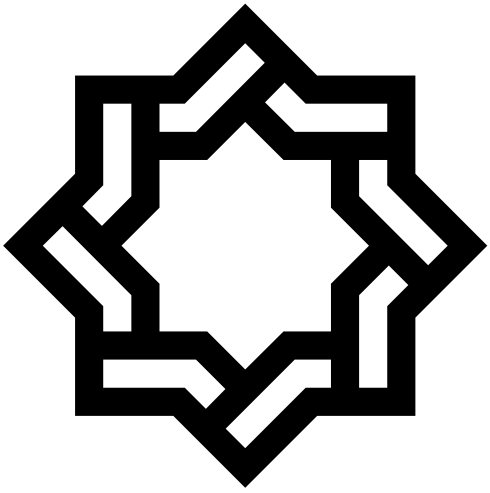
دور النيابة في انشاء التصرفات القانونية

م.م.عمار محسن كَزار الزرفي

كلية القانون – جامعة الكوفة



المقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله ومن ولاه ، واما بعد .

فان الحديث عن مقدمة هذا البحث يقتضي التطرق الى المحاور الآتية (موضوع البحث ، أهمية البحث وأسباب اختياره ، خطة البحث) وهذا ما سنتولاه تباعاً :

١- موضوع البحث :

الاصل ان اثر التصرف القانوني لاينصرف الى غير اطرافه ، ويعبر عنه ذلك بالقول ان اثر التصرف نسبي من حيث اشخاصه ، ولكن قد يسري هذا الاثرفي حق شخص لم يقم بابرام ذلك التصرف في حالات معينة ، ومن اهم هذه الحالات ما يعرف بالنيابة التي يقوم فيها شخص بابرام تصرف قانوني ، وينتج اثر هذا التصرف في ذمة شخص آخر .

٢- اهمية موضوع البحث واسباب اختياره :

ان لموضوع النيابة اهمية كبيرة في الحياة العملية ، اذ ان كثير من التصرفات القانونية تبرم عن طريق النيابة لاسباب عديدة كأن يكون الاصيل لا يتمتع بالخبرة اللازمة لابرام او ادارة هكذا تصرف او انه لا يمتلك الوقت او الفراغ اللازم لابرامه او انه بعيد عن المكان الذي يجب ان يبرم فيه التصرف بسبب الاختصاص المكاني او انه غير اهلا لابرام التصرفات القانونية او يمنعه مانع مادي او قانوني او طبيعي من التعبير عن ارادته .

وان سبب اختياري لموضوع النيابة كعنوان لهذا البحث يكمن في ان المشرع العراقي لم ينظم النيابة بنصوص خاصة على الرغم من اهميتها ، اذ وردت فيها نصوص متفرقة اهمها ماورد في عقد الوكالة ، والتصرفات التي يقوم بها الولي والوصي والقيم فيما يتعلق باموال القاصرين ، لذا فاننا كلما نتطرق لموضوع لم ينظمه المشرع العراقي ، فاننا نوصي بتنظيمه حسب مانظنه ملائم لذلك .

٣- خطة البحث :

ان الحديث عن دور النيابة في انشاء التصرفات القانونية يقتضي تقسيم هذا البحث الى خمسة مباحث ، نخصص الاول للتعريف بالنيابة وسنقسمه على مطلبين نتناول في الاول معناها ونبين في الثاني تطور فكرتها ، اما المبحث الثاني فسنخصصه لانواع النيابة وسنقسمه على ثلاثة مطالب نتناول فيها كل من النيابة الاتفاقية والقانونية والقضائية ، اما المبحث الثالث فسنخصصه لشروط التعاقد بالنيابة وسنقسمه على ثلاثة مطالب نتناول في كل مطلب احد هذه الشروط ، اما المبحث الرابع فسنخصصه لاثار التعاقد بالنيابة وسنقسمه على ثلاثة مطالب نتناول في كل مطلب احد هذه الآثار ، اما المبحث الخامس

فسنخصصه لتعاقد الشخص مع نفسه وسنقسمه على مطلبين نتناول في كل مطلب احدى صورتي التعاقد مع النفس .

المبحث الاول

التعريف بالنيابة

عندما نتكلم عن موضوع التعريف بالنيابة فاننا لابد ان نتطرق الى معناها وتطورفكرتها ، لذا فاننا سنتناول كل مفردة من هاتان المفردتان في مطلب مستقل .

المطلب الاول :

معنى النيابة

قد لايستطيع صاحب الشأن في التصرف القانوني ابرام هذا التصرف وحينئذ ينوب عنه شخص آخر في ابرامه .

فالنيابة هي حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل في ابرام تصرف قانوني على ان ينتج هذا التصرف القانوني آثاره في ذمة الاصيل[١]

فالنائب يعقد العقد بعبارته ، ومع ذلك فان آثار هذا العقد تنصرف الى الاصيل الذي انابه[٢]

ففي عقد البيع مثلاً يجوز ان يبرم هذا العقد نائب عن البائع او عن المشتري على ان آثار عقد البيع وما يرتبه من حقوق والتزامات تضاف الى ذمة الاصيل لا الى ذمة النائب[٣] .

فالاصل ان الشخص هو الذي يقوم باجراء تصرفاته لنفسه ومن ثم تنتقل اليه آثار تصرفاته ايجابية كانت ام سلبية ، الا ان رغبة البعض من الناس في انابة غيرهم في اجراء هذه التصرفات وعجز الآخرين عن القيام بتصرفاتهم ، كل ذلك كان داعياً لنشوء فكرة النيابة عن الغير[٤]

فيمكن لكامل الاهلية الذي قد تحول الظروف دون وجوده في مجلس العقد ، اتمام التصرف الذي يريده عن طريق نائب يختاره يسمى الوكيل ، وقد لايحق للشخص التعاقد بسبب انعدام او نقص اهليته فيقوم بذلك نائبه الذي قد يتمثل بالولي او الوصي او القيم[٥]

فالنيابة التي تعنينا هنا اذن هي نيابة بعض الاشخاص عن غيرهم في اجراء التصرفات المختلفة ، ولا يعنينا هذا كاصطلاح يطلق على غير هذا المعنى ، كنظام النيابة الذي تراه بعض الدول طريقاً للحكم او غير ذلك من المعاني[٦] والاصل ان النيابة تنصرف الى التصرفات القانونية دون الاعمال المادية ، الا

مالا يستجيب من التصرفات الاولى للانابة ، فلا يسوغ للانسان ان ينيب عنه من يحلف اليمين بدلاً منه ، فان ذلك يرجع الى ذمة الحالف الشخصية[٧]

المطلب الثاني :

تطور فكرة النيابة

لم يكن القانون الروماني في مراحله الاولى مقراً لمبدأ النيابة لانه لم يعرف فكرة انتقال الالتزام بين الاحياء ، اذ كانت الفكرة السائدة فيه هي ان الالتزام رابطة بين شخصين[٨]

كما ان الشكلية التي كانت طابعاً مميزاً لقانون الرومان لم تكن تسمح بتجاوز آثار التصرف الشخص الذي تولى الطقوس والاشكال ، الى شخص آخر لم يكن له اشتراك في تلك الطقوس والاشكال[٩]

ومع ذلك فان القانون الروماني قد أقر في مراحل تطوره بعض الصور المقاربة للنيابة . فالوكالة مثلاً ظهرت عند الرومان في حوالي سنة (٢٥٠) قبل الميلاد اي في الوقت الذي ظهرت فيه الحروب بين روما وقرطاجة وتغيب على اثرها الكثير من الرومان ، مما ادى الى ضرورة الاعتماد على آخرين للقيام بادارة اموالهم اثناء غيبتهم عن الوطن[١٠]

كذلك اقر القانون الروماني انتقال اثر تصرف الولي والوصي الى من تحت ولايتهما[١١] فضلاً عن نيابة الابن ومن في حكمه عن رب الاسرة ، كونه اقرب الى ان يكون يداً لرب الاسرة منه نائباً عنه اذ ان الولد وماله لأبيه[١٢]

الا ان هذه الصور لا تقوم على اساس التسليم بمبدأ النيابة ، وانما وجدت عند الرومان لضرورات معينة ، فكان الشخص الذي يريد انتقال أثر تصرفه الى غيره عليه ان يقوم بدور الرسول فيضيف تصرفه الى من انابه ، وماعدا ذلك فان اثر تصرف الشخص يتعلق به لابغيره[١٣]

ولقد ورث القانون الفرنسي القديم القصور الذي تميز به القانون الروماني في عدم اقرار مبدأ النيابة في التصرفات القانونية ، وبقى هذا الحال قائماً في القانون الفرنسي حتى القرن السادس عشر ، حيث أقر هذا القانون بالنيابة كمبدأ قانوني يجوز للاشخاص مباشرة تصرفاتهم في ظله ، حينذاك جاز للشخص ان يتعاقد بواسطة نائب مدينا كان أم دائناً[١٤]

اما بالنسبة لفكرة النيابة في الشريعة الاسلامية ، فان كلامنا هنا يكون على اعتبار ان هذه الشريعة لها اصالتها ووحدتها التشريعية لا باعتبار ان هذه الشريعة حلقة في سلسلة حلقات تطور القانون الوضعي الذي مرت فيه فكرة النيابة بمراحل طويلة لحين اقرارها ، اذ ان هذه الشريعة منذ بزوغها أقرت فكرة النيابة وصاغتها بشكلها القانوني[١٥]

فمن تتبع تشريع النيابة في القوانين الوضعية ومبلغ ماوصلت اليه بعد جهاد شاق طويل وقارن بينه وبين تشريعه في الفقه الاسلامي وجد فارقا كبيرا ، فبينما ترى القوانين الوضعية تسير في هذا الطريق على حذر نجد ان الفقه الاسلامي جاء به وافياً من اول الأمر(١٦)

وهذا ناتج عن طبيعة الشريعة الاسلامية الاصيلة المتميزة باصولها وقواعدها الخاصة ، فالشريعة الاسلامية نظرت الى الالتزام نظرة مادية بعكس القانون الروماني الذي اعتبره رابطة شخصية لايمكن ان توجد الا بين شخصين من الاشخاص الذين انشأوها ، ومن جهة اخرى فان الشريعة الاسلامية قانون غير شكلي بعكس القانون الروماني الذي قام على الشكليات(١٧)

كما وتجدر الاشارة الى ان فقهاء المسلمين ميزوا بين التصرفات التي تجوز فيها النيابة والتصرفات التي لاتجوز فيها النيابة فذهبوا الى ان النيابة تجوز في عقد التمليكات والاسقاطات والتفويض والتقيدات والتوثيقات والشركات والحفظ . فعقود التمليكات هي العقود التي يكون الغرض من انشائها تمليك العين او المنفعة بعوض وتسمى عقود المعاوضات كالبيع والشراء والمزارعة والاجارة .

وعقود الاسقاطات هي العقود التي يراد بها اسقاط ما للانسان من حق كالطلاق والخلع والابراء والعفو عن القصاص .

وعقود التفويض هي العقود التي تقتضي تفويض الغير واطلاق يده في التصرف بعمل كان محظورا عليه قبل التفويض او الاطلاق كعقد الوكالة والايجار.

وعقود التقيدات هي تصرفات المقصود منها منع شخص من تصرف كان مباحاً له كعزل الوكيل والوصي .

وعقود التوثيقات هي العقود التي يكون القصد منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه كالكفالة والحوالة والرهن . وعقود الشركات هي عقود التشارك والربح كالمضاربة والمزارعة والمساقاة .

اما عقود الحفظ فهي عقود حفظ المال كالوديعة(١٨)

كما ذهب فقهاء المسلمين الى ان النيابة لاتجوز في الشهادة ولا في الايمان ولا في الظهار .فلا تجوز النيابة في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه او سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه ، فان استناب الشاهد على شهادته كان النائب شاهداً على شهادته وليس وكيلا(١٩)

ولاتصح النيابة في الايمان لانها تتعلق بعين الحالف فاشبهت العبادات الدينية والحدود(٢٠) ولاتصح النيابة في الظهار لانه منكر من القول ومعصية فلا يجوز فعله اصلا فلا تجوز النيابة فيه(٢١)

فمن خلال هذا العرض الموجز يتضح ان الفقه الاسلامي كان له السبق في معالجة فكرة النيابة ليس على شكل مراحل زمنية بل بشكل نظام جامع مانع وذلك لحصانة المصادر التشريعية التي يستنبط منها الفقهاء احكام المعاملات والحقوق المالية .

المبحث الثاني :

انواع النيابة

تنقسم النيابة من حيث مصدرها الى ثلاثة انواع فهي اما ان تكون اتفاقية او قانونية او قضائية ، لذا فاننا سنتناول كل نوع من هذه الانواع في مطلب مستقل .

المطلب الاول : النيابة الاتفاقية

وهي النيابة التي يكون مصدرها الاتفاق بين الاصيل والنائب[٢٢] وتتحدد سلطة النائب في هذه الحالة بناء على هذا الاتفاق[٢٣]

ومن ابرز صور هذا النوع من النيابة الوكالة ، وقد عرفت الوكالة بتعاريف عدة من قبل فقهاء القانون ، فقد عرفت بانها تفويض الغير للتصرف عن الموكل[٢٤] وبانها عقد بموجبه يقوم شخص يدعى الموكل باعطاء شخص آخر يدعى الوكيل الصلاحيات اللازمة لتمثيله[٢٥] وبانها تفويض الغير اجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممن يملكه غير مشروط بموته[٢٦]

اما بالنسبة الى موقف القانون ، فقد عرف القانون المدني العراقي الوكالة بانها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)[٢٧]

والوكالة وان كانت صورة من صور النيابة واهم تطبيق عملي لها الا انه يجب التمييز بينهما لاستقلال كل واحدة منها عن الاخرى ، فمن ناحية قد توجد النيابة دون الوكالة كما في النيابة القانونية (الولاية) والنيابة القضائية (الوصاية والقوامة) ، ومن ناحية اخرى قد تنعقد الوكالة دون ان تتضمن النيابة كما في حالة الوكالة المستترة وهي الوكالة التي يتفق فيها على ان الوكيل يعقد عقودا باسمه خاصة لا باسم الموكل على ان ينقل آثار هذه العقود للموكل فيما بعد[٢٨] .

وان الوكالة المستترة قد شكلت الصورة الاولى لعقد الوكالة ، فبها ابتدأ التعامل ، اذ كان الوكيل يتعاقد باسمه الشخصي لمصلحة الموكل ، اما الوكالة النيابية فلم تظهر الا بعد تدرج تاريخي طويل ، ولكن سواء اكان الوكيل مسخراً ام كان يعمل باسم الموكل ، فانه في كلتي الحالين يعمل لمصلحة هذا الاخير ، واذا كانت الوكالة النيابية تشكل الحيز الاهم والاكثر انتشاراً في التعامل بين الناس الا انه يمكن للموكل ان يلجأ الى اعتماد الوكالة المستترة بحيث يشترط في عقد الوكالة ان يتم التعاقد باسم الوكيل الشخصي وهو ماسمي بعقد الاسم المستعار[٢٩] . ومع اقرار الفقه الغربي لمبدأ النيابة الا انه يقف في هذا الاقرار

عند اضافة الوكيل التصرف الى الموكل ، اما حين يتصرف الوكيل باسمه ، فان الفقه الغربي لم يجروء على صرف اثر تصرف الوكيل الى الموكل مباشرة كما في الاسم المستعار ، فالاسم المستعار وكيل كسائر الوكلاء ، تربطه بموكله احكام عقد الوكالة غير انه وكيل غير نائب ، فهو اذ يتصرف لحساب موكل انما يتصرف باسمه هو لا باسم الموكل ولذلك لاينطوي هذا الوضع على نيابة لانتفاء التعامل باسم الاصيل[٣٠].

وان الوكالة تتنوع تبعا للجهة التي ينظر اليها من خلالها ، فقد ينظر اليها من جهة محل التصرف الموكل فيه فتكون بهذا الاعتبار مطلقة ومقيدة ، وقد ينظر اليها من جهة الوقت المحدد لانهاء الوكالة فتكون بهذا الاعتبار مؤقتة وغير مؤقتة ، وقد ينظر اليها من جهة قدرة كل من طرفيها على انهائها فتكون لازمة وغير لازمة[٣١] .

وتنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية او باتمام العمل الموكل فيه او بانتهاء الاجل المعين للوكالة[٣٢] وللموكل ان يعزل الوكيل او ان يقيد من وكالته وللوكيل ان يعزل نفسه ولاعبرة باي اتفاق يخالف ذلك ، لكن اذا تعلق بالوكالة حق الغير فلا يجوز العزل او التقيد دون رضاء هذا الغير ، ولايتحقق انتهاء الوكالة بالعزل الا بعد حصول العلم للطرف الثاني ، واذا كانت الوكالة باجرة فان من صدر منه العزل يكون ملزما بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول[٣٣]

ولايحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها[٣٤] ويجب على الوكيل ان يصل بالاعمال التي بدأها الى حالة لاتتعرض معها للتلف عند الانتهاء[٣٥]

المطلب الثاني

النيابة القانونية

وهي النيابة التي يكون مصدرها القانون وتحدد سلطات النائب بموجبه[٣٦] وتتمثل صور هذا النوع من النيابة في الولي والوصي المختار .

فالولاية هي القدرة على انشاء العقود والتصرفات المتعلقة بمال المولى عليه والتي تعتبر نافذة من غير توقف على اجازة احد[٣٧] كما عرفت الولاية بانها سلطة شرعية بمقتضاها يتولى الولي شؤون المولى عليه الشخصية والمالية وحفظها[٣٨]

وسميت هذه النيابة بالنيابة الشرعية لانه مصدرها الشرع ، فالشرع هو الذي يقيم النائب في هذه الحاة ، ويمنحه السلطة لاجراء التصرفات نيابة عن الغير ، كما في نيابة الأب على ولده صغير في ماله ونفسه ، اذ ان الاب يستمد نيابته على الصغير من الشارع وليس من المنوب عنه ، فهذه النيابة كما يرى نيابة اجبارية بالنسبة للمنوب عنه اذ لارأي له في وجودها وانما الشارع فرضها عليه ومنحها لمستحقها كالأب وبموجبها تكون له الولاية على المنوب عنه في ماله ونفسه وتنفذ تصرفاته على هذا الصغير رضي أم أبى[٣٩] وقد نصت المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ على ان (ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة) في حين نصت المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ على ان (ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة).

وان هذا التعارض بين النصين يمكن ان يرفع عن طريق تغليب واتباع نص قانون رعاية القاصرين كونه اخص والخاص يقيد العام ، مع اعتقادنا بان العام هنا ادق من الخاص وعلى الرغم من خلو القانون من الشروط التي يجب ان تتوافر في الولي ، الا ان الفقه قد اشار الى انه (أي الولي) يجب ان يكون اهلاً لمباشرة التصرفات في ماله[٤٠] متحداً في الدين مع المولى عليه[٤١] عادلاً امينا غير مبذر[٤٢] وحبذا لو تلافى قانوننا هذا النقص .

وتثبت الولاية على الصغير حتى يبلغ سن الرشد ، عملاً بقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فأن أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا)[٤٣].

كما تثبت الولاية على الحمل المستكن أي الجنين في بطن امه الى ان يفصل حياً او ميتاً[٤٤] وتنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد مالم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه[٤٥] وقد نص القانون على ان سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة[٤٦] وللمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه[٤٧] كما تقرر المحكمة ايقاف الولاية متى اعتبرت الولي غائباً او كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة[٤٨] .

اما الوصاية فهي وظيفة قانونية يكل فيها الفرد امرها الى شخصين مهمته النيابة عن القاصر وادارة امواله[٤٩] .

والوصي هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة ، على ان تقدم الام على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصيا[٥٠] .

وقد نصت المادة (٣٥) من قانون رعاية القاصرين على انه (يشترط في الوصي ان يكون عاقلاً بالغاً ذا اهلية كاملة قادرا على ممارسة شؤون الوصاية ولايجوز بوجه خاص ان يعين وصياً:.اولاً- المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والشرف او الماسة بالنزاهة . ثانياً- من كان مشهوراً بسوء السيرة او من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش. ثالثاً- من كان بينه او احد اصوله او فروعه او زوجته وبين القاصر نزاع قضائي او من كان بينه وبين القاصر او بين عائلته خصومه اذا كان يخشى على مصلحة القاصر منها).

وتنتهي مهمة الوصي ببلوغ الصغير سن الرشد مالم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه ، او باسترداد الاب ولايته ، او بعزل الوصي او قبول استقالته ، او بفقدان اهلية الوصي او ثبوت غيبته ، او بموت الوصي او موت الصغير)[٥١]

المطلب الثالث

النيابة القضائية

وهي النيابة التي يكون مصدرها القاضي ، أي ان القضاء هو الذي أضفى على النائب صفة النيابة ومنحه السلطة في اجراء التصرفات للغير متى كانت الحاجة تدعو الى ذلك ، ومثالها الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل القضاء[٥٢]

فبالنسبة لما يتعلق بالوصي المنصوب ، فقد تطرقت المادة (٨١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ، الى تعينه فذكرت (اذا توفى شخص ولم ينصب وصيا فللقاضي نصبه في الاحوال الآتية :.

١- اذا كان للمتوفي دين ولا وارث له لاثباته واستيفائه .

٢- اذا كان عليه دين ولاوارث له لايفائه .

٣- اذا كانت له وصية ولايوجد من ينفذها .

٤- اذا كان احد الورثة صغيراً ولا ولي له .

كما نصت المادة (١٠٤) من القانون المدني على انه (اذا كان الشخص أصم ابكم او اعمى اصم او اعمى ابكم وتعذر عليه بسبب ذلك ، التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تنصب عليه وصيا وتحدد تصرفات هذا الوصي).

اما بالنسبة لشروط الوصي المنصوب وانتهاء وصايته ، فانها لاتختلف عما ذكر سلفا عند حديثنا عن الوصي المختار ، لذا فننا نحيل على ذلك منعا للتكرار .

اما بالنسبة الى القوامة ، فان القاضي يقوم بتعين قيم في بعض الحالات التي لاترجع الى نقص في الاهلية ويستطيع ان يعبر عن ارادته الا انه يمنعه مانع مادي او جنائي . ويتمثل المانع المادي في كل من الغائب والمفقود ، والغائب هو الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة لاتزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحهُ او مصالح غيره[٥٣] اما المفقود فهو الغائب الذي انقطعت اخباره ولاتعرف حياته او مماته[٥٤]

فاذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيما عليه[٥٥]

اما المانع القانوني فيتمثل بالحكم بعقوبة جنائية اذ يحرم المحكوم عليه من التصرف بغير الايصاء والوقف الا باذن من محكمة الاحوال الشخصية التي يقع محل اقامته ضمن منطقتها ، وتعين المحكمة المذكورة قيما عليه لادارة امواله[٥٦] .

هذا ويسري على القيم ما يسري على الوصي من احكام الا ما يستثنى بنص خاص[٥٧]

المبحث الثالث :

شروط التعاقد بالنيابة

كي تتحق النيابة لابد من توفر شروط ثلاثة وهي : ان يعبر النائب عن ارادته لا عن ارادة الاصيل ، وان يتعامل النائب باسم ولصالح الاصيل ، وفي حدود السلطات المحددة له ، لذا فاننا سنتناول كل شرط من هذه الشروط في مطلب مستقل

المطلب الاول : ان يعبر النائب عن ارادته هو لاعن ارادة الاصيل

هذا يعني ان ارادة النائب تحل محل ارادة الاصيل بخلاف ماعليه الحال بالنسبة للرسول[٥٨] على الرغم من ان كل من الوكيل والرسول يعملان باذن غيرهما ، ولقد استطاع الفقه الاسلامي ببراعة ان يفرق بين الوكيل والرسول ، وكان اعتماد الفقهاء في هذا التمييز على التمييز الوارد في القرآن الكريم بين الوكيل والرسول ، فقد قال تعالى (ياأيها الرسول بلغ ماانزل اليك من ربك)[٥٩] وقال سبحانه (ومانت عليهم بوكيل)[٦٠] فقد اثبت الله سبحانه وتعالى الرسالة للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ونفى عنه الوكالة[٦١] ولما كان النائب يعبر عن ارادته هو لاعن ارادة الاصيل ، فاننا عند البحث عن عيوب الرضا[٦٢] وتقدير سوء او حسن النية[٦٣] فاننا ننظر اليها في شخص النائب لا الاصيل[٦٤] وفي هذا الصدد نجد ان المادة (١٠٤) من القانون المدني المصري قد نصت على انه (١- اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لاشخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الارادة او في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة او افتراض العلم بها حتما . ٢- ومع ذلك اذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل ان يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو او كان من المفروض حتما ان يعلمها). وحبذا لو نص المشرع العراقي على نص مماثل لخلوه من ذلك

اما بالنسبة لما يتعلق بالاهلية[٦٥] ومدى اشتراطها بالنائب او الاصيل ، فاننا يجب ان نميز بين النيابة الاتفاقية وبين النيابة القانونية والقضائية .

فاذا كانت النيابة اتفاقية – وكالة – فيلاحظ ان المادة (٣٩٠) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (١- يشترط لصحة الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به ، فلا يصح توكيل مجنون ولاصبي غير مميز مطلقاً ، ولاتوكيل صبي مميز بتصرف ضار ضررا محضا ولو اذن به الولي ، ويصح توكيله بالتصرف الذي ينفعه بلا اذن وليه وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر ان كان مأذونا بالتجارة فان كان محجورا ينعقد توكيله موقوفا على اذن وليه ٢- ويشترط ان يكون الوكيل عاقلا مميزا ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلا ، وان لم يكن ماذونا)

اما اذا كانت النيابة قانونية او قضائية ، فكما لاحظنا في انواع النيابة ، يكون الاصيل اما غير كامل الاهلية او هناك مانع يمنعه من التعبير عن ارادته ، لذا فان القانون قد اشترط الاهلية في النائب سواء كان ولي ام وصي مختار ام وصي منصوب ام قيما اضافة الى شروط اخرى تطرقنا اليها سلفاً .

المطلب الثاني

ان يتعامل النائب باسم الاصيل لاباسمه

لقد نصت المادة (١٠٥) من القانون المدني المصري على انه (اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل) كما نصت المادة (١٠٦) من هذا القانون على انه (اذا لم يُعلم العاقد وقت ابرام العقد انه يتعاقد بصفته نائباً فان اثر العقد لايضاف الى الاصيل دائنا او مدينا الا اذا كان من المفروض حتما ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الاصيل او النائب).

اما القانون المدني العراقي فقد خلا من نص مماثل اذ انه عالج هذه المسألة معالجة جزئية فيما يتعلق بالوكالة فقط فنص في المادة (٩٤٣) على انه (اذا لم يُعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلا ، فلا يقع العقد للموكل ولاتعود حقوقه اليه ، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل ، فله ان يرجع على أي من الموكل او الوكيل ولايهما ان يرجع عليه).

وفي هذا نقص واضح في القانون العراقي لان هذا الحكم يجب ان لايسري فقط على النيابة الاتفاقية – الوكالة – بل يجب ان يسري ايضا على النيابة القانونية والقضائية حماية لحقوق المتعاقد حسن النية ، وحبذا لو حذى المشرع العراقي في ذلك حذو المشرع المصري .

وتجدر الاشارة الى ان الاسباب التي قد تدفع الى عدم ذكر اسم النائب قد تكون مشروعة او غير مشروعة.

وتتمثل الاسباب المشروعة في رغبة الاصول باخفاء اسمه تفاديا لتفويت فرصة اتمام الصفقة او تجنبا لدفع ثمن باهظ كمن يسخر الوكيل لشراء منزل لايستسيغ مالكه بيعه الى الموكل ، او كمن يسخر الوكيل للاشتراك في مزايدة لانه يخشى تهافت المزايدين واضطراره الى دفع ثمن اعلى[٦٦] .

اما الاسباب غير المشروعة فتتخذ صوراً عدة منها ان يكون الاصيل ممنوع قانونا من ابرام عقد ما[٦٧] من ذلك ما نصت عليه المادة (٥٨٩) مدني عراقي من انه (لايجوز للوصي المنصوب او القيم المقام من قبل المحكمة ، ان يبيع مال نفسه للمحجور ولا ان يشتري لنفسه شيئا من مال المحجور مطلقا

، سواء كان في ذلك خير للمحجور ام لا) ومانصت عليه المادة (٥٩١) من انه (لايجوز للقاضي ان يبيع ماله للمحجور ولا ان يشتري مال المحجور لنفسه).

المطلب الثالث : ان يتعامل النائب في حدود السلطات المحددة له

تتحدد سلطة النائب اما عن طريق الاتفاق او القانون او القضاء وعلى النحو السالف ذكره عند حديثنا عن انواع النيابة .

الا ان المشرع العراقي لم يعالج الى مسألة تجاوز حدود النيابة الاتفاقية – الوكالة – اذ نصت المادة (٩٣٣) على انه (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة ، على انه لاحرج عليه اذا خرج في تصريفه عن هذه الحدود ، متى كان من المتعذر عليه اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ماكان لا ليوافق على هذه التصرفات وعلى الوكيل في هذه الحالة ، ان يبادر بابلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة)[٦٨]

فهذه المادة نصت على استثناء لهذا الشرط وربطته باستحالة الاخطار وظنية الموافقة والابلاغ بالتجاوز .

ويبدو ان خروج الوكيل عن حدود وكالته هنا هو من قبيل المخالفة الى خير ، ومخالفة الوكيل الى خير تجوز في القانون وان لم ينص على جوازها لمعرفتها بداهة ، فالوكيل له التصرف بشروط افضل حتى وان خالف حدود الوكالة وله ان يرجع على الموكل بالاجرة ان كانت وكالته مأجورة[٦٩]

وغني عن البيان ان هذا الاستثناء لايتصور الا بالنسبة الى النيابة الاتفاقية ، اما غيرها من انواع النيابة – القانونية والقضائية – فلا يسمح تعديها[٧٠] ويبدو ان هذا يعد سبباً مبررا لعدم معالجة المشرع العراقي لتجاوز هذه الانواع من النيابة .

وعليه فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل ولكن جاوز في تعاقده حدود الوكالة او عمل احد دون توكيل اصلا فان نفاذ العقد في حق الموكل يبقى موقوفا على اجازته ، ويجوز لهذا الغير ان يحدد للموكل ميعادا مناسبا يجيز فيه التعاقد ، فان لم تصدر الاجازة في هذا الميعاد تحلل من العقد[٧١] .

فاذا رفض من وقع التعاقد باسمه دون توكيل التعاقد ،جاز الرجوع على من اتخذ صفة الوكيل بتعويض الضرر الناشيء عن عدم نفاذ العقد ، مالم يثبت من اتخذ هذه الصفة ان من تعاقد معه كان يعلم ان الوكالة غير موجودة او كان ينبغي ان يكون عالما بذلك[٧٢] .

وقد نصت المادة (١٠٧) من القانون المدني المصري على انه (اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان اثر العقد الذي يبرمه حقا كان او التزاما يضاف الى الاصيل او خلفائه).

مثال ذلك اذا عزل الاصيل النائب او توفي الاصيل ولم يعلم النائب او الغير بحالة العزل او الموت فان التصرف الذي يبرمه النائب يضاف الى الاصيل بالرغم من زوال صفة النيابة عن شخص النائب[٧٣]

وقد طبق القانون المدني العراقي هذا الحكم على النيابة الاتفاقية – الوكالة – فقط ، اذ نص في المادة (٩٤٨) على انه (لايحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها). ولقد اسس الفقه هذا الحكم على فكرة النيابة الظاهرة لتفادي الاضرار بالغير حسن النية وتوفير الاستقرار والثقه في التعامل[٧٤] وحبذا لو حذا المشرع العراقي حذو المشرع المصري في هذه المسألة لتفادي هذا النقص الغير مبرر

المبحث الرابع

آثار التعاقد بالنيابة

ينتج عن التعاقد بالنيابة ثلاثة انواع من العلاقات ، اولهما العلاقة بين النائب والغير وثانيهما العلاقة بين النائب والاصيل ، وثالثهما العلاقة بين الاصيل والغير ، الامر الذي يقتضي بنا ان نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نخصص لكل علاقة من هذه العلاقات مطلبا مستقلاً .

المطلب الاول : العلاقة بين النائب والغير

ان العلاقة بين النائب والغير تختلف في حالة اضافة الوكيل العقد للموكل عنها في حالة اضافة الوكيل العقد الى نفسه :

فبالنسبة الى الحالة الاولى – اضافة الوكيل العقد للموكل – فقد نصت المادة (١٠٥) من القانون المدني المصري على انه (اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل) في حين نجد ان القانون المدني العراقي قد عالج هذه المسألة معالجة جزئية وذلك فيما يتعلق بالنيابة الاتفاقية – الوكالة – فقط ، اذ نصت المادة (٩٤٢) منه على ان (حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فان العقد يقع للموكل فتعود كل حقوقه اليه).

وحبذا لو حذا المشرع العراقي حذو المشرع المصري وتلافى هذا النقص الذي يشوب حكم هذه الحالة .

وعلى الرغم من ذلك فان الفقه المدني العراقي ينسب حكم هذه المادة الى الانواع الاخرى من النيابة ، فيذهب الى انه بعد تمام العقد لاتقوم بين النائب ومن تعاقد معه أي علاقة فيما يتعلق بآثار هذا العقد ، فلا يستطيع الغير ان يطالب النائب باي التزام ناشيء عن العقد ، ولايستطيع النائب ان يطالب الغير بتنفيذ

العقد الا اذا كان نائبا في تنفيذ العقد ايضا كما كان نائبا في ابرامه وتعتبر النيابة القانونية دائماً شاملة للتنفيذ ، اذ المقصود بها رعاية مصلحة الاصيل كالقاصر والمحجور عليه ، وهذا لايتأتى الا اذا كان للنائب سلطة مباشرة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الاصيل[٧٥]

ويبقى ان نؤكد ان النائب الذي لايرتكب خطأ لايكون مسؤولاً عن أي ضرر يصيب الغير من جراء تنفيذ العقد[٧٦]

فاذا كان النائب لايتعرض لمسؤولية تعاقدية نتيجة للعقد الذي يبرمه لحساب الاصيل فان ذلك لايمنع من تقرير مسؤوليته التقصيرية المبنية على الخطأ ، اذ انه يكون مسؤولاً عن ذلك نحو الغير الذي تعاقد معه ، او نحو الاصيل ، او نحو الاثنين معاً[٧٧]

ومن تطبيقات القضاء العراقي على هذه الحالة ، نجد ان محكمة تمييز العراق قد اصدرت بموجب المادة (٩٤٢) من القانون المدني العراقي القرار رقم ٧٠/١٥٩٠ بغداد بتاريخ ١٩٥٧/٩/٧ وهذا نصه (ان محكمة البداءة بقرارها المميز الزمت المميزين المدعى عليهما باجر المثل استنادا الى مصادقة الطرفين على التوكيل وتقدير الخبير المنتخب من قبل المحكمة دون ان تلاحظ ان المميز عليه اعترف بدعواه بان المدعى عليه (ع) وكل باقامة الدعوى بحسب وكالته العامة عن المدعى عليها (ب) وحيث ان الوكيل المدعى عليه عند توكيل المدعي اضاف العقد الى موكلته فكان يجب على المحكمة في هذه الحالة ان تلزم المدعى عليها (ب) وحدها بأجر المثل فذهابها واصدارها الحكم خلافا لما تقدم يخل بصحته لذا قرر نقضه)[٧٨]

اما بالنسبة الى الحالة الثانية – اضافة الوكيل العقد الى نفسه – فقد نصت المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي على انه (اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلاً ، فلا يقع العقد للموكل ولاتعود حقوقه اليه ، الا اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل ، فله ان يرجع على أي من الموكل او الوكيل ولأيهما ان يرجع عليه).

فبناء على الشطر الاول من هذه المادة يشترط على الوكيل ان يعلم من يتصرف معه انما هو نائب عن غيره ، والا فلا يقع العقد للموكل ولاتعود حقوقه اليه .

فبما ان الوكيل يتعاقد مع الغير بصفته الشخصية وليس بصفته وكيلاً فان الاعمال التي يقوم بها بهذه الصفة تنتج مفاعيلها واثارها بوجهه فحسب دون ان تنصرف الى شخص الموكل ، اذ يمكن للغير ان يقاضي الوكيل المستتر شخصيا وبصورة مباشرة دون ان يحق لهذا الغير مقاضاة الموكل ، كما يمكن للوكيل ان يقاضي الغير ولايحق للموكل اقامة الدعوى بوجه الغير ، وهكذا فان الحقوق الناشئة عن العقد

المبرم في ما بين الوكيل المستتر والغير تكون للوكيل دون الموكل وكذلك فان الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تكون على عاتق الوكيل المستتر وحده[٧٩]

ولاتقتصر مفاعيل الوكالة المستترة على المفاعيل التي تكلمنا عنها ، بل تتعدى هذا النطاق لتنتج مفاعيل في مابين الوكيل واشخاص ثالثين لم يتم التعاقد معهم ، فاذا اشترى الوكيل المسخر بالشراء عقارا لمصلحة الموكل ، فان الوكيل المسخر لايعتبر مالكا عرضا لهذا العقار بل يعتبر مالكا حقيقيا تجاه أي شخص ثالث ، ومن هذا فان الوكيل المسخر يكون ملزما بدفع الضريبة المتوجبة على العقار للخزينة العامة ، وان هذا الموجب ينتقل الى ورثته من بعده لان العقار المشار اليه آنفا يدخل في عداد تركة الوكيل المسخر وان ورثة هذا الاخير يلزمون بدفع ضريبة التركة عن هذا العقار ، الا اذا اثبتوا ان ملكية مورثهم هي ملكية صورية[٨٠]

اما السطر الثاني من المادة (٩٤٣) فقد بين ان اثر التصرف يمكن ان يسري الى الموكل على الرغم من عدم اعلام الوكيل للغير بانه يعمل بصفته وكيلا ، وذلك اذا كان يستفاد من الظروف ان من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة او كان يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل .

فمثال افادة الظروف بوجود الوكالة ان يدخل شخص الى معرض ضخم للاثاث ذو قيمة مالية عالية ولايجد الا شخص يرتدي ملابس عمل متواضعة ، فان الزبون سيعلم انه يتعاقد مع احد عمال صاحب المعرض وبالتالي فان آثار العقد ستنتج تجاه صاحب المعرض وليس تجاه العامل .

ومثال ان يكون الغير يستوي عنده ان يتعامل مع الوكيل او الموكل ، اذا اشترى شخص عينا من محل تجاري وكان هذا الشخص يتصرف وكالة عن غيره لكن الشخص لم يعلن عن وكالته لصاحب المحل ، ثم ظهر في المبيع عيب خفي كان للموكل ان يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية وليست للبائع ان يرفض رجوع الموكل بحجة انه لم يكن يعلم بوكالة من اشترى عنه[٨١]

وتجدر الاشارة الى ان ماجاء في الشطر الثاني من المادة (٩٤٣) من احكام يجعل حكم تصرف الوكيل يخضع الى الحالة الاولى – اضافة الوكيل العقد الى الموكل – وليس الى الحالة الثانية – اضافة الوكيل العقد الى نفسه – لان هذا الكلام يعتبر استثناء على حكم المادة (٩٤٣) وخضوعها الى حكم المادة (٩٤٢)

وعلى العموم فان معالجة القانون المدني العراقي لهذه الحالة شأنها شأن الحالة الاولى تعد قاصرة ، لانه قد عالج هذه المسألة معالجة جزئية وذلك فيما يتعلق بالنيابة الاتفاقية – الوكالة – وحبذا لو تلافى مشرعنا هذا النقص .

المطلب الثاني

العلاقة بين النائب والاصيل

يحكم هذه العلاقة المصدر الذي نشأت عنه النيابة وحسب ماذا كانت اتفاقية او قانونية او قضائية على النحو السالف ذكره عند حديثنا عن انواع الالتزامات .

وعلى العموم فبما ان النيابة تصرف قانوني فانها تنتج عددا من الاثار أي التزامات وحقوق وهذه الاثار تبدو اكثر وضوحاً في حالة النيابة الاتفاقية – الوكالة – وهذا لا يعني ان النيابة القانونية والقضائية لاترتب آثاراً ، بل يمكن ان تخضع لنفس الاثار للنيابة الاتفاقية التي تولاها المشرع بالتنظيم ولعدم تعارض ذلك مع القواعد العامة هذا ويترتب على الوكيل التزامان هما بذل العناية المطلوبة في تنفيذ الوكالة ، واطلاع الموكل على حالة الوكالة وتقديم حساب بعد انقضائها .

كما ويرتب القانون على الموكل التزامان يتمثلان بدفع كل من الاجرة المتفق عليها ، ورد النفقات التي انفقها الوكيل عند تنفيذ الوكالة .

هذا ويلاحظ بوضوح ان التزامات كل طرف تعتبر حقوقا بالنسبة للطرف الآخر ، لذا فاننا سنتكلم عنها باختصار مفيد .

فبالنسبة للالتزام الاول الذي يترتب على الوكيل والذي يتمثل ببذل العناية المطلوبة في تنفيذ الوكالة ، فقد نصت المادة (٩٣٤) من القانون المدني العراقي على انه (١- اذا كانت الوكالة بلا اجر وجب على الوكيل ان يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في اعماله الخاصة ، ومع ذلك اذا كان الوكيل يعني بشؤونه الخاصة اكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يطالب الا ببذل عناية الرجل المعتاد . ٢- وان كانت باجر وجب على الوكيل ان يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد)[٨٢] فلم يفرق القانون المدني العراقي في وجوب بذل العناية في تنفيذ الوكالة ان كان الوكيل باجره ام متبرعاً وان كان يفرق في مدى هذه العناية[٨٣] وحبذا لو نص المشرع على حكم مماثل بالنسبة الى النائب في الانواع الاخرى من النيابة لسد هذا النقص ولعدم تعارض النص على ذلك مع القواعد العامة

وبالنسبة للالتزام الثاني الذي يترتب على الوكيل والذي يتمثل باطلاع الموكل على حالة الوكالة وتقديم حساب بعد انقضائها ، فقد نصت المادة (٩٣٦) من القانون المدني العراقي على انه (على الوكيل من وقت لآخر ان يطلع الموكل على حالة التي وصل اليها في تنفيذ الوكالة وان يقدم له حساباً بعد انقضائها)[٨٤]

ومذهب القانون هذا يتفق عموما مع الفقه الاسلامي ، لكن الاخير يوجب ذلك عند طلب الموكل وهو الصحيح ، لانه لا داعي لتقديم الوكيل مثل هذا البيان في حالة عدم طلب الموكل ذلك منه لان الموكل ما سكت عن مطالبته بالبيان الا لانه مطمئن اليه[٨٥]

وحبذا لو نص المشرع على ذلك بالنسبة للانواع الاخرى من النيابة لسد هذا النقص .

وبالنسبة للالتزام الاول من التزامات الموكل والذي يتمثل بالتزامه بدفع الاجرة ، فقد نصت المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي على انه (١- اذا اشترطت الاجرة في الوكالة واوفى الوكيل العمل يستحقها ، وان لم تشترط فان كان الوكيل ممن يعمل باجرة فله اجر المثل والا كان متبرعا . ٢- واذا اتفق على اجر الوكالة كان هذا الاجر خاضعا لتقدير المحكمة ، الا اذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، هذا مع مراعاة احكام القوانين الخاصة)[٨٦]

ويتضح من خلال هذا النص ان الوكالة قد تكون باجر او تبرعا ، وقد يستحق الاجرة باشتراطها بالوكالة او دون ان يشترط ذلك .

وجواز الوكالة باجر وبغير اجر مشروعيته مكتسبة من ان النبي محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) قد وكل على الصورتين ، ولان الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل القيام به فيجوز اخذ الاجرة عليه[٨٧] ولم يشر القانون المدني الى الاجرة في النيابة غير الاتفاقية وحبذا لو عالج هذا النقص .

اما بالنسبة للالتزام الثاني من التزامات الموكل والذي يتمثل بالتزامه برد النفقات التي انفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة ، فقد نصت المادة (٩٤١) من القانون المدني العراقي على انه (١- على الموكل ان يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته ، فاذا اقتضى تنفيذ الوكالة ان يقدم الموكل للوكيل مبالغ للانفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكل ان يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك . ٢- وعلى الموكل ان يخلص ذمة الوكيل مما عقد باسمه الخاص من التزامات في سبيل تنفيذ الوكالة)[٨٨]

فقد يحتاج قيام الوكيل بتنفيذ الوكالة الى بذل نفقات ومصروفات وذلك لازم للموكل فيجب عليه دفعها للوكيل عند طلبه ، ولايكون الوكيل متبرعا فيما انفقه لان الوكيل يعتبر موكلا ايضا في بذل مثل هذه النفقات والمصروفات دلالة حتى وان لم ينص عليها في العقد لانها من مقتضيات تنفيذ الوكالة وما اقتضاه تنفيذ الوكالة يعتبر ضمن حدود الوكالة[٨٩] فاذا كانت هذه النفقات بمعرض تجاوزه حدود الوكالة او غير لازمة للتنفيذ او من الممكن تفاديها لو لم يرتكب الوكيل خطأ او بذل العناية اللازمة فلا تكون ملزمة للموكل[٩٠] وحبذا لو نص المشرع على استحقاق النائب لهذه النفقات في النيابة غير الاتفاقية .

المطلب الثالث

العلاقة بين الاصيل والغير

بمجرد ابرام العقد بين النائب والغير ، تختفي شخصية النائب وتنشأ علاقة مباشرة بين الاصيل والغير فتنتقل اليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد[٩١] وفي هذا الصدد نجد ان المادة (١٠٥) من القانون المدني المصري قد نصت على انه (اذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الاصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل).

اما القانون المدني العراقي فقد خلا من نص مماثل اذ انه عالج هذه المسألة معالجة جزئية فيما يتعلق بالوكالة فقط فنص في المادة (٩٤٢) على ان (حقوق العقد تعود الى العاقد فاذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة ، فان العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه).

ففي هذا النص نقص واضح في القانون المدني العراقي لان هذا الحكم يجب ان لايسري فقط على النيابة الاتفاقية – الوكالة – بل يجب ان يسري ايضا على النيابة القانونية والقضائية ، حماية لحقوق الغير وحبذا لو حذى المشرع العراقي في ذلك حذو المشرع المصري وعلى العموم فانه كي تنصرف آثار هذه الاعمال والتصرفات الى شخص الاصيل يجب ان تكون صحيحة خالية من أي عيب أو خطأ ، كما يجب ان تكون ضمن حدود السلطة الممنوحة للنائب ، فاذا ما تحقق هذان الشرطان قامت العلاقة المباشرة بين الاصيل والغير الذي تعاقد معه النائب بحيث يختفي شخص هذا الاخير باعتباره امتداداً لشخص الاصيل ، ويترتب على ذلك انه يحق للاصيل ان يرجع على الغير مباشرة وبدون وساطة النائب ، لمطالبته بجميع الحقوق والالتزامات التي تعود له من جراء التعاقد مع النائب ، لانه لايترتب أي موجب شخصي على النائب تجاه الغير الذي تعاقد معه لمصلحة الاصيل ، ويكون هذا الاخير ملزما تجاه الغير بانه يفي مباشرة بالعهود التي قطعها النائب لحسابه ، اما الشروط التحفظية والاتفاقات السرية التي تعقد بين الاصيل والنائب ولا تستفاد من النيابة نفسها ، فانه لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا اذا قام البرهان على ان هذا الشخص كان على علم بها وقت التعاقد[٩٢]

وعليه فان الوكالة التي تجيز للوكيل تقديم الاستدعاءات واللوائح الخطية تلزم للموكل بكل ما تتضمن من تصريحات ووقائع يدلي بها الوكيل بمعرض دفاعه عن موكله ، واذا صدر تصريح او اقرار خطي عن الوكيل ضمن حدود سلطته جاز استعماله حجة على الموكل وفي حال كان التصريح رسميا امكن استخدامه بوجه الموكل كبينة خطية كاملة[٩٣]

المبحث الخامس

تعاقد الشخص مع نفسه عن طريق النيابة

لقد عرفت المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي العقد بانه (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)[٩٤]

فلا بد اذن من وجود موجب وقابل ليتم العقد بالتقاء الايجاب والقبول الصادر عنهما[٩٥] لكن متى سلمنا ان ارادة النائب تحل محل ارادة الاصيل ، امكن ان نسلم ان شخصا واحدا يكون نائبا عن غيره واصيلا عن نفسه او يكون نائبا عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه ولاتكون ثمة الا ارادة واحدة هي ارادته وقد حلت محل ارادتين ، مثال الحالة الاولى ان يشتري الوكيل لنفسه الشيء الموكل ببيعه ، ومثال الحالة الثانية ان يتم اختيار نفس الشخص وكيلاً عن شخصين فيوكله احدهما ببيع شيء معين ويوكله الثاني بشراء نفس الشيء فيبرم الوكيل عقد البيع وحده باعتباره وكيلا عن كل من البائع والمشتري[٩٦]

وان الاعتراض الذي يمكن ان يثار هنا هو اعتراض عملي مرجعه تضارب المصالح بين طرفي العقد ، فاذا تولاه شخص واحد كان متحكما في مصلحتين متعارضتين ، فان كان نائبا عن احد طرفي العقد واصيلا عن نفسه أي تعاقد لنفسه فان التعارض يكون بين مصلحته الشخصية ومصلحة الاصيل ، وواضح مافي ذلك من خطر على مصلحة الاصيل ، وان كان نائبا عن طرفي العقد فهو اما ان يغلب مصلحة احدهما على مصلحة الاخر ، واما ان يعمل على التوفيق بين المصلحتين وهذا اقرب الى معنى التحكيم منه الى معنى النيابة ، اذ ان وظيفة النائب هي ان يعمل على رعاية مصلحة الاصيل والدفاع عنها وتغليبها على مصالح الآخرين في حدود القانون[٩٧]

وقد اختلفت الشرائع في مثل هذا التعاقد بين مبيح ومحرم ، فمنها ما يبيعه كالقانون السويسري والقانون الفرنسي ، ومنها ما يحرمه كالقانون الالماني والمشروع الفرنسي الايطالي والشريعة الاسلامية والقانون العراقي ، ولكن الشرائع التي اباحت هذا التعاقد حرمته في مواطن بخصوصها والشرائع التي حرمته اباحته في صور بذاتها[٩٨] وان الدقة تقتضي ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص لكل حالة من هاتان الحالتان – حالتا تعاقد الشخص مع نفسه – مطلباً مستقلاً .

المطلب الاول : تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره اصيلا عن نفسه ونائباً عن الغير

يختلف موقف القانون المدني العراقي من هذا التعاقد حسب صفة النائب الذي يقوم بذلك التعاقد فهكذا تصرف يختلف حكمه بين عدم الجواز المطلق ، او الجواز المقيد بالاجازة او الخيرية او الغبن اليسير وذلك تبعا لاختلاف صفة النائب:

فبالنسبة للحالة التي لايجوز فيها هذا التعاقد بصورة مطلقة ، نجد ان المادة (٥٨٩) من القانون المدني العراقي تنص على انه (لايجوز للوصي المنصوب او القيم المقام من قبل المحكمة ، ان يبيع مال نفسه للمحجور ولا ان يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقا ، سواء كان في ذلك خير للمحجور ام لا).
كما نصت المادة (٥٩١) على انه (لايجوز للقاضي ان يبيع ماله للمحجور ولاان يشتري مال المحجور لنفسه).

وبالنسبة للحالة التي يكون فيها جواز هذا التعاقد مقيداً بالاجازة ، فاننا نجد ان المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (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 ان 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 لاحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لابنفسه ولا باسم مستعار ماهو محظور عليه شراؤه . ٢- على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا اجازه من تم البيع لحسابه ، متى كان وقت الاجازة حائزاً للاهلية ، اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد ، تحمل المشتري الاول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة البيع)[٩٩]

ومن اللافت ان البطلان المترتب على هذه الحالة هو بطلان نسبي موضوع لمصلحة الاصيل فحسب مما يجعله خاضعا للاجازة والتأييد ، بحيث اذا اجاز الاصيل البيع كان شراء النائب صحيحاً ونافذا[١٠٠] .

وبالنسبة للحالة التي يكون فيها جواز هذا التعاقد مقيداً بالخيرية ، فقد نصت المادة (٥٩٠) من القانون المدني على انه (لايجوز للوصي المختار من قبل الاب او الجد ان يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا ان يشتري لنسفه شيئا من مال اليتيم ، الا اذا كان في ذلك خير لليتيم وباذن من المحكمة . ٢- والخيرية هي ان يبيع لليتيم باقل من ثمن المثل ، او ان يشتري منه باكثر من ثمن المثل ، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة).

وبالنسبة للحالة التي يكون فيها جواز هذا التعاقد مقيداً بعدم تجاوز الغبن اليسير ، فقد نصت المادة (٥٨٨) من القانون المدني العراقي على انه (١- يجوز للاب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله لولده وله ان يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته وبغبن يسير لافاحش . ٢- فان باع مال نفسه لولده او اشترى مال ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٣- والجد كالاب في الحكم).

فقد ساوى المشرع العراقي بين الأب والجد في الحكم المتعلق بالبيع للصغير والشراء منه ، في حين ان المشرع قد فرق بينهما فيما يتعلق بحكم الرهن ، فقد نصت المادة (١٢٨٩) على انه (١- يجوز للاب ان

يرهن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير وان يرتهن مال ولده لنفسه ويجوز له ان يرهن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير واذا رهنه بدين نفسه فهلك فلا يكون ضامنا.٢- ولايجوز لغير الاب من الاولياء رهن ماله عند المحجور ولاارتهان مال المحجور لنفسه وله باذن من المحكمة رهنه عند اجنبي بدين على المحجور).

ونعتقد بان هناك تناقض بين حكم المادتين السابقتين ، فالمشرع بعد ان ساوى بين الاب والجد فيما يتعلق بالبيع والشراء مع الصغير فمن غير المستساغ ان يفرق بينهما فيما يتعلق بالرهن ، وان كانت هناك غاية من المنع فانها تكون في البيع والشراء من باب اولى ، علما باننا ندعو الى المساواة بين الاب والجد في كلا الحكمين وحبذا لو عالج المشرع هذا التناقض وعدل نص المادة (١٢٨٩) واضاف عبارة (والجد كالاب في الحكم) كما فعل في المادة (٥٨٨)[١٠١]

وتجدر الاشارة الى ان قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ قد فرض عدة قيود على تصرفات الاولياء حرصا منه على حقوق القصر وغيرهم من المحجورين[١٠٢] فنصت المادة (٤٣) من هذا القانون على انه لايجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك :

١- جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

٢- التصرف في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية .

٣- الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر .

٤- حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين .

٥- ايجار العقارات لاكثر من سنة واحدة وللاراضي الزراعية لاكثر من ثلاث سنوات على انه لاتمتد مدة الايجار في أي من الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد .

٦- قبول التبرعات المقترنة بعوض .

٧- التنازل عن التامينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الاحكام .

٨- القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيها .

٩- الامور الاخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديريرة رعاية القاصرين المختصة عليها ، بموجب التعليمات التي تصدرها لهذا الغرض .

تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائبا عن كلا الطرفين

لقد نصت المادة (١٠٨) من القانون المدني المصري على انه (لايجوز لشخص ان يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء اكان التعاقد لحسابه ام لحساب شخص آخر دون ترخيص من الاصيل على انه يجوز للاصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون او قواعد التجارة). فالاصل في هذا القانون ان الوكيل لايملك التعاقد مع نفسه ، لانه يؤدي الى تعارض المصالح ، فاذا ما اقدم الوكيل على مثل هذا التصرف فانما يكون قد جاوز حدود وكالته[١٠٣]

ولم ينص القانون المدني العراقي على هذه الحالة من التعاقد ، الا ان قانون المحاماة العراقي رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ قد منع ذلك ، اذ نصت المادة (٤٤) منه على انه (يحظر على المحامي ان يقبل الوكالة عن خصم موكله اثناء قيام الدعوى التي وكله فيها ، كما لا يجوز له ان يبدي لخصم موكله مشورة في الدعوى نفسها او في دعوى اخرى ذات علاقة بها ولو بعد انتهاء الوكالة ، ولايجوز له بصفة عامة ان يمثل مصالح متعارضة ويسري هذا الحظر على كل من يعمل مع المحامي في مكتبه من المحامين باية صفة كانت).

وتعليل مذهب القانون هذا واضح من سياق المادة اذ ان توكل شخص واحد عن شخصين واضح التناقض وهو في نفس الوقت يتعارض مع الغاية من التوكيل لان كون الوكيل مخاصما ومخاصما في وقت واحد امر يضطرب معه الوفاء بالوكالة على وجهها المطلوب[١٠٤] الا ان خلو القانون المدني العراقي من نص يعالج هذه الحالة ، جعل الشراح يختلفون في هذه المسألة ، وقد استند الشراح في ارائهم بالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي والتي توجب الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة ، وبالرجوع الى اراء الفقه الاسلامي نجد ان الشافعية والحنفية قد ذهبوا الى منع هذه الصورة من التعاقد ، في حين يذهب الامامية والمالكية والحنابلة الى جواز ذلك[١٠٥] وان لكل فريق آرائه التي يستند اليها .

وان هذا الاختلاف في الفقه الاسلامي قادنا الى اختلاف في الفقه المدني العراقي ، فذهب رأي الى ان المبدأ العام في القانون هو تحريم هذه الصورة من التعاقد الا اذا اجازه الموكل بعد التصرف ، أي ان تعاقد الوكيل مع نفسه في هذه الصورة يصح اذا اذن الموكل به ذلك لان صحة التصرف باجازة لاحقة تقتضي صحته بالاذن السابق[١٠٦] وهذا الرأي قريب مما ذهب اليه الشافعية والحنفية ومطابق لما ذهب القانون المدني المصري في المادة (١٠٨) .

في حين ذهب رأي آخر الى تقرير مبدأ الجواز كمبدأ عام مالم يوجد نص في القانون على خلاف ذلك ومالم تتناقض مصلحة الطرفين تناقضا تاماً كعقد الوكيل الصلح على سبيل المثال ، لان المراد من منع

تعاقد الوكيل مع نفسه هو تهمة المحاباة من قبل الوكيل لنفسه على حساب مصلحة الموكل ، وهذا منتف في هذه الصورة لان الوكيل نائب عن الطرفين وليس هو احدهما[١٠٧] وهذا الرأي قريب من رأي الامامية والمالكية والحنابلة . وحبذا لو حذى المشرع العراقي حذو المشرع المصري وعالج هذا النقص التشريعي ، ونحن نؤيد ما ذهب اليه انصار الرأي الثاني من الفقه الاسلامي والمدني ، لوجاهة حجتهم ولان هكذا نوع من العقود هو كثير الوقوع في الحياة العملية وتنظيمه بهذه الطريقة سيفسح المجال لتسهيل الكثير من المعاملات ويحول دون لجوء الاشخاص للالتفاف على القانون .

الخاتمة

ان الحديث عن خاتمة هذا البحث يقتضي التطرق الى اهم النتائج التي تم التوصيل اليها ، وما قد يرد على هذه النتائج من مقترحات :

١- لقد نظم الفقه الاسلامي فكرة النيابة بشكل مانع جامع ، وهذا دليل على رصانة وسعة مصادره التشريعية .

٢- نص قانون رعاية القاصرين وهو قانون خاص في المادة (٢٧) على ان (ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة) في حين نص القانون المدني وهو قانون عام في المادة (١٠٢) على ان (ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة) وعلى الرغم من ان الخاص يقيد العام الا اننا نعتقد ان الخاص هنا – أي القانون المدني – اولى بالاتباع .

٣- لقد خلا القانون المدني العراقي من النص على الشروط التي يجب توافرها في الولي ، وحبذا لو تلافى هذا النقص من خلال النص على هذه الشروط .

٤- لقد خلا القانون المدني العراقي من نص يشير فيه الى النظر الى شخصية النائب عند النظر الى عيوب الارادة وحسن النية ، وحبذا لو حذى حذو المشرع المصري الذي نص على ذلك في المادة (١٠٤) .

٥- لقد خلا القانون المدني العراقي من نص يشترط تعامل النائب باسم الاصيل ، يشمل جميع انواع النيابة وقصر ذلك في المادة (٩٤٣) على النيابة الاتفاقية – الوكالة – وحبذا لو حذى المشرع العراقي حذو المشرع المصري عندما نص على ذلك في م(١٠٥و١٠٦) .

٦- لقد خلا القانون المدني العراقي من نص يشير الى سريان اثر التصرف بحق الاصيل اذا كان طرفاه يجهلان انقضاء النيابة ، وقصره ذلك في المادة (٩٤٨) على النيابة الاتفاقية ، وحبذا لو حذى المشرع العراقي حذو المشرع المصري الذي نص على ذلك في المادة (١٠٧).

٧- لقد عالج المشرع العراقي العلاقة بين النائب والغير بالنسبة الى النيابة الاتفاقية فقط وذلك في المادة (٩٤٢) وحبذا لو حذى حذو المشرع المصري الذي عالج هذه العلاقة بالنسبة لجميع انواع النيابة في المادة (١٠٥).

٨- لقد عالج المشرع العراقي العلاقة بين النائب والاصيل بالنسبة الى النيابة الاتفاقية فقط ذاكرا انها ترتب التزامات على كل من الموكل والوكيل وذلك في المواد (٩٣٤و٩٣٦و٩٤٠و٩٤١) وحبذا لوعالج المشرع هذا النقص بالنص على تنظيم هذه العلاقة بالنسبة لجميع انواع النيابة .

٩- لقد نظم المشرع العراقي العلاقة بين الاصيل والغير في النيابة الاتفاقية فقط في المادة (٩٤٢) ، وحبذا لو شمل جميع انواع النيابة كما فعل المشرع المصري في المادة (١٠٥).

١٠-لقد فرق المشرع العراقي بين الاب والجد في المادة (١٢٨٩) بالنسبة لعد الرهن ، بعدما ساوى بينهم في المادة (٥٨٨) بالنسبة للبيع ، وحبذا لو عالج مشرعنا هذا التناقض .

١١-لم يعالج المشرع العراقي مسالة تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره وكيلا عن كلا الطرفين ، وحبذا لو حذى المشرع العراقي حذو المشرع المصري الذي عالج هذه المسألة في المادة (١٠٨) .

الهوامش

(١) انظر د.عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د.محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص٥٤ .

(٢) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص١٨ .

(٣) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص٥٥ .

(٤) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص١٣ .

(٥) انظر د.انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام – دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ ،ص٢٦ .

(٦) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص١١ .

(٧) انظر د.عبد المجيد الحكيم واخرون ، مصدر سابق ، ص٥٥ .

(٨) انظر د.صوفي حسن ابو طالب ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني ، مكتبة نهضة مصر ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص١٦٨.

(٩) انظر د.جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية ، مطابع البصير ، الاسكندرية ، ١٩٥٤، ص٩ .

(١٠) انظر د.صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، الطبعة الاولى ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٦٨ ، ص٣٠١ .

(١١) انظر د.شفيق شحاته ، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق ، بجامعة عين شمس ، العدد الاول ، السنة الاولى ، ١٩٤٧.

(١٢) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الخامس ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٣ ، ص١٦٣.

(١٣) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص١٧ .

(١٤) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٦٥ .

(١٥) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص١٣و٢٢ .

(١٦) انظر أ.محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، طباعة دار التأليف ، مصر ، ١٩٥٦ ، ص٣٣٩ .

(١٧) انظر د.صوفي حسن ابو طالب ، مصدر سابق ، ص١٧٢ . أنظر أيضاً في هذا الصدد أ.محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص٦٤٣ .

(١٨) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص١٣٨-١٤٥.

(١٩) انظر الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، الهداية – شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ، الجزء الثالث ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م ، ص١٢٩.

(٢٠) انظر الشيخ احمد بن محمد الحاوي ، بلغة السالك لاقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، الجزء الثاني ، الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣ ، ص١٨٢.

(٢١) الشيخ محمد بن احمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الخامس ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م ، ص٢٢ .

(٢٢) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص٢٦ .

(٢٣) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص٥٥ .

(٢٤) انظر د. حسين النوري ، عوارض الاهلية ، الطبعة الاولى ، مطبعة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ٣٣٩ .

(٢٥) انظر المحامي شربل طانيوس صابر ، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد ، بيروت ، ١٩٩٨،ص٩ .

(٢٦) انظر د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص٤٤ .

(٢٨) المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، وتقابلها المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري (١٣١) لسنة ١٩٤٨ (موافق) . وان تعريف قانوننا المدني للوكالة مقتبس من الفقه الحنفي ، اذ عرف الاحناف الوكالة بانها (اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) انظر : تنوير الابصار اصل شرح الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ، الجزء الرابع ، ص٤٤٠ ، اشار اليه د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، مصدر سابق ، ص٣٣ .

(٢٩) انظر د. الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص٥٥ .

(٣٠) انظر المحامي شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص٣١٧ .

(٣١) انظر د.جمال مرسي بدر ، مصدر سابق ، ص٨٩ .

(٣٢) انظر د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص١٥٩-١٧٢ .

(٣٣) المادة (٩٤٦) مدني عراقي ، وتقابلها المادة (٧١٤) مدني مصري (موافق) .

(٣٤) المادة (٩٤٧) مدني عراقي ، وتقابلها المادة (٧١٥ و ٧١٦) مدني مصري (موافق) .

(٣٥) المادة (٩٤٨) مدني عراقي .

(٣٦) المادة (٩٤٩) مدني عراقي ، وتقابلها المادة (٧١٧) مدني مصري (موافق) .

(٣٧) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص٥٥ .

(٣٨) انظر د.هلالي عبد اللاه احمد ، حقوق الطفولة في الشريعة الاسلامية – دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ٩٦٦ .

(٣٩) انظر د.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٣٣٧ .

(٤٠) انظر د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

(٤١) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص٦٦ . ود.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٣٦٨ .

(٤٢) انظر د.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٣٨٦ ود.هلالي ، مصدر سابق ، ص٩٤٦ .

(٤٣) انظر د.هلالي ، مصدر سابق ، ص٩٨٢ . ود.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٣٨٦ . انظر ايضا قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٩٧٦/ شرعية / ١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/١٢/٢٨ الذي يقضي باشتراط ان يكون لولي حرا بالغا مسلما عادلاً . اشار اليه د.حسين النوري ، مصدر سابق ، ص٤١٣ .

(٤٤) سورة النساء ، الآية٦ .

(٤٤) انظر د.هلالي عبد اللاه احمد ، مصدر سابق ، ص٩٦٩ .

(٤٥) المادة (٣١) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .

(٤٦) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي .

(٤٧) المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين .

(٤٨) المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين .

(٤٩) انظر د.هلالي عبد اللاه احمد ، مصدر سابق ، ص٩٦٦ .

(٥٠) المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين .

(٥١) المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين ، وتقابلها المادة (٨٢) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٥٢) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ،ص٥٥ . انظر ايضاً د.محمد العاني ، مصدر سابق ، ص٢٥.

(٥٣) المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين .

(٥٤) المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين .

(٥٥) المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين .

(٥٦) المادة (٩٧و٩٨) من قانون العقوبات العراقية رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

(٥٧) المادة (٨٩) من قانون رعاية القاصرين .

(٥٨) انظر د.الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص٥٦ .

(٥٩) سورة المائدة ، الآية٦٧ .

(٦٠) سورة الشورى ، الآية٦ .

(٩) انظر تكملة ابن عابدين ، الجزء السابع ، ص٢٦٦ ، اشار اليه د.محمد العاني ، مصدر سابق ، ص٦٨ .

(٦١) وتتمثل عيوب الرضا بالاكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال . المواد (١١٢- ١٢٥) مدني عراقي.

(٦٢) وحسن النية يعني ان ينفذ المدين التزامه عى نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد وبطرق لاتفوت ماقصده الدائن من مصلحة عند ابرام العقد او تجعلها اكثر كلفة دون مبرر .انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، القانون المدني – احكام الالتزام الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص١٢ . انظر ايضاً المادة (١٥٠) مدني عراقي في صدد اشتراطها لحسن النية .

(٦٣) انظر د. الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٥٦ .

(٦٤) والاهلية لغة تعني الصلاحية ، ومن ذلك قوله تعالى (والزمهم كلمة التقوى وكانوا احق بها واهلها) سورة الفتح، الاية٢٦ ، وهي كثير ماتعني نفس هذا المفهوم عند استعمالها في القوانين . انظر شامل رشيد ياسين الشيخلي ، عوارض الاهلية بين الشريعة والقوانين ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة – جامعة بغداد ، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م ، ص١٨ . وقد عرف الفقه المدني الاهليه بانها صلاحية الشخص لان يباشر كسب الحقوق وايجاد الالتزامات . انظر أ.احمد حشمت ابو ستين ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص١٢٨

(٦٥) انظر المحامي ، شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص٣١٧ .

(٦٦) المصدر نفسه ، ص٣١٨ .

(٦٧) وتقابلها المادة (٧٠٣) مدني مصري (مطابق) .

(٦٨) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، الطبعة الثانية ، طباعة دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٦٤ ، ص٤٥٢ .

(٦٩) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٥٩ .

(٧٠) المادة (٩٤٤) من القانون المدني العراقي .

(٧١) المادة (٩٤٥) من القانون المدني العراقي .

(٧٢) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٥٨ .

(٧٣) المصدر نفسه .

(٧٤) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٥٩ .

(٧٥) انظر المحامي شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ن ص٢٩٠ .

(٧٦) انظر د.انور سلطان ، مصدر سابق ، ص٣٧ .

(٧٧) انظر أ.سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الثاني ، ص٣٥٦ ، اشار اليه د.محمد العاني ، مصدر سابق ، ص٢٨٢ .

(٧٨) انظر المحامي شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص٣٢٦ . ود.محمد العاني ، مصدر سابق ، ص٢٨٠.

(٧٩) انظر المحامي شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص٣٢٧ .

(٨٠) انظر د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ . انظر ايضاً د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص٢٢٧ .

(٨١) وتقابلها المادة (٧٠٤) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٨٢) انظر د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص٢٠٤ . أ. شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص١٩٧-١٩٩.

(٨٣) وتقابلها المادة (٧٠٥) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٨٤) انظر د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص٢٠٤-٢٠٥ .

(٨٥) وتقابلها المادة (٧٠٩) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٨٦) انظر د.وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق ،١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م ،ص٧٠ .

(٨٧) وتقابلها المادة (٧١٠) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٨٨) انظر د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص٢٤٣-٢٤٤ .

(٨٩) انظر د.شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص٢٢٦ .

(٩٠) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٦٠ .

(٩١) انظر بشيء من التعديل المحامي شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص١٩١ .

(٩٢) المصدر نفسه ، ص١٩٢.

(٩٣) وتقابلها المادة (٨٩) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٩٤) انظر د.محمد العاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٠ .

(٩٥) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، المصدر السابق ، ص٦٠ .

(٩٦) انظر د.اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ١٩٦٦ ، ص١٧١ . اشار اليه د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص٦٠ .

(٩٧) المصدر نفسه ، ص٦٠-٦١ .

(٩٨) وتقابلها كل من المادة (٤٨٠و٤٨١) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٩٩)|انظر المحامي شربل طانيوس صابر ، مصدر سابق ، ص١١٦.

(١٠٠) انظر فيما يتعلق ببيع الاولياء وشراؤها لانفسهم د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ،ص١٦٣-١٦٥ .

(١٠١) انظر د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ،ص٦٧ .

(١٠٢) انظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر سابق ،ص٢٠٤ .

(١٠٣) انظر د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٧ .

(١٠٤) انظر في هذا الصدد ما اشار اليه د.محمد رضا العاني ، مصدر سابق ، ص٢٣٣ .

(١٠٥) انظر د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص٩٥ . انظر ايضا د.مالك دوهان الحسن ، مصدر سابق ، ص٢٥٠ .

(١٠٦) انظر د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٥١ .

المصادر

أولا : كتب الفقه الاسلامي .

١- الشيخ احمد بن محمد الحاوي ، بلغة السالك لاقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، الجزء الثاني ، الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م

٢- الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني ، الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني ، الجزء الثالث ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .

٣- الشيخ محمد بن احمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الخامس ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م .

ثانيا : كتب الفقه الاسلامي الحديث والمقارن .

١- د.هلالي عبد اللاه احمد ، حقوق الطفولة في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٢- د.وهبي الزحيلي ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الثاني ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق ، ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .

٣- د.حسين النوري ، عوارض الاهلية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مطبعة البيان العربي ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

٤- د.محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٧ .

٥- أ.محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، طباعة دار التاليف ، مصر ، ١٩٥٦ .

٦- أ.محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .

٧- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الخامس ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٣ .

٨- د.صوفي حسن ابو طالب ، بين الشريعة والقانون الروماني ، مكتبة نهضة مصر ، القاهرة ، بدون سنة طبع .

ثالثا : الكتب والمؤلفات القانونية .

١- د.انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام – دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ .

٢- أ.احمد حشمت ابوستين ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

٣- د.جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، مطابع البصير ، الاسكندرية ، ١٩٥٤ .

٤- د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .

٥- د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠ .

٦- د.مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النشر للاهلية ، بغداد ،١٩٧١ .

٧- د.عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ود.محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الاول والثاني ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ .

٨- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٣ .

٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول والسابع ، الطبعة الثانية ، طباعة دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٦٤ .

١٠-د.صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، الطبعة الاولى ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٦٨ .

١١-المحامي شربل طانيوس صابر ، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد ، بيروت ، ١٩٩٨ .

رابعاً : الرسائل والبحوث

١- شامل رشيد ياسين الشيخلي ، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة – جامعة بغداد ، ١٣٩٤ – ١٩٧٤م .

٢- د.شفيق شحاته ، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الاسلامية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، العدد الاول ، السنة الاولى ، ١٩٤٧ .

خامسا : متون القوانين .

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٢- القانون المدني المصري رقم (١٤٣) لسنة ١٩٤٨ .

٣- قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .

٤- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

٥- قانون المحاماة العراقي رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ .