الوكالة الظاهرة

ضمير حسين المعموري
كلية القانون–جامعة بابل

المقدمة

يتأسس العقد تكوينا وآثارا بصورة عامة،على إرادة طرفيه،أي تراضيهما،ويعتقد أصحاب مذهب سلطان الإرادة أن الأخيرة لها الدور الأكبر في تكوين العقود وترتيب آثارها،فضلا عن بقية الروابط القانونية،وإن لم تكن تعاقدية،فمنشأ الالتزامات التعاقدية وأثارها تعود للإرادة الحرة[1]. وقد تحول هذا المبدأ إلى دعامة من دعائم المنطق القانوني شيدت عليه،أو على نتائجه الكثير من النظريات والأحكام القانونية وبتأثير من شيوع الأفكار الاشتراكية وقيم التضامن الاجتماعي وحملات الانتقاد الشديد التي شنها خصوم هذا المبدأ ،فقد تعرض لانتكاسة واضحة،وما بين إفراط أنصاره وتفريط مناوئيه،توسّط اتجاه ثالث دعى إلى تقييد هذا المبدأ وبما يحقق المصلحة العامة،حيث يرى هذا الاتجاه إن للإرادة دورا مهما ونشطا ضمن دائرة العلاقات المالية الشخصية وفي إطار القانون الخاص[2].

والحد الأدنى المتفق عليه،بين الجميع،في خصوص هذا المبدأ هو أن للإرادة الحرة دورا في نشأة الالتزامات العقدية وترتيب آثارها وان الأشخاص لا يلتزمون بالعقود الا بما كان ثمرة إرادتهم،ولا يصح إلزام شخص دون رضاه من جانب،وتراضيه من جانب آخر .

والحقيقة، إن مبدأ الرضا في العقود تكوينا وآثارا،يعدّ من ثوابت نظرية الالتزام – والتي تعد العمود الفقري للقانون الخاص برمته،وليس القانون المدني فحسب،والتي تتمتع بنفوذ علمي ضاغط يصعب التخلص منه،في أحيان كثيرة، وتحتاج هذه السيادة المطلقة إلى إعادة النظر في مصداقيتها، وقد تزلزلت هذه المصداقية كثيرا فيما يتعلق بالآثار لكون اغلب آثار الالتزامات،وفق التوجهات الحديثة،التزامات جعلية موضوعة من القانون تأكيدا لحكم العقد بوصفه نظاما قانونيا يهدف إلى تحقيق التوازن الاجتماعي والاقتصادي، ولا يسمح القانون، في مواضع كثيرة،تغييرها أو تعديلها،ولعله تعتبر (الوكالة الظاهرة) وتطبيقاتها مثالا على قيام العقد او استمرار قيامه وتحمل آثاره،على الرغم من عدم صدور رضا من الموكل بذلك،مما يؤكد، هذا، جانبا من عدم المصداقية المطلقة تلك،ونبادر للقول،ها هنا،أن ذلك كله منبت الصلة باعتبارات النظام العام،مما يمكننا معه اعتبار الوكالة الظاهرة استثناءا على هذا المبدأ وخرقا كذلك لتلك السيادة المطلقة المزعومة .

وسعياً إلى تنظيم الأفكار وتأطير حدودها فيما يتعلق بموضوعة البحث وحسن دراسته بشكل علمي،يلزم تقسيم هذا البحث إلى تمهيد ومبحثين .

ونتولى في التمهيد بيان النيابة وأحكامها العامة بشكل موجز, في حين نخصص المبحث الأول إلى الوكالة الظاهرة فسنخصص المبحث الثاني إلى الآثار الناجمة من تلكم التطبيقات وحتى إذا انتهينا من ذلك كله, أجملنا مستخلصات البحث بخاتمة.

النيابة وأحكامها العامة

لعل جانبا واسعا من نطاق الاختلاف الذي أثارته،وتثيره،نظرية النيابة،فضلا عن التفسيرات التي قدمت لتبريرها مرده إلى تأثير نظرية الالتزام في ذلك،وتسلطها الذي يصعب في أحيان كثيرة الانفكاك منه، كما قلنا سابقا، وهكذا فالنيابة منظورا لها من جانب نظرية الالتزام تثير كثيرا من المشاكل قاسمها ارتباط شخص بإرادة غيره،مما يعد خروجا على نسق نظرية الالتزام المدني [3].

1– د. عبد الرزاق أحمد السنهوري،نظرية العقد – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع – مطبعة دار الكتب المصرية – 1353 هـ – 1943 م – ص 107 وما بعدها .

2 – د. عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 – دار احياء التراث العربي – بيروت – بلا تاريخ طبع – ص 148 .

1– د. جمال مرسي بدر – دراسات في النظرية العامة للنيابة – حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،مطبعة جامعة الإسكندرية – 1959 – ص10 .

ومكمن الإشكالية القانونية لطبيعة النيابة تبرز في مجال تحديد الإرادة التعاقدية في التصرف المبرم بطريق النيابة،ذلك،أن مثل هذا التصرف يشتمل على ثلاثة أشخاص أو يمتد لينال بتأثيره ثلاثة أشخاص هم كل من : الأصيل،الوكيل،والغير .

وإذا كان الغير،والذي هو أحد طرفيّ العقد،يعبّر عن إرادته،دون ملابسات أو شبهات فإن الإرادة التي ستلتقي بإرادته قد تلابسها شبهات نسبتها إلى أحد الآتيين الأصيل،ام النائب.ويتوقف على هذه الإجابة الكثير من الأحكام، ونلخص القول بأن إرادة النائب موضع الاعتداد والاهتمام لا إرادة الأصيل حسب الرأي الأول وبإرادتهما – المشتركة – النائب والأصيل معا حسب الرأي الثاني[1].

وتعرف النيابة بأنها (حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل،مع إضافة الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل ....) [2]، حيث ينصرف اثر العقد إلى الأصيل – على الرغم من عدم مباشرته للعقد شخصيا،وباتت هذه النتيجة مسلمة في الفقه الغربي،بعد طول تطور.

والنيابة تبعا لمصدرها،إما ان تكون قانونية كما في الولي والدائن أو قضائية كما في الحارس القضائي والوصي وأمين التفليسة .... وإما أن تكون اتفاقية،وبعبارة أدق،إرادية ،ويتولى القانون تحديد مدى النيابة وصلاحياتها في النوع الأول والثاني على الرغم من اختلاف المصدر بينهما،بينما تتولى الإرادة ذلك في النوع الثالث[3].

والنيابة تكون في التصرفات القانونية القابلة للإنابة،ذلك لأن منها ما يتعلق بذمة الشخص فلا يقبل الإنابة،فضلا عن الأعمال المادية .

وللنيابة تطبيقات عدة،وقد خلى القانون المدني العراقي من نصوص تشريعية تشتمل على نظرية كاملة للنيابة،كما فعلت بعض التقنينات المدنية [4]،مكتفيا بما أورده من أحكام عقد الوكالة وبعض النصوص

التشريعية الأخرى ذات العلاقة،وهو مقتفيا في ذلك أثر الفقه الإسلامي في هذا الشأن،في إعتماده على إبراز أهم التطبيقات الواقعية دون كبير إهتمام برسم النظريات العامة،ولا يعني هذا إغفاله بقية التطبيقات،بل وحتى الجزئية،أحيانا،لكن دونما نظرية عامة تنتظم فيها، ذلك ان هذه التطبيقات تكون بمجموعها نظرية النيابة،ولعلنا اذا ما حاولنا التماس العذر في ذلك،وان لم نكن بهذا الموقع،أمكننا القول ان عدم تقنين جميع هذه الأحكام في موضع واحد (نظرية) له حسناته المتمثلة بان هذا النهج يعطي للتطبيقات انتمائها الحقيقي ويجعلها أكثر تعبيرا عن ذاتيتها،وبالتالي أكثر قدرة على الاستجابة لمعطيات الواقع المتغير، لان النظرية تعني،فيما تعني،إقحام الكل في مقاسات واحدة دون نظر لخصوصيتها ولعل في هذا فوات بعض المنافع،فضلا من ان لكل تشريع انتماءاته وتأثراته بهذه الشريعة القانونية أو تلك،وليس بالضرورة ان تتوحد هذه التشريعات في طرق معالجاتها وليس المعالجات ذاتها،بل حتى تغيّر المعالجات بين القوانين

2– د. جمال مرسي بدر – المصدر السابق – ص 6 وما بعدها.

3–د. محمود سعد الدين الشريف،شرح القانون المدني العراقي،نظرية الالتزام – مطبعة العاني – بغداد،1374 هـ – 1955 م – ص 127 .

4–د. عبد الرزاق أحمد السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي،منشورات محمد الداية – بيروت – لبنان – بلا تاريخ – ج5– ص 144

5–انظر على سبيل المثال القانون المدني المصري المواد(104 م – 108 م) والقانون المدني الاردني المواد (108 – 115).

المختلفة،لاختلاف الأزمنة والأمكنة،ليس هناك من ينكره[1]. وانتهى الفقه بعد طول نقاش واخذ ورد الى تقريران النائب انما يعبر عن إرادته هو لاعن إرادة الأصيل, بل وحتى في الفرض الذي تكون لديه تعليمات محددة من الأصيل،اذ في حدودها يعبر عن إرادته طبقا لتعليمات الأصيل وليس إرادة الأصيل[2] ويكفي لتحقق النيابة – حسب رأينا – توفر شرط واحد هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل[3].

يجب ان تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل وان يعبر النائب عن إرادته لاعن إرادة الأصيل،وتكون العبرة بإرادة النائب ونيته لا بإرادة الأصيل ونيته[4] حسب الأصل،مادام العقد ينعقد بإرادته،وينبني على هذا انه فيما يتعلق بعيوب الرضا يعول على إرادة النائب وليس على إرادة الأصيل،وكذلك فيما يتعلق بحسن وسوء النية[5].

ذلك انها كذلك،عندما تكون الإرادة بمظهرها الخارجي،وبمضمونها الداخلي هي ارادة النائب،وليست كذلك عندما تكون إرادته بمضمونها الخارجي دون الداخلي وذلك عندما يصدر الأصيل تعليمات يلتزمها النائب في ابرام وتنفيذ العقد [6]، إذ التعويل،هنا على نية الأصيل،طالما كان الوكيل يعمل في ضوء تعليمات صادرة له ولم يتجاوز حدود الصلاحيات المرسومة له في ذلك،فالمعول عليه في مثل هذا الفرض نية الأصيل لا ارادته بل ارادة الوكيل.واذ يصدق هذا القول،حسب جانب في الفقه[7]،في ظل توجهات القانون المدني المصري،فهو لا يصدق بجملته في ظل توجهات القانون المدني العراقي اذ المستقرىء لهذه النصوص يجدها عولت على الإرادة المشتركة للنائب والأصيل[8] .

وفيما يتعلق بالأهلية،فمن المتفق عليه فقها وتشريعا،هو "ان الشخص الذي تصدر عنه الإنابة يجب ان تتوافر فيه الأهلية القانونية لإبرام التصرف المناب فيه،ولكن يكفي لكي ينتج التصرف أثره بين الأصيل

1–يذكر ان القانون المدني الفرنسي يتوافق توجهه مع توجه المشرع العراقي في عدم ذكره نظرية عامة تنتظم النيابة مع ذكره لتطبيقات عديدة لهذه النظرية .

2– جمال مرسي بدر – المصدر السابق – ص 24 – 27 .

3–يكاد يجمع الفقه ان للنيابة ثلاثة شروط هي : (1– حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل 2– ان يتعاقد النائب باسم الأصيل 3– ان لايتجاوز النائب الحدود المرسومة لنيابته, أنظر عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد– ص ،وكذلك د.اسماعيل غانم – في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – مكتبة عبد الله وهبه – عابدين – مصر،1966،ص 156 وما بعدها،وجمال مرسي بدر– المصدر السابق. ونعتقد ان النيابة تتحقق بالشرط الاول فحسب، اما الثاني والثالث فهما ليسا من شروط تحقق النيابة وانما من شروط انتاج النيابة لاثارها بحق الأصيل وهذا المعنى يؤكده د. اسماعيل غانم نفسه – المصدر السابق،ص 156 بقوله،(ويجب لكي يرتب العقد الذي عقده النائب آثاره مباشرة في ذمة الأصيل – ان يتوفر شرطان : ان يتم التعاقد باسم الأصيل،وان يكون في حدود سلطة النائب) .

4–انظر المادة(104)مدني مصري وكذلك المادة (105) مدني سوري.

5–السنهوري – الوسيط – المصدر السابق – الجزء 1 ص 192–193 .

6–د. إسماعيل غانم – المصدر السابق – ص157 – 158،وانظر كذلك المادة (933)مدني عراقي التي جاء فيها (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة) وبذات المعنى المادة (104/ ف2) مدني مصري التي جاء فيها (ومع ذلك،اذا كان النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله،فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو – الأصيل – او كان من المفروض ان يعلمها) ,وكذلك المادة (105) مدني سوري.

1–جمال مرسي بدر– المصدر السابق – ص14 والفقه المشار اليه من قبله .

2–انظر على سبيل المثال المواد على التوالي (933، 936، 943) مدني عراقي.

والغير ان يكون النائب متمتعا بأهلية التمييز وان لم تتوافر فيه الأهلية اللازمة لإبرام ذلك التصرف باسمه شخصيا"[1] .

اما تعاقد النائب باسم الأصيل ولمصلحته،وتعاقده في حدود نيابته،فقد سبق وان قلنا انهما شرطان لتحقق آثار النيابة وليسا شروطا للنيابة ذاتها،وسنرجئ الكلام في الثانية – تعاقد الشخص في حدود نيابته الى موضع لاحق ونكتفي هنا بكلمة موجزة فيما يتعلق بتعاقد النائب باسم الأصيل ولمصلحته،فنقول يجب ان يتعاقد النائب مع الغير باسم الأصيل ولحسابه[2] وهذه النية في التعاقد قد يعبر عنها تعبيرا صريحا وهذا قد يكون كتابة أو عبارة وقد يعبر عنها بشكل ضمني[3] كما في بيع مستخدم بضاعة مخدومة وكالخادم يتعاقد عن سيده،"فيجب ان يبين النائب انه يعمل باعتباره نائبا،أي يقصد إسناد اثر العقد الى الأصيل"[4] .

ويستثنى من ذلك أن يستوي الغير في ان يتعامل مع النائب أو مع الأصيل كما ذكرت المادة 943 مدني عراقي أنه ((اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلا،فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه،الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل أو الموكل : فله ان يرجع على أي من الموكل والوكيل،ولأيهما ان يرجع عليه)).

اما آثار النيابة،إجمالا،فان التصرفات التي يعقدها النائب باسم الأصيل وفي حدود صلاحياته ولمصلحته تعود حقوقها والتزاماتها الى الأصيل،وبحكم ذاتية العقد ودونما حاجة الى أي إجراء[5] فهو طرف العقد وليس النائب على الرغم من عدم مباشرة الأخير له.ولا تنصرف حقوق العقد ولا التزاماته الى النائب، فهو لايملك حق المطالبة بشيء ولا يحق مطالبته بشيء،الا اذا كان نائبا يملك ذلك بموجب صلاحياته والتزاماته فيتحمل الالتزامات ويطالب بالحقوق[6] لا بوصفه شخصيا وانما بوصف نيابته عن الأصيل،وهذا لا يعد استثناءا لما سبق بل تطبيق له.

المبحث الأول

الوكالة الظاهرة

الوكالة (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) [7]، أما موضوعة بحثنا الوكالة الظاهرة فيمكن تعريفها بأنها ثبوت صفة الوكالة لشخص عن آخر متى وجد الأول برضا الثاني في وضع من شأنه حمل الغير على الإعتقاد بأن له بمقتضى القانون أو العادات مكّنه التصرف باسم ذلك الشخص الآخر[1].

3–انظر المادة (5) من مشروع القانون الخاص الموحد سنة 1955،وبمعنى قريب من ذلك انظر المادة (1990) مدني فرنسي والمادة (165) مدني ألماني كذلك المادة(930) مدني عراقي وكذلك المادة (107)مدني مصري، وانظر كذلك فيما بتعلق في موقف الشريعة الانكلوسكسونية .

Moira Macmillan-scottish Business Law-3rd Edition –Financial Times –Pitman Publishing- p196 .

4–السنهوري المصدر السابق،الوسيط – ج1،ص199 .

[3] -Moira Macmilln-op cit. p198.

5–السنهوري – مصادر الحق – المصدر السابق ج5 – ص 175.

6–انظر المادة (942) مدني عراقي، (107)مدني مصري.

1– لمزيد من التفصيل انظر السنهوري–المصدر السابق–نظرية العقد–ص224.وأنظر كذلك Moira Macmilln-op cit. p323

2– انظر المادة (927)مدني عراقي،وقد عرف القانون المدني المصري في (المادة 699) الوكالة بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل) وكذلك المادة(1984)مدني فرنسي والمادة (416)مدني سوداني وكذلك الفصل (1104) مجلة العقود والالتزامات التونسية والمادة (575)مدني جزائري.

ويترتب على ذلك،إن الإنابة الظاهرة تستنتج من الظروف متى كان الأصيل (Principal) قد ساعد في إيجاد مراكز تمنح النائب بموجب العادات مكنه التصرف باسم الأصيل ..، وقوام مبدأ الإنابة الظاهرة الذي رسم أسسها القضاء وأيدها الفقه ولا تعدم التطبيقات التشريعية هو (إن نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير الذي يتعامل معه الوكيل لمجرد الألفاظ التي صيغت فيها الانابة،بل أن للظروف التي تحيط بها والضرورات التي تقتضيها المعاملات نصيبا في تحديد مدى سلطات النائب وتعيين ما يدخل في مكنته وما يخرج عنها من التصرفات)[2].

وتتطلب الانابة الظاهرة عنصرين للتحقق وتحققها يتخذ صورا مما يعني أنه سيتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول الى عناصرها والثاني الى صورها .

المطلب الأول

عناصر الوكالة الظاهرة

يلزم لتحقق الوكالة الظاهرة توفر عنصرين هما العنصر المادي والمعنوي ويراد بالعنصر المادي مجموعة المظاهر الخارجية الصادرة أو المنسوبة للموكل بغض النظر عن درجة تقصيره، مما يحمل الغير الاعتقاد أو الافتراض بصحة وكالة الوكيل،أي ان يكون الغير حسن النية في اعتقاده وهو ما نقصده بالعنصر الشخصي،وهذا ما سنتحدث فيه تباعا :

اولا:العنصر المادي

يعرف الظاهر عموماً بأنه ذلك (الوضع المخالف للحقيقة والذي يخفي وضعا حقيقيا يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون)[3]،أما العنصر المادي للوكالة الظاهرة فهو أنماط السلوك،ومظاهر التصرف الخارجية الصادرة من الموكل أو المنسوبة اليه،مما يولد اعتقادا في نفس الغير بأن هذه المظاهر الخارجية تعكس وضعا ينال حماية القانون.

"وهذا المظهر الخارجي يخفي وضعا حقيقيا ويتخذ عناصر وجوده وحركته وسيلة يثبت فيها وجوده وممارسته هو في ذاته،ذلك ان الشرعية في بعض الأحيان قد تعمل لصلح صاحب الوضع الوهمي متى توافرت في مركزه تلك العناصر "[4] .

وتنشأ الإنابة الظاهرة من خلال تحقق مظهر خارجي للوكالة صادر من الموكل يحمل الغير على الاعتقاد بقيام الوكالة،وهذا ما يميز الوكالة الظاهرة من الوكالة الضمنية[5].

(Implied Agency) التي تتجه ارادة الموكل فيها وبشكل حر الى إبرام عقد الوكالة بصورة ضمنية على خلاف الوكالة الظاهرة حيث لا تتجه إرادته الى ذلك انما تصدر منه أعمالٌ يتصورها الغير وبحسن نية

3- مستفاد من المادة (4) من مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،ولأهميتها في البحث ندرجها هنا،اتماما للفائدة (تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر متى وجد الأول برضا الثاني في وضع من شأنه بمقتضى القانون والعادات ان تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر) .

4- د. جمال مرسي بدر المصدر السابق ص 42 وانظر فيما يتعلق في تطبيقات القضاء الانكليزي ، chitty on contract – 22 ed- Vol second p 21-22 & 509-510 .

1- عدنان ابراهيم سرحان – الأوضاع الظاهرة – ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن – رسالة ما جستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد 1986،ص 54 .

2- د. عبد الحي حجازي – سندات الائتمان المصرفية – ج1 – القسم العام – القاهرة – بدون تاريخ طبع – ص.

3 – السنهوري – مصدر سابق – الوسيط – ج7 ص610 .

على انها وكالة، وعندما يتجاوز الوكيل حدود وكالته،يجب لتحقق الوكالة الظاهرة ان تكون ملابسات نشاط الموكل تساعد على الاعتقاد وبشكل معقول (Reasonable Standard) ان هذا الشخص وكيل عن الأصيل كان تكون الوكالة قد صيغت بعبارات غامضة تفضي الغموض عليها مما يجعل الغير محقا باعتقاده بان الوكيل يتصرف وفق صلاحياته المخولة[1] أو ان يتجاوز الوكيل حدود وكالته دون اعتراض من الموكل.وفي حالة انتهاء الوكالة لعزل الوكيل أو موت الموكل ولم يقم الموكل بما يجب عليه من إعلان أو إعلام كاف في الأول ولم يتصدى الورثة لاشاعة أو نشر خبر وفاة مورثهم (الموكل) في الثانية [2]، أو ان يضع الشخص اسم الموكل على إعلاناته التجارية ودون اعتراض من الموكل[3] فان ما ذكر سابقا سيكون كافيا لخلق أو إيجاد العنصر المادي للوكالة الظاهرة .

ويظهر ان العنصر المادي،هنا،هو السلوك أو المظهر الخارجي الصادر أو المنسوب الى الموكل وبغض النظر عن درجة تقصيره والذي حمل الغير على الاعتقاد بأن من تعامل معه وكيل عنه ،. ويتحمل الغير هذا السلوك الخارجي الذي أوهمه،مع ضرورة أن يتناسب السلوك الخارجي مع خطورة وقيمة التصرف المبرم بين الغير والوكيل،وعلى الغير أن يثبت وبكافة وسائل الإثبات عن حقيقة هذا المظهر وبخلافه يكون مقصرا،مما لايكون كافيا لنهضة الوكالة الظاهرة .

ثانيا: العنصر الشخصي

هذا العنصر، على خلاف العنصر المادي، يمثل الأبعاد الأدبية والأخلاقية للإنابة الظاهرة،و إذا كان العنصر المادي،كما تعرفنا مجموعة من الممارسات وأوجه النشاط التي تكوِّن مركزا واقعيا يحظى بتأييد وحماية القانون فان ما يقدم المبرر على الترجيح والتغليب،على صاحب الحق هو هذا العنصر،وأهميته انه يقدم المبرر للاعتراف من عدمه،والترجيح ثانيا للمركز الظاهر، والتضحية بالمركز الحقيقي، أي تغليب المشروعية الاحتياطية على المشروعية الأصلية توفير السرعة وأمن المعاملات في الجماعة، فالعنصر الشخصي يمثل مجموعة القيم والاعتبارات الأدبية والأخلاقية والتي تقدم المبرر لتفضيل الغير،صاحب المركز الظاهري والإيهامي – على صاحب الحق ذو المركز الحقيقي والقانوني، ومن ثم توفير الحماية القانونية له [4]، وذلك لضرورة المبرر الذي تطمئن اليه النفوس، وهذا ما يمثل مبدأً أخلاقيا" عاماً، ويتسم بالعمومية في كافة جــوانب الحياة، وتستمر هذه العمومية، حتى عندما يلجّ هذا المبدأ نطاق القانون وهو ما يعرف بمبدأ حسن النية [5](Good faith).

ونقصد حسن نية الغير الذي يتعامل مع النائب ونعني بذلك انتفاء الإنابة أو بخروج التصرف عن حدوده[6]، أي ان يكون الغير الذي يتعامل مع النائب حسن النية يعتقد ان كل من تعامل معه نائبا وهذا الاعتقاد يجب ان يكون مبنياً على أسس معقولة قادت الغير الى الاعتقاد أو الافتراض[7]، فيجب ان يكون الغير لا يعلم

---

4 – السنهوري الوسيط – ج7 – ص 610 .

5–نعمان محمد خليل –المصدر السابق–ص80–82.

6– نعمان محمد خليل–المصدر نفسه –ص83.

1– نعمان محمد خليل – المصدر نفسه– ص 81 .

2– عدنان إبراهيم سرحان،المصدر السابق،ص 71.

3–جمال بدر مرسي المصدر السابق ص43 وانظر كذلك , (Those who deal with an agent The law of in insurance are entitled to take it for granted that he does his duty .)…. p. 315

7 –Theory and problem of Business law (third party which reasonably lead the third party to assume agency) P.308 .

ان الوكيل انتهت وكالته بموت الموكل،أو ان الوكيل عزل لحظة انعقاد التصرف أو أنها باطلة،أو أن العبارات الغامضة في سند الوكالة قد اتفق على توضيحها لاحقا،أو ان يكون الغير رغم اطلاعه على السند لم يستطع الوقوف على صلاحيات الوكيل التي وردت في ملحق منفصل،ولما كان المفروض ان الغير يتثبت من نيابة الوكيل قبل ان يتعاقد معه،وله في سبيل ذلك الاطلاع على سند وكالته[1]،فعندما يفترض علمه بانعدام وكالة الوكيل قبل ابرام التعاقد فسيكون ذلك أمرا معقولا،ويبني على ذلك ان الغير لا لموكل هو من يقع على عاتقه عبأ اثبات حسن نيته،وفي الغالب يستعين الغير اثباتا لحسن نيته باثباته لمظهر الخارجي المنسوب الى الموكل[2] تأسيسا على تحول الإثبات من المجهول الى المعلوم .

ويتحلل (حسن النية) لدى الفقه،عادة،إلى شرطين هما حسن النية والغلط المغتفر،وهذا لايعني إنهما شيئان منفصلان،بل هما يمثلان في الحقيقة فكرة واحدة .

وقدمت تعاريف،عدة،لحسن النية،وان اختلفت في عباراتها ومبانيها بسبب اختلاف المنطلقات لكنها متفقة النتائج،فقد عرفها جانب بأنها (الإعتقاد بمراعاة كافة الشروط اللازمة لسلامة علاقة معينة)[3]، وعرفها جانب آخر ((إعتقاد الغير بأنه يتعامل مع من يتمتع بأهلية التصرف))[4] وقال ثالث بأنه يعد حسن النية كل (من يجهل انه يعتدي على حق الغير مالم يكن جهله ناشئا عن خطأ جسيم [5]

في حين يرى القضاء العراقي ان حسن النية هو عدم علم الغير..[6].

ويمكن فهم عباراتهم على انها عدم العلم بالخلل الذي يعتري العلاقة،والعلم المقصود،هنا،هو العلم الموصوف لا البسيط،أي أن يكون علما أكيدا لايخالطه شك،لأن من يتحرك بموجب الشبهات والظنون يكون قد أغفل واجب التحري والبحث المفروض على الرجل المعتاد فعليه أن يتحمل نتائجه [7] .

والسؤال الذي يطرح هنا،هو هل يشترط لتحقق الانابة الظاهرة أن تتوفر حسن النية في حق كل من النائب والغير أم الغير وحده ؟

ان المنهج الذي اقرت بموجبه الانابة الظاهرة كتطبيق،فضلا عن الوضع الظاهر كنظرية،هو حماية الغير حسن النية وتحقيق الأمان والإستقرار في المعاملات،يدعونا إلى أن نقرر الإكتفاء بتوفر حسن نية الغير

وبذات السياق انظر المادة 2009 مدني فرنسي والتي تقرر التزام الأصيل بتعهدات الوكيل للغير حسن النية .

5- انظر المادة 158مدني مصري،والفصل (1152)مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

6-السنهوري،الوسيط،ج7 - المصدر السابق،ص 606،607 .

1- د. عز الدين عبد الله،حماية خصة بالدائنين المرتهنين في القانون المدني المصري،رسالة مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول،1942 ص39 ,نقلاعن عدنان ابراهيم سرحان-المصدرالسابق.

2-د. حسن الذنون – الحقوق العينية الاصلية،بغداد،شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة،1954،ص222 .

3- د. رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية الاصلية – ج1 – الدار الجامعية – 1986 ،ص 75 , وتؤكد هذا المعنى المادة (965) مدني مصري حيث جاء فيها (يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير،الا اذا = =كان هذا الحق ناشئا عن خطأ جسيم،وانظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية. الذي جاء فيه (اذا كان هذا الاعتقاد يشوبه ادنى شك امتنع حسن النية)مشار اليه في عدنان ابراهيم سرحان ص 81 .

4- انظر قرار محكمة التمييز المرقم 50 / حقوقية ثانية / 70 في 19 / 3 / 1970،المشهداني – المصدر السابق ص 738 .

5- نعمان محمد خليل – المصدر السابق – ص 132 ،و عدنان ابراهيم سرحان المصدر السابق –ص 81.

فحسب،دون النائب،وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي والتونسي[1]،إلا أن ظاهر نص المادة (107)[2] مدني مصري انها تقرر خلاف ذلك،مع ان الفقه المصري متفق على أن حسن نية النائب لا تشترط إلا في علاقته مع الأصيل أو خلفائه،إذ يكفي أن يكون الغير حسن النية.

المطلب الثاني صورة الوكالة الظاهرة

تتحقق الوكالةالظاهرة بصورة , منها ,مجاوزة الوكيل حدود وكالته المرسومة،أو أن يستمر الوكيل في العمل،رغم إنتهاء الوكالة،وهذا هو محل حديثنا في القادم منه

اولا مجاوزة الوكيل حدود الوكالة المرسومة

الأصل أن يلتزم الأصيل بكافة النتائج القانونية لعمل وكيله طالما كان هذا العمل ضمن حدود وكالته الممنوحة له إذ نصت المادة 942 مدني عراقي على ما يلي ((حقوق العقد تعود إلى العاقد، فإذا تعاقد الوكيل مع الغير بإسم الموكل وفي حدود الوكالة،فإن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه إليه))[3] وعلى النائب ان يتقيد في ممارسته لوكالته بالصلاحيات المخولة له وعدم تجاوزها، حسب الأصل،إذ يعد الأخير أجنبيا عن هذا العمل،طالما جاوز النائب صلاحياته [4]، حتى لو كان الغير الذي تعامل معه الوكيل حسن النية،ما لم تكن هناك أسباب قوية دعته إلى الاعتقاد بأن النائب يمارس صلاحياته[5] .

وقد نصت المادة (944) مدني عراقي على ما يلي ((إذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل،ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة،أو عمل دون توكيل أصلا،فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفا على اجازته،ويجوز لهذا الغير ان يحدد للموكل ميعادا مناسبا يجيز فيه التعاقد.فان لم تصدر الإجازة في هذا الميعاد،تحلل من العقد)) .

واذا لم يجز من وقع التعاقد باسمه جاز الرجوع على الوكيل بالضمان ما لم يثبت علم الغير او وجوب علمه بانعدام نيابته[6] ومع ذلك،ينفذ العقد،الذي يبرمه الوكيل خارجا لحدود صلاحياته في حق الموكل، اذا كانت هناك مظاهر مادية منسوبة الى الموكل حملت الغير على الاعتقاد او الافتراض بوجود الوكالة[7] .

6- انظر المادة (948)مدني عراقي والتي جاء فيها ما يلى"لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها", وانظر كذلك الفصل (1163)مجلة الالتزامات والعقود التونسية حيث جاء فيها الآتي"عزل الوكيل عن كل الوكالة او بعضها لايكون حجة على من عاقد الوكيل جاهلا بالعزل...."

7- التي جاء فيها ما يلي" اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ,فان اثر العقد الذي يبرمه حقا كان او التزاما يضاف إلى الأصيل او خلفائه" وانظر- السنهوري - الوسيط-ج7- المصدر السابق- ص607 و609 ود.إسماعيل غانم - المصدر السابق - ص168, وهذا بدوره ما اكدته مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج2حيث ورد على الصفحة 104 منها مايلي"ويستوي في هذه الحالة ان يكون النائب عالما وقت التعاقد بانقضاء نيابته او يكون جاهلا بهذه الواقعة.

1- انظر كل من المواد (107) مدني مصري،و(106) مدني سوري والفصل (1149) مجلة الالتزامات والعقود التونسية والمادة (51) مدني سوداني والمادة(74)مدني جزائري والمادة(1999)مدني فرنسي .

2- انظر المادة (933) مدني عراقي .

3- السنهوري - نظرية العقد - المصدر السابق- ص216.

4-انظر المادة(945)مدني عراقي.

5-انظر في كفاية الافتراض وليس الاعتقاد

T.N Bright -Banking Law _ second edition-sweet&Maxwell.ltd-1969-p70. .

ونفترض،اننا سوف لانكون امام تلك الحالة الاستثنائية التي أشارت لها المادة (933) مدني عراقي والتي نصت على ما يلي (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة لها. على انه لا حرج عليه اذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود،متى كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذه التصرفات.وعلى الوكيل في هذه الحالة،ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز حدود الوكالة) وهي ايضا ليست،تلك الحالة المشار اليها في المادة (944)[1] مدني عراقي وهي ليست ايضا تلكم الحالة التي يتجاوز فيها الوكيل صلاحياته خطأ،ولا تلك الحالة التي يشار اليها على اساس الصورية.وهي ايضا ليست تلك الحالة التي تتمخض مجاوزة الصلاحيات فيها عن مصلح للأصيل[2] .

وعندما لا تتحقق أيا من الحالات المذكورة آنفا،هل تنصرف أعمال الوكيل خارج صلاحيات وكالته إلى موكله من عدمه ؟

بادئ،ذي بدء،نقول إن على الغير القيام بكافة واجبات التحري والتثبيت لغرض الوقوف على حقيقة صلاحيات الوكيل والاطلاع على سند وكالته ونفاذها،إن أمكن،حتى يستطيع أن يحتج بحسن نيته ومن ثم التمسك بالوكالة الظاهرة،وبخلاف ذلك يتحمل هذا الغير نتائج أفعاله البعيدة عن التبصر والتحري اللازمين وفق المعتاد من سير الأمور وحسب ما تقرره الأعراف والعادات.

وعند قيام الغير بواجباته في الاطلاع والتحري ورغم ذلك لم يتمكن من الوقوف على حقيقة صلاحيات الوكيل او تعذر الاطلاع أصلا لموانع مادية او أدبية فهل يمكن،هنا،وحماية له،الزام الأصيل بتصرفات الوكيل الخارجة عن حدود صلاحياته أصلا ...؟

ذلك ان الوكيل قد يتجاوز حدود وكالته اذا ما كانت عبارات الوكالة غامضة ومبهمة تثير الشك في معناها، أو واسعة المدى ولكنها مقيدة بتحفظات وبقيود لاعلم للغير بها من ذلك ما أشار له الفصل (1154) مجلة الالتزامات والعقود التونسية والتي نصت على ما يلي ((على الموكل نفسه إجراء ما التزم به وكيله في حقه بدون خروج عن حدود وكالته. أما القيود والعقود السرية التي بين الموكل والوكيل ولم ينص عليها في التوكيل فلا تكون حجة على الغير إلا إذا ثبت عليه العلم بها وقت العقد))[3].

في مثل هذه الحالة يلتزم الأصيل بتحمل نتائج أفعاله التي ساهم وساعد في إيجاد مبرارتها. وظهر من خلال الغير وكأنه وكيل ولا يستطيع الأصيل الاحتجاج بانعدام الوكالة[4].

ومن تطبيقات ذلك ما أشارت إليه المادة (59) من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يلي ((يجوز لمحكمة البداءة.التابع لها مركز المؤسسة .....أ – ب – ج – د – إلغاء الأعمال التي قام بها المديرون متجاوزين فيها حدود اختصاصاتهم أو مخالفين فيها أحكام القانون أو نظام المؤسسة. ويجب في هذه

1–التي جاء فيها الآتي " 1– إذا تعاقدا لوكيل مع الغير باسم الموكل , ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة او عمل احد دون توكيل أصلا ,فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفا على إجازته ".

2–انظر الفصل (1155) مجلة الالتزامات والعقود التونسية والذي مما جاء فيه ما يلي "لايلزم الموكل ما تجاوز به الوكيل حدود وكالته اوكان خارجا عنها الا في الصور الآتية: أولا–..... ثانيا–إذا انتفع به.ثالثا–إذا خالف الوكيل أمر موكله بما هو أحسن رابعا–إذا خالف الوكيل شرط موكله بالزيادة في التكاليف اذا كان الفرق يسيرا او مما يتسامح فيه في التجارة او عرف مكان العقد."

3– بذات المعنى انظر المادة (805 لبناني) وانظر كذلك. Bright, op.cit, p 75 والسنهوري– الوسيط – المصدر السابق – ج7 ص575.

4-Bright,op.cit,70.

الحالة أن ترفع دعوى الإلغاء في خلال سنتين من تاريخ العمل المطعون فيه. ولا يجوز توجيه دعوى الإلغاء قبل الغير حسن النية الذي كسب حقوقا على أساس العمل .))

وأخيرا فقد اختلفت التوجهات،فيما يتعلق بإلزام الأصيل،بتصرف الوكيل المتجاوز حدود صلاحياته يقتصر على تلك التجاوزات المرتبطة بتحقيق مصالح الموكل أم يتعدى ذلك الى تلك التي تحقق الأغراض الشخصية للوكيل ايضا ؟ اذ يرى جانب من الفقه – وهو موضع التأييد– ان تجاوز الوكيل حدود الوكالة تحقيقا لإغراض شخصية خاصة به تجعل الغير سيء النية،فلا يستطيع مثلا،موظف في شركة أن يسحب صكا على شركته وفاء لدين شخص له بذمته،اذ الغير هنا يعلم ان الموظف لا يملك إلزام موكله تحقيقا لمصالح غير موكله،مما يعتبر معه سيء النية،وينتفي إلزام الموكل على أساس الوكالة الظاهرة[1].

بينما اعتبر،جانب آخر ان الغير ينال الحماية سواء كان تجاوز الوكيل حدود وكالته جاء تحقيقا لمصلحته او لمصلحة موكله[2].

ثانيا :انتهاء الوكالة

انتهاء الوكالة يتحقق بأسباب عدة،منها،ما يرجع الى القواعد العامة ومنها ما يرجع الى أسباب[3] خاصة بعقد الوكالة،وأما ما كان سبب لإنتهاء فأنه يؤدي،فيما يؤدي اليه،الى ارتفاع الصلاحيات والسلطات التي كان يتمتع بها الوكيل،وبحكم وكالته عن الموكل ويصبح أجنبيا عن الاخير،ولعلّ جانبا كبيرا من القواعد العامة لانتهاء الوكالة لاتقدم فرصا لخلق مقومات الوكالة الظاهرة،على خلاف الاسباب التي ترجع الى الطبيعة الخاصة لعقد الوكالة،وهي تلك الاسباب التي يغلب عليها الاعتبار الشخصي لهذا العقد من مثل موت الموكل[4] أو الوكيل،والعزل والاعتزال [5].

ويترتب على انتهاء الوكالة ان تبقى الاثار قائمة ولا تزول بزوالها،فالأعمال القانونية التي باشرها الوكيل قبل وفاة الموكل تبقى قائمة وتنتج آثارها في شخصية الموكل،كما أن الوكالة تنتهي من وقت علم الوكيل بتحقق سبب الانتهاء لا من تاريخ تحقق السبب واقعا،ما لم يتزامن الحدثان .

وقد لا يعلم الغير الذي يتعامل مع الوكيل بانتهائها،او ان الصعوبة تحيط بامكانية علمه لاسيما مع حيازة الوكيل لسند الوكالة المنتهية،وقيام الغير بواجب الاطلاع والتثبت من السند،ورغم ذلك لم يتبين الانتهاء وتعامل مع الوكيل على أساس تمتعه بالصفة التي تؤيدها المظاهر المعقولة،وهذا ما دفع بعض الأنظمة القانونية الى اعتبار الوكالة المنتهية عنصرا يقوم به الركن المادي للظاهر،والذي يحدث آثاره مع توفر حسن نية الغير [6].

1- moira macmilla.op. cit , p.200

2-نعمان محمد خليل- المصدر السابق – ص158.

3- انظر في تفصيل الأسباب التي ترجع الى القواعد العامة. محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة – ط2- ج1 – المطبعة العالمية،16 ش ضريح سعد،مصر1371ه-1952م – ص444.

4- انظر المادة(946)مدني عراقي والت جاء فيها ما يلي "تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية او باتمام الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة" قرار محكمة " تمييز العراق " رقم 1222/م2 عقار/ 1974 في 1975/6/10 = والذي جاء فيه (تنتهي الوكالة بموت الموكل ....) ابراهيم المشهداني – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم القانون المدني،بغداد منشورات مركز البحوث القانونية – 1988،ص743 .

5- انظر الفقرة /2 من المادة 947 مدني عراقي التي جاء فيها (ولا يتحقق انتهاء الوكالة بالعزل،الا بعد حصول العلم للطرف الثاني.)

1- نعمان محمد خليل ,المصدر السابق- ص80 - 81 – و.Bright ,op.cit,p78

من ذلك ما نصت عليه المادة (948) مدني عراقي والتي جاء فيها (لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها) [1] وكذلك ما نصت عليه المادة (813) موجبات وعقود لبناني والتي جاء فيها (ان العزل من الوكالة او بعضها لايكون نافذا في حق شخص ثالث حسن النية اذا عاقد الوكيل قبل ان يعلم بعزله ....)،وكذلك المادة (15) من مشروع القانون الموحد في شأن النيابة والتي جاء فيها (موت الأصيل ينهي النيابة ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بموت الأصيل تنفذ في تركه هذا الاخير اذا كان الغير لايعلم بالوفاة في وقت أبرام تلك التصرفات واذا كان الأصيل شخصا معنويا فان انقضاء شخصيته ينهي النيابة بالطريقة نفسها) وكذلك المادة (2001) مدني فرنسي والتي جاء فيها (عندما لا يكون الوكيل عالما بموت الأصيل او لأي سبب يؤدي الى انتهاء الوكالة فان ما يقع في حالة جهله سيكون نافذا)،ويظهر ,تبني المشرع العراقي فكرة الوكالة الظاهرة فيما يتعلق بـــ (انتهاء الوكالة) وذات الأمر تبناه المشروع الموحد كما سبق وان بيناه في المادة (4 , والمادة 15) منه،وكذلك المشرع اللبناني في حدود (العزل من الوكالة).

أما المشرع المصري فقد نصت المادة (107) والتي أحالت عليها المادة 713 والخاصة بآثار الوكالة على ما يلي (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه حقا،كان أو التزاما،يضاف إلى الأصيل أو خلفائه) .

والنص المصري،تبنى الوكالة الظاهرة،من خلال تقريره استمرار النيابة رغم انتهائها،مع الإشارة انه لم يطبق فكرتها حرفيا،فهو يشترط،حسن نية (الوكيل والغير) معا ويرى جانب كبير من الفقه المصري ان هذا الاشتراط غير لازم،ويكتفى باشتراط حسن نية الغير دون الوكيل وان حسن نية الاخير لا تشترط الا في حدود علاقته مع الموكل أو خلفائه[2].

لاحظنا سابقا،ان الوكالة الظاهرة قد تستند الى وكالة حقيقية تجاوز الوكيل فيها صلاحياته او وكالة حقيقية كانت قائمة ثم انتهت بأحد أسباب الإنتهاء دون علم الغير بذلك أو الغير الوكيل حسب بعض التوجهات وقد تنهض الوكالة الظاهرة غير مستندة الى نيابة حقيقية – كما ذكر، ومن هذا وفاء المدين وبحسن نية لمن يتقدم بمخالصة صادرة من الطرفين،ولعل هذا الحامل غاصبا للمخالصة ودونما سلطة من الدائن ومع ذلك ينفذ هذا الوفاء في حق الدائن مما يترتب عليه انقضاء دين المدين بوصف المدين نائبا ظاهرا وهذا ما أشارت إليه المادة 384 (إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو تم بحسن نية الشخص كان الدين له ظاهرا كالوراث الظاهر).

2– ومن التطبيقات القضائية لفكرة النيابة الظاهرة انظر قرار محكمة التمييز الموقرة 759 / م1 / 77 في 1978/6/4 والذي جاء فيه (ان عزل الوكيل وتبلغه بالعزل لايقدح في صحة التصرف الذي أجراه بعد العزل الذي هو علاقة بينه وبين موكله لا يحتج به على الغير حسن النية الذي تعاقد مع الوكيل المعزول استنادا الى وكالة قانونية استخرجت صورتها من الكاتب العدل وكان على الموكل إخطار الكاتب العدل بالعزل ليؤشر ذلك في سجله ويمتنع عن تزويد الوكيل بصورة الوكالة وعلى الموكل في هذه الحالة إثبات علم المتعاقد مع الوكيل بأنه معزول عن الوكالة) المشهداني – المصدر السابق – ص745..

3–إسماعيل غانم – المصدر السابق – ص 168والسنهوري – المصدر السابق – ج7 – ص609 و نعمان محمد خليل – المصدر السابق ص278 .

المبحث الثاني

الاثر المترتب على النيابة الظاهرة

رأينا ان النيابة تشتمل على أشخاص ثلاثة ,فمن الطبيعي أن تكون العلائق الناشئة من تحققها على أنواع ثلاثة , أولاهما ما يربط الأصيل بالنائب والثانية بين الأصيل والغير والثالثة بين النائب والغير, وحيث ان العلاقة الأولى في الواقع محكومة بمصدر النيابة أكثر من كونها محكومة بآثار النيابة وهذه تتحدد بموجب الاتفاق في النيابة الاتفاقية وبموجب القانون في النيابة القانونية ويلحق بالأخيرة النيابة الظاهرة.

وعلى هذا فسنتحدث في علاقة الأصيل بالغير والنائب بالغير .

المطلب الاول

اثر النيابة في العلاقة بين الأصيل والغير

رأينا ان النيابة تؤدي إلى ترتيب نتائج في ذمة شخص تولى مباشرتها غيره , عن طريق حلول إرادة هذا الشخص محل الأول – إرادة النائب محل إرادة الأصيل – ويكون ذلك إما استنادا إلى رضاه كما في النيابة الاتفاقية او الى القانون كما في النيابة القانونية بل وتتحقق هذه النتائج حتى في حالة النيابة الظاهرة , وهذا الانصراف للآثار يسوغ للأصيل ان يطالب الغير مباشرة فيرجع عليه دون وساطة من النائب وله مطالبة الغير بكافة الآثار الناجمة من التصرف الذي ابرمها النائب , وفي نفس الوقت يكون للغير الحق بمناشدة الأصيل بتنفيذ الالتزامات الناشئة من التصرف الذي ابرمه النائب من غير توسط الأخير, أي أن الأصيل والغير يكتسبون الحقوق ويتحملون الالتزامات بحكم ذاتية العقد أي ان كلا من الأصيل والغير تكون له دعوى مباشرة بما له إزاء الآخر[1] .

فيكون لكل من الأصيل والغير حق مطالبة الآخر بكافة الحقوق وكذا التحمل بكافة الالتزامات التي تنجم من العقد الذي ابرمه النائب ودون وساطة من احد[2].

والتزام الأصيل بالعقد لذي ابرمه النائب والتزام الغير إزاء الأصيل بعقد ابرم من قبله مع النائب هو الأثر الجوهري لفكرة النيابة بل ان كلا منهما لا يملك القدرة على الرفض او القبول الجزئي فالتصرف المعقود بطريق النيابة عن احد طرفيه أوكلاهما يعد وحدة واحدة غير قابل للتجزئة فلا يملك احد الطرفين حق اعتماد ما ينفعه ورفض ما لا يحقق نفعه [3], ولعله يطرح سؤال , هنا هو أن الأصيل التزم بالتصرف القانوني الذي ابرمه النائب فهل يلزم بالأفعال الخاطئة التي ارتكبها النائب ام لا ؟

جوابا على ذلك يذهب جانب الى تقرير "مسؤولية الأصيل التقصيرية نحو الغير عن خطأ نائبه المرتكب أثناء إجراء التصرف المنوب فيه على أساس انها من آثار النيابة المتصلة فيما بين الأصيل والغير"[4],

---

1– د.جاسم لفته العبودي – النيابة عن الغير في التصرف القانوني – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد – 1991 – ص271.

2– د.السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – ج5 – ص177 – 178.

3– د. انور سلطان – مصادر الالتزام – الموجز في النظرية العامة للالتزام – دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت 1983 – ص37.

1– انظر د. جاسم العبودي – المصدر السابق – ص276والفقه المشار له من قبله.

في حين يذهب جانب آخر الى عدم مسؤولية الأصيل عن أفعال النائب التي ارتكبها أثناء تأدية العمل المنوب فيه , بل المسؤول عن ذلك هو النائب ذاك لأنه ناب عن الأصيل في حدود التصرفات القانونية وليس في ارتكاب الخطأ[1], وثمة جانب يجعل الأصيل مسؤولا عن خطأ النائب وفي حدود المسؤولية التقصيرية , عندما يكون الأصيل قد ارتكب خطأ بإهماله في متابعة النائب , او عندما يكون خطأ النائب في حقيقته ما هو التعليمات الأصيل نفسه[2] ومع ذلك لا يمكننا التسليم بصحة الشق الأول من لرأي المتمثل –بخطأ إهمال الأصيل في متابعة النائب لأنه من المتفق ان الأخير لا يمارس صلاحياته حين يمارسها تحت إشراف وسيطرة الأصيل فضلا عما في الرأي من تحميل للإنابة أكثر مما تستوجبه طبيعتها ويستوعبه مداها كتصرف قانوني , في حين نسلم بصحة الشق الثاني المتمثل بإمكانية إلزام الأصيل بالأضرار الناجمة من تعليماته التي أنفذها للنائب .

المطلب الثاني

العلاقة ما بين النائب والغير

على الرغم من ان التصرف المنوب فيه قد ابرم بإرادة النائب , فهو يعد أجنبيا عنه بمجر د تمامه , فلا يكون له حق المطالبة باي حق من حقوق العقد , فلا يكون له المطالبة بالفسخ او الامتناع عن التنفيذ وكذلك لا يلتزم ولا يتحمل بأي من التزامات العقد , فلا يكون لكل منهما – النائب والغير – ان يقاضي الآخر بأي شيء ولعل هذا ابرز ما تتسم به نظرية النيابة من معالم[3] .

ويجدر الذكر, انه يكون للنائب والغير ان يرجع بعضهم على الآخر بتنفيذ الالتزامات واستيفاء الحقوق إذا كان النائب نائبا في ابرام العقد وتنفيذه على حد سواء , وفي كل الأحوال فالنائب لايكتسب حقا ولا يتحمل التزاما, الا انه يكون مسؤولا إزاء الغير اذا كان قد ضمن للغير تنفيذ الالتزام , وهنا الالتزام لايكون اثرا من اثار النيابة في ذاتها واما أثرا للتعهد بذلك, وذات الأمر يقرر إذا كان النائب قد ارتبط بالغير بعقد إضافي – تبعي– وفيما عدا ذلك لا يكون النائب مسؤولا إلا إذا ارتكب خطأ سواء كان هذا الخطأ في حق الأصيل او الغير, وخلاصة القول ان النائب لا يكون مسؤولا إزاء الغير الا عن خطأه [4].

الخاتمة

1- انتهى البحث إلى تقرير ان اكتفاء المشرع العراقي وغيره من المشرعين بإيراد التطبيقات التي تكوّن في مجموع ما تشتمل عليه نظرية النيابة اتجاه له حسناته المتمثلة بان هذا النهج يعطي للتطبيقات انتمائها الحقيقي ويجعلها أكثر تعبيرا عن ذاتيتها وبالتالي أكثر قدرة على الاستجابة لمعطيات الواقع المتغير , لان وجود " نظرية " يؤدي فيما يؤدي إليه إلى إقحام الكل في مقاسات واحدة دون نظر لخصوصيتها , ولعل في هذا تخلف لبعض الاعتبارات المهمة.

2- ورأى البحث – خلافا لما يذهب إليه مجموع الفقه – انه يكفي لتحقق النيابة توفر شرط واحد هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل , اما الشرط الثاني والثالث اللذان يقدمهما الفقه وعلى التوالي (ان

2- محمد نصر زغلول – الإرادة في العمل القانوني وعيوبها – خال من مكان وزمان النشر – ص277وما بعدها.

3-السنهوري – الوسيط- المصدر السابق – ج7-ص618.

4- د.جاسم العبودي – المصدر السابق – ص279.

5- المصدر أعلاه – ص279 وما بعدها.

يتعاقد النائب باسم الأصيل وان لا يتجاوز الصلاحيات المرسومة لنيابته) فهما ليسا من شروط تحقق النيابة ذاتا وإنما من شروط تحقق آثارها, وتحقق النيابة – كما معروف بداهة – غير تحقق آثارها.

3- رأينا انه يلزم لتحقق الوكالة الظاهرة توفر عنصرين هما العنصر المادي والعنصر المعنوي وعرفنا انه يراد بالعنصر المادي مظاهر التصرف الخارجية الصادرة او المنسوبة الى الأصيل مما يولد اعتقادا لدى الغير بان هذه المظاهر الخارجية تعكس وضعا ينال حماية القانون , في حين المقصود بالعنصر المعنوي هو حسن نية الغير فقط ودون حاجة الى اشتراط حسن نية النائب وذلك نزولا عند المنهج الذي أقرت بموجبه الوكالة الظاهرة كتطبيق, فضلا عن الظاهر كنظرية.

4- وقد تستند الوكالة الظاهرة إلى وكالة حقيقية قائمة , أو إلى وكالة كانت قائمة لكنها انتهت لتحقق سبب من أسباب انتهائها , وقد تستند لا على هذه ولا على تلك , وانما على وكالة غير قائمة اصلا كما تتحقق بطرق عدة تطرق البحث منها الى مجاوزة النائب الصلاحيات المرسومة له والى انتهاء الوكالة.

5- ويذكر ان المشرع العراقي تبنى نظرية الوكالة الظاهرة في مواضع منها المادة (59) من القانون المدني وكذلك المادة (948) ورأينا ان المشرع المصري طبقها وذلك في المادة (107) من القانون المدني وان كان ذلك بشكل محرف.

6- اما الآثار التي تحقق من جراء الوكالة الظاهرة هي ذات الآثار التي تتحقق من جراء الوكالة الاعتيادية مع الإشارة الى ان التزام الأصيل بتصرف الوكيل المتجاوز صلاحياته يقتصر على تلك التجاوزات المرتبطة بمصالح الموكل دون تلك المرتبطة بمصالح الوكيل.

7- الوكالة الظاهرة تقوم على حالة واقعية لا صلة لها من قريب او بعيد بالإرادة الحقيقية للأصيل.

8- برهن البحث على عدم السيادة المطلقة المزعومة لمبدأ سلطان الإرادة.

المصادر

المصادر العربية

1- إبراهيم المشهداني– المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز– قسم القانون المدني،بغداد منشورات مركز البحوث القانونية–1988 .

2- د.إسماعيل غانم–في النظرية العامة للالتزام–مصادر الالتزام–مكتبة عبد الله وهبه–عابدين– مصر،1966 .

3- د.جاسم لفتة العبودي–النيابة عن الغير في التصرف القانون–رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون–جامعة بغداد–1991 .

4- د.جمال مرسي بدر–دراسات في النظرية العامة للنيابة–حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص،مطبعة جامعة الإسكندرية – 1959.

5- د.رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية الأصلية – ج1 – الدار الجامعية – 1986.

6- د.عبد الحي حجازي،سندات الائتمان المصرفية،ج1،القسم العام،القاهرة.

7- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري،نظرية العقد – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع – مطبعة دار الكتب المصرية – 1353 هـ - 1943 م.

8- عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 – دار احياء التراث العربي – بيروت – بلا تاريخ طبع.

9- عبد الرزاق أحمد السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج5 منشورات محمد الداية – بيروت– لبنان – بلا تاريخ طبع.

10–عدنان إبراهيم سرحان – الأوضاع الظاهرة – ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن – رسالة ما جستير مقدمة الى كلية القانون– جامعة بغداد 1986.

11- عز الدين عبد الله،حماية خاصة بالدائنين المرتهنين في القانون المدني المصري،رسالة مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة فؤاد الأول،1942.

12- محمد كامل مرسي – شرح القانون المدني الجديد – العقود المسماة – ج1 – المطبعة العالميـــة – 16 ش ضريح سعد،مصر .

13- محمد نصر زغلول –الإرادة في العمل القانوني وعيوبها –خال من مكان وزمان النشر .

14- محمود سعد الدين الشريف،شرح القانون المـــدني العراقي،نظريـــة الالتـــزام – مطبعـــة العـــاني – بغداد،1374 هـــ - 1955 م.

15- د. نعمان محمد خليل جمعة–اركان الظاهر كمصدر للحق

المصادر الأجنبية

- Moira Macmillan-Scottish Business Law-3rd Edition –Financial Times –Pitman Publishing
- chitty on contract – 22 ed- Vol second p 21-22 & 509-510
- Theory and problem of business law Bright -Banking Law _ second edition-sweet&Maxwell.ltd-1969-p70. . T.N

القوانين

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة المؤرخة في 28شوال1324هجري_15ديسمبر1906م .
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- القانون المدني السوري رقم84لسنة1949.
- القانون المدني الجزائري رقم 75–58 لسنة 1975
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

* القانون المدني السوداني لسنة 1984. * صدر كأمر مؤقت رقم 6 لسنة 1984 وتأيد وأصبح قانون رقم 8 لسنة 1984

* القانون المدني الفرنسي(civil code)

*المشروع الدولي الموحد للقانون الخاص بأحكام النيابة .