

الغريب في العربية

رسالة تقدمت بها

مروج غني جبار العطار

إلى مجلس كلية التربية – جامعة بابل ، وهي جزء من
متطلبات نيل درجة الماجستير في اللغة العربية وآدابها (اللغة)

بإشراف الأستاذ الدكتور

صباح عباس السالم

٢٠٠٥ م

١٤٢٦ هـ

إقرار المشرف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ , أشهد أن طالبة الماجستير (**مروج غني جبار**) قد أعدت بإشرافي رسالتها الموسومة بـ (**الغريب في العربية**) في قسم اللغة العربية , كلية التربية – جامعة بابل . وأن الرسالة قد استوفت خطتها استيفاءً تاماً .

المشرف

الإمضاء :

الاسم: أ . د . صباح عباس السالم

التاريخ : ٢٧ / ٧ / ٢٠٠٥

تأييد رئيس القسم

بناء على التوصيات المتوافرة , أرشح هذه الرسالة للمناقشة .

رئيس قسم اللغة العربية

الإمضاء:

الاسم : أ.م.د. عامر عمران علوان الخفاجي

التاريخ : / / ٢٠٠٥

قرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة أننا قد اطلعنا على رسالة الماجستير الموسومة بـ (**الغريب في العربية**) , التي قدمتها الطالبة (**مروج غني جبار**) , وناقشناها فيها وفي ما له علاقة بها . ونعتمد أنها جديرة بالقبول بتقدير (لنيل درجة الماجستير في اللغة العربية وآدابها .

عضو اللجنة	عضو اللجنة
الإمضاء:	الإمضاء:
الاسم:	الاسم:
التاريخ:	التاريخ:

رئيس اللجنة	عضو اللجنة (المشرف)
الإمضاء :	الإمضاء :
الاسم:	الاسم:
التاريخ:	التاريخ:

صَدَّقَ مجلس كلية التربية في جامعة بابل القرار المذكور .

عميد كلية التربية

الإمضاء:

الاسم: أ. د. عبد الإله رزوقي كربل

التاريخ: / / ٢٠٠٥ م

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٥ - ١	المقدمة
١٦ - ٦	التمهيد
٧	الغريب في اللغة .
٨	الغريب في الاصطلاح .
٩	مرادفات مدلول الغريب .
٤١ - ١٧	الفصل الأول : الغرابة في استعمال الكلمة .
١٨	توطئة .
١٨	الاندثار .
١٨	أ - تأثير الزمن .
١٨	١- تقادم الزمن .
٢٠	٢- غموض القرينة .
٢٢	٣- الألفة والاستعمال .
٢٤	ب - إهمال تقييد الكلمة .
٢٧	ضيق دائرة الاستعمال .
٢٧	١- قبيلة متفردة .
٢٧	أ- باهلة .
٢٨	ب- حمير .
٣٠	ج- هذيل .
٣١	٢- بيئة محدودة .
٣٢	٣- مصطلح .
٣٣	٤- عمل .
٣٤	اللهجة .
٣٧	١- المشترك اللفظي .
٣٨	٢- الترادف .
٣٩	٣- التضاد .
٦٣ - ٤٢	الفصل الثاني : غرابة هيكل الكلمة .
٤٣	توطئة .
٤٤	الغرابة الصوتية .
٤٤	أ- الإبدال الصوتي .
٤٦	ب- القلب المكاني (تغيير مكان الصوت في الكلمة الواحدة) .
٤٧	ج- تنافر أصوات الكلمة .
٤٨	الغرابة البنائية .
٤٨	١- خفاء الأصل الاشتقائي .
٥٠	٢- استخدام الصيغة الصرفية لغير ما وضعت له .
٥١	٣- اتحاد الصيغة واختلاف الدلالة .
٥٤	٤- غرائب بنائية آخر .
٥٦	الغرابة المعنوية .
٥٦	١- اتساع الدلالة .
٥٨	٢- غرابة التأويل والتفسير .
٦١	٣- استخدام اللفظة في غير معناها الذي وضعت له .
٦٢	٤- غرابة الكلمة بسبب غموضها .
٩١ - ٦٤	الفصل الثالث : حياة الكلمة .
٦٥	توطئة .
٦٦	الغرابة بسبب القصور .
٦٦	أ- اللحن .
٦٨	ب- التصحيف والتحريف .

٧٠	ج- الخطأ في السماع والرسم وإهمال الشكل .
٧٢	د- عيوب اللسان .
٧٥	غرابية التجدد اللغوي والحدوث .
٧٦	١- الاقتراض اللغوي .
٧٧	أ- وجود ما يشابه المقترض في العربية .
٧٨	ب- الاقتراض من لغتين وغلبة إحداهما على الأخرى .
٧٨	٢- المولد
٧٩	٣- النحت .
٨٠	٤- الإتياع (المحاذاة) .
٨٢	الغرابية لأسباب خارجة عن المفردة .
٨٢	١ - استخدام المفردة في أكثر من مجال .
٨٤	٢ - اختلاف المستوى اللغوي والحضاري .
٨٨	٣ - وضع الرواة وصنع العلماء .
٩٢ - ١٢٠	الفصل الرابع : غرابية التركيب النحوي .
٩٣	توطئة
٩٣	أولاً : اختلاف النحويين واللغويين في وجوه الإعراب والمعنى .
٩٥	ثانياً : تعدد التأويل النحوي في التركيب الواحد.
٩٨	ثالثاً : احتمال التركيب النحوي لأكثر من وجه إعرابي .
١٠٠	رابعاً : التقديم والتأخير في التركيب .
١٠٤	خامساً : إنكار ما هو موجود .
١٠٦	سادساً : الحذف .
١٠٧	سابعاً : التطور اللغوي للتركيب .
١١٠	ثامناً : القلب في التركيب .
١١٢	تاسعاً: بناء خاص بلهجة معينة .
١١٥	عاشراً : ضعف تأليف التركيب.
١١٨	حادي عشر : تعقيد بناء التركيب .
١٢١ - ١٣٨	الفصل الخامس : غرابية النظم البلاغي.
١٢٢	توطئة.
١٢٢	١ - تنافر الكلمات .
١٢٣	٢ - كثرة التكرار .
١٢٤	٣ - تتابع الإضافات .
١٢٥	٤ - ضعف التأليف .
١٢٥	٥ - التعقيد اللفظي .
١٣٠	٦ - التعقيد المعنوي .
١٣٠	أ- بُعد اللوازم الدالة .
١٣٢	ب- غريب الاستعارة .
١٣٤	ج- غريب التشبيه .
١٣٦	د- تعقيدات معنوية أخر .
١٣٩ - ١٤١	الخاتمة .
١٤٢ - ١٦٣	روافد البحث .
١٤٣	الكتب المطبوعة .
١٦١	الرسائل الجامعية .
١٦٢	الدوريات .
A - B	ملخص باللغة الإنكليزية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي إليه مصائر الخلق , وعواقب الأمر , ونحمده على عظيم إحسانه ونير برهانه , ونوامي فضله وامتنانه , حمداً يكون لحقه قضاء , ولشكره أداء , وإلى ثوابه مقرباً , ولحسن مزیده موجباً , ونستعين به استعانة راجٍ لفضله , مؤملاً لنفعه , واثقٍ بدفعه , معترفٍ له بالطول , مدعٍ له بالعمل والقول , والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين .

أما بعد ، فإن التأليف في غريب العربية ميدانٌ واسعٌ جداً من ميادين التأليف المعجمي عند العرب ، وهو مركبٌ صعبٌ لمن يرتاده ، ذلك أنّ من الظواهر اللغوية - في اللغات عامة - غرابةٌ بعض ألفاظها أو تراكيبيها الأدبية والنحوية . وإذا كان اللغويون من الأمم الأخرى لم يلتفتوا إلى هذه الظاهرة : (الغريب) الالتفات الذي يناسبها واكتفوا بتضمينها معجمات لغاتهم ، فإنّ العرب اهتموا بهذه الظاهرة اهتماماً كبيراً ، منذ بدأوا يجمعون شعر شعرائهم ، وأقوال حكمائهم ، وكلمات خطبائهم ، بل لقد اهتم بعضهم بتفسير الغريب قبل عملية الجمع هذه . وعملية جمع الشعر العربي إنّما تمت بسبب الاستشهاد به لمسائل اللغة وليس للغريب وحده ، وهو ما حصل لعبد الله بن العباس بن عبد المطلب (رض) حين فسّر بعض غرائب القرآن الكريم التي سأله عنها نافع بن الأزرق الخارجي ، وهذه المسائل جمعت في ما بعد تحت عنوان : (سؤالات نافع بن الأزرق لعبد الله بن عباس) .

ثم توالفت بعد هذا جهود العرب في تدوين غرائب اللغة أو تصنيفاتها حسب ما يرتئي المؤلفون من عنوانات ، فمنهم من يسميها (الأوابد) ، ومنهم من يسميها (النوادر) ، ومنهم من يسميها (الشوارد) . وهم عند تسمياتهم تلك يخصون ما كتبوا بالعنوان الذي وضعوه .

وإلى جانب هذا التوجّه كان هناك توجّه آخر ، متخصّص بغرائب القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف ، وقد ألّفت فيه مئات الكتب حتى يومنا هذا ، طبع القليل منها ، وفُقد الكثير ، وما زال الذي بينهما محفوظاً لحد الآن . وندر أن وجدناهم اهتموا بالغريب التركيبي ، أي غريب (التركيب النحوي) و(النظم البلاغي) اللذين عُني بهما النحويون ، وعلماء القراءات ، والبلاغيون ، والنقاد عند تعدادهم شروط فصاحة اللفظة ، فإنهم يكادون يجمعون على أن من شروط الكلمة الفصيحة (أن لا تكون وحشية نافية) . وسلك السبيل نفسها المفسرون وشراح كتب الشعر . ولكن لم يستقص أحدٌ من أولئك المؤلفين (الغريب) وبيان ماهيته وتعريفه أو توضيح أسباب الغرابة بشكل كامل إذ إن الغريب لم يكن مبتغاهم الوحيد من مؤلفهم وإنما جاء ضمناً مما يبتغون .

واكتفى معظمهم بأن من أسباب غرابة اللفظة ان تكون وحشية أو شاذة أو أنها من لغة بعيدة .

وهم بهذا قصرُوا غرابة اللفظ على هذه الأسباب وحدها ، وخير أمثلة على ما عدّوه وحشياً أو شاذاً : (قَرَعْلَانَة) ، (قَرْنِيَاة) ، (العَلْنَدَاة) ، (الإمْر) ، (المأنوسة) ، (الهُخْع) ، (الأرْزَة) . وهي كلمات ليس هنا مجال تفسيرها ويمكن الرجوع إلى المعجمات لمعرفة دلالاتها .

لذا ينبغي لنا أن نتعرض لماهية الغريب ونعرّفه تعريفاً شافياً إن شاء الله ، حتى نتبيّن أسباب الغرابة في العربية .

فالغريب في العربية إذن لا ينبغي أن يُدرَس على أنه ألفاظ متفردات ، ولا على أنه سياق نحوي أو نظم بلاغي ، بل ينبغي أن نبحت في كلّ هذا إذا درسنا غريب العربية ، ولهذا السبب ولدت فكرة هذا البحث .

وكان البحث على مقدمة ، وتمهيد ، وخمسة فصول ، وخاتمة . فالتمهيد يتحدّث على معنى الغريب في اللغة والاصطلاح وينظر نظرة موجزة في مرادفات مدلول الغريب في العربية .

والفصل الأول : الغرابة في استعمال الكلمة : درسنا فيه : اندثار المفردات ، وضيق دائرة الاستعمال ، وغرابة اللهجة .

والفصل الثاني : غرابة هيكل الكلمة : عرضنا فيه لغرابة بنية المفردة من حيث الصوت والصرف ثم عرضنا لمعانيها الوظيفية .

والفصل الثالث : حياة الكلمة : تعرض لدراسة القصور والتجدد والحدوث . وعرض لأسباب الغرابة الخارجة عن المفردة .

والفصل الرابع : غرابة التركيب النحوي : ويعرض لـ (اختلاف النحويين واللغويين في وجوه الإعراب والمعنى) . ثم يعرض لـ (تعدد التأويل النحوي في التركيب الواحد) . وبعد هذا يعرض لـ (احتمال التركيب النحوي لأكثر من وجه إعرابي) . ثم يعرض للتقديم والتأخير وأثره في غرابة التركيب . بعد هذا يعرض الفصل لأثر (إنكار النحويين ما هو موجود) في غرابة التركيب ويدخل

في هذا كل ما يدخل في ما هو (مطرد في الاستعمال شاذ في القياس) . بعد هذا يذكر الفصل الحذف والتطور اللغوي للتركيب والقلب في التركيب وأثرها في غرابته أو عدمها . ثم يعرج على أثر اللهجات في غرابة بعض التراكييب . ويُختم هذا الفصل بالحديث على ضعف التركيب وتعقيد بنائه وأثرهما في غرابته .

والفصل الخامس : غرابة النظم البلاغي : ويتناول غرابة التركيب البلاغي ويرصد من هذه الغرابة : تنافر الكلمات في التركيب , وكثرة التكرار , وتتابع الإضافات , وضعف التأليف , والتعقيد اللفظي , والتعقيد المعنوي . فيبين ما هو غريب من هذه الفَقْر وما يمكن التسامح فيه بتوجيهه لغرض بلاغي كالجناس أو التورية أو التوكيد أو ما شابهها من أغراض النظم البلاغي .

أما خاتمة البحث فقد أدرجنا فيها أهم النتائج التي وصل إليها البحث , وسجد القارئ الكريم تفصيل هذا في موضعه إن شاء الله تعالى .

وكان من صعوبات البحث فقدان المصادر والمراجع التي اعتمدت عليها في بداية البحث , بسبب إحراق المكتبات وسرقتها وتلف كتبها سواء أكان الأمر فيما يخص المكتبات الجامعية أم تلك المكتبات العامة بسبب ما يتعرض إليه وطننا الحبيب مما اضطرني إلى إعادة توحيد المصادر والمراجع التي اعتمدتها فأخذ هذا من وقت الرسالة الكثير الكثير , وكلفني جهداً كبيراً يعلم به الله وأستاذي المشرف , ومع هذا فإنني لم أفلح في توحيد قلة من المظان وأهملت أخرى لعدم استيفاء المعلومات الخاصة بها لسبب أو آخر وتعذر الحصول عليها فيما بعد مما أضاع عليّ الغالي من الوقت والجهد , ولاسيما أن دراستي هذه تقوم على مظان وأصول كثيرة ومتنوعة , جاءت كتب الغريب اللغوي وغريب القرآن والحديث في مقدمتها وكتب المعاجم اللغوية وكتب اللغة والنحو والبلاغة والكتب التي تتصل بها من كتب التراجم والتفاسير ودواوين الشعر وكتب الأدب والتراث اللغوي وغير ذلك مما تيسر لي بفضل الله وجهدي المتواضع.

شكري وامتناني لأستاذي المشرف د. صباح عباس السالم لما أولانيه من توجيه وما بذله معي من جهد قلما نجد له نظيراً , بفتح أبواب مكتبته , وإعادة قراءة ما كتبت لأكثر من ثلاث مرات في بعض الأحيان , من غير تهاون , وخطوة بخطوة . فجزاه الله عني خيراً وأنعم عليه بالصحة والعافية .

والوفاء والتَّصَفَّة يقتضيان أن لا يُطوى هذا البحث إلا وقد ضم بين جنباته شكراً وامتناناً كبيرين لشيوعي الذين أفاضوا عليّ من علمهم ما قوّم لساني وهذّب لغتي , من كان منهم في المرحلة الأولية ومن كان منهم في مرحلة الماجستير , فجزاهم الله خيراً .

وأشكر كلّ من قدّم لي مساعدة ما، بيدٍ أو لسانٍ . والحمد لله رب العالمين .

والآن , وقد تم هذا البحث , أتقدم به بين يدي العربية , حبّاً لكتاب الله , وخدمةً لها بعدما بذلت فيه من الجهد ما أحتسبه عند الله , ومن العلم ما استطعت إليه سبيلاً معترفةً بالقصور والتقصير , إذ كلّما نظرتُ فيه نظرة ودئتُ لو أبدلتُ هذا مكان ذلك , أو محوت ذلك لأضيف هذا . وقطعاً لهذا استعنت الله وختمت عملي وتقدمت به إليكم راجية القبول .

Ministry of higher studies and scientific research

University of Babylon

College of education

Department of Arabic Language

THE STRANGE IN ARABIC

A theasis submitted by

Murouj Gani Jabbar AL Aattar

To the council of the college of education University of Babylon in partial fulfilment for the degree of Master in Arabic language and its literatures – linguistics .

Supervised by

Prof . Dr . Sabah Abbas AL- Salim

July ٢٠٠٥ A . C .

١٤٢٥ A . H .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا]

صدق

(البقرة - ٢٨٦)



الإهداء

الى

روح سيد المرسلين، وخاتم النبيين وحجة ربّ العالمين إمام الرحمة وقائد الخير
ومفتاح البركة نبينا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام وعلى آله الأطهار.

الى

من كانا سبباً في قوتي ورفعتي وتحقيق أحلامي

الى

من تعجز الكلمات عن ذكر أوصافهما....

الى

شخصيَّ والدي ووالدتي

أطال الله في عمريهما

عرفاناً لكل ما قدماه لي



شكر وتقدير

أما وقد أنعم الله عليّ ووفقتني في إتمام هذه الرسالة فإن الوفاء والعرفان بالجميل يحتمان عليّ تقديم شكري وتقديري واحترامي إلى كافة الأيادي الكريمة التي أمتدت لمساعدتي وأسهمت في تمكيني من إنهاء هذا العمل.

فأبدأ بتسجيل وافر شكري وتقديري وأمتناني الدائم إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة إيمان طارق الشكري المشرفة على هذه الرسالة لكل ما قدمته لي من مساعدة ولمتابعتها المستمرة وتوجيهاتها القيّمة لتذليل العقبات وإزالة العراقيل ليخرج هذه البحث بالصورة اللائقة.

كما أتقدم بخالص الشكر والإحترام إلى جميع أستاذتي في مرحلة الماجستير في كلية القانون – جامعة بابل.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير والإحترام إلى أخي الأكبر وإبن عمي الأستاذ الدكتور فاضل عبد الزهرة مراد العارضي وذلك لما قدمه لي من مساعدة ودعم كبيرين في إتمام طباعة هذا البحث.

وأخيراً أتقدم بوافر الشكر إلى كل من ساعد في إنجاز هذا العمل، والله من وراء القصد.

الباحثة

إقرار المشرف

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالبة (دلال تفكير مراد) الموسومة (التعاقد باسم مستعار - دراسة مقارنة) قد جرت تحت إشرافي في كلية القانون/ جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير. وهي جديرة بنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع:

المشرف: أ.م. د. إيمان طارق
الشكري

التاريخ: / / ٢٠٠٦م

بناء على التوصيات المطلوبة أشرح هذه الأطروحة للمناقشة.

التوقيع:

المشرف: أ.م. د. حكمت عبد الرزاق
الدباغ

م. العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا

التاريخ: / / ٢٠٠٦م

إقرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد بأننا قد أطلعنا على هذه الرسالة والموسومة بـ (التعاقد باسم مستعار – دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالبة (دلال تفكير مراد) وقد ناقشنا الطالبة في محتوياتها وكل ماله علاقة بها. ونرى بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع:

الاسم:

التوقيع:

الاسم:

Contracting with loan name

Summary

The subject of contracting with loan name is necessary because it reflexes of problem in practical reality whether the loan name as agent of other agents in its relation with prosecutors so cannot make a difference of them unless its agency is continuous so he can be distinguished by special judgments at his relation with others whom contracted with him because he is the origin in facing other agent working for the another agent ,so the appearance of loan name in that formula ahead of other arisen a question tend to his obligation and the right of other who ignores merit of the agent in consulting of the prosecutor and the obligation of the agent whom arose the right manner to the agent and result of his prevent of implementing this obligation and what is the right of agent in case of owning the agent at the right which having the right to contract with loan name to other in addition to what the subject arises of contracting with loan name of other problems when the aim of the agent is to come into contracting whit loan name which is illegal representing the harms that resnit in right at other or fraud on the judgments of law according to general order.

To order to study the subject of contracting with loan name precisely and in detail, we have divided the research into three chapters.

The first one includes conception of contracting with loan name and it is divided into three researches. The first one contains conditions of contracting with loan name.

The second one contains conditions of contraction with loan name, the third one is to recognize the contracting with loan name that contain some situations, and through the chapter we can specify conception of contracting with loan name by making the agent be have legally with other personally for the sake of his prosecutor according to the continuous agency deal between them for regards connecting with the aims that the agent tries to carry out. So the contracting with loan names include three deal.

Deal of agency which is between the loan name and his personal name for sake of borrower and the deal that the loan name carries the right to the person who loaned the name another time.

While the second chapter will specify to the effects of legal contracting with loan name and will be divided into three researches. The first is to mention the relation of loan name with other.

The second is to mention the relation of the person who loaned the name with who loaned the name.

We have concluded through second chapter that the appearance of loan name a head of other with owner of right and contract with him by his personal name to lead to extend effect of contract to loan name either creditor or debtor unless the non-contractor with loan name know with merit of loan name or he understood the dealing with agent and the prosecutor so for these two condition the effect of contracting will go to the borrower of the name either creditor or debtor and the application of judgments will be held upon the relation between the loan name and the person who loaned the name, and the loan name should compel to carry the rights to the person who loaned the name who gained by his name during contracting with other vice versa. While the third chapter will be the effect of illegal contracting with loan name. it is divided into three researched including.

The three researched preventing the right manner of the person who loaned the name by the right of his creditors and the second research preventing the right manner of the person who makes the loan name with other and the third research illegality of the contracting with loan name.

From this chapter we can see the illegal difference of contracting effect with loan name according to the aim the borrower of the name for contracting with loan name is to make by rights of other or harms by right of creditors and will be for the creditor the

right to suspect of manner of debtors lend to not having the right or if the aim of the loaner of the name is a fraud or lesion on the judgments of law so the contracting with loan name will be unfulfilled.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٨	المقدمة
٨	أولاً: جوهر فكرة البحث
٩	ثانياً: نطاق البحث ومنهجه
٩	ثالثاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره
١٠	رابعاً: خطة البحث
١٢	الفصل الأول: مفهوم التعاقد باسم مستعار
١٤	المبحث الأول: معنى التعاقد باسم مستعار
٢١	المبحث الثاني: شروط التعاقد باسم مستعار
٢١	المطلب الأول: وجود عقد وكالة مستتر بين الوكيل والموكل
٢٩	المطلب الثاني: تعاقد الأسم المستعار بأسمه الشخصي لحساب المستعير للأسم.
٣٢	المبحث الثالث: تمييز التعاقد باسم مستعار عما يشبهه به من أوضاع
٣٣	المطلب الأول: التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة
٣٨	المطلب الثاني: التعاقد باسم مستعار والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير.
٤٣	المطلب الثالث: التعاقد باسم مستعار والصورية النسبية بطريق التسخير أو الأسم المستعار
٥٠	الفصل الثاني: آثار التعاقد المشروع باسم مستعار
٥١	المبحث الأول: علاقة الأسم المستعار بالغير
٥١	المطلب الأول: إنصراف أثر التعاقد إلى الأسم المستعار
٥٤	الفرع الأول: إلزامات الأسم المستعار
٥٨	الفرع الثاني: حقوق الأسم المستعار
٦١	المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة إنصراف أثر التعاقد إلى الأسم المستعار
٦٤	الفرع الأول: حالة العلم بصفة الأسم المستعار
٦٩	الفرع الثاني: عدم الالتفات إلى صفة المتعاقد
٧٧	المبحث الثاني: علاقة المستعير للأسم بالغير
٨٥-٧٧	المطلب الأول: عدم إنصراف أثر التعاقد إلى المستعير للأسم
٨٥	المطلب الثاني: علاقة المستعير للأسم بالأغيار
٨٥	الفرع الأول: علاقة المستعير للأسم بدائنيه
٨٧	الفرع الثاني: علاقة المستعير للأسم بدائني الأسم المستعار
٩٢	المبحث الثالث: علاقة الأسم المستعار بالمستعير للأسم
٩٤	المطلب الأول: مدى تطبيق أحكام عقد الوكالة العادية على عقد الوكالة المستتر
١٠٠	المطلب الثاني: نقل أثر التعاقد من الأسم المستعار إلى المستعير للأسم
١٠٠	الفرع الأول: وجوب إبرام عقد جديد
١٠٢	الفرع الثاني: عقد الوكالة ذاته ينقل أثر التعاقد
١٠٦	الفصل الثالث: آثار التعاقد غير المشروع باسم مستعار
١٠٧	المبحث الأول: عدم نفاذ تصرف المستعير للأسم في حق دائنيه
١٠٨	المطلب الأول: مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف
١١٦	المطلب الثاني: حالات إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف في نطاق التعاقد باسم مستعار
١٢١	المبحث الثاني: عدم نفاذ العقد الذي يجريه الأسم المستعار مع الغير
١٢٢	المطلب الأول: مفهوم عدم نفاذ العقد
١٢٨	المطلب الثاني: التطبيق التشريعي لعدم نفاذ العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار
١٣٨	المبحث الثالث: بطلان التعاقد باسم مستعار

١٣٩	المطلب الأول: مفهوم بطلان العقد
١٤٦	المطلب الثاني: التطبيقات التشريعية لبطلان العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار
١٤٧	الفرع الأول: شراء عمال القضاء والمحامين للحقوق المتنازع فيها باسم مستعار
١٥٣	الفرع الثاني: تعامل المحامين في الحقوق المتنازع فيها باسم مستعار
١٦٠	الخاتمة
١٦٩	المصادر

المقدمة:

يعد موضوع التعاقد باسم مستعار من المواضيع الجديدة بالبحث لأهميتها النظرية والعملية، والإمام به تفصيلاً يقتضي بنا بيان موقف الفقه الإسلامي والفقه القانوني وبعض القوانين المدنية منه، وما يصطحب ذلك من توافق وتباين في الآراء، ولكن قبل الدخول في بحث هذا الموضوع لابد لنا من الوقوف قليلاً عند جوهر فكرة البحث ونطاق البحث ومنهجه وأهميته وأسباب اختياره ومن ثم التطرق إلى خطة بحثه.

أولاً: جوهر فكرة البحث:

يتمتع كل فرد من الافراد بحرية ابرام ما يشاء من عقود ما دامت لا تخرج عن نطاق قواعد النظام العام والآداب العامة، وهذا نابع من حرية الفرد في التصرف بأمواله بنفسه. ولكن كثيراً ما تضطر الظروف العملية الفرد إلى إبرام التصرفات القانونية عن طريق الوكالة، بل قد يضطر الفرد حتى إلى إخفاء اسمه الحقيقي عند التعاقد فيقوم بتسخير غيره في التعاقد بدلاً عنه، على ان يتم التعاقد باسم المُسخر الشخصي لا باسم المُسخر. ومعنى ذلك ان يقوم المُسخر بإبرام عقد وكالة مستتر مع المُسخر على ان يعمل الأخير باسمه الشخصي لحساب موكله (المُسخر) بحيث يظهر الوكيل وكأنه صاحب المصلحة الحقيقية في التعاقد. ولذلك يسمى هذا الوكيل بالاسم المستعار أو الاسم المُسخر وتسمى العلاقة التي تربطه بمن سخره أو

استعار اسمه — (عقد التسخير) أو عقد الاسم المستعار.

ولذلك يشترط لتحقيق التعاقد باسم مستعار شرطان أولهما وجود عقد وكالة مستتر بين الوكيل والموكل وثانيهما تعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي لحساب موكله. وبهذا يمكن لنا أن نميز بين التعاقد باسم مستعار وبعض الأوضاع القانونية التي تختلط معه في المفهوم كالوكالة بالعمولة والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير والصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار.

والتعاقد باسم مستعار يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره بين أطرافه طالما كان غرض المستعير للأسم من اللجوء إليه مشروعاً متمثلاً بنجاح التعاقد وتمامه، أما إذا كان غرض المستعير للأسم من هذا التعاقد غير مشروع متمثلاً بالإضرار بحقوق الغير أو الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام فإن الأثر المترتب على ذلك يختلف بحسب ما إذا كان غرض المستعير للأسم من اللجوء إلى التعاقد باسم مستعار هو الإضرار بحقوق الغير أو الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام، فالأول يترتب عليه عدم نفاذ تصرف المستعير للأسم، وفي الثاني يكون الأثر المترتب أما بطلان التعاقد باسم مستعار أو عدم نفاذ العقد الذي يجريه الاسم المستعار مع الغير على حسب الأحوال. وإذا كان التعاقد باسم مستعار باطلاً فإن البطلان يشمل عندئذٍ عقد الاسم المستعار ذاته والتصرف الذي باشره الاسم المستعار مع الغير باسمه الشخصي وأخيراً التصرف الذي نقل به الاسم المستعار الحق إلى المستعير للأسم.

ثانياً: نطاق البحث ومنهجه

إن دراستنا لموضوع التعاقد باسم مستعار، ستخذ المنهج المقارن سبباً لمعالجة موضوع البحث، فنعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية العربية كالقانون المدني المصري واللبناني والأردني، هذا بالإضافة إلى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي من بين القوانين المدنية الغربية. وسوف لن تفوتنا الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي بقدر ما يتعلق بموضوع التعاقد باسم مستعار. وقد تضمن البحث أيضاً بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي والقضاء المصري والقضاء الفرنسي من بين القضاة العربي والغربي.

ثالثاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

يتميز موضوع التعاقد باسم مستعار بأهمية بالغة وذلك بسبب ما يثيره من مشكلات في الواقع العملي، ذلك لأنه إذا كان الاسم المستعار وكلياً كسائر الوكلاء في علاقته بموكله لا يفترق عنهم إلا في ان وكالته مستترة فإنه يتميز بأحكام خاصة في علاقته مع الغير الذي يتعاقد معه لأنه أصيل في مواجهة الغير لا وكيل يعمل لحساب الموكل، وظهور الاسم المستعار بهذه الصفة أمام الغير يثير تساؤلاً عن مدى التزامه (أي الوكيل) تجاه الغير ومدى حق الغير الذي يجهل صفة الوكيل في الرجوع على الموكل، ومدى التزام الوكيل بنقل آثار التصرف إلى الموكل، وما يترتب على امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام وما هو حق الموكل في حالة تصرف الوكيل بالحق الذي آل إليه بالتعاقد باسم مستعار إلى الغير.

هذا بالإضافة إلى ما يثيره موضوع التعاقد باسم مستعار من مشكلات أخرى عندما يكون الغرض من لجوء الموكل إلى التعاقد باسم مستعار هو الإضرار بحقوق

الغير كإضرار بحقوق دائني المستعير للاسم أو الإضرار بحقوق من يتعامل معه الاسم المستعار أو يكون الغرض التحايل على أحكام القانون الآمرة في حالة وجود مانع قانوني يحظر على الفرد مباشرة بعض العقود أو التعامل في بعض الحقوق، فكل من تلك المشاكل تحتاج إلى إيجاد الحلول المناسبة لها.

أما عن أسباب اختيار هذا الموضوع كبحت لرسالة الماجستير فهي:

- ١- عدم وجود رسالة ماجستير أو دكتوراه تبحت في هذا الموضوع في القانون المدني العراقي.
- ٢- الأهمية البالغة لموضوع التعاقد باسم مستعار من الناحيتين النظرية والعملية.
- ٣- تنظيم القانون المدني العراقي لبعض أحكام التعاقد باسم مستعار في نصوص متفرقة لا تجمعها وحدة الموضوع فبينما نجد نصاً في باب الوكالة يستشف منه ضمناً حكم علاقة الوكيل بالغير في جوانب منها نجد نصوصاً أخرى في باب البيع تطرق فيها المشرع إلى بعض تطبيقات التعاقد باسم مستعار بمناسبة تنظيم أنواع خاصة من البيوع.

رابعاً: خطة البحث :

سنوزع موضوع البحث على ثلاثة فصول : نخصص الفصل الأول لبحت مفهوم التعاقد باسم مستعار وسيتفرع كلامنا فيه إلى مباحث ثلاثة نتناول في الأول منها معنى التعاقد باسم مستعار وفي الثاني شروط التعاقد باسم مستعار وفي الثالث تمييز التعاقد باسم مستعار عما يشبهه به من أوضاع.

في حين سنخصص الفصل الثاني لآثار التعاقد المشروع باسم مستعار، وسنقسمه إلى مباحث ثلاثة نتناول في الأول منها علاقة الاسم المستعار بالغير

وفي الثاني علاقة المستعير للاسم بالغير وفي الثالث علاقة الاسم المستعار بالمستعير للاسم .

ثم ننتقل إلى الفصل الثالث حيث نتناول فيه آثار التعاقد غير المشروع باسم مستعار وذلك من خلال مباحث ثلاثة نتناول في الأول منها عدم نفاذ تصرف المستعير للأسم في حق دائنيه وفي الثاني عدم نفاذ العقد الذي يجريه الاسم المستعار مع الغير وفي الثالث بطلان التعاقد باسم مستعار، فاذا ما تم لنا بحث ذلك وصلنا إلى خاتمة نضمنها أهم النتائج التي نتوصل إليها من هذا البحث.

الفصل الأول

مفهوم التعاقد باسم مستعار

الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني معين^(١)، والوكالة قد تكون وكالة نيابية تبيح للوكيل أن يعمل باسم الموكل، وقد تكون الوكالة وكالة غير نيابية وهي وكالة مستترة تتجرد عن النيابة يفوض الموكل فيها وكيله بالقيام بالتصرف باسمه الشخصي ويبدو هو الأصيل في التعامل دون ذكر علاقته بالموكل حرصاً من الأخير على عدم الظهور

(١) انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج ١ - ج ٧ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٤ - ص ٣٧٢. وقد عرفت المادة ٩٢٧ مدني عراقي الوكالة بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم). والمادة (٦٩٩) مدني مصري إذ عرفت الوكالة بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل). والمادة (١٩٨٤) مدني فرنسي فقد عرفت الوكالة بأنها (عمل بمقتضاه يفوض شخص آخر بعمل شيء على ذمة الموكل وباسمه).

في التعامل مع الغير لسبب مشروع أو لسبب غير مشروع^(٢).

فالموكل الذي لا يرغب بإعلان اسمه إلى الغير ويبغي التعاقد باسم وكيله لمصلحة يريد تحقيقها إنما يتعاقد باسم مستعار^(٣)، بمعنى إننا لكي نكون إزاء تعاقد باسم مستعار لابد من ان تكون هناك وكالة مستترة بين الوكيل والموكل وان يتعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي وان كان يعمل لحساب الموكل حقيقة.

وبذلك يمكن لنا أن نميز التعاقد باسم مستعار عما قد يشته به من أوضاع قانونية كالوكالة بالعمولة والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير والصورية الذسبية بطريق التسخير.

وللخوض في كل ذلك سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول معنى التعاقد باسم مستعار وفي الثاني شروط التعاقد باسم مستعار وفي الثالث تمييز التعاقد باسم مستعار عما يشته به من أوضاع.

(٢) انظر د. قدري عبد الفتاح الشهاوي- أحكام عقد الوكالة - منشأة المعارف- الأسكندرية- ٢٠٠٥- ص٤٢٥.

(٣) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصدر سابق ص٦٢١.

المبحث الأول

معنى التعاقد باسم مستعار

إن الإحاطة بمعنى التعاقد باسم مستعار يقتضي بنا عرض نبذة من التعاريف المتعددة التي قيلت في الاسم المستعار.

فقد عرف البعض من الفقه العراقي الاسم المستعار بأنه الوكيل الذي يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي بمقتضى عقد الوكالة المستتر المبرم بينه وبين الموكل بحيث لا يظهر هذا الأخير في التصرف الذي يبرمه الوكيل لاعتبارات تتعلق بمصلحته (أي الموكل) ^(٤).

كما اتجه جانب من الفقه المصري إلى تعريف الاسم المستعار على أنه وكيل عهد إليه موكله بالقيام بعمل قانوني مع الغير على أن يعمل هذا الوكيل باسمه الشخصي مع الغير دون أن يظهر شخصية موكله ^(٥).

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - ج ١ - شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد - ١٩٦٧ - ص ١٨٠. انظر أيضاً د. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة في الالتزام - ج ١ مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٧١ - ص ١٣١ - وانظر بهذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي = ج ١ - مصادر الالتزام - بغداد - ١٩٨٠ - ص ٥٥ هامش رقم ١.

(٢) انظر د. جمال مرسي بدر - النيابة في التصرفات القانونية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٨ - ص ١٢٠، انظر أيضاً د. احمد مرزوق - نظرية الصورة في التشريع المصري - القاهرة - مصر - ١٩٥٧ - ص ٢٦٨. و انظر د. مصطفى الجمال - النظرية العامة للالتزامات - الدار الجامعية - مصر - ١٩٨٧م - ص ٢٦٥.

وقد حددت محكمة النقض المصرية معنى الاسم المستعار في أحد قراراتها بالقول: (إن من يعير اسمه لآخر ليس إلا وكيلاً عن أعاره وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئاً فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في إن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع إنه في الواقع شأن الموكل...) (٦)

وعرف البعض من الفقه الفرنسي الاسم المستعار بأنه من يظهر أمام الغير بمظهر المالك لشيء و صاحب الحق فيه بيد أنه في الحقيقة لم يكن سوى وكيل. (٧)

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى تعريف عقد الاسم المستعار بأنه (عقد يتعهد فيه أحد الأشخاص بأن يتقدم تجاه الغير بصفة حائز حق يعود لشريكه في التعاقد الذي يبقى مجهولاً من الغير). (٨)

و من خلال التعاريف المتقدمة يمكن تحديد معنى التعاقد باسم مستعار بأنه إبرام الوكيل تصرفاً قانونياً مع الغير باسمه الشخصي و لحساب

(١) الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ في جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ مدني - أنظر: د. عبد الفتاح مراد - موسوعة - مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية المصرية - ج٤ - ٢٠٠٢ - ص٢٤٤.

(٢) أنظر

- Laurent: principes de droit civil francais. T١٩ - ١٨٧٦. N. ٧٦.

- Troplong: comment taire du mandate - ١٨٧٤.N.٤٣

وبذات المعنى أنظر أيضاً:

- pont: comment aire tsaite pes qetits contrats- T١. N. ١٦٧٩.

- Bandry. I actenarie et wahl: mam da taire dissimule- P٤٢٤

نقلاً عن د. أحمد مرزوق، مصدر سابق، ص٢٦٨.

(٣) حكم في ١٦/٢/١٩٨٣ أشار إليه جاك غستان - المطول في القانون المدني - مفاعيل العقد وأثاره - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - لبنان، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م - ص٦٣٥ - ٦٣٦.

موكله بناءً على عقد الوكالة المستتر المعقود بينهما لأعتبارات تتعلق بمصلحة يدعي الموكل تحقيقها.

ومن المفهوم المتقدم للتعاقد باسم مستعار نجد أن التعاقد باسم مستعار ينطوي بالإضافة إلى عقد الوكالة المستتر بين الوكيل والموكل على عقدين آخرين الأول الذي أبرمه الاسم المستعار مع الغير باسمه الشخصي والثاني الذي أبرمه الاسم المستعار مع الموكل مرة أخرى، ينقل له فيه أثر العقد الذي سبق أن عقده لحسابه مع الغير تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر المبرم بينهما.

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي بهذا الشأن، فقد ميز فقهاء المسلمون في إضافة الوكيل للعقد إلى نفسه أو إلى موكله بين طائفتين من العقود الطائفة الأولى: وتشمل العقود التي لا يجوز للوكيل أن يضيفها إلى نفسه، بل يجب عليه أن يضيفها إلى الموكل، وهذه العقود هي عقد الزواج وسائر العقود التي فيها معنى الإسقاط كالطلاق على مال والخلع والعتاق على مال الصلح عن دم العمد والصلح عن إنكار. كذلك تكون بالإضافة إلى الموكل ملزمة إذا كان العقد من العقود التي لا تتم إلا بالقبض وهي الهبة والصدقة والقرض والعارية والوديعة والرهن^(٩)، فالوكيل في هذه العقود وهو يضيف

(١) أنظر الإمام جلال الدين السيوطي- الاشباه والنظائر- الطبعة الأخيرة - مصطفى البابي الحلبي- ١٣٧٨ هـ - ص ٥٦٨، علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان المرداوي- الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف- ط ١ - بلا تاريخ - ج ٥ - ص ٣٥٨، علي الصعيدي العدوي - حاشية العدوي على شرح الرسالة - ج ٢ - مطبعة مصطفى محمد - ١٣٥٦ هـ - ص ٣٥٢، جمال الدين الحسن بن يوسف الحلبي - تذكرة الفقهاء - ج ٢ - نشر المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية - بلا تاريخ - ص ١٢٨،

العقد إلى موكله، يكون سفيرا أي بمثابة الرسول، ولما كان حكم العقد وحقوقه تنصرف إلى المرسل دون الرسول فكذا هنا ينصرف حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل^(١٠).

هذا فضلاً عن أن سبب إلزام الوكيل بإضافة العقد إلى موكله في العقود التي فيها معنى الإسقاط، إن الإسقاط لا يقبل الفصل عن التصرف المسقط، فلا يجوز الإسقاط في حق الوكيل ثم ينتقل الإسقاط إلى حق الموكل لأن الساقط لا يعود، فوجب الإسقاط في حق الموكل مباشرة وهذا هو الحكم، وتتبع الحقوق الحكم في تعلقها مباشرة بالموكل

أحمد بن يحيى المرتضى - البحر الزخار - ج ٥ - مطبعة السنة المحمدية - ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩ م - ص ٥٨.

(٢) انظر فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ج ٤ - ط ١- مصر- ص ٢٥٧ حيث جاء بهذا الصدد^(١) وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن إنكار تتعلق بالموكل، فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها أي في كل عقد يضيفه إلى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل كالنكاح..... الخ. لأن الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغنى عن اضافته إلى الموكل، حتى لو أضافه إلى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور أن يكون السبب صادراً عن شخص على سبيل الأصالة والحكم واقع لغيره، فجعلناه سفيرا وهذا لأن الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب، لإنها من قبيل الإسقاطات^(٢) وانظر: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ج ٦- ط ٢- مطبعة الجمالية- مصر- ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م - ص ٣٤. حيث جاء فيه: ((الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض، إذا فعل ما أمر به وقبض، لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه. لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض، ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة إليه، وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول)).

وإن سبب إلزام الوكيل بإضافة العقد إلى موكله في العقود التي لا تتم إلا بالقبض، أن العقد هنا لا يثبت إلا بالقبض، والقبض في ملك الغير تسليماً أو تسليماً لا يمكن أن يكون الوكيل فيه أصيلاً لأنه أجنبي عن المحل فوجب أن يكون سفيراً عن المالك^(١٢).

الطائفة الثانية: وتشمل عقود المعاوضات كالبيع والإيجار فالأصل في هذه العقود في الفقه الإسلامي أن الوكيل يضيف العقد إلى نفسه فيقوم بأعباء العقد عن الموكل وتذصرف إليه حقوق العقد. فهو الذي يطالب المتعاقد الآخر وهو الذي تتجه إليه المطالبة، أما الموكل فيبقى بمعزل عن كل ذلك، ولكن هل يجوز للوكيل مع بقائه وكيلاً أن يضيف العقد إلى موكله؟

لقد اختلفت آراء الفقهاء في جواز إضافة الوكيل العقد إلى الموكل في المعاوضات.

فالإمامية لا يوجبون إضافة العقد إلى الموكل في المعاملات ما عدا الذكاح. وذلك يقتضي جواز الإضافة إلى الوكيل وإلى الموكل في جميع المعاملات المالية ومنها المعاوضات^(١٣).

وذهب جانب من الفقه الحنفي وجانب من الفقه الشافعي إلى القول بأنه لا يجوز للوكيل في غير العقود التي فيها معنى الإسقاط وعقود القبض إضافة العقد إلى الموكل بل يجب عليه أن يضيف

(١) انظر د. السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٥، ٦ - خالي من مكان الطبع - ١٩٦٨ - ص ١٩٤

(٢) انظر د. السنهوري - المصدر السابق - ص ١٩٧.

(١) أنظر محمد جواد مغنية - فقه الإمام جعفر الصادق X - عرض واستدلال - ج ٤ - دار العلم - بيروت - ١٩٦٦ - ص ٢٤٦.

العقد إلى نفسه، لأن هذا هو الغرض الأصلي من الوكالة^(١٤).

في حين أن رأياً آخر في الفقه الحنفي وفي الفقه الشافعي قد ذهب إلى جواز إضافة الوكيل العقد إلى الموكل، فإذا لم يمنع الموكل الوكيل صراحة من إضافة العقد إلى الموكل، كان الوكيل بالخيار إذا شاء أضاف العقد إلى الموكل، وإن شاء أضاف العقد إلى نفسه وإن كان الغالب هو أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه لا إلى موكله فتصرف إليه دون الموكل حقوق العقد. ولا يجوز للموكل في هذه الحالة أن يشترط عدم تعلق الحقوق بالوكيل^(١٥).

وهناك رأي ثالث في الفقه الحنفي يتوسط بين الرأيين، فيذهب إلى أن الأصل هو أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه، فتصرف إليه حقوق العقد، ولا يجوز له أن يضيفه إلى موكله إلا إذا وافق الموكل على ذلك أما بإذن سابق أو بإقرار لاحق^(١٦).

ويذهب الفقه المالكي والفقه الحنبلي والفقه الزيدي إلى جواز إضافة الوكيل العقد إلى نفسه وهذا هو الأصل والغالب في العمل، كما

(٢) انظر في ذلك زين الدين بن إبراهيم بن النجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ج ٧ - دار الكتب العربية الكبرى - مصر - بلا تاريخ - ص ١٤٧-١٤٨ - وفي الفقه الشافعي شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - ج ٥ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ١٣٥٧ هـ - ص ٤٨-١٩٣٨ م.

(١) انظر الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٢٦٣، وانظر الرملي - نهاية المحتاج - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٤٨.

(٢) انظر محمد علاء الدين - تكملة بن عابد بن عابد - ج ١ - ط ٢ - البابي الحلبي - ١٣٠٦ هـ - ص ٢٢٠-٢٢٢.

يجوز له أن يضيف العقد إلى موكله^(١٧).

وهكذا يتبين لنا أن الفقه الإسلامي قد وسع من دائرة الأثر المباشر للنيابة فلم يجعل تحقق هذه النيابة مقصوراً على ما تتطلبه القواعد العامة في النيابة بمعناها القانوني من إبرام التصرف باسم الأصيل حيث يثبت العلم بوجود النيابة لدى كل من النائب والغير الذي يتعامل معه، وإنما بسط تحقق هذه النيابة ليشمل إلى جانب ذلك حالة إبرام التصرف باسم الوكيل نفسه^(١٨)، غير أن الوكيل هنا إذا ما أضاف التصرف إلى نفسه وعمل باسمه هو لا باسم الموكل فإن من اللازم لتحقيق النيابة وانصراف الأثر إلى الموكل أن يعمل هذا الوكيل لحساب الموكل لا لحساب نفسه، ومن هنا بالذات يظهر الفارق الجوهرى بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني^(١٩)، فالنيابة وفقاً للفقه الإسلامي، تتحقق إذا ما عمل النائب لحساب الأصيل حتى في حالة إضافة التصرف إلى النائب نفسه، بل أن الأصل هنا أن يضيف النائب التصرف إلى نفسه^(٢٠)، في حين أن النيابة لا

(٣) انظر في الفقه المالكي أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشى - شرح الخرشى على المدونة - ج ٦ - الأميرية - مصر - ١٣١٧ هـ - ص ٧٢، وفي الفقه الحنبلي - المرداوي - الانصاف في معرفة الراجح في فقه الخلاف - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٣٧٥، وفي الفقه الزيدى انظر - المرتضى - البحر الزخار - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٨.

(٤) انظر د. محمد رضا عبد الجبار العاني - الوكالة في الشريعة والقانون - مطبعة العاني - بغداد - ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م - ص ٣٨٥.

(١) انظر د. جاسم لفته سلمان العبودي - النيابة عن الغير في التصرفات القانونية - رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد - ١٩٩١ - ص ١٨٦.

(٢) ومما تجدر ملاحظته إن نظام الأصيل المكتوم المعروف في القانون الإنكليزي يقترب من فكرة النيابة في الفقه الإسلامي إذ أن في هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصياً

تتحقق في نظام الاسم المستعار أو التسخير المعروف في الفقه القانوني، إذ أن وكالة الاسم المستعار وكالة غير نيابية وذلك لأن الوكيل يباشر التصرف باسمه فتصرف الآثار إليه ويكون عليه أن ينقل هذه الآثار إلى الموكل (المستعير للاسم) بتصرف لاحق.

المبحث الثاني

شروط التعاقد باسم مستعار

مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير، وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد، ومن أن الغير الذي تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً فإن الأصيل المكتوم (المستور) بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذي تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسري في حقه العقد الذي باشره النائب، ما دام هذا العقد لم تكن فيه شخصية المتعاقدين محل اعتبار، وما دام يثبت أنه كان يستوي لدى الغير الذي تعاقد مع النائب أن يتعامل معه ومع غيره. لذا فإن الفكرة العريضة للنيابة في القانون الإنكليزي والتي يمثلها نظام الأصيل المكتوم (المستور) والتي تقترب من فكرة النيابة في الفقه الإسلامي تسمح بإقامة علاقة مباشرة بين الغير المتعاقد مع النائب والأصيل المكتوم إذا تعاقد النائب باسمه الشخصي. أنظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري- نظرية العقد - بيروت - لبنان- المجمع العلمي العربي الإسلامي- بلا تاريخ- ص ٢١٨ هامش رقم ٥.

يتحقق التعاقد باسم مستعار بتوافر شرطين أولها وجود عقد وكالة مستتر بين الاسم المستعار (الوكيل) والمستعير للأسم (الموكل) وثانيها تعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي ولحساب موكله (المستعير للأسم). ولبحث هذين الشرطين سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نفراد لكل شرط منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

وجود عقد وكالة مستتر بتن الوكيل والموكل

تعرف الوكالة المستترة بأنها (الوكالة التي يتفق فيها على أن الوكيل يعقد عقوداً بأسمه خاصة لا بأسم الموكل على أن ينقل آثار هذه العقود للموكل فيما بعد) (٢١).

فالاسم المستعار عندما يبرم مع الغير تصرفاً ما، فإنما يكون ذلك على أساس وكالته المستترة التي تلقاها من المستعير للاسم (الموكل) قبل القيام بهذا التصرف فعلاً (٢٢).

(١) أنظر الدكتور عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز - ج١ - مصادر الإلتزام - مصدر سابق - ص ٥٥ هامش رقم ١.
(٢) وبذلك فإن الاسم المستعار يختلف عن الفضولي الذي لم يكن مرتبطاً بالمالك بعقد وكالة سابق يجيز له التصرف، فالفضولي (وهو من يتصرف في ملك غيره بدون إذنه) فهو شخص يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة فلا يرجع عليه بما انفق. وفي حالة إقرار عمل الفضولي من قبل المالك فإنه لا يعتبر اسماً مستعاراً بالرغم من سريان قواعد الوكالة في هذه الحالة لان إجازة المالك اللاحقة بحكم الوكالة السابقة، فالفضولي لا يرتبط بالمالك بعقد وكالة سابق بل انه أي الفضولي تولى شأن المالك دون أن يكون ملزماً بذلك ومن ثم فان الفضولي إذا ما رجع على المالك فإنه لا يستطيع أن

وعقد الوكالة المستتر كأي عقد يجب أن تتوافر له الأركان الأساسية اللازمة لإنعقاده من تراضٍ ومحل وسبب. وحيث إنه يطبق بشأن أركان عقد الوكالة أحكام القواعد العامة، ولا شيء جديد يذكر، فسنكتفي بذكر ما يتعلق بصحة التراضي من حيث الأهلية اللازم توافرها في العاقدين في عقد الاسم المستعار وسلامة الرضا من العيوب، ذلك لما له من خصوصية في نطاق التعاقد باسم مستعار.

ولكون عقد الوكالة المستتر يفرض على الوكيل التعاقد مع الغير باسمه الشخصي فهذا يثير التساؤل عن الأهلية المطلوب توافرها في العاقدين في عقد الاسم المستعار، وهل هي ذات الأهلية المطلوب توافرها في الوكيل والموكل في الوكالة العادية (النيابية)؟

تشتط القواعد العامة في الوكالة العادية (النيابية) أن تكون لدى الأصيل (الموكل) الأهلية اللازمة لإبرام التصرف موضوع الوكالة على الرغم من عدم تدخل الأصيل في إبرام التصرف، فالأصيل هو صاحب الشأن في التصرف وهو الذي يضي على الوكيل صفته في النيابة، وتنصرف إليه آثار هذا التصرف الذي يجريه الوكيل باسم الأصيل ولحسابه، لذا فإن شخص الأصيل هو محل الاعتبار بالنسبة إلى توافر الأهلية المطلوبة لإبرام هذا التصرف وليس شخص الوكيل، فمن لا يملك مباشرة التصرف بنفسه لا

يرجع عليه بدعوى الوكالة بل يرجع عليه بدعوى الفضالة. انظر في ذلك د. عبد الباقي البكري وآخرون - الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني العراقي- ج ١ - مصدر سابق - ص ١١٦-، وانظر د. توفيق حسن فرج - النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- الدار الجامعية للطباعة والنشر- مصدر سابق- بلا تاريخ- ص ٤٥٠

يجوز له أن يوكل فيه غيره (٢٣).

أما الوكيل في الوكالة النيابة فيكتفي فيه أن يكون مميزاً ذلك لان قيام التصرف موضوع الوكالة يتوقف على ما يبذله النائب من نشاط إرادي خاص متمثل بتعبيره عن إرادته الشخصية في مباشرة التصرف، ومثل هذا النشاط يتطلب في الأقل أن يكون الشخص على معرفة واضحة بالنتائج المترتبة على التصرف. وبالتالي فان ما يترتب على تصرفه من آثار تنصرف إلى الأصيل لا إليه (أي الوكيل)^(٢٤) وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (٩٣٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص:

١ - (يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقاً ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضرراً محضاً ولو أذن به الولي، ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا إذن وليه وبالتصرف الدائر بين الذفع والضرر أن كان مأذوناً بالتجارة. فان كان محجوراً ينعقد توكيله موقوفاً على إذن وليه.

٢. ويشترط أن يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط أن يكون بالغاً فيصح أن يكون الصبي المميز

(١) انظر د. انور سلطان - الموجز في النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام - معهد دون بوسكو - مصر - ١٩٨٣م - ص ٢٩، ود. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - مصطفى البابي الحلبي - مصر - ١٩٦٠م - ص ١٧٧.

(١) انظر د. السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤م - ص ٥٩ -

وكيلاً، وان لم يكن مأذوناً) (٢٥).

وتطبق القواعد العامة في مصر بالنسبة للأهلية المطلوب توافرها في كل من الوكيل والأصيل في الوكالة النيابة لعدم وجود نص خاص بشأن ذلك في القانون المدني المصري (٢٦).

أما القانون المدني الفرنسي فقد أجازت المادة (١٩٩٠) المعدلة منه بان يكون الوكيل قاصراً غير مأذون.

وإلى جانب ذلك يجب أن تتوفر لدى الأصيل صلاحية اكتساب ما يترتب على التصرف بطريق الوكالة من حقوق، ولذلك نجد على سبيل المثال إن عامل القضاء لا يستطيع بشكل مباشر أن يشتري حقاً متنازعا فيه إذا كانت المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها هي المختصة في النظر في النزاع ولا يجوز له كذلك أن ينيب غيره عنه في شراء هذا الحق (٢٧). وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي والمادة (٤٧١) من القانون المدني المصري، والمادة (١٥٩٧) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) هذا هو اتجاه العديد من التشريعات منها قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (٧٧٢) منه والقانون المدني الأردني في المادة (١٠٦) منه.

(٣) انظر د. جمال مرسي بدر - النيابة في التصرفات القانونية - مصدر سابق - ص ٤٤ - ويجدر بالذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان قد اشتمل على نص هو نص المادة (٢/٩٧٤) منه الذي جاء فيه (أما الوكيل فيكفي فيه أن يكون قادراً على التمييز... الخ) لكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص باعتباره من القواعد العامة - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري - ج ٥ - مطابع مذكور - القاهرة - بلا تاريخ - ص ١٨٩.

(١) أنظر د. جاسم لفته سلمان العبودي - مصدر سابق - ص ١٤٨ هامش رقم (٣).

وإذا كان ذلك يطبق في الوكالة العادية (الوكالة النيابية)، فالأمر يختلف في حالة الاسم المستعار، إذ أن وكالة هذا الاسم وكالة غير نيابية فالاسم المستعار يتعاقد باسمه هو مع الغير فينصرف أثر التصرف إليه هو لا إلى الموكل (المستعير للاسم)، ومن ثم فإن أهلية الاسم المستعار هي محل الاعتبار بالنسبة للغير^(٢٨).

وعلى هذا فإذا كان العقد الذي أبرمه الاسم المستعار مع الغير بيعاً وجب أن تتوافر في الاسم المستعار أهلية التصرف الواجب توافرها في البائع، وإذا كان العقد إيجاراً وجب أن تتوافر فيه أهلية الإدارة الواجب توافرها في المؤجر وهكذا، ومتى ما كان الاسم المستعار أهلاً لمباشرة التصرف المبرم مع الغير، أصبح التصرف نافذاً، ولا مجال للطعن فيه بالنسبة للأهلية حتى لو كان المستعير للاسم (الموكل) ناقص الأهلية.

ويلاحظ أنه إذا لم يكن لنقص أهلية الموكل (المستعير للاسم) أي أثر بالنسبة للتصرف الذي يبرمه الاسم المستعار (الوكيل المستتر) مع الغير فإن لهذا النقص أثره بالنسبة لعقد استعارة الاسم ذاته (الوكالة المستترة) فيكون العقد موقوفاً لمصلحة المستعير للاسم وفقاً للمادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي أو قابلاً للأبطال لمصلحة المستعير للاسم وفقاً للمادتين (١١١، ١١٩) من القانون المدني المصري حتى إذا رجع الاسم المستعار على المستعير للاسم يطالبه بالالتزامات المترتبة على عقد الوكالة المستتر، كان للمستعير للاسم أن يدفع قبله بنقص أهليته، ولكن

(٢) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - شرح القانون المدني - العقود المسماة - ٢٠٠١ - ص ١٦٦.

ليس للاسم المستعار أن يتمسك بنقص أهلية المستعير للاسم في مواجهة الغير ليتخلص من الالتزامات الناتجة من العقد المبرم بينهما إذ أن الاسم المستعار كان عليه أن يتحقق من أهلية موكله قبل أن يعير اسمه وقبل أن يبرم العقد مع الغير^(٢٩)

كما ويعتد بإرادة الاسم المستعار (الوكيل) وتكون هي محل الاعتبار فيما يشوب الرضا من عيوب، فصحة التصرف الذي يبرمه الاسم المستعار (الوكيل) مع الغير المتعامل معه منوط بسلامة إرادته هو من العيوب فلو انتزع رضا الاسم المستعار (الوكيل) بالإكراه أو صدر رضاه تحت تأثير الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال لكان رضاه معيباً ويكون العقد موقوفاً لمصلحته (أي الاسم المستعار) بموجب القانون المدني العراقي إذا صدر العقد تحت تأثير الإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أما في الاستغلال فان القانون المدني العراقي أجاز للاسم المستعار طلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول وذلك خلال سنة من وقت العقد، وإذا كان التصرف تبرعاً جاز له أن ينقضه في هذه المدة كذلك، في حين يكون العقد قابلاً للإبطال بموجب القانون المدني المصري^(٣٠).

أما فيما يتعلق بالأهلية اللازمة لإبرام عقد الوكالة في الفقه الإسلامي، فإننا نجد أن الإمامية والشافعية والظاهرية وبعض الزيدية قد اشترطوا لصحة الوكالة فضلاً عن العقل بلوغ الموكل، ذلك لان الوكالة تصرف وأن مباشرة

(١) انظر د. احمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٢٨٧.

(٢) أنظر المواد (١٣٤، ١٢٥) مدني عراقي - (١٢٢، ١٢٥)،
(١٢٧) مدني مصري.

التصرف لا تصح ممن لم يكن بالغاً، وعلى هذا فلا يصح توكيل الصبي المميز كما لا يصح توكيل البالغ غير العاقل^(٣١).

أما الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الزيدية فقد اکتفوا باشتراط العقل في الموكل فلم يشترطوا إلى جانبه البلوغ، ولهذا جاز عندهم التوكيل من الصبي المميز إلى غيره إذا كان وليه قد إذن له^(٣٢).

أما الأهلية المطلوب توفرها في الوكيل، فقد ذهب الإمامية والشافعية والظاهرية إلى القول بأنه لا يجوز وكالة الصبي المميز مطلقاً وذلك لعدم تحقق شرط البلوغ وكمال العقل المطلوب للتصرف، ويصح أن يكون كل من السفیه والمفلس وكيلاً عن الغير لأنهما ممنوعان من التصرف في

(١) انظر في الفقه الشافعي محمد بن احمد الشربيني - مغني المحتاج - ج ٢ - مطبعة الاستقامة - مصر - ١٣٧٤ هـ - ص ٢١٧، وفي الفقه الظاهري إبن حزم ابو محمد علي بن احمد بن سعيد الاندلسي - المحلي - ج ٨ - المنيرية - مصر - ١٣٤٨ هـ - ص ٣٢٣.

وفي الفقه الإمامي زين الدين الجبعي العاملي - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية - ج ٤ - الآداب - النجف - ١٣٨٧ هـ - ص ٣٧٣ - ٣٧٤ وفي الفقه الزيدي ابن يحيى المرتضى - البحر الزخار - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٨ - (٢) تراجع المواد (٩١٦ - ٩١٧ - ٢١) من مرشد الحيران، وفي الفقه الحنفي انظر الكاساني - بدائع الصنائع - مصدر سابق - ج ٦ - ص ٢٠، وكذلك برهان الدين أبو الحسن الميرغيباني - الهداية وشرح بداية المبتدئ - ج ٣ - كراحي - جاويد - ١٣٨١ هـ - ص ١٣٧، وانظر في الفقه المالكي أبي الحسن التسولي - البهجة في شرح التحفة ج ١ - مطبعة مصطفى محمد - مصر - ١٣٧١ هـ - ص ١٨٩. وانظر في الفقه الحنبلي ابو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة - المغني - ج ٥ - السنة المحمدية - مصر - ١٣٦٧ هـ - ص ٨٧ - ٨٨. وانظر الفقه الزيدي ابن يحيى المرتضى - البحر الزخار - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٨.

أموالهما لا في أموال الغير^(٣٣).

أما الفقه الحنفي فقد ذهب بشأن الأهلية المطلوب توافرها في الوكيل إلى أنها أهلية التمييز، فاعتد بإرادة الوكيل من حيث الوجود مشروطاً أن تتوفر لديه الأهلية اللازمة لجعل كلامه منتجاً للأثر وذلك تأسيساً على أن الوكيل عندما يعبر فإنه يعبر عن إرادته الشخصية، وإن التصرف يقوم بكلامه، والأهلية اللازمة لجعل الكلام منتجاً أثره هي أهلية التمييز.

أما البلوغ أو كمال الأهلية فلم يشترط هذا الفقه توفره لدى الوكيل بناءً على أن الوكيل لا يتصرف في ماله هو وإنما في مال الغير وبتفويض من هذا الغير^(٣٤).

وقد اتخذ الفقه المالكي - حسب القول الراجح - مثل هذا الرأي إذ أجاز أن يكون الصبي وكيلاً من غير توقف على إذن الولي^(٣٥)، على أن القول الآخر فيه قد رأى جواز توكل الصبي عن غيره بإذن وليه^(٣٦).

-
- (١) انظر في الفقه الإمامي محمد جواد مغنوية - مصدر سابق - ص ٢٤٢، وانظر أيضاً العاملي - الروضة البهية - مصدر سابق - ج ٤ - ص ٣٧٣ - ٣٧٤. وانظر في الفقه الشافعي إبراهيم بن علي الشيرازي - المهذب - ج ١ - مطبعة عيسى البابي - مصر - بلا تاريخ - ص ٣٤٩. وانظر في الفقه الظاهري ابن حزم - المحلي - ج ٨ - مصدر سابق - ص ٣٢٢.
- (٢) انظر في ذلك الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٢٠.
- (٣) ابي الحسن التسولي - البهجة في شرح التحفة - مصدر سابق - ج ١ - ص ١٨٩.
- (٤) الخرشي - شرح الخرشي على المدونة - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٣٩.

ويجيز الفقه الحنبلي وكالة الصبي المميز إذا إذن له وليه بذلك. (٣٧).

يتضح مما تقدم بشأن الأهلية المطلوب توافرها في كل من الموكل و الوكيل في الفقه الإسلامي، إن التوكيل يتطلب أهلية التصرف لدى الموكل، على أنه يصح، عند بعض الفقهاء أن يصدر هذا التوكيل من الصبي المميز إذا ما إذن له وليه بذلك.

أما بالنسبة للوكيل فقد أتجه جانب من الفقهاء إلى الاكتفاء بأهلية التمميز وذلك تأسيساً منه على أن حلول إرادة الوكيل محل إرادة الموكل في العبارة تستلزم أن يكون له أهلية العبارة. إلا أن بعض الفقهاء قد اشترط في الوكيل البلوغ وكمال العقل المطلوبين لصحة التصرف.

(٥) أنظر في الفقه الحنبلي ابن قدامة - المغني - مصدر سابق - ج ٥ - ص ٨٨.

المطلب الثاني

تعاقد الاسم المستعار باسمه الشخصي لحساب المستعير للأسم

إن عقد الوكالة المستتر والمسمى باتفاق التسخير يفرض على الوكيل أن يظهر أمام الغير بمظهر صاحب الحق والمصلحة الحقيقية في التعاقد وان لا يكشف عن صفته للغير باعتباره وكيلاً مستتراً وهذا لا يتحقق الا إذا عمل الاسم المستعار (الوكيل) مع الغير باسمه الشخصي ولحساب الموكل (المستعير للأسم) (٣٨).

(١) انظر د سليمان مرقس - الوجيز في شرح القانون المدني - الإلتزامات - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٦٤ - ص٩٦-٩٧، وانظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين - العقود المدنية الصغيرة - ط٢ - دار النهضة العربية - مصر - بلا تاريخ - ص٢٢٦ - وانظر أيضاً صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٥٥ م - ص٦٤. وانظر أيضاً :

وعند إمعان النظر في هذا الشرط من شروط التعاقد باسم مستعار وهو أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي لا باسم موكله ولحساب هذا الأخير، نراه شرطاً جوهرياً في التعاقد باسم مستعار والذي يدنى على أساسه التفرقة بين الوكيل العادي والوكيل المستتر.

ففي حالة الوكالة العادية (الوكالة النيابية) لا يكفي لتحقيق النيابة أن يحل الوكيل إرادته محل إرادة الأصيل، بل لا بد أن يظهر الوكيل صفته في التعبير عن إرادته عند إبرام التصرف القانوني بأنه يعمل لحساب الأصيل باعتباره نائباً عنه، وهذا يعني أن الغير الذي يتعامل مع الوكيل يجب أن يكون عالماً منذ البداية بأن الوكيل لا يلزم نفسه وإنما يلزم بتصرفه شخص غيره وهو الأصيل، فيجب أن يقصد كل من الوكيل والغير وقت التعاقد أن تنصرف آثار العقد إلى الأصيل دون الوكيل^(٣٩).

لذا فإن الوكيل العادي الذي يظهر نائباً عن الموكل في تعاقدته مع الغير يلتزم بالكشف عن صفته كوكيل وصفة موكله، لمن يتعاقد معه.

أما الوكيل المستتر فإنه لا يعلن عن صفته كوكيل مستتر، وإنما يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي كأنه صاحب الحق، وإن كان يعمل لحساب الموكل المستتر، لذا فإن آثار العقد تضاف مباشرة إلى الاسم المستعار، ويجب على الأخير أن ينقلها إلى المستعير للاسم (الموكل) فيما بعد.

وقد ذهبت محكمة التمييز في العراق إلى ذلك

- planiol et ripert: Traite pratique de droit civil – T٦ – ١٩٥٢- P.١٥٥.

(١) انظر القاضي ضامن خشالة عبود - النيابة في التعاقد - رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي - ١٩٨٨ - ص٥٢

في أحد قراراتها إذ جاء فيه (... ذلك إن الوكيل إذا تعامل باسمه مع الغير فإن هذا لا يغير من علاقته مع الموكل فتعتبر الصفقة قد تمت لحساب الموكل وكل ما في الأمر إن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزماً قبل الغير الذي تعامل معه) (٤٠).

وهو أيضاً ما أكدته محكمة النقض المصرية إذ جاء في قرار لها بأن (الوكالة بالتسخير وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تقتض أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل الذي يكون اسمه مستتراً....) (٤١).

وفي قرار آخر لها جاء فيه (عقد الوكالة بالتسخير يقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون أسم الموكل مستتراً....) (٤٢).

أما في الفقه الإسلامي فقد ذكرنا (٤٣) أن الوكيل ملزم بإضافة العقد إلى الموكل إذا كان من العقود التي فيها معنى الإسقاط أو العقود التي لا تتم إلا بالقبض أو كان عقد زواج وفي هذه الحالة ينصرف اثر العقد إلى الموكل حكماً وحقوقاً.

أما في المعاوذات فإن الأصل في الفقه الإسلامي هو إضافة الوكيل العقد إلى نفسه، وأنه لا يوجد مع ذلك ما يمنع الوكيل من إضافة هذا العقد إلى موكله على اختلاف الآراء بين الفقهاء

(٢) قرار رقم ١٧٣٦/ح / ١٩٦٥ في ١٩٦٦/٦/٣ - منشور في مجلة القضاء - العدد الثالث - ١٩٦٦ - ص ٧٩.

(٣) طعن رقم ١٦٥٠ - سنة ٥٥٥ ق جلسة في ١٩٨٦/١١/٢٠ - س ٣٧ - ص ٨٦٦، أنظر المستشار أحمد سعيد شعله - قضاء النقض المدني في السورية والشفعة - مذ شاة المعارف - الأ سكانية - ١٩٩٥ - ص ٢٨.

(١) نقض مدني في ١٩٨٤/٢/٢٨ رقم ٥٩٨ لسنة ٥٥٠ ق - ص ١٠٧٣.

أنظر د. عبد الحميد الشواربي وعز الدين الديننا صوري - السورية في ضوء الفقه والقضاء - ٢٠٠٣ - ص ٥٨.

(٢) أنظر ص ١٦ - ص ٢٠ من هذه الرسالة.

كما رأينا.

فإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه انصرف إليه دون الموكل حقوق العقد كما سنرى، فهو الذي يطالب المتعاقد الآخر، وهو الذي يطالبه المتعاقد الآخر، أما الموكل فيبقى بمعزل عن كل ذلك، وبعد أن انصرف له (أي للموكل) حكم العقد تحقيداً للوكالة، يرجع على الوكيل في حقوق العقد التي انصرفت إلى هذا الأخير، وهذا هو الأصل والذي يقع في الكثرة الغالبة من الأحوال (٤٤).

المبحث الثالث

تمييز التعاقد باسم مستعار عما يشته به من أوضاع

(٣) أنظر د. السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٥-٦ - مصدر سابق ص ٢٦٠-٢٦١

لما كان الاسم المستعار (الوكيل) يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي بصفته وكيلاً مستتراً يعمل لحساب موكله، ويبدو أمام الغير المتعاقد معه وكأنه صاحب المصلحة والمستفيد الحقيقي من التعاقد، بالرغم من أن المستفيد من ذلك في الواقع هو الموكل (المستعير للاسم). فإن ذلك أدى إلى الخلط أو على الأقل التقريب بين التعاقد باسم مستعار وبعض الأوضاع القانونية الأخرى كالوكالة بالعمولة والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير والصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار.

وقد دفعنا هذا الخلط إلى ضرورة تخصيص مبحث للتمييز بين التعاقد باسم مستعار وهذه الأوضاع القانونية التي تشتبه به لذا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة وفي المطلب الثاني التعاقد باسم مستعار والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وفي المطلب الثالث التعاقد باسم مستعار والصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار.

المطلب الأول

التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة

الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بالعمولة بان يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل في مقابل أجر^(٤٥).

وبهذا نجد أن الوكيل بالعمولة يرتبط بعقدين الأول هو عقد وكالة بالعمولة الذي يتم إبرامه بين الوكيل والموكل وتكون علاقة الوكيل بالعمولة بالموكل علاقة وكالة تجارية، وتصفى علاقتهما بمقتضى أحكام هذه الوكالة. والعقد الثاني هو العقد الذي يبرم بين الوكيل والغير حيث يقوم الأول بالعمل باسم نفسه لحساب موكله ولا يظهر فيه اسم هذا الأخير^(٤٦).

ولا شأن لعقد الوكالة بالعمولة بهذه العلاقة لأن الوكيل يتعاقد باسمه هو لذا يكون وحده مسؤولاً عن الآثار المترتبة عن العقد المبرم بينهما^(٤٧).

وعند مقارنة موقف الاسم المستعار بموقف الوكيل بالعمولة، يظهر لنا التشابه الكبير بينهما، فكلاهما يتصرف مع الغير المتعاقد معه

(١) انظر د. مصطفى كمال طه - أصول القانون التجاري - مطبعة الدار الجامعية - بيروت - ١٩٨٢ - ص ٧٥، وانظر د. قدري عبد الفتاح الشهاوي - مصدر سابق - ص ٣٢٥.
(٢) أنظر د. باسم محمد صالح - القانون التجاري - القسم الأول - دار الحكمة - ١٩٨٧ - ص ٢٢٦.
(٣) انظر نوري طالبناني - القانون التجاري - بغداد - ١٩٧٩ - ص ١٣٨-١٣٩.

باسمه الشخصي دون أن يظهر شخصية موكله وان كان التعاقد يتم لحساب هذا الأخير. وبتعبير آخر انه يبدو أمام الغير وكأنه المتعاقد والمستفيد الحقيقي من التعاقد فينصرف إليه (أي إلى الوكيل) أثر العقد الذي يبرمه مع هذا الغير، ثم يقوم الوكيل بعد ذلك بنقل أثر التصرف إلى الموكل تنفيذاً لعقد الوكالة المبرم بينهما من قبل^(٤٨).

وعلى الرغم من هذا التشابه الذي يكاد يصل إلى حد التطابق من حيث المفهوم بين التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة، إلا أن هناك ثمة فوارق بينهما.

أولاً: الأصل في التعاقد باسم مستعار إنه عقد من عقود التبرع إلا إذا تم الاتفاق على أن يكون بأجر، في حين نجد أن الوكالة بالعمولة عقد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين إذ أن المفروض أنها تمت بأجر أو عمولة، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، وتعتبر العمولة العنصر الجوهرى الذي يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية (المدنية) غير التجارية، وكلمة عمولة تعني المقابل الذي يتقاضاه الوكيل بالعمولة نظير أدائه مهمته ومنها استمد هذا العقد اسمه^(٤٩)، وتستحق

(٤) وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الشأن بأن ((الوكيل بالعمولة فردا كان أو شركة هو الذي يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أصيلاً لحساب موكله فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات أزاء الغير الذي يتعاقد معه ولكنه في حقيقة الأمر ليس بالأصيل وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذي كلفه بالتعاقد ويستوي أن يباشر التصرف بنفسه أو بواسطة غيره طالما أن التصرف يكون باسمه هو ومن ثم فهو الملزم دون غيره لموكله ولمن يتعامل معه وله الرجوع على كل منهما بما يخصه من غير أن يكون لمن تعامل معه أو لموكله أن يرجع كل منهما على الآخر بشيء)) طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٢/٤/١١، انظر د. عبد الفتاح مراد - موسوعة مراد - مصدر سابق - ص ٢٤٣-٢٤٤.

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي - القانون التجارى - ج١ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٢ - ص٢، د. مراد فهميم - القانون التجارى - العقود التجارية وعمليات البنوك - ١٩٨٢ - ص٨٨ انظر أيضاً د. حافظ محمد إبراهيم -

العمولة بمجرد إتمام إبرام الصفقة دون النظر لتنفيذها من عدمه، لأن إبرام الصفقة يعد تنفيذاً لعقد الوكالة، أما إذا تضمنت الوكالة شرط الضمان، يجب عندئذٍ لكي يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة (العمولة) أن تنفذ الصفقة فعلاً لأن الوكيل بالعمولة يعد ضامناً في هذه الحالة لتنفيذ الصفقة (٥٠).

هذا وقد تتخذ العمولة صورة نسبة مئوية من قيمة الصفقة وقد يتفق على أن تكون هذه العمولة بصورة مبلغ معين محدد ابتداءً (٥١).

ثانياً: إن الوكالة التي تربط الوكيل بالموكل في التعاقد باسم مستعار هي وكالة مستترة تخضع لأحكام القانون المدني وبالأخص في ما يتعلق بالأهلية اللازمة لمباشرة التصرف. ولما كان الوكيل يعقد التصرف باسمه الشخصي وينصرف إليه أثر العقد دائماً أو مديناً فان الأهلية المطلوبة فيه هي الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية.

في حين نجد أن الوكالة بالعمولة عمل تجاري محترف بحكم القانون وبموجب نص الفقرة (١٦) من المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، فتجارية الوكالة بالعمولة ترتبط في مباشرة هذه الوكالة بشكل مشروع و إلا اعتبرت

القانون التجاري العراقي- النظرية العامة - الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة - بغداد- بلا تاريخ- ص٤١١.

(٢) د. باسم محمد صالح - القانون التجاري - مصدر سابق - ص٢٣٨.

(١) انظر د. اكرم ياملكي وفائق الشماع - القانون التجاري - مصدر سابق - جامعة الموصل - الموصل - ١٩٨٠ - ص١٣٨.

عملاً مدنياً^(٥٢). ولذلك ليس من المهم أن يكون موضوع الوكالة بالعمولة القيام بعمل تجاري لكي يضاف الوصف التجاري على الوكالة بالعمولة. فسواء كان العمل المعهود به للوكيل بالعمولة عملاً من طبيعة مدنية أو تجارية، وسواء أكان محل هذا العمل من عروض التجارة أم من غيرها فإن الوكالة بالعمولة تعتبر تجارية بشرط ممارستها في شكل مشروع.

لذا عند التحدث عن الأهلية اللازمة بالنسبة للوكالة بالعمولة، نجد أنه يشترط بالنسبة للموكل الأهلية المقررة في القانون المدني، أي أن يكون قد أتم الثامنة عشر من العمر، أو أن يكون مأذوناً بالتجارة إذا كان مميزاً وبلغ الخامسة عشرة من العمر، ويعتبر الشخص المعنوي أهلاً للتعاقد بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية^(٥٣).

أما بالنسبة للوكيل فيجب أن تراعى فيه أحكام قانون الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ حيث حرصت المادة (٤) منه ممارسة مهنة الوكيل بالعمولة بالعراقيين فقط. وإذا كان الوكيل شركة فيشترط أن تكون أسهما مملوكة للعراقيين وأن تكون مسجلة في العراق.

وتشترط الفقرة (ب) من المادة الرابعة من هذا القانون أن يكون الوكيل متمتعاً بالأهلية القانونية وأكمل الخامسة والعشرين من العمر.

(٢) أنظر د. باسم محمد صالح - القانون التجاري - مصدر سابق - ص ٨٢.
(٣) انظر المواد (١٠٦، ١/٩٨، ٤٨) مدني عراقي.

ثالثاً: أختلاف التعاقد بأسم مستعار عن الوكالة بالعمولة من حيث علاقة الغير المتعاقد مع الوكيل بالموكل المستتر في الحالة التي يعلم فيها هذا الغير إن من يتعاقد معه ليس ألا وكيلاً مستتراً ولم تكن لهذا الغير مصلحة في تحديد الشخص الذي تنصرف إليه آثار العقد. حيث تنشأ في التعاقد باسم مستعار علاقات قانونية مباشرة بين المتعاقد مع الاسم المستعار والمستعير للاسم (الموكل) متى كان هذا المتعاقد يعلم صفة الاسم المستعار أو كان يستوي لديه التعامل مع هذا الأخير أو مع المستعير للأسم أعمالاً لنص المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

وعلى العكس من ذلك بالنسبة للوكالة بالعمولة حيث لا تنشأ كقاعدة عامة علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة حتى ولو علم هذا الغير اسم الموكل وحقيقة العلاقة ولم تكن له مصلحة بارزة في تحديد الشخص الذي تنصرف إليه آثار العقد وذلك نظراً للطبيعة الخاصة للوكالة بالعمولة. (٥٤).

(١) ولكن مما تجدر ملاحظته أن هناك بعض الاستثناءات التي ترد على القاعدة العامة والتي تبيح رجوع الموكل على الغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة أحدهما على الآخر ويمكن إجمال هذه الاستثناءات بما يأتي :

١. ان للموكل والناقل في الوكالة بالعمولة بالنقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل وفي جميع الأحوال يجب إدخال الوكيل بالعمولة بالنقل في الدعوى. وهذا ما نصت عليه المادة (٨١/١) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ وللمرسل إليه رجوع مباشر على كل من الموكل والناقل والوكيل بالعمولة بالنقل للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل طبقاً لنص المادة (٨١/٢) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣.

بذلك يتبين لنا الفارق ما بين فكرتي التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة والذي يجعل كل واحد منهما يختلف عن الأخرى رغم التشابه الكبير بينهما.

ورجوع المتعاقد مع الوكيل بالعمولة على الموكل أو رجوع الأخير على الوكيل بالعمولة يتم بموجب دعوى مباشرة فرضت بموجب القانون وليس لان الموكل أصبح متعاقداً إذ أن الناقل لم يتعاقد مع الموكل وإنما مع الوكيل مع العمولة الذي يتعاقد معه باسمه الشخصي لحساب الموكل. انظر في ذلك د. صبري حمد خاطر - الغير عن العقد - رسالة الدكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد - ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م - ص ٢٤.

٢. في حالة **إعسار** الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع قبل قبض الثمن من المشتري فإنه يجوز للموكل مطالبة المشتري مباشرة بأداء الثمن إليه.

٣. في حالة **إعسار** الوكيل بالعمولة المكلف بالشراء قبل تسليم البائع فإنه يجوز للموكل مطالبة البائع مباشرة بتسليم المبيع إليه وهاتين الحالتين الأخيرتين يفرضهما واقع وطبيعة الوكالة بالعمولة. أنظر في ذلك د. باسم محمد صالح - القانون التجاري - مصدر سابق - ص ٢٤٢.

المطلب الثاني

التعاقد باسم مستعار والبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

إن للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور متعددة^(٥٥) في الواقع العملي أقربها إلى التعاقد باسم مستعار هي تلك الصورة التي يتقدم فيها شخص لشراء شيء معين ويشترط لنفسه وقت البيع حق التقرير بالشراء عن الغير ويكون ذلك بناءً على تكليف من المشتري الحقيقي الذي لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً أما لعدم رغبته في انتشار الخبر لسبب خاص به وأما لخشيته من أن البائع لو علم إنه هو المشتري فإنه سيطلب ثمناً أعلى من الثمن الحقيقي لاسيما إذا كانت له مصلحة بارزة أو حاجة ملحة للشراء فيلجأ المشتري الحقيقي إلى صديق له أو وسيط يتقدم هو للشراء وإتمام إبرام الصفقة على أن يشترط

(١) ومن هذه الصور إن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين ولا يتسع الوقت أو لا تؤاتيه الظروف أن يطلب منه تفويضه في شراءه، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر فإن قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر، وإلا أستبقى الصفقة لنفسه. ومن صور هذا البيع أيضاً الا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه، أو يجد الخير في إستبقاء الصفقة لنفسه. أنظر في ذلك د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مج ١ - ج ٤ - البيع والمقايضة - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - ١٩٦٠ - ص ١٨٣.

المشتري الظاهر لنفسه أمام البائع حق التقرير
بالشراء عن الغير (٥٦).

لذا فإن البيع مع حق التقرير بالشراء عن
الغير هو البيع الذي يورد فيه البائع والمشتري
شرطاً صريحاً بموجبه يحتفظ المشتري لنفسه بحق
تعيين المشتري الحقيقي في خلال مدة معينة
يحددها مع البائع في عقد البيع (٥٧).

ولا تتسع النيابة العادية لهذه الصورة من
صور التعامل إذ أن الوسيط لو تقدم كوكيل عن
المشتري الحقيقي فإن ذلك سيؤدي إلى إظهار اسم
الموكل وهذا الأخير يريد كتمان اسمه و عدم
الظهور في التعامل، كذلك لا يتسع التعاقد بأسم
مستعار لهذه الصورة فلو تقدم الوسيط إلى
البائع للشراء باسمه الشخصي كوسيط مسخر لوقع
العقد له هو ومن ثم فإنه يحتاج إلى عقد بيع
جديد لنقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء
وتنقل الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق
والالتزامات الآتية من جانب الوسيط (٥٨).

وبهذا لا يكون أمام الوسيط إلا أن يشتري
الشيء باسمه هو مع الاحتفاظ في لحظة إبرامه
بتعيين المستفيد الحقيقي منه لاحقاً وخلال مدة
يتفق عليها مع البائع فإذا أعلن الوسيط خلال
هذه المدة عن استخدام هذه الإمكانية مع تسمية

(٢) انظر د. السنهوري - المصدر سابق - ص ١٨٢.
(١) انظر د. عبد العزيز المرسي - التعاقد باسم مستعار -
دار النهضة العربية - مصر - ١٩٩٩ - ص ٢٧. و انظر بهذا
المعنى د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - العقود
المسماة - ج ٦ - عقد البيع وعقد المقايضة - تنقيح
المستشار محمد علي والمستشار معتز كامل مرسي - مذكرة
المعارف الأسكندرية - ٢٠٠٥ - ص ٥٧٧.
(٢) انظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ١٨٢.

المشتري الحقيقي الذي يقبل من جهته أن يكون مرتبطاً بهذا العقد، فهنا يعتبر العقد مبرماً منذ الأساس من قبل المشتري الحقيقي وبالمقابل إذا لم يلدجاً الوسيط إلى هذا الإعلان في المدة المعينة فيكون وحده ملزماً بالعقد الذي أبرمه مع البائع^(٥٩).

فلكي نكون إزاء بيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير يجب توافر شرطين هما:

١. أن يحتفظ المشتري عند الشراء لا بعده بحقه في التقرير بالشراء عن الغير.

٢. أن يتفق المشتري مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة. فان لم يفعل بقيت الصفقة له. وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يعلم لمن باع للوسيط أم لغيره.

ويجوز أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع، سواء كان بيداً بالممارسة أو بيع بالمزاد^(٦٠).

ومما تقدم يمكن القول أن موقف المشتري في عقد البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير يتشابه مع موقف الاسم المستعار كمشتري من حيث أن كل منهما يتعاقد مع الغير دون أن يكشف لهذا الأخير عن اسم المستفيد الحقيقي في التعاقد

(٣) انظر جاك غستان - المطول في القانون المدني - مفاعيل العقد أو آثاره - مصدر سابق - ص ٢٢٦

(١) انظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ١٨٣.

إلا أن المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير، يختلف عن الاسم المستعار من ناحيتين :

الأولى :- عندما يتقدم المشتري في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير إلى البائع فإنه لا يظهر نفسه أمام البائع بأنه هو صاحب الحق أو أنه صاحب المصلحة في التعاقد. إذ أن اشتراط المشتري في العقد، بحقه في اختيار المشتري خلال مدة محددة من شأنه أن يضيء الشك على هذا العقد حول معرفة من هو المشتري النهائي. ومن ثم فإن البائع يكون مدركاً منذ البداية أنه لا يتعامل مع مشترٍ بصفة نهائية.

أما صاحب الاسم المستعار فإنه يتعامل مع الغير باسمه الشخصي دون أن يكشف عن اسم الموكل (المستعير للاسم) فينصرف أثر العقد في الحال إلى الاسم المستعار دائناً أو مديناً، وبالتالي فإن الشك الذي يصاحب العقد في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير لا وجود له في حالة الشراء باسم مستعار (٦٢).

الثانية :- الوكيل في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير يعلن عند الشراء إنه يشتري الصفقة لنفسه أو لغيره، وقد يحتفظ بالصفقة لنفسه وعند ذلك يكون أصيلاً في الشراء لا وكيلاً، وقد يعلن اسم شخص في الميعاد المحدد يضيف إليه هذه الصفقة وعند ذلك يكون وكيلاً عن هذا الشخص في الشراء وكالة نيابية.

(٢) انظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٢٧.
 (١) انظر د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني - العقود المسماة - عقد البيع - مطبعة النهضة الجديدة - مصر - ١٩٦٨ - ص ٩١.

أما في التعاقد باسم مستعار، فالوكيل يشتري حتماً لحساب غيره ويلتزم بنقل الصفقة إلى هذا الغير ولا يستطيع أن يحتفظ بها لنفسه. ومن ذلك فالمقرر بالشراء عن الغير أما أن يكون أصيلاً في الشراء وأما أن يكون وكيلاً وكالة نيابية في حين أن الاسم المستعار في التعاقد باسم مستعار يكون دائماً وكيلاً وكالة غير نيابية (٦٣).

ولم يرد في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير نص في القانون المدني العراقي على الرغم مما يحققه هذا النظام من فوائد عملية واضحة حيث انه يسمح بإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة في التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد. وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصبغ ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المستعار إلى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو في حالة تعاقد الوكيل باسم نفسه إذا لم يحتفظ في العقد بالحق في الكشف عن شخص صاحب الشأن.

وكذلك لم يرد في القانون المدني المصري نص بشأن هذا النوع من البيوع إلا أن المشرع المصري أورد صورة خاصة للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير في قانون المرافعات المصري في المادة (٦٧٠) منه حيث نصت على أنه (يجوز للراسي عليه المزداد أن يقرر في قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء الثلاثة الأيام التالية ليوم البيع، إنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين، إذا وافقه على ذلك كل من الموكل والوكيل عند الاقتضاء، وبهذا يبرأ الوكيل وتعتبر الكفالة عن الموكل) .

(٢) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٢٢ - ٦٢٣ هامش رقم (٤).

أما عن موقف القانون المدني الفرنسي فنجده هو الآخر لم ينص على البديع مع حق التقرير بالشراء عن الغير إلا أن قانون التسجيل الفرنسي أشار إليه في المواد (٣٦٥-٣٦٧) منه إذ تضمنت هذه المواد عدم تقاضي رسم ثاني على انتقال الملكية العقارية إذا أعلن المشتري في ورقة رسمية أسم الأصيل الذي أبرم العقد لحسابه في ظرف أربع وعشرين ساعة من إبرام عقد البيع. وفي عدم تقاضي رسم جديد على انتقال الملكية الدليل الكافي على أن الوضع الذي نحن بصدده هو صورة من صور النيابة التي تلحق فيها آثار العقد بالأصيل مباشرة من غير أن تمر بذمة النائب^(٦٤).

المطلب الثالث

التعاقد باسم مستعار والصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار

تعرف الصورية النسبية بطريق التسخير بأنها

(١) أنظر د. جمال مرسي بدر- دراسات في النظرية العامة للنيابة - مصدر سابق - ص ١٠١.

صورية تتناول شخص أحد المتعاقدين ويتم التصرف بها لحساب شخص آخر غير من ذكر في العقد، تحايلاً على حكم القانون عند وجود مانع قانوني يحول دون إتمام الصفقة لشخص معين^(٦٥)، فعند وجود مانع يحول دون إبرام العقد بين شخصين، توسط بينهما شخص ثالث ليبرم العقد مع أحدهما ولينقل ملكية ما تلقاه إلى الشخص الذي قام المانع بجانبه بعقد آخر، وهذا ما حدا بالبعض إلى القول بأن التعاقد باسم مستعار ما هو إلا تطبيقاً من تطبيقات الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار^(٦٦).

وهناك من يرى أن التعاقد باسم مستعار والصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار هما فكرتان مختلفتان من حيث التكوين ومن حيث الأحكام الخاصة بكل منهما^(٦٧). وان كل ما بين الفكرتين من تشابه هو أن كليهما تنصب

(١) انظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ومجده طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ - أحكام الالتزام - بغداد - ١٩٨٠ - ص ١٢٢.
(٢) أنظر جاك غستان - المطول في القانون المدني - مصدر سابق - ص ٦٣٥ - وانظر أيضاً :
-(P.H) Malaurie et (L.) Aynes :- cours de droit civil , les obligations , ٣e , ed ١٩٩٢. P٣٦٢

وانظر في الفقه المصري :
د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٢٣٦، وعز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي - مصدر سابق - ص ٤٨، د. انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - أحكام الالتزام - دار المعارف - مصر - ١٩٦٢ - ص ٧٦، د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - مج ١ - نظرية العقد والإرادة والمنفردة - مطبعة السلام - مصر - ١٩٨٧ - ص ٢٤٠.

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - المصدر السابق - ص ١٢٢-١٢٣، وأنظر كذلك د. شاكر ناصر - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج ١ - مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٥٩ - ص ١٤٧.

على الصفة في التعاقد، أي أن كلا من التعاقد باسم مستعار والصورية بطريق التسخير يرد على شخص احد المتعاقدين ويكون في كل منهما لمصلحة شخص آخر غير من ذكر في العقد^(٦٨).

١. فمن حيث التكوين :- نجد انه في حالة التعاقد باسم مستعار يبرم الاسم المستعار (الوكيل) ثلاث تصرفات كلها جدية لا وجود للصورية في أيا منها: الأول عقد وكالة يكون الاسم المستعار فيه وكيلاً عن شخص آخر (المستعير للاسم) في تصرف معين ومحدد في عقد الوكالة. والثاني يعقده الاسم المستعار مع الغير يبرم هذا التصرف المعين لحساب الموكل (المستعير للاسم) ولكن باسمه هو (أي الاسم المستعار) فينصرف إليه أثر التصرف والثالث يعقده الاسم المستعار مع الموكل (المستعير للاسم) مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق وأن عقده لحسابه مع الغير.

أما الصورية النسبية بطريق التسخير، فإن المسخر يبرم عقدين بالإضافة إلى ورقة الضد فتنتقل إليه بأحدهما ملكية الشيء لينقلها بالعقد الآخر إلى الممنوع من التعاقد^(٦٩).

وأكثر ما تكون الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار هو للتحايل على حالات عدم الأهلية الخاصة التي ينص عليها في العلاقة بين شخصين محددين. حيث يتفق طرفا التصرف على

(٢) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٣٠.
(٣) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مذشارة المعارف الاسكندرية - ٢٠٠٤م - ص ٩٧٢ وأنظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - المصدر السابق - ص ١٢٣، وأنظر أيضاً د. شاكر ناصر - مصدر سابق - ص ١٤٧.

أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الغير وذلك من أجل إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معا مباشرة^(٧٠).

ويستخلص من ذلك أن إرادة المستعير للاسم في الصورية النسبية هي التي تساهم في تكوين العقد وليس إرادة الاسم المستعار، وإن كانت تبدو في الظاهر أنها تساهم في عملية تكوين العقد، فدور الاسم المستعار هنا يكون بمثابة همزة وصل بين المستعير للاسم والغير (العاقدان الحقيقيان) إذ يقتصر دوره على مجرد التوقيع على العقد دون أن يساهم في أسسه أو في شروطه^(٧١).

أما في التعاقد باسم مستعار، فإن الاسم المستعار يساهم بإرادته مساهمة فعلية في تكوين العقد ولا دخل لإرادة مستعير الاسم في ذلك، وحتى في الفرض الذي يتصرف فيه الاسم المستعار وفقاً لتعليمات معينة من موكله (مستعير الاسم) كما لو حدد هذا الأخير حداً أقصى للشراء بإرادة صاحب الاسم يكون لها الدور الفعال والإيجابي في تكوين العقد مع الغير. وبهذا لا يمكن اعتبار التعاقد بطريق الاسم المستعار أحد تطبيقات الصورية النسبية بطريق الاسم المستعار^(٧٢).

إضافة إلى ما تقدم ذكره فإن جوهر فكرة الصورية التعارض بين العقدين الظاهر والخفي بحيث يستحيل تنفيذ هذين العقدين معاً وفي نفس

(١) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٣٠.
(٢) أنظر د. عبد العزيز المرسي - المصدر السابق - ص ٣٢.
(٣) أنظر د. فيصل عبد الواحد - أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد - جامعة الكويت - ١٩٩٧م - ص ٢٥٠.

الوقت (٧٣) .

ولا وجود لهذا التعارض في التعاقد باسم مستعار، بل بالعكس يوجد تكامل بين عقد الاسم المستعار، والعقد الذي يبرمه هذا الأخير مع الغير.

و من جهة أخرى فإنه لا يوجد اتفاق بين مستعير الاسم (الموكل) والمتعاقد مع الاسم المستعار في التعاقد باسم مستعار يذهب على استعارة الاسم للتعاقد به ولا يمكن القول بوجود صورية نسبية ترد على الاسم، حتى في الفرض الثاني الذي يتعاقد فيه الغير مع الاسم المستعار رغم علمه حقيقة أو حكماً باتفاق التسخير^(٧٤) .

فالعلم في حد ذاته باتفاق التسخير لا يكفي للقول بهذا النوع من الصورية، بل يجب التفرقة بين فرضين لكي نكون آزاء تعاقد باسم مستعار أو صورية نسبية بطريق التسخير:-

الأول:- أن يكون الاسم المستعار قد ساهم بإرادته الفعلية مع الغير في تكوين العقد. فهنا نكون بصدد تعاقد باسم مستعار وبغض النظر عما إذا كان الغير المتعاقد مع هذا الاسم يعلم - حقيقة أو حكماً - باتفاق الاسم المستعار أو لا يعلم.

الثاني:- ألا تكون لإرداة الاسم المستعار أي دور في تكوين العقد المبرم مع الغير، بل كان الدور

(٤) انظر د. محمد كامل مرسي - العقود المسماة - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٥٧٧.

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - مصدر السابق - ص ١٢٢ - ١٢٣

الأساسي لإرادة مستعير الاسم، وفي هذا الفرض نكون بصدد صورية نسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار^(٧٥).

وعلى ذلك فإن ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها حيث جاء فيه ((إذا كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى في الدعوى على أساس من ثبوت استعارة المطعون ضده الأول لاسم زوجته الطاعنة في إبرام عقد البيع فكانت وكالتها عنه مستترة في الشراء وهذا الذي قال به الحكم هو بعينه ما كان محلاً لادعاء المطعون ضده الأول مما تعتبر معه الصورية التي عناها الحكم هي الصورية في شخص المشتري وهي الوكالة المستترة وهذه الصورية النسبية بطريق التسخير...))^(٧٦). فيه خلط بين الصورية النسبية بطريق التسخير و التعاقد باسم مستعار.

٢. من حيث الأحكام :- فقد وضعت للصورية بصفة عامة أحكاماً بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام لهما تختلف عن أحكامها بالنسبة للغير أي الدائنين والخلف الخاص، فالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام، فإن العقد النافذ فيما بينهم هو العقد الحقيقي، ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر فيما بين المتعاقدين والخلف العام لا وجود له فلا يعمل به. وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ذلك أن المتعاقدين إنما أرادوا العقد المستتر لا العقد الظاهر فوجب أن يلتزموا بما أراداه لا بما لم يريداه^(٧٧).

أما بالنسبة للغير، فله أن يتمسك بالعقد الصوري متى توافر شرط حسن النية كما أن له أن

(٢) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٣٣.
(٣) أنظر نقض مدني في ٢٤/٤/١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض س ٣١ رقم ٢٣١ - ص ١ وأنظر أيضاً الطعن رقم ١٦٥٠ - سنة ٥٥ق - جلسة ١٩٨٦/١١/٢ س ٣٧ - ص ٨٦٦.
(١) أنظر المادة ١٤٨ مدني عراقي، المادة ٢٤٥ مدني مصري.

يتمسك بالعقد الحقيقي وفقاً لمصلحته .

وفي حالة تعدد ذوي الشأن وتمسك البعض منهم بالعقد الظاهر وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي فإن الأفضلية تكون للأوليين وذلك بشرط حسن النية حماية لاستقرار المعاملات ووفقاً لقواعد العدالة^(٧٨) .

وأساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئناناً إلى هذا العقد أي إنه يجب لتمسكه به أن يكون حسن النية، أي لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري، بل أنه أعتقد بأن هذا العقد هو عقد جدي وأطمأن إليه وبنى عليه تعامله . ويكفي أن يجهل صورية العقد وقت تعامله، حتى لو علم بها بعد ذلك^(٧٩) .

والمفروض في الغير حسن النية، أي لا علم له بالعقد المستتر، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية، فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها البنية والقرائن^(٨٠) .

أما بالنسبة إلى عقد الاسم المستعار، فقد أشرنا من قبل إلى أن هذا العقد يكيف على أنه

(٢) أنظر المادة ١٤٧ مدني عراقي، المادة ٢٤٤ مدني مصري .
(٣) النص في الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) مدني عراقي والمادة (٢٤٤) مدني مصري على أنه ((إذا أبرم عقد صوري...)) يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية هو بوقت التعاامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله، = فاعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذي لازم التصرف، الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات، أنظر د. السنهوري - الوجيز - مصدر سابق - ص ٩٨٥ هامش رقم^(٣) .

(١) أنظر د. السنهوري - الوجيز - مصدر سابق - ص ٩٨٦ .

عقد وكالة، ولكنها وكالة مستترة، وغير نيابية، وهو ما يؤدي إلى سريان أحكام الأخير (عقد الوكالة) على عقد الاسم المستعار.

وهذه الأحكام (أحكام عقد الوكالة) تقرر قيام الرابطة العقدية بقوة القانون بين مستعير الاسم (الموكل) والغير المتعاقد مع الاسم المستعار متى ما كان هذا الغير يعلم حقيقة أو حكماً بصفة من يتعاقد معه، أي يعلم أنه يتعامل مع مجرد وكيل مستتر (وكيل مسخر) أو كان يستوي عنده (أي الغير) في حالة انتفاء العلم أن يتعامل مع الوكيل المستتر أو مع الموكل (مستعير الاسم) وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري^(٨١).

ونحن نتفق مع القول بان فكرة الصورية النسبية بطريق التسخير تختلف تماماً عن فكرة التعاقد باسم مستعار بالرغم من أن كليهما تذهب على شخصية أحد العاقدين، بقصد إخفائها تحت ستار شخص آخر، وذلك لما يقوم من فوارق واضحة بين الفكرتين من حيث التكوين ومن حيث الأحكام والتي لا تدع مجالاً للشك باختلاف الفكرتين عن بعضهما، إضافة إلى ذلك فإن جوهر فكرة التعاقد باسم مستعار هو بقاء اسم الموكل (المستعير للاسم) مستتراً عن الغير، وهذا التزام على الوكيل يجب الوفاء به بموجب عقد الوكالة المستتر المبرم بينه وبين الموكل فكيف يكون إذن أحد تطبيقات الصورية النسبية بطريق التسخير والفكرة الأخيرة تفترض اتفاق طرفي التصرف على أن يتوسطهما شخص ثالث يقوم بإبرام

(٢) وذلك ما سنوضحه في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

العقد مع أحدهما وذلك من أجل إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معا مباشرة. كذلك دور الاسم المستعار الايجابي والفعال في إبرام العقد مع الغير في التعاقد باسم مستعار والذي لا نلمسه في الصورة النسبية بطريق التسخير إذ يكون الدور الأساس لمستعير الاسم، كل ذلك يجعل من التعاقد باسم مستعار فكرة مختلفة تماما عن فكرة الصورة النسبية بطريق التسخير ولها أحكامها الخاصة بها.

الفصل الثاني

آثار التعاقد المشروع باسم مستعار

إن التعاقد باسم مستعار يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره فيما بين أطرافه إذا كان الغرض من لجوء الموكل إلى إخفاء اسمه وحرصه على عدم الظهور كطرف في التعامل مع الغير تحقيقاً لأعتبارات عملية مشروعة تتمثل بنجاح التعاقد وتمامه، كأن يخفي الموكل اسمه على البائع مسخراً الوكيل للشراء باسمه الشخصي، لأنه يدرك بأن البائع لو علم بأنه هو المشتري لطلب ثمناً أعلى طمعاً فيه أو لأمتنع عن البيع نهائياً^(٨٢).

ونظراً لتعدد أشخاص التعاقد باسم مستعار، نجد إن العلاقات القانونية الناشئة عنه تتعدد فتنشأ علاقة قانونية ما بين الاسم المستعار والغير المتعاقد معه وعلاقة ما بين المستعير للاسم والغير الذي يتعاقد معه الاسم المستعار وعلاقة ما بين الاسم المستعار والمستعير للاسم، الأمر الذي حدا بنا إلى ضرورة التعرف على هذه العلاقات القانونية الناشئة عن التعاقد باسم مستعار، لذا سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول منها علاقة الاسم المستعار (الوكيل) بالغير وفي المبحث الثاني، علاقة المستعير للاسم (الموكل) بالغير وفي المبحث الثالث علاقة الاسم المستعار (الوكيل) بالمستعير للاسم (الموكل).

(١) أنظر د. محي الدين إسماعيل - العقود المدنية الصغيرة - مصدر سابق - ص ٢٢٧.

المبحث الأول

علاقة الاسم المستعار بالغير

تتمثل علاقة الاسم المستعار بالغير بإنصراف أثر التعاقد إليه باعتباره طرفاً أصيلاً يتعاقد باسمه الشخصي وإليه تعود حقوق العقد والتزاماته، إلا إن هناك بعض الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة ينصرف فيها أثر العقد إلى المستعير للأسم وإن لم يكن التعاقد حاصلًا باسمه تجعل من هذا الأخير دائناً أو مديناً على حسب الأحوال. وللوقوف على هذه القاعدة والاستثناءات الواردة عليها سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول منها إنصراف أثر التعاقد إلى الاسم المستعار وفي المطلب الثاني الاستثناءات الواردة على قاعدة إنصراف أثر التعاقد إلى الاسم المستعار

المطلب الأول

إنصراف أثر التعاقد إلى الاسم المستعار

لما كان الاسم المستعار (الوكيل) يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لا باسم المستعير للأسم (الموكل) دون أن يعلن عن صفته الحقيقية وكونه وكيلاً عن غيره، فيبدو أمام الغير المتعاقد معه وكأنه صاحب المصلحة في التعاقد، ويكون بذلك في علاقته مع هذا الغير أصيلاً لا وكيلاً، فإن أثر التعاقد من حقوق والتزامات تنصرف إلى الاسم المستعار فيضاف العقد إليه لا إلى الموكل، ويصبح الاسم المستعار دائناً أو مديناً بحسب الأحوال، كما لو أشتري الوكيل باسمه مالاً لحساب موكله فإن حقوق والتزامات المشتري تنصرف إلى الوكيل لا إلى الموكل (المستعير للأسم).

ويستفيد هذا الحكم من مفهوم المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: ((إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير إنه يعمل بصفته وكيلاً، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه.....)).

وهذا النص العراقي يقابل نص المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري (٨٣) والذي جاء فيه ((إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد إنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يُضاف إلى الأصل، دائناً أو مديناً.....)) غير أن محكمة النقض المصرية قد خرجت عن أحكام نص المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري عندما ذهبت إلى التسوية بين الوكالة غير النيابية (المستترة) والوكالة النيابية (السافرة) من حيث الأثر، إذ قضت في أحد قراراتها ((إنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته أصيلاً وذلك إذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب، ويعتبر وكأنه قد أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد وحكم هذه الوكالة المستترة إنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل والى من يتعامل مع الوكيل المستتر)) (٨٤).

فظهر الأسم المستعار أمام الغير بصفة صاحب الشأن في التعاقد يؤدي إلى إنشاء علاقة مباشرة بينهما تخول كل منهما الرجوع على الآخر بحقوق العقد والتزاماته فهما الطرفان المتعاقدان، ومن ثم يجب تطبيق قاعدة اقتصار أثر العقود على عاقدتها بالنسبة للغير والأسم المستعار (٨٥).

وبموجب هذه القاعدة أيضاً، فإن عقد الوكالة المستتر لا يحتج به على الغير الذي تعاقد معه الاسم المستعار إذ أن هذا العقد يقتصر أثره فيما بين عاقيه أي بين الاسم المستعار والمستعير للأسم ولا يتعدى أثره إلى الغير. ذلك لأن الأسم المستعار وإن كان وكيلاً مستتراً إلا أن هذه الوكالة المستترة لا تأثير لها بالنسبة للعلاقة المباشرة التي تنشأ بين الاسم المستعار والغير. والقول بغير ذلك معناه أن لكل من الاسم المستعار والمستعير للأسم إن يحتج قبل الغير بعقد الوكالة المستتر الأمر الذي يتنافى

(١) أنظر أيضاً المادة (١٠٦) مدني ليبي، المادة (١٠٧) مدني سوري، المادة (٧٩٩) موجبات وعقود لبناني.
(٢) نقض مدني في ٢٨/مايو/١٩٧٠ - المحاماة - السنة ٥٣ - ص ٩١ - بند ٨، نقض مدني في ١٩/أكتوبر/١٩٧٦ - مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧ - ص ١٤٦٧ - بند ٢٧٨.
(٣) أنظر المادة (١/١٤٢) مدني عراقي، المادة (١٤٥) مدني مصري، المادة (١١٦٥) مدني فرنسي.

مع مبدأ اقتصار أثر العقود على عاقيها ووجوب حماية الغير الذي يتعاقد على أساس الظاهر الذي تكاملت له كل مظاهر الحقيقة وكذلك استقراراً للتعامل^(١٦).

فما هي أذن التزامات الاسم المستعار تجاه الغير الذي تعاقد معه وما هي حقوقه؟

لمعرفة حقوق والتزامات الاسم المستعار سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول التزامات الاسم المستعار تجاه الغير المتعاقد معه ونبحث في الفرع الثاني حقوق الاسم المستعار في مواجهة الغير.

الفرع الأول

التزامات الاسم المستعار

لما كان الاسم المستعار في علاقته مع الغير المتعاقد معه يعتبر أصيلاً لا وكيلاً ذلك لأنه يتعاقد باسمه الشخصي لا باسم المستعير للأسم (الموكل)، لذا فإن ما ينشأ عن هذا التعاقد من التزامات يكون الاسم المستعار مدين بها أمام هذا الغير الذي تعاقد معه.

(١) أنظر د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مصدر سابق - ص ٥٦٨.

وعلى ذلك إذا كان الاسم المستعار يشتري مالياً لحساب موكله (المستعير للأسم) فإنه بمجرد التعاقد مع البائع يصبح هو المشتري ويعتبر المبيع داخلياً في ملكه، ويكون هو المدين بالثمن للبائع وله أن يدفع في مواجهته بالمقاصة الخاصة به^(٨٧).

كذلك إذا كان الاسم المستعار يبيع مالياً لحساب المستعير للأسم، فإنه بمجرد التعاقد مع المشتري يصبح هو البائع ويكون من ثم هو المدين بنقل الملكية للمشتري وبالتسليم وبضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية^(٨٨).

وترفع الدعوى على الاسم المستعار شخصياً لمطالبته بما في ذمته من التزامات أو لمطالبته بفسخ العقد والتعويض إذا ما أخل بالتزاماته، بأعتبار أن الاسم المستعار مديناً للغير بهذه الإلتزامات مباشرة، ويصدر الحكم ضد الاسم المستعار وينفذ على ماله، وإذا وجب تقديم كفيل كان هو المكفول لا الموكل (المستعير للأسم)^(٨٩).

والاسم المستعار بأعتباره مديناً للغير المتعاقد معه بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بينهما لا يمكنه بغير رضاء هذا الأخير أن يخلى نفسه من هذه الإلتزامات وذلك بالكشف عن حقيقته كوكيل مستتر وأن يطلب من الغير أن يحل محله المستعير للأسم (الموكل) في وفاء هذه الإلتزامات ذلك لأن العلاقة المباشرة التي نشأت بين هذا الغير وبين الاسم المستعار أكسبته في الواقع حقاً في اعتبار أن مدينه هو الاسم المستعار، إذ إنه قد بنى تعامله معه على اعتبارات ترجع إلى ميسرته وملاءته^(٩٠). وأن من المقرر قانوناً استبدال المدين بمدين آخر لا يكون إلا برضاء الدائن، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٤٠) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٢٥٢) من القانون المدني المصري، والدائن هنا هو الغير المتعاقد مع الوكيل (الاسم المستعار).

وما دامت آثار العقد الذي يجريه الاسم المستعار تنصرف إليه هو في علاقته بالغير المتعاقد معه دون الاعتراف للوكالة المستترة التي تربط الاسم المستعار بالمستعير للأسم بأية آثار في نطاق هذه العلاقة، فهل يبقى الاسم المستعار ملتزماً بهذه الآثار حتى لو كان قد تجاوز حدود وكالته؟

(١) أنظر في ذلك د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق

ص ٦٣٠.

(٢) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٤٠.

(٣) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٣١.

(٤) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣٠١.

للإجابة على هذا التساؤل لا بد أن نميز بين ما إذا كان الغير الذي يتعاقد معه الاسم المستعار يعلم أنه يتعاقد مع مجرد اسم مستعار (وكيل مستتر) أو لا يعلم ذلك. فعندما يتعاقد الغير مع الاسم المستعار بحسن نية، أي أنه لا يعلم أنه يتعاقد مع اسم مستعار لموكل مستتر خلفه، بل أعتمد على الظاهر والظاهر له إن الاسم المستعار هو صاحب الحق فتعامل على أساسه، لذا فإن العقد المستتر لا يسري في حقه ولا يجوز للمستعير للأسم (الموكل) وقد ظهر الاسم المستعار أمام الغير بأنه صاحب الحق برضاه وبفعله أن يحتج بخروج الاسم المستعار عن حدود وكالته في التصرفات التي أبرمها مع الغير حسن النية والتي تصبح نافذة بحق المستعير للأسم، فالعدالة والمصلحة تقتضيان حماية الغير حسن النية.

وبذلك فإن المستعير للأسم لا يستطيع أن يطلب عدم نفاذ التصرفات التي يجريها الاسم المستعار مع الغير متجاوزاً فيها حدود التوكيل في حقه، وليس له إلا أن يرفع دعوة تعويض ضد اسمه المستعار الذي جاوز حدود تعليماته^(٩١)، إذ أن التصرفات التي يبرمها الاسم المستعار مع الغير كما يقول الفقيه الفرنسي بونت (يجب أن تبقى وتستمر ملزمة نافذة بينهما مهما كانت خارجة عن حدود أوامر موكله ومتجاوزة حدود التوكيل، وليس للموكل الحق في أن يطلب عدم نفاذها في حقه محتجاً بشيء من هذا)^(٩٢).

ولكن إذا كان الغير المتعاقد مع الاسم المستعار يعلم إن المتعاقد معه هو اسم مستعار، فهل تطبق الحلول التي ذكرناها أيضاً، وهل يمكن اعتبار هذا العلم سوء نية من جانب الغير؟ لا يمكن اعتبار علم الغير بأنه يتعاقد مع وكيل مستتر أي اسم مستعار سوء نية من جانبه عندما لا يبحث عن مدى حدود وكالة هذا الاسم المستعار والسلطة الممنوحة له، ذلك لأن الغير عندما تعاقد مع الاسم المستعار بالرغم من علمه إنه اسم مستعار قد يكون قصد التعاقد معه لا مع الموكل وترتيب الآثار في ذمته (أي

(١) أما في الوكالة العادية (النيابية) فإن تجاوز الوكيل العادي فيها لحدود التوكيل يؤدي إلى عدم نفاذ العقد في حق الموكل إلا إذا أقره هذا الأخير، فإذا أقره نفذ التصرف بحقه وفق لقاعدة (الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة) أنظر في ذلك د. محمد علي عرفة - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - بلا مكان طبع - ١٩٥٢ - ص ٤٧٨. وانظر د. غني حسون طه - الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - مصدر سابق - ص ١٣٤.

(٢) أنظر

الاسم المستعار) (٩٣). بالإضافة إلى ذلك أن المستعير للأسم بإظهاره الاسم المستعار أمام الغير بأنه صاحب الحق ومالك الشيء كانت إرادته واضحة كل الوضوح في أن الاسم المستعار له حق مطلق على الشيء فيتصرف فيه بالبيع أو بالرهن إن كان عقاراً أو يبرئ المدين من الدين إذا كان هناك دين أو يتصالح على الحق إذا كان هناك نزاع بشأنه (٩٤).

ونتفق مع القول بنفاذ التصرفات التي يبرمها الاسم المستعار مع الغير متجاوزاً حدود التوكيل سواء علم الغير بصفة الاسم المستعار وكونه وكيلاً مستتراً أم لم يعلم بذلك، وبرأينا إن هذه نتيجة طبيعية لظهور الاسم المستعار أمام الغير المتعاقد معه بمظهر صاحب الحق والمصلحة الحقيقية في التعاقد. فكيف للغير ان يعلم أن الاسم المستعار يرتبط مع الموكل بعقد وكالة مستتر وإنه مجرد وكيل مستتر لا أصيل في التعاقد حتى يبحث عن مدى حدود هذه الوكالة، وحتى في الفرض الذي يعلم فيه الغير المتعاقد مع الاسم المستعار صفة هذا الأخير وكونه وكيلاً مستتراً فإن علمه بصفة الاسم المستعار لا يستتبع بالضرورة علمه بحدود الوكالة المعطاة للأسم المستعار، خاصة عندما يكون هذا الغير قد قصد التعاقد مع الاسم المستعار بالرغم من علمه بصفته وكونه وكيلاً مستتراً للموكل (المستعير للأسم) وهذا يحقق استقراراً أكثر في التعامل.

إلا أنه قد يكون الغير وهو يتعاقد مع الاسم المستعار يعلم أنه يتعاقد مع اسم مستعار ويعلم بالإضافة إلى ذلك مدى حدود الوكالة المعطاة للأسم المستعار. فهل يبقى التصرف الذي يبرمه الاسم المستعار مع الغير نافذاً في هذه الحالة؟

إذا كان الغير وهو يتعاقد مع الاسم المستعار يعلم أنه أسم مستعار ويعلم كذلك بأنه قد خرج عن حدود وكالته فإن الغير في هذه الحالة لا يستطيع أن يحتج بقاعدة عدم سرعان عقد الوكالة المستتر عليه، إذ يعتبر الغير هنا سيء النية ولا يستطيع أن يحتج بأن المستعير للأسم قد أعطى الاسم المستعار سلطات واسعة بأنه صاحب الحق ورب العمل، وذلك لأن معرفة الغير لحدود الوكالة يتعارض مع هذا الإدعاء وبالتالي فإن العقد الذي يبرمه الاسم المستعار مع الغير خارجاً عن حدود وكالته ويعلم الغير خروجه عن هذه الوكالة لا يسري في حق المستعير للأسم أو ورثته (٩٥).

(٣) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٢٨.

(١) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣١٢.

(١) أنظر في ذلك

الفرع الثاني

حقوق الاسم المستعار

كما تضاف جميع الالتزامات إلى الاسم المستعار (الوكيل) فيكون هو المدين بها أمام الغير المتعاقد معه، كذلك يضاف إلى الاسم المستعار جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير فيكون هو الدائن بها للغير المتعاقد معه.

فإذا اشترى الاسم المستعار بأسمه الشخصي مالاً لحساب موكله، فإن حقوق المشتري تضاف إليه، فيصبح هو الدائن للبائع بنقل الملكية^(٩٦)، وتنتقل الملكية إليه فعلاً، ومن هنا يستطيع أن يسترد من تحت يد الغير الشيء الذي اشتراه^(٩٧).

كما يصبح دائناً للبائع بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية^(٩٨).

وإذا كان الاسم المستعار يبيع مالاً لحساب موكله بعد أن انتقلت إليه ملكيته أو بعد أن أنتقلت إليه حيازته في المنقول ليكون مسخراً في بيعه، فإن حقوق البائع تضاف إليه، فيصبح هو الدائن للمشتري بالثمن^(٩٩)، وإذا سخر الاسم المستعار في أن يكون محالاً له في حوالة حق، أنتقل إليه هو الحق المحال به، أما إذا سخر في أن يكون محيلاً بعد أن أنتقل الحق إليه من الموكل، كان هو الدائن للمحال له بثمن الحوالة. وإذا ثبت له حق في ذمة الغير، لا يجوز لهذا الغير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الحق وحق للغير في ذمة الموكل، ولكن يجوز التمسك بين هذا الحق وحق للغير في ذمة الاسم المستعار، ويرفع الاسم المستعار الدعوى باسمه الشخصي للمطالبة بالحق الذي يثبت له، والحكم يصدر لصالحه هو، وهو الذي يقوم بتنفيذه^(١٠٠).

- guillaord: op. cit. N.١٨ - Baudry. Iacantenarie et whahl:- op. cit N.١٨. p٣٤٦.

نقلاً عن د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص٣١٦.

(٢) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص١٦٧.

(٣) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٤٠ هامش رقم (١).

(٤) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - المصدر السابق - ص١٦٧.

(٥) أنظر د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني - العقود المسماة - عقد البيع - مطبعة النهضة الجديدة - مصر - ١٩٦٨ - ص١٢٤.

(١١) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج٧ - مج١ - العقود الوارد على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) تنقيح

وهذا ما جاء في المادة (٢٣٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت ((ويكون الأمر على خلاف ذلك إذا تصرف الوكيل في الظاهر باسمه الخاص وكان اسماً مستعاراً ولم يبرز وكالته، فإن الذين يتعاملون معه على هذا الوجه لا يمكنهم أن يقاضوا غيره ولا يجوز لغيره أن يقاضيه. ولا تطبق قواعد الوكالة والتمثيل إلا على العلاقات التي بين الوكيل المستتر والموكل)).

وللأسم المستعار اتخاذ الإجراءات التحفظية كقطع التقادم بالنسبة للحق لأنه ما دام له الحق أصلاً في التقاضي فمن باب أولى أن يكون له الحق في اتخاذ الإجراءات التحفظية كقطع التقادم (١٠١).

ونستنتج من هذا أن تعاقد الاسم المستعار مع الغير باسمه الشخصي يُنشئ بينهما علاقة مباشرة فينصرف أثر التعاقد إلى الاسم المستعار مباشرة دائناً أو مدينناً، ولكل منهما الرجوع على الآخر للمطالبة بحقوق العقد المبرم بينهما والتزاماته.

ولكن هل يؤدي ظهور الاسم المستعار بصفة المالك وصاحب المصلحة إلى إنشاء علاقة بينه وبين أغير آخرين خلاف الغير المتعاقد معه؟

قد تقوم علاقة بين الاسم المستعار وأغير آخرين، خلاف الغير المتعاقد معه نتيجة صيرورة صاحب الاسم المستعار مالكاً أو صاحباً للحق الذي كان مسخراً فيه (١٠٢).

فإذا كان الاسم المستعار مسخراً لشراء منزل مثلاً واشتراه، كان هو المالك له وعندئذ يرجع عليه الغير الذي أنفق على المنزل مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة (١٠٣) طبقاً لأحكام المادة (١/١١٦٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٢/٩٨٠) من القانون المدني المصري.

ويتمتع الدائنون الشخصيون حسنو النية للأسم المستعار بالإضافة إلى الخلف الخاص للأسم المستعار باعتبارهم من الغير بقاعدة عدم سرعان عقد الوكالة المستتر ضدهم، إذ أنه ما دام المال موضوع الوكالة باقياً في ملكية مدينهم (الاسم المستعار)

المستشار أحمد مدحت المراغي- مذشاة المعرف الاسكندرية- ٢٠٠٤- ص ٥٩٤.

(٢) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣٠٥.

(١) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٤٢.

(٢) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق ص ٦٣١. وانظر د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي- مصدر سابق- ص ٤٣٥.

فلهم أن يتخذوا عليه إجراءات الحجز التنفيذي على المنقول أن كان منقولاً أو اتخاذ إجراءات الحجز العقاري إذا كان عقاراً أو اتخاذ إجراءات الحجز تحت يد مدين مدينهم إذا كان حقاً شخصياً كل ذلك بشرط أن لا يكون المال محل عقد الوكالة قد خرج من ملكية الاسم المستعار قبل توقيع الحجز عليه، إذ أنه بخروجه من ذمة الاسم المستعار يكون قد خرج من الضمان العام لحقوق الدائنين (١٠٤). ومن ثم فليس للدائنين الحق في تتبعه، كما أنه في حالة ما إذا رد الاسم المستعار المال محل عقد الوكالة المستتر إلى المستعير للأسم أو تصرف فيه للغير تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر قبل توقيع الحجز، فليس للدائنين الشخصيين أن يطعنوا في تصرف مدينهم (الاسم المستعار) بدعوى عدم نفاذ التصرفات لأنه أولاً ليس هناك غش من المدين (الاسم المستعار) وثانياً لا يعتبر تصرف الاسم المستعار هبة لا يشترط فيها الغش (١٠٥) بل أنه تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر والمعقود بينه وبين المستعير للاسم والتزام الاسم المستعار بتنفيذ التزاماته المترتبة عليه بموجب عقد الوكالة المستتر ينفي حتماً نية تواطؤه مع الموكل (المستعير للأسم) للأضرار بحقوق دائني الاسم المستعار.

ونرى أنه يمكن توقي مشاركة دائني الاسم المستعار للمستعير للأسم في مال هو ملكه لا ملك مدينهم (الاسم المستعار) من خلال إلزام الاسم المستعار بالإسراع بتنفيذ التزاماته بنقل ملكية المال محل عقد الوكالة المستتر إلى المستعير للأسم وقبل توقيع الحجز عليه من قبل دائني الاسم المستعار الذي تحميمهم قاعدة عدم سريان عقد الوكالة المستتر ضدهم.

المطلب الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة إنصراف أثر التعاقد إلى الاسم المستعار

إذا كانت جميع الحقوق والإلتزامات التي تنشأ من تعاقد الاسم المستعار مع الغير تنصرف إلى ذمة الاسم المستعار مباشرة فيكون هو الدائن والمدين بها للغير، إلا أنه يُستثنى من ذلك حالتان يكون فيهما الاسم المستعار نائباً عن المستعير للأسم بالرغم من أن الوكالة الصادرة له من الأخير وكالة غير نيابية، فتضاف حقوق العقد

(٣) أنظر في ذلك د. سعيد مبارك - أحكام قانون التنفيذ - ط ١ - جامعة بغداد ١٩٨٩ - ص ١٧٣، وأنظر أيضاً مدحت المحمود - شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية - منشورات الدائرة القانونية - بغداد - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م - ص ١٧٩.

(١) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣١٨.

والتزاماته مباشرة إلى المستعير للأسم دون الاسم المستعار وتسري أحكام الوكالة كما لو كانت وكالة نيابية (١٠٦)، وهاتان الحالتان هما حالة العلم بصفة الاسم المستعار وحالة عدم الإلتفات إلى صفة المتعاقد، وقد اشار القانون المدني العراقي إلى هاتين الحالتين في المادة ٩٤٣ منه والتي تنص على أنه ((إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير إنه يعمل بصفته وكيلاً، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل، ولأيهما أن يرجع عليه)).

كما نص القانون المدني المصري على ذلك في المادة (١٠٦) منه حيث نصت ((إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب)) (١٠٧).

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إذ جاء فيه ((النص في المادة ١٠٦ من القانون المدني يدل على أن تعاقد الوكيل باسمه مع الغير ينصرف أثره إلى الوكيل في علاقته بالغير ويبقى الأصيل أجنبياً عن العقد إلا إذا كان المتعاقد مع الوكيل يعلم بالنيابة وأنصرف قصده والنائب وقت إبرام العقد إلى إضافة أثره للأصيل أو كان يستوي عند الغير التعامل مع الأصيل أو النائب وفي هاتين الحالتين يعتبر الأصيل ممثلاً في شخص النائب في كل عمل يصدر من الأخير أو في مواجهته من الغير بشأن تنفيذ العقد قبل أن يكشف الأصيل عن صفته ويعلن رغبته في التعامل مباشرة مع الغير وتكون الأحكام الصادرة عن الوكيل المعير لأسمه حجة على الموكل الذي لم يكشف عن أسمه ولم يكن مختصماً في الدعوى)) (١٠٨).

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد جاءت عبارات المادة (٢٣٤) منه عامة تطبق على جميع التصرفات التي يبرمها الاسم المستعار مع الغير سواء علم هذا الأخير بصفة الاسم المستعار وكونه وكيلاً مستتراً يعمل لحساب الموكل أم لم يعلم

(٢) أنظر د. محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي - نظرية الإلتزام - ج ١ - مصادر الإلتزام - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٥ - ص ١٣٦.

(١) أنظر بهذا الشأن أيضاً المادة (١٠٦) مدني ليبي، المادة (١٠٧) مدني سوري، المادة (١١٣) مدني أردني.

(١) طعن رقم ٨٣٥٧ لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٢/٦/١٠ مدني - أنظر د. عبد الفتاح مراد - مصدر سابق - ص ٢٣٢-٢٣٣.

ذلك، فقد نصت على أنه :- ((ويكون الأمر على خلاف ذلك إذا تصرف الوكيل في الظاهر باسمه الخاص وكان اسماً مستعاراً ولم يبرز وكالته فإن الذين يتعاملون معه على هذا الوجه لا يمكنهم أن يقاضوا غيره ولا يجوز لغيره أن يقاضيهم ولا تطبق قواعد الوكالة والتمثيل إلا على العلاقات التي بين الوكيل المستتر والموكل)).

ولا يوجد في القانون المدني الفرنسي نصاً مماثلاً لنص المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري، إلا إن البعض من الفقه الفرنسي قد أتجه إلى صرف آثار العقد إلى الاسم المستعار حتى لو كان الغير يعلم حقيقة أو حكماً بصفة المتعاقد معه وكونه اسماً مستعاراً^(١٠٩).

وهذا ما قضت به أيضاً محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها حيث جاء فيه ((.... الوكيل المسخر هو المسؤول بصفة شخصية ومباشرة تجاه المتعاقد معه حتى ولو كان هذا الأخير يعلم وقت تكوين العقد بما انصرف إليه القصد الحقيقي للوكيل))^(١١٠).

وللتعرف على هذه الاستثناءات المتقدمة الذكر في ضوء أحكام القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول منها حالة العلم بصفة الاسم المستعار وفي الفرع الثاني حالة عدم الالتفات إلى صفة المتعاقد.

الفرع الأول

حالة العلم بصفة الاسم المستعار

ينصرف أثر العقد الذي يبرمه الاسم المستعار مع الغير إلى المستعير للأسم (الموكل) ولو لم يكن التعاقد حاصلًا باسم هذا الأخير إذا كان يستفاد من الظروف أن الغير المتعاقد مع الاسم المستعار يعلم بوجود الوكالة، وذلك كمستخدم في متجر يبيع ما يناط به ببيعته دون أن يذكر بأنه يبيع باسم صاحب المتجر ولحسابه، فالشخص الذي يتعاقد مع المستخدم في المتجر يعلم بداهة بأن المستخدم إنما ينوب عن صاحب

(٢) أنظر من الفقه الفرنسي :-

(m) planiol et (G) Ripert :Traite Pratique de droit Civil – T.٦ – ١٩٥٢- P١٥٥.Mazeud:- lecons de droit civil obligations theorie general T.٢.VI. P.٩٣٤

Cass – com ٢٠٤٠١٩٨٢, Dalloz, ١٩٨٦- ٢٣٣. (٣)

المتجر. (١١) وقد نصت المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي السابقة الذكر على هذا الإستثناء إذ جاء فيها (إلا إذا كان يُستفاد من الظروف إن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة...).

وهو أيضاً ما أكدته محكمة التمييز في العراق في أحد قراراتها جاء فيه (البيع يقع للموكل وإن لم يصفه وكيله إليه في متن العقد ما دامت الوقائع التي اشارت إليها المحكمة في حكمها من إنذارات متبادلة بين الوكيل والموكل والمشتري، والاستشهاد الصادر من دائرة التسجيل العقاري إضافة لعقد الوكالة المخول بموجبه الوكيل ببيع الأرض قد أيدت أن عقد البيع وقع للموكل بعلمه وعلم المشتري استناداً للمادة (٩٤٣) من القانون المدني) (١٢).

ونصت المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري على هذا الاستثناء حيث جاء فيها (إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يُضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة،.....).

وبصدد تفسير هذه المادة، فإن الفقه المصري إذا كان قد أستقر على إنصراف آثار العقد الذي يبرمه النائب دون أن يعلن عن صفته وقت التعاقد إلى الأصيل متى كان المتعاقد مع النائب يعلم حقيقة أو حكماً بصفة هذا الأخير وكونه يتعاقد عن شخص محدد بغض النظر عن مصدر هذا العلم، فإن الخلاف قد ثار حول تطبيق هذا الحكم في حالة التعاقد باسم مستعار وهل يتغير الحكم وتنصرف آثار العقد إلى المستعير للاسم، إذا كان المتعاقد مع الاسم المستعار يعلم حقيقة أو حكماً بصفة هذا الأخير وكونه وكيلاً مسخراً أو أسماً مستعاراً؟

فذهب اتجاه أول إلى القول بان أثر العلم بصفة الاسم المستعار لا يسري على حالة التعاقد باسم مستعار. بمعنى أن العقد الذي يبرمه الاسم المستعار مع الغير تنصرف آثاره في ذمة الاسم المستعار لا ذمة المستعير للاسم حتى ولو كان هذا الغير

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - مصدر سابق - ص ١٨٠.

(٢) قرار رقم ٩٢١ / مدنية ثالثة / ١٩٧٤ في ٢٢ / ١ / ١٩٧٥ منشور في مجلة الأحكام العدلية - ع ١ - السنة السادسة - ١٩٧٥ - ص ١٠٠.

يعلم حقيقة أو حكما صفة المتعاقد معه وكونه اسما مستعارا يعمل لحساب شخص آخر (المستعير للاسم) (١١٣).

وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها وذلك بقضائها ((أن من يعير اسمه لآخر ليس إلا وكيعلا عمن أعاره وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئا فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في أن وكالته مستترة، فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل وينبني على ذلك أن جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير تضاف إليه وحده فيكون هو الدائن بها قبل الغير كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو أيضا المدين بها إليه ولا يجوز له أن يتصل من آثار التصرف القانوني الذي عقده مع الغير استنادا إلى علاقة الوكالة التي تربطه بالموكل إذ أنه وقد تعاقد مع الغير باسم نفسه دون أن يفصح عن صفتة، فإن هذا الغير يعتبر أجنبيا عن تلك العلاقة ولو كان يعلم بها ويكون الوكيل هو الملزم دون غيره له)) (١١٤).

أما أصحاب الاتجاه الثاني: فقد ذهبوا إلى القول بأن مجرد علم المتعاقد مع الاسم المستعار بصفة هذا الأخير لا يكفي لصرف آثار العقد إلى المستعير للاسم مباشرة وبصورة مطلقة، بل ينبغي التفرقة بين حالتين:-

الأولى :- وهو أن يكون الغير المتعاقد مع الاسم المستعار يعلم بصفة هذا الأخير وهو يتعاقد معه وكونه اسما مستعارا، يقصد التعاقد مع المستعير للاسم لا مع الاسم المستعار. ففي هذه الحالة يتعامل الاسم المستعار باسمه الشخصي أما المتعاقد معه فيتعامل لحساب المستعير للاسم (الموكل) فتسري هنا أحكام الوكالة النيابية وتضاف آثار العقد إلى الموكل (المستعير للاسم) لا إلى الاسم المستعار كما تنص عليه المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

الثانية :- أن يكون المتعاقد مع الاسم المستعار يقصد التعامل مع هذا الأخير لا مع المستعير للاسم بالرغم من علمه بصفة من يتعاقد معه وكونه اسما مستعارا لآخر

(١) أنظر في القول بهذا الاتجاه:- د. أحمد محمود سعد - مصادر الإلتزام في القانونين المدنين المصري واليمني- العقد والإرادة المنفردة- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٤١١ هـ- ١٩٩٠م - ص٢٨٦، ود. عبد الناصر العطار - مصادر الإلتزام - بلا تاريخ - ص٥٤.

(٢) الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٧١ق - جلسة ١١ / ٧ / ٢٠٠٢ أنظر د. عبد الفتاح مراد - مصدر سابق - ص٢٤٣.

فهنا لا يكون الاسم المستعار نائبا عن المستعير للاسم ومن ثم لا تضاف آثار العقد إلى هذا الأخير وإنما إلى الاسم المستعار.

ويقول أصحاب هذا الاتجاه لتبرير رأيهم بأنه لا يعترض على ذلك بان الغير يعلم بأن الذي يتعاقد معه وكيل لا أصيل، فمن القواعد المقررة في التسخير أن هذا العلم لا يمنع من أن تضاف حقوق العقد والتزاماته إلى الوكيل المسخر دون الموكل.

أما عن مسألة البت فيما إذا كان الغير يقصد التعامل مع الموكل (المستعير للاسم) أو مع الوكيل (الاسم المستعار) فهي مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع والمفروض أن الغير يقصد التعاقد مع الموكل عندما يعلم أن التعاقد يتم لحسابه (الموكل) وذلك ما لم يثبت أنه يقصد التعاقد مع الاسم المستعار (الوكيل)^(١٥).

وذهب أصحاب الاتجاه الثالث إلى القول بأن مجرد علم المتعاقد مع الاسم المستعار بحقيقة صفة هذا الاسم، يؤدي إلى انصراف أثر العقد في ذمة المستعير للاسم (الموكل) مباشرة وبقوة القانون ومن ثم تقوم العلاقة التعاقدية بين المستعير للاسم والمتعاقد مع الاسم المستعار^(١٦).

وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه ((عدم إفصاح الوكيل عن صفته في العقود التي يبرمها مع الغير لحساب الموكل لا يؤدي بذاته إلى صورية التوكيل لأن تعامل الوكيل باسمه مع الغير لا يغير من علاقته مع موكله فيلتزم الموكل بموجب الوكالة بتنفيذ ما التزم به الوكيل وكل ما يترتب على ذلك من أثر هو أن الوكيل في هذه الحالة هو الذي يكون ملزما قبل الغير الذي تعامل معه إلا إذا كان من المفروض حتما أن هذا الغير يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعاقد مع

ل

(١) أنظر في القول بهذا الرأي :- د. السنهوري - الوسيط - ج٧ - مصدر سابق - ص ٦٢٨ - ٦٢٩.

(٢) أنظر في القول بهذا الاتجاه :- د. حسام الدين الأهواني - النظرية العامة للالتزام - المصادر - ط٢ - ١٩٩٥ - ص٣٥٥ ، و د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - ج٢ - الالتزامات - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مصدر سابق - ص٢٣٦ ، د. أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ١٩٨٣ - ص٣٦ ، د. مصطفى الجمال - شرح أحكام القانون المدني - مصادر الالتزام - ١٩٩٠ - ص٢٦٨.

الأصيل أو النائب فعندئذ تكون العلاقة بين الغير الذي تعاقد مع الوكيل وبين الموكل كما هو الحال في الوكالة الظاهرة)) (١١٧)

ولكن أصحاب هذا الاتجاه قد اختلفوا فيما بينهم حول الأساس الذي يبني عليه هذا الحكم.

فذهب البعض منهم إلى القول بأن المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري هي الأساس الذي يبني عليه هذا الحكم. إذ وردت عبارات هذه المادة عامة مما يستوجب صرف حكمها إلى جميع العلاقات التعاقدية التي تتم من خلال نائب لا يعلن عن صفته الحقيقية للمتعاقد الآخر، متى كان هذا الأخير يعلم حقيقة أو حكماً صفة المتعاقد معه الحقيقية وكونه يتعاقد لحساب الموكل (١١٨).

وذهب البعض الآخر إلى تأسيس الحكم السابق ذكره على قواعد الصورية فيقول إذا كان الغير المتعاقد مع الاسم المستعار يعلم بعقد الوكالة المستتر فإن قواعد الصورية هي التي تطبق فتسري على الغير أحكام العقد الحقيقي ولا يستطيع أن يتمسك بالعقد الصوري وذلك لعلمه بالصورية، فيعتبر في هذه الحالة أنه قد تعاقد مع الوكيل باعتباره نائباً عن الموكل. (١١٩)

أما البعض الثالث فقد ذهبوا إلى القول بأن الحكم الذي تقضي به المادة (١٠٦) فيما يتعلق بالوكالة بطريق التسخير، ما هو إلا تطبيق لقواعد الصورية النسبية بطريق التسخير (١٢٠).

الفرع الثاني

عدم الالتفات إلى صفة المتعاقد

(١) طعن رقم ٤٥٩ - سنة ٢٦ ق - جلسة في ٢٥ / ٤ / ١٩٦٣ - أنظر سعيد أحمد شعله - مصدر سابق - ص ٢٦٨.
(٢) أنظر د. مصطفى الجمال - شرح أحكام القانون المدني - مصدر سابق - ص ٤٦٨.

(١) أنظر د. اكثم أمين الخولي - في الصلح والهبة والوكالة - ١٩٥٧م - فقرة ١٩٤ - ص ٢٤٣ - ٢٤٤ مشار إليه من قبل د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٦٢٨ هامش رقم (٢).

(٢) أنظر د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - مصدر سابق - ص ٢٤٠.

قد يكون الغير المتعاقد مع الاسم المستعار لا يقيم اعتباراً أو أهمية في إبرام التصرف لشخص المتعاقد معه وذلك كأن يكون هذا الغير بائعاً والمبيع شيئاً مضموناً لمدة معينة، فإن الموكل يستفيد من هذا الضمان ولو أن الوكيل لم يخبر البائع بصفته عند التعاقد، إذ أن البائع يستوي لديه أن يضمن المبيع للوكيل أو الموكل (١٢١). فأثار التصرف في هذه الحالة تنصرف إلى الموكل مباشرة. وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

و في تقدير ما إذا كان يستوي لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فيرجع في ذلك إلى طبيعة العقد وأهمية المعقود عليه ومركز الوكيل المتعاقد، ولذلك فإن هذه المسألة من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها (١٢٢).

وعن نوع المعيار الذي يعتمده القاضي بشأن تحديد ما إذا كان يستوي لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل وهل هو مصلحة الغير منظوراً إليها من جهة شخص هذا الغير أو هو مصلحة الغير منظوراً إليها من جهة شخص عادي وفي ضوء ذات الظروف التي تم فيها تعاقد هذا الغير بالذات، وبصيغة أخرى، أهو معيار شخصي يأخذ بنظر الاعتبار مصلحة المتعاقد بالذات، أم هو معيار موضوعي يعتمد المصلحة المجردة للأشخاص؟

أخذ القانون المدني العراقي بالمعيار الموضوعي بشأن تحديد ما إذا كان يستوي لدى الغير أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، إذ تضمنت المادة (٩٤٣) منه هذا الاستثناء موضوع البحث مع استثناء سابق عليه عبّرت عنه قائلة (إلا إذا كان يُستفاد من الظروف إن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة) وإن اعتماد ظروف التعاقد هو بلا شك معيار موضوعي يصح تطبيقه على شخص عادي من الغير (١٢٣).

(٣) أنظر د. عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - مصدر سابق - ص ١٨٠.

(١) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٢٩. هامش رقم (١). وأنظر أيضاً د. محمود سعد الدين الشريف - مصدر سابق - ص ١٣٧.

(٢) أنظر جاسم لفته العبودي - مصدر سابق - ص ١٨٥.

ونحن نتفق مع ما ذهب إليه المشرع العراقي من ترجيح المعيار الموضوعي على المعيار الشخصي، ذلك لما يحققه الأخذ بالمعيار الموضوعي من استقرار التعامل وما يسببه المعيار الشخصي من صعوبة في توصل القاضي إلى إنتفاء أو وجود مصلحة لشخص الغير بالذات مما يؤدي إلى الأختلاف في التقدير لكل حالة.

أما عن تحديد نوع المعيار المعتمد بموجب المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري في شقها الأخير (... أو كان يستوي عنده - أي الغير- أن يتعامل مع الأصيل أو النائب) فإن ذلك قد أثار خلافاً في الفقه المصري على الرغم من وضوح النص فذهب البعض^(١٢٤) إلى القول بأن المعيار الشخصي الذي أخذ به القضاء السويسري^(١٢٥)، هو المرجح اعتماده بالقانون المصري بناءً على أن مصدر المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري هي المادة (٣٢) من تقنين الإلتزامات السويسرية.

وخالفه البعض الآخر^(١٢٦) فقال الأخذ بالمعيار الموضوعي بناءً على أنه أدعى إلى استقرار التعامل، وعلى أن المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري قد أخذت هي بالذات بهذا المعيار في الاستثناء الأول إذ نصت (... أو من المفروض حتماً أن يعلم) ومن هنا فلم ير أصحاب هذا الرأي من داعٍ للتقيد، من هذه الجهة بالمصدر التشريعي للنص، فنصوص القانون تستمد بقائها من انسجامها مع الواقع واستجابتها لمقتضياته، والواقع هنا هو البيئة التي وضع النص ليطبق فيها بعد أن أخذ من أصله الأجنبي.

(١) أنظر د. جمال مرسي بدر- النيابة في التصرفات القانونية - مصدر سابق- ص٢٩٨.

(٢) على الرغم من أن المادة ٣٢ من تقنين الإلتزامات السويسرية والمادة ١٦٤ من التقنين الألماني قد تضمنتا هذا الاستثناء المتمثل بأن يستوي عند الغير التعامل مع نائب أو اصيل، فقد اختلف توجه القضاء السويسري عن توجه القضاء الألماني بصدد نوع المعيار المعتمد، فتبنى القضاء السويسري المعيار الشخصي بأعتداده بمصلحة الشخص الذي تعاقد بالذات مع الطرف الآخر، وتبنى القضاء الألماني المعيار الموضوعي بأعتداده بمصلحة شخص عادي، وأعتد الفقه الألماني هو الآخر هذا المعيار الموضوعي. أنظر د. السنهوري- الوسيط - ج٧- مصدر سابق- ص٦٢٩. هامش رقم (١). و د. جمال مرسي بدر- النيابة في التصرفات القانونية- مصدر سابق- ص١٩٧-١٩٨.

(٣) أنظر د. السنهوري- الوسيط- ج٧- مصدر سابق- ص٦٢٩. هامش رقم (١).

أما عن موقف الفقه الإسلامي من علاقة الوكيل بالغير في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه في المعاملات المالية، ففي هذه الصورة يفرق فقهاء المذاهب الإسلامية في آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوقه.

والمقصود بحكم العقد هو الأثر المترتب على العقد الذي يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشتري ودخول الثمن في ذمة البائع.

إما حقوق العقد فهي كل ما أتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقدين مما أعطاه له العقد مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمن رد الثمن إذا تبين أن البيع لم يكن ملكاً للبائع إلى غير ذلك من حقوق العقد^(١٢٧).

فعندما يضيف الوكيل العقد إلى نفسه، لا يوجد خلاف بين المذاهب الإسلامية في إنصراف حكم العقد إلى الموكل دون الوكيل. أما حقوق العقد فقد اختلفت آراء فقهاء المذاهب الإسلامية اختلافاً كبيراً في إنصرافها إلى الموكل أو إلى الوكيل. فذهب البعض من المذاهب إلى صرف حقوق العقد إلى الوكيل وذهب البعض الآخر إلى صرفها إلى الموكل.

والذي قال بصرف حقوق العقد إلى الوكيل دون الموكل هم الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الزيدية. وعلى الرغم من اتفاق هؤلاء على هذا الأصل، إلا أن لكل منهم وجهة في اتجاهه.

فقد ذهب الفقه الحنفي إلى صرف حقوق العقد إلى الوكيل الذي يضيف العقد إلى نفسه فهو العاقد، والغير قد تعامل معه هو لا مع الموكل، فكان من الطبيعي أن تنصرف هذه الحقوق إلى الوكيل لا إلى الموكل وأن لا توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير بل يتوسط بينهما الوكيل^(١٢٨)، فإذا كانت حقوق العقد ترجع إلى الثمن وكان الوكيل هو البائع فإن الوكيل وحده يملك مطالبة المشتري بالثمن، أما الموكل فلا يملك ذلك ولا يستطيع إجبار المشتري على أن يدفع له الثمن وذلك أن المشتري مدين بالثمن للوكيل لا إلى الموكل، والموكل أجنبى عن المطالبة بالثمن إلا إذا وكله الوكيل في هذه المطالبة، وإذا كان الموكل لا يملك مطالبة المشتري بالثمن، فإنه مع ذلك يملك قبضه، فإذا دفعه له المشتري اختياراً برئت ذمته منه، ذلك أن مرد الثمن في النهاية

(١) أنظر د. السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٢١٠.

(٢) أنظر ابن عابدين - تكملة ابن عابدين - ج ٧ - ط ٢ - مطبعة الباني الحلبي - ١٣٠٦ هـ - ص ٢٨٨.

إلى الموكل، فالوكيل إذا قبضه من المشتري وجب عليه دفعه إلى الموكل، ومن ثم أجاز الفقه الحنفي أستحساناً اختصار الطريق بأن سمح للمشتري أن يدفع الثمن مباشرةً للموكل^(١٢٩)، وإذا كان الوكيل مشترياً فإن الوكيل وحده هو الذي يطالبه البائع بالثمن، أما الموكل فلا تتجه إليه المطالبة، حيث أن الموكل ليس هو المدين للبائع بل المدين هو الوكيل فيجبر على الوفاء بالثمن ولو لم يقبضه من موكله، فإذا ما وفاء رجع به على الموكل وجاز له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفيه منه.

ويستطيع الموكل أن يوفي الثمن إلى البائع مباشرة، لأنه يجوز للغير أن يوفي عن الوكيل الثمن إلى البائع ويكون الوفاء مبرئاً لذمة الوكيل.

أما حقوق العقد التي ترجع إلى المبيع فإذا كان الوكيل هو البائع فإن الوكيل وحده هو الذي يطالبه المشتري بتسليم المبيع له وبضمان الاستحقاق وبضمان العيب.

وعندما يكون الثمن مؤجلاً، فإن الأجل يحل بموت الوكيل لا بموت الموكل، لأن المدين للبائع هو الوكيل. ولو دفع الموكل الثمن إلى الوكيل فأستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ولكن لا مطالبة له على الموكل.

وإذا كان الوكيل هو المشتري فإن الوكيل هو الذي يطالب بتسليم المبيع وهو الذي يقبضه وهو الذي يرجع بضمان الاستحقاق وبضمان العيب على البائع لا الموكل^(١٣٠).

وإذا شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل، كان الشرط باطلاً لأنه شرط يحرم العاقد الآخر من الرجوع على الوكيل بعد أن أعتد عليه في تعامله معه^(١٣١).

و ذهب الفقه الشافعي أيضاً إلى القول بتعلق حقوق العقد بالوكيل في حالة إضافة العقد إلى نفسه، إلا إنهم مع ذلك ذكروا إنه يحق للغير الذي تعاقد مع الوكيل مطالبة الموكل بثمن المبيع أن لم يكن الموكل قد سلمه للوكيل، وقد عللوا ذلك بأنه مالك وأن الوكيل يكون في هذه الحالة ضامن وهذا لا ينقض قولهم بأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل لأن حق مطالبة البائع للموكل بالثمن على اعتبار أن هذا الأخير هو المالك لا لأن حقوق العقد تعود إليه.

(١) المرعيناني - الهداية - ج ٣ - مصدر سابق ص ١٣٧.

(٢) الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٣٣.

(٣) ابن النجيم - البحر الرائق - ج ٧ - مصدر سابق - ص ١٤٨.

ومع هذا فإن الوكيل لا يخرج من تبعة ما تعاقد عليه، لأنه يصير ضامناً للموكل بالثمن إن أختار البائع مطالبة الموكل به (١٣٢).

أما المالكية فإن الأصل عندهم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه، فالمطالبة بالثمن والمثمن يرجع إلى الوكيل دون الموكل (١٣٣).

ومع تقرير هذا الأصل فإن المالكية عندهم استثناءات على هذا الأصل فترجع فيها حقوق العقد إلى الموكل دون الوكيل، وذلك في الحالات التالية:-

١- إذا صرح الوكيل بالبراءة من تحمل الالتزامات والمطالبات بأن قال لا أتولى ذلك فإن الوكيل حينئذ يكون في حل من الإلتزام وتكون العُهدة على الموكل، وواضح أن الحنفية لا يتفقون مع المالكية في مثل هذا التصريح أو الشرط، فلو أشترط الموكل عدم تعلق حقوق العقد بالوكيل ووافق الوكيل فالشرط لاغ عند الحنفية.

٢- إذا علم الغير الذي تعامل معه الوكيل بأن من يعامله وكيلاً فإن حقوق العقد تنصرف إلى الموكل.

٣- السمسار بخلاف الوكيل لا عُهدة عليه لأن الشأن فيه أن يبيع لغيره، على أن السمسار لا يكون عادة وكيلاً، بل هو رسول ووسيط.

٤- قبض الثمن من مهمات الوكيل، إلا أنه يستثنى من ذلك فيما لو كان العرف يقتضي أن لا يقبض الوكيل بل القبض للموكل، ولا يبرأ المشتري بالدفع إلى الوكيل، وليس للوكيل أن يقبض بموجب وكالته بالبيع، بل لا بد من وكالة خاصة بالقبض، من ذلك مثلاً الوكيل ببيع العقار لا يقبض الثمن إلا بوكالة خاصة بالقبض أو جرت العادة في بلد على أن متولي البيع يقبض الثمن (١٣٤).

(٣) الرملي - نهاية المحتاج - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٠، الشربيني - مُغني المحتاج - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٢٣٠.

(٤) أنظر أبو البركات سيدي أحمد الدردير - الشرح الكبير - ج ٣ - مطبعة العلامة شمس الدين محمد عرفة - عيسى البابي الحلبي - ١٢٣٠هـ - ص ٢٨١.

(١) أنظر في الفقه المالكي الخرشي - شرح الخرشي على المدونة - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٧٢، الدردير - الشرح الكبير - ج ٣ - مصدر سابق - ص ٢٨٢-٢٨٣.

وذهب بعض الزيدية إلى أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل وعدادوا العقود التي تتعلق حقوق العقد فيها بالوكيل وهي عقد البيع والإجارة والصلح بالمال لا في غير ذلك من التمليكات والعقود (١٣٥).

وتأثراً بالفقه الإسلامي فرّق القانون المدني الأردني وعلى خلاف القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري بين حكم العقد وحقوقه في الحالة التي يتعاقد فيها الوكيل باسمه الشخصي دون أن يضيف العقد إلى الموكل، فقد نصت المادة (١١٣) من القانون المدني الأردني على أنه ((إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسمه فإن حكم العقد يرجع إلى الأصيل وتنصرف حقوق العقد إلى النائب إلا إذا كان العاقد الآخر يعلم وقت التعاقد بوجود النيابة فترجع الحقوق إلى الأصيل كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه)).

فالوكيل في القانون المدني الأردني إذا عقد العقد باسمه الشخصي، فليس كل الآثار التي تترتب على العقد تنصرف إليه كما نص عليه القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، ذلك أن حكم العقد وهو الأثر الرئيسي المترتب عليه أو الغاية المقصودة من التعاقد كنقل الملكية في عقد البيع، يثبت للموكل حتى وأن ظل اسمه بعيد عن العقد بأن لم يبين الوكيل بأنه يتعاقد بصفته هذه إنما تعاقد باسمه الشخصي، وتثبت للوكيل حقوق العقد فقط ويقع عليه تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه (١٣٦).

إلا إن المشرع الأردني عاد واستثنى من ذلك الحالة التي يعلم فيها الغير الذي يتعاقد مع الاسم المستعار (الوكيل) بصفة هذا الأخير وكونه وكيلاً مستتراً، حيث إن حقوق العقد ترجع في هذه الحالة إلى الموكل.

(٢) المرتضى - البحر الزخار - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٨.

(١) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق -

المبحث الثاني

علاقة المستعير للاسم بالغير

يبرم الاسم المستعار العقد الموكل بإجرائه مع الغير كطرف أصيل في التعامل باعتباره صاحب الحق والمصلحة الحقيقية في التعاقد فلا يفصح عن صفته كوكيل مستتر. وهذا يؤدي إلى تعلق آثار العقد من حقوق والتزامات بذمة الاسم المستعار فيكون دائئا أو مدينا حسب الأحوال، أما المستعير للاسم (الموكل) فيبقى خارجا عن العقد الذي أبرمه الوكيل مع الغير فلا يكسب منه حقا ولا يترتب عليه أي التزام، إلا أنه قد تقوم علاقة بين المستعير للاسم وأغيار آخرين خلاف الغير المتعاقد مع الاسم المستعار باعتبارهم أما دائنو المستعير للاسم أو دائنو الاسم المستعار. لذا ولبحث ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول عدم انصراف أثر التعاقد إلى المستعير للاسم (الموكل) ونبحث في المطلب الثاني علاقة الموكل بالأغيار.

المطلب الأول

عدم انصراف أثر التعاقد إلى المستعير للاسم

لما كان الاسم المستعار يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لا باسم موكله (المستعير للاسم) فان الحقوق والالتزامات التي تنشأ من تعاقدته مع الغير تنصرف إليه هو (أي الاسم المستعار) لا إلى المستعير للاسم. ومن ثم لا يكون هذا الأخير دائناً أو مدينا للغير (١٣٧).

وهذا ما جاء بنص المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه ((..... إذا لم يعلن الوكيل وقت تعاقدته مع الغير أنه يتعاقد بصفته وكيلاً فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه....))

وبمعنى آخر يكون المستعير للاسم أجنبياً عن العقد الذي يبرمه الاسم المستعار مع الغير فلا يستفيد ولا يضرار من هذا العقد بطريق مباشر طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد (١٣٨). وعلى ذلك فإن المستعير للاسم (الموكل) ليس بينه وبين الغير المتعاقد مع الاسم المستعار أي دعوى مباشرة، كما أنه ليس للمستعير للاسم أي دعوى مباشرة ضد الغير.

ولكن إذا لم يكن للمستعير للاسم دعوى مباشرة ضد الغير المتعاقد مع الاسم المستعار، فهل بإمكانه أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ضد الغير باسم الاسم المستعار باعتباره دائناً لهذا الأخير؟

للمستعير للاسم (الموكل) أن يستعمل الدعوى غير المباشرة ضد الغير باعتباره دائناً للاسم المستعار بموجب عقد الوكالة المستتر المبرم بينهما والذي يترتب التزامات على عاتق كل منهما إذ إن له أن يستعمل باسم مدينه (الاسم المستعار) جميع حقوقه

(١) أنظر د. غني حسون طه - الوجيز - مصدر سابق - ص ١٣٦.
وأنظر د. محي الدين إسماعيل - العقود المدنية الصغيرة - مصدر سابق - ص ٢٢٨.

(١) أنظر د. حسن الذنون - محاضرات في القانون المدني العراقي - نظرية العقد - مطبعة النهضة - القاهرة - مصر - ١٩٥٦ - ص ٨٣. وأنظر أيضاً د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٤٣.

ودعاويه وخاصة الدعاوي التي اكتسبها الاسم المستعار ضد الغير نتيجة تنفيذ عقد الوكالة المستتر^(١٣٩).

والمستعير للاسم عندما يستعمل حقوق ودعاوى الاسم المستعار فإنه لا يستعملها بصفته الشخصية لأنه لم تكن هناك أي علاقة مباشرة بينه وبين الغير المتعاقد مع الاسم المستعار بل يستعملها بصفته دائناً للاسم المستعار^(١٤٠).

وفي حالة رفع الدعوى غير المباشرة من قبل المستعير للأسم، فإن الغير يستطيع أن يدفع الدعوى بكافة الدفعات التي كان له أن يواجه بها مدينه (الاسم المستعار) لو أنه هو الذي رفع الدعوى.

فله أن يدفع في مواجهة المستعير للأسم بجميع أسباب انقضاء الدعوى كالوفاء والتجديد وإبراء الذمة والتقادم وغير ذلك سواء كان سبب الانقضاء سابقاً على رفع الدعوى أو تالياً له، كذلك للغير أن يتمسك قبل المستعير للأسم بجميع أسباب بطلان العقد التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الاسم المستعار، وللغير أيضاً أن يتمسك في مواجهة المستعير للأسم بأي اتفاق تم بينه وبين الاسم المستعار بشأن موضوع النزاع، كما إذا تم الاتفاق مع الاسم المستعار على البقاء في الشئوع لمدة لا تزيد عن الحد القانوني في دعوى قسمة رفعها المستعير للاسم أو بصلح تم مع الاسم المستعار على الحق الذي رفع به المستعير للاسم الدعوى أو بعقد مستتر بينه وبين الاسم المستعار يناقض العقد الظاهر الذي رفع المستعير للاسم الدعوى غير المباشرة على أساسه، وبوجه عام ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين نفسه^(١٤١).

ولا يستطيع المستعير للاسم أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ما كان للاسم المستعار أن يسلكه ضد الغير المتعاقد معه في إثبات الحق المرفوع بشأنه الدعوى. وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق الاسم المستعار باعتباره

(١) أنظر المادة (٢٦١) مدني عراقي، والمادة (٢٣٥) مدني مصري، والمادة (٢٣٦) مدني سوري، المادة (٢٣٨) مدني ليبي، المادة (٢٧٦) موجبات وعقود لبناني.

(٢) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٣٣. وأنظر أيضاً د. قدي عبد الفتاح الشهاوي - مصدر سابق - ص ٤٣٨.

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - أحكام الالتزام - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٩٨.

مشتريا في أخذ المبيع ولم يكن الثمن قد دفع، فالمستعير للاسم عندما يستعمل هذا الحق يجوز أن يواجهه الغير بوجوب دفع للثمن^(١٤٢).

بالإضافة إلى ذلك فإن المستعير للاسم باستعماله الدعوى غير المباشرة باسم مدينه الاسم المستعار سيتحمل مشاركة باقي دائني الاسم المستعار في الفائدة من استعمال حقوق الاسم المستعار^(١٤٣).

وهذه النتائج التي تنتج من استعمال المستعير للاسم الدعوى غير المباشرة باسم مدينه الاسم المستعار هي بالتأكيد ستكون مجحفة بالمستعير للاسم لأن هذا الأخير سوف يتعرض لمشاركة باقي دائني الاسم المستعار في شيء هو ملكه لا ملك مدينهم الاسم المستعار.

مما تجدر ملاحظته أنه لما كانت العلاقة التي تربط المستعير للاسم والاسم المستعار هي علاقة وكالة، وعقد الوكالة كما نعرف هو من العقود غير اللازمة، إذ باستطاعة الموكل (المستعير للاسم) أن ينهي هذه الوكالة فيعزل الاسم المستعار ويحل محله بشرط عدم تعلق حق الغير بالوكالة كما هو الشأن في الوكالة العادية طبقا للفقرتين الأولى والثانية من المادة (٩٤٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٧١٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢٠٠٤) من القانون المدني الفرنسي.

ومتى ما عزل المستعير للاسم (الموكل) الاسم المستعار وأخطره بعزله فإن هذا الأخير لا يستطيع بعد ذلك أن يستمر في مباشرة السلطات المعطاة له بمقتضى عقد

(٢) أنظر د. السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الإلتزام بوجه عام- ج٢- منشأة المعارف - الإسكندرية- ٢٠٠٤- ص٩٠٦.

(٣) أنظر المادة (٢٦٢) مدني عراقي، والمادة (٢٣٦) مدني مصري، المادة (٢٣٧) مدني سوري، المادة (٢٣٩) مدني ليبي، المادة (٤/٢٧٦) موجبات وعقود لبناني.

الوكالة وإلا كان مسؤولاً كما أن الغير لا يستطيع أن يتعاقد مع الاسم المستعار بعد علمه بعزله، وإلا فإن التصرف الذي يبرمه معه يكون غير نافذ في حق المستعير للاسم^(١٤٤).

ولكن علم الغير بعزل الاسم المستعار وحلول المستعير للاسم محله لا أثر له إلا بالنسبة للمستقبل فقط. أما ما أبرمه الاسم المستعار مع الغير من تصرفات في الماضي أي قبل عزله من قبل المستعير للاسم وحلوله محله فيظل نافذاً باعتبار أن الاسم المستعار قد ظهر وعمل مع الغير كصاحب حق ورب عمل وبالتالي فإن التصرفات التي أبرمها معه قبل عزله تظل نافذة ولا يمحوها عزل الاسم المستعار وحلول المستعير للاسم محله^(١٤٥).

كذلك عندما يتنازل الاسم المستعار عن جميع حقوقه ودعاويه قبل الغير إلى المستعير للاسم عن طريق حوالة الحق، فسوف تنشأ علاقة مباشرة بين المستعير للاسم والغير المتعاقد مع الاسم المستعار عن طريق هذه الحوالة، ويعتبر المستعير للاسم في هذه الحالة مُحالاً إذ يحل محل المحيل وهو الاسم المستعار في علاقته مع الغير، ومعنى ذلك أن المستعير للاسم يتلقى الحق من الاسم المستعار كما هو، فتنتقل إليه جميع حقوق المحيل ويتحمل جميع الدفعات التي كان الغير (المُحال عليه) أن يحتج بها على المحيل وهو لاسم المستعار، ذلك لأن المحال لا يجوز أن تكون له حقوق أكثر من حقوق من تلقى الحق عنه وهو المحيل. كما أن الغير لن يصيبه ضرر من هذا الحلول، إذ أن حقوقه كما هي لم يغير الحلول منها شيئاً^(١٤٦).

ورغم المساوي التي تنتج من استعمال دعوى الحلول إذ ستوجه إلى المستعير للاسم جميع الدفعات التي كان للغير أن يواجه بها الاسم المستعار وبالمقارنة مع الدعوى غير المباشرة التي يملك المستعير للاسم رفعها باسم مدينه باعتباره دائناً للاسم المستعار فإن الدعوى الأكثر نفعاً للمستعير للاسم هي دعوى الحلول حيث لا يشاركه أحد من دائني الاسم المستعار الآخرين كما في الدعوى غير المباشرة. ولكن يجب على المستعير للاسم عند اختياره لدعوى الحلول أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة لسريان الحوالة ضد الغير، لأن حق الأسم المستعار قبل الغير المتعاقد معه

(١) د. سامي الدريعي- الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي- بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية العدد ٤ لسنة ٢٥ - ٢٠٠١ - ص ١٦٦-١٦٧.

(٢) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣٤٥.

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز في نظرية الإلتزام - أحكام الإلتزام - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٢٤٢.

قَبْلَ أن يتخذ المستعير للأسم هذه الإجراءات يعتبر قائماً ولدائنيه الآخرين حق الحجز عليه تحت يد الغير، أما بعد اتخاذ هذه الإجراءات اللازمة فإن الحق يصبح ملكاً للمستعير للاسم وداخلاً في ذمته المالية ولا يستطيع دائنو الاسم المستعار توقيع الحجز عليه تحت يد الغير بعد هذا الحلول.

ولا توجد للغير المتعاقد مع الاسم المستعار دعوى مباشرة ضد المستعير للأسم، إذ أنه أي الغير لم يتعاقد مع المستعير للأسم (الموكل) وإنما تعاقد مع الاسم المستعار باعتباره أصيلاً في التعاقد (١٤٧).

ولكن هل بإمكان الغير أن يستعمل الدعوى غير المباشرة التي للأسم المستعار ضد المستعير للأسم والنتيجة عن عقد الوكالة المستتر بينهما؟

للغير المتعاقد مع الاسم المستعار أن يستعمل الدعوى غير المباشرة التي للأسم المستعار ضد المستعير للأسم وهي دعوى الوكالة وذلك طبقاً للقواعد العامة (١٤٨). والغير عندما يرفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه (الاسم المستعار) فإنه ستوجه إليه جميع الدفعات التي كان للمستعير للأسم أن يواجه بها الاسم المستعار، فله أن يتمسك في مواجهة الغير بجميع اسباب إنقضاء الدعوى كالوفاء والمقاصة والإبراء والتقادم وغير ذلك من الأسباب. وفي حال إنقضاء الدعوى لسبب من هذه الأسباب فلا يكون للغير عندئذ أية مصلحة في أن يسلك طريق الدعوى غير المباشرة ضد المستعير للأسم، بل أن مصلحته في أن يسلك طريق الدعوى المباشرة ضد الاسم المستعار المتعاقد معه والنتيجة عن العقد المبرم بينهما.

كذلك للغير أن يستعمل الدعوى المباشرة ضد المستعير للأسم في حالة ما إذا قبل الاسم المستعار تحويل حقوقه ودعاويه قبل المستعير للأسم والنتيجة عن عقد الوكالة المستتر المبرم بينهما إلى الغير.

إلا أنه يمكن القول بأن الاسم المستعار لا يكون له حقوق قبل المستعير للأسم إلا عندما يقوم الاسم المستعار بوفاء إلتزامات الغير، وفي هذه الحالة لا يكون للغير أي مصلحة في الحوالة، إلا عندما يكون للأسم المستعار قبل المستعير للأسم حقوق أخرى غير حالة الوفاء يمكن أن يقوم بتحويلها إلى الغير. إضافة إلى ذلك فإن هذه الحوالة غير مفيدة للغير لأنه بصفته محالاً ستوجه إليه كافة الدفعات التي كانت ستوجه

(١) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٦٧.

(٢) أنظر د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي - مصدر سابق -

ضد المحيل، وضارة بالأسم المستعار ذلك لأنه بالإضافة إلى كون الاسم المستعار غير ملزم قانوناً بإجرائها للغير فإنه إذا أجزاها يكون بذلك قد خالف عقد الاسم المستعار من أن يبقى اسم الموكل مستتراً عن الغير ومن ثم كان الاسم المستعار ملزماً لدى موكله (المستعير للأسم) بالتعويضات الناتجة عن إخلاله بالتزاماته الناتجة عن عقد الوكالة المستتر المبرم بينهما^(١٤٩).

إلا إن المشرع بعد تقريره للقاعدة العامة في عدم صرف آثار العقد إلى الموكل (المستعير للأسم) في حالة تعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي دون الإعلان عن صفته كـ(وكيل)، عاد واستثنى حالتين كما أشرنا إليهما سابقاً جعل فيهما أثر العقد الذي يبرمه الوكيل (الاسم المستعار) ينصرف إلى المستعير للأسم (الموكل) ولو لم يكن التعاقد حاصلًا باسمه الشخصي إذ نصَّ في المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي السابقة الذكر (إلا إذا كان يُستفاد من الظروف إن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل، ولأيهما أن يرجع عليه) ونصّت المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري^(١٥٠) على أنه (إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يُضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب).

المطلب الثاني

علاقة المستعير للاسم بالأغيار

إلى جانب علاقة المستعير للاسم (الموكل) بالغير المتعاقد مع الاسم المستعار قد تقوم علاقة بين المستعير للاسم وأغيار آخرين باعتبارهم أما دائنو المستعير للاسم (الموكل) أو دائنو الاسم المستعار أو من تصرف إليه الاسم المستعار (الوكيل) فيما آل إليه بطريق التعاقد مع الغير تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر بين الاسم المستعار

(١) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣٥٦.

(٢) أنظر ما يقابلها المادة (١٠٦) مدني ليبي والمادة

(١٠٧) مدني سوري.

والمستعير للاسم. ولبحث هذه العلاقات سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول العلاقة بين المستعير للاسم (الموكل) ودائنيه ونبحث في الفرع الثاني العلاقة بين المستعير للاسم ودائني الاسم المستعار (الوكيل) وبضمنهم من تصرف إليه الاسم المستعار (الوكيل) فيما آل إليه بطريق التعاقد باسم مستعار.

الفرع الأول

علاقة المستعير للاسم بدائنيه

عندما يكون الاسم المستعار (الوكيل) مسخراً من قبل المستعير للاسم (الموكل) في شراء مال، فإن هذا المال يدخل في الذمة المالية للاسم المستعار بمجرد شرائه من قبله وتثبت الملكية (ملكية المال) لهذا الأخير، ولكن بموجب عقد الوكالة المستتر بين الاسم المستعار والمستعير للاسم تكون ملكية الاسم المستعار لهذا المال مقيدة بالتزام يقع على عاتقه باعتباره مديناً للمستعير للاسم بنقل هذه الملكية للمستعير للاسم منذ ثبوتها له (أي للاسم المستعار).

وبالتالي فلا يجوز لدائني المستعير للاسم (الموكل) أن ينفذوا على المال الذي دخل في ذمة الاسم المستعار باعتبار أن هذا المال مملوكاً لهذا الأخير ولا يحق لهم التنفيذ عليه.

ولكن باعتبار أن المستعير للاسم (الموكل) دائناً للاسم المستعار بنقل ملكية ما آل إليه من التعاقد مع الغير باسم مستعار، يجوز لهؤلاء الدائنين مطالبة الاسم المستعار بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه بنقل الملكية، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم مدينهم (المستعير للاسم) فإذا انتقلت الملكية (ملكية المال) إلى ذمة المستعير للاسم جاز لدائنيه أن ينفذوا عليه (١٥١).

وإذا تعارض دائنو المستعير للاسم مع دائني الاسم المستعار فإن دائني الاسم المستعار باستطاعتهم أن يستوفوا حقوقهم من المال الذي دخل في ذمة مدينهم في مواجهة دائني المستعير للاسم وذلك عندما يقوم دائني الاسم المستعار باتخاذ إجراءات

(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٣٥ - ٦٣٦.

الحجز التنفيذي قبل أن يقوم الاسم المستعار بنقل ملكية المال الذي آل إليه من التعاقد مع الغير إلى المستعير للأسم (الموكل).

فدائنو الاسم المستعار يستمدون حقهم من هذا الأخير، وبالتالي فإن ما يستطيعه دائنو الاسم المستعار في مواجهة المستعير للاسم، يستطيعونه في مواجهة دائنيه.

أما عندما يكون الاسم المستعار مسخراً من قبل المستعير للاسم ببيع مال وقام المستعير للاسم بنقل ملكية هذا المال إلى الاسم المستعار تمهيداً لذلك، فبإمكان دائني المستعير للاسم أن يطعنوا في تصرف مدينهم بدعوى عدم نفاذ التصرفات إذا أثبتوا أن هناك تواطؤ على الأضرار بحقوقهم بين المتصرف (المستعير للاسم) والمتصرف له (الاسم المستعار) ولكن لا يجوز لهم الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات في حالة بيع الأسم المستعار لهذا المال للغير تنفيذاً لوكالته، إلا إذا أثبتوا أن هذا الغير (المشتري) كان هو أيضاً متواطئاً مع الاسم المستعار والمستعير للاسم^(١٥٢).

الفرع الثاني

علاقة المستعير للاسم بدائني الاسم المستعار

أن الاسم المستعار عندما يتعاقد مع الغير فإنما يتعاقد معه باسمه الشخصي باعتباره المالك، لذا فإن ما ينتج من هذا التعاقد من آثار (حقوق والتزامات) تدخل في ذمته المالية فيخرج من هذا التعاقد اما دائناً أو مديناً بحسب الأحوال.

والأموال التي تنتج من هذا التعاقد (تعاقد الاسم المستعار مع الغير) تدخل في الضمان العام لدائني الاسم المستعار باعتباره مدينهم.

فعندما يكون الاسم المستعار مسخراً من قبل المستعير للاسم في شراء مال معين وقام بشرائه فعلاً أو كان قد سخر في بيع ونقل المستعير للاسم ملكيته إلى الاسم المستعار تمهيداً لبيعه فإن ملكية هذا المال تثبت للاسم المستعار فيدخل في الضمان العام لحقوق دائنيه، لكن المستعير للاسم يستطيع استخلاص هذا المال من دائني الاسم المستعار إذا قام هذا الأخير بنقل ملكيته إليه قبل أن يقوم هؤلاء الدائنون باتخاذ إجراءات الحجز عليه باعتباره مملوكاً لمدينهم (الاسم المستعار).

(١) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٥٣.

كذلك إذا أعسر الاسم المستعار، فإن كان إعساره قبل أن تنتقل ملكية المال إلى المستعير للاسم تنفيذا لعقد الوكالة المستتر بينهما كان المستعير للاسم دائناً للاسم المستعار شأنه في ذلك شأن سائر دائني الاسم المستعار.

أما إذا انتقلت ملكية المال إلى المستعير للاسم قبل شهر إعسار الاسم المستعار، فإن المستعير للاسم يستطيع استرداده من الاسم المستعار باعتباره مملوكاً له (١٥٣).

أما عن علاقة المستعير للاسم بالأشخاص الذين يتصرف لهم الاسم المستعار فيما آل إليه بالتعاقد باسم مستعار، فإن كان التصرف بعوض فإن للمستعير للاسم الطعن بهذا التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرف باعتباره دائناً للاسم المستعار إذا أثبت أن هذا التصرف منطوياً على غش من المدين، وإن من صدر له التصرف يعلم بهذا الغش.

أما إذا كان التصرف تبرعاً فلا حاجة لإثبات الغش، إذ أن التصرف لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن الاسم المستعار (المدين) لم يرتكب غشاً، وذلك كله تطبيقاً لأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي.

أما عن علاقة الموكل (المستعير للاسم) بالغير المتعاقد مع الوكيل (الاسم المستعار) في الفقه الإسلامي، فقد ذكرنا أن الفقه الإسلامي يفرق في آثار التصرف في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه بين حكم العقد وحقوقه.

وذكرنا أيضاً أنه لا خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية في انصراف حكم العقد إلى الموكل دون الوكيل في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه (١٥٤). فالوكيل بشراء الدار إذا أضاف العقد إلى نفسه كان المالك للدار هو الموكل لا الوكيل.

(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٣٦.

(٢) انظر في الفقه الحنفي - ابن النجيم - البحر الرائق - ج ٧ - مصدر سابق - ص ١٥١، وفي الفقه الشافعي - يحيى بن شرف النووي - روضة الطالبين - ج ٤ - المكتب الإسلامي للطباعة و النشر - دمشق - بلا تاريخ - ص ٣٢٦، وفي الفقه المالكي - ابن رشد - بداية المجتهد - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٣٣٠، وفي الفقه الحنبلي - ابن قدامة - المغني - ج ٥ - مصدر سابق - ص ١١٨، وفي الفقه الإمامي - أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي - شرائع الإسلام في مسائل

ويفسر بعض الفقهاء انصراف حكم العقد إلى الموكل في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه بأنه لقضاء حق الضرورة. فالأصل أن العبارة هي عبارة الوكيل فكان ينبغي أن يكون الأثر المترتب على العبارة من حكم وحقوق مقصوراً على الوكيل. ولكن لما كان الموكل قد استتاب الوكيل في تحصيل الحكم، فقد انصرف الحكم إلى الموكل للضرورة كي لا يبطل مقصوده، أما الحقوق فقد ظلت متعلقة بالوكيل إذ لا ضرورة تدعو لصرافها إلى الموكل، بل أن الضرورة تقضي بقاء الحقوق متعلقة بالوكيل، فقد أضاف الوكيل العقد إلى نفسه وتعامل معه الغير على هذا الاعتبار فهو في الحقوق لا يعرف سواه (١٥٥).

وإلى جانب هذا التفسير العملي هناك تفسير منطقي، فالوكيل هو العاقد لأن العقد تم بعبارته. وكان ينبغي أن يكون أثر العقد منصرفاً إليه، لأن السبب وهو العقد وجد منه، ولكنه مأمور في العقد من الموكل، وفعل المأمور مضاف إلى الأمر. فتعارض الشبهان شبه السبب ويقضي بإيجاب العقد حكماً وحقوقاً إلى الوكيل وشبه الأمر ويقضي بإيجاب العقد حكماً وحقوقاً أيضاً للموكل، فوجب اعتبار الشبهين بقدر الإمكان، بأعمال شبه الأمر بإيجاب حكم العقد إلى الموكل، وأعمال شبه السبب بإيجاب حقوق العقد إلى الوكيل (١٥٦).

على أن رجوع حكم العقد إلى الموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة لا يسري على جميع أنواع العقود، إذ يشترط الفقهاء لإمكان رجوع الحكم إلى الموكل الذي لم يضاف إليه العقد أن يكون ذلك العقد مما تصح إضافته إلى الوكيل ويستغنى عن إضافته إلى الموكل وهذه الطائفة من العقود هي طائفة عقود المعاوضات المالية التي تتعقد بالقول فخرج بذلك عقد النكاح وتوابعه والهبة والقرض والإعارة ونحوها، فهذه العقود الأخيرة لا تنطبق عليها قاعدة رجوع حكم العقد إلى الموكل رغم إضافة

الحلال والحرام - ج ١ - مطبعة الآداب - النجف - ١٣٨٩ هـ -
١٩٦٩م - ص ٢٤٢، وفي الفقه الزيدي - المرتضى - البحر
الزخار - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٨.
(١) أنظر بهذا المعنى الزيلعي - تبين الحقائق - ج ٤ -
مصدر سابق - ص ٢٥٦.
(٢) أنظر بهذا المعنى الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ -
مصدر سابق - ص ٣٣-٣٤.

الوكيل العقد إلى نفسه بل لابد من رجوع الحكم إلى الموكل من إضافة العقد إليه صراحة وإلا وقع حكم العقد للوكيل (١٥٧).

كما يجب أن يكون الوكيل قد التزم الحدود المرسومة لوكالته لكي ينصرف حكم العقد إلى الموكل في حالة تعاقد الوكيل مع الغير باسمه الشخصي. أما إذا خرج عن هذه الحدود، فالحكم لا ينصرف إلى الموكل إلا إذا أجاز العقد. إذ ينقلب الوكيل فضولياً فما جاوز فيه حدود الوكالة. أما إذا لم يجز الموكل العقد، فإن العقد لا ينفذ في حقه (أي الموكل) (١٥٨).

وقد ذهب الإمامية والحنابلة وبعض الزيدية إلى القول بأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل دون الوكيل بالإضافة إلى انصراف حكم العقد إلى الموكل فهو الذي يطالب بالثمن وتسليم المبيع وغير ذلك من الإلتزامات التي يقتضيها تنفيذ حكم العقد (١٥٩).

ويفسر هؤلاء الفقهاء ذلك بأن الوكيل ينزل منزلة السفير المحض قياساً على وكيل النكاح والخلع وأمثالها، وإن الحقوق تبعاً للحكم فلما انتقل الحكم إلى الموكل لزم أن تنتقل الحقوق تبعاً له للموكل أيضاً.

وينبغي الإشارة هنا إلى أن هؤلاء الفقهاء مع قولهم بتعلق حقوق العقد بالموكل، إلا أنهم يصرفون حقوق العقد في حالات استثنائية إلى الوكيل كما لو وجدت قرائن بان الثمن الذي باع به الوكيل معرض للتلف فإنه يلزم الوكيل قبضه، وإذا أضاف الوكيل العقد إلى نفسه فللغير أن يرجع إلى الوكيل بصفته ضامناً لا لأن حقوق العقد تتعلق به (١٦٠).

ووفقاً لرأيهم تكون علاقة الغير الذي تعاقد معه الوكيل بالموكل، أما الوكيل فإن مهمته تنتهي بإبرام العقد مع اختفاء شخصه من بين الغير والموكل، ومن هنا يتضح

(١) أنظر د. محمد رضا عبد الجبار العاني - مصدر سابق - ص ٣٥٠.

(٢) أنظر بهذا المعنى الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٦ - مصدر سابق - ص ٢٩، الشربيني - مغني المحتاج - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٢٢٩.

(٣) أنظر في ذلك الحلي - تذكرة الفقهاء - ج ٢ - مصدر سابق - ص ١١٨، ابن قدامة - المغني - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٥٨.

(١) ابن قدامة - المغني - ج ٥ - مصدر سابق - ص ١١٨، الحلي - تذكرة الفقهاء - ج ٢ - مصدر سابق - ص ١٣٢.

لنا أن هؤلاء الفقهاء يذهبون إلى صرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل، وبذلك فإنهم يقولون بالنيابة التامة إلى أبعاد الحدود، وهذا ما لم يتوصل إلى القول به الفقه القانوني حتى وقتنا الحاضر. بل أن القانون الوضعي يمنع صرف حكم العقد وحقوقه جميعاً إلى الموكل حين يضيف الوكيل العقد إلى نفسه^(١٦١).

وهكذا يتبين لنا أن الفقهاء يتفقون على صرف حكم العقد إلى الموكل في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه، ويختلفون فيما بينهم في رجوع حقوق العقد إلى الموكل في هذه الحالة.

وهذا كله يرينا مدى إقرار الفقه الإسلامي لمبدأ النيابة في التصرفات على نحو لم يصل إليه أي تشريع سابق أو حالي.

المبحث الثالث

علاقة الاسم المستعار بالمستعير للاسم

يحكم العلاقة بين الاسم المستعار والمستعير للاسم العقد الذي أبرماه معا ألا وهو عقد الوكالة المستتر، لذا فإن هذه الوكالة المستترة تجعل ارتباط كل منهما بالآخر ارتباطاً وكيلاً بموكله، وتطبق أحكام هذا العقد في العلاقة بين الاسم المستعار والمستعير للاسم^(١٦٢).

ولما كان الاسم المستعار يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي باعتباره صاحب حق ورب عمل فإن أثر التعاقد ينصرف إليه، وبموجب عقد الوكالة المستتر المبرم بينه وبين المستعير للاسم يلتزم الاسم المستعار بأن ينقل هذا الأثر من ذمته إلى ذمة المستعير للاسم^(١٦٣).

إلا إنه قد يقع في بعض الحالات أن يجد الاسم المستعار أن الصفقة التي تم عقدها مع الغير هي صفقة رابحة فيستغل فرصة كون التعاقد قد حصل باسمه الشخصي ويرفض تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه بنقل آثار هذه الصفقة التي

(٢) أنظر د. محمد رضا عبد الجبار العاني - مصدر سابق - ص ٣٨١.

(١) أنظر د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي - مصدر سابق - ص ٤٤٢.

(٢) أنظر د. مصطفى الجمال - النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق - ص ٢٦٨.

عقدها مع الغير إلى موكله (المستعير للاسم) فيضطر المستعير للاسم مطالبة الاسم المستعار قضاءً.

وقد يجد المستعير للاسم (الموكل) أحياناً أن الصفقة التي عقدها الاسم المستعار (الوكيل) مع الغير هي صفقة خاسرة بالنسبة له، مما يضطر الاسم المستعار (الوكيل) إلى مطالبة المستعير للاسم قضاءً^(١٦٤).

وعندما يلجأ الاسم المستعار أو المستعير للاسم بحسب ظروف كل حالة إلى القضاء لمطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناتجة من عقد الوكالة المستتر المبرم بينهما، عليه أن يثبت وجود عقد الاسم المستعار، ولإثبات ذلك من جانب المستعير للاسم في الفرض الأول والاسم المستعار في الفرض الثاني تطبق القواعد العامة في الإثبات وذلك لعدم وجود نص خاص في إثبات الوكالة^(١٦٥).

ولغرض بحث علاقة المستعير للاسم بالاسم المستعار سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نبحث في المطلب الأول مدى تطبيق أحكام عقد الوكالة العادية على عقد الوكالة المستتر.

وفي المطلب الثاني نتناول كيفية نقل أثر التعاقد من الاسم المستعار (الوكيل) إلى المستعير للاسم (الموكل).

(٣) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٢٢ - ٢٣.
(١) أنظر د. آدم وهيب النداوي - الموجز في قانون الإثبات - بغداد - ١٩٩٠م - ص ٥٥.

المطلب الأول

مدى تطبيق أحكام عقد الوكالة

العادية على عقد الوكالة المستتر

لما كانت العلاقة بين المستعير للاسم والاسم المستعار ينظمها عقد الوكالة المستتر الذي ابرماه معاً، فإن هذا العقد يرتب في جانب كل من الاسم المستعار و المستعير للاسم جميع الالتزامات والحقوق التي يرتبها عقد الوكالة.

فالاسم المستعار ما هو إلا وكيل كسائر الوكلاء ولذلك تنطبق أحكام الوكالة العادية على العلاقة بين الاسم المستعار والمستعير للاسم^(١٦٦).

وبمقتضى عقد الوكالة المستتر يلتزم الوكيل (الاسم المستعار) تجاه الموكل (المستعير للاسم) بتنفيذ الوكالة دون مجاوزة لحدودها المرسومة وبالغناية الواجبة تبعاً لطبيعة الوكالة فيما إذا كانت بأجر أو بدون أجر.

ويلتزم الوكيل بالمحافظة على الأموال التي قبضها لحساب موكله، وإطلاعها على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حساباً بعد انقضائها وذلك طبقاً لأحكام المواد (٩٣٣-٩٣٦) من القانون المدني العراقي والمواد (٧٠٣-٧٠٥) من القانون المدني المصري والمواد (١٩٨٨/٢-١٩٩٣) من القانون المدني الفرنسي.^(١٦٧)

(١) وفي هذا يقول الفقيه الفرنسي جيوارد: (أن العلاقة بين الموكل والوكيل في الوكالة المعروفة بالاسم المستعار تصبح وكالة عادية ويترتب عليها جميع آثارها من حيث التزامات كل من الوكيل والموكل، ومن ثم فإن للوكيل الحق في رفع دعوى ضد موكله يطالبه فيها برد ما أنفق في تنفيذ الوكالة، وكذلك في مطالبته بأجرته المتفق عليها) (أنظر:

guilloard :- - commentaire du mandat N.٢١

نقلا عن د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص٣٢٤.

(١) يقابلها المواد (٦٦٩ - ٦٧١) مدني سوري، المواد (٧٠٣-٧٠٥) مدني ليدبي. وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي

كما أن الوكيل إذا أذن له الموكل في توكيل غيره وأنبأ عنه وكيلاً، وكان هذا الوكيل يعلم صفة موكله، وأنه وكيل مستتر، فإن علاقة مباشرة تنشأ بين نائب الوكيل المستتر والموكل (المستعير للاسم) ويلتزم الأول بتقديم حساب للثاني، ولا تكون المخالصة التي يعطيها الوكيل المستتر لنائبه حجة على المستعير للاسم (الموكل) ^(١٦٨).

كذلك يلتزم الوكيل بان لا يستعمل مال الموكل (المستعير للاسم) لصالح نفسه، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت إعداره، إذ إن ما يقع في يد الاسم المستعار (الوكيل) من أموال للمستعير للاسم (الموكل) بسبب عقد الوكالة المستتر يكون أمانة في يده فإذا أخذه لنفسه كان مُبدداً وهذا ما نصّت عليه المادة (٩٣٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٧٠٦) من القانون المدني المصري والمادة (١٩٩٦) من القانون المدني الفرنسي.

وبالمقابل يلتزم المستعير للاسم (الموكل) تجاه الاسم المستعار بدفع الأجر المسمى في عقد الوكالة المستتر أو دفع أجر المثل عند عدم تسمية الأجر، كما يلتزم المستعير للاسم بان يرد للوكيل المستتر ما أنفقه في سبيل تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق مهما كان حظ الوكيل في النجاح في مهمته. وقد أشارت إلى ذلك المواد (٩٤٠-٩٤١) من القانون المدني العراقي والمواد (٧٠٩-٧١٠) من القانون المدني المصري والمواد (١٩٩٩-٢٠٠٠) من القانون المدني الفرنسي ^(١٦٩).

وإذا كان ما يطبق على الوكالة العادية من أحكام يطبق على الوكالة المستترة بشأن التزامات الاسم المستعار (الوكيل) والمستعير للاسم فإنه يضاف إلى التزامات الاسم المستعار تجاه الموكل (المستعير للاسم) التزام جوهرى يفرضه عقد الوكالة

بلاينول ((... ومتى أصبح شخص اسماً مستعاراً لأخر فإنه يكون في علاقته بهذا الأخير وكيلاً عنه وهو في الحقيقة ليس إلا كذلك. وحينئذٍ تطبق قواعد الوكالة فيما بينهما والتي من أهمها إن الوكيل لا يجوز له الاحتفاظ بالأموال التي حصل عليها ولا بالمبالغ التي حصلها فهو محاسب كما إنه وكيل...)) أنظر - (m) Planiol: Traite de droit Civil, T٢ - ١٩٢٦- N- ٢٢٧٠

نقلًا عن د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٨ هامش رقم (١).

(٢) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٣٨ هامش رقم (١).

(١) أنظر ما يقابلها المواد (٦٧٥-٦٧٦) مدني سوري - المواد (٧٠٩-٧١٠) مدني ليبي.

المستتر على الاسم المستعار (الوكيل) وهو التزامه بنقل الحقوق التي كسبها باسمه الشخصي بموجب التعاقد مع الغير إلى المستعير للاسم (الموكل).

إلا أن المشرع العراقي لم ينص على هذا الالتزام بالرغم من أهميته وكونه الغاية أو الهدف من عقد الوكالة المستتر بين الوكيل والموكل، مع أنه قد نص على ما يقابل هذا الالتزام ضمن التزامات المستعير للاسم (الموكل) إذ نص على التزام الموكل بإبراء ذمة الوكيل مما عقد باسمه الخاص من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة وذلك في المادة (٩٤١) في فقرتها الثانية حيث نصت على أنه (وعلى الموكل أن يخلص ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة).

أما بشأن موقف القانون المدني المصري بصدد هذين الإلتزامين فإننا نجد أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري قد تضمن نصين هما نص الفقرة الثانية من المادة (٩٨٠) من هذا المشروع والتي جاء فيها:- ((وعليه (الوكيل) أن يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة، حتى لو كان يعمل باسمه. وعليه بوجه خاص أن ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب الموكل)) (١٧٠).

ونص الفقرة الثانية من المادة (٩٨٥) من المشروع التمهيدي والتي جاء فيها ((ويلتزم الموكل، إلى جانب ذلك، أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات ، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً)) (١٧١).

فحذفت لجنة المراجعة هذين الإلتزامين من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بحجة عدم الضرورة على النص على هذين الإلتزامين اكتفاءً بالقواعد العامة (١٧٢).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري في صدد هذا النص () وما كسبه الوكيل لحساب الموكل يجب رده إليه، حتى لو كان الوكيل اسماً مستعاراً يعمل باسمه الشخصي. وينطبق ذلك بنوع خاص على الحقوق التي كسبها الوكيل لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب الموكل ، فيجب أن ينزل له عنها () أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٥ - القاهرة - مطابع مذكور - بلا تاريخ - ص ٢٠٧ - ٢٠٨.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري في صدد هذا النص () أما الإلتزامات التي عقدها الوكيل باسم الموكل فهي تتصرف إليه مباشرة والتي عقدها باسمه الشخصي يلزم الموكل بإبراء ذمته منها، كما يلتزم الوكيل بنقل ما كسبه من الحقوق إلى الموكل فيما تقدم () مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٢٢٣.

وإذا كانت جميع حقوق والتزامات العقد الذي أبرمه الاسم المستعار باسمه الخاص ترجع إليه لا إلى المستعير للاسم (الموكل) ويقع على الوكيل المسخر بعد ذلك أن ينقل إلى الموكل الحقوق التي كسبها باسمه، كما أن على الموكل (المستعير للاسم) أن يبرئ ذمة الوكيل المسخر مما عقده باسمه من التزامات، فإن القانون المدني الأردني وكما ذكرنا سابقاً قد فرق في انصراف آثار العقد إلى الاسم المستعار في حالة تعاقد مع الغير باسمه الشخصي بين حكم العقد وحقوقه.

فحكم العقد يثبت للمستعير للاسم وان تعاقد الاسم المستعار باسمه الشخصي باعتباره مسخراً، وهذا الحكم يثبت للمستعير للاسم أصلاً دون أن يمر في ذمة الاسم المستعار. فلا حاجة عندئذ لنقله من ذمة الاسم المستعار إلى المستعير للاسم كما في القوانين الأخرى ما دام أنه لا يثبت في ذمة الاسم المستعار أصلاً.

إلا أنه يعطل هذا الحكم ركن الشكلية في عقد البيع العقاري أو عقود البيع الواردة على المنقولات التي لا بد فيها من التسجيل في الدوائر المختصة حتى ينعقد العقد. فمثل هذه العقود لا تعتبر صحيحة إلا بالتسجيل، و من ذلك إذا أبرم الاسم المستعار البيع باسمه الشخصي وتم تسجيل هذا البيع في الدوائر المختصة فإن الملكية وهي حكم العقد تنتقل إلى الاسم المستعار وعلى هذا الأخير بعد ذلك أن ينقلها إلى المستعير للاسم، فإن طلب الاسم المستعار بداية تسجيل العقد بأسم المستعير للاسم لانتهى التسخير ولأضيف العقد بحكمه وحقوقه إلى المستعير للاسم (الموكل) وانطبقت عندئذ أحكام الوكالة العادية.

أما فيما يتعلق بحقوق العقد الذي أبرمه الوكيل (الأسم المستعار) فهي حتى في القانون المدني الأردني تثبت للاسم المستعار وعليه أن ينقلها فيما بعد إلى المستعير للاسم^(١٧٣).

أما بشأن موقف القانون المدني الفرنسي، فإنه قد خلا من النص على إلتزام الاسم المستعار بنقل الحقوق التي كسبها باسمه إلى المستعير للاسم كما أنه لم ينص على إلتزام هذا الأخير بإبراء ذمة الاسم المستعار (الوكيل) مما عقده باسمه الخاص من إلتزامات في سبيل تنفيذ الوكالة.

(٣) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٥ - مصدر سابق - ص ٢٠٤ - ٢١٨.
(١) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٧١.

إلا إن بعض الفقه الفرنسي قد ذهب إلى أن للمستعير الأسم (الموكل) إلزام الاسم المستعار (الوكيل) بنقل الحقوق التي كسبها باسمه الشخصي إلى المستعير للأسم، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي جيوارد (للموكل أن يلزم الوكيل بالتنازل له عن الحقوق التي كسبها لنفسه في العقود التي أبرمها باسمه لحساب موكله) (١٧٤).

وإخلال الاسم المستعار في تنفيذ إلتزامه بنقل الحقوق التي كسبها باسمه الخاص إلى المستعير للأسم أو إخلاله بأي إلتزام آخر نشأ عن عقد الوكالة المستتر هو إخلال بتنفيذ إلتزام تعاقدى ومن ثم يكون للمستعير للأسم المطالبة بالتنفيذ العيني أو التعويض متى تعذر تنفيذ الإلتزام عينياً (١٧٥).

ونرى أن تنفيذ الاسم المستعار إلتزامه بنقل الحقوق التي كسبها بالتعاقد مع الغير باسمه الشخصي إلى المستعير للأسم يصبح متعذراً متى ما تصرف الاسم المستعار بالحق إلى الغير حسن النية، ونعني بالغير حسن النية هنا هو كل من تلقى الحق من الاسم المستعار (الوكيل) وهو يجهل صفته هذه معتقداً أنه أصيل في التعاقد.

المطلب الثاني

نقل أثر التعاقد من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم

يلتزم الأسم المستعار (الوكيل) بموجب عقد الوكالة المستتر المبرم بينه وبين المستعير للأسم بأن ينقل أثر التعاقد من حقوق والتزامات والتي كسبها بأسمه جراء التعاقد مع الغير إلى المستعير للأسم، كما يتعين على هذا الأخير أن يبرئ ذمة الأسم المستعار مما عقده بأسمه الشخصي من التزامات.

(١) أنظر

- guilloard: Op. cit. N٢١.

نقلاً عن د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص٣٢٤.

(٢) أنظر د. عبد الحى حجازي - النظرية العامة للإلتزام -

ج٢ - مطبعة الفجالة - مصر - ١٩٥٤ - ص٢٢٩.

وقد اختلف الفقه القانوني بشأن الطريقة التي يمكن بمقتضاها نقل الحقوق والإلتزامات من الأسم المستعار إلى المستعير للأسم.

وللوقوف على كيفية انتقال آثار التعاقد من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نتناول في الفرع الأول الاتجاه الذي يرى وجوب إبرام عقد جديد بين الاسم المستعار والمستعير للاسم.

أما الفرع الثاني سنتناول فيه الاتجاه الذي يرى بأن عقد الوكالة ذاته ينقل أثر التعاقد.

الفرع الأول

وجوب إبرام عقد جديد

يتعين على الأسم المستعار (الوكيل) أن ينقل الحقوق التي كسبها بأسمه الشخصي إلى المستعير للأسم (الموكل) كما يتعين على هذا الأخير أن يبرئ ذمة الأسم المستعار مما عقده بأسمه من الإلتزامات (١٧٦).

فذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن نقل الحقوق وتحمل الإلتزامات بالنسبة إلى الغير يتم بعقد جديد يصدر من الاسم المستعار (الوكيل) إلى المستعير للاسم (الموكل) بنفس مشتملات العقد الأول وشروطه فتنتقل بموجبه الحقوق والإلتزامات من ذمة الاسم المستعار إلى ذمة المستعير للاسم ويصبح هذا الأخير دائناً للاسم المستعار بالحقوق ومديناً له بالإلتزامات (١٧٧).

وقد سوَّغ أصحاب هذا الاتجاه ما ذهبوا إليه من ضرورة إبرام عقد جديد كوسيلة لنقل الحقوق والإلتزامات من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم، بانتفاء حكم النيابة في حالة التعاقد باسم مستعار.

(١) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٧٠.
(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٤٠ ، د. جمال مرسي بدر - النيابة في التصرفات القانونية - مصدر سابق - ص ١٥٦ ، د. عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - ١٩٦٠ - ص ١٥٠ ، د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٧٠

و اختلف أصحاب هذا الاتجاه فيما بينهم حول طبيعة هذا العقد الجديد الذي ينقل به الاسم المستعار آثار تعاقد مع الغير إلى المستعير للاسم.

فذهب بعضهم^(١٧٨) إلى أنه يبرم بين الاسم المستعار والمستعير للاسم بنفس مشتملات وشروط العقد الأول فتنقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الاسم المستعار (الوكيل) إلى ذمة المستعير للاسم (الموكل) فيصبح المستعير للاسم دائماً للاسم المستعار بالحقوق ومديناً له بالالتزامات.

وذهب البعض الآخر^(١٧٩) إلى القول إلى أن عقد الوكالة المبرم بين المستعير للاسم والاسم المستعار يلزم هذا الأخير بإبرام عقد جديد مع المستعير للاسم أو إحلال هذا الأخير محله في العقد بالاتفاق مع المتعاقد مع الاسم المستعار على ذلك. وبذلك يكون هذا الاتفاق الجديد بين الأطراف الثلاثة معدلاً للاتفاق الأول بالنسبة لأحد طرفيه.

وبموجب هذا الإحلال يصبح المستعير للاسم (الموكل) هو الدائن للمتعاقد مع الاسم المستعار بالحقوق والمدين له بالالتزامات.

فلو كان الوكيل مسخراً مثلاً من قبل المستعير للاسم (الموكل) في شراء أرض فإن ملكية الأرض تنتقل أولاً من البائع إلى الوكيل المسخر، ثم تنتقل بعد ذلك من الوكيل المسخر إلى الموكل (المستعير للاسم). وعندها تجب دفع رسوم نقل الملكية مرتين مرة عند نقلها إلى الوكيل المسخر والمرة الثانية عند نقلها إلى المستعير للاسم بعقد جديد.

كذلك ينشأ الحق في الأخذ بالشفعة مرتين المرة الأولى في البيع الذي صدر عن البائع إلى الاسم المستعار (الوكيل) والمرة الثانية في البيع الذي صدر عن الاسم المستعار إلى المستعير للاسم (الموكل)^(١٨٠).

ونقل الحقوق والالتزامات من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم (الموكل) ينتج أثره من وقت حصوله لا من وقت تعاقد الاسم المستعار (الوكيل) مع الغير^(١٨١).

(٢) أنظر د. عبد المنعم فرج الصدة - المصدر السابق - ص ١٥٠.

(٣) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٦٤٠ - ٦٤١ ، و د. جمال مرسي بدر - مصدر سابق - ص ١٥٦.

(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٤٢.

الفرع الثاني

عقد الوكالة ذاته ينقل أثر التعاقد

وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الوسيلة التي يتم بمقتضاها نقل آثار التعاقد (الحقوق والالتزامات) من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم ليس بإبرام عقد جديد كما يرى أصحاب الاتجاه السابق وإنما بمقتضى عقد الوكالة المستتر المبرم بين الاسم المستعار والمستعير للاسم.

فعقد الوكالة المستتر ينتج جميع آثاره في العلاقة ما بين طرفيه الاسم المستعار والمستعير للاسم وهذا العقد يلزم الاسم المستعار برد آثار العقد من حقوق إلى المستعير للاسم في مقابل التزام هذا الأخير بإبراء ذمة الاسم المستعار عن جميع ما عقده باسمه الخاص من التزامات تجاه الغير المتعاقد معه. وبالتالي تكون الوكالة المستترة منتجة لآثارها بين أطرافها الاسم المستعار والمستعير للاسم وإن كانت مجردة من الأثر القانوني في علاقة الاسم المستعار بالغير^(١٨٢) لذا فإن احتجاج المستعير للاسم على الغير المتعاقد مع الاسم المستعار بهذه الحقوق يقتضي إبرام عقد جديد بينه وبين الاسم المستعار. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه ((الملكية تكون للنائب فيما بينه وبين البائع وبالنسبة للغير عموماً أما فيما بين النائب والأصيل فالملكية تكون للأصيل لا للنائب بحيث لا يحتاج الأصيل للاحتجاج بملكيته على النائب إلى صدور تصرف جديد من النائب ينقل به الملكية إليه إذ يعتبر الأصيل في علاقته بنائبه هو المالك بغير حاجة إلى أي إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء لكي يحتج الأصيل بملكيته على الغير))^(١٨٣).

وفي قرار آخر لها جاء فيه: ((جرى قضاء النقض على أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عن أعاره وحكمه هو حكم كل وكيل من حيث ما يجب عليه من رعاية حق موكله وضبطه ومن حيث مسؤوليته إذا أخل بالتزامه وغصب هذا الحق أو اقتات عليه

(٢) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٧١، وأنظر د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي - مصدر سابق - ص ٤٤٧.
(١) أنظر في هذا الاتجاه :- د. مصطفى الجمال - النظرية العامة للالتزامات - مصدر سابق - ص ٢٦٨، وسليمان مرقس - شرح القانون المدني - العقود المسماة - مصدر سابق - ص ١٢٤.

(٢) نقض مدني في ١٩٦٤/١١/٢٦ طعن رقم ١٧ س ٣٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ج ٢ رقم ١٥٨ - ص ١٠٧٣.

و لا فارق بينه وبين الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة. فيبدو الشأن شأنه في الظاهر مع كونه شأن الموكل في الواقع مما يقتضي أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتحيل بأي وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه)) (١٨٤).

وقد انتقد البعض هذا الاتجاه بحجة أن الأخذ به يؤدي إلى إهدار فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد، ذلك لأن المتعاقد مع الاسم المستعار تعامل مع هذا الأخير على أساس أنه أصيل يعمل لحساب نفسه ولو كان يعلم بحقيقية صفته وكونه اسماً مستعاراً يعمل لحساب شخص آخر، لما أبرم العقد لأنه لا يرغب لسبب أو لآخر في التعامل مع المستعير للاسم، فعندما يكون العقد الذي أبرمه الاسم المستعار مع الغير عقد إيجار مثلاً والمستأجر فيه هو الاسم المستعار، وكانت لشخصيته محل اعتبار في التعاقد ففي هذه الحالة لا يمكن نقل آثار العقد إلى المستعير للاسم إلا إذا وافق المؤجر على ذلك بحيث إذا رفض فإنه يستحيل إتمام عملية النقل، والقول بغير ذلك فيه إنكار لفكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد حيث لا يكون لهذه الفكرة أي معنى إذا كان للاسم المستعار سلطة نقل آثار عقد الإيجار إلى ذمة الأصيل (المستعير للاسم) دون موافقة الغير المتعاقد معه (المؤجر)، كذلك عندما يكون الاسم المستعار مكلف من قبل المستعير للاسم بشراء عقار بثمن مقسط، إذ يثور التساؤل في هذه الحالة حول كيفية نقل حق الملكية من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم من خلال عقد الوكالة ذاته (١٨٥).

ونحن نرى أن الوسيلة الأمثل التي يستطيع الاسم المستعار بها تنفيذ التزامه الذي يفرضه عليه عقد الوكالة المستتر المبرم بينه وبين موكله (المستعير للاسم) بنقل الحقوق والالتزامات من ذمته إلى ذمة المستعير للاسم والنتيجة عن تعاقد مع الغير هي بإبرام عقد جديد بينه وبين المستعير للاسم بنفس شروط ومشتملات العقد الأول، حيث لا يؤدي الأخذ بهذه الوسيلة إلى إهدار فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد إذ أن الغير عندما تعاقد مع الاسم المستعار اعتمد على شخصه وعلى ميسرته وملاءته في التعاقد وقصد انصراف آثار العقد إليه هو لا إلى المستعير للاسم (الموكل) الذي لم

(١) طعن رقم ١٢٨٣ في ١٦ / ٦ / ١٩٧٩ - سنة ٤٨ ق - ص ٢٨٥، أشار إليه د. مصطفى الجمال - النظرية العامة للإلتزامات - مصدر سابق - ص ٢٦٦.
(٢) أنظر في انتقاد هذا الاتجاه د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٥٨-٥٩.

يكن طرفاً في التعاقد، ويمكن الاستناد في ترجيح هذا الاتجاه على نص المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي التي تقول ((إذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير أنه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه.....)) وهو أيضاً ما يتفق مع نص المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

كما أن عقد الوكالة المستتر إذا كان منتجاً لآثاره بين أطرافه الاسم المستعار والمستعير للاسم وبموجبه يرجع كل منهما على الآخر، فإنه لا يمكن الاحتجاج به على الغير المتعاقد مع الاسم المستعار، فكيف إذن يمكن جعل وسيلة نقل الحقوق والالتزامات في عقد الوكالة ذاته؟ إذن لابد من إبرام عقد جديد بين الاسم المستعار والمستعير للاسم كما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول.

الفصل الثالث

آثار التعاقد غير المشروع باسم مستعار

قد يلجأ المستعير للاسم (الموكل) إلى التعاقد باسم مستعار لتحقيق غرض غير مشروع متمثلاً بالإضرار بحقوق الغير أو الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

فالإضرار بحقوق الغير لا يقصد به التهرب من قاعدة آمرة بل الإضرار بحق شخص من الغير قصداً عن طريق التصرف القانوني^(١٨٦)، كأن يكون هذا الغير من دائني المستعير للاسم (الموكل).

أما الغش والتحايل على أحكام القانون فيقصد به التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة عن طريق تشكيل تصرف أو تصرفات قانونية بصورة تؤدي إلى أن يكون ظاهرها مطابقاً للقانون مع

(١) أنظر د. جميل الشرقاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٦ - ص ٣١٩.

استهدافها الغاية التي تخالف هذه القاعدة^(١٨٧). كما هو الحال في بيع الوكلاء وشرائهم لأنفسهم بأسماء مستعارة دون إجازة الموكل و شراء عمال القضاء والمحامين للحقوق المتنازع فيها وتعامل المحامين بهذه الحقوق بأسماء مستعارة.

وفي هذه الحالة وعندما يكون الغرض من التعاقد باسم مستعار غير مشروع فإن الأثر المترتب على التعاقد باسم مستعار يختلف بحسب ما إذا كان غرض المستعير للاسم (الموكل) هو الأضرار بحقوق الغير أو الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام، فالأول يترتب عليه عدم نفاذ التصرف الذي يجريه المستعير للاسم مع الاسم المستعار وفي الثاني يكون التعاقد باسم مستعار باطلاً أو غير نافذ على حسب الأحوال، وإذا كان التعاقد باسم مستعار باطلاً فإن البطلان يشمل عندئذٍ عقد الاسم المستعار ذاته (عقد الوكالة المستتر) والتصرف الذي باشره الاسم المستعار باسمه الشخصي مع الغير وأخيراً التصرف الذي نقل به الاسم المستعار الحق إلى المستعير للاسم.

ولبحث الآثار المترتبة على الأغراض غير المشروعة التي يقصد المستعير للاسم (الموكل) الوصول إليها من التعاقد باسم مستعار، سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الأول عدم نفاذ تصرف المستعير للاسم في حق دائنيه وفي المبحث الثاني عدم نفاذ العقد الذي يجريه الاسم المستعار مع الغير وفي المبحث الثالث بطلان التعاقد باسم مستعار.

(٢) أنظر د. جميل الشرقاوي - المصدر السابق - ص ٣١٩.

المبحث الأول

عدم نفاذ تصرف المستعير للاسم في حق دائنيه

المفروض إن إرادة الأشخاص حرة في إختيار نوع التصرف الذي يباشرونه ما دام هذا التصرف حقيقيا وغير مخالف للنظام العام، ومن هنا يكون هذا التصرف نافذا في مواجهة الكافة.

غير أن نفاذ التصرف قد يؤدي إلى الإضرار بالغير والمقصود بالغير هنا هو (الدائن العادي)، فالدين بصورة عامة لا يغل يد المدين من التصرف، لأن حرية التصرف لدى المدين هي التي تؤدي إلى زيادة العناصر الموجبة في الذمة المالية، وبالتالي تقوي من الضمان العام للوفاء بالديون. ولكن قد تتغير نية المدين فبدلا من أن يقوي الضمان العام للوفاء بديونه تتجه نيته إلى التصرف مع شخص آخر ليفرغ الذمة المالية من العناصر الايجابية على نحو يجعل من نفاذ التصرف في حق الدائنين يحول دون استيفائهم لحقوقهم كاملة، ومن ثم لا بد من حماية الدائن بدعوى يعارض بها تصرف المدين ليتوصل في النهاية عند كسب الدعوى إلى عدم نفاذ التصرف في حقه^(١٨٨).

ومن التصرفات التي يقدم عليها المدين بقصد إنقاص أمواله الضامنة لحقوق دائنيه، لجؤه إلى التعاقد باسم مستعار بقصد الإضرار بدائنيه ومنعهم من استيفاء حقوقهم كاملة مما يجعل من

(١) أنظر محمد عبد سليمان الحراشة - فكرة عدم سريان التصرف القانوني - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل - ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، ص ٤٨.

تصرف المستعير للاسم غير منتج لأثره بالنسبة
لدائني المستعير للاسم (المدين) ^(١٨٩).

ولمحاربة غش المدين (المستعير للاسم) والإضرار
بحقوق دائنيه، يكون للدائنين الطعن في تصرف
مدينهم بدعوى عدم نفاذ التصرف.

لذا فإن بحث الأثر المترتب على القصد غير
المشروع الذي يرمي ألمدين (المستعير للاسم) الوصول
إليه من وراء التعاقد باسم مستعار يقتضي بنا
تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب
الأول مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف وفي المطلب
الثاني حالات إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف في
نطاق التعاقد باسم مستعار.

المطلب الأول

مفهوم دعوى عدم نفاذ التصرف

تُعرّف دعوى عدم نفاذ التصرف بأنها دعوى
يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به
والصادرة من مدينه المعسر بقصد حمايته من غشه
والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين عن
طريق المطالبة باعتباره من الغير بالنسبة لأثر
هذه التصرفات كي لا تكون نافذة في حقه ^(١٩٠). فهي
دعوى يرفعها الدائن باسمه مخاصماً فيها مدينه

(٢) أنظر في ذلك : د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة -
ج٦، عقد البيع وعقد المقايضة - مصدر سابق - ص٢٧٧.
(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز - ج٢ -
أحكام الالتزام - مصدر سابق - ص٩٩.

ومن تصرف إليه المدين، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذي يطعن فيه^(١٩١).

وإقامة دعوى عدم نفاذ التصرف من قبل الدائن يتطلب توافر جملة معينة من الشروط بعضها يرجع إلى الدائن، وبعضها يرجع إلى التصرف الذي يطعن فيه الدائن، وبعضها يرجع إلى المدين^(١٩٢)، ويمكن رد هذه الشروط جميعها إلى فكرة أساسية واحدة هي ان المدين بغشه يقصد الإضرار بالدائن، فهو يتصرف غشا في ماله ويقصد من هذا التصرف ان ينتقص من الضمان العام لدائنيه^(١٩٣).

فيشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء سابقا على التصرف المطعون فيه، فلا يكتفي في حق الدائن أن يكون موجودا كالدعوى غير المباشرة وانما يستلزم ان يكون هذا الحق مستحق الأداء خاليا من النزاع^(١٩٤).

كما ويشترط في حق الدائن ان يكون سابقاً على التصرف الذي يطعن فيه، فلا يجوز للشخص ان

(٢) أنظر د. جمعة سعدون الربيعي - المرشد إلى إقامة دعاوي المدينة - بغداد - المكتبة القانونية - شارع المتنبي - ١٩٩٢ - ص ١٧٣.

(٣) انظر المادتين (٢٦٣ - ٢٦٤) مدني عراقي، المادتين (٢٣٧ - ٢٣٨) مدني مصري، المواد (٢٣٨ - ٢٤٠) مدني سوري، المواد (٢٤٠ - ٢٤٢) مدني ليبي، المادة (٢٧٨) موجبات وعقود لبناني.

(٤) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٩٣٢.

(٥) وهذا ما أكدته محكمة التمييز في العراق في قرار لها جاء فيه (يشترط لتطبيق أحكام عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن أن يكون حق الدائن مستحق الأداء عند صدور التصرف عملاً بالمادة (٢٦٣) من القانون المدني) قرار رقم ٤٥٦ / مدنية أولى / ١٩٩١ في ١٣/١١/١٩٩١ - منشور في معين القضاء - إعداد إبراهيم المشاهدي - ج ٤ - بغداد - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١ م - ص ٨٣.

يطعن في تصرف مدين لم يكن دائناً له وقت نشوء
التصرف لتعذر الإدعاء بأن المدين قصد من تصرفه
الإضرار به (١٩٥).

والعبرة في احتساب اسبقية حق الدائن على
التصرف المطعون فيه هي بتاريخ وجود هذا الحق لا
بتاريخ استحقاقه، وعلى الدائن إثبات أسبقية
حقه في الوجود على تاريخ صدور التصرف المطعون
فيه، إذ ان الدائن هو المدعي وهو المكلف
بإثبات شروط هذه الدعوى (١٩٦).

أما بالنسبة إلى التصرف المطعون فيه،
فدشترط ان يكون تصرفاً قانونياً سواء صدر من
جانب واحد كالإبراء والوفاء والتنازل عن حق
عيني أو صدر من الجانبين كبيع أو هبة. وعندما
يكون التصرف الصادر من المدين تصرفاً قانونياً
فلا يمكن الطعن فيه بهذه الدعوى إلا إذا كان
مفقراً للمدين وضاراً بالدائن. وما يعتبر تصرفاً
مفقراً للمدين طبقاً لحكم المادة (٢٦٣) من
القانون المدني العراقي والمادة (٢٣٧) من
القانون المدني المصري هو كل تصرف ينقص من
حقوق المدين أو يزيد في التزاماته.

أما في القانون المدني الفرنسي فان تصرف
المدين لا يعتبر مفقراً إلا إذا كان من شأنه
إنقاص حقوقه، كأن يتصرف المدين في عين مملوكة

(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج ٢ - مصدر سابق -
ص ٩٤٩.

(٢) وجاء في حكم محكمة النقض المصرية بهذا الشأن بأنه
يشترط في حق الدائن الذي يستعمل دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون دينه حال الأداء وسابقاً في نشوئه
على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة في ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا
بتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثار بشأنه من نزاع... جلسة ٨ / ٥ / ١٩٨٤ - طعن
رقم ٢١٣٦ لسنة

له بالهبة أو بالبيع، لأن من شأن الهبة خروج العين من ذمته دون مقابل، كما أن من شأن البيع خروجها في مقابل ثمن نقدي من السهل إخفائه عن الدائنين، أو كأن يتصرف المدين في حق شخصي له عن طريق الحوالة أو الإبراء.

ويكون التصرف ضارا بالدائن إذا كان من شأنه ان يحول دون استيفاء الدائن حقه كاملا بسبب ما يترتب على تصرف المدين من إعساره أو الزيادة في إعساره.. والإعسار المقصود في هذه الدعوى هو الإعسار الفعلي الذي يتمثل في زيادة الديون المستحقة الأداء على الحقوق، على أن يبقى إعسار المدين إلى وقت رفع الدعوى كي تكون للدائن مصلحة في رفعها، وبالتالي لا يحوز للدائن الطعن في تصرف أجراه المدين وتسبب في إعساره أو زيادة إعساره إذا أصبح المدين موسرا بعد صدوره وقبل رفع الدعوى، كما لو تلقى المدين هبة أو ميراثا وزال إعساره^(١٩٧).

كما ويشترط صدور التصرف من المدين عن غش وتواطؤ، ومعنى الغش هنا نية الإضرار بالدائن وقت صدور التصرف، أما التواطؤ فيعني توافر قصد الغش لدى كل من المدين ومن صدر له التصرف وقت صدوره^(١٩٨).

ويعتبر شرط الغش من أهم شروط دعوى عدم نفاذ التصرف ويمكن تجميع شروط هذه الدعوى كلها في شرط الغش، ذلك لأن الغش لن يتحقق إلا إذا صدر من المدين تصرف ضار بدائن كان حقه مستحق الأداء وثابتا له قبل صدور التصرف لأنه يسبب إعساره أو

(١) أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز - ج ٢ - أحكام الالتزام - مصدر سابق - ص ١٠٧ - ١٠٨
(٢) أنظر د. عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ص ١٠٨.

زيادته، ولذلك يعتبر الغش وهو الباعث على تصرف المدين العنصر النفسي في دعوى عدم نفاذ التصرف، ليقابل عنصر الضرر الذي يعتبر العنصر المادي فيها^(١٩٩).

وقد اختلف الفقه الفرنسي في تحديد مفهوم الغش في دعوى عدم نفاذ التصرف، فذهب بعضه في ضوء تحليله للمادة (١١٦٧) المتعلقة بالدعوى البوليصة (دعوى عدم نفاذ التصرف) إلى اعتبار الغش هو علم المدين بما في تصرفه من ضرر في حق الدائن. وذهب اتجاه آخر من الفقه الفرنسي إلى أن الغش هو صدور التصرف من المدين بنية الإضرار بالدائنين^(٢٠٠).

ونرجح بدورنا علم المدين بما في تصرفه من ضرراً في حق الدائن كمفهوم للغش، لأن علم المدين بأن في التصرف الصادر منه ضرر يلحق بالدائنين يعد بمثابة قرينة على توفر نية الغش لديه.

وحسناً فعل المشرع العراقي عندما جعل من علم المدين بما في تصرفه من ضرر يلحق بدائنيه قرينة على توافر نية الغش لديه، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ومجرد علم المدين أنه معسر كاف

(٣) أنظر د. السنهوري - الوسيط - الوسيط - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٩٦١.

(١) نقلاً عن د. أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - أحكام الالتزام - دار النهضة العربية - بيروت - ١٩٨٣م - ص ١٣٥.

لافتراض وقوع الغش منه، كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم ان هذا المدين معسر أو كان ينبغي ان يعلم بذلك) (٢٠١).

وقد تباين موقف التشريعات المدنية من شرط الغش في دعوى عدم نفاذ التصرف، فنجد أن بعضها قد اشترط الغش في المعاوضات واستبعده في التبرعات، فاستلزم في الأول أن يعلم المدين أن التصرف يؤدي إلى إعساره أو إلى الزيادة في إعساره ولم يستلزم ذلك في التصرف الثاني، وهذا ما تنص عليه المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٣٨) من القانون المدني المصري والمادة (٢٣٩) من القانون المدني السوري.

وحماية الدائن في القانون المدني العراقي والقوانين التي سارت بنفس الاتجاه الذي ذهب إليه لا تقتصر على عدم نفاذ التصرف الذي يبرمه المدين لمواجهة الدائن، بل امتدت هذه الحماية إلى التصرف الثاني، أي التصرف الذي يبرمه الخلف، كما لو أقدم من تلقى الحق من المدين إلى التصرف فيه إلى خلف آخر. فإذا كان كل من تصرف المدين وتصرف الخلف معاوضة فيشترط توافر الغش في جانب كل من المدين والخلف الأول والخلف الثاني، أما إذا كان تصرف كل من المدين والخلف تبرعا كانا غيرنا فدين في حق الدائن دون اشتراط إثبات الغش، أما في حالة ما إذا اختلف التصرفان فكان أحدهما معاوضة والآخر تبرعا

(٢) وقد أكدت محكمة التمييز العراقية ذلك في قرار لها جاء فيه (يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر عن مدينه غش ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين وترتب عليه الزيادة في إعساره وكان هذا التصرف منطويا على غش المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش) قرار رقم ١٢٤/مدنية عقار/ثالثة/١٩٧١ في ١٢/٨/١٩٧١ قرار منشور بالنشرة القضائية - ع - ٤ - ٣ - ص ٥٣ .

اشترط الغش حيث يكون التصرف معاوضة واعتبر
التصرف غير نافذ في حق الدائن دون شرط اذا كان
تبرعاً. (٢٠٢)

في حين نجد ان بعض التشريعات قد اشترط
الغش في دعوى عدم نفاذ التصرف في المعاوضات
والتبرعات، وهذا ما ذهب إليه المشرع اللبناني
(٢٠٣) متأثراً بموقف الفقه والمشرع الفرنسيين (٢٠٤).

وهناك من التشريعات من لم يعترف بالغش
كشرط لعدم نفاذ التصرف لا في المعاوضات ولا في
التبرعات. وهذا هو موقف المشرع الأردني في
المادتين (٣٧٠ - ٣٧١) من القانون المدني
الأردني. (٢٠٥)

فإذا ما توافرت شروط دعوى عدم نفاذ التصرف
المتقدمة الذكر بان صدر من المدين تصرف عن غش
وكان من شأن هذا التصرف إلحاق الضرر بالدائنين
من خلال إضعاف الضمان العام، فإن المشرع لا يقرر
بطلان التصرف الذي أجراه المدين وإنما يبقى هذا
التصرف قائماً نافذاً في العلاقة بين أطرافه،
وينصرف أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف
عام أو خاص، غير أن هذا التصرف لا يكون له أثر

(١) أنظر المادة (٣/٢٦٤) مدني عراقي، والمادة (٣/٢٣٨)
مدني مصري، والمادة (٣/٢٣٩) مدني سوري، والمادة (٣/٢٤١)
مدني ليبي.

(٢) أنظر المادة (٢٧٨) موجبات وعقود لبناني.
(٣) أنظر د. أنور سلطان، الموجز - ج ٢ - أحكام الالتزام -
مصدر سابق - ص ٢٣٥.

(١) حيث نصت المادة (٣٧٠) مدني أردني على أنه (إذا أحاط الدين
حالا أو مؤجلاً بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعاً لا يلزمه ولم تجر العادة به
والدائن ان يطلب الحكم بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه)

كما نصت المادة (٣٧١) منه أيضاً على أنه (إذا طالب الدائن المدين
الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محابة
والدائنين ان يطالبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم) .

تجاه الغير (الدائنين) فبإمكانهم التعامل مع ذمة المدين وكأن التصرف الذي صدر منه لم ينقص من الحقوق او يزيد من الالتزامات. فالحكم بعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن الطاعن يعني تجاهل هذا الأخير التصرف الصادر من مدينه ويقوم بالتنفيذ على أموال المدين وكأن هذا التصرف لم يصدر أصلا. فإذا تصرف المدين تصرفا من شأنه انقاص حق من حقوقه فإن هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه. وهذا ما ذهب إليه غالبية القوانين المدنية، فقررت عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن الطاعن وإن كان التصرف مرتبا لآثاره بين أطرافه (٢٠٦)

أما بالنسبة إلى باقي الدائنين فإن الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن الطاعن يستفيد منه باقي الدائنين سواء اشتركوا في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف أم لم يشتركوا فيها طالما صدر التصرف أضرارا بهم (٢٠٧).

إلا أنه لا يمكن تفادي التعارض بين القول بعدم نفاذ التصرف في حق الدائنين من جهة وقيام

(٢) أنظر المادة (٢٦٣) مدني عراقي، والمادة (٢٤٠) مدني مصري، والمادة (٢٤١) مدني سوري، والمادة (١٩٤) مدني جزائري.

(١) انظر المادة (٢٦٦) مدني عراقي، والمادة (٣٧٣) مدني أردني، المادة (٢٤٣) مدني ليبي، والمادة (٢٤١) مدني سوري، والمادة (٢٤٠) مدني مصري، والمادة (١٩٤) مدني جزائري في حين أن المشرع الفرنسي في المادة (١١٦٧) من القانون المدني الفرنسي والمشرع اللبناني في المادة (٣/٢٧٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني قد ذهبا إلى ان الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين تجاه الدائنين يستفيد منه الدائن الذي رفع دعوى عدم نفاذ التصرف ولا يستفيد من هذا الحكم الدائنون الذين لم يرفعوا هذه الدعوى إذ يبقى التصرف نافذا تجاههم.

هذا التصرف فيما بين أطرافه من جهة أخرى، فلو كان التصرف الصادر من المدين ببيعاً، فإن من حق المشتري ان تخلص له ملكية العين المبيعة طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين طرفيه، إلا أن هذه الملكية لا تخلص للمشتري إلا بعد ان يستوفي الدائن حقه من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن. لذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة لمعالجة هذا التعارض^(٢٠٨).

المطلب الثاني

حالات إقامة دعوى عدم نفاذ التصرف في

نطاق التعاقد باسم مستعار

ذكرنا فيما سبق ان المستعير للأسم (الموكل) قد يلجأ إلى التعاقد باسم مستعار لتحقيق غرض غير مشروع متمثل بالإضرار بحقوق دائنيه والحيلولة

(٢) إذ إن للمشتري في هذه الحالة دعويان، دعوى العقد ويرفعها ضد البائع ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين، فإذا كان البائع هو المدين، فالمشتري له الخيار في الرجوع عليه بإحدى الدعويين، أما إذا كان البائع غير المدين، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر وقام الأخير وباعها للمشتري، ففي هذه الحالة تفرق الدعويان على شخصين مختلفين، دعوى العقد وترفع ضد البائع ودعوى الإثراء بلا سبب وترفع ضد المدين، وللمشتري أن يختار إحدى الدعويين. أنظر في تفصيل ذلك: د. السنهوري - الوسيط - ج ٢ - مصدر سابق - ص ٩٩٢. ود. عبد المجيد الحكيم وآخرون - الوجيز - ج ٢ - أحكام الالتزام - مصدر سابق - ص ١٢٠ - د. انور سلطان - الموجز - ج ٢ - أحكام الالتزام - مصدر سابق - ص ١٤٥.

دون استيفائهم لحقوقهم كاملة. ومن الحالات أو الطرق التي يستطيع بها المدينون تهريب أموالهم من متناول أيدي دائنيهم والإضرار بهم، دعاوى الاسترداد فهذه الدعاوى غالباً ما ترفع من قبل اسم مستعار للمدين المحجوز على ماله الذي يسعى جاهداً في أن يهرب أمواله من دائنيه. فقد يعطي المدين (المستعير للاسم) الاسم المستعار عقد بيع يقدم تاريخه إلى ما قبل تاريخ الحجز على أمواله من قبل دائنيه، أو ان المستعير للاسم (المدين) وهو يتوقع دائماً الحجز على أمواله من قبل دائنيه يبيع هذه الأموال إلى اسم مستعار ثم يثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً إذا كان منقولاً أو يسجل له العقد إن كان عقاراً حتى إذا حان وقت رفع دعوى الاسترداد أو الاستحقاق كان للاسم المستعار أن يحتج على الدائنين بمستندات ظاهرها الصحة والجدية^(٢٠٩). وللدائنين في هذه الحالة أن يطعنوا في تصرف مدينهم بدعوى عدم نفاذ التصرفات. فإذا نقل المستعير للاسم (الموكل) ملكية عقار أو منقول إلى الاسم المستعار بطريق البيع أو أي طريق آخر من طرق اكتساب الملكية مع تسجيل عقد البيع إذا كان عقاراً، ثم قام المستعير للاسم (المدين) بتعيين التصرفات التي يعهد للاسم المستعار باعتباره وكيلاً مستتراً القيام بها مع الغير في عقد الوكالة المستتر وذلك أضراراً بدائنيه ولغرض حرمانهم من الحصول على حقوقهم كاملة، فللدائنين في هذه الحالة أن يطعنوا في تصرف مدينهم بدعوى عدم نفاذ التصرفات إذا اثبتوا أن هناك تواطؤاً بين

(١) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ١٧.

المستعير للاسم والاسم المستعار على الاضرار بحقوقهم^(٢١٠).

والدائن باعتباره من الغير ولكونه لم يكن طرفاً في عقد الاسم المستعار يجوز له إثبات عقد الاسم المستعار والغرض الغير مشروع الذي يسعى المستعير للاسم (المدين) الوصول إليه وهو الإضرار بحقوق دائنيه والحيلولة دون استيفائها كاملة بكافة طرق الإثبات ومنها البيينة والقرائن^(٢١١).

ومن الحالات الأخرى التي قال بها الفقه أيضاً كصور لدعوى عدم نفاذ التصرف في نطاق التعاقد باسم مستعار، الحالة التي يلجأ فيها المستعير للاسم إلى التعاقد باسم مستعار للإضرار بحقوق من يتعامل معه الاسم المستعار (مديني المستعير للاسم)، كما إذا أراد المستعير للاسم من وراء اتخاذه اسماً مستعاراً أن يفوت على مدينه فرصة الدفع بالمقاصة^(٢١٢)، وذلك عندما يكون المستعير للاسم في نفس الوقت مديناً للغير الذي يتعامل معه الاسم المستعار، حيث يقوم المستعير للاسم بتحويل حقه في ذمة المدين للاسم مستعار هو في الواقع

(١) أنظر المادتين (٢٦٣ - ٢٦٤) مدني عراقي، والمواد (٢٣٧ - ٢٣٨) مدني مصري، المواد (٢٣٨ - ٢٤٠) مدني سوري، المواد (٢٤٠ - ٢٤٢) مدني ليبي، المادة (٢٧٨) موجبات وعقود لبناني

(٢) أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٢٤٤.
(٣) فالمقاصة هي إحدى طرق انقضاء الالتزام وذلك عندما يكون هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، أي أن بين هذين الشخصين التزامين المدين في أحدهما دائن في الثاني، فبدلاً من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً. أنظر في ذلك: د. عبد الحى حجازي - النظرية العامة للالتزام - احكام الالتزام - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٤م - ص ٩٧ - ٩٨.

وكيلا عن الدائن (المستعير للاسم) ، حتى يتوقى بذلك أن يتمسك المدين بالمقاصة في مواجهته بين هذا الحق وبين حق له في ذمة الدائن (المستعير للاسم) .

وفي هذه الحالة يكون للمدين (مدين المستعير للاسم) الطعن في تصرف مدينه المستعير للاسم بدعوى عدم نفاذ التصرف، وان يثبت عقد الاسم المستعار وبان المحال له ما هو إلا اسم مستعار للدائن الأصلي (المستعير للاسم) الذي يختفي وراءه، وللمدين باعتباره من الغير بالنسبة إلى عقد الاسم المستعار ان يثبت هذا العقد بكافة طرق الاثبات ومنها البيئة والقرائن^(٢١٣).

فإذا أثبت المدين (الغير) بان المحال له هو اسم مستعار للدائن الأصلي (المستعير للاسم) فإنه يستطيع ان يتمسك في مواجهته بالمقاصة باعتباره وكيلا عن الدائن الأصلي (المستعير للاسم)^(٢١٤).

قد يتبادر إلى الذهن أن الحالات التي عرض لها الفقه القانوني كصور لإقامة دعوى عدم نفاذ التصرف في نطاق التعاقد باسم مستعار هي تطبيق للصورية ولكن الأمر ليس كذلك، إذ على الرغم من اقتراب فكرة الصورية من فكرة التعاقد باسم مستعار وبالأخص في حالة المدين الذي يريد ان يتوقى من دائنيه ان ينفذوا على شيء يملكه، فيقوم ببيع هذا الشيء بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك، ويكتبان بالبيع عقدا ظاهراً ولكنه صوريا ويكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا وهو العقد الحقيقي يذكران فيه ان البيع لا حقيقة له

(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٢٥ هامش رقم^(١) .
(٢) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣٥٩ .

وهذا السند المستتر هو ورقة الضد^(٢١٥)، ففي كليهما أي في كل من الصورية والتعاقد باسم مستعار يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه، إلا أن العقد الظاهر في الصورية عقد صوري لا وجود له في الحقيقة ولا يعمل به ويقتصر العقد المستتر على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له.

أما في التعاقد باسم مستعار، فإن العقد الظاهر الصادر من المدين (المستعير للاسم) إلى الاسم المستعار هو عقد حقيقي و جدي ومكمل للعقد المستتر المبرم بينهما، يراد به تهريب أموال المدين عن متناول ايدي دائنيه والحيلولة دون التنفيذ عليها عن طريق التصرف بها وتحويلها إلى مبالغ نقدية يسهل إخفاءها عن الدائنين.

ففي دعاوى الاسترداد يقوم المدين (المستعير للاسم) بإظهار الاسم المستعار امام الغير بانه أي الاسم المستعار هو صاحب الحق وذلك بان ينقل له ملكية عقار او منقول، ثم يقوم المستعير للاسم بتعيين التصرفات التي يعهد للاسم المستعار باعتباره وكيلا مستتراً القيام بها مع الغير بشأن العقار أو المنقول، نجد أن كلا العقدين عقد البيع وعقد الأسم المستعار (عقد الوكالة المستتر) احدهما يكمل الآخر فلا يوجد بينهما تعارض بل العكس يوجد بينهما تكامل، وكلاهما أيضا عقد جدي وقائم بالفعل يهدف المدين من ورائهما تهريب أمواله عن طريق التصرف بها تصرفات جديّة لا صورية، وللوصول إلى هذا الهدف أو الغرض يلجأ المدين (المستعير للاسم) إلى اسم مستعار يقوم ببيع

(٣) أنظر د. السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصدر سابق - ص ٩٧١.

امواله إليه ليكون وكيلاً مستتراً عنه في بيعها إلى الغير يتصرف معه باسمه الشخصي وكأنه صاحب الحق. فعقد البيع الذي تم بين المستعير للاسم والاسم المستعار هو عقد جدي حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد. أما في حالة ما إذا قام المستعير للاسم بتسخير الاسم المستعار في قبض دين له في ذمة الغير حتى يتوقى بذلك الدفع بالمقاصة حيث يقوم المستعير للاسم بتسخير الاسم المستعار في عقد وكالة مستتر في قبض دين له في ذمة الغير باسمه الشخصي باعتباره وكيلاً مستتراً وتمهيداً لذلك يقوم المستعير للاسم بتحويل الحق (الدين) إلى الاسم المستعار حتى يرجع هذا الأخير على الغير باسمه الشخصي باعتباره صاحب حق، نرى انه لا وجود للصورية في كل من هذه التصرفات التي قام بها المستعير للاسم، إذ إنها تصرفات جدية قام بها هذا الأخير لتجنب الدفع بالمقاصة من قبل المدين الذي هو الذي هو في نفس الوقت دائن للمستعير للاسم.

ويؤيد ما ذهبنا إليه، عدم اعتبار عقد الاسم المستعار (عقد الوكالة المستتر) ورقة ضد.

إذ ان الأسم المستعار يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدي لا وجود للصورية في أي منهما الاول عقد وكالة يكون الاسم المستعار فيه وكيلاً عن آخر في تصرف محدود ومعين في هذه الوكالة على ان يعمل الوكيل المستتر باسمه هو دون إظهار اسم الموكل على ان ينقل إليه منفعة هذا التصرف بعد إبرامه. والثاني العقد الذي يبرمه الاسم المستعار باسمه الشخصي مع الغير لحساب

المستعير للاسم (الموكل) فينصرف إليه أثر التصرف الذي أبرمه دائنا أو مديناً.

والثالث يعقده الاسم المستعار مع الموكل (المستعير للاسم) مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه، فينشأ بذلك من عقد الاسم المستعار مركزان قانونيان أحدهما بالنسبة للغير إذ يعتبر الاسم المستعار هو صاحب الحق واليه يضاف أثر التصرف دائنا أو مديناً والثاني بالنسبة إلى المستعير للاسم (الموكل) إذ يعتبر الاسم المستعار وكيلاً مستتراً، وبسبب وجود هذين المركزين الناشئين من استعمال عقد الاسم المستعار أحدهما ظاهر ولكنه غير حقيقي والآخر خفي ولكنه حقيقي، وجد التشابه بين ورقة الضد وعقد الاسم المستعار، ولكن الفرق واضح بينهما إذ إن عقد الاسم المستعار يتم إبرامه بين شخصين يختلفان عن اللذين أبرما العقد موضوع الوكالة المستترة، كما أنه لا يوجد تعارض بين العقد الذي أبرمه الاسم المستعار مع الغير وعقد الاسم المستعار (عقد الوكالة المستتر) بل يوجد تكامل بينهما. ومن ثم فلا يمكن اعتبار عقد الاسم المستعار ورقة ضد. إذ أن من خصائص ورقة الضد تناقض العقد السري مع العقد الظاهر وصورية العقد الظاهر واتحاد المتعاقدين في العقدين^(٢١٦).

لذا يظهر لنا مما تقدم أن الحالات التي عرض لها الفقه تدخل ضمن نطاق التعاقد باسم مستعار، وبما أن المستعير للاسم أراد بالتعاقد باسم مستعار الوصول إلى تحقيق غرض غير مشروع متمثل بالإضرار بحقوق دائنيه ومنعهم من استيفائها كاملة، فإن الطعن بتصرف المستعير للاسم من قبل

(١) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ١٥٣ - ١٥٩.

الدائنين يكون بدعوى عدم نفاذ التصرف وليس بدعوى الصورية كي لا تكون تصرفات المدين (المستعير للاسم) الضارة بهم نافذة في حقهم .

المبحث الثاني

عدم نفاذ العقد الذي يجريه الاسم المستعار مع الغير

قد يكون الأثر المترتب على التعاقد الغير مشروع باسم مستعار هو توقف نفاذ العقد على إجازة من تم تقرير الوقف لمصلحته . والوقوف على هذا الأثر يقتضي بنا تحديد مفهوم عدم نفاذ العقد والتعرف على أسبابه أولاً، ومن ثم بيان كيفية عدم نفاذ العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار من خلال إيراد التطبيق التشريعي الذي نص عليه المشرع العراقي بهذا الشأن .

لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول منها مفهوم عدم نفاذ العقد وفي المطلب الثاني التطبيق التشريعي لعدم نفاذ العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار .

المطلب الأول

مفهوم عدم نفاذ العقد

العقد غير النافذ في الفقه الإسلامي هو العقد الذي ينعقد صحيحاً لتوافر شروط انعقاده وصحته ولكن لا تترتب عليه آثاره الشرعية لوجود مانع يمنع ذلك. وإذا أُجيز من قبل من له حق الإجازة وتوافرت فيه شروط هذه الإجازة يزول المانع وتترتب عليه آثاره الشرعية بأثر رجعي أي من تاريخ إنشائه لا من وقت الإجازة. وللطرف الذي ينتقل إليه محل العقد غنمه وعليه غرمه من تاريخ إنشائه. (٢١٧)

وترجع أسباب عدم نفاذ العقد في الفقه الإسلامي أما إلى عدم ولاية العاقد على محل العقد كما في تصرف الفضولي أو عدم ولاية العاقد على نوع التصرف كما في عقد ناقص الأهلية أو إلى تعلق حق الغير بمحل العقد كما في عقد الفضولي وتجاوز الوكيل حدود وكالته وتجاوز الوصي حدود وصايته، وكبيع المرهون بدون إذن الدائن المرتهن، وبيع العين المؤجرة بدون إذن المستأجر. (٢١٨).

وتأثراً بالفقه الإسلامي، فقد أخذت بعض القوانين المدنية العربية بفكرة العقد الموقوف كقسم من أقسام العقد الصحيح ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي خلافاً للتشريعات العربية المتأثرة بالفقه الغربي والتي أخذت

(١) أنظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي - الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية - ج ١ - شركة السعدون للطباعة والنشر - بغداد - ٢٠٠٠م - ص ١٥٢.
(٢) أنظر في ذلك د. ميري كاظم عبيد - العقد الموقوف - دراسة في القانون المدني - رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة النهدين - ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م - ص ٧ وما بعدها.

بفكرة العقد القابل للإبطال^(٢١٩). وذلك ما يستفاد من نص المادة (٢/١٣٣) منه، حيث نصت على أنه (إذا لم يكن العقد الصحيح موقوفاً أفاد الحكم في الحال) (

فتوقف العقد في القانون المدني العراقي معناه عدم إفادة حكمه في الحال.

وترجع أسباب توقف العقد في القانون المدني العراقي إلى وجود عيب من عيوب الإرادة من إكراه أو غلط أو تغرير مع الدغبن إضافة إلى نقص الأهلية لسن أو لعارض من عوارض الأهلية التي تنقص أهلية الأداء الكاملة بعد الحجر كالدسفه^(٢٢٠).

كما اعتبر القانون المدني العراقي تصرف الشخص في ملك غيره (تصرف الفضولي) موقوفاً قبل إجازة المالك لهذا التصرف^(٢٢١).

وقد الحق القانون المدني العراقي بحالة تصرف الشخص في ملك غيره حالة النيابة الاتفاقية (الوكالة) التي يتجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة أو إذا عمل أحد توكيل أصلاً، فجعل نفاذ العقد في حق الموكل موقوفاً على إجازته^(٢٢٢). وللعائد الذي

(٣) كالقانون المدني المصري الذي تأثر بالقانون المدني الفرنسي، وكذلك القانون المدني السوري والليبي والبناني.

(١) فقد نصت المادة (١/١٢١) مدني عراقي على أنه (إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن في العقد غيباً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون....). ونصت المادة (١/١٣٤) مدني عراقي على أنه (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعائد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما أن له أن يجيزه...).

(٢) فقد نصت المادة (١ / ١٣٥) مدني عراقي على أنه : (من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك....)

(٣) أنظر المادة (١/٩٤٤) مدني عراقي حيث نصت على أنه : (إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقدته حدود الوكالة أو عمل أحد دون توكيل أصلاً، فإن نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفاً على إجازته) .

تقرر وقف العقد لمصلحته بعد زوال سبب الوقف ان ينقض العقد فيصبح باطلا، وله ان يجيزه فيصبح نافذا بأثر رجعي.

وعلى ذلك فإن الإجازة تصرف قانوني صادر من جانب واحد يثبت لمن شرع التوقف لمصلحته، تتجه فيه الإرادة إلى النزول عن التمسك بالبطلان. ويترتب عليها أن يزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال فيستقر نهائياً^(٢٢٣).

وإجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة، وتتم بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرام العقد، وهذا تطبيق لقاعدة (الإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة) ولا يشترط لصحة الإجازة إلا وجود من يملكها وقت صدور العقد، فلا يشترط قيام العاقدين والمعقود عليه والمالك الأصلي وقت صدور الإجازة^(٢٢٤). كما يجب لكي تكون الإجازة صحيحة أن يزول العيب الذي جعل العقد موقوفاً، أي يلزم ان يكون سبب الوقف قد زال، وإلا كانت الإجازة معيبة بنفس العيب الذي لحق بالعقد المراد إجازته.

وقد جعل المشرع في القانون المدني العراقي المدة التي يجب ان يستعمل فيها من توقف العقد لمصلحته خياره في النقص والإجازة مدة قصيرة رغبة من المشرع في تحقيق استقرار المعاملات وعدم بقاء العقود معلقة لا يعلم مصيرها من حيث الصحة والبطلان، وحددها بثلاثة أشهر^(٢٢٥). ويبدأ سريان المدة التي يمكن في خلالها ان يستعمل خيار الإجازة والنقص من حين زوال نقص الأهلية

(١) لمزيد من التفصيل أنظر د. منصور حاتم محسن - فكرة تصحيح العقد - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م - ص ١٢٢ - ١٢٩

(٢) انظر المادة (١٣٦ / ١) مدني عراقي.

(٣) انظر م (٢/١٣٦) مدني عراقي.

إذا كان سبب توقف العقد هو نقص الأهلية، ومن حيث زوال العيب إذا كان سبب الوقف عيباً من عيوب الرضا، أما إذا كان سبب وقف العقد هو عدم الملك فالمدة تبدأ من حين علم المالك بتصرف الفضولي. (٢٢٦)

أما في الحالة التي يكون فيها سبب التوقف راجعاً إلى مجاوزة الوكيل حدود وكالته، فقد عالجه القانون المدني العراقي بصورة عملية إذ أتاح للغير المتعاقد مع الوكيل أن ينهي حالة التوقف المقرر لمصلحة الأصيل بأن خوله ان يحدد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه التعاقد. فإن لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد. لذا فإن انقضاء الميعاد من دون صدور الإجازة بمثابة نقض للعقد الموقوف بخلاف القاعدة العامة في الإجازة (٢٢٧)

وقد تأثر القانون المدني الأردني أيضاً بالفقه الإسلامي وأخذ بالعقد الموقوف، واعتبر التصرف موقوف التنفيذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكره إذا نص القانون على ذلك (٢٢٨) وبذلك فإن القانون المدني الأردني يكون قد أخذ بالاتجاه السائد في الفقه الإسلامي إذ اعتبر كل عقد موقوفاً إذا تعلق بالمعقود عليه حق الغير. وبناءً على ذلك يعتبر بيع المرهون بدون إذن الدائن المرتهن وبيع العين المؤجرة بدون موافقة المستأجر موقوفاً

(٤) انظر م (٣/١٣٦) مدني عراقي.

(١) أنظر م (٢/٩٤٤) مدني عراقي.

(٢) أنظر م (١٧١) مدني اردني.

غير نافذ بالنسبة إليها، وفي ذلك ضمان لحق الطرف الآخر في العقد.

كما أعتبر القانون المدني الأردني وبخلاف القانون المدني العراقي عيوب الرضا باستثناء الإكراه من أسباب عدم لزوم العقد، في حين نجد أن القانون المدني العراقي قد جعلها من أسباب عدم نفاذ العقد^(٢٢٩).

في حين اخذ الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به بفكرة العقد الموقوف، اخذ الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به بفكرة العقد القابل للإبطال كالقانون المدني المصري والسوري والليبي واللبناني، فقد أخذت هذه التقنيات الأخيرة بالتقسيم الثلاثي السائد في الفقه الغربي للعقد إلى العقد الصحيح والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (القابل للإبطال)^(٢٣٠)

فالعقد القابل للإبطال هو العقد الذي وجدت أركانه وتوافرت شروط هذه الأركان، ولكن أختل فيه ركن الرضا بان صدر الرضا غير صحيح، والرضا يكون غير صحيح إذا صدر من ناقص الأهلية أو من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة^(٢٣١).

فنقص الأهلية وعيوب الإرادة هما السببان اللذان يجعلان من العقد قابلاً للإبطال، يضاف إلى

(٣) انظر د. مصطفى الزلمي - مصدر سابق - ص ١٨٢.
(١) وقد أشار القانون المدني الفرنسي إلى نوعي البطلان، المطلق والنسبي، في المادة (١١١٧) منه والتي جاء فيها (لا يعتبر العقد الذي يشوبه الغلط أو الإكراه أو التدليس باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإنما يكون قابلاً للإبطال في الأحوال وبالطريقة المبينة في القسم السابع من الفصل الخامس من هذا الباب).

(٢) انظر د. السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ٤ - دار الفكر للطباعة والنشر - بلا تاريخ - ص ٢٧٦.

ذلك عدم الولاية على محل التصرف كما في تصرف الفضولي.

ويتضح مما تقدم ان العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي كلاهما يشتركان في بعض الأسباب كعدم الولاية على التصرف فهو سبب لتوقف العقد في الفقه الإسلامي، وسبب لقابلية العقد للإبطال في الفقه الغربي، وعدم الولاية على محل التصرف (عقد الفضولي) سبب لتوقف العقد في الفقه الإسلامي وسبب لقابلية العقد للإبطال في الفقه الغربي، والاكراه باعتباره عيباً من عيوب الإرادة فهو سبب لتوقف العقد عند بعض الفقهاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وسبب لقابلية العقد للإبطال في الفقه الغربي^(٢٣٢).

إلا ان العقد القابل للإبطال يختلف عن العقد الموقوف من حيث ان العقد القابل للإبطال قبل ان يتقرر بطلانه يكون له وجود قانوني كامل، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً. فإذا أبطل زالت آثاره بأثر رجعي من يوم عقده، وإجازة هذا العقد لا تضيف إليه جديداً فهي تؤكد ما أنتجه من آثار وتبعد عنه عوامل البطلان. في حين أن العقد الموقوف هو عقد توافرت فيه شروط الإنعقاد وشروط الصحة غير انه صدر من شخص لا ولاية له في إنشائه كعقد الفضولي وعقد الوكيل خارج حدود الوكالة وعقد الوصي خارج حدود ولايته. ولا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره على الرغم من انه عقد صحيح، بل يتوقف ترتب أثره على إجازته ممن له حق مباشرته. فان

(٣) انظر د. ميري كاظم عبيد - مصدر سابق - ص ٢٢١.

اجازته إجازة صحيحة صار نافذاً من وقت صدوره وإن رفضه بطل (٢٣٣).

لذا فإن العقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للإبطال، فالعقد الموقوف هو صحيح غير نافذ حتى ينفذ بالإجازة، أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة، وينتج آثاره ويبقى مستمراً إلى أن يتقرر بطلانه من قبل من تقرر قابلية الإبطال لمصلحته، عليه أن العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي يرادف العقد النافذ غير اللازم في الفقه الإسلامي لأن كل منهما ينتج آثاره إلا أنه قابل للزوال (٢٣٤).

المطلب الثاني

التطبيق التشريعي لعدم نفاذ العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار

أورد المشرع العراقي تطبيقاً تشريعياً للتعاقد غير المشروع باسم مستعار في المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي، جعل فيه العقد موقوفاً لمصلحة من تم البيع لحسابه تحت

(١) انظر د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - العقد والإرادة المنفردة - مصدر سابق - ص ٤٢٤ - ٤٢٦.

(٢) أنظر د. ميري كاظم عبيد - مصدر سابق - ص ٢٢٤.

عنوان بيع الوكلاء وشرائهم لأنفسهم نص فيه على أنه : - (١- ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على يدهم. وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه. ٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه، متى ما كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة. وأما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع)

يتضح لنا من النص المتقدم أن المشرع قد منع الوكلاء من شراء الأموال الموكلين هم ببيعها.

ويشمل لفظ الوكلاء في النص الوكلاء الذين عينهم الأصيل كما يشمل الوكلاء من الباطن (وكلاء الوكلاء) الذين قد يعينهم الوكيل بناءً على السلطة التي يمنحه أياها الموكل صراحة أو ضمناً سواء كان الموكل قد منح الوكيل هذه السلطة في عقد الوكالة ذاته أو بمقتضى عقد لاحق، فإذا وكل شخص شخصاً آخر ببيع مال له وفوضه في توكيل غيره بالبيع أو ترك الأمر لمطلق رأيه، وعين الوكيل وكيلاً عنه لبيع هذا المال، فإن المنع من الشراء يشمل كلا الوكيلين فلا يجوز لأي منهما أن يشتري هذا المال الذي عهد إليه الموكل ببيعه لا بنفسه

ولا بأسم مستعار يسخره الوكيل لشراء هذا المال
(٢٣٥).

كما ويشمل الحظر الوارد في النص مديري الشركات ومن في حكمهم ووكلاء التفاليس والحراس المصفين ومصفي الشركات والتركات والموظفين المكلفين ببيع الأموال أو التي يكون بيعها على يدهم، كالقائمقامين ومدراء النواحي ورؤساء البلديات ومدراء المخازن الذين يعهد إليهم بيع أموال الدولة أو الهيئات التي ينتمون إليها.

وقد يقال أن هذا المنع يشمل موظفي التسجيل العقاري لأن البيع تم على يدهم، ولكن عند النظر إلى المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي نجد أنها قد حددت الأشخاص الذين يتناولهم المنع ولم يرد ضمنهم موظفي التسجيل العقاري، ولا يجوز أن يقال أن موظفي التسجيل العقاري من جملة من ذكرتهم المادة (٥٩٢) لأن الموظفين الذين قررت المادة المذكورة حرمانهم من الشراء هم الموظفين الذين ينافونهم ببيع هذه الأموال، وموظف التسجيل العقاري غير مكلف بالبيع وإنما هو مكلف بتسجيل هذا العقد (عقد البيع) والفرق واضح بين الحالتين. (٢٣٦).

أما عن علة تشريع هذا النص من قبل المشرع والمنع الذي ورد فيه فهو تعارض المصالح، ومصالح الممنوع من الشراء ومصالح مالك المال. فمصالح مالك المال تقتضي زيادة الثمن في البيع إلى أقصى حد ممكن ومصالح هؤلاء الأشخاص

(١) أنظر د. حسن علي الذنون- شرح القانون المدني العراقي- العقود المسماة- عقد البيع- مطبعة الرابطة- بغداد- ١٩٥٣م - ص٣٢٧.

(٢) أنظر د. حسن الذنون- شرح القانون المدني العراقي- المصدر السابق- ص٣٢٨.

الممنوعين من الشراء تقضي إنقاص الثمن إلى أقل حد ممكن إذا ما تقدموا للشراء، فلولا المنع الذي نص عليه المشرع في هذه المادة لضاقت مصلحة مالك المال في أغلب الأحوال (٢٣٧).

ولعدم قدرة هؤلاء الأشخاص من الشراء بانفسهم وللتخلص من المنع الوارد في هذه المادة، يقوم الممنوعون من الشراء بالتعاقد باسم مستعار عن طريق تسخير شخص يجوز له الشراء يتقدم للشراء باسمه الشخصي ومن ثم يقوم بنقل ملكيتها إلى الممنوع من الشراء بنفسه.

لذلك ولمنع التحايل على أحكام القانون ساوى المشرع في الحكم بين من يشتري المال بنفسه وبين من يشتريه باسم مستعار كأن يشتريه باسم زوجته أو باسم أحد أولاده أو باسم أحد أقربائه أو أصدقائه.

وهذا ما جاء في حكم محكمة التمييز العراقية في إحد قراراتها: - (إذا ثبت أن الوكالة الخاصة تخول الوكيل بيع حصة موكله من العقار غير إنها تقيد بالنسبة لحق التقرير النهائي في دائرة التسجيل العقاري ثم قام الوكيل ببيع حصة موكله لأخيه فإن هذا البيع يعتبر شراء لنفس الوكيل باسم مستعار محظور بموجب الفقرة الأولى من المادة (٥٩٢) من القانون المدني.....) (٢٣٨).

وكون الممنوع من الشراء قد اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة وقائع تستقل محكمة الموضوع

(١) أنظر د. كمال ثروت الوندأوي- شرح أحكام البيع- دار السلام- بغداد- ١٩٧٣م - ص٣٦٧.
(٢) قرار رقم (٥٣١) موسعة أولى / ١٩٨٨ في ٣٠/١/١٩٨٩- منشور في مجلة القضاء-١ع- ١٩٩٠م- ص١٢١.

في تقديرها، وهذا الأمر يجوز إثباته بجميع الطرق لأنه واقعة مادية. (٢٣٩)

وإذا كانت العلة التي مُنع من أجلها الأشخاص الوارد ذكرهم آنفاً من الشراء هي التعارض بين المصالح مصلحة مالك المال ومصلحة من يريد الشراء ممن ذكرتهم المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي، فقد يثور التساؤل حول ما إذا كان هذا التعارض كافياً لمنع هؤلاء الأشخاص من الشراء أم يشترط بالإضافة إلى ذلك تحقق الضرر في جهة الأصيل (الموكل)؟.

حيث نجد أن عبارات المادة (٥٩٢) جاءت مطلقة لم تشترط تحقق الضرر في جهة الأصيل (الموكل)، فالإجابة على هذا التساؤل تقتضي بنا تتبع الموقف القضائي بهذا الشأن. إذ نجد أن القضاء العراقي قد تبني في هذه المسألة اتجاهين مختلفين، فنراه مرة يتوسع في نطاق المنع من التعاقد باسم مستعار فيجعله يشمل كل تعاقد يقصد به تفضيل المصلحة الشخصية للوكيل على مصلحة الموكل حتى وإن لم يلحق الموكل أي ضرر من جراء هذا التعاقد كأن يتعاقد الوكيل مع أحد أولاده أو زوجته أو أحد أقاربه أو أقارب زوجته أو أحد أصدقائه وبعبارة أشمل مع كل من يعمل لمصلحته فقد ذهبت محكمة التمييز في أحد قراراتها إلى أنه (إذا كان مورث المدعى عليهم قد وكل بموجب وكالته العامة عن المدعية وكيلاً فوضته بموجبها بيع السهام العائدة للمدعين من الدار المشتركة وقام هذا الوكيل ببيع السهام المذكورة إلى أولاد الوكيل العام، فإن هذا الشراء

يشكل شراء من قبل الوكيل لنفسه باسم مستعار، وهو محظور بحكم المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي) ((٢٤٠).

وفي قرار آخر تعتبر محكمة التمييز (شراء الوكيل ملك موكله لزوجته شراءً لنفسه بصورة غير مباشرة وباسم مستعار مخالفاً لحكم المادة (٥٩٢) مدني. (٢٤١).

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز قولها (أن بيع الوكيله لعقار الموكل إلى الغير، ومن ثم قيام المشتري بهبة العقار إلى الوكيله، يعتبر بمثابة الشراء باسم مستعار التي لم تجوزه المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي) ((٢٤٢).

وقضت في قرار آخر (أن بيع الوكيله الدار العائده لموكلها إلى أبنتها يعتبر شراءً لنفسها باسم مستعار وهو محظور طبقاً لنص م (٥٩٢) من القانون المدني) ((٢٤٣).

وقضت محكمة التمييز في قرار آخر لها أيضاً بأنه (إذا باعت الوكيله السيارة العائده لموكلها إلى أولادها فإن ذلك يعتبر شراءً لنفسها باسم مستعار) ((٢٤٤).

ومرة أخرى نراه يضيق من نطاق المنع من التعاقد باسم مستعار فيتطلب تحقق الضرر في جهة الموكل لتطبيق حكم النص المذكور. وإلا لا يكون

(١) قرار رقم ٥٥٢ / مدنية أولى / ١٩٨٨ في ١٩٨٨/٩/٢١ منشور في مجلة الأحكام العدلية - ع ٣ - ١٩٨٨ - ص ٣١-٣٢.
(٢) قرار رقم ١١٥٩ / هيئة موسعة أولى / ١٩٨١ في ١٩٨٣/٢/٢٧ منشور في معين القضاء - إعداد إبراهيم المشاهدي - مصدر سابق - ص ١٧٩.

(١) قرار رقم ٤٦٧ / عقار / ١٩٨٧-١٩٨٨ في ١٩٨٧/١٢/٩ منشور في مجموعة الأحكام العدلية - ع ٤ - ١٩٨٧ - ص ٣٧.
(٢) قرار رقم ١٨٥ / مدنية أولى / ١٩٩٠ في ١٩٩٠/٩/٤ منشور في معين القضاء - إعداد إبراهيم المشاهدي - مصدر سابق - ص ٤٢.

(٣) قرار رقم ٢١٥ / مدنية أولى / ٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٢/٤، القرار غير منشور.

هناك تعاقد باسم مستعار حتى وإن كان تعاقد الوكيل مع أحد أولاده أو أقاربه أو زوجته أو أحد اصدقائه .

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز قي قرار لها جاء فيه (إن المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي قد منعت شراء الوكلاء أموال موكلهم ولو بطريق المزاد العلني لا بأنفسهم ولا باسم مستعار والعلة في ذلك هي خشية الإضرار بالموكل وحيث إن الوكيل في هذه الدعوى قد باع الملك إلى أخيه (م) ببديل يزيد على نصف قيمته بفارق ضئيل جداً حيث قد باعه بمبلغ (٨٠٠٠) دينار في حين أن قيمته الحقيقية المقدرة بصورة رسمية هي (١٥٠٠٠) دينار فيكون هذا البيع من قبيل شراء الوكيل الملك لنفسه تحت اسم مستعار وهو محظور طبقاً للمادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي الأنفة الذكر لذلك يكون الحكم المميز مخالفاً للقانون) . (٢٤٥)

وأمام هذين الاتجاهين نرجح الأخذ بالاتجاه الأول والتوسع بنطاق المنع من التعاقد باسم مستعار وذلك لأن النص قد وضع من أجل حماية مصلحة مالك المال والحيولة دون تغليب مصلحة الوكيل الشخصية على مصلحته (أي الموكل) ، فاشتراط إثبات الضرر في جهة الموكل قد يؤدي إلى تفويت الحكمة من وضع النص وهو أمراً ليس ميسوراً وسهلاً بالنسبة للموكل في كل الأحوال، كما أن الأخذ بالاتجاه الأول يخرج الوكيل من دائرة الشبهات في التعامل.

وإذا خالف أحد الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة (٥٩٢) حكم المنع، فاشترى الأموال التي عهد إليه ببيعها لنفسه باسم مستعار، فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة المالك إذا كان وقت الإجازة حائزاً على الأهلية اللازمة، فإذا نقض

(١) قرار رقم ٢٧٦ / موسعة أولى / ١٩٨٦ / ١٩٨٧ في ٢٩ / ١٢ / ١٩٨٧ منشور في مجلة القضاء - ٣ع - ٤ع - ١٩٨٨ - ص ٣٢٦ - ٣٢٧ .

العقد وبيع المال من جديد تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع في الفترة الواقعة ما بين البيع الأول والبيع الثاني وهذا ما قررتَه الفقرة الثانية من المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي. وعند إمعان النظر بنص هذه المادة نجد أن صياغتها جاءت غير دقيقة وغير متفقة مع ما ذهب إليه المشرع العراقي الذي أخذ بفكرة العقد الموقوف ولم يأخذ بفكرة البطلان النسبي. حيث نصت (٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازَه من تم البيع لحسابه،)) فكلمة يصح لا تنسجم مع مفهوم العقد الموقوف، فالعقد الموقوف عقد صحيح ولكنه غير نافذ، أي أن حكمه يتراخى إلى وقت إجازته فإن أجازَه نفذ وترتبت عليه آثاره وإن رفض من له حق الإجازة إجازته بطل. فهو عقد صحيح قبل ورود الإجازة عليه وتقتصر الإجازة على جعل العقد منتجاً لآثاره بأثر رجعي. لذا نقترح أن تكون صياغة الفقرة الثانية من المادة (٥٩٢) على النحو التالي: - (٢- على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة ينفذ إذا أجازَه من تم البيع لحسابه، متى ما كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة) .

أما في القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (٤٧٩) منه على أنه (لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه، مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بأذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى) .

ونصت المادة (٤٨٠) منه أيضاً على أنه: (لا يجوز للسماسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار) (٢٤٦) .

ويلاحظ على منع المادة (٤٧٩) من القانون المدني المصري لمن كان نائباً عن غيره من شراء ما نيظ به بيعه سواء أكان الشراء بأسمه الشخصي أو باسم مستعار، يتسع ليشمل النائب الإتفاقي (كالوكيل) والنائب القانوني (كالولي) والنائب القضائي (كالوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي) . كما أن المنع يشمل الشراء سواء كان بالطريق العادي أو بطريق المزاد العلني (٢٤٧) .

كذلك لا يجوز للسماسة إذا عهد إليه شخص في بيع مال له والخبير الذي يعهد إليه في تقويم شيء، لا يجوز لكل واحد منهما أن يشتري المال لنفسه سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار وهو ما يستفاد من نص المادة (٤٨٠) من القانون المدني المصري.

أما جزاء المنع في القانون المدني المصري هو البطلان النسبي ولهذا يصح البيع إذا أجازته من تم البيع لحسابه، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٨١) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها (يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه) .

و عن موقف القانون المدني الأردني بهذا الشأن، فنجد أن المادة (٥٤٨) منه قد نصت على أنه: (لا يجوز لمن له النيابة عن غيره بنص في القانون أو باتفاق أو أمر من

(١) أنظر ما يقابلها المادتين (٤٤٧-٤٤٨) مدني سوري، المواد (٤٦٨-٤٧٠) مدني ليبي.

(٢) أنظر د. عبد العزيز المرسي- مصدر سابق- ص ٢٠.

السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما نييط به بيعه بمقتضى هذه النيابة وذلك مع مراعاة أحكام الأحوال الشخصية) .

كما تنص المادة (٥٤٩) من القانون ذاته على أنه (لا يجوز للوسطاء أو الخبراء أن يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الأموال التي عهد إليهم في بيعها) .

فنص المادة (٥٤٨) من القانون المدني الأردني يمنع الأشخاص الذين ينوبون عن غيرهم في بيع الأموال من شراء تلك الأموال، ويشمل المنع النائب بنص القانون كالولي ومن يعينهم القاضي بموجب نص في القانون يمنحه هذه السلطة كالوصي والقيم. كما ويشمل النائب بأمر السلطة المختصة كالحارس القضائي ومصرفي التركة ومصرفي الشركة ومن في حكمهم، كذلك يشمل المنع النائب بالإتفاق كالوكيل العادي، فهؤلاء جميعاً لا يجوز لهم أن يشتروا لأنفسهم ما عهد إليهم ببيعه بمقتضى نيابتهم بسبب التعارض بين مصلحة هؤلاء الشخصية ومصلحة من ينوبون عنهم.

إلا أن نص المادة (٥٤٨) من القانون المدني الأردني عاد واستثنى حالة وجود نص في قانون الأحوال الشخصية يجيز للنائب أن يشتري لنفسه ما أنيط به بيعه بموجب هذه النيابة، فإنه يصبح أهلاً للشراء في مثل هذه الحالة، حيث ينتفي المنع بموجب نص قانوني آخر.

فإذا ما خالف النائب هذا المنع وقام بالشراء لنفسه سواء مباشرة أو بأسم مستعار فإن تصرفه يكون موقوفاً غير نافذ، لأن النائب قد تجاوز حدود نيابته فيكون تصرفه فيما جاوز به

حدود نيابته موقوفاً على إجازة من ينوب عنه
(٢٤٨).

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بهذا الشأن قولها (أن كان شقيق الوكيل لا يعتبر من الأصول والفروع التي منعت م (٢/٨٥٣) الوكيل من التعاقد معهم إلا بزيادة على ثمن المثل، إلا أنه قد يكون أسماً مستعاراً لا يجوز التعاقد معه وفقاً لنص م (٥٤٨) من القانون المدني) (٢٤٩) .

أما المادة (٥٤٩) من القانون المدني الأردني فقد مذعت الوستاء والخبراء من شراء الأموال التي عهد إليهم ببيعها، ويتم المنع سواء كان شراؤهم بأنفسهم أم باسم مستعار خوفاً من تغليب مصلحة أنفسهم على مصلحة موكلهم .

و جزاء مخالفة المنع الوارد في المادة (٥٤٩) من القانون المدني الأردني هو البطلان وليس عدم النفاذ كما هو في نص المادة (٥٤٨) من القانون المدني الأردني .

ويعلل بعض الفقهاء الأردنيين هذا الحكم بقوله (إن المنع الوارد في المادة (٥٤٩) يتضح منه أنه وارد في قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لأن نص المادة (٥٤٩) جاء كالتالي ((لا يجوز للوسطاء أو الخبراء أن يشتروا بأسمائهم أو باسم مستعار الأموال التي عهد إليهم (في بيعها))) وهذا النص لم يأت به استثناء كما جاء في النص الذي سبقه، ولو أراد المشرع أن يضع استثناء لوضعه، مما يدل على رغبة المشرع في جعل نص المادة (٥٤٩) نص أمر لا يجوز الاتفاق على

(١) أنظر د. محمد يوسف الزغبى- العقود المسماة- شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني- ط١- عمان- ١٩٩٣- ص١٠٨- ١١٢.

(٢) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم القرار ١٩٩٩/٢٤١ في ٢١/٣/٢٠٠٠ منشور في المجلة القضائية التي يصدرها المعهد القضائي الأردني- عمان- س٤-٧- تموز- ٢٠٠١ - ص٢١٥ .

خلافه، وأي مخالفة له تجعل التصرف باطلاً، والدليل على أنه نص أمر أن مطلع المادة (٥٤٩) يبتدئ بكلمة (لا يجوز) وهذه الكلمة تدل على أنه نص أمر، لأنه لا يشترط حتى يعد النص أمراً أن ينتهي بكلمة (وإلا كان البيع باطلاً) أو (ويقع باطلاً كل اتفاق يقع خلاف ذلك) أو أي كلمة تدل على البطلان. وإنما يكفي أن يكون النص متضمناً أو مسبقاً بكلمة تدل على ضرورة فعل الشيء أو الامتناع عنه) (٢٥٠).

وقد نصت المادة (٣٧٨) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: - (أن الأشخاص المشار إليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً: - أولاً- لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها.

ثانياً- لا يجوز لمتولي الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها.

ثالثاً- لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها.

رابعاً- لا يجوز للأب أو الأم ولا للوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي المؤقت شراء أموال الأشخاص الذي يمثلونهم أو يشرفون عليهم).

ونصت المادة (٣٧٩) منه أيضاً على أنه ((لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينها ولا أن يقاضوا بها أو يرتهنوها) .

وقد أعتبرت المادة (٣٨١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني زوجات الأشخاص الذين ورد المنع بالنسبة لهم وأولادهم وأن كانوا راشدين أشخاصاً مستعارين، حيث نصت على (أن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وأن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً 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 (٢٥١).

وبمقارنة نص المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي مع نص المادة (١٥٩٦) من القانون المدني الفرنسي نجد أن هناك فرقاً واضحاً بين المادتين، إذ جاء منع الوكلاء من الشراء عاماً في المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي يشمل الشراء بالطريق العادي والشراء عن طريق المزايدة العلنية، في حين نجد أن المادة (١٥٩٦) من القانون المدني الفرنسي، قد مذعت الشراء الذي يقع عن طريق المزايدة العلنية فقط (٢٥٢).

(١) وهذا ما أكدته محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها جاء فيه (أن بيع الوكيل مال موكله من زوجته يعتبر باطلاً بالأستناد إلى المادتين ٣٧٨ و ٣٨١ موجبات، بأعتبار أن الزوجة شخص مستعار....) حكم محكمة التمييز اللبنانية رقم ١٣٣ في ١٩٦٥/٢/٢، منشور في مجلة العدل التي تصدرها نقابة المحامين- بيروت - لبنان - ع٣ - س٧٢-ص٧٢.

(٢) أنظر د. حسن الذنون- شرح القانون المدني العراقي- عقد البيع- مصدر سابق- ص٣٢٧.

المبحث الثالث

بطلان التعاقد بأسم مستعار

قد يكون غرض الموكل (المستعير للأسم) من اللجوء إلى التعاقد باسم مستعار هو التغلب على المانع القانوني الذي يحول دون إبرام المستعير للأسم التصرف القانوني مباشرة مع الغير. حيث يدجأ الشخص الممنوع من التعاقد (المستعير للأسم) إلى أسم مستعار يقوم بإبرام التصرف القانوني باسمه الشخصي ولكن لحساب المستعير للأسم غشاً وتحايلاً على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالذظام العام (٢٥٣).

فالقاضي والمحاامي مثلاً لا يجوز لكل واحد منهما أن يشتري حقاً متنازعاً فيه يدجأ إلى شرائه باسم مستعار وذلك للتحايل على المنع الذي نص عليه القانون.

(١) أنظر د. عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٦٦.

وفي هذه الحالة وعندما يكون غرض المستعير للأسم من اللجوء إلى التعاقد بأسم مستعار هو التحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام، فإن عقد الاسم المستعار يكون باطلاً، ويشمل البطلان كذلك التصرف الذي باشره الاسم المستعار باسمه الشخصي مع الغير والتصرف الذي نقل به الاسم المستعار الحق إلى المستعير للأسم.

ولبحث ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم بطلان العقد وفي المطلب الثاني التطبيقات التشريعية لبطلان العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار.

المطلب الأول

مفهوم بطلان العقد

يقسم الفقه الإسلامي العقد إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح (باطل) والعقد الباطل عند جمهور فقهاء المسلمين نوع واحد لا يوجد غيره على خلاف الحنفية حيث ينقسم العقد غير الصحيح عندهم إلى باطل وفساد، ويعرف الفقه الإسلامي البطلان على تعريف جمهور فقهاء المسلمين له بأنه التصرف الذي أختل منه أمر من الأمور التي أعتبرها الشارع لصحة التصرف سواء كان ذلك ركناً أو شرطاً أو وصفاً خارجياً معتبراً شرعاً وهو لا يفيد الملك

في الحال، أما الحنفية فإن العقد الباطل لديهم هو ما كان في ركنه أو محله خلل بأن كان الأيجاب والقبول صادراً ممن ليس أهلاً للتعاقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد، فمثل هذا العقد لا ينعقد ولا يفيد الملك ولو بالقبض، ويسمونه ما كان غير مشروع بأصله ووصفه، أما العقد الفاسد لديهم فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ويقصد بمشروعية أصله سلامة أركانه ومحله من الخلل ويقصد بفوات وصفه فقدانه بعض الأوصاف الخارجية المعتبرة شرعاً بأن يكون المعقود عليه وبدله مجهولين جهالة تفضي إلى المنازعة في المبيع أو الثمن كما لو باع المبيع بثمن مؤجل ولم يسم الأجل وحكمه أنه يفيد الملك إذا اتصل به القبض (٢٥٤).

وقد تأثر المشرع العراقي في المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي بموقف جمهور فقهاء المسلمين فاعتبر البطلان نوعاً واحداً ولم يأخذ بالعقد الفاسد^(٢٥٥)، وذلك بخلاف المشرع الأردني الذي تأثر بموقف الحنفية حيث أن العقد غير الصحيح لديه نوعان باطل وفاسد^(٢٥٦).

فالعقد الباطل في القانون المدني العراقي هو الذي لا يصح أصلاً، أي بالنظر إلى ذاته، أو لا يصح وصفاً، أي بالنظر إلى أوصافه الخارجية.

(١) أنظر د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج٤ - مصدر سابق - ص١٤٧-١٥٥. وأنظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم - نظرية العقد - مصدر سابق - ص٥١٤.

(١) فقد نصت المادة (١٣٧) مدني عراقي على أن: - (١) - العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية. ٢- فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل، كأن يكون الإيجاب والقبول صادريين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد، أو يكون السبب غير مشروع. ٣- ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلفت بعض أوصافه، كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون). .

(٢) أنظر المواد (١٦٨-١٧٠) مدني أردني.

وعلى هذا أسباب بطلان العقد في القانون المدني العراقي تعود أما إلى وجود خلل في ذات العقد ومقوماته أي في ركنه، كأن يصدر الإيجاب أو القبول ممن ليس أهلاً للتعاقد، أو لا يوافق القبول الإيجاب، أو أن يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه، أو أن يكون خالياً عن سبب أو يكون السبب غير مشروع بأن كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. فكل من هذا الإخلال يمس ذات العقد ومقوماته. وقد تكون أسباب بطلان العقد هي وجود خلل في أوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته، كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، أو لا يستوف العقد الشكل الذي فرضه القانون فيه.

أما البطلان في القانون المدني المصري والذي استمد أحكامه من الفقه الغربي، فقد يكون بطلاناً مطلقاً وذلك في حالة تخلف ركن من أركان العقد الأساسية أو تخلف شرط من شروط المحل أو السبب، وأما أن يكون البطلان بطلاناً نسبياً في حالة عدم توافر شروط صحة الرضا، أو في حالة نقص الأهلية.

فالبطلان المطلق في القانون المدني المصري يتقرر كجزاء على عدم توافر أركان العقد، أي في حالة إنعدام الرضا، كما لو صدر من الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه، فإن الرضا يتخلف لدى كل منهم. كما يتقرر البطلان المطلق في حالة تخلف المحل أو السبب، أو إذا لم يتوافر في كل منهما وصف المشروعية، وبصفة عامة إذا لم تتوافر فيهما الشروط التي يستلزمها القانون. كما ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في حالة

تخلف الشكل اللازم لإنعقاد العقد^(٢٥٧) بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع قد ينص في حالات خاصة على البطلان المطلق كجزء على قاعدة معينة وفي تلك الحالات يتقرر البطلان لأعتبارات خاصة في كل منها على حدة^(٢٥٨).

وإذا كانت أسباب بطلان العقد تعود إلى وجود خلل في ركن من الأركان الأساسية للعقد أو في الشروط الواجب توافرها في هذه الأركان على النحو الذي تقدم ذكره، فإن الفقه الفرنسي قد ذهب إلى اعتبار الغش والتحايل على أحكام القانون سبباً من أسباب بطلان العقد، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم بشأن تعيين الأساس القانوني الذي يقوم عليه البطلان في هذه الحالة.

فغالبية الفقه الفرنسي تجعل من الغش والتحايل على أحكام القانون صورة من صور عدم مشروعية السبب أو مخالفة القانون، على اعتبار إن عدم مشروعية السبب لا يمكن أن تتحقق إلا بمخالفة قاعدة قانونية آمرة، أي يستلزم ضرورة مخالفة للقانون.

إلا أن بعض الكتاب يقيم تفرقة بين مخالفة القانون وعدم مشروعية السبب وقد أدى ذلك إلى ظهور مذهبين، المذهب الموضوعي وهو المذهب الذي يفسر الغش والتحايل على القانون بأنه مخالفة للقانون في فهم نظام الغش والتحايل على القانون.

(١) أنظر د. سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني- مج١- العقد والإرادة المنفردة - مصدر سابق- ص٤٢٨.

(٢) أنظر د. توفيق حسن فرج- النظرية العامة للإلتزام- ج١- مصدر سابق- ص٢٣٨.

والمذهب الشخصي وهو من يفسره على أنه عدم مشروعية السبب بحجة أن الثاني دون الأول يأخذ في الاعتبار قصد الغش وهو العنصر الهام في الغش والتحايل على القانون (٢٥٩).

إلا أن هذه التفرقة بين مخالفة القانون وعدم مشروعية السبب في تفسير نظام الغش والتحايل على القانون غير مفهومة ولا تعتمد على حجج صحيحة وذلك لأن مخالفة القانون تتحقق عن طريق مخالفة غاية التصرف القانوني الذي يقع به الغش لقاعدة آمرة من قواعد القانون وهو نفس ما يقال في تفسير معنى عدم مشروعية السبب، كما أنه لا توجد صورة يخالف فيها التصرف القانوني دون أن تتصل هذه المخالفة بمحتواه أي بغايته، مما يهدم كل تفرقه بين جعل معنى الغش والتحايل على أحكام القانون مخالفة للقانون أو عدم مشروعية السبب لأنهما تعبيران مختلفان للدلالة على شيء واحد. ويصبح تفسير أساس البطلان في الغش والتحايل على أحكام القانون بأنه مخالفة للقانون أو عدم مشروعية السبب تفسيراً واحداً (٢٦٠).

إلا أن تفسير الغش والتحايل على أحكام القانون بأنه عدم مشروعية السبب ليس متشابهاً عند كل من أخذ به، فهناك من يعتبره بأنه صورة

(١) أنظر في ذلك:-

- Desbois-Notion de la fraude a la loi et la jurisprudence française- ١٩٢٧-

N٣, ٤-p١٩.

- Lutzesco :-Essai sur la Nullité des actes juridiques a caractere. Patrimonial- ١٩٣٨- p ٢٧٤.

نقلاً عن د. جميل الشرقاوي- مصدر سابق- ص٣٢٠.

(٢) أنظر د. جميل الشرقاوي- مصدر سابق- ص٣١٩-٣٢٠.

عادية لعدم مشروعية السبب^(٢٦١). إلا أن البعض الآخر^(٢٦٢) يرى أن الغش والتحايل على القانون رغم أن البطلان منه لعدم مشروعية السبب يختلف عن عدم مشروعية السبب في أن الغش بمعنى الرغبة في تعطيل نصوص القانون، ليس كافياً دائماً ليوصف التصرف بأنه غير مشروع، وأنه يجب أن تكون القاعدة التي يقع ضدها الغش من قواعد النظام العام التي تحمي مصلحة عامة، وأنه لذلك يفترق عن عدم مشروعية السبب التي تتحقق من مخالفة أي قاعدة من قواعد النظام العام. وقد كان الهدف من هذه التفرقة في نظرهم أن يظل نظام الغش والتحايل على القانون نظاماً قائماً بذاته لا يختلط بعدم مشروعية السبب^(٢٦٣).

وعندما يكون العقد باطلاً، فلا يلزم أي من المتعاقدين بتنفيذه، ولا حاجة لصدور حكم يقرر ذلك. ويستطيع التمسك ببطلان العقد كل من طرفي العقد كما يجوز ذلك لخلفهما عاماً كان أو خاصاً ولدائني كل منهما.

وبصفة عامة يجوز لكل ذي مصلحة من غير المتعاقدين وخلفائهم التمسك ببطلان العقد. وهذا ما نصت عليه المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي^(٢٦٤) ويلزم في هذه الحالة أن يكون

Desbois:- op. cit.N.٦.p٢٤.

(٣)

نقلاً عن د. جميل الشرقاوي- مصدر سابق - ص٣٢١.

(٤) Messina مشار إليه في ٢٥-٢٤ op.cit. Desbois;

نقلاً عن جميل الشرقاوي - مصدر سابق - ص٣٢١.

(١) أنظر د. جميل الشرقاوي- مصدر سابق- ص٣٢٤.

(١) حيث جاء فيها (إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان،

وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة) أنظر أيضاً المادة

(١٤١) مدني مصري، المادة (١٤١) مدني ليبي، المادة (١٤٢)

مدني سوري، المادة (٢/١٦٨) مدني أردني.

للشخص الذي يتمسك ببطلان العقد مصلحة قانونية لها صلة وثيقة بسبب البطلان فلا تكفي أية مصلحة لكي يتولد عنها الحق في طلب بطلان العقد، وإنما ينبغي أن يكون من شأن قيام العقد ترتيب آثار تمس مصلحة هذا الشخص ويمكن التمسك بها قبله. بالرغم من أن العقد لا يرتب آثاراً مباشرة قبل الغير، فيجعل منهم دائنين أو مدينين ولكن قد يرتب قبل هؤلاء الغير آثاراً غير مباشرة وبذلك يكون لهم مصلحة في التمسك ببطلانه (٢٦٥).

وللمحكمة أن تقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها إذا ما عرض عليها طلب تنفيذ عقد باطل، وللمحكمة ذلك حتى ولو لم يطلبه أحد الطرفين المتعاقدين لأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة وبالنظام العام، ومن جهة أخرى فإن البطلان لا يزول بالإجازة ولا يزول بالتقادم (٢٦٦).

وإذا ما تقرر ببطلان العقد زال حكمه بأثر رجعي إلى وقت إبرامه، وعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. وإذا كان هناك مجال للحكم بالتعويض فالمحكمة تحكم به ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية لا التعاقدية. فإذا لم يكن أحد الطرفين قد نفذ إلتزامه فلا صعوبة في الأمر، ذلك أن أثر البطلان إنما يكون في عدم إمكان إجبار أحدهما على تنفيذ العقد، وإذا قام أحد الطرفين بتنفيذ العقد أو قام كلاهما بتنفيذه، فعندئذٍ يجب على كل منهما أن يرد للآخر ما تسلمه منه. وقد نصت

(١) أنظر د. توفيق حسن فرج- النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام- مصدر سابق- ص٢٤٢ وأنظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام - ج١- مصدر سابق- ص٢٧٧.

(٢) أنظر د. مصطفى الزلمي- مصدر سابق- ص١٥٨.

على هذه الأحكام المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها (فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل) (٢٦٧) .

وعند تطبيق الأحكام العامة المتعلقة ببطلان العقد في نطاق التعاقد باسم مستعار، فإن بطلان التعاقد باسم مستعار يشمل عقد الاسم المستعار (الوكالة المستترة) والتصرف الذي باشره الاسم المستعار (الوكيل) باسمه الشخصي مع الغير تنفيذاً لعقد الوكالة المستتر والتصرف الذي نقل به الاسم المستعار (الوكيل) الحق إلى المستعير للأسم (الموكل) ويستطيع التمسك ببطلان التعاقد باسم مستعار كل من طرفي العقد كما يجوز ذلك لخلفهما عاماً كان أو خاصاً ولدائني كل منهما .

ويستطيع المستعير للأسم التمسك ببطلان التعاقد باسم مستعار إذا ما طالبه الاسم المستعار بموجب عقد الوكالة المستتر المبرم بينهما بتحمل الإلتزامات التي عقدها مع الغير المتعاقد معه باسمه الشخصي. وبصفة عامة يجوز لكل شخص له مصلحة في التمسك ببطلان التعاقد باسم مستعار أن يثيره، وللمحكمة أيضاً أن تقضي ببطلان التعاقد باسم مستعار من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى لأن الأمر يتعلق بمصلحة عامة وبالنظام العام. وإذا ما تقرر بطلان التعاقد باسم مستعار عاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وزال كل أثر له. ويجب أن يدخل في دعوى البطلان كل من المستعير للأسم والاسم المستعار معاً، فيكون

(٣) أنظر المادة (١٤٢) مدني مصري.

الحكم في مواجهة هذا الأخير حتى يتخلى عن الشيء موضوع العقد.

ولا يستطيع أن يرجع أحد المتعاقدين على الآخر بتعويض ما، ذلك بسبب اشتراكهم جميعاً في الغش والتحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

إلا أنه قد يكون الغير المتعاقد مع الاسم المستعار حسن النية ومعنى حسن النية هنا إنه كان يعتقد بصحة العقد مع الاسم المستعار، لذا يجوز له أن يرجع على الأسم المستعار بالتعويض إذا ما أصابه ضرر من بطلان العقد^(٢٦٨).

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية لبطلان العقد

في نطاق التعاقد باسم مستعار

تناول المشرع العراقي بعض التطبيقات التشريعية للتعاقد غير المشروع باسم مستعار والتي يتقرر فيها بطلان العقد وذلك في المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي حيث تكلم فيها عن شراء عمال القضاء والمحامين للحقوق

(١) أنظر د. أحمد مرزوق - مصدر سابق - ص ٣٦٤.

المتنازع فيها وفي المادة (٥٩٦) من القانون المدني العراقي حيث تناول فيها تعامل المحامين في الحقوق المتنازع فيها.

لذا ولبحث هذه التطبيقات التشريعية للتعاقد غير المشروع باسم مستعار سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول شراء عمال القضاء والمحامين للحقوق المتنازع فيها باسم مستعار وفي الفرع الثاني تعامل المحامين في الحقوق المتنازع فيها باسم مستعار.

الفرع الأول

شراء عمال القضاء والمحامين

للحقوق المتنازع فيها باسم مستعار

منع المشرع العراقي عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان الفصل في النزاع الدائر حولها يقع في دائرة اختصاصهم وذلك لاعتبارات تتعلق بمهمة القضاء ألا وهي توزيع العدالة بين الناس وحماية الحقوق لا الاتجار بها ودفعاً للشبهات والشكوك التي تساور الناس في حياد القضاء ونزاهته^(٢٦٩)، فقد نصّ في المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي على أنه :-
(لا يجوز للحكام ولا القضاة ولا المدعين العامين ونوابهم ولا المحامين ولا كتبة المحاكم ومساعدتهم أن يشتروا لا بأنفسهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو

(١) أنظر د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - البيع والايجار والمقاوله - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - ١٩٩٧ - ص ١٧٤.

بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها) (٢٧٠) .

ولتطبيق حكم المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي ينبغي توافر شروط معينة نتناولها كما يلي:-

أولاً:- يجب أن يكون الحق متنازعاً فيه وقت الشراء، وذلك بأن يكون موضوع لدعوى قد رفعت فعلاً أمام القضاء، ولم يصدر به حكم نهائي بعد أو إذا قام بشأن الحق نزاع جدي ولو لم يصل هذا النزاع إلى سوح القضاء بعد. وهذا ما نصت عليه المادة (٥٩٣) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها (ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان قد رفعت به دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي) (٢٧١) .

فإذا كان الحق غير متنازع فيه أي لم ترفع به دعوى أمام القضاء أو لم يثار بالنسبة إلى الحق نزاع جدي فإن شراء هذا الحق يجوز لعمال القضاء ولغيرهم (٢٧٢) .

وحكم القانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني المصري (٢٧٣) يختلف في هذا الصدد

(١) تقابلها المادة (١٥٩٧) مدني فرنسي/ المادة (٤٣٩) مدني سوري، المادة (٤٦٠) مدني ليبي، المادة (٤٧١) مدني مصري.

(٢) أنظر المادة (٢/٤٦٩) مدني مصري، المادة (٢/٤٥٨) مدني ليبي.

(٣) أنظر د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ١٧٥.

(٤) وقد جاء في قضاء محكمة النقض المصرية بهذا الشأن (نص المادة ٤٧١ والفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني يدل على تحريم شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع بشأنها يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا وقع البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً سواء اشتروه باسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق متنازعاً عليه في حالتين الأولى:- إذا رفعت فيه دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائي وقت البيع. والثانية:- أن يكون في شأن الحق المبيع نزاع جدي ويستوي أن يكون النزاع منصباً على أصل الحق أو انقضائه وإن فصل محكمة

عن حكم القانون المدني الفرنسي، وذلك لأن المادة (١٧٠٠) من القانون المدني الفرنسي تشترط لاعتبار الحق متنازعاً فيه أن تكون الخصومة قائمة بشأنه أمام القضاء بالفعل، في حين يكتفي القانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني المصري بأن يكون هناك نزاع جدي حول الحق وإن لم تكن هناك دعوى مرفوعة بشأنه أمام القضاء.

ثانياً: - يجب أن تتوفر الصفة لدى المشتري وقت الشراء بأن يكون أحد الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي، فالنص يشمل القضاة والمدعين العامين ونوابهم والمحامين وكتبة المحاكم ومساعدتهم. لذا فإن المنع الذي جاءت به المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي قد ورد على سبيل الحصر على الأشخاص الذين ذكرتهم فلا يمتد الحظر إلى الخبراء والمترجمين والحراس ورجال الشرطة، لأن حكم المادة (٥٩٥) حكم استثنائي لا يجوز القياس عليه^(٢٧٤) فإذا كان الشخص الممنوع من الشراء قاضياً أو مدعياً عاماً، ثم ترك العمل القضائي إلى عمل آخر، واشترى الحق المتنازع فيه بعد تركه للعمل القضائي فإن الحظر المنصوص عليه بالمادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي لا يشملهُ، إذ إن العبرة بتوافر صفة معينة في

الموضوع في كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعاً فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة (٤٦٩) من القانون المدني). . جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠، والطعن ١٦٩٢ لسنة ٤٧ ق - ٣٣ - ص ٥٦١.

(١) أنظر د. سعدون العامري - مصدر سابق - ص ١٨٥.

المشتري وقت الشراء وهي أن يكون من القضاة أو أعوانهم (٢٧٥).

ثالثاً: - أن يكون النظر في النزاع المتعلق بهذا الحق مما يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشر في دائرتها الأشخاص الذين عدتهم المادة (٥٩٥) أعمالهم سواء كان قاضياً أو مدعياً عاماً أو موظفاً بإحدى المحاكم. فحظر القضاة وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها يختلف بحسب اختلاف اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم في دائرتها.

وبناءً على ذلك فإن قاضي البداية لا يستطيع شراء الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع المتعلق بهذا الحق من اختصاص محكمته، أما قضاة محكمة التمييز فيمتنع عليهم شراء حق متنازع فيه في أي محكمة من المحاكم لأن اختصاص محكمة التمييز يمتد إلى جميع أنحاء الدولة (٢٧٦) ويرى بعض الشراة (٢٧٧)، أنه كان الأجدر بالمشروع أن يمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها، سواء كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فيها أم لا وذلك محاربة لروح المضاربة وإبعاداً لعمال القضاء عن مواطن الشبهة واستغلال النفوذ. ونرجح هذا الرأي لما يقوم عليه من إعتبارات، وذلك لأن عمال القضاء بإمكانهم وبحكم وظائفهم الإطلاع على ظروف كل نزاع عندما يريد أحدهم الإقدام على شراء حق

(٢) أنظر د. حسن الذنون - شرح القانون المدني العراقي-

العقود المسماة - عقد البيع- مصدر سابق- ص٣٤١.

(١) أنظر د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي - الموجز في العقود المسماة- دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد- ١٩٩٣- ص١٦٨.

(٢) أنظر د. سعدون العامري - مصدر سابق - ص١٨٥.

متنازع فيه وإن كان خارج اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها، فيقدم على الشراء مستغلاً مركزه ونفوذه. لذا كان الأجدر بالمشروع منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها وعدم حصرها في نطاق معين.

رابعاً: - يجب أن يكون المشتري الذي يشملته الحظر عالمياً وقت الشراء أن الحق الذي اشتراه هو حق متنازع فيه أمام دائرة اختصاصه، فإن لم يكن عالمياً فإن النزاع يدخل ضمن دائرة اختصاصه فإن شراءه يكون صحيحاً. فبالرجوع إلى علة الحكم من النص والتي تتمثل بفكرة المضاربة واستغلال النفوذ، نرى أنها لا تتحقق ما لم يكن عامل القضاء عالمياً بأن الحق موضوع العقد متنازعاً فيه وهذه العلة تجعل من هذا الشرط مستفاد من النص ضمناً وإن لم ينص المشروع عليه صراحة.

وإذا ما تحققت الشروط المذكورة بأن تم شراء الحق المتنازع فيه من قبل أحد عمال القضاء الذين ذكرتهم المادة (٥٩٥) والذين يقع النزاع على الحق في دائرة اختصاصهم، كان الشراء باطلاً ويستوي في الشراء أن يكون واقعاً على الحق كله أو واقعاً على جزء منه، كما يستوي أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أم باسم مستعار كأن يشتري باسم زوجته أو أحد أولاده أو أحد أصدقائه أو أقربائه وبعبارة أشمل الشراء باسم كل من يعمل لمصلحته تحايلاً على حكم القانون. فقد حرم القانون على هؤلاء أن يشتروا بأسمائهم ومن ثم فإنهم لا يستطيعون التهرب من هذا التحريم بالشراء بطريق غير مباشر أي بواسطة الاسم المستعار فعقد البيع باطل في الحالتين، إذ لا يجوز للشخص أن يعمل

بطريق غير مباشر ما لا يمكن أن يعمل به بطريق مباشر.

ويجوز إثبات أن الشراء قد تم باسم مستعار بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيينة والقرائن لما أنطوى عليه التصرف من غش و تحايل على أحد النصوص الآمرة المتعلقة بالنظام العام وهو نص المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي.

ولا يوجد في القانون المدني الأردني نص مماثل لنص المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي، إلا أن المادة (٩١) من قانون الإجراء الأردني قد مذعت الموظفين القائمين بأعمال المزايمة من الاشتراك بها سواء بأنفسهم أو باسم مستعار فقد نصت على أنه (لا يجوز لأي من الموظفين القائمين بأعمال المزايمة أن يشتركوا بها ولو عن طريق غيرهم ويحظر عليهم الاشتراك بها لأسم أشخاص آخرين أو لحسابهم) .

فالمنع الوارد في هذه المادة يشمل جميع الموظفين الذين لهم علاقة بالمزايمة العلنية التي تجري على عقار يتم بيعه بالمزاد، فهو يشمل القضاة الذين نظروا بكل ما يتعلق بالتنفيذ وإجراءاته وبكل ما يتعلق بالمسائل التابعة له والمتفرعة عنه. كما ويشمل الكتابة والمحضرين الذي يتبعون دائرة الإجراء التي تقوم بالتنفيذ وإجراءات البيع بالمزاد العلني^(٢٧٨).

والغاية التي من أجلها مُنعت هؤلاء الأشخاص من الدخول في المزايمة هي حماية سمعة الموظف التي يجب أن تبقى بمنأى عن المساس بها، ومن ناحية أخرى عدم استغلاله لمهام وظيفته في منافع شخصية. ولتحقيق هذه الغاية، فإن حظر هؤلاء

(١) أنظر د. محمد يوسف الزغبى - مصدر سابق - ص ١١٤.

الموظفين من اشتراكهم في البيوع التي تتم في الميزاد العلني مفروض عليهم سواء قاموا به بأنفسهم أم عن طريق غيرهم باسم مستعار. وجزاء مخالفة هذا النص تجعل من الشراء الذي وقع مخالفاً للمنع الوارد فيه باطلاً لا قيمة له ولا أثر ويستطيع أي شخص له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يثبته، ويستطيع من نزعت ملكية العقار عنه أن يطعن بالبطلان، وللمحكمة أيضاً أن تتركه به إذا أثبت نزعاً بشأنه أمامها وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وذلك لأن نص المادة (٩١) من النصوص الآمرة التي لا يجوز مخالفتها بالإتفاق^(٢٧٩).

ويتفق حكم المادة (٣٨٠) من قانون الموجبات والعقود اللبناني مع حكم المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي، إلا أن قانون الموجبات والعقود اللبناني قد أغفل النص على المدعين العاميين ونوابهم من بين الأشخاص الممنوعين عن الشراء حيث نص في المادة (٣٨٠) منه على: - (أن القضاة والمحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلية في حيز اختصاص المحكمة التي يقومون بوظائفهم في دائرتها) .

كما وأقام قانون الموجبات والعقود اللبناني قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار وذلك بنصه في المادة (٣٨١) على أن: - (زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة) .

(٢) أنظر د. محمد يوسف الزغبى - المصدر السابق - ص ١١٥، وأنظر أيضاً عدنان إبراهيم السرحان - مصدر سابق - ص ١٦٦.

وإذا كان شراء عمال القضاء للحقوق المتنازع فيها باطلاً وفقاً لحكم المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي، كذلك يكون الشراء باطلاً بطلاناً مطلقاً وفقاً لحكم المادة (٤٧١) من القانون المدني المصري^(٢٨٠)، فإن القانون المدني الفرنسي على خلاف القانون المدني المصري وباقي القوانين التي سارت بنفس الاتجاه الذي ذهب إليه لم ينص بصورة واضحة على بطلان البيع بطلاناً مطلقاً، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء الفرنسيين في تحديد طبيعة البطلان الذي يصيب هذا الشراء فذهب البعض من الفقهاء الفرنسيين وهو لوران وجيران وهيل إلى أن البطلان بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، في حين ذهب البعض الآخر ومنهم ديمولومب و أوبري ورو وبلانيول وريبير وجوسران إلى إنه بطلان نسبي لا يتمسك به إلا البائع والمتنازل ضده وهما اللذان قصد القانون حمايتهما أما المتنازل له (المشتري) فلا يجوز له التمسك به لأن البطلان لم يتقرر لمصلحته^(٢٨١).

الفرع الثاني

تعامل المحامتن في الحقوق المتنازع فيها باسم مستعار

(١) وهذا ما جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية، حيث قضت: - (حظر بيع الحقوق المتنازع عليها لعمال القضاء والمحامين جزاءه بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام) طعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ جلسة في ١٩٩٣/٢/٥- المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني- إعداد معوض عبد التواب - ج٢- ط٥- منشأة المعارف- الإسكندرية - ٢٠٠٠م - ص٦٦١.

(٢) نقلاً عن د. السنهوري - الوسيط - ج٤- مصدر سابق- ص٢١٨ هامش رقم^(٢).

بعد أن قرر المشرع العراقي القاعدة العامة في منع القضاة والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها وذلك في المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي، عاد فأورد في المادة (٥٩٦) من القانون المدني تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاة وهو كثير الوقوع في الحياة العملية وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي يتولى الدفاع عن هذا الحق (٢٨٢).

فقد نصت المادة (٥٩٦) من القانون المدني العراقي على أنه: (لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة) .

وبموجب هذه المادة فإنه يمتنع على المحامي التعامل في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي يتولى أمر الدفاع عن هذا الحق، والمنع هنا هو منع عام يشمل جميع التصرفات التي يمكن أن ترد على هذا الحق، فلا يجوز للمحامي أن يبيع الحق المتنازع فيه أو يشتريه أو يقايض عليه أو يشترك في ملكيته أو يقترضه ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزء من الحق المتنازع فيه والذي يتولى الدفاع عنه في مقابل أتعابه حتى ولو تولى هو بنفسه الإنفاق على التقاضي (٢٨٣).

وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه :- (إن الاتفاق بين المحامي والموكل على أن يتقاضى الأول نسبة مئوية من النقد والأشياء المدعى بها كأجور محاماة هو اتفاق باطل، ويلزم أن يصار

(١) أنظر د. حسن الذنون - مصدر سابق - ص٣٤٥، د. كمال ثروت الوندأوي - مصدر سابق - ص٣٧٨.

(٢) أنظر د. سعيد مبارك وآخرون - مصدر سابق - ص١٧٠، وأنظر أيضاً د. سعدون العامري - مصدر سابق - ص١٨٥-١٨٦.

إلى أجر المثل) (٢٨٤) ، وفي قرار آخر لمحكمة التمييز في العراق جاء فيه : - (إذا أتفق المحامي والموكل على أجره نسبية من النقود والأشياء المدعى بها كأجرة محاماة فلا غبار على صحة هذا الاتفاق إذ المقصود به تعيين الأجر لا الاشتراك في حاصل الدعوى) (٢٨٥) .

والظاهر من هذين القرارين لمحكمة التمييز، إنها تبطل اتفاق المحامي مع موكله إذا كان المقصود من هذا الاتفاق الاشتراك بحصة معينة من حاصل الدعوى، ولكنها تجيز الاتفاق بين الطرفين إذا كان المقصود منه تحديد أجره المحامي.

إلا إن قانون المحاماة المعدل رقم ٧١ لسنة ١٩٦٩ قد عمم المنع، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (٤١) من هذا القانون على أنه : - (يحظر على المحامي التعامل مع موكله على أن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها) . وبذلك يكون قد أزال كل شك أو تردد حول هذا الموضوع (٢٨٦) .

أما عن العلة التي يقصدها المشرع من وراء هذا الحظر الشامل على المحامي هي الخشية من أن يستغل المحامي مركزه فيوهم موكله على غير الواقع والقانون بأن احتمالات كسب الحق المتنازع فيه ضعيفة ويحمل موكله بهذا الإيهام على قبول اتفاق يكون الموكل (صاحب الحق) فيه مغبوناً، وهذه الاعتبارات تتصل بالنظام العام (٢٨٧) . وبالرجوع إلى المادة (٥٩٦) من

(١) قرار رقم ٩١٤ / حقوقية / ١٩٥٣ في ١٠ / ٨ / ١٩٥٣ - منشور في مجلة القضاء - السنة ١٢ - ١٤ - ص ٥٥٥ .
(٢) قرار رقم ١٣٠٧ / حقوقية / ١٩٥٣ - منشور في مجلة القضاء - السنة ١٢ - ٢٤ - ص ٤٥٥ .
(٣) د. سعدون العامري - مصدر سابق - ص ١٨٦ هامش رقم (١) .
(٤) أنظر د. فايز أحمد عبد الرحمن - عقد البيع في القانون المصري والقانون الليبي - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣م - ص ٤٥٢ .

القانون المدني العراقي، يتضح لنا أنه يجب توافر شروط معينة لتطبيق حكم النص المتقدم وهذه الشروط هي:-

أولاً:- أن يكون الشخص الممنوع من التعامل محامياً، والعبرة بتوافر هذه الصفة (أي كونه محامياً) وقت القيام بالتعامل في الحق المتنازع فيه ولا عبرة بزوال صفته هذه بعد ذلك.

ثانياً:- أن يكون الحق محل التعامل متنازع فيه، وذلك بأن يكون مرفوع بشأنه دعوى أمام القضاء أو قام بشأنه نزاع جدي بالفعل، والعبرة في تحديد كون الحق متنازع أم غير متنازع فيه هي دائماً بوقت القيام بالتعامل.

ثالثاً:- أن يكون المحامي وكيلاً عن صاحب الحق المتنازع فيه ويتولى أمر الدفاع عنه^(٢٨٨).

وباجتماع هذه الشروط فإنه يحظر على المحامي التعامل بالحق المتنازع فيه بأية وسيلة من وسائل التعامل سواء كان تعامل المحامي بالحق المتنازع فيه بأسمه الشخصي أم بأسم مستعار يقوم المحامي بتسخيره للتعامل مع موكله بالحق المتنازع فيه والذي يتولى أمر الدفاع عنه تحايلاً على أحكام القانون الآمرة والمتعلقة بالنظام العام، كأن يتعامل المحامي بالحق المتنازع فيه باسم زوجته أو باسم أحد أولاده أو أحد أقربائه أو أصدقائه. وعند مخالفة المحامي هذا الحظر المنصوص عليه بأن تعامل بالحق المتنازع فيه سواء باسمه الشخصي أو باسم مستعار فإن تصرفه يكون باطلاً لأنه لا يستطيع أن

(١) أنظر د. حسن الذنون - مصدر سابق - ص ٣٤٦ - ٣٤٧.

يتعامل في هذا الحق بنفسه، فلا يجوز له أن يتعامل فيه باسم مستعار^(٢٨٩).

وكما نعلم فإن التصرف الباطل هو كالمعدوم لا يترتب عليه أي أثر من الآثار سواء ما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان أو الدفع به في أي حالة تكون عليها الدعوى. كما ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها دون حاجة إلى طلب من أحد وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي.

وبما أن علة حظر المحامي من التعامل بالحق المتنازع فيه والذي يتولى أمر الدفاع عنه هو الخشية من أن يستغل المحامي مركزه ودرأيته القانونية فيوهم موكله بضعف حقه المتنازع فيه ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً، فإن الحكم بالبطلان في هذه الحالة بسبب الغبن يعتبر خروجاً على القواعد العامة لأن القواعد العامة تقضي بأنه إذا كان في العقد غبن فاحش فإنه يعتبر موقوفاً لمصلحة العاقد الذي وقع عليه الغبن إذا كان الغبن ناشئاً عن التغير، أما إذا كان الغبن ناشئاً عن الاستغلال (استغلال عدم خبرة الموكل) فلا يجوز للمتعاقد المغبون إلا أن يطالب برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول إذا كان العقد معاوضة، أو بنقض العقد إذا كان تبرعاً وذلك خلال مدة سنة من تاريخ إبرام العقد^(٢٩٠).

(٢) أنظر د. سعيد مبارك وآخرون - مصدر سابق - ص ١٧٠.

(١) أنظر د. سعدون العامري - مصدر سابق - ص ١٨٦.

ويمكن تفسير ذلك بأن نص المادة (٥٩٦) من القانون المدني العراقي هو من النصوص الآمرة المتعلقة بالنظام العام وقد جاء حظر المحامي في هذه المادة من التعامل في الحق المتنازع فيه والذي يتولى أمر الدفاع عنه صريحاً، خشية من المشرع من استغلال المحامي لمركزه ودرأيته القانونية لتحقيق ربح غير مشروع، لذا فإن أي تصرف يخالف هذا الحظر يكون باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر.

أما عن موقف القانون المدني المصري فإن المادة (٤٧١) منه تنص على أنه: (لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا بأسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً) .

وتنص المادة (٤٧٢) من القانون المدني المصري على أنه: - (لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً) (٢٩١) .

وبصدد المقارنة بين المادتين (٤٧١ - ٤٧٢) من القانون المدني المصري والمقابلة للمادتين (٥٩٦-٥٩٥) من القانون المدني العراقي، ذهب الأستاذ الدكتور السنهوري إلى القول بأن: - (نص المادة (٤٧٢) من القانون المدني المصري أضيق من المادة (٤٧١) من ناحية وأوسع من ناحية أخرى، فهي أضيق لأنها تشترط في المحامي أن يكون وكيلاً في الحق المتنازع فيه أي أن يكون هو من يتولى أمر الدفاع عنه، وهي أوسع لأنها تقضي بأنه متى ما كان المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه وليس الشراء فحسب، فلا يجوز له أن يشتري الحق ولا أن يقايض عليه

(١) يقابلها المادة (٤٤٠) مدني سوري، المادة (٤٦١) مدني ليبي.

ولا أن يوهب له ولا أن يشارك فيه ولا أن يقترضه ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق مقابل أتعابه ولو تولى الإنفاق على التقاضي) (٢٩٢).

وذهبت محكمة النقض المصرية بشأن تحديد الشروط الواجب توافرها لمنع المحامي من التعامل بالحقوق المتنازع فيها، إذا كان هو الذي يتولى الدفاع عنها إلى أنه: - (يشترط في تحريم شراء المحامي للحق المتنازع فيه وفقاً لما تفيدته عبارة المادتين (٤٧١، ٤٧٢) من القانون المدني المصري أن يكون التنازع على الحق جدي وقائم بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أم لم يطرح بعد، فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع، أو محتملاً للنزاع بشأنه أو يقوم عليه نزاع جدي ولكنه يكون قد أنتهى وأنحسم عند حصول الشراء، كما يجب علم المحامي بقيام النزاع في الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة (٤٧١) أو يكون وكيلاً في الحق المتنازع فيه ويشترطه ممن وكله في الدفاع عنه وذلك بصدد أعمال نص المادة (٤٧٢) (((٢٩٣).

ولا يوجد في القانون المدني الأردني نص مماثل لنص المادة (٥٩٦) من القانون المدني العراقي، إنما جاء منع المحامي من شراء القضايا والحقوق المتنازع عليها في المادة (٦٠) من قانون نقابة المحامين النظاميين في الأردن حيث جاء فيها: - (يمنع على المحامي تحت طائلة المسؤولية..... ٢- أن يشتري القضايا والحقوق المتنازع عليها) .

وقد تأكد هذا المنع بنص المادة (٣٧) من النظام الداخلي لنقابة المحامين النظاميين لعام ١٩٦٦ والتي جاء فيها (يحظر على المحامي شراء القضايا والحقوق المتنازع عليها) . ويتضح من هذين النصين أن المحامي ممنوع من شراء القضايا والحقوق

(٢) أنظر د. السنهوري - الوسيط - ج٤ - مصدر سابق - ص٢١٨ - ٢١٩.

(١) طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ق - جلسة في ١٥/٥/١٩٨٠ - ص٣١ - ص١٣٧٣ - المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني - إعداد معوض عبد التواب - مصدر سابق - ص٦٥٩.

المتنازع عليها، فلا يجوز له أن يشتري القضايا من محامي آخر بمبلغ أو بثمن معين لأن القضايا ليست سلعاً تباع أو تشتري، كما أن القضايا يجب أن لا تكون من أجل التجارة ومصدر للربح والكسب بقدر ما هي من أجل وصول الشخص إلى حقه وتوفير ضمانات له. كما ويمتنع على المحامي شراء القضايا من أشخاص عاديين لأن ذلك يخل بشرف المهنة.

ولا يجوز للمحامي أيضاً أن يشتري الحقوق المتنازع عليها والمعروضة أمام المحاكم خوفاً من أن تكون قضايا الناس محلاً للتجارة والربح والخسارة، وخوفاً من تغليب المصلحة الشخصية للمحامين على مصالح موكلهم.

وعلى الرغم من أن المشرع الأردني لم يشر صراحة إلى منع المحامي من شراء القضايا والحقوق المتنازع عليها باسم مستعار إلا أن هذا المنع لا يقتصر على حالة شرائه للحق بنفسه بل يشمل أيضاً حالة ما إذا اشترى الحق عن طريق غيره، لأن العلة من منعه من الشراء موجود سواء أشتري بنفسه أم بطريق الاسم المستعار^(٢٩٤).

كما أغفل تقنين الموجبات والعقود اللبناني النص على تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه والموكول إليه أمر الدفاع عنه. كما أنه لا يوجد نص خاص في القانون المدني الفرنسي مشابه لنص المادة (٥٩٦) من القانون المدني العراقي، إلا أن المحامي يمنع من التعامل في الحق المتنازع فيه الموكول إليه أمر الدفاع عنه طبقاً للمواد (٣٨٠) موجبات

(١) أنظر د. محمد يوسف الزغبى - مصدر سابق - ص ١١٦.

وعقود لبناني والمادة (١٥٩٧) من القانون المدني الفرنسي إذ أن هذه المواد جاءت بنص عام يحظر على جميع رجال القضاء التعامل في هذه الحقوق المتنازع فيها (٢٩٥).

المصادر

أولاً / الكتب

١- الكتب القانونية:-

- ❖ د. أحمد حشمت أبو ستيت - مصادر الإلتزام - ١٩٦٣م.
- ❖ د. أحمد مرزوق - نظرية الصورية في التشريع المصري - القاهرة - مصر - ١٩٥٧م.
- ❖ أحمد محمود سعد- مصادر الإلتزام في القانونين المدنيين المصري واليميني- العقد والإرادة المنفردة - دار النهضة العربية- القاهرة- ١٤١١هـ- ١٩٩٠م.
- ❖ د. أم وهيب الندوي- الموجز في قانون الإثبات- بغداد- ١٩٩٠م.
- ❖ د. إسماعيل غانم (١) النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام - مكتبة عبد الله وهبة- ١٩٦٦م. (٢) النظرية العامة للإلتزام- ج٢- أحكام الإلتزام - بلا مكان طبع- ١٩٥٦.
- ❖ د. أكرم ياملكي وفائق الشماع- القانون التجاري- الموصل- جامعة الموصل- ١٩٨٠م.
- ❖ د. أنور سلطان (١) الموجز في النظرية العامة للإلتزام- ج١- مصادر الإلتزام- معهد دون بوسكو- مصر- ١٩٨٣م.
- ❖ النظرية العامة للإلتزام- ج٢- أحكام الإلتزام- دار المعارف- مصر- ١٩٦٢م.
- ❖ (٣) الموجز في النظرية العامة للإلتزام- أحكام الإلتزام- دار النهضة العربية- بيروت- ١٩٨٣م.
- ❖ د. أنور سلطان وجمال العدوي- العقود المسماة- عقد البيع- مصر- بلا تأريخ.
- ❖ د. باسم محمد صالح- القانون التجاري- القسم الأول- دار الحكمة- بغداد- ١٩٨٧م.
- ❖ د. توفيق حسن فرج
- ❖ (١) النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام- الدار الجامعية للطباعة والنشر- مصر - ١٩٨٠م.
- ❖ (٢) النظرية العامة للإلتزام- ج٢- أحكام الإلتزام- الإسكندرية- جامعة الإسكندرية- ١٩٧٨م.
- ❖ جاك غستان- المطول في القانون المدني- مفاعيل العقد أو آثاره- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- لبنان- ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ❖ د. جعفر الفضلي- الوجيز في العقود المدنية- البيع والإيجار والمقاوله- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الأردن- ١٩٩٧م.
- ❖ د. جمال مرسي بدر (١) النياية في التصرفات القانونية- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٦٨م.
- ❖ (٢) دراسات في النظرية العامة للنيابة- مطبعة جامعة الإسكندرية- الإسكندرية- ١٩٥٩م.
- ❖ جمعة سعدون الربيعي - المرشد إلى إقامة الدعوي المدنية - بغداد - المكتبة القانونية - شارع المتنبي - ١٩٩٢.
- ❖ د. حافظ محمد إبراهيم- القانون التجاري العراقي- النظرية العامة- الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة- بغداد - بلا تأريخ.
- ❖ د. حسام الدين الأهواني- النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام- ط٢- ١٩٩٥م.
- ❖ د. حسن علي الذنون (١) محاضرات في القانون المدني العراقي- نظرية العقد- القاهرة- مطبعة النهضة- مصر- ١٩٥٦م
- ❖ (٢) شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة- عقد البيع- مطبعة الرابطة- بغداد - ١٩٥٣م
- ❖ د. سعدون العامري- الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع - مطبعة العاني- بغداد- ١٩٧٤م.

(٢) نقلاً عن د. السنهوري - الوسيط - ج٤ - مصدر سابق - ص٢٢٠ هامش رقم (١).

- ❖ د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي- الوجيز في العقود المسماة- دار الحكمة للطباعة والنشر- بغداد- ١٩٩٣م.
- ❖ د. سليمان مرقس (١) الوافي في شرح القانون المدني- مج ١- نظرية العقد والإرادة المنفردة- مطبعة السلام- مصر- ١٩٨٧م.
- ❖ (٢) الوجيز في شرح القانون المدني- الإلتزامات- المطبعة العالمية- القاهرة - ١٩٦٤م.
- ❖ د. شاكر ناصر- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- ج ١- مطبعة المعارف- بغداد- ١٩٥٩م.
- ❖ صلاح الدين الناهي- الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات- المطبعة العالمية- القاهرة- ١٩٥٥م.
- ❖ د. عباس حسن الصراف - شرح عقدي البيع والإيجار - مطبعة الأهالي - بغداد - ١٩٥٦م.
- ❖ د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للإلتزام- ج ٢- مطبعة نهضة مصر- الفجالة- ١٩٥٤م.
- ❖ د. عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري - الصورية في ضوء الفقه والقضاء- ٢٠٠٣م.
- ❖ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري (١) الوجيز في النظرية العامة للإلتزام- منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٤م.
- ❖ (٢) نظرية العقد - المجمع العلمي العربي الإسلامي- بيروت- لبنان - بلا تاريخ.
- ❖ (٣) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مج ١-ج ٢- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٦٤م.
- ❖ مج ١- ج ٤ - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة- ١٩٦٠
- ❖ مج ٢- ج ٧- دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٤.
- ❖ د. عبد العزيز المرسي- التعاقد بإسم مستعار- دار النهضة العربية- مصر- ١٩٩٩م.
- ❖ د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير- الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي- ج ١- مصادر الإلتزام- بغداد- ١٩٨١م.
- ❖ ج ٢ أحكام الإلتزام- بغداد- ١٩٨٠م.
- ❖ د. عبد المجيد الحكيم (١) الموجز في شرح القانون المدني العراقي- ج ١- مصادر الإلتزام - مطبعة النديم - بغداد - ١٩٧٧م.
- ❖ (٢) الوسيط في نظرية العقد- ج ١- إنعقاد العقد- شركة الطبع والنشر الأهلية- بغداد- ١٣٨٧هـ- ١٩٦٧م.
- ❖ د. عبد المنعم فرج الصدة- مصادر الإلتزام - مطبعة مصطفى البابي الحلبي- مصر- ١٩٦٠م.
- ❖ د. عبد الناصر العطار - مصادر الإلتزام - بلا تاريخ.
- ❖ د. عدنان إبراهيم السرحان- شرح القانون المدني- العقود المسماة- ٢٠٠٠م.
- ❖ د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للإلتزام- ج ١- مطبعة المعارف- بغداد- ١٩٧١م.
- ❖ د. فايز أحمد عبد الرحمن- عقد البيع في القانون المصري والقانون الليبي- دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٣م.
- ❖ د. فيصل عبد الواحد - أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد- جامعة الكويت - ١٩٩٧م.
- ❖ د. كمال ثروت الوندواوي - شرح أحكام عقد البيع- دار السلام- بغداد- ١٩٧٣م.
- ❖ د. محمد يوسف الزغبى - العقود المسماة- شرح عقد البيع في القانون الأردني- بلا تاريخ.
- ❖ د. محمد حسين إسماعيل - النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية- ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ❖ د. محمد علي عرفة - شرح القانون المدني الجديد - العقود المسماة - ١٩٥٢م.
- ❖ د. محمد كامل مرسي (١) العقود المدنية الصغيرة- المطبعة السلفية - مصر - ١٩٢٣م.
- ❖ (٢) شرح القانون المدني - العقود المسماة- ج ٦- عقد البيع وعقد المقايضة - تنقيح المستشار محمد علي والمستشار معتز كامل مرسي- ٢٠٠٥م.
- ❖ د. محمود سمير الشرقاوي - القانون التجاري - ج ١- دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٨٢م.
- ❖ د. محمود سعد الدين الشريف - شرح القانون المدني العراقي- نظرية الإلتزام- ج ١- مصادر الإلتزام- مطبعة العاني- بغداد- ١٩٥٥م.
- ❖ د. محي الدين إسماعيل علم الدين (١) العقود المدنية الصغيرة- ط ٢- دار النهضة العربية- مصر - بلا تاريخ.
- ❖ (٢) نظرية العقد- ط ٣ - دار النهضة العربية- مصر - بلا تاريخ.
- ❖ مدحت المحمود- شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠- مطبعة الأعلام- بغداد- ١٩٩٢م.
- ❖ د. مراد فهيم - القانون التجاري - العقود التجارية وعمليات البنوك- ١٩٨٢م.
- ❖ د. مصطفى إبراهيم الزلمي- الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية- ج ١- بلا تاريخ.
- ❖ د. مصطفى الجمال
- ❖ (١) شرح أحكام القانون المدني - مصادر الإلتزام- ١٩٩٠م.
- ❖ (٢) النظرية العامة للإلتزامات - الدار الجامعية - مصر- ١٩٨٧م.
- ❖ د. مصطفى كمال طه - أصول القانون التجاري- مطبعة الدار الجامعية - ١٩٨٨م.

❖ نوري طالباني – القانون التجاري – بغداد – ١٩٧٩م.

الكتب الفقهية

(أ) كتب الفقه القديمة

(١) الفقه الحنفي:-

- ❖ برهان الدين أبو الحسن المرغنياني – الهداية – ج٣ كراحي- جاويد- ١٣٨١هـ.
 - ❖ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي- الأشباه والنظائر- الطبعة الأخيرة – مصطفى البابي الحلبي- ١٣٧٨هـ.
 - ❖ زين الدين بن إبراهيم بن النجيم – البحر الرائق شرح كنز الدقائق- ج٧- دار الكتب العربية الكبرى – مصر – بلا تاريخ.
 - ❖ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – ج٦- ٢- مطبعة الجمالية- مصر- ١٣٢٨هـ- ١٩١٠م.
 - ❖ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي – تبين الحقائق شرح كنز الدقائق- ج٤- ط١- الأميرية- بولاق- ١٣١٤هـ.
 - ❖ محمد علاء الدين – تكملة ابن عابدين – ج١- ط٢- البابي الحلبي – ١٣٠٦هـ.
- (٢) الفقه الشافعي:

- ❖ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي – المهذب في فقه الإمام الشافعي- ج١- مطبعة دار الكتب العربية الكبرى – بلا تاريخ.
- ❖ شمس الدين محمد بن شهاب الدين الرملي – نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج- ج٥- مطبعة مصطفى البابي الحلبي – ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م.
- ❖ محمد بن أحمد الشربيني – مغني المحتاج- ج٢- مطبعة الاستقامة- مصر – ١٣٧٤هـ.
- ❖ يحيى بن شرف النووي – روضة الطالبين – ج٤- المكتب الإسلامي للطباعة والنشر – دمشق – بلا تاريخ.

(٣) الفقه المالكي:-

- ❖ أبو البركات سيدي أحمد الدردير – الشرح الكبير- ج٣- مطبعة العلامة شمس الدين محمد عرفة – عيسى البابي الحلبي- ١٢٣٠هـ.
 - ❖ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي- شرح الخرشي على المدونة- ج٦- مطبعة الأميرية- بولاق – ١٣١٧هـ.
 - ❖ علي الصعدي العدوي – حاشية العدوي على شرح الرسالة – ج٢- مطبعة مصطفى محمد- ١٣٥٦هـ.
 - ❖ علي بن عبد السلام التسولي – البهجة في شرح التحفة- ج١- مطبعة المصطفى محمد- مصر- ١٣٧١هـ.
 - ❖ محمد بن أحمد القرطبي بن رشد – بداية المجتهد ونهاية المقتصد- ج٢- نشر مكتبة الكليات الأزهرية- بلا تاريخ.
- (٤) الفقه الحنبلي

- ❖ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة- المغني – ج٥- مطبعة السنة المحمدية- مصر- ١٣٦٧هـ.
 - ❖ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي – الإنصاف في معرفة الراجح من فقه الخلاف – ط١- ج٥- بلا تاريخ.
- (٥) الفقه الجعفري:

- ❖ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي – شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام- ج١- مطبعة الآداب – النجف ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.
- ❖ جمال الدين الحسن بن يوسف الحلبي – تذكرة الفقهاء- ج٢- نشر المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية – بلا تاريخ.
- ❖ زين الدين الجبعي العاملي- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية- ج٤- مطبعة الآداب- النجف- ١٣٨٧هـ.

٦) الفقه الزيدي:

❖ أحمد بن يحيى المرتضى- البحر الزخار -ج٥- مطبعة السنة المحمدية- ١٣٦٨هـ- ١٩٤٩م.

٧) الفقه الظاهري

❖ ابن حزام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الإندلسي - المحلي- ج٨- مطبعة المنيرية- مصر- ١٣٤٨هـ.
ب) كتب الفقه الحديثة:

- ❖ د. شفيق شحاتة - النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية -ج١- مطبعة الإعتدال - مصر - بلا تاريخ.
- ❖ د. عبد الرحمن الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة- قسم المعاملات - ج٢- ط٢- المكتبة التجارية الكبرى - مصر- بلا تاريخ.
- ❖ د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي- ج٤- دار الفكر للطباعة والنشر- ١٩٥٧.
- ❖ د. عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث- ج٥- ٦- ١٩٦٨م.
- ❖ محمد جواد مُغنية - فقه الإمام جعفر الصادق Δ - عرض واستدلال- ج٤- دار العلم- بيروت - ١٩٦٦م.
ثانياً) رسائل الماجستير والدكتوراه

- ❖ د. جاسم لفته سلمان العبودي- النيابة عن الغير في التصرف القانوني- رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - ١٩٩١م.
- ❖ د. جميل الشرقاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني- مطبعة جامعة القاهرة - القاهرة- ١٩٥٦م.
- ❖ د. صبري حمد خاطر - الغير عن العقد - رسالة دكتوراه- جامعة بغداد - ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.
- ❖ القاضي ضامن خشالة عبود - النيابة في التعاقد رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي- بغداد - ١٩٨٨م.
- ❖ محمد بن سليمان الحراحشة - فكرة عدم سريان التصرف القانوني - رسالة ماجستير- جامعة بابل - ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م.
- ❖ د. محمد رضا عبد الجبار العاني - الوكالة في الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه - مطبعة العاني- بغداد ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ❖ د. منصور حاتم محسن - فكرة تصحيح العقد - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد- ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ❖ د. ميري كاظم عبيد - العقد الموقوف - دراسة في القانون المدني - رسالة دكتوراه - جامعة النهدين - ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

ثالثاً) البحوث

- ❖ د. سامي الدريعي - الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي - بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية- ع٤٤- السنة ٢٥- ٢٠٠١م.
- ❖ د. سعد حسين عبد - الوكالة من الباطن- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية- إصدار كلية القانون - جامعة النهدين - العدد التاسع - المجلد السادس - نيسان ٢٠٠٢م.
رابعاً) مصادر متفرقة

- ❖ موسوعة مراد لأحدث أحكام محكمة النقض الجنائية والمدنية المصرية – إعداد د. عبد الفتاح مراد – ج ٤ - ٢٠٠٢م.
- ❖ المجلة القضائية – إصدار المعهد القضائي الأردني – عمان – س ٤ - ٧ع – تموز – ٢٠٠١م.
- ❖ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – ج ٢ - مصادر الإلتزام – مطبعة دار الكتاب العربي – مصر – بلا تاريخ.
- ❖ قضاء النقض المدني في السورية والشفعة – إعداد المستشار أحمد سعيد شعلة – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٩٥م.
- ❖ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – ج ٥ - مطابع مذكور - القاهرة – بلا تاريخ.
- ❖ معين القضاء – إعداد إبراهيم المشاهدي - ج ٤ - بغداد - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠م.
- ❖ المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني المصري – إعداد معوض عبد التواب – ج ٢ - ط ٥ - منشأة المعارف – الإسكندرية – ٢٠٠٠م.
- ❖ مجلة القضاء – إصدار نقابة المحامين – عراق – السنة الثالثة والأربعون – العدد الثالث والرابع – ١٩٨٨م – والسنة الخامسة والأربعون – العدد الأول – ١٩٩٠م.
- ❖ مجموعة الأحكام العدلية – إصدار قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل – العراق – السنة السابعة – العدد الأول – ١٩٧٥م – العدد الرابع – ١٩٨٧م – العدد الثالث - ١٩٨٨م.

خامساً:- القوانين

- ❖ القانون المدني العراقي – رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م - إعداد صباح الأنباري - ط ٣ - مطبعة المغرب – بغداد – ٢٠٠٠م.
- ❖ القانون المدني المصري – رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م – إعداد المحامي أحمد شتات – دار الكتب القانونية – ١٩٩٣م.
- ❖ القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م - إعداد وتنسيق ممدوح عطري – مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع – دمشق – ١٩٩٢م.
- ❖ قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في آذار ١٩٣٢م - إعداد موريس نخلة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ١٩٩٤م.
- ❖ القانون المدني الأردني – رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م - إعداد المكتب الفني في نقابة المحامين – ط ٣ - مطبعة التوفيق – عمان – ١٩٨٥م.
- ❖ قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م.
- ❖ قانون الوكالة التجارية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠م.
- ❖ قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣م.

سادساً:- المصادر الفرنسية:-

- ❖ (P.H) Malaurie et (L.) Aynes: cours de droit civil, les obligations, ٣ed- ١٩٩٢.
- ❖ Mazend: Lecons de drait civil obligations theorie general. T٢.V.I.
- ❖ (M) Planiol et (G) Ripert: Traite Pratique de droit civil- T.٦- ١٩٥٢.
- ❖ Civil Code – ٢٠٠٢.

خاتمة البحث

بخاتمة البحث خلصنا إلى حصيلة من دراسة موضوع التعاقد باسم مستعار تجلت بجملة من النتائج أهمها:-

١- التعاقد باسم مستعار هو إبرام الوكيل تصرفاً قانونياً مع الغير باسمه الشخصي لحساب موكله بناءً على عقد الوكالة المستتر المعقود بينهما لأعتبارات تتعلق بمصلحة يبغى الموكل تحقيقها. وبذلك فإن التعاقد باسم مستعار ينطوي على ثلاثة عقود، عقد الوكالة المستتر المبرم بين الاسم المستعار (الوكيل) والمستعير للأسم (الموكل) والعقد الذي يبرمه الاسم المستعار مع الغير باسمه الشخصي لحساب المستعير للأسم والعقد الذي ينقل به الاسم المستعار الحق الذي آل إليه بطريق التعاقد باسم مستعار إلى المستعير للأسم.

ولكي يكون هناك تعاقد باسم مستعار لابد من وجود عقد وكالة مستتر بين الموكل والوكيل يفرض على هذا الأخير التعاقد مع الغير باسمه الشخصي ولحساب موكله، وهذا ما اتجه إليه القضاء العراقي والقضاء المصري تطبيقاً لحكم المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

٢- ميز الفقه الإسلامي في إضافة الوكيل العقد إلى نفسه أو إلى موكله بين طائفتين من العقود طائفة يجب على الوكيل فيها إضافة العقد إلى الموكل وهذه هي عقد الزواج وسائر العقود التي فيها معنى الإسقاط والعقود التي لا تتم إلا بالقبض.

أما الطائفة الأخرى من العقود وهي المعاوضات فيجوز للوكيل فيها إضافة العقد إلى نفسه أو إلى موكله على أختلاف آراء الفقهاء بهذا الشأن.

٣- لقد وسع الفقه الإسلامي من دائرة الأثر المباشر للنيابة، فلم يجعل تحقق هذه النيابة مقصوراً على ما تتطلبه القاعدة العامة في النيابة بمعناها الحديث من إبرام التصرف

بأسم الأصيل حيث يثبت العلم بوجود النيابة لدى كل من النائب والغير الذي يتعامل معه، وإنما بسط تحقق هذه النيابة ليشمل إلى جانب ذلك حالة إبرام التصرف بأسم الوكيل نفسه، غير أن الوكيل هنا إذا أضاف التصرف إلى نفسه وعمل بأسمه هو لا بأسم الموكل فإن من اللازم لتحقيق النيابة وإنصراف الأثر إلى الموكل أن يعمل هذا الوكيل لحساب الموكل لا لحساب نفسه، وبذلك يتبين الفارق الجوهرى بين الفقه الإسلامى والفقه القانونى ، فالنيابة في الفقه الإسلامى تتحقق إذا ما عمل النائب لحساب الأصيل حتى في حالة إضافة التصرف إلى النائب نفسه، في حين أن النيابة لا تتحقق في نظام الأسم المستعار أو التسخير المعروف في الفقه القانونى، فالأسم المستعار وكالته وكالة غير نيابية وذلك لأن الوكيل يباشر التصرف بأسمه فتتصرف الآثار إليه ومن ثم يقوم بنقل هذه الآثار إلى الموكل (المستعير للأسم).

٤- ينظر في توفر الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانونى إلى شخص الاسم المستعار لا إلى الموكل (المستعير للأسم) على اعتبار أن الوكيل (الأسم المستعار) يعقد التصرف مع الغير بأسمه الشخصى وأن آثار هذا التصرف تنصرف إليه وحده دائماً أو مديناً.

كما ويعتد بإرادة الاسم المستعار فيما يشوب الرضا من عيوب فصحة التصرف الذى يجريه الاسم المستعار مع الغير منوط بسلامة إرادته هو من العيوب.

في حين نجد أن الفقه الإسلامى قد أشترط من حيث المبدأ أهلية التصرف لدى الموكل، إلا أنه يصح عند بعض الفقهاء أن يصدر هذا التوكيل من الصبى المميز إذا أذن له وليه بذلك.

أما بالنسبة للأهلية المطلوب توافرها في الوكيل في الفقه الإسلامى فقد أتجه جانب من الفقهاء إلى الإكتفاء بأهلية التمييز، إلا أن البعض الآخر قد اشترط في الوكيل البلوغ وكمال العقل المطلوبين لصحة التصرف.

٥- بالرغم من التشابه الذى يكاد يصل إلى حد التطابق بين التعاقد باسم مستعار والوكالة بالعمولة من حيث المفهوم، إلا أن التعاقد باسم مستعار يختلف عن الوكالة بالعمولة من حيث أن الأصل في التعاقد باسم مستعار أنه عقد من عقود التبرع إلا إذا تم الاتفاق على أن يكون بأجر. أما الوكالة بالعمولة فإنها عقد من عقود المعاوضة إلا إذا أتفق على خلاف ذلك. كما ويختلف التعاقد باسم مستعار عن الوكالة بالعمولة من حيث الأهلية اللازمة لمباشرة التصرف موضوع الوكالة، ومن حيث علاقة الغير

المتعاقد مع الوكيل بالموكل في الحالة التي يعلم فيها هذا الغير أن من تعاقد معه ليس إلا وكيلاً مستتراً ولم تكن لهذا الغير مصلحة في تحديد الشخص الذي تنصرف إليه آثار العقد. حيث تنشأ في التعاقد باسم مستعار علاقة قانونية مباشرة بين هذا الغير وبين المستعير للأسم (الموكل) على خلاف الوكالة بالعمولة حيث لا تنشأ كقاعدة عامة مثل هذه العلاقة بين الغير والموكل نظراً للطبيعة الخاصة للوكالة بالعمولة.

كذلك أختلف التعاقد باسم مستعار عن البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير من ناحية أن المشتري في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير لا يظهر أمام البائع بأنه صاحب الحق أو صاحب المصلحة في التعاقد بخلاف الشراء باسم مستعار حيث يظهر الاسم المستعار بأنه صاحب المصلحة في التعاقد. ومن ناحية أخرى أن المقرر بالشراء عن الغير أما أن يكون أصيلاً في الشراء وأما أن يكون وكيلاً وكالة نيابية في حين أن الاسم المستعار في التعاقد باسم مستعار يكون دائماً وكيلاً وكالة غير نيابية.

وإزاء خلو القانون المدني العراقي من نص يعالج البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وبالنظر لما يحققه هذا النظام من فائدة عملية واضحة من حيث أنه يسمح بإبرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة في التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد دون أن يسطح ذلك ضرورة نقل آثار العقد من المشتري الظاهر إلى المشتري الحقيقي بتصرف جديد كما هو الحال في التعاقد بأسم مستعار في حالة تعاقد الوكيل بأسم نفسه دون أن يحتفظ في العقد بالحق في الكشف عن شخص صاحب الشأن، نقترح على المشرع العراقي أن ينظم هذا النوع من البيوع من خلال إيراد أحكام خاصة في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير.

كما وتختلف فكرة التعاقد باسم مستعار عن فكرة الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار من حيث التكوين ومن حيث الأحكام الخاصة بكل منهما، أما من حيث التكوين نجد أنه في حالة التعاقد باسم مستعار يعقد الاسم المستعار تصرفات ثلاثة كلها جديّة لا أثر للصورية في أي منها، الأول عقد وكالة يكون الاسم المستعار فيه وكيلاً عن المستعير للأسم في تصرف معين ومحدد في عقد الوكالة والثاني يعقده الاسم المستعار مع الغير يبرم هذا التصرف المعين لحساب المستعير للاسم والثالث يعقده الاسم المستعار مع الموكل مرة ثانية ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن عقده لحسابه مع الغير.

أما في الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار فإن المسخر يبرم عقدين بالإضافة إلى ورقة الضد فتنتقل إليه بإحداهما ملكية الشيء لينقلها بالعقد الآخر

إلى الممنوع من التعاقد. ويكون لإرادة الاسم المستعار دور إيجابي وفَعَال في تكوين العقد مع الغير في التعاقد باسم مستعار بخلاف الصورية بطريق التسخير حيث يقتصر دور الاسم المستعار على مجرد التوقيع على العقد دون أن يساهم في أسسه أو شروطه، إذ يكون الدور في تكوين العقد لإرادة المستعير للإسم.

ومن حيث الأحكام فقد وضعت للصورية بصفة عامة أحكاماً بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام لهما تختلف عن أحكامها بالنسبة للغير أي للدائنين والخلف الخاص وهذا ما يستفاد من المواد (١٤٧، ١٤٨) من القانون المدني العراقي والمواد (٢٤٤، ٢٤٥) من القانون المدني المصري. أما بالنسبة إلى عقد الاسم المستعار فإن هذا العقد يكيف على أنه عقد وكالة ولكنها وكالة مستترة وغير نيابية، وهو ما يؤدي إلى سريان أحكام العقد الأخير (عقد الوكالة) على عقد الاسم المستعار. وهذه الأحكام (أحكام عقد الوكالة) تقرر قيام الرابطة العقدية بقوة القانون بين المستعير للأسم والغير المتعاقد مع الاسم المستعار متى ما كان هذا الغير يعلم حقيقة أو حكماً بصفة من يتعاقد معه، أو كان يستوي عنده (أي الغير) في حالة أنتفاء العلم أن يتعامل مع الوكيل المستتر أو الموكل وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٦) من القانون المدني المصري.

٦- أختلاف آثار التعاقد بأسم مستعار تبعاً لأختلاف القصد من التسخير فبينما يضاف أثر العقد إلى الوكيل (الأسم المستعار) دائناً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل متى ما كان القصد من التسخير مشروعاً، نجد أن أثر العقد لا يُضاف إلى الوكيل ولا إلى الموكل متى ما كان القصد من التسخير غير مشروعاً، وفي هذه الحالة يكون التعاقد بأسم مستعار باطلاً أو موقوفاً على حسب الأحوال وعندما يكون التعاقد باسم مستعار باطلاً فإن البطلان يشمل عقد الوكالة المستتر والتصرف الذي باشره الوكيل بأسمه الشخصي تنفيذاً لعقد الوكالة والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل (المستعير للأسم).

٧- يُضاف أثر العقد إلى الأسم المستعار (الوكيل) دائناً أو مديناً ولا يُضاف إلى الموكل (المستعير للأسم) في التعاقد المشروع بأسم مستعار، لأن الوكيل يكون بمثابة الأصل في مواجهة الغير المتعاقد معه، وهو كذلك أيضاً في مواجهة الأغيار وهم كل من كسب حقاً شخصياً أو عينياً في مواجهة المستعير للأسم (الموكل) يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه، وذلك رغبة من المشرع في تمييز الأسم المستعار عن سائر الوكلاء بأحكام خاصة في نطاق علاقته مع الغير.

٨ - بعد تقرير المشرع العراقي للقاعدة العامة في صرف آثار العقد إلى الوكيل (الاسم المستعار) في حالة تعاقد مع الغير باسمه الشخصي دون الإعلان عن صفته كوكيل وذلك في المادة (٩٤٣) من القانون المدني، عادً واستثنى حالتين جعل فيهما أثر العقد الذي يبرمه الوكيل (الاسم المستعار) ينصرف إلى المستعير للاسم (الموكل) ولو لم يكن التعاقد حاصلًا بأسمه الشخصي وهما حالة العلم بصفة الاسم المستعار وحالة عدم الالتفات إلى صفة المتعاقد. وهذا ما أخذت به القوانين المدنية كالقانون المدني المصري والقانون المدني الليبي والقانون المدني السوري والقانون المدني الأردني.

٩ - تطبيق أحكام عقد الوكالة العادية على العلاقة بين الاسم المستعار والمستعير للاسم والناشئة عن عقد الوكالة المستتر المبرم بينهما، وبذلك فإن حقوق الاسم المستعار والتزاماته الناتجة عن هذا العقد الأخير هي نفس الحقوق والتزامات التي تكون له فيما لو أظهر صفته الحقيقية لمن تعامل معهم.

١٠ - يُضاف إلى التزامات الاسم المستعار (الوكيل المستتر) التي يرتبها عقد الوكالة التزامه بنقل الحقوق التي كسبها بأسمه الشخصي إلى الموكل (المستعير للاسم)، إلا أن المشرع العراقي لم ينص على هذا الإلتزام بالرغم من أهميته في العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل المستتر، فكان الأجدر بالمشرع أن ينص على هذا الإلتزام ولاسيما أنه نص على ما يقابله من التزام الموكل بإبراء ذمة الوكيل مما عقد بأسمه من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة، ولا يكون لنقل الحقوق والالتزامات من الوكيل إلى الموكل أثر رجعي فيعتبر النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت اتفاق الوكيل مع الغير.

ولا يصبح تنفيذ التزام الوكيل متعذرًا إلا إذا تصرف الوكيل بالحق الذي آل إليه بالتعاقد باسم مستعار إلى الغير الحسن النية ويفتصر حق الموكل في مواجهة الغير على الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف وذلك وفقاً لما تقتضي به الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٢٦٤) من القانون المدني العراقي.

١١ - أختلف آراء الفقه القانوني بشأن الطريقة التي يمكن بمقتضاها نقل الحقوق والتزامات من الاسم المستعار إلى المستعير للاسم، فذهب البعض إلى القول بأن هذه الطريقة تتمثل في وجوب إبرام عقد جديد بين الاسم المستعار والمستعير للاسم وذهب البعض الآخر إلى القول بأن عقد الوكالة ذاته ينقل أثر التعاقد.

١٢- يفرق الفقه الإسلامي في آثار التصرف في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه بين حكم العقد وحقوق العقد، فحين نجد أنه لا خلاف بين الفقهاء في الفقه الإسلامي في إنصراف حكم العقد إلى الموكل دون الوكيل في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه، فإن آراء الفقهاء قد اختلفت اختلافاً كبيراً في صرف حقوق العقد وهل تعود للوكيل أم للموكل.

فذهب البعض من الفقهاء إلى أن حقوق العقد تنصرف إلى الوكيل دون الموكل. بينما ذهب البعض الآخر إلى صرف حقوق العقد إلى الموكل دون الوكيل في حالة إضافة الوكيل العقد إلى نفسه.

وقد سار المشرع الأردني على خطى الفقه الإسلامي عندما تبني أحكاماً هي ذات الأحكام التي أوردها الفقه الإسلامي، بشأن صرف حكم العقد إلى الموكل وحقوقه إلى الوكيل في الحالة التي يتعاقد فيها الوكيل باسمه الشخصي دون أن يضيف العقد إلى الموكل. وهذا ما نصت عليه المادة (١١٣) من القانون المدني الأردني.

١٣- اختلف آثار التعاقد غير المشروع بأسم مستعار بحسب ما إذا كان غرض المستعير للأسم من اللجوء إلى التعاقد باسم مستعار هو الإضرار بحقوق الغير كالأضرار بحقوق دائنيه فيكون لهم (الدائنين) الطعن في تصرف مدينهم (المستعير للأسم) بدعوى عدم نفاذ التصرف، أو إذا كان غرض المستعير للأسم هو الغش والتحايل على أحكام القانون فيكون التعاقد باسم مستعار باطلاً كما في شراء عمال القضاء والمحامين وتعامل المحامين في الحقوق المتنازع فيها بأسم مستعار أو موقوفاً على إجازة من قرر التوقف لمصلحته كما في بيع الوكلاء وشرائهم لأنفسهم بأسم مستعار وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المواد (٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦) من القانون المدني العراقي.

١٤- إن القضاء العراقي قد تبني اتجاهين مختلفين في تفسير نطاق منع الوكلاء من شراء الأموال من الموكلين ببيعها بأسم مستعار الوارد في المادة (٥٩٢) من القانون المدني، فتارة نراه يتوسع في نطاق المنع فيجعله يشمل كل تعاقد يتوقع فيه أيثار المصلحة الشخصية للوكيل على مصلحة الموكل وأن لم يلحق الموكل أي ضرر من جراء هذه التعاقد أي بمجرد تعاقد الوكيل مع أحد أولاده أو زوجه أو أقرباء زوجه أو

أحد أصدقائه وبعبارة أشمل مع كل من يعمل لمصلحته.

وتارة أخرى نراه يضيق من نطاق هذا المنع فيتطلب تحقق الضرر في جهة الموكل وإلا لا نكون آزاء تعاقد بأسم مستعار حتى وأن كان التعاقد مع أحد أولاد الوكيل أو زوجه أو أقربائه الخ.

وآزاء هذا التباين في موقف القضاء العراقي، فنحن نقترح تبني الاتجاه الأول في التعامل لأنه يبعد الوكيل عن الشبهة والظنية في التعامل هذا من جهة ومن جهة أخرى أن إثبات الضرر من جهة الموكل ليس بالأمر السهل والميسور في كل الأحوال.

وحسناً فعل المشرع اللبناني في المادة (٣٨١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، عندما أقام قرينة قانونية على أن الشراء بأسم الزوجة أو بأسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء بأسم مستعار ولو وجد مثل هذا النص في القانون المدني العراقي لكان القضاء العراقي بعيداً عن هذا الخلاف.

١٥- أن نص المادة (٥٩٦) من القانون المدني أضيق من نص المادة (٥٩٥) من ناحية وأوسع من ناحية أخرى فهي أضيق لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه المراد شراؤه أي هو من يتولى الدفاع عن هذا الحق وهي أوسع لأنها تقضي بأنه متى ما كان المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه وليس الشراء بأسم مستعار فحسب، إلا أن حكم النصين واحد وهو بطلان الشراء والتعامل بالحق المتنازع فيه ويستوي أن يكون واقعاً على كل الحق أو واقعاً على جزء منه كما يستوي أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه بأسمه الشخصي أو بأسم مستعار أي بأسم كل من يعمل لمصلحته فيستشف من تصرفه هذا التحايل على أحكام القانون الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

وبهذا القدر الموجز اليسير نأتي على خاتمة البحث مبتهلين إلى الله تعالى على حسن التوفيق معتذرين عن أي سهو أو خطأ غير مقصود آملين أن تحظى رسالتنا بالقبول وأن تكون نافعة لرواد الحق ومطبقي الشرع والقانون.

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.