بحث

فى

الصورية بطريق التسخير والتعاقد بطريق النيابة

مصر

خطة البحث

الفصل الاول – الصورية بطريق التسخير

الفصل الثانى - التبايع بطريق النيابة

المبحث الاول :- شروط النيابه بالتعاقد

المبحث الثاني تقسيمات النيابة بالتعاقد

المطلب الاول :- النيابه القانونية

المطلب الثاني :- النيابة الاتفاقية

المبحث الثالث :- تعاقد الشخص مع نفسة أو باسم مستعار

المبحث الرابع :- أشتباة البيع بالوكالة .

الخلاصة (الخاتمة)

الفصل الاول – الصورية بطريق التسخير

تعرف الصورية النسبية بطريق التسخير بأنها صورية تتناول شخص أحد المتعاقدين ويتم التصرف بها لحساب شخص آخر غير من ذكر في العقد، تحايلا على حكم القانون عند وجود مانع قانوني يحول دون إتمام الصفقة لشخص معين(١)، 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 تطبيقا من تطبيقات الصورية النسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار(٢).

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 (٣). وان كل ما بين الفكرتين من تشابه هو أن كلتيهما تنصب 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(٤).

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 وكيلا 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.

١- انظر د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – ج٢ – أحكام الالتزام – بغداد – ١٩٨٠ – ص١٢٢.

٢- أنظر جاك غستان- المطول في القانون المدني- مفاعيل العقد أو آثاره- المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع- لبنان- ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م. ص٦٣٥ – وانظر أيضاً :

-(L.) Aynes et (P.H) Malaurie ،les obligations ،3e ،1992. P362 ed

وانظر في الفقه المصري :

د. أحمد مرزوق - نظرية الصورية في التشريع المصري - القاهرة - مصر - ١٩٥٧م - ص٢٣٦، عبد الحميد الشواربي وعز الدين الدناصوري – الصورية في ضوء الفقه والقضاء- ٢٠٠٣م ،ص٤٨، د. انور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج٢ - أحكام الالتزام - دار المعارف – مصر-١٩٦٢ - ص٧٦، د. سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - مج١ - نظرية العقد والإرادة والمنفردة - مطبعة السلام - مصر - ١٩٨٧ - ص٢٤٠.

٣- أنظر د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير- الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي- ج١- مصادر الإلتزام- بغداد- ١٩٨١م - ص١٢٢-١٢٣، وأنظر كذلك د. شاكر ناصر- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج١- مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٥٩- ص١٤٧.

٤- أنظر د. عبد العزيز المرسي- التعاقد بإسم مستعار- دار النهضة العربية- مصر- ١٩٩٩م – ص٣٠.

٥- أنظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - منشاة المعارف الاسكندرية -٢٠٠٤م - ص٩٧٢ وأنظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم وآخرون - المصدر السابق -ص١٢٣، وانظر أيضا د. شاكر ناصر- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- ج١- مطبعة المعارف- بغداد- ١٩٥٩م - ص١٤٧.

٦- أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق – ص٣٠.

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 (٥).

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 أن يتعاقد أحدهما مع الآخر باسم شخص من الغير وذلك من أجل إخفاء أمرهما من أنهما يتعاقدان معا مباشرة (٦).

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(٧). 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 وفقا لتعليمات معينة من موكله (مستعير الاسم) كما لو حدد هذا الأخير حدا أقصى للشراء فإرادة 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 (٨). إضافة إلى ما تقدم ذكره فإن جوهر فكرة الصورية التعارض بين العقدين الظاهر والخفي بحيث يستحيل تنفيذ هذين العقدين معا وفي نفس الوقت (٩).

ولا وجود لهذا التعارض في التعاقد باسم مستعار، بل بالعكس يوجد تكامل بين عقد الاسم المستعار، والعقد الذي يبرمه هذا الأخير مع الغير. ومن جهة أخرى فإنه لا يوجد اتفاق بين مستعير الاسم (الموكل) والمتعاقد مع الاسم المستعار في التعاقد باسم مستعار ينصب 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 حكما باتفاق التسخير(١٠).

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 الأساسي لإرادة مستعير الاسم، وفي هذا الفرض نكون بصدد صورية نسبية بطريق التسخير أو الاسم المستعار(١١).

٧- أنظر د. عبد العزيز المرسي - المصدر السابق – ص٣٢.

٨- أنظر د. فيصل عبد الواحد – أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد – جامعة الكويت – ١٩٩٧م – ص٢٥٠.

٩- انظر د. شرح القانون المدني – العقود المسماة- ج٦- عقد البيع وعقد المقايضة – تنقيح المستشار محمد علي والمستشار معتز كامل مرسي- ٢٠٠٥م. ص٥٧٧.

١٠- أنظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون – مصدر السابق – ص١٢٢ – ١٢٣

١١- أنظر د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق – ص٣٣.

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 محلا لادعاء المطعون ضده الأول مما تعتبر معه الصورية التي عناها الحكم هي الصورية في شخص المشتري وهي الوكالة المستترة وهذه الصورية النسبية بطريق التسخير...)) (١٢). فيه خلط بين الصورية النسبية بطريق التسخير و التعاقد باسم مستعار.

٢. من حيث الأحكام :- فقد وضعت للصورية بصفة عامة أحكاما 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 أنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه (١٣).

أما بالنسبة للغير، فلهِ أن يتمسك بالعقد الصوري متى توافر شرط حسن النية كما أن له أن يتمسك بالعقد الحقيقي وفقا لمصلحته.

وفي حالة تعدد ذوي الشأن وتمسك البعض منهم بالعقد الظاهر وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي فأن الأفضلية تكون للأوليين وذلك بشرط حسن النية حماية لاستقرار المعاملات ووفقا لقواعد العدالة (١٤).

وأساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا اطمئنانه 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 (١٥).

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 (١٦).

١٢- أنظر نقض مدني في ١٩٨٠/٤/٢٤، مجموعة أحكام النقض س٣١ رقم ٢٣١ – ص١ وأنظر أيضاً الطعن رقم ١٦٥٠ – سنة ٥٥ق – جلسة ١٩٨٦/١١/٢ س٣٧ – ص٨٦٦.

١٣- أنظر المادة ١٤٨ مدني عراقي، المادة ٢٤٥ مدني مصري.

١٤- أنظر المادة ١٤٧ مدني عراقي، المادة ٢٤٤ مدني مصري.

١٥- 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 التعامل 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 – ص٩٨٥ هامش رقم (٣).

١٦- أنظر د. السنهوري – الوجيز في النظرية العامة للإلتزام- منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٤م – ص ٩٨٦.

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

ونحن نتفق مع القول بان فكرة الصورية النسبية بطريق التسخير تختلف تماما عن فكرة التعاقد باسم مستعار بالرغم من أن كلتيهما تنصب 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 مجالا للشك باختلاف الفكرتين عن بعضهما، إضافة إلى ذلك فإن جوهر فكرة التعاقد باسم مستعار هو بقاء اسم الموكل (المستعير للاسم) مستترا 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 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 الصورية النسبية بطريق التسخير إذ يكون الدور الأساس لمستعير الاسم، كل ذلك يجعل من التعاقد باسم مستعار فكرة مختلفة تماما عن فكرة الصورية النسبية بطريق التسخير ولها أحكامها الخاصة بها.

الفصل الثانى - التبايع بطريق النيابة

يتم التعاقد بالبيع بطريق النيابة حيث يباشر البيع نائب عن البائع ويباشر الشراء نائب عن المشتري وقد يتم البيع والشراء عن طريق عن طريق نائبين وتطبق حينئذ القواعد لعامة المنصوص عليها في المواد من ٨١ الي ٩٠ من القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م الخاص بأصدار القانون المدني

المبحث الاول - شروط صحة التعاقد بالنيابة

ويشترط لصحة التعاقد بالنيابة

١. إحلال النائب إرادته محل الأصيل .

٢. وصدور إرادة النائب في حدود نيابته .

٣. و إبرام التعاقد باسم الأصيل ، لا باسم النائب أي وجوب ذكر النائب أنه يتعاقد

بصفته نائباً عن الأصيل .

ففي النيابة تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل فالتصرف القانوني وإن كان ينتج أثره المباشر في حق الأصيل ، إلا أنه يبرم مع ذلك بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل .

ويشترط لتحقيق النيابة أثرها ، أن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

المبحث الثاني - تقسيمات النيابة بالتعاقد

وتنقسم النيابة من حيث مصدر سلطة النائب

إلى نيابة قانونية وأخرى اتفاقية

والنيابة القانونية مصدرها نص القانون كما هو الحال في نيابة الولي (الأب أو الجد الصحيح) والوصي والقيم ووكيل الغائب ووكيل دائني التاجر المفلس (السنديك) فالقانون هو الذي يقرر النيابة في مثل هذه الحالات كما يحددها نطاقها .

أما النيابة الاتفاقية فمصدرها الاتفاق المبرم بين الأصيل والنائب كما هو الحال في الوكالة ، فيحدد عقد الوكالة سلطة الوكيل

والتي سنوالى تفصيلها علي النحو الاتي :-

أ. التبايع عن طريق الولي

الولي هو أبو القاصر أو جده وقد تتسع ولاية الأب عن ولاية الجد بالتفصيل الأتي:-

تقضى المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢(قانون الولاية على المال-في مصر) بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر أو في محله التجاري أو في أوراقه المالية إذا زادت قيمة أي منها على ثلاثمائة جنية إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة في هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة.

وتقضي المادة الثامنة من القانون السابق بأنه [لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تتجاوز قيمتها ثلاثمائة جنية ، إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من موروث أوصى بألا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث] .

وتقضي المادة ١٣ بأنه [لا تسري القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أم مستترا ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال] .

هذا كما نص القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ م الخاص بأصدار القانون المدني القطري في المادة رقم ١٢٦علي أنة :-

[التصرفات الصادرة من الاولياء والاوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يقرها القانون].

ويستفاد من النصوص السابقة أن للأب أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقا مالية أو محلا تجاريا ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، فيجب الحصول على إذن محكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلاثمائة جنية .

أما عقارات القاصر فيجوز للأب أن يتصرف فيها بدون أذن من المحكمة إذا كانت قيمتها لا تزيد عن ثلاثمائة جنية أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع وإلا فيجب الحصول على إذن المحكمة .

وإذا كانت الأموال عقارات أم منقولات أياً كانت قيمتها قد ورثها القاصر من مورث أوصى بألا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث ، عندئذ يجب الحصول على إذن المحكمة .

أما الجد فطبقاً لقانون الولاية على المال لا يجوز له التصرف في مال القاصر منقولاً أو عقاراً إلا بأذن محكمة .

ب . التبايع عن طريق الوصي والقيم والوكيل عن الغائب :-

لا يجوز للوصي أن يتصرف في أموال القاصر عقاراً أم منقولاً إلا بإذن من المحكمة ، وسواء أكان التصرف بيعا أم شراء .

كما لابد من الحصول على إذن خاص إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو باع ماله للقاصر ويطلب تعيين وصي خاص للتعاقد معه .

وتسري هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب .

على أنه يلاحظ أن هناك أنواعاً من أعمال البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ولذلك للوصي ومن في حكمه أن يباشرها دون حاجة إلى إذن من المحكمة ،كبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم لاحتياجات القاصر .

تعاقد الشخص مع نفسه بالبيع والشراء

يكون تعاقد الشخص مع نفسه في إحدى صورتين :-

أما أن يتعاقد لحسابه الخاص بائعاً أو مشترياً مع نفسه بصفته نائباً عن العاقد الآخر ، وأما أن يتعاقد لحساب غيره بائعا ومشتريا وينوب في التعاقد عن كلا الطرفين .

وتنص المادة ١٠٨ مدني من القانون المصري على أنه :-

[لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل] .

كما تنص المادة ٨٨ من القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م الخاص بأصدار القانون المدني القطري علي أنة :-

[لا يجوز للنائب أن يتعاقد باسم الاصيل مع نفسة ، أو لحساب شخص آخر ،إلا بأذن من الأصيل ، وإلا كان التصرف غير نافذ في حق الأصيل ما لم يقره ، وذلك كله ما لم يقضي القانون أو العرف بغيره] .

وترتيباً علي ما سبق بيانة فأن للاصيل أجازة عمل الوكيل ويكون الاصيل بذلك

قد أجاز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالف ما يقضي به القانون أو قواعد التجارة العالمية.

ويتبين من هذا النص عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في كلتا صورتيه اللتين تقدمت الإشارة إليهما وأن هذا الأصيل ترد عليه استثناءات بنص القانون أو بمقتضى قواعد التجارة .

وقد طبق المشرع المصري هذا الأصل في المواد ٤٧٩ من القانون المدني المصري حيث نص على إنه :-

[لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه أو باسم مستعار . ولو بطريق المزاد العلني . مانيط به بيعه بموجب هذه النيابة مالم يكن ذلك بأذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه في قوانين أخرى].

وفي المادة ٤٨٠ من القانون المدني المصري نص على أنة :-

[لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أو باسم مستعار] .

وفي المادة ٤٨١ من القانون المدني المصري نص على أنة :-

[يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه] .

ويعتبر كذلك تطبيقاً لهذا الأصل ما نص علية القانون في ضرورة أن تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك في أحوال معينة منها حالة ما [إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصي] وفي حالة [إبرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصي أو أحد المذكورين فيما تقدم] .

ومن الاستثناءات التي أوردها الفقة علي سلطه الوصى أنة يجوز [للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك] ، أي أن هذه القاعدة قلبت القاعدة الأصلية فيما يتعلق بالأب وحده . دون الجد أو الوصي أو القيم .

فجعلت الأصل بالنسبة إليه جواز التعاقد مع نفسه ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وما نصت عليه المادة ٣٩ فقرة (٥) من القانون المدني المصري من جواز إيجار الوصي مال القاصر لنفسه بأذن المحكمة.

ومن الاستثناءات التي جرت بها قواعد التجارة جواز مباشرة الوكيل بالعمولة عقد البيع عن طرفيه معاً .

وفيما عدا الاستثناءات التي وردت بشأنها نصوص خاصة أو جرت بها قواعد التجارة لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه ويكون جزاء هذه المخالفة ليس البطلان المطلق لأن النص يسلم بإمكان إجازة العقد من الأصيل ولأن الإجازة لا ترد على العقود الباطلة وليس البطلان النسبي لأن إجازة العقد الباطل

بطلاناً نسبياً لا تكون إلا من أحد طرفيه اللذين اشتركا في إبرامه و أنما هو وقوع العقد تاماً في حق الأصيل الذي يضار منه بحيث يفترض في إبرامه فرضا قابلا لإثبات العكس أنه مجاوز لحدود النيابة ، أي أن العقد يكون موقوفا على إقرار هذا الأصيل فإن أقره نفذ في حقه وإلا لم ينتج أثره .

وهذا هو المقصود بالإجازة التي ورد ذكرها في المادتين ١٠٨ و ٤٨١ المشار إليهما فيما تقدم .

المبحث الثالث – التعاقد بالبيع أو الشراء باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر أو مع احتفاظ المشتري بحق إحلال غيره محله في أجل معين

يكون التعاقد باسم مستعار أو بواسطة شخص مسخر إذا فوض الموكل الوكيل في أن يبيع عنه أو يشتري له شيئا معينا دون أن يذكر اسمه (أي أسم الموكل) في العقد .

ففي هذه الحالة تطبق أحكام الصورية النسبية فيكون الشخص المسخر في علاقته بمن تعاقد معه بالبيع أو الشراء هو العاقد الذي تنتقل إليه ملكية المبيع أو ينشأ في ذمته الالتزام بالثمن . ويكون هو كذلك أيضا بالنسبة إلى الغير . أما في علاقته بموكله فيكون هذا الأخير هو الذي ينصرف إليه أثر العقد فيصبح هو المالك للمبيع أو الملزم بالثمن دون حاجة إلى صدور تصرف جديد بنقل الملكية إليه من المسخر و لا إلى صدور تعهد جديد منه بالتزامه بالثمن ، أي أن أحكام الوكالة المستترة وهي العقد الحقيقي الذي يكشف صورية الاسم المستعار هي التي تسري فيما بين الشخص المسخر وموكله .

وكما يجوز للمسخر أن يرجع على الأصيل بالثمن الذي دفعه للبائع يجوز للأصيل أن يرفع على المسخر دعوى تثبيت الملكية استنادا إلى الوكالة المستترة و إلى عقد الشراء الذي أبرمه المسخر بناءا عليه .

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية أن [من يعير اسمه ليس إلا وكيلاً عمن أعاره إياه].

وحكمه هو حكم كل وكيل ، فيمتنع عليه قانوناً أن يستأثر لنفسه بشئ مما وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله .

ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكالته مستترة ، وهذا 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 شيئا ولا يكون له أن يتحيل بأي وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه ، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية لأصيل فيما بينه وبين وكيله ولو أنها تكون للوكيل معير الاسم فيما بينه وبين البائع والغير . ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل المسخر من ملكية ظاهرة

في مواجهة الكافة فإنها ملكية صورية بالنسبة إلى الأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما .

وينتج من هذا أن الأصيل لا يحتاج - لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد من الوكيل ينقل به الملكية إليه إذ يعتبر الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة إلى أي إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء في علاقة الأصيل بالغير .

[فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقدا جديدا ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لإمكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالي إلى الموكل ، والقضاء بمحو هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل ومن ثم يكون الحكم بقضائه هذا قد حال دون تنفيذ مقتضى القانون وما أراده من أن تكون الملكية للأخير فيما بينه وبين الوكيل وليس للبائع] .

وفيما يتعلق بالشراء مع الاحتفاظ بحق المشتري في إحلال غيره محله في أجلٍ معين قرر الفقة أن إقرار المشتري الظاهر في تاريخ لاحق لعقد البيع بأنه لم يكن في هذا العقد إلا أسمًا مستعارا لغيره ، وإن كان يصلح للاحتجاج بما حواه على المقر نفسه وعلى ورثته بوصفهم خلفا عاما له في كسب المشتري المستتر للحقوق الناشئة عن العقد وإسنادها إليه مباشرة دون حاجة إلى تصرف جديد ، على افتراض أن معيد الاسم هو في حكم الوكيل عنه ، إلا إنه يشترط لإعمال هذا الحكم أن يتفق في العقد على حق المشتري في اختيار الغير .

فإذا لم يتفق على ذلك أو إذا لم يعمل المشتري حقه فيه أو أعمله بعد الميعاد المتفق عليه مع البائع فإن الافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة وإذا كان الثابت في الدعوى أن المشتري لم يتفق مع البائعين على حقه في اختيار الغير ، لا في عقد البيع ولا في الطلب الذي قدمه إلى مأمورية الشهر العقاري ، فإن الحكم المطعون فيه إذا أعتمد على هذا الطِلب . الذِي ذكر فيه المشتري أن البيع النهائي لصالح القاصر المشمول بولايته .في اعتبار عقد البيع صادرا مباشرا إلى هذا الأخير ،

وقضى برفض دعوى الطاعنين بصحة صدور هذا العقد إلى مورثهم رغم إنه المشتري الذي وقع على العقد باسمه ولحسابه فإنه يكون قد خالف القانون .

وقد أوضحت محكمة النقض هذا الفرق بين الوكالة في الشراء وبين الشراء باسم مستعار حيث قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ ٩ مارس ١٩٥٠ أن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي ترتبت على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير غير جار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة و الأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تنافرا ، فإسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه هي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير كلها تخالف أحكام الوكالة تماما .

ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول وهو أهم ما يقصدٍ من شرط اختيار الغير إلى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير ، إلا إن ذلك ليس إلا مجازا مقصودا على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع ، أما قبل ذلك أو إذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة.

ويخلص من ذلك إنه يشترط لترتيب آثار احتفاظ المشتري بحق إحلال غيره محله بحيث توجد العلاقة القانونية بين هذا الغير والبائع ثلاثة شروط :-

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

٢ . أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على مدة يعلن خلالها المشتري اسم من اشترى له الصفقة أي الشخص الذي يحل محله فيها باعتبارها معقودة أصلا لحسابه .

٣ . أن يعلن المشتري في خلال هذه المدة اسم من اشترى له الصفقة ، فإذا توافرت

هذه الشروط انصرفت آثار البيع إلى المشتري المستتر مباشرة دون حاجة إلى

إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر فإذا لم تتوافر هذه الشروط كلها أو بعضها

كأن لم يشترط المشترى في عقد شرائه ذاته احتفاظه بهذه الرخصة ، أو لم يحدد لاستعمالها مدة معينة ، أو لم يستعملها إلا بعد انقضاء المدة المعينة لذلك سقط حقه في استعمالها ولزمته الصفقة شخصيا بكل ما يترتب عليها من الآثار التي ينشئها البيع في ذمة كل من البائع والمشتري .

المبحث الرابع – أشتباه البيع بالوكالة

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بمقتضاة بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل

(المادة ٧١٧ من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م)

ويقع الاشتباه بين البيع والوكالة إذا كان من يقوم بعمل قانوني لحساب آخر يستطيع أن يدعي لنفسه حقا على المال محل هذا العمل القانوني كما إذا تكفل أحد سماسرة الأقطان ببيع محصول زراعة أحد عملائه لحساب ذلك العميل فأخذ منه مبايعة عن ذلك المحصول حتى يسهل عليه بيعه . أو إذا حول الدائن حقه إلى شخص أخر ليتولى مطالبة المدين . في هذه الأحوال يكون المعول عليه في تكييف العقد قصد العاقدين ، فإذا اتجهت إرادتهما إلى أن ينقل المالك حقه إلى الطرف الأخر بحيث يصبح هذا مالكا حقيقيا لهذا الحق فالعقد بيع وإلا فهو وكالة .

وأهمية تكييف مثل هذا العقد بأنه بيع أو وكالة تظهر بصفة خاصة من الناحية الجنائية إذ أن عقد الوكالة من عقود الأمانة فيعتبر تصرف الوكيل فيما عهد به إليه على سبيل الوكالة . على خلاف ما خولته إياه الوكالة خيانة أمانة تستوجب العقوبة المقررة لهذه الجريمة ، في حين أن البيع ليس من عقود الأمانة ولا يعاقب المشتري إذا ما تصرف فيما سلم إليه باعتباره مبيعا إليه ويستنبط اتجاه إرادة المتعاقدين إلى البيع أو الوكالة من عبارات العقد وظروفه وملابساته والقرائن التي أحاطت به .

فالاتفاق على أن يقوم من تسلم الشئ ببيعه على أن يأخذ لنفسه نسبة معينة من الثمن الذي يبيع به يرجح أن يكون العقد وكالة وكذلك إذا حدد صاحب الشئ السعر الذي يجب على من تسلمه أن يبيعه به .

ويستفاد ذلك أيضا من احتراف الشخص الذي تسلم الشئ لبيعه الوكالة بالعمولة .

أما إذا اتفق على أن يدفع من تسلم الشئ مبلغاً محدداً لمالكه بغض النظر عن الثمن الذي يتمكن من البيع به مع الاحتفاظ بحقه في رد الشئ دون دفع الثمن المتفق عليه إذا لم يتمكن من بيعه فإن ذلك يرجح أن يكون العقد بيعا مقترنا بشرط فاسخ هو عدم تمكن المشتري من بيع الشئ إلي الغير .

خاتمة

الوكالة في البيع يحدد مصدرها القانون أو الاتفاق والاكثر شيوعاً في الجانب العملي هو الاتفاق حيث هو ما تثور فية المشاكل القانونية غالبا لما قد يثيرة تجاوز الوكيل لحدود الوكالة سواء للموكل أو للغير .كثير من الناس خاصة الذين يعملون في القطاع الخاص ويديرون مشاريع كبيرة لا يمكنهم القيام بجميع شؤنهم المالية والقانونية وهناك اشخاص يمرون بحاله افلاس المؤسسة وهي الحالة التي يمنع على اصحابها ادارتها بانفسهم وكذلك هناك اشخاص لا يمكنهم رعاية انفسهم بسبب صغر سن او غيبه فالقانون ففي مثل هذة الحالات يكون الشخص بحاجة لنائب يباشر تصرفاته القانونيه وفي بحثي هذا اتناول النيابه في التعاقد وتعريفها ومضمونها واقسامها وآثارها واخيرا انتهاء النيابه.

يمكن تعريف النيابه :-

بانها حلول ارادة شخص (وهو النائب) ، محل ارادة شخص آخر (وهو الاصيل) ، في ابرام تصرف قانوني تنصرف آثاره الى ذمة الاصيل ، لا الى ذمة النائب

فوائد النيابة :-

يسمح باقامة اشخاص ينوبون عن ناقصي الاهلية وعديمها فيحلون محلهم في التصرفات القانونية.

ييسر لأي شخص ان يعقد العقد بواسطة غيره الذي تمنعة ظروف خاصة من ذلك كبعده او غيبته او قلة تجربته او كثرة اعمالة ومشاغلة .

تنقسم النيابة

١ – نيابه قانونية :

وتتحقق عندما يخول القانون شخصا معينا سلطة النيابه عن غيرة .

منهـا نيابة الولي الشرعي عن ابنائه القصر ؛ "والولي هو الاب او الجد الصحيح والجد الصحيح هو اب الاب" .

٢– نيابه اتفاقية :

(ارادية) اذ يعين النائب بارادة الاصيل ،

كما في الوكالة .

٣– نيابة قضائية :

اذ يعين القاضي النائب ،

كنيابه الوصي أو القيم أو الحارس القضائي

والقضاء هو الذي يختارهم.

– نجد في النيابة شخصا يعبر عن ارادته باسم غيره ولحساب هذا الغير.

ولكن آثار التصرف لا تضاف اليه وانما الى هذا الغير.

وبذلك يكون النائب طرفا في التصرف (في العقد مثلا) ولكن لا يكون طرفا في العلاقة الناشئة عن هذا التصرف .

شروط تحقق النيابة

وهنا يقتصر دور النائب على على ابرام هذا العقد واما آثارة العقد فتؤول الى ذمة الاصيل كما لو كان هو الذي تعاقد شخصيا .

١. ان تحل ارادة النائب محل ارادة الاصيل:

في التعاقد بطريفه النيابة تكون العبرة بشخص النائب لا بشخص الاصيل في اعتبار عيوب الرضا او اثر العلم والجهل ببعض الظروف الخاصة.

ومع ذلك اذا نشاة النيابة بمقتضى اتفاق وتصرف النائب وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الاصيل فانه لا يجوز لهذا الاخير في حدود تنفيذ تعليماته ان يتمسك بجهل نائبه امورا ان يعلمها هو او كان مفروضا فيه ان يعلمها . ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضا الاصيل من عيوب.

٢. ان يكون التعامل باسم الاصيل:

، لا باسم النائب ان لم يظهر النائب وقت ابرام العقد انه تعاقد باسم الاصيل فان المتعاقد معه لا يجبر على اعتبارالعقد قائما بينه وبين الاصيل الا اذا كان يعلم او كان مفروضا فيه ان يعلم ان التعاقد قد حصل بطريق النيابة او كان يستوي عنده ان يكون التعاقد حاصلا مع النائب او الاصيل.

٣. ان تجري ارادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة :

اذا ابرم شخص عن اخر عقد بغير نيابة عنه او كان تجاوز بابرامه حدود نيابته فان اثار هذا العقد لا تنصرف الى الاصيل الا اذا حصل اقراره وفقا للقانون . فذا لم يصل اقرار التصرف كان للمتعاقد الاخر ان يرجع على من اتخذ صفة النيابة او تجاوز حدودها بغير عذر مقبول بالتعويض عن الضرر الناجم له ما لم يكن يعلم بانتفاء النيابة او تجاوز حدودها او كان مفروضا فيه ان يعلم.

علاقة النائب لمن تعاقد معه :

ليس للنائب بصفته الشخصية ان يطالب بحق في مواجهة الطرف الاخر ولا يلتزم بأي التزام يرتبه العقد (ينتهي دوره ولا يكون طرف في المعاملة).

علاقة النائب بالاصيل

علاقه قانونية : النص القانوني هو الذي يحدد العلاقة في النيابة القانونيه.

علاقة اتفاقية : العقد هو الذي يحدد الصلاحيات التي يمنحها الاصيل بالنيابه.

علاقة الاصيل بالغير الذي تعاقد معه النائب

هم اطراف العقد الذي ابرمه النائب

أنتهاء النيابة

اذا انتهت النيابة لاي سبب من الاسباب فقد النائب سلطته ولايمكنه بعد ذلك ابرام اي تصرف نيابة عن الاصيل.

ويلتزم النائب بعد انتهاء نيابته ان يرد جميع ما يكون قد تسلمه من الاصيل بشان النيابه .

هذا وقد أوجز القانون المدني القطري التزامات الوكيل في المواد ٧٢٢ من القانون المدني وحتي المادة ٧٢٨

ومن أهمها المادة ٧٢٢ حيث نص فيها علي أنه :-

١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢- علي أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متي كان من المستحيل عليه أخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب عليها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق علي هذا التصرف وعلي الوكيل في هذة الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجة عن حدود الوكالة .

المراجع

١- الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة - المجلد الأول

عقد البيع (تأليف /د : سليمان مرقس)

٢ . شرح العقود المسماه في عقدي البيع والمقايضة

د/ رمضان أبو السعود .

٣- الوجيز في شرح القانون المدني أنور طلبه

٤- الموسوعة الجامعة فى التعليق على القانون المدنى

الأستاذ / قمر موسى – المحامى

٥- الوسيط في شرح القانونالمدنى

الاستاذ عبد الرازق السنهوري تلقيح الاستاذ مدحت البراغي

٦ -الوجيز في نظرية الالتزام في مصادر الالتزام.

محمود جمال الدين زكي

٧- النظريه العامة للالتزامات

عبد المنعم البدراوي