

مفهوم الطرف في العقد الإداري

الباحث/ حسن محمود محمد حسن

مقدمة:

العقود الإدارية: تتميز عن سواها بأن شروطها تحرر مقدماً ويفرض بعضها على الإدارة والمتعاقد معها الذي لا يملك مناقشة هذه الشروط، ويتعين عليه إما قبولها برمتها أو رفضها. وكذلك يقيد المشرع الإدارة عند إبرام عقودها بضرورة التزام طرق معينة تحد من حريتها في اختيار شكل العقد أو المتعاقد معها.

كما تتمتع الإدارة كطرف في العقد الإداري بسلطات لا نظير لها في القانون الخاص. كما يولد العقد في مواجهتها التزامات عقدية يترتب على مخالفتها حق المتعاقد معها في المطالبة بتوقيع بعض الجزاءات، وقد حرصت محكمة القضاء الإداري المصرية في معظم أحكامها المتعلقة بهذا الموضوع على إبراز مظاهر سلطات الإدارة والتزاماتها تجاه المتعاقدين معها.

من ذلك حكمها الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ والذي قررت فيه (وهذا القانون يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزامه ثم سلطة تعديل العقد من جانبها وحدها بل إن لها حق إنهاء العقد إذا رأت - حسب مقتضيات المصلحة العامة - أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري).

وقد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قررت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام، ولا يكون للطف الآخر الحق في التعويض إن كان له حق وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية).

ويتضح لنا من الأحكام السابقة:

إن المشرع قد اعترف للإدارة بامتيازات خطيرة في مجال تنفيذ العقود تمثل مخالفة ظاهرة لمبادئ القانون الخاص التي تسوي بين أطراف العقد ولا تسمح بتعديل بنوده إلا بإرادة المتعاقدين المطابقة.

إذ تملك الإدارة تعديل معظم شروط العقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لموافقة الطرف الآخر كما تملك حق إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد.

كذلك يمكن للإدارة أن تقوم بتوقيع جزاءات مختلفة على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية كما تملك الإدارة الحق في مراقبة المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه.

- والأصل أن يشارك الشخص بنفسه في إبرام - التصرف القانوني - العقد، ويعبر في نفس الوقت عن إرادته بالالتزام بالآثار الناتجة، وهذا الشخص يُعد طرفاً في العقد بإجماع الفقه والقضاء دون خلاف، حيث يجمع بين الطرفين بالمفهوم الشكلي والطرف بالمفهوم الموضوعي، ويسمى هذا الشخص "متعاقداً"، وإذا كانت الحالة السابقة هي الأصل، إلا إنه في كثير من الأحيان يقوم الشخص بالظهور على مسرح التعاقد ويشارك في إبرام - التصرف - العقد دون أن تتصرف إليه آثاره وهذا الشخص يُعد طرفاً بالمفهوم الشكلي.

- فضلاً عن ذلك قد يوجد شخص لم يشارك في بناء الرابطة العقدية، أي لم يباشر الإيجاب أو القبول - وبالتالي لا يُعد طرفاً بالمفهوم الشكلي - عند تكوين العقد، ولكنه عبر عن إرادته بالالتزام بالآثار الملزمة الناتجة عن هذا الأخير وارتضى انصرافها إليه، وهذا الشخص يُعد طرفاً بالمفهوم الموضوعي.

وإذا كان الأصل أن يباشر عملية التعاقد نفس الشخص الذي تتصرف إليه آثاره في محيطه القانوني، معنى ذلك أن الأصل أن تتحد صفة الطرف بمفهومه الشكلي، بصفة الطرف بمفهومه الموضوعي (الشخص صاحب المصلحة في شخص واحد).

- إلا إنه قد تحول الظروف دون قيام الشخص بإبرام بعض التصرفات القانونية بنفسه، فيحل شخص آخر محله في إبرام هذه العقود نيابة عنه، وقد يحول طرف مؤقت كالمرض أو السفر بين الشخص، وأن يبرم عقد من العقود، فيوكل عنه آخر

في إبرامه نيابة عنه، وقد لا يكون للشخص الأهلية اللازمة للتعاقد بصفة عامة أو لإبرامه عقد معين، كأن كان صغيراً غير مميز أو يكون مجنوناً، فيقوم نائبه القانوني بإبرام العقد نيابة عنه.

- وتُعد الصور السابقة، صوراً للنيابة في التعاقد، تلك النيابة التي يعرفها الفقه بأنها "قيام شخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر ولحسابه يسمى الأصيل، بحيث ينتج التصرف آثاره في ذمة هذا الأخير".

- وللنيابة في التعاقد أهمية بالغة في دنيا القانون، وترجع هذه الأهمية إلى شيوع الالتجاء إليه، في واقع الحياة، بل أنه في كثير من الأحيان، تمثل النيابة في التعاقد أمراً ضرورياً لا غنى عنه، ويحدث ذلك، خاصة بالنسبة لعديمي الأهلية أو ناقصيها، فالقانون لا يجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم، ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضي إبرامها، وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها، وحتى "في الأحوال التي لا تمثل فيها النيابة أمراً ضرورياً كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس، حيث يسهل عليهم أمور حياتهم؛ إذ يمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعذر عليهم إبرامها بأنفسهم، لغيابهم عن مكان عقدها، أو لعدم إلمامهم بها، أو لكثرة مشاغلهم عنها، أو لأي سبب آخر"، ومؤدى ذلك: - أن النيابة في التعاقد، من الأنظمة التي تطلبتها مقتضيات الحياة العملية، ومقتضيات التعامل في الوقت الحاضر، ودفعت المشرع للتدخل لإقرارها وتنظيمها.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا البحث الى مبحثين:.

المبحث الأول : المفهوم الموضوعي للطرف في العقد.

المبحث الثاني : الطرف في العقد الإداري بالمفهوم الشكلي.

المبحث الأول

المفهوم الموضوعي للطرف في العقد

تمهيد وتقسيم:

لقد ورد المبدأ القائل بأن العقود الإدارية لا تتعدى أثارها إلى غير أطرافها، وقد شاع إنتشاره منذ القدم وتناولته أقلام الفقه وأحكام القضاء . وبالرغم من ذلك هل مصطلح (الطرف) بعيد عن التحديد، وما زال محلاً لخلاف مما أدى إلى أختلاط هذا المصطلح باصطلاح العاقد على الرغم من الأختلاف الجوهرى بينهما والشخص قد يسهم فى تكوين العقد . أى يكون عاقداً إلا إنه فى ذات الوقت لا يكون طرفاً فيه ومثال ذلك /النائب حيث يسهم فى تكوين العقد . ورغم ذلك لا يكون طرفاً فيه، فالنائب وأن كان طرفاً فى إبرام العقد إلا إنه لا يكون طرفاً فى الآثار . وحتى يكون الشخص طرفاً، فلا بد من وجوده لحظة إبرامه وفى مرحلة تنفيذه . وأيضاً لا بد من اعتبارات لإضفاء حكم الطرف فى العقد .

لذلك سنقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: المقصود بحكم الطرف فى العقد .

الفرع الثانى: الاعتبارات التى أدت إلى إضفاء حكم الطرف فى العقد عن الخلف العام

الفرع الأول

المقصود بحكم الطرف فى العقد

تمهيد وتقسيم:-

قد قيل بشأن تحديد مفهوم الطرف فى العقد آراء كثيرة. سوف نحاول عرض بعضها بإيجاز محاولين إلقاء الضوء على الخلاف الفقهي والقضائي حولها⁽¹⁾.

لذا سنقسم دراستنا إلى ثلاثة غصون وهي :

الغصن الأول : الاتجاه القائل بتحديد الطرف في العقد لحظه إبرامه.

الغصن الثاني : الاتجاه القائل بتحديد الطرف في العقد لحظة إبرامه وفي مرحلة تنفيذه.

الغصن الثالث : تعليق الباحث والتعريف المختار.

الغصن الأول

الاتجاه القائل بتحديد الطرف في العقد لحظة إبرامه

رأي البعض أن الطرف في العقد، هو من يظهر في التصرف باعتباره صاحبا له^(٢). وإذا كان لهذا القول حق في جانب منه إلا إن كلمة صاحبه ليست أكثر وضوحاً من كلمة طرف^(٣) وبالتالي فإنه لا يصح بناء تعريف علي أساس أمر يحتاج إلى إيضاح، وحاول أنصار هذا الرأي إيضاح كلمة صاحبه، وبالقول أنها تعني الشخص الذي أسهم في تكوين العقد، برضا صحيح في وجوده وإرادة صدر عنه التعبير عنها وفقاً للقانون^(٤). وإذا كان هذا الإيضاح ينطوي علي قدر من الصحة لا يمكن إنكاره، ذلك أن الشخص الذي يساهم في تكوين العقد يكون طرفاً فيه، لكن ما لا يمكن السكوت عنه إنكاراً، إن ذلك ولئن كان يستقيم في حالات، فإنه لا يستقيم في حالات أخرى، لا يكتسب فيها الشخص وصف الطرف في العقد، علي الرغم من أنه قد ساهم في إبرامه^(٥) ومثله التعاقد عن طريق النيابة^(٦). فضلا عن ذلك، قد يقوم شخص بدور مهم في عملية إبرام العقد، ويرغم ذلك لا يعد طرفاً فيه، من ذلك من يقوم بأداء وظيفة عامة، ومثال ذلك موثق العقود^(٧)

وهناك من يري أن الطرف هو من أسهم في تكوين التصرف^(٨) وإذا كان هذا الرأي ينطوي على جانب من الصحة، خاصة في الحالة التي يكون من شارك في تكوين التصرف هو نفسه من تتصرف إليه آثار هذا التصرف. ولكن يعيب هذا الرأي، أن الشخص قد يساهم في إبرام العقد ولا يعد طرفاً فيه. فهذا الرأي إذا يخلط بني مصطلحي

الطرف والعاقد. ويأخذ عليه أيضا تأثيره الشديد عند تفسيره النص الذي يقرر مبدأ النسبية بالنظرية الشخصية للالتزام^(٩)، والتي تقصر فكرة الطرف، في إطار العلاقات التعاقدية، علي الأشخاص الذين ساهموا في تكوين التصرف القانوني، دون الأخذ في الاعتبار الوجود الجسدي، أو التنفيذ المادي لهذا التصرف^(١٠) فضلا عن ذلك، فإن فكرة الطرف كما يراها أنصار هذا الرأي، لا يمكن أن تستوعب الأنظمة القانونية نتاج المذهب المادي للالتزام، ومنها نظام المقاوله من الباطن^(١١) والاشتراط لمصلحة الغير وغيرها من الأنظمة.

وإذا قيل أن الطرف هو من أبرم العقد سواء بنفسه أو عن طريق نائب، فإن هذا الرأي، وأن كان قد جعل من الأصل، الذي لم يساهم في إبرام العقد بنفسه طرفا في التصرف، وتلافي بذلك أحد أوجه النقد السابق توجيهها إلي الرأي السابق إلا أن هذا الرأي - محل المناقشة - لم يسلم من أوجه النقد الأخرى.

أما تعريف الطرف بأنه من تتأثر ذمته بالتصرف، نجده قولاً صحيحاً في جانب منه، ولكن إذا كان كل طرف يتأثر بالتصرف^(١٢) إلا أنه ليس معني تأثر الشخص بعلاقة تعاقدية معينة، هو خوجه من منطقة الغيرية، ودخوله منطقة التعاقد^(١٣).

ويري الباحث أن الجامع بين الآراء السابقة، ارتكازها في تحديدها لمفهوم الطرف علي وقت تكوين التصرف القانوني، دون الأخذ في الاعتبار مرحلة تنفيذه، وإذا كان تحديد الطرف وقت إبرام التصرف يقدم فائدة مؤداها أن كل أوضاعه التعاقدية علي هذا الأساس". وهذه الفائدة لم ينكرها من الفقه، إلا أن هذه الآراء جميعاً قد وجه إليها نقد أساسي، لقصرها مفهوم الطرف علي من شارك في إبرام العقد فقط دون غيرهم، هذا فضلا عما وجه إلي كل رأي من انتقادات قد عرضناها وسوف نعرض فيما يلي لآراء فقه آخر، يأخذ في الاعتبار عند تحديده لمفهوم الطرف مرحلة تنفيذ العقد، فضلا عن مرحلة تكوينه.

الفصل الثاني: الإتجاه القائل بتحديد الطرف في العقد لحظة إبرامه وفي مرحلة تنفيذه

من المسلم به أن الأصل - في النيابة في التعاقد - يعد طرفاً في العقد دون أن يكون قد شارك في إبرامه. ذلك أنه هو من يتحمل الآثار الناشئة عن العقد^(١٤).

إنطلاقاً من هذه المسلمة، بدأ الفقه يتساءل عما إذا كان يمكن إسناد صفة الطرف في العقد إلى الأشخاص الذين يعتبرون دائنين أو مدنيين بالنسبة للعقد، أى الأشخاص الملزمين بالأثر النسبي للعقد^(١٥)، إلى جانب الأشخاص الذين شاركوا في تكوين العقد، أى الأشخاص الذين أعلنوا رضاهم صراحة بشأن إنشاء العقد.

ويرى هذا الفقه، أن فكرة الطرف يجب أن تتضمن - بصورة عامة - الأطراف المرتبطين، بمعنى الأشخاص الذين برغم كونهم لم يشاركوا في العقد بإرادتهم، إلا إنهم أصحاب حق في أصول أو خصوم الآثار الملزمة التي يخلفها العقد^(١٦). أى إن الأطراف هم أولئك الذين يلتزمون بالآثار الملزمة للعقد، حتى ولو لم يكن ممن شارك في إبرامه.

وبالتالى، فإن هذا الفقه إذ يحدد الطرف، التحديد السابق بيانه، يكون قد هجر التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود، ذلك التفسير المتأثر بمبدأ شخصية الإلتزام، شخصية الرابطة العقدية^(٢)، والذي يقصر فكرة الطرف على الأشخاص الذين شاركوا في تكوين العلاقة التعاقدية فقط^(٣).

وارتكاز تحديد المركز القانوني للطرف، على الارتباط، بالأثر الملزم للعقد، آثار تساؤل حول الوقت الذى يتم فيه تحديد الطرف، هل يكون وقت إبرام العقد فقط، أم أنه يجب أن يأخذ في الحسبان وقت تنفيذه ؟

ويجيب غالبية الفقه - وبحق - على هذا التساؤل، بأنه متى كان الطرف يتحدد بالأشخاص الذين يلتزمون بالآثار الملزمة للعقد، فإن وقت تحديد صفة الطرف، يجب أن يكون هو الوقت الذى يكون فيه تقدير هذه الصفة مفيداً وهذا، الوقت ليس هو وقت تكوين العقد فحسب، بل أيضاً لحظة تنفيذ العقد^(١٧).

ويتفق الباحث مع هذا الرأى، ذلك أن وقت تنفيذ العقد هو الوقت الذى يتعين فيه معرفة الأشخاص الملزمة بالآثار الملزمة للعقد، ففى هذه المرحلة يبدأ كل طرف فى أداء الإلتزامات التى تنقل كاهله، ويجب عليه أدائها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية والأمانة والتعاون^(١٩).

فضلا عن ذلك، فإن المسؤولية العقدية لا تتحرك إلا لحظة دخول العقد مرحلة التنفيذ، فلا تقوم هذه المسؤولية بمجرد إبرام العقد، بل يشترط لقيامها، عدم قيام الملتزم بآثار العقد بتنفيذ التزاماته، أو إخلاله بتنفيذها^(٢٠). وترتب على ذلك الإضرار بالطرف الآخر.

تعريف الفقه للطرف وفقا للاعتبارات السابقة :

اتضح فيما سبق، أنه لا يوجد أحد من الفقه الآن يعارض في إمتداد آثار العقد الملزمة إلى غير من أبرموه^(٢١)، وأن الطرف هو من يرتبط بإراداته بآثار العقد الملزمة، سواء شارك في إبرام العقد أم لا. أما الغير، فهو من يلتزم بمراعاة الأثر الملزم للعقد، دون أن يكون فاعلا أو منفعا به^(٢٢).

وبدءا من هنا ظهرت محاولات عديدة من الفقه لتحديد مفهوم الطرف، ونحن في هذا الموضوع لن نقوم بسرد كافة التعريفات التي قال بها الفقه، ولكننا سنحاول بايجاز عرض أهم ما انتهى إليه في هذا الصدد.

لعل أهم هذه التعريفات وأبرزها، ما قاله جستان^(٢٣)

حيث عرف سيادته أطراف العقد، وقد جاء في تعريفه "أنهم كل الأشخاص الذين قبلوا أن يبقوا أو أن يصبحوا دائنين بالأثر الملزم للعقد"^(٢٤)

وبعبارة أخرى - أكثر وضوحًا - تنسب له "ينطبق وصف الطرف على كافة الأشخاص الذين ارتبطوا مع رضائهم الفعلي، أي كان الشكل أو التوقيت، بالآثار الملزمة للعقد"^(٢٥).

وعرض سيادته للحالات - والفقه المتفق معه - التي ينطبق عليها وصف الطرف، مميّزا بين مرحلتى إبرام العقد وتنفيذه.

ففي مرحلة إبرام العقد يعد طرفاً، الأشخاص الذين ساهموا في تكوين العقد بالتعبير بأنفسهم عن إرادة الارتباط به^(٢٦)، وكذا الأشخاص الممثلون -الموكلون - الذين

ساهمت إرادتهم بصورة غير مباشرة في تكوين العقد^(٢٧)، وكذا الأشخاص الممثلون الذين ليسوا أطراف في العقد إلا بواسطة إرادة ممثل يعمل بمقتضى القانون^(٢٨).

أما في مرحلة تنفيذ العقد، فيعد طرفاً، الأشخاص الذين أعطوا رضاهم قبل إبرام العقد^(٢٩)، والأشخاص الذين أعطوا رضاهم عقب إبرام العقد، كالمستفيد من الأضرار لمصلحة الغير^(٣٠)، والخلف العام، والخلف صاحب حق معين على التركة (الموصى له)^(٣١)، ويعد طرفاً أيضاً المحال إليه في حوالة الدين أو حوالة الحق^(٣٢). ويعد طرفاً أيضاً المنضم الى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي^(٣٣).

هذا وقد تعرض تعريف جستان - والذي تبناه كثير من الفقه - لنوعين من النقد أولهما من السيد Jean Luc Aubert^(٣٤)،

ثانيهما : من السيدة Gelfucci Thibierge^(٣٥).

ويبدو ان نوعي النقد، قد وجها الى الحالات التطبيقية التي عرضها جستان، والاسس التي بنيت عليها الحالات المتشابهة، ومدى التجانس بينها. فحاول صاحب النوع الأول من النقد التضييق من هذه الحالات، بينما صاحبة النوع الثاني فقد حاولت إضافة حالات أخرى. وإذا كانا نوعا النقد هذان متناقضان من حيث الظاهر، إلا أنه بدراستهما وتحليلهما نجد أنهما متكاملين وبناءين أيضاً.

وإذا كان الموضوع لا يتسع لعرض وتحليل نوعي النقد هذين فإننا سوف نقوم بإيجاز بعرض ما اقترحتة Gelfucci - Thibierge. فقد اقترحت سيادتها، أن يضاف الى تحديد مفهوم الطرف على أساس الزمن - مرحلتي إبرام العقد وتنفيذه - تحديد هذا المفهوم على أساس مصدر صفة الطرف، وترى سيادتها "أن مفهوم الطرف لا يمكن أن ينتج عن الإرادة وحدها، وإنما ينتج أيضاً عن القانون" وتضيف الى ذلك أنه "في حين أن المقبول عموماً اليوم أن القانون ينشئ قوة العقد الملزمة، وأنه يساهم في تحديد محتوى العقد حتى في تعديله، فلا شئ يمنعه من قبول امكانية القانون - أيضاً - في نسبة صفة الطرف في العقد إلى شخص يوافق عليه عندما تفرض الاوامر الأسمى من إرادته ذلك".

وتنتهى سيادتها الى أنه "بإمكان الأطراف إذا أن يعتبروا أنفسهم أشخاصا خاضعين للأثر الملزم للعقد بفعل إرادتهم او بفعل القانون " وأنه "لا يمكن اعتبار الاشخص طرفا فى العقد بفعل إرادة الغير وحدها " (٣٦).

وقد أخذ جستان ما وجه إليه من نقد فى الاعتبار، وحاول تلافى بعضه، وذلك باعادة توزيع وتصنيف الطرف والغير، فعرف سيادته الطرف على النحو التالى : " إن الأشخاص جميعا الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بمفعول التمثيل الاتفاقى أو القانونى أو انضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك، أو الذين استبدلوا بالأطراف المتعاقدين، بنقل وضعهم العقدى الذى يسمح به القانون أو يفرضه حكم ويكونون مرتبطين، ايجابا أو سلبا بآثاره الملزمة ويمتلكون الامتيازات الخاصة بهذه الصفة، أى امكانية تعديل العقد أو انهاءه بإجراء عقدى أى بتوافق الارادات، هم أطراف فى العقد" (٣٧).

الفصل الثالث

وجهة نظر الباحث والتعريف المختار

وبرغم من أن هذا التعريف يعد نقلة كبيرة فى اتجاه توسيع مفهوم حكم الطرف فى العقد. ومع تقديرنا الشديد له، إلا أننا نلاحظ عليه انه من ناحية : قد عدد الحالات التى يعد فيها الشخص طرفا، بشكل يوحى بالحصص، فى حين أن تطور واقع الحياة، قد يفسر عن وجود حالات أخرى، منها مثلا المتعاقد من الباطن بالنسبة لعقد المقاولة الأسمى، ورب العمل بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، وكذا المستأجر من الباطن بالنسبة لعقد الايجار الأسمى وغيرها من الأسر العقدية الأخرى (٣٨). فخالف بذلك اتجاه فقهي وقضائى قوى - يرى أن الأطراف المتباعدة فى هذه الأسر العقدية يرتبطون ببعضهم برابطة موضوعية.

لذا كان من الأولى أن يحدد - فقط - معايير اعتبار الشخص طرفا فى العقد - دون أن يحصر حالاته، حتى يفتح الباب أمام حالات أخرى، يمكن وصفها بالطرف، متى توافرت فيها هذه المعايير.

ومن ناحية أخرى لا يمكن استنتاج معيار الطرف، من تمتع الشخص بسلطة طلب ابطال العقد، لا سيما لعيب في الرضا، بحجة أن توافق إرادات الأطراف هو الذي كون العقد. ذلك أن إبطال العقد يمكن أن يطلب من الغير، على الأقل عندما يتعلق الأمر بالبطلان المطلق^(٣٩). مما يجعل هذا المعيار غير فعال. خاصة إذا أخذنا في الاعتبار صعوبة إعمال هذا المعيار فيمن يوصف بالطرف في مرحلة تنفيذ العقد^(٤٠).

كما انه لا يمكن استنتاج معيار صفة الطرف، من إمكانية طلب الفسخ القضائي للعقد. ذلك أن للغير في حالات معينة، إمكانية طلب فسخ العقد، منها - مثلا - المقترض الذي يستطيع في حالة البيع في صورة إجبار، بشرط أن يكون مستهلكا، إقامة دعوى مباشرة لفسخ عقد البيع بين ومؤسسة للبيع في صورة.

الفرع الثاني

الاعتبارات التي أدت الى إضفاء حكم الطرف في العقد عن الخلف العام

تمهيد وتقسيم :-

بعد تناولنا لمفهوم الطرف في العقد، والأراء التي قيلت بشأن تحديد حكم الطرف في العقد ومن يستغل المركز القانوني للطرف، وبعد عرض الاعتبارات التي وضعها الفقه والتي يجب أن تتوافر في الشخص كي يعد طرفا في التصرف القانوني، تبين لنا ان هذه الاعتبارات يمكن أن تترجم الى اعتبارين :

الأول : يركز على فكرة الإرادة، والثاني يستند الى فكرة المصلحة أو الأثر^(٤١).

وإذا كان الشخص لا يعدو طرفا الا اذا توافر فيه الاعتبارات السالفات، لذلك سنقسم دراستنا لهذا الفرع الى غصنين هما :

- الغصن الاول : الإدارة
- الغصن الثاني : المصلحة أو الأثر

الغصن الأول

الإرادة

تمهيد وتقسيم:-

الإرادة هي الاعتبار الأول - والأساسي من وجهة نظرنا - الذي يمكن أن نرتكز عليه في تحديد الشخص الذي يشغل المركز القانوني للطرف في التصرف. فالإرادة هي العنصر المنشئ - أو مصدره - للتصرف القانوني أنه لا يمكن أن نلزم الشخص بشيء لم يردده. لذا فإننا سوف نتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل.

ونقسم دراستنا له إلي ثلاثة وهي :

أولاً: ضرورة وجود الإرادة.

ثانياً: الإرادة الواجب توافرها في الطرف في التصرف.

ثالثاً: وجوب التعبير عن الإرادة و صحته ومضمونه.

أولاً: ضرورة وجود الإرادة

إن توافر الإرادة لدي الطرف في التصرف، من الأمور التي عني المشرع^(٤٢) بها وأجمع عليها الفقه^(٤٣)، والقضاء^(٤٤). ذلك أن الإرادة هي أساس العقد والتصرف القانون بوجه أعم^(٤٥)، وأن الالتزام بالتصرف هو التزام الشخص بإرادته^(٤٦) فلا تقوم علاقة إلتزام - كقاعدة عامة^(٤٧) - إلا إذا أردھا الشخص، فإن أرادھا وجب عليه احترامھا^(٤٨). وبعبارة أخرى، فإن الشخص لا يمكن أن يخضع لأي إلتزام لم يردده، فإذا اراده فإنه يجب عليه احترامه. "فالإرادة بالنسبة للتصرف هي العنصر المنشئ له أو مصدره المسبب، وبالنسبة لشخصه ركنه الأساسي^(٤٩)"

فالإرادة إذا، هي العنصر المنشئ - أو مصدر - للتصرف القانوني، وأنها الركن الأساسي لشخص هذا الأخير.

لذا فإنه لا يتصور قيام تصرف قانوني، إذ انعدمت إرادة من يبرمه وقت إبرامه^(٥٠) بصرف النظر عن سبب إنعدام الإرادة، سواء كان هذا الإنعدام دائما أو مؤقتا، ما دام قد لحق الشخص عند إبرامه التصرف القانوني.

ثانيا : الإرادة الواجب توافرها في الطرف التصرف

هي الإرادة التي تتجه الى إحداث أثر قانوني^(٥١). لذا يجب التمييز بينها وبين مجرد إرادية العمل، التي لا تعنى سوى مجرد وقوع العمل بإرادة الشخص دون أن تهدف من وراء هذا العمل الى إحداث أثر قانوني معين. فالنية^(٥٢) لا الإرادية هي التي تتميز بانها اتجاء الإرادة الى إحداث آثار قانونية. لذا فان الطرف في التصرف يتميز بأنه من يعبر بالتصرف تعبيراً إرادياً عن النية، فيرتب عليه القانون الآثار القانونية، التي يراها لازمة لتحقيق هذه النية على خير وجه وبصورة قانونية^(٥٣).

لذا فان الطرف في التصرف يتميز بأنه من يعبر بالتصرف تعبيراً إرادياً عن النية.

والإرادة التي تقصد توافرها في الطرف في التصرف، ليست الإرادة بمعنى المشيئة^(٥٤) صحيح أن الإرادة التي هي جوهر التصرف القانوني، هي مشيئة الشخص، ولكن يجب أن تصدر هذه الإرادة عن شخص يتصف بحالة معينة تجعله حر وقادر على توجيه إرادته، أي يجب أن تكون إرادته واعية مختارة، وهي لا تكون كذلك إلا اذا صدرت عن ذى أهليه^(٥٥).

ويرى بعض الفقه^(٥٦) - وبحق - أنه يجب أن يأخذ في الاعتبار أن :

١. برغم وجود الإرادة وقيام التصرف، ألا أنه قد لا يكون هناك إلزام به، وذلك عندما يختلف مناط الإلزام. ومناطق الإلزام سواء كان أدبيا أو قانونيا هو الوعي والإدراك. فالشخص لا يلتزم إلا إذا كان مدرك لماهية التصرف الذي يجريه، والحقوق والالتزامات التي تترتب له أو عليه وأنه يقصد ذلك كله^(٥٧). وإذا كان إلزام الشخص لا يكون الا بما يستطيع أن يحسه ويستبينه. فان مناط الإلزام بهذا المعنى مناط ذاتي^(٥٨)، والاستدلال على وقوعه يتحدد على أساس الغاية منه^(٥٩).

٢. وجود الإرادة وقيام التصرف، لا يعنى بالضرورة، أن من صدرت منه الإرادة، هو ذاته من يلتزم بالأثر الملزم المترتب عليها^(٦٠).

ثالثاً: وجوب التعبير عن الإرادة وصحته ومضمونه

من المسلم به، أن الإرادة في حد ذاتها ظاهرة غير قانونية، لا تنتج أثرها ولا يعتد بها القانون، طالما بقيت كامنة في نفس صاحبها، لم تتفصل عنه، ولا تدخل هذه الإرادة في نطاق القانون إلا إذا ظهرت وظهورها يكون بالتعبير عنها. فالتعبير عن الإرادة هو الذى يجعل لها قيمة قانونية^(٦١).

لذا يجب كى يعتبر الشخص طرفاً فى التصرف، ان يعبر عن إرادته، حتى تنتقل هذه الإرادة "من أعماق النفس إلى الخارج وتصبح - بعد أن كانت كامنة فى النفس - ظاهرة اجتماعية يترتب عليها آثار او نتائج قانونية"^(٦٢).

أما بالنسبة لشكل التعبير عن الإرادة^(٦٣)، فالأصل انه متروك لحرية الأفراد، ومن ثم يجوز للطرف فى التصرف أن يعبر عن إرادته صراحة أو ضمناً، بل أن سكوته قد يكفى للتعبير عن إرادته فى بعض الأحوال. ولكن المشرع وفى أحوال استثنائية قد يفرض شكل معين للتعبير عن الإرادة، فيجب على الطرف فى التصرف أن يتخذه، حتى لا يتعرض للجزاء المترتب على تخلف هذا الشكل، ذلك الجزء الذى يختلف باختلاف الغاية من هذا الأخير^(٦٤).

وإذ يجب على الطرف فى التصرف - كما بينا - ان يعبر عن إرادته، حتى يعتد قانوناً بما يترتب عليها من آثار، فإنه يفترض أن يكون التعبير مطابقاً للإرادة الحقيقية^(٦٥). وهذا ما يحدث فى الغالب، فالتعبير الذى يساهم فى بناء تصرف قانونى بالمفهوم الفنى هو الذى يصدر مطابقاً لقصد صاحبه^(٦٦)، ويتصل بعلم من وجه إليه على هذا النحو. ولكن هذا الغالب ليس مطلقاً، فقد يحدث أن يكون التعبير غير مطابق للإرادة الحقيقية^(٦٧).

وفى هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة، وفقاً للقوانين التى تكفل سلامة الإرادة وجديتها (عيوب الرضا - الصورية) ومشروعيتها وعدم مشروعيتها، أن يثبت عدم مطابقتها للتعبير للإرادة الحقيقية^(٦٨)، وفى هذه الحالة يكون الاعتداد بالإرادة الحقيقية.

وإذا تم التعبير على نحو ما سبق فإن هذا التعبير يجب ألا يكون خالياً من المضمون، بل يجب أن يتضمن كل ما حددته وقصدته الإرادة المعبر عنها، ووفقاً للقانون المصرى والفرنسى فإن هذا المضمون يتمثل فى المحل والسبب^(٦٩)، وهذا يعنى وجوب أن يكون مضمون الإرادة مشروعاً وممكناً. فيجب إذاً أن تنصب الإرادة على محل، فلا يتصور وجود إرادة دون تعلقها بمحل، ومتجهة الى غاية معينة هى سببه. لذا كان السبب والمحل من عناصر الإرادة أو بعبارة أدق من عناصر التصرف القانونى باعتباره إرادة متجهة الى إحداث أثر قانونى^(٧٠).

وبعد عرض ما تقدم نخلص الى أن الإرادة هى الركن الأساسى فى التصرف القانونى، فهى التى تستهدف خلق هذا الأخير وترتب عليه آثار قانونية. وهذه الإرادة يجب أن تستند إلى شخص قانونى، أى يجب أن تصدر عن شخص متصف بالشخصية القانونية. مع الأخذ فى الاعتبار أنه ليس كل من يتصف بالشخصية القانونية يصلح أن يكون طرفاً فى التصرف، بل يشترط ليكون تعبيره منتجاً لآثار قانونية أن يتمتع بالأهلية. وبالرغم من أن الأهلية ليست عنصراً فى التصرف القانونى ذاته إلا أنها تعد شرطاً فى شخصه - أى الطرف - أو شرط فى العاقد^(٧١).

الفصل الثانى

المصلحة أو الأثر

تمهيد وتقسيم:-

وإذا كنا قد عرضنا فيما سبق، الاعتبار الأول لتحديد الطرف فى التصرف، وهو الإرادة ورأينا أنها يجب أن تكون إرادة الشخص وتعبيره وذلك على النحو الذى بيناه. فإننا فى هذا الموضوع من لبحث سنحاول إلقاء الضوء على الاعتبار الثانى لتحديد وصف الطرف، وهو معيار المصلحة، أو الأثر الناتج عن هذا التصرف. إذاً يجب أن تعود ثمره ونتاج الإرادة إلى صاحبها^(٧٢).

وهذا يعنى أنه يجب على المتصرف أن يبتغى من وراء تصرفه الحصول على أثر مفيد، أى الحصول على مصلحة معينة. فبدون وجود غرض جدى يستهدفه الشخص من وراء التصرف، فلا يكون لهذا التصرف معنى " فعن طريق المصلحة وبها يحقق التصرف غايته ويكتمل لشخصه التحديد القانونى لوصف الطرف، لأن أى تصرف لا بد وأن يكون له غاية محددة حتى يكون مشروعاً ومنتجاً لآثاره، وبنسبة هذا الأثر إلى المتصرف يكتمل له وصف الطرف فى علاقة قانونية إرادية^(٧٣). وقد أكد على هذا المعنى بعض الفقه عند تعريفهم للطرف، فمنهم قال " أن وصف الطرف فى العقد ينطبق على كافة الأشخاص الذين ارتبطوا مع رضائهم الفعلى ن أيا كان الشكل، أو التوقيت بالآثار الملزمة للعقد^(٧٤)، ويقصد بالآثار الملزمة ثمار ونتاج التصرف أو المصلحة التى يبتغىها المتصرف وقد عبر البعض الآخر عن المعنى ذاته بتعبير أكثر وضوحاً حيث جاء فيه " من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه"^(٧٥).

والفقه إذ يؤكد على ضرورة أن يكون للشخص مصلحة من وراء تصرفه فذلك لأن المصلحة هى الغاية التى من أجلها أعترف للأفراد بسلطانهم وسلطتهم فى إبرام التصرفات، فهى تحدد الموضوع الرئيسى للحقوق والالتزامات، التى تتحقق عن طريق التصرفات و الأعمال. فالمصلحة بالنسبة لشخص التصرف، هى ثمرة ونتاج إرادته التى تعود عليه، كما أن المصلحة تعد المصدر الفعلى لإرادة المتصرف، فتعبير هذا الأخير عن إرادته يقوم على عوامل كثيرة يمكن أن تكون أساساً لقراره منها الفائدة أو المنفعة أو إشباع الحاجة^(٧٦). وليست المصلحة هى السبب الدافع للتصرف ممثلاً فى جوهره وهى الإرادة بل هى ذاتها تعد قرينة على قيام هذه الإرادة^(٧٧).

وإذا كان للإرادة أن تفعل ما تشاء فى سبيل تحقيق مصالحها، فإن ذلك يجب أن يكون فى إطار النظام القانونى الذى تتبعه^(٧٨). وإذا كان للمصلحة هذه الأهمية فى تحديد الطرف فى التصرف، فقد رأينا أن نحاول بإيجاز إلقاء الضوء على بعض جوانبها.

لذا سنقسم دراستنا لهذا الغصن إلى ثلاثة نقاط هي :

أولاً: المفهوم القانوني للمصلحة.

ثانياً: مضمون فكرة المصلحة.

ثالثاً: ضوابط المصلحة.

أولاً: المفهوم القانوني للمصلحة

برغم اتفاق الفقه على معيار المصلحة، كمعيار يضاف إلى معيار الإرادة عند تحديد شخص الطرف، إلا أنهم لم يستطيعوا دون عناء ومشقة تحديد مفهومها القانوني^(٧٩). ذلك أن فكرة المصلحة قد شابها كثير من الغموض والإبهام^(٨٠) إذ تتضمن تفسيرات مطاطة للغاية^(٨١) ويرجع ذلك إلى عدم وجود تعريف تشريعي لها^(٨٢)، واختلاف المقصود بها في مجال العرف وفي نطاق الشرع^(٨٣). ولعل ذلك ما دفع الفقه في محاولاته لتحديد المقصود بالمصلحة إلى الاستعانة بالمرادفات^(٨٤).

فالمصلحة في ذاتها هي المنفعة فالعلم والريح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها منافع، أو مصالح في ذاتها بأي طريق حصلت^(٨٥).

والمصلحة والمفسدة ضدان، والمصلحة في اللاتينية^(٨٦)، وهي تخص الفعل تعنى بصفة عامة المزية المالية أو الأدبية التي يحصل عليها الشخص عند استعمال حق أو أداء عمل.

وفي الشريعة الإسلامية حاول علماء الأصول وضع تعريف للمصلحة، ويبدو أنهم لم يتفقوا على تعريف جامع لها، فقد كانت تعريفاتهم تقترب أحياناً، وفي جميع الأحوال كانت تدور حول جلب المنافع ودفع المضار في إطار المبادئ العامة للشريعة الإسلامية^(٨٧)، وتتوافق مع البعد الواسع للنظام العام والآداب لهذه الأخيرة، وبالتالي بعدت عن الأهداف الشخصية والميول النفسية المقترنة بالهوى والرغبة^(٨٨).

أما فقهاء القانون ؛ رغم أنهم لم يخرجوا من حيث الجوهر عما قاله علماء الأصول. إلا أنهم اختلفوا حول تعريف مصطلح المصلحة، فقد ورد هذا المصطلح في

كثير من الدراسات القانونية، بشكل جعل الفقه يتحير^(٨٩)، في وضع تعريف محدد ومنضبط لها.

ويتضح ذلك جليا عند ما نتعرض بإيجاز لمحاولات بعض الفقه لتحديد معنى المصلحة، وذلك في مثالين للتصرفات القانونية، من خلال نظامين من الأنظمة القانونية التي ظهر فيها مصطلح المصلحة بشكل واضح، هما مجال قانون المرافعات المدنية والتجارية ومجال التأمين^(٩٠).

أولا : مفهوم المصلحة في مجال الإجراءات المدنية والتجارية :

ففي هذا المجال تلعب المصلحة دورا فعلا، فهي أول ما ينظر إليه عند قبول الدعوى، فلا دعوى بلا مصلحة^(٩١)، وفي ذلك تنزيه القضاء من الانشغال بدعاوى وطلبات لا فائدة منها، وسدا لباب الدعاوى الكيدية^(٩٢) وانعكست أهمية المصلحة في مجال قانون المرافعات، على فقهاء هذا القانون عند تعريفهم للمصلحة في هذا المجال فرفعوها بأنها " الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى في الحكم له يطلبه، فحيث لا تعود من رفع الدعوى فائدة على رافعها فلا تقبل دعواه "^(٩٣).

ثانيا : تعريف المصلحة في مجال التأمين :

برغم اشتراط المشر المصلحة في مجال التأمين، إلا أنه لم يقم بتعريفها وحسنا فعل، فالتعريف هي مهمة الفقه، لذا نجد العديد من الفقه قد قام بوضع تعريف - في مجال التأمين - لها، فمنهم من عرفها بأنها "صلة بين المؤمن له والكارثة بموجبها يتحمل المؤمن له خسارة الكارثة المؤمن منها"^(٩٤). ومنهم من عرفها بأنها "علاقة بين شخص ومال أو مجموعة أموال تمثل قيمة إقتصادية ولكن معرضة للخطر"^(٩٥). وعرفها البعض بأنها الفائدة التي ستعود على المؤمن له أو المستفيد من عدم تحقق التبعة^(٩٦)، ونجد تعريف لها بأنها "أن المصلحة في التأمين من الأضرار، هي القيمة المالية للشئ المؤمن عليه، وهي القيمة المعرضة للضياع إذا تحققت الكارثة المؤمن عليها"^(٩٧).

ودون الدخول في مناقشة هذه التعريفات، نود أن نسجل فقط أنه في مجال واحد - مجال التأمين - نجد أكثر من تعريف لتحديد مفهوم المصلحة، صحيح أن هذه التعريفات جميعا تدور في فلك واحد هو العلاقة بين الشخص والمال، إلا أن كثرة التعريفات وعدم الإتفاق على تعريف واحد في مجال واحد، لدليل على ما سبق أن قلناه بأن فكرة المصلحة فكرة مطاطة يشوبها الغموض والإبهام.

ولعلنا لاحظنا مما تقدم، أن الإبهام والغموض الذي شاب فكرة المصلحة، قد خلق لدى الباحثين توجسا وخيفة من مظنة الوقوع في الخلط عند تعريفها. ذلك أن النظر إلى المصلحة من إحدى الزوايا^(٩٨)، لا يشير إلا إلى ما تكشف عنه هذه الزاوية من مرام الفقهاء، وأن النظر إلى كل الزوايا - في وقت واحد - سوف يؤدي إلى زيادة الخلط ومضاعفة الغموض^(٩٩)، ففي الحقيقة أن المصلحة أمر تحس به ويكاد ينطق، ولكن ليس من السهل إيضاحه ففي وضوحه صعوبة في بيانه فكأنه السهل الممتنع.

ونرى مع بعض الفقه^(١٠٠). إزاء صعوبة تحديد معنى المصلحة أن التعرض لمعنى هذا المصطلح يكون رهين الحالة المعروضة، والتي في الغالب ما يكشف عرضها عن بيان موضع المصلحة فيها بالحس قبل الإدراك المادى. فهذا المصطلح قد ورد في الكثير من المجالات القانونية بمفاهيم تكاد لا تلتقى إلا في حدود اللفظ لا المعنى، ليس هذا فحسب، بل أنها في إطار الإجراء الواحد وتختلف باختلاف مكان تواجدتها.

ولعل صعوبة تحديد معنى المصلحة، لم تمنع الفقه من محاولة تحديد معناها، حيث حاول الفقه - كما سبق القول - أن يستعين بالألفاظ المقاربة^(١٠١)، بغية الكشف عن معنى المصلحة كأن يقال أن المصلحة هي المنفعة أو المزية أو المكسب أو العائد.

ويرى بعض الفقه أن المصلحة هي القيمة التي تؤخذ كوسيلة لإشباع حاجتنا متى أردنا، فيقال حيث لا منفعة لا مصلحة، والمنفعة هي مناط المصلحة.

ويرى البعض الآخر، أن المصلحة تعنى المزايا المالية أو الأدبية التي يحصل عليها الشخص عند استعمال الحق أو عند أداء العمل، أو بمعنى أعم هي التعبير عن حاجة البشر وحاجة الحياة^(١٠٢).

مما تقدم يتضح أن هناك صعوبة في تحديد معنى عام للمصلحة ينطبق على كل موضع أى فيه هذا المصطلح فى الأنظمة القانونية المختلفة، لذا فإن تعريف هذا المصطلح يكون - كما ذكرنا - رهين الحالة التى ورد بها. وهذه الصعوبة لم تمنع الفقه من بذل محاولات - عرضنا لبعضها - لتعريف المصلحة.

وباستقراء هذه التعريفات سواء قام بها الفقه الإسلامى أو الفقه القانونى، نجد أنه مهما بلغت درجة الخلاف فإنهم لم يخطوا بين المصلحة وبين المفسدة، كما أن هذه التعريفات جميعا تتفق وتجتمع على أن المصطلح بصفة عامة هى جلب المنافع ودرء المفساد، وهذا القدر وحده يكفى أساسا للحديث عن المصلحة دون محاولة وضع حد لها^(١٠٣).

ثانياً: مضمون فكرة المصلحة

إن فكرة المصلحة سواء منظور إليها من جانبها الشخصى أو الموضوعى، يجب أن يكون لها مضمونها، يتوقف تحديده على عوامل وعناصر مختلفة. ولكن النظر إلى المصلحة من زاوية أنها هى المنفعة أو الميزة أو الفائدة أو المكسب الذى تحصل بواسطة شخص التصرف، يجعل مضمون المصلحة يستدعى إلى الذهن الصلة الوثيقة بينها وبين الحق^(١٠٤). مما دفع بعض الفقه من خلال هذه الصلة لمحاولة تحديد مضمون المصلحة. وسوف نعرض بإيجاز لأهم هذه الآراء.

الرأى الأول : وهو للعلامة أهرنج، فقد إستعان سيادته منذ زمن بالمصلحة فى نطاق الحق، مشيراً إلى الصلة الوثيقة بينهما. ويظهر ذلك بوضوح فى قول سيادته أن المصلحة جوهر الحق^(١٠٥). وأن الحقوق مصالح يحميها القانون^(١٠٦).

فالمصلحة هى العنصر الجوهري فى الحق وهى غايته^(١٠٧).

ورغم أن أهرنج يرى أن المصلحة هى جوهر الحق. إلا أنه لا يعتبرها كذلك إذا كانت مجردة، لا تتوافر لها الحماية القانونية فيجب أن تكون المصلحة فى إطار المصالح المعتررة قانوناً، فلا أهمية لمصلحة لا يحميها القانون بدعوى فالأخيرة تعد (الجراب) الذى يصون الحق^(١٠٨).

فالحق عند أهرنج يمثل مصلحة لصاحبه سواء كانت هذه المصلحة مادية أم معنوية^(١٠٩).

أما الرأي الثانى : كان للعلامة دابان^(١١٠)، فقد استعان هو الآخر بالحق عند تعريفه - أيضا - لفكرة المصلحة ويرى سيادته أن المصلحة تشير إلى أن للحق محل هو قيمة معينة ترتبط بصاحب الحق وتعيينه، وأن أساس الحق ليس الإرادة، وإنما المصلحة فهذه الأخيرة تقيم لمادة الحق رابطة مع صاحب الحق. وفي هذا يتفق دابان مع أهرنج، إلا أنه يختلف مع هذا الأخير لأنه أعطى للمصلحة معنى وجيز وحدده بالمنفعة^(١١١).

الرأى الثالث : ويرى أن المصلحة لا تكون محمية إلا عندما تكون حقا^(١١٢)، وينتهى هذا الرأى إلى أن القانون إذا أقر مصلحة معينة لشخص ما منحه سلطة القيام بالأعمال التى تحقق مصالحه فى حدود معينة، ومنع غيره من المساس بها، وهذه السلطات المخولة لأصحابها هى المصالح التى يحميها القانون.

وهناك من الفقه من يرى أم المصلحة شرط لتنفيذ الحقوق الفردية^(١١٣)، ففى جميع الأحوال التى تترك فيها القاعدة القانونية للأفراد حرية ممارسة حقوقهم عن طريق التصرفات القانونية، فإن هذه الحرية يجب أن تنظم عن طريق المصلحة، بحيث لايجوز استعمال هذه الحقوق دون مصلحة. وهذا الرأى يبرز دور المصلحة فى استعمال التصرف بحسبانها فكرة غائبة أى تمثل غاية التصرف فتعد أحيانا شرط لاستخدام التصرف وأحيانا لتقييد استخدام الحق.

وقد يضع القانون إطار للحدود التى يجب أن يبغىها لمتصرف إلا أنه فى كثير من الأحيان يجد صعوبة فى ذلك. لذا يترك للأشخاص تقديرها تبعا للأحوال.

ثالثاً: ضوابط المصلحة

إذا كنا قد انتهينا إلى فكرة المصلحة فكرة غائبة، أى أنها غاية التصرف، وبها تتحدد حدوده، بحيث يعد الخروج على مقتضاها خروج عن الحدود المشروعة للتصرف.

فإنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار أنه لا يكفي أن يحقق المتصرف من وراء تصرفه مصلحة حتى يكون تصرفه صحيحا منتجا لآثاره، بل يجب أن تخضع هذه المصلحة لضوابط معينة، تتمثل في جديتها ومشروعيتها.

وسوف نحاول بإيجاز إلقاء الضوء على هاتين الصفتين :

أولا : جدية المصلحة :

تعنى وجوب أن يبتغ المتصرف من وراء تصرفه مصلحة جادة، أى مصلحة هامة حقيقية^(١١٤). ومناط جدية المصلحة هو الموازنة بينها وبين المصالح المتعارضة. فإذا تبين أن المصلحة التي ابتغى المتصرف تحقيقها مصلحة تافهة^(١١٥)، بالمقارنة بجسامة الضرر الذي لحق بالغير، أى بالنظر إلى أهمية مصالح هذا الأخير التي أصابها الضرر، وصفت المصلحة بأنها غير جدية.

والحقيقة أن الجدية في المصلحة من الصفات التي يصعب مراقبتها، ذلك أن كل شخص يستطيع أن يدعى أن هناك مصلحة قد تحققت وراء تصرفه. إلا أننا نرى مع بعض الفقه أنه يمكن أن نتبين عدم جدية المصلحة التي يبتغيها الشخص بعدة طرق، منها كون الباعث على التصرف ضد المجتمع^(١١٦)، أو ان استعمال التصرف قد حقق آخر يخالف الغرض الاجتماعي أو الإقتصادي للتصرف^(١١٧).

وإذا كان المشرع لم يحدد متى تكون المصلحة جدية أو غير جدية، فحسنا فعل. ذلك ان هذا المسلك يحقق مرونة كبيرة بالنسبة لهذه الصفة، ويعطى للقاضي سلطة تقدير واسعة في إجراء الموازنة بين المصالح وترجيح إحداها. والقاضي إذ يفعل ذلك فإنه يتعين بروح التشريع وغايته^(١١٨)، ويهتدى في ذلك بما قاله الفقه في هذا الشأن، خاصة الفقه الإسلامي حيث قسم المصالح وحدد مراتبها وأهميتها^(١١٩).

ورقابة جدية للمصلحة على هذا النحو، ينأى بالإرادة وقدرتها على إحداث آثار قانونية عن الإطلاق ويقيدها بغاياتها، " كما يبعد بها من جانب آخر عن شبهة كونها مجرد سلطان

فردى ومجردة من المصالح والمنافع، وترتبا عليه يضع التصرف الإردى في مكانه الصحيح ويؤكد قدرته كأداة فنية تحقق به المصالح الفردية والاجتماعية على السواء^(١٢٠).

ثانيا : مشروعية المصلحة :

وهذه الصفة لا تحتاج كثير بيان فالقوا عد العامة^(١٢١) تستلزم توافر المشروعية في الأشياء التي تحتمى بالغطاء القانوني، فالمصلحة غير المشروعية أو اللأخلاقية، لا يمكن أن تكون محلا لتصرف إردى قانوني^(١٢٢)، ومن ثم فإن جدية المصلحة لا تكفى القول بأن مضمون التعبير الإردى لشخص التصرف قد وقع مشروعا منتجا لآثاره بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعية، ذلك لأن الحقوق والالتزامات ليست قيمة في ذاتها بل بإعتبارها وسائل لتحقيق منفعة مشروعية لأصحابها، فالمصلحة المترتبة على التعبير الإردى لشخص التصرف لا تضاف إلى ذمته ولا تتمتع بحماية القانون إلا إذا كانت مصلحة مشروعية^(١٢٣).

والمشرع لم يعن بتحديد منى تكون المصلحة مشروعية، ومتى تكون غير مشروعية، كما أنه لم يضع ضوابط للمشروعية، ولم يصنفها تصنيفا قانونيا معينا، بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء، وهذا مسلك محمود للمشرع، ذلك أن المشروعية لا تحمل معنى معين، بل تعد تطبيقا لمعنى متغير، يختلف تبعا لإختلاف الزمان والمكان^(١٢٤).

وينتهي الفقه - دون الدخول في تفصيلات - إلى أن المصلحة تكون غير مشروعية في حالتين : الأولى : حالة مخالفتها للقانون^(١٢٥)، ويحدث ذلك إذا كانت المنفعة أو المصلحة المبتغاه من وراء التصرف تخالف نص قانوني أو تخالف غاية التصرف كما حددها المشرع.

أما الحالة الثانية ك إذا كانت المصلحة التي تعود على المتصرف، تخالف النظام العام والآداب^(١٢٦)

وسار القضاء^(١٢٧) في نفس الاتجاه، حيث تطلب - منذ زمن بعيد - ضرورة مشروعية المصلحة، أي ضرورة إتفاق المصلحة التي يبغيها المتصرف مع القانون والنظام العام. ويمكن للقاضي تقدير هذه المشروعية بالبحث فيها إذا كان التصرف - في القضية المعروضة عليه - في ثمرته ونتائجه مخالفا للقانون أو النظام العام والآداب أم لا ويكون استهدائه في ذلك بنتائج العمل أو المنفعة^(١٢٨).

الفرع الأول

الطرف بالمفهوم الشكلي

سبق أن أوضحنا، أن الأصل أن يباشر عملية التعاقد نفس الشخص الذي تتصرف إليه آثاره في محيطه القانوني، معنى ذلك أن الأصل أن تتحد صفة الطرف بمفهومه الشكلي، بصفة الطرف بمفهومه الموضوعي (الشخص صاحب المصلحة في شخص واحد)^(١٢٩).

- إلا أنه قد تحول الظروف دون قيام الشخص بإبرام بعض التصرفات القانونية بنفسه، فيحل شخص آخر محله في إبرام هذه العقود نيابة عنه، وقد يحول ظرف مؤقت كالمرض أو السفر بين الشخص، وأن يبرم عقد من العقود، فيوكل عنه آخر في إبرامه نيابة عنه، وقد لا يكون للشخص الأهلية اللازمة للتعاقد بصفة عامة أو لإبرامه عقد معين، كأن كان صغيراً غير مميز أو يكون مجنوناً، فيقوم نائبه القانوني بإبرام العقد نيابة عنه.

- وتُعد الصور السابقة، صوراً للنيابة في التعاقد، تلك النيابة التي يعرفها الفقه^(١٣٠) بأنها "قيام شخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر ولحسابه يسمى الأصيل، بحيث ينتج التصرف آثاره في ذمة هذا الأخير".

- وللنيابة في التعاقد أهمية بالغة في دنيا القانون، وترجع هذه الأهمية إلى شيوع الالتجاء إليه، في واقع الحياة، بل أنه في كثير من الأحيان، تمثل النيابة في

التعاقد أمراً ضرورياً لا غنى عنه، ويحدث ذلك، خاصة بالنسبة لعديمي الأهلية أو ناقصيها، فالقانون لا يجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم، ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضي إبرامها، وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها، وحتى "في الأحوال التي لا تمثل فيها النيابة أمراً ضرورياً كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس، حيث يسهل عليهم أمور حياتهم، إذ يمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعذر عليهم إبرامها بأنفسهم، لغيابهم عن مكان عقدها، أو لعدم إمامهم بها، أو لكثرة مشاغلهم عنها، أو لأي سبب آخر"^(١٣١)، ومؤدى ذلك: - أن النيابة في التعاقد، من الأنظمة التي تطلبها مقتضيات الحياة العملية، ومقتضيات التعامل في الوقت الحاضر، ودفعت المشرع للتدخل لإقرارها وتنظيمها^(١٣٢).

- والنيابة بالنظر إلى المصدر الذي يحدد سلطة النائب، قد تكون قانونية، وفي هذه الحالة لا تقوم على إرادة من جانب الأصيل، بل أنها تقوم فقط على إرادة المشرع، فالقانون هو الذي يحدد سلطة النائب، كما أن آثار التصرف تتصرف إلى الأصيل، سواء ارتضاها هذا الأخير أم لم يرتضها، وأهم صور هذا النوع من النيابة، نيابة الولي، أو الوصي أو القيم، ونيابة السنديك والحارس القضائي، فجميع هؤلاء يستمدون سلطاتهم من القانون مباشرة، ودون تدخل لإرادة الأصيل، ومن صور النيابة القانونية أيضاً نيابة الدائن عن مدينه في الدعوى غير المباشرة، ولكن يجب عدم الخلط بين النيابة بالمفهوم السابق، وبين ما يعرف بالنيابة التبادلية^(١٣٣)، أو ما درج المشرع على تسميته بالإنابة في الوفاء^(١٣٤).

- والنوع الثاني من النيابة، هي النيابة الإرادية^(١٣٥)، ففي هذه النيابة يقيم الشخص (الأصيل) من غيره نائباً عنه، ويحدد الأصيل بإرادته سلطات النائب، وبهذا يكون قد ارتضت إرادته أن تتصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه مع النائب^(١٣٦)، كما أن النائب والغير (الذي تعاقد معه) قد ارتضياً ذلك.

- والحالة الغالبة للنيابة الإرادية، تأخذ صورة الوكالة، إن لم تكن هي الصورة الوحيدة^(١٣٧)، فالوكيل نائب إرادي عن الموكل؛ لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة، وفي الحدود التي يرسمها عقد الوكالة، ويعتبر أيضاً نائب اتفاقي مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها، أو بمقتضى قرار تصدره^(١٣٨).
- والتعاقد بطريق النيابة، جائز في كل التصرفات، كالبيع، أو الإيجار، أو الهبة، أو الشركة، أو المقاوله، إلى غير ذلك من التصرفات، ولكن يستثنى من هذه القاعدة، الحالات التي يستلزم القانون فيها أن يبرم الشخص التصرف بنفسه، وهي حالات نادرة جداً^(١٣٩).
- وفي صور النيابة، ينعقد العقد ليس بإرادة المتعاقد صاحب المصلحة والذي يسمى بالأصيل، إنما بإرادة شخص آخر هو النائب عنه، فالنيابة تقدم لنا وضعا يقوم فيه شخص بالمشاركة في إبرام وبناء العلاقة التعاقدية ولا تنصرف إليه (النائب) آثار العقد، ولكنها تنصرف إلى شخص آخر (الأصيل)، يكون هو المدين بما ينشأ عن العقد من التزامات وله ما ينشأ عنه من حقوق، هذا كله بالرغم من أنه لم يشارك في بناء العلاقة التعاقدية التي انصرفت إليه آثارها.
- الطبيعة القانونية للنيابة وعجز الاتجاه التقليدي في تفسير مبدأ النسبية عن تفسير من يُعد طرفاً في العقد.
- قديماً كانت تُفسر فكرة النيابة على أنها تقوم على ضرب من الافتراض القانوني والمجاز، فالأصيل عندئذ يصبح دائناً أو مديناً بمقتضى العقد؛ لأنه يفترض أنه هو الذي أبرمه، إلا أن ذلك كان محلاً للنقد لاسيما في النيابة القانونية التي يكون فيها الأصيل معدوم الإرادة أو ناقصها، كما أنه في النيابة الإرادة يتوافر للنائب قسط من الحرية^(١٤٠).

- أما الفقه الحديث فقد ذهب إلى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته محل إرادة من ينوب عنه، فالتعبير الذي يصدر عن النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل، فلإرادة النائب دور أساسي في إبرام العقد، وإن اختلف تحديده^(١٤١).
- وإذا كان المسلم به، أن في التعاقد عن طريق النيابة يقوم شخص ببناء العلاقة التعاقدية مع الغير (المتعاقد معه)، ولا تتصرف إليه آثار هذا العقد، بل تتصرف إلى شخص آخر هو الأصيل، بالرغم من أنه لم يشارك في بناء العلاقة التعاقدية، فإن مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدي، والذي يقصر مفهوم الطرف على الشخص الذي شارك في بناء العلاقة التعاقدية فقط، سوف يعجز عن تفسير انصراف أثر العقد إلى شخص لم يشارك في بناء العلاقة التعاقدية، وهذا هو السبب الذي من أجله لم يقر القانون الروماني النيابة بمعناها الفني، وهو أيضاً السبب وراء - رغم إقرار النيابة إقراراً صريحاً في القوانين الحديثة - ظهور العديد من النظريات التي تفسر فكرة النيابة إزاء ما يبدو فيها من مخالفة لمبدأ نسبية أثر العقود.

تفسير النيابة وفقاً للاتجاه الحديث في تفسير مبدأ نسبية أثر العقود:-

- وإذا كنا قد حددنا مفهوم مبدأ نسبية أثر العقود، وتجاوزنا به المفهوم التقليدي، فإن فيه تفسير لفكرة النيابة.
- فقد سبق أن عرضنا للمفهوم الفني لمبدأ النسبية، بأنه يعني حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرتض الغير ذلك.
- ولما كانت إرادة الأصيل قد انصرفت نحو الالتزام بالأثر الملزم للعقد، وظهرت هذه الإرادة في تحويله النائب سلطة النيابة، وأن تتصرف إليه آثار العقد الذي يجريه نيابة عنه، كما أن النائب والمتعاقد معه قد ارتضياً ذلك ما دام التعاقد قد تم باسم الأصيل، ومن هنا، يظهر أنه في التعاقد عن طريق النيابة، يجب التمييز بين الأثر الملزم للعقد من ناحية، والوسيلة التي تحققه من ناحية أخرى، حيث أن

الأثر الملزم للعقد يلتزم به الأصل، وقد عبر هذا الأخير عن ارتضائه بالالتزام بالأثر عن طريق الإنابة^(١٤٢) والوسيلة قد تمت بالتعبير الإرادي الصادر عن النائب^(١٤٣).

النائب طرف بالمفهوم الشكلي:-

- سبق أو أوضحنا^(١٤٤)، أن العاقد هو طرف بمعناه الشكلي، فهو الذي يباشر الإيجاب والقبول في العقد دون أن تتصرف إليه آثار التصرف، وأن مصطلح العاقد (الطرف الشكلي) يختلف في دلالاته الفنية عن مصطلح الطرف، ذلك أن هناك أهمية قصوى لاستيعاب فكرة الطرف في العلاقة محل الدراسة، فرب العمل هو من تتصرف إليه آثار وثمار العقد من الباطن، ولكنه لم يشارك في إبرامه، كما أن المقاول من الباطن ينفذ عين محل عقد المقاول الأصلي أو جزءاً منه، ويتحمل نتيجة عدم تنفيذه أو التنفيذ المعيب، دون أن يشارك في تكوين عقد المقاول الأصلي.

- لذا فإن اصطلاح العاقد (الطرف بمعناه الشكلي) سوف يعجز عن تفسير واقع النيابة في التعاقد، فضلاً عن ذلك فإن التمييز بين مصطلح العاقد والطرف، سوف يزداد وضوحاً وأهمية في مجال النيابة في التعاقد، ونود أن نذكر، بأننا قد تناولنا تحليل مفهوم الطرف إلى معيارين، الأول يتعلق بالإرادة وضرورة أن تكون إرادة الشخص وتعبيره، أو ما أطلقنا عليه (الطرف بمعناه الشكلي)، أما المعيار الثاني هو أن يضاف الأثر الملزم إلى ذمة من عبر عن إرادته (الطرف الموضوعي)، "فاجتماع المصلحة مع القدرة الإرادية هي مناط اعتبار الشخص طرفاً لأن المصلحة هي الهدف والتعبير عن الإرادة هي الأداة، واجتماعهما يعني اكتمال وصف الطرف، أي صلاحية الكائن القانوني لأن يكون طرفاً"^(١٤٥).

- وفي النيابة في التعاقد، هناك ثلاث أشخاص هم:-

المتعاقد مع النائب:-

- وهذا الشخص يُعد طرفاً بالمدلول الفني لكلمة طرف، والتي سبق أن أوضحناها، فإذا قمنا بتطبيق معياري الطرف بشأنه، وجدناه يعبر بالتصرف (أي بإرادته) عن رغبته في إبرام التعاقد على نحو ما، مع النائب، كما أن أثر هذا التصرف الإرادي أو المصلحة المرتبة على تعبير الإرادي تضاف إلى ذمته فيعد شخص المصلحة أو الأثر، أي أن هذا الشخص قد اجتمعت فيه عناصر الطرف بالمعنى الشكلي وكذا الطرف بالمعنى الموضوعي.

النائب:-

- قبل تحديد مركز النائب القانوني، نود أن نذكر أن نظام النيابة في التعاقد، من وسائل الفن التعاقدية الذي ينفصل فيها الأثر الملزم عن الأداة، فالأثر الملزم ينسب إلى شخص الأصيل، أما الأداة فيقوم بها شخص آخر وهو النائب، وبالتالي يحدث انفصال بين معياري الطرف، أي بين شخص التصرف، وشخص المصلحة، فالنائب يعد طرفاً بالمفهوم الشكلي ذلك لأنه هو الذي يباشر عملية التعبير عن الإرادة، ويظهر وقت تكوين العقد ويشارك في إبرامه؛ ونظراً لأن العقد ينعقد بإرادة النائب، فإن إرادته هي التي تكون محل اعتبار عند النظر في عيوب الإرادة وفيما يتصل بها من علم أو جهل أو بظروف ذات شأن في عملية التعاقد^(١٤٦).

- والنائب وإذا كان شخص تصرف، أو أن تعبيره عن إرادته هو ينعقد به العقد، إلا أن هذا العقد لن ينتج آثاره في حق النائب، أي لن تتصرف إليه آثاره الملزمة، وبمعنى آخر "يقوم بإبرام تصرف قانوني ذا مضمون خاص من وجه أن آثاره لا ينصرف إلى من أبرمه، بل إلى شخص آخر عقد التصرف باسمه"^(١٤٧)، لذا فإن النائب إذ أنه هو من يباشر الإيجاب والقبول في العقد، دون أن تتصرف إليه

آثاره، فإنه يعتبر طرفاً شكلياً (أي عاقداً)، فاصطلاح الطرف الشكلي هو الاصطلاح الأدق بالنسبة للنائب^(١٤٨).

الأصيل:-

- والأصيل في النيابة في التعاقد لم يباشر الإيجاب والقبول في العقد؛ لذا فإنه لا يعد طرفاً شكلياً، إلا أن آثار العقد الذي يبرمه النائب، تتصرف حقوقاً والتزاماً إلى ذمة الأصيل، ويحدث ذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر، وبالتالي فإن الأصيل يعد طرفاً في الأثر الملزم^(١٤٩)، وبالتالي يعد طرفاً موضوعياً.
- ويستند انصراف الأثر الملزم للعقد، الذي أبرمه النائب إلى ذمة الأصيل، إلى إرادة هذا الأخير الموجودة في الإنابة، والتي قصد بها الاستئثار بالنتائج القانونية المترتبة على مصلحته.

والخلاصة:

- أن الشخص قد يظهر على مسرح التعاقد، ويباشر عملية الإيجاب والقبول، ويشارك بإرادته في إبرام العقد، ولكن لا تتصرف إليه آثار العقد، فهذا الشخص يعد طرفاً بالمفهوم الشكلي (أي عاقداً)، ولا يعد طرفاً بالمعنى الموضوعي، ذلك أن دوره يقتصر على إبرام التصرف؛ لذلك لا يكتسب النائب حقوقاً من العقد ولا يتحمل بالتزامات، ولما كان النائب لا يكتسب حقاً من العقد الذي أبرمه أو يتحمل بالتزام ناشئ عنه، فإنه لا يعد طرفاً فيه.

الفرع الثاني

الطرف بالمفهوم الموضوعي

- وإذا كنا قد عرضنا للطرف بالمفهوم الشكلي، فإننا في هذا الموضع من البحث، سوف نحاول تحديد المفهوم الفني والقانوني للطرف الموضوعي، فتحديده يمثل - بالنسبة لنا - الأساس الذي يبنى عليه الحكم على الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

- وإننا إذ نعرض لتحديد الطرف بالمفهوم الموضوعي، فإننا لن نقوم بسرد حالاته وحصرياً، ولكننا سوف نقوم بتحديد المبادئ التي إذا توافرت في شخص كانت له صفة الطرف بالمفهوم الموضوعي، وهذه المبادئ أمكن استخلاصها مما سبق أن أوضحناه بشأن التطور التاريخي لمبدأ نسبية أثر العقود وتحديد المفهوم الفني لهذا المبدأ، وعرض الآراء التي قيلت بشأن تحديد المفهوم الفني والقانوني للطرف، وأهلية اكتساب هذا المركز القانوني وأهلية ممارسته، وكذا المعايير التي يجب توافرها في الشخص حتى يكون طرفاً في التصرف بشكل عام^(١٥٠).

- ونرى مع بعض الفقه^(١٥١) أن المبادئ التي يجب توافرها في الشخص حتى يعد طرفاً في علاقة قانونية إرادية، يمكن حصرها فيما يلي:-

الأول:- حتى يكون الشخص طرفاً موضوعياً أو طرفاً في الأثر، يجب أن يكون طرفاً في التصرف المنشئ أو الناقل لهذا الأثر، ويجب أن يكون لهذا التصرف مضمون يجب أن تتضمنه الإرادة التي تنشئه أو تنقله، أو الإرادة التي تكسبه.

الثاني:- يجب عند تحديد الطرف الموضوعي (شخص المصلحة)، فإنه يجب تطبيق المفهوم الفني لمبدأ نسبية أثر العقود، والهدف منه، والذي يكمن في حماية

الغير من أن يمتد أثر العقد إليه دون رضاه، فإذا ارتضى هذا الغير امتداد الأثر الملزم للعقد إليه انتقلت الحماية التي يكفلها له هذا المبدأ للأساس في تحديد الطرف الموضوعي هو الإرادة التي تكتسب الأثر أو تلتزم به.

الثالث:- فإذا تخلفت الإرادة فلا يعد الشخص طرفاً - موضوعياً - في التصرف، أما آثار التصرف فتظهر كوقائع تضاف إلى غيرها من الوقائع السابقة واللاحقة مؤثرة فيها ومتأثرة بها، ويجري هذا كله خارج نطاق التصرف القانوني إلى نطاق الوقائع القانونية.

الرابع:- وحتى في نطاق الوقائع القانونية يجب أن تستند الواقعة إلى تصرف قانوني حتى يمكن أن تكون مؤثرة في الغير، ذلك أن هذا الأخير لم يرتض انصراف أثر التصرف - العقد مثلاً - إليه وبالتالي يعد التصرف بالنسبة له لا يعدو أن يكون واقعة قانونية.

- وهكذا يتضح أن الطرف في التصرف مركزاً قانونياً، يتكون من مجموعة مبادئ تنطوي هذه المبادئ على مجموعة من الحقوق والمكناات والواجبات التي إذا اجتمعت في شخص عُد طرفاً في التصرف.

- وينبني على ذلك أن المركز القانوني للطرف في علاقة إرادية قانونية (تصرف قانوني) لا يخرج عن إحدى صورتين:-

الأولى:- المتعاقد، وهو ذلك الشخص الذي يباشر عملية التعاقد بمشاركته في إبرام العقد بنفسه، وتعبيره عن إرادة انصراف أثر هذا العقد إليه، وهذه الصورة ليست محل خلاف في الفقه أو القضاء ذلك أن هذه الصورة يجمع فيها الشخص بين الطرف بالمفهوم الشكلي والطرف بالمفهوم الموضوعي.

- الثانية:- الطرف بالمفهوم الموضوعي، وهو ذلك الشخص الذي لم يشارك في إبرام - التصرف القانوني - العقد، أي لم يباشر الإيجاب أو القبول، وبالتالي لا يعد طرفاً شكلياً - عند تكوين العقد - إلا أنه عبر عن إرادته في اكتساب الأثر الملزم لهذا التصرف - العقد - أي في انصراف أثر العقد إليه حقوقاً والتزاماً.
- فالعبرة إذن في تحديد من يشكل المركز القانوني للطرف الموضوعي هو بالإرادة التي تكتسب الأثر أو تلتزم به.
- والطرف الموضوعي - على النحو السابق - لا يظهر إلا في مرحلة تنفيذ العقد، ذلك أن الشخص الذي يحمل هذه الصفة، قد يعبر عن رضائه بالالتزام بالأثر الملزم للعقد، إما قبل إبرامه أو بعد إبرامه، والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها: المتبوع الذي رخص لشخص آخر وهو التابع، بإبرام عقد باسم ولحساب المتبوع، ففي هذه الحالة يكون هذا الأخير قد قبل وبصورة مسبقة أن يكون دائناً أو مديناً وفقاً للعقد المبرم بطريق التابع ولكن لحسابه، وكذا المنضم إلى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي، أو المحال إليه في حوالة الدين أو المستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير، أو الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف واحد متى توافرت فيهم الشروط والضوابط التي وضعها الفقه والقضاء أنصار الأسرة العقدية.
- وفي الحقيقة، أنه بتدقيق النظر في الصورتين السابقتين، نجد أنهما صورة واحدة، فلو تأملنا في الصورة الأولى وجدنا الآتي: بفرض أن الشخص لم يقم بالتدخل بإرادته لتكوين العقد، فلن يؤثر ذلك على كونه - بفرض إبرام العقد صحيحاً - طرفاً فيه إذا عبر عن إرادة الالتزام بالأثر الملزم لهذا العقد، أما إذا شارك الشخص في إبرام العقد دون أن يعبر عن رضائه بالالتزام بالأثر الملزم للعقد، فإن

- هذا الشخص لا يعد طرفاً في العقد ولا يمكن تحريك المسؤولية العقدية عن إخلاله بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد، برغم توافر صفة الطرف بمفهومه الشكلي فيه.
- لذا فإننا لا نجد خلافاً بين الصورتين إلا في التوقيت الذي يعبر فيه الشخص عن إرادته ورضاءه بانصراف الأثر الملزم للعقد إليه، ففي الصورة الأولى يكون هذا التعبير وقت إبرام العقد، بينما في الصورة الثانية يكون التعبير قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه.
- لذا فإننا نرى مع بعض الفقه^(١٥٢)، والقضاء^(١٥٣)، أن المقصود بالطرف - في التصرف - في العقد هو الطرف الموضوعي، وأن الأساس في تحديد هذا الأخير هو الإرادة التي تكتسب أو تلتزم بالأثر الملزم، فإذا عبر الشخص عن إرادة الالتزام - فعلاً -، بهذا الأثر كان طرفاً في العقد أي كان الشكل أو التوقيت التي تم فيه التعبير عن الإرادة، أي سواء كان التعبير عن إرادة الالتزام بالأثر الناتج عن العقد أثناء أو قبل أو بعد إبرام هذا العقد.

الهوامش

(١) راجع في عرض الخلاف الفقهي حول الطرف . د- أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٦٣ وما بعدا .د- طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص٤٦٣ وما بعدها -د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٢، د- فيصل نزكي عبدالواحد - المرجع السابق - ص١٢٣ وما بعدها د- محمد محي الدين ابراهيم سليم - المرجع السابق - ص ٢١ وما بعدها. د - حسام كامل الأهواني - المرجع السابق ت ص ٢٣٠ وما بعدها، راجع رسالة دكتوراة د/أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن طبعة ٢٠٠٧ ص٥٩٦ وما بعدها .

(٢) راجع في ذلك : Demogue-Traite des obligations T-Lu sources des obligations. 1924, Paris, p. 631. مرجع السابق - د- نبيلة رسلان - المرجع

السابق - ص١٠٢ هامش ١١ . د- أحمد سلامة - المرجع السابق - رقم ١١- ص ١٦٣ .

(٣) راجع في ذلك : د - أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٦٣ - رقم ١١١ .

(٤) راجع في ذلك فيل وتبريه - مبدأ نسبية أثر العقود - رقم ٥٥ ص ٥٤ رقم ٥٠٣، ص ٥٢٦،

رقم ٥٠٥ ص ٥٢٨ . مشار إليه لدي د- طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٦٤ .

(٥) راجع في ذلك : د- طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٦٤ .

(٦) راجع في ذلك من الفقه الفرنسي

Marty et Raynaud- Droit civil. T-2 Les obligations -ed Parise- 1962, p.216, B. Starckt, H.Roland L. Boyer- Droit Civil Les obligations and contra toed, Litec; 1999, p. 502 , no. 1449. J. Ghestin - M. Biviou - traite D Droit civil les obligations Les effets Du Contrat L.G.D.J., Paris 1992, p. 60 ets no. 510 ets.

راجع أيضا من الفقه العربي .د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٤٣ وما بعدها، د- فيصل زكي عبدالواحد - أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد - مرجع سبق ذكره - ص ١٥ وما بعدها .

(7) Civ. 3e-28Oct-1992, RTD Civ- P123-Ob.J.Mestre.

(٨) راجع في عرض هذا غرض هذا الرأي : د- فيصل زكي عبدالواحد - المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية - مرجع سبق ذكره - ص ١١٥ وما بعدها . وراجع ما أشار إليه سيادته

من مراجع هامش ١٧٠ ص ١١٦ .وراجع أيضا G. Marty et. P. Raynaud, Obligations.

الجزء الأول، الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - رقم ٢٦٢ . ففي رأيهما أن الأطراف " هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، أي الذين أبدوا هم أنفسهم رضاهم، أو كانوا ممثلين لا لإبرامه أي من شارك في تكوين العقد فقط سواء انصرف الأثر الملزم للعقد لنفسه أو لغيره. راجع أيضا: Obligations, J. Flour et J. Aubert، المجلد الأول - الطبعة الخامسة - رقم ٤٣٣، وفي عرضهما للأطراف، الأطراف هم الأشخاص الذين أبرموا العقد " .

راجع أيضا في هذا البحث، ما سبق أن أوضحناه بشأن التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقود (٩) ويرى أنصار هذا الرأي أن المشرع استقي النص الذي يقرر مبدأ النسبية من القانون الروماني. (١٠) راجع في ذلك -د- فيصل زكي عبدالواحد - المرجع السابق - ص ١١٥ وما بعدها - د نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٣٦ وما بعدها .

(١١) حيث ترتب علي ذلك اعتبار العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة أغيرار. (١٢) راجع في ذلك : -د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٢ .

(١٣) راجع في ذلك : -د- فيصل زكي عبدالواحد - المرجع السابق - ص ١٣٨ وما بعدها حيث بين سيادته في هذه الصفحات ضوابط مبدأ نسبية آثار التصرفات.

(١٤) راجع في ذلك من الفقه : -د- فيصل زكي عبدالواحد - أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد - مرجع سبق ذكره - ص ١٦ وما بعدها - ص ٢٦٧ وما بعدا .د- طلبه وهبة خطاب - المرجع السابق ص ٦٢ .د- أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٩٢ وما بعدها .د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٥٢ وما بعدها .

راجع ايضا - جاك جستمان وكريستوف جامان ومارك بيو - المرجع السابق ص ٤٤٦ G.Marty et P-Raynaud - Op.Cit-n262.

(١٥) راجع في ذلك :

J. Ghestin -M. Biviau . Traite De Droit civil "Les obligations" , Les effects Du contrat L.G.D.J. Paris , 1992 , no 571 - p.561, V. ensens , G. FARJAT , DROIT PRIVE DE L'ECONOMIE , III. Theorie des obligations .1975 , p.75 . C.F M. Strock , Essai Sur Le mecanisme de la representation dans les actes juridiques , these stratourg L.G.D.J. 1982 Preface D. HUET-Weiller-n 48 .

(١٦) راجع في ذلك من الفقه الفرنسي : المراجع التي أشرنا إليها بالهامش السابق . وراجع أيضا :

Chappelle : L'arbitrage et Le tiers – Le droit des personnes morales (group de societe intervention d'etat) revue de l'arbitrage –NIII , 1988 , P.484. Roland (Henri et Boyer (Lourant) Obligations II Contrat N-1975, P.597 . Letec – paris – 1993.

راجع في الفقه العربي : د- فيصل زكي عبد الواحد – المرجع السابق – ص ١٢٥ وما بعدها .
د- نبيلة رسلان – المرجع السابق – ص ١٢٧ وما بعدها . د- حسام الدين كامل الأهواني –
المرجع السابق – ص ٣٣، د- محمد محي الدين إبراهيم سليم – المرجع السابق – ص ٢٣ وما
بعدها

(١) تأثير الفهم الروماني لمبدأ نسبية أثر العقود على فكرة الطرف في العقد .

(٢) فأصبح هناك إقتناعا بأن الشخص قد يكون طرفا في العقد، بالرغم من أنه لم يشارك في
إبرامه .

(١٧) راجع في ذلك من الفقه الفرنسي :

G. Marty et P-Raynaud – Op.cit – no 262 .

ولاحظان سيادتهما أن حلقة الأطراف ليست محددة نهائيا في أونة تكوين العقد. راجع أيضا
Ph- Malaurie et L-Aynes – Op.Cit – no 431 ets . وقد لاحظا أنه لتحديد صفة
الطرف لا يكفي الوقوف عند وقت تكوين العقد فحسب، ذلك أن بعض من الغير يتحولون منذ
إبرام – العقد – الإتفاقية، أو خلال تنفيذ العقد إلى أطراف يلتزمون بالآثار الملزمة للعقد . ففئة
الغير إذن متغيرة، لذا فإن فئة الأطراف لا يتم تحديدها بصفة نهائية خلال إبرام العقد . وحددا
سيادتهما فئات متنوعة من الغير، مع ملاحظتهما أن البعض منهم يصبحون أطراف خلال تنفيذ
العقد راجع في ذلك inc 433، ويرى نفس الفقيهان أن دائرة الأطراف لا يتم تحديدها بشكل
نهائي لحظة إنشاء العقد، بل يجب – أيضا – تحديدها في اللحظة التي يرتب فيها العقد آثاره
الملزمة وهي لحظة تنفيذ العقد .

راجع أيضا :

J. Ghestin –M. Biviau . Traite De Droit civil "Les obligations" , Les
effects Du contrat- OP-CIT no 510 ets , p.560ets .

وراجع أيضا لنفس الفقيه – المطول في القانون المدني – مفاعيل العقد وآثاره – ترجمة منصور
القاضي – مرجع سبق ذكره – ص ٤٦٤ وما بعدها – رقم ٣٦٣ .

B. Starck , H Roland L- Boyer Drot civil les obligations 2 contrat 6 ed
litec 1999 – no 1459 , p.506 . chappelle – Op-cit no III , P.484 , Roland
(Henri) et Boyer (Lourant) , Op.Cit no 1275 , P.527 , M-Bacache –
Gibeili – Op-Cit – 109 ets , p.99 ets. L arroumet , Droit Civil , T.3 Les

obligations – Le contrat , 2e ed . 1990 , no 741 ets et 775 ets ; Ph-Malauric et L-Aynes , Droit Clivil , les obligations , 3ed 1992 , no 658 ets.

أيضا :

Mazeud et F. Chabas , Lec , ons de driot civil T.2 vol I , obligations – Theorie generale 8e ed 1991 , no 745 ets . V. J. Flour et J. L. AUBERT , Les obligation Vol . ler , L'acte Juridique 6e ed . 1992 , no 447ets .

ونود أن ننوه أن سيادتهما قد قال "أن الأطراف هم الأشخاص الذين أبرموا العقد،، وهذا يعني أنهما كانا يحددان أطراف العقد وقت - تكوينه - إبرامه" ولكنهما عدلا عن هذا التصور في الطبعة السادسة لهذا المؤلف، ففي تحديدهما للأطراف والغير قالوا أن "التعارض البات بين الأطراف والغير في زمن تكوين العقد، يجب إعادة النظر فيه على صعيد تنفيذ العقد" .
وفي ذات المعنى الفقه ينادى بفكرة الأسرة العقدية.

ومن الفقه العربي راجع : د- فيصل زكى عبد الواحد - المسؤولية المدنية فى إطار الأسرة العقدية - مرجع سبق ذكره - ص ١٢٥ وما بعدها . وراجع لسيادته فى هذا المعنى - أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية فى التعاقد - مرجع سبق ذكره - ص ١١ وما بعدها، ومؤلفه - المفهوم القانونى للمستفيد من التأمين الاجبارى من المسؤولية المدنية عن حوادث المركبات الآلية "وفقا للقانون الكويتى والمصرى - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٩٤ - ص ٢٢ وما بعدها . د. حسام الاهوانى - المرجع السابق - ص ٣٣٠ . د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٢٧ وما بعدها . د.نجم حمد الأحمد - مرجع سبق ذكره - ص ٥١٨ - د- هناع خبرى أحمد خليفه - المرجع السابق - ص ١١٢ وما بعدها . راجع أيضا :- منصور مصطفى منصور، د- جلال إبراهيم - المرجع السابق - ص ٢٣٠ وما بعدها . وراجع فى ذات المعنى من الفقه الفرنسى :

J-Ghestin -L'utile et le juste dans les contrats Arch Philo -Droit, TXXXVI 1981 - p.35 ets . Trigeaud (J-M) Justice et Fidelite dans les contrats - Arch -Phillo -Droit- TXXXVIII - 1983 -p.707 ETS Hassler (T) , L'interet commun .Rev .Trim-d-com- 1984, p.630.

(١٨) نظرا لأهمية مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية فقد أولاها المشرعون اهتماما

(١٩) راجع فى ذلك نص المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى، حيث جاء بهالا "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وراجع أيضا نص المادة ٣/١١٣٤ مدنى فرنسى، حيث تقضى بوجوب تنفيذ الاتفاقيات بحسن نية .

ولم يكن المشرع فقط من اهتم بمرحلة تنفيذ الالتزامات بل فعل ذلك الفقه أيضا وذلك في المؤلفات التي تتناول مصادر الالتزام أو نظرية العقد، وهذه المراجع كثيرة نذكر منها من الفقه العربي : د- طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٣٩ وما بعدها ويرى سيادته أن مبدأ حسن النية يصح النظر اليه من زاويتين : الأولى : يقضى هذا المبدأ على المتعاقد تنفيذ العقد باتباع الطرق التي تفرضها الأمانة ثم شرح سيادته هذه الزاوية ص ٤٤٠ وما بعدها . أما الزاوية الثانية : يقضى هذا المبدأ بان يتعاون الطرفان فى تنفيذ العقد وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسى واجب التعاون ثم أوضح سيادته أيضا المقصود بذلك ص ٤٤٢ وما بعدها . راجع فى ذلك أيضا د- عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٦٠٥ وما بعدها . د- أيمن إبراهيم العشماوى - المرجع السابق - ص ١٦٦ وما بعدها . د- عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الاول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٥١١ وما بعدها .

Ghestin (J) : L'utile et le juste les contrats , Arch . Philo Droit , T.XXXVI , 1988, P.35 ets . Rigeaud (J.M) Justice et fidelite dans les contrats .Arch .phili .droit , T. XXVIII, 1983 , P.207 ets , Hassler (T) : L'interet commun , Rev . Trim .Dr .Com .1984 , p.630.

جميع المراجع السابقة - وغيرها - تشير الى أهمية مرحلة تنفيذ العقد، وأن هذه المرحلة هي التى يجب فيها تحديد الشخص الملتمزم، بأثار العقد، ذلك ان هذا الشخص هو من يجب أن ينفذ الالتزامات التى رتبها العقد على عاتقه، ويلتزم بما يوجبه التنفيذ من حسن نية وتعاون وأمانة . فإذا لم ينفذها طواعية، تحركت المسؤولية العقدية ضده، وجاز إجباره على التنفيذ .

(٢٠) راجع فى ذلك، المراجع التى تناولت شروط تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، وذلك بالمؤلفات الخاصة بمصادر الالتزام أو نظرية العقد، وهى كثيرة ومتنوعة نذكر منها : د- طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٥٠٩ حيث يقول سيادته " أن بحث المسؤولية العقدية بتحديد مجالها، إنما يرتبط بعدم إمكانية التنفيذ العينى للإلتزام" راجع أيضا ص ٥١٢ وما بعدها . د. أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٨٤ - رقم ١٢٦، حيث يقول سيادته ينعقد العقد لكى ينفذ والطبيعى ان يتم هذا التنفيذ طواعية وفى الموعد المتفق عليه فينتهى الأمر عند هذا الحد ... غير أن هذا التنفيذ الاختيارى والذى يتم فى الموعد المحدد قد لا يتحقق . فقد لا يكون هناك تنفيذ إطلاقا أو قد يكون هناك تنفيذ ولكن ليس بالشكل المتفق عليه سواء من حيث الكم أو النوع أو الموعد أو أى وصف آخر متفق عليه . وحينئذ يحرك الدائن الجزاء المقرر أو يستشير القوة الملزمة للعقد لكى يرغم المدين على تنفيذ التزامه بالشكل المتفق عليه" د- عبد الرازق

السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٣٤ وما بعدها - رقم ٤٢٤ - وما بعدها، د - محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - مرجع سبق ذكره - ص ٢١٧ وما بعدها - رقم ٤١ وما بعدها، ويقول سيادته "لا يكفي، لقيام المسؤولية العقدية، وجود عقد بين المسئول عن الضرر ومن كان ضحيته، بل يجب كذلك رجوع الضرر إلى الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عنه د- عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٣٧٠ وما بعدها - بند ٣٣٠ وما بعده. د- محمد الشحات الجندي - ضمان العقد أو المسؤولية العقدية - في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدني - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ١٤٠ وما بعدها . وراجع أيضا من الفقه الفرنسي، ما أشار إليه استاذنا الدكتور - طلبة وهبة خطاب - نفس المرجع السابق - ص ٥١٢ هامش ١ .

(٢١) راجع في ذلك : جاك جستان - بالتعاون مع كرستوف جامان وماك بيو - مفاعيل العقد أو آثاره مرجع سبق ذكره - .

(٢٢) راجع نفس المرجع المشار إليها بالهامش السابق

(٢٣) راجع في ذلك :

J. Ghestin , M . Billiau , Traite De Droit Civil "Les Obligations les effets Du Contrat , L.G.D.J., Paris , 1992 , no 566 ets , p.554 ets .

وقد عرض سيادته لرؤيته بخصوص التمييز بين الأطراف، والغير بالنسبة للعقد، وذلك في فصل كامل، هو الفصل الثاني من مطوله الخاص بالعقد . وعندما نشر هذا الفصل في المجلة الأسبوعية القانونية كان محل اهتمام كثير من الفقه نذكر منهم على سبيل المثال

J. L. Auberi B. Strack , H. Roland , L. Boyer

ونظرا لأهمية هذا الموضوع - التمييز بين الطرف في العقد والغير - فإن بعض الفقه قد انتقد جستان نفى هذا الصدد، والبعض الآخر قد وافقه . الأمر الذي جعل جستان وبحق، يحلل هذه الانتقادات خاصة البناء منها، وقام بتعديل مفهوم الطرف في العقد، أخذاً في الاعتبار ما تعرض إليه تعريفه السابق لنقد . وذلك في مطولة لقانون المدني - مفاعيل العقد أو آثاره - عام ٢٠٠٠ - ص ٤٤٦ وما بعدها - رقم ٣٣٥ وما بعدها، واشترك في تأليفه كريستوف جامان ومارك بيو وترجمة منصور القاضي - مراجعة د- فيصل كلثوم .

(٢٤) راجع في ذلك :

J. Ghestin , M . Billiau , Traite De Droit, Op.Cit. p.577Ets . No 593.

(25) J. Ghestin , M . Billiau , Op.Cit. p.563.

(٢٦) وهذه الحالة أجمع عليها الفقه، طالما عبر الشخص عن إرادة الالتزام بالأثر الملزم للعقد، راجع في ذلك من الفقه وعلى سبيل المثال د- طلبه وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٦٤ . د- سليمان مرقس - نظرية العقد - مرجع سبق ذكره - ص ٣٦٠ وما بعدها - د- عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٣٩١ وما بعدها . د. أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ١٦٣ وما بعدها . د- حسام الأهواني - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٣٣٠ وما بعدها . د - عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سبق ذكره - ص ٥٧٠ وما بعدها . د. فيصل زكى عبد الواحد - المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية - مرجع سبق ذكره - ص ١١٥ وما بعدها .

وراجع من الفقه الفرنسى على سبيل المثال :

J. Ghestin , M . Billiau , Op.Cit. p.564 ets - n 515 ets B. Starckt , H. Roland , L. Boyer , Op.cit - p.506 ets no 1460 ets , J. L. Aubert Op.cit 261 ets .

(٢٧) راجع نفس المراجع بالهامش السابق .

(٢٨) راجع فى ذلك على سبيل المثال :

Geffucci-Thibierge : De L'elargissement de la notion de partie ou contrat ... a relagissement de la portee de principe de l'effet .

المجلة الفصلية للقانون المدنى- ١٩٩٤ - ص ٢٧٥ وما بعدها . راجع فى هذا المقال بصفة خاصة رقم ٦ وما بعدها، رقم ١١ وما بعدها . راجع أيضا جستان - المطول فى القانون المدنى - مفاعيل العقد وآثاره - مرجع سبق ذكره - ص ٤٦٣ وما بعدها رقم ٣٤٩ .

(٢٩) ومثاله المتبوع الذى رخص لشخص آخر بموجب عقد تكليف، وهو التابع، بإبرام عقد باسم ولحساب المتبوع . ففى هذه الحالة، يكون هذا الأخير قد قبل وبصورة مسبقة أن يكون دائن أو مدين، وفقا للعقد المبرم بطريق آخر ولكن لحسابه . فاذا أعطى المتبوع رضائه بصورة مسبقة فإنه قد اكتسب بذلك صفة الطرف . راجع فى تفصيل ذلك :

J. Ghestin , M . Billiau , Op.Cit. p.567 ets no 582

ويرى سيادته أنه يدخل فى هذه الفئة المفوض، الذى فوض آخر إبرام عقد باسمه ولحساب الأول.

(٣٠) راجع في ذلك :

J. Ghestin , M . Billiau , Op.Cit. p.568 ets no 584 , B. Starckt , H. Roland , L. Boyer , Op.cit – p.506 , no 1460

وراجع بالتفصيل من الفقه العربي . د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢١٥ وما بعدها .

(٣١) فبرغم أن وأقعة الوفاة، هي التي أدت إلى انتقال الشركة، إلى الخلف العام وكذا الموصى له . إلا أنه لا يمكن اعتبار أيهما طرفا في العقد الذي أبرمه سلفه، إلا إذا قبل الأول الشركة، وقبل الثاني الحصة الموصى بها له . فيكون كلاهما قد عبر بإرادته - سواء صراحة أو ضمنا - عن الالتزام بالأثر الملزم للعقد

وبالتالي تنحصر صفة الطرف عن الخلف العام، أو الموصى له بحصته من الشركة، إذا لم يقبل الأول الأثر، أو لم يقبل الثاني الحصة الموصى بها .

راجع في ذلك : المراجع التي أشرنا إليها في هامش ٦، حيث تناول الفقه، أثر العقد بالنسبة للخلف العام، حيث بين الفقه الحالات التي ينصرف فيها أثر تصرف السلف الى الخلف والحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إليها

(٣٢) راجع في ذلك من الفقه :

J. Ghestin , milliau , Op.Cit. p.570.ets no586

راجع بصفة خاصة من الفقه العربي : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ١٦٥ وما بعدها .

(٣٣) ذلك ان اتفاقيات العمل الجماعية قد تكون عقود مفتوحة تسمح بالانضمام إليها، ويصبح من ينضم إليها طرفا فيها، ويلتزم بأثارها الملزمة سواء ايجابا أم سلبا . كذلك من ينضم الى شخص معنوي، كما لو اكتسب شخص جانب من أسهم - شخص معنوي - شركة، فيصبح طرفا في العقد الذي كون هذه - الشخص المعنوي - الشركة .

راجع في ذلك بالتفصيل: جستان - المطول في القانون المدني - مرجع سبق ذكره - ص ٤٦٥ .

B. Starckt , H. Roland , L. Boyer , Op.cit – p.506

(٣٤) حيث عبر سيادته عن هذه الانتقادات في مقالة في المجلة الفصلية للقانون المدني عام ١٩٩٣، وهذه المقالة كان لها فضل كبير في تحديد مفهوم الطرف في العقد . فدراستها المتأنيبة - خاصة في تحليلها لما قاله جستان - قد إفادتنا كثير في هذا الموضوع من البحث، خاصة فيما يتعلق بالأسس التي يجب أن يبنى عليها تحديد مفهوم الطرف، ومن ثم تحديد الفئات التي تعد طرفا في العقد من عدمه .

وإذا كان هذا الموضوع يضيق لعرض وتحليل ما جاء في هذا المقال، فإننا سوف نكتفى بالإحالة إليه .

وإشارة هذا المقال :

J. L- Aubert : Apropos d'une distinction nouvelle des traités et des tiers ,
RTD Civ(2) , Ovr , Jun ., 1993 , p.63 ets .

(٣٥) راجع في ذلك :

Geffucci- Thibierge : De L'elargissement de la notion de partie ou
contrat ... a l'elagissement de la portee du principe de l'effet relative ,
RTD Civ . 1994 , p.275 ets .

(٣٦) راجع ذلك : ibid , no 24

ثم شرحت سيادتها وجهة نظرها . راجع ibid no 25 ets

(٣٧) راجع في ذلك : جستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو - المطول - مفاعيل العقد
أو آثاره - مرجع سبق ذكره - ص٤٦٨ . وقد تبنى تعريف جستان للطرف الجانب كبير من
الفقه الفرنسي نذكر منهم وعلى سبيل المثال .

B. Starckt , H. Roland , L. Boyer , Op.cit – p.506 , C. Guelfuci Thibierge
– Op.cit – 275 ets .

(٣٨) راجع في هذا البحث ما عرضناه في شأن الأسرة العقدية، ص ٣٤٩ وما بعدها .رسالة دكتوراة/أشرف
عبد العظيم عبد القادر عبد الواحدص٣٤٩ وما بعدها. راجع د/فيصل ذكي عبد الواحد مرجع سابق
ص١٤٢ وما بعدها .

(٣٩) راجع في ذلك من الفقه : د- طلبية وهبة خطاب - المرجع السابق - ص٣٦١ وما بعدها .
د- منصور مصطفى منصور، د- جلال إبراهيم - المرجع السابق - ص٢٠٦ وما بعدها، د-
أحمد سلامة - المرجع السابق - ص١٤٢ وما بعدها . د. سليمان مرقس - نظرية العقد -
مرجع سبق ذكره - ص ٢٨٤ وما بعدها . توضح هذه المراجع، وغيرها الخاصة بمصادر
الالتزام أو نظرية العقد - حالات البطلان سواء المطلق أو النسبي ومن له حق طلب كل
منهما، وخاصة أن للغير صاحب المصلحة الحق في طلب إبطال العقد في حالة البطلان
المطلق .

(٤٠) راجع في ذلك :

Guelfucci Thibierge – Op.cit – no 39 ets

(٤١) راجع رسالة دكتوراة "أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد" الطبيعية القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، ص ٦١٦ وما بعدها .

(٤٢) راجع في ذلك علي سبيل المثال، نص المادة ٨٩ من القانون المدني المصري، حيث جاء بها يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

(٤٣) راجع في ذلك كتب الفقه العامة، التي تناولت بالشرح مصادر الالتزام ونظرية العقد، وهي كثيرة ومتنوعة .ونذكر منها علي سبيل المثال، د. عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٨٦ وما بعدها . د- احمد سلامة - مذكرات في نظرية الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٧٤ وما بعدها. د- سليمان مرقص - نظرية العقد - مكتبة القاهرة الحديثة - دار النشر للجامعات المصرية - عام ١٩٥٦ - ص ٩٣ وما بعدها . د- حسام الأهواني - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام مرجع سبق ذكره - ص ٥٧ د. طلبة خطاب - النظرية العامة للالتزام - مصادر التزام - المصادر الأردية - مرجع سبق ذكره - ص ٤٨ وما بعدها . د- حسين عامر - المرجع السابق - فقرة ١٢ وما بعدها - ص ١٤ وما بعدها . راجع أيضا من الفقه الفرنسي علي سبيل المثال:

Starck (Boris). Droit civil.Obligations. 2, 2e edition, par Roland et Boyer, Litec, Paris, 1986, no 6 ets, p. 4 ets. Rousseau (Jean-Jacques), Du Contratsocial 1994, Liv. I. Chap. IV.

(٤٤) راجع أحكام القضاء علي سبيل المثال : نقض مدني مصري - جلسة ١٢/٩/١٩٥٤ - الطعن ٣١٣ - لسنة ٢١ قضائية - مجموعة النقض - س ٦ - ص ٢٥٧ قاعدة ٣٣ - حكم محكمة النقض المصرية - جلسة ١٩٨٦/٥/٨ . الجزء الأول - المجلد الأول - ص ١٣٨ - رقم ٤٢٢ - نقض مدني مصري - جلسة ١٩٨٦/٥/٨ . الجزء الأول - المجلد الأول - ص ١٣٨ - رقم ٤٢٢ - نقض مدني مصري - جلسة ١٩٩٩/٤/١١ - طعن رقم ١٧٩٢ لسنة ٥٨ ق. الدسوقي - الجزء الثاني - المجلد الأول - ص ١٤٧ - رقم ٤٥٤ .ومن أحكام محمة النقض الفرنسية - راجع علي سبيل المثال :نقض مدني فرنسي - جلسة ١٩٨٧/٦/١٩ - المجلة الفصلية للقانون المدني - عام ١٩٨٨ - ص ١٢٦ وما بعدها. نقض مدني فرنسي - جلسة ١٩٨٧/١/٦ - المجلة الفصلية للقانون المدني عام ١٩٨٨ - ص ١٢٦ وما بعدها.

- (٤٥) راجع في ذلك د- عبدالفتاح عبدالباقي - نظرية العقد - مرجع سبق ذكره - ص ٨٩. وراجع في هذا المعنى - د- عبدالعزيز المرسي - نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري - دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة - مرجع سبق ذكره - ص ٤٨١.
- (٤٦) راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٥. د- أيمن العشماوي - المرجع السابق - ص ١٥ وما بعدها.
- (٤٧) راجع في ذلك :

Starck (Boris), Op.Cit- n 6. P. 4

Terre- Fronacclari (D)-L'autonomie de la volonte Rev - SC- Mroales et politiques. 1995-p-255ets. Sp-p.264 ets.

(٤٨) راجع ذلك :

Terre (Francois), Simler (Philippe) el Lequette (Yves)- Droit Civil, Les obligations, 6e edition- Daloz, 1996 n 20,p.23.

- (٤٩) راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٥.
- (٥٠) راجع في ذلك علي سبيل المثال - د- عبدالفتاح عبدالباقي - المرجع السابق - ص ٩٠. د- احمد سلامة - المرجع السابق - ص ١١٥ وما بعدها. د- حسامالاهواني - المرجع السابق - ص ١٣٦ وما بعدها .
- (٥١) راجع في توضيح ذلك من الفقه د- عبد الرازق - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - مرجع سبق ذكره - ص ١٤٤ - د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سبق ذكره - ص ٩١ وما بعدها - د. عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٨٨ - بند ٦٨ - د. أحمد سلامة - مذكرات في نظرية الإلتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٧٤ وما بعدها - بند ٤٠ . د. طلبية وهبة خطاب - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٤٦ ويرى هذا الفقه - وبحق - أنه لا عبرة بالإرادة التي تصدر خلوا من نية إحداث الأثر القانوني، كما هو الحال في المجاملات الاجتماعية، وذلك مثل النقل بالمجان راجع في ذلك - طلبية وهبة - المرجع السابق - ومؤلف سيادته - مسؤولية ناقل الأشخاص بالمجان - القاهرة - عام ١٩٧٤ - وقارن في ذلك د- محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - مرجع سبق ذكره - ص ١٠٥ وما بعدها - بند ٢٧ . وكذا ما أشار إليه سيادته من مراجع وأحكام في الصفحات المشار إليها . وأيضاً قارن في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - المفهوم القانوني للمستفيد من التأمين

الاجبارى من المسؤولية المدنية من حوادث المركبات الآلية - وفقا للقانونين الكويتى والمصرى
- مطبوعات جامعة الكويت - عام ١٩٩٤ - ص ٣٢ وما بعدها . وفى هذا المعنى راجع من
الفقه الفرنسى :

J. L. Aubert A Propes d'une distinction renouvetec des torties et des tiers
, RTD - civ 2 , Over Juin 1993 , P. 265 ets ; J. Ghestin , M . Billiau ,
Traite De Droit Civil "Les Oblighations" les effets Du Contrat ,
L.G.D.J., Paris , 1992 , p.554 ets

(٥٢) راجع فى ذلك -د- حسن كيره- المرجع السابق - ص٧٢٧، -د- عبد الحى حجازى - النظرية
العامة للإلتزام - الجزء الأول - مصادر طبعة عام ١٩٦٢ - ص١٦٧ . د. فتحى والى -
نظرية محاضرات فى النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٦٦ - ص١٢٧ .

(٥٣) راجع فى عوض ذلك : -د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص١٠٦ وما بعدها . وتجدر
الإشارة أنه يجب التمييز بين الطرف فى التصرف، وشخص الإلتزام، ذلك ان هذا الأخير هو
من يسلك مسلكا إراديا معينا يرتب القانون عليه آثار لمجرد كونه إراديا، وسواء اتخذ هذا
المسلك مظهر ايجابيا أو سلبيا، ومثال الأول أن يفعل الشخص شيئا كان يريد فعله ويرمى اليه
بالذات وبصفة مباشرة، أى إرادية هذا المسلك، وذلك كما فى الفضالة . راجع المواد ١٨٨ وما
بعدها من القانون المدنى المصرى، وأيضا كما فى حالة الاستيلاء الارادى م ٨٧٠ - ٨٧٢ من
نفس القانون، الحيازة والتقادم م ٩٤٩، م ٩٨٤ التى تنظم الحيازة فى العقار والمنقول . ويلاحظ
فى هذا الصدد ان إستلزام النية فى تملك المنقول بالحيازة أو العقار بالتقادم لا تهنى أن الأثر
يترتب على هذه النية أى على الإرادة، بل ان سبب نشأة الحق هو الفعل المادى، أى وضع
اليد، فما النية إلا عمل ثانوى لتحديد آثار الفعل . راجع فى ذلك : -د- جميل الشرفاوى -
المرجع السابق - ص٤٥٢ . د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص١٧٠، د - نعمان
جمعه - المرجع السابق - ص٢٨٤ . وفى هذا المعنى راجع أيضا - د- أحمد سلامة -
المرجع السابق - ص ٢٦٤ وما بعدها . -د- عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق ص
٤٩٥ وما بعدها، د - سليمان مرقس - بحوث وتعلقات على الأحكام فى المسؤولية المدنية -
عام ١٩٨٨ - دار الكتب القانونية شتات مصر - المنشورات الحقوقية - صادر - بيروت -
لبنان - ص ٦ وما بعدها . ومثال - اتخاذ المسلك الإرادى مظهرا سلبيا - ثان، هو حالة
الخطأ وذلك لأن نسبة واقعة الخطأ للشخص معناها إرادية تلك الواقعة أو أن سمة إرادة عند هذا
الشخص غاية ما هناك أن الإرادة فى الخطأ قد لا تتخذ مظهرا إيجابيا، فليست هى إرادة الواقعة

- مباشرة مباشرة وبصورة إيجابية وإنما تتحصل هذه الإرادة في اتباع مسلك كان من الواجب ومن الممكن اتباعه تلافياً لتلك الواقعة راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٦ . راجع في هذا المعنى أيضا د- سليمان مرقص - المرجع السابق - نفس الصفحات . د- عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٤٩٣ وما بعدها .
- (٥٤) راجع في التمييز بين الإرادة بمعنى المشيئة والإرادة بمعنى المسؤولية . د. عبدالرحمن عياد - أساس الالتزام التعاقدى - رسالة دكتوراه - طبعة عام ١٩٧٢ - ص ١٧٥، وراجع في نقد هذا التمييز د- مصطفى الجمال - مناط الإلزام بالأحكام المدنية - مرجع سبق ذكره - ص ٢٣٥ وقرن في ذلك د- عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - مرجع سبق ذكره - ص ٩١ وما بعدها . د- عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٨٨ .
- (٥٥) راجع في ذلك جورلا : دور الإرادة في التعهد كتصرف قانوني - الحقوق س ٦ ص ١٣ ريج دور الإرادة - المقال السابق - ص ١٦ وما بعدها - مشار الى هذين المرجعين لدى د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٧ هامش ١٠ .
- (٥٦) راجع في ذلك على سبيل المثال د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٧ .
- (٥٧) راجع في عرض ذلك من الفقه: د/ أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٧٥ وما بعدها، د/ عبدالفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٨٩ وما بعدها، د/ طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٦ وما بعدها، د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص ١٤٤، ويجمع الفقه في هذا الصدد على أن الإرادة لا تلزم صاحبها، إذا صدرت من شخص غير مميز أو مجنون، أو من فقد الوعي لسكر أو مرض، أو من انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء وغير ذلك، راجع في ذلك أيضاً نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر رقم ١٦٩ ص ٣٢٩، وقد جاء في الحكم أن المقصود بالرضاء الصحيح في المتصرف هو أن يكون مميزاً، يعقل معنى التصرف ويقصده، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية هذا العقد والتزاماته فيه، أما كونه يقصده، فالغرض منه بيان أنه لا بد من إرادة حقه منه، لقيام الالتزام الذي يتحمل به، كما يجمع الفقه أيضاً على ضرورة أن تكون الإرادة جادة غير هازلة، حقيقة وليست صورية، راجع في ذلك على سبيل المثال ذات المرجع الذي ذكرناه في هذا الهامش، ونفس الصفحات.
- (٥٨) راجع في ذلك د - مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص ٢٣٦، د- عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ٤٩٥ وما بعدها - فقرة ٤٣٤ وما بعدها .

- (٥٩) فمن المعروف أن الفضيلة هي غاية الإلزام الأدبي، وأن العدل غاية الإلزام القانوني، وليس المقصود هنا معنى معين من معان العدل، وإنما نقصد أي معنى من معانيه، تبادليا كان أو توزيعيا، عاما كان أم خاصا، فرديا كان أم اجتماعيا . راجع في ذلك د- مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص ٢٣٠ . د. محمد الشقنقيري - محاضرات في فلسفة القانون - دبلوم القانون الخاص - عام ٢٠٠٠ - مكتبة الدراسات العليا - ص ٧٧ وما بعدها.
- (٦٠) وذلك كما في النيابة في التعاقد، راجع في هذا البحث ص ٦١٨ وما بعدها .
- (٦١) راجع في ذلك من الفقه وعلى سبيل المثال د- فيصل زكي عبد الواحد - ضوابط وحدود المظهر الجديد للرابطة العقدية في القانون المدني الكويتي - مرجع سبق ذكره - ص ٣ وما بعدها . د- طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٦، د - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٩٣، د. حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٥٩ - أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٧٥ . هذا وقد جرت أقلام الفقه القانوني على أن إرادة التعاقد بالمعنى الفني تتكون من عنصرين أحدهما معنوي وهو القصد نحو انشاء الالتزام، وثانيهما مادي وهو التعبير باستخدام أحد الوسائل المختلفة . راجع في ذلك: د - وليم سليم قلادة - الامرجع السابق - ص ٣ وما بعدها . د- حلمي بهجت بدوي - المرجع السابق - ص ٨١، ٨٢، ٨٧ . د- منصور مصطفى منصور - دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني . خلاصة دروس - لطلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام ١٩٩٢ - ص ٤ وما بعدها . وفي نفس الاتجاه، وتأكيدا لأهمية التعبير عن الإرادة، يعبر عن ذلك بعض الفقه بقوله "فالتعبير هو جسم الإرادة، كما أن جسم الانسان ليس مجرد إثبات لوجوده بل هو جزء من شخصيته، كذلك الحال بالنسبة للتعبير عن الإرادة، فالإرادة تكون عديمة القيمة من الناحية الاقانونية طالما ظلت حقيقة نفسية مكونة ويعتد بها فقط عندما تظهر بتعبير خارجي، كما وأن شكل هذه الإرادة لا يقتصر على وسيلة التعبير فحسب، بل يشمل كل ما يبذل من أجلها من حركة خارجية، أي يمتد أيضا الى ما يبذل من نشاط خارجي لتكوين الإرادة، فتكون الإرادة ثم التعبير عنها حلقات متتابعة في سلسلة واحدة الإخراج لإرادة شخص التصرف الى العالم الخارجى " . راجع في ذلك د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٨ . وفي هذا المعنى راجع د - عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٩٤ هامش ٣ . د - طلبة وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٥ وما بعدها . د - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٥ هامش ١، ص ١٤٦ هامش ١ .

- (٦٢) راجع في ذلك د- طلبه وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٨ .
- (٦٣) وقد تناول بالشرح طرق التعبير عن الإرادة، كتب الفقه الخاصة بعرض مصادر الإلتزام أو نظرية العقد، وهي كثيرة ومتنوعة، هذا راجع منها على سبيل المثال د- طلبه وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٤٨ وما بعدها، د- عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق ص ٨٨ وما بعدها - د - حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ٥٩ وما بعدها . د. عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٩٤ وما بعدها . د - عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٦ وما بعدها .
- (٦٤) فبالرغم من أن الإرادة هي جوهر التصرف في القوانين الحديثة، إلا أنها تخضع فيه للعديد من القيود الشكلية، ولكن المشرع اذ يفرض هذه الأخيرة فإنه يفعل ذلك تحقيقاً لغرض معين . راجع في ذلك من الفقه، د- حميل الشرقاوي - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٨٢ - ص ٥٢ . د- محمد علي عمران - دروس في مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٨٢ - ص ٥٢ - د- محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الإلتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٣٨، ص ٤٥ .
- Starckt (B) Droit civil les obligatipons paris - 1972 , p.345.
- (٦٥) راجع في ذلك من الفقه د- فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢١ . د- طلبه وهبة خطاب - المرجع السابق - ص ٧٠ وما بعدها . د - أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٧٥ وما بعدها . د- عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٨٨ وما بعدها . د- نبيلة رسلان --- المرجع السابق - ص ١٠٩ .
- (٦٦) راجع في ذلك : د- فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢١ .
- (٦٧) فقد يحدث أن يعبر الشخص عن إرادته صراحة دون أن يتضمن هذا التعبير بعض المسائل الجوهرية التي انصرفت إليها إرادته، وقد يكون ذلك عن عمد أو إهمال . راجع في ذلك بالتفصيل د- فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٣٢، ص ٣٣ - هامش ٥٦ . وقد يحدث عدم تطابق بين الإرادة الحقيقية والتعبير عنها، عندما يكون هناك شخص مكلف بنقل التعبير أو كتابته وسقطت منه سواء عن عمد أو إهمال بعض العبارات فيأتي التعبير غير متواءم مع محتوى القصد، بالرغم من صدور التعبير عن صاحبه مطابق لحقيقة إرادته - راجع في ذلك وعلى سبيل المثال - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - نظرية الإلتزام - ج ١ - مصادر الإلتزام الإرادية - العقد والإرادة المنفردة - مطبوعات الكويت - عام ١٩٩٥ - ص ١٠٧، ص ١٠٨ .

- (٦٨) راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٩ .
- (٦٩) راجع في هذا المعنى وعلى سبيل المثال . د- جميل الشراوى - مصادر الالتزام - مرجع سبق ذكره - ص ١٦٧، وللمؤلف ذاته نظرية بطلان التصرف - رسالة دكتوراة - مرجع سبق ذكره - رقم ٩٧ . راجع أيضا مقال سيادته - طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني - مرجع سبق ذكره - ص ٣٠١ راجع في هذا المعنى أيضا د- فيصل زكى عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢١ وما بعدها .
- (٧٠) راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٩ .
- (٧١) راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١١١ .
- (٧٢) راجع في ذلك . - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٢٩، ١٢٧ .
- (٧٣) الهامش السابق - ص ١٢٧ .
- راجع في ذلك من الفقه :

B .Strackt , H . Rolaud L. Boyer : Droit civil les obligations , 2 .
contrat.6ed.litec 1999 – p.506.

(٧٤) وفي نفس المعنى راجع:

J.L.Aubert : , Op. Cit . p.262 : J .Ghestin – M.Billiau , Op. Cit P. 564 –
ets n 575 ets

وراجع أيضا لجستان مؤلفه بالاشتراك مع كريستوف جامان ومارك بيو - مفاعيل العقد وآثاره -
ترجمة د - فيصل كلثوم - مرجع سبق ذكره - ص ٤٤٩ وما بعدها .

قارن في ذلك : Gelfucci –Thibierge –Op.Cit.P.275-ets.

راجع بصفة خاصة من أنصار الأسرة العقدية

M.Bacache-Gibeili –Op.CitP159cts .I .Huet,These Op.Cit. no684 –ets ,
P.650 ets Veny (G) –Op- Cit - P.407-ets – Teyssie , Op.Cit . NO-
567.Neret –Le sous contrat – Op-Cit no 155 –ets P125 – ets .X.Hunry –
Op.Cit no . 953 – ets P 1090- ets

د- فيصل زكى عبد الواحد - المسؤولية المدنية في إطار الأسرالعقدية - مرجع سبق ذكره - ص ٧
وما بعدها - د - أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٦٣ - د . حسام الدين كامل
الأهوانى - المرجع السابق - ص ٣٣ وما بعدها .

راجع أيضا :

Chapplee : L.arbitrage et li tiers .Le Droit des personnes morale (group de Societe intervention d'etal) rewie de L'arbitrage .No . 111 .1988 . P.484 .poland (Henri) et Boyer (Laurant) obligations II.Contrat N.1275 P.527 LiTES.Paris 1993.

(٧٥) راجع في ذلك : د / أحمد سلاة - المرجع السابق - ص ١٦٣ ونفس التعبير قالته د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٣ .

(٧٦) راجع في ذلك من الفقه : د- ثروت أنيس الأسبوطي - المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية - مصر المعاصرة - عام ١٩٦٠ . د- نعمان خليل جمعة - المرجع السابق - ص ٢٧٤ .

(٧٧) وهناك أمثلة عديدة على ذلك من أوضحها مانراه في دلالة السكوت واعتباره قرينة على قيام الرضا فقد اهتدى الفقه عن طريق المصلحة إلى الطرف الذي يمكن أن يؤيد اعتبار السكوت قبولا، فهذا الطرف يجد محله في فكرة المصلحة . راجع في ذلك من الفقه . د- عبد الحى حجازى - النظرية العامه للإلتزام الجزء الأول مرجع سابق ذكره ص ١٧٢، د/ إسماعيل غانم النظرية العامه للإلتزام مرجع سابق ص ٥٦

(٧٨) راجع ذلك : د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٢٩

(٧٩) راجع في ذلك من الفقه : د - عبد الحى حجازى - نظرية الحق - الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ / ١٩٥٢ - ص ١٦، ويقول سيادته " فالمصلحة إذن فكرة نفسانية وبالتالي ذاتية ونسبية تختلف باختلاف الأشخاص وبهذا تكون فكرة المصلحة من السعة بحيث تشمل كل ميول الإنسان سواء أكانت مادية أم ادبية أو دينية " راجع أيضا في تفصيل ذلك : د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٣٨ وما بعدها . د - سعيد سالم عبد الكريم العسيلي - المرجع السابق - ص ٣٠٦ و ما بعدها .

(٨٠) وقد قيل في هذا الشأن أن فكرة المصلحة غير قابلة للتحديد، ذلك أنها تحمل في طياتها العديد من المعان، بل أنها داخل العلم الواحد تتضمن أكثر من معنى . ففي مجال القانون - مثلا - شاع استخدامها من جانب المشرع والفقه والقضاء، فالمشرع يستخدمها باعتبارها أساسا للتشريع، فهدف كل تشريع عادل تحقيق المصلحة . وقد يتخذها- المشرع - أداة فنية للوصول إلى المصلحة ذاتها وقد تؤخذ في الاعتبار صراحة أو ضمنا لتأييد فكرة أخرى راجع في ذلك : = R. Vanard - La theorie de l " interet dans l"assurance - R.G.A.T. 1970 - P.699

وراجع في صعوبة تحديد المقصود بالمصلحة

Willam R. Vance-Hand Book of the Law of Insurance- 3ed – 1951 – P.161

راجع في هذا المعنى أيضا :

Be Quart-les mots a sens multiples dans la code civil-these – liIle – 1928
– p.27

Danal du super la psychologie de intrereta – 1964 .

مشار إليها لدى د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٣٨ - هامش ٢٦، ٢٧ .

والمصلحة كمقصد من مقاصد الشارع الإسلامي، فقد أوضح لها القرآن مجالا لتحقيقه يقصر نصوصه التشريعية على الأصول العامة وترك التفريعات للبيئات المختلفة في العصور المتعاقبة، أو بالاقتران الحكم بحكمته . وسارت على نفس السنة النبوية لأنها تبيان له، وقد قام الجماع والقياس لتحقيق هذا المقصد، فرعاية المصلحة وراء كل دليل من أدلة الحكم . راجع فيما يتعلق بالمصلحة في الفقه الإسلامي بصفة عامة د - مصطفى زيد - المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوخي - الطبعة الثانية - عام ١٩٦٤ . د - سعد محمد الشناوي - مدى الحاجة إلى الأخذ بنظرية المصالح المرسله - رسالة دكتوراه - طبعة عام ١٩٧٧ .

(٨١) راجع في ذلك : د - محمد عبد السلام مخلص - نظرية المصلحة في دعوى الإلغاء - رسالة دكتوراه - سنة ١٩٨١ - ص ١٧ حيث يقول سيادته " إذ المصلحة فكرة غير كحددة أو حائرة أو فكرتعددة " .

(٨٢) راجع في ذلك : د - عاشور مبروك - الوسيط في القانون الخاص - مكتبة الجلاء - الكتاب الأول - سنة ١٩٩٦ - ص ٥٠ .

(٨٣) راجع في ذلك : د - حسين حامد حسان - نظرية المصلحة - رسالة دكتوراه - المطبعة العالمية - القاهرة - سنة ١٩٧١ - ص ٦ . د - فتحى السيد لاشين - عقد التأمين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة لتنظيم أحكامه وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية - بدون تاريخ - ص ١٥١ .

(٨٤) كأن يقال أن المصلحة هي العائد أو المكسب أو الميزة

راجع في ذلك :

Henri Mazeaud-La Lesion d'un legitime juridiquement protégé condition de la responsabilité civil R.D. 1954 –p.41 " Avantage " Ineret sont ici expressions synohymes " .. ميزة مصلحة كلاهما تعبيران مترادفان .

(٨٥) راجع في ذلك : القاموس المحيط - الجزء الأول - الطبعة الثانية - سنة ١٩٣٣ - ص ٢٣٥ - راجع أيضا - مختار الصحاح - الطبعة السابعة - سنة ١٩٥٣ - ص ٣٦٧ .

(٨٦) راجع في ذلك : Capitant – Vacoadeulaire juridique Paris , 1930

مشار إليه لدى مرجع د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٤٠ - هامش ٣١ .

(٨٧) راجع في ذلك من الفقه الشيخ محمد أبو زهرة - المصالح المرسله أو مذهب المنفعة في الفقه الإسلامي - مجلة القانون والاقتصاد - العدد الأول - السنة السابعة عشر - مارس ١٩٤٧ - ص ٣٠٥ . د - هشام عبد المقصود - نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنا بالتشريع الوضعي - رسالة دكتوراه - بدون تاريخ - القاهرة - ص ١٠٣ حيث يقول سيادته " غذ النصلحة في الاصطلاح الشرعي هي الأمر الذي يقوم عليه جلب المنافع ودفع الأضرار والمفاسد تحقيقا لمقاصد الشارع " . د - فتحى السيد لاشين - المرجع السابق - ص ١٥١ .

راجع أيضا : المستصفي للإمام الغزالي الشافعي - الجزء الأول - الطبعة الأولى - ١٣٢٢ هجريا - ص ٢٨٦ حيث يقول فضيلته أن المصلحة هي المحافظة على مقصود المشرع والمنحصر في الضرورات الخمسة التي هي الدين والنفس والعقل والمال والنسل، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة مصلحة، وكل ما يفوتها مفسدة .

(٨٨) راجع في ذلك : د - محمد سلام مذكور - المصالح المرسله - مجلة مصر المعاصرة - سنة ١٩٦٨ - ص ٦٢٨ . د - سعد محمد الشناوى - مدى الأخذ بنظرية المصالح المرسله في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه - القاهرة - سنة ١٩٧٧ .

(٨٩) راجع في ذلك د - محمد عبد السلام مخلص - المرجع السابق - ص ١٠ .

(٩٠) وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هذان النظامان هما من وردت فيهما مصطلح المصلحة فحسب بل ورد هذا المصطلح في كثير من الأنظمة القانونية، منها على سبيل المثال المصلحة في التعاقد والمصلحة في إطار الاشتراط لمصلحة الغير والمصلحة المحمية في إطار القوانين الإدارية وغيرها . وهكذا فإن المصلحة كلفظ ظهرت في العديد من الأنظمة القانونية . راجع في ذلك د - حسين يوسف غنايم - المصلحة في التأمين البحري - رسالة دكتوراه - القاهرة سنة ١٩٧٩ - ص ٩١ وما بعدها .

(٩١) راجع في ذلك، نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣ لسنة ١٩٦٨، بعد تعديلها بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ حيث جاء به " لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع إستنادا لاحكام هذا القانون أو أى قانون آخر لا يكون لصحابه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون . " وراجع فى ذلك من الفقه : د - محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - عام ١٩٨٩ - بدون دار نشر - ص ٥٦ وما بعدها .
 د - عبد المنعم الشرفاوى - نظرية المصلحة فى الدعوى - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - القاهرة - ١٩٤٧ - ص ٥٣ . د - أحمد ماهر زغلول، د - يوسف أبو زيد - أصول وقواعد المرافعات - وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها والمرتبطة بها - عام ٢٠٠١ - دار أبو المجد للطباعة - وحدة توزيع الكتاب الجامعى - ص ١١٠٣ .
 المستشار عز الدين الدناصورى، الأستاذ حامد عكاز - المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها .
 المستشار أحمد المليجى - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول - بدون سنة طبع - ص ١٥٠ .

وراجع فى أحكام النقض على سبيل المثال - نقض مصرى - جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٩٢ - الطعن رقم ١٩٢، ٢٤٦ لسنة ٥٤ ق . وراجع من الفقه الفرنسى : - Henri Mazenud Op - Cit- p39

(٩٢) راجع فى ذلك نفس المرجع بالهامش السابق . وراجع أيضا نقض مصرى - جلسة ٥ / ٢ / ١٩٨٩ - س ٤٠ ق العدد الأول - ص ٣٩٥ - سعيد شعلة - قضاء النقض فى المصلحة - سنة ١٩٩٥ - ص ٥٣

(٩٣) راجع فى ذلك من الفقه على سبيل المثال - د - محمود محمد هاشم - المرجع السابق - ص ٥٦ وما بعدها . ويعرض سيادته للخلاف فى تعريف المصلحة . د - رمزى سيف - الوجيز فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - مكتبة النهضة العربية - سنة ١٩٥٧ - ص ٩٦ - د - أحمد أبو الوفاء - التعليق على نصوص قانون المرافعات - منشأة المعارف - الاسكندرية - الجزء الأول - الطبعة الثانية - ١٩٧٥ - ص ٨٤ . د - أحمد ماهر زغلول، د - يوسف يوسف أبو زيد - المرجع السابق - ص ١١٠٤ .

(٩٤) راجع فى ذلك - د - كامل عباس الحلوانى - الخطر والتأمين - دار المعارف بمصر - سنة ١٩٦٥ - ص ٤٧ .

(٩٥) راجع فى ذلك :

R.Vanard – La theorie de l'interet – Op. – Cit – 699.

(٩٦) راجع في ذلك :

Picard et Besson – Les assurance terrestres tome I Le contrat d'assurance
– 5 edition – Paris – 1982 – P – 34.

(٩٧) راجع في عرض : د - عبد الرازق الستهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السابع - المجلد الثاني - عقود الغرر - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ - ص ١٩١٦ .

(٩٨) راجع في ذلك - د - نبيل إسماعيل عمر - قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٧٨ ، حيث يرى سيادته، أنه في المجال الإجرائي لا شك أن فكرة المصلحة تلون بلون المنظومة الإجرائية التي توجد فيها ومن الممكن أن نأخذ معنى يختلف عن المعنى الآخر .

(٩٩) راجع في ذلك د - سعد سالم عبد الكريم العسيلي - المرجع السابق - ص ٣٠٧ .

(١٠٠) راجع في ذلك نفس الهامش السابق

(١٠١) راجع في استعانة الفقه بالألفاظ المقاربة أو المرادفة . د - مصطفى كيره - النقض المدني - مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب - سنة ١٩٩٢ - ص ١٨٤ .

(١٠٢) راجع في ذلك د - مصطفى زيد - المرجع السابق - ص ٢٢ . د - عبد الهادي العطاوي - ماهية الحق في القانون الخاص - مجلة القانون والإقتصاد - العدد الرابع - السنة ٣٣ - ديسمبر ١٩٦٣ م ص ٤٥٨

(١٠٣) راجع في ذلك : د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٤١ .

(١٠٤) راجع في ذلك د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٤٢ .

(١٠٥) راجع في عرض ذلك د - حسن كيره - أصول القانون - دار المعارف بمصر - سنة ١٩٥٩ / ١٩٦٠ - ص ٥٥٥ . د - سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية - الطبعة الثانية - دار النشر للجامعات المصرية - سنة ١٩٥٢ - ص ٣٠٠ . د - جلال العدوي و د - رمضان أبو السعود و د - محمد حسن قاسم - الحقوق وغيرها من المراكز القانونية - منشأة المعارف بالاسكندرية - سنة ١٩٩٦ - ص ٢٤ .

(١٠٦) راجع ذلك د- محمد شكرى سرور - النظرية العامة للحق - الطبعة الأولى - سنة ١٩٧٩ - دار الفكر العربى - ص ١٨ د- عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية الحق - القاهرة - مطبعة المعهد العالى الفرنسى للأثار الشرقية ت سنة ١٩٥٧ - ص ٧ .

(١٠٧) راجع فى ذلك : د - حمدى عبد الرحمن - فكرة الحق - دار الفكر العربى - سنة ١٩٧٩ - ص ١٢ .

(١٠٨) راجع فى ذلك : د - حمدى عبد الرحمن د - حسن أبو النجا - النظرية العامة للحق - عام ١٩٩٧ / ١٩٩٨ - بدون دار نشر - ص ١٣ .

(١٠٩) راجع فى ذلك - د - حسن كيره - المرجع السابق - ص ٥٥٦ .

(١١٠) راجع فى ذلك :

Dabin J. Droit subjectif et subjectivisme juridique are de hidu droit - 1964 p/B

(١١١) راجع Dbm J-Op-Cit - p.86

(١١٢) راجع فى ذلك :

Geny -Methode d'interpretation et sources en droit Prive positif T. 2-2ed - 1932 -p.167

مشار إليه لدى د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

(١١٣) راجع فى ذلك :

Carbonnier (J) , Droit Civil - T.I. Introduction .

(١١٤) راجع فى ذلك د - نبيلة رسلان - المرجع لسابق - ص ١٤٨ ، راجع أيضا :

Solus , HENRY et ROGER Droit judiciaire prive Paris , 1961 - p.225.

(١١٥) راجع فى ذلك نص المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى، حيث نصت على - تفاهة المصلحة - عدم جدية المصلحة - من خلال وضع ضوابط لمشروعية الحق المراد استعماله، فنصت على أن يكون استعمال الحق غير المشروع فى الأحوال الآتية :

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

ب- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها .

ج- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

(١١٦) راجع انظر في ذلك :

Demogue – Traite des obligations

مشار إليه لدى د - نبيلة رسلان - المرجع السابق ص ١٤٩ .

(١١٧) انظر في ذلك :

Geny –Methode d'interpretation et sours en droit prive positif, T.2 edit Paris .1932 – p.178.

ويرى البعض أن انعدام المصلحة أو تفاهتها يثبت أن المتصرف بقصد الإضرار بالغير . راجع في ذلك د - حسين عامر - التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود - طبعة عام ١٩٦٠ - ص ٦١٥ .

وراجع بصفة عامة د- محمد شوقي السيد - معيار التعسف في استعمال الحق - رسالة دكتوراه - طبعة ١٩٧٨، حيث يشير سيادته إلى هذا المعنى في أكثر من موضع بالرسالة .

(١١٨) راجع في ذلك : د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٤٩ .

(١١٩) وقد قسم الفقه الإسلامي المصلحة تقسيمات عديدة، تختلف كل منها باختلاف إعتباراته، ومن أهم هذه التقسيمات، هو تقسيمها من حيث أهميتها وحاجيتها بالنظر إلى غيرها - من المصالح - حيث قسمت إلى ثلاث مراتب (أ)المصالح الضرورية (ب) المصالح الحاجية . (ج) المصالح التحسينية وأهمية هذا التقسيم تبدو عند الترجيح بين المصالح المتعارضة، إذا قد يكون التصرف مناط مصلحتين فيجب ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى، فالمصلحة الضرورية تقدم على المصلحة الحاجية، وهذه الأخيرة تقدم على المصلحة التحسينية، راجع في ذلك د - حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي - طبعة ١٩٧١ - ص ١٥ . د - محمد شوقي السيد - معيار التعسف في استعمال الحق - رسالة دكتوراه - القاهرة - طبعة ١٩٧٨، ص ٢١١ .

(١٢٠) راجع د- نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٥٠ .

(١٢١) راجع في ذلك : د - حسين يوسف غنايم - المصلحة في التأمين - رسالة دكتوراه - القاهرة - مطابع أخبار اليوم - عام ١٩٦٨ - ص ١٣٩ .

(١٢٢) راجع في هذا المعنى :

R.Vanard La theorie de l'interet , op. cit . p.703.

راجع أيضا : د - محمد حسين منصور - مبادئ التأمين - دار النشر للجامعات - بدون تريخ - ص ٧٤ .

(١٢٣) راجع في ذلك د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٥٠، ص ١٥١ . وراجع في هذا المعنى د - سعد سالم عبد الكريم العسيلي - المرجع السابق - ص ٣٢٩ وما بعدها . وتجدر الإشارة إلى ان بعض الدول نصت في قوانينها على ضرورة توافر المشروعية في المصلحة، تذكر منها على سبيل المثال، نص المادة (١٦٦) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها أنه " لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك "، إلا أن غالبية الدول لم تشر إلى ذلك باعتبار أن مشروعية المصلحة تنظمها القواعد العامة . راجع في ذلك على سبيل المثال قانون التأمين الفرنسي، حيث لم تشر المادة الثانية والثلاثون منه على هذه الخاصية .

(١٢٤) راجع في ذلك د - عبد الهادي يونس العطافي - المرجع السابق - ص ٤٩٨ .

(١٢٥) ونشير في ذلك على سبيل المثال إلى المصلحة في رفع الدعوى، ضرورة أن تكون مصلحة قانونية - راجع في ذلك من الفقه د - رمزي سيف - مرجع سبق ذكره - ص ٩٩ . د - أحمد ماهر زغلول، د - يوسف يوسف أبو زيد - مرجع سبق ذكره - ص ١١٠٥ وما بعدها . د - محمود محمد هاشم - المرجع السابق - ص ٦٠ وما بعدها . د - نبيل عمر - المرجع السابق - ص ٢٧٧ . د - وجدى راغب - المرجع السابق - ص ١١٦ .

H.Mazeud , Op. Cit . p.43 et 44

(١٢٦) راجع في ذلك من الفقه : د - حمدي عبد الرحمن - مصادر الإلتزام - مرجع سبق ذكره - ص ٢٨، حيث يقول سيادته تعد فكرة النظام العام من مستطردات النظام القانوني الثابتة فهي الحاجز الذي يحول دون اختراق المفاهيم الحضارية والاجتماعية بواسطة أفكار أو قيم مناقضة " . وراجع أيضا لسيادته مؤلفه - محاضرات في عقد التأمين - عين شمس - ١٩٧٠ / ١٩٧١ - ص ٢١، ص ٢٣ .

ولكن الفقه قد اختلف في تحديد فكرة النظام العام راجع في ذلك د - نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٥٢، وتشير سيادتها إلى أن الفقه لم يختلف في أمر كإختلافه في تحديد فكرة النظام العام وخير ما يقال في شأنه أن قوامه فكرة المصلحة العامة، سياسية كانت أو اجتماعية أو أدبية، وأنها فكرة نسبية، ونفس ما يقال على النظام العام ينطبق على الآداب العامة . راجع في ذلك هامش ٧١، ٧٢ من نفس الصفحة .

(١٢٧) راجع في ذلك من أحكام القضاء على سبيل المثال : نقض مصرى - جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٩٣ - الطعن أرقام ١٩٣ - ٢٨٦ - السنة ٢٤ قضائية - نقض مصرى - جلسة ٢٧ / ٢ / ١٩٨١ - طعن رقم ٨ لسنة ٥٠ قضائية - ص ١٢٦ - ١٢٧ .

Civ- 7 Avr .1967 . D. 1967 , P.496.

H.Mazeaud – Op. Cit. –p.43.

فقد اعتبر القضاء مصلحة الخليفة في التعويض عن مقتل خليلها غير مشروعة، ورفضت دعاوها تأسيسا على تعارض المصلحة فيها مع مصلحة عامة . كذلك فإن الحقوق الشخصية قد تعارض المصلحة فيها مع قاعدة أعلى هي تنظيم الحياة الاجتماعية .. وهكذا ترتبط القاعدة بالنظام العام السائد في المجتمع .

(١٢٨) وتجدر الإشارة إلى أن خاصية المشروعية ، في مجال الشريعة الإسلامية تكون أرحب وأوسع منها في مجال القوانين الوضعية، راجع في ذلك : د- عبد المنعم فرج الصده - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية- دار النهضة العربية - مطبعة جامعة القاهرة - الجزء الأول - سنة ١٩٩٠ - ص ٩٨ . د- حمدي عبد الرحمن - الأحوال الشخصية لغير المسلمين - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٧ / ١٩٩٨ م - ص ١٤٥ حيث قال سيادته "والثابت " أن النظام العام الإسلامي ليس مرادفا للنظام العام الوضعي، قد يكون بينهما منطقة مشتركة، ولكن يكون لكل منهما تصوره المختلف عن الآخر في بعض المسائل " . ذلك أن الروابط التي تقوم الشريعة الإسلامية بتنظيمها أوسع وأشمل من تلك التي تنظمها القوانين الوضعية . راجع في ذلك من الفقه د - فتحى السيد لاشين - عقد التأمين في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة لتنظيم أحكامه وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية - بدون تاريخ - ص ١٧٦

(١٢٩) راجع في ذلك :-

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - نادي هيئة قضايا الدولة ١٩٨٤ - بدأ من ص ١٠٢ - ص ٢١٦ .
- د. عبد المنعم فرج الصده - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ١٥٢ .
- د/ نبيلة رسلان - آثار عقد الإيجار - ١٩٨٩ - ص ٢٤٣ .
- د/ مصطفى الجمال - مصادر الالتزام في القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام - الطبعة الأولى - بدون سنة نشر - بدون ناشر - ص ٢٣٢ - ص ٣٣٤ .

(١٣٠) دكتور/ أحمد سلامة - مذكرات نظرية الالتزام - أحكام الالتزام - بدون تاريخ نشر - بدون دار نشر - ص ٨٨.

- د/ منصور مصطفى منصور - دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني - خلاصة دروس طلبة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام ١٩٩٢ - ص ١٠٩.

- د/ جمال مرسي بدر - راجع رسالة دكتوراه "النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها" - مطابع البصير بالإسكندرية - عام ١٩٥٤.

- د/ جلال إبراهيم - الوجيز في مصادر الالتزام - بدون دار نشر - عام ٢٠٠٠ و ٢٠٠١ م.

- د/ فيصل عبد الواحد - المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية - دار الثقافة الجامعية - عام ١٩٩٢/١٩٩١ م.

- د/ محمد محيي الدين إبراهيم سليم - الظروف الخاصة بإيجاد المضرور ومدى تأثيرها على مبدأ المسؤولية أو مقدار التعويض - دراسة مقارنة في إطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة - مجلة البحوث القانونية التي تصدر عن كلية الحقوق - جامعة المنوفية - العدد الصادر في ابريل ١٩٩٤ - أحكام مسائلة المتبوع عن خطأ التابع - مرجع سبق ذكره - ص ٥٦ وما بعدها.

(١٣١) راجع في ذلك: د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - بند ١٠٢ - ص ٢١٦، وفي هذا المعنى راجع أيضاً د/ عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - بند ١١٢، ص ١٥٢.

(١٣٢) راجع في ذلك: د/ فيصل زكي عبد الواحد - أثر عدم إعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد - مرجع سبق ذكره - ص ٨٠ ونود أن ننوه أن النيابة صورة حديثة نسبياً من صور الفن القانوني، فكما أسلفنا فإن القانون الروماني حتى في آخر مراحل لم يصل إلى حد إقراره فكرة النيابة كنظام عامل شامل، وإنما الضرورات العملية هي التي أدت إلى اصطناع وسائل مختلفة الوصول في حالات معينة إلى نتائج قريبة مماثلة، ومن هذه الحالات، ما كان متعلقاً بنبابة الأشخاص الخاضعين لسلطة رب الأسرة كالابن والرقيق في جعل رب الأسرة دائناً بإطلاق ومديناً في حالات خاصة وبحدود معينة، أما من لم يكن خاضعاً من أفراد الأسرة لسلطة غيره فلم يكن قيامه بالتصرف لحساب هذا الغير منتجاً لأي أثر مباشر بالنسبة لهذا الأخير، راجع في ذلك: د/ شفيق شحاتة - الالتزامات في القانون الروماني - طبعة ١٩٦٣ - نظرية النيابة

في القانون الروماني والشريعة الإسلامية - مرجع سبق ذكره - ص ٤٧، وراجع أيضاً لنفس المؤلف - مفهوم النيابة في القانون الروماني - القانون والاقتصاد - س ١٥ - ص ١٤٤، وراجع في هذا المعنى أيضاً: د/ جمال مرسي بدر - المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها.

(١٣٣) وذلك كما في حالة التضامن السلبي، وتعني النيابة التبادلية، أن كل مدين متضامن يعتبر نائباً عن سائر المدينين المتضامين فيهما ينفعم فقط، هذا ولم يرد نص صريح في التشريع المصري عن النيابة التبادلية، إنما أورد المشرع تطبيقات لها كما في المواد ٢٩٢، ٢٩٦ مدني مصري.

(١٣٤) والإنابة في الوفاء، تفترض أن شخصاً هو المناب، وقد تعهد لشخص آخر هو المنيب بأن يوفي ديناً للمناب لديه وهو شخص ثالث، الأصل أن هذا التعهد لا يبرئ نمة المنيب بل يبقى المنيب مديناً للمناب لديه إلى جانب المناب حتى حصول الوفاء، وتسمى الإنابة في هذه الحالة، بالإنابة الناقصة، راجع في ذلك: د/ توفيق فرج - النظرية العامة للالتزام - مصادر وأحكام - طبعة ١٩٧٨ - ص ٢٣٣ - د/ عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - الجزء الثاني - أحكام الالتزام - طبعة ١٩٨٤ - ص ٦٠٤.

(١٣٥) والنيابة الإرادية قد درج على تسميتها بالنيابة الاتفاقية، والاصطلاح الأول هو الأدق، ذلك أنه يدل مباشرة على أن النائب يستمد سلطته من إرادة الأصيل نفسها، بينما يدل مصطلح الاتفاقية على أن النائب يستمد سلطته من الاتفاق، راجع في عرض ذلك: د/ إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - بدون دار نشر - طبعة ١٩٦٨ - ص ١٥٠ - هامش (١)، د/ مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص ٣٣٦ - هامش (٢).

(١٣٦) راجع في ذلك: د/ مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص ٣٣٦ - هامش (١).

(١٣٧) راجع في ذلك: د/ مصطفى الجمال - المرجع السابق - بند ٢٣٣ - ص ٣٣٦، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - بند ١٠٤ - ص ٢١٨، راجع أيضاً بصفة عامة د/ فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق.

(١٣٨) راجع في ذلك: د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢١٨.

(١٣٩) كما في حالة إبرام الزواج في القانون الفرنسي، حيث أنه لا تجوز النيابة فيه سواء كانت قانونية أم اتفاقية، راجع في ذلك: د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢١٩، هامش (٢) بنفس الصفحة.

(١٤٠) راجع في ذلك: د/ عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - بند ١١٤ - ص ٣٥٤.

(١٤١) راجع في ذلك: د/ عبد الرازق السنهوري - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - نظرية العقد - مطبعة دار الكتب بالقاهرة - طبعة ١٩٣٤ - بند ٨٣ - ص ١٥٨، راجع أيضاً: د/ جمال مرسي بدر - المرجع السابق - ص ٤٤ - ٧٠، ونود أن ننوه بأن ما يميز النائب عن الرسول، أن هذا الأخير لا دخل لإرادته في إبرام العقد، وإنما هو مجرد ناقل لتعبير أحد طرفي العقد إلى الطرف الآخر، فهو يقوم بعمل مادي وليس تصرف قانوني كالنائب، ويترتب على ذلك نتائج قانونية، أهمها أن العقد المبرم عن طريق الرسول العبرة فيه بإرادة المرسل وحده، فتكون إرادته هي المعنوية فيما يتعلق بعيوب الإرادة، كما أنه يعتبر العقد المبرم بالرسول كأنه أبرم بين غائبين في جميع الأحوال، من التفاصيل، راجع: د/ عبد الرازق السنهوري - المرجع السابق - بند ٨٥ - ص ١٦٠، د/ عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ١١٧ - ص ١٥٦ وما بعدها، د/ أحمد حشمت أبو ستيت - نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - الطبعة الثانية بدون دار نشر - ١٩٥٤ - ص ١٢١.

(١٤٢) راجع في ذلك: د/ نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٤٧.

(١٤٣) وتجدر الإشارة إلى اختلاف فكرة العضو في الشخص المعنوي، عن فكرة النائب، وإن كانت الأولى تستغرق الأخيرة، فالأعضاء في الشخص المعنوي ليسوا نوابون عنه، وإنما هم أعضاء مكونين له، لذا فالعقد المبرم عن طريق عضو الشخص المعنوي يعتبر معقوداً بالأصالة لأن العضو دائماً حاملاً لإرادة الشخص المعنوي، أما العقد المبرم بطريق نائب فيعتبر معقوداً عن طريق النيابة، لأن النائب يعبر عن إرادته هو، وتكون إرادته منفصلة عن إرادة الأصيل (الشخص المعنوي)، إلا أنه يمكن في حياة الشخص المعنوي أن يكون له بجانب العضو نائب، لذا فإن بعض الفقه - وبحق - يرى أن نص المادة (٣/٥٣) التي تقضي بأن الشخص المعنوي يكون له نائب يعبر عنه هو، نص غير دقيق، لأن النائب يعبر عن إرادته هو لا إرادة الأصيل، أما العضو فهو يعبر عن إرادة الشخص المعنوي (الأصيل)، لذا فيجب أن يستبدل بكلمة (نائب) كلمة (عضو)، راجع في ذلك: د/ نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٤٧ - ٢٤٨ - هامش ١٠، راجع أيضاً: د/ أبو زيد رضوان - مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الثانية عشرة - العدد الأول - عام ١٩٧٠ - ص ١٩٣، د/ فتحي عبد الصبور - الشخصية المعنوية للمشروع العام - رسالة دكتوراه - طبعة ١٩٧٣ - ص ٥٦٨ وما بعدها.

- (١٤٤) راجع في ذلك ما سبق أو أوضحنا بشأن التمييز بين مصطلح العاقد، ومصطلح الطرف.
- (١٤٥) د/ نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٥١.
- (١٤٦) راجع في ذلك نص المادة (١٠٤) من القانون المدني المصري، حيث جاء بها "إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتماً" إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة فقد جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة على النحو التالي، ومع ذلك إذا كان النائب وكلياً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان المفروض حتماً أن يعملها".
- (١٤٧) راجع في ذلك: د/ نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٥٢.
- (١٤٨) راجع في ذلك: د/ فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٦ وما بعدها.
- (١٤٩) راجع في ذلك: د/ نبيلة رسلان - ص ٢٥٢.
- (١٥٠) راجع رسالة دكتوراه/ أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد - الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن - ص ٦٤٧ وما بعدها.
- (١٥١) وهذه المبادئ مستخلصة مما انتهى إليه الفقه بشأن تحديده لمفهوم الطرف، راجع من هذا الفقه - على سبيل المثال - د/ فيصل زكي عبد الواحد - المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية - مرجع سبق ذكره - ص ١١٤ وما بعدها، ص ١٦٨ وما بعدها، د/ نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٢٧ وما بعدها، ص ١٥٥ وما بعدها.
- (١٥٢) راجع في هذا المعنى من الفقه وعلى سبيل المثال: د/ نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٢٧ وما بعدها، ص ١٥٥ وما بعدها، د/ فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١١٤ وما بعدها، ص ١٦٨ وما بعدها، راجع رسالة دكتوراه د/ أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد - ص ٦٥٠ وما بعدها.
- (١٥٣) راجع من أحكام القضاء على سبيل المثال:-
- وراجع تعليقات الفقه الفرنسي على هذه الأحكام، راجع ما أشرنا إليه من هذا الفقه من خلال عرضنا للتطبيقات القضائية للأسرة العقدية في هذا البحث هامش ص ٣٦٣ وما بعدها، خاصة هامش ص ٣٦٨ وما بعدها، هامش ص ٣٦٩ وما بعدها.

قائمة بالمراجع

١. إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ م.
٢. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ م.
٣. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٧٩
٤. عبد المجيد محمد معلوب : الوجيز، المال والملك ونظرية العقد " دراسة مقارنة "، ١٩٨٩.
٥. أحمد محمد جمعة : العقود الإدارية، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٢ م.
٦. أحمد يسرى : أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى دار الفكر العربى، الإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥ م.
٧. السيد العربى حسن : دراسات فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مكتبة الإسراء، بدون دار النشر، ٢٠٠٢ م.
٨. أنس جعفر : الدعاوى الإدارية بمركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ٢٠٠٠ م.
٩. توفيق شحاتة : مبادئ القانون الإدارى، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٥ م.
١٠. مبادئ القانون الإدارى، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٥ م.
١١. مبادئ القانون الإدارى، دار نشر الجامعات المصرية، ١٩٩٠ م.
١٢. ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣ م.
١٣. مبادئ القانون الإدارى، طبعة ١٩٧١ م.
١٤. أنور أحمد سلامة : وسط الفقهاء الإدارى، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠ م.
١٥. جابر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ م.
١٦. جمال جبريل : العقود الإدارية، الكتاب الأول، إبارم العقد الإدارى وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩ م.
١٧. جورجى شفيق سارى : التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ م.
١٨. جورج فوديل، بيار دلفوفيه : القانون الإدارى، الجزء الأول، ترجمة : منصور القاضى، مؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م.
١٩. المستشار / حسين درويش عبد العال : تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإدارى فى القانونين الفرنسى والمصرى، دار النهضة العربية، ١٩٩٦ م.
٢٠. النظرية العامة فى العقود الإدارية، الطبعة الأولى، ١٩٥٨ م.
٢١. وسائل تعاقد الإدارة، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٦٥ م.
- حمدى على عمر : المسؤولية التعاقدية للإدارة، دار النهضة العربية، ١٩٩٦ م.