وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

# احكام المفقود بين القانون والشريعة الاسلامية

بحث تقدم به الطالب (حمزة ياس جهاد)الى كلية القانون والعلوم السياسية
وهوه جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

باشراف

د. احمد علي بريسم

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

# اقرار المشرف

اشهد واقر ان هذا البحث الموسوم (احكام المفقود بين القانون والشريعة الاسلامية) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية_ جامعة ديالى كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

المشرف:

د. احمد علي بريسم

/ /٢٠١٧

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**{ الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمْ مُصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ }**

**صدق الله العظيم**

**سورة البقرة الآية (١٥٦)**

# الاهداء

**الى الذين اشترط الله مرضاته برضاهما واودع الرحمة والطيب فيهما الى والديّ الكريمين ،الذين كان لهما الفضل وكل الفضل في تربيتي وتعليمي**

**الى اجمل هديه قدماها لي :اخوتي الاعزاء**

**الى كل من زرعوا التفاؤل في دربنا وقدموا لنا المساعدات والتسهيلات والأفكار والمعلومات، ربما دون ان يشعروا بدورهم بذلك فلهم منا كل الشكر**

**الى من عرفتني بهم الحياة وجمعتني بهم اجمل الذكريات الى من ترك في الفؤاد ذكراه**

**الى الذين جمعتني بهم الايام الى من تحلوا بالوفاء .اصدقائي**

**الباحث**

# شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمَّد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد ..

فإني أشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لي إنجاز هذا العمل بفضله، فله الحمد أولاً وآخراً

فإنني اتوجه بالشكر والتقدير لفضيلة الدكتور (احمد علي بريسم )لأشرافه على هذا البحث ومنحني من وقته وجهده وغمرني بلطفه وكرم اخلاقه، وامدني بالتوجيه والارشاد حتى تم هذا البحث فجزاه الله خير الجزاء

كما اتوجه بالشكر والتقدير الى فضيلة الدكتور (بكر عباس علي) لكونه قد ساهم في اعطائي الارشادات والنصائح فأدامهم الله لكل خير

كما اتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى اساتذتي في كلية القانون والعلوم السياسية فلولاهم لما وصلنا الى مانحن عليه ؛كما اتقدم بجزيل الشكر الى اعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بالاطلاع وقرأت هذا البحث .

ولا يسعني في ختام هذا الا ان اتقدم بجزيل الشكر الى كل موظفي مكتبة كلية القانون والعلوم السياسية لما قدموا من تسهيلات في الحصول على بعض الكتب فجزاهم الله خير جزاء .

الباحث

# المحتويات


| | |
|---|---|
| - الآية | أ |
| - الاهداء | ب |
| - شكر وعرفان | ج |
| - المحتويات | د |
| - المقدمة | ١-٣ |
| - المبحث الاول :ماهية المفقود وأنواعه والاثار المترتبة عليه | ٤-١٢ |
| المطلب الاول تعريف المفقود | ٤-٧ |
| تعريف المفقود لغة | ٤ |
| تعريف المفقود قانونا | ٥ |
| تعريف المفقود شرعا | ٦-٧ |
| المطلب الثاني انواع الفقد ومدة انتهاء الفقد | ٨-١٢ |
| انواع الفقد | ٨-١١ |
| انتهاء الفقد | ١٢ |
| - المبحث الثاني: الاثار المترتبة على فقد الشخص قانونا وشرعا | ١٣ -٢١ |
| المطلب الاول: الاثار المترتبة على الفقد قانونا | ١٣-١٦ |
| في القانون المدني العراقي | ١٤ |
| في قانون رعاية القاصرين | ١٥ |
| في قانون الاحوال الشخصية | ١٦ |
| المطلب الثاني :الاثار المترتبة على الفقد شرعاً | ١٧-٢١ |
| الميراث | ١٨-١٩ |
| الوصية | ٢٠ |
| الزوجية | ٢١ |
| الخاتمة | ٢٢ |
| المصادر | ٢٣-٢٥ |

## المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ؛والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد الصادق الواعد الامين وعلى من سار على دربه واهتدى بهداه الى يوم الدين

أمابعد...

يمر الانسان بحالتين الحياة ثم الموت ،والغالب في هاتين الحالتين الظهور أي كون الانسان قد فارق الحياة بشكل طبيعي ولاكن هناك حالة نادرة وهي كون الشخص مفقودا ونظرا لما استهدف العالم في هذه الآونة الاخيرة من قهر وطغيان حيث تركت الحروب والهجمات الإرهابية أثرها في فقدان الكثير من الأبرياء وكذألك كثرت حوادث السفن والطائرات فعلى اثر كل حادثة نتفاجأ بالموتى والمفقودين فما حكم هؤلاء بالنسبة لأموالهم وزوجاتهم وغير ذألك من الشؤن؟

من اجل ذألك باتت الضرورة ملحه في التعرف على احكام المفقود وكل ما يتعلق به من امور شرعية وقانونية ؛فقد كان للفقهاء دور مهم في التعرف على احوال المفقود فقد وضعوا مدد زمنيه حدده على اساسها الحالة التي يكون فيها الشخص مفقودا ؛وعلى اساس ذألك كان لكل مذهب من المذاهب الاسلامية تعريفا للمفقود وبياناً للمدة التي يحكم بها بموته ؛وقد قسموا بعض الفقهاء المفقود الى انواع كلا حسب نوع الظروف والحالة التي فقد بها .

اضافه الى ذألك كان للقانون دورا في تناول احوال المفقود فقد تناول القانون المدني العراقي وقانون رعاية القاصرين وقانون الاحوال الشخصية احوال المفقود وقد عرفوا كل منهم المفقود بتعاريف متفاوتة في الصياغة متشابهة في المعنى وهذه القوانين نظمت احوال المفقود واحالة امره بعد ذألك الى محكمة الاحوال الشخصية وقد اشترط القانون في ترتيب هذه الاحوال والاثار على شرط وهيه اقامة دعوى الفقدان لكي يتم ترتيب هذا الاثار واشترط شروط في اقامة الدعوى واجراءات اقامتها .

## طبيعة البحث:

يتناول هذا البحث مسألة من المسائل الاستثنائية التي تحدث على حياة الشخص حيث تؤدي بطبيعة الحالة الى فقدانه ومن اجل ذألك قصدت في هذا البحث للتعرف

على وجهات النظر المتعلقة بأحكام المفقود معتمد على ذألك على الشريعة الإسلامية الغراء وما قالوه الفقهاء واجتهادهم (رحمهم الله ) وموقف القانون من ذألك.

## مشكلة الدراسة:

رأيت ان اكتب في هذا الموضوع لسبب ان قضية المفقود ومعالجتها حاجة ملحة وضرورية في حياتنا، لما خلفته الحروب من قتلى ومفقودين، ولما خلفته الهجرة من مفقودين ولكون المفقود لا يمكن معرفة حياته من وفاته؟ كما لا يعرف مكانه؟ فمن الضروري بيان أحكام المفقود.

## اهمية البحث:

لبحث المفقود اهمية بالغة في الشريعة الاسلامية والقانون ، وذألك لأكثر من اعتبار :

١- المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره والا تعرف حُياته او مماته ويتم الاعلان عن وفاة المفقود بقرار من المحكمة

٢- وتنتهَ الغُيبة بموت المفقود وللمحكمة أن تحكم بموتة أذا قام دليل قاطع على وفاته

٣- ان مسألة المفقود من المسائل المهمة التي تشغل بال الكثير مع لفت النظر عن كون المفقود متزوجا او اعزب لان مجرد فقده مصيبه قد حلة باهله ومن اجل ذألك يجب التعرف على خبره والحكم الشرعي والقانوني بخصوصه.

٤- ان المفقود لبنه ، وهوه جزء من هذا الامة وقد يكون وله في المجتمع زوجة ولابد من معرفة مصير زوجته بعد الفقدان

٥- قد تطول فترة غياب المفقود ،فيموت ابوه او امه وتؤل الية جزء من التركة فما مصير هذه التركة هل يرث منها ام لا وهذا ما سيتم معرفته من خلال هذا البحث

٦- قد تكون للمفقود زوجه وقد تكون في مقتبل عمرها وقد يطول عليها الامد فهي في عصمة زوج لا كنها لم تستظل بكنفه ولم يتحقق لها سكون النفس ولم تتحقق من وفاته لذألك وجدة من الضروري بيان حال الزوجة على اثر ذألك

## صعوبة البحث:

اثناء كتابة بحثي هذا واجهت بعض الصعوبات منها صعوبة الوصول الى بعض المصادر ولعدم اتاحتها في المكاتب وكثرة الآراء التي قيلة بحق المفقود والمدة الزمنية التي يحكم بها بموته وصعوبة الإحاطة بالقانون الذي تناول احكام المفقود بشكل مفصل

ولقد قسمت بحثي هذا الى مبحثان حيث يحتوي كل مبحث على مطلبان فكان المبحث الاول الذي بدوره مقسم الى مطلبان حيث تناولة في المطلب الاول تعريف المفقود لغة وقانونا وشرعا وفي المطلب الثاني تناولة به انواع الفقد ومدة انتهائه وبينت الحالات التي تنتهي بها حالة الفقدان .

والمبحث الثاني يشمل الاثار المترتبة على فقد الشخص قانونا وشرعا ،حيث قسمت هذا المبحث الى مطلبين تناولة بالمطلب الاول الاثار القانونية المترتبة على فقدان الشخص وماهي القوانين التي تناولة أحكامه، وفي المطلب الثاني تناولة الاثار المترتبة على الفقد شرعا ومن هذه الاثار الميراث والوصية والزوجية.

الباحث

# المبحث الاول

# ماهية المفقود وانواعه والآثار المترتبة عليه

## المطلب الاول : تعريف المفقود

اولاُ: تعريف المفقود لغةً

المفقود مشتق من الفاقد؛ وفعله فقد يفقد فقداً ' وفقدانا و فقود يقال :

فقد الشيء اذا عدمه فهو فقيد ومفقود

وقد وردة الكثير في الدلائل اللغوية ومنها القران الكريم الذي يأتي المصدر الاول من مصادر الغه لكونه كلام الله المنزل على الرسول الكريم والذي تحدى به الله تعالى العرب جميعا التي تبين معنى ودلالة المفقود

وفي التنزيل العزيز الكريم: ((وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ ٱلْغَآئِبِينَ ))[1]

وقوله تعالى ((قالوا واقبلوا عليهم ماذا تفقدون ))[2]

وقوله تعالى : (( نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ ))[3]

وكان للعرب نصيبا في الدلاله على المفقود

((والعرب تطلق كلمة (الفاقد) على امرأة التي مات زوجها او ولدها

ويقال ايضا للمتزوجة بعد موت زوجها ))[4]

ثانيا: تعريف المفقود قانوناً

[1] - سورة النمل الاية٣٠
[2] - سورة يوسف الآية ٧١
[3] - سورة يوسف الآية ٧٢
[4] - احكام المفقود والاسير في الشريعة الإسلامية والقانون ،احمد حسن الطه ، ص١١

ان اغلب التشريعات والقوانين العراقي والخاصة بالمفقود قد وضعت تعاريف محددة للمفقود فقد ورد تعريف المفقود في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنه١٩٨٠فقد ورد في المادة ٨٦ منه بانه :

(( الغائب الذي انقطعت اخباره و لا تعرف حياته أو مماته)) وغالبا ما يكون للمفقود زوجه او زوجات واولاد ولابد من معرفة ما يؤول اليه امرها على اعتبار ان حياته معلومة لنا فلا نحكم بموته الا بيقين فيبقى ما كان على ما كان والغالب ان للمفقود مال فلابد ان نعرف من المسؤول عن ادارة اموال هذا المفقود [١]

كما ورد تعريف المفقود في القانون المدني العراقي وعرف

((من غاب بحيث لا يعلم احي هو أم ميت ، يحكم بكونه مفقوداً بناء على طلب كل ذي شان ))[٢]

وعرفته المادة ٢٠ من قانون الخدمة والتقاعد العسكري المرقم ١ لسنة ١٩٧٨ الملغي بانه

(رجل الشرطة الذي يفقد ولا يعلم مصيره اثناء قيامه بالواجب، او بسببه)

كما يمكن تعريف المفقود:

((هو الغائب الذي انقطعت اخباره ولم يعرف مكانه ولا تعلم حياته او موته))[٣]

ثالثا : تعريف المفقود شرعاً

[١]-ينظر احكام المفقود والاسير في الشريعة الاسلامية والقانون احمد حسن الطه، الطبعة الاولى ،ص١٣
[٢]- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة (٣٦ /١)
[٣] - الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، احمد محمد علي داود ، ص ٥٤٨

((لقد عرف فقهاؤنا رحمهم الله تعالى المفقود بتعاريف متقاربه وان اختلفوا في اقسام الفقد من حيث الجهة والحال التي حصل الفقد فيها))[1]

ولم يتفق الفقهاء على تعريف محدد للمفقود وانما ذهبت كل طائفه منهم الى تعريف مغاير لما ذهب اليه الاخرون وهنا نستعرض اقوال بعضهم في تعريفهم للمفقود لعلنا نصل الى تعريف مشترك بينهم ويكون هذا التعريف هوه التعريف المختار

تعريف الحنفية للمفقود :-

(( هو غائب لا يدرى مكانه، ولا يعلم أحي هو أم ميت))[2]

تعريف المفقود عند المالكية:-

((من انقطع خبره وممكن الكشف عنه))[3]

تعريف المفقود عند الشافعية والحنابلة :-

اعتمد الشافعية والحنابلة التعريف اللغوي للمفقود

فقد قال الامام الشافعي

ان المفقود هوه : ((من لا يسمع له بذكر))[4]

وقال الحنابلة :-

[1]- احكام المفقود والاسير في الشريعة الاسلامية والقانون، احمد حسن الطه ،ص١١

[2]- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية عبد الوهاب خلاف، ج١؛ص٢٥٩

[3] - مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر؛ الشيخ خليل محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي،ص٢٦٥

[4]- الام ،للأمام محمد بن ادريس الشافعي ،ج٦؛ ص٢٨٢

المفقود هوه من خفى خبره بأسر او سفر[1]

ومن التعاريف الانفة الذكر نلاحظ انها متفقه في مضمون واحد وهوه ان الشخص يعتبر مفقودا اذا ما توفرت به الشروط الاتية

١-الجهل بمكانه
٢-الجهل بحياته او مماته
٣-مضي مده من الزمان محدده

لذألك يمكن التوصل الى تعريف يوضح فيه المفقود ويمكن القول :

هوه الشخص الذي يجهل فيه حياته ومماته ومكان وجوده فهوه شخص مجهول الحال في كافة الاحوال[2]

## المطلب الثاني: انواع الفقد ومدة انتهاء الفقد

[1] - ينظر كشاف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتي ، ص٥٩١
[2] - ينظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل الشيخ خليل محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي،ص٣٥٨

انواع الفقد ومدة انتهاء الفقد:

قد يظهر المفقود بعد غيبته وقد يثبت موته بأحد طرق الاثبات الشرعية وقد لا يتحقق احد الامرين ويبقى مفقودا وتطول مدة غيابه ويعتبر بذألك مفقودا وقد اختلف الفقهاء في المدة والاحوال التي يعتبر بها الشخص مفقودا لذألك سوف نوضح حالات التي يعتبر بها الشخص مفقودا على التفصيل التالي :-

المفقود عند الشافعية:

((إذا غاب المفقود غيبة منقطعة بحيث يفقد وينقطع خبره ولا يعلم مكانه فعلى قسمين:

١ - غيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة.

٢ - غيبة ظاهرها الهلاك.

وفي كلا الحالين تتربص أربع سنين حتى يثبت موته أو طلاقه))[١]

فالمفقود عندهم كل من غاب برا أو بحرا علم بمغيبة أو لم يعلم فمات فلم يسمع به بخبر أو أسره العدو فصيره إلى حيث لا خبر عنه ونقطعة اخباره عن اهله وذويه (( أو بخروج ثم خفي مسلكه أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر أو جاء خبر أن غرق كأن يرون أنه قد كان فيه ولا يستيقنون انه فيه )) [٢]

[١] - المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، ج ١٨،ص ١٥٨ - ١٥٩

[٢] - كتاب الام، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ج٥، ص٦٧

((ذهب جمهور الحنفية والظاهرية الى عدم تقسيم المفقود الى انواع ولم يفرقوا بين احوال الفقد كما فعل غيرهم من الفقهاء بل قالوا ان كل من غاب عن اهلة وبلده واسره العدو ولم يدر احي هوه ام ميت ولا يعلم مكانه ومضى على ذألك زمان فهوه مفقود بهذا الاعتبار سواء كان ذألك في دار الحرب او دار الاسلام او في صف القتال في المعركة او انكسرت سفينته ولم يعلم حاله فالحكم في كل الكل سواء وتنطبق عليهم الاحكام نفسها ))[1]

ذهب الحنابلة والشيعة الامامية والمالكية وغيرهم الى التفريق بين حالة واخرى من الاحوال التي قال بها الفقهاء وحددوا لمده الغيبة التي يعتبر بها الشخص مفقودا ووجب على امراته ان تعتد

[1] - احكام المفقود في الشريعة الاسلامية ، يوسف عطا الله ، ص٢٥

((ذهب الحنابلة : الى تقسيم غيبة المفقود الى نوعين

الاول : غيبة ظاهرها والغالب فيها الهلاك كالذي يفقد في اثناء معركة وقد قتل فيها كثير غيره وكالذي يغرق في سفينة او يكون بين ركاب طائره وسقطت او يفقد بين اهله ولا يظهر او كالذي يخرج للصلاة او لقضاء حاجته ولا يعرف خبره

ففي هذه الحالات ومثيلاتها ينتظر المفقود اربع سنين فان لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امراته عدة الوفاة وحلت للزواج

الثاني : غيبة ظاهرها السلامة وليس الغالب فيها الهلاك كالمفقود الذي سافر في تجارة او طلب علم او سياحة وللحنبلية في حكم هذه الحالة قولان:

احدهما : انه لا يقسم مال المفقود ولا تتزوج امراته حتى يقين موته او يمضي عليه مده لا يعيش عاده مثلها وهذه المدة يرد تقديرها الى اجتهاد القاضي

ثانيهما : انه ينتظر تمام تسعين سنه من تاريخ ولادته ثم يحكم بوفاته وتوزع امواله وقيل ينتظر سبعين سنه وقيل مائة وعشرين وغير ذألك وهذا التحديد لا دليل عليه))[1]

مذهب الشيعة الامامية الراجح عندهم انه الشخص يعتبر غائبا وبالتالي يحكم بموته باعتباره مفقودا اذا مضت مدة لا يعيش مثله اليها[2]

[1] - احكام التركات والمواريث في الاموال والاراضي ، الدكتور محمد سمارة، ص ١٢٣
[2] - ينظر الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، احمد محمد علي ، ص٥١٥

مذهب المالكية : ذهب الامام مالك الى ان المدة التي يعتبر فيها الشخص غائبا ويحكم بوفاته هي اربع سنين[1]

فقد روى مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب عن عمر قال :

ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو فأنها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل [2]

ومن المالكية من فصل احكام المفقود

((فابن القاسم منهم يقول المفقود على ثلاث اوجه:

١- مفقود لا يدري موضعه فهذا يكشف الامام عن امره ثم يضرب له الاجل اربع سنين
٢- مفقود في صف المسلمين في قتال العدو فهذا لا تنكح زوجته ابدا وتوقف هي وماله
٣- مفقود في قتال المسلمين لا يضرب له اجل ويتلوم لزوجته بقدر اجتهاده))[3]

[1] - ينظر الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، احمد محمد علي ،ص٤٥٩
[2] - ينظر المصدر نفسه، ص٥٠٠
[3] - الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، احمد محمد علي داود، ص٥٩٩

انتهاء الفقد

ان حالة الفقدان هي حالة غير طبيعية في وجود الانسان وتقل في المجتمعات المستقرة التي لا تعاني من كثرة الحروب والكوارث وتزداد في المجتمعات التي تتعرض لهذه الويلات حيث تؤدي في مثل هذه البلدان الى فقدان الكثير من الاشخاص وقد تستمر هذه الحالة أي حالة الفقدان الى سنين طويلة وتصبح من الضرورة الملحة في انهاء هذه الحالة وهناك حالات ينتهي فيها الفقدان وهذه الحالات ثلاث فاذا ثبت احدى هذه الحالات انتهت حالة الفقدان وهي:-

((١-اذا ظهر المفقود حياً

٢- ثبوت وفاته

٣ – الحكم باعتباره ميتاً ))[١]

وهذه الحالات ترتب على الشخص المفقود نتائج وهذه النتائج ممتدة الاثر بحق نفسه او ماله او زوجته او حق ورثته فلو عاد المفقود بعد غيبته التي لا يعرف منها حياته او موته انتهت حالة الفقد واصبح بذألك كسائر الاشخاص الطبعيين و تطبق عليه الاحكام الشرعية والقانونية اسوة بأقرانه الاحياء وهذا امر واضح وبين ليس فيه نقاش وعند عودته له الحق بأخذ كافة ماله والتصرف بأملاكه وهذه الحالة اذما عاد حيا

اما اذا ثبت موت الشخص حكما كما لو ثبت لقاضي المحكمة بموت المفقود وهذا الاثبات ناتج عن الحجج الشرعية والمعتبرة كالبينة الشخصية وهي المتعارف عليها من شهادة الشهود العدول بموت المفقود كأن يراه الشهود مقتولا في ارض المعركة وعلى اساس هذا يعتبر موت المفقود حقيقه وتنتهي حالة الفقدان وان الحكم الصادر بموت المفقود هوه موتا حكميا كان قد قضت به المحكمة استنادا الى قرائن ترجح موته على حياته وحيث ان القرينة قابلة لأثبات العكس

[١] - احكام المفقود شرعاً وقانونا وقضاءً ،فاضل دولان ،ص٧١

# المبحث الثاني

# الاثار المترتبة على الفقد الشخص قانوناً وشرعاً

## المطلب الاول : الاثار المترتبة عليه الفقد قانونا

ان الانسان مهما بقى في الحياة لابد ان يدركه القدر ويرتحل الى جوار ربه كذألك الحال للمفقود حيث لا يمكن القول باستمرار حياته لذألك جاء القانون ليبين الاحوال التي يحكم بها بموت المفقود والاثار التي تترتب على ذألك سواء كانت هذه الاثار ممتدة الاثر بحق نفسه اواي حق من الحقوق الحياتية ولكي يتم ترتيب هذه الاثار قانونا لا بد من اقامة دعوى عن طريق القضاء الى المحكمة المختصة نوعيا وهي محكمة الاحوال الشخصية الكائنة في اخر موطن للمفقود[1] ويجب ان تقدم الدعوى الى المحكمة المختصة بعريضة تتضمن اسم المدعي والمدعي عليه بصوره كاملة ومحل سكناهما وموضوع الدعوى ويجب ان يرفق مع عريضة الدعوى الادلة والمستمسكات القانونية الثبوتية[2] وما يهمنا هنا هيه القوانين التي تتناوله دراسة المفقود والإشارة اليه وهذه القوانين نظمت احوال المفقود واحالة امره بعد ذألك الى محكمة الاحوال الشخصية ومن الراجح ان هذا نقص واضح وصريح في موقف القانون لمعالجته احوال الشخص واعتباره مفقودا لذألك سوف نبين القوانين التي عالجة احوال المفقود ورتبت اثار عليه

[1] - ينظر المادة ٦ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

[2] - ينظر المادة ٤٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٩

## اولاً: في القانون المدني العراقي

أما عن المفقود في التشريع العراقي فان القانون المدني العراقي كان قد أحال هذه الاحكام الى قانون الاحوال الشخصية وذلك بقوله

((من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناءً على طلب كل ذي شأن ؛وأحكام المفقود تخضع لقانون الاحوال الشخصية ))[1]

وفي المادة ٧٨ من مشروع القانون المدني العراقي عرف الغائب ( هو الشخص الذي لا يعرف له مقام في العراق لمدة تزيد على السنة أو غادره لنفس المدة دون أن تنقطع أخباره .. وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره ) وهنا استعمل مصطلح الغائب ويشمل هذا المصطلح الغائب والمفقود

بصدد هذا التشريع أصبح الغائب ليس هو المفقود الذي لا تعرف حياته من مماته فحسب بل أيضا تكون حياته محققة وأخباره معروفة وقامت بحقه الشروط القانونية المبينة في النص المذكور

وتبين أن المفقود هو غائب بالضرورة ولكن ليس بالضرورة أن يعتبر كل غائب مفقود لكون لفظ الغائب اعم من لفظ المفقود[2]

وعند الاطلاع على نص المادة القانونية نجد ان القانون المدني قد احال حالة المفقود الى قانون اخر وهوه قانون الاحوال الشخصية وذألك بقوله :

واحكام المفقود تخضع لقانون الاحوال الشخصية

((ومع ذلك ، فقد سكت قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩م والتعديلات اللاحقة به عن تنظيم احكام المفقود وهذا نقص تشريعي واضح الا انه قد تم تدارك هذا النقص التشريعي ، وذلك بقانونٍ خاصٍ ، صدر في الولاية والوصاية ، وهو قانون رعاية القاصرين المرقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م))[3]

---

[1] - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة (١/ ٣٦)

[2] - ينظر الأحكام القانونية لرعاية القاصرين ، عصمت عبد المجيد بكر،ص٦٩

[3] - متاح على شبكة الانترنيت بالرابط http://www.almerja.com/reading.php?idm=37127

## ثانيا: قانون رعاية القاصرين

لقد صدر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ بعد الغاء قانون ادارة اموال القاصرين رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٩ولقد اعتبر القانون العراقي تاريخ الحكم بوفاة المفقود هوه يوم صدور ذألك الحكم وقد اكد هذا المفهوم القانوني قانون رعاية القاصرين حيث نص على

((يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته))[١]

وبالتالي فان المحكمة تستطيع ان تحكم بوفاة المفقود تبعا لما لديها من وقائع وشهادة اثبات وقد ايد هذا الاتجاه نص المادة ٩٣ من قانون رعاية القاصرين والتي اجازت ان تحكم بموت المفقود في احدى الحالات التأليه :

١ – اذا قام دليل قاطع على وفاته

٢ – اذا مرت اربع سنوات على اعلان الفقد

٣ – اذا فقد في ظرف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على اعلان الفقد

واضافه الى ذألك ((على المحكمة في جميع الاحوال ان تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول الى معرفة ما اذا كان حيا او ميتا قبل الحكم بموته))[٢]

والقانون العراقي كان موفقا عندما اتجه الى هذا القول لان مسئلة تحديد الغيبة والتحري عن الوقائع من المسائل الشائكة التي تطلب تحقيقا معمقا تحتم ان يصل القاضي الى قناعة تامة ويحكم بموت المفقود و يترتب على صدور الحكم بوفاة المفقود انقضاء شخصيته القانونية

وان الحكم بموت المفقود له اثار في اموال المفقود فمتى ما صدرة المحكمة قراراها بوفاة المفقود فان تاريخ هذا الحكم يعتبر تاريخا لوفاة المفقود وعلى اساس هذا الحكم يتم تقسيم التركة

---

[١] - قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المادة ٩٥

[٢] - ينظر المصدر نفسه، المادة ٩٤

ثالثا: في قانون الاحوال الشخصية

لم يبين قانون الاحوال الشخصية العراقي احوال المفقود واحكامه الا فيما يخص طلب التفريق بسبب الفقدان واشتراط في هذا التفريق ان يكون الزوج متغيبا او مفقودا او محكوما عليه[1] ونفقة الزوجة من زوجها المفقود

وللزوجة طلب التفريق بسبب الفقدان اذا توفرت احدى الاسباب الاتية

((اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنه))[2]

فللزوجة طلب التفريق اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده اما اذا كان للزوج المفقود او الغائب الو المختفي مال ظاهر تستطيع الزوجة ان تنفق منه فلا يجوز لها ان تطلب التفريق [3]

((إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة وأختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى بعد إقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وإنها ليست ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتها. ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة))[4]

ومن خلال هذه المادة يتبين ان هناك شروط للحكم بالنفقة على زوجة المفقود وان الزوجة لا تستحق النفقة الا من تاريخ رفع الدعوى امام القضاء وعلى الزوجة ان تثبت الزوجية من الزوج المفقود بكافة طرق الاثبات القانونية وذألك لان النفقة اثر من اثار عقد الزواج الصحيح وحكم من أحكامه ويلاحظ ان المحكمة التي تنظر الدعوى تكلف الزوجة بإبراز ما يؤيد قيام الزوجية كعقد الزواج وكافة الدلائل الثبوتية

[1] - ينظر قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المادة ٤٣الفقرة٨
[2] - قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المادة ٤٣الفقرة٨
[3] - ينظر احكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءً دراسة مقارنة، المحامي جمعة سعدون الربيعي ،ص٦٢٢
[4] - قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المادة ٢٩

## المطلب الثاني : الاثار المترتبة على الفقد شرعاً

ان للمفقود حقوق له ولعائلته وهذه الحقوق مقره في الجانبين الشرعي والقانوني وهذه الحقوق تترتب في حالة انهاء حالة الفقد واصدار حكم بوفاة المفقود وهذا الحكم يصدر وفق اسس شرعية وقانونيا وبعد ان بينت في المطلب السابق الاثار التي تترتب على الفقد قانونا فسوف ابين في هذا المطلب ما يترتب على فقدان من اثار شرعاً

وفي بعض الاحيان وبعد صدور الحكم بوفاة المفقود وما يترتب على ذألك من امور كزواج زوجة المفقود بغيره وتقسيم امواله بين الورثة وهذه الوفاة تسمى وفاة حكمية وليست وفاة حسية مبنيه على امر محسوس وهوه مفارقة الروح للجسد وتسمى ايضا وفاة تقديريه أي ان القاضي وبعد اجراء التحقيقات قدر وفاة المفقود بناء على اجراءات معينة وانتظار مدة كافية للتحري ومع ذألك يمكن ان يكون المفقود في نفس الوقت حيا وفي مثل هذا الإجراءات توجد في الفقه الاسلامي فالفقهاء اضفوا على الجنين حياة تقديريه فاعتبروه وارثا وحجزوا من التركة اكبر النصيبين[1] لذألك كانت للشريعة الاسلامية نصيبا في ترتيب الاثار بحق المفقود وسوف نبين هذه الاثار تباعا

[1] - ينظر شرح قانون الاحوال الشخصية القسم الاول ، احمد علي الخطيب، ص٥٧

اولاً: الميراث

تعريف الميراث :

((هوه التركة التي خلفها الميت وورثها غيره))[١]

قد يكون للمفقود اموال وعقارات وغيرها من الاشياء الداخلة في حيز التركات لذألك تحتاج هذه الاشياء الى من يقوم بإدارتها فان كان للمفقود وكيلا عنه قبل فقده فان ذألك الوكيل هو الذي يقوم بحفظها وادارتها لكون عقد التوكيل باق لان الوكيل وان كان يعزل بموت الموكل الا انه هنا لم يتحقق وفاة الموكل فيبقى الوكيل متصرفا حتى يتحقق موت الموكل [٢] اما اذا لم يكن للمفقود وكيلا قبل فقدانه ففي هذه الحالة فان القاضي هوه الذي يتولى امر المفقود شرعا وان الحكم بموت المفقود يعتبر نقطه الفصل في هذا الموضوع فان كان المفقود هوه الوارث الوحيد وقفت له التركة كلها اما اذا كان معه ورثه وارثون قسمت التركة على افتراضين افتراض انه حي وافتراض انه ميت[٣] وتجنبا للتوسع في الكلام لذألك ينحصر الكلام عن ميراث المفقود في حالين:

اولا: حكم امواله وارث غيره منه

وثانيا: ارثه من غيره[٤]

اولاً: حكم امواله وارث غيره منه

حكم المفقود في هذه الحالة انه حي في حق نفسه بالاتفاق ويوقف ماله على ملكه الى ان يتحقق موته او ان يحكم القاضي بموته ولا يقسم بين ورثته لان من شروط الميراث ((أ- موت الموروث حقيقه او حكماً))[٥] ولان في تقسيم مالة بمجرد فقده مع احتمال حياته ضررا به والضرر مدفوع مطلقا فيدفع عنه هنا باعتباره حيا في حق مال نفسه استصحابا للحال لذألك لا يمكن تقسيم التركة الا بعد صدور الحكم بموته

[١] - احكام المفقود شرعا وقانونا وقضاء، فاضل دولان ،ص ٤٧
[٢] - ينظر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، محمد زيد الابياني ،ص٣٥
[٣] - ينظر الفقه الاسلامي وادلته ، وهبة الزحيلي ،الجزء الثامن،ص٢٧٢
[٤] - ينظر الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون ،احمد محمد علي داود، ص٥٥٥
[٥] - متاح على شبكة الانترنيت بالرابط
http://www.islamweb.net/inheritance/index.php?page=article&lang=A&id=151349

ثانيا: ارثه من غيره

اذا مات احد الاشخاص ممن يرثهم المفقود قبل ان يتبين امره او يتبين موته حقيقه او حكما فهنا يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله وينكشف امره

فاذا ظهر المفقود حيا اخذ هذا النصيب[1] وان تحققت وفاته بالبينة القاطعة في تاريخ لاحق لتاريخ وفاة الموروث استحق نصيبه ايضا

[1] - ينظر شرح قانون الاحوال الشخصية القسم الاول في احكام الميراث ، احمد على الخطيب،ص٦٧

## ثانيا: الوصية

تعريف الوصية:

((تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموات مقتضاه التملك بلا عوض))[1]

لاشك ان الوصية وكيفية العمل بها سهله وممكنه ممن يدركهم الموت بصوره طبيعية لاكن الصعوبة ظهرت في وصية المفقود لكون ان الفقهاء قد اختلفوا في احكام المفقود ومتى اعتباره مفقودا لكون الوصية هيه تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت

فذهب الحنفية إلى أن وصية المفقود تكون موقوفة حتى يتبين حاله، فإن ظهر حياً قبل موت أقرانه، نفذت الوصية، وإذا حكم بموته، رد المال الموصي به إلى ورثته

وقال المالكية: لو أن رجلاً أقام البينة على أن المفقود قد أوصى له بوصية، ومات المفقود أو بلغ من السنين ما لا يحتاج إلى مثلها، تقبل البينة، وتنفذ في حدود الثلث، وهذا مبني على أصلهم في جواز القضاء على الغائب والمفقود[2]

[1] - قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

[2] - متاح على شبكة الانترنيت بالرابط http://wefaqdev.net/st_ch445.html

## ثالثا: الزوجية

لاشك ان حادث فقد الشخص بحد ذاته مشكله تترك اثار كثيرة وتحدث اضرار عديده ماديه ومعنويه وتخلف هذه الاثار الأما في نفوس ذويه ويترتب عليه الحزن قد تخف تلك الاحزان بمرور الزمن عند بعض فاقديه وقد تزداد عند بعضهم الثاني ولا ريب ان ما تتركه مشكلة بعض المفقودين من الاثار المعنوية اشد خطرا وافدح ضررا من الاثار المادية وذألك عندما يكون المفقود شابا ترك زوجته في مقتبل عمرها

وقد عرفنا ان المفقود شخص انقطع خبره ولم يعرف عنه شيء فهناك من يفقد في بلدته وقد يفقد في غيرها وقد يفقد على اثر تحطم سفينه في احدى البحار وقد يفقد في بلاد الاسلام وقد بفقد في بلاد العدو[١]

وللزوجة لها حقان على زوجها المفقود فهي اما ان تطلب النفقة او تطلب التفريق

ولنفقة الزوجة من زوجها المفقود عدة اراء

الراي الاول: وجوب الحكم عليه بالنفقة في كافة الاحوال سواء كا للزوج مال ظاهر من جنس النفقة او مخالف لجنسها وان لم يكن له مال خول القاضي الزوجة بالاستدانة وهذا الرأئ قال به المالكية والشافعية

الرائي الثاني : لا يجوز الحكم على الزوج الغائب بالنفقة لزوجته الا اذا كان فرض النفقة ليس فيه نزاع ولا يتطلب الامر بينه او تحليف يمين كما لو ترك المفقود شيئا لزوجته من جنس النفقة وهذا الرأب اخذ به الإحناف [٢] وفي جميع الاحوال فان الزوجة اذا بقيت في بيت زوجها ولم تطلب من القضاء بضرب مده نحوها فهي زوجة المفقود وتجب نفقتها في ماله وكذألك نفقة اولادها لاكن اذا ظهر موته بيقين حينئذ تنقطع رابطة الزوجية

[١] - ينظر كتاب الام ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، الجزء الخامس،ص١٢٥
[٢] - ينظر احكام المفقود شرعاً وقانوناً وقضاءً ، فاضل دولان ، ص٦٣

# الخاتمة

توصلت في نهاية هذه الدراسة المتواضعة الى عدة نتائج وتوصيات سوف ابينها كالاتي :-

## أولاً النتائج :

١- المفقود: هو الشخص الغائب الذي انقطع خبره، فلم تعرف حياته أو موتة ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات فلو كان معلوم المكان ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود

٢- هنالك حالات وظروف اذما تحققت عد الشخص مفقودا وهذه الحلات والظروف تختلف باختلاف المذاهب الاسلامية

٣- هنالك مدد شرعيه لضهور المفقود اذ لم يظهر في هذه المدة عد الشخص مفقودا ووجب على زوجته ان تعتد

٤- هنالك حالات تنتهي بها حالة الفقدان وقد اخذ بها القانون فلو عاد المفقود او ثبتت احدى هذه الحالات بحقه انتهت حالة الفقدان

٥- هناك حالة من الحالات التي يحكم بها القاضي بموت المفقود استنادا الى شهادة الشهود وعلى اساس هذا يعتبر موت المفقود موتا حكميا ومثل هذه الحالة قابله لاثبات العكس

٦- لقد اخذ القانون المدني العراقي مسالة المفقود الا انه قد احال هذه المسالة فيما بعد الى قانون الاحوال الشخصية ومع ذألك فقد سكت قانون الاحوال الشخصية عن تنظيم احكام المفقود

٧- يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته

٨- لميراث المفقود في الشريعة الاسلامية حالتان الحالة الاولى ارث الغير من ماله والحالة الثانية ارث المفقود من مال غيره

٩- لزوجة المفقود في الشريعة الاسلامية حالتان فهي اما ان تطلب التفريق وبذألك تنهي الحياة الزوجية او ان تصبر على الابتلاء وان تطلب النفقة وتبقى على عصمة زوجها

## ثانياً:- التوصيات

١- ضرورة تشريع قانون خاص يعالج احوال المفقودين ويعتبر مرجعا لسائر القوانين
٢- ضرورة جعل احكام المفقود وما يترتب عليه من اثار من اختصاص محكمة مختصه واحده
٣- عدم تقسيم اموال المفقود اله بعد التأكد من موته

# المصادر

اولاً :القران الكريم

ثانياً: الكتب الفقهية


١- احمد حسن الطه، احكام المفقود والاسير في الشريعة الإسلامية والقانون ،الطبعة الاولى، مطبعة دار الرسالة ،بغداد، ١٩٨٦م
٢- احمد علي الخطيب ،شرح قانون الاحوال الشخصية ،الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٠م
٣- احمد محمد علي داود ؛الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون مكتبة دار الثقافة، عمان،١٩٦٥م
٤- جمعة سعدون الربيعي ؛احكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءً ؛ دار الكتب والوثائق ،بغداد ، ١٩٨٨م
٥- عبد الوهاب خلاف ،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ج١، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة، ١٩٣٦م
٦- عصمت عبد المجيد بكر ،الأحكام القانونية لرعاية القاصرين ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨٩م
٧- فاضل دولان ،احكام المفقود شرعاً وقانونا وقضاءً ،الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٨٧م
٨- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
٩- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المادة ٤٣
١٠- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
١١- قانون المرافعات المدنية رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٩
١٢- قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المادة
١٣- محمد بن ادريس الشافعي؛ الام؛ الجزء السادس ؛ دار الوفاء
١٤- محمد بن إدريس الشافعي؛ كتاب الام؛ ج٥، ط ٢، دار الفكر، بيروت،١٩٨٣م
١٥- محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي، دار الرضوان، الاردن،٢٠١٠م
١٦- محمد زيد الابياني ، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ،دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٥٥م

١٧- محمد سمارة ،احكام التركات والمواريث في الاموال والاراضي ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، بيروت،٢٠٠٢
١٨- محيي الدين بن شرف النووي، شرح المهذب، ج١٨، مكتبة الارشاد، المملكة العربية السعودية،١٩٩٩
١٩- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع ، دار الكتب العلمية، بغداد،١٩٦٣
٢٠- مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل ، محمد بن عبد الرحمن المالكي ، الطبعة الاولى ،دار الرضوان،الكويت،٢٠١٠
٢١- يوسف عطا الله ؛ احكام المفقود في الشريعة الاسلامية ،جامعة النجاح الوطنية ،مصر، ٢٠٠٣م
٢٢- الفقه الاسلامي وادلته ، وهبة الزحيلي ،ج٨،دار الفكر ،مصر ،١٩٨٩

ثالثا: روابط الانترنيت

١- http://www.almerja.com/reading.php?idm=37127
٢- http://www.islamweb.net/inheritance/index.php?page=article&lang=A&id=151349
٣- http://wefaqdev.net/st_ch445.html