جمهوريه العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

 جامعة القادسية / كلية القانون

**النيابة بالتعاقد في القانون العراقي**

**بحث تقدم به الطالب**

**حيدر حسين حمزة**

**إلى مجلس كلية القانون / جامعة القادسية**

**بإشراف**

**م . نورة كاظم الزاملي**

**1439 هـ 2018 م**

**الإهداء**

**إلى من قال فيهم سبحانه وتعالى**

**(وَلا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللهِ أَمْوَاتاً بَلْ أَحْيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرْزَقُونَ)**

**إلى شهداء العراق رحمة وغفراناً**

**والى جميع أساتذتنا في كلية القانون - جامعة القادسية تقبلوا هذا الإهداء**

**الباحث**

**حيدر حسين حمزة**

**خطة البحث**

**المبحث الأول : ماهية النيابة في التعاقد**

المطلب الأول : تعريف النيابة في التعاقد

المطلب الثاني : صور النيابة في التعاقد

الفرع الأول : النيابة الاتفاقية

الفرع الثاني : النيابة القانونية والقضائية

المطلب الثالث : شروط النيابة في التعاقد

الفرع الأول : تعبير النائب عن إرادته

الفرع الثاني : تعامل النائب باسم ولصالح الأصيل

الفرع الثالث : تعامل النائب في حدود السلطات المخولة له

**المبحث الثاني : آثار النيابة وانقضاؤها**

المطلب الأول : آثار النيابة في التعاقد

الفرع الأول : العلاقات الناشئة عن النيابة في التعاقد

الفرع الثاني : تعاقد الشخص مع نفسه

المطلب الثاني : انقضاء النيابة

الفرع الأول : أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون

الفرع الثاني : الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة

الخاتمة

المصادر

**(1)**

**مقدمة**

**أولاً / التعریف بموضوع البحث ومشكلته :**

 إن الإرادة هي قوام التصرفات القانونية و بها يقوم الرضا من خلال وجود إرادة صحيحة تتجه إلى إحداث الأثر القانوني ويعبر عنها في العالم الخارجي، إلا أن التعبير عن الإرادة لا يكون بصورة واحدة وإنما بأكثر من صورة، فقد يعبر الشخص المتعاقد عن إرادته مباشرة وقد يعبر عنها بواسطة نائب ينوب عنه في إجراء التصرف القانوني. والنيابة كثيرة الوقوع في الحياة العملية والقانونية، وهي من الكثرة بحيث يمكن القول معها انه قلما يوجد شخص لم يكن موكل في يوم من الأيام في إبرام أو إجراء تصرف قانوني، وهذه الأهمية للنيابة في التعاقد تدعونا إلى البحث فيها ، وهل أن المشرع أوجد لها نظرية عامة يمكن الرجوع إليها لاستخلاص أحكام النيابة في التعاقد وإيجاد الحلول للمشاكل التي تثيرها.

 إن الرجوع إلى نصوص القانون المدني لا تسعفنا بالجواب على السؤال المتقدم، فلم يضع المشرع العراقي نصوصاً قانونية تشكل النظرية العامة في التعاقد، وإنما اكتفى بإيراد بعض النصوص التي - عالجت جزئيات في النيابة في التعاقد، لذا نجده قد نظم أحكام الوكالة في المواد ( ٩٢٧ - ٩٤٩ ) من القانون المدني العراقي على الرغم من أن الوكالة لا تعدو أن تكون صورة من صور النيابة في التعاقد وهي النيابة الاتفاقية، فهل يمكن القول بتطبيق أحكام الجزء على الكل خصوصاً إذا ما علمنا بوجود صور أخرى تندرج تحت النيابة مع اختلافها في طبيعتها والسلطات التي تخولها للنائب عن النيابة الاتفاقية (الوكالة).

 كما أنه نظم بعض صور النيابة القانونية كما في نيابة الولي والوصي على الصغير في المواد ( 588- ٥٩٠ ) من القانون المدني العراقي فضلاً عن بعض النصوص التي نظمت النيابة القانونية والقضائية في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وقانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدلين.

**ثانیاً / نطاق البحث :**

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

**ثالثاً / خطة البحث :**

 سوف نقف في هذا البحث على ماهية النيابة في التعاقد من خلال تعريف النيابة في التعاقد ، ثم نبين صور وشروط النيابة في التعاقد وسنتعرف على صور النيابة اذ انها لا تقف على صورة واحدة فحسب وسنتناول الشروط حيث أنها لا يمكن ان توجد وتؤدي دورها في الحياة القانونية الا بتوافر شروط معينة , وهذا ما سنبحثه في المبحث الأول .

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

(2)

**المبحث الأول**

**ماهية النيابة في التعاقد**

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

**المطلب الأول**

**تعريف النيابة في التعاقد**

 أن المشرع العراقي لم يعرف النيابة في التعاقد مباشرة ، وإنما عرف بعض صورها كما سيأتي , على الرغم من أن مشرع القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ قد استعمل مفردة النيابة في نصوصه (١) .

**وتعريف النيابة لغة :**

 كما جاء في لسان العرب لابن منظور ( ناب عني فلان ، ينوب نوباً ومناباً أي قام مقامي وناب عنك في هذا الأمر نيابة إذا قام مقامك والنوب اسم لجمع نائب ((2) .

 **وتعريف النيابة اصطلاحا :**

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

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

(2) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد ٨ ، دار الحديث - القاهرة ، ١٤٢٣ ه - ٢٠٠٣ م.

(3)

**وتعريف النيابة فقهاً :**

 وعرّفت النيابة في التعاقد فقهاً من قبل فقهاء القانون بتعريفات متعددة متقاربة من حيث الألفاظ منطبقة من حيث المعنى فذهب بعضهم في تعريف النيابة في التعاقد بأنها " التصرف عن الغير ويراد بها أن ينوب إنسان عن غيره في عمل تعود منفعته إلى الأصيل المنوب عنه فهي المبدأ الذي يسمح بموجبه لشخص أن يتعاقد لمصلحة شخص آخر بأحد طرق النيابة"( 1) .

 ولما كانت الولاية والوصاية والقوامة من أنواع النيابة فقد ذهب بعض الشُّراح إلى تعريف الولاية بأنها " سلطة شرعية بمقتضاها يتولى الغير شؤون القاصر الشخصية والمالية ورعايتها وحفظها " .

 أما الإيصاء " فيعني إقامة الشخص غيره مقام نفسه ليدبر أمور تركته ويدبر شؤون أولاده بعد وفاته"( 2) .

 أما القيم فقد عرّفه الفقه بأنه " النائب عن المحجور عليه أو الغائب أو المفقود تقيمه المحكمة لتمثيله والقيام على رعاية أمواله و إدارتها وفقاً لإحكام القانون"( 3).

 (1) محمد رضا عبد الجبار العاني ، الوكالة في الشريعة والقانون ، مطبعة العاني - بغداد ، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م، ص ١٥ .

 (2) د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج ٢ ، ص ٥١ .

 (3) د. عصمت عبد المجيد بكر ، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين ،دون ذكر مكان وسنة نشر.

(4)

**المطلب الثاني**

**صور النيابة في التعاقد**

 إن جوهر فكرة النيابة في التعاقد تقوم على أساس حلول إرادة شخص (النائب) محل إرادة شخص آخر وهو( الأصيل ) في إبرام عقد معين على أن تنصرف آثار العقد من حقوق والتزامات إلى ذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب ، إلا أن النيابة في التعاقد ليست على صورة واحدة وإنما تتعدد صورها وتختلف باختلاف مصدر النيابة المنشئ لها ، وهي لهذا قد تكون نيابة اتفاقية فيكون مصدرها الاتفاق وقد تكون نيابة قانونية فيكون مصدرها القانون وقد تكون نيابة قضائية فيكون مصدرها القضاء إلا أن أحكام الأخيرة تندمج مع أحكام النيابة القانونية( 1) .

**الفرع الأول**

**النيابة الاتفاقية**

 تعرف النيابة الاتفاقية بأنها ( تفويض أحد في شغل لآخر، وإقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن أقامه وكيل ، ولذلك الأمر الموكل به) وعرف بعض الفقه الوكالة بأنها "عقد يأذن به أحد الطرفين ( ويقال له الموكل) لاخر ( ويقال له الوكيل) بأداء عمل باسمه وعلى ذمته" ( 2) .

 وعرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة ( ٩٢٧ ) بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)

 ويستشف هذا المعنى صراحة من تعريف القانون المدني العراقي للوكالة في المادة ( ٩٢٧ ) إذ قررت هذه المادة بأن الوكالة عقد وبالتالي يجب أن يكون هناك توافق بين إرادتي كل من الموكل (الأصيل) والوكيل (النائب).

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

(1) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، الجزء ١ – نظرية الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف – الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٥٨ .

.

(2) د. مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، الوكالات غير القابلة للعزل ، دار النهضة العربية ، دون ذكر سنة نشر ، ص ٨ .

.

(5)

 والوكالة عقد غير لازم، فالعقود إما أن تكون لازمة لا يجوز لأحد العاقدين أن يتحلل منها بدون رضا العاقد الآخر ، وإما أن تكون غير لازمة ومن ثم يجوز لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة والوكالة بوصفها نيابة اتفاقية يجوز فيها لكل من الوكيل والموكل أن ينهي العقد بإرادته المنفردة( 1) .

 وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام عقد الوكالة في قسم العقود المسماة في باب العقود الواردة على العمل في المواد ( ٩٢٧ - ٩٤٩ ) ، ويشير بعض الفقه إلى تمييز الوكالة عن النيابة وإنها ليست بالضرورة في كل الأحوال من صور النيابة وإن عدت كذلك في الأغلب الأعم ، ويطرح لتأييد وجهة النظر هذه بعض الأمثلة كما في حالة الوكالة بالعمولة وأبرز هذه الأمثلة هي الوكالة بالتسخير أو التعاقد باسم مستعار أو ما يسميها الفقه حالياً ب ( الوكالة المستترة) ( 2) .

 وهو ما كان محقاً به ، إذ توجد الوكالة دون أن تكون هناك نيابة ومن ثم فأنه لا تلازم بين الوكالة والنيابة ، وعلى هذا الأساس فأنه من الممكن أن توجد النيابة دون وجود الوكالة كما في حالة تصرف الفضولي ، وكذلك قد توجد الوكالة دون أن تكون هناك نيابة كما في حالة النيابة المستترة ، حيث يبرم الوكيل عقوداً باسمه خاصة لا بأسم الموكل على أن ينقل آثار هذه العقود للموكل في ما بعد( 3) .

 (1) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد الوكالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 , ٢٠٠٦ ، ص ١٧ .

 (2) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني ، أطروحة دكتوراه - كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩١ ، ص ١٤٥.

 (3) د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ،الأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج 1, 1980 , مكتبة السنهوري – بغداد ، ص ٥7 ، علي عبد العالي خشان الاسدي ، تعاقد الشخص من نفسه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠٠٤. ص 55 هامش رقم (1) .

(6)

**الفرع الثاني**

**النيابة القانونية والقضائية**

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

 فالنيابة القانونية سميت بهذا الاسم لان مصدرها القانون ، وأحياناً تسمى ب(النيابة الشرعية) لان مصدرها الشرع ، فالقانون أو الشرع هو الذي يقيم النائب في هذه الحالة ويمنحه السلطة لإجراء التصرفات القانونية ومنها التعاقد نيابة عن الغير ، كما في نيابة الأب عن ولده الصغير في ماله ونفسه ، إذ إن الأب يستمد نيابته على الصغير من القانون وليس من المنوب عنه (الصغير)، وهي بهذا الوصف نيابة إجبارية بالنسبة للمنوب عنه ، إذ لا رأي له في وجودها وإنما القانون فرضها عليه ومنحها لمستحقها وهو هنا الأب وهي ما تسمى ( بالولاية ) على المنوب عنه في ماله ونفسه ، ومن ثم فان النائب في هذه الصورة من النيابة أذا أبرم عقداً فأن هذا العقد ينفذ على هذا الصغير المنوب عنه سواء أرضي به أم أبى( 1) .

 وهذا النوع من النيابة لا تقف على نيابة الأب فحسب وإنما تشمل نيابة الولي بشكل عام سواء كان أباً أم جداً وكذلك الوصي سواء كان منصوباً أم مختاراً لأن نيابة هؤلاء الأشخاص إنما جاءت محددة بالنصوص القانونية وإن كانت قد تنشأ بحكم قضائي، وهو ما أكدته المادة ( ١٠٢ ) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أن ( ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة ) إلا أن المادة ( ٢٧ ) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ نصت على أن (ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة ) ، وبذلك كما يذهب اليه الشراح بأن هذه المادة الأخيرة قد قيدت حكم المادة ( ١٠٢ ) من القانون المدني . على اعتبار أن قانون رعاية القاصرين وهو قانون خاص ولاحق يقيد القانون المدني( 2) .

 ومما تختلف به النيابة القانونية عن النيابة الاتفاقية في أن الأخيرة يجب أن تتوافر في الأصيل أهلية إبرام العقد وأن تتجه إرادته وإرادة النائب إلى أبرام هذا العقد أما النيابة القانونية أو القضائية كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فلا يشترط توافر الأهلية لدى الأصيل ، إذ الفرض أنه غير كامل الأهلية وإلا فأنه قد لا يحتاج إلى نائب في إبرام التصرفات القانونية أو قد تكون هذه النيابة اتفاقية( 3) .

 أما النيابة القضائية ، فهي النيابة التي يكون مصدرها المباشر القضاء ، فالقاضي هو من أضفى على النائب صفة النيابة ومنحه السلطة في إجراء التصرفات نيابة عن الغير كما في تعيين القاضي وصياً على الصغير حين لم يكن للمتوفى وصياً مختاراً وكانت الحاجة تدعو لإقامة وصي للنظر في شؤون الصغير وكذلك في ما أذا نصب القاضي قيماً على المفقود فتكون لهذا القيم نيابة عن المفقود مصدرها القضاء وهي كما في النيابة القانونية نيابة إجبارية إذ لا اختيار للأصيل في وجودها ( 4) .

ولكن على الرغم من أن النيابة القضائية يكون القضاء مصدرها المباشر ، إلا أنها تبقى ضمن نطاق النيابة القانونية ، ولهذا ارتأينا بحثها مع النيابة القانونية ، وتبرير ذلك يكمن في أن القاضي لم يقم بتعيين النائب من تلقاء نفسه وإنما استند في ذلك إلى النصوص القانونية التي خولته سلطة هذا التعيين كما في الوصي والقيم والحارس القضائي والمصفي القضائي، ومن هنا فأن القانون هو المصدر غير المباشر للنيابة القضائية لان القانون هو الذي يتولى تبيان حالاتها وأركانها ويحدد ما للنائب من سلطات ولا دور للقاضي فيها إلا تنفيذ أمر القانون في اختيار شخص النائب ولذلك فهي نيابة قانونية قضائية أو هي نيابة بحكم القانون ( 5) .

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

(1 ) محمد رضا عبد الجبار العاني، مصدر سابق , ص 29- 30 .

( 2 ) د. عصمت عبد المجيد بكر، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين , مصدر سابق , ص 84 .

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

(4 ) محمد رضا عبد الجبار العاني، مصدر سابق , ص 30 .

(5) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني ، مصدر سابق ، ص 121-122 .

(7)

**المطلب الثالث**

**شروط النيابة في التعاقد**

 لا يمكن أن تتحقق النيابة ما لم تتوفر فيها شروط ثلاثة وهذه الشروط أثبتها فقه القانون المدني وكذلك التشريعات التي نظمت النيابة في التعاقد ، وكما يلاحظ أن بعض هذه الشروط إن لم تكن جميعها لازمة لتمييز النيابة عن بعض الأوضاع القانونية بشكل لا لبس فيه .

 مما لا شك فيه أن الآثار القانونية المراد تحقيقها من وراء إبرام العقد بطريق النيابة هو انصراف هذه الآثار القانونية المترتبة على تصرف النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة لا إلى ذمة النائب ومن ثم نقلها أو تحويلها إلى الأصيل ، وهذا المراد لا يتحقق ما لم تثبت للنائب صفة النيابة وهذه الأخيرة تحتاج في ثبوتها إلى مجموعة شروط ينبغي تحققها للقول بوجود النيابة ( 1).

**الفرع الأول**

**تعبير النائب عن إرادته**

 يجب على النائب أن يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل وبهذا المعنى أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، إذ يذهب الفقه إلى أن النيابة الحقيقية تفترض إرادة خاصة للنائب بها ينعقد العقد ، وبهذا الشرط يمكن التمييز بين النائب والرسول بشكل واضح فالأخير لا يعدو أن يكون حاملاً لإرادة الغير دون أن تكون له أية سلطة في تحويرها وتعديلها ، بل هو وسيلة مادية لتبليغ إرادة المتعاقدين(2).

 والتفرقة القائمة على هذا الشرط في النيابة بين الرسول والنائب لها أهمية كبيرة ، والسبب في ذلك أن النائب لما كان يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فان عيوب الرضا ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل فإذا ما شاب إرادة النائب عيب من عيوب الرضا كالإكراه أو الغلط أو الغبن مع التغرير كان العقد باطلاً نسبياً عند بعض فقهاء القانون الوضعي وموقوف في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي .

 أما فيما يتعلق بالأهلية فيجب التمييز فيما إذا كانت النيابة إتفاقية عندها لا يشترط في النائب الأهلية الكاملة في إبرام التصرف القانوني بل تكفي فيه أهلية التمييز ، لان التصرف سينتج أثره في ذمة الأصيل لذا يشترط في الأخير الأهلية الكاملة واللازمة لإبرام العقد من أهلية إدارة أو تصرف(3).

(1) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني , مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

( 2 ) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ، ١٩٤٩ ، ص ٩٠.

 (3 ) د. عبد المجيد الحكيم واخرون , الوجيز في نظرية الالتزام , مصدر سابق , ص 57 .

(8)

**الفرع الثاني**

**تعامل النائب باسم ولصالح الأصيل**

 حتى يمكن أن تكون هناك نيابة وان تضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل ، يجب على النائب أن يتعاقد مع الغير بأسم الأصيل ولحسابه أي لصالح الأصيل . وهذا يقتضي من النائب أن يعلن عن صفته كنائب صراحة أو قد تُستفاد هذه الصفة ضمناً ، والمثال على ذلك المستخدم في متجر يبيع بضاعة صاحب المتجر في محل الأخير(1).

 أما إذا لم يفصح النائب عن صفته، وإنما ظهر أمام الغير أي المتعاقد الآخر بأنه يتعاقد باسمه ولصالحه أي بوصفه أصيلاً كنا أمام الاسم المستعار أو ما يعرف في فقه القانون المدني ب ( الوكالة بالتسخير) وتحصل هذه الحالة لأسباب كثيرة كأن توجد لدى الأصيل اعتبارات اجتماعية أو أدبية أو موانع قانونية من أن تظهر صفته بالتعاقد كأصيل ، إلا أن آثار النيابة في هذه الحالة لا تنصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل. وإنما تنصرف إلى ذمة النائب ويقوم الأخير بنقل هذه الالتزامات إلى ذمة الأصيل.

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

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

٢- إذا كان من تعاقد مع النائب لا يختلف عنده في ما إذا أبرم العقد مع النائب أو الأصيل فالأمر عنده سيان ، كما في صاحب المحل التجاري الذي يتقدم إليه شخص لشراء سلعة معينة فيستوي عنده أن يكون هذا الشخص أصيلاً أو نائباً(2).

**الفرع الثالث**

**تعامل النائب في حدود السلطات المخولة له**

 يقتضي لكي تكون النيابة حقيقية ومن ثم يكون العقد الذي أبرمه النائب حقيقياً و نافذاً عدم مجاوزته للحدود المرسومة له في النيابة ، وهذه الحدود يحددها مصدر النيابة ، فالقانون في حالة النيابة القانونية هو من يرسم الحدود كما في نيابة الولي والوصي ، والقضاء هو من يحدد النيابة القضائية ويرسم حدودها كما في نيابة الحارس القضائي والقيم ، أما الاتفاق فيكون محدداً لحدود النيابة الاتفاقية كما في الوكالة و إذا ما تحددت السلطات المخولة للنائب أياً كان مصدر النيابة فعليه أن يلتزم بها و في حالة تجاوزها تزول عنه صفة النيابة ويصبح الأصيل أجنبياً عن العقد الذي يبرمه النائب المتجاوز فلا يسري بحقه إلا بعد إجازة هذا التجاوز ، وللغير المتعاقد مع النائب أن يرجع على النائب إذا كان حسن النية أي لا يعلم بمجاوزة النائب لحدود النيابة(3) . إلا أن النائب قد يتجاوز السلطات المحددة له ، وعلى الرغم من ذلك فان آثار التعاقد بطريق النيابة تنصرف إلى الأصيل استثناءاً في الحالتين الآتيتين :

 (1 ) - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ .

 (2 ) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق , ص 57 .

 (3) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام , مصدر سابق ، ص 61.

(9)

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

٢- إذا كان من المستحيل على النائب أن يعلم الأصيل بخروجه ومجاوزته لحدود النيابة وكان هذا التجاوز ضروري لتنفيذ التعاقد وفيه مصلحة للأصيل وكان هذا التجاوز في ظروف يغلب معها الظن لدى النائب أن الأصيل يجيز هذا التجاوز ، ويشترط في هذه الحالة على النائب إخطار الأصيل لتجاوزه لحدود النيابة بأسرع وقت ، وقد نصت على هذا الاستثناء المادة ( ٩٣٣ ) من القانون المدني العراقي إذ نصت بأن (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة، على انه لا حرج عليه إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود، متى كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان إلا ليوافق على هذه التصرفات، وعلى الوكيل في هذه الحالة، أن يبادر بإبلاغ الموكل بما جاوز به حدود الوكالة ) (1).

( 1 ) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني مصدر سابق , ص 62.

(10)

**المبحث الثاني**

**آثار النيابة وانقضاؤها**

 متى أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فان آثار ذلك العقد تلتحق – بحكم النيابة – بالأصيل مباشرةً فتنشغل ذمته بما ينتج عن ذلك العقد من التزامات وحقوق وهذه هي القيمة العملية لنظام النيابة ، فهي تسمح للشخص بان يجني مباشرةً النتائج الاقتصادية لعقد لم يبرمه هو وإنما قام به شخص آخر أحل إرادته محل إرادة صاحب الشأن أما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون , كما أن النيابة لا بد أن تنتهي في يوم ما وتزول وتنقضي النيابة بأسباب معينة فهي ليست نظام دائم وثابت ، وطالما أن انقضاء النيابة متعلق بعلاقة النائب بالأصيل. (1)

 لذا نجد من المفيد أن نعرض في هذا المبحث على وفق مطلبين آثار النيابة وانقضاؤها ، نبين في الأول منه آثار النيابة في التعاقد ، في حين سنخصص المطلب الثاني لانقضاء النيابة.

**المطلب الأول**

**آثار النيابة في التعاقد**

 لما كان الأشخاص المجتمعون في النيابة هم كما تقدم الأصيل والنائب والغير الذي تعاقد مع النائب، لذا كان من الطبيعي أن تظهر لدينا ثلاث علاقات ، تربط الأولى بين الأصيل والنائب، وتربط الثانية فيما بين الأصيل والغير، و الثالثة تربط بين النائب والغير(2) .

 ولكن لما كان من المتصور أن يجمع النائب في شخصه صفة الأصيل والنائب وكذلك يجمع صفتي المتعاقدين وهذه الحالة تحصل تحت ما يسمى بتعاقد الشخص مع نفسه فهل العلاقات الثلاث المتقدمة تبقى كما هي؟ وهل يحصل تعديل في آثار النيابة في التعاقد أم تبقى هي نفسها؟ هذا ما سنبحثه في هذا المطلب ، فنوضح آثار النيابة من خلال العلاقات المتقدمة في فرع أول ، ونخصص الثاني لبحث الوضع القانوني لتعاقد الشخص مع نفسه.

**الفرع الأول**

**العلاقات الناشئة عن النيابة في التعاقد**

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

**أولاً- العلاقة بين الأصيل والنائب :**

 إن العلاقة بين الأصيل والنائب يحدد آثارها المصدر المنشئ لها ، فإذا كانت النيابة اتفاقية – وهي تكون في الغالب ناشئة عن عقد وكالة – فعقد الوكالة هو من يحدد هذه الآثار فيحدد التزامات وحقوق كل من الأصيل (الموكل) وكذلك النائب (الوكيل) (3) .

 (1 ) د. جمال مرسي بدر، دراسات في النظرية العامة للنيابة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص ١٠٥.

 (2) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني ، مصدر سابق ، ص 269.

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

(11)

 فعلى الوكيل أن ينفذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة وهذا ما نصت عليه المادة ( ٩٣٣ ) من القانون المدني العراقي، وإذا كانت الوكالة بأجر فان الموكل يلتزم بدفع هذا الأجر ، ويلتزم الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة ، إلا إذا كان الوكيل يبذل في شؤونه الخاصة أكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يلزم ببذل أكثر من عناية الرجل المعتاد ، وهذا الحكم نصت عليه المادة ( ٩٣٤ /1 ) من قانونا المدني هذا إذا لم تكن الوكالة بأجر ، أما إذا كانت الوكالة في مقابل أجر فعليه أن يبذل دائماً عناية الرجل المعتاد سواء كانت أقل أو أكثر من العناية التي يبذلها في إدارة شؤونه الخاصة .

**ثانياً- العلاقة بين الأصيل والغير:**

 وهذه العلاقة هي أهم العلاقات الثلاث في النيابة في التعاقد، ذلك لان الأصيل والغير هما المتعاقدان الأصليان وإليهما تضاف آثار العقد. فبمجرد إبرام العقد بين النائب والغير تختفي شخصية النائب وتحل علاقة مباشرة بين الأصيل والغير وتنتقل إليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد(1).

 وعلى هذا الأساس تضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب طالما قَبِلَ مقدماً تعاقد النائب باسمه ، بل حتى لو لم يقبل ذلك في بعض الحالات كما في النيابة القانونية والقضائية ، فإذا كان العقد المبرم بين النائب والغير هو عقد بيع كان للأصيل أن يطالب الغير الذي تعاقد مع النائب بالثمن ، وكان للغير مطالبة الأصيل بتسليم الشيء المبيع ، ومع ذلك فان النائب قد يلزم ببعض الالتزامات تجاه الغير كما لو كانت النيابة تشمل التنفيذ أيضاً(2).

**ثالثاً- العلاقة بين النائب والغير:**

 إذا تم التعاقد بين النائب والغير الذي تعاقد معه ، لا تقوم أي علاقة بينهما وذلك لان الصفة الجوهرية في النيابة هي انتقال آثار العقد إلى الأصيل ، ومن ثم لا يستطيع الغير مطالبة النائب بأي حق ناشئ عن العقد و لا بتنفيذ أي التزام كذلك(3).

 ومع ذلك فان النائب قد يسأل نحو الغير الذي تعاقد معه ، كما لو ضمن النائب للغير تنفيذ الأصيل لالتزاماته ففي هذه الحالة يرجع الغير على النائب إذا لم ينفذ الأصيل التزاماته ، وكذلك في ما إذا ضمن النائب للغير إجازة الأصيل لتجاوز النائب حدود نيابته ولم يجز الأصيل ذلك ، وكذلك إذا كانت النيابة شاملة لتنفيذ العقد فهنا للغير إلزام النائب بتنفيذ العقد .

 (1 ) د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية، دون ذكر سنة نشر .

 (2 ) د.مصطفى عبد الجواد ، مصادر الالتزام ، دار الكتب القانونية ،مصر- المحلة الكبرى ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٨.

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

(12)

**الفرع الثاني**

**تعاقد الشخص مع نفسه**

 يعرف تعاقد الشخص مع نفسه بأنه " العقد الذي يتولى فيه شخص واحد دور الموجب والقابل نيابة عن أحدهما وأصالة عن نفسه أو نيابة عن كليهما"(1).

 يظهر من هذا التعريف أن إرادة شخص واحد تحلُّ محل إرادتي شخصين في إبرام العقد، وفي هذه الحالة أما أن يكون من حلتَّ إرادته محل إرادة غيره نائباً عن كل من طرفي العقد أو أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر. وهذه الحالة ممكن أن تتحقق إذا كانت النيابة مطلقة أي دون تحديد للنائب وتقييده بتعاقده مع شخص معين و إلا فان تعاقد الشخص مع نفسه لا يظهر(2).

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

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

 إن الاعتراض على تعاقد الشخص مع نفسه لا يرد عليه من الناحية النظرية أي اعتراض وإنما الاعتراض واقعي ينشأ بالاستناد إلى تضارب المصالح المتقابلة، لان الشخص سيكون متحكماً في مصلحتين متعارضتين إذا كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير بتغليب مصلحته الشخصية ومراعاته لمصلحة الأصيل المؤتمن عليها وهو ما تنطوي عليه جبلة الانسان، أما إذا كان نائباً عن طرفي العقد فهو إما أن يغلب مصلحة أحد الطرفين وهذا هو المحذور وإما أن يعمل على التوفيق بين المصلحتين وهذا هو التحكيم بعينه وهو يختلف عن النيابة في التعاقد (3).

 لقد اختلفت التشريعات في مثل هذا التعاقد بين مجيز وغير مجيز له ، فمنها ما يجيزه مثل القانون السويسري والفرنسي ومنها ما يمنعه مثل الشريعة الإسلامية والقانون الألماني والقانون المدني العراقي ، ولكن في كلا الاتجاهين كانت الإباحة والمنع نسبيين .

**أولاً- النيابة عن أحد طرفي العقد:**

الأصل أن الإنسان مجبول على حب نفسه وتفضيل مصلحته على مصلحة الآخرين ، ومن هنا يقع المحذور في ما إذا تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلاً عنها ونائباً عن الغير، فإن خطر تفضيل مصلحته على مصلحة الطرف الآخر يكون متحققاً، لذا نجد أن قانوننا المدني في المواد ( ٥٨٩ و ٥٩١ ) قد منع الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة وكذلك القاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه(4).

 والعلة في ذلك هي تعارض مصلحة القاضي والوصي والقيم مع مصلحة المحجور والمنع هنا مطلق سواء كان فيه خير للمحجور أم لا . (5).

 (1) علي عبد العالي خشان الاسدي ، تعاقد الشخص من نفسه ، رسالة ماجستير ، كلية القانون / جامعة بابل ، ٢٠٠٤.

 (2) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني , مصدر سابق ، ص 14 .

 (3) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق , ص 60 .

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

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

(13)

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

١- في النيابة الاتفاقية كما في الوكالة يجوز للوكيل شراء مال الطرف الآخر بشرط إجازة الطرف الآخر (الموكل/الأصيل) لهذا التعاقد وهذا ما نصت عليه ( ٥٩٢ ) في فقرتيها الأولى والثانية(1). ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الحالة اقتصرت فقط على الشراء دون البيع بنص القانون .

٢- في حالة النيابة القانونية والقضائية كما في حالة نيابة الأب والجد والوصي المختار أجاز القانون(2). تعاقد الشخص بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير في المادة ( ٥٨٨ ) أن للأب الذي له ولاية على ولده بيع ماله لولده أو شراء مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير لا فاحش وكذلك ما إجازته المادة ( ١٢٨٩ ) في حالة رهن الأب لمال ولده ، أما الوصي المختار فان المادة ( ٥٩٠ ) مدني عراقي جعلت الأصل هو عدم الجواز والاستثناء هو الجواز بخصوص بيع الوصي المختار مال نفسه لليتيم أو شراء مال اليتيم لنفسه على أن يكون في ذلك خير لليتيم و تتحقق الخيرية في ذلك إذا ما باع الوصي ماله لليتيم بأقل من ثمن المثل أو اشترى مال اليتيم لنفسه بأعلى من ثمن المثل وكذلك بشرط الحصول على إذن المحكمة(3).

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

**ثانياً- النيابة عن كلا الطرفين :**

 إذا كان الأصل أن الإنسان يحابي نفسه إذا كانت له مصلحة شخصية في إجراء العقد بان كان أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير، فالأصل كذلك انه لا يحابي نفسه إذا لم تكن له مصلحة في هذا العقد بان كان نائباً عن الطرفين ، ومهمته ستكون أقرب للتحكيم في التوفيق بين مصلحة طرفي العقد الذي يجمعهما في شخصيته، وهذا الوضع بداهة تتوفر فيه الخشية من عدم توافر الضمانات الكافية لحماية مصلحة طرفي العقد إذ إن المنطق القانوني السليم يقضي بأن العاقدان يساوم أحدهما الآخر حتى يقتنعان بأفضل الشروط التي تضمن مصلحتيهما من وراء التعاقد وعلى هذا الأساس فان المحذور متوفر في ما إذا وكل أحد الطرفين شخصاً ببيع سيارته ووكل الطرف الآخر الشخص نفسه بشراء السيارة نفسها (4).

 يرى جانب من الشّراح.أن الشخص نفسه وقد جمع في شخصيته طرفي العقد قد اؤتمن على مصلحة الطرفين وليس له مصلحة في أن يتحيز لأحد منهما وكما أن الشريعة الإسلامية قد أجازت للأبأن يبيع مال أحد أولاده الصغار إلى ولده الآخر وكما في بيع الوكيل بالعمولة البضائع المعروضة بالسوق والأوراق التجارية والمالية لمن وكله بشرائها، إلا أن هذا الرأي لا يصح على إطلاقه لان حكم الأب خاص بحالة الأب فقط ولا يصح القياس عليها لتقرير قاعدة عامة بدليل عدم السماح للوصي ببيع أو شراء مال احد اليتيمين للآخر، وحالة الوكيل بالعمولة جائز فيها تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه نائباً عن طرفي العقد لا توجد فيها خطورة على مصلحة الطرفين (5) .

(1) – نصت المادة ٥٩٢ من القانون المدني العراقي على أنه ( ١ – ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها، وليس لأحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه. ٢ – على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا أجازه من تم البيع لحسابه، متى كان وقت الاجازة حائزاً للأهلية الواجبة، اما اذا لم يجزه وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الاول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع.).

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

(3 ) - د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق , ص 62.

(4 ) - د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق , ص 191.

(5) د.عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصدر سابق ، ص 62 .

(14)

**المطلب الثاني**

**انقضاء النيابة**

 إن النيابة كنظام قانوني غير دائم ، فهو إلى زوال ، ومن ثم فان النيابة في التعاقد تنقضي إذا توفرت لها أسباب معينة والمقصود بانقضاء النيابة أو انتهائها هو "زوال الصفة التي كانت قد ثبتت للنائب في تمثيل الأصيل واعتباره بعد هذا الزوال من الغير تجاه الأصيل"(1).

 ومعنى ذلك أن أي عقد يبرمه بعد زوال صفة النيابة عنه حتى ولو كان باسم الأصيل فانه لا يلزم الأخير ويعد غير نافذ بحقه إلا بإجازته ، لان الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

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

**الفرع الأول**

**أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون**

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

**أولاً – موت الموكل أو الوكيل :**

 وهذا ما نصت عليه المادة ( ٩٤٦ ) من القانون المدني العراقي على ان (تنتهي الوكالة بموت الوكيل او الموكل او بخروج احدهما عن الأهلية ...) .

 وكذا الحكم إذا كانت النيابة قانونية وتلحق بها النيابة القضائية فإنها تنتهي بموت الأصيل أو النائب كما في الولاية والوصاية فالولي إذا كان هو الأب تنتهي ولايته بموته وكذلك بموت ولده الصغير، وكذا الحال بموت الوصي أو القاصر وهو ما نصت عليه المادة ( ٣٩ ) في فقرتها الخامسة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ (2).

 **ثانياً - فقدان أهلية النائب أو الأصيل:**

 وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ( ٩٤٦ ) من قانوننا المدني بخصوص انتهاء الوكالة حيث نصت (تنتهي الوكالة .... أو بخروج احدهما – يعني الوكيل أو الموكل- عن الأهلية .....) هذا في ما يخص النيابة الاتفاقية، أما النيابة القانونية فمن البديهي أن أهلية الأصيل معدومة أو ناقصة لذا هي تنتهي بفقدان النائب لأهليته وتلحق بهذه الحالة ثبوت غيبة النائب وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ( ٣٩ ) من قانون رعاية القاصرين بفقرتها الرابعة(3).

(1) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني , مصدر سابق ، ص 326 .

(2) نصت المادة ( ٣٩ ) من قانون رعاية القاصرين على أن (تنتهي مهمة الوصي في الحالات الاتية .... : - خامسا – موته - أي الوصي - او موت الصغير) .

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

(15)

**ثالثاً- بلوغ الصغير سن الرشد:**

 وهذا السبب خاص بانقضاء النيابة القانونية والقضائية في ما إذا بلغ الصغير سن الرشد فان الولاية أو الوصاية عليه تنتهي بحكم القانون ما لم تقرر المحكمة استمرار الوصاية عليه والى ذلك أشارت الفقرة الأولى من المادة ( ٣٩ ) من قانون رعاية القاصرين والتي نصت على أن (تنتهي مهمة الوصي في الحالات الآتية : - أولا – بلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه.....).

**رابعاً- انتهاء العمل الموكل فيه النائب أو بانتهاء أجل النيابة:**

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

**الفرع الثاني**

**الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة**

 لما كانت النيابة وخصوصاً الاتفاقية منها تستند إلى إرادة الأصيل المتمثلة بالإنابة ولما كان الأصيل هو الذي يسبغ بإرادته على النائب صفة النيابة عنه ، كان طبيعياً أن يكون للأصيل متى شاء أن يغير تلك الإرادة فينفي عن النائب صفة النيابة وذلك عن طريق العزل. كما أن للنائب بدوره وإن كان مسلطاً على ذمة الأصيل بإرادة هذا الأخير ومن ثم سيكون ذا صفة في التزام الأصيل بآثار تصرفاته التي يبرمها باسمه ، فعلى الرغم مما تقدم فانه غير ملزم باستعمال هذه السلطة فيستطيع النائب أن يتنحى إذن بإرادته فيعزل نفسه أن شاء أن يعتزل(1).

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

**أولاً – العزل :** عزل النائب يكون بإرادة الأصيل، وهذا الأمر متحصل من طبيعة نظام النيابة، حيث نجد أن الوكالة - وهي أوسع صور النيابة الإرادية شيوعاً – عقد غير لازم من كلي طرفيها أو أحدهما، والعلة في ذلك تكمن في غلبة الطابع الشخصي عليها فهي تقوم على ثقة كل من طرفيها بالآخر وقيامها على هذه الثقة يعني أنها من العقود التي تُراعى فيها شخصية طرفي التعاقد فتكون محل اعتبار، لذا نجد أن هذه المراعاة حملت التشريعات على الاعتراف لكل من طرفي التعاقد بالحق في إنهاء ما يربطه بالآخر وبإرادته المنفردة(2).

 إلا أن حق الموكل (الأصيل) بعزل الوكيل غير مطلق وإنما ترد عليه استثناءات نصت عليها المادة ( ٩٤٧ ) بفقرتيها ( ١و ٢) من القانون المدني:

 (1) د. جمال مرسي بدر ، النيابة في التصرفات القانونية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٠ ، ص 363.

 (2) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني , مصدر سابق ، ص 331.

(16)

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

**٢- عدم علم النائب والغير بالعزل:** وهو استثناء أملته الرغبة في توفير ما ينبغي من أسباب الثقة والاستقرار في التعامل بغية توفير أكبر قدر من الحماية للغير المتعاقد مع الوكيل ومن ثم يجعل هذا الاستثناء العزلَ عديم الأثر إلا بعد اتصاله بعلم الغير وبعلم النائب(1).

**ثانياً- الاعتزال :**

 وكما يحق للأصيل عزل نائبه، كذلك واستناداً إلى طبيعة النيابة يحق للنائب أن يعتزل بإرادته المنفردة، وهذا ما يتجلى في النيابة الاتفاقية بصورة واضحة كما في الوكالة، والعلة في ذلك أن النائب ما هو إلا شخص يسدي خدمة للأصيل فإذا رأى أي سبب من الأسباب تجعل من غير المناسب له أن يمضي في إسداءه لهذه الخدمة فله أن يعتزل وهذا الحق من النظام العام أيضاً و لا يجوز الاتفاق على خلافه وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ( ٩٤٧ ) بالفقرة ( ١) منها إذ نصت (... وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك....) (2) .

 وما يرد على العزل من الاستثناءات السابقة يرد على الاعتزال أيضاً، أي تعلق حق الغير بالنيابة وعدم علم الموكل (الأصيل) والغير بالاعتزال .

 ( 1 ) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني , مصدر سابق , ص 333 - 339.

 ( 2 ) د. جاسم لفته سلمان العبودي ، النيابة عن الغير في التصرف القانوني , مصدر سابق ، ص 348 .

(17)

**الخاتمة**

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

**أولاً-النتائج :**

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

٢- لم يعرف المشرع العراقي النيابة في التعاقد فضلاً عن أنه لم يرسِ لها دعائم نظرية عامة للنيابة في التصرفات القانونية يمكن الركون إليها لاستخلاص أحكام النيابة .

 وعلى الرغم مما تقدم الا أن هذا القول غير مطلق، إذ نجد أن مشرع قانوننا المدني عني بتنظيم بعض صور النيابة كما في الوكالة وكذلك النيابة القانونية والقضائية كما في الولاية والوصاية والقوامة، إلا أن هذا التنظيم لم يأت في قانون واحد وإنما بعثرت نصوصه القانونية في أكثر من قانون كما في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وقانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ، فضلاً عن القانون المدني العراقي، بسبب ضرورات وأسباب تشريعية دعت المشرع لذلك ، إلا أن هذا الارباك والتشتت في التنظيم لا يعفي من عدم وجود قواعد عامة تخص النيابة في التعاقد في القانون المدني العراقي.

 ٣- أن النيابة لا تنحصر فقط في الوكالة وكما يبدو للكثير لأول وهلة كما أنها (أي الوكالة) غير ملازمة لها فقد توجد الوكالة دون وجود النيابة وقد توجد الأخيرة دون أن تكون وكالة .

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

٥- ان فكرة النيابة هو انصراف آثار العقد إلى ذمة الأصيل دون المرور بذمة النائب ومن ثم يقوم الأخير بتحويلها إلى ذمة الأصيل عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين، وهذه السمة البارزة التي تتسم بها النيابة في التعاقد.

(18)

**ثانياً- التوصيات :**

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

 ١- نتمنى على المشرع العراقي وضع نصوص قانونية تشكل النظرية العامة للنيابة في القانون المدني وهو ما يتطلبه مبدأ استقرار المعاملات وحماية الغير حسن النية المتعاقد مع النائب و كذلك حماية للأصيل .

 ٢- وضع حد فاصل بين النيابة بشكل عام والوكالة بوصفها أهم صور النيابة ، ذلك لأنه وكما وجدنا أن الوكالة لا تكون بالضرورة دائماً نيابة والعكس صحيح .

 ٣- الإبقاء على الأحكام القانونية الخاصة والمتعلقة بصور النيابة الأخرى القانونية والقضائية والتي عالجتها القوانين ذات الصلة، كما في الإيصاء والذي نظم أحكامه قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وكذلك الولاية والوصاية في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

 ٤- على المشرع العراقي وضع نص قانوني يحكم حالة تعاقد الشخص مع نفسه .

(19)

**المصادر**

**أولاً: القرآن الكریم**

**ثانیاً : المعاجم العربیة:**

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

**ثالثاً: الكتب القانونیة:**

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

2- د.احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج ٢، دون ذكر مكان وسنة طبع .

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

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

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

6 - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد الوكالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 , ٢٠٠٦ .

7 - د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ذ،. الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1 , ١٩٨٠ .

8- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الأول – مصادر الالتزام ، الطبعة ٥, مطبعة دار النديم – بغداد ، بدون ذكر سنة نشر .

9- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف ،١٩٤٩.

10 - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ .

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

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

13 - د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية، دون ذكر سنة نشر.

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

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

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

**رابعاً: الأطاریح والرسائل الجامعیة:**

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

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

**خامساً ً: القوانین:**

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

2- قانون الأحوال الشخصیة العراقي رقم ( ١٨٨ ) لسنة ١٩٥٩ .

3- قانون رعایة القاصرین العراقي رقم ( ٧٨ ) لسنة ١٩٨٠