تعاقد الشخص مع نفسه

((دراسة مقارنة))

رسالة تقدم بها
علي عبدالعالي خشان الأسدي
إلى مجلس كلية القانون بجامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف
الدكتور عباس علي محمد الحسيني
أستاذ القانون المدني المساعد
١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

بسم الله الرحمن الرحيم

((قالُوا سُبْحانَكَ لا عِلْمَ لَنا إلاّ ما عَلَّمْتَنا
إنَّكَ أنتَ العَلِيمُ الحَكِيم))

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة – الآية (٣٢)

الإهداء

الى المبعوث رحمةً للعالمين ....

الى مَن أنار درب الإنسانية بنور هدايته ....

الى حبيب إله رب العالمين ... وعترته الغر الميامين ....

الطيبين ... الطاهرين ....

أهدي هذا الجهد المتواضع ....

الباحث

The Summery

Contract , as we knew , is contracted by the agreement . So it is necessary to have two sides , at least . But , in sometimes it happens that someone replaced one side to conclude the legal conducted . He tries a conclusion of the contract on behalf of him and for his interest . He can be a deputy for both sides ,An authenticity from himself and a deputy for the other contractor , or he can be a deputy for another two contractors . He gathers the sides of contract in his person . This is what he is being accepted in the science of jurisprudence , the person made a contract with himself .

Practically , this law situation has a great importance .Although of the disagreement about truth or negation this legal conducted , but we didn't find any legislation that definitely prohibit this kind of contract .

Contract with one's self is indispensable in some obligations .As when father gifted some money for his son who is still a fetus , or undistinguished boy. Except for our confession for this legal case , this kind of gift couldn't be contracted .

The motive of choosing this subject , in addition to its importance , is that the Iraqi legislator didn't put rule for one contract with oneself, and he was content with the applications for prohibition and permission in clauses (٥٨٨ – ٥٩٢) of the civil law . Also there is a situated civil jurisprudent and Islamic jurisprudent discord about the disagreement to identify the legal nature for this behavior. In addition there is no independent legal study in this field .

I have studied this subject through four chapters preceded by a preliminar. In that preliminary I clarify what is meant by representation in legal behaviour. Chapter one deals with the legal originality of one contracts with himself , the meaning of that kind of contract , its definition and its parts from the legal point of

view . Chapter two is devoted to search the elements and conditions to enter into contract with oneself .In chapter three I have searched kind of the contract with oneself. While I have customized chapter four for the role of that kind of contract . There is also a conclusion which contains the most important results and recommendations , as the following :

١. Suggestion to the Iraqi legislator to codify the General theory of representation during contract with oneself .
٢. Suggestion to the legislator to codify the General Theory of contract with oneself .
٣. Suggestion to the legislator that the conventional deputy should be completeness instead of the deputization permission of distinguished boy .
٤. Suggestion to put conditions that the prophet should be a distinguished boy , at least , instead of undistinguished boy or mad .
٥. Suggestion to the Iraqi legislator to modify the text of clause (٥٩٢) of the civil law . according to what we were clarified .

بسم الله الرحمن الرحيم

قرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد بأننا قد اطلعنا على هذه الرسالة والموسومة بـ (تعاقد الشخص مع نفسه ـ دراسة مقارنة) والمقدمة من قبل الطالب (علي عبد العالي خشان) . وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وفي كل ماله علاقة بها ، ونرى انها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع **التوقيع**

أ.م.د.عباس مرزوك فليح المدرس د. إيمان طارق شكري

عضواً **عضواً**

التوقيع **التوقيع**

أ.م.د. عباس علي محمد أ .م.د. حسن حنتوش رشيد

عضواً ومشرفاً **رئيساً**

صدقت من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل

أ.د. حســـــن

عوده زعال

عميد كليـة

القانون

/ /

٢٠٠٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

إقرار المشرف

أشهد بأن إعداد هذه الرسالة جرى تحت إشرافي في كلية القانون بجامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

التوقيع

أ.م.د. عباس علي محمد الحسيني

بناء على التوصيات المتوفرة ارشح هذه الرسالة للمناقشة

التوقيع

أ.م.د. حكمت عبد الرزاق الدباغ

معاون العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحات
١	المقدمة	١ ـ ٢
٢	التمهيد : **مفهوم النيابة في التصرفات القانونية**	٣ ـ ١٣
٣	أولاً : **تعريف النيابة في التصرفات القانونية**	٣ ـ ٦
٤	ثانياً : **صور النيابة** **١- النيابة الارادية** **٢- النيابة القانونية** **٣- النيابة الظاهرة**	٦ ـ ١٣ ٦ ـ ٩ ٩ ـ ١١ ١١ ـ ١٣
٥	الفصل الاول : **التأصيل القانوني لتعاقد الشخص مع نفسه**	١٤ ـ ٥١
٦	المبحث الأول : **مفهوم تعاقد الشخص مع نفسه**	١٤ ـ ٣٢
٧	المطلب الأول : **تعريف تعاقد الشخص مع نفسه وتقييمه من الناحية القانونية**	١٤ ـ ٢٤
٨	الفرع الاول : **تعريف تعاقد الشخص مع نفسه**	١٥ ـ ١٨
٩	الفرع الثاني : **تقييم تعاقد الشخص مع نفسه**	١٨ ـ ٢٤
١٠	المطلب الثاني : **تمييز تعاقد الشخص مع نفسه مما يشتبه به من اوضاع قانونية اخرى**	٢٤ ـ ٣٢
١١	الفرع الاول : **تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد برسول والتعاقد بمساعد قضائي** أولاً : **تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد برسول** ثانياً : **تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد بمساعد قضائي**	٢٥ ـ ٢٧ ٢٥ ـ ٢٦ ٢٦ ـ ٢٧
١٢	الفرع الثاني : **تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد بأسم مستعار ومن الوكيل بالعمولة** **اولاً: تعاقد الشخص مع نفسه والتعاقد باسم مستعار** **ثانياً : تعاقد الشخص مع نفسه والوكيل بالعمولة**	٢٨ ـ ٣٢ ٢٨ ـ ٣٠ ٣٠ ـ ٣٢
١٣	**المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لتعاقد الشخص مع نفسه**	٣٣ ـ ٥١
١٤	المطلب الأول : **تحليل الإرادة التي ينعقد بها تصرف النائب مع نفسه**	٣٣ ـ ٤١
١٥	**الفرع الاول : نظرية إرادة الأصيل**	٣٣ ـ ٣٥
١٦	الفرع الثاني : **نظرية إرادة النائب**	٣٥ ـ ٣٧
١٧	الفرع الثالث : **نظرية إشتراك الإرادتين**	٣٧ ـ ٤١
١٨	المطلب الثاني : **التكييف القانوني لتصرف النائب مع نفسه**	٤٢ ـ ٥١
١٩	الفرع الاول : **نظرية العقد الحقيقي**	٤٢ ـ ٤٧
٢٠	الفرع الثاني : **نظرية الإرادة المنفردة**	٤٧ ـ ٥١
٢١	الفصل الثاني : **أركان وشروط تعاقد الشخص مع نفسه**	٥٢ ـ ٩٤
٢٢	المبحث الاول : **أركان تعاقد الشخص مع نفسه**	٥٢ ـ ٧٢
٢٣	المطلب الأول : **أحادية الرضا**	٥٢ ـ ٦٣
٢٤	الفرع الأول : **وجود الرضا**	٥٣ ـ ٥٦
٢٥	الفرع الثاني : **صحة الرضا** أولاً: **الأهلية** **ثانياً : عيوب الإرادة**	٥٦ ـ ٦٣ ٥٦ ـ ٦٠ ٦٠ ـ ٦٣
٢٦	المطلب الثاني : **إزدواج المضمون**	٦٣ ـ ٧٢

ت	الموضوع	الصفحات
٢٧	الفرع الأول : **تحديد مضمون تعاقد الشخص مع نفسه**	٦٣ ـ ٦٨
٢٨	الفرع الثاني : **شروط المضمون**	٦٨ ـ ٧٢
٢٩	المبحث الثاني : **توظيف الشروط المتعلقة بالنيابة**	٧٣ ـ ٩٤
٣٠	المطلب الاول : **إزدواج التعبير عن الإرادة وجواز تعامل النائب باسمه لحساب الأصيل**	٧٣ ـ ٨٤
٣١	الفرع الأول : **مدى إزدواج التعبير عن الإرادة**	٧٣ ـ ٧٩
٣٢	الفرع الثاني : **جواز تعامل النائب باسمه لحساب الاصيل**	٧٩ ـ ٨٤
٣٣	المطلب الثاني : **إنتفاء القيد القانوني او الأتفاقي**	٨٤ ـ ٩٤
٣٤	الفرع الأول : **إنتفاء القيد القانوني**	٨٤ ـ ٨٩
٣٥	الفرع الثاني : **إنتفاء القيد الاتفاقي**	٨٩ ـ ٩٤
٣٦	الفصل الثالث : **صور تعاقد الشخص مع نفسه**	٩٥ ـ ١٤٤
٣٧	المبحث الأول : **تعاقد النائب مع نفسه لنفسه**	٩٥ ـ ١٢٢
٣٨	المطلب الأول : **إتجاه حظر تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه**	٩٦ ـ ١٠٩
٣٩	الفرع الاول : **تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه في الحال**	٩٦ ـ ١٠٣
٤٠	الفرع الثاني : **تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه بحسب المآل**	١٠٤ ـ ١٠٩
٤١	المطلب الثاني : **اتجاه إباحة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه**	١٠٩ ـ ١٢٢
٤٢	الفرع الأول : **جواز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه دون إذن**	١٠٩ ـ ١١٦
٤٣	الفرع الثاني : **جواز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه بإذن**	١١٦ ـ ١٢٢
٤٤	المبحث الثاني : **تعاقد الشخص مع نفسه لغيره**	١٢٣ ـ ١٤٤
٤٥	المطلب الأول : **مفهوم تعاقد الشخص مع نفسه لغيره**	١٢٣ ـ ١٣٣
٤٦	الفرع الأول : **المقصود بتعاقد الشخص مع نفسه لغيره**	١٢٣ ـ ١٢٨
٤٧	الفرع الثاني : **تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ضمن ذمة مالية واحدة**	١٢٨ ـ ١٣٣
٤٨	المطلب الثاني : **موقف التشريع من تعاقد الشخص مع نفسه**	١٣٣ ـ ١٤٤
٤٩	الفرع الأول : **إتجاه الحظر** أولاً : **التشريعات الأجنبية** ثانياً : **التشريعات العربية**	١٣٣ ـ ١٣٧ ١٣٣ ـ ١٣٥ ١٣٥ ـ ١٣٧
٥٠	الفرع الثاني : **إتجاه الأباحة** أولاً : **التشريعات الاجنبية** ثانياً : **التشريعات العربية**	١٣٧ ـ ١٤٤ ١٣٧ ـ ١٤٠ ١٤١ ـ ١٤٤
٥١	الفصل الرابع : **أحكام تعاقد الشخص مع نفسه**	١٤٥ ـ ١٨٥
٥٢	المبحث الأول : **حكم التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه**	١٤٥ ـ ١٦٦
٥٣	المطلب الأول : **طبيعة منع تعاقد الشخص مع نفسه**	١٤٦ ـ ١٥٧
٥٤	الفرع الأول : **حكم منع تعاقد الشخص مع نفسه**	١٤٦ ـ ١٥١
٥٥	الفرع الثاني : **إجازة التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه**	١٥٢ ـ ١٥٧
٥٦	المطلب الثاني : **المسؤولية الناشئة عن تعاقد الشخص مع نفسه**	١٥٧ ـ ١٦٦
٥٧	الفرع الأول : **مسؤولية الأصيل** أولاً : **مسؤولية الأصيل الأول تجاه الأصيل الثاني** ثانياً : **مسؤولية الأصيل تجاه النائب**	١٥٧ ـ ١٦٢ ١٥٨ ـ ١٦٠ ١٦٠ ـ ١٦٢
٥٨	الفرع الثاني : **مسؤولية النائب**	١٦٢ ـ ١٦٦
٥٩	المبحث الثاني: **أثر التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه**	١٦٧ ـ ١٨٥

ت	الموضوع	الصفحات
٦٠	المطلب الأول **: اثر التصرف بالنسبة للأصيل**	١٦٧ ـ ١٧٥
٦١	الفرع الأول : **أثر التصرف بالنسبة للأصيل في الفقه والتشريع المدني**	١٦٧ ـ ١٧١
٦٢	الفرع الثاني : **اثر التصرف بالنسبة للأصيل في الفقه الإسلامي**	١٧١ ـ ١٧٥
٦٣	المطلب الثاني : **أثر التصرف بالنسبة للنائب**	١٧٦ ـ ١٨٥
٦٤	الفرع الأول : **اثر التصرف بالنسبة للنائب في الفقه والتشريع المدني** أولاً : **اثر التصرف بالنسبة للنائب عند ابرامه مع نفسه لنفسه** ثانياً : **اثر التصرف بالنسبة للنائب عند إبرامه مع نفسه لغيره**	١٧٦ ـ ١٨٠ ١٧٦ ـ ١٧٧ ١٧٧ ـ ١٨٠
٦٥	الفرع الثاني : **اثر التصرف بالنسبة للنائب في الفقه الاسلامي** أولاً : **اثر العقد بالنسبة لنائب عند إبرامه مع نفسه لنفسه** ثانياً : **أثر العقد بالنسبة للنائب عند إبرامه مع نفسه لغيره**	١٨٠ ـ ١٨٥ ١٨٠ ـ ١٨١ ١٨١ ـ ١٨٥
٦٦	الخاتمة	١٨٦ ـ ١٩١
٦٧	المصادر	١٩٩٢ ـ ٢٠٨
٦٨	الملحق	
٦٩	الملخص باللغة الانكليزية	

المقدمة

يكون العقد في الغالب من عمل الشخص الذي سينتج أثره في محيطه القانوني ، فتكون الإرادة والتعبير عنها له ، ويضاف أثر ذلك العقد الى ذمته .إلا أنه قد يحدث أن يحل شخص محل آخر في إبرام التصرف القانوني ، فيقوم بإبرام العقد نيابة عنه ولمصلحته ومتى سلمنا بإمكان حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كلا المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة ، هي إرادة ذلك الشخص الذي تولى إبرام التصرف القانوني بمفرده وقد حلت محل إرادتين .فيتولى شخص واحد إبرام تصرف قانوني مع نفسه تنبسط آثاره على ذمتي شخصين قد يكون النائب أحدهما أو لايكون كذلك .

وقد أثارت هذه الحالة القانونية جدلاً ونقاشاً في الفقه حول صحتها وبطلانها ، وطبيعتها القانونية وما إذا كان هذا التصرف القانوني عقداً ، ام تصرفاً بإرادة منفردة ، وماهية أركانه وشروطه ، وتباينت تبعاً لذلك مواقف التشريعات من هذه الحالة القانونية .ومهما يكن من أمر هذا الخلاف حول هذا التصرف القانوني إلا أن له أهمية قانونية كبيرة ، ليس أدل عليها ، أنه رغم شدة الخلاف حول صحة أو بطلان التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه لم نجد تشريعاً قد منع هذا التعاقد بشكل نهائي ، ولم يأخذ به ، ولو على سبيل الاستثناء.

ذلك أن الواقع العملي وما تشهده المحاكم من قضايا تعرض عليها كل يوم ، تؤكد أن تعاقد الشخص مع نفسه ليس مجرد فرض نظري أوجده المفهوم الحديث للنيابة بقيام النائب بإبرام العقد مع نفسه لنفسه او لغيره . بل هو حقيقة واقعة تمليها الحاجات العملية ، مرة عندما لا يكون هناك راغب بشراء المال الذي أنيب النائب ببيعه او شراءه سوى هذا النائب ، وأخرى عندما يكون العرض الذي تقدم به النائب لشراء مال الأصيل هو أفضل العروض .وقد يرى النائب أن الصفقة لا يمكن أن تتم في ظروف أفضل من أن يتعاقد كل من الأصيلين الذين ينوب عنهما مع الأخر ، وذلك لعدم وجود من يتقدم لإتمام الصفقة بشروط أفضل .

كما وأن التعاقد مع النفس من شأنه أن يوفر الى حدٍكبير زمناً يمكن صرفه فيما هو لازمٌله من النفع وأنها تستبقي نشاطاً ذاتياً لأمور أخرى .وفضلاً عن هذا قد تستلزمه رعاية الحال الاقتصادية بالنسبة الى الطرفين ، كما لو أن نصيب القاصر كان حصة شائعة في مجموع عقار مملوك للوصي ، وإذا عرض نصيب القاصر على الغير لاستئجاره فأنه يضع له اجراً بخساً لان الانتفاع بنصيب القاصر سيوقعه في نزاع مع الوصي مالك بقية العقار على الشيوع . وقد يعرض الوصي شروطاً أفضل لاستئجار نصيب القاصر .ففي الأحوال المتقدمة لا شيء يمنع من قبول حالة التعاقد مع النفس بشرط الحفاظ على المصالح التي يمسها هذا النوع من التعاقد، وذلك بوضع الضمانات الكافية للحفاظ على مصلحة الأصيل (الأصيلين) كاشتراط موافقة الأصيل ، زيادة على إلزام النائب على تقديم حساب عما قام به نيابة عن الغير .

وقد يصبح تعاقد الشخص مع نفسه لا غنى عنه في بعض الفروض كما في حالة هبة الأب مالاً لولده الذي لا زال جنيناً في بطن أمه (الحمل المستكن) او الصبي غير المميز . فلولا إقرارنا لحالة تعاقد الشخص مع نفسه ، لما أمكن انعقاد مثل هذه الهبة التي لها أهمية كبيرة في الحياة العملية ، لما تعود به من نفع على هذا الجنين .

وقد يبرم النائب العقد المناب فيه مع نفسه إيثاراً لمصلحته ، سواء قد أبرم العقد باسمه شخصياً او باسم آخر ولكن لمصلحته هو ، وهو ما يعرف بالاسم المستعار .

وإن كنا نعتقد أن التسمية الصحيحة لهذا التصرف القانوني هي تصرف النائب مع نفسه ، وذلك لأنه تصرف قانوني بإرادة منفردة ، على ما سنرى ، إلا أننا قد نطلق عليه تعاقد الشخص مع نفسه تمشياً مع التسمية الشائعة في فقه القانون المدني .

وبالنظر لأهمية وخصوصية هذا الموضوع في الفقه الإسلامي ولغرض إلقاء الضوء على هذا المعين الخصب الذي لا ينضب والتطلع الى مستوى رقيه ، فقد أثرنا أن تكون دراستنا مقارنة الفقه والتشريع المدني الوضعي بالفقه الإسلامي .

ولعل أهم الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع فضلاً عن أهميته الكبيرة المتقدمة ، تتمثل في عدم تنظيم المشرع العراقي لتعاقد الشخص مع نفسه ، على خلاف بالتشريعات الحديثة ، واكتفى بإيراد تطبيقات للإباحة او الحظر في المواد ٥٨٨-٥٩٢ من القانون المدني ، وقد أدى ذلك الى اختلاف التطبيقات القضائية واجتهاد المحاكم لعدم وجود النصوص التشريعية في العراق ، وهذا كما هو معلوم ، نقص تشريعي يستدعي المعالجة من خلال تنظيم النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه .كما وأن هناك خلاف فقهي مدني وضعي ،وفقهي إسلامي حول إباحة أو منع تعاقد الشخص مع نفسه من جهة ، وعدم الاتفاق على تحديد الطبيعة القانونية لهذا التصرف من جهة أخرى . ويضاف الى ما تقدم عدم وجود دراسة قانونية مستقلة في العراق في هذا المجال والسعي لاغناء المكتبة القانونية . وأخيراً كثرة القضايا التي تعرض على المحاكم حول تعاقد النائب مع نفسه للاستحواذ على أموال الأصيل بأقل من قيمتها الحقيقية ، وملفات القضايا المعروضة على القضاء العراقي خير دليل على ذلك .

وسنتناول موضوع البحث بأربعة فصول ، يتقدمها تمهيد نتناول فيه بيان مفهوم النيابة في التصرفات القانونية وصورها . وسنخصص الفصل الأول للتأصيل القانوني لتعاقد الشخص مع نفسه ومفهومه وتعريفه وتقييمه من الناحية القانونية . ونتناول في الفصل الثاني أركان وشروط تعاقد الشخص مع نفسه ، اما الفصل الثالث فقد أثرنا ان نبحث فيه صور تعاقد الشخص مع نفسه . وخصصنا الفصل الرابع لأحكام تعاقد الشخص مع نفسه .وإذا ما انتهينا من ذلك نكون قد وصلنا الى خاتمة البحث التي سنلخص فيها أهم الاستنتاجات والتوصيات التي تمخضت عن هذا البحث . والله ولي التوفيق .

التمهيد

مفهوم النيابة في التصرفات القانونية

أن تعاقد الشخص مع نفسه هي حالة قانونية تنتج عن النيابة في التصرفات القانونية ، وبعبارة أخرى لا يمكن ان تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه إلا إذا كانت هناك نيابة ، فوجود النيابة شرط لتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه .[١] وهذا يحتم علينا أن نبدأ بحثنا ، لتعاقد الشخص مع نفسه ، بتمهيد نبين من خلاله تعريف النيابة في التصرفات القانونية . ونستعرض بعد ذلك صور النيابة في التصرفات القانونية ، بادئين في كل ذلك بموقف الفقه والقوانين الوضعية فضلاً عن موقف الفقه الإسلامي من المسائل موضوع البحث لكي يتسنى لنا الوصول الى نافذة نستطيع من خلالها ان نطل على تعاقد الشخص مع نفسه من أفق رحب وبصورة تمكننا من استيعاب ما سيعرض خلال البحث من أفكار ومفاهيم .

أولاً : تعريف النيابة في التصرفات القانونية

لقد أثار مفهوم النيابة في التصرفات القانونية جدلاً ونقاشاً طويلين في الفقه .[٢] ولم يستقر الرأي بشكل قاطع بالنسبة لبعض المفاهيم المتعلقة بها [٣] ، ولكن يمكن القول أن النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في تصرف قانوني معين مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة الى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو .[٤]

فالنيابة في التصرفات القانونية هي تولي شخص بتعبيره الإرادي إبرام تصرف قانوني معين وانصراف آثار هذا التصرف من حقوق والتزامات الى ذمة شخص غيره ، وذلك أما بناء على رضا هذا الأخير أو استناداً الى حكم القانون . بحيث يكون من أبرم التصرف القانوني نائباً عن غيره ومن انصرفت اليه الآثار - وهو صاحب الشأن في التصرف - أصيلاً .

فالنيابة التي استوفت شرائطها تعني أن يباشر شخص إبرام تصرف قانوني وانصراف آثار هذا التصرف الى شخص الأصيل كما لو كان قد باشره بنفسه .[٥] فهي نيابة في الإرادة التي ينعقد بها التصرف مع بقاء النائب بمعزل عن آثار التصرف التي لا تلحق سوى الأصيل .[٦]

---

(١) بإستثناء حالات قليلة ، سنتطرق لها خلال البحث أنظر الصفحات (١٢٨ - ١٣٣) من هذه الرسالة .

(٢) د. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٥، معهد البحوث والدراسات العربية ، مطبعة دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٨ ، ص١٦٨ . د. أحمد حشمت ابو شتيت ، نظرية الألتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الألتزام ، ط٢،مطبعة مصر ، ١٩٥٤، ص١١٦ . د. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج١ ، مصادر الألتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص١٤٧ .

(٣) مثل الاساس القانوني لنظرية النيابة في التصرفات القانونية وكيفية إنصراف أثر تصرف النائب الى الأصيل .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، نظرية الألتزام بوجه عام ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، بند ٨٣، ص٢٠٢. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للألتزام وفقاً للقانون الكويتي ، ج١ ، المصادر الإرادية ، المجلد الثاني ، مطبوعات جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، الكويت ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، بند ٥٤٨ ، ص٧٣٩ . د. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الألتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، بند ٢٢ ، ص٢٦ . د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١، مصادر الألتزام ، ط٢ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ، بند ١٢٨ ، ص٨٤ .

(٥) د. جاسم لفته سلمان ، النيابة عن الغير في التصرفات القانونية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩١ ، ص١.

(٦) د. جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، بدون ذكر مكان الطبع ، ١٩٨٠ ، بند ٤ ، ص١٥ .

فالجوهر المميز للنيابة يكمن في خروج النائب من التصرف بعد إبرامه ما لم يكن مكلفاً بالتنفيذ أيضاً .[١] وتكفل الأصيل بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا التصرف القانوني .[٢]

وتجوز النيابة في القوانين الوضعية ، كما في الفقه الإسلامي ، في سائر التصرفات القانونية التي يمكن أن يباشر ها الشخص بنفسه باستثناء الأعمال التي تقتضي طبيعتها أن تؤدى من قبل صاحب الشأن شخصياً بوصفها أعمالاً لصيقة بشخصه ، كحلف اليمين ، والشهادة ، بل وحتى إبرام بعض التصرفات القانونية في بعض القوانين كالزواج في القانون الفرنسي ، اذ لا تجوز النيابة فيه .[٣] على خلاف الفقه الإسلامي والقوانين العربية .[٤] وقد مرت النيابة في التصرفات القانونية بمراحل تطور دامت قروناً طويلة حتى وصلت على النحو الذي هي عليه اليوم .[٥]

ولا يخفى ما للنيابة في التصرفات القانونية من أهمية بالغة الأثر في الحياة القانونية يمكن استخلاصها من الجدل والتعارض الحاد بين فقهاء القانون ، ومن كثرة تطبيقاتها التي نضمتها التشريعات او التي لم يتم تنظيمها بعد ، فهي من جانب تسمح بإقامة أشخاص ينوبون عن ناقصي الأهلية وعديميها ، فيحلون محلهم في التصرفات القانونية ، ومن جانب آخر فأنها تيسر لأي شخص أن يبرم التصرف القانوني بواسطة غيره ، عندما تمنعه ظروف خاصة من ذلك ، كبعده او غيبته أو قلة خبرته وتجربته او كثرة أعماله ومشاغله .[٦]

على ان المفهوم الذي سنعتمده للنيابة خلال البحث هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثاره الى شخص الأصيل .

وإذا ما عرفنا أهمية النيابة على النحو المتقدم فلابد أن نضع في حساباتنا –كما يقع كثيراً على الصعيد العملي ، كما تشهد بذلك واقع القضايا التي تعرض على القضاء – ان النائب قد يشتري المال المكلف ببيعه لنفسه او يبيع مال نفسه للأصيل الذي أنابه بالشراء وهنا تقع الحالة التي يطلق عليها الفقه تعاقد الشخص مع نفسه . ومن هنا تكون حالة تعاقد الشخص مع نفسه في الغالب حالة ملازمة للنيابة ، وذات أهمية وخطورة بالغة ، كما سيتبين لنا من خلال البحث .

ولا يختلف مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة عنه في الفقه الغربي ، اذ انه يسلم بمبدأ النيابة ويقر انعقاد التصرف بإرادة النائب ، ويراد بالتصرف عن الغير في الفقه الإسلامي ان ينوب شخص عن غيره في عمل يعود بآثاره على الأصيل المنوب عنه .[٧]

وقد بحث الفقهاء المسلمون في أهم تطبيقين للنيابة وهما الوكالة والولاية على المال . وقسموا الولاية الى ولاية ذاتية – قاصرة – تثبت للشخص الكامل الأهلية أي البالغ الرشيد على جميع شؤونه وأمواله . وولاية متعدية ، تثبت للشخص على غيره ، بسبب عارض جعله الشارع علة وسبباً لثبوتها

---

(١) وتشمل نيابة النائب التنفيذ بالاضافة الى إبرام التصرف في حالات النيابة القانونية كنيابة الولي والوصي ، او نص الأصيل على ذلك في النيابة الإرادية .

(٤) د. محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الألتزام ، ج١ ، مصادر الألتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص١٢٧ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٤٣ . د. منذر الفضل ، النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني ، ج١ ، مصادر الألتزام ، ط١ ، كلية القانون جامعة بغداد ، ١٤١١هـ -١٩٩١م ، ص١٢٦ . اوغريس محمد ، التعاقد بطريق النيابة في ضوء التشريع المدني المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص مقدمة الى جامعة الحسن الثاني ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الدار البيضاء ، ١٩٧٩-١٩٨٠ ، ص٦ .

(٥) أنظر في التطور التاريخي للنيابة ، د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٩٨ . د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ،ص١٣ .د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٢٢ . محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، جامعة بغداد ، ١٣٩٥هـ -١٩٧٥ م ، ص١٧ .

(٦) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الألتزام ، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧١، ص١٣٩ . د. عبد المنعم البدرواي ، المصدر السابق ، ص١٤٦ . د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٨٤ .

(٧) أحمد ابراهيم بك ، أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ، مطبعة العلوم ، مصر ، ١٩٤٠، ص٣. محمد رضا عبد الجبار العاني ، المصدر السابق ، ص٢٥ . علي الخفيف ، التصرف الأنفرادي والارادة المنفردة ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٦٤ ، ص٤٨ .

. [١] وان هذه الصفة التي تجعل تصرف الشخص نافذاً في حق غيره تثبت له بحكم الشرع او القاضي او عن طريق ما يترتب على الوكالة او الفضالة ، وقد عرفت في هذه الصور انها تنفيذ القول على الغير شاء او أبى . [٢]

ولم تمر فكرة النيابة في الفقه الإسلامي بمراحل التطور التي مرت بها في الفقه الغربي بل نجد ان الفقه الإسلامي جاء بها وافياً من أول الأمر . [٣] وقد عبر الأستاذ السنهوري عن هذا التطور بقوله ((((وقد تميز الفقه الإسلامي في النيابة في التعاقد بأنه ارتقى في هذا النظام ارتقاء يجعله يضاهي الفقه الغربي في تقدمه ، ويبز الفقه الروماني الذي رأينا قصوره في هذا الميدان)) . [٤]

وبالنظر لما لنظرية النيابة في التصرفات القانونية من أهمية بالغة في الحياة العملية فقد اتجهت العديد من التشريعات الى تنظيم (تقنين) هذه النظرية من ذلك : القانون المدني الالماني لعام ١٨٨٦م والمطبق عام ١٩٠٠م . وقانون الالتزامات السويسري . والقانون المدني الإيطالي لعام ١٩٤٢ . ومن ثم مشروع الالتزامات الفرنسي الإيطالي .

اما فيما يتعلق بالقوانين العربية فأن أول قانون قنن النظرية العامة للنيابة هو القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وذلك في المواد (١٠٤-١٠٨) . وسار على خطاه القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ الذي قنن النيابة في المواد (١٠٥-١٠٩) ثم القانون المدني الليبي الصادر عام ١٩٥٣ والأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والجزائري لسنة ١٩٥٧ والكويتي لسنة ١٩٨٢ .

اما القانون المدني العراقي الحالي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ فأنه لم يقنن النظرية العامة للنيابة إنما نظم الوكالة في المواد (٩٢٧ -٩٤٩) وأورد بعض المواد بخصوص تصرف الولي والوصي في مال الصغير في المواد (١٠٣ ، ١٠٥ ، ٥٨٨-٥٩٠، ٥٩٢) . الأمر الذي يشكل نقصاً تشريعياً يستحسن بالمشرع العراقي تفاديه من خلال تنظيم النظرية العامة للنيابة وعدم الاكتفاء بتنظيم الوكالة لأن النيابة شيء والوكالة شيء آخر . [٥]

صور النيابة

تثبت صفة النيابة للنائب إما بلإستناد الى إرادة الأصيل او الى نص القانون ، لذلك قيل ان النيابة اما أن تكون نيابة إرادية او نيابة قانونية . وهناك من يضيف الى هذين النوعين نوع ثالث يطلق عليه

---

(١) وهذه الولاية قد تكون ولاية على النفس وهي تتضمن انواعاً عدة منها القيام على نفس المولى عليه كولاية الحضانة – ضم الصغير الذي لم يبلغ سناً معينة - وولاية ضم الصغير بعد سن الحضانة الى من له الولاية على النفس لإتمام تربيته وتوجيهه . وقد تكون الولاية المتعدية ولاية على المال تخص التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية . والولاية المتعدية نوعان ولاية أصلية وتثبت تلقائياً على الصغير بسبب الأبوة كولاية الاب والجد الصحيح . وولاية نيابة تثبت عن طريق النيابة أي تستمد من شخص آخر . لمزيد من التفاصيل أنظر أحمد نصر الجندي ، الولاية على المال ، القاهرة الحديثة للطباعة ، ١٩٨٦ ، ص٩-١٠ . محمد كمال حمدي ، الولاية على المال ، ج١ ، الأحكام الموضوعية ، ط١ ، دار المعارف بمصر ، ١٩٦٣ ، ص٣٠ .

(٢) د. شفيق شحاته ، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية (باب في الشريعة الاسلامية) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، ١٩٥٩ ، مصر ، ص٣٠٦-٣٠٧ . زين الدين بن علي العاملي ، (الشهيد الثاني ٩١١-٩٦٥ هـ) ، مسالك الإفهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، ج٣ ، ط١ ، مؤسسة المعارف الاسلامية ، ايران ، قم المشرفة ، ١٤١٤هـ ، ص١٦٤ .

(٣) محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، ط١ ، طباعة دار التأليف ، مصر ، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م ، ص٣٣٩ .

(٤) د. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص١٨٣ .

(٥) وقد سبقنا لهذا المطلب الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم ، إنظر مصادر الألتزام ، المصدر السابق ، ص٨٧ . د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٣٨٣ واخرون .

النيابة القضائية ، وهي التي يعين فيها النائب من قبل القضاء ، كما في نيابة الوصي والقيم والحارس القضائي .[١]

ويمكن لصفة النيابة أن تثبت الى جانب ما تقدم لشخص معين بناء على ظهور الأصيل بمظهر يوهم الغير حسن النية بهذا الثبوت فتكون النيابة هنا نيابة ظاهرة يمكن الحاقها بالنيابة الإرادية استناداً الى قيامها على ما صدر عن الأصيل من تصرف أو سلوك .[٢] ومن أجل تحديد صور النيابة التي يمكن فيها ان يتحقق تعاقد الشخص مع نفسه سنعرض بايجاز لهذه الصور بقدر تعلق الأمر بموضوع الرسالة وبغية إعطاء فكرة موجزة عن صور النيابة بالنظر لارتباط تعاقد الشخص مع نفسه بالنيابة .

١. النيابة الإرادية (الاتفاقية) .

ويطلق أحياناً على هذا النوع من النيابة بالنيابة الاختيارية ، وذلك لأن للأصيل مطلق الحرية في اختيار شخص النائب وفي إقامة النائب من عدمه .ومصدر الإنابة فيها هو إرادة الأصيل المنفردة .[٣]

ففي هذا النوع من النيابة يفترض أن شخصاً مع قدرته على أن يدير شؤون نفسه ، وأن يعبر بنفسه عن إرادته ينيب عنه غيره في ذلك لأسباب شتى قد يكون منها عدم إمكان تواجده في مكان انعقاد العقد او لقلة خبرته .[٤]

وإذا كانت الوكالة هي المصدر الأكثر شيوعاً للنيابة الاتفاقية إلا أنها ليست المصدر الوحيد .وتنطوي النيابة الاتفاقية على علاقة داخلية بين الأصيل والنائب وتنبني هذه العلاقة على عقود استخدام كثيرة يجمعها مصطلح ((عقد النيابة)) وحيث إن الاتفاق في كل من هذه العقود يكون مصحوباً بتخويل النائب سلطة إبرام تصرفات تعود آثارها على الأصيل ، فإن هذا الاتفاق يبدو وكأنه مصدر النيابة ومن هنا جاءت تسميتها النيابة الاتفاقية وحيث أن مصدر النيابة الاختيارية هو إرادة الأصيل لذلك أطلقنا عليها النيابة الإرادية .[٥]

ونظراً لارتباط الإنابة بعقد بين النائب والأصيل غالباً ما يكون وكالة فقد أدى ذلك الى الخلط بين الإنابة والوكالة .[٦] وإن صدور هذه الإرادة يستند الى ما يربط الأصيل والنائب من اتفاق فهذا الاتفاق يقوم بلا شك على رضاء الطرفين . ورضاء الأصيل هنا قد يعبر عنه صراحة ((بسند النيابة)) وقد يعبر عنه ضمناً بطريق السلوك وما يستخلص من الظروف .[٧]

فأساس النيابة الاتفاقية (الإرادية) هو تصرف من جانب واحد بمقتضاه يأذن الأصيل للنائب ان يتصرف باسمه وتنصرف آثار التصرف اليه دون النائب ، ولهذا فان هذا التصرف الأحادي يشمل

---

(١) هذا إذا نظرنا الى النيابة من ناحية الجهة التي تقيم النائب . أنظر د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥، المصدر السابق ،ص٣٠٦ . د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، بند ١٢٩ ، ص٨٤-٨٥ . إلا إننا سوف لا نستند الى معيار معين في بحث صور النيابة وإنما الى أعطاء فكرة موجزة لصور النيابة .

(٢) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند ٣٠ ، ص٣٥ .

(٣) د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، بند ٨١ ، ص١٥٠ .

(٤) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند ٩٨ ، ص١٤٦ . د. رمضان أبو السعود ، مبادئ الألتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٦٢ . د. بدر جاسم اليعقوب ، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ط١، كلية الحقوق والشريعة ، ١٤٠١ هـ-١٩٨١م ، ص٢٢١ .

(٦) د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للإلتزام،الكتاب الأول ، مصادر الألتزام ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٧٦،ص٨٦. ١٩٧٦،ص٨٦. د. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج١ ، مصادر الألتزام ، الكتاب الاول ، التصرف القانوني ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥-١٩٨٦م ، ص١٥ . د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط٣ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، بند ٥٣ ، ص١٠٣-١٠٤ .

الإذن بالتصرف باسم الأصيل (اما الوكالة فلا تتضمن في ذاتها إلا عبء التصرف لحساب الموكل) واذا كان هذا التصرف أحادياً فأنه لا يتطلب قبولاً انما يتعلق القبول بحمل العبء وهو يدخل في عقد الوكالة ولا يتعلق بالتصرف الأحادي الذي يمنح به الأصيل للنائب الإذن بالتصرف باسمه. [١] والإنابة أما أن تكون صريحة او ضمنية استناداً الى مبدأ الرضائية . [٢]

وتنشأ العلاقة بين الأصيل والنائب في النيابة الإرادية الصريحة بتخويل السلطة المقترن بالاتفاق الصريح بينهما ، اذ يرضى الأصيل أن يباشر النائب عنه تصرفاً قانونياً وأن يتحمل هو آثار تصرف النائب . ويرضى النائب بمباشرة هذا التصرف ، وعلى هذا فالإنابة الصريحة هي ما صدرت بتعبير صريح من الأصيل . [٣] على أن هناك فارقاً بين النيابة والوكالة فقد توجد أحداهما دون الأخرى وقد يوجدا معاً ، فقد توجد وكالة ولا توجد نيابة كما في الاسم المستعار وقد توجد نيابة ولا توجد وكالة كما في النيابة القانونية كنيابة الولي والوصي والحارس القضائي . [٤]

ويترتب على النيابة الإرادية آثار من نوعين مختلفين تماماً فهي أولاً تنشئ رابطة بين الأصيل والنائب يكون بموجبها لكل منهما وعليه حقوق والتزامات قبل الآخر ، وهي ثانياً تؤدي الى إنشاء علاقة بين الأصيل والغير الذي تعامل مع النائب فالعقد المبرم بين هذا الغير والنائب يكون في مواجهة الأصيل لأن مقتضى الإنابة ومبدأها الأساس تخويل النائب سلطة إلزام الأصيل وفقاً لحدودها المرسومة . [٥]

فالوكالة والانابة على افتراض تلازمهما يشكلا وجهين مختلفين لعلاقة واحدة ، تمثل الوكالة الوجه الداخلي الذي يتصل بعلاقة الموكل والوكيل ، وتمثل الإنابة الوجه الخارجي الذي يتصل بعلاقة هذين بالغير الذي تعامل مع الوكيل. [٦]

والفقه الحديث وفي مقدمته الفقه الالماني كان سباقاً الى التمييز بين الانابة والوكالة ، إذ حدد الحد الفاصل بين التصرف الصادر بإرادة منفردة لتخويل النائب سلطة التصرف ، وبين العلاقة التعاقدية الداخلية بين الاصيل والنائب . [٧]

وقد قنن هذا الفصل بين الإنابة والوكالة في تقنيات المانيا وسويسرا والدول الاسكندنافية واليابان وبولندا وايطاليا واليونان . [٨]

وقد أخذ القانون المدني المصري بهذه التفرقة فعرف الوكالة في م / ٦٩٩ منه بأنها ((عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل)).

أما ما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي فلم يتنبه الى هذا التمييز ، حيث عرفت م/٩٢٧ الوكالة بأنها ((عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)) وقد سبق القول ان قانوننا لم ينظم (يقنن) النظرية العامة للنيابة .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ((الأصل هو قيام المتعاقد نفسه بالتعبير عن إرادته في إبرام التصرف إلا أنه يجوز أن يتم بطريق النيابة بأن يقوم شخص نيابة عن الأصيل بإبرام التصرف باسم هذا الأخير ولحسابه بحيث تنصرف اليه وفي غير الأحوال التي نص فيها القانون على قيام هذه النيابة فإنها تقوم أساساً باتفاق إرادة طرفيها على أن يحل أحدهما وهو النائب محل الآخر – وهو

---

(١) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، بند ٥٦٠ ، ص٧٥٦-٧٥٧ . د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص١٤٤ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص١٨٩ ، أنظر ايضاً لنفس المؤلف الوسيط ، ج٧ ، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، بند ٢٢٠ ، ص٣٩٢ .

(٣) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٤٦ .

(٤) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١ ، في إنعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، بند ٢٠٤ ، ص١٧٢ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٥٥ .

(٥) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٤٧ .

(٦) د. أحمد حشمت أبو شتيت ، المصدر السابق ، ص١١٦ .

(٧) أنظر فون توهر ص٢٨٨ ، نقلاً عن د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص١٤٩ .

الأصيل – في إجراء العمل القانوني الذي يتم لحسابه . وتخضع العلاقة بين الوكيل والموكل في هذا الصدد من حيث مداها وآثارها لأحكام الاتفاق المبرم بينهما وهو عقد الوكالة)).[١]

وقضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ((اذا كان عقد البيع وارد على قطعة أرض مخصصة من جمعية تعاونية و لا يجوز قانوناً تسجيل هذا البيع في دائرة التسجيل العقاري إلا بعد تشييد البناء عليها وان البائع قد وكل زوجة المشتري للغرض المذكور . فأن قيام الوكيلة بتسجيل المبيع باسم زوجها بعد إكمال البناء لا يعتبر من قبيل شراء الوكيل مال موكله لنفسه باسم مستعار)).[٢]

وقد عرف الفقهاء المسلمون النيابة الاتفاقية في أهم مصدر لها وهو الوكالة [٣] وأقاموا أحكامها بشكل دقيق يفوق في تنظيمه تنظيم التشريعات الوضعية بل ان العديد من التشريعات قد اقتبست أحكام الوكالة من الفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني السوري والأردني واليمني .

ولم يغفل الفقهاء المسلمون التفرقة بين الإنابة والوكالة ، وانصراف الاثار المترتبة على تصرف الوكيل الى الموكل مباشرة سواء تم التصرف باسم الموكل او باسم الوكيل ، باستثناء التصرفات التي يتعين على الوكيل ان يضيفها الى الموكل كالإسقاطات ، خلاف ما ذهب اليه الفقه الغربي من اشتراط ان يكون التصرف باسم الأصيل لانصراف الآثار اليه .[٤]

وينبني على هذا القول أن الوكالة اذا ما انعقدت في الفقه الإسلامي فأنها تنعقد مقترنة بإنابة ، ويمكن استخلاص ذلك من تعريف الفقهاء المسلمين للوكالة فقد عرفها أبن عرفه وهو أحد فقهاء المالكية بأنها ((نيابة ذي حق غير ذي أمره ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته)).[٥] وعرفها وعرفها الحنفية بأنها ((إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)).[٦] وعرفها الشافعية بأنها ((تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة الى غيره في حياته)) .[٧] وعرفها الحنابلة بانها بانها ((استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله الإنابة)) [٨] وعرفها الإمامية بأنها ((استنابة في التصرف)).[٩]

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية ، في الطعن رقم ١١١، س٤٨ق ، جلسة ١٩٧٩/٥/٢٤ ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني معلقاً عليها بالمذكرة الإيضاحية والاعمال التحضيرية واحكام النقض من عام ١٩٣١-١٩٩٩ ، ج١، ط٥ ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠، ص٣٠١ .

(٢) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٢٣١/ استئنافية /٨٧-٨٨ تاريخه ١٩٨٨/٢/٢٩ منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، ، المختار في قضاء محكمة التمييز في العراق ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ،ج٤، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م ، ص٣٥ .

(٣) الشيخ زكريا بن يحيى الانصاري (٩٢٦هـ) ، شرح منهج الطلاب وبهامشه حاشية البيجرمي ،ج٣ ، ص٤٧ . شمس الدين محمد بن شهاب الدين ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، للرملي ، مع حاشية الشبر املسي لابي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي (١٠٧٨هـ) ، ج٥ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م ، ص١٤ . آية الله العظمى السيد محمد حسين فضل الله ، فقه الشريعة، ج ٢ ، ط ٢ ، دار الملاك ، بيروت ، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م ، ص ٣١٠ . الذي عرف النيابة بانها حالة اعتبارية يكون عليها الشخص تخوله القيام بعمل معين لصالح شخص آخر ، وذلك اما بتبرع من النائب ، واما بجعل من المنوب عنه .

(٤) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص١٦٠ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص١٤٩ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٥٣ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٣٦.

(٥) أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ، ج٦، دار صادر ، بيروت ، ص٦٨.

(٦) العلامة محمد أمين بن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، المسماة حاشية أبن عابدين ، (١٢٥٢هـ) ، ج٤ ، طبع المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، ١٣٢٦هـ ، ص٤٤٠ .

(٧) الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي ،ج٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٧٧هـ-١٩٥٨ م ، ص٢١٧.

(٨) تقي الدين محمد بن احمد الشهير بابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج ١ ، عالم الكتب ، ص ٤٤٣ .

(٩) زين الدين بن علي الجبعي العاملي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٤، ط١، منشورات جامعة النجف ، ، ص٣٦٧.

واذا ما وكل شخص غيره في بيع مال فاشتراه الوكيل لنفسه أو لموكل آخر كان قد أنابه في شراء ذات المال الموكول اليه بيعه، كنا أمام ما يطلق عليه الفقه تعاقد الشخص مع نفسه . ومن هذا فأن النيابة الإرادية ميدان رحب لتعاقد الشخص (المناب) مع نفسه .

٢. النيابة القانونية .

في الواقع العملي هناك أشخاص ليست لهم القدرة على إبرام التصرفات القانونية ورعاية مصالحهم ، وهؤلاء هم ناقصي الأهلية وعديميها والممنوعون من التصرف لأسباب شتى . او من يتعذر عليهم التعبير عن إرادتهم ، فيقيم القانون نواباً عنهم لحماية مصالحهم وإبرام التصرفات القانونية نيابة عنهم ، بصفة ولي أو وصي او قيم وما الى ذلك . (١)

وقد يطلق على هذا النوع بالنيابة الضرورية ، ذلك أنها وجدت لضرورة تتمثل في عجز الأصيل عن القيام بالتصرفات القانونية . (٢) **ومصدر هذا النوع من النيابة هو القانون اذ لا دخل لإرادة الأصيل الأصيل في إنشائها ، ولا في تعيين شخص النائب بل ان تلك الإرادة في معظم صور النيابة القانونية معدومة أو ناقصة في ذاتها .** (٣) **وتعيين شخص النائب في هذا النوع من أنواع النيابة قد يتولاه القانون مباشرة كما في ولاية الاب والجد ، وقد يتولى القضاء تعيين شخص النائب كما في الوصاية ، لذلك أطلق عليها جانب من الفقه بالنيابة القضائية .** (٤)

أما فيما يتعلق بوقف التشريعات من النيابة القانونية فنجد ان القوانين قد عالجت النيابة القانونية تارة ضمن نصوص المجموعة المدنية من ذلك م/١٨٨-١٩٦ من القانون المدني المصري. (٥) **والمواد (١٠٢ ، ١٠٣ ، ٥٨٨-٥٩١) من القانون المدني العراقي . وتارة أخرى ضمن نصوص القوانين المستقلة كما في قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .وقانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .**

واذا ما ولينا وجوهنا صوب القضاء لوجدنا ان هناك العديد من الأحكام قد صدرت بخصوص النيابة القانونية من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن ((نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به الى القاصر ، ان يكون هذا العمل في حدود نيابته ، أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فأنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها)). (٦)

وقضت محكمة التمييز في العراق بقرار لها ((ان زرع الشريك حصة شريكه يعتبر تصرفاً فضولياً يجعل من حق ذلك الشريك المطالبة بأجر مثل حصته)). (٧)

وقضت في قرار آخر لها ((إن الأب هو ولي جبري على ولده القاصر وهو الذي يتولى إبرام التصرفات القانونية نيابة عن محجوره)) . (٨)

---

(١) د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، بند ١٩ ،ص٨٤ ، د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٨٤-٨٥ . د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ، بند ٥٦٠ ، ص٧٥٧.

(٢) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص١٢٣.

(٣) د. بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، بند ١٥٨ ،ص٢٢٢. د. محمد الشيخ عمر ، القانون المدني السوداني (١) الالتزامات ، العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة داغر ، لبنان ، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، ص٩٩ .

(٤) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند٨١، ص١٥١. د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، بند ١١٣ ، ص١٤٠ . . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، بند١٢٢ ، ص١٥١ . د. حسن علي ذنون ، أصول الألتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ،١٩٧٠، بند ٤٤ ، ص٤٤. د. محمد مختار القاضي ، أصول الالتزامات في القانون المدني ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٩، ص١١٤ .

(٥) تقابلها في القوانين العربية المواد (١٠٩، ١١٨،١١٩) مدني أردني ، م/٤٩ مدني سوري والفصل (٤ ، ٣٣ ، ٩٣) من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

(٦) حكم محكمة النقض المصرية في ٣١ / يناير / ١٩٧٥ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، المكتب الفني في محكمة النقض المصرية ، ١٢٨ ، رقم ٦٤ ، ص ٣١٠ .

(٧) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٣٢٠٢ / م ١ / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١٠/١٣ ، القرار غير منشور .

(٨) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٢٣٨/ شخصية / ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/ ٢/٢٠ ، القرار غير منشور .

وقد عرف الفقهاء المسلمين النيابة القانونية وبحثوا في الولاية والوصاية وغيرها من تطبيقات هذه النيابة . والنيابة القانونية قد تستند الى القانون بصورة مباشرة وقد يترك تعيين النائب الى القاضي فتسمى نيابة قضائية . (١)

والولاية في الفقه الإسلامي هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى . (٢) **وقد جرى العمل على قصر لفظ ((الولاية)) على الولاية الطبيعية او الشرعية وهي للأب والجد الصحيح .** (٣) **أما الولاية التي تصدر بأمر من القاضي فتسمى وصاية او قوامه بحسب الأحوال تبعاً لسبب فرضها .** (٤)

فالنيابة القانونية هي التي يكون مصدرها الشرع . فالولي نائب عن محجوره بحكم الشرع ، فالشرع أذن هو الذي يضفي عليه صفة النيابة . والقاضي نائب عن المحجور بحكم الشرع ، وفي تزويج اليتامى ، وعن المفلس في بيع ماله بحكم الشرع كذلك . (٥)

اما النيابة القضائية هي التي يكون مصدرها القاضي . فالوصي يعينه القاضي ويجعله نائباً عن المحجور ، وكذلك القيم والوكيل عن الغائب . (٦) **وقد تولت سائر المذاهب الإسلامية وضع ترتيب لهذا لهذا النوع من الولاية بغية عدم التزاحم بين الأولياء على تولي أمور الصغار ومن في حكمهم من الكبار غير المكلفين فبينت مراتب الأولياء على المال واتفقت بالإجماع على ولاية الأب ، غير أنها اختلفت فيمن يتولى ذلك من بعده .** (٧)

وحيث أن حدود النيابة القانونية يعينها القانون ، فلا يجوز للنائب القانوني ان يتعاقد مع نفسه لمصلحة نفسه أو لمصلحة أصيل آخر إلا اذا أجاز له القانون ذلك مثال ذلك أجازة القانون للولي ان يتعاقد مع نفسه ، او إجازة القانون ذلك للوصي المختار بشرط الخيرية ومنع ذلك على الوصي المنصوب والقاضي مطلقاً . (٨) **ومن هذا فأن تعاقد الشخص مع نفسه يمكن أن يتحقق من خلال النيابة القانونية (الضرورية) ولكن بشرط ان يجيز القانون ذلك لأن واجبات وسلطات النائب –كما تقدم – في هذا النوع من النيابة يحددها القانون .**

٣. النيابة الظاهرة .

قد توجد في الواقع ظروف من فعل الأصيل من شأنها إعطاء الغير فكرة عن مدى النيابة أوسع من حقيقة الأمر في الإنابة ، او توجد مظاهر توحي للغير ان شخصاً ما نائباً عن غيره كانتهاء النيابة وبقاء سند النيابة بيد النائب ، وقد أطلق الفقه على حالة وجود مظهر يظهر شخصاً نائباً عن آخر بالنيابة الظاهرة . وقد أرسى القضاء قواعد هذا النوع من النيابة ، ومن ثم نظمتها تشريعات دول عديدة ، حماية للغير حسن النية الذي انخدع بهذا المظهر الذي تعذر عليه معرفة حقيقة الأمر عند بذل عناية الرجل المعتاد من الحرص في تبينه ، عليه فقد حكمت التشريعات التي أخذت بهذه النظرية بنفاذ

---

(١) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ٢٢١ . زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الافهام ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٥٥ .

(٢) د. شفيق شحاته ، المصدر السابق ، ص٣٠٦-٣٠٧ . علاء الدين خروفه ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ ، ج١، ج١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٢م ، ص١٨٩ .

(٣) على خلاف في ترتيب مراتب الاولياء . كما سيأتي .

(٤) محمد رضا عبد الجبار العاني ، المصدر السابق ، ص٣٠. د. أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١ ، ، الزواج والطلاق واثارهما ، مطبعة عصام ، بغداد ، ١٩٧٧ م ، ص٨٢ .

(٥) محمد الحسيني الحنفي ، الأحوال الشخصية حقوق الأولاد والأقارب، ط٤، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٥، ص٢٣٤. د. توفيق حسن فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٦٢، ص٣٦٠-٣٦١.

(٦) أحمد إبراهيم بك ، المصدر السابق ، ص٣ . د.محمد ابو زهره ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧ ، ص ٣٧٩ – ٣٨٠ .

(٧) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥، ط١ ، مطبعة الجمالية بمصر ، ١٣٢٨هـ-١٩١٠م، ١٩١٠م، ص١٥٥. أبن النجار ، منتهى الارادات ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٤٣٧ . شهاب الدين ابن حجر الهيثمي ، الحاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٢، دار صادر ، بيروت ، ص٤٥٦ . محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ، ج٥ ، مطبعة الشورى ، مصر ، ص٢٥٥.

(٨) أنظر نصوص المواد (٥٨٨-٥٩١) من القانون المدني العراقي ، والمادة ٤٣ من قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة١٩٨٠ ، والمواد (٦ – ١٥ ،١٧ ، ١٥/٣٩) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩لسنة١٩٥٢ .

أثر التصرف الذي أجراه النائب الظاهر بحق الأصيل .[١] حيث ان نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير المتعامل مع النائب بمجرد الألفاظ التي صيغت بها الإنابة – سواء أكانت داخلية موجهة الى النائب ام خارجية موجهة الى الغير – بل ان للظروف التي تحيط بالنيابة وللضرورات التي تقتضيها المعاملات نصيباً في تحديد نطاق النيابة وعلى ضوئها بالإضافة الى صيغة الإنابة يستطيع الغير ان يحدد نطاق سلطة النائب ويعين ما يدخل في مكنته وما لا يدخل من الاعمال القانونية وهو ما ذهب اليه الاستاذ ديموج بالقول ان النيابة تقوم بحكم الضرورات العملية ، (على الإرادة الظاهرة للأصيل أكثر من قيامها على إرادته الحقيقية او على تعبيره عن تلك الإرادة وهذا ما يقتضيه ضمان سلامة المعاملات) .[٢]

فالنيابة الظاهرة تقوم على وضع إرادي ولكنه ظاهري لا حقيقي فهي تستند الى وضع ظاهر يعبر عن مظهر خارجي للإرادة ، والنيابة الإرادية أكثر مجالاً من النيابة القانونية لإيهام الغير بوضع مخالف لحقيقة العلاقة بين النائب الظاهر والأصيل ، بل تكاد تكون هي المجال الوحيد لذلك فهي غير معلنه وغير محددة وقد أعتبر جانب من الفقه هذا النوع من النيابة نيابة قانونية .[٣]

ويشترط لقيام النيابة الظاهرة توفر عنصرين أولهما موضوعي يتمثل بوضع ظاهر أو مظهر خارجي ناشئ عن فعل الأصيل او يمكن بالنسبة اليه أوحى بوجود النيابة او بتعامل النائب في حدود نيابته القائمة . وثانيهما شخصي يتمثل بتعامل الغير مع النائب بحسن نية أي دون علم بانتفاء النيابة أو تجاوز النائب لحدود إنابته .[٤]

وقد أختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه النيابة الظاهرة ، فقد أقامها فريق على أساس المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية في حين أقامها جانب آخر من الفقه على أساس المسؤولية عن عمل الغير . بينما أقامها جانب آخر على أساس تحمل التبعة في حين يرى جانب ثالث أن أساسها ثنائي من المسؤولية التقصيرية والخطأ الشائع وأقامها رأي على أساس الحالة الظاهرة .[٥] وأخيراً هناك من أقامها على أساس القاعدة القانونية التي نظمتها وهذه القاعدة تحل ، في إيجاد تلك الرابطة ، محل إرادة الأصيل في الإنابة الحقيقية وذلك تغليباً لاستقرار التعامل وحماية لمصلحة الغير حسن النية على الوجه الذي يقتضيه توفر الثقة في المعاملات .[٦]

ونعتقد أن الرأي الأخير هو أصوب الآراء بشأن الاساس القانوني للنيابة الظاهرة وذلك لأن هذا النوع من النيابة يحل النص القانوني محل إرادة الأصيل .وحماية للغير حسن النية فقد قننت بعض التشريعات النيابة الظاهرة مثال ذلك م/١٠٧ من القانون المدني المصري التي نصت على ((إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فأن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان او التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه)).[٧]

أما القانون المدني العراقي فلم ينظم النظرية العامة للنيابة ، لذلك فلم يرد به نص بخصوص النيابة الظاهرة ، إلا أنه يمكن التعويل على نص الفقرة الثانية من م /٩٤٧ منه التي نصت ((٢- ولا

---

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، بند ٣٠٦ ، ص٦٠١ . د. عبد الباسط محمد الجمعي ، الوكالة الظاهرة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، مصر ، السنة الخامسة ، العدد الثاني ، تموز ١٩٦٣ ، ص٣٣٨ . د. نعمان محمد خليل ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، القاهرة ١٩٧٧ ، بند ٤ ، ص٩ .

أنظر بنفس المعنى د. جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٧، ص٢١٦ .

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، بند ٣٠٨ ، ص٦١٤ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في القانون المدني المدني الكويتي ، (١) العقد والإرادة المنفردة ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٨٣ ، بند ٩٠ ، ص١٩٥ .

(٤) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند ٣٠ ، ص٣٥.

(٥) أنظر في عرض هذه الآراء د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص١١٠-١١٧ .

(٦) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، بند ١٣٤ ، ص٢٨٥ .

(٧) تقابلها نص م/٥٤ /٢ من القانون المدني الكويتي ، م /١١٤ من القانون المدني الأردني ، م/ ١٠٨ من القانون المدني السوري ، م/ ١٠٧ من القانون المدني الليبي.

يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل ، إلا بعد حصول العلم للطرف الثاني)) فإذا عزل الموكل الوكيل دون أن يعلم الأخير فان (الوكيل) يكون وكيلاً ظاهراً في الفترة الواقعة بين العزل وعلم الوكيل به .

وقد طبق القضاء المصري نظرية النيابة الظاهرة في العديد من أحكامه فقد قضت محكمة النقض المصرية ((بأنه يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل ، ان يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً ، وان يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد أنخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ او تقصير في استطلاع الحقيقة . ولما كان تعيين المدير وفقاً لنظام الشركة المشهر لا يترتب عليه خلق مظهر خارجي خاطئ من شأنه ان يخدع المتعامل معه وكان المدين الذي أتفق معه على إبرائه من جزء من الدين المستحق في ذمته ، لا يعتبر حسن النية ، لأنه كان يعلم أن هذا التصرف التبرعي لا يملكه مجلس الإدارة بغير ترخيص من الجمعية العمومية للمساهمين)) . [1]

وقضت في قرار آخر لها ((بأنه وان كان تعامل الوكيل مع الغير دون نيابة لا ينصرف الى الموكل حتى لو كان الغير حسن النية . إلا أنه إذا وجدت مظاهر خارجية تنسب الى الموكل بتقصيره أو بغير تقصير منه ، قد تنشئ وكالة ظاهرة ترتب ذات أثر الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير متى كان من شأنها خداع الغير المتعامل مع الوكيل الظاهر)). [2]

أما في الفقه الإسلامي فأنه وان تباينت فيه الآراء حول الأخذ بالنيابة الظاهرة من عدمه ، فأن البحث العلمي الدقيق يحتم علينا القول انه قد وردت تطبيقات لنظرية النيابة الظاهرة في الفقه الإسلامي من ذلك قاعدة القبض في العقد الفاسد يفيد الملك التي قال بها الأحناف . [3] **وكذلك حالة موت الأصيل او عزله النائب وانتهاء النيابة دون ان يكون للغير علم بهذا الانتهاء فيتعامل مع النائب على غير علم بانتهاء نيابته .** [4] **ففي هذه الأحوال لا ينفذ الموت او العزل إلا بعد علم الوكيل به . فيظل وكيلاً حتى يبلغه موت الأصيل او عزله اياه .**

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية ، في ١٩٩٣/١١/١٨ طعن رقم ١٧٤٤ لسنة ٥٩ ق ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب، المصدر السابق ، ص٣١٣ .

(٢) أنظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ١١٨٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩١/١٢/١٢ ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب ، المصدر السابق ، ص٣١١ .

(٣) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص١٠٤ . محمد رضا عبد الجبار العاني ، المصدر السابق ، ص٤٦٤ .

(٤) ابن عابدين ، رد المحتار ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص١٨٠ . الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج ٥ ، المصدر السابق ، ص٢٦٣ ، ج٦ ، ص٣٧-٣٨ ..أبي الحسن علي الرشداني الميرغناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج٣، الطبعة الاخيرة ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر ص١٥٣. الخرشي ،شرح الخرشي ،ج٦، المصدر السابق ، ص٨٦ . . أبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب ، ج١، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر ، ص٣٥٧. . زين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية ،ج٤، المصدر السابق ، ص٣٧٠ . . اية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، المعاملات ،ط٢ ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ١٤١٦هـ -١٩٩٦م ، ص٣٤٦ ، مسألة ١٢٨٤ .

الفصل الأول

التأصيل القانوني لتعاقد الشخص مع نفسه

تمهيد وتقسيم :

لابد لقيام العقد من التعبير عن إرادتين متطابقتين ، إلا أن تعاقداً قد يتم بواسطة شخص واحد ، وهو ما يعرف بتعاقد الشخص مع نفسه . ولكن هل يتفق هذا النوع من العقد مع القواعد العامة للعقد التي تشترط لنشوءه ارتباط الإيجاب بالقبول ، ولا يوجد في هذا التعاقد إلا إرادة واحدة . وما هو تكييف هذا التصرف القانوني ؟

ومن ناحية أخرى نجد في العقد مصلحتين متعارضتين ، فهل يؤتمن هذا الشخص الذي تولى إبرام العقد مع نفسه على رعاية هاتين المصلحتين ؟ خصوصاً إذا ما كان هو الطرف الآخر في العقد ، وهذا يحتم علينا أن نقيّم هذا التصرف القانوني .

عليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص الأول لمفهوم تعاقد الشخص مع نفسه ، ونفرد الثاني للطبيعة القانونية لتعاقد الشخص مع نفسه .

المبحث الأول

مفهوم تعاقد الشخص مع نفسه

سنتناول هذا المبحث في مطلبين نتطرق في الأول لتعريف تعاقد الشخص مع نفسه وتقييمه من الناحية القانونية في حين نخصص المطلب الثاني لتمييز تعاقد الشخص مع نفسه مما يشتبه به من أوضاع قانونية أخر

المطلب الأول

تعريف تعاقد الشخص مع نفسه وتقييمه من الناحية القانونية

سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الأول منهما لتعريف تعاقد الشخص مع نفسه ، في حين نكرس الثاني لتقييم تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية القانونية .

الفرع الأول

تعريف تعاقد الشخص مع نفسه

توصلنا من خلال ما تقدم الى أنه قد تحل إرادة محل أخرى في إبرام تصرف قانوني وهذا يقودنا الى إمكانية التسليم بحلول إرادة شخص محل إرادتي شخصين في إبرام عقدٍما .

فتعاقد الشخص مع نفسه يرتبط بالنيابة في أغلب الأحوال ، وان هذه النيابة قد يكون منشؤها الولاية الشرعية على فاقدي وناقصي الأهلية ، وقد يكون منشؤها نيابة إرادية ، فقد يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووليا على العاقد الآخر، او نائباً إرادياً عن كلا العاقدين ، او ولياً على كلا العاقدين فيرى أن من المصلحة أن يعقد بينهما زواج أو بيع أو إجارة أو رهن فتكون عبارته متضمنة في ثنايا ها معنى عبارتين . (١)

والنائب في هذه الأمثلة المتقدمة ، قد أجرى العقد في كلتا الحالتين بالتعاقد عن كلا الطرفين فكان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن البائع في الحالة الأولى ونائباً عن كل من البائع والمشتري في الحالة الثانية فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه ولا تكون ثمة إلا إرادة واحدة وهي إرادته وقد حلت محل إرادتين . (٢) **ويبدو أنه يتعاقد مع نفسه .** (٣) **ويبدو كأن العقد أبرم بإرادة واحدة ذات شقين أو وصفين مختلفين وهذا ما يسمى في الفقه تعاقد الشخص مع نفسه .** (٤)

على ان مسألة التعاقد مع النفس لا تقتصر على الأشخاص الطبيعية فقد يكون شخص معنوي نائباً عن شخص آخر - طبيعياً أم معنوياً - في بيع مال وباع مال الأصيل لنفسه او لأخر كان قد أنابه بشراء ذات نوع المال المناب في بيعه . كما لو كانت هناك شركة تحترف بيع وشراء الأسهم والسندات المالية وقامت بشراء الأسهم المنابة في بيعها لنفسها او لآخر كان قد أنابها لشراء ذات الأسهم . (٥)

وتحصل حالة تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلاً في الحالتين ففي حالة تعاقد شركة التأمين مع نفسها وإعادة التأمين على أموالها من الحريق او السرقة وهي حالة لم تنص عليها التشريعات المدنية إلا ان ضرورات الحياة العملية قد أجازتها . (٦)

وإذا ما حاولنا استقصاء تعريف لتعاقد الشخص مع نفسه ، يلاحظ ان عدد قليل من الفقهاء - في حدود ما تيسر لنا من المصادر - قد تعرضوا لتعريف تعاقد الشخص مع نفسه .

وقد عُرِّف تعاقد الشخص مع نفسه بانه ((العقد الذي يقوم فيه شخص واحد بدور طرفي العقد)) (٧) **ويلاحظ على هذا التعريف انه يخلط بين انعقاد العقد وأثره** (٨) **، حيث ان دور النائب يقتصر –**

---

(١) الشيخ محمد أبو زهره ، المصدر السابق ،ص٤٠٢ . د. جلال علي العدوي ، المصدر السابق ، ص٢١٧ . د. أسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص١٧٠ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص١٥٤ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، بند ٢٢٨ ، ص١٨٥ .د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، أصول القانون المدني ، ج١، الالتزامات ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، بدون ذكر سنة الطبع ،ص١٦٠ .د. السنهوري، الوسيط ،ج١ ، المصدر السابق ، بند٩٦ ، ص٢١٧ .د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، بند ١٣١ ، ص١٦٠ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، بند ٥٧٢، ص٧٧٩-٧٨٠.

(٣) د. سليمان مرقس ، الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، بند١١٤ ، ص٩٨.

(٤) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٠ ، بند ٩٤ ، ص٩٧ . د. شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام ، ط١ ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٦٠-١٩٦١، ص٨٦ . د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند١١٣ ، ص١٦١. د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ،ص٤٩ . وقد أطلق د. حسن علي الذنون تسمية تعاقد الانسان مع نفسه على تعاقد الشخص مع نفسه . ونعتقد ان هذه التسمية غير دقيقة ذلك لأن هذا النوع من التعاقد لا يقتصر على الشخص الطبيعي (الانسان) فقد يكون شخص معنوي نائباً عن طرفين ويبرم عقداً نيابة عنهما ، عليه نعتقد ان إطلاق تسمية تعاقد الشخص مع نفسه على هذا النوع من التعاقد أدق من تسمية تعاقد الانسان مع نفسه .

(٥) مثال ذلك نص م/ ٣٥ من القانون المصري الخاص بسماسرة الاوراق المالية رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ . وأنظر ايضاً م /١٥ من قانون سوق بغداد للاوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ .

(٦) د. عدنان أحمد ولي ، عقد إعادة التأمين ، ط١ ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص١٠٤-١٠٦ . وانظر أيضاً د. جمال الحكيم ، التأمين البحري ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٥، بند ٢٠٦ ، ص٢٢٤ .

(٧) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند ١١٣ ، ص١٦١ .

(٨) أنظر د. حسين النوري ، دراسات في مصادر الألتزام ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٥٧ ، ص١٦٦. حيث يقول (يقتصر دور النائب فقط على مرحلة تكوين العقد ، فإذا ما تم العقد ، تلاشت شخصية النائب) .

من حيث الأصل – على إبرام العقد دون تنفيذه . كما وانه لم يبين الطريقة او الكيفية التي يتم فيها جمع الطرفين في شخص واحد لتحديد المعرف . فضلاً عن ان هذا التعريف أعتبر هذا التصرف عقداً في حين ان العقد ينتج عن اتفاق إرادتين في الوقت الذي لا نجد في هذا التصرف إلا إرادة النائب وقد حلت محل إرادتين .

وعُوّف تعاقد الشخص مع نفسه بانه ((التعاقد الذي يجمع فيه الشخص ، صفتين ، أما أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير ، او نائباً عن شخصين مختلفين)).[١] ويمكن القول ان هذا التعريف قد أقتصر على بيان صور التعاقد مع النفس دون التطرق الى ماهيته ، علاوة على تسليمه بكونه عقد مع ان العقد ينتج من اتفاق إرادتين ، أي يتطلب شخصين او طرفين يعبران عن إرادتين مستقلتين لإبرامه .

وعرفه جانب آخر من الفقه بانه ((العقد الذي يتم عن طريق الجمع بين صفتين في شخص واحد بحيث يقوم هذا الشخص بدور الطرفين فيصدر تعبيرين عن الإرادة في شأن مصالحهما المتعارضة)).[٢]

ونلاحظ على هذا التعريف انه لم يحدد المعرَّف على وجه الدقة ذلك ان دور الشخص الذي يتولى إبرام العقد مع نفسه يقتصر على انعقاد العقد ، كما ان هذا التعريف لم يبين الكيفية التي يتم بها هذا الجمع بين الصفتين في شخص واحد . ثم كيف يتسنى لشخص واحد ان يصدر تعبيرين عن الإرادة في ذات التصرف القانوني ، فهذا يتضمن خلط بين الإرادة والتعبير عنها . فالعقد يتطلب إرادتين لا تعبيرين عن إرادة واحدة .

من خلال ما تقدم يمكننا تعريف تعاقد الشخص مع نفسه بانه التصرف القانوني الذي يتولى فيه شخص واحد دور الموجب والقابل نيابة عن أحدهما وأصالة عن نفسه ، او نيابة عن كلاهما .

اما فيما يخص الفقه الإسلامى فأن الأصل فيه ان يتعدد العاقد ، ليتحقق وجود الإرادتين ، والربط بين الكلامين ، ولأن الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية إلا في شطر العقد الذي يتكون بشطرين ، وفي اعتبار العقد منعقد بعبارته تحميل لها قوة الشطرين ، وإعطاء الجزء حكم الكل .[٣]

بيد انه نتيجة لمبدأ النيابة في العقود فجاز أن يتولى شخص العقد بالنيابة عن غيره سواء كانت تلك النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدي وقاصري الأهلية ، ام كان منشؤها نيابة إرادية ، ويجوز في هذه الحالة ان يكون الشخص نائباً عن طرفين فيعقد بينهما عقداً نيابة عنهما ففي هذه الحالة تكون عبارته طاوية في ثناياها معنى عبارتين بلا ريب .[٤]

ووجوب تعدد العاقد في التصرف الشرعي حدا بالأحناف والشافعية والحنابلة في قول الى تحريم تعاقد الشخص مع نفسه ، لعدم وجود طرفين في هذا التصرف وعدم أمكان انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد . إلا أن هذا الفريق من الفقهاء أجازوا تعاقد الشخص مع نفسه في النكاح وبيع الولي لنفسه وتصرف المولى عن العبيد .[٥]

---

(١) د. شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص٨٦. وأنظر ايضاً لنفس المؤلف دروس في الالتزامات ، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٥٩-١٩٦٠،ص٨٢.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٨٤، وانظر أيضاً لنفس المؤلف نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٧٤، ص٢٠٦-٢٠٧ ، بند١١٨.

(٣) الشيخ محمد ابو زهره ، المصدر السابق ، ص٤٠٢ .

(٤) عبد الرحمن الجزيري والشيخ محمد الغروي والشيخ ياسر مازح ، الفقه على المذاهب الاربعة ومذهب أهل البيت ، المجلد الثالث ، منشورات دار الثقلين ، بيروت ،١٤١٩هـ -١٩٩٨م ، ص٢٣٤. علي الخفيف ، المصدر السابق ، ص٤٨ . الخوئي ، منهاج الصالحين مع فتاوى اية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني ، ج٣، المعاملات ، بدون ذكر مكان وسنة الطبع ، ص٢٩٧، مسألة ١٢٤٥ . وقد ميز الفقهاء المسلمين بين النيابة في إجراء صيغة التصرف وفيها يكون النائب في حقيقة الامر يفرغ عن موكله . ونائب مطلق مفوض يعمل برأيه وينفذ تصرفه كتصرف المستقل فيما يعود لأمر نفسه .أنظر في ذلك عز الدين بحر العلوم ، الحجر وأحكامه في الشريعة الاسلامية ، دار الزهراء للطباعة وانشر ، بيروت ، ١٩٨٠،ص٨١.

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٤، المصدر السابق ، ص١٣٥-١٣٦ . الشيرازي ، المهذب ،ج١، المصدر السابق ، ص٣٣٨ ، ص٣٥٢ . أبن رجب الحافظ ابو الفرج عبد الرحمن الحنبلي (٧٩٥هـ) ، القواعد في الفقه الاسلامي ، ط١ ، مطبعة الصدق الخيرية ، مصر ، ١٣٢٢هـ -١٩٣٣م ، ص١٢٨، قاعدة ٧٠.

اما الفريق الآخر من الفقهاء فقد اكتفوا بالمغايرة الاعتبارية بدلاً عن التعدد الحقيقي ، وهم الإمامية والمالكية والزيدية .[١] فقد أجازوا للنائب ان يتولى طرفي العقد في شتى التصرفات الشرعية . إلا أننا نجدهم يميزون في صيغة التصرفات بين طائفتين من المنوب عنهم فبينما تكفي عبارة واحدة من (المولى المتعاقد مع نفسه) عن العبد والأمة .[٢] فإذا كان لمولى عبد وإمة وأراد أن يعقد بينهما نكاحاً ، جاز له ذلك ، دون إذنهما ، وبعبارته وحده، ذلك بأن يقول له ، ((انكحتك فلانة)) ولا يحتاج الى القبول منه (من العبد) لإطلاق الأخبار ولأن الأمر بيده فإيجابه مغنٍ عن القبول ، وهو هنا نكاح لا تحليل وتشهد بذلك جملة من النصوص كصحيحة محمد بن مسلم الواردة في كيفية نكاح المولى عبده من أمته .حيث يروي عن أبي جعفر (ع) قال سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : ((يجزئه ان يقول أنكحتك فلانه ويعطيها ما شاء من قبله او من مولاه ولا بد من طعام او درهم او نحو ذلك)).[٣]

إذ ان العقد عبارة عن ربط التزام بالتزام آخر . وهو في غير هذا المقام واضح ، حيث يعتبر الإنشاء والإبراز من كل من الطرفين لعدم كفاية مجرد الرضا القلبي في صدق العقد ، لانه يصدق فيما إذا كان كل من الالتزامين مبرزاً في الخارج وإلا فلا يصدق عقد الالتزامين وربط أحدهما بالآخر. واما في المقام فالزوجية وان كانت قائمة بالعبد والأمة ، إلا انهما لما كانا بالنظر لمملوكيتهما غير قادرين على شيء بحيث لم يكن لرضاهما ، أو عدمه أثر بل أمرهما بيد المولى يتصرف كيف شاء ، فلا حاجة الى وجود التزامين في المقام لأن المولى شخص واحد فيكفي التزامه خاصة . ومن هنا فيكون المقام من الإيقاع لا العقد ، كي يحتاج الى التزام آخر يرتبط مع التزامه . ومجرد قيام الزوجية في العبد والأمة لا يعني كونهما طرفي العقد كي يعتبر قبولهما ، بل الإنشاء ليس له إلا طرف واحد هو المولى .[٤]

في حين ان الأمر مختلف عندما تكون نيابة النائب (الذي تولى صيغة العقد عن طرفيه نيابة إرادية او شرعية) إذ اعتبروا التصرف هنا عقداً ويجب على النائب في هذه الحالة ان يوجب عمن هو وكيل عنه أو ولي له أو عن نفسه ويقبل من ثم بنفس النحو الذي يكون عليه العقد بين شخصين .[٥]

ويذهب جانب من أنصار هذا الرأي الى ان إيجاب العاقد (المتعاقد مع نفسه) مغن عن القبول بغض النظر عن مصدر نيابته حيث ورد ما نصه ((فإيجابه مغن عن القبول . بل لا يبعد ان يكون الأمر كذلك في سائر المقامات مثل الولي والوكيل عن الطرفين)) .[٦]

وهذا ما نرجحه للأسباب التالية :

---

(١) زين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية ، ج٤، المصدر السابق ، ص٣٨٤. . حجة الاسلام الشهيد محمد تقي الخوئي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، تقريرات أبحاث اية الله العظمى السيد ابي القاسم الخوئي ، مؤسسة أحياء آثار الامام الخوئي ، قم ، ١٣١٧-١٤١٣هـ، ص٩٦ . اية الله العظمى ناصر مكارم الشيرازي ، أنوار الفقاهة ، كتاب البيع ، ج١ ، مدرسة الإمام أمير المؤمنين (ع) ، قم المقدسة ، ١٤١٣هـ ، ص٤٢٦ .

(٢) الشيخ يوسف البحراني المتوفي (سنة ١١٨٦هـ) ، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ، ج١٨ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المشرفة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص٤٠٣. اية الله العظمى السيد ابي القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، المصدر السابق ، ص٢٨٠ ، مسألة ٨٠ ، ص٢٩٧ ، مسألة ١٢٤٢ . زين الدين الجبعي العاملي ، مسالك الأفهام ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص١٥٧. الشيخ جعفر السبحاني ، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء ، ج١ ، ط١ ، مؤسسة الإمام الصادق ، قم ، ١٤١٦هـ ، ص٢١١. حيث يرى عندما توكل المرأة شخصاً في تزويجها وكالة عامة كما اذا قالت بعد التوكيل ولو لنفسه فتصح اذا زوجها من نفسه ، ولزوم وحدة الموجب والقابل مدفوع بكفاية التغاير الاعتباري اولاً ولزومه ثانياً في تزويج الصغيرة فان لكل من الأب والجد ان يتوليا طرفي العقد .

(٣) الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي (المتوفي سنة ١١٠٤هـ) ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ج٢١ ، كتاب نكاح العبيد والأماء ، تحقيق مؤسسة ال البيت (ع) لأحياء التراث ، قم المشرفة ، ١٤١٦هـ ، ب٦٦، ب٤٣ ، ح١ ، أيضاً ب٤٣، ح١ ، ح٢ .

(٤) الشهيد محمد تقي الخوئي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، المصدر السابق ، ص٩٦ .

(٥) اية الله العظمى السيد محمد حسين فضل الله ، فقه الشريعة ، المصدر السابق ، ص٤١٤ ، مسألة ٦٠٣ . اية الله العظمى الخوئي ، منهاج الصالحين ، المصدر السابق ، ص٢٩٧ ، مسألة ١٢٤٥.

(٦) السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، العروة الوثقى وبهامشه تعليقات اعلام العصر ومراجع الشيعة الامامية ، المجلد الثاني ، نشر المكتبة العلمية الاسلامية ، طهران ، ١٣٩٩هـ ، ص٨٤٨، مسألة ١٦ .

١- إننا عند بحثنا في المقامات الأخرى ، لم نجدهم يسندوا رأيهم بضرورة ان يوجب الولي والوكيل ثم يقبل بنفس الطريقة الى سند ، بل أوردوا الحكم على سبيل الاحتياط ألاستحبابي . [١] دون إيراد سنده .

٢- طالما أن الإيجاب والقبول بيد العاقد (المتعاقد مع نفسه) فكيف يتسنى لنا أن نلزمه بأن يقبل بنفس الطريقة التي أوجب بها وما جدوى ذلك ؟ .

٣- إن مخالفة العاقد (المتعاقد مع نفسه) في باب المعاملات ، يترتب عليه صحة المعاملة وأثم العاقد . [٢]

وحيث أن اهتمام الفقهاء المسلمين قد أنصب على المسائل العملية دون النظرية منها لا سيما التعاريف ، لذلك لم نجد (في حدود ما أطلعت عليه من المصادر) تعريفاً لتعاقد الشخص مع نفسه .

إلا أنه يمكن تعريفه وفقاً لمنظور الفقهاء المسلمين بانه التصرف الشرعي الذي يتولى شخص واحد إجراء الصيغة فيه نيابة عن طرفيه أو عن أحدهما وأصالة عن الآخر. أو هو تولي عاقد واحد طرفي العقد بعبارته نيابة عن أحد الطرفين أو كلاهما .

الفرع الثاني

تقييم تعاقد الشخص مع نفسه

أثارت مسألة تعاقد الشخص مع نفسه في النظر جدلاً طويلاً حول صحة هذا التصرف او بطلانه ، ذلك ان كل عقد يفترض تلاقي إرادتين متميزتين في صورة إيجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر. فالتعاقد مع النفس لا يتفق إذاً مع طبيعة العقد ذاتها لأننا لا نجد إلا شخصاً واحداً وإرادة واحدة يتمثل فيها الايجاب كما يتمثل فيها القبول . ولهذا رأى جانب من الفقه ان التعاقد مع النفس هو استحالة قانونية وان التعبير ذاته (تعاقد مع النفس) تعبير لا معنى له لأن لفظ التعاقد بذاته يستلزم طرفين متعاقدين ولا يستقيم بطرف واحد . [٣]

فالعقد من الناحية الفنية يستلزم وجود إرادتين صادرتين من طرفين يصدر كل منهما تعبيراً خاصاً عن إرادته . وهذا غير متحقق في حالة التعاقد مع النفس إذ لا يوجد إلا شخص واحد ذو إرادة واحدة . [٤] فالإرادتين في هذا النوع من التعاقد تصدران من شخص واحد ، وهذا أمر يبدو مستحيلاً من الناحية المنطقية وهذا ما حدى بفريق من الفقهاء الى إنكار وصف العقد على هذا التصرف ورأى انه يقوم على إرادة واحدة تنشئ تصرفاً انفرادياً .[٥]

فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية أمام إرادة واحدة لا إرادتين ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين . [٦] ذلك لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فهو يجري العقد بإرادته المنفردة وحده ، وقد حلت محل الإرادتين

---

(١) السيد الخوئي ، منهاج الصالحين ، المصدر السابق ، ص٢٩٧ ، مسألة ١٢٤٥. وعادة يذكر الفقيه الاحتياط الاستحبابي عندما لا ينهض الدليل عنده . السيد فضل الله ، المصدر السابق ، ص٤١٤ ، مسألة ٦٠٣ .

(٢) الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق ، المصدر السابق ، ص٣٧٨.

(٣) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، بند ١٠٨ ،ص٢٢٦ . د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند ٩٠ ، ص١٧٠ . د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، بند ٩٤، ص٦٧.

(٤) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند ١١٣ ، ص١٦١ .

(٥) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢١٦ ، هامش رقم (١) . د. حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، نظرية العقد ، مطبعة نوري بالقاهرة ، ١٩٤٣، ص١٢٢. د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، بند ١٢١ ، ص١٦١ ، هامش رقم ١٧١ . د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ،ص ٢١٨ .

(٦) د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٧ ، بند ٤٤ ، ص٥٩ .

معاً . وهذا ما جعل الفقه ينقسم بصدد تعاقد الشخص مع نفسه ، فذهب رأي الى منع تعاقد الشخص مع نفسه إذ لا يكون أمامنا في هذا التعاقد إلا إرادة واحدة ، والعقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين ، بينما ذهب رأي آخر الى القول بإباحة تعاقد الشخص مع نفسه . (١)

وحتى الذين رأوا إمكانية تحقق تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية النظرية (الفنية) ، مع اختلاف تبريرهم لهذا التعاقد قد اختلفوا بشأنه من الناحية العملية ذلك إن العقد يفترض التوفيق بين مصلحتين متعارضتين – في الغالب – فكل من أطراف العقد يحاول أن يحصل على أفضل الشروط للتعاقد ، لذلك نجد العقود المهمة تسبقها عادة مفاوضات يتم خلالها مناقشة الشروط التي يتم التعاقد بموجبها ، وحيث ان الذي يتولى إبرام العقد في حالة تعاقد الشخص مع نفسه هو شخص واحد فيثور التساؤل عن مدى الضمانات المتحققة في هذا النوع من التعاقد لمصالح الأصيل او الأصيلين بحسب الأحوال . (٢)

فإذا تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره فأن هذا يؤدي الى تعارض مصلحته مع مصلحة من ينوب عنه وسيميل الى تفضيل مصلحته هو . (٣) **ذلك أن الإنسان مجبول بطبعه على تفضيل مصلحته ومحاباة نفسه وإيثارها على حساب الآخرين .** (٤)

وإذا كان الشخص نائباً عن كلا طرفي العقد فأنه قد لا يستطيع التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين ، فيفضل أحداهما على الأخرى ، فالنائب وإن كان أقرب الى الحكم منه الى النائب ، إلا أن مصلحة الطرفين لا تتوفر لها الضمانات الكافية لحمايتها لأن الأصل أن البائع والمشتري يساومان ليحصلا على أفضل الشروط للتعاقد . (٥)

وقد أجيب على هذا الاعتراض العملي بانه ليس مما لا يترتب عليه حضر تصرف إذا كان هذا التصرف مفيداً من الناحية العملية ، فالغش الذي يخاف منه يتكفل القضاء بمنعه . (٦)

على إنه لا يمكن نفي أو إنكار الخطر الذي قد تتعرض له مصلحة الأصيل في هذا النوع من التعاقد ، فالنائب في أغلب الأحيان يتمتع بحرية إبرام العقد من عدمه ، كما له ، في الغالب ، حرية اختيار شخص العاقد الآخر وتحديد شروط التعاقد .

كما تكمن هذه الخطورة في إن الأصيل غالباً ما يطلع النائب على أسراره بالنسبة للعمل الذي يتولاه ويكشف له عن الشروط التي يرغب في التعامل على أساسها ، وخاصة الحد الأدنى من تلك الشروط ، وقد لا يدخل في اعتباره أن النائب سيبرم العقد مع نفسه ، ولو علم بذلك لتعاقد معه مباشرة منذ البداية دون أن ينيبه . (٧)

ويؤخذ على هذا الرأي أن الأصيل يطمح للحصول على عرض معين (ثمن معين مثلاً) فإذا ما تقدم النائب بهذا العرض ولم تكن شخصية العاقد الآخر محل اعتبار فليس هناك ما يمنع من أن يبرم النائب العقد مع نفسه . خصوصاً بالنسبة للأموال والبضائع التي لها سعر محدد في الأسواق والبورصات مثل الأوراق المالية ، ففي هذه الحالة الأخيرة يتعذر محاباة النائب نفسه او محاباة العاقد الآخر.

---

(١) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٧٩ .

(٢) د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، بند٢٢ ، ص١٠٠ . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص٧١. د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، المصدر السابق ، ص١٦١ . د. شمس الدين الوكيل ، المصدر السابق، ص٨٧ .

(٣) د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، بند ٤٤٧ ، ص٢١٧ . د. مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٣٩٠هـ-١٩٧١ م ، ص٢٤٠ .

(٤) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٥٠ . د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص٩٩ . د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ، ص١٣٠ .

(٥) د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص٦٩ . د. وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائري ، ج١، دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص٢١٣.

(٦) د. عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، المطبعة العالمية ، ١٩٥٥ ، ص٢٥٦.

(٧) د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، مطبعة دار النشر للثقافة بالاسكندرية ، ١٩٦٩ ، ص٨٨ .

وفي الحالة التي يكون فيها النائب ممثلاً للطرفين ، قد يرجح مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر او قد يحاول التوفيق بين المصلحتين ، مع ان مهمته هي السهر على مصالح الأصيل .[١] والدفاع عنها وتغليبها على مصالح الآخرين في حدود القانون .[٢]

أما فيما يتعلق بموقف التشريعات فنجدها تدور في إجازتها أو منعها لتعاقد الشخص مع نفسه مع الخطر الذي يمكن ان تتعرض له مصالح الأصيل ، وجوداً و عدماً ، فنجدها تجيز تعاقد الشخص مع نفسه حين ينتفي الخطر على مصالح الأصيل ، مثال ذلك تعاقد الأب مع نفسه نيابة عن ولده القاصر .[٣] أو تعامل الوكيل ببيع وشراء بضائع او أوراق مالية لها سعر محدد .[٤]

وتمنع تعاقد الشخص مع نفسه عندما يكون الخطر محققاً ومثال ذلك تعاقد الوصي المنصوب او القيم المقام من قبل المحكمة مع نفسه .[٥] وتجيز تعاقد الشخص مع نفسه بشروط معينة عندما يكون هذا الخطر على مصالح الأصيل أقل ، مثال ذلك جواز تعاقد الوصي المختار .[٦] أو النائب في النيابة الإرادية ،[٧] مع نفسه نيابة عمن أنيب عنه بشرط تحقق الخيرية والحصول على إذن المحكمة بالنسبة للوصي المختار . وبشرط موافقة الأصيل بالنسبة للنائب في النيابة الإرادية .

وقد تنبه القضاء الى أهمية وخطورة هذا التصرف القانوني ، وان جواز أو منع هذا التصرف يدور مع الخطر الذي قد تتعرض له مصلحة الأصيل .فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها ((ليس ما يمنع في القانون من اجتماع صفتي البائع والوكيل في شخص واحد إذا كان وكيلاً بالعمولة مع وحدة البضاعة ووحدة المشتري)) .[٨] وقضت في قرار آخر لها ((لا ينفذ البيع في حق الورثة إذا كان المشتري وكيلاً عن مورثهم وقت الشراء)).[٩]

وقضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ((ان الوكلاء ممنوعون من شراء أموال موكليهم ولو بطريق المزاد العلني لا بأنفسهم ولا باسم مستعار خشية الأضرار بالموكل . فإذا باع الوكيل ملك موكله الى أخيه ببدل يزيد على نصف قيمته وبفارق ضئيل جداً ، فيكون هذا البيع من قبيل شراء الوكيل الملك لنفسه باسم مستعار)).[١٠]

وقضت في قرار آخر لها ((شراء الوكيل للعقار لصالح نفسه هو أمر حضرته م/٥٩٢ من القانون المدني فضلاً عن ان صاحب حق التصرف لم يثبت علمه بالإفراغ ولا موافقته عليه)).[١١]

وقضت في قرار آخر لها ((ان بيع الوكيل سهام موكله من البستان موضوع الدعوى لأبنته من قبيل بيعه لنفسه باسم مستعار)).[١٢]

---

(١) المصدر نفسه ، نفس الموضع .

(٢) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند ٩٠ ، ص١٧١ .

(٣) أنظر نصوص المواد (٦ ، ٩، ١٤) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، ونص م/٥٨٨ من القانون المدني العراقي .

(٤) أنظر نص م/٣٥ من قانون سماسرة الأوراق المالية المصري . وأنظر أيضاً نص م / ١٥ من قانون سوق بغداد للاوراق المالية .

(٥) أنظر نص م /٣٩ / سادساً ، م / ١٥/ ٢ من قانون الولاية على المال المصري. ونص م/٥٨٩ من القانون المدني العراقي .

(٦) أنظر نص م / ٣٤ ، م/ ٣٩/سادساً ، خامس عشر ، م/ ٤٠ من قانون الولاية على المال المصري . نص م/٥٩٠ من القانون المدني العراقي .

(٧) أنظر نص المادة م / ١٨١ من القانون المدني الالماني . م/ ٣٧ من المشروع الفرنسي الايطالي . ونص م/١٠٨ من القانون المدني المصري . ونص م/٥٩٢ من القانون المدني العراقي . ونص م/ ٧٥ من القانون المدني الجزائري . ونص م/ ١٠٩ من القانون المدني السوري . ونص م/١١٥ من القانون المدني الاردني . ونص م/١٠٨ من القانون المدني الليبي. ونص م/٦٢ من القانون المدني الكويتي .

(٨) قرار محكمة النقض في ١٩٨٣/٦/٢٨ الطعنان بالرقم ٣٧٩ ، ٣٨٢ س٢٢ ق ، منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبه ، عقد البيع البيع في ضوء قضاء النقض ، دار المطبوعات الجامعية ، ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ . ص٢٤٩ .

(٩) قرار محكمة النقض في ١٣/ ٥/ ١٩٨١ طعن ١٣٧ س١٦ق ، منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبة ، نفس المصدر ، ص٢٥٠ .

.

(١٠) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم القرار ٢٧٦/ م١/٩٦-٩٧ في ١٩٩٧/٣/١٥، القرار غير منشور .

(١١) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم القرار ٢٦٤٣/ عقار/٢٠٠١ في ٢٠٠٢/١/٢٦ ، القرار منشور في الموسوعة العدلية التي أصدرها المرحوم علي محمد إبراهيم الكرباسي ، شركة التأمين الوطنية ، ع ٩٤ س٢٠٠٢ ، ص٨ .

(١٢)قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم القرار ١٢٥/م١/١٩٩٣ في ١٩٩٣/٦/١٦ ، منشور في مجموعة الأستاذ ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص٤٩.

وقد أختلف الفقه حول الأساس القانوني لحظر تعاقد الشخص مع نفسه بالنسبة للقوانين التي حظرت هذا النوع من التعاقد كأصل عام . فقد ذهب فريق من الفقهاء الى أن منع تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي ان الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة الى حد ان يبيح للنائب ان يتعاقد مع نفسه أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد الشخص مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، وبالتالي لا ينفذ عمله في حق الأصيل إلا إذا أقره . (١)

وهذا الرأي يمكن ان يناقش على الوجه الأتي :

أولا: ان القرينة القانونية لا تفترض وانما يجب ان ينص القانون عليها ، وإذا ما نص عليها القانون أصبح نص القانون هو السند وليست القرينة .

ثانياً : ان هذه القرينة إذا أمكن افتراضها عندما تكون نيابة النائب (المتعاقد مع نفسه) إرادية فلا محل لهذه القرينة عندما تكون نيابة النائب قانونية . فالأصيل في هذا النوع من النيابة يكون ناقص الأهلية أو عديمها .

ثالثاً : قد لا يجد النائب من يشتري او يستأجر ... مال الأصيل ، وتكون للنائب رغبة في شراء مال الأصيل او إيجاره ، وقد يكون عرض النائب أفضل العروض ، او لا يقل عن العروض الأخرى ، فما الضير في ذلك ، خصوصاً إذا كان للمال سعر محدد في الأسواق كالأوراق المالية ، فطالما ان شخصية المتعاقد الآخر ليست محل اعتبار لدى الأصيل فالأفضل ان يبرم النائب العقد مع نفسه ، سواء كان لمصلحته هو ام لمصلحة أصيل آخر . وقد أستقر العرف التجاري على ذلك . (٢) **بل ونصت عليه بعض التشريعات .** (٣)

رابعاً : ان شخصية النائب تكون محل اعتبار في جميع صور النيابة (٤) **.**

فإذا أساء الأصيل اختيار النائب يقع عليه سوء اختياره . (٥) **أما أن كانت النيابة قانونية او قضائية فالقانون يحدد سلطات النائب ، وليس له تجاوزها وبمعنى آخر لا يستطيع النائب القانوني او القضائي ان يتعاقد مع نفسه إلا إذا أجاز له القانون ذلك .**

خامساً: لنسلم جدلاً ان النائب عندما يتعاقد مع نفسه يكون خارجاً عن حدود نيابته ، فالنائب عندما يجاوز حدود نيابته وكان تصرفه نافعاً للأصيل ، وكان تصرفه في ظروف يغلب معها الظن ان الأصيل ما كان إلا ليوافق على تصرف النائب ، الزم الأصيل بهذا التصرف الذي جاوز النائب فيه حدود نيابته – على اختلاف التبريرات لذلك - . (٦) **وقد نصت على هذه الحالة معظم التشريعات .** (٧)

عليه يكون من المنطقي في حالة توافر الشروط أعلاه عند تعاقد النائب مع نفسه إلزام الأصيل بهذا التصرف ، عند من يعتبره تجاوزاً لحدود النيابة .

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٨٠-١٨١ . د. شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد ، المصدر السابق، السابق، ص٨٧ .د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، بند ٥١ ، ٥٢ ، ص٥٠-٥١ .د.محمود سعد الدين الشريف ، ص١٣٨-١٤٠ .د.صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، بند ٩٤ ، ص٦٧-٦٨ .د. عبد المجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص١٨٨ .

(٢) د. سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧، ص٦٠ .د. محسن شفيق ، القانون التجاري ، ج٢، العقود التجارية ،ط٢، دون ذكر الناشر ، ١٩٥٧ ، ص٣٠ .د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، منشأة المعارف ، مصر ، ١٩٤٩ ، ص٣١٥ .

(٣) أنظر كذلك نص م/ ٣٥ من قانون سماسرة الاوراق المالية المصري . وانظر ايضاً م/١٥ من قانون سوق بغداد للاوراق المالية ، التي التي منعت الوسيط من شراء أسهم الأصيل لنفسه . الا أن القانون المذكور لم يتضمن حكماً بصدد تعاقد الوسيط مع نفسه نيابة عن طرفي العقد ، وقد جرى العرف على إجازة مثل هذا التعاقد . انظر د. عباس مرزوك فليح العبيدي ، التصرف بالاسهم والحصص في الشركات بيعاً او هبة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ١٩٩٧ ، ص١٢٠-١٢٣ .

(٤) باستثناء حالات محددة جداً كما في حالة الفضولي .

(٥) وقد تركت معظم التشريعات تقدير صلاحية النائب من حيث كمال أهليته ونقصها في حالات النيابة الارادية الى الاصيل وعللت ذلك ان الاصيل هو الذي يتحمل سوء أختياره .

(٦) أنظر في ذلك د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٧٠ .د. السنهوري، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢١٠ .

(٧) أنظر نص م/٧٠٣ /٢ من القانون المدني المصري . م/٩٣٣ مدني عراقي . م/ ٧٧٩ موجبات لبناني . م/٢/٧٠٤ مدني كويتي .

وذهب جانب آخر في الفقه الى ان تعاقد الشخص مع نفسه يعد تجاوزاً لحدود النيابة من حيث الأشخاص ، ذلك أن النيابة تحدد من أكثر من وجهة ، فقد تحدد من حيث الموضوع او من حيث الزمان او المكان . وقد تعلق النيابة على شرط واقف او فاسخ .وكذلك قد تحدد سلطة النائب من حيث الأشخاص فقد تحدد مكنة النائب في التعاقد مع شخص معين لا يجوز للنائب التعاقد مع سواه . وقد تكون الإنابة عامة تنصرف الى الغير كافة ، وفي هذه الحالة إذا ما تعاقد النائب مع نفسه عدَّ تصرفه تجاوزاً لحدود النيابة من حيث الأشخاص .[1] ذلك لان النيابة إذا صدرت بصيغة عامة ، أي غير مقيدة من حيث شخص المتعاقد معه ، إلا انها تتضمن مع ذلك قيداً ضمنياً فيما يتعلق بشخص النائب وهو الشخص الذي لا تتحقق في التعاقد معه مصلحة الأصيل ، سواء عمل النائب كأصيل او كنائب عن شخص المتعاقد الآخر كذلك ، وهذا القيد الضمني يبنى على الإرادة المفترضة للأصيل ، فإذا ظهرت الإرادة الحقيقية بإجازة تعاقد النائب مع نفسه صح ذلك .[2]

وهذا الرأي يمكن ان يناقش على النحو الأتي :

أولاً : ان هذا الرأي ان صح في أحوال فأنه لا يصدق في جميع حالات النيابة ذلك ان الأصيل في الأعم الاغلب اما ان يكون على دراية بأوضاع وأسعار السوق ، او ان يحدد لنائبه السعر او الشروط العامة التي يجب ان يتعاقد بموجبها ، ولا يهمه بعد ذلك شخص المتعاقد الآخر، بل ان الأصيل حتى عندما يحدد شروط معينة في شخص المتعاقد الآخر، فهو اما ان يحدد شخص المتعاقد الآخر بالذات او يحدد شروط عامة فيه . ويترك للنائب حرية تقدير ما عدا ذلك . فمن ينيب عنه آخر لبيع سيارة ، او حصان ، او عقار فهو اما أن يعلم بمتوسط سعر المال الذي يريد بيعه ، او أن يحدد لنائبه متوسط السعر الذي يبيع بموجبه .

ثانياً : ان شخص النائب يكون دائماً محل اعتبار .

ثالثاً : ان هذا التبرير ان كان يصح لتبرير منع تعاقد الشخص مع نفسه في حالات النيابة الإرادية ، ذلك ان الأصيل في هذا النوع من النيابة هو الذي يحدد سلطة او مكنة النائب من حيث الموضوع والأشخاص والزمان ... فأنه (هذا التبرير) لا يصح لتبرير تعاقد النائب مع نفسه في حالات النيابة القانونية – القضائية – ذلك ان القانون هو الذي يحدد سلطة النائب في هذا النوع من النيابة .

رابعاً : ان الافتراض (افتراض الإرادة) لا يصلح اساساً لتبرير الظواهر القانونية ، خصوصاً بعد ان بلغ تطور الفكر القانوني شأواً كبيراً . حيث يقول الفقيه كلاريز ((ليس المجاز إلا تغييراً لوجه الحقيقية ، وإقراراً بالعجز)).[3]

وذهب فريق آخر من الفقهاء الى ان أساس حظر تعاقد الشخص مع نفسه هو نص القانون ، ذلك ان الأصل جواز تعاقد الشخص مع نفسه سواء كان هذا التعاقد لمصلحته ام لمصلحة أصيل آخر كان قد أنابه . إلا أنه عندما يوجد نص قانوني يحظر تعاقد الشخص مع نفسه فأنه هذا النص يكون هو الأساس القانوني لحظر تعاقد الشخص مع نفسه .[4] مثال ذلك نص م/١٠٨ من القانون المدني المصري التي تنص ((لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه هو ام لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على انه يجوز للأصيل في هذه

---

(١) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، بند ١٠٨ ،ص٢٢٥ . د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص١٠٢ .د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص١٠٢ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٨ .

(٢) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند ٢٦، ص٣١.

(٤) د. جلال علي العدوي ، المصدر السابق ، بند ٤٤٧ ،ص٢١٧ . د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص٨٨-٨٩ . د. وحيد رضا رضا سوار ، المصدر السابق ، ص٢١٣ . د. مصطفى الجمال ، أصول المعاملات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دون ذكر زمان الطبع ، ص٢٤٥. د. ماجد الحلواني ، نظرية الالتزام العامة ،ج١ ، مصادر الالتزام ، العقد ، مطبعة جامعة دمشق ، دون ذكر سنة الطبع ، ص٨٣ .د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند ١١٤ ،ص١٦٣ .

الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون او قواعد التجارة)). (١)

ونعتقد أن الأساس القانوني السليم لحظر تعاقد الشخص مع نفسه هو نص القانون ذلك إن الأصل في الأعمال الإباحة ما لم يحرمها القانون ، ويؤيد هذا الرأي ان التشريعات التي لم تورد نص تمنع فيه تعاقد الشخص مع نفسه عدَّ موقفها هذا إباحة لهذا النوع من التعاقد–كأصل عام – كالقانون المدني الفرنسي وقانون الالتزامات السويسري ، والقانون المدني البلجيكي .

بينما التشريعات التي حظرت تعاقد الشخص مع نفسه –كأصل عام – فأنها أوردت نصوصاً تحظر هذا النوع من التعاقد ، كالنصوص التي سبقت الإشارة اليها . وهذا الأساس القانوني يشمل حظر تعاقد الشخص مع نفسه بغض النظر عما إذا كانت نيابة النائب قانونية أم إرادية .

نخلص ان التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ليس استحالة قانونية ، بل هو تصرف صحيح جائز قانوناً بشرط دخوله في حدود نيابة النائب . اما إذا خرج عن تلك الحدود فلا يقع التصرف باطلاً وانما لا يحتج به على الأصيل فإذا أقره سرى عليه .

المطلب الثاني

تمييز تعاقد الشخص مع نفسه مما يشتبه به من أوضاع قانونية أخرى

نجد في الواقع العملي حالات يتولى فيها شخص التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين او كلاهما ، إلا أنه مع ذلك لا يعد متعاقداً مع نفسه كما في الرسول والمساعد القضائي .ومن ناحية ثانية قد يكون الشخص وكيلاً ، ويكون له دور في إبرام العقد عن الجانبين إلا أنه مع ذلك لا يعد متعاقداً مع نفسه من حيث الأصل كما في التعاقد باسم مستعار والوكيل بالعمولة .

عليه سنتناول في هذا المطلب تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد برسول والتعاقد بمساعد قضائي في فرع أول . وتميز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد باسم مستعار والوكيل بالعمولة في فرع ثانٍ .

الفرع الأول

تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد برسول والتعاقد بمساعد قضائي

(١) أنظر كذلك المواد (٥٨٨-٥٩٢) من القانون المدني العراقي . ونص م/١٠٩ من القانون المدني السوري . ونص م/٦٢ من القانون المدني الكويتي . ونص م/٧٥ من القانون المدني الجزائري . و م/ ١٠٨ من القانون المدني الليبي . م/ ١١٥ من القانون المدني الأردني .

بغية الإحاطة بالموضوع سنفرد لكل حالة من حالتي التعاقد المتقدمتين فقرة مستقلة .

أولاً : تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد برسول .

الرسالة هي ان يرسل العاقد للعاقد الآخر الغائب رسولاً يبلغه بالإيجاب أو القبول شفاهاً باللفظ أو بالكتابة ، والكتابة هي ان يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً بإيجابه او قبوله . (١)

ففي الحالتين أقتصر دور الرسول سواء كان ينقل التعبير عن الإرادة شفاهاً ام كتابة على نقل إرادة أحد العاقدين الى العاقد الآخر او يتولى الرسول نقل إرادة كل طرف الى الآخر.

فتدخل الرسول في إبرام العقد لحساب شخص آخر ، لا يعني أنه طرف فيه او أنه نائب عن أحد او كلا العاقدين . فالرسول لا يعبر عن إرادته ، وانما يبلغ كل من طرفي العقد بتعبير الطرف الآخر عن إرادته ، فينعقد العقد بإرادة الطرفين لا بإرادة الرسول . (٢)

اما الشخص حين يتعاقد مع نفسه فهو لا ينقل إرادة كل من المتعاقدين الى العاقد الآخر، وانما يقوم بالتعبير عن إرادته المستقلة ، لا إرادة الأصيل . (٣) **فالرسول لا تكون له سوى مساهمة مادية في إبرام التصرف ، وهي نقل إرادة الأصيل ، دون التدخل في إبرامه كمن يبعث أبنه الى شخص آخر ليبلغه بقبوله الإيجاب الذي سبق ان تقدم به لبيع العقار ...الخ** (٤) **بينما في حالة تعاقد الشخص مع نفسه ينوب المتعاقد عن طرفي العقد ، فهو الذي يتولى إبرام العقد بمفرده .وحيث أن دور الرسول يقتصر على نقل إرادة المرسل جاز ان يكون صبياً غير مميز او مجنون ، طالما أنه يستطيع مادياً على نقل إرادة الأصيل الى المتعاقد الآخر.** (٥)

ونعتقد ان جواز كون الرسول صبي غير مميز او مجنون محل نظر لما قد يسببه من إشكالات في التطبيق العملي ، فمن ناحية كيف يؤتمن هكذا شخص على نقل التعبير عن الإرادة سواء من قبل المرسل او المرسل اليه . ثم إذا حدث نزاع حول هذا التصرف فأن المحاكم تدخل الرسول شخص ثالث للاستيضاح منه حول مضمون الإرادة التي نقلها ، فكيف يكون ذلك وهو غير مميز أو مجنون . عليه يمكن القول ان الأفضل اشتراط كون الرسول صبياً مميزاً او تحديده بعمر معين كعشر سنوات ، وذلك لضمان استقرار المعاملات .

وينظر الى إرادة الأصيل من حيث عيوب الإرادة والأهلية والعلم ببعض الظروف الخاصة التي تؤثر على التعاقد . وإذا جمع الرسول والعاقد الآخر مجلس واحد عُدَّ التعاقد قد تم بين غائبين(٦) **، بخلاف النائب الذي يكون العقد الذي يبرمه مع نفسه دائماً بين حاضرين .**

أما الفقهاء المسلمين فقد عرفوا الرسول وميزوه عن الوكيل وأطلقوا عليه السفير المحض . وعرّفوا الرسالة بانها تبليغ أحد كلام الآخر لغيره من دون ان يكون له دخل في التصرف . (٧)

فالرسول يتعين ان يضيف الى المرسل ما ينقل من أمر ، بخلاف النائب الذي يتعاقد مع نفسه يجب أن يضيف الى الأصيل . (٨) **والرسول في الفقه الإسلامي ناقل عبارة ولا دخل له فيما يجري من**

---

(١) د. السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة في الفقه الغربي ، ج١ ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٦٧، ص١٠٠ .

(٢) د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، بند ١٩ ، ص٨٥ .

(٣) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، بند ١٢٤، ص١٥١ . د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، المصدر السابق ، بند ١٢٥، ص١٥٣ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، بند ٩٣ ، ص١٩٨ . د. عماد الدين الشربيني ، الشخص القانوني ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص٢٣٦ .

(٤) د. بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص٢٢٣ .

(٥) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، بند ٤٥ ، ص٤٩ . د. أحمد حشمت أبو ستيت ، المصدر السابق ، بند ١٢٨ ، ص١٢٠ .

(٦) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند١٠١ ، ص١٤٨ .

(٧) علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، كتاب ١١ ، الوكالة ، مكتبة النهضة العربية ، بيروت – بغداد ، بدون ذكر سنة الطبع ، ص٥٢٧ .

(٨) عارف السويدي العباسي ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، كتاب الوكالة ، مطبعة الفلاح ، بغداد ، ١٣٤٢هـ -١٩٢٣م ، ص٥ .

تصرف ، وهذا يتطلب ان يكون الرسول ذا قدرة مادية على نقل الرسالة ، بخلاف النائب الذي يتعامل مع نفسه يجب ان تكون له القدرة على التعبير عن إرادة خاصة به . [١]

فالرسول عندما ينقل عبارة كل من العاقدين الى الآخر او عندما يستأثر بالمال المرسل في بيعه ((بسعر معين الى شخص معين)) لنفسه لا يعد في الحالين متعاقد مع نفسه ، وانما يكون العقد قد أبرم في الحالة الأولى بين المرسل والمرسل اليه . وبين المرسل والرسول (أن أقر تصرف الرسول) في الحالة الثانية .

نخلص الى أن إنفراد شخص واحد بنقل التعبير عن إرادة طرفي العقد (الموجب والقابل)، لا يعد هذا الشخص متعاقداً مع نفسه ، طالما ان التصرف لم يبرم بإرادته هو وحده .

ثانياً : تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد بمساعد قضائي .

قد يكون شخص مصاب بعاهتين من عاهات ثلاث ، وذلك بأن يكون أصم أبكم او أعمى أصم أو اعمى ابكم ، او قد يكون مصاب بعجز جسماني شديد فيتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، فيقيم القضاء من يساعده في ترجمة (التعبير عن) إرادته . [٢]

وقد تباينت مواقف التشريعات من الشخص الذي تقيمه لمساعدة العاجز عن التعبير عن إرادته . فقد ذهب المشرع المصري الى اعتباره مُساعِد قضائي ، واعتبار المسَـاعَد قضائياً كامل الأهلية إلا أنه يتعذر عليه التعبير عن إرادته واقتصار دور المساعِد القضائي على ترجمة إرادة المسَـاعَد قضائياً حتى لا يقع في غلط مع من يتعامل معه . [٣]

فالتصرف القانوني الذي يتدخل المساعد القضائي في إبرامه إنما يتم بإرادة صاحب الشأن نفسه . [٤] **لا بإرادة المساعِد القضائي باستثناء الحالة التي أشار اليها الشطر الثاني من م/٧١ من قانون الولاية على المال المصري ، التي اعتبرت العاجز بحكم القاصر ، والمساعِد القضائي بحكم القيم .** [٥] [٥]

وعلى ذلك إذا ما كان شخص مساعِد قضائي لشخصين وقام بإبرام عقد بينهما (وذلك بترجمة إرادة كل من الطرفين للطرف الآخر) ، وكذلك الحال إذا ما أشترى المساعِد القضائي مال المسَـاعَد قضائياً فهل يعتبر المساعِد القضائي متعاقد مع نفسه ؟

في هذا الفرض يتعين التمييز بين حالتين :

الاولى **: إذا أقتصر دور المساعِد القضائي على مجرد ترجمة إرادة الشخص المساعَد قضائياً في هذه الحالة لا يكون المساعِد القضائي متعاقد مع نفسه ، لان التصرف في هذه الحالة يكون قد تم بإرادة ذوي الشأن انفسهم (المساعَيَّن قضائياً).**

الثانية **: إذا أنفرد المساعِد القضائي بإبرام التصرف القانوني على النحو الذي نصت عليه الفقرة الثانية من م/٧١ من قانون الولاية على المال المصري ، ففي هذه الحالة يكون المساعِد القضائي متعاقد مع نفسه وتسري عليه أحكام التعاقد مع النفس . وهذا ما نصت عليه م/٧٣ من قانون الولاية على المال . ذلك لأنه يكون قد عبر عن إرادته دون دخل لإرادة صاحب الشأن .**

أما القانون المدني العراقي فقد أعتبر الشخص المصاب بعاهة مزدوجة قاصر حكماً ، وأجاز للمحكمة ان تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي . [٦] **ويلاحظ على هذا النص أنه أجاز**

---

(١) د. شفيق شحاته ، المصدر السابق ، ص١٦١ .

(٢) أحمد نصر الجندي ، المصدر السابق ، ص٢٠٥ . محمد كمال حمدي ، المصدر السابق ، ص٢٦٨.

(٣) أنظر نص م/٧٠ من قانون الولاية على المال المصري . وكذلك نص م/١١٧ /١ من القانون المدني المصري . ولمزيد من التفاصيل أنظر بهذا الصدد د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الباب التمهيدي ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص٣٦٨-٣٦٩ . د. أحمد سلامه ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني ، مقدمة القانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٦٣ ، ص١٠٦-١٠٧ .

(٤) أحمد نصر الجندي ، المصدر السابق ، ص٢٠٥ . محمد كمال حمدي ، المصدر السابق ، ص٢٠٤ .

(٥) أنظر نص م/٧١ من قانون الولاية على المال المصري .

(٦) أنظر نص م/١٠٤ من القانون المدني العراقي .

للمحكمة أن تحجر على شخص كامل الأهلية والإدراك والإرادة وأعتبر بحكم القاصر وذلك بسبب تعذر التعبير عن إرادته .

فإذا ما نصب وصي على شخصين مصابين بعاهة مزدوجة وأبرم عقداً نيابة عنهما أو أبرم العقد نيابة عن الشخص المصاب بالعاهة وأصالة عن نفسه كان متعاقداً مع نفسه وسرت عليه أحكام الوصي المنصوب عندما يتعاقد مع نفسه . (١)

بقي ان نشير الى أن موقف المشرع المصري من الشخص المصاب بعاهة مزدوجة أقرب للصواب والعدالة ذلك ان نظام المساعدة القضائية أحتفظ للمساعَد قضائياً بأهليته وأوجد من يساعده في التعبير عن إرادته لتجنب وقوعه في غلط عند إبرام التصرفات القانونية . في حين ان المشرع العراقي أعتبر المصاب بعاهة مزدوجة قاصر حكماً وأجاز للمحكمة ان تنصب عليه وصياً مع كونه كامل الأهلية والإدراك وهو لا يحتاج إلا الى من يعاونه في التعبير (الإفصاح) عن إرادته . عليه نهيب بالمشرع العراقي الأخذ بنظام المساعدة القضائية بدل الوصاية ، وعدم الحجر على إرادة ذلك الشخص لما ينطوي عليه الحجر من ألم نفسي ومساس بكرامة الشخص ، مع عدم وجود ما يبرره .

الفرع الثاني

تمييز تعاقد الشخص مع نفسه من التعاقد
باسم مستعار ومن الوكيل بالعمولة

نظراً لما يقع في الواقع العملي من تداخل بين تعاقد الشخص مع نفسه والتعاقد باسم مستعار ، وذلك بقيام النائب بالتعاقد مع ثالث لمصلحة نفسه . وهو ما يطلق عليه بالاسم المستعار . وهو ما حدى بكثير من المشرعين الى منع هذه الصورة من صور التعاقد أسوة بتحريم تعاقد الشخص مع نفسه .

ومن ناحية ثانية نجد ان العمل التجاري قد أوجد أعرافاً لا يأخذ بها العمل المدني ومنها ما قنن كالوكيل بالعمولة الذي يجيز له العرف التجاري ، التعاقد مع نفسه من حيث الأصل . عليه سنتناول كلاً من هاتين الحالتين بفقرة مستقلة .

اولاً : تعاقد الشخص مع نفسه والتعاقد باسم مستعار .

يبرم الوكيل ما أنيط به من تصرفات قانونية تارة باسم الموكل وهذه هي الوكالة العادية وهي ما يصطلح عليها بالوكالة النيابية او الوكالة المكشوفة . وقد يبرم الوكيل ما أنيط به من تصرفات قانونية باسمه الشخصي ، وتترتب آثار التصرف في ذمته ثم ينقلها الى الأصيل . وتسمى هذه الوكالة بالوكالة غير النيابية وهي وكالة مستترة تتجرد عن النيابة وهذا هو الاسم المستعار . (٢)

وفي هذه الصورة يسخر الموكل الوكيل مستعيراً أسمه ، فيشترط الموكل على الوكيل ان يعمل باسمه الشخصي – وان كان يعمل لمصلحة الموكل – وهذه الحالة نوع من أنواع الصورية إلا أنها لا تُعَد من أسباب بطلان التصرف طالما كانت لغرض مشروع . بخلاف ما لو كان مقصوداً بالصورية إخفاء غرض غير مشروع ، كما إذا سخر النائب او السمسار او الخبير او المحامي من يشتري المال

---

(١) أنظر نص م/ ٥٨٩ من القانون المدني العراقي .

(٢) د. السنهوري، الوسيط ، ج٧، المصدر السابق ، ص٥٧٧ ، هامش رقم (١) . د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، بند ١٤١ ، ص٨٩-٩٠ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند٣١،ص٣٦.

المكلف هو ببيعه او تقدير ثمنه او الدفاع عنه كونه لا يستطيع شرائه بنفسه . فما لا يستطيع ان يباشره بنفسه لا يستطيع مباشرته تحت اسم مستعار . [١]

وفي هذه الحالة لا تظهر شخصية الأصيل في التعاقد . ولهذه الوكالة أهمية كبيرة في الحياة العملية فقد تقتضي مصلحة إنسان بإخفاء اسمه عمن يريد التعاقد معه لسبب من الأسباب . [٢]

وكثيراً ما يحدث في الواقع العملي ان النائب حين يريد شراء مال الأصيل لنفسه فأنه لا يبيعه لنفسه مباشرة وانما يعمد الى بيعه الى شخص ثالث ، لمصلحة نفسه ، كما لو باع مال الأصيل الى أبنه أو زوجته او صديق له وكان كل واحد من هؤلاء حين يشتري هذا المال إنما يشتريه لمصلحة النائب المناب في بيعه . فيشتريه ليرده بعد ذلك الى النائب وهذا ما دفع كثير من المشرعين الى اعتبار هذا النائب متعاقد مع نفسه حكماً في حالة بيعه مال الأصيل الآخر لمصلحة نفسه (النائب) . [٣]

وميزت محكمة النقض المصرية بين علاقتين في هذا الصدد علاقة الوكيل (صاحب الاسم المستعار) بالعاقد الآخر. وعلاقة الوكيل بالموكل ورتبت على ذلك انصراف آثار التصرف الى ذمة الوكيل في العلاقة بين الوكيل والطرف الآخر. وانصراف آثار التصرف الى ذمة الموكل مباشرة دون حاجة الى إجراء آخر في العلاقة بين الموكل والوكيل . فقد قضت في قرار لها ((أن من يعبر اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً ، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في ان وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل ، وينبني على ذلك ان الوكيل المستتر لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة من عقد البيع الذي عقده بل تنصرف هذه الحقوق الى الأصيل ، اما في علاقة الغير بهذا الأصيل فأن من المقرر أن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائناً او مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً ان مَن تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الأصيل أو النائب)) . [٤]

وقضت في قرار آخر لها ((ان القول بثبوت الوكالة المستترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وان في ذلك ما يكفي لاعتبار الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى إجراء ما ، إذ لا يحتاج لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه الى تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية ... بل حتى ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهي وان انتقلت الى الوكيل في الظاهر إلا أن انتقالها في الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية اليه)). [٥]

اما القضاء العراقي فقد اعتبر بيع النائب مال الأصيل الى ثالث (باسم مستعار) لمصلحة نفسه من قبيل بيعه لنفسه . فقد قضت محكمة التمييز في العراق ((أن شراء الوكيل مال موكلته باسم زوجته هو شراء لنفسه بصورة غير مباشرة أي باسم مستعار ، وان بطلان هذا البيع هو بطلان مقرر لمصلحة الموكل جزاء على المنع الوارد في م/٥٩٢ من القانون المدني التي لم تجز هذا

---

(١) د. عبد الودود يحيى ، المصدر السابق ، ص٥٦ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص١٩٨. د. جلال علي العدوي ، المصدر السابق ، بند ٤٥٧،ص٢٢١-٢٢٢.

(٢) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، بند١٢٥،ص١٥٤ . د. جمال زكي ، المصدر السابق ، ص١٠٧-١٠٨ . د. وحيد رضا سوار ، المصدر السابق ،ص٢٠٩-٢١٠.

(٣) أنظر نص م ١٥٦٩ من القانون المدني الفرنسي . م/٣٣٢ من المشروع الفرنسي الايطالي .م/٤٧٩ من القانون المدني المصري . م/٥٦٨-٥٧٠ من مجلة العقود والالتزامات التونسية .م/ ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٤) قرار محكمة النقض المصرية ، نقض مدني ١٩٨٠/٤/٢٤ ، طعن ٦٤٨ س ٤٩ق ، منشور في مجموعة القاضي أنور طلبة ، المصدر السابق ، ص٢٤٢-٢٤٣ .

(٥) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٨٠/٨/١٤ ، طعن ٣٤٥س ٤٩ق ، رقم ٤٦٨ ، منشور في مجموعة القاضي أنور طلبة ، المصدر السابق ، ص٢٤٣-٢٤٤.

البيع)).[1] ويلاحظ على هذا القرار اعتبار هذا البيع باطل وهذا غير صحيح ، فالصحيح انه موقوف على إجازة الأصيل استنادا الى الفقرة الثانية من م/٥٩٢ .

وقضت في قرار آخر لها ((ان نقل ملكية السيارة من قبل المدعى عليه (الوكيل) الى أخيه انما هو شراء الى نفسه باسم مستعار سيما وان البيع قد تم وان الوكيل لم يقبض البدل حسبما أفاد به أثناء التحقيق وعلى ذلك يكون البيع الواقع باطلاً ، وحيث ان هذا البطلان مقرر لمصلحة الموكل جزاء على المنع الوارد في م/٥٩٢ من القانون المدني ، وحيث ان الموكله - المدعية - لم تجز هذا البيع وانما تمسكت ببطلانه بإقامتها الدعوى)).[2]

كما قضت أيضاً ((ان الحظر الوارد في المادة /٥٩٢ من القانون المدني على العقد الذي يجريه الوكيل مقرر لمصلحة الموكل فإذا أجازه الموكل أصبح العقد صحيحاً ونافذاً)).[3]

ثانياً : تعاقد الشخص مع نفسه والوكيل بالعمولة .

يلجأ التاجر ، عادة ، الى فئة معينة من الأشخاص يعملون على تصريف بضائعه عن طريق القيام بدور الوساطة بينه وبين موردي البضائع ومنتجيها مقابل عمولة معينة يعرفون باسم الوكلاء بالعمولة .[4]

ويقوم الوكيل بالعمولة بعمله على وجه الاستقلال وعلى اساس فكرة النيابة في التعاقد ، حيث يعمل الوكيل لحساب موكله لا لحسابه الشخصي .[5]

فالوكيل بالعمولة يتعاقد – من حيث الأصل – باسمه الشخصي دون ذكر اسم موكله ، فيلتزم في مواجهة العاقد الآخر بكافة الالتزامات التي تنشأ من العقد المبرم بينهما ، ويتلقى كافة الحقوق التي تترتب على هذا العقد ، وكأنه هو المتعاقد الأصلي ، ثم ينقلها الى المتعاقد الأصلي.[6] وهذا ما حدا بجانب من الفقه الى القول ان الوكيل بالعمولة هو وكيل غير نائب ، ويصعب تحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه في حالة الوكيل بالعمولة ، معتبراً ان الاستثناء الوارد في عجز م/١٠٨ من القانون المدني المصري ، الذي أجاز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه باستثنائه من الحظر الذي أوردته هذه المادة محل نظر .[7]

وهذا الرأي يمكن ان يناقش من الوجهين الآتيين :

١- ان الوكيل بالعمولة يعمل على وجه الاستقلال ، وبالتالي إذا ما أستأثر بالصفقة المكلف بإبرامها لنفسه،خصوصاً وان العرف التجاري أجاز للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه ، او إذا أشترى مال الأصيل الأول للأصيل الثاني الذين كان الأول قد أنابه بالبيع ، والثاني أنابه بالشراء ، فتصرفه بلا شك هو تعاقد مع نفسه ، طالما أنه قد انفرد بإبرام التصرف .

٢- ان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي عندما يتعاقد مع الغير وفي هذه الحالة يمكن القول ان وكالته غير نيابية ولكنه حين يتعاقد مع نفسه لمصلحة نفسه أو لمصلحة أصيل آخر ، فلا بد في هذه الحالة من إبرام التصرف باسم الأصيل ، او الأصيلين . علاوة على انه لا يحتاج لأن يعلن انه يتعاقد بصفته نائب حتى ينفذ أثر تصرفه بحق الأصيل أو الأصيلين الذين أناباه ، ذلك لأنه هو ذاته العاقد الآخر، وهو يعلم انه نائب . وان كان الأصل انه لا يجوز للوكيل بالعمولة ان

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ١٥٩/ موسعة اولى /٢٠٠١ في ٢٠٠١/٢/٢٧ ، القرار غير منشور .

(٢) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٤٧٢/ أستئنافية / ٢٠٠١-٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١/٧ ، القرار غير منشور .

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٢٥٩ / موسعة اولى /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٩/٢٩ ، القرار غير منشور .

(٤) د. حسني المصري ، القانون التجاري ، العقود التجارية ، مطبعة حسان ،ط١، بدون ذكر مكان الطبع ، ١٩٨٧-١٩٨٨، ص٣٢ .

(٥) د. مراد فهيم ، القانون التجاري ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٨٢ ، بند ٦٨ ، ص٧٤ . د. مصطفى كمال طه ، المصدر السابق ، ص٣١٥ .

(٦) د. محسن شفيق ، المصدر السابق ، ص٨٤، ص٧٨.

(٧) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص٢٣٠-٢٣١ . وأنظر كذلك نص م/١٠٨ من القانون المدني المصري التي تنص ((لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه ... كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون او قواعد التجارة)) . علماً ان لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني العراقي .

يتعاقد مع نفسه سواء كان التعاقد لمصلحته او لمصلحة موكل آخر ، لما يشكله هذا التعاقد من خطورة من الناحية العملية على مصلحة من يمثله ، ولما يفرض على كل وكيل من أمانة وإخلاص في العمل المعهود اليه لحساب موكله .[١] وسند هذا التحريم هو ما قضت به القواعد العامة ،[٢] والقواعد الخاصة الواردة في باب البيع من منع النائب والوكيل من شراء أموال موكليهم او من ينوبون عنهم .[٣]

وتطبيقاً لذلك إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع او الشراء لحساب الموكل ، أمتنع عليه - من حيث الأصل - ان يكون مشترياً لحسابه الخاص في الحالة الأولى او بائعاً في الحالة الثانية ، وكذلك إذا كلف بعمل تأمين على البضاعة المملوكة لموكله ، امتنع عليه ان يكون هو المؤمن .[٤]

إلا ان العرف التجاري أجاز للوكيل بالعمولة ان يكون طرفاً في الصفقة المكلف بها إذا ما نفذ اوامر وتعليمات موكله بكل دقة ذلك ان غاية الموكل هو إجراء التصرف وفقاً لتعليماته دون أهمية لشخص العاقد الآخر ما لم يتفق على خلافه في عقد الوكالة .[٥]

وكذلك الحال إذا كان الوكيل بالعمولة قد احترف بيع البضائع والأوراق القيمية او شراء ها باسمه لذمة موكله فإذا كان لهذه البضائع والأوراق سعراً معيناً في السوق او في البورصة فليس ثمة ما يحول دون ان يشتري الوكيل لحساب موكله ما يريد بيعه من أمواله او أن يبيع مال موكله لنفسه . إلا أن المشرع أوجب على الوكيل في هذه الحالة ان يقدم قائمة بالحساب مستندة الى السعر المعين في السوق او في البورصة يوم أجراء العملية ويعتبر تاريخ إجراء العملية هو تاريخ أخبار الوكيل بالعمولة بعقد الصفقة مع نفسه .[٦]

ومن ناحية ثانية فأن م/١٠٨ من القانون المدني المصري التي تعتبر سند المنع قد أجازت هذا النوع من التعاقد إذا قضت به قواعد التجارة . وقد قننت بعض التشريعات هذه الاستثناءات من ذلك م/٣٥ من قانون سماسرة الأوراق المالية المصري .[٧] الذي أجاز للسمسار ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن موكله وذلك لانتفاء علة التحريم .

ونصت م/٢٠١ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ [٨] على ما يلي ((لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها إلا في الأحوال الآتية : أ. إذا أذنه الموكل في ذلك . ب. إذا

---

(١) د. أحمد الزيادات ود. ابراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية ،ط١، دار وائل للنشر ، عمان ،١٩٩٦ ، ص١٣٨ . د. حافظ ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ، النظرية العامة والتعهدات والعقود التجارية ،ط١، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر المحدودة، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع ، بند ٥٩٧، ص ٤٢٤. د. حسني المصري ، المصدر السابق ، بند ١١٥،ص١٤٣.

(٢) أنظر نص م/١٠٨ من القانون المدني المصري ، م/١٨١ من القانون المدني الألماني ، م/١٠٩ مدني سوري ، م/٧٥ مدني جزائري،م/٦٥ مدني كويتي ، م/١٠٨ مدني ليبي ، م/١١٥أردني .

(٣) انظر نص م/١٥٩٦ من القانون المدني الفرنسي ، م/٤٧٩مدني مصري ، م/٥٩٢ مدني عراقي .

(٤) د. مصطفى كمال طه ، المصدر السابق ، بند٤٤١ ، ص٣١٥.

(٥) د. سميحة القيوبي ، المصدر السابق ، ص٦٠.د. حسني المصري ، المصدر السابق ، ص١٤٤ . د. عباس مرزوك ، المصدر السابق، ص١٢٢.

(٦) د. حافظ ابراهيم ، المصدر السابق ، بند٥٩٨، ص٤٢٥ . د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل ، المبادئ والأحكام ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص٤٤-٤٥ .د. أكرم ياملكي ود . فائق الشماع ، القانون التجاري ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٣٠ . د . محسن شفيق ، المصدر السابق ، بند٨٤،ص٧٩. د. مراد منير فهيم ،المصدر السابق ، ص ٧٤ .

(٧) انظر نص م/١٥٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧لسنة ١٩٩٩ التي تنص ((لا يجوز للوكيل ان يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة الصفقة المكلف بإبرامها إلا في الحالات التالية : أ- اذا أذن له الموكل في ذلك . ب- إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بكل دقة .ج- اذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل او باعها بهذا السعر)) . إلا ان م/٢٠١ من هذا القانون حضرت على السمسار أن يكون طرفاً في العقد الذي يتوسط في إبرامه إلا اذا أجازه المتعاقد في ذلك ، وأنظر أيضاً نص م/٩٠ من قانون التجارة الاردني .

(٨) وحيث ان قانون التجارة العراقي الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ لم ينظم الوكالة بالعمولة ، رغم إيراده إياها ضمن الأعمال التجارية ، عليه سنبحث موقف القانون العراقي من الوكالة بالعمولة على ضوء أحكام قانون التجارة الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ حيث نظم الوكالة بالعمولة بالمادة (٢٠١) منه . وقد حظرت م/ ١٥ من قانون سوق بغداد للاوراق المالية على الوسيط شراء الاسهم المناب في بيعها لنفسه . إلا أنه مع انعدام النص فأن العرف قد أجاز للوسيط بإبرام عقد بيع الأسهم مع نفسه نيابة عن العميلين .

كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بكل دقة .ج. إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل لنفسه او باعها من ماله بهذا السعر)) . وهذا النص غاية في الدقة ويكفي للإشادة به أن نقول ان قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد أتى في م/ ١٥٦ بنص مماثل له ، وقد كان الأجدر بالمشرع التجاري العراقي الإبقاء عليه في قانون التجارة الحالي .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها ((أن آثار التصرف الذي يجريه الوكيل بالعمولة تنصرف عند تمامه الى شخص الموكل كما لو كان قد تعامل بنفسه ، فيصبح الموكل دائناً او مديناً بناء على عمل الوكيل الذي لا يلتزم شخصياً قبل من تعامل معهم من الغير ولا يلتزمون هم قبله أيضاً بل أن العمل الذي يعمله يلتزم به الموكل)). [١]

وقضت محكمة التمييز السورية ((أن شراء الوكيل بالعمولة بضائع موكله ، لموكل آخر جائز قانوناً إذا كان هذا الشراء بثمن المثل او كانت تعليمات الموكل تجيز ذلك)) . [٢]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((ينبغي لانعقاد الوكالة بالعمولة أن يجيز الوكيل بالعمولة المعاملات لحساب موكله وبأذن منه وقد جرى قضاء هذه المحكمة على ان ليس للوكيل بالعمولة أن يلزم موكله بأي عقد او شرط او معاملة إلا إذا كان قد أذنه صراحة في ذلك)). [٣]

نخلص الى أن الأصل انه لا يجوز للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه سواء لمصلحة نفسه ام لمصلحة غيره إلا أن العرف التجاري أجاز ذلك خصوصاً إذا كانت الصفقة متعلقة ببضائع او أوراق قيمية ذات سعر معروف في السوق او البورصة . وقد قننت بعض التشريعات هذا العرف .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لتعاقد الشخص مع نفسه

لقد أثارت مسألة الطبيعة القانونية لتعاقد الشخص مع نفسه جدلاً ونقاشاً في الفقه لم يحسم بعد ، وما أذا كان هذا التصرف القانوني عقداً ، ام انه تصرف قانوني بإرادة منفردة ، وبمعنى آخر ما هو التكيف القانوني للتصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه ؟ .

---

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٥/حزيران /١٩٦٨ داللوز ٩٨-١/٥٥٩ نقلا عن د. حافظ ابراهيم ، المصدر السابق ، ص٣٨٣ .

(٢) قرار محكمة التمييز السورية رقم ٢٠٠٢/٢١٣٥ في ٢٠٠٢/١٠/١٩ منشور في مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، س٧٨،ع١-٢ ، كانون الثاني ، شباط ،٢٠٠٣ ، ص١٩-٢٠ .

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٤٥٦/م١/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٦/٢٠ ، القرار غير منشور .

وحيث أن طبيعة هذا التصرف تتوقف على تحديد الإرادة التي ينعقد بها ، وما إذا كانت هذه الإرادة للنائب أم للأصيل او نتيجة اشتراك إرادتيهما .

عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول منهما لتحليل الإرادة التي ينعقد بها التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه . ونفرد ثانيهما الى التكيف القانوني للتصرف الذي يعقده النائب مع نفسه .

المطلب الأول

تحليل الإرادة التي ينعقد بها تصرف النائب مع نفسه

تشعبت الآراء الفقهية التي حاولت تحديد الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه الى اتجاهات ثلاث . ذهب أولها الى أن هذا التصرف ينعقد بإرادة الأصيل ، واتجه ثانيها الى أن هذه الإرادة هي للنائب ، ورأى الثالث ان هذا التصرف وليد اجتماع إرادتي النائب والأصيل معاً .

عليه سنتناول كلاً من هذه الآراء في فرع مستقل .

الفرع الأول

نظرية إرادة الأصيل

أول من قال بهذه النظرية العلامة سافيني [١] ، وهو يرى ان دور النائب ما هو إلا نقل إرادة الأصيل ، ولا يعدو النائب ان يكون رسولاً ينقل تلك الإرادة ، وعلى ذلك فالنائب عندما يبرم التصرف مع نفسه إنما ينقل إرادة الأصيل مرة ويعبر عن إرادته أخرى ، وينقل إرادة كلا من الأصيلين الى الآخر في حالة ما إذا كان نائباً عن الطرفين . فيكون الأصيلين هما المتعاقدين الفعليين – وفقاً لمنطوق هذه النظرية – وما النائب إلا أداة لنقل إرادتيهما . [٢]

فالنائب بتعاقده مع نفسه مجرد رسول عن العاقد الآخر او رسول عن كلا العاقدين . ومتى كان الأصيل هو الذي يقوم بالتصرف القانوني على هذا الوجه فطبيعي ان تنصرف له آثار ذلك التصرف . [٣]

وهذه النظرية متأثرة بالقانون الروماني وبالخلط الذي كان سائداً فيه بين النائب والرسول . وان سلطة الشخص في إبرام التصرف لا تغير من وصفه القانوني ولا تخرجه عن كونه مجرد رسول ومجرد أداة للتعبير عن إرادة الأصيل . [٤]

وغني عن البيان ان التفرقة بين النائب والرسول قد لا تكون من هينات الأمور في كل الحالات ، إلا أنه لا يمكن إغفال هذه التفرقة والقول باطراحها ، فهي قائمة ولا شك وقد أصبحت من مسلمات الفكر القانوني الحديث [٥]

---

(٢) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند ٣٦،ص٣٩ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، بند ٥٥٣ ، ص٧٤٥. د. اسماعيل غانم، المصدر السابق ، بند٨٢، ص١٥٢ .

(٣) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٥٤ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٤٤-٤٥ ، بند ٤٥ . د. محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص١٣٢.

(٤) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٢٤ . د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢١٣-٢١٤ .

(٥) أنظر في التفرقة بين النائب والرسول ص(٢٦ – ٢٨) من هذه الرسالة.

وهذه النظرية تخلط بين الرسول الذي يحمل رسالة يجهل فحواها وهو مجرد أداة لنقل الإرادة والنائب الذي يفوض اليه أمر إبرام التصرف القانوني وتحديد مداه ومضمونه . ولا شك ان هذا من المآخذ الكبيرة على هذه النظرية فالفرق بين النائب والرسول كبير ، ولو كان النائب رسولاً فعلاً لانعقد التصرف بالاصالة ولما كان هناك تعاقد بالنيابة وبالتالي لما عُدَّ الشخص- النائب – متعاقداً مع نفسه [١] .ولو كان النائب معبراً عن إرادة الأصيل ، لما كان هناك داعٍ لإثارة الإشكالات حول تعاقد الشخص مع نفسه .

ثم ان هذه النظرية لا يكون لها محل للتطبيق عندما تكون نيابة النائب قانونية ، ذلك ان الأصيل في هذا النوع من النيابة قد يكون عديم الإرادة ، كما هو الحال بالنسبة للولي على ولده غير المميز ، او ناقص الإرادة كما هو الحال بالنسبة للولي او الوصي على صبي مميز ، او سفيه .[٢]

وقد تكون إرادة الأصيل بعيدة تماماً عن التصرف ولا علم للأصيل به ، كما هو الحال بالنسبة للفضولي [٣] ، او كما هو الحال بالنسبة لمن وكل آخر وكالة عامة خوله بموجبها إجراء شتى التصرفات القانونية فالأصيل هنا قد لا يعلم بتصرفات الوكيل ، فالوكيل العام يقوم في أدائه مهمته بتصرفات قانونية لعلها لم تخطر لموكله على بال ، وقد لا يتوقعها فضلاً عن أن تتجه اليها إرادته .[٤] وكذلك الحال بالنسبة للحارس القضائي ، فهو يتصرف في المال الموضوع تحت الحراسة بمحض إرادته بعيداً عن إرادة ذوي الشأن أصحاب الحق المتنازع فيه [٥] وبالتالي فأن التسليم بهذه النظرية يقودنا في حالة ما إذا كان مصدر نيابة النائب نيابة قانونية ، على الأقل ، الى التسليم بافتراض ان الإرادة هي إرادة الأصيل وهذا الفرض لا يمكن التسليم به من الناحية القانونية . [٦]

ثم ان القول بأن الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني في حالة تعاقد الشخص مع نفسه هي إرادة الأصيل ، وان المتعاقد الحقيقي هو الأصيل يوجب علينا الاعتداد في عيوب الرضا وفي سائر ما يتصل بسلامة الإرادة وكفايتها بشخص الأصيل وهذا خلاف ما تقضي به القوانين الحديثة التي تعتد بشخص النائب المتعاقد مع نفسه من حيث سلامة الإرادة وأسباب فسادها . [٧] وان نظرية تتناقض نتائجها مع أحكام القانون الذي وجدت لتفسيره لا يمكن ان تكون قد بينت على اساس سليم . [٨]

إلا أن ما وجه لهذه النظرية من نقد لا يلغي دور إرادة الأصيل تماماً في إبرام التصرف القانوني الذي يقوم به النائب حيث يكون لإرادة الأصيل دور في توجيه إرادة النائب من خلال ما يصدره من تعليمات لنائبه في أطار العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل وهذا في حالة النيابة الإرادية . وبعد هذه الانتقادات المنطقية التي وجهت لهذه النظرية ، يمكن ان نقول ان هذه النظرية لا تصلح ان تكون أساساً لتحديد الإرادة التي يبرم بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه .

الفرع الثاني

نظرية إرادة النائب

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٢٠٣ . د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٨٩، بند ١٣٩ .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص١٩٨ ، هامش رقم (١) . د. ماجد الحلواني ، المصدر السابق ، ص٧٧ .

(٣) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند ٨١ ، ص١٥١ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند٥٩٦ ، ص٤٣٧-٤٣٨ . انور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني ، ط١، دون ذكر مكان وزمان الطبع ، ص٢٥٥.

(٤) محمد رضا عبد الجبار العاني ، المصدر السابق ، بند ٢٧٢ ، ص٢١٢.

(٥) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١١٥ .

(٦) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، بند٥٥٣ ، ص٧٤٥ . انظر نص م/٩٦ ،٩٧ من القانون المدني العراقي ، م/٤٥ من القانون القانون المدني المصري ، م/٤٤ من القانون المدني الاردني ، م/ ٤٧ من القانون المدني السوري ..

(٧) أنظر نص م/١٠٤ من القانون المدني المصري ، م/٥٦ مدني كويتي ، م/١١١ مدني أردني ، م/١٠٥ مدني سوري ، م/١٠٤ مدني ليبي ، علماً ان لا مقابل لها في القانون المدني العراقي .

(٨) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص٨٢ .

نتيجة للانتقادات التي وجهت الى نظرية إرادة الأصيل ، وما ظهر عليها من قصور عن تفسير الوقائع فضلاً عن عيوبها الذاتية كونها غير شاملة لجميع صور النيابة فقد اتجه أنصار الفقه الحديث في تحديد الإرادة التي يبرم بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه صوب إرادة النائب لما لها من دور فاعل في هذا التصرف القانوني . (١) **وأساس وجهتهم تلك ان النائب يعبر عن إرادته هو في حدود نيابته لا عن إرادة الأصيل ولذا فأن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ينعقد بإرادته وليس بإرادة الأصيل . فهو على الدوام متصرف فعلي ، وان انصراف آثار تصرفه الى الأصيل ليس إلا نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة ، بمعنى ان آثار التصرف تضاف الى ذمة الأصيل بفعل ما للإرادة من قدرة منشئة ولا غرابة في انصراف الآثار الى الأصيل إذا ما أراده النائب ، ورغب فيه الأصيل او قضى به القانون .** (٢)

وقد حاول أهرنج ان يبين كيفية انصراف أثر تصرف النائب الى الأصيل بأن النيابة تقضي الى انفصام بين السبب (وهو مباشرة التصرف القانوني) والمسبب (وهو الأثر القانوني الذي يرتبه) ، فالسبب يكون من عمل النائب والأثر الذي يرتبه ينصرف مباشرة الى ذمة الأصيل ، إذاً فأن النيابة تخرج عن المبدأ القائل بأن آثار العقود لا تنصرف إلا الى من أشترك في إبرامها . (٣)

ان ما ذهب اليه هذا الرأي من نسبة التصرف القانوني الى إرادة النائب (المتعاقد مع نفسه) تتفق مع واقع الأمور وان الاعتداد بإرادة النائب يتفق مع ما تقضي به التشريعات التي أوجبت الاعتداد بإرادة النائب فيما يتعلق بسلامة الرضا وحسن النية في التصرفات القانونية . (٤)

إلا أنها لم تبين كيف أنفصل السبب عن المسبب وهنا بقي هذا السؤال لم تجب عليه هذه النظرية ؟ وكيف ان السبب الذي هو من فعل النائب ينتج أثره في ذمة الأصيل . (٥) **لذا فقد حاول أنصار هذه النظرية تلافي ما وجه اليها من نقد بوجهات مختلفة . فذهب الأستاذ بيلون** (٦) **الى ان الإرادة التي يبرم بها النائب التصرف القانوني مع نفسه هي إرادة النائب وفسر انصراف أثر التصرف الى الأصيل على أساس النظرة المادية للالتزام ورأى ان صعوبة تصور حلول إرادة شخص محل أرادة شخص آخر وارتباط هذه الأخيرة من حيث النتيجة ، بإرادة غيره ، ولكنها تبدو ميسورة لو قامت على تصور انصراف أثر إرادة شخص الى ذمة شخص آخر ، فالإرادة يمكن ان يوظفها صاحبها في خدمة سواه من غير إلزام لذمته هو – صاحب الإرادة – وهذا أبرز ما في حقيقة الالتزام فهو رابطة تربط اولاً وقبل كل شيء ذمتين ماليتين ، وليس شخصين ، كما كان يقول القانون الروماني وعلى هذا الأساس لم يعد من غير المتصور أن تضاف الى ذمة الشخص التزامات لها أو عليها بفعل إرادة شخص غيره .** (٧)

---

(٢) د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، بند ١٩ ، ص٨٧ . د.مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢٢٣.د.وحيد رضا سوار ، ، المصدر السابق ، ص٢٠٨ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٩.

(٣) أنظر في تفصيل ذلك د. السنهوري، الوسيط ،ج١ ، المصدر السابق ، ص٢٠٤ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند٣٦ ، ص٣٩. ص٣٩.

(٤) أنظر نص م/١٠٤ من القانون المدني المصري ، والنصوص الأخرى التي سبقت الإشارة اليها .

(٥) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١١٧.

(٦) بيلون ، نظرية النيابة في الالتزامات ، رسالة من كان ، ص٤٣ ، نقلاً عن د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص٨٤ .

(٧) أنظر في عرض هذه النظرية د. السنهوري، مصادر الحق ، ج٥، المصدر السابق ، ص١٦٨-١٦٩ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر المصدر السابق ، بند ٥٥٣ ، ص٧٤٦. أنظر في موضوع الذمة المالية د. محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق ،ط١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩،ص٢٠٧-٢١٥ . د. منصور حاتم محسن الفتلاوي ، نظرية الذمة المالية ،ط١، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٢٨ ومابعدها .

لا شك ان نظرية الأستاذ بيلون قد حددت بشكل دقيق الإرادة التي يتم بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ، إلا أنها لم تبين كيف يمكن ان يلتزم شخص بإرادة غيره ، وبالتالي يبقى السؤال مطروحاً كيف يمكن ان يلتزم الأصيل بإرادة النائب . (١)

وانتقدت هذه النظرية من ناحية أخرى لاعتمادها على فكرة الذمة المالية وفصلها بين الشخص وذمته المالية ، ذلك ان الفقهاء المعاصرين أخذوا يشنون هجمات النقد على فكرة الذمة المالية ذاتها (٢) **.**

وهذه النظرية تتلائم أكثر في حالات النيابة العامة كنيابة الولي عن القاصر حيث يكون معهوداً للنائب مجموع مال الأصيل او كل ما يتصل بذمته المالية ، إلا أنها أقل انطباقا على حالات النيابة الخاصة التي تنصب على تصرف معين لا على إدارة مجموع مال الأصيل ، فيقتصر أثر إرادته على شيء معين بالذات لا على كل ما يتصل بذمة الأصيل . فكيف نفهم أن إرادة النائب تنتج آثارها في تلك الذمة . (٣) **وذهب الأستاذ ان ليفي أبلمان وبو بسكو رامنسيانوا** (٤) **انه يمكن تفادي الانتقادات التي التي وجهت الى نظرية الأستاذ بيلون ذلك ان النيابة ما هي إلا وصف من أوصاف التصرف القانوني شأنها شأن الشرط والأجل فهي تلحق التصرف الذي باشره النائب لحساب الأصيل فتجعل أثاره منصرفة الى ذمة الأصيل ، لذلك فأن مبدأ اقتصار أثار التصرف القانوني على من باشره لا يجد تطبيقه إلا حيثما يكون التصرف بسيطاً لم يلحقه وصف النيابة ، اما إذا لحقه هذا الوصف فأن آثار إرادة النائب تتحقق في شخص الأصيل لا في شخص النائب الذي باشر التصرف ، ذلك ان من شأن الوصف ان يعدل في آثار التصرف القانوني استناداً الى إرادة أطرافه فالأجل يؤخر وقوع الآثار والشرط يعلق وقوعها او انقضائها على واقعة مستقبلية والنيابة باعتبارها وصفاً ثالثاً على رأي الأستاذ ليفي ابلمان ترجعها الى الأصيل أما بإرادة أطراف التصرف واما بمقتضى القانون الذي أفترض هذه الإرادة فأستند اليها في تقدير هذا التعديل في الآثار .** (٥)

إلا انه يؤخذ على هذه النظرية ، أنه لا يمكن اعتبار النيابة وصفاً إذ الوصف لا يستعمل إلا للدلالة على تعديل آثار التصرف القانوني فإذا اعتبرنا النيابة وصفاً في التصرف يتحدد به الأشخاص الذين يعتبرون أطرافاً في ذلك التصرف كان هذا انحرافاً بالنيابة عن معناها (٦) **، ذلك ان أثر الوصف يقتصر على تعديل آثار التصرف القانوني بين عاقديه بينما مقتضى إبرام النائب التصرف مع نفسه ، ان يمتد أثر هذا التصرف الى الأصيل . او ينفذ أثر التصرف في ذمة الأصيلين ، مع بقاء النائب الذي تولى إبرام العقد مع نفسه أجنبياً عن هذا التصرف .** (٧)

كما ان الوصف أمر عارض يأتي بعد ان يستكمل التصرف كل مقوماته ، اما النيابة فهي ترتبط بصميم التصرف القانوني إذ تعين طرف العقد الذي ينصرف اليه أثره وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض فيه . (٨) **وبالتالي فأن هذه المحاولة لم تفلح في تبرير كيفية انصراف أثر تصرف تصرف النائب الى الأصيل .**

وذهب رأي في الفقه الى أن آثار العقد الذي يعقده النائب مع نفسه تنصرف الى الأصيل مباشرة ، إنما يقوم على اتجاه إرادة ذوي الشأن جميعاً الى ذلك ، فالأصيل قد ارتضى مقدماً بتخويله للنائب

---

(٢) د. محمد شكري سرور ، المصدر السابق ، ص٢٠٩ . د. منصور حاتم محسن الفتلاوي ، المصدر السابق ، ص٢٨ ، ٥٧ .
(٣) د. السنهوري، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢٠٤ .
(٤) ليفي ابلمان ، ص١١٨ ، نقلاً عن د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٤٦.
(٥) د. السنهوري، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٦٩ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٦١ . د. جمال مرسي بدر ، ، المصدر السابق ، ص٨٧-٨٨.
(٦) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٤٧.
(٧) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص٨٩.
(٨) د. السنهوري، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢٠٤ .

سلطة النيابة عنه ان تنصرف اليه آثار العقود التي يبرمها النائب . أما في النيابة القانونية فأن رضا الأصيل يحل محله نص القانون الذي ينشئ سلطة النيابة للنائب . [١]

الفرع الثالث

نظرية اشتراك الإرادتين

وأمام صعوبة تبرير انصراف أثر تصرف النائب الى الأصيل على أساس إرادة الأصيل وحده ، او على أساس إرادة النائب وحده ، مما دفع جانب من الفقه [٢] **الى القول ان لا إرادة النائب وحدها ولا إرادة الأصيل وحدها هي التي تتولى إبرام التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ، بل تشترك كلاهما في إبرام التصرف ، فكلا الإرادتين هي السبب القانوني الدافع الى التعبير عن الإرادة ، وهي التي تظهر بهذا التعبير . ولهذا يكون التصرف القانوني نتيجة اجتماع إرادة النائب وإرادة الأصيل ، ويجب التعويل على كل منهما للحكم على فاعلية التصرف وصحته . فيعتد بإرادة الأصيل في حدود التعليمات الصادرة منه لنائبه . ويعتد بإرادة النائب في حدود ما باشره بنفسه .** [٣]

وبالتالي ينصرف أثر تصرف النائب الى الأصيل نتيجة اشتراك إرادته مع إرادة النائب في إبرام التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه ، هذا إذا كانت نيابة النائب نيابة إرادية . اما في النيابة القانونية ، فالنص القانوني الذي قرر النيابة هو الذي يقضي بإضافة اثر تصرف النائب الى الأصيل . [٤]

وان العلاقة بين النائب والأصيل لا تخرج عن حالات ثلاث ، حالة يضع الأصيل فيها للنائب تعليمات آمرة في كل ما يخص العقد المراد إبرامه ، ولذا يعتبر النائب بمثابة رسول ، ولا يعتد بإرادته في هذه الحالة ، بل بإرادة الأصيل وحدها . [٥]

وحالة يقتصر فيها دور الأصيل على بيان التصرف موضوع النيابة ويترك للنائب حرية تقدير مضمونه بلا تقييد ولا تحديد ، وفي هذه الحالة يعتد بإرادة النائب فقط . [٦]

وحالة يلزم فيها الأصيل النائب بإتباع تعليماته في بعض أمور التصرف ويترك له حرية التقدير فيما عداها ، وفي هذه الحالة يعتد بإرادتي النائب والأصيل في حدود ما اشتركت فيه كل منهما ، مع ملاحظة ان أحدى الإرادتين ستكون هي الغالبة . [٧]

وذهب كلاريز أن إرادة النائب وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل هي التي تحدد نطاق الالتزام ، اما الذي يخلق الرابطة القانونية ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية . [٨]

---

(١) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند ٨٢ ، ص١٥٣ . د. ماجد الحلواني ، المصدر السابق ، ص٧٧.

(٣) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، بند٤٩، ص٩٤ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٦٢-٦٣.

(٤) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ،ص٢٩ .

(٥) د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص٦٥ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢٠٠ . د. مالك الدوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢١٢ .

(٦) أنور العمروسي ، المصدر السابق ، ص٢٥٢ .د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٤٤ . د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٥٠ .

(٧) د. جلال علي العدوي ، المصدر السابق ، ص٢١٤ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، بند ١٢٤ ، ص١٥٣ . د. عبد المجيد المجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، بند٢١٣، ص١٧٧ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، بند٤٥، ص٤٥.

وبناء على ما تقدم فأن أنصار هذه النظرية يقولون بوجوب البحث في شخص الأصيل عن شروط صحة التصرف مثل الأهلية المطلوبة للتملك ومشروعية التصرف وذلك لأن الغاية من التصرف تنصرف الى شخصه ، ووجوب البحث في شخص النائب عن عيوب الرضا وحسن النية ونحوهما لأنه هو الذي باشر التصرف . (١)

ورغم التأييد الذي لاقته هذه النظرية إلا أنها قاصرة عن شمول كافة أنواع النيابة حيث أنها أن كانت تنطبق جدلاً ، على النيابة الاتفاقية فأنها لا تنطبق إذا كان مصدر نيابة النائب المتعاقد مع نفسه نيابة قانونية ، حيث لا يكون لإرادة الأصيل في هذا النوع من النيابة أي دور في إبرام التصرف القانوني . وفي النيابة الاتفاقية لا تنطبق هذه النظرية في الحالات التي لا يصدر فيها الأصيل لنائبه تعليمات يتوجب عليه إتباعها . (٢) **ثم ان هذه النظرية تجعل النائب رسولاً في الحدود التي أصدر بها بها الأصيل لنائبه تعليمات محددة ، ونائباً فيما عدا ذلك . ويترتب على ذلك ان جزءاً من التصرف القانوني يكون قد تم بين غائبين وهو الجزء الذي نفذ فيه النائب تعليمات الأصيل وجزءاً آخر من ذات التصرف يكون قد تم بين حاضرين وهو الجزء الذي ترك فيه للنائب حرية التقدير وبناء على ذلك فما هو المكان والزمان الذين يعتبر مثل هذا التصرف قد تم فيهما .** (٣)

وإذا كانت إرادة الأصيل قد اشتركت مع إرادة النائب في التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه فكيف أعتبر تصرف النائب مع نفسه خروجاً عن حدود النيابة ؟ ولماذا أعتبر هذا التصرف غير نافذ في حق الأصيل ؟ وما هو تكييف هذا التصرف ؟ .

كما أن هذه النظرية قد انتقدت من الناحية النظرية البحتة ، ذلك ان الإرادة المنشئة للتصرف القانوني هنا هي إرادة مركبة من جزئين مختلفين ، أجتزئ أحدهما من إرادة النائب والآخر من إرادة الأصيل ، فقيل أن مثل هذه الإرادة الملفقة التركيب لا يمكن ان يرتب عليها القانون آثاراً قانونية فالآثار القانونية تترتب على الإرادة التي هي عبارة عن نشاط نفسي صادر عن الشخص بقصد إحداث أثر قانوني معين ، ولذلك فهي كل ملتئم لا يقبل التجزئة . (٤) **وهذه الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية كفيلة بعدم الأخذ بها .**

نخلص الى أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه إنما يتم بإرادة النائب المستقلة القائمة بذاتها دونما اشتراك من إرادة الأصيل حتى في الأحوال التي يصدر فيها الأصيل لنائبه تعليمات محددة . وينبني على ذلك ان عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد يشترط ان يتوفر في النائب ، واما سلامة الإرادة من العيوب فينظر الى إرادة النائب دون الأصيل وكذلك الحال بالنسبة للظروف المرتبطة بالإرادة والمؤثرة في التصرف فينظر فيه الى النائب دون الأصيل وهذه العناصر الثلاث هي التي تقوم عليها الإرادة التعاقدية . (٥) **اما في حالة ما إذا أناب الأصيل غيره وأصدر اليه تعليمات محددة فأن إرادته هنا تلعب دوراً ليس بالقليل ، ولكن هذا الدور لا يعني أن إرادة الأصيل قد اشتركت مع إرادة النائب في إبرام التصرف القانوني . بل أن أثر هذه التعليمات او دور إرادة الأصيل ينحصر في العلاقة – الداخلية بين الأصيل والنائب – ولا يتعدى هذه العلاقة الى التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه نيابة عن كلا الأصيلين او نيابة عن الأصيل وبالأصالة عن نفسه . فأثر هذه التعليمات يتمثل في توجيه إرادة النائب الوجهة التي تحددها .** (٦)

---

(١) د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٢٩ .

(٢) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٤٧. د. شمس الدين الوكيل ، المصدر السابق ، ص٧٩.

(٣) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند٨٣، ص١٥٥، هامش رقم (١) .

(٤) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، بند ٥٤، ص١٠٠-١٠١ .د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، بند١٠٧ ،ص٩٤ . د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند١٠١ ، ص١٤٨ .

(٥) د. السنهوري، المصدر السابق ، الوسيط ،ج١، ص٢٠٥ ، هامش رقم (١) . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص٦٣ . . د. برهام محمد عطا الله ، اساسيات نظرية الالتزام ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص٦١ .

(٦) د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص١٥٤ . د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص٤٩ . د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢١٢.

فالإرادة هي إرادة النائب ولا يهم بعد ذلك ان تتكون إرادة النائب وفقاً لأوامر وتوجيهات الأصيل ، وان انعدام التوافق بين إرادة الأصيل وإرادة النائب قد يؤدي الى سقوط الإنابة وبالتالي التصرف القانوني الذي أجراه النائب . (١)

اما عن كيفية انصراف اثر تصرف النائب الى الأصيل فهناك من يبررها على أساس الغاية والوظيفة الاجتماعية التي يهدف اليها التصرف القانوني ، وان التصرف هو وسيلة لبلوغ غاية معينة ، تتمثل في الهدف الاقتصادى او الاجتماعى الذي يهدف اليه الشخص من وراء التصرف ، وان كل تصرف قانوني يهدف لتحقيق غاية معينة ، وان السلوك البشري – الذي تسن لتنظيمه قواعد القانون – يتميز حتماً بأمرين هما استهداف غاية واصطناع وسيلة . (٢)

وان هذه الغاية يمكن ان تنفصل عن الوسيلة ومن الممكن ان تكون الوسيلة لشخص والغاية لشخص آخر وعلى ضوء هذه التفرقة بين آثار التصرف القانوني ، وهي الغاية الاقتصادية او الاجتماعية المقصودة منه وبين الإرادة المنشئة للتصرف وهي الوسيلة لبلوغ تلك الغاية . يمكن تفهم عمل النيابة ففي كل حالة من حالات النيابة تكون هناك غاية مقصودة لشخص معين يتوسل اليها بإرادة شخص آخر غير الذي تتحقق في ذمته الغاية المقصودة من التصرف القانوني فتكون الغاية للأصيل والوسيلة اليها للنائب . (٣)

ويؤخذ على هذا التعليل أنه في حالة النيابة القانونية والتي غالباً ما يكون الأصيل فيها صبياً غير مميز أو مميز ، كيف تكون له غاية يتوسل بإرادة غيره (النائب) للوصول اليها ؟!

وفي حالة النيابة العامة يتولى النائب ابرام تصرفات قانونية قد لا يعلم الأصيل بطبيعتها . وفي حالة الفضالة لا يكون الأصيل على علم بتصرف الفضولي فكيف نفترض له غاية ؟! . عليه نعتقد ان هذا التعليل محل نظر .

ويبدو لي ان الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه هي إرادة النائب المستقلة وليست إرادة الأصيل ولا نتيجة اشتراك إرادتي النائب والأصيل معاً وذلك للأسباب التالية :

١- ان الشخص عندما يتعاقد مع نفسه إنما يعبر عن إرادته هو وبالتالي تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، فإذا كانت الإرادة التي يعبر عنها هي إرادة الأصيل فأننا لا نكون امام حالة تعاقد الشخص مع نفسه وكذلك الأمر في حالة اشتراك إرادتي النائب والأصيل معاً – لأنه وفقاً لمنطوق هذه النظرية – سيكون الشخص متعاقداً مع نفسه في جزء ، وغير متعاقد مع نفسه في الجزء الآخر(الذي اشتركت فيه إرادة الأصيل مع إرادة النائب) وهذا يترتب عليه اختلاف حكم أجزاء التصرف القانوني الواحد . فجزء سيكون موقوف وآخر سيكون نافذ ، وجزء سيكون التعاقد فيه بين حاضرين ، وآخر يكون التعاقد فيه بين غائبين ، على ما يترتب على هذا التبعيض من تضاد وتفارق في الأحكام لا يقبله المنطق القانوني السليم . ومن ناحية ثانية سيكون التعاقد قد تم بين شخصين ، سواء الأصيل والنائب ، او الأصيلين . وبالتالي لا تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه .

٢- إذا كانت الإرادة التي عبر عنها الشخص عندما تعاقد مع نفسه هي إرادة الأصيل – او نتيجة اشتراك إرادتي الأصيل والنائب معاً – سوف لا يكون هناك مبرر لاعتبار تصرف النائب في هذه الحالة غير نافذ في حق الأصيل ، او أن يثير هذا التصرف أي اشكال طالما أن إرادة الأصيل قد اشتركت في إبرامه او أنها هي التي أبرمته .

٣- ان كون الإرادة التي أنعقد بها تصرف النائب مع نفسه هي إرادة النائب ، انما يتفق مع المفهوم الحديث للنيابة ، ويتفق مع ما قضت به التشريعات الوضعية [١] ، والفقه الإسلامى . [٢]

٤- أننا ننظر في الأهلية وعيوب الإرادة والظروف الخاصة التي من شأنها أن تؤثر في صحة التصرف الى شخص المتعاقد نفسه .

ونعتقد أن أثر تصرف النائب مع نفسه يمتد الى الأصيل بناء على إرادة الأصيل والغاية التي من أجلها وجدت النيابة ، وذلك إذا كانت نيابة النائب إرادية (اتفاقية) . ويعزز ذلك ان هذا التصرف – تعاقد النائب مع نفسه – لا ينفذ في حق الأصيل إلا إذا أجازه الأصيل قبل إبرام التصرف او بعده . [٣]

وبناء على نص القانون الذي قرر النيابة والغاية منها في حالة ما إذا كانت نيابة النائب قانونية ، ويعزز ما ذهبنا اليه انه لا يسوغ للنائب القانوني ان يتعاقد مع نفسه إلا إذا أجاز القانون ذلك . [٤]

اما الفقهاء المسلمين فقد قرروا منذ البدء ان التصرف الشرعي الذي يبرمه النائب مع نفسه إنما يتم بإرادة النائب في كل الأحوال وانصراف حكم التصرف وتوابعه معاً الى الأصيل في حالة إضافة التصرف اليه وهي الصورة التي تعنينا لأن النائب عندما يتصرف لنفسه فأنه لا يضيف التصرف الى نفسه بل أنه في الغالب في هذه الحالة يضيف التصرف الى الأصيل . [٥] فالنائب أصل في العقد وهو يعبر عن إرادته ويقوم العقد بكلامه ، فقد ذكر الزيلعي وهو من فقهاء الحنفية ((الوكيل أصل في العقد ، لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً ..)[٦]

والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن أضافته الى الموكل . ولو كان سفيراً ، أي رسول ، لما أستغنى عن إضافته الى المرسل . لذلك وجب أن يكون النائب مميزاً ، حتى يصح ان يكون له كلام ينتج أثراً ، وان كان لا يشترط فيه البلوغ لأنه لا يتصرف في ماله وانما يتصرف في مال غيره بتفويض منه . ويعتد بإرادته لا بإرادة الأصيل في عيوب الرضا ، فإكراهه يفسد العقد ، وله خيار فوات الوصف المرغوب فيه إذا وقع غلط . [٧]

ويذهب الأمامية [٨] والشافعية [٩] ، والمالكية [١٠]، والحنابلة [١١] ، ان الوكيل أنما يتولى إبرام العقد بإرادته هو نيابة عن الأصيل ، فهو يكشف عن إرادته ، ولذلك يعتبر قصد الإنشاء منه ، ولكن عمله ينسب الى الأصيل [١٢]

نخلص الى أن الفقهاء المسلمين متفقين على ان النائب عندما يبرم تصرفاً شرعياً مع نفسه أنما يبرمه بإرادته هو ، وينفذ تصرفه في حق الأصيل ، لان ترتيب الآثار في الفقه الإسلامى من عمل الشارع .

---

(١) انظر نص م/١٠٤ من القانون المدني المصري ، م/١٠٥ من القانون المدني السوري ، م/١٠٤ مدني ليبي ، م/١١١ مدني اردني .

(٢) آية الله العظمى الشيخ بشير النجفي في الاستفتاء الذي وجهته لسماحته في ٦ شوال ١٤٢٤هـ .

(٣) في حالة إقرار الأصيل تصرف النائب مع نفسه بعد إبرامه .

(٤) أنظر نص م/١٠٨ من القانون المدني المصري ، م/١٠٩ مدني سوري ، م/١٠٨ مدني ليبي ، م/ ٦٢ مدني كويتي ، م/٧٥ مدني جزائري .

(٥) آية الله العظمى الشيخ محمد اسحق الفياض ، الاستفتاء الذي وجهته لسماحته في ٦شوال ١٤٢٤هـ .

(٦) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، مع حاشية شهاب الدين احمد الشلبي ، ج٤ ، ط١، مطبعة بولاق، ٧٤٣هـ ، ص٢٥٦ .

(٧) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الملقب بملك العلماء ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٦، المصدر السابق ، ص٣٤.

(٨) زين الدين بن علي العاملي ، مسالك الافهام ، ج٥، المصدر السابق ، ص٢٦٧. الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة ، ج١٨ ، ، المصدر السابق ، ص٣٢٢.

(٩) شمس الدين محمد بن شهاب الرملي ، نهاية المحتاج ،ج٥، المصدر السابق ، ص٤٨.

(١٠) العلامة شمس الدين محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج٣، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ١٢٣٠هـ، ص٣٨٢-٣٨٣.

(١١) ابو عبد الله بن أحمد ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، مطبعة الامام ، تصحيح د. محمد خليل هراس ، ص٩٩.

(١٢) اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، في الاستفتاء الذي وجهته لسماحته ، السوأل رقم (٧) .

المطلب الثاني

التكييف القانوني لتصرف النائب مع نفسه

لقد أثارت مسألة التكييف القانوني للتصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه نقاشاً وجدلاً في الفقه كبيرين وهذا ما دفع جانب من الفقه الى القول ان هذا التصرف هو استحالة قانونية ومنطقية ، ويمكن تصنيف الآراء التي قيلت بشأن تكييف تصرف النائب مع نفسه الى اتجاهين :
يرى الأول أن هذا التصرف هو عقد حقيقي توافقت على إنشائه إرادتان متميزتان ، ويرى الاتجاه الثاني ان تصرف النائب مع نفسه تصرفاً بإرادة منفردة يرتب القانون عليها أثراً ينتج عنه ترتب أثر هذا التصرف في ذمة أطرافه .
عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الأول منهما نظرية العقد الحقيقي ونتناول في الثاني نظرية الإرادة المنفردة .

الفرع الأول

نظرية العقد الحقيقي

يرى فريق من الفقهاء وعلى وجه الخصوص من أنصار المذهب المادي في الالتزام ان التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه هو عقد حقيقي توافق فيه الإيجاب والقبول واجتمعت على إنشائه إرادتان متميزتان ، فليس هناك ما يحول دون انعقاد العقد في صورتي التعاقد مع النفس ، ولا يتعارض هذا التصرف مع جوهر فكرة العقد بوصفه توافق إرادتين وكونه لابد فيه من طرفين . فرغم ان الذي تولى العقد شخص واحد إلا أنه قد عبر عن إرادتين متميزتين ، إرادة البيع وإرادة الشراء ، مثلاً ، وهناك شخصان لكل منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر تنصرف اليهما آثار التصرف . [1] **ذلك أن مقتضى النظرية الحديثة للنيابة هي ان تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني ، وان التسليم بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل يقودنا الى إمكان التسليم بحلول إرادة النائب محل إرادة الطرفين ، فجلَّ ما في الأمر من غرابة في هذا الشأن من العمل القانوني هو أن النائب عبر لوحده عن إرادة أطراف العقد . وليس في هذا مجافاة للمنطق ، إذ مادمنا قبلنا فكرة النيابة ، وجب ان نقبل تطبيق هذه الفكرة على مدى واسع ولكن ضمن نفس المنطق .** [2]
فكيف نقبل ان شخصاً يستطيع التعبير عن إرادة أحد المتعاقدين ثم لا نقبل ان يعبر عن إرادة الطرف الآخر؟ .
فأما ان نقبل التمثيل في التعبير عن كل من الإرادتين واما ان لا نقبل ذلك مطلقاً . [3]
وقد قدم أنصار هذه النظرية أكثر من تبرير محاولين الرد على ما وجه اليها من انتقادات وتلافي ما رافقها من عيوب .فقد ذهب الأستاذ بيلون في رسالته النيابة في التعاقد الى ان الالتزام قد تطور

---

(١) أنظر في عرض هذه النظرية د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، بند١٠٠ ، ص٢١٧ . د. وحيد رضا سوار ، المصدر السابق ، بند ٣٥٣، ص٢١٢ . د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، بند ٩٠،ص١٧٠.د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٢٠٨ . د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ،ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص٣٤.

منذ زمن القانون الروماني حتى الوقت الحاضر ، فبعد ان كان شخصياً ينفذ على جسم المدين أنتقل الى ماله ومنذ ذلك الحين وهو يتطور ليصبح علاقة بين ذمتين ماليتين لا علاقة بين شخصين . [1]

وبناء على ذلك فأن التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه هو عقد حقيقي فالنائب عندما يبرم تصرفاً قانونياً مع نفسه أنما ينشئ الالتزام لأنه يقرب ما بين ذمته وذمة الأصيل ، او مابين ذمة كل من الأصيلين وان ارتباط ذمتي الطرفين يكفي لاعتبار العقد قائماً ومتى أمكن عن طريق النيابة ان يتصرف الشخص في ذمته هو باعتباره أصيلاً وفي ذمة غيره بوصفه نائباً فلا يوجد ما يمنع من القول بانعقاد العقد . [2] **وقد لوحظ على هذا التبرير انه يخلط بين السبب والأثر – ذلك أنه يخلط بين العقد – سبب الالتزام – وبين الالتزام – أثر العقد لأنه وان صح ان الالتزام في جوهره علاقة بين ذمتين إلا أن العقد يظل دائماً أتفاق إرادتين. فكل عقد يفترض تلاقي إرادتين متميزتين في صورة إيجاب يصدر من أحد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر. فلابد اذاً من إرادتين متميزتين لإنشاء العقد .** [3]

ويذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي قال به الأستاذ موريل[4] **، وأخر في الفقه الايطالي قال به الأستاذ باربيرو في ايطاليا** [5] **، يذهب الى ان التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه هو عقد حقيقي ، وان الاعتراض النظري او الفني على اعتباره كذلك يدفعه ان القانون يتطلب فقط لوجود العقد تعبيرين عن الإرادة وهذان التعبيران يصدر هما النائب فهو يصدر تعبيراً باسمه الخاص وتعبيراً آخر باسم الأصيل فثمة تعبيران يتكون بهما العقد وان كان يصدرهما شخص واحد ، يكفي لابرازهما الى الحيز الخارجي ، فهو يستطيع التعبير عن إرادته باسم الأصيل ، وهو يملك كذلك ان يعبر عن إرادته باسم نفسه فليس اذاً هناك استحالة فنية او نظرية تحول دون اعتبار هذا التصرف عقداً ، ذلك ان بالامكان انعقاد العقد بواسطة شخص واحد ذلك أنه في ((شخص)) واحد (وهو النائب) يجتمع ((طرفان)) فينشأ بهذا تعبيران تصرفيان ، تعبير النائب باسمه وتعبير النائب باسم الأصيل . واذ يكون النائب هو الشخص الوحيد الذي يصدر منه التعبيران لا يكون هو الطرف الوحيد في التصرف .**

ويؤخذ على هذا الرأي أننا سنكون أمام إرادة واحدة هي إرادة الشخص المتعاقد مع نفسه وذلك لان الشخص لا يملك إلا إرادة واحدة ، وهذه الإرادة سواء عبر عنها الشخص مرة او مرتين تبقى إرادة واحدة . وان النائب وفقاً للمفهوم الحديث للنيابة يعبر عن إرادته هو ، وطالما أن النائب يعبر عن إرادته هو نيابة عن المتعاقد الآخر وعن أرادته هو بالأصالة عن نفسه ، او يعبر عن إرادته هو نيابة عن كلا طرفي العقد (التصرف) فلا تكون هناك إلا إرادة واحدة هي إرادة النائب المتعاقد مع نفسه .

وهناك من يعلل تصرف النائب لنفسه عقداً حقيقياً يقوم على اعتبار المصلحتين الفرديتين اللتين يمسهما ذلك التصرف وعند صاحب هذا الرأي ان الصفة المميزة للتصرف القانوني بالإرادة المنفردة ليست فقط وحدة التعبير عن الإرادة وانما أيضاً وحدة المصلحة التي ينظمها التصرف فإذا

---

(١) بيلون ، النيابة في التعاقد ، رسالة مقدمة الى جامعة كان ، ص٤٦ ، ص٦٢، نقلاً عن د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨١.

(٣) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٦٦ . د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٦٢ . د. محمد عبد الله الدليمي ، النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، ١٩٩٨ ، ص٨٩ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٤٩ . د. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، ط١ ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص١٨٥-١٨٦.

(٥) باربيرو ، نظم القانون الخاص ، ص ٣٧٨ ، نقلاً عن د. عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٩٢ .

انبسطت أثار التصرف على مصلحتين فرديتين لم يكن لدينا تصرف قانوني بإرادة منفردة بل كنا امام عملية تعاقدية صحيحة وان انبنت على تعبير واحد عن الإرادة . [١]

ويؤخذ على هذا الرأي ما أخذ على الرأي الذي قال به الأستاذ بيلون من النقد وهو أنه أعتبر تعاقد الشخص مع نفسه ينبني على تعبير واحد عن الإرادة ، في حين ان تعاقد الشخص مع نفسه ينبني على إرادة واحدة وهي إرادة النائب الذي أنفرد بإبرام العقد مع نفسه . فلو كان النائب يعبر عن إرادة غيره لأضحى رسولاً ولأنعقد التصرف بالأصالة . ومن الناحية الثانية فأن هذا النظر ينطوي على خلط بين التصرف واثره ، او بين التصرف القانوني وبين الالتزام الناشئ عنه ، ذلك أن مساس التصرف بآثاره لمصلحتين مختلفتين أمر وطبيعة هذا التصرف من حيث قيامه (نشوئه) بإرادة واحدة او على توافق إرادتين أمر آخر ، وليس ما يمنع ان تمس إرادة واحدة أكثر من مصلحة فردية واحدة إذا اساغت ذلك قواعد نظام قانوني معين هو في حالتنا نظام النيابة . [٢]

ويذهب رأي في الفقه العربي ، ان التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه ، هو عقد حقيقي ، وينطوي في الواقع على أكثر من إرادة ، إرادة النائب الأصيلة ثم إرادته النائبة تكملها إرادة الأصيل الذي أنابه . والعقد الذي يعقده بصفته نائباً عن الغير من الناحيتين ينطوي على إرادة النائب تكملها إرادة أحد الأصيلين من ناحية ثم إرادته من الناحية الأخرى تكملها إرادة الأصيل الآخر. وليس في هذا تبعيض للإرادة الصادرة من النائب ، مادام اعلان كل إرادة مما ذكرنا مستقلاً ، فالأصيل قد أعلن إرادته في عقد التوكيل والنائب عندما يتعاقد مع نفسه يعلن إرادته باعتباره أصيلاً او باعتباره نائباً عن الغير . [٣]

وفي حالة النيابة القانونية فأن العقد ينعقد – وبحسب الرأي المتقدم - بإرادة النائب وان وقوع آثاره في ذمة الأصيل ليس نتيجة التزام الأصيل التزاماً إرادياً بل نتيجة لإرادة الشارع نفسه أي لنص القانون . فإذا قضى القانون بأن الأعمال القانونية التي يعقدها نائب قانوني (كالولي او الوصي) مع نفسه ترتب أثارها في ذمة الأصيل فليس في ذلك أي مخالفة لأحكام القاعدة التقليدية التي تتطلب تعدد الإرادة لان هذه القاعدة خاصة بالعقد وهو ينشئ التزامات إرادية ونحن في صدد مسؤولية قضى بها القانون تنشئ التزامات قانونية . [٤]

وهذا الرأي يمكن ان ينقاش على الوجه الأتي :

١- إن هذا الرأي يجافي النظرية الحديثة في النيابة التي تقضي بأن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ولا حتى نتيجة اشتراك إرادتي النائب والأصيل . [٥] **ذلك ان الإرادة كل لا يتجزأ ولا ولا يمكن تركيبها من أكثر من إرادة واحدة .**

ومن ناحية ثانية في حالة تعاقد النائب نيابة عن كلا الطرفين فهو يفترض ان النائب يعبر مرة عن إرادة الأصيل الأول وتكمل إرادة الأصيل إرادة النائب . وأخرى عن إرادة الأصيل الثاني وتكمل إرادة الأخير إرادة النائب .

وهذا فضلاً عن عدم اتفاقه مع مفهوم النيابة ، فالتسليم بهذا الرأي يقودنا الى شطر إرادة النائب ليحل جزء منها مع إرادة الأصيل الأول والجزء الآخر مع إرادة الأصيل الثاني . ثم ما مقدار هذه الأجزاء هل هي متساوية ام متفاوتة ، وكيف يمكن ذلك خصوصاً إذا ما وضعنا في اعتبارنا أننا نتعامل مع مسألة نفسية في غاية الدقة ، وهي الإرادة .

---

(١) مارتان دي لا موت ((التصرف القانوني بإرادة منفردة)) ، رسالة من تولوز سنة ١٩٥١ ، ص٤٨-٥١ . نقلاً عن د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٦٧ .

(٣) د. حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، ص١٢٤-١٢٥ . وبنفس المعنى د. توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٨٨ .

(٤) د. حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، ص١٢٤-١٢٥.

(٥) أنظر الصفحات (٣٧ – ٤١) من هذه الرسالة .

ثم ان هذا الرأي يجعل النائب نائباً في جزء من التصرف – وهو الجزء الذي يعبر فيه النائب عن إرادته – ورسولاً في الجزء الآخر– وهو الجزء الذي عبر فيه النائب عن إرادة الأصيل - ويترتب على ذلك ان التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه سينعقد جزء منه بالاصالة ، وهو الجزء الذي تم بإرادة الاصيلين ، وينعقد الجزء الآخر بالنيابة ، وهو الجزء الذي تم بإرادة النائب . وفي هذا الأخير فقط يكون النائب متعاقداً مع نفسه . ويترتب على هذه النتيجة اختلاف أحكام أجزاء التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه . (١)

٢-إن هذا الرأي ينطوي على خلط بين تصرفين مستقلين ، هما التصرف (عقد الوكالة) – أو الحكم القضائي أو النص القانوني - الذي كان مصدر نيابة النائب ، وتصرف النائب مع نفسه ، فإرادة الأصيل في عقد التوكيل هي غير الإرادة التي يبرم بها النائب التصرف مع نفسه ، فقد يمنح الأصيل النائب ، نيابة عامة كالوكالة العامة ، وبالتالي قد لا يكون الأصيل على المام بالتصرفات التي يجريها النائب نيابة عنه ، وبذلك لا تكون إرادته قد انصرفت اليها .

٣- ان هذا الرأي يعتبر تصرف النائب القانوني لنفسه ، مسؤولية قانونية ، وهذا لا يتفق مع طبيعة التصرفات التي يجريها النائب القانوني ، فهذه التصرفات هي تصرفات إرادية تتم بإرادة النائب القانوني ، التي أحلها القانون محل إرادة ناقص الأهلية أو عديمها . فمصدر نيابة النائب القانوني شيء والتصرفات القانونية التي يجريها النائب القانوني مع نفسه نيابة عمن هو تحت – ولايته او وصايته – مثلاً شيء آخر .

٤- إن الشخص لا يملك إلا إرادة واحدة ، ولا يستطيع التعبير عنها في التصرف القانوني الواحد إلا مرة واحدة ، وهو أما ان يعبر عن إرادته هو نيابة عن الأصيل فيكون نائباً . وأما ان يعبر عن إرادة غيره فيكون رسولاً .

وقريب من الرأي المتقدم يذهب رأي آخر في الفقه العربي ، الى أن تعاقد الشخص مع نفسه يتحلل الى تعبيرين مختلفين يصدران من نفس الشخص ، فثمة شخصان يتدخلان في تكوين العقد ولكنهما يعملان عن طريق شخص واحد هو النائب الذي تولى إبرام العقد مع نفسه – وهذا الشخص يكفي لإظهار التعبيرين الى الحيز الخارجي ، ثم ان آثار العقد ستنصرف في النهاية الى شخصين يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً . وعلى ذلك فليس هناك أي مانع فني أو نظري يمنع من اعتبار تصرف النائب مع نفسه عقداً حقيقياً . (٢)

ويلاحظ على هذا الرأي أنه يخلط بين وجود الإرادة ذاتها وبين التعبير عنها ، فالنائب عندما يتعاقد مع نفسه ، انما يبرم ذلك التصرف بتعبير واحد يصدر عن إرادته وذلك بإحلالها محل إرادتي أطراف التصرف . كما وان هذا الرأي يجافي مفهوم النيابة في التصرفات القانونية .

أما عن انصراف أثر التصرف الذي أبرمه الشخص مع نفسه الى شخصين بحيث يكون أحدهما دائناً والآخر مديناً إنما هو أثر لذلك التصرف ولا علاقة له بانعقاد التصرف ذاته .

ويذهب رأي آخر الى أن مقتضى التسليم بحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل ، فأن هذا يقتضي ان نسلم كذلك بإمكان حلول إرادة النائب محل إرادتي طرفي العقد في وقت واحد . ومؤدى هذا أن تكون هناك إرادتان متميزتان وان كانتا تصدران عن شخص واحد إلا أن هذا الشخص يعمل بصفتين مختلفتين ، فالنائب تصدر عنه إرادتان كل منهما مستقلة ومتميزة عن الأخرى ، وهذا هو منطق فكرة النيابة وبالتالي فان التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه عقداً حقيقياً يتم بتوافق إرادتين . (٣)

---

(١) أنظر صفحة (٣٨ – ٣٩) من هذه الرسالة .

(٢) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، بند ١٣٢ ، ص١٢٤ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨١ . د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٦٢ . د. محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٧٢ . د. أكرم ياملكي و د. فائق الشماع ، المصدر السابق ، ص٣٢.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، بند ١٢٥ ، ص١٥٥. ولنفس المؤلف نظرية العقد ، المصدر السابق ، بند ١١٩ ، ص٢٠٨ .د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص١٠٠ .

ونعتقد ان هذا الرأي لم يأت بجديد فهو يفترض ان النائب يعبر عن إرادتين (إرادتي الأصيلين) الذين أناباه في إبرام التصرف نيابة عنهما وذلك بحلول إرادته محل إرادتيهما ، وبالتالي كنا أمام إرادة واحدة وعندما يعبر النائب عنها يكون قد عبر عن إرادة واحدة (إرادته التي حلت محل إرادتي الطرفين).

ومن ناحية ثانية كيف سيكون الأمر إذا كان هذا النائب يتعاقد أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر ، لم يتطرق هذا الرأي الى هذا الفرض وان كان يريد قياس ما أبداه في الفرض السابق على هذه الصورة أيضاً، فأن مقتضى ذلك ان يعبر النائب عن إرادة الأصيل مرة وعن إرادته مرة أخرى . وفي هذا ما فيه من المآخذ التي سبق وان أشرنا لها .

فالنائب يعبر عن إرادته الشخصية ، ولكن بقصد أحداث أثرها في ذمتي الأصيلين ، او في ذمته وذمة الأصيل ، أي أن النائب يكون هو متولي العقد من ناحية تكوينه وكل ما يتعلق بالتعبير عن الإرادة ولكنه يتولاه لحساب الأصيلين او لحساب نفسه والأصيل .[1]

وبالنظر لعدم صمود أي من التبريرات المتقدمة لاعتبار التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه عقداً حقيقياً امام النقد العلمي فقد أتجه الفقه القانوني وجهه أخرى لتكييف هذا التصرف .

إلا أن ما أثير من انتقادات لا يقلل من قيمة الآراء العلمية والجهود الكبيرة التي بذلت في سبيل إنضاجها وطرحها ، وما أسهمت به هذه الآراء – على الرغم من عدم اعتمادها – من القاء الضوء على جانب مهم من جوانب هذا التصرف القانوني حتى يتيسر بحث الجوانب الأخرى هذا من جهة . وإجلاء مفهوم التصرف وتحديده على وجه يكاد لا يلتبس به غيره من جهة أخرى .

الفرع الثاني

نظرية الإرادة المنفردة

ذهب فريق آخر من الفقهاء الى أن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه لا يمكن اعتباره عقداً بل هو تصرف قانوني بإرادة منفردة وحجتهم في ذلك ان القواعد العامة في النيابة تقضي بأن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد سواء كان النائب أحدهما ، او كان نائباً عن كليهما يضعنا من الناحية القانونية والواقعية أمام إرادة واحدة هي إرادة النائب . والعقد كما نعلم لا يتم إلا بتوافق إرادتين أي ارتباط الإيجاب بالقبول على نحو ينتج أثره في المعقود عليه وهذا يقودنا الى القول ان الشخص الذي اجتمعت فيه الصفتان لا يستطيع ان يجري تعاقداً وانما إرادته المنفردة هي التي تنتج الأثر القانوني المترتب عن العقد . فحقيقة الواقع تتنافى مع القول بتعدد الإرادة حيث لا يوجد في حالات التعاقد مع النفس إلا إرادة واحدة هي التي تنشئ آثار التصرف في ذمتي الطرفين .[2]

وأول من نادى بهذا الرأي الفقيه الالماني ديموغ روملين وتبعه فريق من الفقهاء الفرنسيين وفي مقدمتهم العلامة سالي .[3]

---

(١) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ط٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٢٦٦ .

(٢) د. السنهوري، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢١٦ هامش رقم (١) .د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٦١ . د. عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية ، ج١، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، في العقد ، القسم الاول ، التراضي ، الشركة الجديدة للطباعة ، ط١، عمان ، ١٩٩٣ ، ص٢٣٧ . د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢٣٤.

فما دام النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فأن الذي يجمع طرفي العقد في شخصه ، سواء كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر، أو كان نائباً عن الطرفين ، إنما يجري (العقد) التصرف بإرادته هو وحده وقد حلت محل الإرادتين معاً .[١]

فالقول بالعقد الحقيقي ، او تعدد الإرادة في تعاقد النائب مع نفسه إنما هو إنكار لحقيقة سافرة هي أنه ليس هناك في الواقع من إرادة سوى إرادة النائب . ولذلك فأن تعاقد النائب مع نفسه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة منتجة لآثار العقد ، او بمعنى آخر ، ان هذا التعاقد انما يتم بإرادة النائب المنفردة التي يرتب عليها القانون أثراً ينبسط على أطراف التصرف (العقد) وهذا ما يتفق تماماً وفكرة النيابة . فالعقد يتطلب توافق إرادتين ، ولا توجد في حالة تصرف النائب مع نفسه سوى إرادة واحدة , وعليه فما يبرمه النائب من تصرف هو تصرف قانوني من جانب واحد .[٢] إذ لا مانع من ان إرادة واحدة تحدث أثرها في ذمتين ، فتنشئ الالتزام في ذمة النائب وذمة الأصيل او في ذمة الاصيلين .[٣]

ولا يغير من هذه الحقيقة شيئاً اعتبار تصرف النائب مع نفسه في حالة ما إذا كان مصدر النيابة الاتفاق ، فينعقد التصرف موقوفاً على إجازة الأصيل ، ما لم يأذن الأخير للنائب بالتعاقد مع نفسه ، واعتبار هذا الإقرار من قبل الأصيل كمن يعقد مع الغير عقداً جديداً وذلك باعتبار أن تصرف النائب مع نفسه قبل الاقرار ليس تصرفاً مكتملاً وانه لا يكتمل إلا بقبول الأصيل في الإقرار .[٤]

إلا أن بُعد هذا الرأي عن الحقيقة جعله لم يصمد امام النقد العلمي فأطرح هذا الرأي جانباً واستقر الرأي على ان الاقرار لا يكون عقداً جديداً بين الأصيل والنائب الذي أبرم العقد مع نفسه او الأصيل الثاني وانما هو تصديق على عقد موجود فعلاً وهو تصديق يسد الثغرة التي كانت ناشئة عن تجاوز حدود النيابة وبذلك ينفذ تصرف النائب مع نفسه بأثر رجعي فتنصرف آثار العقد الى الأصيل من وقت إبرام النائب التصرف مع نفسه .[٥]

كما وان الإرادة القانونية أي التي يرتب عليها القانون أثراً ، يجب ان تكون ظاهرة الى العالم الخارجي ، ولكن هذا لا يتحقق في حالة تعاقد الشخص مع نفسه .[٦]

ومن أجل تلافي هذا النقد ذهب بعض الكتاب الى القول بأن التعاقد مع النفس ، يقوم على إرادة منفردة ذات أثر تعاقدي ، فالنائب عندما ينوب عن أطراف العقد فأنه يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وهذا يعني ان التعاقد مع النفس يقوم على إرادة منفردة يرتب القانون عليها أثراً قانونياً هو أن ينتج العمل القانوني تجاه أطراف العقد ويتفق هذا الرأي تماماً مع فكرة النيابة .[٧]

فالعقد يقتضي وجوده ان يوجد طرفان يصدر كل منهما تعبيراً خاصاً به عن إرادته هو ، وهذا غير متحقق في حالة التعاقد مع النفس ، حيث لا يوجد إلا شخص واحد يصدر عنه التعبير عن الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني ، ولهذا قيل ان العقد مع النفس هو تصرف من جانب واحد .[٨]

---

(١) د. السنهوري، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٧٩.

(٣) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١٢٤.

(٧) د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢٣٣ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٦١ .

(٨) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٠ . د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند١١٣ ، ص١٦١ . د. محمد شريف أحمد ، المصدر السابق ، ص٦٦ .

وإذا ما أبرم النائب عقداً مع نفسه نيابة عن طرفيه فهو انما يعبر عن إرادته المستقلة المنفردة وينصرف أثر هذا التصرف الى كل من ذمتي الطرفين ، ففي صورة تعاقد النائب مع نفسه تنتج إرادته أثارها في ذمته – الأمر الذي يملكه أصلاً – كما تنتج أثارها في ذمة الأصيل التي هو مسلط عليها بحكم نيابته ، وفي صورة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره تنتج إرادته اثاراً قانونية في ذمتي الطرفين بحكم نيابته عنهما معاً. (١)

وهناك من يرى ان تعاقد الشخص مع نفسه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة ذات الأثر القانوني ، فالنائب عندما يتصرف بالنيابة عن كل من طرفي المعاملة فهو إنما يعبر عن إرادته المستقلة التي تحل محل إرادة كل منهما ، وعندما يتصرف بالنيابة عن طرف من جهة وبالأصالة عن نفسه من الجهة الاخرى ، فهو انما يعبر عن إرادته المستقلة التي حلت محل إرادة الطرف الآخر بطريق النيابة وعن هذه الإرادة الخاصة به بالاصالة عن نفسه . واذا ما ابرم ذلك التصرف بهذه الإرادة وحدها فالآثار تنبسط كما لو كان هذا التصرف عقداً ، على طرفين بحكم القانون ، فالقانون هو الذي يجعل لهذه الإرادة أثر تعاقدياً ، اما القول بأن التعاقد مع النفس هو عقد فهو قول مردود يكذبه الواقع فالعقد لا يقوم إلابتوافق إرادتين ، وليس هناك في الواقع سوى إرادة واحدة هي إرادة النائب . (٢)

ومع كل هذه التبريرات لنظرية الإرادة المنفردة وما يعززها من واقع حال هذا التصرف ، إلا أنها لم تسلم من النقد فقد انتقدت من أكثر من جانب .

فقد قيل ان نظرية الإرادة المنفردة لا تصدق في حالات النيابة الاتفاقية التي تشترك فيها إرادة الأصيل مع إرادة النائب في إبرام التصرف القانوني ، إذ في هذه الحالات يبدو واضحاً ازدواج الإرادة في التصرف . (٣)

وقد سبق أن انتهينا الى أن إرادة الأصيل لا تشترك مع إرادة النائب في إبرام التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه في حالات النيابة الاتفاقية من خلال ما يصدره الأصيل للنائب من تعليمات ذلك ان هذه التعليمات يقتصر أثرها على العلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب . (٤)

ومن ناحية ثانية قيل ان الإرادة المنفردة لا تعد مصدراً عاماً للالتزام لأن الأصل في الإرادة المنفردة – حسب رأيهم – لا تكون قادرة على إنشاء أي التزام . فالتسليم ان بامكان المدين ان يلتزم بإرادته المنفردة لا يستتبع ضرورة التسليم بان في امكان الإرادة المنفردة ان تنشئ التزامات متقابلة في ذمتي طرفين بحيث تصبح احدى الذمتين دائنة والاخرى مدينة إذ لا جامع يجمع بين القول بجواز التزام المدين بإرادته المنفردة وبين تعاقد الشخص مع نفسه في الاحوال التي لا بد فيها من إرادة مشتركة . (٥)

ويمكن ان يرد على هذا الاعتراض ان الإرادة المنفردة وان لم تكن مصدراً عاماً للالتزام إلا انها تكون كذلك إذا ما وجد نص قانوني يعتبرها مصدراً للالتزام . (٦) **وحيث ان القانون نص على إلزام الشخص بإرادة غيره إذا ما أراد هو (الأصيل) ذلك كما في حالة النيابة الارادية او نص القانون على ذلك كما في حالة النيابة القانونية او القضائية .** (٧)

---

(١) د. سليمان مرقس ، الوافي ، المصدر السابق ، ص٢٦٦ . د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص٦٠ . د. محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص١٣٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٥٥ . د. وحيد رضا سوار ، المصدر السابق ، ص٢١٢ . د. د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٢١٨ .

(٣) د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١٢٤ . د. حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، ص١٢٤-١٢٥ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٢٠٨ .

(٤) أنظر الصفحات (٣٨ – ٤٠) من هذه الرسالة .

(٥) د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٢٣٤. د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص٦٧.

(٦) أنظر نص م/ ١٨٤ من القانون المدني العراقي .

(٧) أنظر نصوص المواد م/١٠٥ مدني مصري ، م/١٠٥ مدني ليبي ، م/١٠٦ مدني سوري ، م/٩٤٢ ، م/١٠٣ مدني عراقي ، م/١١٢ ، ، م/١ ، م/٤ من قانون الولاية على المال المصري .

فالأصيل في حالة تعاقد النائب مع نفسه يلتزم بمقتضى إرادته – إذا كان مصدر نيابة النائب اتفاقية (ارادية) – التي خول بها النائب التصرف ، وانصراف أثر هذا التصرف اليه وليس أدل على ذلك ان القانون أوقف تصرف النائب مع نفسه على إجازة الأصيل .

ويلزم الأصيل بتصرف نائبه مع نفسه بحكم القانون إذا كان مصدر نيابة النائب القانون او القضاء ، حيث قرر إنابة النائب عن ناقص الأهلية او معدومها مع انصراف اثر التصرف الى الأصيل ، ودليل ذلك ان ليس للنائب القانوني ان يبرم تصرفاً مع نفسه – نيابة عن محجوره – الا في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك . (١)

أما الفقهاء المسلمين فلم يبحثوا الطبيعة القانونية للتصرف الشرعي الذي يبرمه النائب مع نفسه ، وذلك لأنهم لم يهتموا بالتنظير ، وركزوا اهتمامهم على المسائل العملية . ذلك ان الفقه الإسلامى إنما تمشى مع صناعته المألوفة لا يصوغ نظريات عامة بل يورد من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل استخلاص هذه النظرية ، وباستقراء هذه التطبيقات يمكن استخلاص موقفهم من الطبيعة القانونية للتصرف الشرعي – القانوني – الذي يتولى النائب إبرامه مع نفسه . ويمكن القول ان الفقهاء المسلمين قد انقسموا الى فريقين فيما يتعلق بتكييف تعاقد الشخص مع نفسه .

أولاً : ذهب الامامية (٢) **والمالكية** (٣) **والحنابلة** (٤) **وابن الرفعة من الشافعية** (٥) **الى اعتبار تصرف النائب مع نفسه عقداً ، وان كان استثناء من العقود التي تتطلب طرفين – عاقدين – وهؤلاء هم الذين أجازوا تعاقد الشخص مع نفسه . حيث أجازوا للوكيل ان يبيع مال موكله من نفسه فيتولى وحده طرفي العقد بأن يكون موجباً وقابلاً في الوقت ذاته ، واكتفوا بالمغايرة الاعتبارية بين الموجب والقابل .** (٦)

فقد جاء في الروضة البهية للجبعي العاملي ((... يجوز للوكيل تولي طرفي العقد بأذن الموكل ، لانتفاء المانع حينئذٍ، و مغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار ...) . (٧)

ثانياً : في حين ان الفريق الآخر من الفقهاء المسلمين وهم الحنفية والشافعية فقد أشكل عليهم هذا التصرف ، فيما إذا كان عقداً ولا يوجد في هذا التصرف سوى طرف واحد – عاقد واحد – وهم يوجبون ان يكون في العقد طرفين حتى يعدَّ عقداً - يتولى التصرف بعبارته المنفردة . وفيما إذا كان تصرفاً بإرادة منفردة (إيقاع) وهو يبسط أثره على طرفين – الأصيل والنائب او الاصيلين الذين انابا النائب – لذلك رأوا ان هذا التصرف غير جائز حتى وان أجازه الأصيل . فقد ورد في المبسوط للسرخسي وهو من فقهاء الحنفية ((... لو باع الوكيل بالبيع من نفسه او من أبن له صغير لم يجز البيع وان صرح الموكل بذلك لأن الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام ...) (٨)

---

(١) م/ ١٤ من قانون الولاية على المال المصري ، م/٥٨٨ ، م/١٠٣ من القانون المدني العراقي ، م/٣٠ من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(٢) السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص٣٤٠ ، مسألة ٥٢ . اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، استفتاء ، حيث أجاب ما نصه ((قد رفضنا ان يكون ايقاعاً وان الموازين العلمية ترفض ذلك وان تعريفات البيع والاجارة والنكاح الكاشفة عن واقع حال هذه المعاملة تقتضي كونها عقوداً نعم يستفاد من بعض التعريفات ان المعرف فيها هو نفس ما يصدر عن الموجب فقط وان اعتراف الكل ان الاثر المطلوب انما يترتب عليه بضميمة القبول فالمعاملة بجزئيها الايجاب والقبول عقد عند المحققين على كل تقدير والله العالم ..))

(٣) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣٧٨.

(٤) ابن رجب ، القواعد في الفقه الاسلامي ، المصدر السابق ، قاعدة ٧٠، ص١٢٨ .

(٥) الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣١٨ .

(٦) زين الدين الجبعي العاملي ، مسالك الأفهام ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٢٦٩. الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة ، ج١٨ ، ، المصدر السابق ، ص٤٠٣ .

(٧) زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٣٨٤ . (وهو من فقهاء الامامية).).

(٨) شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج١٩ ، كتاب الوكالة ، ط ٢ ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ص٣٢-٣٣ .

وكذلك الحال بالنسبة للشافعية فذهبوا الى عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد ، فالعقد عندهم يحتاج الى إيجاب وقبول أي موجب وقابل وهذا غير موجود في تولي شخص واحد طرفي العقد . وهذا ما ذهب اليه الحنابلة والزيدية في رواية . [1]

ونعتقد ان التحليل العلمي للتصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه يحتم علينا القول ان هذا التصرف يتم بإرادة النائب المنفردة ، وذلك لأننا لا نجد في هذا التصرف إلا إرادة واحدة هي إرادة النائب ، وهو عندما يقرر التعاقد مع نفسه – بشراء مال الأصيل لنفسه او لأصيل آخر أنابه بالشراء – مثلاً- لا يعبر مرة عن إرادة نفسه وأخرى عن إرادة الأصيل الذي انابه . أو مرة عن إرادة هذا الأصيل وأخرى عن إرادة الأصيل الثاني وإنما يتم هذا التصرف بتعبير واحد عن إرادته (الواحدة طبعاً) وهذه الإرادة المنفردة – إرادة النائب تنتج آثارها في ذمتي الطرفين – الأصيل والنائب أو الأصيلين بحكم القانون الذي أجاز للشخص ان يلزم نفسه بإرادته المنفردة أو بإرادة غيره إذا ما أراد هو – الأصيل – طالما أنه قد أراد ذلك، فهو يقدم عنصراً إراديا يكون بموجبه متعاقداً ذلك إذا كان مصدر نيابة النائب إرادية – اتفاقية – أو نص القانون على ذلك، بان قضى بسريان أثر تصرف النائب في حق الأصيل – ناقص الأهلية أو عديمها – إذا كان مصدر نيابة النائب نيابة قانونية أو قضائية .

---

(١) الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣١٨ .. الحافظ بن رجب ، القواعد في الفقه الاسلامي ، ج٥ ، المصدر السابق ، القاعدة ٧٠ ، ص١٢٨ . أحمد بن يحيى المرتضى ، (٨٤٠هـ) ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، ج٥ ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م .ص ٦٠ .

الفصل الثاني

أركان وشروط تعاقد الشخص مع نفسه

تمهيد وتقسيم :

ان انعقاد التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه يتطلب توافر أركان العقد من رضا ومحل سبب .ومن جهة أخرى فأن الشخص حتى يتمكن من إبرام تصرف قانوني مع نفسه ، لابد أن يكون – في الغالب – نائباً عن أحد أو كلا طرفي التصرف القانوني ، وهذا يستدعي منا بحث الأركان والشروط التي بتوافرها ينعقد تصرف الشخص مع نفسه صحيحاً منتجاً لآثاره . وبما يتلاءم مع خصوصية هذا التصرف المتمثلة في وحدة العاقد ، تاركين ما عداه إلى مضانه في النظرية العامة للالتزام .

عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في أولهما أركان التصرف القانوني ونخصص ثانيهما لتوظيف الشروط المتعلقة بالنيابة .

المبحث الأول

أركان تعاقد الشخص مع نفسه

ان الإرادة ، كما هو معلوم ، هي قوام التصرفات القانونية ، وهذه الإرادة تتمثل في الرضا ، ويجب ان تتجه إلى غاية مشروعة ، وان تنصب على محل قابل لحكمها . وقد يشترط القانون شكلاً معيناً لانعقاد التصرف القانوني لا يتم التصرف بدون استيفائه.ولغرض الوقوف على أركان تعاقد الشخص مع نفسه ،سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ،نخصص الأول لأحادية الرضا ، ونفرد الثاني لازدواج المضمون .

المطلب الأول

أُحادية الرضا

على الرغم من ان الرضا هو ركن التصرف الأساسي ، إلا أنه حتى ينتج أثره يجب أن يكون صحيحاً بان يكون خالياً من العيوب وصادراً من أهله . عليه سنبحث وجود الرضا في فرع أول ، وصحة الرضا في فرعٍ ثانٍ .

الفرع الأول

وجود الرضا

ان التصرف القانوني عقداً كان ام إرادة منفردة ، إنما يقوم على الرضا ،وحتى يتوافر الرضا لابد من وجود إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وان يعبر عنها في العالم الخارجي .[١]

وبما ان التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه يتميز بطبيعة خاصة تتمثل في انه تصرف أحادي من حيث الانعقاد ، وتصرف ثنائي من حيث الأثر ذلك ان الذي يتولى إبرام هذا التصرف هو شخص واحد ، إلا أن هذا التصرف يمتد بأثره إلى شخصين او أكثر ، وذلك لتمتع مبرم التصرف بصفة النيابة عن أحد أو كلا أطراف التصرف القانوني .

وإذا كان رضا شخص واحد يكفي لإبرام هذا التصرف القانوني ، فالسؤال الذي يفرض نفسه هنا هو رضا من يكفي لانعقاد هذا التصرف ، رضاء الأصيل أم رضاء النائب ؟

وبما ان النائب بإبرامه التصرف القانوني مع نفسه نيابة عن الأصيل او الأصيلين ، أنما يحل إرادته محل إرادة الأصيل ، أو الأصيلين ، فلا شك أن رضا الأصيل أو نص القانون ينحصر في تخويل النائب مكنة إبرام التصرفات القانونية نيابة عنه ، وقد يكون هذا الرضا سابق على إبرام النائب للتصرف القانوني مع نفسه ، كمن ينيب عنه نائباً ويفوضه إبرام التصرف المناب فيه مع نفسه .[٢]

وقد يكون رضا الأصيل لاحقاً للتصرف الذي أبرمه النائب مع نفسه ، كما إذا تصرف شخص بغير تفويض أصلاً او تجاوز حدود التفويض الممنوح له،ومن ثم أقر الأصيل هذا التصرف فيما بعد ، ذلك ان الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.[٣]

وبما ان رضاء الأصيل في الأعم الأغلب لاينصب على ذات التصرف الذي يجريه النائب مع نفسه ، ذلك ان الأصيل إنما يفوض النائب ويترك له سلطة تقدير إبرام التصرف من عدمه ، فيحل رضا النائب محل رضا الأصيل ويقوم مقامه ، فضلاً عن أن الأصيل قد يكون قاصراً مميزاً ، او حتى عديم التمييز ، كما في بعض أحوال النيابة القانونية . [٤]

نخلص إلى ان رضا النائب الذي تولى إبرام التصرف القانوني مع نفسه ، هو الرضا المتطلب لانعقاد ذلك التصرف .وهذا ما أيدته التشريعات المدنية إذ نصت الفقرة الأولى من م / ١٠٤ من القانون المدني المصري ((١. إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، او في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، او افتراض العلم بها حتماً)).[٥]

ويمكن استخلاص النتيجة المتقدمة من نص الفقرة الأولى من م / ٥٨٨ من القانون المدني العراقي التي نصت ((١. يجوز للأب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله وله ان يشتري مال ولده لنفسه ....)) .

وقد يقال ان تصرف النائب لنفسه يكون موقوف على إجازة الأصيل، وبالتالي لابد من رضا الأصيل، ونجيب على ذلك ان التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه يكون موقوف في الأحوال التي لا تخوله نيابته إبرام مثل هذا التصرف ابتداءً ، اما في الأحوال التي تخول النيابة النائب إبرام مثل هذا

---

(١) د.السنهوري ، الوسيط : ج١ ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .د.جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ،ص٤٧ . د.توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ،ص٧٧.

(٢) د.محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص١٢٧ . د. عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٨٤. د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٤٣ . د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص١٢٩ .

(٣) أنظر نص م / ٩٢٨ من القانون المدني العراقي .

(٤) د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٢١ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ .

(٥) يقابلها في القوانين العربية م / ١١١ / ١ مدني أردني ، م / ١٠٤ / ١ مدني ليبي ، م / ١٠٥ / ١ مدني سوري ، م / ٨٩ مدني سوداني ، م / ٥٦ / ١ مدني كويتي ، م / ٧٣ / ١ مدني جزائري .

التصرف القانوني فأن تعاقد النائب مع نفسه يكون صحيحاً ونافذاً في حق الأصيل دون حاجة إلى إجازة ، علاوة على ان التصرف القانوني الموقوف هو تصرف تام ولكنه غير نافذ .[١]

أما الفقهاء المسلمين فنصوصهم واضحة جلية في ان النائب هو الذي يتولى إبرام التصرف القانوني بعبارته ، و ان رضاه يكفي لانعقاد التصرف، فقد ورد في فقه الإمامية ((ان الولي والوكيل والنائب انما يكشف عن إرادته ، ولذلك يعتبر قصد الإنشاء منه ، ولكن عمله ينسب إلى المولى عليه والموكل والمنوب عنه)) .[٢]

وورد في فقه الحنفية ((الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقد كلامه القائم بذاته ....)).[٣]وجاء في فقه الشافعية ((الوكيل لأنه العاقد دون الموكل ...)) .[٤]

فهذه النصوص تبين ان النائب انما يبرم التصرف مع نفسه بإرادته هو في الفقه الإسلامي ، فهو العاقد ، ورضاه هو المعول عليه ، وهذا ما دفع بعض الفقهاء المسلمين إلى عدم إجازة تولي شخص واحد طرفي العقد ، على ما سنرى .

فقوام تعاقد الشخص مع نفسه وأساسه هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني مع نفسه . فالذي يبرم التصرف هنا هو النائب وليس الأصيل، وإرادة النائب هي التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المترتب عن التصرف وهي التي ترتبه وحدها دون اشتراك إرادة أخرى . إلا انها قد تنشيء هذا الأثر في ذمة صاحبها وذمة شخص آخر (الأصيل) ، او في ذمتي شخصين آخرين (الأصيلين) ليس صاحب الإرادة من بينهما .

والرضا انما يقوم على الإرادة ، والإرادة نشاط نفسي أو حالة نفسية يعبر عنها صاحبها فتنتج عنها آثار قانونية ، وإذا لم توجد الإرادة لأي سبب من الأسباب لا يمكن ان يتوافر الرضا وبالتالي لا ينعقد التصرف .[٥]

عليه لابد لوجود الرضا من وجود إرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني ، هو إلزام النائب والأصيل أو الأصيلين الزاماً قانونياً وان يعبر عنها في العالم الخارجي .لذلك لا عبرة بالإرادة الصادرة من النائب دون ان تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، كما في المجاملات الاجتماعية ، وكإرادة الهازل ، والإرادة الصورية والإرادة المعلقة على محض مشيئة صاحبها .[٦]

ولا يشترط ان يصدر الرضا من المتصرف ذاته بل قد يصدر من نائب عنه .[٧] وعلى هذا أمكن تصور قيام رضا شخص وحلوله محل رضا شخص آخر ، ومن ثم قد ينوب رضا شخص عن نفسه تارة ، وعن العاقد الآخر تارة أخرى في ذات التصرف القانوني ، أو ان ينوب رضا شخص واحد عن رضا كلا طرفي التصرف . وبالتالي فان رضا شخص واحد امكن ان يقوم مقام رضا شخصين – طرفي التصرف – في ذات التصرف القانوني ، وهذا ما يمكن ان نصطلح عليه أحادية الرضا .

وحيث ان تعاقد الشخص مع نفسه هو تصرف احادي من حيث الانعقاد يجب ان تتوافر فيه خصائص هذا النوع من التصرفات القانونية من هذه الناحية ، وتصرف ثنائي من حيث الأثر عليه يجب ان تتوافر فيه شروط وخصائص هذا التصرف القانوني من هذه الناحية . ذلك ان آثار هذا التصرف تمس ذمتين مستقلتين ، فتسري عليه القواعد التي تسري على العقود سواء كانت ملزمة لجانب واحد او ملزمة للجانبين بحسب التصرف الذي أبرمه النائب مع نفسه .

---

(١) د . سليمان مرقس ، الالتزامات ، المصدر السابق ، ص٩٩ . د . رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص٧٣ . د . شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد ، المصدر السابق ، ص٨٧ . د . ماجد الحلواني ، المصدر السابق ، ص٨٣ .

(٢) أية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، استفتاء ، جواب السؤال رقم (٧) . وانظر أيضا آية الله العظمى السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٣٤٤ ، مسألة ١٢٧٦ .

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٣٣- ٣٤ .

(٤)ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣٣٤ – ٣٣٥ .

(٥) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ١٨٦ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٥٦ .

(٦) د. انور سلطان ، المصدر السابق ، ص٨٢ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .

(٧) د أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، بند ٢١ . د . عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٩٧ . د .صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص٣٣ .

وبالنظر لوحدة العاقد في تعاقد الشخص مع نفسه ، فان تعبير النائب عن إرادته ينتج أثره بمجرد صدوره ، بل قد ينتج أثره بمجرد عزم النائب القاطع على إبرام العقد مع نفسه وصدور ما يدل عليه . (١)

واستناداً لمبدأ الرضائية الذي يسود في التصرفات القانونية يمكن ان يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وذلك اذا كان المظهر الذي اتخذه مظهراً موضوعاً في ذاته للكشف عن الإرادة بحسب المألوف بين الناس .(٢) وقد يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً اذا كانت الوسيلة التي ظهرت بها ، وسيلة لم توضع أصلاً للكشف عن الإرادة ، فهي لا تدل بذاتها على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها في هذا المعنى .(٣) كل ذلك ما لم ينص القانون او ان يوجب الأصيل او او الأصيلين على النائب خلاف ذلك .(٤)

واذا ما كان التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، يشترط القانون ان يكون التعبير عن الإرادة فيه صريحاً وجب في هذه الحالة ان يكون الطريق الذي يتخذه النائب للتعبير عن إرادته في حالة تعاقده مع نفسه صريحاً حتى ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني .(٥)

وحيث ان التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ، يتولى إبرامه شخص واحد ، غني عن البيان ان هذا التصرف يُعد بين حاضرين من حيث مكان انعقاد التصرف وزمانه ، ويُعد الزمان والمكان الذين يفصح فيهما النائب عن تعاقده مع نفسه هما زمان ومكان انعقاد هذا التصرف .(٦)

وقد يفرض القانون شكلاً معيناً لانعقاد التصرف القانوني كما في بيع العقار (٧) والسيارات والمكائن في العراق .(٨)

أذ يتعين على النائب في مثل هذه الأحوال استيفاء الشكل الذي يفرضه القانون لانعقاد التصرف حتى يقع تصرفه صحيحاً . فإذا أناب (أ) (ب) لبيع سيارته او قطعة ارض تعود له وقام (ب) ببيع السيارة او قطعة الارض إلى (ج) الذي كان قد اناب نفس النائب (ب) في الشراء ، وجب في هذا المثال استيفاء الشكل الذي يفرضه القانون في هذه التصرفات . وذلك بتسجيل بيع السيارة لدى دائرة المرور المختصة وتسجيل بيع قطعة الارض لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة ، حتى ينعقد التصرف القانوني .(٩)

---

(١) د. عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٥٣ – ٥٤ . د . منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص٧٦ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص٨٢ .

(٢) د. السنهوري ، نظرية العقد ، ج١ ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٣٤ ، ص١٥١ . د . محي الدين اسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٢١ .

(٣) د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٨٢ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٨٣ .

(٤) د. انور سلطان ، المصدر السابق ، ص٣٣ . د . جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص٢٠١ .

(٥) د. عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٥٧ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص٨٦ .

(٦) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٧١ . د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١٢٠ . . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٤٥ .

(٧) انظر نصوص المواد ٩٠ / ١ و ٥٠٨ و ١١٢٦ / ١ من القانون المدني العراقي .

(٨) انظر نص الفقرة ٥ من م / ٥ من قانون المرور المعدل النافذ رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ . ونص م / ٢ من قانون تسجيل المكائن المرقم المرقم ٥٦ لسنة ١٩٥٢ ونص م / ٣٠ من قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٨ . ويجدر بالإشارة في هذا الصدد انه قد صدر قرار لمجلس قيادة الثورة المنحل برقم ٣ في ١٢ / ١ / ٢٠٠٣ منشور في الوقائع العراقية عدد ٣٩٦٧ حيث قضت الفقرة ثانيا منه بإجازة نقل ملكية المركبة بموجب الوكالة العامة او الخاصة .

(٩) ويتعين على النائب ان يرفق الأذن الصادر من القضاء باتمام هذا التعاقد إذا كان القانون يوجب على النائب الحصول على هذا الأذن ليتمكن من إبرام التصرف القانوني مع نفسه . انظر في ذلك د . محمد شوقي بك ، الشهر العقاري علماً وعملاً ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٥١ ، ص ٢١٩ . د . سعيد عبدالكريم مبارك ، موجز أحكام قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١٠١ .

الفرع الثاني

صحة الرضا

ان التصرف القانوني هو إرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني . والإرادة تستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً ، ولذا يشترط المشرع فيمن تصدر عنه ان يكون متمتعاً بقدر معين من القوى الذهنية ، وهذه القوى ، لا تتوافر إلا اذا بلغ الشخص سناً معينة وكان سليماً من سائر الآفات العقلية ، غير انه حتى مع توافر هذا الشرط قد تصادف الإرادة ظروفاً تحد من حريتها وسلامتها او قد تؤثر فيها على نحو يرتب عليه القانون أثراً . وتتمثل الطائفة الأولى من الظروف في الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال , وتتمثل الطائفة الثانية بحسن النية وسوئها والعلم والجهل بأمور معينة متصلة بالتعاقد . وهذا يحتم علينا بحث كلاً من الأمور المتقدمة في فقرة مستقلة بقدر تعلقها بموضوع البحث .

اولاً : الأهلية .

الأهلية في اللغة هي الصلاحية في الأمر .[١] ويقسمها فقهاء القانون إلى أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص بأن تكون له حقوق وعليه التزامات . وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً .[٢]

وتثبت أهلية الوجوب للشخص وهو جنين في بطن امه – وان كانت ناقصة – وتستمر بعد وفاته لحين تصفية تركته.[٣] أما أهلية الأداء فهي تدور مع التمييز وجوداً او عدماً وكمالاً ونقصاناً . وقد يتمتع الشخص بكلتا الأهليتين أو بأهلية الوجوب دون أهلية الأداء .[٤]

ولكاملوا الأهلية القيام بجميع التصرفات القانونية ، وناقصي الأهلية يحدد القانون ما يمكنهم القيام به من التصرفات القانونية فيمنعهم من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ويوقف الدائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي او الوصي – وتكون قابلة للإبطال[٥]، او موقوفة لمصلحتهم – اما عديموا الأهلية فليست لهم صلاحية القيام بأي تصرف قانوني حتى لو كان نافعاً نفعاً محضاً .[٦]

ويهدف المشرع في منعه عديمي الأهلية وناقصيها من القيام بالتصرفات القانونية – كلها او بعضها – إلى حمايتهم ، ذلك لعدم تمكنهم من تدبير أمورهم وحماية مصالحهم ، ويغلب ان يلحق بهم الضرر في حالة تصرفهم بمفردهم .[٧]

وبما اننا امام تصرف قانوني يتولى إبرامه شخص واحد وينتج أثره في ذمتي شخصين قد يكون مبرمه أحدهما ، وقد لا يكون كذلك ، فما هي الأهلية الواجب توافرها فيمن تولى إبرام التصرف . وماهي الأهلية الواجب توافرها فيمن ينتج التصرف أثره في ذمته ؟

يميز فقهاء القانون المدني في هذا الصدد بين التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه وكانت نيابته قانونية ، والتصرف الذي يبرمه مع نفسه وكانت نيابته إرادية (اتفاقية) .ففي النوع

---

(١) جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، دار الفكر العربي ، المجلد الثالث عشر ، ص٢ ، مادة (هل) .

(٢) د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ – ١٦٤. د . منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ .

(٣) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٢٨٤ . د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ .

(٤) د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ . د. عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ٦٦ . د. عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ .

(٥) ويكون التصرف قابلاً للابطال في الانظمة القانونية المقارنة . إذ لا يوجد في العراق إلا نوع واحد من البطلان ، وهو البطلان المطلق . المطلق .

(٦) د. عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٣٧ . د . جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص ٤٠ . وانظر ايضاً نص م / ٩٦ من من القانون المدني العراقي .

(٧) د . حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، بند ٨٣ .

الأول غالباً ما يكون الأصيل ناقص الأهلية او عديمها ، ويشترط القانون ان يكون النائب كامل الأهلية ، كما لو كان يبرم التصرف أصالة عن نفسه ، ذلك ان النيابة تقررت هنا لرعاية مصالح الأصيل .[١]

ولم تجز التشريعات للنائب في هذا الضرب من النيابة ان يباشر التصرف القانوني إلا إذا كان أهلاً لمباشرة هذا التصرف في ماله .[٢]

اما إذا كانت نيابة النائب إرادية ، فلا بد من توافر الأهلية لدى الأصيل، اما النائب فكل ما يشترط فيه هو ان يكون قادر على التعبير عن إرادة خاصة به ، فيمكن ان يكون النائب قاصراً بشرط ان يكون مميزاً ويمكن ان يكون محجوراً عليه .[٣]

وبرر جانب من الفقه جواز إنابة الصبي المميز ، بأن القانون يريد حماية القصر فيما يخص التصرفات القانونية التي يجرونها لحساب انفسهم ، ولكن ليس هناك ما يستدعي ان يحمي القانون الأشخاص كاملي الأهلية الذين يرتضون ان يوكلوا شؤونهم إلى القصر .[٤]

ونعتقد ان الحماية القانونية لا تقتصر على ناقصي الأهلية وانما تشمل كل فئات المجتمع لان المشرع بفرضه الحماية انما ينطلق من اهداف اجتماعية تتمثل في تحقيق العدالة واستقرار المعاملات ، وليس ادل على ذلك من ان المشرع يحمي المتعاقد البالغ الراشد عندما يقع في غلط مؤثر ، او عندما تستغل حاجته او طيشه او هواه او ان يتعرض إلى تغرير (تدليس) ينشأ عنه غبن فاحش ، عليه نعتقد ان هذا التبرير محل نظر .

ويذهب الجانب الأكبر من الفقه إلى تبرير جواز إنابة الصبي المميز باعتبار ان التصرف القانوني الذي يعقده النائب الاتفاقي مع نفسه نيابة عن طرفيه انما ينتج اثره في شخصيّ الأصيلين لا في شخص النائب .[٥]

ويمكن القول ان هذا التبرير محل نظر ذلك ان اثار التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه – حقوقاً والتزامات – تنصرف إلى ذمة الأصيل مباشرة سواء كانت نيابة النائب اتفاقية ام قانونية ، إذ غالباً ما يكون الأصيل في النوع الأخير ناقص الأهلية اوعديمها .

وذهب رأي آخر في الفقه إلى تبرير جواز تولي الصبي المميز إبرام التصرف مع نفسه لغيره ، بان كمال الأهلية مطلوب توفره عند الشخص حيثما أجرى تصرفاً لحسابه هو ، اما النائب فيلزم ان تكون لديه القدرة على التعبير عن إرادة مستقلة ويلزم لهذا ان يتوفر عنده التمييز كحد ادنى ذلك ان التمييز هو أصل الأهلية او الأهلية الطبيعية .[٦]

ويمكن ان يرد على هذا الرأي بأنه لو صح ان الأهلية انما تشترط عندما يبرم الشخص التصرف لحسابه ، ولا محل لاشتراطها فيمن يعبر عن إرادته لا لإلزام نفسه ، وانما لإلزام غيره ، فلو صح ذلك

---

(١) د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٥١ . د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص ١٠٦ . د . مصطفى احمد الزرقاء ، محاضرات في القانون المدني السوري ، معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٥٤ ، ص ٦٩ .

(٢) انظر نص م / ٤٧ مدني مصري ، م / ٢ من قانون الولاية على المال المصري . م / ٤٦ مدني اردني .م / ٤٩ مدني سوري ، والمواد ٢٨ ، ٣٥ ، ٨٩ من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

(٣) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ . د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ١١٩ . د . عبدالمنعم عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٤٨ . د. انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٤٨ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٥١ . د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٨٨ .

(٥) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ . د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٢٥٧ . د. جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٩٢ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٨٣ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٤٨ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٥١ . د. رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٦٤ . د . اسماعيل غانم ،مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ . د . عبدالناصر توفيق العطار ، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، العقود والعهود ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ١٠٥ . د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٧٨ . د . حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٦ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥ .

(٦) د . سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٩٥ . د . أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ١١٨ – ١١٩ . د . جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص ١٤٧ .

لجاز ان يكون النائب القانوني ناقص الأهلية بحيث يكون للأب السفيه مثلاً ان يبرم التصرفات القانونية مع نفسه نيابة عن أولاده القصّر باعتباره ولياً شرعياً على اموالهم ونائباً قانونياً عنهم في حين ان المحقق ان الولاية لا تثبت للأب على مال ولده القاصر إلا إذا كان الأب نفسه كامل الأهلية .

وبناءً على جواز إنابة الصبي المميز في إبرام تصرف قانوني مع نفسه لغيره ، فإذا ما كان صبي مميز وكيلاً وأبرم تصرف قانوني دائر بين النفع والضرر ، بيع مثلاً ، مع نفسه وكانت نيابته تخوله ذلك .

في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين :

الأولى **: إذا كان النائب – القاصر – قد أبرم التصرف القانوني مع نفسه لحساب نفسه ، فأن التصرف في هذه الحالة يكون موقوفاً من جهته ، بوصفه أصيلاً عن نفسه ، على إجازة وليه ، وكان التصرف نافذاً بالنسبة لموكله ، لأن القانون يجوز توكيل الصبي المميز .**

الثانية **: إذا كان النائب – القاصر – قد أبرم التصرف القانوني مع نفسه ، نيابة عن طرفيه ، في هذه الحالة يكون صحيحاً نافذاً بحق الأصيلين .**

وقد قننت معظم التشريعات الغربية والعربية جواز توكيل الصبي المميز . فقد أجازت م / ١٩٩٠ من القانون المدني الفرنسي ان يكون الصبي المميز وكيلاً .[١] وجواز توكيل الصبي المميز مقرر في مصر وان خلا القانون المدني المصري من النص عليه .[٢]

ونصت الفقرة الثانية من م / ٩٣٠ من القانون المدني العراقي ((ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ، ولا يشترط ان يكون بالغاً ، فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً ، وان لم يكن مأذوناً)).

ونعتقد ان هذا النص محل نظر من الوجوه الآتية :

١. **ان الوكالة من عقود التبرع من حيث الأصل ، عندما تكون بدون أجر ، فيكون عقد الوكالة باطلاً في هذه الحالة ، لأنه ضار ضرر محض بالنسبة للوكيل (الصبي المميز) إذ ليس للصبي المميز إبرام هكذا تصرف وان اذن له وليه . استناداً لنص م / ٩٧ / ١ من القانون المدني العراقي . واذا كانت الوكالة بأجر ، كانت موقوفة على اذن وليه استناداً للنص المتقدم .وبالتالي فما هو حكم التصرفات التي ينشأها الوكيل – الصبي المميز – مع نفسه استناداً لعقد وكالة موقوف . فإذا كانت هذه التصرفات صحيحة نافذة وفقاً للقانون المصري الذي اعتبر عقد الوكالة قابلاً للإبطال ، لمصلحة الوكيل ناقص الأهلية .[٣]**

فان الحال مختلف بالنسبة للقانون المدني العراقي الذي يأخذ بنظر العقد الموقوف الذي يترتب عليه عدم نفاذ التصرف في مثل هذه الأحوال .

٢. **ان التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه انما يبرمه بإرادته ، وبالتالي كانت إرادة النائب ناقص الأهلية معيبة بنقص الأهلية .**
٣. **ان المشرع قد اوجب كمال أهلية النائب في قانون التسجيل العقاري العراقي .[٤]**
٤. **ان استقرار المعاملات وحماية مصلحة الطرف الآخر توجب ان يكون الوكيل كامل الأهلية .**

---

(١) ويقابل هذه المادة في التشريعات الاجنبية م / ١٣٨٩ مدني الماني . م / ١٦٥ مدني ايطالي . انظر خلاف ذلك نص م / ٢٨٢ من قانون التجارة الاسباني . م / ٣٣٨ من القانون المدني الشيلي . م / ١٣٢ من القانون المدني الارجنتيني م / ٣١٠ من القانون المدني المكسيكي . انظر جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج١ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٢٠٨ .

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٢ ، ص ٩١ – ٩٢ . واعتبرت المذكرة الايضاحية لهذا القانون عقد الوكالة قابلاً للابطال في هذه الحالة . انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، ج٢ ، مطبعة دار الكتاب العربي بمصر ، ص ٩٢ .

(٣) انور العمروسي ، المصدر السابق ، ص ٢٥١ . د. احمد محمد ابراهيم ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية ، ط١، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٦٣ . محمد كمال عبدالعزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة القاهرة الحديثة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٧٥ .

(٤) انظر نص م / ١٩٦ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ . حيث نصت (يشترط ان يكون الموكل والوكيل كاملي الأهلية) .

٥. ان مهمة الوكيل القيام بتصرف قانوني مع نفسه لصالح غيره ، عليه يلزم ان يكون قادراً على إجراء ذلك التصرف بنفسه لنفسه ، فإذا لم يكن الوكيل مالكاً لإجراء التصرف الموكل به لنفسه فلغيره أولى .[١]

٦. يشترط لتوثيق عقد الوكالة ، او التصديق على توقيعات ذوي الشأن فيه ان يكون الوكيل أهل لإبرام عقد الوكالة وبخلافه لا يجوز توثيقه ، كما لو كان الوكيل ناقص الأهلية .[٢]

بناءً على ما تقدم ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر بنص الفقرة الثانية من م / ٩٣٠ من القانون المدني العراقي واشتراط كمال أهلية الوكيل .

وقد اختلف الفقهاء المسلمين في جواز توكيل الصبي المميز لإبرام التصرف مع نفسه على النحو الآتي :

١. ذهب الإمامية في المعتمد [٣] والشافعية [٤] والظاهرية [٥] إلى ان وكالة الصبي المميز لا تصح ، وذلك لأن البلوغ شرط لصحة التصرفات ولم يتحقق في الصبي ، على انه يجوز عند الإمامية – في رواية – ان يكون الصبي المميز وكيلاً في وصية بالمعروف لصحة ذلك منه .[٦] كما جوز بعض الإمامية ان يكون الصبي وكيلاً إذا أذن له وليه .[٧]

٢. ذهب الحنفية إلى جواز توكيل الصبي العاقل المميز لغيره ، ولا يشترط فيه البلوغ ، إلا ان حقوق العقد لا تعود اليه ما لم يكن مأذوناً سواء كان وكيلاً في بيع او شراء .[٨]

٣. ذهب الحنابلة إلى صحة وكالة الصبي المراهق [٩] إذا أذن له وليه لأنه ممن يصح تصرفه .[١٠]

٤. ذهب المالكية في الأرجح إلى جواز كون الصبي وكيلاً من غير توقف على أذن الولي . اما على القول الآخر فأن الصبي يجوز ان يتوكل لغيره بأذن وليه .[١١]

نخلص إلى ان جمهور الفقهاء المسلمين لا يجوزون وكالة الصبي المميز لإبرام التصرف الشرعي مع نفسه ، او يوقفونها على إذن وليه . وهذا يؤيد ما ذهبنا اليه .

ثانياً : عيوب الإرادة .

انتهينا إلى ان النائب هو الذي يتولى إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه بإرادته ، وهذه الإرادة هي المعول عليها عند النظر في عيوب الإرادة وما يحيطها من ظروف قد تؤثر على التعاقد . فإذا ما تعيبت إرادة النائب نتيجة إكراه او غلط او تغرير مع غبن (تدليس) او استغلال ،

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج٦ ، المصدر السابق ، ص٢٠ .

(٢) محب الدين محمد سعد ومحمد فؤاد محمود غالي ، المرجع في احكام الشهر العقاري والتوثيق والرسوم المتعلقة بها ، دون ذكر الناشر وزمان الطبع ، ص٦٣١ .

(٣) جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، نشر المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية ، ٧٢٦هـ ، ص ١١٦ . زين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ – ٣٧٤ .

(٤) الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٣٤٩ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٥ .

(٥) ابن حزم ابو محمد علي بن احمد بن سعيد الاندلسي ، المحلى ، ج٨ ، مطبعة الإمام ، مصر ، تصحيح د. محمد خليل هراس ، ص ٣٢٢ .

(٦) العلامة الحلي ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١١٦ .

(٧) اية الله العظمى السيد ابو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٢١٩ .

(٨) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦، المصدر السابق ، ص ٢٠ ، الميرغناني ، الهداية ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .

(٩) المراهق هو الغلام الذي قارب الحلم وهو ابن عشرة او احد عشرة سنة . انظر ابن منظور ، لسان العرب ، ج ١٠ ، المصدر السابق ، ، ص١٣٠ .

(١٠) ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٢١ . ابن النجار ، منتهى الإرادات ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٤٣ .

(١١) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

كان التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه غير نافذ في حق الأصيل ، او كان له ان يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ، وان لم تكن إرادته معيبة .[١]

ومما يجدر ذكره ان عيوب الإرادة في حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، لا تحدث من العاقد الآخر ، لأن العاقد هنا شخص واحد ، فهي ، اما ان تحدث من النائب الذي تولى إبرام العقد مع نفسه ، كما لو غبن او استغل الأصيل لمصلحة نفسه ، او لمصلحة الأصيل الآخر . واما ان تحدث من الغير ، مثال ذلك ان يكون اب ولياً على ولديه – القاصرين – وكل منهما من زوجة معينة واستغلت الزوجة الثانية ميل زوجها لها وجعلته يبيع مال ابن ضرتها لولدها بموجب ولايته عليهما .

وقد يكره او يغر الزوج زوجته التي لها وصاية على ولدها من غيره وكانت وكيله عن ولده بأن تبيع او تؤجر او تهب مال الأول للثاني . ففي هذه الحالات وامثالها ينظر في عيوب الإرادة بشأنها إلى إرادة النائب ، ذلك ان التصرف انعقد بإرادته – المعيبة – ويخضع حكم هذه الحالات إلى القواعد العامة .

وقد يعهد الأصيل للنائب لشراء منزل معين وكان يعلم بما فيه من عيب يجهله النائب الذي تولى ابرام التصرف مع نفسه ، فلا يجوز للأصيل الأول (المشتري) ان يرجع على الأصيل الآخر (البائع) بدعوى العيب .[٢]

ويذهب رأي في الفقه إلى انه اذا كانت نيابة النائب الذي تولى إبرام التصرف القانوني مع نفسه إرادية ، وأصدر الأصيل لنائبه تعليمات محددة لإجراء تصرف قانوني معين ففي هذه الحالة يجب الاعتداد بإرادتي النائب والأصيل ، كلاً بحسب دورها وأثرها ، وبالقدر الذي أسهمت به في إبرام التصرف القانوني .[٣]

فإذا أناب (أ) (ب) لشراء لوحة فنية معينة معتقداً أنها من رسم فنان معين وكانت هذه اللوحة لدى (ج) الذي كان قد أناب نفس النائب (ب) لبيعها ، إلا ان هذه اللوحة الفنية ليست للفنان الذي يظن الأصيل (أ) – المشتري – انها من رسمه ، وأبرم النائب (ب) التصرف القانوني مع نفسه نيابة عن (أ) و (ج) .

ففي هذا المثال هل يؤثر الغلط الذي وقع فيه الأصيل (أ) عل صحة التصرف القانوني الذي أبرمه النائب (ب) مع نفسه نيابة عنه وعن الأصيل الثاني (ج) ؟

ذهب أنصار اشتراك إرادتي النائب والأصيل إلى ان إرادة الأصيل (أ) في هذه الحالة قد اشتركت في إبرام التصرف وذلك من خلال التعليمات التي أصدرها (أ) إلى نائبه (ب) وبالتالي ينظر في عيوب الإرادة إلى إرادتي الأصيل والنائب كلٍ بحسب ما اسهمت به في إبرام التصرف القانوني ، وبالتالي أمكن ابطال هذا التصرف نتيجة الغلط الذي وقع فيه الأصيل (أ) .[٤]

على ان ما حدا بهذا الجانب من الفقه إلى هذا الاتجاه انما يتعلق بتكييف التعليمات التي يصدرها الأصيل لنائبه ، واثرها على التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه .وقد فاتهم ان هذه التعليمات ينحصر أثرها بالعلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب ، ولا أثر لها على العلاقة الخارجية بين النائب والأصيل الثاني المتمثلة بالعقد الذي يبرمه النائب مع نفسه . فالتصرف القانوني الذي يبرمه

---

(١) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ١١٨ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ٥٤ – ٥٥ . د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٥ . د. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٣٣ . وانظر نصوص المواد ١١٥ ، ١١٨ ، ١٢١ ، ١٢٥ من القانون المدني العراقي .

(٢) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٢٠٧ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٢٨ . د . عبدالمنعم البدراوي ، ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ . د . رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٦٤ . د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٥٨ . د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٧٧ .

(٣) د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٨٢ . د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٩١ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .

(٤) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .د. عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٥ . د.عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٧٧ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٤٥ .

النائب مع نفسه – في النيابة الإرادية – يقوم على تصرفين قانونين مستقلين ، يجب عدم الخلط بينهما وتمييزهما بدقة وهما :

١. العقد المبرم بين الأصيل والنائب متضمناً إنابة الأول للثاني (وهو في الغالب عقد الوكالة) وتتجلى في هذا التصرف إرادة الأصيل وهو ما يسمى بـ (الإنابة) وهي المنشئة له والمحددة لمداه ، ويقف دور إرادة الأصيل عند هذا الحد ولا يمتد إلى التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه بموجب هذه الإنابة .[١]

٢. التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه ، وهذا التصرف مستقل عن الإنابة ولا يختلط بها فهو وان كان متلازماً مع التصرف الأول ، إلا انه يتميز عنه ، فالأول تنشئه إرادة الأصيل ، والثاني تنشئه إرادة النائب . وحتى إذا ما أبرم النائب التصرف القانوني مع نفسه على أساس تعليمات الأصيل ، إذ حتى في هذه الحالة يقوم النائب بنشاط إرادي خاص هو المنشئ للتصرف القانوني ، واتباع النائب لتعليمات الأصيل لا يجعل لإرادة الأخير دخلاً في التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه .[٢]

وإذ ان العدالة تقتضي عدم إلزام الأصيل بالتصرف الذي يجريه النائب بناءً على توجيه صادر منه عن إرادة معيبة ، إلا ان ذلك لا يكون عن طريق إبطال ذلك التصرف للإكراه او الغلط او التغرير مع الغبن الذي وقع فيه الأصيل ، وانما يكون ذلك عن طريق إبطال التصرف القانوني القائم على هذه الإرادة المعيبة ، وهو هنا التصرف الأول المتضمن للإنابة . ومتى ابطل هذا التصرف ترتب على ذلك البطلان سقوط التصرف الثاني الذي أجراه النائب مع نفسه نتيجة بطلان الإنابة نفسها ، فلا يكون التصرف الذي أجراه النائب مع نفسه نافذاً بحق الأصيل . وبذلك نصل إلى النتيجة العملية ذاتها .[٣]

ونعتقد ان هذا الرأي اقرب إلى المنطق القانوني ، وذلك لإبرام النائب التصرف القانوني مع نفسه بإرادته لذا يجب النظر إلى هذه الإرادة والاعتداد بها . وقد تباينت مواقف التشريعات بصدد الاعتداد بإرادة النائب ام بإرادة الأصيل والنائب معاً . فقد نصت م / ١٣٩٠ من القانون المدني الإيطالي ((ومع ذلك اذا كان عيب الإرادة متعلقاً بعناصر حددها الأصيل سلفاً لا يكون العقد قابلاً للإبطال إلا اذا شاب العيب إرادة هذا الأخير)) .

اما القانون المدني المصري فقد أوجب الاعتداد بإرادة النائب حيث نصت الفقرة الأولى من م / ١٠٤ ((إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة ..)).[٤]

ولم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً بهذا الصدد . إلا ان نصوص المواد التي نظمت عيوب الإرادة فيه قد جاءت لتنظم وقوع العيوب على إرادة العاقد ، وهو هنا النائب الذي تولى إبرام العقد مع نفسه ، فيتعين الرجوع إلى هذه الإرادة ، إرادة النائب للنظر في صحة التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه .[٥]

---

(١) د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ . د . محي الدين اسماعيل علم الدين ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ . د . عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .

(٢) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ . د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٩٤ – ٩٥ .

(٣) د . جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص ١٢٥ – ١٢٦ . ولكن ما هو ذنب الأصيل الثاني (ج) – في مثالنا – مالك اللوحة ، وهو حسن النية غير عالم بالغلط الذي وقع فيه الأصيل الأول (أ) فما هو مدى الحماية التي يجب ان يوفرها له القانون ، وما هو أثر هذا البطلان عليه والى أي حد يتأثر بنتائجه ، لا شك انه لابد من حماية الأصيل الآخر حسن النية الذي لم يشترك في الغلط ، وان لا يحتج عليه بهذا البطلان .ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى ترك تقدير كل حالة لقاضي الموضوع ، وفق المعطيات والوقائع المعروضة امامه . انظر . د. جمال مرسي بدر ، المصدر نفسه ، ص ٥٥ والقاضي في ذلك خاضع لرقابة محكمة التمييز لان الخطأ في فهم الوقائع يعد من اسباب الطعن تمييزاً استناداً لاحكام الفقرة / ٥ من م / ٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٤) تقابل هذه المادة في التشريعات العربية م / ١٠٥ / ١ مدني سوري . م / ١١١ / ١ مدني اردني . م / ١٠٤ / ١ مدني ليبي . م / ٧٣ / ١ مدني جزائري . م / ٥٦ / ١ مدني كويتي .

(٥) انظر نصوص المواد ١١٥ ، ١١٨ ، ١٢١ ، ١٢٥ من القانون المدني العراقي .

وقد قضت محكمة النقض المصرية ((ان عقد البيع الذي ابرمه الأب مع نفسه نيابة عن ولديه باعتباره ولياً طبيعياً عليهما ، وكان منطوياً على غبن احدهما لمصلحة الآخر ، يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ولده المغبون ، وان الحكم بإبطاله موافق للقانون)).[١]

المطلب الثاني

ازدواج المضمون

لابد لكل تصرف قانوني من مضمون وإلا كان عبثاً ، وحيث ان تعاقد الشخص مع نفسه يدخل في عموم التصرف القانوني ، إذاً لا بد ان يكون له مضمون ، وهذا المضمون يستلزم القانون فيه شروطاً حتى ينتج هذا التصرف أثره القانوني .

عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الأول لتحديد مضمون التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه ، ونفرد الفرع الثاني لتحديد الشروط التي يتطلبها القانون في هذا المضمون .

الفرع الأول

تحديد مضمون تعاقد الشخص مع نفسه

لابد للإرادة من موضوع تنصب عليه (محل) وغاية تهدف إلى تحقيقها (سبب) وهذا الموضوع وهذه الغاية يمثلان مضمون التصرف القانوني .[٢]

وقد اختلف الفقه حول ما إذا كان المحل والسبب من اركان العقد ، ام من اركان الالتزام . فذهب جانب من الفقه إلى ان المحل والسبب ركنان في العقد لا في الالتزام .[٣]

واعتبار المحل والسبب من اركان العقد يقتضي ان تكون لكل منهما ، في كل عقد الوحدة التي تستلزمها وحدة العقد نفسه بوصفه كائناً قانونياً بسيطاً له شروط واركان ، ولما كان مقتضى هذا النظر ان يكون كل من المحل والسبب واحداً في كل عقد اذ لاحظ هذا الجانب من الفقه ان كلاً منهما يتعدد في كل عقد بتعدد الأشخاص الذين تترتب في ذمتهم الالتزامات الناشئة عن هذا العقد . فقد ذهب هذا الجانب من الفقه إلى ان المحل والسبب ركنان للالتزام لا للعقد .[٤]

وحيث ان الذي يتولى إبرام التصرف القانوني مع نفسه هو عاقد واحد ، فأن الباعث إلى إبرام هذا التصرف يكون واحداً ، إلا ان محل الالتزام قد يتعدد بتعدد الالتزامات الناشئة عنه .

---

(١) انظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن ٧ / ٧١٤ في ٧ / ٦ / ١٩٥٦ منشور في مجموعة القاضي محمد كمال عبدالعزيز ، المصدر السابق ، ص ٧٥ – ٧٦ .

(٢) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ٧٠، هامش رقم (١) . د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ١٨٠ . حسين عبداللطيف حمدان ، الوسيط في التأمينات العينية ، ط٢ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ٦٩ .

(٣) د. عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ . د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ . د. محمد حسام محمود لطفي ، موجز النظرية العامة للحق ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٧٦ . د. محمد شريف أحمد ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٠٨ . د . عدنان ابراهيم السرحان و د . نوري حمد خاطر ، مصادر الحقوق الشخصية ، تأليف مشترك ، ط١ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٠، ص ١٦٢ – ١٦٣ .

وعلى الرغم من اعتبار المحل والسبب ركنيين في الالتزام عند هذا الجانب من الفقه إلا انهم مع ذلك يبحثونهما ضمن اركان العقد ، يبررون ذلك ان العقد انما يقصد اليه لما ينشأ من التزام ، وكل التزام لا بد فيه من محل وسبب وإلا كان باطلاً وبطل العقد تبعاً ، إضافة إلى ان بحث الشروط التي يتطلبها القانون في المحل لا يكون إلا في الالتزام الناشئ عن عقد ، اما السبب فهو ليس إلا ركناً في الالتزام التعاقدي .(١)

إلا ان الالتزام الذي يتكلم الفقه عن اركانه اثر او نتيجة تنشأ من واقعة معينة تعتبر مصدراً له . والأركان لا تستلزم في الأثر او النتيجة وانما تلزم في المصدر الذي ينشأ عنه هذا الأثر أو تترتب على هذه النتيجة . ولذا لا يتصور منطقياً ان يكون المحل والسبب ركناً في الالتزام بوصفه هذا الأثر القانوني ، إلا اذا اخذ ((الالتزام)) على معنى التعهد او الارتباط ، وهو عندئذ يعني الإرادة . وان سبب اعتبار كل من المحل والسبب ركناً في الالتزام هو تحديد معنى المحل في العقد بأنه المال الواجب الأداء او القيام بعمل او الامتناع عنه ، وهذا هو محل الالتزام لا العقد . كما حدد للسبب معنى موضوعياً او مادياً ، فاعتبر في المعاوضات المقابل الذي يحصل عليه الملتزم ، فكان من اليسير لذلك مساواة السبب بالمحل في ربطه بالالتزام وجعله ركناً او عنصراً فيه .(٢)

ويترتب على اعتبار المحل والسبب من اركان الالتزام تعددهما في العقد الواحد بقدر عدد الالتزامات الناشئة عنه ، وإذا كان تعدد ((المحال)) بعدد الالتزامات أمراً ممكناً لان كل التزام له بالضرورة موضوع ينصب عليه ، فأن هذا التعدد في السبب أمر غير مقبول فليس من المتصور ان يكون لالتزامات البائع ، مثلاً ، بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبالضمان ثلاثة اسباب (غايات) مستقلة . فالبائع له غاية واحدة ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري .(٣)

فالتزامات كل طرف لها سبب واحد ، ولا يتصور تعدد الاسباب في العقد إلا بقدر تعدد الاشخاص فيه ، على اساس ان لكل شخص غاية واحدة من التحمل بكل التزامات العقد . عليه فالسبب لا يمكن ان يكون عنصراً في الالتزام ولو قصرناه على الالتزام الذي ينشأ عن العقد .(٤)

ولعدم امكان اعتبار المحل والسبب ركنين في الالتزام فقد اتجه جانب من الفقه إلى اعتبارهما من عناصر الإرادة التي تتجه لانشاء الالتزام ، أي التصرف القانوني ، وهذا الاتجاه هو الصحيح لانه يوفق بين جعل المحل والسبب من اركان مصدر الالتزام وبين امكان تعدد المحل والسبب في العقد الواحد ، بقدر تعدد الارادات التي تشترك فيه ، دون ان يجعلهما من اركان العقد او الالتزام ، وانما يجعلهما من اركان التصرف القانوني أي من اركان الإرادة التي تقصد إلى إحداث أثر قانوني .(٥)

وجعل المحل والسبب من عناصر الإرادة يفرض معناً خاصاً او طبيعة خاصة لكل منهما ، ولا يقتصر اثر الأخذ به على تغيير تصورهما عما يسود في الفقه بل يقتضي اندماجهما معاً في عنصر واحد للإرادة هو مضمونها الذي نستطيع ان نسميه محلها او غايتها .(٦)

واعتبار المحل والسبب من اركان او عناصر التصرف القانوني ، أي من عناصر الإرادة ، فأن هذا يعني ان كلا منهما جزء من الإرادة ولذلك لا يمكن ان يكون شيئاً خارجاً عن هذه الإرادة وانما هو مجرد تصور من التصورات التي يبنى عليها العمل الإرادي ، وهذا يقتضي ان لا يكون لأي منهما وجود خارجي مستقل عن وجود الإرادة ذاتها ، وهذا يعني ان كلاً منهما لا يمكن ان تكون له طبيعة

---

(١) د. انور سلطان ، ط ١٩٧٠ ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ . د .عبدالمجيد الحكيم ود. عبدالباقي البكري و الاستاذ طه البشير ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٩٥ .

(٢) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ٣٢٥ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

(٣) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ط ١٩٥٤ ، ص ٥٠ – ٥١ . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ . د . توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ .

(٤) د. جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، ع ٢ ، س ٣٤ ، ١٩٦٤، ص ٣٠٦ ، هامش رقم (٢١) .

(٥) د . حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، ف ٤٤ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .

(٦) د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ . د. عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، بند ٦٢ .

موضوعية او مادية . فهو مجرد عامل من العوامل التي أخذت في الاعتبار عند اتجاه الإرادة إلى تحقيق الأثر القانوني ، لذلك فأن طبيعته نفسية او ذاتية ، والقول بالطبيعة النفسية او الذاتية للسبب ، ليس غريباً على تحديد الفقه لمعناه ، على خلاف الحال بالنسبة للمحل ، خصوصاً مع القول بانه محل الالتزام ، إذ يبرز الفقه دائماً طبيعته المادية ويؤكدها . إلا ان هذه المادية ان صدقت على محل الالتزام ، فلا يتصور ان تصدق على محل التصرف القانوني .[١]

عليه سنحاول بيان معنى المحل والسبب كعنصرين للإرادة ، واندماجهما فيما يسمى ((مضمون الإرادة)) .

أولاً : المحل كعنصر في الإرادة .

إذا أردنا ان نحدد معنى المحل وطبيعته بوصفه عنصراً في الإرادة لا يمكن ان تكون طبيعته مادية او موضوعية . فالإرادة عمل نفسي ، وكل عنصر فيها لا بد ان يكون نفسياً او معنوياً مثلها . ومحل التصرف يمكن تحديده على هذا الاساس بانه تمثل او تصور تحقيق الأثر القانوني المقصود من التصرف أي تصور ((الالتزام)) الذي يهدف اليه صاحب الإرادة مع سائر الآثار المرتبطة به . والمحل هو تصور الالتزام ، اما ترتب هذا الالتزام فعلاً ، فهو أثر التصرف .[٢]

وذهب جانب من الفقه إلى اعتبار المحل عنصر قانوني معنوي ، وليس عنصراً مادياً لأن المحل هو ما تنصب عليه الإرادة ، ولذا يدخل في نطاق الإرادة ويختلط بها فيصبح ذا طبيعة ذاتية او شخصية . كما وان النائب ينصب تصرفه مع نفسه على تصورات فاذا ما حسم أمره بشأن جانب منها تكونت إرادته وفقاً لها .[٣]

ونعتقد ان العملية القانونية المقصودة من العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه لا يمكن ان تكون اذا اخذناها مع كل الظروف المحيطة بها ، إلا الهدف الذي يرمي اليه العاقد ، أي غايته من التصرف ، مما يعني ان تحديد المحل بهذه الطريقة يجعله عنصراً في الإرادة ذا طبيعة نفسية لا مادية .

وإذا امكن تصوير الالتزام تصويراً موضوعياً او مادياً ، وتحديده بأنه العمل او الامتناع الذي يجب على المدين ، إلا ان تحديد محل التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه بهذه الطريقة محل نظر . فاعتبار العمل او الامتناع محلاً للالتزام ، انما يُراد به موضوع هذا الالتزام بعد ان ينشأ وفقاً للقانون ، لا انه ركن فيه . فالالتزام باعتباره أثر أو نتيجة لا يمكن ان يوجد إلا اذا توافرت له شروط هذا الوجود في الواقعة التي يجعلها القانون مصدراً له ، ولا وجه للكلام عن اركان له او شروط فيه بعد ذلك .[٤]

وحيث ان محل التزام النائب هو ابرامه تصرف قانوني مع نفسه ، فهذا المحل لا يمكن ان يكون ذا طبيعة مادية وانما هو عنصر في الإرادة ذي طبيعة نفسية . فالنائب عند عزمه إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لا بد ان يعرف ما الذي سيقدمه وما الذي سيربحه وما هي الالتزامات التي تنشأ في ذمته وما هي الالتزامات التي تنشأ في ذمة الأصيل نتيجة ذلك حتى يكون مدرك لتصرفه .

ثانياً : السبب .

---

(١) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص١٨٦، هامش رقم (٢) . د . سليمان مرقس ، المصدر الساق ، بند ١٥٨ .
(٢) د . حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، بند ٤٧ . د . جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب ، المصدر السابق ، ص ٣٢٦.

ويعزز هذا الرأي ان المتعاقدين قد ينصب اتفاقهم على شيء غير موجود لحظة انعقاد العقد وانما يوجد في المستقبل ، كبيع صاحب المصنع منتجات مصنعة قبل صنعها ، وبيع الفلاح غلة بستانه قبل نباتها . وقد اجازت التشريعات ذلك . انظر نص م / ١٢٩ من القانون المدني العراقي . وهذا يعزز ان المحل انما هو تصور ما ، تنصب عليه إرادة العاقد .
(٤) د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٤ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .

يعرف الفقه السبب بانه الغاية المباشرة التي يقصد اليها الملتزم من التزامه الإرادي .[١]

وتعريف الفقه للسبب بانه الغاية التي تهدف الإرادة اليها ، يعني ان السبب عنصر في الإرادة ، ولذلك لا يثور شك في طبيعته الذاتية (او النفسية) الخالصة ، اذ لا يمكن ان تكون الغاية أمراً غير نفسي .[٢]

إلا ان الفقه التقليدي كان يفرق بين السبب والباعث ، وان السبب هو الغاية المباشرة . اما الباعث فهو غاية بعيدة غير مباشرة ولا تعتبر لذلك ركناً للالتزام او العقد كما يعتبر السبب ركناً له . وجعل هذا الغرض المباشر في كل نوع من انواع العقود امراً ثابتاً لا يختلف من عقد إلى آخر ، فهو في عقود المعاوضة الملزمة للجانبين يعتبر التزام كل طرف في العقد سبباً لالتزام الطرف الآخر . فسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، مثلاً ، هو التزام المشتري بالثمن .[٣]

وتحديد الفقه للسبب في العقود المختلفة على النحو المتقدم يتناقض مع نقطة البداية بتعريف السبب انه الغاية من الالتزام لأن هذا التعريف يجعله عنصراً للإرادة ، وتحديد هذا الفقه لمعناه بعد ذلك بالنسبة للعقود المختلفة يجعله شيئاً خارجاً عنها ((مادياً او موضوعياً)).[٤]

وتحديد السبب على النحو المتقدم يجعله غير ذي فائدة ولا يجدي نفعاً في الرقابة على مشروعية التصرفات القانونية ، لأنه سيكون بالضرورة وفي جميع الاحوال سبباً مشروعاً ، وانما يمكن ان تتحقق هذه الرقابة إذا قصد بالسبب الغاية الخاصة للشخص التي جعل إبرام التصرف القانوني هدفاً إلى تحقيقها . ففي هذه الغاية الخاصة التي تختلف من شخص إلى آخر ومن حالة إلى أخرى ، يمكن ان تكشف مشروعية الإرادة او عدم مشروعيتها . ولذا فان القضاء الفرنسي توسع في تحديد معنى السبب فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، واعتبر السبب انه الغاية التي يرمي اليها الملتزم والتي تختلف من حال إلى أخرى ، فأدمج القضاء ما يسميه الفقه الباعث وما يسميه السبب وجعل منهما شيئاً واحداً هو السبب بمفهومه الحقيقي ، أي الغاية الأساسية التي تدفع الشخص لإبرام التصرف القانوني ، وذلك لبسط رقابة القضاء على مشروعية الهدف من التصرف .[٥]

وقد ساير الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق لاتفاق مذهب القضاء مع تعريف السبب بأنه الغاية ولتحقيق هذا المعنى للمصلحة المقصودة من جعل السبب عنصراً في التصرف القانوني .[٦]

وقد ذهب الجانب الأكبر من الفقه المصري إلى اعتبار السبب بانه الباعث الدافع إلى التعاقد ، ومنهم من جعله بهذا التعريف عنصراً في الإرادة ، وان كان اغلبهم يعتبره عنصراً في الالتزام او العقد .[٧]

وبناءً على ما تقدم نستطيع القول ان النظر إلى السبب كعنصر في الإرادة هو الرأي الذي أخذ يسود في الفقه في الوقت الحاضر .[٨]

وإذا ما أخذنا بالاعتبار ان الذي يتولى إبرام التصرف القانوني الذي نبحثه هو شخص واحد أضحى من الطبيعي ان يكون لديه باعث واحد هو الذي دفعه لإبرام التصرف القانوني مع نفسه .

ثالثاً : اندماج المحل والسبب .

---

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٥١ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٩ . د.عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٣٤٨ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٤ .

(٢) د . جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب ، البحث السابق ، ص ٣٣٢ .

(٣) د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٩٥ – ١٩٧ . د . عبدالحي حجازي ، ط ١٩٥٤ ، المصدر السابق ، ص ٦٧ . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ .

(١) د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٩٩ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص ٣٥٣ .

(٥) د . عبدالحي حجازي ، المصد السابق ، ص ٦٧ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ . د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٩٢ .

(٦) د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٢١٣ – ٢١٤ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ١٤٦ – ١٤٧ . انظر عكس ذلك د . محمد حسام محمود لطفي ، المصدر السابق ، ص ٧٩ .

(٧) د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٥٩٩ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .

(٨) د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٧ .

إذا كان التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه يقوم على الإرادة ، بل هو إرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني ، فلا بد لهذه الإرادة من موضوع تنصب عليه ، وغاية تهدف اليها . واذا كان هذا الموضوع وهذه الغاية من عناصر هذه الإرادة ، فليس هناك ما يحول دون تقريب احدهما من الآخر ، فالنظر اليهما باعتبار كل منهما عنصراً في الإرادة ، خصوصاً وان هذه الإرادة تعود لشخص واحد يحمل على تصور الاختلاط بينهما ، ذلك انه ليس من الممكن ان يفصل في الإرادة الواحدة بين القصد إلى تحقيق نتيجة معينة والغاية من تحقيق هذه النتيجة ، أي لا يتصور الفصل في نفس الإرادة بين القصد إلى المحل والقصد إلى السبب فالمحل بمعنى النتيجة المقصود تحقيقها بالتصرف ، لايمكن تحديده إلا مع اعتبار غاية الشخص من التصرف والغاية لا تتصور ، كعنصر للإرادة ، إلا مرتبطة بالنتيجة المقصودة من التصرف ، ولا يمكن الفصل بين الموضوع والغاية إلا بالالتجاء إلى تجريد لا يطابق الحقائق الواقعة ، فالعمل الإرادي كل لا يتجزأ بالنسبة لما ينصب عليه من موضوع وغاية .[١]

وبسبب تصوير الفقه للمحل إلى انه عنصر مادي خارج عن الإرادة ، في حين يميل في تصوير السبب إلى جعله عنصراً نفسياً او ذاتياً ، لذلك لا نجد في الفقه إشارة إلى اندماج المحل والسبب بالصورة المتقدمة لجعل هذا الفقه طبيعة احدهما مناقضة للآخر . وان كانت عبارات جانب من الفقهاء تعكس الإحساس باندماجهما ، كالتعبير عن المحل بأنه الغاية من التصرف او العقد او تحديد محل العقد بانه العملية القانونية التي يهدف أطراف العقد إلى تحقيقها .[٢]

ومع التصور الذاتي لطبيعة المحل والسبب واندماجهما كمضمون للعمل الإرادي يمكن ان نعبر عنهما معاً بانهما موضوع الإرادة (موضوع التصرف القانوني) وبأنهما غاية هذه الإرادة (او التصرف القانوني) وان كانت تسميتهما معاً ((غاية التصرف)) أقرب إلى إبراز طبيعتهما الذاتية كعنصرين للإرادة .نخلص من ذلك ان المحل والسبب يمثلان مضمون التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، وحيث ان مبرم هذا التصرف هو شخص واحد ، عليه فان هذا المضمون يزدوج او يتحد في إرادته التي ابرم بها التصرف القانوني وطوت في ثناياها إرادتي الأصيلين او إرادته وإرادة الأصيل .

الفرع الثاني

شروط المضمون

تقدم القول ان المحل والسبب عنصران في الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه . وهما مضمون هذا التصرف . عليه سنحاول في هذا الفرع تقصي الشروط التي يتطلبها القانون في هذا المضمون في ضوء خصوصية التصرف موضوع البحث . ويمكن إجمال هذه الشروط بما يأتي :

١. امكان المحل .

٢. تعيين المحل .

٣. وجود المحل والسبب .

---

(١) د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٣٤٢ . د . صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٣٤ . استاذنا د . عزيز الخفاجي ، الشكلية في التصرفات القانونية ، محاضرات غير مطبوعة القيت على طلبة الدراسات العليا ، قسم القانون الخاص ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٢ . انظر عكس ذلك د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٩٨ .

(٢) د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ٢٩٦ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ .

٤. صحة السبب .

٥. مشروعية المحل والسبب .

١. أمكان المحل .

في حالة تعاقد الشخص مع نفسه هناك محلين لابد من توافرهما معاً مستوفين شروطهما القانونية ، حتى ينعقد هذا التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره هما :

١. محل التزام الأصيل أو الأصيلين الذين انابا النائب لإبرام التصرف القانوني نيابة عنهما ، ويتمثل في الأداء الذي يترتب في ذمتيهما ((سواء كان النائب احدهما او لم يكن)) من جراء التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، وان كان النائب هو الذي يقوم بالأداء في بعض الاحيان ان كانت نيابته شاملة لذلك ، وهذا المحل لا علاقة له بموضوع البحث ونترك الحديث عنه إلى محله في النظرية العامة للالتزام .[١]

٢. محل التزام النائب الذي تولى ابرام العقد مع نفسه ، ويتمثل في التزامه بإبرام تصرف قانوني مع نفسه ، سواء كان طرفاً فيه او لم يكن . فهو العملية القانونية التي يتولى النائب القيام بها بمفرده ، ويختلف هذا المحل بحسب طبيعة التصرف القانوني الذي انيب النائب لإبرامه ، وان كان في جميع الاحوال يدخل في عموم التصرفات القانونية . وهذا المحل متطلب من شخص واحد وهو النائب . وهذا المحل هو محل البحث على اننا سنتناوله بقدر تعلق الأمر بتعاقد الشخص مع نفسه والكيفية التي سيكون عليها والشروط التي يتطلبها القانون في محل هذا التصرف تجنباً للتكرار . وحيث ان محل التزام النائب هو القيام بعمل قانوني يتمثل في قيامه بابرام تصرف قانوني مع نفسه ، فيستلزم القانون في هذا المحل ان يكون ممكناً ، فاذا كان مستحيلاً كان باطلاً لانه لا التزام بمستحيل ، وكانت النيابة باطلة تبعاً لبطلان الالتزام .[٢]

والاستحالة قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية . والاستحالة المطلقة قد ترجع إلى طبيعة المحل وقد ترجع إلى القانون ، إلا ان الأثر المترتب عليها واحد هو بطلان الالتزام .[٣] وتكون الاستحالة مطلقة اذا لم يكن في مقدور الناس كافة القيام بالعمل القانوني الذي أنيب فيه النائب كبيع الوقف .[٤] فإذا اناب ناظر (متولي) الوقف شخصاً في بيع الوقف لنفسه كانت النيابة باطلة اذ هي توكيل بمستحيل .[٥]

وقد يكون التصرف القانوني محل النيابة ممكناً ، ولكن طبيعته لا تقبل الانابة فيه اذ يكون عملاً يقتضي ان يقوم به صاحبه شخصياً مثل حلف اليمين ، فلا يجوز للشخص ان ينيب من يحلف عنه ، لرجوع اليمين إلى ذمة الحالف .[٦]

على ان النائب في حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، غالباً ما يناب في ابرام تصرف قانوني من صنف العقود مع نفسه لا ان يناب في اجراء قضائي كحلف اليمين .[١]

---

(١) انظر د . السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٠٨ وما بعدها . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ ومابعدها . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ٣٢٥ وما بعدها . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٦٨- ١٩٢ . د . توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص ١٨١ – ١٩٨ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ – ١١٨ . د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٦٣ – ١٩١ . د . منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٧٤ – ١٨٤ .

(٢) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص ٤٢١ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ١٠٨ . د . عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٣١٩ .

(٣) د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ ، د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص٢٢٢.

(٤) باستثناء الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك . كما اذا كانت العين الموقوفة آيلة للانهدام ولم يكن هناك مال لتجديدها .

(٥) د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص٢٠٩ .

(٦) د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ١٩٣ . د . جلال علي العدوي ، المصدر السابق ، ص ٢١١ . د . غني حسون طه ، المصدر الساق ، ص ١٢٩ . د . منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٢٦ . وانظر نص م/ ١١٢ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

وحتى تؤدي الاستحالة إلى بطلان التصرف محل الإنابة ، يجب ان تكون سابقة او معاصرة لإبرامه ، اما الاستحالة اللاحقة لانعقاد التصرف ، كما اذا انيب النائب لإبرام تصرف قانوني مع نفسه وكان هذا التصرف ممكناً وقت ابرام النائب للتصرف مع نفسه ، الا انه اصبح مستحيلاً بعد ذلك . فهذه الاستحالة لا تمنع من انعقاد التصرف القانوني إلا انها تؤدي إلى انقضاء التزام النائب لاستحالة تنفيذه . وينفسخ التصرف بقوة القانون متى كانت الاستحالة راجعة إلى سبب اجنبي عن المدين (النائب) .[٢] وتكون الاستحالة نسبية اذا لم يكن في مستطاع النائب فقط القيام بما أُنيب به ، وتسمى هذه الحالة بالاستحالة الشخصية .[٣]

ومثالها ان ينيب الأصيل نائباً لإبرام عقد مع فنان نيابة عنه لرسم لوحة فنية معينة ، فيبرم النائب العقد مع نفسه رغم انه ليس بفنان ، فهو في هذه الحالة يستحيل عليه الوفاء بالتزامه . إلا ان الوفاء بهذا الالتزام لا يستحيل على غيره من الفنانين . وهذا النوع من الاستحالة لا يمنع من انعقاد التصرف ولا الالتزام من النشوء على عاتق النائب . ولكن لما كان النائب لا يستطيع تنفيذ التزامه فان هذا الالتزام ينقضي . إلا انه يجب عليه ان يعوض الأصيل عن الضرر الذي اصابه نتيجة عدم التنفيذ كما ان للدائن ان ينفذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان ذلك ممكناً .[٤] وحيث ان محل التزام النائب هو ابرام تصرف قانوني مع نفسه ، يتعين عليه ان يتولى ابرام هذا التصرف القانوني بنفسه ، ما لم تخوله إنابته إنابة غيره للقيام بهذا العمل .

وقد قننت م / ١٣٢ من القانون المدني المصري الاحكام المتقدمة حيث نصت ((اذا كان محل الالتزام مستحيلاً ذاته كان العقد باطلاً)).[٥] ونصت م / ١٢٧ من القانون المدني العراقي ((١. اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً . ٢. اما اذا كان مستحيلاً على المدين دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده)) .

٢ . تعيين المحل .

بما ان محل التزام النائب في حالة تعاقد الشخص مع نفسه هو قيام النائب بابرام تصرف قانوني مع نفسه سواء كان لمصلحة النائب ام لمصلحة اصيل آخر ، يجب ان يكون هذا التصرف معيناً او ان يكون قابلاً للتعيين حتى يتسنى للنائب القيام به ، خصوصاً وان هذا التصرف له خصوصية وتحيطه ريبة وشك . وبالتالي يجب تعيينه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، كأن ينيب الأصيل النائب بإبرام عقد بيع مع نفسه او ان ينيبه بإبرام عقد إيجار .. الخ .[٦]

هذا بالنسبة لمحل التزام النائب ، ان كانت نيابته إرادية . اما المحل الذي ينصب عليه العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه ، وحيث ان مبرم هذا التصرف هو شخص واحد فنعتقد انه معلوم للطرفين (لوحدة) العاقد فلا يحتاج إلى تعيين .

٣. وجود المحل والسبب .

ان اعتبار المحل والسبب عنصران في الإرادة ، لهما طبيعة نفسية خالصة يقتضي استبعاد ((وجود)) المحل والسبب كشرط مستقل فيهما ، ذلك ان وجود كل منهما يستفاد بالضرورة من وجود

---

(١) ويضرب الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون مثالاً لحالة تعاقد الشخص مع نفسه فيقول فلا يجوز للمحامي ان يكون وكيلاً عن خصمين في قضية واحدة . انظر د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٥٩ . ونعتقد ان المثل الذي يضربه الدكتور لا ينطبق على حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، ففي حالة الخصمين نكون امام دعوى قضائية فيها مدع ومدعى عليه وليست تصرف قانوني تولى ابرامه شخص واحد فليس للمحامي ان يكون وكيلاً عن المدعي والمدعى عليه لئلا يجمع في شخصه صفة الخصمين وهذا غير جائز لما فيه من تناقض . وقد منعت م / ٤٤ من قانون المحاماة ذلك .

(٢) د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٣ .

(٣) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٣٢٠ – ٣٢١ .

(٤) د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣ . . د . سليمان الناصري ، المدخل لدراسة القانون ، ط١ ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ١٥٢ . د . عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٩١ .

(٥) تقابلها في القوانين العربية م / ١٩١ موجبات وعقود لبناني . م / ٩٣ مدني جزائري . م / ١٥٩ مدني اردني .

(٦) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص ٤٢٣ . د . سليمان الناصري ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .

الإرادة فاذا سلمنا بوجود ارادة تتجه إلى احداث اثار قانونية ، فمن الضروري ان تكون هذه الإرادة منطوية على مضمون معين هو هدفها او غايتها التي تضم ما يمكن ان يسمى محلاً او سبباً للتصرف القانوني ، فليس من المتصور ان تكون هناك ارادة خاوية من المضمون ، ولا يمكن نفي مضمون الإرادة دون نفي وجودها ذاتها .[١]

فإرادة الأثر القانوني تقتضي بالضرورة ان تنصب على موضوع معين وان يقصد منه إلى هدف محدد ، ولذا لا يتصور ان يستلزم القانون وجود محل او غاية لها كشيء مستقل عن استلزام هذه الإرادة . بل حتى في حالة تعلق الإرادة بموضوع او ان تهدف إلى غاية مدفوعة بوهم قام في ذهن صاحبها (نتيجة غلط) فهذا لاينفي وجود الإرادة وجوداً فعلياً منطوية على مضمون قاصدة إلى هدف معين . فأن تبين ان صدورها انبنى على جهل بالوقائع او باحكام القانون فان هذه الإرادة تكون معيبة، ويكون الخلل في شروط الإرادة نفسها لا في شروط تتعلق بمضمونها دون ان تتصل بهذه الإرادة.[٢]

وعلى ذلك فانعدام المحل والسبب لا يتصور الا مع القول بانعدام الإرادة نفسها .[٣] وهو ما يعني عندئذ انعدام التصرف القانوني انعداماً مادياً او منطقياً يغني عن البحث في توافر او تخلف اية شروط في هذا التصرف القانوني.[٤]

اذ يصعب تصور ان شخصاً يلتزم بإرادته لغير سبب إلا اذا كان مجبراً على ذلك او واهماً، [٥] إلا إلا ان المشرع المصري اعتبر وجود المحل والسبب من شروطهما،[٦] متبعاً بذلك رأي الفقه وهو ما ما انتقده الأستاذ السنهوري بالنسبة للسبب .[٧]

وقد ذهب المشرع العراقي إلى اشتراط ان يكون للالتزام سبب ، وذلك في الفقرة الأولى من م / ١٣٢ التي نصت ((يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقد دون سبب ....)) .

٤. صحة السبب .

ان النظر إلى السبب على انه عنصر في الإرادة ، كما يذهب إلى ذلك الفقه الحديث يترتب عليه ان يعتبر الغلط في السبب مجرد عيب في الإرادة لأن السبب نفسه يصبح عنصراً من عناصر الإرادة . فالعيب الذي ينسبه الفقه للسبب في هذه الصورة ينشأ من وقوع الملتزم في غلط ، أي من توهم سبب غير حقيقي ، فهو ينشأ بعيب في الرضا (أي في الإرادة) ولكنه ينسب إلى ركن آخر من أركان الالتزام . وهو السبب ، إلا ان النظر إلى السبب باعتباره عنصراً مادياً خارجاً عن الإرادة ، فأن وهمية السبب معناها انعدام وجوده فعلاً ، لذا حدد اثر هذا العيب في نطاق السبب لا في نطاق الإرادة ، في حين يترتب على النظر إلى السبب على انه عنصر في الارادة ان لا يحول أي حائل دون ان يعتبر الغلط في السبب عيباً في الارادة . لذلك لا يلزم اعتبار صحة السبب بمعنى عدم الغلط فيه شرطاً من شروطه ، اكتفاء بشروط صحة الإرادة .[٨]

---

(١) د . جميل الشرقاوي ، البحث السابق ، ص ٣٤٩ . د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، بند ١٤٤ . د . امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط١ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٩٣ .

(٢) د . توفيق حسن فرح ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٨٣ . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ . د . عبدالودود يحيى، المصدر السابق ، ص ١٠٧ . د . سليمان الناصري ، المصدر السابق ، ص ١٥١ .

(٣) والارادة تكون منعدمة اذا كانت غير جدية ، أي غير منطوية على قصد الى الالتزام ، كالتعبير الصوري ، واذا كانت ارادة غير باتة ، كالارادة المقترنة بشرط المشيئة .

(٤) د. جميل الشرقاوي ، البحث السابق ، ص ٣٥٠ .

(٥) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٥٢٦ .

(٦) انظر نص م / ١٣١ ، م / ١٣٦ من القانون المدني المصري .

(٧) الوسيط ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٥٢٦ .

(٨) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، بند ٢٣٨ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، بند ٢٣٥ . د . جميل الشرقاوي ، البحث السابق ، ص ٣٥٧ .

ونص م / ١٣٦ من القانون المدني المصري مصوغة بحيث تستبعد صحة السبب كشرط له على اعتبار ان هذه الصحة تكفلها قواعد صحة الارادة ، أي قواعد عيوب الارادة .[١] وهو عين ما ذهب اليه المشرع العراقي .[٢]

٥. مشروعية المحل والسبب .

يجب ان يكون كل من المحل والسبب مشروعاً ليكون التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه صحيحاً ، ويكون كل من المحل والسبب غير مشروع اذا كان مخالفاً للنظام العام او الآداب او لقاعدة امرة من قواعد القانون ، كما لو ناب شخص شخصاً آخر في شراء مخدرات او اسلحة ممنوعة ، او في إيجار منزل للدعارة او للمقامرة ، وغيرها من التصرفات المخالفة للنظام العام او الآداب او القانون .[٣]

ومضمون الإرادة يجب ان يكون موافقاً للقانون وإلا لم يسمح القانون ان يترتب عليها ما تقصد اليه من آثار سواء اعتبرنا هذا المضمون – أي محل الإرادة وغايتها – ركنين للإرادة ام عنصرين فيها . فالتصرف القانوي لا يمكن ان يخرج فيما يلزم فيه من شروط او فيما يهدف اليه من نتائج على القواعد القانونية الآمرة ، لأن هذه القواعد تحد من قدرة الإرادة على ترتيب الآثار القانونية ، وتمنع ترتيب الآثار التي تهدف اليها الإرادة ، ان كانت مخالفة لهذه القواعد الامرة .[٤]

المبحث الثاني

توظيف الشروط المتعلقة بالنيابة

حتى تتحق حالة تعاقد الشخص مع نفسه يتعين ان يعبر الشخص مبرم التصرف عن إرادته المستقلة وان يتعامل باسم الأصيل ولحسابه ، وان لا يكون هناك قيد قانوني او اتفاقي يمنعه من التعاقد مع نفسه .

وبالنظر لتعلق الشرطين الأول والثاني بالإرادة التي يعبر عنها النائب ، عليه سنفرد لهما المطلب الأول من هذا المبحث ، ونخصص المطلب الثاني للشرط الثالث المتمثل بانتفاء القيد القانوني او الاتفاقي .

المطلب الأول

ازدواج التعبير عن الإرادة وجواز تعامل النائب باسمه لحساب الأصيل

---

(١) انظر نص م / ١٣٦ من القانون المدني المصري .
(٢) انظر نص م / ١٣٢ من القانون المدني العراقي .
(٣) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص ٤٢٤ .
(٤) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ١٦٢ . د . سليمان الناصري ، المصدر السابق ، ص ١٥٤ . د . محمد شريف احمد ، المصدر السابق ، ص ٩٦ – ٩٧ .

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول للبحث في مدى ازدواج التعبير عن الإرادة التي ينعقد بها التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه ، ونفرد الفرع الثاني للبحث في جواز تعامل النائب باسمه لحساب الأصيل .

الفرع الأول

مدى ازدواج التعبير عن الإرادة

ان تعاقد الشخص مع نفسه هو تصرف قانوني ينفرد شخص واحد بإبرامه بإرادته ، سواء كان أصيلاً ام نائباً . وذلك بحلول إرادته محل إرادتي أطراف التصرف القانوني ، وهذا هو قوام تعاقد الشخص مع نفسه وأساسه .(١)

ومع تسليم الفقه بحلول ارادة النائب محل إرادة الأصيل ، إلا انه قد تباينت وجهته بخصوص هذا الحلول في حالة ما اذا كانت نيابة النائب اتفاقية واصدر الأصيل لنائبه تعليمات محددة بخصوص التصرف موضوع النيابة . فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى ان حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في هذه الحالة يكون جزيئاً ، في حدود ما ترك الأصيل لنائبه من حرية التقدير ، خارج نطاق التعليمات التي وجهها الأصيل لنائبه وهو ما عبروا عنه باشتراك ارادة الأصيل مع إرادة النائب في إبرام التصرف القانوني .(٢) وقد تقدم الرد على هذا الرأي وما يؤدي اليه من نتائج شاذة .(٣)

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى ان إرادة النائب تحل محل ارادة الأصيل في إبرام التصرف القانوني حلولاً تاماً حتى في حالة إصدار الأصيل لنائبه تعليمات محددة بخصوص التصرف القانوني موضوع النيابة .(٤)

وتباينت وجهة هذا الفريق من الفقهاء في تكييف التعليمات التي يصدرها الأصيل لنائبه . فقد ذهب جانب من الفقه إلى ان هذه التعليمات لا تغير ، من حقيقة الأمر شيئاً ، من كون الارادة هي ارادة النائب المستقلة . ويقتصر اثر هذه التعليمات على العلاقة الداخلية بينه وبين الأصيل ولا تتعداها إلى العلاقة الخارجية بين النائب والأصيل الثاني والمتمثلة في التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه . فهذا التصرف يقوم به النائب ، فالإرادة هي ذلك النشاط النفسي الذي يظهر في صورة علنية وتترتب عليه قانوناً آثار معينة ، فقد أنشأته ارادة النائب الذي تولى إبرام التصرف القانوني مع نفسه ، ولا يهم بعد ذلك ان تتكون ارادة النائب وفقاً لأوامر وتوجيهات الأصيل ، حيث تصدر عن النائب ارادة خاصة به وان كانت مطابقة لإرادة الأصيل .(٥)

وذهب الجانب الآخر من الفقه إلى وجوب التمييز فيما يتعلق بالتصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه ، بين المظهر الخارجي للإرادة التعاقدية وبين مضمون هذه الإرادة . فالمظهر الخارجي لهذه الإرادة انما يصدره النائب منسوباً إلى نفسه لا إلى الأصيل ، فهو تعبير عن إرادته هو وان كان يقصد به إحداث آثار قانونية تلحق الأصيل مباشرة . اما مضمون الإرادة فان النائب وان كان يعبر عن إرادته هو فان هذه الإرادة تكون موجهة بإرادة الأصيل .فان الأصيل قد يصدر إلى نائبه تعليمات معينة

---

(١) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ٩٧ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ١٩٨ . د . حسن علي الذنون، المصدر السابق ، ص ٤٤ .

(٢) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٩ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٤٢.د . شمس الدين الوكيل ، المصدر السابق ، ص ٨٢ . د . رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٦٥ .

(٣) انظر الصفحات (٣٧ – ٤١) من هذه الرسالة .

(٤) د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٥٥. د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٥ . د . جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص ٤١ .

(٥) د . جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص ١٢٥ .

بشأن العقد المراد ابرامه ، يراعيها النائب ، فيكون مضمون إرادته موجهاً في حدود هذه التعليمات – بإرادة الأصيل – ويصح القول عندئذ ان إرادة الأصيل في نطاق هذه التعليمات قد ساهمت بطريق غير مباشر ، من خلال التأثير في إرادة النائب ، في تكوين العقد ، فالعقد يقوم على ارادة النائب وحده .[١]

ويبدو لي ان هذا الرأي الأخير هو الأصوب ذلك ان النائب يصوغ ارادته على ضوء ارادة الأصيل لانه مناب للعمل لمصلحته ، فهو يريد على النحو الذي يريده الأصيل ، ولا اشكال في ذلك لانه من مقتضيات النيابة هي عمل النائب لمصلحة الأصيل وبما يتفق ورغباته .

فالنائب يعبر عن ارادته هو وذلك باحلالها محل ارادة الأصيل ، ومع ذلك ينصرف اثر هذه الإرادة إلى الأصيل لا إلى نفسه ، وهذا ما يبرز خصوصية النيابة ، بأن تكون الإرادة التي ينعقد بها التصرف لشخص وتنصرف الآثار المترتبة عليها إلى ذمة شخص آخر ، وهذه الخاصية هي التي جعلت بالامكان ان يتولى شخص واحد ابرام التصرف القانوني مع نفسه .[٢]

ولا يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا في حالة انفراد النائب بابرام التصرف القانوني ،[٣] فإرادة النائب هي التي تتجه إلى احداث الاثر القانوني المترتب عن التصرف ، وهي التي ترتبه بالفعل وحدها ، عليه يتعين ان يكون النائب متمتعاً بالإرادة ، فمن تنعدم عنده الإرادة كالصبي غير المميز او المجنون لا تصلح ارادته لان تحل محل غيرها في ابرام التصرف القانوني . كما يلزم لاعتبار الشخص متعاقداً مع نفسه ان يكون له قدر من حرية التقدير في ابرام التصرف القانوني مع نفسه ، ان لم يكن له التقدير كله ، حتى يتاح لارادته ان تظهر وتعمل ، فان انعدمت حرية التقدير لدى الشخص كان رسولاً ينقل ارادة كلاً من الأصيلين إلى الاخر ، ولم نكن امام حالة تعاقد الشخص مع نفسه .[٤] فهو ذو ارادة شخصية يستخدمها في سبيل تحقيق مصلحة المناب عنه وتكون هي محل الاعتبار .[٥]

ويترتب على انعقاد التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه بارادته النتائج الآتية :

١. اختلاف تعاقد الشخص مع نفسه عن التعاقد برسول .

٢. فيما يشوب الإرادة من عيوب ينظر إلى ارادة النائب الذي تولى ابرام العقد مع نفسه .[٦]

٣. ان العبرة بنية النائب لا بنية الأصيل ، فيما اذا كان حسن النية او سوؤها او افتراض العلم بظروف لها اثرها على التعاقد ، سواء كان النائب مطلق التصرف في اجراء العقد مع نفسه ام كان موجهاً من الأصيل بتعليمات وتوجيهات تخص ذلك العقد . فإذا كان النائب قد تعامل مع مدين معسر وهو حسن النية ، لم يجز لدائني هذا المدين الطعن بالدعوى البولصية في هذا التصرف .[٧]

اما اذا كان النائب سيء النية وتواطأ مع مدين معسر ، جاز للدائنين الطعن بالتصرف حتى لو كان الأصيل (الآخر) حسن النية ، واذا ناب شخص عن آخر في شراء عقار فاشتراه من غير مالكه ، فالعبرة بحسن نية النائب لا الأصيل في تملك العقار بالتقادم القصير .[٨] وكذلك الحال فيما يتطلبه القانون من علم المشتري بالمبيع علماً كافياً وإلا كان للمشتري طلب ابطال البيع .[٩]

---

(١) د . محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص ١٠٠ . د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٤ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ .

(٢) د . السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ . انور العمروسي ، المصدر السابق ، ص ٢٥٢ . د . بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ٢٢٢-٢٢٣ . د . رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٦٤ .

(٣) د. عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٤٨ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر الساق ، ص ٨٢ .

(٤) د .برهام محمد عطا الله ، المصدر السابق ، ص ٦٠ . د . سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٩٤ . د . محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق ، ص ١٣٢ .

(٥) د . ماجد الحلواني ، المصدر السابق ، ص ٧٨. د . محمد علي عرفه ، التقنيين المدني الجديد، ط٢ ، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة،١٩٥٥، ص ٧١ .

(٦) د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٤ . د. عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٧٧ .

(٧) مثال ذلك ما اذا اناب مدين معسر نائباً عنه لبيع امواله ، وكان النائب حسن النية لا يعلم باعساره وباع هذه الأموال الى اصيل آخر كان كان قد انابه في الشراء او اشترى تلك الأموال لنفسه .

(٨) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ . د . محي الدين اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ١٥٤ .

(٩) د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ٢٠١ . د . بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ٨٦ .

واذا كان الأصل ان يراعى حسن نية العاقد او سوء نيته او علمه ببعض الظروف فانه يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان الأصيل يعلم بظروف يجهلها النائب ، كمن ينيب عنه نائباً لشراء مال مدين معسر ، وكان النائب حسن النية لا يعلم باعساره فان لدائني هذا المدين الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات بالعقد الذي ابرمه النائب حسن النية ، وذلك لمنع الأصيل سيء النية من التوسل بالنيابة للوصول إلى نتائج لا يبيحها القانون .[١]

٤. اذا ما اقتضى تفسير التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، ينظر إلى ارادة النائب الذي تولى ابرام التصرف .[٢]

وقد قننت م / ١٦٦ من القانون المدني الالماني الاحكام المتقدمة حيث نصت ((عندما يكون من الممكن ان تتأثر النتائج القانونية للتعبير عن الإرادة بسبب وجود عيب من عيوب الإرادة او بسبب العلم او وجوب العلم بظروف معينة لا يكون شخص الأصيل بل شخص النائب هو محل الاعتبار ....))[٣].

وتضمنت نفس الحكم م / ١٠٤ من القانون المدني المصري حيث نصت ((اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة او في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة ، او افتراض العلم بها حتماً . ومع ذلك اذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل ان يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو او كان من المفروض حتماً ان يعلمها))[٤]

فارادة النائب وفقاً لهذا لنص هي المعول عليها فيما يتعلق بعيوب الإرادة او العلم ببعض الظروف الخاصة التي تؤثر في التعاقد او افتراض العلم بها حتماً وكذلك فيما يتعلق بحسن النية او سوؤها بالنسبة للتصرفات التي تتأثر اثارها بحسن نية العاقد او سوؤها . ويستثنى من ذلك الحالة التي تضمنتها الفقرة الثانية من هذا النص والتي اراد بها المشرع المصري قطع السبيل أمام إساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سيء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو . وبناء على ما تقدم وما اوردته م / ١٠٨ من القانون المدني المصري التي نصت ((لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم مَن ينوب عنه ...) يمكن القول ان القانون المذكور والقوانين المستمدة منه[٥]، اقرت بانعقاد التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع

---

(٢) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، بند ٥٦٣ ، ص ٧٥٩ .

(٣) وقد نصت م / ١٣٩٠ من القانون المدني الايطالي على نفس الحكم .

(٤) يقابلها في القوانين العربية م / ١٠٥ مدني سوري ، م / ١٠٤ مدني ليبي ، م / ٧٤ مدني جزائري ، م / ١١١ مدني اردني ، م / ٥٦ مدني كويتي مع ملاحظة ان الفقرة الثانية من هذه المادة قد نصت ((٢. ومع ذلك اذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق وتصرف النائب وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل ، فانه لا يكون لهذا الأخير في حدود تنفيذ تعليماته ان يتمسك بجهل نائبه اموراً كان يعلمها هو او كان مفروضاً فيه ان يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضا الأصيل من عيوب)) ، ويلاحظ على هذا النص مسألتين هما :

١. ان الاستثناء الذي تضمنته هذه الفقرة يتعلق بمن تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق ، خلافاً لما ورد في النص المصري الذي قصر الاستثناء على الوكالة ، لان النيابة الاتفاقية في حقيقة الامر اعم من الوكالة ، (وفق ما يذهب اليه الفكر القانوني المعاصر الذي اخذ يعزف عن الفكرة التقليدية التي ترى في النيابة الاتفاقية مجرد وكالة . ذلك ان النيابة الاتفاقية قد تنشأ عن عقد عمل) . انظر في ذلك د . بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣ – ٢٢٤ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٠ – ٢٠٢ .
٢. لقد اوجبت هذه الفقرة ضرورة الاعتداد بشخص الأصيل، بالنسبة الى عيوب الرضا عندما يقتصر عمل النائب على تنفيذ تعليمات الأصيل ، ولم يقتصر في ذلك على علم الأصيل ببعض الظروف او افتراض علمه بها . في حين قصر النص المصري الاعتداد بإرادة الأصيل على حالة علم الأصيل او افتراض علمه حتماً . إلا ان غالبية الفقه المصري وان كان يقرر ان النص المصري لا يشمل هذه الحالة إلا انهم يقررون شمولها تلافياً للنقص التشريعي . انظر في ذلك د .عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ . د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٨٢ . د . حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، ص ١٨٨ . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٠٦ . د . جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .

(٥) كالقانون المدني السوري ، م / ١٠٩ منه . والقانون المدني الليبي ، م / ١٠٨ منه . والقانون المدني الجزائري ، م / ٧٥ منه .

نفسه بارادة النائب المستقلة ، وذلك بحلولها محل ارادة الأصيل ، إذ لو كان هذا التصرف يعقد بارادة الأصيل لما عَدالنائب متعاقداً مع نفسه .

ويمكن القول ان نصوص القانون المدني العراقي التي اجازت للولي (سواء كان أباً ام جداً)[١] وتلك الاحكام التي نظمت تعاقد الوصي والقيّم مع نفسه [٢] ، او التي حظرت على الوكلاء ان يشتروا اموال موكليهم .[٣] فهذه الاحكام لا يمكن الأخذ بها وتعدّلغواً ، والشارع منزه عنه ، اذا لم تكن الإرادة التي تنعقد بها تلك التصرفات هي ارادة النائب .من ذلك يمكن القول ان المشرع العراقي يقر بانعقاد التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه بارادة النائب .وحيث ان هذا الاستنتاج لا يفي بمتطلبات الحياة العملية ، وحيث ان اثر التصرف هو معلول التصرف ، فاذا ما كان التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه بما تضمنه من شروط والتزامات وحقوق ينطوي على غبن ، فان هذا الغبن سيلحق الأصيل ، لذا نقترح على المشرع العراقي تنظيم القواعد العامة للنيابة وان يرد ضمنها نص يحدد الإرادة التي ينظر اليها فيما يتعلق بعيوب الإرادة وحسن النية وسوؤها ، ونقترح النص الآتي :

((١. في التصرفات القانونية التي تتم بطريق النيابة تكون العبرة بارادة النائب لا بإرادة الأصيل في وجود الإرادة والتعبير عنها وعيوبها ، او في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتماً . ٢ . ومع ذلك اذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق وتصرف النائب وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل ، فانه لا يكون لهذا الأخير ، في حدود تنفيذ تعليماته ، ان يتمسك بجهل نائبه اموراً كان يعلمها هو او كان مفروضاً فيه ان يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب)).

وقد طبق القضاء الاحكام المتقدمة ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها ((ان الوفاء الحاصل من مدين متوقف عن الدفع حكم بعد ذلك بشهر افلاسه ، إلى وكيل احد الدائنين يمكن ابطاله اذا كان الوكيل عالماً بتوقف المدين عن الدفع)).[٤]

وقضت محكمة النقض الايطالية ((ان الاعتداد بشخص النائب من حيث سوء النية او حسنها يسري على النيابة القانونية والارادية)).[٥]

وقضت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد ((ان عدم اعلان الجمعية التعاونية لبناء المساكن انها تتعاقد نيابة عن اعضائها ، وكان لا يوجد في نصوص العقد ما يفيد وجود نيابة صريحة او ضمنية بينها وبينهم فان اثر العقد ينصرف إلى الجمعية وليس إلى اعضائها)).[٦]

وقضت ايضاً ((اذا كانت الوصية حين تصرفت ببيع الاطيان المملوكة للطاعنة انما كان ذلك باعتبارها نائبة عنها نيابة قانونية تحل فيها ارادتها محل ارادة الأصيل – القاصرة – مع انصراف الاثر القانوني لهذه الارادة إلى هذه الاخيرة كما لو كانت قد صدرت منها ، فاعتبار المحكمة لتصرفها بيعاً لملك الغير لا سند له من القانون)).[٧]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((ان الحظر الوارد في م / ٥٩٢ من القانون المدني على العقد الذي يبرمه الوكيل مقرر لمصلحة الموكل ، فاذا اجاز الموكل العقد اصبح العقد نافذاً بحقه)).[٨]

) وقضت ايضاً ((اذا كان الوكيل قد باع العقار الموكل ببيعه ، إلى اخيه فان ذلك يعتبر شراء الوكيل

---

(١) انظر نص م / ٥٨٨ من القانون المدني العراقي .

(٢) انظر نصوص المواد (٥٨٩ ، ٥٩٠) من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر نص م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٨ يونيو ١٩٧٨ ، دالوز ٩٩ – ١ – ٥١٩ ، سيري ٩٩ – ١ – ٢٠٨ . نقلاً عن د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٩٢ ، هامش رقم (١٧) .

(٥) قرار محكمة النقض الايطالية في ٢٥ يونيو ١٩٧٣، رقم ١٩٦١ For a Ital . نقلاً عن د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٩١ ، هامش رقم (١٥ م) .

(٦) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن ١٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٩١ ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبدالتواب ، المصدر السابق ، ص ٢٠١٦ .

(٧) قرار محكمة النقض المصرية في ١٦ / ١٢ / ١٩٨٠ ، في الطعن ١٢٠٧ س ٤٩ ق ، منشور في مجموعة الاستاذ انور طلبه ، عقد عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص ٤٥٢ – ٤٥٣ .

(٨) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٥٩ / موسعه اولى / ٨٤ – ٨٥ ، في ٢٩ / ٩ / ١٩٨٥ ، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

من نفسه باسم مستعار وهو محظور بحكم المادة ٥٩٢ من القانون المدني)).[١] وقضت ايضاً ((ان بيع الوكيل الدار العائدة لموكله (اخيه) إلى والدته استناداً إلى الوكالة العامة المطلقة يعتبر شراء لنفسه باسم مستعار وهو محظور بحكم م / ٥٩٢ من القانون المدني)).[٢]

ان هذه القرارات تبين ان الارادة التي يبرم بها النائب التصرف القانوني مع نفسه هي ارادته المستقله ، لذلك اوقف أثر هذا التصرف بحق الأصيل على اجازته ، فلو ابرم بارادة الاخير لكان نافذاً بحقه .

ويقرر الفقهاء المسلمين ان التصرف الشرعي الذي يبرمه النائب مع نفسه ، انما يتم بارادة النائب المستقلة ، اذ العبرة في هذا الفقه برضا العاقد ،والعاقد هو النائب . فالعقد يقوم بكلامه ورأيه المعبر عن ارادته لا عن ارادة الأصيل . وهنا يكمن اساس تأثر ما يجري من تصرف بما يشوب رضاه من عيوب .[٣]

وعبارة النائب تكفي لابرام التصرف الشرعي في الفقه الاسلامي ، وتنتج أثرها في ذمة طرفيه ، وتطوي في ثناياها الايجاب والقبول .[٤]

ونجد ذلك جلياً في عباراتهم مثل ((... ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ...)).[٥] وقولهم ((... الوكيل أصل في العقد ، والعقد انما يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتباره باعتباره آدمياً عاقلاً والدليل على انه اصل في العقد استغناؤه عن اضافته إلى الموكل ...)).[٦]

ويقرر الفقهاء المسلمين ان ارادة النائب الذي تولى ابرام التصرف الشرعي مع نفسه هي محل الاعتبار فيما قد يشوب التصرف من عيوب الارادة التي يمكن ان تؤثر على صحة التصرف ، وبالتالي فان هذا التصرف يتأثر باكراه النائب ، وهزله وسهوه يفسد التصرف ما لم يكن من التصرفات التي لا تقبل الفسخ على مقتضى قول الحنفية .[٧] ولا يثبت لهذا التصرف حكم على مقتضى قول الجمهور . فالإمامية يوقفونه على اجازة المكره بعد زوال الاكراه ، بينما يذهب الحنابلة – على الاظهر – والظاهرية والشافعية إلى بطلانه .[٨]

واذا ما وقع النائب في غلط فيكون له خيار فوات الوصف المرغوب فيه بفسخ التصرف او امضائه .[٩] ويرجع إلى النائب من حيث العلم او الجهل بما لابس تصرفه مع نفسه من ظروف لها اثرها على التصرف ، كونه هو العاقد ، فاذا اشترى الولي شيئاً لحساب القاصر من نفسه يجب ان يكون الولي لا القاصر عالماً بالمبيع وهو ما يعرف في الفقه الاسلامي بخيار الرؤية . اذ تتوقف صحة البيع على علم المشتري بالمبيع علماً كافياً ، وبخلافه يكون له طلب ابطال البيع .[١٠] وليس

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٥٣١ / موسعه اولى / ٨٨ ، في ٢٠ / ١ / ١٩٨٩ ، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(٢) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٨٣٣ / م١ / ٩٩ ، في ١٢ / ٦ / ٢٠٠٠ ، القرار غير منشور .

(٣) د . شفيق شحاته ، المصدر السابق ، ص ٣٥٩ .

(٤) د . محمد ابو زهرة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٢ . د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ١٨٣ .

(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٣٣ .

(٦) الزيعلي ، تبين الحقائق ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٥٦ . وانظر ايضاً الشربيني ، مغنى المحتاج ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٢٣٠ – ٢٣١ . اية الله العظمى السيد السبزواري ، جامع الاحكام الشرعية ، ط٨ ، مطبعة الديواني ، بغداد ، ١٤١٣هـ – ١٩٩٢ م ، ص ٣١٧ . اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق ، جواب السؤال رقم (٧) .

(٧) د . السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ . د. محمد ابو زهرة ، المصدر السابق ، ص ٣٨٥ .

(٨) زين الدين الجبعي ، مسالك الافهام ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ . الشيخ يوسف البحراني ، ج ١٨ ، ص ٣٧٣. ابن النجار، منتهى الإرادات ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٣٣٨ – ٣٣٩ . ابن حزم ، المحلى ، ج٨ ، المصدر السابق ، ص ٣٢٩ . الخرشي ، شرح الخرشي ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٥٩ .

(٩) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢ . كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج٦ ، ط١ ، دار صادر ، بيروت ، ١٣١٧ هـ ، ص ٨٣ .

(١٠) قدري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، قدم له د . صلاح الدين الناهي ، ط١ ، الدار العربية للتوزيع والنشر ، الاردن، ١٩٨٧ ، م ٣٤٠ ، م / ٣٣٣ .

للأصيل طلب الفسخ لجهل النائب بعيب في المبيع يعلمه هو ، فمن رأى شيئاً معيناً وطلب من وكيله الذي لم ير هذا الشيء ان يشتريه لحسابه فانه يعتد برؤيته ويسقط خيار الرؤية عن الوكيل .[١]

الفرع الثاني

جواز تعامل النائب باسمه لحساب الأصيل

لا يكفي لتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه ان تحل ارادة النائب الذي تولى ابرام التصرف مع نفسه محل ارادة اطراف التصرف ، وانما يجب بالإضافة إلى ذلك ان يقصد صرف اثار ذلك التصرف إلى الطرفين الذين انابه لابرام التصرف نيابة عنهما ، او إلى نفسه والى الأصيل الذي انابه ، ويصطلح على هذا الشرط بـ (نية النيابة) وهي اتجاه ارادة النائب إلى التعاقد باسم ولحساب الأصيل ، او الأصيلين الذين انابه .[٢]

فاذا لم يقصد النائب تحقيق اثار التصرف الذي ابرمه مع نفسه في ذمة الأصيلين الذين انابه ، او في ذمة الأصيل وفي ذمته ، لا تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، كما اذا اجرى النائب تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة عن نفسه ، كما اذا وعد بجعل لمن يجد سيارته المفقودة . انما يجب ان يبرم عقداً وينتج اثاره في ذمتي طرفين سواء كان هو احدهما او لم يكن .[٣]

ويترتب على قصد النائب توجيه اثار التصرف الذي ابرمه مع نفسه ، الى نفسه والى الأصيل الذي انابه ، او الى الأصيلين الذين انابه تحديد اطراف ذلك التصرف لا سيما وان الذي تولى ابرام هذا التصرف القانوني هو غير مَن ينتج التصرف اثاره في ذمته ، عليه يتعين على النائب تحديد اطراف التصرف الذي ابرمه مع نفسه . فقد يكون ذلك النائب نائباً عن عدة اشخاص ، كالوكيل بالعمولة ، فيتعين تحديد اطراف الصفقة التي ابرمها مع نفسه نيابة عنهما ، حتى تنتظم الالتزامات في ذمتهم ، وحتى يتسنى لهم الايفاء بها .[٤]

والقول بخلاف ذلك من شأنه ان يؤدي الى اضطراب لا يقبله المنطق القانوني حيث لا يعلم الأصيل انه قد ابرم عقداً مع النائب او مع اصيل آخر .

فإذا تعاقد شخصان وحددا مضمون الالتزام فمقتضى القواعد العامة ان ينشأ هذا الالتزام في ذمتيهما ، إلا اذا كان احدهما نائباً فان الالتزام ينصرف الى ذمة الأصيل . وبذلك يكون مقتضى النيابة هو الانحراف بالآثار العادية للتصرف القانوني عن مستقرها الأصلي ، والذهاب بها الى ذمة شخص اخر غير الذي تولى ابرام التصرف بارادته ، خلافاً لمقتضى قرينة مؤداها ان مَن يبرم التصرف انما يلزم ذمته . ومن هنا وجب ان يكون لدى النائب نية الانحراف بآثار العقد الى ذمة الأصيل بالإضافة الى ذمته او الى ذمتي الأصيلين الذين انابه مع بقائه بمعزل عن اثار التصرف الذي ابرمه بارادته وحده في الحالة الأخيرة .[٥]

---

(١) جعفر بن الحسن بن ابي زكريا بن يحيى ابن الحسن ، المعروف بالمحقق الحلي (٦٧٦ هـ) ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢ ، منشورات مكتبة الحياة ، بيروت ، ص ٢٠١ ، حيث يقول ((لو وكله في بيع فاسد لم يملك الصحيح وكذا لو وكله في ابتياع معيب)) .

(٢) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٨ . د . وحيد رضا سوار ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٨٤ . د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ – ١٦١ .

(٣) انظر بهذا المعنى د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٦ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ٥٦ . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ – ١٠٨ . د . محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص ١٠٦ . د . بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ٢٢٤ . د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٨٩ .

(٤) د . حافظ ابراهيم ، المصدر السابق ، ص ٤١٠ . د . حسني المصري ، المصدر السابق ، ص ١٤٣ .

(٥) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، بند ٥٦٥ ، ص ٧٦٣ .

وهذا هو جوهر تعاقد الشخص مع نفسه ، وذلك بان تحل ارادة شخص واحد محل ارادة شخصين ، وترتيبه اثار قانونية في ذمتيهما .[١]

فيتعين لترتب اثار تعاقد الشخص مع نفسه وانصرافها الى ذمة الأصيل ، او الأصيلين مباشرة ان يكون لدى النائب نية تمثيل الأصيل . فالنائب يبرم التصرف بقصد ان يصبح الأصيل متعاقداً ، بمعنى ابرام التصرف لحساب الأصيلين او لحساب الأصيل وحساب نفسه .[٢]

وتتبين علة هذا الشرط على ضوء طبيعة تعاقد الشخص مع نفسه ، إذ انه متى انتفت هذه النية انعدمت فكرة التوسل بإرادة النائب لاحداث اثار قانونية تقع للأصيل او الأصيلين .[٣]

ومن شأن تعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل ايضاً ابراز الحد الفاصل بين التصرفات القانونية التي يحريها النائب بالأصالة لمصلحة نفسه ، وتلك التي يجريها بالنيابة عمن ينوب عنه . ويمثل هذا الشرط اضافة لما تقدم ضمانة للأصيل ، وذلك حتى لا يبرم نائبه تصرفات قانونية باسمه (باسم النائب ولمصلحته) ثم لا يجد فيها مصلحة فيدعي انه ابرمها لمصلحة الأصيل .[٤]

يضاف الى ما تقدم ان بعض العقود يكون شخص العاقد الآخر فيها محل اعتبار ، وان الغلط في شخصه يجعل العقد موقوفاً ،[٥] او قابلاً للإبطال .[٦]

ويشترط الفقه لتحقق النيابة ان يعلن النائب للعاقد الآخر انه يتعاقد بالنيابة عن غيره . ويغني علم العاقد الآخر بالنيابة عن اعلان النائب . ويضيف الفقه الى ذلك حالة افتراض علم العاقد الاخر حتماً بالنيابة ، فهو يقوم مقام علم العاقد الاخر ، وكذلك ما اذا كان يستوي لدى العاقد الاخر ان يتعاقد مع النائب ، أو مع الأصيل .[٧]

وبما ان الذي يتولى ابرام التصرف القانوني في حالة تعاقد الشخص مع نفسه هو عاقد واحد ، فو بالتالي لا يحتاج لان يعلن انه يتعاقد بالنيابة عن غيره لانه هو ذاته يمثل العاقد الآخر .

وتقدير ما اذا كان يستوي لدى الأصيل الأول ان يتعاقد مع النائب او الأصيل الثاني من عدمه ، يرجع الى طبيعة التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ومركز الأصيل الأول . وهي من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية .[٨]

اذ يبحث القاضي في ظروف الدعوى ووقائعها وما اذا كانت هناك مصلحة للأصيل في عدم التعاقد مع النائب او الأصيل الثاني من عدمه . فان تبين انتفاء هذه المصلحة ، استنتج انه يستوي لدى هذا المتعاقد ان يتعامل مع الأصيل الثاني او مع النائب ، فيقضي باعتبار النيابة متحققة على الرغم من عدم اعلان النائب عنها وعدم افتراض العلم بها ، وانصراف اثار التصرف الى الأصيل مباشرة . وبخلاف ذلك ما لو تبين القاضي ان هناك مصلحة استنتج انه لا يستوي لدى الأصيل ان يتعامل مع النائب او الأصيل الثاني ، قضى بعدم نفاذ التصرف في حق صاحب الشأن مباشرة .[٩]

---

(١) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٢٦ . د . سليمان مرقس ، الوافي ، المصدر السابق ، ص ١٩١ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٤٩ . وهذا ما اعطى لتعاقد الشخص مع نفسه خصوصيته وخطورته وجعل الفقه والتشريع والقضاء ينظر اليه نظرة الريبة والحذر الى حد نكرانه من جانب من الفقه ، وحضره من قبل بعض التشريعات . انظر نصوص المواد / ١٨١ مدني الماني ، م / ١٠٨ مدني مصري ، م / ١٠٩ مدني سوري ، م / ١١٥ مدني اردني ، م / ١٠٨ مدني ليبي ، م / ٦٢ مدني كويتي ، م / ٧٤ مدني جزائري .

(٢) د . حلمي بهجت بدوي ، المصدر السابق ، بند ٥١ . د . محمد شريف احمد ، المصدر السابق ، ص ٦٨ . د . محمد وحيد سوار ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، المصادر الارادية ، العقد والارادة المنفردة ، دون ذكر الناشر ، دمشق ، ١٩٧٧ – ١٩٧٨ ، ص ٢٥٩ .

(٣) د . عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٥٨ . د . صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٣٥ . د . محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، ط ٢ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٣٢٣ .

(٤) ويمكن ان يحدث ذلك في حالات النيابة العامة كالوكالة العامة والولاية والوصاية .

(٥) يكون العقد موقوفاً في القانون المدني العراقي .انظر نص م / ١١٨ / ٢ منه .

(٦) يكون العقد قابلاً للإبطال وفقاً للقانون المدني المصري . انظر نص م / ١٢١ منه ، والقوانين المستمدة من التشريعات الغربية . وانظر وانظر ايضاً نص م / ٢٠٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٧) د . جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٩٣ . د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٦١ . د . عبدالمجيد الحكيم و د . عبدالباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .

(٨) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، بند ٣١١ ، ص ٦٢٩ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

(٩) د . جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص ٢٩٦ – ٢٩٧ .

ولكن ما هو المعيار الذي يعتمده القاضي لتقدير وجود المصلحة من عدمها ، هل هو معيار شخصي منظوراً الى شخص هذا الأصيل بالذات ام هو معيار موضوعي ينظر الى جهة شخص عادي في ضوء الظروف ذاتها التي تم فيها تعاقد النائب مع نفسه ؟

ذهب القضاء السويسري الى تبني المعيار الشخصي وذلك باعتداده بمصلحة الأصيل بالذات ، وهذا ما ذهب اليه جانب من الفقه المصري .[١]

وتبنى القضاء الالماني المعيار الموضوعي باعتداده بمصلحة شخص عادي اكتنفت مباشرته ابرام التصرف ذات الظروف التي اكتنفت تعاقد النائب مع نفسه ، كما اعتمد الفقه الالماني وجانب من الفقه المصري هذا المعيار . [٢]

ويذهب القضاء العراقي وجانب من الفقه العراقي الى الأخذ بالمعيار الموضوعي .[٣] ونرجح الأخذ بالمعيار الموضوعي ، وذلك لتحقق استقرار التعامل والانسجام في الاحكام القضائية التي تصدر بالاستناد اليه . وحتى تتمكن محكمة التمييز من بسط رقابتها على ما يصدر من احكام قضائية بهذا الخصوص .[٤]

ولكن ما هو الحكم اذا ابرم النائب العقد مع نفسه لنفسه وكان في حقيقة الأمر يبرمه لغيره او العكس ؟ .يسري على هذا الفرض قواعد الاسم المستعار فيما يتعلق بالعلاقة بين النائب ، والأصيل الثاني ، الذي اناب النائب للعمل باسمه لمصلحة الأصيل الثاني . وكذلك الحال اذا ما ابرم النائب العقد مع نفسه لغيره ، وهو في حقيقة الأمر يبرمه مع نفسه لنفسه ، او اذا ابرم النائب العقد مع غيره لمصلحة نفسه ، فان العلاقة بين النائب والأصيل الثاني او بين النائب والغير تخضع لقواعد الاسم المستعار .[٥]

وقد قننت الفقرات ٢ ، ٣ من م / ٣٢ من قانون الالتزامات السويسري الاحكام المتقدمة .[٦] كما قننت المواد (١٠٥ ، ١٠٦) من القانون المدني المصري الاحكام المتقدمة . حيث نصت المادة الأولى ((اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل)).[٧] ونصت الثانية ((اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً فان اثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائناً او مديناً ، الا اذا كان من المفروض حتماً ان مَن تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الأصيل او النائب)).[٨]

ونصت م / ٩٤٢ من القانون المدني العراقي ((حقوق العقد تعود للعاقد . فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل في حدود الوكالة فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه)) . ونصت م / ٩٤٣ منه ((اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد .. انه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه ، إلا اذا كان يستفاد من الظروف ان مَن تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل)).

---

(٢) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٦ . د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .

(٣) د . جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص ١٨٥ . مع المصادر التي يشير اليها .

(٤) ان مسائل الواقع تخضع لرقابة محكمة التمييز في العراق استناداً لاحكام م / ٢٠٣ / ٥ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

(٥) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ .د. عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٨٠ . د .حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٧ .

(٦) تقابلها المواد : ١١٢٧ من القانون المدني الايطالي ، ١٧١٧ من القانون المدني الاسباني ، ١٦٤ من القانون المدني الالماني.

(٧) تقابلها في القوانين العربية م / ١١٢ مدني اردني ، م / ١٠٦ مدني سوري ، م / ١٠٥ مدني ليبي ، الفصل / ١١٤٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، م / ٧٤ مدني جزائري ، م / ٣٢ من قانون الوكالة السوداني .

(٨) تقابلها في القوانين العربية م / ١١٣ مدني اردني ، م / ١٠٧ مدني سوري ، م / ١٠٦ مدني ليبي ، م / ٧٥ مدني جزائري ، م / ٣٣ ٣٣ من قانون الوكالة السوداني ، الفصل / ١١٤٨ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

واحكام النصوص العراقية واضحة إلا ان عبارة ((إلا اذا كان يستفاد من الظروف)) الواردة في النص العراقي تعطي مدلولاً اوسع من المدلول الذي تعطيه عبارة ((إلا اذا كان من المفروض حتماً)) الواردة في النص المصري .

وقد طبق القضاء في مختلف الدول الاحكام المتقدمة . حيث قضت محكمة النقض الايطالية ((لكي تكون هناك وكالة نيابية ، يجب توافر نية النيابة أي ان يستعمل النائب اسم الأصيل وان هذه النية لا يجوز ان تكون ضمنية ، أي تستخلص من الظروف والعناصر الضمنية ، بل يجب ان تكون صريحة وواضحة)).[١]

وقضت في قرار آخر ((يكفي ان مَن يتعاقد باسم الغير يعلم المتعاقد معه بذلك بشرط ان يفعل ذلك بصورة صريحة، فلا يعتبر من قبيل التعامل ضمناً باسم الموكل مجرد علم الطرف الآخر بتوافر صفة الوكيل فيمن يتعامل معه)).[٢]

من هذا نرى تشدد القضاء الايطالي في وجوب العلم بالنيابة بصورة صريحة وقاطعة لا لبس فيها ولا يكتفي باستنتاج ذلك من الظروف ، اذ توجب اعلان النائب عن نيابته بصورة صريحة .

وقضت محكمة النقض المصرية ((ان عدم افصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل، لا يغير من علاقته بموكله ، فيلتزم بموجب عقد الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل مع انصراف آثار تصرفه اليه إلا اذا كان من المفروض حتماً ان هذا الغير يعلم بوجود الوكالة ، او كان يستوي عنده ان يتعاقد مع الأصيل او النائب فتكون العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير)).[٣]

وقضت هذه المحكمة في قرار اخر ((ان الموكل في علاقته بوكيله المسخر يعتبر هو المالك لما ابرمه وكيله من عقد شراء العقار محل النزاع ، حتى وان تم تسجيل العقار باسم الوكيل فان الملكية قد خرجت من ذمة البائع ، وان انتقلت في الظاهر الى الوكيل إلا انها في الحقيقة انتقلت الى الموكل ، الذي لا يحتاج لان يحتج على وكيله المسخر لإجراءما لنقل ملكية ما اشتراه اليه))[٤] ففي هذا القرار تقرر محكمة النقض انصراف اثر تصرف الوكيل المسخر الى الموكل مباشرة دون حاجة الى اجراء آخر ، حتى ولو كان تصرف الوكيل المسخر من التصرفات التي يفرض فيها القانون شكلاً ما لانعقادها .

وقضت محكمة التمييز الاردنية ((ان الوكالة العامة التي يمنحها الولي بصفته الشخصية لا تخول الوكيل العام حق ابرام تصرفات قانونية تعود بأثرها على مَن هم تحت ولاية الموكل (الولي))).[٥]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((اذا اضاف الوكيل العقد الى الموكل فان حقوق والتزامات العقد تعود الى الموكل)).[٦]

وقضت في قرار آخر ((لا يسائل الوكيل عن العقود التي يعقدها باسم موكله ، وانما يسائل الموكل عن هذه العقود ، ويجب إقامة الدعوى على الموكل عن عدم تنفيذ هذه العقود)).[٧]

وقضت ايضاً ((اذا كان مَن تعاقد مع الوكيل بامكانه تبين ان هذا الشخص وكيلاً ويتعاقد نيابة عن موكله فيعتبر العقد قائماً بينه وبين الموكل حتى وان لم يعلن الوكيل عن وكالته)).[١]

---

(١) حكم محكمة النقض الايطالية في ١٥ نوفمبر ١٩٥٤ رقم ٤٢٣٥ . نقلاً عن د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق، ص ٧٦٥،هامش رقم (٢٥) .

(٢) حكم محكمة النقض الايطالية في ٢٤ سبتمبر ١٩٥٣ رقم ٣٠٣٩ . نقلاً عن د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٦٦،هامش رقم (٢٥) .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في ٢٥ / ٤ / ١٩٨٣ في الطعن ٤٥٩ ، ٤٧١ س ٢٦ ، منشور في مجموعة القاضي محمد كمال عبدالعزيز ، المصدر السابق ، ص ٧٨ .

(٤) قرار محكمة النقض المصرية في ٢٤ / ٤ / ١٩٨٠ طعن ٦٤٨ س ٤٩ ق ، منشور في مجموعة الاستاذ انور طلبة ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص ٢٤٣ – ٢٤٤ .

(٥)قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ١٥٨٣ / ٩٩ في ٢٤ / ١ / ٢٠٠٠ ، منشور في المجلة القضائية التي يصدرها المعهد القضائي في الاردن ، ع١ ، كانون الثاني / يناير / ٢٠٠٠م ، س٤ ، ص ٦٨ – ٦٩ .

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٦٩ / م١ / ١٩٨٥ في ١٥ / ١ / ١٩٨٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل ، ، قسم الاعلام القانوني ، ع٣ ، س١٥ ، ١٩٨٥ ، ص ٢٥ .

(٧) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢١٥ / موسعه اولى / ٩٣ في ١٥ / ٣ / ١٩٩٣ ، القرار غير منشور .

إلا اننا نجد ان شرط التعاقد باسم الأصيل تقل أهميته في الفقه الإسلامي خصوصاً في التصرفات التي لا يتعين على الوكيل ان يضيفها الى الموكل ، ذلك ان الفقهاء المسلمين يميزون بين طائفتين من التصرفات الشرعية . الأولى تلك التي يتعين على الوكيل ان يضيفها الى الموكل .[٢] فإذا أبرم الوكيل عقداً من هذه العقود مع نفسه ، فهو انما يتعاقد باسم موكليه نيابة عنهما . او اصالة عن نفسه ونيابة عن العاقد الآخر ، إلا انه لا يحتاج لأن يعلن عن نيابته لانه هو ذاته العاقد الآخر ، وان كان يتعين عليه ان يُعلم طرفي التصرف ما أبرم من تصرف نيابة عنهما .كما اذا زوج الولي عبده امته .[٣]

اما الطائفة الثانية من التصرفات الشرعية فالوكيل مخير فيها بين ان يضيف التصرف الى نفسه او الى موكله وهي ما تسمى بعقود المعاوضات كالبيع والشراء والإجارة والصلح على مال .[٤]

إلا ان الفقهاء المسلمين اختلفوا في حقوق العقد الى مَن تعود حين يضيف الوكيل العقد الى نفسه . فذهب الحنفية،[٥] والشافعية،[٦] والمالكية،[٧] الى تعلق حقوق العقد بالوكيل عندما يضيف الأخير العقد الى نفسه .

وذهب الإمامية [٨] والحنابلة [٩] والزيدية [١٠] الى تعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل ، حتى لو اضاف الأخير العقد الى نفسه ، إلا انه في هذه الحالة يبقى ضامناً لها بالنسبة للعاقد الآخر .

المطلب الثاني

انتفاء القيد القانوني او الاتفاقي

حتى يتمكن الشخص من التعاقد مع نفسه ، وينفذ تصرفه في ذمة أطرافه ، لا بد ان يكون تصرفه مع نفسه ضمن حدود نيابته . وتختلف هذه الحدود بحسب ما إذا كانت نيابة النائب قانونية ام إرادية ، وبالتالي قد تتضمن النيابة قيداً قانونياً او اتفاقياً يمنع الشخص من التعاقد مع نفسه . عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في أولهما انتفاء القيد القانوني ، ونفرد ثانيهما لانتفاء القيد الاتفاقي .

الفرع الأول

انتفاء القيد القانوني

إذا كانت نيابة النائب قانونية فان القانون [١] هو الذي يتولى تحديد مكنة او حدود سلطة النائب في إبرام تصرفات قانونية مع نفسه ، تنتج أثرها في ذمة الأصيل او الأصيلين .[٢]

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٤٢١ / م٢ / ٢٠٠٠ في ٢٠ / ١٢ / ٢٠٠٠ ، القرار غير منشور

(٢) انظر الصفحات (١٧١ – ١٧٣) من هذه الرسالة .

(٣) زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ . مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب أولو النهى في شرح غاية المنتهى ، ج ٣ ، ط ١ ، منشورات المكتب الاسلامي ، دمشق ، ١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م ، ص ٤٦٢ .

(٤) الحلي ، شرائع الاسلام ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٢٤٢ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ١١٨ . ابن رشد محمد بن احمد القرطبي (٥٩٥ هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، نشر مكتبة الكليات الازهرية ، ص ٣٣٠ . النووي ، الإمام يحيى بن شرف (٦٧٦ هـ) ، روضة الطالبين ، ج٤ ، تحقيق المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، دمشق ، ص ٣٢٦ .

(٥) الميرغناني ، الهداية ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص ١٣٧ .

(٦) ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٣٤ – ٣٣٥ .

(٧) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٢٨١ – ٢٨٢ .

(٨) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٣١ .

(٩) ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١١٨ .

(١٠) المرتضى ، البحر الزخار ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٥٨ .

ذلك ان القانون يحدد مكنة النائب القانوني كالولي والوصي والقيم والحارس القضائي ، فليس لأي من هؤلاء النواب ان يبرم تصرفاً قانونياً مع نفسه لنفسه او لغيره ، إلا اذا كان القانون الذي نظم هذا النوع من النيابة يجيز للنائب ذلك .[٣]

فالقانون الذي منح النائب سلطة النيابة هو الذي يرسم حدود مكنة النائب من حيث الموضوع ، وذلك بتحديد التصرفات التي يستطيع النائب مباشرتها مع نفسه ، وبذلك فاذا تجاوز النائب حدود هذه المكنة وإبرم تصرفاً قانونياً مع نفسه خارج حدود نيابته ، وقع تصرفه غير نافذ في حق الأصيل .[٤]

وليس لأحد ان يدعي الجهل بهذه الحدود ، ذلك ان الجهل بالقانون لا يُعَد عذراً.[٥] فلو قام الوصي او القيم بالتعاقد مع نفسه نيابة عمن هو تحت وصايته او قيمومته عدَّهذا النائب متجاوزاً لحدود نيابته ، وبالتالي لم ينفذ تصرفه في حق الأصيل ، وكأن تصرفه قد صدر من اجنبي لا علاقة له بالأصيل ، ما دام التصرف قد أجري خارج حدود نيابته .[٦] على انه اذا خرج النائب عن حدود نيابته وكان في تصرفه الذي جاوز فيه حدود نيابته نفع للأصيل، سرى أثر تصرف النائب في حق الأصيل .[٧]

إلا اننا لا نرى امكان ذلك في حالة النيابة القانونية ذلك لان هذه النيابة يتولى القانون رسم حدودها ولا يجوز مخالفة القانون بحجة تحقيق النفع للأصيل . إلا ان للأصيل المحجور إقرار تصرف نائبه مع نفسه الذي جاوز فيه حدود نيابته ، بعد ان يبلغ سن الرشد او يزول عنه الحجر .[٨]

ولا يقتصر القيد القانوني لمنع النائب من التعاقد مع نفسه على النيابة القانونية ، بل اننا نجد ان العديد من التشريعات تورد هذا القيد كقيد عام يمنع الشخص من التعاقد مع نفسه حتى اذا كانت نيابة النائب إرادية (اتفاقية) . مثال ذلك المشرع الالماني والمشرع المصري .[٩] او كمنع بعض النواب من التعاقد مع انفسهم ، كالمشرع الفرنسي والعراقي .[١٠] إلا ان هذا القيد لا يُعّد من النظام العام ويجوز بالتالي للأصيل مخالفته وذلك بان يجيز للنائب ابتداء التعاقد مع نفسه او ان يقر تصرف النائب الذي ابرمه مع نفسه .[١١]

وقيد منع التعاقد مع النفس ذي شقين ، يتمثل الأول في منع ذات التعاقد مع النفس والأمثلة على ذلك كثيرة ، كنص م / ١٨١ من القانون المدني الالماني، م / ١٠٨ من القانون المدني المصري ، م / ٣٩ / ١٥ من قانون الولاية على المال المصري ، م / ٥٨٩ و م / ٥٩١ من القانون المدني العراقي .

---

(١) قد يخول القانون القضاء تحديد سلطات النائب القضائي كما في حالة المصفي القضائي والحارس القضائي . انظر نص م / ٧٣٥ من القانون المدني المصري . ونص م / ١٤٨ من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٢) د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٠ . د . جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٥٦ . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٦ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .

(٣) انظر نصوص المواد (٥ – ١٢) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . وانظر ايضاً نصوص المواد (٣٠، ٤٢ ، ٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

(٤) د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٠ . د . رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٦٧ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ .

(٥) د . جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٩٦ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ،ـ ص ١٥٧ .

(٦) اوغريس محمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦ . د . امجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص ٦٣ . د . عبدالمجيد الحكيم ، الكافي ، المصدر السابق ، ص٢٢٩ .

(٧) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٤ – ٣٥ . د . شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، المصدر السابق ، ص ٨١ . د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٧٠ . د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٨٣ .

(٨) انظر نصوص المواد / ١٠٨ ، ٤٨١ مدني مصري ، م / ٧٧ ، م / ٤١٢ مدني جزائري ، م / ١٠٨ ، م / ٤٨١ مدني ليبي، م / ١٠٩ و م / ٤٤٩ مدني سوري ، الفقرة الثانية من م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٩) د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ . د . جلال العدوي ، المصدر السايق ، ص ٢١٧ . وهما يشيران الى نص م / ١٨١ مدني المأني و م / ١٠٨ مدني مصري .

(١٠) انظر نص م / ١٥٩٦ مدني فرنسي ، م / ٥٩٢ مدني عراقي .

(١١) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٢١١ .د. اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ .د . حسن علي الذنون ، المصدرالسابق ، ص ٥٠ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٤٠ .

في حين يتمثل الشق الثاني في إجازة التعاقد مع النفس من حيث الأصل ، وتقييد هذه الإجازة في حالات او تصرفات معينة ، دون غيرها . مثال ذلك نص م / ١٤ من قانون الولاية على المال المصري التي تجيز للأب ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو ام لحساب شخص آخر ، إلا انها قيدت هذا التعاقد في عجز هذه المادة في حالة ورود نص في القانون يمنع الأب من التعاقد مع نفسه .

فهذه المادة جعلت الأصل ان للأب ان يتعاقد مع نفسه . اما موضوع التعاقد فيتعين ان تراعى فيه احكام القانون فيما يتعلق بكل تصرف قانوني . لذلك لا يجوز للأب ان يتصرف في عقار القاصر لنفسه إلا بإذن المحكمة .[١]

عليه فقد يعلق انتفاء قيد التعاقد مع النفس على الحصول على اذن جهة معينة . مثال ذلك استحصال اذن القضاء، حتى يتمكن الأب من إبرام عقد مع نفسه للتصرف في عقار ولده القاصر ، وكذلك الحال في رهن الأب عقار ولده القاصر لنفسه ، والمحل التجاري والأوراق المالية اذا كانت قيمة كل منها تزيد على ثلاثمائة جنيه ، اما اذا كانت قيمة كل منهما ثلاثمائة جنيه فأقل ، فللأب ان يتعاقد مع نفسه بشأنها باسم ولده القاصر دون الحصول على اذن القضاء .[٢] وليس للجد ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو ام لحساب شخص آخر بإذن المحكمة .[٣]

وأجازت المادتان ١٦ ، ٩٥ من القانون المدني الجزائري للولي ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن ولده القاصر بشرط ان لا يلحق القاصر غبن من جرائها ، وان يراعي الشكلية التي يفرضها القانون في التصرف ، وبخلافه يكون التصرف القانوني الذي أبرمه الولي مع نفسه باطلاً ، إذا ترتب على التصرف افتقار القاصر ، وقابلاً للإبطال عند عدم مراعاة الشكلية المطلوبة .[٤]

فقد اورد المشرع الجزائري قيدين على تعاقد الولي مع نفسه يتمثل الأول في ان لا يلحق القاصر غبن جراء التصرف القانوني الذي ابرمه الولي مع نفسه . ويتمثل القيد الثاني في استيفاء الشكلية التي يتطلبها القانون في التصرف الذي ابرمه الولي مع نفسه .

كما ان القانون المدني العراقي قد أجاز للولي أباً كان ام جداً ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن القاصر ، ولم يقيد هذا التصرف بطائفة معينة من التصرفات القانونية او في الحصول على اذن جهة معينة كالقضاء ، فللولي ان يبرم أياً من التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر في الأموال المنقولة والعقارية ، فله ان يبيع أياً من اموال القاصر لنفسه او ان يستأجرها او ان يرهنها لنفسه ، إلا ان المشرع قيد هذه التصرفات بأن تكون بغبن يسير لا فاحش ، والعلة في ذلك غير خافية وذلك لانتفاء التهمة ، ولأن الأب اكثر الناس شفقة على ولده ، والجد مثل الأب في ذلك . اما اشتراط عدم الغبن الفاحش في التصرف الذي يجريه الولي مع نفسه لئلا يضار القاصر من جراء ذلك .[٥]

وقيد المشرع العراقي تعاقد الوصي المختار مع نفسه بقيدين يتمثل الأول في ان يكون في التصرف خير لليتيم (الأصيل القاصر) وان تأذن المحكمة بالتصرف . فقد علق المشرع انتفاء القيد القانوني في منع الوصي المختار من التعاقد مع نفسه نيابة عن المحجور على تحققهما .[٦]

واورد المشرع العراقي قيداً عاماً منع بموجبه الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة من التعاقد مع نفسه سواء كان في ذلك خير للمحجور او لا . وهذا القيد لا يجوز الاتفاق على خلافه

---

(١) انظر نص م / ٧ من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . ولمزيد من التفاصيل بهذا الصدد انظر د . محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ،ص ٣٦٣ . د . احمد سلامة ، المصدر السابق ، ص ٩٤ .

(٢) انظر نصوص المواد (٦ – ١٤) من قانون الولاية على المال المصري .

(٣) انظر نص م / ١٥ من قانون الولاية على المال المصري .

(٤) انظر نص المادتين (١٦ ، ٩٥) من القانون المدني الجزائري .

(٥) انظر نص م / ٥٨٨ من القانون المدني . ولمزيد من التفاصيل انظر بهذا الصدد منير القاضي ، شرح المجلة ، ج١ ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٩ ، ص٢٤ وما بعدها .

(٦) انظر نص م / ٥٩٠ من القانون المدني العراقي . ونعتقد ان مصطلح اليتيم غير دقيق في هذا المقام ذلك ان الأب قد يكون حياً ويعزل ويعزل عن ولايته او يحجر عليه وينصب وصي على اولاده القصر ، فهم في هذه الحالة ليسوا ايتام وكان الأفضل بالمشرع استخدام مصطلح الموصى عليه او مَن هو تحت وصايته .

لتعلقه بالنظام العام . وبالتالي فان التصرف القانوني الذي يبرمه القاضي او الوصي المنصوب او القيم المقام من قبل المحكمة مع نفسه نيابة عن المحجور عليه يكون باطلاً .(١)

إلا ان قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ قد اورد قيوداً على سلطة الولي والوصي في التعاقد مع نفسه، وحيث ان القانون المدني يُعَد قانوناً عاماً ، وقانون رعاية القاصرين يُعَد قانوناً خاصاً ، وحيث ان القاعدة تقضي بأن الخاص يقيد العام ، فالقيود الواردة في قانون رعاية القاصرين تقيد الاحكام المتقدمة في القانون المدني وتُعد قيداً إضافياً يجب استيفائه حتى يُعَد تعاقد النائب القانوني مع نفسه صحيحاً نافذاً . فقد اوجبت م / ٣٠ من قانون رعاية القاصرين على الولي الحصول على موافقة دائرة رعاية القاصرين حتى يتمكن من ابرام تصرف قانوني باسم القاصر مع نفسه . واوجبت م / ٤٣ من القانون ذاته على الولي والوصي او القيم الحصول على موافقة مديرية رعاية القاصرين حتى يتمكن من مباشرة تصرف قانوني مع نفسه باسم القاصر على ان تتحقق مصلحة القاصر في ذلك .(٢)

وقد طبق القضاء الاحكام المتقدمة فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها ((ان نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ويتعين عليه حتى ينصرف اثر العمل الذي يقوم به الى القاصر ان يكون هذا العمل في حدود نيابته ، اما اذا جاوز الولي هذه الحدود فانه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به اثره بالنسبة للقاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها)).(٣)

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((ان كان القانون قد اجاز للأب ان يتعاقد مع نفسه باسم اولاده القصر بصفته ولياً طبيعياً عليهم ، وان كانت هذه الولاية في ظاهرها مطلقة إلا انها في حقيقتها مقيدة بقيود احتاط لها المشرع بالنسبة الى تصرفات اولياء المال مراعاة لما امر به المشرع من المحافظة على أولئك الضعفاء واموالهم . وقد كان على الولي ان يرجع في تصرفه هذا المنطوي على التبرع الى محكمة الاحوال الشخصية لتأذن او لا تأذن به)).(٤)

وقضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية ((ان نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية الغرض منها صيانة اموال القاصر وحقوقه والمحافظة عليها وعدم الإضرار به والعمل على ما يحقق مصالحه ، ويتعين عليه ، حتى ينصرف اثر العمل الذي يقوم به إلا يجاوز الولي هذه الحدود . وبخلافه فانه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به اثره عليه بسببها)).(٥)

كما طبقت محكمة التمييز في العراق الأحكام المتقدمة في مناسبات متعددة ، فقد قضت ((ان شراء الوكيل الدار العائدة لموكله لنفسه وبثمن يقل كثيراً عن القيمة الحقيقية للعقار هو تصرف مخالف للقانون من ناحيتين ، الأولى ان ليس للوكيل شراء مال موكله لنفسه ، استناداً لاحكام م / ٥٩٢ من القانون المدني . والثانية ان ليس للوكيل اجراء تصرف يضر بموكله ذلك ان الغرض من الوكالة هو تحقيق النفع للموكل لا الإضرار به)).(٦)

وقضت محكمة استئناف ذي قار بصفتها التمييزية ((ان بيع الوصية قطعة الارض العائدة لولدها لنفسها لا يدخل ضمن حدود وصايتها ما لم تحصل على موافقة مديرية رعاية القاصرين . وان

---

(١) انظر نص المادتين / ٥٨٩ ، ٥٩١ من القانون المدني العراقي .

(٢) انظر نص م / ٢٧ من قانون رعاية القاصرين التي تنص ((ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة)) .

(٣) قرار محكمة النقض المصرية في ١٥ / مارس / ١٩٧٥ طعن ٦٤٠ س ٤٢ ق ، منشور في مجموعة احكام محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، المكتب الفني في محكمة النقض المصرية ، ص ٣١٠ .

(٤) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٤٢٥ سنة ٢٢ م نقض م – ٧ – ٧١٤ في ٧ / ٦ / ١٩٧٣ . منشور في مجموعة المستشار انور طلبه ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بآراء الفقه واحكام النقض ، ج١ ، ط١ ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٧٥ ، ص ٦١ .

(٥) حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية رقم ٢٧ / ٨٤ في ٦ /٦ / ١٩٨٤ . منشور في مجلة القضاء والقانون ، يصدرها المكتب الفني في محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، س ١٣ ، ع١ ، فبراير ، ١٩٨٩ ، ص ٢١٣ .

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٨٣٣ / م١ / ٨٩ في ١٢ / ٦ / ١٩٩٠ . منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٤٠ – ٤١ .

إقامة مدير رعاية القاصرين إضافة لوظيفته الدعوى لإبطال هذا التصرف يوجب على المحكمة ابطاله لاتيانه من غير اهله)).[١]

ويتفق الفقهاء المسلمون مع فقهاء القانون المدني في اشتراط انتفاء القيد الشرعي،[٢] حتى يتمكن النائب من تولي طرفي العقد وابرام العقد مع نفسه .[٣] وان هذا القيد ذو شقين يتمثل الأول في ذات التعاقد مع النفس ، ويتمثل الثاني في طبيعة التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه . فبالنسبة للشق الأول فالفقهاء المسلمون يشترطون لتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه ان لا يكون هناك مانع شرعي يمنع الشخص من التعاقد مع نفسه ، إلا ان طبيعة هذا الشرط تختلف بين المذاهب الإسلامية .فبينما نجد ان هذا القيد لا يجوز الاتفاق على خلافه عند الحنفية [٤]، والشافعية [٥]، والحنابلة في قول .[٦] وبالتالي ليس للوكيل التعاقد مع نفسه حتى وان اذن له الأصيل لان ذلك يؤدي الى تعارض الاحكام .

بينما نجد ان الإمامية ،[٧] والمالكية،[٨] والحنابلة في الرواية الأخرى،[٩] يشترطون لتولي النائب طرفي العقد ان لا يكون هناك مانع شرعي من توليه طرفي العقد وان اجاز الأصيل ذلك جاز للوكيل التعاقد مع نفسه .[١٠]

وقد يكون للنائب ان يتعاقد مع نفسه إلا ان يحظر عليه ذلك فما يتعلق بتصرفات معينة . فقد أجاز الفقهاء المسلمون للولي ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان التعاقد لمصلحته ام لمصلحة أصيل آخر ، إلا انهم اختلفوا في حدود تصرف الولي الى ثلاثة أقوال :

الأول : ان تصرف الولي مع نفسه يجب ان يكون منوطاً بالمصلحة والى هذا ذهب جمهور الإمامية والحنفية والشافعية والمالكية .[١١]

الثاني : يكفي لصحة تصرف الولي مع نفسه عدم المفسدة ، وهو المشهور بين محدثي الإمامية .[١٢]

الثالث : ان تصرف الولي مع نفسه يصح حتى ولو كان فيه ضرر على الصغير ، وبه قال بعض الإمامية والحنابلة .[١٣]

ونرجح القول الثاني ، وذلك لوفرة شفقة الأب على ولده ، من ناحية ، وان هذا القول يؤمن عدم لحوق ضرر بالقاصر من الناحية الثانية .

واختلف الفقهاء المسلمون في جواز تعاقد الوصي والقاضي او مَن يوكله مع نفسه من عدمه ، وقال بعدم جوازه جمهور فقهاء الإمامية ،[١] والحنابلة،[٢] والشافعية،[٣] والمالكية.[٤]

---

(١) قرار محكمة استئناف ذي قار بصفتها التمييزية رقم ٢٢٧ / ت / ح / ٢٠٠٢ في ٧ / ٩ / ٢٠٠٢ . القرار غير منشور .

(٢) ذلك ان القيد الشرعي يقابل القيد القانوني في فقه القانون المدني .

(٣) د . السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٢٥١ – ٢٥٢ .

(٤) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٢٨ . السرخسي ، المبسوط ، ج١٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .

(٥) ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣١٨ .

(٦) علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرداوي (٨٨٥ هـ) ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج ٥ ، ط ١ ، مطبعة السنة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م ، ص ٣٧٥ .

(٧) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ . وانظر ايضاً من الفقهاء المحدثين آية الله العظمى السيد محمد صادق صادق الصدر ، الصراط القويم ، ط٤ ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، ١٩٩٣ ، ص ٢٠٢ ، مسألة ٤٨٤ ، مسألة ٤٨٥ . آية الله العظمى الشيخ محمد اسحق الفياض ، الاستفتاء السابق ، جواب السؤال رقم (٧) .

(٨) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .

(٩) المرداوي ، الانصاف ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ .

(١٠) محمد علي هاشم الاسدي ، إدارة اموال القاصرين سناً في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الفقه في جامعة الكوفة ، النجف الأشرف ، ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م ، ص ١٥٤ .

(١١) المحقق الحلي ، شرائع الاسلام ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٧٩ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ – ١٣٦ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٧٤ . ابو عبدالله محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المغربي ، الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٥ ، طبع ونشر مكتبة النجاح في طرابلس ، ليبيا ، ٩٥٤ هـ ، ص ٦٩ – ٧٠ .

(١٢) السيد السبزواري ، جامع الاحكام الشرعية ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .

(١٣) الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة ، ج ١٨ ، المصدر السابق ، ص ٤١٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ .

اما الحنفية فجوزوا تصرف الأب والجد في اموال القاصرين لنفسيهما بالبيع والشراء سواء أكان المتصرف فيه عقاراً ام منقولاً ، بمثل القيمة او بيسير الغبن.[٥] اما الوصي والقاضي فيجب ان يكون في تصرفيهما مع نفسيهما خير لليتيم ، هذا في المنقول . اما في العقار ففيه قولان : الأول بالجواز مع المنفعة الظاهرة والثاني بعدم الجواز .[٦]

الفرع الثاني

انتفاء القيد الاتفاقي

ان ارادة الأصيل المتجلية في الانابة هي التي تكون اساساً لتحديد قدرة النائب الاتفاقي في إبرام تصرفات قانونية مع نفسه نيابة عن الأصيل . وحتى تنفذ هذه التصرفات بحق الأصيل او الأصيلين ، يجب ان تكون في نطاق حدود نيابته ، فاذا اجرى النائب تصرفاً خارج تلك الحدود لم تترتب اثاره في ذمة الأصيل . اللهم إلا اذا أقره هذا الأخير .[٧]

ومكنة النائب في إبرام تصرفات قانونية مع نفسه ينصرف اثرها الى الأصيل – او الأصيلين – اما ان تكون مطلقة واما ان تكون مقيدة بوجه من وجوه التقييد او ان يكون النائب لا يملك تلك المكنة أصلاً .[٨]

وحدود مكنة النائب امر مرده الى مصدر صفة النائب ، وان مصدر صفة النائب هو إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية ، فان مدى النيابة وحدود سلطة النائب تتحدد بالنظر الى الإنابة الصادرة من الأصيل ويكون الأمر آنذاك امر تفسير ارادة الأصيل المتجلية في الإنابة .[٩]

فإذا كانت نيابة النائب تخوله ابرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه ، كان للنائب ذلك لانتفاء القيد الاتفاقي . وبخلاف ذلك اذا تضمنت النيابة قيداً يمنع النائب من ابرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه ، فليس للنائب ابرام التصرف مع نفسه لوجود القيد الاتفاقي ، واذا خالف النائب هذا القيد كان تصرفه غير نافذ في حق الأصيل .[١٠]

ولكن اذا كانت نيابة النائب عامة ولم تتضمن تخويل النائب او منعه من التعاقد مع نفسه ، فهل له ابرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه في هذه الحالة ؟

ان الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على وجود نص يمنع النائب من حيث الأصل من التعاقد مع نفسه من عدمه .فعند وجود مثل هذا النص ليس للنائب التعاقد مع نفسه ،وفي حالة عدم وجود مثل هذا النص فان للنائب ابرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه .

وتقييد الأصيل مكنة النائب في ابرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه سواء أكان ذلك لمصلحته ام لمصلحة أصيل آخر ، قد يرد على اصل ابرام هذا التصرف ، بمعنى ان تتضمن الانابة منع

---

(١) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٨١ . المحقق الحلي ، شرائع الاسلام ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٥ .
(٢) المرداوي ، الانصاف ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٢٥ .
(٣) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٦٧ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ .
(٤) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٦٩ – ٧٠ .
(٥) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ، المصدر السابق ،ص ٤٥٣ .
(٦) الفتاوي الهندية المسماة بالفتاوي العالميريكية ، لجماعة من علماء الهند / ج٦ ،ط ٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ، ص ١٤٨ – ١٤٩ .
(٧) د . عبدالناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص ١٠٥ . د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ .
(٨) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٠ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩ .
(٩) د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٦ . اوغريس محمد ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .
(١٠) د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ . د . جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص ٢١٩ .

النائب من ابرام التصرف مع نفسه . وبالتالي فان هذا القيد الاتفاقي يمنع النائب من ابرام التصرف القانوني مع نفسه .[١]

وقد يرد القيد الاتفاقي على موضوع التصرف القانوني الذي اجاز فيه الأصيل لنائبه ان يبرمه مع نفسه إلا انه – الأصيل – قيد مكنة النائب من جهة معينة ، كما لو قصر مكنة النائب على ابرام طائفة معينة من التصرفات القانونية كعقود الإدارة مثلاً ، او عقود البيع بما لا يزيد على مبلغ معين . ففي هذه الأحوال فان تعاقد النائب مع نفسه صحيح نافذ طالما كان ضمن الحدود التي رسمها الأصيل لنائبه .

وقد يقيد الأصيل مكنة النائب من حيث الزمان ، كأن يحدد الأصيل لنائبه مدة معينة يجوز للنائب خلالها او بعد انقضائها ان يتعاقد مع نفسه ، فتكون في الحالة الأخيرة معلقة على شرط واقف .[٢]

وقد تقيد مكنة النائب من حيث الاشخاص ، فقد يكون للنائب ان يبرم العقد مع نفسه لمصلحة مَن يشاء من الاشخاص اذا كانت نيابته عامة من هذه الجهة . او قد يحدد الأصيل شخص الطرف الآخر الذي يحق للنائب ان يتعاقد نيابة عنه بشخصه او لصفة فيه كأن لا يكون معسراً او ان لا يحترف عمل معين .[٣]

كما قد تقيد مكنة النائب من حيث الشكل ، وذلك بان يجيز الأصيل لنائبه التعاقد مع نفسه ولكن باتباع شكل معين ، كتوثيق ذلك التصرف من قبل الكاتب العدل ، او ان يتم ابرام التصرف تحريرياً ، ففي هذه الأحوال يجب على النائب استيفاء الشكل المطلوب حتى ينفذ تصرفه في حق الأصيل .[٤]
كما قد تعلق مكنة النائب على شرط فلا يكون له التعاقد مع نفسه إلا بتحقق الشرط . ويكون تعاقد النائب مع نفسه قبل تحقق الواقعة المشروطة خارج عن حدود نيابته وغير مرتب لاثاره في ذمة الأصيل .

ووجوه التقييد والاطلاق لمكنة النائب في التعاقد مع نفسه ، يمكن استخلاصها من التعبير عن ارادة الأصيل في الانابة ، او 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 وإلا وجب اللجوء الى تفسير تلك الارادة وقد وضع القانون بعض القواعد التي يجري على اساسها هذا التفسير .[٥]

واذا ما تجاوز النائب القيد الاتفاقي وابرم العقد مع نفسه ، فان للأصيل الخيار بين طلب ابطال التصرف او ان يقبله بالصورة التي تم بها على يد النائب . ولا يجوز له ان يعدل فيه .[٦]

وقد تكون الانابة في اصلها عامة تعم نفس الوكيل ، ثم يصدر الأصيل لنائبه تعليمات يمنعه فيها من التعاقد مع نفسه ، او بوجوب اتباع اسلوب معين او تقييد معين للتعاقد مع النفس ، كأن يحدد له مبلغ معين ، يجوز للنائب التعاقد مع نفسه في حدوده . فهل هذه التعليمات قيداً اتفاقياً على سلطة النائب في التعاقد مع نفسه او يمنعه من التعاقد مع نفسه ؟ وما هو اثرها على التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه متجاوزاً لهذه التعليمات ؟

يجب ان نفرق في هذا الصدد بين حالتين :

الأولى : اذا كان النائب قد ابرم التصرف مع نفسه باعتباره اصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر (الأصيل الذي اصدر التعليمات) في هذه الحالة فان تعليمات الأصيل التي يوجب فيها على النائب

---

(١) د . رمضان ابو السعود ، المصدر السابق ، ص ٦٩ . د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٩٧ . عارف العارف ، المصدر السابق ، ص ٢١٦ .

(٢) د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٥٤ . د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٧١ . د . مختار القاضي ، اصول الالتزامات في القانون المدني ، لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص ٥٨ .

(٣) د . مصطفى الجمال ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ . د . جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص ٢١٧ .

(٤) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، بند ٢٨ ، ص ٣٣ .

(٥) د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .

(٦) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٧٥ . د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١٠٩ . د . عبدالودود يحيى ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .

التقيد بقيود معينة للتعاقد مع نفسه، او يمنعه فيها من التعاقد مع نفسه ، ملزمة للنائب ويترتب على مخالفتها عدم نفاذ أثر تصرفه بحق الأصيل . الثانية :اذا كان النائب قد ابرم التصرف مع نفسه باعتباره نائباً عن كلا طرفي العقد ، في هذه الحالة فان تجاوز النائب لتعليمات احد الأصيلين والتي لم يعلم بها الأصيل الآخر ، لا اثر له على التصرف القانوني الذي تولى النائب ابرامه مع نفسه وان كان لهذا الأصيل (صاحب التعليمات) الرجوع على نائبه بالتعويض عما اصابه من ضرر جراء عدم تقيد النائب بتعليماته . فهذه التعليمات تتعلق بالعلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب ، ولا تُعَد حجة على الأصيل الآخر طالما لم يعلم بها . ويلزم الأصيل بتصرف نائبه طالما كان داخلاً في حدود نيابته .[١]

ويمكن استخلاص الاحكام المتقدمة من مفهوم المخالفة لنص م / ١٠٥ من القانون المدني المصري التي نصت ((اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل)).[٢] فهذه المادة توجب ان يكون تصرف النائب في حدود نيابته حتى ينفذ في حق الأصيل .

وقد نص الشطر الأول من م / ٩٣٣ من القانون المدني العراقي على هذا الحكم بنصها ((على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة ..)) .

كما ان القضاء يوجب ان يكون تصرف النائب مع نفسه داخلاً في حدود نيابته حتى يلزم الأصيل فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها ((ان الوكيل ان جاوز حدود وكالته فلا ينصرف اثر تصرفه الى الأصيل ، ويستوي في ذلك ان يكون الوكيل حسن النية ، او سيء النية قصد الاضرار بالموكل او بغيره)).[٣]

وقضت في قرار آخر لها ((ان اقرار الموكل عقد البيع الذي ابرمه وكيله يرتد اثره الى وقت التعاقد فيعتبر التصرف نافذاً في حق الموكل من هذا الوقت)).[٤]

وقضت المحكمة ذاتها ايضاً ((متى جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف اثر تصرفه الى الموكل الذي له الخيار بين اجازت هذا التصرف بقصد اضافته الى نفسه او طلب ابطاله)).[٥]

وقضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها ((ان الحظر الوارد في م / ٥٩٢ من القانون المدني على العقد الذي يجريه الوكيل مع نفسه مقرر لمصلحة الموكل ، فاذا اجازه الموكل اصبح العقد صحيحاً ونافذاً بحقه وفقاً لاحكام الفقرة الثانية من المادة المذكورة)).[٦]

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((ان وكالة الوكيل وان كانت تخوله حق تأجير ملك موكله إلا ان اشتراط الموكل في عقد الوكالة عدم اشغال المستأجر للعقار إلا بعد موافقته على التأجير ، يجعل عقد الإيجار موقوفاً لا ينفذ إلا عند تحقق الشرط المذكور)).[٧]

ولكن ما هو الحكم اذا اناب الأصيل (س) النائب (ص) الذي يعمل وكيلاً في بيع وشراء الأوراق المالية والأسهم والسندات وحدد له سعراً معيناً لبيع مجموعة من الأسهم على ان لا يتعاقد مع نفسه . إلا ان النائب (ص) لم يحصل على مشترٍ لأسهم الأصيل (س) سوى (ع) الذي كان قد

---

(١) انظر بهذا المعنى د .اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٦٤ . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٥ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٤ .

(٢) ويقابل هذا النص في التشريعات العربية م / ١٠٦ مدني سوري ، م / ١٠٥ مدني ليبي ، م / ١١٢ مدني اردني ، م / ٥٧ مدني كويتي، م / ٧٤ مدني جزائري .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ١٠٤٨ س ٥٠ ق في ١٥ / ٣ / ١٩٨٤ ، منشور في مجموعة فتحية محمود قرة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية في خمس سنوات من ١٩٧٩ – ١٩٨٤ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، دون ذكر زمان الطبع ، ص ٣٣٥ .

(٤) حكم محكمة النقض المصرية في ١٤ / نوفمبر / ١٩٦٨ ، طعن رقم ٢٠٥ ص ١٣٦٢ ، منشور في مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، الدائرة المدنية ، المصدر السابق ، س ١٩ ، ص ٤٦٢ .

(٥) حكم محكمة النقض المصرية في ٢ / مايو / ١٩٧٩ في الطعن ١٢٥ س ٤٨ ق ، منشور في مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ، الدائرة المدنية ، المصدر السابق ، س ٢٨ ، ص ٦٢٠ .

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٥٩ / موسعه اولى / ٨٤ – ٨٥ في ٢٩ / ٩ / ١٩٨٥ ، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

(٧) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٣٩٤ / م٢ / ١٩٩٣ في ٩ / ٣ / ١٩٩٣ ، القرار غير منشور .

اناب نفس النائب (ص) في شراء اسهم بنفس قيمة اسهم الأصيل (س) ، فهل يحق للنائب مخالفة تعليمات الأصيل (س) وبيع الأسهم التي انابه في بيعها هذا الأخير الى الأصيل (ع) وذلك عن طريق التعاقد مع نفسه وبسعر اجزل من السعر الذي طلبه الأصيل (س) وكانت الظروف يتعذر معها على النائب (ص) ان يبلغ الأصيل (س) بهذه المخالفة ؟

نجد الفقه ومن بعده التشريع يجيزان ذلك للنائب بشرطين :

الأول **: ان تكون الظروف بحيث يفترض معها ان الأصيل (س في مثالنا) ما كان إلا ليوافق علىتصرف الوكيل ، ذلك ان غرض الموكل في مثالنا هو بيع الأوراق المالية بالسعر الذي طلبه ، ولم يحصل النائب على مشترٍ غير الأصيل الآخر (ع) وبشروط اجزل بالنسبة للأصيل (س) . فغرضه من الصفقة وهو بيع الأوراق المالية متحقق في هذه الحالة . والمعيار الذي يعتمد في هذه الحالة هو معيار شخصي محض يستمد من الارادة المفترضة للموكل ذاته وبشخصه فلا يرجع فيه الى ما كان يقبله عادة موكل عادي يوجد في نفس الظروف ،ولكن للوكيل ان يتبين الاتجاه المحتمل لارادة الموكل من الظروف أي من عناصر ليست شخصية محضة .[١]**

الثاني **: اذا كان من المستحيل على الوكيل ان يخطر الموكل سلفاً بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ولو انه تراخى في عقد الصفقة حتى يخطر الموكل ضاعت عليه ، فاقدم على عقدها قبل هذا الإخطار .[٢]**

على انه يترك لقاضي الموضوع تقدير تحقق هذان الشرطان ، فاذا ثبت توافرهما ، فان الوكيل يكون قد تصرف في حدود وكالته ويكون نائباً عن الموكل فيقع له اثر تصرف الوكيل .[٣]

ويبدو لي ان خروج الوكيل عن حدود وكالته بهذين الشرطين هو من قبيل المخالفة الى ما فيه تحقيق مصلحة للموكل التي منحت الوكالة من اجل تحقيقها ذلك لأن الوكيل اذا غلب على ظنه موافقة موكله لو علم بمخالفته فانه يعني ان هذا الخروج عن حدود الوكالة ما وقع إلا لمصلحة الموكل ومنفعته وإلا كيف غلب على ظنه موافقته .

ويلاحظ ان انصراف اثر العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه الى الأصيل – او الأصيلين – حتى فيما جاوز به حدود نيابته لا يأتي من ان النائب فضولي فيما جاوز فيه هذه الحدود لانه يرجع على الأصيل ويرجع الأصيل عليه بموجب عقد الوكالة ذاته ، لا بموجب قواعد الفضالة وهي عادة ما تكون اضيق من قواعد الوكالة .[٤]

وقد نصت على هذه الحالة م / ١٩٨٩ من القانون المدني الفرنسي .[٥]

وتناولت الفقرة الثانية من م / ٧٠٣ من القانون المدني المصري حالة تجاوز النائب لحدود نيابته اذا استحال عليه اخطار موكله وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف على ان على الوكيل في هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود وكالته .[٦]

ونظم الشق الثاني من م / ٩٣٣ من القانون المدني العراقي حالة خروج الوكيل عن حدود وكالته لما فيه مصلحة للموكل بنصها ((... على انه لا حرج عليه اذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود (حدود الوكالة) متى كان من المتعذر عليه اخطار الموكل السابق سلفاً وكانت الظروف يغلب

---

(١) د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١١١. د . جمال زكي ، المصدر السابق ، ص ١١٠ .

(٢) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٢٠٢ . د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص١٨٣ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ . محمد رضا عبدالجبار العاني ، المصدر السابق ، ص ٢٧٣ .

(٣) د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٩ .

(٤) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص ٤٥٦ . وفي القانون المدني العراقي تدخل هذه الحالة ضمن قواعد الاثراء بلا سبب ، كونه لم يعتبر الفضالة من مصادر الالتزام . انظر د . صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٣٩ .

(٥) انظر ايضاً م / ١٧٤٢ من القانون المدني الايطالي ، م / ٣٩٧ من مشروع الالتزامات السويسري . انظر جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج٤ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص ١٠٤ .

(٦) يقابلها في التشريعات العربية م / ٧٠٣ / ٢ من القانون المدني الليبي ، م / ٦٦٩ مدني سوري ، م / ٧٧٩ مدني جزائري ، م / ١١٣٣ / ٢ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، م / ٧٠٤ مدني كويتي .

معها الظن بان الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه التصرفات . وعلى الوكيل في هذه الحالة ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)) .

وقد اوجب فقهاء الشريعة الغراء على الوكيل حين يقوم بتنفيذ الوكالة ترسم حدودها والتصرف وفق مشيئة الموكل لانه نائبه ، سواء كانت الوكالة مطلقة ام مقيدة لانه امين .[١]

واذا كانت الوكالة مطلقة فان حدود وكالته حينئذ ، هو ما يقتضيه العرف ومصلحة الموكل وما يليق به ، بمعنى يجب على الوكيل عدم مباشرة أي تصرف يؤدي الى ايقاع الضرر بموكله باي شكل من الاشكال سواء كان هذا الضرر مادياً ام معنوياً . وعليه فان راي الجمهور ان الوكيل بوكالة مطلقة لو كان في البيع والشراء مثلاً فانه ينبغي ان لا يبيع ولا يشتري بغبن فاحش او بالأجل الطويل ولا يشتري معيباً ويلزمه التعامل بالعملة الدارجة في البلد .[٢]

اما اذا كانت الوكالة مقيدة فان حدود الوكالة حينئذ القيود التي اقترنت بالعقد وطلب الموكل من وكيله ان يتصرف على ضوئها . كما لو حدد له سعراً معيناً ليس له تجاوزه في البيع او الشراء ، او ان يحدد له الشخص الذي يشتري منه او يبيع له . وغير ذلك من القيود التي يفرضها الموكل على وكيله . فالوكيل في هذه الحالة يكون ملزم بالتصرف على ضوء القيود التي ذكرها الموكل واذن له في التصرف في حدودها .[٣]

فهذا التقييد والاطلاق يتعلق بموضوع التصرف محل الوكالة ، ولكن هل للوكيل ان كانت وكالته مطلقة ام مقيدة ان يبرم التصرف المناب فيه مع نفسه ؟

لا شك ان للموكل ان ينه الوكيل من ابرام التصرف الذي انابه فيه مع نفسه ، وان خالف الوكيل هذا القيد كان التصرف غير نافذ في حق الموكل . ولكن هل ان الوكالة المطلقة تخول الوكيل ابرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه ؟ اختلف الفقهاء المسلمون في هذه المسألة على النحو الآتي :

١.ذهب الإمامية [٤] والمالكية [٥] والحنابلة في رواية [٦] الى انه اذا كانت الوكالة تعم نفس الوكيل الوكيل جاز له تولي طرفي العقد ، فله شراء ما توكل في بيعه ، اذا لم ينه الموكل عن ذلك .

٢.ذهب الحنفية [٧] والشافعية [٨] والحنابلة في قول [٩] والزيدية [١٠] الى عدم جواز تولي الوكيل الوكيل طرفي العقد ، فلا يجوز له ان يشتري لنفسه ما وكل في بيعه ، ولا يجوز له ان يبيع الموكل ما وكل بشرائه من مال نفسه .

---

(١) محمد رضا عبدالجبار العاني ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٢٧ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١١٢ – ١١٣ . زين الدين الجبعي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٧١ . المرتضى ، البحر الزخار ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .

(٣) محمد الجواد بن محمد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٥٧٨ – ٥٧٩.الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ .

(٤) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ . اية الله العظمى السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، ، المصدر السابق ، ص ٣٥٠ ، مسألة ١٣٠٤ .

(٥) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .

(٦) المرداوي ، الانصاف ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ .

(٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٢٨ . السرخسي ، المبسوط ، ج ١٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .

(٨) ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣١٨ .

(٩) المرداوي ، الانصاف ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ .

(١٠) المرتضى ، البحر الزخار ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

الفصل الثالث

صور تعاقد الشخص مع نفسه

تمهيد وتقسيم

ينعقد العقد كما هو معلوم بالتراضي . وهذا يستلزم وجود طرفين على الأقل ، في العقد . ومع ذلك تبين لنا مما تقدم ان تعاقداً قد يتم بواسطة شخص واحد ، وهذا هو تعاقد الشخص مع نفسه , وفيه يقوم شخص واحد بدور طرفي العقد ... ويتحقق هذا التعاقد في صورتين ..

ولغرض الإحاطة بهما وتبيين موقف الفقه والتشريعات منهما ، سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، نخصص الأول منهما لتعاقد الشخص مع نفسه لنفسه ، ونتناول في المبحث الثاني تعاقد الشخص مع نفسه لغيره .

المبحث الأول

تعاقد النائب مع نفسه لنفسه

قد يكون لشخص ما سلطة إبرام تصرف قانوني معين لحساب شخص آخر فيقوم هو نفسه ولحسابه بدور المتعاقد الآخر . فهو حينئذ يتعاقد أصيلاً بنفسه ونائباً عن غيره (الأصيل الذي أنابه) . وهي صورة النيابة البسيطة ، كما لو كان النائب مكلفاً ببيع شيء مملوك للأصيل فيشتريه النائب لنفسه . وهو عندئذ يتعامل كنائب . إذ يتعامل باسم البائع ويتعامل باسمه بوصفه مشترياً . كما لو أناب شخص شخصاً في بيع سيارة فأشترى النائب سيارة الأصيل لنفسه .[١]

ولا شك ان هكذا تعاقد يثير تعارضاً في المصالح بين الأصيل والنائب . ذلك ان من صفات الإنسان الفطرية انه يحب نفسه ويفضل مصلحته إذا تضادت مع مصلحة غيره ، فإذا جمع طرفي العقد في شخصه بأن كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر ، فانه يرجح ان يفضل مصلحته على مصلحة الطرف الآخر .[٢]

ذلك ان البائع يحاول الحصول على أفضل الأسعار عن طريق بيع ماله بأعلى ثمن ممكن والمشتري يحاول دفع أقل ثمن ممكن ذلك لأن الإنسان يحاول الحصول على أفضل الشروط عندما يبيع ويشتري .[٣]

---

(١) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٨٠ . د. سمير عبدالسيد تناغو ، المبادئ الأساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، دون ذكر زمان الطبع ، ص ٢٦ . د . عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

(٢) د . محمد شريف احمد ، المصدر السابق ، ص ٧٢ . د . أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص ٦٦ . د . عبدالمجيد الحكيم ، الكافي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٨ . د. خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة ، البيع ، التأمين، الإيجار ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٩ ، ص ٧٩ .

(٣) د . أحمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، شرح القانون المدني ، عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط٣ ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، بند ٢٣٤ ، ص ٢٢٩ . د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، عقد البيع والايجار ، ط ١ ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٩٧ ، ص ٢٧ .

لذلك فقد أثير في هذه الصورة ما إذا كان يؤتمن النائب في إجراء هذا العقد وهل يستطيع ان يوفق بين مصلحته كبائع ومصلحة الأصيل الذي أنابه كمشترٍ ، أو العكس ؟

نجد ان المنطق والواقع العملي يفرض علينا الإجابة بالاتجاهين الإيجاب والنفي . ولغرض الإحاطة بكل من الاتجاهين سنقسم هذا المبحث الى مطلبين . نخصص الأول لاتجاه حظر تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه ، ونتناول في المطلب الثاني اتجاه إباحة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه .

المطلب الأول

اتجاه حظر تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه

ان النائب قد يبرم التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لمصلحة نفسه وهو ما يمكن ان نطلق عليه تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه في الحال . وقد يعمد النائب الى إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع آخر كزوجته اوابنه لمصلحة نفسه وهو ما يمكن ان نطلق عليه تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه بحسب المآل . عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الأول منهما تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه في الحال ، ونخصص ثانيهما لتعاقد الشخص مع نفسه لنفسه بحسب المآل .

الفرع الأول

تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه في الحال

إذا كان شخص نائباً عن آخر نيابة قانونية أو قضائية أو إرادية وابرم التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه كان متعاقداً مع نفسه لنفسه في الحال .[١]

مثال ذلك ما إذا أناب شخص شخصاً آخر لشراء ارض له ، وكان النائب يريد ان يبيع ارض له فقام ببيعها لموكله ، لا شك انه سيحصل تعارض بين مصلحة الأصيل كمشترٍ ومصلحة النائب كبائع ، وان خطراً محققاً قد يلحق الأصيل في هكذا تصرف قانوني . لذلك كان الأصل في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس عدم الجواز إلا إذا أجازه الأصيل .[٢]

وقد تحصل هذه الحالة من حالات التعاقد مع النفس في تقرير الضمان لدين مستقبل ولدائن غير معلوم . فمثلاً إذا عمل شخص بعمل يكثر فيه الخطر على الغير ويطلب منه رب العمل ضماناً عقارياً يطمئن إليه فيكون مقدم الضمان في عمل الرهن نائباً عن هذا الغير الذي لم يكن معلوماً في وقت ترتيب الرهن . أو إذا أمرت إدارة الشركة بعمل رهن لحملة سنداتها ضماناً للوفاء ، هنا يكون الدائن غير متعين ويكون مدير الشركة أو الوكيل الذي يحضر عنها في عمل الرهن نائباً عن هذا الغير الذي لم يتعين ووكيلاً عن الشركة أو عن رأي الأغلبية فيها .[٣]

---

(١) د. برهام محمد عطا الله ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ٤٣ – ٤٤ . انور طلبه ، الوسيط في القانون المدني ، ج٢ ، العقود المسماة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ١٠ .د . عبدالعزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م ، ص ١٠٩ .

(٢) السيد علي السيد ، عقد البيع ، مكتبة عبدالله وهبه ، القاهرة ، ١٩٤٢ – ١٩٤٣ . ص ٢٥٢ . د . جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية البيع والإيجار والمقاولة ، نشر مكتبة الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ١٦٢ . د . منذر الفضل و د . صاحب عبيد الفتلاوي ، العقود المسماة ، البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص ١٥٢ .

(٢) Demogue . Trait des obligations of cit , T.٢ . P . ١١٣ .

وإذا أراد نائب قانوني أو قضائي ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن المحجور الذي تحت وصايته أو قيمومته ، كما لو أراد الوصي ان يشتري لنفسه مال القاصر الذي تحت وصايته مثلاً ، ففي هذه الحالة يكون الخطر في أوجه ، لما يتسم به الأصيل من الضعف والحاجة الى الرعاية ، لذلك نجد ان المشرع يتشدد في ذلك ويمنع إبرام مثل هذا التصرف إلا بعد الحصول على موافقة جهات معينة كالمحكمة أو مديرية رعاية القاصرين ، واحياناً يتطلب نصب وصي خاص لغرض التعاقد .(١)

ولا يخفى ما في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس من خطر يحيق بمصلحة الأصيل لذلك فقد ذهب جانب من الفقه الى عدم جواز هذا التعاقد محتجين بحجتين أولاهما نظرية تتمثل في ان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد يضعنا من الناحيتين القانونية والواقعية أمام إرادة واحدة هي إرادة النائب ، والعقد كما هو معلوم لا يتم إلا بتوافق إرادتين ، أي ارتباط الإيجاب والقبول على نحو ينتج أثره في المعقود عليه .وهذا يقودنا الى ان الشخص الذي اجتمعت فيه الصفتان لا يستطيع ان يجري تعاقداً وانما إرادته المنفردة هي التي تنتج الأثر القانوني المنسوب الى العقد .ولما كانت الإرادة المنفردة لا تنتج أثراً قانونياً إلا في حالات معينة ليس منها تعاقد الشخص مع نفسه ، فقد كان من الواجب منع تعاقد الشخص مع نفسه ، إذ لا توجد إلا إرادة واحدة هي التي تنشأ آثار التصرف القانوني في ذمتي الطرفين .(٢)

إلا ان هذه الحجة لم يكتب لها النهوض بوجه هذا التصرف القانوني لحاجة الواقع العملي إليه . كما سيتضح خلال البحث .

ومن ثم فان التشريعات قد أقرت هذا التصرف القانوني ، وبعد إقرار التشريعات لـه ، أضحى من واجب الفقه إيجاد التكييف القانوني السليم له .

والحجة الثانية عملية تتمثل في الخطر الذي قد تتعرض له مصلحة الأصيل نتيجة انفراد النائب وحده بإبرام العقد مع نفسه . ذلك ان العقد غالباً ما ينطوي على مصالح متعارضة ، وان الإنسان مجبول على حب نفسه وتفضيل مصلحته . مما يخشى معه إساءة النائب لاستعمال الثقة التي وضعت فيه وممالأة نفسه ومحاباتها على حساب الأصيل حين تتعارض مصلحة النائب ومصلحة الأصيل الذي ينوب عنه .(٣)

وهذه الحجة هي الأخرى يمكن دفعها وتجنب الخطر الذي قيل بالمنع لأجله ، من ذلك إجازة الأصيل للنائب ان يتعاقد مع نفسه مسبقاً ، فقد يزن الأصيل مصلحته – وهو أدرى بها دون شك – ويرى ان يجيز للنائب ان يتعاقد مع نفسه فله ذلك . كما ان له ان يقر التصرف الذي أبرمه النائب مع نفسه بعد إبرامه .(٤)

كما وان الاعتراض العملي المتمثل في تعارض مصلحة النائب مع مصلحة الأصيل يثير مسألة ذات طابع تنظيمي وهي مدى ملائمة ان يترك لشخص واحد البت في مصلحته ومصلحة غيره ، لاسيما إذا كان من صفات الضعف البشري ان يضحي الشخص بمصلحة غيره إذا تعارضت مع مصلحته

---

(١) د . سليمان مرقس ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٢٥٥ . د . مصطفى الجمال ، البيع في القانونين اللبناني والمصري ، الدار الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص ٨١ . د . آدم وهيب النداوي ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والإيجار ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٩٠ . على اننا في هذه الحالة لا نكون أمام تعاقد الشخص مع نفسه لأن العقد قد تم بين الوصي (الأصلي) والوصي الخاص الذي نصبته المحكمة لإبرام هذا التصرف .

(٢) د. عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٨٠ . د . محمد شريف احمد ، لمصدر السابق ، ص ٧٢ . د . أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص ٦٦ . د . عبدالمجيد الحكيم ، الكافي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٧ . د . عدنان إبراهيم السرحان و د . نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٨٧ .

(٣) د. كمال ثروت الونداوي ، شرح أحكام عقد البيع ، ط١ ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٣٦٨ . د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، ج١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٩ – ١٩٧٠ ، ص ٣٦١ . د . سعدون العامري ، الوجيز في العقود المسماة ، ج ١ ، البيع والإيجار ، ط٢ ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٧٠ ، ص ١٧٤ . الاستاذ ضامن خشاله عبود ، النيابة في التعاقد، رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي كجزء من متطلبات دورة الدراسات القانونية المتخصصة العليا ، ١٩٨٨ ، ص ٩٥ .

(٤) د . السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٤ ، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ١٠٧ . د ، سليمان مرقس ، البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٥٦ . د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، ص ١٣٥ .

الشخصية . مع ان القاعدة الأساسية والتي يقتضيها حسن الذوق هي ان النائب يجب ان يحرص على تحقيق مصلحة الأصيل . على ان خطر تعارض المصالح لا يجب ان يترتب عليه حتماً منع تصرف إذا أمكن ان يكون هذا التصرف مفيداً من الناحية العملية كما وان الغش الذي يخاف منه يتكفل القضاء بمنعه .[١]

ونجد ان هذا المنع يكون في اوجه عندما يكون النائب هو وصي منصوب أو قيّم أقيم من قبل المحكمة .[٢] أو قاضٍ يقوم ببيع ماله للمحجور ، أو ان يشتري مال المحجور لنفسه .[٣] والعلة في ذلك هي المحافظة على هيبة القضاء من ان تمس ، خاصة وان مصلحة القاضي متعارضة مع مصلحة المحجور . وقد الحق تصرف الوصي المنصوب والقيّم المقام من قبل المحكمة بحكم بيع القاضي ماله للمحجور أو شراؤه مال المحجور لنفسه لأنه منصوب من قبل القاضي . فهو بالتالي نائب عن القاضي في إدارة أموال المحجور . وجزاء مخالفة المنع في الحالتين هو البطلان .[٤]

ويذهب اتجاه في الفقه العراقي الى انه كان من الأجدر بالمشرع العراقي ان يعامل الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة معاملة وصي الأب أو الجد وذلك بالسماح له بالتعاقد مع نفسه نيابة عن المحجور بشرط تحقق الخيرية وبعد استئذان المحكمة .[٥]

ويمكن ان يرد على هذا الرأى ان المشرع أراد بهذا المنع المحافظة على أموال أولئك الضعفاء الذين هم بحاجة الى الرعاية ومن اجل ذلك نصّب الوصي . ومن ناحية ثانية ان الوصي المنصوب هو نائب عن القاضي ، وحيث ان القاضي لا يملك ذلك فوصيه لا يملك ذلك من باب أولى ، وإجازة هذا التصرف لهؤلاء النواب قد يؤدي الى إثارة الشبهة حول القاضي نفسه لان الوصي معين من قبل القاضي ، خاصة وان الأخير هو المرجع في إعطاء الأذن على التصرف . وهذه الشبهة هي التي حرص المشرع على تفاديها لما لها من تأثير على هيبة القضاء .[٦]

ونرجح الرأي الأخير ونتفق مع ما ذهب إليه المشرع العراقي ، لما في ذلك من ناي بمال القاصر من التبديد والضياع ، ومن إبعاد الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة عن الشبهات .

ورغم الاعتراضات التي أثيرت ضد هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس ، إلا اننا لا نذهب مع الرأي الذي يقول بالمنع المطلق ، لما فيها من فائدة عملية وأهمية كبيرة في بعض الأحيان ، كما تقدم ، كما انها توفر الى حد كبير زمناً يمكن صرفه فيما هو لازم له من النفع وانها تستبقي نشاطها ذاتياً شخصياً لأمور أخرى .وفضلاً عن هذا قد تستلزمها رعاية الحالة الاقتصادية بالنسبة الى الطرفين . كما لو كان نصيب القاصر في العقار يقع شائعاً في مجموع العقار المملوك للوصي وإذا عرض نصيب القاصر على الغير لاستئجاره فانه يضع له أجراً بخساً لان الانتفاع بنصيب القاصر سيوقعه في تنازع جم مع الوصي مالك بقية العقار على الشيوع .أو كما لو عرض الوصي شروطاً اسخى لاستئجار نصيب القاصر . ولا نقول بالجواز لما فيها من خطر قد يلحق الأصيل إلا اننا نتفق مع من يقول بأن الأصل في هذه الصورة من صور التعاقد هو المنع و الاستثناء هو الجواز عندما ينتفي الخطر إذا أجاز الأصيل ذلك ، أو إذا قضت قواعد التجارة بها . فتعاقد الشخص مع نفسه لنفسه صورة من صور التعاقد التي لا غنى عنها ، رغم ما تنطوي عليه من خطورة على مصالح الأصيل في بعض الأحيان . وهذا يستدعي تنظيمه بدقة وسن القواعد القانونية التي تكفل الموازنة بين ما ينطوي عليه من خطر وما يحققه من فائدة . وهذه هي وظيفة التشريع .

---

(١) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٨١ . د . بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، جامعة الكويت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٣٤ .

(٢) انظر نص م / ٥٨٩ من القانون المدني العراقي .

(٣) أنظر نص م / ٥٩١ من القانون المدني العراقي .

(٤) د.كمال ثروت الونداوي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥ . د . جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص ١٦٥ .

(٥) د . سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ١٧٥ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٣٦٤ . د . عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٥٦ ، بند ٥٩٧ .

(٦) د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٥٠ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٤٩ . د . كمال ثروت الونداوي ، ، المصدر السابق ، ص ٣٦٥ .

وقد منعت الفقرة (ج) من م / ٣١ من قانون الولاية على لمال المصري الوصي من التعاقد مع نفسه نيابة عمن هو تحت وصايته ، وإذا أراد الوصي ذلك يتعين عليه ان يطلب من محكمة الأحوال الشخصية تعين وصي خاص لغرض التعاقد معه ، وذلك لتعارض مصلحة الوصي مع مصلحة القاصر . وفي هذه الحالة لا نكون أمام تعاقد الشخص مع نفسه لتعدد العاقد .[١]

ومنع المشرع العراقي الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة،[٢] والقاضي[٣] من التعاقد مع نفسه نيابة عن المحجور مطلقاً سواء أكان في ذلك خير للمحجور أم لا . كما منع الوكلاء ان يشتروا الأموال الموكلين ببيعها ، ومنع مديري الشركات ومن في حكمهم والموظفين من شراء هذه الأموال ووكلاء التفاليس ، والحراس والمصفين من شراء أموال التفليسة او أموال المدين المعسر ، ومنع مصفي الشركات والتركات من شراء الأموال التي يصفونها .[٤]

وهذا المنع لم يتقيد بمصدر نيابة النائب ، فهو يشمل النواب المذكورين في النص سواء كانت نيابتهم اتفاقية كالوكلاء أو قانونية أو قضائية كما في حالة امين التفليسة والحارس القضائي أو بناء على أمر من السلطة الإدارية كما في حالة الموظف العام الذي ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . كل هؤلاء ممنوعون من شراء ما يعهد إليهم ببيعه ولو بطريق المزاد العلني .[٥]

إلا ان المنع في الأحوال المتقدمة يزول بإجازة الأصيل لتعاقد نائبه مع نفسه .[٦] ومنع المشرع العراقي الأولياء غير الأب كالجد والوصي ان يعقد مع نفسه رهناً تأمينياً أو حيازياً نيابة عن المحجور .[٧]

وصور المنع المتقدمة دفعت بجانب من الفقه العراقي الى القول ان المشرع أراد بها منع تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه من حيث الأصل.[٨]

إلا انه وحيث ان المشرع العراقي أجاز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه من حيث الأصل – في فروض معينة – كما في حالة الأب والجد[٩] .أو بعد الحصول على إذن المحكمة وتحقق الخيرية للقاصر كما في حالة الوصي المختار.[١٠] ومن ناحية أخرى فان نصوص الحظر المتقدمة منعت البيع دون سواه من العقود الأخرى . إضافة الى ان المشرع لو أراد منع تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه من حيث الأصل ، فأن منعه له على هذا الشكل لا يتفق مع حسن الصياغة التشريعية . إذ كان الأولى ان يورد نصاً عاماً يمنع فيه تعاقد الشخص مع نفسه . ومن ثم يستثني الحالات التي ينتفي فيها الخطر على مصلحة الأصيل .

عليه نعتقد ان ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه العراقي هو ترجيح دون مرجح ، وهو غير جائز في منطق القانون ، عليه فأننا نعتقد ان المشرع منع الحالات التي أراد منعها واباح الحالات التي أراد إباحتها ، خصوصاً وانه لا يجوز حظر تصرف دون نص إلا إذا كان هذا التصرف مخالفاً للنظام العام والآداب .

---

(١) انظر نص الفقرة (ج) من م / ٣١ من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . ولمزيد من التفاصيل انظر محمد كمال حمدي ، المصدر السابق ، ص ٩٩ . احمد نصر الجندي ، المصدر السابق ، ص ١١٣ . ويقابلها في التشريعات العربية المادتين ١٧٥، ١٧٩ من قانون الأحوال الشخصية السوري . م / ٣٧٨ موجبات وعقود لبناني .

(٢) انظر نص م / ٥٨٩ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر نص م / ٥٩١ من القانون المدني العراقي .

(٤) انظر نص م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٥) د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٤٧ – ٢٤٨ . د . كمال ثروت الونداوي ، المصدر السابق ، ص ٣٥٩ . د . جعفر جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ .

(٦) انظر نص الفقرة الثانية من م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٧) انظر نص الفقرة الثانية من م / ١٢٨٩ من القانون المدني العراقي .

(٨) د. محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ . د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٥٠ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٤٧ – ٢٤٨ .

(٩) انظر نص م / ٥٨٨ من القانون المدني العراقي .

(١٠) انظر نص م / ٥٩٠ من القانون المدني العراقي .

ولنا على نص م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي الملاحظات الآتية :

١. ان المنع الوارد في هذه المادة نص على منع الوكلاء من شراء الأموال الموكلين هم ببيعها ... وهذا النص كما هو واضح يمنع الشراء .. ترى ما هو الحكم لو ان الوكيل باع مال نفسه للأصيل ؟ ان النص لم يتطرق لهذا الفرض . وهذا نقص تشريعي خصوصاً إذا أخذنا في الاعتبار ان القانون المدني العراقي لم يورد نصاً عاماً ينظم تعاقد الشخص مع نفسه . وإذا ما اعترض على ذلك بان هذا النص يشمل البيع كما يشمل الشراء فاننا نجيب على ذلك بان النصوص القانونية الأخرى (م / ٥٨٨ ، م / ٥٨٩ ، م / ٥٩٠ ، م / ٥٩١) التي وردت في هذا الباب نصت على منع أو إجازة البيع والشراء . فلو أراد المشرع منع النائب من بيع ماله للأصيل لنص عليه كما فعل في النصوص الأخرى .

٢. ان هذا النص انطوى على تعداد لا يتفق مع حسن الصياغة التشريعية وقد كان الأجدر صياغة هذا النص على نحو آخر يشمل الطوائف التي عددتها هذه المادة . ومن ناحية ثانية ان هذه المادة قد تضمنت طوائف متعددة كان الأولى ان تتولى تنظيم كل طائفة مادة أو فقرة مستقلة .

٣. ان الفقرة الثانية من هذه المادة نصت ((ان الشراء في الأحوال السابقة يصح)) ونحن نعلم ان الذي يقابل العقد الصحيح في القانون المدني العراقي هو العقد الباطل .[١] والعقد الباطل لا ينعقد ينعقد ولا يفيد الحكم ولا تلحقه الإجازة .[٢] وبالتالي فاستخدام المشرع لتعبير يصح لا يتفق مع منهجه في تقسيم العقود . فإذا كان هذا العقد صحيحاً ولكنه موقوف كان عليه ان يقول ينفذ . اما إذا كان باطلاً فالباطل لا يصححه الإقرار (الإجازة) .

لذلك فاننا نقترح تغيير نص المادة / ٥٩٢ وان يحل محلها ما يأتي :

م / ٥٩٢ / ١. ((لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة ، ان يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق الـ مزاد العلني ما ُكِفَ ببيعه بموجب هذه النيابة ، كل ذلك ما لم يأذن القضاء بذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في نصوص قانونية أخرى)).

٢. ((وليس لأي ممن ذكروا ان يبيع مال نفسه لمن ينوب عنه)) .

م / ٥٩٣ ((لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ، سواء كان الشراء بأسمائهم مباشرة أم باسم مستعار)) .

م / ٥٩٤ ١. ((ينفذ العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا اقره من تم البيع أو الشراء لحسابه)) ٢. ((اما إذا لم يقره وبيع المال من جديد تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع)) .

ومنع المشرع في قانون التسجيل العقاري الوكيل من التعاقد مع نفسه وذلك بمنعه من إبرام التصرف القانوني المناب فيه لمصلحة نفسه مباشرة أو باسم مستعار وأورد قرينة قانونية مفادها ان ولد الوكيل القاصر يعد اسماً مستعاراً .[٣]

وأجازت م / ٢٠٠ من هذا القانون للوكيل إذا ورث الموكل ان يوكل من يقوم بالإقرار بقبول التصرف والتسجيل باسمه (الوكيل) . وهذا ما حدى بجانب من الفقه الى القول ان هذه المادة منعت تعاقد الوكيل مع نفسه لعدم تعدد العاقد .[٤]

---

(١) د . السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٣٢٨ . د . انور سلطان و د . جلال العدوي ، الموجز في العقود المسماة ، ج١ ، ، البيع ، دار المعارف ، ١٩٦٣ ، بند ٦٧ . د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٢٦٧ .

(٢) انظر نص م / ١٣٨ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر نص م / ١٩٨ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ . ولمزيد من التفاصيل انظر د. سعيد عبدالكريم مبارك ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ . د. مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، ج٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ٤٠٨ .

(٤) مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ص ٤٢٢ . وانظر بهذا المعنى د . عدنان إبراهيم السرحان و د . نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٨٧ .

ونعتقد ان هذا الرأي محل نظر ، ذلك ان نص المادة جوازي (فله ان يوكل) وعليه فقد لا يوكل الوكيل وكيلاً عنه . كما ان القانون المدني العراقي أجاز ، في فروض معينة ، تعاقد الشخص مع نفسه ، كما وان الفقرة الأولى من م / ٢٠٥ من قانون التسجيل العقاري أجازت ان يتم البيع وكالة . وبالتالي امكن ان ينوب وكيل واحد عن طرفي العقد .عليه فاننا نعتقد ان هذه الفقرة من باب التزيد ولا داعٍ لها ، وندعو المشرع الى حذفها .

وقد سنحت الفرصة للقضاء لتطبيق الأحكام المتقدمة في مناسبات متعددة . فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها ((ان قيام المدين المتضامن بتسوية الدين ونزع ملكية أطيان المدينين الآخرين وشرائها بالمزاد لنفسه وانه أوفى مقابل التسوية لحسابهم جميعاً ومن المال المشترك فان النيابة التبادلية في الالتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التي قررتها تلك المحكمة في هذه الحالة تمنع من إضافة الملك الى الوكيل أو النائب الراسي عليه المزاد ، بل ويعتبر رسو المزاد وكأنه لم يكن إلا في خصوص إنهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم)).[١]

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((ان توقيع مدير الشركة على الإيصال (سند الدعوى) نيابة عن الشركة بوصفه ممثلاً لها المتضمن إقراره باستلام الشركة منه بصفته الشخصية المبلغ المثبت في الإيصال ، يكون قد ابرم عقد الوديعة مع نفسه نيابة عن الشركة ، وهو ما منعته م / ١٠٨ من القانون المدني ، إلا بترخيص من الشركة أو بإقرارها لهذا التعاقد)).[٢]

وقضت محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية ((ان المميز عليها (الوصية على القاصرين) لا تملك حق بيع سهام القاصرين لنفسها ولا تعتبر فضولية في تصرفها لان تصرف الفضولي يكون موقوف على الإجازة وهذا لا ينصرف الى مال القاصر لان التصرف في عقار القاصر من قبل الوصية لنفسها يتطلب الإذن المسبق)).[٣]

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((ليس للولي شراء مال القاصر الذي تحت ولايته دون الحصول على موافقة مديرية رعاية القاصرين)).[٤]

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على حظر تعاقد الوكيل مع نفسه في حالة نهي الموكل وكيله من التعاقد مع نفسه . كأن ينهاه عن شراء المال الذي وكله في بيعه لنفسه ، ففي هذه الحالة ليس للوكيل شراء مال موكله لنفسه .[٥]

اما إذا أطلق الموكل الوكالة فلم يأذن لوكيله بالبيع من نفسه وكذلك لم يمنعه من ذلك فقد ذهب جانب من الفقهاء المسلمين الى منع الوكيل من التعاقد مع نفسه لنفسه على النحو الآتي :

أولاً : ذهب الحنفية الى ان ليس للوكيل بالبيع ان يبيع من نفسه ، بتولية طرفي العقد ، لتعلق حقوق العقد بالعاقد ، ولان ذلك يؤدي الى تعارض الأحكام ، إذ يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلِماً ومتسلماً مطالِبَاً ومطالَباً ، وهذا محال ، كما وانه متهم في ذلك لان الوكيل في البيع يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه ، والشخص في البيع من نفسه لا يستقصي في الثمن فلم يدخل هذا البيع في التوكيل . وحتى لو أذن الموكل لا يعتد بهذا الإذن في المذهب الحنفي.[٦] فقد ورد في هذا الفقه ((لو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن له صغير لم يجز وان صرح الموكل بذلك لان الواحد في باب

---

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية جلسة ٩ / ٢ / ١٩٨٥ . منشور في مجموعة المستشار معوض عبدالتواب ، المصدر السابق ، ص ٣١٧ .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٩ / ١٢ / ١٩٨٣ ،منشور في مجموعة القاضي انور العمروسي ، المصدر السابق ، ص ٢٧١ .

(٣) قرار محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية بالعدد ١١٢ / حقوقية / ٢٠٠٢ في ٢٧ / ٢ / ٢٠٠٢ . القرار غير منشور . ويلاحظ على هذا القرار عدم اعتبار المحكمة الوصية عند تجاوز حدود نيابتها فضولية . وهذا غير صحيح فالنائب عند تجاوز حدود نيابته يكون فضولياً .

(٤) قرار محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية بالعدد ١٧ / حقوقية / ٢٠٠٣ في ١٣ / ٢ / ٢٠٠٣ ، القرار غير منشور .

(٥) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١. السرخسي ، المبسوط ، ج ١٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢ . الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥ ، ص ١٠٧ . الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ . زين الدين الجبعي ، مسالك الافهام ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص ١٥٧ .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٢٨ . ابن الهمام ، فتح القدير ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٦ .

البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الأحكام فانه يكون مسترداً مستقضياً قابضاً مخاصماً في العيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى)).[١]

بيد انه يؤخذ على هذا المذهب ما يأتي :

1. **ان التسليم والرد والمخاصمة في العيب تعتبر اثر التصرف الشرعي الذي يبرمه النائب (الوكيل) مع نفسه ، وان دور النائب في التعاقد مع النفس يقتصر على إبرام التصرف ، من حيث الأصل ، اما اثر التصرف فيتعلق بالأصيل كما هو معلوم . وبالتالي لا علاقة للنائب من حيث الأصل بالتسليم والقبض والمخاصمة في العيب ، التي احتجوا بتضاد الأحكام فيها .**
2. **انهم لم يثبتوا على حجة تضاد الأحكام بشكل مطلق وفي جميع التصرفات حيث نجدهم أجازوا تعاقد الشخص مع نفسه في عقد النكاح وفي العقود التي لا تتم إلا بالقبض وفي تولي الأب والجد العقد أصالة عن نفسه ونيابة عن ولده القاصر .[٢]**
3. **في حالة إطلاق الأصيل للوكالة أو إذنه للوكيل لا نعتقد ان هناك ما يبرر المنع لان إطلاق الوكالة أو إذن الوكيل يسقط الحجة الثانية لهم المتمثلة في عدم استقصاء الوكيل في البيع من نفسه .[٣]**

عليه فاننا نعتقد ان ما ذهب إليه الفقهاء الأحناف محل نظر .

ثانياً : **والى مذهب الحنفية ذهب الشافعية معللين مذهبهم بنفس العلة التي استند إليها الأحناف ، وذلك لعدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد ولتعارض مصالح الموكل (الأصيل) والوكيل (النائب) في هذه الحالة . إلا ان للشافعية روايتان في حالة ما إذا أذن الوكيل لوكيله إبرام العقد مع نفسه . ففي إحداهما لا يجوز تعاقد الوكيل مع نفسه وفي الأخرى يجوز ذلك .[٤] فقد ورد في هذا الفقه ((... وان وكل في بيع سلعة لم يملك ببيعها من نفسه من غير إذن لان العرف في البيع ان يوجب لغيره ....)).[٥]**

ثالثاً :- **ذهب الزيدية [٦] وفي رواية للإمامية [٧] الى منع تعاقد الشخص مع نفسه عند إطلاق الوكالة الوكالة .**

نخلص الى ان جانب من الفقهاء المسلمين يمنع تعاقد الشخص مع نفسه عند إطلاق الوكالة وهو ما تقدم ، وجانب آخر منهم يذهب الى خلاف ذلك على ما سنرى .

الفرع الثاني

تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه بحسب المآل

نجد في الواقع العملي ان النائب قد يستعير اسماً لشخص آخر يتعاقد معه لمصلحة نفسه فيكون تعاقد النائب مع صاحب الاسم المستعار ، ولمصلحة الأصيل وصاحب الاسم المستعار في الظاهر ، إلا انه تعاقد النائب مع نفسه ولمصلحة نفسه في حقيقة الأمر .

وهكذا تعاقد ان كان لا يعد وفقاً للمعايير ، أو المفهوم الذي حددناه لتعاقد الشخص مع نفسه لعدم وحدة العاقد، إذ نجد عاقدين هما الذين توليا إبرام العقد في هذه الحالة . إلا ان هذه التصرفات من

---

(١) السرخسي ، المبسوط ، ج١٩ ، المصدر السابق ، ص٣٢ .
(٢) الميرغناني ، الهداية ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ .
(٣) انظر بهذا المعنى زين الدين الجبعي (الشهيد الثاني) شرح اللمعة ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ .
(٤) ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٣١٨ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .
(٥) الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ .
(٦) المرتضى ، البحر الزخار ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .
(٧) زين الدين الجبعي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ . ولنفس المؤلف ، مسالك الافهام ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥ . محمد الجواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٥٥٠ .

حيث النتيجة ومن حيث الغاية التي يهدف إليها النائب من وراء هذا التعاقد ومن حيث العلة التي من اجلها حرمت بعض التشريعات تعاقد الشخص مع نفسه ، يلتقي مع تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه ، بل هو تحايل على القواعد القانونية التي منعت تعاقد الشخص مع نفسه . وبالنظر لأهمية هذه الحالة من حالات التعاقد ولخطورتها من جهة وكثرة تطبيقاتها العملية التي تزخر بها ملفات القضايا التي تعرض على المحاكم . ولاشتراكها مع الحالات المتقدمة في العلة ، فقد آثرنا ان نتناولها بشيء من التفصيل واطلقنا على هذا الفرع تسمية تعاقد الشخص مع نفسه بحسب المآل .(١)

ويكون الشخص متعاقداً مع نفسه بحسب المآل ، إذا ابرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع آخر لمصلحة نفسه، وذلك بان يبيع مال الأصيل – مثلاً – الى آخر ، على ان يرد الأخير المال الذي اشتراه من النائب الى الأخير .(٢) فيكون الوكيل (صاحب الاسم المستعار) قد أعار اسمه للموكل (النائب) للتعاقد معه لمصلحة النائب ، للتحايل على المنع الذي فرضه القانون على تعاقد الشخص مع نفسه ، فيبدو وكأن العقد ابرم بين شخصين ، وكأن النائب المناط به البيع لم يبع مال الأصيل لنفسه وانما لآخر ، والحقيقة عكس ذلك .

وفي هذه الحالة يكون الشخص المسخر في علاقته بمن تعاقد معه (النائب / الموكل) بالبيع أو بالشراء هو العاقد الذي تنتقل إليه ملكية المبيع أو ينشأ في ذمته الالتزام بالثمن . ويكون هو كذلك ايضاً بالنسبة الى الغير . اما علاقته بموكله فيكون هذا الأخير هو الذي ينصرف إليه اثر العقد ، فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن دون حاجة الى صدور تصرف جديد ينقل الملكية إليه من المسخر ولا الى صدور تعهد جديد منه بالتزامه بالثمن .(٣)

وكما يجوز للمسخر ان يرجع على النائب بالثمن الذي دفعه الى الأصيل (موكل موكله) ، ويجوز للموكل (النائب) ان يرفع على المسخر دعوى تثبيت الملكية استناداً الى الوكالة المستترة والى عقد الشراء الذي ابرم بين المسخر وبين النائب بناءً عليها .(٤)

ويلجأ الموكل الى تسخير الوكيل واتخاذه اسماً مستعاراً لأغراض عملية مختلفة ، منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع . والتسخير لغرض مشروع صحيح لأنه ضرب من الصورية ، والصورية وحدها ليست سبباً في بطلان التصرف . اما إذا كان الغرض من التسخير غير مشروع ، فان التسخير يكون باطلاً ، ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي تنفيذاً لعقد الوكالة والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل .(٥)

فإذا سخر النائب أو السمسار أو الخبير من يشتري المال المنوط به هو بيعه أو تقدير قيمته كان هذا باطلاً ، لأنه لا يستطيع شراء المال بنفسه فلا يستطيع شراءه بوكيل مسخر . وان هذا المنع لا يقتصر على حالة بيع النائب مال الأصيل الى المسخر بالممارسة بل حتى لو كان هذا البيع بالمزاد العلني ، كما إذا أناب الأصيل نائباً عنه لبيع ماله في مزاد علني واناب النائب وكيلاً مسخراً عنه لشراء مال الأصيل لمصلحة النائب المناط به البيع .(٦)

وتحقيق الغاية التي من اجلها منع النائب من التعاقد مع نفسه يقتضي ان لا يشمل المنع النائب الذي نيط به إبرام العقد فحسب بل ان يشمل ايضاً الوكيل الذي ينيبه النائب ، إذ ان من المقرر ان التحايل للإفلات من هذا المنع غير جائز ، فإذا ثبت ان المشتري الحقيقي هو النائب وان المشتري

---

(١) ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ان التقنين الجديد شمل منع بيع النائب لنفسه ولو باسم مستعار وعلق على ذلك انه يواجه امراً كثير الوقوع . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٤ ، ص ٢٢٩ – ٢٣٠ .

(٢) السيد علي السيد ، المصدر السابق ، ص ٢٥٢ . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٤٧ . د . برهام محمد عطا الله ، المصدر السابق ، ص ٤٤ .

(٣) د . علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص ٢٧ . د . جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ . د . حسين النوري ، المصدر السابق ، ص ١٧٠ .

(٤) د . سليمان مرقس ، البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ .

(٥) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص ٦٢٤ . د . اسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة ، عقد البيع ، مكتبة عبدالله وهبه ، مصر ، ١٩٥٨ ، ص ١٠١ .

(٦) د . برهام محمد عطا الله ، المصدر السابق ، ص ٤٤ . د . عبدالمنعم البدراوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ط٢ ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٨ ، ص ١٨١ .

الظاهر رجل جيء به لدفع البطلان وللتحايل على نص القانون ، كان البيع باطلاً ، لان العبرة بقصد المتعاقدين الحقيقي ، وما لا يسمح للأفراد عمله مباشرة لا يسوغ عمله بالواسطة تخلصاً من أحكام القانون .[١]

ويجوز إثبات ان التعاقد كان باسم مستعار وان صاحب الاسم المستعار كان في حقيقة الأمر انما يشتري لمصلحة النائب بكافة طرق الإثبات فهي مسألة وقائع ،[٢] يفصل فيها قاض الموضوع .[٣]

ويشمل هذا المنع حالة اخذ النائب العقار الذي نيط به بيعه بالشفعة لتوفر حكمة المنع في هذه الحالة ايضاً ، إذ يجوز ان يتساهل الوكيل مع المشتري في شروط البيع لأنها هي نفس الشروط التي ستسري عليه عند الحكم له بالعقار . فضلاً عن ان هذا الشفيع ما هو في الواقع إلا مشترٍ ثانٍ يحل محل الأول بسبب ان القانون فضله عليه ، وظاهر ان الوكيل ممنوع من الشراء . يضاف الى ذلك بالنسبة الى النائب إذا كان وكيلاً . ان قبوله الوكالة في بيع العقار ينطوي على نزول ضمني منه عن حقه في اخذ العقار بالشفعة .[٤] وقد أراد المشرع من هذا المنع قطع الطريق أمام النائب في التحايل على منعه من شراء مال الأصيل ، وان يبعد هذه المبايعات ، وهي كثيرة الوقوع عن الريبة وتحقيق الاطمئنان على المنوب عنهم .[٥]

وقد تنبه المشرعون لاحتمال تحايل النواب عن طريق تسخير آخر لشراء المال الممنوعين من شراءه . فقد منعت م / ٤٥٦ من القانون المدني الألماني النواب من بيع مال الأصيل الى آخر باسم مستعار .

ونصت م / ٤٧٩ من القانون المدني المصري ((لا يجوز لمن ينوب عن غيره ... ان يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ..)) .[٦] وهذا النص قاطع الدلالة في منع النائب ، أياً كانت نيابته ، من التعاقد مع آخر لمصلحة نفسه .

واعتبرت م / ٣٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني زوجات الأشخاص الذين ورد المنع بالنسبة لهم وأولادهم وان كانوا راشدين اشخاصاً مستعارين . حيث نصت ((ان زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وان كانوا راشدين يعدون اشخاصاً مستعارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة)). وبذلك وضع المشرع اللبناني قرينة قانونية على الاسم المستعار ، عليه تصبح هذه القرينة من مسائل القانون في هذا التقنين .[٧]

أوردت الفقرة الثانية من م / ٨٥٣ من القانون المدني الأردني حكماً مستمداً من الشريعة الإسلامية حيث نصت ((وليس له (الوكيل) ان يبيعه الى أصوله أو فروعه أو زوجه أو لمن كان التصرف معه يجر مغنماً أو يدفع مغرماً إلا بثمن يزيد عن ثمن المثل)). وهذا النص منع الوكيل من التعاقد مع الأشخاص المذكورين فيه مباشرة لا عن طريق اعتبارهم أسماء مستعارة إلا بثمن يزيد عن المثل ، وذلك دفعاً للشبهة.

ومنعت م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي الوكلاء ومن في حكمهم بيع مال الأصيل الى آخر باسم مستعار . حيث نص عجز الفقرة الأولى من هذه المادة ((وليس لواحد من هؤلاء (النواب) ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه مباشرة ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه)).

---

(١) احمد نجيب الهلالي و د . حامد زكي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ .

(٢) د . توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ١٠٠ . د . محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٦٦ . د . عبدالعزيز عامر ، المصدر السابق، ص ١٠٩ .

(٣) ويذهب جانب من الفقه العراقي ان مسائل الواقع لا تخضع لرقابة محكمة التمييز . انظر د . سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ . د . غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٣٦٦.د . كمال ثروت الونداوي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٨ .إلا ان نص الفقرة / ٥ من م / ٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية اخضع مسائل الواقع لرقابة محكمة التمييز .

(٤) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ . هامش رقم (٢) .

(٥) د . مصطفى الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة ، البيع والمقايضة ، ط٦ ، مطابع فتى العرب ، دمشق ، ١٩٦٥ ، ص ٢٩٠ .

(٦) ويقابل هذه المادة في التشريعات العربية ، م / ٤٦٨ مدني ليبي ، م / ٤١٣ مدني سوداني ، م / ٤٤٧ مدني سوري ، م / ٤١٠ مدني مدني جزائري ، م / ٥١٤ / ١ مدني كويتي ، م / ٨٥٣ / ١ مدني أردني ، م / ٣٧٩ موجبات وعقود لبناني .

(٧) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ . د . توفيق حسن فرج ، البيع ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .

ومنعت م / ١٩٨ من قانون التسجيل العقاري الوكيل من استعمال الوكالة لصالح نفسه أو لصالح ولده القاصر .

وقد طبق القضاء في مختلف الدول الأحكام المتقدمة . فقد قضت محكمة النقض المصرية ((ان من المقرر في قضاء هذه المحكمة ان مَن يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره ، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في ان وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع انه في الواقع شأن الموكل . وينبني على ذلك ان الوكيل المستتر في الشراء لا يكتسب شيئاً من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذي عقده ، بل تنصرف هذه الحقوق الى الأصيل)).(١)

وقضت ايضاً ((متى ثبُتَ ان المطعون عليه كان معيراً اسمه للطاعن في عقد البيع ، وقد تم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتباره انه هو البائع الحقيقي ، فان مقتضى ذلك ان يكون الحكم الصادر بفسخ هذا العقد حجة عليه – وان لم يكن مختصماً في دعوى الفسخ – فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر في الظاهر ، مع كونه في الواقع شأن الموكل)).(٢)

وقضت محكمة التمييز اللبنانية ((ان بيع الوكيل مال موكله من زوجته يعتبر باطلاً بالاستناد الى المادتين ٣٧٨ و ٣٨١ موجبات ، باعتبار ان الزوجة شخص مستعار . ولما كان عقد البيع بين الوكيل وزوجته يعتبر باطلاً ، فان هذا البطلان يسري على مَن يشتري العقار حتى لو كان حسن النية ، ما دام ان الملك لم ينتقل اصلاً بموجب العقد الباطل . فالزوجة هنا لم تصر مالكة ، وليس لها ان تنقل اكثر مما تملك)).(٣)

وقضت محكمة التمييز الأردنية ((ان كان شقيق الوكيل لا يعتبر من الأصول والفروع التي منعت م / ٨٥٣ / ٢ الوكيل من التعاقد معهم إلا بزيادة على ثمن المثل ، إلا انه قد يكون اسماً مستعاراً لا يجوز التعاقد معه وفقاً لنص م / ٥٤٨ من القانون المدني)).(٤)

وقضت محكمة التمييز في العراق ((إذا باعت الو كيلة السيارة العائدة لموكلها الى أولادها فان ذلك يعتبر شراء لنفسها باسم مستعار ويتعين القضاء بإبطال البيع)).(٥)

وقضت في قرار آخر ((ان بيع الوكيلة الدار العائدة لموكلها الى ابنتها يعتبر شراء لنفسها باسم مستعار وهو محظور طبقاً لنص م / ٥٩٢ من القانون المدني ويتعين القضاء بإبطال البيع)).(٦)

وقضت ايضاً ((ان بيع الوكيل العقار الموكل ببيعه الى الغير ومن ثم قيام المشتري بهبة العقار الى الوكيل ، يعتبر بمثابة الشراء باسم مستعار الذي منعته م / ٥٩٢ من القانون المدني)).(٧)

وقد يحدث ان يشترك موظفي مديريات التنفيذ وغيرهم من موظفي دوائر الدولة في المزايدات التي تجريها دوائرهم، وبالنظر لخطورة هذه المسألة وما قد يصيب المباعة أمواله من خطر وللحفاظ على هيبة ونزاهة الوظيفة العامة ، فقد منعت التشريعات الموظفين من الاشتراك في المزادات التي تجريها دوائرهم . حيث نصت م / ٤٧٩ من القانون المدني المصري ((لا يجوز لمن ينوب عن

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ٦٤٨ س ٤٩ ق في ٢٤ / ٤ / ١٩٨٠ ، منشور في مجموعة القاضي انور طلبه ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص ٢٤٣ .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ٤٥٨ س ٥٣ ق في ١٩ / ١٠ / ١٩٨٥ ، منشور في مجموعة القاضي انور طلبه ، المصدر السابق ، ص ٢٤٦ .

(٣) حكم محكمة التمييز اللبنانية رقم ١٣٣ في ٢ / ٢ / ١٩٦٥ ، منشور في مجلة العدل التي تصدرها نقابة المحامين ، بيروت ، لبنان ، ع٣ ، س٧ ، ص٧٢ .

(٤) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم القرار ٢٤١ / ٩٩ في ٢١ / ٣ / ٢٠٠٠ ، منشور في المجلة القضائية التي يصدرها المعهد القضائي القضائي الأردني ، عمان ، س٤ ، ع٧ ، تموز / ٢٠٠١ ، ص ٢١٥ .

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢١٥ / م١ / ٢٠٠٣ في ٤ / ٢ / ٢٠٠٣ ، القرار غير منشور .

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٨٥ / م١ / ٩٩٠ في ٤ / ٩ / ١٩٩٠ ، منشور في مجموعة الاستاذ إبراهيم المشاهدي ، المختار المختار من قضاء محكمة التمييز ، المصدر السابق ، ص ٤٢ .

(٧) قرار محكمة التمييز في العراق رقم القرار ٤٦٧ / عقار / ٨٧ في ٩ / ١٢ / ١٩٨٧ ، منشور في مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في العراق ، ع١ ، ٢ ، ٣ ، س ٤٩ ، س ١٩٨٨ ، ص ٢٠٥ .

غيره بمقتضى .... أو نص أو أمر من السلطات المختصة ان يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ما نيط به بيعه)).[١]

ومنع المشرع العراقى الموظفين ان يشتروا الأموال المكلفين ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم ، كما منع وكلاء التفاليس والحراس المصفين ان يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر ومنع مصفي الشركات والتركات ان يشتروا الأموال التي يصفونها .[٢]

كما منع الدائن المرتهن من تملك العقار المرهون لصالحه رهناً تأمينياً بالدين المضمون بالرهن بأي ثمن كان أو بيع العقار المرهون لصالحه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون .[٣]

ومنع قانون التنفيذ العراقي المنفذ العدل ومنتسبي مديريته وأزواجهم وأصهارهم أو أقربائهم حتى الدرجة الرابعة من الاشتراك في المزايدات التي تجري في مديرية التنفيذ التي يعملون بها سواء كان اشتراكهم بأنفسهم مباشرة أو بواسطة أشخاص آخرين لحسابهم أو ان يشتركوا في تلك المزايدات لحساب غيرهم .[٤]

ومنع قانون التسجيل العقاري ممثل الشخص المعنوي أو الدائرة الرسمية من استعمال نيابته لصالح نفسه أو لصالح ولده القاصر .[٥]

ومنعت التشريعات السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها أو تقدير قيمتها سواء كان الشراء بأسمائهم أم بأسماء مستعارة.[٦] والسمسار والخبير اما ان يكون عندهم توكيل بالبيع فيصبح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . واما ان لا يكون عنده توكيل فعندئذ لا يكفي رضاؤه بشراء الشيء لنفسه ، بل يجب قبول المالك . وفي هذا إذن يجعل الشراء جائزاً . وحكمة المنع هي تعارض المصالح .[٧]

وقد منع جانب من الفقهاء المسلمين تعاقد الوكيل مع مَن أسموهم من لا تقبل شهادتهم وهم اصل الرجل كأبيه وجده وفرعه كابنه وابن ابنه وزوجته . على النحو الآتي :

1. **ذهب الإمامية [٨] والمالكية [٩] والشافعية في الأصح من مذهبهم [١٠] الى منع الوكيل من من التعاقد مع مَن هو في حجره كابنه الصغير أو المجنون أو السفيه . وذهبوا الى جواز تعاقد الوكيل مع أصله أو فرعه أو زوجته ، شريطة ان يكون البيع بثمن المثل .[١١]**
2. **ذهب الشافعية في غير الأصح من مذهبهم الى عدم جواز تعاقد الشخص مع أصوله وفروعه وزوجته لأنه متهم في محاباتهم .[١٢]**
3. **ذهب الحنابلة في المذهب الى عدم جواز تعاقد الشخص مع مَن لا تقبل شهادتهم . وفي غير المذهب يجوز ذلك .[١٣]**

---

(١) ويقابلها في التشريعات العربية م / ٣٧٩ موجبات وعقود لبناني ، م / ٤٤٧ مدني سوري ، م / ٤١٠ مدني جزائري ، م ٥١٤ / ١ مدني كويتي ، م ٤١٣ مدني سوداني ، م / ٤٦٨ مدني ليبي ، م / ٥٤٨ مدني أردنى .

(٢) انظر نص م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر نص م / ١٣٠١ من القانون المدني العراقي .

(٤) انظر نص الفقرة ثالثاً من م / ٧٢ من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .

(٥) انظر نص م / ١٩٨ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

(٦) انظر نصوص المواد / ٤٨٠ مدني مصري ، م / ٤٦٩ مدني ليبي ، م / ٤٤٨ مدني سوري ، م / ٤١٤ مدني سوداني ، م / ٤١١ مدني جزائري ، م / ٥١٤ / ٢ مدني كويتي ، م / ٥٤٩ مدني أردنى ، م / ٥٩٢ مدني عراقي .

(٧) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ . د . محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ٦٦ . د . محمود شوقي بك، المصدر السابق ، ص ٢١٩ . د . عبدالعزيز عامر ، المصدر السابق ، ص ١١٢ .

(٨) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ . محمد الجواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص ص ٥٥٠ .

(٩) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ . احمد بن محمد الصاوي (١٢٤١ هـ) ، بلغة السالك لاقرب المسالك ، ج٢ ج٢ ، الطبعة الأخيرة، ١٩٥٢ م ، ص ٨٥ .

(١٠) الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

(١١) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ .

(١٢) الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٦ .

(١٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٩٨ – ٩٩ .

٤. اما عند الحنفية ، فان أذن الموكل أو فوض للوكيل جاز له ان يتعاقد معهم . اما إذا لم يأذن الموكل ولم يفوض الوكيل ، فعند ابي حنيفة (رح) لا يجوز ان يتعاقد الوكيل مع مَن لا تقبل شهادتهم . وحجته ان التعاقد مع هؤلاء كالتعاقد مع نفسه من حيث المعنى ، فتورث التهمة لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ، ولما كان الوكيل لا يملك التعاقد مع نفسه فلا يملكه من هؤلاء .[١]

اما الصاحبان فانهما يتفقان مع ابي حنيفة في مَن كان تحت حجر الوكيل كابنه الصغير في عدم جواز التعاقد معهم من غير إذن الموكل ، لكنهما يخالفانه في غير هؤلاء كأبيه وابنه الكبير وزوجته . فقالا بجواز التعاقد مع هؤلاء بشرط دفع التهمة بان يبيع الى هؤلاء بقيمة المثل .وحجتهما ان التصرف مع هؤلاء كالتصرف مع أجنبى .[٢]

المطلب الثاني

اتجاه إباحة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه

بما ان علة منع تعاقد الشخص مع نفسه هي علة مصلحية ، تتمثل في تعارض مصلحة الأصيل مع مصلحة النائب الذي يمثله ، وتولي الأخير وحده إبرام العقد مع نفسه ، وما يترتب على ذلك من خطر قد يلحق بالأصيل . عليه فانه عندما ينتفي هذا الخطر أو عندما تكون هناك وسيلة للتحقق من سلامة تصرف النائب مع نفسه وتحقق منفعة الأصيل،[٣] كأذن الأصيل أو إذن جهة معينة يحددها القانون ، ينتفي سبب المنع . والقاعدة تقضي إذا زال المانع عاد الممنوع .[٤] فالفقه والتشريع يجيزان للنائب ان يتعاقد مع نفسه لنفسه .

عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لجواز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه دون إذن . ونتناول في الثاني جواز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه بإذن .

الفرع الأول

جواز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه دون إذن

إذا كان الأصل ان ينظر إلى تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه نظرة الحذر والشك والريبة ، لما قد يلحق الأصيل من خطر إذا ما ابرم نائبه العقد مع نفسه ، لما تنزع إليه النفس البشرية من تفضيل مصلحتها وتغليبها على مصلحة الآخرين .[٥]

أما أولئك الذين لا يؤثرون مصلحتهم على مصلحة غيرهم ، إذا تعارضتا ، فهم نزر يسير ، لا يمكن تأسيس مبدأ قانوني على أساسهم . ومع ذلك فهناك أحوال ينتفي فيها الخطر الذي قد تتعرض

---

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .

(٢) ابن الهمام ، فتح القدير ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٦٧ .

(٣) مع ملاحظة ان اشتراط عدم لحوق غبن فاحش بالأصيل ، بل وشرط تحقق عموم المنفعة للأصيل يشترط في تصرف النائب وان لم يتصرف لنفسه ، بل وان تصرف لغيره ، والأكثر من ذلك ان تحقق النفع مع تفاوت مفهومه هو شرط في كل تصرف عُقلائي ، ذلك ان مَن يتصرف باموالهِ بما يضره لا يُعَد كاملاً سوياً (راشداً) بل يُعَد سفيهاً . يجيز القانون لذوي المصلحة حجره ، أما إذا كان يتصرف في مال غيره بما يضره فالأمر أجلى .

(٤) انظر نص الفقرة الثانية من م / ٤ من القانون المدني العراقي .

(٥) د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٥٠ . د . مالك دوهان دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .

له مصلحة الأصيل ، عند إبرام النائب العقد مع نفسه لنفسه . كما إذا انطوى تصرف النائب مع نفسه على محض نفع للأصيل . كما لو وهب النائب مالاً معيناً يملكه إلى الأصيل الذي ينوب عنه ، وقبل النائب هذه الهبة غير المحملة بأي التزام بموجب نيابته عن الأصيل،فهكذا تصرف لا إشكال في صحته ، حتى لو انطوت الهبة على التزامات على عاتق الموهوب له (الأصيل) وكانت هذه الالتزامات بسيطة لا تتناسب ألبته مع قيمة المال الموهوب .[١]

وقد يكون تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه ضرورياً كما لو وهب الأب مالاً يملكه إلى ولده غير المميز أو الذي لا زال جنيناً وقبل هذه الهبة نيابة عن ولده هذا .[٢] ففي هذه الحالة لولا تعاقد الشخص مع نفسه لما أمكن إبرام هذا التصرف بهذا اليسر . إذ بدون تعاقد النائب مع نفسه لتعين على الأب الطلب إلى المحكمة لتنصيب وصي خاص ليبرم الولي العقد معه ، وفي ذلك ما فيه من جهد ومشقة وتكاليف قد تؤدي إلى عزوف الولي عن إبرام هذا التصرف .[٣]

وقد تتوافر لمصلحة المنوب عنه الحماية الكافية . ففي هذه الحالة يذهب رأى في الفقه إلى وجوب إجازة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه ، كما إذا تم بيع مال الأصيل بالمزايدة العلنية وبالتالي جاز للنائب أياً كانت نيابته ان يشترك في المزايدة القائمة بشأن عقارات مملوكة لمن ينوب عنه ، وذلك إذا كان البيع في التنفيذ الجبري لأن هذا البيع يحصل بناءً على طلب الدائنين وهم الذين يباشرونه تحت مراقبة المحكمة . وعلى ذلك يجوز للنائب وغيره ان يشتري لنفسه العقار المعروض للبيع سواء كان نائباً عن طالب البيع أم عن المدين المبيعة عقاراته بلا قيد ولا شرط . أما إذا كان البيع حاصلاً بالممارسة خارج المحكمة أو كان حاصلاً في المحكمة لسبب آخر ، غير التنفيذ العقاري الجبري ، فانه لا يجوز للنائب شراء العقار المنوط به بيعه بصفته المذكورة . ويؤيد ذلك بحسب أصحاب هذا الرأي ان نائب المدين المراد بيع عقاره جبراً لا يمكن اعتباره شخصاً ((منوطاً به بيع العقار)) لان ذلك لا يكون إلا في حالة البيع في غير التنفيذ العقاري ، بالإضافة إلى ذلك فالبيع الحاصل بطريقة جبرية تتقدمه وتصاحبه إجراءات عدة من شانها إذاعة البيع والأخبار عن ثمنه وشروطه وغير ذلك مما يستبعد معه إساءة الظن في القائم مقام غيره . واستندوا ايضاً إلى ان القانون يفترض جواز تصديق مالك المبيع .[٤]

ويذهب رأي فقهي آخر إلى انه لا يجوز لمن ينوب عن غيره ان يشتري مال الأصيل حتى في حالة بيعه بطريقة التنفيذ العقاري الجبري ، وعن طريق المزاد العلني ذلك ان القانون يمنع مَن يقوم مقام غيره بان يستفيد من مركزه للإثراء على حساب مَن نيط به الدفاع عن مصلحته ولو اجزنا لهؤلاء النواب ان يشتروا أموال مَن ينوبون عنهم لأوقعناهم في تعارض بين مصلحتهم وواجبهم والظاهر المتبادر انهم في هذه الحالة يؤثرون مصلحتهم وهذا الإيثار ميسور لهم إذ يكفيهم للإخلال بواجبهم ان يعطوا الراغبين في الشراء معلومات غير صحيحة عن الأموال المعروضة للبيع أو يثبطوا المزايدين أو يتواطؤا معهم لابعادهم عن المزايدة . وفي هذا ضرر كبير بالدائنين وبنفس المدين .[٥]

ونحن وان كنا لا نرى في شراء النائب مال الأصيل الذي ينوب عنه عند بيعه في مزايدة علنية جبرية ، تعاقداً للشخص مع نفسه لان النائب لم يكن هو البائع بل ان البائع هو الجهة [٦] التي وضعت وضعت يدها على مال المدين وتولت إجراءات بيعه[٧] . إلا اننا مع ذلك نميل إلى ترجيح الرأي الثاني الثاني لوجاهة الحجج التي استند اليها ، ولابعاد النائب عن ان يكون في موضع الشك والريبة .

---

(١) إذ ليس في نصوص التشريعات التي لم تتضمن قاعدة عامة تمنع تعاقد الشخص مع نفسه ، ما يمنع مثل هذه الحالة .

(٢) د . بدر جاسم اليعقوب ، الهبة ، المصدر السابق ، ص ٢٣٤ .

(٣) وفي هذه الحالة يصبح القانون لا يلبي حاجة المجتمع ، ويكون محض تعقيد في الإجراءات دون مبرر في حين ان هدف القانون هو تنظيم حياة الأفراد بشكل مرن ومتطور متلائم مع حاجات المجتمع .

(٤) السيد علي السيد ، المصدر السابق ، ص ٢٥٣ . د . انور سلطان و د . جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ .

(٥) احمد نجيب الهلالي و د . حامد زكي ، المصدر السابق ، بند ٢٣٨ ، ص ٢٣٤ .

(٦) وهذه الجهة في العراق هي مديرية التنفيذ .

(٧) انظر نصوص المواد ٢٢ ، ٦٣ ، ٨٦ ، ٨٨ ، ٩١ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .

وبهذا الرأي الأخير أخذت غالبية التشريعات (في حدود ما اطلعنا عليه) فمنعت النائب من شراء مال الأصيل حتى لو كان البيع عن طريق المزايدة العلنية .[١] وجاءت هذه النصوص مطلقة والقاعدة ان المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بنص .[٢] وبالتالي فهي تشمل التنفيذ العقاري الجبري وغيره .

ويذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى ان للوكيل ان يعقد مع نفسه عملاً متعلقاً بالمقاولة أو بالإجارة أو بالعارية على أنها من أعمال الإدارة فقط .[٣]

واجاز القانون المدني الألماني للنائب التعاقد مع نفسه إذا كان التصرف القانوني مقصوراً على تنفيذ التزام .[٤] وأجاز القانون المدني الإيطالي للنائب التعاقد مع نفسه إذا كان مضمون العقد محدد بحيث لا يترتب عليه التعارض بين مصلحة النائب وواجبه .[٥]

وانطلاقاً من هدف القانون في الموازنة بين مصالح الأفراد المتعارضة وترجيح المصلحة الأولى بالرعاية ، فقد ذهب رأي في الفقه إلى جواز تعاقد الوصي مع نفسه وشرائه مال القاصر الذي هو تحت وصايته إذا كان للوصي حقوقاً من قبل على المال المناب في بيعه فله شراء هذا المال للمحافظة على حقوقه فيه ، وتقويتها ، وهذه الحالة تتحقق في الفرضين الآتيين :

أولاً : إذا كان الوصي شريكاً على الشيوع مع القاصر وبيعت العين المشاعة لعدم إمكان قسمتها عيناً ، ففي هذه الحالة يجوز للوصي ان يشترك في المزايدة لحسابه حتى لا يصار إلى إرهاق الوصي وإلزامه بتضحية مصلحته كشريك في سبيل القيام بواجبه نحو القاصر .[٦] وقد أيد جانب من الفقه في مصر هذا الرأي إلا انه لا يجوز الأخذ به إذا لم يكن الوصي شريكاً على الشيوع ، كما لو كان حقه الموجود من قبل قاصراً على حق الانتفاع ، ذلك ان المنتفع لا يعتبر شريكاً على الشيوع مع مالك الرقبة . وقد أراد الشراح بذلك عدم التوسع في الاستثناء .[٧] وهذا المبدأ مقرر في ضوء القانون المدني الفرنسي .[٨]

وأجازت م / ٤٨٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي للنائب شراء مال الأصيل إذا كان شريكاً له فيه على الشيوع ، وتم بيع المال في مزايدة علنية .

ثانياً : وأُجيز للوصي ان يدخل في المزايدة القائمة لبيع عقار القاصر إذا كان له رهن على هذا العقار لانه لا يجوز ان نضحي بمصلحته كدائن مرتهن في سبيل القاصر . ولان مصلحة الوصي في هذه الحالة يغلب ان تكون متفقة مع مصلحة القاصر ، فكلاهما من مصلحته ان يبلغ الثمن اعلى حد ليتمكن الوصي من الحصول على دينه والقاصر من الوفاء به .[٩]

وبالرغم من ان الفرضين المتقدمين لا يخلوان من الخطر على مصلحة القاصر ذلك ان الوصي قد يسعى إلى بيع مال القاصر بأقل من قيمته الحقيقية ليتملكه بعد ذلك بأقل من قيمته ويضار القاصر في هذه الحالة . إلا اننا نميل إلى جواز اشتراك الوصي في المزايدة في هذين الفرضين مع تقييد

---

(١) انظر نصوص المواد / ٤٥٦ مدني ألماني ، ١٤٥٧ مدني إيطالي ، ١٤٥٩ مدني أسباني ، ٤٧٩ مدني مصري ، ٤٦٨ مدني ليبي، ٤٤٧ مدني سوري ، ٤١٣ مدني سوداني ، ٤١٠ مدني جزائري ، ٥١٤ / ١ مدني كويتي ، ٥٤٨ مدني أردني ، ٣٧٩ موجبات وعقود لبناني ، ٥٩٢ مدني عراقي .

(٢) انظر نص م / ١٦٠ من القانون المدني العراقي .

(٣) اوبري ورو ، ج٥ ، فقرة ٣٥١ . لوران ، ج٢٤ ، ص ٤٧ . نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول ، شرح القانون المدني ، الإرادة في العمل العمل القانوني وعيوبها ، دون ذكر الناشر ومكان وزمان الطبع ، ص ٢٩٧ .

(٤) انظر نص م / ١٨١ من القانون المدني الألماني .

(٥) انظر نص م / ١٣٩٥ من القانون المدني الإيطالي .

(٦) د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٨١ . د . حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٣٢٤ .

(٧) د . السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص ١٠٣ . احمد نجيب الهلالي و د . حامد زكي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٣ .

(٨) Marty .G.et Raynaud , P . Droit Civil.Op.Cit .T.١ .P.٢٤٠ .

(٩) د . انور سلطان و د جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ . السيد علي السيد ، المصدر السابق ، ص ٢٥٣ . د . حسن علي الذنون ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٣٢٤ .

اشتراكه في المزايدة بعدم إحالة المزاد عليه إلا إذا كان عطاؤه بمثل قيمة المال المباع ، على أقل تقدير ، هذا إذا كان عطاؤه أعلى عطاء .

وحيث ان احد اهم الاسباب التي اورثت نظرة الشك والريبة في تعاقد الشخص مع نفسه هي نظرة الفقهاء الى التصرفات التي يكون للطرفين فيها مصالح متضاربة ، كعقد البيع والمعاوضات الأخرى ، إلا ان التصرفات القانونية لا تقتصر على هذه الطائفة ، فقد يعقد الشخص مع نفسه عقد لا تتعارض فيه مصلحة طرفيه كبعض عقود الإدارة او ان يكون موضوع العقد مال او بضائع او اوراق مالية لها اسعار محددة في الاسواق والبورصات ، وهذا هو شأن السلع والبضائع المهمة ، فيتعذر على النائب في هذه الحالة ان يحابي نفسه على حساب الأصيل ، وهذا ما حدا بالعرف التجاري ومن بعده معظم التشريعات الى اجازة تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه .(١) وذلك لتعامله ببضائع واوراق مالية لها اسعار محددة ولخشيته من فقد زبائنه اذا حابى نفسه ، وبالتالي يقل الخطر على مصلحة الأصيل في غير ما تقدم من حالات التعاقد مع النفس ، كما ان وكالة الوكيل بالعمولة ليست وكالة بالمعنى المفهوم قانوناً بل هي تكليف بالبحث .(٢) حيث يرون ان الموكل عند تسليمه البضائع للوكيل او عند امره الوكيل بعملية في البورصة يُعد كأنه يعرض عرضاً على شخص غير معين فما يمنع الوكيل من ان يعد هذا العرض له .(٣)

وقد منع المشرع الفرنسي الوكيل بالعمولة التعاقد مع نفسه من حيث الأصل ، واجازه اذا كان الأصيل قد رخص للوكيل ذلك في عقد الوكالة.(٤)

وأجاز المشرع الالماني للوكيل بالعمولة في البورصة التعاقد مع نفسه لنفسه .(٥) كما اجاز قانون التجارة الالماني للوكيل بالعمولة ان يشتري او يبيع باسمه البضائع او السندات لحساب شخص آخر.(٦)

وأجازت الفقرة الأولى من م / ١٥٦ من قانون التجارة المصري للوكيل التجاري ان يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بابرامها في الاحوال الاتية :

١. اذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة .

٢. اذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل بهذا السعر .(٧)

وكانت الفقرة / ١ من م / ٢٠١ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ (٨) تنص ((لا يجوز للوكيل ان يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بابرامها إلا في الأحوال الآتية :

أ. .....

ب. اذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة .

ج. اذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل لنفسه او باعها من ماله بهذا السعر)).

اما سماسرة الاوراق المالية فالأصل جواز تعاقدهم مع انفسهم لانفسهم بشراء الاوراق المالية التي أنيبوا في بيعها لانفسهم ، او بيع اوراقهم المالية لموكليهم .

---

(١) انظر نص م / ٣٥ من قانون سماسرة الاوراق المالية المصري . و م / ١٥ / ثانياً من قانون سوق بغداد للأوراق المالية .

(٣) Demogue , Traite des Obligations .OP .Cit .T.٢ . P. ٩٢٥ .

(٣) البير دريفوس في مقالة ((الوكيل بالعمولة في البورصة وفي البضائع)) مجلة القانون التجاري ، ١٨٩٨ ، ص ٢١٠ وما بعدها ، نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص ٢٩٩ .

(٥) Demogue , Traite des Obligations .OP .Cit .T.٢ . P. ٩٢٥ .

(٥) انظر نص م / ٧١ من قانون البورصة الالماني الصادر في ٢٤ يونيو ١٨٩٦ .

(٦) انظر نص م / ٣٨٣ من قانون التجارة الالماني . وانظر ايضاً م / ٣٨٦ من قانون التجارة الايطالي . م / ٤٣٦ من قانون التزامات الفدرالي السويسري .

(٧) انظر نص البند (ج) من الفقرة الأولى من م / ١٥٦ من قانون التجارة المصري .

(٨) لم ينظم قانون التجارة الحالي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الوكالة بالعمولة .

واجاز قانون سماسرة الاوراق المالية المصري للسمسار ان يتعاقد مع نفسه لنفسه نيابة عمن وكله.[١] ومنع قانون سوق بغداد للأوراق المالية الوسيط من شراء الاسهم التي أنيب في بيعها لنفسه ، واجاز للوسيط التعامل بالأوراق المالية نيابة عن العميلين وفقاً للمادة / ١٥ من قانون سوق بغداد للأوراق لمالية .

وقد تكون رابطة القربى التي تربط النائب بالأصيل وشفقة الأول على الثاني سبباً في عدم النظر الى النائب نظرة الشك والريبة عند تعاقده مع نفسه نيابة عن الأصيل ، مما يرجح معه محافظته على مصلحة الأصيل وعدم تفريطه بها،مثال ذلك الأولياء ، فنجد معظم التشريعات وخصوصاً التشريعات العربية [٢] تجيز للأب التعاقد مع نفسه نيابة عن ولده الذي تحت ولايته ، إلا ان هذه المكنة ليست مطلقة اذ قد يرد عليها بعض القيود، كعدم تجاوز المال موضوع التعاقد مبلغاً معيناً .[٣]

وقد أجاز القانون المدني العراقي للأب والجد ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن ولده الذي تحت ولايته ، سواء كان المال منقولاً ام عقاراً ، بمثل قيمته او بغبن يسير لا فاحش .[٤] لان الغبن الفاحش ضرر محض وليس للولي ان يضر مَن تولاه.[٥] وإذا انطوى تصرف الولي على غبن فاحش للمحجور كان باطلاً لمخالفته للنظام العام .[٦]

ويراد بالغبن الفاحش ان يزاد على القيمة او ينقص منها مقدار نصف عشرها في العروض او عشرها في الحيوان وخمسها في العقار . واما ما كان اقل من ذلك فهو غبن يسير .[٧]

وفسر جانب من الفقهاء الغبن الفاحش بما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، والغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين .[٨]

كما اجاز القانون المدني العراقي للأب ان يرهن رهناً تأمينياً او حيازياً ماله عند ولده القاصر او ان يرهن مال ولده لنفسه .[٩]

ونظراً لحيوية موضوع تعاقد الشخص مع نفسه فقد صدرت بشأنه العديد من الأحكام القضائية فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ((حيث ان الوكلاء بالعمولة غير ملزمين بالكشف عن اسماء موكليهم الآخرين لذلك يجب الاحتياط معهم وان شرائهم لما سلم اليهم من بضائع لبيعها يعد عملاً خطراً خشية طغيان المنفعة على الوكالة لذلك يجب ابطالها إلا اذا اجازها الأصيل)).[١٠]

وقضت محكمة النقض المصرية ((ان عزل الوصي من الادارة التي تمثل اهم خصائص الوصاية وهو عزل من باب اولى من اعمال التصرف ومتى انحلت عن الوصي صفة الادارة والوصاية انحلت

---

(١) انظر نص م / ٣٥ من قانون سماسرة الاوراق المالية المصري رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ .

(٢) تأثراً منها بالفقه الإسلامي الذي يجيز مثل هذا التعاقد .

(٣) انظر نصوص المواد ٧، ٩ ، ١٠ ، ١٤ من قانون الولاية على المال المصري . لمزيد من التفاصيل انظر كمال صالح البنا ، احكام احكام الولاية على المال ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ١٤ . د . جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، عقد الايجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٤١ .

(٤) انظر نص م / ٥٨٨ من القانون المدني العراقي .

(٥) منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الأول ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥١ – ١٩٥٢ ، ص ١٧٤ .

(٦) د . كمال ثروت الونداوي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٠ . حيث يستند في رأيه الى نص الفقرة الثانية من م / ١٢٤ من القانون المدني التي تنص ((٢. على انه اذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً .... فان العقد يكون باطلاً)) .

(٧) انظر نص الفقرة الثانية من م / ١٠٧٧ من القانون المدني .

(٨) منير القاضي ، الموجز في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص ٢٦ . د . عبدالمجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ .

(٩) انظر نصوص المواد / ١٢٨٩ / ١ ، ١٣٢٧ من القانون المدني العراقي . على ان قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ قد قد قيد مكنة الولي في اجراء أي من التصرفات المتقدمة مع نفسه إلا بعد الحصول على موافقة مديرية رعاية القاصرين . انظر نصوص المواد ٣٠ ، ٤٣ من هذا القانون .

(١٠) حكم محكمة النقض الفرنسية رقم ١٩٨ / ٢ / ١٢١ في ٢٣ / اكتوبر / ١٩٧٥ . نقلاً عن د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٨٢ .

عنه ايضاً صفة تمثيل القاصر واصبح بالتالي خارجاً عن دائرة الحظر الواردة في القانون ، جاز له شراء مال القاصر المباع في المزايدة)).[١]

وقضت ايضاً ((ان دفع الورثة ببطلان عقد البيع الذي ابرمه وكيل مورثهم لابرامه مع نفسه – حال حياة مورثهم – يتعين على المحكمة التحقق منه والفصل فيه)).[٢]

وقضت محكمة النقض التونسية ((لا شيء يمنع الوكيل من شراء ما وكل على ابتياعه لخاصة نفسه استناداً الى الفصلين ١١٤٨ ، ٢٧٧ من مجلة الالتزامات والعقود)).[٣]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((اذا وكل البائع المشتري لغرض تسجيل قطعة الارض التي باعها له باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، فان قيام الوكيل (المشتري) بتسجيل القطعة موضوع البيع باسمه في دائرة التسجيل العقاري هو تصرف جائر قانوناً ولا يدخل في الحظر الذي نصت عليه م / ٥٩٢ من القانون المدني)).[٤]

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((يجوز لطالب التنفيذ ان يشتري مال المدين الذي تم حجزه وفاء للدين)).[٥]

وقد اجمع الفقهاء المسلمين على جواز تولي الولي ، اباً كان ام جداً ، طرفي العقد بتعاقده مع نفسه اصالة عن نفسه ونيابة عن ولده القاصر ، لوفور شفقته ، وعباراتهم صريحة في ذلك ، فقد قال العلامة الحلي ((الاقرب عندي الجواز والتهمة منتفية مع الوثوق والعدالة ولان التقدير انه بالغ في النصيحة)).[٦] كما ان الولد وماله لابيه .[٧] واوجب محدثي الإمامية عدم المفسدة .[٨]

وروى داود بن سرحان قال : سألت ابا عبدالله الصادق (ع) عن رجل يكون لبعض ولده جارية وولده صغار ، قال ((لا يصلح له ان يطأها حتى يقومها قيمة عدل ، ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها)).[٩]

وروى محمد بن مسلم قال سألت ابا عبدالله الصادق (ع) عن الرجل يحتاج الى مال ابنه قال ((يأكل منه ما شاء من غير سرف)).[١٠]

اما المالكية [١١] والشافعية [١٢] فقد اوجبوا ان يكون في تولي الولي طرفي العقد مصلحة للقاصر . قال المالكية ان فعل الولي ذلك تعقبه الحاكم فان كان خيراً امضاه .[١٣]

وقال الحنفية بجواز تصرف الأب والجد في اموال القاصرين لنفسه بالبيع والشراء سواء كان المال المتصرف فيه عقاراً ام منقولاً ، بمثل قيمته او بيسير الغبن هذا اذا كان الأب اميناً (غير مبذر) او مستور الحال . اما اذا كان الأب فاسد الرأي سيء التدبير فلا يجوز له التصرف اذا كان المال عقاراً

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ١٩٦ في ٢٣ / ٢ / ١٩٨٤ س ١٧ ق ، منشور في مجموعة القاضي انور طلبه ،عقد البيع البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠ .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن ١٣٧ في ١٣ / ٥ / ١٩٨٥ س ١٨ ق ، منشور في مجموعة القاضي انور طلبه ،عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠ .

(٣) حكم محكمة النقض التونسية رقم ٤٢٥٢ في ١٧ / نوفمبر / ١٩٨١ ، منشور في مجلة القضاء والتشريع ، تصدرها وزارة العدل التونسية ، ع ٧ ، يوليو ، ١٩٨٢ ، ص ١٠٢ .

(٤) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٢١ / استئنافية / ٩٧ – ٩٨ في ٢٩ / ٣ / ١٩٩٨ ، القرار منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم ابراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز ، المصدر السابق ، ص ٣٨ .

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٤٩ / تنفيذ / ٩٥ في ٤ / ٥ / ١٩٩٥ ، القرار غير منشور .

(٦) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ٨١ . ميرزا فتاح الشهيدي ، هداية الطالب الى اسرار المكاسب ، ج ٩ ، طبع حجر ، ص ١٥٣ . اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق ، جواب س (١) .

(٧) الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، ج ١٢ ، المصدر السابق ، ص ١٩٤ – ١٩٥ . حديث رقم (١) .

(٨) اية الله العظمى السيد عبدالأعلى السبزواري ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ .

(٩) الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، المجلد ١٤ ، المصدر السابق ، الباب ٤٠ من ابواب نكاح العبيد والإماء ، حديث رقم (٤) .

(١٠) الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، المجلد ١٢ ، المصدر السابق ، الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب به ، ح(١) .

(٦) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٦٩٣ . الخرشي ، شرح الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .

(١٢) الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٧٤ . الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٣٣٠ .

(١٣) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

.[١] اما الحنابلة،[٢] فاكتفوا باشتراط عدم المفسدة ، وقصروا شرط تحقق المصلحة على تصرف الأب مع اجنبي .

كما اجاز الفقهاء المسلمون للولي رهن مال القاصر وارتهانه لنفسه ، وذلك لوفور شفقته ولصحة توليه طرفي العقد .[٣] كما ان الرهن اما ان يجري مجرى الايداع او مجرى المبادلة والأب يملك الايداع والمبادلة .[٤]

اما الوكيل[٥] فاذا اطلق الموكل الوكالة فلم يأذن لوكيله بالبيع لنفسه او الشراء من نفسه وكذلك وكذلك لم يمنعه من ذلك فهل يجوز للوكيل تولي طرفي العقد ومن ثم يكون متعاقداً مع نفسه ؟ [٦]

ذهب الإمامية،[٧] والمالكية،[٨] والحنابلة في رواية [٩] الى جواز تولي الوكيل طرفي العقد ، ، فله شراء ما توكل في بيعه ما لم ينهه الموكل عن ذلك . واشترط المالكية والحنابلة ان يدفع الوكيل التهمة بالمحاباة عن نفسه بحيث يطمئن الى تصرفه . ومثلوا لذلك بانه لو كان وكيلاً بالبيع مثلاً لا يشتري لنفسه ما توكل في بيعه إلا بعد تناهي الزيادات على المبيع ووصول الثمن الى حد لا توجد معه زيادة واضاف الحنابلة شرطاً آخر وهو ان يزيد الوكيل الثمن الذي يشتري به على ثمن النداء وان يكون قد تولى النداء غيره .[١٠]

والى جواز تولي الوكيل طرفي العقد ذهب الأوزاعي من الحنفية،[١١] وابن الرفعه من الشافعية .[١٢]

الفرع الثاني

جواز تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه باذن

حيث ان هدف التشريع من منع تعاقد الشخص مع نفسه هو حماية الأصيل مما قد يلحق به من ضرر جراء هذا التعاقد ، فمتى وجدت وسيلة لدفع هذا الضرر وتؤمن عدم تحققه . انتفت التهمة التي

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٤٥٣ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ – ١٣٦ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٢١٨ . ابن النجار ، منتهى الارادات ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٤٨ . د. د. محمد زكي عبدالبر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ، ط ١ ، دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦ م ، ص ٢١١ .

(٣) محمد الجواد العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١١١ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، المصدر السابق، ص ٣٢١ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٣٢ . الفتاوي الهندية ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٤٣٩ . محمد سعيد المحاسني ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، المجلد الثاني ، مطبعة الترقي بدمشق ، ١٣٤٦ هـ - ١٩٢٧ م ، ص ٦٧ .

(٤) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦ . ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٦٩ .

(٥) ذلك ان الولاية والوكالة اهم مصداقين للنيابة في الفقه الاسلامي .

(٦) سيقتصر بحثنا هنا على من يقول بالاباحة . وقد تقدم بحث رأي مَن يقول بالحظر في المطلب السابق .

(٧) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ . زين الدين الجبعي ، الروضة البهية ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ . اية الله العظمى الشيخ محمد اسحق الفياض ، الاستفتاء السابق ، جواب س (١) . اية الله العظمى السيد محمد الصدر ، المصدر السابق . ص ٢٠٢، مسألة رقم ٤٥٨ .

(٨) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .

(٩) ابن قدامه ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١١٧ . ابن النجار ، منتهى الارادات ، ج١ ، المصدر السابق ، ص ٤٤٨ .

(١٠) المرداوي ، الانصاف ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ . ابن قدامه ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .

(١١) الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٧٠ .

(١٢) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .

قد تلحق بالنائب وقيدت مكنة النائب بالتعاقد مع نفسه لمصلحة المنوب عنه ، لم يبقَ ما يبرر منع النائب من التعاقد مع نفسه . وقد تتمثل هذه الوسيلة في عدم نفاذ اثر التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه في حق الأصيل ، إلا اذا كان هذا الأخير قد اجاز للنائب ذلك، فقد يزن الأصيل مصلحته ويرى تحققها في ان يبرم النائب العقد مع نفسه فيرخص مقدماً للنائب في ان يتعاقد مع نفسه ، ففي حالة الترخيص هذه يجوز للنائب ان يتعاقد مع نفسه ويكون تصرفه نافذاً في حق الأصيل ، لأن النائب حينئذ يعمل في حدود نيابته ، وان صاحب الشأن قد رضي بذلك .(١)

كما يستطيع الأصيل ايضاً ان يزن مصلحته بعد ابرام النائب التصرف مع نفسه ويقره ، وهذا الإقرار هو التعبير الصحيح عن الإجازة التي وردت في نصوص الكثير من القوانين المدنية العربية .(٢)

فاذا ابرم النائب العقد مع نفسه ولم يكن مخولاً بذلك ، بل حتى لو لم يكن نائباً اصلاً بان كان فضولياً ، وبعد ان ابرم عقداً مع نفسه نيابة عن الأصيل وعلم الأصيل بهذا التصرف واقره نفذ التصرف في حق الأصيل من وقت ابرامه لا من وقت اقراره ، ذلك ان الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .(٣)

وحتى التشريعات التي ورد بها نص يمنع تعاقد الشخص مع نفسه باسم الأصيل فان هذا النص هو قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين ، وبالتالي يمكن الاتفاق على خلافها ، فيكون للأصيل ان يستبعدها بالترخيص لنائبه في التعاقد مع نفسه .(٤)

ذلك لان المنع جاء لصيانة حق شخصي للأصيل لا لحق عام ، فاذا وثق الأصيل بنائبه ورضي بتعاقده مع نفسه فلا مانع من ذلك .(٥)

وقد قننت التشريعات هذه الحالة من حالات جواز تعاقد النائب مع نفسه باذن (موافقة) الأصيل . فقد نصت م / ١٨١ من القانون المدني الالماني ((لا يجوز للنائب ان يتعاقد مع نفسه .... ، ما لم يرخص له في هذا التعاقد ...)).(٦)

واجازت المادتين / ١٠٨ و ٤٨١ من القانون المدني المصري للنائب التعاقد مع نفسه نيابة عن الأصيل اذا اجاز له الأخير ذلك .(٧)

واجازت الفقرة الثانية من م / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي لأي من النواب الذين عددتهم هذه المادة التعاقد مع نفسه اذا اجاز له الأصيل ذلك ، او اقر تصرف النائب بعد ابرامه .

واجازت قوانين التجارة للوكيل التجاري التعاقد مع نفسه لنفسه اذا اذنه موكله في ذلك .(٨)

فقد نص البند (أ) من الفقرة الأولى من م / ١٥٦ من قانون التجارة المصري ((١.لا يجوز للوكيل ان يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بابرامها إلا في الحالات الآتية :

أ. اذا اذن له الموكل في ذلك)) .(٩)

---

(١) د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٢١١. د . عبدالمنعم البدراوي ، البيع ، المصدر السابق ،ص ١٧٩ . د. مصطفى الزرقاء ، عقد البيع ، المصدر السابق ، ص ٢٩٢ .

(٢) انظر نص م / ١٠٨ ، م / ٤٨١ مدني مصري ،م / ١٠٨ ، م / ٤٧٠ مدني ليبي ، م / ١٠٩ ، م/ ٤٤٩ مدني سوري ،م / ٧٧ ، م/ م/ ٤١٢ مدني جزائري ، م / ١١٥ ، م / ٥٥٠ مدني اردني ، م / ٥٩٢ / ٢ مدني عراقي .

(٣) د. سليمان مرقس ، البيع ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ . د . مصطفى الجمال ، البيع ، المصدر السابق ، ص٨٣. د . محمد شريف احمد ، ، المصدر السابق ، ص ٧٣ . وانظر ايضاً نص م / ٩٢٨ من القانون المدني العراقي .

(٤) د . اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ . د . انور سلطان ، المصدر السابق ، ص ٣١ . د . جلال العدوي ، ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٢١٧ .

(٥) د . وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائري ، المصدر السابق ، ص ٢١٣. د . امجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص ص ٦٧.عارف العارف ، المصدر السابق ، ص ٢١٦ .

(٦) ويقابل هذه المادة في التشريعات الغربية م / ١٣٩٥ مدني ايطالي ، م / ١٥٩٦ مدني فرنسي .

(٧) ويقابل هذه المادة في التشريعات العربية م / ١٠٨ و ٤٧٠ مدني ليبي ، م / ١٠٩ و ٤٤٩ مدني سوري ، م / ١١٥ و ٥٥٠ مدني اردني ، م / ٦٢ مدني كويتي ، م/ ٧٧ و ٤١٢ مدني جزائري

(٨) د . حافظ ابراهيم ، المصدر السابق ، ص ٣٩٥ . د . جمال الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٤٢٥ . د . باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، النظرية العامة ، التاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية ، دار الحكمة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٢٣٦ .

(٩) انظر نص م / ٩٠ من قانون التجارة الاردني التي نصت ((لا يحق للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه باسم موكله إلا برضاه)) .

واجاز البند (أ) من الفقرة الأولى من م / ٢٠١ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ للوكيل التجاري ان يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بابرامها اذا اذنه الموكل في ذلك .

وقد اولت التشريعات عناية خاصة بتنظيم النيابة عن القصر والمحجورين بالنظر لوضع هؤلاء الضعفاء ، فقد اوجب القانون على الولي الحصول على ترخيص من المحكمة ،(١) حتى يتمكن من ابرام بعض التصرفات القانونية مع نفسه نيابة عمن هو تحت ولايته .(٢)

من ذلك ما نصت عليه م / ٦ من قانون الولاية على المال المصري حيث نصت ((لا يجوز للولي ان يتصرف في عقار القاصر لنفسه او لزوجه او لأقاربه او لأقاربهما الى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة)).(٣)

على ان الهدف من وجوب استئذان المحكمة غير خاف ، وذلك لضمان تحقق مصلحة القاصر ، وعدم الاضرار به جراء تعاقد الولي مع نفسه وتجنب محاباة الولي لاحد الاقارب المذكورين والتحقق من عدالة المقابل ، ودفع الشبهة عن الولي عند تصرفه في عقار القاصر لنفسه .(٤)

وليس للمحكمة رفض اعطاء الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جعل اموال القاصر في خطر او كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .(٥)

واجاز القانون المدني العراقي لوصي الاب او الجد ان يبيع مال نفسه للصغير او ان يشتري شيئاً من اموال القاصر لنفسه بشرط ان ينطوي البيع او الشراء على خير لليتيم .(٦) وبعد استئذان المحكمة .(٧) وحدد المشرع العراقي الخيرية في تصرف الوصي المختار بالبيع باقل من ثمن المثل والشراء باكثر منه ، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة .(٨) ويعود لمحكمة الموضوع تقدير وجود المصلحة الظاهرة من عدمها .(٩) ويترتب على تخلف أي من الشرطين المتقدمين في التصرف الذي يبرمه الولي مع نفسه بطلان ذلك التصرف لمخالفته للنظام العام .(١٠)

ويذهب رأي في الفقه العراقي الى ان البيع لليتيم باقل من ثمن المثل او الشراء منه باكثر من ثمن المثل يعتبر معياراً للمصلحة الظاهرة .(١١)

ويذهب رأي آخر الى ان معيار المصلحة الظاهرة لا يتوقف دائماً على وجود الخيرية ، أي البيع باقل من ثمن المثل او الشراء باكثر من ثمن المثل . فقد يبيع للموصى عليه اشياء لا يكون القاصر بحاجة اليها ، فلا توجد عند ذاك مصلحة من البيع وان كان الثمن اقل من ثمن المثل . كما لو باعه آلة حلاقة كهربائية وكان عمر القاصر ثمان سنوات مثلاً . وكذلك الامر في حالة شراء اموال القاصر كما لو اشترى الوصي قطعة ارض لمن هو تحت وصايته بثمن اعلى من ثمن مثلها دون ان يكون القاصر بحاجة الى البيع ، بينما من المؤكد ان قطعة الارض سيرتفع سعرها بعد فترة من الزمن اضعاف ما

---

(١) وغالباً ما يجوز تعاقد الشخص مع نفسه باذن الجهة التي اقامت النائب . واحياناً يوكل الإذن الى جهة اخرى . وتباينت مواقف التشريعات في تحديد هذه الجهة التي تأذن للنائب في التعاقد مع نفسه فهي محكمة الاحوال الشخصية في مصر ، ومديرية رعاية القاصرين في العراق .

(٢) سنشير الى بعض هذه الحالات كنموذج على حالة تعاقد الشخص مع نفسه بإذن .

(٣) وانظر ايضاً نص م / ٧ من ذات القانون .

(٤) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٩٦ . د . عبدالمنعم البدراوي ، البيع ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ . احمد نصر الجندي ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .

(٥) محمد كمال حمدي ، المصدر السابق ، ص ٤٩ . كمال صالح البنا ، المصدر السابق ، ص١٠ .

(٦) وقد فسر الفقهاء الخيرية في العقار انها البيع بضعف القيمة والشراء بنصفها ، وفي المنقول بزيادة الثلث على القيمة في البيع ، وبنقص وبنقص الثلث في الشراء . انظر منير القاضي ، ملتقى البحرين ، المصدر السابق ، ص ١٧٦ .

(٧) وبصدور قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حلت مديرية رعاية القاصرين محل المحكمة . انظر نصوص المواد المواد (٣٠ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣) منه .

(٨) انظر نص الفقرة الثانية من م / ٥٩٠ من القانون المدني العراقي .

(٩) د . كمال ثروت الونداوي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣ .

(١٠) د . سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ١٧٥ . د . غني حسون طه ، البيع ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣ .

(١١) د . عباس حسن الصراف ، المصدر السابق ، ف ٥٩٦ . د . غني حسون طه ، البيع ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣ .

كانت عليه وقت الشراء لوجود مشروع سيقام بالقرب منها ، مثلاً . فلا يمكن القول بعد ذلك ان هناك مصلحة ظاهرة للقاصر رغم ان الشراء كان باكثر من ثمن المثل .[١]

ونعتقد ان المعيار التقليدي المادي المتمثل في الشراء باكثر من ثمن المثل والبيع باقل من ثمن المثل ، معيار نافع لا يمكن الاستغناء عنه ، إلا انه غير كافٍ لوحده انما لا بد من التحقق اولاً من حاجة القاصر للمال الذي يريد وصيه بيعه له من نفسه او عدم حاجته للمال الذي يريد الوصي شراءه من القاصر من نفسه مع حاجة القاصر الى البيع للاسباب التي يجيز فيها القانون ذلك ، كل ذلك مع ملاحظة الظروف المحيطة بعملية البيع ذاتها وبطبيعة المال موضوع التصرف ، فاذا ما اصبح التصرف (سواء كان بيعاً او شراءً) بمراعاة الظروف المتقدمة في مصلحة القاصر ، يأتي دور المعيار المادي وهو ان يكون الشراء بأقل من ثمن المثل والبيع بأكثر من ثمن المثل .

وحيث ان قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ لم يرد فيه نص بخصوص بيع الولي او الوصي او القيم ماله للقاصر او شراء مال القاصر لنفسه ، عليه نعتقد انه يرجع في ذلك الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني التي سبق بيانها ، مع مراعاة القيود الاضافية التي وردت في قانون رعاية القاصرين والتي يتمثل معضمها في استحصال موافقة مديرية رعاية القاصرين على التصرف .[٢] وسنحاول بيان ما يتعلق منها بموضوع البحث .

بادئ ذي بدء ان قانون رعاية القاصرين قد ساوى بين الولي والوصي والقيم وخولهم القيام باعمال الادارة المعتادة.[٣] ولا يجوز لمديرية رعاية القاصرين ان تأذن للولي او الوصي المختار شراء عقار القاصر لنفسه إلا في أحدى الحالات الآتية : [٤]

١. عدم وجود مال آخر لنفقة القاصر .
٢. وجود احكام واجبة التنفيذ صادرة بمبلغ معين على القاصر او على التركة ولا يوجد مال آخر لإيفائه .
٣. وجود حصص مشاعة للقاصر لا تدر له ايراداً مناسباً يمكن الانتفاع به .[٥]
٤. في حالة اذن مدير عام دائرة رعاية القاصرين (في غير الحالات المتقدمة) اذا تحقق له وجود مصلحة ظاهرة ونفع كبير .[٦]

كما لا يجوز للولي او الوصي المختار بيع عقاره للقاصر إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين وتحقق احدى الحالات الآتية :

١. اذا كان القاصر يملك حصصاً مشاعة في ذلك العقار وجرى بيعه عن طريق ازالة الشيوع وكان في شرائه منفعة له .
٢. اذا اقتضت الحاجة تأمين مسكن له .
٣. اذا كان العقار موضوعاً بالمزايدة لتحصيل دين للقاصر ولم يجرِ الضم عليه او لم يبلغ الضم المبلغ الكافي لإيفاء الدين على ان لا يتجاوز بدل الشراء ٨٠ % من قيمته .[٧]

---

(١) د . كمال ثروت الونداوي ، المصدر السابق ، ص ٣٦٤ .

(٢) ذلك ان القانون المدني قانون عام وقانون رعاية القاصرين قانون خاص ، والقاعدة ان الخاص يقيد العام . فالقيود الواردة في قانون رعاية القاصرين على سلطة الولي والوصي والقيم يجب الاخذ بها .

(٣) نصت م / ٤١ من قانون رعاية القاصرين على ((على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام باعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لاحكام القانون المدني)) . ونصت م / ٤٢ منه ((لا يجوز للولي او الوصي او القيم التبرع من مال القاصر إلا لإداء واجب عائلي انساني وذلك بموافقة دائرة رعاية القاصرين)) . ولا شك ان مساواة الاب مع الوصي محل نظر ذلك ان الاب هو اقرب الناس لولده واكثرهم شفقة عليه وهو غالباً ما يؤثر ولده على نفسه ، ثم ان هذا الحكم قد خالف ما استقر عليه رأي الفقهاء المسلمين بهذا الصدد .

(٤) مع ملاحظة قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١٤٩٧ في ٢٩ / ١١ / ١٩٨٢ الذي منع ازالة شيوع دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة باحد من اولاد المتوفي القاصرين حتى بلوغهم سن الرشد او اكمالهم الدراسة .

(٥) انظر نص الفقرة اولاً من م / ٥٥ من قانون رعاية القاصرين .

(٦) انظر نص الفقرة ثانياً من م / ٥٥ من قانون رعاية القاصرين . وقد تقدم بيان المصلحة الظاهرة .

(٧) انظر نص الفقرة اولاً من م / ٥٦ من قانون رعاية القاصرين .

٤. ولمدير عام رعاية القاصرين في غير الحالات المتقدمة ان يوافق على بيع الولي او الوصي المختار عقاره للقاصر وتشييد ابنية له اذا تحقق له في ذلك مصلحة ظاهرة .[١]

ولكن ما هو الحكم اذا اناب الأصيل (س) النائبين (ص ، ع) وخولهما حق التعاقد مع نفسيهما . فهل يجوز لأي منهما ان ينفرد بابرام تصرف قانوني مع نفسه ام انه لابد ان يجتمع النائبين (ص ، ع) على ابرام ذلك التصرف . وهل يُعَد هذا التصرف من قبيل تعاقد الشخص مع نفسه ؟ .

لا شك ان هذا التصرف هو تعاقد الشخص مع نفسه رغم ان هناك شخصين فيه ، إلا انهما يمثلان طرفاً واحداً في العلاقة العقدية ، وان توليا ابرام العقد مجتمعين . اما فيما يتعلق بجواز انفراد احدهما بابرام العقد من عدمه يجب التمييز بين حالتين :

الأولى : **اذا كان الأصيل (س) قد اناب نائبيه (ص ، ع) بموجب عقد وكالة واحد ولم يضمنه جواز انفراد احدهما بالتصرف ، ففي هذه الحالة لا يجوز لأي منهما ان ينفرد بابرام العقد مع نفسه وإلا عد مجاوزاً لحدود نيابته إلا اذا كان التصرف الذي ابرمه مع نفسه لا يحتاج الى رأي .**

الثانية : **ان يكون الأصيل (س) قد انابهما بعقدين مستقلين ، او انابهما بموجب عقد واحد وضمنه جواز انفراد كل منهما بالتصرف مستقلاً عن الآخر . ففي هذه الحالة يجوز لأي منهما ان ينفرد بابرام العقد مع نفسه .[٢]**

وقد ينيب الأصيل (أ) النائب (ب) ويخوله مكنة التعاقد مع نفسه وينيب (ب) (ج) نيابة عن (أ) وابرم (ج) تصرف قانوني مع نفسه أصالة عن نفسه ونيابة عن (أ) ، فما هو حكم هذا التصرف ؟

في هذا الفرض يجب التفريق بين حالتين :

الأولى : **اذا كان الأصيل (أ) قد اجاز للنائب (ب) في ان يوكل غيره او فوض الأمر لرأيه ففي هذه الحالة يجوز للنائب (ب) ان ينيب (ج) نيابة عن (أ) ويكون (ج) نائباً عن (أ) وله حق ابرام العقد مع نفسه بحسب ما خوله (أ) (ب) .**

الثانية : **اذا كان (ب) لا يملك حق توكيل الغير ولم يفوض الأصيل (أ) الأمر لرأيه ففي هذه الحالة يكون توكيل (ب) لـ (ج) نيابة عن (أ) موقوفاً على اجازة الأخير ، فان اقره نفذ بحقه وكان التصرف الذي ابرمه (ج) مع نفسه نيابة عن (أ) نافذاً بحق الأخير ايضاً .**

اما اذا لم يجز (أ) توكيل (ب) لـ (ج) نيابة عنه بطل هذا التوكيل وبطل التصرف الذي ابرمه (ج) مع نفسه نيابة عن (أ) [٣] واصالة عن نفسه .

وقد ينيب الأصيل (س) النائب (ع) اصالة عن نفسه ونيابة عن ولده (هـ) وخوله حق ابرام ذلك التصرف مع نفسه ، وابرم (ع) التصرف مع نفسه اصالة عن نفسه ونيابة عن (س) و (هـ) . نعتقد ان مثل هذا التصرف رغم تعدد الاشخاص الذين ينتج التصرف اثره في ذمتهم إلا ان الذي تولاه عاقد واحد وهو النائب (ب) في مثالنا وبالتالي فهو من حالات تعاقد الشخص مع نفسه .

وقد تسنى للقضاء اصدار العديد من الاحكام في هذا الصدد . فقد قضت محكمة النقض المصرية ((اذا كانت الوصية حين تصرفت ببيع الاطيان المملوكة للطاعنة لنفسها انما كان ذلك باعتبارها نائبة عنها نيابة قانونية تحل فيها ارادتها محل ارادة الأصيل – القاصر – مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة لهذا الأخير كما لو كانت قد صدرت منه ، لا يغير من ذلك إلا ان تكون قد استأذنت محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال في هذا التصرف ، اذ لا يعتبر تصرفها مع ذلك مجاوزاً لحدود النيابة ، كما لا يعتبر بيعاً لملك الغير الذي يصدر من غير المالك)).[٤]

---

(١) انظر نص الفقرة ثانياً من م / ٥٦ من قانون رعاية القاصرين .

(٢) انظر نص م / ٩٣٨ / ٢ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر نص م / ٩٣٩ من القانون المدني العراقي . ولمزيد من التفاصيل انظر بهذا الصدد د . سعد حسين عبد ، الوكالة من الباطن ، بحث منشور في مجلة كلية صدام للحقوق ، تصدرها كلية النهرين ، ع ٩ ، المجلد ٦ ،نيسان ٢٠٠٢ ، ص ١٤٥ وما بعدها .

(٤) حكم محكمة النقض المصرية في ١٦ / ١٢ / ١٩٨٢ في الطعن ١٢٠٧ س ٤٩ ق . منشور في مجموعة الاستاذ انور طلبه ، عقد

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((اذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذي عقدته الوصية بدون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلاناً نسبياً ، يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الإجازة تستند الى التاريخ الذي تم فيه العقد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح)).[١]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((إذا اجازت المميز عليها (المدعية / الموكلة) البيع الذي اجراه وكيلها مع نفسه لنفسه فان هذا البيع يصح عملاً بالفقرة الثانية من م / ٥٩٢ من القانون المدني ، وكان على المحكمة تكليف المميزة باثبات هذه الإجازة ، وعند عجزها منحها حق تحليف المميز عليها اليمين الحاسمة عملاً بالمادة ١١٨ من قانون الإثبات)).[٢]

ويلاحظ على هذا القرار ان المحكمة قالت ((... ان هذا البيع يصح ....)) في حين ان هذا البيع صحيح اصلاً ولكنه موقوف ، والذي يقابل العقد الصحيح في قانوننا المدني العقد الباطل ، والعقد الباطل ، كما هو معلوم ، لا ينعقد ولا يفيد الحكم ولا تلحقه الإجازة .

وقضت هذه المحكمة ايضاً ((ان الحظر الوارد في م / ٥٩٢ من القانون المدني على العقد الذي يجريه الوكيل مع نفسه مقرر لمصلحة الموكل ، فإذا اجاز الأخير العقد نفذ بحقه من وقت ابرامه)).[٣]

واختلف الفقهاء المسلمون في جواز تولي الشخص الواحد طرفي العقد من عدمه في حالة ما إذا اذن له الأصيل في ذلك على النحو الآتي :

1. **ذهب الإمامية [٤] والمالكية [٥] والحنابلة في رواية [٦] وابن الرفعة من الشافعية [٧] الى جواز تولي الوكيل طرفي العقد ، إذا أذن له الوكيل في ذلك . وحجتهم ان منع تولي الشخص طرفي العقد كان لمصلحة الموكل ، فإذا أذن الأخير فقد انتفت علة المنع وهي التهمة .فقد جاء في فقه الإمامية ((لو وكله في بيع سلعة أو شراء متاع فان صرح بكون البيع أو الشراء من غيره أو ما يعم نفسه فلا اشكال)).[٨] وورد فيه ايضاً ((ويجوز للوكيل تولي طرفي العقد بإذن الموكل لانتفاء المانع ، ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار)).[٩]**

وورد في فقه المالكية ((نعم يجوز له (الوكيل) شراؤها (السلعة الموكل ببيعها) إذا اذنه موكله بذلك وانتهت رغبات الناس في هذه السلعة الى ثمن معين ، كما إذا عرضها في الاسواق التي تباع فيها وانصرف الناس عنها)).[١٠]

2. **واجاز الشافعية تولي الوكيل طرفي العقد في العقود التي لا تحتاج الى إيجاب وقبول كالابراء ، فيجوز عندهم ان يتوكل الشخص في ابراء نفسه .[١١]**
3. **واجاز الزيدية تولي الوكيل طرفي العقد في الهبة بإذن الأصيل (الموكل) . وذهبوا في قول آخر الى عدم جواز تولي الوكيل طرفي العقد وان أذن له الموكل في ذلك .[١]**

البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص ٤٥٢ – ٤٥٣ . وقد جانبت محكمة النقض الصواب باعتبار تصرف الوصية نافذاً في حق القاصر رغم عدم استئذان المحكمة . انظر القرار التالي .

(١) حكم محكمة النقض المصرية في ٢١ / ١ / ١٩٨١ في الطعن ١٠٧ س ٤٨ ق ، منشور في مجموعة الاستاذ انور طلبه ، المصدر السابق ، ص ٣١٨ .

(٢) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٤٥١ / م١ / ٢٠٠٢ في ٢٠ / ٥ / ٢٠٠٢ ، القرار غير منشور .

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٥٩ / موسعه اولى / ٢٠٠٢ في ٢٩ / ٩ / ٢٠٠٢ ، القرار غير منشور .

(٤) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ . اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق ، جواب س (١) . اية الله العظمى السيد محمد الصدر ، المصدر السابق ، ص ٢٠٢ ، مسألة ٤٥٨ .

(٥) الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٨ . الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٦ ، المصدر السابق، ص ٧٧ .

(٦) ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١١٧ . المرداوي ، الانصاف ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ .

(٧) الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٤ . ابن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص ٣١٨ .

(٨) المحقق الحلي ، شرائع الاسلام ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٤٢٣ .

(٩) زين الدين الجبعي ، الروضة البهية ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ .

(١٠) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .

(١١) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١٠١ .

٤. وذهب الحنفية [٢] والشافعية في المشهور من مذهبهم [٣] والحنابلة في إحدى الروايتين [٤] الى عدم جواز تولي الوكيل طرفي العقد حتى إذا اذن له الموكل في ذلك ، لتعلق حقوق العقد بالعاقد عندهم ، وعدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد ، ولان ذلك يؤدي الى تعارض الأحكام . كما وان الوكيل متهم بالمحاباة لنفسه . ذلك ان التوكيل في البيع يقتضي البيع ممن يستقصي عليه بالثمن والشخص بالبيع من نفسه لا يستقصي في الثمن فلم يدخل هذا البيع في التوكيل .[٥]

وقد ورد في فقه الحنفية ((ولو باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو من ابن صغير له لم يجز وان صرح الموكل بذلك ، لان الواحد في باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدي الى تضاد الاحكام فانه يكون مسترداً مستقضياً قابضاً مسلماً مخاصماً في العيب ، ومخاصما ، وفيه من التضاد ما لا يخفى)).[٦]

وجاء في فقه الشافعية ((وان وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير إذن لان العرف في البيع ان يوجب لغيره . فحمل الوكالة عليه ، ولان إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه ، وفي البيع لنفسه لا يستقصي في الثمن فلم يدخل في الاذن)).[٧]

وورد في فقه الحنابلة ((من وكل في بيع شيء لم يجز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين . ووجه الرواية الأولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليها .... وإذا أذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك ...)) .[٨]

المبحث الثاني

تعاقد الشخص مع نفسه لغيره

سنتناول في هذا المبحث تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، ولغرض الوقوف على مفهوم هذه الصورة والموقف الذي اتخذته التشريعات منها ، سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول منهما لمفهوم تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، ونتناول في ثانيهما موقف التشريع من تعاقد الشخص مع نفسه لغيره .

---

(١) المرتضى ، البحر الزخار ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .
(٢) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٢٧٠ . الميرغناني ، الهداية ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ .
(٣) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ – ١٠٨ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .
(٤) المرداوي ، الانصاف ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٥ .
(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .
(٦) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .
(٧) الشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ .
(٨) ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١٠٧ .

المطلب الأول

مفهوم تعاقد الشخص مع نفسه لغيره

في صورة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره غالباً ما يكون هذا الغير شخصين مختلفين ، وقد يكون هذا الغير هو شخص واحد ، ولبيان المقصود بهاتين الحالتين من حالات التعاقد مع النفس سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول للمقصود من تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، ونفرد الثاني لتعاقد الشخص مع نفسه لغيره ضمن ذمة مالية واحدة .

الفرع الاول

المقصود بتعاقد الشخص مع نفسه لغيره

قد يكون شخص واحد نائباً عن شخصين آخرين ، ويبرم نيابة عنهما ، تصرفاً قانونياً معيناً كأن يكون بيع ، إجارة ، مقاولة ، مزارعة ....الخ . وذلك بأن يكون هذا النائب نائباً عن الطرف الأول البائع او المؤجر ونائباً عن الطرف الثاني ، المشتري او المستأجر ، فينوب عن كلا الطرفين في ذات التصرف القانوني . فيبرم النائب التصرف لحساب موكليه معاً ، بتعبير عن إرادته يمثل فيه ، في نفس الوقت ، كلاً من البائع والمشتري . (١)

كما لو كان هناك وكيل بالعمولة ، وكلفه أحد عملائه بأن يشتري له عدد معين من الاسهم ، وكلفه عميل آخر بأن يبيع اسهماً من نفس النوع والعدد المكلف بشرائه ، ففي هذه الاحوال وامثالها نكون امام صورة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره . وأطلق جانب من الفقه على هذه الصورة من صور تعاقد الشخص مع نفسه بالنيابة المزدوجة . (٢)

على أن ابرام التصرفات القانونية في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس يتم بارادة النائب المنفردة ، ويتم بتعبير واحد عن إرادته ، إلا ان هذا التعبير طوى في طياته ارادتين متميزتين ومرتبطتين ، تضمنها تعبير النائب عن ارادته التي تم بها انعقاد التصرف .ولذا فالتصرف الذي يتم في صورة تعاقد الشخص مع نفسه تصرف قانوني ينتج اثره في ذمتي الطرفين الذين انابا النائب لإبرامه نيابة عنهما . (٣)

واذا كانت الفطرة الانسانية تجعل الانسان في الأصل يحابي نفسه فيفضل مصلحته الشخصية عند اجراء العقد اذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر ، فان الأصل ان الانسان لا يحابي أي من طرفي العقد اذا كان نائباً عنهما معاً. (٤) **فهو اقرب الى ان يكون حكماً منه نائباً .** (٥)

وعلى الرغم من ان النائب ليست له مصلحة شخصية في التصرف الذي يبرمه مع نفسه في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس . فالنائب ليس بطرف فيه بل هو نائب عن طرفيه . إلا ان خلافاً في الفقه قد أُثير حول جواز او منع تعاقد الشخص مع نفسه عندما يكون نائباً عن كلا طرفي التصرف

---

(١) د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، بند ٢٢ ، ص٩٩ . د. شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، المصدر السابق ، ص٨٢ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٤٩ .

(٢) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٠ . د. وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الجزائري ، المصدر السابق ، ص٢١٢ . د. عباس مرزوك ، المصدر السابق ، ص١٢٢.

(٣) د . جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٠٠ . د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٦٠ . د . محمد شريف احمد ، المصدر السابق ، ص ٧٢ .

(٤) د . عبدالمجيد الحكيم ، الكافي ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ . د . انور سلطان، المصدر السابق ، ص ٦٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، ج٢ ، ص ١٠٥ – ١٠٦ .

القانوني . فذهب راي في الفقه الى ان التوفيق بين مصلحة الطرفين في هذه الحالة ايسر من حالة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه ،وان من الجائز بالتالي ان يتولى الشخص الواحد طرفي العقد باعتباره نائباً عن الطرفين إلا اذا كان التناقض ظاهراً بين المصلحتين او لم يجز احدهما التصرف كما في عقد الصلح .(١)

فالنائب الذي انابه شخص آخر ليبيع له ارضه وكان هناك شخص ثانٍ قد انابه ليشتري له ارضاً كالتي انيب لبيعها ، ففي مثل هذه الحالة لا يخشى من محاباة النائب لأحد الطرفين دون الآخر ، وذلك لعدم وجود مصلحة شخصية له .إلا اذا تناقضت مصلحة الطرفين تناقضاً جوهرياً .(٢)

فالإرادتين اللتين ينوب الشخص عنهما في هذه الحالة قد تكون متعارضتين ، ولكن هذا لا يمنعه من ان يكون اميناً في توجيه الإرادتين خصوصاً وقد وثق الطرفان منه . (٣)

وهكذا تنوب ارادة واحدة عن ارادتين مختلفتين بان تسوي الأمر بينهما على احسن وجه وابر شرط ، ولا خوف من ذلك اللهم إلا اذا كان للنائب اجر على قدر جسامة العمل وكمه فيخشى من ان يستزيد من العملية قصداً وبلا مبرر ليستزيد في اجره وذلك مثل الوكيل بالعمولة اذا وكل في بيع بضائع واوراق مالية فيبيعها الى شخص اخر كان وكله بشرائها ويتعاقد مع نفسه نيابة عن الطرفين .(٤)

وهذا ما حدا بجانب من الفقه في فرنسا الى إجازة تعاقد النائب القانوني مع نفسه لغيره بقطع النظر عن المنع الذي تضمنته الفقرة الأولى من م / ٤٢٠ والفقرة الثالثة من م / ٣٨٩ من القانون المدني الفرنسي ان كان ممثلاً عن قاصرين وبالنيابة عنهما او كان وصياً على احدهما ومديراً لاملاك الآخر بالشروط القانونية .بل وحتى المنع الذي تضمنته م / ١٥٩٦ من هذا القانون لا يسري على النائب اذا ابرم التصرف القانوني نيابة عن الطرفين .(٥)

وكما ينوب النائب في التعاقد عن الأشخاص الطبيعية ، ينوب كذلك عن شخصين احدهما أو كلاهما شخص اعتباري أو معنوي كالشركات وما يماثلها من المجالس . فمثلاً قد يكون لشركتان بينهما علاقات مدنية أو تجارية مدير واحد يقوم بشأنهما جميعاً وليس من خطر في ذلك لان مديري الشركات مسؤولون عن تقديم حساب بأعمالهم في أوقات منتظمة ومع ذلك فكثيراً ما ينص قانون الشركة على الحد من ذلك كأن يقول مثلاً إذا تعارضت مصلحة الشركة كشخص اعتباري ، مع مصلحة مديرها فعلى مجلس الإدارة ان يعين عضواً آخراً ليمثلها .(٦)

والنيابة في عقود المعلوماتية شائعة جداً لان اغلب المتعاقدين هم أشخاص معنوية . وحتى لو كان أطراف هذه العقود أشخاص طبيعية فعدم خبرتهم ودرايتهم في امور المعلوماتية تدفعهم الى تخويل غيرهم من اهل الخبرة والمستشارين في التعاقد بالنيابة عنهم وكثيراً ما يتولى إبرام هذه العقود شركة متخصصة في هذا المجال تتولى إبرام العقد نيابة عن طرفيه كلاً من المورد والمستفيد .(٧)

وللمبررات المتقدمة يرجح أصحاب هذا الرأي ان الأصل في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس هو الجواز إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، أو إذا تناقضت مصلحة الطرفين تناقضاً جوهرياً .(٨)

---

(١) د . سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٩٩ – ١٠٠ د . مصطفى الجمال ، اصول المعاملات ، المصدر السابق ، ص ٢٤٥ .
(٢) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ١٢٥ . د . صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص ٦٩ .
(٣) محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص ٢٩٩ .
(٤) اوبري ورو ، ج٤ ، فقرة ٤١١ . نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص ٢٩٩ .

(١) Demogue . Traite des obligations . OP . Cit . T.١ , P. ١٣٦ .

(٦) د . عبدالحي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٧٥٣ . د . وحيد رضا سوار ، المصدر السابق ، ص ٢١٤ .
(٧) د . نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص ٩٥ .
(٨) د . احمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، بند ١٣٦ ، ص ١٢٥ . د . حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص ٥١ .

في حين يذهب رأي آخر الى الى ان مصلحة الطرفين في هذه الصورة من صور التعاقد مع النفس وبالرغم من كل المبررات المتقدمة لا تتوافر لها الضمانات الكافية لحمايتها ، لان الأصل في البائع أو المشتري ان يساوم حتى يحصل على احسن الشروط فيبيع بأعلى ثمن مكن ويشتري بأقل ثمن ممكن .(١)

كما وان النائب قد يضحي بمصلحة أحد الطرفين لمصلحة الآخر . أو على الأقل عدم رعاية مصالح الأصيل الى أقصى حد ممكن ، فتمثيل النائب للطرفين سيوجب عليه ان يتخذ موقف الموفق بين مصالحهما مما يؤدي بالضرورة ألا يؤدي واجبه في رعاية مصلحة الأصيل الى أقصى حد ممكن لان ذلك لا يستطاع إلا مع تمثيل طرف واحد من أطراف المعاملة .(٢)

فإذا ما تولى إبرام التصرف القانوني شخص واحد نيابة عن طرفيه فهو اما ان يغلب مصلحة احدهما على مصلحة الآخر واما – وهذا هو احسن الفرضين – ان يعمل على التوفيق بين المصلحتين ، إذ ان وظيفة النائب هي ان يعمل على رعاية مصلحة الأصيل والدفاع عنها وتغليبها على مصالح الآخرين في حدود القانون .(٣)

كما وان النائب قد يميل هواه الى أحد الأصيلين الذين أناباه على حساب الطرف الآخر . وقد أجيب على ذلك بانه يتعلق بمسألة تنظيمية تتعلق بمدى ملائمة ان يترك لشخص واحد البت في مصلحتين متعارضتين .(٤)

وعلى الرغم من وجاهة الاعتراضات التي أثيرت أمام تعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن طرفي التصرف ، إلا ان لنا الملاحظتين الآتيتين :

1. **ان الفقهاء نظروا الى التصرفات التي تكون فيها مصالح الطرفين متعارضة وان المال موضوع التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه مال قابل للمساومة من حيث السعر . في حين ان هناك كثير من التصرفات القانونية لا تكون مصالح الطرفين فيها متعارضة . ومن ناحية ثانية هناك كثير من الأموال ، بل ان معظم الأموال المهمة كالبترول والذهب والزئبق والفضة وغيرها من المعادن المهمة واسهم الشركات وسنداتها عادة ما تكون لها اسعار محددة معروفة وغالباً ما يتم تحديد هذه الاسعار عن طريق البورصات العالمية ، وان النواب الذين يتولون عقد مثل هذه الصفقات هم عبارة عن شركات عملاقة متخصصة في هذا المجال وتتميز بسمعة دولية ، وبالتالي فان التضحية بمصلحة أحد الطرفين لحساب الآخر ليس بالأمر الهين اليسير ، كما في بيع بضاعة بسيطة قليلة الأهمية .**
2. **ان أي طرفين إذا ما أرادا إبرام عقد من العقود أصالة ، لابد من ان تكون هناك نقطة يلتقيان عندها ، حتى يمكن ان يحصل التراضي ، وبالتالي سيتمكنا من إبرام العقد ، اما إذا انعدمت نقطة الالتقاء هذه ، فان التراضي لن يحصل ، وبالتالي سوف لن يتمكنا من إبرام العقد . وإذا ما أناب الطرفان نائباً واحداً عن كليهما لإبرام تصرف قانوني ما ، فان هذا النائب سيوفق بين مصالحهما ، وقد يكون هذا التوفيق ضمن حدود النقطة التي اشرنا اليها . أو على اقل تقدير سيراعي مصالح الطرفين في حدود إمكاناته وحدود نيابته .(٥)**

على اننا لا نريد ان نقول مما تقدم ان لا خطر على مصالح الأصيلين عندما يتولى نائب واحد إبرام تصرف قانوني نيابة عنهما ، إلا اننا نهدف الى ان يكون النظر الى تعاقد الشخص مع

---

(١) د . عبدالمجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ١٩١ . د . مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠ . د . محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص ١٣٩ . عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٦٠ .

(٢) د . جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ١٠٠ . د . عبدالمنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٢٠٨ . د . عبدالمنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص ١٧٩

(٣) د . اسماعيل غانم ، المصدر السابق ، ص ١٧١ . د . توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص ٨٨ .

(٤) د . محمد شريف احمد ، المصدر السابق ، بند ١٢٦ ، ص ٧٢ .

(٥) انظر في هذا الصدد نص م / ١٨١ من القانون المدني الالماني و م / ١٣٩٥ من القانون المدني الايطالي .

نفسه عموماً وتعاقد الشخص مع نفسه لغيره نظراً موضوعياً متوازناً من خلال تقييم الجوانب السلبية ومقدار الخطر الذي قد تتعرض له مصالح الأصيل من جراءه . ومن ناحية ثانية النظر الى النواح الإيجابية والحالات التي ينعدم فيها هذا الخطر ، حتى تكون القواعد القانونية التي تنظم هذه الحالة القانونية متوازنة وملبية ومنسجمة مع حاجات المجتمع .

وقد عرف الفقهاء المسلمين تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، واطلقوا عليها تولي العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين .إلا ان الأصل في هذا الفقه ان العقود تتم بإيجاب وقبول ، وان الأصل فيها ان يتعدد العاقد ليتحقق وجود الارادتين ، والربط بين الكلامين ، ذلك ان الأصل ان الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية إلا في شطر العقد الذي يتكون بشطرين ، وفي اعتبار العقد منعقداً بعبارته تحميل لها قوة الشطرين وإعطاء الجزء حكم الكل . بيد ان النيابة قد ساغت في العقود ، فجاز ان يتولى شخص العقد نيابة عن غيره سواء أكانت النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدي وقاصري الأهلية ، ام كان منشؤها وكالة اتفاقية . ويجوز في هذه الحال ان يكون الشخص وكيلاً عن عاقدين يريدان ان ينشئا عقداً بينهما أو ولياً على شخصين ، ويرى من المصلحة ان يعقد بينهما عقد زواج أو بيع أو نحوهما . أو وكيلاً من جانب وولياً من الجانب الآخر . ففي هذه الحالة تكون عبارته طاوية في ثناياها معنى عبارتين .(١)

وقد تباينت مواقف الفقهاء المسلمين من جواز الاكتفاء بعاقد واحد ، والاكتفاء بالمغايرة الاعتبارية بدلاً من التعدد من عدمه .وتفاوتت مواقف مَن قال بالمنع بالنسبة لطائفة من التصرفات عن غيرها .(٢)

وبالجملة جاز ان يتولى عاقد واحد طرفي العقد فيجوز ان يكون العاقد واحداً ينشأ بعبارته منفردة عقد النكاح وتنعقد به عقدته ، فتثبت آثاره كلها به ، فتكون عبارته قائمة مقام عبارتين ، إلا انهم يجيزونه على حذر ، فمنهم مَن يحتاط استحباباً بان لا يتولى العاقد الواحد عقد النكاح ، فلو وكلت المرأة رجلاً على تزويجها يصلح له ان يتزوجها مع عموم الإذن منها ، بل لو أذنت له في ان يتزوجها فالأحوط استحباباً ان لا يتولى الإيجاب والقبول بنفسه بل يوكل مَن يتولى الإيجاب عنها .(٣)

واكتفى فقهاء الإمامية بالمغايرة الاعتبارية بين الموجب والقابل مع التأكيد على ان هذا التصرف عقداً وذلك لتحقق وجود التزامين مرتبطين وتعبيرين كاشفين عنهما .(٤)

واوجب أبو حنيفة ومحمد ان يكون العاقد الذي تولى عن الجانبين له ولاية العقد (٥) عن كليهما بألا يكون فضولياً عن احدهما . فإذا كان وكيلاً أو اصيلاً أو ولياً بالنسبة لاحد العاقدين ، وفضولياً بالنسبة للآخر ، لا ينعقد عقده عنهما ، وبالأولى إذا كان فضولياً من الجانبين ، وحجتهم ان الأصل في العقد إلا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين، مادام لا ينعقد إلا بتوافق ارادتين ، ولكن تقوم عبارة الشخص الواحد مقام العبارتين إذا كان هناك ما يدل على انها قائمة مقام عبارتين ، وذلك بإقامة الطرف الغائب هذا الشخص مقامه أو بولاية شرعية تجعل لعبارته تلك الدلالة ، فإذا لم يوجد ما يدل على ذلك فالعبارة الصادرة ليست إلا شطراً للعقد ، أي ليست إلا ايجاباً فقط ، والإيجاب لا ينعقد به عقد يتولاه طرفان بل يبطل بمجرد تفرق المجلس .(٦)

ويذهب أبو يوسف الى جواز تولي العاقد الواحد العقد عن الجانبين وان كان فضولياً عن احدهما أو كلاهما . ويكون العقد حينذاك موقوفاً على إجازة صاحب الشأن الذي كان العاقد فضولياً بالنسبة له

---

(١) العاملي ، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٥٥٠ . اية الله العظمة الشيخ بشير النجفي ، في الاستفتاء الذي وجهته لسماحته في ١٤ / شوال / ١٤٢٤ هـ . د . محمد ابو زهرة ، المصدر السابق ، ص ٤٠٢ .

(٢) إلا اننا سنتناول هنا موقف الفقهاء المسلمين من صورة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره تاركين ما عداه الى مضانه ، مع الاشارة الى ما سبق ان تناولناه في هذا الصدد .

(٣) الخوئي ، منهاج الصالحين ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧ ، مسألة ١٢٤٥ .

(٤) زين الدين الجبعي ، مسالك الافهام ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٢٩٥ . اية الله العظمى الشيخ الفياض ، في الاستفتاء الذي وجهته لسماحته .

(٥) هذا بالنسبة للعقود التي يجيز الحنفية ابرامها بشخص واحد .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١٣٦ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج ٥ ، المصدر السابق، ص ٢٤٢ .

أو على الطرفين إذا كان فضولياً بالنسبة لهما . وحجته في ذلك ان عبارة العاقد ولو كان فضولياً بالنسبة للطرفين أو لاحدهما ، قائمة مقام عبارتين ، وهي تعبر عن شخصين فيجب ان ينعقد العقد موقوفاً ، وذلك لان اثر الفضول بالنسبة لاحد العاقدين في نفاذ العقد لا في انعقاده ، ويتوقف النفاذ على إجازة العاقد الذي لم يأذن .[١]

اما التصرفات الشرعية الأخرى عدا النكاح فنجد ان الفقهاء المسلمين قد انقسموا بشأن جواز تولي إبرامها من عاقد واحد نيابة عن طرفي التصرف الى اتجاهين :

١. ذهب الإمامية [٢] والحنابلة [٣] والمالكية [٤] الى جواز تولي عاقد واحد طرفي العقد نيابة عن الطرفين لانه لما أذن له في تولي طرفي العقد من قبل العاقدين فان ذلك يعتبر اذناً له ان يليها إذا كان غير متهم .[٥] إلا ان يحابي أو ينهه الموكل . فإذا جاز للوكيل ذلك مع تحقق التهمة بالمحاباة لنفسه فجوازها مع احتمالها هنا أولى لانه يعقد نيابة عن طرفين .[٦]

٢. وذهب الحنفية [٧] والشافعية [٨] الى عدم جواز تولي عاقد واحد طرفي العقد . فلا يمكن ان يكون الإيجاب والقبول صادر من شخص الوكيل ،[٩] وذلك لتعارض المصالح وتضاد الأحكام الأحكام .[١٠]

وذهب الشيخ محمد أبو زهرة الى منع تولي طرفي العقد من شخص واحد لان الشخص الواحد يكون طالباً ومطلوباً وهذا لا يجوز .[١١]

الفرع الثاني

تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ضمن ذمة مالية واحدة

قد يترتب على تصرف قانوني معين ان تخرج منفعة مال معين من يد مالكه الى آخر يتولى استغلال هذا المال وادارته . فإذا ما قام الأخير بايجاره على مالكه مقابل اجر معين بعقد ايجار اعتيادي ، فهل يُعَد هذا التصرف تعاقد الشخص مع نفسه ، ذلك ان المستأجر ، مالك المال ، قد استأجر ماله من نائبه ، فالتصرف القانوني حدث في ذمة مالية واحدة ، واثار هذا التصرف المتقابلة نتجت في ذمة مالية واحدة ؟

وقد يحدث ان يكون لشخص واحد شركتين ولكل منهما شخصية معنوية مستقلة ويتولى المالك نفسه ادارة الشركتين ، فإذا ما ابرم مع نفسه عقداً بالنيابة عنهما ، فما هو حكم هذا التصرف ؟

في هذه الفروض كان التعاقد في ذمة مالية واحدة ، فهل نكون في هذه الفروض وامثالها أمام حالة تعاقد الشخص مع نفسه ؟

قد يحصل تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة كما إذا اراد شخص ان يحدد الحالة النسبية بين مالين هما له ولكل منهما قواعد خاصة . مثلاً إذا كان للوارث مال خاص به ولكنه على

---

(١) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٣٢ . الميرغناني ، الهداية ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٤٢٦ . ابن الهمام، فتح القدير ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢٧ .

(٢) الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢١ . زين الدين العاملي ، مسالك الافهام ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٢٩٤ .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٩٩ . ابن القيم الجوزية ، شمس الدين ابو عبدالله محمد بن ابي بكر (٧٥١ هـ) ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة السعادة ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ، ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م ، ص ٣٦٠ .

(٤) الخرشي ، شرح الخرشي ، ج ٦ ، المصدرالسابق ، ص ٧٧ .

(٥) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٣٦١ .

(٦) الخرشي ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٧٧ .

(٧) ابن عابدين ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٤٤٧ .

(٨) للشيرازي ، المهذب ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ .

(٩) المصدر نفسه ، نفس الموضع .

(١٠) علي حيدر ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٥٦٥ .

(١١) د . محمد ابو زهرة ، المصدر السابق ، ص ٣٥٣ .

الشيوع مع مال والده ، ثم توفي الوالد وقبل الوارث الشريك على الشيوع التركة محتفظاً بحقوقه في هذا القبول ، أي على ان لا يكون ملتزماً بالحقوق التي عليها إلا بقدر ما يكسبه منها . في هذه الحالة إذا شاء هذا الشخص الذي كان يملك النصف على الشيوع خاصة ثم آل له النصف الآخر ان يقسم ما بين الملكين لتحديد الحقوق على النصف الذي آل اليه بطريق الميراث ، فما يمنعه من ذلك مانع ، وان كان هو في الحقيقة يتعاقد مع نفسه بطريق النيابة عن المالين .(١)

ويمكن ان تتحقق حالة تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة في حالة الرهن الحيازي ذلك ان هذا النوع من الرهن يقتضي وضع المال المرهون في حيازة المرتهن تأميناً للدين وملحقاته .فيكون للدائن المرتهن حق عيني تبعي على المال المرهون وملحقاته يخوله حبس هذا المال وثماره ونمائه الى حين سداد جميع الدين وملحقاته . ويترتب على وجود المال المرهون في حيازة المرتهن ان يصبح هذا ملتزماً بالمحافظة على ذلك المال وبادارته واستثماره ثم رده عند اسيتفاء حقه . كما يلتزم ان يؤدي الى الراهن حساباً عن ادارته ويكون له الحق في الاحتفاظ بصافي الغلة خصماً من أصل دينه وملحقاته .(٢)

ويكون على الدائن المرتهن ان يستغل المرهون ، استغلالاً كاملاً ، بحسب ما هو معد له وبالطريقة المألوفة لاستغلاله . فإذا كان المرهون ارضاً زراعية ، زرعها أو اجرها لمن يقوم بزراعتها .وإذا كان منزلا،سكنه أو اجره للسكن .... الخ . فللدائن المرتهن ، ان يؤجر الشيء المرهون لاي شخص يريد ولو للراهن نفسه ، أو ان يستأجره لنفسه ، كان يسكن الدائن المرتهن في العقار المرهون طالما لا يخرج في تأجيره عن الادارة المعتادة .(٣)

وقد اختلف الفقه في التكيف القانوني لمركز المرتهن في تأجير المال المرهون وما يعتبر محلاً لهذه الاجارة . وحيث ان من المسلم به ان المرتهن ليس مالكاً للمال المرهون ولا هو فضولي فيبقى اما ان يكون صاحب حق ذاتي (اصيل) في منفعة العين المرهونة مما يجوز تأجيره كحق المنتفع وحق المستأجر واما ان لا يكون له حق من هذا القبيل ولكنه ملزم بالادارة والاستثمار بالنيابة عن الراهن ولحسابه .(٤)

فيذهب رأي في الفقه الى ان المرتهن عندما يدير الشيء المرهون ويؤجره فانما يقوم بذلك باعتباره اصيلاً عن نفسه بمقتضى حق ثابت له شخصياً يستمده من الحق العيني المقرر له على الشيء المرهون . وهو حق الرهن . وان الايجار الذي يعقده الدائن المرتهن لا يسري في مواجهة المالك إلا في حدود مدة الرهن مالم يقر المالك الايجار عن المدة التالية إذا عقد الايجار لمدة اطول من مدة الرهن . ونصل في نهاية الامر الى ان مركز الدائن المرتهن يقترب من مركز المنتفع ، حيث ان

---

(١) Demogue . Traite des obligations .OP.Cit . T ٢, P١١٣ .

(٢) د . سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المجلد الثاني ، عقد الايجار ، ط ٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٢٠٩ . د . حمدي عبدالرحمن ، عقد الايجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع ، ص ٥٤ . د . علي هادي العبيدي ، الحقوق العينية، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٤٧ .

(٣) د . بدر جاسم اليعقوب ، عقد الايجار ، ط ١ ، مطابع دار القبس ، الكويت ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، ص ٥٥ . حسين عبداللطيف حمدان ، المصدر السابق ، ص ١٢٩ . د . محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، ط ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٢١٧. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، ط ٣ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ٢٢٨ .

مع ملاحظة ان الدائن المرتهن اذا اجر المال المرهون الى المدين الراهن ، فان الرهن في هذه الحالة يكون غير سار في مواجهة الغير استناداً الى قاعدة عدم سريان الرهن الحيازي على الغير اذا ما عاد المرهون الى الراهن . واستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يكون فيها المرهون عقاراً اذ جاز تاجيره لراهنه دون ان يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . انظر د . السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٦ ، الايجار والعارية ، المجلد الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٥٢ .

(٤) وبالنظر لاثر تكييف حق الدائن المرتهن على تكييف التصرف الذي يبرمه ، عليه سنتناوله بشيء من الايجاز . وانظر في عرض هذه المسألة د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، المصدر السابق ، بند ٤١ . د . سليمان مرقس ، الايجار ، المصدر السابق ، بند ١٠٥ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، عقد الايجار ، ج ١ ، دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٥ ، بند ٥٨ .

أي منهما لايستطيع تأجير الشيء الذي ينصب عليه حقه إلا في حدود مدته مالم يقر المالك الاجارة عن المدة التالية .[١]

ويستند أصحاب هذا الرأي الى ان ادارة المال المرهون واستثماره ليس واجباً على المرتهن فحسب بل هي حق له ايضاً لان الراهن لا يستطيع بحجة اعفاء المرتهن من هذا الواجب ان يمنعه من مباشرتها ولان الرهن يخول المرتهن اخذ غلة المال المرهون خصماً من دينه وملحقاته .[٢] وعلى ذلك فحق المرتهن هو حق ذاتي يستمده من الرهن مباشرة ، ويجوز له تأجيره اصيلاً من نفسه لا نائباً عن غيره.[٣]

ويعترض أصحاب هذا الرأي على اعتبار الدائن المرتهن نائباً عن المدين الراهن في استغلال واستثمار المال المرهون ، ذلك ان النيابة صريحة كانت ام ضمنية تقتضي ان يكون لدى النائب نية التعاقد لحساب الأصيل وان يجري هذا التعاقد باسم الاخير وان تترتب اثار العقد في ذمة الأصيل مباشرة ، وليس الامر كذلك بالنسبة للدائن المرتهن إذ انه يتعاقد باسمه خاصة لا باسم الراهن وينتج اثاره في ذمته هو لا في ذمة الراهن .[٤]

ويترتب على هذا الرأي ان الدائن المرتهن إذا ما سكن العقار المرهون كان مستأجراً من نفسه فهو مؤجر ومستأجر في ذات الوقت ، طالما انه صاحب حق اصيل في استغلال المال المرهون . وفي مثل هذه الحالة نجد ان التصرف القانوني كان ضمن ذمة مالية واحدة وهي ذمة الدائن المرتهن .

اما إذا اجر الدائن المرتهن العقار المرهون الى المدين الراهن ، كنا أمام عقد بين طرفين ، هما المرتهن بوصفه مؤجراً والراهن بوصفه مستأجراً ، إذا ما نظرنا الى هذا العقد من حيث منفعة المال المرهون التي هي بيد المرتهن . اما إذا نظرنا الى رقبة المال المرهون محل الاجارة ، فنجد ان الراهن قد استأجر مالاً تعود ملكيته له .

وفي هذين الفرضين نكون أمام حالة أو صورة مختلفة من صور التعاقد مع النفس تختلف عما عرفناه فيما تقدم .

اما إذا اجر الدائن المرتهن المرهون الى اخر ينوب عنه كان متعاقداً مع نفسه اصيلاً عن نفسه ونائباً عن المستأجر ، وان كانت اثار الايجار في هذا الفرض تنتج في ذمتي الراهن والمستأجر ، فالاجرة تعود للراهن وان كانت تبقى بحيازة المرتهن الا انها تبقى بيده لضمان الدين المرهون .[٥]

في حين يذهب اتجاه اخر في الفقه الى اعتبار الدائن المرتهن نائباً عن الراهن نيابة قانونية في ادارة المال المرهون واستغلاله واستثماره ، ذلك ان الراهن يفضل ان يحتفظ بذلك لنفسه ولكنه يجد نفسه بحكم ما يرتبه القانون على الرهن الحيازي من اثار ملزم ان يترك الى المرتهن حيازة المرهون وادارته والقيام على استثماره .[٦]

وبذلك كانت اجارة المرتهن واردة ليس على حق ثابت للمرتهن في منفعة العين المرهونة ، بل على منفعتها المملوكة للراهن والمحبوسة في يد المرتهن وكان عمله هذا من قبيل ادارة مال الغير

---

(١) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٥٠ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٠ ، ص ٨٩ . د . احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، دار التعاون ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٦٣ . د . محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، المصدر السابق ، ص ٦٣ .

(٢) ما لم يتفق الراهن والمرتهن على ان يأخذ المرتهن غلة المرهون او قدراً منها في مقابل فوائد دينه ، على ان لا تزيد هذه الفائدة عن الحد الذي يسمح به القانون . انظر حسين عبداللطيف حمدان ، المصدر السابق ، ص ١٣١ .

(٣) د . شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط ٢ ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص ٢٣٦ . د . بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ٥٥ . د . كمال قاسم ثروت ، عقد الايجار ، ط ١ ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ٥٦ .

(٤) د .عبدالفتاح عبدالباقي ، عقد الايجار ، المصدر السابق ، ص ٨٩ . د . احمد سلامه ، المصدر السابق ، ص ٦٨ . د . حمدي عبدالرحمن ، المصدر السابق ، ص ٥٤ .

(٥) واكتفينا ببحث حالة الرهن الحيازي كمثال على من تكون له منفعة عين معينة ، كما في حق الانتفاع والمساطحة لامكان قياس احكامهما على حكم الدائن المرتهن ، وفقاً للتكييف المتقدم باعتباره صاحب حق ذاتي .

(٦) د . سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٤٠٩ . د . عادل سيد محمد فهيم ، مذكرات سريعة عن نظرية التأمين العيني ، محاضرات مطبوعة القيت على طلبة المرحلة الرابعة في كلية القانون البصرة عام ١٩٦٧ – ١٩٦٨ ، مطبعة حداد ، البصرة ، ص ١٨٢ . الاستاذ محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٢٢٨ .

ويترتب على اعتبار مكنة المرتهن حقاً ذاتياً في الاستثمار يجوز له تأجيره اصيلاً عن نفسه لا نائباً عن غيره قد اعتبر المرتهن في الوقت ذاته كانه مفوض في الادارة فقط ؟ وبالتالي يجب ان لا تمتد اجارته لمدة تزيد على ثلاثة سنوات اسوة بمن له حق الادارة .(١)

الا ان اعتبار مكنة المرتهن في ايجار المرهون حقاً ذاتياً له لا يتفق مع التحليل الدقيق – بحسب هذا الرأي - ذلك ان حق الرهن الحيازي لا يعدو ان يكون حقاً عينياً تبعياً ، وهذا النوع من الحقوق لا يخول صاحبه شيئاً من مزايا الملكية الثلاث وهي الاستعمال والاستغلال او الاستثمار والتصرف ، ولا يمكن القول ان للمرتهن حق استثمار المال المرهون لان من شأن هذا الحق ان يجعل منفعة العين وثمارها مملوكة لصاحبه دون مالك العين وليس هذا شأن الرهن الحيازي حيث انه لا يجعل منفعة العين ملكاً للمرتهن يجوز له التصرف فيها كما يشاء ، بل يبقيها على ملك الراهن ويجعلها محبوسة فقط في يد المرتهن لتكون مع العين المرهونة ضامنة وفاء الدين وملحقاته .(٢)

وبالتالي لا يمكن القول بان على المرتهن واجب استثمار العين المرهونة وان له مصلحة فقط في هذا الاستثمار من حيث انه يسهل له تحصيل دينه ، شأنه في ذلك شأن الدائن العادي الذي يعين حارساً قضائياً على بعض اموال مدينه وان اختلف عنه عند استيفاء دينه في ان له ان يستوفيه بنفسه من غلة العين بالاولوية على غيره من الدائنين . وعليه فالدائن المرتهن لا يملك لنفسه حقاً في منفعة العين المرهونة يجوز له تأجيره وانه انما يؤجر المنفعة المملوكة للراهن والمحبوسة لديه هو باعتباره نائباً عن الراهن ولحسابه ، وان هذه النيابة يفرضها القانون فرضاً نتيجة لتخويل المرتهن حق حبس العين المرهونة ومنفعتها فيكون حكم الدائن المرتهن فيما يتعلق بتأجير المال المرهون حكم من يملك الادارة لا حكم من يملك المنفعة وبالتالي لا يجوز له ان يؤجر للأكثر من ثلاثة سنوات دون اذن من الراهن وان اجارته لا تنقضي بانقضاء الرهن بل تظل نافذة في حق الراهن – بالرغم من انقضاء الرهن – الى ان تنتهي مدتها .(٣)

وعلى ما تقدم إذا سكن الدائن المرتهن العين المرهونة فيكون مستأجراً من نفسه لنفسه باعتباره اصيلاً بنفسه ونائباً عن المدين الراهن . اما إذا اجر العين المرهونة الى المدين الراهن ، كان الأخير مستأجراً لعقار تعود ملكيته له من نائبه (الدائن المرتهن). فهذا التصرف وان كان في ظاهره قد تم بين شخصين الراهن والمرتهن إلا انه في حقيقته وفي اثاره واقعاً في ذمة المدين الراهن فقط . فهو المؤجر والمستأجر في آنٍ واحد . وذلك بالتعاقد مع نفسه ، على نحو خلاف ما عرفناه .

اما إذا اجر الدائن المرتهن المال المرهون الى اصيل اخر كان قد انابه في ايجار مال من نفس جنس المال المرهون أو الى قاصر تحت ولايته كان المرتهن متعاقداً مع نفسه نيابة عن الطرفين .

وقد يكون لشخص شركتان تتمتع كل منهما بشخصية معنوية مستقلة ، ويتولى بنفسه ادارة هاتين الشركتين ، فعندما يبرم هذا الشخص عقداً بين شركتيه .وحيث ان مدير الشركة يعتبر ممثلاً لها ونائباً عنها أو عن مجلس ادارتها في إبرام التصرفات القانونية المخولة له بموجب النظام الداخلي للشركة وبالتالي فهذا الشخص يكون متعاقداً مع نفسه نيابة عن الشركتين ، الشخصين الاعتباريين .

وتحصل حالة تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة عند تعاقد شركة التأمين مع نفسها واعادة التأمين على اموالها من الحريق والسرقة لدى الشركة المؤمنة نفسها .(٤)

---

(١) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، المصدر السابق ، بند ٤١ ، ص ٥٠ . د . عبدالفتاح عبدالباقي ، عقد الايجار ، المصدر السابق ، ص ٨٩ . د . بدر جاسم اليعقوب ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .

(٢) د . سليمان مرقس ، الايجار ، المصدر السابق ، ص ٢١٢ .

(٣) . د . سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص ٢١٢ . د . سمير عبدالسيد تناغو ، التأمينات العينية ، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، دون ذكر سنة الطبع ، ص ١٠٩ . د . شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، ج ٢ ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣، ص ١٥٣ .

(٤) د . عدنان احمد ولي ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ – ١٠٦ .

وتتجلى حالة التعاقد مع النفس ضمن مالية واحدة في الفقه الاسلامي ، في حالة ما إذا كان لشخص عبد وجارية ، ولا يخفى ان هؤلاء يعتبرون مالاً يجوز بيعه وشرائه ، وان امرهم بيد مولاهم .[١]

فإذا ما اراد هذا الشخص تزويج عبده من جاريته فيجوز له ان ينكحه اياها . والأقوى انه حينئذ نكاح لا تحليل ، وذلك بان يقول المولى لعبده ((انكحتك فلانة)) ولا يحتاج الى قبول من المولى أو من العبد لان الامر بيده ، فإيجابه مغنٍ عن القبول .[٢]

واستدلوا على ذلك بصحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر الباقر (ع) قال : سالته عن الرجل كيف ينكح عبده امته ؟ قال : ((يجزئه ان يقول : قد انكحتك فلانة ، ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه ، ولا بد من طعام أو درهم أو نحو ذلك)).[٣]

وصحيحة اخرى عنه (ع) ، ايضاً في المملوك يكون لمولاه أو مولاته امه فيريد ان يجمع بينهما ، ينكحه نكاحاً أو يجزئه ان يقول : قد انكحتك فلانة ويعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد ؟ قال : ((نعم ، ولو قداً)) . وقد رأيته يعطي الدراهم .[٤]

فان هذه الروايات المعتبرة وغيرها ظاهرة وواضحة الدلالة على كفاية انشاء المولى ومن غير حاجة الى اعتبار القبول .[٥]

اما عن كشف اللثام من ان الاكتفاء بقوله ((انكحتك فلانة)) ليس من جهة عدم اعتبار القبول في نكاح العبد والامة ، بحيث يكون تخصيصاً في ادلة اعتبار الإيجاب والقبول في التزويج وانما هو من جهة دلالة قول المولى هذا على قبوله ايضاً فيكون انشاؤه ايجاباً وقبولاً في آن واحد . على انه ان اريد بدلالة انشاء المولى على القبول استكشاف رضاه من طرف الامة ايضاً فهو تام ، إلا ان مجرد الرضا لا يكفي بل لا بد من ابرازه وانشاءه . وان اريد به انشاءه انشاء من طرف العبد والامة معاً ، فهو مما لا يمكن المساعدة عليه لانه من استعمال اللفظ في اكثر من معنى – الإيجاب والقبول – وهو وان كان ممكناً ، إلا انه خلاف الاستعمال العرفي بلا اشكال .[٦]

وكذلك الامر لو أناب المولى عنه نائب ليعقد نكاحاً بين عبد المولى وامته فيكفي قول الوكيل انكحت امة موكلي لعبده فلان ، أو انكحت عبد موكلي امته .[٧] وحيث ان العبد والامة يعتبران من اموال مولاهما فهذا التصرف قد تم من قبل المولى بمفرده ، وضمن ذمته المالية وحدها .

المطلب الثاني

موقف التشريع من تعاقد الشخص مع نفسه

استكمالاً للإحاطة بتعاقد الشخص مع نفسه بقي ان نعرف الموقف الذي تبنته التشريعات من هذه الحالة القانونية ، وحيث ان كل تشريع حوى نصوصاً تمنع واخرى تجيز تعاقد الشخص مع نفسه

---

(١) زين الدين العاملي ، مسالك الافهام ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٢٦٧ . الشيخ جعفر السبحاني ، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية ، المصدر السابق ، ص ٢١٥ . اية الله العظمى السيد السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٢١ ، مسألة ٤٧ .

(٢) السيد محمد كاظم الطبطبائي ، العروة الوثقى ، المجلد الثاني ، المصدر السابق ، ص ٨٤٨ ، مسألة ١٦ .

(٣) الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل الشريعة ، ج ٢١ ، المصدر السابق ، كتاب النكاح ، ابواب نكاح العبيد والإماء ، ب ٤٣ ، الحديث رقم (١) .

(٤) المصدر نفسه ، الموضع نفسه ، الحديث رقم (٢) .

(٥) محمد تقي الخوئي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، المصدر السابق ، ص ٩٨ .

(٦) محمد تقي الخوئي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .

(٧) السيد محمد كاظم الطبطبائي ، العروة الوثقى ، المصدر السابق ، ص ٨٤٨ ، مسألة ١٦ .

، عليه فان بحثنا سيقتصر على جانب من هذه التشريعات لتعذر الاحاطة بتشريعات مختلف الدول من ناحية وعلى الموقف الرئيس او العام لهذه التشريعات من تعاقد الشخص مع نفسه من الناحية الاخرى .

وقد افترقت التشريعات في موقفها من تعاقد الشخص مع نفسه الى اتجاهين رئيسيين . ذهب الاول منهما الى منع تعاقد الشخص مع نفسه كاصل عام . وذهب القسم الثاني الى اباحة تعاقد الشخص مع نفسه كاصل عام . عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، نتناول في الاول اتجاه الحظر ، ونبحث في الفرع الثاني اتجاه الاباحة .

الفرع الأول
اتجاه الحظر

سنتناول في هذا الفرع جانباً من التشريعات التي قننت النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، ومنعت بموجبها تعاقد الشخص مع نفسه كأصل عام ، واجازته على سبيل الاستثناء في فقرتين ، نخصص الأولى للتشريعات الاجنبية والثانية للتشريعات العربية .

اولاً : التشريعات الاجنبية .

سنعرض في هذه الفقرة لجانب من التشريعات الاجنبية التي قننت النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه .

1. التشريع الالماني

يعدّ التشريع الالماني سباقاً الى تنظيم النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، فقد أورد نصاً عاماً ، منع بموجبه النائب من التعاقد مع نفسه لنفسه او لغيره ، سواء كانت نيابة النائب قانونية ام اتفاقية .

فقد نصت م/ ١٨١ من القانون المدني الالماني ((لا يجوز للنائب ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن الأصيل سواء كان متعاقداً لنفسه ام كان نائباً كذلك عن الطرف الاخر ، مالم يرخص له في هذا التعاقد او كان العمل القانوني الذي يقوم به ليس إلا تنفيذاً لالتزام موجود)).[١] ومنعت م/ ٤٨٦ من ذات القانون النائب في البيع الجبري أن يشتري لنفسه العقار المناط به بيعه .[٢] كما ان م/ ٤٥٦ من هذا القانون قد منعت النائب من شراء الاموال التي أنيب في بيعها بهذه الصفة ، سواء كان ذلك باسمه مباشرة او باسم مستعار حتى لو تم البيع بالمزاد العلني ، مالم تأذن الجهة التي خولته النيابة ذلك .[٣]

وأجازت م/ ١٨١ المتقدمة للنائب التعاقد مع نفسه اذا أجاز له الاصيل ذلك .[٤] كما أجازت للنائب التعاقد مع نفسه اذا كان العمل الذي يقوم به بمثابة تنفيذ لالتزام موجود كأن يتقاصص عما في ذمته للأصيل مع الأصيل ، او يتقاصص بين الدينيين الذين يكونان لمن وكلاه عنهما .[٥]

---

(١) p. viforeanu , op . cit . p . ٥١٦ .

(٢) بلانك ، ج ٤ ، ص ٦٧١ . نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص ٣٠٢ .

(٣) Rouast : la representation . op . cit . p . ٣٧٥ .

(٤) وقد تقدم بحث هذه الحالة .

(٥) انظر نص م/ ١٨١ من القانون المدني الالماني .

وكذلك تجيز المادة / ٣٨٣ من القانون التجاري الالماني للوكيل بالعمولة ان يشتري او يبيع باسمه البضائع او السندات لحساب شخص اخر .[١]

٢. التشريع الأيطالي

تضمن القانون الايطالي نصاً صريحاً منع بموجبه تعاقد الشخص مع نفسه إلا في حالة ما اذا كان الاصيل قد أذن له بذلك ، او إذا كان مضمون العقد محدداً بحيث يمنع حصول التعارض بين مصلحة النائب وواجبه .[٢]

فقد نصت م/ ١٣٩٥ من القانون المدني الايطالي ((يكون قابلاً للابطال العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه لحسابه او باعتباره نائباً عن شخص أخر الا اذا كان مرخصاً له بذلك صراحة او كان مضمون العقد محدداً بحيث يمتنع امكان تعارض المصالح)) .[٣]

وأوجبت م/ ٢٢٤ من القانون المدني تعيين وصي خاص إذا تعارضت مصالح الوالد والابن .وقد أجازت م/ ٣٨٦ من القانون التجاري الايطالي للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه ، ولو لم يتحدث عن اسم الغير الذي ينوب عنه .[٤]

٣. التشريع الانكليزي

ان المبدأ المقرر في القانون الانكليزي هو عدم جواز وضع واجب الشخص في تنازع مع مصلحته . وتطبيقاً لهذا المبدأ ، لا يجوز للنائب – بوجه عام – ان يتعاقد مع نفسه ، لانه يعتبر في هذه الحالة قد أستغل نفوذه في إبرام هذا التصرف استغلالاً غير مشروع ، فعلاقات الثقة بين الاصيل والنائب توجب على هذا الاخير الا يبعث على الاعتقاد بانه يستفيد من مركزه . عليه فالنائب المكلف بالبيع لا يملك ان يوقع البيع لنفسه لأنه يكون بذلك قد حصل على منفعة لنفسه بنفسه .[٥]

ومنعت المادتين ٣٢٣ و ٣٢٧ من قانون الشركات الانكليزي الصادر عام ١٩٨٥ أعضاء مجلس ادارة الشركة وزوجاتهم واولادهم من التعامل باسهم الشركات المكلفين بادارتها .[٦]

ثانياً : التشريعات العربية .

١. التشريع المصري

قنن القانون المدني المصري النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه . حيث نصت م/١٠٨ منه على ((لا يجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه هو ام لحساب شخص اخر دون ترخيص من الاصيل . على انه يجوز للاصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون او قواعد التجارة)).

فهذا النص قنن المبدأ العام المتمثل في منع الشخص من التعاقد مع نفسه ، كما قنن الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ العام المتمثلة في حالة ترخيص الاصيل للنائب في ان يتعاقد مع نفسه ، او

---

(١) انظر نص م/ ٣٨٣ من قانون التجارة الالماني .

(٢) p . viforeanu , op . cit . p . ٥١٥ .

(٣) فون تور ، المبادئ العامة في قانون الالتزامات ، ص٢٩٥ نقلاً عن د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٢ .

(٤) ليون ، التعاقد مع النفس ، مقال منشور في مجلة القانون المدني الايطالية ، سنة ١٩١٦ ، ص٥٨١ . نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول، المصدر السابق ، ص٣٠٣ .

(٥) Anson's . law of contract . op . cit . p . ٢٤٤ .

(٦) د. عباس مرزوك ، المصدر السابق ، ص١٢١ .

اقراره (الذي عبر عنه النص بالاجازة ، لهذا التعاقد بعد حصوله . وحالة وجود نص في القانون يجيز للنائب في أن يتعاقد مع نفسه ، ومثاله م/١٤ من قانون الولاية على المال التي نصت ((للاب ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو ام لحساب شخص اخر الا اذا نص القانون على غير ذلك)).[١]

فهذه المادة جعلت الاصل ان للاب ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان هذا التعاقد لمصلحة الاب ، ام لمصلحة شخص آخر ، كان هذا الاب نائباً عنه أيضاً . وغني عن البيان أن هذا الحكم خاص بالاب دون غيره من الاولياء كالجد . فليس للجد الصحيح التعاقد مع نفسه . وسبب ذلك ان افتراض وفرة الشفقة في الاب تشفع في إعفائه من القواعد المتعلقة بهذا المنع .[٢]

والاجازة التي للاب قاصرة على ابرام التعاقد مع نفسه باسم القاصر ، اما موضوع التعاقد فيتعين ان تراعى فيه أحكام القانون فيما يتعلق بكل تصرف ، لذلك منعت م/٧ من هذا القانون الاب ان يتصرف في عقار القاصر لنفسه او لزوجه او لاقاربهما الى الدرجة الرابعة الا بإذن المحكمة .[٣] او ان يرهن عقار القاصر لنفسه ، او ان يكون موضوع العقد محل تجاري او اوراق مالية تزيد قيمة أي منها على ٣٠٠ جنيه مصري ، الا بإذن المحكمة .

اما الاستثناء الثالث الذي تضمنته م/ ١٠٨ المتقدمة ، ما إذا قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الوكيل التجاري او الوكيل بالعمولة مع نفسه . وقد نصت م/ ١٥٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما يلي :

١. لا يجوز للوكيل ان يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بابرامها إلا في الحالات الآتية :
   أ- إذا أذن له الموكل في ذلك .
   ب- اذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة .
   ج- اذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل او باعها بهذا السعر .

٢. لايستحق الوكيل في الحالات المذكورة في الفقرة السابقة اجراً نظير الوكالة .

وقد تقدم بيان مضمون هذه المادة . ونكتفي بما تقدم تجنباً للتكرار .

وأجازت م ٣٥ من قانون سماسرة الاوراق المالية المصري رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ للسمسار ان يتعاقد مع نفسه نيابة عن موكله . وذلك بأن يبيع اوراق مالية تعود لموكله او ان يشتري الاوراق المالية المكلف ببيعها لنفسه او لأصيل آخر انابه بالشراء . وقد طبق المشرع المصري المبدأ العام الذي اوردته م/١٠٨ في منع الشخص من التعاقد مع نفسه في النيابة التصرفية وغير التصرفية فنصت م/ ٤٧٩ ((لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص او أمر من السلطات المختصة ان يشتري بنفسه مباشرة او باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة مالم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين اخرى)). وقد اجازت م/ ٤٨١ للنائب ان يتعاقد مع نفسه اذا اجازه الاصيل في ذلك .

٣. التشريعات العربية المستمدة من التشريع المصري .

جاءت نصوص المواد ١٠٨ من القانون المدني الليبي و ١٠٩ من القانون المدني السوري و ١١٥ من القانون المدني الاردني و ٧٣ من القانون المدني الجزائري و ٦٢ من القانون المدني الكويتي و ٩٣ من القانون المدني السوداني على غرار م/١٠٨ من القانون المدني المصري ، ولم

---

(١) انظر في موقف القانون المصري د. السنهوري ، الوسيط ،ج١ ، المصدر السابق ، بند ٩٧ . د . سليمان مرقس ، الالتزامات ، المصدر السابق ، بند١١٦ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، بند ١٢٧ .د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٢ . د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٠١ .

(٢) د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، بند ٢٣٣ ، ص٣٦٣ . د. أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، المصدر السابق ، ص٩١ . كمال صالح البنا ، المصدر السابق ، ص١٤

(٣) أحمد نصر الجندي ، المصدر السابق ، ص٥٠ ،. محمد كمال حمدي ، المصدر السابق ، ص٤٤ .

تضف ما يستحق الذكر ، سوى ما جاء في عجز م/٦٢ من القانون المدني الكويتي التي نصت ((لا يجوز للنائب بدون اذن خاص ، ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، ولو اجرى هذا التعاقد لحساب شخص اخر غيره ،فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الاصيل ، مالم يحصل اقراره، وذلك كله ما لم يقض القانون او عرف التجارة بما يخالفه)).

فتعبير الاقرار الوارد في النص المتقدم هو التعبير الصحيح بدلاً من الاجازة التي جاءت في التقنيات العربية المتقدمة . (١)

وقد جاءت المواد ٤٦٨ من القانون المدني الليبي و ٤٤٧ من القانون المدني السوري و ٤١٣ من القانون المدني السوداني و ٤١٠ من القانون المدني الجزائري و ٥٤٨ من القانون المدني الاردني و ٥١٤ /١ من القانون المدني الكويتي على غرار م/٤٧٩ من القانون المدني المصري المتقدمة وذلك بمنع كل من ينوب عن غيره سواء كان نائباً قانونياً ام نائباً اتفاقياً ان يشتري بنفسه مباشرة او باسم مستعار ولو عن طريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة .

وقررت م/٤٧٠ من القانون المدني الليبي و م/ ٤٤٩ من القانون المدني السوري و م/ ٤١٥ من القانون المدني السوداني و م/ ٤١٢ من القانون المدني الجزائري و م/٥٤٩ من القانون المدني الاردني ، ان للاصيل اجازة العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه.

ونصت م/١/٤٨ من قانون التسجيل العقاري الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ ((لايجوز للوكيل ان يتعاقد مع نفسه باسم الموكل الا اذا نص على ذلك صراحة في الوكالة الا انه يجوز للموكل الموافقة على تصرفات الوكيل في هذه الحالة فتصبح صحيحة فالاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)) .ويؤخذ على هذا النص تعبيره (.. فتصبح صحيحة ..) فالتصرف غير الصحيح هو تصرف باطل ، والتصرف الباطل كما هو معلوم لا تصححه الاجازة .

الفرع الثاني

اتجاه الاباحة

اتجه قسم اخر من التشريعات الى عدم تقنين النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، وأقتصرت على منع تعاقد الشخص مع نفسه في حالات معينة التي رأت فيها ان الخطر محقق على مصلحة الاصيل ، وأجازته في حالات اخرى رأت هذه التشريعات ان لا ضير على مصلحة الاصيل فيها .

وتباينت وجهة نظر الفقه ازاء هذا الموقف المتمثل في عدم اتخاذ موقف محدد من تعاقد الشخص مع نفسه . وهذا ما سنحاول بيانه عند عرضنا لجانب من هذه التشريعات للوقوف على موقفها من هذه الحالة القانونية .

اولاً : التشريعات الاجنبية .

سنتناول في هذه الفقرة جانباً من التشريعات الاجنبية التي لم تقنن النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه .

١. التشريع الفرنسي

لم يتعرض القانون المدني الفرنسي لامكان التعاقد مع النفس وعدمه بطريقة منظمة الا انه حوى نصوصاً بعضها يمنع التعاقد مع النفس والبعض الاخر يجيزه بقيود ، وقد أثار مدى هذه النصوص خلافاً كبيراً بين الفقهاء في فرنسا ، فذهب جانب منهم الى تفسيرها باعتبارها تطبيقات لمبدأ عام هو

(١) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق ، ص١٣٤، هامش رقم (١) .

منع تعاقد الشخص مع نفسه ، وقالوا بتحديد نطاق هذا النوع من التعاقد وقصره على الحالات التي يسمح فيها به نص صريح .[١]

وذهب الجانب الاخر من الفقهاء الذي يمثل الاغلبية يؤيدهم في ذلك القضاء الى ان الجواز هو المبدأ العام وان المنع هو الاستثناء ذلك لما يتضمنه تعاقد الشخص مع نفسه من الفوائد الجمة . كما وان المادة ١٥٩٦ التي نصت ((لا يجوز لمن يقومون مقام غيرهم استناداً الى القانون ، كالاولياء والاوصياء ، ولا للوكلاء الذين يقيمهم الموكلون ان يشتروا الشيء الذي نيط بهم بيعه ..)) انما قصرت منع هذا النوع من التعاقد على اشخاص معينين ورد ذكرهم فيها على سبيل الحصر ، ولذلك فأن التعاقد قد يكون جائزاً اذا ما أجري من قبل غيرهم وان هذا النوع من التعاقد يتفق مع ما يسود القانون المدني الفرنسي من مبدأ حرية التعاقد .[٢] فذهبوا الى القول ان المبدأ هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه واعتبار النصوص المحرمة له بمثابة الاستثناء الذي يؤكد القاعدة ، ولكنه اجازها في حرص وتحرس مخافة ان يطغى الصالح الشخصي على منفعة الغير الذي ينوب الشخص عنه .[٣]

ويرى انصار هذا الرأي ان المحاذير التي قد تنشأ عن تعاقد الشخص مع نفسه لا يمكن ان تبقى دون جزاء لأن النائب ملزم بتقديم حساب للأصيل عن العمل الذي اوكله اليه الأصيل . فإذا ظهر ان النائب قد فضل مصلحته او مصلحة الاصيل الاخر على مصلحة الأصيل الاول ، كان لهذا الاخير ابطال التصرف الذي أبرمه النائب مع نفسه ، او الحصول على تعويض لما أصابه من أضرار .[٤]

واذا ما كان شخص نائباً قانونياً عن قاصر وأراد ابرام تصرف قانوني نيابة عنه ، وكانت له مصلحة شخصية ظاهرة في هذا التصرف ، انقطعت صفته كنائب للقاصر بالنسبة لذلك التصرف .[٥]

وعلى ذلك ليس للنائب القانوني التعاقد مع نفسه نيابة عن القاصر سواء كان التعاقد لنفسه او لغيره . وجزاء هذا المنع البطلان الذي لا يجوز أن يتمسك به غير القاصر وحده ، واذا كان التصرف ممنوعاً على الوصي لتعارض مصلحته مع مصلحة القاصر وجب ان يحل محله وصي خاص لاجراء التصرف لمصلحة القاصر وهذا ما قررته م/٤٢٠ /٢ و م/٤٥٠ /٣ من القانون المدني الفرنسي .[٦]

كما يجب ان يحل محل الاب – في حالة الولاية القانونية على المال – وصي خاص يعينه القضاء لاجراء التصرفات القانونية التي تتعارض فيها مصلحة الاب مع مصلحة القاصر . ومن المقرر بطريق القياس على النائب القانوني ان القيم والمجلس القضائي ، وكل شخص اخر مدعو الى إعطاء موافقته او مساعدته الى قاصر لا يجوز لهما التعاقد مع النفس .[٧]

الا انه من المقرر في فرنسا ان الوصي يجوز له شراء اموال القاصر الذي ينوب عنه اذا كانت له حقوق من قبل على الاموال المبيعة وكان غرضه من الشراء المحافظة على حقوقه وتقويتها .[٨]

واذ كان المبدأ العام في فرنسا هو ان في وسع النائب الاتفاقي ان يقوم بعمل قانوني – لحسابه ومع نفسه – كان قد كلف بالقيام به كنائب . وفي وسع الوكيل من باب اولى ان يكتسب مباشرة من الاصيل او من نائبه المكلف بالبيع المال الذي عهدت اليه ادارته .[١]

---

(١) Planiol et Ripert , Traite pratigue . op . cit .T . ٦ . p . ٧٥ .

(٢) Demogue . Traite de obligations . op . cit . T .١ .p .١١٣ .

(٣) P . viforeanu , op , cit . p . ٥١٦ .

(٤) Henri , lean , Jean Mazeaud . droit civil . op . cit . T . ٢ . p. ١٢١ .

(٥) planiol et Ripert . op . cit . T . ٦ . p . ٧٩ .

(٦) Demogue . Traite des obligations . op . cit . T . ١ .p . ١٣٦.

(٧) Planiol , Ripert et Esmein . op . cit . T . ٢ . p .١٤٣١.

(٨) Marty , G .et Raynaud , p . droit civil . op . cit . T .١ .p .٢٤٠ .

الا ان هذا المبدأ ليس مطلقاً ، اذ ترد عليه بعض القيود والاستثناءات فهناك وكلاء كسماسرة البورصات لا يجوز لهم القيام لحسابهم الخاص بعمليات تجارية مهما كان نوعها وسواء أقاموا بها بأنفسهم او بأسماء مستعارة الا بترخيص سابق من الاصيل ، او بإجازة لاحقة ، وبخلافه يقع تصرفه باطلاً . وقد قننت هذا الحكم م/٨ من القانون التجاري الفرنسي . [٢] ووكلاء البيع لايجوز لهم ان يشتركوا ، لا بأنفسهم مباشرة ولا بأسماء مستعارة في مزاد علني للاموال التي كلفوا ببيعها الا اذا كان وضع العقار في المزاد وقع بحكم ، وكان الوكيل مشتركاً فيه مع المدين على الشيوع فللوكيل في هذه الحالة ان يشترك في المزاد لنفسه . ورغم ان النص منع الوكيل من الاشتراك في المزاد الذي تباع فيه اموال موكله الا ان الفقه ، وسع هذا المنع ليشمل بيع اموال الموكل بالممارسة . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من م/١٥٩٦ من القانون المدني الفرنسي .

وقد طبق القضاء هذا المنع ، لاتحاد العلة ، على الوكلاء القضائيين المكلفين بالبيع وعلى الوكلاء الاتفاقيين والقانونيين . والجزاء المقرر لهذا المنع هو البطلان النسبي الذي لا يجوز التمسك به الا من جانب الاصيل .[٣] وغني عن البيان ان للاصيل ان يجيز هذا التصرف بعد ابرامه ، طالما كان جزاء هذا المنع هو البطلان النسبي .[٤]

ومنعت م/٨٣ من قانون البلديات الصادر في ٥ ابريل ١٨٨٤ ممثلي الاشخاص المعنوية العامة التعاقد مع انفسهم . اما اذا كان الشخص المعنوي من أشخاص القانون الخاص ، كالشركات والجمعيات وغيرها فالمقرر بوجه عام جواز تعاقد ممثلها مع نفسه . ويستثنى من هذه القاعدة ، حالة ما اذا كان العقد صلحاً . الا ان مدراء الشركات المساهمة يخضعون الى معاملة اشد قسوة .[٥]

نخلص الى ان الاصل في التشريع الفرنسي هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه ما لم يرد نص يمنع هذا التعاقد .

٣. التشريع السويسري .

الاصل في التشريع السويسري هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه ، ومن تطبيقات هذا المبدأ م/٤٣٦ من قانون الالتزامات الفدرالي التي اجازت للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه حيث نصت ((يجوز للوكيل بالعمولة المكلف بشراء او بيع بضائع او اوراق مالية او اية اوراق اخرى ذات قيمة مسعرة في البورصة او في السوق ان يتعاقد مع نفسه كبائع للشيء الذي كان عليه ان يشتريه وان يحتفظ كمشتري بالشيء الذي كان عليه بيعه . وفي هذه الحالة يلزم الوكيل بالعمولة بمراعاة الثمن حسب اسعار البورصة او سعر السوق وقت تنفيذ الوكالة وله حق في مقابل الوفاء المعتاد والمصاريف المتعارفة في الوكالة بالعمولة)) .[٦]

اما فيما يتعلق برعاية حقوق القصر ، فليس للوكيل الشرعي عنهم ان يتعاقد في اموالهم مع النفس الا من بعد ان يتدخل معه في هذه الاعمال وصي خاص . وان كان الفقه السويسري لم يأخذ بالاصل الموضوع من اباحة التعاقد مع النفس ، وذهب الى أن تأييد منع تعاقد الشخص مع نفسه ابتداء او اجازته استثناء .[٧]

---

(١) بودري ، الموجز ، ٢ ، بند ٩٠٠ . نقلا عن احمد نجيب الهلالي و د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص١٦٤ .
(٢) اوبري ورد ، ج٥ ، فقرة ٣٥١ . نقلاً عن د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص١٠٣ .

(٣) Henri , lean , Jean Mazeaud , lecons de droit civil . op .cit . T . ٢ .p .١٢١ .

(٤) هالتون ، ج٢ ، ص١٢ . نقلا عن احمد نجيب هلالي ود. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص١٦٣ .
(٥) بودري وسينا ، ف ٢٤٥ ، نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص٣٠١.

(٦) P . Viforeanu , op . cit . p . ٥١٧ .

(٧) P . Viforeanu , op . cit . p . ٥١٧ .

٣. التشريع الاسباني .

لم يقنن المشرع الاسباني النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه وكل ما ورد فيه هي م/ ١٤٥٩ من القانون المدني التي منعت في فقرتها الثالثة تعاقد الشخص مع نفسه في حالات معينة كمنع الوصي والوكيل من التعاقد مع نفسه بشأن اموال الموصى عليه ، او الاصيل . مما استشف منه الفقه والقضاء في اسبانيا ان هذا النص قد جاء على خلاف الاصل المتمثل في جواز تعاقد الشخص مع نفسه .[١]

عليه يمكن القول ان الاصل في التشريع الاسباني هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه مالم يوجد نص خاص يقرر المنع صراحة .

٤. التشريع البرتغالي .

لم يقنن القانون البرتغالي النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، وقد اجازت م/٢٧٤ من القانون المدني البرتغالي للوكيل بالعمولة التعاقد مع نفسه ، وأعفته في عمليات البورصة والبضائع والاوراق المالية من التحدث عن الشخص الذي يتعاقد معه . ولكنها افترضت ان الوكيل قد تعاقد مع نفسه في هذه الحالة . ومنعت م/ ١٥٦٢ من القانون المدني البرتغالي الوكيل والوصي من شراء اموال موكله او الموصى عليه لنفسه واعتبرت هذه المادة استثناء من الاصل العام في جواز تعاقد الشخص مع نفسه .[٢]

٥. التشريع البلجيكي .

الاصل في التشريع البلجيكي هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه ، مالم يرد نص خاص يمنع النائب من التعاقد مع نفسه ، ومثاله م/ ٦٠ من القانون الصادر في ٢٢ يوليو ١٩١٣ التي أوجبت على مدير الشركة اذا كان له أمر يتناقض في رعايته مع صالح الشركة ان يخطر مجلس الادارة بذلك وان يثبت هذا الاخطار في محظر أعمالها . وعليه ان لا يشترك مع أعضاء مجلس الادارة في المداولة في هذا الامر ، ولا أن يشترك في عملية التصويت وكذلك الحال في المجالس البلدية .[٣]

ثانياً : التشريعات العربية .

سنتناول في هذه الفقرة جانباً من التشريعات العربية التي لم تقنن النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه .

١. التشريع اللبناني .

لم يقنن المشرع اللبناني النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، الا ان م/٣٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني منعت الوكلاء ومتولي الادارة العامة ، والمأمورين الرسميين والاولياء والاوصياء من شراء اموال الاشخاص او الجهات التي ينوبون عنها حيث نصت ((الاشخاص المشار اليهم فيما يلي لايجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة الا اذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، واذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً .

١. لايجوز لوكلاء البيع شراء الاموال التي عهد اليهم في بيعها .
٢. لايجوز لمتولي الادارة العامة شراء اموال الدولة ولا اموال القرى ولا اموال المعاهد العامة التي فوض اليهم امر الاعتناء بها .
٣. لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الاموال المعهود اليهم في بيعها .

---

(١) P . Viforeanu , op . cit . p . ٥١٣

(٢) فريبرا ، في شرح القانون المدني البرتغالي ، ج٤ ، ص٢٣ . نقلاً عن د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٧٩ .

(٣) اريرا ، في شرح القانون العام ، ص٤٣٩ . نقلاً عن محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص٣٠٥ .

٤. لا يجوز للاب او الام ، ولا للوصي او القيم او المشرف القضائي او الولي المؤقت شراء اموال الاشخاص الذين يمثلونهم او يشرفون عليهم)).

يلاحظ ان المشرع بهذا النص قد شمل بالمنع معظم طوائف النواب من التعاقد مع انفسهم لانفسهم . [١]

الا ان هذا النص لم يشر لحالة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، كما وان هذا المنع أقتصر على حالة شراء النائب مال الاصيل او الجهة التي يمثلها دون غيرها من التصرفات القانونية ، مما يمكن معه القول ان الاصيل في القانون اللبناني جواز تعاقد الشخص مع نفسه مالم يرد نص خاص يمنع بموجبه هذا التعاقد .

٣.التشريع المغربي .

لم يورد قانون الالتزامات والعقود المغربي نصاً يمنع فيه تعاقد الشخص مع نفسه او يجيزه ، الا انه قد ورد في مدونة الاحوال الشخصية قيود لمصلحة ناقص الاهلية على تعامل ممثله مع نفسه ، فالفصل ٢/١٥٨ منها لا يجيز اقتراض الوصي او المقدم لمال القاصر الا بإذن القاضي ، وكذا استئجار اموال القاصر لنفسه او ايجارها لزوجته او لأمه او لابيه او لاخيه او لصهره او لمن يكون الوصي او المقدم نائباً عنه . [٢] والفصل /١٦١ يمنع الوصي او المقدم من شراء اموال القاصر لنفسه الا ما كانت فيه مصلحة ظاهرة للقاصر .

ونصت م/٤٨٠ من قانون الالتزامات والعقود ((متصرفوا البلديات والمؤسسات العامة والاوصياء والمساعدون القضائيون او المقدمون والاباء الذين يديرون اموال ابنائهم وامناء التفليس (سنادكة) ومصفوا الشركات لايسوغ لهم اكتساب اموال من ينوبون عنهم الا اذا كانوا يشاركونهم على الشيوع في ملكية الاموال التي هي موضوع التصرف .كما انه لا يجوز لهؤلاء الاشخاص ان يجعلوا من أنفسهم محالاً لهم بالديون التي على من يتولون ادارة اموالهم وليس لهؤلاء الاشخاص كذلك ان يأخذوا اموال من ينوبون عنهم على سبب المقايضة او الرهن)) .

وازاء عدم تبني المشرع المغربي لموقف محدد من تعاقد الشخص مع نفسه فقد أنقسم الفقه المغربي الى اتجاهين ، اتجاه يذهب الى ان النصوص المتقدمة أنما هي استثناءات من مبدأ عام يبيح تعاقد الشخص مع نفسه ذلك ان هذا النوع من التعاقد قد يكون مفيداً وينبغي تشجيعه ذلك ان الوصي او المقدم قد يكون أفضل من يتقدم لشراء مال القاصر ، خصوصاً اذا كان لايبغي من ورائه سوى تحقيق منفعة الاصيل مع تلافي كل ما من شأنه الاساءة اليه . [٣]

بينما يرى اتجاه فقهي اخر ان النصوص المتقدمة انما هي تطبيق لمبدأ عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه ، او أن المشرع لم يضمر مبدأ معين وترك المسألة للاجتهاد وان الاجتهاد يقتضي منع تعاقد الشخص مع نفسه لتعارض المصالح . [٤]

إلا أن هذا الرأي الاخير يمكن ان يناقش على الوجه الاتي :

١. ان القول بمنع تعاقد الشخص مع نفسه من حيث الاصل يعوزه السند القانوني . فالقاعدة ان ما لم يحظره المشرع فهو جائز ولو كان المشرع قد أراد منع هذا التصرف لاورد نصاً بهذا الخصوص .

---

(١) د. توفيق حسن فرج ، البيع ، المصدر السابق ، ص٩٧ . د. مصطفى الجمال ، البيع ، المصدر السابق ، ص٨١ . د. عبد المنعم البدراوي ، البيع ، المصدر السابق ، ص١٨١.

(٢) وانظر ايضاً الفصل ١١/١٥٨ من مدونة الاحوال الشخصية المغربية . وانظر بهذا الصدد د. عبد النبي ميكو ، شرح مدونة الاحوال الشخصية ، مكتبة المعارف ، الرباط ، ١٩٧١ ، ص٨٢.

(٣) د. مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، ج١، مصادر الالتزام ، ط١، مطابع دار القلم ، بيروت ، ١٩٧٠ ، ص٧٨. اوغريس محمد ، المصدر السابق ، ص٥٢.

(٤) د. ادريس العلوي و د. مأمون الكزبري ، شرح قانون المسطرة المدنية ، تأليف مشترك ، ج ٢ ، دار القلم ، بيروت، ١٩٧٣، ص ١٢١. د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، المصدر السابق ، ص ١٦٢ .

٢. ليس للمشرع ان يضمر مبدأ قانوني معين ويجري العمل بهذا المبدأ وإلا أخذ المشرع بالنوايا ، ولأدى ذلك الى نتائج خطيرة .

نخلص الى ان الاصل في التشريع المغربي هو جواز تعاقد الشخص مع نفسه مالم يرد نص يمنع هذا التعاقد .

٣. التشريع العراقي .

تقدم القول ان المشرع العراقي لم يقنن النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ، واكتفى بإيراد نصوص تجيز هذا التعاقد في احوال معينة يغلب فيها انتفاء الخطر على مصلحة الأصيل .[١] ومنع تعاقد الشخص مع نفسه في احوال بعينها يغلب فيها ان تتعرض مصالح الاصيل للخطر . فجعل جانباً من هذه التصرفات باطلاً في حال اجرائها .[٢]

وأوقف الجانب الاخر منها على إجازة الاصيل .[٣] او تحقق الخيرية واذن المحكمة.[٤]

إلا أن نصوص القانون التي أجازت تعاقد الشخص مع نفسه ، وتلك التي منعته ، اقتصرت على إجازة او منع تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه من ناحية ، واجازت شراء النائب او بيعه مال نفسه من الاصيل . ومنعت شراء النائب مال الاصيل لنفسه . وحيث ان التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه لا يقتصر على صورة تعاقد النائب مع نفسه لنفسه ، وانما قد يتعاقد النائب مع نفسه لغيره ، ومن ناحية اخرى ، فأن التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ، لا يقتصر على البيع او الشراء ، وانما قد يكون هذا التصرف اجارة او مقاولة او هبة او عارية ... الخ من التصرفات القانونية .

وإزاء هذا الموقف انقسم الفقه العراقي الى اتجاهين :

يرى الاول منهما ان الاصل في هذه الصورة هو عدم الجواز ، إلا اذا أجازه من عقد لمصلحته ، او قضت به قواعد التجارة ، ذلك لان مصلحة الطرفين لا تتوافر لها الضمانات الكافية لحمايتها . كما وان النائب في هذه الحالة يعد متجاوزاً لحدود نيابته فيجب إيقاف تصرفه على إجازة الاصيل . والتوقف جزاء سنه القانون لكل حالة من حالات مجاوزة النائب حدود نيابته .[٥]

وذهب رأي في الفقه العراقي الى وجوب الرجوع الى مصادر القانون المدني الواردة في المادة الاولى منه ، طالما لا يوجد نص صريح في هذه المسألة ووفقاً لما تقرره هذه المادة يجب الرجوع الى العرف ، واذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين . وحيث ان المذهب الحنفي والمذهب المالكي والمذهب الشافعي هو الاكثر ملائمة لنصوص القانون المدني الذي يطبق نظرية التوقف على تجاوز النائب حدود نيابته . وحيث ان النائب عند تعاقده مع نفسه يعد مجاوزاً لحدود نيابته ، وهذه المجاوزة تجعل تصرفه موقوفاً على إجازة الاصيل . لهذا فأن المبدأ العام هو منع تعاقد الشخص مع نفسه .[٦]

وهذا الرأي يمكن ان يناقش على الوجه الاتي :

---

(١) انظر نصوص المواد /٥٨٨ و ١/١٢٨٩ و ١٣٢٧ من القانون المدني .

(٢) أنظر نصوص المواد / ٥٨٩ و ٥٩١ و ٢/١٢٨٩ من القانون المدني .

(٣) انظر نص م/٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٤) انظر نص م/٥٩٠ من القانون المدني العراقي .

(٥) د. عبد المجيد الحكيم ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، بند ٢٣٧ ، ص١٩١ . ولنفس المؤلف ، الكافي ، المصدر السابق ، ص٢٤٠ . د. محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، بند ١٤٦ ، ص١٣٩ . د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، بند٩٦ ، ص٦٩ . د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ، ص٣٦٦ . د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٢٦٦ . د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٣٠ .

(٦) د. مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص ٢٥١ .

١. أن القانون المدني العراقي قد أستمد احكامه الموضوعية كما هو معلوم من مجلة الاحكام العدلية التي هي تقنين للمذهب الحنفي . واذا ما عدنا لرأي الاحناف لوجدناهم يمنعون تعاقد الشخص مع نفسه حتى وان أجاز الاصيل ذلك .[١] وكذلك الشافعية .[٢]

اما المالكية فهم يجيزون تعاقد الشخص مع نفسه اذا كانت الوكالة عامة مطلقة تعم نفس الوكيل او اذا اذن الموكل للوكيل بالتعاقد مع نفسه .[٣] وازاء ذلك كيف يمكن ترجيح رأي مذهب على اخر . واذا ما أخذنا برأي الحنفية والشافعية وجب علينا أن نمنع تعاقد الشخص مع نفسه مطلقاً ، إلا في الاحوال الاستثنائية التي يجيز فيها الاحناف هذا التعاقد . والتي تقدم بحثها .

٢. ان الرجوع الى مصادر التشريع الاحتياطية بموجب المادة الاولى ، يكون عند عدم وجود نص يحكم المسألة او الواقعة المعروضة ، لا ان نبحث عن سند لمنع مسألة معينة وهي تعاقد الشخص مع نفسه في حالتنا .

٣. اذا كان المشرع العراقي قد اراد منع تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، لأورد نصاً بهذا الخصوص . خصوصاً وان المنع هو قيد على حرية الافراد في التعاقد ، اذ ان الاصل في هذا المجال ان للافراد ابرام ما يشاؤن من العقود ما لم تكن مخالفة للنظام العام والاداب . وبالتالي لا يجوز المنع الا بنص .

عليه نعتقد انه لا يمكن الاخذ بهذا الرأي .

وذهب الاتجاه الاخر في الفقه العراقي الى ان الاصل جواز تعاقد الشخص مع نفسه لغيره إلا اذا نص القانون على خلاف ذلك وإلا اذا تناقضت مصلحة الطرفين تناقضاً تاماً كعقد الصلح مثلاً .[٤]

ونعتقد انه في الاحوال التي لم يرد فيها نص ، كما في حالة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ، وبما ان تعاقد الشخص مع نفسه يتعلق بمدى مكنة النائب في ابرام العقد مع نفسه ، عليه يجب الرجوع في كل حالة على حدة ، والنظر فيها وفقاً لطبيعة نيابة النائب ومدى الصلاحيات الممنوحة له وما أحاط النيابة من ظروف ، وطبيعة العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه ، فأن استشف القاضي من كل ذلك ان التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه يدخل في حدود نيابته اجازه ، وان كان خلاف ذلك ابطله مع الاخذ بنظر الاعتبار ما اذا كان الاصيل قد أصابه ضرر من جراء تعاقد نائبه مع نفسه ، ام لم يصبه ضرر ، لان الغرض من النيابة تحقيق النفع للاصيل لا الاضرار به .

وازاء هذا النقص التشريعي وتضارب الاراء في هذا الصدد ، ندعوا المشرع العراقي الى سد هذا النقص وايراد نص يقنن النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ونقترح النص الآتي ((لا يجوز للنائب ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه ام لحساب شخص اخر ، دون اذن من الاصيل . فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الاصيل ما لم يحصل اقراره ، وذلك ما لم يقض القانون او قواعد التجارة بما يخالفه)).

ومنعت م/١٥/اولاً من قانون سوق بغداد للاوراق المالية الوسيط ، اذا كان شخصاً طبيعياً من التعامل بالاوراق المالية لحسابه الشخصي او لحساب زوجه او اقاربه الى الدرجة الرابعة . وحظرت الفقرة ثانياً من نفس المادة على الوسيط اذا كان شخصاً معنوياً من التعامل بالاوراق المالية لحساب اعضاء مجلس ادارة الشركة او الأعضاء في الشركات الاخرى ، والمدير المفوض او لحساب ازواجهم واقاربهم ، حتى الدرجة الرابعة . الا أن البند (ب) من هذه الفقرة أجاز للوسيط التعامل بالاوراق المالية لمصلحته ، عن طريق تخويل وسيط اخر ليقوم بالمهمة نيابة عنه ، بناء على تعليمات يضعها

---

(١) ابن عابدين ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٤٤٧ . السرخسي ، ج١٩ ، المصدر السابق ، ص٣٢ . الكاساني ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص٢٨ .

(٢) الشيرازي ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٣٥٢ . الهيثمي ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣١٨ . الرملي ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣٤.

(٣) الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص٧٧ . الدسوقي ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٣٧٨.

(٤) د. حسن علي الذنون ، اصول الالتزام ، المصدر السابق ، ص٥١ . د. عباس الصراف ، المصدر السابق ، ص٣٩ .

مجلس ادارة السوق . وأجاز للوسيط ابرام عقد بيع الاسهم نيابة عن العميلين ، وذلك بناء على اعتبارات عملية فرضتها طبيعة التعامل في السوق . [1]

(١) لمزيد من التفاصيل انظر بهذا الصدد د. عباس مرزوك ، المصدر السابق ، ص١٢٢.

الفصل الرابع

أحكام تعاقد الشخص مع نفسه

تمهيد وتقسيم :

أن التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه يتميز بطبيعة خاصة تتمثل في وحدة مبرمه ، وانبساط أثره على ذمتين مستقلتين ، وكان من أثر ذلك ان أختلف حكم هذا التصرف القانوني في الفقه والتشريعات ، اذا ما أبرمه النائب ولم تكن نيابته تخوله ذلك .

وما هي الاثار القانونية التي تترتب نتيجة ابرام هذا التصرف القانوني ، اذا ما كان مستوفياً لاركانه ومستجمعاً لشرائطه القانونية ، وداخلاً ضمن حدود مكنة النائب .

عليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص الأول منهما لحكم التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه . ونتناول في المبحث الثاني آثار التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه .

المبحث الاول

حكم التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه

إن التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه قد يكون ضمن حدود نيابته ، [1] وقد لايكون كذلك . كما وان جميع التشريعات ، التي تيسر لنا الاطلاع عليها ، قد اوردت نصاً تمنع فيه تعاقد الشخص مع نفسه ، إما كأصل ، او في حالات بعينها ، وهذا يحتم علينا ان نحدد طبيعة هذا المنع . وما إذا كان قابلاً للتصحيح بالاجازة من عدمه . وما هي المسؤولية الناشئة عن إبرام هذا التصرف في هذه الحالة .

عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول منهما لبحث طبيعة منع تعاقد الشخص مع نفسه . ونتناول في المطلب الثاني المسؤولية الناشئة عن إبرام التصرف في حالة المنع .

المطلب الاول

طبيعة منع تعاقد الشخص مع نفسه

(١) وفي هذه الحالة يكون التصرف صحيحاً نافذاً ملزماً لأطرافه وتترتب عليه جميع آثاره في الحال .

لتحديد طبيعة المنع المقرر للتصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه يتعين علينا أن نحدد حكم هذا التصرف من الناحية القانونية ، اذا ما ابرمه النائب وكانت نيابته لا تخوله ذلك . وما اذا كان يمكن تصحيحه بالاجازة من عدمه .

عليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول منهما لحكم منع تعاقد الشخص مع نفسه . ونتناول في الفرع الثاني إجازة التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه .

الفرع الاول

حكم منع تعاقد الشخص مع نفسه

اذا ما كان التصرف القانوني الذي أبرمه الشخص مع نفسه لا يدخل في حدود نيابته ، كما لو كانت نيابته اتفاقية ولم تتضمن تخويل النائب إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه . او أن الأصيل قد منعه من إبرام التصرف القانوني مع نفسه . او كانت نيابته قانونية او قضائية ولم يجز القانون او القضاء للنائب إبرام التصرف القانوني مع نفسه . او أجاز له القانون او القضاء ذلك بشروط معينة او الحصول على اذن جهة معينة . وابرم النائب التصرف القانوني مع نفسه رغم المنع ، او دون استيفاء الشروط التي تطلبها القانون او القضاء . او دون الحصول على اذن الجهة التي أوجب القانون الحصول على موافقتها ليتمكن النائب من إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه .

فقد ذهب رأي الى بطلان تعاقد الشخص مع نفسه من حيث الأصل في حالة المنع او عدم الاذن او عند عدم دخول التعاقد مع النفس ضمن مكنة النائب ، وأجازته على سبيل الاستثناء في فروض بعينها وذلك لان العقد يستلزم توافق ارادتين لقيامه ، في حين اننا لا نجد في هذا التصرف القانوني ، سواء أكان النائب يتعاقد مع نفسه لنفسه ، او لغيره ، الا ارادة واحدة فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد يجعلنا امام ارادة واحدة لا ارادتين . والشخص الواحد لا يستطيع التعبير عن الايجاب والقبول بارادته وحدها ، في التصرف الواحد ، فكيف يمكن ان تتوافق الارادتان اذا تعاقد الشخص مع نفسه . وبالتالي لا يتحقق ارتباط الايجاب بالقبول . (١)

إلا أن هذا الرأي يمكن أن يناقش على الوجه الأتي :

1. **أن قسم من التشريعات قد أجازت تعاقد الشخص مع نفسه ، اما كأصل او على سبيل الاستثناء .** (٢)
2. **ليس هناك في القانون ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادة غيره اذا ما أراد هو ذلك . اذ لا مانع من أن إرادة واحدة تحدث أثرها في ذمتين ، فتنشئ الالتزام في ذمة النائب وذمة الأصيل او في ذمتي الاصيلين .**
3. **إن اقرار النيابة بأنها حلول إرادة شخص محل إرادة غيره في إبرام تصرف قانوني يحتم علينا قبول حلول هذه الارادة محل إرادتين .**

وبهذا الاتجاه اخذت م/٣٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، حيث نصت ((... اوالاشخاص المشار اليهم لايجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين .... الا اذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، واذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً)). (٣)

---

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١، المصدر السابق ، ص٢١٦، هامش رقم (١) . محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص٢٩٧. د. امجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص٦٦ . د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص٨٧.

(٢) أنظر الصفحات (١٣٧- ١٤٤) من هذه الرسالة .

(٣) انظر نص م/٣٧٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

واعتبرت المواد /٥٨٩، ٥٩١ من القانون المدني العراقي تعاقد النائب مع نفسه في الاحوال المنصوص عليها فيهما باطلاً . كما ان تعاقد الولي مع نفسه نيابة عمن هو تحت ولايته يكون باطلاً ، اذا انطوى العقد على غبن فاحش للمحجور .[١]

وذهب جانب من الفقه الى أن منع النائب من التعاقد مع نفسه يتعلق بالاهلية وهم يرون ضرورة وجود أهلية خاصة في عقد البيع .[٢]

ويرد على هذا الرأي بأنه لو كان صحيحاً ، كان من اللازم الرجوع الى أحكام قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص (الأصيل) بجنسيته ، ذلك ان احكام الأهلية تخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته .[٣]

كما أن أحكام الاهلية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها [٤] ، في حين يجوز مخالفة منع تعاقد الشخص مع نفسه . وأن أحكام الاهلية شيء والولاية شيء آخر[٥] .

وذهب جانب من الفقه الى انه يترتب على تعاقد الشخص مع نفسه دون أن تخوله نيابته ذلك أن يكون التصرف القانوني الذي أبرمه مع نفسه باطلاً بطلاناً نسبياً وذلك لجواز تصحيح هذا التصرف بالاجازة من قبل الاصيل ، ومن المسلم به أن للاصيل أن يطلب البطلان سواء أحصل له ضرر ام لا ، و يلزم من ذلك انه لا يجوز تكليفه بإثبات حصول الضرر .[٦]

وهذا الرأي هو السائد في الفقه والقضاء الفرنسي والفقه الغربي بوجه عام ، ومرجع ذلك لديه هو اعتبار منع النائب من شراء مال الاصيل لنفسه ، من أحوال نقص الاهلية الخاصة في مباشرة بعض العقود .[٧]

وبهذا الرأي أخذت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري . فأعتبرت تعاقد النائب مع نفسه قابلاً للابطال لمصلحة الأصيل ، ولذلك ترد عليه الاجازة .[٨]

والاصل أنه اذا نص القانون على البطلان النسبي فعديم الاهلية وحده هو الذي له حق التمسك بالبطلان ، ولكن هذه القاعدة لا تستقيم في الحالة التي نحن بصددها لان الممنوع من التصرف (او عديم الاهلية) هو الوصي او الوكيل، وهذا لا يجوز له التمسك بالبطلان ارتكاناً على القاعدة العامة ، لان البطلان لم يشرع لمصلحته ، بل شرع لمصلحة المالك ، وبالتالي فللأخير وحده حق إجازة التصرف .[٩]

واعترض على هذا الرأي بأن إجازة العقد القابل للابطال لا تكون إلا من أحد طرفي العقد الذين اشتركا في إبرامه .[١٠]

---

(١) انظر نصوص المواد ٢/١٢٤ و ٢/١٣٠ من القانون المدني العراقي .

(٢) احمد نجيب الهلالي ود. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص٢٣٦.

(٣) انظر نص م/ ١/١٨ من القانون المدني العراقي . ولمزيد من التفاصيل انظر بهذا الصدد د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨١-١٩٨٢، ص ٣٥ . وانظر أيضاً د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص٢٠٨ .

(٤) د. عبد المنعم البيراوي ، المصدر السابق ، ص١٦٩. د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر السابق ، ص٢٢٢.

(٥) للتوسع في التفرقة بين الأهلية والولاية ، انظر د . محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص ١٧٢ . د. عبد الودود يحيى ، المصدر السابق ، ص٦٢. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٧٨.

(٦) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤، المصدر السابق ، ص١٠٥ . د. محمد على عرفه ، المصدر السابق ، ص٧٢ . د. سليمان مرقس ، الالتزامات ، المصدر السابق ، ص٩٩ . د. عبد العزيز عامر ، المصدر السابق ، ص١١٣ .

وانظر ايضاً نص م/١٥٩٦ من القانون المدني الفرنسي . م/ ١٣٩٥ من القانون المدني الايطالي .

(٨) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصر ، ج٢، ص١٠٦ . حيث ورد فيها ((ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الاصيل .. ومن الواضح ان البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص)). وذهب الى هذا الرأي الاستاذ السنهوري عند وضعه للمذكرة الايضاحية لهذا القانون ، الا انه رجع عن هذا الرأي . انظر د. السنهوري ، الوسيط ، ج١، المصدر السابق ، ص٢١٨.

(٩) أحمد نجيب الهلالي ود. حامد زكي ، المصدر السابق ، ص٢٣٥. د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص٦٧. د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص٢٠٩ .

(١٠) د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص١١١.

ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه المصري الى أنه لا يبحث عن جزاء المنع في البطلان مطلقاً كان او نسبياً ، ذلك أن علة عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه هي علة مصلحية ، فيكون الجزاء هو عدم نفاذ العقد في حق الأصيل ، لا بطلانه . (١) **إلا اذا كان قد أذن به قبل حصوله** (٢) **، ذلك ان النائب اذا ما ما أبرم التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه دون أن تخوله نيابته ذلك ، فأنه يكون قد عرض مصلحة الأصيل للتضارب مع مصلحته الشخصية ، تضارباً يفترض معه إيثار النائب مصلحته على مصلحة الأصيل ، فيكون تعبيره عن إرادة الأصيل مجاوزاً حدود النيابة ، لان مصلحة الاصيل في أن يكون البيع مثلاً بأعلى ثمن ممكن في حين أن مصلحته الشخصية في الشراء بأقل ثمن . فإذا ما أوجد النائب نفسه في موقف يفترض معه أنه قد اشترى لنفسه بأقل ثمن . فقد خرج على حدود النيابة التي تقتضيه البيع بأعلى ثمن . لذلك فأن العقد لا يكون باطلاً ولا قابلاً للابطال ، وانما يقع صحيحاً غير نافذ في حق الاصيل ، موقوفاً على اقراره .** (٣)

وعلل جانب آخر من الفقه عدم نفاذ تصرف النائب مع نفسه في حق الأصيل ، بأنه يقوم على قرينة قانونية هي ان الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الانابة ان يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه او بالنيابة عن غيره ، وإلا لكان قدة باع له مباشرة دون حاجة الى إنابته في البيع . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصيل ، إلا اذا أجازه . (٤)

وبهذا الرأي فسر عجز م/١٠٨ من القانون المدني المصري والقوانين العربية المستمدة منه . (٥) **وكذلك م/٤٨١ من القانون المدني المصري والمواد التي تقابلها في القوانين العربية .** (٦) **اما القانون المدني الكويتي فقد حسم هذه المسألة بأن جعل هذا التصرف موقوفاً على إجازة الاصيل .** (٧) .

واعتبرت الفقرة الثانية من م/٥٩٢ من القانون المدني العراقي التصرف الذي يبرمه أي من النواب المشار اليهم فيها ، موقوفاً على إجازة الأصيل . (٨)

ذلك لأن هذا التصرف لو كان داخلاً في حدود النيابة لما قام شك في أنه تصرف صحيح نافذ ، وما منع القانون لهذا التصرف بفرض قيد عام على النيابة ، إلا من أجل حماية الأصيل من نائبه ، بوضع هذا الأخير موضع من تجاوز حدود نيابته ، وبالتالي يكون هذا التصرف كما لو وقع من أجنبي بالنسبة للأصيل . (٩)

---

(١) د. مصطفى الجمال ، البيع ، المصدر السابق ، ص٨٣ . د. أسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٧٢ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٥٨ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٨ .د. شمس الدين الوكيل دروس في العقد ، ، المصدر السابق ، ص٨٧. د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٠١ . د. عبد العزيز عامر ، المصدر السابق ، ص١١٤ . د. خميس خضر ، المصدر السابق ، ص٨٤.

(٢) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٣. د. علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، ص٢٨ ، د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١٢٦ ، د. سمير عبد السيد تناغو ، المصدر السابق ، ص٢٦ . د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص٥٠ .

(٣) د. سليمان مرقس ، الالتزامات ، المصدر السابق ، ص٩٩ . د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص٦٧. د. أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص٦٧ . د. صلاح الدين الناهي ، المصدر السابق ، ص٦٨.

(٤) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤، المصدر السابق ، ص١٠٦ . د. أنور سلطان ، د. جلال العدوي ، البيع ، المصدر السابق ، ص١٣٣ . د. عبد المنعم البدراوي ، البيع ، المصدر السابق ، ص١٧٧-١٧٨.

(٥) انظر في ذلك د. السنهوري ، الوسيط ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص١٠٦ . د. أحمد حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص١٢٦. والمصادر المتقدمة . وانظر نص م/١٠٨ مدني ليبي . م/١٠٩ مدني سوري . م/ ٧٧ مدني جزائري . م/١١٥ مدني اردني .

(٦) انظر نص م/ ٤٧٠ مدني ليبي . م/ ٤٤٩ مدني سوري . م/٤١٢ مدني جزائري . م/ ٥٤٩ مدني أردني .

(٧) انظر نص م/٦٢ من القانون المدني الكويتي .

(٨) انظر نص الفقرة الثانية من م/ ٥٩٢ من القانون المدني العراقي .

(٩) للتوسع في موقف القانون المدني العراقي انظر بهذا الصدد د. عبد المجيد الحكيم ، الكافي ، المصدر السابق ، ص٢٤٢-٢٤٣. د. محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، بند ١٤٥ ، ص١٣٨ . د. عباس الصراف ، المصدر السابق ، ص٢٤٩-٢٥٠ . د. غني حسون طه ، البيع ، المصدر السابق ، ص٣٦٤. ويذهب رأي في الفقه العراقي الى ان بيع النائب لنفسه ، يكون العقد غير لازم . انظر د. حسن علي ذنون، البيع ، المصدر السابق ، ص٣٢٩ . وهذا الرأي محل نظر ذلك ان بيع النائب لنفسه يكون غير نافذ بحق الأصيل ، لعدم الولاية ، اما العقد غير اللازم فهو عقد صحيح نافذ .

وقد أختلف الفقه حول حكم التصرف القانوني الذي يبرمه النائب القانوني مع نفسه نيابة عن محجوره دون الحصول على إذن الجهة التي أوجب القانون الحصول على أذنها . فقد ذهب رأي الى القول بعدم انعقاد التصرف في هذه الحالة، فشرط الحصول على اذن جهة معينة ، شرط واقف يترتب على عدم تحققه عدم إنعقاد التصرف ، ولا ينتج التصرف أثره إلا بعد تحقق الشرط ، المتمثل في الحصول على اذن الجهة التي أوجب القانون الحصول على اذنها . وهو ليس بشرط فاسخ ، لان العقد في هذه الحالة يعتبر قائماً منتجاً لجميع اثاره حتى يتحقق الشرط الفاسخ ، وهو ما لا يمكن ان يطابق حالة هذا التصرف القانوني ، اذ ليس للأصيل الآخر او النائب أن يتمسك به ويطلب صحته ونفاذه قبل الحصول على الاذن المطلوب . (١)

ونعتقد أن هذا الرأي محل نظر ذلك أن عدم إنعقاد التصرف يعني بطلانه بطلاناً مطلقاً . والتصرف الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم ولا تصححه الاجازة في حين أن هذا التصرف تصححه الاجازة . كما وان العقد الباطل لا يمكن ان يعلق على شرط ، لعدم وجوده ، والعقد المعلق على شرط واقف هو عقد منعقد ولكنه غير نافذ . (٢)

ويذهب رأي آخر الى أن العقد الذي يبرمه النائب القانوني مع نفسه قبل الحصول على أذن الجهة التي حددها القانون لا يكون عقدا بالمعنى الصحيح ، ولكنه مجرد وعد متبادل بالتعاقد ، موقوف على شرط هو إذن الجهة التي حددها القانون فإذا حصل الاذن تحقق الشرط المعلق عليه والوعد واستطاع النائب القانوني (او الأصيل الآخر) ان يطالب بإتمام العقد ، اما اذا لم يحصل الاذن فمعنى ذلك عدم تحقق الشرط المعلق عليه الوعد وتحلل منه كل من طرفيه . ولم ينشأ أي أثر في حق الأصيل فهو لا ينفذ في مواجهته . (٣)

ويؤخذ على هذا الرأي ان الوعد المتبادل بالتعاقد عقد ، ويجوز لأي من طرفيه مطالبة الأخر بإتمامه ، وهذا لا يتفق مع حالة تعاقد النائب القانوني مع نفسه . (٤)

وذهب جانب من الفقه الى أن التصرف في هذه الحالة يكون صحيحاً غير نافذ . (٥) **ونميل الى ترجيح هذا الرأي الأخير كونه يتفق مع المنطق القانوني السليم وواقع حال هذا التصرف ، ذلك أن بإمكان الجهة التي خولها القانون حق منح الاذن أن تجيز هذا التصرف بعد وقوعه . كما أن النائب القانوني بإبرامه التصرف مع نفسه دون الحصول على الإذن المطلوب يكون قد تجاوز حدود نيابته فيكون تصرفه موقوفاً .**

ولم تتضمن م/ ١٨١ من القانون المدني الالماني الجزاء المترتب على التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه دون أن تخوله نيابته ذلك .

فذهب جانب من الشراح الالمان الى ان جزاء مخالفة المنع الوارد في المادة المتقدمة أنه البطلان أستناداً الى م/ ١٣٤ من هذا القانون ، التي تقضي بالبطلان المطلق لكل تصرف يخالف منعاً قانونياً . وذهب الجانب الاخر من الشراح الى أن حكم التصرف في هذه الحالة هو عدم النفاذ في حق الأصيل ما لم يقره ، وذلك لأنه تصرف بطريق النيابة دون صلاحيات فأن حكمه حكم تصرف النائب الذي تجاوز حدود صلاحياته . (٦)

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ((أن خطأ الحكم في قوله ان البطلان المنصوص عليه في م/٤٧٩ من القانون المدني هو بطلان مطلق ، مع أنه نسبي ، لا يكون له تأثير في مصير

---

(١) د. أنور سلطان ود. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص١٣٠.
(٢) أنظر نص م/ ٢٨٨ من القانون المدني العراقي .
(٣) د. عبد المنعم البراوي ، البيع ، المصدر السابق ، ص١٧٨.
(٤) أنظر نصوص المواد (٧٨، ٩١) من القانون المدني العراقي .
(٥) د. سليمان مرقس ، البيع ، المصدر لسابق ، بند١٤٦ ، ص٢٥٦ . د. مصطفى احمد الزرقاء ، المصدر السابق ، ص٢٩٢.

الحكم مادام هذا البطلان لم يزل لا برضاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد ولا بإجازة محكمة الاحوال الشخصية له)). [١]

وقضت هذه المحكمة ((أن تصرفات الولي بدون أذن المحكمة تكون باطلة نسبياً ، وان هذا البطلان شرع لمصلحة القاصر)) . [٢]

وقضت أيضاً ((أن عدم حصول الولي على إذن المحكمة يجعل تصرفه غير نافذ في حق القاصر ، ذلك أن الاذن ليس شرطاً وانما اجراء شرع لمصلحة القصّر)). [٣]

وقضت في قرار آخر ((أن عقد المقايضة الذي تبرمه الوصية دون إذن محكمة الاحوال الشخصية باطلاً نسبياً يصح بإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد)). [٤]

ومن هذه القرارات يتضح أن محكمة النقض قد اعتبرت التصرف القانوني الذي يبرمه النائب القانوني مع نفسه دون الحصول على موافقة محكمة الاحوال الشخصية باطلاً نسبياً لمصلحة القاصر .

وقضت محكمة التمييز في العراق ((أن الحظر الوارد في م/٥٩٢ من القانون المدني ، أنما يترتب على مخالفته أن يكون البيع موقوفاً على إجازة من يملك ذلك ، فإذا اجازه مَن تم البيع لحسابه ، وكان وقت الاجازة ، حائزاً للاهلية الواجبة ، نفذ البيع في حقه من تاريخ وقوعه عملاً بالفقرة الثانية من المادة اعلاه)). [٥]

وقضت المحكمة نفسها ((أن الحظر الوارد في م/٥٩٢ من القانون المدني على العقد الذي يبرمه الوكيل مع نفسه مقرر لمصلحة الموكل ، فإذا أجاز الموكل العقد نفذ في حقه)) . [٦]

وقضت أيضاً ((اذا تحقق المانع الادبي في الحصول على دليل كتابي لاثبات اجازة البيع الواقع من الوكيل مع نفسه فيجوز سماع البينة الشخصية لإثبات تلك الاجازة عملاً بالمادة ١٨/ثانياً من قانون الاثبات)). [٧]

فقضاء محكمة التمييز مستقر على أعتبار العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه دون أن تخوله نيابته ذلك موقوف على إجازة الاصيل .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء المسلمين على أن تصرف النائب مع نفسه مع نهي الموكل او عدم إذنه للوكيل ، او في حالة عدم شمول الوكالة نفس الوكيل يكون العقد فضولياً ، لوقوعه بالنحو غير المسموح به من قبل من هو ملزم بالوفاء بالعقد أذا تم ، او من له سلطة ايقاع العقد كالولي عن القاصر ، فيكون العقد غير نافذ في حق الاصيل ، أي موقوفاً على إجازته ، هذا عند من يذهب الى جواز تولي الواحد طرفي العقد . [٨]

---

(١) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٩٦- -م ق م – ١٤٣ – ٣٦٨ ، في ١٩٨٥/٢/٢٣، منشور في مجموعة د. كمال عبد العزيز ، المصدر السابق ، ص٤٩٨ .

(٢) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن ١٤٩٠ لسنة ٦١ ق . جلسة ١٩٩٢/١/٢٥ ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب، المصدر السابق ، ص٣١٢.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية ، في الطعن ٤٦٤ س٤٨ ق ، في ١٩٨٦/٦/١٥ ، منشور في مجلة مصر المعاصرة ، س١٨ ، ع٣ ، ص٣٢ .

(٤) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن ١٧٤٤ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/ ١١/١٨ ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب ، المصدر السابق ، ص٣١٣.

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٥٥ / موسعة اولى / ٩٣-٩٤ في ٣٠ /١٩٩٤/٥ ، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، ، القسم المدني ، المصدر السابق ، ص ٣٣- ٣٤ .

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٣٥١ / موسعة اولى / ١٩٩٩ في ١٩ /١٩٩٩/٨ ، القرار غير منشور .

(٧) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٩٣٧/ م٢٠٠١/١ في ٢٠٠١/٩/٧ ، القرار غير منشور .

(٨) وهم الامامية والمالكية والحنابلة انظر زين الدين الجبعي ، الروضة البهية ، ج٤، المصدر السابق ، ص٣٨٤ . اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق ، جواب س٨ . الخرشي ، شرح الخرشي ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص٧٧ . ابن قدامه ، المغني ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٩٩ .

وفي الاحوال التي يجوز فيها تولي عاقد واحد طرفي العقد عند القسم الاخر من الفقهاء .[١] عليه يمكن القول أن حكم منع تعاقد الشخص مع نفسه هو عدم نفاذ اثر تصرف النائب الذي أبرمه مع نفسه في حق الاصيل عند الامامية والمالكية والحنابلة . وكذلك هو الحكم عند الحنفية والشافعية في الاحوال التي يجيزون فيها تعاقد الشخص مع نفسه . ذلك ان النهي انما يؤثر الإبطال في العبادات ، واما في المعاملات فغاية ما يترتب عليه لحوق الاثم بالمخالف ، فيصح بيعه ولكنه لا ينفذ في حق الموكل الا ان يجيزه . وان اثم العاقد (الوكيل) . وذلك لصدوره من بالغ عاقل مختار ووقوع التصرف على عين يصح تملكها وينتفع بها ، وتقبل النقل من مالك الى آخر ، وأما الصحة فلثبوت المقتضي السالم عن معارضة، وكون الشيء غير مملوك للعاقد غير مانع من صحة العقد ، فأن المالك لو أذن قبل البيع لصح فكذا بعده ، اذ لا فارق بينهما .[٢]

وأن حكم تعاقد الشخص مع نفسه هو البطلان عند الحنفية والشافعية في الاحوال التي لا يجيزون فيها تعاقد الشخص مع نفسه .[٣]

الفرع الثاني

إجازة التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه

إذا ما أبرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه ، ولم تكن نيابته تخوله ذلك ، فقد ذهب الرأي الغالب في الفقه والتشريعات ، إلى عدم نفاذ أثر تصرفه في حق الأصيل ، والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هل إن الأصيل يملك إجازة هذا التصرف القانوني ؟

لا شك أن للأصيل أن يجيز هذا التصرف وينفذ بحقه ، والإجازة [٤] ، وهي تصرف قانوني انفرادي يصدر عن صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني موقوف النفاذ في حقه فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه آثاره كافة ، بأثر رجعي أو بأثر حالي حسب طبيعة التصرف الموقوف .[٥]

وغني عن البيان إن الأصيل هو صاحب الحق في الإجازة ، فهو من أراد القانون حمايته ، فجعل التصرف القانوني الذي ابرمه نائبه مع نفسه ، غير نافذ في حقه ، حفاظاً على حقوقه ، ورعاية لمصلحته ، فله أن يجيزه فينفذ في حقه أو أن يبطله ، شريطة أن يكون الأصيل كامل الأهلية وقت الإجازة أو الإبطال .[٦]

---

(١) وهم الحنفية والشافعية ، انظر السرخسي ، المبسوط، ج١٩ ، المصدر السابق ، ص٣٢ . الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٣٥٢.

(٢) الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناضرة ، ج١٨ ، المصدر السابق ، ص٣٧٨

(٣) الزيلعي ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٢٧٠ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣١٨ .

(٤) ويذهب رأي في الفقه إن التسمية القانونية الصحيحة لإجازة التصرف الموقوف هي إقرار ، والتي يراد بها إضافة الأصيل تصرفاً إلى إلى نفسه ما كان نافذاً في حقه ، في حين إن الإجازة تستعمل لإجازة العقد القابل للإبطال. أنظر د. توفيق حسن فرج، عقد البيع، المصدر السابق، ص١٣٥. د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص١٦٥. د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٤ . د. جمال مرسي بدر، المصدر السابق، ص٢٣٢، هامش رقم (١).د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، إجازة العقد القابل للإبطال، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٨٣، ص١٢. إلا أن الفقهاء المسلمين استعملوا تعبير الإجازة في حالة العقد الموقوف. انظر زين الدين العاملي، مسالك الأفهام، ج٣، المصدر السابق، ص١٥٨. الميرزا محمد علي التوحيدي، مصباح الفقاهة في المعاملات، تقريرات أبحاث آية الله العظمى الخوئي، ج٤، مؤسسة أنصاريان، إيران، ١٣٧٣هـ، ص١٣٣. السبزواري، المصدر السابق، ص٢١٤، مسألة ٣٤. وقد تأثر المشرع العراقي بالفقه الإسلامي، فاستعمل تعبير الإجازة بالنسبة لإقرار العقد الموقوف. انظر المواد ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦ ، ٩٢٨ من القانون المدني العراقي . على أننا إن استعملنا تعبير الإجازة فذلك تمشياً مع القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي.

(٥) د. محمد زكي عبد البر ، العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، س٢٥ ، ع ١ ، ٢ ، آذار ، حزيران ، ١٩٥٥ ، ص٤١. د. أنور سلطان، المصدر السابق، ص٣٦. د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، ص١٥٧.

(٦) صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني ، ط١ ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص١٢٤. د. عبد الرحمن جمعه الحلالشة، بيع ملك الغير، ط١، دار وائل، عمان، ١٩٩٨، ص٢٦٧. منير القاضي، ملتقى البحرين، المصدر السابق، س ٢٦٦ .

وحتى تنتج الإجازة أثرها لابد من أن يتوافر فيها الشروط الآتية :

أولاً: قبول التصرف للإجازة وقت صدورها ، ذلك أن التصرف القانوني أن لم يكن له مجيز وقت صدوره كما لو كان النائب هو وصي مختار وباع مال محجوره لنفسه ببدل المثل ففي هذه الحالة لا تستطيع المحكمة ، أو مديرية رعاية القاصرين (في العراق) ، إجازة تصرف الوصي ، ذلك أن القانون أوجب أن يكون في التصرف في مثل هذه الحالة خير لليتيم (الأصيل / القاصر) لا أن يكون التصرف ببدل المثل . (١)

ثانياً: قيام أطراف التصرف (النائب والأصيل أو الأصيلين) وقت صدور الإجازة فلو مات أحدهم قبل صدورها ممن يملكها، فلا تصح الإجازة ولا يقوم الورثة مقام من مات. (٢) **ذلك إن الإجازة كالتوكيل ، والتوكيل لابد فيه من قيام أطراف التصرف .** (٣)

ثالثاً : قيام محل التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه ، كالمبيع إذا كان التصرف بيعاً ، فلو هلك قبل إجازة الأصيل فلا تصح الإجازة ، فأن هلك في يد الأصيل هلك عليه ، وان هلك في يد نائبه ضمنه ، وان هلك في يد الأصيل الآخر بعد التسليم فالمالك بالخيار إن شاء ضمن النائب وان شاء ضمن الأصيل الآخر . (٤)

وان محل الإجازة هو التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، ذلك إن الإجازة لا ترد على العقد الباطل أو العقد النافذ . فالإجازة لا تخلق من العدم وجوداً ، ولا تنشئ تصرفاً قانونياً موجوداً ، وإنما ترد على تصرف قانوني صحيح إلا انه غير نافذ . (٥)

ويلزم أن يكون التعبير الإرادي كافياً لبيان نية الأصيل المتجهة إلى الإجازة ، فضلاً عن تعيين محل الإجازة ، حيث يتحدد في النزول عن الحق في إبطال عقد معين ، ويقتضي ذلك تحديد العقد الذي تتجه إرادة المجيز إلى النزول عن التمسك بإبطاله . (٦)

والإجازة تعبير واجب التسلم ، ويذهب رأي في الفقه إلى أن الإجازة في حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، يجب إن توجه إلى النائب لا إلى شخص آخر ، وذلك لأنه في حالة التعاقد مع النفس يكون ((الغير المتعاقد)) هو النائب نفسه، ولهذا يقتصر أثر الإجازة على العلاقة الداخلية ، أي علاقة النائب بالأصيل . (٧)

ويؤخذ على هذا الرأي انه ان صح في حالة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه فأنه لا يصح في حالة تعاقد الشخص مع نفسه لغيره ففي هذه الحالة الأخيرة يكون الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية (الغير) هو الأصيل الآخر .

والإجازة تصرف قانوني لازم مما يمتنع معه على المجيز الرجوع فيه ، لذلك فهي لا تقع إذا احتفظ المجيز بحقه في الرجوع فيها . (٨)

والأصل إن الإجازة تصرف قانوني رضائي ، لا يشترط القانون فيها شكلاً معيناً ، لذلك يجوز إن تتم بالقول أو بالفعل أو بالإشارة المتداولة عرفاً ، ذلك إن القانون يجيز التعبير الضمني عن الإجازة ، وجواز ذلك يتنافى مع القول بوجوب شكل معين للإجازة. (٩)

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٢٧٧ . د. منذر الفضل، المصدر السابق، ص٢٠٥.
(٢) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٢٧٨. صلاح الدين شوشا ري، المصدر السابق، ص١٢٨.
(٣) منير القاضي ، شرح المجلة ، المصدر السابق ، ص٢٧. عارف العارف، المصدر السابق، ص٢١٣.
(٤) د. حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص١٣٨. د. محمود سعد الدين الشريف، المصدر السابق، ص٢٧٩.
(٥) د.إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٦٥. د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص٢٥٤.
(٦) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المصدر السابق ، ص٢٠ .د. محمد جبر الألفي ، التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي منه ، بحث مستل ، مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، س١١،ع٤ ، ديسمبر ١٩٨٧،ص٢٥٠.
(٧) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٨٤.
(٨) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص٢٧١.
(٩) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، بند ٢٦٩. د. محمد وحيد سوار، المصدر السابق، ص٢٢٩، هامش رقم (٢).

ويجوز إن يكون التعبير عن الإجازة ضمنياً ، ويعتبر تنفيذ الأصيل للتصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه اختيارياً بمثابة ظرف له أهميته في الدلالة على الإرادة الضمنية بإجازة هذا التصرف .[١]

والأصل إن الإجازة لا تفترض ، فتنفيذ الأصيل للتصرف القانوني لا يصلح في حد ذاته قرينة على الإجازة ، إذ يلزم استخلاص نية النزول عن الحق من وقائع تؤكد تحققها . والتنفيذ وحده لا يكفي للتعبير عن هذه النية ، إلا إذا اقترنت به ظروف تؤكد بوضوح نية النزول عن التمسك بإبطال التصرف . عليه لا يعتد بقيام الطرف الآخر (النائب أو الأصيل الآخر) بتنفيذ العقد ، ويتم التنفيذ من جانب المدين بقيامه بالوفاء بالالتزام . ومن جانب الدائن باستيفاء حقه ، أو باتخاذه الإجراءات القانونية اللازمة للمطالبة بحقه . ولا يلزم اشتراك الطرف الآخر في التنفيذ إذا كان التصرف بالنسبة له صحيحاً .[٢]

ويشترط إن يكون هذا التنفيذ اختيارياً، فإذا تم تحت تأثير تهديد، فأنه لا يصلح للدلالة على ثبوت نية الإجازة .[٣]

ويستخلص التعبير الضمني عن الإجازة من أي عمل يتضمن بالضرورة نية صاحبه في النزول عن حقه في التمسك بإبطال العقد، ولا يكفي مجرد سكوت صاحب الحق في الإجازة مهما طالت مدته في إظهار نية إجازته للتصرف، إلا إذا اقترن سكوته بظروف يستدل منها على نية الإجازة.[٤]

ولصاحب المصلحة من الطرفين (الأصيل الأول أو الثاني أو النائب) إن يتمسك إما بصدور إجازة التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه ، تفاديا للحكم بإبطال العقد ، وإما بانتفاء الإجازة تمسكا بإبطال العقد ، ويتجه الفقه والقضاء إلى أن الطرف الآخر غير المجيز هو الذي يتحمل عبء إثبات صدور الإجازة من جانب الطرف الذي تقرر الإبطال لمصلحته ، وذلك لان من يدعي أمرا يخالف الثابت حكماً أو فعلاً يقع عليه عبء إثبات ذلك .[٥]

وعلى الطرف الذي يدعي صدور الإجازة ، إن يثبت علم المجيز بالعيب الذي شاب التصرف القانوني ، ويجوز للمدعي الاستعانة بالقرائن ، كما لو كان العيب ظاهراً . وان يثبت أيضا صدور الإجازة من الطرف الذي تقرر الإبطال لمصلحته ، مع ثبوت علمه بالعيب الذي أدى إلى جعل التصرف القانوني قابلاً للإبطال ، يفيد توافر نية الإجازة .[٦]

وحيث إن الإجازة تعدّ تصرف قانوني انف رادي صادر من المجيز وحده ، ويعتبر الطرف الآخر بالتالي من الغير ، وعلى ذلك فأن الإجازة تمثل بالنسبة له ، واقعة قانونية يجوز له إثباتها بجميع طرق الإثبات القانونية حيث يستحيل عليه الحصول على دليل كتابي .[٧]

إما إذا ادعى المجيز الإجازة ، تعين عليه إثباتها بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على خمسة ألاف دينار .[٨]

---

(٢) د. السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ف ٦٢٢. د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، بند٢٦٩. د. نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص٩٦.

(٣) د. أحمد حشمت أبو ستيت ، المصدر السابق ، ف ٢٦٤. د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ف ٢٦٥.

فالسكوت يترتب عليه سقوط حق الأصيل في طلب إبطال التصرف .

(٥) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٥٦٦ . د. أحمد حشمت أبو ستيت، المصدر السابق، ف ٢٦٤.

(٦)Planiol et Ripert par esemein . op . cit . T . ٦ . p . ٣٠٨ .

(٧) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٥٧٠ . د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص٣٤٣. وانظر نص م/ ٧٦ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٨) انظر نص الفقرة ثانيا من م/٧٧ من قانون الإثبات العراقي .

وإذا ما أستعمل الأصيل خيار الإجازة ، وكانت مستجمعة للشروط التي يتطلبها القانون فيها ترتب عليها نفاذ التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه في حق الأصيل ، وترتبت عليه آثاره القانونية كافة ، بأثر رجعي ، من وقت صدور التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه . لا من وقت الإجازة ، فالإجازة كاشفة عن العقد لا منشئة له ، ذلك إنها تكشف عن رضا الأصيل لو التفت إلى العقد حين وقوعه ، وهذا الرضا مقارن للعقد ، فيكون العقد التام هو سبب الملك ، ولكنه تام وجب ترتب آثاره عليه في حينه . (١)

والأثر الرجعي للإجازة ، يقتصر على علاقة الأصيل المقر بالطرف الآخر ، ولا يتعداهما إلى شخص آخر يكون قد تلقى من الأصيل قبل الإجازة حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي للإجازة ، فإذا تعاقد النائب مع نفسه ، على بيع منقول يملكه الأصيل ، وكانت نيابته لا تخوله ذلك ، وقبل إن يجيز الأصيل تصرف النائب مع نفسه باع هو المنقول إلى شخص من الغير أو انشأ له حقاً عليه ، ثم أجاز الأصيل التصرف الذي ابرمه نائبه مع نفسه ، فأن هذه الإجازة لا تؤثر في حق المشتري من الأصيل . وإذا كانت العين عقاراً، فأن التفاضل يكون بالأسبقية في التسجيل أو القيد، تسجيل إقرار الأصيل للبيع الصادر من النائب مع نفسه أو تسجيل العقد الصادر من الأصيل نفسه أو قيده. (٢)

وإذا ما أجاز الأصيل تصرف النائب سرى في مواجهته وما كان للنائب أن كان هو الطرف الآخر أو للأصيل الآخر الذي كان التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه نافذاً بحقه من حيث الأصل ، أن يتنصل منه ، بحجة أن النائب قد خرج به عن حدود سلطاته ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . (٣)

والأصيل الذي له حق الإجازة يكون بالخيار بين إن يرفض التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه أو يقبله بالصورة التي تم بها على يد النائب ، ولا يجوز له إن يعدل فيه . (٤)

أما إذا أختار الأصيل إبطال التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه بطل هذا التصرف وعدَّ كأن لم يكن ، من الوقت الذي ابرمه النائب فيه ، متى كان الأخير لا يملك مكنة إبرامه في ذلك الوقت . (٥)

على أن خيار إجازة التصرف القانوني أو إبطاله يجب إن يتم استعماله خلال المدة القانونية ، وقد حددتها العديد من التشريعات بثلاثة أشهر ،كالقانون المدني الكويتي والقانون المدني السوداني والقانون المدني العراقي . وتبدأ هذه المدة من تاريخ علم الأصيل بإبرام النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه دون إن تخوله نيابته ذلك . وقد قننت الأحكام المتقدمة المواد ٦٢، ١٨٢ ، ٥١٤ ، من القانون المدني الكويتي . (٦)

كما قننت الأحكام المتقدمة المواد ١٣٦ ، ٥٩٢ من القانون المدني العراقي ، حيث نصت المادة الأولى ((١. إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة . ٢. يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر. فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر العقد نافذاً . ٣. ويبدأ سريان المدة إذا

---

(١) د. توفيق حسن فرج ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٨٦ . د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص٧٨٤. د. محمد جبر الألفي، المصدر السابق، ص٢٥٥. د. عبد الرحمن جمعه الحلالشة، المصدر السابق، ص٢٧٢.

(٢) د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٦٥-١٦٦ . د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، المصدر السابق، ص٢٠٣. د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، ص١٥٧. د. عبد المجيد الحكيم، الكافي، المصدر السابق، ص٢٤٣. د. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص١٩٨.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٣.

(٤) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٧٥ .

(٥) د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية ، المصدر السابق ، ص٢٩ . د. حسين النوري، المصدر السابق، ص١٧١.

(٦) تقابلها في القوانين العربية م/ ١٧٥ مدني أردني ، م/ ٨٨ /٣ و م / ٨٩ /٢ مدني سوداني . م/ ٣٧ من قانون الالتزامات والعقود المغربي. م/ ٢١٧ من قانون المعاملات المالية الإماراتية. وجدير بالذكر إن القانونين الأردني والإماراتي لم يحددا مدة يجب إن يستعمل خيار النقض أو الإجازة خلالها. انظر بهذا الصدد محمد عبد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، ط٢، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٦٦، ص٥٨٩ وما بعدها كما أن القانون المدني الكويتي قد أستعمل تعبير الإقرار بدلاً من الإجازة. .

كان سبب التوقف... انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد)) . وحسناً فعل المشرع العراقي بتحديد مدة معينة يجب على الأصيل خلالها إن يحدد موقفه من التصرف القانوني الذي أبرمه نائبه مع نفسه ، حتى لا يضل العقد غير نافذ ومهدد بالزوال مدة غير محددة .

وقضت محكمة النقض المصرية ((أن إقرار الموكل عقد البيع الذي أبرمه وكيله مع نفسه يرتد أثره إلى الوقت الذي أبرم فيه الوكيل العقد مع نفسه فيعتبر التصرف ، نافذاً في حق الموكل من هذا الوقت)) [١]

وقضت أيضاً ((متى جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الموكل الذي له الخيار بين إجازة هذا التصرف بقصد إضافة أثره إلى نفسه أو طلب إبطاله))[٢]

وقضت محكمة التمييز الأردنية ((أن قناعة محكمة الموضوع بما لها من صلاحية في تقدير البينة بأن المدعيتين أجازتا عقد الإيجار الذي عقده وكيلهما مع نفسه ، وحيث إن الإجازة تكون بالقول أو بالفعل أو بأي لفظ يدل عليها صراحة أو دلالة عملاً بحكم المادة (١٧٣) من القانون المدني ، وبما أن الأجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، عليه تعتبر دعوى منع المعارضة غير مبنية على أساس لثبوت الإجازة)). [٣]

وقضت هذه المحكمة أيضاً ((أن بيع النائب مال موكله لنفسه يكون موقوفاً على إجازة الأصيل- المالك - فأن لم تلحقه الإجازة ، فأن البيع لا يعتبر نافذاً)) [٤]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((إذا باع الوكيل مال موكله إلى زوجته بغبن فاحش فيعتبر هذا التصرف تجاوزاً لحدود وكالته ويتوقف نفاذه بحق الموكل على إجازته)). [٥]

وقضت ايضاً ((إذا أبرم الوكيل عقد الرهن الموكل فيه مع نفسه ، فأن طلب الموكل من وكيله تسليمه بدل رهن عقاره يعتبر إجازة لعقد الرهن الذي أبرمه الوكيل مع نفسه ، وتعود حقوق عقد الرهن وآثاره للموكل)). [٦]

ويربط الفقهاء المسلمين بين العاقد والعقد والمعقود عليه، واشترطوا إن يكون للعاقد ولاية على كل من العقد والمعقود عليه ، فولاية العاقد على العقد هي الأهلية ، وولايته على المعقود عليه هي الملك الخالص . فأن أختلت الولاية على المعقود عليه بأن كان المحل غير مملوك للعاقد أو كان مملوكاً له وتعلق به حق الغير ، كان العقد موقوفاً . [٧]

ويذهب الفقهاء المسلمين إلى امكان إجازة العقد الموقوف ، وهذه الإجازة تكون بالقول أو بالفعل ، وأي لفظ يدل عليها يكفي . وقد تكون الإجازة صريحة وقد تكون ضمنية. إلا أن سكوت الأصيل بعد علمه بتصرف نائبه مع نفسه لا يعدّ إجازة . [٨] ولا يكفي في تحقق الإجازة الرضاء الباطني بل لا بد من الدلالة عليه . [٩]

---

(١) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٠٥ في ١٤ آب ١٩٧٨ . منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والإبرام في المواد المدنية، ج٥، دار النشر للجامعات المصرية، ص٣٥٠.

(٢) انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ١١٢٥ س٤٨ ق ، في ٢ حزيران ١٩٨٢ . منشور في مجموعة الأستاذ أنور طلبه ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص٢٥١.

(٣) قرار محكمة التمييز الأردنية ، تمييز حقوق رقم ٩٩/١٢٥٣ في ١٩٩٩/١٠/١٥ . منشور في المجلة القضائية ، يصدرها المعهد القضائي الأردني ، س٤ رمضان ، ع١ ، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ، عمان ، ص١٣٨ .

(٤) قرار محكمة التمييز الأردنية ، تمييز حقوق رقم ٢٠٠٠/٣٦١ في ٢٠٠٠/٧/٢٤ . منشور في المجلة القضائية ، المصدر السابق ، ع٤، ٢٠٠١ ، ص٦٨.

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٠٣/م ٢ عقار /٨٢ في ١٩٨٢/١٠/٢١. منشور في المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، التمييز، القسم المدني ، إعداد القاضي إبراهيم المشاهدي ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص٧٤٠.

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٣٥/ م٢عقار/١٩٩٧ في ١٩٩٧/٤/٨ . القرار غير منشور .

(٧) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٤، المصدر السابق ، ص٢٦٣-٢٦٤.

(٨) آية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق ، جواب س ٨. ابن عابدين ، رد المحتار ، ج٤، المصدر السابق ، ص٢١٨ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج٣، المصدر السابق ، ص١٢.

(٩) السبزواري ، المصدر السابق ، ص٢١٤، مسألة ٣٣.

ويشترط الفقهاء المسلمين لصحة الإجازة قيام أطراف التصرف وقت صدورها ، وقيام محل التصرف وكذلك الثمن لو كان عيناً، وان يكون للتصرف مجيز وقت صدوره .[١]

فإذا ما أجاز الأصيل تصرف نائبه وكانت الإجازة مستجمعة لشرائطها نفذ تصرف النائب الذي جاوز به حدود نيابته إذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة. وينفذ تصرف النائب بأثر رجعي، مستنداً إلى وقت صدوره ، إما إذا رد الأصيل التصرف وأعلن عدم إجازته له، فأن التصرف يسقط ولا يستطيع الأصيل إجازته بعد رده .[٢]

والإجازة كاشفة عن صحة العقد ، فنماء الثمن من حين العقد إلى حين الإجازة ملك مالك المبيع ونماء المبيع ملك للمشتري .[٣]

ولم يحدد جمهور الفقهاء المسلمين وقتاً يتعين على الأصيل خلاله إن يحدد موقفه من التصرف الذي أبرمه نائبه مع نفسه .[٤]

وقد ذهب المالكية، وابن أبي ليلى، إلى أن علم الأصيل بتصرف النائب، وسكوته كما لو تم التصرف بحضرة الأصيل، أو بغيابه وعلم به بعد ذلك وسكت مدة طويلة، قيل هي العام، عدّ سكوته في حكم الإجازة.[٥]

المطلب الثاني

المسؤولية الناشئة عن تعاقد الشخص مع نفسه

قد ينشأ عن إبرام النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، لنفسه أو لغيره ، ضرر ، يصيبه أو يصيب احد الأصيلين فمن يتحمل مسؤولية هذا الضرر؟

وحيث إن أطراف العلاقة العقدية في هذه الحالة هم النائب والأصيلين ، عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول منهما لبحث مسؤولية الأصيل ، ونفرد ثانيهما لبحث مسؤولية النائب .

الفرع الأول

مسؤولية الأصيل [٦]

قد يترتب على قيام النائب بأعباء نيابته وتعاقده مع نفسه لغيره أن يصيب الأصيل الآخر ضرر جراء ذلك . وقد يصيب النائب نفسه ضرر جراء ذلك . عليه سنتناول ذلك في فقرتين مستقلتين :

أولاً : مسؤولية الأصيل الأول تجاه الأصيل الثاني .

---

(١) محمد الجواد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص١٨٧ . ابن قدامة ، المغني ، ج٥، المصدر السابق ، ص٤١٥. ابن الهمام ، فتح القدير ، ج٥، المصدر السابق ، ص٣١٢-٣١٣.

(٢) آية الله العظمى ناصر مكارم الشيرازي ، أنوار الفقاهة ، ج١، المصدر السابق ، ص٣١٧.

(٣) السبزواري ، المصدر السابق ، ص٢١٤، مسألة ٣٣ . السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢، المصدر السابق ، ص٧٧ ، مسألة ٧٣.

(٤) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص١٧٨.

(٥) د. صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج١، ط٢،دار العلم للملايين ، ١٩٧٢ ، ص٧٣.

(٦) سيقتصر بحثنا على ما يتعلق بموضوع البحث تاركين ما عداه الى مضانه في النظرية العامة للالتزام .

قد يصوغ الأصيل تفويضه للنائب في عبارات عامة ، لا تتفق مع قصده ولم يكاشف نائبه بحقيقة ما أراد ، وابرم النائب التصرف المناب فيه مع نفسه لغيره ظاناً بحسن نية أن ذلك يدخل ضمن حدود نيابته ، وكان الأصيل الآخر قد أعتقد بحسن نية أن نيابة النائب تخوله إبرام التصرف مع نفسه نيابة عنهما .[1] فما هي مسؤولية الأصيل الأول باعتباره لم يحدد نيابة نائبه بشكل دقيق ومحدد .

ففي هذه الحالة تحقق مظهر كاذب بالنسبة للنائب ، وعندئذٍلا يكون على النائب تثريب ، إذا ما أبرم التصرف المناب فيه مع نفسه ، لاعتقاده بحسن نية إن نيابته تخوله ذلك وليس على الأصيل الآخر جناح ، إذا ما وثق في تصرف النائب على هذا النحو ، مادام إن هذا الأصيل هو الآخر قد كان حسن النية أيضا . فيكون الأصيل الأول هو المقصر ويتحمل وزر خطئه، فالأمر في هذا الفرض لا يعدو إن يكون صورة من صور التحفظ الذهني الذي لا يجهر به صاحبه فلا ينفذ بحق الأصيل الآخر.[2]

وفي النيابة الاتفاقية، قد يصدر الأصيل إلى نائبه تعليمات معينة خاصة بكيفية استعمال النائب للسلطة المخولة له في إبرام العقد عنه، كأن يحدد الموكل للوكيل بالشراء ثمناً أقصى لا يجوز تجاوزه أو يحدد للوكيل بالبيع ثمناً أدنى لا يجوز النزول عنه فإذا وردت هذه التعليمات في سند النيابة ذاته فلاشك في أنها تكون محددة لسلطة النيابة المقررة للوكيل. أما إذا خلا سند النيابة من ذكرها، فأن أثر هذه التعليمات يقتصر على العلاقة الداخلية بين الأصيل والنائب بحيث إذا أخل بها النائب كان مسؤلا قبل الأصيل.[3]

وكما إن النيابة الاتفاقية وهي مقيدة بالحدود التي حددها بها الأصيل قد تكملها نيابة قانونية فيما يجاوز هذه الحدود، فالوكيل الذي يتجاوز حدود الوكالة، يضل نائباً عن الموكل إذا توافرت في التصرف الذي أبرمه مع نفسه باسم الموكل شروط الفضالة فالفضولي نائب عن رب العمل فيما يبرمه من عقود باسمه، نيابة قانونية، وعلى ذلك إذا ما أبرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لنفسه أو لغيره، وعَّدالنائب متجاوزاً حدود نيابته في ذلك، إ لا أنه ليس هناك ما يمنع من نفاذ أثر هذه المجاوزة في حق الأصيل إذا ما انطوت على نفع له وكان من المستحيل على النائب أن يخطر الموكل بذلك سلفاً.[4]

وقد تنتهي نيابة النائب التي كانت تخوله حق إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه بموت الأصيل أو عزله للنائب، دون إن يعلم الأخير أو الأصيل الثاني بموت الأصيل الأول أو عزله للنائب، وقد تكون النيابة التي منحها الأصيل لنائبه قد خوله فيها حق إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، ثم أصدر لنائبه تعليمات حجب فيها عنه مكنة التعاقد مع نفسه، دون إن يعلم النائب أو الأصيل الآخر بهذه التعليمات.

فإذا ما أستمر النائب في العمل باسم الأصيل رغم انقضاء النيابة، أو رغم حجب مكنة التعاقد مع النفس، فإذا كان الأصيل الثاني عالماً بانقضاء النيابة أو بحجب مكنة التعاقد مع النفس عن النائب، ومع ذلك أناب نفس النائب لإبرام التصرف القانوني مع نفسه نيابة عنهما، فأنه لا يجوز له التمسك بانصراف اثر تصرف النائب إلى ذمة الأصيل الأول، حتى إذا كان النائب حسن النية، جاهلاً بهذه الوقائع، ذلك إن استغلال الأصيل الثاني جهل النائب وسعيه إلى إبرام العقد مع الأصيل الأول عن

---

(١) ان هذا الفرض لا يكون إلا في ظل التشريعات التي لم تورد نصاً عاماً تمنع بموجبه تعاقد الشخص مع نفسه ، وفي حالة النيابة الارادية، وذلك لأن القانون هو الذي يحدد حدود النيابة القانونية والقضائية ، وبالتالي لا يجوز مخالفة القانون أو ادعاء الجهل به . انظر في ذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٢ . د. شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، المصدر السابق ، ص٨١. د. رمضان أبو السعود ، المصدر السابق ، ص٦٩.

(٢) د. عبد الباسط محمد الجمعي ، المصدر السابق ، ص٣٤. د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٥٧. د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق ، ص٧٧٠. د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص١٠٤.

(٣) د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٦٤.

(٤) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٣٥. د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٢٠٢ . د. توفيق حسن فرج، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٨٦.د. جلال العدوي ، المصدر السابق ، ص٢٢١ . د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٩٧. د. عبد المنعم البدراوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٥٦.

طريق هذا النائب، يعدّ غشاً مفسداً لتصرفه وخطأ من جانبه يتحمل هو وزره، ذلك إن الإنابة تكون موجهة إلى الغير من حيث الأصل. (١)

أما إذا كان كلا من النائب والأصيل الثاني يجهل انقضاء النيابة، أو حجب مكنة التعاقد مع النفس عن النائب، نفذ العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه بحق الأصيل الأول أو ورثته، وذلك حماية لحسن النية ولضمان استقرار المعاملات. (٢)

ذلك أن الأصيل في هذه الحالة يكون قد أرتكب خطأ، إما بتسببه في قيام مظهر كاذب أطمئن إليه الأصيل الثاني، وأناب ذات النائب لإبرام التصرف القانوني نيابة عنهما على أساسه، أو بعزله للنائب، أو إصداره تعليمات حجب فيها عن النائب مكنة التعاقد مع نفسه التي كان قد منحها له في سند النيابة دون أن يعلن النائب بالعزل أو بالتعليمات، ونتيجة هذا الخطأ، قد يرى القاضي إن خير تعويض هو إن يضيف اثر التصرف إلى الأصيل. (٣)

ونعتقد في مثل هذه الأحوال يجب البحث في كل حالة على حدة، فهنا خطأ مشترك من الأصيل والنائب، فإذا ما أستغرق خطأ الأصيل خطأ النائب سرى تصرف النائب في حقه. وإذا ما أستغرق خطأ النائب خطأ الأصيل، لم ينفذ تصرف النائب في حق الأصيل وتحمل النائب مسؤولية خطأه تجاه الأصيل الآخر، إن كان قد تولى إبرام التصرف القانوني نيابة عن طرفيه فهي إذن مسألة موضوعية تترك لسلطة القاضي التقديرية.

وقد يحدث إن ينيب الأصيل عنه نائباً ويخوله إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لنفسه أو لغيره، وإبرام النائب التصرف المناب فيه مع نفسه لغيره، ولحق الأصيل الآخر ضرر نتيجة خطأ تقصيري وقع من النائب بمناسبة إبرام التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه.

ويذهب الفقه إلى إقامة مسؤولية الأصيل الأول في هذه الحالة على ما بين الأصيل والنائب من علاقة المتبوع بالتابع، ويجعلون مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير الناشئة عن علاقة التبعية. (٤)

إلا انه لا يمكن إطلاق هذا الرأي ذلك إن ليس كل نائب اتفاقي هو تابع للأصيل ذلك إن لعلاقة التبعية عناصر – منها الإشراف والتوجيه- قد لا تتوافر في كثير من الحالات فيما بين الأصيل ونائبه الاتفاقي من علاقة، وعلى هذا فأن مسؤولية الأصيل عن خطأ نائبه متوقفة على توافر علاقة التبعية بينهما بعناصرها المتميزة بصرف النظر عن وجود علاقة النيابة. (٥)

ثانياً : مسؤولية الأصيل تجاه النائب .

قد يحدث إن يصاب النائب بضرر بسبب تنفيذ الوكالة، بإبرام التصرف المناب فيه مع نفسه ، وبحسب توجيهات الأصيل، تنفيذاً معتاداً، ودونما خطأ منه، يقرر الفقه إن الأصيل هو الذي يتحمل مسؤولية هذا الضرر الذي لحق بالنائب، نتيجة قيامه بأعباء الوكالة بحسب ما هو معتاد، ودون إن يرتكب خطأ في ذلك. (٦)

---

(١) د. عبد الباسط الجمعي ، المصدر السابق ، ص٧ .د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٦٨. د. عبد الناصر توفيق العطار ، المصدر السابق ، ص١٠٦.د. محمود سعد الدين الشريف ، المصدر السابق ، ص١٣٤. د. مختار القاضي ، المصدر السابق، ص٥٨.

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص٦٥٨ . د. حسن علي ذنون ، المصدر السابق ، ص٤٧ . د. غني حسون طه ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٣٥ . د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق ، ص٨٣.

(٣) د. أحمد حشمت أبو ستيت ، المصدر السابق ، بند ١٣٠ ، ص١٢٢ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٢٠٣ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، بند ٤٨.

(٦) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٣. د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٢٠٣ .د. جميل جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٤٨٧.

ويشترط لتحقق هذه المسؤولية توافر الشرطين الآتيين:

١. أن يكون تنفيذ الوكالة هو السبب في الضرر.

ان يكون تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً هو السبب المباشر في الضرر ، فإذا خرج الوكيل في تنفيذ الوكالة عن السلوك المعتاد، وأصيب من جراء ذلك بضرر، لم يكن مسؤلاً، إما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر، انتفت مسؤولية الموكل، حتى لو كان الضرر قد تحقق في مناسبة تنفيذ الوكالة. (١)

ولما كان الموكل، في مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب الوكيل، إنما يتحمل تبعة هي اقرب إلى الضمان منها إلى المسؤولية، فالتوسع في هذه المسؤولية إلى حد إن تشمل الضرر الذي يصيب الوكيل بمناسبة تنفيذ الوكالة هو توسع خطير في نطاق هذه المسؤولية، ذلك إن الوكيل ليس أجدر بالرعاية من العامل في عقد العمل، والعامل إنما يعوض عن الضرر الذي يصيبه في أثناء العمل بقدر محدود (٢).

ويضرب الأستاذ السنهوري مثالاً لهذه المسؤولية، كما لو وكل شخص وكيلاً في شراء سيارة، وفي حالتنا يفترض انه اشتراها من أصيل آخر وذلك بإبرام التصرف القانوني مع نفسه نيابة عنهما، وفي أثناء تجربته للسيارة التي أعتزم شرائها للموكل دهس شخصاً في الطريق، فتحققت مسؤوليته باعتباره حارساً للسيارة لا بناء على خطأ ثبت في جانبه، فأنه يكون مسؤلا عن التعويض نحو المصاب، ويرجع بهذا التعويض على الموكل، إذ هو ضرر أصابه وخسارة تحملها بسبب تنفيذه للوكالة تنفيذاً معتاداً. (٣)

إما إذا ثبت خطأ في جانب الوكيل فأن الموكل لا يكون مسؤولا، فشرط تحقق مسؤولية الموكل ألا يثبت خطأ في جانب الوكيل. وإذا ما كان تنفيذ الوكالة في ذاته يحقق مسؤولية الوكيل المدنية أو الجنائية (٤)**، فان الموكل في اعتقادنا لا يكون مسؤولا إلا عن تعويض الوكيل عما لحق به من خسارة نتيجة المسؤولية المدنية إذ ليس للوكيل إن يرتكب جريمة جنائية بحجة تنفيذ الوكالة.**

وإذا كان الوكيل بين إن ينقذ مالاً مملوكاً له أو مالاً في يده للموكل، أو كان في وسعه إن يتحاشى هلاك مال الموكل باستعمال ماله الخاص، فهو لا يلزم بذلك، فإذا ما فعل الوكيل ذلك وأنقذ مال الموكل بتضحيته بماله الخاص، كان هذا ضرراً أصابه بسبب تنفيذ الوكالة، وجاز له أن يرجع بالتعويض على الموكل. وإذا ضيع الوكيل على نفسه صفقة حتى يحقق للموكل ربحاً أكبر مما خسره هو بسبب ضياع الصفقة عليه كان له أن يرجع على الموكل بتعويض هذه الخسارة. (٥)

إما إذا لم يكن تنفيذ الوكالة هو السبب المباشر في الضرر الذي لحق بالوكيل، فأن الموكل لا يكون مسؤلا، ولو كان الضرر قد وقع في مناسبة هذا التنفيذ، فإذا وكل شخص وكيلاً عنه ليشتري له مالاً معيناً موجوداً لدى موكل آخر لنفس الوكيل ولكن في بلدٍآخر ، وفي الطريق أصيب الوكيل بضرر مالي كما لو سرقت أمتعته أو ضاعت فأن الموكل لا يكون مسؤلا. (٦)

٢. أن لا يكون هناك خطأ في جانب الوكيل .

ولا يكون الموكل مسؤلا عن الضرر الذي يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة إلا إذا لم يثبت خطأ في جانب الوكيل، فأن أرتكب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة، كأن جاوز حدود التوكيل فأصبح مسؤلا

---

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص٥٥٩ .د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٤٧١ . د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٤٩٧.

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص٥٦٠ .

(٤) د. سليمان مرقس ، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم الاول ، الأحكام العامة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص١٦٥. د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٤٦٦ . د. سالم أحمد علي الغص ، مسؤولية المتبوع عن فعل التابع ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨، ص١٧٢.

(٥) د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص٤٦ . د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٤٩٢ .

(٦) د. محمد علي عرفه ، المصدر السابق ، ص٤٠٢ . د. محمد كامل مرسي ، المصدر السابق ، بند ٢٢١ . د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ، ص٤١٤.

نحو الأصيل الآخر، أو أنه أرتكب مخالفة حكم عليه بالغرامة فيها، فأن الموكل لا يكون مسؤلا عن تعويضه الضرر الذي لحق به من جراء الحكم عليه بالتعويض أو بالغرامة. إما إذا كانت مسئولية الوكيل ناتجة عن تنفيذ الوكالة دون أن يثبت خطأ في جانبه، ففي هذه الحالة لا يكون قد أرتكب خطأ ينفي مسؤولية الموكل ويكون الأخير مسؤلا عن تعويض الوكيل .[١]

وقد قننت المادة ٢٠٠٠ من القانون المدني الفرنسي الأحكام المتقدمة وقضت بمسؤولية الموكل عن الأضرار التي تصيب الوكيل بمناسبة قيامه بالعمل، موضوع الوكالة.

وقد جعلت م/٧١١ من القانون المدني المصري الموكل مسؤلا فقط عن الضرر الذي يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً حيث نصت ((يكون الموكل مسؤلا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً)).[٢] و يتضح من هذا النص إن مسؤولية الموكل في القانون المدني المصري أضيق منها في القانون المدني الفرنسي، إذ أن الموكل في القانون الفرنسي مسؤول عن كل ضرر يصيب الوكيل بمناسبة تنفيذ الوكالة. في حين أن النص المصري قصر مسؤولية الموكل على الضرر الذي يصيب الوكيل بسبب تنفيذ الوكالة.

ولم يقنن القانون العراقي هذه المسألة، إلا أننا نعتقد إن للوكيل الرجوع على الموكل عما أصابه من ضرر، بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً وفقاً للقواعد العامة.[٣]

ويذهب القضاء إلى إلزام الأصيل بتصرفات نائبه، طالما أن الأخير لم يعلم بانقضاء نيابته، وكان الأصيل الثاني حسن النية هو الآخر، فقد قضت محكمة النقض المصرية ((يشترط لنفاذ عمل الوكيل الذي جاوز به حدود وكالته في حق الموكل، إن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خطئا، وان يكون الأصيل الثاني الذي أناب نفس النائب لإبرام العقد نيابة عنهما قد أنخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خاطئاً أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة)) [٤]

وقضت هذه المحكمة ((إن الشارع الزم الموكل أن يعلن عن انقضاء وكالته وحمله مسؤولية إغفال هذا الإجراء، فإذا أنقضت الوكالة بالموت أو العزل ولم يعلم الوكيل بذلك، كانت التصرفات القانونية التي أبرمها الأخير باسم الموكل قبل العلم بسبب انتهاء الوكالة نافذة في حق الموكل)) [٥]

الفرع الثاني

مسؤولية النائب

تقدم القول إن النائب إذا ابرم التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، لنفسه أو لغيره، وكان هذا التصرف خارجاً عن حدود نيابته، وقع تصرفه مع نفسه غير نافذ بحق الأصيل أو الأصيلين، فإذا لم يقره من وقف اثر التصرف بحقه، نشأت مسؤولية النائب تجاه الأصيل الآخر، إذا كان لا يعلم بأن نيابة النائب لا تخوله ذلك.[٦]

---

(١) د . السنهوري ، الوسيط ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٥٦٣ .

(٢) يقابل هذه المادة في التقنيات العربية م/ ٧١١ مدني ليبي ، م/ ٦٧٧ مدني سوري ، الفصل /٩١٤ / ثانياً من قانون الالتزامات والعقود المغربي . م/ ٨٥٩ /٢ مدني اردني .

(٣) ولم يتطرق الفقهاء المسلمين لهذه المسألة أيضاً في حدود ما أطلعت عليه من مصادر الفقه الإسلامي .

(٤) انظر حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٥٣٣ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٩١/٤/١١ ، منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب ، المصدر السابق ، ص٣١٢.

(٥) أنظر قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٩٢/٥/٣٠ س١٤ منشور في مجموعة المستشار معوض عبد التواب ، المصدر السابق ، ص٢١٥.

(٦) وقد تنشأ مسؤولية النائب الجنائية ، عند ابرامه التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه ولم تكن نيابته تخوله ذلك . انظر نصوص المواد المواد / ٣٤١ ، ٣٣٨ من قانون العقوبات المصري وم/ ٥٤٩ من القانون الجنائي المغربي والمواد ٤٥٣ ، ٢٤٥ ، ٤٥٨ من قانون العقوبات العراقي . على ان بحثنا سيقتصر على المسؤولية المدنية لتعلقها بموضوع البحث .

وهذه المسؤولية لا يترتب عليها نفاذ أثر التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه بحقه بدلاً عن الأصيل الذي لم يقر تصرف النائب، لان الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ولم تتجه إرادته إلى ذلك. (١)

عليه فمسؤولية النائب لا يمكن إن تشمل المسؤولية عن الالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه مع نفسه، بحيث يلزم بتنفيذها، ذلك إن النائب قد ابرم هذا التصرف القانوني مع نفسه لغيره، وبالتالي ليس لأي من الأصيلين إن يطالبه بتنفيذ بنود هذا التصرف. (٢)

ويذهب رأي في الفقه إلى أنه إذا لجأ الوكيل بالعمولة إلى اسم مستعار لعقد الصفقة لحسابه فأن للموكل إن يطالبه بإثبات صحة الطرف الثاني و إلا التزم الوكيل بالتعويض، ذلك إن التزام الوكيل بالعمولة بالتعاقد مع الغير، يجعله مخلاً بهذا الالتزام إذا لم يوجد هذا الغير، ويعتبر القضاء مستقراً على إن عدم وجود الطرف الثاني في التعاقد الذي كلف به الوكيل يجيز للموكل المطالبة بالتعويض. (٣)

وإذ لم تكن مسؤولية النائب عقدية فهي على رأي في الفقه الفرنسي، لا يمكن إلا إن تكون مسؤولية تقصيرية، على أساس الخطأ الذي صدر منه، بإبرامه التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، رغم إن نيابته لا تخوله ذلك. استناداً إلى المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من التقنين المدني الفرنسي. (٤)

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الإيطالي في م/ ١٣٩٨، وبموجبها يكون من تعاقد كنائب دون إن تكون له تلك الصفة، أو يتجاوز حدود المكنة المخولة له، مسؤلاً عن الضرر الذي يصيب الأصيل الآخر بسبب اطمئنانه – بغير خطأ منه – إلى صحة العقد. ومؤدى ذلك التزام النائب بتعويض المصلحة التعاقدية السلبية، إلا إذا كان مدعي الضرر – الأصيل – يعلم بان نيابة النائب لا تخوله إبرام التصرف القانوني مع نفسه، أو في حالة افتراض علمه بذلك حتماً، وهو ما يفهم من عبارة ((بغير خطأ منه)) ذلك إن الأصيل المضرور يفترض فيه حتماً العلم بحقيقة سعة النيابة. (٥)

وحيث إن إقامة مسؤولية النائب على أساس الخطأ لا تحقق الحماية الكاملة للأصيل الذي أصابه ضرر جراء عدم نفاذ التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه، ذلك لان عبء إثبات الخطأ – تجاوز النائب حدود نيابته – في هذه الحالة يقع على عاتق الأصيل – مدعي الضرر – مما يتعذر معه نسبة الخطأ إلى النائب لمجرد كونه قد تجاوز حدود نيابته، أو تعاقد بغير صفة، دون أن يصطحب ذلك بظروف من شأنها تبرير نسبة الخطأ إليه، وكثيراً ما يكون مثل هذا النائب حسن النية آملاً إجازة الأصيل للتصرف. (٦)

فقد ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى إن أساس مسؤولية النائب هو عقد الضمان، ذلك أن كل عقد، بحسب هذا الاتجاه، يكون مصحوباً باتفاق ضمني تابع مؤداه أن يضمن كل طرف للطرف الآخر صحة العقد الأصلي واستيفائه لجميع الشروط المطلوبة قانوناً لنفاذه، بحيث إذا كان العقد الأصلي باطلاً، أو لم ينفذ بسبب عدم استيفائه شروط صحته أو نفاذه التزم الطرف المتسبب في ذلك بتعويض الطرف الآخر استنادا إلى ما أطلقوا عليه الخطأ عند تكوين العقد، وحيث إن التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه غير نافذ في حق أحد الأصيلين أو كلاهما، فهو يلتزم بتعويض أحد الأصيلين أو كلاهما. (٧)

---

(١) د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٦٥ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٥٦.
(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢١٢ . د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص١٠٤ . د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٩٥ .
(٣) د. سميحة القليوبي ، المصدر السابق ، ص٦٠ .

(٥) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٧٢ . محمد نصر الدين زغلول ، المصدر السابق ، ص٢٦٩ .
(٦) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ، ص٢١٤ . د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق ، ص١٠٣- ١٠٤ .

والتعويض في هذه الحالة يقتصر على المصلحة السلبية، أو بعبارة أخرى، التعويض عن الفائدة التي كانت ستعود على الأصيل لو لم يرتبط بهذا العقد غير النافذ، وذلك بإعادة الأصيل إلى الحالة التي كان عليها قبل الدخول في العقد، فيصبح وكأنه لم يتعاقد. (١)

وطبقاً لهذه الفكرة لم يعد التعويض مشروطاً بوقوع خطأ من النائب، وإذا ما وقع الخطأ جاز اتساع التعويض ليشمل كل ضرر لحق الأصيل جراء عدم نفاذ التصرف القانوني، وذلك بالإضافة إلى حق الأصيل في دعوى الكسب دون سبب، فإذا ما سلم هذا الأصيل إلى الأصيل الآخر المال محل تصرف النائب مع نفسه، ثم تعذر عليه أن يسترده عيناً، فأن له مطالبة النائب على أساس دعوى الكسب دون سبب. (٢)

والمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ عند تكوين العقد أصلح للأصيل المضرور من المسؤولية التقصيرية، إذ يجب إثبات الخطأ في الأخيرة، مع صعوبة إثباته لصعوبة نسبة الخطأ إلى النائب في كثير من الحالات، ومع ذلك لا زال جانباً من الفقه الفرنسي يذهب إلى أن مسؤولية النائب هي تقصيرية. (٣)

وقد أخذ القانون الإنكليزي بنظرية الخطأ عند تكوين العقد كأساس لمسؤولية النائب، في حالة إبرامه التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق أحد الأصيلين أو كلاهما. إلا أن التعويض في هذا القانون لا يقتصر على المصلحة التعاقدية السلبية، كما انه غير مشروط بوقوع خطأ من النائب إنما يقدر هذا التعويض بمقدار الضرر الذي يترتب فعلاً على عدم نفاذ العقد لانتفاء الصفة. (٤) **فلو أبرم (م) عقد بيع قطعة أرض بمبلغ عشرة آلاف دينار نيابة عن (ح) و (هـ) وكان تصرفه مع نفسه غير نافذ في حق (هـ) كون نيابة (م) عنه لا تخوله إبرام التصرف المناب فيه مع نفسه، ولم يقر (هـ) التصرف ولم يجد (ح) مشترياً لقطعة أرضه إلا بمبلغ تسعة آلاف دينار، ففي هذه الحالة كان للأصيل (ح) أن يرجع على النائب (م) بمبلغ الألف دينار الذي تكبده بسبب عدم نفاذ التصرف القانوني الذي أبرمه (م) مع نفسه وفوات فرصة بيع قطعة أرضه بمبلغ عشرة آلاف دينار.**

ويذهب القانون الألماني إلى معالجة هذه المسؤولية على نحو يختلف عما سبق بيانه، وقد قننت م/١٧٩ من القانون المدني الألماني مسؤولية النائب التي ميزت في هذا الصدد بين الحالات الآتية:-

١. إذا كان النائب غير عالم بأن نيابته لا تخوله إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، وكان الأصيل المضرور غير عالم أيضاً بأن النائب بإبرامه التصرف القانوني مع نفسه قد تجاوز مكنة نيابته، فأن مسؤولية النائب في هذه الحالة تقتصر على التعويض عن فوات الفرصة، وليس عن عدم التنفيذ، لذلك فأن التعويض هنا يكون عن المصلحة التعاقدية السلبية وليس التعويض بالكامل. (٥)

٢. إذا كان النائب يعلم بأن نيابته لا تخوله إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، وكان الأصيل المضرور يجهل ذلك، ففي هذه الحالة تكون مسؤولية النائب في أوسع مجالاتها، إذ يخير الأصيل بين إن يطلب من النائب تنفيذ العقد، وبين أن يطلب تعويضه عن الضرر بالكامل، والخيار في ذلك متروك للأصيل أي للدائن لا للمدين، وهذا الحكم يعد تطبيقاً للالتزام التخييري. (٦)

---

(١) د. السنهوري ، تظرية العقد ، المصدر السابق ، ص٦٢٦- ٦٢٨ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٧٢.
(٢) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق ، ص٢٥١-٢٥٢ . د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٢٦٣.

٣. حالة ما إذا كان الأصيل المضرور يعلم أن نيابة النائب لا تخوله إبرام التصرف المناب فيه مع نفسه أو كان مفروضاً فيه إن يعلم بذلك، ففي هذه الحالة لا تترتب أية مسؤولية على النائب قبل الأصيل الذي أنابه لإبرام تصرف قانوني مع نفسه نيابة عنه وعن الأصيل الآخر. لانعدام حكمة مثل هذه المسؤولية في تلك الظروف. (١)

وقد قننت مسؤولية النائب عن تجاوز حدود نيابته الفقرة الثانية من م/ ٥٩٢ من القانون المدني العراقي التي نصت ((... أما إذا لم يجيزه (الموكل / الأصيل) وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الأول (الوكيل /النائب) مصروفات البيع الثاني، وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع)).

لقد نظم هذا النص مسؤولية النائب في حالة شرائه لنفسه مال الأصيل الذي أنابه بالبيع بإبرام العقد مع نفسه، وعدم إجازة الأصيل لهذا البيع، ففي هذه الحالة يتم بيع المال من جديد وعلى نفقة النائب حيث يتحمل الأخير كافة المصاريف الخاصة بالبيع الثاني.

وإذا كانت قيمة المبيع قد نقصت في البيع الثاني عما كانت عليه في البيع الأول كما لو أشترى الوكيل مال موكله بخمسة آلاف دينار في الوقت الذي تصل قيمة المبيع إلى ستة آلاف دينار، ثم نقض الموكل بيع النائب لنفسه، وعند إعادة البيع وصلت قيمة المال إلى النصف، فيكون الوكيل مسؤلا عن هذا النقص أي عن مبلغ الثلاثة آلاف دينار في مثالنا هذا. دون إخلال عما يكون قد لحق الأصيل من أضرار أخرى جراء تجاوز النائب حدود نيابته. (٢)

هذا فيما يتعلق بمسؤولية النائب تجاه الأصيل الأول. ولكن ما هو الحكم بالنسبة لمسؤولية النائب تجاه الأصيل الآخر، إذا كان النائب قد ابرم التصرف المناب فيه مع نفسه لغيره، نصت م/ ٩٤٥ من القانون المدني العراقي ((إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه أن يجيز التعاقد جاز الرجوع على من أتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد، ما لم يثبت من أتخذ هذه الصفة أن من تعاقد معه (الأصيل الآخر في حالة تعاقد الشخص مع نفسه) كان يعلم أن الوكالة غير موجودة أو كان ينبغي أن يكون عالماً بذلك)). فالنائب إذا ابرم التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لغيره، وكانت نيابته لا تخوله ذلك كان فضولياً، وفقاً للقانون المدني العراقي، وسرت عليه أحكام المادة أعلاه، والزم بتعويض الأصيل (الذي أنابه في شراء مال، فأشترى له من نفسه مال أصيل آخر كان قد أنابه، ولم يكن مخولاً في ذلك فوقع عقده مع نفسه غير نافذ)، عن الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد الذي أبرمه مع نفسه نيابة عنهما، ويستطيع النائب أن يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أن هذا الأصيل كان يعلم، أو كان ينبغي إن يكون عالماً. إن نيابة هذا النائب عن الأصيل الأول لا تخوله إبرام التصرف القانوني مع نفسه، ومع ذلك أنابه لإبرام ذلك التصرف مع نفسه.

وإذا لم يجيز المالك (الأصيل الأول) عقد النائب (الفضولي) بطل، وعلى النائب رد ما قبضه من البدل إلى الأصيل الآخر. ولهذا الرجوع به على النائب، بحكم الكسب دون سبب، وإذا كان البدل الذي قبضه النائب قد هلك في يده بلا تعدٍ منه ولا تقصير، فلا ضمان عليه إن كان الأصيل الآخر (المشتري) يعلم حين الأداء إليه أنه فضولي لأنه يعدَّ حينئذ أمانة بيده، إما إذا لم يعلم بذلك بل كان يعتقد بحسن نية وبناء على أسباب معقولة إن نيابته تخوله إبرام التصرف المناب فيه مع نفسه فعلى النائب (الفضولي) الضمان، لان الأصيل الآخر إنما دفع إليه البدل على نية انه عوض عن المعقود عليه، فإذا لم يقبض المعوض عنه فله المطالبة بالعوض الذي دفعه. (٣)

---

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر بهذا الصدد على وجه الخصوص د. كمال قاسم ثروت ، المصدر السابق ،ص٣٦٧ . د. غني حسون طه ، البيع ، المصدر السابق ، ص١٧٧ . د. عباس الصراف ، المصدر السابق ، ص٢٥٠ . د. سعدون العامري ، المصدر السابق ، ص٣٦٧ .

(٣) منير القاضي ، ملتقى البحرين ، المصدر السابق ، ص٢٢٤ . ولمزيد من التفاصيل انظر ايضاً د. محمد جبر الألفي ، المصدر السابق ، ص٢٤٣-٢٥٠ . حيث يستعرض مواقف الفقهاء المسلمين ، ومن هذه المذاهب استمدت العديد من التشريعات العربية احكامها بهذا الصدد .

ويقرر القضاء مسؤولية النائب عن عدم نفاذ التصرف القانوني الذي ابرمه مع نفسه، فقد قضت محكمة التمييز في العراق ((إذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل منه إن يجيز التعاقد، جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشئ عن عدم نفاذ العقد)). [1]

ويعدَّالفقهاء المسلمين النائب، فضولياً فيما جاوز به حدود نيابته، فأن أجازه من وقف لمصلحته نفذ، وان رده بطل. فقد ذهب الإمامية والمالكية والحنابلة إلى إن التصرف الشرعي الذي يبرمه النائب مع نفسه على خلاف ما سمح له به من قبل من هو ملزم بالوفاء بالعقد إذا تم، أو من له سلطة إيقاع العقد كالولي عن القاصر فتجري أحكام عقد الفضولي وهو لا شك عقد صحيح، إن لحقته الإجازة، حتى لو منع المالك أو صاحب السلطة على البيع قبل العقد وأما إذا تلف المال بيد المشتري ولم يمض من له حق إجازة هذا البيع، جرت على العوض التالف أحكام المقبوض بالعقد الفاسد من الضمان وارتكاب الحرمة في بعض الموارد. [2]

فإذا لم تكن للمتصرف (الشخص الذي تولي طرفي العقد) ولاية التصرف، سواء انعدمت ولايته على المال محل التصرف أو على ذات التصرف، توقف عقده على إجازة القادر على ذلك التصرف مالكاً كان أو وكيلاً عنه أو مأذوناً منه أو ولياً عليه فأن أجاز صح وأن رد بطل. وكذا إذا باع الفضولي مال غيره من نفسه لاعتقاده انه مالك أو لبنائه على ذلك، كما في الغاصب فأجاز المالك صح البيع ويرجع الثمن إلى المالك، وكذا لو باع باعتقاد كونه ولياً أو وكيلاً فتبين خلافه فأن أجاز المالك صح وان رد بطل. وإذا قبض أحد الأصيلين ما أشترا ه بهذا العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه دون ولاية وجب عليه رده إلى مالكه وإذا تلف ولو من دون تفريط وجب عليه رد مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً وكذا الحكم في الثمن. [3]

في حين ذهب الحنفية [4] **والشافعية** [5] **إلى إن البيع الذي يتولى طرفي العقد فيه شخص واحد نيابة عنهما، لا ينعقد أصلاً حتى لو أجاز ه الأصيل أو الأصيلين. فقد جاء في البدائع ((... لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلاً..))**[6] **وقد استند الشافعية في مذهبهم هذا على رواية حكيم بن حزام إن النبي (ص) قال: لا تبع ما ليس عندك.** [7]

المبحث الثاني

أثر التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه

يترتب على التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه أثار قانونية بالنسبة للأصيل سواء أكان الأصيل واحداً في حالة تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه، أم كان هناك أصيلين في حالة تعاقد

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٠٧٣ /م١/١٩٨٦ في ١٩٨٦/٦/٣٠ ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، س١٧ ، ع٣، ٤ ، سنة ١٩٨٧ ، ص٣٢ .

(٢) آية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق ، جواب السؤال الثامن .

(٣) السبزواري ، المصدر السابق ، ص٢١٣-٢١٤ . السيد محمد الصدر ، المصدر السابق ، ص١٥٩ . السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص٢٨-٢٩ . ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص١٤٣-١٤٤ . المرداوي ، الانصاف ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٢٨٣ . ابن قدامه ، المغني ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١١٩ .

(٤) ابن عابدين ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٢١٠-٢١١ . ابن الهمام ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣١٦ .

(٥) الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢٦٢ . الشربيني ، مغني المحتاج ، ج٢، المصدر السابق ، ص٢٢٩.

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٤٩-١٥٠ .

(٧) الشيرازي ، المهذب ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٢٦٢ .

الشخص مع نفسه لغيره.كما ينشأ عن هذا التصرف القانوني آثار قانونية بالنسبة للنائب. عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما لأثر التصرف بالنسبة للأصيل، ونتناول في ثانيهما أثر التصرف بالنسبة للنائب.

المطلب الأول

أثر التصرف بالنسبة للأصيل

بما إن منهج دراستنا هو مقارنة الفقه والتشريع المدني بالفقه الإسلامي وبالنظر لأهمية وخصوصية أثر تعاقد الشخص مع نفسه بالنسبة للأصيل في الفقه الإسلامي. عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لأثر التصرف بالنسبة للأصيل في الفقه والتشريع المدني ونفرد الفرع الثاني لأثر التصرف بالنسبة للأصيل في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول

أثر التصرف بالنسبة للأصيل في الفقه والتشريع المدني

إذا ما أبرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه، وكان هذا التصرف مستجمعاً لأركانه ومستوفياً لشروطه القانونية، انعقد صحيحاً نافذاً وأنتج أثره، المتمثل في انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة عنه إلى الأصيلين إذا كان النائب قد أبرم التصرف القانوني مع نفسه لغيره، والى الأصيل والنائب، إذا كان الأخير قد ابرم التصرف مع نفسه لنفسه. والحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه لا تمر في ذمة النائب ثم تنتقل منه إلى الأصيلين، بل هي تنشأ لكل منهما مباشرة. (١)

وبذلك لا يعتبر الأصيل خلفاً للنائب ، فيخلفه في آثار التصرف القانوني الذي ابرمه سلفه وإنما هو طرف في التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، فأثر التصرف ينصرف إلى الأصيل لأنه متعاقد ، فالمتعاقد ليس من يعبر عن إرادته في العقد بنفسه فقط وإنما من يمثل فيه أيضا. (٢)

فإذا كان التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه لغيره عقداً ناقلاً للملكية فلا يعتبر الأصيل (المشتري) خلفاً خاصاً للنائب بل يعتبر خلفاً خاصاً للأصيل الآخر (البائع). (٣)

وهذا ما حدا بأحد الفقهاء إلى القول إن النيابة ليست استثناء على قاعدة نسبية أثر العقود، فهي ليست إلا توسيعاً لمفهوم الطرف في العقد. (٤)

وإذا كان الأصل أن ينصرف أثر تصرف النائب إلى الأصيل برضا الأخير، إلا انه مع ذلك يمكن أن ينصرف إليه هذا الأثر دون رضاه، وذلك عند تعلق الأمر بحالة من حالات النيابة القانونية، بل إنها

---

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١، المصدر السابق ، ص٢١٤ . د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٣٧ . د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق ، ص١٥٩ . د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٩٨ . د. مختار القاضي ، المصدر السابق ، ص٦٣. ضامن خشاله عبود ، المصدر السابق ، ص٦٥.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ، ص١٥٩ . د. محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ، ص١١٠ .

(٣) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص١٧٨ . د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٨٠١.

تتحقق في ذمة الأصيل، حتى وان كان التصرف قد وقع خلافاً لإرادته وذلك كما في حالة النيابة الظاهرة، فهذه تقوم على حالة واقعية لا صلة لها من قريب أو بعيد بالإرادة الحقيقية للأصيل.(١)

وما دام الأصيل أو الأصيلين قد رضيا بانصراف آثار التصرف الذي ابرمه النائب اليهما، لا تعتبر النيابة استثناء على مبدأ نسبية اثر العقد، فالمفهوم الفني لهذا المبدأ يحظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير، على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرض بذلك ومادام يصدر عن الأصيل (أو الأصيلين) مثل هذا الرضا، فأنه يقدم عنصراً إراديا بموجبه يصبح متعاقداً.(٢)

أما النائب إذا ما ابرم التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لغيره، فإنه ينسحب بمجرد انعقاد التصرف من ميدان العلاقة التعاقدية، تاركاً الأصيلين وهما طرفاها اللذان ترجع اليهما وحدهما آثار العقد المبرم بينهما بواسطة النائب.(٣)

فإذا ما كان الأصيل (أو الأصيلين) يصبح متعاقداً بموجب عنصر إرادي في النيابة الإرادية، فأنه يوصف بأنه كذلك في النيابة القانونية، على الرغم من أن أي إرادة لا تصدر عنه، ذلك إن القانون في هذه الحالة يحل محل إرادة الأصيل أي إن اثر التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ينصرف إلى الأصيل تطبيقاً لحكم القانون، فهو طرف متعاقد لان المشرع أراد ذلك، فالقانون يتدخل – على سبيل المثال – لحماية القاصر لذلك يناب عنه وليه أو وصي أو قيم في إبرام التصرفات القانونية، ولان النائب يبرم التصرف القانوني مثلما يوجب القانون، ومن ثم ينصرف أثره للقاصر.(٤)

أن الشخص متى ما وصف انه ((أصيل)) بالنسبة للتصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه لا يعتبر ((غيرا)) بالنسبة لذلك التصرف، إنما هو طرف في التصرف ويخضع لأحكامه، وتسري في مواجهته آثاره مباشرة، طالما كان ذلك التصرف مستجمعاً لأركانه وشروطه وداخلاً ضمن حدود مكنة النائب الذي تولى إبرامه. وليس للأصيل متى ما ابرم النائب التصرف القانوني مع نفسه على النحو المتقدم أن يقبل من آثار التصرف ما كان نافعاً له ، وان يرفض منها ما يكون ملزماً له ، لأن تصرف النائب يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة . لذا يُرجع إلى الأصيل، للحكم على الأهلية اللازمة للتصرف القانوني الذي ابرمه لنائب مع نفسه لغيره، ولتقدير الصلاحية لاكتساب الحق الذي يرتبه التصرف فإذا كان الأصيل ممنوعاً من اكتسابه كالقاضي، حيث يمنعه القانون من شراء الحقوق المتنازع عليها، فلا يجوز له أن يشتري تلك الحقوق بواسطة غيره، متى كان النظر فيها يدخل في دائرة اختصاص المحكمة التي يؤدي عمله في دائرتها. وكذلك يرجع إلى الأصيل لتحديد صفة الالتزام، الذي ينشأ عنه فيما إذا كان التزاماً مدنيا أم تجارياً.(٥)

وآثار التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه تنصرف كلها إلى شخص الأصيل (أو الأصيلين) سواء في ذلك الآثار التي أرادها الطرفان (الأصيلين ، أو الأصيل والنائب) أو الآثار القانونية التي لا تحتاج لإرادة الطرفين كالالتزام بضمان العيوب الخفية، وضمان التعرض والاستحقاق.(٦)

وإذا كانت إرادة النائب معيبة بعيب فالأصيل هو الذي له الحق في إبطال التصرف القانوني وكذلك حق الأصيل في الإبطال لا يباشره في مواجهة النائب الذي تولى إبرام التصرف مع نفسه لغيره بل في

---

(١) د. إسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص١٦٩ . د. محمد وحيد سوار ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص٢٥٩. د. عبد الباسط محمد الجمعي ، المصدر السابق ، ص٣٧ .

(٢) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٣٧ . د. صبري حمد خاطر ، المصدر السابق ،ص٣٥.د. جاسم لفته سلمان ، المصدر السابق ، ص٢٧٠.

(٣) د. السنهوري ، الوسيط ،ج١،المصدر السابق ،ص٢١٤ . د.عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد ، المصدر السابق ،ص٢٠٥.

(٤) د. أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص٦٤.د.عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ،ص٥٤.د.محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص٣٢٣ .

(٥) د.عبد المنعم البدراوي ، المصدر السابق ،ص١٥٩. د.عبد الفتاح عبد الباقي ، المصدر السابق ،ص٢١٥.

(٦) د. عبد المنعم فرج الصدة ،نظرية العقد ،المصدر السابق ،ص٢٠٥ .د.اسماعيل غانم، المصدر السابق ، ص١٦٩.

مواجهة الأصيل الآخر. وكذلك الإثراء بلا سبب الذي وقع من النائب أو على حساب النائب ينشئ حقاً في الاسترداد ترفع الدعوى به على الأصيل أو من الأصيل.[١]

وانصراف آثار التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه إلى الأصيلين دون أن يشتركا في إبرامه لهو جوهر تعاقد الشخص مع نفسه، فإذا كان شخص النائب وحده هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصيلين عند تعيين مصير آثار التصرف القانوني الذي أبرمه النائب مع نفسه نيابة عنهما أو إلى الأصيل والنائب إذا كان الأخير قد أبرم التصرف القانوني مع نفسه لنفسه، ولعل هذا الأثر المباشر هو أهم ما أحرزه القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة.[٢]

وفي حالة تعاقد الشخص مع نفسه، يختلف أشخاص التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه لنفسه عنه في حالة ما إذا ابرم الشخص التصرف القانوني مع نفسه لغيره، ففي الحالة الأولى يكون أطراف التصرف القانوني هم الأصيل والنائب، وتترتب آثار ذلك التصرف في ذمة كل منهما، ويصبح النائب طرفاً في ذلك التصرف، ويذهب رأي في الفقه إلى سقوط اجرة النائب إذا ما أبرم التصرف المناب فيه مع نفسه لنفسه، إذا ما كانت نيابته بأجر.[٣]

وفي الحالة الثانية تختفي شخصية النائب وينفذ أثر التصرف القانوني الذي أبرمه مع نفسه لغيره في ذمتي الأصيلين. وليس للنائب أن يطالب أي منهما بحق ما ، متولد عن التصرف ما لم يتعلق الأمر بتنفيذ التصرف القانوني الذي ابرمه مع نفسه، متى كانت نيابته تشمل، ليس فقط انعقاد التصرف، بل وأيضا تنفيذه، كما هو الشأن في حالة النيابة القانونية أو كما هو الشأن في حالة الوكالة إذا كانت تشمل تنفيذ العقد.[٤]

وانصراف آثار التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه لغيره مباشرة إلى ذمة كل من الأصيلين، هو السبب في قيام علاقة مباشرة تربط الأصيل الأول بالأصيل الثاني- وتمكن هذه الرابطة كلاً منهما من مطالبة الآخر – مباشرة دون توسط من النائب – بتنفيذ التصرف القانوني، ويرجع كلاً منهما على الآخر بجميع الآثار المترتبة عليه. فلكل من الأصيلين دعوى مباشرة يستطيع إقامتها على الآخر. ونفس الكلام يمكن أن يقال في قيام العلاقة المباشرة بين النائب والأصيل نتيجة التصرف القانون الذي ابرمه النائب مع نفسه لنفسه. لا من مصدر النيابة.[٥] وهذه هي النتيجة الطبيعية لنيابة النائب عن الأصيل وحلول إرادة الأول محل إرادة الثاني في إبرام التصرف القانوني وليس في الالتزام بأحكام هذا التصرف فمن يلتزم بالأحكام فيحصل على المنافع ويتحمل الأعباء والتكاليف هو الأصيل الذي يعتبر الطرف الحقيقي في التصرف الذي قد يشكل الأصيل الآخر أو النائب إذا ما ابرم التصرف مع نفسه لنفسه طرفه الآخر.[٦]

و أن اعتبار الأصيل هو المتعاقد قد أفضى إلى أن يسري عليه العقد المستتر لا العقد الظاهر إذا كان النائب قد تعاقد مع نفسه تعاقداً صورياً.[٧] وعلى ذلك فإبرام النائب التصرف القانوني مع نفسه لغيره يؤدي إلى إضافة آثار التصرف القانوني إلى ذمة كل من الأصيلين، كما لو كانا قد ابرما ذلك التصرف بنفسيهما. وبالتالي لكل منهما مطالبة الآخر بالحقوق والالتزامات المترتبة عليه.[٨]

---

(١) د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ،ص٨٠١.
(٢) د.جمال مرسي بدر ،المصدر السابق،ص٣٠٧.د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ،المصدر السابق ،ص٩٢.
(٣) د. سميحة القليوبي ،المصدر السابق،ص٦١.د.حافظ محمد ابراهيم ،المصدر السابق ،ص٤١١.
(٤) د.توفيق حسن فرج، نظرية العقد ،المصدر السابق،ص٨٦.د.محي الدين اسماعيل ،المصدر السابق،ص١٥٨ .
(٥) د.محمود سعد الدين الشريف ،المصدر السابق،ص١٣٧.د.صلاح الدين الناهي ،المصدر السابق،ص٦٦.

(٧) د. السنهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق،ص٢٢٤-٢٢٥.
(٨) د. جميل الشرقاوي ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق،ص٩٨.د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، المصدر السابق،ص٨٥.د.امجد محمد منصور ،المصدر السابق،ص٦٥.

فالنيابة تسمح للشخص أن يجني مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وإنما قام بها شخص آخر احل إرادته محل إرادة صاحب الشأن أما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون، إلا إن النيابة لا تنتج هذا الأثر المتمثل بنفاذ اثر تصرف النائب مباشرة في حق الأصيل إلا إذا قصد النائب انصراف نتائج تصرفه إلى ذمة الأصيلين ولا يتصور انصراف قصد النائب إلى ذلك إلا إذا أعلن عند التعاقد للطرف الآخر انه إنما يتعاقد بالنيابة (باسم) عن الأصيل، فإذا ما كان النائب هو ذاته الطرف الآخر، أو نائباً عنه أيضا ، فأن العلم بالنيابة يكون متحققاً بالنسبة للطرفين، وبالتالي تنتج آثار التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه مباشرة في ذمتي الأصيلين أو الأصيل والنائب. (١)

ويتميز التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه، بانصراف أثره إلى ذمتي شخصين رغم وحدة العاقد، الذي قد يكون احدهما، أو لا يكون كذلك.

وقد قننت الفقرة الثانية من م/٥٣ من القانون المدني الألماني اثر تعاقد الشخص مع نفسه بالنسبة للأصيل إذ نصت ((إن العامل بصفة نائب هو شخص خول إبرام العقود والتصرفات القانونية ذات الجانب الواحد لحساب شخص آخر وباسمه ليصبح الأخير – وهو الأصيل – نتيجة لذلك دائناً ومديناً بصورة مباشرة)).

كما قننت هذا الأثر م/١٠٥ من القانون المدني المصري التي نصت ((إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فأن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل)). (٢)

ونصت م/٩٤٢ من القانون المدني العراقي ((... إذا تعاقد الوكيل باسم الموكل وفي حدود الوكالة، فأن العقد يقع للموكل، وتعود كل حقوقه إليه)).

فالنصوص المتقدمة صريحة في انصراف اثر التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه في حدود نيابته إلى الأصيل مباشرة، دون المرور بذمة النائب وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ((ما دامت المحكمة قد استخلصت استخلاصاً سائغاً من عبارة عقد شراء ارض الكنيسة ومن ظروف الدعوى وملابساتها أن مشتري الأرض التي أقيمت عليها الكنيسة لم يتعاقد باسمه ولمصلحته إذ هو اشتراها من الحكومة بصفته رئيس طائفة الأقباط الأرثوذكس وراعي كنيستها ولم يكن قصده من شرائها منصرفاً إلى ملكه ، بل انه اشتراها بصفته سالفة الذكر لبناء كنيسة ومدرستين للطائفة عليها وبذلك لا تكون ملكية الأرض قد دخلت في ذمته بل تكون انتقلت مباشرة من الحكومة إلى الطائفة التي يرأسها فلا مخالفة في ذلك للقانون)). (٣)

وقضت هذه المحكمة ((إن الوكيل حين تصرف في بيع العقار المملوك لموكله الطاعن إنما كان ذلك باعتباره نائباً عنه نيابة إرادية تحل فيه إرادة النائب محل إرادة الأصيل – الموكل – مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى هذا الأخير كما لو كانت قد صدرت منه)). (٤)

وقضت محكمة التمييز في العراق ((يقع البيع للموكل وان لم يضفه وكيله إليه في متن العقد مادامت الوقائع التي أشارت إليها المحكمة في حكمها من إنذارات متبادلة بين الوكيل والموكل والمشتري والاستشهاد الصادر من دائرة التسجيل العقاري إضافة لعقد الوكالة المخولة بموجبه الوكيل بيع الأرض قد أيدت إن عقد البيع وقع للموكل وبعلمه وعلم المشتري)). (٥)

---

(١) أنور العمروسي ،المصدر السابق،ص٢٦٢.د. محمد الشيخ عمر ، المصدر السابق،ص١٠٣.د.محمد علي عرفه ،المصدر السابق،ص٧١.

(٢) تقابل هذه المادة في التقنيات العربية م/١٠٦ مدني سوري م/١١٢ مدني اردني . م/١٠٥ مدني ليبي . م/٥٧ مدني كويتي .م/٧٤ مدني جزائري .م/٢/٢٢٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني . الفصل /١١٤٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

(٣) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٢٦ في ١٨ / ٥ / ١٩٧٩ ، منشور في مجموعة احكام النقض ، الدائرة المدنية ، المكتب الفني في محكمة النقض المصرية ، س ٢٥ ، ص ٥٠٠ .

(٤) حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٢٠٧ في ١٩٨٠/١٢/١٦، منشور في مجموعة الاستاذ أنور طلبة ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المصدر السابق ، ص٣١٦.

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٩٢١/م٨٥/٢ في ١٩٨٦/١/٢٢ ، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، القسم المدني ، ، المصدر السابق ،ص٧٤٢.

وقضت هذه المحكمة أيضا ((إن بيع الوكيل ملك موكلته لإخوته بثمن مساوي لما قدرته دائرة التسجيل العقاري للمبيع يعد صحيحاً ونافذاً في حق موكله)) .[١]

الفرع الثاني

اثر التصرف بالنسبة للأصيل في الفقه الإسلامي

للوقوف على اثر التصرف الشرعي الذي يبرمه النائب مع نفسه بالنسبة للأصيل في الفقه الإسلامي يتعين بيان المقصود بحكم العقد وحقوقه، وان نميز بين حالة إضافة النائب العقد إلى نفسه، وحالة إضافته إلى الأصيل. وما هي العقود التي يجب على النائب أن يضيفها إلى الأصيل، وتلك التي له أن يضيفها إلى نفسه أو إلى الأصيل.

حكم العقد هو الأثر الأصلي الذي يترتب شرعاً على العقد فيثبت لكل من العاقدين في مواجهة الآخر. أو هو الغرض الأصلي الذي قصد العاقد تحصيله من العقد ، فحكم عقد البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع.وحقوق العقد هي آثاره الثانوية أو توابع حكمه التي تشكل المستلزمات الأخرى المتممة لعمله، والمتمثلة في المطالبات والالتزامات الناشئة من العقد لتثبيت حكمه وتأكيده وتقويته، أو هو كل ما اتصل بتنفيذ العقد والتمكين لكلا العاقدين مما أعطاه له العقد، وضمان سلامة المعقود عليه، فحقوق عقد البيع هي من جانب المشتري المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق، وضمان العيب وما إلى ذلك. أما من جانب البائع هي المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه.[٢]

ويراد بإضافة النائب العقد إلى نفسه أن يتعاقد النائب باسمه لمصلحة الأصيل ويقصد بإضافة النائب العقد الى الأصيل ان يتعاقد النائب باسم الأصيل ولمصلحته .[٣]

بقي أن نعرف إن هناك عقود يجب على النائب أن يضيفها إلى الأصيل وهذه العقود يمكن تصنيفها في طائفتين هما:

أولا: الزواج وسائر الإسقاطات، فعقود النكاح والخلع والطلاق على مال أو العتق على مال والكتابة .[٤] والصلح عن دم العمد، والصلح عن إنكار ويلحق به الإبراء، ويجمع هذه العقود فكرة إسقاط الحق، فهي كلها إسقاطات.[٥]

فالوكيل في كل عقد من العقود المتقدمة يجب عليه أن يضيف العقد إلى الموكل، فالوكيل في الطلاق على مال أو الخلع، سواء كان وكيلاً عن الزوج أو وكيلاً عن الزوجة أم كان وكيلاً عن كل من الزوج والزوجة في آن واحد، يجب أن يضيف العقد إلى موكله، أو موكليه، وهذا هو شأن سائر الإسقاطات.[٦]

فالوكيل في هذه الطائفة من التصرفات الشرعية يكون سفيراً محضاً . ولما كان حكم العقد وحقوقه تنصرف إلى المرسل دون الرسول، فكذلك ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل، فإذا زوج الوكيل الزوج من زوجته انصرف إلى الزوج دون الوكيل حكم الزواج وحقوقه . فيثبت للزوج دون الوكيل صفة الزوج وهذا هو حكم الزواج ويطالب الزوج دون الوكيل الزوجة بتسليم نفسها لزوجها، وتطالب الزوجة الزوج دون الوكيل بمهرها وهذه هي حقوق الزواج.

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٥٥٦/م٩٧/١ في ١٩٩٨/١٢/٢١ ، القرار غير منشور .

(٢) د. السنهوري ، مصادر الحق ، ج٥ ، المصدر السابق، ص١٨٩-١٩٠ . د. شفيق شحاته ، المصدر السابق ، ص٣٥٥. د. عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص٨٠٢.

(٣) الزيلعي ، تبيين الحقائق ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٢٥٧ . السيستاني ، منهاج الصالحين ،ج٣، المصدر السابق، ص١٧، مسألة ٣٤.

(٤) الكتابة تعاقد بين الرقيق وسيده مقتضاه ان يعمل الرقيق لتحرير نفسه .

(٥) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص١٢٨ . الزيلعي ، تبيين الحقائق ،ج٤، المصدر السابق ، ص٢٥٧ . المرداوي ، الانصاف ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٣٥٨ . الرملي ، نهاية المحتاج ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٤٨.

(٦) محمد رضا عبد الجبار العاني ، المصدر السابق ، ص٣٥١.

والسبب في وجوب إضافة هذه التصرفات إلى الأصيل، وعدم جواز إضافتها إلى النائب، هو اتصال التصرف بشخص المتصرف، وهو ما أنبنى عليه ترتيب الأثر حال مباشرة التصرف من قبل ذلك الشخص فهذه التصرفات لا تتراخى أحكامها عن أسبابها، فكل من باشر باسمه تصرفاً من هذه التصرفات وقع ذلك التصرف له . إذ ليس من المقبول في هذا الضرب من التصرفات أن يكون النائب قد باشر التصرف باسمه وان يترتب عليه ، مع ذلك، ثبوت الحكم لشخص آخر – هو الأصيل – ولهذا كان من اللازم أن يكون السبب والحكم لشخص واحد بحيث يتصل الحكم بسببه ولا يتراخى عنه. ومعنى هذا إن من يطلب تحصيل الحكم عليه أن يباشر سببه بنفسه، ولكن حيث إن الشخص يطلب في النيابة تحصيل الحكم عن طريق من يقوم نائباً عنه فقد اعتبر النائب في مثل هذه التصرفات كالرسول والرسول لا يملك إضافة التصرف إلى نفسه فهو مجرد حاكٍ قول الأصيل ومن حكى قول غيره لا يلزمه حكم قول ذلك الغير. [١]

ثانياً: العقود التي لا تثبت إلا بالقبض كالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض. ويضيف الأحناف إليها الشركة والمضاربة . فالوكيل في هذه العقود يلزم بإضافة العقد إلى الموكل . [٢]

وسبب وجوب إضافة هذه العقود إلى الموكل إن حكم العقد هنا متوقف على القبض، ولا شأن للوكيل في القبض بل هو شأن القابض في محل مملوك للمولي – أي الموكل – فكانت حقوق العقد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع والمعاوضات، لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض والوكيل هو العاقد حقيقة وشرعاً. [٣]

والنائب إذ يقوم بالتسليم أو التسلم فهو إنما يكون كالرسول عن المالك لا دخل له في القبض، فالقبض للمالك وهو الأصيل، ومن هنا فلا يمكن أن يكون النائب أصيلا في هذا القبض وذلك لأنه لم يكن مستقلاً في إبرام التصرف، أو بعبارة أخرى لان التصرف لم يتم بعبارته وحدها، وإنما بالقبض أيضا، فلابد من إضافة العقد إلى الأصيل ففي عدم الإضافة سيقع العقد للنائب بصفته أصيلا لا نائباً. [٤]
نائباً. [٤]

ووجوب إضافة العقد إلى الموكل هنا إذا كان الوكيل من جانب طالب التملك أي الموهوب له أو المتصدق عليه أو المحال إليه أي المستعير وأمثالهم. أما الوكيل من جانب المملك وهو الواهب والمتصدق والمعير وأمثالهم فأن الوكيل يجوز له أن يضيف العقد إلى نفسه لكن حكم العقد وحقوقه جميعاً ترجع إلى الموكل. [٥]

ذلك ان سبب وجوب إضافة العقود التي لا تتم إلا بالقبض إلى الموكل من جانب طالب التملك إن القبض المتمم للعقد ليس من صنع النائب القائم بتسليم الشيء ومالك هذا الشيء هو الأصيل وليس النائب، وعلى هذا فلا يكون للنائب من صفة فيما ينشأ هنا من التزام، فدور النائب في جانب المملك ينحصر في التسليم وان التسليم ليس تصرفاً قانونياً إنما هو عمل مادي لا يتطلب من النائب إعمال رأيه الشخصي. لذلك جاز أن يقوم به شخص آخر بدلاً من صاحب الشأن فيه وان تتعلق ، مع ذلك، الآثار المترتبة عليه بصاحب الشأن نفسه. [٦]

وفيما عدا الطائفتين المتقدمتين من العقود فأن للنائب أن يضيف العقد إلى نفسه أو يضيفه إلى الأصيل. وفي حالة تعاقد الشخص مع نفسه فأن النائب يضيف العقد، من حيث الأصل، إلى الأصيل، فإذا ما ابرم النائب العقد مع نفسه، بأن تولى طرفي العقد، ما هو أثر هذا التصرف بالنسبة للأصيل ؟
لغرض الاحاطة بجواب هذه المسألة سنتناول مواقف المذاهب الإسلامية تباعاً.

---

(١) الميرغناني ، الهداية ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص١٣٨ . الزيلعي ، ج٤،المصدر السابق ،ص٢٥٧.ابن الهمام ،فتح القدير،ج٦،المصدر السابق،ص١٩-٢٠.

(٢) ابن عابدين ، رد المحتار ،ج٤،المصدر السابق،ص٢٨٤-٢٨٥. الكاساني ،ج٦،المصدر السابق،ص٣٤. الرحيباني،مطالب اولي النهى،ج٣،المصدر السابق،ص٤٦٢.

(٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٦،المصدر السابق ،ص٣٤.

(٤) ابن عابدين ،ج٤،المصدر السابق،ص٢٨٤ . الميرغناني ،ج٣،المصدر السابق،ص١٣٨.

(٥) علي حيدر ،شرح المجلة ،ج٣،المصدر السابق،ص٥٧١.

(٦) د. شفيق شحاته ،المصدر السابق،ص٣٥٤-٣٥٦.

أولا : **الإمامية .**

ورد في فقه الإمامية ((وأما ثمن ما اشتراه – أي الوكيل – إذا كان في الذمة فأنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً . وإذا علم البائع إن الملك للموكل لم يكن له مطالبة الوكيل بل إنما يطالب الموكل خاصة عندنا)) . [١]

وهذا النص يقرر بما لا خفاء فيه من انصراف حكم وحقوق العقد الذي يبرمه النائب ويضيفه إلى الأصيل إلى الأخير . عليه فأن أثر التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه ينصرف إلى الأصيلين إذا كان النائب قد تولى إبرام التصرف لغيره . وينصرف اثر التصرف إلى الأصيل والنائب ذاته . إذا كان الأخير قد ابرم التصرف أصالة عن نفسه ونيابة عن الأصيل .

ثانياً : الحنفية .

ورد في فقه الحنفية ((الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه ، لان الحكم في هذه العقود يقف على القبض فكانت حقوق العقد راجعة إليه .. وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب ، الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل)). [٢]

كما جاء فيه أيضا((وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فأن حقوقه تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيل الزوج ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض ، إلا يرى انه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ، ولو إضافة إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ، وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره)). [٣]

فهذه النصوص صريحة في إضافة حكم التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه إلى الأصيل ، فقوله لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب يفيد بان حكم العقد يضاف إلى سببه وهو الموكل ،أما حقوق العقد في حالة إضافة العقد إلى الموكل فتتعلق بالأخير.

ثالثاً: المالكية .

ورد في فقه المالكية ((وكذلك يطالب الوكيل بعهدة المبيع من غصب أو استحقاق ما لم يعلم المشتري إن المتولي للبيع وكيل،فان علم فان العهدة لا تكون عليه وتكون على من وكله أي فيرد عليه المبيع ويكون الثمن عليه)). [٤]

فالمالكية يشترطون لانصراف حكم وحقوق العقد إلى الأصيل أن يكون المتعاقد مع النائب يعلم انه يتعاقد مع نائب. وهذا العلم متحقق في حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، لان النائب يمثل طرفي العقد . وقوله فيرد عليه المبيع ويكون الثمن عليه فيه إشارة إلى حكم العقد وحقوقه وقد عادت إلى الموكل .

رابعاً : الشافعية .

جاء في فقه الشافعية ((أن الأب إذا اشترى لولده الصغير ، مثلاً ، وهو في ولايته بعين مال نفسه وسمي الولد في العقد فان العقد يقع للولد لا لوالده)). [٥]

---

(١) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ،ج٢، المصدر السابق ، ص١٣١.وانظر ايضاً اية الله العظمى السيد علي السيستاني ،منهاج الصالحين،ج٣،المصدر السابق ،ص١٧ . مسألة ٣٤.

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦،المصدر السابق،ص٣٣.

(٣) الميرغناني ، الهداية ، ج٣،المصدر السابق،ص١٣٨.وانظر ايضاً ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٤،المصدر السابق،ص٤١٩.

(٤) الخرشي ، شرح الخرشي ،ج٦،المصدر السابق،ص٧٢.

(٥) الرملي ،نهاية المحتاج ،ج٢،المصدر السابق،ص٢٠٩.

وورد في هذا الفقه أيضا((إذا وقع الشراء .. للموكل .. فلكل من الموكل والوكيل الرد بالعيب ، أما الموكل فلأنه المالك والضرر به لاحق ، نعم شرط رده على البائع أن يسميه الوكيل في العقد أو ينويه ويصدقه البائع وإلا ردّه على الوكيل)).[1]

وهذا النص منح خيار الرد بالعيب للموكل لأنه المالك ، فيه إشارة إلى إن حكم العقد يقع للموكل ، وحقوق العقد ترجع إليه إذا سماه الوكيل ، أو نواه ، وصدقه البائع ((وهذا لا إشكال فيه في حالة تعاقد الوكيل مع نفسه)) ، ومعلوم أن الرد بالعيب من حقوق العقد .

خامساً : الحنابلة .

ورد في فقه الحنابلة ((إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل ...)).[2]

وورد في هذا الفقه أيضا ((وحقوق العقد كتسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك والرد بالعيب ونحوه وسواء كان العقد مما تجوز إضافته إلى الوكيل كالبيع والإجارة أو لا كالنكاح متعلقة بالموكل لوقوع العقد له)).[3]

مما تقدم إن الأصل في الفقه الحنبلي أن البيع إذا كان بوكيل فالموكل هو الذي يطالب المشتري بالثمن وهو الذي يقبضه ، والموكل هو الذي يطالب المشتري بتسليم المبيع . فالوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل تعلق حكم العقد وحقوقه به .

ونخلص من العرض المتقدم لمواقف مذاهب الفقهاء المسلمين ، إن النائب إذا أضاف العقد إلى الأصيل (الموكل) ، فأن حكم ذلك في الفقه الإسلامي هو انصراف حكم العقد وحقوقه إلى الأصيل بصرف النظر عما إذا كان العقد من التصرفات الواجبة الإضافة إلى الأصيل أو من التصرفات التي لم تشترط فيها مثل هذه الإضافة ، ومعنى هذا إن الفقه الإسلامي قد أوجد في هذه الحالة علاقة مباشرة بين الأصيلين ، الذين ابرم النائب التصرف الشرعي نيابة عنهما. أو بين الأصيل والنائب اذاكان النائب قد ابرم التصرف مع نفسه لنفسه . حيث يكسب الأصيل أو الأصيلين الحقوق المتولدة من التصرف الذي باشره النائب . إذ إن لكل من الأصيلين أن يرجع على الآخر مباشرة ، بالحقوق والالتزامات الناشئة عن التصرف الذي ابرمه النائب نيابة عنهما ، وبذلك فقد سبق الفقهاء المسلمين بقرون عديدة ، ما أدركه الفقه الغربي في هذا الصدد بعد كفاح دام قروناً حتى أدركوا ما بلغه الفقه الإسلامي في هذا الشأن .

المطلب الثاني

اثر التصرف بالنسبة للنائب

سنتناول في هذا المطلب اثر التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه بالنسبة للنائب في الفقه والتشريع المدني، وفي الفقه الإسلامي .وهذا يستدعي منا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول اثر التصرف بالنسبة للنائب في الفقه والتشريع المدني ، ونفرد ثانيهما لأثر التصرف بالنسبة للنائب في الفقه الإسلامي .

---

(١) الهيثمي ، تحفة المحتاج ،ج٥،المصدر السابق ،ص٣٢٢.

(٢) ابن قدامه ، المغني ،ج٥،المصدر السابق،ص٢٦٣-٢٦٤.

(٣) الرحيباني ، مطالب اولي النهى ، ج٣،المصدر السابق ،ص٤٦٢.

الفرع الأول

اثر التصرف بالنسبة للنائب في الفقه والتشريع المدني

يختلف اثر التصرف القانوني الذي يبرمه الشخص مع نفسه بالنسبة للنائب عند إبرامه التصرف مع نفسه لنفسه ، عنه في حالة إبرامه مع نفسه لغيره عليه سنتناول كلاً من هاتين الحالتين في فقرة مستقلة .

أولا: أثر التصرف بالنسبة للنائب عند إبرامه مع نفسه لنفسه .

لتحديد أثر تصرف النائب مع نفسه لنفسه بالنسبة له ، يتعين علينا أن نبدأ بالمرحلة التي تسبق إبرام النائب لهذا التصرف ، ففي هذه المرحلة يكون الشخص نائباً عن أصيل ما ، وينظم العلاقة بينهما مصدر نيابة النائب .(١)

فالنائب في هذه المرحلة مكلف بالعمل لمصلحة الأصيل وذلك بإبرام تصرف قانوني نيابة عنه.وهذه الرابطة بين النائب والأصيل لا علاقة لها بأثر التصرف القانوني الذي ابرمه الشخص مع نفسه لنفسه ،بالنسبة للنائب ، وإنما اشرنا لها كمقدمة لبيان هذا الأثر ،لأنها تمثل الأساس أو الوسيلة التي تمكن النائب من إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه .

فإذا ما ابرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لنفسه وكانت نيابته تخوله ذلك ،نشأت علاقة قانونية جديدة بناء على هذا التصرف بين النائب والأصيل ، فيصبح النائب طرفاً فيه بإزاء الأصيل بوصفه الطرف الآخر في هذا التصرف ، وتتحدد العلاقة بينهما بحسب طبيعة التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه . واكتسب كل منهما الحقوق الناشئة عن هذا التصرف ، وترتبت في ذمتيهما الالتزامات الناشئة عنه ، وكان لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذ التزاماته .فتنشأ للنائب حقوق والتزامات مباشرة قبل الأصيل ، من التصرف الذي ابرمه مع نفسه ، وبذلك فقد تخطت حالة تعاقد الشخص مع نفسه الحدود التقليدية لأثر التصرف القانوني ، وأمكن لشخص أن يلزم غيره .(٢)

وفي أحوال النيابة القانونية ، وحيث أن الأصيل غالباً ما يكون قاصراً عاجزاً عن مباشرة شؤونه بنفسه ، فأن الولي أو الوصي الذي تولى إبرام العقد مع نفسه أصالة عن نفسه ونيابة عن المحجور يتولى تنفيذ ذلك التصرف بعد إبرامه أيضا .(٣)

فإذا ما باع الأب ماله لولده لا يصبح قابضاً له بمجرد العقد بل لابد من التمكن من قبضه ويتفرع على ذلك انه لو هلك الشيء المبيع بعد العقد وقبل التمكن من القبض يكون هلاكه على الأب لا على ولده . ولحماية القاصر مما قد يحيق به من خطر في هذه الحالة ، ذلك أن مبرم التصرف هو الذي يتولى تنفيذه . أوجبت بعض التشريعات على الولي في هذه الحالة أن يطلب من محكمة الأحوال الشخصية تعيين وصي خاص لقبض الثمن في ما إذا تعاقد الأب مع نفسه نيابة عن ولده، فلا يبرأ الأب من الثمن حتى يسلمه إلى الوصي الذي عينته المحكمة لهذا الغرض ثم يستلمه منه ليكون ضمن اموال ولده التي له عليها ولاية الحفظ والتصرف لئلا يلزم أن يكون الأب مسلماً مستلماً في آن واحد.(٤)

---

(١) د. السنهوري ، الوسيط ،ج١، المصدر السابق ،ص٢١٤.د.عبد المنعم فرج الصدة ، العقد،المصدر السابق،ص٢٠٥ .د.عبد المجيد الحكيم ،مصادر الالتزام ، المصدر السابق،ص٩١.

(٢) د. محمد صبري السعدي ، المصدر السابق، ص١٥٩.د.عبد الودود يحيى ، المصدر السابق،ص٥٩.د.محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق،ص١١٠.

(٣) د. جمال مرسي بدر ، المصدر السابق،ص٣٤٠.د.اسماعيل غانم ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق،ص١٦٩.

(٤) محمد زيد الابياني ، مختصر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية .ط٣،مطبعة النهضة ،القاهرة ،١٩١٩ م ،ص٣٦٦ . احمد نجيب الهلالي ود.حامد زكي ،المصدر السابق،ص١٦٦،هامش رقم (١) .انظر نص م/٢٥ من قانون الولاية على المال المصري . وانظر عكس ذلك نص الفقرة الثانية من م/٥٨٨ من القانون المدني العراقي التي اعتبرت الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد .

ثانياً: اثر التصرف بالنسبة للنائب عند إبرامه مع نفسه لغيره .

إذا ما ابرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه لغيره، فالنائب، كما هو معلوم، يتولى وحده إبرام التصرف، إلا أن آثار تصرفه تنتج في ذمتي شخصين آخرين هما الأصيلين . ولا يكون له، في هذه الحالة شأناً في آثار التصرف القانوني الذي ابرمه مع نفسه لغيره. فالنائب الذي كان له الدور الوحيد في إبرام التصرف القانوني، ذلك أن هذا التصرف قد تم بإرادته، ينسحب من ميدان العلاقة التعاقدية بعد إبرامه للتصرف، فلا يكسب حقاً منه، ولا يتحمل بالتزام، لان ما ينشأ عنه من آثار تضاف مباشرة إلى ذمتي الأصيلين. (١)

وعلى هذا ليس للنائب أن يقاضي أي من الأصيلين أو يطالبه بالتنفيذ أو بالفسخ إذا امتنع عن التنفيذ أو أخل به، وليس لأي من الأصيلين أن يقاضي النائب ويطالبه بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن التصرف القانوني الذي تولى إبرامه مع نفسه أو أن يطالبه بالتعويض لعدم التنفيذ، وغاية الأمر أن آثار التصرف تتعلق بشخصي الأصيلين لا بشخص النائب، فالأخير لا يكون دائناً أو مديناً ولا ملزماً بشيء، فهو ينوب عن الأصيلين في إبرام التصرف القانوني وليس في الالتزام بأحكامه . فمن يلتزم بهذه الأحكام هو صاحب الشأن الحقيقي في التصرف، وهما الأصيلين الذين ابرم النائب التصرف مع نفسه نيابة عنهما ولحسابهما. (٢)

فالنائب لم يعبر عن إرادته لمصلحة نفسه، وإنما عبر عنها لإبرام تصرف قانوني تتجاوز آثاره ذمته إلى ذمتي الأصيلين، ولذا فأن الآثار القانونية الناشئة عن هذا العمل لا تصيب شخصه وإنما تصيب شخصي الأصيلين، بوصفهما المتعاقدين الأصليين، وطرفي التصرف الحقيقيين. فهذه الآثار لا تمر بذمة النائب ، وإنما تنشأ مباشرة في ذمتيهما. (٣)

وهذه النتيجة المتمثلة، بانصراف الآثار القانونية، لتصرف قانوني ابرمه شخص واحد بإرادته إلى ذمتي شخصين آخرين غير مبرمه تمثل في الواقع جوهر تعاقد الشخص مع نفسه، والقيمة العملية لهذا النظام القانوني، كما تمثل في الوقت ذاته خروجاً على ما الفته نظرية الالتزام من انصراف اثر التصرف إلى ذمة مبرمة، وإذا ما مثلت النيابة نقلةً في هذا المجال، مثّل تعاقد الشخص مع نفسه الغاية والذروة في هذا الصدد.

على أن نيابة النائب ألاتفاقي قد تشمل – فضلاً عن إبرام التصرف القانوني مع نفسه - تنفيذ التصرف الذي أبرمه وفي هذه الحالة يكون له بصفته نائباً وطبقاً لهذه الحدود الواسعة لنيابته أن يفي ويستوفي وان يقاضي ويقاضى (٤) **للتوصل إلى تنفيذ العقد ولكن ذلك كله بصفته نائباً ولحساب الأصيل لا لحساب نفسه .** (٥)

وفي حالات النيابة القانونية يلاحظ أن الأصيل بحكم نقص أهليته لا يستطيع أن يباشر تنفيذ العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه إلا بواسطة نائب، ذلك أن الأصيل في هذا الضرب من النيابة غالباً ما يكون قاصراً أو محجوراً عليه، عاجز عن مباشرة التصرفات بنفسه، وقد استدعى عجز الأصيل هذا أن تشمل النيابة القانونية إبرام التصرفات القانونية وتنفيذها، ولذا فأن نيابة النائب القانوني تتسع دائماً لتنفيذ العقود التي يبرمها باسم الأصيل ولحسابه فله الوفاء والاستيفاء، كما أن له التقاضي مدعياً أو مدعى عليه، غير أن ذلك كله بصفته نائباً يعمل باسم الأصيل ولحسابه فهو في تنفيذ

---

(١) د. أنور سلطان ، المصدر السابق ، ص٣٨. د.محمود جمال الدين زكي ، المصدر السابق ،ص١١١.د.عبد الودود يحيى ،المصدر السابق،ص٥٩.د.محمد صبري السعدي ، المصدر السابق،ص١٥٩.

(٣) د. عبد المنعم البدراوي ،مصادر الالتزام ،ص١٥٩.د.جاسم لفته سلمان ،المصدر السابق،ص٢٧٩.د.صبري حمد خاطر ،المصدر السابق،ص٣٥.

(٤) الا انه ليس للنائب ان يحتفظ بنيابته عن الطرفين في الدعاوى التي قد يقيمها النائب بصفته هذه عن احدهما على الاخر .ذلك ان الشخص لايجوز ان يكون مدعٍ ومدعى عليه في دعوى قضائية واحدة .

(٥) د. جميل الشرقاوي ،مصادر الالتزام ،المصدر السابق،ص٩٨.د.حسين النوري ،المصدر السابق،ص١٧٤.د.عبد المجيد الحكيم،العقد،المصدر السابق، ص١٨٤.د.حسن علي الذنون ،المصدر السابق ،ص٤٨.

التصرف أيضا مجرد نائب كما كان شأنه في إبرامه فليس عليه التزام شخصي ولا له حق شخصي قبل أي من الأصيلين.(١)

فإذا ما كان شخص نائباً عن قاصرين نيابة قانونية بأن كان ولياً عليهما ، أو كان ولياً على احدهما ووصياً أو قيماً على الآخر . و أبرم تصرفاً قانونياً مع نفسه نيابة عنهما، كان له أن يتولى تنفيذ هذا التصرف القانوني، بحكم نيابته القانونية عنهما، أو حتى عن أحدهما.

إلا أن لكل من الأصيلين أن يرجع على النائب الذي تولى إبرام التصرف القانوني مع نفسه في أي من الحالات الثلاث الآتية :

الأولى: **إذا كان النائب قد ضمن لأي من الأصيلين تنفيذ الأصيل الآخر لالتزاماته، فلهذا الأصيل أن يرجع على النائب إذا لم يقم الأصيل المضمون بتنفيذ التزاماته، أو كما لو ضمن النائب لأحد الأصيلين إقرار الآخر للتصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه، إذا كانت نيابة النائب لا تخوله ذلك بالنسبة لأحد الأصيلين.(٢) فالنائب في هاتين الحالتين يساءل عن التعويض في حالة عدم تنفيذ الأصيل المضمون لالتزاماته أو في حالة عدم إقرار الأصيل لتصرف النائب مع نفسه . وفي كلتا الحالتين يساءل النائب مسؤولية الكفيل وذلك لان رجوع الأصيل عليه بالضمان في أي من الحالتين المتقدمتين، لا يمت إلى آثار تعاقد الشخص مع نفسه بصلة، فهو يترتب بمقتضى ما ينشأ عن عقد الكفالة من علاقة مباشرة بين النائب والأصيل وليس بمقتضى ما ابرم النائب مع نفسه من تصرف.(٣)**

الثانية: **يكون النائب مسؤلا نحو أي من الأصيلين، إذا كان قد ارتبط معه بعقد إضافي (تبعي) ذي شروط خاصة، إذ يجوز للأصيل الذي ارتبط مع النائب في هذه الحالة أن يرجع على النائب بموجب ما تضمن ذلك العقد.(٤)**

الثالثة: **قد يقع من النائب بمناسبة إبرام التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه خطأ ما في حق أي من الأصيلين فيلتزم قبله بمقتضى ذلك الفعل على أن هذه الروابط التي قد تنشأ بين النائب واحد الأصيلين ليست من آثار تعاقد الشخص مع نفسه، وإنما هي روابط قانونية متميزة نشأت بمناسبة إبرام النائب التصرف القانوني مع نفسه.(٥)**

وقد ورد في الشريعة الإنكليزية العامة انه ((..من حيث المبدأ لا يكون النائب مسؤلا عن أي اتفاق ابرمه بصفته نائباً، كما لا يكون بامكانه المقاضاة بشأن هذا الاتفاق، ولذا فأن السمسار الذي يبيع السلع بصفته نائباً لا يمكنه، عموماً ، أن يقاضي في عقد البيع كما لا يمكن أن تتم مقاضاته بسبب ذلك)).(٦)

وقد قننت م/١٠٥ من القانون المدني المصري انصراف اثر التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه إلى الأصيل.(٧)

ونصت م/٨٠٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ((أن الوكيل الذي يعمل بصفته وكيلاً ولا يتعدى حدود سلطته، لا يترتب عليه موجب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدهم،

---

(١) د.توفيق حسن فرج ،المصدر السابق،ص٨٦.د.عبد الفتاح عبد الباقي ،المصدر السابق،ص٢١٦.د.عبد المنعم البدراوي،مصادر الالتزام،المصدر السابق،ص١٦٠.د.أنور سلطان،المصدر السابق،ص٣٨.

(٢) وتختلف هذه الحالة عن التعهد عن الغير ، ان النائب هنا يتعاقد باسم الاصيل ، ويقصد الزام الاصيل لا الزام نفسه . بخلاف المتعهد الذي يتعاقد باسمه شخصياً ، وتتجه ارادته الى الزام نفسه لا الزام الاصيل .ولمزيد من التفاصيل انظر بهذا الصدد.د.السنهوري،الوسيط،ج١،المصدر السابق،ص٦١٩.د.سليمان مرقس ،الالتزامات ،المصدر السابق،ص٤٠٨.

(٣) د. السنهوري ،مصادر الحق ،ج٥،المصدر السابق،ص١٧٨.د.أنور سلطان ، المصدر السابق، ص٣٨.

(٥) د. اسماعيل غانم ،مصادر الالتزام ،المصدرالسابق،ص١٦٩،د.ماجد الحلواني،المصدر السابق،ص٨٢.د.رمضان ابو السعود ، المصدر السابق،ص٧٠-٧١.

(٧) يقابل هذه المادة في التقنينات العربية م/١٠٦ مدني سوري .م/١١٢مدني اردني .م/١٠٥مدني ليبي .م/مدني كويتي .م/٧٤مدني جزائري. الفصل /١١٤٩ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية .

ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل)). ونصت م/٨٠٢ من هذا القانون ((يحق للغير أن يقيم الدعوى على الوكيل لإجباره على قبول تنفيذ العقد، حين يكون تنفيذه داخلاً حتما في وكالته)).

ويقرر القضاء انصراف اثر التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه إلى الأصيل، وعدم مسؤولية النائب عن هذه الآثار ،وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية ((أن مقتضى النيابة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت قد صدرت منه هو فهي في جوهرها تخويل للنائب حق إبرام عمل أو تصرف تتجاوز آثاره ذمة القائم به إلى ذمة الأصيل، ولا يكون النائب مسؤولا إلا إذا ارتكب خطأ)). [١]

وقضت هذه المحكمة ((متى كان البين من الحكم المطعون فيه انه أسس قضاءه على ان الثابت من عقد البيع ان الطاعن بصفته نائباً عن المجمع العام لكنيسة المسيح قد أشترى العقار موضوع النزاع لاستعماله صالة للمحاضرات تلحق بكنيسة المسيح بالإسكندرية وبالتالي فان ما خلصت إليه المحكمة من انصراف اثر تصرف النائب إلى الجهة التي يمثلها وعدم انصراف هذا الأثر إليه شخصياً يتفق مع عبارات العقد الواضحة ومن شأنه أن يؤدي إلى ما انتهى إليه)) [٢]

وقضت محكمة استئناف أبو ظبي ((أن الحل الذي انتهت إليه المحكمة الابتدائية لا يمثل نهاية الشوط وإنما يمثل مرحلة منه فقط فلا تعتبر هذه المرحلة مقبولة حيث إنها حملت ذمة الوكيل بما ينبغي أن تحمله ذمة الأصيل طبقاً للمبادىء القانونية المستقرة في هذا الشأن)). [٣]

وقضت محكمة التمييز الأردنية ((أن التصرفات القانونية التي يبرمها وكيل الولي نيابة عن الأخير إنما تنفذ في ممتلكات الموكل (الولي) الشخصية ولا تمتد لتشمل ممتلكات الأشخاص الذين للموكل الولاية عليهم بحكم القانون)). [٤]

وقضت محكمة التمييز في العراق ((ان الأصيل هو الخصم القانوني في عقد الإيجار الذي ابرمه وكيله نيابة عنه لأنه هو الطرف في العقد واليه تنصرف آثاره القانونية)). [٥]

وقضت هذه المحكمة ((إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل فأن حقوق والتزامات العقد تعود إلى الموكل)) . [٦]

وقضت أيضاً((وحيث قد ثبت أن المميّز عليه قد أجرى العقود بوصفه وكيلاً عن أشخاص آخرين، وان العربونات قد أعطيت بها وصولات باسم هؤلاء الموكلين، فتكون الخصومة متوجهة ضد الموكلين لا ضد المميّز عليه (الوكيل))). [٧]

الفرع الثاني

أثر التصرف بالنسبة للنائب في الفقه الإسلامي

حيث أن أثر هذا العقد يختلف بالنسبة للنائب في حالة إبرامه العقد مع نفسه لنفسه ، عنه في حالة إبرامه مع نفسه لغيره ، عليه سنتناول كلاً من هاتين الحالتين في فقرة مستقلة .

---

(١) قرار محكمة النقض المصرية ، في الطعن ١٥٧ لسنة ٤٢، جلسة ١٩٨١/١٢/٢٧ ، منشور في مجموعة الاستاذ معوض عبد التواب ، المصدر السابق، ص٣٠٦.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية ، في الطعن ١٢٠٣ س٥٣ ق في ١٩٨٨/٥/٢٩ ، منشور في مجموعة الاستاذ معوض عبد التواب ، المصدر السابق،ص٣١٧.

(٣) قرار محكمة استئناف ابو ظبي في ١٩٩٤/٣/٩ ، منشور في مجلة العدالة ، الامارات العربية المتحدة ،ع١٠،س٣٣،ابريل ١٩٩٥،ص٧١ .

(٤) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ١٥٨٣ /٩٩ في ٢٠٠٠/١/٢٤ ، منشور في المجلة القضائية ، مصدر سابق ، س٤،ع١، رمضان ١٤٢٠ هـ - كانون ٢ – ٢٠٠٠م ، ص٧٨.

(٥) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٧٤٩ /حقوقية /١٩٧٤ في ١٩٧٤/٦/٢٤، منشور في مجموعة الاستاذ ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية ، المصدر السابق ، ص٧٣٦ .

(٦) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٤٤٣/م/١٩٨٥/٢ في ١٩٨٥/٤/٢٠ ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، س١٦،ع١،س١٩٨٦ ، ، ص٢٨.

(٧) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٥١٧/موسعة اولى /٢٠٠١ في ٢٠٠١/٦/١٨ . القرار غير منشور .

أولا: أثر العقد بالنسبة للنائب عند إبرامه مع نفسه لنفسه .

حتى يتمكن النائب من إبرام التصرف الشرعي المناب فيه مع نفسه لنفسه لابد أن تكون له ، في الغالب ، صفة تمثيل الأصيل ، وذلك بأن ينوب عنه ، بصرف النظر عن نوع هذه النيابة . وبصرف النظر عما إذا كانت هذه النيابة سابقة على إبرام التصرف أو كانت لاحقة عليه ، كما لو باع شخص مال غيره لنفسه فضولاً ، وأقر صاحب المال تصرف الفضولي فهذه العلاقة بين النائب والأصيل هي الوسيلة التي تمكن النائب من إبرام التصرف الشرعي مع نفسه ، إلا إنها ليست بحال من آثار تعاقد الشخص مع نفسه . (١)

فإذا ما ابرم النائب التصرف الشرعي مع نفسه لنفسه نشأت رابطة اخرى بين الأصيل والنائب يحدد طبيعتها وآثارها طبيعة التصرف الذي أبرمه النائب مع نفسه، وكان النائب طرفاً في هذا التصرف وسرت في مواجهته كافة آثاره، وكان له أن يطالب الأصيل ((الطرف الآخر في التصرف)) بتنفيذ التزاماته، الناشئة من هذا التصرف، شريطة أن تكون نيابة النائب تخوله إبرام ذلك التصرف مع نفسه لنفسه. (٢)

إذ تنشأ علاقة عقدية بين الأصيل والنائب نتيجة التصرف الذي تولى النائب إبرامه مع نفسه . وإذا كانت نيابة النائب شرعية تولى الأخير تنفيذ التصرف نيابة عن الأصيل، لعجزه عن مباشرة شؤونه بنفسه.

ثانياً: أثر العقد بالنسبة للنائب عند إبرامه مع نفسه لغيره .

تقدم القول أن النائب في الفقه الإسلامي قد يضيف التصرف المناب فيه إلى الأصيل ، أو أن يضيفه إلى نفسه ،وهذا ممكن أيضاً في حالة تعاقد الشخص مع نفسه .كما إذا ابرم النائب العقد مع نفسه لنفسه في الظاهر، وفي حقيقة الأمر فأنه يتعاقد مع نفسه لغيره. وحيث أن أثر العقد بالنسبة للنائب يختلف في كل من هذين الفرضين، عليه سنتناول كلاً منهما على حدة .

الفرض الأول : أثر العقد بالنسبة للنائب عند إضافته إلى الأصيل .

لقد أجمع الفقهاء المسلمين على صرف حكم العقد وحقوقه إلى الأصيلين عند إضافة النائب التصرف مع نفسه اليهما، سواء أكان التصرف إسقاطاً أو من العقود التي لا تتم إلا بالقبض أو من المعاوضات، فالنائب الذي تولى إبرام العقد بعبارته (٣) **وبمفرده يختفي من المجال القانوني الذي أنشاه وتنشأ علاقة مباشرة بين الأصيلين ، بمجرد إبرامه العقد مع نفسه ،وتنفذ آثار هذا التصرف في ذمتي الأصيلين مباشرة دون أن تمر بذمة النائب ، ودون الحاجة إلى توسطه في ذلك . ويكون لكل منهما أن يرجع على الآخر بكل الآثار الناشئة عن التصرف.** (٤)

ونجد أن الفقهاء المسلمين قد أفاضوا في بيان سبيل بلوغ هذا الحكم المتمثل في صرف حكم وحقوق العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه إلى الأصيلين إذ صرحوا باعتبار النائب في هذه الحالة سفيراً محضاً حاك قول الغير، وقاسوه على الرسول من حيث عدم تعلق أي أثر به، وانصراف حكم العقد وحقوقه إلى المرسل، دون أن يخلطوا النائب بالرسول، فالنائب باشر التصرف بعبارته هو لا بعبارة الأصيلين، وان الرسول ينقل عبارة مرسله . (٥)

فالنائب إنما هو نائب في العبارة، ويبقى نائباً ما دام قد باشر التصرف بإرادته ولكنه إذا باشر التصرف على هذا النحو وأضافه إلى الأصيلين اعتبر كالرسول من جهة آثار التصرف، فتعلق حكم

---

(١) زين الدين الجبعي ،مسالك الافهام ،ج٣،المصدر السابق،ص١٦٥. الشيخ جعفر السبحاني ،المصدر السابق، ص٢١١.
(٢) الشيخ يوسف البحراني ،ج١٨،المصدر السابق،ص٣٧٨.الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصباح الفقاهة ،ج٤،المصدر السابق،ص٢٦٤.
(٣) بإرادته .
(٤) د. السنهوري ،مصادر الحق،ج٥،المصدر السابق،ص٢٠٧.د.عبد الحي حجازي ، المصدر السابق،ص٨١٣.
(٥) الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٦،المصدر السابق ،ص٣٣ . أبن الهمام ، فتح القدير ،ج٦،المصدر السابق،ص١٨.

وحقوق العقد بالأصيلين ولم يتعلق شيء منها به، وعلى هذا فحقيقة ما ذهب إليه ذلك الجانب من الفقهاء هو قياس النائب على الرسول من حيث آثار التصرف وحسب. [١]

فقد ورد في فقه الحنفية ((..ولو أضاف- أي الوكيل- العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقاً..)). [٢]

وجاء في فقه الشافعية ((..إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لان العقد له، فوقع الملك له، كما لو عقده بنفسه...)). [٣]

وورد في فقه الحنابلة ((..وحقوق العقد ..سواء كان العقد مما تجوز إضافته إلى الوكيل كالبيع والإجارة، أو لا كالنكاح، متعلقة بالموكل لوقوع العقد له٠٠ ..)). [٤]

وقال فقهاء المالكية ((..بخلاف العهدة – أي إنها تتعلق بالوكيل لا بالموكل – ما لم يعلم المشتري بأنه - أي البائع – وكيل ، بخلاف السمسار فأنه لا عهدة عليه لان الشأن فيه أن يبيع لغيره..)). [٥]

ويقرر فقهاء الإمامية نفس النتيجة إذ ورد في هذا الفقه ((..أن الولي والوكيل والنائب إنما يكشف عن إرادته، لذلك يعتبر قصد الإنشاء منه، ولكن عمله ينسب إلى المولى عليه والموكل والمنوب عنه والموصى عليه، لذلك الملزم –حيث يصح- شرعا الموكل والمنوب عنه والمولى عليه بمقتضى العقد)). [٦]

فالنصوص المتقدمة جلية في انصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه لغيره إلى الأصيلين، وعدم تعلقها بالنائب.

الفرض الثاني : اثر العقد بالنسبة للنائب عند إضافته العقد إلى نفسه .

ويتحقق هذا الفرض في حالة إبرام النائب العقد مع نفسه لنفسه في الظاهر وفي حقيقة الأمر فأنه يتعاقد مع نفسه لغيره . فالنائب في هذا الفرض قد أضاف العقد إلى نفسه، وغني عن القول أن هذا الفرض لا يمكن تحققه في التصرفات التي يتعين على النائب أن يضيفها إلى الأصيل. [٧]

انتهينا إلى أن الفقهاء المسلمون قد اتفقوا على إضافة حكم العقد إلى الأصيلين حتى وان أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ،طالما كان تصرفه في حدود وكالته ، وكان التصرف من التصرفات التي يجوز للنائب أن يضيفها إلى نفسه . [٨]

فالوكيل بشراء دار إذا ابرم العقد مع نفسه لنفسه ، كان المالك للدار هو الموكل الذي تعاقد الوكيل باسمه نيابة عنه، بغض النظر عما إذا كان الأصيل الآخر (مالك الدار) يعلم بان هذا النائب قد تعاقد مع نفسه لمصلحة نفسه أم لمصلحة أصيل آخر، والوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه في الفقه الإسلامي، إذا كان في وضع ذاتي من حيث أن نيته

---

(١) الزيلعي ،تبيين الحقائق ،ج٤،المصدر السابق، ص٢٥٦. الميرغناني ، الهداية ،ج٣،المصدر السابق،ص١٣٨.
(٢) ابن عابدين ،رد المحتار ،ج٤،المصدر السابق،ص٤١٩.
(٣) الشيرازي ،المهذب ،ج١،المصدر السابق،ص٣٥٦.
(٤) الرحيباني ،مطالب اولي النهى ،ج٣،المصدر السابق، ص٤٦٢.
(٥) العدوي ،علي الصعيدي ،حاشية العدوي على شرح الخرشي ،مطبوع على هامش شرح الخرشي ، ج٦، ط٢،المطبعة الكبرى الاميرية الاميرية ببولاق ،مصر ،ص٧٢.
(٦) اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، الاستفتاء السابق، جواب السؤال رقم (٧) .
(٧) انظر الصفحات (١٧٢ – ١٧٣) من هذه الرسالة .
(٨) وهي المعاوضات .

يجب أن تنصرف إلى العمل لحساب الموكل، فهو في الوقت ذاته في وضع مادي من حيث أن علم الأصيل الآخر بوجود الوكالة (عن الأصيل الأول) أو جهله بوجودها لا يؤثر في هذا الوضع. فهو في وضع ذاتي من حيث نيته هو . [١]

ويقدم الفقهاء المسلمون لتبرير انصراف حكم العقد إلى الأصيل عند إضافة النائب العقد إلى نفسه تبريرين أحدهما منطقي (فني) والآخر عملي.

أما التبرير المنطقي أن النائب هو العاقد لان العقد تم بعبارته، وكان ينبغي أن يكون اثر العقد منصرفاً إليه لان السبب، وهو العقد، وجد منه، ولكن الوكيل مأمور في العقد من الموكل، وفعل المأمور مضاف إلى الآمر، وبذلك يتعارض السبب (العقد) والأمر (أي أمر الموكل) فمقتضى السبب صرف آثار العقد جميعها حكماً وحقوقاً إلى الوكيل الذي هو العاقد والذي تم العقد بعبارته، ومقتضى الأمر (الصادر من الموكل للوكيل) هو صرف آثار العقد جميعها حكماً وحقوقاً إلى الموكل. لذلك وجب أعمال السبب والأمر ما أمكن ذلك، فاثبت ((الحكم)) للموكل. [٢]

أما التبرير العملي، فحكم العقد ينصرف إلى الأصيل لقضاء حق الضرورة، فالأصل أن العبارة هي عبارة الوكيل، كان ينبغي أن يكون الأثر المترتب على العبارة من حكم وحقوق مقصوراً على الوكيل. ولكن لما كان الموكل قد استناب الوكيل في تحصيل الحكم فقد انصرف الحكم إلى الموكل للضرورة كي لا يبطل مقصوده . [٣]

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تكييف انتقال حكم العقد إلى الموكل، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين:

١. **ذهب الإمامية** [٤] **والمالكية** [٥] **والحنابلة** [٦] **والشافعية في الصحيح** [٧] **وبعض الزيدية** [٨] **إلى إلى أن الملك ينتقل إلى الموكل ابتداء ولا ينتقل إلى الوكيل . وحجة هذا القول أن الوكيل في تصرفه نيابة إنما يكون قد أبرم عقداً لغيره وهو الموكل ، وقد صح للوكيل عقده عن طريق نيابته فوجب أن ينتقل الملك إلى من تم له العقد ، لان كل من ناب في العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده ، كما في حالة ولي اليتيم** [٩] **الذي يتصرف نيابة عن اليتيم والملك ينتقل إلى اليتيم دون الولي .**

٢. **ذهب الحنفية** [١٠] **في تكييف انتقال الملك إلى الموكل إلى اتجاهين :**

الأول: **ذهب أبي الحسن الكرخي وقاضيخان إلى ان الملك لا ينتقل إلى الموكل ابتداء وإنما ينتقل إلى الوكيل ومن ثم ينتقل إلى الموكل.** [١١] **والى هذا الرأي ذهب الشافعية في غير الصحيح** [١] **وبعض**

---

(١) المحقق الحلي ، شرائع الاسلام ، ج٢، المصدر السابق ،ص١٩٩-٢٠٠ . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ،ج٣،المصدر السابق، ص٣٨٢-٣٨٣. الرحيباني ، مطالب اولي النهى ، ج٣، المصدر السابق،ص٤٦٢.الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج٦، المصدر السابق، ص٣٣.

(٢) ابن الهمام ، فتح القدير ،ج٦،المصدر السابق، ص١٨،الكاساني،بدائع الصنائع،ج٦، المصدر السابق،ص٣٣-٣٤.

(٣) الزيلعي ،ج٤،المصدر السابق،ص٢٥٦.

(٤) المحقق الحلي ،شرائع الاسلام ،ج١،المصدر السابق،ص٢٤٢.

(٥) ابن رشد ،بداية المجتهد ،ج٢،المصدر السابق ،ص٣٣٠.

(٦) ابن قدامه ، المغني ،ج٥،المصدر السابق،ص١١٨.

(٧) النووي ، روضة الطالبين ،ج٤، المصدر السابق،ص٣٢٦.

(٨) المرتضى ، البحر الزخار ،ج٥،المصدر السابق،ص٥٨.

(٩) اليتيم في الفقه الاسلامي هو القاصر الذي فقد والده ولم يبلغ الخامسة عشرة اذا كان ذكراً ولم يبلغ التاسعة اذا كان انثى . والمراد بالولي بالولي هنا هو الجد لاب. انظر عز الدين بحر العلوم ، المصدر السابق،ص١٠٧ ، ١١٥.

(١٠) السرخسي ،المبسوط ،ج١٩،المصدر السابق،ص٣٤.ابن عابدين ،ج٧،المصدر السابق ،ص٢٩١-٢٩٢.

(١١) ابن الهمام ،فتح القدير ،ج٦،المصدر السابق،ص١٨.

الزيدية .[٢] وعلى هذا الرأي يكون الوكيل أصيلاً في حكم العقد، إلا انه ملزم بنقله إلى الموكل، وقد اعترض على هذا الرأي بأن الوكيل لو كان وكيلاً في شراء عبد قريب له فأنه يعتق عليه بدخوله في ملكه قبل انتقاله إلى الموكل.[٣]

الثاني: **ذهب أبي طاهر الدباس والقاضي أبي زيد الدبوسي إلى أن الملك ينتقل الى الموكل ابتداء ولا ينتقل إلى الوكيل، والوكيل ليس إلا أداة لكسب الحكم ويقوم الموكل مقامه فيه، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد ويقوم مولاه مقامه في الملك بهذا السبب. إلا أن تكييف هذا الانتقال يختلف عند القاضي أبي زيد عنه عند أبي طاهر الدباس . فالقاضي أبا زيد يذهب إلى أن الوكيل ليس أصيلاً في تحصيل الملك وإنما هو نائب عن الموكل فقد ورد في فتح القدير ((قال الصدر الشهيد أن القاضي أبا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق))[٤] في حين يذهب أبي طاهر الدباس إلى أن الملك ينتقل إلى الموكل خلافة لا أصالة ، فقد أورد ابن عابدين ((والملك يثبت للموكل ابتداء أي في ابتداء الأمر خلافه عنه بمعنى أن الوكيل اصل في حق العقد ، لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه ، كالعبد يتهب أو يصطاد فكما أن الموكل يثبت الملك له ابتداء فيما أتهبه عبده أو اصطاده خلافة عنه، فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه ..)) .[٥]**

ونحن نرجح ما ذهب إليه الجمهور من صرف حكم العقد مباشرة إلى الأصيل دون أن يمر بذمة النائب.حتى لا يتعرض الأصيل لخطر ضياع ماله كما لو أفلس النائب.

كما اختلف الفقهاء المسلمون فيما إذا كانت حقوق العقد تعود للموكل أم للوكيل عند إضافة الأخير العقد إلى نفسه،على النحو الأتي :

١.ذهب الإمامية إلى أن الحقوق تتعلق بالموكل دون الوكيل ، فقد ورد في هذا الفقه ((ونمنع تعلق حقوق العقد بالوكيل والخطاب وقع له على سبيل النيابة للغير)).[٦]

والى ذلك ذهب الحنابلة فقد ورد في هذا الفقه ((وحقوق العقد متعلقة بالموكل لان الملك ينتقل إليه ابتداء ولا يدخل في ملك الوكيل، فلا يعتق قريب وكيله عليه، ولا يطالب في الشراء بالثمن، ولا في البيع بتسليم المبيع بل يطالب بهما الموكل)).[٧]

ومع نصراف حقوق العقد إلى الموكل عند هذا الجانب من الفقهاء، إلا أن للأصيل الآخر أن يرجع بها على الوكيل الذي أضاف العقد إلى نفسه بصفته ضامن لا لتعلق الحقوق به.[٨]

٢.ذهب الحنفية[٩] والمالكية [١٠]والشافعية [١١] إلى أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل عند إضافته العقد إلى نفسه .

ونرجح ما ذهب إليه الإمامية من انصراف حقوق العقد إلى الموكل مع بقاء الوكيل ضامناً، إذ تتحقق النيابة الكاملة ويضمن حق الأصيل الآخر في الوقت ذاته.

ونخلص إلى أن اثر العقد الذي يبرمه النائب مع نفسه بالنسبة إليه في حالة إضافته العقد إلى نفسه بان يبرم العقد مع نفسه لنفسه في الظاهر، وهو في حقيقة الأمر يبرمه مع نفسه لغيره، أن

---

(١) النووي ،روضة الطالبين ،ج٤،المصدر السابق،ص٣٢٦.
(٢) المرتضى ، البحر الزخار ،ج٥،المصدر السابق،ص٥٨.
(٣) ابن عابدين ،ج١،المصدر السابق،ص٢٢٥-٢٢٦.
(٤) أبن الهمام ، فتح القدير ، ج٦ ، المصدر السابق ،ص١٨.
(٥) ابن عابدين ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٢٩١ .
(٦) العلامة الحلي ،تذكرة الفقهاء ،ج٢،المصدر السابق، ص١٣١.
(٧) ابن قدامه ، المغني ،ج٥، المصدر السابق، ص١١٨.
(٨) السيستاني ، منهاج الصالحين ،ج٢، المصدر السابق،ص٣٤٤ ، مسألة ١٢٧٦.
(٩) الميرغناني ، الهداية ،ج٣، المصدر السابق، ص١٣٧ . الزيلعي ، ج٤، المصدر السابق، ص٢٥٨.
(١٠) الدردير ، الشرح الكبير ، ج٣، المصدر السابق، ص٢٨١-٢٨٢. الحطاب ، ج٥، المصدر السابق، ص١٩٤-١٩٥.
(١١) الهيثمي ، تحفة المحتاج ، ج٥، المصدر السابق، ص٣٣٤-٣٣٥ . الرملي ، نهاية المحتاج ،ج٥،المصدر السابق ،ص٥٠.

ينصرف حكم ذلك العقد إلى الموكل الذي أنابه لإبرام التصرف كأصيل عن نفسه نيابة عنه. وذهب الإمامية والحنابلة إلى صرف حقوق العقد إلى الموكل أيضا، في هذه الحالة، بينما صرف الحنفية والمالكية والشافعية الحقوق إلى الوكيل، وبذلك تتضح عظمة ورقي هذا البناء الذي أقامه الفقهاء المسلمين، الذي تجاوز في صنعته الفقهية ما لم يصل إليه فقهاء القانون المدني بعد.

المصادر

المصادر باللغة العربية

أولاً : كتب ومؤلفات الفقه المدني

١. أحمد ابراهيم بك ، أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ، مطبعة العلوم ، مصر ، ١٩٤٠ .
٢. د.أحمد الزيادات و د. إبراهيم العموش ، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ١٩٩٦ .
٣. د.أحمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام، ط٢ ، مطبعة مصر ، ١٩٥٤.
٤. د.أحمد سلامة ، التأمينات المدنية ، دار التعاون ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٥. د.أحمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، الكتاب الثاني ، مقدمة القانون المدني ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
٦. د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، إجازة العقد القابل للإبطال ، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٧. د.أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١، الزواج والطلاق وآثارهما ، مطبعة عصام ، بغداد ، ١٩٧٧.
٨. د.أحمد محمد إبراهيم ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية ، ط١، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٤.
٩. أحمد نجيب الهلالي ود. حامد زكي ، شرح القانون المدني ، عقود البيع والحوالة والمقايضة ، ط٣ ، مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٤.
١٠. أحمد نصر الجندي ، الولاية على المال ، القاهرة الحديثة للطباعة ، ١٩٨٦ .
١١. د.إدريس العلوي و د. مأمون الكزبري ، شرح قانون المسطرة المدنية ، تأليف مشترك ، ج٢ ، دار القلم ، بيروت ، ١٩٧٣.
١٢. د.آدم وهيب النداوي ، العقود المسماة في القانون المدني ، البيع والإيجار ، ط١، دار الثقافة ، عمان، ١٩٩٩.
١٣. د.إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٦٦.
١٤. د. إسماعيل غانم ، مذكرات في العقود المسماة ، عقد البيع ، مكتبة عبد الله وهبه ، ١٩٥٨.
١٥. د.أكرم ياملكي ود. فائق الشماع ، القانون التجاري ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠.
١٦. السيد علي السيد ، عقد البيع ، مكتبة عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٤٢-١٩٤٣.
١٧. د.أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، ط١ ، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان ، ٢٠٠١ .
١٨. أنور العمروسي ، التعليق على نصوص القانون المدني ، ط١ ، دون ذكر مكان وزمان الطبع .
١٩. د.أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣.

٢٠. د.أنـور سـلطان ود. جـلال العـدوي ، المـوجز فـي العقـود المسـماة ، ج١، البيـع ، دار المعارف ، ١٩٦٣.
٢١. أنـور طلبـة ، الوسـيط فـي القـانون المـدني ، ج٢، العقـود المسـماة ، دار الفكـر العربـي ، القاهرة ، ١٩٨٧.
٢٢. د.باسم محمد صـالح ، القـانون التجـاري ، القسم الأول ، النظريـة العامـة ، التـاجر ، العقـود التجارية والعمليات المصرفية ، القطاع التجاري والاشتراكي ، دار الحكمة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٧.
٢٣. د.بدر جاسم اليعقوب ، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، كلية الحقوق والشريعة ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
٢٤. د.بدر جاسم اليعقوب ، عقد الإيجار ، ط١ ، مطابع دار القبس ، الكويت ، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
٢٥. د.بدر جاسم اليعقوب ، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي ، ط١ ، جامعة الكويت ، ١٩٨٦.
٢٦. د.برهام محمد عطا الله ، أساسيات نظرية الالتزام ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٢ .
٢٧. د.برهام محمد عطا الله ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، ١٩٨٣ .
٢٨. د.توفيق حسن فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٦٢.
٢٩. د.توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، مطبعة دار النشر للثقافة بالإسكندرية ، ١٩٦٩.
٣٠. د.توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨.
٣١. د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع والإيجار والمقاولة ، نشر مكتبة الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧.
٣٢. د.جمال الحكيم ، التأمين البحري ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
٣٣. جمال العطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج٤ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٠ .
٣٤. د.جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب دون ذكر مكان الطبع ، ١٩٨٠ .
٣٥. د.جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦.
٣٦. د.جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، عقد الإيجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
٣٧. د.حافظ إبراهيم ، القانون التجاري العراقي ، النظرية العامة والتعهدات والعقود التجارية ، ط١ ، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، دون ذكر سنة الطبع .
٣٨. د.حسن علي الذنون ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠.
٣٩. د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ،مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣.
٤٠. د.حسني المصري ، القانون التجاري ، العقود التجارية ، ط١ ، مطبعة حسان ، دون ذكر مكان الطبع، ١٩٨٧.
٤١. د.حسين النوري ، دراسات في مصادر الالتزام ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٥٧.

٤٢. حسين عبد اللطيف حمدان ، الوسيط في التأمينات العينية ، ط٢ ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠١م.
٤٣. د.حلمي بهجت بدوي ، أصول الالتزامات ، نظرية العقد ، مطبعة نوري بالقاهرة ، ١٩٤٣.
٤٤. د.حمدي عبد الرحمن ، عقد الإيجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع .
٤٥. د.خميس خضر ، العقود المدنية الكبيرة ، البيع التأمين الإيجار ، ط١،دار النهضة العربية ، ١٩٧٩.
٤٦. د.رمضان ابو السعود ، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٤.
٤٧. د.سالم أحمد الغص ، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٨.
٤٨. د.سعدون العامري ، الوجيز في العقود المسماة ، ج١،البيع والإيجار ، ط٢، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٧٠.
٤٩. د.سعيد عبد الكريم مبارك ، موجز أحكام قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠.
٥٠. د.سليمان الناصري ، المدخل لدراسة القانون ، ط١ ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٩.
٥١. د.سليمان مرقس ، الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤.
٥٢. د.سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٩.
٥٣. د.سليمان مرقس ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة النهضة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٦٨.
٥٤. د.سليمان مرقس ، العقود المسماة ، المجلد الثاني ، عقد الإيجار ، ط٤، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥.
٥٥. د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ط٤، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧.
٥٦. د.سليمان مرقس ، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ، القسم الأول ، الأحكام العامة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨.
٥٧. د.سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧.
٥٨. د.سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية ، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر ، دون ذكر زمان الطبع.
٥٩. د.سمير عبد السيد تناغو ، المبادئ الاساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، دون ذكر زمان الطبع .
٦٠. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، ج٢، ط١، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣.
٦١. د.شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٥٩-١٩٦٠.
٦٢. د.شمس الدين الوكيل ، دروس في العقد وبعض أحكام الالتزام ،ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٦٠-١٩٦١.
٦٣. د.شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ،ط٢، منشأة المعارف بالإسكندرية ، دون ذكر زمان الطبع.
٦٤. د.صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١م.

٦٥. د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٠ .
٦٦. د.صلاح الدين محمد شوشاري ، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني ، ط١، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، عمان ،٢٠٠١.
٦٧. د.عادل سيد محمد فهيم ، مذكرات سريعة عن نظرية التأمين العيني ، محاضرات مطبوعة القيت على طلبة المرحلة الرابعة في كلية قانون البصرة ، ٦٧-١٩٦٨، مطبعة حداد ، البصرة .
٦٨. د.عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٥٦.
٦٩. د.عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، ج١، المصادر الإرادية ، المجلد الثاني ، مطبوعات جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، الكويت ، ١٩٨٢.
٧٠. د.عبد الحي حجازي ، موجز النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، المطبعة العالمية ، ١٩٥٥.
٧١. د.عبد الرحمن جمعه الحلالشة ، بيع ملك الغير ،ط١، دار وائل ، عمان ، ١٩٩٨.
٧٢. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني :
-ج١، نظرية الالتزام بوجه عام ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٦٤.
-ج٤، العقود التي تقع على الملكية ، المجلد الأول ، البيع والمقايضة ، مطابع دار النشر للجامعات
المصرية ، القاهرة ،١٩٦٠.
- ج٦، الإيجار والعارية ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣.
- ج٧، العقود الواردة على العمل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤.
٧٣. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي :
- الجزء الأول ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ١٩٦٧.
- الجزء الخامس ، معهد البحوث والدراسات العربية ، مطبعة دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٨.
٧٤. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، ج١، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٣٤.
٧٥. د.عبد العزيز عامر ، عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٧.
٧٦. د.عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٠.
٧٧. د.عبد الفتاح عبد الباقي ،عقد الإيجار ، ج١، دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٥.
٧٨. د.عبد الفتاح عبد الباقي ،مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي ،(١) العقد والإرادة المنفردة ، دون ذكر الناشر ، ١٩٨٣.
٧٩. د.عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، ط١، دار الثقافة للنشر ، عمان ،١٩٩٩.
٨٠. د.عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩.
٨١. د.عبد المجيد الحكيم ، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية ، ج١، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، في العقد ، القسم الأول، التراضي ، ط ١ ، الشركة الجديدة للطباعة ، عمان ، ١٩٩٣.

٨٢. د.عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١، مصادر الالتزام ، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٣.
٨٣. د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١، في انعقاد العقد ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧.
٨٤. د.عبد المجيد الحكيم و د . عبد الباقي البكري وطه البشير ، ج١، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦.
٨٥. د.عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات ، ج١، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ،١٩٦٨.
٨٦. د.عبد المنعم البدراوي ، عقد البيع في القانون المدني ، ط٢، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ، ١٩٥٨.
٨٧. د.عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام – دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧١.
٨٨. د.عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٤٩.
٨٩. د.عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٤.
٩٠. د.عبد الناصر توفيق العطار ، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، العقود والعهود ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع .
٩١. د.عبد النبي ميكو ، شرح مدونة الأحوال الشخصية ، مكتبة المعارف ، الرباط ، ١٩٧١.
٩٢. د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٧.
٩٣. د.عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد فاطر ، مصادر الحقوق الشخصية ، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٠.
٩٤. د.عدنان أحمد ولي ، عقد إعادة التأمين ، ط١، دون ذكر الناشر ، بغداد ، ١٩٨٢.
٩٥. د.عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط٥، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٥.
٩٦. د.علاء الدين خروفه ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩ ، ج١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٥.
٩٧. علي الخفيف ، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٦٤.
٩٨. د. علي هادي العبيدي ، الحقوق العينية ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠.
٩٩. د.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، عقد البيع والإيجار ، ط١، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٩٧.
١٠٠. د.عماد الدين الشربيني ، الشخص القانوني ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٧٣.
١٠١. د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ٨١-١٩٨٢.
١٠٢. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، ج١، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧١.
١٠٣. د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧١.

١٠٤. كمال صالح البنا ، أحكام الولاية على المال ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٢.
١٠٥. د.كمال قاسم ثروت الونداوي ، شرح أحكام عقد البيع ، ط١، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣.
١٠٦. د.كمال قاسم ثروت الونداوي ، عقد الإيجار ،ط١، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧٤.
١٠٧. د. مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، ج١، مصادر الالتزام ، ط١، مطابع دار القلم ، بيروت ، ١٩٧٠.
١٠٨. د. ماجد الحلواني ، نظرية الالتزام العامة ، ج١، مصادر الالتزام ، العقد ، مطبعة جامعة دمشق ، دون ذكر سنة الطبع .
١٠٩. د. مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٣٩٠هـ ١٩٧١م .
١١٠. د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل المبادئ والاحكام ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٤.
١١١. محب الدين محمد سعد ومحمد فؤاد محمود غالي ، المرجع في أحكام الشهر العقاري والتوثيق والرسوم المتعلقة بها ، دون ذكر الناشر وزمان الطبع .
١١٢. د. محسن شفيق ، القانون التجاري ، ج٢، العقود التجارية ، ط٢، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٥٧.
١١٣. د. محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧.
١١٤. محمد الحسيني الحنفي ، الأحوال الشخصية وحقوق الأولاد والأقارب ، ط٤ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٥.
١١٥. د. محمد الشيخ عمر ، القانون المدني السوداني ، (١) الالتزامات ، العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة داغر ، لبنان ، ١٣٩٢هـ١٩٧٢م .
١١٦. د.محمد حسام محمود لطفي ، موجز النظرية العامة للحق ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٨.
١١٧. محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، جامعة بغداد ، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م .
١١٨. محمد زيد الابياني ، مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، ط٣، مطبعة النهضة ، القاهرة ، ١٩١٩.
١١٩. د. محمد شريف أحمد ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩.
١٢٠. د. محمد شكري سرور ، النظرية العامة للحق ، ط١، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩.
١٢١. محمد شوقي بك ، الشهر العقاري ، علماً وعملاً ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٥١.
١٢٢. د. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، ج١، مصادر الالتزام ، الكتاب الأول ، التصرف القانوني ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٥-١٩٨٦.
١٢٣. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، ط٣، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٤.
١٢٤. محمد عبد اللطيف ، التقادم المكسب والمسقط ، ط٢، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٦
١٢٥. د. محمد عبد الله الدليمي ، النظرية العامة للالتزام ، القسم الأول ، مصادر الالتزام ، الجامعة المفتوحة ، طرابلس ، ١٩٩٨.

١٢٦. د. محمد علي عرفه ، التقنين المدني الجديد ، ط٢، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٥.
١٢٧. د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الباب التمهيدي ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م .
١٢٨. محمد كمال حمدي ، الولاية على المال ، ج١، الأحكام الموضوعية ، ط١، دار المعارف بمصر ، ١٩٦٣.
١٢٩. د. محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة القاهرة الحديثة ، دون ذكر سنة الطبع .
١٣٠. د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦.
١٣١. د.محمد مختار القاضي ، أصول الالتزامات في القانون المدني ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٩.
١٣٢. د. محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، ط١، طباعة دار التأليف ، مصر ، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م .
١٣٣. محمد نصر الدين زغلول ، شرح القانون المدني ، الإرادة في العمل القانوني وعيوبها ، دون ذكر الناشر ومكان وزمان الطبع .
١٣٤. د.محمد وحيد الدين سوار ، الاتجاهات العامة في القانون المدني ، ط٢، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١.
١٣٥. د.محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥.
١٣٦. د.محمد وحيد الدين سوار ، مصادر الالتزام ، ج١، المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، دون ذكر الناشر ، دمشق ، ١٩٧٧-١٩٧٨.
١٣٧. د.محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨.
١٣٨. د.محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج١، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥.
١٣٩. د. محيي الدين إسماعيل علم الدين ، أصول القانون المدني ، ج١، الالتزامات مكتبة عين شمس ، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع .
١٤٠. د. مختار القاضي ، أصول الالتزامات في القانون المدني ، لجنة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
١٤١. د. مراد فهيم ، القانون التجاري ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٢.
١٤٢. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، محاضرات في القانون المدني السوري ، معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، ١٩٥٤.
١٤٣. د. مصطفى احمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة ، البيع والمقايضة ، ط٦، مطابع فتى العرب ، دمشق ، ١٩٦٥.
١٤٤. د. مصطفى الجمال ، أصول المعاملات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، دون ذكر سنة الطبع .
١٤٥. د. مصطفى الجمال ، البيع في القانونين اللبناني والمصري ، الدار الجامعية ، ١٩٨٦.
١٤٦. د. مصطفى كمال طه ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، منشأة المعارف ، القاهرة ، ١٩٤٩ .
١٤٧. مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٢، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٨.

١٤٨. د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، ج١، مصادر الالتزام ، ط١، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩١.
١٤٩. د. منذر الفضل ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، العقود المسماة ، البيع والإيجار في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين المدنية ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦.
١٥٠. د. منصور حاتم محسن الفتلاوي ، نظرية الذمة المالية ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩.
١٥١. منير القاضي ، شرح المجلة ، ج١،ط١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٤٩ .
١٥٢. منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الأول ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥١.
١٥٣. د. نعمان محمد خليل ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، القاهرة ، ١٩٧٧ .
١٥٤. د. نوري حمد خاطر ، عقود المعلوماتية ، ط١، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١.
١٥٥. د. وحيد رضا سوار ، القانون المدني الجزائري ، ج١، دار الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٥.

ثانياً : كتب ومؤلفات الفقه الإسلامي

أ. فقه الإمامية

١. الحلي ، جعفر بن الحسن بن ابي زكريا بن يحيى بن الحسن المعروف بالمحقق (ت ٦٧٦هـ) ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، ج٢، منشورات مكتبة الحياة ، بيروت ، دون ذكر سنة الطبع .
٢. الحلي ، جمال الدين الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر المعروف بالعلامة (ت٧٢٦هـ) ، تذكرة الفقهاء ، ج٢، نشر المكتبة المرتضوية لأحياء الآثار الجعفرية ، دون ذكر سنة الطبع .
٣. الحر العاملي ، الشيخ محمد بن الحسن (ت١١٠٤هـ) ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، كتاب نكاح العبيد والإماء ، تحقيق مؤسسة ال البيت (ع) لإحياء التراث ، قم المشرفة ، ١٤١٦هـ.
٤. الخوئي ، اية الله العظمى ابي القاسم الموسوي ، منهاج الصالحين مع فتاوى اية الله العظمى الشيخ الوحيد الخراساني ، ج٣، المعاملات دون ذكر مكان وزمان الطبع .
٥. السبزواري ، اية الله العظمى السيد عبد الأعلى ، جامع الأحكام الشرعية ، ط٨، مطبعة الديواني ، بغداد ، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م .
٦. السيستاني ، اية الله العظمى السيد علي الحسيني ، منهاج الصالحين ، ج٢، المعاملات ، ط٢، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، ١٤١٦هـ -١٩٩٦م .
٧. الطباطبائي اليزدي ، السيد محمد كاظم ، العروة الوثقى وبهامشه تعليقات أعلام العصر ومراجع الشيعة الإمامية ، المجلد الثاني ، نشر المكتبة العلمية الاسلامية ، طهران ، ١٣٩٩هـ .
٨. العاملي ، زين الدين بن علي بن أحمد الجبعي المعروف بالشهيد الثاني (٩١١هـ - ٩٦٥هـ).
- الروضة البهية في شرح اللمعه الدمشقية ، ج٤، ط١، منشورات جامعة النجف الدينية ، ١٩٦٧ م .
- مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، ج٣، ط١، مؤسسة المعارف الاسلامية ، إيران ، قم المقدسة ، ١٤١٤هـ.ق.
- مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، ج٥، ط١، مؤسسة المعارف الاسلامية ، ايران ، قم المقدسة ، ١٤١٤هـ.ق.

٩. العاملي ، محمد الجواد بن محمد الحسيني (ت١٢٢٦هـ) ، مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة ، ج٥، مطبعة الشورى ، مصر ، دون ذكر سنة الطبع .
١٠. الشيخ جعفر السبحاني ، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء، ج١، ط١، مؤسسة الإمام الصادق (ع) ، قم ، ١٤١٦هـ.ق .
١١. عبد الرحمن الجزيري والشيخ محمد الغروي والشيخ ياسر مازح ، الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (ع) ، المجلد الثالث ، منشورات دار الثقلين ، بيروت ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
١٢. عز الدين بحر العلوم ، الحجر واحكامه في الشريعة الاسلامية ، دار الزهراء للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٠.
١٣. الميرزا فتاح الشهيدي ، هداية الطالب الى أسرار المكاسب ، ج١٩ ، طبع حجر .
١٤. حجة الاسلام محمد تقي الخوئي ، التنقيح في شرح العروة الوثقى ، تقريرات أبحاث اية الله العظمى السيد ابي القاسم الخوئي ، مؤسسة أحياء آثار الامام الخوئي ، قم ، ١٣١٧هـ - ١٤١٣هـ .
١٥. اية الله العظمى السيد محمد حسين فضل الله ، فقه الشريعة ، ج٢، ط٢، دار الملاك ، بيروت ، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م .
١٦. اية الله العظمى السيد محمد صادق الصدر ، الصراط القويم ، ط٤،مطبعة الاداب ، النجف الاشرف ، ١٩٩٣م.
١٧. الميرزا محمد علي التوحيدي ، مصباح الفقاهة في المعاملات ، تقريرات أبحاث اية الله العظمى السيد أبي القاسم الخوئي ، ج٤، مؤسسة أنصاريان ، ايران ، ١٣٧٣هـ .
١٨. اية الله العظمى ناصر مكارم الشيرازي ، أنوار الفقاهة ، كتاب البيع ، ج١، مدرسة الامام أمير المؤمنين (ع) ، قم المقدسة ، ١٤١٣هـ.
١٩. الشيخ يوسف البحراني (ت١١٨٦هـ) ، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ، ج١٨، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم المقدسة ، دون ذكر سنة الطبع .

الاستفتاءات

٢٠. اية الله العظمى الشيخ بشير النجفي ، إستفتاء خاص في ١٤/شوال /١٤٢٤هـ .
٢١. اية الله العظمى الشيخ محمد اسحق الفياض ، استفتاء خاص في ٧/ذو القعدة /١٤٢٤هـ .

ب- الفقه الحنفي

١. ابن الهمام الحنفي ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، ج٦، ط١، دار صادر ، بيروت ، ١٣١٧هـ .
٢. ابن عابدين ، العلامة محمد أمين (ت١٢٥٢هـ) ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار المسماة حاشية ابن عابدين ، ج٤، طبع المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق ، ١٣٢٦هـ .
٣. الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق مع حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي ، ج٤، ط١، مطبعة بولاق ،١٣١٣هـ .
٤. شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج١٩ ، كتاب الوكالة ، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .
٥. الكاساني ، علاء الدين ابي بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥، ط١، مطبعة الجمالية بمصر ، ١٣٢٨هـ-١٩١٠م .
٦. الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالميريكية ، لجماعة من علماء الهند ، ج٦ ، ط٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر .

٧. الميرغناني ، برهان الدين ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، الهداية ، شرح بداية المبتدئ ، ج٣، الطبعة الاخيرة ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، دون ذكر سنة الطبع .
٨. عارف السويدي العباسي ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، كتاب الوكالة ، مطبعة الفلاح ، بغداد ، ١٣٤٢هـ ١٩٢٣م .
٩. علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، كتاب ١١، الوكالة ، مكتبة النهضة العربية ، بيروت –بغداد ، دون ذكر سنة الطبع .
١٠. قدري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، قدم له د. صلاح الدين الناهي ، ط١، الدار العربية للتوزيع والنشر ، الاردن ، ١٩٨٧.
١١. محمد سعيد المحاسيني ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، المجلد الثاني ، مطبعة الترقي بدمشق ، ١٣٤٦هـ -١٩٢٧م .

ج. الفقه الحنبلي

١. أبن القيم الجوزية ، شمس الدين ابو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت٧٥١هـ) ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج٣، ط١، مطبعة السعادة تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م .
٢. ابن النجار ، تقي الدين محمد بن أحمد ، منتهى الارادات ، ج١، عالم الكتب ، القاهرة ، دون ذكر سنة الطبع .
٣. أبن قدامه ، ابو محمد عبد الله بن أحمد (ت٦٢٠هـ) ، المغني ، ج٥، نشر مطبعة الامام ، تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .
٤. أبن رجب ، الحافظ ابو الفرج عبد الرحمن الحنبلي (ت٧٩٥هـ) ، القواعد في الفقه الاسلامي ، ط١، مطبعة الصدق الخيرية ، مصر ، ١٣٢٢هـ - ١٩٣٣م .
٥. الرحيباني ، مصطفى السيوطي ، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى ، ج٣، ط١، منشورات المكتب الاسلامي ، دمشق ، ١٣٨٠هـ -١٩٦١م .
٦. المرداوي ، علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان (ت٨٨٥هـ) ، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٥، ط١، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٣٧٧هـ -١٩٥٧م .
٧. د. محمد زكي عبد البر ، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ، ط١، دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٦هـ -١٩٨٦م .

د . الفقه الشافعي :

١. الأنصاري ، الشيخ زكريا بن يحيى (ت٩٢٦هـ) ، شرح منهج الطلاب ، ج٣، وبهامشه حاشية البيجرمي .
٢. الرملي ، شمس الدين محمد بن شهاب الدين (ت١٠٠٤هـ) ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج٥، مع حاشية الشبراملسي لأبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي (١٠٧٨هـ) ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥٧هـ١٩٣٨م .
٣. الشربيني ، الشيخ محمد الخطيب ، على متن المنهاج للنووي ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧٧هـ١٩٥٨م .
٤. الشيرازي ، ابو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف (ت٤٧٦هـ) ، المهذب في فقه مذهب الامام الشافعي ، ج١، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٥٩م .
٥. النووي ، الامام يحيى بن شرف (٦٧٦هـ) ، روضة الطالبين ، ج٤، تحقيق المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ، دمشق ، بدون سنة الطبع .
٦. الهيثمي ، شهاب الدين أحمد بن حجر ، الحاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج٢، نشر دار صادر بيروت ، بدون سنة الطبع .

هـ . الفقه المالكي :
١. أبن رشد ، محمد بن أحمد القرطبي (ت٥٩٥هـ) ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢، نشر مكتبة الكليات الازهرية .
٢. الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلس المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٥، طبع ونشر مكتبة النجاح في طرابلس ، ليبيا ، ٩٥٤هـ .
٣. الخرشي ، ابو عبد الله محمد بن عبد الله (ت١١٠١هـ) ، شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ، ج٦، دار صادر ، بيروت ، بدون سنة الطبع .
٤. الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفه ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، ج٣ ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، مصر ، ١٢٣٠هـ .
٥. الصاوي ، أحمد بن محمد (ت١٢١٤هـ) ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج٢، الطبعة الأخيرة ، ١٩٥٢م .
٦. العدوي ، علي الصعيدي ، حاشية العدوي على شرح الخرشي ، مطبوع على هامش شرح الخرشي ، ج٦،ط٢، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر .

و. فقه الزيدية
١. المرتضى ، أحمد بن يحيى (٨٤٠هـ) ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، ج٥، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٣٦٨هـ-١٩٤٩م .

ل . فقه الظاهرية :
١. ابن حزم ، ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد الاندلسي ، المحلي ، ج٨، مطبعة الامام ، مصر ، تصحيح د. محمد خليل هراس ، دون ذكر سنة الطبع .

ثالثاً : الرسائل الجامعية :
١. اوغريس محمد ، التعاقد بطريق النيابة في ضوء التشريع المدني المغربي ، رسالة مقدمة الى كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة الحسن الثاني ، وهي جزء من متطلبات نيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، الدار البضاء ، ١٩٧٩-١٩٨٠ .
٢. د. جاسم لفته سلمان ، النيابة عن الغير في التصرفات القانونية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩١.
٣. القاضي ضامن خشالة عبود ، النيابة في التعاقد ، رسالة مقدمة الى المعهد القضائي كجزء من متطلبات دورة الدراسات القانونية المتخصصة العليا ، ١٩٨٨.
٤. د. عباس مرزوك فليح ، التصرف بالاسهم و الحصص في الشركات بيعاً او هبة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧.
٥. محمد علي هاشم الاسدي ، ادارة اموال القاصرين سناً في الفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الفقه ، جامعة الكوفة ، النجف الاشرف ، ١٩٨٩.

رابعاً : الأبحاث والمحاضرات
١. د. جميل الشرقاوي ، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، السنة الرابعة والثلاثون ، ١٩٦٤.

٢. د. سعد حسين عبد ، الوكالة من الباطن ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، العدد التاسع ، المجلد السادس ، ، نيسان ،٢٠٠٢ .
٣. د. شفيق شحاته ، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية (باب الشريعة الاسلامية) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة الاولى ، ١٩٥٩.
٤. د. عبد الباسط محمد الجمعي ، الوكالة الظاهرة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس ، مصر ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، تموز ١٩٦٣.
٥. د. عزيز كاظم جبر ، الشكلية في التصرفات القانونية ، محاضرات غير مطبوعة القيت على طلبة الدراسات العليا ، قسم القانون الخاص ، جامعة بابل ، ٢٠٠٢.
٦. د. محمد جبر الالفي ، التطور التشريعي لأحكام بيع ملك الغير وموقف القضاء الكويتي ، بحث مستل منشور في مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة الحادية عشرة ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٨٧.

خامساً : القوانين

١. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.
٢. القانون المدني الألماني لعام ١٨٩٦.
٣. مجلة الالتزامات والعقود التونسية لعام ١٩٠٦.
٤. قانون العقود والالتزامات المغربي لعام ١٩١٣.
٥. قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام ١٩٣٢.
٦. القانون المدني الإيطالي الصادر عام ١٩٤٢.
٧. القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨.
٨. القانون المدني السوري رقم ٨٤لسنة ١٩٤٩.
٩. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
١٠. قانون تسجيل المكائن رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٢.
١١. قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.
١٢. القانون المدني الليبي الصادر عام ١٩٥٣.
١٣. قانون سماسرة الأوراق المالية المصري رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧.
١٤. قانون التسجيل العقاري الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٥٩.
١٥. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
١٦. قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
١٧. قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .
١٨. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
١٩. القانون المدني السوداني (الملغي) لعام ١٩٧١.
٢٠. القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥.
٢١. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٢٢. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٢٣. قانون المرور العراقي رقم ٤٨لسنة ١٩٧٩.
٢٤. قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .
٢٥. قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠ .
٢٦. القانون المدني الكويتي الصادر عام ١٩٨٢ .
٢٧. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

٢٨. قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ .
٢٩. قانون الكتاب العدول العراقي رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ .
٣٠. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

سادساً : مراجع الاحكام القضائية .

١. ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج٤، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م .
٢. ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨.
٣. المجلة القضائية ، يصدرها المعهد القضائي الاردني :
- ع١، رمضان ، س ٣ ، عمان ، ١٩٩٩ .
- ع ١ ، كانون الثاني ، يناير ، س٤ ، عمان ، ٢٠٠٠ .
- ع ٤ ، ديسمبر ، س ٥ ، عمان ، ٢٠٠١ .
٤. المستشار أنور طلبة ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بإراء الفقه واحكام النقض ، ج١،ط١، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، ١٩٧٥.
٥. المستشار أنور طلبة ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٥.
٦. علي محمد أبراهيم الكرباسي ، الموسوعة العدلية ، شركة التأمين الوطنية ، ع٩٤، س٢٠٠٢ .
٧. فتحية محمود قرة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية في خمس سنوات من ١٩٧٩-١٩٨٤، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، دون ذكر زمان الطبع.
٨. مجلة العدل ، تصدرها نقابة المحامين اللبنانية ، بيروت ، ع٣، س٧.
٩. مجلة العدالة ، الامارات العربية المتحدة ، ع١٠، س٣٣، ابريل ١٩٩٥.
١٠. مجلة مصر المعاصرة ، س١٨، ع٣.
١١. مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين في العراق ، ع ١ ، ٢ ، ٣ ، س ٤٩ ، بغداد ، ١٩٨٨ .
١٢. مجلة القضاء والتشريع ، تصدرها وزارة العدل التونسية ، ع٧، يوليو ، ١٩٨٢.
١٣. مجلة القضاء والقانون ، يصدرها المكتب الفني في محكمة الاستئناف العليا ، الكويت ، س١٣، ع١، فبراير ، ١٩٨٩.
١٤. مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، س٦٨، ع١، ٢ ، كانون الثاني ، شباط ، ٢٠٠٣.
١٥. مجموعة أحكام محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، يصدرها المكتب الفني في محكمة النقض المصرية ، السنة ١٢٨.
١٦. مجموعة الأحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل ، قسم الاعلام القانوني ، ع٣، س١٥، ١٩٨٥.
١٧. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والابرام في المواد المدنية ج٥،دار النشر للجامعات المصرية .
١٨. المستشار معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني معلقاً عليها بالمذكرة الإيضاحية والأعمال التحضيرية وأحكام النقض من عام ١٩٣١-١٩٩٩، ج١،ط٥، منشأة المعارف ، ٢٠٠٠.

سابعاً : كتب أخرى

١. **جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب ، دار الفكر العربي ، المجلد الثالث عشر .**
٢. **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتاب العربي بمصر ، بدون سنة طبع .**

ثامناً : القرارات القضائية غير المنشورة

١. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٣٩٤/م٢/١٩٩٣ في ١٩٩٣/٣/٩.**
٢. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٤٩/تنفيذ/٩٥ في ١٩٩٥/٥/٤.**
٣. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١٣٥/م٢ عقار /١٩٩٧ في ١٩٩٧/٤/٨.**
٤. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٥٥٦/م١/٩٧في ١٩٩٨/١٢/٢١.**
٥. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٤٥٦/م١/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٦/٢٠.**
٦. **قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم ٨٣٣/م١/٩٩ في ١٩٩٩/٦/١٢.**
٧. **قرار محكمة التمييز في العراق ٣٥١/موسعة اولى /١٩٩٩في ١٩٩٩/٨/١٩.**
٨. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٤٢١/م٢/٢٠٠٠في ٢٠٠٠/١٢/٢٠.**
٩. **قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٥٩/موسعة اولى /٢٠٠١ في ٢٠٠١/٢/٢٧.**
١٠. **قرار محكمة التمييز في العراق ٥١٧/موسعة اولى /٢٠٠١ في ٢٠٠١/٦/١٨.**
١١. **قرار محكمة التمييز في العراق ٩٣٧/م١/٢٠٠١ في ٢٠٠١/٩/٧.**
١٢. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٤٧٢/استئنافية /٢٠٠١-٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١/٧.**
١٣. **قرار محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية رقم ١١٢/ حقوقية /٢٠٠٢ في ٢٧ /٢٠٠٢/٢.**
١٤. **قرار محكمة استئناف ذي قار بصفتها التمييزية رقم ٢٢٧/ت/ح/٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٩/٧.**
١٥. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٥٩/موسعة اولى /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٩/٢٩.**
١٦. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٣٢٠٢/م١/٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١٠/١٣.**
١٧. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢١٥/م١/٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٢/٤.**
١٨. **قرار محكمة اسئناف البصرة بصفتها التمييزية رقم ١٧/حقوقية /٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٢/١٣ .**
١٩. **قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٣٨/شخصية /٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٢/٢٠ .**

المصادر الأجنبية

١. **Anson's law of contract , edited by , A .G, Guest . ٢٦ th edition , clarendon press- oxford , ١٩٨٤ .**
٢. **Chitty on contracts , fourth cumulative supplement , ٢١ ed . sweet and maxwell , london , ١٩٥٨ .**
٣. **Clarise , de la represention , son role dans la creation des obligations , ١٩٤٩ .**

٤. Demogue , Reene , Traite des obligations engeneral , T .١ . l.A . R . parise , ١٩٢٣.
٥. Gaudemet (E) , les obligations , pas debois (H) et Gaudemet (J) , paruse , ١٩٣٧ .
٦. Henri et leon et Jean Mazeaud – lecons de droit civil – Tome Deuxieme – paris ١٩٦٦.
٧. Marty , Giet Raynaud , p.Droit civil , T .١, Introduction Generals , A l etude du droit , ٢ edition , sirey ..ve١٩٧٢
٨. Morel , cours de droit civil approfondi , ١٩٤٨-١٩٤٩ .
٩. Pierre , G . viforeanu , contribution al etud du contra , dans le project Franco – Italien et en droit compara libraiedu jurisprudence , An cienneet moderne , parise , ١٩٣٢.
١٠.Planiol , Ripert et Boulanger , Traite du droit civil , T.٢.paris ١٩٥٧.
١١.Popesco , la regal res Inter alios acta et ses limites en droit modern , these Imprimeel , paris , ١٩٣٤.
١٢.Ripert , G.et boulanger, J . ,droit civil , T .٢ ٩obligations),.paris. L .G .d .J .١٩٥٧.
١٣.Rouast : la representation dans les actes Juridiques en droit civil , cours , de droit civil approfondi , ١٩٤٧ -١٩٤٨ .
١٤.Sutton and Shannon , on contracts , ٧ th ed ., butter worths , London , ١٩٧٠ .
١٥.W.Muller – Freienfels " law of Agency " In : the new Encyclo – pedia Britannica , Macropedia ,١ (١٩٧٣).

الخاتمة

ان قيام العقد يقتضي ، كما هو معلوم ، التعبير عن ارادتين متطابقتين ،وهذا التعبير عن هاتين الارادتين قد يصدر من العاقدين ،او ممن ينوب عنهما ، وبالتالي امكن ان يبرم العقد بواسطة شخص واحد يكون نائباً عن كلا العاقدين ، او أصيلاً عن نفسه ونائباً عن العاقد الاخر .

وقد يتم هذا التعاقد ضمن ذمة مالية واحدة ،كما اذا امنت شركة التأمين الاموال المؤمنة لديها لدى نفسها .

ولا تقتصر حالة تعاقد الشخص مع نفسه على الاشخاص الطبيعية ، فقد يكون شخص معنوي نائباً عن آخر – طبيعياً كان ام معنوياً- في بيع مال، وباع مال الاصيل لنفسه او لآخر كان قد انابه لشراء ذات نوع المال المناب في بيعه .

وقد انتهينا الى النتائج الاتية :

١. ان القانون المدني العراقي لم ينظم النظرية العامة للنيابة ،واكتفى بتنظيم احدى صورها – الوكالة –واورد بعض المواد بخصوص تصرف الولي والوصي باموال القاصر ، وبالنظر لضرورة تنظيم النظرية العامة للنيابة ،اقترحنا على المشرع العراقي الالتفات الى هذا النقص التشريعي ،وتنظيم النظرية العامة للنيابة .
٢. نعتقد ان التسمية القانونية الدقيقة لتعاقد الشخص مع نفسه ، هي تصرف النائب مع نفسه ،ذلك ان هذا التصرف القانوني هو تصرف بارادة منفردة . إلا انه يمكن اطلاق تسمية تعاقد الشخص مع نفسه لشيوعها في الفقه والتشريع .
٣. ان عددا قليلاً من الفقهاء قد تعرضوا لتعريف تعاقد الشخص مع نفسه ، ولعدم وجود تعريف شامل له ، فقد توصلنا الى تعريفه بأنه ((التصرف الذي يتولى فيه شخص واحد دور الموجب والقابل نيابة عن طرفيه ،او نيابة عن أحدهما وأصالة عن نفسه)).
٤. أختلف الفقه حول الاساس القانوني لمنع تعاقد الشخص مع نفسه ، كأصل عام الى ثلاثة اتجاهات ،فقد ذهب اولها الى ان هذا المنع يقوم على قرينه قانونية هي ان الشخص اذا ناب عنه غيره في التعاقد لا يقصد التوسع في هذه الانابة الى حد ان يبيح للنائب التعاقد مع نفسه . وراى الثاني ان تعاقد الشخص مع نفسه يعدّتجاوزاً لحدود النيابة من حيث الاشخاص . فيما ذهب الجانب الثالث الى ان اساس منع تعاقد الشخص مع نفسه هو نص القانون ، وقد رجحنا هذا الراي لاتفاقه مع المنطق القانوني السليم ، ذلك ان الاصل في الاعمال الاباحة مالم يمنعها القانون ، ويؤيد ذلك ان التشريعات التي لم تورد نص يمنع تعاقد الشخص مع نفسه من حيث الاصل ، عدّ موقفها هذا اباحة لهذا النوع من التعاقد ، كالقانون الفرنسي والسويسري والعراقي .
٥. رأينا ان جعل المصاب بعاهة مزدوجة بحكم القاصر ،على وفق مانصت عليه م/١٠٤ من القانون المدني العراقي محل نظر ، كونه كامل الاهلية والارادة ، وكان من الافضل اقامة مساعد قضائي له ،اسوة بالتشريعات الحديثة ، وذلك لغرض مساعدته في التعبير عن ارادته ، دون الحجر عليه .
٦. ان الارادة التي ينعقد بها التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه هي ارادة النائب المستقلة القائمة بذاتها ، وبخلاف ذلك لانكون امام حالة تعاقد الشخص مع نفسه .
٧. ذهب جانب من الفقهاء ، لاسيما من انصار المذهب المادي في الالتزام الى ان التصرف الذي يبرمه النائب مع نفسه هو عقد حقيقي توافق فيه الايجاب والقبول . في حين ذهب جانب آخر من الفقهاء الى ان هذا التصرف هو تصرف قانوني بإرادة منفردة . وقد رجحنا هذا الرأي اذ لم

نجد في هذا التصرف إلا إرادة واحدة وهي إرادة النائب ، وتنتج هذه الارادة آثارها في ذمتي الطرفين بحكم القانون الذي اجاز للشخص أن يلزم نفسه بإرادته المنفردة ، او بإرادة غيره اذا اراد هو (الاصيل) ذلك . اذا كانت نيابة النائب إرادية .او نص القانون على ذلك بأن قضى بسريان أثر تصرف النائب في حق الأصيل – ناقص الأهلية او عديمها – اذا كانت نيابة النائب قانونية .

٨. ان رضاء النائب هو المعول عليه في إبرام التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه ، ولإمكان حلول إرادة محل أخرى ، أمكن حلول رضاء شخص محل رضاء شخص اخر ، وبالتالي أمكن حلول رضاء شخص واحد محل رضاء طرفي التصرف القانوني ، وانعقاد التصرف بهذا الرضاء .لذلك ينظر الى عيوب الارادة او في العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتماً الى هذا الرضاء .

٩. اما بصدد اهلية النائب ، فقد فرق الفقه والتشريع بين ما إذا كانت نيابة النائب قانونية وهنا يجب ان يكون النائب كامل الأهلية او ارادية وهنا يجوز ان يكون النائب قاصراً بشرط ان يكون مميزاً ، وهذا ما ذهبت اليه م/٩٣٠ من القانون المدني العراقي . ورأينا أن هذا التوجه محل نظر وكان الأولى بالمشرع اشتراط كمال اهلية النائب حتى اذا كانت نيابته ارادية .

وفي حالة تعاقد الشخص مع نفسه ، وكانت نيابته ارادية ، وكان تصرفه من المعاوضات او التبرعات ، يجب التفريق بين حالة ما اذا كان النائب قد ابرم التصرف مع نفسه لنفسه ، وهنا يجب ان يكون النائب كامل الاهلية، وبين ما اذا كان النائب يبرم التصرف مع نفسه لغيره ، وهنا يجوز ان يكون النائب قاصراً مميزاً او محجوراً .

١٠.ان عيوب الارادة التي قد تصيب التصرف القانوني الذي يبرمه النائب مع نفسه اما ان تقع من النائب الذي تولى ابرام التصرف ، او ان تقع من شخص اخر . وان ارادة النائب هي المعول عليها عند النظر الى هذه العيوب . باستثناء حالة علم الاصيل بالعيب ، وتوجيهه للنائب لابرام التصرف القانوني مع نفسه رغم ذلك . ولعدم ايراد المشرع العراقي نص يحدد بموجبه الارادة التي ينظر اليها فيما يتعلق بعيوب الإرادة وحسن النية وسوئها اقترحنا على المشرع العراقي تنظيم النظرية العامة للنيابة وان يورد ضمنها النص الاتي :

((١.في التصرفات القانونية التي تتم بطريق النيابة تكون العبرة بارادة النائب لا بارادة الاصيل في وجود

الارادة والتعبير عنها وعيوبها ، او في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتماً.

٢.ومع ذلك اذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق وتصرف النائب وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الاصيل ،

فأنه لا يكون لهذا الاخير في حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه امور كان يعلمها هو او كان

مفروضاً فيه ان يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الاصيل من عيوب)).

١١. ان المحل والسبب يمثلان مضمون التصرف القانوني الذي ابرمه النائب مع نفسه ، وهما يعدان عنصران في الارادة التي تتجه لانشاء الالتزام .

١٢. فيما يتعلق بصور تعاقد الشخص مع نفسه نجد هناك صورتين رئيسيتين لهذا التصرف القانوني :

أ. تعاقد الشخص مع نفسه لنفسه في الحال ، او بحسب المال (من حيث النتيجة) كما اذا باع النائب

مال الاصيل الى ثالث لمصلحة نفسه.

ب. تعاقد الشخص مع نفسه لغيره بأن يكون نائباً عن شخصين اخرين وابرام نيابة عنهما ، تصرفا قانونيا معيناً. او يتعاقد مع نفسه لغيره ضمن ذمة مالية واحدة كما اذا اجر الدائن المرتهن المال المرهون الى المدين الراهن ، فيكون المدين الراهن قد استأجر ماله من نائبه – عند من يقول ان الدائن المرتهن نائب عن المدين الراهن في ادارة المال المرهون – وهذه صورة غير معروفة من صور تعاقد الشخص مع نفسه ويمكن عدها صورة جديدة اضافة الى الصور المتقدمة . واذا ماسكن الدائن المرتهن العقار المرهون كان مستأجراً من نفسه عند من يقول ان الدائن المرتهن صاحب حق ذاتي اصيل في ادارة المال المرهون واستغلاله .

١٣. اعتبرت المادتان ٥٨٩،٥٩١ من القانون المدني العراقي تعاقد الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة والقاضي مع نفسه نيابة عن المحجور باطلاً ، وذلك لأن الوصي المنصوب والقيم المقام هو نائب عن القاضي في ادارة اموال المحجور وحيث أن القاضي لايملك ذلك فنائبه لا يملك ذلك من باب اولى . وللحفاظ على هيبة القضاء من ناحية ثانية .

١٤.اجازت م/٥٩٠ من القانون المدني العراقي للوصي المختار التعاقد مع نفسه نيابة عن المحجور ، بشرط تحقق الخيرية واستئذان المحكمة ، وقد أوجب قانون رعاية القاصرين استئذان مديرية رعاية القاصرين .

١٥. منعت م/ ٥٩٢ من القانون المدني العراقي النواب الذين عددتهم ، من شراء الاموال المكلفين ببيعها ، وقد اقتصر هذا المنع على منعهم من الشراء ، ولم يتطرق لحالة بيع النائب مال نفسه للاصيل وهذا دون شك نقص تشريعي خصوصاً وان المواد (٥٨٨ ،٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١) الواردة في هذا الباب قد نصت على منع او اجازة البيع والشراء .

كما وان هذه المادة قد أنطوت على تعداد فئات من النواب كان من الاجدر بالمشرع العراقي افراد فقرة او مادة مستقلة لكل طائفة من طوائف النواب الذين عددتهم ، او صياغة هذه المادة على نحو يشمل كل طوائف النواب الذين عددتهم .كما وان الفقرة الثانية من هذه المادة قد نصت على ((ان الشراء في الاحوال السابقة يصح)) وشراء النائب مال الاصيل لنفسه عقد موقوف وهذا الاخير عقد صحيح – كما هو معلوم – وكان الاولى ان تنص هذه الفقرة ((أن الشراء في الاحوال السابقة ينفذ)) .

ولكل ما تقدم اقترحنا تغيير نص م/٥٩٢ من القانون المدني العراقي وان يحل محلها ما يأتي :

م/٥٩٢/ ١ .((لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص قانوني او امر من السلطة المختصة ، أن يشتري بأسمه

مباشرة او باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب هذه النيابة ، كل ذلك مالم يأذن

القضاء بذلك ، مع مراعاة الاحكام الخاصة الواردة في نصوص قانونية اخرى)).

٢.((وليس لاي ممن ذكروا أن يبيع مال نفسه لمن ينوب عنه)) ... ويمكن الاستغناء عن هذه الفقرة في حالة ايراد

نص عام يمنع تعاقد الشخص مع نفسه .

م/٥٩٣ ((لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او تقدير قيمتها ، سواء كان

الشراء باسمائهم مباشرة ام باسم مستعار)).

م/٥٩٤/١. ((ينفذ العقد في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا اقره من تم البيع او الشراء لحسابه)).

٢.((اما اذا لم يقره وبيع المال من جديد تحمل المشتري الاول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد
نقص من قيمة المبيع)).
١٦. اجازت الفقرة الثانية من م/٢٠٠ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ للوكيل اذا ورث الموكل ، ان يوكل من يقوم بالاقرار بقبول التصرف والتسجيل باسمه (الوكيل) ، وحيث ان نص هذه المادة هو نص جوازي ، كما وان القانون المدني العراقي – أسوة بالتشريعات المعاصرة – أجاز تولي عاقد واحد طرفي العقد ، عليه فأن نص هذه الفقرة هو من باب التزيد ودعونا المشرع العراقي الى حذفه .
١٧. ان المصلحة الظاهرة التي اوجب المشرع العراقي تحققها لصحة تعاقد الوصي المختار مع نفسه ، بعد استئذان المحكمة، والمتمثلة في البيع لليتيم بأقل من ثمن المثل او الشراء منه بأكثر من ثمن المثل ، لا تكفي لوحدها ، بل لا بد من التحقق من حاجة القاصر للمال الذي يريد وصيه بيعه له من نفسه ، او عدم حاجته للمال الذي يريد الوصي شراءه من القاصر من نفسه . مع حاجة القاصر الى البيع للاسباب التي يجيز فيها القانون ذلك . كل ذلك مع ملاحظة الظروف المحيطة بعملية البيع ذاتها وبطبيعة المال موضوع التصرف ، فإذا أصبح التصرف (سواء كان بيعاً او شراء) بمراعاة الظروف المتقدمة في مصلحة القاصر ، يأتي دور المعيار المادي وهو أن يكون الشراء بأقل من ثمن المثل والبيع بأكثر من ثمن المثل .
١٨. ان استخدام المشرع العراقي في م/٥٩٠ من القانون المدني مصطلح اليتيم ، للدلالة على القاصر الموضوع تحت الوصاية محل نظر ، لانه قد لا يكون يتيماً ويعزل وليه (أبيه) عن الولاية وينصب عليه وصي لادارة شؤنه ، لذا اقترحنا استبدال مصطلح اليتيم الوارد في هذه المادة بعبارة الموصى عليه او الذي تحت الوصاية .
١٩. ان المادتين ٤١، ٤٢ من قانون رعاية القاصرين العراقي قد ساوت بين الاب والوصي والقيم ، من حيث حدود سلطتهم كنواب قانونيين ، واذا اخذ بالاعتبار ان الاب أكثر الناس شفقةً على ولده واكثرهم حنواً وحرصاً على مصلحته فأن مساواة الوصي معه تصبح محل نظر . ودعونا المشرع العراقي الى اعادة النظر في هذه المسألة وافراد الأب بإحكام خاصة تمكنه من إدارة شؤون ولده وبما يتفق مع صلة القربى التي تربطهم ببعضهم من ناحية ، وبما يكفل الحفاظ على مصالح القاصر من ناحية اخرى .
٢٠. انقسمت مواقف التشريعات المختلفة من تعاقد الشخص مع نفسه الى اتجاهين رئيسين هما :
أ. فقد تضمن جانب منها نظرية عامة لتعاقد الشخص مع نفسه تمثلت في منع هذا التعاقد كأصل عام ، واجازته على سبيل الاستثناء . كالقانون المدني الالماني والقانون المدني الايطالي . والقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي والقانون المدني السوري والقانون المدني الليبي والقانون المدني الجزائري .
ب. ولم يتضمن الجانب الاخر منها نظرية عامة لتعاقد الشخص مع نفسه واكتفى بمنع تعاقد الشخص مع نفسه في حالات بعينها واجازته في حالات اخرى وسكتت عما عدا ذلك .
٢١. تمثل موقف المشرع العراقي في منع بعض حالات تعاقد الشخص مع نفسه ، واجازة حالات اخرى . وازاء موقف المشرع العراقي هذا انقسم الفقه العراقي الى اتجاهين :
أ. الاول يرى أن الاصل في القانون المدني العراقي هو منع تعاقد الشخص مع نفسه مالم يرد نص بخلافه .
ب. الثاني يرى ان الأصل في القانون المدني العراقي جواز تعاقد الشخص مع نفسه مالم يرد نص بخلافه .
لذا فقد راينا انه في الاحوال التي لم يرد فيها نص يجب الرجوع الى كل حالة على حدة ، والنظر فيها وفقاً لطبيعة نيابة النائب ومدى الصلاحيات الممنوحة له ، وما أحاط النيابة من ظروف ،

وطبيعة العقد الذي ابرمه النائب مع نفسه ، فأن استشف القاضي من كل ذلك ان التصرف الذي ابرمه النائب مع نفسه يدخل في حدود نيابته اجازه وان كان خلاف ذلك ابطله . وازاء هذا النقص التشريعي والخلاف الفقهي فقد اقترحنا على المشرع العراقي تلافي هذا النقص وايراد نص يقنن النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه ونقترح النص الاتي :

((لا يجوز للنائب ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه ام لحساب شخص اخر دون اذن من الاصيل ، فإذا حصل منه ذلك كان تصرفه غير نافذ بحق الاصيل ، مالم يحصل اقراره ، وذلك مالم يقض القانون او قواعد التجارة بما يخالفه)).

٢٢. فيما يتعلق بأهلية الرسول ، يجوز ان يكون صبياً غير مميز او مجنوناً ، ولا ندري كيف يؤتمن صبي غير مميز او مجنون على نقل التعبير عن الارادة . لذا نوصي بوجوب اشتراط التمييز في الرسول كحد ادنى وذلك لضمان حسن تأدية الرسالة مما يؤدي بالنهاية الى استقرار المعاملات .

٢٣. لقد عرف الفقهاء المسلمين أهم تطبيقين من تطبيقات النيابة وهما الوكالة والولاية . وعرفّوا النيابة في ضوء هذين التطبيقين بأنها حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام التصرف الشرعي ، وبالتالي عرفوا تعاقد الشخص مع نفسه بانه تولي العاقد الواحد طرفي العقد ، وحلول ارادته محلهما ، سواء كان هو احدهما او لم يكن كذلك . وقد عرف الفقهاء المسلمون تعاقد الشخص مع نفسه بصورتيه المعروفتين ، وحالة تعاقد الشخص مع نفسه ضمن ذمة مالية واحدة .

٢٤. انقسم الفقهاء المسلمون الى فريقين بصدد اباحة او حظر تعاقد الشخص مع نفسه . فقد ذهب الامامية والمالكية والحنابلة في رواية وابن الرفعة من الشافعية والاوزاعي من الحنفية الى جواز تعاقد الشخص مع نفسه وذهب الحنفية والشافعية الجوازه ايضاً في حالة تعاقد الاب مع نفسه نيابة عن ولده وفي عقود النكاح .وذهب الحنفية والشافعية الى منع الوكيل من تولي طرفي العقد ، كما ذهب الحنابلة الى ذلك في رواية .

٢٥. اذا ابرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه وكانت نيابته لا تخوله ذلك ، او كان يتعين عليه الحصول على اذن جهة معينة ، ولم يحصل على الاذن المطلوب ، فقد تشعبت الاراء الفقهية بصدد حكم هكذا تصرف قانوني فقد ذهب رأي الى بطلانه واخر الى اعتباره قابلاً للابطال وذهب ثالث الى اعتباره غير نافذ في حق الاصيل ، ونرجح الرأي الاخير ، ذلك لان تصرف النائب على النحو المتقدم يعد تجاوزاً لحدود النيابة وبالتالي كان تصرفه غير نافذ في حق الاصيل ، كما ان للاخير اقرار هذا التصرف بعد ابرامه من قبل النائب .

٢٦. اذا ابرم النائب التصرف القانوني المناب فيه مع نفسه ، وكانت نيابته لا تخوله ذلك ، فأن هذا التصرف يكون غير نافذ بحق الاصيل . وفي حالة عدم اجازة الاخير لهذا التصرف تنشأ مسؤولية النائب والتي تختلف في حالة ابرامه التصرف مع نفسه لنفسه عنه في حالة ابرامه لغيره . ففي الحالة الاولى يكون النائب مسؤولا تجاه الاصيل الذي انابه اذ يتم بيع المال من جديد على نفقته ويتحمل كافة المصاريف الخاصة بالبيع الثاني ، فضلا عن النقص الحاصل في قيمة المبيع .

وفي الحالة الثانية تنشأ مسؤولية النائب تجاه الأصيل الذي لم ينفذ التصرف القانوني بحق الطرف الآخر ، واضر ذلك به ، كما وقد تنشأ مسؤولية النائب تجاه الأصيلين . وهو ما يعرف بالمصلحة التعاقدية السلبية .

٢٧. إذا صاغ الأصيل تفويضه للنائب في عبارات عامة ، ولم يعلم نائبه بحقيقة ما أراد ، وابرم النائب التصرف المناب فيه مع نفسه لغيره ظانا بحسن نية إن ذلك يدخل ضمن حدود نيابته وكان الأصيل الآخر قد اعتقد بحسن نية ، إن نيابة النائب تخوله إبرام التصرف مع نفسه نيابة عنهما ، ولم يكن هناك نص يمنع تعاقد الشخص مع نفسه ، نفذ اثر تصرف النائب بحق الأصيل الأول . حماية لحسن النية واستقرار المعاملات .

٢٨. إذا أصاب النائب ضرر بسبب تنفيذ نيابته تنفيذا معتاداً ، ودونما خطأ منه ، تحمل الأصيل مسؤولية الضرر الذي أصاب النائب . ولم يقنن المشرع العراقي هذه المسألة ، ورأينا ، قيام مسؤولية الأصيل في مثل هذه الحالة وفقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي .

٢٩. إن النائب في الفقه الإسلامي عند إبرامه التصرف الشرعي مع نفسه نيابة عن طرفيه ، قد يضيف ذلك التصرف إلى الأصيلين . وفي هذه الحالة ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الأصيلين . وقد يضيف النائب التصرف إلى الأصيل عن طرف والى نفسه عن الطرف الآخر . وفي هذه الحالة يذهب الإمامية والحنابلة إلى صرف حكم العقد وحقوقه إلى الأصيل وذهب الحنفية والشافعية والمالكية إلى صرف حكم العقد إلى الأصيل ، وحقوق العقد إلى النائب الذي أضاف العقد إلى نفسه .وقد رجحنا مذهب الإمامة والحنابلة لما يحققه من فوائد عملية .

٣٠. يترتب على إبرام النائب العقد مع نفسه لغيره أن تنشأ آثار هذا التصرف القانوني في ذمتي الأصيلين الذين أنابا النائب في إبرام التصرف القانوني نيابة عنهما ، وتنشأ بينهما علاقة مباشرة .

٣١. يترتب على إبرام النائب التصرف القانوني مع نفسه لنفسه أن تنشأ آثار هذا التصرف القانوني في ذمتي الأصيل والنائب الذي أبرمه ، وتنشأ بينهما علاقة قانونية مباشرة لا علاقة لها بأصل نيابة النائب عن الأصيل .