

دراسات في النظرية العامة للنيابة

حول مشروع « المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص »

للمركنور جمال مرسى بدر

دكتور في الحقوق - محام لدى محكمة النقض

١ - لم يزل بعض رجال القانون في هذا العالم الذي تستبد بدوله أهواء السياسة ويكفهر جوه في كل حين بنذر الحرب يجاهدون لبلوغ هدف عزيز عليهم هو توحيد القواعد القانونية التي تحكم ميادين القانون الخاص في الدول المختلفة ، وبرغم الصعاب الكثيرة التي تجابهها هذه المحاولات فقد نجم عنها خير جم لعلم القانون اذ أسفرت عن مشروعات تعتبر خلاصة ما بلغه الفقه الحديث من تقدم ومثالما يستطيع أن يبدعه فن التقنين ، وأشهر هذه المشروعات « مشروع الالتزامات الفرنسي الايطالي » الذي ظهر بعد الحرب العالمية الأولى . كما أن تلك المحاولات لم تعدم نجاحا عمليا في بعض الأحوال بين دول تربطها وشائج قومية وحضارية متينة ، فأسفرت بالفعل عن توحيد قوانينها في بعض المجالات وأبرز مثل لذلك ما نشهده من حركة قوية واضحة نحو توحيد القانون المدني في البلاد العربية على مثال القانون المدني المصري الصادر سنة ١٩٤٨ (١) .

ومن الهيئات المنقطعة لهذا اللون من النشاط القانوني « المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص » بمدينة روما وهو يضم نخبة من الفقهاء وأساتذة القانون من مختلف البلاد الأوروبية وينشر من حين الى حين مشروعات قوانين موحدة في أبواب مخصوصة من القانون الخاص يعرضها على المشرعين

(١) يجيد القارئ عرضا تاريخيا لحركة توحيد القوانين في البلاد العربية في محاضرة المؤلف التي ألقيت في المؤتمر الثاني للمحاميين العرب المنعقد بالقاهرة في مارس ١٩٥٦ والمنشورة في « كتاب المؤتمر الثاني للمحاميين العرب » القاهرة ١٩٥٦ ، ص ١٦١-١٧٢

ورجال القانون في مختلف الدول طلبا للبحث والمناقشة وأملا في أن تجتمع كلمتهم في مستقبل بعيد أو قريب على تبني تلك المشروعات وتوحيدهم قواعدهم التشريعية في الميادين التي تناولها في مجال القانون الخاص .

٢ - ومن أحدث ماصدر عن ذلك المعهد مشروع تمهيدى لقانون موحد في شأن النيابة بدىء العمل في اعداده سنة ١٩٣٥ على يد لجنة أعيد تشكيلها في سنة ١٩٤٦ (١) وأتمت وضع مشروعها ومذكرة تفسيرية له نشرهما المعهد في سنة ١٩٥٥ ويقع المشروع في خمس وعشرين مادة وتنص مادته الختامية على أن هذا القانون ينطبق على العلاقات التي تتجاوز اقليم دولة واحدة ، بمعنى أن ينعقد التصرف الذي يجريه النائب في غير الدولة التي يقيم فيها عادة الأصيل وذلك رغبة في تسهيل الروابط التجارية بين الدول المختلفة حتى لا تتضارب القواعد التي تحكم النيابة في العلاقات ذات الصفة الدولية ، ويبدو أن غرض المعهد من هذا القيد - كما فعل من قبل في مشروع القانون الموحد للبيع - هو تسهيل قبول مشروعه من الدول المختلفة اذ تظل تشريعاتها الوطنية قائمة تحكم الروابط بين سكان اقليمها بينما يقتصر نطاق القانون الموحد على الروابط التي لا يكون أطرافها جميعا مقيمين في اقليم الدولة على أن أحكام المشروع ليس فيها قط ما يستدعى حتما تقييد نطاق تطبيقه على هذا الوجه فضلا عن أن وجود مجموعتين من القواعد القانونية في الدولة - احدهما تحكم الروابط المحلية ، والأخرى تحكم الروابط الدولية - هو من الأمور التي يستحب تلافيا . واذن فلنا أن نقول أنه ليس ثمة ما يحول دون تبني الدول لمشروع موحد كجزء من قواعدها القانونية الوطنية ومتى تم ذلك - اذا قدر له أن يتم - توحدت قواعد النيابة ليس في الروابط الدولية وحسب وانما في الروابط المحلية كذلك .

(١) ضمت اللجنة المذكورة فريقا من الفقهاء الأوروبيين غالبيتهم ايطاليون وهم الأساتذة ماسيموبيلوتى - آلبو باج - جوزيف هاميل - أ. م. ميرز - ادولفورافا - ماريو ميتوتشى - ماكس جوتزويلر وب. ويرتلى . وقد كتب المذكرة التفسيرية للمشروع الأستاذ ادوار موريتس ميرز من جامعة ليدين بهولنده .

ولا يخفى أن الصفة البارزة للتجارة الحديثة هي أنها دولية بمعنى أنها تقوم على تبادل السلع بين دول متعددة ، وقد ازدادت هذه الصفة في العصر الحديث وضوحا وهي تزداد على الزمن قوة واتساعا وإن نظام النيابة هو من مستلزمات مثل هذه التجارة التي ينبسط ميدانها فيشمل العالم كله ذلك أن ضرورة إبرام عقود متعددة في أكثر من دولة في وقت واحد يجعل من المستحيل عملا على ذوى الشأن أن يتولوا ذلك كله بأشخاصهم . واذن فلا بد لهم من الالتجاء الى إبرام تصرفات بواسطة آخرين أى بطريق النيابة . ومن هنا كان توحيد القواعد التي تحكم النيابة في التصرفات القانونية أمرا بالغ الأهمية وعظيم الفائدة للتجارة الدولية وهو ما لم يفت لجنة المشروع أن تنوه به في صدر تقريرها .

كما أشار التقرير الى أن المشروع الموحد ينصب على النيابة كنظام قائم بذاته لا يختلط بتطبيقاته المختلفة التي أشهرها وأكثرها ذيوغا عقد الوكالة ولذلك تنظم أحكام المشروع علاقة الأصيل بالغير الذي يتعاقد معه النائب - وهذا هو الوجه الخارجى لظاهرة النيابة - ولا تلتفت كثيرا الى علاقة النائب بالأصيل وهو الوجه الداخلى للنيابة الذي يختلف باختلاف ما بين الأصيل والنائب من علاقة وكالة أو فضالة أو عمل أو غير ذلك وهي علاقات لكل منها التنظيم الخاص به في القانون .

هذا وقد تناول المشروع نشأة النيابة ومداهما وآثارها وانقضاءها وهو في بعض أحكامه يعكس نظرية معينة في طبيعة النيابة ، وستتناول في هذا البحث - بالقدر الذى يسمح به المجال - أحكام المشروع بالشرح والتعليق وسنعرض بهذه المناسبة لدراسة بعض نواحي النظرية العامة للنيابة متبعين في دراستنا المنهج المقارن مع الاهتمام بصفة خاصة بمقارنة أحكام الشريعة الإسلامية بأحكام القوانين الحديثة وستقسم الموضوع الى خمسة أقسام .

طبيعة النيابة

٣ - ترتبط مشكلة الطبيعة القانونية للنيابة أو ثقل ارتباط بتحديد صاحب الارادة التعاقدية في التصرف المبرم بطريق النيابة ، ذلك أن ظاهرة النيابة في العقود تنظم أشخاصا ثلاثة : الأصيل والنائب والغير الذي يتعاقد معه النائب ، وإذا كان هذا الغير هو أحد طرفي العقد وكان تعبيره عن ارادته منسوبا اليه بلا أدنى شبهة فان التعبير عن الارادة المقابل له والذي ينعقد العقد بتلاقيه مع التعبير الأول قد تقوم شبهة في نسبته الى أحد شخصين - الأصيل صاحب الشأن في العقد أو النائب الذي يتولى بالفعل ابرام ذلك العقد - فأيهما صاحب الارادة التعاقدية في العقد الذي يبرم بطريق النيابة ؟

ان الاجابة على هذا السؤال يتوقف عليها الكثير من أحكام النيابة من حيث استيفاء الارادة التعاقدية لعناصرها وخلوها من العيوب وغير ذلك من الأحكام التفصيلية ، كما يقوم على تحديد شخص صاحب الارادة التعاقدية البناء النظرى لنظام النيابة وتبرير كيفية عملها على ايقاع آثار التصرف في ذمة شخص لم يكن ظاهرا في ابرامه ألا وهو الأصيل ، ففي النيابة نجد أنفسنا أمام حالة لا يكون فيها الطرف في التصرف هو صاحب التعبير الارادى الذي ينعقد به التصرف وهنا يثور التساؤل : كيف ساغ أن تنصرف آثار التعبير عن الارادة الى غير صاحب ذلك التعبير ؟

كان الفقه القديم يجيب على هذا التساؤل جوابه التقليدى الذى كان يعتبره حلا لكل مشكلة تعترض الفقيه ألا وهو الافتراض fiction اذ كان يقال ان الأصيل هو الذى يفترض أنه صاحب الارادة التعاقدية وعن طريق هذا الافتراض تجتمع آثار العقد مع الارادة التى تبرمه في شخص واحد هو الأصيل ولا يبقى ثمة اشكال . وحين تصدى الفقه لجوهر المشكلة بعد ذلك اتجه رأى سافينى الى أن الأصيل هو حقيقة لا افتراضا صاحب الارادة التعاقدية وما النائب إلا حامل لتلك الارادة واذن فيستوى طبقاً

لهذه النظرية النائب والرسول على أن هذه التسوية بين الرسول والنائب لا تطابق حقيقة الواقع فضلا عن أنها لا تصلح لتبرير النيابة القانونية حيث يكون الأصيل فاقد الارادة أو ناقصها ، ومن ثم اتجه البحث وجهة ارادة النائب واستقر في الفقه الحديث أن للنائب دورا اراديا خاصا في كل تصرف يجرى بطريق النيابة على أن المذاهب قد تشعبت بعد ذلك - ففريق يرى أن الارادة التعاقدية هي برمتها للنائب ، وفريق يرى أن الأصيل والنائب يشترك كل منهما في ابرام التصرف فيكون لارادة كل منهما نصيب في العقد .

٤ - واذا كانت الارادة التعاقدية في التصرف الذي يتم بطريق النيابة هي للنائب - اما كلية طبقا لنظرية ارادة النائب واما مع ارادة الأصيل طبقا لنظرية اشتراك الارادتين - فان الفقه يواجه جهازا مشكلا تبرير رجوع آثار ارادة النائب الى الأصيل وهنا تتعدد المحاولات الفقهية التي يطول بنا القول لو أردنا استقصاءها (١) ، وعندنا أن تبرير وقوع آثار ارادة النائب في ذمة الأصيل - وبالتالي شرح طبيعة النيابة - ينبغى البحث عنه على ضوء الدور الذي للتصرفات القانونية في النظام الاجتماعي وفي نصيب الارادة من هذا الدور - ذلك أن التصرفات القانونية كلها في الاصل ظواهر اجتماعية نشأت عفوا أو بقصد من اطرافها تلبية لحاجيات الحياة الاجتماعية فالحياة في المجتمع البشرى تقوم على تبادل المنافع بين أفراد الناس وعلى التعاون فيما بينهم على تحقيق أهدافهم الفردية والاجتماعية ، والافراد في سعى كل منهم لتحقيق مصلحته الخاصة وفي عمله على القيام بدوره في المجتمع يحتاجون مثلا الى أن يرتبط الفرد من أحد الجنسين بفرد من الجنس الآخر (الزواج) ، كما يحتاجون الى تملك الأموال وتبادلها (البيع والمقايضة) والى الانتفاع بما ليس في ملكهم منها (الايجار والعارية) ، والى التعاضد فيما بينهم لبلوغ الاهداف التي لا يستقل الواحد منهم ببلوغها (الشركة والوكالة) الى غير ذلك من الأغراض والغايات الاجتماعية والاقتصادية . ولا ريب أن الأفراد قد اصطنعوا - حتى قبل

(١) أنظر في النظريات الفقهية المختلفة في طبيعة النيابة - جمال مرسى بدر « انبيابة

في التصرفات القانونية » الاسكندرية ١٩٥٤ ، ص ٤٥-٧١

أى تنظيم قانونى للمجتمع - الوسائل المؤدية الى تحقيق غاياتهم هذه فنشأت بينهم مختلف المعاملات التى جاء القانون الوضعى من بعد وأسبغ عليها حمايته ورفعها الى مصاف التصرفات القانونية . فالتصرفات القانونية اذن هى وليدة الحياة الاجتماعية بالضرورة ، وهى فى جوهرها أدوات يتوصل بها الأفراد الى تحقيق الأهداف العملية - الاقتصادية أو الاجتماعية - التى يسعون اليها ، أدوات يرتب بها الأفراد مصالحهم الخاصة تلك المصالح التى يحميها القانون الوضعى اذ يسبغ على التصرفات القانونية صفة الالتزام .

وكل تصرف قانونى اذن يستهدف غاية معينة وبالتالي فان لكل قاعدة قانونية تخلق من الظاهرة الاجتماعية البسيطة علاقة قانونية ملازمة غاية يستهدفها المشرع . واستهداف الغايات لا يمكن ان ينفك عن التصرفات القانونية ولا عن القواعد القانونية التى تحكمها ، فالسلوك البشرى - الذى تسن لتنظيمه قواعد القانون - يتميز حتما بأمرين هما : استهداف غاية ، واصطناع وسيلة وهذان الامران اللذان يميزان السلوك البشرى بطبيعته (أى من حيث هو سلوك بشرى) مشاهدان فى كل ما يصدر عن الانسان على وجه العموم وفى التصرفات القانونية على وجه الخصوص .

والغاية التى يستهدفها التصرف القانونى هى الوظيفة التى يقوم بها ذلك التصرف فى النظام الاجتماعى ، ولأجل تيسير أداء تلك الوظيفة الاجتماعية للتصرف القانونى توضع قواعد القانون ، وتيسير أداء تلك الوظيفة الاجتماعية يجب أن يكون نصب الاعين عند تفسير وتطبيق قواعد القانون الوضعى وكذلك عند محاولة اقامة البناء النظرى للظواهر التى ينتظمها علم القانون .

متى وضعنا نصب أعيننا هذه الوظيفة التى للتصرف القانونى فى النظام الاجتماعى أمكننا أن نفهم حقيقة الدور الذى تلعبه الارادة فى التصرفات القانونية ، فلئن كان التصرف القانونى اعلانا عن ارادة متجهة الى احداث آثار قانونية فان النظر الى الوظيفة التى يؤديها التصرف القانونى فى المجتمع باعتبار الأغراض الاجتماعية والاقتصادية التى تهدف الى تحقيقها التصرفات

القانونية ، يفضى حتما الى القول بأن الارادة فى التصرف القانونى غير مقصودة لذاتها وانما هى وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعى أو الاقتصادى المقصود من ذلك التصرف .

ومتى فرقنا فى التصرف القانونى على هذا الوجه بين النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التى يرمى اليها وبين الارادة التى هى قوام ذلك التصرف ، أو بعبارة أخرى متى أمكننا أن نميز بوضوح الغاية المقصودة من التصرف القانونى والوسيلة الى بلوغ هذه الغاية تبينا أنه ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر ، ذلك أن وقوع آثار التصرف القانونى للشخص الذى صدرت عنه الارادة المنشئة له دون غيره واعتبار وقوع تلك الآثار لغير ذلك الشخص شذوذا وخروجا على منطق الأشياء انما هو نتيجة لعدم تفهم دور الارادة الحقيقى فى التصرف القانونى ونتيجة اعتبار تلك الارادة - التى هى قوام التصرف القانونى - مع آثار ذلك التصرف وحدة لا تنقسم ولا تنقسم ، أو ثمرة العجز عن التفريق فى التصرف القانونى بين غايته وبين الوسيلة اليها ، وهى نظرة الى التصرف القانونى سطحية غير نفاذة .

وعلى ضوء هذه التفرقة بين آثار التصرف القانونى - وهى الغاية الاقتصادية أو الاجتماعية المقصودة منه - وبين الارادة المنشئة للتصرف - وهى الوسيلة لبلوغ تلك الغاية - يمكننا أن نتفهم عمل النيابة فترى أنه فى كل حالة من الحالات التى تعرض فيها النيابة بأنواعها المختلفة تكون أمام غاية مقصودة لشخص معين يتوسل اليها بارادة شخص آخر غير الذى تتحقق فى ذمته الغاية من التصرف القانونى فتكون الغاية للأصيل والوسيلة اليها للنائب . وليس فى حكم العقل ولا فى منطق القانون مانع من اتخاذ ارادة شخص ما وسيلة لبلوغ غاية اقتصادية أو اجتماعية تتحقق لشخص غيره .

٥ - وعندنا أن كثيرا من الخلاف الذى كان - ولا يزال - محتمدا حول الطبيعة القانونية للنيابة وكثيرا من النظريات المختلفة التى ظهرت لتفسير

تلك الطبيعة انما يرجع الى التأثير البالغ الذى لنظرية الالتزام على التفكير القانونى قديما وحديثا . فالنظرية العامة للالتزام هى عند الغالبية العظمى من الفقهاء قطب الرحى فى القانون المدنى وهى المحور الذى تدور حوله — وتستمد منه — كل المبادئ المدنية العامة .

والنيابة فى التصرف القانونى منظورا اليها من زاوية الالتزام حرية أن تثير — كما أثارت فعلا — كثيرا من المشكلات يمكن ردها عموما الى ما فى ارتباط شخص بارادة غيره من شذوذ فى منطق نظرية الالتزام الذى مؤداه ان التصرف القانونى كمصدر للالتزام لا يصيب بأثره ذاك الاشخص المتصرف دون سواه .

ولقد كان من أثر نسلط نظرية الالتزام على الأدب القانونى أن ظهرت تلك المحاولات التى استهدفت تفسير طبيعة النيابة على صورة لا تحرق منطق قواعد النظرية العامة للالتزام ، وذلك كالنظرية التى تنسب الارادة التعاقدية فى التصرف الحاصل بطريق النيابة الى الأصيل دون النائب حتى لا يكون فى التزام الأصيل بأثار ذلك التصرف حرج ، وكنظرية الافتراض التى مؤداه نسبة الارادة التعاقدية آخر الأمر الى الأصيل ، ثم نظرية اشتراك الارادتين على تعدد صورها التى ترمى جميعا الى تقرير نصيب للأصيل فى الارادة التعاقدية — قل أو كثر — وذلك حتى يسوغ فى منطق نظرية الالتزام أن يرتبط الأصيل بنتائج ذلك التصرف ، ولذلك كان من الأجدى أن ينظر الى النيابة من زاوية أخرى غير زاوية الالتزام ومن ثم فقد عرضنا لها من ناحية الوظيفة التى للتصرف القانونى فى المجتمع ، تلك الوظيفة التى تتمثل فى اسباغ حماية القانون على معاملات الأفراد التى يستهدفون بها بلوغ أغراض اقتصادية أو اجتماعية هى النتائج المقصودة لما يبرمونه من تصرفات قانونية . والتصرف القانونى على هذا الوجه يبدو مجرد أداة يتوسل بها الأفراد الى تحقيق غايات اقتصادية واجتماعية معينة ، وهذه الأداة لا يمتنع عقلا ولا منطقا أن تحقق تلك الغايات فى شخص غير صاحبها كما تحققها فى شخص من صدرت عنه الارادة المنشئة للتصرف القانونى .

وهكذا فان منطق النظرية العامة للتصرف القانوني يسبغ مبدأ النيابة كما لا يسبغه منطق النظرية العامة للالتزام - ولا غرو فان الالتزام ، تلك الرابطة القانونية vinculum juris بين شخصين ، لا يسهل تصورهِ الا فيما بين منشئيه ، أما التصرف القانوني بوصفه وسيلة الى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الارادة التي يقوم عليها التصرف وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع ، وهو ما نراه في النيابة الاتفاقية ، أو اقتضته مصلحة جديدة بحماية القانون كما هو الأمر في حالات النيابة القانونية (١) .

٦ - هذا وان الخلاف بين مذهب ارادة النائب ومذهب اشتراك الارادتين ليس خلافا نظريا بحتا بل ان له نتائج عملية هامة في أحكام النيابة اذ يتوقف على المذهب الذي نعتمه تحديد الشخص الذي يعتد به عند بحث عيوب الارادة وعند تحرى توفر عناصر الارادة التعاقدية وغير ذلك ، فأى هذين المذهبين استوحاه مشروع القانون الموحد الذي بين أيدينا ؟

(١) فكرة الغائية من الأفكار الفلسفية القيمة بأن تعطى في مجال الدراسات الفقهية نتائج طيبة ، ومع ذلك فإنها لم تلق حتى الآن الالتفات الكافي وبخاصة من الفقهاء العرب . وقد استعنا بهذه الفكرة في تبيان الطبيعة القانونية للنيابة على أساس من نظرية ارادة النائب (أنظر : « النيابة في التصرفات القانونية » - الاسكندرية ١٩٥٤ ص ٧٤-٨١) . كما أن للغائية دورا هاما في بناء نظرية التحول (أنظر أحمد يسرى : « تحول التصرف القانوني » رسالة من هيدلبرج ١٩٥٥ الترجمة العربية ، القاهرة ١٩٥٨ وبخاصة ص ١٦٠-١٦٥ و ٢٥٢ و ختام ص ٢٦٤) وكذلك نجد أن لهذه الفكرة شأنا كبيرا في تكييف العقود (أنظر أحمد زكي الشيبى : « تكييف العقود » (بالفرنسية) رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٤ ص ٦٦ وما بعدها) كما يستعان بفكرة الغائية في التمييز بين عنصرى الالتزام : المديونية والمسئولية (أنظر اسماعيل غانم : « أحكام الالتزام » القاهرة ١٩٥٦ ، ص ١٨ بند ١٠) . وفي صدد تأصيل الكثير من أحكام التأمينات يلجأ الفقه الحديث الى فكرة الغائية (أنظر شمس الدين الوكيل : « نظرية التأمينات في القانون المدنى الجديد » ج ١ الاسكندرية ١٩٥٦ ، بند ١١ وما بعده) . وعلى الجملة فان اعادة النظر في كثير من النظم القانونية من زاوية الغاية والوسيلة يلقى على تلك النظم ضوئا جديدا (أنظر في ذلك روجيه بيرو : « تأثير الصنعة في النظم القانونية على الغاية منها » (بالفرنسية) رسالة من باريس ١٩٥٣) .

تنص المادة ١٢ من المشروع على أنه :

« لتحديد قابلية التصرف الذى أجراه النائب للابطال من أجل عدم توفر الرضا ، أو من أجل تعيينه وكذا لتحديد أثر العلم أو الجهل بوقائع معينة على ذلك التصرف يتعين الاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصيل واما بالشخصين معا تبعا لما كان لكل منهما أو لكليهما من تأثير فى ابرام التصرف » .

وواضح من هذا النص أن المشروع الموحد قد تبنى نظرية اشتراك الارادتين لأنه قد جعل المرجع فى بحث الارادة التعاقدية الى شخص النائب والأصيل واعتبر أن لكليهما دخلا فى ابرام التصرف الحاصل بطريق النيابة .

أول من قال بهذه النظرية الفقيه الألماني « ميتيس Mitteis » فى كتاب له عن النيابة فى القانون الرومانى سنة ١٨٨٥ (١) . ثم تابعه فيها تارتوفارى فى ايطاليا (٢) . ومؤدى نظرية ميتيس أن التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة ليس وليد ارادة الأصيل وحده ولا وليد ارادة النائب وحده ، وانما هو نتاج تعاون هاتين الارادتين اللتين تشتركان فى التصرف القانونى وتولدانه معا وعليه فيتعين النظر الى ارادة الأصيل والى ارادة النائب لمعرفة نصيب كل منها فى التصرف القانونى فيعتد بارادة النائب فى حدود ما باشره بنفسه ويعتد بارادة الأصيل فى حدود التعليمات الصادرة منه لثابته .

ولتوضيح كيفية تطبيق نظريته يقرر ميتيس أن جميع حالات النيابة تدخل فى واحد من الأقسام الثلاثة الآتية :

(١) Mitteis, Ludwig : Dei lehren von der stellvertretung nach romischen Recht, Wein 1885.

وأنظر عرض النظرية فى كوريسكو ص ٣٧ وما بعدها ، ديموج ص ٢٤١ بند ١٤٩ ، باكيونى ص ٢٩٩ ، رواست ص ١٠٢

(٢) Tartufari, Luigi : Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, (٢) in "Archivio Giuridico", vol. 43, 1889.

(أ) حالات يعطى فيها الأصيل للنائب وكالة محددة ومقيدة بشروط ما على النائب الا اتباعها وهذه الحالات أدخل في باب الرسالة .

(ب) حالات يعهد فيها الأصيل الى النائب باجراء تصرف قانونى يترك للنائب تحديد مضمونه بلا تقييد ولا تحديد .

(ج) حالات يحدد فيها الأصيل للنائب بعض عناصر التصرف القانونى ويترك له تحديد بعضها فتكون لكل من الأصيل والنائب ارادة معينة وانما جزئية .

ففى الحالات الداخلة فى القسم الأول يجب الاعتراف بارادة الأصيل فقط اذ تكون هى المنشئة للتصرف القانونى ، وفى الحالات الداخلة فى القسم الثانى يعتد بارادة النائب وحده ، أما حالات القسم الثالث حيث تشترك ارادتا النائب والأصيل فى التصرف القانونى بنسب متفاوتة فيعتد فيها بارادة الأصيل أو بارادة النائب فى النطاق الذى تكون كل منهما مؤثرة فيه ، هذا مع ملاحظة أن احدى الارادتين المشتركتين تكون الغالبة فى التصرف القانونى وقد تكون هى ارادة النائب أو ارادة الأصيل حسب الأحوال .

وهنا يقيم متمسب تفرقة دقيقة اذ يقول : ان توزيع الارادة بين الأصيل والنائب قد يكون منصبا على شروط العقد المختلفة (١) ، وقد يكون منصبا على اتمام العقد أصلا أو عدم اتمامه (٢) فمثال النوع الأول أن يحدد الأصيل الشيء المراد شراؤه تاركا تحديد الثمن للنائب . وفى هذا النوع ينظر الى ارادة الأصيل فيما يختص بالشيء محل العقد - فى مثالنا المتقدم - والى ارادة النائب فيما يختص بالثمن ، واذن فيصح فى مثل هذه الحالة للأصيل رفع دعوى العيب الخفى حتى لو كان النائب عالما بعيوب الشيء . أما النوع الثانى فمثاله أن يحدد الأصيل الشيء المراد شراؤه وثمنه وسائر شروط العقد تاركا مع ذلك للنائب تقدير ملاءمة اجراء التصرف أى اتخاذ القرار النهائى

(١) ويسمى هذا النوع توزيعا منبسطا extensive للارادة .

(٢) ويسمى هذا النوع توزيعا مركزا intensive للارادة - أنظر باكيونى ، ص ٣٠٠

في اتمام العقد أو عدم اتمامه ، وفي هذا النوع ينظر الى ارادة الأصل
والى ارادة النائب في نطاق تأثير كل منهما في العقد .

٧ - هذه هي النظرية التي نالت لتوسطها بين الطرفين موافقة طائفة
من الفقهاء في فرنسا (١) وفي مصر أيضا (٢) ، كما ان أنصارها في ايطاليا
- وطن أحد مبتدعيها - لايزالون في ازدياد .

على أن هذه النظرية لا تتفق وأحكام القانون الوضعي فان مقتضاها
الاعتداد بارادة الأصل - فيما كانت مؤثرة فيه - عند النظر في سلامة
الارادة وفي العلم ببعض الظروف الخاصة ، فلو أخذنا مثال البيع وكان المشتري
وكيلا صدرت له من موكله تعليمات معينة خاصة بالشيء المراد شراؤه
وكان الموكل يجهل عيوبها في الشيء يعلمها الوكيل فان حكم القانون في مثل
هذه الحالة صحة العقد ويمتنع على الموكل رفع دعوى العيب الخفي بعكس
ما تقتضيه هذه النظرية . وفي هذا الخصوص تنص المادة ١٠٤ / ١٠٥
من القانون المدني المصري / السوري (٣) على أنه « اذا تم العقد بطريق النيابة

(١) كوربسكو ، رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - ديموج ص ٢٤٢ بند ١٥٠ - روست
ص ١٠٨ - فيفوريانو ص ٤٧٢ - فالك - بيروتان ص ٣٨ - بولانجيح ، مقدمة لرسالة
كلارين ص ٧-٨ - اسمان ، في موسوعة بلانيول وريبير ج ٦ (طبعة ١٩٥٢) بند ٥٧ -
سافاتييه ، في مقال منشور في « دالوز الأسبوعي » ١٩٥٩ ، ص ٥٠ وما بعدها وبخاصة بند ٢٢
(٢) السهوري ، الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وبند ٨٥ ص ١٩٣ - حلمي هيجت
بدوى ، بند ٥٠ ص ٨٧ « ان العقد الذي يعقده النائب انما يشترك فيه ارادة النائب والغير
المتعاقد معه والأصيل . و ارادة النائب تتفاوت في الأثر بتفاوت الحرية التي تركت له في العقد
والتطبيق الدقيق لقواعد التراضي يؤدي بنا الى الرجوع الى ارادة النائب في كل ما كان له الحرية
في تصريفه والى ارادة الأصل في كل ما فرض على النائب » - وحشمت أبو ستيت بند ١٢٤ -
وأور سلطان : « النظرية العامة للالتزام » ج ١ بند ٥٨ ص ٦٩ - كما اختار هذه النظرية
كذلك شفيق شحاته في ختام بحثه عن « فكرة النيابة في القانون الروماني » مجلة القانون والاقتصاد
سنة ١٩٤٥ بالفرنسية ص ١٧٢ وحاشية ١ ومع ذلك فسرى أن هذه النظرية لا تتفق وأحكام
القانون المدني المصري / السوري .

(٣) وتقابلها المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني والمادة ٣١ فقرات ٢ و ٣ من المشروع
الفرنسي - الايطالي . وتضرب المذكورة الايضاحية للقانون المدني المصري مثلا آخر هو مثال البيع =

كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتماً « وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها . وهذه الفقرة لا تتضمن في رأينا تطبيقا لنظرية التعاون إذ أنها قاصرة على صورة واحدة هي صورة علم الأصيل لظروف معينة يجهلها النائب . والغاية من هذه الفقرة قطع السبيل على اساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سيء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينعقد بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحا لو عقده الأصيل وهو تخايل لا يمكن أن يجيزه القانون .

وجدير بالملاحظة أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ يقتصر تطبيقها على الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة (سوء النية والعمى أو الجهل بظروف التعاقد) ولا انطباق لها على عيوب الارادة (الغلط والتدليس والاكراه) (١) ، فقيما يختص بهذه العيوب يكون المرجع دائما ارادة النائب طبقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة وذلك حتى في الحالات التى فيها يكون النائب وكيلا يتصرف طبقا لتعليمات صدرت له من موكله ، وهذا التحديد لمدى الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ يتفق والمقرر فى الفقه الألمانى بشأن مدى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى (وهى الأصل الذى استمدت منه

== الذى يتم بين مدين معسر وبين وكيل المشتري المتواطئ معه بينما يكون موكله حسن النية غير عالم بحالة البائع . وتقول المذكورة أن هذا العقد يكون قابلا للطعن بالدعوى البولصية ، وهو خلاف ما تقتضيه نظرية اشتراك الارادتين أو التعاون collaboration اذا فرضنا أن الشراء كان بناء على تعليمات صادرة من الأصيل .

(١) السنبورى : الوسيط ج ١ بند ٨٦

المادة ١٠٤/١٠٥ من قانوننا) فثمة يقرر الفقه أن الاستثناء الذي تورده الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ على القاعدة المقررة في الفقرة الأولى منها لا يخص الا حسن نية الأصيل وسوءها ولا يمتد الى عيوب الارادة التي تنطبق عليها في كل الحالات القاعدة التي تضمنتها الفقرة الأولى ألا وهي الاعتداد بارادة النائب (١) .

ويدل على صحة ما نذهب اليه من أن هذا النص في قانوننا المدني لا يعتبر اعتناقاً لنظرية تعاون الارادتين مقارنة ذلك النص بنص المادة ١٣٩١ من القانون المدني الايطالى الذى يعتمد تلك النظرية ، فالنص الايطالى يقرر أنه :

(١) بوبسكو - رامنسيانو ص ٣٩٢-٣٩٣ والمراجع الألمانية المشار اليها فيه .

وقارن عبد الحى حجازى ، ج ٢ ص ٢٣٨ . «أما الفقرة الثانية (من المادة ١٠٤) فتورد استثناء على الفقرة الأولى ، فاذا كان مقتضى الفقرة الأولى وجوب الاعتداد بشخص النائب من حيث عيوب الارادة والعلم أو افتراض العلم ببعض الظروف الخاصة ، فان مقتضى الفقرة الثانية أن يعتد عند النظر في الأمور السابقة - بارادة الأصيل وذلك اذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » . وفي هذا الرأى الذى يسحب حكم الفقرة الثانية على عيوب الارادة كذلك توسع في مدلول المادة ٢/١٠٤ لا يبيحه النص ، ونعتقد على أساس ما تقدم في المتن أنه ليس في محله .

وانظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام في القانون المدنى الجديد » الكتاب الأول - مصادر الالتزام - القاهرة ١٩٥٤ - بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يتساءل المؤلف عما اذا كان انطباق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ «يقف عند حد علم الأصيل ببعض الظروف كما هو واضح في النص» . أم يمتد الى عيوب الارادة ؟ ويقر أستاذنا الدكتور أبو ستيت أن واضع القانون الجديد يبدو أنه يأخذ بالحل الأول (الوسيط ج ١ فقرة ٨٦) ، غير أنه يستطرد فيقول « أما نحن فلا نرى بأساً من الأخذ بالحل الثانى وعلى ذلك اذا اكراه الأصيل مثلاً على أن يعقد تصرفاً فاختار وكيلًا عنه في عقد ذلك التصرف والحال أن الوكيل لم يقع عليه اكراه فان التصرف يقع قابلاً للإبطال » . ونرى ان هذه التوسعة من نطاق المادة ٢/١٠٤ حتى تشمل عيوب الارادة لا محل لها مع وضوح النص ، كما أنه لا حاجة اليها في مثل المثال الذى ساقه الأستاذ لأن الوكالة ذاتها تكون مشوبة بعيب الرضا لصدورها من الموكل تحت تأثير الاكراه ومتى أمكن ابطال الوكالة لهذا السبب لم يكن تصرف الوكيل نافذاً في حق الأصيل وبذلك نصل الى النتيجة نفسها ولكن على أساس نظرى صحيح ودون ارهاق لنص المادة ٢/١٠٤

« في الحالات التي يعتد فيها بحسن النية أو سوء النية وبالعلم أو الجهل بظروف معينة يرجع الى شخص النائب فيما عدا ما يتصل بالعناصر التي حددها الأصليل مقدما » .

فهذا النص يطلق قاعدة الرجوع الى شخص الأصليل في كل ما يتصل بعناصر التصرف التي يحددها لنائبه مقدما ، أما النص المقابل من القانون المصرى /السورى فلا يجعل الاعتداد بارادة الأصليل قاعدة عامة في كل ما يخص العناصر التي حددها لنائبه ، وانما يتمحض ذلك النص للحالة الوحيدة التي يكون فيها الأصليل عالما بظروف معينة يجهلها النائب ولا يتسع للحالة العكسية التي يكون فيها الأصليل جاهلا لظروف يعلمها النائب . واذن فليس في نص المادة ١٠٥/١٠٤ فقرة ثانية تطبيق لنظرية تعاون الارادتين ، بل ان كل ما يرمى اليه هذا النص هو الاحتياط لعدم اساءة استعمال النيابة والتوسل بها الى ابرام تصرف لم يكن ليصح لو قام به صاحب الشأن بطريق الاصاله (١) .

٨ - وهذا التحديد لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ يتمشى - كما سبق لنا القول - وما نجده مقررًا بشأن أصلها التشريعى وهو الفقرة

(١) « غير أن هذا المبدأ (وهو أن العبرة بعلم النائب وجهله دون الأصليل) قد يؤول باطلاقة الى حالات تنافى منطق المسئولية ويفسح المجال للأصيل أن يستغل هذا المبدأ بسوء نية للتهرب من مسئوليات يجب أن يخضع لها . فقد يكون الأصليل على علم ببعض الظروف التي للعلم بها تأثير في نتائج التصرف فيلجأ الى اذابة شخص في هذا التصرف جاهل بتلك الظروف ويرسم له تعليمات معينة ليتصرف وفقا لها كما لو كان في مثالنا السابق أن الأصليل عالم باعسار المدين ومتواطىء معه فوكل وكيلا بشراء أموال هذا المدين بشمن بنحس والوكيل لا يعلم من الأمر شيئا . ففي مثل هذه الحال احتاط القانون فنص على أن الوكيل اذا كان يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل وكيله لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أنه يعلمها (م ١٠٥) ، فعلم الموكل هنا معتبر ومؤثر ولو كان الوكيل حسن النية جاهلا بتلك الظروف المؤثرة في التصرف » .

(مصطفى الزرقا « محاضرات في القانون المدنى السورى » من منشورات معهد الدراسات العربية العالية - القاهرة ١٩٥٤ - بند ٧٨ ص ٧٣-٧٤) . وبنفس المعنى - السيد على المغازى - الوجيز في نظرية الالتزام - ص ١٢٤-١٢٥

الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدني الألماني ، فشراح تلك الفقرة يرون أنه متى كان حسن النية غير متوفر في النائب لعلمه أو لوجوب علمه حتماً ببعض الظروف المعينة فإن الآثار التي يربتها القانون على حسن النية لا تتولد حتى بفرض توفر حسن النية في الأصل وبصرف النظر عن اعطائه أو عدم اعطائه تعليمات محددة لنائبه (١) . واذن فهذه الفقرة تقتصر على صورة علم الأصل بظرف يجهله النائب وتضييق عن استيعاب صورة جهل الأصل لظرف كان نائبه على علم به ، ولا يغير من ذلك أن يكون النائب وكيلًا يتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله .

هذا ولا نعدم في الفقه الألماني رأياً انبني على اساءة فهم مدى المادة ٢/١٦٦ وهو رأى الفقيه ديرنبرج Dernburg الذي استنتج من ذلك النص أن القانون المدني الألماني لم يأخذ بنظرية ارادة النائب وإنما اعتمد نظرية وسطا غير أن هذا الرأي مرجوح في الفقه الألماني الذي لا يرى سائر شراحه في المادة ٢/١٦٦ خروجاً عن نظرية ارادة النائب وإنما مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود المعاملات (٢) . ويبدو أن مثل هذا الرأي المرجوح قد تطرق الى الفقه المصري نتيجة تفسير الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ على وجه لا يحتملها نصها ولا تبرره حكمها ولا ينهض له سنداً أصلاً التشريعي (٣) .

(١) « سالى » في الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ج ١ ص ٢٠٩

(٢) بوبسكو - رامنسيانو ص ٣٩٠-٣٩١ والمراجع الألمانية المذكورة فيه .

(٣) وعلى أساس ما تقدم في المتن نعتقد أنه لا يصح على اطلاقه ما جاء في كتاب أستاذنا العميد الدكتور أنور سلطان « النظرية العامة للائتمار » الاسكندرية ١٩٥٤ - ج ١ ص ٥١-٥٢ من قوله « وإذا كانت ارادة الأصل قد اشتركت مع ارادة النائب في إبرام التصرف القانوني كما لو كان النائب يتبع تعليمات الأصل في بعض أمور العقد . فانه يجب الرجوع كذلك الى ارادة الأصل لتقدير سلامتها من العيب في حدود هذه التعليمات . كذلك يجب الاعتداد بنية الأصل في حدود التعليمات التي أصدرها النائب . وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ » . فالواقع أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لا شأن لها بعيوب الارادة وإنما تقتصر على النية (أنظر أنفاً الفقرة ٧) . كما أن الاعتداد بنية الأصل ليس واجبا في جميع الحالات التي يتصرف فيها النائب وفقاً لتعليمات الأصل وإنما فقط في حالة علم الأصل بظروف كان النائب يجهلها . =

== وفي القول بغير ذلك تقييد لاطلاق حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ بغير مقيد . وما لا يخلو من الدلالة أن المثال الوحيد الذي يضر به الأستاذ العميد في الموضوع المذكور من مؤلفه المشار إليه هو مثال الأصيل الذي يعلم باعسار البائع ويصدر لناثبه الذي يجهل ذلك الطرف تعليمات بشراء عين مملوكة لذلك المدين المسر . وإذا كان هذا الرأي في تفسير المادة ١٠٤ هو مبنى ما جاء بالمرجع المذكور (ص ٦٩) من القول بأن التفتين المدنى الحديد قد أخذ بنظرية اشتراك الارادتين كان في ذلك القول نظر .

ومن رأى نفسه في مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى في مؤلفه « النظرية العامة للالتزام » القاهرة ١٩٥٤ - ج ٢ ص ٢٣٨-٢٣٩ . ويرد على رأيه نفس الاعتراض المتقدم ويلاحظ أن المثالين اللذين يضر بهما المؤلف يخصص حالتين يكون الأصيل فيما عالما بظروف يجهلها النائب . ويعقب المؤلف بقوله « لا يجوز للأصيل سببه النية أن يستفيد من جهل أو من حسن نية النائب فكما أن القانون لم يعف الأصيل من تحمل آثار سوء نية النائب فبأن يحمله آثار سوء نيته هو كان أولى ، ثم لا يجوز البتة أن يتخذ الأصيل من النيابة درعا يدرأ به نفسه سوء نية نفسه » . ومتى كادت هذه هي علة الحكم الذى أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ فإن هذه العلة تقتضى تقدير حكم النص بقدرها ، واذن فهى لا تصلح سندا لاطلاق قول المؤلف (ص ٢٣٨) أن « مقتضى الفقرة الثانية أن يعتد - عند النظر في الأمور السابقة - بإرادة الأصيل وذلك اذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » . ويكفى للتدليل على صحة اعتراضنا أن نتصور حالة وكيل يتصرف بناء على تعليمات الموكل ويكون هذا الأخير جاهلا بعسار البائع بينما يعلم الوكيل بهذا الظرف ، فهنا لا يعتد البتة بشخص الموكل فإن القانون المصرى « لم يعف الأصيل من تحمل آثار سوء نية النائب » .

وانظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام فى القانون المدنى الحديد » ج ١ القاهرة سنة ١٩٥٤ - بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يقر المؤلف أن الراجح الذى يؤدى إليه النص ويأخذ به واضع مشروع القانون هو اقتصاص الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ على الظروف الخاصة المتعلقة بالإرادة دون عيوب الإرادة ، غير أن المؤايف يستحسن اطلاق حكم هذه الفقرة على عيوب الإرادة كذلك .

وهنا نرى أن أحد أنصار نظرية اشتراك الارادتين فى الفقه المصرى يبني اختياره ، لا على استقراء الأحكام الوضعية للنيابة ، وإنما على مطلق الاستحسان مما يخرج بنا من مجال العلم الى مجال الفلسفة ، اذ أن هذا الرأى لا يتعلق بما هو كائن وإنما يتعلق بما ينبغى - فى نظر الباحث - أن يكون ، بينما أن « علم القانون يقتصر بطبيعته على شرح نظام قائم بغير مناقشة أسسه ، والفقيه يلزمه منطقا بل ضرورة أن ينظر فيما هو كائن ويقتصر جهده على فهم القواعد الوضعية وتفسيرها على الوجه الصحيح بغير بحث منه فيما اذا كان فى الامكان أن توجد قواعد أفضل منها . أما فلسفة القانون فتبحث فيما يجب - أو كان يجب - أن يكون عليه القانون بالمقابلة لما هو كائن فيه فعلا فهى بذلك تعارض الواقع العملى بالحقيقة المثالية » . ديلفيكيو - فلسفة القانون -

باريس ١٩٥٣ ص ١٦

والخلاصة أن هذا النص في قانوننا المدني يبعده عن أن يكون تكريسا من المشرع لنظرية اشتراك الارادتين أمران :

(الأول) أن مجال الفقرة الثانية من المادة ١٠٤/١٠٥ هو الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة ولا شأن لها بعيوب الارادة التي يحكمها اطلاق المبدأ الذي أورده الفقرة الأولى على ما أوضحناه فيما تقدم .

(والثاني) أنه حتى في هذا المجال المحدود يقتصر حكم هذا النص على صورة واحدة هي صورة علم الأصيل بظروف كان يجهلها النائب . واذن فقصود هذا النص مجرد منع الأصيل سيء النية من التستر بحسن نية نائبه ولا دلالة له على اشتراك ارادة الأصيل مع ارادة النائب في ابرام التصرف .

٩ - هذا ولقد عيب على نظرية اشتراك الارادتين - بحق - من جهة أخرى أنها في توزيعها الارادة التي ينقدها العمل القانوني بين النائب والأصيل وفي التحليل الذي تستتبعه لمعرفة نطاق تأثير كل من الارادتين وتحديد الارادة الغالبة في كل حالة من الحالات تدخل بنا في تقسيمات لا حصر لها تضيء على النظرية غير قليل من التعقيد (١) ، ثم أنها للسبب عينه تنظر الى النيابة في عناصرها الداخلية من وكالة عامة أو خاصة أو عقد عمل ... الخ ، وتعدد اعتدادا كبيرا بالعلاقة المنشئة للنيابة بين النائب

== وقد ذهب المذهب عينه الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة («محاضرات في القانون المدني - نظرية العقد في قوانين البلاد العربية» من منشورات معهد الدراسات العربية العالية - القاهرة ١٩٥٨ - ص ١٤٢) فهو مع تسليمه بأن نص المادة ٢/١٠٤ قاصر على حالة علم الأصيل بظروف يجهلها النائب يرى سحب حكم ذلك النص على عيوب الارادة متأثرا في ذلك بنظرية اشتراك الارادتين ، ومستبقا الاعتقاد بأن القانون المدني المصري قد صدر عن تلك النظرية وهو اعتقاد لا نرى في النصوص ما يبرره خاصة اذا ذكرنا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لم تكن في المشروع الأصلي ، وإنما أضيفت في لجنة المراجعة لحكمة معينة ينطق بها النص وهي منع النائب سيء النية من الاحتماء بحسن نية نائبه .

(١) أنظر فيفوريانو - ص ٤٧١

والأصيل ، بينما يتعين الاحتفاظ لهذا النظام بذاتيته حتى يكون للنيابة كيان عام موحد مهما كانت العلاقة الداخلية المنشئة لها فيما بين النائب والأصيل ، ولتحقيق هذه الغاية يتعين صرف النظر عن العلاقة المنشئة للنيابة عند محاولة وضع نظرية عامة لها (١) . هذا الى أن نظرية اشتراك الارادتين تجعل الأصيل في وضع ممتاز بالنسبة للغير اذ تعفيه من نتائج سوء نية نائبه كلما كانت الوكالة خاصة محددة اذ مقتضاها في هذه الحالة عدم الاحتجاج على الأصيل بعلم النائب لعيوب المبيع الخفية أو بمصدره غير المشروع مثلا (٢) ، وهو حل لا يتفق واعتبارات العدالة وحسن الآداب ولا يتمشى واستقرار المعاملات أو الحماية الواجبة للغير حسن النية .

ويبدو لنا أن اشتراك ارادتي الأصيل والنائب في اجراء العقد أو التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة لا يكون من السهل تصوره اذا ذكرنا أنه في جميع حالات النيابة لا يقع اعلان ارادة الأصيل واعلان ارادة النائب في وقت واحد ، وانما يكون اعلان ارادة الأصيل اما سابقا على اعلان ارادة النائب (كما في الوكالة) أو لاحقا عليه (كما في الفضالة) ولكنه لا يكون قط معاصرا له - والا انتفت فكرة النيابة وأصبح الأمر مجرد معاونة أو مساعدة من شخص لآخر في اجراء العقد - وعليه ففي اللحظة التي ينعقد فيها العقد الذي يتم مع الغير بطريق النيابة لا تكون لدينا الا ارادة النائب وحدها وهي التي يقوم عليها - بتوافقها مع ارادة الغير - كيان العقد.

ثم ان القول باشتراك الارادتين مؤداه اعتبار النائب مجرد رسول بالنسبة لما هو من نصيب ارادة الأصيل في التصرف ، وعلى هذا الوجه يكون النائب نائبا في حدود ما كانت ارادته مؤثرة فيه ومجرد رسول في خارج هذه الحدود من ذات التصرف (٣) . وهو وضع لا يقتصر شذوذه

(١) أنظر فيفانتي - ص ٤٢٨

(٢) المرجع السابق ص ٤٢٩ حاشيه بند ٢٥٧

(٣) موسوعة بلانيول وروبير ٦ (طبعة ١٩٥٢) بند ٥٧ والسهبوري - الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وحاشيه ١ . وقد أقر الأستاذ الكبير هذا الوضع ولم ينبه الى ما ينطوي عليه من شذوذ أشرنا اليه في المتن .

على الناحية المنطقية البحتة بل يتعداها الى نواح عملية هامة ، منها تكييف العقد الذى يجريه النائب مع الغير من حيث اعتباره بين حاضرين أو بين غائبين ، فهل يعتبر تعاقد النائب مع الغير بين حاضرين فى النطاق الذى كانت ارادته مؤثرة فيه وبين غائبين فى النطاق الذى يعتبر فيه مجرد رسول ؟ وما المكان والزمان الذى يعتبر مثل هذا التعاقد قد تم فيهما (م ٩٧) ؟ لا شك أن الحرج الذى توقعنا فيه نظرية اشتراك الارادتين فى هذا الصدد واضح .

وأخيرا انتقد هذا المذهب من الناحية النظرية البحتة ، اذ قيل أن الارادة المنشئة للتصرف القانونى هى بمقتضى هذه النظرية ارادة صناعية ملفقة من أجزاء من ارادتين مختلفتين متميزتين هما : ارادة النائب و ارادة الأصيل . ومثل هذه الارادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون ارادة تعاقدية لأن الارادة التى يبنى عليها القانون آثارا قانونية إنما هى ذلك النشاط النفسى الموحد الصادر عن الشخص بقصد احداث أثر قانونى معين ، ولا كذلك تلك « الارادة » الملفقة من أشتات ارادتى النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الارادتين (١) .

١٠- ومهما يكن من أمر فواضح أن مشروع «المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص» قد تبنى نظرية اشتراك الارادتين وهو ما ينطق به نص المادة ١٢ من المشروع .

ومع ذلك فان التقرير المرافق للمشروع والذى وضعه الأستاذ ادوار موريتز ميرز من جامعة ليدن - وهو بمثابة مذكرة تفسيرية للمشروع - يتضمن الاقرار بأن « الاجماع منعقد فى جميع البلاد على أنه فى تقدير عيوب الرضا ينبغى - أساسا - الاعتداد بشخص النائب ، وأن النائب كذلك هو المرجع فى الحالات التى يكون العلم أو الجهل بوقائع معينة مؤثرا فى صحة العقد أو آثاره » .

(١) أنظر فى هذا المعنى باكيونى ص ٣٠٣

ثم يستطرد التقرير الى أن ثمة حالات يتعين فيها القول بأن ارادة الأصل وكذا علمه أو جهله بوقائع معينة هما المؤثران في العقد ، ويسوق التقرير بهذا الصدد مثالين :

- (أ) حالة الوكيل الذي يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة اليه من موكله . ويقول التقرير أن هذه الحالة مأخوذة عن المادة ١٦٦ من القانون الألماني والمادة ١٣٩٠ من القانون الايطالى .
- (ب) حالة علم الأصل أو جهله بوقائع معينة مؤثرة في التعاقد .

ومن أجل استيعاب هذه الأحوال اعتمد واضعو المشروع نص المادة ١٢ منه على الوجه المتقدم « الذى يسمح بالاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصل واما بشخصيهما معا تبعا للتأثير الذى كان لكل منهما أو لكليهما في ابرام التصرف ، واذن فهذه القاعدة تجعل في الامكان مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة » .

ولا يفوتنا بادىء ذى بدء أن نشر الى ما في اسناد المثال الأول الذى أورده التقرير الى القانون الألماني (م ١٦٦) والقانون الايطالى (م ١٣٩٠) من بعد عن الدقة ، فان المادة ٢/١٦٦ من القانون الألماني تقتصر - كما سلف لنا البيان - على حالة واحدة هي حالة علم الأصل بواقعة مؤثرة في التعاقد كان يجهلها النائب ، ولا يتبسط هذا النص على جميع الحالات التى يعمل فيها الوكيل طبقا لتعليمات موكله ، ونطاقه من هذه الوجهة مطابق لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ من قانوننا المدنى . أما القانون الايطالى فهو وحده الذى يعتد بشخص الأصل كلما اختص الأمر بعناصر كان قد حددها لنائبه مقدما (المادتان ١٣٩٠ و ١٣٩١) .

وعلى ذلك فالجمع بين القانون الألماني والقانون الايطالى كسند للقول بوجود الاعتداد بشخص الأصل كلما كان النائب يتصرف وفقا لتعليماته المحددة هو من قبيل التعميم الحاطىء اذ أن بين حكم القانون الألماني (ومثله التقنينان المديان للجمهورية العربية المتحدة) وبين حكم القانون الايطالى في هذه المسألة بونا بعيدا .

وبصرف النظر عن هذا الانتقاد - على وجهته - فإن الحالات التي يسوقها التقرير لتبرير الأخذ بنظرية اشتراك الارادتين يبدو على ضوءها أن ذلك النص تجاوز قصد واضعيه ، فالحالات المذكورة تتكفل بمعظمها بنصوص التشريعات التي لم تعتمد تلك النظرية لأن مرجع تلك الحالات هو الى مبدأ حسن النية اذ القصد هو منع الموكل سيء النية من الاحتماء بحسن نية وكيله على ما سلف شرحه ، وهذا القصد من الميسور بلوغه بغير الاستناد الى نظرية اشتراك الارادتين وهو ما فعله المشرع الألماني والمشرع المصري السوري . وتبقى بعد ذلك دائرة ضيقة تشمل حالات تصرف الوكيل بناء على تعليمات من الموكل دون أن يصحب ذلك علم الموكل بظرف كان يجمله الوكيل ، فهنا يكون مقتضى نص المادة ١٢ من المشروع الموحد - كحكم القانون الايطالي - وجوب الاعتداد بشخص الأصيل دون شخص النائب كلما تعلق الأمر بما حدده الموكل لوكيله مقدما من عناصر التصرف .

١١ - والواقع أن في الأخذ بهذا الحل خطأ بين تصرفين قانونيين متميزين ينبغي لحسن فهم نظام النيابة الفصل بينهما وتمييزهما بدقة ألا وهما :
١ - العقد المبرم بين الأصيل والنائب متضمنا اناية الأول للثاني (وهو في الغالب الأعم عقد وكالة) و٢ - العقد محل النيابة الذي يجريه النائب مع الغير .
فارادة الأصيل تتجلى في التصرف الأول وهو ما نسميه بالانابة فهي المنشئة له والمحددة لمداه ، ولكن دور ارادة الأصيل يقف عند حد الانابة فلا يتعداها الى التصرف الثاني (وهو الذي يقوم به النائب بمقتضى الانابة) فهذا تصرف قانوني مستقل عن الانابة لا يختلط بها ، فهما وان كانا متلازمين الا أنهما متميزان ، فالأول تنشئه ارادة الأصيل ، والثاني تنشئه ارادة النائب . والقول باستقلال التصرفين يصح حتى في الحالة التي يتصرف فيها النائب على أساس تعليمات صادرة له من الأصيل ، اذ حتى في هذه الحالة يقوم النائب بنشاط ارادى خاص وهو المشي في الواقع للتصرف أو العقد الثاني واتباعه في ذلك لتعليمات الأصيل لا يجعل لارادة هذا الأخير دخلا في التصرف الحاصل بطريق النيابة .

ذلك أن أثر تعليمات الأصيل الى نائبه ينحصر في العلاقة بين الأصيل والنائب أى في العلاقة الداخلية للنيابة ، ولا يتعدى هذه العلاقة الى التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة فان هذا التصرف انما يقوم به النائب والارادة المنشئة له هى ارادة النائب حتى في حالات النيابة المحددة التى يصدر فيها الأصيل لنائبه تعليمات معينة بخصوص التصرف القانونى موضوع النيابة ، فالارادة - ذلك النشاط النفسى الذى يظهر في صورة علنية وتترتب عليه قانونا آثار معينة - هى للنائب الذى يقوم بالتصرف القانونى دون غيره فالنائب هو الذى « يريد » العقد ولا يهم مطلقا أن تتكون ارادة النائب وفقا لأوامر وتوجيهات الأصيل ، فحتى حين يتعاقد النائب في حدود ومع مراعاة تلك الأوامر والتوجيهات تكون الارادة التعاقدية هى ارادته لا ارادة الأصيل لأنه اذ يتعاقد على ذلك الوجه يجعل من تلك الارادة ارادته هو الخاصة ويقوم حتماً بذلك النشاط الارادى الذى يميزه عن الرسول ، فهو - ان صح التعبير - يريد طبقا لارادة الأصيل أى تصدر عنه ارادة خاصة به وإن تكن مطابقة لارادة الأصيل . حقا ان النائب ملزم - بحكم العلاقة الداخلية التى تربطه بالأصيل من وكالة أو غيرها - بأن يتبع تعليمات الأصيل ويقوم بالعمل موضوع النيابة وفقا لتوجيهاته ، وحقا ان انعدام التوافق بين ارادة الأصيل وارادة النائب قد يؤدي الى سقوط الانابة وبالتالي التصرف القانونى الذى أجراه النائب ، ولكن ارادة الأصيل مع ذلك لا تتغلغل ولو عن طريق غير مباشر الى تكوين التصرف القانونى الذى يجريه النائب ، ولا يمكن أن تحدد مضمون ذلك التصرف اللهم الا اذا مرت بخاطر النائب وهو يجريه ، وبعبارة أخرى الا اذا انصرفت ارادة النائب إليها فصدرت عنه ارادة خاصة به مطابقة لارادة الأصيل - على ما تقدم - وبقدر ذلك فقط .

ومما يؤيد القول بأن ارادة الأصيل لا تتغلغل الى التصرف الذى يبرمه النائب حتى في الحالات التى يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات محددة ما جرى عليه القضاء بشأن تعليمات الأصيل التى يوجه بها النائب وجهة معينة

من حيث بعض عناصر التصرف المناب فيه أو من حيث الغرض من الانابة فقد قضى مثلا بأن « الانفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذي تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذي يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الأيجار ومدة التأجير » (١) ، وكذلك قضى بأنه « متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه في حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة منفق عليها بين الموكل والوكيل » (٢) . واذن فالقضاء لا يرتب في أمثال هذه الصور أى أثر على التعليقات التي يصدرها الأصيل لنائبه ، ويعتبر تصرف النائب صحيحا وناظدا في حق الأصيل طالما كان داخلا في حدود الانابة بصرف النظر عن مخالفته لتعليقات الأصيل (٣) . ولما كانت حالة صدور تعليقات من الأصيل الى نائبه بشأن التصرف موضوع النيابة هي الحالة المثلى لنظرية اشتراك الارادتين ، فان الأحكام القضائية التي أهدرت تلك التعليقات تضيف الى حجج خصوم نظرية اشتراك الارادتين حجة جديدة ، اذ لو ضح أن التصرف موضوع النيابة ينعقد باشتراك ارادة الأصيل مع ارادة النائب لوجب حتما الاعتداد بكل تعليقات الأصيل وتوجيهاته لنائبه ولترتب على ذلك القول بأن مثل ذلك التصرف لا ينعقد لعدم توافق الإيجاب والقبول ، بينما أن الحاصل أن القضاء يعتبر التصرف منقدا وناظدا في حق الأصيل ولا يمكن اسناد ذلك التصرف في مثل تلك الصور الا الى ارادة النائب وحده (بتلاقيها مع ارادة الغير المتعاقد معه) دون ارادة الأصيل ويمتنع بذلك القول باشتراك الارادتين .

(١) استئناف مختلط ١٨/٤/١٩٣٩ - الحمامة ٢٠-٥٧٣-١٢٦٥

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية ٢١/٤/١٩٥٧ - الحمامة ٣٨-٥١٤-١١٢٥ وانظر تعليقاتنا على هذا الحكم في هذه المجلة - السنة السابعة - العدد الثالث والرابع - ص ٢٠٦ وبعدها

(٣) أنظر في هذا المعنى كذلك حكم النقض الفرنسى في ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ المشار اليه فيما يلى ص ٤٤ حاشية (١)

واذن فاذا كان الأصل في توجيه النائب وجهة معينة بخصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد محل النيابة قد وقع في عيب من عيوب الارادة فان ذلك العيب يخص فقط التصرف الأول المتضمن انابة الأصل لناثبه ولا يتعداه الى التصرف الثاني الذي يجريه النائب بمقتضى الانابة . واذن فسحب أثر هذا العيب الى التصرف الثاني وترتيب بطلان هذا التصرف على ذلك العيب الواقع في التصرف الأول أمر لا يستقيم في الفهم ، وبذلك يتضح خطأ هذا الرأي وعدم سلامة أساسه من الوجهة النظرية .

١٢- على أن هذا لا ينفى أن العدالة قد تقتضى تمكين الأصل في الأحوال المتقدمة من التخلص من العقد الذى يجريه النائب بناء على توجيه من الأصل صادر عن ارادة معينة ، الا أن ذلك لا يكون عن طريق ابطال ذلك العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذى وقع فيه الأصل لما في ذلك من خلط بين تصرفين متميزين على ما تقدم لنا بيانه ، وانما يكون ذلك من طريق النتيجة الطبيعية التى تترتب على مثل هذا العيب في الارادة ألا وهى ابطال التصرف القانونى القائم على هذه الارادة المعيبة ، وهو هنا التصرف الأول المتضمن للانابة ومتى أبطل هذا التصرف تترتب على ذلك البطلان سقوط التصرف الثاني الذى أجراه النائب صحيحا وذلك نتيجة لبطلان الانابة نفسها فلا يكون التصرف الذى أجراه النائب نافذاً في حق الأصل ، وبذلك نصل الى النتيجة العملية نفسها ولكن على أساس نظرى صحيح لا نخرج به على ما تقتضيه طبيعة النيابة وذلك بأن نعتد في الحالات التى نحن بصدددها بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذى يدفع بالأصل الى انابة النائب ، وليس بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذى يقع فيه الأصل بخصوص عنصر من عناصر العقد محل النيابة (١) .

(١) وقد يشور في هذه الأحوال البحث في مدى الحماية الواجبة للغير حسن النية الذى يتعاقد مع النائب جاهلاً لسبب بطلان التصرف المتضمن للانابة والى أى حد يتأثر بهذا البطلان أو يتحمل نتائجه ، ولا شك أنه قد تعرض حالات تقتضى فيها حماية حسن النية ألا يحتج بهذا البطلان على الغير المتعاقد مع النائب . ويرى الأستاذ باكيوفى أن الغير حسن النية لا ينفى أن يضار بأثار =

فاذا ما أضفنا الى هذه الاعتبارات كلها وجوه النقد الهامة التي تتعرض لها نظرية اشتراك الارادتين ، والتي أسلفنا الاشارة اليها انتهينا الى أنه كان يستحسن ألا ياخذ المشروع الموحد بتلك النظرية على ذلك الاطلاق الذي ينم عنه نص المادة ١٢ والذي يبدو أنه مجاوز القصد الذي يسفر عنه التقرير التفسيري خاصة وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام قوانين معظم الدول التي يراد لها أن تتبنى هذا المشروع بل يكاد القانون الايطالى أن ينفرد باعتماد تلك النظرية ، ولعل لوجود غالبية من الفقهاء الايطاليين بين أعضاء اللجنة التي وضعت المشروع دخلا في هذا الاتجاه الذي يتجلى في المادة ١٢ منه .

(٢)

نشأة النيابة

١٣- لم يتناول المشروع الموحد الا النيابة الاتفاقية أى التي مصدرها الارادة دون النيابة القانونية التي مصدرها نص القانون ، وفي نشأة النيابة تقول المادة ٣ من المشروع :

« الانابة تعبير صريح عن ارادة الأصيل - مكتوبا أو شفويا - وقد تستخلص الانابة أيضا من الظروف » .

ولهذا النص في صيغته الفرنسية فضل استعمال لفظ *habilitation* للدلالة على الانابة بدلا من اللفظ الفرنسي المعتاد استعماله في هذا المعنى

=بطلان التصرف المتضمن للانابة واذن فهو يذهب الى عدم الاحتجاج عليه بهذا البطلان . أنظر باكيوفى ج ٢ ص ٣١٤

وغنى عن القول أن مشكلة حماية الغير حسن النية تتور كذلك في ظل نظرية اشتراك الارادتين لان ما يكون من نصيب ارادة الأصيل من عناصر التصرف وشروطه - طبقا لتلك النظرية - قد يكون خافيا على الغير الذي ينفرد النائب بالتعامل معه في غيبة الأصيل ، واذن فتعيب ارادة الأصيل في خصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد أمر لا يتسنى للغير أن يلم به . ومن ثم فان مسألة حماية هذا الغير متى كان حسن النية تعرض لنا في ظل نظرية اشتراك الارادة بقدر ما تعرض لنا في ظل نظرية ارادة النائب .

وهو *procuration* ، فهذا اللفظ الأخير متعدد الدلالات فقد يعنى الانابة فى ذاتها ، وقد يعنى الوكالة (وهذا هو استعماله الأصلى) ، وقد يعنى الورقة المثبتة للوكالة أو ما يسمى بالتوكيل . وهكذا فان استعمال ذلك اللفظ فى الفرنسية مدعاة للخلط ، أما اللفظ الذى اختاره واضعو المشروع فهو أدق فى تأدية المعنى لاختصاصه بالانابة على الوجه الذى تعرفه نظرية النيابة الحديثة .

وقد حدد النص طبيعة الانابة بوصفها تعبيراً عن ارادة الأصيل أى تصرفاً قانونياً بارادة منفردة صادرة عن الأصيل ورامية الى اسباغ صفة النيابة على النائب أى الى تمكينه من ابرام تصرفات قانونية تلحق آثارها الأصيل مباشرة ، وبذلك التحديد تجنب المشروع الخلط الذى وقع فيه القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١٩٨٤ منه والقانون المدنى المصرى القديم فى المادة ٥١٢ منه ، اذ أن التعريف الوارد فى هاتين المادتين لا يميز بين الانابة وبين عقد الوكالة .

فالواقع أن الوكالة بطبيعتها عقد تبادل يستلزم توافق ارادتى الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانونى لحساب الموكل ، والانابة عمل من ارادة منفردة هى ارادة الأصيل يسبغ بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانونى تعود آثاره على الأصيل دون النائب .

ويحدث فى العمل أن تجتمع الوكالة والانابة وذلك حين تكون للوكيل سلطة اجراء التصرف بحيث تعود آثاره مباشرة على الموكل ، ولكن يحدث أيضاً أن تكون الوكالة غير مرتبطة أصلاً بانابة وذلك حين يكلف الوكيل باجراء عمل قانونى لحساب الموكل دون أن تنصرف آثار ذلك العمل مباشرة الى الموكل ، بل تنصرف أولاً الى الوكيل الذى ينقلها بعد ذلك الى موكله بتصرف جديد تنفيذاً لعقد الوكالة .

ولعل كثرة اجتماع الوكالة والانابة فى العمل هى السبب فى الخلط بينهما أول الأمر وفى اعتبار الانابة عنصراً من عناصر عقد الوكالة ، الا أن الفقه

الحديث قد عمل على إحكام التمييز بين الوكالة والائابة ، وقد اتبعت هذا الهدى القوانين الحديثة كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السوبسرى ، كما أن القانون المدني المصرى الحالى اذ عرف الوكالة فى المادة ٦٩٩ منه بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » قد وضعها فى موضعها الصحيح باعتبارها عقدا بين الطرفين تنشأ عنه التزامات متبادلة أخصها التزام الوكيل بالقيام بالعمل لحساب الموكل ، ولم يشر فى تعريفها الى اسباغ صفة النيابة على الوكيل بخلاف نص المادة المقابلة من القانون القديم التى كانت تنص (م ٥١٢) على أن « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شىء باسم الموكل وعلى ذمته » ، وهو تعريف يتمشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدني الفرنسى .

١٤ - والتفرقة بين الوكالة وبين الايابة ترجع الى كون الوكالة عقدا يلتزم بمقتضاه الوكيل بالقيام بتصرف قانونى لحساب الموكل ، ولكن الوسيلة الفنية التى يتم بها ذلك التصرف ليست من جوهر عقد الوكالة ولا من عناصره فالوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بتصرف معين لحساب موكله عن طريق التعاقد مع الغير باسمه خاصة ثم نقل حقوق العقد والتزاماته الى موكله بتصرف جديد ، كما أن الوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بالتصرف القانونى بطريق النيابة بأن يتعاقد باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة فى ذمة هذا الأخير وذلك فى الحالات التى يكون للوكيل فيها تلك المكنة ، مكنة اجراء تصرف تقع آثاره مباشرة فى ذمة موكله وتلك المكنة هى التى نسميها بالايابة .

واذن فليس هناك ارتباط حتمى بين الوكالة وبين النيابة فخصيصة الوكالة هى التزام الوكيل باجراء تصرف قانونى لحساب الموكل ، أما طريقة اجراء الوكيل لذلك التصرف فليست من عناصر الوكالة ، والوكالة بوصفها عقدا بين الموكل والوكيل تقوم مستوفية الأركان والعناصر فى كل حالة يبرم فيها الوكيل تصرفا قانونيا لحساب موكله ولو كان ذلك باسم الوكيل خاصة . وفى هذه الحالة لا تكون لدينا نيابة ، كما أن الوكيل قد يبرم التصرف باسم

الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة في ذمة هذا الأخير وذلك متى اقترنت الوكالة بانابة صادرة من الموكل للوكيل ، وهذه الحالة وحدها تدخل ضمن نطاق النيابة ، ولعلها في العمل أكثر حالات الوكالة ذيوعا ، غير أن ذلك الاقتران بين الوكالة والانبابة ليس معناه الخلط بينهما فان حصول التصرف بطريق النيابة أو عدم حصوله بطريقها ليس متوقفا على وجود عقد وكالة أو عدم وجوده ، وإنما هو يتوقف على وجود الانبابة أو انتفائها ، والانبابة ممكنة لا ترتبط بعقد الوكالة بوجه حتمي وان اقترنت به في أغلب الأحوال .

١٥ - والانبابة كما قد تكون صريحة قد تكون ضمنية ، وهذا ما يعنيه النص بقوله : ان الانبابة قد تستخلص أيضا من الظروف ، وليست الانبابة الضمنية في الحقيقة الا تطبيقا لعموم القاعدة في التعبير عن الارادة التي تتسع للتعبير الضمني اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك (المادة ٢/٩٠ من القانون المدني المصري) .

والانبابة الضمنية ليست قليلة الوقوع في العمل ، ومن صورها الذائعة التي تستحق الوقوف عندها نيابة الزوجة عن زوجها في التصرفات المتصلة بحاجيات منزل الزوجية .

فالمشاهد في الحياة العملية أن الزوجة هي التي تقوم بكافة التصرفات ذات الصلة بالمنزل وخاصة شراء جميع ما يلزم للمنزل وللعائلة من مأكلا وملبس وما الى ذلك ، غير أن الزوج بوصفه رب العائلة هو المكلف بالانفاق وحسابه هو في الواقع تجرى الزوجة جميع ما تجريه من التصرفات .

لهذا فقد جرى القضاء من زمن بعيد في فرنسا - وفي مصر - على اعتبار الزوجة في اجرائها ما يتصل بمنزل الزوجية من تصرفات (وخاصة شراء حاجيات المنزل) نائبة عن زوجها نيابة ضمنية ، وبذلك يكون للغير المتعامل مع الزوجة أن يرجع على الزوج - بوصفه الأصيل في التصرف - ويلزمه بتنفيذ ما ينتج عن تصرف الزوجة من آثار وخاصة دفع ثمن المشتريات (١) .

(١) نقض فرنسي (مدني) أول يونيه سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩-٣٩٧ -
ونقض فرنسي (مدني) ٢٩ يناير ١٩٣٠ دالوز الأسبوعي ١٩٣٠-١٦١ - واستئناف مختلف
٢ مايو ١٩٣٥ - البلتان ٤٧-٢٩٣

والأساس القانوني الذي يرسى عليه القضاء الزام الزوج بتصرفات الزوجة في هذه الصور هو الانابة الضمنية الصادرة منه إليها ، اذ نجد الأحكام القضائية تشير الى أن للزوجة دائماً صفة النيابة عن الزوج بناء على وكالة ضمنية (١) ، والى أنه يفترض في الزوج أنه أعطى زوجته وكالة ضمنية في كل ما يلزم المنزل (٢) ، وهكذا فإن النيابة تقوم في نظر القضاء على انابة ضمنية صادرة من الزوج الى زوجته .

على أن مدى تلك الانابة يتحدد دائماً بضرورات المنزل ولوازم العائلة فاذا تصرفت الزوجة تصرفاً خارج هذا النطاق كأن وقعت عن زوجها كميالة أو قامت بعمليات في البورصة (٣) فلا يكون تصرفها ملزماً للزوج لخروجه عن حدود الانابة الضمنية .

هذا وان القواعد التي قعدها القضاء الفرنسي بشأن نيابة الزوجة الضمنية قد تكرست في فرنسا بالقانون الصادر في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ خاصاً بتعديل القانون المدني في مواد آثار الزواج ، اذ تنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني (معدلة بالقانون المذكور) على أن « للزوجة في جميع نظم الزواج صفة النيابة عن زوجها فيما يختص بحاجيات المنزل ولها أن تستعمل لهذا الغرض الأموال التي يضعها الزوج في يديها » .

وهكذا أصبح لنيابة الزوجة عن زوجها في فرنسا منذ صدور قانون سنة ١٩٤٢ أساس تشريعي اذ أصبحت نيابة قانونية لا حاجة معها الى تلمس الانابة الضمنية الصادرة من الزوج . على أن نص المادة ٢٢٠ المعدلة بالقانون المذكور يعطى الزوج مكنته انهاء هذه النيابة عن طريق اخطار الغير برغبته هذه وهو عين ما كانت المحاكم الفرنسية تسيّر عليه في ظل فكرة الانابة

(١) نقض فرنسي (مدني) ١٩٢٩/٦/١

(٢) استئناف مختلط ١٩٣٥/٥/٢

(٣) نقض فرنسي (عرائض) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ - سيرية ١٩٢٣-١-٢١٧

الضمنية . ولا جدال في أن اعطاء الزوج مكنة إنهاء نيابة الزوجة لا ينسجم تماما مع اعتبار تلك النيابة صادرة عن القانون ، إذ أن تلك المكنة هي بفكرة الانابة الضمنية أشبه .

على أن قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ لم يعدم في الفقه الفرنسى انتقادا مبناه تصريح ذلك القانون باتخاذ النيابة أساسا لالتزام الزوج آثار تصرف الزوجة فيما يتصل باحتياجات المنزل ، إذ يرى صاحب هذا الانتقاد أن المشرع ينبغي له ألا يدخل وضعاً قانونياً لا يزال في دور التطور ضمن إطاره فني جامد هو في هذه الخصوصية إطار النيابة . ذلك أن صنعة نظام النيابة تستتبع حتما نتائج معينة قد لا يكون من المصلحة إيقاعها ، ومن تلك النتائج الحتمية الزام الزوج وحده - بوصفه الأصيل - بآثار التصرف دون الزوجة التي تعتبر - بوصفها نائبة - بمنجاة عن تلك الآثار . ويشير المؤلف الى أن الأحكام القضائية الصادرة قبل قانون سنة ١٩٤٢ كان بعضها يلزم الزوجة والزوج معا بآثار التصرف وذلك حيطة لمصلحة الغير في بعض الأحوال كأن تكون الزوجة موسرة والزوج معسرا ، كما أن البعض الآخر من أحكام القضاء كان يلزم الزوج وحده دون الزوجة بآثار التصرف ، وبذلك كانت المحاكم تتصرف في واقعات الدعاوى بحرية تجعل قضاءها مرنا ومتمشيا مع مقتضيات الأحوال .

أما وقد صرح المشرع في قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ باتخاذ النيابة أداة فنية لتحميل الزوج آثار تصرفات الزوجة فقد امتنعت على المحاكم تلك الحرية التي كان من شأنها عدم الزام المحاكم بترتيب نتائج حتمية معينة على تصرفات الزوجة ، ذلك أن قانون سنة ١٩٤٢ وقد حدد الأساس الفنى لالتزام الزوج نتائج تصرف زوجته بأنه النيابة ، يستتبع بالضرورة إيقاع نتائج حتمية لا تنفك عن تلك الاداة الفنية التي اصطنعها المشرع ألا وهي النيابة (١) .

(١) روجيه بيرو « تأثير الصنعة في النظم القانونية على الغاية منها » باريس ١٩٥٣ - =

١٦ - وإذا كان هذا هو شأن نيابة الزوجة الضمنية عن زوجها فيما يتصل بحاجيات المنزل فإن للمحاكم المصرية تطبيقات عديدة لنيابة الزوج الضمنية عن زوجته في إدارة أملاكها وتصريف شئونها (١) ، والمحاكم المصرية متأثرة في هذا ولا شك بما جرت به العادة في مصر من تسليم الزوجة دفعة أمورها الى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها . هذا وقد صدر عن محكمة النقض حكم في ٦ مارس سنة ١٩٥٢ (٢) قرر أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على انابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يتم من وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الانابة .

ويمثل هذا الحكم الحديث لمحكمة النقض اتجاهها الى عدم الاكتفاء بمجرد قيام علاقة الزوجية للقول بوجود انابة ضمنية من الزوجة الى زوجها والى اشتراط قيام أدلة أخرى على وجود تلك الانابة تستخلص من وقائع الدعوى بالاضافة الى رابطة الزوجية . ولعل في هذا الحكم تصويرا لتطور الحالة الاجتماعية في مصر تطورا أدى الى تمتع المرأة بنصيب أكبر من الحرية في ادارة أموالها ورعاية شئونها بعد أن كانت كل أمورها الى عهد قريب بين يدي الزوج يتصرف فيها بما يراه كما كانت تقرر الأحكام القديمة التى سلفت الاشارة اليها وهو ما كان يتفق والواقع الاجتماعى في ذلك الحين .

وقيام نيابة الزوج الضمنية عن زوجته على أساس من العرف والعادة - كما تقدم - وتغير الحكم فيها بتغير العرف في الزمان والمكان هو أمر مقرر كذلك في الشريعة الغراء ، وفي ذلك يقول التسولى في شرح العاصمية :

== بند ٢٤ ص ٣٩-٤٢ ويشير المؤلف في حاشية ص ٣٩ و٤٠ الى أحكام قضائية تحاشت استعمال تعبير « الوكالة الضمنية » بقصد عدم ترتيب النتائج التى تحتتمها فكرة النيابة .

Perrot, Roger : De l' Influence de la Technique sur le But des Institutions Juridique, Paris 1953, n 24 pp. 39-42.

- (١) استئناف مصر ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ ، الحاماة ١٣-٧٧-١٨٠ - واستئناف اسكندرية ٣١ ديسمبر ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢-٣٤-٦٧
- (٢) نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٢ في الطعن رقم ٤٢ سنة ٢٠ ق المنشور في مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الثالثة - العدد الثانى رقم ١٠٣ ص ٦٠١ وما بعدها .

« والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته
فيعضى له بقبضه من هو عليه وان لم توكله عليه .. لأنه وكيل عنها
بالعادة ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرها
كذلك حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك .
ابن رشد : يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وان لم
تثبت وكالته للعرف الجارى من تصرف الأزواج لأزواجهم
في أمورهن اهـ . فان لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلا
كما عندنا اليوم .. أو كان بين الزوجين مشاركة .. فلها رد ذلك
وتضمينه ان تلف المقبوض وهو الجارى على ما في نوازل الصلح
والرهن من المعيار فيمن رهن أو باع مال زوجته فأنكرت الاذن له
أنها تحلف وترد ذلك » (١) .

هذا وان استنتاج وجود النيابة الضمنية هو - كما قررت محكمة
النقض (٢) - مسألة موضوعية مرجعها الى كل حالة بظروفها وملاساتها
المتروكة لتقديرها لقاضى الموضوع بغير معقب طالما كان استدلاله
على هذه النيابة الضمنية « استدلالا معقولا ومستخلصا من المستندات المقدمة
في الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه » .

١٧ - والاناة قد تصدر عن الأصيل موجهة الى النائب أو موجهة
الى الغير ، ففي الفرض الأول يكتفى الأصيل باعطاء النائب صفة النيابة
عنه بارادة موجهة اليه ذاته تتمثل غالبا في سند مكتوب يسلم الى النائب
وهو ما يطلق عليه في الاصطلاح الدارج لفظ « التوكيل » ، وفي الفرض
الثانى يقوم الأصيل بابلاغ تلك الارادة المسبغة على النائب صفته الى الغير ،
وهذا الفرض الثانى يحتمل صورتين - الأولى أن يقوم الأصيل بابلاغ الأناة

(١) ج ١ ص ٢٠٥ - وجدير بالملاحظة أن الشارح مراكشى من رجال القرن الثالث عشر
أما ابن عاصم ناظم الأرجوزة التي شرحها التسولى - ووردت فيها قاعدة وكالة الزوج الضمنية
مطلقة - فهو أندلسى من رجال القرن الثامن .

(٢) نقض ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ - المجموعة الرسمية ٤٣-٥٨-٩٦

الى الغير الذى سيتعاقد معه النائب بالذات ، والثانية أن يقوم الأصيل بإبلاغ الانابة الى الغير كافة بوسيلة من وسائل النشر ، وقد أصطلح على تسمية الانابة الموجهة الى النائب نفسه بالانابة الداخلية *procuracion interne* وتسمية الانابة الموجهة الى الغير بالانابة الخارجية *procuracion externe* .

ولم يتناول المشروع الذى بين أيدينا كيفية صدور الانابة من حيث توجيهها الى النائب أو الى الغير ، وكذلك فعل القانون المصرى الذى لم يتكلم عن الانابة أصلا وان كان المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى قد أورد نصا يفيد صدورهما عن الأصيل بغير تفصيل بالنسبة لتوجيهها الى النائب أو الى الغير ، وذلك النص هو نص المادة ١٥٦ فقرة ٢ من المشروع التى حذفت فى المراحل التالية ولم يتضمنها التقنين بالصورة التى صدر بها ، على أن هذا السكوت من جانب المشرع لا يتم الا عن الرغبة فى الاجاز ، ولذا فان الانابة فى القانون المصرى يصح أن توجه الى النائب كما يصح أن توجه الى الغير اذ ليس فى هذا ولا ذاك خروج على مقتضى القواعد العامة.

وعلى خلاف القانون المصرى نجد بعض التقنينات الأجنبية قد عنيت بالنص على توجيه الانابة الى النائب أو الى الغير وذلك كالقانون المدنى الألمانى فى المادة ١٦٧ منه حيث نص على أن الانابة تسبغ بتعبير عن الارادة موجه اما الى الشخص الذى سيكون نائبا واما الى الغير الذى سيتعامل معه وكقانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٣٣ منه التى تفترض فقرتها الثالثة حصول الانابة بتعبير عن ارادة الأصيل موجه الى الغير .

١٨- أما عن شكل الانابة فان المادة ٣ من المشروع تقرر فى فقرتها الثانية ما يلى :

« ومع ذلك فاذا كان محمدا للانابة شكل معين طبقا لقانون البلد الذى سيرم فيه النائب التصرف المناسب فيه فان الانابة لا تقع صحيحة الا اذا تمت فى الشكل المذكور » .

والأصل فى الانابة بوصفها تعبيرا عن ارادة الأصيل وبمقتضى قاعدة الرضائية ألا تخضع لأى شكل كان - اللهم الا من حيث الاثبات -

وعلى ذلك فيصح أن تكون الانابة شفوية ، بل قد يصح أن تكون ضمنية كما أنها قد تكون كتابية أو رسمية دون وجوب في هذا أو ذاك .

على أنه يحدث أن يكون موضوع الانابة تخويل النائب مكنة ابرام تصرف يشترط فيه القانون شكلا معيناً .. فما هو الحكم في هذه الحالة بالنسبة لشكل الانابة وهل تبقى مطلقة من الأشكال ، أم ينبغي افراغها في الشكل الواجب للتصرف الذى سيقوم به النائب ؟

والاجابة على هذا التساؤل تثير بحثا هاما تدخل فيه اعتبارات نظرية وعملية نوجز الكلام عنها فيما يلي :

نظرية النيابة فى القانون الحديث تقوم على اعتبار ارادة النائب وحدها فى التصرف الذى يجريه باسم الأصيل ولحسابه بمعنى أن ذلك التصرف انما يتعقد بارادة النائب - اما منفردة اذا كان التصرف مما يتعقد بارادة منفردة ، واما بتلاقيها مع ارادة الغير فى العقود - ومتى كانت ارادة النائب هى التى يقوم عليها التصرف ، فان شروط هذا التصرف الشكلية تتوافر متى اتخذت تلك الارادة (ارادة النائب) الشكل الذى يتطلبه القانون للتصرف وذلك بلا نظر الى ارادة الأصيل .

واذن فمقتضى الاستقلال التام بين العلاقة الداخلية التى تربط النائب بالأصيل وبين التصرف الذى يبرمه النائب (ذلك الاستقلال الذى تقوم عليه نظرية النيابة الحديثة) - مقتضى ذلك عدم تبعية أحد التصرفين للآخر من حيث الشكل . وبعبارة أخرى مقتضاه اطلاق الانابة من الشكل المشروط فى القانون للتصرف الذى سيجريه النائب تبعا لكون ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة غير ذات شأن فى التصرف المحول للنائب فى اجرائه .

وقد سائر القانون المدنى الألماني هذا النظر ، فجاءت المادة ١٦٧ منه فى فقرتها الأخيرة تقرر أن الانابة التى موضوعها القيام بتصرف يخضع لشكل معين ليست خاضعة للشكل المشروط لذلك التصرف .

واذن فللنائب في القانون الألماني أن يقوم باسم الأصل بتصرف يشترط فيه القانون الشكل الرسمي كهبة أو كرهن رسمي وذلك من غير أن تكون الانابة التي تصرف بمقتضاها صادرة في الشكل الرسمي .

وكذلك الأمر في القانون السويسري حيث استقر قضاء المحكمة الفدرالية على اطلاق الانابة من الأشكال ولو كان التصرف المناب فيه مما يلزمه الشكل الرسمي .

كما أن جانبا هاما من الفقه الايطالي يأخذ بهذه القاعدة تمشيا مع منطق النظرية الحديثة في النيابة على ما قدمناه . على أن القانون المدني الايطالي الصادر في سنة ١٩٤٢ لم يساير هؤلاء الفقهاء ، اذ جاءت المادة ١٣٩٢ منه تقرر أن « الانابة لا أثر لها ما لم تصدر في الشكل المقرر للعقد الذي يجب أن يبرمه النائب » .

وقد نحا القانون المصري الحالي هذا المنحى فنص في باب الوكالة (المادة ٧٠٠) على أنه « يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » .

كما أن مشروع الالتزامات الفرنسي - الايطالي يحوى نفس الحكم في المادة ٣٣ منه وكذلك القانون المدني الفرنسي في مواد متفرقة خاصة بالتوكيل في حالات معينة ، وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على مبدأ تبعية شكل الانابة لشكل التصرف الذي سيجريه النائب فيجب أن تكون رسمية . ان وجب أن يكون ذلك التصرف رسميا .

وهذه القاعدة موجودة كذلك في القانون الانجليزي حيث يجب أن يكون النائب في إبرام عقد رسمي حاملا لانابة مفرغة هي الأخرى في الشكل الرسمي (١)

١٩- والواقع أن حكم القانون الألماني وان اتفق مع المنطق النظري للنيابة في القانون الحديث فان التشريعات اللاتينية وما نحا نحوها قد تكون

(١) بوسيتيد ص ٤٠ ، و بولوك : " في العقود " طبعة سنة ١٩٤٦ ص ٧٩

مدفوعة فيما قررته بضرورات عملية مردها الى حكمة اشتراط الرسمية في بعض التصرفات .

ذلك أن المشرع يرمي - أكثر ما يرمي - من اشتراط الرسمية في التصرفات الى حماية المتصرف عن طريق تنبيهه الى خطورة التصرف الذي هو مقدم عليه حتى لا يقوم به الا بعد تدبر وروية ، فان جاز أن تكون الانابة في مثل هذا التصرف غير رسمية انتفت تلك الحماية التي قصدها الشارع بوساطة الشكل الرسمي وعن طريق تدخل الموظف العمومي في توثيق التصرف .

واذن فقد هدف قانوننا المدني - مسائرا في ذلك التشريعات اللاتينية - الى توفير هذه الحماية للمتصرف سواء كان يتصرف بنفسه أو بطريق النيابة وذلك باشتراط أن تكون الانابة مستوفية للشكل الذي يشترطه القانون للتصرف الذي يجريه النائب .

وقد سائر المشروع الموحد للنيابة أغلبية التشريعات في قاعدة شكل النيابة ، غير أنه جعل ذلك الشكل مرتبطا لا بشكل التصرف المناب فيه مباشرة ، وإنما بالشكل المفروض للانابة في ذلك التصرف طبقا لقانون البلد الذي سيبرم فيه النائب التصرف ، بمعنى أنه اذا كان قانون ذلك البلد يشترط الشكل الرسمي للانابة في ابرام تصرف يتطلب له القانون الشكل الرسمي وجب أن تفرغ الانابة بدورها في ذلك الشكل . وواضح أن مؤدى هذا النص ومؤدى النصوص التي تربط بين شكل الانابة وشكل التصرف المناب فيه مباشرة واحد .

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نلاحظ أن من التصرفات ما ليست لاشتراط الرسمية فيه تلك الحكمة المشار اليها ألا وهي حماية المتصرف ، وإنما تشترط فيها الرسمية لغرض آخر متصل بحماية الغير أو بضمان قدر من الجدية في التصرف أو بمصاحبة عامة يرى المشرع أنها تستوجب الشكل الرسمي .

فمن ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٩١ من قانوننا المدني القديم من اشتراط الرسمية لامكان نقل تأمينات الدين القديم الى الدين الجديد في استبدال الدين ، فالرسمية هنا لا يقصد بها الا ضمان قدر من الجدية والعلانية لحماية الغير وهو ما يتضح من نص المادة على أن الاتفاق « لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلًا مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية » .

ومثل ذلك في القانون الفرنسى الحلول باتفاق المدين مع المقرض فقد نصت المادة ١٢٥٠ مدنى فرنسى على اشتراط الشكل الرسمى في مثل هذا الاتفاق وذلك حماية للدائنين وتحزرا من أن يكون القصد من مثل هذا الحلول الاضرار بمصالحهم . وعلى ذلك فالانابة في الاقتراض مع احلال المقرض في تأمينات الدين المراد وفاءه بمبلغ القرض — هذه الانابة لا تخضع لشكل معين رغم كون التصرف الذى سيقوم به النائب مما يشترط فيه القانون الشكل الرسمى (١) .

ومن ذلك أيضا في القانون المصرى بيع السفن فانه لا يصح الا أن يكون بورقة رسمية (م ٣ من القانون التجارى البحرى) ، وليست حكمة اشتراط الرسمية هنا حماية المتصرف أو تنبيهه الى خطورة التصرف لأن بيع السفن ليس أخطر شأنًا من بيع العقارات ، وانما حكمة اشتراط الرسمية هنا هى رعاية المصلحة العامة التى تقتضى ضبط تداول السفن التى ترفع علم البلاد وتتطلب ألا يكون انتقال ملكيتها الا على يد موظف رسمى يتولى توثيق التصرف . فالانابة في بيع سفينة يصح اذن في رأينا أن تكون في غير الشكل الرسمى رغم أن عقد البيع نفسه ينبغى أن يفرغ في ذلك الشكل . وكذلك الشأن في الانابة في محو قيد الرهن الرسمى ، فالمادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى تشترط أن يكون المحرر الذى يثبت فيه رضاء المرتهن بمحو القيد مفرغا في الشكل الرسمى ، ولم يعدم هذا النص انتقادا في الفقه مرجعه

(١) انظر حكم النقض الفرنسى ٥ أغسطس سنة ١٨٩١ — دالوز ١٨٩٢-١-٢١٧ . وانظر كذلك رواست ص ١٣٣

الى أن الرسمية مشروطة في الرهن لحماية الراهن لا المرتهن فلا محل لاشتراط الرسمية في محو قيد الرهن برضاء الدائن المرتهن ، بينما أن التنازل عن الدين ذاته المضمون بالرهن لا تشترط فيه الرسمية وهو أخطر شأنًا من مجرد محو قيد الرهن الذى يقتصر أثره على التنازل عن مرتبة الرهن (١) . ومهما يكن من أمر حكمة اشتراط الرسمية فى المادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى لمحو القيد ، فلا جدال فى أن الرسمية هنا ليست مشروطة لحماية المتصرف ، ومن ثم يصح أن تكون الانابة التى يصدرها الدائن المرتهن الى الغير فى محو القيد غير مفرغة فى الشكل الرسمى وان كان مقتضى صراحة النص أن رضاء النائب بمحو القيد يجب أن يكون ثابتا بورقة رسمية .

وهذا رأى يتمشى مع منطوق النيابة فى القانون الحديث ولا يخرج فيما نرى عن حكمة المادة ٧٠٠ تلك الحكمة التى يصح أن تستفاد من اقتصار المذكورة الايضاحية على ضرب المثل بالرهن والهبة وهما تصرفان حكمة الرسمية فهما حماية المتصرف (٢) .

وجملة القول فى شكل الانابة أن الأصل فيه عدم ارتباطه بشكل التصرف المطلوب قيام النائب به وذلك كنتيجة منطقية لاستقلال التصرفين طبقا لنظرية النيابة الا فى حالة واحدة هى أن يكون اشتراط الشكل الرسمى

(١) عبد الفتاح عبد الباقي - التأمينات الشخصية والعينية - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ - بند ٢٦٧ ص ٣٨٥ حاشية ١

(٢) أنظر محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد فى العقود المسماة بند ١٦٦ ص ١٢٥ ، ومحمد على عرفه : شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والوكالة ... الخ ص ٢٨٠-٢٨١ ، حيث نجد تفرقة بين الشكل الرسمى المشروط لمصلحة المتصرف والشكل الرسمى المشروط لمصلحة الغير بحيث تكون الرسمية مطلوبة فى التوكيل بتصرف من النوع الأول فقط دون التوكيل بتصرف من النوع الثانى ، وعلى ذلك فانه « فى حالة ما اذا كانت الرسمية مشروطة لحماية الغير فان التوكيل باجراء مثل هذا التصرف يصح أن يكون بورقة عرفية أو حتى مشافهة » (عرفه : الموضوع المذكور) . ويلاحظ أن التوكيل الشفوى فى مثل هذه الصورة تعترضه عقبة عملية تتعلق باثباته أمام الموثق الذى يتولى توثيق التصرف الرسمى المناب فيه .

في التصرف الذي سيجريه النائب مقصودا به حماية المتصرف وتنبهه الى خطورة التصرف ، فهنا ينبغي - تحقيقا لمقصد المشرع - أن تكون الانابة في مثل هذا التصرف مفرغة هي الأخرى في الشكل الرسمي .

٢٠- وبعد أن ينظم المشروع شكل الانابة في الفقرة الثانية من المادة ٣ التي تناول الانابة الصادرة عن ارادة الأصيل - صريحة أو ضمنية - ينتقل في المادة ٤ الى بيان حكم الانابة المستندة الى وضع ظاهر - واقعي لا ارادي - وذلك اذ تقول المادة ٤ :

« تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر متى وجد الأول برضا الثاني في وضع من شأنه بمقتضى القانون أو العادات أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر » .

ويقول التقرير التفسيري عن هذا النص « إن الانابة قد تستخلص كذلك من الظروف متى تسبب الأصيل في وجود النائب في وضع يستتبع أن تكون له طبقا للقانون أو للعادات الجارية مكنة التصرف باسم الأصيل » .

والمشروع يكرس بهذا النص مبدأ الانابة الظاهرة الذي استقر في أحكام القضاء في مختلف البلاد والذي لا يعدم كذلك بعض التطبيقات في النصوص التشريعية .

وقوام مبدأ الانابة الظاهرة أن نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير الذي يتعامل معه الوكيل بمجرد الألفاظ التي صيغت فيها الانابة ، بل ان للظروف التي تحيط بها وللضرورات التي تقتضيها المعاملات نصيبا في تحديد مدى سلطات النائب وتعيين ما يدخل في مكنته وما يخرج عنها من التصرفات .

وهذا المبدأ كما استقرت عليه الأحكام القضائية يتطلب توفر عنصرين أحدهما شخصي والآخر موضوعي :

فالعنصر الشخصي هو حسن نية الغير الذي يتعامل مع النائب أى عدم علمه بانتفاء الانابة أو بخروج التصرف عن حدود الانابة .

والعنصر الموضوعى هو وجود مظاهر خارجية من فعل الأصيل أو يمكن نسبتها اليه (١) وتكون موحية بوجود الانابة وبدخول التصرف فى حدود مكنة النائب .

فهذا المبدأ لا يحمى مجرد الثقة التى يضعها الغير اعتبارا فيمن يظهر بمظهر النائب ، وإنما يحمى الثقة التى تبررها حالة ظاهرها وجود النيابة وتكون منسوبة الى الأصيل (٢) .

وتوفر هذين العنصرين يؤدى الى حماية استقرار المعاملات مع عدم المساس فى الوقت نفسه بمصالح الأصيل الجديرة بالحماية ، فالأصل أن الغير الذى يتعامل مع النائب هو الذى يتحمل تبعه انعدام مكنة النائب أو قصورها (مع تحفظ لا بد منه فيما يختص بحق الغير فى الرجوع على النائب) غير أن هذه التبعة تنتقل الى عاتق الأصيل كلما كان للغير أن يركن الى مظهر من فعل الأصيل مؤداه وجود الانابة أو شمول نطاقها للتصرف المبرم مع الغير (٣) .

(١) و (٢) أنظر حكم محكمة استئناف بوج ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٧ - دالوز الأسبوعى ١٩٥٨-١٠٣ ، وقد أبرز هذا الحكم وجوب صدور المظاهر الخارجية عن الأصيل أو امكان نسبتها اليه كنتيجة لاهماله أو تسامحه ، وذلك اذ تقرر المحكمة أنه :

« لى تلتزم الشركة بتصرفات مديرها الخارجة عن حدود سلطته والتى قام بها لمصلحته الشخصية يجب أن تنطوى تلك التصرفات على اساءة استعمال عنوان الشركة وأن تكون معلومة للشركاء أو أن يقروها أو يتسامحوا فيها .

وبالتالى فان مدير أحد بنوك الودائع المتخذة شكل شركة توصية بسيطة اذا أصدر بتوقيعه سندات ما يسمى *bons de gestion* لا يلزم البنك بتلك السندات طالما أن ذلك المدير لم يستعمل اسم البنك وأن الشركاء لم يعلموا بأمرها ولم يقروها ولم يتسامحوا فيها ، فضلا عن أن تصرفات المدير هذه جاءت مخالفة لغرض الشركة وطبيعتها حيث أن اصدار مثل تلك السندات ممتنع على بنوك الودائع » .

(٣) أنظر فى الانابة الظاهرة : جمال مرسى بدر - النيابة فى التصرفات القانونية ص ١٣٩ - =

ويلاحظ على نص المادة ٤ من المشروع الموحد أنه أغفل الإشارة الى العنصر الشخصى لقاعدة الانابة الظاهرة ألا وهو حسن نية الغير المتعامل مع النائب وهو عنصر أساسى لا بد من وجوده لتوفر النيابة الظاهرة ، اذ لا يكفى - كما قدمنا - وجود وضع ظاهرى من فعل الأصيل ، وانما ينبغي أن يتوفر بجانب ذلك حسن النية لدى الغير ، وبغير اجتماع هذين العنصرين لا ترجع الى الأصيل آثار تصرف النائب الظاهر .

٢١ - هذا ويتعين الاحتراز من الخلط بين الانابة الظاهرة وبين الانابة الضمنية التى تناولناها فيما تقدم من هذا البحث ، فالانابة الضمنية تستند الى ارادة حقيقية للأصيل شأنها شأن الانابة الصريحة وليس الأمر فيها الا أمر اختلاف صورة التعبير عن الارادة . ولذا فالمسألة التى تعرض لنا بصدد الانابة الضمنية هى مسألة تفسير ارادة الأصيل للتعرف على وجود الانابة وتعيين حدودها الحقيقية ، أما الانابة الظاهرة فلا تستند الى ارادة الأصيل بل عمادها الوضع الظاهر المنسوب الى الأصيل من جهة وحسن نية الغير من جهة أخرى فهى تستند الى فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعاملات بلا بحث عن ارادة الأصيل ، بل على عكس تلك الارادة متى توفر مظهر الانابة وثبت حسن نية الغير .

على أنه قد لا يتمتع أن يحدث تلازم بين المفكرتين فى بعض الصور العملية أو أن تخاطب بعض الأحكام القضائية بينهما فى تسببها لالتزام الأصيل بآثار تصرف النائب (١) .

= ١٥٣ . وحكم محكمة استئناف القاهرة فى ٨ فبراير ١٩٥٥ - مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٣٢ ص ١٠٥ مع تعليق للمؤلف . وحكم محكمة استئناف الاسكندرية الابتدائية فى ٢٦ فبراير ١٩٥٥ - مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٥٠ ص ١٥٥

(١) أنظر حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ الذى قضى بأن الحدود الظاهرة لنطاق الوكالة فى التأجير تشمل مناقشة وتحديد شروط عقد الإيجار وأهمها المدة ، وعلى ذلك فلا يجاب الموكل الى رغبته فى التحلل من عقد إيجار أبرمه وكيله مع مستأجر حسن النية لمدة تسع سنوات بمقولة أنه لم يرخص لوكيله قط فى التأجير لمثل تلك المدة الطويلة . والحكم مذکور =

٢٢ - هذه هي أحكام الانابة في المشروع الموحد من حيث طبيعتها وشكلها وكيفية صدورها ، أما من حيث الشخص الذي تصدر عنه الانابة فتقرر المادة ٥ :

« الشخص الذي تصدر عنه الانابة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لأبرام التصرف المناوب فيه ، ولكن يكفي لكي ينتج التصرف أثره بين الأصيل والغير أن يكون النائب متمتعا بأهلية التمييز وان لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لأبرام ذلك التصرف باسمه شخصيا » .

وهذه القاعدة متفقة وما هو مقرر في قوانين جميع البلاد بخصوص أهلية النائب .

فلقد حوى القانون المدني الفرنسي نصا في هذا الخصوص هو نص المادة ١٩٩٠ التي تقرر أن « النساء والقصر المأذونين يمكن اختيارهم وكلاء ، إلا أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر إلا بمراعاة القواعد الخاصة بالتزامات القصر ولا ضد المرأة المتزوجة التي قبلت الوكالة بلا ترخيص من زوجها إلا بمراعاة القواعد المقررة في باب عقد الزواج وحقوق الزوجين المتقابلة » . والفقرة الأخيرة من المادة تخص العلاقة الداخلية بين الموكل والوكيل ، وإنما يهنا هنا صدر المادة الذي يقرر أن المرأة والقاصر المأذون يصح اختيارهم وكلاء ، واذن فيجوز بمقتضى هذه المادة لناقص الأهلية أن يكون نائبا اتفاقا . ويلاحظ أن المادة وان خصت بالذكر المرأة المتزوجة والقاصر المأذون إلا أن حكمها يشمل جميع ناقصي الأهلية اذ لا موجب للتمييز بين الطائفتين المذكورتين في المادة ١٩٩٠ وبين غيرهم من ناقصي الأهلية ، فحكمة النص كما تنطبق على هاتين الطائفتين من ناقصي الأهلية

= في جازيت دى باليه ١٩٥٥-١-١١٣ ومشاراليه في المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ص ٣٣٩-٣٤٠ مع تعليق بقلم جان كاربونييه انتقد فيه التجاء هذا الحكم الى مبدأ الانابة الظاهرة ، وتناول وجوب التفرقة بين مجال الانابة الظاهرة بالمعنى الدقيق وبين مجال تحديد المدى الحقيقي للانابة عن طريق تفسير ارادة الأصيل .

تنطبق أيضا على القصر وعلى المحجورين . ومن المقرر في الفقه والقضاء الفرنسيين أن صياغة المادة ١٩٩٠ لم تكن على سبيل الحصر ولم يقصد المشرع فيها الى تعداد الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا وكلاء وأن حكمها يشمل لذلك كل ناقصي الأهلية .

وقد جاء النص على هذه القاعدة في صيغة عامة في أحدث التشريعات اللاتينية وهو القانون المدني الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ في المادة ١٣٨٩ منه ونصها « في حالة ما اذا كانت النيابة صادرة من صاحب الشأن يكفى لصحة العقد الذى يقوم به النائب أن يكون هذا الأخير متمتعا بأهلية القصد والارادة ، وبخصوص طبيعة ومضمون العقد المذكور تشترط في الأصل الأهلية القانونية » .

وقد نص القانون المدني الألماني على نفس القاعدة التى قررتها المادة ١٩٩٠ من القانون الفرنسى اذ نصت المادة ١٦٥ منه على أن « اعلان الارادة الصادر من النائب أو اليه لا يتأثر بكونه مقيد الأهلية في استعمال حقوقه » . ويقول الاستاذ سالى Saleilles تعليقا على هذه المادة : « انه من المفهوم أن يريد القانون حماية القصر فيما تختص بالتصرفات القانونية التى يجرونها لحساب أنفسهم ، ولكن أى داع لأن يحمى القانون الأشخاص كاملى الأهلية الذين يرتضون أن يوكلوا شؤونهم الى قصر ؟ » لا يكون ذلك الا اذا كانت ارادة ناقصي الأهلية ارادة لا يعتد بها القانون وتعتبر كأنها غير موجودة وهو خلاف الواقع ، اذ أن تقييد أهلية هؤلاء الأشخاص لا يرجع الى قصور حقيقى في ارادتهم وانما الى رغبة القانون في حماية مصالحهم (١) .

ويتضمن القانون السويسرى نفس القاعدة في أهلية النائب ويعملها الفقه هناك بمثل التعليل المتقدم (٢) .

(١) أنظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدني الألماني ص ٢٠٧

(٢) فون توهر ص ٣١٤ حاشية ٢٩

وفي القانون الانجليزي (الأنجلو - أمريكي) نجد أن الحكم في أهلية النائب هو بعينه ما تقدم ، فعندهم « لا يشترط في النائب الأهلية التي تشترط في الأصل فليس من الضروري مطلقا أن يكون النائب كامل الأهلية ، بل ان كل شخص فيما عدا المجنون وضعيف العقل والقاصر غير المميز ، يستطيع أن يكون نائبا عن الغير ولو أنه ليس أهلا للتصرف لحساب نفسه » (١).

وهذا الحكم مقرر في مصر وان خلا من النص عليه قانوننا المدني القديم والجديد فهو مبدأ مقرر لا يفتقر الى نص تشريعي (٢) ، كما أن هذا الحكم مأخوذه في الشريعة الاسلامية حيث يشترط في الوكيل أن يكون ممن يعقل العقد ويقصده أى أن يكون من « أهل العبارة » ويكتفى بهذا فلا يشترط اذن أن يكون كامل الأهلية ، وعلى هذا فيجوز في الشريعة الغراء توكيل القاصر والرقيق والمرد وغيرهم من ناقصي الأهلية الذين لهم عبارة معتبرة شرعا (٣).

Bowstead : A Digest of the Law of Agency, p. 8 (8th edition, London 1932) (١)

ونفس المعنى في Restatement of the Law of Agency as adopted and promulgated by the American Law Institute, Washington, 1933, vol, I, pp. 63-64.

وأنظر بوبسكورامنسيانو ص ٥٥٠ والمراجع المذكورة ثمة .

(٢) أنظر استئناف مصر ٧ مايو ١٩٣٥ - المحاماة ١٦-١٢٢-٢٩٢ « انه وان كان من اللازم أن يكون الموكل راشدا الا أنه يشترط الرشد في الوكيل اذ من له ثقة في كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسؤوليته وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل-أن يهتم بالتحري عما اذا كان بالغا سن الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هي مع الموكل لا مع الوكيل الذي لا يخرج عن كونه لسان الموكل » . ويلاحظ ما في هذه العبارة الأخيرة من ميل نحو النظرية التي تنسب الارادة التعاقدية الى الأصل . نفس المبدأ استئناف مصر ٨ يونيو ١٩١٥ - المجموعة الرسمية ١٦-٩٠-١٤٨

(٣) أنظر المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ و ١٥٨-١٥٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ ، وفتح القدير ج ٦ ص ١١٠ - وفي احد الاقوال عن الشافعي أنه يشترط في الوكيل توفر الاهلية للمعقد الموكل فيه ، أنظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤ : « وشرط الوكيل صحة مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه وإلا لم يصح توكيله اذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فاذا لم يملك الاقوى لم يملك دونه بالاولى ، لا صبي ولا مجنون ولا منغى عليه ولا نائم ولا معتوه . . . وكذا المرأة والمحرم بضم الميم في عقد النكاح ايجابا وقبولا لسلب عبارتهما فيه » ويعلق الرشيدى =

وغنى عن الذكر كما يفهم مما تقدم أن ناقص الأهلية الذى تجوز اقامته نائبا اتفاقيا يجب أن يكون متمتعا على الأقل بالتمييز وهو ما برره علماء الشريعة بقولهم « لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز .. حتى لو كان التوكيل صيبا لا يعقل أو مجنوننا كان التوكيل باطلا اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم » (١) .

٢٣ - ومن استعراض أحكام مختلف الشرائع فى هذه النقطة نستطيع أن نقرر ان القاعدة التى تنتظم كافة النظم القانونية التى تعرضنا لها هى عدم اشتراط كمال الأهلية فى النائب بالنسبة للتصرف الذى يجريه بصفته تلك والاكتفاء فيه بتوفر أصل الأهلية بمعنى أن يكون النائب ذا قصد وارادة صحيحين وان انتاب أهليته نقص يخرج عن نطاقها ذلك التصرف بعينه فما لو كان عقده لحساب النائب نفسه . وعلة هذا الحكم فى جميع تلك الشرائع ذات شقين :

(١) ففما يختص بعدم اشتراط كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة نجد العلة هى فى كون آثار ذلك التصرف راجعة بحكم النيابة الى الأصيل دون النائب وواقعة فى ذمة الأول دون الثانى .

(ب) وفيما يختص باشتراط توفر أصل الأهلية فى النائب نجد أن العلة هى أن النائب اذ يتولى ابرام التصرف عن الأصيل انما يبذل نشاطا اراديا خاصا يقوم عليه كيان التصرف القانونى ، واذن فلا معدى عن توفر أهلية القصد والارادة لديه وان يكن استعماله لتلك الأهلية فى شئون نفسه مقيدا بوجه من وجوه التقييد .

= على هذا القول فى حاشيته على النهاية (ص ١٩ من المرجع المذكور) بقوله: "قوله فاذا لم يملك الاقوى لم يملك دونه الخ . فى هذا التعليل نظر لا يخفى وعبارة غيره : لأنه اذا لم يقدر على التصرف لنفسه فلغيره أولى " . ويقول الشبراملى فى حاشيته : " لكن الصحيح اعتماد قول الصبي " .

(١) تكملة فتح القدير لقاضى زادة ج ٦ (من الفتح) ص ١٤

واذن فالحكم في النائب أن يكتفى فيه بأهلية التمييز ولا يشترط فيه كمال الأهلية للقيام بالتصرف محل النيابة ، وحكمة ذلك أنه لا يتصرف لنفسه ولا تترتب له أو عليه حقوق ولا التزامات نتيجة للعقد الذي يبرمه نائبا عن موكله .

أما عن الأصيل فإنه لما كان صاحب الشأن في العقد الذي يقوم به وكيله وكانت ذمته هي التي تتحمل بالالتزامات وفيها تقع الحقوق الناشئة عن ذلك العقد ، كان من الطبيعي أن يشترط فيه كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة ، ومن هنا جاءت القاعدة المقررة في جميع القوانين والتي مقتضاها أنه لا يجوز للشخص أن يوكل غيره في تصرف لا يملكه بنفسه .

هذا والوقت الذي ينظر فيه الى توافر شروط الأهلية المتقدمة سواء عند النائب أو عند الأصيل ، هو وقت اجراء العقد محل النيابة (١) . فالوكيل يجب أن يظل محتفظا بالتمييز لحين مباشرة العقد الذي وكل فيه ، أما اذا فرضنا أن طرأ عليه بين صدور التوكيل من الأصيل وبين اجراء العقد محل الوكالة ما أفقده أهلية التمييز فلا تعود له صفة في النيابة عن موكله ولا يكون العقد الذي يعقده ملزما للأصيل ، بل لا يكون قائما أصلا لانعدام أهليته بتاتا أي لأنه لم يعد بتعبير الشرعيين « من أهل العبارة » ، وكذلك الأصيل يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة للتصرف محل النيابة لا وقت اعطاء التوكيل ولكن وقت اجراء الوكيل للعقد الذي وكله فيه حتى لو كان الأصيل وقت التوكيل غير أهل للتصرف محل الوكالة ثم أصبح أهلا له وقت اجراء الوكيل لذلك التصرف كانت الانابة صحيحة ووقعت آثار التصرف الأصيل وعليه .

وقد اعتمد المشروع الموحد هذه القاعدة التي تسير عليها قوانين كافة البلاد على اختلاف نظمها القانونية كما رأينا ، ولم يشذ من التشريعات عن هذه القاعدة في أهلية النائب الا القانون التجاري الأسباني في المادة ٢٨٢ منه

(١) السهوري : نظرية العقد بند ٢٠٧ حاشية ١ ، ورواست ص ٥٦

ومثله بعض قوانين التجارة في بلاد أمريكا الجنوبية (شيلي م ٣٣٨ والأرجنتين م ١٣٢ والمكسيك م ٣١٠) اذ تنص أنه في المواد التجارية يجب أن يكون الوكيل الحامل لو كالة عامة كامل الأهلية (١).

وقد تكلم المشروع عن حق النائب في اناة غيره في المادة السادسة الداخلة في الفصل الخاص بنشأة النيابة . ونرى أن تناول مسألة اناة النائب لغيره في القسم الخاص بمدى الاناة لأنها مسألة متعلقة بتحديد مدى سلطات النائب ولا تعلق لها في الواقع بنشأة النيابة .

(٣)

مدى النيابة

٢٤ - مكنة النائب في ابرام تصرفات قانونية ينصرف أثرها الى الأصيل اما أن تكون مطلقة ، واما أن تكون مقيدة بوجه من وجوه التقييد .

وطبيعي أن يكون ترتب أثر النيابة - أعنى انصراف آثار التصرف الى الأصيل مباشرة - مشروطا بدخول تصرف النائب في نطاق حدود نيابته فاذا أجرى النائب تصرفا خارج تلك الحدود لم ترتب آثاره في ذمة الأصيل ، اللهم الا اذا أقره هذا الأخير .

وتقييد مكنة النائب في اجراء تصرفات ينصرف أثرها الى الأصيل مباشرة يكون بوجه من هذه الوجوه التي تؤثر في مدى النيابة كل من ناحية معينة :

١ - من حيث الزمان : فقد تكون الاناة مطلقة من هذه الوجهة ، أو تكون مقيدة بزمان معين تنقضي بانقضائه ، أو لا تبدأ الا بابتدائه فتكون معلقة على شرط موقف .

(١) قارن في الشريعة الاسلامية مذهب الشافعي على القول الذي نقلناه في الحاشية (٣) ص ٤٧

والتقييد بالزمان كما يكون صريحا بذكر تاريخ معين قد يكون ضمنيا كمن ينبغ غيره في استئجار منزل بقصد الاصطيف مثلا فتكون الانابة قاصرة على موسم الصيف بالشكل المتعارف عليه ، واذا استأجر النائب منزلا بعد انقضاء هذا الموسم يكون قد تجاوز حدود نيابته .

٢ - من حيث الشخص : فقد تكون الانابة بالنسبة للغير عموما وقد يحدد الأصيل شخص الغير الذي يتعاقد معه النائب ، وفي هذه الحالة ليس للنائب أن يتجاوز حدود نيابته بتعاقد مع شخص آخر غير من حدده الأصيل . وكما يكون تقييد الانابة من حيث شخص الغير ناتجا من صيغتها الموجهة للنائب ، يكون كذلك ناتجا من مجرد توجيه الانابة الى شخص معين من الغير ، فالانابة الخارجية الموجهة الى شخص معين هي دائما انابة مقيدة من حيث الشخص فتعاقد النائب مع شخص خلاف من وجهت اليه الانابة خارج عن حدود نيابته ولا يترتب عليه انصراف الآثار الى الأصيل .

٣ - من حيث الموضوع : فقد تكون الانابة خاصة بتصرف واحد معين فلا تتعداه الى سواه ، وقد تكون عامة في جميع التصرفات ، كما قد تشمل نوعا أو أنواعا معينة من التصرفات أو فرعا دون غيره من فروع نشاط الأصيل ، وقد تقيد بأوصاف معينة في التصرفات التي يجريها النائب كأن لا تتجاوز قيمتها مبلغا معيناً ، أو لا يترتب عنها على الأصيل المسؤولية محدودة .

٤ - من حيث الشكل : فقد تكون الانابة مقيدة بوجوب أن تكون تصرفات النائب مع الغير في شكل معين كمن يخول نائبه مكنة التعاقد باسمه بالكتابة فقط ولا يقبل أن تدخل تعهدات النائب الشفوية في حدود النيابة . هذا ويتعين أن يثبت هذا القيد الوارد على شكل التصرفات التي يجريها النائب في ذات السند المثبت للانابة حتى يحيط به الغير علما ، أما تقييد الأصيل لنائبه من حيث شكل تصرفات النائب بتعليمات شفوية أو مكتوبة صادرة من الأصيل الى نائبه فيأخذ حكم سائر تعليمات الأصيل المتعلقة بالعلاقة الداخلية بينهما والتي سنتكلم عنها فيما يلي (فقرة ٢٥) .

٥ - وأخيرا قد تكون الانابة معلقة على شرط فلا توجد الا بتحقيقه ويكون تصرف النائب قبل تحقق الواقعة المشروطة خارجا عن حدود نيابته وغير مرتب لآثار في ذمة الأصيل .

ووجوه التقييد والاطلاق المشار اليها تلخص من التعبير عن ارادة الأصيل في الانابة أو من تفسير تلك الارادة ان كان يعوزها الوضوح .

فاذا كانت ارادة الأصيل المتجلية في الانابة صريحة في بيان حدود النيابة وتعيين مداها فلا تعرض صعاب في هذا الصدد والا وجب اللجوء الى تفسير تلك الارادة .

وقد تناول المشروع الموحد مدى النيابة في المادة ٧ التي نصها :

« اذا لم تذكر في الانابة التصرفات التي ينحول للنائب في ابرامها فيعتبر النائب منحولا له في ابرام جميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذي من أجله صدرت الانابة » .

وهكذا لم يقيد المشروع الانابة الواردة في عبارات عامة بأنها تنصب على أعمال الادارة دون أعمال التصرف كما فعل القانون المصري (م ٧٠١) والقانون الفرنسي (م ١٩٨٨) والمشروع الفرنسي - الايطالي (م ٥٦٩) ، وانما ربط بين مدى الانابة العامة وبين الغرض الذي من أجله صدرت تلك الانابة فجعل نطاق سلطة النائب شاملا كافة التصرفات الضرورية لتحقيق ذلك الغرض .

٢٥- ونرى أن حكم المشروع في هذا الخصوص يتوجه اليه النقد ، وذلك لأن الغرض الذي من أجله ينوب الأصيل النائب أمر متعلق بالعلاقة بين النائب والأصيل فهو عنصر من عناصر الوجه الداخلي لرابطة النيابة لا يلم به الا طرفا تلك العلاقة . أما الغير الذين يتعامل معهم النائب فلا تتسنى لهم معرفة الغرض الذي من أجله صدرت الانابة مادام نصها خلوا من الاشارة اليه ولم يخلص لهم ذلك الغرض من الظروف التي يعرفونها .

ذلك أن الأصل أن تحديد مدى النيابة أمر يرجع الى ارادة الأصيل المتجلية في الانابة ، وأن المسألة في حالات الغموض والاستبهام هي مسألة تفسير تلك الارادة على ضوء ظروف الحال .

غير أن الانابة قد تصدر من الأصيل في صيغة عامة وانما ترتبط بغرض معين معلوم للأصيل وللنائب ، كما أن الانابة قد تقرن بتعليقات صادرة من الأصيل الى نائبه خاصة بكيفية استعمال النائب للمكنة المخولة اليه بمقتضى الانابة ومبينة للظروف والأحوال والشروط التي قد يشاء الأصيل أن يقيد بها استعمال تلك المكنة .

وهنا يثور التساؤل عن مقدار ارتباط ذلك الغرض الذي صدرت الانابة بالنظر اليه وتلك التعليقات الصادرة من الأصيل الى نائبه بموضوع البحث في مدى النيابة ، وهل لها تأثير في تحديد ذلك المدى ، وهل ينبغي وضع موضع الاعتبار عند تعيين حدود مكنة النائب في ابرام تصرفات مع الغير باسم الأصيل ؟

والواقع عندنا أن تلك التعليقات لا يمكن اعتبارها عنصرا من عناصر الانابة وانما هي تتعلق بالعقد الذي تستند الانابة اليه من وكالة أو غيرها ، فتعليقات الأصيل تلزم النائب بمقتضى الوكالة (مثلا) التي تربطه بالأصيل بأن يتصرف في حدود تلك التعليقات وأن يراعى الغرض الذي من أجله صدرت الانابة ، ولكنها لا تقيد من المكنة القانونية المخولة له بمقتضى الانابة اذا جاءت هذه الأخيرة غير مقيدة بمثل ما يرد في التعليقات .

مثال ذلك :

(أ) ينب عنه (ب) في شراء عقار في منطقة معينة ويصدر اليه في الوقت نفسه تعليمات خاصة ببعض أوصاف العقار المطلوب شراؤه كأن لا يقل عن مساحة معينة أو لا يزيد ثمنه على مبلغ معين ، فاذا اشترى الوكيل عقارا في المنطقة المحددة في الانابة ولكن مخالفا للأوصاف

الواردة بتعليمات الأصيل ، فإن العقد مع ذلك تنصرف آثاره الى الأصيل لدخوله في حدود النيابة ، ولكن يبقى للأصيل أن يرجع على نائبه بما يستتبعه مخالفة هذا الأخير لالتزاماته الناجمة عن عقد الوكالة أعني وجوب اتباع تعليمات الموكل .

وقد لا يكون أمثال الحالة السالفة الذكر مما يندر وقوعه في العمل وذلك لأنه يحدث كثيرا أن تصاغ الانابة في عبارات عامة تسهила لتعامل النائب مع الغير وتمكيننا كذلك للنائب من تدبر مصلحة الأصيل بشيء من التصرف على أن يقيد النائب بالغرض الذي من أجله صدرت اليه الانابة وبالتعليمات التي تصدر اليه من الأصيل ، وهذا الغرض وتلك التعليمات انما تخص العلاقة الداخلية بينه وبين الأصيل من وكالة أو عمل ... الخ . فلا أثر لها - على ما قدمنا - في تقييد المكنة المخولة للنائب بمقتضى الانابة (١) .

وليس هذا الا نتيجة طبيعية لقاعدة استقلال الانابة عن العقد الذي تصدر بمناسبةه وتمشيا مع التمييز بين وجهى النيابة : وجه العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وبحكمها ما يربطهما من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك ، ووجه العلاقة الخارجية التي تربط الأصيل بالغير بواسطة الانابة وكنتيجة لاستعمال النائب للمكنة التي تخوله اياها هذه الانابة .

٢٦- وظاهر أن عدم الاعتراف في تحديد مدى النيابة بالتعليمات الصادرة من الأصيل أو بالغرض الذي من أجله صدرت الانابة هو أمر يقتضيه

(١) حكم الاستئناف المختلط ١٨ أبريل ١٩٣٩ - المحاماة ٢٠-٥٧٣-١٢٦٥ « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذي تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذي يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » .

وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ - المحاماة ٣٨-٥١٤-١١٢٥ : « متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه في حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل وذلك لأن عبارات التوكيل اذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فن حق الغير أن يطمئن الى ذلك التوكيل ويتعامل على أساسه » .

استقرار المعاملات طالما كان ذلك الغرض وتلك التعليمات أمرا منحصرا بين الأصيل والنائب ومتعلقا بالعلاقة الداخلية بينهما تلك العلاقة التي لا يفترض في الغير العلم بها أو التحرى عن تفاصيلها .

وقد أبرزت محكمتنا العليا في حكم حديث لها (١) التفرقة التي نوهنا بها بين وجه علاقة الأصيل بالنائب وبين وجه العلاقة التي تربط الغير بالأصيل عن طريق النيابة فقررت أنه :

« متى كان التوكيل الصادر الى وكيل المطعون عليهما يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين في حدود هذه الوكالة قد استوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين على جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما وكان الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بهذا الصلح واذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكله ، فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته ، وإنما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة » .

وليست لنا على هذا المبدأ القويم الا ملاحظة لفظية وذلك حيث تقول محكمة النقض أن « هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته » ، والأصوب عندنا أن يستبدل لفظ « الانابة » بلفظ « الوكالة » . فالصحيح أن يقال ان ما قد يقع في عقد الصلح الذى يبرمه الوكيل من غبن لا يؤدي الى اعتبار الوكيل متجاوزا حدود الانابة الصادرة له من موكله ومن ثم ينفذ تصرفه في حقهم ، أما عقد الوكالة الذى يربط الوكيل بموكله فهو يلزمه بتحرى مصلحة الموكل وببذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ الوكالة (المادة ٧٠٤ مدنى) . وعلى ذلك فتى أبرم الوكيل عقدا

(١) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ - المحاماة ٣٥-٣٤٦-٣٨٧

فيه غبن على الموكل كان مسئولاً عن ذلك أمام موكله في نطاق عقد الوكالة^(١)، ولذا تقول محكمة النقض - بحق - أن « محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله » أي أنه مسألة متعاقبة بعقد الوكالة والتزامات الطرفين فيه لا بالانابة في ذاتها . وقد تقدم لنا التمييز - بقدر ما يتسع له المجال - بين الانابة وبين ما ترتبط به من عقود تربط الأصيل بالنائب وأهمها في العمل وأكثرها ذيوغاً عقد الوكالة^(٢).

لكل ذلك كان يستحسن ألا يربط المشروع الموحد بين مدى النيابة وبين الغرض الذي من أجله صدرت الانابة من الأصيل إلى النائب ، بل كان الأحرى أن توضع قواعد معينة يستهدى بها القاضى في تفسير الانابة العامة وتحديد مداها كما تفعل غالبية التشريعات وكما فعل القانون المدني المصرى في المادة ٧٠١ وما بعدها .

هذا وإن المشروع الموحد نفسه قد راعى في موضع آخر أن الغرض الذى صدرت من أجله الانابة أمر يخص النائب والأصيل في علاقتهما الداخلية ولا يفترض في الغير العلم بذلك الغرض إلا إذا كان ظاهراً من صيغة الإنابة نفسها ، وذلك اذ ينص المشروع في المادة ٢٣ منه - في حالة الانابة الصادرة لصالح النائب أو لصالح الغير - على أن عزل النائب أو تقييد مكنته لا يكون له أثر قبل الغير « إذا كان في وسع هذا الأخير أن يلم من واقع الانابة

(١) أنظر نقض ٨ ديسمبر ١٩٥٥ - «مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ٢٥ عاماً» - ص ٢٨٠ ١٢٢٨ رقم ٨٥ :-

القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش إنما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه في النظر ولا يتعدى ذلك إلى المستحقين ولايسرى عليهم لأن الناظر إذا كان يتقاضى أجراً يعتبر مسئولاً أمامهم عن تقصيره وفقاً للقواعد الخاصة بعقد الوكالة واذن فبمى كان الواقع هو ان ناظر الوقف الذى يتقاضى أجراً قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش فان الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بهذه الاجرة في علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لا يكون قد خالف القانون

(٢) ينظر في تفصيل التفرقة بين الانابة وبين الوكالة كنانا « النيابة في التصرفات القانونية »

الاسكندرية ١٩٥٤ ، ص ٨٥-٩٩

نفسها بالغرض الذى صدرت من أجله » ومعنى هذا النص أن الغرض الذى من أجله صدرت الانابة اذا لم يكن ظاهرا من صيغة الانابة نفسها فان الغير يفترض فيه عدم الامام بذلك الغرض وبالتالي فلا يقتضى الأمر حمايته بمنع عزل النائب أو تقييد مكنته طالما أن الغير - وهو يجهل ذلك الغرض - لم يكن ليعلق عليه أهمية ولم تكن لتنبعث في نفسه ثقة معينة مصدرها ذلك الغرض ويقتضى الحال حمايتها .

٢٧- وما يدخل في تحديد مدى النيابة وتعيين حدودها معرفة ما اذا كان لأحد النواب المتعددين مكنة الانفراد بالتصرف باسم الأصيل أم يتعين اجتماعهم على هذا التصرف . فقد يحدث في العمل أن ينيب الأصيل عنه أكثر من نائب واحد فيكون أمر معرفة امكان انفراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماعهم عليه أمرا يرجع الى تحديد مدى نيابة كل منهم . ويتوقف حل هذه المسألة ككل المسائل المتعلقة بمدى النيابة على تعرف ارادة الأصيل في الانابة أو تفسير هذه الارادة ، فاذا كانت الانابة صريحة في امكان انفراد أحد النواب المتعددين بالتصرف أو في وجوب اجتماعهم تحدد مدى نيابتهم على الوجه الوارد بالانابة . غير أن هذا المدى قد يتبين من تفسير ارادة الأصيل على ضوء ظروف الحال اذا لم يتبين من صريح تلك الارادة ، فاذا فرضنا مثلا أن الأصيل قد أعطى كلا من النائبين عنه صك انابة مستقلا كان مفهوم ذلك امكان انفراد كل منهم بالتصرف بعكس ما اذا كان قد أعطاهم صك انابة واحدا ففى هذا الفرض يتعين اجتماعهم على التصرف .

وهذا ما تقرره المادة ٩ من المشروع الموحد اذ تنص على أنه :

« اذا صدرت الانابة لعدة أشخاص في صك واحد من أجل ابرام نفس التصرف باسم الأصيل افترض وجوب اجتماعهم على ابرام ذلك التصرف » .

وهو نفس الحكم الذى ينص عليه القانون المدنى المصرى في المادة ٢/٧٠٧ على أن القانون المصرى يخفف من حدة هذه القاعدة في الأحوال

التي لا خطر فيها على مصلحة الأصيل من انفراد أحد النواب المتعددين بالتصرف وذلك اذ تقول المادة ٧٠٧/٢ :

« اذا عين الوكلاء في عقد واحد دون أن يرخص في انفرادهم في العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الرأي كقبض الدين أو وفائه » .

والاستثناء الوارد بآخر هذه الفقرة يتضمن حكما مستحدثا لم يكن منصوصا عليه في المادة المقابلة من التقنين القديم وهي المادة ٥١٩ ، كما أنه لم يكن موجودا في المشروع الأول لتنقيح القانون المدني المصري وانما أضيف الى المادة ٧٠٧ عند نظر القانون في مجلس النواب « لازالة لبس عرض في العمل » ، كما ذكرت اللجنة التشريعية في تقريرها . وحكمة هذا الاستثناء واضحة من حيث انتفاء علة وجوب اجتماع النواب المتعددين على تلك التصرفات التي لا تحتاج الى تبادل الرأي والتي لا خطر منها على مصلحة الأصيل .

والمشروع الموحد الذي بين أيدينا لم يورد مثل هذا الاستثناء من قاعدة اجتماع النواب المتعددين على التصرف الواحد فجاءت تلك القاعدة مطلقة في المادة ٩ من المشروع كما رأينا ، على أن التقرير التفسيري للمشروع يوضح أن القرينة التي تضعها تلك المادة ليست مطلقة فهي تقبل اثبات العكس أي أنه يجوز أن يثبت ذوو الشأن أن ارادة الأصيل قد انجهدت الى خلاف حكم تلك القاعدة .

وإذا كانت الانابة الصادرة لأكثر من نائب تازمهم بالتصرف مجتمعين فان ذلك لا يعني حتماً وجوب اجتماعهم على التصرف في وقت واحد حتى تنتج النيابة أثرها ، ذلك أن وجوب تصرفهم مجتمعين معناه موافقتهم

جميعا على التصرف (١). واذن فمن المتصور أن يتعاقد أحد النواب المتعددين مع الغير في تاريخ معين ثم تصدر موافقة سائر النواب في تواريخ لاحقة ، وفي هذه الحالة لا تعتبر النيابة تامة ولا ينتج العقد أثره في ذمة الأصيل الا من وقت موافقة آخر انواب أى من وقت اكتمال التعبير عن ارادتهم في العقد المبرم مع الغير .

وحكم الشريعة الاسلامية في حالة تعدد النواب المعينين في انابة واحدة هو نفسه حكم المشروع الموحد وحكم القانون المدنى المصرى ، فالمقرر في الشريعة الغراء أنه « لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين معا - كوكلتكما بكذا - وحده ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن الا فيما اذا وكلهما على التعاقب » (٢) ، وكذلك « لو وكل رجلين ببيع شىء وأحدهما عبد أو محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر .. ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه ما رضى برأيه وحده » (٣) ، و« اذا وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لأنه لم يأذن له في ذلك وانما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ... فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف » (٤) .

(١) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ "مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما" ص ٢٣٩ رقم ٤٨ : « المقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المشروط لهما في التصرف مجتمعين اذا تصرف بإذن صاحبه أو باجازه نفذ تصرفه صريحة كانت الاجازة أو ضمنيه ، فاذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا ، صح تصرفه متى صدرت من شريكه في الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف » .

(٢) ابن عبدبن ج ٤ ص ٤٢٦

(٣) المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ . وانظر كذلك ص ٥١ في جواز الانفراد اذا لم يكن تعيين النواب بصلك واحد « واذا وكل رجلا ببيع عبده هذا ثم وكل آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده » .

(٤) المغنى ج ٥ ص ٢١٤

وإذا كان المشروع الموحد قد اختار قاعدة وجوب اجتماع النواب المتعددین على التصرف في حالة عدم الترخيص لهم في الانفراد كما فعل المشرع المصری وغيره وكما هو حکم الشريعة الاسلامیة ، فان من تشریعات البلاد الأخرى ما لا يتبع هذه القاعدة وذلك كالقانون المدنی الایطالی (م ۱۷۱۶ و ۲۲۰۳) وقانون الالتزامات البولونی (م ۱۰۲) والقانون المدنی الشیلی (م ۲۱۲۷) . فهذه التشريعات كلها تنص على امکان انفراد كل واحد من النواب المتعددین بالتصرف باسم الأصيل في حالة خلو الانابة من النص على وجوب تصرفهم مجتمعین . كما أن هناك تشریعات اختطت سبیلا مغایرا اذ اعتبرت النواب المتعددین بديلا أحدهم من الآخر وبالترتيب الذی ترد به أسمائهم في الانابة ، بمعنى أن النائب الذی يذكر اسمه في الانابة بعد اسم غيره لا تكون له صفة التصرف باسم الأصيل الا اذا تعذر ذلك على من يسبقه وهذا هو حکم القانون المدنی البرازیلی (م ۱۳۰۴) .

۲۸- ومن المسائل الی يتوقف حلها على تعرف مدى النيابة مسألة انابة النائب غيره في ابرام تصرف باسم الأصيل فان جواز تلك الانابة للنائب أو امتناعها عليه رهن بحدود مكنته الی قد يدخل فيها أو يخرج عنها انابة غيره عن نفسه حسب الأحوال .

وفي هذا الصدد تقول المادة السادسة من المشروع الذی نستعرضه ما يلي :

« لا يجوز للنائب أن ينیب عنه غيره الا بترخيص صریح من الأصيل . ومع ذلك فتكون انابة النائب غيره جائزة ولو بغير الترخيص الصریح المنوه عنه وذلك في الأحوال الثلاثة الآتية :

۱ - اذا كان الحق في انابة الغير متفقا وحکم القانون في البلد الذی یرم فيه النائب التصرف المناب فيه طبقا للانابة .

۲ - اذا كان الحق في انابة الغير یخلص ضرورة من طبيعة التصرف المذكور .

٣ - اذا تعذر على النائب نتيجة لظرف أو واقعة خاصة به أن يبرم التصرف المناب فيه وكانت مصلحة الأصيل تقتضى عدم تأجيل ابرام التصرف .

وفى الأحوال التى تكون انابة الغير فيها جائزة يعتبر نائب النائب نائبا مباشرا عن الأصيل » .

واذن فالأصل فى حكم المشروع الموحد هو امتناع انابة الغير ما لم يرخص الأصيل للنائب بذلك صراحة ، وقد كان على واضعى المشروع أن يختاروا فى هذا الصدد بين اتجاهين بارزين فى مختلف قوانين الدول :

الاتجاه الأول : هو اتجاه القانون الفرنسى والقوانين المستمدة منه أو المتأثرة به ومؤداه امكان قيام النائب بانابة غيره عنه بصرف النظر عن الترخيص له من الأصيل فى تلك الانابة ما لم يكن ممنوعا من ذلك بصريح نص الانابة .

والاتجاه الثانى : هو اتجاه القانون الانجليزى وقوانين بلاد الشمال والقانون التجارى فى كل من المانيا والنمسا ، ومؤدى هذا الاتجاه حظر انابة النائب غيره ما لم يكن مرخصا له فى ذلك صراحة من الأصيل .

وقد انحاز واضعو المشروع الموحد لهذا الاتجاه الثانى معتبرين اياه أكثر عدالة من الاتجاه الأول لكون الأصل فى اختيار النائب خضوعه لاعتبارات شخصية راعاها الأصيل وقد لا تتوفر تلك الاعتبارات فيمن ينبيه النائب عن نفسه .

على أن المادة ٦ من المشروع الموحد تورد ثلاثة استثناءات من قاعدة عدم جواز انابة النائب غيره يرجع أولها الى قانون البلد الذى يتعين على النائب طبقا للانابة أن يبرم فيه التصرف المناب فيه ، فاذا كان قانون ذلك البلد يميز للنائب انابة الغير بغير حاجة الى ترخيص صريح جاز له أن يفعل ذلك . على أن التقرير التفسيرى يضيف أن هذا الاستثناء لا ينطبق

الا في حالة ابرام التصرف في ذات البلد الذى حدده الأصيل في الانابة وذلك حتى لا تترك للنائب حرية اختيار البلد الذى يجيز قانونه انابة الغير فيبرم فيه التصرف مستفيدا من رخصة الاستنابة عن نفسه .

وإذا كان المرجع في هذا الاستثناء الى قانون البلد المفروض أن يبرم فيه التصرف النائب فيه كان من المفيد أن نرجع الى حكم القانون المصرى في شأن انابة النائب غيره .

تنص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى على أنه :

« اذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، أما اذا رخص للوكيل في اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسئولاً الا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » .

وظاهر من هذا النص أن للنائب الاتفاقى - ولو كان غير مرخص له في ذلك - أن ينوب عنه في اجراء التصرف الذى تقع آثاره مباشرة في ذمة الأصيل ، وكل ما هنالك من فرق بين حالة وجود الترخيص بالانابة وبين حالة عدم وجود ذلك الترخيص هو في المسئولية التى تقع على الوكيل فهو في حالة الترخيص بالانابة عن نفسه لا يسأل الا عن خطئه في اختيار النائب ، أما في حالة انابة غيره عنه بدون ترخيص فيكون مسئولاً عن عمل ذلك النائب كمسئوليته عن عمله هو . وهذه المسئولية التى يضيق نطاقها في حالة وجود الترخيص ويتسع في حالة عدم وجوده ليست مما يهمنى ونحن بصدد الأحكام العامة للنياحة لأن تلك المسئولية أمر يتصل بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل أى بعقد الوكالة وهو ما يخرج عن موضوعنا ، أما ما يتصل بهذا الموضوع فهو أن حكم النياحة - بمعنى انصراف أثر التصرف الى الأصيل - يجرى في كل حالات انابة النائب غيره عن نفسه

في ابرام التصرف اذ ترجع آثار تصرف نائب الوكيل الى الأصيل رأساً بلا نظر الى كون الوكيل مرخصاً له في عقد الوكالة بانابة غيره أو غير مرخص له بذلك .

هذا وأن الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠٨ التي تنص على أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة - وهي القاعدة نفسها التي تضمنتها الفقرة الأخيرة من المادة ٦ من المشروع الموحد - ليست الا تطبيقاً للقاعدة العامة في أثر النيابة ، فما دامت الانابة الصادرة من النائب الأصيل الى غيره داخلية في نطاق نيابته فانها تكفل تصرف يرمه النائب باسم الأصيل وفي حدود النيابة تقع آثارها في ذمة الأصيل رأساً ويرتبط بها الأصيل مع الغير الذي تعامل معه النائب مباشرة ، ومن ثم كان لكل من الأصيل ونائب النائب أن يرجع على الآخر بدعوى مباشرة .

وقد كان خلو القانون المدني الفرنسي من نص مماثل على حق الرجوع بالدعوى المباشرة بين نائب الوكيل والأصيل سبباً في اختلاف الفقهاء في جواز ذلك ، فذهب فريق من بينهم بلانيول وريبير وسافاتييه الى عدم جواز رجوع نائب الوكيل على الأصيل بدعوى مباشرة على أساس أن الدعاوى المباشرة لا يصح التوسع في قبولها . وهذا القول مردود بما تقدم لنا من أن ثمة علاقة تعاقدية بين الأصيل ونائب الوكيل أنشأها الوكيل الأصيل في حدود وكالته ، وعلى ذلك فدعوى أحدهما على الآخر ليست من قبيل الدعاوى المباشرة بين من لا تربطهم علاقة تعاقدية وهي وحدها الدعاوى التي تحتاج الى نص يقررها وينبغي عدم التوسع في قبولها . أما القضاء الفرنسي فليس بين أحكامه ما تعرض لهذه المسألة الا القليل من أحكام المحاكم الابتدائية (١) التي أجازت لنائب الوكيل الرجوع على الموكل بدعوى مباشرة .

(١) محكمة السين في ٤ يناير ١٨٩٣ - جازيت دي باليه ١٨٩٣-١-٦٩٢ . وانظر رواست ص ١٥٠ حيث يقرر أن مسألة الدعوى المباشرة غير ذات أهمية في العمل اذ يجوز دائماً لنائب الوكيل أن يرجع على الأصيل بدعوى الاثراء على حساب الغير لاسترداد ما يكون قد أنفقه من مصروفات لمنفعة الأصيل وذلك بصرف النظر عن امتناع رجوعه على الأصيل بالدعوى المباشرة المستندة الى عقد الوكالة .

ويلاحظ ما بين نص المادة ٧٠٨ من القانون المدني الحالي وبين نص المادة ٥٢٠ المقابلة لها من القانون المدني القديم (١) من اختلاف اذ كان النص القديم يجرى هكذا « يجب أن يكون الاذن للوكيل بانابة غيره صريحا في سند التوكيل » ، مما يصح معه القول بعدم جواز انابة الوكيل غيره عن نفسه اذا جاء التوكيل خلوا من أى نص على ذلك . غير أن القضاء كان يجرى في تطبيق تلك المادة على طريقة لا تبعد عن مدلول نص المادة ٧٠٨ الجديدة اذ قضى بأنه « ان كانت المادة ٥٢٠ من القانون المدني تستلزم أن يكون الاذن للوكيل بانابة غيره صريحا في سند التوكيل ، الا أنه اذا كانت طبيعة عمل الوكيل لا تتفق وقيامه شخصا بالعمل الموكل اليه فان سند التوكيل يحمل في طياته ضمنا الاذن بانابة الغير » (٢) . كما قضى بأن « المادة ٦٣٦ مدني مختلط (المقابلة للمادة ٥٢٠ أهلي) التي تحظر على الوكيل الذي لم يرخص له صراحة أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة لا تقتضي بطلان تصرفات نائب الوكيل ، وللغير الذي تعامل مع نائب الوكيل بحسن نية في حدود الوكالة أن يطلب اقرار التصرفات المبرمة مع نائب الوكيل كما لو كانت قد أبرمت مع الوكيل نفسه » (٣) .

وعلى هذا فان المادة ٥٢٠ من القانون المدني القديم في تطبيقات القضاء لها لم تكن لتختلف كثيرا عن المادة ٧٠٨ من القانون المدني الحالي من حيث نفاذ تصرف نائب الوكيل في حق الموكل بصرف النظر عن وجود الترخيص للوكيل بانابة غيره ، ذلك الترخيص الذي يقتصر أثره على تحديد مدى المسؤولية فيما بين الموكل والوكيل .

على أنه اذا جاء النص على منع الوكيل من انابة غيره صريحا في سند التوكيل فان الأمر حينئذ يكون متعلقا بمدى نيابة ذلك الوكيل ، ويكون

(١) المقابلة للمادة ٦٣٦ من القانون المدني المختلط والمادة ١٩٩٤ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) ميت غمر الجزئية ٢٦ مايو ١٩٣٥ - الحمامة ١٥ القسم الثاني رقم ٣٤١ ص ٤٢٩

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٩٣١ - البلتان ٤٣-٣٠٩

في ائابة غيره عن نفسه رغم وجود الحظر الصريح خروجاً عن حدود النيابة ولا يكون تصرف نائب الوكيل نافذاً في حق الأصيل - شأن كل تصرف لا يدخل في نطاق مكنة النائب - اللهم الا اذا أقره صاحب الشأن أى الأصيل.

القاعدة اذن أن مدى النيابة الاتفاقية يشمل ائابة النائب غيره عن نفسه في جميع الحالات باستثناء واحد هو حالة التصريح بمنع النائب من ائابة غيره (١) ، ففي هذه الحالة وحدها يعتبر التصرف الذي يرمه نائب النائب حاصلًا خارج حدود المكنة المعطاة من الأصيل لنائبه ويأخذ حكم سائر التصرفات الخارجة عن حدود النيابة .

والاستثناء الثاني الذي تورده المادة ٦ من المشروع الموحد على قاعدة عدم جواز ائابة الغير يرجع الى طبيعة التصرف المناب فيه ، وهو استثناء تمليه الضرورة العملية بل هو يكاد يستند الى ارادة ضمنية للأصيل ، لأنه اذا كانت طبيعة التصرف لا تتفق وامكان قيام النائب به شخصياً فان ائابة تتضمن في طياتها الاذن بانابة الغير . وهذا الاستثناء أجمعت عليه كذلك مختلف مذاهب الشريعة الاسلامية ، فالأصل في الشريعة الغراء امتناع ائابة النائب غيره ما لم يأذن له الأصيل صراحة ، فحكم الشريعة في هذا الخصوص يتفق والاتجاه الثاني من الاتجاهين اللذين سلفت الاشارة اليهما وهو الذي اختاره المشروع الموحد (٢) . غير أن فقهاء الشريعة يستثنون من هذا الحظر الحالة التي تكون فيها طبيعة التصرف تقتضى ائابة الغير فيه ، اذ نجد في « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٢٩) قوله « وان لم يتأت

(١) روست ص ١٤٦ وبويسكو - رامنسيانو ص ٢٧٥

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ « (التوكيل) هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم .. بكل ما يباشره الموكل بنفسه لنفسه .. قوله (لنفسه) أخرج الوكيل فانه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه » . وص ٤٢٨ « الوكيل لا يوكل غيره الا باذن أمره لوجود الرضا » . والمبسوط ج ١٩ ص ٣١ « الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به .. (لأن) الموكل رضى برأى الوكيل الأول والناس يتفاوتون في الرأى » . ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٩ « وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ما وكل فيه » . ونفس المعنى في الأم ج ٣ ص ٢٠٧ - والمعنى ج ٥ ص ٢١٥

ما وكل فيه لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل في العادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله يقصد به الاستنابة» ، كما نجد في « المغني » (ج ٥ ص ٢١٥) قوله : « اذا كان (التصرف الموكل فيه) مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه .. (وكذلك) أن يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله كله لكثرتة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل » .

وهذا هو حكم سائر مذاهب الشريعة الغراء .

أما الاستثناء الثالث الذي جاءت به المادة ٦ من المشروع الموحد فهو مأخوذ عن المادة ٢٥٤ من القانون المدني السوفيتي ، وهو يخص الحالة التي يتعذر فيها على النائب ابرام التصرف وتستدعي المصلحة العاجلة للأصيل عدم تأجيل ابرامه ، فهنا يجيز النص للنائب أن ينيب عنه غيره في ابرام التصرف لحساب الأصيل .

والواقع أن هذه الحالة تدخل في عموم قاعدة الفضالة اذ مع توفر الاستعجال وارتباط مصلحة صاحب الشأن بابرام التصرف يستطيع الفضولي أن يبرمه بالنيابة عنه فكان أولى أن تمتد نيابة النائب غير المصرح له بانابة الغير الى تلك الانابة في الظروف المتقدمة .

٢٩- لم يتعرض مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص لمسألة هامة تتصل بمدى النيابة وهي مسألة تعاقد النائب مع نفسه ، ولما كنا قد التزمنا في هذا البحث استعراض أحكام ذلك المشروع والتعليق عليها فلن نتناول مسألة التعاقد مع النفس ونكتفي هنا بمجرد الاشارة الى هذه المسألة التي يجدها القارئ مستوفاة في مظانها (١) .

(١) « النيابة في التصرفات القانونية » (المرجع الذي سلفت الاشارة اليه) ص ١٢١-١٢٧ والمراجع المشار اليها فيه .

٣٠- متى تحدد مدى النيابة وتعين نطاق سلطة النائب ، فان كل تصرف يبرمه داخل ذلك النطاق ينتج آثاره مباشرة لدى الأصيل - وهذا ما سنتناوله تفصيلا عند الكلام في أثر النيابة - أما تصرف النائب الذى يجاوز به مدى نيابته ويخرج عن نطاقها فلا ترجع آثاره الى الأصيل الا أن يقره هذا الأخير .
وبخصوص الاقرار^(١) ratification تقول المادة ١٣ من المشروع الموحد :

« التصرف الذى يبرمه شخص لا صفة له باسم شخص آخر ينتج في حالة اقراره الآثار نفسها التى كان ينتجها لو أبرم بموجب اناة .

والاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان التصرف مما يمكن ابرامه وقت صدور الاقرار ، واذا كان التصرف قد أبرم باسم شخص معنوى قبل تأسيسه فالاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان ممكنا طبقا للقانون الذى يحكم تأسيس الشخص المعنوى .
وتنطبق على الاقرار القواعد الموضحة في المادة الثالثة بخصوص الانابة .

ويمكن للغير ولمن تعاقد معه كنائب أن يرجعا في العقد قبل أن يتصل بعلم من كان يصح له اقراره .
وللغير الحق في أن يحدد للأصيل مهلة معقولة للاقرار .

(١) استعمل المشرع المصرى في المادة ١٠٨ من القانون المدنى لفظ « الاجازة » في قوله : « على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن ييجز التعاقد » . وفي هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الاجازة confirmation ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للإبطال (المادة ١/١٣٩) وبين الاقرار ratification ويقصد قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الاقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ في المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الاقرار ويبدو أن استبدال تعبير الاجازة به تم في بعض مراحل التقنين بغير التفات الى الفارق الاصطلاحى بين التعبيرين . أنظر في الفارق بين الاجازة والاقرار : السهورى - نظرية العقد بند ٦١٦ ورواست ص ٨٠-٨١

وللغير الحق كذلك في عدم قبول الاقرار الجزئي .
ولا يمكن الرجوع في الاقرار .
ورخصة الاقرار تنتقل الى ورثة الأصيل .
وتنطبق أحكام الفقرات السابقة على اقرار الأصيل لتصرفات
النائب التي تجاوز حدود انابته » .

وبديهى أن الأصيل وهو يملك تخويل النائب مكنة معينة قبل اجراء
التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكنة بعد أن يكون قد تصرف ،
وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاقرار ليس الا انابة لاحقة للتصرف
ذات أثر رجعي ، ولذا فان شرط صحته أن يكون المقر عالما بأن التصرف
الذى يقره خارج عن حدود الانابة ويقره قاصدا اضافة أثره الى نفسه (١) .

وقد كان الاقرار محل تصوير خاطيء في الفقه الفرنسى من زمن
فقد كان النائب يعتبر في موقف من يتقدم للأصيل بعرض مضمونه
التصرف الذى عقده مع الغير (٢) وكان الأصيل يعتبر باقراره ذلك التصرف
كمن يعقد مع الغير عقدا جديدا وذلك باعتبار أن تصرف النائب مع الغير
قبل الاقرار ليس تصرفا مكتملا وأنه لا يكتمل الا بقبول الأصيل
في الاقرار (٣) .

الا أن خطل هذا التصوير وبعده عن حقيقة النيابة لم يلبث أن اتضح
وأطرح تلك الفكرة القديمة واستقر الرأى على أن الاقرار لا يكون عقدا

(١) حكم محكمة النقض ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ - مجموعة أحكام محكمة النقض (المدنية) السنة
الأولى رقم ١٠١ ص ٤٠١ « الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة
ويجب لاقرار ما يباشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره
خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا اضافة أثره الى نفسه » .

(٢) ديلامار ولبواتفان - موسوعة عقد الوكالة بالعمولة ج ١ بند ١٨١ الفصل السادس
مشار اليه في بوبسكو - رامنسيانو ص ٣٤٣

(٣) لوران ج ٢٨ بند ٦٩ مشار اليه في بوبسكو - رامنسيانو ص ٣٤٤

جديدا بين الأصيل والغير وانما هو تصديق على عقد موجود فعلا بين النائب والغير وهو تصديق يسد الثغرة التي كانت ناشئة عن تجاوز حدود النيابة ، وبذلك يتم حكم النيابة بأثر رجعي فتصرف آثار العقد الى الأصيل من وقت ابرام العقد بين النائب والغير وهو ما يتفق والنظرية الحديثة في النيابة التي مؤداها ان العقد انما يتم باتفاق ارادة النائب مع الغير دون مدخل لارادة الأصيل على ما أسهبنا فيه في موضعه من هذا البحث .

هذا وان الاقرار وهو تعبير عن ارادة الأصيل - مثله مثل الانابة - قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، وغالبا ما يستنتج ضمنا من ابتداء الأصيل في تنفيذ العقد الذي أبرمه نائبه مع الغير .

والى هذا تشير الفقرة الرابعة من المادة ١٣ من المشروع اذ تخضع الاقرار للقواعد المنصوص عليها في المادة ٣ بخصوص الانابة وهي التي تنص على ان الانابة يصح أن تستخلص من الظروف .

هذا وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ١٣ قيدا على الأثر الرجعي للاقرار (١) اذ اشترطت لاننتاج الاقرار أثره أن يكون التصرف موضوع الاقرار مما يمكن ابرامه صحيحا وقت صدور الاقرار . ويقول التقرير التفسيري أن هذا القيد يرد بصفة خاصة على التصرفات التي تقترن بمواعيد سقوط ، اذ لا يجوز أن يصدر بعد فوات الميعاد اقرار من الأصيل يكون مؤداه أن ينتج التصرف الذي سبق ابرامه في الميعاد أثره والالم يكن لتحديد مواعيد السقوط قيمة .

وباقى فقرات هذه المادة تتضمن أحكاما شبيهة بأحكام المادتين ١٧٧ و١٧٨ من القانون المدني الألماني ترجع كلها الى الحكمة عينها ، وهي أن العقد الذي يبرمه باسم آخر شخص لا صفة له أو نائب جاوز حدود نيابته

(١) أنظر في تبرير الأثر الرجعي للاقرار - كلاريز ص ٢٠٦-٢١١

هو عقد غير نافذ ولكنه في الوقت نفسه قابل للنفاد ، وهو لذلك يمثل بالنسبة لذوى الشأن جميعا وضعا قلقا من المصلحة أن يستقر اما بنفاذ العقد في حق أبرم باسمه واما باعتباره غير قائم .

لهذا تنص الفقرة الخامسة من المادة ١٣ على إمكان الاتفاق بين الغير وبين من تعاقد معه كنائب على الرجوع عن العقد الذى أبرماه قبل أن يتصل ذلك العقد بعلم من أبرم باسمه أى قبل أن ينشأ حق هذا الأخير في اقرار العقد أو عدم اقراره .

كما تنص الفقرة السادسة على حق الغير في تحديد مهلة معقولة يلتزم الأصيل خلالها باقرار العقد بحيث اذا انقضت بغير أن يصدر الاقرار أصبح في حل من ذلك العقد . وتنص الفقرة الثامنة على ان الاقرار بات بطبيعته بحيث اذا صدر عن الأصيل لا يمكنه الرجوع فيه وكلها أحكام ترمى الى التقصير من أمد عدم استقرار الوضع الناشئ عن تجاوز النائب حدود نيابته أو تصرفه بغير صفة له في التصرف .

وأخيرا فان الفقرة الثالثة من هذه المادة تناولت حالة التصرفات التى تبرم لحساب شخص معنوى قبل أن يوجد ذلك الشخص فتخضع اقرار مثل هذه التصرفات للقانون الذى يحكم تأسيس الشخص المعنوى ، والصورة البارزة لهذه الحالة هى حالة تصرفات المؤسسين للشركة المساهمة فان العقود التى يعقدها هؤلاء المؤسسون مع الغير فى كل ما يتصل بتأسيس الشركة أو بمباشرة نشاطها تلزم الشركة المساهمة بمجرد اتمام اجراءات تأسيسها ، ويعتبر المؤسسون فى التصرفات التى عقدها مع الغير قبل التأسيس نائبين عن الشركة المساهمة التى لم تكن موجودة وقت التعاقد ، وينظم القانون أو نظام الشركة كيفية اقرار تلك التصرفات ويتم ذلك غالبا بقرار يصدر من أول جمعية عمومية للمساهمين ان لم يتضمن نظام الشركة نفسه اقرار التصرفات المذكورة .

٣١- بقيت من المسائل المتعلقة بالبحث في مدى النيابة وتعيين حدود
مكنة النائب مسألة الجزاء الذى يترتب على خروج النائب عن حدود نيابته .
اذ ما هو حكم التصرف الذى يتجاوز به النائب الحدود المرسومة للنيابة ؟
لا شك أن مثل هذا التصرف لا تنصرف آثاره الى الأصيل ، ولكن هل
ترتب عليه مسئولية ما على النائب قبل الغير وما هو سند هذه المسئولية
وما مداها ؟

هذه كلها أمور تتصل بموضوع مدى النيابة وقد فضلنا لذلك أن نتناولها
في هذا القسم بدلا من الكلام عليها مع آثار النيابة كما فعل المشروع
الذى نستعرض أحكامه اذ تناول مسألة تجاوز حدود النيابة في المادة ١٤
الواردة في الفصل الخاص بأثر التصرف المبرم بطريق النيابة ، ذلك أن بيان
أثر تصرف النائب خارج حدود نيابته إنما يتناول الأحكام التى تنبئ
على تجاوز مدى النيابة ولا يمكن بغير تجوز كثير ادخالها ضمن آثار النيابة
لأنه لا نيابة في الواقع في مثل هذه الحالات .

وتنص المادة ١٤ من المشروع على ما يأتي :

« الشخص الذى يتعامل مع الغير بوصفه نائبا يكون مسئولاً قبل الغير
عن الضرر الذى سببه له بتعامله معه من غير انابة أو خارج حدود انايته
أو بعدم احاطة الغير علما بالحدود المذكورة .

ومع ذلك فلا محل لهذه المسئولية اذا كان الغير يعلم أو كان يجب أن يعلم
انتفاء الانابة أو تجاوز النائب لحدود انايته » .

والمواقع أن حالات تجاوز حدود النيابة لا تخرج بالنسبة الى الغير
الذى يتعامل معه النائب عن صورتين :

١ - فقد يكون الغير عالما بانتفاء صفة النائب في العمل الذى يجريه
- اما لعدم وجود انابة أصلا واما لخروج ذلك العمل عن حدودها -
وهذه هي الحالة العادية للفضالة . وفي هذه الصورة لا محل لترتيب أية مسئولية

على النائب أو على المتخذ لصفة النائب وذلك لعلم الغير بحقيقة الواقع علما من شأنه انتفاء ضرورة حمايته بتحميل النائب مسؤولية ما .

٢ - وقد يكون الغير جاهلا بانتفاء صفة النائب في العمل الذي يجريه أى معتقدا وجود الانابة ودخول العمل في حدودها . وهذه الصورة تقتضى البحث في المسؤولية التى تقع على عاتق النائب أو المتخذ لصفة النائب بالنسبة للغير المتعاقد معه . فما هو أساس هذه المسؤولية وما مداها ؟

مؤدى نظام النيابة أن النائب وان كان له الدور الأول في ابرام التصرف القانونى الا أنه بعيد كل البعد عن آثاره ، فهذه الآثار تنصرف مباشرة الى الأصيل ولا شأن للنائب بها مطلقا ، فاذا امتنع انصراف هذه الآثار الى الأصيل بسبب انتفاء صفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار الى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ولم تتجه ارادته الى التصرف لحسابه ، وعلى هذا فالمسؤولية التى تترتب على هذا الوضع فيما بين النائب والغير لا يمكن أن تستند الى العقد المبرم بينهما فان هذا العقد لا يمكن أن يكون منشئا لآثاره في ذمة النائب .

هذا هو مؤدى منطق النيابة ، والنتيجة المباشرة لذلك هو استبعاد استمداد مسؤولية النائب قبل الغير من العقد المبرم بينهما وبالتالي استبعاد شمول تلك المسؤولية للالتزامات الناشئة عن ذلك العقد بحيث يلزم بتنفيذها النائب الذى تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة .

فاذا لم تنبع مسؤولية النائب عن ذلك العقد غير النافذ فما هو مصدرها ؟ الجواب هو أن تلك المسؤولية ان امتنع أن تكون عقدية فهى لا يمكن الا أن تكون تقصيرية فيلتزم النائب بتعويض الغير على أساس الخطأ الذى وقع فيه باخفائه عن المتعاقد معه حقيقة اتساع نيابته .

غير أن اقامة مسؤولية النائب على أساس الخطأ لا تحقق الحماية الكاملة للغير المتعاقد مع النائب أولا لتعذر نسبة الخطأ الى النائب لمجرد كونه قد تجاوز حدود نيابته ، أو تعاقد بغير صفة دون أن يصطحب ذلك بظروف

من شأنها تبرير نسبة الخطأ اليه ، وكثيرا ما يكون مثل هذا النائب حسن النية
أملا اجازة الأصل للتعقد أو غير متنبه الى تجاوزه حدود النيابة . وثانيا
لأن عبء الاثبات في كل مسئولية تقصيرية هو على مدعى الخطأ وقد يتعذر
على الغير في كثير من الصور اثبات حصول الخطأ من النائب .

لذلك اتجه تفكير كثير من الفقهاء في فرنسا وفي المانيا قبل صدور
قانونها المدني الى البحث عن أساس آخر لمسئولية النائب الذي يتجاوز حدود
نيابته أو يتعاقد بغير صفة . وأبرز هذه الاتجاهات هو ما ارتآه ايرنج
(وتابعه في فرنسا سالى) من ادخال هذه الصورة ضمن فكرة عقد الضمان
التي وضعها ايرنج ومؤداها أن كل عقد بين شخصين يكون مصحوبا
باتفاق ضمنى تابع مؤداه تعويض الطرف الآخر في حالة عدم صحة العقد
الأصلي أو عدم استيفائه لجميع الشروط المطلوبة قانونا لنفاذه بحيث
اذا كان العقد الأصلي باطلا أو لم ينفذ العقد الأصلي بسبب عدم استيفاء
شروط صحته أو نفاذه التزم الطرف المتسبب في ذلك بتعويض الطرف الآخر
استنادا الى ما يسميه ايرنج الخطأ عند تكوين العقد .

والتعويض في هذه الحالة قاصرا على « المصلحة السلبية » أى تعويض
الطرف الآخر عن الفائدة التي كانت تعود عليه من عدم الدخول في عقد
غير نافذ ، وفرق بين هذا التعويض وبين التعويض عن عدم تنفيذ العقد
من حيث مدى كل منهما (١) .

والمسئولية القائمة على فكرة الخطأ عند تكوين العقد أصلح للغير المتعاقد
مع النائب من المسئولية التقصيرية لما سبقت الاشارة اليه من وجوب اثبات
الخطأ في الثانية مع تعذر نسبة الخطأ الى النائب في كثير من الصور .
ومع ذلك فان غالبية الفقه الفرنسي ما تزال على الرأى القائل بتأسيس
مسئولية النائب على أساس الخطأ بالتطبيق للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣
من القانون المدني الفرنسي .

(١) أنظر في المصلحة السلبية : السهورى - نظرية العقد بند ٥٨٩ ص ٦٢٦-٦٢٨

غير أن فكرة الخطأ عند تكون العقد كأساس لمسئولية النائب في هذه الصور قد لاقت قبولا في التقنينات الحديثة حيث نرى المادة ٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى تنص على أنه « اذا رفض الأصيل اجازة العقد صراحة أو ضمنا فان الشخص الذى اتخذ صفة النائب يصح أن ترفع عليه دعوى التعويض عن الضرر الناشئ من عدم صحة العقد ، الا اذا أثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أو يفترض حتما أن يعلم عدم وجود الصفة .

وفي حالة وقوع خطأ من النائب يصح للقاضى أن يحكم بتعويض أكثر من ذلك اذا كانت تقتضيه العدالة . وتبقى لصاحب الشأن دعوى الاثراء بغير سبب في جميع الأحوال » .

وظاهر من هذا النص أن التعويض المقابل للمصلحة السلبية غير مشروط بوقوع أى خطأ من النائب فان وقع منه هذا الخطأ جاز أن يتسع التعويض لأكثر من ذلك فيشمل كل الضرر الذى يعود على الغير من عدم تنفيذ العقد أما الفقرة الأخيرة فخاصة بالفرض الذى يكون الغير فيه قد نفذ التزامه بمقتضى العقد (بأن سلم المبيع مثلا) ويتعذر رده عيناً فيكون للغير أن يطالب النائب على أساس دعوى الاثراء .

كما أن المادة ١٣٩٨ من التقنين المدنى الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ تنص على أن الشخص الذى يتعاقد كنائب دون أن تكون له تلك الصفة أو يتجاوز حدود المكنة المخولة له ، مسئول عن الضرر الذى يصيب الغير المتعاقد معه بسبب اطمئنانه - بغير خطأ منه - الى صحة العقد .

ومؤدى هذا النص الزام النائب بتعويض « المصلحة السلبية » (١) . الا في حالة علم الغير بانتفاء الصفة أو بتجاوز حدود الانابة أو في حالة افتراض علمه بذلك حتماً ، والحالة الأخيرة هي المقصودة بعبارة « بغير

(١) أنظر - ميسينيو ص ١٥٨ "Dottrina generale del contratto" Messineo, F. :

Milano 1948, p. 158.

خطأ منه « الواردة بصدد اطمئنان الغير الى صحة العقد الذى يجريه مع النائب ذلك أن الغير يفترض فيه حتما العلم بحقيقة سعة النيابة اذا كان جهله بها راجعا الى خطئه أى تقصيره فى تحرى الأمر الواقع .

وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى بنفس الحكم فى المادة ٢٨ فقرة ٤ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية وهى التى أصبحت المادة ٢٤ فقرة ٤ من المشروع الذى وافقت عليه اللجنة العامة لتنقيح فى جلستها المنعقدة فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ ونصها « عند عدم الاقرار يلتزم الشخص الذى تصرف عن غيره بلا صفة أو خارج حدود المكتة المخولة اليه بأن يعوض الضرر الذى سببه لمن كانت له مصلحة فى نفاذ التصرف متى كان حسن النية» (١) .

٣٢- ويبدو أن المشروع الموحد يقيم مسؤولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة على أساس فكرة الخطأ عند تكوين العقد بدليل الاشارة فى التقرير التفسيرى الى المادة ١٣٩٨ من القانون المدنى الايطالى والمادة ٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى كمصدر للمشروع وعلى هذا فالمسئولية التى ترتبها المادة ١٤ من المشروع لا تحتاج الى اثبات الخطأ كما أن جزاءها هو التعويض عن المصلحة السلبية فقط . هذا ويلاحظ أن التقرير التفسيرى يتكلم عن خطأ النائب وفعله غير المشروع مما قد يوحي بأن المسئولية التى ترتبها المادة ١٤ هى مسئولية تقصيرية بحجة على ان الرجوع فى تفسير النص الى مصادره التشريعية فى القانون الايطالى والقانون السويسرى يكفى لرفع هذا اللبس ولاعتبار الاشارة فى التقرير التفسيرى الى خطأ النائب وفعله غير المشروع مجرد تجوز فى التعبير .

٣٣- وهناك فكرة أخرى أراد البعض أن يقيم على أساسها مسئولية النائب وهى فكرة التعهد عن الغير ، وتطبيقا لهذه الفكرة يعتبر النائب

(١) أنظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى ج ٣ (سنة ١٩٤٧/١٩٤٨) ص ٣٧ و ص ٩٢

الذى يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته متعهدا للغير بأن يجعل الأصيل يلتزم بالعقد فإذا رفض الأصيل اجازة تصرف النائب التزم هذا الأخير بالتعويض كنتيجة لعدم تنفيذه التزامه الأصيل بعمل شيء (حمل الأصيل على الالتزام) وذلك تطبيقا لعموم القاعدة بشأن الالتزام بعمل وهى تحوله الى التزام بالتعويض عند عدم التنفيذ (١).

غير أنه يرد على هذه الفكرة اعتراض مرجعه الى الشك فى امكان حدوث التعهد عن الغير بشكل ضمنى اذ الأصل أن يكون ذلك التعهد صريحا (٢) فإذا كان صريحا كنا أمام حالة من حالات الصورة الأولى التى أشرنا إليها فى بداية البحث وهى حالة علم الغير بتجاوز النائب حدود النيابة واذن فيخرج الأمر عن كونه حالة مسئولية ناشئة عن تجاوز حدود النيابة ونكون أمام حالة تعهد عن الغير تحكمها المادة ١٥٣ من القانون المدنى وهو وضع أصيل له أحكامه الخاصة به . أما اذا لم يكن التعهد عن الغير صريحا وكان المتعاقد مع النائب جاهلا بتجاوز حدود النيابة فليس من السهل فى جميع الأحوال استنتاج التعهد عن الغير من الظروف ويستحسن لهذا ارساء مسئولية النائب قبل الغير على أساس آخر .

ومجمل القول أن التقنيات المختلفة تقر مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة متخذة أساسا لهذه المسئولية خطأ النائب تارة (القانون الفرنسى) ونظرية الخطأ فى التعاقد *culpa in contrahendo* تارة أخرى (القانونين الايطالى والسويسرى) والحكم الذى يترتب على تلك المسئولية هو التزام النائب بتعويض الغير عن الضرر الذى يصيبه على تفاوت فى نطاق هذا التعويض .

(١) أنظر حكم محكمة استئناف مصر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ - المحاماة السنة ١٥ القسم الثانى رقم ١٣ ص ٢٢ . وانظر فى القضاء الفرنسى حكم محكمة استئناف ديجون فى ١٩ مايو سنة ١٩٣١ - دالوز الأسبوعى ١٩٣١-٤٠٥

(٢) أنظر رواست - دروس الدكتوراه ص ١٨

٣٤- على أن القانون المدني الألماني قد انفرد دون سائر التشريعات التي تناولناها فيما سلف بأحكام خاصة في مسئولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة وهي أحكام تستحق التفاتا خاصا لخروجها عن نطاق العرض المتقدم اذ هي تصل في بعض صورها الى اعتبار النائب الذي يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته ملتزما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي أجراه مع الغير . وقد تابعت القانون الألماني في هذا الخصوص قلة من التشريعات كقانون التجارة النمساوي (م ٥٢) والقانون المدني الأرجنتيني (م ١٩٣٥) .

وقد نظمت مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة أو التعاقد بغير صفة المادة ١٧٩ من القانون المدني الألماني . ويمكن تبويب أحكام القانون الألماني في هذا الصدد كالآتي :

فأولا - في حالة علم الغير بخروج النائب عن حدود الانابة أو بانعدام صفته لانترب على النائب أية مسئولية قبل هذا الغير وذلك لانعدام حكمة مثل هذه المسئولية في تلك الظروف ، والقانون الألماني يتفق في هذا مع سائر التشريعات كما أنه يسوى مثلها بين حالة علم الغير فعلا وبين حالة افتراض علمه حتماً أي حالة نشوء جهله عن خطأ منه كتقصيره في تحرى الحقيقة مثلا .

وثانيا - حالة جهل الغير بخروج النائب عن حدود نيابته أو بانعدام صفته وفي هذه الحالة تتقرر مسئولية النائب ، وهنا يميز القانون الألماني - وهو ينفرد بهذا التمييز - بين وضعين :

١ - علم النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه لحدود نيابته ؛ وفي هذا الفرض تكون مسئولية النائب في أوسع مداها اذ يلزم اما بتنفيذ العقد واما بتعويض الضرر كاملا والخيار بين هذين الجزاءين متروك للغير المتعاقد مع النائب . وعلى هذا يكون التزام النائب (أو بالأحرى المتخذ

صفة النائب) في هذه الحالة التزاما تخييريا مما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى على أن الخيار فيه متروك للدائن (أى الغير المتعاقد) دون المدين .

وبهذا الحكم ينفرد القانون المدنى الألمانى عن سائر التشريعات اذ ليس منها ما يصل بجزء مسئولية النائب (أو المتخذ صفة النائب) الى حد الزامه هو بتنفيذ العقد(١).

على أن الغير المتعاقد متى استعمل خياره فليس له أن يرجع فيه ويترتب على ذلك أنه اذا اختار التعويض فان مقداره يحدد على أساس نفاذ العقد على الأصيل فيحدد مبلغ التعويض بالنسبة الى ما فات المتعاقد بسبب عدم قيام الأصيل بتنفيذ العقد . أما اذا اختار تنفيذ العقد بمعرفة النائب ثم نكل النائب عن القيام بهذا التنفيذ فان التعويض الذى يستحق فى هذه الحالة انما يتحدد بالنظر الى شخص النائب بحيث يكون مساويا للضرر الذى عاد على المتعاقد بسبب عدم قيام النائب (لا الأصيل) بتنفيذ العقد .

وجدير بالذكر هنا أن معيار تحقق المسئولية بهذا النطاق الواسع هو مجرد علم النائب بأنه يتجاوز حدود النيابة أو بأنه منعدم الصفة فى التعاقد باسم الأصيل ، ولا محل بعد هذا فى البحث عن حسن نية النائب أو سوء نيته فسيان أمام هذا الحكم النائب الذى يكون سيء النية والنائب الذى يقدم بحسن نية على تجاوز حدود انابته مؤملا اجازة الأصيل .

٢ - جهل النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه حدود نيابته . وفى هذا الفرض يكون جزاء مسئولية النائب قاصرا على تعويض المصلحة السلبية دون التعويض الكامل عن عدم التنفيذ ، وهذا تطبيق لنظرية أيرنج التى سلفت الاشارة اليها ، وقد رأى واضعو القانون المدنى الألمانى بهذا

(١) وجدير بالذكر أن هذا الحكم ليس من مستحدثات التقنين الألمانى الصادر سنة ١٩٠٠ بل انه كان متضمنا فى المادة ٥٥ من قانون التجارة الروسى .

الحكم تخفيف مسؤولية النائب الذي كان مجهل أنه تجاوز حدود نيابته أو أنه منعدم الصفة ، تميزا له عن النائب الذي يقدم على التعاقد وهو عالم بأنه تجاوز حدود انابته أو بأنه لا صفة له أصلا .

وجماع أحكام القانون المدني الألماني في هذا الصدد في اعتبارين - علم الغير بالعيب الذي يشوب صفة النائب (سواء في أصل وجودها أو في نطاقها) ويترتب على هذا العلم انتفاء كل مسؤولية على النائب . وعلم النائب بالعيب الذي يشوب صفته ، ويترتب على وجود هذا العنصر أو انتفائه اختلاف في مدى مسؤولية النائب وبالتالي في تقدير التعويض (١) .

(٤)

أثر النيابة

٣٥- متى أبرم النائب في حدود نيابته تصرفا قانونيا باسم الأصيل فإن آثار ذلك التصرف تلتحق - بحكم النيابة - بالأصيل مباشرة فتشغل ذمته بما ينتج عن ذلك التصرف من التزامات كما يضاف إليها ما ينشأ عنه من حقوق . وفي هذا الأثر تتجلى القيمة العملية لنظام النيابة - بمختلف تطبيقاته المتعددة في القانون - فالنيابة تسمح للشخص بأن يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وإنما قام بها شخص آخر أحل ارادته محل ارادة صاحب الشأن اما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون .

وقد تناول المشروع الموحد أثر النيابة في المادة العاشرة التي تقرر أنه :
« اذا أبرم النائب تصرفا باسم الأصيل في حدود نيابته فإن هذا التصرف ينتج آثاره كلها مباشرة فيما بين الأصيل والغير » .

(١) أنظر في أحكام القانون المدني الألماني بخصوص مسؤولية النائب : سالي - الترجمة الرسمية للقانون المدني الألماني ، التعليق على المادة ١٧٩ ص ٢٢٨ وما بعدها . وبوبسكو رامنسيانو ص ٤٨٨ وما بعدها .

وقد نص القانون المدني المصرى على أثر النيابة فى المادة ١٠٥ بقوله « اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » .

كما عقبب المادة ١٠٦ بقولها « اذا لم يعلن النائب وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا إلا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » .

وعلى هذا فتمحقق أثر النيابة باضافة ماينشأ عن تصرف النائب من حقوق والتزامات الى الأصيل مباشرة رهن بعلم الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة علما حقيقيا أو مفترضا (١) .

ورجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل مباشرة هو جوهر نظام النيابة فى القانون الحديث وهكذا نرى أنه « اذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق باتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع الى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفا فى التعاقد واليه تنصرف جميع آثاره فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة » (٢) .

٣٦-- وفقهاء الشريعة الاسلامية بمذاهبها المتعددة مجمعون على هذا الأثر المباشر للنيابة فعندهم أن تصرف النائب تقع آثاره مباشرة للأصيل وعليه ، على أن الفقهاء يفرقون فى آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد

(١) أنظر فى شرط العلم بالنيابة كتابنا « النيابة فى التصرفات القانونية » ص ١٥٤-١٦١ وحكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٣ أبريل ١٩٥٦ المنشور فى مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية - السنة السادسة ص ٢١٨ وما بعدها مع تعليق للمؤلف .

(٢) المذكرة الايضاحية على المادة ١٠٥ (المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى) .

وما يسمونه حقوقه والمراد بحكم العقد هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري ودخول الثمن فى ذمة البائع . والمقصود بحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقدين مما أعطاه له العقد مثل تسلم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمان رد الثمن اذا تبين أن البيع لم يكن ملكا للبائع الى غير ذلك .

فالمذاهب الأربعة مجمعة على ثبوت حكم العقد وحقوقه معا للأصيل دون النائب فى جميع الحالات التى يصرح فيها النائب بأنه انما يتعاقد بتلك الصفة أى حين يتم التعاقد « باسم الأصيل » ويتوفر العلم بالنياية فى النائب والغير باصطلاح الفقه الحديث وهذا هو عين الحكم فى القوانين الحديثة .

وفى هذا المعنى نجد فى حاشية ابن عابدين (١) قوله :

« ولو أضاف (الوكيل) العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل

اتفاقا » .

ويقول صاحب « المغنى » :

« اذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل وهذا قال الشافعى . . (لأنه) قبل عقدا لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصى وكما لو تزوج له . . ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء . . واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن » (٢) .

كما نقرأ فى « المدونة الكبرى » للإمام مالك بن أنس :

« قلت أرأيت لو أنى اشتريت سلعة من رجل لفلان فأخبرته أنى انما اشتريتها لفلان ولست اشتريتها لنفسى أياكون للبائع أن يتبع هذا المشتري بالثمن أم يتبع الذى اشترى له ؟ ... قال - ان لم

(١) ج ٤ ص ٤١٩

(٢) المغنى لابن قدامة وعليه الشرح الكبير - مصر سنة ١٣٤٧ ج ٥ ص ٢٦٣-٢٦٤

يكن هذا المشتري قال للبائع أنى انما اشترى منك للذى أمرنى . فأرى الثمن على هذا المشتري ... فان قال له النقد على الذى اشترى له وليس لك على شىء فهذا لا يتبعه البائع بالنقد ويكون النقد للبائع على الذى أمر هذا بالشراء . قلت : أتخفظه عن مالك ابن أنس قال : هو قوله ، قلت : أرأيت القاضى اذا باع أموال اليتامى أو باع مال رجل مفلس فى دين أو باع مال ميت وورثته غيب على من العهدة ؟ قال : قال مالك فى الوصى أنه لا عهدة عليه فكذلك القاضى لا عهدة عليه . قلت : فعلى من عهدة المشتري اذا باع الوصى تركة الميت ؟ قال : فى مال اليتامى» (١) .

وقال فى حاشية الغرر البهية :

« لو اشترى بمال نفسه لغيره باذنه وقع الشراء للغير إن سماه فى العقد» (٢) .

وفى فتاوى الرملى نجد ما يلى .

« (سئل) رضى الله عنه عمن اشترى لولده الصغير بعين مال نفسه وسمى الولد فى العقد هل يتعقد للولد أم لا (فأجاب) بأنه اذا اشترى لولده الصغير مثلا وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى الولد فى العقد فان العقد يقع للولد لا لوالده» (٣) .

أما الحالات التى لا يصرح فيها النائب بأنه يتعاقد بتلك الصفة فحولها خلاف بين الفقهاء الشرعيين وقبل أن نستعرض هذا الخلاف يهمننا أن نشير

(١) المدونة الكبرى - مصر سنة ١٣٢٣ ج ١٠ ص ١٨٦ وأنظر ص ١٨٥ « ان كان حين باعها قال انما أبيع لفلان فلا أرى على المأمور شيئا والعهدة على الأمر» .

(٢) ج ٣ ص ١٨٩ . وانظر منباج الطالبين ج ٢ ص ٦٥ حيث يصرح بوقوع آثار العقد للوكيل اذا لم يسم الموكل أى اذا لم يكن التعاقد باسم الأصيل . ومفهوم المخالفة من هذه العبارة وقوع الآثار للأصيل كلما حصل التعاقد باسمه .

(٣) على هامش الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٠٩

مرة أخرى الى أنه لا يتعلق بالنيابة كما تعرفها القوانين الحديثة لانتهاء التصرف باسم الأصيل في هذه الحالات وإنما يتعلق هذا الخلاف بصور لا تعتبر داخلية في نطاق النيابة بمدلولها الحديث اذ ترجع كلها الى حالات وكالة لا نيابة فيها (١) .

(١) قارن ما نقوله هنا عن أثر النيابة في الشريعة الاسلامية ومسألة حكم العقد وحقوقه بما قاله عنها الأساتذة : السهري - نظرية العقد - حاشية بند ٢٠١ ص ٢٠٩-٢١٠ ، وأحمد ابراهيم - أحكام التصرف عن الغير - القاهرة ١٩٤١ ص ٢٠٢-٢٠٨ ، ومحمد أبو زهره - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - بند ٢١٠ ص ٣٣٤-٣٣٩ ، وشفيق شحاته - نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية - في "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية" التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس - السنة الأولى (١٩٥٩) ص ٣٠٥ - ٣٦٢ . وقد اقتصر بحث الأستاذ الدكتور شحاته على المذهب الحنفي كما أن النصوص العديدة التي أوردها في استعراضه أحكام النيابة في مختلف العقود تكاد كلها تخص الصور التي يتعاقد فيها الوكيل باسم نفسه - أي ينتنق فيها شرط التعاقد باسم الأصيل وبالتالي تنتق النيابة بمفهومها الحديث - ويبدو أن هذا هو السبب في أن المؤلف حين انتقل في ختام البحث من الاستقراء الى الاستنتاج أشار الى ما سماه «مبدأ اللانبيابة» «وظاهرة اللانبيابة في التشريع الاسلامي» (ص ٣٥٩) ، كما أشار الى الوسائل الفقهية التي يرى ان فقهاء الحنفية تذرعوها بها لادخال فكرة النيابة في مختلف العقود حتى «انتهوا الى تقبل رجوع حقوق العقد كلها الى الأصيل مجرد اضافة العقد اليه» . والواقع أنه بغير اضافة العقد الى الأصيل (أي بغير التعاقد باسم الأصيل) لا تكون لدينا نيابة ليس فقط في الفقه الحنفي بل كذلك في القوازين الحديثة . واذن فلا مبرر للقول بأن القاعدة في الفقه الحنفي هي «مبدأ اللانبيابة» وان اقرار الأثر المباشر للنيابة جاء عن طريق حيل شرعية ووسائل فقهية ، بل ان الأثر المباشر للنيابة مقرر لدى الحنفية كبدأ عام - وبغير التجاء الى ما في جعبة الصنعة الفقهية من وسائل وحيل - في كل الصور التي تقر فيها القوازين الحديثة ذلك الأثر المباشر . وعلى ذلك فاذا صح ما يقوله المؤلف من أن «الفقه الحنفي قد أخذ بمبدأ النيابة بخدر» (ص ٣٦٢) فانما يصح ذلك بالقياس الى المذاهب الاسلامية الأخرى وخاصة المالكية والحنابلة لا على الاطلاق أو بالقياس الى القوازين الحديثة . ونحن قد اتضح لنا فيما تقدم - وسيزداد وضوحا من بعد - أن المذهب الحنفي إن يكن أضيقت المذاهب الاسلامية في اقرار الأثر المباشر للنيابة ، الا أنه يقر ذلك الأثر المباشر كقاعدة عامة في كل الصور التي يتم فيها التعاقد باسم الأصيل فيطبق بذلك حكم القوازين الحديثة ذات الأصل اللاتيني أو الجرمانى ، ثم أنه يجاوزها بالنسبة لأهم آثار العقد وهو ما يسمونه حكم العقد فيوقعه في ذمة الأصيل - كقاعدة عامة أيضا - حتى في الحالات التي لا يتم فيها التعاقد باسم الأصيل وذلك في الطائفة من العقود التي تقبل ذلك بطبيعتها وبغير مساس بما ينبغي أن يتوفر للغير المتعامل مع النائب من ثقة واطمئنان . أما المذاهب الاسلامية الأخرى فقد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى أبعد من ذلك فاقتربت كثيرا من أحكام القانون الأنجلو - أمريكي على التفصيل الذي سنراه .

يقول الحنفية ان حقوق العقد في الحالات التي لا يصرح فيها النائب بأنه يتعاقد باسم الأصيل ترجع الى النائب بينما يثبت حكم العقد (كالمملك مثلا) للأصيل وفي هذا نجد في تكملة شرح فتح القدير (ج ٦ ص ١٦ - ١٩) قوله:

” العقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين (الأول) كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه أى تصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو المملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقول بالكلام وصحة عبارته بكونه آدميا له أهلية الاجاب والاستيجاب لا بكونه وكيلاً فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفي الكافي فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استتابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الأصل في الحقوق . ولهذا قال : يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن ويطلب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والمملك يثبت للموكل خلافة عنه أى عن الوكيل . وتحقيق المسألة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته وإعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا المملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناها للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا المملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، فتعين الحقوق للوكيل . و (الضرب الثاني) كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله . فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل “ .

وورد مثل ذلك في « بدائع الصنائع » للاكاساني ج ٦ ص ٣٣ - ٣٤ .

وهكذا ينسب الحنفية في كتبهم الى الشافعي ومالك واحمد بن حنبل رأيا واحداً في هذا الصدد يغاير رأى الحنفية فهؤلاء يرون أن حقوق العقد

الذى لا يضيفه الوكيل الى موكله ترجع الى الوكيل وينسبون الى الشافعى ومالك واحمد ارجاع حقوق العقد حتى فى تلك الصورة الى الموكل دون الوكيل .

على أن الاطلاع على كتب الشافعية يتضح منه أن القول الذى ينسبه اليهم الحنفية ليس الا قولاً مرجوحاً عندهم (نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٨) وأما رأى الذى عليه المعول فى المذهب الشافعى فهو أن حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل ترجع الى الوكيل دون الموكل اذ نجد فى مختصر المزنى صاحب الشافعى - وهو من أقدم كتب المذهب - قوله :

”ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الأمر . وكذلك المقارض وهو قول الشافعى ومعناه . (قال) وللوكيل والمقارض أن يردا ما اشترى بالعيب وليس للبائع أن يحلفهما : ما رضى رب المال“ (١)

كما نجد فى متن البهجة الوردية :

وحكم عقد بالوكيل يشكك وهو بعزل واحد ينزل

ويقول صاحب « الغرر البهية » فى شرح صدر هذا البيت من أرجوزة ابن الوردى :

” (يشكك) بالبناء للمفعول من شككت الكتاب اذا قيدته بالاعراب أى واحكام العقد (٢) من رؤية وتفرق وشرط خيار وغيرها تقييد وتعلق بالوكيل دون الموكل لأنه العاقد حقيقة وله أن يفسخ بخيار المجلس وإن أجاز الموكل“ .

(١) على هامش كتاب الأم ج ٣ ص ٩-١٠

(٢) المقصود بأحكام العقد هنا - كما هو ظاهر - ما يطلق الحنفية عليه اصطلاح « حقوق العقد » .

هذا عن حقوق العقد أما عن حكمه حتى في حالة عدم اضافة العقد الى الموكل فان « الملك فيما يشتره الوكيل لا يثبت له أولا ثم ينتقل لموكله بل يثبت لموكله ابتداء على الأصح كما في شراء الأب لطفله ولأنه لو ثبت له ابتداء عتق عليه أبوه اذا اشتراه لموكله» (١) .

كما نجد في « تحفة الحبيب » (ج ٣ ص ١٢٦) قوله :

”أحكام (٢) عقد الوكيل كرؤية المبيع ومفارقة مجلس وتقباض فيه تتعلق به لا بالموكل لأنه العاقد حقيقة وللبائع مطالبة الوكيل كالموكل بضمن إن قبضه من الموكل سواء اشترى بعينه أم في الذمة فان لم يقبضه منه لم يطالبه إن كان الثمن معيناً لأنه ليس بيده وإن كان في الذمة طالبه به ان لم يعترف بوكالته بأن أنكرها أو قال لا أعرفها فان اعترف بها طالب كلا منهما به والوكيل كضامن والموكل كأصيل “ .

وفي منهاج الطالبين (ج ٢ ص ٦١) :

”الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليم المبيع ولا يسلمه حتى يقبض الثمن فان خالف ضمن “ ...

وفي المنهاج أيضا (ص ٦٦ - ٦٧) :

”واذا قبض الوكيل بالبيع الثمن وتلف في يده وخرج المبيع مستحقا رجع عليه المشتري وان اعترف بوكالته في الأصح ثم يرجع الوكيل على الموكل . قلت وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداء في الأصح والله أعلم “ .

(١) « الدرر البهية » ج ٣ ص ١٩١ - وفي العبارة الأخيرة الخاصة بحكم العقد وجه خلاف بين الشافعية وبين الحنفية الذين يقولون في هذه الصورة بشبوت الملك للموكل بالخلافة عن الوكيل - قارن ما نقلناه آنفا عن شرح فتح القدير .

(٢) راجع هامش ٢ من الصفحة السابقة .

ويقول الشيرازى فى « المهذب » (ج ١ ص ٣٥٣ - ٣٥٤) :

« فان وكله فى الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتره فتمى الثمن ثلاثة
أوجه أحدها أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل
فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فعلى
هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن
والآخر مضمون عنه . فان وزن الوكيل الثمن رجوع على الموكل
وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل ، و(الثانى) أن الثمن على الوكيل
دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه . فعلى
هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه . ولا يجوز مطالبة
الموكل لأنه لا شىء عليه . فان وزن الوكيل رجوع على الموكل
لأنه التزم باذنه وان لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه
على رجل لا دين له عليه اذا وزن رجوع واذا لم يزن لم يرجع ،
وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير
ثمن . و(الثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل
مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل
مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البائع » .

وأخيراً نجد فى « نهاية المحتاج الى شرح المهاج » (ج ٤ ص ٣٧) :

« وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر فى الرؤية
ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض فى المجلس حيث يشترط
كالربوى والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل فله الفسخ بخيارى
المجلس والشرط وان أجاز الموكل بخلاف خيار العيب (اذ)
لا رد للوكيل اذا رضى الموكل لأنه لرفع الضرر عن المالك وليس
منوطاً باسم المتعاقدين كما نيط به فى الفسخ بخيار المجلس بخبر
« البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وبخيار الشرط بالقياس على خيار
المجلس . واذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن ان كان دفعه
اليه الموكل للعرف سواء اشترى بعينه أم فى الذمة ولتعلق احكام العقد

بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب وان كان الثمن في الذمة طالبه به دون الموكل ان أنكر وكالته أو قال لا أعلمها لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه وأن العقد وقع معه . وان اعترف بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا في الأصح . كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل لأنه المالك “ .

وفي العبارة الأخيرة الدليل البين على أن هذا البحث كله يقتصر على الحالات التي يباشر فيها الوكيل العقد باسمه لا باسم الموكل أي الحالات التي تنتفي فيها النيابة بالاصطلاح الحديث وذلك لأن انكار البائع المتعامل مع الوكيل لو كاله أو قوله لا أعرفها لا يتصور الا في حالة تعاقد الوكيل باسم نفسه لا باسم موكله وهنا فقط يصح القول بأن « الظاهر أنه يشتري لنفسه » ففي هذه الصورة اذا انكشفت شخصية الموكل للبائع فيما بعد كان له — عند الشافعية — الخيار بين مطالبة الموكل وبين مطالبة الوكيل وعدم الاعتداد بصفته تلك التي لم تكن معروفة له وقت التعاقد .

٣٧— وخلاصة استعراض أقوال الشافعية في كتبهم أن القول الذي ينسبه إليهم الحنفية ليس هو المعول عليه في المذهب بل ان الشافعية يوافقون الحنفية في أن حقوق العقد الذي لا يضاف الى الموكل تكون للوكيل دون الموكل (١).

(١) وقد استخلص من كتب الشافعية في هذه المسألة عين الذي استخلصناه هنا كل من الدكتور محمد يوسف موسى : « الفقه الاسلامي ، مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه » - القاهرة ١٩٥٤ بند ٥٦١ ص ٣٨٧ ، والأستاذ محمد مصطفى شلبي : « نظام المعاملات في الفقه الاسلامي » - الاسكندرية ١٩٥٥ - ص ٣٤٥-٣٤٦ . وذهب الى العكس - أي الى معارضة المذهب الشافعي في هذه النقطة بالمذهب الحنفي ، السنهوري : « مصادر الحق » ج ٥ ص ٢٨٨-٢٨٩ ، وأحمد ابراهيم : « أحكام التصرف عن الغير » ص ٢٠٦ ، وأبو زهره : « الملكية ونظرية العقد » بند ٢١٠-٢١١

وواقع ان اختلاف فهم الفقهاء المحدثين عن الشافعية وكذا نقل الحنفية عنهم ما لا نجد له سندا في كتب الشافعية التي بين أيدينا قد يكون مرجعه أن للشافعي مذهبين: قديم عراقي وجديد مصري =

وعلى ذلك ينفرد بالخلاف في هذه النقطة المالكية والحنابلة فعندهم أن حقوق العقد شأنها شأن حكم العقد ترجع كلها الى الموكل سواء سماه الوكيل أو لم يسمه أى سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله ، وفي هذا يقول ابن قدامة في « المعنى » (ج ٥ ص ٢٦٤) :

« ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن » .

وكذلك نجد في « كشاف القناع » (ج ٢ ص ٢٣٨) :

« (وحقوق العقد) كتسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك والرد بالعيب ونحوه (متعلقة بالموكل لأن الملك ينتقل اليه) أى الموكل (ابتداء ولا يدخل) المبيع (في ملك الوكيل) .. (ولا يطالب) الوكيل (في الشراء بالثمن ولا) يطالب الوكيل (في البيع بتسليم المبيع بل يطالب بهما الموكل) لأن حقوق العقد متعلقة به وفي المغنى والشرح إن اشترى وكيل في شراء في الذمة فكضامن وقال المحمد وابن نصر الله وقال الشيخ تقي الدين فيمن وكل في بيع أو شراء أو استئجار فإن لم يسم موكله في العقد فضامن والا فروايتان وظاهر المذهب يضمه فيحمل كلام المصنف على الثمن المعين . . (ويرد الموكل) المبيع (بعيب) أو تدليس أو غبن ونحوه (ويضمن) الموكل (العهدة) إذا ظهر المبيع أو الثمن مستحقا أو معيبا (ونحو ذلك) من سائر ما يتعلق بالعقد لما تقدم من أن حقوق العقد متعلقة به دون الوكيل » (١) .

= وفنهاء الحنفية كانوا ولا شك أقرب الى مصادر مذهبه القديم في بغداد . هذا الى أن المذهب الشافعي يتميز بكثرة الأقوال فيه واختلافها لأسباب منها رجوع صاحب المذهب في جديده عن كثير مما كان قد قال به في قديمه ، ومنها كذلك انتشار أصحاب الشافعي في أطراف العالم الاسلامي مما استتبع اختلاف الأقوال بتأثير البيعة والعرف . أنظر في هذا : أبو زهره « الشافعي »

بند ١١٦-١٢٠ و ٢٣٢-٢٣٥

(١) ونفس المعنى في « شرح المنتهى » (على هامش المرجع السابق) ص ١٧٨-١٧٩

ومهما يكن من أمر فقد تبين من كل ما تقدم أن حكم مختلف مذاهب الشريعة متفق مع حكم القوانين الحديثة في ايقاع آثار التصرف في ذمة الأصيل لا النائب وذلك في جميع الصور التي تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى في جميع العقود التي تبرم باسم الأصيل ويكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب والغير المتعاقد معه .

أما الخلاف فيما وراء ذلك وهو الخلاف المبني على التفرقة بين حكم العقد وحقوقه فهو متصل بحالات تخرج عن نطاق النيابة حسب ما اصطلاح عليه الفقه الحديث لأنها حالات ينتفى فيها العلم بالنيابة ومثل هذه الحالات لا ترجع فيها القوانين الحديثة آثار التصرف الى الأصيل .

٣٨- على أنه ينبغي التنويه بأن رجوع حكم العقد الى الموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة لا يسرى على جميع أنواع العقود اذ يشترط الفقهاء لامكان رجوع الحكم الى الموكل الذي لم يصف اليه العقد أن يكون ذلك العقد مما تصح اضافته الى الوكيل ويستغنى عن اضافته الى الموكل وهذه الطائفة من العقود هي طائفة عقود المعاوضات المالية التي تنعقد بالقول فخرج بذلك عقد النكاح وتوابعه والهبة والقرض والاعارة ونحوها فهذه الأخيرة لا تنطبق عليها قاعدة رجوع حكم العقد الى الموكل رغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه بل لا بد لرجوع الحكم الى الموكل من اضافة العقد اليه صراحة والا وقع حكم العقد للوكيل . وقالوا في تبرير ذلك إن تلك العقود الخارجة عن قاعدة رجوع الحكم الى الموكل دون الوكيل المتعاقد باسم نفسه قسمان : (١) عقود لا تراخي أسبابها عن أحكامها أى لا يدخلها خيار الشرط كالنكاح والخلع وما اليها من طلاق وعتاق و (٢) عقود لا تتم الا بالقبض كالهبة والقرض والاعارة ونحوها فالقبض وهو عنصر متمم للعقد لا يصح أن يقع من الوكيل باسمه شخصيا ثم يضاف الحكم الى الموكل بل لا بد من اضافة العقد الى الموكل والا وقع للوكيل واعتبر الوكيل متعاقدا لحساب نفسه خارجا عن الوكالة .

وبامعان النظر في هاتين الطائفتين من العقود - ومع عدم الوقوف عند المبررات التي يوردها الشرعيون للتفرقة بينهما - نجد أن الطائفة الأولى هي مما لا يعتد فيه عادة بشخصية المتعاقد لكونها من عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والبدل وما إليها . أما الطائفة الثانية بقسميها فهي عقود يكون للاعتبار الشخصي فيها المقام الأول كالزواج والهبة والقرض الخ ... وعلى هذا فقاعدة رجوع حكم العقد للموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة في عقود الطائفة الأولى هي في الواقع توسيع من نطاق الأثر المباشر للنيابة إذ ترجع الشريعة حكم العقد الى الأصيل رغم عدم انعقاد العقد باسمه وذلك لكون المتعاقد مع الوكيل لا يهتم بشخص الطرف الآخر في العقد ولذا فلم تجد الشريعة بأسا من تحقيق المقصود من النيابة بايقاع حكم العقد في ذمة الأصيل رأسا رغم عدم انعقاد العقد باسمه (١) .

ولا تخلو كتب فقهاء الشريعة من الماع الى هذا المعنى إذ نجد في حاشية الغرر البهية (ج ٣ ص ١٩٠) قوله : « ولو قال بعثك فقال قبلت لموكل صح على المعتمد وإن نوى البائع الوكيل وتلغو هذه النية لأنها معاوضة المقصود منها العوض فلا تضر مخالفة نية الموجب لما قبله القابل بخلاف الهبة . فان نويها معا (في الهبة) الموكل أو صرحا به أو نواه أحدهما وصرح به الآخر وقع . له وإن اطلق الواهب مثلا وصرح الوكيل بالموكل أو نواه بطل العقد أى لعدم موافقة القبول للايجاب بخلاف البيع » .

(١) قارن المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري التي تنص في ختامها على رجوع آثار العقد للأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة متى كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . على أن بين أحكام الشريعة وبين حكم القانون المدني المصري في المادة ١٠٦ فروقا أهمها :

(أ) ان تقرير ما اذا كان يستوى لدى الغير أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب - وبالتالي رجوع آثار العقد الى الأصيل طبقا للمادة ١٠٦ - مسألة تقديرية متروكة للقاضي حسب ظروف كل حالة . بينما الحكم الشرعي يضع قاعدة عامة لا مجال في تطبيقها لسلطة القاضي التقديرية .

(ب) ان معيار المصاحبة التي تكون للغير في التعاقد مع الأصيل أو مع النائب هو معيار شخصي ينظر فيه الى أشخاص ذوي الشأن بالذات في كل حالة بذاتها ، أما معيار القاعدة الشرعية فهو معيار موضوعي يحد المرجع فيه الى نوع العقد الذي تولاه النائب .

وهكذا تلخص لنا من استقضاء قواعد النيابة في الشريعة الاسلامية ومقارنتها بمثيلاتها في القوانين الحديثة نتيجة هامة هي أن دائرة الأثر المباشر للنيابة أوسع في الشريعة منها في القوانين الحديثة إذ ترجع الشريعة الغراء آثار العقد الى الأصيل في حالات لا يتم فيها ذلك طبقاً للقوانين الحديثة إذ هذه الحالات هي من قبيل ما يسمى في الاصطلاح الحديث بالاسم المستعار لأن النائب فيها يتعاقد باسمه هو لا باسم الأصيل ولذا تلحقه هو آثار العقد دون الأصيل . وفي اتساع نطاق الأثر المباشر للنيابة في الشريعة عنه في القوانين الحديثة تفصيل على الوجه الآتي :

١ - فالمذاهب الأربعة مجمعة على رجوع حكم العقد - وهو أهم آثاره - الى الأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة وذلك في تلك الطائفة من العقود التي يستغنى عن اضافتها الى الموكل وهي كما قلنا عقود المعاوضات المالية التي تنعقد بالقول .

٢ - والحنابلة ومعهم المالكية (١) - وكذلك القول المنسوب الى الشافعي في كتب الحنفية - يذهبون الى أبعد من ذلك فيرجعون سائر آثار العقد - وهي المسماة بحقوق العقد - الى الأصيل كذلك باعتبارها من توابع الحكم بمعنى أنها آثار ثانوية للعقد ترجع الى الأصيل تبعاً لرجوع الأثر الرئيسي للعقد - أي حكم العقد - اليه على ما سلف شرحه .

ويلاحظ أن رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه إنما يتجلى في مطالبة الموكل للغير الذي تعاقد معه الوكيل أكثر من تجليه

(١) تقدمت الإشارة الى كتب الحنابلة ، أما عن المالكية فنجد « في المدونة الكبرى » ج ١٠ ص ٨٣-٨٤ ما يلي :

« قلت) رأيت ان وكلت وكيلا أن يسلم لي في طعام أو يبتاع لي سلعة بعينها ففعل ولم يذكر عند عقده الشراء للبائع أنه إنما يبتاع لغيره - وقد شهد الشهود عليه أنه أقر بأنه إنما ابتاع لي أو شهد الشهود عليه حين أمرته بذلك - لمن تكون العهدة هاهنا ألوكيل على البائع أم للأمر (قال) لا . ولكنها للأمر على البائع .. وقال أشبه السلعة بعينها أو غير عينها العهدة على البائع للأمر .. (قلت) وكذلك لو وكل وكيلا يبيع له سلعة فباعها لم يكن له أن يقبل ولا يضع من ثمنها شيئاً .. (قال) نعم .. (قلت) وهذا قول مالك .. (قال) نعم « .

في مطالبة ذلك الغير للموكل فحيثما وجدنا أن للأصيل أن يطالب الغير بما يرتبه له العقد من حقوق برغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه لا الى الموكل جاز لنا أن نقول ان حقوق العقد ترجع الى الأصيل أما حيث يتعلق الأمر بمطالبة الغير بحقوقه الناشئة عن العقد فلا دلالة للنص على امكان مطالبته الوكيل بتلك الحقوق على رجوعها الى الوكيل دون الموكل وذلك لأن الغير في هذه الصورة التي تعيننا بالذات (صورة عدم اضافة العقد الى الموكل) قد لا يعرف الا الوكيل الذي تعاقد معه دون الموكل ، ومن ثم نرى أن تقدير ما اذا كانت حقوق العقد تتعلق بالموكل أو بالوكيل انما يكون - ابتداء والى أن ينكشف للغير وجود الوكالة - من زاوية الحقوق التي للموكل قبل الغير لا من زاوية الحقوق التي للغير قبل الموكل .

ولتوضيح ذلك نأخذ مثال الرد بالعيب في عقد البيع الذي يعقده وكيل المشتري دون اضافته الى الموكل فنجد أنه عند المالكية لا رد الا للموكل واذا رد الوكيل « فالأمر بالخيار فيما فعل المأمور من الرد ان شاء أجاز رده وان شاء نقضه وارتجع السلعة الى نفسه ان كانت قائمة وان كانت قد فاتت فله أن يضمن المأمور لأنه المتعدى في الرد لسلعة قد وجبت للأمر» (المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٨٣) وكذلك الحكم عند الحنابلة حيث « لموكل أن يرد بعيب ما اشتراه له وكيله لأنه حق له فملك الطلب به كسائر حقوقه » (شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٨) . أما عند الحنفية فالحكم على النقيض اذ لا مطالبة للموكل قبل الطرف الآخر الا اذا وكله الوكيل في تلك المطالبة « لأن الأمر في حقوق العقد كأجنبي آخر » (المبسوط ج ١٩ ص ٥٢) « واذا وجد الوكيل (بالشراء) في العبد عيبا فله أن يرده ولا يستأمر فيه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد » (المبسوط ج ١٩ ص ٥٨) . فقارن بين وكيل ليس له أن يرد بالعيب واذا رد بالعيب يعتبر متعديا ويحق للموكل أن يلزمه التعويض وبين وكيل هو المستبد بكل حقوق العقد وله أن يرد بالعيب دون الرجوع الى موكله بل ان ذلك الموكل ليس له أن يستعمل حقوق العقد الا أن تصدر له من وكيله نفسه وكالة في ذلك ، فمن هذه المقارنة يبين بوضوح أن المالكية والحنابلة في جانب

وأن الحنفية في الجانب الآخر فالأولون يجعلون حقوق العقد الذي لا يضاف الى الموكل راجعة الى هذا الأخير فيوجدون بذلك علاقة قانونية مباشرة بين الموكل وبين الغير الذي تعاقد معه الوكيل والآخرين يرجعون حقوق مثل ذلك العقد الى الوكيل دون الموكل فتنتفى بذلك العلاقة المباشرة بين الموكل وبين الغير .

وبناء على ما تقدم فان العبارات التي ترد في كتب المالكية مفيدة أن للغير أن يرجع على الوكيل غير كافية في الدلالة على أن حقوق العقد عند المالكية تتعلق بالوكيل اذ أن الدلالة الحقيقية في هذا الصدد هي - كما قلنا - لرجوع الموكل على الغير لا لرجوع الغير على الوكيل الذي قد لا يعرف الغير سواه ، وقد اتضح بجلاء في مسألة الرد بالعيب الفرق بين قول المالكية وقول الحنفية في هذا الصدد .

هذا وقد استخلص الأستاذ السهوري من مذهب مالك عين الذي استخلصناه هنا وقرن بينه وبين المذهب الحنبلي في رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه («مصادر الحق» ج ٥ ص ٢٤٧) ولكنه عاد في المرجع نفسه (ص ٢٨٤) فقرر أن حقوق العقد في المذهب المالكي تتعلق بالوكيل ، ونرى للأسباب المتقدمة أن الذي في الموضوع الأول هو الأرجح .

وعلى ذلك فتنشأ بموجب قواعد الشريعة الغراء في طائفة معينة من العقود علاقة قانونية مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذي تعاقد معه النائب رغم عدم تصريح النائب بنيابته أي رغم عدم انعقاد العقد باسم الأصيل وهو ما لا يتحقق - بهذا الاطلاق والعموم - طبقا للقوانين الحديثة واذن فالشريعة قد ذهبت بالأثر المباشر للنياية الى مدى أبعد مما وصلت اليه القوانين الحديثة حتى الآن ، على أن القانون الأنجلو - أمريكي يتضمن نظاما يسمى بنظام «الأصيل المستتر» undisclosed principal تشبه قواعده الى حد بعيد قواعد الشريعة في هذه الناحية .

فمن المقرر في القانون الأنجلو - أمريكي أن النائب اذا تعاقد مع الغير باسمه هو دون أن يكشف عن نيابته أصلا ثم انكشف للغير وجود النياية

وعرفت شخصية الأصيل كان له أن يرجع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية إما على النائب الذي تعاقد معه وإما على الأصيل الذي كان مجهولا له عند التعاقد فيكون له بذلك مدينان يرجع على أيهما شاء وهو ما يسمونه بالمديونية البديلة alternative liability وكذلك الأصيل له أن يرجع بتنفيذ العقد على الغير المتعاقد مع النائب مباشرة بلا حاجة الى توسط النائب على أن هذا الغير يكون له في هذه الحالة الحق في دفع دعوى الأصيل بكافة الدفع التي كانت له قبل النائب بما فيها المقاصة . وخيار الغير المتعامل مع النائب في هذا النظام يستنفد باستعماله مرة واحدة بمعنى أنه ليس لهذا الغير أن يرجع على النائب بعد أن يكون قد اختار الرجوع على الأصيل وبالعكس (١) والشبه بين نظام الأصيل المستتر في القانون الأنجلو - أمريكي وبين قواعد الشريعة الاسلامية في آثار النيابة متوفر من أكثر من وجه :

١ - فثمة تلك العلاقة المباشرة التي تنشأ بين الأصيل وبين الغير المتعاقد مع النائب رغم الجهل بالنيابة وقت إبرام العقد أى أن الأثر المباشر للنيابة يترتب في النظامين في صورة ينعدم فيها ذلك الأثر المباشر في سائر القوانين الحديثة .

٢ - وأيضا فالخيار المقرر للغير في القانون الأنجلو - أمريكي في الرجوع على النائب أو على الأصيل مقرر له كذلك في الشريعة الاسلامية اذ نقرأ في «تحفة الحبيب» (ج ٣ ص ١٢٦) مايلي :

« فان اعترف (الغير الذي باع للوكيل) بها (أى بالوكالة) طالب كلا منهما به (أى بالثمن) والوكيل كضامن والموكل كأصيل » .

ونجد في « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٣٨) قوله .

« وان اعترف (أى الغير المتعاقد مع الوكيل) بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا في الأصح وان لم يضع يده عليه كما يطالب

(١) ستيفنز ج ٣ ص ٣٤٣ ، وكورتني ج ٢ ص ٥٤ ، وبوبسكو - رامنسيانو

الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل
لأنه المالك ومن ثم رجوع عليه الوكيل اذا غرم» .

كما نجد المعنى نفسه في « المعنى » اذ يقول (ج ٥ ص ٢٦٤) :

« فأما ثمن ما اشتراه (الوكيل) اذا كان في الذمة فانه يثبت
في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبيع مطالبة
من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بربىء
الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء» .

وكذلك يقول البهوتى في « شرح المنهى » (ج ٢ ص ١٧٨ - ١٧٩) :

« وان علم مشتر بالوكالة فلا طلب له على وكيل وإلا فله
طلبه ابتداء للتغريب . وان اشترى وكيل بثمن في ذمته ثبت
في ذمة الموكل أصلاً وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبيع مطالبة
من شاء منهما وان أبرىء الموكل بربىء الوكيل لاعكسه» .

على أن الخيار المقرر في الشريعة يختلف عن الخيار المقرر في القانون
الأنجلو - أمريكي من حيث أن الرجوع على أى من الاثنين (الأصيل
أو النائب) في هذا الأخير يستتبع النزول عن الرجوع على الآخر بغير تفرقة ،
بينما مقتضى القياس على الضامن والمضمون في الشريعة أن الرجوع على النائب
لا يمنع من الرجوع بعد ذلك على الأصيل اذا لم يثمر الرجوع على نائبه لأن
الأصيل في حكم المدين الأصلي واذن فالقانون الانجليزي يسوى في المسؤولية
بين المدينين البديلين أما الشريعة فترتب مسؤوليتهما بالقياس على مسؤوليتي
الضامن والمضمون .

ويرى العلامة السهوري^(١) أن نظام الأصيل المستتر في القانون الانجليزي
هو في الواقع مرحلة الى الأمام في نظام الاسم المستعار الذي تعرفه القوانين
اللاتينية والجرمانية فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين
الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون

(١) نظرية العقد - بند ٢١٠ ص ٢١٨ حاشية ٥

أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الانجليزي فيسمح بهذا الرجوع ويضيف أستاذنا الكبير السنهوري أن نظام القانون الانجليزي في هذا الصدد ظاهر أنه لا ينطبق الا في العلاقات المالية التي لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق على وعد بالزواج أو على ايجار العمل الخ .

ونعتقد أننا أثبتنا فيما تقدم أن الشريعة الاسلامية قد سبقت القانون الانجليزي الى ذلك كله اذ قررت للنيابة أثرا مباشرا يربط الأصيل والغير في حالات تدخل ضمن ما تسميه القوانين الحديثة الاسم المستعار ولا تعرف بشأنه الأثر المباشر للنيابة وبذلك كانت دائرة النيابة أوسع في الشريعة الاسلامية منها في القوانين الحديثة كما ذكرنا من قبل .

٣٩- ولا يسعنا في ختام هذا العرض لأثر النيابة في الشريعة الا أن ندلى بما نظن أنه تصويب لما قيل من أن مذهب أبي حنيفة بهذا الصدد قريب من القانون الروماني وأن مذهب الشافعي قريب من القانون الحديث (١) فقد رأينا أن الحنفية وغيرهم من سائر المذاهب الأربعة متفقون على رجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل رأسا في جميع الحالات التي يبرم فيها النائب التصرف باسم الأصيل وهي وحدها التي تتحقق فيها النيابة في القوانين الحديثة كقاعدة عامة . أما ما عدا ذلك من الحالات

(١) نظرية العقد بند ٢٠١ ص ٢٠٩ حاشية ١ و « الوسيط » ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ : « وفي الشريعة الاسلامية اختلفت المذاهب في هذا الموضوع ، فأبو حنيفة يرجع حكم العقد الى الموكل أما حقوق العقد فترجع الى الوكيل وهو في هذا قريب من القانون الروماني على النحو الذي تقدم ، والشافعي يرجع حكم العقد وحقوقه الى الموكل دون الوكيل وهو في هذا يتفق مع القانون الحديث » . ونظن أن هذا القول يرد عليه مأخذان :

الأول : أنه لا يصح الا عن العقود التي يضيفها الوكيل الى نفسه لا الى موكله أي العقود التي لا تبرم باسم الأصيل وهذه - كقاعدة عامة - تخرج أصلا عن نطاق النيابة في القانون الحديث لانتهاء تعامل النائب مع الغير باسم الأصيل - أما العقود التي يعقدها الوكيل باسم موكله فآثارها جميعا - حكما وحقوقا - تلحق في الشريعة الاسلامية بالأصيل مباشرة على ما أسهبنا في بيانه .

الثاني : أن الرأي المنسوب هنا الى الشافعي هو الذي يرويه عنه الحنفية في كتبهم وليس المعتمد في كتب الشافعية .

فهى فى حكم القوانىن الءءىئة ءءء عن نطاق النىابة ومع ذلك فءاهب الشرىعة الاسلامىة ءقر فى هءه الءالات الأءىرة الأءر المباشر للنىابة على ءفاوء بىنها مبناء ءفرقة بىن ما ىسمونه حكم العءء وما ىسمونه ءقوق العءء على ما شرحناه آنفا .

وعلى ذلك فان ءسوىة بىن مءهب أبى ءنىفة فى ارءاع ءقوق العءء الى الوكىل وبىن القانون الرومانى الذى لم ىكن ىقر الأءر المباشر للنىابة كأصل لا ءسءىم الا اذا قارنا حكم القانون الرومانى فى عمومه بءصوص حكم المءهب الءنى فى ءالات ءعاقد الوكىل باسم نفسه لا باسم الموكل وهى مقارنة ءىر سلمىة لءفاوء الأسس الءى ءقوم عىلها از هءه الءالات الأءىرة ءءء عن نطاق النىابة فى القانون الءءىء نفسه بله القانون الرومانى والمءهب الءنى فى هءه الءالات الأءىرة نفسها ىذهب الى أبءء مما ءذهب الىه القوانىن الءءىئة از ىرءع أهم آءار العءء - وهوما ىسمىه حكم العءء - الى الأصل رأسا ولا ىءفظ للنائب الا بالآءار الفرعىة المسماة بءقوق العءء وبذلك ىءضح مءى الاءءلاف ما بىن المءهب الءنى والقانون الرومانى فى هءا الصءء .

٤٠- هءا وان الرأى الذى أوردناه هنا عن حكم الشرىعة بمءءلف مءاهاها فى مسألة الأءر المباشر للنىابة سبىق أن ناءىنا به أول مرة - بأقل من هءا ءءفىصل - فى رسالءنا المءبوعة سنة ١٩٥٤ ءىء قلنا بعء اسءعراض قواعد الشرىعة فى مءءلف المءاها :

« وواضح أن حكم الشرىعة بمءاهاها المءءلفة مءءق مع حكم القوانىن الءءىئة فى ارءاع آءار ءءصرف الى الأصل ءون النائب فى ءمىع الصور الءى ءءءقق فىها النىابة بالمعنى الءءىء أى فى ءمىع العقوء الءى ىكون فىها العلم بوءوء النىابة مءءركا بىن النائب والءىر المءعاقد معه » (١) .

(١) « النىابة فى ءءصرفات القانونىة » - الاسءءرىة ١٩٥٤ ص ١٦٤

ولم يكن يذهب الى هذا الرأي أحد من الشراح حتى ذلك الحين
والى ما بعده (١) الى أن وجد هذا الرأي سنداً نعتز به فيما انتهى اليه أخيراً
العلامة السنهوري في أحدث مؤلفاته وهو الجزء الخامس من « مصادر
الحق في الفقه الاسلامي » المطبوع سنة ١٩٥٨ (٢) ففيه رجع المؤلف
عما كان قد قال به في « نظرية العقد » وفي « الوسيط » مورداً مبررات
هذا الرجوع وأسباب القول بالرأي الأول (٣) وانتهى الى أنه :

« في الحالة الأولى (حالة تعامل النائب باسم الأصيل) تكون
النيابة كاملة في الفقه الغربي اذ تحتفى شخص النائب ، وتقوم
العلاقة مباشرة بين الأصيل والعاقد الآخر . فيكسب الأصيل
الحقوق المتولدة من العقد الذي باشره النائب ، وتترتب في ذمته
الالتزامات التي انشأها هذا العقد فيطالب العاقد الآخر رأساً
بهذه الحقوق ويطالبه العاقد الآخر رأساً بهذه الالتزامات .
وهذا هو أيضاً شأن الفقه الاسلامي ، لم يقصر عن ادراك مدى

(١) قارن مثلاً : شفيق شحاته - في دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ (على الآلة الكاتبة) ،
وفي « المجلة الدولية للقانون المقارن » السنة الثامنة (١٩٥٦) ص ٥٣٨-٥٤٦ وبخاصة الفقرات
٣٧ و٤٠ و٤١ - ولا تفوتنا الاشارة الى أن الأستاذ الدكتور شحاته في رسالته التي فوشت
سنة ١٩٣٦ - وكانت فاتحة طيبة لدراسة الشريعة على النهج العلمي الحديث - (« النظرية العامة
للالتزامات في الشريعة الاسلامية - الجزء الأول - طرفا الالتزام » - القاهرة - مطبعة الاعتماد
بدون تاريخ) - كان قد قرر أن « الفقه الاسلامي يسلم بمبدأ النيابة التامة .. ومبدأ النيابة هذا
لم يصل اليه التشريع الروماني الا بعد جهاد عنيف وقد بقي مجهولاً من التشريع الفرنسي القديم ،
أما الفقه الاسلامي فقد قال بالنيابة التامة وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جداً » (المرجع المذكور -
البنود ١٩٠-١٩٩) . وقد ورد هذا القول هنالك غير مسند الى النصوص الفقهية ، كما أنه جاء
ضمن المقدمة العامة للرسالة التي استعرض فيها المؤلف نظرية الالتزامات في الشريعة استعراضاً
عاماً يكون « هيكلًا وقتياً » يساعد على تتبع الدراسات المقبلة التي شرع فيها المؤلف (بند ٣٩) ،
ومن ثم فالظاهر أن الذي انتهى اليه المؤلف في مقاله المنشور في « المجلة الدولية للقانون المقارن »
سنة ١٩٥٦ ثم في دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ والتي نشرت في « مجلة العلوم القانونية
والاقتصادية » - السنة الأولى - ١٩٥٩ (المرجع السابق) هو قوله النهائي المسند الى نصوص
المذهب الحنفي .

(٢) ص ٣٠٨

(٣) ص ٢٤٩-٢٥٠

النيابة كاملا في هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربي خطوة واحدة فان الوكيل في الفقه الاسلامي اذا اُضيف العقد الى موكله انصرف حكم العقد وحقوقه جميعا الى الموكل لا الى الوكيل وكانت النيابة كاملة ومن ثم يختفي شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر ، ويرجع الموكل على العاقد الآخر رأسا بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقد الآخر على الموكل رأسا بما كسبه هو أيضا من هذه الحقوق . لا فرق في كل ذلك بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي الحديث فليس هناك شك في أن الفقه الاسلامي قد وصل بنظرية النيابة الى أبعد مدى وصل اليه الفقه الغربي الحديث .

ويضيف المؤلف الى ذلك قوله (ص ٣١٠) :

« أحسن الفقه الاسلامي كل الاحسان في صرف حكم العقد وحقوقه الى الموكل اذا أضيف العقد اليه فهذه نيابة كاملة سبق فيها الفقه الاسلامي الفقه الروماني وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها الى النيابة وضاهى الفقه الاسلامي فيها الفقه الغربي الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة » .

٤١- وبعد أن يبين المشروع الموحد أثر النيابة في المادة ١٠ ينص في المادة التالية على حالة كثيرة الحدوث في العمل هي حالة التعاقد لحساب أصيل لا يذكر اسمه في العقد وانما يحتفظ النائب بحق الكشف عن شخصيته في وقت لاحق وفي ذلك تقول المادة ١١ :

« اذا كان المتعاقد قد صرح وقت ابرام العقد بأنه يبرمه لحساب شخص آخر دون أن يذكر اسم هذا الأخير ودون أن تدل الظروف على شخصيته فان المتعاقد يعتبر نائبا عن شخص يجري تعيينه في وقت لاحق على التعاقد وينبغي على المتعاقد في هذه الحالة أن يكشف للغير عن شخصية الأصيل في المهلة المنفق عليها أو في مهلة معقولة ان لم يتفقا على المهلة .

فاذا كان هذا الأخير قد أناب المتعاقد في التصرف باسمه
أو اذا قبل في المهلة المشار اليها العقد الذي أبرمه المتعاقد باسمه أنتج
العقد آثاره مباشرة بين الأصيل وبين الغير منذ وقت إبرامه .

فاذا تخلفت الشروط التي تقررها الفقرة السابقة أنتج العقد آثاره
بين الغير وبين من تعاقد معه .

وهذه المادة تتناول ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي بصدد عقود
البيع اصطلاح declaration de command وهو وضع لم ينص عليه القانون المدني
الفرنسي ولكنه منتشر في العمل وقد أشار اليه قانون التسجيل الفرنسي في المواد
٣٦٥ - ٣٦٧ منه اذ ينص على عدم تقاضى رسم ثان على انتقال الملكية
العقارية اذا أعلن المشتري في ورقة رسمية اسم الأصيل الذي أبرم العقد
لحسابه في ظرف ٢٤ ساعة من إبرام عقد البيع وفي عدم تقاضى رسم جديد
على انتقال الملكية الدليل الكافي على أن الوضع الذي نحن بصدده
هو صورة من صور النيابة التي تلحق فيها آثار العقد بالأصيل رأساً من غير
أن تمر بشخص النائب .

والفقه الفرنسي يجمع الآن على أن البيع مع التقرير بالشراء عن الغير
هو من تطبيقات النيابة خلافاً للرأى الذي كان ينادى به بعض الشراح
فيما سبق ومؤداه اعتبار هذا النوع من العقود نظاماً قائماً بذاته (١) .

على أن النيابة في هذا النوع من العقود تتحقق فقط في الحالة التي
يكشف فيها المتعاقد عن شخص الأصيل في المهلة الاتفاقية أو المعقولة
أما اذا انقضت تلك المهلة دون أن يحدث ذلك فالعقد يعتبر مبرماً بين
المتعاقد الذي احتفظ بحق الكشف عن شخص الأصيل وبين من تعاقد
معه وهذا واضح من نص المادة ١١ من المشروع وعلى ذلك فيصح القول

(١) الهلالى وحامد زكى بند ٥٤٧-٥٥٠ ، ورواست ص ٢١٧-٢٢٠ ، وكلايريز
ص ١٩٥ ، ومدراى ص ٢١٨-٢٢١ ، وبوبسكو - رامنسيانو ص ٢٤٨-٢٥٠ .

بأن مثل هذا المتعاقد يعتبر نائبا بشرط واقف هو الكشف عن الأصيل في المهلة ومتعاقدا باسمه ولحساب نفسه بشرط واقف كذلك هو انقضاء المهلة دون الكشف عن شخصية صاحب الشأن .

فاذا قرر النائب أنه يتعاقد بوصفه نائبا دون أن يكشف عن شخصية الأصيل عند التعاقد أو اشترط المتعاقد أن يكون له الحق في أن يفصح في ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد وقبل الغير المتعاقد معه هذا الوضع فرغم عدم التصريح باسم الأصيل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد رأسا ومن وقت إبرام العقد الى الأصيل دون النائب متى كشف المتعاقد عن شخص هذا الأصيل في الميعاد وذلك لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصيا كما أن نية الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وانما مع الأصيل الذي سيحدده النائب فيما بعد .

وفائدة هذا النظام العملية واضحة من حيث أنه يسمح بإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة في التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصطحب ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المستعار الى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو الشأن في حالات تعاقد الوكيل باسم نفسه اذا لم يحتفظ في العقد بالحق في الكشف عن شخص صاحب الشأن .

ولم يحدد المشروع الموحد المهلة التي ينبغي على النائب أن يفصح فيها عن اسم الأصيل تاركا ذلك لاتفاق الطرفين أو لتقدير القاضى للمهلة المعقولة في حالة عدم الاتفاق وذلك خلافا لبعض التشريعات الأخرى كقانون التسجيل الفرنسى الذى يحددها بأربع وعشرين ساعة وكالقانون المدنى الايطالى (المادة ١٤٠٢) الذى حددها بثلاثة أيام وكقانون المرافعات المصرى الذى حدد هذه المهلة في البيوع القضائية بثلاثة أيام من يوم صدور حكم مرسى المزداد وذلك في المادة ٦٧٠ مرافعات ونصها :

« يجوز للراسى عليه المزاد أن يقرر في قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين » .

ومقتضى هذا النص أن البيوع القضائية في القانون المصرى تكون دائما مقترنة بحق الكشف عن الأصيل أو ما يسمى بحق اختيار الغير وذلك بغير حاجة الى النص على ذلك في قائمة شروط البيع .

٤٢- هذا وقد قررت محكمة النقض في حكم لها تناولت فيه عقد البيع الذى يحتفظ فيه المشتري بحق الافصاح عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد مايلى (١) .

«ان تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير غير جار على اطلاقه فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا فاسناد ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشتري الظاهر قبل البيع وبقاء العين فى ملكية المشتري الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا عمله بعد الميعاد المتفق عليه - وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير - كلها تخالف أحكام الوكالة تماما .

ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبوا فى تبرير اسناد ملكية المشتري المستر الى عقد البيع الأول - وهو اهم ما يقصد من شرط اختيار الغير - الى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير الا أن ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا عمل

(١) نقض ٩ مارس ١٩٥٠ - مجموعة أحكام النقض - السنة الأولى - رقم ٨١ ص ٣١٢

المشترى حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع النائب
أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض
يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة .“

ويبدو من هذا الذى قررته المحكمة العليا أنها تذهب الى رأى الذى يعتبر
الشراء مع حفظ الحق في اختيار الغير نظاما مستقلا قائما بذاته وهو الرأى
القديم الذى عدل عنه الفقه ولا يسعنا أن نتمشى مع هذا الحكم فيما اعتره
تنافرا بين أحكام الشراء مع حفظ الحق في اختيار الغير وبين أحكام الوكالة
من حيث « اسناد ملكية المشتري المستتر الى عقد البيع الأول » فهذا الأثر
هو خصيصة النيابة التى لا تنفك عنها إذ أن رجوع آثار العقد الى الأصيل
مباشرة دون النائب هو أهم آثار النيابة ، أما ما أشارت اليه المحكمة من
« عدم وجود تفويض أو توكيل منه (أى المشتري المستتر أو الأصيل)
الى المشتري الظاهر قبل البيع » فغير مسلم لأن العلاقة بين المتعاقد مع حفظ
الحق في اختيار الغير وبين هذا الغير لا تخرج عن أن تكون علاقة وكالة
أو علاقة فضالة وهى على الحالين صورة من صور النيابة إذ لا سبيل
الى الزام المشتري المستتر آثار العقد الذى عقده المشتري الظاهر بغير ذلك .

أما عن وجه التنافر الثانى الذى تشير اليه محكمة النقض بين أحكام
هذا النوع من البيوع وبين أحكام الوكالة وهو « بقاء العين في ملكية المشتري
الظاهر اذا لم يعمل حقه في الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه »
فلا تنافر هنا في الواقع اذا أن اعتبار هذا النوع من البيوع من تطبيقات
النيابة مشروط بشرط اعمال الحق في اختيار الغير فحيث لا يستعمل المتعاقد
هذا الحق فلا نيابة . وبعبارة أخرى أن النيابة هنا موقوفة على شرط استعمال
الحق في اختيار الغير في الموعد المتفق عليه فاذا حدد المتعاقد شخص صاحب
الشأن تحقق الشرط وأصبحنا أمام حالة عادية من حالات النيابة بكل أحكامها
وآثارها أما اذا لم يستعمل المتعاقد هذا الحق تخلف شرط النيابة وأصبحنا
أمام عقد بيع معقود بطريق الاصاله يرتبط به البائع والمشتري الظاهر
الذى يصبح في هذه الصورة صاحب الشأن الوحيد . وهذا التصوير

للشراء مع حفظ الحق في اختيار الغير بأنه يتضمن نيابة موقوفة على شرط تصوير يتفق مع الواقع ولا حاجة معه الى القول بالافتراض أو المجاز المقصور على حالة ما اذا عمل المشتري حقه في اختيار الغير ، كما ذهبت اليه أسباب هذا الحكم ، اذ لا افتراض هنا وانما نيابة بمعنى الكلمة أما الفرض الآخر وهو فرض عدم استعمال الحق في اختيار الغير ففيه لا تتحقق النيابة لتخلف شرطها ونكون أمام بيع معقود بطريق الاصلالة أى أن النيابة لا تنشأ أصلا فلا محل للقول بأن « الافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » .

(٥)

انقضاء النيابة

٤٣- يرتبط البحث في انقضاء النيابة أوثق ارتباطا بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل أى بالعقد الذى صدرت الانابة بمناسبة أو بالاستناد اليه ، وهذا ما جعل المشرع الألماني ينص في المادة ١٦٨ من قانونه المدنى على أن انقضاء الانابة يتقرر طبقا للعلاقة القانونية التى صدرت الانابة ارتكانا اليها . وهذا أيضا ما حدا بمعظم من كتبوا فى النظرية العامة للنيابة الى اخراج انقضاء النيابة من نطاق أبحاثهم لكون أسباب انقضائها متعددة ومتنوعة بتنوع العلاقات القانونية التى تربط النائب بالأصيل .

على أن المشروع الموحد قد خص انقضاء النيابة بفصل من عشر مواد عدد فيها الأسباب العامة لانقضاء النيابة بصرف النظر عما بين الأصيل ونائبه من علاقة داخلية وأوضح التقرير التفسيرى أن المشروع لم يتناول أسباب الانقضاء التى تكون ظاهرة من صيغة الانابة نفسها كإنقضاء مدتها أو انتهاء العمل المناب فيه أو استحالة القيام بذلك العمل أو تحقق شرط فاسخ علق عليه الأصيل انقضاء الانابة (١) .

(١) قارن نص المادة ٧١٤ مدنى مصرى فى باب الوكالة « تنتهى الوكالة باتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة » .

وفيما عدا هذا النوع من أسباب الانقضاء يعدد المشروع الموحد أسبابا أخرى منها ما يتعلق بشخص الأصيل ومنها ما يتعلق بشخص النائب ومنها أخيرا ما يرجع الى ارادة أحد الطرفين الأصيل والنائب .

(١) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص الأصيل :

هذه الأسباب هي الموت وفقد الأهلية والافلاس وفي ذلك تقول المادة ١٥ من المشروع :

« موت الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد موت الأصيل تنفذ في تركة هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بالوفاة في وقت ابرام تلك التصرفات . واذا كان الأصيل شخصا معنويا فان انقضاء شخصيته ينهى النيابة بالطريقة نفسها » .

كما تنص المادة ١٦ على أن :

« فقد أهلية الأصيل فقدا تماما ينهى النيابة .

واذا فقد الأصيل أهليته جزئيا فان الأناية لا ترتب أثرا الا في حدود ما يدخل في أهلية الأصيل المحدودة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد فقد أهلية الأصيل تنفذ في حق هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بهذا الظرف في وقت ابرام تلك التصرفات » .

وأخيرا تنص المادة ١٧ على أن :

« اشهار افلاس الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب الحاصلة بعد اشهار افلاس الأصيل صحيحة حتى في مواجهة مجموعة الدائنين اذا كانت تصح لو كانت قد حصلت من الأصيل نفسه » .

وتعقب المادة ١٨ على هذه الأحكام بقولها .

« يظل النائب قائماً بما أنيب فيه رغم موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه وذلك لحساب الأصيل أو خلفائه أو مجموعة الدائنين كلما كان انقضاء النيابة من شأنه الاضرار بالأصيل أو بخلفائه أو بمجموعة الدائنين» (١) .

٤٤- وفيما يتعلق بتأثير موت الأصيل في قيام النيابة كان على واضعى المشروع الموحد أن يختاروا بين اتجاهات ثلاث تتجلى في تشريعات مختلف الدول .

١ - فئمة تشريعات تغلب مصلحة استقرار المعاملات واستمرارها على كل اعتبار آخر فلا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة وانما تنص على استمرارها مع حلول ورثة الأصيل محل مورثهم ومن هذه التشريعات القانون المدنى الألماني (م ٦٧٢) وقانون التجارة الألماني (م ٥٢) والقانون المدنى الصينى (م ٥٦٤) وقانون العقود الاسكانديناى (م ٢١) وغيرها .

٢ - وهناك فريق آخر من التشريعات يغلب الاعتبار الشخصى فى النيابة وما تقوم عليه من ثقة بين الأصيل والنائب فترتب على واقعة موت الأصيل انقضاء النيابة ومن هذا الفريق القانون الأنجلو - أمريكى والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٠٠) والقانون المدنى النمساوى (م ١٠٠٢) .

٣ - وبعض التشريعات قد اختطت سبيلا وسطا بين الاتجاهين المتضادين السابقين فهى مع تقريرها انقضاء النيابة كنتيجة لموت الأصيل تحذ من اطلاق هذه النتيجة بتعليق تحققها على علم النائب والغير بهذه الواقعة . ومن هذا القانون المدنى المصرى (م ١٠٧ وم ٧١٣) والقانون المدنى الفرنسى

(١) قارن المادة ١/٧١٧ من القانون المدنى المصرى « على أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف » . وهذا الحكم شائع فى تقنينات سائر الدول وحكمته واضحة لاحتجاج الى بيان .

(م ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩) والقانون المدني الايطالى (م ١٣٩٦) وقانون
الالتزامات السويسرى (م ٣٧) والقانون المدني اللبنانى (م ٨١٩) .

وقد انحاز واضعو المشروع الموحد لهذا الاتجاه الأخير لكونه أقرب
الاتجاهات الثلاث الى التوفيق بين مصالح ذوى الشأن جميعا بما فهم الغير
المتعاقد مع النائب .

على أنه يلاحظ على نص المادتين ١٥ و ١٦ من المشروع أنه يعلق
استمرار النيابة برغم موت الأصيل أو فقد أهليته على جهل الغير - فحسب -
بالواقعة المنهية للنيابة دون أن يعتد بعلم النائب أو جهله بتلك الواقعة
فهاتان المادتان لا تشترطان لاستمرار النيابة فى الحالات التى نحن بصدها
أن يكون النائب والغير مشتركين فى عدم العلم بالموت أو فقد الأهلية
وانما تكتفيان فى ذلك بعدم علم الغير وحده .

والمشروع الموحد فى هذا يجافى ما سار عليه عدد كبير من التشريعات
ونخاصة القانون المدني المصرى (م ١٠٧) والقانون المدني الفرنسى (م ٢٠٠٨
و ٢٠٠٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٣٧) فهذه التشريعات
وغيرها تشترط لامكان القول باستمرار النيابة وانتاجها أثرها رغم موت
الأصيل أو فقد أهليته أن يكون النائب والغير يجهلان معا وقت التعاقد
انقضاء النيابة .

والواقع أن مسلك تلك التشريعات أرجح مما اختاره واضعو المشروع
الموحد اذ أن الاشتراك فى العلم بسبب انقضاء النيابة بين الغير والنائب
هو شرط لازم لامكان القول باستمرار النيابة لأننا بغير ذلك الاشتراك
نكون فى أحد وضعين :

١ - نائب يجهل انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يعلم ذلك
الانقضاء وهنا يكون الغير سبب انقضاء النيابة قطعا ولا تعرض لنا ضرورة حمايته
عن طريق سحب أثر النيابة الى ما بعد تحقق سبب انقضائها .

٢ - نائب يعلم انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير مجهل ذلك - وهي الحالة التي تتسع لها نصوص المشروع وتضيق عنها أحكام التشريعات التي أشرنا إليها - وهنا نجدنا أمام حالة من حالات تجاوز النائب حدود نيابته وينبغي أن يترك الحكم فيها للقواعد التي تنظم مسئولية مثل ذلك النائب قبل الغير الذين تعامل معهم ولا مبرر لالزام الأصيل الذي عزل نائبه وأبلغه ذلك العزل أو الأصيل الذي فقد أهليته أو ورثة الأصيل المتوفى نتائج تصرف النائب سيء النية الذي تعامل مع الغير وهو يعلم انقضاء نيابته .

وحكم المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري الذي ينطبق على جميع حالات النيابة - اتفاقية كانت أم قانونية - مستحدث في القانون الجديد الذي تشير مذكرته الايضاحية الى أنه « قد تنقض النيابة دون أن يعلم النائب بذلك كما اذا كان مجهل موت الأصيل أو الغاء التوكيل . فاذا تعاقد في هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة كان تعاقد هذا ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » .

ولم يكن قانوننا المدني القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل . ولل قضاء المصري تطبيقات عديدة لتلك المادة قبل صدور القانون المدني الحالي فمن ذلك حكم محكمة استئناف مصر في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (١) : « الأعمال التي يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاة تكون صحيحة وقانونية . وتصرف الوكيل وهو لا يعلم بوفاة موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا يحتج به الا وريثة الموكل وفي وجه من عامل الوكيل بسوء نية » (٢) .

(١) المحاماة ١٣-٣٥٣-٧١٥

(٢) يلاحظ ما في استعمال تعبير "البطلان" في هذا الحكم من عدم الدقة والصواب "عدم النفاذ" لا "البطلان" .

وكذلك حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ (١) «من المجمع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة تنتهي بوفاة الموكل إلا أن أعمال الوكيل التي قام بها بغير علمه بوفاة الموكل تظل صحيحة». ولكن هل كان القضاء في ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة في غير حالة الوكالة؟

قضت محكمة النقض (٢) في دعوى ينطبق عليها القانون المدني القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث اذا كان المحجور عليه قد توفي قبل صدور قرار المجلس الحسبي باعتماد تصرف القيم فان التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشأن. وأخذنا بهذا المبدأ نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذي كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة. وعندنا أن حكم النقض المذكور يقوم على التضييق من نطاق المبدأ بشكل لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف المنقوض كان أكثر تمشيا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع في القانون المدني الجديد اذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفافية وقانونية بحكم وروده في صيغة عامة وبين مواد النيابة بوجه عام خلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التي وردت في الباب الخاص بعقد الوكالة.

ونجد في الشريعة الاسلامية هذه القاعدة عينها في انقضاء النيابة بموت الأصيل وبعض الأقوال في مختلف المذاهب تقيد انقضاء النيابة بما يقيد

(١) المحاماة ١٦-٢٢٦-٥٢١، والمجموعة الرسمية ٣٧-٣١٤

(٢) أول مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدنية - السنة الثانية - العدد الثاني رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها.

به القانون والمشروع الموحد من وجوب علم النائب والغير بواقعة موت الأصيل (١).

٤٥- وجدير بالذكر أن عبء الاثبات في حالة استمرار النيابة بعد تحقق سبب انقضاءها انما يقع على عاتق من علق القانون استمرار النيابة في هذه الصور على عدم علمهم بواقعة الانقضاء أى على النائب أو على الغير المتعاقد معه بحسب الأحوال ومؤدى ذلك أن الأصيل أو ورثته ليس عليهم لكى يصلوا الى عدم الالتزام بآثار تصرف النائب الا أن يثبتوا حصول الواقعة المهنية للنيابة دون أن يقع على عاتقهم عبء اثبات علم النائب والغير بها ، وعلى هذين - أو أحدهما - يقع عبء اثبات جهلهما بالاعزل أو بالموت أو بفقد الأهلية الذى لحق الأصيل .

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ (المحاماه ٣٨ - ٣٨٩ - ٩٠٨) أن :

”القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب اعلان الغير بانقضاء الوكالة وانما شرط لنفاذ مثل هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية أى غير عالم بانقضاء الوكالة ، ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته أى أنه بحسب الموكل الذى يحتاج بتصرف أجراءه الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبنى الاحتجاج

(١) المغنى ج ٥ ص ٢٤٢ - وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥١ - والمدونة الكبرى ج ١٠ ص ٧٥ « قلت لابن القاسم أرأيت لو أن رجلاً أمر رجلاً أن يشتري له سلعة من السلع .. فأتى الأمر ثم اشتراها وهو لا يعلم بموت الأمر أو اشتراها ثم مات الأمر . (قال) ذلك لازم للورثة كلهم فان اشتراها وهو يعلم بموت الأمر لم يلزم الورثة .. لان مالكا سئل عن الرجل يوكل الرجل يجهز له المتاع يبيع له ويشتري فيبيع ويشتري وقد مات صاحب المتاع . (قال) أما ما باع أو اشتري قبل أن يعلم بموت الأمر فذلك جائز على الورثة وأما ما اشتري وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك فسألتك مثل هذا لأن وكالته قد انفسخت » .

بهذا التصرف - ان شاء - التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تثبت في هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون وعلى ذلك فاذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به" (١) .

وقد كان القضاء ميالا أول الأمر الى التشدد مع النائب ومع الغير المتعامل معه فى قبول أدلتها على جهلها بالواقعة المهيبة للنياية الا أنه قد لوحظ فى المدة الأخيرة - وبصفة خاصة فى القضاء الفرنسى - ميل ظاهر نحو التخفيف من عبء اثبات الجهل بالواقعة الموجبة لانقضاء النياية ومن تلك الأحكام الجديدة حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (٢) واكتفت فيه المحكمة بظرف صعوبة المواصلات للقول بسرمان عقد الوكيل المعقود بعد وفاة الموكل فى حق ورثة هذا الأخير

(١) أنظر عكس ذلك : محمد على عرفه « شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والوكالة ... الخ » ص ٣٤٦ : « واذا ثار النزاع حول علم الوكيل أو الغير بالعزل أو جهله اياه فانه يكون على الموكل الذى يدعى براءة ذمته من الالتزامات التى عقدها الوكيل المعزول أن يثبت أن أحدهما كان على بينة من العزل وقت التعاقد وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تقرر افتراض حسن النية دائما ، فعلى من يدعى أن خصمه كان سيء النية أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه » . وكذلك ص ٣٥١ : « ونرى أن على من يدعى علم الوكيل أو الغير بالوفاة .. للتخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس » . ويلاحظ على رأى أستاذنا الدكتور عرفه فى هذه الخصوصية أن الأمر لا يتعلق بحسن النية أو سوءها فى نطاق الرابطة العقدية التى ثبت قيامها ، وانما يتعلق الأمر بقيام تلك الرابطة العقدية ابتداء أو عدم قيامها ، ولما كان الأصل أن العزل وموت الأصيل وفقد أهليته تنهى النياية فعلى من يدعى استمرار النياية استثناء من ذلك الأصل أن يثبت توفر أسباب الاستثناء وذلك تطبيقا للقاعدة العامة فى الإثبات وهى أن عبئه يقع على من يدعى خلاف الثابت أصلا . هذا الى أن محكمة النقض قد جرت على الرأى الذى أثبتناه فى المتن كما تقدم .

Juris-classeur Périodique 1954, II, 8616 (٢)

معتبرة أن ذلك الظرف مقتضاه أن الوكيل اذ تصرف كان مجهل وفاة الموكل وفي واقعة الدعوى التي صدر فيها ذلك الحكم كان الموكل لاجئاً الى أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية ، ويعتبر هذا القضاء تطوراً نحو التخفيف من عبء اثبات جهل الوكيل بوفاة الموكل خلافاً لأحكام النقض الفرنسي القديمة التي كانت تتشدد في القاء عبء اثبات الجهل بالوفاة على كاهل الوكيل الذي تصرف غير عالم بانقضاء وکالته (١) .

واشترط العلم بالواقعة التي يترتب عليها انقضاء النيابة يسرى كذلك على فقد الأهلية واشهار الافلاس كما هو واضح من نص المادتين ١٦ و ١٧ من المشروع ونحيل بهذا الصدد على ما تقدم لنا بخصوص العلم بموت الأصيل تحاشياً للتكرار .

٤٦- هذا وان المادة ١٦ الخاصة بفقد الأهلية تورد حكماً اتفقت عليه معظم التشريعات حتى تلك التي لا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة ولم يشذ عن قاعدة انقضاء النيابة بفقد أهلية الأصيل فقدا كلياً الا القانون المدني الألماني (م ٦٧٤) وقانون الالتزامات السويسري (م ٤٦٥) وبعض التشريعات التي تأثرت بهذين التقنينين تأثراً كبيراً كالقانون المدني الصيني (م ٥٧٤) والقانون المدني الإيراني (م ٤٠٠) .

وقد خصت المادة ١٦ حالة الفقد الجزئي للأهلية بحكم خاص اذ نصت على استمرار النيابة في حدود الأهلية المقيدة للأصيل وهو ما يتفق والحكمة من انقضاء النيابة بفقد الأهلية اذ ما دام أن الأصيل لا يزال متمتعاً بأهلية القيام بتصرفات معينة فلا محل لانقضاء النيابة بالنسبة لتلك التصرفات بل المصلحة في استمرارها وتنقضي النيابة فقط بالنسبة للتصرفات التي أصبحت خارجة عن حدود أهلية الأصيل الجديدة دون سواها .

وفي الشريعة الاسلامية نجد هذا الحكم عينه معللاً بالحكمة نفسها اذ نقرأ في المعنى (ج ٥ ص ٢٤٣) : ” ومتى خرج (الموكل) عن كونه

(١) أنظر المحلّة ربع السنوية ١٩٥٥-٥٢٢

من أهل التصرف ... فحكمه حكم الموت لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته ... وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة .

٤٧ - (ب) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص النائب :

كما تنقضي النيابة بموت الأصيل وانعدام أهليته واشهار افلاسه كذلك تنقضي اذا عرض للنائب شيء من هذه العوارض وبهذا تقضى المادة ١٩ من المشروع الذى بين أيدينا ونصها :

« تنقضي النيابة :

١ - بموت النائب أو بانقضاء الشخصية المعنوية اذا كان شخصا معنويا .

٢ - بفقد النائب للأهلية التي كان متمتعاً بها وقت صدور الأمانة .

٣ - باشهار افلاس النائب .»

ولا تحتاج الفقرة الأولى الى تعليق ما ، أما الفقرة الثانية ففؤداها ان طروء عارض من عوارض الأهلية على النائب ينهى النيابة ولو ظل النائب بعد طروء ذلك العارض متمتعاً بأهلية التمييز وبالتالي صالحاً لأن يكون نائباً طبقاً للقاعدة الواردة في المادة ٥ من المشروع الموحد ، ومن المستطاع تبرير هذا الحكم على أساس تزعزع الثقة التي كانت باعثة للأصيل على امانة النائب اذ لا يستوى امانة شخص ناقص الأهلية ابتداء واستمرار نيابة شخص كان كامل الأهلية ثم طرؤ عليه النقص فيها وذلك لاحتمال أن الأصيل ماكان يقدم على انايته لو كان ناقص الأهلية من أول الأمر .

ومع كل فالتقرير التفسيري يتناقض في هذا الصدد مع نص المشروع اذ يشير التقرير الى أن انعدام الأهلية المنصوص عنها في المادة ٥ (أى أهلية التمييز) يترتب عليه انقضاء النيابة وهذا ما لا يحتمل أدنى شك بطبيعة الحال غير أن ظاهر نص المادة ٢/١٩ يذهب الى أبعد من ذلك اذ يترتب انقضاء النيابة على طروء النقص على الأهلية التي كانت للنائب وقت صدور الانابة ومؤدى هذا النص أن تنقضى النيابة ولو ظل النائب متمتعاً بأهلية التمييز وازاء هذا التناقض الواضح بين نص المشروع وبين مذكرته الايضاحية لا نستطيع الجزم بما قصد اليه واضعو المشروع الموحد في هذا الصدد على أن النص في ذاته واضح المدلول على ما تقدم بيانه .

وبخصوص اشهار افلاس النائب يعرب واضعو المشروع في التقرير التفسيري عما ساورهم من تردد في اعتباره سبباً لانقضاء النيابة وذلك لأن الافلاس لا يعدم أهلية المفلس اذ يظل متمتعاً بأكثر من القدر الأدنى من الأهلية اللازم للنائب (١) ومع ذلك فقد ضمنوا المشروع هذا النص اهتداءً بأحكام كثير من التقنينات التي أشاروا اليها والتي تبني هذا الانقضاء على زوال ثقة الأصيل بالنائب المفلس ويضيف التقرير التفسيري أنه ليس ثمة ما يمنع الأصيل اذا أراد الاحتفاظ بنائبه برغم افلاسه من أن يصدر له انابة جديدة .

٤٨ - (ج) انقضاء النيابة بإرادة الأصيل أو النائب :

علم لنا مما تقدم أن النيابة الاتفاقية تستند الى ارادة الأصيل المتمثلة في الانابة ولما كان الأصيل هو الذي يسبغ بارادته على النائب صفة النيابة عنه كان طبيعياً أن يكون للأصيل متى شاء أن يغير تلك الارادة فينفي عن النائب تلك الصفة وذلك عن طريق عزل النائب .

(١) قارن حكم الشريعة الاسلامية بهذا الخصوص في «المغنى» ج ٥ ص ٢٤٣ « واذ حاجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف » .

كما أن النائب بدوره وان كان مسلطا على ذمة الأصيل بارادة هذا الأخير وكان بالتالى ذا صفة فى الزام الأصيل آثار التصرفات التى يبرمها باسمه الا أنه غير ملتزم باستعمال هذه السلطة ولا بالاستمرار فى حمل تلك الصفة فيستطيع النائب اذن أن يتنحى عن ذلك بارادته فيعزل نفسه ان شاء أن يعزل .

وهذه القاعدة مترتبة على خصائص نظام النيابة ذاتها فهى نتيجة طبيعية لها ولذا نجدها فى تشريعات كافة البلاد وقد تضمنتها كذلك نصوص المشروع الموحد .

١ - العزل .

تنص المادة ٢٠ من المشروع على أنه « مع مراعاة الأحكام التى تتضمنها المواد التالية يستطيع الأصيل فى أى وقت أن يعزل النائب من الانابة » .

ونظير هذا النص مانجده فى القانون المدنى المصرى فى باب الوكالة حيث تنص المادة ١/٧١٥ على أنه « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك » .

والأحكام الواردة فى المواد التالية للمادة ٢٠ من المشروع الموحد تتضمن قيودا على آثار حق الأصيل فى عزل النائب ويمكن رد هذه القيود الى اعتبارين :

(الأول) حماية الغير حسنى النية .

(والثانى) مراعاة حق النائب أو الغير اذا كانت الانابة صادرة لصالحهم .

٤٩- فبخصوص حماية الغير تنص المادة ٢١ على أن :

« عزل النائب أو تقييد الانابة لا ينتج آثاره قبل الغير الا من الوقت الذى يعلم به هؤلاء » .

وهذه القاعدة معروفة في تشريعات مختلف البلاد اذ نجدها في القانون المصري في المادة ١٠٧ التي يعم حكمها جميع أسباب انقضاء الانابة بما فيها العزل ونجدها في قانون الالتزامات السويسرى (م ٣/٣٤) والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٧١) والقانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٥) وكذا قوانين البلاد التي تبنت تقنين نابليون كما اعتمدت هذه القاعدة لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى في المادة ٢٦ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية الذى أقرته اللجنة العامة في سنة ١٩٤٨ ونصها « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انقضاء مكتة النائب قبل من كان يجهل ذلك في الوقت الذى اكتسب فيه حقوقا بواسطة النائب » .

غير أن المادة ٢١ تحوى استثناءات من القاعدة المتقدمة اذ تنص على أن العزل وتقييد الانابة ينتجان آثارهما بلا توقف على علم الغير في الحالات الثلاث الآتية :

١ - اذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة في قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ - اذا كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب وانتهى شغله لذلك الوضع .

٣ - اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة في الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها .

والاعتبار الذى يجمع هذه الاستثناءات الثلاثة هو أن الأصيل وقد أنهى النيابة بذات الأسلوب الذى كان قد أوصلها به الى علم الغير يكون قد فعل كل ما فى وسعه لاعلام الغير بانقضاء الانابة ولا يبقى ثمة داع لتعليق تحقق آثار العزل على ثبوت علم الغير بحصوله .

٥٠ - ووجوب علم الغير بعزل النائب لا يمكن تحقيق آثاره مقرر كذلك في الشريعة الغراء اذ يقول شمس الأئمة في « المبسوط » (ج ١٩ ص ٦٩) « وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر أنه قد أخرج من الوكالة لأن توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر له بالدفع اليه ثم الاخراج نهى له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لا يثبت حكم النهى في حقه ما لم يعلم به » .

ومثله ما نجده في « رد المختار على الدر المختار » (ج ٤ ص ٤٣٤) : « وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون وإن وكله بحضرة لا (يملك عزله) لتعلق حقه به كما مر الا اذا علم به (بالعزل) المديون فحينئذ ينعزل ثم فرع عليه بقوله فلو دفع دينه اليه أى الوكيل قبل علمه أى المديون بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير وكيل » .

وفي « المغنى » (ج ٥ ص ٢٤٢) « والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل » .

وواضح أن الحكمة التي دعت الى تقرير هذا الحكم في الشريعة هي نفسها الحكمة التي صدرت عنها القاعدة في القوانين الحديثة وهي حماية الغير حسنى النية ممن تعاملوا مع النائب غير عالين بعزله .

٥١ - أما عن تعلق حق النائب أو الغير بالانابة فان الانابة قد تكون صادرة لا في مصلحة الأصيل وحده وانما كذلك في مصلحة النائب كأن ينوب المدين دائته في ادارة أملاكه وخضم ريعها من دينه أو في مصلحة الغير كأن يتضمن عقد بيع ابتدائى انابة من البائع الذى يزعم التغييب في سفر طويل الى شخص ثالث في توقيع العقد النهائى فهذه الانابة تعتبر

صادرة في مصلحة المشتري وفي أمثال هذه الحالات يستحسن تقييد حق الأصيل في إنهاء الانابة بعزل النائب وهذا ما تناولته المادة ٢٣ من المشروع ونصها :

« في حالة الانابة الخاصة المقصود بها ضمان استعمال رخصة حولها الأصيل للنائب في مصلحة هذا الأخير أو في مصلحة شخص من الغير لا تنقضي الانابة بموت الأصيل ولا بفقد أهليته ولا بإشهار إفلاسه كما أن عزل النائب أو تقييد مكنته لا يكون له أثر قبل الغير إذا كان في وسع هذا الأخير أن يعلم - من واقع الانابة نفسها - بالعرض الذي صدرت من أجله » .

وظاهر أن حكم النص لا يقتصر على العزل وإنما يمتد الى سائر أسباب انقضاء الانابة .

ومثل هذه القاعدة - بخصوص العزل - موجودة في قوانين سائر الدول ونجدها في القانون المصري في المادة ٢/٧١٥ من القانون المدني المصري ونصها :

« على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه » .

ونجد القاعدة عينها - شاملة العزل وغيره من أسباب الانقضاء - في الشريعة الاسلامية اذ يقول صاحب « رد المحتار على الدر المختار » :

« واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال الا الوكالة اللازمة اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل بالعزل ولا بموت الموكل وجنونه . قلت والحاصل كما في البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكما ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة » (١) .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٥

والأصل في الشريعة الإسلامية - كما في القوانين الحديثة وفي المشروع الموحد - أن للأصيل دائماً الحق في عزل نائبه في أي وقت يشاء ولذا قالوا - في خصوص الوكالة - أنها « من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر » (١) .

غير أن بعض فقهاء الشريعة أثاروا مسألة « الوكالة الدورية » وصورتها أن يقول الموكل للوكيل : « كلما عزلتكَ فانت وكيلي » وبذلك تتجدد للوكيل عقب كل عزل وكالة جديدة، وذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن هذه الوكالة الدورية من شأنها جعل الوكيل بمنجاة من العزل لأنه كلما عزل تحقق شرط وكالة جديدة وهكذا يمكن التغلب على عدم لزوم الوكالة ويحرم الأصيل من حقه في العزل ، وقد سائر هؤلاء الفقهاء في هذا النظر بعض الشراح المحدثين (٢) .

والواقع أن ما قيل من أن هذه « الوكالة الدورية » من شأنها امتناع عزل الوكيل غير صحيح وفي هذا يقول صاحب « شرح فتح القدير » (٣) :

« رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتكَ فانت وكيلي لا يملك عزله .. فإنه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة

(١) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٠٢ . وانظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٣ حيث يقول « الوكالة من العقود الغير اللازمة .. فلموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير » .

(٢) أنظر مصطفى رشيد بلجساي : « النيابة في التصرفات القانونية » استانبول سنة ١٩٤١ (بالتركية) - ص ٩٦-٩٧ : « في القانون (التركي) القديم لم يكن ثمة ما يمنع من صدور وكالة ثانية معلقة على شرط عزل الوكيل من وكالته الأولى وهذه نتيجة لقاعدة جواز تعليق الوكالة على الشرط ، وفي هذه الحالة اذا عزل الموكل وكيله فان الوكالة الثانية المعلقة على شرط العزل تتحقق ويكون للوكيل بمقتضاها أن يعقد التصرفات القانونية باسم الموكل وكادت الوكالة التي تصدر بهذه الصورة تسمى الوكالة الدورية » .

وشفيق شحاته : « النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية » بند ١٨١ ص ١٥٦-١٥٧ حيث يعدد العقود غير اللازمة وأولها الوكالة ، ثم يردف « على أن الفقه العملي قد عالج عدم لزوم الوكالة عن طريق ما يعرف باسم الوكالة الدورية » .

(٣) ج ٦ ص ١٠٢

فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز ، وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح» .

كما نقرأ بالمعنى نفسه في حاشية ابن عابدين قوله :

« قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له . . ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تتعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن مالا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه» (١) .

٥٢- وكما تكون الانابة نفسها صريحة أو ضمنية كذلك يصح أن يكون العزل صريحا أو ضمنيا ولا يقيد من اطلاق هذه القاعدة في العمل الا وجوب وصول العزل الى علم النائب وعلم الغير كما تقتضيه المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى والنصوص المقابلة لها في التتمينات الأخرى اذ قد تثور في حالة العزل الضمنى صعوبات عملية في اثبات علم النائب والغير المتعامل معه بذلك العزل الضمنى .

هذا وان صدور الانابة صريحة لا يقتضى وجوب كون العزل صريحا اذ لا ارتباط بين شكل الانابة وشكل العزل وهذا ما قرره محكمة استئناف مصر في حكمها الصادر في ٢٦ أكتوبر ١٩٤١ (٢) الذى تقول فيه المحكمة :

« حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة اذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لا شك فيها لأن الوقائع المادية يجوز اثباتها بالشهود والقرائن » .

(١) ج ٤ هامش ص ٤٣٣

(٢) المحاماة ٢٢-١٢٦-٣٧٠

واستخلاص العزل الضمني من الوقائع هو من اطلاقات قضاة الموضوع يستهدون فيه بظروف كل حالة على حدة فلا يمكن وضع قاعدة عامة بصده ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام القضائية باختلاف وقائع القضايا التي صدرت فيها فحكم محكمة استئناف مصر سالف الذكر قرر أنه :

« اذا ثبت قطعا من شهادة شهود الطرفين أن الموكل الذي وكل وكيلا لادارة أطيانه جاء بعد سنة أو سنتين وأدار أطيانه وأجرها بنفسه وحصل أجرتها بنفسه يعتبر هذا عزلا ضمنيا » .

بينما تقرر محكمة استئناف مصر نفسها في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ (١) :

« انه وان كان عزل الموكل للوكيل يصح أن يحصل ضمنا الا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعا ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما . وليس هناك ما يمنع الموكل من أن يأخذ مباشرة ممن استأجر من وكيله الأجرة المستحقة عليه كلها أو بعضها مع بقاء الوكالة قائمة اذ لا يمكن اعتبار ذلك عزلا كلياً أو جزئياً للوكيل » .

٥٣ - ٢ - الانعزال .

كما يستطيع الأصيل إنهاء النيابة بارادته المنفردة يستطيع النائب كذلك بارادته المنفردة وضع حد لنيابته وقد تناول المشروع الموحد النص على ذلك المادة ٢٤ منه التي تقرر حق النائب في النزول عن الانابة ولكنها توقف تحقق آثار ذلك النزول على علم الغير به كما هو الشأن في عزل الأصيل للنائب .

(١) المحاماة ٢١-٢٥٧-٥٧٢ ، والمجموعة الرسمية ٤١-٢١٣-٥٥٢

ثم تعقب المادة ٢٤ على هذا الأصل بإيراد استثناءات ثلاثة ينتج فيها اعتزال النائب أثره فوراً بلا توقف على ثبوت علم الغير به وهذه الاستثناءات هي عينها التي عدتها المادة ٢١ بخصوص عزل الأصيل للنائب والحكمة في الحالين واحدة وهي افتراض علم الغير بواقعة الانعزال ما دام أنها أبلغت اليهم بالطريقة نفسها التي أبلغت بها اليهم الانابة .

هذا وان انهاء النائب لنيابته بإرادته المنفردة لا يعفيه - فيما نرى - من الالتزام الذي نصت عليه المادة ١٨ من المشروع الموحد (المقابلة للمادة ١/٧١٧ من القانون المدنى المصرى) (١) وهو الوصول بالعمل الى حالة ينتفى معها الضرر على الأصيل ولم تنص المادة ٢٤ من المشروع الموحد على ذلك صراحة غير أنه لا جدال فى انطباق ذلك الحكم على حالة الانعزال كانطباقه على سائر أسباب انقضاء الانابة بل ان انطباقه فى حالة الانقضاء الراجع الى ارادة النائب المنفردة هو من باب أولى وأحرى لأن حالات الانقضاء التي تناولتها المادة ١٨ من المشروع انما ترجع الى موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه أى الى أمور لا يد فيها للنائب فاذا التزم النائب مع ذلك بالوصول بالعمل الى حال ينتفى معها الضرر كان التزامه بذلك فى حالة اختياره انهاء النيابة بإرادته أكثر تمشياً مع علة الحكم وحبذا لو كان نص المادة ٢٤ من المشروع قد تناول الاشارة الى ذلك صراحة حتى يرتفع كل نزاع حول هذه النقطة .

(١) ونصها « على أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف » . وقارن ما ورد فى « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٣٩) « لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه فى غيبة موكله استولى على المال جائر حرم عليه العزل الى حضور موكله أو أمينه على المال » .

ملحق

ترجمة نصوص مشروع القانون الموحد في شأن النيابة الذي أعده "المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص" سنة ١٩٥٥

تعريفات

- مادة ١ - يقصد في تطبيق هذا القانون بالمصطلحات الآتية المعاني الموضحة فيما يلي :
- النائب : شخص يبرم حساب وباسم شخص آخر تصرفات قانونية ، ويقصد بإبرام التصرفات القانونية عقد العقود وتلقى التبعيرات عن الإرادة المنتجة لأثار قانونية وقبول الوفاء أو التسليم وبصفة عامة الدخول بأى وصف كان في تصرف قانونى
- الأصيل : شخص يبرم النائب لحسابه وباسمه تصرفات قانونية
- الغير : شخص يبرم معه النائب تصرفات قانونية باسم الأصيل
- الانابة : تصرف قانونى بمقتضاه يحول شخص لآخر صفة النائب أو يقر له بتلك الصفة أو يخوله أو يقر له بوضع يستلزم تلك الصفة
- الانابة العامة : هى التى تتناول مجموعة من التصرفات أو الأعمال لا تخصص الا بنوعها
- الانابة الخاصة : هى التى تتناول تصرفا أو عدة تصرفات أو أعمال معينة
- القانون واجب التطبيق : قانون البلد الذى يتعقد له الاختصاص التشريعى طبقا لتواعد القانون الدولي الخاص

§ ١ - تحديد القانون

- مادة ٢ - ينظم هذا القانون النيابة الناشئة عن انابة تصدر أو يقرها لشخص بقصد إبرام تصرفات باسم شخص آخر فى المسائل الداخلة فى نطاق القانون الخاص
- ويخرج عن نطاق هذا القانون :
- ١ - النيابة فى روابط الاسرة
 - ٢ - النيابة عن ناقضى الأهلية بواسطة ممثلهم القانونيين أو القضائيين
 - ٣ - النيابة عن الخصوم أمام القضاء بواسطة المحامين أو وكلاء الدعاوى أو المدافعين أمام المحاكم .
- وتخضع العلاقة بين الأصيل والنائب للاتفاقات التى تكون قد أبرمت بينهما وللقوانين التى تحكم تلك الاتفاقات مع عدم المساس بأحكام هذا القانون .

§ ٢ - نشأة النيابة

مادة ٣ - كيفية صدور الانابة :

الانابة تعبير صريح عن ارادة الأصيل - مكتوبا أو شفويا - وقد تستخلص الانابة أيضا من الظروف .

ومع ذلك فاذا كان محمدا للانابة شكل معين طبقا لقانون البلد الذى سيرم فيه النائب التصرف المناب فيه فان الانابة لا تقع صحيحة الا اذا تمت فى الشكل المذكور .

مادة ٤ - الانابة المستندة الى وضع واقعى :

تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر متى وجد الأول برضا الثانى فى وضع من شأنه بمقتضى القانون أو العادات أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر .

مادة ٥ - الأهلية :

الشخص الذى تصدر عنه الانابة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لابرام التصرف المناب فيه ولكن يكفى لكفى ينتج التصرف أثره بين الأصيل والغير أن يكون النائب متمتعا بأهلية التمييز وان لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لابرام ذلك التصرف باسمه شخصيا .

مادة ٦ - انابة النائب غيره :

لا يجوز للنائب أن ينوب عنه غيره الا بترخيص صريح من الأصيل

ومع ذلك فتكون انابة النائب غيره جائزة ولو بغير الترخيص الصريح المنوه عنه وذلك فى الأحوال الثلاث الآتية :

١ - اذا كان الحق فى انابة الغير متفقا وحكم القانون فى البلد الذى يبرم فيه النائب التصرف المناب فيه طبقا للانابة .

٢ - اذا كان الحق فى انابة الغير يخلص ضرورة من طبيعة التصرف المذكور .

٣ - اذا تعذر على النائب نتيجة لظرف أو واقعة خاصة به أن يبرم التصرف المناب فيه وكانت مصلحة الأصيل تقتضى عدم تأجيل ابرام التصرف .

وفى الأحوال التى تكون انابة الغير فيها جائزة يعتبر نائب النائب نائبا مباشرا عن الأصيل

§ ٣ - مدى النيابة

مادة ٧ - التصرفات التى يمكن أن يجريها النائب :

اذا لم تذكر فى الانابة التصرفات التى يخول للنائب فى ابرامها فيعتبر النائب مخولا له فى ابرام جميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذى من أجله صدرت الانابة .

وفي حالة الانابة العامة اذا كان قانون البلد الذي سيباشر فيه النائب النشاط المناب فيه يشترط تسجيل الانابة أو النشر عنها في أشكال معينة فان ذلك القانون هو الذي يحدد التصرفات التي يجوز للنائب اجراؤها

مادة ٨ - مدى الانابة المستندة الى وضع واقعي :

في حالة الانابة المستندة الى وضع واقعي يكون للنائب أن يجري باسم الأصيل جميع التصرفات التي يستتبعها عادة الوضع الذي يوجد فيه النائب .

وإذا عهد شخص الى آخر بادارة منشأة فان لهذا الأخير أن يقوم بكل التصرفات التي تقتضيها عادة تلك الادارة .

مادة ٩ - الانابة الجماعية :

اذا صدرت الانابة لعدة أشخاص في صك واحد من أجل ابرام نفس التصرف باسم الأصيل افترض وجوب اجتماعهم على ابرام ذلك التصرف .

§ ٤ - آثار التصرف الذي يبرمه النائب باسم الأصيل

مادة ١٠ - حدود الانابة :

اذا أبرم النائب تصرفا باسم الأصيل في حدود نيابته فان هذا التصرف ينتج آثاره كلها مباشرة فيما بين الأصيل والغير .

وإذا تجاوز النائب حدود انابته فان الأصيل لا يلتزم بتصرف النائب وكل تقييد يرد على الانابة لا يحتج به على الغير الا اذا كانوا قد علموا به أو كان يتحتم أن يعلموا به في الوقت الذي أجرى فيه النائب التصرف . ومع ذلك فاذا كان الغير لم يعلم بوجود الانابة الا عن طريق قول النائب فان الأصيل لا يلتزم بأى تصرف يجريه النائب ويجاوز حدود الانابة

وإذا وجه شخص الى الغير تعبيراً عن الارادة باسم شخص آخر فيجوز لهذا الأخير أن يطلب الاطلاع على سند الانابة وإذا كانت الانابة شفوية يجوز له أن يتطلب تأكيد وجودها من الأصيل ، وإذا لم يجب الغير الى طلبه هذا في المهلة المعقولة فلا يحتج عليه بالتعبير عن الارادة الصادر عن النائب

ولا يجوز للغير أن يطلب ما تقدم اذا كانت الانابة منشورا عنها بالطريق الذي رسمه القانون أو كانت مستمدة من وضع واقعي يشغله النائب أو اذا كان الغير قد سبق أن أقر بصفة النائب في التصرف باسم الأصيل .

مادة ١١ - التصرف المبرم باسم شخص غير معين :

اذا كان المتعاقد قد صرح وقت ابرام العقد بأنه يبرمه لحساب شخص آخر دون أن يذكر اسم هذا الأخير ودون أن تدل الظروف على شخصيته فان المتعاقد يعتبر نائباً عن شخص يجري

تعيينه في وقت لاحق على التعاقد وينبغي على المتعاقد في هذه الحالة أن يكشف للغير عن شخصية الأصيل في المهلة المتفق عليها أو في مهلة معقولة ان لم يتفقا على المهلة .

فاذا كان هذا الأخير قد أناب المتعاقد في التصرف باسمه أو اذا قبل في المهلة المشار إليها العقد الذي أبرمه المتعاقد باسمه أنتج العقد آثاره مباشرة بين الأصيل وبين الغير منذ وقت ابرامه . فاذا تخلفت الشروط التي تقررها الفقرة السابقة أنتج العقد آثاره بين الغير وبين من تعاقد معه .

مادة ١٢- عيوب الارادة :

لتحديد قابلية التصرف الذي اجراه النائب للابطال من أجل عدم توفر الرضا أو من أجل تعيينه وكذا لتحديد أثر العلم أو الجهل بوقائع معينة على ذلك التصرف يتعين الاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصيل واما بالشخصين معا تبعا لما كان لكل منهما أو لكليهما من تأثير في ابرام التصرف .

مادة ١٣- الاقرار :

التصرف الذي يبرمه شخص لا صفة له باسم شخص آخر ينتج في حالة اقراره الآثار نفسها التي كان ينتجها لو أبرم بموجب انابة .

والاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان التصرف مما يمكن ابرامه وقت صدور الاقرار ، واذا كان التصرف قد أبرم باسم شخص معنوى قبل تأسيسه فالاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان ممكنا طبقا للقانون الذي يحكم تأسيس الشخص المعنوى .

وتنطبق على الاقرار القواعد الموضحة في المادة الثالثة بخصوص الانابة .

ويمكن للغير ولمن تعاقد معه كنائب أن يرجعا في العقد قبل أن يتصل بعلم من كان يصح له اقراره .

وللغير الحق في أن يحدد للأصيل مهلة معقولة للاقرار .

وللغير الحق كذلك في عدم قبول الاقرار الجزئي .

ولا يمكن الرجوع في الاقرار .

ورخصة الاقرار تنتقل الى ورثة الأصيل .

وتنطبق أحكام الفقرات السابقة على اقرار الأصيل لتصرفات النائب التي تجاوز حدود انابته .

مادة ١٤- مسؤولية النائب عن نقص الانابة :

الشخص الذي يتعامل مع الغير بوصفه نائبا يكون مسؤولا قبل الغير عن الضرر الذي سببه له بتعامله معه من غير انابة أو خارج حدود انابته أو بعدم احاطة الغير علما بالحدود المذكورة .

ومع ذلك فلا محل لهذه المسؤولية اذا كان الغير يعلم أو كان يجب أن يعلم انتفاء الانابة أو تجاوز النائب حدود انابته .

§ ٥ - انقضاء النيابة

مادة ١٥- موت الأصيل :

موت الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد موت الأصيل تنفذ في تركة هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بالوفاة في وقت ابرام تلك التصرفات . واذا كان الأصيل شخصا معنويا فان انقضاء شخصيته ينهى النيابة بالطريقة نفسها .

مادة ١٦- فقد أهلية الأصيل :

فقد أهلية الأصيل فقدا تماما ينهى النيابة .

واذا فقد الأصيل أهليته جزئيا فان الانابة لا ترتب أثرا الا في حدود ما يدخل في أهلية الأصيل المحدودة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد فقد أهلية الأصيل تنفذ في حق هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بهذا الطرف في وقت ابرام تلك التصرفات .

مادة ١٧- افلاس الأصيل :

اشهار افلاس الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب الحاصلة بعد اشهار الافلاس صحيحة حتى في مواجهة مجموعة الدائنين اذا كانت تصح لو كانت قد حصلت من الأصيل نفسه .

مادة ١٨- استمرار النيابة :

يظل النائب قائما بما أنيب فيه رغم موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه وذلك لحساب الأصيل أو خلفائه أو مجموعة الدائنين كلما كان انقضاء النيابة من شأنه الاضرار بالأصيل أو بخلفائه أو بمجموعة الدائنين .

مادة ١٩- موت وفقد أهلية وافلاس النائب :

تنقضى النيابة :

١ - بموت النائب أو بانقضاء الشخصية المعنوية اذا كان شخصا معنويا .

٢ - بفقد النائب للأهلية التي كان متمتعاً بها وقت صدور الانابة .

٣ - باشهار افلاس النائب .

مادة ٢٠- سحب الانابة أو تقييدها :

مع مراعاة الأحكام التي تتضمنها المواد التالية يستطيع الأصيل في أى وقت أن يعزل النائب أو يقيد من الانابة .

مادة ٢١- عزل النائب أو تقييد الانابة لا ينتج آثاره قبل الغير الا من الوقت الذى يعلم به هؤلاء .

ومع ذلك فان عزل النائب ينتج دائما أثره بغير حاجة إلى علم الغير فى الحالات الآتية :

١ - اذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة فى قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ - اذا كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب وانتهى شغله لذلك الوضع .

٣ - اذا كانت الانابة مسجلة أو مذكورة فى الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها .

واذا حدث فى المفاوضات بين النائب والغير أن أعيدت الوثيقة المنشئة للانابة أو المثبتة لها الى الأصيل أو أهدمت بالاتفاق بين الأصيل والنائب فان ذلك لا يعتبر فى حكم سحب الانابة بالنسبة للغير حتى النية فى كل ما يتصل بالتصرفات التى كانت المفاوضات جارية بشأنها ما لم يكن الغير قد علموا بتلك الواقعة .

مادة ٢٢- سحب الانابة التى لم يعلم بها الغير الا عن طريق النائب :

اذا لم يكن الغير قد علم بوجود الانابة الا عن طريق قول النائب فان سحب تلك الانابة ينتج أثره من وقت ابلاغ النائب به بغير توقف على علم الغير بذلك ما لم يكن الأصيل بسابق مسلكه قد أكد وجود الانابة .

ويكون النائب مسئولاً تجاه الغير عن الضرر الذى يتسبب فيه من جراء عدم اخطاره الغير بسحب الانابة .

مادة ٢٣- الانابة الصادرة لمصلحة النائب أو الغير :

فى حالة الانابة الخاصة المقصود بها ضمان استعمال رخصة خولها الأصيل للنائب فى مصلحة هذا الأخير أو فى مصلحة شخص من الغير لا تنقضى الانابة بموت الأصيل ولا بفقد أهليته ولا باشهار افلاسه كما أن عزل النائب أو تقييد مكنته لا يكون له أثر قبل الغير اذا كان فى وسع هذا الأخير أن يلم - من واقع الانابة نفسها - بالغرض الذى صدرت من أجله .

مادة ٢٤- آثار اعتزال النائب :

لا ينتج اعتزال النائب النيابة أثره فى مواجهة الغير الا من الوقت الذى يعلم فيه هؤلاء به .

ومع ذلك فان الاعتزال ينتج دائما أثره بغير حاجة الى علم الغير به فى الحالات الآتية :

١ - إذا كانت الوثيقة المنشئة للانابة أو المثبتة لها قد ألغيت بالاجراءات التي يقرها قانون البلد الذي يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ - إذا كانت الانابة مستمدة من وضع واقعى يشغله النائب ثم كف النائب عن شغل هذا الوضع .

٣ - إذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة في الصحف وتم اعلان الاعتزال أو النشر عنه بالطريقة عينها .

وإذا حدث في خلال المفاوضات بين النائب والغير أن أعيدت الوثيقة المنشئة للانابة أو المثبتة لها الى الأصيل أو أهدمت بالاتفاق بين الأصيل والنائب فان ذلك لا يعتبر في حكم الاعتزال بالنسبة للغير حسنى النية في كل ما يتصل بالتصرفات التي كانت المفاوضات جارية بشأنها ، ما لم يكن الغير قد علموا بتلك الواقعة .

§ ٦ - نطاق تطبيق القانون

مادة ٢٥- ينطبق هذا القانون على التصرفات التي يجريها النائب في اقليم دولة غير الدولة التي يوجد فيها المواطن العادى للأصيل أو مركزه الرئيسى أو المنشأة الخاصة بالأصيل التي يتعلق بنشاطها التصرف .

وفي حالة ابرام تصرف باسم شخص غير معين طبقاً للمادة ١١ من هذا القانون فان المركز الرئيسى أو المنشأة التي ينبغى الاعتداد بمكان وجودها هي تلك الخاصة بالنائب .

وهذا القانون يستتبع استبعاد تطبيق القوانين الوطنية في المواضيع التي ينظمها الا في الحالات التي ينص فيها هذا القانون على تطبيق تلك القوانين الوطنية ؛ واذا عرضت صعوبات بشأن المواضيع التي ينظمها هذا القانون ولم يوجد فيه نص صريح يحكمها فان حلولها ينبغى أن تستمد من المبادئ العامة التي استوحاها القانون .

ومع هذا فيجوز أن تتفق دولتان أو أكثر في البروتوكول النهائى على استبعاد تطبيق القانون الموحد في العلاقات التي تنشأ بين أصيل مقيم عادة في اقليم أحدها وبين شخص من الغير أبرم عقداً مع نائب في اقليم الدولة الأخرى أو احدى الدول الأخرى وذلك بالنظر الى أن بين تشريعات تلك الدول - في تقديرها - من التماثل في المواضيع التي ينظمها هذا القانون ما يجعل تطبيقه غير ذى جدوى .

ويلتزم الأطراف :

(أ) بالعادات التي يحيلون اليها صراحة أو ضمناً .

(ب) بالعادات التي تعتبر بصفة عامة منطبقة على الأشخاص الذين في وضعهم .

وفي حالة استعمال عبارات أو مطبوعات مما يستعمل في التجارة فان المحكمة تفسرها طبقاً للعادات التجارية .