد أو القيمة الإسمية للسند تقوم الجهة المشرفة على الإصدار ببيع ممتلكاتها حتى يتم الوفاء بذلك الالتزام، هنا يكون الدائن - حامل السند - غير متعين مقدماً عند إنشاء الرهن، ويكون مدير الشركة أو الوكيل الذي يحضر عنها في إبرام عقد الرهن نائباً عن هذا الدائن - حامل السند -

(1) في هذا المعنى راجع: خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع، التأمين، الإيجار، ط1، دار النهضة العربية، 1979، ص 189 & راجع لمزيد من البيان من الفقه الفرنسي بصفة خاصة: J. BIGOT et D. LANGÉ, Droit des assurances, t. II, La distribution de l'assurance, LGDJ, 1999, p. 67 et s. & F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 7e éd., Dalloz, 2004, p. 312 et s. & D. MAINGUY, Contrats spéciaux, 4e éd., Dalloz, 2004, n° 56 et s.

(2) راجع على سبيل المثال نصوص المواد 16 و 19 و 221 و 223 من القانون الفرنسي رقم 570 الصادر في 13 يوليو 1965 والمعدل بموجب القانون رقم 1372 الصادر في 23 ديسمبر 1985 & ولمزيد من البيان حول النظام المالي المختلط للأزواج:

M. GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille, Dalloz 1998, p. 57 et s. & J. CHAMPION, Régimes matrimoniaux et contrats de mariage, 9e éd., DELMAS, 1998, p. 237 et s. & F. TERRÉ et Ph. SIMLER, Droit civil, les régimes matrimoniaux, 5e éd., Dalloz, 2008, p. 96 et s.

الذي لم يتعين عند إبرام عقد الرهن، ونائباً عن الشركة نفسها (1).

48- ويمكن أن تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة أيضاً في حال الرهن الحيازي؛ ذلك أن هذا النوع من الرهن يقتضي وضع المال المرهون في حيازة المرتهن تأميناً للدين وملحقاته، فيكون للدائن المرتهن حق عيني تباعي على المال المرهون وملحقاته يخوله حبس هذا المال وثماره ونمائه إلى حين سداد جميع الدين وملحقاته، ويترتب على وجود المال المرهون في حيازة الدائن المرتهن أن يصبح الأخير ملتزماً بالمحافظة على ذلك المال وإدارته واستثماره ثم رده عند استيفاء حقه، ويكون على الدائن المرتهن هنا أن يستغل المال المرهون بحسب ما هو معد له وبالطريقة المألوفة لاستغلاله، فإذا كان المال المرهون أرضاً زراعية، زرعها أو أجرها لمن يقوم بزراعتها، وإذا كان منزلاً، أجره للسكن، ويجوز في هذه الحالات وغيرها أن يؤجر الدائن المرتهن الشيء المرهون لأي شخص ولو للراهن نفسه، أو أن يستأجره لنفسه مادام لا يخرج في تأجيله عن الإدارة المعتادة أو المألوفة (2).

وحيث أن من المسلم به أن الدائن المرتهن في الفروض السابقة ليس مالكاً للمال المرهون ولا هو فضولي، فيبقى إما أن يكون صاحب حق ذاتي (أصيل) في منفعة العين المرهونة مما يجوز تأجيله كحق المنتفع وحق المستأجر، وإما ألا يكون له حق من هذا القبيل ولكنه ملزم بالإدارة والاستثمار بالنيابة عن الراهن ولحسابه، وبالنظر إلى أن تكييف حق الدائن المرتهن في هذه الفروض سوف يؤثر بشكل أو بآخر على تكييف التصرف الذي يبرمه الأخير وما إذا كان عقداً مع النفس أم لا، فسنتناول هذا الخلاف الفقهي بشيء من الإيجاز هنا (3)...

(1) راجع لمزيد من البيان:

R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, op. cit., n° 90.

(2) سليمان مرقس، العقود المسماة، المجلد الثاني، عقد الإيجار، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 209 & حمدي عبدالرحمن، عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع، ص 54.

(3) انظر لمزيد من البيان حول هذه المسألة الخلافية التي لا تدخل بحسب الأصل في نطاق الدراسة: السنهوري، الوسيط، ج 6، المرجع السابق، بند 41 & سليمان مرقس، الإيجار، المرجع السابق، بند 105 & عبدالفتاح عبدالباقي، عقد الإيجار، ج 1، دار الكتاب العربي بمصر، 1955، بند 58.

فقد اختلف الفقه في التكيف القانوني لمركز الدائن المرتهن في تأجير المال المرهون وما يعتبر محلاً لهذه الإجارة على رأيين على طرفي نقيض: فيذهب رأي في الفقه (1) إلى أن الدائن المرتهن عندما يدير الشيء المرهون ويؤجره فإنما يقوم بذلك باعتباره أصيلاً عن نفسه بمقتضى حق ثابت له شخصياً يستمده من الحق العيني المقرر له على الشيء المرهون، وهو حق الرهن. وأن الإيجار الذي يعقده الدائن المرتهن لا يسري في مواجهة المالك إلا في حدود مدة الرهن، ما لم يقر المالك الإيجار عن المدة التالية إذا كان عقد الإيجار لمدة أطول من مدة الرهن. والخلاصة وفقاً لهذا الرأي أن مركز الدائن المرتهن هنا يشبه إلى حد كبير مركز المنتفع، حيث أن أي منهما لا يستطيع تأجير الشيء الذي ينصب عليه حقه إلا في حدود مدته ما لم يقر المالك الإيجار عن المدة التالية.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن إدارة المال المرهون واستثماره ليس واجباً على المرتهن فحسب، بل هي حق له أيضاً لأن الراهن لا يستطيع بحجة إعفاء الدائن المرتهن من هذا الواجب أن يمنعه من مباشرتها، ولأن الرهن يخول الدائن المرتهن أخذ غلة المال المرهون خصماً من دينه وملحقاته، وعلى ذلك فحق الدائن المرتهن هو حق ذاتي يستمده من الرهن مباشرة، ويجوز له تأجيره أصيلاً من نفسه لا نائباً عن غيره (2).

ويعترض أصحاب هذا الرأي على اعتبار الدائن المرتهن نائباً عن المدين الراهن في استغلال واستثمار المال المرهون؛ ذلك أن النياية عندهم - صريحة كانت أم ضمنية - تقتضي أن يكون لدى النائب نية التعاقد لحساب الأصيل، وأن يجري هذا التعاقد باسم الأخير، وأن تترتب آثار العقد في ذمة الأصيل مباشرة، وليس الأمر كذلك بالنسبة للدائن المرتهن؛ إذ أنه يتعاقد باسمه خاصة لا باسم الراهن،

(1) السنهوري، الوسيط، ج 6، المرجع السابق، ص 50 & عبدالفتاح عبدالباقي، التأمينات الشخصية والعينية، دار الكتاب العربي بمصر، 1950، ص 89 & أحمد سلامة، التأمينات المدنية، دار التعاون، القاهرة، 1966، ص 63.

(2) عبدالفتاح عبدالباقي، السابق، ص 89-90 & شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط 2، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1959، ص 236.

وينتج التصرف آثاره . وفقاً لهذا الرأي . في ذمته هو لا في ذمة الراهن (1).

ويترتب على هذا الرأي أن الدائن المرتهن إذا ما استأجر العقار المرهون كان مستأجراً من نفسه، فهو مؤجر ومستأجر في ذات الوقت، فهو قد استأجر العين المرهونة من نفسه لنفسه، مادام أنه صاحب حق أصيل في استغلال المال المرهون، وفي مثل هذه الحالة نجد أن التصرف القانوني قد انصب على ذمة مالية خاصة للدائن المرتهن بخلاف ذمته المالية الشخصية.

أما إذا أجز الدائن المرتهن العقار المرهون إلى الراهن، أي إذا أجز الدائن المرتهن العين المرهونة رهناً حيازياً لمالكها الأصلي وهو المدين الراهن، كنا أمام عقد بين طرفين، هما الدائن المرتهن بوصفه مؤجراً من جانب، والراهن بوصفه مستأجراً من جانب آخر، هذا إذا ما نظرنا إلى هذا العقد من حيث منفعة المال المرهون التي هي بيد الدائن المرتهن، أما إذا نظرنا إلى ملكية رقبه المال المرهون محل الإيجار، فنجد أن الراهن قد استأجر مالا تعود ملكيته له، وفي هذين الفرضين نكون أمام حالة أو صورة خاصة من صور التعاقد مع النفس ضمن ذمة مالية تختلف عما رأيناه من قبل من صور التعاقد مع النفس العادية.

في حين يذهب اتجاه آخر في الفقه (2) إلى اعتبار الدائن المرتهن نائباً عن الراهن نيابة قانونية في إدارة المال المرهون واستغلاله واستثماره؛ ذلك أن الراهن يفضل أن يحتفظ بالإدارة والاستغلال لنفسه، ولكنه يجد نفسه بحكم ما يترتب على القانون على الرهن الحيازي من آثار، ملزم أن يترك إلى الدائن المرتهن حيازة المال المرهون وإدارته والقيام على استثماره.

ويفتد أصحاب هذا الرأي أسانيد الرأي المقابل له بالقول: إن اعتبار سلطة الدائن المرتهن في إيجار المال المرهون رهناً حيازياً حقاً ذاتياً له لا يتفق مع أحكام الرهن الحيازي؛ ذلك أن حق الرهن الحيازي لا يعدو أن يكون حقاً عينياً تبعياً، وهذا

(1) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 68 & حمدي عبدالرحمن، عقد الإيجار، المرجع السابق، ص 54.

(2) سليمان مرقس، التأمينات العينية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1959، ص 409 وما يليها & سمير تناغو، التأمينات العينية، شركة الإسكندرية للطباعة والنشر، دون ذكر سنة النشر، ص 108 وما بعدها.

النوع من الحقوق لا يخول صاحبه شيئاً من مزايا الملكية الثلاث وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومن ثم لا يمكن القول أن للدائن المرتهن حق استثمار المال المرهون بما له من حق رهن يجعل منفعة العين وثمارها مملوكة لصاحب هذا الحق دون مالك العين، فليس هذا شأن الرهن الحيازي، حيث أنه من المقرر قانوناً أن هذا الحق لا يجعل منفعة العين ملكاً للدائن المرتهن يجوز له التصرف فيها كما يشاء، بل يبقئها على ملك الراهن ويجعلها محبوسة فقط في يد الدائن المرتهن لتكون مع العين المرهونة ضامنة للوفاء بالدين وملحقاته في حال عدم وفاء المدين بهذا الدين<sup>(1)</sup>.

وعليه فالدائن المرتهن - شأنه في ذلك شأن الحارس القضائي - لا يملك نفسه حقاً في منفعة العين المرهونة يجوز له تأجيرها، وإنما يؤجر المنفعة المملوكة للراهن والمحبوسة لديه هو باعتباره نائباً عن الراهن ولحسابه، كما أن هذه النيابة يفرضها القانون فرضاً نتيجة لتحويل الدائن المرتهن حق حبس العين المرهونة ومنفعتيها، فيكون حكم الدائن المرتهن فيما يتعلق بتأجير المال المرهون حكم من يملك الإدارة لا حكم من يملك المنفعة، وبالتالي لا يجوز له أن يؤجر لأكثر من ثلاث سنوات دون إذن من الراهن، وأن إجارته لا تنقضي بانقضاء الرهن بل تظل نافذة في حق الراهن - بالرغم من انقضاء الرهن - إلى أن تنتهي مدتها<sup>(2)</sup>.

وبناءً على الرأي الأخير فإذا ما قام الدائن المرتهن بإبرام عقد إيجار على العين المرهونة لنفسه، فسيكون مستأجراً من نفسه لنفسه باعتباره نائباً عن المدين الراهن من جانب، وأصيلاً بنفسه من جانب آخر. أما إذا أجرة العين المرهونة إلى الراهن، كان الأخير مستأجراً لعقار تعود ملكيته له من نائبه (الدائن المرتهن)، فهذا التصرف وإن كان في ظاهره قد تم بين شخصين هما الراهن والدائن المرتهن، إلا أنه في حقيقته وفي آثاره واقعاً في ذمة المدين الراهن وحده، فهو المؤجر والمستأجر في آنٍ واحد، وذلك بالتعاقد مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة.

ونحن من جانبنا - إن كان لنا الإدلاء برأي في هذه المسألة - فإننا نعتقد أن

(1) سليمان مرقس، السابق، ص 212.

(2) سمير تناغو، التأمينات العينية، السابق، ص 109.

الرأي الأخير الذي يرى نصرته أن الدائن المرتهن يعد نائباً عن الراهن في إدارة المال المرهون واستغلاله لهو الأولى بالاتباع نظراً لرجاحة حججه من جانب، ولاتفاقه . من جانب آخر . مع ما تقضي به أحكام الرهن الحيازي سيما المواد 1104 و 1106 من القانون المدني، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية نفسها مؤخراً في حكم حديث لها إذ تقول: «ولما كان هذا الضمان يعد رهناً حيازياً وكان واجب الدائن المرتهن استثمار المال المرهون لصالح المدين الطاعن إعمالاً لحكم المادة 1104 من القانون المدني»<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: من حيث وقت انصراف آثار العقد

#### أ) التعاقد مع النفس في الحال

49- في كل حالات النيابة في التصرفات القانونية، أي سواء كانت النيابة إرادية أو قانونية أو قضائية، وفي جميع حالات التعاقد مع النفس للنفس أو للغير، إذا ما أبرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه وانصرفت إليه وإلى الأصيل . إذا كان يتعاقد لنفسه . أو إلى الأصيلين في الوقت نفسه، إذا كان يتعاقد للغير، آثار ذلك التصرف، كان النائب متعاقداً مع نفسه في الحال<sup>(2)</sup>.

والأمثلة المتقدمة وغيرها تعتبر نموذجاً لانصراف آثار العقد إلى عاقيه مباشرة وفي الحال، فإذا ما أناب شخص . وعلى سبيل المثال . شخصاً آخر لشراء أرض له، وكان النائب يريد أن يبيع أرضه فقام ببيعها لموكله، فإن عقد البيع ينتج أثره في الحال بمجرد صدور التعبير من جانب النائب وحده مع مراعاة أحكام التسجيل العقاري بالطبع، ولا شك أنه سيحصل تعارض بين مصلحة الأصيل كمشتري، ومصلحة النائب كبائع في هذه الحال، لذلك كان الأصل في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس . في معظم تشريعات دول العالم وكما سنرى تفصيلاً

(1) نقض مدني، 23 مارس 2006، في الطعن رقم 1895، س 64 ق، مكتب فني 57، ج 5، ص 268.

(2) برهام محمد عطا الله، عقد البيع، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، 1983، ص 43 - 44 & أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج 2، العقود المسماة، دار الفكر العربي، 1987، ص 10 & وراجع أيضاً لمزيد من البيان:

F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même: op. cit., p. 84 et s.

لاحقاً . عدم الجواز إلا إذا أجازته الأصيل (1).

وإذا أراد نائب قانوني أو قضائي أن يتعاقد مع نفسه نيابة عن عديم الأهلية أو ناقصها أو المحجور عليه الذي تحت ولايته أو وصايته أو قيمومته، كما لو أراد الولي أن يشتري لنفسه مال القاصر الذي تحت ولايته مثلاً، ففي هذه الحالة يكون الخطر في أوجه، لما يتسم به الأصيل من الضعف والحاجة إلى الرعاية، لذلك نجد أن غالبية التشريعات تتشدد في ذلك التعاقد وتقيده بعدة قيود أو شروط مثل الحصول على موافقة جهة معينة، كالمحكمة مثلاً، وأحياناً تتطلب بعض التشريعات نصب وصي خاص لإبرام ذلك التعاقد بدلاً ممن له الولاية أو الوصاية أو القوامة (2).

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بما نصه: «إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى بأسباب سائغة إحتفاظ المورث بحيازته للعين المتصرف فيها - وإعتبر قيامه بتحصيل أجرتها بعد التصرف فيها إنما كان لحساب أولاده القصر - المتصرف إليهم - بصفته ولياً طبيعياً عليهم، ولم يكن لحساب نفسه لعدم إستناده في ذلك إلى مركز قانوني يخوله حق الإنتفاع بتلك العين، فإن الحكم المطعون فيه، و قد قضى بإعتبار البيع منجزاً مستوفياً أركانه القانونية ومنها الثمن، وأنه صدر من المورث في حال صحته، ولا يقصد به الوصية، مستندا في ذلك إلى أسباب سائغة تكفي لحمل قضائه ولا فساد فيها، فإن النعي عليه بالقصور في التسبب والفساد في الإستدلال يكون على غير أساس» (3)، فقد أقرت هنا محكمة النقض تعاقد الولي الشرعي مع نفسه مادام أنه قد تعاقد لمصلحة أولاده القصر، وأكدت المحكمة على أن تصرف الولي هنا ليس لمصلحة نفسه لعدم وجود مركز أو حق قانوني للولي على العين يخوله الانتفاع بها، غير أننا سوف نرى

(1) السيد علي السيد، عقد البيع، مكتبة عبدالله وهبه، 1942-1943، ص 252 & وفي المعنى نفسه: محمود عبد الرحمن علي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، غير مذكور سنة النشر، ص 54 وما بعدها.

(2) على أننا في هذه الحالة الأخيرة لا نكون أمام حالة من حالات التعاقد مع النفس بالمعنى الدقيق، لأن العقد قد تم بين الولي أو الوصي (الأصلي) والوصي الخاص الذي نصبته المحكمة لإبرام هذا التصرف، راجع في هذا المعنى: سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968، ص 255.

(3) نقض مدني، في 7 مارس 1972، في الطعن رقم 89، س 37 ق، مكتب فني 23، ج 1، ص 298.



فيما بعد بمشيئة الله تعالى ما أقره المشرع بالنسبة للولي في حال التعاقد مع نفسه بنصوص صريحة.

### (ب) التعاقد مع النفس بحسب المآل

50- قد يستعير النائب اسماً لشخص آخر . وكما سنرى بشيء من التفصيل فيما بعد عند تمييز التعاقد مع النفس عما يشته به من تصرفات قانونية أخرى (1) . يتعاقد معه لمصلحة نفسه، فيكون تعاقد النائب مع صاحب الاسم المستعار لمصلحة الأصيل من جانب، ولمصلحة صاحب الاسم المستعار في الظاهر من جانب آخر، غير أنه في الحقيقة فإن النائب هنا يكون قد تعاقد فعلياً مع نفسه ولمصلحة نفسه لكن بحسب ما سيؤول إليه وضع التصرف وآثاره في النهاية، لذلك قلنا أن هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس تعد تعاقدًا بحسب المآل.

وهذا التعاقد إن كان لا يعد في الظاهر . وفقاً للمفهوم الذي حددناه آنفاً للتعاقد مع النفس . تعاقدًا للشخص مع نفسه لعدم وحدة العاقد؛ إذ نجد عاقلين هما اللذين توليا إبرام العقد في هذه الحالة، غير أن هذا العقد في الحقيقة . من حيث النتيجة ومن حيث الغاية التي يهدف إليها النائب من ورائه . يعد في الحقيقة تعاقدًا مع النفس للنفس، بل هو تحايل على القواعد القانونية التي منعت تعاقد الشخص مع نفسه (2).

وبالنظر لأهمية هذه الحالة من حالات التعاقد مع النفس ولخطورتها من جهة، وكثرة تطبيقاتها العملية التي تزخر بها ملفات القضايا التي تعرض على المحاكم من جهة أخرى. فقد آثرنا أن نتناولها بشيء من التفصيل.

يعد النائب متعاقدًا مع نفسه بحسب المآل إذا أبرم التصرف القانوني المناب فيه مع آخر لمصلحة نفسه، وذلك بأن يبيع مال الأصيل . مثلاً . إلى آخر قريب أو صديق له أو زوجه، على أن يرد الأخير المال الذي اشتراه من النائب إلى الأخير،

(1) راجع بند 58 وما يليه لاحقاً.

(2) ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، أن التقنين الجديد شمل منع بيع النائب لنفسه ولو باسم مستعار، وعلق على ذلك أنه يواجه امراً كثيراً كغيره في الحياة العملية، أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج4، ص 229-230.

فيكون الوكيل - صاحب الاسم المستعار - قد أعار اسمه للموكل (النائب) للتعاقد معه لمصلحة النائب، للتحايل على المنع الذي فرضه القانون على تعاقد الشخص مع نفسه، فيبدو وكأن العقد أبرم بين شخصين، وكأن النائب المناط به البيع لم يبع مال الأصيل لنفسه وإنما لآخر، والحقيقة أن البيع قد تم لمصلحة النائب المناط به البيع منذ البداية<sup>(1)</sup>.

ويلجأ الموكل إلى تسخير الوكيل واتخاذ اسماً مستعاراً لأغراض عملية مختلفة، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع. والتسخير لغرض مشروع صحيح لأنه ضرب من الصورية، والصورية وحدها ليست سبباً في بطلان التصرف. أما إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع، كأن كان النائب ممنوعاً من التصرف لنفسه<sup>(2)</sup>، فإن التسخير - وفقاً لأرجح الآراء في الفقه - يكون باطلاً، ويشمل البطلان عقد الوكالة المستترة، والتصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي تنفيذاً لعقد الوكالة، والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل<sup>(3)</sup>.

(1) لمزيد من البيان في هذا الصدد راجع بصفة خاصة: سليمان مرقس، البيع، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها & السيد علي السيد، عقد البيع، المرجع السابق، ص 252 وما يليها & برهام محمد عطا الله، عقد البيع، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها & وراجع من الفقه الفرنسي بصفة خاصة:

J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Les effets du contrat, op. cit., n° 937 et s. & J. MESTRE, «Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour soi-même», obs., RTD civ., 1990, préc., p. 270 et s. & Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., p. 35 et s.

(2) فسوف نرى فيما بعد بشيء من التفصيل أن تعاقد النائب مع نفسه إن كان محظوراً وفقاً لبعض التشريعات في حالات معينة، فإن تعاقد صاحب الاسم المستعار يكون محظوراً أيضاً وبالتبعية، راجع المادة 479 من القانون المدني المصري، والمادة 456 من القانون المدني الألماني، والمادة 468 من القانون المدني الليبي، والمادة 413 من القانون المدني السوداني، والمادة 447 من القانون المدني السوري، والمادة 410 من القانون المدني الجزائري، والمادة 514 من القانون المدني الكويتي، والمادتان 156 و 602 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 853 من القانون المدني الأردني، والمادة 379 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(3) السنهوري، الوسيط، ج7، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 624 & اسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، مكتبة عبدالله وهبه، مصر، 1958، ص 101.

فإذا سخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشتري المال المنوط به هو بيعه أو تقدير قيمته، كان هذا التصرف باطلاً، لأنه لا يستطيع شراء المال بنفسه فلا يستطيع شراءه بوكيل مسخر، وهذا المنع لا يقتصر على حالة بيع النائب مال الأصيل إلى المسخر بيعاً عادياً، بل حتى لو كان هذا البيع بالمزاد العلني، كما إذا أناب الأصيل نائباً عنه لبيع ماله في مزاد علني وأناب النائب وكياً مسخراً عنه لشراء مال الأصيل لمصلحة النائب المناط به البيع<sup>(1)</sup>.

وفي هذه الحالة يكون الشخص المُسخر في علاقته بمن تعاقد معه (النائب) بالبيع أو بالشراء هو العاقد الذي تنتقل إليه ملكية المبيع أو ينشأ في ذمته الالتزام بالثمن، ويكون هو كذلك أيضاً بالنسبة إلى الغير. أما في علاقته بموكله، فينصرف إلى هذا الأخير أثر العقد، فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن، دون حاجة إلى صدور تصرف جديد ينقل الملكية إليه من المسخر، ولا إلى صدور تعهد جديد منه بالتزامه بالثمن<sup>(2)</sup>.

ويجوز إثبات أن التعاقد كان باسم مستعار وأن صاحب الاسم المستعار كان في حقيقة الأمر إنما يشتري لمصلحة النائب بكافة طرق الإثبات، فهي مسألة

(1) برهام محمد عطا الله، المرجع السابق، ص 44 & عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، ط2، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، 1958، ص 181 & وأنظر أيضاً:

F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même: op. cit., p. 65.

(2) وقد أكدت على هذا المبدأ محكمة النقض المصرية إذ تقول في هذا الصدد: «إن من يعير اسمه ليس إلا وكياً عن أعاره، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً، فهو كسانر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في أن وكالته مستترة فكان الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل، وينبغي على ذلك أن الوكيل المستتر لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة من عقد البيع الذي عقده بل تنصرف هذه الحقوق إلى الأصيل، أما في علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب»، نقض مدني 24 ابريل 1980، الطعن رقم 648، س 49 ق، منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبية، المرجع السابق، ص 242-243 & ولمحكمة النقض الفرنسية راجع أيضاً:

Cass. 1re civ., 2 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 241 & Cass. 1re civ., 23 févr. 1983, Bull. civ. III, n° 71.

وقائع يفصل فيها قاض الموضوع (1).

ونكتفي هنا بما انتهينا إليه في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس نظراً لأننا سيكون لنا معها وقفة أخرى حين التعرض بشيء من التفصيل لتمييز التعاقد مع النفس عن بعض التصرفات القانونية والتي من ضمنها صورة التعاقد باسم مستعار، فنحيل إلى هذا الموضوع منعاً للتكرار الحتمي هنا.

### المبحث الثاني

#### تمييز التعاقد مع النفس عما يشته به من تصرفات قانونية أخرى

51- قد نرى في الواقع العملي حالات يتولى فيها شخص التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما، إلا أنه مع ذلك لا يعد متعاقداً مع نفسه كما لو كان رسولاً أو مساعداً قضائياً، ومن ناحية ثانية قد يكون الشخص وكيلاً، ويكون له دور في إبرام العقد عن الجانبين، إلا أنه مع ذلك لا يعد أيضاً متعاقداً مع نفسه من حيث الأصل كما في التعاقد باسم مستعار والوكيل بالعمولة.

وعلى ذلك فسوف نتناول في هذا المبحث تمييز التعاقد مع النفس عن التعاقد برسول والتعاقد بمساعد قضائي من جهة أولى، ثم تمييزه عن التعاقد باسم مستعار والوكيل بالعمولة من جهة ثانية على النحو التالي...

### المطلب الأول

#### تمييز التعاقد مع النفس من التعاقد برسول والتعاقد بمساعد قضائي

##### (1) تمييز التعاقد مع النفس من التعاقد برسول

52- التعاقد عن طريق رسول *Messenger* يتمثل في أن يرسل العاقد للعاقد الآخر الغائب رسولاً يبلغه بالإيجاب أو القبول، سواء أتم ذلك شفاهاً . أي باللفظ . أو تم ذلك بالكتابة، والكتابة هي أن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً بإيجابه أو قبوله.

(1) توفيق حسن فرج، عقد البيع، المرجع السابق، ص 100 & محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 66.

وإذا تم نقل الرسالة شفاهاً، فإن دور الرسول هنا يقتصر فقط على أنه يقوم بتوصيل الرسالة شفويّاً كما هي دون أدنى تدخل منه، ويُشبهه الفقه الفرنسي الرسول هنا بأنه ناطق بلسان الأصيل (*porte-parole (nuntius)* أو متحدث بلسان من أرسله، والحال كذلك إذا تم نقل الرسالة كتابةً، فدور الرسول هنا أيضاً يعد دوراً مادياً محضاً ويشبهه الفقه الفرنسي بأنه عبارة عن حامل قلم أو ريشة *porte-plume*<sup>(1)</sup>.

ففي الحالتين يقتصر دور الرسول - سواء كان ينقل التعبير عن الإرادة شفاهاً أم كتابةً - على نقل إرادة أحد العاقدين إلى العاقد الآخر، أو يقتصر دوره على نقل إرادة كلا العاقدين فيما بينهما. ويُبرم العقد في كلتا الحالتين بين غائبين لعدم اجتماع العاقدين في مجلس واحد، وذلك لأن الرسول ما هو إلا أداة أو وسيلة لنقل الإيجاب أو القبول<sup>(2)</sup>.

53- فتدخل الرسول إذن في إبرام العقد لحساب شخص آخر، لا يعني أنه طرف فيه، أو أنه نائب عن أحد أو كلا العاقدين؛ فالرسول لا يعبر عن إرادته هو، وإنما يقتصر دوره على تبليغ كل من طرفي العقد بتعبير الطرف الآخر عن إرادته، فينعقد العقد بإرادة الطرفين لا بإرادة الرسول، ويكون دور الأخير - على حد تعبير البعض - دوراً مادياً محضاً<sup>(3)</sup>.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الفقه الغربي، ج 1، معهد البحوث والدراسات العربية، 1967، ص 100 & عماد الدين الشربيني، الشخص القانوني، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1973، ص 236 & وراجع أيضاً للفقه والقضاء الفرنسيين:

Ph. PÉTEL, Les obligations du mandataire, op. cit., p. 38 et s. & Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 77, p. 17 & v. aussi pour le jurisprudence, Cass. soc., 5 mars 1981, Bull. civ. V, n° 196 & Cass. com., 14 déc. 1993, JCP, éd. E, 1994, II, p. 573, note M.-J. Campana et J.-M. Calendini.

(2) في هذا المعنى راجع: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، بند 120، ص 198.

(3) جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 102، بهامش (1) & وراجع:

B. MALLET-BRICOUT, La substitution de mandataire, op. cit., p. 67 & Ph. PÉTEL, Ibid.

أما النائب فحين يتعاقد مع نفسه، وسواءً كان التعاقد يتم لحسابه هو كطرف ثان في العقد أم يتم لحساب شخص آخر، فهو لا ينقل إرادة كل من المتعاقدين إلى الآخر، وإنما يقوم بالتعبير عن إرادته المستقلة لا عن إرادة الأصيل<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك يبدو الفارق جلياً بين النائب حين يتعاقد مع نفسه والرسول، فالأخير لا تكون له سوى مساهمة مادية في إبرام التصرف، وهي نقل إرادة الأصيل، دون التدخل في إبرامه، كمن يبعث أحد أقاربه إلى شخص آخر ليبلغه بقبوله الإيجاب الذي سبق أن تقدم به لبيع مال معين، بينما في حالة تعاقد النائب مع نفسه، فإن النائب يتدخل بفعل إيجابي تكون إرادته فيه محل اعتبار في التعاقد، وسواءً أبرم العقد لحساب نفسه، أم لحساب شخص آخر<sup>(2)</sup>.

ويترتب على ذلك نتيجة في غاية من الأهمية مفادها أن إرادة الرسول - وعلى النقيض بالنسبة للنائب<sup>(3)</sup> - ليست محل اعتبار في العقد، ويُنظر في العقد الذي يتم بواسطة الرسول إلى إرادة الأصيل وحده من حيث عيوب الإرادة والأهلية والعلم ببعض الظروف الخاصة التي تؤثر على التعاقد، وإذا جمع الرسول والعائد

(1) جميل الشرفاوي، السابق، ص 101-102 & محي الدين اسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، ج 1، الالتزامات، مرجع سابق، بند 125، ص 153 & عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، سابق الإشارة، بند 93، ص 198 & وراجع من الفقه الفرنسي بصفة خاصة وفي انتقادهم للأستاذ SAVIGNY الذي كان يرى في النائب مجرد رسول:

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., n° 147 et s. & en même sens, V.-J. CLARISE, *De la représentation, Son rôle dans la création des obligations*, , op. cit., n° 38 et s.

(2) راجع لأوجه الخلاف بين النيابة والتعاقد برسول: السنهوري، الوسيط، بند 120، ص 197 وما يليها & عبد الفتاح عبد الباقي، السابق، ص 198-199 & جميل الشرفاوي، السابق، ص 102 & وأنظر لمزيد من البيان من الفقه الفرنسي:

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2e partie, par P. ESMEIN, op. cit., p. 205 et s. & AUBRY et Ch.-F. RAU, *Cours de droit civil français*, Tome I, par Paul Esmein, 7e éd., op cit., n° 344 et s. & R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., p. 243 et s.

(3) وتقضي الفقرة الأولى من المادة 104 من القانون المدني بأنه: «إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً».

الآخر مجلس واحد عُدَّ التعاقد قد تم بين غائبين<sup>(1)</sup>، بخلاف النائب الذي يكون العقد الذي يبرمه مع نفسه دائماً بين حاضرين.

وحيث أن دور الرسول يقتصر فقط على نقل إرادة المرسل هكذا دون أدنى تدخل منه، فقد ذهب بعض الفقه المصري<sup>(2)</sup> إلى القول بأنه يجوز أن يكون الرسول صبيّاً غير مميزٍ أو مجنون، طالما أنه يستطيع مادياً نقل إرادة العاقد إلى العاقد الآخر.

ونعتقد - مع الفقه الغالب<sup>(3)</sup> - أن جواز كون الرسول صبيّاً غير مميز أو مجنون محل نظر لما قد يسببه من إشكالات في التطبيق العملي؛ فمن ناحية أولى كيف يؤتمن شخص بلا إرادة على نقل التعبير عن الإرادة سواء من قبل المرسل أو المرسل اليه، ومن ناحية أخرى فإنه إذا ما حدث نزاع حول هذا التصرف فإنه لا محيص أمام المحاكم سوى أن تدخل الرسول في الدعوى للاستيضاح منه حول مضمون الإرادة التي نقلها، فكيف يتم اللجوء إلى هذا الأخير وهو غير مميز أو مجنون، ومن ثم يمكن القول أن الأفضل اشتراط كون الرسول صبيّاً مميزاً أو تحديده بعمر معين كعشر سنوات، وذلك لضمان استقرار المعاملات.

54- أما الفقهاء المسلمين فقد عرفوا الرسول وميزوه عن الوكيل وأطلقوا عليه اسم "السفير المحض"، وعرفوا الرسالة بأنها تبليغ كلام أحد الأشخاص لغيره

(1) عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 101، ص 148 & وراجع أيضاً:

Ph. PÉTEL, Le contrat de mandat, op. cit., n° 115 & M.-L. IZORCHE, «mandat sans représentation», préc., p. 372.

(2) أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام سابق الإشارة، بند 128، ص 120 & السنهوري، الوسيط، السابق، بند 85، ص 160.

(3) اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، سابق، ص 158-159 & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مرجع سابق الإشارة، ص 33 وما بعدها & وفي المعنى نفسه راجع بصفة خاصة:

Ph. PÉTEL, Les obligations du mandataire, op. cit., p. 39 & M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, op. cit., p. 213 et s. & R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, op. cit., p. 247 et s.

دون أن يكون للمُبلِّغ دخل في التصرف (1).

والرسول في الفقه الإسلامي ناقل عبارة ولا دخل له فيما يجري من تصرف، وعليه فيُكتفى أن يكون الرسول ذا قدرة مادية على نقل الرسالة، بخلاف النائب الذي يتعامل مع نفسه، فيجب أن تكون له القدرة على التعبير عن إرادة خاصة به (2).

نخلص مما تقدم إلى أن انفراد شخص واحد بنقل التعبير عن إرادة أحد طرفي العقد أو كليهما (الموجب والقابل)، لا يجعل من هذا الشخص متعاقداً مع نفسه، مادام أن التصرف لم يبرم بإرادته هو وحده.

## (2) تمييز التعاقد مع النفس من التعاقد بمساعد قضائي

55- قد يكون الشخص مصاباً بعاهتين *double mental*، وذلك بأن يكون أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، أو قد يكون مصاب بعجز جسماني شديد فيتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، فيقيم القضاء له من يساعده على التعبير عن إرادته (3).

وقد تباينت مواقف التشريعات من الشخص الذي تقيمه المحكمة لمساعدة العاجز عن التعبير عن إرادته: فذهب المشرع المصري إلى اعتباره مُساعد قضائي (4)، وعلى ذلك فالشخص المصاب بعاهتين أو المصاب بعجز جسماني شديد

(1) شفيق شحاته، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الأولى، 1959، ص 160.

(2) شفيق شحاته، السابق، ص 161.

(3) أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، القاهرة الحديثة للطباعة، 1986، ص 205.

(4) حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 117 من القانون المدني المصري على أنه: "1- إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك"، وتقضي المادة 70 من مرسوم الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 في هذا الصدد بما نصه: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة 39. ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يُخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد".



يعد كامل الأهلية قانوناً، غير أنه يتعذر عليه فقط التعبير عن إرادته، ولذلك فيقتصر دور المساعد القضائي على ترجمة إرادة المساعد قضائياً حتى لا يقع في غلط مع من يتعامل معه (1).

فالتصرف القانوني الذي يتدخل المساعد القضائي في إبرامه إنما يتم بإرادة صاحب الشأن نفسه (2)، لا بإرادة المساعد القضائي، وذلك باستثناء الحالة التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 71 من قانون الولاية على المال التي اعتبرت العاجز بحكم القاصر والمساعد القضائي بحكم القيم (3).

56- لكن يثور التساؤل إذا ما عُيِّن شخص مساعداً قضائياً لشخصين وقام بإبرام عقد بينهما، وذلك بمساعدة كل من الطرفين في التعبير عن إرادته للطرف الآخر، أو إذا ما أشتري المساعد القضائي - لحسابه الشخصي - مال الشخص الذي تقررت مساعدته، فهل يعتبر المساعد القضائي متعاقداً مع نفسه؟

للإجابة على هذا التساؤل يتعين التمييز بين حالتين:

الأولى: إذا ما اقتصر دور المساعد القضائي على مجرد ترجمة إرادة الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً، ففي هذه الحالة لا يكون المساعد القضائي متعاقداً مع نفسه، لأن التصرف في هذه الحالة يكون قد تم بإرادة ذوي الشأن أنفسهم.

الثانية: إذا انفرد المساعد القضائي بإبرام التصرف القانوني على النحو الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 71 من قانون الولاية على المال المصري، ففي

(1) راجع المادة 117 من القانون المدني سابقة الإشارة في الهامش، وأنظر أيضاً المادة 70 من قانون الولاية على المال المصري & ولمزيد من التفاصيل أنظر بهذا الصدد: محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، المطبعة العالمية، القاهرة، 1954، ص 369-368 & أحمد سلامه، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني، مقدمة القانون المدني، مطبعة نهضة مصر، 1963، ص 106-107 & راجع أيضاً مؤلفنا في المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الثاني، نظرية الحق، دار النهضة العربية، 2014، ص 240 وما بعدها.

(2) أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، المرجع السابق، ص 205.

(3) وتقضي الفقرة الثانية من المادة 71 من قانون الولاية على المال بما نصه: «وإذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جازت المساعدة ورفع الأمر إلى المحكمة ولها أن تامر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف».

هذه الحالة يكون المساعد القضائي متعاقداً مع نفسه وتسري عليه أحكام التعاقد مع النفس؛ ذلك لأنه يكون المساعد القضائي هنا قد عبّر عن إرادته هو دون دخل لإرادة الشخص الذي تقررت مساعدته، وهذا ما أكدت عليه المادة 73 من قانون الولاية على المال التي يجري نصها على أن: «يعتبر المساعد القضائي في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد 108، و382، و479 من القانون المدني».

### المطلب الثاني

#### تمييز التعاقد مع النفس من التعاقد باسم مستعار ومن الوكيل بالعمولة

57- يختلف نظام التعاقد مع النفس عن التعاقد باسم مستعار من حيث أن النائب في التعاقد الأول يبرم التصرف باسم الأصيل ولحسابه في حين أنه في التعاقد الثاني يبرم التصرف باسمه الخاص ولكن لحساب الأصيل، وقد يتشابه أو يتداخل النظامان في عدة أمور، وهو ما حدى ببعض التشريعات التي تحظر التعاقد مع النفس إلى منع هذه الصورة من صور التعاقدات.

كما أن الأعراف والعادات التجارية قد أوجدت أنظمة أخرى تتشابه إلى حد كبير مع نظام التعاقد مع النفس، ويأتي في مقدمتها نظام الوكالة بالعمولة، غير أن النظام الأخير يختلف اختلافاً جذرياً عن نظام التعاقد مع النفس من عدة وجوه أدت إلى اختلاف أحكامهما وآثارهما القانونية.

وعليه فسوف نتناول هذين النظامين . التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة . بشيء من التفصيل فيما يلي لتمييزهما عن التعاقد مع النفس:

#### (1) التعاقد مع النفس والتعاقد باسم مستعار

58- قد يبرم الوكيل ما أنيط به من تصرفات قانونية تارةً باسم الموكل (الأصيل)، لتتصرف آثار التصرف إلى الأخير مباشرة، وهذه هي الوكالة العادية والتي اصطلح على تسميتها بالوكالة النيابة أو الوكالة المكشوفة، وقد يبرمها تارةً أخرى باسمه الشخصي، لتترتب آثار التصرف في هذه الحال في ذمته هو ثم ينقلها إلى الأصيل، وهذه ما تسمى بالوكالة غير النيابة أو المستترة وهذه هي حالة

الاسم المستعار *Le prête-nom* (1).

وفي هذه الحالة الأخيرة من الوكالة يُسَخَّر الموكل الوكيل . والذي اصطلح  
الفقه الفرنسي على تسميته *l'homme de paille* "الشخص الوهمي" (2) .  
مستعيراً اسمه، فيشترط الموكل على الوكيل أن يظهر الأخير باسمه الشخصي أمام  
الكافة ومع من يتعامل معه، وإن كان يعمل في الواقع لمصلحة الموكل (الأصيل)،  
ومن ثم لا تظهر شخصية الأصيل في التعاقد، وهو المعنى نفسه الذي استقاه  
الغالبية العظمى من الفقه الفرنسي إبان تعريفهم لهذا التعاقد إذ يقول بعضهم في  
هذا الصدد: "إن التعاقد بالاسم المستعار هو العقد الذي يبرمه شخص باسمه  
الشخصي لكن لحساب موكله ولا يظهر اسمه أمام الغير أو الكافة موحياً بأن العقد  
يُبرم لحسابه الشخصي وأن آثاره تنصرف إليه وحده" (3).

ويعد التعاقد باسم مستعار نوع من أنواع الصورية، فهو يخفي في طياته  
عقد حقيقي بين طرفيه، إلا أن الاسم المستعار لا يُعد من أسباب بطلان التصرف  
طالما كان لغرض مشروع، وذلك بخلاف ما لو كان مقصوداً بالصورية إخفاء  
غرض غير مشروع، كما إذا سَخَّر السمسار أو الخبير أو المحامي من يشتري  
المال المكلف هو ببيعه أو تقدير ثمنه أو الدفاع عنه كونه ممنوع قانوناً من شرائه

(1) السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص 577، هامش رقم (1) & أنور سلطان، الموجز  
في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 31، ص 36 & راجع أيضاً في  
هذا الصدد:

M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ,  
1967, p. 17 et s. & J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets  
du contrat*, op. cit., n° 937 et s.

(2) راجع لهذه التسمية من الفقه الفرنسي:

J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Ibid.*, n° 937 et s.

(3) راجع على سبيل المثال لا الحصر:

«Une convention par laquelle le mandataire traite pour le compte du  
mandant, mais en laissant croire qu'il agit en son intérêt propre et en  
assumant personnellement les charges du contrat», G. CORNU,  
*Vocabulaire juridique*, 7ème éd., Paris, PUF, 1967, p. 970 & F. C.  
DUTILLEUL et P. DELEBEQUE, *Contrats civils et commerciaux*,  
6ème éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 95.

لنفسه، وكذلك الحال فيما إذا سخر موظف عام آخر ليشتري له محلاً تجارياً كونه ممنوعاً من الاشتغال بالتجارة، فما لا يستطيع أن يباشره الأصيل بنفسه لا يستطيع مباشرته تحت اسم مستعار<sup>(1)</sup>.

والتعاقد باسم مستعار كثير الوقوع في الحياة العملية؛ فكثيراً ما يحدث أن يريد النائب شراء مال الأصيل لنفسه، فلا يبيعه لنفسه مباشرة، وإنما يعمد إلى بيعه إلى شخص ثالث (صاحب الاسم المستعار) لمصلحة نفسه، وغالباً ما يأخذ ورقة الضد *contre-lettre* من صاحب الاسم المستعار لضمان رد المال إليه، كما لو باع النائب مال الأصيل إلى ابنه، أو زوجته، أو صديق له، وكان كل واحد من هؤلاء حين يشتري هذا المال إنما يشتريه لمصلحة النائب وليس لمصلحته، فيشتريه ليرده بعد ذلك إلى النائب، وهو يعد نوعاً من أنواع الصورية كما قلنا من قبل، وفيه نوع من التحايل على نصوص القانون في معظم الحالات<sup>(2)</sup>، وهذا ما

(1) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 56 & عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 198 & وراجع في المعنى نفسه:

H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil, Obligations, II., v.1, 9ème éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 924 & Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 83, p. 18 & M. DAGOT, La simulation en droit privé, Ibid., p. 21 et s. & pour le jurisp. v. notamment, Cass. com., 29 janv. 1968, Bull. civ. IV, n° 42 & Cass. com., 29 janv. 1968, Bull. civ., IV, n° 42 & Cass. 1re civ., 28 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 311 ; D. 2001, somm. 1139, obs. crit. Ph. DELEBECQUE.*

(2) السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص 578 & محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 107-108 & وأنظر في المعنى نفسه من الفقه الفرنسي:

F. TERRÉ, *Droit civil, les obligations, 8ème éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 523 & F. LEDUC, «Réflexions sur la convention de prête-nom», RTD civ. 1999, n° 5 et s. & M. DAGOT, La simulation en droit privé, Ibidem., p. 25 et s.*

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن التعاقد بالاسم المستعار ليس محظوراً أو ممنوعاً في حد ذاته مادام أنه لا يستتر تصرفاً محظوراً وفقاً لنصوص القانون:

دفع كثير من المشرعين إلى اعتبار هذا النائب متعاقداً مع نفسه حكماً وحظروا مثل هذا التعاقد، وهو ما أكدت عليه المادة 479 من القانون المدني المصري حيث تنص على أنه: «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيظ به ببعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى»<sup>(1)</sup>.

59- أما بالنسبة لحكم التعاقد باسم مستعار، فقد ميّز القضاء المصري - والفرنسي أيضاً - بين علاقيتين في هذا الصدد: علاقة الوكيل (صاحب الاسم المستعار) بالعائد الآخر من جانب، وعلاقة الوكيل بالموكل من جانب آخر، وقضى بانصراف آثار التصرف إلى ذمة الوكيل في العلاقة بين الوكيل والطرف الآخر، وانصراف آثار التصرف إلى ذمة الموكل مباشرة دون حاجة إلى إجراء آخر في العلاقة بين الموكل والوكيل أخذاً في الاعتبار عدم سرعان أو نفاذ العقد المستتر في مواجهة الغير، فقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بما نصه: «إن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل، وينبغي على ذلك أن الوكيل المستتر لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة من عقد البيع الذي عقده بل تنصرف هذه الحقوق إلى الأصيل، أما في علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر أن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع

«... et qu'une telle convention de prete-nom n'offre en elle-meme rien d'illicite», Cass. com, 29 janvier 1968, Publié au bulletin, D. 1969, p. 211 & Cass. 1re civ., 11 fév. 1976, n° 74-13.003 et n° 74-13.091, publié au bulletin.

(1) وأنظر أيضاً نصوص المواد 911، و1099، و1596 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 332 من القانون المدني الإيطالي، والمادة 568-570 من مجلة العقود والالتزامات التونسية، والمادة 587 من القانون المدني الأردني.

الأصيل أو النائب»<sup>(1)</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها: «إن القول بثبوت الوكالة المستترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها، وإن في ذلك ما يكفي لاعتبار الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى إجراء ما، إذ لا يحتاج لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه إلى تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية (...). بل حتى ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهي وان انتقلت إلى الوكيل في الظاهر إلا أن انتقالها في الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه»<sup>(2)</sup>.

يتضح مما تقدم أن هناك فارقاً كبيراً بين التعاقد مع النفس والتعاقد باسم مستعار؛ ففي الحالة الأخيرة فإنه ليس ثمة نيابة قانونية أو قضائية، وإنما النيابة في هذه الحال تكون دائماً اتفاقية *Représentation conventionnelle* بين صاحب الاسم المستعار (الوكيل) والموكل، أما في حال التعاقد مع النفس بواسطة النائب، فإنه يمكن أن يكون الأخير نائباً بموجب نيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية، ومن ناحية أخرى فإن المعير اسمه (الوكيل) حين يتعاقد مع الغير يتعاقد باسمه هو وليس باسم الموكل الذي أعاره (الذي أنابه)، أما النائب حين يتعاقد مع

(1) نقض مدني 24 ابريل 1980، الطعن رقم 648، س 49 ق، منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبية، المرجع السابق، ص 242-243 & لمحكمة النقض الفرنسية راجع أيضاً:

Cass. 3e civ., 15 févr. 1978, D. 1978, IR, p. 402 & Cass. 1re civ., 2 juin 1979, Bull. civ. I, n° 209 & Cass. 1re civ., 2 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 241 & Cass. 1re civ., 23 févr. 1983, Bull. civ. III, n° 71 & Cass. 1re civ., 19 juin 1984, D. 1985, IR, p. 66 ; Bull. civ., I, n° 205 & CA Paris, 11 juill. 1990, D. 1991, p. 33, note C. Larroumet.

(2) نقض مدني، 14 أغسطس 1980، الطعن رقم 345، س 49 ق، ورقم 468، منشور في مجموعة أنور طلبية، المرجع السابق، ص 243-244 & راجع أيضاً في هذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية:

Cass. com., 26 avr. 1982, Bull. civ. IV, n° 135 & Cass. 1re civ., 4 oct. 1988, Gaz. Pal. 1988, II, p. 277 & Cass. 1re civ., 17 nov. 1999, Bull. civ. I, n° 311 & Cass. 3e civ., 4 juin 2003, Bull. civ. I, n° 123.

نفسه فإنه يتعاقد باسم من أنابه وليس باسمه هو (1).

## (2) التعاقد مع النفس وتعاقد الوكيل بالعمولة

60- عادةً ما يلجأ التاجر إلى فئة معينة من الأشخاص . يُعرفون باسم الوكلاء بالعمولة . يعملون على تصريف بضائعه عن طريق القيام بدور الوساطة بينه وبين منتجي البضائع أو مورديها مقابل عمولة معينة، وهم يعملون بأسمائهم وعلى استقلال لكن لحساب التاجر (الموكل) لا لحسابهم الشخصي (2)، ولهذا فإن الفقرة الأولى من المادة 166 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 تُعرّف عقد الوكالة بالعمولة بأنه: «عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل» (3).

ويقصد بالوكالة بالعمولة قيام شخص، يسمى الوكيل بالعمولة، بإبرام تصرف أو القيام بعمل قانوني مع الغير باسمه الشخصي، ولكن لحساب الموكل الذي كلفه بإجراء هذا التصرف، وذلك لقاء حصوله على أجر يطلق عليه العمولة قد يتفق على أنها نسبة مئوية من قيمة التصرف الذي يبرمه.

ومن التعريف الأخير نستطيع أن نقرر أن الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير

(1) ويقول أحد الفقهاء الفرنسيين مميّزاً بين الوكيل في النيابة الاتفاقية وصاحب الاسم المستعار ما نصه: "إن صاحب الاسم المستعار يتعاقد بالتأكد لصالح شخص آخر، لكنه يتعاقد باسمه الشخصي، في حين أن الوكيل يتعاقد باسم غيره".

«l'homme de paille agit, certes pour le compte d'autrui, mais en son nom propre, alors que le mandataire intervient au nom d'autrui», Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 83, p. 18.

(2) مصطفى كمال طه، الوجيز في شرح القانون التجاري، منشأة المعارف، 1949، ص 315 & محسن شفيق، القانون التجاري، ج2، العقود التجارية، ط2، الناشر غير معلوم، 1957، ص 77 & مراد فهمي، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982، بند 68، ص 74 & حسني المصري، القانون التجاري، العقود التجارية، مطبعة حسان، ط1، 1987-1988، ص 32 & وراجع أيضاً من الفقه الفرنسي: "يتعامل الوكيل بالعمولة لحساب شخص آخر (الموكل) لكنه يتعاقد باسمه الشخصي، أو بأي اسم اجتماعي آخر"

«Le commissionnaire agit pour le compte d'un autre (commettant) mais en son propre nom, ou sous un nom social», J. CARBONNIER, Les obligations, 22e éd., 2000, PUF, n° 117.

(3) وهو المعنى نفسه الذي تحمله المادة 1-132 L. من التقنين التجاري الفرنسي.

باسمه الشخصي دون ذكر اسم موكله، فيلتزم في مواجهة العاقد الآخر بكافة الالتزامات التي تنشأ من العقد المبرم بينهما، ويتلقى كافة الحقوق التي تترتب على هذا العقد، كأنه هو المتعاقد الأصلي، ثم ينقل الآثار المترتبة على هذا العقد إلى المتعاقد الأصلي (الموكل) (1).

61- وعلى هذا فإن الوكيل بالعمولة يشبه إلى حد كبير الوكيل صاحب الاسم المستعار في أن كليهما يتعاقدان باسمهما الشخصي في مواجهة الغير لحساب موكليهما، غير أن ما يفرق بينهما - وعلى حد تعبير غالبية الفقه الفرنسي (2) - هو أن من يتعامل مع الوكيل بالعمولة على علم بوكالته، فالوكالة هنا ظاهرة غير مستترة (3)، وذلك على عكس الوكيل صاحب الاسم المستعار، حيث أنه يعمل

(1) محسن شفيق، القانون التجاري، السابق، ص 78 وما يليها، وخاصة ص 83 وما بعدها.  
 (2) ويقرر الفقه الفرنسي الغالب في هذا الصدد - ويحق - أن النيابة هنا بين الوكيل بالعمولة والموكل لا ترد إلى عقد اتفاقي بينهما أكثر من مردها إلى العرف التجاري، وهي لذلك تعد نيابة تجارية Représentation commerciale، راجع في هذا المعنى على سبيل المثال لا الحصر: J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, Les effets du contrat, 2e éd., 1994, LGDJ, n° 579 & J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, t. I, L'acte juridique, 11e éd., A. Colin, 2004, n° 45 & F. LEDUC, «Réflexions sur la convention de prête-nom», RTD civ. 1999, préc., n° 10 et s.

في حين ذهب البعض - وهو رأي مرجوح في الفقه الفرنسي - إلى القول بأنه: "من المستحيل اعتبار عقد الوكالة بالعمولة كالوكالة القانونية (النموذجية) مادام أنه ليس هناك إنابة كاملة بين الوكيل بالعمولة والموكل، كما أنه لا يمكن أن يتشابه بحال مع حالة الاسم المستعار حيث أنه ليس هناك وكالة مستترة (حيث أنه ليس هناك عقد إنابة اتفاقية)"

«Il est impossible de considérer le contrat de commission comme un authentique mandat, faute de représentation complète, et pas davantage comme une convention de prête-nom, car il n'y a pas de dissimulation (ce n'est donc pas une représentation optionnelle)», Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 98, p. 19 & en même sens, M.-L. IZORCHE, «mandat sans représentation», D. 1999, chron., n° 369.

(3) راجع في هذا المعنى على سبيل المثال لا الحصر:

J. CARBONNIER, op. cit. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, L'acte juridique, op. cit., no 429 & en ce sens, v. Cass. com., 12 janv. 1988, Bull. civ. IV, n° 27 & Cass. 1re civ., 17 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 329 & Cass. com., 9 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 333 ; RJDA



بناءً على عقد وكالة مستترة بينه وبين الأصيل، ويتعامل معه الغير دون علم بوكالته، وهذا يعد نوعاً من أنواع الصورية كما سبق وأن قدمنا، وقد استقر القضاء الفرنسي على هذه الأحكام منذ زمن طويل<sup>(1)</sup>.

62- ولأن الوكيل بالعمولة لا يتعاقد باسم موكله وإنما باسمه الشخصي، فقد ذهب جانب من الفقه المصري<sup>(2)</sup> إلى القول بأنه يصعب تحقق حالة تعاقد النائب مع نفسه في حالة الوكيل بالعمولة؛ لأن الأخير لا يعد نائباً بالمعنى الدقيق عن الغير مادام يتعاقد باسمه الشخصي وليس باسم موكله، فكيف يتعاقد باسمه مرتين نيابة عن طرفي التعاقد؟! ثم رتب أنصار هذا الرأي على ذلك أن الاستثناء الوارد بالمادة 108 من القانون المدني المصري. الذي أجاز التعاقد مع النفس إذا كانت القواعد التجارية تجيز ذلك. يعد استثناءً محل نظر<sup>(3)</sup>.

غير أننا نعتقد. مع غالبية الفقه<sup>(4)</sup>. أنه لا يمكن قبول هذا الرأي من عدة وجوه: من ناحية أولى، ومادام أن الوكيل بالعمولة يعمل على استقلال، فإنه يجوز له أن ينفرد بإبرام التصرف فيشتري مال الأصيل لنفسه، أو يشتريه لشخص آخر أنابه في الشراء، وتصرفه في هذا بلا شك يعد تعاقداً مع النفس، مادام أنه قد انفرد

1998, n° 433, RTD com. 1998, n° 667, obs. B. BOULOC & Cass. com., 20 févr. 1990, Bull. civ. IV, n° 50 & Cass. com., 20 mai 1997, RJDA 1997, n° 1191 & Cass. com., 4 oct. 2005, RJDA 2006, n° 138 ; Bull. civ. IV, n° 205.

(1) راجع لهذه الأحكام من القضاء الفرنسي على سبيل المثال:

Cass. com., 2 nov. 1954, Gaz. Pal., 1955, I, p. 5 & 13 mai 1958, Bull. civ. III, n° 187 & Cass. com., 5 mai, 1965, Bull. civ. III, n° 280 & Cass. com., 10 févr. 1970, D. 1970, IV, n° 392 et 414.

(2) جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 230-231.

(3) تنص المادة 108 من القانون المدني المصري - والتي سيأتي الحديث عنها فيما بعد بشيء من التفصيل - على أنه: «لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه... كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة».

(4) مصطفى كمال طه، الوجيز في شرح القانون التجاري، المرجع السابق، بند 441، ص 315 & سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، المرجع السابق، ص 60 & حسني المصري، القانون التجاري، العقود التجارية، المرجع السابق، بند 115، ص 143 & وراجع من الفقه الفرنسي على سبيل المثال لا الحصر:

J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., n° 118.

بإبرام العقد. ومن ناحية أخرى، فإن العرف التجاري قد أجاز استئثار الوكيل بالعمولة بالصفقة لنفسه، ويعد العرف التجاري مصدرراً أصيلاً من مصادر القواعد التجارية لا غنى عنه، بل إن المشرع قد أحال. وبصفة صريحة. إلى العرف التجاري بنص المادة 108 من القانون المدني المصري والتي تحظر بصفة عامة على الشخص التعاقد مع نفسه في النيابة الإرادية أو الاتفاقية، ثم أن نص المادة 156 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999. والذي سيأتي ذكره في حينه. يجيز فيه المشرع استثناءً للوكيل التجاري التعاقد مع نفسه في ثلاث حالات، وبما أن الوكالة بالعمولة هي نوع من أنواع الوكالة التجارية، فإن الوكيل بالعمولة ليس بمنأى عن هذا الاستثناء.

أما عن القول بأن الوكيل بالعمولة لا يعد نائباً عن الغير بالمعنى الدقيق، لذلك لا يقبل منه التعاقد مع نفسه، فإن هذا القول مردود أيضاً من حيث أن الوكيل بالعمولة، حينما يتعاقد مع نفسه لمصلحة نفسه كأحد طرفي العقد ولحساب موكله كطرف آخر في هذا العقد، أو يتعاقد لمصلحة أصيلين في آن واحد، فإنه يعمل كنائب ويلتزم لذلك بتعليمات موكله أو موكلينه، ثم أنه لا يحتاج. في الفرض الأخير. لأن يعلن أنه يتعاقد بصفته نائباً حتى ينفذ أثر تصرفه بحق الأصيل أو الأصيلين الذين أناباه، ذلك لأنه هو ذاته العاقد الآخر في كل الأحوال، وهو يعلم أنه نائب<sup>(1)</sup>.

(1) ويؤكد وجهة النظر هذه ما رآه الفقه والقضاء الفرنسيين - وبحق - من أنه إذا أظهر الوكيل بالعمولة اسم الموكل وصفته في العقد، فإنه ينقلب إلى وكيل عادي في وكالة مدنية تحكمها قواعد القانون المدني.

«Si le commissionnaire agit au nom du commettant, le code de commerce prescrit que ses droits et devoirs sont déterminés par le code civil (C. com., art. L. 132-1, al. 2) ; cela signifie que, dans ce cas, il n'est plus commissionnaire mais un véritable mandataire, malgré le titre dont il peut être affublé», A. DUBIGEON, Le concours de qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligation, thèse doc. Nantes 2005, n° 772 & J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, L'acte juridique, op. cit., n° 429 & v. également en même sens, Cass. com., 9 déc. 1997, préc. & CA Versailles, 27 mai 1987, Gaz. Pal. 1987, II, somm., p. 477.

لذلك كله فإن الرأي الغالب في الفقه (1) يرى نصرائه - وبحق - أنه وإن كان الأصل أنه لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه سواء كان التعاقد لمصلحته أو لمصلحة موكل آخر، لما يشكله هذا التعاقد من خطورة من الناحية العملية على مصلحة من يمثله، ولما يفرض على كل وكيل من أمانة وإخلاص في العمل المعهود إليه لحساب موكله، غير أنه يجوز له استثناءً التعاقد مع نفسه إذا التزم تعليمات الأصيل بدقة لاسيما من حيث السعر (2).

63- ولقد أكد المشرع المصري على إمكانية تعاقد الوكيل التجاري بصفة عامة. وليس الوكيل بالعمولة بصفة خاصة. مع نفسه بنص المادة 156 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 حين قال: «لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها إلا في الحالات التالية: أ- إذا أذن له الموكل في ذلك. ب- إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بكل دقة. ج- إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل أو باعها بهذا السعر».

غير أن العرف التجاري قد أجاز - وبصفة قاطعة - للوكيل بالعمولة أن يكون طرفاً في الصفقة المكلف بها إذا ما نفذ أوامر وتعليمات موكله بكل دقة؛ ذلك أن غاية الموكل هي إجراء التصرف وفقاً لتعليماته دون أهمية لشخص التعاقد الآخر ما لم يتفق على خلافه في عقد الوكالة (3).

(1) راجع لهذا الفريق من الفقه - وعلى سبيل المثال لا الحصر - الهامش السابق وما قبله.  
(2) وسند هذا التحريم هو ما قضت به القواعد العامة والخاصة والواردة في مادة البيع والتي سيأتي ذكرها حين التعرض لموقف التشريعات المختلفة من التطبيقات المعاصرة للتعاقد مع النفس بالتفصيل فيما بعد، وأنظر على سبيل المثال لا الحصر: نص المادة 108 و 479 من القانون المدني المصري، والمادة 1596 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 181 من القانون المدني الألماني، والمادة 109 من القانون المدني السوري، والمادة 75 من القانون المدني الجزائري، والمادة 65 من القانون المدني الكويتي، والمادة 108 من القانون المدني الليبي، والمادة 115 من القانون المدني الأردني.

(3) سميحة القيوبي، شرح العقود التجارية، المرجع السابق، ص 61 & مراد فهميم، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982، ص 74-73 & حسني المصري، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 144-145 & ومن الفقه الفرنسي أيضاً:

J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., n° 118 & A. DUBIGEON, Le concours, Ibid.

وكذلك الحال إذا كان الوكيل بالعمولة قد احترف بيع البضائع والأوراق المالية (كالأسهم والسندات) أو شرائها باسمه لذمة موكله، فإذا كان لهذه البضائع وتلك الأوراق سعراً معيناً في السوق أو في البورصة، فليس ثمة ما يحول دون أن يشتري الوكيل بالعمولة لحساب موكله ما يريد بيعه من أمواله، أو أن يبيع مال موكله لنفسه، وهذا ما أكدت عليه المادة 35 من قانون سمسرة الأوراق المالية المصري التي أجازت للسمسار أن يتعاقد مع نفسه نيابة عن موكله وذلك لانتفاء علة التحريم، غير أن المشرع المصري قد أوجب على الوكيل في هذه الحالة أن يقدم قائمة بالحساب مستندة إلى السعر المعين في السوق أو في البورصة يوم إجراء الصفقة، ويعتبر تاريخ إجراء الصفقة هو تاريخ إخبار الوكيل بالعمولة الموكل بعقد الصفقة مع نفسه<sup>(1)</sup>.

64- وتطبيقاً لذلك إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع أو الشراء لحساب الموكل، امتنع عليه - من حيث الأصل - أن يكون مشترياً لحسابه الخاص في الحالة الأولى، أو بائعاً في الحالة الثانية، وكذلك إذا كُلف بعمل تأمين على البضاعة المملوكة لموكله، امتنع عليه أن يكون هو المؤمن<sup>(2)</sup>.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بما نصه: "إن آثار التصرف الذي يجريه الوكيل بالعمولة تنصرف عند تمامه إلى شخص الموكل كما لو كان قد أبرم التصرف بنفسه، فيصبح الموكل دائناً أو مديناً بناء على تصرف الوكيل الذي لا يلتزم شخصياً قبل من تعامل معهم من الغير، ولا يلتزمون هم في مواجهته بشيء أيضاً"<sup>(3)</sup>، وقضت أيضاً بأن العقد الذي يبرمه الوكيل بالعمولة نيابة عن التاجرين لهو عقد صحيح مادام أن الأخيرين قد رضيا مقدماً بنيابته عنهما في إبرام العقد<sup>(4)</sup>، وهو أيضاً المبدأ الذي أكدت عليه المحكمة فيما

(1) محسن شفيق، القانون التجاري، ج2، العقود التجارية، المرجع السابق، بند 84، ص 79 & مراد فهميم، السابق، ص 74.

(2) راجع في هذا المعنى: مصطفى كمال طه، الوجيز، المرجع السابق، بند 441، ص 315.

(3) Cass. 3e civ., 15 juin 1968, D. 1968, IR, p. 559.

(4) Cass. com. 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 82 ; Contrats, conc., consom. 2003, n° 124, obs. L. LEVENEUR & en même sens, Cass. com., 9 déc. 1997, préc..

يتعلق بعقد إيجار سفينة بضائع، حيث كان مستلم البضاعة هو الوكيل التجاري عن مستأجر السفينة، وهو نفسه الوكيل الملاحى عن مالك السفينة (1).

وقد أجازت . وكما سبقت الإشارة من قبل . محكمة النقض المصرية بدورها تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه حينما قضت بأنه: «ليس ما يمنع في القانون من اجتماع صفتي البائع والوكيل في شخص واحد إذا كان وكيلاً بالعمولة مع وحدة البضاعة ووحدة المشتري» (2).

نخلص من ذلك كله إلى أن الأصل أنه لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه سواء لمصلحة نفسه أم لمصلحة غيره، غير أن العرف التجاري قد أجاز له ذلك إذا كانت الصفقة متعلقة ببضائع أو أوراق مالية ذات سعر معروف في السوق أو البورصة، وقد قنن المشرع هذا العرف وأضاف حالتين إضافيتين يجوز فيهما للوكيل بالعمولة التعاقد مع نفسه وهما: حالة ما إذا أذن له الموكل في ذلك، وإذا ما كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بكل دقة، وسوف نعاود الحديث عن حالات جواز تعاقد الوكيل مع نفسه بشيء من التفصيل فيما بعد حين التحدث عن حكم التعاقد مع النفس فنحيل إلى هذا الموضوع منعاً للتكرار هنا.

# كلية الحقوق جامعة القاهرة

(1) Cass. com., 14 oct.1997, D. 1997, IR, p. 244, RJDA 1999, n° 168.

(2) نقض مدني، 28 يونيو 1956، مجموعة أحكام النقض، س 7 ق، ص 767 & وفي المعنى نفسه، نقض مدني 28 يونيو 1983، الطعان رقم 379، و382، س22 ق، منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبه، عقد البيع في ضوء قضاء النقض، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص 249.

## الفصل الثاني

### الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس

#### تمهيد وتقسيم:

65- ثار جدل كبير في الفقه حول الطبيعة القانونية للتعاقد مع النفس وما إذا كان هذا التصرف يعد عقداً بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة، أم أنه يعد تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة. ولا نبالغ إذا قلنا - وفي بداية الحديث عن تحديد التكيف القانوني السليم لهذا التعاقد - أن هذا الجدل الفقهي لم يحسم حتى الآن بين الفقه، وهو ما كان له أثره السلبي على موقف القضاء منه لاسيما في ظل غياب النص التشريعي.

وحيث أن التكيف القانوني السليم للتعاقد مع النفس يتوقف على تحديد الإرادة التي ينعقد بها العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه، وما إذا كانت هذه الإرادة للنائب، أم للأصيل، أم نتاج اشتراك إرادتهما معاً، فإنه ينبغي علينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص أولهما لدراسة دور الإرادة التي ينعقد بها العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه، ثم نفرده الثاني منهما لتحديد التكيف القانوني السليم للتعاقد مع النفس.

#### المبحث الأول

##### دور الإرادة في التعاقد مع النفس

66- متى سلمنا بإمكان حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة، جاز أن نسلّم أن شخصاً واحداً يمكن أن يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه في الوقت نفسه، أو أن يكون نائباً عن العاقدين معاً، فيجتمع في الحالتين طرفي العقد في شخص واحد هو النائب، لكن آثار التصرف الذي يجريه الأخير بوصفه نائباً تنصرف بالطبع إلى الأصيل، ومن ثم فإنه إذا ما كان النائب ينوب عن شخصين مختلفين - كوكيل عن البائع والمشتري في آن واحد - ثم أبرم عقداً لصالحهما معاً، تنسحب آثار ذلك العقد من حقوق والتزامات إلى ذمتي هذين الشخصين، أما إذا كان النائب ينوب فقط عن أصيل واحد ويتعاقد لحسابه هو كطرف ثانٍ في العقد،

كمن يشتري لحسابه المال الموكل في بيعه، فإن آثار التصرف تنصرف إلى الأصيل وإليه معاً باعتباره طرفاً في ذلك العقد.

ومما لا شك فيه . وكما ذهب غالبية الفقه وبحق . أن أمر تحديد الإرادة التي تتدخل في إبرام التصرف القانوني المنوط بالنائب إبرامه لهو أمرٌ جد عسير وشائك، فمن المعلوم أن النيابة في التصرفات القانونية تعد نظاماً غير عادي، أو غير مألوف، يخرج فيه المشرع عن إطار القواعد العامة الحاكمة للعقود بصفة عامة<sup>(1)</sup>.

لذلك فقد اختلفت آراء الفقه حول تحديد الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه إلى اتجاهات عدة يمكن تقسيمها جميعاً إلى قسمين رئيسيين: الأول يشمل النظريات الإرادية التقليدية أو القديمة، والثاني يتمثل في النظرية الحديثة الخاصة بالولاية أو السلطة في إبرام العقد، وهو ما سوف نقوم بتفصيله من خلال المطلبين الآتيين...

### المطلب الأول

#### النظريات الإرادية التقليدية

#### *Théories volontaristes classiques*

67- ذهب البعض إلى القول بأن العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه ينعقد بإرادة الأصيل وحده وليس للنائب دخل في انعقاد التصرف القانوني المُناب فيه الأخير، في حين ذهب آخرون . وعلى النقيض من ذلك . إلى أن هذه الإرادة هي إرادة النائب وحده وليس للأصيل دخل في إبرام التصرف القانوني المُناب فيه النائب، بينما توسط فريق ثالث من الفقه الرأيين السابقين فذهبوا إلى أن التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه إنما هو وليد اجتماع إرادتي النائب والأصيل معاً. فأبي

(1) راجع لهذا المعنى:

J. CARBONNIER, Droit civil, t. IV, Les obligations, 22e éd., 2000, PUF, n° 120, p. 239 et s. & M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, n° 109, p. 81 & J. SAVATIER, «L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne», D. 1959, Chron. 47, n° 1 et s.

هذه الآراء جميعاً الأقرب للصواب ويتوافق مع ما قرره المشرع واستقر عليه القضاء؟

هذا ما سوف نعرف الإجابة عليه من خلال النقاط القليلة الآتية...

### (1) نظرية إرادة الأصيل: La volonté du représenté

68- يعد الفقيه الألماني SAVIGNY هو مؤسس هذه النظرية في منتصف القرن التاسع عشر الميلادي تقريباً<sup>(1)</sup>، وهو كان يرى أن دور النائب

(1) لشرح أوفى حول هذه النظرية وأسانيدها راجع في الشأن: الفقيه POTHIER حيث كان يرى: "أن الوكيل - في هذا الصدد - لا يلتزم بأي التزام اتجاه من تعاقد معهم بصفته نائباً، لأنه ليس هو من تعاقد بالفعل معهم، فهو لا يعدو أن يكون مجرد رسول أو أداة لنقل إرادة من أنابه".

«Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il contracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé contracter, il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter», R.-J. POTHIER, Traité du contrat de mandat, œuvres, t. 6, 1861, éd. Bugnet, p. 207 & P. BOUQUIER, Étude générale de la représentation dans les actes juridiques, thèse, Montpellier, 1899, p. 22 et s. & C. GIVERDON, L'évolution du contrat de mandat, thèse doc., Paris, 1947, p. 91 et s. & J. CARBONNIER, Cours de droit civil, année 1956-1957, service d'édition des cours de droit de la faculté de droit, Paris, 1956, p. 67.

ومن الفقه المصري من اعتنق مذهب هذه النظرية: راجع على سبيل المثال لا الحصر: عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، سابق الإشارة، بند 553 وما يليه، ص 745 وما بعدها.

وللانتقادات التي وُجّهت إلى هذه النظرية راجع بصفة خاصة: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 202 وما بعدها & اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، بند 82، ص 152 & عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، العقد المنفردة والإرادة، مرجع سابق، ص 198 & جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 100 & عبد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 71 وما يليها & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، ص 142 وما بعدها & راجع أيضاً من الفقه الفرنسي:

G. WICKER, Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. Amiel-Donat, Bibl. dr. priv., 1997, t. 253, LGDJ, n° 50 et s. & V.-J. CLARISE, De la représentation, Son rôle



كدور الرسول سواءً بسواء، فالنائب ليس له إرادة حقيقية، فهو يقوم بنقل إرادة الأصيل إلى المتعاقد معه فحسب، فهناك قرينة أو افتراض *fiction* مؤداه أن النائب يتقمص شخصية الأصيل، ومن ثم فإن إرادة الأصيل هي التي تبرم العقد وليس إرادة النائب.

وعلى ذلك فالنائب عندما يبرم العقد مع نفسه لنفسه إنما ينقل إرادة الأصيل من جانب ويعبر عن إرادته الشخصية من جانب آخر، وعندما يتعاقد مع نفسه لغيره فهو ينقل إرادة كلا من الأصيلين إلى الآخر، فيكون الأصيلان هما المتعاقدان الفعلان. وفقاً لمنطوق هذه النظرية. وما النائب إلا أداة أو وسيلة لنقل إرادتهما، ومادام أن الأصيل هو الذي يبرم العقد في كل الأحوال، فمن البديهي أن تنصرف إليه وحده آثار هذا العقد.

ويرتب هذا الجانب من الفقه (1) على وجهة نظرهم هذه نتيجة في غاية من

dans la création des obligations, op. cit., n° 38 et surtout n° 72 et s. & G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, t. I, Introduction général à l'étude du droit, 2e éd., Sirey 1972, p. 280 et s. & M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 36 et s. & A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 96 et s. & C. ATIAS, «Mandat de vendre et offre de vente», D. 2003, chron., p. 1922, n° 12.

(1) ويقول أحد الفقهاء في هذا الصدد ما نصه: "يجب أن يكون الأصيل موجوداً قانوناً، ويكفي أن تتوفر لديه الأهلية اللازمة. وأول ما يجب توفره بالطبع هو أهلية الوجوب، فهذه الأهلية غير متطلبة سوى في شخص الأصيل لأن الحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف الذي يبرمه النائب تؤول أو تنصرف إليه مباشرة. (...) كما يجب أن تتوفر في الأصيل أيضاً الأهلية المدنية لأنه في إطار النيابة الاتفاقية أو الإرادية (...) يجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف في إبرام عقد النيابة نفسه الذي يمنح عن طريقه الأصيل الولاية للنائب في إبرام التصرف نيابة عنه ولحسابه"

«Il faut que le représenté existe juridiquement. Il suffit qu'il ait la capacité requise. La capacité de jouissance est d'abord exigée. Cette capacité ne peut s'apprécier que dans la personne du représenté car ce sont ses droits qui sont mis en oeuvre et c'est lui qui supportera ou bénéficiera des effets de l'acte. (...). Dans le cadre de la représentation conventionnelle (...), Il faut, en effet, avoir la capacité civile d'exercice car le représenté doit avoir la capacité de conclure le contrat par

الأهمية تتمثل في أنه عند البحث عن أركان التصرف القانوني وشروط صحته يجب النظر فحسب إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب؛ لأن الأخير ما هو إلا أداة أو وسيلة تنقل تعبير الشخص الأول، ومن ثم فإنه يجب أن يكون الأصيل - بالإضافة إلى كونه أهلاً لمباشرة التصرف المنوط بالنائب بالذات - كامل الأهلية المدنية، أي يتمتع بأهلية الوجوب - القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات - كما يتمتع بأهلية الأداء الكاملة، أي القدرة على التعبير عن الإرادة على وجه يعتد به القانون (1).

69- وينبني على منطق هذه النظرية مفارقة غريبة في شأن التعاقد مع النفس مفادها أنه إذا ما تعاقد النائب مع نفسه نيابةً عن الأصيل كطرف أول في العقد، ولحسابه الشخصي كطرف ثانٍ في العقد، فإن التعاقد سيكون بالأصالة ولن يكون هناك نيابة، كما أن التعاقد سيتم بين غائبين، لأن إرادة النائب - وفقاً لفكر هذه النظرية - ليست محل اعتبار في العقد في كل الأحوال، وما الإرادة هنا إلا إرادة الأصيل وحده، ذلك بالرغم من أن النائب هو الذي قد أبرم العقد مع نفسه حاضراً مجلسه نيابة عن الأصيل!.. كما أن المفارقة ستكون أكثر وضوحاً حال تعاقد النائب مع نفسه لحساب أصيلين في آن واحد، حيث لن يكون هناك تعاقد مع النفس أصلاً، نظراً لأن النائب - لدى أنصار هذه النظرية - ما هو إلا مجرد أداة ينقل إيجاب

lequel il donne pouvoir au représentant d'agir en son nom», J. CARBONNIER, Cours de droit civil, op. cit., p. 69.

(1) والغريب حقاً أن الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي - وهو من منتقدي هذه النظرية - قد مال إلى هذا الرأي في مواضع عدة من أبحاثه حيث كان يقول ما نصه: «وإذا كانت آثار التصرف تنشأ مباشرة في ذمة الأصيل، فإن تحري الصلاحية لتلقي الحقوق الناشئة عنه، أو التحمل بالالتزامات (أي أهلية الوجوب) يكون في الأصيل لا في النائب، كما أن العبرة في القول بتوافر أهلية الأداء بالنسبة لهذا التصرف، إذا كانت النيابة إرادية أو اتفافية، هي بأهلية الأصيل لا بأهلية أداء النائب، كما سبق أن قلنا» (مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 112)، في حين أنه كان قد قال في موضع سابق في البحث نفسه: «وعلى ذلك يجب لتحقق النيابة، أن تكون إرادة النائب مشاركة في إبرام التصرف الذي يتم لحساب الأصيل، فينشأ بإرادته، ويعتبر النائب - لا الأصيل - هو الطرف الآخر في إنشاء العقد الذي يبرمه مع الغير، فيكون التعاقد بين حاضرين إذا حضر النائب ولو لم يكن الأصيل حاضراً!» (المرجع نفسه، ص 102)! كما أنه من الجدير بالذكر أن النظر إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب يتعارض بصفة صريحة مع ما استقر عليه المشرع بالمادة 104 من القانون المدني.

أو قبول أحد العاقدين إلى العاقد الآخر، ومن ثم فإن التعاقد الأخير . على فرض إتمامه جديلاً . سيتم بين أصيلين غائبين عن مجلس العقد ولا علاقة للنائب بمثل هذا التعاقد، ثم كيف للنائب التعاقد مع نفسه ونقل إيجاب أو قبول أحد العاقدين للعاقد الآخر، والإيجاب أو القبول نفسه يتوقف على إرادة ذوي الشأن (الأصيلين) أنفسهم ومجابهة كل واحدٍ منهما بمضمون رسالة الآخر؟!

يبدو أن أنصار هذه النظرية كانوا متأثرين إلى حدٍ كبير بالقانون الروماني وبالخط الذي كان سائداً فيه بين النائب والرسول، وأن ولاية أو سلطة الشخص في إبرام التصرف لا تغير من وصفه القانوني ولا تخرجه عن كونه مجرد رسول ومجرد أداة للتعبير عن إرادة الأصيل (1).

وقد وُجّهت سهام النقد إلى هذه النظرية من هذا المنطلق؛ فالرسول الذي يحمل رسالة لشخص آخر قد يجهل فحواها، وهو مجرد أداة لنقل الإرادة، في حين أن النائب الذي يناط إليه أمر إبرام التصرف القانوني يكون واقفاً على حقيقة مضمون التصرف ومداه والآثار التي يمكن أن يترتبها القانون عليه (2).

ولا شك في أن النقد السابق يعد من بين المآخذ الكبيرة على هذه النظرية؛ فالفرق بين النائب والرسول كبير كما سبق وأن رأينا آنفاً، ولو كان النائب رسولاً فعلاً، لانتقد التصرف بالأصالة ولما كان هناك تعاقد بالنيابة (3).

ثم أنه . ومن ناحية أخرى . فإن هذه النظرية لم تنجح في تبرير دور النائب في حال النيابة القانونية والقضائية؛ ذلك أن الأصيل في هذا النوع من النيابة قد يكون عديم الأهلية، كما هو الحال بالنسبة لنيابة الولي على ولده غير المميز

(1) في هذا المعنى من الفقه المصري: جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 100 & عيد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 72 & راجع أيضاً لهذا النقد من الفقه الفرنسي:

V.-J. CLARISE, De la représentation, Ibid., n° 39 et s. & M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, Ibid., p. 38 & F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, op. cit., n° 178.

(2) راجع ما سبق أن ذكرناه آنفاً تفصيلاً للتمييز بين النائب والرسول، راجع بند 52 سابقاً.

(3) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 203.

ونياحة القيم على المجنون والمعنوه، أو ناقص الأهلية، كما هو الشأن بالنسبة للولي أو الوصي على الصبي المميز أو السفية وذو الغفلة. وقد تكون إرادة الأصيل بعيدة تماماً عن التصرف ولا علم للأصيل به، كما هو الحال بالنسبة للفضولي، أو كما هو الحال بالنسبة لمن وكل آخر وكالة عامة خوله بموجبها إجراء شتى التصرفات القانونية، فالأصيل هنا قد لا يعلم بتصرفات الوكيل، فالوكيل العام يقوم في أدائه مهمته بتصرفات قانونية لعلها لم تخطر لموكله على بال، وقد لا يتوقعها فكيف تتجه إليها إرادته؟<sup>(1)</sup>.

كما أن غالبية الفقه<sup>(2)</sup> قد رأوا - وبحق - أن القول بأن الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني في حال النيابة الاتفاقية هي إرادة الأصيل وحده، يوجب علينا الاعتداد في عيوب الرضا وفي سائر ما يتصل بسلامة الإرادة وكفايتها بشخص الأصيل، وهذا خلاف ما تقضي به القوانين التي تعتد بشخص النائب من حيث سلامة الإرادة من العيوب، وهو ما يستتبع القول بأن هذه النظرية تتناقض نتائجها مع أحكام القانون الذي وُجدت لتفسيره!<sup>(3)</sup>.

بيد أن ما وُجه لهذه النظرية من انتقادات لا يمكن أن ينال كل دور لإرادة

(1) جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها & عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 198، هامش رقم (1) & ولمزيد من البيان حول هذا الوجه من أوجه النقد:

A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, op. cit., p. 55 et surtout, p. 96.

(2) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة: أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 115 & جمال مرسي بدر، المرجع السابق، ص 82 & وللنقد نفسه من الفقه الفرنسي راجع أيضاً في هذا الصدد مع أن البعض منهم - كالفقيه ماتي - كان قد ناصر هذه النظرية!

A. ROUAST, *Ibid.*, p. 97 & N. MATHEY, «Représentation», *Rép. civ.*, préc., p. 6.

(3) حيث تقضي الفقرة الأولى من المادة 104 من القانون المدني المصري بما نصه: «إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الإعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً»، وراجع أيضاً في المعنى نفسه على سبيل المثال: الفقرة الثانية من المادة 1984 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 56 من القانون المدني الكويتي، والمادة 111 من القانون المدني الأردني، والمادة 105 من القانون المدني السوري، والمادة 104 من القانون المدني الليبي.

الأصيل في إبرام التصرف القانوني الذي يقوم به النائب؛ حيث يكون لإرادة الأصيل دور في توجيه إرادة النائب من خلال ما يصدره من تعليمات لنائبه في إطار العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل في حال النيابة الإرادية أو الاتفاقية (1).

وبعد هذه المآخذ التي وُجّهت لهذه النظرية يمكن أن نقول أنها لا تصلح أساساً لتحديد الإرادة التي يُبرم بها العقد في حال تعاقد النائب مع نفسه، وسواءً كان تعاقد الأخير لصالحه هو كطرف ثانٍ في العقد، أم كان لمصلحة شخص آخر ينوب عنه.

## (2) نظرية إرادة النائب: La volonté du représentant

70- نتيجة للانتقادات التي وُجّهت إلى النظرية السابقة وما بدا عليها من قصور في تحديد دور الإرادة في كافة صور الإنابة في التصرفات القانونية، فقد اتجه غالبية الفقه المصري والفرنسي (2). في تحديدهم للإرادة التي يبرم النائب بها

(1) راجع في هذا المعنى:

F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 181 & A. ROUAST, *Ibidem.*, p. 99 & V.-J. CLARISE, *De la représentation*, *Ibid.*, n° 40 et s. & N. MATHEY, «Représentation», *Ibid.*, n° 39, p. 6.

(2) كان أول من أسس هذه النظرية من الفقه الإيطالي هو الفقيه RAMNICEANO عام 1927، راجع لنظريته تفصيلاً:

R. POPESCO-RAMNICEANO, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, 1927, thèse, Paris, p. 237 et s.

وتلاه في تأييدها عدد كبير من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه DIDIER حيث يقول في هذا الصدد ما نصه: "إنه النائب - وليس الأصيل - الذي يُعبر عن إرادته لإنشاء الرابطة العقدية: وهو يعبر عن إرادة شخصية (...). ولذلك فإنه يجب أن توجد إرادة النائب - مبرم التصرف القانوني - وألا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة: ومن ثم فإن عنه النائب، أو العيوب التي تشوب إرادته أو رضائه تجعل التصرف المناب فيه هو والعدم سواءً أو تجعله باطلاً".

«c'est le représentant, non le représenté, qui manifeste la volonté d'établir un lien de droit : il émet une volonté personnelle [...]. La volonté du représentant, auteur de l'acte, doit exister et ne doit pas être viciée: la démence du représentant, les vices affectant le consentement qu'il a émis rendant l'acte inexistant ou nul», Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préc., n° 104 et v.

العقد المنوب فيه . صوب إرادة النائب وحده .

وتتلخص وجهة نظرهم هذه في أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو في حدود نيابته أو ولايته لا عن إرادة الأصيل، ومن ثم تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني، لكن آثار التصرف تُضاف إلى ذمة الأصيل بفعل ما لإرادة النائب من قدرة منشئة للالتزام، ولا غرابة في انصراف الآثار إلى الأصيل إذا ما أَراده النائب، أو قضى بذلك المشرع نفسه بنص صريح (1).

notamment n° 106 & en même sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, t. I, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey 1972, p. 270 et s. & J. SAVATIER, «L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne», D. 1959, Chron. 47, n° 6 et s. & F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 184 et s. & C. AUBERT De VINCELLES, Droit des obligations, t. I, Dalloz 2014, p. 423 et s.

ويعد من مؤيدي هذه النظرية من الفقه المصري: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها & اسماعيل غاتم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 82، وما يليه & عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 219 & جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 102؛ وللمؤلف نفسه: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1976، بند 19، ص 87 & أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، بند 36، ص 39 & عبد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 72.

(1) ويقول الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي في ذلك ما نصه: «ولذا يذهب الفقه في الوقت الحاضر إلى أن التصرف الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل يتم بإرادة النائب، ومعنى هذا أنه يعبر عن إرادة نفسه لا عن إرادة الأصيل. ولكنه يقصد إلى أن يكسب الأصيل الحقوق الناشئة عن تصرفه، كما يرمي إلى تحميله بالالتزامات التي تترتب على هذا التصرف»، جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 100.

كما يقول الفقيهان Marty و Raynaud في هذا الصدد أيضاً: "فيما عدا النصوص القانونية الخاصة التي تنص على عكس ذلك، فإن الوكيل هو وحده من يملك التصرف بكامل إرادته، وهو في هذا الشأن حر في اختيار الإجراءات أو الأوضاع التي يتعاقد من خلالها ويحقق فيها الهدف النهائي الذي حدده له الموكل"

«Sauf instructions contraires, le mandataire est notamment maître de l'opportunité d'agir, et libre de choisir les procédés par lesquels il atteindra le but qui lui a été assigné», G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, op. cit., Sirey 1972, p 280.

ويبرر أحد فقهاء هذا المذهب انصراف آثار التصرف الذي يجريه النائب إلى الأصيل مباشرةً بالقول: «وكسب الأصيل الحقوق التي تنشأ بتصرف من غيره أمر لا عجب فيه في الوقت الحاضر حيث يسلم بجواز الاشتراط لمصلحة الغير. أما تحمل الأصيل بالالتزامات، فمبني على قبوله مقدماً لهذه الالتزامات، وهو يفوض النائب، ان كانت النيابة إرداية، أي ناشئة عن عقد الوكالة، أو مبني على تفويض القانون للنائب في إلزام الأصيل، في النيابة غير الاتفاقية، كنيابة الولي أو الحارس القضائي»<sup>(1)</sup>

وبناءً على ذلك فإنه يمكننا القول - ووفقاً لفكر وفلسفة نصراء هذا المذهب - أن شخص النائب، لا شخص الأصيل، هو الذي يكون محلاً للنظر عند البحث في شأن أركان وشروط صحة التصرف القانوني الذي يجريه النائب، فيلزم أن يكون النائب أهلاً لمباشرة التصرف القانوني المنوط به إبرامه، كما يلزم أن تكون إرادته خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها أثناء انعقاد العقد، يُضاف إلى ذلك أنه ينبغي النظر إلى حسن نية النائب أو سوء نيته عند إبرام التصرف القانوني للبت في بعض المسائل القانونية التي تستلزم توفر حسن النية كالحيازة بحسن نية<sup>(2)</sup>.

ويضيف أنصار هذه النظرية قائلين أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب إنما يتم بإرادة النائب المستقلة القائمة بذاتها دونما اشتراك من إرادة الأصيل حتى في الأحوال التي يصدر فيها الأصيل لثأبه تعليمات محددة؛ لأنه حتى في الحالة الأخيرة، وإن كانت إرادة الأصيل تلعب دوراً ليس بالقليل، غير أن هذا الدور لا يعني أن إرادة الأصيل قد اشتركت مع إرادة النائب في إبرام التصرف القانوني، بل الحقيقة أن أثر هذه التعليمات أو دور إرادة الأصيل ينحصر في العلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب، ولا يتعدى هذه العلاقة إلى التصرف القانوني الذي يبرمه النائب نيابة عن الأصيل، فأثر هذه التعليمات يتمثل في توجيه إرادة النائب الوجهة

(1) جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 100.

(2) السنهوري، المرجع السابق، الوسيط، ج1، ص 205، هامش رقم (1) & اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 154 & رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 63 & بهرام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1982، ص 61 & راجع عكس ذلك - مع أنه من مؤيدي هذه النظرية - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 112، حيث كان يرى أن العبرة بشخص الأصيل لا بشخص النائب!

التي يبغيها الأصيل (1).

وعلى ذلك يمكننا القول - ووفقاً لمضمون هذه النظرية - أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه - وسواءً كان التعاقد لنفسه، أي لحسابه كطرف ثانٍ في العقد، أم للغير، أي لحساب أصيل آخر - ينعقد بإرادته هو وليس بإرادة الأصيل، وتنصرف آثار هذا التصرف إلى الأصيل مباشرةً - أو الأصيّلين إن كان نائباً عنهما معاً - إما بناءً على إرادة النائب إذا كانت النيابة إرادية أو اتفاقية، أو بناءً على رغبة المشرع نفسه في ذلك إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية.

71- ولقد حاول جانب من الفقه الألماني ممن اعتنقوا هذه النظرية - وعلى رأسهم العلامة *IHERING* "هرنج" - تبرير انصراف آثار تصرف النائب إلى الأصيل بأن النيابة تفترض انفصال بين السبب - وهو هنا مباشرة التصرف القانوني - والمسبب، هو الأثر القانوني الذي يترتب ذلك التصرف، فالسبب يكون من عمل النائب، أما الأثر الذي يترتب القانون فينصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل، ومن ثم فإن النيابة تعد - وفقاً لوجهة نظر هذا الفريق من الفقه - استثناءً من مبدأ نسبية أثر العقود (2).

والحقيقة أن الاعتداد بإرادة النائب في إبرام التصرف القانوني المُسند إليه إبرامه يتفق مع ما تقضي به التشريعات التي أوجبت الاعتداد بإرادة وشخص النائب فيما يتعلق بسلامة الرضا وخلوه من العيوب وحسن النية في التصرفات القانونية (3)، غير أن نصراء هذه النظرية لم يبيّنوا - أثناء تبرير نظريتهم - كيف انفصل السبب عن المسبب، وكيف أن السبب الذي هو من فعل النائب ينتج أثره

(1) اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 154-155.

(2) لمزيد من التفصيل راجع: السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 204 & أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، بند 36، ص 39 & وفي المعنى نفسه:

F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, op. cit., n° 169 et s.

وأنظر أيضاً الفقيه GAILLARD بالرغم من عدم مناصرته لهذا المذهب:

E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit français, op. cit., n° 218.

(3) راجع المادة 104 من القانون المدني المصري المذكورة آنفاً والتي تعدد بشخص النائب لا الأصيل، والمواد الأخرى التي سبقت الإشارة إليها في هوامش النظرية السابقة.



في ذمة الأصيل، أي كيف يلتزم شخص ما (الأصيل) بإرادة غيره (النائب) (1).

72- والحقيقة أن نظرية إرادة النائب قد أسسها نصرائها على النظرية التي نادى بها الفقيه PILON منذ زمن بعيد . وبالتحديد إبان أفول القرن التاسع عشر الميلادي . والتي أطلق عليها اسم "نظرية الذمة المالية" *Théorie de patrimoine* والتي ذهب فيها (2) إلى القول بأنه وإن كان يصعب القول بحلول إرادة شخص . أي النائب . محل إرادة شخص آخر . أي الأصيل . في التصرف القانوني الذي أنيط بالنائب، غير أنه يمكننا تصور انصراف أثر إرادة شخص إلى ذمة شخص آخر، فالإرادة يمكن أن يوظفها صاحبها في خدمة سواه من غير إلزام لذمته هو . أي صاحب الإرادة . فالالتزام في حقيقته ما هو إلا رابطة تربط أولاً وقبل كل شيء بين ذمتين ماليتين، وليس شخصين كما ظن الفقه التقليدي في ظل القانون الروماني القديم، ومن ثم فإنه أصبح من المتصور أن تضاف إلى ذمة الشخص التزامات أو حقوق بفعل إرادة شخص غيره (3).

مما لا ريب فيه أن النظرية الأخيرة بشأن الذمة المالية كان لها الفضل في إرساء فكرة هامة في الفقه القانوني قد قننها المشرع فيما بعد مفادها أن الذمة المالية . وليس الشخص نفسه صاحب هذه الذمة . هي ما ينصرف إليها آثار العقد أو التصرف القانوني الذي يبرمه العاقد، كما أنها قد حددت بشكل دقيق الإرادة التي

(1) أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 117.

(2) قدم الأستاذ PILON نظريته في أطروحته للدكتوراة في أواخر القرن التاسع عشر الميلادي تقريباً:

E. PILON, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, thèse, Caen, 1897, n° 44 et s. & en même sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, op. cit., n° 178 et s.

(3) أنظر في عرض هذه النظرية والانتقادات الموجهة إليها: السنهوري، مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص 168-169، والوسيط، مصادر الالتزام، السابق، ص 204 وما يليها & عبد الحي حجازي، المرجع السابق، بند 553، ص 746 & وراجع أيضاً فيما يتعلق بالذمة المالية: محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 207 وما بعدها & ومن الفقه الفرنسي:

A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 55 et surtout, p. 29 et s.

يتم بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه، بيد أنها لم تبيّن أيضاً كيف يمكن أن يلتزم شخص بإرادة غيره، ومن ثم بقي التساؤل مطروحاً: كيف يمكن أن يلتزم الأصيل بإرادة النائب؟!.

ومن ناحية أخرى فقد أخذ الفقه - آنذاك - على هذه النظرية فصلها بين الشخص وذمته المالية؛ ذلك أن القول بانصراف آثار التصرف القانوني الذي يجريه النائب إلى ذمة الأصيل وليس إلى شخصه، فيه مبالغة ومغالطة لحقائق الأمور، فالذمة المالية ليست إلا قرينة أو افتراض قانوني *fiction juridique* أو فكرة معنوية وهمية أنشأها القانون حتى يتمكن الشخص من مباشرة التصرفات القانونية ويكتسب حقوقاً ويتحمل بالتزامات، ولا يمكن فصل هذه الذمة - وفقاً لهذا الرأي - عن الشخص نفسه كما فعل أنصار نظرية تخصيص الذمة المالية (1)، غير أننا سنرى فيما بعد أن هذه النظرية قد دافع عنها غير واحد من الفقه الفرنسي المعاصر

(1) أول من نادى بفصل الذمة المالية عن الشخص القانوني هم الفقهاء الألمان، وتتلخص نظريتهم في أنه لا داعي للاعتراف بالشخصية القانونية للأشخاص المعنويين - كالشركات والمؤسسات - لأن هذه الفكرة تعد حيلة قانونية، وفكرة الذمة المالية عندهم تعني عن اللجوء إلى هذه الحيلة، والذمة المالية لديهم عبارة عن مجموعة من الأموال والالتزامات تخصص لغرض معين، فالتاجر مثلاً حين يخصص بعض أمواله للتجارة يقطع جزء من ماله ليشكل ذمة مالية مستقلة عن شخص التاجر، راجع في عرض أسانيد هذه النظرية والدفاع عنها:

L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale, Notion de personnalité morale, classification et création des personnes morales, 1ère partie, 2e éd., par Léon Michoud, LGDJ 1998, p. 55 et s.

وأنظر فيما وجه إليها من انتقادات: عبد المنعم البدرأوي، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية 1966، ص 465 وما بعدها & حسن كيره، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، ط 5، منشأة المعارف، دون سنة نشر، ص 503 وما بعدها & عبد المنعم فرج الصده، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية 1949، ص 354 & عبد الودود يحيى، دروس في المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، القاهرة، دار النهضة العربية 1970، ص 7 إلى 9 & محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 209 & ومن الفقه الفرنسي:

J. GHESTIN et G. GOUBEUX, Traité de droit civil, introduction générale, 3e éd., LGDJ 1990, n° 212 et s. & F. TERRE et Ph. SIMLER, Droit civil, les biens, 7e éd., Dalloz 2006, p. 32 et s. & G. CORNU, Droit civil, Introduction (les personnes - les biens), 8e éd., Montchrestien 2007, p. 29 et s.

وأعاد إحيائها من جديد بعد تفادي ما وُجِه إليها من انتقادات مما اضطر معه  
المشرع نفسه إلى تقنينها بالقانون رقم 658 عام 2010 كما سيأتي ذكره في حينه  
لاحقاً<sup>(1)</sup>.

73- ولفشل النظريات السابقة حينذاك في تبرير كيفية انصراف آثار  
التصرف الذي يبرمه النائب إلى الأصيل مباشرة، ذهب آخرون . ممن ناصرُوا نظرية  
إرادة النائب والنظرية المختلطة التي سيأتي الحديث عنها عما قليل . إلى النظر إلى  
الغاية والوظيفة الاجتماعية التي يهدف إليها التصرف القانوني، فهناك افتراض أو  
قرينة قانونية على أن التصرف القانوني . لديهم . هو وسيلة لبلوغ غاية معينة،  
تتمثل في الهدف الاقتصادي أو الاجتماعي الذي يهدف إليه الشخص من وراء  
التصرف، وأن هذه الغاية يمكن أن تنفصل عن الوسيلة، ومن الممكن أن تكون  
الوسيلة (التصرف) لشخص . وهو هنا النائب . والغاية (آثار التصرف) لشخص  
آخر، وهو الأصيل<sup>(2)</sup>.

لكن يؤخذ على هذا التبرير أيضاً أنه في حالات النيابة القانونية . والتي  
غالباً ما يكون الأصيل فيها عديم أو ناقص الأهلية . لا يمكن القول بأن إرادة  
الأصيل قد اتجهت إلى غاية معينة يمكن الوصول إليها عن طريق النائب، فالإرادة  
هنا تكون معدومة أو غير واعية. يُضاف إلى ذلك أنه حتى في حالات النيابة  
الاتفاقية أو الإرادية إذا كانت النيابة قد وردت بصيغة عامة أو شاملة دون  
تخصيص لتصرف بعينه، فإن النائب يتولى إبرام تصرفات قانونية قد لا يعلم الأصيل  
بطبيعتها، وهو الوضع بالطبع في حال الفضالة التي لا يكون الأصيل فيها على  
علم بتصرف الفضولي منذ البداية، فكيف نقيّم قرينة أو افتراض على اتجاه إرادة  
الأصيل إلى تحقيق غاية معينة من وراء التصرف الذي يبرمه النائب؟!<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر بند 78 وما يليه لاحقاً.

(2) راجع بصفة خاصة الفقهاء الآتي ذكرهم بالرغم من أنهم لم يشايعوا فلسفة هذه النظرية والنتائج  
الطبيعية المترتبة عليها إلى آخرها:

E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit français, op. cit., n° 220  
& Rapproch., V.-J. CLARISE, De la représentation, op. cit., n° 42, p.  
164.

(3) راجع في هذا المعنى: السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 204.

74- وبالرغم من الانتقادات التي وُجّهت إليها، فإنه يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهجت وجهة النظر هذه في العديد من أحكامها، فقد قضت بأن النائب يجب أن يكون حراً في التفاوض مع من وُكِّل في التعامل معهم وتكون إرادته مستقلة في إبرام التصرف القانوني على النحو الذي يحقق فيه مصالح الأصيل<sup>(1)</sup>، كما قضت أيضاً بأن الوكيل التجاري له الحرية الكاملة في الاتفاق على تحديد سعر أو ثمن البضائع ووقت التسليم وكافة الأوضاع والظروف الأخرى المحيطة بالعقد<sup>(2)</sup>، وفي حكمٍ آخر لها قضت أيضاً بأن مُحضِر الجرد *l'huissier*. والذي ينوب عن أحد طرفي النزاع. يحق له التصرف بمطلق الحرية في تحديد موعد الحجز التحفظي على المنقولات الموجودة بالعين المتنازع عليها وذلك حماية لمصالح الأصيل الذي أنابه في ذلك<sup>(3)</sup>.

ولقد انتصرت محكمة النقض المصرية. بدورها. لهذا الاتجاه حيث قضت: «لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو. فهي في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل (...)<sup>(4)</sup>».

75- ويبدو لنا. من خلال استقراء ما توصلت إليه أيدينا من كتب الفقه الإسلامي. أن غالبية الفقهاء المسلمين قد اتفقوا منذ زمن طويل على أن التصرف الذي يبرمه النائب نيابةً عن الأصيل إنما يتم بإرادة النائب في كل الأحوال، وهذه

## كلية الحقوق

(1) راجع في هذا الصدد:

Cass. com., 29 oct. 2002, RJDA 2003, n° 132.

(2) Cass. 1re civ., 9 déc. 1997, Resp. civ. 1998, n° 99 & en même sens, Cass. 1re civ., 6 juill. 2000, Bull. civ. I, n° 200.

(3) راجع الحكم الآتي ذكره، مع الأخذ في الاعتبار أن كلمة المحضِر *l'huissier* في النظام الفرنسي. وبعكس المصطلح الدارج في النظام المصري. تنصرف إلى الأشخاص الذين يعملون بمهنة حرة ويقصدهم الغير لإثبات حالة الأشياء أو للحجز عليها أو لأي عمل قضائي آخر، وهم يعملون بتصريح وتحت رقابة وزارة العدل:

Cass. 1re civ., 9 juill. 1985, Bull. civ. I, n° 219.

(4) نقض مدني، 27 ديسمبر 1981، الطعن رقم 157 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام النقض، س 32، ص 2437.

الإرادة هي التي تصرف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة، فالنائب أصل في العقد وهو يعبر عن إرادته ويبرم العقد بكلامه، حيث ذكر الزيلعي . وهو من فقهاء الحنفية . في هذا الصدد ما نصه: «الوكيل أصل في العقد، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً..» (1).

والدليل على أن النائب أصل في العقد . عندهم . إمكانية استغناؤه عن إضافة الكلام إلى الأصيل، ولو كان سفيراً، أي رسولاً، لما استغنى عن إضافته إلى المرسل، لذلك وجب أن يكون النائب مميزاً . لدى الفقهاء المسلمين . حتى يصح أن يكون له كلام ينتج أثراً، وإن كان لا يشترط فيه البلوغ، لأنه لا يتصرف في ماله وإنما يتصرف في مال غيره بتفويض منه، ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصيل في عيوب الرضا، فإكراهه يفسد العقد، وله خيار فوات الوصف المرغوب فيه إذا وقع غلط (2).

وهو ما أكد عليه جُل . إن لم يكن كل . باقي فقهاء المذاهب الأربعة من الشافعية (3)، والمالكية (4)، والحنابلة (5)، بل والإمامية (6) أيضاً، حين ذهبوا جميعاً إلى القول بأن الوكيل إنما يتولى إبرام العقد بإرادته هو نيابة عن الأصيل، فهو يكشف عن إرادته، ولذلك يعتبر قصد الإتياء منه، ولكن عمله يُنسب إلى الأصيل، وترتيب آثار التصرف في حق الأصيل إنما هو من عمل الشارع وحده.

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، مع حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي، ج4، ط1، مطبعة بولاق، 743هـ، ص 256.

(2) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص 34.

(3) شمس الدين محمد بن شهاب الرملي، نهاية المحتاج، ج5، مع حاشية الشبراملسي لأبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي 1078هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ-1938م، ص 48.

(4) العلامة شمس الدين محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1230هـ، ص 382-383.

(5) أبو عبد الله بن أحمد ابن قدامة، المغني، ج5، مطبعة الإمام، تصحيح محمد خليل هراس، ص 99.

(6) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، ج5، المرجع السابق، ص 267 & الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناضرة، ج18، مؤسسة النشر الاسلامي، دون ذكر سنة الطبع ص 322.

## (3) النظرية المختلطة (اشتراك إرادتي الأصيل والنائب)

*Théorie mixte (volonté convergente du représentant et représenté)*

76- نظراً لصعوبة تبرير انصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب إلى الأصيل على أساس إرادة الأصيل وحده، أو على أساس إرادة النائب وحده، ذهب جانب من الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup>. ناصرهم في ذلك بعض الفقه المصري. إلى القول أن الباعث الدافع إلى إبرام التصرف القانوني الذي يبرمه النائب. إذا كانت النيابة إرادية أو اتفاقية. هو اتفاق الأصيل والنائب معاً، ومن ثم تشترك إرادتهما معاً في إبرام التصرف القانوني المنوط بالنائب إبرامه، ويجب التعويل على كل منهما للحكم على فاعلية التصرف وصحته، فيعتد بإرادة الأصيل في حدود التعليمات الصادرة منه

(1) قد نُسب هذا الرأي إلى الفقيه CLARISE على اعتبار أنه مؤسس هذه النظرية، غير أن أول من قال بها في الحقيقة هو الفقيه MADRAY عام 1931 وقد اتبعه في ذلك بعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه الأول، وكان MADRAY يرى: "في النيابة في التصرفات القانونية، تقف إرادة الأصيل خلف إرادة النائب في إبرام التصرف المنوط بالنائب إبرامه. لكن إرادة الأصيل لا تتدخل حيث تبدأ مرحلة النيابة، لأن الأصيل قد أعطى مقدماً موافقته للنائب بالتصرف في حالة النيابة الإرادية، أما في حال النيابة القانونية فإن إرادة الأصيل لا تتدخل مطلقاً ولا يعطي أية موافقة مقدماً للنائب"

«Dans la représentation, la volonté du représenté passe à l'arrière plan. Il n'émet pas de volonté au moment où la représentation joue, car il a donné par avance son consentement dans le cas de représentation conventionnelle ; il ne donne aucun consentement préalable dans le cas de représentation légale...», G. MADRAY, De la représentation en droit privé, Théorie et pratique, thèse, Bordeaux, Sirey 1931, p. 57 et s. & en même sens, V.-J. CLARISE, De la représentation, Son rôle dans la création des obligations, thèse doc., Lille, 1949, préc., p. 163 et s. & N. DISSAUX, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, préf. JAMIN, LGDJ, 2007, n° 698 et surtout n° 1455 & Rapproch., A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 55 & v. cependant Contra, Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préc., n° 105.

لنائبه، ويعتد بإرادة النائب في حدود ما باشره بنفسه من تصرف قانوني (1).

وبناءً على ذلك . ووفقاً لهذه النظرية . فإن آثار التصرف الذي يبرمه النائب تنصرف إلى الأصيل مباشرةً نتيجة اشتراك إرادة النائب والأصيل معاً في إبرام التصرف الذي يجريه النائب، هذا إذا كانت نيابة النائب نيابة إرادية، أما في النيابة القانونية، فالنص القانوني الذي قرر النيابة هو الذي يقضي بإضافة آثار تصرف النائب إلى الأصيل وليس للإرادة دخل في ذلك.

ويبدو أن أنصار هذه النظرية يؤسسون نظريتهم على نظرية التصرف القانوني متعدد الإرادات *Acte juridique multilatéral* (2)، تلك النظرية التي ينادي بها بعض الفقه الفرنسي منذ زمن طويل، ويتلخص مضمون النظرية الأخيرة

(1) ويبدو أن بعض الفقه المصري قد انتصروا لهذه النظرية، راجع على سبيل المثال: حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، نظرية العقد، مطبعة نوري بالقاهرة، 1943، ص 124-125 & توفيق حسن فرج، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 88 & جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، المرجع السابق، بند 49، ص 94 & وفي المعنى نفسه غير أنهم لا يصرحون بتأييد وجهة النظر هذه، أنظر على سبيل المثال: رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام، المرجع السابق، ص 66-65 & وممن لا يظهر موقفهم بجلاء، فتارة يشايعون هذه النظرية وتارة أخرى يناصرون نظرية الإرادة: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 144 وما بعدها & عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 150 وما يليها & جميل الشرقاوي، حيث كان يرى: «وعلى ذلك يجب لتحقق النيابة، أن تكون إرادة النائب مشاركة في إبرام التصرف الذي يتم لحساب الأصيل، (...)»، مصادر الالتزام، السابق، ص 102.

(2) ويُطلق عليها أحياناً اسم *Acte juridique de multi-volontés*، لمزيد من البيان حول هذه النظرية والأسانيد التي تأسست عليها راجع من الفقه الفرنسي: "إن التصرف القانوني متعدد الإرادات لا يختلف - بحسب طبيعته - عن التصرف القانوني ثنائي الإرادة"

«L'acte juridique multilatéral ne diffère pas, normalement, de par sa nature même, de l'acte juridique bilatéral», Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse doc., Bordeaux, 1968, p. 1 & A. ROUAST, Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations, thèse doc., Lyon, Rousseau, 1909, p. 23 et s. & G. ROUJOU De BOUBÉE, Essai sur l'acte juridique collectif, LGDJ, 1961, p. 18 et p. 169 et s. & Y. LEQUETTE, Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat, Economica, 2012, n° 145 s. & C. BRENNER, «Acte juridique», D. 2013 (actualisation: mars 2014), n° 175.

في أن التصرف القانوني قد يتحول من الشكل البسيط *Acte simple* إلى الشكل المركب *Acte complexe* حين تتدخل في إبرامه أكثر من إرادة، بحيث تسعى الإيرادات المتعددة إلى غاية واحدة أو هدف واحد عند إبرام التصرف، وهو ما يحدث وفقاً لنصراء هذه النظرية. في الإجابة حيث أن التصرف الذي يجريه النائب يتم بإرادات متعددة يقودها جميعاً هدف واحد مشترك، هو صرف آثار التصرف إلى الأصيل مباشرة وليس إلى النائب.

كما ذهب أصحاب هذه الفكرة إلى بيان أنواع العلاقات التي يدخل فيها النائب مع الأصيل وقالوا بأنها لا تخرج عن فروض ثلاثة: الفرض الأول أن يضع الأصيل للنائب تعليمات محددة آمرة في كل ما يخص العقد المراد إبرامه، وهنا يعتبر النائب بمثابة رسول، ولا يعتد بإرادته في هذه الحالة، بل بإرادة الأصيل وحدها. أما الفرض الثاني فهو يقتصر فيه دور الأصيل على بيان التصرف موضوع النيابة ويترك للنائب حرية تقدير مضمونه بلا تقييد ولا تحديد، وفي هذه الحالة يعتد بإرادة النائب فقط. في حين أن الفرض الأخير - وهو الذي يبدو فيه التصرف معقوداً بإرادات ثلاث - الذي يلزم فيه الأصيل النائب باتباع تعليماته في بعض أمور التصرف - كبيع المال المفوض في بيعه بسعر معين أو لشخص محدد - ويترك له حرية التقدير فيما عداها، وفي هذه الحالة يعتد بإرادتي النائب والأصيل في حدود ما اشتركت فيه كل منهما، مع ملاحظة أن إحدى الإرادتين ستكون هي الغالبة على الأخرى (1).

وقد ذهب الأستاذ CLARISE إلى القول بأن إرادة النائب وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل هي التي تحدد نطاق الالتزام الناتج عن التصرف الذي يبرمه النائب، أما الذي يُنشئ الرابطة القانونية ما بين الغير والأصيل، فهي إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية، والقانون ذاته في النيابة القانونية (2).

(1) في هذا المعنى: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 144 & عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 150 & أنور سلطان وجلال العدوي، الموجز في العقود المسماة، ج1، البيع، دار المعارف، 1963، ص 214 & رمضان ابو السعود، السابق، ص 65 & وراجع بصفة خاصة من الفقه الفرنسي:

G. MADRAY, De la représentation en droit privé, préc., p. 61 et s.

(2) J. CLARISE, De la représentation, préc., p. 163-164.



ويذهب جانب من الفقه المصري المؤيد لهذا الاتجاه الفقهي إلى أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه . إذا كان يتعاقد لحسابه الشخصي . هو عقد حقيقي، وينطوي في الواقع على أكثر من إرادة، إرادة النائب الأصلية، ثم إرادته بالإنابة تكملها إرادة الأصيل الذي أنابه. والعقد الذي يعقده بصفته نائباً عن أصيلين ينطوي على إرادة النائب تكملها إرادة أحد الأصيلين من ناحية ثم إرادته من الناحية الأخرى تكملها إرادة الأصيل الآخر. وليس في هذا تبويض للإرادة الصادرة من النائب، مادام أن اعلان كل إرادة مما ذكرنا مستقلاً، فالأصيل قد أعلن إرادته في عقد الوكالة، والنائب عندما يتعاقد مع نفسه يعلن إرادته باعتباره أصيلاً أو باعتباره نائباً عن الغير (1).

وبناء على ما تقدم فإن أنصار هذه النظرية يقولون بأن شخصية الأصيل والنائب معاً تعد محل اعتبار في العقد المنوط بالنائب إبرامه: فيجب البحث . من جانب . في شخص الأصيل للقول بتوفر شروط إبرام وصحة التصرف، مثل الأهلية اللازمة للملك (أهلية الوجوب)، ومشروعية التصرف، وذلك لأن آثار التصرف تنصرف إلى شخصه، ويجب البحث . من جانب آخر . في شخص النائب عن عيوب الرضا وحسن النية ونحوهما لأنه هو الذي يباشر التصرف (2).

77- ورغم التأييد الذي لاقتته هذه النظرية في بداية الأمر، غير أنها لم تسلم هي الأخرى من النقد: فقول بأن فكرة اشتراك إرادتي الأصيل والنائب في إبرام التصرف القانوني تعد قاصرة عن شمول كافة أنواع النيابة؛ حيث إن كانت تنطبق . جدلاً . على النيابة الاتفاقية، فإنها لا تنطبق في حالات النيابة القانونية، حيث لا يكون لإرادة الأصيل في هذا النوع من النيابة أي دور في إبرام التصرف

(1) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 124-125 & وفي المعنى نفسه: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 88.

(2) أنظر من الفقه الفرنسي من ينظر إلى شخصي الأصيل والنائب معاً:

J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., n° 153 et s. & N. DISSAUX, La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit., n° 700 & Contra, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 179.

القانوني. كما أنه حتى في النيابة الاتفاقية فإن هذه النظرية لا تنطبق سوى في الحالات التي يصدر فيها الأصيل لنائبه تعليمات محددة يتوجب عليه اتباعها حتى يُقال باشتراك إرادتهما فعلاً في إبرام التصرف المناب فيه النائب. يُضاف إلى ذلك أن هذه النظرية تجعل النائب رسوياً في الحدود التي أصدر بها الأصيل لنائبه تعليمات محددة ونائباً فيما عدا ذلك، كما أن جزءاً من التصرف القانوني يكون قد تم بين غائبين، وهو الجزء الذي نفذ فيه النائب تعليمات الأصيل، وجزءاً آخر من ذات التصرف يكون قد تم بين حاضرين، وهو الجزء الذي ترك فيه للنائب حرية التقدير، وهذا يترتب عليه بدوره اختلاف حكم أجزاء التصرف القانوني الواحد، فجزء سيكون موقوف وآخر سيكون نافذ، وجزء سيكون التعاقد فيه بين حاضرين، وآخر يكون التعاقد فيه بين غائبين، على ما يترتب على هذا التبعض من تضاد وتفارق في الأحكام لا يقبله المنطق القانوني السليم ويثير معه التساؤل الذي لا نجد إجابة واضحة عليه حول المكان والزمان الذين ينعقد فيهما مثل هذا العقد؟! (1).

يُضاف إلى ذلك أن هذا الرأي ينطوي على خلط بين تصرفين مستقلين هما: التصرف الذي يجريه النائب مع الأصيل - كعقد الوكالة مثلاً - والذي هو مصدر نيابة النائب من جهة، والتصرف الذي يجريه النائب مع الغير أو مع نفسه من جهة أخرى؛ فإرادة الأصيل في عقد النيابة بخلاف الإرادة التي يبرم بها النائب العقد أو التصرف المُسند إليه إبرامه، فقد يمنح الأصيل النائب، نيابة عامة كالوكالة العامة، وبالتالي قد لا يكون الأصيل على إمام بالتصرفات التي يجريها النائب نيابة عنه، فكيف نقول أن إرادة الأصيل قد انصرفت إليها؟! (2).

ناهيك عن أن هذه النظرية - إذا ما طبقنا نتائجها على حال تعاقد النائب مع

(1) لمزيد من البيان حول هذه الانتقادات وغيرها راجع: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية، مرجع سابق، ص 747 وما يليها & شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1959-1960، ص 79 وما بعدها & اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، بند 83، ص 155، هامش رقم (1) & وراجع أيضاً من الفقه الفرنسي:

Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», préc., n° 106 & J. SAVATIER, «L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne», préc., n° 17 et s.

(2) في هذا المعنى: عبد الحي حجازي، المصادر الإرادية، السابق، ص 748.

نفسه . لوجدنا أنها تؤدي إلى مفارقة عجيبة، ومن وجهة نظرنا الشخصية، لا يمكن قبولها قانوناً؛ فالنائب حين يتعاقد مع نفسه لنفسه أو لغيره . أي إما لحسابه أو لحساب أصيل آخر . فإن إرادته سوف تظهر في العقد مشتركة مع إرادة الأصيل تارةً بحكم النيابة، وسوف تظهر مرة أخرى في العقد كطرف ثانٍ فيه إما بحكم الأصالة أو بحكم النيابة عن الأصيل الثاني تارةً أخرى، وهي في الحالة الأخيرة لن تظهر وحدها، وإنما ستجتمع وإرادة الأصيل الآخر، بحيث يكون لدينا تصرف قانوني من أربع إرادات في آن واحد في حين أن التصرف قد انعقد في الحقيقة بين عاقدين اثنين بالإتابة!

### المطلب الثاني

#### النظرية الحديثة "نظرية الولاية في إبرام التصرف القانوني"

#### *Théorie moderne du pouvoir d'agir*

78- ظهرت مؤخراً . وبالتحديد في العقد الأخير من القرن العشرين . في الفقه الفرنسي نظرية أعاد نصرائها إحياء فكرة "إرادة النائب" لكن بصيغة جديدة، وبعد تفادي ما وجه إلى النظرية الأخيرة من نقد فيما يتعلق بعجزها عن تفسير انصراف آثار العقد الذي يبرمه الأصيل إلى النائب مباشرة، حيث يرى عدد كبير من الفقه الفرنسي حالياً<sup>(1)</sup> . مشفوعين بنص المشرع نفسه وبأحكام القضاء<sup>(2)</sup> . أن

(1) راجع لمزيد من البيان حول هذا الرأي وأسانيده:

M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation, 1982, op. cit., n° 292, p. 219 & en même sens, E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit français, 1985, op. cit., n° 215 et s. & A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 118 et s. & v. aussi sur le pouvoir, P. LOKIEC, Contrat et pouvoir: Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, p. 11 et s. & Ph. le TOURNEAU, «Mandat», op. cit., n° 4 et s. & D. CHOLET, «Assistance et représentation en justice», Rep. Dalloz, sep. 2012, n° 22 et s. & Contra, Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», op. cit., n° 81-101.

(2) ولأحكام القضاء الفرنسي راجع بصفة خاصة: "إن نائب الداننين له صفة قانوناً في التصرف باسم ولحساب داننيه وله في ذلك - وفقاً لنص القانون - الولاية أو السلطة في تمثيل مجموع الداننين للدفاع عن مصالحهم المشتركة جميعاً."

النيابة الاتفاقية تمنح النائب ولاية أو سلطة *pouvoir* بمقتضاها يستطيع أن يبرم التصرف القانوني في حدود ولايته، وهو ما نصت عليه المادة 1984 من التقنين المدني<sup>(1)</sup>، أما في أحوال النيابة القانونية أو القضائية فإن من يمنح هذه الولاية أو تلك السلطة للنائب هو القانون نفسه.

وقد ذهب فقهاء هذا الاتجاه مذاهب عدة في تعريفهم لمفهوم الولاية أو

«Le représentant des créanciers a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers et, tenant de la loi, le pouvoir de représenter l'ensemble de ceux-ci pour la défense de leur intérêt collectif, (...)», Cass. 1re civ., 18 nov. 1993, D. 1993, p. 583, note Fernand Derrida & en même sens, Cass. 3e civ., 17 févr. 1999, Bull. civ. III, n° 40, et le même D. 1999, IR 69 & Cass. com., 30 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 75, D. 1999, IR 117 & Cass. com., 24 sept. 2003, Rev. sociétés 2004, p. 419, obs. François-Xavier Lucas & CA Paris, 18 sept. 1998, JCP, éd. E, 1999, p. 666, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

(1) حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أن: "تعد الوكالة أو الإنابة تصرفاً قانونياً به يخول شخصاً شخصاً آخر ولاية أو سلطة القيام بعمل شيء معين مستقبلاً لحساب الشخص الأول"

«Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom»

وأنظر في تفسير مصطلح *procuration* الوارد بالنص على أنه "الولاية الممنوحة للنائب في إبرام التصرف"، ونقد جملة "القيام بعمل شيء معين" الواردة في *de faire quelque chose* الواردة بالنص نظراً للإيحاء الذي يحملها هذا المصطلح الغامض بإمكانية قيام النائب بتصرفات مادية بالإضافة إلى التصرفات القانونية: "إن كلمتي *procuration* و *mandant* ليستا مترادفتين، صحيح أن الولاية والإنابة ممنوحان للوكيل، غير أن النيابة هي الولاية الممنوحة من الأصيل للنائب، أما الوكالة فهي العقد الذي يمنح تلك الولاية. ونستخدم اليوم - من الناحية العملية - كلمة الإنابة *procuration* للتعبير فحسب عن التصرف القانوني المكتوب"

«Les deux mots ne sont pas synonymes : la procuration est le pouvoir confié par le mandant au mandataire ; le mandat est le contrat qui confère le pouvoir. En pratique, aujourd'hui, le mot de procuration n'est guère plus utilisé que pour désigner l'acte écrit (instrumentum)», Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 1.

وراجع أيضاً المادة 218 من التقنين المدني الفرنسي التي تعطي لأحد الزوجين ولاية التعاقد نيابة عن الزوج الآخر فيما يتعلق بأموال الزوجية المشتركة، وأنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة 2130 من التقنين المدني لمنقطة الكيبك بكندا.

السلطة الممنوحة للنائب *notion de pouvoir* تدور كلها حول معنى واحد: حيث يراها الفقيه GAILLARD على أنها "الميزة أو القدرة الإرادية التي تمنح صاحبها . وهو هنا النائب . سلطة تحقيق مصلحة تعود على الأقل وبصفة جزئية إلى شخص غيره وذلك عن طريق إبرام تصرفات قانونية بإرادته المنفردة يلتزم بها الشخص الأخير" (1). في حين يعرّف الفقيه LOKIEC الولاية الممنوحة للنائب بأنها قدرة أو سلطة النائب على فرض إرادته على شخص غيره وإلزامه بأثار تصرفاته القانونية (2).

لكن الفقيه DIDIER لم يوافق على مصطلح "ولاية أو سلطة" *pouvoir* الذي يستخدمه نصراء هذه النظرية لعرض وجهة نظرهم؛ حيث أن هذا المصطلح عنده يحتمل معنيين وليس معنى واحد: الأول يتمثل في نوع معين من المزايا أو ميزة خاصة، والثاني يتمثل في القدرة على وضع هذه الميزة موضع التنفيذ الفعلي، وهو لهذا قد يحمل القارئ إلى اللبس والاعتقاد خطأً بأن أحد المعنيين المقصود من سياق الحديث دون المعنى الآخر (3).

وبغض النظر عن البحث في صحة النقد السابق من عدمه، فإن بعض فقهاء هذه النظرية (4) يؤكدون على أنه في حالات النيابة الاتفاقية أو الإرادية فإن

(1) «La notion de pouvoir est la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui», E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, op. cit., n° 214 et s. & v. égal., M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation, 1982, op. cit., n° 161 et s. & A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 57 et s.

(2) راجع لهذا التعريف:

P. LOKIEC, Contrat et pouvoir, Essai sur la transformation du droit privé des rapports contractuels, op. cit., n° 16.

(3) «Il est vrai que le terme sert à désigner deux choses assez différentes: il désigne, d'une part, un type particulier de prérogative mais aussi, d'autre part, l'aptitude à mettre en oeuvre ce type de prérogative», Ph. DIDIER, «De la représentation en droit privé», op. cit., n° 82.

(4) راجع لهذا الجانب من الفقه:

آلية أو طبيعة عمل النيابة *mécanisme de la représentation* يجعلها تمر بمرحلتين: المرحلة الأولى تتمثل في عقد النيابة - أي العقد المبرم بين الأصيل والنائب بإرادتهما المشتركة - والذي على أساسه تنصرف آثار التصرف القانوني الذي يجريه النائب إلى الأصيل مباشرة، وهو يتم بالإرادة المشتركة للأصيل والنائب معاً بالطبع، وهذا العقد ليس مجرد اتفاق لتحويل النائب ولاية إبرام تصرف قانوني معين، بل هو أيضاً اتفاق لتحديد موضوع هذا التصرف، ومجاله أو مداه، والوقت الذي يُبرم فيه، والشخص المطلوب التعاقد معه، والظروف الأخرى للتعاقد... إلخ (1). أما المرحلة الثانية فهي المرحلة التي يتعاقد فيها النائب باسم الأصيل ولحسابه في حدود الولاية الممنوحة له، وهنا تتوقف إرادة الأصيل عن التدخل ليبرم النائب التصرف المعهود إليه بإرادته، إما على أساس إرادة مقيدة بعض الشيء إذا صدرت تعليمات واضحة ومحددة من الأصيل، وإما على أساس إرادة حرة مستقلة غير مقيدة بأية قيود في حال النيابة الشاملة أو العامة التي لا يتحدد للنائب فيها أية تعليمات متعلقة بإبرام التصرف. أما في الأحوال الأخرى بخلاف حالات النيابة الإرادية أو الاتفاقية - كحالات النيابة القانونية والقضائية - فإن النيابة تمر بذات المرحلتين تقريباً، غير أن المرحلة الأولى هنا والمتمثلة في مصدر الولاية أو سبب منحها لا تتمثل في عقد أو إرادة مشتركة بين الأصيل والنائب، وإنما تتمثل في نص القانون الذي يمنح الولاية في إبرام التصرف إلى النائب.

ويقول آخر (2) في معرض الدفاع عن هذه النظرية في إطار تمثيل النائب

Ph. le TOURNEAU, «Mandat», op. cit., n° 4 et v. surtout n° 38 et s. & pour le jugement v. uniquement, Cass. 3e civ., 17 févr. 1999, préc.

(1) «mais c'est la volonté convergente du mandant et du mandataire, leur mutuo consensus, qui non seulement crée la représentation conventionnelle, mais encore en détermine l'étendue, singulariter, dans telle circonstance donnée et à tel moment», Ph. le TOURNEAU, «Mandat», Ibid., n° 4.

(2) «Dans la représentation, il y a un rapport juridique entre deux sujets de droit dont l'un agit pour l'autre, c'est qu'en effet, le représentant tient ses pouvoirs de la loi ou le la convention ; il y a, au-dessus de lui, une volonté ou un statut», C. GIVERDON, L'évolution du contrat de mandat, thèse, préc., p. 94.

للشخص المعنوي أو الاعتباري تمثيلاً شاملاً أو نيابة عامة وشاملة لكل أنواع التصرفات: "في النيابة في التصرفات القانونية، يوجد علاقة أو رابطة بين شخصين قانونيين يتصرف أحدهما لصالح الآخر، وفي الواقع فإن النائب يملك الولاية في التصرف إما بموجب نص القانون أو بموجب الاتفاق، ومن ثم فإنه تقف خلف إرادته إما إرادة أخرى أو نص قانوني".

وقُضي في هذا الصدد بأن الوسيط الذي يحدد سعر المال المطلوب بيعه - عقاراً كان أو منقولاً - لا يعد مُحكماً بين الطرفين، وإنما يعد وكيلاً مشتركاً عنهما له ولاية محددة في إتمام بنود العقد<sup>(1)</sup>.

ويضيف آخرون: "إن النائب الذي له الولاية أو السلطة له الحق في تقرير - بإرادته المنفردة - الأوضاع القانونية التي يتم بها التصرف وأن يقرر ويثبت في كل ما يتعلق بآثاره القانونية: ولذلك من يملك الولاية أو السلطة في إبرام التصرف هو الشخص الذي بيده القرار قانوناً في تحديد بنود التعاقد بما يحقق مصالح الأصيل"، فإذا خرج النائب عن حدود هذه الولاية إذا كانت ولايته خاصة ومحددة، فلن ينفذ تصرفه في حق الأصيل<sup>(2)</sup>.

وأنظر أيضاً في إطار الوكالة التجارية:

Dans le même sens, C. BERR, L'exercice du pouvoir dans les sociétés anonymes, Sirey, 1961, n° 48 & M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Les sociétés commerciales, 10e éd. par J. DUPICHOT, Montchrestien, 1999, n° 121 & P. LE CANNU, Droit des sociétés, 2e éd., Montchrestien, 2003, n° 488 & G. MARTIN, La représentation des sociétés commerciales par leurs organes, thèse, Nancy, 1977, n° 11 et s. & Ph. MERLE, Sociétés commerciales, 9e éd., Dalloz, 2003, n° 94.

(1) CA Versailles, 10 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989, I, p. 213, note J.-P. Marchi & TGI Paris, 16 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989, II, p. 790, note J.-C. Fourgoux, RTD civ. 1990, p. 275, obs. J. Mestre & CA Paris, 18 sept. 1998, JCP, préc.

(2) «Le représentant est investi du droit de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise: le titulaire du pouvoir est bien le "décideur" que décrivent les économistes», E. GAILLARD, Le pouvoir en droit français, op. cit., n° 216 & v. aussi, P. LOKIEC, Contrat et pouvoir: essai sur les

وعلى ذلك يفرق أنصار هذه النظرية بين الولاية العامة في إبرام التصرفات القانونية من جانب، وهي التي تنتج من نيابة اتفاقية شاملة لكل أنواع التصرفات القانونية كعقد وكالة ورد بصيغة عامة (توكيل عام)، والولاية الخاصة في إبرام تصرف بعينه أو موضوع معين من جانب آخر، حيث يكون للنائب في الولاية الأولى حرية التصرف نيابة عن الأصيل بما يحقق مصالحه، في حين أن النيابة الثانية لا يكون فيها النائب حراً في مباشرة التصرف، وإنما يلتزم فيها . بحسب الأصل . بتعليمات الأصيل، إلا إذا اضطرته الظروف للخروج على هذه التعليمات لتحقيق مصالح الأصيل<sup>(1)</sup>.

ويستلزم الغالبية العظمى من أنصار هذا الاتجاه الفقهي<sup>(2)</sup> . إذا كانت النيابة إرادية أو اتفاقية وعلى خلاف النيابة القانونية . في الأصيل والنائب معاً أهلية الأداء، حيث أن الأول يُشترط فيه توفر هذه الأهلية لإبرام عقد النيابة نفسه، وللقدررة على إسناد إبرام التصرف القانوني إلى النائب، فالنائب ما هو إلا ممثل عن الأصيل، وإذا لم يكن للأصيل قدرة على إبرام التصرف بنفسه، فلا يمكن أن يخول هذه القدرة إلى النائب<sup>(3)</sup> . أما الثاني فيُشترط فيه هذه الأهلية في العقدين معاً: في

transformations du droit privé des rapports contractuels, op. cit., p. 67 et s.

- (1) P. LOKIEC, Contrat et pouvoir. Essai sur la transformation du droit privé des rapports contractuels, op. cit., n° 11 & J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, 2002, n° 924 et s. & P.-F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, éd. revue et mise à jour par F. SENN, rééd. 2005, Dalloz, p. 705 et s. & pour le jurisprudences, Cass. 3e civ., 21 mars 1972, Bull. civ. III, n° 196, vente de garages, accessoires des appartements & Cass. 1re civ., 29 nov. 1972, Bull. civ. III, n° 646 & Cass. 1re civ., 7 oct. 1975, Bull. civ. I, n° 258.

- (2) وهو ما قال به أيضاً الأستاذان السنهوري واسماعيل غانم منذ زمن طويل، راجع للأول: الوسيط، ج1، السابق، بند 86، ص 160 وما يليها، وللثاني: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مرجع سابق الإشارة، فقرة 85 وما يليها.
- (3) ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قد قضت في أحد أحكامها بصحة النيابة إذا كان الأصيل قاصراً (صبياً مميزاً)، راجع لهذا الحكم:



العقد الذي يبرمه مع الأصيل من جانب، وفي العقد الذي يبرمه نيابةً عن الأصيل من جانب آخر لأن إرادته تتجه بشكل أو بآخر . لاسيما إذا كانت النيابة بصيغة عامة . في صرف آثار العقد الأخير إلى الأصيل مباشرة .

لكن . وعلى النقيض من ذلك . يفرّق جانب من هذا الفريق الفقهي، وهو أيضاً مذهب غالبية الفقه المصري (1)، بين أهلية أداء الأصيل من جانب، وأهلية أداء النائب من جانب آخر: ففيما يتعلق بالأصيل فيلزم توفر أهلية الأداء فيه مطلقاً للأسباب المتقدمة الذكر، والأهلية المطلوبة هنا هي أهلية التصرف، لكن القاصر المأذون له بالإدارة يجوز له استثناءً إنابة غيره فيما يتعلق بأعمال الإدارة فحسب، أما أعمال التصرف فهو ممنوع عليه قانوناً مباشرتها، فلا يستطيع . من باب أولى . إنابة غيره فيها (2).

في حين أنه بالنسبة للنائب فيفرّقون (3) هنا أيضاً بين علاقة النائب بالغير الذي يتعاقد معه بالإنابة عن الأصيل، وعلاقته بالأصيل نفسه: ففي العلاقة الأولى لا يلزم أن يكون النائب كامل الأهلية، فيمكن أن يكون النائب صبيّاً مميّزاً أو بالغاً سن الرشد لكن عارضاً من عوارض الأهلية قد شاب إرادته كالفقه مثلاً، لأن النائب يتعاقد هنا باسم ولحساب الأصيل ولا يتلزم أمام الغير بشيء، لكن القانون قد يمنع أحياناً النائب من التصرف، فالوكيل ممنوع من شراء مال موكله لنفسه إذا تم البيع بالمزاد العلني بمقتضى المادة 1596 من التقنين المدني (4). لكن في العلاقة بين

Cass. com., 24 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 89, D. 1999. 39, note H. Matsopoulou.

(1) أنظر على سبيل المثال لا الحصر: السنهوري، السابق، ص 160 وما بعدها، وص 205، هامش رقم (1) & اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 152 & رمضان ابو السعود، مبادئ الالتزام، المرجع السابق، ص 63 & يرهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1982، ص 61.

(2) «Donc, le mandant doit avoir la capacité d'accomplir l'acte pour lequel il donne procuration au mandataire», Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 145.

(3) Ph. le TOURNEAU, Ibid., n° 149 et s. et aussi n° 327 et s.

(4) لمزيد من البيان حول حكم هذا النص راجع بند 104 لاحقاً لموقف المشرع الفرنسي من حكم التعاقد مع النفس.

النائب والأصيل . عقد النيابة أو الوكالة الاتفاقية . فيلزم توفر الأهلية في طرفيه معاً، فإذا كان النائب غير أهلاً لمباشرة التصرف . عقد النيابة الاتفاقية . فإن القواعد العامة في شأن انعدام أو نقص الأهلية تنطبق هنا كما تنطبق على كافة العقود الأخرى (1).

أما بالنسبة لأهلية الوجوب، فقد اتفق الفقهاء جميعاً منذ زمن بعيد على استلزامها فيمن ينصرف إليه آثار العقد من حقوق والتزامات، أي استلزامها في جانب الأصيل، ولا يُستثنى من هذه القاعدة سوى مدير الأعمال *gestion d'affaire* في إطار المعاملات التجارية (2).

أما بالنسبة لحالات النيابة القانونية أو القضائية، فإن القانون هو الذي يخول للنائب ولايته، ومن ثم فإن القانون وحده أيضاً هو الذي يُعيّن أهلية النائب والأصيل معاً، فيمكن أن يكون الأصيل قاصراً مميزاً أو غير مميز ويكون النائب عنه كامل الأهلية . وهو الوضع الغالب في ولاية الأب على أولاده . كما يجوز أن يشترط المشرع كمال الأهلية في النائب وحده، كما هو الحال في الوصاية والقوامة (3).

79- على أية حال، فإننا نعتقد أن نظرية الولاية لم تضاف إلى فكرة إبرام العقد المُسند إلى النائب بإرادة الأخير وحده . نظرية إرادة النائب وحده . شيئاً سوى صياغتها في قالب جديد أُطلق عليه اسم الولاية أو السلطة المخولة للنائب، وهي تلقى الآن تأييد غالبية الفقه الفرنسي والقضاء خاصة بعد اعتمادها لفظ المشرع نفسه بنص المادة 1984 من التقنين المدني سابقة الإشارة، كما أن النقد الذي

(1) راجع لأحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد:

Cass. 1re civ., 13 mars 1961, Bull. civ. I, n° 156 & TGI Nîmes, 29 juin 1982, D. 1983. 13, note F.-J. Pansier.

(2) من هذا الفريق من الفقه المصري: السنهوري، الوسيط، ج1، سابق الإشارة، بند 87، ص 162 وما بعدها & وراجع أيضاً من الفقه الفرنسي:

M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation, 1982, op. cit., n° 295, p. 228 & A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 123 et s. & Rapproch., F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 179.

(3) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة: السنهوري، السابق، ص 163.

وجهه البعض إلى هذه النظرية لم يرقى إلى حد النقد الموضوعي الذي ينال من أسانيد وأسس هذه النظرية، وإنما يظل نقداً شكلياً يتعلق بالألفاظ أو المصطلحات المستخدمة فحسب.

ويبدو لنا أن هذه النظرية لا تتعارض مع ما استقر عليه القضاء المصري منذ زمن طويل من التعويل على إرادة النائب في إجراء التصرف المنوط به إبرامه في حدود ولايته أو سلطته، وسواءً كانت النيابة اتفاقية أو قانونية، فها هي محكمة النقض المصرية تقرر في غير حكم لها هذه الولاية فتقول على سبيل المثال: «يجب - لكي يعتبر المحرر الصادر ممن ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه كوكيل أو ولي أو وصي، مبدأ ثبوت بالكتابة - أن يكون قد صدر منه في حدود نيابته. فإذا كان الحكم قد اقتصر في اعتباره لإقرار سالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة على كونه صادراً من جد القصر والوكيل عن الوصية دون أن يبين ما إذا كان هذا الإقرار قد صدر في حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية، وفي حدود سلطتها كوصية على العقد من ناحية أخرى، فإنه يكون قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه»<sup>(1)</sup>، وقضت أيضاً بأن: «الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، ويجب لإقرار ما يباشره خارجاً عن هذه الحدود أن يكون المقر عالماً بأن التصرف الذي يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصداً إضافة أثره إلى نفسه»<sup>(2)</sup>.

(1) نقض مدني، 1 ديسمبر 1949، الطعن رقم 62، س 17 ق، مكتب فني 1، ج 1، ص 62 & وفي المعنى نفسه: نقض مدني، 4 نوفمبر 1965، الطعن رقم 372، س 30 ق، مكتب فني 16، ج 3، ص 973 & نقض مدني، 29 نوفمبر 1982، الطعن رقم 583، س 48 ق، مكتب فني 33، ج 2، ص 1081 & وفي نيابة الوصي راجع بصفة خاصة: نقض مدني، 4 أبريل 1991، الطعن رقم 1165، س 55 ق، مكتب فني 42، ج 1، ص 875 & نقض مدني، 22 مارس 1995، الطعن رقم 1644، لسنة 61 قضائية، مكتب فني 46، ج 1، ص 516.

(2) نقض مدني، 6 أبريل 1950، الطعن رقم 133، س 18 ق، مكتب فني 1، ج 1، ص 401 & وقد قضت محكمة النقض المصرية في السياق نفسه بما نصه: «الوكالة في إبرام عقد البيع لا تجعل للوكيل صفة في تمثيل الموكل في الخصومات التي تنشأ بسبب تنفيذ هذا العقد إلا إذا وجد إتفاق يقضى بإضفاء هذه الصفة على الوكيل. فإذا كان الحكم المطعون فيه وقد قرر أن وكالة الطاعنة عن الشركة البانعة ليست قاصرة على إبرام العقد بل إنها نائبة عن تلك الشركة في الديار المصرية دون أن يبين حدود هذه النيابة و ما إذا كانت تشمل تمثيل الشركة الأصلية في الدعاوى التي ترفع عليها في الديار المصرية أو لا تشمل ذلك، فإن الحكم بتجهيل حدود النيابة التي قال

نخلص من ذلك كله . وبناءً على النظرية الأخيرة . إلى أن إرادة النائب "صاحب الولاية في إبرام التصرف" *titulaire du pouvoir* (1) هي وحدها التي يُعَوَّل عليها حين التعاقد مع نفسه، وسواءً كانت النيابة اتفافية، أو كانت النيابة قانونية أو قضائية. ولكن ينبغي التفرقة هنا بين حالتين في شأن تحديد مجال أو مدى ولاية (سلطة) النائب في إبرام التصرف: الحالة الأولى التي لا يكون للنائب فيها تعليمات محددة من قبل الأصيل أو بنص المشرع وله ولاية عامة بمقتضى نيابة شاملة لكل أنواع التصرفات القانونية، كعقد وكالة ورد بصيغة عامة (توكيل عام) أو ولاية الولي على ولده القاصر، حيث يكون للنائب في هذه الحالة حرية التصرف مع نفسه أو مع الغير نيابة عن الأصيل بما يحقق مصالح الأخير. أما الحالة الثانية التي تبدو فيها ولاية النائب مقيدة بتعليمات الأصيل أو المشرع نفسه وفي إبرام تصرف بعينه، فإن النائب وإن كان له التعاقد مع نفسه لحسابه كطرف ثان أو لحساب أصيل آخر في أحوال معينة، غير أنه يلزم أن يحافظ في هذا التعاقد . وبحسب الأصل . على تعليمات الأصيل أو الأصيلين معاً أو على ما قيده به المشرع نفسه، إلا إذا اضطرت الظروف للخروج على هذه التعليمات لتحقيق مصالح من أنابه، وسوف يظهر من خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة . بمشيئة الله تعالى . حكم هذا التعاقد وشروطه في صورته السابقة بشيء من التفصيل.

### المبحث الثاني

#### التكييف القانوني للتعاقد مع النفس في حال الإنابة

*Nature juridique du contrat avec soi-même dans le cas de représentation*

80- وبعد أن وقفنا على حقيقة الإرادة التي ينعقد بها تصرف النائب في حال تعاقده باسم ولحساب الأصيل، يبقى لنا التساؤل حول طبيعة التصرف القانوني

بقيامها يكون قد أعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون»، نقض مدني، 30 يونيو 1965، الطعن رقم 482، س 30 ق، مكتب فني 16، ج 2، ص 878.  
(1) أنظر في استخدام هذا المصطلح للتعبير عن النائب الذي يملك الولاية في إبرام التصرف القانوني:

E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit français*, op. cit., n° 216 & v. également, Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 76.

الذي يعقده النائب مع نفسه، إما لنفسه، أي لحسابه كطرف ثانٍ في العقد، وإما لغيره، أي لحساب شخص آخر غيره (أصيل ثان).

الحقيقة أن هذه المسألة قد أثارت . بدورها . نقاشاً وجدلاً كبيرين في الفقه نتيجة خلاف آخر قديم بينهم يتعلق بشخصية أو مادية الالتزام، وهذا ما دفع البعض إلى تصور أن التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه هو من قبيل الاستحالة القانونية، رغم أن معظم تشريعات دول العالم أجمع قد أقرته في بعض صورته كما سنرى لاحقاً من خلال موقف هذه التشريعات!

ويمكن حصر الآراء التي قيلت بشأن تكييف تصرف النائب مع نفسه في مذهبين على طرفي نقيض: يذهب أنصار الأول إلى أن هذا التصرف هو عقد حقيقي توافقت على إنشائه إرادتان متميزتان (أولاً)، في حين يرى أصحاب المذهب الثاني أن تصرف النائب مع نفسه يعد تصرفاً بإرادة منفردة (ثانياً)، حتى إذا ما بانَت هاتان الوجهتان من النظر يمكننا أن نستاءل عن مدى أهمية أو فائدة تكييف التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه، وهل يترتب على هذا التكييف آثار قانونية معينة؟.

### المطلب الأول

#### نظرية العقد الحقيقي

#### *Théorie de contrat réel*

81- يعد الخلاف بين الفقه التقليدي حول شخصية أو مادية الالتزام هو الدافع الرئيس إلى انقسامهم إلى فريقين على طرفي نقيض حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد الذي يبرمه النائب مع نفسه: فالأول رأى أنه عقد حقيقي، في حين ذهب الثاني إلى القول بأنه تصرف قانوني بالإرادة المنفردة.

ويتلخص مضمون المذهب الشخصي للالتزام . والذي تأخذ به جُل، إن لم تكن كل، التشريعات اللاتينية . في أن الالتزام يعد رابطة شخصية، ومن ثم فإن العقد يعد وليد الإرادة الباطنة أو النفسية *volonté interne* للمتعاقدين وما التعبير عن تلك الإرادة إلا شكل مادي أو دليل يكشف عنها، فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية التي يكّنها المتعاقدان، تم الأخذ بهذه الإرادة ورتب القانون

عليها الآثار التي ترجوها. في حين أن المذهب المادي للالتزام . والذي يعتنقه مشرعو قوانين البلاد الجرمانية وبصفة خاصة القانون الألماني . يعتبر الالتزام رابطة مادية وينظر إليه على أنه قيمة مالية، ومن ثم فإن القانون يأخذ . وفقاً لفكر هذا المذهب . بالإرادة الظاهرة أو المادية *volonté externe* . أي التعبير المادي عن الإرادة *la déclaration de volonté* . ولا شأن له بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالتعبير المادي عن الإرادة ليس مجرد دليل على الإرادة، وإنما هو الإرادة ذاتها (1).

وعلى ذلك فقد ذهب غالبية الفقه . وعلى وجه الخصوص من انتصر منهم للمذهب المادي في الالتزام . إلى القول بأن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه . وسواءً كان يتعاقد لنفسه أم كان يتعاقد لغيره . هو عقد حقيقي توافق فيه الإيجاب والقبول واجتمعت على إنشائه إرادتان متميزتان، ولا يتعارض هذا التصرف مع جوهر فكرة العقد بوصفه توافق إرادتين وكونه لا بد فيه من طرفين، فرغم أن الذي تولى العقد شخص واحد، إلا أنه قد عبّر عن إرادتين متميزتين، وهناك شخصان لكل منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تنصرف إليهما آثار التصرف، فإذا كان النائب يبيع ويشترى مثلاً، فقد عبّر عن إرادة البيع وإرادة الشراء

(1) لمزيد من البيان حول هاتين النظريتين وأسائدهما القانونية، راجع بصفة خاصة: السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 149 وما بعدها & أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 70 وما يليها & عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974، ص 207 وما بعدها & وراجع من الفقه الفرنسي:

R. SALEILLES, De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, LGDJ, 1929, p. 111 et s. & N. COUMAROS, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, étude critique de la conception classique, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 113 et s. & v. plus récent, S. MIRABAIL, La rétractation en droit privé français, LGDJ 1997, p. 85 et s. & R. SABINE, Le rôle de la volonté dans la circulation de l'obligation contractuelle, thèse doc., Aix-Marseille 3, 2002, p. 76 et s.

في العقد الذي أبرمه مع نفسه (1).

ويقول الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي . أحد مؤيدي هذه النظرية . في هذا الصدد ما نصه: «فتعبير النائب عن إرادته، ولو أنه في الظاهر تعبير واحد، إلا أنه ينطوي في الواقع على إرادتين متميزتين ومرتبطين، يتم بهما انعقاد العقد الذي تجري به المعاملة، ولذا فالعقد الذي يتم في صورة تعاقد النائب مع نفسه، عقد يتم بين طرفين، لكل منهما إرادة خاصة، أي أنه يتم بتوافق إرادتين كأبي عقد آخر، وإن كان التعبير عنهما معاً (بواسطة النائب) قد جمعهما، مادياً في مظهر واحد» (2).

(1) يؤيد هذه النظرية غالبية الفقه المصري والفرنسي، راجع على سبيل المثال لا الحصر: أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، بند 132، ص 124 وما يليها & عبد الحي حجازي، الموجز، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ص 780 وما يليها & عبد المنعم البندراوي، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 162 وما بعدها & عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، بند 100، ص 217 & عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 208 & جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، سابق الإشارة، ص 114-113 & عبد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 80 & راجع أيضاً من الفقه الفرنسي:

L. GOUGET, Théorie générale du contrat avec soi-même, étude de droit comparé, op. cit., p. 35-36 & R.-L. MOREL, Cours de droit civil approfondi, les Cours de Droit, Paris, 1949, p. 300 et s. & M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Les obligations, par P. ESMEIN, op. cit., n° 68, p. 88 et s. & F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même, op. cit., p. 91 et s. & P. RAYNAUD, Droit civil, Les sources des obligations, Sirey, 1988, n° 97 et s. & F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 10e éd, Paris, Dalloz, 2009 n° 182 & A. GRISONI, Le contrat avec soi-même en droit administratif, thèse précitée, p. 67 et s. & A. DUBIGEON, Le concours de qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligation, préc., n° 678 et s. & V.-J. CLARISE, De la représentation, Son rôle dans la création des obligations, op. cit., n° 72 & F. ROLIN, Accord de volontés et Contrat entre personnes publiques, op. cit., p. 351 et s.

وأنظر أيضاً الفقه المشار إليهم في تأييد نظرية التعاقد مع النفس مطلقاً والتي سيأتي الحديث عنها تفصيلاً حين التعرض لموقف الفقه من حكم هذا التعاقد، راجع بند 90 بهوامشه لاحقاً.  
(2) جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، السابق، ص 114-113 & عبد الرشيد مأمون، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 80 & ومن هذا الرأي أيضاً من الفقه الفرنسي:

ويستند نصراء هذه النظرية . ومعظمهم من مؤيدي نظرية إرادة النائب التي عرضنا لها تفصيلاً آنفاً . إلى حجة منطقية مفادها أن التسليم بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل يقودنا إلى إمكان التسليم . إذا كان النائب يتعاقد لحساب أصيلين . بحلول إرادة النائب محل إرادة الطرفين، أما إذا كان النائب يتعاقد لحساب نفسه كطرف ثانٍ في العقد، فإن إرادته ستظهر تارةً حالةً محل إرادة الأصيل بوصفه نائباً، وتظهر تارةً أخرى بالأصالة عن نفسه مادام يتعاقد لحسابه كطرف ثانٍ في العقد، وليس في هذا مجافاة للمنطق، إذ مادامنا قبلنا فكرة النيابة، وجب أن نقبل تطبيق هذه الفكرة على مدى واسع ولكن في إطارها القانوني الصحيح<sup>(1)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية قد مالت بعض الشيء إلى الأخذ بهذه النظرية . ومنذ زمن طويل . حين أجازت تعاقد النائب مع نفسه في أحد صورتيه . وكما سيبين فيما بعد بشيء من التفصيل . وهي الحالة التي يكون فيها النائب نائباً عن شخصين مختلفين وأبرم العقد لمصحليهما معاً، واعتبرت أن هذا العقد مكتمل الأركان والشروط القانونية<sup>(2)</sup>.

ويبرر أحد نصراء هذا الاتجاه<sup>(3)</sup> اعتبار التصرف الذي يجريه النائب مع

F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même, Ibid., p. 95 & V.-J. CLARISE, De la représentation, Son rôle dans la création des obligations, Ibid., n° 73.

(1) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة:

P.-C. VIFOREANU, Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, thèse Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1932, p. 507 et s. & V.-J. CLARISE, Ibidem.

(2) راجع في هذا الشأن:

Cass. civ. 11 avr. 1860, DP 1860. 1, n° 240 & v. plus récemment, Cass. 1re civ. 13 mai 1998, Bull. civ. I, no 169, D. 1998, IR 147.

(3) راجع في هذا الصدد:

E. PILON, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations, préc., n° 62 & en même sens, P.-C. VIFOREANU, Ibid., p. 508 & M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, par P. ESMEIN, Ibid., n° 70.



نفسه لنفسه أو لغيره عقداً حقيقياً بالقول: إن النائب عندما يبرم تصرفاً قانونياً مع نفسه إنما ينشئ الالتزام؛ لأنه يربط بهذا الالتزام ما بين ذمته وذمة الأصيل، أو ما بين ذمة كل من الأصيلين، وأن ارتباط ذمتي الطرفين يكفي لاعتبار العقد قائماً، ولا يوجد ما يمنع من القول بانعقاد العقد في هذه الحال.

غير أنه قد أعترض على هذا التبرير بأنه يخلط بين العقد . وهو السبب . والأثر المترتب عليه وهو الالتزام؛ ذلك أنه إن صح أن الالتزام . وهو ما يترتب على العقد بعد إبرامه . يعد علاقة بين ذمتين ماليتين، إلا أن العقد يظل دائماً اتفاق بين إرادتين، فكل عقد يفترض تلاقي إرادتين متميزتين في صورة إيجاب يصدر من أحد الطرفين، وقبول يصدر من الطرف الآخر<sup>(1)</sup>.

لكن يمكن الرد على هذا الاعتراض الأخير بأن وجه القصور فيه . وهو بحق اعتراض في محله من هذه الزاوية . يتمثل في أن الالتزام هو الذي يربط بين ذمتين ماليتين مختلفتين وليس العقد في حد ذاته، وأن أنصار التبرير السابق قد جانبهم الصواب . وبحق . عند الدفاع عن هذه النظرية حين خلطوا بين السبب وهو . العقد . والأثر المترتب عليه، وهو الالتزام.

غير أن هذا كله لا يعني أن العقد يحتاج دائماً وأبداً إلى شخصين مختلفين وفي كل الأحوال حتى ينعقد، فأصحاب هذا النقد أنفسهم قد أقرّوا بأن العقد يحتاج إلى إرادتين . وليس إلى شخصين . حتى يتقابل الإيجاب بالقبول، والنائب حين يتعاقد مع نفسه باسمه الشخصي . أي لحساب نفسه . أو باسم أصيل آخر، فإنه يصدر منه تعبيرين عن الإرادة، أحدهما باسم الأصيل الأول الذي أسند إليه مهمة إبرام العقد، والآخر باسمه الشخصي أو باسم الأصيل الثاني إن كان يتعاقد لمصلحة أصيلين معاً، فرغم أن الذي تولى العقد شخص واحد، إلا أنه قد عبّر عن إرادتين متميزتين، بل إن هناك شخصان لكل منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تنصرف إليهما آثار التصرف<sup>(2)</sup>.

(1) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة: أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 66 & عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 162 & عكس ذلك: السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 167، هامش رقم (2).  
(2) راجع في هذا الصدد من الفقه الفرنسي:

وقد سنحت الفرصة لمحكمة النقض المصرية في أحد أحكامها للتأكيد على أن الالتزام . وليس العقد . هو الرابطة التي تربط بين ذمتين ماليتين مختلفتين حيث قضت: «لما كان مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . فهي في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل باعتبار أن الالتزام في حقيقته رابطة بين ذمتين ماليتين وليس رابطة بين شخصين، ولازم ذلك أن النائب في النيابة القانونية لا يكون مسؤولاً قبل الغير إلا إذا ارتكب خطأ تجاوز به حدود هذه النيابة يستوجب مسؤوليته، فإذا لم يرتكب هذا الخطأ، لم يكن مسؤولاً حتى لو اصاب الغير ضرر من تنفيذ النيابة» (1).

وهناك من ذهب . من أنصار هذه النظرية . في تبرير اعتبار تعاقد النائب مع نفسه عقداً حقيقياً، وفي الرد على من يقول بأنه تصرف قانوني بإرادة منفردة إلى القول بأن النائب يقوم على اعتبار المصلحتين الفرديتين اللتين يمسهما ذلك التصرف، فالصفة المميزة للتصرف القانوني بالإرادة المنفردة . عند نصراء هذا الرأي . ليست فقط وحدة التعبير عن الإرادة، وإنما أيضاً وحدة المصلحة التي يشملها التصرف، فإذا انصرفت آثار التصرف إلى مصلحتين فرديتين، لم يكن لدينا تصرف قانوني بإرادة منفردة، بل كنا أمام عملية تعاقدية صحيحة، وإن انبنت على تعبير واحد عن الإرادة (2).

لكن قد أخذ على هذا النظر . وبحق . أنه ينطوي على خلط بين التصرف القانوني وأثره، أو بتعبير أدق، وقع صاحبه في خلط بين التصرف القانوني وبين الالتزام الناشئ عنه؛ ذلك أن أساس آثار التصرف لمصلحتين مختلفتين أمر،

R.-L. MOREL, Cours de droit civil approfondi, les Cours de Droit, Paris, 1949, p. 303.

(1) نقض مدني، 27 ديسمبر 1981، الطعن رقم 157 لسنة 42 ق، مجموعة أحكام النقض، س32، ص 2437.

(2) أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 67 & راجع أيضاً في هذا الصدد:

J.-M. DE LA MOUTTE, L'acte juridique unilatéral: Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Recueil Sirey, 1951, p. 48-51.

ونشوء هذا التصرف بإرادة واحدة أو بتوافق إرادتين أمر آخر، وليس ما يمنع أن تمس إرادة واحدة أكثر من مصلحة فردية واحدة إذا أجازت ذلك قواعد نظام قانوني معين، كما في حال قضاء حائز العقار المرهون للدين عن المدين الراهن<sup>(1)</sup>.

لكن النقد الأخير ينصرف فحسب إلى الأساس الذي حاول أنصار هذا الاتجاه الفقهي بناء نظريتهم عليه، ولا يمكن أن ينال - وكما سنرى عما قليل - من فلسفة هذه النظرية برمتها.

لذا حاول جانب آخر من نصراء هذه النظرية - وقد انتقدنا وجهة نظرهم من قبل حين عرضنا لفكر النظرية المشتركة في الإرادة<sup>(2)</sup> - تبرير تكييف التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه - إذا كان يتعاقد لحسابه الشخصي - على أنه عقد حقيقي بالقول بأن هذا التصرف ينطوي في الواقع على أكثر من إرادة، إرادة النائب الأصلية، ثم إرادته بالإتابة تكملها إرادة الأصيل الذي أنابه. والعقد الذي يعقده بصفته نائباً عن أصيلين ينطوي على إرادة النائب تكملها إرادة أحد الأصيلين من ناحية، ثم إرادته من الناحية الأخرى تكملها إرادة الأصيل الآخر. وليس في هذا تبعيض للإرادة الصادرة من النائب، مادام أن اعلان كل إرادة مما ذكرنا مستقلاً، فالأصيل قد أعلن إرادته في عقد الوكالة، والنائب عندما يتعاقد مع نفسه يعلن إرادته باعتباره أصيلاً أو باعتباره نائباً عن الغير<sup>(3)</sup>.

أما في حالة النيابة القانونية فإن العقد ينعقد - وبحسب الرأي المتقدم - بإرادة النائب، لكن آثار التصرف تنصرف إلى ذمة الأصيل نتيجة لإرادة الشارع نفسه أي لنص القانون، وليس نتيجة التزام الأصيل التزاماً إرادياً. فإذا قضى القانون بأن الأعمال القانونية التي يعقدها نائب قانوني - كالتولي أو الوصي - مع نفسه ترتب آثارها في ذمة الأصيل، فليس في ذلك أي مخالفة لأحكام القاعدة

(1) حول هذا النقد راجع بصفة خاصة:

R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, op. cit., n° 89, p. 111  
et s. & P.-C. VIFOREANU, Contribution à l'étude du contrat dans le  
projet franco-italien et en droit comparé, préc., p. 509.

(2) أنظر بند 77 وما تلاه آنفاً.

(3) حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 124-125 & وفي  
المعنى نفسه: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 88.

التقليدية التي تتطلب تعدد الإرادة؛ لأن هذه القاعدة خاصة بالعقد وهو ينشئ التزامات إرادية، ونحن بصدد مسؤولية قضى بها القانون تنشئ التزامات قانونية<sup>(1)</sup>.

وقد رأينا آنفاً . وبشيء من التفصيل . كيف أن هذا الرأي لم يصمد أمام الانتقادات التي وُجّهت إليه لاسيما أنه يخالف مقتضى النظرية الحديثة في النيابة التي تقضي بأن الإرادة في التصرف القانوني الذي يبرمه النائب هي إرادة الأخير وحده، وليس إرادة الأصيل منفردة أو مشتركة مع إرادة النائب، ويقوم النائب بإبرام العقد المُسند إليه إبرامه بناءً على الولاية الممنوحة له، إما من الأصيل . في حالات النيابة الاتفاقية . وإما من المشرع نفسه . في حالات النيابة القانونية. ثم أن هذا الرأي يجعل النائب نائباً في جزء من التصرف . وهو الجزء الذي يعبر فيه النائب عن إرادته . ورسولاً في الجزء الآخر، وهو الجزء الذي عبر فيه النائب عن إرادة الأصيل . ويترتب على ذلك . لدى هذا الجانب من الفقه . أن التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه سينعقد جزء منه بالأصالة، وهو الجزء الذي تم بإرادة الأصيلين، وينعقد الجزء الآخر بالنيابة، وهو الجزء الذي تم بإرادة النائب. وفي هذا الأخير فقط يكون النائب متعاقداً مع نفسه. ويترتب على هذه النتيجة اختلاف أحكام أجزاء التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه<sup>(2)</sup>.

وخلاصة وجهة نظر الفقه الغالب إذن . وفيما يتعلق بالتعاقد مع النفس بصفة خاصة . أن مقتضى التسليم بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، التسليم كذلك بإمكان حلول إرادة النائب محل إرادتي طرفي العقد في وقت واحد إذا كان النائب ينوب عن أصيلين في آن واحد، كبائع ومشتري، أو حلولها محل إرادة الأصيل وحده إن كان النائب يتعاقد مع نفسه لحسابه كطرف ثانٍ في العقد، كمن يشتري

(1) حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص 124-125 منتصراً لنظرية الفقيه DEMOGUE الذي يرى أن تصرف النائب يعد تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة، راجع:

R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, op. cit., n° 91, p. 113 et s.

(2) وبغض النظر عن صحة هذا الاستنتاج وما ترتب عليه من نقد لمضمون هذه النظرية، فإنه يكفي القول بأننا قد رأينا آنفاً مجافاة فلسفة النظرية المختلطة في الإرادة للحقيقة وبعدها عن جادة الصواب، لاسيما بعد أن أقر المشرع نفسه . بنصوص صريحة . واستقر القضاء على الأخذ بالنظرية الحديثة التي تعتمد على إرادة النائب صاحب الولاية في إبرام التصرف.

المال الذي وكل في بيعه لنفسه، ومؤدى هذا أن تكون هناك إرادتان متميزتان في العقد الذي يبرمه النائب، وإن كانتا تصدران عن شخص واحد، إلا أن هذا الشخص يعمل بصفتين مختلفتين، فالنائب تصدر عنه إرادتين كل منهما مستقلة وتمييزة عن الأخرى، وهذا هو منطق فكرة النيابة، وبالتالي فإن التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه يعد عقداً حقيقياً يتم بتوافق إرادتين وفقاً للقواعد العامة في العقد، وتنصرف آثاره إلى شخصين يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني

#### نظرية التصرف القانوني بالإرادة المنفردة

#### *Théorie de l'acte juridique unilatéral*

82- ذهب جانب آخر من الفقهاء<sup>(2)</sup>. ووفقاً للمذهب المادي في الالتزام.

(1) راجع لهذا المعنى من الفقه المصري على سبيل المثال: أحمد حشمت ابو ستيت، المرجع السابق، بند 132، ص 124 & جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 100 & وعكس ذلك: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 266، حيث كان يرى أن النائب يعبر عن إرادته الشخصية، ولكن بقصد إحداث أثرها في ذمته الأصليين، أو في ذمته وذمة الأصيل، أي أن النائب يكون هو متولي العقد من ناحية تكوينه وكل ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة ولكنه يتولاه لحساب الأصليين أو لحساب نفسه والأصيل.

(2) السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 216 هامش رقم (1) حيث يقول في هذا الصدد: «(...) وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثراً (ديموج، 1، فقرة 42 - فقرة 43). ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني»؛ وراجع أيضاً للمؤلف نفسه: مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص 179 وما بعدها & سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص 266 & اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مرجع سابق، فقرة 89 وما يليها & عبد الحي حجازي، الموجز، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ص 781 & ومن الفقه الفرنسي:

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, op. cit., p. 109 et s. & R. Saleilles, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, op. cit., p. 117 et s. & L. JOSSERAND, *théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil*, op. cit., p. 27 et p. 98 et s. & v. aussi, H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, obligations*, 3e éd., op. cit., p. 47 et s. et uniquement, p. 118 et s. & J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens et les obligations*, 2e partie, op. cit., n° 78 et s. & P.-C.

إلى القول بأن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه لا يمكن اعتباره عقداً بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة، بل هو تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة النائب وحده.

وبالإضافة إلى تأسيس وجهة النظر هذه على فلسفة النظرية المادية في الالتزام، فقد استند أنصار هذه النظرية أيضاً. وكما هو واضح من مضمون فكرتهم إلى النظرية التي حازت مؤخراً قبول غالبية الفقه والقضاء في النيابة. والتي سبق بيان مضمونها والأسانيد التي استندت إليها تفصيلاً. والتي تقضي بأن التصرف الذي أوكلت مهمة إبرامه إلى النائب، بما له من ولاية أو سلطة، يُعبر النائب فيه عن إرادته الشخصية لا عن إرادة الأصيل؛ فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد سواء كان النائب أحدهما، أو كان نائباً عن كليهما، يضعنا من الناحية القانونية والواقعية أمام إرادة واحدة هي إرادة النائب. والعقد كما نعلم لا يتم إلا بتوافق إرادتين، أي ارتباط الإيجاب بالقبول على نحو ينتج أثره في المعقود عليه، وهذا يقودنا إلى القول أن الشخص الذي اجتمعت فيه الصفتان. وهو هنا النائب المتعاقد مع نفسه. لا يستطيع أن يجري تعاقداً، وإنما إرادته المنفردة هي التي تنتج الأثر القانوني المترتب عن هذا التصرف.

ويستطرد هذا الجانب من الفقه قائلين: ما دام أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فهو الذي يجمع طرفي العقد في شخصه، سواء كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر، أو كان نائباً عن الطرفين، ومن ثم فإن إرادته تحلّ بذلك محل إرادتي طرفي العقد معاً<sup>(1)</sup>.

ويرد أنصار هذه النظرية على نصراء النظرية المقابلة لها. أي نظرية العقد

VIFOREANU, Contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, op. cit., p. 509 et s.

وأنظر أيضاً لمن يرى تعاقد النائب مع نفسه على أنه تصرف قانوني بالإرادة المنفردة وإنما بإرادة الأصيل وليس بإرادة النائب:

C. GIVERDON, L'évolution du contrat de mandat, thèse doc., Paris, 1947, p. 91 et s.

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص 179 & وفي المعنى نفسه:

R. DEMOGUE, Ibid.

الحقيقي . بالقول: إن الإدعاء بوجود عقد حقيقي أو تعدد للإرادة في تعاقد النائب مع نفسه إنما هو إنكار لحقيقة واضحة هي أنه ليس هناك في الواقع سوى إرادة واحدة هي إرادة النائب؛ لأن الإرادة القانونية التي يرتب عليها القانون أثراً، يجب أن تكون ظاهرة إلى العالم الخارجي، ولكن هذا لا يتحقق في حالة تعاقد الشخص مع نفسه، ولذلك فإن تعاقد النائب مع نفسه ما هو إلا تصرف قانوني بإرادة منفردة منتجة لآثار العقد، أو بمعنى آخر، إن هذا التصرف يعد تصرفاً قانونياً من جانب واحد يرتب عليه القانون أثراً يمتد إلى أطراف التصرف، وهذا ما يتفق تماماً وفكرة النيابة (1).

وإذا ما أبرم النائب عقداً مع نفسه نيابة عن طرفيه، فهو إنما يعبر عن إرادته المستقلة المنفردة، وينصرف أثر هذا التصرف إلى كل من ذمتي الطرفين، ففي صورة تعاقد النائب مع نفسه تنتج إرادته أثارها في ذمته . الأمر الذي يملكه بالأصالة عن نفسه . كما تنتج أثارها في ذمة الأصيل التي هو مسلط عليها بحكم نيابته، وفي صورة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره تنتج إرادته أثراً قانونية في ذمتي الطرفين بحكم نيابته عنهما معاً (2).

وقد ذهب جانب من هذا الاتجاه الفقهي إلى القول أن تعاقد الشخص مع نفسه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة ذات أثر قانوني، وإنما ينصرف هذا الأثر . عندهم . إلى طرفي التعاقد بحكم القانون وليس بإرادة النائب، فالقانون هو الذي يجعل لهذه الإرادة أثراً تعاقدياً، أما القول بأن التعاقد مع النفس هو عقد، فهو قول مردود يكذبه الواقع؛ فالعقد لا يقوم إلا بتوافق إرادتين، وليس هناك في الواقع سوى إرادة واحدة في هذا التعاقد سوى إرادة واحدة (3).

وقد قيل في نقد هذه النظرية بأنها لا تنطبق في حالات النيابة الاتفاقية التي

(1) السنهوري، مصادر الحق، ج5، المرجع السابق، ص 179-180 & وفي المعنى نفسه: اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 93، ص 124 & وأنظر أيضاً:

R. DEMOGUE, Ibidem., p. 109-110.

(2) سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص 267 وما بعدها & سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 60.

(3) اسماعيل غانم، السابق، ص 127.

تتشرك فيها إرادة الأصيل مع إرادة النائب في إبرام التصرف القانوني في الحالات التي يصدر فيها الأصيل للنائب تعليمات محددة ودقيقة بشأن التصرف، إذ في هذه الحالات يبدو واضحاً ازدواج الإرادة في التصرف<sup>(1)</sup>.

غير أننا قد سبق أن انتهينا إلى عدم قبول مثل هذا الرأي جملة وتفصيلاً نظراً لأن إرادة الأصيل لا تشترك مع إرادة النائب في إبرام التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه حتى في الحالات التي يصدر فيها الأصيل للنائب تعليمات محددة؛ ذلك أن هذه التعليمات يقتصر أثرها على العلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب<sup>(2)</sup>.

### موقف الفقه الإسلامي:

83- أما الفقهاء المسلمين فلم يبحثوا الطبيعة القانونية للتصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه، وذلك لأنهم لم يهتموا بالتنظير، وركزوا اهتمامهم على المسائل العملية؛ فالفقهاء المسلمون كانوا لا يهتمون بصياغة نظريات عامة أكثر من اهتمامهم بالتطبيقات التفصيلية، ومن خلال تلك التطبيقات يمكن - عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل - استخلاص نظرية معينة، وباستقراء هذه التطبيقات يمكن استخلاص موقفهم من الطبيعة القانونية للتصرف القانوني الذي يتولى النائب إبرامه مع نفسه، ويمكن القول - من خلال ما وصل إلى أيدينا من أمهات المراجع الفقهية - أن الفقهاء المسلمين قد انقسموا إلى فريقين فيما يتعلق بتكييف تعاقد الشخص مع نفسه:

الرأي الأول - وهو للمالكية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> وأحد أقوال الشافعية<sup>(5)</sup>

(1) أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 124 & حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص 124-125.

(2) لمزيد من البيان حول الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي، أنظر بند 76 وما تلاه سابقاً.

(3) الدسوقي، شمس الدين محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1230هـ، ج3، ص 378.

(4) ابن رجب، الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي 795هـ - القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة الصدق الخيرية، 1322هـ - 1933م، قاعدة 70، ص 128.

(5) الهيثمي، شهاب الدين أحمد بن حجر، الحاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج2، دار صادر بيروت، بدون سنة الطبع، ص 318.



والإمامية<sup>(1)</sup>. يرى نصرائه أن تصرف النائب مع نفسه يعد عقداً، وإن كان استثناء من العقود التي تتطلب طرفين. عاقدين. وهؤلاء هم الذين أجازوا تعاقد الشخص مع نفسه. حيث أجازوا للوكيل أن يبيع مال موكله من نفسه فيتولى وحده طرفي العقد بأن يكون موجباً وقابلاً في الوقت ذاته، واكتفوا بالمغايرة الاعتبارية بين الموجب والقابل<sup>(2)</sup>.

فقد جاء في الروضة البهية للجبعي العاملي: «يجوز للوكيل تولي طرفي العقد بإذن الموكل، لانتفاء المانع حينئذٍ، ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار». <sup>(3)</sup>

في حين أن الفريق الآخر من الفقهاء المسلمين. وهم من الحنفية والشافعية. فقد أشكل عليهم هذا التصرف، فيما إذا كان عقداً ولا يوجد في هذا التصرف سوى طرف واحد. عاقد واحد. يتولى التصرف بعبارة المنفردة، حيث أنهم يوجبون أن يكون في العقد طرفين حتى يعد عقداً. وفيما إذا كان تصرفاً بإرادة منفردة (إيقاع) وهو يبسط أثره على طرفين. الأصيل والنائب أو الأصيلين اللذين أنابا النائب. لذلك رأوا أن هذا التصرف غير جائز حتى وإن أجازته الأصيل. فقد ورد في المبسوط للسرخسي وهو من فقهاء الحنفية ما نصه: «لو باع الوكيل بالبيع من نفسه أو منأبى له صغير، لم يجز البيع وإن صرح الموكل بذلك؛ لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي إلى تضاد الأحكام» <sup>(4)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للشافعية على أرجح أقوالهم فذهبوا إلى عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد، فالعقد عندهم يحتاج إلى إيجاب وقبول أي موجب وقابل وهذا

(1) السيد علي الحسيني، المعروف بالسيسستاني، منهاج الصالحين، ج2، المعاملات، ط2، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1416هـ-1996م، ص 340، مسألة 52.

(2) العاملي، زين الدين بن علي بن أحمد الجبعي المعروف بالشهيد الثاني (911هـ - 965هـ-)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج3، ط1، مؤسسة المعارف الإسلامية، بيروت 1414هـ، ص 269 & الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناضرة، ج18، مرجع سابق الإشارة، ص 403.

(3) زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج4، ط1، منشورات جامعة النجف الدينية، 1967 م، ص 384.

(4) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج19، كتاب الوكالة، ط 2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر، ص 32-33.

غير موجود في تولي شخص واحد طرفي العقود هذا ما ذهب اليه الحنابلة والزيدية في رواية. (1)

### الرأي المختار:

84- نعتقد . من وجهة نظرنا الشخصية . أن محاولة تكييف التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه لا يترتب عليها أية نتائج من الناحية العملية، فيكفي الاعتراف بصحة أو جواز مثل هذا التصرف قانوناً، ويستوي بعد ذلك كون هذا التصرف القانوني عقداً بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة، أم تصرفاً بالإرادة المنفردة، مادام أنه في الحالتين . وبإجماع الفقه والقضاء . سوف ينصرف آثار هذا التصرف القانوني إلى ذمتين ماليتين مختلفتين قد تكون ذمة النائب المالية من بينهما.

لكننا نعتقد . وعلى سبيل الجدل النظري . بصحة نظرية العقد الحقيقي لأنها الأقرب في نظرنا للصواب، وللمنطق القانوني أيضاً، بالرغم من كل ما أثير في شأن تبريرها من انتقادات؛

ونرى من ناحية أخرى أن الانتقادات التي وُجّهت إلى النظريتين السابقتين كانت نتيجة لمحاولة نصرائهما وضع تكييف قانوني دقيق لكافة التصرفات القانونية التي يجريها النائب نيابة عن الأصيل جملة واحدة ودون تمييز أو تفرقة بين تصرف وآخر، كما نرى أيضاً أن النظريتين السابقتين قد وقعتا في خلط بين التصرف أو العقد الذي يجريه النائب نيابة عن الأصيل مع الغير من جانب، والعقد الذي يعقده النائب نيابة عن الأصيل مع نفسه . وهو محل حديثنا عن التعاقد مع النفس . من جانب آخر؛ وتفصيل ذلك:

من جملة ما تقدم من نظريات فقهية نستطيع القول بأنه بات من المستقر عليه فقهاء . وقضاءً أيضاً . أنه في حالة تصرف النائب عن الأصيل مع الغير، فإن

(1) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج5، المرجع السابق، ص 318 & الحافظ بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، ج5، المرجع السابق، القاعدة 70، ص 128 & أحمد بن يحيى المرتضى، (840هـ)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج5، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1368هـ - 1949م، ص 60.

النائب يتعاقد باسم ولحساب الأصيل بما له من ولاية ممنوحة له إما اتفاقاً . كما في النيابة الاتفاقية . وإما قانوناً، كما هو الحال في النيابة القانونية أو القضائية، وللنائب في هذه الحالة أن يبرم كافة أنواع التصرفات القانونية مع الغير في حدود ولايته الممنوحة له، وسواء كانت تصرفات فردية، أي بالإرادة المنفردة، كالإقرار عن الأصيل في أمر قانوني كإقرار عقد معين مثلاً، أو التنازل عن حق، أو صدور هبة منه... الخ، أو كانت تلك التصرفات تصرفات ثنائية، أي عقود بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة تحتاج إلى إيجاب وقبول، كعقد بيع يبرمه النائب نيابة عن الأصيل سواء كان مشترياً أو بائعاً، وسواء كان النائب في تعاقد مع الغير . في الحالة الأخيرة . ينوب عن هذا الأصيل فحسب، أم كان ينوب عن طرفي العقد معاً<sup>(1)</sup>.

يُضاف إلى ذلك . وكما يقرر البعض وبحق . أنه ينبغي التفرقة، حتى في حالات النيابة الإرادية أو الاتفاقية في التعاقد مع الغير، بين ما إذا كانت النيابة عامة أو شاملة لكافة أنواع التصرفات القانونية من جانب، وما إذا كانت هذه النيابة خاصة أو محددة من حيث الموضوع أو طبيعة التصرف نفسه من جانب آخر: ففي النيابة الأولى يستطيع النائب القيام بكافة أنواع التصرفات القانونية الفردية منها والثنائية . بل وغيرها من التصرفات متعددة الإرادة وفقاً لمن قال بهذه النظرية . مادام أن التصرف الذي يجريه النائب في حدود ولايته أو سلطته . أما بالنسبة للنيابة المحددة من حيث الموضوع أو طبيعة التصرف القانوني، كتصرف قانوني بعينه كهبة مثلاً أو عقد بيع، فيلزم في هذه الحالة الأخيرة أن يتصرف النائب في حدود ولايته، وإلا أعتبر تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل لتجاوز حدود الولاية<sup>(2)</sup>.

(1) ويقول الفقيه الفرنسي Tourneux في هذا الصدد: «Cela étant, le mandataire peut accomplir toutes sortes d'actes juridiques, aussi bien bilatéraux qu'unilatéraux (par ex.: donner congé, ratifier, confirmer, renoncer, etc.), mais rien que des actes juridiques (à titre principal)», Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 72, p. 16.

(2) في هذا المعنى راجع بصفة خاصة:

A. ROUAST, La représentation dans les actes juridiques, op. cit., p. 67 et s.

ناهيك عن أنه في حالات النيابة القانونية أو القضائية، فإن تحديد نوع التصرف الذي يجريه النائب مع الغير يخضع من حيث الأصل إلى النص القانوني. إرادة الشارع. لا إلى إرادة الأصيل أو النائب أو كليهما معاً؛ فتحديد مجال ولاية الأب على أولاده القصر. مثلاً. متروك للمشرع نفسه، يتوسع فيه كيفما يشاء، ويضيق منه حيث يشاء، وفقاً لما يترأى له لتحقيق مصلحة القاصر، بل ومصلحة الأسرة كلها، فقد يسمح له بإبرام عقود معينة، ويحظر عليه إبرام عقود أخرى، وقد يجيز له تارة إجراء تصرفات قانونية بالإرادة المنفردة، ويمنعه تارة أخرى. ومن ثم فإنه من غير المنطق محاولة وضع تكييف قانوني شامل. سلفاً أو ابتداءً. لكل ما يجريه النائب مع الغير من تصرفات قانونية في حدود ولايته باسم ولحساب الأصيل<sup>(1)</sup>.

نخلص من ذلك إلى أنه لا يجوز. والحال أن التصرفات والعقود التي يجريها النائب بما له من ولاية مختلفة من حيث طبيعتها القانونية. أن نحاول وضع تكييف قانوني واحد ودقيق للتصرف أو العقد الذي يجريه النائب مع الغير في كل حالات النيابة الإرادية منها والقانونية دفعة واحدة، فهذا أشبه لدينا بمن يحاول وضع تكييف للشيء ونقيضه في آن واحد!

أما عن العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه محل الحديث. وسواءً كان النائب يتعاقد مع نفسه لنفسه أو يتعاقد مع نفسه لغيره. فإنه يعد عقداً حقيقياً يحتاج إلى إيجاب وقبول في كل الأحوال، وكلاهما يصدران من النائب المتعاقد مع نفسه، غير أن أحدهما يصدر منه باسم الأصيل ولحسابه، في حين أن الآخر يصدر منه إما باسم ولحساب نفسه. إذا كان يتعاقد مع نفسه لنفسه. وإما باسم ولحساب أصيل آخر، إذا كان يتعاقد لحساب غيره أو أصيلين في آن واحد<sup>(2)</sup>.

(1) أنظر لمزيد من البيان:

Ph. le TOURNEAU, «Mandat», préc., n° 106.

(2) يُضاف إلى ذلك - وكما سنرى بشيء من التفصيل من خلال موقف التشريعات المقارنة من التعاقد مع النفس - أنه بالرغم من أن المشرع الألماني يأخذ بنظرية التصرف القانوني بالإرادة المنفردة كمنظريتها عامة وجدت لها تطبيقات عديدة في نصوصه قانونه، غير أنه لم يسمح بتعاقد النائب مع نفسه مطلقاً سواءً كانت نيابته اتفاقية أو قانونية، ولو كان تصرف النائب مع نفسه تصرفاً

والشاهد على صحة ما نقول به . غير ما تقدم من أسانيد نظرية العقد الحقيقي . يتمثل في حجة أخرى منطقية لم يتطرق إليها الفقه القائل بالنظرية الأخيرة تتلخص في التناقض غير المقصود الذي وقع فيه أنصار نظرية التصرف بالإرادة المنفردة؛ ذلك أنه إذا افترضنا . جدلاً . أن العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه أو لغيره تصرفاً قانونياً بالإرادة المنفردة، وأن تلك الإرادة هي إرادة النائب المتعاقد مع نفسه وحده، وقد حلت محل إرادتي طرفي العقد، فإننا بذلك . وبناءً على هذه الفلسفة . نكون قد اعترفنا بشكل غير مباشر بإبرام عقد مكتمل الأركان تتوفر فيه الإرادتان معاً، وتفصيل ذلك:

هب أن الوكيل قد اشترى . مثلاً وعلى سبيل الجدل النظري . المال الموكل في بيعه لنفسه أو لأصيل آخر، فوفقاً لنظرية التصرف القانوني بالإرادة المنفردة فإن عقد البيع هذا لن يوصف بأنه عقد، وإنما تصرف قانوني إما بالبيع أو بالشراء تم بإرادة النائب وحده، وجمع فيه النائب بين صفتي البائع والمشتري في آن واحد، وقد انصرفت آثاره إلى الأصيل في الحالة الأولى، أو إلى الأصيلين معاً في الحالة الثانية بما للنائب من ولاية في إبرام التصرف. وإذا سألنا عن شخص البائع هنا نجد الإجابة المنطقية الآتية: هو الأصيل أو الموكل الذي تنصرف إليه آثار العقد بهذه الصفة، وإن سألنا عن شخص المشتري نجده يتمثل إما في شخص الوكيل (النائب) الذي تنصرف إليه أيضاً آثار العقد باعتباره مشترياً إذا كان تعاقد النائب لنفسه، أو الأصيل الآخر الذي تم أيضاً الشراء لحسابه إذا كان تعاقد النائب لغيره. إذن فهذا التصرف القانوني قد انعقد في الحقيقة من شخصين ولصالحهما . أي انصرفت آثاره إلى ذمتيهما المالية . وليس من شخص واحد ولصالحه كما هو ظاهر، فإرادة النائب قد ظهرت وكأنها من شخص واحد وكأن التعاقد يتم لحساب شخص واحد وانصرفت آثاره لذمة مالية واحدة، غير أنه في الحقيقة فإن إرادة النائب قد احتوت على إرادتين متميزتين ومتطابقتين قد اشتملتا على الإيجاب والقبول وانصرف آثار العقد في الواقع إلى ذمتين ماليتين وليس ذمة مالية واحدة.

قانونياً بالإرادة المنفردة . كما يرى نصراء هذه النظرية . للرجاء إليها المشرع الألماني كنموذج أمثل على التصرفات القانونية التي تتم بالإرادة المنفردة، راجع بند 101 لاحقاً.



كلية الحقوق  
جامعة القاهرة