مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

النيابة عن الخصم القاصر امام القضاء المدني ما بين الشريعة والقانون

أ.د. اسماعيل محمود محمد الجبوري الباحث حسن عبد محسن علي
الجامعة المستنصرية الجامعة المستنصرية

المستخلص
تعد الخصومة القضائية ظاهرة متحركة، تتألف من عدة إجراءات قضائية متتابعة يتلو الواحد منها الآخر، ولا تسري هذه الاجراءات بقوة دفع ذاتية، وإنما تحتاج إلى من يسيرها حتى تصل الخصومة إلى مرحلتها النهائية، لذا يقع على عاتق الخصوم أو من يمثلهم الدور الأكبر في شأن تسيرها، ولما كان الخصم القاصر لا يملك الحق في مباشرة اجراءات الخصومة بنفسه عادتاً، لذا يقع على من يمثله اجرائياً واجب الحرص على أن لا تكون هناك اجراءات معيبة في خصومة القاصر تؤدي الى انقضائها انقضاءً مبتسر درءً لأي بطلان قد يلحق إجراءاتها، لذا فعليه ان يباشر اجراءت الخصومة بنفسه وأن يصحح العيوب التي تعتري هذه الاجراءات كما يقع على هذا الممثل تعجيل خصومة القاصر اذا ما اعتراها الركود نتيجة الوقف، حيث إن هذا التعجيل يستوجب تدخل هذا الممثل من أجل تحريكها بعد ما لحقها من ركود قد يؤدي الى زوالها احياناً فلا تعجل تلقائياً لأن الدعوى المدنية تتعلق بحقوق الأفراد لا بحق المجتمع مثلما عليه الأمر في القضاء الجزائي، فالخصومة المدنية ملك أصحابها يثبت لهم الحق في تسييرها حتى انتهائها.
الكلمات المفتاحية: أهلية، نيابة، المشرع، المحكمة، قاصر.

Abstract
Judicial litigation is a dynamic phenomenon, consisting of several successive judicial procedures, one after the other. And since the minor litigant does not usually have the right to initiate the litigation procedures himself, so his procedural representative is required to ensure that there are no defective procedures in the litigation of the minor that lead to its premature termination, to ward off any invalidity that may affect its procedures, so he must correct Drawbacks of these procedures. This representative also has to expedite the minor's litigation if it becomes sluggish as a result of the endowment, as this acceleration requires the intervention of this representative in order to move it after the stagnation suffered by it, which may sometimes lead to its demise. It is up to him in the criminal judiciary, for civil litigation is the property of its owners, and they have the right to conduct it until its completion.
Key words: minor, capacity, court, legislator, urgent, possession.

المقدمة

أولا: فكرة عن موضوع الدراسة:
ان مصلحة القاصر تعد مصلحة جديرة بالرعاية، لذا نلاحظ المشرع العراقي عني بتنظيم احكامها في القانون المدني وقانون رعاية القاصرين، الا ان هذه القوانين قد قصرت هذه الحماية على الحماية المدنية التي تتعلق بأموالهم وكيفية ادارتها والتصرف بها والمحافظة عليها ولم تتطرق الى الحماية الاجرائية لحقوقهم، التي لا تقل اهميتها عن الحماية المدنية، ولا سيما القانون يشترط في الخصم توفر الاهلية القضائية وهي اهلية الادعاء ليتمكن من مباشرة الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وهذا هو الأصل اذ يفترض في كل انسان ان كان اهلا للتقاضي أن يكون خصما في الدعاوى التي يقيمها أو تقام عليه، اما اذا كان قاصراً كالصغير والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة والمحكوم عليه بعقوبة جنائية، فلم يجيز لهم القانون الحضور بأنفسهم في الدعاوى التي تقام لهم أو عليهم بل وجب أن ينوب عنهم من يمثلهم قانونا كالولي أو قضائاً كالوصي او القيم وأجاز لفئة اخرى ان تقوم بهذه المهمة استثناءا وهي دائرة رعاية القاصرين، مما يثير التساؤل عن حقيقة المركز القانوني لهؤلاء في خصومة القاصر، وعن مدى تطابق احكام النيابة المدنية مع النيابة الاجرائية وهذا ما سوف نبحثه في هذه الدراسة المختصرة.

ثانياً: اهمية الدراسة:
تبرز اهمية الدراسة في ان الاصل أن الإنسان هو من يمارس حقوقه ويتحمل واجباته الإجرائية, إلا أن هذه القاعدة لا تطبق على الخصم القاصر؛ لأنه لا يستطيع ممارسة حقوقه الإجرائية وتحمل الواجبات التي يفرضها القانون الإجرائي لنقص أهليته الإجرائية أو فقدانها تماماً, لذا لابد أن يقوم مقامه شخص آخر, وهذا الشخص أما أن يكون ممثلاً قانونياً أو قضائياً, بحسب الأحوال التي نص عليها القانون، لذلك وجدت هناك ضرورة ماسة إلى توفير إطار قانوني لحماية القاصر ورعاية مصالحه

أمام القضاء, لاسيما عند تعارض مصلحته مع مصلحة من يمثله قانوناً أو قضاءً, فهذا يدفع للبحث في هذا الموضوع عن طريق التقصي عن مركز من ينوب عن القاصر وكيفية مباشرته لهذه النيابة، ومدى إمكانية قيامه بالدور الفاعل في مباشرتها بوصفه نائباً عن الخصم القاصر.

ثالثاً: مشكلة الدراسة:

إن المشكلة الرئيسة التي تثيرها هذه الدراسة تتمثل في عدم تنظيم المشرع العراقي للنيابة الاجرائية عن الخصم القاصر، علما ان هذه النيابة ذات طبيعة خاصة تختلف عن النيابة المدنية, إذ إن قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل اكتفى بالإشارة في المادة الثالثة منه إلى وجوب توافر الأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى في من يباشر اجراءات التقاضي والا واجب ان ينوب عنه من يمثله قانوناً او قضاءً، مما يعد ذلك نقصاً تشريعياً يتطلب معالجته, من أجل بيان المركز القانوني لمن ينيب عن الخصم القاصر.

رابعاً: أسباب اختيار الدراسة:

هناك أسباب عدة دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع تتلخص أهمها بما يأتي:

1. على الرغم من أهميته المركز القانوني الإجرائي للنائب عن الخصم القاصر, إلّا أنّ هذا المركز لم ينل ما يستحق من العناية والاهتمام من ناحية الدراسات القانونية في العراق على وجه التحديد.
2. إن المشرع العراقي لم يفرد للحماية الاجرائية للخصم القاصر مساحة واسعة في قانون المرافعات المدنية المعدل تبين ما لهذا الخصم من حقوق وما عليه من واجبات إجرائية لضمان حسن سير مرفق القضاء، إنما الأمر عبارة عن نصوص مبعثرة تتعلق بالمبادئ العامة للأهلية واستنباطها يعتمد على تفسير النصوص وتأويلها.

خامساً: أسئلة الدراسة:

سنحاول من خلال هذه الدراسة الاجابة على التساؤلات الآتية:

1. ما المقصود بالنيابة عن الخصم القاصر ؟
2. ماهي حقيقة المركز القانوني للنائب عن الخصم القاصر ؟
3. هل ممارسة النائب عن الخصم القاصر لسلطاته الاجرائية كإقامة الدعوى يتوقف على ضرورة الحصول على إذن من دائرة رعاية القاصرين أم ماذا ؟
4. هل للادعاء العام دور في حماية القاصر وتمثيلة ؟

سادساً: منهجية الدراسة:

سوف نعتمد في هذا البحث على المناهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية، فضلاً عن مقارنة النصوص القانونية التي تتعلق بموضوع البحث في القوانين العراقية ومنها القانون المدني العراقي وقانون رعاية القاصرين مع القواعد القانونية الواردة في القوانين المصرية والفرنسية فيما يخص موضوع البحث، هذا مع عدم إغفال الإشارة إلى موقف الفقه الاسلامي قدر تعلق الأمر بموضوع الدراسة، وذلك من خلال الاشارة الى أراء فقهاء المذاهب الإسلامية المبينة لأحكام الشرع للوقوف على نقاط الإتفاق والاختلاف بينهم, من أجل الخروج بأفضل استنتاجات ومقترحات تغني موضوع الدراسة.

سابعاً: خطة الدراسة:

من اجل ان نصل إلى الإجابة عن الأسئلة التي أثرناها سلفاً, وما ستظهر من أسئلة في ثنايا هذه الدراسة, وللإحاطة بموضوع الدراسة من جميع جوانبه, فإننا سنوزع هذه الدراسة على ثلاثة مباحث, نوضح في المبحث الأول (**مفهوم النيابة عن الخصم القاصر**), على أن نبين في المبحث الثاني (**احكام النيابة القانونية عن الخصم القاصر**), أما المبحث الثالث فسوف نخصصه لبيان (**احكام النيابة القضائية عن الخصم القاصر**).

المبحث الاول

مفهوم النيابة عن الخصم القاصر

ان مباشرة اجراءات التقاضي تتطلب توافر اهلية التقاضي فيمن يمارسها، والا واجب أن ينوب عنه من يمثله قانونا او قضاءً، ولما كان الخصم القاصر ناقص الاهلية أو عديمها غالباً، لذا فانه لا يتمكن من رفع الدعوى الا بمن يمثله مما يثير التساؤل عن مدى تطابق احكام النيابة المدنية مع النيابة الاجرائية عن الخصم القاصر، وللاجابة عن ذلك تتطلب أن نبين تعريف النيابة أولاً، ومن ثم تعريف الخصم القاصر ثانياً، وهذا ما سوف نفعله من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، وكما يأتي:

المطلب الاول

تعريف النيابة

ان التشريعات المقارنة لم تعرف النيابة، وهذا أمر بديهي؛ لان ايراد التعاريف ليس من مهمة المشرع بل من مهمة الفقه، اذ ان ايراد تعريف من قبل المشرع يؤدي الى جمود النص ومن ثم عدم استيعابه لما سوف يستجد في المستقبل من متغيرات،

لذا تعرف النيابة في الفقه الاسلامي بانها (قيام شخص بالتصرف مقام شخص آخر، وهذه النيابة تجد مصدرها في الشرع)[1].
كما ورد تعريف آخر أدق مفاده: (قيام شخص مخصوص مقام آخر تعلقت به أسباب مخصوصة ليباشر عنه تصرفات مخصوصة)[2]، ومفهوم هذا التعريف أن القيام يكون ثابت بالشرع، وليس للشخص المناب عنه أي تدخل في تحديد من ينوب عنه ،فهو إما يكون ذانيا أو بتكليف من الغير، ويكون متولي النيابة مخصوص فيه صفات معينة حتى يصلح لمباشرة هذه المهمة، وذلك قصد خلافة شخص آخر به أسباب معينة تحمل على عدم القدرة بتصرفاته بذاته تجعله محتاج لغيره بسبب ظروف تلحقه ،كما أن هذا التصرف ليس مطلقا، فهو معين في تصرفات محددة إضافة إلى قيود تضبط هذه التصرفات كالإذن.
اما في الفقه القانوني فقد عرفها البعض بأنها (حلول ارادة النائب محل إرادة الاصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه)[3].
كما عرفها البعض الاخر بانها (قيام شخص بإبرام تصرف قانوني بأسم ولحساب شخص آخر وتترتب آثار التصرف القانوني في ذمة الأصيل مباشرة)[4].
نستنتج من هذه التعريفات ان هناك طرفين هما النائب والأصيل، وان اثار التصرف قد انصرفت إلى ذمة طرف واحد وهو الاصيل، الا انه يلاحظ على التعريف الثاني، انه قد خلا من بيان مصدر هذه النيابة وتلك الحال بالنسبة للتعريف الاول، لذا نجد أنه من الافضل تعريف النيابة بانها (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)[5]، فهذا التعريف هو الادق كونه حدد اطراف النيابة ومصدرها بان تكون الإرادة أو القانون.
الا ان ما تجدر الاشارة اليه هو ان المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل اشترطت بان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى والا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في استعمال هذه الحقوق[6]، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في قانون الولاية على المال الذي أشار إلى عدم جواز رفع الدعوى من ناقص الاهلية او فاقدها وانما يرفعها من ينوب عنه سواء أكان الولي او الوصي أو القيم[7]، الامر الذي يثير التساؤل الآتي، هل ان مفهوم النيابة عن القاصر بحسب ما اشار اليه المشرع العراقي والمشرع المصري هي النيابة نفسها بالمعنى المتقدم؟
ان الاجابة على هذا السؤال تتطلب بيان معنى النيابة عن الخصم القاصر، وعند الرجوع الى الفقه نرى عدم وجود من عرف النيابة عن الخصم القاصر، إلا أننا نجد انها نيابة من نوع خاص يتمثل وجه 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 نعرف النيابة عن الخصم القاصر بأنها (نيابة من نوع خاص تخول صاحبها بموجب نص قانوني او قرار قضائي القيام بالإجراءات التي تحفظ حقوق القاصر وتخوله رفع الدعاوى والمرافعة فيها حتى إصدار الحكم، ومراجعة طرائق الطعن القانونية بشأنها).

المطلب الثاني
تعريف الخصم القاصر

من المتعارف عليه ان مصطلح الخصم هو عبارة عن وصف قانوني إجرائي لصاحب الصفة في طلب الحماية القضائية التي يترتب عليها اكتساب الشخص لوصف الخصم ووجوده في مركز قانوني إجرائي[(8)]. الا ان المشكلة تضهر عند محاولة بيان معنى القاصر، فعند الرجوع الى التشريعات نلاحظ انها تباينت في ايراد تعريف لمصطلح القاصر، فنلاحظ المشرع العراقي لم يعرف القاصر في القانون المدني, وإنما اكتفى بتحديد سن الرشد القانوني وهو ثماني عشرة سنة كاملة[(9)], ولكن عرفه في قانون رعاية القاصرين المعدل بأنه (الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود, إلا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك)[(10)], فمن هذا التعريف يتبين أن مصطلح القاصر في إطار القانون العراقي لا يشمل من هو

---

[1] بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية (في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية)، الطبعة الأولى، مطبعة المنار، سطيف - الجزائر، 2011، ص 7.
[2] خالد بوشمه، نظرية النيابة الشرعية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، منشورات البغدادي، بغداد- العراق، من دون ذكر تاريخ الطبع والاصدار، ص 16.
[3] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011، ص 202.
[4] د. احمد هندي، الوكالة بالخصومة الدار الجامعية الجديدة للنشر - الاسكندرية، 2006، ص 24.
[5] د. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار الفكر الجامعي، بيروت، 2008، ص 19.
[6] ينظر المادة (3) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.
[7] ينظر: المادة (39) من قانون الولاية على المال المصري رقم (119) لسنة 1952.
[(8)] د.أحمد إبراهيم عبد التواب,النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الاجرائي, ط1, دار النهضة العربية, القاهرة-مصر,2006,ص97.
[(9)] ينظر: المادة (106) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1952 النافذ.
[(10)] ينظر: المادة (3/ثانياً) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل رقم (78) لسنة 1980.

دون السن القانوني فحسب إنما يشمل فضلاً عن ذلك أشخاصاً آخرين يعدون بحكم القاصر بناء على قرار صادر من المحكمة المختصة نتيجة لظروف خاصة تؤدي إلى نقص في أهليتهم أو فقدانها تماماً.

أما في التشريعات المقارنة, فنجد أن المشرع المصري, وكما هو الحال لموقف المشرع العراقي لم يعرف القاصر في القانون المدني, فقد أكتفى فقط بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة[11], بعد أن كانت محددة بثمان عشرة سنة سابقاً بموجب المادة الثامنة من لائحة المجالس الحسبية, إذ نصت هذه المادة على أنه (تنتهي الوصاية إذا بلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره, إلا إذا قرر المجلس الحسبي استمرارها)[12], ولكن فيما بعد جرى رفع سن الرشد الى السن الحالي, وذلك في المادة (٢٩) من القانون الصادر في 13/أكتوبر/١٩٢٥ التي نصت على أنه (تنتهي الوصاية أو الولاية على المال متى بلغ القاصر من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها)[13].

ولكن ورد معنى القاصر في قانون المحاكم الحسبية المصري الملغى الذي عرفه بأنه (من لم يبلغ سن الرشد وهي إحدي وعشرون سنة كاملة)[14], وعند صدور قانون الولاية على المال المعدل[15], الذي حل محل قانون المحاكم الحسبية لم يرد أيضاً ضمن نصوصه تعريفاً صريحاً يبين معنى القاصر إنما اكتفى فقط بالإبقاء على سن الرشد الحالي .

وخلافً لموقف المشرع المصري نجد أن المشرع الفرنسي أشار صراحةً الى معنى القاصر, وذلك في القانون المدني المعدل الذي عرفه القاصر بأنه (الفرد من هذا الجنس أو ذاك الذي لم يبلغ سن الثامنة عشرة كاملة)[16].

نستنتج مما سبق أن مصطلح القاصر في القانون الفرنسي والمصري يقتصر فقط على كل من لم يبلغ سن الرشد, وهذا يعني أنه يشمل الصغير فقط, أما في القانون العراقي فإن مصطلح القاصر يشمل فضلا عن ذلك أشخاصاً آخرين يعدون بحكم القاصر بناء على قرار صادر من المحكمة المختصة نتيجة للظروف التي يكونون فيها, تؤدي أما إلى نقص في أهليتهم أو فقدانها تماماً.

اما في الفقه الاسلامي فنجد انهم نادراً ما يتداولون لفظ القاصر, مثال ذلك ما جاء عند الشافعية (سئل هل يجب على الرجل الكسب الذي يليق به لعياله القاصرين...)[17], وأيضاً ما جاء عند الحنابلة (وسئل رحمة الله تعالى عن رجل أقامه حاكم شرعي متكلماً على صغير قاصر بمقتضى موت أبيه من غير وصية فأراد القيم المذكور أن يبيع عقاراً ..)[18].

ومن استقراء هذه النصوص وغيرها نجد انها تدل على أن القاصر هو كل من لم يبلغ سن الرشد في الفقه الإسلامي, إذ نجد أنهم دأبوا على استعمال ألفاظ آخرى ذات صلة للدلالة على القاصر, من ضمنها الصغير والصبي, وهي تطلق في عرف الفقهاء على كل شخص لم يبلغ ذكراً كان أو أنثى, والبلوغ يعني انتهاء حد الصغر, فينتقل من حال الطفولة إلى حال غيرها, أي الانتقال إلى مرحلة الرجولة فيما يخص الذكر, وكمال الأنوثة فيما يخص الأنثى[19], وأكثر مصطلح استخدمه الفقهاء للدلالة على القاصر, هو مصطلح (الصغير)، إذ يدل لديهم هذا المصطلح على الضعف وعدم القدرة على إدارة شؤونه, وبذلك يعرف الصغير من الناحية الفقهية على أنه (الذي لم يبلغ حد البلوغ محجور عليه شرعاً، ولا تنفذ تصرفاته الاستقلالية في أمواله ببيع وصلح وهبة وإقراض وإجارة وإيداع وإعارة وغيرها وإن كان في كمال التمييز والرشد وكان التصرف في غاية الغبطة والصلاح، بل لا يجدي في الصحة إذن الولي سابقاً كما لا تجدي إجازته لاحقا)[20].

اما في الفقه القانوني فتوجد عدة تعريفات للقاصر من الناحية الاصطلاحية الفقهية، فقد عرف بأنه: "الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني"[21], وما يلاحظ على هذا التعريف انه ركز على بلوغ سن الرشد القانوني التي هي بطبيعتها تختلف من دولة لآخرى.

---

(11) ينظر: المادة (2/44) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 النافذ.

(12) د. أحمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، المطبعة الاميرية, مصر، من دون ذكر سنة النشر، ص٢٩.

(13) هشام محمد مهنا، الاهلية والمجالس الحسبية في مصر، ط 1، مطبعة الضياء, مصر, 1935, ص446.

(14) ينظر: المادة (1) من قانون المحاكم الحسبية المصري رقم (99) لسنة 1947 الملغى.

(15) قانون الولاية على المال المصري رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ المعدل.

(16) ينظر: المادة (٣٨٨) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804المعدل

(17) شهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري الرملي الشافعي, فتاوى الرملي, ج3, المكتبة الإسلامية, من دون ذكر تاريخ ومكان الطبع والإصدار, ص381.

(18) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتي بن تيمية, الفتاوى الفقهية الكبرى, ج3, دار الكتب العلمية, بيروت - لبنان, من دون ذكر سنة النشر, ص378.

(19) بن يحيى ام كلثوم, أحكام القاصر دراسة فقهية مقارنة بالقانون الأردني, اطروحة دكتوراه, قدمت الى الجامعة الأردنية - كلية القانون, 2007, ص25.

(20) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثاني، ط14، دار المؤرخ العربي, بيروت- لبنان, 2008, ص369.

(21) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف, الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٣، ص١٧.

وقد عرف أيضاً بأنه: "من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كالصغير غير المميز أم ناقصها كالمميز"[22]. وبالمعنى نفسه عرف على إنه: "من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقداً لهذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز، أم كان ناقصها كما في المرحلة التي بين بدء سن التمييز والرشد"[23]. وما يلاحظ من هذين التعريفين أنهما ركزا في تحديد معنى القاصر على أهلية الأداء, إذ ربطا المعنى بعدم استكمال هذه الأهلية إما بفقدانها أو نقصها، ونتيجة لذلك نعرف القاصر بأنه: "كل من كان فاقداً لأهلية الأداء أو مصاب بالنقص فيها لصغر سنه أو لعارض طارئ أو لمانع حال دون استكمالها".

المبحث الثاني

احكام النيابة القانونية عن الخصم القاصر

غالباً ما يكون القاصر صاحب الدعوى الأصلية في حال يكون فيه عاجزاً عن استعمال حقوقه الإجرائية بنفسه؛ لأنه لا يملك الأهلية اللازمة التي تمكنه من مباشرة هذه الحقوق ومنها الحق في إقامة الدعوى, لذا يحرص المشرع على حمايته عن طريق تمثيله في الدعاوى الموجهة منه أو اليه, وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وألا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق).

فمن نص ـــ المادة السابقة ـــ يتبين لنا ضرورة تمثيل القاصر من أجل استعمال حقوقه الإجرائية المتعلقة بالدعوى, فلا يجوز له أن يستعمل حقه في اقامة الدعوى وغيرها من الحقوق المرتبطة بهذا الحق بنفسه وإنما لابد أن ينوب عنه من يمثله قانوناً، ويحدد القانون شخص من يمثل الخصم القاصر قانوناً, كما أن القانون هو الذي يحدد سلطات هذا الممثل وكيفية مباشرته لإجراءات التقاضي، وهو كل من الولي والادعاء العام وهذا ما سوف نتناوله من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول

نيابة الولي عن الخصم القاصر

إن المشرع العراقي قد وضع في المادة الرابعة من قانون المرافعات المدنية المعدل قاعدة حدد بموجبها من يمثل القاصر قانوناً وهو الولي وجعل خصومة هذا الأخير إجبارية بحيث لا يملك القاصر دور في اختياره, لذا وجب تحديد شخص هذا الولي وذلك من أجل الوقوف على من يمثل القاصر قانوناً في استعمال مركزه القانوني.

فعند الرجوع الى نص المادة (102) من القانوني المدني العراقي النافذ, نلاحظ أن المشرع العراقي قد حدد من تثبت له الولاية على القاصر, وذلك بنصه على أن (ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده ....الخ), وكذلك الحال فيما يخص قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل, الذي حدد أيضاً في المادة (27) منه من تثبت له الولاية على القاصر إذ جاء فيها ما يأتي: (ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة) , وبالرجوع إلى نص المادة (106) من قانون رعاية القاصرين المعدل نجد أنها قد نصت على أنه (... ولا يعمل بالنصوص القانونية التي تتعارض مع أحكامه), وهذا يعني أن نص المادة (27) من القانون نفسه هو النص الواجب التطبيق بشأن من له حق الولاية على القاصر, إذ إن هذا النص قيد حق الولاية للأب ومن ثم المحكمة فقط دون غيرهم, على اعتبار أن القانون الخاص يقيد القانون العام, وبهذا يكون قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل قد قيد القانون المدني العراقي النافذ.

وهذا يعني أن إسقاط الولاية على الأب يؤدي إلى انتقالها الى المحكمة في القانون العراقي, وذلك خلافاً للقانون المصري الذي نقلها إلى الجد الصحيح, فلقد جاء في المادة (1) من قانون الولاية على المال المصري المعدل ما يأتي: (للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة).

أما المشرع الفرنسي فاتجاهه مختلف في مسألة من تثبت له الولاية على القاصر, إذ إنه جعل الولاية مشتركة بين الأب والأم وأطلق عليها بـ **(السلطة الأبوية)** Lautorite pareutale[24]، واشترط في تلك الحالة أن يكون الإبن شرعياً وأن يكون أبواه على قيد الحياة ولا يؤثر طلاقهما أو انفصالهما جسدياً على حقهما في ممارسة سلطتهم الأبوية[25], أما إذا حرم أحدهما من ممارسة السلطة الأبوية كأن يكون غير قادر عن التعبير عن إرادته بسبب عجزه أو غيابه[26], أو وفاته فإن الآخر يمارس سلطته بمفرده من دون الحاجة إلى إذن من مجلس العائلة[27].

---

[22] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر, دمشق - سوريا، ١٩٨٥، ص746.

[23] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار القلم, دمشق - سوريا، ٢٠٠٤، ص843.

[24] ينظر: المادة (372) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[25] ينظر: المادة (2/373) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[26] ينظر: المادة (373) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[27] ينظر: المادة (1/373) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

وبعد أن بينا موقف المشرع العراقي وموقف التشريعات المقارنة لابد من الاشارة الى أن المشرع العراقي قد أخذ بما هو متفق عليه في الفقه الإسلامي, إذ إن الولاية في الفقه الإسلامي تكون للأب, وذلك باتفاق جميع المذاهب ألا أنهم اختلفوا فيمن تثبت له الولاية بعد موت أب القاصر, وذلك على النحو الآتي:

فذهب الحنفية إلى القول[28], بأن الولاية تثبت في المرتبة الأولى إلى الأب وفي حال وفاته فإنها لوصيه, فإذا لم يعهد الأب الوصاية على أبنه القاصر قبل مماته إلى أحد انتقلت الولاية إلى جد القاصر العصبي (وهو أب الأب وأن علا غير مفصول بأنثى) , ومن ثم لوصي الجد بعد موته؛ ذلك لأن الجد أب قبل الأب أب ووصياهما يستفيدان الولاية منهما, أما إذا لم يعين الجد وصي فإن الولاية للقاضي.

هذا ولا يرى الفقه المالكي والحنبلي[29], وخلافاً للفقه الحنفي إقرار الولاية الى الجد؛ لأنه أبعد من الأب في الدرجة، وهو أقل شفقة منه والأب أدرى بمصلحة أولاده فلو علم في الجد مصلحة لأسند الأب وصايته إليه، ومن ثم فإن الولاية عندهم للأب ثم لوصيه ومن ثم للقاضي على التوالي.

أما عند الشافعية[30], فإنهم وإن لم يختلفوا مع الحنفية في اعطاء الولاية للجد لأنه أب, إلا إنهم خالفوا الحنفية فيما يتعلق بترتيب الأولياء, فجعلوا الولاية للأب ثم للجد العاصب وان علا, ومن ثم لوصيهما أي وصي من تأخر موته منهما, ثم للقاضي العدل الأمين ومن يعينه, وبه يتبين أنهم خالفوا المذاهب الآخرى سالفة الذكر في تقديم الجد على وصي الأب لأن الجد كالأب عند عدمه, لوفر شفقته مثل الأب.

وعند الأمامية فأن الولاية للأب والجد أولاً ثم لوصي المتأخر منهما ثم للقاضي أو من ينصبه[31], فهم يرون اشتراك الأب والجد معا في الولاية، فلكل منهما الحق في إدارة شؤون القاصرين من دون إذن الآخر[32].

وبهذا يتبين لنا أن المشرع العراقي في المادة (27) من قانون رعاية القاصرين المعدل قد أخذ بقول المالكية والحنابلة فيما يتعلق بمن تثبت له الولاية بعد وفاة الأب, بحيث إنه جعل الولاية للمحكمة إذا لم يكن الأب قد عين وصياً على القاصر, وهذا ما نرجحه؛ وذلك لان الأب أدرى بمصلحة أبنه القاصر فلو علم في الجد مصلحة لأسند الأب وصايته إليه.

وبعد أن بينا من ينيب عن القاصر قانوناً, يأتي الدور الى بيان سلطات هذا الولي وكيفية مباشرته لإجراءات التقاضي, فعند الرجوع الى قانون رعاية القاصرين المعدل نلاحظ أن المشرع العراقي أشار صراحةً إلى عدم جواز قيام الولي بمباشرة حقوق إجرائية معينة إلا بعد الحصول على موافقة دائرة رعاية القاصرين بعد التحقق من مصلحة القاصر, ومنها التحكيم والتنازل عن الحقوق الإجرائية والدعاوى وطرق الطعن بالإحكام[33], إلا إن ما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع لم يشير إلى الحق في إقامة الدعوى مما يعني ذلك أن سلطة الولي في إقامة الدعوى لا تتقيد بضرورة حصوله على أذن من دائرة رعاية القاصري تطبيقاً لقواعد النيابة القانونية مما يثير ذلك التساؤل الآتي: هل كان المشرع موفقاً في عدم اشتراط حصول الولي على إذن لإقامة الدعوى ؟

بدورنا نؤيد موقف المشرع العراقي وتبرير ذلك هو إن إقامة الدعوى من قبل الولي لا يحتاج الى تقييده بالحصول على أذن من دائرة رعاية القاصرين؛ لأن ذلك ينصب لمصلحة القاصر, وأن تقييد هذا الحق بالحصول على الأذن قد يستغرق إجراءات ومدة قد تؤثر سلبا على حق القاصر في بعض الاحيان.

وكما هو الحال ـــ فيما يخص القانون العراقي ـــ نلاحظ أن القانون المصري على الرغم من إشارته إلى ضرورة حصول الولي على موافقة المحكمة في بعض التصرفات كبيع موال القاصر[34], إلا أنه لم يشير إلى وجوب حصوله على أذن من المحكمة للممارسة سلطته في إقامة الدعوى للدفاع عن حقوق القاصر. وهذا هو موقف المشرع الفرنسي الذي أشار صراحة إلى إعطاء ولي القاصر الحق في مباشرة أعمال الحفظ والإدارة بشكل منفرد من غير الحاجة إلى الحصول على أذن من قاضي الوصاية[35], فيكون له من باب أولى إقامة الدعاوى القضائية المتعلقة بأموال القاصر, كما ويكون له الانضمام إلى

---

[28] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني, الجزء الخامس، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية, بيروت- لبنان, من دون ذكر سنة النشر، ص152- 153.

[29] الشيخ محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، مطبعة بولاق, مصر, 1282هـ ,ص339؛ الأمام موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي، المقنع، الجزء الثاني، المطبعة السلفية, مصر، من دون ذكر سنة النشر، ص141.

[30] د. وهبة الزحيلي, الفقه الأسلامي وادلته, الجزء السابع, ط2, دار الفكر, دمشق- سوريا, 1985, ص750.

[31] محمد حسن بن محمد الباقر بن عبد الرحيم النجفي، جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام، الجزء السادس والعشرون، ط6، مطبعة الأدب, النجف الاشرف- العراق، 1971، ص101.

[32] زين الدين الجبعي العاملي, الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الخامس، منشور الكترونياً في موقع شبكة الإمامين الحسنين، من دون ذكر سنة النشر, ص114.

رابط الزيارة https://www.alhawzaonline.com/wp-content/uploads .

[33] ينظر: المادة (43/سابعاً) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل.

[34] ينظر: المادة (6) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.

[35] ينظر: المادة (1155) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

الدعاوى القضائية المرفوعة على القاصر من أجل المحافظة على اموال الأخير, إلا أنه لا يجوز له الاتفاق على التحكيم نيابة عن القاصر المشمول بولايته إلا بعد الحصول على إذن من قاضي الوصاية[36].

المطلب الثاني

نيابة الادعام العام عن الخصم القاصر

إن المشرع العراقي اعطى صفة للادعاء العام لتقديم طلب الى المحكمة من أجل تعيين قيم على المحكوم عليه[37], كما أعطى دوراً آخر للادعاء العام يكمن في مراقبة الاولياء والتقدم بطلبات سلب الولاية عنهم إذا تجاوزوا الحدود المرسومة وقاموا ببعض الأعمال التي يحضرها القانون[38], إلا أنه لم يعط للادعاء العام الحق في إقامة دعوى للدفاع عن حقوق القصر, خلافاً لموقف المشرع المصري الذي اعطى للنيابة العامة الحق في إقامة الدعاوى ابتداءً في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب فلها أن تقيم مثلاً دعوى من أجل اثبات نسب الصغير[39]. وكذلك نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أعطى للنيابة العامة صفة لإقامة الدعاوى من تلقاء نفسها من أجل الدفاع عن حقوق القصر ومنها على سبيل المثال تقديم عريضة من المدعي العام الى قاضي الوصايا يطلب فيها بطلان إجراءات مجلس العائلة بشأن تعيين وصى[40], فضلاً عن المطالبة بتغيير أو تحويل الإدارة القانونية للوصي المعين[41], وللنيابة العامة ايضاً إقامة دعوى إثبات بنوة الطفل وإبطال النسب المثبت قانوناً نتيجة الاحتيال على القانون[42].

وبدورنا نؤيد ما أتجه إليه المشرع المصري والفرنسي بخصوص اعطاء صفة للادعاء العام لإقامة بعض الدعاوى المهمة كدعوى إثبات النسب, بوصفه الجهة المختصة بالدفاع عن مصالح المجتمع ومصالح القاصرين, إذ تشكل حماية هذه الطائفة الأخيرة أحد أهم الأهداف التي يسعى إليها قانون الادعاء العام, إذ نلاحظ أن المشرع العراقي في هذا القانون أعطى للادعاء العام الحق في الحضور أمام محاكم الأحوال الشخصية والمحاكم المدنية في الدعاوي المتعلقة بالقاصرين[43], إلا أنه لم يخوله سلطة لإقامة الدعوى, وهذا يؤدي إلى إعطاء حماية ناقصة لهذه الفئة المهمة, لذا فإننا نقترح على المشرع العراقي تعديل موقفه بغية إعطاء دور للادعاء العام في إقامة الدعوى للدفاع عن حقوق القاصر عند عدم قيام دائرة رعاية القاصرين بتمثيل القاصر.

المبحث الثالث

احكام النيابة القضائية عن خصم القاصر

إن غياب التمثيل القانوني كما في حالة موت الولي أو سلب أو إيقاف الولاية عنه, يوجب إيجاد وسيلة بديلة تقوم مقامه هذا التمثيل, وعادة ما تجد هذه الوسيلة مصدرها في الحكم القضائي, لذا يطلق على من تثبت له هذه الوسيلة بـ **(الممثل القضائي)**؛ وذلك لأن تعينه يكون استناداً إلى حكم صادر من القضاء, وتتغير التسمية التي تطلق على هذا الممثل القضائي بحسب السبب الذي يجعل من الشخص قاصراً, إذ يطلق على هذا الممثل القضائي مصطلح **(الوصي)** اذا كان ممثلاً عن فئة القاصرين بحسب السن, أما إذا كان ممثلاً عن فئة القاصرين بحسب المرض فيطلق عليه اصطلاح **(القيم)**, وفي حال كان ممثلاً عن فئة القاصرين بحسب المانع فيطلق عليه اصطلاح **(الوكيل أو القيم)**, عليه سنبين من تثبت له الصفة الإجرائية في تمثيل جميع الفئات التي تندج تحت مصطلح القاصر أمام القضاء, وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطاليب, وكما يأتي:

المطلب الأول

الوصي عن فئة القاصرين بحسب السن

إن الوصي عن الصغير هو من يختاره الأب أو من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم على غيرها, وذلك استناداً إلى المادة (34) من قانون رعاية القاصرين المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (الوصي هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم على غيرها ...)[44], وعليه فأن تمثيل الوصي يعد امتداداً لتمثيل من اختاره, فإذا كان من اختاره هو الأب سمي **(وصياً مختاراً)**, أما إذا كان من اختاره هو القاضي سمي **(وصياً منصوباً)** أو **(وصياً**

---

(36) Jean Robert, Repertoire De Driit Commercial, T. 1, 1968, p: 16.

نقلاً عن د. محمد السيد التحيوي, حضور صاحب الصفة الأجرائية في الدعوى المدنية, دار الجامعة الجديد, الأسكندرية- مصر, 2003, ص556.

(37) ينظر: المادة (97) من قانون العقوبات العراقي المعدل.

(38) ينظر: المادة (32) من قانون رعاية الاحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983 المعدل.

(39) ينظر: المادة (6) من قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية المصري النافذ.

(40) ينظر: المادة (416) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(41) ينظر: المادة (391) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(42) ينظر: المادة (336) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(43) ينظر: المادة (6) من قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017 النافذ.

(44) تقابلها المادة (28) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.

مؤقتا) في حالتي ايقاف الولاية أو الوصاية, وذلك استناداً الى المادة (37) من قانون رعاية القاصرين التي نصت على أن للمحكمة أن (... تقيم وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية أو الوصاية)[45].

وما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع العراقي وخلافاً للتشريعات المقارنة قد جاء بحكم فريد من نوعه فيما يتعلق بحالة عدم وجود الوصي المختار والوصي المنصوب من قبل المحكمة, فقد جعل الوصاية في هذه الحالة لدائرة رعاية القاصرين, الغرض منها المحافظة على أموال القاصر لحين قيام المحكمة بتنصيب وصي, وذلك استناداً إلى المادة (34) من قانون رعاية القاصرين المعدل, التي نصت على ما يأتي: (فإن لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً), فمن هذا النص يمكن أن نستنتج بأن وصاية هذه الدائرة تكون بحكم القانون ومن غير الحاجة إلى صدور قرار من المحكمة بتعين هذه الدائرة في حال عدم وجود وصي مختار أو معين.

ومن ثم تصح مخاصمتها بحسب وصايتها على القاصر, وعليها تمثيله في الخصومة عن طريق أحد موظفيها الحاصلين على شهادة البكالوريوس في القانون, وذلك استناداً إلى المادة (100) من قانون رعاية القاصرين المعدل, وتطبيقاً لذلك فقد جاء في أحد قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان العراق ما يأتي: (تصح خصومة مدير رعاية القاصرين إضافة لوظيفته للمدعية في دعوى إثبات نسب أولادها من زوجها المتوفي)[46].

أما في القانون الفرنسي فإن الوصاية نظام قانوني يهدف إلى حماية طائفتين من القصر هما:

أولاً: الأبناء الشرعيين "Les enfants legitimes": أي من ثبت نسبهم، وكان إبائهم وأمهاتهم متوفين أو محرومين من ممارسة السلطة الأبوية (الولاية), عندها تثبت الوصاية عليهم[47].

ثانياً: الأبناء الطبيعين "Les enfants naturelle": وهم الأبناء غير الشرعيين أي الذين لم يثبت نسبهم من أحد الأبويين أو كليهما[48].

كما ويمكن تعيين الوصي في القانون الفرنسي من قبل آخر آب أو أم على قيد الحياة بعد وفاة الآخر, وذلك استناداً إلى المادة (397) من القانون المدني الفرنسي المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (يجوز لأحد الوالدين الموجود على قيد الحياة بعد وفاة الآخر أن يقيم وصياً من الأقارب أو الأجانب على أولاده ليقوم بشؤونهم بعد موته)[49].

وإذا تبين للقاضي أن هذا الوصي لا يراعي مصلحة القاصر فعندئذ يدعو مجلس العائلة لتعيين وصي جديد, كما وللقاضي دعوة مجلس العائلة لتعيين وصي في حال عدم قيام الولي الأخير بتعيين وصي[50], إذ يتمتع مجلس العائلة بسلطة تقديرية واسعة؛ لأنه يعد أهم هيأة تتولى سلطة الأشراف على الأوصياء[51], فطبقاً للمادة (1/464) من القانون المدني الفرنسي المعدل, فأن لمجلس العائلة سلطة لإجبار الوصي على القيام بمهمة تمثيل القاصر في الخصومات المدنية عند عدم مبادرة الوصي للقيام بهذه المهمة الاجرائية[52].

وتجدر الاشارة إلى أن وجود التمثيل القضائي لا يتوقف دوماً على حالة غياب التمثيل القانوني, فقد يكون هناك ممثل قانوني (ولي) في بعض الأحوال, ومع ذلك تظهر الحاجة إلى وجود ممثل قضائي في خصومة القاصر, كما في حالة حدوث تعارض ما بين مصلحة الولي ومصلحة القاصر, فقد أجاز المشرع العراقي للمحكمة في هذه الحالة تعين ما يطلق عليه بـ **(وصي الخصومة)**, وذلك إستناداً الى المادة (37) من قانون رعاية القاصرين المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (يجوز للمحكمة أن تعين وصيا للخصومة إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو وصيه أو القيم عليه ...) .

أما المشرع المصري فقد جعل من تعيين وصي الخصومة أمراً وجوبياً لا يتوقف على تقدير المحكمة, كما أنه وسع من حالات تعين هذا الوصي فلم يقصرها على حالة تعارض مصالحة القاصر مع مصلحة وليه, بل أنه أوجب تعين هذا الوصي حتى في حالة حدوث تعارض ما بين مصلحة القاصر ومصلحة قاصر آخر مشمول بولاية وليه, أو أن يحدث هذا التعارض مع مصلحة زوجة أو أحد أصول أو فروع الولي أو كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية[53].

---

[45] تقابلها المادة (32) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.

[46] قرار محكمة تمييز اقليم كردستان المرقم 353/شخصية/2007/ في 2007/8/25, نقلاً عن 81) القاضي عقيل طارق محمد، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية، ط1, المكتبة القانونية، بغداد -- العراق, 2020، ص164.

[47] ينظر: المادة (390) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[48] ينظر: المادة (2/390) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[49] Artcle (397) code civil.

[50] ينظر: المادة (3/391) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[51] Carbonner Jean, Droit civil, Quadrige manules, paris – France, 1956, p : 606.
نقلاً عن د. محمد السيد التحيوي، حضور صاحب الصفة الأجرائية في الدعوى المدنية، مصدر سابق، ص557.

[52] Artcle (464-1) code civil.

[53] ينظر: المادة (31) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.

أما موقف المشرع الفرنسي فنلاحظ إنه لا يختلف عن موقف المشرع العراقي في شيء فقد أجاز لقاضي الوصاية تعيين ما أسماه بمدير الخصومة عند حدوث تعارض ما بين مصلحة القاصر ومصلحة ممثليه القانونين[54].

وبدورنا نؤيد موقف المشرع المصري وندعوا المشرع العراقي إلى الالتفات على ذلك وتوسيع من نطاق الحالات التي توجب على المحكمة تعين وصي للخصومة وعدم قصرها على حالات التعارض ما بين مصلحة القاصر ومصلحة وليه أو وصيه أو القيم عليه أو أحد أصول أو فروع أو زوجة الوصي أو القيم من دون الولي استناداً إلى المادة (35/ثالثاً) من قانون رعاية القاصرين المعدل, إذ قد يكون هناك تعارض مع مصالح أشخاص قريبين من الولي كزوجته أو قاصر آخر مشمول بولايته أو قريب منه كأصوله, تدفعه إلى التخلي عن مصلحة القاصر من أجل حماية مصالح هؤلاء.

ومن جانب آخر نلاحظ من صياغة نص المادة (31) من قانون الولاية على المال المصري المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (تقيم المحكمة وصياً خاصاً وذلك في الحالات الآتية .....), إن المشرع المصري قد أوجب تعيين الوصي في حالة وجود تعارض في المصالح, خلافاً لموقف المشرع العراقي الذي جعل من تعيين وصي الخصومة أمراً جوازياً يخضع لتقدير المحكمة, وهذا لا يمكن قبوله في كل الحالات, ذلك أن تعيين وصي الخصومة قد يكون ضرورة لا يمكن التخلي عنها في بعض الحالات, وهذا ما نستنتجه من بعض قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية التي توجب من خلالها تعيين وصي خصومة عند تعارض مصالح القاصر مع مصالح وليه أو وصيه ومن هذا القرارات ما يأتي: (قدر تعلق الأمر بنفقة البنت.... والتي هي من مواليد ٢٠٠٥ فيكون عمرها أكثر من خمس عشرة سنة أي خارج سن تمديد الحضانة فكان على المحكمة والحالة هذه استصدار حجة وصايا مؤقتة لغرض الخصومة عملاً بأحكام المادة (٣٧) من قانون رعاية القاصرين لوجود تعارض بين مصلحة البنت المذكورة ومصلحة والدها المدعى عليه وحيث إن المحكمة حسمت الدعوى خلافاً لوجهة النظر المتقدمة الأمر الذي أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى ...)[55].

المطلب الثاني

القيم عن فئة القاصرين بحسب المرض

القيم هو "كل من ينيب عن المحجور عليه أو الغائب أو المفقود أو المحكوم عليه بجناية، تقيمه المحكمة لتمثيل من ينوب عنه والقيام على رعاية أمواله وأدارتها وفقاً لأحكام القانون"[56]. لذا يعد القيم ممثلاً قضائياً؛ لأن القاضي هو الذي يختاره, عن طريق طلب يقدم من ذوي الشأن كزوجة المطلوب نصب القيم عليه أو أحد أصوله أو فروعه وكل من له مصلحة قانونية في ذلك[57], ويقدم هذا الطلب الى محكمة الأحوال الشخصية إذا كان المراد تعيين القيم عليه مسلماً؛ لأن هذه المحكمة تختص بـ (نصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته ...)[58], أما إذا كان المراد تعيين القيم عليه غير مسلم فيقدم الطلب إلى محكمة المواد الشخصية (محكمة البداءة)[59], عليه ليس لمحكمة البداءة تعيين قيماً إلا في الحالة السابقة كون تعيين القيم يدخل في اختصاصات محكمة الأحوال الشخصية من حيث الأصل, وهذا أتجاه القضاء العراقي فقد جاء في أحد قرارات محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية ما يأتي: (وعند عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لإحكام القانون؛ وذلك لأن محكمة البداءة لم تكن لديها صلاحية لتعيين القيّم كون نصب القيم يكون من قبل محكمة الأحوال الشخصية, لذا فإن اتجاه محكمة البداءة بزج المعاون القضائي في ذات المحكمة قيماً مؤقتاً يكون غير صحيح ...)[60].

وفيما يخص تعيين القيم على المحجور عليه فإن المحكمة التي تقرر الحجر عليه تقرر في الوقت ذاته نصب قيم عليه، وذلك بعد أن يقترن طلب تعيين القيم بشهادة شاهدين لإثبات صلاحية المتقدم لطلب نصبه قيما، وكذلك ربط التقرير الطبي فيما يخص المحجور عليه لجنون أو عته وتقديمه الى المحكمة[61], بعد أن يتم سماع أقوال ودفاع المطلوب حجره لسفه أو غفلة[62].

ولم يشير المشرع العراقي الى شخص من يتولى القوامة عن المحجور عليه بل ترك أمر ذلك لسلطة القاضي التقديرية, وبما يراه ملائمًا لنص المادة (35) من قانون رعاية القاصرين المعدل, والمتعلقة بالشروط الواجب توافرها في جميع أنواع الأوصياء وقت التعيين, وذلك خلافاً لموقف المشرع المصري الذي أشار صراحة إلى من تكون له القوامه, وذلك في المادة (68) من قانون الولاية على المال المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن اختارته

---

(54) ينظر: المادة (2/288) من القانون المدني الفرنسي.

(55) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 13663/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2021 في 2021/10/27, غير منشور.

(56)ردينه محمد رضا مجيد كربول، الولاية على المال، رسالة ماجستير، قدمت الى جامعة بغداد– كلية القانون, 2007، ص31.

(57) د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام رعاية القاصرين، ط1, المكتبة القانونية، بغداد- العراق, 2011، ص147.

(58) ينظر: المادة (3/300) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل.

(59) ينظر: المادة (33) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل.

(60) قرار محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية المرقم 162/حقوقية/2012 في 2012/12/5, غير منشور.

(61) القاضي عقيل طارق محمد، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص176.

(62) ينظر: المادة (2/307) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل.

المحكمة), وبدورنا نميل إلى تأييد موقف المشرع المصري وندعوا المشرع العراقي إلى الحذو حذوه, وذلك من خلال إضافة فقرة الى المادة (82) من قانون رعاية القاصرين المعدل, ومن الأفضل أن تكون بالصيغة الآتية: (ثانياً: تكون القوامة على المحجور عليه للابن البالغ ثم للأب ثم لمن تختاره المحكمة على أن يكون قريباً من المشمول بالقوامة لغاية الدرجة الرابعة, ذلك وفقاً لمصلحة المحجور عليه), ويعود السبب في ذلك أن هؤلاء يكونوا في العادة أقدر واحرص على إدارة شون المحجور عليه من غيرهم وذلك لوفر الشفقه لديهم.

أما في القانون الفرنسي فيتم تنصيب القيم من قبل القاضي, كما وللقاضي تنصيب أكثر من قيم لإدارة أموال البالغ الموضوع تحت القوامة (المحجور عليه) وتمثيله أمام القضاء[63], ويكون القيم عادةً من أفراد عائلة المحجور عليه أو قريب مقرب من العائلة, أما إذا لم يكن هناك فرد من العائلة أو قريب منها قادراً على مباشرة شؤون القيمومة لمرض أو شيخوخة, فللقاضي أن يعين ممثلاً قانونياً يتولى حماية المحجور عليه, وذلك من خلال القيام بأعمال عاجلة للحفاظ على مصالحه, ولا يملك هذا الممثل رفض القيام بأي عمل يخدم مصلحة المحجور عليه ولاسيما الأعمال الوقائية للحفاظ على أموال الأخير كإقامة الدعوى أو التمثيل في الدعاوى التي إقيمت عليه[64].

نستنتج من ذلك أن من يقع عليه تمثيل المحجور عليه قضاءً هو القيم، لذا يقع على هذا القيم الدفاع عن حقوق المحجور عليه وتمثيله أمام المحاكم ومباشرة سلطاته الإجرائية كافة التي خولها له القانون، كما وله إقامة دعوى لرفع الحجر على المحجور عليه، وذلك استناداً إلى المادة (1/307) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل التي جاء فيها ما يأتي: (1- للقاضي ايقاع الحجر متى توافرت اسبابه دون خصومة أحد. أما الخصم في رفع الحجر فهو القيم)، إلا أن يلاحظ على صياغة هذه المادة أنها جاءت معيبة، وذلك لسببين:

أولهما: هو أن القيم ليس سوى ممثل قضائي ينيب عن المحجور عليه في استعمال مركزه الإجرائي، إذ يبقى المحجور هو الخصم صاحب الحق أو المركز القانوني وصاحب المصلحة في دعوى رفع الحجر وليس القيم.

وثانيها: هو أن المحجور عليه قد لا يكون له قيم نتيجة لعدم قيام المحكمة بتنصيب قيم عليه، لذا فالأصح أن نقول بأن القيم المنصوب من المحكمة أو مدير رعاية القاصرين إضافة الى وظيفته عند عدم وجود قيم هو صاحب الصفة الإجرائية لطلب رفع الحجر على المحجور.

نتيجة لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة المذكورة لتصبح بالصيغة الآتية: (1- للقاضي ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد. 2- الخصم في رفع الحجر هو القيم الذي كان يمثل المحجور أو مدير رعاية القاصرين بالإضافة الى وظيفته عند عدم وجود قيم). فهذا النص يبين بوضوح مركز القيم، بوصفه ممثل إجرائي يقوم بمباشرة إجراءات الخصومة نيابةً عن المحجور عليه فقط، لذا فإنه يزيل الخلط الموجود بين الخصم الحقيقي وهو المحجور عليه وممثله الإجرائي وهو القيم.

المطلب الثالث

القيم عن فئة القاصرين بحسب المانع

قد يكون الشخص كامل الأهلية سليم العقل والنفس ومع ذلك يحتاج إلى من ينوب عنه أمام القضاء إذا كان غائباً أو مفقوداً أو محكوماً عليه بجناية, ففيما يخص الغائب والمفقود فقد يترك وكيلاً خاصاً عنه ففي هذه الحالة تستمر وكالة هذا الوكيل ما دام الغائب أو المفقود لا يعد ميتاً فلا ينعزل وكيله, ولهذا الوكيل الحق (بمقتضى هذه الوكالة) في حفظ أموال موكله واستثمارها وله قبض ديونه التي اقر بها وان يخاصم في الحقوق التي وجبت بعقوده هو، أما الحقوق التي تولاها المفقود بنفسه فليس للوكيل أن يخاصم فيها كما ليس للوكيل ان يخاصم في نصيب موكله في عقار أو منقول في يد غيره؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب وانما هو وكيل بالقبض فقط[65].

أما إذا ترك المفقود أو الغائب وكيلاً عاماً فإن المحكمة تقرر تثبيت وكالته في حال توافر الشروط الواجب توافرها في الوصي في الوكيل الذي اختاره الغائب، مما يكون لهذا الوكيل الحق في تمثيل المفقود في جميع الخصومات القضائية لحين صدور الحكم القضائي بوفاة المفقود أو الغائب[66].

---

[63] ينظر: المادة (447) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[64] ينظر: المادة (450) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[65] القاضي فاضل دولان، أحكام المفقود، ط1, دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد- العراق, 1987، ص21.

[66] ينظر: المادة (88) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل، تقابلها المادة (75) من قانون الولاية على المال المصري المعدل، والمادة (121) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

وفي حال عدم قيام المفقود أو الغائب بترك وكيلاً قبل فقده فإن القاعدة في القانون العراقي أن القاضي المختص ينصب قيماً يقوم بتمثيل الغائب أو المفقود وقبض حقوقه كغلة أرضه ودين اقر به وبيع ما يخاف فساده من ماله[67], ويكون القيم المعين تحت أشراف مديرية رعاية القاصرين[68], وعند عدم وجود قيم فتكون مديرية رعاية القاصرين هي المختصة بتمثيل المفقود والغائب أمام القضاء وفقا لإحكام القانون[69].

أما في القانون المصري فعند عدم قيام الغائب بتعيين وكيل فأن المحكمة تعين وكيلاً عنه متى ما انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابة وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته من مماته أو إذا لم يكن له موطنا أو محل اقامة معلوماً، أو كان له موطنا أو محل اقامة معلوم خارج مصر واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه[70].

وتجدر الاشارة الى إن كلاً من المشرع العراقي والمصري لم يشيرا إلى شخص من يتولى القوامة عن الغائب أو المفقود بل تركا أمر تحديده إلى سلطة القاضي التقديرية[71], وذلك خلافاً لموقف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى أن القوامة على الغائب تكون لأحد الأبويين أو كليهما أو لأحد الأقارب كالأخ أو الأخت وإذا لزم الأمر فإن للقاضي أن يعين أي شخص يمثل الغائب في ممارسة حقوقه الإجرائية[72], هذا ما لم تكن زوجة الغائب قادرة على تمثيله والدفاع عن مصالحه[73], عندها تتولى مهمة تمثله في مباشرة حقوقه الإجرائية.

أما إدارة أموال المفقود في الفقه الإسلامي فقد أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية الى القول[74], بأن إدارة أموال المفقود تتم من قبل وكيله إذا كان له وكيل ثم فقد فتبقى الوكالة صحيحة؛ لأن الوكيل لا ينعزل بفقد الموكل، أما إذا لم يكن له وكيلاً فعلى القاضي أن يعين له وكيل يتولى جمع أمواله والمحافظة عليها، وليس له أن يخاصم إلا بإذن القاضي في الحقوق التي للمفقود والحقوق التي عليه.

نستنتج مما تقدم أن المشرع العراقي لم يحدد شخص من يتولى القيمومه عن المفقود والغائب - خلافاً لموقف المشرع الفرنسي - بل ترك أمر تحديده إلى سلطة القاضي التقديرية, وفي رأينا أن الإتجاه الصحيح يقضي بأن نتجه إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية مقيدة بأن يكون القيم من أقرباء الغائب أو المفقود إلى حد الدرجة الرابعة وإلا تكون القيمومة إلى مدير عام رعاية القاصرين بالإضافة الى وضيفته, نتيجة لذلك ندعوا المشرع العراقي الى تعديل الفقرة الثالثة من المادة (90) من قانون رعاية القاصرين المعدل, لتصبح بالصيغة الآتية: (ثالثاً: تكون القوامة على الغائب والمفقود للابن البالغ ثم للأب ثم لمن تختاره المحكمة على أن يكون قريباً من الغائب أو المفقود لغاية الدرجة الرابعة وإلا لمدير رعاية القاصرين اضافة الى وظيفته عند عدم وجود قيم).

وبعد أن بينا من يمثل الغائب والمفقود قضاءً يأتي الدور للحديث عن من يمثل المحكوم عليهم بجناية, وذلك لأن القانون منعهم من إدارة أموالهم وتمثيل أنفسهم أمام القضاء, وأوجب حضور من ينوب عنهم وهو القيم, إذ يتم تعيين الأخير من قبل محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية إذا كان المحكوم عليه غير مسلم[75], ويتم ذلك بناءً على طلب يقدم من المحكوم عليه إذا كان مودعاً في المؤسسة الإصلاحية أو من الإدعاء العام أو طلب يقدم من كل ذي مصلحة لغرض إدارة أموالهم[76], وتطبيقاً لذلك فقد جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الإتحادية العراقية ما يأتي: (أن تعيين القيم على المحكوم عليه يتم بناءً على طلب المحكوم عليه او بناءً على طلب الادعاء العام أو كل ذي مصلحة وليس للمحكمة مصلحة في تعيين القيم)[77].

وكما هو الحال – لموقف المشرع العراقي - نجد أن المشرع المصري أشار صراحة إلى تمثيل القيم للمحكوم عليه، إذ إنه أعطى للمحكوم عليه بجناية الحق في اختيار قيم تصدق عليه المحكمة المدنية، فإذا لم يختر قيماً لإدارة أمواله وتمثيله أمام

---

[67] ينظر: المادة (1/91) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل.

[68] ينظر: المادة (90/ثانياً) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل.

[69] ينظر: المادة (90/ثالثاً) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل.

[70] ينظر: المادة (74) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.

[71] إذ رأينا من خلال إطلاعنا على سير عمل المحاكم العراقية أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد شخص من يتولى القوامة على الغائب أو المفقود وفق مصلحة الأخير, ففي بعض الأحوال ترفض المحكمة إعطاء حجة قيمومة الى أب المفقود أو امه لكونهم كبيري سن وتقرر تنصيب اخته قيمه كونها أكثر قدرة على أدارة أمواله وتمثيله أمام القضاء خاصة إذا كانت محامية, تم حصولنا على هذه المعلومات من خلال زيارتنا الى دار القضاء في هيهب والتباحث مع السيد (عدي فاضل أحمد خلف) قاضي محكمة الأحوال الشخصية, تاريخ الزيارة (1/6/ 2022).

[72] ينظر: المادة (113) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[73] ينظر: المادة (121) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

[74] الشيخ حسن موسى الحاج موسى، القضاء الشرعي السني، ط1, منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان, 2008, ص226؛ والشيخ محمد بن الحسن القادري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص275.

[75] ينظر: المادة (33) والمادة (3/300) من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل.

[76] ينظر: المادة (97) من قانون العقوبات العراقي المعدل.

[77] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 162/حقوقية/2012 الصادر في 12/5 /2012, منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة، العدد الثاني, 2013, ص270.

القضاء تتولى المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته تعيين قيم بناءً على طلب يقدم من النيابة العامة أو كل من له مصلحه في ذلك كخصمه أو أقربائه ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم بتقديم كفاله، كما يكون هذا القيم تابع للمحكمة في جميع ما يتعلق بالقوامة فيجوز لها عزله ومحاسبته[78].

وما لاحظناه من خلال اطلاعنا على سير عمل المحاكم العراقية أن لمحكمة البداءة في الدعاوى المقامة أمامها أن تطلب من المحكمة المختصة نصب قيم على المحكوم عليه بجناية (الهارب) وذلك لغرض إكمال الخصومة في الدعوى المنظورة أمامها, وتاكيداً على ذلك فقد جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية ما يأتي: (... وجد أنه غير صحيح ذلك أن اتجاه محكمة البداءة برد الدعوى لم يكن متفقاً مع أحكام القانون إذ إن القانون اشترط تعيين قيم على المحكوم عليه وكان المقتضى على المحكمة مفاتحة محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية وبحسب الأحوال لتعيين قيم على المدعى عليه الهارب وبعد صدور حجة القيمومة أن تمضي بنظر الدعوى وفقاً لإحكام القانون. لذا قرر نقض القرار وإعادة إضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم)[79].

وبهذا يكون للقيم المعين من قبل المحكمة المختصة سلطة في تمثيل القاصر إلا أن هذه السلطة تقتصر على مباشرة إجراءات التقاضي في الخصومات المالية فقط ولا تشمل الخصومات المتعلقة بحقوق المحكوم عليه الشخصية، إذ يعد المحكوم عليه بجناية أهلا للتقاضي فيها مما يكون له الحق في مباشرة حقوقه الإجرائية كافة المتعلقة بهذه الخصومات ومنها الحق في إقامة الدعوى والترافع فيها وتوكيل محامي بصددها، ويرجع السبب في ذلك لأن المادة (97) من قانون العقوبات العراقي المعدل قيدت سلطة القيم بإدارة أموال المحكوم عليه فقط.

يتضح من خلال ما تقدم أننا قد ركزنا على حالة القيم المنصوب لغرض الخصومة في الدعوى البدائية الذي يكون تابعاً لأشراف ورقابة المحكمة التي عينته, وذلك استناداً إلى المادة (97) من قانون العقوبات العراقي المعدل, وهو عكس القيم على المحجور عليه والغائب والمفقود المشار إليه في قانون رعاية القاصرين المعدل, الذي يكون تحت إشراف ورقابة دائرة رعاية القاصرين مما يعني ذلك أن تلك الدائرة ليس لها علاقة بإدارة أموال المحكوم عليه بجناية, لذا فإن السؤال الذي يثار في هذا الصدد هو: ما مدى أمكانية تمثيل مدير عام دائرة رعاية القاصرين بلإضافة الى وضيفته للمحكوم عليه بجناية في حال عدم وجود قيم يتولى إدارة أموال المحكوم عليه ؟

نتيجة لعدم شمول المحكوم عليه بجناية بقانون رعاية القاصرين المعدل فقد يتروى لنا بأنه ليس لمدير رعاية القاصرين الحق في تمثيل المحكوم عليه في حال عدم وجود قيم، إلا أن الواقع العملي لسير عمل مديرية رعاية القاصرين يشير إلى خلاف ذلك، إذ نلاحظ إن المديرية المذكورة تلجأ في أكثر الأحيان إلى تمثيل المحكوم عليه في الخصومات ذات الطابع المالي[80].

وبعد أن بينا من يمثل القاصر قضاءً يأتي الدور للحديث عن كيفية مباشرة هذا الممثل القضائي لسلطاته الإجرائية, فكما هو الحال فيما يخص الممثل القانوني نجد أن المشرع العراقي أشار صراحةً إلى عدم جواز قيام الممثل القضائي بمباشرة سلطات إجرائية معينة إلا بعد الحصول على موافقة دائرة رعاية القاصرين بعد التحقق من مصلحة القاصر, ومنها التحكيم والتنازل عن الحقوق الإجرائية والدعاوى وطرق الطعن بالإحكام[81], إلا أنه لم يشترط حصول الممثل القضائي على أذن من مديرية رعاية القاصرين من أجل ممارسة سلطته في إقامة الدعوى, خلافاً لموقف المشرع المصري الذي أشار صراحةً إلى منع الوصي من إقامة أي دعوى إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة, على أن يستثنى من ذلك الدعاوى التي يكون في تأخير إقامتها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له[82], كدعوى الشفعة والحيازة التي حدد لها المشرع فترة قصيرة لإقامتها، مما يقتضي الأمر إعطاء الوصي الحق في اقامة هذه الدعاوى من غير الحصول على إذن من المحكمة وذلك لأجل الحفاظ على حقوق القاصر[83], كما أن الأمر لم يقف عند هذا الحد بل أوجب المشرع المصري على الوصي بأن يعرض على المحكمة ومن

---

[78] ينظر: المادة (25/رابعاً) من قانون العقوبات المصري المعدل.

[79] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 654/الهيئة الإستئنافية منقول/2021 في 2021/12/19, غير منشور.

[80] ينظر: كتاب مفاتحة محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ المرقم (١٨٣٩٩) في ٢٩/١١/٢٠٢٠ دائرة رعاية القاصرين لغرض بيان الموافقة على تنصيب مدير عام دائرة رعاية القاصرين قيم مؤقت في الدعوى المقامة على المدعى عليها (هـ .س.ع) ، فأجابت الدائرة المذكورة آنفا بكتابها المرقم (ق/١٥٧١) في ٢/١٢/٢٠٢٠ بعدم الممانعة من نصب مدير عام دائرة رعاية القاصرين/إضافة لوظيفته قيم مؤقت على المحكوم عليه في الدعوى لغرض اكمال الخصومة، غير منشور.

[81] ينظر: المادة (43/سابعاً) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل.

[82] ينظر: المادة (39/الثانية عشر) والمادة (78) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.

[83] د. أحمد نصر الجندي, التعليق على قانون الولاية على المال, دار الكتب القانونية, القاهرة - مصر, 2004, ص117.

دون تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وعليه أن يتبع ما تأمر به المحكمة من إجراءات[84], كما لا يجوز له رفع الطعون غير العادية ضد الاحكام القضائية إلا بأذن من المحكمة[85], وتسري هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب ايضاً[86].
أما المشرع الفرنسي فقد منع الممثل القضائي عن الخصم القاصر من اقامة الدعاوى والدفاع عن حقوق القاصر غير المالية إلا بعد الحصول على أذن من مجلس العائلة الذي يرأسه قاضي الوصاية، أما إذا كانت الدعاوى تتعلق بالحقوق المالية للقاصر فيجوز له إقامتها بصفته ممثلاً فيها من دون الحصول على أذن من مجلس العائلة[87].
وبدورنا نميل إلى ترجيح ما اتجه إليه المشرع العراقي من عدم اشتراط حصول الوصي أو القيم على أذن من دائرة رعاية القاصرين؛ لأن هذا الأذن يعد تقييداً لسلطته في إقامة الدعوى لا يجد له ما يبرره لاسيما أن الوصي يسعى في الغالب الى حماية حقوق القاصر عن طريق الالتجاء إلى القضاء، إذ إن اشتراط الحصول على الأذن يكلف الوصي جهد ووقت يكون في غنى عنهما.

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات وعلى النحو الأتي:

أولاً: النتائج

1. ان النيابة الاجرائية عن الخصم القاصر تتميز بخصوصية تميزها عن النيابة المدنية لتعلقها بمباشرة الحقوق التي تتعلق بها الدعوى.
2. على الرغم من اختلاف أحكام النيابة الاجرائية عن النيابة المدنية، الا اننا لحظنا ان القوانين المقارنة، لم تفرد لها احكاما خاصة.
3. أن مصطلح القاصر في الفقه الاسلامي وفي القانون الفرنسي والمصري يقتصر فقط على كل من لم يبلغ سن الرشد, وهذا يعني أنه يشمل الصغير فقط, أما في القانون العراقي فإن مصطلح القاصر يشمل فضلا عن ذلك أشخاصاً آخرين يعدون بحكم القاصر بناء على قرار صادر من المحكمة المختصة نتيجة للظروف التي يكونون فيها, تؤدي أما إلى نقص في أهليتهم أو فقدانها تماماً.
4. اقتصر قانون رعاية القاصرين على تنظيم الاحكام المدنية للنيابة ولم ينظم احكامها الاجرائية لذا اشار الى حق النائب في رفع الدعوى عمن يمثله ضمن قانون المرافعات المدنية 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.
5. ان النائب الاجرائي هو ممثل اجرائي عن القاصر وقد تكون نيابته قانونية عندما يحدد النص القانوني شخص النائب مثل الولي، وقضائية عندما يقوم القاضي بتحديد شخص النائب مثل القيم والوصي.
6. ان القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي لا تكفي لإعطاء الصغير المميز ومن في حكمه الحق في مباشرة اجراءات التقاضي سواء أكانت نافعة نفعا محضا ام دائرة بين النفع والضرر، لعدم توفر الاهلية الاجرائية لديهم التي تعد شرطا أساسيا لقبول الدعوى.
7. 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 القاصر.
8. ان عدم وجود من يمثل القاصر قانوناً أو قضاءً او في حال تعارض مصلحة الاخير مع مصلحة القاصر يعطي لدائرة رعاية القاصرين مهمة تمثيله في حين أناط القانون المصري الامر للمحكمة لتعيين وصي. ويعد موقف المشرع العراقي افضل من المصري اذ اناط الأمر بجهة واحدة هي دائرة رعاية القاصرين.

ثانياً: المقترحات

1. ان قانون رعاية القاصرين لم ينظم بشكل مباشر النيابة عن القاصر، لذا نقترح اضافة فصل سابع الى قانون رعاية القاصرين تحت عنوان النيابة عن القاصر امام القضاء المدني، وتكون المادة الاولى منه على الوجه الاتي: (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 والسير فيها حتى أصدار الحكم ومراجعة طرق الطعن في هذه الاحكام).
2. تعديل المادة الرابعة من قانون المرافعات المدنية بالغاء لفظ المحجور والغائب؛ لان لفظ القاصر الوارد ذكره في المادة يشمل هذا المحجور والغائب على جد سواء.

---

(84) ينظر: المادة (42) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.
(85) ينظر: المادة (39/الثالثة عشر) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.
(86) ينظر: المادة (78) من قانون الولاية على المال المصري المعدل.
(87) ينظر: المادة (408) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

3. ندعو المشرع العراقي الى اضافة المادة الآتية للباب السابع منه، وتنص على أنه (على الولي او الوصي أو القيم القيام بالاعمال اللازمة للحفاظ على اموال القاصر وحقوقه من رفع الدعوى والطعن فيها)، فهذه المادة المقترحة اضافة لتثبيت الحق في رفع الدعوى من قبل الممثل القانوني فانها تتضمن التزاما للقيام بواجباته تجاه ناقص او فاقد الاهلية.
4. اضافة مادة الى الباب السابع تنص على انه (يجب على الوصي ان يحصل على اذن من دائرة رعاية القاصرين في الحالات التالية: 1. اذا تعلق الأمر بتحريك الدعوى ضد القاصر -٢ عند مباشرة اي اجراء من اجراءات التنفيذ ضده).
5. وبغية اعطاء دور للادعاء العام في خصومة القاصر نقترح تعديل المادة (١٣) من قانون رعاية القاصرين لتكون على وفق التالي: يجب على الادعاء العام التدخل ورفع الدعاوى لحماية القاصر في حالة عدم قيام دائرة رعاية القاصرين بواجباتها التي نص عليها القانون).