الملخص

إن إجراء التصرفات القانونية ومن أهمها التعاقد إما أن تكون أصالة أو نيابة ، لذا تعد النيابة في التعاقد من أهم النظم القانونية وخصوصاً في إجراء التصرفات القانونية ، مما اقتضى المشرع الى إيلائها أهمية خاصة في نصوصه القانونية وتنظيم أحكامها ، إلا أن الرجوع إلى أحكام القانون المدني العراقي يكشف عن عدم وجود نظرية عامة تنظم أحكام النيابة في التعاقد ذلك لان الاقتصار على تنظيم عقد الوكالة لا يكفي بهذا الشأن لأنها صورة من صور النيابة في التعاقد، وتبعاً لما تقدم فقد توزعت النصوص القانونية التي تحكم النيابة في التعاقد عندنا في العراق بين أكثر من قانون كقانون الأحوال الشخصية وقانون رعاية القاصرين فضلاً عن القانون المدني العراقي.

لذا حاولنا في هذه الدراسة المتواضعة لملمة شمل هذه الأحكام ومقارنتها بأحكام القانون المدني المصري الذي وضع نظرية عامة بين نصوصه لتنظيم أحكام النيابة في التعاقد، والوقوف على التأصيل القانوني للنيابة في التعاقد وهل تقوم على إرادة الأصيل أو النائب أو الإرادتين معاً، وتوصلنا إلى نتائج عدة أثبتناها في خاتمة الدراسة وأشفعناها بتوصيات كان من أهمها ضرورة أن يضع المشرع نصوص قانونية تكوّن النظرية العامة للنيابة في التعاقد مع الإبقاء على النصوص القانونية التفصيلية السابقة في مواطنها.

مقدمة

أولاً/ التعريف بموضوع البحث ومشكلته:

إن الإرادة هي قوام التصرفات القانونية وبها يقوم الرضا من خلال وجودة إرادة صحيحة تتجه إلى إحداث الأثر القانوني ويعبَّر عنها في العالم الخارجي، إلا أن التعبير عن الإرادة لا يكون بصورة واحدة وإنما بأكثر من صورة، فقد يعبِّر الشخص المتعاقد عن إرادته مباشرة وقد يعبِّر عنها بواسطة نائب ينوب عنه في إجراء التصرف القانوني.

والنيابة كثيرة الوقوع في الحياة العملية والقانونية، وهي من الكثرة بحيث يمكن القول معها انه قلما يوجد شخص لم يكن موكل في يوم من الأيام في إبرام أو إجراء تصرف قانوني، وهذه الأهمية للنيابة في التعاقد تدعونا إلى البحث عن تنظيمها القانوني ، وهل أن المشرع أوجد لها نظرية عامة يمكن الرجوع إليها لاستخلاص أحكام النيابة في التعاقد وإيجاد الحلول للمشاكل التي تثيرها.

إن الرجوع إلى نصوص القانون المدني لا تسعفنا بالجواب على السؤال المتقدم، فلم يضع المشرع العراقي نصوصاً قانونية تشكل النظرية العامة في التعاقد، وإنما اكتفى بإيراد بعض النصوص التي عالجت جزئيات في النيابة في التعاقد، لذا نجده قد نظم أحكام الوكالة في المواد (٩٢٧- ٩٤٩) من

القانون المدني العراقي على الرغم من أن الوكالة لا تعدو أن تكون صورة من صور النيابة في التعاقد وهي النيابة الاتفاقية، فهل يمكن القول بتطبيق أحكام الجزء على الكل خصوصاً إذا ما علمنا بوجود صور أخرى تندرج تحت النيابة مع اختلافها في طبيعتها والسلطات التي تخولها للنائب عن النيابة الاتفاقية (الوكالة).

كما أنه نظم بعض صور النيابة القانونية كما في نيابة الولي والوصي على الصغير في المواد (٥٨٨ – ٥٩٠) من القانون المدني العراقي فضلاً عن بعض النصوص التي نظمت النيابة القانونية والقضائية في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وقانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدلين.

ثانياً/منهج البحث:

سوف نعتمد المنهج التحليلي المقارن لدراسة التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد من خلال تبيان مدى تنظيم القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل لها إذ انه اقتصر على تنظيم أحكام عقد الوكالة وهذه الأخيرة لا تخرج عن كونها صورة للنيابة ولا تلازم بينهما ، وكذلك القوانين الأخرى والتي نظمت بعض أحكام النيابة كما في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل فضلاً عن قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل والذي فصّل في أحكام الولاية والوصاية والقوامة على القاصرين، والقانونين الأخيرين ما هما إلى قوانين خاصة تقيد أحكام القانون المدني ، وسوف تكون مقارنة موقف القانون العراقي بموقف القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

ثالثاً/نطاق البحث وخطته:

سوف نقف في هذا البحث على ماهية النيابة في التعاقد من خلال بيان مفهومها والغرض الذي وجدت من أجله ، ثم نبيَّن التأصيل القانوني للنيابة وهل هي قائمة على إرادة الأصيل أو النائب فقط أو هي قائمة على الإرادتين معاً في تأصيلها القانوني وسيكون ذلك في المبحث الاول.

ثم ننساق لبيان شروط وصور النيابة في التعاقد حيث أنها لا يمكن أن توجد وتؤدي دورها في الحياة القانونية إلا بتوافر شروط معينة ، وسنتعرف تبعاً لذلك على صور النيابة إذ إنها لا تقف على صورة واحدة فحسب وهذا ما سنبحثه في المبحث الثاني.

وبعد ذلك نوضح آثار النيابة في التعاقد بالنسبة لجميع أطرافها من أصيل ونائب والغير المتعاقد مع النائب وخلال ذلك سنبين حالة تعاقد الشخص مع نفسه لنقف على موقف القانون المدني العراقي منه والقانون المقارن، وأخيراً نرى كيفية انقضاء النيابة في التعاقد وما هي الأسباب التي تؤدي إلى ذلك وهل هي على طبيعة واحدة وهو ما سيكون محل بحثه في المبحث الثالث.

المبحث الأول

ماهية النيابة في التعاقد

تؤدي النيابة دوراً مهماً في الحياة العملية في شتى النظم القانونية المختلفة سواء على صعيد القانون العام بمختلف فروعه وكذلك في القانون الخاص، وما يهمنا هو دور النيابة في القانون الخاص وبالتحديد في نطاق القانون المدني، ويتجلى دورها هذا في إنشاء التصرفات القانونية ، وخصوصاً في إبرام العقود ، إذ إن التصرفات القانونية لا تقتصر فقط على العقود و إنما تشمل فضلاً عن ذلك الإرادة المنفردة ، ومع ذلك فان العقود تُعد من أهم المصادر الإرادية في إنشاء التصرفات القانونية ، ولما كانت الإرادة هي قوام التصرفات القانونية فإنها قد لا يعبّر عنها مباشرة من قبل المتعاقد و إنما في كثير من الأحيان ولأسباب متعددة تكون بواسطة نائب ، لذا نجد من المفيد أن نتناول في هذا المبحث ماهية النيابة في التعاقد في مطلبين ، نعرّف النيابة في التعاقد ونبين ما هو غرضها والغاية منها في المطلب الأول ، في حين سنتعرف على التأصيل القانوني للنيابة في التعاقد في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم النيابة في التعاقد

لا شك أن الوقوف على معنى النيابة وبيان تعريفها سيسهل علينا الكثير لتبيان مفهوم النيابة، كما أن تقدير الأهمية العلمية والعملية لموضوع ما يقتضي أن نتعرف على غرضه وما هي الحكمة منه ، وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب على فرعين نُعرّف النيابة في التعاقد في الفرع الأول ونوضح الغرض منها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف النيابة في التعاقد

جرى البحث العلمي التقليدي في موضوع معين على بيان معناه اللغوي والاصطلاحي عند تعريفه ، وهذا التمييز في التعريف له أهميته العلمية النظرية والعملية في ما إذا كان المعنى اللغوي يتفق مع معناه الاصطلاحي أو يفترق عنه ويخالفه ، فضلاً عن ذلك فان مصطلح النيابة في التعاقد هل هو مصطلح فقهي أم قانوني (تشريعي) ؟ ابتداءً نجيب على السؤال المتقدم بان مصطلح النيابة في التعاقد مصطلح فقهي وليس قانوني على الرغم من أن مشرع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ قد استعمل مفردة النيابة في نصوصه [١] ، إلا أن المشرع العراقي لم يُعرِّف النيابة في التعاقد مباشرة ، وإنما عرَّف بعض صورها كما سيأتي في حين نجد أن المشرع المصري قد استعمل هذا المصطلح في القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بما هو معروف في اللغة القانونية في إطار

تنظيمه للنيابة في التعاقد وذلك في المواد (١٠٤ – ١٠٨) إذ نصت المادة ١/١٠٤على انه (إذا تم العقد بطريق النيابة .....) .

والنيابة لغة كما جاء في لسان العرب لابن منظور (ناب عني فلان ، ينوب نوباً ومناباً أي قام مقامي وناب عنك في هذا الأمر نيابة إذا قام مقامك والنوَّب اسم لجمع نائب)[٢] ، وكذلك ما جاء في مجمع البحرين (وناب فلان عني : قام مقامي وناب الوكيل عني في كذا ينوب نيابة فهو نائب وجمع النائب نواب)[٣].

أما بالنسبة لتعريف النيابة في التعاقد إصطلاحاً ، فقد ذكرنا سابقاً أن القانون المدني العراقي لم يعرف النيابة في التعاقد كمصطلح قانوني فضلاً عن انه لم ينظمها في أحكام عامة وإنما عرَّف بعض صورها ، فقد عرف الوكالة في المادة (٩٢٧) منه بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) ، كما عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة (٧٥) منه الإيصاء بأنه (إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى بعد وفاته)، والإيصاء هو نوع من أنواع النيابة كما سيأتي ، أما قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ فقد عرف الوصي في المادة (٣٤) منه إذ نصت على أن الوصي (هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً).

وعُرِّفت النيابة في التعاقد من قبل فقهاء القانون بتعريفات متعددة متقاربة من حيث الألفاظ منطبقة من حيث المعنى فذهب بعضهم في تعريف النيابة في التعاقد بأنها " التصرف عن الغير ويراد بها أن ينوب إنسان عن غيره في عمل تعود منفعته إلى الأصيل المنوب عنه فهي المبدأ الذي يسمح بموجبه لشخص أن يتعاقد لمصلحة شخص آخر بأحد طرق النيابة"[٤].

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني على أن ينتج هذا التصرف آثاره في ذمة الأصيل لا في ذمة النائب"[٥].

ولما كانت الولاية والوصاية والقوامة من أنواع النيابة فقد ذهب بعض الشُّراح إلى تعريف الولاية بأنها " سلطة شرعية بمقتضاها يتولى الغير شؤون القاصر الشخصية والمالية ورعايتها وحفظها "[٦] ، أما الإيصاء " فيعني إقامة الشخص غيره مقام نفسه ليدبر أمور تركته ويدبر شؤون أولاده بعد وفاته"[٧] .أما القيِّم فقد عرَّفه الفقه بأنه " النائب عن المحجور عليه أو الغائب أو المفقود تقيمه المحكمة لتمثيله والقيام على رعاية أمواله و إدارتها وفقاً لإحكام القانون"[٨] ، وجاء في المعجم القانوني بأن النيابة أو الإنابة (agency) هي (حالة تنشأ بحكم إرادة الأصيل (principal) فتخول النائب (agent) حق القيام بتصرف تعود آثاره على الأصيل وحده)[٩].

نخلص مما تقدم أن المشرع العراقي لم يُعرِّف النيابة في التعاقد كمصطلح قانوني مستقل ولكنه عرف بعض صورها كما في الوكالة والولاية والوصاية والقوامة ولكن الفقه وضع تعريفات تكاد تكون

منطبقة في تعريف النيابة في التعاقد ويكاد المعنى اللغوي للنيابة ينطبق مع معناها الاصطلاحي الذي وضعه الفقه.

الفرع الثاني

الغرض من النيابة في التعاقد

إن تقييم موضوع ما يتوقف على معرفة مدى أهميته وهذه الأخيرة يمكن أن نستبينها من خلال معرفة الغرض من الموضوع ، والنيابة في التعاقد كوضع قانوني له أهمية بالغة في واقع الحياة القانونية العملية وتتضح هذه الأهمية من الغرض من النيابة وما هي حكمة تشريعها والغاية منها .

فالغرض من النيابة في التعاقد قد يتحدد باختلاف ظروف الأصيل (المنوب عنه) فقد يكون هذا الأخير لا يستطيع إبرام التصرف القانوني والمتمثل بالعقد بنفسه وبشخصه لوجود ظروف تحول دون وجوده في مجلس العقد فقد يكون مريضاً أو على سفر فينيب غيره في إبرام العقد[١٠]. وقد يكون السبب في وجود النيابة ومن ثم الغرض منها هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها كما لو كان سنه دون الثامنة عشرة أو قد يكون أتم الثامنة عشرة ولكنه أصيب بالجنون أو العته أو الغفلة أو السفه فتنتقص أهليته أو تعدم لذا نجد أن القانون قرر نيابة خاصة أطلق عليها النيابة القانونية و قد تكون قضائية كما في الولاية والوصاية والقوامة الغرض منها رعاية شؤون القاصر والقيام بالتصرفات القانونية ومنها إبرام العقود فالولي سواء كان الأب أو غيره يملك سلطة إدارة أموال ابنه القاصر نيابة كما في تأجير أمواله وكذلك يملك سلطة التصرف كما في بيع أو شراء أو رهن أموال القاصر[١١] .

وكما أن القوانين الوضعية أقرت النيابة في التعاقد بمفهومها العام والخاص فان الشريعة الإسلامية أقرتها كذلك بل جعلتها مظهر من مظاهر التعاون يؤدي إلى إيجاد نوع من الترابط بين أفراد المجتمع والتعاون مرغوب فيه في الشريعة الإسلامية[١٢]. قال تعالى ((وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان))[١٣].

نخلص أن النيابة بالمعنى والغرض المتقدم تكون ضرورية جداً ونافعة في الحياة العملية ، فقد رأينا انه قد لا يحق للشخص التعاقد لنقص أهليته فيقوم نائبه الذي قد يكون هو الولي أو الوصي أو القيم بالإعمال القانونية نيابة عنه، وقد لا يستطيع الشخص إجراء العقد بنفسه لبعده عن الجهة التي يجب أن يبرم فيها العقد ، وقد لا يكون لديه متسع من الوقت للحضور ، وقد يكون قليل الخبرة أو عديمها بخصوص العقد المراد إبرامه فينيب غيره لإبرام هذا العقد[١٤].

وتبعاً لما تقدم في بيان غرض النيابة في التعاقد ، يتضح لدينا انه لا تجوز النيابة في الأعمال المادية وإنما فقط في التصرفات القانونية ، والأصل أنها يمكن أن تنصرف إلى جميع التصرفات القانونية والعقد أحد أهم صورها إلا ما لا يستجيب من هذه التصرفات للإنابة ، إذ توجد تصرفات قانونية تقتضي طبيعتها أن تؤدى من قبل صاحب الشأن شخصياً بوصفها لصيقة بشخصيته كحلف

اليمين وأداء الشهادة أو إبرام عقد الزواج في بعض القوانين التي تقرر ذلك كما في القانون الفرنسي على خلاف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية العربية التي تجوِّز النيابة في إبرام عقد الزواج[١٥].

المطلب الثاني

التأصيل القانوني للنيابة في التعاقد

لما كانت النيابة في التعاقد حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام العقد مع انصراف آثار العقد إلى الأصيل دون النائب ، فأمكن لنا أن نتساءل ما هو دور إرادة الأصيل في النيابة في التعاقد وما هو دور إرادة النائب وهل لإرادة النائب الدور المطلق أم أن هذا الدور لإرادة الأصيل أم أن الإرادتان تشتركان في بعض الأحيان في إنشاء التصرف القانوني، سنجيب على هذه التساؤلات التي تبين لنا من ثم الأساس والطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد بتقسيمنا هذا المطلب على فرعين سنتناول في الأول منهما دور إرادة الأصيل وفي الفرع الثاني نبين دور إرادة النائب مشيرين إلى الحالات التي تشترك بها الإرادتان في إنشاء التصرف القانوني .

الفرع الأول

دور إرادة الأصيل في النيابة في التعاقد

يذهب اتجاه في فقه القانون المدني إلى أن إرادة الأصيل لها الدور المطلق في النيابة ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه (سافيني) حيث يرى أن النيابة لا تكون في جوهرها إلا نقلاً لإرادة الأصيل ولا يعدو النائب أن يكون رسولاً أو حاملاً ومعبراً عن هذه الإرادة وعلى هذا يكون المتعاقد أو القائم بالتصرف القانوني في الحقيقية هو الأصيل لا النائب[١٦] ، وإذا كان هذا الاتجاه يفسر لنا إنصراف آثار العقد إلى الأصيل إلا أن هذا الدور لإرادة الأصيل يصطدم بعقبات كبيرة لا يمكن لهذا الاتجاه في الفقه تفسيرها . فهو أولاً يخلط بين فكرة الرسول وفكرة النيابة مع الفرق الواضح بينهما واختلاف نظامهما القانوني مطلقاً فالرسول ما هو إلا حامل وناقل لإرادة الأصيل وليس له حرية التغيير أو التصرف بينما تكون لإرادة النائب نوع من الحرية في إبرام التصرف القانوني ، فضلاً عن ذلك أن هذا الاتجاه وان كان قد ينطبق نسبياً مع تفسير دور إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية فإنه لا يفسر هذا الدور في النيابة القانونية والقضائية والذي تكون فيه إرادة الأصيل معدومة أو ناقصة كما في المجنون والصغير عديم الأهلية أو ناقصها والسفيه والمفقود، كما أنه يتعارض مع الاتجاه التشريعي والفقهي السائد في تقدير عيوب الإرادة وحسن وسوء نية المتعاقد في شخص النائب لا الأصيل[١٧].

وعلى الرغم مما تقدم لا يمكننا القول بانعدام دور إرادة الأصيل مطلقاً وفي الوقت نفسه لا نقول بالدور المطلق للأصيل في النيابة ، وهذا ما يتجسد في النيابة الاتفاقية كما في الوكالة حيث يكون

لإرادة الأصيل دور في اختيار النائب أولاً وكذلك في تحديد سلطاته في إبرام التصرف القانوني كما لو حدد الأصيل للنائب نوع العقد الذي يبرمه كعقد البيع مثلاً[١٨].

الفرع الثاني

دور إرادة النائب في النيابة في التعاقد

إن دور إرادة النائب واضح في النيابة في التعاقد بل قد يكون هذا الدور هو محور العملية التعاقدية في بعض الأحيان كما في النيابة القانونية والنيابة القضائية ، وعلى هذا الأساس نجد أن هناك رأي في فقه القانون المدني يقيم أساس النيابة في التعاقد على إرادة النائب ويعطي لإرادته الدور الفعال والنائب بنظر هذا الاتجاه في الفقه هو المتعاقد الحقيقي[١٩] ، و إن انصرفت آثار عقده إلى الأصيل حيث يرى هذا الاتجاه أن النيابة في جوهرها "الحلول الحقيقي لشخصية النائب القانونية محل شخصية الأصيل" فإرادة النائب التي تحل محل إرادة الأصيل هي التي تسهم مباشرة وفعلاً في تكوين العقد الذي تقع آثاره في ذمة الأصيل . إن القول بهذا الدور لإرادة النائب يوضح لنا الفرق بين النائب والرسول بشكل بيِّن وواضح وكما أسلفنا في الفرع السابق ، كما أنه يقرر ما استقر عليه الفقه والتشريعات التي نظمت النيابة في التعاقد من تقدير عيوب الإرادة وحسن وسوء النية لدى النائب لا الأصيل ، وهذا الدور لإرادة النائب لا يقتصر على النيابة القانونية والنيابة القضائية فحسب وإنما يتعداها إلى النيابة الاتفاقية حيث نجد أن النائب يعبر عن إرادته بالرغم من وجود إرادة الأصيل كما في الوكالة إذا كانت الوكالة عامة غير محدودة والوكيل يتمتع بسلطة واسعة في القيام بما يريد من الأعمال[٢٠].

إلا أن مما يؤاخذ عليه هذا الاتجاه في الفقه انه لا يتضمن بياناً كافياً لطبيعة النيابة ولا يفسرها تفسيراً وافياً لرجوع آثار التصرف القانوني إلى الأصيل ، إذ من الغريب أن نقرر أن المتعاقد الحقيقي هو النائب مع أن آثار العقد تنصرف إلى الأصيل دون النائب[٢١] ، الذي لا يلتزم بأي التزام من وراء تعاقده بل إنه غير ملزم بتنفيذ العقد ما لم يكن نائباً في التنفيذ أيضاً[٢٢].

يظهر مما تقدم من اتجاهات في الفقه لتحديد دور كل من الأصيل والنائب في النيابة كانت تتضمن آراء متعارضة بعض الشيء كما أن لكل اتجاه من المحاسن والعيوب ما يميزه ، إلا أننا لا نغفل ثقل الاتجاه الفقهي الذي يرى بان النيابة في التعاقد قائمة على إرادة النائب على الرغم من الانتقادات التي وجهت إليه ومع ذلك فانه يفسر لنا كثيراً من الأوضاع ويزيل الالتباس الذي يكتنف النظام القانوني للنيابة في التعاقد .

إلا إننا نرى عدم إطلاق دور الأصيل والنائب في كل الأحوال وإنما دور إرادتيهما نسبي بحسب الظروف ونوع النيابة، ولا نقول بانفراد إرادة احدهما في إبرام التصرف القانوني فإرادة الأصيل لازمة وضرورية في إبرام العقد إذ لولاها لما اتجهت إرادة النائب إلى تكوين العقد فهي المحرك لإرادة النائب ، وحتى في الأحوال التي يتصرف فيها النائب بدون وجود نيابة ابتداءً إنما آثارها (غير نافذة) فهي

متوقفة على إرادة الأصيل كما هو الحال في تصرف الفضولي والقاعدة فيه أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

نخلص مما تقدم إلى ترجيح الرأي القائل[٢٣] باشتراك الإرادتين في النيابة في التعاقد، ولا يمكن الاعتراض بدعوى عدم وجود إرادة الأصيل أو نقصها كما في المجنون والمعتوه والسفيه والمفقود وما إلى غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها ذلك لان إرادة هؤلاء الأشخاص تكمن في إرادة المشرع أو إرادة القاضي بوصفه صاحب الولاية العامة وهو من يقدر مصلحة مثل هؤلاء الأشخاص فإرادة المشرع تحل محل إرادة الأصيل كما في النيابة القانونية وتندمج بها وإرادة القاضي تحل محل إرادة الأصيل كما في النيابة القضائية.

إذاً اشتراك الإرادتين هو ما يفسر التكييف القانوني ويوضح الطبيعة القانونية للنيابة في التعاقد وبنسب متفاوتة لدور إرادة الأصيل و دور إرادة النائب بحسب ما إذا كانت النيابة اتفاقية أو قانونية أو قضائية ، وهو ما سنقف عليه بوضوح أكثر في المبحث الثاني عند كلامنا عن شروط و صور النيابة في التعاقد.

المبحث الثاني

شروط النيابة في التعاقد وصورها

مما لا شك فيه أن الآثار القانونية المراد تحقيقها من وراء إبرام العقد بطريق النيابة هو انصراف هذه الآثار القانونية المترتبة على تصرف النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة لا إلى ذمة النائب ومن ثم نقلها أو تحويلها إلى الأصيل ، وهذا المراد لا يتحقق ما لم تثبت للنائب صفة النيابة وهذه الأخيرة تحتاج في ثبوتها إلى مجموعة شروط ينبغي تحققها للقول بوجود النيابة[٢٤] وهذا ما يستدعينا أن نبحث عن هذه الشروط في المطلب الأول من هذا المبحث ، كما أن النيابة لا توجد بصورة واحدة وإنما تتعدد صورها بحسب مصدرها وهذا الأمر يحتاج منا أن نستقصي هذه المصادر للنيابة ومن ثم الوصول إلى أنواعها وهذا ما سنعرضه في المطلب الثاني .

المطلب الأول

شروط النيابة في التعاقد

لا يمكن أن تتحقق النيابة ما لم تتوفر فيها شروط ثلاثة وهذه الشروط أثبتها فقه القانون المدني وكذلك التشريعات التي نظمت النيابة في التعاقد أو بعض صورها ، وكما يلاحظ أن بعض هذه الشروط إن لم تكن جميعها لازمة لتمييز النيابة عن بعض الأوضاع القانونية بشكل لا لبس فيه، لذا نرى من المفيد تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في كل فرع منها بالبحث شرطاً من شروط النيابة في التعاقد.

الفرع الأول

تعبير النائب عن إرادته

يجب على النائب أن يعبِّر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل وبهذا المعنى أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، إذ يذهب الفقه إلى أن النيابة الحقيقية تفترض إرادة خاصة للنائب بها ينعقد العقد ، وبهذا الشرط يمكن التمييز بين النائب والرسول بشكل واضح فالأخير لا يعدو أن يكون حاملاً لإرادة الغير دون أن تكون له أية سلطة في تحويرها وتعديلها ، بل هو وسيلة مادية لتبليغ إرادة المتعاقدين[٢٥] ، والتفرقة القائمة على هذا الشرط في النيابة بين الرسول والنائب لها أهمية كبيرة ، والسبب في ذلك أن النائب لما كان يُعبِّر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فان عيوب الرضا يُنظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل ولقد نصت على هذا الحكم المادة (١/١٠٤) من القانون المدني المصري (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 حتما.) فإذا ما شاب إرادة النائب عيب من عيوب الرضا كالإكراه أو الغلط أو الغبن مع التغرير كان العقد باطلاً نسبياً عند بعض فقهاء القانون الوضعي وموقوف في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي ، وهذه العيوب لا تؤثر إذا ما شابت رضا الرسول مادام قادراً على تبليغ إرادة الأصيل على وجهها ، كما يُقدَّر مبدأ حسن النية عند النائب لا عند الأصيل في الأحوال التي يرتب القانون فيها أثراً على حسن النية، فإذا كان النائب سيء النية واشترى من بائع معسر متواطئا معه فلدائن البائع الطعن في البيع بدعوى عدم نفاذ التصرفات حتى لو كان الأصيل حسن النية[٢٦].

على أن النائب إذا تصرف وفقاً لتعليمات صدرت من الأصيل وجب النظر أيضاً إلى نية الأصيل كما لو وكَّلَّ شخصٌ آخرَ بشراء شيء معين بالذات ، فعيوب إرادة أحدهما وحسن وسوء النية ينظر إليهما فيها معاً وبهذا يقترب النائب من الرسول[٢٧].

أما فيما يتعلق بالأهلية فيجب التمييز فيما إذا كانت النيابة إتفاقية عندها لا يشترط في النائب الأهلية الكاملة في إبرام التصرف القانوني بل تكفي فيه أهلية التمييز ، لان التصرف سينتج أثره في ذمة الأصيل لذا يشترط في الأخير الأهلية الكاملة واللازمة لإبرام العقد من أهلية إدارة أو تصرف[٢٨] ، وهو ما حدى بمشرع قانوننا المدني الأخذ بهذا الحكم في المادة (٢/٩٣٠) من القانون المدني العراقي[٢٩].

أما إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية فنجد أن الأصيل غالباً ما يكون ناقص الأهلية في حين أن المشرع والقضاء هو من يحدد أهلية النائب وكذلك أهلية الأصيل[٣٠].

الفرع الثاني

تعامل النائب باسم ولصالح الأصيل

حتى يمكن أن تكون هناك نيابة وان تضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل ، يجب على النائب أن يتعاقد مع الغير بأسم الأصيل ولحسابه أي لصالح الأصيل . وهذا يقتضي من النائب أن يُعلِن عن صفته كنائب صراحة أو قد تُستفاد هذه الصفة ضمناً ، والمثال على ذلك المستخدم في متجر يبيع بضاعة صاحب المتجر في محل الأخير[٣١] ، أما إذا لم يفصح النائب عن صفته، وإنما ظهر أمام الغير أي المتعاقد الآخر بأنه يتعاقد باسمه ولصالحه أي بوصفه أصيلاً كنا أمام الاسم المستعار أو ما يُعرف في فقه القانون المدني بـ (الوكالة بالتسخير) وتحصل هذه الحالة لأسباب كثيرة كأن توجد لدى الأصيل إعتبارات اجتماعية أو أدبية أو موانع قانونية من أن تظهر صفته بالتعاقد كأصيل ، إلا أن آثار النيابة في هذه الحالة لا تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل[٣٢] وإنما تنصرف إلى ذمة النائب ويقوم الأخير بنقل هذه الالتزامات إلى ذمة الأصيل.

وعلى الرغم من ذلك فان آثار العقد تضاف استثناءً إلى الأصيل على الرغم من عدم إعلان النائب عن صفته وقت التعاقد وذلك في حالتين :-

١- إذا كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير المتعاقد بان من يتعامل معه هو نائب عن الأصيل على الرغم من سكوت النائب عن الإفصاح عن صفته ، كمن يدخل محلاً تجارياً لشراء شيء يفترض فيه العلم بان العامل الذي يتعاقد معه على الشراء إنما هو نائباً عن صاحب المحل .

٢- إذا كان من تعاقد مع النائب لا يختلف عنده في ما إذا أبرم العقد مع النائب أو الأصيل فالأمر عنده سيان ، كما في صاحب المحل التجاري الذي يتقدم إليه شخص لشراء سلعة معينة فيستوي عنده أن يكون هذا الشخص أصيلاً أو نائباً[٣٣].

وقد نصت على هذه الاستثناءات المتقدمة المادة (٩٤٣) من القانون المدني والتي وردت في باب الوكالة فقضت بأنه (إذا لم يُعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلاً فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ولأيهما أن يرجع عليه) وبهذا الحكم جاءت المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب.) ويلاحظ على المادة (١٠٦) من القانون المدني المصري أنها لم تخصصه بالوكيل كما هو الحكم في المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر وإنما جاءت لتحكم حالة التجاوز في كل نيابة، فهي بذلك تشكل جزء من النظرية العامة للنيابة في القانون المدني المصري.

ومع ذلك لا يكفي أن يقصد النائب التعاقد باسم الأصيل ولصالحه بل يجب أن يتحقق هذا القصد لدى من يتعاقد مع النائب أيضاً ، فلو افترضنا أن النائب تعامل باسم الأصيل ولكن الغير قصد أن يتعامل معه في شخصه هو أي (النائب) فالنيابة لا تقوم أولاً والعقد لا ينعقد ثانياً لا مع شخص النائب لأنه لا يتعاقد لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لم يقصد التعاقد معه[٣٤].

وشرط تعامل النائب باسم ولصالح الأصيل نطقت به المادة (١٠٥) من القانون المدني المصري فقد نصت على أنه (إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً بأسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل) ولم نجد نصاً في القانون المدني العراقي – حتى في أحكام عقد الوكالة - يماثل نص المادة (١٠٥) من القانون المدني المصري ومثل هذا النص مهم جداً لحماية الغير حسن النية ، فكما أن هذا الشرط في النيابة في التعاقد ينسحب على كل أنواع النيابة في ما إذا كانت اتفاقية أو قانونية أو قضائية، وذلك لأن العلة في اشتراطه تنطوي على حماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع النائب ، وبالتالي فان هذه العلة متوفرة حتى في حالة النائب القانوني أو القضائي[٣٥].

الفرع الثالث

تعامل النائب في حدود السلطات المخولة له

يقتضي لكي تكون النيابة حقيقية ومن ثم يكون العقد الذي أبرمه النائب حقيقياً و نافذاً عدم مجاوزته للحدود المرسومة له في النيابة ، وهذه الحدود يحددها مصدر النيابة ، فالقانون في حالة النيابة القانونية هو من يرسم الحدود كما في نيابة الولي والوصي ، والقضاء هو من يحدد النيابة القضائية ويرسم حدودها كما في نيابة الحارس القضائي والقيِّم ، أما الاتفاق فيكون محدداً لحدود النيابة الاتفاقية كما في الوكالة و إذا ما تحددت السلطات المخولة للنائب أياً كان مصدر النيابة فعليه أن يلتزم بها و في حالة تجاوزها تزول عنه صفة النيابة ويصبح الأصيل أجنبياً عن العقد الذي يبرمه النائب المتجاوز فلا يسري بحقه إلا بعد إجازة هذا التجاوز ، وللغير المتعاقد مع النائب أن يرجع على النائب إذا كان حسن النية أي لا يعلم بمجاوزة النائب لحدود النيابة[٣٦].

إلا أن النائب قد يتجاوز السلطات المحددة له ، وعلى الرغم من ذلك فان آثار التعاقد بطريق النيابة تنصرف إلى الأصيل استثناءاً في الحالتين الآتيتين :

١- إذا انقضت النيابة بسبب موت الأصيل أو عزل الأصيل للنائب أو غيرها، وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد هذا الانقضاء ، ففي مثل هذه الحالة يضاف أثر العقد إلى الأصيل إذا كان حياً والى تركته إذا كان ميتاً والحكمة من هذا الاستثناء هو رعاية استقرار المعاملات وحماية الغير (المتعاقد حسن النية) وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (٩٤٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه

بانتهائها.) وعلى الرغم من أن هذا الحكم خاص بالوكالة ، إلا انه يوافق الحكم الذي جاءت به المادة (١٠٧) من القانون المدني المصري في النيابة في التعاقد بشكل عام ، إذ نصت هذه المادة على أنه (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه.).

٢ - إذا كان من المستحيل على النائب أن يُعلِم الأصيل بخروجه ومجاوزته لحدود النيابة وكان هذا التجاوز ضروري لتنفيذ التعاقد وفيه مصلحة للأصيل وكان هذا التجاوز في ظروف يغلب معها الظن لدى النائب أن الأصيل يجيز هذا التجاوز ، ويشترط في هذه الحالة على النائب إخطار الأصيل لتجاوزه لحدود النيابة بأسرع وقت ، وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي إذ نصت بأنَّ (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة، على انه لا حرج عليه إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود، متى كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه التصرفات، وعلى الوكيل في هذه الحالة، أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة.)[٣٧] ، ويلاحظ أن هذا المبدأ لم تقرره نصوص خاصة في النظرية العامة للنيابة في التعاقد في القانون المدني المصري ومن باب أولى في القانون المدني العراقي لأنه لم يضع نصوص خاصة للنيابة في التعاقد ، وكل ما هنالك أن هذا المبدأ استقاه الفقه من أحكام الوكالة على الرغم من أنها صورة من صور النيابة.

وفي غير هذه الاستثناءات المتقدمة ، لا ينتج التصرف أثره في ذمة النائب وإنما يكون التصرف الذي حصل فيه التجاوز موقوف في حق الأصيل فإذا أجازه نفذ وإلا فان المتعاقد مع النائب يرجع على هذا الأخير إذا لم يكن يعلم بوجود النيابة أو من السهل عليه ان يعلم بذلك ، وهو ما أوضحته المادتان (٩٤٤ و ٩٤٥) من القانون المدني العراقي ، إلا إن الاستناد إلى نص المادة (٩٤٤) تعطي للغير المتعاقد مع النائب المتجاوز أن يحدد للأصيل مدة زمنية معقولة لإجازة العقد أو إبطاله وإذا لم يجز العقد خلال هذه الفترة وإنما مضت الفترة الزمنية ولم تصدر الإجازة عُدَّ ذلك السكوت رفضاً[٣٨].

وهذه هي إحدى الحالات التي عدَّ فيها مشرع قانوننا المدني السكوت رفضاً ، بخلاف القاعدة العامة بالنسبة للسكوت في الإجازة كما في الإجازة في حالة وقف العقد لعيوب الرضا أو تصرف الفضولي ، والتي عدَّها قبولاً.

المطلب الثاني

صور النيابة في التعاقد

إن جوهر فكرة النيابة في التعاقد تقوم على أساس حلول إرادة شخص (النائب) محل إرادة شخص آخر وهو(الأصيل) في إبرام عقد معين على أن تنصرف آثار العقد من حقوق والتزامات إلى ذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب ، إلا أن النيابة في التعاقد ليست على صورة واحدة وإنما تتعدد صورها وتختلف باختلاف مصدر النيابة المنشئ لها ، وهي لهذا قد تكون نيابة اتفاقية فيكون مصدرها

الاتفاق وقد تكون نيابة قانونية فيكون مصدرها القانون وقد تكون نيابة قضائية فيكون مصدرها القضاء إلا أن أحكام الأخيرة تندمج مع أحكام النيابة القانونية[٣٩] ، لذا ارتأينا أن نقسم هذا المطلب لبحث صور النيابة في التعاقد على فرعين نخصص الأول لبحث النيابة الاتفاقية ونوضح في الثاني النيابة القانونية والنيابة القضائية .

الفرع الأول

النيابة الاتفاقية

عرَّفت مجلة الأحكام العدلية الوكالة في المادة (١٤٤٩) بأنها (تفويض أحد في شغل لآخر، وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ، ولذلك الأمر الموكل بـه) وعـرَّف بعض الفقه الوكالة بأنها "عقد يأذن به أحد الطرفين (ويقال له الموكل) الآخر (ويقال له الوكيل) بأداء عمل باسمه وعلى ذمته" [٤٠] ، بينما ذهب جانب من الفقه إلى أن الوكالة " ما هي إلا (عقد نيابة) ينيـب بموجبه شخص غيره ليقوم بإجراء تصرف ينيطه به"[٤١].

وعرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (٩٢٧) بأنها (عقد يقيم به شـخص غيـره مقـام نفسه في تصرف جائز معلوم) أما القانون المدني المصري فقد عرفها في المادة (٦٩٩) بأنهـا (عقـد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل).

ويكاد أن يكون الفقه مجمعاً على أن الوكالة ما هي إلا إحدى صور النيابة في التعاقـد بـشكل عـام وبالخصوص ما هي إلا نيابة اتفاقية[٤٢] ، ويستشف هذا المعنى صراحة من تعريف القـانون المـدني العراقي للوكالة في المادة (٩٢٧) إذ قررت هذه المادة بأن الوكالة عقد وبالتالي يجب أن يكـون هنـاك توافق بين إرادتي كل من الموكل (الأصيل) والوكيل (النائب).

ويقرر الفقه بأن الوكالة بوصفها عقداً يتطلب توافر جميع الأركان التي تتطلبها سائر العقود الأخرى وتترتب على هذا العقد ما يقرره القانون عموماً من آثار تتمثل بالحقوق والالتزامات لكل مـن الموكـل والوكيل ، والأصل أن التزام الوكيل هو التزام ببذل عناية وهي العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصـة وذلك إذا كانت الوكالة دون أجر وهذا ما قررته المادة (١/٩٣٤) أما الفقرة (٢) من المادة نفسها فإنهـا قررت بأن الوكالة إذا كانت بأجر فعليه بذل عناية الرجل المعتاد.

والوكالة عقد غير لازم، فالعقود إما أن تكون لازمة لا يجوز لأحد العاقدين أن يتحلل منها بدون رضا العاقد الآخر ، وإما أن تكون غير لازمة ومن ثم يجوز لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفـردة والوكالة بوصفها نيابة اتفاقية يجوز فيها لكل من الوكيل والموكل أن ينهي العقد بإرادته المنفـردة[٤٣] ، وكما سيأتي في انقضاء النيابة . وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام عقد الوكالة في قـسم العقـود المسماة في باب العقود الواردة على العمل في المواد (٩٢٧-٩٤٩) ، ويشير بعض الفقه إلى تمييـز الوكالة عن النيابة وإنها ليست بالضرورة في كل الأحوال من صور النيابة وإن عُدَّت كذلك في الأغلـب الأعم ، ويطرح لتأييد وجهة النظر هذه بعض الأمثلة كما في حالة الوكالة بالعمولة وأبرز هذه الأمثلـة

هي الوكالة بالتسخير أو التعاقد باسم مستعار أو ما يسميها الفقه حالياً بـ (الوكالة المستترة)[٤٤] ، وهو ما كان محقاً به ، إذ توجد الوكالة دون أن تكون هناك نيابة ومن ثم فأنه لا تلازم بين الوكالة والنيابة ، وعلى هذا الأساس فأنه من الممكن أن توجد النيابة دون وجود الوكالة كما في حالة تصرف الفضولي ، وكذلك قد توجد الوكالة دون أن تكون هناك نيابة كما في حالة النيابة المستترة ، حيث يبرم الوكيل عقوداً باسمه خاصة لا بأسم الموكل على أن ينقل آثار هذه العقود للموكل في ما بعد[٤٥].

ومما يثير الاستغراب لدى الفقه انه يسحب الأحكام الخاصة بعقد الوكالة ويجعل منها نظرية عامة ليطبقها على النيابة ، فهو من جانب يقرر تعدد صور النيابة باعتبار مصدرها إلى نيابة اتفاقية وقانونية وقضائية ومن جانب آخر يسحب تطبيق أحكام الجزء على الكل مع إقراره بتمايز صور النيابة وهذا ما لا يستقيم مع المنطق دون أن يقدم لنا الفقه تبريراً لهذا التوجه ، ونتلمس ذلك خصوصاً في حالة خروج النائب عن حدود نيابته وتطبيق ما قررته المادتان (٩٣٣ و٩٤٨) وهي خاصة بالوكالة مع اعتراف الفقه بذلك إلا أنه يجعل منهما شروحات لتقرير نظرية عامة للنيابة ، و الأمر نفسه يلاحظ بخصوص عدم إعلان النائب بأنه يتعامل باسم ولصالح الأصيل وهذا ما قررته المادة (٩٤٣) بخصوص الوكالة أيضاً[٤٦] ، ومن هنا نتمنى على مشرعنا تنظيم أحكام النيابة لخلق نظرية عامة تزيل هذا الخلط واللبس في ماهيتها وشروطها وأحكامها.

الفرع الثاني

النيابة القانونية والقضائية

النيابة القانونية والنيابة القضائية من صور النيابة ، فمن الممكن أن تكون النيابة في التعاقد بإحدى هاتين الصورتين ، وكما ذكرنا سابقاً فأن النيابة صورها تختلف باختلاف مصدرها المنشئ لها.

فالنيابة القانونية سميت بهذا الاسم لان مصدرها القانون ، وأحياناً تسمى بـ(النيابة الشرعية) لان مصدرها الشرع ، فالقانون أو الشرع هو الذي يقيم النائب في هذه الحالة ويمنحه السلطة لإجراء التصرفات القانونية ومنها التعاقد نيابة عن الغير ، كما في نيابة الأب عن ولده الصغير في ماله ونفسه ، إذ إن الأب يستمد نيابته على الصغير من القانون وليس من المنوب عنه (الصغير)، وهي بهذا الوصف نيابة إجبارية بالنسبة للمنوب عنه ، إذ لا رأي له في وجودها وإنما القانون فرضها عليه ومنحها لمستحقها وهو هنا الأب وهي ما تسمى (بالولاية) على المنوب عنه في ماله ونفسه ، ومن ثم فان النائب في هذه الصورة من النيابة أذا أبرم عقداً فأن هذا العقد ينفذ على هذا الصغير المنوب عنه سواء أرضي به أم أبى[٤٧] ، وهذا النوع من النيابة لا تقف على نيابة الأب فحسب وإنما تشمل نيابة الولي بشكل عام سواء كان أباً أم جداً وكذلك الوصي سواء كان منصوباً أم مختاراً لأن نيابة هؤلاء الأشخاص إنما جاءت محددة بالنصوص القانونية وإن كانت قد تنشأ بحكم قضائي، وهو ما أكدته المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن (ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة) إلا أن المادة (٢٧) من

قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ نصت على أن (ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة) ، وبذلك كما يذهب اليه الشراح بأن هذه المادة الأخيرة قد قيدت حكم المادة (١٠٢) من القانون المدني على اعتبار أن قانون رعاية القاصرين وهو قانون خاص ولاحق يقيد القانون المدني[٤٨].

ومما تختلف به النيابة القانونية عن النيابة الاتفاقية في أن الأخيرة يجب أن تتوافر في الأصيل أهلية إبرام العقد وأن تتجه إرادته وإرادة النائب إلى أبرام هذا العقد أما النيابة القانونية أو القضائية كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فلا يشترط توافر الأهلية لدى الأصيل ، إذ الفرض أنه غير كامل الأهلية وإلا فأنه قد لا يحتاج إلى نائب في إبرام التصرفات القانونية أو قد تكون هذه النيابة اتفاقية[٤٩].

أما النيابة القضائية ، فهي النيابة التي يكون مصدرها المباشر القضاء ، فالقاضي هو من أضفى على النائب صفة النيابة ومنحه السلطة في إجراء التصرفات نيابة عن الغير كما في تعيين القاضي وصياً على الصغير حين لم يكن للمتوفى وصياً مختاراً وكانت الحاجة تدعو لإقامة وصي للنظر في شؤون الصغير وكذلك في ما أذا نصَّبَ القاضي قيماً على المفقود فتكون لهذا القيم نيابة عن المفقود مصدرها القضاء وهي كما في النيابة القانونية نيابة إجبارية إذ لا اختيار للأصيل في وجودها[٥٠].

ولكن على الرغم من أن النيابة القضائية يكون القضاء مصدرها المباشر ، إلا أنها تبقى ضمن نطاق النيابة القانونية ، ولهذا ارتأينا بحثها مع النيابة القانونية ، وتبرير ذلك يكمن في أن القاضي لم يقم بتعيين النائب من تلقاء نفسه وإنما استند في ذلك الى النصوص القانونية التي خولته سلطة هذا التعيين كما في الوصي والقيم والحارس القضائي والمصفي القضائي، ومن هنا فأن القانون هو المصدر غير المباشر للنيابة القضائية لان القانون هو الذي يتولى تبيان حالاتها وأركانها ويحدد ما للنائب من سلطات ولا دور للقاضي فيها إلا تنفيذ أمر القانون في اختيار شخص النائب ولذلك فهي نيابة قانونية قضائية أو هي نيابة بحكم القانون[٥١].

وما دام المصدر المنشئ للنيابة القانونية هو القانون وفي النيابة القضائية هو القانون والقضاء ومن ثم فإن هذا المصدر هو الذي يحدد مدى أو نطاق هذه النيابة كما أنه هو من يحدد شخص النائب وكذلك سلطاته وصلاحياته في إبرام العقود عن الغير (الأصيل) المنوب عنه.

المبحث الثالث

آثار النيابة وانقضاؤها

متى أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فان آثار ذلك العقد تلتحق – بحكم النيابة – بالأصيل مباشرةً فتنشغل ذمته بما ينتج عن ذلك العقد من التزامات وحقوق وهذه هي القيمة العملية لنظام النيابة ، فهي تسمح للشخص بان يجني مباشرةً النتائج الاقتصادية لعقد لم يبرمه هو وإنما قام به

شخص آخر أحل إرادته محل إرادة صاحب الشأن أما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون[٥٢] ، كما أن النيابة لا بد أن تنتهي في يوم ما وتزول وتنقضي النيابة بأسباب معينة فهي ليست نظام دائم وثابت ، وطالما أن انقضاء النيابة متعلق بعلاقة النائب بالأصيل[٥٣]، لذا نجد من المفيد أن نعرض في هذا المبحث على وفق مطلبين آثار النيابة وانقضاؤها ، نبين في الأول منه آثار النيابة في التعاقد ، في حين سنخصص المطلب الثاني لانقضاء النيابة.

المطلب الأول
آثار النيابة في التعاقد

لما كان الأشخاص المجتمعون في النيابة هم كما تقدم الأصيل والنائب والغير الذي تعاقد مع النائب، لذا كان من الطبيعي أن تظهر لدينا ثلاث علاقات ، تربط الأولى بين الأصيل والنائب، وتربط الثانية فيما بين الأصيل والغير، و الثالثة تربط بين النائب والغير[٥٤] ، ولكن لما كان من المتصور أن يجمع النائب في شخصه صفة الأصيل والنائب وكذلك يجمع صفتي المتعاقدين وهذه الحالة تحصل تحت ما يسمى بتعاقد الشخص مع نفسه فهل العلاقات الثلاث المتقدمة تبقى كما هي؟ وهل يحصل تعديل في آثار النيابة في التعاقد أم تبقى هي نفسها؟ هذا ما سنبحثه في هذا المطلب ، فنوضح آثار النيابة من خلال العلاقات المتقدمة في فرع أول ، ونخصص الثاني لبحث الوضع القانوني لتعاقد الشخص مع نفسه.

الفرع الأول
العلاقات الناشئة عن النيابة في التعاقد

تتجسد آثار النيابة في التعاقد من خلال العلاقات التي تربط بين أطراف النيابة في التعاقد وهذه العلاقات – كما قدمنا في بداية المطلب – ثلاث سنعرض لها على وفق ثلاثة محاور وكما يلي:

أولاً- العلاقة بين الأصيل والنائب:

إن العلاقة بين الأصيل والنائب يحدد آثارها المصدر المنشئ لها ، فإذا كانت النيابة اتفاقية – وهي تكون في الغالب ناشئة عن عقد وكالة – فعقد الوكالة هو من يحدد هذه الآثار فيحدد التزامات وحقوق كل من الأصيل (الموكل) وكذلك النائب (الوكيل)[٥٥] ، فعلى الوكيل أن ينفذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة وهذا ما نصت عليه المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي، وإذا كانت الوكالة بأجر فان الموكل يلتزم بدفع هذا الأجر ، ويلتزم الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة العناية التي يبذلها في شؤونه

الخاصة ، إلا إذا كان الوكيل يبذل في شؤونه الخاصة أكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يلزم ببذل أكثر من عناية الرجل المعتاد ، وهذا الحكم نصت عليه المادة (١/٩٣٤) من قانونا المدني هذا إذا لم تكن الوكالة بأجر ، أما إذا كانت الوكالة في مقابل أجر فعليه أن يبذل دائماً عناية الرجل المعتاد سواء كانت أقل أو أكثر من العناية التي يبذلها في إدارة شؤونه الخاصة وهذا ما قررته الفقرة (٢) من المادة سالفة الذكر(٥٦).

أما إذا كانت النيابة قانونية أو نيابة قضائية ، فان القانون أو القضاء سيكون مصدر النيابة ومن ثم هو من سيحدد آثارها وكما ذكرنا سابقاً عند بحثنا لصورة النيابة القانونية والنيابة القضائية(٥٧).

ثانياً- العلاقة بين الأصيل والغير:

وهذه العلاقة هي أهم العلاقات الثلاث في النيابة في التعاقد، ذلك لان الأصيل والغير هما المتعاقدان الأصليان وإليهما تضاف آثار العقد. فبمجرد إبرام العقد بين النائب والغير تختفي شخصية النائب وتحل علاقة مباشرة بين الأصيل والغير وتنتقل إليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد(٥٨).

وعلى هذا الأساس تضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب طالما قَبِلَ مقدماً تعاقد النائب باسمه ، بل حتى لو لم يقبل ذلك في بعض الحالات كما في النيابة القانونية والقضائية ، فإذا كان العقد المبرم بين النائب والغير هو عقد بيع كان للأصيل أن يطالب الغير الذي تعاقد مع النائب بالثمن ، وكان للغير مطالبة الأصيل بتسليم الشيء المبيع ، ومع ذلك فان النائب قد يلزم ببعض الالتزامات تجاه الغير كما لو كانت النيابة تشمل التنفيذ أيضاً(٥٩).

ثالثاً- العلاقة بين النائب والغير:

إذا تم التعاقد بين النائب والغير الذي تعاقد معه ، لا تقوم أي علاقة بينهما وذلك لان الصفة الجوهرية في النيابة هي انتقال آثار العقد إلى الأصيل ، ومن ثم لا يستطيع الغير مطالبة النائب بأي حق ناشئ عن العقد و لا بتنفيذ أي التزام كذلك(٦٠).

ومع ذلك فان النائب قد يُسأل نحو الغير الذي تعاقد معه ، كما لو ضمن النائب للغير تنفيذ الأصيل لالتزاماته ففي هذه الحالة يرجع الغير على النائب إذا لم ينفذ الأصيل التزاماته ، وكذلك في ما إذا ضمن النائب للغير إجازة الأصيل لتجاوز النائب حدود نيابته ولم يجز الأصيل ذلك ، وكذلك إذا كانت النيابة شاملة لتنفيذ العقد فهنا للغير إلزام النائب بتنفيذ العقد ، وهي تكون دائماً – أي النيابة – تشمل التنفيذ في ما إذا كانت نيابة قانونية أو قضائية ، وذلك لعجز الأصيل عن تنفيذ العقد كما أن النيابة في الحالة الأخيرة يأخذ مصدرها بنظر الاعتبار مصلحة الأصيل الذي يكون في الغالب ناقص الأهلية أو عديمها(٦١).

الفرع الثاني

تعاقد الشخص مع نفسه

يُعرَّف تعاقد الشخص مع نفسه بأنه " العقد الذي يتولى فيه شخص واحد دور الموجب والقابل نيابة عن أحدهما وأصالة عن نفسه أو نيابة عن كليهما"[٦٢] ، يظهر من هذا التعريف أن إرادة شخص واحد تحلُّ محل إرادتي شخصين في إبرام العقد، وفي هذه الحالة أما أن يكون من حلَّت إرادته محل إرادة غيره نائباً عن كل من طرفي العقد أو أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر[٦٣]، وهذه الحالة ممكن أن تتحقق إذا كانت النيابة مطلقة أي دون تحديد للنائب وتقييده بتعاقده مع شخص معين و إلا فان تعاقد الشخص مع نفسه لا يظهر[٦٤].

والمثال على تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير في ما إذا وكَّله أحدٌ ببيع عقار فاشتراه لنفسه ، والمثال على اعتباره نائباً عن طرفي العقد في ما إذا و وُكِّل أحدٌ ببيع بضاعة و وكله آخر بشراء البضاعة نفسها.

و السؤال الذي يثار بهذا الشأن هو ما مدى جواز تعاقد الشخص مع نفسه في الحالتين؟

إن الاعتراض على تعاقد الشخص مع نفسه لا يرد عليه من الناحية النظرية أي اعتراض وإنما الاعتراض واقعي ينشأ بالاستناد إلى تضارب المصالح المتقابلة، لان الشخص سيكون متحكماً في مصلحتين متعارضتين إذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير بتغليب مصلحته الشخصية ومراعاته لمصلحة الأصيل المؤتمن عليها وهو ما تنطوي عليه جبلة الانسان، أما إذا كان نائباً عن طرفي العقد فهو إما أن يغلب مصلحة أحد الطرفين وهذا هو المحذور وإما أن يعمل على التوفيق بين المصلحتين وهذا هو التحكيم بعينه وهو يختلف عن النيابة في التعاقد[٦٥].

لقد اختلفت التشريعات في مثل هذا التعاقد بين مجيز وغير مجيز له ، فمنها ما يجيزه مثل القانون السويسري والفرنسي ومنها ما يمنعه مثل الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والقانون المدني العراقي ، ولكن في كلا الاتجاهين كانت الإباحة والمنع نسبيين ، لذا يجب علينا أن نتبين مواضع المنع والإباحة في ضوء قانوننا المدني ونرى تنظيمه لتعاقد الشخص مع نفسه في ضوء حالتي تعاقد الشخص مع نفسه:

أولاً- النيابة عن أحد طرفي العقد:

الأصل أن الإنسان مجبول على حب نفسه وتفضيل مصلحته على مصلحة الآخرين ، ومن هنا يقع المحذور في ما إذا تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلاً عنها ونائباً عن الغير، فإنَّ خطر تفضيل مصلحته على مصلحة الطرف الآخر يكون متحققاً، لذا نجد أن قانوننا المدني في المواد (٥٨٩ و٥٩١) قد منع الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة وكذلك القاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه[٦٦]، والعلة في ذلك هي تعارض مصلحة القاضي والوصي والقيم مع مصلحة المحجور والمنع هنا مطلق سواء كان فيه خير للمحجور أم لا[٦٧].

وإذا كان الأصل في القانون المدني العراقي هو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه في هذه الحالة إلا أن هذه القاعدة رافقها الاستثناء بالجواز في حالات محددة وكما يلي:

١- في النيابة الاتفاقية كما في الوكالة يجوز للوكيل شراء مال الطرف الآخر بشرط إجازة الطرف الآخر (الموكل/الأصيل) لهذا التعاقد وهذا ما نصت عليه (٥٩٢) في فقرتيها الأولى والثانية[٦٨]، ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الحالة اقتصرت فقط على الشراء دون البيع بنص القانون.

٢- في حالة النيابة القانونية والقضائية كما في حالة نيابة الأب والجد والوصي المختار أجاز القانون[٦٩] تعاقد الشخص بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير في المادة (٥٨٨) أن للأب الذي له ولاية على ولده بيع ماله لولده أو شراء مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير لا فاحش وكذلك ما إجازته المادة (١٢٨٩) في حالة رهن الأب لمال ولده ، أما الوصي المختار فان المادة (٥٩٠) مدني عراقي جعلت الأصل هو عدم الجواز والاستثناء هو الجواز بخصوص بيع الوصي المختار مال نفسه لليتيم أو شراء مال اليتيم لنفسه على أن يكون في ذلك خير لليتيم و تتحقق الخيرية في ذلك إذا ما باع الوصي ماله لليتيم بأقل من ثمن المثل أو اشترى مال اليتيم لنفسه بأعلى من ثمن المثل وكذلك بشرط الحصول على إذن المحكمة[٧٠].

نخلص مما تقدم أن في هذه الحالة من تعاقد الشخص مع نفسه ، أن الأصل في القانون المدني العراقي عدم الجواز والاستثناء هو الجواز بنصوص قانونية محددة ورهن توافر شروط معينة كما سبق ذكره.

ثانياً- النيابة عن كلا الطرفين:

إذا كان الأصل أن الإنسان يحابي نفسه إذا كانت له مصلحة شخصية في إجراء العقد بان كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير، فالأصل كذلك انه لا يحابي نفسه إذا لم تكن له مصلحة في هذا العقد بان كان نائباً عن الطرفين ، ومهمته ستكون أقرب للتحكيم في التوفيق بين مصلحة طرفي العقد الذي يجمعهما في شخصيته، وهذا الوضع بداهة تتوفر فيه الخشية من عدم توافر الضمانات الكافية لحماية مصلحة طرفي العقد إذ إن المنطق القانوني السليم يقضي بأن العاقدان يساوم أحدهما الآخر حتى يقتنعان بأفضل الشروط التي تضمن مصلحتيهما من وراء التعاقد وعلى هذا الأساس فان المحذور متوفر في ما إذا وكل أحد الطرفين شخصاً ببيع سيارته ووكل الطرف الآخر الشخص نفسه بشراء السيارة نفسها[٧١].

يرى جانب من الشرّاح[٧٢] أن الشخص نفسه وقد جمع في شخصيته طرفي العقد قد اؤتمن على مصلحة الطرفين وليس له مصلحة في أن يتحيز لأحد منهما وكما أن الشريعة الإسلامية قد أجازت للأب أن يبيع مال أحد أولاده الصغار إلى ولده الآخر وكما في بيع الوكيل بالعمولة البضائع المعروضة بالسوق والأوراق التجارية والمالية لمن وكله بشرائها، إلا أن هذا الرأي لا يصح على إطلاقه لان حكم

الأب خاص بحالة الأب فقط ولا يصح القياس عليها لتقرير قاعدة عامة بدليل عدم السماح للوصي ببيع أو شراء مال احد اليتيمين للآخر، وحالة الوكيل بالعمولة جائز فيها تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه نائباً عن طرفي العقد لا توجد فيها خطورة على مصلحة الطرفين[٧٣] ونحن نؤيد الاعتراض المتقدم .

من خلال ما تقدم نميل للرأي الذي يقول بعدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن الطرفين إلا بعد استئذانهما أو إجازتهما للعقد ما لم يوجد نص خاص أو عرف تجاري يجيز ذلك[٧٤].

إن الاحكام التي نصت عليها النصوص القانونية المتقدمة لم تخلق نظرية عامة لحكم حالة التعاقد الشخص مع نفسه ، سواء كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر او كان نائباً عن طرفي العقد ، لأنها جاءت تنظم حالات خاصة والاجازة التي تضمنتها كانت قائمة على أسباب ومبررات تسوغها ، في حين يبقى النص القانوني الذي يأتي بحكم عام مفقوداً ، لذا نرجح موقف المشرع المصري في عدم إجازته لتعاقد الشخص مع نفسه إلا بترخيص من الأصيل وذلك بنص المادة (١٠٨) من القانون المدني المصري والتي نصت على أن (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص أخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة.) وبهذا فإن المشرع المصري قد جعل الأصل عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه والاستثناء هو الجواز بترخيص أو إجازة الأصيل.

المطلب الثاني

انقضاء النيابة

إن النيابة كنظام قانوني غير دائم ، فهو إلى زوال ، ومن ثم فان النيابة في التعاقد تنقضي إذا توفرت لها أسباب معينة والمقصود بانقضاء النيابة أو انتهائها هو "زوال الصفة التي كانت قد ثبتت للنائب في تمثيل الأصيل واعتباره بعد هذا الزوال من الغير تجاه الأصيل"[٧٥] ، ومعنى ذلك أن أي عقد يبرمه بعد زوال صفة النيابة عنه حتى ولو كان باسم الأصيل فانه لا يلزم الأخير ويُعد غير نافذٍ بحقه إلا بإجازته ، لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

بعد هذه المقدمة نقول أن انقضاء النيابة يُعزى إلى عدة أسباب ويمكن لهذه الأخيرة أن تكون محددة بالقانون فيكون الانقضاء بحكم القانون، وقد تكون هذه الأسباب عائدة لإرادتي النائب والأصيل فيكون انقضاء النيابة اختيارياً، وعلى وفق ما تقدم نوزع هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لبحث انقضاء النيابة بحكم القانون ونبين في الثاني الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة.

الفرع الأول

أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون

تنقضي النيابة بأسباب محددة نص عليها القانون، وبمجرد تحقق أحد هذه الأسباب فان صفة النيابة تزول عن النائب بغض النظر عن إرادته هو أو إرادة الأصيل، وبعبارة أخرى فان انقضاء النيابة في هذه الحالة يكون خارجاً عن إرادتي النائب و الأصيل وبحكم القانون ويمكن أن نجمل هذه الأسباب بما يأتي:

أولاً - موت الأصيل أو النائب: الأصل أن موت الأصيل ينهي النيابة، ولكن انقضاء النيابة بموت الأصيل لا يعد حكماً آمراً وهو ما نلحظه في النيابة الاتفاقية كما في الوكالة ومرد ذلك للاتفاق فعقد الوكالة من الممكن أن ينص على استمرار النيابة على الرغم من موت الأصيل مع حلول ورثته محله ، فتستمر النيابة في هذه الحالة وتقع تصرفات النائب في تركة الأصيل على أن للورثة - كما كان للأصيل - أن يضعوا حداً لنيابة نائبهم بعزله[٧٦] ، هذا بالنسبة لموقف القانون المدني المصري ذلك لانه لم يأت بحكم ينص على انتهاء الوكالة بموت الموكل (الأصيل) غير ما جاءت به المادة (٧١٧) منه بفقرتها الثانية وهي تتعلق بانتهاء الوكالة بموت الوكيل إذ نصت على انه (وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى أخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل.) في حين نجد ان موقف المشرع العراقي في القانون المدني صريحاً في انتهاء الوكالة بموت الموكل او الوكيل اذ نصت المادة (٩٤٦) من القانون المدني العراقي على ان (تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية ...)[٧٧] وكذا الحكم إذا كانت النيابة قانونية وتلحق بها النيابة القضائية فإنها تنتهي بموت الأصيل أو النائب كما في الولاية والوصاية فالولي إذا كان هو الأب تنتهي ولايته بموته وكذلك بموت ولده الصغير، وكذا الحال بموت الوصي أو القاصر وهو ما نصت عليه المادة (٣٩) في فقرتها الخامسة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠[٧٨].

ثانياً - فقدان أهلية النائب أو الأصيل: وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٩٤٦) من قانوننا المدني بخصوص انتهاء الوكالة حيث نصت (تنتهي الوكالة .... أو بخروج احدهما – يعني الوكيل أو الموكل- عن الأهلية .....) هذا في ما يخص النيابة الاتفاقية، أما النيابة القانونية فمن البديهي أن أهلية الأصيل معدومة أو ناقصة لذا هي تنتهي بفقدان النائب لأهليته وتلحق بهذه الحالة ثبوت غيبة النائب وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين بفقرتها الرابعة[٧٩].

ثالثاً- بلوغ الصغير سن الرشد: وهذا السبب خاص بانقضاء النيابة القانونية والقضائية في ما إذا بلغ الصغير سن الرشد فان الولاية أو الوصاية عليه تنتهي بحكم القانون ما لم تقرر المحكمة

استمرار الوصاية عليه والى ذلك أشارت الفقرة الأولى من المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين والتي نصت على أن (تنتهي مهمة الوصي في الحالات الاتية : - اولا – بلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه.....).

رابعاً- انتهاء العمل الموكل فيه النائب أو بانتهاء أجل النيابة: وهذا السبب من الأسباب القانونية الخاصة بالنيابة الاتفاقية وتقتضيه طبيعتها ، ومن الممكن سحب هذا السبب في انقضاء النيابة على النيابة القانونية إذا ما انتهى أجلها كما في حالة السبب المتقدم ببلوغ الصغير سن الرشد إذ ينتهي أجل النيابة ما لم تقرر المحكمة تمديدها، إذ أن النيابة ليست نظام قانوني مؤبد ودائم لا يزول ومن ثم فان انقضاء العمل الموكل فيه النائب أو انقضاء مدة النيابة يعد سبباً لانقضائها وهذا ما نصت عليه المادة (٩٤٦) من القانون المدني بقولها (تنتهي الوكالة ..... أو بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة).

الفرع الثاني

الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة

لما كانت النيابة وخصوصاً الاتفاقية منها تستند إلى إرادة الأصيل المتمثلة بالإنابة ولما كان الأصيل هو الذي يسبغ بإرادته على النائب صفة النيابة عنه ، كان طبيعياً أن يكون للأصيل متى شاء أن يغيِّر تلك الإرادة فينفي عن النائب صفة النيابة وذلك عن طريق العزل. كما أن للنائب بدوره وإن كان مسلطاً على ذمة الأصيل بإرادة هذا الأخير ومن ثم سيكون ذا صفة في التزام الأصيل بآثار تصرفاته التي يبرمها باسمه ، فعلى الرغم مما تقدم فانه غير ملزم باستعمال هذه السلطة فيستطيع النائب أن يتنحى إذن بإرادته فيعزل نفسه أن شاء أن يعتزل[٨٠].

ومن هنا فان الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة تعزى لكل من إرادة الأصيل والنائب فهي أسباب إرادية تتجسد بالعزل من جانب الأصيل وبالاعتزال من جانب النائب وهذا ما سنبحثه على وفق محورين في هذا الفرع.

أولاً - العزل:

عزل النائب يكون بإرادة الأصيل، وهذا الأمر متحصل من طبيعة نظام النيابة، حيث نجد أن الوكالة - وهي أوسع صور النيابة الإرادية شيوعاً – عقد غير لازم من كلي طرفيها أو أحدهما، والعلة في ذلك تكمن في غلبة الطابع الشخصي عليها فهي تقوم على ثقة كل من طرفيها بالآخر وقيامها على هذه الثقة يعني أنها من العقود التي تُراعى فيها شخصية طرفي التعاقد فتكون محل اعتبار، لذا نجد أن هذه المراعاة حملت التشريعات على الاعتراف لكل من طرفي التعاقد بالحق في إنهاء ما يربطه بالآخر وبإرادته المنفردة[٨١].

وهذا ما حدا بمشرع قانوننا المدني إلى النص على ذلك في الفقرة (١) من المادة (٩٤٧) والتي نصت على أن (للموكل أن يعزل الوكيل .....) ومن ثم يُستنتج أن الوكالة بوصفها صورة للنيابة الاتفاقية عقد غير لازم من جانب الموكل (الأصيل) وهو يستطيع أن يعزل الوكيل (النائب) متى شاء، وهذا الحق للموكل من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه وإلا عدّ هذا الاتفاق باطلاً وهذا ما نصت عليه أيضاً الفقرة (١) من المادة (٩٤٧) إذ نصت على انه (.... لا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك ...)[٨٢].

إلا أن حق الموكل (الأصيل) بعزل الوكيل غير مطلق وإنما ترد عليه استثناءات نصت عليها المادة (٩٤٧) بفقرتيها (١و٢) من القانون المدني:

١ - تعلق حق الغير بالنيابة: ومؤدى هذا الاستثناء هو عدم جواز العزل إذا تعلق بالنيابة حق للغير إلا برضا هذا الغير حتى لا يفاجأ بنقض تصرف قد رتب عليه شؤونه ، وهو قيد أملته ضرورة المعاملة وحماية الغير حسن النية ومبدأ استقرار المعاملات ، إذ نجد الفقرة (١) من المادة (٩٤٧) أشارت إلى ذلك صراحة إذ نصت (.... لكن إذا تعلق بالوكالة حق للغير، فلا يجوز العزل...).

٢ - عدم علم النائب والغير بالعزل: وهو استثناء أملته الرغبة في توفير ما ينبغي من أسباب الثقة والاستقرار في التعامل بغية توفير أكبر قدر من الحماية للغير المتعاقد مع الوكيل ومن ثم يجعل هذا الاستثناءُ العزلَ عديم الأثر إلا بعد اتصاله بعلم الغير وبعلم النائب[٨٣]. ونصت على هذا الاستثناء الفقرة (٢) من المادة (٩٤٧) بنصها على انه (لا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل إلا بعد حصول العلم للطرف الثاني)، والطرف الثاني في نص المادة جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه وبالتالي فيجب أن يفسر الطرف الثاني بالوكيل والغير المتعاقد مع الوكيل.

ثانياً- الاعتزال:

وكما يحق للأصيل عزل نائبه، كذلك واستناداً إلى طبيعة النيابة يحق للنائب أن يعتزل بإرادته المنفردة، وهذا ما يتجلى في النيابة الاتفاقية بصورة واضحة كما في الوكالة، والعلة في ذلك أن النائب ما هو إلا شخص يسدي خدمة للأصيل فإذا رأى أي سبب من الأسباب تجعل من غير المناسب له أن يمضي في إسداءه لهذه الخدمة فله أن يعتزل وهذا الحق من النظام العام أيضاً و لا يجوز الاتفاق على خلافه وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٩٤٧) بالفقرة (١) منها إذ نصت (... وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك....)[٨٤]، وما يرد على العزل من الاستثناءات السابقة يرد على الاعتزال أيضاً، أي تعلق حق الغير بالنيابة وعدم علم الموكل (الأصيل) والغير بالاعتزال .

ومما تجدر الإشارة إليه أن كل من العزل والاعتزال يختلفان عن الانعزال والذي يتحقق بحكم القانون وهو ما رأيناه في الفرع السابق من هذا المطلب.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة والتي عنيت ببحث بموضوع النيابة في التعاقد والتنظيم القانوني لها، فإننا نعرض في هذه الخاتمة لأهم النتائج التي توصلنا إليها ثم نعقب ذلك ببعض التوصيات التي نراها من الأهمية بمكان للأخذ بها في هذا المجال وعلى النحو التالي:

أولاً - النتائج:

١ - تعد النيابة في التعاقد من أهم النظم القانونية لإجراء التصرفات القانونية وغايتها تيسير وتسهيل التعاقد نيابة عن الغير وانصراف أثر هذا التعاقد لهذا الغير الذي قد لا يتسنى له إبرام العقد بنفسه لذا نؤيد تعريف النيابة في التعاقد بأنها (حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني على أن ينتج هذا التصرف آثاره في ذمة الأصيل لا في ذمة النائب).

٢ - لم يُعَّرف المشرع العراقي النيابة في التعاقد فضلاً عن أنه لم يرسِ لها دعائم نظرية عامة للنيابة في التصرفات القانونية يمكن الركون إليها لاستخلاص أحكام النيابة كما فعل المشرع المصري من إيراده لأحكام عامة لتنظيم النيابة في التعاقد وذلك في المواد (١٠٤- ١٠٨) من القانون المدني المصري فضلاً عن الاحكام التفصيلية لكل صورة من صور النيابة في التعاقد . وعلى الرغم مما تقدم الا أن هذا القول غير مطلق، إذ نجد أن مشرع قانوننا المدني عُني بتنظيم بعض صور النيابة كما في الوكالة وكذلك النيابة القانونية والقضائية كما في الولاية والوصاية والقوامة، إلا أن هذا التنظيم لم يأت في قانون واحد وإنما بعثرت نصوصه القانونية في أكثر من قانون كما في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وقانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، فضلاً عن القانون المدني العراقي، بسبب ضرورات وأسباب تشريعية دعت المشرع لذلك ، إلا أن هذا الارباك والتشتت في التنظيم لا يعفي من عدم وجود قواعد عامة تخص النيابة في التعاقد في القانون المدني العراقي.

٣ - توصلنا إلى أن النيابة لا تنحصر فقط في الوكالة وكما يبدو للكثير لأول وهلة كما أنها (أي الوكالة) غير ملازمة لها فقد توجد الوكالة دون وجود النيابة وقد توجد الأخيرة دون أن تكون وكالة فالنسبة بينهما نسبة (عموم وخصوص من وجه)، فضلا عن ذلك إذا كانت الوكالة تعد أهم تطبيق عملي للنيابة وهي صورتها الإرادية فإن إلى جانبها نجد صورة النيابة القانونية والقضائية.

٤ - إذا كان للأصيل دور في اختيار نائبه في النيابة الاتفاقية (الإرادية) نجد هذا الدور معدوم في ما إذا كانت النيابة قانونية أو قضائية لأنها نيابة مفروضة على الأصيل ولحمايته لذا نجده مجبراً على قبولها دون أن يكون لإرادته دور في اختيار النائب.

٥- رأينا أن الأصل وجوهر فكرة النيابة هو انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب ومن ثم يقوم الأخير بتحويلها إلى ذمة الأصيل عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين، وهذه السمة البارزة التي تتسم بها النيابة في التعاقد. على أن هذا الأمر لا يؤخذ به على إطلاقه، فقد تنصرف آثار العقد إلى ذمة النائب ويحولها في ما بعد إلى ذمة الأصيل وذلك في حالة إذا لم يعلن عن صفته كنائب ولم يكن الغير يعلم بذلك وهو استثناء من أحكام النيابة في التعاقد أملته ضرورة حماية الغير حسن النية.

٦- وتبعاً لعدم تنظيم المشرع للنيابة في التعاقد وجدنا انه لم ينظم كذلك تعاقد الشخص مع نفسه ولم يضع له نصوصاً عامة تحدد جواز أو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه ، واكتفى فقط بنصوص استثنائية محددة لحالات على سبيل الحصر - كما يذهب بعض الشراح – ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسيرها وقياس غيرها عليها ، فقد رأينا أن المادتين (٥٨٨ و٥٩٠) قد أجازتا تعاقد الشخص مع نفسه بشروط معينة وحصراً بأشخاص معينين وهم الأب والجد والوصي المختار، في حين نجد أن المادتين (٥٨٩ و٥٩١) قد منعتا تعاقد الشخص مع نفسه بالنسبة للوصي المنصوب والقيم المقام وكذلك القاضي ولا يمكن القول بان المادة (٥٩٢) قد وضعت قاعدة لتعاقد الشخص مع نفسه لأنها اقتصرت على الشراء فقط دون البيع ، على خلاف القانون المدني المصري الذي وضع قاعدة عامة يصار اليها في تعاقد الشخص مع نفسه وذلك بموجب المادة (١٠٨) من القانون المدني المصري.

٧- إن النيابة نظام قانوني غير مؤبد وإنما هو مؤقت وقابل للزوال والانقضاء ورأينا أن انقضاء النيابة قد يكون لأسباب بحكم القانون ودون اختيار وإرادة النائب أو الأصيل، وقد يكون انقضاء النيابة اختيارياً وخاضع لإرادة النائب أو الأصيل كما في الوكالة.

ثانياً- التوصيات:

تبعاً لما تقدم من نتائج نعرض هنا لأهم التوصيات المتعلقة بتنظيم النيابة في التعاقد ونأمل من المشرع الأخذ بها وكما يلي:-

١- نتمنى على المشرع العراقي وضع نصوص قانونية تشكل النظرية العامة للنيابة في القانون المدني وهو ما يتطلبه مبدأ استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية المتعاقد مع النائب و كذلك حماية للأصيل، ويكون ذلك في الفرع المخصص لأركان العقد عن طريق تخصيص محور يحمل عنوان (التعبير عن الإرادة بطريق النيابة في التعاقد)، ومن الممكن تعديل مواد عقد الوكالة بوصفها أهم صور النيابة الأخرى بما يجعل منها قريبة من أحكام عامة تطبق على النيابة مع احتفاظ صور النيابة الأخرى وأعني بها القانونية والقضائية بذاتيتها الخاصة.

٢- وضع حد فاصل بين النيابة بشكل عام والوكالة بوصفها أهم صور النيابة ، ذلك لأنه وكما وجدنا أن الوكالة لا تكون بالضرورة دائماً نيابة والعكس صحيح ومن ثم إبعاد الخلط واللبس الذي يشوبها لقطع اجتهاد الفقه والقياس في هذا المجال وكما هو موقف القانون المدني المصري.

٣- الإبقاء على الأحكام القانونية الخاصة والمتعلقة بصور النيابة الأخرى القانونية والقضائية والتي عالجتها القوانين ذات الصلة، كما في الإيصاء والذي نظم أحكامه قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في المواد (٧٥-٨١) منه وكذلك الولاية والوصاية في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في المواد (٢٧-٣٩) بوصفها أحكام خاصة وردت في قوانين خاصة وتقيد الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، وفي ما عدا ذلك يصار إلى الأحكام التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني.

٤- وأخيراً نتمنى على المشرع العراقي وضع نص قانوني يحكم حالة تعاقد الشخص مع نفسه وبذلك ينهي الخلاف الفقهي الحاصل حول موقفه بشان جواز أو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه وعدم الاكتفاء بنصوص تقرر حالات خاصة واستثنائية لا يجوز القياس عليها .

والله ولي التوفيق

الهوامش

(١)- ينظر نص المادة (٢/٧٨٧) والمادة (١/١١٥٠) من القانون المدني العراقي ، كذلك ينظر نص المادة (٢/٢٦٢) منه في الدعوى غير المباشرة والتي تقوم على فكرة النيابة القانونية إذ استعمل فيها المشرع مصطلح نائب.

(٢) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد ٨ ، دار الحديث - القاهرة ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م ، ص٧٣٢.

(٣) العلامة فخر الدين بن محمد الطريحي ، مجمع البحرين ومطلع النيرين ، دون ذكر مكان وسنة طبع ، باب نوب ، ج ٤، ص ٣٨٧.

(٤)- محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، مطبعة العاني - بغداد ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م، ص١٥. وعرفها جانب من الفقه المصري بأنها " إبرام شخص يسمى النائب عملاً قانونياً لحساب شخص آخر وباسمه يسمى الأصيل ، بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل" د. إسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبه ، ١٩٦٦ ، ص ١٥٠.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، ج١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، دون ذكر سنة نشر، ص١٧١.

(٦) شامل الشيخلي ، نقلاً عن د. عصمت عبد المجيد بكر ، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين ، دون ذكر مكان وسنة نشر، ص٨١.

(٧) د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج٢ ، ص٥١. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٣١.

(٨) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٥٢.

(٩) حارث سليمان الفاروق ، المعجم القانوني ، ج١ ، دون ذكر مكان وسنة نشر، ص٦١.

(١٠) ينظر بهذا المعنى : د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ،الأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ،١٩٨٠ ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ص٥٤ ، علي عبد العالي خشان الاسدي ، تعاقد الشخص من نفسه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠٠٤، ص٤.

(١١) د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٠٠ و١٤٠و١٥٢.

(١٢) محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص٧١.

(١٣) الآية (٢) من سورة المائدة .

(١٤) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٧١.

(١٥) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٥ ، علي عبد العالي خشان الاسدي ، مصدر سابق ، ص٤. ولقد جاء في حكم لمحكمة التمييز أقرت فيه مبدأ عدم جواز النيابة في

الأعمال المادية وإنما فقط في إجراء التصرفات القانونية عن الغير ، إذ جاء في هذا الحكم أن عقد الاستشارة القانونية الذي تعقده الشركة مع المحامي هو عقد عمل لا عقد وكالة " ذلك أن عقد المشاورة القانونية هو عقد عمل فالمحامي يقوم بعمل مادي عندما يقدم المشورة لعمليه خارج مجلس القضاء وعندما يحرر له العقود والمستندات ..." . قرار محكمة التمييز المرقم ٣٨٤/هيئة عامة أولى/٧٥ بتاريخ ١٩٧٦/٤/٣. منشور في مجلة الأحكام العدلية ، تصدر عن القسم الإعلام في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص ١٠٢- ١٠٤.

(١٦) د. جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٠ ، ص٧٧ . د.مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ، دار الكتب القانونية ،مصر- المحلة الكبرى ، ٢٠٠٥ ، ص١٦٨.

(١٧) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٧٤ . د. جمال مرسي بدر ، مصدر سابق ، ص٧٩-٨٢.

(١٨) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٧٥، هامش رقم (١) .

(١٩) د. مصطفى عبد الجواد ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ -١٦٩.

(٢٠) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٧٤ -١٧٥.

(٢١) د. جمال مرسي بدر، مصدر سابق ، ص ٨٢-٨٤.

(٢٢) علي عبد العالي خشان الاسدي مصدر سابق ، ص١٦.

(٢٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ ، الفقرة (٢) من الهامش رقم (١). وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه أن " الوصاية نوع من أنواع النيابة القانونية ، تحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني الى ذلك الأخير ....." الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/١٦ ص١٧٩. الحكم منشور على الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية . ينظر الموقع الالكتروني (WWW.arablegalportal.org) تاريخ الزيارة ٢٠١٥/٥/١٠.

(٢٤) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني ، أطروحة دكتوراه - كلية القانون ، جامعة بغداد ،١٩٩١، ص١٤٥.

(٢٥) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٩، ص٩٠.

(٢٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١ ، دار النهضة العربية، ١٩٦٦ ، ص٦٠ ، د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٩٠-٩١.

(٢٧) د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٠ . د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق، ص٥٦.

(٢٨) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٧، ود. جاسم العبودي ، مصدر سابق ،ص١٤٨ومابعدها .

(٢٩) نصت المادة (٢/٩٣٠) من القانون المدني العراقي على أنه (ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً، وان لم يكن مأذوناً.).

(٣٠) د.عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦١.

(٣١) د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٣. د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٨٦.

[٣٢] د. حسن علي الذنون ، مصدر ، ص٦٢. ود. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٧.

[٣٣] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٧.

[٣٤] د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ص١٨٠.

[٣٥] المصدر نفسه ، ص١٨١.

[٣٦] د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٦١ود. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٨.

[٣٧] د. السنهوري ، مصدر سابق ، ص٦٢، ود. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص١٨٢-١٨٣.

[٣٨] توافقها المادة (١/٧٠٣و٢) من القانون المدني المصري. ولمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص٥٩ و ١١٧.

[٣٩] د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص١٣.د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، الجزء ١ – نظرية الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف – الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٥٨.

[٤٠] د. مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، الوكالات غير القابلة للعزل ، دار النهضة العربية ، دون ذكر سنة نشر ، ص٨.

[٤١] محمد رضا عبد الجبار العاني، مصدر سابق ، ص٥٢.

[٤٢] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص ٥٥ .

[٤٣] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد الوكالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٦، ص١٧.

[٤٤] د. جاسم لفته سلمان العبودي ، مصدر سابق ، ص ٤٧ – ٥٧.

[٤٥] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٥ هامش رقم (١).

[٤٦] المصدر نفسه أعلاه ، ص ٥٧ – ٥٩ . د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ -١٨٣.

[٤٧] محمد رضا عبد الجبار العاني، مصدر سابق ، ص ٢٩-٣٠ .

[٤٨] د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق ، ص٨٤.

[٤٩] د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الأول – مصادر الالتزام ، الطبعة ٥ ، مطبعة دار النديم – بغداد ، بدون ذكر سنة نشر ، ص ١١٨ ، هامش رقم (١) .

[٥٠] محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

[٥١] د.جاسم لفته سلمان العبودي ، مصدر سابق ، ص١٢١ – ١٢٢.

[٥٢] د.جمال مرسي بدر، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

[٥٣] د. جمال مرسي بدر، دراسات في النظرية العامة للنيابة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، ١٩٥٩، ص١٠٥.

(٥٤) د.جاسم لفته سلمان العبودي، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

(٥٥) د.عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - القاهرة ، ١٩٤٦، ص ٥٨.

(٥٦) موافق لنص المادتين (٧٠٣ -٧٠٤) من القانون المدني المصري. ولمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٨٤. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، الجزء ٧ ، المجلد ١ ، ص٤٢٧ - ٤٣٠.

(٥٧) لمزيد من التفصيل ينظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٥٨) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(٥٩) د.مصطفى عبد الجواد، مصدر سابق، ص ١٨٣- ١٨٤.

(٦٠) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٥٩.

(٦١) د.جاسم لفته سلمان العبودي ، مصدر سابق، ص ٢٨١- ٢٨٢.

(٦٢) علي عبد العالي خشان الاسدي ، مصدر سابق ، ص١٦.

(٦٣) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٦٤) د.جاسم العبودي، مصدر سابق ، ص ١٤. و د.مصطفى عبد الجواد ، مصدر سابق ، ص ١٨٤.

(٦٥) ينظر : د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٠.

(٦٦) نصت المادة ٥٨٩ من القانون المدني العراقي على أنه (لا يجوز للوصي المنصوب أو القيم المقام من قبل المحكمة، أن يبيع مال نفسه للمحجور ولا أن يشتري لنفسه شيئا من مال المحجور مطلقا، سواء كان ذلك في خير للمحجور أم لا.) أما المادة ٥٩١ فقد نصت على (لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمحجور، ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه.).

(٦٧) د.سعيد مبارك و د.صاحب الفتلاوي و د.طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، ١٩٩٢-١٩٩٣،ص ١٥٥.

(٦٨) –نصت المادة ٥٩٢ من القانون المدني العراقي على أنه (١ – ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها، وليس لأحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه.

٢ – على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا أجازه من تم البيع لحسابه، متى كان وقت الاجازة حائزاً للأهلية الواجبة، اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الاول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع.).

(٦٩) - ينظر نصوص المواد (٥٨٨ ، ٥٩٠ ، ١٢٨٩) من القانون المدني العراقي.

(٧٠) - لمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٢.

(٧١) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مصدر سابق، ص ١٩١.

(٧٢) من هذا الرأي : د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٦٥.

(٧٣) د.عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصدر سابق ، ص ٦٢. د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٢-٦٣.

(٧٤) من هذا الرأي: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٣.

(٧٥)) د.جاسم العبودي، مصدر سابق ، ص ٣٢٦.

(٧٦) د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مصدر سابق، ص ٣٥٢.

(٧٧) وهو ما أكدته محكمة التمييز في بعض قرارتها ، إذ جاء في أحدها "... تنتهي الوكالة بموت الموكل ولا يجوز التمسك ببقائها بحجة تعلق حق الغير بها لان هذا الادعاء لا يمكن التمسك به الا في حالة عزل الوكيل من قبل الموكل واما في حالة الوفاة فالوكالة تنتهي مطلقاً...) قرارها المرقم ٢٢٢١/مدنية ثانية/عقار/١٩٧٤ . يراجع : مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ،السنة السادسة ،نيسان –مايس–حزيران ، ١٩٧٥ ، ص٩٤-٩٥.

(٧٨) نصت المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين على أن (تنتهي مهمة الوصي في الحالات الاتية .... : - خامسا – موته - أي الوصي - او موت الصغير) . ولمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٦٧. د.عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق، ص١٤٩.

(٧٩) نصت المادة (٣٩) على انه (تنتهي مهمة الوصي في الحالات الاتية ..... رابعاً- فقدان اهليته او ثبوت غيبته).

(٨٠) د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

(٨١) لمزيد من التفصيل يراجع : د. جاسم العبودي، مصدر سابق، ص ٣٣١. ولقد قضت محكمة التمييز بهذا الحكم في كثير من قرارتها ، إذ جاء في احدها "إذا عزل بائع العقار وكيله الدوري بعد تسجيل العقار لدى الكاتب العدل وانذر المشتري والوكيل ودائرة التسجيل العقاري بذلك فان تسجيل البيع لدى تلك الدائرة من قبل الوكيل بعد الإنذار يعتبر باطلاً ...." . قرارها المرقم ٢٥٨٥/مدنية ثانية وثالثة/٧٥ في ١٩٧٥/٩/١٦ . ينظر: مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص٥٣ -٥٤.

(٨٢) – توافقها المادة (١/٧١٥) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (يجوز للموكل فى أي وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ...)

(٨٣) د. جاسم العبودي، مصدر سابق، ص ٣٣٣- ٣٣٩.

(٨٤) لمزيد من التوسع ينظر : المصدر نفسه ، ص ٣٤٨.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً : المعاجم العربية:

١ - الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد ٨ ، دار الحديث - القاهرة ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

٢ - فخر الدين بن محمد الطريحي ، مجمع البحرين ومطلع النيرين ، ج٤ ، باب النون ، دون ذكر مكان وسنة طبع.

ثالثاً: الكتب القانونية:

١ - د.احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج٢، دون ذكر مكان وسنة طبع..

٢ - د. إسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٦٦.

٣ - د. جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠.

٤ - د. جمال مرسي بدر، دراسات في النظرية العامة للنيابة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، ١٩٥٩..

٥ - حارث سليمان الفاروق ، المعجم القانوني ، ج١، دون ذكر مكان وسنة نشر.

٦ - د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، جا١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٩.

٧ - د.سعيد مبارك و د.صاحب الفتلاوي و د.طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، ١٩٩٢-١٩٩٣.

٨ - د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف – الإسكندرية ، ٢٠٠٤.

٩ - د.عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،القاهرة ، ١٩٤٦.

١٠ -د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، الجزء (٧،١) ، منشأة المعارف – الإسكندرية ، ٢٠٠٤.

١١ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج١ ، دار النهضة العربية، ١٩٦٦..

١٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية، دون ذكر سنة نشر.

١٣- د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ذ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١ ، ١٩٨٠.

١٤- د. عصمت عبد المجيد بكر ، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين ،دون ذكر مكان وسنة نشر.

١٥- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد الوكالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط١ ، ٢٠٠٦.

١٦- د. مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، الوكالات غير القابلة للعزل ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر.

١٧- محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، مطبعة العاني - بغداد ، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.

١٨- د. مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ، دار الكتب القانونية ،مصر- المحلة الكبرى ، ٢٠٠٥.

رابعاً: الأطاريح والرسائل الجامعية:

١- د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني ، أطروحة دكتوراه / كلية القانون ، جامعة بغداد ،١٩٩١.

٢- علي عبد العالي خشان الاسدي ، تعاقد الشخص من نفسه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠٠٤.

خامساً: المجموعات القضائية:

١- مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن القسم الإعلام في وزارة العدل، العدد الثاني،السنة السادسة ،نيسان – مايس– حزيران ، ١٩٧٥.

٢-مجلة الأحكام العدلية ، تصدر عن قسم الإعلام في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، ١٩٧٦.

٣- مجموعة الأحكام العدلية ، تصدر عن قسم الإعلام في وزارة العدل ،العدد الثالث ، السنة السابعة ، ١٩٧٦.

سادساً: المواقع الالكترونية:

- قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية منشورة على الموقع الالكتروني (WWW.arablegalportal.org).

سابعاً: القوانين:

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٤- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

Abstruct

The conduct legal actions is the most important contract to be either in person or on behalf of, so is the prosecutor in the hiring of the most important legal systems, especially in the conduct of legal actions, which required the legislature to make them count, especially in the legal texts and the organization of its provisions importance, however, refer to the provisions of the Iraqi civil law reveals the absence of a general theory governing the provisions of the prosecutors in the contract because limited to organize the agency is not enough in this regard because it is a form of prosecution in the contract, and depending on what progress has been distributed legal texts that prosecutors control the contract we have in Iraq more than the law as a law case personal care Act of minors as well as the Iraqi civil law.

So we tried in this modest study heal included these provisions and to compare the provisions of the Egyptian Civil Code, which put a general theory among its provisions to regulate the provisions of the prosecutors in the contract, and stand on the legal rooting for on behalf of the contract and whether based on the will of the principal or deputy or two wills together, and we came to several conclusions Othbtnaha at the conclusion of the study and recommendations Ohfnaha was the most important need for the legislature puts legal texts on behalf of the general theory of be in the contract while retaining the previous detailed legal texts in their habitat.

Legal regulation on behalf of the contracting

(A Comparative Study between Iraqi – Egyptian civil law)

BY

A.Lec. Ahmed A. Kazem AL-Yasiri