جامعة القاهرة
كلية الحقوق
الدراسات العليا

التصرف عن الغير

فى القانون المدنى

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة من

الباحثة

نجوى فوزى شفيق أبو هيبه

للحصول على درجة دكتور فى الحقوق

لجنة المناقشة والحكم

الأستاذ الدكتور / جميل متولى الشرقاوى (رئيسا ومشرفا)

عميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة السابق وأستاذ القانون المدنى بالكلية

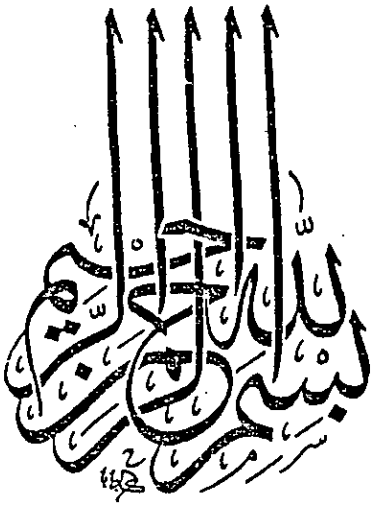
الأستاذ الدكتور / حسام الدين كامل الأهوانى (عضـــــوا)

وكيل كلية الحقوق - جامعة عين شمس وأستاذ القانون المدنى بالكلية

الأستاذ الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدى (عضـــــوا)

رئيس قسم القانون المدنى كلية الحقوق - جامعة القاهرة

١٩٩٤



قَالُواْ سُبحَانَكَ لَا عِلمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمتَنَآ صلى
إِنَّكَ أَنتَ العَلِيمُ الحَكِيمُ

سورة البقرة الأية ﴿٣٢﴾

شكر وتقدير

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على من لا نبى بعده.. صلى الله عليه وسلم وجزاه الله عنا خير الجزاء وبعد:

إن الباحث ليسجد لله شكراً على نعمائه وتوفيقه اياه لاتمام هذا البحث الذى استغرق عمره قرابة الاربع سنوات عايش فيها هذا البحث منذ كان مجرد فكرة إلى ان وفقه الله واخرجه بهذه الصورة التى لابد - مهما كانت درجة إتقانه - إن بها شيئاً من القصور لأن الكمال لله سبحانه وتعالى وحده.

ولقول النبى صلى الله عليه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"، وجب على ان اتقدم بجزيل الشكر والثناء والعرفان بالجميل لمن أمسكوا بيدى منذ بداية مشوارى العلمى فى حقل الدراسات العليا حتى أوصلونى إلى هذا المستوى.

واخص بالشكر الأستاذ الدكتور المهيد/ جميل الشرقاوى المشرف على هذه الدراسه حيث لم يأل جهداً فى تقديم العون المتصل والنصح السديد طوال مراحل إعداد بحثى هذا، فجزاه الله عنى خير الجزاء.

كما اتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام لاستاذى الفاضلين. الأستاذ الدكتور/ حسام الدين الأهوانى، والأستاذ الدكتور/ نزيه المهدى - على تفضلهما بالموافقه على مناقشة هذا البحث، رغم ضيق وقتهما، وانشغالهما بأعباء المسؤولية.. فلهما منى كل التحية والتبجيل.

وأود أيضاً أن أسدى عميق شكرى وتقديرى وعرفانى بالجميل لشخصية أسهمت معى بفاعلية وتحملت عناء المشاق الكثيرة لإخراج هذا البحث وإظهاره إلى حيز الوجود، الشخصيه التى دوماً تهيىء لى كل الظروف وتذلل كل الصعوبات التى لازمت البحث ألا وهى والدتى الفاضلة جزاها الله عنى خير الجزاء، كما أسدى عاطر الشكر والثناء لوالدى الفاضل الذى شجعنى دوماً وكان دعاؤه نوراً يهدينى إلى طريق الحق والصواب كما أهدى عاطر شكرى وتقديرى لزوجى الدكتور محمد صابر وأولادى الأعزاء هيثم وريهام وحازم. وشكرى وتقديرى لأختى الفاضلة هيام وكل أفراد أسرتى الكرام.

كما أسدى شكرى وتقديرى لكل من أسهم معى بطريقة أو بأخرى من أجل إنجاز هذا البحث وأخص بالشكر كل أفراد مكتبه كلية الحقوق- جامعة القاهرة لما قدموه لى من مساعدة سهلت لى الاطلاع والبحث جزاهم الله عنى خير الجزاء.

كما أسدى شكرى وتقديرى وعرفانى بالجميل لجامعة قاريونس، إذ هى النواة الأولى التى تلقيت فيها علوم القانون، لها شكرى وتقديرى، ولكل أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون.

الباحثـــة

أهـــــــــداء

إلـــــــى

ابـــــى و امـــــى

الباحثـــــة

مقدمـــة :

الأصل فى التصرفات – وقوامها رضاء الأطراف ، أنها لا تولد آثارها إلا فى دائرة الأطراف وحدهم ، فالأثر الملزم ليس فى الواقع سوى المضمون الحقيقى للإرادة التى أنشأت التصرف ، فمن لم ترتض إرادته إنصراف هذا الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر ، فلا يصبح بموجبه دائناً أو مديناً إلا إذا خرجنا عن نطاق نظرية التصرف القانونى إلى نطاق الواقعة القانونية ، هذا المبدأ هو ما يعرف "بمبدأ نسبية أثر العقود(١) " .

لا ينكر أحد أن المنطق القانونى الحديث قد تجاوز الشكلية (٢) والنظرة الشخصية للإلتزام ، فالرضائية هى القاعدة – إلا ما ندر – أو الأصل العام الذى يقرره الفقهاء ، ويذكرونه فى أصولهم ، لذا فالإرادة فى هذا المجال أو ذاك داخل نطاق العلاقات الإرادية

---

(١) ولقد حددت المادة ١٥٢ من القانون المدنى المصرى الحالى حدود هذا المبدأ «بأن آثار العقد لايجوز أن تنصرف إلى غير أطرافه المتعاقدين ، فيصبح منهم الدائن ومنهم المدين ، وهذا ما يعبر عنه الفقه (بمبدأ نسبية أثر العقد)» . ويقابل نص المادة ١٥٢ مصرى ، المادة ١١٦٥ من القانون المدنى الفرنسى ، حيث تقرر بأنه "لا أثر للاتفاقات إلا بين الأطراف ، فهى لاتضر الغير ولا تفيده إلا فى حدود المادة ١١٢١ من القانون المدنى الفرنسى :

"Les conventions n' ont d'effet qu' à L'égard des parties contractantes"

أنظر فى هذا الخصوص : بلانيول ، فقرة ٥٤٥ ص١٩٣ ، الدكتور : جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول (التصرف القانونى) سنة ١٩٩٣ فقرة ٧٦ ص٣٧٦ ومابعدها ، الدكتور : محمد عبد المنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول سنة ١٩٦٨ فقرة ٢٤٦ ص٤٧١ ، دكتور عاطف محمد كامل فخرى : الغير فى القانون المدنى المصرى ، رسالة من كلية الحقوق جامعة الاسكندريه سنة ١٩٧٦ هامش رقم ٢ ، ص٣ .

(٢) تعد الشكلية من أمهات المسائل التى احتدم حولها الخلاف فى مجال الأنظار الفقهية ، وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهى إلى مجال التطبيق فى ميدان النظم القانونية ، ولا يخفى أن دراسة نطاق الشكلية فى نظام قانونى معين ، يظهر ذاتية هذا النظام وعلامته الفارقة ، فى مجال مبدأ هام من مبادىء

«فهرس تفصيلى»
لمشتملات الرسالة

الصفحة

شكر وتقدير

إهداء

مقدمة ١

الباب التمهيدى ١٣

تمهيد ، التصرف عن الغير والتصرف في ملك الغير

الفصل الأول : التصرف القانونى ٢١

المبحث الأول ٢٣

التصرف القانونى والواقعة القانونية ٢٥

ماهية الواقعة القانونية والتصرف القانونى فى اصطلاح القانون ٢٦

الواقعة القانونية والتصرف القانونى فى الفقه الإسلامى ٣٥

المبحث الثانى ٣٩

التصرف القانونى ٤١

الفصل الثانى : ـ الغير "المتصرف عنه" ٥٣

المبحث الأول ٥٥

مفهوم اصطلاح الغير ٥٧

المبحث الثانى ٦٧

إستثناءات واردة على مبدأ نسبية أثر العقد «انصراف أثر العقد للغير»

* * *

الباب الأول

النيابة كتصرف عن الغير ٨١

فصل تمهيدى ٨٣

مقدمة: ماهية النيابة كتصرف عن الغير

التطور التاريخى لفكرة النيابة ٩٠

تبرير موقف القانون الرومانى من مبدأ اللا نيابة ٩٨

أنواع النيابة ١٠٣

تمييز النيابة عما يختلط بها : ١٠٥

اولا : (أ) الرسالة

(ب) المساعدة القضائية

ثانيا: (أ) الاشتراط لمصلحة الغير

(ب) التضامن بين المدينين

الفصل الأول : ـ الطبيعة القانونية للنيابة ١١١

القسم الأول: نظرية الافتراض ١١٤

القسم الثانى : النظريات القائمة على الإرادة ١١٧

اولا: النظرية القائمة على إرادة الأصيل ١١٨

ثانيا: النظرية القائمة على إرادة النائب ١٢٠

ثالثا: النظرية القائمة على اشتراك الأرادتين ١٢٤

القسم الثالث: النظرية المبنية على القانون الوضعى ١٢٨

الأساس القانونى المختار لتفسير طبيعة النيابة كتصرف عن الغير. ١٣٠

الفصل الثانى : شروط النيابة ١٣٥
الشرط الأول: أن يعبر النائب عن إرادته هو ١٣٧
طبيعة الدور الذى يقوم به النائب ١٣٧
شروط الإرادة وعيوبها ١٤٠
الأهلية الواجب توافرها لدى النائب ١٤٥
الشرط الثانى: تعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل ١٤٦
الشرط الثالث: تعاقد النائب فى حدود السلطة المخولة له. ١٤٩
الفصل الثالث : أحكام النيابة ١٥٣
اولا: أثار النيابة بالنسبة للأصيل
ثانيا: أثار النيابة بالنسبة للنائب ١٥٦
ثالثا: آثار النيابه بالنسبة للغير المتعاقد مع النائب ١٥٧
* * *
الباب الثانـــى ١٥٨
الفضالة كتصرف عن الغير ١٥٩
الفصل الأول : ١٦٧
تعريف الفضالة ١٦٩
التطور التاريخى للفضالة ١٧١
الفضالة والإثراء بلا سبب على حساب الغير ١٧٣
تأصيل الفضالة «الطبيعة القانونية» ١٨٨
١ ـ نظرية العقد ١٨٨
٢ ـ نظرية الوكالة المفترضة ١٨٩

٣ ـ نظرية الإرادة المنفردة والعمل النافع ١٩٠

٤ ـ نظرية العمل النافع والقانون ١٩٠

٥ ـ نظرية إسناد جميع الالتزامات المترتبة على الفضالة إلى القانون ١٩١

٦ ـ الفضالة نوع خاص من الفعل النافع وأن حكمها تطبيق خاص لقاعدة الاثراء على حساب الغير ١٩٢

٧ ـ رأينا إن الفضالة نوع من أنواع النيابة «نيابة قانونية» ١٩٣

الفصل الثانى : أركان الفضالة ١٩٥

المبحث الأول، الركن المادى ١٩٩

قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل

المطلب الأول ، تحديد المقصود بشأن ٢٠١

١ ـ التصرفات القانونية التى يقوم بها الفضولى

٢ ـ الأعمال المادية التى يقوم بها الفضولى

المطب الثانى، صفة الاستعجال. اللازم توافرها فى تدخل الفضولى ٢١١

موقف التشريع المصرى من عنصر الاستعجال

مجرد النفع لا يكفى

موقف التشريع الفرنسى من عنصر الاستعجال

المبحث الثانى، الركن المعنوى ٢١٩

«نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل»

المبحث الثالث، الركن القانونى ٢٢٧

انعدام التفويض أو الالزام أو النهى

أولاً : إنعدام التفويض أو الالزام أو التكليف ٢٢٩

ثانياً: انعدام النهى أو الاعتراض من جانب صاحب الشأن ٢٣٢

الفصل الثالث: ـ أحكام الفضالة ٢٣٧

المبحث الأول : التزامات الفضولى ٢٣٩

الالتزام الأول: الالتزام المضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. ٢٤٠

الالتزام الثانى: إخطار الفضولى رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك. ٢٤٣

الالتزام الثالث: بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل ٢٤٥

بذل عناية الشخص العادى ٢٤٥

الخطأ فى الفضالة ٢٤٧

نائب الفضولى ٢٤٨

التضامن فى المسئولية عند تعدد الفضوليين

الالتزام الرابع: تقديم الفضولى حسابا لرب العمل ورد ما أستولى عليه بسبب الفضالة ٢٥٠

أهليه الفضولى ٢٥٣

أثر وفاة الفضولى أو رب العمل فى التزامات الفضولى ٢٥٧

الفرض الأول : وفاة الفضولى ٢٥٧

الفرض الثانى: وفاة رب العمل ٢٥٨

المبحث الثانى : التزامات رب العمل ٢٥٩

الالتزام الأول : التزام رب العمل بتعهدات الفضولى التى عقدها بالنيابة عنه. ٢٦٠

الالتزام الثانى : تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصيا. ٢٦٠

الالتزام الثالث : رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر ٢٦١
الالتزام الرابع: تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب الفضالة ٢٦٣
أهليه رب العمل ٢٦٥
وفاه رب العمل أو الفضولى وأثره فى التزامات رب العمل ٢٦٥
الإقرار وأثره فى الفضالة. ٢٦٧

* * *

الباب الثالث

التعهد عن الغير كتصرف عن الغير ٢٧٥
فصل تمهيدى ٢٧٧
تمهيد: فكرة عن التعهد عن الغير فى القانون الرومانى والتشريع المصرى والفقه الاسلامي. ٢٧٩
المقصود بالتعهد عن الغير ٢٨٦
تمييز التعهد عن الغير عما يقاربه. ٢٩٠
الكفالة والتعهد عن الغير ٢٩٠
النيابة والتعهد عن الغير. ٢٩١
الفضالة والتعهد عن الغير ٢٩٢
الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ٢٩٢
الفصل الأول: شروط التعهد عن الغير ٢٩٥
الشرط الأول: أن يلتزم المتعهد التزاما شخصياً بالعقد الذى يبرمه. ٢٩٧
الشرط الثانى: أن يكون مضمون التزام المتعهد هو الحصول على رضا المتعهد عنه ٢٩٧

طبيعة التزام المتعهد. ٢٩٨

الفصل الثانى: أحكام التعهد عن الغير ٣٠١

المبدأ: حرية الغير فى القبول أو الرفض ٣٠٣

أولاً: قبول الغير للتعهد ٣٠٣

ثانياً: رفض الغير للتعهد ٣٠٩

التعهد عن الغير صورة من صور التصرف عن الغير ٣١٢

* * *

الباب الرابـــع

صور أخرى للتصرف عن الغير ٣١٥

تمهيد:

الفصل الأول: الملكية الشائعة «إدارة المال الشائع» ٣١٩

تعريف الملكية الشائعة ٣٢١

المبحث الأول: إدارة المال الشائع وحفظه ٣٢٧

أعمال الإدارة المعتادة. ٣٣١

إنفراد الشريك ببعض الأعمال ٣٣٣

حفظ المال الشائع ٣٣٥

المبحث الثانى: التصرف فى المال الشائع ٣٣٩

التصرف باتفاق جميع الشركاء ٣٤٤

التصرف بموافقة أغلبية الشركاء ٣٤٥

* * *

الفصل الثاني: عقد العمل الجماعي أو المشترك ٣٤٩

تمهيد ٣٥١

الطبيعة الخاصة لعقد العمل الجماعي ٣٥٣

المبحث الأول: تميز عقد العمل المشترك عن العقود الواردة على العمل، وبعض الانظمة القانونية الأخرى ٣٥٥

١ ـ التفرقة بين عقد العمل المشترك وعقد العمل الفردي. ٣٥٧

٢ ـ التفرقة بين عقد العمل المشترك وعقد التأسيس. ٣٥٩

٣ ـ التفرقة بين عقد العمل الجماعي، وعقد العمل التعاوني. ٣٦٠

٤ ـ التفرقة بين عقد العمل الجماعي والتنظيم القانوني للعمل بواسطه السلطة العامة ٣٦١

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد العمل المشترك ٣٦٣

اولاً: نظرية الطبيعة العقدية ٣٦٥

ثانياً: نظرية الطبيعة اللائحية لعقد العمل المشترك ٣٧٣

ثالثاً: النظرية الطبيعة المزدوجة. ٣٧٧

* * *

الفصل الثالث: الدعوى غير المباشرة ٣٨١

تمهيد: ٣٨٣

أساس هذه الدعوى والحكمة من تقريرها.

المبحث الأول: شروط الدعوى غير المباشرة ٣٨٧

اولاً: شروط الدائن. ٣٨٩

ثانياً: شروط المدين. ٣٩٢

الإعسار ٣٩٢

تقصير المدين فى استعمال حقوقه بنفسه ٣٩٣
إدخال المدين خصما فى الدعوى التى يرفعها الدائن. ٣٩٥
ثالثا: شروط الحق الذى يستعمله الدائن ٣٩٥
١ ـ لا يجوز للدائن أن يستعمل ما للمدين من رخص ٣٩٦
٢ ـ لا يجوز للدائن أن يستعمل الحق الذى يباشره المدين عن غيره. ٣٩٧
٣ ـ لا يجوز للدائن أن يستعمل حقا متصلا بشخص المدين. ٣٩٧
٤ ـ لا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين غير قابل للحجز ٣٩٨
٥ ـ لا يجوز للدائن أن يستعمل حقا للمدين مثقلا إلى حد الاستغراق ٣٩٨
المبحث الثانى: آثار الدعوى غير المباشرة ٤٠١
نيابة الدائن نيابة ذات طبيعة خاصة
الخاتمـــة ٤٠٨
قائمـــة المراجع ٤٢٥
فهـــرس الرسالة ٤٤٤

طبع فى
المركز الأكاديمى الدولى
٢١.١١ ش الجابر متفرع من ناصر الثورة
مدكور - الهرم
تليفون : ٥٨٢١١٦٢ - ٥٨٢٣٦٨٩