

التعاقد باسم مستعار

د. إيمان طارق الشكري
كلية القانون – جامعة بابل

المقدمة

أن للفرد حرية التصرف في امواله بنفسه، فله ان يبرم ما يشاء من عقود في حدود ما تسمح به قواعد النظام العام او الاداب. ولكن قد توجد ظروف معينة تجعل مباشرة الفرد لهذه التصرفات بنفسه امراً مرهقاً او مستحيلاً في بعض الاحيان، لذلك قد يلجأ الفرد الى ابرام التصرفات القانونية عن طريق الوكالة. وفيها يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل، وإذا كان الوكيل يعمل دائماً لحساب الموكل فليس من الضروري ان يعمل باسمه اي باسم الموكل فقد يعمل الوكيل باسمه الشخصي وهو ما يصطلح على دعوته بالاسم المستعار ويلجأ الموكل الى اتخاذه اسماً مستعاراً تحقيقاً لأغراض متعددة منها ما هو مشروع متمثلاً بنجاح التعاقد وتماحه ومنها ما هو غير مشروع متمثلاً بالتحايل على احكام القانون. ولا يكفي لئن نكون ازاء تعاقد باسم مستعار ان يكون المتعاقد مع الغير وكياً يعمل لحساب موكله وباسمه الشخصي بل يشترط ايضاً ان يكون الغير جاهلاً بصفة الوكيل وبهذه الشروط يمكن ان نميز بين التعاقد باسم مستعار واوضاع قانونية اخرى تختلط معه في المفهوم بحيث يصعب التمييز بينهما كالتقرير بالشراء عن الغير والصورية بطريق التسخير.

واذا كان الاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء في علاقته مع الموكل فانه يتميز باحكام خاصة في علاقته مع الغير لانه اصيلاً في مواجهة الغير لا وكياً يعمل لحساب الموكل الامر الذي يثير مشكلات متعددة في الواقع العملي اهمها مدى التزام الوكيل تجاه الغير ومدى حق الغير الذي يجهل صفة الوكيل في الرجوع على الموكل، مدى التزام الوكيل بنقل اثار التصرف الى الموكل، واثر امتناع الوكيل بتنفيذ هذا الالتزام وما هو حق الموكل في حالة تصرف الوكيل بالحق الذي آل اليه بالتعاقد باسم مستعار الى الغير. هذا فضلاً عما يثيره الموضوع من مشكلات اخرى لاسيما اذا كان القصد من استتار الموكل باسم مستعار هو التحايل على احكام القانون كما هو الحال في بيع الوكلاء وشراءهم لانفسهم دون اجازة الموكل وشراء عمال القضاء والمحامين للحقوق المتنازع فيها وتعامل المحامين بهذه الحقوق باسماء مستعارة، فكل من ذلك يحتاج الى نصوص قانونية تتضمن الحلول المناسبة لها الا ان المشرع لم ينظم الا بعضاً منها

بأحكام المادة ٩٤٣ الواردة في باب الوكالة والمواد ٥٩٢، ٥٩٥، ٥٩٦ الواردة في باب البيع، ف لأهمية الموضوع العملية والقصور التشريعي بشأنه أرتأينا ان نبحت هذا الموضوع في مبحثين نخصص الاول منهما لمفهوم التعاقد باسم مستعار والثاني لاحكام التعاقد باسم مستعار وسنكرس له مطلبين نوضح في الاول أحكام التعاقد المشروع باسم مستعار ونتحدث في الثاني عن : أحكام التطبيقات التشريعية للمنع من التعاقد باسم مستعار فاذا ماتم لنا بحث ذلك ننتهي الى خاتمة نضمنها اهم النتائج التي نتوصل اليها في هذا البحث.

المبحث الاول

مفهوم التعاقد باسم مستعار

الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل ولكن ليس معنى ذلك ان يقوم به حتماً باسم موكله، إذ قد يفوض الموكل وكيله في عقد الوكالة بالقيام بالتصرف باسمه الشخصي ودون ذكر علاقته بالموكل ذلك الامر قد يتحاشى الموكل إعلانه سواء أكان عن دافع ادبي او تهرباً من ضرائب او حجز عن دين مستحق الإداء او ما شابه ذلك، فالموكل الذي لا يرغب باعلان شخصه للغير ويبغي التعاقد باسم وكيله تحقيقاً لمصلحته انما يستعير اسم وكيله فيسمى العقد هنا بعقد الاسم المستعار^(١)، ولان الموكل قد سخر الوكيل باجراء العقد بنفسه دون ذكر اسم موكله فيسمى العقد ايضاً بعقد التسخير، فالتعاقد باسم مستعار ما هو الا ضرب من عقد الوكالة ينجز به الوكيل التصرف القانوني المكلف به باسمه الشخصي مع الغير او لدى الجهة المختصة دون ذكر عائدية ذلك لموكله وبهذا تتجرد الوكالة عن النيابة وينصرف اثر العقد الى الوكيل مباشرة سواء أكان دائناً او مديناً ولا يضاف الى الموكل، وعلى ذلك يشترط لتكون ازاء تعاقد باسم مستعار تحقق ثلاثة شروط هي :-

اولاً: ان يكون المتعاقد مع الغير وكياً

لايكون المتعاقد مع الغير متعاقداً باسم مستعار (مُسَخَرًا) مالم يكن مرتبطاً بعقد وكالة مع الطرف الاخر وهو (المُسَخِر) ، فالتعاقد باسم مستعار (التسخير) ينطوي على

(١) ومما تجدر الإشارة اليه أن نظام الأصل المكتوم في القانون الانكليزي يمثل مرحلة الى الأمام في نظام الاسم المستعار الذي تعرفه القوانين اللاتينية وكذلك الجرمانية. ففي نظام الأصل المكتوم، يتعاقد النائب باسمه الشخصي مع الغير، ثم يظهر بعد ذلك أنه اراد التعاقد نيابة عن الغير، وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد، وان الغير الذي تعامل معه انما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفة نائب. فان الأصل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذي تعاقد معه النائب علاقة مباشرة، ويسري في حقه العقد الذي باشره نائبه. انظر - د. عبد الرزاق السنهوري- نظرية العقد - بيروت - لبنان - المجمع العلمي العربي الاسلامي - خال من التأريخ - ص ٢١٨ - هامش (٥).

عقد وكالة بين المسخر (الموكل) و المسخر (الوكيل)، وعقدين آخرين الاول : الذي ابرمه المسخر مع الغير والثاني الذي ابرمه المسخر مع الموكل^(١) .

ومن هنا يمكن التمييز بين التعاقد باسم مستعار وبين الصورية بطريق التسخير: والتي تعني اخفاء اسم احد المتعاقدين تحت اسم شخص لآخر تحايلاً على حكم القانون عند وجود مانع قانوني يحول دون اتمام الصفقة لشخص معين^(٢) . فاذا كان كلاً من التسخير باسم مستعار والصورية بطريق التسخير يرد على شخص احد المتعاقدين ويكون التصرف في كل منهما لمصلحة شخص آخر غير من ذكر في العقد، فانهما يفترقان من حيث : ان المسخر في الاسم المستعار يتعاقد مع شخص يكون جاهلاً بالتسخير لمصلحة شخص ثالث هو موكله اي موكل المسخر، في حين ان المسخر في الصورية يبرم العقد مع شخص متواطئ معه لمصلحة شخص ثالث يعلم بالتسخير، وعليه فان المسخر في الاسم المستعار يبرم ثلاثة عقود جدية: الاول عقد الوكالة - وهو معيار التمييز - ويبرمه مع موكله والثاني عقد يبرمه لحساب موكله باسمه فينقل به اثر التصرف اليه والثالث يبرمه مع موكله لينقل اليه اثر التصرف ، اما المسخر في الصورية فيبرم عقدين بالاضافة الى ورقة الضد تنتقل اليه باحدهما ملكية الشيء لينقلها بالعقد الاخر الى الممنوع من التعاقد من دون ان يكون بينهما عقد وكالة بين المسخر والمسخر^(٣) .

ثانياً : ان يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي ولحساب الموكل

في التعاقد باسم مستعار يجري الوكيل التصرف القانوني المنشود لحساب الموكل شأنه شأن سائر الوكلاء الا انه يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي بدلاً من اسم

(١) انظر بهذا المعنى د.السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مج ١ - البيع والمقايضة - القاهرة - دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٦٠ م - ص ٣٢.

(٢) د.عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ - احكام الالتزام - بغداد - ١٩٨٠ - ص ١٢٢.

(٣) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون - المصدر السابق - ص ١٢٢-١٢٣.

موكله^(١). وهذا الشرط ما يميز التعاقد باسم مستعار عن اوضاع قانونية اخرى تختلط معه في المفهوم منها.

١ - النيابة الظاهرة

تحقق النيابة الظاهرة اذا وجدت ظروف توحى بثبوت صفة النيابة لشخص عن آخر، فتعاقد الغير مع النائب بحسن نية على هذا الاساس فان العقد الذي ابرمه النائب تنصرف اثاره الى الاصيل^(٢) أي أن الاصيل يرتبط بعمل النائب بالرغم من انعدام الوكالة، فتوجد بذلك النيابة من دون الوكالة، وهذا بخلاف التعاقد باسم مستعار إذ تنجرد فيه الوكالة عن النيابة، طالما ان الوكيل يعمل باسمه الشخصي لا باسم الموكل.

٢ - التقرير بالشراء عن الغير

وله صور متعددة في الواقع العملي اقر بها الى التعاقد باسم مستعار هي الصورة التي يريد فيها شخص شراء شيء معين، ولكنه لا يريد ان يظهر نفسه مشترياً، اما لعدم رغبته في ذبوع الخبر لسبب خاص به، واما لخشيته من ان البائع اذا علم انه هو المشتري يطلب ثمناً عالياً لعلمه ان للمشتري مصلحة أو حاجة ملحة لاتمام هذه الصفقة . فيعمد من يرغب في الشراء الى اخفاء اسمه، ويكلف صديقاً أو وسيطاً ان يقدم هو لشراء الشيء على ان يشترط لنفسه حق التقرير بالشراء عن الغير^(٣).

وبذلك يشترك التقرير بالشراء عن الغير مع التعاقد باسم مستعار في ان الوكيل في كليهما لا يعلن اسم الموكل. ولكن الوكيل في التقرير بالشراء عن الغير يعلن انه يشتري لنفسه او لغيره، وقد يحتفظ بالصفقة لنفسه وعند ذلك يكون اصيلاً في الشراء لا وكيلاً، وقد يعلن اسم شخص في الميعاد المحدد يضيف اليه هذه الصفقة وعند ذلك يكون

(١) انظر د. السنهوري- الوسيط- ج ٧ مج ٢ - القاهرة- دار النهضة العربية- ١٩٦٤م - ص ٣٧٣، ص ٥٧٦-

٥٧٧ هامش ٣- ، وبهذا المعنى انظر د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - مصادر

الالتزام - الفجالة - مطبعة نهضة مصر - ١٩٥٤ م - ص ٢٢٩، ٢٢٦.

(٢) انظر د. اسماعيل غانم - مصادر الالتزام- مصر - مكتبة عبد الله وهبة- ١٩٦٦م - ص ١٦٧-١٦٨.

(٣) انظر في ذلك د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ١٨٢.

وكيلاً عن هذا الشخص في الشراء وكالة نيابية. اما في التعاقد باسم مستعار فالوكيل يشتري حتماً لحساب غيره. ويلتزم بنقل الصفقة الى هذا الغير، ولا يستطيع ان يحتفظ بها لنفسه. وعلى ذلك فالمقرر بالشراء عن الغير اما ان يكون اصيلاً في الشراء واما ان يكون وكيلاً وكالة نيابية، في حين ان المسخر في التعاقد باسم مستعار يكون دائماً وكيلاً وكالة غير نيابية^(١).

ثالثاً : جهل الغير بعقد الوكالة المستتر

يستفاد هذا الشرط من نص المادة / ٩٤٣ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها : "اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلاً، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل . فله ان يرجع على اي من الموكل او الوكيل ولأيهما ان يرجع عليه"، كما يستفاد هذا الشرط من قضاء محكمة التمييز بهذا الشأن، اذ ذهبت في قرار لها الى أن: "الوكالة العامة التي اعطاها المميز الشخص الثالث خولته ببيع الارض لمن يشاء وبالبذل الذي يراه مناسباً وان الاخير تعاقد مع المميز عليه على بيعها له وانه لم يصف التعاقد الى موكله في متن العقد الا ان الوقائع التي اشارت اليها المحكمة في حكمها المميز من انذارات متبادلة بين المدعي والمدعى عليه والشخص الثالث اي من المميز ومن الشخص الثالث للمدعي والاستشهاد الصادر من دائرة الطابو اضافة لعقد الوكالة من المدعى عليه للشخص الثالث المخول فيها ببيع الارض كما اشير الى ذلك اعلاه كلها تؤيد ان عقد البيع وقع للمدعى عليه الموكل وبعلمه وعلم المدعي (المشتري) فتوافرت معه شروط المادة ٩٤٣"^(٢).

(١) انظر د.السنهوري - الوسيط ج٧- مصدر سابق - ص٦٢٢-٦٢٣ - هامش (٤).

(٢) القرار رقم ٩٢١ / مدنية ثانية / ١٩٧٤ في ٢٢ / ١ / ١٩٧٥ منشور في مجلة الاحكام العدلية - ١٤ - السنة السادسة - ١٩٧٥ - ص ١٠٠.

اما عن موقف القانون المدني المصري ، فنجد ان المادة (١٠٦) منه تنص على انه : "اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً، فان اثر العقد لا يضاف الى الاصيل، دائناً او مدينأ، الا اذا كان من المفروض حتماً ان من يتعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده ان من يتعامل مع الاصيل او النائب" وبصدد تفسير عبارة - الا اذا كان من المفروض حتماً ان من يتعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة- الواردة في هذه المادة، ذهب بعض الفقه المصري الى التمييز بين فرضين الاول: ان يكون الغير، وهو يتعاقد مع الوكيل المسخر ويعلم انه وكيل لا أصيل يقصد التعاقد مع الموكل لا مع الوكيل، وفي هذه الفرض يتعامل الوكيل باسمه الشخصي اما الغير فيتعامل لحساب الاصيل، فتسري احكام الوكالة النيابية وتضاف حقوق العقد والتزاماته الى الموكل لا الى الوكيل المسخر، واما الفرض الثاني فهو ان يكون الغير يقصد التعاقد مع الوكيل المسخر لا مع الموكل، وذلك بالرغم من علمه بان من يتعاقد معه هو وكيل لا أصيل، وفي هذا الفرض لا يكون الوكيل المسخر نائباً عن الموكل وتضاف اليه حقوق العقد والتزاماته، ولا يرجع الغير على الموكل مباشرة كما لا يرجع الموكل على الغير، ولا يعترض على هذا بان الغير يعلم بان الذي يتعاقد معه وكيل لا أصيل، لان هذا العلم لا يمنع من ان تضاف حقوق العقد والتزاماته الى الوكيل المسخر دون الموكل^(١).

بينما ذهب البعض الاخر الى ان العلم الذي تكتفي به المادة ١٠٦ لكي تتصرف اثار العقد الى الاصيل ليس مجرد العلم بصفة الوكيل هذه اي بكونه وكيلأ معيراً اسمه، يتعاقد لحساب غيره، بل هو العلم بالنيابة ولن يتحقق ذلك الا اذا كانت نية الوكيل قد انصرفت الى توجيه اثار العقد الى الموكل، وعلم الغير المتعاقد معه بذلك، او كان من المفروض حتماً ان يعلم، فيستدل عندئذ من اقدامه على التعاقد ان نيته قد تلاقت مع نية الوكيل فتتوافر النية المشتركة في توجيه اثار العقد الى الموكل^(٢). وبالرغم من حذاقة صياغة الاراء المتقدمة وبراعة اسلوبها الا إنها بتقديرنا محل نظر لان العلم بالنيابة

(١) د.السنهوري- الوسيط - ج٧ - مصدر سابق - ص٦٢٨.

(٢) د.اسماعيل غانم - مصدر سابق - ص١٦٣.

يعني حتماً العلم بانصراف اثر العقد الى الاصيل، ومن يعلم بان التعاقد لحساب الموكل يقصد حتماً التعاقد معه اي مع الموكل هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان العلة من تشريع النص وهي حماية الغير حسن النية لا تتحقق لو أخذنا بهذه الاراء لان المقصود بالغير حسن النية هو من يجهل وجود عقد الوكالة المستتر، فجاء النص لحمايته بعدم اضافة اثر العقد الى الاصيل وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات فكيف يكون اذن الغير حسن النية مستحقاً لحماية النص وهو يعلم بوجود عقد الوكالة المستتر ويعلم باطرافها. هذا فضلاً عن انه بالرجوع الى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نجد في هذا الشأن ما يأتي : "القواعد الخاصة بالاسم المستعار او التسخير وهي التي تقضي بانصراف اثار العقد الى النائب او المسخر، لا تطبق الا اذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة او كان لا يستوي عنده التعامل معه او مع من فوضه"^(١). واذا كان كلا من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري قد عَدَّ جهل الغير بوجود عقد الوكالة المستتر شرطاً للتعاقد باسم مستعار فان قانون الموجبات والعقود اللبناني قد سلك اتجاهاً مغايراً لذلك إذ نص صراحة في المادة ٧٩٩ منه على انه : "اذا عاقد الوكيل باسمه وبالاصلالة عن نفسه كانت له الحقوق الناشئة عن العقد ويبقى مرتبطاً مباشرةً تجاه الذين عاقدتهم، كما لو كان العمل يهمه وحده دون الموكل وان يكون الذي عاقدتهم قد عرفوه شخصاً مستعاراً او وسيطاً يشتغل بالعمالة".

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٢ - مصادر الالتزام - مصر - مطبعة دار الكتاب العربي - بلا تاريخ - ص ٩٦.

المبحث الثاني

احكام التعاقد باسم مستعار

تختلف احكام التعاقد باسم مستعار تبعاً لاختلاف القصد من التسخير فبينما يضاف اثر العقد الى الوكيل دائماً او مديناً ولا يضاف الى الموكل متى ما كان القصد من التسخير مشروعاً، فان اثر العقد لا يضاف الى الوكيل ولا الى الموكل متى ما كان القصد من التسخير غير مشروعاً، وفي هذه الحالة يكون التعاقد باسم مستعار باطلاً ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي تنفيذاً لعقد الوكالة والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق للموكل، كما نجد ان المشرع قد خص بعض ضروب التعاقد باسم مستعار باحكام خاصة لاهميتها في الحياة العملية، وحيث انه يطبق في بطلان التصرف احكام القواعد العامة، ولا شيء جديد يذكر، فسنكتفي بذكر احكام التعاقد المشروع باسم مستعار واحكام التطبيقات التشريعية للمنع من التعاقد باسم مستعار في المطلبين الآتيين.

المطلب الاول

احكام التعاقد المشروع باسم مستعار

قد يلجأ الموكل الى اخفاء اسمه في التعاقد واتخاذ اسم مستعاراً تحقيقاً لاعتبارات عملية مشروعة تتمثل بنجاح التعاقد وتماحه فينشأ بذلك ثلاث علاقات قانونية وهي علاقة الوكيل بالغير وعلاقة الموكل بالغير وعلاقة الوكيل بالموكل ولكل منها احكامها الخاصة التي نجملها بالفقرات الآتية:

اولاً : علاقة الوكيل بالغير

تستفاد القاعدة الاساسية التي تحكم هذه العلاقة من المادة ٩٤٣^(١) من القانون المدني العراقي وهي انصراف اثر التعاقد من حقوق والتزامات الى الوكيل اذ ان العقد

(١) انظر ايضاً المادة ١٠٦ مدني مصري، ٧٩٩ موجبات وعقود لبناني.

يضاف الى الوكيل ولا يضاف الى الموكل فيصبح الوكيل دائناً او مديناً حسب الاحوال، كما لو اشترى الوكيل باسمه مالا لحساب موكله فان حقوق والتزامات المشتري تنصرف الى الوكيل فيصبح دائناً للبائع بنقل ملكية المبيع، وتسليمه وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ومديناً للبائع بالثمن وتسلم المبيع ودفع مصاريف العقد.

وعلى الرغم من ان المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري قد اشارت الى القاعدة المتقدم ذكرها، فان محكمة النقض المصرية ذهبت الى التسوية بين الوكالة غير النيابة (المستترة) والوكالة النيابة (السافرة) من حيث الاثر بقضائها : "انه يجوز للوكيل ان يبرم العقد الذي تخوله الوكالة اصداره لا بصفته وكيلاً ولكن بصفته اصيلاً وذلك اذا لم يعلن وقت التعاقد عن صفته كنائب، ويعتبر وكأنه قد اعار اسمه للاصيل الذي وكله في ابرام العقد وحكم هذه الوكالة المستترة انها ترتب قبل الاصيل جميع الاثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة، فينصرف اثر العقد المبرم الى الاصيل والى من يتعامل مع الوكيل المستتر"^(١).

وبتقديرنا ان المشرع المصري لو لم يميز الاسم المستعار عن سائر الوكلاء باحكام خاصة في نطاق علاقته مع الغير بموجب نص المادة ١٠٦ من القانون المدني، لكان اتجاه محكمة النقض المصرية الى التسوية بين الوكالة المستترة والوكالة السافرة من حيث الاثر يعد اتجاهاً صحيحاً وخطوة الى الامام في نظام الاسم المستعار، لان ذلك يُغني الموكل عن مطالبة الوكيل بنقل اثار العقد اليه وما ينشأ عن ذلك من نزاعات سببها امتناع الوكيل عن تنفيذ هذا الالتزام، ولكن مع وجود النص المذكور فان قضاء قضاء محكمة النقض يعد خروجاً عن احكام المادة ١٠٦ من القانون المدني، لانه لا اجتهاد في مورد النص.

(١) نقض مدني ٢٨/مايو / ١٩٧٠ المحاماة - السنة الثالثة والخمسون - ص ٩١ - بند ٨ ، نقض مدني ١٩ / اكتوبر / ١٩٧٦ - مجموعة احكام النقض - السنة السابعة والعشرون - ص ١٤٦٧ - بند ٢٧٨.

ومما تجدر ملاحظته ان الوكيل لا يكون بمثابة الاصيل في مواجهة من تعاقد معه فحسب بل يكون في مواجهة الاغيار ايضاً ونعني بالاغيار : كل من كسب حقاً شخصياً او عينياً في مواجهة الوكيل يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه، فلدائني الوكيل مثلاً التنفيذ بحقوقهم على العين التي انتقلت ملكيتها الى الوكيل بمقتضى العقد المبرم بينه وبين الغير، كما يكون لمن انفق على العين مصروفات ضرورية او نافعة الرجوع على الوكيل، كما يكون لمن كسب حقاً عينياً كحق الملكية ان يطلب ابطال العقد واسترداد العين من الوكيل متى ما تحققت شروط هذه الدعوى.

ثانياً : علاقة الموكل بالغير

لما كان الوكيل يتعاقد بصفته اصيلاً، لا بصفته نائباً عن الموكل، فان الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن تعاقد مع الغير لا تنصرف الى الموكل، بل تنصرف اليه باعتباره دائناً او مدينناً حسب الاحوال، غير ان المشرع في المادة ٩٤٣ من القانون المدني العراقي^(١) قد استثنى من ذلك حالتين جعل فيهما اثر العقد الذي يبرمه الوكيل ينصرف الى الاصيل ولو لم يكن التعاقد حاصلًا باسم الاخير وهما:-

١ - اذا كان يستفاد من الظروف ان الغير يعلم بوجود الوكالة، وذلك كمستخدم في متجر يبيع ما يناط به بيعه دون ان يذكر بانه يبيع باسم صاحب المتجر ولحسابه، فالشخص الذي يتعاقد مع المستخدم في المتجر يعلم بداهةً بان المستخدم انما ينوب عن صاحب المتجر.

٢ - اذا كان يستوي عند الغير ان يتعامل مع الوكيل او الموكل ومثال ذلك، اذا كان المبيع شيئاً مضموناً لمدة معينة، فان الاصيل يستفيد من هذا الضمان ولو ان الوكيل لم يخبر البائع بصفته عند التعاقد، اذ ان البائع يستوي لديه ان يضمن المبيع للوكيل او الموكل^(٢). ومما تجدر ملاحظته ان الفقه القانوني قد اختلف في طبيعة المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في تقديرها اذا كان الغير قد قصد التعاقد مع الوكيل او قصد

(١) انظر بهذا الشأن ايضاً المادة ١٠٦ - مدني - مصري.

(٢) انظر د. عبد المجيد الحكيم - مصدر سابق - ص ١٨٠.

التعاقد مع الموكل فمنهم من ذهب الى ان المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في التقدير هو معيار شخصي يعتد فيه بالمصلحة التي تكون للمتعاقد بالذات في التعامل مع الوكيل او الموكل^(١)، ومنهم من ذهب الى انه معيار موضوعي لا ينظر فيه الى شخص الغير بالذات بل ينظر فيه الى شخص عادي في الظروف التي تم فيها التعاقد بحجة ان المعيار الموضوعي ادعى الى استقرار المعاملات^(٢).

بينما ذهب اخرون الى انه يجب الاخذ اساساً بمعيار شخصي فيعتد به بمصلحة المتعاقد بالذات على انه للمعيار الموضوعي دوره في نطاق الالابات بمعنى انه اذا تبين ان الشخص العادي كان يستوي لديه من الظروف التي تم فيها التعاقد ان يتعامل مع الوكيل او مع الموكل ، فان القاضي يستخلص من ذلك ان المتعاقد نفسه كان يستوي لديه التعامل مع اي منهما^(٣).

وقد يثور التساؤل عن علاقة الموكل بالاشخاص الذين يتصرف لهم الوكيل (المستتر) فيما آل اليه بالتعاقد باسم مستعار؟ ان حق الموكل يقتصر هنا على الطعن في هذا التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرف باعتباره دائناً للوكيل اذا أثبت ان التصرف منطوياً على غش من المدين، وان من صدر له التصرف على علم بهذا الغش هذا اذا كان التصرف بعوض، اما اذا كان التصرف تبرعاً فلا حاجة لاثبات الغش، إذ ان التصرف لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت ان المدين لم يرتكب غشاً، وذلك تطبيقاً لاحكام الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٢٦٤ من القانون المدني العراقي.

(١) د. جمال الدين بدر - النيابة في التصرفات القانونية - القاهرة - ١٩٥٤ - ص ١٥٩.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٢٩ - هامش (١).

(٣) د. اسماعيل غانم - مصدر سابق - ص ١٦٤ - هامش (١).

ثالثاً : علاقة الوكيل بالموكل

مما لا شك فيه ان علاقة الوكيل المسخر بالموكل المسخر علاقة وكيل بموكل يحكمها عقد الوكالة المستتر الذي عقده معاً وبمقتضى هذا العقد يلتزم الموكل بدفع الاجر المسمى فيه او دفع اجر المثل ان لم يسمى الاجر كما يلتزم الموكل بان يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة لتنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما كان حظ الوكيل في النجاح في مهمته، في حين يلتزم الوكيل بتنفيذ الوكالة دون مجاوزة لحدودها المرسومة وبالعناية المطلوبة، كما يلتزم بالمحافظة على المال الذي قبضه لحساب موكله، واطلاعه على الحالة التي وصل اليها في تنفيذ الوكالة وان يقدم له حساباً بعد انقضائها وان لا يستعمل مال الموكل لصالح نفسه، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت اعداره. وذلك كله تطبيقاً لاحكام المواد ٩٣٣-٩٤١ من القانون المدني العراقي.

واذا كان ما يطبق على الوكالة المكشوفة من احكام يطبق على الوكالة المستترة فانه يضاف الى التزامات الموكل في الوكالة المستترة، التزامه بابرء ذمة الوكيل المستتر مما عقده باسمه من التزامات في تنفيذ الوكالة وذلك مما اشارت اليه الفقرة الثانية من المادة ٩٤١ من القانون المدني العراقي اذ نصت "وعلى الموكل ان يخلص ذمة الوكيل مما عقد باسمه الخاص من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة". كما يضاف الى التزامات الوكيل المسخر التزامه بنقل الحقوق التي كسبها باسمه الى الموكل الا ان المشرع العراقي لم ينص على هذا الالتزام بالرغم من اهميته في العلاقة بين الوكيل المستتر والموكل ، فكان الاجدر بالمشرع العراقي ان ينص على هذا الالتزام ولا سيما انه نص على ما يقابله من التزام الموكل بابرء ذمة الوكيل المستتر مما عقده باسمه من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة.

اما المشرع المصري فلم ينص على الالتزاميين معاً اذ حذفت لجنة المراجعة هذين الالتزامين من المشروع التمهيدي للقانون المدني بحجة عدم الضرورة لهما اكتفاء بالقواعد العامة^(١).

ومما تجدر ملاحظته ان نقل الحقوق وتحمل الالتزامات بالنسبة الى الغير، اما ان يكون بعقد جديد يصدر من الوكيل الى الموكل بنفس مشتملات العقد الاول وشروطه فتنقل بموجبه الحقوق والالتزامات من ذمة الوكيل الى ذمة الموكل ويصبح الموكل دائناً للوكيل بالحقوق ومديناً بالالتزامات، واما بان يُحل الوكيل الموكل محله في العقد الذي ابرمه مع الغير، ويشترك الغير في هذا الاحلال فيصبح الموكل هو الدائن للغير والمدين له بالالتزامات، ولا يكون لنقل الحقوق والالتزامات من الوكيل الى الموكل اثر رجعي، فيعتبر النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت تعاقد الوكيل مع الغير^(٢).

ومما لاشك فيه ان الاخلال بتنفيذ هذا الالتزام او اي التزام اخر ينشأ عن عقد الوكالة المستتر هو اخلال بتنفيذ التزام تعاقدى ومن ثم يكون للموكل المطالبة بالتنفيذ العيني او التعويض متى تعذر تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً^(٣)، وبتقديرنا ان تنفيذ التزام الوكيل بنقل الحقوق الى الموكل يصبح متعذراً متى ما تصرف الوكيل بالحق الى الغير الحسن النية ونعني بالغير الحسن النية هو كل من تلقى الحق من الوكيل وهو يجهل صفته هذه معتقداً انه اصل. ومما تجدر ملاحظته ان من يدعي الاخلال بتنفيذ الالتزام الناشئ عن عقد الوكالة المستتر، عليه ان يثبت وجودها اولاً ومن ثم يثبت الاخلال بتنفيذ ما نشأ عنها من التزام وذلك كله طبقاً للقواعد العامة في الاثبات.

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري : "وعليه ان يرد للموكل كل ما كسبه لحسابه بتنفيذ الوكالة حتى لو كان يعمل باسمه، وعليه بوجه خاص ان ينقل للموكل ما كسبه من حقوق وهو يعمل باسمه لحساب موكله" ونصت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ من المشروع "ويلتزم الموكل الى جانب ذلك ان يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات، تنفيذاً للوكالة تنفيذاً معتاداً" انظر مجموعة الاعمال التحضيرية - ج ٥ - القاهرة - مطابع مذكور - بلا تاريخ - ص ٢٠٤، ٢١٨.

(٢) د. السنهوري - ج ٧ - مصدر سابق - ص ٦٤٠-٦٤١.

(٣) انظر بهذا المعنى د. عبد الحي حجازي - مصدر سابق - ص ٢٢٩.

المطلب الثاني احكام التطبيقات التشريعية للمنع من التعاقد باسم مستعار

تطرق المشرع العراقي الى المنع من التعاقد باسم مستعار في ثلاثة مواضع.
الاول بيع الوكلاء وشراءهم لانفسهم ، والثاني : شراء عمال القضاء والمحامين الحقوق
المتنازع فيها . والثالث : تعامل المحامين في الحقوق المتنازع فيها، فافرد لكل من ذلك
احكاماً خاصة نكرس لها الفروع الاتية:

الفرع الاول بيع الوكلاء وشراءهم لانفسهم باسم مستعار

نصت المادة ٥٩٢ من القانون المدني العراقي على انه : "١- ليس للوكلاء ان
يشترى الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا
الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم. وليس
لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين ان يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين
المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او
في تقدير قيمتها وليس لواحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه
ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه.

٢- على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا اجازه من
تم البيع لحسابه، متى ما كان وقت الاجازة حائزاً للاهلية الواجبة.

اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الاول مصروفات البيع
الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع"^(١).

(١) ويلاحظ على المادة المذكورة اعلاه ركافة الصياغة وكثرة التكرار التي لا تأتلف والصياغة القانونية
الدقيقة فكان باستطاعة المشرع الاستغناء عن ذكر كل هؤلاء الاشخاص بنص يقرر مبدأ عام في منع
النائب من شراء الاموال التي يقوم ببيعها للاصيل او التي يقع بيعها على يديه اسوةً بما نص عليه المشرع
المصري في المادتين ٤٧٩ ، ٤٨٠ من القانون المدني . والمشرع السوري في المادتين ٤٤٧ ، ٤٤٨ من
القانون المدني السوري.

يتضح من النص المتقدم ان المشرع قد حدد الاشخاص الذين يشملهم المنع من الشراء وهم الوكلاء ومديرو الشركات ومن في حكمهم والموظفين ووكلاء التفليسة والحراس والمصفون ومصفو الشركات والتركات والسماصرة والخبراء، فكل هؤلاء ممنوعون من شراء ما يعهد اليهم بيعه ولو بطريق المزاد العلني لا مباشرة ولا باسم مستعار فالمشرع جعل العقد موقوفاً على اجازة المالك اذا كان وقت الاجازة حائزاً على الاهلية اللازمة، فاذا نقض المالك العقد وبيع المال من جديد تحمل المشتري الاول مصروفات البيع الثاني والزم بالتعويض عما يكون قد نقص من قيمة المبيع في الفترة الواقعة ما بين هذين البيعين.

وان العلة التي منع المشرع من اجلها الاشخاص المتقدم ذكرهم من الشراء هي تعارض مصلحتهم مع مصلحة مالك المال . فمصلحة المالك تقضي زيادة الثمن في البيع الى اقصى حد ممكن ومصلحة هؤلاء الاشخاص اذا ما تقدموا للشراء تقضي انقاص الثمن الى اقل حد ممكن ولو ان المشرع لم يمنع هذا الشراء لضاعت مصلحة المالك في معظم الاموال^(١). لذا ساوى المشرع في الحكم بين من يشتري بنفسه وبين من يشتري باسم مستعار وذلك منعاً للتحايل على احكام القانون، اذ كثيراً ما يلجأ الممنوعون من الشراء الى اثبات هذا التصرف بصورة مبطنة في غلاف ظاهري يستشف منه الصحة عن طريق التعاقد باسم مستعار.

والسؤال الذي يهمننا هنا هل ان التعارض بين مصلحة الموكل والوكيل مفترض بمجرد تصرف الوكيل الى كل من يعمل لحسابه ام انه فضلاً عن ذلك مشروط بتحقق الضرر في جهة الموكل؟ ان الاجابة على هذا السؤال تقتضي تتبع الموقف القضائي بهذا الشأن، إذ ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها الى انه : " اذا كان مورث المدعى عليهم قد وكل بموجب وكالته العامة عن المدعية وكيلاً فوضته بموجبها بيع السهام العائدة للمدعيين من الدار المشتركة، وقام هذا الوكيل ببيع السهام المذكورة الى اولاد الوكيل العام، فان هذا الشراء يشكل شراء من قبل الوكيل لنفسه باسم مستعار، وهو

(١) د.حسن علي الذنون - شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع - بغداد - مطبعة الرابطة - بلا تاريخ - ص ٣٢٦-٣٢٧.

محظور بحكم المادة /٥٩٢ من القانون المدني^(١) وفي قرار اخر قضت محكمة التمييز بالاتي : " ان يبيع الوكالة لعقار الموكل الى الغير ، ومن ثم قيام المشتري بهبة العقار الى الوكالة ، يعتبر بمثابة الشراء باسم مستعار الذي لم تجوزه المادة /٥٩٢ من القانون المدني " ^(٢).

في حين ذهبت محكمة التمييز في قرار اخر الى ان " المادة /٥٩٢ من القانون المدني قد منعت شراء الوكلاء اموال موكلهم ولو بطريق المزاد العلني لا بانفسهم ولا باسم مستعار والعلة في ذلك هي خشية الاضرار بالموكل وحيث ان الوكيل في هذه الدعوى قد باع الملك الى اخيه (م) ببذل يزيد على نصف قيمته بفارق ضئيل جداً حيث قد باع بمبلغ (٨٠٠٠) دينار في حين ان 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 لانفة الذكر لذلك يكون الحكم المميز مخالفاً للقانون ."

وبهذا نجد ان القضاء العراقي قد تبني اتجاهين مختلفين ، فتارةً نراه يتوسع في نطاق المنع من التعاقد باسم مستعار ، فيجعله يشمل كل تعاقد يستشف منه اثار المصلحة الشخصية على مصلحة الموكل حتى وان لم يلحق الموكل اي ضرر من جراء هذا التعاقد كأن يتعاقد الوكيل مع احد اولاده او زوجه او اقربائه او اقرباء زوجه او احد اصدقائه ، وبعبارة اعم مع كل من يعمل لمصلحته .وتارة اخرى نراه يضيق نطاق المنع من التعاقد باسم مستعار فيتطلب تحقق الضرر في جهة الموكل لتطبيق حكم النص المذكور .والا لانكون ازاء تعاقد باسم مستعار حتى وان كان التعاقد مع احد اولاد الوكيل او اقربائه .. الخ .

(١) قرار رقم ٥٥٢/مدينة اولى/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٩/٢١ منشور في مجلة الاحكام العدلية-ج٣- ١٩٨٨- ص٣١-٣٢ ، وبهذا المعنى القرار رقم ١١٦٣/مدينة اولى/٩٢ في ١٩٩٢/١١/٣ - منشور في معين القضاء اعداد ابراهيم المشاهدي -ج٤- بغداد ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م - ص٧٧ والقرار رقم ٤٦٧ / عقار/ ٨٧-١٩٨٨ في ١٩٨٧/١٢/٩ منشور في مجموعة الاحكام العدلية - ج٤ - ١٩٨٧- ص٣٧ .

(٢) القرار رقم ٢٧٦/موسعة اولى /٨٦-١٩٨٧ في ١٩٨٧/١٢/٢٩ - منشور في المصدر السابق - ص٣٨ .

ونرجح الاخذ بالاتجاه الاول لانه ينادى بالوكيل عن الشبهة والظينة في التعامل هذا من جهة ومن جهة اخرى ان اثبات الضرر في جهة الموكل امراً ليس سهلاً وميسوراً في كل الاحوال الامر الذي يؤدي الى تفويت الحكمة من تطبيق النص .

ولا تفوتنا الاشارة الى ان هناك فرقاً واضحاً بين نص المادة / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي وبين نص المادة ٥٩٦ / من القانون المدني الفرنسي ، اذ ان نص المادة / ٥٩٢ من القانون المدني العراقي جاء عاماً يشمل المنع من الشراء سواء اكان عن طريق المزايدة العلنية ام بالطريق العادي . في حين ان نص المادة ١٥٩٦ من القانون المدني الفرنسي منع الشراء الذي يقع عن طريق المزايدة العلنية فقط ، الامر الذي اثار خلافاً فقهيّاً بشأن شمول المنع من الشراء بالطريق العادي بنص هذه المادة ، فذهب البعض من الفقه الفرنسي الى ان نص المادة / ١٥٩٦ مقصوراً على حال شراء الوكيل من المزايدة العلنية فقط ، في حين ذهب الرأي الراجح الى ان النص ينصرف الى حالة الشراء بالطريق العادي ايضاً لانه اشد خطورة على مصالح الموكل من حالة الشراء بالمزايدة العلنية ^(١).

الفرع الثاني

شراء القائمين باعمال القضاء للحقوق المتنازع فيها باسم مستعار

لقد متع المشرع العراقي في القانون المدني القائمين باعمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها وذلك لاعتبارات تتعلق بمهمة القضاء الا وهي توزيع العدالة بين الناس وحماية الحقوق لا الاتجار بها ودفعاً للشبهات والشكوك التي تساور الناس في حياد القضاء ونزاهته ^(٢). ولهذا نص المشرع في المادة (٥٩٥) من القانون المدني على انه: "لا يجوز للحكام ولا القضاة ولا المدعين العامين ونوابهم ولا المحامين ولا كتبة المحاكم ومساعدتهم ان يشتروا لا باسمهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله او

(١) انظر د. انور سلطان ، وجلال العدوي - العقود المسماة عقد البيع - مصر - بلا تاريخ - ص ١٤٢.

(٢) د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المسماة - دار الكتب للطباعة والنشر - ١٩٩٨ م - ص ١٨٣.

بعضه اذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها .

ويتضح من النص المتقدم انه يشترط لتطبيق حكمه توافر اربعة شروط هي :

١ - ان يكون الحق متنازعا فيه ، ويكون الحق متنازعا فيه في حالتين :-

الاولى : اذا كان موضوعا لدعوى قد رفعت فعلا امام المحاكم ، ولم يصدر به حكم نهائي بعد ، والاخرى : اذا قام بشأن الحق نزاع جدي ولو لم يصل هذا النزاع بعد الى سوح القضاء ^(١)

٣ - ان يكون المشتري ممن ذكرهم النص بالحرص ، اذ ان الحكم الذي تقررره المادة/٥٩٥ هو حكم استثنائي فلا يجوز ان ينصرف الى غير الاشخاص المذكورين فيه على سبيل القياس، كرجال الشرطة وحراس المحكمة ونحوهم ^(٢). في الوقت الذي يتم فيه الشراء، ويترتب على ذلك ان نطاق المنع يختلف باختلاف درجات التقاضي وجهات الاختصاص المحلي والنوعي ^(٣).

٤ - ان يكون القائم باعمال القضاء عالما بان الحق متنازع فيه وبتقديرنا ان هذا الشرط يستفاد من النص ضمنا وان لم ينص عليه صراحة لان علة الحكم من النص والمتمثلة بفكرة المضاربة واستغلال النفوذ لا تتحقق مالم يكن عامل القضاء عالما بان الحق موضوع العقد متنازعا فيه.

واذا ما تحققت الشروط المذكورة كان الشراء باطلا ويستوي في الشراء ان يكون واقعا على كل الحق او واقعا على بعضه، كما يستوي ان يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي او باسم مستعار كأن يشتريه باسم زوجه او احد اولاده او احد اقربائه او اقرباء زوجه او احد اصدقائه وبعبارة اعم الشراء باسم كل من يعمل لمصلحته فسيكشف من تصرفه هذا التحايل على احكام القانون.

(١) د. عباس الصراف - شرح عقدي البيع والايجار - بغداد - مطبعة الاهالي - ١٩٦٥م - ص ٢٥٤.

(٢) د.حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص ٣٤١.

(٣) د.حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص ٣٤٣.

ومما تجدر ملاحظته ان حكم المادة ٥٩٥ من القانون المدني العراقي يتفق مع حكم المادة ٥٩٧ من القانون المدني الفرنسي والمادة ٤٧١ من القانون المدني المصري^(١)، والمادة ٤٣٩ من القانون المدني السوري والمادتين ٣٨٠، ٣٨١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الا ان القانون الاخير قد اغفل النص على المدعين العامين ونوابهم من بين الاشخاص الممنوعين من الشراء في المادة (٣٨٠) إذ نصت: "ان القضاة والمحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم لايجوز لهم ان يشتروا بانفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلية في حيز اختصاص المحكمة التي يقومون بوظائفهم في دائرتها". كما وأقام قرينة قانونية على ان الشراء باسم زوجته او باسم الاولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار في المادة ٣٨١ إذ نصت على: "ان زوجات الاشخاص المتقدم ذكرهم واولادهم وان كانوا راشدين يعدون اشخاصاً مستعارين في الاحوال المنصوص عليها في المواد السابقة".

الفرع الثالث

تعامل المحامين في

الحقوق المتنازع فيها باسم مستعار

بعد ان قرر المشرع العراقي في المادة (٥٩٥) من القانون المدني القاعدة العامة في منع عمال القضاء والمحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها أورد في المادة ٥٩٦ من القانون المدني تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه اذا كان هو الذي يتولى الدفاع عنه فقد نصت المادة (٥٩٦) على انه "لايجوز للمحامين ان يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمائهم او باسماء مستعارة".

(١) ومن قضاء محكمة النقض المصرية بهذا الشأن "حظر بيع الحقوق المتنازع عليها لعمال القضاء والمحامين جزاءه بطلان التصرف بطلائاً مطلقاً لتعلق ذلك بالنظام العام" الطعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٩٣/١٢/٥ المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني اعداد معوض عبد التواب -ج٢- ط٥- الاسكندرية - منشأة المعارف - ٢٠٠٠ ص ٦٦١.

ويتفق حكم المادة المذكورة مع حكم المادة (٤٧٢) من القانون المدني المصري والمادة (٤٤٠) من القانون المدني السوري، ويذهب الاستاذ السنهوري بصدد المقارنة بين المادتين ٤٧١-٤٧٢ من القانون المدني المصري والمقابلتين للمادتين (٥٩٥) و(٥٩٦) من القانون المدني العراقي الى القول بان : نص المادة (٤٧٢) من القانون المدني اضيق من المادة (٤٧١) من ناحية واوسع من ناحية اخرى فهي اضيق لانها تشترط ان يكون المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه اي هو من يتولى الدفاع عن هذا الحق^(١)، وهي اوسع لانها تقضي بانه متى ما كان المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه. فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه، وليس الشراء فحسب فلا يجوز له ان يشتري الحق، ولا ان يقايض عليه ولا ان يوهب له ولا ان يشارك فيه ولا ان يقترضه ولا يجوز له بوجه خاص ان يأخذ جزءاً من الحق مقابل اتعابه ولو تولى الاتفاق على التقاضي. ويستوي ان يتعامل المحامي باسمه او يتعامل باسم مستعار كزوجة او ولد او قريب او صديق.....الخ

والعلة في ذلك تقوم على اعتبارات من النظام العام^(٢)، إذ يخشى لو ابيح هذا التعامل ان يستغل المحامي خبرته ودرايته بالقانون لايهام موكله بضعف مركزه في الدعوى فيتوصل بذلك الى ابرام اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً^(٣).

(١) وقد ذهبت محكمة النقض المصرية بشأن تحديد الشروط الواجب توافرها لمنع المحامي من التعامل بالحقوق المتنازع فيها، إذا كان هو الذي يتولى الدفاع الى انه : "يشترط في تحريم شراء المحامي للحق المتنازع فيه وفقاً لما تفيد به عبارة المادتين ٤٧١ / ٤٧٢ من القانون المدني، ان يكون التنازع على الحق جدي وقائم بالفعل وقت الشراء سواء طرح امام القضاء ام لم يطرح بعد، فلا يكفي لابطال البيع ان يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع، او محتملاً النزاع بشأنه او يقوم عليه نزاع جدي ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء، كما يجب علم المحامي بقيام النزاع في الحق ان كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ او يكون وكيلاً في الحق المتنازع فيه ويشترطه ممن وكله في الدفاع عنه وذلك بصدد اعمال نص المادة ٤٧٢". طعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ س ٣١ - ص ١٣٧٣ - المرجع - مصدر سابق - ص ٦٥٩، بتقديرنا ان قرار محكمة النقض المصرية وان لم يشير الى علم المحامي بقيام النزاع بشأن الحق فان ذلك لايعني انه تطبيق حكم المادة ٤٧٢ لاتتطلب مثل هذا الشرط، لان اشتراط كون المحامي هو من يتولى الدفاع عن الحق المتنازع فيه يغني عن اشتراط علم المحامي بكون الحق متنازع فيه لان هذا الشرط متحقق بداهة طالما ان المحامي هو من يتولى الدفاع عن الحق المتنازع فيه، فعلمه بذلك مفترض فرضاً لا يقبل اثبات العكس.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - مصدر سابق - ص ٢١٨-٢١٩.

(٣) د. السنهوري - المصدر السابق - ص ٢١٩.

الخاتمة

بخاتمة الموضوع وصلنا الى عدة نتائج نجملها بالاتي:

١ - التعاقد باسم مستعار هو وكالة مستترة تتجرد عن النيابة وتفرض على الوكيل ان يعمل باسمه الشخصي وان كان يعمل لحساب الموكل بناءً على تفويض من الاخير، لذا لا يكفي لئن نكون ازاء تعاقد باسم مستعار ان يعمل الوكيل لحساب الموكل وباسمه الشخصي بل يشترط ايضاً جهل الغير بعقد الوكالة المستتر وهذا ما أتجه اليه القضاء العراقي تطبيقاً لحكم المادة ٩٤٣ من القانون المدني العراقي وهو ايضاً ما يستفاد نص المادة ١٠٦ من القانون المدني المصري ، في حين ان قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٧٩٩ لم تعد جهل الغير بعقد الوكالة المستتر شرطاً للتعاقد باسم مستعار مكتفياً بعمل الوكيل لحساب الموكل وباسمه الشخصي.

٢ - نظمت القوانين المدنية كالقانون المدني العراقي والمصري والسوري واللبناني والفرنسي، بعض احكام التعاقد باسم مستعار في نصوص متفرقة لا تجمعها وحدة الموضوع فبينما نجد نصاً في باب النيابة او الوكالة يستشف منه ضمناً حكم علاقة الوكيل بالغير في جوانب منها، نجد نصوصاً اخرى في باب البيع تطرق فيها المشرع الى بعض تطبيقات التعاقد باسم مستعار بمناسبة تنظيم انواع خاصة من البيوع، مما يعد قصوراً تشريعياً كان الاجدر بالمشرع تلافيه بايراد احكاماً خاصة بالتعاقد باسم مستعار لاسيما وان اهمية هذا الموضوع تتزايد بتزايد ما يثيره من مشكلات في الواقع العملي خاصة تلك المشكلات التي تثار بسبب تعدد العلاقات الناشئة عن التعاقد المشروع باسم مستعار، وهي علاقة الوكيل المسخر بالموكل المستتر وعلاقة الوكيل بالغير وعلاقة الموكل بالغير، وتلك الناشئة عن استئجار الموكل باسم الوكيل تحايلاً على احكام القانون.

٣ - يضاف اثر العقد الى الوكيل دائناً او مدينناً ولا يضاف الى الموكل لان الوكيل يكون بمثابة الاصيل في مواجهة الغير لا بل في مواجهة الاغيار ايضاً وهم كل من كسب حقاً شخصياً او عينياً في مواجهة الموكل يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه، وذلك رغبةً من المشرع في تمييز الاسم المستعار عن سائر الوكلاء باحكام خاصة في

نطاق علاقته مع الغير، الا ان محكمة النقض المصرية لم تعتد بذلك واتجهت الى التسوية بين الوكالة المستترة (غير النيابية) والوكالة المكشوفة (النيابية) من حيث الاثر.

٤ - يضاف الى التزامات الوكيل المسخر التي يربتها عقد الوكالة التزامه بنقل الحقوق التي كسبها باسمه الى الموكل، الا ان المشرع العراقي لم ينص على هذا الالتزام بالرغم من اهميته في العلاقة بين الوكيل المسخر والموكل المستتر، فكان الاجدر بالمشرع ان ينص على هذا الالتزام ولا سيما انه ينص على ما يقابله من التزام الموكل ببراءة ذمة الوكيل مما عقده باسمه من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة، ولا يكون لنقل الحقوق والالتزامات من الوكيل الى الموكل اثر رجعي، فيعتبر النقل قد تم من وقت حصوله بين الوكيل والموكل لا من وقت اتفاق الوكيل مع الغير ولا يصبح تنفيذ التزام الوكيل بنقل الحقوق الى الموكل متعذراً الا اذا تصرف الوكيل بالحق الى الغير الحسن النية. ويقصر حق الموكل في مواجهة الغير على الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف وذلك وفقاً لما تقضي به الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٢٦٤ من القانون المدني العراقي.

٥ - ان القضاء العراقي قد تبني اتجاهين مختلفين في تفسير نطاق منع الوكلاء في شراء الاموال الموكلين ببيعها باسم مستعار الوارد في المادة ٥٩٢/ من القانون المدني، فتارة نراه يتوسع في نطاق المنع فيجعله يشمل كل تعاقد يتوقع فيه اثار المصلحة الشخصية على مصلحة الموكل وان لم يلحق الموكل اي ضرر من جراء هذا التعاقد اي بمجرد تعاقد الوكيل مع احد اولاده او زوجه او اقرباء زوجه او احد اصدقائه وبعبارة اعم مع كل من يعمل لمصلحته ، وتارة اخرى نراه يضيق من نطاق المنع فيطلب تحقق الضرر في جهة الموكل والا لا نكون ازاء تعاقد باسم مستعار حتى وان كان التعاقد مع احد اولاد الوكيل او زوجه او اقربائه، وازاء هذا التباين في موقف القضاء العراقي نقترح تبني الاتجاه الاول لانه ينأى بالوكيل عن الشبهة والظنية في التعامل هذا من جهة ومن جهة اخرى ان اثبات الضرر من جهة الموكل امراً ليس سهلاً وميسوراً في كل الاحوال وحسن فعل

المشرع اللبناني في المادة ٣٨١ من قانون الموجبات والعقود اذ أقام قرينة قانونية على ان الشراء باسم الزوجة او باسم الاولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار ولو وجد مثل هذا النص في القانون المدني العراقي لكان القضاء العراقي بمنأى عن الخلاف.

٦- ان نص المادة ٥٩٦ من القانون المدني اضيق من نص المادة ٥٩٥ من ناحية وأوسع من ناحية اخرى فهي اضيف لانها تشترط ان يكون المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه المراد شراءه اي هو من يتولى الدفاع عن هذا الحق وهي اوسع لانها تقضي بانه متى ما كان المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه وليس الشراء باسم مستعار فحسب الا ان حكم النصين واحداً وهو بطلان الشراء والتعامل بالحق المتنازع فيه ويستوي ان يكون واقعاً على كل الحق او وافقاً على جزءاً منه كما يستوي ان يشتري - عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي او باسم مستعار اي باسم كل من يعمل لمصلحته فيستشف من تصرفه هذا التحايل على احكام القانون.

المصادر

د.اسماعيل غانم- في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله وهبة
- ١٩٦٦ م.

د.انور سلطان وجلال العدوي - العقود المسماة - عقد البيع - مصر - بلا تاريخ.
د.جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - الموصل - دار الكتب للطباعة والنشر
- ١٩٩٨ م.

جمال الدين بدر - النيابة في التصرفات القانونية - القاهرة - ١٩٥٤ م.
د.حسن علي الذنون - شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع -
بغداد - مطبعة الرابطة - بلا تاريخ.

د.عباس الصراف - شرع عقدي البيع والايجار - بغداد - مطبعة الاهالي - بغداد -
١٩٦٥ م.

د.عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - ج ٢ - الفجالة - مطبعة نهضة مصر
- ١٩٥٤ م.

د.عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-
ج ٤ - القاهرة - مطابع النشر للجامعات المصرية - ١٩٦٠ م.
ج ٧ - مج ٢ - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٦٤ م.
نظرية العقد - بيروت لبنان - المجمع العلمي العربي الاسلامي -
بلا تاريخ.

د.عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد - ج ١ - بغداد - شركة الطبع والنشر
الاهلية - ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م.

د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير - الوجيز في نظرية
الالتزام في القانون المدني العراقي - ج ٢ - احكام الالتزام - بغداد
- ١٩٨٠.

مجموعة الاحكام العدلية : اصدار قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل - العراق -
السنة السابعة - العدد الاول - ١٩٧٥م.

العدد الرابع - ١٩٨٧م.

العدد الثالث - ١٩٨٨م.

معين القضاء - اعداد ابراهيم المشاهدي - ج ٤ - بغداد - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني المصري - اعداد معوض عبد التواب
- ج ٢ ط ٥ - الاسكندرية - منشأة المعارف - ٢٠٠٠م.

مجلة المحاماة - اصدار نقابة المحامين - مصر - السنة الثالثة والخمسون.

مجموعة احكام النقض الصادرة من الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية - اصدار
المكتب الفني - السنة السابعة والعشرون.

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٢ - مصر - مطبعة دار الكتاب
العربي - بلا تاريخ.

ج ٥ - القاهرة - مطابع مدكور -

بلا تاريخ.

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ - اعداد صباح الانباري - ط ٣ - بغداد -
مطبعة المغرب - ٢٠٠٠م.

القانون المدني المصري - رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ - اعداد المحامي احمد شتات - دار
الكتب القانونية - ١٩٩٣م.

القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ - اعداد وتنسيق ممدوح عطري - دمشق
- مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع - ١٩٩٢م.

قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في اذار ١٩٣٢ اعداد مورييس نخلة - بيروت
- منشورات الحلبي الحقوقية - ١٩٩٤م.

- Code Dalloz- 1998.

الفهرست

رقم الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٣	المبحث الاول - مفهوم التعاقد باسم مستعار
٣	اولاً : ان يكون المتعاقد مع الغير وكيلًا
٥	ثانياً : ان يتعاقد الوكيل باسمه الشخصي ولحساب الموكل
٧	ثالثاً : جهل الغير بعقد الوكالة المستتر
١٠	المبحث الثاني - احكام التعاقد باسم مستعار
١٠	المطلب الاول - احكام التعاقد المشروع باسم مستعار
١٠	اولاً : علاقة الوكيل بالغير
١٢	ثانياً : علاقة الموكل بالغير
١٤	ثالثاً : علاقة الوكيل بالموكل
١٦	المطلب الثاني - احكام التطبيقات التشريعية لمنع من التعاقد باسم مستعار
١٦	الفرع الاول - بيع الوكلاء وشراءهم لانفسهم باسم مستعار
١٩	الفرع الثاني - شراء القائمين باعمال القضاء للحقوق المتنازع فيها باسم مستعار
٢١	الفرع الثالث - تعامل المحامين في الحقوق المتنازع فيها باسم مستعار
٢٣	الخاتمة
٢٦	المصادر