صورة

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

اسم الطالب:حارث علي محمد

عنوان البحث: النيابة في التعاقد

اسم المشرف: م.د شامل ابراهيم ماجد م.د شيرين اكرم

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

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

رئيس القسم

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

النيابة في التعاقد

بحث تقدم به الطالب حارث علي محمد

الى رئاسة القسم الخاص كلية الحقوق – جامعةالنهرين

كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف

م.د شامل ابراهيم ماجد **م.د شيرين اكرم**

الآية القرآنية

بسم الله الرحمن الرحيم

{ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ }

سورة يوسف الاية(76)

(صدق الله العظيم)

الإهـــــداء

إلى الذي أرى في عينيه الحنان والطيبة ... إلى من أعطاني كل ما لديه لكي

أصل إلى ما أنا عليه ... أبي العزيز.

إلى حافظة عهدي ومطيبة سعدي وهادية رشدي وضاحكة فوق مهدي ... أمي

الغالية.

الى سندي في الحياة الذين تطل بسمتهم باستمرار كأنهم زهور واشجار ....

اخوتي واخواتي.

الى أصحاب الفضل ومناهل العلم ... الى الشعلة المتقدة. اساتذتي الأعزاء . الى رفاق دربي احبابي واعزائي واصدقائي وزملائي ولكل من مد يد العون

لي.

الباحث: حارث علي محمد

الشكر والتقدير

أحمد الله تعالى أولاً وآخرا على الفضل العظيم الذي منحني إياه، ثم أتقدم بالشكر لمن فضلهما لا ينقطع علي والدي الحبيبين على كل جهودهم منذ لحظة ولادتي إلى هذه اللحظات المباركة، أنتمر يا أبي وأمي نجاحي وفرحتي وكل شيء جميل في حياتي، ويسرني أن أوجه الشكر الجزيل لكل من نصحني أو أرشدني أو ساهم لو بشيء قليل أو وجهني في إعداد هذا البحث و إيصالي للمراجع والمصادر المطلوبة في أي مرحلة من المراحل التي مررت بها ، وأشكر على وجه الخصوص الدكتورة : "م.د شيرين أكرم و والدكتور م.د شامل ابراهيم ماجد"، على مساعدتي ومساندتي ، كما يسرني أن أشكر إدارة الكلية

الموقرة : كلية الحقوق "

والحمد لله رب العالمين.

الفهرست

ت	اسم الموضوع	رقم الصفحة
1	المقدمة	1-3
2	المبحث الاول: ماهية النيابة في التعاقد	10-4
3	المطلب الاول: مفهوم النيابة في التعاقد	7-4
4	المطلب الثاني: شروط النيابة في التعاقد	10-7
5	المبحث الثاني:انواع النيابة في التعاقد	14-11
6	المطلب الاول: النيابة الاتفاقية	12-11
7	المطلب الثاني:النيابة القانونية	13-12
8	المطلب الثالث: النيابة القانونية	14
9	المبحث الثالث:آثار النيابة في التعاقد وانقضاءها	23-15
10	المطلب الأول:العلاقات الناشئة عن النيابة في التعاقد	20-15
11	المطلب الثاني: انقضاء النيابة	23-20
12	الخاتمة	25-24
13	الاستنتاجات	24
14	التوصيات	25
15	المصادر	27-26

المقدمة

إن الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونستهديه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله وان محمد عبده ورسوله اما بعد.

تعتبر النيابة بالتعاقد صوره من صور التراضي وبما ان التراضي يتم بتوافق ارادتين لأحداث اثر قانوني هو العقد فان نظام النيابة يمكن يحقق فائدة كبرى في مجال المعاملات المالية والتصرفات القانونية، لأنه بفضل هذا النظام يسمح لإبرام عقود لصالح ناقصي الأهلية وعدمها في حاله وجود نائب عنهم يحل محلهم.

والنيابة في التعاقد هي حلول إرادة مكان إرادة أخرى في تصرف جائز معلوم ، وبالتالي فهي لا يمكن ان تكون في الأعمال المادية بل هي مقتصرة على التصرفات القانونية ما لم تتعارض طبيعتها مع فكرة النيابة كما هو الحال في اليمين إذ لا يجوز لأحد ما ينيب غيره أداء اليمين في بعض الاحيان قد لا يستطيع الشخص لسبب أو لآخر إبرام عقد معين أو التعبير عن إرادته فيه لكن هذا لا يعني سلب حقه في التعاقد فهو يستطيع ان ينيب غيره في إبرام ذلك العقد . فالنيابة هي حلول إرادة شخص محل إرادة شخص آخر في تصرف جائز معلوم على ان ينصرف اثر التصرف الى ذمة الأصيل

كما ان النيابة في التعاقد تسمح للشخص ان يبرم العقد بواسطه غيره وذلك لظروف خاصه تمنعه من انشاء التصرف القانوني. حيث ان نظام النيابة يحقق مصالح كثيره بالنسبة للشخص الغائب حين يعين له القضاء في من يحل محله في ابرام التصرفات ومعاملاته المالية.

اولا:اهمية البحث

ان أقسام العقود و مبدأ سلطان الإرادة و الذي من خلالهم عرفنا أن العقد هو توافق إرادتين من أجل إنشاء أثر قانوني معين في العقد هو الذي يقوم على المحل و السبب و التراضي يكون هذا العقد ليس من طرف الأصيل أو الأصل بل يقوم بتعين نائب و هذا هو موضوع بحثنا الأصل هو أن يقوم الشخص بنفسه بإبرام ما يحتاج من عقود ممكن قد تحول الظروف دون ذلك لبعده أو غيبته أو قلة خبرته أو كثرة أعماله و إنشغاله فلا مناص في هذه الحالات إلا قيام شخص آخر ينوبه أو نيابة عنه .

ثانياً: مشكلة البحث

الإشكالية التي يمكن طرحها من خلال هذا البحث وهي معرفه النيابة في التعاقد في القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي ومعرفة ما اذا كان المصطلحان يتضمنان نفس المعنى بالنسبة للنيابة والوكالة في الفقه الاسلامي ومعرفه اوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي بنسبه للنيابة في التعاقد.

وهل نستطيع القول ان الوكالة التي يعرفها الفقه المالكي هي نفسها النيابة في التعاقد في القانون العراقي ؟ ام ان الوكالة فقط صوره من صور النيابة؟

ثالثاً: منهجية البحث

لقد تناولت هذا الموضوع وفقا للخطة المنهجية التي تعتمد على المنهج الوصفي التحليلي المقارن لاراء الفقهاء والاحكام القضائية حيث يتناول الباحث موضوع الدراسة من الجوانب القانونية في القانون العراقي والقوانين المقارنة كما يتبع الباحث المنهج القانوني المقارن لانسجامه مع طبيعة واغراض البحث ، كما يجب استخدام المنهج التحليلي من خلال تحليل المفاهيم في القوانين والتعمق في جزياتها وطرحها بشكل من التفصيل والتشريح كلما اقتض الامر.

رابعاً: خطة البحث

تناولنا موضوع النيابة في التعاقد في ثلاثة مباحث

المبحث الاول تناولنا فيه ماهية النيابة في التعاقد حيث قسمناه الى مطلبين في المطلب الاول تناولن مفهوم النيابة في التعاقد وفي المطلب الثاني شروط النيابة في التعاقد .

المبحث الثاني تناولنا انواع النيابة في التعاقد في ثلاث مطالب المطلب الاول النيابة الاتفاقية وفي المطلب الثاني لنيابة القانونية وفي المطلب الثالث تناولنا النيابة الظاهرة .

وفي المبحث الثالث تناولنا اثار النيابة وانقضاؤها في مطلبين في المطلب الاول تناولنا اثار النيابة القانونية وفي المطلب الثاني انقضاء النيابة في التعاقد .

المبحث الاول

ماهية النيابة في التعاقد

تلعب النيابة العامة دوراً هاماً في الحياة العملية في مختلف النظم القانونية، سواء في القانون العام بفروعه المختلفة أو في القانون الخاص، وما يعنينا هنا هو دور النيابة في نطاق القانون الخاص، ولا سيما القانون المدني، ويتجلى هذا الدور في إنشاء التصرفات القانونية، ولا سيما في إبرام العقود، وذلك لأن التصرفات القانونية لا تقتصر على العقود وحدها، بل تشمل أيضاً إرادة الأفراد ، ولكن بما أن العقود من أهم المصادر الإرادية في إنشاء التصرفات القانونية، وبما أن العقود من أهم المصادر الإرادية في إنشاء التصرفات القانونية، وبما أن النوايا هي أساس التصرفات القانونية، فإنها لا يعبر عنها المتعاقد مباشرة، وإنما قد يعبر عنها بطرق سنذكرها في المطلبين الآتيين في المطلب الاول تعريف النيابة فقهاً وفي المطلب الثاني تعريف النيابة قانوناً.

المطلب الاول

مفهوم النيابة في التعاقد

سنتناول في مطلبنا هذا مفهوم النيابة في التعاقد ، وإن تحديد معنى مفهم النيابة في التعاقد يتوجب علينا على هذا الاساس ان نتعرف اولاً على النيابة لغاً واصطلاحاً ومفهوم النيابة قانوناً ثانياً.

اولاً:النيابة لغاً

ناب الشَّيْء عنه أي : عن الشَّيْء نوباً ومناباً وفي الصحاح اقتصر على الأخير : قام مَقَامَهُ ، وفي المصباح : ناب الوكيل عنه في كذا ينُوبُ نِيَابَةً فهو نائب وزيدٌ مُنُوبٌ عنه ، وجمع النائب نُوَّابٌ ككافر وكُفَّار ، قال شيخنا : والذي صرح به الأقدمون أن نيابةً مصدر نابلم يرد في كلام العرب ، قال ثعلب في أماليه : ناب نوباً ولا يقال نيابة ونقله ابن هشام في تذكرته واستغربه وهو حقيق بالاستغراب ، قلت : وفي لسان العرب وغيره : وناب عنّي في هذا الأَمْرِ نِيَابَةً : إذا قَامَ مقامك [1].

1- حسين علي سعود،النيابة في التعاقد واثاره على اطراف العقد،اطروحة دكتوراه،مجلة اداب الكوفة،ايران،2023،ص249.

وناب الشيء عن الشيء يَتُوبُ قام مقامه وأنبته أنا عنه وناؤبه عاقبه وناب فلان إلى الله تعالى وأناب إليه إنابة فهو مُنِيبٌ .

ومعنى ن و ب : نَابَ عنه ينوب منابا قام مقامه .

على نوب في الصحاح في اللغة ناب عني فلان ينوب منابا، أي قام مقامي[1].

وعرفت بأنها قيام شخص عن غيره بأمر من الأمور)

وعرفت بانها تفويض شخص ما له فعله، مما يقبل النيابة، إلى غيره ليفعله في حياته) ، وعرفت بانها قيام شخص مقام غيره في التصرف بإذن منه، أو من وليه في أمر أو عمل ما. يقال:

نائب الإمام، ونائب الرئيس، ونائب القاضي، ونائب الشعب ، ولقد أثار مفهوم النيابة في التصرفات القانونية جدلاً ونقاشاً طويلين في الفقه، ولم يستقر الرأي بشكل قاطع بالنسبة لبعض المفاهيم المتعلقة بها، ولكن يمكن القول أن النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في تصرف قانوني معين مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة الى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو ، فالنيابة في التصرفات القانونية هي تولي شخص بتعبيره الإرادي إبرام تصرف قانوني معين وانصراف آثار هذا التصرف من حقوق والتزامات الى ذمة شخص غيره ، وذلك أما بناء على رضا هذا الأخير أو استناداً الى حكم القانون ، بحيث يكون من أبرم التصرف القانوني نائباً عن غيره ومن انصرفت اليه الآثار - وهو صاحب الشأن في التصرف أصيلاً[2] .

فالنيابة التي استوفت شرائطها تعني أن يباشر شخص إبرام تصرف قانوني وانصراف آثار هذا التصرف الى شخص الأصيل كما لو كان قد باشره بنفسه ، فهى نيابة في الإرادة التي ينعقد بها التصرف مع بقاء النائب بمعزل عن آثار التصرف التي لا تلحق سوى الأصيل ، فالجوهر المميز للنيابة يكمن في خروج النائب من التصرف بعد إبرامه ما لم يكن مكلفاً بالتنفيذ أيضاً ، وتكفل الأصيل بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا التصرف القانوني

1- ابن منظور محمد مكرم،عامر احمد حيدر،لسان العرب،ط5،دار الكتب العلمية،بيروت،2005، ص281.
2- حسين علي سعود،النيابة في التعاقد واثاره على اطراف العقد،مرجع سابق،ص250.

ثانياً:مفهوم لنيابة اصطلاحاً

أما بالنسبة لتعريف النيابة في التعاقد إصطلاحاً ، وقد سبقت الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي لا يعرف عقد الوكالة كمصطلح قانوني، ولا ينظمه في أحكامه العامة، ولكنه يحدد بعض صوره ، فالمادة 927 من القانون نفسه عرفت الوكالة بأنها (عقد) توكيل شخص آخر عن شخص آخر في عمل مباح معلوم)، بينما عرفت المادة 75 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 الوصاية: عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 الوصاية بأنها (عقد يتعاقد فيه شخص على عمل مباح معلوم التعاقد على تعيين شخص آخر للتصرف نيابة عنه أو عنها) ، وعرفت المادة 34 من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 الولي بأنه (شخص يختاره الأب لرعاية الصغير أو الجنين الذي لم يولد بعد، ثم شخص تعينه المحكمة، مع تقديم الأم على غيرها وفقاً لمصلحة الطفل)، وإذا لم يتوفر أي منهما تقوم إدارة رعاية القاصرين بدور الوصي إلى أن يتم تعيين وصي من قبل المحكمة"، وعرفت النيابة في التعاقد من قبل فقهاء القانون بتعريفات متعددة متقاربة من حيث الألفاظ منطبقة من حيث المعنى فذهب بعضهم في تعريف النيابة في التعاقد بأنها " التصرف عن الغير ويراد بها أن ينوب إنسان عن غيره في عمل تعود منفعته إلى الأصيل المنوب عنه فهي المبدأ الذي يسمح بموجبه لشخص أن يتعاقد لمصلحة شخص آخر بأحد طرق النيابة"[1].

مما سبق يستخلص أنه على الرغم من أن المشرع العراقي لم يعرف النيابة في العقد كمصطلح قانوني مستقل، وإنما عرف بعض صورها كالوكالة والولاية والوصاية فإن الفقه وضع تعريفاً يكاد يكون هو نفسه تعريف النيابة في العقد، والمعنى اللغوي للنيابة يكاد يكون هو نفسه المعنى الاصطلاحي الذي وضعه الفقه.

1- محمد رضا عبد الجبار العاني،مجمع البحرين ومطلع النيرين،دون مكان طبع وسنة طبع،باب نوح،ج4،ص378.

اما فيما يتعلق بالقوانين العربية فأن أول قانون قنن النظرية العامة للنيابة هو القانون المدني المصري الحالي رقم 131 لسنة 1948 وذلك في المواد (194 - 198) ، وسار على خطاه القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949 الذي قنن النيابة في المواد (105- 109) ثم القانون المدني الليبي الصادر عام 1953 والأردني رقم 43 لسنة 1976 والجزائري لسنة 1957 والكويتي لسنة 1982.

اما القانون المدني العراقي الحالي رقم 40 لسنة 1951 فأنه لم يقنن النظرية العامة للنيابة إنما نظم الوكالة في المواد (927 - 929 وأورد بعض المواد بخصوص تصرف الولي والوصي في مال الصغير في المواد (103 ، 105 ، 588 - 590 592) ،الأمر الذي يشكل نقصاً تشريعياً يستحسن بالمشرع العراقي تفاديه من خلال تنظيم النظرية العامة للنيابة وعدم الاكتفاء بتنظيم الوكالة لأن النيابة شيء والوكالة شيء آخر [1].

المطلب الثاني:شروط النيابة في التعاقد

حتى تتحقق النيابة يجب توافر شروط ثلاثة: اولاً:ان تحل إرادة النائب محل ارادة الاصيل، ثانياً: وان يتعامل النائب باسم الاصيل لابأسمه الشخصي وثالثاً: تعامل النائب باسم ولصالح الوكيل.

اولاً:ان تحل ارادة النائب محل ارادة الاصيل:

يعرف هذا الشرط الاساسي النيابة اي ان لوجود النيابة لابد من تطبيقه هذا الشرط من طرف النائب والا انعدمت نيابة والقول ان تحول اراده النائب محل اراده الاصيل وهو ان يعبر النائب عن ارادته الى الاصيل وبالتالي لا يكون وسيط بين نائب والاصيل وانما كل طرف متعاقد في النيابة يؤدي مهامه الخاصة به فاذا وجد ناقلا للإرادة وهو الرسول فلا تعتبر النيابة لان الرسول ليس مثل النائب وبالتالي في هذه الحالة يكون في مقام الرسالة والرسول ولا يكون معبرا عن الإرادة وانما فقط ناقلا[2].

1- عبد المجيد الحكيم،الوسيط في نظرية العقد ،ج1،شركة الطبع والنشر الاهلية،بغداد،1967،ص87.

2- عباز فريد، النيابة في التعاقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة رسالة ماجستير،الجزائر،2022،ص19.

اما النائب فيكون معبرا عن اراده الاصيل حيث يجب عليه الا يكون مجنونا او غير مميز بينما الرسول اذا كان غير مميزا او مجنونا فهو فقط يقوم على يقوم بنقل الإرادة وقد يكون التعاقد بين غائبين وفي الرسالة تكون العبرة بإرادة الرسول لا النائب بخلاف النائب فتكون العبرة بإرادة النائب الى الاصيل وبنظري الى ارادته ان طرا عليه عيب من عيوب الإرادة وحتى لو كانت اراده الاصيل لا يشوبها اي عيب من عيوب الإرادة حتى انه في النية من حيث حسنها او سوئها ينظر الى النائب لا الاصيل[1].

وهذا الحكم منصوص عليه في المادة (104) من القانون المدني المصري (إذا تم العقد بواسطة الوكيل، فالعبرة في اعتبار عيوب الإرادة وأثر العلم أو افتراض العلم بالضرورة بظروف خاصة معينة برضا الوكيل لا الموكل)، وإذا اختلت إرادة الوكيل بعيب في الإرادة، كالإكراه أو الغلط أو الغش أو التدليس،

يصبح العقد باطلاً نسبياً عند بعض الفقهاء الأصوليين، ويصبح موقوفاً بموجب الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي.

وفيما يتعلق بالأهلية، يجب التفريق بين أن الوكيل لا يحتاج إلى الأهلية الكاملة لإبرام تصرف قانوني، ولكن تكفي أهلية التحديد، حيث إن الوكيل لا يحتاج إلى الأهلية الكاملة لإبرام عقد. وذلك لأنه يجب أن تكون للوكيل الأهلية الكاملة لإبرام عقد، سواء أكان الوكيل بصفة إدارية أو بصفة التصرف، لكي يبرم عقداً، لأن التصرف سيكون له أثر التأثير على مسؤولية الموكل ، ولهذه الغاية، اعتمد مشرع القانون المدني العراقي الحكم التالي في المادة (2/930)[2] من القانون المدني ، عندما تكون النيابة قانونية أو قضائية، فغالباً ما يكون الشخص غير مؤهل، والمشرع أو القضاء لا يحدد أهلية الشخص فقط بل أهلية الوكيل أيضاً.

ثانياً:تعامل النائب في حدود السلطات المخولة له:-

عندما تحدد تعاملات النائب في عقده فيجب على النائب أن يعبر عن ارادته ولكن في الحدود المرسومة لهم وذلك سواء عن طريق الاتفاق الذي يحدده له الطرف الاصيل وذلك من خلال عقد الوكالة وقد يعبر النائب عن ارادته وذلك وفقه ما يحدده له القانون اذا كانت النيابة قانونيه على ان نيابة الولي يحددوها له القانون من خلال تصرفاته مكان القاصر التي يحددها له القانون وهذا ايضا نجده في النيابة القضائية في تصرفاته الخاصة مع القاصر ايضا[3].

1- عباز فريد، النيابة في التعاقد في الفقه الاسلامي،مرجع سابق،ص19.
2- المادة (2/930) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
3- عباز فريد،مرجع سابق،ص20.

وبالتالي فان هذا الشرط الثاني من شروط النيابة لابد من وجوده حتى يتحقق المراد من النيابة لان العمل الذي قام النائب لا ينتج اثاره اذا تجاوز الحدود المرسومة له وقد ينتج هذا العمل اثره الا اذا كان الغير حسن نيه يتعامل مع النائب على انه لم يجاوز حدوده او اذا ابقى الاصيل سندا نيابة في يد النائب فاذا جاوز النائب حدود النيابة في الغير يمكنه ان يرجع على النائب بمطالبته بالتعويض ولكن قد يقر الاصيل ذلك فهنا يكون قد تم التعاقد في حدوده اما ما ينشأ عن العقد من حقوقي والتزامات تضاف الى الاصيل.

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]

1- 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 حيا والى تركته إذا كان ميتاً والحكمة من هذا الاستثناء هو رعاية استقرار المعاملات وحماية الغير المتعاقد حسن النية وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (948) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها). وعلى الرغم من أن هذا الحكم خاص بالوكالة ، إلا انه يوافق الحكم الذي جاءت به المادة (197) من القانون المدني المصري في النيابة في التعاقد بشكل عام ، إذ نصت هذه المادة على أنه (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذي يبرمه ، حقا كان أو التزاما ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه.

2 - إذا كان من المستحيل على النائب أن يُعلم 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

ثالثاً:تعامل النائب باسم ولصالح الوكيل:-

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 ، هذا يقتضي من النائب أن يُعلن عن صفته كنائب صراحة أو قد تستفاد هذه الصفة ضمناً.

1- احمد كاظم الياسري،التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد،دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،عدد4 ،2016،ص700-701.

أما إذا لم يفصح النائب عن صفته، وإنما ظهر أمام الغير أي المتعاقد الآخر بأنه يتعاقد باسمه ولصالحه أي بوصفه أصيلا كنا أمام الاسم المستعار أو ما يُعرف في فقه القانون المدني بـ (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[1].

وعلى الرغم من ذلك فان آثار العقد تضاف استثناء إلى الأصيل على الرغم من عدم إعلان النائب عن صفته وقت التعاقد وذلك في حالتين:[2]

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

2- 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 .

وقد نصت على هذه الاستثناءات المتقدمة المادة (943) من القانون المدني والتي وردت في باب الوكالة فقضت بأنه (إذا لم يُعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلا فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه إليه ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه الوكيل يعلم بوجود الوكالة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل فله أن يرجع على أي من الموكل أو الوكيل ولأيهما أن يرجع عليه) وبهذا الحكم جاءت المادة (106) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب [3].

1- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام،ج1،مصادر الالتزام، مطبعة المعارف،1949،ص62.
2- عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج1،مكتبة السنهوري،بغداد،1980،ص57.
3- احمد كاظم الياسري،التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد،مرجع سابق،ص699.

المبحث الثاني:انواع 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] ، لذا سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب في المطلب الأول لبحث النيابة الاتفاقية ونوضح في الثاني النيابة القانونية والمطلب الثالث خصصناه في دراسة النيابة القضائية

المطلب الاول: النيابة الاتفاقية

عرفت مجلة الأحكام العدلية الوكالة في المادة (1449) 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 الآخر) ويقال له الوكيل بأداء عمل باسمه وعلى ذمته [2] ، بينما ذهب جانب من الفقه إلى أن الوكالة ما هي إلا (عقد نيابة) ينيب بموجبه شخص غيره ليقوم بإجراء تصرف ينيطه به [3].

وعرف القانون المدني العراقي الوكالة في المادة (972) بأنها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم أما القانون المدني المصري فقد عرفها في المادة (699) بأنها (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل). ويكاد أن يكون الفقه مجمعاً على أن الوكالة ما هي إلا إحدى صور النيابة في التعاقد بشكل عام وبالخصوص ما هي إلا نيابة اتفاقية)

ويستشف هذا المعنى صراحة من تعريف القانون المدني العراقي للوكالة في المادة (927) إذ قررت هذه المادة بأن الوكالة عقد وبالتالي يجب أن يكون هناك توافق بين إرادتي كل من الموكل (الأصيل) والوكيل (النائب).

1- احمد كاظم الياسري،مرجع سابق،ص702.

2- مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، الوكالات غير القابلة للعزل ، دار النهضة العربية ، دون ذكر سنة نشر ، ص 8.

3- محمد رضا عبد الجبار العاني،الوكالة في التشريع والقانون،مطبعة العاني،بغداد،1975، ص 52.

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 (934/1) أما الفقرة (2) من المادة نفسها فإنها قررت بأن الوكالة إذا كانت بأجر فعليه بذل عناية الرجل المعتاد.

والوكالة عقد غير لازم، فالعقود إما أن تكون لازمة لا يجوز لأحد العاقدين أن يتحلل منها بدون رضا العاقد الآخر ، وإما أن تكون غير لازمة ومن ثم يجوز لأحد المتعاقدين أن ينهي العقد بإرادته المنفردة والوكالة بوصفها نيابة اتفاقية يجوز فيها لكل من الوكيل والموكل أن ينهى العقد بإرادته المنفردة [1] ، وكما سيأتي في انقضاء النيابة .

وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام عقد الوكالة في قسم العقود المسماة في باب العقود الواردة على العمل في المواد (927-949) ، 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 بـ (الوكالة المستترة) ، وهو ما كان محقا 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 [2].

المطلب الثاني:النيابة القانونية

في الواقع العملي هناك أشخاص ليست لهم القدرة على إبرام التصرفات القانونية ورعاية مصالحهم ، وهؤلاء هم ناقصي الأهلية وعديميها والممنوعون من التصرف لأسباب شتى او من يتعذر عليهم التعبير عن إرادتهم ، فيقيم القانون نواباً عنهم لحماية مصالحهم وإبرام التصرفات القانونية نيابة عنهم بصفة ولي أو وصي او قيم وما الى ذلك ، وقد يطلق على هذا النوع بالنيابة الضرورية.

1- قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد الوكالة،دار النهضة العربية،القاهرة،،ط1،2006،ص17.

2- احمد كاظم الياسري،مرجع سابق،ص703.

ذلك أنها وجدت لضرورة تتمثل في عجز الأصيل عن القيام بالتصرفات القانونية ومصدر هذا النوع من النيابة هو القانون اذ لا دخل لإرادة الأصيل في إنشائها ، ولا في تعيين شخص النائب بل ان تلك الإرادة في معظم صور النيابة القانونية معدومة أو ناقصة في ذاتها [1], وتعيين شخص النائب في هذا النوع من أنواع النيابة قد يتولاه القانون مباشرة كما في ولاية الاب والجد ، وقد يتولى القضاء تعيين شخص النائب كما في الوصاية ، لذلك أطلق عليها جانب من الفقه بالنيابة القضائية .

أما فيما يتعلق بوقف التشريعات من النيابة القانونية فنجد ان القوانين قد عالجت النيابة القانونية تارة ضمن نصوص المجموعة المدنية من ذلك م / 188 - 196 من القانون المدني المصري والمواد (102 ، 103 ، 588 ،591) من القانون المدني العراقي . وتارة أخرى ضمن نصوص القوانين المستقلة كما في قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952 . وقانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980 .

واذا ما ولينا وجوهنا صوب القضاء لوجدنا ان هناك العديد من الأحكام قد صدرت بخصوص النيابة القانونية من ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن ((نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به الى القاصر ، ان يكون هذا العمل في حدود نيابته ، أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فأنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة للقاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها))[2] ، وقضت محكمة التمييز في العراق بقرار لها)) ان زرع الشريك حصة شريكه يعتبر تصرفاً فضولياً يجعل من حق ذلك الشريك المطالبة بأجر مثل حصته)) [3].

وقضت في قرار آخر لها ((إن الأب هو ولي جبري على ولده القاصر وهو الذي يتولى إبرام التصرفات القانونية نيابة عن محجوره))[4].

1- د. محمد الشيخ عمر ، القانون المدني السوداني ، الالتزامات ، العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة داغر ، لبنان ، 1972م، ص 99.
2- حكم محكمة النقض المصرية في 31 / يناير / 1975 ، مجموعة احكام محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، المكتب الفني في محكمة النقض المصرية ، 128 ، رقم 64 ، ص 310 .
3- قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم 3202 / م 1/ 2002 في 13/10/2002 ، القرار غير منشور.
4- قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم 238 / شخصية / 2003 في 20/2/ 2003 ، القرار غير منشور.

المطلب الثالث: النيابة القانونية

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 نصبَ 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[1].

ولكن على الرغم من أن النيابة القضائية يكون القضاء مصدرها المباشر ، إلا أنها تبقى ضمن نطاق النيابة القانونية ، ولهذا ارتأينا بحثها مع النيابة القانونية ، وتبرير ذلك يكمن في أن القاضي لم يقم بتعيين النائب من تلقاء نفسه وإنما استند في ذلك الى النصوص القانونية التي خولته سلطة هذا التعيين كما في الوصي والقيم والحارس القضائي والمصفي القضائي، ومن هنا فأن القانون هو المصدر غير المباشر للنيابة القضائية لان القانون هو الذي يتولى تبيان حالاتها وأركانها ويحدد ما للنائب من سلطات ولا دور للقاضي فيها إلا تنفيذ أمر القانون في اختيار شخص النائب ولذلك فهي نيابة قانونية قضائية أو هي نيابة بحكم القانون[2].

وما دام المصدر المنشئ للنيابة هو القضاء 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، مرجع ساق،ص30.

2- جاسم لفتة سلمان العبودي ،النيابة عن الغير في التصرف القانوني،اطروحة دكتوراه،كلية القانون جامعة بغداد،1991.ص121-122.

المبحث الثالث:آثار النيابة في التعاقد وانقضاءها

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، والثالثة تربط بين النائب والغير [1] ، 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.

المطلب 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:

الفرع الاول: العلاقات الناشئة عن النيابة في التعاقد

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)[2] ، فعلى الوكيل أن ينفذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة وهذا ما نصت عليه المادة (933) 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 (934/1) من قانونا المدني هذا إذا لم تكن الوكالة بأجر ، أما إذا كانت الوكالة في مقابل أجر فعليه أن يبذل دائماً عناية الرجل المعتاد المعتاد سواء كانت أقل أو أكثر من العناية التي يبذلها في إدارة شؤونه الخاصة وهذا ما قررته الفقرة (2) من المادة سالفة الذكر [3].

1- محمد رضا عبد الجبار العاني ، مرجع سابق ، ص30 .
2- جاسم لفته سلمان العبودي ، مرجع سابق ، ص121 – 122.
3- جمال مرسي بدر، مصدر سابق، ص 290.

أما إذا كانت النيابة قانونية أو نيابة قضائية ، فان القانون أو القضاء سيكون مصدر النيابة ومن ثم هو من سيحدد آثارها وكما ذكرنا سابقاً عند بحثنا لصورة النيابة القانونية والنيابة القضائية [1]. ،– العلاقة بين الأصيل والغير

ثانياً : علاقة النائب 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 قبل 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].

ثالثا : 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 ولا 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 ، وهي تكون دائماً - أي النيابة - تشمل التنفيذ في ما إذا كانت نيابة قانونية أو قضائية ، وذلك لعجز الأصيل عن تنفيذ العقد كما أن النيابة في الحالة الأخيرة يأخذ مصدرها بنظر الاعتبار مصلحة الأصيل الذي يكون في الغالب ناقص الأهلية أو عديمها[4].

1- جمال مرسي بدر، دراسات في النظرية العامة للنيابة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، 1959 ص1.
2-عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مرجع سابق، ص 184.
3- مصطفى عبد الجواد، مصدر سابق، ص 183 184.
4- عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص 59.
5- جاسم لفته سلمان العبودي ، مصدر سابق، ص 281 282.

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 تحل محل إرادتي شخصين في إبرام العقد، وفي هذه الحالة أما أن يكون من حلت إرادته محل إرادة غيره نائباً عن كل من طرفي العقد أو أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر [2]، 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 [3].

والمثال على تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير في ما إذا وكله أحد ببيع عقار فاشتراه لنفسه ، والمثال على اعتباره نائباً عن طرفي العقد في ما إذا و وكل 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 متحكما في مصلحتين متعارضتين إذا كان أصيلا عن نفسه ونائبا عن الغير بتغليب مصلحته الشخصية ومراعاته المصلحة الأصيل المؤتمن عليها وهو ما تنطوي عليه جبلة الانسان، أما إذا كان نائبا 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 [4].

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

1- علي عبد العالي خشان الاسدي ، مرجع سابق ، ص16 .
2- عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مرجع سابق، ص 185 .
3- جاسم العبودي، مصدر سابق ، ص 14 و د.مصطفى عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص 184.
4- عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 60.

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 أصيلا عنها ونائبا عن الغير، فإن خطر تفضيل مصلحته على مصلحة الطرف الآخر يكون متحققاً، لذا نجد أن قانوننا المدني في المواد (589 و 591) قد منع الوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة وكذلك القاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه [1]، والعلة في ذلك هي تعارض مصلحة القاضي والوصي والقيم مع مصلحة المحجور والمنع هنا مطلق سواء كان فيه خير للمحجور أم لا [2].

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: في النيابة الاتفاقية كما في الوكالة يجوز للوكيل شراء مال الطرف الآخر بشرط إجازة الطرف الآخر (الموكل الأصيل) لهذا التعاقد وهذا ما نصت عليه (592) في فقرتيها الأولى والثانية [3]، ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الحالة اقتصرت فقط على الشراء دون البيع بنص القانون. في حالة النيابة القانونية والقضائية كما في حالة نيابة الأب والجد والوصي المختار أجاز القانون تعاقد الشخص بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير في المادة (588) 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 (1289) في حالة رهن الأب لمال ولده ، أما الوصي المختار فان المادة (590) 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 [4].

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

1- د .سعيد مبارك و د.صاحب الفتلاوي و د.طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، 1992 ،1993ص 155 .
2- نصت المادة 592 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. 2 – 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.).
3- ينظر نصوص المواد (588 ، 590 ، 1289) من القانون المدني العراقي.
4- لمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 70.

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 نائبا 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 شخصا ببيع سيارته ووكل الطرف الآخر الشخص نفسه بشراء السيارة نفسها [1].

يرى جانب من الشراح[2] ، أن الشخص نفسه وقد جمع في شخصيته طرفي العقد قد اؤتمن على مصلحة الطرفين وليس له مصلحة في أن يتحيز لأحد منهما وكما أن الشريعة الإسلامية قد أجازت للأب أن يبيع مال أحد أولاده الصغار إلى ولده الآخر وكما في بيع الوكيل بالعمولة البضائع المعروضة بالسوق والأوراق التجارية والمالية لمن وكله بشرائها، إلا أن هذا الرأي لا يصح على إطلاقه لان حكم الأب خاص بحالة الأب فقط ولا يصح القياس عليها لتقرير قاعدة عامة بدليل عدم السماح للوصي ببيع أو شراء مال احد اليتيمين للآخر، وحالة الوكيل بالعمولة جائز فيها تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه ةنائباً عن طرفي العقد لا توجد فيها خطورة على مصلحة الطرفين [3]، ونحن نؤيد الاعتراض المتقدم . من خلال ما تقدم نميل للرأي الذي يقول بعدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه نيابة عن الطرفين إلا بعد استئذانهما أو إجازتهما للعقد ما لم يوجد نص خاص أو عرف تجاري يجيز ذلك [4]، إن الاحكام التي نصت عليها النصوص القانونية المتقدمة لم تخلق نظرية عامة لحكم حالة التعاقد الشخص مع نفسه ، سواء كان أصيلا عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر أو كان نائباً عن طرفي العقد ، لأنها جاءت تنظم حالات خاصة والاجازة التي تضمنتها كانت قائمة على أسباب ومبررات تسوغها ، في حين يبقى النص القانوني الذي يأتي يحكم عام مفقودا ، لذا نرجح موقف المشرع المصري في عدم إجازته لتعاقد الشخص مع نفسه إلا بترخيص من الأصيل وذلك بنص المادة (108) من القانون المدني المصري والتي نصت (على أن لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه) .

1-د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، مرجع سابق، ص .191

2- من هذا الرأي : د.حسن علي الذنون ، مرجع سابق ، ص 65.

3- د.عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مرجع سابق ، ص 62، د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 62-63.

4- من هذا الرأي: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص 63.

سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ،على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة، وبهذا فإن المشرع المصري قد جعل الأصل عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه والاستثناء هو الجواز ةبترخيص أو إجازة الأصيل.

المطلب الثاني

انقضاء النيابة

إن النيابة كنظام قانوني غير دائم ، فهو إلى زوال ، ومن ثم فان النيابة في التعاقد تنقضي إذا توفرت لها أسباب معينة والمقصود بانقضاء النيابة أو انتهائها هو زوال الصفة التي كانت قد ثبتت للنائب في تمثيل الأصيل واعتباره بعد هذا الزوال من الغير تجاه الأصيل [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 الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، بعد هذه المقدمة نقول أن انقضاء النيابة يُعزى إلى عدة أسباب ويمكن لهذه الأخيرة أن تكون محددة بالقانون فيكون الانقضاء بحكم القانون، وقد تكون هذه الأسباب عائدة لإرادتي النائب والأصيل فيكون انقضاء النيابة اختيارياً، وعلى وفق ما تقدم نوزع هذا المطلب على فرعين تخصص الأول لبحث انقضاء النيابة بحكم القانون ونبين في الثاني الأسباب الاختيارية لانقضاء النيابة.

الفرع الأول

أسباب انقضاء النيابة بحكم القانون

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

أولاً: موت الأصيل أو النائب الأصل- أن موت الأصيل ينهي النيابة، ولكن انقضاء النيابة بموت الأصيل لا يعد حكماً أمراً وهو ما نلحظه في النيابة الاتفاقية كما في الوكالة ومرد ذلك للاتفاق فعقد الوكالة من الممكن أن ينص على استمرار النيابة على الرغم من موت الأصيل مع حلول ورثته محله ، فتستمر النيابة في هذه الحالة وتقع تصرفات النائب في تركة الأصيل على أن للورثة . كما كان للأصيل - أن يضعوا حداً لنيابة نائبهم بعزله [2] .

---

1 جاسم العبودي، مرجع سابق ، ص 326.

2- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص 352.

هذا بالنسبة لموقف القانون المدني المصري ذلك لانه لم يأت بحكم ينص على انتهاء الوكالة بموت الموكل (الأصيل) غير ما جاءت به المادة (717) منه بفقرتها الثانية وهي تتعلق بانتهاء الوكالة بموت الوكيل إذ نصت على انه وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى أخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل.

في حين نجد ان موقف المشرع العراقي في القانون المدني صريحا في انتهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل اذ نصت المادة (946) من القانون المدني العراقي على ان تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل او بخروج احدهما عن الاهلية [1] وكذا الحكم إذا كانت النيابة قانونية وتلحق بها النيابة القضائية فإنها تنتهي بموت الأصيل أو النائب كما في الولاية والوصاية فالولي لسنة 1980، إذا كان هو الأب تنتهي ولايته بموته وكذلك بموت ولده الصغير، وكذا الحال بموت الوصي أو القاصر وهو ما نصت عليه المادة (39) في فقرتها الخامسة من قانون رعاية القاصرين رقم 78

ثانياً: فقدان أهلية النائب أو الأصيل وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (946) 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 تنتهى بفقدان النائب الأهليته وتلحق بهذه الحالة ثبوت غيبة النائب وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (39) من قانون رعاية القاصرين بفقرتها الرابعة [2].

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 (39) من قانون رعاية القاصرين والتي نصت على أن تنتهي مهمة الوصي في الحالات الآتية : - (**اولاً :** بلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه) .

1- هو ما أكدته محكمة التمييز في بعض قرارتها ، إذ جاء في أحدها "... تنتهي الوكالة بموت الموكل ولا يجوز التمسك ببقائها بحجة تعلق حق الغير بها لان هذا الادعاء لا يمكن التمسك به الا في حالة عزل الوكيل من قبل الموكل واما في حالة الوفاة فالوكالة تنتهي مطلقاً...) قرارها المرقم /٢٢٢١مدنية ثانية/عقار١٩٧٤/ . يراجع : مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ،السنة السادسة ،نيسان – مايس– حزيران ، 1975 ، ص94-95.

2- الوجيز في نظرية الالتزام ، مصدر سابق ، ص 67 د.عصمت عبد المجيد بكر ، مرجع سابق، ص149.

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 (946) 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 تراعى 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].

1- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص 363.

2- لمزيد من التفصيل يراجع : جاسم العبودي، مرجع سابق، ص 331. ولقد قضت محكمة التمييز بهذا الحكم في كثير من قرارتها ، إذ جاء في احدها "إذا عزل بائع العقار وكيله الدوري بعد تسجيل العقار لدى الكاتب العدل وانذر المشتري والوكيل ودائرة التسجيل العقاري بذلك فان تسجيل البيع لدى تلك الدائرة من قبل الوكيل بعد الإنذار يعتبر باطلاً ...." . قرارها المرقم /٢٥٨٥مدنية ثانية وثالثة ٧٥/ في ١٦/٩/١٩٧٥ . ينظر: مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السابعة ، 1976 ، ص53. 45.

وهذا ما حدا بمشرع قانوننا المدني إلى النص على ذلك في الفقرة (1) من المادة (947) والتي نصت على أن للموكل أن يعزل الوكيل .....) ومن ثم يستنتج أن الوكالة بوصفها صورة للنيابة الاتفاقية عقد غير لازم من جانب الموكل (الأصيل) وهو يستطيع أن يعزل الوكيل (النائب) متى شاء، وهذا الحق للموكل من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه وإلا عد هذا الاتفاق باطلاً وهذا ما نصت عليه أيضاً الفقرة (1) من المادة (947) إذ نصت على انه ..... لا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك ...) [1].

إلا أن حق الموكل (الأصيل) بعزل الوكيل غير مطلق وإنما ترد عليه استثناءات نصت عليها المادة (947) بفقرتيها (1 و 2) من القانون المدني: 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

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 (947) بالفقرة (1) منها إذ نصت .... وللوكيل أن يعزل نفسه، ولا عبرة بأي اتفاق يخالف ذلك ....) [2] ، وما يرد على العزل من ةالاستثناءات السابقة يرد على الاعتزال أيضاً، أي تعلق حق الغير بالنيابة وعدم علم الموكل (الأصيل) والغير بالاعتزال ومما تجدر الإشارة إليه أن كل من العزل والاعتزال يختلفان عن الانعزال والذي يتحقق بحكم القانون وهو ما رأيناه في الفرع السابق من هذا المطلب

1- تتوافقها المادة (715/1) من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (يجوز للموكل فى أي وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ...)

2- جاسم العبودي، مرجع سابق، ص 333-339.

الخاتمة

في نهاية بحثنا والتي عنيت ببحث بموضوع النيابة في التعاقد ، 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:

اولاً: الاستنتاجات

1- 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.

2- لم يعرف المشرع العراقي النيابة في التعاقد فضلا عن أنه لم يرس لها دعائم نظرية عامة للنيابة في التصرفات القانونية يمكن الركون إليها لاستخلاص أحكام النيابة كما فعل المشرع المصري من إيراده لأحكام عامة لتنظيم النيابة في التعاقد وذلك في المواد (104 - 108) من القانون المدني المصري فضلا عن الاحكام التفصيلية لكل صورة من صور النيابة في التعاقد . وعلى الرغم مما تقدم الا أن هذا القول غير مطلق، إذ نجد أن مشرع قانوننا المدني 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 188 لسنة 1959 المعدل، وقانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 ، فضلا 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.

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

4- 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 مجبرا على قبولها دون أن يكون لإرادته دور في اختيار النائب.

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

ثانياً: التوصيات

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

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

3- 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 188 لسنة 1959 المعدل في المواد (75) - (81) منه وكذلك الولاية والوصاية في قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980) في المواد (27) - (39) بوصفها أحكام خاصة وردت في قوانين خاصة وتقيد الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، وفي ما عدا ذلك يصار إلى الأحكام التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني.

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

المصادر

اولاً: القران الكريم

ثانياً: معاجم اللغة العربية الكتب الفقهية

1- ابن منظور محمد مكرم،عامر احمد حيدر،لسان العرب،ط5،دار الكتب العلمية،بيروت،2005.

2- محمد رضا عبد الجبار العاني،مجمع البحرين ومطلع النيرين،دون مكان طبع وسنة طبع،باب نوح،ج4.

ثالثاً: الكتب القانونية

1- احمد كاظم الياسري،التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد،دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،عدد4 ،2016.

2- جمال مرسي بدر، دراسات في النظرية العامة للنيابة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، 1959.

3- جاسم لفتة سلمان العبودي ،النيابة عن الغير في التصرف القانوني،اطروحة دكتوراه،كلية القانون جامعة بغداد،1991.

4- حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام،ج1،مصادر الالتزام، مطبعة المعارف،1949.

5- سعيد مبارك و د.صاحب الفتلاوي و د.طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة ، بغداد ، 1992.

6- عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج1،مكتبة السنهوري،بغداد،1980.

7-عبد المجيد الحكيم،الوسيط في نظرية العقد ،ج1،شركة الطبع والنشر الاهلية،بغداد،1967.

8- قدري عبد الفتاح الشهاوي، عقد الوكالة،دار النهضة العربية،القاهرة،ط1، 2006.

9- مصطفى احمد عبد الجواد حجازي ، الوكالات غير القابلة للعزل ، دار النهضة العربية ، دون ذكر سنة نشر .

10- محمد رضا عبد الجبار العاني،الوكالة في التشريع والقانون،مطبعة العاني،بغداد،1975.

11- محمد الشيخ عمر ، القانون المدني السوداني ، الالتزامات ، العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة داغر ، لبنان ، 1972م.

ثالثاً: المجلات والبحوث

1- حسين علي سعود،النيابة في التعاقد واثاره على اطراف العقد،اطروحة دكتوراه،مجلة اداب الكوفة،ايران،2023.

2 - عباز فريد، النيابة في التعاقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الجزائري،دراسة مقارنة رسالة ماجستير،الجزائر،2022.

رابعاً: القوانين والانظمة

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

خامساً: القرارات القضائية

1- حكم محكمة النقض المصرية في 31 / يناير / 1975 ، مجموعة احكام محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، المكتب الفني في محكمة النقض المصرية ، 128 ، رقم 64 .

2- قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم 3202 / م 1/ 2002 في 13/10/2002 ، القرار غير منشور.

3- قرار محكمة التمييز في العراق ، رقم 238 / شخصية / 2003 في 20/2/ 2003 ، القرار غير منشور

4- قرار المرقم /2221مدنية ثانية/عقار1974/ . يراجع : مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ،السنة السادسة ،نيسان – مايس– حزيران ، 1975.

Conclusion

Conducting legal actions, the most important of which is contracting, can either be in person or on behalf. Therefore, representation in contracting is one of the most important legal systems, especially in conducting legal actions, which required the legislator to give it special importance in its legal texts and the organization of its provisions. However, referring to the provisions The Iraqi Civil Code reveals the absence of a general theory that regulates the provisions of representation in contracting. This is because limiting ourselves to regulating the agency contract is not sufficient in this regard because it is a form of representation in contracting. According to the above, the legal texts that govern representation in contracting in our country in Iraq have been distributed among more than From laws such as the Personal Status Law and the Law for the Care of Minors, as well as the Iraqi Civil Law.

Therefore, we tried in this modest study to bring together these provisions and compare them with the provisions of the Egyptian Civil Law, which developed a general theory among its texts to regulate the provisions of representation in contracting, and to determine the legal basis of representation in contracting and whether it is based on the will of the principal, the representative, or both wills, and we reached several results that we have proven. At the conclusion of the study, we included recommendations, the most important of which was the necessity for the legislator to establish legal texts that constitute the general theory of the prosecution in contracting, while keeping the previous detailed legal texts in their places