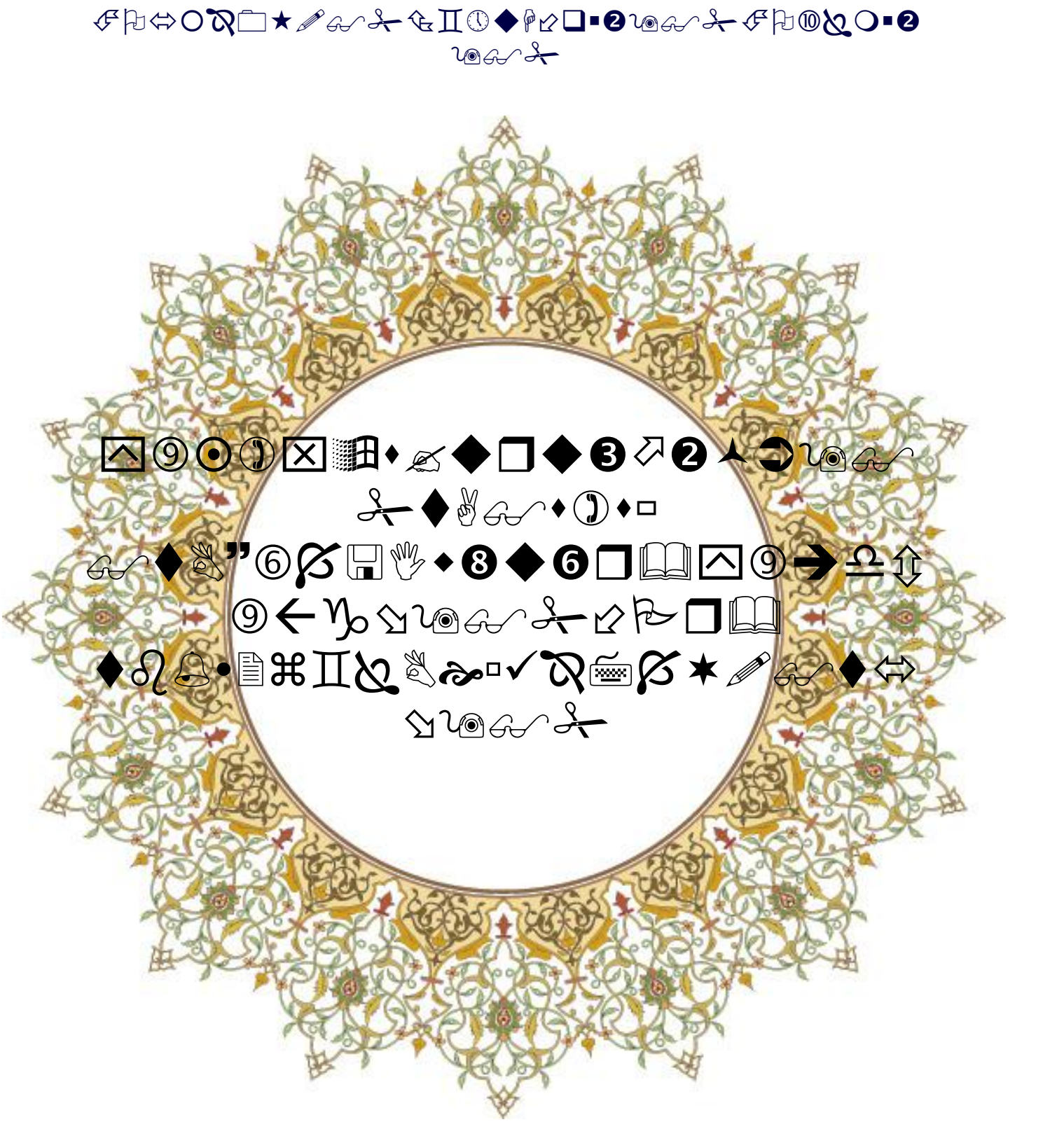
إقليم كوردستان – العراق
مجلس القضاء

أحكام الغائبين والمفقودين في التشريع العراقي

بحث تقدم به القاضي
عبد الباسط مسعود أحمد
القاضي في محكمة تحقيق أربيل
كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني
من أصناف القضاة إلى مجلس القضاء لإقليم كوردستان

بإشراف القاضي
نوزاد حكيم كريم
رئيس محكمة الاحداث في أربيل

□□□□ الهجرية □□□□ الكوردية □□□□ الميلادية



سورة النمل، الآية: 20

الإهداء

- إلى والدي الذي ضحى بكلّ شيء يملكه في سبيلي، وكان مربياً وناصحاً أميناً، وتلفظ أنفاسه وهو يحني نفسه أن يكون لي شأن في هذه الدنيا.

- إلى والدتي الفاضلة التي ربتني صغيراً ورعتني كبيراً، ونالت مرارة العيشِ في هذه الدنيا الشيء الكثير من أجل راحتي، ولم تتذوق من حلوها شيء، وكانت تصارع الموت وتعاني سكراتها وأنا أكتب عبارات هذا البحث...

إليهما أهدي هذا البحث ...

الباحث

إقرار المشرف

الحمد لله وكفى والصلاة على نبيه المصطفى...وبعد .

فمن خلال اشرافي على بحث القاضي (عبدالباسط مسعود أحمد) المسمى (أحكام الغائبين والمفقودين في التشريع العراقي) والدي قدمه للترقية بصنفه الى الصنف الثاني من أصناف القضاة، وقراءتي له بامعان. رأيته بحثا جديرا بالقبول لما يتضمنه من دراسة شبه كاملة، وقراءة كافية ووافية للاراء الفقهية والاحكام القانونية والقرارات القضائية، واني أرى أن الباحث الفاضل قد بدل جهده وأفرغ وسعه في سبيل الوصول الى الحقيقة، وارشحه للمناقشة والقبول...عليه وقعت أدناه

المشرف

القاضي نوزاد كريم حكيم

خطة البحث

إهداء

إقرار المشرف

المقدمة

الفصل الأول: تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما، وأهليتهما،والجهة المختصة بشؤون المفقود، ودعوى الفقدان.

المبحث الأول: تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما، والجهة المختصة بشؤون المفقود.

المطلب الأول: تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما.

الفرع الأول: تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثاني: تعريف المفقود لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقود.

المطلب الثاني: أهلية الغائب والمفقود، والجهة المختصة بشؤون المفقود.

الفرع الأول: أهلية الغائب والمفقود.

المبحث الثاني: دعوى الفقدان، والوكالة عن المفقود.

المطلب الأول: دعوى الفقدان.

الفرع الأول: الإعلان عن حالة الفقدان المدني.

الفرع الثاني: الإعلان عن حالة الفقدان العسكري وقوى الأمن الداخلي.

المطلب الثاني: الوكالة عن المفقود وموقف المشرع العراقي.

الفرع الأول: الوكالة عن المفقود.

الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي.

الفصل الثاني: الحكم بوفاة المفقود، شروطه وآثاره.

المبحث الأول: الحكم بوفاة المفقود وشروط الادعاء به.

المطلب الأول: الحكم بوفاة المفقود.

الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود.

الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي.

المطلب الثاني: شروط الادعاء بموت المفقود.

المبحث الثاني: آثار الحكم بموت المفقود.

المطلب الأول: بالنسبة لزوجته.

المطلب الثاني: بالنسبة لأمواله.

المطلب الثالث: بالنسبة لميراثه ووصيته.

المبحث الثالث: تحرير وإدارة مال المفقود.
المطلب الأول: تحرير مال المفقود.
المطلب الثاني: ادارة مال المفقود.
المبحث الرابع: عودة المفقود حيناً وآثاره.
المطلب الأول: عودة المفقود لزوجته.
المطلب الثاني: عودة المفقود لأمواله.
مقترحات.
خاتمة.

المقدمة

الحمدُ لله الذي يسر لليسرى من صدق بالحسنى، ويسر للعسرى من كذب وتولى، وبعد، فإنّ للإنسان حالات أربعة فهو أما حيّ يرزق أو ميت يدفنُ أو غائب أو مفقود، ولكلّ حالة من هذه الحالات أحكام وأوضاع بحثها فقهاء الشريعة وعلماء القوانين والتشريعات، وقد ارتأيت أن أكتب بحثي عن حالتيه من كونه (غائباً أو مفقوداً) لما كان من هاتين الحالتين من حضور دائم في المجتمع العراقي، نظراً لما عاشه هذا الشعب من حروب وويلات وهجرات واقتتال منذ بداية القرن العشرين وحتى الآن، ونحن في بدايات القرن الواحد والعشرين، ولعلّ أهم ما يمكن أن يذكر من هذه الحروب والويلات هي المعارك التي دارت بين الحركة التحررية الكردية والحكومات العراقية المتعاقبة، ثم ما تلتها من حرب العراق مع إيران، وما حدث خلال هذه الحرب من عمليات ما سميت بالأنفال، وضرب مدينة حلبجة بالأسلحة الكيماوية ثم الحرب العراقية مع الدول المتحالفة وما تبعتها بعد ذلك من هجرة مئات الآلاف من الكورد إلى الد ول المجاورة بعد سحق انتفاضة آذار عام□□□□، ثم ما حصل من اقتتال بين الأحزاب الكوردية نفسها، وما حدث بعد ذلك من عدم الاستقرار في كردستان والذي أدى إلى هجرة الآلاف إلى الدول الأوربية، وكذلك ما جرى بعد احتلال العراق وما أفرزه هذه الحالة من نتائج وخيمة من تقتيل وتشريد وانتهاك للأنفس والأعراض، كلّ هذه الأحداث الضخمة نتجت عنها ملايين الضحايا من مقتول ومعاق ومفقود وأسير، فحتم على القانونيين البحث عن الحكم والواجب تطبيقها على هؤلاء فكان أن صدر قانون رعاية القاصرين رقم □□ لسنة□□□□ وخصص الفصل الثاني للحديث عن الغائب والمفقود في المواد (□□-□□) وكان المشرع الكردستاني قد أصدر القانون رقم (□) لسنة□□□□ وهو قانون (المفقودين في حملات الإبادة الجماعية) والذي شمل خمسة أصناف من المفقودين خلال عمليات الإبادة الجماعية وهم (المفقودين خلال حملة تهجير الكورد الفيليين من قبل الحكومة العراقية عام □□□□، والمفقودين خلال حملة إبادة الكورد البازرانين من قبل الحكومة العراقية عام □□□□، والمفقودين خلال حملة إبادة أهالي حلبجة بالأسلحة الكيمياوية من قبل الحكومة العراقية عام □□□□، والمفقودين من خلال حملات الإبادة المسماة بالأنفال سنة□□□□) ولكون هذا الموضوع يحمل الكثير من المعطيات من الأحكام الشرعية والقانونية آثرت الكتابة فيه وإن كان قد كتب فيه غير مرة ولكن أرجو أن أضيف إلى ما كتب شيئاً جديداً والله من وراء القصد.

الفصل الأول
تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما، وأهليتهما، والجهة المختصة بشؤون المفقود، ودعوى الفقدان.

المبحث الأول
تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما، والجهة المختصة بشؤون المفقود.

المبحث الثاني
دعوى الفقدان، والوكالة عن المفقود

المبحث الأول
الحكم بوفاة المفقود وشروط الادعاء به

سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتكلم في المبحث الأول حول تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما، وأهلية كلّ منهما، والجهة المختصة بشؤون المفقود، ونتكلم في المبحث الثاني عن دعوى الفقدان، والوكالة عن المفقود.

المبحث الأول
تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما، وأهلية كلّ منهما، والجهة المختصة بشؤون المفقود

المطلب الأول
تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما.

الفرع الأول: تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً

الفقرة الأولى: تعريف الغائب لغةً

الغيب: الشك، وجمعه غياب، وغيوب، وكلّ ما غاب عنك، وما اطمأن من الأرض، وغيابة كلّ شيء، وما سترك منه، ومنه (غيابت الجب)، والغيبةُ فعلةُ منه، قد تكون حسنة أو قبيحة[1].

الفقرة الثانية: تعريف الغائب اصطلاحاً:

جاء في قانون رعاية القاصرين: "الغائب: هو شخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة، دون أن تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره"[2]، فالغائب إذن في الاصطلاح القانوني هو من تكون حياته محققه، واخباره معروفة، ولكن إقامته تكون في غير وطنه مدة تزيد على السنة، دون أن يعرف إقامته أو عنوانه، فيتعطل مصالحه أو مصالح المرتبطين والمتعاملين معه ولعلّ أبرز مثال على ذلك ما جاء في قانون الأحوال الشخصية "تعتبرُ الأم ولياً إذا كان الأب متوفياً أو غائباً وكانت حاضنة" [3]، حيث أعطى المشرع الحق للأم لتزويج ابنته في حالة غياب الأب، وتصبح هي بمثابة ولي البنت في هذا الأمر إذا كانت حاضنة، ويرى الأبياني إنّ الغائب هو من لا يسهل إحضاره ولو كان مختفياً في بلده، فلا يشترط أن يكون الغائب مفقوداً، أي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا

---

(١) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج ، ص:، مطبعة الحلبي، مصر، دون سنة الطبع.

(٢) ينظر المادة ( ) منه.

(٣) المادة (/) منه.

مماته، ولا أن تكون الغيبة مدة سفر شرعي، وهذا هو المعول عليه، وإن كان البعض يرى خلافه[١].

الفرع الثاني: تعريف المفقود لغةً واصطلاحاً

الفقرة الأولى: تعريف المفقود لغةً

المفقود: من فقده فقداً وفقداناً ومفقوداً، فهو فقيد ومفقود والفاقد التي مات زوجها أو ولدها، أو المتزوجة بعد موت زوجها، وافتقده وتفقده، طلبه عند غيبته[٢].

الفقرة الثانية: تعريف المفقود اصطلاحاً

المفقود في الاصطلاحي الشرعي: هو الغائب الذي انقطع خبره، فلم تعرف حياته أو موته، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به، إذا كان مجهول الحياة أو الممات [٣]، وبمثل هذا التعريف جاء في قانون رعاية القاصرين "المفقود هو الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته أو مماته"[٤]، وكذلك ما جاء في القانون المدني[٥]، مع الإشارة إلى كون التعريف الشرعي للمفقود لم تخصص جنس المفقود فهو يشمل الذكر والأنثى والطفل، ألا إنّ الآثار تختلف في حالة فقد المرأة فتحضر في المعاملات المالية، والوصية والميراث، في حين ينجم عن فقدان الرجل إضافة لما تقدم مسائل أخرى مثل حكم زوجة المفقود والنفقات الزوجية الأخرى لذلك وردت أحكام الفقهاء شاملة لعموم الآثار والمسائل المتعلقة بالفقدان[٦].

الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقود

تتداخل مصطلحات الغائب مع المفقود في النصوص القانونية التي أوردناها، فقد تبين أنّ المفقود هو غائب بالضرورة، ولكن لا يعتبر كلّ غائب مفقوداً فالعلاقة بينهما علاقة خصوص وعموم من جهة لكون لفظ الغائب أعمّ من لفظ المفقود، فالغيبة: هو البعد والتواري، والغائب معلوم الحياة لعدم انقطاع أخباره، وقد يكون معلوم المكان أيضاً أو مجهوله سواء أكان داخل

---

(١) محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج □، ص:□□، منشورات مكتبة النهضة، بيروت – بغداد، لم يذكر سنة الطبع.

(٢) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المصدر السابق، ج□، ص:□□.

(٣) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج □□، ص:□□□□، طبعة دار الفكر، دمشق – سوريا، الطبعة الرابعة،□□□□.

(٤) المادة (□□) منه.

(٥) المادة (□□/□) منه.

(٦) د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء، ج □، ص:□□، الطبعة الثانية، مطبعة الإرشاد – بغداد،□□□□.

البلد أو في الخارج، والغيبة إما أن تكون حقيقة كحالة المفقود أو حكمية كمن تكون حياته محققة ولم يكن له محلّ إقامة معلوم، ويلاحظ في تعريف المشرع العراقي للغائب إنّه قصر الغياب في إرادة الشخص بمغادرة العراق، وهذا يعني إن من يبعد من العراق دون إرادته ورغبته لا يشمله هذا التعريف، فكان الأجدر أن يكون النص شاملاً لكلتا الحالتين بحيث يكون " الغائب هو الشخص الموجود خارج العراق ...."وبالتالي فإن الفرق بين المفقود والغائب يتمثل بكون الغائب هو شخص كامل الأهلية عكس المفقود الذي قد يكون كامل الأهلية أو ناقصها، والغائب والمفقود يعتبران بحكم القاصر ويخضعان للأحكام التي يخضع لها القاصر ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك كما جاء في الفقرة (ثانياً) من المادة الثالثة من قانون على رعاية القاصرين، وإنّ الغيبة وأسباب زوالها محكوم بنصّ المادة ( ) من القانون نفسه التي أوردت بأنّ "حالة انتهاء الغيبة هو بزوال سببها أو بموت المفقود أو بحكم من المحكمة المختصة باعتباره ميتاً"[1].

المطلب الثاني
أهلية الغائب والمفقود، والجهة المختصة بشؤون المفقود

الفرع الأول: أهلية الغائب والمفقود

يميز الفقهاء عادة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بأن يطالب بماله من حقّ وأن يطالب بما عليه من حقّ للغير، وأن تعتبر عبارته في إنشاء العقود وتترتب عليها آثارها الشرعية، وأساس هذه الأهلية هو العقل والتمييز لا الحياة[2]، ولهذا ربط علماء الفقه الإسلامي بين أهلية الوجوب والذمة المالية، أما فقهاء القانون الوضعي فقد ربطوا بينها وبين الشخصية القانونية، ولذلك عدوه اهلاً لاكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول منه كثبوت نسبه من أبيه، وحقه في الميراث، واستحقاقه الوصية، أما الالتزامات فلا أهلية له فيها إذ ليست له عبارة وليست عليه ولاية، وإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها، أما مناط أهلية الأداء فقد قلنا أنّه العقل والتمييز، فمن فقد تمييزه لصغر سنّ أو جنون ذهب عقله وإدراكهوكان عديم الأهلية، والعبرة بتوافر

---

(١) د. عصمت عبد المجيد، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين، ص: ، طبعة الأولى، المكتبة الوطنية – بغداد.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص: ، الفقرة ، الطبعة الثانية، ، مطبعة الشعب – بغداد.

الأهلية هو وقت إبرام العقد، فإذا فقد أهليته بعد ذلك فلا أثر لذلك على صحة العقد [١]، والذي يهمنا هنا هو إنّ الغيبة أو الفقدان لا يؤثر على أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء إذ أنّهما كاملتين عند الغائب والمفقود ولكن لتعذر مباشرة المفقود لشؤونه أوجب القانون على القاضي تنصيب قيّم عليه بناء على طلب من ذوي الشأن كي يقوم مقامه بالتصرفات القانونية كما جاء في قانون رعاية القاصرين "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه"[٢]،ويخضع المفقود إلى هذا الحكم حتى إذا لم يكن كامل الأهلية، سواء أ كان عديم الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمعتوه والسفيه وذلك بعد صدور الحكم عليه بالحجر، وعليه فإنّ الفقد لا يؤثر على الأهلية، وإنّما يمنع الشخص من مباشرة التصرفات بنفسه فإذا كان المفقود قد عين وكيلاً عنه قبل حادثة فقدانه فإنّ هذا الوكيل يقوم بالتصرفات نيابة عنه، وإذا لم يكن له وكيل نصبت المحكمة قيماً عليه[٣].

الفرع الثاني: الجهة المختصة بشؤون المفقود

بموجب القوانين النافذة نلاحظ أنّ جهة الاختصاص بشؤون المفقود قد حددها المشرع العراقي بالتالية ذكرها.

أولاً: محكمة الأحوال الشخصية: كما جاءت في المادة (□□□) من قانون المرافعات المدنية الفقرة السادسة منها، بأنّ هذه المحكمة هي المختصة بشؤون المفقود وما يتعلق به، ويقوم القاضي في هذه المحكمة بتعين القيّم لإدارة أموال المفقود، وإحصائها وتنميتها واستثمارها إذا لم يكن للمفقود وكيل وإنّ القيم المنصب يقوم بأمر المحكمة بإدارة أموال الغائب أو المفقود بإشراف مديرية رعاية القاصرين وفق المادة (□□/ ثانياً) من قانون رعاية القاصرين، وإنّ محكمة الأحوال الشخصية تقوم بالنظر في كافة الدعاوي التي تخص مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين العراقيين وغير العراقيين من المسلمين الذين تطبق دولهم أحكام الشريعة الإسلامية في مسائلهم الشخصية[٤].

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، ج□، ص: □□، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،□□□□، بغداد.

(٢) المادة (□□) منه.

(٣) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص: □□، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان،□□□□، وسنتحدث أكثر عن أهلية المفقود، والوكيل الذي يقوم بالتصرفات بدلاً عنه وموقف المشرع العراقي في المطلب الثاني ضمن المبحث الثاني في هذا الفصل.

(٤) القاضي إبراهيم عبد القادر، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، القيت على طلبة المعهد القضائي، ص: □□، مسحوبة بالرونيو.

□

ثانياً: محكمة المواد الشخصية: وذلك بالنسبة لغير المسلمين والأجانب المسلمين الذي يطبق دولهم أحكاماً غير أحكام الشريعة الإسلامية في أحوالهم الشخصية، فإنّ محكمة البداءة بصفة المواد الشخصية هي المختصة بنظر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لمن ذكرناها وبالإجراءات المتعلقة بالغائب والمفقود.

ثالثاً: مديرية رعاية القاصرين، كما جاءت في المادة (□□) من قانون رعاية القاصرين بأنّ هذه المديرية تقع ضمن صلاحياتها الأمور التالية:

أ – تثبيت ما للقاصرين من عقارات ومنقولات خلال مدة القصر سواء كان متعلقاً بالإدارة أو لغرض إشرافها على من يقوم بذلك.

ب – الإشراف على الأولياء والأوصياء والقيّمين ومحاسبتهم وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين في حال قيام المذكورين بأعمال الإدارة.

ت – أعمال الإدارة المعتادة وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي أو قيّم تناط به الأعمال المذكورة.

المبحث الثاني
دعوى الفقدان، والوكالة عن المفقود

سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن دعوى الفقدان، وفي المطلب الثاني عن الوكالة عن المفقود

المطلب الأول
دعوى الفقدان

الفرع الأول: الإعلان عن حالة الفقدان المدني

المقصود بالمفقود المدني هو الشخص العادي والموظف في إحدى دوائر الدولة وصاحب المهنة الحرة على أن لا يكون منتسباً إلى قوى الأمن الداخلي أو وزارة الدفاع لأنّ لهذين حكمهما الخاص فإذا كان حال المفقود هكذا يجب على ذويه عند أول يوم لفقده إخبار سلطان التحقيق بذلك لإجراء التحقيق حول الفقدان، وتقوم سلطات التحقيق بتعميم أوصافه وظروف فقدانه على دوائر الدولة المعينة والمستشفيات ومديريات الشرطة – لتعميمها على مراكز الشرطة والمطارات والمنافذ الحدودية –والبحث والتحري عنه بكافة الطرق الممكنة بواسطة الصحف والإذاعة، وبعد انتهاء التحقيق واستنفاذ طرق البحث، ومرور المدة القانونية على بدأ التحقيق يتم غلق الدعوى مؤقتاً وفق المادة (□□□ ف ج) من قانون أصول

المحاكمات الجزائية، وبعد مرور مدة كافية يقوم ذوي العلاقة (المدعون بالحق الشخصي) بتقديم عريضة تتضمن اسم المفقود وحالته وتاريخ الفقد، وهل له أولاد قاصرون أم لا؟ وتدوين أسمائهم إلى محكمة الأحوال الشخصية لنصب قيّم على المفقود والتي تصدر حكمها بناء على ما جاءت في الأوراق التحقيقية، وعلى شهادة المطلعين على تفاصيل الحادثة، وتقوم قبل ذلك بمفاتحة مديرية رعاية القاصرين المختصة لبيان رأيها حول نصب مقدم الطلب كقيّم على المفقود، وبعد التثبت ممّا ورد أعلاه من إجراءات وتقتنع المحكمة بحدوث واقعة الفقدان تقوم بالإعلان في صحيفتين محليتين عن حالة الفقد واسم المفقود، وتطلب منه مراجعة المحكمة المختصة بغية إلغاء الإجراءات الخاصة بفقده، وتطلب من الجمهور كذلك ممن له أية معلومات عنه المبادرة إلى الإفصاح عنها، ومراجعة المحكمة [1]، فإذا مضت المدة المحددة للإعلان ولم يتقدم المفقود أو أي شخص من الجمهور بمعلومات تشير إلى حياته أو مماته، تصدر المحكمة المختصة سواء كانت محكمة الأحوال الشخصية أو محكة البداءة بصفة المواد الشخصية (حجة الحجر والقيمومة) على المفقود، والإجراءات السابقة الذكر ضرورية كونها الأساس الذي يمكن الحكم بوفاة المفقود بعد ذلك، وهي نفسها تتبع فيما إذا كان المفقود موظفاً أو شخصاً عادياً لا يمتلك أية وظيفة، إلاّ اختلاف واحد وهو في حالة كون المفقود موظف في إحدى دوائر الدولة تقوم المحكمة بمخاطبة تلك الدائرة للاستعلام منها حول الموظف وموضوع فقده، وتقوم دائرته بصرف راتبه وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (□□) لسنة□□□□، وحتى ثبوت موته حقيقة أو حكماً، فحينئذ يصار إلى منح عياله استحقاقهم من الراتب التقاعدي[2].

الفرع الثاني: حالة المفقود من منتسبي وزارة الدفاع أو قوى الأمن الداخلي

تختلف الإجراءات الخاصة بإعلان فقدان العسكري المنتسب لوزارة الدفاع أو قوى الأمن الداخلي عن الإجراءات المتخذة في حالة كونه موظفاً عادياً أو شخصاً لا ينتسب إلى أية وزارة أو مؤسسة حكومية حيث نصت المادة (□□) من قانون رعاية القاصرين بأنّه " ... يقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي" ويتم هذا القرار بإعلان، ويلغى هذا الإعلان إذا أظهر دليل على حياة المفقود[3]، أما الإجراءات الواجب اتخاذها حسب القوانين والأنظمة، فتقضي بصدور كتاب

---

(١) يلغى الإعلان إذا أظهر دليل على حياة المفقود وفق المادة (□□) من قانون رعاية القاصرين.

(٢) عقيل طارق محمد الحرباوي، موت المفقود وحكماً في القانون العراقي، بحث تخرج مقدم الى المعهد القضائي، بغداد□□□□، ص:□□.

(٣) حسن عودة العكيلي، أحكام المفقود، ص:□□، مطبعة الإرشاد – بغداد،□□□□.

من وزارة الدفاع يؤكد التحاق المفقود بالخدمة بالتاريخ المعين التحاقه فيه، وتاريخ فقدانه حسب تقرير موقف الحركات وإدارة المراتب، وتنشر وحدته حالة فقدانه، ومحضر من المجلس البلدي يؤيد هذا الفقدان، وتنظم أوراق تحقيقه من قبل المجلس التحقيقي المشكل في وحدته القاضي بثبوت الفقدان، ويتم غلق الأوراق التحقيقية بعد ثبوت عدم وجود عنصر جزائي في حادثة الفقدان حسب أحكام قانون أصول المحاكمات العسكرية، وتعتبر هذه الإجراءات ضرورية لمن يريد أن يقدم المستمسكات المذكورة إلى محكمة الأحوال الشخصية لنصب قيّم على المفقود، وسابقاً كان العمل جارياً بتقديم كتاب التأييد الصادر من مديرية الإدارة والمراتب إلى وزارة الدفاع أو دائرة التجنيد [1]، إلاّ أنّ هذه الإجراءات تغيرت بعد كتاب الأمانة العامة لمجلس الوزراء، دائرة شؤون الوزارات المرقم (□□□) في□□/□/□□□□.

ولا يختلف الحال فيما إذا كان المفقود من أفراد قوى الأمن الداخلي، حيث يقوم وزير الداخلية استناداً إلى المادة (□) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الخاصة بمنتسبي قوى الأمن الداخلي رقم (□□) لسنة□□□□ بتشكيل لجنة تحقيقية مؤلفة من ثلاثة أعضاء لتثبيت حالة الفقدان وهل إنّ الفعل كان جراء عمل إجرامي أو خطأ مهني أو عمل إرهابي، وتقدم تقديرها التي تتضمن توصياتها، وتقرر وزير الداخلية فقدان الشخص بعد رفع التقرير إليه، وتعتبر ذلك بمثابة الإعلان عن حالة الفقدان[2].

---

(١) جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم □□/ الطعن لمصلحة القانون/ □□□□ في □/□□/□□□□ " في حين إنّ المدعية استحصلت على حجة القيمومة في □□/□□/□□□□ الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الأعظمية المتضمن نصب المدعية، وصية على أولادها القاصرين من زوجها المفقود، وحيث ثبت لديها فقدانه بموجب كتاب مديرية إدارة الضباط بالرقم (□) في□□/□/□□□□، وحيث إنّ قانون رعاية القاصرين اعتبر قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية يقوم مقام الإعلان الصادر من المحكمة بالنسبة لأفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي، وحيث أنّه ثبت محتوى كتاب إدارة الضباط في وزارة الدفاع في متن حجة القيمومة المشار إليها ... فيتعين على المحكمة الرجوع الى أوليات لحجة للاطلاع عليها.

(٢) عقيل طرق محمد الحرباوي، المصدر اسابق، ص□□.

المطلب الثاني
الوكالة عن المفقود، وموقف المشرع العراقي

الفرع الأول: الوكالة عن المفقود

الوكالة لغةً مأخوذة من: وكل إليه الأمر وكلاً، ووكولاً: سلمه وتركه، وتواكلوا مواكلةً ووكالاً، اتكلّ بعضهم على بعض، والوكيل مفرد، وقد يكون للجمع والأنثى، والاسم: الوكالة [1]، أما اصطلاحاً فقد عرفها القانون المدني العراقي بأنّها: "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم "[2]، والوكالة عقد من عقود التراضي ولا تحتاج إلى شكلية معينة، ولكن حتى تنظم بشكل جيد قد يشترط المشرع لها شكلية معينة كتصديقها في كاتب العدل، وهي من العقود الملزمة للجانبين، والوكالة عن المفقود هي: التزام الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب المفقود وبما أنّ المفقود شخص مجهول الحال لا تعرف حياته أو مماته ولا مقرّه أو محله، وهو بهذا الحال لا يقدر على ممارسة نشاطاته فيما يخصّ مصالحه وأمواله، والغائب يشترك مع المفقود في كافة صفاته إلاّ أنّ إخباره لم تنقطع فهو معلوم الحياة، فهو بذلك يشترك مع المفقود في أنّه يتعذر عليه التعبير عن إرادته ولا يستطيع إدارة أمواله بنفسه وبذا فهماً محجورين لأنّ المشرع ينصب عليهما قيماً لإدارة أموالهما، أما في الفقه الإسلامي فمتى ما خرج أحد أطراف الوكالة عن كونه أهل لتصرف كان يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية كالمجنون أو يحجر عليه لسفه فلا يكون أهلاً للتصرف، وبالتالي لا يملكه غيره، والفقه الإسلامي ذكر أسباباً ثلاثة للحجر على الشخص وهي: الصغر، والجنون، والرق، وزاد البعض عليها: الإفلاس، والسفه، والغفلة، ولكن هناك آراء في الفقه الإسلامي تؤكد على أنّه إذا غاب شخص نصّب القاضي عليه من يحفظ له أمواله، لأنّ القاضي ينصّب ناظراً لكلّ عاجز عن النظر لنفسه، والمفقود بهذه الصفة صار كالصبي والمجنون، أما في القانون العراقي فنص المادة (□) من قانون رعاية القاصرين واضح في إنّ القاصر لا يستطيع إدارة أمواله بنفسه بل يدار إما من قبل الولي بإشراف مديرية رعاية القاصرين، أو القيّم، أو المديرية نفسها إن لم يكن للقاصر وليّ ولا قيّم، وقد اعتبر القانون المذكور في الفقرة (د) من المادة نفسها إنّ الغائب والمفقود يعتبران قاصرين، وهذا يقودنا إلى القول إنّ الفقد كمانع من موانع الأهلية يتولى القاضي أو مديرية رعاية القاصرين الولاية على مصالحه، وتعين قيّم على أمواله، ويسري على القيم ما يسري علي الوصي من أحكام، وإذا كان للمفقود وكيل وكله قبل الفقد فإنّ هذه

---

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، قاموس المحيط، ج □، ص□□□، المطبعة الحسينية – القاهرة، الطبعة الأولى□□□□ هـ.

(٢) المادة (□□□) من القانون المدني.

الوكالة تنتهي من يوم إعلان فقده، ولا أدل على ذلك نص المادة ( ) من القانون المدني "تنتهي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل أو خروج أحدهما عن الأهلية ..." وبما أنّ الوكيل ليس قيّماً فهو بذلك لا يكون تحت إشراف مديرية رعاية القاصرين[1].

الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي من الوكالة عن المفقود

إنّ ما جاء في قانون رعاية القاصرين بعيد كلّ البعد عن المنطق القانوني وعما أشرنا إليه في الفرع الأول من هذا المطلب، ومخالف كذلك لما جاء في القوانين العربية، فالمشرع العراقي في المادة ( ) من قانون رعاية القاصرين ذكر ما يلي: "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عيّنت المحكمة قيّماً عليه" والمفهوم المخالف لهذه المادة ما جاءت في تطبيقات المحاكم العراقية إنّ المفقود إذا كان له وكيل وكّله قبل الفقد فإنّ هذه الوكالة تستمرّ ويستمرّ الوكيل في أعمال الوكالة وإدارة أعمال المفقود، وهذه مسألة خطيرة وخاصة فيما يتعلق بالوكالة العامة، لأنّ الوكالة في عصر ازدهار الفقه الإسلامي لم تكن كما هي اليوم عامة مطلقة ومفوضة فيها كافة الصلاحيات الممنوحة للوكيل بل كان المتعارف عليه هي الوكالة الخاصة بشأن معيّن، أما الوكالة العامة فهناك من يرى من الفقهاء عدم جوازها لأنّ في ذلك غرر كبير، لذلك إن كانت قد وجدت فلم تكن ذلك إلاّ نادراً، أما الوكالة الخاصة فإنّ خطورتها تقل لأنّه تنتهي بانتهاء العمل الموكل به، وأغلب التشريعات العربية جاءت صريحة في النص على انتهاء الوكالة ما لم يصدر قرار بتثبيتها في حين أنّ القانون العراقي انفرد بالتمسك بالوكالة وهذا مثار التساؤل لأنّ المفقود والغائب أصبحا بحكم القانون والشريعة محجوراً عليهما بسبب الفقدان أو الغياب، وهما بمنزلة الصبي والمجنون، كما أنّ استمرار وكالة الوكيل مخالف لطبيعة عمله حيث أنّ الوكيل عليه أن يطلع الموكل من وقت لآخر على أعماله، وقد يقيد الموكل تصرفات وكيله أو ينهي الوكالة متى شاء، وكون المفقود غير قادر على الاطلاع على أعمال الوكيل لا يمكنه من أن يقيد من تصرفاته أو أن يعزله، وبالتالي فإنّ هذه الوكالة تهدد مصالح المفقود لأنّها غير خاضعة لرقابة القاضي أو مديرية رعاية القاصرين، خاصة وإنّ وكالة الوكيل عن المفقود تبقى قائمة لمدة طويلة أو لنقل مدة بقاء الوكيل على قيد الحياة لذلك كان الأجدر بالمشرع العراقي أن يحذو حذو التشريعات العربية بانتهاء الوكالة

---

(١) للاستزادة أكثر ينظر: م. أحمد سمير محمد الصوفي، بحثه بعنوان "أثر فقد الموكل على الوكالة، مناقشة فقهي قانونية، في الفقه الإسلامي والقانون العراقي" منشور في موقع Google، ص: وما بعدها.

بفقد الموكل كما هو الحال عند فقدان أهليته، أو أن يخضع الوكيل لرقابة مديرية رعاية القاصرين[1].

(١) م. أحمد سمير الصوفي، المصدر السابق، ص: □، وما بعدها، موقف المشرع العراقي المثار للجدل هذا مأخوذ من رأي الفقهاء الحنفية حيث جاء كتاب شرح الأحكام الشرعية " والمفقود إما أن يترك وكيلاً قبل فقده وإما أن لا يترك، فإن كان الأول فهو الذي يحفظ أمواله ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد، لأنّ الوكيل وإن كان ينعزل بموت الموكل إلاّ أنّه هنا لم تتحقق وفاته فيبقى الوكيل متصرفاً حتى يتحقق موت موكله ..." ينظر الشيخ محمد زيد الأبياني، المصدر الساب، ج □، ص:□□□، شرح المادة□□□.

الفصل الثاني
الحكم بوفاة المفقود شروطه وآثاره

المبحث الأول
الحكم بوفاة المفقود وشروط الادعاء به

المبحث الثاني
آثار الحكم بموت المفقود

المبحث الثالث
تحرير وإدارة مال المفقود وتعين القيم.

المبحث الرابع
عودة المفقود حيّاً وآثاره

سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتحدث في المبحث الأول عن الحكم بوفاة المفقود وشروطه، ونتحدث في المبحث الثاني عن آثار الحكم بوفاة المفقود بينما يكون مدار حديثنا في المبحث الثالث عن تحرير وإدارة مال المفقود وتعين القيم.

المبحث الأول
الحكم بوفاة المفقود وشروط الادعاء به

المطلب الأول
الحكم بوفاة المفقود

إنّ حالة الغياب والفقدان حالتان استثنائيتان وقليلتا الحدوث في المجتمعات المستقرة، أما في المجتمعات التي تعاني ويلاتِ الحروب والكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات، وحوادث سقوط الطائرات وغرق السفن فهي موجودة وكثيرة، ولكون الإنسان كائن اجتماعي ويربطه بما حوله روابط كثيرة سواء كانت هذه الروابط هي علاقات اجتماعية أو اقتصادية، وبفقد هذا الإنسان أو غيابه تحصل حالة من التوقف والسكون في حركته وحركة من حوله ممّا يضر بمصالحه ومصالح المتعاملين معه، ويعيق بالتالي تقدم الحياة عليه وجب معالجة هذه الحالة التي هي حالة قائمة بين الحياة والموت، لا تستقرّ إلاّ بعد حسم مصير المفقود أما بالحياة أو بالممات، ولأنّ الشريعة الإسلامية لم تترك حالة من حالات الإنسان من حركة وسكون وحط وترحال إلاّ وبحثتها وعالجتها معالجة مستفيضة وجذرية، واستناداً إلى القواعد الأصولية الشرعية القاضية بأنّ: " اليقين لا يرتفع إلاّ باليقين) وأنّ"الأصل بقاء ما كان على ما كان"، وأنّ "الأصل في الصفات العارضة العدم" [1]، وغيرها من القواعد الشرعية، إذا فقد شخص اعتبر في حق ماله وزوجته حياً، فلا تتزوج زوجته، ولا يورث ماله كما هو الحال في حياته الحقيقية اليقينية إلى أن يعرف مصيره بالبيّنة، أو يحكم القاضي بوفاته بوجه شرعي، وإذا حكم بوفاته يعتبر اليوم الذي يثبت فيه موت المفقود تاريخاً لوفاته، وإذا تعذر على المحكمة معرفة تاريخ وفاته اعتبر يوم صدور الحكم بموته تاريخاً للوفاة [2]، وقد حددت المادة (□□) من قانون رعاية القاصرين الأسباب التي يجوز للمحكمة أن تستند إليها للحكم بوفاة المفقود وهي:

أولاً: إذا قام دليل قاطع على وفاته.

---

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ص□□□، مركز دراسات برلمان كردستان، الطبعة الحادية عشرة□□□□.

(٢) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص□□□.

ثانياً: إذا مرّت أربع سنوات على إعلان فقده.
ثالثاً: إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده.
ورأي المشرع العراقي في هذا الأمر مأخوذ من الفقه الإسلامي والذي سنجمل آراء فقهاءه بعد قليل هذا فيما يتعلق بالفقرتين ثانياً وثالثاً أما فيما يتعلق بالفقرة أولاً فيجوز للمحكمة إذا نهض دليل قاطع وترجح بموجبه بصورة تدعو للاطمئنان بحقيقة وفاة المفقود أن تحكم بموته بالتاريخ الذي حصلت فيه الوفاة، كأن يصل جثمانه إلى بلده، ومعه وثائق تحمل التاريخ الحقيقي لوفاته، والشهادة كذلك هي إحدى الأدلة المهمة والمعتبرة في إثبات الوفاة كون الوفاة واقعة مادية ويمكن للمحكمة الركون إليها، فإذا كان هناك شاهدين رافقوا المفقود سفره مثلاً وشاهدوه وهو يموت وتم دفنه في موقع معين يمكن في هذه الحالة اعتماد المحكمة على هذه الشهادة وإصدار الحجة تبعاً لذلك، ويمكن كذلك اعتبار شهادات الوفاة الصادرة من المؤسسات الصحية كالمستشفيات والمؤسسات الأخرى كالمعتقلات والسجون والإصلاحيات التابعة لبلد الفقدان دليلاً على الوفاة بعد تصديقها وفقاً للقانون، وكذلك المستندات التي تصدر من الصليب الأحمر الدولي [1]،وفيما يتعلق بالمدة التي يجوز للمحكمة الحكم فيها على المفقود بالموت فسنفصلها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود

فصّل فقهاء الشريعة الإسلامية في موضوع المدة التي يحكم فيها بموت المفقود ويمكن إجمال آراءهم بما يلي:
الرأي الأول: وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية والشافعية في الرأي الراجح عندهم والظاهرية، الذين لا يحكمون بموت المفقود إلاّ إذا مضى على حياته مدة مثل حياة أقرانه الذين ماتوا، أو بعد مضى مدة على الحياة لا يعيش الإنسان بعدها عادة، وروي عن أبي حنفية أنّه حدد المدة بمضي (□□□) سنة على ولادته، وروي عن أبي يوسف أنّه حددها بمئة سنة، وقدره بعضهم بتسعين سنة، وقال بعضهم يفوض الأمر إلى رأي القاضي، فهو يقدر الوقت حسب اجتهاده وبما يرى فيه المصلحة، أما ابن حزم الظاهري فهو لا يجوز الحكم بموت المفقود مهما طالت المدة وهو موافق لما يراه الشافعية في الرأي المرجوح عندهم[2].
الرأي الثاني: وهو رأي الحنابلة إذ يرون أنّ المفقود إما إن يكون ظاهر فقده السلامة، وإما أن يكون ظاهر فقده الهلاك، فإذا كان الأول كسفر في تجارة غير مهلكة أو طلب علم أو خروج

---

(١) عقيل طارق محمد الحرباوي، المصدر السابق، ص:□□.
(٢) د. نظام الدين عبد الحميد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي المقارن، ص: □□□،□□□، مطبعة دار المناهج، الطبعة الأولى□□□□.

للسياحة وغيرها فلا يحكم بموته ما لم يثبت ذلك بوجه شرعي كما هو الحال في المفقودالمعروف خبره، وهذا الرأي موافق تقريباً للرأي الأول، أما إذا كان الثاني: وهو كون ظاهر غيبته الهلاك كمن يرتاد مفازة خطيرة فتنقطع خبره أو يسافر في سفينة أو طائرة فتتحطم ويموت أكثر من فيها، ففي هذه الحالة يمكن الحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات على فقده استناداً إلى قضاء عمر بن الخطاب τ في هذا، والذي لم يخالفه أحد من الصحابة ﷺ وهذا ما قال به الشافعي أيضاً في قوله الجديد[1].

الرأي الثالث: وأصحاب هذا الرأي هم فقهاء المالكية الذين قسموا المفقود إلى ثلاثة أقسام، وبعضهم إلى أربعة، وبعضهم إلى خمسة أقسام حسب خطورة موقف كلّ منهم، فالمفقود في بلاد الإسلام في ظرف طبيعي خال من الأوبئة والأمراض السارية يحكم بموته بعد مرور أربع سنوات من فقده، أما المفقود في بلاد الإسلام في وقت تنتشر فيا الأوبئة والأمراض وغيرها فيحكم بموته بعد انحسار المرض والوباء عن البلاد إن لم يظهر له وجود أو خبر إذ يغلب على الظن هلاكه في مثل هذا الظرف، والقسم الثالث هو المفقود الذي ينقطع خبره في قتال ينشب بين المسلمين بعضهم مع بعض فهذا يحكم بفقده بعد انتهاء القتال إذا تأكد حضوره في القتال بالبيّنة، ولم يظهر له وجود بعد ذلك، أما المفقود في قتال ينشب بين المسلمين والكفار فهذا إذا فقد يحكم بموته بعد سنة من رفع الأمر إلى القاضي برأي بعض الفقهاء وبرأي البعض الآخر بعد التفتيش والتحري، والقسم الخامس والأخير من المفقود هو من يفقد في بلاد الكفر فهذا يحكم بموته مدة تعميره التي قدرها بعضهم بسبعين سنة، وبعضهم بثمانين سنة[2].

وهناك آراء أخرى للتابعين ولفقهاء الشيعة الإمامية تدور حول هذه التقسيمات أيضاً لا مجال لذكرها هنا.

الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي

تبين لنا موقف المشرع العراقي في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود عند استعراضنا للمادة (□□) من قانون رعاية القاصرين والأسباب التي تستند عليها المحكمة في ذلك، وسيتوضح لنا هذا الموقف أكثر عند حديثنا عن آثار الحكم بموت المفقود، والذي سيكون مدار حديثنا في المبحث التالي من هذا الفصل.

---

(١) د. نظام الدين عبد الحميد، المصدر السابق نفسه، ص:□□□ وما بعدها.

(٢) المصدر السابق، ص□□□ –□□□.

المطلب الثاني

شروط الادعاء بموت المفقود

يجب أن تتوفر في كلّ دعوى تقام في المحكمة شروط شكلية وشروط موضوعية، ودعوى الفقدان من الدعاوي التي يجب أن تتوفر فيها الشروط العامة لكلّ دعوى وهذه الشروط بحثها قانون المرافعات المدنية، ولأهميتها أثرنا الحديث عنها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بشكل الدعوى (الشروط الشكلية)

هذه الشروط بحثها قانون المرافعات المدنية في المواد (□، □، □، □، □□) وتتلخص في: اسم المحكمة، سواء أكانت محكمة الأحوال الشخصية بالنسبة للعراقيين المسلمين أو محكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين العراقيين أو المسلمين الأجانب الذين تطبق دولهم أحكاماً غير الشريعة الإسلامية في أحوالهم الشخصية، وتاريخ تحرير عريضة الدعوى، ووجود اسم المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحلّ إقامته، والمدعي هو من له مصلحة في إقامة الدعوى فقد يكون والد المفقود أو والدته أو من له مصلحة في إقامة الدعوى فقد يكون القيم على المفقود أو وكيله أو مديرية رعاية القاصرين، وموطن المفقودين والقصر هو موطن من ينوب عنهم قانوناً لأنّ المفقود هو غائب ولا يعرف له مكان أو موطن ولا يعرف أهو حيّ أو ميت، ومن ينوب عن المفقود قد يكون موطن القيّم عليه أو موطن وكيله [(١)]، أو موطن مديرية رعاية القاصرين المختصة إذا تعارضت مصلحة المفقود مع مصلحة من يمثله قانوناً كون القيم لا يستطيع الجمع بين الصفة الشخصية وصفته كقيم عند إقامة دعوى الحكم بوفاة المفقود، ويلزم دائماً إدخال مديرية رعاية القاصرين المختصة في الد عوى إلى جانب المدعى عليه كي تعرف المحكمة رأيها لتعلق الموضوع بها [(٢)]،وإلى جانب هذه الشروط يجب ذكر بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ، وبيان موضوع الدعوى، ووقائعها وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيده [(٣)]، وتوقيع المدعي أو وكيله المفوض بالوكالة، هذه هي أبرز الشروط الشكلية التي يجب توفرها في دعوى الفقدان.

---

(١) مها محمود العدواني، أحكام المفقود، ص:□□، بحث تخرج مقدم إلى المعهد القضائي، بغداد،□□□□.

(٢) قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم □□□/ شخصية/□□□□ في□□/ □/□□□□ بما يلي:

"لأنّ مديرية رعاية القاصرين تنتصب وتصلح خصماً لأنّها تقوم مقام من بيده مال المفقود في حال عدم وجوده أو وفاته". تُنظر: القرارات المنشورة في موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي.

(٣) يجب أن تكون مستندات الدعوى أصلية وليست مصورة كما أكدت محكمة التمييز ذلك في كثير من قراراتها، كالقرار التمييزي المرقم □□□□□/ ش□/□□□□ في □/ □/□□□□، والقرار التمييزي المرقم □□□□□/ ش□/□□□□ في □/ □/□□□□.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

أما الشروط الموضوعية التي يجب توفرها والتي لا تختصّ بدعوى الفقدان فقط بل هي عامة بكلّ الدعاوي المدنية فهي:

أولاً: وجود الحق: وألحق هنا يتمثل بوفاة المفقود وإنهاء حالة الفقد التي اعترت الشخص المفقود والتي تمسّ رافع الدعوى بالضرر، وقد يكون الحق المراد الوصول إليه من هذه الدعوى تحقيق مصلحة مالية يتضرر المدعي من بقاء المفقود غير معروف المصير كوجود سهام شائعة للمفقود مع بقية الشركاء لا يمكن التصرف بها لموانع قانونية.

ثانياً: أهلية التقاضي: يشترط أن يكون طرفي الدعوى متمتعين بالأهلية في استعمال الحقوق المتعلقة بالدعوى، وإلاّ وجب أن ينوب عنهما من يقوم مقامهما قانوناً في استعمال هذه الحقوق، وفي دعوى الحكم بوفاة المفقود نرى إنّ المفقود هو شخص ناقص الأهلية، لذلك لا يمكن إقامة الدعوى عليه مباشرة، وإنّما تقام على وكيله، أو القيم عليه أو مديرية رعاية القاصرين، أو أحد ورثته، وهذا الأمر يشمل المدعي أيضاً.

ثالثاً: الخصومة: الخصومة من النظام العام لذلك يجوز للمحكمة ردّ الدعوى في أية مرحلة كانت عليها فيلزم من القاضي المختصّ التحقيق من الخصومة عند بداية نظر الدعوى، وتكون خصومة الوكيل والقيّم بالنسبة لمال المفقود محددة بنوع التوكيل أو التصرف الممنوح لها كون أغلب التصرفات القانونية والمالية تكون خاضعة لرقابة وإشراف وموافقة مديرية رعاية القاصرين [1]، وإذا لم يكن المفقود قد وكّل شخصاً قبل فقده ولم يكن له قيّم يمكن أن تقام الدعوى من قبل وارث المفقود كزوجته أو أبيه أو أمه أو شقيقه إن كان المفقود أعزباً، وإن لم يكن أحد من هؤلاء قيماً على المفقود لأنّ لديهم مصلحة مشروعة في عدم الإبقاء على حالة الفقد مدى الحياة[2].

رابعاً: المصلحة: ويجب أن تستند هذه المصلحة إلى حقّ قانوني وحق شرعي، ويجب أن تكون المصلحة المتوفرة في الدعوى محققة وحالة وممكنة، ولكن مع ذلك أجازت المادة ( ) من قانون المرافعات المدنية أن تكون المصلحة محتملة بشرط أن يكون هناك ما يدعو إلى

---

(١) جاء في القرار التمييزي المرقم/ شخصية/ في / / "إنّ دعوى المفقود يجب أن تقام على وكيل المفقود إن كان لديه وكيل وبيده مال يعود للمفقود، أو قيّم بيده مال المفقود تنصبه المحكمة وتأذن له بالخصومة" ينظر: كيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التميز، لسنوات ولغاية، الطبعة الأولى، ص:، مطبعة كريستال – أربيل.

(٢) جاء في القرار التمييزي المرقم/ الهيئة الشخصية الثانية/ في / / " إنّ المدعين هم إخوة المفقود لأب ولهم مصلحة مشروعة في إقامة الدعوى وبالتالي فإنّ خصومتهم متوجهة وقائمة" تُنظر: القرارات المنشورة في موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي.

التخوف من إلحاق الضرر بالمدعي فالمصلحة القانونية والشرعية كما سبق ذكره تقتضي عدم الإبقاء على حالة الفقد مدة طويلة فيما يتعلق به وبعائلته وبالمتعاملين معه[١].

المبحث الثاني
آثار الحكم بموت المفقود

بعد كلّ ما تقدم من حيث إقامة الدعوى للحكم بوفاة المفقود أمام المحكمة المختصة، والإجراءات المتبعة في إثبات الفقدان كحجة الفقدان الصادرة من المحكمة المختصة، والأحكام القضائية والكتب الصادرة من الجهات الرسمية والمستندات الصادرة من منظمات محلية أو دولية، والبيّنة الشخصية، واستمرار حالة الفقدان، والتحريات التي تقوم بها المحكمة للتحري عن حالة المفقود، فإذا توصلت إلى قناعة بموت المفقود فإنّها تعلن ختام المرافعة في الدعوى وتصدر حكمها فيها، ثم تحيل الدعوى إلى محكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها عملاً بحكم المادة (□□□) من قانون المرافعات المدنية التي جاءت فيها "الأحكام الصادرة على بيت المال والأوقاف أو الصغار أو الغائبين أو المجانين و المعتوهين أو غيرهم من ناقصي الأهلية ... إذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي إرسال الاضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لإجراء الدقيقات التمييزية عليها" وقت نص قانون رعاية القاصرين في المادة (□□) على أثر مهم من آثار الحكم بوفاة المفقود وهو اعتبار يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته، وحكم القضاء في هذه الحالة إنّما هو كشف لحالة الوفاة وإظهارها وليس منشأ لها، فإذا ثبت وفاة الغائب بالبيّنة فإنّ حكم القاضي بالوفاة يستند إلى التاريخ الذي حددت البيّنة وفاته، وإن اعتمد الحكم على الاجتهاد وغلبة الظنّ فهناك قولان: فيعتبر ميتاً من تاريخ الفقد، فلا يرث ممن مات قبل الحكم، ويرث من كان موجوداً عند تاريخ فقدانه، وقال الشافعي وأحمد: يعتبر ميتاً من تاريخ الحكم بوفاته، فيرث المفقود ممن مات قبل الحكم بوفاته ويورث عنه ماله ممن كان موجوداً من ورثته عند الحكم بوفاته[٢]، وقد أخذ المشرع العراقي برأي الشافعية والحنابلة في هذه المسألة وهو أضبط وأصح لنظام العمل في القضاء[٣].

---

(١) عقيل طارق محمد الحرباوي، المصدر السابق، ص:□□.

(٢) ينظر: د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ج□□، ص:□□□□ –□□□□، و د. أشرف فايز اللمساوي، موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي وأحكام المذهب الجعفري، ج □، ص:□□□، الطبعة الأولى، □□□□، المركز القومي للإصدارات القانونية.

(٣) جاء في القرار التمييزي المرقم□□□/ شخصية/□□□□ في □/ □/□□□□ "المقتضي أن تتحرى المحكمة عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول الى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً، فإذا ثبت لديها فقده في

ويمكننا أن نلخص أهم الآثار التي تتولد عن الحكم بوفاة المفقود بما يلي:

المطلب الأول
بالنسبة لزوجته

المفقود في أرض العدو لا يفسخ نكاحه من زوجته، فلا تتزوج غيره ولا تقسم تركته حتى تعلم وفاته بيقين، أو يبلغ سنة منذ ولادته حداً لا يعيش أكثر منه عادة واختلف في ذلك: فحده بعضهم بسبعين سنة، وزاد بعضهم على ذلك حتى أوصله البعض إلى مائة وعشرين سنة، وهذا الأمر لا خلاف فيه بين العلماء، أما غيره من الغائبين فيمكن أن نقسمها إلى قسمين: النوع الأول الغائب غيبة عادية، والنوع الثاني المفقود.

الفرع الأول: الغائب غيبة عادية

الغائب هنا هو غير الأسير الذي أشرنا إليه وغير المفقود الذي سنتكلم عنه بعد قليل، فالغائب إذا طلبت زوجته التفريق بينها وبينه فلا بدّ هنا من النظر إلى السبب الذي من أجله طلبت التفريق، فإذا كان السبب هو النفقة فهنا ننظر هل الزوج موسر أم معسر، فإذا كان الزوج معسراً فالزوجة لها الخيار فإذا رضيت بالمقام مع زوجها المعسر فإن ذلك هو الأفضل وحينئذ لا فسخ ولا تفريق، أما إذا كان الزوج معسراً ولم ترض الزوجة المقام معه على ذلك فهنا اختلف الفقهاء:

فالمذهب الأول: تقول للزوجة طلب التفريق، وللقاضي بناء على ذلك الحكم بالتفريق بينهما، وبهذا قال جمهور الفقهاء إلاّ إمام مالك الذي قال إن تزوجته عالمة بإعساره، فلا حق لها في طلب الفسخ.

المذهب الثاني: ليس للزوجة طلب الفسخ بسبب الإعسار وهذا ما عليه بعض فقهاء التابعين، وإليه ذهب أبو حنيفة وهو قول الشافعي وعليه مذهب الظاهرية.

المذهب الثالث: وهو قول بعض الفقهاء منهم ابن القيم ومفاده إن الزوجة إذا تزوجته عالمة بإعساره، أو كان عند الزواج موسراً ثم أُعسر فلا حق لها في طلب الفسخ، أما إذا غرّها عند الزواج بأنّه موسر ثم تبين لها إعساره فلها الفسخ[1]، أما إذا كان الزوج موسراً ولم يترك الزوج لها مالاً فهنا ليس لها طلب التفريق عند من قال ليس للزوجة طلب التفريق بسبب الإعسار،

ظروف يغلب معها افتراض هلاكه، ومرت سنتان على إعلان فقده، أن يحكم بموته، واعتبار يوم صدور الحكم بموته تاريخاً لوفاته ..." ينظر: كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص:□□.

(١) د. هاشم جميل عبد الله، مسائل من الفقه المقارن، ج □، ص:□□□، وما بعدها، و د. نظام الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص:□□□ وما بعدها.

أما الذين قالوا بالتفريق للإعسار فاختلفوا، قال المالكية: إذا لم يترك مالاً ولا وكّل وكيلاً، ولا أسقطت عنه النفقة حال غيابه وهو غائب الآن لا يعلم مقرّه، أو علم ولكن كان بعيداً كمسافة عشرة أيام فإنّ القاضي يؤجل طلب التفريق مدة يجتهد في مقدارها وهي تدور ما بين الشهر والشهرين عادة، فإذا انقضى الأجل ولم يتقدم الزوج، ولا بعث بنفقة، ولا ظهر له مال وثبت ذلك للقاضي، فإنّ له أن يطلق عليه أما إذا كان مكانه قريباً كمسافة ثلاثة أيام، فهنا ينذره القاضي ويرسل إليه إما أن يأتي أو يرسل بالنفقة أو يطلق عليه، ومذهب الحنابلة يقترب آراؤهم ممّا ذهب إليه المالكية، أما الشافعية والإمامية فمنهم من جعل للزوجة حق طلب الفسخ عند تعذر الإنفاق، ومنهم من منع ذلك[1].

أما إذا كان سبب طلب التفريق أمراً آخر غير النفقة ممّا تدعو الفطرة إليه فهنا اختلف الفقهاء فالأكثرون على انّه ليس لها طلب التفريق، ولكن الحنابلة والمالكية لهم رأي آخر، فقال الحنابلة: ليس للرجل أن يغيب عن زوجته بغير عذر أكثر من ستة أشهر، فإن غاب أكثر من ذلك من غير عذر وعلم مكانه وكتب إليه القاضي ولكنه أبى أن يرجع كان للزوجة طلب الفسخ، أما المالكية فإنّهم قد فصلوا ووضعوا شروطاً وهي: إنّ الزوجة إذا تضررت من غيبة زوجها وخشيت الوقوع في الزنا وطالت مدة غيبة زوجها قدرها بعضهم بسنة وقدرها آخرون بما زاد على ثلاث سنوات، وطلبت الزوجة الفسخ بسبب ذلك فهنا ينظر فإذا كان الزوج معلوم المكان وأمكن إيصال الرسائل إليه فإنّه يكتب إليه بالحضور، أو ترحيل زوجته إليه أو يطلق، فإن امتنع وكان امتناعه عن تعنت كان للقاضي أن يطلق عليه فوراً، وإلاّ فإنّ للقاضي أن يمهله مدة يجتهد في مقدارها لعله يعود عمّا هو عليه، فإذا مضت المدة ولم يعد طلق عليه، أما إذا لم يعلم مكان الزوج أو كان في مكان تتعذر مراسلته فإنّه يسقط شرط المراسلة فقط وتبقى بقية الشروط على حالها[2].

الفرع الثاني: المفقود

المفتى به عند الحنفية: إنّ امرأة المفقود تفوض أمرها إلى القاضي فينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه أنّه المصلحة، لقول علي τ"امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر، لا تنكح حتى تأتيها يقين موته" وفصل الحنابلة فأخذوا بالرأي السابق في الغيبة التي يظنّ معها بقاؤه حياً، كأن خرج للسياحة أو التجارة في حالة الأمن فيحكم القاضي بموته حين يغلب على ظنه أنّه قد مات، وتقدير المدة متروك للقاضي، أما إذا غاب المفقود غيبة يغلب فيها الهلاك،

---

(١) د. هاشم جميل عبد الله، المصدر السابق: ج□، ص:□□□.

(٢) المصدر نفسه، ج□، ص:□□□-□□□.

كالغيبة أثناء الحرب أو الكوارث فلم يعد، فيحكم القاضي بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده، والراجح عند المالكية: أنّه يحكم بموت المفقود بعد أربعة أعوام من يوم رفع المرأة أمرها للقضاء فإذا انقضى الأجل اعتدت الزوجة عدّة الوفاة، ثم تزوجت إن شاءت، وفي قول للمالكية أيضاً يفرق القاضي بين الزوجين بمضي سنة فأكثر على الغياب، أما عند الشافعية فمن أُسر أو فقد وانقطع خبره لا يحكم بموته حتى تقوم بيّنة موته، أو تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظنّ أنّه لا يعيش فوقها كما هو حال أقرانه[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع العراقي

جاء موقف المشرع العراقي حول حق الزوجة في التفريق من زوجها الغائب أو المفقود في الفقرة ( ) من البند أولاً من المادة الثالثة والأربعين، حيث جاء فيها " إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفاءه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة" فالمشرع العراقي أعطى للزوجة طلب التفريق لأسباب أربعة ذكرها في هذه الفقرة وهي: (. كون الزوج غائباً . كونه مفقوداً . كونه مختفياً، – إذا حكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة، ولكن اشترطت هذه الفقرةأن يكون من المتعذر تحصيل النفقة من الزوج لهذه الأسباب المذكورة، وهذا هو الفسخ للإعسار الذي بحثه فقهاء الشريعة مع اختلاف في الشروط التي وضعها الفقهاء للفسخ بالإعسار عمّا ذكر في القانون، ويبدو أنّ المشرع العراقي لم يأخذ إلاّ بالسبب الاقتصادي الذي من أجله يحق للزوجة طلب التفريق عند غياب زوجها أو فقده أو اختفاءه، ولم يأخذ بالأسباب الفطرية الأخرى التي تحدث عنها فقهاء الشريعة، وأخذ كذلك بمبدأ التفريق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية، كما جاء في الفقرة ( ) من البند أولاً من المادة نفسها حيث ذكرت هذه الفقرة بأنّ الزوجة تحق لها طلب التفريق إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ... ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ، ورغم وضوح الأحكام الخاصة بالمفقودين سواء في الشريعة الإسلامية أو التشريع العراقي المستمد من الشريعة الإسلامية، إلاّ أنّ تلك الأحكام لم تأخذ مداها المعتبر، وصداها المناسب في كردستان لوجود علماء جلهم من مقلدي المذهب الشافعي، هذا المذهب الذي يأخذ بمبدأ التحوط في كثير من أحكامه، وقد تحدثنا عن رأي المذهب في هذا الأمر وهو أنّ المفقود لا يحكم بوفاته حتى تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنّه لا يعيش فوقها كما هو حال أقرانه أو تقوم بيّنة على موته، ومفاد ذلك أنّه لو فقد شخص أو غاب في أي

---

(١) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ج ، ص: – ، و د. أشرف فايز اللمساوي، المصدر السابق، ج ، ص: – .

ظرف كان وكان عمره آنذاك خمس وعشرون سنة مثلاً فلا يحكم بوفاته حتى يمضي على فقدانه أو غيابه خمسون أو خمس وخمسون سنة، إذا كان معدل عمر أقران هذا الشخص خمس وسبعون أو ثمانون سنة، وبعد مرور هذه الفترة تكون زوجته أيضاً قد ماتت وحتى لو لم تمت فلن تكون في عمر تسمح لها بالزواج ثانية لأنّها تكون بلغت من العمر عتياً، لذلك تردد العلماء في كردستان كثيراً بالفتوى للزوجة التي فقدت بعلها بالزواج مرة أخرى حتى بعد الحكم بوفاة المفقود، إلى أن أفتى بعضهم بالأخذ بأحد أسباب التفريق الشرعي وهو التفريق للإعسار، أي إعسار الزوج وعدم إنفاقه على زوجته طيلة مدة فقده، أو الرجوع إلى الرأي القديم للشافعي، أو تقليد مذهب القائلين بجواز أن تتزوج المرأة بعد أن تفقد زوجها وتمضي على الفقدان سنتين أو أربع سنوات حسب الظروف[1]، وقد بقي هذا التردّد في حسم الأمر قائماً قائماً ممّا جعل أكثر زوجات المفقودين في كردستان يمتنعون عن مراجعة المحاكم للحصول على حكم بوفاة أزواجهنّ بموجب القوانين المعمولة وقد انعكس هذا حتى على قرارات المسؤولين الحكوميين فيه ويظهر هذا جلياً في الكتاب الذي وجهته مديرية رعاية القاصرين بعدد□□□ بتاريخ □/□/□□□□ إلى رئاسة محكمة استئناف أربيل طالبة منها توجيه كتاب إلى وزارة العدل لإقليم كردستان والسؤال منها عن كيفية حسم مصير المفقودين في الحرب العراقية الإيرانية، وبعد أن كلفت وزارة العدل رئاسة هيئة التدوين القانوني بهذا الأمر أوضحت الرئاسة المذكورة في قرار لها ما يلي:"لدى التدقيق والمداولة فقد تبين بأنّ مجلس الحكم في العراق ووفقاً لما جاء بكتابه المرقم ق/ □□□□ في □□/□□/□□□□ والذي تمّ تعميمه بموجب كتاب دائرة رعاية القاصرين التابعة للحكومة المركزية المرقم □□ في □□/□/□□□□ قرّر إيقاف العمل بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم □□□□ لسنة□□□□ والعودة إلى تطبيق القواعد الشرعية في تقرير وفاة المفقود [2]، وحيث أنّ قانون رعاية القاصرين رقم □□ لسنة□□□□ هو القانون النافذ في هذا المجال، وإنّه يتضمن وخاصة في المواد من □□ وحتى

---

(١) من الذين قالوا بهذا: د. محمد أحمد گەزنەيى، وفضيلة الشيخ سيد محمد بن السيد إسماعيل، الذي قال في كُتيبه (فتوى في حقّ زوجات المفقودين ما نصه "إنّ زوجات المفقودين إن لم يكن للزوج المفقود مال حاضر ينفق منه عليها بالوجه الشرعي الذي ذكرنا وفصلنا يجوز لها الفسخ بالإعسار بالطريق المعروف المبين، أما إن كان له مال حاضر ينفق منه عليها فحينئذ هذه الزوجة بصفة كون زوجها مفقوداً، ومضى عليها أربع سنين أو أكثر من حين فقده أو من حين ضرب الحاكم لها إن تعمل بقول القائلين بالتربص المذكور ... الخ" ينظر كتيبة المذكور، ص:□□.

(٢) من الجدير بالذكر أنّ مجلس الحكم وبعد فترة وجيزة من قراره المذكور أعلاه أصدر تعميماً آخر برقم □/□/□□□□/□□□□ في □□/□/□□□□ تضمن تعليق العمل بالقرار السابق الصادر منه والعودة إلى قرار مجلس قيادة الثورة لحين النظر في إلغاء قرار المجلس المنوه إليه من قبل الجهة التشريعية المختصة.

□□ أحكاماً تفصيلية ووافية بشأن تقرير وفاة المفقود لذا ترى هذه الهيئة بأنّه لا حاجة لصدور قانون خاص في هذا المجال، ويقتضي قيام الجهات المختصة بتطبيق أحكام القانون المذكور بخصوص المفقودين في الحرب العراقية الإيرانية، وصدر القرار بالاتفاق في □□/ □/ □□□□".

الفرع الرابع: المفقودون في عمليات الإبادة الجماعية والحوادث الأخرى

تتضمن هذه العمليات والحوادث: "ضرب مدينة حلبجة بالأسلحة الكيمائية، وعمليات ما سميت بالأنفال، والمفقودين البارزانيين، والمفقودين من الكورد الفيليين، والمفقودين خلال انتفاضة آذار عام□□□□".

وقد صدر قانون بالنسبة لكلّ هؤلاء، وهو القانون رقم (□) لسنة□□□□ وهذا القانون وإن كان قد تأخر صدوره، فقد كان ينبغي صدوره منذ بداية عام□□□□، إلاّ إنّه عالج قضية هامة كان الشعب الكوردي بأمس الحاجة إليه، ولم يكن بالإمكان معالجة هذه المسألة معالجة شرعية ناهيك عن معالجتها قانونياً قبل سنة□□□□، لأنّ انتفاضة آذار ضدّ الحكم البائد حدثت عام □□□□، وكان كردستان كباقي مناطق العراق خاضعاً لسلطة الحكومة المركزية المتمثل بحزب البعث، لذلك كان الحديث عن هذه الحوادث وعن المفقودين خلالها جريمة نكراء!!!

اشتمل هذا القانون على اثنتي عشرة مادة، تضمنت الفقرة الأولى من المادة الأولى الحديث عن تهجير الكورد الفيلين من قبل الحكومة المركزية سنة□□□□، واعتبر هذا القانون يوم□□/ □□/□□□□ تاريخاً لإعلان فقدانهم وأنّ التحري عن مصيرهم قد استنفذت وسائله ومدته وغايته بمضي أربع سنوات على فقدانهم [1]، أما الفقرة الثانية فقد تحدثت عن حملة إبادة البارزانين من قبل تلك الحكومة سنة □□□□، واعتبر القانون يوم □□/□□/□□□□ تأريخاً لإعلان فقدانهم، وإنّ التحري عن مصيرهم قد استنفذت وسائله ومدته وغايته بمضي أربع سنوات على فقدانهم [2]، أما الفقرة الثالثة فحديثها تتناول المفقودين في حملة إبادة أهالي حلبجة بالأسلحة الكيمائية من قبل تلك الحكومة سنة □□□□، واعتبر يوم □□/ □/□□□□ تاريخاً لإعلان فقدانهم، وإنّ التحري عن مصيرهم قد استنفذت وسائله ومدته وغايته بمضي أربع سنوات على فقدانهم [3]، وكان حديث الفقرة الرابعة عن المفقودين في حملة الإبادة المسماة بالأنفال سنة □□□□، واعتبر يوم □□/□□/□□□□ تأريخاً لإعلان فقدانهم، وإنّ التحري عن مصيرهم قد استنفذت وسائله ومدته وغايته بمضي أربع سنوات على

---

(١) أي يوم: □/□/□□□□.
(٢) أي يوم: □/□/□□□□.
(٣) أي يوم: □□/□/□□□□.

فقدانهم[١]،أما الفقرة الخامسة فتحدثت عن المفقودين خلال انتفاضة آذار عام□□□□، والهجرة التي تلتها، واعتبر يوم □□/□□/□□□□ تأريخاً لإعلان فقدانهم، وإنّ التحري عن مصيرهم قد استنفذت وسائله ومدته وغايته بمضي أربع سنوات على فقدانهم[٢].

أهم الملاحظات على هذا القانون

يمكن تلخيص ما يمكن ملاحظته على هذا القانون فيما يلي:

١ – استخدم المشرع لفظ (التهجير) لمن فقد من الكورد الفيليين، ولفظ (انتفاضة) لما حدث عام□□□□، ولفظ (حملة) للأحداث الأخرى.

٢ – إنّ هذا القانون قد أغنى ذوي المفقودين من إجراء الإعلان لذويهم لأنّه حدد تاريخ الإعلان عن فقدان المفقودين في كلّ حالة من الحالات الواردة فيه، وهو نهاية السنة التي حدثت فيها الحادثة، ماعدا حادثة حلبجة.

٣ – إنّ هذا القانون حدد تاريخ □□/ □/□□□□ كإعلان لفقدان من راحوا ضحية الأسلحة الكيمائية في حلبجة، وتأريخ موت المفقودين هو بمضي أربع سنوات على ذلك التأريخ، بخلاف الحوادث الأخرى التي حددت نهاية السنة كتاريخ إعلان فقدان ضحاياها جزافاً، وسبب ذلك هو إنّ حادثة حلبجة معينة باليوم والساعة وحدثت ذلك في وضح النهار وأمام أنظار العالم وفي يوم واحد فقط أما الأحداث الأخرى فهناك خلاف حول يوم وساعة حصولها، إضافة إلى أنّها امتدت لأيام.

٤ – إنّ هذا القانون قد أخذ برأي المالكية والحنابلة في تقرير المدة للحكم على المفقود بالموت، ولكنه بدلاً من أن يقدرها بسنتين وذلك لأنّ الظروف التي فقد فيها الضحايا كانت غالبة عليها الهلاك[٣]، قدرها بأربع سنوات وهي المدة التي حددها علماء الفقه في الظروف التي يغلب فيها بقاء المفقود حياً، والتي عيّنها العلماء لمن خرج للسياحة والتجارة أو العلم وفي حالة من الأمن، أما الحالة التي فقد فيها ضحايا الأحداث المذكورة فقد كانت غالبة عليها الهلاك وفي حالة من الحرب والقتال والتوتر السياسي وخالف القانون رأي فقهاء الشرع الإسلامي كذلك في كيفية احتساب تاريخ موت

---

(١) أي يوم: □/□/□□□□.

(٢) أي يوم: □/□/□□□□.

(٣) صدرت عدّة قرارات تمييزية اعتبرت المفقود في الحرب العراقية الإيرانية هو مفقود في ظروف يغلب معها الهلاك كالقرار التمييزي المرقم □□□□/ شخصية/□□□□ في□□/ □/□□□□، والقرار التمييزي المرقم□□□□/ شخصية/□□□□ في □/□□/□□□□، والقرار المرقم □□□/ شخصية□□□□ في□□/□□/ □□□□ وغير ذلك. تنظر: القرارات المنشورة في مقوع مجلس القضاء الأعلى العراقي.

المفقود. ففقهاء المالكية يحتسبون مدة الأربع سنوات من بداية تاريخ الفقدان، أما هذا القانون فتبدأ فيها هذه المدة من تاريخ الإعلان عن الفقدان.

المطلب الثاني
بالنسبة لأمواله

الفرع الأول: نفقة زوجة المفقود

أسباب النفقة اثنان: الزوجية، والقرابة، وقد ثبت لهؤلاء بالكتاب والسنة والإجماع، ولكن يشترط لاستحقاق الزوجة للنفقة على زوجها أن يكون الزواج صحيحاً، وأن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة الزوجية، وأن لا يفوت على الزوج حقه في احتباس الزوجة بغير مبرر شرعي، وبسبب ليس من جهته، وتسقط نفقة الزوجة على زوجها بنشوزها، أو إذا حبست الزوجة عن جريمة أو دين ولو ظلماً بسبب لا يتعلق بالزوج، وبامتناع الزوجة عن السفر مع زوجها[1]، وقد اختلف الفقهاء حول وجوب النفقة للزوجة على زوجها الغائب أو المفقود، فعند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: إنّ نفقة الزوجة على زوجها المفقود أو الغائب واجب سواء كان للزوج مال ظاهر من جنسها أو مخالف لجنسها، وإن لم يكن له مال خوّل القاضي الزوجة بالاستدانة، أما عند الحنفية فلا يجوز الحكم على الزوج الغائب بالنفقة لزوجته إلاّ إذا كان فرض النفقة ليس فيه نزاع، ولا يتطلب الأمر بيّنة أو تحليف يمين كما لو ترك المفقود شيئاً لزوجته من جنس النفقة، وقد أجاز الأحناف أخذ مال المفقود إذا ظفروا به ولو عن طريق غير القضاء، لأنّ نفقة الزوجة واجب شرعي بخلاف غيرها [2]، وتستحق زوجة الغائب والمفقود النفقة من تاريخ الادعاء وليس قبل ذلك [3]، والسبب في ذلك هو قطع دابر الدعاوي الكيدية من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الغائبين والمفقودين ليسوا من الأشخاص الذين يمكنهم الدفاع عن أنفسهم، وعلى الزوجة أنّ تثبت الزوجية أولاً، فلا يحكم بالنفقة إلاّ بوجود عقد زواج صحيح، وعليها أن تحلف اليمين إذا كان زوجها غائباً بأنّه لم

---

(١) المحامي، جمعة سعدون الربيعي، أحكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءً، ص: □□ وما بعدها، شركة آب للطباعة المحدودة□□□□.

(٢) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج□، ص:□□□، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان□□□□.

(٣) جاء في القرار التمييزي المرقم □□□/ شخصية/□□□□ في□□/ □/□□□□ "إنّ الحكم المميز القاضي بإلزام المدعى عليه (مديرية رعاية القاصرين) إضافة لوظيفته بتأديته للمدعية نفقة شهرية من راتب المفقود زوجها – الموجود لدى دائرة المدعى عليه موافق للشرع والقانون" ينظر: القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص: □□.

يترك لها نفقة أو شيئاً من جنس النفقة، ولا يوجد سبب من أسباب سقوط نفقتها، كما إنّه لم يطلقها قبل غيابه [1]، فإنّ توافرت هذه الشروط حكمت لها المحكمة بالنفقة، وجاز لها أن تستدين لتنفق على نفسها بإذن المحكمة كما جاء في قانون الأحوال الشخصية في المادة (□□) منه قبل إجراء التعديل عليها، أما الآن فيحكم لها القاضي بالنفقة من تاريخ الترك، ويقوم صندوق الرعاية الاجتماعية بصرف النفقة المقدرة لها، وتشمل النفقة حسب المادة (□□) الفقرة من قانون الأحوال الشخصية (الطعام والكسوة ولوازمها وأجرة التطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين) وعموماً فإنّ تقدير نفقة الزوجة على زوجها تقدر وفق حالة الزوجين يسراً أو عسراً، وذلك بعد أن يتحرى القاضي حالة السوق وارتفاع الأسعار[2]، ويناط تقديرها إلى خبير مختص يتفق عليه الطرفان، وقد دأبت مديريات رعاية القاصرين باعتبارها واضعة اليد على راتب المفقود صرف النفقة لزوجة المفقود وأصوله وفروعه بموجب قرار تصدر من المحكمة[3].

الفرع الثاني: نفقة الأصول

بالإضافة إلى نفقة الزوجة يقع على عاتق الشخص الإنفاق على أصوله، وأصول الشخص هم والديه – أبيه وأمه– وأجداده وجداته، وهم يستحقون النفقة من مال ابنهم حاضراً كان أم غائباً، ولكن الفرق بين الحالتين هو إنّ الأصول يستحقون النفقة من مال المفقود بشرط سماع حجة طالب النفقة والتحري عمّا إذا كان يستحقها من عدمه حفظاً لحقوق المفقود، كون القاضي لا يملكن الولاية على إحضار المدعى عليه الغائب، وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب تحليف المدعي اليمين فإذا ثبت بالبيّنة المعتبرة شرعاً حقه وجب الحكم به [4]، وهذا ما أكدت عليه المادة (□□) من قانون الأحوال الشخصية وقد أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل القرار المنحل □□/ □/□□□□ الذي نص على وجوب صرف راتب الأسير أو المفقود إلى زوجته وأولاده بعد خصم النفقة المحكوم بها لأحد أبويه أو كليهما أو لأحد إخوته قبل تحقق الأسر أو الفقدان، ولا يشترط أن يكون الأصل من جهة الأب بل يجب ذلك ولو كان من جهة الأم، ولكن المعتبر في وجوب النفقة عند تعدد الفروع هو قرب درجة الفرع من أصله دون النظر إلى كونه وارثاً أو غير وارث متحداً معه في الدين أو غير متحد، فإن كانوا جميعاً في درجة واحدة

---

(١) المادة (□□□) من قانون المرافعات المدنية لم يذكر المفقود بجانب الغائب في موضوع تحليف الزوجة، ولكن يمكن قياس المفقود على الغائب في هذه المسألة لأنّ المفقود غائب من باب أولى.

(٢) الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص:□□□، مطبعة دار الفكر، العربي، القاهرة□□□□.

(٣) مها محمود العدواني، المصدر السابق، ص:□□-□□.

(٤) الشيخ محمد زيد الأبياني، المصدر السابق، ج□، ص:□□□.

فنفقة الأصل عليهم بالسويّة [١]، وإذا كان الولد فقيراً فلا تجب عليه نفقة والده الفقير إلاّ إذا كان كسوباً والأب زمناً [٢]، وإذا كان للوالد الفقير ابن وبنت موسران فنفقته عليهما بالسويّة، ولو كان أحدهما غير مسلم فالحكم كذلك، أو كانا بنت بنت وابن ابن فنفقته على بنت البنت[٣]، وإذا كان كسب الابن يزيد عن حاجته بمقدار يكفي لحاجة شخص واحد وله أبوان قدمت الأم على الأب [٤]، وذلك لتقديم النبي ρ الأم على الأب في حديث (من أحق الناس بحسن صحابتي).

الفرع الثالث: نفقة الفروع

بالإضافة إلى تحمل الشخص لنفقة زوجته يجب عليه أن ينفق على أولاده الصغار أيضاً، وكذلك ابنته غير المتزوجة، وابناءه الذين لا يتكسب أمثالهم ويقع عليه كذلك نفقة من يرثه من أقاربه[٥]، ولا يشترط في قضاء القاضي بنفقة الأولاد على الاب أن يكون حاضراً بل يقضي بها عليه ولو كان غائباً، والمراد بالغيبة التي يفرض القاضي النفقة للأولاد بسببها أن لا يسهل إحضار الأب ومراجعته، ولو كان مختفياً في البلد الذي فيه الأولاد فلا يشترط أن يكون الغائب مفقوداً لا يعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا وفاته، ولا أن تكون الغيبة مدة سفر شرعي وهذا هو المعول عليه، وليس هذا خاصاً بنفقة الأولاد على الأب بل هو جار في القضاء بنفقة الآباء على الأولاد، وينبني على ذلك أنّه إذا غاب شخص وطلب غيره من القاضي ممن تجب نفقته على الغائب أن يفرض له النفقة عليه فلا يجيبه إلى طلبه إلاّ إذا كان الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له، فلو كان أخاً أو عماً أو خالاً مثلاً فلا يفرض القاضي له النفقة، والسبب في ذلك إنّ نفقة الأصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء، وإنّما القضاء في حقهم من باب الإعانة والفتوى بخلاف نفقة غيرهم فإنّها لا تجب إلاّ بالقضاء لكونها مجتهد

---

(١) الشيخ محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذاهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ص: □□، الطبعة الأولى، بغداد□□□□.

(٢) الزّمن: رجل مبتلى بآفة مرضية.

(٣) الشيخ محمد حسين الذهبي، المصدر نفسه، ص:□□.

(٤) لمعرفة كيفية حصول أحد الوالدين على النفقة من ولده المفقود أو الأسير، ينظر: المحامي جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص□□□ وما بعدها.

(٥) ينظر: المواد (□□- □□-□□-□□-□□) من قانون الأحوال الشخصية.

فيها[1]،وهذه النفقة تفرض على أموال الغائب والمفقود، إن ظهر حكم عليه بها، وإن لم يظهر أصبح ديناً عليه إلى أن يظهر[2].

المطلب الثالث
بالنسبة لميراثه ووصيته

الفرع الأول: بالنسبة لميراثه

المفروض إنّ المفقود لا يرث من غيره، لأنّه تخلف فيه شرط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، ولأنّ الاستصحاب حجة عند أكثر الفقهاء لبقاء ما كان على ما كان من الحقوق المالية وغير المالية، ولا يصلح لاكتساب حقوق جديدة، وعلى هذا الأساس قال جمهور الفقهاء بإيقاف نصيب المفقود من الميراث ووضعه لدى شخص أمين حتى يتبيّن مصيره كما فيالحمل[3]، ولكن بما انّ المفقود غير معلوم الحال فلا يمكننا الحكم عليه بأحكام الأحياء أو الأموات، ولذا نصّ الفقهاء على إنّ الأحكام عليه مختلفة فقالوا: إنّه يعتبر حياً في حقّ بعض الأحكام وميتاً بالنسبة للبعض الآخر، فيعتبر حياً بالنسبة للأحكام التي تضره، وهي التي تتوقف على ثبوت موته فلا يفرق بينه وبين زوجته، ولا يجوز لزوجته التزوج بغيره، ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ إجاراته التي عقدها قبل فقده بل تستمر كلّ هذه الأشياء إلى ظهور الحال، وحينئذ يحكم وفقهاًلاعتباره ميتاً بالنسبة للأحكام الي تنفعه وتضر غيره، وهي المتوقفة على ثبوت حياته، فلا يرث من غيره، ولا يحكم باستحقاق الوصية إذا أوصي له بشيء ومات الموصي وهو مفقود بل يوقف نصيبه في الإرث وقسطه من الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته[4]، ومعنى اعتباره ميتاً في حق هذه الأحكام إنّه عند عدم ظهور الحال ومضي المدة القانونية يحكم بوفاته ويسري هذا الحكم من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن في الحالة الأولى، إذا لو اعتبرناه ميتاً في هذه الحالة لما ووقفنا لأجله شيئاً ممّا يستحقه من غيره مع إنّه ليس كذلك، ولذا كان الظاهر أن يقال إنّه موقوف الحكم

---

(١) الشيخ محمد زيد الأبيان، المصدر السابق، ج□، ص:□□□□.

(٢) تقضي المادة الأولى من القانون الصادر عن برلمان كردستان رقم (□□) في□□/ □/□□□□ " بـ تعتبر نفقة الأولاد ديناً في ذمة أبيهم من وقت امتناع أبيهم عن الإنفاق".

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص:□□□.

(٤) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ج□□، ص:□□□□، والشيخ محمد زيد الأبياني، المصدر السابق، ج□، ص:□□□.

بالنسبة لهذه الأحكام[1]، عليه يمكننا تقسيم حال المفقود لما يستحقه المفقود من إرث غيره وما يستحق غيره من إرث المفقود إلى:

أولاً: توريث المفقود من غيره:

المفقود كما قلنا يعتبر حياً ما لم يظهر موته حقيقة أو حكماً، وهو يرث مورثه، وتتصور في إرثه الحالات الآتية:

أ – إذا مات مورث المفقود فإنّ المفقود يعتبر حياً ويحتفظ له بما يستحقه من الإرث، فإن ظهر حياً وقت موت المورث استحقّ نصيبه، وإذا علمت وفاته بعد وفاة المورث فإنّ نصيبه ينقل إلى ورثته، أما إذا ثبتت وفاته قبل وفاة المورث فإنّ ما احتفظ له من نصيب يعود إلى ورثة المورث ويتم تقسيمه بينهم وفق نسبة سهامهم.

ب – إذا كان مع المفقود ورثة آخرون وهو يحجبهم فإنّ التركة توقف كلها إلى أن تظهر حياته أو يظهر موته حقيقة أو حكماً.

وإذا كان الورثة لا يحجبون به فيحتفظ له بنصيبه فيأخذ من الورثة الآخرين أبخس النصيبين من تقدير كون المفقود حياً أو ميتاً[2].

ت – إذا وزعت حصة المفقود من تركة مورثه بعد حكم القاضي بموت المفقود ، ثم ظهر المفقود حياً فإنّه يستحق نصيبه ويرجع به على الموّزع عليهم إن كان باقياً بأيديهم، أو بالقسم الباقي بأيديهم إن كان بعضه مستهلكاً، أما إذا لم يبق منه شيء بأيديهم وتم استهلاكه كله فليس له أن يضمنهم لأنّ تصرفهم فيه كان مستنداً إلى حكم القضاء وهذا مذهب الحنفية بخلاف الشافعية[3].

ثانياً: ميراث غير المفقود منه

أ – لا يورث أحد من ورثة المفقود ماله حتى يتبيّن موته لأنّ من شروط الميراث تحقق موت المورث حقيقة أو حكماً، ولأنّ حياة المفقود كانت ثابتة فنعتبره مستمرة استصحاباً ولا تزول بالشك والتخمين وإنّما باليقين أو بحكم القاضي المستند إلى التدقيق والتحري.

ب – إذا حكم القاضي بموت المفقود نتيجة التثبت والبيّنة فإنّ موته يعتبر من التاريخ الذي تقرره البيّنة وحكم القاضي بالموت يعتبر من هذا التاريخ أيضاً لا من تاريخ

---

(١) الشيخ محمد زيد الأبياني، المصدر السابق، ج□، ص:□□□-□□□.

(٢) د. نظام الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص:□□□-□□□.

(٣) ينظر: أبو اليقظان الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، ص: □□□، مطبعة كلية الإمام الأعظم، الطبعة الأولى□□□□، والشيخ محمد زيد الأبياني، المصدر السابق، ج□، ص:□□□.

صدور الحكم الذي قد يتأخر عن تاريخ الموت قليلاً أو كثيراً، لذا فمن يموت من ورثته بعد تاريخ موته يكون وارثاً وإن كان صدور الحكم بالموت متأخراً عنه.

ت – إذا لم يظهر موته بالبيّنة وحكم القاضي بموته نتيجة البحث والتحري فإنّ وقت موته يعتبر من وقت الحكم عليه بالموت لا قبله، ويرثه من ورثته من كان موجوداً في ذلك الوقت لا قبله بيومٍ واحد، وهذا ما عليه الإمام الشافعي وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة ومالك.

ث – إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته وتقسيم تركته على ورثته فإنّ حكم استحقاقه لتركته الموزعة هو كالحكم الذي بيّناه في الفقرة الثالثة من موضوع (توريث المفقود من غيره)[1].

الفرع الثاني: بالنسبة لوصيته

لما كان من الثابت فقهاء وقضاء اعتبار المفقود حياً إلى أن تثبت وفاته حقيقة أو يصدر حكم من القضاء بوفاته وهو ما يسمى بالموت حكماً عليه فإذا أوصى المفقود قبل فقده لشخص ما فإنّ الموصى له لا يستحق الوصية خلال فترة الفقد ولا يحق المطالبة بما أوصي له لاعتبار المفقود حياً، واعتبار الموصى به لا يزال ملكاً للمفقود، ولا تنفذ هذه الوصية حتى يثبت وفاة المفقود حقيقة أو حكماً، لأنّ شرط استحقاق الموصى له للوصية هو موت الموصي[2]، وهذا ما نصت عليه المادة (□□) من قانون الأحوال الشخصية " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاة التمليك بلا عوض" فكلّ تصرف من الموصى له بالوصية قبل وفاة المفقود حقيقة أو حكماً يعتبر تصرفاً باطلاً لعدم صدوره من مالكه الفعلي.

---

(١) د. نظام الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص:□□□.

(٢) مها محمود محمد العدواني، المصدر السابق، ص:□□.

المبحث الثالث
تحرير وإدارة مال المفقود وتعين القيّم

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في المطلب الأول عن تحرير وإدارة مال المفقود، ونتكلّم في المطلب الثاني عن أحكام تعين القيم.

المطلب الأول
تحرير وإدارة مال المفقود

الفرع الأول: تحرير مال المفقود

ويعني القيام بحصر وجمع مال المفقود من عقارات وأموال منقولة، وحقوق والتزامات وديون وتثبيتها في محضر مفصل على أن يتضمن اسم الموظف وساعة وتاريخ تنظيم المحضر والمكان الذي نظم فيه، ويتضمّن أيضاً اسم وتوقيع الحاضرين من ذوي العلاقة أو وكيل المفقود أو القيم عليه، ويشرح الموظف إجراءاته وتدقيقاته بهذا الشأن، ثم يبدأ بدرج مفردات الأموال المنقولة وغير المنقولة وأنواعها وأجناسها، ووضع اليد على السجلات والأوراق التجارية وجميع الوثائق العائدة للمفقود وجرد الخزائن وتثبيت ما فيها وما إذا كان متنازعاً عليها أم لا وكيفية الانتفاع بالعقارات والمكائن والسيارات إن وجد، ويقوم بهذه المهمة مديرية رعاية القاصرين المختصة في المنطقة، وفي حالة تعدد أماكن موجوداته فإن ذلك يتم عن طريق إنابة المديرية التي يقع المال في نطاق منطقة اختصاصها، وفي حالة حصول تنازع في الاختصاص فإن المدير العام لدائرة رعاية القاصرين هو المرجع لغرض البت في مسائل الاختصاص المكاني، وقراره في ذلك نهائي[1].

الفرع الثاني: إدارة أموال المفقود

بعد إكمال إجراءات تحرير أموال المفقود وتنظيمها في محضر أصولي يتم تقديمها إلى مديرية رعاية القاصرين المختصة مع التوصيات التي يراها للمحافظة على المال موضوع المحضر، وبعد تدقيق المحضر من قبل المدير المختصّ يتم توثيقه في سجل التركات، وبموجب المادة التاسعة من قانون رعاية القاصرين فإنّ مال المفقود والغائب تدار على غرار أموال الصغير من قبل مديرية رعاية القاصرين ومنها أعمال الإدارة المعتادة إذا لم يكن للقاصر مربي أو وصي

---

(١) ينظر: التعليمات الصادرة من مجلس رعاية القاصرين استناداً إلى المادة ( ) من قانون رعاية القاصرين المنعقد في/ رمضان/ هـ، الموافق لـ/ / م، نقلاً عن: علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص: ، مطبعة دار الحرية للطباعة .

أو قيّم تناط به تلك الأعمال [1]، ولا يجوز للوصي أو القيم المباشرة بإدارة أموال القاصر إلاّ بموافقة المديرية لا سيما في التصرفات المقرّرة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية، وكذلك في المنقولات أو الحقوق الشخصية والمالية وإيجار العقارات لأكثر من سنة واحدة، والأراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات، وكذلك اقترنت بوجوب موافقة المديرية قبول الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار، وقبول حوالة الحق والدين والتبرعات المقترنة بعوض والتنازل عن التأمينات، والحقوق والدعاوي وطرق الطعن القانونية والقسمة الرضائية للأموال التي للقاصر حصة فيها، إلاّ إنّ المادة ( ) من قانون رعاية القاصرين سمحت ببيع الأموال المنقولة العائدة للمفقود القابلة للتلف أو ما يستوجب الصرف أو المؤونة وهذا من شأنه أن يتفق مع مبدأ المحافظة على المال [2]، لأنّ المادة حددت القابلة للتلف من الأموال خشية تلفها وبالتالي فإنّ بيعها سيدر على أموال المفقود زيادة فيها وهو خير من النقصان حال التلف[3].

وأجازت المادة ( ) من القانون شراء المال باسم المفقود بشرط مراعاة مصلحة وإدامة أمواله أو إدارتها وذلك بعد أن يتحرى القاضي ثبوت الفقدان وينظر إن كان للمفقود وكيل وكله قبل فقده، أما إن لم يكن للمفقود وكيل فينصب القاضي قيماً يقوم بما يخول به من المهام في حدود صلاحياته إلى حين انتهاء وظيفته التي تنتهي أما بموت المفقود حقيقة أو حكماً، أو بحضوره حياً، ومعنى ذلك أنّ القيم أو الوكيل يبقى يزوال وظيفته في صرف نفقة الأصول والفروع من المحتاجين منهم بحسب ما يرسمه له القاضي ويدير أموال المفقود ويرعاها، وحكم نصب القيم الوجوب، لأنّ عدم نصب القيم على المفقود يعرض أمواله ومصالحه للضرر والضياع لعدم وجود من يديرها وينميها ويرعاها، فلا يجوز بقاء مصالحه ومصالح المرتبطين معه في علاقات اقتصادية معطلة، والشريعة الإسلامية كما هو معلوم حرمت إضاعة المال، ومنعت صرفه إلى جهة لا تستحق الصرف عليها، ولأنّ المفقود عاجز عن النظر لنفسه وجلب المنفعة لماله ودرء الضرر عنه عليه ألحقه الفقهاء بالقاصر فهو كالمجنون والصبي من هذه الناحية، عليه فإنّ الشريعة الإسلامية نصبت القاضي ناظراً لكلّ من عجز عن النظر لنفسه [4]،وقد ذكر فقهاء الشريعة أهم الشروط والمواصفات التي يجب أن يتصف بها القيم في مطولات كتبهم لا مجال هنا لذكرها.

---

(١) ينظر: المادة (/ ثانياً) من قانون رعاية القاصرين.

(٢) ينظر: كتابنا التصرفات القانونية للصغير المميّز في ضوء القانون العراقي والمقارن وأحكام الشريعة الإسلامية، ص: ، منشورات مركز أبحاث القانون المقارن .

(٣) ينظر: المادة ( ) بفقراتها التسع من قانون رعاية القاصرين.

(٤) الشيخ محمد زيد الأبياني، المصدر السابق، ج ، ص: .

ولكن الذي يجب علينا معرفته في هذا المجال أنّ القيمومة هي نوع من أنواع الولاية، والولاية بمعناها الفقهي الاصطلاحي قد تثبت للشخص على نفسه وماله، وهذه هي الولاية الذاتية أو القاصرة، وقد تثبت للشخص على مال غيره أو نفسه وهذه هي الولاية المتعدية، والولاية المتعدية ينقسم إلى الولاية الأصلية، كولاية الأب والجد الصحيح على ابنه أو ابن ابنه، والولاية النيابية وهي التي تثبت عن طريق النيابة أي: باستمدادها من شخص آخر كولاية الوصي والوكيل والقيم والإمام، والولاية على المال تخصّ التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية كالصغير ومن في حكمه[1].

---

(١) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص:□□□ وما بعدها، الطبعة الثانية، بغداد، □□□□، و د. محمد سلام مدكور، الوجيز في المدخل للفقه الإسلامي، ص: □□□-□□□، من منشورات المركز القومي لأبحاث الشريعة الإسلامية□□□□.

المبحث الرابع
عودة المفقود حياً وآثاره

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتحدث في المطلب الأول عن آثر عودة المفقود إلى زوجته، ونتحدث في المطلب الثاني عن آثر عودة المفقود إلى أمواله وكان الحديث عن عودة المفقود إلى ميراثه ضمن الخطة ولكن تم الكلام عنه عند حديثنا عن ميراث المفقود، فنقول قبل الخوض في الحديث عن هذه الآثار: إنّ المفقود قد يعود إلى الحياة بعد أن كان قد حكم عليه بالموت بقرار من المحكمة، وذلك لأنّ كثيراً من إجراءات المحكمة وتحقيقاتها تستند إلى الظنيات وليس اليقينيات، فتتبين لها بعد فترة زمنية طالت أو قصرت إنّ المفقود لم يمت وإنّ أخباره كان قد انقطع نتيجة ظروف سيئة مرّت به ولم يكن له يد فيها، ولم يكن باستطاعته تجاوزها، فيظهر للعالم ثانية ويكون لهذه العودة آثار عديدة من الناحية الاجتماعية والاقتصادية لأنّ زوجته قد تقدم على الزواج ثانية بعد أن تأكدت لأول وهلة إن زوجها المفقود قد مات، ويكون ما تركه من أموال قد وزعت سواء كميراث لمن يستحقونه من أهله، أو كوصية إذا كان قد أوصى لأحد بشيء، لذلك سيكون هذه الآثار مدار حديثنا في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
أثر عودة المفقود إلى زوجته.

يمكن تصور الحالات التالية إذا عاد المفقود إلى زوجته:

أولاً: إذا رجع المفقود وزوجته لا تزال في العدة فإنّ الزوجية تبقى بينهما عند جمهور الفقهاء، لأنّ ظهور المفقود يدلّ على أنّ الحكم كان ظاهراً لا حقيقة لتأكد حياة المفقود وقت الحكم بوفاته[1].

ثانياً: إذا رجع المفقود بعد انتهاء العدة وقبل أن تتزوج، يرى جمهور الفقهاء قيام الزوجية بين الزوجين لأنّ الرجوع ينقض حكم القاضي الذي ظهر أنّه كان حكماً نافذاً في الظاهر دون الباطن، ولكن هناك من يرى من العلماء أنّ حكم القاضي نافذ في الظاهر والباطن بانتهاء العدة، فيكون المفقود كأحد الخطاب حاله حال غيره يجوز أن يخطبها فترفض أو تجيب، وهو قول بعض علماء الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية[2].

---

(١) د. نظام الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص:□□□.

(٢) د. أحمد حسن طه، أحكام المفقود والأسير، ص:□□، مطبعة دار الرسالة – بغداد،□□□□.

ثالثاً: إذا كان الرجوع بعد تزوج الزوجة وقبل أن يدخل بها الزوج فالجمهور يرون بقاء الزوجية بينهما وبين زوجها المفقود، لأنّ الرجوع يظهر بطلان العقد الثاني، لأنّه صادف امرأة ذات بعل[١].

رابعاً: إذا كان الرجوع بعد دخول الزوج الثاني بها فهناك اتجاهان: الاتجاه الأول: وهم المالكية وبعض علماء الحنابلة الذين يرون إنّ الدخول يؤكد حق الزوج الثاني في الزوجة ولا سيما إنّ الزوجة استندت إلى إذن القاضي بالزواج بعد انتهاء مدة التربص والعدة والحكم بموت الزوج الأول.

الاتجاه الثاني: ويقود هذا الاتجاه الحنابلة إذا الراجح عندهم إنّ الزوج يكون مخيراً بين أن يختار الزوجة وتعود إليه[٢]، وبين أن يتركها للزوج الثاني ويأخذ صداقها، وفي هذه الحالة له مطالبة الزوج الثاني بصداقها لأنّه حال بينه وبينها بالعقد عليها ودخوله بها[٣].

المطلب الثاني
أثر عودة المفقود إلى أمواله

كلّ تصرف بحق أموال المفقود لم يصدر بشأنه حكم من القضاء فهو تصرف غير مشروع ولا قيمة قانونية له، فإذا عاد المفقود أبطل هذا التصرف والغي وضمن الفاعل كلّ ضرر لحق المفقود، وتحمل تبعة تصرفه اللاشرعي.

وقبل أن نتحدث عن الآثار الناجمة عن عودة المفقود إلى أمواله يجب علينا أن نعرف أنّ على القاضي ومديرية رعاية القاصرين أن يحفظا أموال المفقود ليعيدا إليه بعد أن يظهر ويبيعا ما يتسارع إليه الفساد منقولاً كان أو عقاراً وحفظ ثمنه ليعطي له إن ظهر حياً، وليس لهما أن يبيعا شيئاً ممّا لا يخشى عليه الفساد لا لنفقة عياله ولا لغيرها [٤]، لذلك يمكن القول أنّه إذا ظهر المفقود حياً فإما أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة وإما أن يكون بعده، فإن كان الأول أخذ أمواله في أي يدٍ كانت، وإن استهلك ضمن المتعدي هلاكه لأنّه يده كانت يد ضمان، وإن كان الثاني فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له، أما الهالك أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله لأنّهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم بل بحكم من القاضي فلا يكونوا

---

(١) د. نظام الدين عبد الحميد، المصدر نفسه، ص:□□□.

(٢) دون أن يحتاج إلى أن يطلقها الثاني لأنّ نكاحه منها كان صحيحاً في الظاهر دون الباطن، فإذا قدم المفقود تبيّن أنّ نكاح الثاني كان باطلاً لأنّه صادف امرأة ذات زوج.

(٣) د. أحمد حسن طه، المصدر السابق، ص:□□.

(٤) ينظر: المادة (□□□) من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا.

متعدين فينتفي عنهم الضمان [1]، وجاء في قانون رعاية القاصرين "تعاد أموال الغائب أو المفقود إليه عند حضوره أو تسلمه إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة أو حكماً وتسري عليه أحكام المادة (□□) من هذا القانون" ونصت المادة (□□/ أولاً) "إذا مضت المدة النصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من المادة (□□) من هذا القانون [2]، على المفقود ولم يتحقق وجوده، ولم يكن له وارث ظاهر فعلى دائرة رعاية القاصرين استحصال موافقة وزير العدل لتسجيل أمواله في حساب مستقل، وجاءت في المادة نفسها الفقرة (ثانياً) منها أنّ "لوزير العدل إعادة أموال المفقود إن وجدت أو قيمتها إليه عند حضوره خلال خمس سنوات من تاريخ قراره بتسجيلها بالحساب المستقل".

(١) ينظر: المادة (□□□) من الأحكام الشرعية لقدري باشا وهي تستند الى القاعدة الشرعية (الجواز الشرعي ينافي الضمان".

(٢) يقصد بذلك مرور مدة أربع سنوات من تاريخ الفقد.

الخاتمة

حالة الغياب والفقدان حالة تتوسط الحضور والحياة من جهة وحالة الموت من جهة أخرى، ولهذه الحالة وجود دائم في المجتمعات التي تعاني مشاكل اقتصادية وويلات الحروب والكوارث، ولأنّ الشريعة الإسلامية كشريعة تستند في أساسها على آيات الله وكلمات رسوله ρ الذي لا ينطق عن الهوى وإجماع علماء الإسلام واجتهاداتهم لم تترك صغيرة أو كبيرة وجزئية من جزئيات حياة الإنسان إلاّ وذكرها وغاص في تفاصيلها ودقائقها، فهي لم تهمل حالة الفقد لدى الإنسان، وخلال بحثنا في هذا الموضوع حاولنا قدر الإمكان أن نقرب مضامين هذا الموضوع إلى الأذهان وإن نقترب من وجهات نظر علماء الشريعة واختلافاتهم واتفاقاتهم، وكذلك بسط المواد القانونية المتعلقة بالأمر في التشريع العراقي وتوضيح ما فيها من لبس أو غموض إن وجد، وبعد الانتهاء من كتابة هذا البحث توصلنا إلى بعض النتائج والأفكار جمعناها في بعض النقاط نرى من الجيد أخذها بنظر الاعتبار عند صياغة مواد القانون مرّة أخرى. والحمدُ لله أولاً وآخراً.

الباحث

المقترحات

بعد كتابتنا لهذا البحث المتواضع خلصنا إلى بعض الاقتراحات وهي:

١- **نرى أن توضع مناسبة يصار فيها إلى اتخاذ الإجراءات القانونية للإعلان عن حالة الفقدان، حيث يلاحظ أنّه بعد فترة وجيزة من الإعلان يتم إصدار حجة القيمومة دون التحري عن حالة الفقدان بشكل دقيق والتروي في التحقيق، كوضع مدة أربعة أشهر كحدّ أقصى للبحث عن المفقود مثلاً.**

٢- **حماية لحقوق الورثة وضمان مصالحهم في حالة ظهور دليل قاطع على تاريخ الوفاة الحقيقي للمفقود، نرى ضرورة تعديل نص المادة ( ) من قانون رعاية القاصرين بحيث تكون على النحو الآتي "يعتبر تاريخ إصدار الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته مالم يثبت للمحكمة التاريخ الحقيقي لوفاته".**

٣- **نرى ضرورة إعادة النظر بالمادة ( ) من قانون رعاية القاصرين وذلك بالنص صراحة على انتهاء وكالة وكيل المفقود عند إعلان فقده حماية لأموال المفقود من التصرفات الضارة التي قد يقدم عليها الوكيل خلال مدة الفقد وقبل الحكم بموته، أو أن يخضع الوكيل حاله حال الولي والقيم والوصي لإشراف ومراقبة مديرية رعاية القاصرين.**

المصادر

١ – قانون رعاية القاصرين رقم (□□) لسنة□□□□ وتعديلاته.

٢ – القانون المدني العراقي رقم (□□) لسنة□□□□.

٣ – قانون المرافعات المدنية رقم (□□) لسنة□□□□ وتعديلاته.

٤ – قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم□□□ لسنة□□□□ وتعديلاته.

٥ – شيخ محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذاهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، الطبعة الأولى، بغداد،□□□□.

٦ – مجد الدين بن محمد الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مطبعة الحسينية، القاهرة، الطبعة الأولى،□□□□ هـ.

٧ – د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، مطبعة الشعب – بغداد،□□□□.

٨ – د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، □□□□.

٩ – د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ص: □□□، مركز دراسات برلمان كردستان، الطبعة الحادية عشرة،□□□□.

١٠ – د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، مطبعة الإرشاد – بغداد،□□□□.

١١ – م. أحمد سمير محمد الصوفي، "أثر فقد الموكل على الوكالة، مناقشة فقهي قانونية، في الفقه الإسلامي والقانون العراقي"بحث منشور على الموقع الألكتروني Google.

١٢ – د. عصمت عبد المجيد، الأحكام القانونية لرعاية القاصرين، طبعة الأولى، المكتبة الوطنية – بغداد،□□□□.

١٣ – الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر، العربي، القاهرة، □□□□.

١٤ – مها محمود العدواني، أحكام المفقود، بحث تخرج مقدم إلى المعهد القضائي، بغداد، □□□□، غير منشور.

١٥ – عقيل طارق محمد الحرباوي، موت المفقود حكماً في القانون العراقي، بحث تخرج مقدم الى المعهد القضائي، بغداد،□□□□.

١٦ – عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان،□□□□.

١٧ – المحامي، جمعة سعدون الربيعي، أحكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءً،شركة آب للطباعة المحدودة، الطبعة الأولى،□□□□.

١٨ – د. أحمد حسن طه، أحكام المفقود والأسير، مطبعة دار الرسالة – بغداد، الطبعة الأولى، □□□□.

١٩ – الإمام قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى،□□□□.

٢٠ – د. عرفان عبد الحميد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار المناهج، الأردن – عمان،□□□□، منشورات مكتبة التفسير – أربيل.

٢١ – أبو اليقظان عطية الجبوري، حكم الميراث في الشريعة الإسلامية، مطبعة كلية الإمام الأعظم، الطبعة الأولى،□□□□.

٢٢ – د. محمد سلام مدكور، الوجيز في المدخل للفقه الإسلامي، من منشورات المركز القومي لأبحاث الشريعة الإسلامية،□□□□.

٢٣ – د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: طبعة دار الفكر، دمشق – سوريا، الطبعة الرابعة،□□□□.

٢٤ – الشيخ محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات مكتبة النهضة، بيروت – بغداد.

٢٥ – گيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مقررات هيئة الأحوال الشخصية، لسنوات□□□□ لغاية□□□□، الطبعة الأولى، مطبعة كريستال – أربيل،□□□□.

٢٦ – كيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مقررات هيئة الأحوال الشخصية، السنوات من□□□□ ولغاية□□□□، الطبعة الأولى، مطبعة منارة، أربيل،□□□□.

٢٧ – د. هاشم جميل عبد الله، مسائل من الفقه المقارن، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بيت المحكمة، الطبعة الأولى،□□□□.

٢٨ – علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، دار الحرية للطباعة، بغداد،□□□□.

٢٩ – د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، ج □، ص: □□، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،□□□□، بغداد.

٣٠ – د. أشرف فايز اللمساوي، موسوعة قانون الأحوال الشخصية الكويتي وأحكام المذهب الجعفري، الطبعة الأولى،□□□□، المركز القومي للإصدارات القانونية.

٣١ – القاضي عبد الباسط مسعود أحمد، التصرفات القانونية للصغير المميّز في ضوء القانون العراقي والمقارن وأحكام الشريعة الإسلامية، منشورات مركز أبحاث القانون المقارن، □□□□.

٣٢ – القاضي عبد القادر إبراهيم علي، شرح مواد قانون الأحوال الشخصية، محاضرات ألقيت على طلبة المعهد القضائي، الدورة الثلاثين، مسحوبة بالرونيو.

٣٣ – القاضي حسن عودة العكلي، أحكام المفقود، مطبعة الإرشاد، بغداد، □□□□.

فهرست المحتويات

الموضو	ع	الصفحة
إهدا	ء	ب
تقويم المشرف		ت
المقدمة		
الفصل الأول: تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما وأهليتهما والجهة المختصة بشؤون المفقود، ودعوى الفقدان	.	
المبحث الأول: تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما، والجهة المختصة بشؤون المفقود.		
المطلب الأول: تعريف الغائب والمفقود، والتمييز بينهما	.	
الفرع الأول: تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً	.	
الفرع الثاني: تعريف المفقود لغةً واصطلاحا	ً	
الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقو	د	
المطلب الثاني: أهلية الغائب والمفقود، والجهة المختصة بشؤون المفقو	د	
الفرع الأول: أهلية الغائب والمفقو	د	
الفرع الثاني: الجهة المختصّة بشؤون المفقو	د	
المبحث الثاني: دعوى الفقدان، والوكالة عن المفقو	د	
المطلب الأول: دعوى الفقدا	ن	
الفرع الأول: الإعلان عن حالة الفقدان المدن	ي	
الفرع الثاني: الإعلان عن حالة الفقدان العسكري وقوى الأمن الداخل	ي	
المطلب الثاني: الوكالة عن المفقود وموقف المشرع العراق	ي	
الفرع الأول: الوكالة عن المفقو	د	
الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي	.	
الفصل الثاني: الحكم بوفاة المفقود، شروطه وآثار	ه	
المبحث الأول: الحكم بوفاة المفقود وشروط الادعاء ب	ه	
المطلب الأول: الحكم بوفاة المفقو	د	
الفرع الأول: المدّة التي يحكم فيها بموت المفقو	د	
الفرع الثاني: موقف المشرّع العراق	ي	
المطلب الثاني: شروط الادعاء بموت المفقو	د	
المبحث الثاني: آثار الحكم بموت المفقو	د	

المطلب الأول: بالنسبة لزوجته	.	□□
المطلب الثاني: بالنسبة لأموال	ه	□□
المطلب الثالث: بالنسبة لميراثه ووصيت	ه	□□
المبحث الثالث: تحرير وإدارة مال المفقود وتعين القيم	.	□□
المطلب الأول: تحرير وإدارة مال المفقو	د	□□
الفرع الأول: تحرير مال المفقو	د	□□
الفرع الثاني: إدارة مال المفقو	د	□□
المطلب الثاني: أحكام تعين القي	م	
المبحث الرابع: عودة المفقود حياً وآثار	ه	□□
المطلب الأول: عودة المفقود لزوجت	ه	□□
المطلب الثاني: عودته لأمواله		□□
مقترحا	ت	□□
الخاتم	ة	□□
المصاد	ر	□□