عناصر الإذن وتكييفه وأقسامه

أ. د. يسرى وليد ابراهيم
جامعة الموصل- كلية الحقوق
م. صهيب عامر سالم
كلية الحدباء الجامعة

Permission Elements, Adaptations, and Sections

Dr. Yousry Walid Ibrahim
College of Rights, University of Mosul
L. Suhaib Amer Salem
AL-Hadba University College

المستخلص: لابد عند الكلام عن الإذن ان نعرف عناصر المكونة له وما هو تكييفه؟ أما عناصره فهم أطرافه الآذن والمأذون ومحل يرد عليه يطلق عليه بالمأذون فيه، وهنالك تلازم حاصل بين تكييف الإذن وعناصره واقسامه، فأقسامه تتحدد بحسب تكييفه. **الكلمات المفتاحية:** الإذن، التكييف، الآذن، المأذون، المطلق، المأذون بالتجارة.

Abstract

When talking about permission, we must know its components and what is its adaptation? As for its elements, they are the ends of the permission and the authorized person, and a place to which he responds, which is called the authorized person .**Keywords:** permission، the authorized ،the ends.

المقدمة

بسم الله والحمد لله رب العالمين حتى يبلغ الحمد منتهاه، والصلاة والسلام على خير البرية وعلى اله وصحبه الكرام.

أولاً: مدخل تعريفي للموضوع. عناصر الإذن المكونة له هي الآذن والمأذون له والمأذون فيه، ويجب لكل من هذه ان تتوافر شروط معينة وإلا حكم بعدم الاعتداد بالإذن، وتعددت الآراء التي وصفت الإذن بين النيابة والاستخدام والتنازل او الاسقاط ورفع المانع والايقاع، وعلى صلة

بعناصر الإذن وتكييفه، يقسم الإذن الى عدة اقسام من حيث العموم والخصوص، وبين الاطلاق والتقييد، وبين منجز ومعلق ومضاف الى أجل.

ثانياً: مشكلة البحث. يعرض البحث لبيان عناصر الإذن وهو موضوع لم يسبق لاي كتابة فقهية او قانونية سابقة ان عرض لتحليل الإذن بشكل فلسفي، كما تطرق البحث الى مشكلة تحديد تكييفه ورده الى فكرة معينة ولم نجد من تطرق وبشكل تفصيلي الى موضوع التكييف سوى المذاهب الفقهية الاسلامية، إذ تباينت الآراء بين من رده الى النيابة والاستخدام، ومن ذهب الى أنه تنازل من له حق الإذن.

ثالثاً: منهجية البحث. اعتمد البحث على ثلاثة منهاج بحثية في عرض المشكلة، وهي.

١- **المنهج التحليلي.** ويقوم على تحليل النصوص التشريعية الذي عرضت لموضوع البحث، وخاصة في نصوص الإذن بالتجارة، للتحديد من خلالها عناصر الإذن والشروط اللازمة لكل منها، اضافة الى الاستقراء منها في تحديد اقسام الإذن.

٢- **المنهج المقارن.** اعتمد البحث في عرض الموضوع على المقارنة بين المذاهب الفقهية الاسلامية ورأي كل منها، سيما في موضوع التكييف. والى ذلك اشتملت المقارنة التشريعية فاستعملت القوانين العراقية المصرية والاردنية والكويتية كمقارنة اساسية اضافة الى تشريعات مقارنة أخرى ذكرت هوامش البحث.

٣- **المنهج التطبيقي.** عزز البحث دراسته بالتطبيقات القضائية الصادرة عن القضاء العراقي وعلى رأسها قضاء محكمة التمييز الاتحادية وقرارات محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية فكان لها الأثر البارز ليس في نطاق البحث فحسب، بل في ايجاد الحلول لبعض النزاعات التي سكت القانون العراقي في بعض جوانبها من النص عليها.

رابعاً: هيكلية البحث. وتشتمل على ما يلي:

المطلب الأول: عناصر الإذن: العناصر المكونة للإذن ثلاثة وهي الآذن والمأذون ومحل الإذن، وهذه العناصر هي مكونة له أياً كان مصدره ارادياً او قضائياً او رسمياً. ولكن مع بعض الفروق النسبية بينها فمثلاً ان البلوغ في الآذن وخلو ارادته من عيوب الرضا لا تكون بطبيعة الحال الا في الإذن الذي يكون مصدره الارادة، وكذلك الأمر بالنسبة للمحل فالإذن القضائي والرسمي لا يكون محله الا تصرفاً قانونياً، وبما معناه ان الإذن الارادي هو اكثر شمولاً لعناصره. وفيما يلي تلك العناصر وكلُ منها في الفروع الاتية:

الفرع الأول: الآذن: تعددت تعريفات الآذن حيث قيل بأنه من يملك التصرف ولو غير المالك كالشريك والولي والقاضي[١]، ويُعَرَف كذلك بأنه من يصدر منه الإذن ولا يمكن صدور الإذن دون وجود إذن من الآذن، ولان المنع من التصرف انما هو لحق الآذن فكان لابد من إذنه للمباشرة بالتصرف المأذون فيه[٢] وقد يكون المنع من التصرف لمصلحة المأذون كالقاصرين، فالمنع من التصرف هو لمصلحتهم وإن كان الحنفية يرون في المنع للقاصرين حقاً للآذن لما له من الإذن اسقاط لحقه في الحجر. عليه فإننا نعرف الآذن بأنه كل من يكون في مركز قانوني يعطيه الحق في اصدار الإذن. والكلام عنه يقتضي عرض الشروط اللازمة في الآذن وبيان من هو الآذن أي من له حق الإذن، من خلال ما يلي:

أولاً: شروط الآذن. شروط الآذن وهي خمسة وكما يلي:

١- ان يكون الآذن ممن له حق اصدار الإذن، وبحسب الحالات التي يصدر فيها فإن كان تصرفاً فيجب ان يكون مالكاً كالبيع والايجار والرهن لان المالك اذا باع يكون ملزماً بأن يأذن للمشتري بالقبض ولا يملكه الا من كان له حق الإذن أما الغاصب مثلاً فليس له الإيذان بالقبض لان لا ولاية له بالتصرف أصلاً، وكذلك ليس للمستعير الإذن في الشيء لأنه ليس له اعارة المستعار او تأجيره، وإن كان الإذن عن التصرف بأموال الصغير فيجب ان يكون الآذن ممن له حق الولاية على الصغير كالأب او الجد او القاضي او كالوصي والقيم[٣].

٢- أهلية التصرف وهي تستلزم توافرها في الآذن. إذ يجب ان يكون عاقلاً وبالغاً سن الرشد عليه فلا يصح الإذن ممن لا يملك اهلية التصرف كالمجنون والصغير والسفيه لان عبارتهما مسلوبة[٤].

٣- أن لا يكون ممنوعاً من التصرف كالمعسر لأنه بعد الحكم بحجره تكون امواله ضامنة للوفاء بالدين للدائنين وتتشغل امواله بحق الدائنين، إلا أذا إذن القاضي له بالتصرف.

---

(١) محمد ابي السعود المصري، فتح المعين على شرح الكبير، ج٣، ط١، طبع جمعية المعارف المصرية، ١٢٨٧هـ، ص٢٩٩.

(٢) محمد عبدالرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء، احكام إذن الانسان في الفقه الاسلامي،ج١، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة ام القرى، المملكة العربية السعودية، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ص٩.

(٣) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج١، ط١، مطبعة باقري، قم، ١٤١٥هـ، ص٣٩٥ ؛ موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، ط١، مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، قم، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص٢٧٩ ؛ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٣، ط١، المطبعة الاميرية، مصر، ١٣١٥هـ، ص٢٠٤ ؛ علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج٢، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، السعودية، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ص٦٥٣.

(٤) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٥ ؛ موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٨٠.

٤- أن يكون الآذن حراً وليس مكرهاً فلا يصدق الإذن مع إذن المُكرَه.

٥- يتقيد الآذن عند اصدار الإذن بحدود ما يتمتع به من مركز قانوني، في حدود سلطة الآذن فمتولي الوقف مثلاً له ان يأذن في الانتفاع في حدود الموقوف عليهم ومن ثم لا يجوز له ان يأذن لغير الموقوف عليهم من الاستفادة بالمال الموقوف، او تقييد الإذن للولي او الوصي بالتصرف بأموال الصغير بشرط المصلحة(١).

ثانياً: من له حق الإذن. قد يكون الآذن المالك او من له الحق في العين المملوكة كمن له حق الخيار او الدائن المرتهن او الدائن العادي(٢)، وحسبنا ان نذكرهم هنا:

١- **صاحب الحق العيني.** سواء أكان الحق العيني اصلي كالملكية وما يتفرع عنها من حقوق كحق الانتفاع او تبعياً كحق الرهن، وهنا يكون الإذن لمن له الحق العيني ففي حق الملكية المالك، وفي حق الانتفاع المنتفع وفي حق الرهن المرتهن. وفيما يلي احكام هؤلاء الآذنين:

أ. **المالك.** ولو عدنا الى تعريف السادة الجعفرية للإذن عندما قالوا بأنه "رخصة من المالك ومن بحكمه في التصرف" ثم أن المالك الحقيقي عندهم هو الله "ﷻ" أما البشر فهم مُلاك اعتباريين(٣) وسبب مبدأ وقف التصرف على إذن المالك لأن الملكية سلطة للمالك تمنع غيره من التصرف فيه ولذا كان إذنه رخصة منه في التصرف والانتفاع، استناداً الى كون الملكية حقاً مانعاً أي اقتصاره على المالك وحده(٤) كما بين "المراغي" من الجعفرية في مقدمة العنوان "٦٨" المخصص للإذن بأنه "من جملة مسقطات الضمان الإذن ممن له السلطان على المال من الشارع كالمالك والوكيل"(٥) وكما تنص المادة "٩٦" من مجلة الاحكام العدلية "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه" ومنها أخذ مشرعنا المدني نص المادة "١٣٥" بأن "١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه أنعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ". وقد يأذن المالك في إنشاء حقوق ارتفاق للغير. فمثلاً يجب إذن مالك العقار

(١) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٥-٣٩٦ ؛ يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٠٥هـ، ص١٥٢ ؛ موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٨٠.

(٢) موسى بن محمد النجفي الخوانساري، منية الطالب، تحقيق- الميرزا محمد حسن النائيني، ج٢، ط٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٣٣هـ، ص٥.

(٣) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٤.

(٤) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج١- الحقوق العينية الاصلية، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص٤٤.

(٥) السيد مير عبدالفتاح الحسيني المراغي، العناوين، ج٢، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٨هـ، ص٥٠٦.

إذا اراد جاره وضع الخشب على جدار المالك الجار[١]، وأيضاً ليس لاحد الشريكين في الحائط المشترك أن يفتح كوة او باباً دون إذن الشريك الآخر[٢]. وكذلك يجب إذن المالك في إنشاء الرهن. ويكون بأن يأذن المالك لغيره برهن عينه ويتخذ الإذن عدة حالات وهي إما في صور الرهن المستعار منها ان يعير المالك العين الى مستعير ثم يأذن له بعد ذلك أي للمستعير ليرهنه للمرتهن، أو أن يأذن المالك المستعير ابتداء لغرض رهنه لدى المرتهن[٣]. وفي الحالة الاخرى عندما يكون المال الشائع منقولاً ورغب أحد الشركاء في رهنه فيلزم في صحة القبض للمرتهن إذن شريك الراهن[٤].

ب. **المرتهن.** وله كما للمالك الإذن للراهن بالتصرف بالمرهون او الإذن بالانتفاع به او استهلاكه وكل إذن يتعلق بحقه في ادارة المرهون[٥].

٢- **صاحب الحق الشخصي.** وهو الدائن او جماعة الدائنين، ولصاحب الحق الشخصي[٦] كونه صاحب حق في عدة صور سنبحثها تفصيلاً وكلٌ في موضعه المقرر له.

الفرع الثاني: المأذون: لم يبين الفقهاء المسلمين تعريف المأذون ولكن المجلة في نهاية تعريفها للإذن في باب الحجر في المادة "٩٤٢" ذكرت "... ويقال للشخص الذي أُذِنَ مأذون" وقد يكون المأذون الصبي بعد فك الحجر عنه من الولي والسفيه من القاضي والمدين من الدائن[٧]. بينما عرف المحدثين من الفقهاء الشخص المأذون بأنه "هو من كان ممنوعاً من التصرف لحق غيره والذي يصدر الإذن لأجله سواء كان شخصاً أم اشخاصاً معينين او غير ذلك"[٨]. والمأخوذ على هذا التعريف ان الممنوع من التصرف هو لحق غيره بينما قد يكون المنع لمصلحة الممنوع نفسه كالصغير.

(١) ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دون ذكر مطبعة ومكان وسنة طبع، ص٣١.
(٢) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، ج٣، مصدر سابق، ص٢٠٣.
(٣) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٩٨ و ص١٢٤.
(٤) يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ص٢٣٣.
(٥) كما سنبين ذلك في المبحث الخاص بالرهن.
(٦) وقد عرفت المادة "٦٩" من القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١. الحق الشخصي بأنه "رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او يقوم بعمل او يمتنع عن عمل".
(٧) ومع انه يلزم لذكر المأذون ان نقول المأذون له فقد حذف الفقهاء كلمة "له" تخفيفاً لان المعنى مفهوم بدونه، علي حيدر، شرح المجلة، ج٢، مصدر سابق، ص٦٥١-٦٥٢.
(٨) محمد عبدالرحيم، احكام إذن الإنسان في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص٩.

وأيضاً تم تعريفه بأنه "المأذون هو الذي اطلق له ممثله الشرعي حق التعامل في التصرفات التي تتوقف في الأصل على موافقته"[١]. ويؤخذ على هذا التعريف انه يقيد شخص المأذون بالصغار لأنه قيد الآذن بمن يمثلهم شرعاً من الولي او الوصي.

ونعرف الشخص المأذون بأنه "من إذِنَ له في بإبرام تصرف معين او في تنفيذه او انقضائه، وكان ممنوعاً من القيام به قبل صدور الإذن".

والتصدي لبيان ركن المأذون يجب توضيحه في الشروط التي ينبغي توافرها، ثم لحكم يده وكما يلي:

أولاً: شروط المأذون. يجب توافر شرطين في المأذون وهي اهليته وعلمه. وكما يلي بيان كل منها:

١- **أهلية المأذون.** اشترط الفقه اهلية المأذون لصدور العمل المأذون به شرعاً متى كان المأذون فيه تصرفاً عقدياً[٢]، لأنه يجب ان يعقل التصرف المأذون فيه ويقصده فيصح ان يكون الإذن للصبي المميز والسفيه والمعتوه وكان صالحاً لمباشرة التصرفات أما لو كان الصغير غير مميز والمجنون فلا حكم للإذن لهما لأنه لا يجوز لهما الإذن أصلاً[٣]. لكن استثنى الفقه المأذون من الأهلية بحالتين، الأولى حالة الإذن في الوقائع المادية كالإذن بالأتلاف او بالانتفاع[٤]، والثانية إن كان التصرف مما يجوز له القيام بلا إذن كالتصرفات النافعة محضاً كقبول الهبة[٥]، ونعتقد ان هاتين الحالتين ليست استثناء من أهلية المأذون بل هي استثناء من اهلية العمل المأذون به.

٢- **علم المأذون بالإذن.** يذهب الفقهاء الحنفية[٦] والشافعية[٧] والحنابلة[٨] والجعفرية[٩] بأن من شروط صحة التصرف المأذون فيه ونفاذه وانطباق حكم الإذن أن يكون المأذون

(١) مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط٢، دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ ، ٢٠٠٤م، ص٨١١.
(٢) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٦.
(٣) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٨١ ؛ علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٥٢-٦٥٤.
(٤) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٦.
(٥) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٥٣.
(٦) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٢٥، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩ه، ١٩٨٩م، ص٢٩-٣٠ ، علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق- علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود، ج١٠، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤ه ، ٢٠٠٣م، ص١٤١ ؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩ه، ١٩٩٨م، ص٦٣.
(٧) شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي- بحواشي الشيخان عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٤، مطبعة مصطفى محمد، دون ذكر مكان وسنة طبع، ص٤٨٥.
(٨) ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١١٦.
(٩) احمد بن مهدي النراقي، عوائد الايام في بيان قواعد استنباط الأحكام، ج١، ط١، دار الهادي للطباعة، بيروت، ١٤٢٠هـ ، ٢٠٠٠م، ص٥٢ ؛ يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢٠، مصدر سابق، ص٧١.

على علم بالإذن، أما اذا ابرم المأذون تصرفاً لم يكن وقت ابرامه على علم بكونه مأذوناً فلا يعد التصرف صحيحاً ولا ينفذ في حقه. وكانت حجج الفقهاء بتعلق صحة الإذن على العلم به من المأذون هي:

أ. الإذن بالتصرف هو من حكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب مالم يعلم به ولا يلتزم بأي من التزامات التصرف الذي صدر منه قبل علمه، أما لو علم الابن بالإذن الصادر من ابيه وتصرف بموجبه كان الالتزام الناشئ عن التصرف ملزماً به.

ب. التصرف الصادر عن المأذون يكون ملتزماً بآثاره فكيف يثبت في حقه وهو لا يعلم بالإذن وعليه لا ينفذ التصرف بحقه اذا لم يكن عالماً به.

ج. ان من شروط صحة الإذن العلم به لان الإذن هو بالأصل يقصد به الإعلام والفعل لا يعرف اعلاماً الا بعد تعلقه بالمعلم.

د. قياس الإذن على الوكالة فلا يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة لان العلم بالوكالة شرط لصحتها.

هـ. ان الاصل هو عدم الإذن حتى يعلم المأذون به ويتحقق العلم بسماع الصغير للإذن او ببينة شاهدين او بحكم القاضي.

لكن بعض الفقهاء الحنفية خففوا من حدة هذا الاشتراط فقسموا الإذن بحسب الإعلام به الى إذن اسرار وإذن إعلام والإذن الإسرار يكون عندما يُعلِم الأب ابنه الصغير ويسمي "ابن عابدين" هذه الطريقة "بالإذن القصدي" أما الطريقة الأخرى عنده "بالإذن الضمني" وتكون بإعلام الغير بأن الصغير مأذون بالتصرف والتجارة ويكون بحضوره السوق ويقول إن هذا ابني فلان فتبايعوا معه، حتى وإن لم يكن المأذون على علم به فإنه يصير مأذوناً بالإعلان(١). بينما ذهب الشافعية الى صحة الإذن اذا علم به الغير دون علم المأذون ولكن للغير الذي يتعامل مع المأذون ان يمتنع عن تسليم الشيء موضوع العقد مالم يقدم المأذون البينة على كونه مأذونا(٢).

اما موقف قانوننا المدني فنجد من نص المادة "١٨٩" انها اجازت بالمفهوم المخالف لها الإذن الضمني وذلك بإعلان الأب لأهل السوق بالإذن بالتجارة لولده حيث ذكرت "... فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني أذنت له بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك

(١) علاءالدين الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ص١٤٢-١٤٣؛ محمد امين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٩، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص٢٥٧-٢٥٨ ، علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٨١.

(٢) عبدالحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٩١.

أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الاضرار الأخرى".

ثانياً: يد المأذون. اذا وضع شخص يده على مال، فإما ان يكون وضع يده مشروعاً أو اعتداءً وعلى ذلك تكون اليد أمانة أو يد ضمان[١]. ومصادر الإذن للمأذون في اليد قسمها علماء الفقه الاسلامي الى ثلاثة اقسام، وهي:

١- **إذن الشرع.** أو الإذن الشرعية وفي القانون إذن المشرع وتكون عندما يستند من يضع يده على مال غيره بحكم الشرع كيد الملتقط، وتكون يد المأذون التي مصدرها الشرع دائماً يد أمانة فالملتقط مثلا نصت على حكم يده المادة "٩٧٤" من القانون المدني العراقي بأنه "٢- إذا اخذه على أن يراه لمالكه كان أمانة في يده..." أو يد الولي والوصي على اموال الصغار.

٢- **إذن المالك.** أو الإذن المالكي وذلك عندما يكون قبض المال بتسليط من المالك وإذن منه بوضع يده عليه[٢]. ويد المأذون هنا قد تكون أمانة او ضمان بحسب الحالات.

٣- **الإذن العرفي.** أي ان واضع اليد يعد مأذوناً بسبب العرف فيفترض إذن المالك كمن ينقذ مال غيره من الهلاك فلو أخذ المنقذ بعض الاموال ثم تلفت بيده بلا تعد او تقصير لم يكن ضامناً[٣]. والحقيقة ان هذا الإذن هو ظرفي اكثر مما هو عرفي أي ان ظروف الواقعة التي يكون فيها المال وخطر اتلافه تحتم الإذن للمنقذ.

قد يثور التساؤل الآتي حول تكييف يد الشخص المأذون بوضع يده على المال هل هي يد أمانة ام يد ضمان؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نجد ان يد المأذون تارة تكون يد أمانة وفي حالات اخرى تكون يد ضمان وذلك بحسب تكييف يده على المال. لان الأصل ان الاذن بحد ذاته لا ينفي الضمان عن المأذون ولان الامانة مسألة والإذن مسالة أخرى[٤]. إلا اننا وجدنا أن يد المأذون ليس على صورة واحدة فهنالك من الحالات التي اتفق الفقه على حكم ضمان يد المأذون إذا تحقق سبب ضمانها، وحالات أخرى اختلف فيها الفقهاء المسلمين في تضمين المأذون وفيما يلي عرض للحالات المتفق عليها ثم للحالات المختلف على حكم ضمانها وعلى النحو الاتي :

(١) علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، دون ذكر مكان طبع، ١٩٧١، ص١٠٢.
(٢) ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٥٥ ؛ عبدالفتاح المراغي، العناوين، مصدر سابق، ص٤٨٢ ؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج١، ط١، مطبعة العاني، ١٩٤٩، بغداد، ص٤٣.
(٣) ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٥٥ ؛ منير القاضي، شرح المجلة، مصدر سابق، ص٤٤.
(٤) عبدالفتاح المراغي، العناوين، مصدر سابق، ص٤٨٥.

الأولى: الحالات المتفق على ضمانها: هي حالات اتفق الفقهاء المسلمين على تكييف يد المأذون فيها وتكون إما يد أمانة وإما يد ضمان وكما يلي:

١- **حالات يد الأمانة للمأذون.** وهذه الحالات هي:

أ. إذا كان الإذن شرعياً او عرفياً فلا يضمن القابض فيهما الا بالتعدي والتقصير[١].

ب. إذا كان القبض لمصلحة المالك والمأذون له بالقبض مكلف بالحفظ[٢] كما في حالة الوديع إذ لا يضمن الا بالتعدي والتقصير كما نصت المادة "٩٥٠" مدني عراقي بأنه "١- الامانة هي المال الذي وصل الى يد احد بإذن من صاحبه حقيقة او حكماً، لا على وجه التمليك، وهي اما ان تكون بعقد استحفاظ كالوديعة، او ضمن عقد كالمأجور والمستعار، او بدون عقد ولا قصد كما لو القت الربح في دار شخص مال احد. ٢- والامانة غير مضمونة على الامين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ام لا، وانما يضمنها اذا هلكت بصنعه او بتعد او تقصير منه". وكلما كان القبض لمصلحة المالك كان الإذن قرينة على عدم الضمان لان القرينة تقوم مقام الصريح والإذن هنا دل معه الدليل على عدم الضمان وكان مسقطاً له[٣].

ج. اذا كان المأذون مدفوع له دون وجه حق وكان حسن النية. وعلى الرغم من إذن الدافع للقابض المأذون بوضع يده عليه بنية تملك المدفوع إلا ان المأذون حسن النية ويجهل وقت القبض عدم استحقاقه فتكون يده أمانة لا يضمن اذا هلك المدفوع دون تعدٍ او تقصير[٤].

د. انقلاب يد الواضع من يد ضمان الى يد أمانة بإذن من مالكه كما في حالة الغاصب متى صرح المالك بهذا الإذن[٥].

هـ. يد الصغير غير المأذون. نقصد به الصغير الذي لم يأذن له وليه او وصيه بإبرام المعاوضات إلا انه مأذون له بقبض المال من المتعاقد الاخر البالغ؟ فالتساؤل الذي يطرح فيما لو اتلف الصغير المال الذي سلمه اليه فهل يكون ضامناً؟ وللإجابة نقول ذهب الفقهاء الجعفرية[٦] والشافعية[١] والحنفية[٢]، بعدم ضمان الصغير عند تلف

(١) ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٥٥ ؛ د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، الموصل، ١٤٢١هـ ، ٢٠٠١م، ص٢٣.
(٢) علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١٠٣.
(٣) عبدالفتاح المراغي، العناوين، مصدر سابق، ص٤٨٦.
(٤) د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مصدر سابق، ص١٣٠.
(٥) عبدالفتاح المراغي، العناوين، مصدر سابق، ص٤٨٣.
(٦) يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢٠، مصدر سابق، ص٣٦٨ و ص٣٧١ ؛ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، تحقيق – حيدر الدباغ، ج٢٧، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٣٢ه، ص١٩٥.

المال المقبوض بيده معاوضة متى وجد الإذن بقبضه من صاحبه لا في الحال ولا بعد بلوغه سواء كان العقد بيعاً ام قرضاً ام وديعة وينبغي اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد مالم يتلف المال بيد الصغير، وإذا كان الصغير قد سلم نقوداً الى المالك فيلزم بردها ولا يعتد بالرد الى الصغير والسبب في عدم تضمين الصغير ان المالك هو من سلط الصغير على ماله بالإذن له بقبضه ولان الضمان يفرض على الاهمال بالحفظ وهو مالم يجب على الصغير لان الضمان هنا من خطاب المكلفين ولا خطاب يتعلق بالصبي والمجنون والسفيه كذلك بخلاف ما لو كان الاتلاف بلا عقد فالضمان فيه من اسباب خطاب الوضع، ويستثنى من رأي الجمهور ابو يوسف من الحنفية فقال بضمان الصغير غير المأذون لان القول بمسؤوليته يستند الى ضمان اليد لا الى ضمان العقد(٣). وذهب الشافعية فيما لو كان كلا المتبايعان من الصغار ولم يؤذن لهما من وليهما وإذن لكل منهما بقبض المبيع والثمن واتلف كل منهما ما قبضه فيضمن كل منهما ما قبضه من الاخر.

٢- **حالات يد الضمان للمأذون** وهي:

أ. وضع اليد على المال بإذن من مالكه بقصد تملكه كالمقبوض على سوم الشراء فالمشتري بعد القبض تكون يده على المبيع يد ضمان(٤). كما نصت عليه المادة "٥٤٨" من مدني عراقي بأن "١- ما يقبض على رسوم الشراء مع تسمية الثمن اذا هلك او ضاع في يد القابض لزمه الضمان، اما اذا لم يسم له ثمن كان امانة في يده فلا يضمن اذا هلك او ضاع دون تعد او تقصير منه".

ب. انقضاء الإذن وذلك بفسخ الوديعة والعارية ومطالبة المالك للمأذون برد ما تحت يده.

ج. إذا كان المأذون مدفوع له دون وجه حق وكان سيء النية. فرغم إذن المالك تبقى يد المدفوع له المأذون يد ضمان لعلمه بأنه يقبض شيئاً غير مستحق(٥).

د. عندما تنقلب يد المأذون من يد أمانة الى يد ضمان كالمأذون بأخذ الشي على سوم النظر ثم ينهاه البائع عن أخذه(١).

---

(١) يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٣، ط٣، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٤١٢ه ،١٩٩١م، ص٣٤٤-٣٤٦ ؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، ط١، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨ه، ١٩٩٧م، ص١٣.

(٢) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٢٥٥.

(٣) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٨، ص٨٢.

(٤) عبدالفتاح المراغي، العناوين، مصدر سابق، ص٥١٣ ؛ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١٠٦ ؛ د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مصدر سابق، ص١٢٩.

(٥) د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مصدر سابق، ص١٣٠.

الثانية: الحالات المختلف على ضمانها. وهي حالتين يد المرتهن والمستعير، ويد المأذون له بالقبض في العقد الباطل او الفاسد او المفسوخ. وهي كما يلي:

١- **يد المرتهن والمستعير.** ورغم الإذن الصادر من المالك الراهن او المعير الى المأذون له المرتهن او المستعير بالقبض للمال المرهون او المُعار لكن يبقى المأذون بالقبض مسؤولاً عن التلف بالتعدي والتقصير اتفاقاً لكن الخلاف هو تضمين المأذون له بالقبض في حالة الهلاك دون تعدي او تقصير حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنابلة[٢] والشافعية[٣] والمالكية[٤] الى تضمين المستعير والمرتهن عند هلاك الشيء ولو لم يصدر أي تعدي او تقصير لان الإذن لازم للانتفاع بالشيء وليس لازماً بإسقاط الضمان عنه وشأنه في ذلك قبض المضطر لإحياء نفسه ولان الإذن بالقبض هو لمصلحة المأذون، أما الحنفية[٥] فذهبوا الى عدم التضمين ان تلف الشيء بآفة سماوية[٦].

٢- **يد المأذون له بالقبض في العقد الباطل او الفاسد او المفسوخ.** يثور التساؤل حول مسؤولية المأذون اذا هلك بيده المعقود عليه بلا تعدٍ منه ثم كان العقد باطلاً او فاسداً فعلى من يقع الضمان هل على القابض أم على المالك؟ اختلف الفقه في القاء تبعة الهلاك على القابض المأذون الى اربعة آراء بين اعتباره يده يد ضمان وبين اعتبارها أمانة:

الرأي الأول: وهو رأي مذهب الشافعية[٧] والحنابلة[٨] والظاهرية[٩] والمالكية[١] وبعض الحنفية[٢] الحنفية[٢] والقول الأول عند الجعفرية[٣] بأن المقبوض بالعقد الفاسد او الباطل او المفسوخ وإن

---

(١) منير القاضي، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي - ملتقى البحرين- المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد ، ١٩٥١-١٩٥٢، ص٢٦٠.

(٢) ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٥٩.

(٣) جلال الدين محمد بن احمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، المجلد الثاني، ط٢، دار المنهاج، السعودية، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م، ص٢٣ ؛ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١٠٦.

(٤) ابو القاسم محمد بن احمد بن جُزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، دون سنة طبع، ص٢٤٥.

(٥) فخر الدين الزيلعي تبيين الحقائق، ج٥، مصدر سابق، ص٨٤.

(٦) وأخذ قانوننا المدني برأي الحنفية في اشتراط الضمان على المستعير بالتعدي والتقصير كما تنص على ذلك المادة "٨٥٧" منه بأنه "العارية أمانة في يد المستعير فإن هلكت أو ضاعت او نقصت قيمتها بلا تعد منه ولا تقصير لا يلزمه الضمان".

(٧) عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق – د. عبدالعظيم محمد الديب، ج٥، ط١، دار المنهاج، جدة، ١٤٢٨ه، ٢٠٠٧م، ص٣٨٣-٣٨٤.

(٨) منصور بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٣، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ ، ١٩٨٣م، ص٢٤٥ ؛ ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٦٨.

(٩) علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق- د. سليمان عبدالغفار البنداري، ج٧، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٣م، ص٣٣٢.

وإن كان قبضه بأذن المالك فإن المأذون له يده على المال يد ضمان وعليه تقع تبعة هلاكه والضمان هنا جاء بالقبض لا بالعقد الفاسد او الباطل فلا ينقل الملك، فكان المال بيد المأذون بحكم المغصوب بيده وهو يضمنه على اية حال.

الرأي الثاني: وهو رأي ابو حنيفة. بأن يد المأذون له هي يد أمانة وقد ذكر ابن عابدين تحليلاً لهذا الرأي قوله "... لان العقد اذا بطل بقي مجرد القبض لإذن المالك والإذن لا يوجب الضمان الا بالتعدي..."[٤]. وأخذت المجلة برأي ابي حنيفة حيث نصت المادة "٣٧٠" منها بأن "البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعدٍ لا يضمنه". وهنا يدخل المبيع في حكم الامانات بيد المشتري ولكن بشرطين الأول ان يكون قبض المشتري للمبيع بإذن البائع وبغير الإذن يكون المشتري غاصباً والثاني ان لا يقع الهلاك بتعدٍ وتقصير من المشتري[٥].

الرأي الثالث: وهو رأي "ابن عابدين" من الحنفية. بأن كل قبض فيه مصلحة للقابض وليس للمالك فيده يد ضمان وإن إذن المالك في قبضه فإذا هلك المرهون بيد المرتهن والهبة للحصة الشائعة بيد الموهوب له والمصالح عليه بيد المصالح والمبيع بيد المشتري إذا كان الرهن والهبة والصلح فاسداً لكل منهم فيضمنوا قيمته بيدهم وعليهم تقع تبعة الهلاك لان كل من هؤلاء قبض لنفسه ولو إذن المالك في قبضهم، أما لو كان القبض لمصلحة المالك كان الشيء المقبوض أمانة بيد القابض المأذون مثل مال المضاربة بيد المضارب فلا يضمن لو هلك بغير تعدٍ من الأخير[٦].

الرأي الرابع: وهو رأي بعض الحنفية والقول الثاني الجعفرية. ان يد المأذون على المال اذا هلك بلا تعدٍ منه لا يضمن الا في المعاوضات كاشتراط تسمية الثمن في العقد إذا كان بيعاً حتى يكون الشيء مقبوض على سوم الشراء[٧]. ومجلة الاحكام العدلية بعد أن اعتبرت يد القابض المأذون يد امانة اذا هلك الشيء في يده وكان العقد باطلاً كما في المادة "٣٧٠" منها، ساقت

(١) عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، دار عالم الكتب، دون مكان او سنة طبع، ص٢٥٤-٢٥٥ ؛ شهاب الدين القرافي، الفروق، ج٢، دار النوادر، الكويت، ١٤٣١هـ، ٢٠٠١م، الفرق الحادي عشر والمائة، ص٢٠٧

(٢) السرخسي، المبسوط، ج١٣، مصدر سابق، ص٧ ؛ علاءالدين الكاساني، ج٥، مصدر سابق، ص١٥٢.

(٣) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، مصدر سابق، ص١٩٤.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، مصدر سابق، ص٥٩ ؛ غياث الدين البغدادي، مجمع الضمانات، تحقيق- عمرو سيد شوكت، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٦ه – ٢٠٠٥م، ص٣٨٥.

(٥) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج١، مصدر سابق، ص٣٩٣-٣٩٤.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار، ج٤، مصدر سابق، ص٢٧٩-٢٨٠.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، مصدر سابق، ص٥٩ ؛ عبدالفتاح المراغي، العناوين، مصدر سابق، ص٤٨٣.

بعد ذلك نصاً في غاية الوضوح على حكم عام في هلاك الاموال المقبوضة بإذن من مالكها وذلك في المادة "٧٧١" منها "إذا هلك مال شخص عند آخر قضاء فإن كان اخذه بدون إذن المالك يضمنه على كل حال وإن كان أخذه بإذن صاحبه لا يضمن لأنه أمانة في يده مالم يكن أخذه بصورة سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان...".

أما موقف التشريعات المقارنة ففي القانون المدني العراقي نصت الفقرة "٢" من المادة "١٣٨" من التي تنص بأنه "فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل". وهذا النص اخذه من القانون المدني المصري[١]. أما في القانون المدني الأردني[٢] قد بين حكم المقبوض بإذن في البيع الفاسد فنص بالمادة "١٧٠" "٢- ولا يفيد الملك في المعقود إلا بقبضه". فشرط تمليك المبيع في العقد الفاسد ان يكون بقبض مأذون فيه[٣]. ونؤيد الرأي الفقهي الذي اعتبر ان القانون العراقي لم يحدد بشكل واضح وصريح حكم المقبوض بالعقد الباطل وفيما إذا كانت يد القابض يد أمانة أم يد ضمان[٤]. لكن يطبق هنا نص المادة "٢٣٣" من قانوننا المدني[٥] المتعلقة بالتزام المدفوع له دون وجه حق، إذ يتم التمييز بين القابض حسن النية وبين سيء النية فبالنسبة للأول يكون الشيء بيد بحكم الأمانة ولا يطالب بقيمة الشيء اذا هلك إلا اذا بقي جزء من المال التالف ويرد كذلك الى المالك ما قد استفاد من المال من منفعة طيلة فترة حيازته له فتكون يده يد أمانة وكذلك الحكم في حالة العقد المفسوخ[٦] أما لو كان القابض سيء النية فيلتزم على الرغم من الإذن له من المالك بالقبض التزم برد قيمة الشيء الهالك بيده مع ثماره التي قبضها[٧]. لذلك نعتقد أن الأخذ بحكم المجلة هو الأفضل ونقترح ان يكون تعديل نص الفقرة "٢" من المادة "١٣٨" من القانون المدني العراقي وجعله بهذه الصيغة "فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى

(١) رقم "١٣١" لسنة ١٩٤٨ وتنص الفقرة "١" من المادة "١٤٢" منه بأنه "في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل". والحكم نفسه في المادة "٢/١٨٧" من القانون المدني الكويتي رقم "٦٧" لسنة ١٩٨٠.

(٢) رقم "٤٣" لسنة ١٩٧٦.

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط٢، مطبعة الأرز، عمان، ٢٠٠١، ص١٧٣.

(٤) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١- مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص٣٠٢.

(٥) حيث تنص الفقرة "٢" منها "واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضاً برد كل ما استفاده او كان يستطيع ان يستفيده من الشيء وذلك من يوم ان تسلم غير المستحق او من اليوم الذي اصبح فيه سيء النية، وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاد او كان يستطيع ان يستفيده من يوم رفع الدعوى، ويلزمه الضمان من وقت ان صار سيء النية اذا هلك الشيء او ضاع ولو بغير تعد منه".

(٦) د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مصدر سابق، ص١٣٠ و ص٢٠٨.

(٧) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٣٦٩-١٣٧٠.

الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل، فإذا هلك المال عند آخر بلا تعدٍ منه فإن كان اخذه بدون إذن المالك يضمنه على كل حال وإن كان أخذه بإذن مالكه فهو أمانة في يده لا يضمنه مالم يكن أخذه بصورة سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان...". ولا يمنع هذا النص من مطالبة القابض المأذون بقيمة المنافع التي استفاد منها بسبب حيازته للمال قبل تلفه. والملاحظات على النص المقترح أنه لا يؤدي الى التعارض مع آثار العقد الباطل من حيث اعادة الحال الى ما كان عليه قبل العقد لان الهلاك يؤدي الى تعذر اعادة الحال. ولكن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد الا يوجب القانون ان يعوض المالك لاستحالة رد المال الذي هلك بيد القابض؟ يجيب الفقه بأن شرط التعويض هو ان لا يكون هلاك الشيء المقبوض بخطأ من القابض او تقصير منه[١] وبذلك يتضح اتساق الحكم بين الرجوع عليه بخطئه وبين النص المقترح الذي يشترط عدم جواز التعدي لنفي الضمان عنه.

الفرع الثالث: محل الإذن: المأذون فيه هو ما يرد عليه الإذن ويكون إما فعلاً مادياً او تصرف قانوني. وتفرد الفقهاء الجعفرية بهذا التقسيم ويطلق على الفعل تصرفاً تكوينياً كالإذن بالأكل أو يكون انشائياً[٢] وهو التصرف القانوني بالمعنى القانوني. ويلزم في نوعي محل الإذن شرطين لصحته، وهما:

١- أن يكون محل الإذن مما للآذن سلطة عليه كأن يكون مالكاً أو من يقوم مقامه كالولي او صاحب حق شخصي او عيني، وبناء عليه لا يجوز ان يصدر الإذن متعلقاً به حقاً للغير فالراهن لا يجوز له بيع المرهون الا بإذن المرتهن.

٢- ان يرد الإذن على محل مشروع ويجوز التعامل به[٣]. فإن اتفق الراهن مع الدائن المرتهن بالإذن له بالتصرف بالمرهون مقابل عوض يعطى للأخير نظير الإذن بالتصرف كان التصرف باطلاً لبطلان الإذن لاقترانه بشرط فاسد[٤].

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص٤٢٣ ؛ د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص١٠٥.

(٢) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٨٢.

(٣) د. محمد صدقي بن احمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، المجلد الأول، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤ه، ٢٠٠٣م، ص٣٥٦ ؛ محمد عبدالرحيم، احكام إذن الانسان، مصدر سابق، ص١٢ ؛ موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٨٢ ؛ محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٧.

(٤) شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المحتاج، ج٤، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤ه ، ٢٠٠٣م، ص٢٦٨-٢٦٩.

ومحل الإذن يكون على نوعين، فهو إما ان يكون تصرفاً او يكون الإذن بإحداث واقعة معينة. وفيما يلي كل نوع:

أولاً: التصرف القانوني. وهو التصرف المأذون فيه لان كل تصرف يمس حق الغير يلزم من يباشره صدور الإذن من صاحب الحق في التصرف وهذه هي فلسفة الإذن[١]. وقد قسم الفقهاء الجعفرية العقود الى قسمين عقود إذنية وعقود عهدية فالقسم الأول هي عقود بالمعنى الاصطلاحي لأنها قائمة على الإذن كالعارية والوديعة لكن هذه العقود ايضاً تتضمن التزامات بالمقابل على عاتق طرفيها[٢]. وليست العقود الإذنية فقط مستندة على الإذن بل العقود العهدية ايضاً كإذن البائع للمشتري بقبض المبيع، وحكم الإذن بالتصرف أن المأذون له بعد ان كان ممنوعاً من ابرام التصرف تكون له الإرادة الكاملة في التعاقد، فلو كان صغيراً مميزاً او سفيهاً او معتوهاً فهو بحكم البالغ العاقل ضمن التصرفات الداخلة بحدود الإذن[٣].

ويثار التساؤل عن صحة التصرف اذا لم يكن مأذوناً فيه فهل يعد باطلاً أم يعد موقوفاً على إجازة من له حق الإذن؟ هنالك ثلاثة آراء أجابت عن حكم التصرف غير المأذون فيه وهي:

١- **الرأي الأول:** بطلان التصرف غير المأذون فيه وهو مذهب الجعفرية[٤] والشافعية[٥] وجمهور الحنابلة[٦] وزفر من الحنفية[٧]. لان صحة العقد تتوقف على الإذن وبغيره لا يمكن الحكم بصحة العقد سواء كان من باشره لم يكن مأذوناً بالتصرف أصلاً او كان مأذوناً بجزء منه كما لو أُذِنَ للمستعير ان يرهن المعار بألف لدى الدائن ولكنه رهنه بألفين.

(١) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ج٢، ط٢، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م، ص٣٨١.

(٢) موسى بن محمد النجفي، منية الطالب، مصدر سابق، ص٨٩.

(٣) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٤٠٧ ؛ علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٥٤ ؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص٨١١ ؛ الموسوعة الفقهية، مصدر سابق، ص٣٨٩.

(٤) احمد بن مهدي النراقي، مستند الشيعة، في احكام الشريعة، ج١٤، ط١، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، بيروت، ١٤٢٩هـ ، ٢٠٠٨م، ص٢٦٥ ؛ يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢٠، مصدر سابق، ص٧٢ ؛ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٢٦، مصدر سابق، ص٥١٨ ؛ ابن ادريس الحلي، السرائر، ج٢، ط٢، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٠هـ ، ص٥٧.

(٥) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المحتاج، مصدر سابق، ص١٨٠ ؛ عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٨٥ ؛ بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق - محمد حسن محمد اسماعيل، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١ه ، ٢٠٠٠م، ص٣٩.

(٦) برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق - محمد حسن محمد اسماعيل، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ه ، ١٩٩٧م، ص٣٢٠.

(٧) محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، ج٢، دار احياء التراث العربي، القاهرة، دون سنة طبع، ص٢٨١.

٢- **الرأي الثاني:** وهو للمالكية وذكروا قولين عن الصغير المميز اذا تصرف بلا إذن وليه او وصيه بمعاوضة مالية فإن كان فيها مصلحة ولأجل انفاق الصغير على نفسه. فالقول الاول لهم بطلان التصرف غير المأذون فيه ويعاد الثمن الذي قبضه الصغير إن كان موجوداً والقول الثاني انه لا يرد البيع ويصح طالما انه باع بثمن المثل ولأجل الانفاق[١].

٣- **الرأي الثالث:** وهو للحنفية[٢] وجمهور الحنابلة[٣] فالتصرف الذي يكون معلقاً على الإذن لا ينعقد الا به وإذا ابرم التصرف بلا إذن كان انعقاده موقوفاً على إجازة الولي فإذا أجازه نفذ التصرف لان الإذن هو من شروط صحة التصرف على ان يدرك الصغير ان البيع سالب للملك عن البائع والشراء جالباً له أي الملك، ويكون المتصرف غير المأذون له فيه بحكم الفضولي.

وقد أخذ المشرع العراقي برأي الفقهاء الحنفية في أكثر من موضع واعتبر أن التصرف غير المأذون فيه هو تصرف موقوف على إجازة من له حق الإذن ابتداءً مالم يكن التصرف القانوني باطلاً بحد ذاته، حينما أجاز الوصية بأكثر من الثلث بإذن من الورثة[٤]، ثم إذا لم يكن هنالك إذن فتجوز الوصية بما زاد على الثلث بإجازة الورثة كما نصت على ذلك المادة "٢/١١٠٨" من القانون المدني بأنه "... ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث إلا بإجازة الورثة". كذلك المادة "٩٧" من القانون نفسه تنص بأن "... التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداءً". غير أنه لم يجز التصرف غير المأذون به اذا كان فيه ضرر محض وقد ذكرنا مسبقاً القاعدة التي استقر عليها الحنفية أن "الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء". إلا ان القضاء العراقي يعتبر التصرف المعلق انعقاده على صدور إذن باطل إذا لم يتم الإذن بإبرامه وهو ما قضت به محكمة استئناف نينوى بصفتها الاستئنافية بأنه "ومن تدقيق اضبارة الدعوى المستأنف حكمها وجد بأن الحكم الصادر من محكمة الموضوع صحيح وموافق لأحكام القانون وذلك لقيام المحجور ببيع العقار موضوع الدعوى في الوقت الذي كان فيه تحت الحجر وقت التصرف وخلافاً لأحكام قانون رعاية القاصرين ولعدم صدور إذن او موافقة منها أي دائرة رعاية القاصرين على التصرف بالبيع مما

(١) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، دار أحياء الكتب العربية، مصر، دون ذكر سنة طبع، ص٢٩٤.
(٢) منلا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الاحكام، مصدر سابق، ص٢٨١.
(٣) ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، مصدر سابق، ص٣٢٠.
(٤) ينظر: الفقرة "٣" من المادة "٢٤٩" من قانون التسجيل العقاري رقم "٤٣" لسنة ١٩٧١، نشر القانون بالوقائع العراقية العدد ١٩٩٥ في ١٩٧١/٥/١٠.

يترتب على ذلك بطلان التصرف وأن المحجور قد صدر بحقه حجة الحجر والقيمومة لكونه مصاب بداء انفصام الشخصية المزمن ولعدم قدرته على ادارة شؤونه"[١]. كذلك قضت محكمة استئناف ميسان بصفتها التمييزية في قرار لها جاء فيه "ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنهُ غير صحيح ومخالف للقانون لصدوره قبل أوانه وقبل أن تستكمل محكمة بداءة العمارة تحقيقاتها في موضوع الدعوى لأغفالها الاستفسار من مديرية التسجيل العقاري في ميسان عن تأريخ تثبيت الملاحظة المتضمنة "لا يجوز التصرف بها ألا بموافقة وزارة البلديات" واسم الموظف الذي قام بتثبيتها وذلك لغرض السؤال منه عن أسباب عدم ذكر رقم وتأريخ وجهة إصدار كتاب التبليغ بوضعها في صفحة السجل العقاري الخاصة بالعقار موضوع الدعوى كذلك لأغفالها مفاتحة مديرية بلديات ميسان لبيان ما لديها من معلومات حول الملاحظة المشار أليها أنفاً وأسبابها وهل تتعلق بالعقار أم بصاحب الحق العقاري وذلك للتحقق من وجود مانع التسجيل من عدمه"[٢]. أما عن موقف القانون المدني المصري فيعتبر التصرف غير المأذون فيه موقوف على الإجازة إذ نصت الفقرة "٢" من المادة "١١١" منه "أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد او اذا صدرت الاجازة من وليه او من المحكمة بحسب الاحوال وفقاً للقانون"، وقضت محكمة النقض المصرية بأن "البطلان المترتب على عدم حصول الوصي على إذن المحكمة ببيع اموال القاصر هو بطلان نسبي شرع لمصلحة القاصر لتعلقه في هذه الحالة بأهلية ناقصة اوجب القانون إذن المحكمة لتكملتها وللقاصر وحده التمسك به خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغ سن الرشد"[٣]. ويثار تساؤل آخر عن حكم الإذن في العقد الفاسد او الباطل فهل يعتد به؟ والإجابة تكون بأن الإذن في العقد الفاسد او الباطل لا قيمة له وهو بحكم العدم وذكر "الامام الرملي الشافعي" "... الإذن لا يتناول الفاسد فالمأذون في الفاسد كغير

(١) حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها الاصلية بالعدد ١٩٤/س/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٣١، غير منشور ؛ وبالمعنى نفسه حكمت محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتها التمييزية بأنه "ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات الواردة فيه وجاء تطبيقاً سليماً للمادة ٥٥/ اولاً من قانون رعاية القاصرين حيث ان العقار المطلوب تملكه مسجل باسم المفقود زوج المميز عليها ولعدم تحقق حصول الاذن من دائرة رعاية القاصرين لبيع عقاره فبالتالي تكون الدعوى واجبة الرد ولا يجوز الخوض في تحقيقات دعوى التمليك"، قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتها التمييزية بالعدد ٥٨٥ في ٢٠١٠/١١/٢، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى،www.hjc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١٦.

(٢) قرار محكمة استئناف ميسان بصفتها التمييزية بالعدد ٨٤ في ٢٠١٥/٦/٣٠، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٨/١٦.

(٣) قرار محكمة النقض بالطعن رقم ٩٤٩ لسنة ٤٤ق في ٢/فبراير/ ١٩٧٨. نقلا عن: د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٨٨.

المأذون"[١] وهذا حكمه سواء صدر الإذن من الآذن بالتعاقد في العقد الباطل او لم يصدر[٢]. ونص القانون المدني العراقي على هذا الحكم في موضوعين الأول المادة "٩٦" "تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن أذن له وليه". فالإذن لا يجعل من الباطل صحيحاً اما الموضع الآخر فهو في حكم العقد الباطل إذ نصت المادة "١٤١" بأن "... ولا يزول البطلان بالإجازة". فإذا سايرنا القاعدة الحنفية السالفة المؤدية الى مساواة حكم الإجازة بحكم الإذن فلا يؤدي الإذن الى قلب العقد الباطل الى عقد صحيح.

ثانياً: الواقعة المادية. تكون الواقعة المادية محلاً عندما يكون الإذن مجرداً ولا يتوقف على قبول المأذون ولا تترتب عليه الآثار التي تترتب على العقد عند انشائه كإذن المالك للمأذون بأخذ ماله وهو بخلاف الإذن العقدي الذي محله التصرف[٣]. والإذن المجرد هنا يكون ايقاعاً والإيقاع بالمعنى القانوني هو الإرادة المنفردة[٤] الصادرة عن شخص الآذن.

وقد وجدنا من كلام الفقهاء المسلمين، ان الإذن إذا كان محله واقعة مادية يكون إما نفعاً محضاً لمصلحة المأذون وهو الإذن بالاستهلاك والانتفاع وإما ضرر محض للآذن وهو الإذن بالإتلاف.

١- **الإذن بالاستهلاك والانتفاع.** وهو ما يسميه الجعفرية "بالفعل التكويني"[٥] وهو إما أن يأذن مالك الشيء للمأذون باستهلاكه كتقديم الطعام له أو يكون إذناً بالانتفاع متى ما كانت الصيغة تتضمن الإذن للغير بالانتفاع[٦] كما لو إذِن الراهن للمرتهن بالانتفاع بالمرهون فلا ضمان على المرتهن، او يأذن المرتهن للراهن باستهلاك المرهون فلا ضمان على المرتهن ويبطل الرهن لان المرتهن ابطل حقه بالإذن فلا يستحق الضمان بالرهن فأشبه الاستهلاك بالهلاك بآفة سماوية[٧]. ويرى بعض الحنابلة ان الإذن بالانتفاع يمكن ان يكون عارية[٨]. ولكن يستلزم ان يدخل في الانتفاع ما هو لازم له لان الإذن بالمتبوع إذن بالتبع[٩].

(١) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المحتاج، مصدر سابق، ص١٨٠.
(٢) احمد النراقي، مستند الشيعة، مصدر سابق، ص٢٦٥.
(٣) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٤.
(٤) د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج١، - مصادر الالتزام، ط١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، ١٤٣٢هـ ، ٢٠١١م، ص٦٣.
(٥) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٨٢.
(٦) الموسوعة الفقهية، مصدر سابق، ص٣٨١.
(٧) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، مصدر سابق، ص٢٣٦.
(٨) ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٤٧.
(٩) د. محمد صدقي البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مصدر سابق، ص٣٥٢.

٢- **الإذن بالإتلاف.** وهو يأذن مالك الشيء للمأذون بالإتلاف فإذا اتلفه سقط الضمان عن المتلف المأذون ويكون سبب الاتلاف كأنه آفة سماوية[١] كالدابة التي تحدث الضرر في مكان أُذِنَ للوقوف فيه[٢]. لكن يشترط في ارتفاع الضمان عن المتلف المأذون ان يكون الآذن مالكاً للشيء أما لو كان غاصباً فيستحق الضمان على المتلف مالم يجهل المتلف المأذون كون الآذن غاصباً للشيء[٣]. ونقل القانون المدني العراقي حكم ارتفاع الضمان والمسؤولية للإذن في موضوعين الأول الفقرة الثانية من المادة "١٩٠" التي نصت بأنه "اذا اتلفه بإذن مالكه فلا يضمن"[٤]. فإذن مالك الشيء بإتلافه يؤدي الى رفع المسؤولية عن المتلف ونفيها عنه لان الإذن بمثابة القبول والرضى فنتفي قرينة التعدي بالإذن[٥].

أما الموضع الثاني في الفقرة "٢" من المادة "٢١٤" التي نصها "فإذا هدم أحد داراً بلا إذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فإن كان الهادم هدمها بأمر من اولي الأمر لم يلزمه الضمان وإن كان هدمها من تلقاء نفسه ألزم بتعويض مناسب"[٦]. وانتفاء المسؤولية عن الهادم للعقار بسبب حالة الضرورة يكون بأحد الإذنين إما إذن ولي الأمر وإما إذن صاحب العقار. أما الأول فيتمثل بإذن مديرية الدفاع المدني للفاعل بهدم العقار المملوك للغير لوقف سراية الحريق وبسبب إذن السلطة المختصة ينتفي التعدي عن فعل الهادم المأذون[٧]، وأما الثاني فهو إذن صاحب العقار ولكن بغير الإذن يكون الهادم مسؤولاً[٨]، فالإذن يؤدي الى نفي صفة التعدي عن فعل المأذون استناداً لقاعدة ان الرضا بالضرر يرفع عن الفعل الضار وصف الخطأ[٩]. ويثور التساؤل حول الفرق بين رفع الضمان في حالة إذن صاحب العقار بالهدم في المادة "٢/٢١٤" وبين الإذن بالإتلاف في المادة "٢/١٩٠" نجيب بأن الفرق بين النصين ان الأول هو في غير حالة الضرورة، أما الثاني فهو صورة من حالة الضرورة

(١) يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ص٥٠٣.
(٢) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، مصدر سابق، ص٢٧٢.
(٣) ابن رجب الحنبلي، القواعد، مصدر سابق، ص٢١٦ ؛ منصور البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٤١٤ه، ١٩٩٣م، ص٣١٤.
(٤) ينظر: الحكم نفسه بالمادة "٢/٢٧٧" مدني اردني ؛ المادة "٢/١٩٠" مدني عماني رقم "٢٩" لسنة٢٠١٣.
(٥) منير القاضي، ملتقى البحرين، مصدر سابق، ص٣٠١.
(٦) وهذا النص من صور حالة الضرورة أقتبسه مشرعنا بالمعنى نفسه من المجلة بالمادة "٩١٩" منها وليس في القانون المصري والكويتي ما يماثل هذا النص.
(٧) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص٧٢٤.
(٨) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٠٩.
(٩) د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية، القسم الأول- الاحكام العامة، دون ذكر مطبعة او مكان طبع، ١٩٥٨، ص١١٢.

والأثر المترتب على الإذن بالإتلاف في كلا النصين هو انتفاء المسؤولية أما الأثر المترتب على عدم الإذن فهو وجوب التعويض كاملاً في النص الأول، وبتعويض مناسب في النص الثاني.

المطلب الثاني: تكييف الإذن: لم يتفق الفقهاء المسلمين على تكييف الإذن ففريق منهم اعتبره وكالة او نيابة بين شخصين، بينما اعتبره غيرهم تنازل ممن له الحق او السلطة للقيام بتصرف معين تجاه غيره او ما يسمونه اسقاط من له الإذن، ومنهم من رأى فيه تكييف خاص. لذلك سيوزع هذا المطلب على فروع ليبسط البحث في هذه الآراء والرد عليها.

الفرع الأول: النيابة او الوكالة: سيتم عرض اراء الفقه الاسلامي اولا ، ثم رأي الفقه القانوني وذلك من خلال النقاط الاتية :

أولاً: الرأي في الفقه الاسلامي. وهو قول الفقهاء الشافعية[١] والحنابلة[٢] والمالكية[٣] وزفر من الحنفية[٤] والقول الأول للجعفرية[٥] والمعاصرين[٦]. ورأيهم أن الإذن مجرد نيابة أو وكالة ممن له حق الإذن الى المأذون الذي يكون وكيلاً ولأن المانع من التصرف موجود قبل الإذن فإذا أُذِنَ له اصبح المأذون متصرفاً للآذن حسب احكام النيابة والوكالة واحتجوا أن قول الآذن بأنه وكالة هو لتقييد المأذون في التصرف من ناحية نوع التصرف وقدره خاصة لو كان المأذون صغيراً وإذن له في التجارة ففيه تروً وشرع لتمرين القاصر المأذون بالتجارة واختباره لتفحص مدى بصيرته في التعامل التجاري حتى يأمن الصغير في التعامل مع غيره وهذه فائدة اعتبار الإذن توكيل. والتقييم لهذه النظرية في الفقه الاسلامي هو بين نفي نظرية النيابة او الوكالة وبين تماثل هذه النظرية مع الإذن.

١- **نفي النيابة او الوكالة.** واجهت هذه النظرية اعتراضاً كبيراً من الفقهاء الحنفية وفصلوا حججهم في الرد على التكييف بالنيابة فقالوا:

(١) عبدالملك الجويني، نهاية المطلب، مصدر سابق، ص٤٦٧ ؛ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج مصدر سابق، ص١٧٠ ؛ عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٨٥.

(٢) موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني- تحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن ود. عبدالفتاح محمد الحلو، ج٦، ط٣، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٧ه ، ١٩٩٧م، ص٣٥٠ ؛ مصطفى السيوطي، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج٣، منشورات المكتب الاسلامي، دمشق، دون سنة طبع، ص٤٢١.

(٣) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص٢٥٠ و ص٣٠٣.

(٤) عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠١ ؛ فخرالدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص٢٠٤ ؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، مصدر سابق، ص٢٢٨ ؛ عبدالرحمن الكليبولي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ص٦٣ ؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص٩.

(٥) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٣٩٤.

(٦) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص٨١٠.

أ. المسؤولية عن التصرف المأذون به وآثاره او كما يسميها الحنفية "بعهدة التصرف" ترجع الى المأذون، لأنه متصرف لنفسه وليس لمصلحة الآذن ومن ثم فإن آثار التصرف ترجع الى المأذون وليس الى الآذن ولو كان المأذون وكيلاً لرجع بمسؤولية التصرف على الآذن من حيث كونه موكلاً فلو أدى شيئاً من ماله لرجع عليه وذلك لا يحصل في الإذن إذ لا رجوع له على الآذن بما التزم فلو أشترى المأذون شيئاً ولم يسدد الثمن طولب هو ولم يطالب وليه لأنه اشترى لنفسه لا لوليه بخلاف الوكيل اذا اشترى شيئاً يطالب الموكل لا الوكيل او إذا هلك مال المأذون لا يكون الآذن مسؤولاً والسبب في تبعة الهلاك يتحملها المأذون وليس الآذن هو انه لا يملك المال المأذون به فكيف يجب عليه فيما لا يملكه؟ يتساءل في ذلك "السرخسي في المبسوط"[١]. بل أن "إمام الحرمين الجويني وهو من كبار علماء الشافعية" قد أقر بصعوبة عد الإذن وكالةً من حيث انصراف اثار التصرف الى المأذون لا الى الآذن بخلاف الأمر في الوكالة التي تنصرف اثار التصرف الى الموكل فقد ذكر في كتابه نهاية المطلب "والقدر الذي نذكره الان الفرق بين المأذون... وبين الوكيل وفيه عسر... ثم لا يتأتى تعلق الطَّلِبة – ويقصد الالتزام– بإكسابه من غير فرض التعلق بالذمة. ولا يتحقق هذا في الوكيل فهذا هو الفرق بين الموقفين"[٢]. ان عد التكييف بأنه نيابة او وكالة لا يخلو من الصعوبة إذ جاء في الاشباه والنظائر للسيوطي الشافعي وهو بصدد الكلام عن الولاية فذكر بأنه "وفي الفرق بين الإذن الوكالة غموض"[٣].

ب. إن لفظ الإذن يحتمل اطلاق التصرف للمأذون ، أما النيابة فلفظها لا يحتمل الإطلاق دون تنصيص التصرف[٤] أي تحديد التصرفات محل النيابة بالنص[٥].

ج. لا يقتصر الإذن على حالة الصغير بالتجارة بل تتسع لموضوعات غيرها.

(١) السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص١٠-١١ ؛ عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠١ ؛ عبدالرحمن الكليبولي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ص٦٢.

(٢) عبدالملك الجويني، نهاية المطلب، مصدر سابق، ص٤٧٧.

(٣) جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م، ص١٥٥.

(٤) السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص١٠.

(٥) كما تنص على ذلك المادة "٢/٥٢" من قانون المرافعات المدنية رقم "٨٣" لسنة ١٩٦٩ بأنه "الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الاقرار بحق ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا البيع او الرهن او الاجارة او غير ذلك من عقود المعاوضة ولا القبض ولا التبرع ولا توجيه اليمين او ردها او قبولها ولا رد القضاة او التشكي منهم ولا ممارسة الحقوق الشخصية البحتة ولا أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً". نشر قانون المرافعات في جريدة الوقائع العراقية بالعدد "١٧٦٦" في ١٩٦٩/٨/١٠.

د. سبق ورأينا ان الفقيه الرملي الشافعي في كتاب الوكالة يفرق الإذن عن الوكالة إذ يقول "أن باب الإذن اوسع من باب الوكالة، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر في البابين يحمل على عدم الصحة في الوكالة والصحة في التصرف"(١).

هـ. وقع القائلين بالنيابة في تناقض بالقول أن الإذن وكالة فالمأذون عندهم لا يملك ان يعزل نفسه بينما الوكالة هي عقد غير لازم يملك الوكيل فيها عزل نفسه(٢). ووجدنا تناقضاً آخر في التفرقة بين الإذن والوكالة إذ يقرون بعدم جواز تقييد المأذون بالتجارة بالشراء إذ أن عهدة التصرف تقع عليه بخلاف الوكيل بالشراء الذي يقيد بالشراء بثمن معين إذ عهدة الشراء تنصرف الى الموكل(٣).

٢- **تماثل الإذن مع نظرية النيابة او الوكالة عند الحنفية.** على الرغم من النقد الذي اثاره الحنفية إلا اننا وجدناهم في بعض المواضع من كتبهم يوافقون نظرية النيابة ثم يطبقوها على حالات انقضاء الإذن، اذ قالوا لو حجر الولي على المأذون فلا ينقضي الإذن إلا بعلم المأذون(٤) والوكالة ايضاً لا يكون عزل الوكيل الا بعلمه بأثر العزل في موت الولي او فقده لأهليته بالجنون، فينقضي معها الإذن الصادر منه(٥) وكذلك الوكالة تنقضي بموت الموكل او فقده لأهليته.

ثانياً: الرأي في الفقه القانوني. يذهب شراح القانون العراقي الى اعتبار الإذن الصادر من الآذن الى المأذون وكالة ، واستشهدوا بمواد من القانون المدني العراقي وهي.

١- **في الإذن بالتجارة.** المادة "١/٩٨" التي نصها "... ويكون الإذن مطلقاً او مقيداً". وما دام أن التوكيل يقبل التقييد والإطلاق فإن معناه أن مشرعنا قبل هذه النظرية صراحة(٦).

٢- **في انعقاد الوكالة.** المادة "٩٢٨" "الإذن والأمر يعتبران توكيلاً إذا دلت القرينة عليه...". وبهذين النصين قطع المشرع العراقي الخلاف بين الفقهاء في اعتبار الإذن توكيلاً(٧).

---

(١) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج بشرح المنهاج، ج٥، مصدر سابق، ص٢١-٢٢.
(٢) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج بشرح المنهاج، ج٤، مصدر سابق، ص١٧٤ ؛ عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٨٥.
(٣) عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٨٥.
(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، مصدر سابق، ص٢٤٤.
(٥) عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠٣.
(٦) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٧٧.
(٧) ليث عبدالأمير محمد رضا الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون بالتجارة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٤٤.

في تقديرنا ان هذه الرأي لم يكن شامل للتكييف، ويعجز عن اعطاء الوصف القانوني للإذن، فالصغير بالتجارة مثلاً لا ينقضي الإذن له بوفاة الولي او عزله[١]، ولو كان الإذن وكالة في هذا الفرض لكان الإذن منقضياً بالوفاة والعزل، كما أنه يعجز عن اعطاء اساس قانوني لحالات وصور أخرى للإذن كما في الإذن بالإطعام والإذن بالسكنى، وأخيراً فإننا نرى فيه مفهوماً معاكساً وهو عد الإذن الاساس القانوني للوكالة وصورة من صورها، ولهذا قال الشافعية أن الإذن اوسع من الوكالة.

الفرع الثاني: الاستخدام: وهو رأي بعض الشافعية اذ كيفوا الإذن الصادر من الولي الى الصغير للقيام بتصرف معين كالشراء مثلاً بانه استخدام من هذا الولي لابنه الصغير ومن ثم لا يحتاج هذا الإذن لقبول الصغير المأذون وليس له رد هذا الإذن[٢]، وانتقد الحنفية هذ الرأي لان الإذن بالتجارة عندهم يكون باستمرار العمل وتواصله ولا يكون بإبرام تصرف منقطع[٣] والاستخدام ليس الا استعانة للقيام بأمر شخصي محدود[٤] وننقد نحن ايضا هذه النظرية بالانتقادات ذاتها، ونضيف إليها بأنها تخلط بين مفهوم الإذن وبين مفهوم الأمر، كما انها تجعل من الإذن مجرد واقعة مادية لذلك لا نجد فيها التكييف المناسب.

الفرع الثالث: التنازل والاسقاط: قال الحنفية[٥] في سياق الكلام عن الإذن للمحجور بالتجارة أن الآذن بإذنه يكون قد فك الحجر عن المحجور ومسقطاً لحقه ولكن أي حق؟ أنه حق الولي والوصي في الحجر على المحجور لكونه ممنوع من التصرف وبإسقاط الحجر يصير المحجور بعد الإذن مالكاً للتصرف بنفسه لهذا ذكر بعضهم الإذن بأنه تمليك الحق للمأذون بإبرام التصرف بذاته كما عبر علاء الدين السمرقندي بالقول "أن الإذن تمليك التصرف أو اسقاط الحق وفك الحجر". كما إن المجلة أخذت بهذا الرأي في صدد تعريف الإذن في المادة "٩٤٢" منها.

---

(١) ينظر: الفقرة "٢" من المادة "٩٨" مدني عراقي.

(٢) عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٨٥ ؛ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج٤، مصدر سابق، ص١٧٠.

(٣) عبدالله الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠١.

(٤) مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص٨١١.

(٥) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥ه، ١٩٨٤م، ص٢٨٦ ؛ منلا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص٢٧٦ ؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص١١ ؛ فخرالدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص٢٠٤ ؛ عبدالرحمن الكليبولي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ص٦٢ ؛ سليم رستم باز، شرح المجلة، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة طبع، ص٥٤٣ ؛ علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٥٣.

الفرع الرابع: رفع المانع: وهو رأي "ابن عابدين" ينفي فيه أن يكون الإذن للصبي والمعتوه اسقاط حق لأنه عرف رفع المانع عن المحجور في القيام بالتصرف، وليس في الإذن اسقاط حق ولعل ما يؤيد ذلك أن الساقط لا يعود، ثم يزيد على ذلك بأن الإذن لا يقتصر على تجارة للصغير فذكر "لأنه يقال أذنت لزيد بأكل طعامي أو بسكنى داري ففيه فك حجر وإسقاط حق، وكذا يقال أذنت ببيع داري فيكون بمعنى الإحلال والإعارة والتوكيل"[١]. وانتقد شارح المجلة "السيد علي حيدر رأي ابن عابدين" ورد عليه بأن الأسقاط لا يكون الا بالنسبة للتصرفات التي تمت وابرمها المأذون بنفسه، ويكون للولي الحجر عليه ومنعه من التصرف بعد أن كان مأذوناً فإعادة الحجر هو امتناع عن اعطاء الإذن في التصرفات اللاحقة وموجب الأخذ بقول "ابن عابدين" يؤدي الى عدم جواز اعادة الحجر على الصغير من وليه بعد الإذن له وهو مالم تأخذ به المجلة التي أجازت اعادة الحجر على الصغير بعد الإذن له في المادة "٩٧٣" منها[٢]. غير أن هذا النقد إذا نجح في تفسير الإذن في التجارة إلا أنه لم يعطي تفسيراً للإذن في التصرفات الأخرى التي ذكرها "ابن عابدين".

الفرع الخامس: النظرية الازدواجية: وهو ما اصطلحنا عليهم بهذه التسمية لانهم اثاروا تساؤلاً حول تكييف الإذن هل هو عقد ام انه ايقاع؟ ويقصد بالإيقاع في القانون التزام الشخص بإرادته المنفردة حيث يشمل مفهوم الايقاع الاسقاط والابراء وغير ذلك[٣] فهل يصدر الإذن للغير بإرادة الآذن المنفردة ، ام يصدر الإذن بشكل عقد؟ اجاب الفقهاء الامامية تفصيلاً عن هذا التساؤل بأن الإذن اما ان يكون بصورة ايقاع ويصدر عن الآذن برضا منه ولا يتوقف على صحة هذا الإذن ونفاذه قبول من المأذون، ومثال ذلك دعوة المالك لغيره بتناول الطعام فهذه الصورة يطلق عليها بالإذن المجرد[٤]. اما الصورة الأخرى للإذن فهو العقد الإذني، اذ تقسم العقود الى نوعين عقود عهدية وعقود اذنية والعهدية هي التي تتضمن التزاماً بين اطرافها اما الإذنية فهي لا تتضمن التزاماً بل تتوافق ارادتي طرفي العقد على الإذن كالعارية والوديعة والوكالة وسميت عقوداً لا على اساس تضمنها الالتزام بل لارتباطها بين شخصين، وذهبوا كذلك الى اعتبار العقود الإذنية تجوزاً ومسامحة لكنها في الحقيقة ليست من العقود لعدم ترتيبها التزاما على عاتق

(١) ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج٤، ص٢٢٨ و ص٣٢٥.
(٢) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٥٣.
(٣) للمزيد ينظر: استاذتنا د. يسرى وليد ابراهيم علي بك، انشاء الالتزام بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٣، ص٣٣ ومابعدها.
(٤) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٥.

اطرافها[١]، ومن العقود ما تكون بين إذن والتزام ، كعقد الإيجار ففيه إذن بالانتفاع والتزام على طرفي الايجار[٢]. حتى خرج اصحاب هذا المذهب بقاعدة فقهية مفادها أن "كل عبارة لا يتم مضمونها الا بإيجاب وقبول فهي عقد وما لا يحتاج الى القبول من العبارات فهو ايقاع او إذن مجرد"[٣]. وإذا كان ايقاع فلا يرد برد المأذون طالما ان الإذن باقٍ ولم يعدل عنه الآذن بخلاف الوكالة اذا رُدَ الايجاب لا يكون لمن وجه له وكيلاً[٤]. يبدو على هذا الاتجاه التشابه مع رأي جمهور الحنفية الذين اعتبروا الإذن اسقاط بإرادة الآذن المنفردة ولكن الجعفرية افترقوا عن الحنفية في حديثهم عن الإذن لأنه ورد مقتصراً في باب الحجر فقط ، بينما تكييف الجعفرية انطلق من مفهوم عام للإذن دون الاقتصار على باب فقهي محدد.

رأينا في الموضوع: وجدنا من خلال عرض الآراء الفقهية ان اكثر ما نميل الى تأييده هو رأي الفقهاء الجعفرية وذلك لعدة اسباب وهي، اننا نعتقد أن التكييف المناسب للإذن بأنه تصرف ارادي منفرد كما قد يكون في صورة عقد. كما ان تكييفهم للإذن جاء من خلال النظر الى مفهومه العام دون التقيد بباب فقهي معين لذلك وجدنا الدقة في تحديد التكييف من حيث تقسيمه الى مجرد وعقدي. وتأييدنا للرأي الاخير ليس على اطلاقه فهذا التقسيم مخالف للمنطق القانوني فحتى في العقود التي يقال عنها اذنية تتضمن التزاماً كما في العارية والوديعة، فالمستعير والوديع يلتزمان بالمحافظة على الشيء كذلك الوكالة عندما تكون بأجر.

لكن بما أن التكييف هو محاولة لإيجاد وصف قانوني ملائم ومناسب للإذن[٥]، وربما كان السبب في تباين آراء الفقهاء المسلمين هو نظريتهم للإذن من زاوية محددة او تطبيق معين، لكننا نجد أن الإذن لا يكون تكييفه واحداً، بل يتحدد بحسب مركزه في المعاملة او التصرف او الواقعة، وتبعاً لذلك فإننا وجدنا أن تكييف الإذن يكون بالصور الآتية:

١- أنه **نيابة**. فإما أنه أداة لنيابة قانونية، كما في حالة الإذن القضائي للدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، أو في الإذن بالتجارة وغير ذلك من الحالات التي تكون مدعاة لصدور إذن من المحكمة. أو نيابة قضائية كما في الإذن للحارس القضائي بالتصرف

(١) موسى بن محمد النجفي، منية الطالب، ج٢، مصدر سابق، ص٦ ؛ يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢١، مصدر سابق، ص١٦٧.
(٢) موسى بن محمد النجفي، منية الطالب، ج١، مصدر سابق، ص٨٩-٩٠.
(٣) الامام ابي عبدالله محمد بن مكى العاملي، القواعد والفوائد في الفقه والاصول العربية، تحقيق- د. عبدالهادي الحكيم، القسم الأول، منشورات مكتبة المفيد، قم، دون سنة طبع، ص٢٧١.
(٤) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٥ و ص٢٧٨.
(٥) استاذنا د. محمد سليمان الأحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد "١" المجلد الأول، السنة التاسعة، آذار، ٢٠٠٤، ص١٠٨.

بالأموال المعهود له بحراستها. أو يكون نيابة اتفاقية كما في إذن المالك للغير بالتصرف بملكه ولمصلحة ذلك المالك.

٢- قد يكيف الإذن على أنه **ركن في التصرف** لا يتم دونه في كل الأحوال التي يفرض القانون فيها الإذن لمصلحة أحد اطراف التصرف، سواء كان الآذن المحكمة او الجهة الرسمية التي حددها القانون. كالمحكمة بالنسبة لأموال المحجور ودائرة الأوقاف بالنسبة لمال الوقف ودائرة رعاية القاصرين بالنسبة لأموال القاصرين.

٣- كما نرى تكييفه أيضاً على أنه **عنصر في ركن من أركان العقد**، كركن القبض في عقدي الهبة والرهن الحيازي.

٤- ويمكن تكييف الإذن كذلك على أنه **شرط من شروط صحة عقد البيع** خلال فترة المفاوضات، او في البيع المعلق على شرط الخيار.

٥- كما يكيف على أنه **أداة اسقاط لحق الدائن**، كما في إذن بالبائع للمشتري لقبض المبيع قبل قبض الأول للثمن ففي إذنه اسقاط لحقه في حبس المبيع.

٦- وأيضا يعد الإذن **كفالة عينية** في الحالة التي يأذن فيها المالك للمستعير برهن المعار.

وهذه التكييفات هي على سبيل المثال، والشاهد على تعدد أوجه التكيف أنه بحسب صدوره ممن له السلطة على المال او التصرف محل الإذن، وكل ما كان الإذن لمصلحة صاحب المال كان الإذن نيابة، أما لو صدر الإذن وكان لمصلحة المأذون فإنه يكون انتفاعاً كالإذن بالإطعام او أنه العارية او أنه كفالة عينية وهكذا، لكن الإذن في جميع تلك الحالات هو تصرف إرادي منفرد.

المطلب الثالث: اقسام الإذن: فائدة تكييف الإذن أنه يحدد ويبين اقسامه، فقسم الشيعة الامامية الإذن من حيث المضمون الى إذن في التصرفات التكوينية وإذن في التصرفات الوضعية، وهنالك تقسيم من حيث اركان الإذن وهي المأذون والمأذون فيه ويقسم بموجبه إلى إذن عام وآخر خاص، ويقسم ايضا الى إذن مطلق ومقيد ومن قال أنه وكالة أوجب أن يكون مخصصاً مقيداً ومحدداً بوقت لا مطلقاً، وكما سنبينه من خلال الفروع الاتية:

الفرع الأول: الإذن من حيث المضمون: هذا التقسيم اختص به الامامية[١]، اذ قسموا الاذن الى نوعين إذن في التصرفات التكوينية وإذن في التصرفات الوضعية وسيتم توضيح ذلك تباعا :

(١) موسوعة الفقه الاسلامي على مذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٦.

اولاً: الإذن في التصرفات التكوينية. ويقصدون بها المنشئة لحق عيني او شخصي كأذن مالك الطعام لغيره بالأكل منه أو إذن المالك لغيره بالبناء على جدار داره او أذن المالك بالانتفاع من داره.

ثانياً: الإذن في التصرفات الوضعية. كإذن المالك لغيره ببيع ملكه او الشراء له، ويأخذ الإذن هنا صورة الوكالة.

الفرع الثاني: الإذن العام والإذن الخاص: يقسم الإذن من حيث المأذون والمأذون فيه إلى عام وآخر خاص، كما سيتم توضيحه.

أولاً: الإذن العام. وهو على ثلاثة اقسام، إذن عام بلحاظ أي من زاوية المأذون وما كان منه بلحاظ التصرف المأذون فيه ومنه أيضاً ما كان بلحاظ المأذون والمأذون فيه، وعلى التوضيح الاتي:

١- **الإذن العام من حيث المأذون.** تكون صيغته موجهة للناس كافة لا الى شخص محدد بعينه ومثلوا له بالدعوة الى الولائم العامة وحفلات الاعراس او شرب الماء من البرادات الموضوعة في ابواب المساجد.

٢- **الإذن من حيث التصرف المأذون فيه.** ترد صيغته عامة لكل التصرفات التي يحق للمأذون القيام بها في أموال الآذن كما في الوكالة، أو في العارية كإذن المعير للمستعير بالبناء او الغراس في العقار.

٣- **الإذن من حيث المأذون والمأذون فيه معاً.** كالإذن بتملك الارض لكل من قام بإحيائها فصيغة الإذن تدل على العموم لكل مأذون والعموم لكل تصرف بإحياء الارض الميتة.

ثانياً: الإذن الخاص. ويكون بصيغة موجهة للمأذون له معين للقيام بتصرف معين، او بمكان وزمان محددين، ومثال ذلك قولك أنت مأذون لك في قراءة كتابي او إذن المالك لشخص ما بالأكل من بستانه، أو أن يأذن أحد الشريكين لشريكه الآخر في التجارة في المال الشائع بجنس معين من التجارة او في بلد معين[١]. وإذا كان خاصاً فيجوز للمأذون تخطيه الى تصرف ادنى من التصرف المخصوص ضرراً او مساوياً له. لان الاصل عدم جواز التصرف في ملك المالك، ودون الإذن اولى من بقية الإذن نفسه فيدخل الادنى في مفهوم الموافقة[٢].

(١) محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، مصدر سابق، ص٤٠١-٤٠٢ ؛ موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٦-٢٧٧ ؛ الموسوعة الفقهية، مصدر سابق، ص٣٧٧-٣٧٨.
(٢) يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، مصدر سابق، ج٢١، ص٤٩٣.

الفرع الثالث: الإذن المطلق والإذن المقيد: الإذن المطلق هو اطلاق الآذن للمأذون أما المقيد فهو عكس ذلك، ويأتي التقييد إما في التصرف او في المكان او في الزمان، ويعبرون عن الاطلاق والتقييد بعبارات العموم والخصوص في سياق الكلام عن تكييف الإذن للصبي بالتجارة وممارسة الحرفة او الصناعة أو بإدارة امواله. وسنتكلم عن هذا التقسيم لدى الفقهاء المسلمين ثم نتبعه بموقف التشريعات العربية، ثم لانقلاب الإذن بين الاطلاق والتقييد.

أولاً: إطلاق الإذن وتقييده في الفقه الاسلامي.

١- **الإذن المطلق.** عند كل من الحنفية[١] والعدوي من المالكية[٢] وقول عند الامامية[٣] يكون اذن الولي للصغير بإبرام التصرفات مطلقاً سواء أطلق الولي الإذن ابتداءً كقوله لابنه اتجر او قيده بنوع معين من التجارة ونهاهُ عن الإطلاق كقوله له اتجر في القماش او بوقت معين كقوله اتجر لشهر واحد فقط أو داخل البلد او مع شخص معين فكل هذه القيود والنهي لغو ويكون مأذوناً حالاً، لان اللفظ يتناول انواع التجارة جميعها، ولا حاجة الى التخصيص به كما في تخصيص الوكالة ويكون له مطلق التصرف بكل انواع التجارة ولا يختص بنوع معين منها، وله التعامل مع أي شخص كما لا يقيد بالتجارة في سوق معين ولا يوقت الإذن ولو عين له مدة كيوم او شهر فيكون مأذوناً مطلقا وفي جميع الاوقات ويلغى التوقيت حتى يحجر على الصبي، وبذلك يملك الأخير ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها. وبرر الحنفية وجوب الإطلاق وعدم جواز التقييد وبرز في ذلك "السرخسي" في مقدمة المدافعين عن حجج المذهب.

أ. إن تكييف الإذن عند جمهور الحنفية هو اسقاط والاسقاطات لا تقبل التقييد والتخصيص ولا التوقيت.

ب. أن تخصيص الإذن وتقييده لا يُعَمل به عند الحنفية لان الإطلاق ضرورة ويحمل التقييد التضييق على الناس وايقاعهم في حرج لو ثبت أن الشخص مأذون بقدر معين.

---

(١) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ص٢٨٦ ؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج١٠، ص١٣٧ ؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص٥-٦ و ص٩-١١ ؛ عبدالرحمن الكليبولي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ص٦٢-٦٤ ؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج٩، مصدر سابق، ص٢٣٣ ؛ عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠٠-١٠١ ؛ فخرالدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص٢٠٤-٢٠٥ ؛ منلا خسرو، درر الحكام، مصدر سابق، ص٢٧٦ ؛ وبهذا الاطلاق نصت المادة "٩٧٠" من المجلة بأنه "لا يتقيد ولا يتخصص إذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من البيع والشراء مثلاً لو أذن الولي للصغير المميز يوماً وشهراً يكون مأذوناً على الإطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الإذن مالم يحجره الولي كذا لو قال بع واشتر في السوق الفلاني يكون مأذوناً بالبيع والشراء في كل مكان كذلك لو قال بع واشتر المال الفلاني فله أن يبيع ويشتري كل جنس المال".

(٢) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص٣٠٤.

(٣) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٨.

ج. أن تقييد الولي للمحجور في التصرف هو تقييد صادر من غير مالك.

د. أن تصرف المحجور يرد على محل وهو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائباً عن غيره، وأول تصرف يقوم به المحجور بعد الإذن له هو الشراء لانه بدون الشراء لا يمكن له البيع وبذلك لا يفترق الحال بين تقييد نوع من دون اخر من انواع التجارة فالتقييد غير مفيد بالنسبة للمأذون ولا يعتبر في حقه.

هـ. أن مضمون الإذن يكون على الانتشار والتعدي فحتى لو رخص الولي للصبي نوعاً من الحرفة او التجارة فإن الإذن بذاته يتعدى الى اعمال اخرى لاتصالها ببعض فمثلاً لو أذِنَ الولي لصغيره بحرفة الخياطة فلا يتمكن المأذون بهذه المهنة من العمل الا بشراء الابر والخيوط ثم قد لا يجد ما يباع بالنقد وانما بالطعام فيحتاج الى الشراء بالمقايضة عندئذ وجب أن يؤذن له بالشراء ثم أنه قد يحتاج الى الشراء بالدنانير فيضطر الى مصارفة الدراهم للحصول على الثمن وهكذا يتعدى الإذن الى توابع العمل.

و. أن الغاية من الإذن للصبي بممارسة الحرفة او التجارة هو تمكينه من الحصول على الربح وتقييده بنوع معين ربما يلحق الضرر به لذلك لا ينفعه التقييد.

ز. أما المالكية فقالوا في التقييد غرر بالناس في التعامل مع الصبي اذا لم يكن له مطلق التصرف.

٢- **الإذن المقيد.** يكون الإذن مقيداً في حالتين وهي:

أ. **تقييد الإذن بممارسة الصغير الحرفة والتجارة.** عند الفقهاء الشافعية[١] والحنابلة[٢] وزفر[٣] من الحنفية والحسن النجفي[٤] من الامامية وقول للمالكية[٥]، لا يجوز للولي إطلاق التصرف للصبي فإذا أطلق كان إطلاقه لغواً ومن ثم فقد أوجبوا أن يكون الإذن مقيداً ويكون بقدر من مال الصغير وبنوع معين ولمدة محددة أو بمكان ما وبموجبها ليس للأخير تجاوز التصرف المحدد له إنما يقيد به لان تصرفه مستفاد من الإذن

(١) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، مصدر سابق، ص١٧٤-١٧٥ ؛ عبدالملك الجويني، نهاية المطلب، مصدر سابق، ص٤٧٧ ؛ عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مصدر سابق، ص٤٨٧ ؛ يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج٣، ص٥٦٩ و ج٤، ص١٨٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص٣٥٠ ؛ مصطفى السيوطي، مطالب اولي النهى، مصدر سابق، ص٤٢١-٤٢٢ ؛ منصور البهوتي، شرح منتهى الارادات، مصدر سابق، ص١٨١ و كشاف القناع، مصدر سابق، ص٤٥٧.

(٣) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص٩ ؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج١٠، ص١٣٧ ؛ فخرالدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص٢٠٥ ؛ عبدالرحمن الكليبولي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ص٦٣ ؛ عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠١ ؛ علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٨٤-٦٨٥.

(٤) موسوعة الفقه الاسلامي طبقاً لمذهب اهل البيت عليهم السلام، مصدر سابق، ص٢٧٨.

(٥) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، الشرح الكبير، مصدر سابق، ص٣٠٤.

ومن ثم يختص به فإذا قيد الولي الصغير بتصرف ما بمبلغ الف لم يكن التصرف بأكثر من هذا المال، ولكن لا يجوز للولي بأي حال من الاحوال أن يأذن للصغير بتوكيل الغير بالتصرف في ماله. وأحتج اصحاب هذا الرأي للقول بوجوب التقييد بأن الولي هو بمنزلة الموكل والصغير كالوكيل ويقيد بما أُذِنَ به. وأن الصغير المأذون قد يحسن في نوع من التجارة فيما لا يحسنها في نوع اخر لذا فإن وجوب التقييد بنوع معين التصرف مصلحة له.

ب. **تقييد الإذن عند الحنفية**، ذكروا حالات يقيد فيها الآذن والمأذون كلاهما بالتصرف المأذون فيه ولا يخرج عن نطاقه، وهي:

الأولى: إذا كان الإذن استخداما. فعندهم إذا قال الولي للصغير اشتري بكذا من النقود شيئاً ما ولم يكن قصد الولي منصرفاً الى الإذن له بالتجارة كان ذلك من باب الاستحسان إذنا خاصاً لا يجوز للصغير ان يتعدى الى غيره من التصرفات لذلك خرج بعض الحنفية في تلك الصورة وقالوا انها ليست إذناً بل انها استخداماً لان ذاك التصرف هو شخصي للولي وبعقد واحد غير مكرر ويكون الاستخدام المذكور عندئذ وكالة(١).

الثانية: إذا كان الآذن قاضياً فلا يكون إذنه الا مقيداً بتصرف معين ومال محدد(٢).

الثالثة: إذا كان الآذن وصياً والمأذون يتيماً فوجب تقييد تصرفه كذلك بما يقيد به القاضي(٣).

الرابعة: إذا كان الآذن مضارِباً(٤) وخص بتصرف معين للمضاربة به(٥).

ثانياً: إطلاق الإذن وتقييده في التشريعات المقارنة: أما موقف التشريعات ومدى تأثرها بهذين النوعين، فنسوق تلك النصوص ثم نتكلم عنها بالتحليل وعلى النحو الاتي:

١- بالنسبة لموقف **المشرع العراقي** من هذا التقسيم فأجاز أن يكون الإذن مطلقاً أو مقيداً في المادة "١/٩٨" "للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل

(١) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ص٢٨٥-٢٨٦ ؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج١٠، مصدر سابق، ج١٠، ص١٣٧ ؛ السرخسي، المبسوط، ج٢٥، مصدر سابق، ص١٤-١٥ ؛ علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج٢، مصدر سابق، ص٦٨٣ ؛ وهو ما صرحت به المجلة بالقول في المادة "٩٦٩" منها "وأما أمر الولي الصبي بأجراء عقد واحد فقط كقوله له أذهب الى السوق واشتر الشيء الفلاني او بعه فليس بأذن بل هو من قبيل استخدام الصغير على وجه الوكالة بحسب المعتاد والعرف".

(٢) فخرالدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص٢٠٤ ؛ عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠٠.

(٣) عبدالله بن مودود الموصلي، الاختيار، مصدر سابق، ص١٠٠.

(٤) تعرف المضاربة بأنها "عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر"، ينظر: فخرالدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مصدر سابق، ص٥٢.

(٥) زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ ، ١٩٩٩م، ص٢٣٨.

الخامسة عشرة مقدار من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له، ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً"[١] ويذهب الشراح العراقيين في معرض الشرح لحكم هذا النص أن اطلاق الإذن لا يفهم منه أن يكون الولي او القاصر حراً في التجارة بجميع امواله بل يقتصر الإذن على جزء من هذه الاموال والا انتفى الغرض من الإذن للصبي بالتجارة وهي اعطائه الفرصة لتجربته وتمرينه على اعمال التجارة قبل وصوله لسن الرشد، إنما المقصود بالإطلاق هو ان يكون في حالة خلو القرار القضائي المتضمن الإذن للصغير بالتجارة من أي تقييد او استثناء، أي أن إطلاق الإذن يكون في حدود المقدار المأذون بممارسة التجارة ضمن نطاقه، أما لو تضمن القرار القضائي تقييده في نشاط تجاري او تصرف معين كبيع وشراء المنقول او الاستيراد أو قيد التعامل مع شخص معين او ضمن سوق معين وتأتي هذه القيود حماية لمصالح واموال القاصر، ويبقى تقييد الإذن أو إطلاقه سلطة تقديرية للقاضي[٢].

٢- **قانون الولاية على المال المصري**[٣]. وذكر نصين الأول في الإذن بالإدارة والثاني بالتجارة، والأول ما جاءت به المادة "١/٥٦" فتنص على أنه "للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الادارة وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الاعمال ولكن لا يجوز له أن يؤجر الاراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على السنة ولا أن يفي الديون الاخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك". أما الثاني فهو المادة "٥٧" التي تنص بأنه "لا يجوز للقاصر سواء كان مشغولاً بالولاية او الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشر من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً او مقيداً"[٤]، ويتفق شراح قانون الولاية

(١) المادة "١١٩" مدني أردني مطابق ؛ المادة "٢/٨٨" مدني كويتي مطابق.

(٢) د. أكرم عبدالقادر ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري، ج١- الاعمال التجارية والتجار، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٨، ص١٤٩ ؛ د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص١١٠ ؛ د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات، ط١، دار الثقافة، عمان، ١٤٢٩هـ ، ٢٠٠٨م، ص١١٧ ؛ ليث الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٣) نشر قانون الولاية المصري رقم "١١٩" لسنة ١٩٥٢ بجريدة الوقائع المصرية بالعدد ١١٨ في ١٩٥٢/٨/٤.

(٤) والحكم نفسه في قانون الولاية على المال القطري رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٤ فالمادة "٤٤" منه تنص بأنه "يجوز للقاضي بعد سماع أقوال الولي أو الوصي المختار أن يأذن للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره، إذناً مطلقاً أو مقيداً بتسلم بعض أمواله لإدارتها أو الاتجار فيها" ؛ وبمعنى مماثل قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ إذ ذكر في المادة "٨٤" بأن "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً او كلياً في أمواله، بناءً على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك". وينص الفصل "١١" من المجلة التونسية بأنه "الصغير المأذون حكماً بتعاطي التجارة او الصناعة لا يسوغ له طلب فسخ ما التزام به من جراء تجارته اذا كان ذلك داخلاً فيما ابيح له من التصرف وعلى كل حال فإن الإذن المذكور يعتبر شاملاً لجميع الاعمال اللازمة لتعاطي التجارة المقصودة به" ؛ أما قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة ١٩١٣ فينص الفصل "٧" "القاصر المأذون له إذناً صحيحاً في التجارة

المصري أن الإذن للقاصر بإدارة امواله او الاتجار بها إما أن مطلقاً ابتداءً بكل اموال القاصر ودون تعيين لتصرف معين أو تحديد تجارته براس مال معين وأما أن يكون مقيد ابتداءً بجزء من امواله او بتصرف معين[١]، وتعد أعمال التجارة بأموال القاصر التي يقوم بها الولي هي دائماً بإذن قضائي مقيد كما نصت عليه المادة "١١" من قانون الولاية على المال المصري عندما منعت الولي أن يستمر بالتجارة التي تؤول الى القاصر بغير إذن المحكمة وبشكل مقيد إذ تقول "لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة وفي حدود هذا الإذن".

ويمكن أن نسجل ملاحظة على القانون العراقي هي أنه صرح بمخالفة المجلة التي أطلقت الإذن ومنعت التقييد وأختار مسايرة القانون المصري والحقيقة أن حكم المشرع العراقي، والكلام ينطبق على القانون المصري، في تخيير القاضي بين إطلاق الإذن وتقييده هو قول وسط بين رأي القائلين بالتقييد كلياً فلا مجال للإطلاق عندهم ومذهب القائلين بالإطلاق فلا جواز للتقييد برأيهم، وهنا يمكن القول بأن موقف القانون العراقي والمصري والتشريعات التي أخذت عنهما بأنها مذهباً ثالثاً توسط بين الرأي المذكورين.

الذي نعتقده ان الأخذ بالإطلاق اولى من التقييد مع الابقاء على حدود الإذن بالتجارة برأس مال مقدراً بمبلغ معين لان أعمال التجارة متصلة ببعضها البعض ومن الصعوبة تقييد القاصر المأذون بنشاط تجاري معين او بتصرف ما، فمثلاً لو أُذِنَ بممارسة التجارة بالمواد الغذائية فلا يمكن تقييد ممارسته للتجارة من دون أن يكون له حق الاستئجار لخزن تلك المواد وشراء مواد تبريد لمنعها من التلف وابرام عقد الصرف أذا تطلب شراء بعض المواد بالعملة الاجنبية مالم يظهر تقصيراً أو انتكاساً في ممارسة نشاط تجاري معين ففي الفرض الأخير وجب تقييده.

ثالثاً: الانقلاب بين الإذن المطلق والمقيد: وهو في مدى جواز تغير الإذن وقلبه من مطلق الى مقيد ومن مقيد الى مطلق.

١- **انقلاب الإذن المطلق ابتداءً الى مقيد.** يجوز قلب الإذن من مطلق الى مقيد ويأتي التقييد إما بنوع التصرف او قيمته أو توقيت إذنه بإبرام التصرفات ضمن زمن معين أو يكون التقييد له بالإتجار في مكان ما[٢].

والصناعة لا يسوغ له أن يطلب ابطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته في حدود الإذن الممنوح له وفي جميع الاحوال يشمل هذا الإذن الاعمال الضرورية لتعاطي التجارة المأذون بها" ؛ وقانون الولاية على المال البحريني رقم "٧" لسنة ١٩٨٦ بالمادة "٤٠" منه تقول "وللقاصر المأذون له في الإتجار أن يباشر تجارته وفقاً للحدود الصادر بها الإذن".

(١) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني – النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة طبع، ص١٦٥ ؛ محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦، ص١٥٦ و ص١٦٦.

(٢) ليث الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة، مصدر سابق، ص١٦٤-١٦٥.

ولم ينص القانون المدني العراقي على قلب الإذن المطلق ابتداءً الى مقيد[١]، غير أنه لا يمنع من جعله مقيد انتهاءً بعد أن كان مطلقاً والانقلاب هذا لا يكون الا وفق السلطة التقديرية للقاضي عند اهمال الصغير المأذون في تجارته أو خسارته لبعض منها ويكون طلب التقييد إما بطلب من الولي أو الوصي، خاصة وأن التقييد كان لمصلحة الصغير. وعلى ذلك نقترح على مشرعنا إضافة نص الى المادة "٩٨" ليكون فقرة "٣" له وبالصيغة الاتية "يجوز للقاضي تقييد الإذن أو الغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب وليه إذا وجدت من الاسباب ما تدعوا الى الخشية على اموال الصغير". ولا يقتصر حق الولي في تقييده للإذن المطلق فحسب بل يلزم المحكمة بهذا التقييد لأن التنظيم القانوني للمأذون بالتجارة في قانوننا هو إذن مركب. أما في القانون المصري فتنص المادة "٥٩" من قانون الولاية منه بأنه "إذا قصر المأذون له في الإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو اساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الاموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع اقواله"[٢]. أما القانون المدني الكويتي فتنص المادة "٨٩" منه بأنه "يجوز سحب الإذن بالإدارة أو تقييده بعد إعطائه"[٣]. وتقييد الإذن المطلق لا يكون الا حيث ترى السلطة التقديرية للقاضي وجوب تقييده ووفقاً لأسباب موجبة وهي كما عددها القانون المصري، الأول إذا أهمل الصغير المأذون بالإدارة في تقديم الحسابات السنوية أو رفض ايداع ما هو متوفر من دخله لدى احدى المصارف الحكومية. والثاني إذا وجدت من الاسباب ما يُخشَى معه بقاء الأموال بيد القاصر المأذون أو الخطورة على مصير هذه الأموال إذا بقي القاصر مستمراً في تجارته[٤]. ويترتب على تقييد الإذن الآثار القانونية الآتية:

(١) كذلك القانون المدني الاردني لم يرد فيه نص على قلب الإذن المطلق الى مقيد.

(٢) والمادة السابقة للمادة "٥٩" هي المادة "٥٨" التي تفرض على القاصر المأذون بالإدارة تنظيم حساباته السنوية بقولها "على المأذون بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأي الوصي وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها" ؛ وبلفظ قريب وشامل لأعمال الادارة والتجارة نَصَ قانون الولاية على المال البحريني وبالمادة "٤٢" بأنه "إذا قصر المأذون له في الإدارة او الاتجار في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو اساء التصرف أو قامت اسباب يخشى معها من بقاء الاموال في يده او استمراره في الاتجار جاز للمجلس من تلقاء نفسه او بناء على طلب الادارة او احد ذوي الشأن أن يحد من الإذن بعد سماع اقواله".

(٣) وكذلك المادة "١٧٠" من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم "٢٨" لسنة ٢٠٠٥ بأنه "للقاضي وللوصي إلغاء الإذن أو تقييده إذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك". نشر القانون بالجريدة الرسمية لدولة الامارات العربية المتحدة بالعدد ٤٣٩ في ٢٠٠٥/١١/٣٠.

(٤) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، مصدر سابق، ص١٦٣.

أ. تحديد أهلية القاصر المأذون بحدود التصرفات التي قُيدَ فيها[١].

ب. لا يحتج بتقييد الإذن على الغير حسن النية إلا بتسجيله لدى الجهة المختصة[٢].

٢- **انقلاب الإذن المقيد ابتداءً الى مطلق.** لا يمنع قلب الإذن المقيد ابتداءً الى مطلق[٣] طالما أن مساحة الجواز القانوني في القانون المدني العراقي للإذن يكون مطلقاً أو مقيداً، والأطلاق المذكور يكون في صورتين إما ان الإذن هو مقيد ابتداءً أو كان مطلقاً ابتداءً ثم قَيدته المحكمة وإن كان الصورة الأخيرة في تصورنا تجد صعوبة في اقناع المحكمة في إعادة إطلاق الإذن بعد تقييده بسبب الاهمال السابق للمأذون والخسارة التي تسبب في تجارته، وتسجيل الإذن بإطلاقه أو تقييده يكون من ذات المحكمة التي أصدرت الإذن ابتداءً.

الفرع الرابع: الإذن المنجز والإذن المعلق والمضاف الى المستقبل: أنفرد الحنفية بتقسيم الاذن الى منجز وموصوف بتعليقه على شرط او اضافته الى المستقبل والمنجز هو كما ذكر سابقا إذناً عاماً او خاصاً، مطلقاً او مقيداً، أما الموصوف فهو ككل الاقسام السابقة ولكنه معلق على شرط أو مؤجلاً بزمان معين. وهو ما ذكره "الكاساني في الصنائع" بأنه "ركن الإذن نوعان خاص وعام وكل واحد منهما انواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت"[٤]. وسبب انفراد الحنفية بهذا التقسيم يرجع الى أن الإذن عندهم اسقاط، والاسقاطات تقبل التعليق والاضافة الى وقت آخر.

أولاً: الإذن المعلق على شرط. والمقصود بالشرط عندهم هو الشرط الواقف فيعلق عليه سواء كان الإذن مطلقاً كقول الولي للصغير إذا قدم فلان فأنت مأذون بالتجارة أو مقيداً كقول ابيه لو قدم فلان فأشتر طعاماً بألف مثلاً أو قول القاضي للسفيه إذا صلحت احوالك فقد أذنتك بالبيع والشراء.

ثانياً: الإذن المضاف الى المستقبل. وتصلح الاضافة لنوعي المطلق والمقيد كلاهما كقول الولي لصبيهِ انت مأذون بالتجارة اذا جاء رأس الشهر أو أشتر لي لحما بكذا صباح الغد[٥]. وهذا بخلاف ما لو قال للمأذون إذا جاء رأس الشهر فأنت محجور إذ تلغى الإضافة ويبقى

(١) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، مصدر سابق، ص١٦٣.
(٢) د. رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، مصدر سابق، ص١٦٤.
(٣) ليث الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة، مصدر سابق، ص١٦٤.
(٤) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج١٠، مصدر سابق، ص١٣٧.
(٥) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ص٢٨٧ ؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج١٠، ص١٣٧ ؛ عبدالرحمن الكليبولي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ص٦٣-٦٤ ؛ علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ج١، مصدر سابق، ص٨٢.

مأذوناً لان الحجر لا يقبل التعليق– كما ذكرنا سابقاً. والمقصود بالشرط هو الشرط الواقف، وبطبيعة الحال فإن التعليق على الشرط الواقف غير محقق الوقوع بخلاف الإضافة الى المستقبل فيتحقق الإذن بمجرد تحقق الزمن المضاف[١].

الخاتمة: ختاماً نكون قد توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات الاتية:

أولاً: نتائج البحث.

١. للإذن عناصر مكونة له وهي ثلاثة الآذن والمأذون ومحل يرد عليه، ولكل من هذه العناصر شروط وأحكام. فبالنسبة للآذن يجبان يكون أهلاً وله الحق بإصدار الإذن بأن يكون صاحب حق عيني او شخصي.

٢. أما المأذون فيشترط فيه ان يكون اهلاً للتصرف المأذون فيه وعلمه بالتصرف، أما يده فقد تكون يد أمانة او يد ضمان، وذلك بحسب مصدر الإذن للمأذون.

٣. محل الإذن يكون إما تصرف قانوني وهو التصرف المأذون فيه، أو يكون واقعة مادية وهذه الواقعة إما أن تكون نافعة للمأذون، او ضارة بالآذن.

٤. انقسم تكييف الإذن في المذاهب الفقهية الى عدة نظريات فمنهم من يجده نيابة ومنهم من يراه تنازل او اسقاط، ومنهم من يكيفه على انه استخدام ويذهب راي الى اعتباره رفع للمانع، وآخرون ذهبوا الى عد الإذن ايقاع او عقد.

٥. يقسم الإذن من حيث المأذون والمأذون فيه الى عام وخاص، ومن حيث اطلاق الآذن الى مطلق ومقيد، ومن حيث التعليق والاضافة الى زمن يقسم الى منجز ومعلق ومضاف الى المستقبل.

ثانياً: التوصيات.

١. نقترح ان يتم تعديل نص الفقرة "٢" من المادة "١٣٨" من القانون المدني العراقي وجعله بهذه الصيغة:

"فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل، فإذا هلك المال عند آخر بلا تعدٍ منه فإن كان اخذه بدون إذن المالك يضمنه على كل حال وإن كان أخذه بإذن مالكه فهو أمانة في يده لا يضمنه مالم يكن أخذه بصورة سوم الشراء وسمي الثمن فهلك المال لزمه الضمان...".

(١) يعرف الفقه القانوني الأجل بأنه "أمر مستقبلي محقق الوقوع". ينظر: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة لقانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٣٨٥ و ص٣٩٣.

٢. وعلى ذلك نقترح على مشرعنا إضافة نص الى المادة "٩٨" ليكون فقرة "٣" له وبالصيغة الاتية:

"يجوز للقاضي تقييد الإذن أو الغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب وليه إذا وجدت من الاسباب ما تدعوا الى الخشية على اموال الصغير".

قائمة المصادر

أولاً: كتب الفقه الاسلامي.

١. احمد بن مهدي النراقي، عوائد الايام في بيان قواعد استنباط الأحكام، ج١، ط١، دار الهادي للطباعة، بيروت، ١٤٢٠هـ ، ٢٠٠٠م.
٢. احمد بن مهدي النراقي، مستند الشيعة، في احكام الشريعة، ج١٤، ط١، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، بيروت، ١٤٢٩هـ ، ٢٠٠٨م.
٣. الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، ج٢، ط٢، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م.
٤. ابن ادريس الحلي، السرائر، ج٢، ط٢، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٠ه.
٥. بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق - محمد حسن محمد اسماعيل، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١ه ، ٢٠٠٠م.
٦. برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، تحقيق - محمد حسن محمد اسماعيل، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ه ، ١٩٩٧م.
٧. جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
٨. جلال الدين محمد بن احمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، المجلد الثاني، ط٢، دار المنهاج، السعودية، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
٩. زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩هـ ، ١٩٩٩م.
١٠. سليم رستم باز، شرح المجلة، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة طبع.
١١. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج١٣، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩ه، ١٩٨٩م.
١٢. ===، ===، ج٢٥، ===، ===، ===، ===.
١٣. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج٢، ط١، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨ه، ١٩٩٧م.
١٤. شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المحتاج، ج٤، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤ه ، ٢٠٠٣م.
١٥. شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المحتاج، ج٥، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤ه ، ٢٠٠٣م.
١٦. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، دار أحياء الكتب العربية، مصر، دون ذكر سنة طبع.
١٧. شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي- بحواشي الشيخان عبدالحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج٤، مطبعة مصطفى محمد، دون ذكر مكان وسنة طبع.
١٨. شهاب الدين القرافي، الفروق، ج٢، دار النوادر، الكويت، ١٤٣١هـ، ٢٠٠١م.
١٩. ابي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دون ذكر مطبعة ومكان وسنة طبع.
٢٠. السيد مير عبدالفتاح الحسيني المراغي، العناوين، ج٢، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤١٨هـ.
٢١. عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق – د. عبدالعظيم محمد الديب، ج٥، ط١، دار المنهاج، جدة، ١٤٢٨ه، ٢٠٠٧م.
٢٢. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٩ه، ١٩٩٨م.

٢٣. عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، دار عالم الكتب، دون مكان او سنة طبع.
٢٤. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥ه، ١٩٨٤م.
٢٥. علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق- علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود، ج٥، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤ه ، ٢٠٠٣م.
٢٦. ===، ===، ===، ج٨، ===، ===، ===، ===، ===، ===.
٢٧. ===، ===، ===، ج١٠، ===، ===، ===، ===، ===، ===.
٢٨. علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق- د. سليمان عبدالغفار البنداري، ج٧، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٣م.
٢٩. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، دون ذكر مكان طبع، ١٩٧١.
٣٠. علي حيدر، دُرر الحكام شرح مجلة الاحكام، ج١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، السعودية، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
٣١. غياث الدين البغدادي، مجمع الضمانات، تحقيق- عمرو سيد شوكت، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٦ه – ٢٠٠٥م.
٣٢. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٣، ط١، المطبعة الاميرية، مصر، ١٣١٥هـ.
٣٣. ابو القاسم محمد بن احمد بن جُزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت، دون سنة طبع.
٣٤. محمد امين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٤، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٣٥. محمد امين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٥، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٣٦. محمد ابي السعود المصري، فتح المعين على شرح الكبير، ج٣، ط١، طبع جمعية المعارف المصرية، ١٢٨٧هـ.
٣٧. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، تحقيق – حيدر الدباغ، ج٢٦، ط١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٣٢ه.
٣٨. ===، ===، ===، ج٢٧، ===، ===، ===، ===، ===.
٣٩. د. محمد صدقي بن احمد البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، المجلد الأول، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤ه، ٢٠٠٣م.
٤٠. محمد علي الانصاري، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج١، ط١، مطبعة باقري، قم، ١٤١٥هـ.
٤١. محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، ج٢، دار احياء التراث العربي، القاهرة، دون سنة طبع.
٤٢. الامام ابي عبدالله محمد بن مكى العاملي، القواعد والفوائد في الفقه والاصول العربية، تحقيق- د. عبدالهادي الحكيم، القسم الأول، منشورات مكتبة المفيد، قم، دون سنة طبع.
٤٣. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٢، ط٢، دار القلم، دمشق، ١٤٢٥هـ ، ٢٠٠٤م.
٤٤. مصطفى السيوطي، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج٣، منشورات المكتب الاسلامي، دمشق، دون سنة طبع.
٤٥. منصور بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٣، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ ، ١٩٨٣م.
٤٦. منصور البهوتي، شرح منتهى الارادات، ج٢، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٤١٤ه، ١٩٩٣م.
٤٧. موسى بن محمد النجفي الخوانساري، منية الطالب، تحقيق- الميرزا محمد حسن النائيني، ج١، ط٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤٣٣هـ.
٤٨. موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني- تحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن ود. عبدالفتاح محمد الحلو، ج٦، ط٣، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٧ه ، ١٩٩٧م.
٤٩. يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٣، ط٣، المكتب الاسلامي، بيروت، ١٤١٢ه ،١٩٩١م.
٥٠. يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢٠، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٠٥هـ.
٥١. يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة، ج٢١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٠٥هـ.

ثانياً: الكتب القانونية.

١. د. أكرم عبدالقادر ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري، ج١- الاعمال التجارية والتجار، ط٢، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٨.
٢. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١.
٤. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة لقانونية، بغداد، ٢٠١٢.
٥. د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني – النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة طبع.

٦. د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية، القسم الأول- الاحكام العامة، دون ذكر مطبعة او مكان طبع، ١٩٥٨.
٧. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٨. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١- مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
٩. د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.
١٠. د. عصمت عبدالمجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج١، - مصادر الالتزام، ط١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل، ١٤٣٢هـ ، ٢٠١١م.
١١. د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني- مصادر الحقوق الشخصية- الالتزامات، ط١، دار الثقافة، عمان، ١٤٢٩هـ ، ٢٠٠٨م.
١٢. د. غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج١- الحقوق العينية الاصلية، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
١٣. ليث عبدالأمير محمد رضا الصباغ، النظام القانوني للصبي المأذون بالتجارة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
١٤. د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مطبعة الجمهور، الموصل، ١٤٢١هـ ، ٢٠٠١م.
١٥. د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠.
١٦. د. محمد سليمان الأحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد "١" المجلد الأول، السنة التاسعة، آذار، ٢٠٠٤.
١٧. محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦.
١٨. د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط٢، مطبعة الأرز، عمان، ٢٠٠١.
١٩. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
٢٠. منير القاضي، شرح المجلة، ج١، ط١، مطبعة العاني، ١٩٤٩، بغداد.
٢١. منير القاضي، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي - ملتقى البحرين- المجلد الأول، مطبعة العاني، بغداد ، ١٩٥١-١٩٥٢.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح.

١. محمد عبدالرحيم بن الشيخ محمد علي سلطان العلماء، احكام إذن الانسان في الفقه الاسلامي،ج١، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة ام القرى، المملكة العربية السعودية، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٢. د. يسرى وليد ابراهيم علي بك، انشاء الالتزام بالإرادة المنفردة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٣.

القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١.

رابعاً: المجلات والدوريات.

١. مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد "١" المجلد الأول، السنة التاسعة، ٢٠٠٤ ؛ العدد "٤٧"، المجلد "١٢"، السنة ٢٠١١.

خامساً: القوانين.

١. القوانين العراقية.

أ. القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١.
ب. قانون المرافعات المدنية رقم "٨٣" لسنة ١٩٦٩.
ج. قانون التسجيل العقاري رقم "٤٣" لسنة ١٩٧١.

٢. القوانين المقارنة.

أ. قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة ١٩١٣.
ب. القانون المدني المصري رقم "١٣١" لسنة ١٩٤٨.
ج. قانون الولاية المصري رقم "١١٩" لسنة ١٩٥٢.
د. القانون المدني الأردني رقم "٤٣" لسنة ١٩٧٦.
ه. القانون المدني الكويتي رقم "٦٧" لسنة ١٩٨٠.
و. قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤.
ز. قانون الولاية على المال البحريني رقم "٧" لسنة ١٩٨٦.
ح. قانون الولاية على المال القطري رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٤.
ط. قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم "٢٨" لسنة ٢٠٠٥.
ي. القانون المدني العماني رقم "٢٩" لسنة٢٠١٣.

سادساً: القرارات والأحكام القضائية غير المنشورة.
١. حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها الاصلية بالعدد ١٩٤/س/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٣١.
سابعاً: المواقع الالكترونية.
١. الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى، www.hjc.iq.