الاذن في عقد البيع – دراسة تحليلية مقارنة

أ. د. يسرى وليد ابراهيم
جامعة الموصل -كلية الحقوق
الباحث: م. صهيب عامر سالم
مدرس القانون المدني بكلية الحدباء الجامعة

Permission in the sales contract - a comparative analytical study

a. Dr.. Yusra Walid Ibrahim
Mosul University - College of Law
Researcher: M. Suhaib Amer Salem
Lecturer of civil law at Al-Hadba University College

المستخلص: للإذن دور في العقود الواردة على نقل الملكية وفي مقدمتها عقد البيع ويتضح أثره في نقل ملكية الشيء موضوع العقد، ففي عقد بيع المال المملوك للقاصر فيقيد الولي او وصيه بقانون رعاية القاصرين عند التصرف بالمال بإذن مديرية رعاية القاصرين، وكذلك بالنسبة للنائب كالوكيل والحارس القضائي يتقيدان بالتصرف بإذن الموكل او القاضي. لذلك سيسعى البحث الى بيان أحكام هذا القيد المتمثل بالإذن الذي يجب ان يسبق التصرف. **الكلمات المفتاحية:** الملكية، العقود، البيع.

Abstract

Permission has a role in the contracts contained on the transfer of ownership, foremost of which is the sale contract, and its effect is evident in the transfer of ownership of the thing subject of the contract. In the contract for the sale of money owned by a minor, the guardian or his guardian is registered in the Minors Welfare Law when disposing of the money with the permission of the Directorate of Welfare of Minors, as well as for the deputy such as the attorney and the judicial guard who are bound to dispose With the permission of the client or the judge. Therefore, the research will seek to clarify the provisions of this

restriction represented by the permission that must precede the act.
Keywords: ownership, contracts, sale.

المقدمة

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

أولاً: مدخل تعريفي بالموضوع. تعد العقود الناقلة للملكية من اهم العقود المسماة، لما لها من أهمية كبيرة من الناحية العلمية كونها تصرفات تأتي على أصل المال فتؤدي الى جلب الملكية او فقدها بين اطراف العقد الناقل للملكية لذلك جعلتها التشريعات المدنية على رأس العقود المسماة عند انعقادها وبسط أحكامها، وعلى الاهمية ذاتها يأتي دور الإذن في انشاء تلك العقود، ويظهر دوره كركن في انعقاده.

ثانياً: مشكلة البحث. تحديد دور الإذن في عقد البيع، وتكييفه في كل حالة من حالات البيوع، هل هو ركن ام شرط من شروط نفاذه؟ وبيان الحكم المترتب على التصرف المنعقد دون الإذن الواجب صدوره سيما في حالة سكوت النص التشريعي. وكذلك بيان الحكم المترتب على سكوت النص عن اشتراط الإذن في تصرف معين.

ثالثاً: أهمية البحث. يحاول البحث بيان دور الإذن في العقود الواردة على نقل الملكية من خلال تكييفه وتحديد الأثر المترتب على العقد اذا انعقد دونه، الى جانب ذلك يعرض البحث الى التصرفات الواردة على اموال القاصرين الناقلة لملكيتها عنهم الى كسبهم لملكيتها، ومناقشة شروط ذلك الإذن في التنظيم القانوني العراقي والمقارن.

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

١- **المنهج التحليلي.** ويقوم على تحليل النصوص التشريعية الذي عرضت لموضوع البحث، للتحديد من خلالها شروط الإذن اللازم مراعاته لإبرام البيع. ثم تحديد هل أن الإذن الذي أوجبه المشرع هو ركن في العقد ام أنه شرط للنفاذ؟

٢- **المنهج المقارن.** اعتمد البحث في عرض الموضوع على 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.

خامساً: هيكلية البحث.المطلب الأول: الإذن ببيع اموال القاصر والشراء له. المطلب الثاني: الإذن للنائب في البيع والشراء.

المطلب الأول: الإذن ببيع اموال القاصر والشراء له: شراء اموال للقاصر او بيعها يهدد ذمته المالية، فالبيع يؤدي الى خروج المال من ذمة القاصر، والشراء يؤدي الى تحميله التزام الثمن في مقابل المبيع، لذلك كله يجب الإذن قبل المباشرة بالبيع وان تكون هنالك سلطة تشرف على هذا الإذن كالقضاء او دائرة رعاية القاصرين[١]. فبيع اموال القاصر كتصرف قانوني يوجب فيه القانون للانعقاد صدور الإذن به باعتبار ان الإذن هنا هو ركن رسمي لا ينعقد بدونه[٢]. وسلطة الولي والوصي هنا إما تكون إذناً ببيع اموال القاصر، او تكون اذنا بالشراء له، وإما أن

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص١٠٩ ؛ د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص١٦٨ ؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، ط٤، دار البنا للطباعة، القاهرة، ١٩٨٠، ص٢٤١ ؛ د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، البيع والايجار، ط٢، مطبعة العاني، ١٩٧٠، ص٣٢.

(٢) الا ان هنالك اربع حالات مستثناة من الإذن، وهي الإذن بالتجارة إذ يحق للقاصر ابرام عقود البيع والشراء اللازمة للقيام بأعمال تجارته والاستمرار فيها، الا ان أي بيع وشراء يقوم به مقيد بحدود اعمال التجارة وبحدود الإذن نفسه فيما اذا كان مطلقاً او مقيداً، والمأذون بالإدارة يمنح القاصر الحق بإبرام عقود البيع والشراء اللازمة للقيام بتلك الاعمال، فيكون مأذوناً بالبيع والشراء ولكن بحدود اعمال الإدارة، كشراء البذور والآلات الزراعية، والصغير المتزوج بإذن المحكمة يمنح إذن بشراء احتياجات المهر، او شراء الحاجات التي تعد من عناصر النفقة، كشراء الطعام والادوية والملابس كما له البيع للحصول على المال لأجل الإنفاق. ينظر: نص المادة "٩٨" مدني عراقي. كما ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص١١١-١١٢ ؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٤٣-٢٤٤ ؛ د. سعدون العامري، البيع والايجار، مصدر سابق، ص٣٣ ؛ د. جعفر الفضلي، العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩، ص٣١. وأخيراً اعمال ادارة الولي والوصي إذ يجيز القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١ بالمادة "١/١٠٥" للولي او الوصي بيع ما للقاصر من محصولات او منقولات سريعة الفساد حيث عدت البيع المذكور للمحصول او المنقول الذي يتسارع اليه الفساد من اعمال الادارة وفي الحقيقة أن بيع المحصول او المنقول المتسارع اليه الفساد وإن كان الاصل فيهما أنهما من التصرفات الناقلة للملكية إلا انهما انقلبا الى اعمال حفظ بسبب التدخل العاجل والضروري لتحاشي تلفها وهما بذلك لا يتوجب عليهما الحصول على الإذن مسبقاً من المحكمة المختصة للقيام بهذين البيعين لأنهما من اعمال الحفظ. ينظر: د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص١٤٤ و ص١٥٣ ؛ كما استثنى ذلك قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم "٢٨" لسنة ٢٠٠٥. عندما نص في المادة "٢٢٥" بأنه "لا يجوز للوصي القيام بالأعمال الاتية الا بإذن من المحكمة ٢- التصرف في ... المنقول غير اليسير او الذي لا يخشى تلفه مالم تكن قيمته ضئيلة". وبهذا الصدد المادة "٩١" من قانون رعاية القاصرين رقم "٧٨" لسنة ١٩٨٠. تجيز بيع اموال المفقود والغائب المنقولة بلا إذن إذا كانت قابلة للتلف أو أن حفظها يتطلب مؤونة وصرف بقولها "أولاً/ لا يباع من الاموال المنقولة العائدة للغائب او للمفقود الا ما هو قابل للتلف او يستوجب الصرف او المؤونة". أما في غير حالة المفقود فهل يتوجب على الولي او الوصي الإذن من دائرة القاصرين لبيع المحصولات والمنقول متسارع التلف؟ مع أن موقف قانون القاصرين منتقد إذ ما كان عليه ان يفرد حالة البيع المستعجل لأموال الغائب والمفقود والسكوت عن حكم بقية القاصرين بل المفروض يكون حكم عام يشمل كل اموال القاصرين المنقولة المعرضة للتلف او التي تحتاج الى مؤونة لحفظها، لكن للإجابة عن التساؤل السابق يمكن القول ان الأخذ بالتكييف السابق لبيع المحصول والمنقول المعرض للتلف والمكلف لحفظه بأنه من اعمال الادارة والحفظ يلغى دور الإذن في هذا البيع لان الولي والوصي هم مكلفان أصلاً بإدارة اموال القاصر وحفظها. وإذا كان قانون رعاية القاصرين قد سكت عن الإذن، فأن القانون المدني قرر الحكم ذاته مسبقا في المادة "١٠٥" السالفة عندما عد التصرفات التي تعد من قبيل الادارة والحفظ ومنها بيع المحصول والمنقول المعرض للتلف.

يقوم الولي او الوصي ببيع مال من امواله للقاصر او الشراء منه. وكما يلي تفصيل كل تصرف من هذه البيوع[١]:

الفرع الأول: الإذن في بيع اموال القاصر: وجدنا ان احكام الإذن ببيع اموال القاصر محكومة بقاعدتين، الأولى الفرق بين الولي والوصي من حيث سلطة كل منهما بالبيع دون إذن، والثانية اسباب الإذن بالبيع، وكما يلي الكلام فيهما:

القاعدة الأولى: المفاضلة بين الولي والوصي في وجوب التقيد بالإذن بالبيع. تكون سلطة الولي في بيع اموال القاصر اقوى من سلطة الوصي، فالقانون المدني العراقي لم يقيد الولي سواء كان اب او جد بطلب الاستئذان للتصرف بأموال القاصر ومصداق ذلك نص الفقرة "٢" من المادة "١٠٣" منه بأن "الأب والجد اذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة او بغبن يسير صح العقد ونفذ"[٢]. أما سلطة الوصي في البيع والتصرف عموماً بأموال القاصر مقيدة بوجوب الإذن فالمادة "١٠٥" من تقنيننا المدني نصت بانه "٢- أما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود الادارة كالبيع في غير ما ذكر ... فلا تصح إلا بإذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها". غير أن المشرع العراقي نص في المادة "٣٠" من قانون رعاية القاصرين بأنه "لا يجوز للولي ان يتصرف بمال الصغير الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين وبالطريقة المنصوص عليها في هذا القانون". ومن هذا النص يكون قانون رعاية القاصرين ساوى في المركز القانوني بين الولي والوصي[٣]، فلم يعد للولي سلطة بيع اموال القاصر بلا إذن[٤]. وحذت الكثير من التشريعات الخاصة بالولاية حذو المشرع العراقي في المساواة بين مركز الولي والوصي من حيث الزامهما بالاستئذان قبل البيع[٥].

(١) ويجب ملاحظة فرق بهذا الصدد وهو ان البيع والشراء في الحالات الانف ذكرها يبرمه القاصر بنفسه، اما هنا في حالة بالبيع او الشراء، فيبرمه بالنيابة عنه الولي او الوصي

(٢) وبمثل هذا الحكم أخذ القانون المدني الاردني رقم "٤٣" لسنة ١٩٧٦. ولم يقيد الولي بالتصرف بمال الصغير بإذن سوى ان يكون بغير غبن فاحش كما تنص على ذلك المادة "١/١٢٤" بأنه "الأب والجد اذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة او بغبن يسير صح العقد ونفذ". وكذلك قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم "٢٨" لسنة ٢٠٠٥. إذ اعتبر تصرف الولي في مال الصغير صحيح ونافذ كما نصت على ذلك المادة "٢٠٥" منه بأنه "تحمل تصرفات الاب على السداد وخصوصاً ١- التعاقد باسم ولده والتصرف في امواله".

(٣) د. عصمت عبدالمجيد بكر، احكام رعاية القاصرين، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٤٣٢ه، ٢٠١١م، ص١٣٣.

(٤) وإذا كان قانون رعاية القاصرين قد قيد سلطة الولي في بيع اموال القاصر الا انه لم يلغ حكم القانون المدني فالولاية على المال للاب لا يزال يخضع لها المصاب بعاهتين مزدوجتين وتعذر بسبب الاصابة التعبير عن ارادته فالأخير لا يخضع لحكم قانون رعاية القاصرين.

(٥) ينظر: المادة "٩" من قانون الولاية على المال القطري رقم "٢٢" لسنة ٢٠٠٤ إذ تنص "لا يجوز للولي دون إذن القاضي مباشرة التصرفات التالية ١- التصرف في عقار القاصر" وكذا المادة "١٨" من قانون الولاية البحريني بالمعنى ذاته.

أما قانون الولاية على المال المصري[١] فقد قيد سلطة الولي بالتصرف من حيث القيمة بأن يكون المال اقل من خمسين الف جنيهاً[٢]، او التقييد بحسب مصدر ملكية القاصر كما لو اشترط الموصي عدم تصرف الولي في المال الموصى به[٣]. إذ نصت المادة "٨" منه بأنه "اذا كان مورث القاصر قد اوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للولي ان يتصرف فيه الا بإذن المحكمة وتحت اشرافها" وكذلك إذا كان الولي الجد فليس له كما للأب انما يلزم إذن المحكمة في بيع اموال القاصر او الشراء له[٤]. أما القانون المدني الكويتي فهو يمنع الولي على كل حال من ان يبيع مال الصغير دون إذن المحكمة كما تنص على ذلك المادة "١٣٠" بأنه "ليس للولي بغير إذن المحكمة أن يبيع عقار الصغير أو محله التجاري أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة".

أما سلطة الوصي بالتصرف بأموال القاصر ومنها البيع فيتقيد بوجوب الإذن قبل ابرامه، إذ ذكرت المادة "٣٩" ولاية مصري بأنه "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة. "أولاً" جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة. "ثانياً" التصرف في المنقولات او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية فيما عدا ما يدخل في اعمال الادارة"[٥]. فلا يملك الوصي بيع اموال القاصر او الشراء أياً كانت قيمة المال الا بإذن من المحكمة، باستثناء البيع الذي يعد من اعمال الادارة[٦].

القاعدة الثانية: اسس وأسباب الإذن بالبيع. ونقصد بالأسس القانونية هي الاعتبارات التي اشتراط المشرع إذن الجهة الرسمية الإذن ببيع اموال القاصر، أما الاسباب فهي الموجبات التي تحمل الولي او الوصي على طلب الاستئذان بالبيع من القاضي او الجهة الرسمية المختصة كمديرية رعاية القاصرين وتختلف التشريعات المقارنة في تحديد تلك الاسس، ولكنها جميعا تدور في فلك واحد وهو ان يحقق قرار الإذن مصلحة القاصر، او للضرورة بأن يلحقه ضرر بسيط مقابل تجنيبه ضرر اكبر، وفيما يلي اسس الإذن بالبيع في التشريعات المقارنة[٧].

---

(١) رقم "١١٩" لسنة١٩٥٢.

(٢) رقم "٦٧" لسنة ١٩٨٠ حيث نصت المادة "٧" بأنه "لا يجوز للأب ان يتصرف في العقار او المحل التجاري او الاوراق المالية اذا زادت قيمتها على خمسين الف جنيه الا بإذن المحكمة".

(٣)محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦، ص٥٠.

(٤) إذ تنص المادة "١٥" من قانون الولاية المصري بأنه "لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر...".

(٥) ينظر: الحكم ذاته في المادة "٣٠" من قانون الولاية على المال البحريني رقم "٧" لسنة ١٩٨٦.

(٦) د. سليمان مرقس، عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٤٨.

(٧) لم تورد التشريعات المقارنة كالمصري والاردني والكويتي معيار المصلحة او الضرورة سوى أنها قيدت الولي باستئذان المحكمة عند البيع.

الأولى: المصلحة. أي ان يتضمن بيع الاموال فائدة ونفع للقاصر، ولكن يجب ان تكون هذه المصلحة ظاهرة وإن يحددها من يتولى أمر القاصر للجهة المخولة قانوناً بإصدار الإذن بالبيع. ولرب سائل يسأل ويقول اين مصلحة القاصر في البيع وهو من العقود الدائرة بين النفع والضرر؟ وللإجابة نقول ان البيع هو بحد ذاته لا يخلو من ضرر. ولكن المصلحة المقصود بها هي الباعث على ابرام البيع بحيث انها ستفوت عليه الفائدة لولا البيع لأمواله فيجب هنا ان يغلب النفع للقاصر على الضرر. ومن قبيل المصلحة ان تعرض فرصة شراء رابحة للقاصر فيؤذن له بالبيع تمهيداً لإبرام الشراء. او ان يكون البيع بأعلى من ثمن المثل. ومن امثلة المصلحة ان يكون بيع عقار للقاصر اولى من بيع امواله الأخرى، او البيع بثمن حال دون ان يوجد ثمن اعلى منه[١].

الثانية: الضرورة. وهي من اسس الإذن بالبيع ونصت عليها بعض التشريعات[٢]، والمقصود بها ان عدم الإذن بالبيع ضرر فيه يصيب القاصر، والمثال على ذلك ان يكون للقاصر دار آيلة للسقوط ولا مال له لعمارتها ومن شأن سقوطها ان يصيب الغير بضرر او ان تنقص قيمتها. ويبقى للجهة الرسمية المختصة بإصدار الإذن تقدير وجود المصلحة الظاهرة، او وجود ضرورة للبيع ولا يجوز لها ان تمتنع عن الإذن إلا اذا كان الإذن بالبيع يمثل خطراً على اموال القاصر او يلحقه غبن[٣]. أما عن اسس الإذن بالبيع في القانون العراقي فقد بين قانون رعاية القاصرين في مادتين منه اسس الإذن لبيع العقار والأخرى اسس لبيع المنقول. بالإضافة الى ثلاثة اسباب أخرى للإذن بإفراغ حقوق التصرف، حددها القانون المدني اذ بقى حكمه نافذاً ولم يُلْغ أحكام إفراغ حقوق التصرف في الاراضي الزراعية سوى أن الاختصاص في الإذن بالإفراغ اصبح لمديرية رعاية القاصرين.

(١) ينظر: الفقرتان "٢ و٣" من المادة "٤١" من قانون الولاية على المال القطري.

(٢) ينظر: الفصل "١١" من قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة ١٩١٣. إذ ينص بأن "الأب الذي يدير اموال ابنه القاصر او ناقص الاهلية والوصي... لا يجوز لهم اجراء أي عمل من اعمال التصرف على الاموال التي يتولون إدارتها إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة او في حالة النفع البين لناقص الاهلية ويعتبر من اعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع والمعاوضة...". والفقرة "١" من المادة "٤١" من قانون الولاية على المال القطري وكذلك قانون الاحوال الشخصية الاماراتي إذ تنص المادة "١٩١" منه بأنه "لا يجوز للولي ان يتصرف في عقار القاصر تصرفاً ناقلاً لملكيته او منشئاً عليه حقاً عينياً إلا بإذن المحكمة ويكون ذلك لضرورة او مصلحة ظاهرة تقدرها المحكمة".

(٣) د. سليمان مرقس، عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٤٧ ؛ وينظر: المادة "٧" من قانون الولاية على المال المصري ؛ المادة "١٨" من قانون الولاية على المال البحريني.

أولاً: بيع العقار. نصت المادة "٥٥" بأنه "أولاً– لا يباع عقار القاصر الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين وتوافر احد الاسباب الآتية...". وكما يلي تلك الاسباب وتطبيقاتها في القضاء العراقي:

أ. النفقة. نصت عليها البند "أ" بأنه "عدم وجود مال آخر لنفقة القاصر" وذلك للإنفاق عليه من ثمن البيع. وإذا كانت الضرورة هي من اسس الإذن بالبيع فإن الانفاق على القاصر يأتي في مقدمة صور الضرورة، ونرى الشروط الآتية للإذن بالبيع لأجل الانفاق.

الشرط الأول: أن يكون القاصر في حاجة فعلية للنفقة إذ تتحدد عناصرها بالمأكل والملبس واجرة السكن والتطبيب وأجرة الدراسة وغيرها مما يكون لازماً لمعيشة القاصر سواء وجد الولي ام لم يوجد ووجد غيره ممن هم ملزمين بالإنفاق على القاصر لأنه لا نفقة للقاصر على هؤلاء اذا كان له مال يمكنه الانفاق منه(١).

الشرط الثاني: ان لا يكون للقاصر اموال أخرى للنفقة كنقود او منقولات، وهو ما قضت به محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه "... يتعين في هذه الحالة على المديرية ملاحظة مدى توافر مال آخر لنفقة القاصر من عدمه والبت في الطلب في ضوء ذلك استناداً الى احكام المادة ٥٥/أولاً/أ من القانون المشار اليه التي فوضت الاختصاص الى مدير رعاية القاصرين في بيع عقار القاصر اذا توافرت أحد الاسباب المنصوص عليها في المادة المشار اليها ومنها عدم وجود مال آخر لنفقة القاصر..."(٢).

الشرط الثالث: ان تتم النفقة بواسطة مديرية رعاية القاصرين. فقبل الإذن ببيع العقار تجري مديرية رعاية القاصرين الكشف لتقدير قيمة العقار ولا تصدر حجة الإذن بالبيع مالم يودع المشتري بدل البيع في أمانات صندوق الدائرة.

ب. المديونية. نص البند "ب" على "وجود احكام واجبة التنفيذ صادرة بمبلغ معين على القاصر او على التركة ولا يوجد مال آخر لإيفائه". فإذا كان القاصر مديناً فذمته ضامنة للوفاء بالدين شأنه شأن أي مدين آخر بالغ فتكون امواله ضامنة للوفاء بهذا الدين. عليه فإن شروط بيع عقار القاصر للوفاء بالدين نجدها بالآتي:

الشرط الأول: أن يكون التزام القاصر أداء مبلغ من النقود، وسواء أكان ملزماً بصفته الشخصية عن أي سبب من اسباب الالتزام كالتعويض عن العمل غير المشروع او الكسب دون سبب، او

(١) ينظر: الفقرة "١" من المادة "٥٩" من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم "١٨٨" لسنة ١٩٥٩.
(٢) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد ١٠٣/ت.ب/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/٢٤، غير منشور.

كان ملزماً بصفته وارثاً وكانت التركة مثقلة بالتزام نقدي نشأ بذمة مورث القاصر، أما لو كان التزامه بعمل او اعطاء شيء فلا وجه لطلب الإذن بالبيع.

الشرط الثاني: أن يثبت الدين بموجب حكم قضائي مكتسب درجة البتات. فلا يكفي ان يثبت الدين بسند ثابت التاريخ.

الشرط الثالث: أن لا يكون العقار دار سكن ومشغول من قبل القاصر وهذا الشرط فرضه قانون التنفيذ[١]. إذ نرى أن ما لا يجوز بيعه انتهاءً لا يجوز الإذن به ابتداءً[٢].

الشرط الرابع: ان يتم الوفاء بدين القاصر بواسطة دائرة رعاية القاصرين. فإذا ثبت الدين بحكم قضائي بات، فإن مديرية رعاية القاصرين تأذن للولي او الوصي في بيع العقار وفاء للدين وقبل ذلك فإنها تجري الكشف على العقار لتقدير قيمته وبعد ابداء الرغبة من المشتري وايداعه بدل البيع بما لا يقل عن القيمة المقدرة عندئذ تقرر صرف الدين للدائن بواسطة مديرية التنفيذ، ويحفظ في رصيد القاصر إن بقي شيء من بدل بعد بيعه والوفاء للدائن.

بقي ان نبين تساؤل أخير عن جدوى النص على الإذن بالبيع لوفاء دين القاصر، إذا كان الدائن بإمكانه اصلاً الحجز على عقار القاصر او على حصته وبيعها تنفيذاً؟ الحقيقة أنه عملياً بيع عقار القاصر رضاءً يحقق له قيمة أكبر مما لو تم بيعه تنفيذاً على نحو يعرض قيمته للنقص نتيجة لإحالته بالمزايدة العلنية، ومن جانب آخر فإن الإذن بالبيع يجنب القاصر الكثير من الرسوم والمصاريف القضائية التي يكون في حاجة لها.

ج. **المصلحة.** ذكرت الفقرة "ثانياً" بأنه "لمدير عام دائرة رعاية القاصرين في غير الحالات المذكورة في الفقرة اولاً من هذه المادة ان يوافق على بيع عقار القاصر اذا تحقق وجود مصلحة ظاهرة ونفع كبير له". وهنا نرى بأن مقومات طلب الاستئذان لبيع عقار القاصر للمصلحة تحقق شرطين وهما:

الشرط الأول: وجود مصلحة ظاهرة ونفع كبير للقاصر. ويقصد بها ان يحقق البيع فائدة وكسب للقاصر، ومعيار المصلحة كأساس للإذن بالبيع عام وغير محدد كما في الحالات السابقة، لذلك فإن تقدير وجود المصلحة في البيع يعود لمديرية رعاية القاصرين. وتخضع تلك السلطة التقديرية لرقابة القضاء كما قضت به محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية في قرار لها جاء فيه "ولدى عطف النظر على القرار المميز الصادر من مدير عام دائرة رعاية القاصرين...

(١) ينظر: الفقرة "رابع عشر" من المادة "٦٢" من قانون التنفيذ رقم"٤٠" لسنة ١٩٨٠، المنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٢٧٦٢ في ١٩٨٠/٣/١٧.

(٢) لان محل الإذن وهو التصرف يجب ان يكون مشروعاً.

فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لعدم تحقق مصلحة فعلية ونفع كبير للقاصرين من بيع اسهمهم في عرصة خالية وشراء اسهم لهم في عرصة خالية بما يعادل اسهمهم المباعة عليه ولعدم تحقق سبب من الاسباب الواردة في المادتين ٥٥ و٥٦ من قانون رعاية القاصرين"[١]. ومن ابرز أمثلة المصلحة هو شراء عقار للقاصر من بدل العقار المبيع، وتنتفي المصلحة من بيع العقار اذا ما وجدت منفعة من بقاء ملكية العقار للقاصرين على حاله وهو ما قررته محكمة استئناف الكرخ في قرارها قائلة فيه "وعند عطف النظر على القرار المميز تبين انه مخالف للأصول واحكام القانون إذ لا توجد مصلحة او نفع كبير للقاصرين من بيع سهامهما في العقار... مقابل شراء مساحة قدرها ١٥٠م^{٢} من اصل ٣٠٠م^{٢} في العقار... لا سيما ان العقار المراد شراءه عبارة عن قطعة ارض خالية من المشيدات في حين ان العقار المراد بيعه مشيد عليه دار مشغولة من احد الورثة ويستحق القاصرين عن هذا الاشغال اجر المثل مما يعني بأنها "الدار" تدر لهما ايراداً مناسباً يمكن الانتفاع به"[٢]. لكن يجب في هذا الفرض ان تتماثل قيمة العقار المأذون ببيعه مع العقار المراد شرائه او يزيد، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية بأنه "ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند اليها وذلك لتحقق مصلحة القاصرين في منح الإذن موضوع الطعن التمييزي باعتبار ان العقار المزمع شرائه سوف يتم تسجيله بأسماء القاصرين فقط وعلى وجه الاستقلال إضافة الى تساوى قيمته مع قيمة العقار المباع والمسجل باسم مورث الوصية والقاصرين"[٣]. وقد جرى العمل في مديريات رعاية القاصرين بتعليق الإذن بالبيع على تمام الشراء وثبوته بسند التسجيل العقاري، وقد قضت محكمة استئناف الرصافة في احدى قراراتها جاء فيه "...ان بيع سهام القاصرة في العقار... التي آلت اليها ارثا من حصة والدها في العقار المذكور مقابل شراء سهاما لها في العقار... وبمساحة ١٠٠ متر مربع من اصل المساحة الكلية البالغة ٣٠٠ متر مربع وبقيمة سبعة

(١) قرار محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية، بالعدد٢٢١ في ٢٠٠٨/١١/١٦، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية، http://www.iraqld.iq. تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٥.

(٢) قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفتها التمييزية، بالعدد٥/متفرقة/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٦، منشور في مجلة التشريع والقضاء، بالعدد الثاني، السنة العاشرة، ٢٠١٨، ص١٦٠.

(٣) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، بالعدد١٤٤، في ٢٠١٠/٦/٢٣، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى، www.hjc.iq. تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٥.

وعشرون مليون وخمسمائة الف دينار ودون تحملها اية تبعات مالية يحقق مصلحة ظاهرة للقاصرة المذكورة"[١].

الشرط الثاني: ان يصدر الإذن من المدير العام لدائرة رعاية القاصرين. بخلاف اسباب الإذن الأخرى فإن سبب المصلحة الظاهرة والنفع الكبير للقاصر بالبيع يجب ان يصدر الإذن به من المدير العام لدائرة رعاية القاصرين، بعد ان تتولى مديرية القاصرين اجراءات تقدير قيمة العقار. وبعد ان بينا اسباب الإذن في قانون رعاية القاصرين نعود لنبين اسبابه في قانوننا المدني بخصوص إفراغ الحقوق التصرفية، طالما ان افراغ حق التصرف الذي للقاصر يعد بحكم البيع[٢]. وقد وجدنا من تحليل النصوص المدنية ان الإذن بالإفراغ يستند الى الاسباب الآتية:

د. **المنفعة.** تنص المادة "١٢٠٨" من القانون المدني بأنه "١- اذا كان المتصرف في ارض اميرية محجوراً جاز لوليه ان يفرغ الارض، بإذن من المحكمة لمسوغ شرعي. ٢- وللولي ان يقبل الافراغ عن المحجور بإذن من المحكمة كان ذلك يعود بالنفع عليه". وبناء على هذا النص فإننا نجد الإفراغ للمنفعة مشترطة بأثنين الأول، تقديم طلب بإفراغ حق التصرف العائد للقاصر باسم المفرغ له، لكي يصدر على ضوئه إذن من مديرية رعاية القاصرين وفقاً لاختصاصها الوظيفي. والثاني ان تكون هنالك منفعة للقاصر من افراغ حق التصرف للغير. وتقدير المنفعة كما اسلفنا لمديرية رعاية القاصرين ووفقاً لإجراءات الإذن، ومثال المنفعة اذا كان القاصر بحاجة الى الثمن لشراء دار وفي الوقت ذاته لا دراية له في الزراعة.

هـ. **الضرورة.** تنص المادة "١٢٠٩" مدني عراقي بأنه "اذا كانت ادارة ضيعة المحجور متعذرة على الاولياء دون ان يلحق المحجور ضرر، وكانت مشتملات الضيعة ومنشآتها ذات قيمة كبيرة ويخشى عليها من التلف بحيث يجب بيعها استناداً الى مسوغ شرعي وتحقق الضرر في الفصل ما بين الارض وما تشتمل عليه من المنشآت، فللمحكمة ان تأذن بإفراغ الضيعة ببدل المثل ولا يجوز للمحجور استردادها بعد ذلك". ومن هذا النص يتضح لنا بأن الإذن بالإفراغ للضرورة ثلاثة شروط، الأول ان تتعذر إدارة الارض واستغلالها لمصلحة القاصر. والثاني ان تكون مشتملات

(١) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية بالعدد٨٥٣/م/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٩/١٩ ؛ وكذلك في قرار للهيئة التمييزية ذاتها بالعدد ١٦٢/م/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٢/٢٨، ورد فيه "ان بيع سهام القاصرين في العقار... وشراء قطعة ارض لهم ببدل البيع وبالمبالغ المتأتية عن حصصهم من اجر المثل للعقار المذكور يحقق مصلحة للقاصرين...". القراران منشوران على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٥.

(٢) ينظر: الفقرة "١" من المادة "١٢١٥" من القانون المدني العراقي.

الارض والمنشآت التي عليها ذات قيمة كبيرة ويخشى عليها التلف نتيجة عدم التمكن من إدارتها بحيث يبدو افراغها للغير أدفع للضرر الذي سيصيب صاحبها المحجور. أما الثالث ان يصيب المحجور ضرر إذا بقيت الارض دون زراعة أو إدامة لمنشآتها.

و. **التبعية.** تنص المادة "١٢١٠" بأنه "اذا كان المتصرف في ارض اميرية محجوراً وكان في الارض اشجاراً او ابنية مملوكة له فللولي اذا باع هذه الاشجار او الابنية لمسوغ شرعي، بإذن من المحكمة ان يفرغ الارض الاميرية تبعاً لها بإذن من المحكمة كذلك". والمفهوم من هذا النص ان حق التصرف للقاصر يؤذن بإفراغه تبعاً لبيع الاشجار والابنية عليه كما نراها بشرطين، الأول ان تنتقل ملكية الاشجار والابنية الى الغير بالبيع، وأن يكون هذا البيع مأذوناً، أما إذا لم يتم الإذن بالبيع فلا يباع حق التصرف تبعاً له. والثاني ان تتحقق المنفعة من إفراغ حق التصرف ويمكن ان يكون الإفراغ نافعاً اذا لم يعد حق التصرف مفيدا المحجور. ورغم أن النص السالف لم يشترط المنفعة لكن يجب اشتراطها قياساً على نص المادة "١٢٠٨" اعلاه.

ثانياً: بيع المنقول. ان المادة "٤٣" من قانون رعاية القاصرين بعد ان قيدت التصرف بشرط المصلحة ذكرت "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك". ثم تكلمت عن التصرف بالمنقول او الحقوق الشخصية والاوراق المالية في الفقرة "ثانياً" منها. فأوجب النص على الولي استحصال ذلك الإذن مع تحري المصلحة عند البيع، ومن الناحية العملية فإن الاولياء والاوصياء يتصرفون فعلاً في المنقول الذي لا يخضع لإجراءات شهر وتسجيل دون طلب الاستئذان، بينما تقتصر طلبات الإذن على بيع المنقول الذي يخضع لإجراءات التسجيل كالسيارات. ومن ظاهر النص السالف يتضح ان الإذن بالتصرف بالمنقول بالبيع او بأي تصرف آخر ناقل للملكية لا يكون إلا بسبب المصلحة من دون أي سبب آخر كما هو الحال في بيع العقار. وما دام ان احكام الإذن ببيع المنقول اقل شدة من الإذن بالعقار، فيمكن ان تفسر المصلحة بشكل اوسع، فيمكن اعتبار المصلحة في بيع المنقول اذا كان المراد منه شراء عقار او الانفاق من بدل البيع او عدم الاستفادة من المنقول اذا كان فيه عطل وكان في بيعه افضل[١]. وهو بالفعل ما قضت به محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية في قرار لها جاء "ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد بانه غير صحيح ومخالف للقانون اذ تأيد نتيجة

(١) عمر رياض احمد، إدارة اموال القاصر والتصرف فيها، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٤٣٦ه، ٢٠١٥م، ص٢٤٤.

الكشوفات التي اجريت على السيارات الخمس المسجلة باسم مورث القاصرين المتوفي بأن فيها نواقص واضرار وغير صالحة للعمل ومتروكة منذ مدة طويلة مما يؤيد بانها لا تدر وارداً معيناً فضلا عن ان تركها مدة اطول يلحق بها اضرارا اخرى وبالتالي سيلحق ضررا بالقاصرين خلافا لما نصت عليه المادة ٢/سادسا من قانون رعاية القاصرين وعليه فان القرار المميز برفض الطلب يتقبل سهام القاصرين من السيارات المذكورة لا يستند على سبب قانوني سليم"[١].

ولم نجد تفصيلاً في احكام الإذن ببيع المنقول في التشريعات المقارنة كما وجدناها في احكام الإذن ببيع العقار، بل لم تتضمن تلك التشريعات نصاً يلزم الولي باستحصال الإذن قبل التصرف بالمنقول، واقتصر الإلزام بالإذن على الوصي قبل ان يبيع المنقول[٢]، والسبب في ذلك ان العقار هو الأكثر اهمية في ذمة القاصر من المنقول.

الفرع الثاني: الإذن بشراء أموال للقاصر: أن الشراء كالبيع من حيث لزوم الإذن به، ولكن من خلال تحليل نصوص تشريعات الولاية على المال نجد انها تهتم بتنظيم احكام شراء العقار دون المنقول. لذا سنتكلم تباعاً عن أحكام الإذن بالشراء للعقار ثم للمنقول.

أولاً: شراء العقار. بالنظر لأهمية العقار بالنسبة للقاصر فقد وجدنا ان بعض التشريعات المقارنة بينت احكامه[٣]، لكن من أكثرها استفاضة في ذكر أحكام الإذن بالشراء للعقار قانون رعاية القاصرين العراقي في المادة "٥٦" منه إذ نصت بأنه "اولاً– لا يجوز شراء عقار للقاصر من امواله الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين في احدى الحالات الآتية...." وقبل ان نبين اسباب الإذن وشروط كل سبب، يجب ان نلاحظ على هذا النص في ديباجته تقييده الإذن عندما يكون الشراء من مال القاصر، وبالمفهوم المخالف أنه لا إذن للشراء لمصلحة القاصر اذا لم يكن بدل المبيع من ماله، وفيما يلي تلك الحالات التي نصت عليه المادة أعلاه:

الأول: السكن. نص البند "ب" بأنه "اذا اقتضت الحاجة لتأمين مسكن له". ونجد أنه يشترط للإذن بالشراء للسكن شرطين الأول، ان يكون القاصر في حاجة فعلية للسكن بحيث انه لا يجد مأوى له أصلاً، او انه يعيش بمعية أقاربه بشكل غير ملائم، او انه يسكن الدار بالأجرة. والثاني ان لا يملك دار سكن أخرى بشكل مستقل او يملك حصة فيه.

(١) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بالعدد ٤٥٠/م/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٥/٢٤، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/١٧.

(٢) ينظر: الفقرة "ثانياً" من المادة "٣٩" من قانون الولاية على المال المصري ؛ الفقرة "٢" من المادة "٢٢٥" من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي ؛ الفقرة "٢" من المادة "٣٠" من قانون الولاية على المال البحريني ؛ الفقرة "٨" من المادة "٢٤" من قانون الولاية على المال القطري.

(٣) إذ نصت المادة "٤٢" من قانون الولاية على المال القطري "للقاضي ان يأذن للوصي المختار بشراء عقار للقاصر اذا ثبت لديه ان شراء ذلك العقار فيه مصلحة للقاصر...".

الثاني: استيفاء الدين. وعلى هذا السبب نص البند "ج" بأنه "اذا كان العقار موضوعاً بالمزايدة لتحصيل دين للقاصر ولم يجر الضم عليه او لم يبلغ الضم المبلغ الكافي لإيفاء الدين على ان لا يتجاوز بدل الشراء ٨٠٪ ثمانين من المئة من قيمته". ووفقاً له نرى لكي يؤذن بالشراء للقاصر في هذا الفرض ما يلي من الشروط:

الشرط الأول: اذا كان العقار موضوعاً بالمزايدة لتحصيل دين للقاصر. فإن لم يعرض بمزايدة علنية لبيعه فلا يجوز الإذن بشرائه وإن كان لتحصيل الدين لان استيفاء دين القاصر لا يكون الا بالإذن.

الشرط الثاني: اذا تم شرائه ممن اشتركوا بالمزايدة العلنية. وكان بدل الإحالة يكفي للوفاء بدين القاصر فلا يؤذن بالشراء في هذا الفرض، او تمت احالة العقار ولم تكفْ بدل الإحالة للوفاء ولكن جرى الضم عليه من الغير خلال فترة الاحالة القطعية[١] وكان بدل الإحالة مع الضم يكفي للوفاء فلا يؤذن ايضاً بالشراء لان الشراء بالمزايدة تم من الغير وسيستوفي القاصر دينه من ثمنه، واستيفاء دينه اولى من شرائه. ولكن لوكان بدل الإحالة غير كاف للوفاء بدين القاصر، ولم يتقدم أحد لضم العقار، او تقدم أحدهم ولكن لم يكفْ بدل المزايدة مع الضم للوفاء بالدين فعندئذ يؤذن بالشراء.

الشرط الثالث: ان لا تتم احالته على مزايد ببدل احالة يكفي للوفاء بالدين في المزايدة الثانية بعد قبول الضم، لأنه لا يزال استيفاء الدين اولى من الشراء، ومعنى هذا ان الولي او الوصي عليه ان يترقب لا ان يستعجل بالعطاء، وعليه ان يتوقف عند اقرب الحدين وصول عطائه الى "٨٠%"[٢]، او وجود مزايد اعلى منه. وفي المزايدة الثانية سيحسم أمر القاصر فإما ان يزايد الغير الى حد يكفي عطائه للوفاء بالدين او يصل الولي او الوصي لحد النسبة المحددة له ويجري الاستيفاء مقاصة بين بدل الإحالة وبين الدين المطلوب، ولهذا نجد الشراء هنا في هذا السبب هو من باب الضرورة.

الثالث: المصلحة. تنص الفقرة "ثانياً" "لمدير عام دائرة رعاية القاصرين في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرة اولاً من هذه المادة ان يوافق على شراء عقار للقاصر وتشييد ابنية له اذا تحق له في ذلك مصلحة ظاهرة". والعقار قد يكون مبنياً او قد يكون عرصة فيؤذن للقاصر بالبناء تبعاً للشراء، متى وجدت مصلحة للقاصر، والشراء هنا للمصلحة يجب فيه كما نرى الشرطين الآتيين:

(١) ينظر: الفقرة "رابعاً" من المادة "٩٧" من قانون التنفيذ.
(٢) ينظر: الفقرة "أولاً" من المادة "٩٨" من قانون التنفيذ.

الشرط الأول: ان تكون هنالك مصلحة للشراء. بأن يكون له انفع من بقاء امواله بلا حركة، اذا كان الشراء من رصيده النقدي، اما اذا كان بدل الشراء هو بعد بيع عقار مملوك له فيجب ان يكون العقار المراد شرائه افضل للقاصر وانفع له من العقار المملوك له، مثال على ذلك ان يكون العقار المراد شرائه دار سكن، بينما لا تتوفر له نقوداً لشرائه فيؤذن له ببيع عقاره الذي هو ارض سكنية مثلاً، ولكن ليس العكس لا تتوفر هنالك مصلحة من بيع دار لشراء عرصة خالية، وتقدير كون الشراء فيه مصلحة للقاصر من عدمه هو لدائرة رعاية القاصرين، وتخضع لرقابة محكمة التمييز.

الشرط الثاني: ان يصدر قرار الإذن بالشراء من المدير العام لدائرة رعاية القاصرين وليس من مديرية رعاية القاصرين، بعد ان تنهض بإجراءات الإذن من الكشف على العقار وتقدير قيمته.

ثانياً: شراء المنقول. لم ينص القانون المدني العراقي ولا القوانين المقارنة محل الدراسة على حالة الإذن بشراء المنقول للقاصر الأمر الذي يثير تساؤلاً هل شراء المنقول للقاصر يتوجب فيه الإذن ام لا؟ والحقيقة ان الإجابة عن هذا التساؤل ينظر له من عدة نواحٍ، فمن الناحية الأولى ان شراء العقار اولى واهم وانفع للقاصر من شراء المنقول المعرض للاندثار والتبديد والتلف بشكل اسرع، إضافة الى قابلية احتفاظ العقار بقيمته مع الزمن بخلاف المنقول الذي تنقص قيمته مع الوقت، أما من الناحية الثانية، فإننا نرى ان النص على الإذن بالشراء للمنقول يأتي ضمناً مع تصرفات أخرى، فمثلاً ان الإذن بالإنفاق على القاصر هو إذن بشراء المأكل والملبس والدواء، والإذن للقاصر بالتجارة هو إذن بشراء المواد اللازمة لتسيير تجارته، وكذلك بالنسبة لمن تزوج بإذن المحكمة فهو إذن بشراء الاغراض الجهازية الخاصة بالمهر المعجل، وأيضاً بالنسبة للوصي في الإدارة فله مثلاً ان يشتري الاسمدة والبذور لاستصلاح وزراعة ارض القاصر وهذه كلها منقولات. ومع ذلك نجد ان الشراء في غير الحالات المذكورة يجب فيه على الولي او الوصي الحصول على الإذن الرسمي من مديرية رعاية القاصرين لشراء المنقول للقاصر، نراها وفق هذين الشرطين:

الشرط الأول: ان يكون الشراء من اموال القاصر. قياساً على المادة "٥٦" رعاية قاصرين، التي توجب الاستئذان عند شراء العقار من مال القاصر، لان الشراء من اموال القاصر بحد ذاته يعد تصرفاً بالبيع، ما دام انه يتضمن مبادلة مال بمال[١]. أما لو لم يكن الشراء من اموال القاصر

(١) ينظر: المادة "٥٠٦" مدني عراقي.

إنما من اموال الولي او الوصي او غيرهما، فلا إذن هنا لأنه يكون الهبة والهبة الخالصة للقاصر لا محل لصدور الإذن والاستئذان فيها.

الشرط الثاني: ان يحقق الشراء مصلحة للقاصر. والمصلحة هي شرط عام معتبر في كل التصرفات الواردة على اموال القاصرين ونصت عليها المادة "٤٣" رعاية قاصرين، ومثال ذلك شراء سيارة لغرض تشغيلها بالأجرة، او شراء ماكنة لإنتاج بعض المواد الصناعية. وتقدير المصلحة في شراء المنقول يعود لدائرة القاصرين وتخضع لرقابة محكمة التمييز.

الفرع الثالث: حكم البيع والشراء بغير الإذن: وقبل ختام الكلام يحق لنا أن نتساءل عن البيع او الشراء الذي يقوم به الولي او الوصي بلا استئذان فهل يعد تصرفه هذا باطلاً؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول أن هنالك رأيان، الأول يرى ان التصرف بالبيع او الشراء غير المأذون بهما والذي يجريه الولي او الوصي يكون موقوف وغير نافذ بحق القاصر ومن الممكن ان تصدر به إجازة ممن له حق الإذن بالتصرف ابتداءً[١]. بينما يتجه رأي ثاني الى اعتبار التصرف بالبيع او الشراء غير المأذون بهما باطل ولا ترد عليه الإجازة، كما ان الحكم ببطلان البيع لعدم الإذن لا يحتاج الى اثبات تضرر القاصر او الحاق الغبن به، وعندئذ لا يكون عقد البيع غير المأذون فيه نافذاً لا في ذمة الولي او الوصي ولا في ذمة القاصر[٢]. ولم يرد في قانون رعاية القاصرين ما يشير الى اثر البيع غير المأذون به، غير ان الاتجاهات في القضاء العراقي تذهب الى اعتباره باطلاً ومنها ما قضت به محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في قرار لها جاء فيه "ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لعدم حصول الولي الجبري على الاذن في مديرية رعاية القاصرين بشراء العقار الذي قام بتسجيله باسم ولده القاصر مقابل بيع العقار العائد لنفس القاصر والذي رفض طلب بيعه من قبل المدير العام لدائرة رعاية القاصرين"[٣]، كما قضت بالبطلان أيضاً الغرفة الاستئنافية لمحكمة استئناف نينوى في حكم لها قالت فيه "... 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 تحت الحجر وقت التصرف وخلافاً لأحكام قانون رعاية القاصرين

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، هامش رقم "١" ص٩٧ كما ينظر الى لاتجاهات محكمة النقض المصرية المشار اليها في الهامش ؛ محمد كمال حمدي، الولاية على المال، مصدر سابق، ص٤٦.

(٢) د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني – النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة طبع، ص١٤٩.

(٣) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد١٨١ في ٢٠٠٩/٩/٢٧، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٢٣.

ولعدم صدور إذن او موافقة منها أي دائرة رعاية القاصرين على التصرف بالبيع مما يترتب على ذلك بطلان التصرف وأن المحجور قد صدر بحقه حجة حجر وقيمومة لكونه مصاب بداء انفصام الشخصية المزمن ولعدم قدرته على إدارة شؤونه..."[١]. ونذهب بدورنا الى تأييد الرأي الثاني الذي يعتبر بيع اموال القاصر او الشراء له بلا إذن باطل، لان إذن مديرية القاصرين الذي اوجبها القانون هو ركن رسمي في التصرف بأموال القاصرين لا ينعقد بدونه وإذا تم من غيره فأقل ما يقال عنه البطلان.

الفرع الرابع: الإذن في بيع الولي او الوصي ماله للقاصر او الشراء منه: في الفرضين السابقين يكون الولي او الوصي بائعاً او مشترياً للقاصر، إذ يتعامل باسمه ولحساب القاصر، أما في الفرض الذي يبيع فيه الاولياء والاوصياء اموالهم للقاصر او يشترون منه، فإنهم يتعاملون باسمهم ولحسابهم الخاص، وبناء عليه تختلف وجه النظر التشريعية المقارنة ازاء اطلاق أو تقييد الاولياء والاوصياء والقوام، في وجوب الإذن او استحصاله، ولاختلاف حكم الإذن بالنسبة للولي عن الوصي والقيم في التشريع المقارن، لذلك سيتم توضيح كل واحد منهما بشكل منفرد، ثم نبين حريتهما بالإذن في هذا التصرف. ثم بعدها نبين موقف قانون رعاية القاصرين من هذا التصرف وعلى النحو الاتي:

١. **الولي.** انقسمت القوانين المقارنة محل الدراسة، في بيع الولي أمواله للقاصر او الشراء منه الى تشريعات لا توجب الإذن في هذا التصرف، وأخرى توجب الإذن على الولي.

فبالنسبة للطائفة الأولى فتتمثل بالقانون المدني العراقي، فالمادة "٥٨٨" منه تنص بأنه "١– يجوز للاب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله لولده وله ان يشتري مال ولده لنفسه، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش. ٢– فان باع مال نفسه لولده او اشترى مال ولده لنفسه، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد. ٣– والجد كالأب في الحكم". ومن هذا النص يتضح بأن لكل من الأب والجد بيع أي من اموالهما للقاصر او الشراء لنفسيهما شيئاً من امواله، استثناء من القواعد التي تمنع تعاقد الشخص مع نفسه، بشرط ان يكون البيع له والشراء منه بثمن المثل لا بغبن فاحش، وإلا كان العقد باطلاً[٢].

(١) حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها الاستئنافية بالعدد ٢٠٤/س/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٩/١٧، غير منشور.

(٢) د. سعدون العامري، عقدي البيع والايجار، مصدر سابق، ص١٧٤-١٧٥ ؛ د. عصمت عبدالمجيد، احكام رعاية القاصرين، مصدر سابق، ص٩٣. وكذلك الحكم بالنسبة لنص القانون البحريني فذكرت المادة "١٧" منه بأنه "للأب ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه ام لحساب القاصر الا اذا نص القانون على غير ذلك". والفرق بين القانون البحريني والعراقي ان الأول قيد الولي بالأب بينما الثاني يشمل الجد أيضاً ؛ ولم يعالج القانون الاردني حكم شراء الولي او الوصي لأموال الصغير لنفسه او بيعه اياها وتطبق عنده أحكام بيع النائب لنفسه كما نصت على ذلك المادة "٥٤٨" منه.

أما بالنسبة للطائفة الثانية، وتتمثل بأكثر التشريعات المقارنة إذ توجب الإذن على الولي اذا باع لنفسه مال للقاصر او باع من ماله أي الولي له أي للقاصر، وتتمثل بالتشريعات المصري والكويتي، فقانون الولاية على المال المصري نص على ان الأصل جواز ان يتعاقد الاب مع نفسه لحسابه او لحساب شخص آخر الا اذا استثنى القانون ذلك(١)، الا ان مادة الاستثناء فيه قد سبقت مادة الاصل، إذ نصت المادة "٦" منه بأنه "لا يجوز للولي ان يتصرف في عقار القاصر لنفسه او لزوجه او لأقاربه او لأقاربها الى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة..."، أما التقنين المدني الكويتي فتنص المادة "١٣٠" منه بأنه "ليس للولي، بغير إذن المحكمة، أن يبيع عقار الصغير أو محله التجاري أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة". وقد قيل في تبرير الإذن عند تصرف الولي لنفسه او لمن اشار اليهم النص بأنه بالإضافة الى دفع شبهة المحاباة عن الولي، فإنه يحقق مصلحة القاصر بأن يضمن له عدالة البدل سواء أكان المبيع او الثمن من دون الأخلال بحقوقه، لان البيع هو معاوضة، والتعارض بين مصلحة البائع والمشتري مفترض إذ يحاول المشتري ان يشتري بأقل ثمن والبائع بأعلى ثمن، لذلك يكون فرض الإذن قبل ابرام هذا التصرف على الولي أباً كان او جداً له ما يبرره، وإذا ما تم الإذن كان لهما ان يبيعا للقاصر او يشتريا منه(٢). وكذلك بقية التشريعات محل المقارنة متماثلة مع بعضها في الحكم، وإن كان قسم منها يجيز الإذن للأب دون الجد. وبعضها يقيد الولي فحسب، بينما في بعضها الآخر يمتد التقييد بالإذن الى اقرباء الولي(٣).

٢. **الوصي والقيم**. ذهبت غالبية القوانين محل الدراسة الى جواز شراء الوصي او بيعه بنفسه للقاصر باستثناء القانون المدني العراقي إذ تنص المادة "٥٨٩" منه بأنه "لا يجوز للوصي المنصوب او القيم المقام من قبل المحكمة، ان يبيع مال نفسه للمحجور ولا ان يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً، سواء كان ذلك في خير للمحجور ام لا". ومن هذا النص يمنع القانون العراقي الوصي والقيم ان يشتريا لنفسيهما من

(١) ينظر: المادة "١٤" من قانون الولاية على المال المصري.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص٩٧ ؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٤٧ ؛ د. رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، مصدر سابق، ص٢٢٨ ؛ محمد كمال حمدي، الولاية على المال، مصدر سابق، ص٤٩.

(٣) وتنص المادة "٣٧٨" من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢، بأنه "ان الاشخاص المشار اليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة اشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزايدة، الا اذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء. وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً. ٤- لا يجوز للأب او الأم ولا للوصي او القيم او المشرف القضائي او الولي المؤقت، شراء اموال الاشخاص الذين يمثلونهم او يشرفون عليهم" ؛ كما تنص المادة "٢٠٦" من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي "تكون تصرفات الأب موقوفة على إذن المحكمة في الحالات الآتية ١- إذا اشترى ملك ولده لنفسه او لزوجته او سائر اولاده. ٢- اذا باع ملكه او ملك زوجته او سائر اولاده لولده. ٣- اذا باع ملك ولده ليستثمر ثمنه لنفسه".

اموال القاصر او ان يبيعاه شيئاً، والمنع يتبع الإذن ايضاً، فمادام ان هذا البيع ممنوع فيمنع طلب الإذن به ايضاً، سواء كان البيع والشراء فيه مصلحة ونفع للقاصر ام لا[١]، ويسري هذا الحكم على القاضي كذلك[٢]. ولعل الحكمة من هذا النص ان القاضي يمنع عليه التعامل بأموال القاصر، فكذلك الوصي المنصوب من قبل القاضي يأخذ حكمه بالمنع، بينما كان من الأفضل لو أن المشرع العراقي أجاز للوصي الشراء والبيع بعد الحصول على الإذن كما هو الحال بالنسبة للوصي المختار[٣]، إذ أجاز له قانونا المدني الشراء من اموال القاصر او البيع له بعد الإذن، كما نصت المادة "٥٩٠" بأنه "١- لا يجوز للوصي المختار من قبل الاب او الجد ان يبيع مال نفسه لليتيم، ولا ان يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم، الا اذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة. ٢- والخيرية هي ان يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل، او ان يشتري منه بأكثر من ثمن المثل، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة".

أخيراً وجب أن نبين حكم قانون رعاية القاصرين بهذا الصدد، والحقيقة أننا لم نجد فيه نص نظير ما وجدنا من احكام في القانون المدني وفي المواد المساقة آنفاً وهي "٥٨٨ و٥٨٩ و٥٩٠". فهل يعني سكوت النص التشريعي هو الغاء لأحكام تلك المواد المدنية؟ قلنا ونقولها الآن ان احكام قانون رعاية القاصرين ليست لاغية لأحكام القانون المدني بالعموم بل هي معدلة ومكملة بالخصوص، ومنها حكم بيع وشراء والولي والوصي لنفسيهما وتفصيلنا لذلك كما يلي: بالنسبة للولي فهو على الجواز السابق في القانون المدني سواء أكان الأب او الجد، في شراء اموال القاصر لنفسه او ان يبيع له شيئاً من ماله، ولكن وفق إذن تصدره مديرية رعاية القاصرين دون الحاجة لنصب وصي مؤقت لتنفيذ حجة الإذن بالبيع او الشراء، ولا يقتصر تقييد الولي على الإذن بل يشمل موجبات الإذن وأحكامه، من وجوب البيع والشراء بثمن المثل، وإذا كان الولي بائعاً لأمواله للقاصر فيجب ان يتوافر سبب من اسباب الإذن بالشراء للقاصر، أما ان كان الولي مشترياً فيجب كذلك ان يتوافر سبب من الاسباب الإذن بالبيع التي نص عليها القانون وشرحناها سابقاً. لذا فإن قانون رعاية القاصرين لم يلغي القانون المدني بل هو معدل له ومكمل لأحكامه. أما بالنسبة للوصي والقيم فقد رأينا أنهما ممنوعين من التعامل بأموال القاصر بيعاً والشراء منهم في القانون المدني، ثم ان السكوت التشريعي في قانون رعاية القاصرين لا

(١) د. عصمت عبدالمجيد، احكام رعاية القاصرين، مصدر سابق، ص١٣٢ ؛ مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع، ص١٩.
(٢) ينظر: المادة "٥٩١" مدني عراقي.
(٣) د. سعدون العامري، البيع والايجار، مصدر سابق، ص١٧٥.

يضفي تعديلاً على المنع، كما لا يعني ايضاً جواز التعامل حتى ولو بالإذن. لذلك نرى أنه لا يجوز لهم التعامل بأموال القاصر حتى مع نفاذ قانون رعاية القاصرين، وهو أيضاً رأي القضاء العراقي، إذ قضت رائدة المحاكم العراقية محكمة استئناف بغداد الرصافة في قرار لها قالت فيه بأنه "بتاريخ ٢٠١٧/١٠/٥ قررت مديرية رعاية القاصرين في الرصافة رفض طلب القيمة... على شقيقها المحجور... المتضمن طلب الموافقة على منحها الاذن لشراء العقار... وتسجيله باسم القاصر على وجه الاستقلال مقابل سحب جزء من رصيده النقدي في المديرية... ولعدم قناعة المميزة بالقرار طعن به وكيلها تمييزا طالبا نقضه للأسباب الواردة فيها. القرار: بعد التدقيق والمداولة لوحظ ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ولكونه مشتملا على اسبابه قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد ان العقار موضوع الطلب والقرار المميز تعود ملكيته وبحسب سنده مناصفة بين القيمة وشقيقها وان المادة ٥٨٩ من القانون المدني لا تجيز للقيم ان يبيع ماله للمحجور مما كان يقتضي رد طلب القيمة للسبب المذكور، وحيث ان مدير رعاية القاصرين في الرصافة اضافة لوظيفته كان قد رد طلب القيمة لسبب آخر فيكون قراره صحيحا من حيث النتيجة"[١]. أما بالنسبة لعموم القوانين المقارنة العربية فتذهب الى جواز ان يبيع الوصي امواله للقاصر او ان يشتري منه، ولكن مع الإذن، فالقانون المصري في الولاية على المال نص على إقامة وصي مؤقت على القاصر، إذا ابرم أي عقد من عقود المعاوضة بين القاصر وبين الوصي[٢] بما في ذلك شراء الوصي مال من اموال القاصر او بيع امواله للأخير[٣]. وفي ختام هذه النقطة نجد من الأولى ان يساوي القانون العراقي حكم الوصي في التعامل بأموال القاصر مع الإذن ويلحقه بحكم الولي، ولهذا نقترح تعديل المادة "٤٣" من قانون رعاية القاصرين بإضافة فقرة لها وتكون على الشكل الآتي "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة... شراء الولي او الوصي مال من اموال القاصر او بيعهما اموالهم له".

المطلب الثاني: الإذن للنائب في البيع والشراء: النيابة إما ان تكون اتفاقية كما في الوكالة، وإما ان تكون قانونية كما نيابة الأولياء، أو ان يكون مصدرها قضائي عندما يصدر بها حكم

(١) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، بالعدد٩١٢/م/٢٠١٧، في ١٤-١١-٢٠١٧، منشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١/٢٣.

(٢) ينظر المادة "٣١/ج" من قانون الولاية على المال المصري ؛ المادة "٢٦/ب" من قانون الولاية على المال البحريني ؛ والحكم نفسه يقال لقانون الولاية على المال القطري، ولكن مع اتساع القيد بالإذن لأقارب الوصي حيث جاءت المادة "٢٤" منه بالقول "لا يجوز للوصي المختار، دون إذن القاضي، مباشرة التصرفات التالية: ٧- شراء أو استئجار أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد من أصولهما أو فروعهما، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه".

(٣) د. رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، مصدر سابق، ص٢٤٦.

قضائي، كما في نيابة الوصي والقيم ونيابة الحارس القضائي[١]. وإذ سبق ان بينا في الفرع السابق أحكام الإذن في بيع الاولياء والاوصياء والقوام لأموال القاصر للغير، او لأنفسهم والشراء منه، بقي ان نبين احكام الإذن بالبيع والشراء من قبل النواب الآخرين، سواء للغير أو لأنفسهم، وهم كل من الوكيل والحارس القضائي، وكما نبينه بالآتي:

الفرع الأول: الإذن للوكيل بالبيع: يلتزم الوكيل كأصل عام بعدم تجاوز حدود الوكالة المحددة من الموكل[٢]، وإذا كانت الوكالة بذاتها تنشأ بالإذن[٣]. لكن لا تمنح الوكالة العامة المطلقة للوكيل إذناً بالبيع، مالم يكن الإذن بالبيع منصوص عليه في سند الوكالة، كما لا يتضمن الإذن بالبيع إذناً ضمنياً بقبض الوكيل للثمن مالم يكن مأذوناً بالقبض إضافة للإذن بالبيع[٤]، والكلام هنا عن الإذن للوكيل بالبيع للغير، ولكن هل للوكيل ان يشتري لنفسه مال من اموال موكله وذلك بالأصالة عن نفسه وحسب نيابته عن موكله، او يبيع اموال موكله لموكل آخر نيابة عن الأثنين؟ والتساؤل هذا يتضمن شقين الأول ان يشتري الوكيل لنفسه مال الموكل، والثاني ان يبيع او يشتري مال من اموال موكله لموكله الاخر.

أولاً: شراء الوكيل اموال موكله لنفسه[٥]. لم يتضمن القانون المدني العراقي نصاً عاماً يمنع النائب من التعاقد بنفسه لحسابه او لحساب غيره وجواز ذلك بالإذن أو الإجازة[٦]، لكن نصت المادة "٥٩٢" منه بأنه "١– ليس للوكلاء ان يشتروا الاموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين ان يشتروا الاموال المكلفين هم ببيعها او التي يكون بيعها على يدهم، وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين ان يشتروا اموال التفليسة ولا اموال المدين المعسر وليس لمصفي الشركات والتركات ان يشتروا الاموال التي يصفونها وليس للسماسرة ولا للخبراء ان يشتروا الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها، وليس لاحد من هؤلاء ان يشتري ولو بطريق المزاد العلني لا بنفسه ولا باسم مستعار ما هو محظور عليه شراؤه. ٢– على ان الشراء في الاحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح اذا اجازه من

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة لقانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص٤٩.
(٢) ينظر: المادة "٩٣٣" مدني عراقي.
(٣) ينظر: المادة "٩٢٨" مدني عراقي.
(٤) كما تنص المادة "٥٢" من قانون المرافعات المدنية رقم "٨٣" لسنة ١٩٦٩. بأنه "الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام بغير تفويض خاص ... البيع ... ولا القبض...".
(٥) وهي حالة تعاقد الوكيل مع نفسه وهي بالأصل لا تجوز لأنه موكل ببيع اموال الاصيل لكنه يتعاقد على شرائها لنفسه فهو يمثل ارادته هو كأصيل بالشراء ويمثل عن ارادة الاصيل كبائع بالنيابة. د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج١- مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م، ص٧٧٩.
(٦) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص٥٦ ؛ ذلك لان القانون المدني العراقي لم ينظم احكام النيابة بنصوص الخاصة، د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص٦٠.

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". ولم تذكر المادة المذكورة جواز شراء الوكيل بإذن الموكل بل خص الإجازة فقط، إلا ان اغلب الشراح العراقيين يجيزون شراء الوكيل لأموال الموكل لنفسه بإذن الموكل(١). وتنص المادة "١٠٨" من القانون المدني المصري[٢] بأنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو ام لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على انه يجوز للأصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد..." كما تنص المادة "٤٧٩" من القانون المصري كذلك بأنه "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص او أمر من السلطة المختصة ان يشتري بنفسه مباشرة او باسم مستعار لو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة مالم يكن ذلك بإذن من القضاء..."، وأيضاً المادة "٦٢" من القانون المدني الكويتي بأنه "لا يجوز للنائب، بدون إذن خاص، أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، ولو أجرى هذا التعاقد لحساب شخص آخر غيره، فإذا حصل منه ذلك، كان تصرفه غير نافذ في مواجهة الأصيل، ما لم يحصل إقراره...".

والحكمة جلية من هذه النصوص وهي لمنع الوكيل الشراء لنفسه من اموال موكله لأنه بإرادته الواحدة يمثل مصلحتين متضادتين بينهما. إلا اذا أذِنَ الأصيل هذا الشراء عندئذ يكون نافذاً في حقه، لان شراء النائب لنفسه بالإذن يكون قد التزم حدود الوكالة ولم يخرج عنها، أما اذا لم يكن هنالك أذن واشترى النائب فإن هذا الشراء يكون موقوفاً على إجازة الأصيل(٣). كما ويتضح من هذه النصوص ايضاً اذا كان مال الموكل موضوعاً بالمزاد العلني فإن مصدر الإذن للوكيل اذا ما اراد الشراء لنفسه يكون من القضاء لا من الأصيل. وبرأينا فإن إذن الاصيل للنائب بالشراء لنفسه يزيل النيابة بالتعاقد، بل يكون تعاقد بين أصيلين الأول النائب اصالة عن نفسه بالشراء والثاني الأصيل بعد الإذن بالبيع للنائب. ولكن مصدر الإذن يكون الأصيل اذا كان البيع بالصورة الرضائية، ويكون مصدرها السلطة المختصة كالمحكمة او مديرية التنفيذ إذا كان مال الموكل معروضاً للبيع بالمزاد العلني. ولا يقتصر التقييد على الوكيل نفسه بل يشمل ايضاً ولده

(١) د. سعدون العامري، البيع والايجار، مصدر سابق، ص١٧٧ ؛ د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص١٧٥ ؛ د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦، ص١١٨.

(٢) رقم "١٣١" لسنة ١٩٤٨.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص١٠٢ وما بعدها ؛ ٦٥. د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص٢١١ ؛ د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٣٩ ؛ والحكم نفسه بالمادة "١١٥" مدني اردني.

القاصر ايضاً[١]، ويشمل المنع ايضاً شراء الوكيل باسم مستعار، واعتبار الشخص مستعار يعود لتقدير المحكمة[٢].

ثانياً: شراء الوكيل اموال موكله لحساب موكله الآخر. وعملية التعاقد بهذه الصورة يطلق عليها الفقه "بالنيابة المزدوجة" ومفهومها ان النائب وكيلاً عن موكلين اثنين فيشتري من مال احدهم بنفسه ليبيعه لموكله الآخر بنفسه ايضاً[٣]. وإذا كان فرض بيع الوكيل لنفسه قد استدركه مشرعنا بالنص عليه بالمادة "٥٩٢" منه. ويرى شراحنا[٤] عدم جواز ابرام الوكيل عن المتعاقدين إلا بعد استئذان الاصيلين. والحكمة من منع التعاقد بهذه الصورة في المادة "١٠٨" مدني مصري السابق ذكرها هو ايضاً بسبب التعارض بين مصلحة المتعاقدين اللذان ينوب عنهما الوكيل، إذ لابد للأخير من ان يغلب مصلحة احد الموكلين على حساب الموكل الآخر[٥]، ومن هنا نجد ضرورة ان ينظم مشرعنا احكام النيابة بنصوص خاصة ونقترح تعديل نص المادة "١١١" التي احالت احكام النيابة على المحجورين الى القوانين الخاصة واعتبارها الفقرة "١" منها وتكون الفقرة "٢" بالصياغة الآتية "٢- اذا تعاقد النائب مع نفسه بلا إذن الأصيل او تعاقد مع نفسه عن كلا الأصيلين بلا إذنهما فلا يكون التصرف نافذاً إلا اذا اقره الأصيل".

الفرع الثاني: الإذن للحارس القضائي بالبيع: اغلب القوانين المقارنة عالجت احكام الحراسة في القانون المدني اتفاقية كانت او قضائية، الا القانون العراقي نص عليها في الفقرة "١/ب" من المادة "١٤٨" من قانون المرافعات المدنية[٦]. نقلاً عن القانون المصري بلا تغيير. إذ نصت المادة "٧٣٥" مدني المصري بأنه "لا يجوز للحارس في غير أعمال الادارة ان يتصرف إلا

(١) ينظر: المادة "١٩٨" من قانون التسجيل العقاري رقم "٤٣" لسنة ١٩٧١.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص١٠٢ ؛ فمثلاً اعتبرت محكمة التمييز ان البيع للزوجة يعد بمثابة بيع لنفسه إذ قضت "...أن المحكمة اجرت تحقيقاتها وتبين ان المدعى عليه الثالث... قام بنقل سهام المدعيات الى زوجته المدعى عليها الرابعة... بموجب الوكالة العامة... والممنوحة له من قبل المدعيات وحيث ان المدعى عليه قد أقر بذلك وأنه لم يقم بدفع أي مبلغ للمدعيات مقابل نقل سهامه باسم زوجته المميزة وحيث ان البيع المذكور بمثابة البيع للنفس وفق منطوق المادة "٥٩٢" من القانون المدني مما يقتضي ابطال التصرف المذكور واعادة تسجيل سهام المدعيات بأسمائهن"، قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١١٥/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/١٩، غير منشور. بينما يذهب اتجاه تمييزي آخر الى عدم اعتبار بيع الوكيل لشقيقه بمثابة بيع باسم مستعار إذ جاء في قرار لها بأنه "... إذا كان الوكيل هو شقيق المتداعين فإنه لا يمكن القول بوجود بيع للنفس وفقاً لمفهوم المادة ٥٩٢ من القانون المدني ما دامت صلة القربى بين الوكيل والبائع هي ذاتها بين الوكيل والمشتري فالكل بالدرجة ذاتها هي الدرجة الثانية"، قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٥٦/ الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٩/٥، غير منشور.

(٣) د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مصدر سابق، ص٨٨٠.

(٤) د. عبدالمجيد الحكيم و أ. عبدالباقي البكري و أ. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١- مصادر الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص٦٩.

(٥) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، مصدر سابق، ص١٠٢ ؛ د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، مصدر سابق، ص٢٣٨.

(٦) إذ تنص بأنه "لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف إلا بإذن من القضاء".

برضاء ذوي الشأن جميعاً او بترخيص القضاء"[١]. ومن النص يتضح ان الحارس القضائي مقيد بعدم جواز التصرف بالأموال المتنازع عليها إلا بإذن قضائي، ولكن التساؤل الذي يطرح ما المقصود بأعمال التصرف التي يؤذن بها للحارس بإبرامها؟ اجاب الفقه عن هذا التساؤل بأنه يجب التمييز بين اعمال التصرف التي تكون تابعة لأعمال الادارة كشراء البذور والاسمدة والآلات الزراعية اللازمة وبيع المحاصيل وبيع البضاعة المشرفة على الهلاك والتلف، فهذه كلها تدخل اقتضاءً ضمن اعمال الادارة ولا حاجة بها لأخذ الإذن من القاضي، أما أعمال التصرف التي لا تدخل ضمن اعمال الادارة وعلى رأسها البيع والهبة والرهن والصلح فتلك لا يجوز للحارس ابرامها إلا بإذن من المحكمة. وفي كل الاحوال لا يجوز له القيام بأي تصرف يؤدي الى المساس بأصل الحق، وإذا باع الحارس بلا إذن كان تصرفه موقوفاً على إجازة المالكين او إجازة القاضي. والحقيقة أن ما يؤذن به من تصرف للحارس هو بيع المنقولات القابلة للتلف بطبيعتها، أما بالنسبة لبيع المنقولات المشرفة على الهلاك بشكل مستعجل فيعد من اعمال الادارة لا من اعمال التصرف[٢]. كما نصت عليه صراحة بعض التشريعات اذ اعتبرت بيع المنقول المشرف على الهلاك بشكل عاجل من قبيل اعمال الادارة التي لا تجب فيها الاستئذان[٣].

الخاتمة: في ختام البحث نكون قد توصل الى عدد من النتائج والتوصيات وهي كالاتي:

أولاً: نتائج البحث، وهي كما يلي.

١. تتقيد أحكام بيع أموال القاصر بأسس واسباب معينة لا يجوز من دونها بيع أمواله وهي المصلحة والضرورة. والحالات التي تندرج تحت هذين السببين هي إما للإنفاق على القاصر، او بسبب مديونتهِ، او لمصلحة ظاهرة له، او كان في ذلك البيع يحقق منفعة له. ولكل من هذه الحالات شروط خاصة للإذن فيها بالبيع. والحكم ذاته عند شراء عقار للقاصر.

(١) النصوص المقابلة للقانون المصري: المادة "٩٠٢" مدني اردني ؛ المادة "٧٤١" مدني كويتي ؛ المادة "٧٢٣" موجبات وعقود لبناني ؛ المادة "٦٨٣" من القانون المدني البحريني "١٩" لسنة ٢٠٠١.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، مصدر سابق، ص٩٣٤-٩٣٦ ؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مصدر سابق، ص٢٤٩ ؛ د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص٣٥٧-٣٥٩.

(٣) ينظر: بالمعنى نفسه المادة "١٠٠٥" من قانون المعاملات المدنية الاماراتي ؛ ونصت الفقرة "٣" من المادة "٤٦٧" من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤. بأنه "لا يجوز للحارس ان يتصرف في غير اعمال الادارة والحفظ ان يتصرف الا برضاء اطراف النزاع او بإذن من القضاء مالم تكن هنالك ضرورة ملحة يخشى معها على الغلة او المال المنقول الفساد او الهلاك".

٢. تتجه الاحكام القضائية في القضاء العراقي الى اعتبار بيع اموال القاصر باطلاً بغير إذن مديرية رعاية القاصرين، لأنه يكيف الإذن على أنه ركن رسمي في البيع لا ينشأ دونه.
٣. انقسمت التشريعات المقارنة في جواز بيع الولي والوصي ماله للقاصر او الشراء منه، فأكثر التشريعات تجيز للولي الشراء من امواله او بيعه له ولكن بشرط الإذن، وكذلك الحكم بالنسبة للوصي، باستثناء ان القانون العراقي منع الوصي بالتعامل لنفسه مع القاصر.
٤. لا يجوز شراء الوكيل مال موكله لنفسه او بيعه ماله لموكله والاستثناء من ذلك الجواز ولكن بإذن الأصيل، والحكم نفسه يقال إذن الأصيلين عندما يكون الشخص ذاته وكيلاًعن موكلين اثنين وباع مال احدهم شراء للآخر.
٥. الحارس القضائي بوصفه نائباً قضائياً له إدارة المال المتنازع، ولكن ليس له التصرف فيه بغير إذن المحكمة.

ثانياً: توصيات البحث.

١. نقترح تعديل المادة "٤٣" من قانون رعاية القاصرين بإضافة فقرة لها وتكون على الشكل الآتي "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة... شراء الولي او الوصي مال من اموال القاصر او بيعهما اموالهم له".
٢. نقترح تعديل نص المادة "١١١" التي احالت احكام النيابة على المحجورين الى القوانين الخاصة واعتبارها الفقرة "١" منها وتكون الفقرة "٢" بالصياغة الآتية "٢– اذا تعاقد النائب مع نفسه بلا إذن الأصيل او تعاقد مع نفسه عن كلا الأصيلين بلا إذنهما فلا يكون التصرف نافذاً إلا اذا اقره الأصيل".

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية.

١. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩.
٢. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة لقانونية، بغداد، ٢٠١٢.
٣. د. رمضان ابو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني – النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة طبع.
٤. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، البيع والايجار، ط٢، مطبعة العاني، ١٩٧٠.
٥. د. سليمان مرقس، عقد البيع، ط٤، دار البنا للطباعة، القاهرة، ١٩٨٠.
٦. د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج١- مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.

٧. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٨. ===، ===، ج٧، ===، ===، ===، ===، ===.
٩. د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
١٠. د. عبدالمجيد الحكيم و أ. عبدالباقي البكري و أ. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١- مصادر الالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠.
١١. د. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.
١٢. د. عصمت عبدالمجيد بكر، احكام رعاية القاصرين، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٤٣٢ه، ٢٠١١م.
١٣. د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الادارة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠.
١٤. محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦.
١٥. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج٣، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة طبع.
١٦. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط١، دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل، ٢٠٠٦.

ثانياً: الرسائل والاطاريح.

١. عمر رياض احمد، إدارة اموال القاصر والتصرف فيها، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٤٣٦ه، ٢٠١٥م.

ثالثاً: المجلات والدوريات.

١. مجلة التشريع والقضاء، تصدر عن جمعية القضاء العراقي، العدد الثاني، السنة العاشرة، ٢٠١٨.

رابعاً: القوانين.

١. قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة ١٩١٣.
٢. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
٣. القانون المدني المصري رقم "١٣١" لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥. قانون الولاية على المال المصري رقم "١١٩" لسنة ١٩٥٢.
٦. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم "١٨٨" لسنة ١٩٥٩.
٧. قانون المرافعات المدنية رقم "٨٣" لسنة ١٩٦٩.
٨. قانون التسجيل العقاري رقم "٤٣" لسنة ١٩٧١.
٩. القانون المدني الأردني رقم "٤٣" لسنة ١٩٧٦.
١٠. قانون التنفيذ رقم"٤٠" لسنة ١٩٨٠.
١١. قانون رعاية القاصرين رقم "٧٨" لسنة ١٩٨٠.
١٢. القانون المدني الكويتي رقم "٦٧" لسنة ١٩٨٠.
١٣. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤.
١٤. قانون الولاية على المال البحريني رقم "٧" لسنة ١٩٨٦.
١٥. القانون المدني البحريني رقم "١٩" لسنة ٢٠٠١.
١٦. القانون المدني القطري رقم "٢٢" لسنة ٢٠٠٤.
١٧. قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم "٢٨" لسنة ٢٠٠٥.

خامساً: القرارات والأحكام القضائية غير المنشورة.

١. حكم محكمة استئناف نينوى بصفتها الاستئنافية بالعدد ٢٠٤/س/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٩/١٧.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١١٥/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/١٩.
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٥٦/ الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٩/٥.
٤. قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بالعدد ١٠٣/ت.ب/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/٢٤.

سادساً: المواقع الالكترونية.

١. الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات العراقية http://www.iraqld.iq.
٢. الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى، www.hjc.iq.