

منح الاهلية (الترشيد القانوني) في القوانين العراقية

م. د عباس علي سلمان

جامعة البيان

Alrodany16@gmail.com

مستخلص البحث:

تعد الاهلية واحكامها من النظام العام، إذ لا يجوز مطلقاً منحها لأي شخص سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، وفي الوقت نفسه لا يجوز سلبها من أي شخص ايضاً، بيد أن التشريعات القانونية تذهب الى استثناءات في منحها أو سلبها من الاشخاص؛ لوجود مصلحة اولى بالرعاية مثلما الحال في تزويج القاصر الذي لم يبلغ السن القانونية، أو السماح له بممارسة بعض الاعمال التجارية، وعندما تمنح أو تسلب الاهلية من الاشخاص فإن الحالة السابقة للاهلية لا تبقى على حالها، وإنما تتغير تبعاً لحالة الاهلية الجديدة منحاً أو سلباً، وهذا التغيير سيؤثر في الاحكام والآثار القانونية للقاصر، وهذا ما يسمى بترشيد الاهلية.

منح الاهلية في القوانين العراقية

Granting eligibility in Iraqi laws

المقدمة (the introduction)

تعد احكام الاهلية من النظام العام الذي لا يجوز بأي حال من الاحوال المساس بها، ومن أجل مصلحة هي اولى بالرعاية تذهب بعض التشريعات القانونية الى تبني احكاماً تستثني الاصل العام للاهلية، مثلما إذا كانت هناك مصلحة قصوى في منح القاصر اهلية في الزواج أو الاتجار ببعض الاموال، ومن أجل تسليط الضوء في تحول وتبدل الاهلية بنظام الترشيح القانوني والآثار المترتبة عليه سيقسم هذا المبحث الى اربعة مطالب: نبحث في أولهما في مفهوم الترشيح القانوني، وفي المطلب الثاني بيان منح الاهلية على وفق قانون الاحوال الشخصية العراقي بالرقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل، ثم في المطلب الثالث نبحث منح الاهلية على وفق قانون رعاية القاصرين بالرقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)، ورابع المطالب سيخصص لمنح الاهلية على وفق قانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل، وقانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤).

مفهوم منح الاهلية (الترشيد القانوني)

The first topic

The concept of granting "eligibility legal rationalization"

لم تتعرض التشريعات القانونية الى وضع تعريف لمفهوم الترشيد القانوني للقاصر، إلا أن بعض فقهاء القانون تعرضوا لبيان هذا المفهوم، ومن أجل توضيحه، سنتعرض الى بيان تعريفه وبيان الحكمة من تشريعه وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: تعريف الترشيد القانوني (Defining legal

rationalization) ذهب الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol)، والفقيه رايبرت (ripert) الى تعريف الترشيد بأنه: "عمل قانوني يسمح للقاصر قبل بلوغه سن الرشد بتسيير شؤونه الخاصة وادارة اعماله"، ويمكن ايراد الملاحظات الآتية على

التعريف (Planiol (M) et Ripert 1952, p 677, n°615):

١- ان الترشيد هو تحول في الاهلية ويلزم من هذا التحول انقلاب اهلية القاصر من ناقص الاهلية الى كامل الاهلية؛ مما يؤدي هذا التحول والتبدل إلى انقلاب التصرفات القانونية برمتها سواء أكانت على المستوى المدني أم الجنائي أم التجاري وما شابه ذلك من التصرفات، والتعريف المذكور آنفاً حصر في السماح القانوني بتسيير شؤونه وادارة اعماله.

٢- يفهم عبر التعريف بأن هذا السماح يمكن سلبه منه، تبعاً لمنشأ هذا العمل القانوني، على وفق القاعدة المشهورة من بيده التعيين بيده العزل، وبالتالي فإن السماح القانوني يمكن أن يكون مؤقتاً، ونرى ان هذا القول مجاف لواقع الاهلية الكاملة التي لا يمكن سحبها ومنحها الا لمصلحة تفوق أو تساوي مصلحة النظام العام. في حين ذهب آخرون الى تعريف ترشيد الاهلية بأنه: "المنحة التي يتخلص فيها القاصر من السلطة الابوية والولائية" (Aubry et Rau :, 1964, p871, n°535). ونرى في هذا التعريف الملاحظات الآتية:

١- تقييد القاصر بالتخلص من السلطة الابوية في منحه الاهلية بفرضين احدهما السلطة الابوية، وهذا الفرض يمكن ان يتخلص منه القاصر بوفاة الابوين أو فقدهما الاهلية؛ ولذا فإن التخلص من السلطة الابوية غير محصور في سلب السلطة الابوية في القانون، بل يمكن في غيره ايضاً.

٢- على فرض وفاة الابوين أو اسقاط السلطة منهما، فإن السلطة الولائية للقاصر يمكن أن تسقط طبيعياً كذلك، وبحكم القانون فيما إذا قام القاصر المميز بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً له، إذ أن هذا الاسقاط مفترض عن القاصر، لاسيما ناقص الاهلية.

وذهب جانب آخر من الفقهاء الى أن منح الاهلية هو نظام قانوني يهدف الى منح القاصر الذي بلغ سناً معينة اهلية الرشد"، ونرى إن في هذا التعريف هو الانسب؛ بحكم إن الاهلية وما يتعلق بها من احكام تعد من النظام العام، وأي اخلال لهذا النظام سيؤدي الى الفوضى التشريعية والمساس بالقيم العليا للمجتمع (Delestrain 1984, p170).

الفرع الثاني: الحكمة من منح الاهلية (الترشيد)

Section Two: The wisdom of granting eligibility

يهدف نظام منح الاهلية حماية القاصر وامواله بالدرجة الاساس، إذ تفرض بعض الظروف الاجتماعية والاقتصادية لتجاوز مانع السن القانوني الذي تشترطه القوانين بصورة عامة، إذ بمقتضى الترشيح سيكون القاصر مؤهلاً لممارسة الاعمال والتصرفات بشتى انواعها، ومن اجل رفع العراقيل ووضع القاصر المرشد ذو المؤهلات العقلية والبدنية في الاندماج في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، تسعى التشريعات عموماً لوضع الضمانات لكل الاطراف التي تتعامل معه ، ولاسيما اذا كان هذا الطرف لم يبلغ السن القانونية، ومنح الاهلية لا يقتصر على الشخص الذكر فحسب، وإنما يشمل الاشخاص الطبيعيين (ذكوراً أم اناثاً)، ومبدأ حماية القاصر في القوانين العراقية جاءت منسجمة ومبادئ حماية الطفل العالمية، ومن أجل جعل القاصر الذي يمتلك المؤهلات التامة المشترطة في القوانين لدمجه في المجتمع، ارتأ المشرع العراقي في قوانينه المختلفة لمنح من هو دون السن القانونية الاهلية اللازمة لممارسة التصرفات؛ بغية اخراجه من الحجر الذاتي؛ ليستغل المؤهل طاقاته التي من شأنها تجعله أن يستغل الفرص التي تعرض عليه من تكوين حياة اسرية، وجني ارباح وكسب، وفي الوقت نفسه يسعى التأهيل الى دمج في المجتمع وبناءه؛ لئلا يكون عالة عليه، وربما يكون بقاء اموال القاصر والقاصر نفسه على ما هو عليه من القصر يؤدي الى حرمانه واصابة ذمته المالية بالضرر (د. سامية الدولة، ٢٠٠٨، ص: ١٧).

المبحث الثاني

منح الاهلية بالزواج في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

The second topic: Granting the capacity to marry in the Iraqi Personal Status Law No (188) for the year (1959)

لا يقتصر الزواج على كامل الاهلية الفعلية، بل يمكن أن يتعدى لمن هو دون من بلغها، إذ أن القواعد العامة يمكن استثنائها بقواعد خاصة على وفق القاعدة الاصولية "ما من عام الا وخص"، وبما أن قانون الاحوال الشخصية بقواعده الموجودة فيه يحكم العلاقات التي ترتبط بالأسرة، فإن السن القانونية للزواج لا بد من ان تبين في تلك القواعد، والمشرع العراقي لم يخرج عن هذا المألوف في بيان السن القانونية للزواج، إذ ذهب في المادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل الى توضيح هذه السن وذلك بقولها: "يشترط في اتمام اهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة". وبحسب المادة المذكورة أنفاً فإن اهلية الزواج واضح فيها شرط بلوغ الصغير الثامنة عشر من عمره بتمامها، وليس ببلوغها من اليوم الاول من السن المذكور، بيد أن هذا العموم لا يسلم من التخصيص، إذ ذهبت المادة الثامنة من القانون المذكور أنفاً الى جواز منح الأذن في الزواج لمن هو دون السن القانونية المذكورة، إذ جاء في المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل القول:

"١ - إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج.

٢ - للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية". ومن أجل توضيح المادة المذكورة آنفا لا بد من التطرق للأمور المذكورة فيها وعلى النحو الآتي:

أولاً: أن يكون الطلب المقدم الى المحكمة من قبل الشخص القاصر نفسه دون سواه ، وهذا منافٍ لتوجهات المشرع العراقي وقضائه من قبول وتقديم الطلبات من قبل القاصر الذي لم يحصل على الأذن القانوني في إتمام اهليته، إذ قبل الأذن لا اهلية تذكر، إذ ذهبت المادة (٣) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل بوجود قبول الدعاوى لدى المحاكم العراقية يجب أن تصدر من له اهلية الخصومة، إذ جاء في المادة المذكورة آنفا القول: "يشترط أن يكون كل من طرف الدعاوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعاوى والا يجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق".

وعلى الاساس المذكور آنفاً أكدت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها عدم صحة التصرف الصادر من شخص غير مؤهل قانونياً على وفق القوانين العراقية، فإذا كان الشخص لا يزال قاصراً ولم يتزوج بأذن المحكمة لا يصح منه التقدم في بدء اجراءات دعوى معينة بحكم ان الاجراءات القانونية في الدعاوى تعد من النظام العام ولا يجوز مخالفة هذا النظام، وإن بلغ السن الثامنة عشر من عمره لكنه تزوج من دون أذن المحكمة وعليه لا يمكن منح الاهلية القانونية له؛ وقررت المحكمة المذكورة آنفاً في تصرفه بتوكيل محامي للدفاع عنه غير صحيح، والزمت المحكمة المذكورة آنفاً ضرورة تدخل شخص ثالث (وليه) في تقديم طلب الى المحكمة المختصة (قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣١٤٤ / هـ ح ش / ٢٠١٨)).

وربما يقال في توجيه المقصود من الطلب المقدم الى المحكمة ليس من القاصر، وإنما من قبل وليه، ويجاب عن ذلك باحتمالين:

١- الطلب مقدم من الولي أو من يقوم مقامه قانوناً، عندها ليس هناك داع من استخدام لفظ أن يقدم القاصر طلباً الى المحكمة، فكان أولى بالمشرع أن يقول ويقدم وليه طلباً الى المحكمة.

٢- لو تنزلنا وقلنا أن الطلب مقدم من الولي او من يقوم مقامه قانوناً، ما الفائدة من ادراج موافقة الولي من عدمها إذا كان الولي قد قام بتقديم الطلب، أليس تقديم الطلب يعد موافقة ضمنية لرغبة الولي في تزويجه؟ وإذا فرضنا أن الولي قدم الطلب ولم يوافق على تزويجه، يصبح تقديم الطلب وموافقة الولي من عدمها تحصيل حاصل، فكان أولى بالمشرع العراقي الانتباه للإشكالات التي ترد على نص المادة المذكورة آنفاً.

ثانياً: يظهر عبر تتبع النص القانوني في المادة المذكورة آنفاً، أن اهلية القاصر متحققة وما قرار القاضي الا كاشفاً عنها ؛ وذلك عبر الالفاظ المستخدمة في النص المذكور آنفاً بقولها: "إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية"، إذ أن العبارة توحى على أن الاهلية متحققة والقاضي جل ما يقوم به هو التثبت منها بالقرائن التي تشير الى اهليته، وبحسب علمنا لم نجد قراراً قضائياً أو توجيهاً من قبل احد القضاة الى الكيفية التي يتم عبرها الاستدلال الى اهليته، والمفروض أن يقوم القاضي من اختبار اهليته بواسطة الخبرة، أو الشهود من سلامة تصرفاته في الحقوق واداء الالتزامات الملقى عليه؛ بحكم أن

الاهلية هي واحدة في التعريف وهي: "صلاحية الشخص بأن تتعلق حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الاعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق" (د. سليمان مرقص ١٩٦٦، ص: ١٧٣). والاهلية التي يجب ان تتوافر شروطها في التصرفات في الشخص هي تلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؛ بحكم أن الزواج تترتب عليه تبعات اسرية مالية واجتماعية قد تكون ضارة لكلا الزوجين، أو احدهما، وكذلك بالنسبة للزوجة من وجود منافع مالية بشأن مهرها ونفقتها والهدايا، و في الوقت نفسه القول في الهبات التي ممكن أن يحصلها الزوجان عبر العقد الذي يحصل بينهما من الاقارب والاحباب (د بريك فارس حسين الجبوري ٢٠١٩، ص: ٤١ - ص: ٤٢).

ثالثاً: فرقت المادة (٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل في تزويج القاصر بين من اكمل الخامسة عشر من عمره، وبين من بلغ الخامسة عشر من عمره، إذ شدد في الشروط الواجب توافرها لمن اكمل الخامسة عشر من عمره، لاسيما من التأكد من اهليته، بينما لم يشترط في الشروط الواجب توافرها في من بلغ الخامسة عشر من عمره، إذ اشترط في هذا الاخير شرط البلوغ الشرعي أي: الإمارات التي يمكن ان تكون دليلاً على البلوغ وهي محل وفاق بين المذاهب الاسلامية المختلفة، إذ تعتمد المذاهب الاسلامية المختلفة على العلامات التي تخص الذكر، والانثى مع الاختلاف اليسير بينهما، فإذا وجدت المحكمة أحد هذه العلامات، عدَّ هذا الشخص بالغاً، وذا أهلية وهي على النحو الآتي:

- ١- الاحتلام وانزال المنى.
 - ٢- ظهور شعر العانة والابط.
 - ٣- الحيض بخصوص البنت.
 - ٤- فإذا لم تبيّن هذه العلامات يلجأ المشرع الاسلامي الى تحديد سن معينة، بيد أنها تختلف باختلاف المذاهب ورؤيتها الفقهية في التقليد، إذ يذهب فقهاء الحنفية الى أن سنّ البلوغ ثمانية عشر سنة هلالية (قمرية) بالنسبة للذكر، وأما الانثى تكون سبعة عشر سنة، وعند جمهور فقهاء المسلمين في سن خمسة عشر سنة، وأما المالكية تكون البنت بلوغها ثمان عشرة سنة، وأما فقهاء الامامية فإنهم ذكروا سن البلوغ للذكر خمس عشرة سنة، وللأنثى تسع سنوات هلالية (د. عباس علي سلمان ، ٢٠٢٠، ص: ٨١).
- ونرى بأنه كان الاجدر من المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية المذكور أنفاً أن لا يفرق بين هذين الصنفين من القاصر، أو كان بإمكانه وضع شروط مشتركة بينهما، ويعيد صياغة القاعدة القانونية الخاصة بهذا الشأن.

المبحث الثالث

منح الاهلية في قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠).

The third topic: Granting eligibility in the Iraqi Minors Care Law no (78) for the year (1980)

بحسب القاعدة القانونية الواردة في المادة (٦) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل فإن سن الرشد هو ثمانية عشر سنة (المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) ودون هذه السن المحددة قانوناً لا تصح التصرفات التي تصدر من القاصر المميز وغير المميز، ولا سيما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وبحسب قانون رعاية القاصرين بالرقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)، فإن القاصر يخضع في التصرفات التي ترجع اليه الى القانون المذكور آنفاً. وقانون رعاية القاصرين العراقي ذكر وبشكل واضح في المادة (٣) منه الفئات التي يسري عليها القانون، إذ جاء القول فيها:

" اولاً - يسري هذا القانون على :

أ - الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية.

ب - الجنين .

ج - المحجور الذي تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها .

د - الغائب والمفقود .

ثانياً - يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك".

والذي يهمننا من المادة المذكورة آنفاً هي الفقرة الاولى/ التي جاءت لتبين من هو القاصر الذي يخضع للقانون المذكور آنفاً، وأخرجت القاصر الذي اكمل الخامسة عشر من عمره الذي تزوج بإذن المحكمة وعدته كامل الاهلية، ولم تنوه أو لم تفصل وتفرق بين من اكمل الخامسة عشر، أو من بلغها على خلاف المادة (٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي فرقت بين من بلغ واكمل الخامسة عشر من عمره.

وبمعنى واضح ايضاً فإن النص جاء مطلقاً في أن كمال اهلية القاصر يكون في تزويجه بإذن المحكمة، وبيان هذا: إن التصرفات القانونية بما فيها من التزامات أو حقوق للمتزوج القاصر تصح منه مطلقاً ايضاً، وربما يثار سؤال مفاده: إذا انفصمت عرى الزوجية بالفسخ أو الطلاق أو الموت وما شابه ذلك من الاوضاع القانونية والشرعية هل يبقى من تزوج بإذن المحكمة كامل الاهلية؟ أم يرجع الى ناقصها ويصبح قانون رعاية القاصرين من القوانين الواجبة التطبيق على التصرفات المتعلقة فيه؟ ويكمن الجواب عن هذا التساؤل بملاحظة مجموعة أمور وهي كما يأتي:

١- لم يتناول المشرع العراقي بكل قوانينه حالة رجوع المتزوج الى الحالة السابقة من الاهلية، وعدم تناول المشرع على مثل هذه الحالة يكشف بطريق الاستصحاب بقاء الاهلية الكاملة للقاصر المتزوج بإذن المحكمة، ويترتب على تصرفاته ما يترتب على كامل الاهلية الفعلي، على خلاف ما تناوله المشرع العراقي في قانونه المدني بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) في حالة الاذن بالتجارة، وكما سنرى لاحقاً في المطلب الثالث.

٢- من أجل المحافظة الحقوق المكتسبة على وفق مبدأ استقرار المعاملات والاطمئنان القانونية، إذ من غير المنطقي قانونياً واخلاقياً ونفسياً أن يجد من كان بالأمس يدير عائلة ورب اسرة انيطت به مسؤولية كبرى في ادارة لبنة من لبنات المجتمع يضحى قاصراً ومحدود التصرفات، وعلى اثر هذه التعليقات لا بد من الحكم عليه بأن اهليته

كاملة ولا يحد منها الا العوارض والموانع العامة التي تنص عليها القوانين(د بريك فارس حسين الجبوري ص: ٤٤).

٣- تأكيداً لما ذكر آنفاً، فإن محكمة التمييز العراقية وفي قرار لها ايدت التوجه بمنح الاهلية الكاملة على وفق المادة (٣/أ) من قانون رعاية القاصرين بالرقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) المعدل بالاعتماد على من تزوج وقد اكمل الخامسة عشر من عمره بأنه كامل الاهلية وتصح منه التصرفات القانونية بما فيها الخصومة القضائية، إذ جاء في القرار المذكور لها القول: "استناداً لإحكام الفقرة (أ) من المادة(الثالثة/ اولاً) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ تصح خصومة من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بإذن المحكمة باعتباره كامل الاهلية"(قرار محكمة التمييز العراقية بالمرقم (٥٨٨)، ٢٠١١، ص: ٥١)، إذ يظهر عبر هذا القرار القضائي أن المحكمة عملت بإطلاق المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)، وعلى إثر هذا القرار سيكون بمقدور القاصر المتزوج بأذن المحكمة من اكمل الخامسة عشر من عمره صلاحية القيام بكل التصرفات القانونية بما فيها البيع والشراء واعمال التقاضي والتوكيل وما شابه ذلك من التصرفات والاعمال القانونية.

ومن الجدير بالذكر إن المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين العراقي المذكورة آنفاً منحت كمال الاهلية لمن اكمل الخامسة عشر من العمر دون من بلغها، وبهذا يكون المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين العراقي التفت الى التمييز بين من بلغ الخامسة عشر ولم يقرر له احكاماً خاصة به، وبين من اكمل الخامسة عشر من العمر وعده كاملاً الاهلية(د. عصمت عبد المجيد بكر، ١٩٨٩، ص: ٣٠٤).

وبالرجوع الى المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم(٧٨) لسنة (١٩٨٠) نجد ان المادة المذكورة استنتجت من منح الاهلية الكاملة من سريان وتنفيذ القانون عليه، إذ يلاحظ في العبارة التي اكدت خروج ناقص الاهلية الممنوح الاهلية الكاملة له بقولها: " اولاً - يسري هذا القانون على : أ - الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية". أما من بلغ الخامسة عشر من عمره فيبقى سريان القانون نافذاً بحقه وإن تزوج بإذن المحكمة، وفي الوقت نفسه فإن القانون المذكور آنفاً وجه الى أن هناك فئات يمكن ان تصبح ناقصة أو معدومة الاهلية بإذن المحكمة، لكنه لم يوجه أو لم ينص على أن الاهلية الكاملة يمكن لها أن تصبح اهلية كاملة ويحق لمن منحت له التصرفات القانونية في موارد من دون موارد أخرى. وعلى هذا الاساس والمبنى القانوني والفقهية، خالفت المحاكم العراقية قراراتها في منح الاهلية الكاملة لجميع التصرفات القانونية على اقل التقادير لمن اكمل السن الخامسة عشر من العمر، إذ عدت التصرفات التي يقوم بها المأذون في الزواج تتصل بالحالة الزوجية فقط دون سواها، إذ جاء في القرار التمييزي لمحكمة استئناف بغداد-الرصافة بصفتها التمييزية- المرقم (١٦٠٩) (هـ،أ، ٢٠٠٠) في (٢٠٠٠/٩/٦) الذي جاء فيه القول: "أن المميز (-) في الخامسة عشر من عمره يعتبر بالغاً فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، أما فيما يتعلق بالقضايا المالية والتجارية فإنه يعتبر ما زال قاصراً".

ويمكننا ايراد الملحوظات على القرار المذكور آنفاً، وعلى النحو الآتي:

١- مع جل الاحترام للقرار وتطبيقه، الا إن القرار مجاني للصواب، إذ أن الاصول الفقهية وقواعدها تبقى قواعد ذات تطبيق عام مالم يرد التخصيص، بمعنى آخر: أن الاستثناء الوارد في قرار المحكمة يحتاج الى نص قانوني يستثني الصلاحيات المخولة لكامل الاهلية الوارد في قانون رعاية القاصرين بالرقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)، وهذا يعني تحكم بلا دليل.

٢- يلاحظ في قرار المحكمة الموقرة إنها لم تفرق بين من اكمل الخامسة عشر من العمر

وبين من بلغ الخامسة عشر من العمر، إذ ان الاول تكون اهليته كاملة واحكامها تعد من النظام العام لا يجوز لأي شخص مهما يكن ان يمس تلك الاحكام(المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

٣- إن قانون رعاية القاصرين بالرقم(٧٨) لسنة (١٩٨٠) قانون خاص مقيد للقانون المدني الذي يعد قانوناً عاماً (الخاص يقيد العام)؛ وبذا يكون للقاصر الاهلية الكاملة في التصرفات جميعها بما فيها الدائرة بين النفع والضرر والضارة محضاً، فضلاً عن النافعة نفعاً محضاً.

٤- من جانب آخر ان ما ذهب اليه القرار التمييزي يتنافى ويتعارض وطبيعة التأهيل الخاصة في التصرفات الممنوحة بأذن المحكمة في المقدار المعين من المال وبموجب المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل الذي جاء فيها القول: " للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له، ويكون الاذن مطلقاً او مقيداً" والترخيص من الولي واضح في المادة المذكورة آنفاً، وقد يحصل من دونه احياناً في الاعمال التجارية.

٥- بالإضافة لما ذكر اعلاه في اعتباره بالغاً في ما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية فإن هناك من الاعمال والتصرفات التي لا تقيمه من سائبة صفة القاصر الذي لا يجوز له التصرف فيها إذا كان قاصراً كالتصرفات الضارة ضرراً محضاً وفي نطاق الأحوال الشخصية فكيف يكون حلها على وفق القرار المذكور، ومثالها متعلقات الجوانب المالية المرتبطة بأحواله الشخصية، مثلما مال المخالعة في الطلاق الخلعي والتنازل عن الهبات والهدايا والاثاث الزوجية، وكل ما ذكر لا يستقيم مع وجهة نظر القرار التمييزي الذي كان من المفروض المحافظة على نظام الحماية القانونية للقاصر، وليس على حساب المسؤولية القانونية المدنية(القاضي ناصر عمران، منشور على موقع الويب الالكتروني <https://www.hjc.iq>).

المبحث الرابع

منح الاهلية التجارية في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، وقانون
التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)

**The fourth topic: Granting commercial eligibility in the Iraqi
Civil Law No (40) for the year (1951), and the Iraqi Trade
Law No (30) for the year (1984)**

تتطلب النشاطات التجارية الخبرة العملية والمهارة في ادارة الصفقات التجارية؛ لما تنطوي عليه من ارباح وخسائر، وهي بهذا الوصف فإن الاعمال التجارية تصنف ضمن التصرفات التي تدور ما بين الاعمال النافعة والضارة على اقل التقادير، ويتوجب للقيام بهذه الاعمال الاهلية الكاملة، وقد يرغب القاصر سواء أكمل الخامسة عشر من عمره أم بلغها للقيام بالأعمال التجارية، وبطبيعة الحال فإن القوانين لا تسمح له بذلك، ولكن من اجل اضافة المشروعية للقاصر للقيام بالأعمال التجارية، تذهب التشريعات الى اعطاء الأذن وبشروط خاصة، ومن اهم هذه الشروط اكمال السن الخامسة عشر، وأذن الولي، والسماح بممارسة بعض الاعمال للتجربة حمايةً للقاصر وللأموال من الضياع والخسارة (د. المعتصم بالله الغرياني، ٢٠٠٧، ص: ٧٥).

وقانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤) المعدل لم يتعرض الى احكام المؤهل القاصر، الا أنه تعرض الى اهلية ممارسة التجارة بصورة عامة في المادة (٨) من القانون المذكور أنفاً بقولها: "يشترط في التاجر أن يكون متمتعاً بالأهلية".

والاهلية التجارية المقصود منها هي صلاحية الشخص لاحتراف الاعمال التجارية بما يترتب عليها من آثار نتيجة ممارسة هذه الاعمال (د. هاني دويدار، ٢٠٠٨، ص ١٣١، وكذلك د. محمد السيد الفقي ٢٠١٠، ص: ١٤٨). ومسبقاً وقبل أن نتعرض الى مضمون المادة التي تمنح الاذن لمن اكمل الخامسة عشر من العمر، لا بد من أن نؤكد بان المشرع العراقي ذكر وبصريح العبارة وفي قاعدة أمره لا يمكن مخالفتها بأن سن الرشد على وفق القواعد العامة هو من اكمل الثامنة عشر من العمر، إذ جاء في المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل القول: "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة"، وواضح من النص أن الرشد يعني به كمال العقل والاهلية الكاملة" إذ بموجب هذا الرشد وبغض النظر عن السن يكون له كامل الاعمال والتصرفات القانونية ويصح منه أي تصرف سواء أكان هذا التصرف مدنياً أم تجارياً أم غيره. وتأسيساً لما ورد في الفقرة المذكورة اعلاه، فإن المدار والمناطق في صحة التصرفات هو الرشد، وعوداً على منح الاهلية في القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل، فإن الاهلية الممنوحة لمن اكمل الخامسة عشر من العمر لا يمنح فيها اهلية اجازة بالجزء، بل تمنح الاهلية فيها بالرشد الذي هو مناط التصرفات القانونية الكاملة، إذ جاء في المادة (٩٩) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل القول: "الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد.. وهذا التنزيل المذكور في المادة المذكورة أنفاً تنزيلاً حقيقياً وليس حكماً لما يترتب من آثار واحدة على التصرفات التي منحها القضاء له مع البالغ الراشد، وعلى وفق هذا المعنى لا يبقى فرق بين الاجازة بين الكل والجزء، ولا على التجارة المطلقة والمقيدة بالتجربة (د. مصطفى كمال طه، ٢٠١٢، ص: ٣١٤) واستثناء القاصر من مزاوله التجارة لا تعطى لمن بلغ الخامسة عشر من العمر، وإنما تعطى لمن اكمل الخامسة عشر منه على شرط التمييز (د. محمد سامي، ص: ٩٨)، إذ

من الممكن ان تؤول ملكية محل تجاري او حصة في مشروع فردي أو اسهم في شركة مساهمة الى ما شابه ذلك الى صبي غير مميز الا أن هذه الملكية لا تمنح الصغير المميز صلاحية التصرف والمشاركة مالم يكمل الخامسة عشر من عمره، فضلاً عن غير المميز، إذ القيد واضح في المادة (٩٨/الفقرة ١) من القانون المدني العراقي ذو الرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل الذي جاء فيها القول: "للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له، ويكون الاذن مطلقاً او مقيداً. ونلاحظ على المادة المذكورة أنفا جملة من الملحوظات نذكرها على النحو الآتي:

١- يظهر من الناحية اللغوية إن المال المسلم الى الصغير يكون من مال الصغير حصراً لعود الضمير في كلمة (من ماله) عائدة المال الى الصغير، لكن لا يمنع اعطاء الولي من ماله الخاص.

٢- قيد الترخيص من المحكمة لولي الصغير ظاهر منه أن الترخيص تدخل في ولاية الولي، وهذا التدخل يحتمل سببين مهمين هما:

أ- إن الاعمال التجارية من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر بحسب المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي، ولعل ترجيح الضرر فيها اكبر، وهذا الاحتمال غير مبرر؛ لأن هذا الترخيص يجعل كل الاعمال المتصفة بهذه الصفة يؤدي فيها الى تدخل المحكمة، وهذا لم يقل به احد بحكم ان تصرفات الصبي المميز التي تكون بهذا العنوان يلزم منها إذن الولي لا اكثر ولا اقل (المادة ٩٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

ب- الاعمال التجارية من الاعمال الخطرة ومزاولة تلك الاعمال من قبل غير المرخص له سيؤدي الى ضياع حقوق الاطراف المتعاملة، لاسيما الصغير المحمي بموجب القوانين الوطنية والاعراف الدولية (د. عزيز العكيلي، ٢٠٠٨، ص: ١٣٤). ومن الجدير بالذكر في حالة اخفاق القاصر المأذون في التجارة ولأي سبب كان تسحب اهليته ويوضع تحت الحجر اسوة بالبالغ المحجور عليه لسفه او لعته حتى يبلغ، بحكم أن الاهلية من النظام العام، ومناطق التحكم بها أو علة وجودها هو الرشد، واذ ظهر عدم الرشد وهذا الرأي الذي نتبناه ليس جزافياً، وإنما نستدل عليه بأمر مهمته وهي على النحو الآتي:

١- عبر المادة (١٠١/الفقرة ٢) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل، إذ جاء فيها القول: "٢ - وللمحكمة بعد الاذن ان تعيد الحجر على الصغير.

إذ واضح من المادة المذكورة أنفاً، إن المشرع بعد أن اعطى الترخيص للمحكمة في الاستيضاح من اهلية الصغير المأذون في المادة (٩٨) فيما إذا اكمل الخامسة عشرة يأذن له في التجارة تجربة له وتصبح اهليته كاملة، فإذا فقدت هذه الاهلية فإن للقاضي الحق في حجر المأذون لكونه كامل الاهلية لا لأنه صغير؛ بحكم أن الصغير محجور لذاته، ولا يقال ان الحجر هنا ارجاع للمادة (٩٤) من أن الصغير محجور لذاته فحينئذ يصبح تكرار النص عبثياً لامعنى له ويعد هذا خلاف حكمة التشريع في القانون الواحد والفرق واضح في اصل الحجر واطراف صفته الى الصغير المأذون، لولا أن رأى الصغير اصبح ذا اهلية كاملة واستلزم لسفه او عدم ادراكه الحجر عليه (المادة ٩٤) القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

٢- إن احكام الاهلية من النظام العام التي لا يجوز التغيير والتلاعب باحكامها، لذا منح المشرع القانوني بصورة عامة مندوحة الحجر على من اكمل الاهلية دون ان يمنحه فرصة الحط من الاهلية؛ وبذا يكون المشرع وحد الاحكام الخاصة بالحجر، مما سمح هذا الى قيام القاضي بالحجر على الصغير الى أن يتم الثامنة عشر من عمره وهذه حسنة تحسب للمشرع العراقي في توحيد احكام الحجر (المادة ٩٥) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).

٣- إن قيام الاهلية هي الاصل وفقدتها وسلبها هو استثناء لهذا الاصل، وهذا الاصل مقرر بحكم القانون، إذ جاء في المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) النص: " كل شخص اهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها".

النتائج والتوصيات (Recommendation and Results)

من نافلة البحث ان نختم بحثنا بجملة من النتائج والتوصيات وهي كالآتي:

اولاً: النتائج (Results)

- ١- على وفق القواعد القانونية التي ذكرت في مختلف القوانين العراقية فان المشرع العراقي ذهب الى منح الاهلية الكاملة لمن بلغ السادسة عشر من عمره، بيد انه شدد القيود في حال طلب الزواج لمن اكمل الخامسة عشر من عمره، وخففها لمن بلغ الخامسة عشر منه.
- ٢- الاهلية الممنوحة لمن اكمل الخامسة عشر منه عمره في التجارة اهلية ناقصة بحدود العمل التجاري المأذون به.
- ٣- ناقض القضاء العراقي بين حكمين مختلفين في من اكمل الخامسة عشر من عمره بين منحه الاهلية الكاملة وبين الاهلية المقيدة (الناقصة).
- ٤- الاهلية الممنوحة للقاصر مقتصرة لمن تزوج في اروقة المحكمة، اما اذا كان الزواج خارج المحكمة فلا اهلية ويبقى قاصراً وان كان حاله متزوجاً.
- ٥- الزواج فيه جنبتان بالنسبة للقاصر اولهما: الحياة الزوجية وتكوين الحياة الاسرية وهذه هي التي يمنح القانون اليها الاهلية، واما ثانيهما الجنبية المالية وتأرجح القانون والقضاء في منحها من عدمه، بحكم ان الحياة الزوجية فيها الكثير من القضايا المالية كالنفقة والمهر والتعويض وما الى شاكل ذلك من الامور التي تمس وتخص الحياة الزوجية فتكون اعمال الزواج دائرة بين النفع والضرر، والتي يستوجب فيها منح الاهلية للقيام بهاتين الجنبتين.

ثانياً: التوصيات Recommendation

- ١- نوصي المشرع العراقي بإلغاء المادة الخامسة من قانون الاحوال الشخصية العراقي الذي يتضمن النص فيها تناقضا في تحقق الاهلية بين اهلية القانون واهلية التشريع الاسلامي.
- ٢- نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية بما يتناسب ووحدة التشريعات العراقية في تحديد سن الاهلية.
- ٣- نقترح بأن يكون من تزوج خارج المحكمة وكذلك من يكون تزوج في المحكمة كامل الاهلية لما تقتضيه المصلحة الواحدة في كليهما، لاسيما من ذهب المشرع العراقي الى عدم المساس بالنظام العام والاهلية تعد منه، فمن صادقت عليه المحكمة وتزوج خارج المحكمة تعده كامل الاهلية مثلما الحال في من تزوج داخلها.

المصادر والمراجع : References أولاً: المصادر القانونية (Legal sources)

- ١- د بريك فارس حسين الجبوري وفارس هاشم حسين الجبوري، كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسة، مج ٨، العدد الاول، ٢٠١٩.
- ٢- د محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- ٣- د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٦٦.
- ٤- د. المعتمد بالله الغرياني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٥- د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، مج ١، نظرية العقد والارادة المنفردة، ط ٤، ١٩٨٧.
- ٦- د. سامية الدولة، سن الرشد في المنظومة القانونية، مجلة القضاء والتشريع، عدد ايار، ٢٠٠٨.
- ٧- د. عباس علي سلمان، النظام العام وأثره في مسائل الاحوال الشخصية (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٢٠.
- ٨- د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، نظرية العقد، المجمع العلمي الاسلامي، منشورات محمد الداية، لبنان.
- ٩- د. عصمت عبد المجيد بكر، الاحكام القانونية لرعاية القاصرين، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٩.
- ١٠- د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، ط ٢، دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- ١١- د. مصطفى كمال طه، اصول القانون التجاري، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢.
- ١٢- د. هاني دويدار، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٨٨.
- عزیز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٨٨.
- ١٣- القاضي ناصر عمران، القاصر المتزوج بأذن المحكمة بين الحماية القانونية والمسؤولية المدنية

ثانياً: القوانين (laws)

- ١- القانون المدني العراقي بالرقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.
- ٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل.
- ٣- قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل.
- ٤- قانون رعاية القاصرين بالرقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)

٥- النشرة القضائية التي تصدر عن مجلس القضاء الأعلى، السنة الرابعة، العدد الثالث، ٢٠١١.

ثالثاً: المصادر الاجنبية (foreign references)

- 1- 1 Planiol (M) et Ripert (G) : " traité du droit civil Français", T1, les personnes . par planiol (M), L.G.D.J, 1952, p 677, n°615 .
- 2- Aubry et Rau : "Droit Civil Français", 7ème éd. Par Esmein (P) et ponsrd (A) - T.1, parandré ponsard, librairies techniques, 1964, p871, n°535.
- 3- Delestrain (P. DUP) : " Droit civil : capacité ", D.1984 .

رابعاً: المواقع الالكترونية (websites)

١- <https://iraqcas.hjc.iq/pdf1/5/2018.19.3144.pdf>

٢- <https://www.hjc.iq>.

Granting capacity (legal rationalization) in Iraqi laws

Dr. Abbas Ali Salman

Al-Bayan University

Alrodany16@gmail.com

Abstract:

Eligibility and its provisions are considered public order, as it may never be granted to any person, whether natural or legal, and at the same time, it may not be taken from any person either. However, legal legislation goes to exceptions in granting it or taking it from persons; There is a greater interest in care, as is the case in marrying off a minor who has not reached the legal age, or allowing him to engage in some business. The change will affect the provisions and the legal effects of the minor, and this is called rationalization of eligibility.