القاعدة والاستثناء في تنفيذ الوكالة
(دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)

The Rule and the Exception in Implementation of the Agency A Comparative Legal Study with Islamic Jurisprudence

م.م.محمد قاسم عبد الحميد الحبوبي

نبذة عن الباحث :

شهادة بكالوريوس علوم حياة / جامعة بغداد عام ١٩٨٩ .
شهادة بكالوريوس قانون / جامعة الكوفة عام ٢٠٠٦ .
شهادة ماجستير قانون خاص مدني / جامعة بابل عام ٢٠١٥ .
مدرس في الحوزة العلمية / جامعة النجف الدينية منذ عام ١٩٩٧ ولغاية عام ٢٠١٧ ، وحاليا مدرس في حوزة قم العلمية .
مدرس مساعد محاضر في قسم القانون / كلية الإمام الكاظم عليه السلام للسنين ٢٠١٦ ، ٢٠١٧ ، ٢٠١٨ .
حاليا مدرس في كلية العلوم والمعارف / جامعة المصطفى العالمية – ايران
الكتب والبحوث العلمية
كتاب بعنوان مسؤولية المستأجر / منشورات الدار الوطنية / بغداد ٢٠١٠ برقم نشر ٢٠٤٥ .
بحث بعنوان مفهوم الضمان الطولي / مجلة الكوفة للعلوم القانونية / منشور عام ٢٠١٥ .
بحث بعنوان التحديات المعاصرة / مجلة معهد العلمين منشور ٢٠١٧ .
بحث بعنوان المسؤولية التقصيرية في الأيدي المتعاقبة / كلية القانون -جامعة بابل (غير منشور) .

mohammed.alhabboby@gmail.com

تاريخ استلام البحث :
٢٠١٩/٠٨/٠٣
تاريخ قبول النشر :
٢٠١٩/٠٩/٠٤

الكلمات الافتتاحية :
الايرادات العامة ، الدولة الفدرالية ، الايرادات الاتحادية، اللامركزية.

Abstract

The Agency is one of the most recognized contracts in the life of the community. It is one of the common contracts that are intertwined with other contracts such as selling, renting, labor, etc.

The importance of research is highlighted by focusing on the most important obligation in the Agency contract, which depends on the existence of the Agency, namely the commitment of the agent to implement the Agency, and this commitment has been around a lot of jurisprudence and legal research either through research to explain the limits of implementation and interpretation of the words of the principal, or through life problems faced by the agent during the intention to implement the Agency.

The agent frequently in his working life encounter unconsidered things such as economic and social fluctuations. Is it necessary to adhere to the Agency's basic rule of compliance with the limits set by the Agency, or is there another basis that can be adhered to and excluded from that rule without prejudice to the Agency's text ? Hence, the research attempts to answer these questions and solve the problems as much as possible.

The research came out with a set of conclusions and recommendations, the most important of which is the need to take into consideration the interests of the principal as in the case of Jordanian and Moroccan legislation, but on condition that it is not proved that it violated the will of the principal.

The study recommends the need to amend article (933) of the Iraqi Civil Code, which was a copy of the Egyptian civil code in article 703, by presenting the paragraph (conditions) on the clause (notice to the principal) in accordance with reality and logic

الملخص

تعد الوكالة من العقود الجائزة المألوفة في حياة المجتمع ، بل من العقود الشائعة والمتداخلة مع جملة من العقود الأخرى كالبيع والإيجار والعمل والمقاولة وغيرها .

تتضح أهمية البحث من خلال التركيز على أهم التزام في عقد الوكالة ، بل مما تدور معه الوكالة وجودا وعدما إلى حد بعيد ، ألا وهو التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، وهذا الالتزام دارت حوله كثير من البحوث الفقهية والقانونية سواء من خلال البحث في بيان حدود التنفيذ وتفسير عبارات الموكل سعة وضيقا ، أو من خلال المشاكل الحياتية التي تعترض الوكيل أثناء إرادة تنفيذ الوكالة .

كثيرا ما تعترض الوكيل في الحياة العملية أموراً لم تكن بالحسبان كالتقلبات الاقتصادية والاجتماعية ، فهل أن الأصل ضرورة التقيد بالقاعدة الأساس في الوكالة وهي التقيد بالحدود المرسومة في الوكالة ، أم أن هناك أساس آخر يمكن الالتزام به استثناءً من تلك القاعدة وخروجاً عنها من دون المساس في أصل الوكالة ؟ ومن هنا يحاول البحث الإجابة عن تلك التساؤلات وحلّ الإشكالات قدر الإمكان .

خرج البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات من أهمها ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار مصلحة الموكل كما هو الحال عند المشرع الأردني والمغربي ، ولكن بشرط عدم ثبوت مخالفتها لإرادة الموكل .

يوصي البحث بضرورة تعديل المادة (٩٣٣) مدني عراقي ، التي قلد فيها المشرع المصري في المادة (٧٠٣) من خلال تقديم فقرة (الظروف) على فقرة (إخطار الموكل) مراعاة للواقع والمنطق .

المقدمة :

بسمه تعالى وله الحمد فوق حمد الحامدين ، والصلاة والسلام على حبيبه المصطفى وأله الطاهرين وصحبه الميامين ، وبعد ..

تعد الوكالة من العقود الجائزة المألوفة في حياة المجتمع ، بل من العقود الشائعة والمتداخلة مع جملة من العقود الأخرى كالبيع والإيجار والعمل والمقاولة وغيرها ، إذ لا يخلو كل من تلك العقود أن تتضمن تكليف أحد الطرفين الآخر بتصرف قانوني خارج عن ماهية العقد الأصلي الرابط بينهما ، لذا أولى الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أهمية كبيرة من خلال تفصيل مباحثها وأحكامها وآثار التطور الزماني والمكاني عليها .

ومن جملة مواضيع عقد الوكالة التزامات الوكيل التي تعد من آثاره الأساسية ، وبالخصوص التزام الوكيل بتنفيذ ما أراده الوكيل من خلال عقد الوكالة ، إذ يمثل هذا الالتزام (تنفيذ الوكالة) جوهر الوكالة والمقصد الأساس من ورائها ، إذ لا وجود للوكالة مع عدم تنفيذ محتوى الوكالة ، سواء كان ذلك بعدم التنفيذ أصلا أو التنفيذ بما يخالفها ، فينعكس ذلك على الحكم القانوني الدائر بين بطلان التصرف أصلا أو كونه تصرفا فضوليا وحسب ما سوف يتضح من ثنايا البحث .

وللتعرف على فكرة البحث نوجز مقدمة البحث بعدة أمور وكما يأتي :-

أولاً : أهمية البحث

تتضح أهمية البحث من خلال التركيز على أهم التزام في عقد الوكالة ، بل مما تدور معه الوكالة وجودا وعدما إلى حد بعيد ، ألا وهو التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة ، وهذا الالتزام دارت حوله كثير من البحوث الفقهية والقانونية سواء من خلال البحث في بيان حدود التنفيذ وتفسير عبارات الموكل سعة وضيقا ، أو من خلال المشاكل الحياتية التي تعترض الوكيل أثناء إرادة تنفيذ الوكالة ، مضافا إلى التغيرات البيئية الزمانية والمكانية ، والتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وأثر ذلك كله على أطراف عقد الوكالة.

ومن خلال ذلك وغيره تظهر أهمية هذا البحث وأنه بحاجة مستمرة إلى الدراسة والتجديد في عرض مفرداته وأحكامه ، حيث أن موضوع البحث هو بيان القاعدة الأساس في هذا الالتزام وتحديد معالمها ، ومن ثم بيان الاستثناءات الواردة عليها ومن خلال استقراء القوانين الوضعية تشريعا وفقها وقضاءً وبالتحليل والمقارنة مع جملة من مدارس الفقه الإسلامي .

ثانياً : مشكلة البحث

كثيرا ما تعترض الوكيل في الحياة العملية أموراً لم تكن بالحسبان كالتقلبات الاقتصادية والاجتماعية أو تبدل أحوال الموكل أو غير ذلك مما يجعل الالتزام بالوكالة أمرا عسيراً ، أو مخالفاً لمصلحة الموكل ، أو معارضاً لنص الوكالة .. فما هو الحل حينئذ ؟ .

وهل أن الأصل ضرورة التقيد بالقاعدة الأساس في الوكالة وهي التقيد بالحدود المرسومة في الوكالة ، أم أن هناك أساس آخر يمكن الالتزام به استثناءً من تلك القاعدة وخروجاً عنها من دون المساس في أصل الوكالة ؟ ومن هنا يحاول البحث الإجابة عن تلك التساؤلات وحلّ الإشكالات قدر الإمكان .

ثالثاً : خطة البحث

يتألف البحث من مقدمة ومطلبين ، أما المطلب الأول فهو لبيان القاعدة في تنفيذ الوكيل ، وهو بدوره يتألف من فرعين ، الأول منهما حول مصادر القاعدة في القوانين الوضعية ومذاهب الفقه الإسلامي ، بينما الفرع الثاني حول معايير القاعدة ، وهما معيار الإرادة الحقيقية ومعيار الإرادة المفترضة .

وأما المطلب الثاني فيختص في بيان الاستثناء من القاعدة ، ويتألف هو الآخر من فرعين ، الأول منهما حول حقيقة الاستثناء حيث يبحث فيه عن شروط وتفسير الاستثناء ، بينما الفرع الثاني حول مقارنة الاستثناء بغيره ، حيث يبحث فيه تارة عن موارد التشابه في غير عقد الوكالة وتارة أخرى حول تميزه عن الوكالة الظاهرة .

المطلب الأول: القاعدة في التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة

تتوزع التزامات الوكالة بين الموكل والوكيل ، فأما التزامات الموكل فهي تتمثل أولاً بدفع الأجرة في حال اشتراطها ، وثانياً برد المصروفات ، وثالثاً بتعويض الضرر في حال تعرض الوكيل له ، ولكن التزامات الموكل هذه مترتبة على قيام الوكيل بالتزاماته التي تتمثل أولاً بتنفيذ الوكيل لما يريده الموكل ، وثانياً بتقديم الحساب ، وثالثاً برد كل ما يرجع إلى الموكل ، وأبرز التزامات الوكيل وأهمها هو الأول ، أي تنفيذ الوكالة ، بل يعد جوهر الوكالة

والحجر الأساس الذي يقوم عليه عقد الوكالة وهو موضوع البحث هنا ، وهو في ذاته التزام ببذل عناية في توخي اليقظة والحذر لتنفيذ فحوى الوكالة التي لا يمنع أن تتضمن التزاماً بتحقيق غاية كالبيع والرهن أو تتضمن التزاماً ببذل عناية كالإيجار والإعارة ، والقاعدة في هذا الالتزام هي تقيد الوكيل بتنفيذ مراد الموكل وفقاً لما منصوص عليه في عقد الوكالة دون زيادة أو نقيصة .

يمكن تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع ، الأول منها في بيان القاعدة الأساس في هذا الالتزام والنصوص القانونية المثبتة لها ، وما يقابلها من نصوص في مصادر الفقه الإسلامي ، وأما الفرع الثاني فهو لبيان معايير القاعدة والأساس الذي تستند إليه القاعدة وكما يأتي :-

الفرع الأول : مصادر القاعدة

لمعرفة هذا الالتزام لابد من استقراء مصادر القاعدة في النصوص القانونية والفقهية قبل الغور في تفاصيل البحث ، وعليه سيتم تقسيم هذا الفرع إلى ثلاث فقرات ، تكون الأولى في إطار القوانين الوضعية بناءً على ضوء المساحة الواسعة التي شغلها هذا الالتزام في التشريعات القانونية مضافا إلى أن أساس البحث هو دراسة قانونية ، وأما الفقرة الثانية فهي في إطار الفقه الإسلامي في عدد من مذاهبه المشهورة ، بينما الفقرة الثالثة هي لبيان أوجه المقارنة بينما تقدم في القانون والفقه الإسلامي وحسب ما يأتي :-

أولاً : القوانين الوضعية

ذكرت المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي فيما يختص بالقاعدة الأساس في التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة والمتعلقة بضرورة تقيد الوكيل بما ورد في متن عقد الوكالة ما يأتي ((على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة)) ، كذلك ذكرت المادة (٧٠٣) من القانون المدني المصري في موضوع تنفيذ الوكالة ما يأتي ((الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة)) وبلفظ مشابه أو قريب جدا نجد المعنى ذاته في المادة (٧٠٣ مدني ليبي) والمادة (٦٦٩ مدني سوري) والمادة (٧٧٩ موجبات وعقود لبناني) والمادة (٧٠٤ مدني كويتي) والمادة (٨٤٠ مدني أردني) والمادة (٩٢٠ مدني يمني) .

وإن كان يبدو من القانون اللبناني والأردني واليمني شيء من التوسعة في دائرة القاعدة التي تسوغ للوكيل فسحة من حرية التصرف مراعاةً لمصلحة الموكل كما سيتضح في أثناء البحث .

وسواء كانت دائرة القاعدة في تنفيذ الوكيل التقيد ضمن الحدود المرسومة في متن عقد الوكالة أو مع إمكانية التجاوز بشرط الزيادة لمصلحة الموكل فإنه يمكن رسم حدود الوكالة من ناحيتين وكما يأتي :-

١- الحدود المرسومة حول طبيعة التصرفات القانونية

لو كانت متعلق الوكالة على سبيل المثال إيجار عقار معين إلى مستأجر معين وبأجرة معينة ، فعندها يجب على الوكيل التقيد بما تم تحديده في عقد الوكالة ، فلا يجوز التعدي

عن تلك الحدود والشرائط من قبيل إيجار العقار إلى مستأجر آخر أو بأجرة مغايرة ، إذ يجب على الوكيل تنفيذ الوكالة ضمن الحدود المرسومة في عقد الوكالة دون نقص أو زيادة [١] .

وأولى بعدم الجواز لو قام الوكيل ببيع العقار أو المقايضة به بدلاً من إيجاره ، فإن هذا يعد تصرف قانوني مغاير تماماً لقصد الموكل في نوع التصرف القانوني المطلوب له والمثبت في متن عقد الوكالة .

٢- الحدود المرسومة حول طريقة التنفيذ لتلك التصرفات القانونية

يبدو أن هذه الحدود أقل صرامة مما هي عليه حدود الناحية الأولى ، كما لو حدد الموكل وكيله بالبيع في مكتب وساطة معين ، ولكن الوكيل باع من خلال مكتب وساطة آخر ، أو باع الوكيل بعملة غير البلد ، وقد ذكر بعض فقهاء القانون مثالاً على هذه الناحية الثانية بقوله ((فلا يحدد لدفع الثمن أجلاً أبعد ولا يكتفي بامتياز البائع ضمانا للوفاء بالثمن بل يجب أن يضم إليه كفالة شخص مليء))[٢] . ولكن فيما ذكره ذلك البعض محل تأمل ، إذ أن البيع نسيئة بأجل أبعد يعد مخالفاً لنفس التصرف المحدد ، فضلاً عن أنه خلاف مصلحة الموكل وحتى لو كان هناك كفيل مليء ، وهذا بخلاف ما لو كانت الوكالة بالبيع نسيئة باشتراط كفيل فباع الوكيل بأجل أقل من دون كفيل ، فإن ذلك يعد مثالاً للخروج عن طريقة التنفيذ المطلوبة وفقاً لنص عقد الوكالة .

بل يتضح ذلك جلياً فيما لو دخل عنصر مراعاة مصلحة الموكل في طريقة تنفيذ الوكالة ، وهذا بخلاف الناحية الأولى التي تكون أكثر صرامة في ضرورة تقيد الوكيل بعدم جواز مخالفة طبية التصرفات القانونية المرسومة والمطلوبة منه وفقاً لما جاء في نص عقد الوكالة .

وتأكيد للمرونة التي عليها الناحية الثانية أي طريقة تأدية التصرفات القانونية مراعاةً لمصلحة الموكل ما نجدة في مادة مستقلة عند المشرع اللبناني بقوله : ((اذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول اليه على شروط اكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة في الوكالة، فان الفرق يعود الى الموكل.))[٣] . وكذلك فعل المشرع الأردني ولكن ضمن نفس المادة المتعلقة بالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة بقوله : ((تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون ان يتجاوز حدوده الا فيما هو اكثر نفعا للموكل))[٤] وبنفس الألفاظ جاء المشرع الإماراتي الذي يعد قانونه المدني نسخة طبق الأصل من القانون المدني الأردني[٥] . ولعل المشرع اليمني كذلك أعطى المجال لتوسعة دائرة القاعدة وذلك بإعطائه العرف شأناً يرجع إليه في تنفيذ الوكالة بقوله : ((يلزم الوكيل بتنفيذ الوكالة دون تجاوز لحدودها المتفق عليها أو ما جرى به العرف))[٦] .

ومثل هذه التوسعة تعتبر خطوة متقدمة لهذه التشريعات المتقدمة[٧] . وإن كان البعض من الفقه المصري[٨] عبر بأن حكمها بديهي استناداً الى العرف ولكن يمكن أن يعترض عليها الموكل لو أراد التشدد بالتقيد بمتن العقد ولعدم وجود المسوغ لها في التشريعات القانونية التي حذت حذو التشريع المصري في لزوم عدم التجاوز عن الحدود المرسومة في عقد الوكالة للمخالفة وإن كان الداعي لمخالفة الحدود المرسومة هو تقصي المصلحة لجانب الموكل .

ولكن مع ذلك لا يمكن دعوى التعميم في ترجيح كل مصلحة للموكل على مخالفة الوكالة . فلعلّ الموكل ملتفت إلى ذلك كما لو كانت الوكالة هي لبيع العين نسيئة . فباعها الوكيل نقداً فإن في ذلك مخالفة للوكالة لا يرتضيها الموكل بناءً على احتمال تعمد الموكل في عدم استلام الثمن تخلصاً من مسؤولية حفظه في الوقت الحاضر وتأجيل استلامه فيما بعد . وفي هذا وغيره إشارة إلى أهمية القرائن الحالية المقترنة بالوكالة وأهمية المسؤولية الملقاة على عاتق قاضي الموضوع في التحري عنها قبل اصدار الحكم بثبوت مخالفة الوكيل من عدمها .

ثانياً : الفقه الإسلامي

ذكرت كتب الفقه الإسلامي موضوع تنفيذ الوكيل لفحوى الوكالة بعبارات متفاوتة بين التفصيل والاجمال . ولكن قبل البحث في كلمات الفقهاء لابد من استقراء أدلة الفقه الإسلامي ثم التوجه إلى كلمات الفقهاء وكما يأتي في ناحيتين :-

١- مصادر الوكالة في الأدلة الأربعة

يمكن الاستدلال على عموم الوكالة بالكتاب الحكيم في قوله تعالى على سبيل المثال ((فابعثوا بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف))[٩] وكذلك قوله تعالى ((اذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبي يأتِ بصيرا))[١٠] .

وأما الأحاديث الشريفة في الوكالة فأكثرها يتعلق بمسائل النكاح والطلاق . إلا أن أهم ما يستدل به على موضوع البحث في تنفيذ الوكالة هو حديث عروة البارقي ((عن عروة بن جعد البارقي قال: قدم جلب فأعطاني النبي (صلى اللّه عليه وآله وسلم) ديناراً فقال: اشتر بها شاة فاشتريت شاتين بدينار فلحقني رجل فبعت أحدهما منه بدينار ثم أتيت النبي (صلى اللّه عليه وآله وسلم) بشاة ودينار فردّه عليّ وقال: بارك اللّه لك في صفقة يمينك. ولقد كُنتُ أقوم بالكناسة أو قال بالكوفة فأربح في اليوم أربعين ألفاً))[١١] . الذي ذكره أكثر الفقهاء في موضوع التصرف الفضولي[١٢] . ولكن عند التأمل فيه يظهر بصورة جلية أن عروة لم يكن أجنبياً في تصرفه . بل كان وكيلاً عن الرسول الأعظم صلى اللّه عليه وآله بالشراء وهو احتمال أشار إليه البعض . بناءً على أن عروة قد وجد أن الفائدة والمصلحة في المماكسة فاشترى ما ينفع الموكل زيادة على ما وكل به مما أفرح الموكل بفعله الزائد بدليل دعاء الموكل له بالمباركة في صفقة يده . مضافاً إلى أن الوكيل قد التزم بتنفيذه متعلق الوكالة عندما قام بشراء ما أراده الموكل وفقاً لنص الوكالة [١٣].

وأما الإجماع فلم يوجد خلاف بين المسلمين في ضرورة تقيد الوكيل بتنفيذ ما أراده الموكل في مت عقد الوكالة ما دام قادراً على تنفيذ ذلك من دون عوائق .

وأما العقل فكذلك يعد من القبيح عقلا مخالفة ما تم الاتفاق عليه في عقد الوكالة بتنفيذ الوكيل فحوى الوكالة . وعليه فمن العدل بمكان عدم مجاوزة الوكيل الحدود المرسومة إليه في نص عقد الوكالة .

٢- آراء مذاهب الفقه الإسلامي حول تنفيذ الوكالة

كذلك نجد أن الأصل في مدارس الفقه الإسلامي هو مفاد القاعدة أي عدم جواز مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة فقد ذكر بعض أعلام الإمامية ذلك المعنى بقوله : ((الوكيل

المأذون لا يجوز له التعدي حتى في تخصيص السوق إلا إذا علم أنه ذكره من باب أحد الافراد)) [١٤] .

وأما مخالفة الوكيل في التنفيذ ، فإنه تارةً تكون المخالفة في جنس الموكَل به ، كما لو اشترى حنطة بينما جنس الموكل به كان رزاً ، فالإمامية[١٥] والحنفية والمالكية وقول لأحمد بن حنبل في أن ذلك لا يؤثر على صحة العقد بل يكون موقوفاً على إجازة الموكل ، في حين ذهب الشافعية وأحمد في قول آخر إلى بطلان الشراء في حق الموكل ووقوعه للوكيل [١٦] .

وأما في حالة مخالفة الوكيل في جنس الثمن فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الشراء باطل لأن الموكل لم يأذن به ، بينما ذهب الإمامية[١٧] والمالكية إلى أن شراء الوكيل يكون فضولياً ، وأما الحنفية والحنابلة ذهبوا إلى عدم الصحة ولهم قول آخر ضعيف إلى أن الوكيل ملزم بالشراء .

وأما لو كانت المخالفة بصورة الثمن ، فبدلاً من أن يشتري نسيئة يشتري حالاً ، فالحنفية والمالكية أن الشراء صحيح وملزم للموكل ، بينما الإمامية والشافعية والحنابلة فإن الشراء عندهم صحيح موقوف [١٨] .

الفرع الثاني : معايير القاعدة

تقدم في الفرع السابق أن مفاد القاعدة في التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو ضرورة التقيد بحدود الوكالة المرسومة ضمن عقد الوكالة ، وعدم جواز الخروج عنها ، هذا من حيث الأصل مع شيء من الحرية ضمن إطار طريقة تنفيذ الوكالة في جواز المخالفة بما يعود بالنفع على الموكل وفقاً لما ذكره التشريع اللبناني والأردني ، أو كان الخروج بما يتسامح به عادة أو كان الفرق قليل الشأن وفقاً للمادة (٨٠٦) موجبات لبناني ، وعليه ينبغي البحث عن المعيار الذي تستند إليه القاعدة في وجوب تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة ، وهل هو معيار جامد أم معيار مرن يمكن له استيعاب بعض حالات الخروج عن حدود الوكالة المرسومة .

تتلخص معايير القاعدة في معيار الإرادة الظاهرة ومعيار الإرادة الباطنة ، ويمكن الاطلاع عليهما من خلال الفقرتين الآتيتين :-

أولاً : الإرادة الظاهرة

يدور هذا المعيار حول محور الاعتداد بالشيء المادي المحسوس الذي يستطيع القانون أن يتثبت منه ويحيط به ، وأن يرتب على هذه الظواهر ما يشاء من أحكام دون الحاجة إلى مؤونة البحث عما انطوت عليه نفوس الأشخاص من نيات كامنة ، ومن ثم يستطيع كل من المتعاقدين الاحتجاج على الآخر بهذه الأوضاع الظاهرة ، والتي يركن إليها الناس في معاملاتهم وعقودهم ، لتتحقق بذلك الغاية التي ينشدها القانون في زيادة الثقة بين الناس وثقتهم بالقانون واستقرار المعاملات .

وعليه وفقاً لهذا المعيار فإن الوكالة في تنفيذها تكون تابعة ومقيدة بما تم الاتفاق عليه وتثبيته في متن عقد الوكالة ، إذ أن العقد هو المظهر الحقيقي لإرادة الموكل ، ومن ثم يجب التقيد بشرائط الوكالة وحدودها المرسومة تبعاً لهذا المعيار الظاهري المعبر عن إرادة

الموكل ، والذي يفترض التزام الوكيل به من دون التجاوز عليه أو الخروج عنه ، ويدعي أتصار هذا المعيار أنه لولا ذلك التقييد بظاهر الإرادة لحصل الاضطراب في المعاملات واختفى الضابط الثابت الذي يمكن اللجوء إلية عند اختلاف المتعاقدين .

وبهذا المعيار أخذ الاتجاه الجرماني الذي يرى التمسك بالإرادة المعلنة ، فالتعبير ليس وسيلة إظهار بل هو الإرادة بذاتها اعتماداً على إرادة التعبير ودقة الألفاظ الكاشفة عن مراد الموكل وضرورة احترام تلك الإرادة[١٩] .

ثانياً : الإرادة الباطنة

يستند هذا المعيار إلى ضرورة البحث عن الإرادة الجدية التي تقف وراء المظهر الخارجي للعقد ، لأنها هي الإرادة الحقيقية التي يفترض أن يستند إليها الأثر القانوني ، وأما المظهر الخارجي فما هو إلا كاشف وقرينة على تلك الإرادة ، فإذا كانت الصيغة الظاهرة للعقد قد عبرت تعبيراً صادقاً عن تلك الإرادة الحقيقية للموكل أخذنا بها ، وإلا فالأساس والحاكم هو اللجوء إلى الإرادة الباطنة التي تعبر عن القصد الحقيقي للموكل ، فليس هناك للمظهر التعبيري إلا في كونه مجرد وسيلة للوصول إلى الإرادة الحقيقية ، وكذلك الحال في موضوع الوكالة ، فإنه عند تعذر ألفاظ العقد عن كشف الإرادة الحقيقية للموكل ، وجب على الوكيل السعي في التفتيش عنها من خلال القرائن والأمارات من أجل الوصول إلى المراد الجدي للموكل[٢٠] .

وبناءً على هذا المعيار أمكن القول أن التجاوز عن ظاهر ألفاظ الوكالة لا يشكل في حقيقته خروج ومخالفة لإرادة الموكل بقدر ما تمثله من سعي للوصول لإرادة الموكل الحقيقية ، سواء كان دليل تلك المخالفة هو الاسترشاد بعامل المصلحة والفائدة أو غير ذلك من الأمور للوصول إلى الإرادة الباطنة والحقيقية للموكل ، وبهذا المعيار أخذ الاتجاه اللاتيني والقوانين السائرة على خطاه وفي مقدمتها القانون الفرنسي .

ومن هنا يمكن القول بأن الأخذ بتلك الإرادة الباطنة إنما هو أخذ بمبدأ سلطان الإرادة التي ينبغي احترامها من خلال السعي الحثيث في التفتيش للكشف عنها ، بل يمثل عنصر رجحان لمعيار الإرادة الباطنة لولا المؤاخذة الجوهرية على هذا المعيار التي تتلخص بكونه يؤدي إلى زعزعة الثقة فيما بين الناس بسبب التشكيك بظاهر الألفاظ بذريعة احتمال وجود المقاصد الباطنة فتكون منفذاً للوكيل وغيره للتحلل من التزامه بالحدود المرسومة في العقد بادعاء الوصول إلى الإرادة الباطنة والمصلحة الحقيقية للموكل ، مضافا إلى كونه يعرض المعاملات الخارجية إلى خطر عدم الاستقرار .

المطلب الثاني: الاستثناء على التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة

ذكر المشرع العراقي ضمن المادة (٩٣٣) استثناء على قاعدة التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة دون مجاوزة الحدود المرسومة ، وكذلك ذكرت المادة (٧٠٣) من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية الأمر ذاته ، وللاطلاع على شروط الاستثناء وحدوده ودواعيه ، وكيفية تمييزه عن باقي الأوضاع القانونية القريبة منه .

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول منهما حول حقيقة الاستثناء ، واما الفرع الثاني سيكون حول مقارنة الاستثناء بغيره وفقاً لما يأتي :-

الفرع الأول: حقيقة الاستثناء

يقصد بالاستثناء هنا هو الخروج عن الوكالة بنص القانون ، أي استثنى القانون من عموم عدم جواز مخالفة الوكيل حدود الوكالة مورداً معيناً حدد ضوابطه ، وللتعرف على حقيقة الاستثناء الوارد على التزام الوكيل بالحدود المرسومة في الوكالة والكشف عن أهميته سيتم بحث ذلك من خلال فقرتين ، أما الفقرة الأولى فهي لبيان شروط الاستثناء وكما ذكرت في القانون العراقي وباقي القوانين محل المقارنة ، وأما الفقرة الثانية فهي حول تفسير وتحليل هذا الاستثناء ، وكما يأتي :-

أولاً : شروط الاستثناء

يمكن تحديد شروط شروط الاستثناء أي شروط الخروج على قاعدة التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة من خلال النصوص القانونية الآتية .

ذكر القانون المدني الفرنسي موضوع تنفيذ الوكالة ومن دون ذكر أي استثناء كما في المادة (١٩٩٨) التي نصها : ((يُلزم الوكيل بتنفيذ الوكالة طالما استمر تكليفه بها ، ويُسأل عن بدل العطل والضرر الذي يُحتمل نشوؤه عن عدم تنفيذها ، كذلك يُلزم بإتمام الشيء الذي بوشر به عند وفاة الموكل ، إذا كان في التأخير خطر من بقاء الحالة على ما هي عليه .)) والذي يبدو من النص أنه بصدد أمري ، الأول حول التزام تنفيذ الوكالة الذي يعاتق الوكيل ، والثاني حول إلزامه بإتمام التنفيذ في حال وفاة الموكل ، من دون التطرق إلى الاستثناء في خروج الوكيل عن الحدود المرسومة ، وفي هذا توسعة لدور القضاء الفرنسي الذي ترك له المشرع الحرية في التثبت من صدق عنوان تنفيذ الوكالة من عدمه ، وكما هو معلوم أن الاستثناء وإن كان خروجاً عن الحدود المرسومة غي عقد الوكالة إلا أن احتمال دخوله ضمن عنوان تنفيذ الوكالة وارد جداً بناءً على مصلحة الموكل أو تداركاً للظروف الطارئة [٢١].

وأما القوانين العربية فكان المشرع فيها أكثر تفصيلاً لالتزام تنفيذ الوكالة ، حيث نصت المادة (٩٣٣) مدني عراقي على الأمرين معاً ، أي على القاعدة المختصة بالتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة وكذلك الاستثناء الوارد عليها بما يلي : ((على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة على أنه لا حرج عليه إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان ليوافق على هذه التصرفات وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة))[٢٢] .

وأما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٧٠٣) في فقرتها الثانية على : ((٢- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة.))[٢٣] .

وأما بقية القوانين المدنية المقارنة فهي على نفس المنوال كالقانون المدني السوري في المادة (٦٦٩) والقانون المدني الجزائري في المادة (٥٧٥) والقانون المدني الكويتي في المادة (٧٠٤ /٢) . وأما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد نص على القاعدة والاستثناء في المادة

(٧٧٩) ولكنه لم يكتفِ بذلك بل أوسع دائرة الاستثناء من خلال إضافة المادة (٧٨٠) التي نصها : ((اذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول اليه على شروط اكثر فائدة وجدوى من الشروط المعينة في الوكالة، فان الفرق يعود الى الموكل.)) ، وعلى خلاف ذلك ما نجده في القانون المدني الأردني الذي لم يفصل في شروط الاستثناء فقد ذكر القاعدة والاستثناء باقتضاب مشروط بالمنفعة للموكل كما في نص المادة (٨٤٠) : ((تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون ان يتجاوز حدوده الا فيما هو اكثر نفعا للموكل.)) ، ولكنه وكذلك القانون المدني الجزائري أضافا آخر شدّدا فيه على الوكيل وهو التزام بالإعلام حيث نصت المادة (٨٥٦) أردني على : ((يلتزم الوكيل بأن يوافي موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه تنفيذ الوكالة ..))[٢٤] .

وما ينبغي التركيز عليه هنا هو تلخيص شروط هذا الاستثناء المستفادة من المواد القانونية أعلاه والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين من الشروط وكما يأتي :-

١- الشروط الداخلية : وهي كل ما يتوقف عليها جواز خروج الوكيل عن الحدود المرسومة ، لأنها تدخل في تحقق الاستثناء ، إذ ينعدم الاستثناء مع انعدام الشروط وفقاً لقاعدة المشروط عدم عند عدم شرطه[٢٥] ، أي لولا وجود هذه الشروط لكان فعل الوكيل فضوليا ، أي تتوقف صحته على إجازة الوكيل ، والشروط الداخلية هي :-

أ- وجود ظروف يغلب معها الظن بإحراز موافقة الموكل على مجاوزة الوكيل ، أي غلبة الظن مع تلك الظروف الخاصة بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه التصرفات ، والمعيار في وجود الظن بموافقة الموكل معيار شخصي ، يختلف من موكل لآخر ، يمكن الاستدلال على وجوده من خلال إثبات الوكيل نفسه لذلك بواسطة القرائن القريبة والبعيدة التي يفترض إحاطة الوكيل علماً بها بحيث يستند عليها عند خروجه عن الحدود المرسومة في الوكالة .

فالأساس هو الظن بموافقة الموكل على الخروج سواء كان ذلك الخروج بالزيادة على الحدود المرسومة أو النقص فيها أو القيام بعمل مخالف لما هو موضوع الوكالة ، كما لو كان موضوع الوكالة شراء عشرة أطنان من القمح وقد اضطرت الظروف بالوكيل إلى الخروج ، فتارة يخرج بزيادة من خلال شراء عشرين طن قمح مثلاً ، وأخرى يخرج بنقصان كما لو اشترى خمسة أطنان قمح ، وثالثة قد يخرج بشراء عشرة أطنان من الرز بدلاً عن القمح .

ب- استحالة إخطار الوكيل للموكل سلفاً بخروجه عن الوكالة في حدودها المرسومة ، أي أن ما تعرض له من ظروف طارئة لا تدع له المجال لإخطار الموكل ، إذ لو عمد إلى إخطار الموكل لضاعت عليه الفرصة .

فالأساس في عد هذا الاستثناء بالرغم من كونه خروجاً عن الحدود المرسومة للوكالة عملاً بالوكالة هو وجود نيابة قانونية أضفاها القانون على الوكيل بما به من تجاوز العمل المنصوص في متن الوكالة ، والأساس الذي تستند إليه هذه النيابة هو الإرادة المفترضة للموكل[٢٦] ، والمستفادة من القرائن الداخلية أو الخارجية التي يرجع في تقديرها إلى سلطة القضاء خاصة في حال حصول نزاع ما بين أطراف الوكالة لإثبات تحقق شروط الخروج من عدمه .

ومن خلال ما تقدم يبدو منطقياً تقدم الشرط الأول (وجود الظروف) على الشرط الثاني (استحالة الإخطار) إذ لولا تلك الظروف لما كان هناك أي معنى لضرورة الإخطار ، بناءً على أن المسوغ للخروج وجود الظروف ، واستحالة الإخطار أمر لاحق ، لأنه إخطار بالظروف ، ولكن المشرع العراقي والمصري خالفا المنطق وكذلك القوانين محل المقارنة التي ذكرت ذلك الاستثناء ، حيث قدّما شرط الإخطار قبل وجود الظروف ، لذا توجب إعادة صياغة المادة القانونية مراعاةً للواقع والمنطق ، فضلاً عن أن الظروف يسهل إثباتها للقضاء مقارنة باستحالة الإخطار التي يكون تتسع لأجلها السلطة التقديرية للقضاء .

٢- الشروط الخارجية : وهي شروط بمعزل عن ماهية الاستثناء وخارجة عنه ، وضعها المشرع حماية للموكل ، خوفاً من اطلاق تصرف الوكيل بما قد يؤدي إلى لحوق الضرر بالموكل أو خلاف إرادته ، ومخالفة هذه الشروط تستوجب الحكم بالتعويض على الوكيل بقدر ألحق بالوكيل من خسارة أو تفويت مصلحة يرجع تقديرها إلى سلطة القضاء بسبب إهماله أو سوء تقديره ، من دون التأثير على صحة نفس الوكالة لعدم صدق التصرفات المخالفة لأصل الوكالة ، وقد نصت المادة القانونية المتعلقة بتنفيذ الوكالة على ذلك ، فالمادة (٩٣٣) مدني عراقي نصت في آخرها على : ((.. وعلى الوكيل في هذه الحالة ، ان يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة.)) ، بينما نصت المادة (٧٠٣) مدني مصري بألفاظ مقاربة على ما يأتي : ((.. وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة.)) ، وهذه الشروط الخارجية المستفادة من هذه النصوص يمكن تلخيصها بما يأتي :-

أ- وجوب إبلاغ الموكل بما أقدم عليه الوكيل من مجاوزة حدود الوكالة استناداً لتحقق الشروط الداخلية وإقدامه على مخالفة نص الوكالة .

ب- وجوب المبادرة في هذا الإبلاغ المتقدم ذكرة ، أي يجب على الوكيل الفورية في إبلاغ الموكل ، لكي يحيطه علماً بما ينبغي فعله إزاء الأمر الموكول به لعمل الاحتياطات اللازمة وارتفاع المسؤولية عن عاتق الوكيل[٢٧] .

ثانياً : تحليل الاستثناء

وهي محاولة لفهم وتصور هذا الاستثناء والحكمة منه وإيضاح المراد منه قانونياً وقضائياً وحسب ما يأتي :-

١- تطبيقات مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة

تمثل هذه التطبيقات مرحلة أولى لتحليل وفهم هذا الاستثناء لكونه يؤكد النص القانوني ويظهر الحكمة من تشريعه ، وتشمل هذه التطبيقات نوعين من مجاوزة الوكيل ، الأولى يخرج فيها الوكيل من كونه وكيلاً لأن تصرفه يكون فضولياً ، بينما الثانية يبقى فيها عنوان الوكيل وهي المقصودة في موضوع الاستثناء ، لأنها لا تشكل خروجاً حقيقياً عن الوكالة ، ويمكن الاطلاع على كلا النوعين من التطبيقات كما يأتي :-

أ- ما يصدق عليها مخالفة الموكل

وهي مجموعة التطبيقات القضائية التي يمثل كل واحد منها خروجاً حقيقيا عن الوكالة لمخالفة الوكيل إرادة الموكل ، مما يلزم منه انتزاع صفة الوكيل عنه ، أي أصبح بهذا النوع من التجاوزات على الوكالة شخصاً أجنبياً ، وكما يتضح ذلك من الأمثلة الآتية :-

تطبيقاً لما تقدم فقد قضت محكمة النقض الفرنسية : ((إن كل وكيل ، مأجوراً كان أم غير مأجور ، مسؤول حيال موكله عن تخلفه عن تنفيذ الالتزام الذي تعاقد عليه ، وعن الضرر اللاحق بالموكل من جرّائه ، ويقضي عدم تنفيذ الالتزام إلى افتراض وقوع خطأ من جانب الوكيل في ما خلا الطارئ الفجائي (وفي هذه الحالة نقص في البضائع التي كُلف الوكيل ببيعها) .))[٢٨] .

كذلك قضت محكمة النقض المصرية : ((.. إن جاوز الوكيل حدود وكالته فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل ويستوي في ذلك أن يكون الوكيل حسن النية أو سيء النية بقصد الإضرار أو بغيره ..))[٢٩]

كذلك حكمت محكمة النقض المصرية في موضوع التوكيل بالتوقيع على عقد البيع النهائي لعقار امام الشهر العقاري عدم اتساعه لإبرام عقد جديد اقامة الحكم قضاءه على ان التوكيل يخول الوكيل بيع العقار دون تحديد شخص المشترى مخالفة للثابت في الاوراق وخطا في تطبيق القانون ، بناءً قاعدة أن : الثابت بالأوراق ان الطاعن اصدر للمطعون ضدها الثالثة توكيلا خاصا نص فيه على توكيلها في - التوقيع على عقد البيع النهائي امام الشهر العقاري فيما يخصني عن العقار - وهو مالا يتسع لتوكيلها بإبرام عقد بيع جديد ، بينما اقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ان التوكيل شانه شان باقي التوكيلات الصادرة للمطعون ضدها الثالثة من باقي البائعين يخولها بيع العقار دون تحديد شخص المشترى وهو ما يخالف عبارات التوكيل الصادر من الطاعن للمطعون ضدها الثالثة ، واذا رتب الحكم على ذلك قضاءه بانصراف اثر البيع الذى ابرمته المطعون ضدها الى الطاعن فانه يكون قد خالف الثابت بالأوراق واخطأ في تطبيق القانون[٣٠] .

كذلك حكمت محكمة النقض المصرية في حال مجاوزة الوكيل الحدود المنصوص عليها في عقد الوكالة وضمن قضايا تشخيص عبء الإثبات في المنازعات الناشئة عن عقد الوكالة بأن ذلك يوجب سلب عنوان الوكيل عنه حيث ذكرت : ((..اذ الوكيل لا تكون له صفة الوكالة عند الموكل ، اذا عمل باسم هذا الاخير، وجاوز حدود الوكالة)[٣١] .

ب- ما لا يصدق عليها مخالفة الموكل

وهنا نلمس ثبوت مجاوزة الوكيل للحدود المرسومة في الوكالة ، أي تحقق المخالفة لمتن الوكالة ، ولكن هذه المخالفة إنما هي مع تيقن الوكيل من موافقة الموكل لهذا التجاوز والذي أشارت إليه المادة القانونية من قبل بقولها وبنفس الألفاظ في القانون المدني العراقي والمصري : (.. وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان ليوافق على

هذه التصرفات ..))[٣٢] . وعليه فالحكم المستفاد في مثل هذه الحالة من تجاوز الوكيل ، هو بقاء الوكالة على حالها بنص القانون ، وكذلك يؤيد ذلك عدد من القرارات القضائية .

فقد حكمت محكمة النقض المدنية الفرنسية في عدة قضايا ومن نواحي متعددة لحالات تجاوز الوكالة مع وجود الظروف التي دعت لذلك التجاوز ما دامت هناك المصلحة للموكل كما في الحكم : ((يبقى الموكل ملزماً بكل ما تم تنفيذه وفقاً للوكالة))[٣٣] ، والحكم : ((يقدر قضاة الموضوع بسلطتهم المطلقة الظروف التي تبين تصديق الموكل على الأعمال المجراة من قبل الوكيل))[٣٤] . والحكم ((التصديق الرجعي لأعمال الوكيل المستنتج من وجود الوكالة ، مهما كان تاريخها))[٣٥] . والحكم : ((إن إقدام الوكيل على التصريح بأنه يعمل باسمه الشخصي متجاوزاً بذلك حدود الوكالة ، لا يتعارض مع تصديق الموكل لأعماله))[٣٦]

وفي قرار لمحكمة تمييز بيروت أعطى لمصلحة الموكل الأولوية في الإبقاء على الوكالة بالرغم من مجاوزة الوكيل ، حيث نص على : ((ان تقدير توافر مصلحة الوكيل او شخص آخر واعتبار الوكالة وكالة غير قابلة للعزل من قبل محكمة الاساس لارتباط منفعتها بتنفيذ مضمونها لا يخضع لرقابة محكمة التمييز ما لم يدل بتشويه - استنتاج محكمة الاساس تعديل العقد من ابراء الذمة المعقود بين الفريقين المتنازعين مع العلم ان الابراء لا يشكل في الاصل دليلا على التعديل كونه سببا من اسباب انقضاء الموجب غير المنفذ اصلا وان سرد الوقائع الثابتة كافية وواضحة لتمكين محكمة التمييز من الرقابة على مدى قانونية الحل في القرار المطعون فيه ينقض وجود فقدان الاساس القانوني كسبب للنقض))[٣٧] .

٢- صورة وجوهر الاستثناء

بعدما تقدم في الفقرة السابقة من ذكر عدد من التطبيقات على مجاوزة الوكيل للحدود المرسومة في نص الوكالة ، فإن ما يتعلق من تلك التطبيقات بموضوع الاستثناء (جواز مجاوزة الوكيل بشروط معينة حددها القانون) تلك التي يحصل معها موافقة الموكل ، ومن أجل الغور في ماهية هذا الاستثناء وتحليله لا بد أن يكون ذلك من خلال طريقين ، الأول من خلال صورة الاستثناء ، والثاني من خلال جوهره وكما يأتي :-

أ- صورة الاستثناء (مخالفة الوكالة)

يقصد بصورة الاستثناء المظهر الخارجي ، لأن الاستثناء في حقيقته ما هو إلا حكم للقانون بصحة بعض المخالفات للوكيل ، وعليه فالناظر إلى صورة الاستثناء لا يرى إلا خروجاً عن الوكالة ، ويمكن ملاحظة ذلك بوضوح سواء من التطبيقات المتقدمة أو لأي من أمثلة الاستثناء ، فمن يوكل ببيع عين معين ، فيقوم الوكيل برهنها وغير ذلك أو يوكل بشراء القمح فيقوم بشراء الرز ، ومع هذه المخالفة الصريحة للوكالة كيف يمكن الحكم ببقاء الوكالة ؟

والجواب عن ذلك أن المشرع في حكمه ببقاء الوكالة لم يلاحظ مجرد ظاهر الخروج عن الحدود المرسومة ، وإلا لحكم بعد جواز فعل الوكيل وأنه كان فضولياً ، بل لاحظ أمراً آخر وهو وجود أمر أو ظرف يغلب معه الظن بإحراز موافقة الموكل على مجاوزة الوكيل مع

استحالة إخطاره بهذا الخروج مسبقاً ، وهنا ينقدح السؤال الجوهري ما هو المسوغ لبقاء الوكالة وعنوان الوكيل هل هو تحقق الشرطين المتقدمين (الشروط الداخلية للاستثناء) أم يكفي أحدهما أم أنه شيء آخر ؟ والجواب عن ذلك يمكن الاقتراب منه في تفاصيل الفقرة الثانية الآتية .

ب- جوهر الاستثناء (موافقة الموكل)

لقد عمد المشرع إلى تقييد الحكم بصحة ما يقوم به الوكيل من أعمال مخالفة لحدود الوكالة بضرورة توفر الشرطين المتقدمين ، فإذا ما حصل نزاع بين الوكيل والموكل حول شرعية مخالفة الوكالة أمكن عندها للقضاء أن يستند في الحكم ببقاء الوكالة إلى وجود الشرطين ، ولكن كما هو معلوم أن النزاع أمر استثنائي ، وعليه لا يمكن التعويل عليه في معرفة الأساس المسوغ للاستثناء ، لأنه من الواضح لو كان مجرد تحقق الشرطين لأمكن معها تصحيح تصرفات الوكيل من بيع وشراء وإقرار وتبرع وغيرها في حالة الوكالة العامة المطلقة[٣٨] ، ولكن التأمل في كلا شرطي الاستثناء يظهر أن الأساس فيهما هو موافقة الموكل ، فالشرط الأول يصرح بموافقة الموكل (غلبة الظن بموافقة الموكل) والشرط الثني لازمه موافقة الموكل لأن استحالة إخطار الموكل مسبقاً تعني وفقاً لمفهوم المخالفة أنه لو أمكن إخطار الموكل مسبقاً لاتسعت دائرة الوكالة من بداية الأمر ، ولما كانت هناك مخالفة أصلاً .

ومما تقدم يمكن القول أن جوهر الاستثناء وعدم كون هذا الخروج عن الحدود المرسومة في الوكالة تصرفاً فضولياً هو موافقة الوكيل لمراد الموكل ، بل هو من صميم الوكالة ، وعندها يمكن عد التشريعات التي أجازت المخالفة للوكيل ما دام في ذلك نفعاً للموكل أن الغاية من وراء ذلك هو مراعاة موافقة الموكل[٣٩] ، ولكن هل يمكن تعميم هذا الاستنتاج بالقول أنه كلما تيقن الوكيل وعلم بمراد الموكل أمكن له مخالفة الوكالة ؟ نعم وفقاً لقاعدة الأساس في العقود القصود يمكن التعميم لذلك ولكن بشرط عدم النزاع ، والا بطلت الوكالة ، وكانت مخالفة الوكالة تصرفاً فضولياً إلا إذا أثبت الوكيل تحقق الشروط الداخلية المتقدمة للاستثناء .

فاتضح من خلال تحليل الاستثناء أن المخالفة في التنفيذ كانت مجرد مخالفة صورية ، لأنه قد روعي فيها ما هو نافع للموكل وتيقن موافقته ، أي إحراز إرادة الموكل ، التي لولاها لما تم الأساس الجوهري في النيابة التي منها الوكالة ، وهو حلول إرادة الوكيل محل إرادة الموكل ، إذ عمل الوكيل بالنتيجة يُعزى إلى الأصيل (الموكل) .

الفرع الثاني : مقارنة الاستثناء بغيره

يشتمل عنوان المقارنة على ذكر نقاط التشابه والتمايز ، ولذا يمكن تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين ، أما الفقرة الأولى فهي لبيان وجوه المشابهة للوكالة مع باقي العقود الأخرى وضمن نطاق عموم هذا الاستثناء ، وأما الفقرة الثانية فهي لبيان نقاط التمايز بين هذا الاستثناء والأوضاع القانونية المقاربة ضمن نطاق عقد الوكالة ، وبالخصوص من هذه الأوضاع القانونية الوكالة الظاهرة ، وكما يأتي :-

أولاً : تشابه استثناء الوكالة مع العقود الأخرى

إذا كان هذا الاستثناء المنصوص عليه قانوناً ضمن التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة والذي يسمح على ضوئه بجواز مخالفة الوكيل للحدود المرسومة في متن عقد الوكالة ، فإنه لأجل البحث عما يشابهه في باقي العقود لابد أولاً من تحويل هذا الاستثناء إلى قضية عامة بإزالة كل آثار الخصوصية المتمثلة بألفاظ الوكالة ، ليكون مفاد القضية الكلية هي: (صحة مخالفة الحدود المرسومة في متن العقد بشروط معينة نص عليها القانون).

ومن خلال استقراء العقود المختلفة وبما أن جوهر الاستثناء وكما تقدم هو مراعاة مصلحة المالك (الموكل) ، فإن العقود يمكن تقسيمها إلى نوعين ، عقود لا تتضح فيها صفة المالك لأحد الطرفين دون الآخر ، بل يلحظ فيها مصلحة الطرفين كالبيع والإيجار ، ولذا فهي يبعد فيها تصور الاستثناء .

وأما النوع الآخر من العقود فهي كل ما تتضح فيها صفة المالك لأحد الطرفين ، ومن ثم إمكانية مراعاة مصلحته وفقاً لهذا الاستثناء ، ومن هذه العقود ما يأتي :-

من أقرب العقود إلى الوكالة عقد المقاولة وعقد العمل حيث يكون على المقاول والعامل عدد من الالتزامات الواجب تنفيذها وفقاً لما هو منصوص عليه في متن العقد ، ومن المحتمل جداً حصول ظروف خاصة تجيز لكل من المقاول والمهندس والعامل الخروج عن الحدود المرسومة في العقد بناءً على غلبة الظن بموافقة المالك أو رب العمل سواء كان فيها المصلحة لهما أو هناك قرينة على وجود ذلك الظن ، ولضيق الزمان بما لا يسمح بإخطار المالك أو رب العمل ، فيمكن القول بجواز ذلك .

إذ لا يوجد النص القانوني الصريح على جواز تلك المخالفة إلا ما يمكن الاستشهاد به في عقد المقاولة في المادة (٢/٨٩٧) مدني عراقي ((فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد، فإذا اراد التحلل وجب ان يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل.)) وبعبارة مشابهة المادة (٢/٦٥٧) مدني مصري ((فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال، مقدّرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعوّضه عمّا كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.))

كذلك ما هو موجود في عقد العمل في المادة (٩٠٩) مدني عراقي : ((١- يجب على العامل :أ – ان يؤدي العمل بنفسه ويبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. ب – ان يراعى مقتضيات اللياقة والآداب. ج – ان يأتمر بأوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه اذا لم يكن في هذه الاوامر ما يخالف العقد او القانون او الآداب، ولم يكن في اطاعتها، ما يعرضه للخطر. د – ان يحرص على حفظ الاشياء المسلمة اليه لتأدية عمله وهو امين عليها، فلا يضمن الا بتعديه. هـ – ان يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية، حتى بعد انقضاء العقد. ٢ – والعامل مسؤول عن كل مخالفة لأحكام هذه المادة.)) والاستدلال بهذه المادة على وجود الاستثناء استناداً إلى أمرين ، هما احراز موافقة

المالك وهناك ظرف طارئ يمنع إخطار المالك مسبقاً بالمخالفة ، فلا تتحقق حينئذ المسؤولية لمطلق المخالفة .

كذلك يمكن ذكر الكلام ذاته بالنسبة إلى عقد الوديعة ، وباحتمالية أقل في عقد العارية بناءً على أن المنفعة الغالبة فيه تكون لغير المالك (المستعير) .

وأما الوصية فكذلك يمكن تصور جواز مخالفة الوصية إما رعاية للمصلحة العامة التي قد يرجحها الشارع المقدس على مصلحة الموصي أو لوجود الظرف الطارئ الذي يمكن الاستدلال من قبل الوصي بموافقة الموصي على المخالفة[٤٠] كما لو أوصى بثلثه إلى طلبة العلوم في قريته ثم بعد فترة من وفاته هجرت الناس القرية ، فإذا أثبت الوصي أن غرض الموصي هو طلبة العلم وإنما ذكر القرية قيداً وصفياً من باب الأولوية لا من باب القيد الاحترازي المانع للغير .

كذلك الحال بالنسبة للوقف ، فإن متولي الوقف لا تجوز له مخالفة الوقفية ، ويجب مراعاة شرط الواقف ، والمالك في الوقف كما هو معلوم إما هو الشارع المقدس في الأوقاف العامة أو هو الموقوف عليه إذا كانت المنفعة على نحو التمليك لهم ، ففي كل الأحوال يمكن تصور مخالفة شرط الواقف بناءً على ترجيح المصلحة العامة وبشرط إذن الحاكم الشرعي[٤١] .

ثانياً : تمايز الاستثناء عن الوكالة الظاهرة

كما هو معلوم أن الوكيل يعد نائباً عن الموكل ، ولذ لا يصح له العمل دون نيابة ، وإلا فإن لازم تلك التصرفات سوف لن تنصرف إلى الموكل ، ولو مع فرض حسن النية لمن يعتقد أن الوكيل يعمل في حدود نيابته ولكن استثناءً عن هذا الأصل العام المنصوص ، ولمواجهة الضرورات العملية ولتوطيد استقرار التعامل ولمراعاة اعتبارات العدالة ، وعقاباً للأصيل على خطئه فيلزم بتصرفات مدعي الوكالة ، حيث اجتهد القضاء وتبعه التشريع في ذلك إلى صياغة نظرية الوكالة الظاهرة والتي تعد كاستثناء من الأصل العام المذكور وخروجاً على قاعدته ، ففي هذه الحالة ينفذ في حق الموكل التصرف الذي أبرمه الوكيل ، لا على أساس الوكالة الحقيقة وإنما على أساس الوكالة الظاهرة[٤٢] .

كما حدد قرار لمحكمة التميز اللبنانية الغرفة الخامسة رقم ١٩ تاريخ ١٩٩٤/١٢/١٤ شروطها بما يلي :

١- أن يعمل الوكيل باسم الموكل ولكن دون نيابة ويكون ذلك بأن يتجاوز حدود وكالته وإما أن يستمر في العمل كوكيل بعد انتهاء وكالته وإما أن يعمل كوكيل دون وكالة أصلاً أو بوكالة باطلة أو قابلة للإبطال بعد إبطالها.

٢- أن يكون الغير الذي يتعامل مع الوكيل حسن النية ويعتقد أن الوكيل نائب أو يعمل ضمن حدود وكالته.

٣- أن يكون اعتقاد الغير بأن هناك وكالة قائمة اعتقاداً مشروعاً والاعتقاد يكون مشروعاً عندما تكون الظروف التي وجد فيها الغير تخوله عدم التدقيق فيما إذا كان الوكيل يتصرف دون وكالة أو ضمن حدود وكالته.[٤٣]

ومن هنا نجد التشابه بين الاستثناء الذي هو موضوع البحث هنا (صحة مخالفة الحدود المرسومة في متن العقد بشروط معينة نص عليها القانون) والوكالة الظاهرة التعد استثناء أيضاً من القاعدة العامة في عدم جواز عمل الوكيل دون إذن الموكل ، إذ المفروض هنا بعد انتفاء الوكالة سواء لعزل الوكيل من قبل الموكل أو لغير ذلك ، ولكن استثناءً أجاز القضاء والقانون تصرفات الوكيل استناداً لما أطلقوا عليه بالوكالة الظاهرة تصحيحاً لتلك التصرفات رغبة للضرورة واستقرارا للمعاملات والاستناد إلى حسن نية الغير ، ولذا أوسعوا دائرة الوكالة الظاهرة لتشمل حالتي انتفاء الوكالة دون علم الوكيل والغير وحالة عزل الوكيل مع عدم علم الغير ، ولكن يفترض حصرها بالحالة الأولى فقط ، وأما الحالة الثانية فإن عزل الوكيل ليس له أثر لتقصير الموكل ، فيتحمل أثر إهماله ويعاقب ببقاء الوكالة وعدم الاستناد إلى حسن نية الغير اسناداً على مفهوم الوكالة الظاهرة لأن ذلك إحراج للقضاء بالبحث عن النيات بما لا موجب له ، مضافاً إلى أن المشرع نفسه لم يستند إلى حسن نية الغير في حال إثبات الأصيل عدم تقصيره واعتبر ذلك من التصرف الفضولي للوكيل[٤٤] ، بخلاف الفقه الإسلامي الذي قيد حالة عزل الوكيل بعدم بلوغ العزل إلى علم الوكيل[٤٥] .

ولكن يبقى هذا الاستثناء (الوكالة الظاهرة) يمتاز عن الاستثناء هنا (موضوع البحث) بجملة أمور يمكن إيجازها بما يأتي :-

١- تمتاز الوكالة الظاهرة في صورة انتفاء الوكالة بعدم علم الوكيل بأنه يخالف الوكالة، وهذا بخلاف الاستثناء في تنفيذ الوكيل فإن الوكيل في جميع صوره عالم بأنه يخالف الوكالة .

٢- لا يشترط في الوكالة الظاهرة حصول ظروف طارئة ، وهذا بخلاف الاستثناء في التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة الذي يشترط فيه حصول ظروف طارئة كان من المستحيل على الوكيل اخطار الموكل بها سلفاً .

٣- الوكالة الظاهرة يبدو من اسمها أنها وكالة صورية ، أي ليست بوكالة حقيقية ، بينما الاستثناء في التزام الوكيل بتنفيذ الالتزام يعد في أساسه تنفيذ لإرادة الموكل ، وعليه فهو يمثل وكالة الحقيقية .

٤- حكم المشرع بصحة التصرفات الجارية على ضوء الوكالة الظاهرة وإلزام الموكل بها ، إلا أذا أثبت عدم تقصيره ، بينما التصرفات على ضوء الاستثناء فإنها قابلة للصحة أو الرد عند نزاع الأطراف ، لأنها ترجع إلى تقدير القضاء في تحقق الشروط الداخلية للاستثناء المتقدم ذكرها .

<u>النتائج</u>

يمكن تلخيص النقاط التالية ، والتي خرج بها البحث مع تضمينها بعضاً من التوصيات وكما يأتي :-

١- ظهر من خلال البحث أنه ليس كل ما يجاوز فيها الوكيل الحدود المرسومة للوكالة يعد مخالفة أو مشكلة بذاتها ، بل يمكن تصور المجاوزة مع بقاء كونه وكيلاً ، وذلك حينما

يراعي الوكيل في مجاوزة الحدود المرسومة في الوكالة مصلحة الموكل وبما يعتقد فيها موافقة الموكل لتصرفاته تلك .

٢- ضرورة التمييز بين الشروط الداخلية للاستثناء (الظروف الطارئة والظن بموافقة الموكل) التي يدور الحكم ببقاء الوكالة مع توفر تلك الشروط وجوداً وعدماً . وهذا بخلاف الشروط الخارجية (إخطار الوكيل للموكل ، وأن يكون الإخطار على الفور دون التراخي) ، التي لا يؤثر عدمها على صحة تصرفات الوكيل وفقاً للاستثناء ، إلا احتمالية الحكم على الوكيل بالتعويض بسبب الإهمال .

٣- تشابه الوكالة جملة من العقود كالمقاولة والعمل والأوضاع القانونية كالوصية والوقف من حيث ماهية الاستثناء ، أي جواز الخروج عن الحدود المرسومة والموضوعة من قبل الأصيل ، إذا تحقق فيها موافقة الأصيل ، أو روعي فيها المصلحة العامة .

٤- لقد بدا واضحاً امتياز الاستثناء عن قاعدة التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة (الذي هو موضوع البحث) الذي يبقى هو صورة عن وكالة حقيقية ، بينما الاستثناء المسمى بالوكالة الظاهرة ليس وكالة حقيقية ، وإنما حكم عليها المشرع بذلك رعاية لاستقرار التعامل وجزاءً لتقصير الموكل ، ولذا يوصي البحث بضرورة عدم توسعة دائرة الوكالة الظاهرة ، وحصرها بحالة عدم علم الوكيل بانتهاء الوكالة وما عداها فإنها تبقى وكالة حقيقية ويتحمل الموكل آثار تقصيره في عدم إعلام الغير بعزله للوكيل ،ومع إثبات عدم تقصيره دخل ذلك ضمن التصرف الفضولي للوكيل كما فعل الفقه الإسلامي .

٥- قد يكون المشرع العراقي مصيباً عندما لم يسمح بجواز مخالفة الوكيل للحدود المرسومة إذا كانت التصرفات في منفعة زائدة للموكل كالذي نصت عليه المادة (٨٩٦) مغربي بالقول : ((انه اذا اجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط افضل مما هو مذكور في الوكالة فأن الفرق يكون لفائدة الموكل)) وكذلك بنفس المعنى المادة (٨٤٠) أردني ، ولكنها خطوة متقدمة لهذه التشريعات ، وعليه نوصي المشرع العراقي بالأخذ بها لأنها في مصلحة الموكل ، ولكن مع التقييد بكونها في حال عدم ثبوت مخالفتها لإرادة الموكل .

٦- يوصي البحث بضرورة تعديل المادة (٩٣٣) مدني عراقي ، التي قلد فيها المشرع المصري في المادة (٧٠٣) من خلال تقديم فقرة (الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان ليوافق على هذه التصرفات) على فقرة (إخطار الموكل) مراعاة للواقع والمنطق .

References

مصادر البحث (القران الكريم)

١- أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور ت ٧١١ هـ ، لسان العرب ، تحقيق عامر أحمد حيدر ، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم ، ط١ ، دار الكتب العلمية – محمد علي بيضون ، بيروت ١٤٢٦ هـ – لبنان .

٢- أبو القاسم الخوئي ، مصباح الفقاهة ، تقريرات بقلم الشيخ التوحيدي ، دار النور ط١ بيروت لبنان ١٤٢٢ هـ .

٣- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، سنن البيهقي تحقيق عبد القادر عطا مجلد ٦ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤٢٠ هـ .
٤- إسماعيل عبد النبي شاهين ، أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٦م .
٥- حازم أكرم صلال الربيعي ، آثر الارادة الباطنة في العقد "دراسة في القانونين العراقي والانجليزي ٢٠١٧ .
٦- حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١ الضرر شركة التايمس بغداد بلا طبعة ١٩٩١ م .
٧- حسين رجب محمد مخلف الزيدي ، قواعد الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى ، ص١٥١-١٥٣ عبء اثبات بعض المنازعات الناشئة عن عقد الوكالة
٨- د. اسماعيل محمد الشنديدي ، مخالفة الوكيل موكله في البيع وأثرها في الفقه الإسلامي .
٩- د. سمير صبحي ، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي ، الطبعة الأولى ٢٠١٥ المركز القومي للإصدارات القانونية .
١٠- السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، طبعة دار الأميرة – بيروت ج٢
١١- السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، طبعة سنة ٢٠١٧ .
١٢- الشيخ حسين النوري ، مستدرك الوسائل : ج١٣ ص٢٤٥ ب١٨ ح١ ، أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار الريان للتراث طبعة بلا رقم ، سنة النشر: ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م .
١٣-) الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناظرة في أحاديث العترة الطاهرة ، المكتبة الشاملة الألكترونية ، اصدار ٢٠١٢ .
١٤- د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة ط١ لبنان ٢٠٠٦م
١٥- الدكتور عادل علي المقدادي ،القانون التجاري العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ ، للمؤلف ، دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان – الأردن ، ٢٠٠٧، ص٣٣٦
١٦- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مجلد ١٣.
١٧- زين الدين الجبعي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، انتشارات داوري – قم ١٤١٠ هـ
١٨- شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٧هـ.
١٩- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، طبعة جامعة الكويت ،١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢م .
٢٠- عبد الرحمن أبو فرج ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ، مطبعة الصدق الإسلامي قاهرة ١٩٣٣ م .
٢١- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ومذهب أهل البيت ، محمد الغروي – ياسر مازح ، دار الثقلين بيروت لبنان ١٤١٩ هـ .

٢٢- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، ج٧، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٩٦٤.
٢٣- عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، ج١ ١٩٦٧ م .
٢٤- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ج٣ ، ج٦ ، ج١٠ ، ط٣ منشورات الحلبي بيروت ٢٠٠٠ م .
٢٥- علي حيدر ، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الرابع ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط١ دار الكتب العلمية بيروت ١٤١١ هـ .
٢٦- علي شاكر عبد القادر البدري ، التغير الجبري لمالك العين ، اطروحة دكتوراه من جامعة كربلاء ، ٢٠١٣ م .
٢٧- علي عبد الحكيم الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مطبعة الآداب النجف الأشرف ، بلا سنة طبع .
٢٨- لدكتور عادل علي المقدادي ،القانون التجاري العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ ، للمؤلف ، دار الثقافة ، ٢٠٠٧ .
٢٩- المحامي بدوي حنا ، كتاب الوكالة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨ .
٣٠- محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي، تحقيق الألباني ط١ مكتبة المعارف ، الرياض ١٤١٧هـ .
٣١- مرتضى الأنصاري ، المكاسب ، تحقيق السيد محمد كلانتر ج٢ ط١ منشورات مؤسسة النور بيروت لبنان ١٤١٠ هـ .
٣٢- مصطفى الزلمي ، أصول الفقه في نسيجه الجديد ، ط٢٢ مطبعة شهاب أربيل العراق ٢٠١٠ م .
٣٣- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ، شرح المغني ، ج٥ دار الكتب العربي بلا سنة طبع .
٣٤- الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج٢ ١٠٩٧٨ وفقاً للنسخة الإلكترونية في المكتبة الشاملة .
٣٥- الوكالة في الشريعة والقانون ، د. محمد رضا عبد الجبار العاني دار الكتب العلمية بيضون ١٩٧١ .
٣٦- وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ، دار الفكر دمشق ١٩٦٩ م .
٣٧- القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، إعداد البروفيسور فايز الحاج شاهين ، جامعة القديس يوسف - بيروت ٢٠١٢ .
٣٨- وجبه محمود ، موقع المجلة القضائية على النت ، (الطعن رقم ٥٢٥١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٨/ ٢/ ١٩٩٤ س ٤٥ ج١).
٣٩- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٤٠- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٤١- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٤٢- القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ .

٤٣- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ .

٤٤- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

الهوامش:

١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج٦ ص٤٥١ .
٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج٦ ص٤٥٣ وما بعدها .
٣) مادة ٧٨٠ ، قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم لسنة
٤) مادة ٨٤٠ ، القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٥) مادة ٩٣١ ، قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .
٦) مادة ٩٢٠ القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ .
٧) بل إن المشرع اللبناني يذهب إلى أكثر من ذلك ويجيز أن يتعاقد الوكيل بشروط أقل إذا كان الفرق قليل الشأن أو كان مما يتسامح فيه عادة بحسب المادة ٨٠٦ التي نصها ((لا يلزم الموكل بما يفعله الوكيل مما يخرج عن حيز سلطته او يتجاوز حدها الا في الاحوال الاتية:
اولا- اذا وافق عليه ولو بوجه ضمني.
ثانيا- اذا استفاد منه.
ثالثا- اذا عاقد الوكيل بشروط اجزل فائدة من الشروط المعينة في التعليمات التي تلقاها.
رابعا- اذا عاقد الوكيل بشروط ادعى الى النفقة من الشروط التي عينت له في التعليمات التي تلقاها، وذلك في الحالتين الاتيتين.
١- اذا كان الفرق قليل الشأن.
٢- اذا كان منطبقا على التسامح المعتاد في التجارة او في المكان الذي ابرم فيه العقد.
٨) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط مصدر سابق ج٦ ص٤٥٣ .
٩) سورة الكهف آية ١٩ .
١٠) سورة يوسف آية ٩٣ .
١١) الشيخ حسين النوري ، مستدرك الوسائل : ج١٣ ص٢٤٥ ب١٨ ح١ ، أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، دار الريان للتراث طبعة بلا رقم ، سنة النشر: ١٤٠٧هـ / ١٩٨٦م حديث رقم ٣٤٤٣ .
١٢) الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناظرة في أحاديث العترة الطاهرة ، ج٢١ ص٥٤٩ .
١٣) الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، ج٢٨ ص٣٧٦ .
١٤) السيد أبو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ، طبعة دار الأميرة – بيروت ج٢
١٥) السيد محمد كاظم اليزدي ، العروة الوثقى ج٤ ص١٦٣ .
١٦) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج٢ ١٠٩٧٨ وفقاً للنسخة الإلكترونية في المكتبة الشاملة .
١٧) السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج٢ مسألة ١٢٧٩ .
١٨) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج٢ ١٠٩٧٨ وفقاً للنسخة الإلكترونية في المكتبة الشاملة .
١٩) د. عصمت عبد المجيد ، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية ، دار الكتب العلمية ط١ ٢٠١٥ ص٩٩ .
٢٠) حازم أكرم صلال الربيعي ،أثر الارادة الباطنة في العقد ،دراسة في القانونين العراقي والانجليزي ٢٠١٧
٢١) الدكتور عادل علي المقدادي ،القانون التجاري العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ ، للمؤلف ، دار الثقافة ، ٢٠٠٧، ص٣٣٦ .
٢٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢٣) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢٤) القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
٢٥) أبو العباس أحمد بن ادريس الصنهاجي القرافي ، الفروق ، المكتبة الشاملة ، ص١٠٧ ، السيد أبو القاسم الخوئي ،التنقيح في شرح المكاسب – المكتبة الشاملة الجزء الخامس : الخيارات ج٣ ص٤ .
٢٦) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط مصدر سابق ، ج٦ ٥٨٣ .
٢٧) الوكالة في الشريعة والقانون ، د. محمد رضا عبد الجبار العاني دار الكتب العلمية بيضون ١٩٧١ ، ص٩٤ وما بعدها .
٢٨) القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، إعداد البروفيسور فايز الحاج شاهين ، نقض اجتماعية ٣٠ تشرين الثاني ١٩٤٥ رقم ١٥٥ ص١٩٢٧ .

٢٩) د. هلدير أسعد أحمد ، نظرية الغش في العقد ص٢٠٦ ، نقلا عن ابراهيم سيد أحمد (الطعن ٣٧٥ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٨٦/٨/١٦) ص٦٠٨ رقم (١٢٣) .

٣٠) وجبه محمود ، موقع المجلة القضائية على النت ، (الطعن رقم ٥٢٥١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٨/ ٢/ ١٩٩٤ س ٤٥ ج١ ص ٣٢١) ، زيارة الموقع بتاريخ ٢٠١٩/٥/١٢ .

٣١) نقض مدني مصري، في ١٩٦٩/٥/١٥، طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٥ ق، س٢٠، ص٧٨٤، مجموعة القواعد القانونية، ج١، ص١٩٦، نقلاً عن ٦-حسين رجب محمد مخلف الزيدي ، قواعد الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى ، ص١٥١-١٥٣ .

٣٢) المادة (٩٣٣) مدني عراقي والمادة (٧٠٣) مدني مصري .

٣٣) القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، إعداد البروفيسور فايز الحاج شاهين ، نقض مدنية ١ ، ٢٦ كانون الثاني ١٩٩٩ رقم ٣٠ ص١٩٣٢ .

٣٤) القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز المصدر السابق ، نقض مدنية ٣ ، ٢ آيار ١٩٧٨ رقم ١٧٣ ص١٠٣٢ .

٣٥) القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز المصدر السابق ، نقض مدنية ١ ، ٤ كانون الأول ١٩٧٩ رقم ٣٠٤ ص١٩٣٢ .

٣٦) القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز المصدر السابق ، نقض مدنية ١ ، ٢٨ نيسان ١٩٨٠ رقم ١٢٩ ص١٠٣٢ .

٣٧) محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم ١٧٣ بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٢ ، موقع المحكمة على النت ، زيارة الموقع بتاريخ ٢٠١٩/٥/١٢ .

٣٨) المادة (٧٠١) مدني مصري : ((١- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخوّل الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة ..)) وكذلك المادة (٧٠٢) : ((١- لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. ٢- والوكالة الخاصة في نوع معيّن من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يُعيّن محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات. ٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.)) .

وهذا على خلاف المشرع العراقي الذي كان متأثراً بالفقه الإسلامي الذي تدل الوكالة العامة المطلقة عنده على جميع التصرفات كما في المادة (٩٣١) : ((يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم.)) .

٣٩) المادة (٨٤٠) مدني أردني : ((تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون ان يتجاوز حدوده الا فيما هو اكثر نفعا للموكل.)) ، وكذلك بنفس اللفظ المادة (٩٣١) معاملات مدنية إماراتي .

٤٠) يمكن الاستدلال على ذلك من باب المثال ما ذكره بعض الفقهاء في باب الوصية ((فلا بأس أن يفوض الوصي أمر الوصية إلى غيره إلا أن تقوم القرينة على إرادة الموصي منه المباشرة ، فلا يجوز له حينئذ التفويض .)) السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ج٢ الوصية مسألة ١٤٣٧ طبعة ٢٠١٧ ، وهذا هو الأصل ، ولكن لا يمنع عند حصول ظرف طارئ يمنع مباشرة الوصي من التنفيذ فإنه يمكن حينئذ اللجوء الاستعانة بالغير مما يحصل معه غلبة الظن لدى الوصي بأن الموصي لو كان موجوداً لوافق عليه .

٤١) د. سمير صبحي ، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقاً للقانون السعودي ، الطبعة الأولى ٢٠١٥ المركز القومي للإصدارات القانونية ، وقد ذكر في الصفحة ٩٦ ما يأتي : ((.. ولكن توجد حالات تسوغ فيها مخالفة هذا الشرط وذلك أن بعض الشروط قد تكون مراعاتها غير مؤثرة في منفعة الوقف أو مصالح المستحقين في زمن من الأزمان ومؤثرة فيها في زمن آخر وبعض الشروط قد تكون مخالفتها غير مفوتة غرض الواقف بل أوفي بتحقيقها ، فالشروط من النوع الأول تجوز مخالفتها بإذن القاضي ، لأنه هو الذي يقدر الطوارئ ويحكم بأن تنفيذ الشرط مفوت منفعة الوقف أو مصالح المستحقين أو لا .

أمثلتها : إذا شرط الواقف ألا يستبدل بوقفه ثم دعت ضرورة أو قضت مصلحة بالاستبدال جاز الاستبدال بالوقف بإذن القاضي .)).

٤٢) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق - ط ٢ - ج ٧ - م ١ - ص ٧٧٥ وما بعدها .ذكر في الصفحة ٩٦

٤٣) المحامي بدوي حنا ، كتاب الوكالة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨ ص ٣١٥ ، زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مجلد ١٣، ص١٨٤ رقم ١٣١.

٤٤) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مجلد ١٣، ص١٨٤ رقم ١٣١.

٤٥) السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ؛ ج٢ مسألة ١٢٨٤ .