

النيابة عن ناقصي الأهلية وفاقيديها أمام القضاء المدني - دراسة مقارنة - (*)

د. تيماء محمود فوزي

أستاذ قانون المرافعات والإثبات المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

تعد مصلحة ناقص وعديم الأهلية من اجدر المصالح بالرعاية، وقد عني المشرع العراقي بتنظيم احكامها في العديد من القوانين مثل القانون المدني وقانون رعاية القاصرين.

الا ان هذه القوانين قد قصرت هذه الحماية على الحماية المدنية التي تتعلق بأموالهم وكيفية ادارتها والمحافظة عليها. ولم تنظم باباً مستقلاً للحماية الاجرائية لحقوقهم التي لا تقل اهميتها عن الحماية المدنية. لاسيما ان علمنا ان القانون يشترط في الخصم توافر الأهلية الاجرائية وهي اهلية الادعاء ليتمكن من مباشرة الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وهذا هو الأصل اذ يفترض في كل انسان ان كان اهلا للتقاضي ان يكون خصما في الدعاوى التي يقيمها او تقام عليه.

اما اذا كان ناقص او فاقد الأهلية كالصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، فلم يجيز لهم القانون الحضور بأنفسهم في الدعاوى التي تقام لهم او عليهم بل وجب ان ينوب عنهم من يمثلهم قانونا كالولي او الوصي او القيم واجاز لفئة اخرى ان تقوم بهذه المهمة استثناءً وهي دائرة رعاية القاصرين والحاضنة في حالة النفقة حصرا الأمر الذي اثار التساؤل عن حقيقة المركز القانوني لهؤلاء في الدعوى وعن مدى تطابق احكام النيابة المدنية على النيابة الاجرائية هذا ما حاولنا الاجابة عنه من خلال هذه الدراسة.

Abstract

The minus interest and civil colorless Agder care interests, the Iraqi legislator has me organizing rulings in several laws such as the Civil Code and the Code of care for minors .

However, these laws have limited this protection to civil protection concerning their money and how to manage and maintain. Did not organize Papa independent procedural protection of their rights which are no less importance for civil protection. Especially as we know that the law requires in rebate availability of civil procedural a civil claim to be able to exercise the rights to which they relate the case, and this is the original as is assumed in every man that was Welcome to litigation to be in adversary proceedings brought by or held it.

However, if the minus or incompetent Kalsgar and crazy and insane and Fools Thi negligence, not authorized by law to present themselves in suits that are held for them or for them, but shall be a nominee of the represented legally, guardian or values and passed for another

(*) أستلم البحث في ٢٥/٩/٢٠١٣ *** قبل للنشر في ١٩/١١/٢٠١٣.

class to do the job exception a circle foster care for minors and in the case of alimony exclusively which raised questions about the fact that the legal status of those in the suit and the compatibility of the provisions of the civil Prosecution Prosecution procedural this is what we have tried to answer him through this study.

إلقدمة

١. نبذة عن الموضوع:

تعد مصلحة ناقص وعديم الاهلية من أجدد المصالح بالرعاية، وقد عني المشرع العراقي بتنظيم احكامها في عديد من القوانين مثل القانون المدني وقانون رعاية القاصرين، الا ان هذه القوانين قد قصرت هذه الحماية على الحماية المدنية التي تتعلق بأموالهم وكيفية ادارتها والمحافظة عليها. ولم تنظم باباً مستقلاً للحماية الاجرائية لحقوقهم التي لا تقل اهميتها عن الحماية المدنية، ولا سيما أن القانون يشترط في الخصم توفر الاهلية الاجرائية وهي اهلية الادعاء ليتمكن من مباشرة الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وهذا هو الأصل ان يفترض في كل انسان ان كان اهلاً للتقاضي ان يكون خصماً في الدعاوى التي يقيمها أو تقام عليه.

اما اذا كان ناقص الاهلية أو فاقداه كالصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذوي الغفلة، فلم يجيز لهم القانون الحضور بأنفسهم في الدعاوى التي تقام لهم او عليهم بل وجب ان ينوب عنهم من يمثلهم قانوناً كالولي او الوصي او القيم وأجاز لفئة اخرى ان تقوم بهذه المهمة استثناءً وهي دائرة رعاية القاصرين والحاضنة في حالة النفقة حصراً مما يثير التساؤل عن حقيقة المركز القانوني لهؤلاء في الدعوى وعن مدى تطابق احكام النيابة المدنية على النيابة الاجرائية هذا ما حاولنا الاجابة عنه في هذه الدراسة.

٢. اسباب اختيار الموضوع وأهميته:

يحتل نظام النيابة اهمية كبيرة في الحياة القانونية ولا سيما ان تعلق الامر بأشخاص لا يملكون التعبير عن إرادتهم مثل ناقصي الاهلية وفاقديها ولا يتمكنون بذلك من مباشرة الدعوى وما يتعلق بها من اجراءات لذا وجب ان ينوب عنهم من يمثلهم قانوناً.

وان الاسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع هي ان القوانين المدنية التي عنيت بنظم أحكام النيابة القانونية ومراتبها لم تنظم احكام النيابة الاجرائية علماً انها ذات طبيعة خاصة تختلف عن النيابة المدنية فضلاً عن قلة الدراسات القانونية التي تناولت الجانب الاجرائي للحماية المدنية ان ركزت على تنظيم الجانب المدني فقط، فضلاً عن وجود نقص تشريعي فيما يتعلق بهذا الامر ولا سيما في قانون رعاية القاصرين.

٣. تساؤلات البحث:

يهتم هذا البحث يهتم بالإجابة عن التساؤلات الآتية:

١. تحديد مفهوم النيابة الاجرائية.
٢. بيان حقيقة المركز القانوني للنائب عن ناقص الاهلية وفاقداه في الدعوى.
٣. هل تصلح أحكام النيابة المدنية للتطبيق على النيابة الاجرائية عن ناقص الاهلية وفاقداه في الاحوال جميعها.
٤. هل ساوى القانون بين الولي والوصي والقيم في تمثيلهم للقاصر.

٥. في حال عدم قيام الولي والوصي والقيم بواجباتهم تجاه ناقص الأهلية وفاقيديها او عند تعارض مصالحهم مع مصلحة هذه الفئة فما هو الحل في هذه الحالة.
٦. هل يحتاج تحريك الدعوى والسير في اجراءتها الى اذن من دائرة رعاية القاصرين.
٧. هل ان النيابة عن ناقص الأهلية تخوله حلف اليمين عنهم والإقرار بحق والاستجواب.
٨. هل يمكن ان يكون للدعاء العام العراقي دوراً في حماية هذه الفئة متى وكيف.
٩. هل تجوز خصومة الحاضنة عن المحضون وما هي أحكامها وشروطها.

٤. منهجية البحث:

تناولنا المنهج الموضوعي الذي يقوم على الحيادية في تبني الآراء فضلاً عن المنهج (التحليلي) الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والمنهج المقارن اذ قارنا بين القانون العراقي والمصري والمنهج التطبيقي في عرض آراء المحاكم كلما تسنى ذلك.

٥. هيكلية البحث:

قسمنا هذا البحث بحسب الخطة الآتية:

المقدمة

المبحث الأول: ما هية النيابة.

المطلب الأول: تعريف النيابة.

المطلب الثاني: المركز القانوني للنائب عن ناقصي الأهلية وفاقيديها امام القضاء.

المطلب الثالث: تعريف ناقصو الأهلية وفاقدوها.

المبحث الثاني: احكام النيابة عن ناقصي الأهلية وفاقدوها امام القضاء.

المطلب الأول: نيابة الولي.

المطلب الثاني: نيابة الوصي.

المطلب الثالث: نيابة القيم

المبحث الثالث: احكام النيابة الاستثنائية عن ناقصي الأهلية وفاقيديها امام القضاء.

المطلب الاول: تمثيل ناقصي الأهلية وفاقيديها من قبل دائرة رعاية القاصرين.

المطلب الثاني: نيابة الحاضنة عن المحضون.

الخاتمة:

المبحث الأول

ماهية النيابة

تتطلب ممارسة الحقوق الإجرائية توفر الأهلية في صاحبها، والا وجب ان ينوب عنه من يمثله قانوناً. فنناقص الأهلية ومعدومها لا يتمكن من رفع الدعوى، الا بمن يمثله مما يثير التساؤل عن مدى تطابق احكام النيابة المدنية على النيابة الاجرائية، وللإجابة عن ذلك لابد ان نبين مفهوم النيابة، وتحديد معنى ناقص الأهلية وفاقيديها، لنحدد بذلك نطاقها ومن ثم بيان المركز القانوني للنائب عندما يحرك الدعوى المدنية الأمر الذي سنفصله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف النيابة.

المطلب الثاني: المركز القانوني للنائب عن ناقصي الاهلية وفاقيها.

المطلب الثالث: تعريف ناقصو وفاقدو الاهلية.

المطلب الأول

تعريف النيابة

لم تعرف القوانين المقارنة النيابة، وهذا أمر بدهي اذ تكون التعريفات من مهمة الفقه وليس المشرع، لذا عرّف الفقه النيابة بأنها "قيام شخص بإبرام تصرف قانوني بأسم ولحساب شخص آخر وتترتب آثار التصرف القانوني في ذمة الاصيل مباشرة"^(١)، في حين عرّفها آخر^(٢)، بأنها "حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه".

وعرّفها ثالث^(٣)، بأنها "قيام شخص يقال له النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص اخر ولحسابه يقال له الأصيل سواء اتم ذلك بإرادة هذا الاخير ام بجعل القانون على ان ينتج التصرف اثاره مباشرة في ذمة الأصيل".

ونلاحظ مما تقدم ان التعريفات السابقة قد اتفقت على وجود طرفين هما النائب والأصيل، وان اثار التصرف قد انصرفت الى ذمة طرف واحد وهو الاصيل، الا انه يلحظ على التعريف الأول: انه قد خلا من بيان مصدر هذه النيابة، وتلك الحال بالنسبة للتعريف الثاني لذا نجد ان التعريف الاخير هو الأدق لأنه حدد اطراف النيابة ومصدرها بان تكون الإرادة او القانون^(٤).

وعند الرجوع الى م (٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت "يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً، بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى والا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق" وهذا ما اخذ به قانون الولاية على المال المصري كذلك اذ أشار الى عدم جواز رفع الدعوى من ناقص الاهلية او فاقدها وانما يرفعها من ينوب عنه سواء اكان الولي او الوصي أو القيم^(٥).

يثير هذا الأمر التساؤل ألاتي هل ان مفهوم النيابة عن ناقصي الاهلية وفاقيها بحسب هذا النص هي النيابة نفسها بالمعنى المتقدم. على الرغم من عدم وجود من عرّف النيابة عن ناقص الأهلية إلا أننا نجد انها نيابة من نوع خاص يتمثل ووجه هذه الخصوصية بمباشرة الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وبما يتعلق بها من اجراءات والسير فيها حتى اصدار الحكم فيها ومن ثم الطعن فيه.

لذا يمكن ان نعرّف النيابة عن ناقصي الاهلية وفاقيها أمام القضاء بأنها نيابة من نوع خاص تخول صاحبها بموجب نص قانوني او قرار قضائي. القيام بالأعمال والإجراءات التي تحفظ حق ناقص الاهلية أو فاقدها وتخوله رفع الدعاوى والمرافعة فيها حتى إصدار الحكم، ومراجعة طرائق الطعن القانونية بشأنها.

(١) ينظر د. احمد هندي، الوكالة بالخصومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر - الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٤.

(٢) ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١، ص ٢٠٢.

(٣) ينظر د. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار الفكر الجامعي - بيروت، ٢٠٠٨، ص ١٩.

(٤) ينظر م(٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٥) ينظر (م/٣٩، ٦٤، ٧٨) من قانون الولاية على المال المصري الصادر بالمرسوم رقم ١١٩/ سنة ١٩٥٢.

هناك شروط يجب ان تتوفر للنيابة عن ناقص الاهلية او فاقدتها هي:

اولا- شرط الأهلية:

يجب ان تتوفر الأهلية في النائب وليس الأصيل لان الأصيل يكون غير اهل دائما- والمقصود بالأهلية هنا هي اهلية التقاضي- لانه اما ان يكون عديم الاهلية او ناقصها لذا ينيب القانون عنه نائباً فالولي او الوصي او القيم الذي يقيمهم المشرع نواباً عن الصغير او المحجور لابد من ان يتمتعوا بالأهلية اللازمة للتقاضي وهم بطبيعة الحال دائماً كاملو الاهلية اذ لا يتصور ان يعهد القانون برعاية مصالح عديمي الاهلية او ناقصيها الى من هو ناقص الأهلية والا انتفت الحكمة من اقامة النواب القانونيين^(١).

تتوفر أهلية التقاضي ممن له اهلية الاداء وعلى القاضي ان يتأكد من توفر أهلية التقاضي ومن صحة تمثيل فاقد الأهلية وناقصيها في مراحل الدعوى جميعها^(٢).

ثانيا- عدم تجاوز النائب حدود نيابته:

على الرغم من ان ارادة النائب تحل محل ارادة الاصيل، الا ان ذلك لا يعني انها حرة وطليقة، بل تعمل هذه الإرادة في الحدود التي ترسمها النيابة مهما كان مصدرها^(٣).

ويجب ان يلتزم النائب بالحدود المرسومة له في نيابته للقاصر والمحددة بموجب القانون إذ اشار قانون رعاية القاصرين الى بعض التصرفات التي لا يجوز ان يقوم بها الولي او الوصي الا بعد الحصول على اذن من دائرة رعاية القاصرين^(٤).

المطلب الثاني

المركز القانوني للنائب عن ناقصي وفاقي الأهلية امام القضاء

يتولى الشخص الكامل الاهلية مهمة الدفاع عن حقوقه اما اذا كان ناقص الاهلية او فاقدتها فيجب ان ينوب عنه شخص اخر، مما يثير التساؤل عن حقيقة المركز القانوني لهذا الشخص الذي ينوب عن غيره هل يمتلك الصفة في الدعوى (الخصومة) ام يكون وكيلاً بالخصومة ام ممثلاً قانونياً. ولغرض الاجابة عن ذلك لابد من بيان مفهوم الصفة والوكالة والنيابة في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الصفة (الخصومة)

يقصد بالصفة أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق او المركز القانوني المعتدى عليه لانه هو وحده صاحب الصفة فيها، وقد اشترطت م (٤)^(٥)، من قانون المرافعات العراقي، في المدعى عليه حتى تتحقق خصومته ان يترتب

(١) حلمي محمد الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص٤٦.

(٢) ينظر د. سمير عالية، نظرية الدعوى الشرعية، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٥، ص١٠٨.

(٣) اكرامباسل ذنون، المركز القانوني للنائب عن غيره في قانون ضريبة الدخل، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١٣، ص١٠٨.

(٤) ينظر م(٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل.

(٥) ينظر م(٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

على إقراره الحكم او ان يلزم بشيء على تقدير ثبوت الدعوى. لذا تصح خصومة الولي او الوصي او القيم بالنسبة لمال القاصر^(١).

وقد قصرت هذه المادة صفة الخصومة على المدعى عليه وهذا محل نظر اذ يفترض ان تتوفر في الطرفين هذه الصفة لذا نقترح ان يتم تعديل م (٤) لتصبح على وفق الآتي "يشترط في كل من المدعي والمدعى عليه ان يكون خصماً...".

ويلحظ من جهة ثانية ان هذه المادة استثنت من له السلطة في تمثيل غيره (كما في النيابة عن الصغير) من شرط الصفة . فيجب لمعرفة من له الصفة (الخصومة) البحث عن صاحب الحق موضوع الدعوى، لذا لا يجوز رفع دعوى لرد الاعتداء الا باسم صاحب الحق، المعتدى عليه، وله ان يتنازل عن هذا الحق ما دام يتمتع بأهلية تصرف ولا يقصد بتصرفه الإضرار بدائنه كتهريب امواله وليس لاحد ان يرغمه على رفع الدعوى انما هو الذي يقدر ذلك بحسب مصلحته، ورفع الدعوى من غير ذي صفة يفقد الخصم قيمته لان من خصائص الأحكام الا تكون حجة الا بين اطرافها فتكون غير صحيحة^(٢).

ويذهب البعض^(٣)، الى ان الصفة تتوفر في الشخص صاحب الحق او بالنسبة لمن ينوب عن غيره اي انهم اعطوا للنائب وصف الصفة في الدعوى. وهذا محل نظر لأنه يجب التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي (الصفة الاجرائية).

فالصفة في الدعوى هي شرط من شروط وجود الحق في الدعوى ويترتب على تخلفها عدم وجود الحق في الدعوى وهي لا تثبت الا للشخص صاحب الحق الموضوعي ويترتب على تخلفها عدم القبول^(٤).

اما الصفة في التقاضي (الصفة الاجرائية) فهي صلاحية الشخص في مباشرة الاجراءات القانونية بأسم غيره لذا تكون شرطاً لصحة الاجراءات، وللقاصر له الصفة في الدعوى اما الوصي فله الصفة في التقاضي عليه لذا لا يعد النائب هو المدعى او المدعى عليه انما يبقى المدعى والمدعى عليه صاحب الصفة الاصلية في الدعوى^(٥).

وبناءً على ما تقدم يتوجب على النائب ان يثبت اولاً صفة صاحب الدعوى (القاصر) ثم يثبت سلطته بوصفه ممثلاً لمباشرة الاجراءات عنه. واذا حدث ان تخلفت الصفة الاجرائية، او الصفة في التقاضي بأن رفع شخص الدعوى على شخص لا يمثله فيترتب على ذلك بطلان الاجراءات وهو دفع شكلي ولا يمكن الدفع بعدم قبول الدعوى في هذه الحالة لان الأمر لا يتعلق بالدعوى بل بالإجراءات أيضاً ويؤدي زوال الصفة للنائب في اثناء سير الخصومة الى انقطاع

(١) ينظر د. عباس العبودي، شرح احكامقانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر-الموصل، ٢٠٠٠، ص ٢٠٤.

(٢) ينظر انور طلبية، المطول في شرح قانون المرافعات، ج ١، بدون جهة طبع، ٢٠٠٨، ص ١١٠.

(٣) ينظر د. اكرم حسن ياغي، نظرية الدعوى الشرعية، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١١٢.

(٤) ينظر د. سعيد عبد الكريم مبارك ود. آدموهيب النداوي، المرافعات المدنية، ص ٥٦.

(٥) ينظر د. احمد هندي، مرجع سابق، ص ٦٨ - ٧٠؛ علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الاجرائي، دار النهضة العربية/ القاهرة، ١٩٩٦، ص ٤٩؛ د. نشات محمد الاخرس، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢، ص ٢٢٩.

خصومته وليس الى عدم القبول^(١)، وقد اخذ القانون العراقي بذلك اذ نصت م(٨٤) منه^(٢)، سير الخصومة " ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاء احد الخصوم او بفقده اهلية الخصومة او زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه...".

وهذا ما اخذ به القانون المصري كذلك في م (١٣٠) منه^(٣)، لكن مع ذلك فان القضاء المصري يذهب الى عدم قبول الدعوى في حال تخلف التمثيل القانوني ويؤدي رفع الدعوى على الوصي بعد بلوغ القاصر سن الرشد الى عدم قبول الدعوى وليس الى بطلانها^(٤)، وهذا يعد محل نظر، لان النائب ليس طرفا في الدعوى فلا يمتلك الصفة في التقاضي ولا يدعي لنفسه حقا او مركزاً قانونياً يريد حمايته، فاذا كان النائب لا يعد خصما في الدعوى فهل هو مركز الوكيل بالخصومة، فهل يعد وكيلاً بالخصومة عن القاصر (ناقص الاهلية وفاقيدها)، وهذا ما سنحيط عليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الوكالة بالخصومة

ذهب المشرع العراقي في م (١/٥١) من قانون المرافعات^(٥)، الى ان " في اليوم المحدد للمرافعة يجب على المحكمة ان تتحقق من اتمام التبليغات وصفات الخصوم ويحضر الخصوم بأنفسهم او بمن يوكلونهم من المحامين وللمحكمة ان تقبل من يوكلونهم عنهم من ازواجهم وأصهارهم وأقاربهم حتى الدرجة الرابعة. وذلك في الدعاوى الصلحية والشرعية والأحوال الشخصية ويكون لهؤلاء مراجعة طرق الطعن في الاحكام الصادرة في هذه الدعاوى ويكون ذلك بوكالة مصدقة من الكاتب العدل او المحكمة المنظورة امامها الدعوى ولمن ينوب عن غيره بسبب الولاية او الوصاية او القيمومة او التولية هذا الحق ايضا...".

ويلحظ ان هذه المادة وفي شقها الاخير نصت على اعطاء الحق في الحضور والطعن لمن ينوب عن غيره بسبب الولاية او الوصاية او القوامة الامر الذي لم يأخذ به المشرع المصري اذ قصرت م(٧٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النيابة في الحضور عن يوكلونهم الخصوم من أزواجهم أو أقاربهم أو أصهارهم الى الدرجة الثالثة، ووفق المشرع العراقي في هذا النص لان قانون رعاية القاصرين الذي نظم احكام الولاية والوصاية وإدارة اموال القاصر خلا من بيان التنظيم القانوني للحقوق الاجرائية لهذه الفئة وقصر تصرفات من يمثلونهم بأعمال الادارة او التصرف في اموالهم، الا انه وعلى الرغم من ان قانون المرافعات هو المرجع لقوانين المرافعات والإجراءات جميعها اذا لم يوجد من يتعارض معه صراحة^(٦).

(١) ينظر د. عزيز كاظم جبر، احكام الولاية على مال الصغير بين القانون المدني وقانون رعاية القاصرين، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية عدد ٣١ لسنة ٢٠٠٢، ص٩.

(٢) ينظر م(٨٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٣) ينظر م(١٣٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨. وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم(٢٣) لسنة ١٩٩٢.

(٤) ينظر قرار محكمة النقض المصرية، نقض ٧٨/١/١٨ المجموعة، سنة ٣٨، ص٤٠٤ نقلا عن د. احمد هندي، مصدر سابق، ص٧٦.

(٥) ينظر م(١/٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٦) ينظر م(١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

الا انه يفضل ان يكون هنالك تنظيم قانوني خاص لاحكام النيابة عن الغير في قانون واحد لحماية حقوق هذه الفئة من المجتمع التي اولاهها المشرع الاهتمام والرعاية، لذا نقترح ان يتم النص على ذلك في قانون رعاية القاصرين بان يتم استحداث باب سابع تحت عنوان النيابة عن القاصر امام القضاء وتضاف هذه المادة إليه على وفق الآتي " يجب على المحكمة ان تقبل تمثيل من ينوب عن غيره بسبب الولاية أو الوصاية أو القوامة أمام القضاء في الدعاوى كافة ويكون لهم الحق في رفع الدعوى والمرافعة فيه والسير في اجراءاتها حتى اصدار الحكم ومراجعة طرائق الطعن في هذه الاحكام"، لذا يكون للنائب الحق في ممارسة الاجراءات كافة التي تتطلبها الدعوى. واعطاء هذا الحق للنائب يثير السؤال عن حقيقة المركز القانوني لهذا النائب هل يمكن ان يعد وكيلا بالخصومة؟ ولغرض الاجابة عن هذا السؤال لابد ان نعرف الوكالة بالخصومة ثم نبحث عن مواطن الشبه والاختلاف او التداخل مع النيابة ان وجدت.

تُعرف الوكالة بصورة عامة بأنها " عقد يقيم بها شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم^(١) .

اما الوكالة بالخصومة فهي وكالة من نوع خاص تخول الوكيل ممارسة الإجراءات التي تحفظ حق موكله ورفع لدعوى والمرافعة فيها حتى ختامها ومراجعة الطرائق القانونية للطعن ما لم ينص سند الوكالة على غير ذلك^(٢) . ووجه الخصوصية هنا هو اختصاصها بالخصومة اي الحق في مباشرة الدعوى وقد نصت م (١/٥٢) من قانون المرافعات العراقي "الوكالة بالخصومة تخول الوكيل ممارسة الاعمال والاجراءات التي تحفظ حق موكله ورفع الدعوى والمرافعة فيها حتى ختامها"، وهذا ما اخذ به القانون المصري كذلك^(٣) ، ونجد مما تقدم انه لا يمكن للنائب ان يكون وكيلا بالخصومة للأسباب الآتية:

١. الاصل في الوكالة بالخصومة تكون للمحامين وهذا ما اكدته م (٥١) من قانون المرافعات العراقي وم (٢٢) من قانون المحاماة العراقي^(٤) ، اذ نصت "لا يجوز لغير المحامين المسجلين في جدول المحامين ابداء المشورة او التوكل عن الغير بالادعاء بالخصومة او الدفاع عنها امام المحاكم".

وقد فرقت م(٥١) المشاركة اليها أنفاً بين مصطلح الوكالة والنيابة عندما اشارت في نهاية الفقرة "...ولمن ينوب عن غيره..." بينما ذكرت في بداية الفقرة "...يحضر الخصوم بأنفسهم او بمن يوكلونهم من المحامين...".

٢. هناك تمييز واضح بين سلطة النائب في القيام بعمل الذي تعود اثاره مباشرة على الأصيل وبين إلزام الوكيل بالقيام بالعمل القانوني لحساب موكله وتخول النيابة في جوهرها النائب حق القيام بعمل قانوني تتجاوز اثاره ذمة القائم به الى ذمة الاصيل بينما الوكالة من شأنها إلزام الوكيل بالقيام بتصرف معين لحساب الموكل ولو بغير نيابة.

٣. على الرغم من التداخل الذي يحصل في بعض الأحيان بين النيابة والوكالة ولا سيما النيابة الاتفاقية التي ترتبط بعقد بين النائب والأصيل غالباً ما يكون وكالة وعقد الوكالة في طبيعته عقد تبادلي يستلزم توافق ارادتين مؤداه التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل. اما النيابة فهي تصرف بإرادة منفردة وهي ارادة الاصيل

(١) ينظر م(٩٢٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) ينظر د. ادموهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار ابن الاثير، ٢٠١١، ص ١٨٩.

(٣) ينظر م(٧٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

(٤) ينظر م(٢٢) من قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل.

يسبغ بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الاصيل من دون النائب.

وفي بعض الاحيان قد تقوم النيابة والوكالة معا بأن تكون الوكالة مصدرا للنيابة ويثبت تبعاً لذلك للوكيل وصف النائب، لكن مع ذلك تختلف الوكالة عن النيابة إذ تمثل الوكالة الوجه الداخلي للعلاقة بين طرفين الموكل والوكيل وتمثل النيابة الوجه الخارجي لعلاقة أو صفة هذين الطرفين ازاء الغير^(١)، وبذلك لا يمكن للنائب عن ناقص الأهلية أو فاقدتها امام القضاء ان يكون وكيلا بالخصومة لذا كان الاجدر بالمشرع العراقي عدم ذكره في نص م (٥١) التي تتحدث عن الوكالة بالخصومة أسوة بالقانون المصري الذي لم يشير اليه، لذا نقترح تعديل م (٥١) مرافعات العراقي بحذف الفقرة الاخيرة "ولمن ينوب عن غيره بسبب الولاية أو الوصاية أو القيمومة أو التولية هذا الحق ايضا"، ويتم اضافة هذا النص الى قانون رعاية القاصرين تحت باب النيابة عن الغير امام القضاء السابق الاشارة اليه كما ذكرنا في م (١)، وعليه فلا يكون النائب خصما أو وكيلا بالخصومة.

اذن هل يعد نائبا (ممثلا قانونيا) أمام القضاء واذا كانت الاجابة بنعم فما هو الوصف الصحيح لهذه النيابة هي قانونية ام اتفاقية ام قضائية؟

لغرض الاجابة عن هذا التساؤل لابد أن نستعرض هذه الانواع او الصور من النيابة على وفق ما يأتي:

١. النيابة القانونية

وتكون هذه النيابة عندما يقيم القانون النائب كما في الولي على ناقصي الأهلية وفاقديها لحماية مصالحهم وابرام التصرفات نيابة عنهم، وقد يسمى هذا النوع بالنيابة الضرورية، لانها وجدت لضرورة تتمثل في عجز الاصيل عن القيام بالتصرفات القانونية ومصدر هذا النوع من النيابة هو القانون، ان لا دخل لإرادة الأصيل في انشائها ولا في تعيين شخص النائب إذ تتقدم الارادة في معظم صور النيابة او تكون ناقصة في ذاتها^(٢). وقد عالج المشرع العراقي احكامها في قوانين متفرقة من مثل القانون المدني^(٣)، وقانون رعاية القاصرين^(٤)، اما القانون المصري فقد تناول احكامها في القانون المدني وقانون الولاية على المال^(٥).

٢. النيابة القضائية:

وتكون هذه النيابة قضائية عندما يتولى القضاء تعيين النائب كما في الوصي والقيم ونيابة الحارس القضائي الذي يعينه القاضي للحفاظ على الشيء المتنازع عليه عوضاً عن المالك الحقيقي^(٦)، ويطلق على هذه النيابة بـ"النيابة بحكم القانون" او "النيابة القانونية القضائية" ان يندر ان تذكر النيابة القضائية مستقلة بأسمها لان

(١) ينظر د. احمد هندي، مرجع سابق، ص ٣٤ - ٣٦.

(٢) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، احكام رعاية القاصرين، ط٣، المكتبة القانونية - بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٠.

(٣) ينظر م(٥٨٨، ٥٨٩) والمواد (١٠٢، ١٠٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٤) ينظر م(٢٧ - ٣٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ.

(٥) ينظر م(١٠٤ - ١١٩) من القانون المدني المصري رقم(٣) لسنة ١٩٤٨ والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٦) ينظر النيابة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد ٢١ على الانترنت على الموقع:

القاضي لا يستطيع ان يقوم بهذه المهمة الا اذا اعطي هذه السلطة من القانون ويبقى القانون هو المتحكم ببيان سلطة النائب وحدوده وشروطها^(١).

٣. النيابة الاتفاقية (الارادية):

وهي التي يختار فيها الأصيل شخص النائب ويحدد نطاق سلطته بالعقد المبرم بينهما وهناك من يجد^(٢)، ان الاصح تسميتها بالنيابة الارادية لان مصدر سلطة النائب ليس العقد بل ارادة الاصيل بغض النظر عن العقد الذي تقوم الى جواره النيابة كعقد العمل او الوكالة، لذا قد ينشأ الخلط كما بينا سابقا بين النيابة والوكالة، وهناك من يحاول التمييز بين النيابة والوكالة مما يظهر معه انه قد تجتمع الوكالة والنيابة اذا كانت الوكالة نيابية كما سبق ان بينا اي من حق الوكيل ان يضيف التصرف الى الاصيل مباشرة وقد تكون الوكالة غير نيابية كما في الاسم المستعار فهو وكيل لكن يلزم التعريف باسمه.

يتضح مما تقدم ان النيابة عن ناقص الاهلية وفاقده قد تكون قضائية عندما يقوم القاضي بتحديد شخص النائب مثل القيم او تكون قانونية عندما يحدد النص القانوني شخص النائب بأن يكون الولي او الوصي او الأب او الجد.

اما النيابة الاتفاقية (الارادية) فلا محل لها في هذه الحالة لان الأصيل ناقص الاهلية لا إرادة له في هذه الإنابة انما كانت بفعل المشرع بالنص القانوني او بإرادة القاضي.

وبناءً على كل ما تقدم يتبين ان النائب عن القاصر امام القضاء لا يعدو أن يكون ممثلاً إجرائياً عنه وهو من يباشر الاجراءات او تباشر الاجراءات في مواجهته باسم غيره بناءً على صفته في التقاضي^(٣)، ومن ثم فهو لا يدعي بحق لنفسه ولا يكون وكيلاً بالخصومة.

واذا ما سلمنا ان تمثيل القاصر هو من النيابة القانونية او القضائية، فان التساؤل يبقى مفتوحاً هل ينطبق مفهوم النيابة وأحكامها في نطاق القانون المدني على هذه الحالة ايضا.

في الحقيقة ان هذه النيابة (امام القضاء) وان تشابهت مع النيابة المدنية في احكامها الا انها تختلف عنها بخصوصيتها فهي نيابة من نوع خاص تقتصر على الدفاع عن حقوق القاصر وتمثيله أمام القضاء.

المطلب الثالث

تعريف ناقصي وفاقدي الاهلية

ان الاشخاص الذين يمثلهم النائب القانوني هم ناقصي الاهلية وفاقديها . فهل وردت هذه التسميات في القوانين التي نظمت أحكامها وما هو المقصود بفاقد الاهلية أو ناقصها هذا ما سنحاول الاجابة عنه في الفرعين الآتيين:

(١) ينظر: اكرم باسل ذنون، المرجع السابق، ٢٠١٣، ص ٣٥.

(٢) ينظر د. سيف رجب قزامل ، المرجع السابق، ص ١٧٦.

(٣) ينظر: د. خالد احمد شبكة، التوكيل في الخصومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٩١.

الفرع الأول

ناقصو الأهلية

تعددت القوانين التي عُنت بتنظيم احكام هذه الطائفة، إذ نصت (م ٤٦ / ف٢) من القانون المدني العراقي "يخضع فاقدو الاهلية وناقصوها لأحكام الولاية والوصاية والقوامة طبقاً للشروط ووفقاً للقواعد العامة في القانون"، ونلاحظ من هذا النص انه اورد مصطلح "ناقص الاهلية وفاقدها" الا انه لم يحدد من يدخل في احكامه. في حين جاء في م (٣/٢) قانون رعاية القاصرين العراقي "يقصد بالقاصر لاغراض هذا القانون المخلوق الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية وفاقدها والغائب والمفقود الا ان دلت القرينة على خلاف ذلك". يدخل ناقصي الاهلية وفاقديها ضمن مصطلح القاصر، ويلاحظ ان م (٤) من قانون المرافعات العراقي تفرق بين القاصر والمحجور والغائب في حين يفترض ان المحجور والغائب بحسب قانون رعاية القاصرين يدخلان تحت مفهوم القاصر ان نصت "... ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب ..". لذلك نقترح الغاء عبارة (المحجور والغائب)، ويتبين عند الرجوع لاحكام القانون المدني ان المقصود بناقصي الاهلية هم الأشخاص الآتي ذكرهم.

أولاً: الصغير المميز

يطلق - لفظ الصغير المميز على الشخص الذي يصل الى مرحلة عمرية معينة إذ يكون في حال يقدر معه على تمييز المعاني والفرق بين الخير والشر والنفع والضرر^(١)، وقد قدر المشرع العراقي سن التمييز ب(٧) سنوات كاملة وحددها القانون المصري ببلوغ الشخص (٧) من عمره^(٢). فإذا كان الصبي فإن تصرفاته صحيحة متى ما كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى ما كانت ضارة ضرراً محضاً وبعد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة الولي في الاحوال التي يجوز فيها هذا التصرف^(٣). وبالنسبة للتصرفات التي تصدر من الصغير التي تعد نافعة نفعاً محضاً فانه يعد بشأنها كامل الاهلية شأنه في ذلك شأن البالغ سن الرشد فتقع صحيحة من دون الحاجة الى اجازة وليه او وصيه. تثير هذه الاحكام التساؤل الآتي: هل تطبق احكام تصرفات الصغير التي اشار اليها القانون المدني على تحريكه للدعوى ومباشرة اجراءاتها بنفسه للدفاع عن حقوقه. لا تكفي نصوص القانون المدني لاعطاء الحق للصغير المميز - سواء اكانت تصرفاته نافعة نفعاً محضاً ام دائرة بين النفع والضرر- الحق في رفع الدعوى، لتعلق الأمر بمدى توفر الاهلية الاجرائية التي تعد احدى شروط قبول الدعوى. وقد نظم قانون المرافعات احكامها ان ذهبت م (٣) منه الى وجوب توفر الاهلية الاجرائية لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى بالنسبة لطرفي الدعوى والا وجب ان ينوب عنه من يمثله قانوناً فيجب ان تكون للمدعى أهلية للدعاء والمدعى عليه اهلية للدعاء عليه.

(١) ينظر عبد الباسط مسعود، التصرفات القانونية للصغير المميز في ضوء القانون العراقي والمقارن وأحكام الشريعة الإسلامية ط١، بدون جهة طبع، ٢٠١٠، ص٢٤.

(٢) ينظر م (٩٧/٢) من القانون المدني العراقي النافذ و م (٤٥/٢) من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر عبد الباسط مسعود، المرجع السابق، ط٥١ وما بعدها.

وبناء على ما تقدم لا يجوز للصغير ان يباشر الدعوى بنفسه حتى إن كانت هذه الدعوى تعود عليه بالنفع او تكون دائرة بين النفع والضرر اذ لا يجوز او لا تكفي موافقة وليه في هذه الحالة، لذا نلحظ ان احكام النيابة عن القاصر امام القضاء ذات خصوصية اسبغتها عليها الشروط الخاصة بقبول الدعوى عليه لذا نقترح تعديل م(٩٧) من القانون المدني باضافة الفقرة الآتية لها لتصبح ثانيا " ثانيا- يستثنى من احكام الفقرة في اعلاه الاعمال التي تتعلق بمباشرة الدعوى الاجرائية".

ثانيا: المعتوه

المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم فهو ناقص العقل ومختله^(١).

وقد نصت م(١٠٧) من القانون المدني العراقي "المعتوه هو في حكم الصغير المميز"، لذا يساوي المشرع العراقي في الحكم بين المعتوه والصغير المميز فتصح تصرفاته اذا كانت نافعة له نفعا محضا وتبطل اذا كانت ضارة وتتوقف على اجازة وليه اذا كانت دائرة بين النفع والضرر^(٢)، وكما ذكرنا في الفقرة السابقة فان المعتوه لا تتوفر فيه الاهلية الاجرائية المطلوبة لرفع الدعوى لذا يجب ان ينوب عنه من يمثله قانونا.

ويعد القانون المصري المعتوه فاقدًا للتمييز ومن ثم لا تصح تصرفاته، ونصت م (٦٥) من القانون المصري^(٣)، "يحكم بالحجر على البالغ للعتة ولا يرفع الحجر عنه الا بحكم وتقييم المحكمة على من تحجر عليه قيما لإدارة امواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون".

ويقع باطلا تصرف المعتوه اذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر اما اذا صدر قبله فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة العته شائعة وقت التعامل أو كان الطرف الآخر على بينة منها^(٤).

لذا تختلف احكام المعتوه بين القانون العراقي والمصري الا انهم في القانونين كليهما لا يحق له رفع الدعوى.

ثالثا: السفية

يعرف السفية بأنه "عدم تدبير المال على الوجه الذي ينبغي ، وانفاقه على خلاف العقل والحكمة"^(٥). ونصت م (١/١٠٩) من القانون المدني العراقي "١- السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن ولي السفية المحكمة او وصيها فقط وليس لابييه او جده او وصيها حق الولاية عليه اما تصرفات السفية التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات الغير محجور الا اذا كان التصرف قد وقع غشا بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفية...".

لذا يكون ولي السفية المحكمة فحسب أو وصيها وليس لأبييه أو جده ووصيها حق الولاية عليه، وان يعد السفية بعد الحجر عليه في حكم الصبي المميز معناه ضرورة الحصول على اذن وليه للقيام بالتصرفات الدائرة بين

(١) ينظر سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٢) ينظر عبد الرسول عبد الرضا، مسائل الاحوال الشخصية مقال منشور على الانترنت على الموقع www.uobabylon.edu.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٢/١٥.

(٣) ينظر م(٦٥) من المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص باحكام الولاية على المال المصري.

(٤) ينظر المواد (٤٥/١١٣ و ١١٤) من القانون المدني المصري.

(٥) ينظر د. فؤاد يوسف نهرا و خليل انطون، احكاما لاحوال الشخصية، المنشورات الحقوقية، دار صادر، ٢٠٠٢، ص ٢٥١.

النفع والضرر ولكن تبقى تصرفاته قبل صدور قرار الحجر عليه صحيحة^(١)، ولكن لا تقبل منه رفع الدعوى لكي ينوب عنه من يمثله قانوناً.

ويتفق القانون المصري مع المشرع العراقي بان حكمه حكم الصبي المميز^(٢)، لذا ينطبق عليه ما سبق ذكره من احكام تتعلق بالصبي المميز. الا انه يختلف عن العراقي في تحديد وليه وهو القيم بعد صدور قرار الحجر عليه. اذ نصت م (٦٥) من قانون الولاية على المال المصري "يحكم بالحجر على البالغ للسفه ولا يرفع الحجر الا بحكم المحكمة وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة امواله وفقاً للأحكام المقررة بالقانون".

رابعاً: ذوي الغفلة

وهو عدم تمرس الشخص أو خبرته في التصرفات فلا يهتدي الى معرفة التصرف الرابع او الخاسر فيغبين في المعاملات لسلامة نيته^(٣).

ونصت م (١١٠) من القانون المدني العراقي "ذي الغفلة حكمه حكم السفه" وبالتالي ما قيل من احكام تخص السفه تطبق على ذي الغفلة وتكون اهليته بعد اعلان قرار الحجر كأهلية الصبي المميز، اما تصرفاته قبل اعلان قرار الحجر فهي في الاصل صحيحة ولا يسري الحجر في حق الغير الا من وقت اعلان القرار، لكن في حالة التواطؤ او الاستغلال يكون التصرف باطلا ان كان من اعمال التبرع، وموقوفا اذا كان من اعمال التصرف او الادارة^(٤).

وينصب الوصي على المغفل ولا تستمر الولاية او الوصاية على القاصر اذا بلغ ذو غفلة بل يجب الحجر عليه، وينصب وصي له، وولاية الوصي على مال ذي الغفلة كوليته على مال المجنون والمعتوه والسفيه^(٥).

واتفق القانون المصري مع القانون العراقي في أنه يُعد كالصغير المميز بعد صدور قرار الحجر عليه^(٦).

ونصت م (٦٥) من قانون الولاية على المال المصري "يحكم بالحجر على البالغ للغفلة ولا يرفع الحجر الا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة امواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون".

وقد اختلف القانون المصري^(٧)، عن القانون العراقي الذي اجاز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة ان يتسلم امواله بناءً على اذن من المحكمة وتسري عليه الاحكام التي تسري على القاصر المأذون ووفق المشرع العراقي بعدم النص على هذه الحالة انما نصت م (١٠٩) من القانون المدني "اذا اكتسب السفه المحجور رشدا فكت المحكمة حجره". لذا يزول عنه الحجر اذا انست منه المحكمة الرشد ويساوي القانون المصري بين السفه وذي الغفلة في الأحكام.

ويشترك السفه والغفلة في ان كل منها لا يصيب الشخص في عقله كالجنون او العته ولكن تصيبه في حسن تدبيره التي تؤدي الى تبذير المال وانفاقه على خلاف مقتضى العقل ويتصف الانسان حينئذ بالسفيه. او ينصب على حسن الادارة والتقدير فيوصف الانسان بذي الغفلة، وتصدر التصرفات عن ذي الغفلة فهي تصدر عن حسن طوية وحسن

(١) ينظر د. عصمت عبد المجيد ، المرجع السابق، ص ٥٦ - ٥٧.

(٢) ينظر م (٤٦) من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص ٥١.

(٤) ينظر م (١٠٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٥) ينظر د. عصمت عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٦) ينظر م (١١٥) من القانون المدني المصري.

(٧) ينظر م (٦٧) من قانون الولاية على المال المصري.

نية ويكون السفيه مبصرا وعالما بعواقب الأمر لكن يتعمده، ويستدل على الغفلة بإقدام الشخص على التصرف من دون ان يهتدي الى الرابع منها^(١).

الفرع الثاني

فاقدو الأهلية

ينصرف هذا المصطلح الى المجنون والصغير غير المميز على وفق ما يأتي:

١. **الصغير غير المميز:** هو كل من لم يصل الى سن (٧) سنوات اذ حددت م (٩٧) من القانون المدني العراقي سن التمييز بـ(٧) سنوات كاملة.

واختلف في القانون المصري مع القانون العراقي في جعله لسن المميز بـ(٧) سنوات...^(٢)

وتكون تصرفات الصغير الغير مميز باطلة وان اذن وليه بها^(٣)، لذا يكون رفع الدعوى من قبله او عليه باطلاً فلا يمكنه مباشرة اي اجراء فيها او الطعن في احكامها لأنه فاقدو للأهلية، وفي هذه الحالة يجب ان ينوب عنه من يمثله قانونا، اذ نصت م (٢/٤٦) من القانون المدني العراقي "يخضع فاقدو الاهلية وناقصيها لاحكام الولاية والوصاية والقوامة طبقا للشروط ووفقا للقواعد المقررة بالقانون".

٢. **المجنون:** الجنون هو زهاب العقل وفقدانه لأفة اصابة الشخص ادت الى فقده التمييز ومن ثم يفقد الاهلية فلا يعتد بافعاله ولا لأقواله^(٤)، والمجنون محجور لذاته، كما نصت على ذلك م(٦٤) من القانون المدني العراقي اي ان تصرفاته جميعها تكون باطلة من دون الحاجة لصدور قرار من المحكمة او ان تقدم طلبا الى المحكمة وتنصب له قيما الا اذا كان قد حكم باستمرار الولاية او الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد او بلغ هذه السن مجنونا فتبقى ولايته او وصايته.

وقد فرق القانون المدني العراقي بين الجنون المطبق وغير المطبق، اذ نصت م(٢٠٨) منه "الجنون المطبق هو في حكم الصغير الغير مميز اما المجنون الغير مطبق فتصرفاته في حالة افاقت كتصرفات العاقل"، وعلى ذلك اذا رفع الدعوى المجنون وهو في حالة الجنون المطبق فتكون باطلة اما في حالة كونه غير مطبق فقد اعتبر القانون تصرفاته كتصرفات العاقل^(٥)، ومن ثم هل يصح رفع الدعوى من قبله ام يحتاج الى تنصيب قيم في هذه الحالة ايضا؟
تكون الاهلية المطلوبة لممارسة حق الادعاء الاهلية المطلوبة لممارسة الانسان لحقوقه بشكل عام لان هذه الممارسة يمكن ان يترتب عليها نتائج مهمة قد تؤدي الى خسارة الحق الذي تستند اليه الدعوى، وتتأثر اهلية ممارسة الحقوق بشكل عام، ومنها ممارسة حق الادعاء بقوة التمييز والإدراك ولا يعتبر الشخص كامل الاهلية الا بعد بلوغه سن الرشد ولكن لا يكفي ذلك بل لا بد من ان يكون عاقلا ويعد من ثم فاقدو لأهلية ممارسة حق الادعاء^(٦).

(١) ينظر د. سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٢) ينظر م(٤٥) من القانون المدني المصري النافذ.

(٣) ينظر م(٩٦) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٤) ينظر: فؤاد يوسف نهرا وخليل انطوان، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٥) ينظر سالمروضان الموسوي، مفهومالقاصر والحدث في القانون العراقي. مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات، الانترنت، الموقع www.Omanlegal.net. تاريخ الزيارة ١٦/٣/٢٠١٣.

(٦) ينظر حلمي محمد الحجار، المرجع السابق، ص ٤٦.

وبناءً على ما ذهب اليه القانون المدني ان المجنون في حالة افاقته يعد بمنزلة كامل الاهلية لذا تصح دعواه في هذه الحالة ونجد ان هذا الامر محل نظر اذ تكون المشاكل او الامراض التي تصيب العقل مستمرة، ولا يرجى الشفاء منها بمعنى اذا رفع الدعوى وهو كامل الاهلية قد تعود اليه الحالة المرضية في اثناء نظر الدعوى.

ويكون الجنون في القانون المصري مطبقاً اي مستمراً وقد يكون غير مطبق اي غير مستمر ولا يفرق بينهما^(١)، اذ بعدّه كالصبي غير المميز، لكن يفرق القانون المصري بين التصرفات الصادرة منه قبل ذلك فانه يعد صحيحاً الا اذا كانت حالة الجنون شائعة او كان الطرف الآخر على علم به لرعاية الطرف حسن النية الذي تعامل معه.

ويشترط لترتيب الاثر السابق ان يصدر حكم المحاكم بالحجر وكذلك في رفع الجنون^(٢)، الا انه يلحظ ان الشخص اذا بلغ وبه جنونا او عته فان الولاية او الوصاية تستمر عليه من دون الحاجة الى صدور حكم عليه وهذا المستفاد من م(١/٤٤) من القانون المدني المصري و م(١٨) من قانون الولاية على المال. ويرعى البعض انه يلزم صدور حكم في تلك الحالة ايضاً لاتفاق ذلك مع الواقع اذ الاصل اكتمال الاهلية ببلوغ سن الرشد فاذا ما كان الاثر على غير ذلك لابد من حكم وعمل لاستقرار المعاملات^(٣).

المبحث الثاني

احكام النيابة الاصلية عن ناقصي وفاقي الاهلية امام القضاء

تكون نيابة الولي والوصي والقيم نيابة مفترضة وثابتة بنص القانون للتعرف على دورهم في تمثيل القاصر امام القضاء لابد من ان نتعرف على الاحكام التي تخضع لها هذه النيابة، الامر الذي سنوضحه في الفروع الآتي

الفروع الأولى

نيابة الولي

الولاية هي سلطة قانونية مقررة شرعاً لشخص على شخص آخر يكون بمقتضاها على الأول واجب رعاية الثاني وحقه في امضاء التصرفات النافعة له جبراً عنه^(٤).

إذ نصت المادة (٥١) من قانون المرافعات العراقي "ي اليوم المحدد للمرافعة يجب على ويكون لهؤلاء مراجعة طرق الطعن في الاحكام الصادرة في هذه الدعاوى... ولمن ينوب عن غيره بسبب الولاية او الوصاية او التولية هذا الحق ايضاً".

يلحظ على هذا النص انه اعطى الحق للولي او الوصي ان يباشر الدعوى نيابة عن القاصر ويطعن بالحكم الصادر نتيجة لذلك.

ونصت م (٢٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي (ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة)، نجد في هذا المجال تعارضاً بين قانون رعاية القاصرين والقانون المدني التي نصت في م (١٠٢) منه (ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة)، ويلحظ ان هذه المادة تخلط بين

(١) ينظر م(٤٥) من القانون المدني المصري.

(٢) ينظر م(٢/١١٤/مدني) والمادة ٦٥ من قانون الولاية على المال المصري.

(٣) ينظر د. سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٤) ينظر: فاطمة خلف كاظم، مظاهر الحماية المدنية لحقوق الطفل في التشريعات العراقية النافذة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد ٢، س ٤/٤٧٤، ٦، ٢٠٠٩، ص ٢٤٩.

الولاية والوصاية، فالولاية حق للأب وللجد من دون غيرهما وهي تثبت لهما بحكم القانون من دون الحاجة الى صدور حكم فيها من المحكمة بخلاف الوصاية التي تقضي صدور حكم من المحكمة سواء بتعيين الوصي او تثبيته اذا كان مختاراً من الأب او الجد وعليه ينبغي التمييز بينهما إذ تقوم سلطة الاولياء على رابطة الدم، فهو اكثر الناس حرصاً على اموال الصغير لذا أقر المشرع سلطات اوسع من تلك التي أقرها للأوصياء على اختلافهم، سواء اكانوا مختارين ام مُعينين لانهم لا يرتبطون بالصغير بالرابطة ذاتها التي تربطه بوليه^(١).

وينجم ان هذا الخلط بين الولاية والوصاية عن عدم تحديد احكام النيابة بنصوص او نظام قانوني خاص ولدى الرجوع الى م (١٠٦) من قانون رعاية القاصرين العراقي التي تذكر "لا يعمل بالنصوص القانونية التي تتعارض مع احكامه فاننا نطبق قانون رعاية القاصرين بشأن تحديد الولي. وفي القانون المصري نصت م (١) منه^(٢)، "للأب ثم للجد الصحيح - اذا لم يكن الأب قد اختار وصياً- الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له ان يتنحى عنها الا بإذن المحكمة".

ويختلف القانون المصري الذي جعل الولاية للأب ثم للجد* عن القانون العراقي الذي نص على ان ولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة^(٣)، لذا لا يعد الجد في القانون العراقي من الأولياء. ونجد ان ذلك محل نظر فالجد هو الاقرب للصغير من المحكمة والأحرص على رعاية امواله لذا تقترح تعديل م (٢٧) من قانون رعاية القاصرين لتصبح "ولي الصغير هو ابوه ثم جده ثم المحكمة".

عنى قانون رعاية القاصرين بتنظيم احكام الولاية وتحديد مراتبها الا انه لم يتضمن في نصوصه ما يشير الى التمثيل القضائي للقاصر ان نصت م (٤١) منه "على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل....". لذا يحق للولي القيام بالتصرفات المؤدية لحفظ وإدارة اموال من هو تحت ولايته من اولاده الصغار والمجانين والمعتوهين ومنها حق الخصومة عن من هم تحت ولايته في منازعاته جميعاً^(٤).

وينصرف حق الخصومة الى رفع الدعاوى واستصدار الأوامر الولائية والطعن بالاحكام.

وقد اكدت م (٤) من قانون الولاية المال المصري ذلك ايضا ان نصت "يقوم الولي على رعاية اموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الاحكام المقررة في هذا القانون".

لا تكون هذه الإدارة مطلقة بل مقيدة بالحصول على اذن من دائرة رعاية القاصرين وحددتها بالطريقة المنصوص عليها في القانون^(٥).

(١) ينظر مقال بعنوان ترتيب الاولياء على المال في القانون العراقي، بحث منشور على النت على الموقع

www.omanlegal.net. تاريخ الزيارة ١٦/٣/٢٠١٣.

(٢) ينظر م(١) من قانون الولاية على المال المصري النافذ.

(٣) ينظر م(٢٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ.

(٤) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٩٣.

* يقسم الفقه الإسلامي الولاية الى ولاية اجبار وتتخصص في الأب والجد، وولاية اختيار وهو من يختاره الولي المجبر. للمزيد من التفصيل ينظر: علي حسن علي، مباحث في الاحوال = الشخصية على ضوء القرآن والسنة النبوية، ط١، دار الكتب والوثائق - بغداد، ٢٠١١، ص٦٢.

(٥) ينظر م(٣٠) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

وأشارت م (٤٣) من قانون رعاية القاصرين الى عدم جواز قيام الولي الوصي او القيم بمباشرة تصرفات معينة الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين بعد التحقق من مصلحة القاصر- اي انها قيدت الاذن في الحالات التي تكون نافعة نفعاً محضاً.

وأشارت الفقرة (٣) من هذه المادة الى التحكيم والفقرة (٧) منها الى "التنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الأحكام دون ان تشير الى الحق في رفع الدعوى.

لذلك لا يتوقف ان الحق في رفع الدعوى على اذن من المحكمة، تطبيقاً لقواعد النيابة القانونية، وهذا الأمر يثير التساؤل الآتي: هل كان المشرع العراقي موفقاً في اشتراط الاذن في هذه الحالات، ويثير هل كان موفقاً في عدم اشتراط الاذن في رفع الدعوى؟.

تقتضي مصلحة القاصر التدخل لوضع حدود لسلطة الولي حفاظاً على ماله فإطلاق التصرف للولي وعدم تقييد سلطته او رسم الحدود الفاصلة في حين يستطيع التصرف بنفسه وما يجب ان يحصل فيه على موافقة السلطة امر قد يضر بالقاصر.

وان حرص الأب والجد على رعاية مصلحة الصغير لكن من جهة عدم المبالغة في فرض هذه القيود الى الحد الذي يجعل الولي عاجزاً عن القيام بما يجده محققاً لمصلحة القاصر^(١).

وفق المشرع العراقي في تقييد التنازل عن الدعاوى والحق في الطعن بالحصول على اذن الدائرة المعنية لما في هذا التنازل من احتمال لخسارة تلحق بالقاصر، الا ان ما يثير الاستغراب هو تقييده للتحكيم بالحصول على الاذن من دون الدعوى، اما رفعه للدعوى فلا حاجة لتقييده بالحصول على اذن من الدائرة لان ذلك ينصب على مصلحة له فضلاً عما قد يستغرقه الحصول على هذا الاذن من اجراءات ووقت قد تؤثر سلباً على حق ناقص الاهلية او فاقدتها في بعض الاحيان. وهذا ما اخذ به القضاء العراقي اذ جاء في قرار له^(٢)، "لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية التبعية او نقله او تغييره كذلك جميع التصرفات المذكورة في م(٤٣) من قانون رعاية القاصرين من دون الحصول على اذن".

اما في القانون المصري فعلى الرغم من ان م (٤) من قانون الولاية على المال لم تشترط الحصول على الاذن بشكل صريح. عند ادارة امول القاصر الا انها قيدت هذه الإدارة بمراعاة الاحكام المقررة في هذا القانون.

وقد جاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة^(٣)، ان عدم الحصول على اذن المحكمة في الحالات جميعها التي يشترط القانون فيها ذلك يجعل تصرف الولي غير نافذ بحق (الصغير) وقد حددت م (٥- ١٨) الاحوال التي تتوقف على اذن المحكمة الا انه لم يرد فيها اي ذكر للدعوى او التحكيم او التنازل عن الدعوى. لذا كان المشرع العراقي اكثر وضوحاً من المشرع المصري في هذا الشأن.

وبناءً على ما تقدم فاننا نقترح اضافة المادة الآتية الى قانون رعاية القاصرين للباب المخصص للنيابة عن الغير امام القضاء "على الولي او الوصي او القيم القيام بالاعمال اللازمة للحفاظ على اموال القاصر وحقوقه من رفع الدعوى او الطعن فيها".

(١) ينظر د. عزيز كاظم جابر، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٧٨٠/الهيئة الاستئنافية في ٤/٨/٢٠١٠ (غير منشور).

(٣) ينظر المذكرة الايضاحية للمرسوم رقم ١١٩ / ١٩٥٢.

فهذه المادة اضافة لتثبيت الحق في رفع الدعوى من الممثل القانوني إذ تتضمن الزاما للقيام بواجباته تجاه ناقص الاهلية أو فاقدتها فيما يتعلق بهذا المجال.

ويلحظ ان هذه الولاية لا تستمر طوال حياة القاصر بل تنتهي بشكل طبيعي ببلوغه سن الرشد فالولاية ما قررت الا لان الصغير غير أهل لمباشرة التصرفات بنفسه لعدم بلوغه السن القانونية التي تمكنه من تدبير امره. وعليه متى ما انتفى ذلك بان بلغ الصغير سن الرشد انقضت الولاية^(١).

وقد اكدت م (٣١) من قانون رعاية القاصرين على ذلك ان نصت "تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه"، وهذا ما اخذ به القانون المصري في م (١٨) من قانون الولاية على المال الا ان سن البلوغ هو (٢١) سنة.

وقد تستمر الولاية بعد بلوغ سن الرشد، فاذا انسَ الولي في الصغير عارضا من العوارض التي تحول من دون كمال الاهلية عند بلوغ السن المقررة في القانون وايقن انه سيبعل غير رشيد فله ان يطلب من المحكمة استمرار الولاية الى ما بعد بلوغه سن الرشد متى ما تأكدت المحكمة من قيام العارض (جنون - عته - سفه - غفلة) او شاطرت الولي رأيه في عدم ايناس الرشد، في هذه الحالة تبقى الولاية قائمة الى ان يزول سبب استمرارها بقرار من المحكمة^(٢).

ويثار التساؤل في هذا المجال، ان بلغ الصغير في اثناء السير في الدعوى وكان خصمه يجهل ذلك فظلل يعتقد انه قاصر واستمر باتخاذ الاجراءات ضد ممثله الاجرائي فهل تصح هذه الاجراءات ام يترتب عليها البطلان؟ كما سبق أن بينا ان الممثل الاجرائي يفقد صفته في التقاضي ببلوغ القاصر سن الرشد واكتسابه لاهلية التقاضي ومن ثم لا يجوز لهذا الممثل ان يتخذ أية اجراءات والا كانت باطلة^(٣) لزوال صفته في الدعوى الا انه في هذه الحالة يُعد الخصم الآخر حسن النية لانه لا يعلم ببلوغ القاصر لذا تصح الاجراءات المتخذة ولعل هذا الحكم يجد اساسه في نظرية الوضع الظاهر ان يعد استمرار تمثيل الولي في هذه الحالة صحيحا^(٤).

الفرع الثاني

نيابة الوصي

الوصاية هي وظيفة قانونية يوكل الفرد او ارادة القانون أمورها الى شخص مهمته النيابة عن القاصر وإدارة امواله^(٥).

وعرفت م (٣٤) من قانون رعاية القاصرين الوصي "بأنه من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصيا".

(١) ينظر د. ريمحسين العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، ج١، ط٢، دار الكتب والوثائق العراقية، ٢٠٠٦، ص١٨٩.

(٢) ينظر احمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤، ص٦٤.

(٣) ينظر نجاح شمس، الوكالة، المجلد الأول، المنشورات الحقوقية، صادر، بلا مكان طبع، ص٢٠٥.

(٤) ينظر د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٨٤.

(٥) ينظر د. سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص١٥٤.

وتكون الوصاية بحسب هذا النص على أنواع عديدة، فالوصي اما ان يختاره الاب او تعيينه من المحكمة مما يتطلب بيان احكام كل نوع منها بحسب ما يأتي:

أولاً- الوصي المختار

نصت م(٣٤) من قانون رعاية القاصرين "الوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير ثم من تنصبه المحكمة على ان تقدم الأم على غيرها على وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد أحد منهما تكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين إلى أن تنصب وصياً" فالوصي هو الذي يعهد اليه الأب لشخص يكون مأموناً في الولاية على أولاده وقد اعطى النص القانوني للأب فقط من دون الجد سلطة اختيار الوصي ثم المحكمة في م(٢٧) الذي قيد فيه الأحكام التي جاء بها القانون المدني ولم يعد للجد أية ولاية تذكر على الصغير^(١)، إذ يكون الأب أكثر الأشخاص حرصاً على مصلحة ولده فيختار الشخص المناسب الذي يؤتمن على مصلحة الصغير، أعطى القانون المدني الحق باختيار الوصي للأب والجد^(٢)، ونص القانون المصري م(٢٨) منه "يجوز للأب ان يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر او للحمل المستكين"^(٣).

وتثبت الوصاية بمحرر كتابي تقرها المحكمة بعد وفاة الأب، هذا ما أخذ به القانون المصري والعراقي^(٤). ونجد ان هذا الأمر لا بد منه لان سلطات الوصي وحدود صلاحياته لا تتم الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين ويجب لذلك ابتداء اثبات هذه الوصاية، لان المشروع يُعدُّ ولي الصغير أباه ثم المحكمة، في م(٢٧) من قانون رعاية القاصرين الذي قيد فيه ما موجود عموماً في القانون المدني ولم يعد للجد أية سلطة او ولاية على الصغير^(٥).

ثانياً- الوصي المنصب.

وهو الذي تقوم المحكمة بتنصيبه وقد اعطى قانون رعاية القاصرين الأولوية للام بحسب مصلحة الصغير، والا تكون لدائرة رعاية القاصرين حتى يتم تنصيبه وهي ام القاصر التي تقدم على غيرها في الوصاية عند فقد ابه ولا يعتد بتنازلها عنها مادامت اهلا لها لمخالفة هذا التنازل للنظام العام^(٦)، أعطى القانون المصري هذا الحق للمحكمة عند عدم وجود وصي على القاصر ولم يعطي الوصاية للام لذا يختلف عن القانون العراقي^(٧).

ثالثاً- وصي الخصومة.

نصت م (٣٧) من قانون رعاية القاصرين العراقي على ما يأتي "للمحكمة ان تعين وصي للخصومة اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه او وصيه او القيم عليه ولها ان تقيم وصياً مؤقتاً اذا حكم بوقف الولاية او الوصاية".

(١) ينظر ردينة محمد رضا، الولاية على المال، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٣-٢٤.

(٢) ينظر م(١٠٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) ينظر م(٢٨) من قانون الولاية على المال المصري.

(٤) ينظر م(٣٦) من قانون رعاية القاصرين العراقي و م(٢/٢٨) من قانون الولاية على المال المصري

(٥) ينظر: ردينة محمد رضا، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤.

(٦) ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٧) ينظر م(٢٩) من قانون الولاية على المال المصري.

ونصت م (٣٣) من قانون الولاية على المال المصري "يجوز للمحكمة ان تقيم وصي خصومة ولم لم يكن للقاصر^(١)، مال".

يلحظ مما تقدم ان تعيين وصي الخصومة قد يكون ضرورة لا غنى عنها لرعاية مصالح القاصر في حالة تعارض مصلحته مع مصلحة من يمثله قانونا، في حين لم يشترط القانون المصري لاقامته سوى ألا يكون للقاصر مال. وتقيم المحكمة وصي الخصومة ليمثل القاصر أمام المحاكم في الدعاوى التي ترفع منه او عليه، اذا اقتضت مصلحة للقاصر ذلك.

ويعد اقامة هذا الوصي امراً جوازيّاً للمحكمة ويخضع لتقديرها بحسب الظروف المعروضة عليها ولذلك تحدد المحكمة للوصي العمل الذي يقوم به. اما اذا اطلق قرار المحكمة ولم يحدد له مرحلة معينة للتقاضي كان له الحق في رفع الدعوى والطعن بالأحكام التي تصدرها لغير مصلحة القاصر، ويكون للوصي بالخصومة في القانون المصري عند وجود مصلحة للقاصر ان يطعن بطريق النقض في كل حكم صدر قبل الاذن له بالخصومة متى ما كان بين هذا الحكم والحكم الصادر في الدعوى المأذون له في رفعها من الصلة مما يجعل نقضه متعيّناً عند نقض الحكم الصادر في هذه الدعاوى^(٢).

ويتبين وصي الخصومة هو نوع خاص من أنواع الوصاية وان كان يخضع لأحكام الوصاية العامة، الا انه يختلف عنها في كونه ينصب من المحكمة ولا يرفع الدعوى الأب إلا باذنها.

اما ما يتعلق بدور الوصي في رفع الدعاوى التي تخص الصغير فانه اضافة الى الاحكام العامة التي اشرنا اليها في م (٤١) و (٤٣) من قانون رعاية القاصرين فقد اجاز القانون المصري للوصي ان يرفع الدعاوى من دون الحصول على اذن من المحكمة في حالات معينة اذ نصت م(١٢/٣٩) منه^(٣)، "رفع الدعاوى الا في ما يكون في تاخير رفعه ضرر بالقاصر او ضياع لحقه".

واشترط المشرع المصري حصول الوصي على إذن المحكمة لرفع الدعاوى عن القاصر لان اجراءات التقاضي تتطلب قدراً من حسن التقدير لما ينطوي عليها من نفقات ومخاطر. وقد استثنى القانون من شرط الحصول على اذن المحكمة، الدعاوى التي يكون في تاخير رفعها ضرر بالقاصر او ضياع حق له كما هي الحال في الدعاوى المستعجلة والدعاوى التي يعين القانون فترة قصيرة لرفعها مثل دعاوى الضرائب والحيازة والشفعة، وقد خص المشرع من الحصول على اذن المحكمة قبل رفع الدعوى هو رعاية ناقصي الاهلية والحفاظ على حقوقهم لذا شرع الحق لهم من دون خصومهم فلا يحق لخصومهم التمسك به^(٤)، وقد اكدت المذكرة الايضاحية لهذا النص هذا الأمر أيضاً.

ونجد ان هذا الأمر جدير بالتأييد لذا ندعو المشرع العراقي للنص عليه ولا سيما في حال وجود خطر يهدد حق القاصر وسيكون انتظار الحصول على اذن الدائرة ضياعاً لهذه الحقوق لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون

(١) ان م(٢) من التعديل الذي جاء به القانون المصري بشأن الولاية على النفس اجازه للمحكمة تعيين وصي الخصومة اذا لم يوجد من يمثل ناقص الاهلية وفاقدها او تخالفت المصلحة بينه وبين من يمثله، ينظر القانون رقم(١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض اوضاع التقاضي واجراءاته في مسائل الاحوال الشخصية المصري.

(٢) ينظر احمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٤، ص ١١٧-١١٨.

(٣) ينظر م (١٢/٣٩) من قانون الولاية على المال المصري.

(٤) ينظر احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص ١٢٨.

رعاية القاصرين بإضافة الفقرة الآتية الى المادة (٤٣) لتصبح الفقرة رقم ١٠ "يستثنى من احكام الفقرة اعلاه الحالات التي تتعلق برفع الدعاوى المستعجلة".

وجاء القانون المصري بحكم جديد فيما يتعلق بالدعاوى التي ترفع ضد الصغير، اذ لم يعطيه الحرية في التصرف بذلك بل لا بد من الرجوع الى المحكمة واستحصال موافقتها.

اذ نصت م (٤٢) من القانون المصري^(١)، "يجب على الوصي ان يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من اجراءات تنفيذ وان يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة"، وقد اوجبت هذه المادة ان يعرض على محاكم الاحوال الشخصية للولاية على المال ما يأتي:

١. ما يرفعه الغير من دعاوى على القاصر وما يتخذ قبله من اجراءات تنفيذ، وقد جاء النص عاما ليشمل الدعاوى جميعها أي كان نوعها وقيمتها وكافة اجراءات التنفيذ كافة وبيان السند المنفذ على القاصر.

٢. ان يتبع الوصي في شأن الدعاوى التي ترفع على القاصر وإجراءات التنفيذ التي تتخذ ضده، وما تأمر به المحكمة من اجراءات، فقد تجد المحكمة ان الصلح في الدعاوى او التسليم بحق المدعى عليه او ببعض حقه اكفل بتحقيق مصلحة القاصر وتوفيراً لنفقات التقاضي وتفرعاته ومخاطره في هذه المحكمة تأذن المحكمة بالصلح، او تأمر الوصي بالإقرار بحق المدعى عليه، كله او بعضه، بعد ان تثبتت من وجه مصلحة القاصر في ذلك، وللمحكمة ان تشير بوجه دفاع معين في الدعاوى او الأشكال في التنفيذ، اذا كان هذا او ذاك في مصلحة القاصر، وتقوم المحكمة بهذا الدور بوصفها صاحبة الولاية على مال القاصر، والحفاظ عليه، ويتبعها الوصي في تصرفاته كلها لذا يلزم باستشارة المحكمة، والأخذ بما تأمر به من دون تأخير، سواء في عرضه عليها او تنفيذ ما أمر به. عند اتخاذ اجراءات التنفيذ ضد القاصر، ولو كان ذلك بحكم نهائي، ولا يجوز ان يبادر الوصي بالتنفيذ ضد القاصر او يعرض الصلح على الدائن الا بعد الرجوع الى المحكمة، ويجب ان يتم ذلك من دون تأخير حتى لا يفوت على القاصر مصلحة له، ومخافة الوصي لهذه المادة ترتب مسؤولية مما يلحق بمصلحة القاصر من اضرار الا انها لا تؤثر على ما يصدر من الأحكام في الدعوى وما يتم من تنفيذها ما لم يكن الوصي متواطئ مع الخصم للأضرار بالقاصر^(٢).

ويلحظ ان المشروع العراقي لم ينص على هذه الحالة، ويُثار التساؤل بهذا الشأن هل يُعد هذا النص تقييداً لسلطة الوصي، اذا لم يقتصر الحصول على الاذن من المحكمة على حالة رفع الدعوى بل الاجراءات المتخذة عندما يكون المدعى عليه هو القاصر.

ان نص المادة (٤٢) من قانون الولاية المصري السابق الاشارة اليه جدير بالتأييد وان كان فيه نوع من التقييد لسلطة الوصي، الا ان الأمر يعود بالمصلحة على القاصر، لان المحكمة هي الأقدر على تقدير مصلحته في هذه الحالات الا ان ما يؤخذ على هذا النص انه لم يحدد سقفاً زمنياً واضحاً لذلك اذ اكتفت بالنص "بغير تأخير" ونجد ان الافضل تحديد سقف زمني واضح سداً لباب المماطلة من الوصي وتحقيقاً للفائدة التي قصدها النص.

لذا فاننا نقترح على المشروع العراقي الأخذ بذلك بإضافة النص الآتي الى الباب الخاص بأحكام النيابة امام القضاء "يجب على الوصي ان يحصل على الاذن من دائرة رعاية القاصرين في الحالات الآتية: ١- اذا تعلق الأمر بتحريك الدعوى ضد (القاصر)، ٢- عند مباشرة اي اجراء من اجراءات التنفيذ ضده".

(١) ينظر م(٤٢) من قانون الولاية على المال المصري النافذ.

(٢) ينظر احمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص ١٤٧.

ويُثار التساؤل عن الآثار المترتبة على بلوغ القاصر سن الرشد. إذ ذهب القوانين المقارنة^(١)، الى انتهاء مهمة الوصي في حالة بلوغ الصغير سن الرشد وهي اتمام (١٨) في القانون العراقي وبلوغ الواحد والعشرين من عمره في القانون المصري.

فاذا بلغ القاصر سن الرشد، ومع ذلك رفعت الدعوى من الوصي، فلا تصح خصومته كما سبق ان بينا الا تجاه الخصم الحسن النية، اما غير ذلك فتبطل الاجراءات المتخذة منه، لعدم توفر صفة النيابة فيه. وقد أخذ بذلك القضاء المصري إذ نصت في احد قراراتها^(٢)، "اذا كان الطاعنون قد وصفوا المطعون عليه في تقرير الطعن بأنه قاصر ووجهوا اليه الطعن في شخص والدته على الرغم من ان صفتها قد زالت في تمثيله لانتهاء الوصاية عليه ببلوغه سن الرشد، قبل صدور الحكم المطعون فيه، إذ اختصه الطاعنون انفسهم في شخصه بوصفه بالغاً عند رفع الاستئناف وصدور الحكم المطعون لمصلحته بهذه الصفة وكان الطاعنون لم يتداركو هذا البطلان عند اعلان الطعن ... فان هذا الطعن يكون باطلا بالنسبة له".

لذا أقرت المحكمة هنا بطلان الاجراءات التي تتخذ تجاه الممثل بعد بلوغه سن الرشد، الا انها لم تستقر على نهج واحد بهذا الخصوص إذ هناك من يعد هذا التمثيل صحيحاً.

فذهبت محكمة النقض في قرار لها^(٣)، "ان مجرد وفاة الخصم او فقده اهليته الخصومة يترتب عليه انقطاع سير الخصومة، ولا يؤدي بلوغ الصغير سن الرشد الى انقطاع انما يحصل لما يترتب على البلوغ من زوال صفة من كان يباشر الخصومة عن القاصر. فاذا بلغ القاصر سن الرشد في اثناء السير في الخصومة امام محكمة الاستئناف وترك والدته تحضر عنه بعد البلوغ لذا يكون الحضور هذا بحضوره ورضائه وتظل صفتها قائمة في تمثيله في الخصومة بعد بلوغه سن الرشد، ومن ثم ينتج هذا التمثيل اثاره القانونية جميعاً ويكون الحكم الصادر في الدعوى كما يكون القاصر قد حضر بنفسه الخصومة بعد بلوغه ولا ينقطع سير الخصومة في هذه الحالة انما ينقطع بزوال صفة النائب في تمثيل الأصيل وهي هنا لم تزل بل تغيرت فحسب فبعد ان كانت نيابة والدته نيابة قانونية اصبحت نيابة اتفاقية".

ونجد ان هذا الاتجاه هو محل نظر، إذ كان يفترض التفرقة اولاً بين حسن وسوء النية. اذا يبقى تمثيل الوصي صحيحاً تجاه حسن النية فحسب ولا يمكن ان تكون نيابته هنا اتفاقية إذ لا يوجد نص بتحويل النيابة الى وكالة بمجرد البلوغ، لذا كان اتجاه المحكمة الأول أصح لان القانون نص بصراحة على انتهاء مهمة الولي ببلوغ القاصر سن الرشد.

(١) ينظر م(٣٩) من قانون رعاية القاصرين العراقي و م(٤٧) من قانون الولاية على المال المصري.

(٢) ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ١٩٧٠/٥/١٩ طعن ١٠٠ و ١٧٥ س ٣٦ ، ق نقلا عن د. انور طلبية، المطول في شرح قانون المرافعات، ج ٢، بدون جهة طبع، ٢٠٠٨، ص ٣٩٦.

(٣) ينظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٩٦٨/٦/٦ طعن ٤٤٠، س ٣٤ ش، نقلا عن د. انور طلبية، المرجع في اعلاه، ص ٣٩٦.

الفرع الثالث

نيابة القيم

يُعرف القِيم بأنه النائب عن المحجور عليه او الغائب او المفقود، تقيمه المحكمة لتمثيله والقيام على رعاية امواله وادارتها على وفق أحكام القانون. ويعد القِيم نائباً قضائياً ان كانت المحكمة هي التي اختارته وتُعد نيابته عن المحجور عليه او الغائب او المفقود نيابة قانونية، لان القانون رسم حدود هذه النيابة^(١).

وقد ساوى قانون رعاية القاصرين العراقي بين الوصي والقِيم في الاحكام الا ما استثني بنص خاص وساوى بينهم في الواجبات وساوى قانون المرافعات بين الولي والوصي والقِيم في تمثيلهم للقاصر، لذا فان كل ما سبق ذكره من احكام بشأن الوصي تطبق ايضاً على القِيم، وإذا الغائب سواء أكان ولياً أو وصياً أو قِيماً على الرغم من تمثيله للقاصر فانه لا يستطيع القيام ببعض الأعمال مثل حلف اليمين، فلا يسوغ للإنسان حلف اليمين عن غيره ولو كان وليه او وصيه لان ذلك يرجع الى ذمة الحالف الشخصية^(٢).

وهذا ما اكدته م(١١٢) من قانون الاثبات العراقي اذ نصت " تجري النيابة في طلب التحليف ولا تجري في اليمين".

ولا يصح اقرار الولي او الوصي على مال الصغير وإقرار القيم على مال المجنون والمعتوه إذ يتوقف إقرارهم على الحصول على الأذن بالاقرار من دوائر رعاية القاصرين التي تراعي اموالهم ويتوقف حصولهم على اذن من المحاكم المختصة^(٣)، وعلى الرغم من ان قانون رعاية القاصرين لم ينص على هذا المنع للإقرار الا انه يمكن ان يستفاد من النصوص الأخرى التي فيها ضرر للقاصر مثل التنازل عن الحق اذ قيدتها بالحصول على اذن من الدائرة المعنية.

لقد ورد هذا المنع بصورة صريحة ضمن قانون الاثبات اذ نصت م(٦٠) أولاً منه^(٤)، " يشترط في المقر ان يتمتع بالاهلية الكاملة فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم او اوصيائهم او القوام عليهم".

اما بشأن الاستجواب، فلم يرد في قانون رعاية القاصرين العراقي او الاثبات مدى جواز استجواب الولي او الوصي او القيم. الا انه لما كان الاستجواب غالباً ما يؤدي الى الإقرار بالحق، فالذي لا يقبل اقراره لا يقبل استجوابه استناداً الى نص م(٦٠) من قانون الاثبات العراقي. اما القانون المصري فنصت م(١٠٧) منه^(٥) " اذا كان الخصم عديم الاهلية او ناقصاً جاز استجواب من ينوب عنهم وجاز للمحكمة مناقشته هو ان كان مميزاً في الامور المأذون فيها"، لذا أجاز المشرع المصري استجواب من ينوب عن عديم الاهلية او ناقصها كالولي او الوصي او القيم ويلحظ ان استجواب من يمثل عديم الاهلية او ناقصها قد يؤدي بالنهاية الى حدوث اقرار قضائي. مثل هذا الإقرار لا يحتج به

(١) ينظر ردينة محمد رضا، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) ساهرة حسين كاظم، التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ١١.

(٣) ينظر د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، ط ٢، ١٩٩٧، ص ١٦٩.

(٤) ينظر م(٦٠/اولا) من قانون الاثبات العراقي النافذ.

(٥) ينظر م(١٠٧) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

على القاصر او عديم الاهلية الا اذا تعلق بالاعمال التي يقوم بها نائبه وفي حدود سلطته^(١)، لذا اختلف المشرع المصري عن العراقي الذي اجاز استجواب من ينوب عن ناقص الاهلية او فاقدتها ونجد ان الافضل ان يحدد المشرع العراقي موقفه من ذلك بصورة واضحة بعدم اجازة الاستجواب في مثل هذه الحالات، لان الاستجواب من الأمور التي تتعلق بالشخصية ولاتقبل النيابة لذا نقترح اضافة المادة التالية الى الفصل الخاص باحكام النيابة عن القاصر امام القضاء في قانون رعاية القاصرين "لا يجوز للولي او الوصي او القيم الإقرار بحق يتعلق بمن ينوبون عنهم او استجوابهم".

وساوى القانون المصري بين الوصي والقيم كذلك في الشروط^(٢)، وقد عرض القانون المصري في المادة (٦٨) من ترتيب معين للقوامة ان جعل القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة، ولم يأخذ القانون العراقي بهذا الترتيب والغاية من هذا الترتيب هو تقييد للمحكمة عند الاختيار فضلا عن مدى صلتهم بالمحجور عليه وما يغلب فيهم من شفقة وعناية بمصالحه^(٣).

وينصب القيم على فاقدى الاهلية كالمجنون والصغير غير المميز والمعتوه ويتولى تمثيلهم قانونا امام القضاء ان لا تصح مخاصمتهم. اما اذا باشروا الدعوى بكاملى الاهلية ثم زالت اهليتهم في اثناء السير بالدعوى وجب قطع السير فيها لحين تبليغ القيم عليهم او حضوره للسير فيها، فبالنسبة للسفيه وذو الغفلة فلا تصح خصومتها بعد صدور قرار الحجز بل لا بد من تنصيب القيم عليهم لتمثيلهم قانوناً^(٤).

المبحث الثالث

احكام النيابة الاستثنائية عن ناقصي الاهلية وفاقديها امام القضاء

بعد ان بينا في المبحث السابق احكام النيابة عن ناقص الاهلية وفاقديها والثابتة بنص القانون، يُثار التساؤل عن الحكم في حال عدم وجود من عينهم القانون لتمثيل القاصر، او في حال تعارض مصالحهم مع مصلحة القاصر، فما هو الحكم في هذه الحالة، إذ اعطى المشرع العراقي استثناء للحاضنة الحق في تمثيل القاصر بشروط محددة الأمر الذي سنفصله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تمثيل ناقصي الاهلية وفاقديها من دائرة رعاية القاصرين.

المطلب الثاني: خصومة الحاضنة في نفقة المحضون.

المطلب الأول

تمثيل ناقصي وفاقدى الاهلية من قبل دائرة رعاية القاصرين

بعد ان وضع قانون رعاية القاصرين الأحكام الخاصة بالولي والوصي والقيم فان رعاية مصالح هذه الطائفة لا تنتهي الى هذا الحد فقد لا يتم تعيين نائب عن القاصر او قد تسلب ولايته او قد تتعارض مصالحه مع مصلحة القاصر، ويُثار التساؤل عن المسؤول عن تمثيل القاصر في هذه الحالات هذا ما سنجيب عنه في هذا المطلب.

(١) ينظر: د. رمضان ابو السعود، مبادئ الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٢٠١.

(٢) ينظر م(٦٩) من قانون الولاية على المال المصري النافذ.

(٣) ينظر احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٤) ينظر رحيمحسن العكيلي، المرجع السابق، ص ١٩٠ - ١٩١.

اناط القانون العراقي هذه المهمة بدائرة رعاية القاصرين ونجد لدى الرجوع الى الاهداف المتوخاة من تشريع هذا القانون ان م (٤/١) قد نصت "٤- تمكين دائرة رعاية القاصرين وتشكيلاتها من الرقابة والإشراف على من يتولى رعاية شؤون القاصر والقيام مقامه عند عدم وجوده بما يحقق مصلحة القاصر في ضوء هذا القانون".

نلاحظ فيل هذا النص ان النيابة للدائرة المذكورة لا تثبت الا في حالات استثنائية وفي عدم وجود النائب الاصلي عنه المحددة احكامه بالقانون، وهو الولي او الوصي او القيم.

الا انه يلحظ على هذه المادة انها جاءت مطلقة ولم تحدد حالات عدم الوجود مما يعني ان نيابة دائرة رعاية القاصرين تكون في هذه الحالة في الحالات جميعها سواء تعلقت بعدم تعيين نائب عنه او عزله او عدم تمثيله لتعارض مصلحته مع مصلحة القاصر.

وجاءت م(٣٤)^(١)، اكثر وضوحا بشأن تفصيل هذه الحالات ان نصت "الوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة. على ان تقدم الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً".

ويتبين في هذه المادة ان وصاية دائرة رعاية القاصرين تكون مؤقتة في هذه الحالة الى حين تعيين الوصي من المحكمة.

ونصت م(٩٠)^(٢)، "ثالثاً- عند عدم وجود قيم على المفقود فتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بإدارة امواله وفقاً لهذه القانون . اما م(٣٨)^(٣) فنصت "تقوم مديرية رعاية القاصرين بأعمال الإدارة المعتادة لأموال المحجور عند عدم تعيين قيم عليه من قبل المحكمة"، فإذا لم يوجد نائب قانوني للقاصر، صح مخاصمة دائرة رعاية القاصرين فتقام الدعوى عليها بحسب وصايتها له، وعليها تمثيله اما بنفسها او إنابة احد موظفيها بحسب ما اشارت اليه م (١٠٠) ان نصت "لدائرة رعاية القاصرين ان تنيب عنها احد موظفيها الحاصلين على شهادة بكالوريوس بالقانون في دعاوى القاصرين والمرافعة فيها امام المحاكم مهما كانت قيمة الدعوى".

وذهبت محكمة استئناف نينوى "...بعد تدقيق اضبارة الدعوى البدائية المستأنف حكمها وجد ان المدعي (المستأنف) مدير عام دائرة رعاية القاصرين اضافة لوظيفته قد ادعى بأن المدعى عليه (المستأنف عليه) قد وضع يده على العقار المرقم (ـ) والعائد نصفه للمحجورة (س) دون وجه حق ودون موافقته دائرة رعاية القاصرين وطلب دعوته للمرافعة وعنهما الحكم بمنع معارضته للدار موضوع الدعوى..."^(٤).

وهناك تساؤل يقدم نفسه عن مدى جواز ادخال الدائرة المذكورة بوصفه شخصاً ثالثاً في الدعوى، فيما لو اقيمت على ناقص الاهلية أو فاقدتها مباشرة.

(١) ينظر م(٣٤) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(٢) ينظر م(٩٠) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(٣) ينظر م(٣٨) من قانون رعاية القاصرين العراقي.

(٤) ينظر قرار محكمة استئناف نينوى رقم ٢٠٩/س/٢١٠ في ٢٨/٧/٢٠١٠ (غير منشور) وانظر بنفس المعنى القرار الصادر من محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٩٠٧/ الهيئة الاستئنائية / العقار / ٢٠١١ ت/ ٥١١٣ في ١٢/١٢/ ٢٠١١ (غير منشور).

الأصل ان الدعوى هنا تكون غير مقبولة الا انه يمكن الاخذ بذلك في ضوء م (٤) من قانون الاثبات التي تذهب الى تبسيط الشكالية بما يضمن المصلحة العامة بدون التفريط بأصل الحق^(١).

أناط القانون المصري هذا الأمر للمحكمة لتعيين وصي الا انه يختلف بحسب الحالات فقد يكون وصياً مؤقتاً او خاصاً، وعلى الرغم من التفريق في السمات الا ان م (٣٤) من قانون الولاية على المال المصري قد ساوت بينهم وبين الوصي العام، اذ نصت "تسري على الوصي الخاص والوصي المؤقت ووصي الخصومة احكام الوصاية الواردة في هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة كل منهم"^(٢).

ويعين الوصي المؤقت في الحالات الآتية:

١. اذا لم يكن للقاصر وصي مختار فتعين المحكمة وصياً في هذه الحالة.
٢. اذا تم الحكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر وإذا اوقف الوصي او حالت ظروف مؤقته دون ادائه لواجباته.

ونصت م (٣١) على أحكام الوصي الخاص من قانون الولاية على المال اذ نصت "تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك في الاحوال الآتية: أ- اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي او مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته. ب- اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي او زوجه او احد اصوله او فروع او مع من يمثله الوصي. ج- ابرام عقد من عقود المعاوضة او تعديله او فسخه او ابطاله او الغاؤه بين القاصر وبين الوصي او احد المذكورين في الفقرة (ب).

يراعي ان هذا النص تعارض المصالح حتى مع زوج أو الولي الأمر أو أصوله الذي لم يأخذ به المشرع العراقي.

ويتميز الوصي الخاص عن غيره من الأوصياء بما يأتي ١- قيامه بعمل معين خاص بالقاصر، اقتضت الظروف انفراد وصي خاص به، ٢- توقيت مهمة الوصي وتكون باشراف من القاضي اذا حصل تعارض في المصالح، إذ يخشى منه على مصلحة القاصر. وقد بنيت هذه المادة، صور هذا التعارض، فقد يكون بين مصلحة القاصر والولي عليه او بين مصلحة قاصر وقاصر اخر مشمول بولاية الولي او بين مصلحة زوج الولي او احد اصوله او فروع او مع من يمثله الوصي على القاصر^(٣)، وبذلك اختلف المشرع المصري عن العراقي كما ذكرنا سابقا في تفصيله لهذه الحالات.

الا انه مع ذلك يعد موقف المشرع العراقي افضل من المصري الذي أناط الأمر بجهة واحدة هي دائرة رعاية القاصرين، ويؤدي تعدد الاوصياء كما هي الحال في القانون المصري الى ضياع لحق القاصر.

يُثار التساؤل في حال عدم قيام الدائرة المعنية بواجباتها تجاه القاصر. في هذه الحالة، وفي ظل غياب وجود الولي او الوصي او القيم يفترض ان يكون هنالك دور للدعاء العام في هذا المجال بوصفه المدافع عن الحق العام والرقيب على الشرعية، إذ اعطت م(١٣)^(٤)، الحق له في التدخل في الدعاوى التي تخص الأسرة وتشريد الاطفال، المشرع العراقي اي دور لتحريك الدعوى، على خلاف القانون المصري الذي نصت م(٨٩) من قانون المرافعات

(١) ينظر رحيمحسين العكيلي، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) انظر المواد (٢٩، ٣٢) من قانون الولاية على المال المصري النافذ.

(٣) ينظر احمد نصر الجندبي، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٤) ينظر م(١٣) من قانون الادعاء العام العراقي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

المدنية والتجارية المصري "للنيابة العامة رفع الدعاوى في الحالات التي ينص عليها القانون ويكون لها في هذه الحالات ما يكون للخصوم من حقوق"، فضلا عن ذلك فان التعديل الذي جاء به القانون المصري^(١)، اجاز بشكل صريح للنيابة العامة التدخل وإدارة اموال ناقصي الاهلية اذ نصت م(٢٦) منه "تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمي الاهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على اموالهم والاشراف على ادراتها وفقا لاحكام هذا القانون ولها ان تندب فيما ترى اتخاذه من تدابير احد مأموري الضبط القضائي كما يكون لها ان تستعين بمعاونين... وللنيابة العامة ان تقدر نفقة وقتية من اموال مستحق النفقة الى حين الحكم بتقديرها)، لذلك يفضل في هذه الحالة اعطاء دور للادعاء العام للتدخل ورفع الدعاوى حفاظا على مصلحة القاصر، عليه نقترح تعديل م(١٣) من قانون الادعاء العام باضافة الفقرة(٣) لها لتكون بالشكل الآتي: "٣- يجب على الادعاء العام التدخل ورفع الدعوى لحماية القاصر في حالة عدم قيام دائرة رعاية القاصرين بواجباتها التي نص عليها القانون".

ويأتي ذلك انسجاما مع الاهداف التي يسعى لها قانون الادعاء العام التي اشارت اليها م(١) منه، لذا يبدو التداخل في الأهداف بين القانونين: قانون رعاية القاصرين وقانون الادعاء العام.

الا ان ذلك قد يتعارض مع ما اشارت اليه م (٨١)^(٢)، من القانون المصري "لا يجوز لاحد القضاة او للنائب العام لا هو لا احد من وكلائه ... ان يكون وكيلًا عن الخصوم في الحضور او المرافعة، ولكن يجوز لهم ذلك عن ممثلونهم قانوناً...".

لكن يلحظ ان هذا النص يقصر الأمر على حالة الوكالة بالخصومة والادعاء العام عندما يتدخل في الدعوى برفعه لها ستكون في حالات خاصة، كما سبق ان بيّنا، ويتدخل بوصفه المدافع عن الحق العام للقاصر والحفاظ على مصالحه الشخصية لذا لا نجد تعارضا بين هاتين المادتين.

المطلب الثاني

نيابة الحاضنة عن المحضون

أورد قانون المرافعات العراقي احكاما خاصة للنيابة، عندما أجاز للحاضنة ان تمثل المحضون أمام القضاء الأمر الذي يثير التساؤل عن حدود هذا التمثيل ونطاقه. هذا ما سنوضحه في هذا المطلب بعد القاء الضوء على المقصود بالحضانة في الفرع الأول، وبيان خصومة الحاضنة في الفرع الثاني على وفق ما يأتي:

الفرع الأول

تعريف الحضانة

تعرف الحضانة بانها "القيام بتربية الطفل والتزام شؤونه ممن له الحق في ذلك شرعاً"^(٣)، وعرفها آخر^(٤)، بانها "تربية الصغير والقيام بشؤونها جميعاً ممن له الحق في ذلك من اقاربه".

(١) ينظر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية المصري.

(٢) ينظر م(٨١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

(٣) ينظر حنان محي نايف، الولادة ونتائجها، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد ١٣ العدد (١)، ربيع الثاني - ٢٠١١، ص ٢٩٠.

وتعرف بأنها "حفظ الولد ورعايته وتربيته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس"^(١).
ويعد حق الحضانة من أهم الحقوق التي تتعلق بالصغار، اولاهها المشرع رعاية في تنظيم احكامها في قانون الاحوال الشخصية سواء اكان العراقي ام المصري.
ونجد بعد عرض هذه التعريفات أنها تتفق على تخويل من له الحق في رعايته برعاية شؤونه جميعاً ويتبين اذا ما رجعنا للقواعد العامة التي سبق لنا أن عرضناها ان الصغير (المحضون) ينوب عنه من يمثله قانوناً سواء اكان الولي او الوصي او القيم الا ان المشرع العراقي جاء بنص خاص في م (٢٠٦) من قانون المرافعات الذي نص على "تعتبر الحاضنة خصماً في دعوى النفقة لمحضونها".
ويعد ذلك استثناءً من القواعد العامة المشار اليها سابقاً فقد اعطاها المشرع وصف الخصم لذا تكون في مركز يختلف عن الوصي او الولي او القيم الذي يعد نائباً او ممثلاً قانونياً عن القاصر مما يُثير التساؤل عن مدى صحة هذا الوصف، وماهي الشروط الواجب توفرها في هذه الخصومة سنبينه في الفرع الثاني:

الفرع الثاني

شروط خصومة الحاضنة

تصح خصومة الحاضنة اذا توفرت الشروط الآتية:

اولاً: ان تكون حاضنة للصغير:

أوجب المشرع العراقي على من يرفع الدعوى عن ناقص الاهلية وفاقدها ان يكون حاضناً للصغير ويثبت الحق في الحضانة لعدة لاشخاص عديدين وضحاها المشرع العراقي في مواد متفرقة من قانون الاحوال الشخصية نوضحها على وفق ما يأتي:

١. نصت م (٥٧)^(٢)، على ان "١- الأم احق بحضانة الصغير وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك".

ونصت ف(٧) من المادة نفسها "في حال فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب. الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وحينئذ تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة...".

ونصت ف (٨) من المادة نفسها "اذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن أمين كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها".

ونصت ف(٩) من الماد نفسها على "أ- اذا فقد ابو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لأقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد ب- اذا مات ابو الصغير فيبقى الصغير لدى امه وان تزوجت باجنبي عنه من العراقيين بشرط ١- ان يكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة ٢- ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم ٣- ان يتعهد زوج الأم حال عقد

(١) عبد المجيد حمد الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في الزواج واثاره، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠، ص ١٥٢.

(٢) ينظر احمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٣) ينظر م(٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به ٤- اذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة".

يتبين مما تقدم ان الحق في الحضانة يثبت للأم لأنها احق بتربيته ورعايته ولكن يتعين هذا الحق بعدم تضرره من ذلك فإذا كانت الأم مقصرة لوجود مهنة او وظيفة يجعل بقاءه معها غير مجد^(١)، وقد ذهبت محكمة التمييز العراقية^(٢)، الى ان (الحكم المميز غير صحيح اذ ان محكمة الاحوال الشخصية لم تلاحظ ان الدعوى التي اقامها (أ) على (ع) مطلقها الذي ترك ولده (ر) من دون نفقة.... وعليه طلبت دعوته للمرافعة وإلزامه بالنفقة وان موضوع الدعوى هو اجرة إرضاع الصغير (ر) وليس النفقة).

ويثبت القانون المصري الحق في الحضانة لوالديه وجعل الأم احق بحضانة الصغير في حياته الأولى ومن يليها من النساء على وفق الترتيب المقرر قانونا وتكون الحضانة في الفترة التي تبدأ من ولادته حتى بلوغ الصغير والصغيرة سن الخامسة عشر ثم ينتقل بعد هذه السن وتخيرهما لحضانة الرجال، ويُقدم الأب فيها على غيره ما لم يتمسك بالإبقاء في يد الحاضنة بلا أجره حضانة^(٣).

ثانياً: ان تكون الخصومة في دعوى النفقة^(*).

حصرت المادة (٣٠٦) من قانون المرافعات العراقي الخصومة بالنسبة لحاضن الصغير في دعوى النفقة حصراً، فاذا امتنع الأب الموسر عن دفع النفقة على الرغم من قدرته جاز للحاضنة ان تطلب من القاضي ارغامه على الدفع^(٤)، على من تجب عليه النفقة اصلاً، ويُثار التساؤل عن سبب حصر المشرع العراقي هذه الخصومة بالنفقة فحسب؟ لقد جاءت م (٢٩٩) من القانون العراقي^(٥)، بنصوص خاصة فيما يتعلق بالدعاوى الشرعية فان لم يوجد نص خاص تطبق احكام قانون المرافعات وقد جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات "....وقد استهدف القانون بهذه العبارة ان يبرز ما للدعوى الشرعية من طبيعة خاصة....".

والسبب الثاني ان قانون رعاية القاصرين قد نظم كل ما يتعلق من احكام بشأن التصرف والإدارة للأموال التي تعود للقاصر ولم يذكر شيئاً فيما يتعلق بالنفقة إذ نظم الأحكام الخاصة به قانون الاحوال الشخصية في المواد (٥٨-٦٤) من دون ان يذكر التنظيم الاجرائي لها.

(١) ينظر حنان محي نايف، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز العراقية الصادر في ١٧/٥/٨١، اشار اليه فريد فتیان، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط٢، ١٩٨٦، ص ٢٠٥. وبنفس المعنى انظر القرار ١١-٩٣٥/ شرعية اولي/ ١٩٧٢ في ٣١/١٢/٧٢. نفس المصدر، ص ٢٠٠.

(٣) ينظر د. فتحي محمد انور عزت، أحكام القانون ومبادئ القضاء في منازعات الأسرة، ج ١، ط ١، دار الفن والمكتبات الكبرى، ٢٠٠٩، ص ٥٥٤. رمضان علي السيدو جابر عبد الهادي، أحكام الاسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٥٨٦.

(٤) ينظر فريد فتیان، المرجع السابق، ص ٢١٠.

(*) تعد النفقة من الحقوق الاسرية المالية التي تمنح للطفل لاعانته ومعيشته، وتعني النفقة كل ما يبذله الانسان من شيء فيما يحتاجه هو او غيره من شراب وطعام.. الخ. لمزيد من التفصيل ينظر: فاطمة خلف كاظم، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٥) ينظر م (٢٩٩) من قانون المرافعات العراقي النافذ.

اما في بقية الانواع الاخرى من الدعاوى (غير النفقة) فان من يمثله بحسب ما سبق ذكرناه الولي او الوصي او القيم او دائرة رعاية القاصرين.

ثالثا: ان يكون المحضون في سن الحضانة.

نصت م(٥٧)^(١)، من قانون الاحوال الشخصية العراقي "٤- للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشر، اذا تبين لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك على ان لا يبيت الا عند حاضنته".

نلاحظ من نص المادة في أعلاه ان المشرع العراقي لم يميز بين الذكر والأنثى في مدة الحضانة، والافضل ان يكون سن الحضانة للأنثى اكثر من الذكر لحاجتها لرعاية الام الفترة أطول لذا نقترح تعديل المدة.

ويتبين من هذا النص ان المشرع نظم المدة بالنسبة لحضانة الأب مع انه أقر في م (٣٠٦) من قانون المرافعات العراقي السابق، الإشارة إليها، ان الحضانة تكون للأب، وجعلها في حال غياب الأم (١٠) سنوات بعد ان كانت (٧) سنوات قبل التعديل، واجاز للمحكمة ان تمددها الى حين اكمال (١٥) بموجب حكم تصدره محكمة الاحوال الشخصية استنادا الى تقارير لجان مختصة تثبت فيها ان مصلحة الصغير تقتضي بهذا التمديد على شرط ان يكون مبيته في بيت حاضنته^(٢).

وفي حالة فقدان الأب لشروط الحضانة يبقى الصغير لدى امه مادامت تحتفظ بشروط الحضانة من دون ان يكون لأقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها في ذلك لحين بلوغه سن الرشد^(٣).

الخاتمة

بعد ان انتهينا من البحث نسجل جملة من النتائج والتوصيات نوضحها على وفق الآتي:-

اولا: النتائج

١. تميز النيابة الاجرائية عن ناقصي الاهلية وفاقديها بخصوصية تميزها عن النيابة المدنية لتعلقها بمباشرة الحقوق التي تتعلق بها الدعوى.
٢. تعرف النيابة الاجرائية "بانها نيابة من نوع خاص تخول صاحبها القيام بالأعمال والإجراءات التي تحفظ حق ناقص الاهلية أو فاقدتها وتخوله رفع الدعاوى والمرافعة فيها حتى إصدار الحكم".
٣. لا يمكن ان يُعد النائب خصما في الدعوى اذ يبرز الفرق بين الصفة في الدعوى التي يترتب عدم تخلفها عدم القبول والصفة الاجرائية التي تخول صاحبها مباشرة اجراءات الدعوى باسم صاحبه ويترتب على تخلفها البطلان. ولم يستقر القضاء المصري على هذه النتيجة فتارة يرتب البطلان على تخلف الصفة الاجرائية واخرى يرتب عدم القبول، مما يعد محل نظر.

(١) ينظر م(٤/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.

(٢) ينظر د. احمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي وآخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، دار ابن الاثير للطباعة والنشر - الموصل، ١٩٨٠، ص٢١٨.

(٣) ينظر م(٩/٥٧-أ) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.

٤. اقتصر قانون رعاية القاصرين على تنظيم الاحكام المدنية للنيابة ولم ينظم احكامها الاجرائية لذا اشار الى حق النائب في رفع الدعوى عن يمثله ضمن قانون المرافعات، في حين لم يأخذ بذلك القانون المصري اذ قصر الحق في الحضور والمرافعة على الوكيل بالخصومة، ووفق المشرع المصري في ذلك لان النائب الاجرائي لا يمكن ان يُعد وكيلا بالخصومة، لاختلاف المركز القانوني لكل منهما.
٥. ان النائب الاجرائي هو ممثل اجرائي عن ناقص الاهلية أو فاقدتها وقد تكون نيابته قضائية عندما يقوم القاضي بتحديد شخص النائب مثل القيم او قانونيه عندما يحدد النص القانوني شخص النائب مثل الولي والوصي.
٦. على الرغم من اختلاف أحكام النيابة الاجرائية عن النيابة المدنية، الا اننا لاحظنا ان القوانين المقارنة، لم تفرد لها احكاما خاصة الأمر الذي يعد محل نظر.
٧. لا تكفي نصوص القانون المدني لإعطاء الصغير المميز ومن في حكمه (المعتوه، والسفيه، وذو الغفلة)، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً ام دائرة بين النفع والضرر لاعطائه الحق في رفع الدعوى، لعدم توفر الاهلية الاجرائية لديهم التي تعد شرطاً أساسياً لقبول الدعوى.
٨. اختلف القانون المصري عن العراقي في أنه يُعد المعتوه فاقداً للتمييز وليس مميزاً كما فعل المشرع العراقي، وأجاز المشرع المصري للمحجور عليه للسفه او الغفلة ان يتسلم امواله بناءً على اذن المحكمة لذا يعد في منزلة القاصر المأذون الأمر الذي لم يأخذ به المشرع العراقي.
٩. يشمل مصطلح فاقد الاهلية معنى الصبي غير المميز والمجنون ولا يصح رفع الدعوى منهم لأن تصرفاتهم باطلة وقد اجاز المشرع العراقي في حالة الافاقة للمجنون ان يجري التصرفات كافة التي يجريها العاقل ومنها رفع الدعوى ويعد هذا الأمر محل نظر، لان الأمراض العقلية تكون مستمرة عادة ولا يرجى شفائها وقد تعود اليه بعد رفع الدعوى لذا يعد موقف القانون المصري في هذه الحالة افضل لانه لا يفرق بين حالة الافاقة وعدم الافاقة انما ساوت بينهم في الحكم وعدتهم كالصبي غير المميز.
١٠. اختلف القانون المصري عن العراقي في اعطاء الولاية للجد مما لم يأخذ به المشرع العراقي ويعد ذلك محل نظر لان الجد اقرب للصغير من المحكمة، وقد خلا قانون رعاية القاصرين من تنظيم التمثيل القضائي للولي بأحكام خاصة بل جاء بأحكام عامة، في حين قيد تصرفات أخرى بالحصول على اذن من الدائرة مثل التحكيم والطعن والتنازل عن الحقوق.
١١. يُعد رفع الدعوى على الولي والوصي بعد بلوغ القاصر سن الرشد باطلة لانتهاء ولايته في هذه الحالة الا اذا كان الخصم حسن النية إذ يجهل هذا البلوغ.
١٢. ان وصي الخصومة هو نوع خاص من انواع الوصاية وان كان يخضع لأحكام الوصاية العامة، الا انه يختلف عنها في كونه ينصب من المحكمة ولا يرفع الدعوى الا بإذنها.
١٣. لا يتوقف تحريك الدعوى لمصلحة القاصر على الحصول على اذن من دائرة رعاية القاصرين في حين يتوقف التنازل عنها والطعن فيها والتحكيم على إذن من الدائرة المذكورة على أساس أنه يؤدي الى خسارة قد تلحق بمصلحة أو أموال الصغير.
١٤. يساوي المشرع العراقي بين الوصي والولي والقيم في الواجبات والحقوق.

١٥. جاء القانون المصري باحكام جديدة لم يأخذ بها المشرع العراقي وتعد جديدة بالتأييد، إذ أجاز للوصي رفع الدعاوى المستعجلة من دون الحصول على اذن الجهات المعنية، وأوجب عليه الحصول على اذن المحكمة عندما ترفع الدعوى ضد القاصر او عندما يتم اتخاذ اجراء من اجراءات التنفيذ ضده.
١٦. ساوت القوانين المقارنة بين الوصي والقيم الا ما (استثنى بنص خاص) في الأحكام والواجبات والتمثيل الاجرائي امام القضاء.
١٧. في حالة عدم وجود من يمثل ناقص الاهلية وفاقدها او تعارض مصالحه معه فقد أوكل المشرع العراقي لدائرة رعاية القاصرين مهمة تمثيله في حين أناط القانون المصري الامر للمحكمة لتعيين وصي مؤقت او وصي خاص ويعد موقف المشرع العراقي افضل من المصري إذ اناط الأمر بجهة واحدة هي دائرة رعاية القاصرين.
١٨. انطلاقاً من دور الادعاء العام في الدفاع عن المشروعية والحق العام ورعاية القاصرين يفترض ان يكون له دور في تحريك الدعوى عند عدم قيام دائرة رعاية القاصرين بمهامها.
١٩. أجاز المشرع العراقي واستثناءً على ما سبق من قواعد، للحاضنة ان تكون خصماً في دعوى النفقة حصراً لمحضونها بوصفها من تتولى رعايته ورعاية شؤونه ولم يأخذ بذلك المشرع المصري.
٢٠. لا تخول النيابة عن ناقص الاهلية وفاقدها حلف اليمين بوصفه مسألة شخصية لا يجوز لغير الحالف ان يؤديها والاقرار وسكت المشرع العراقي عن الاستجواب وبيان احكامه بالنسبة للنائب عن غيره في حين أجاز المشرع المصري ولكن في حدود السلطة التي يمارسها.

ثانياً: التوصيات:

١. يتوجب توفر صفة الخصومة في اطراف الخصومة وعدم اقتصارها على المدعى عليه، كما فعل القانون العراقي لذا نقترح تعديل م(٤) من قانون المرافعات العراقي لتصبح على وفق ما يأتي "يشترط في كل من المدعي او المدعي عليه ان يكون خصماً....".
٢. لم ينظم قانون رعاية القاصرين بشكل مباشر تمثيل او النيابة عن القاصر امام القضاء لذا نقترح اضافة فصل سابع الى قانون رعاية القاصرين تحت عنوان النيابة عن القاصر امام القضاء. وتكون المادة الاتية هي م(١).
- م(١) "يجب على المحكمة ان تقبل تمثيل من ينوب عن غيره بسبب الولاية او الوصاية او القوامة امام القضاء في الدعاوى (كافة) ويكون لهم الحق في رفع الدعاوى والمرافعة فيها والسير في اجراءاتها حتى اصدار الحكم ومراجعة طرق الطعن في هذه الاحكام".
٣. لا يمكن أن يكون النائب عن الغير وكيل بالخصومة لذا يجب عدم الجمع بينهما في مادة واحدة، لذا نقترح تعديل م(٥١) من قانون المرافعات بحذف الفقرة الأخيرة منها وازادتها الى الباب السابع المقترح، ونقترح حذف الفقرة الآتية من م(٥١) "ولمن ينوب عن غيره بسبب الولاية او الوصاية او القيمومة او التولية هذا الحق ايضاً".
٤. تعديل م(٤) من قانون المرافعات بالغاء لفظ المحجور والغائب لان لفظ القاصر الوارد ذكره في المادة يشمل هذا المفهوم ايضاً.
٥. تعديل م(٩٧) من القانون المدني بإضافة الفقرة الآتية لها لتصبح الفقرة(٢) "ثانياً- يستثنى من احكام الفقرة اعلاه الاعمال التي تتعلق بمباشرة الدعوى الاجرائية".
٦. تعديل م(٢٧) من قانون رعاية القاصرين لتصبح "ولي الصغير هو ابوه ثم جده ثم المحكمة".

٧. نقترح اضافة المادة الآتية للباب السابع لتصبح م (٢) منه وتنص على ان "على الولي او الوصي او القيم القيام بالاعمال اللازمة للحفاظ على اموال القاصر وحقوقه من رفع الدعوى والطعن فيها"، فهذه المادة اضافة لتثبيت الحق في رفع الدعوى من قبل الممثل القانوني فانها تتضمن التزاما للقيام بواجباته تجاه ناقص او فاقد الاهلية.
٨. تعديل م(٤٣) من قانون رعاية القاصرين واطافة الفقرة الآتية لها لتصبح الفقرة ١٠ "يستثنى من احكام الفقرة اعلاه الحالات التي تتعلق برفع الدعوى المستعجلة".
٩. اضافة المادة الآتية للباب السابع لتكون المادة رقم (٣) "يجب على الوصي ان يحصل على اذن من دائرة رعاية القاصرين في الحالات الآتية ١- اذا تعلق الأمر بتحريك الدعوى ضد القاصر، ٢- عند مباشرة اي اجراء من اجراءات التنفيذ ضده".
١٠. تعديل م(١٣) من قانون رعاية القاصرين لتكون على وفق الآتي : بغية اعطاء دور له عند عدم قيام دائرة رعاية القاصرين بتمثيل القاصر. "٣- يجب على الادعاء العام التدخل ورفع الدعاوى لحماية القاصر في حالة عدم قيام دائرة رعاية القاصرين بواجباتها التي نص عليها القانون".
١١. نقترح تعديل م(٤/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية الذي يساوي بين الذكر والأثى في مدة الحضانة، لذا نقترح تعديل ذلك إذ تكون سن الحضانة للأنثى اكثر من الذكر لحاجتها لرعاية الأمر بشكل اكثر.
١٢. اضافة المادة الآتية الى الفصل السابع المقترح من قانون رعاية القاصرين "لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم الاقرار بحق يتعلق بمن ينوب عنهم او الاستجواب".

المصادر

أولاً: مصادر اللغة العربية

١. ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد الاول، دار صادر بيروت،
٢. محمد بن ابو بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي.

ثانياً: المصادر القانونية

١. أ حمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي وآخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠.
٢. احمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية في قانون الامارات العربية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
٣. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٤. د. أحمد هندي، الوكالة بالخصومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٥. د. ادم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، دار ابن الاثير، الموصل، ٢٠١١.
٦. أنور طلبية، المطول في شرح قانون المرافعات، ج١ وج٢، بدون جهة طبع، ٢٠٠٨.
٧. حلمي محمد الحجار، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧.
٨. د. خالد أحمد شبكة، التوكيل في الخصومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٩. رحيم حسين العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، ج١، ط٢، دار الكتب والوثائق العراقية، ٢٠٠٦.
١٠. د. رمضان أبو السعود، مبادئ الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٧.

١١. رمضان علي السيدو جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
١٢. د.سمير عالية، نظرية الدعوى الشرعية، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٥.
١٣. د. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار الفكر الجامعي، بيروت، ٢٠٠٨.
١٤. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية - دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٠.
١٥. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، ط٢، ١٩٩٧.
١٦. عبد الباسط مسعود، التصرفات القانونية للصغير المميز في ضوء القانون العراقي والمقارن واحكام الشريعة الاسلامية، ط١، بدون جهة طبع، ٢٠١٠.
١٧. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١.
١٨. د. عصمت عبد المجيد بكر، احكام رعاية القاصرين، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
١٩. علي حسن علي، مباحث في الاحوال الشخصية على ضوء القران والسنة النبوية، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١١.
٢٠. علي الشحات الحديدي، ماهية الصفة ودورها في النطاق الاجرائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
٢١. د. فتحي محمد انور عزت، احكام القانون ومبادئ القضاء في منازعات الاسرة، ج١، ط١، دار الفن والمكتبات الكبرى، ٢٠٠٩.
٢٢. فريد فتیان شرح قانون الاحوال الشخصية، ط٢، ١٩٨٦.
٢٣. د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٢٤. نجاح شمس، الوكالة، المجلد الاول، المنشورات الحقوقية، القاهرة، صادر، ٢٠٠٤.
٢٥. د. نشأت محمد الأخرس، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٢.
٢٦. يوسف نهرا و خليل انطوان، أحكام الاحوال الشخصية، المنشورات الحقوقية، دار صادر، ٢٠٠٢.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

١. إكرام باسل ذنون، المركز القانوني للنائب عن غيره في قانون ضريبة الدخل، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة الموصل، ٢٠١٣.
٢. ردينة محمد رضا، الولاية على المال، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٧.
٣. ساهرة حسين كاظم، التزامات الاولياء وحقوقهم في الولاية على النفس، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
٤. عبد المجيد حمد الجبوري، سلطة القاضي التقديرية في الزواج وآثاره، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٠.

رابعاً: البحوث القانونية

١. حنان محي نايف، الولادة ونتائجها، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهريين، المجلد ١٣ العدد (١)، ربيع الثاني ٢٠١١.
٢. د. عزيز كاظم جابر، أحكام الولاية على مال الصغير بين القانون المدني وقانون رعاية القاصرين، بحث منشور في مجلة القانون المقارن تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، عدد ٣١ لسنة ٢٠٠٢.
٣. فاطمة خلف كاظم، مظاهر الحماية المدنية لحقوق الطفل في التشريعات العراقية النافذة، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد ٢، س٤، ع٦، ٧، ٢٠٠٩.

خامساً: القرارات القضائية الغير منشورة

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٧٨٠ / الهيئة الاستئنافية في ٤/٨/٢٠١٠ (غير منشور).
٢. قرار محكمة استئناف نينوى رقم ٢٠٩ / س / ٢٠١٠ في ٢٨/٧/٢٠١٠ (غير منشور).
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٩٠٧ / الهيئة الاستئنافية العقار / ٢٠١١ في ١٢/١٢/٢٠١١ (غير منشور).

سادساً: مصادر الانترنت

١. النيابة - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد ٢١، منشور على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الموقع : www,arb.ency.com
٢. عبد الرسول عبد الرضا، مسائل الاحوال الشخصية، مقال منشور على الانترنت على الموقع: www.aobabylon.edu.ig
٣. سالم رمضان الموسوي، مفهوم القاصر والحدث في القانون العراقي، مقال منشور على الشبكة الدولية للمعلومات على الموقع: www.omanlegal.net
٤. مقال بعنوان ترتيب الاولياء على المال في القانون العراقي، بحث منشور على الانترنت على الموقع: www.omanlegal.net

سابعاً: المتون القانونية

١. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
٢. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٤. قانون المحاماة العراقي رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ المعدل.
٥. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٦. قانون الادعاء العام العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٧. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٨. قانون الولاية على المال المصري الصادر بالمرسوم رقم ١١٩ / لسنة ١٩٥٢.
٩. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩.
١٠. القانون المدني المصري رقم (٣) لسنة ١٩٤٨.

١١. قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

١٢. قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية المصري.