قسم اللغة العربية
كلية دجلة الجامعة
Jawaher.hamad@duc.edu.iq

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي

جواهر حمد عبد السادة
Jawaher Hamad Abdul Sada

ملخص

يقوم هذا البحث بدراسة «أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي» وقد أنبنى هذا البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة ، وقد خلص إلى عدة نتائج من أهمها اختلاف المذاهب الفقهية في المدة التي يحكم بها القاضي بموت المفقود , وذلك لعدم وجود نص صريح في هذه المسألة ، فبعض المذاهب اخذ بقاعدة الاستصحاب وهي بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه والبعض فوض الأمر إلى القاضي حسب عصره , فيحكم بموت المفقود حسب تحقق المصلحة , ويختلف الحكم باختلاف الزمان والمكان والبعض الآخر كان رأيهم غير في حين كان الحكم بوفاة المفقود في القانون العراقي هو الحكم بوفاته بعد مرور أربع سنوات في الظروف الطبيعية وسنتين في الظروف الاستثنائية ، وأما حكم زوجته فكان موقف المذاهب الإسلامية في طريقة انتهاء العلاقة الزوجية فمنهم من قال انتهاء الزوجية يكون الحكم بالوفاة ، ومنهم من قال بانتهاء مدة الانتظار ، ومنهم من قال بالطلاق من ولي المفقود بينما في القانون العراقي التفريق بعد مرور أربع سنوات على فقدانه وتعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، وإذا عاد المفقود تستمر زوجيته ما لم تتزوج ، وأما مصير أمواله فقد اختلف في مصير أمواله أذا ظهر حياً بعد الحكم بوفاة باعتباره وارثاً وموروثاً ، والحكم في القانون العراقي ان يحكم على وفق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي وهذا على وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا القانون .

Abstract

This research focuses on the study of the lost person rules or died person rules in Al-Faqqeh Al-Aslamic and Iraqi rules and law. This study or research consists of five axes in addition a conclusion and finally this research or case study which included groups of results and the most important one for these results the different between Al- Faqqeh doctrines in a period which governing by judge for died the lost person because there is no enough clear text according to this issue. Some doctrines believed that the judge is responsible for this problem and he gives him a chance to take a despotism according to the place and time. Another opinion are different to these opinions, this doctrine should be carried out after four years ago in a normal phenomena and for unusual phenomena according to this study or research the Iraqi law takes cares about wife of the lost person or died person and give her a chance to divorce after four years. But if a died person or (the lost person) comes through this period she should be returned to him through this period in a .normal way and she can›t marry with another one. According to income of the lost person in Iraqi law

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير المرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى اله وصحبه وسلم وبعد:

تعد ظاهرة الفقدان للأشخاص ظاهرة شائعة جداً , والتي تحدث في مختلف الدول , بسبب الحوادث المختلفة , كتحطم الطائرات , وغرق السفن , أو بسبب الكوارث الطبيعية , مثل الزلازل والفيضانات ، وبذهب ضحية الحوادث والكوارث عدد من الأشخاص فلا يعرف عنهم شيء ، وفقد الأشخاص له عدة أضرار سواء بالنسبة للحكم بوفاته أو حكم أمواله أو حكم زوجته ، وهذا على مر العصور قديماً وحديثاً ، وللمذاهب الفقهية أراء مختلفة في هذا الأمر، وكل منهم اختار حكماً معيناً مستدلاً إلى دليل من أدلة الأحكام الشرعية ، وكذلك القانون الوضعي ، فاخترت القانون العراقي حصراً بسبب الظروف التي مربها بلدنا الحبيب ، حيث ان الآلاف من العر اقيين سجلوا كمفقودين نتيجة الحروب والتفجيرات التي ضربت مناطق مختلفة من بلدنا ، فضلا عن حوادث الخطف نتيجة عدم الاستقرار الأمني في البلد أو خلال معارك تحرير المحافظات من سيطرة تنظيم داعش الإرهابي ، لذلك نلحظ ان القانون العراقي اهتم بتنظيم أحكام المفقود ففي قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ نظمها في المواد (١-٢-٤٣) ، وقانون رعاية القاصرين النافذ , رقم٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل في المواد (٨٦-٨٧-٩٣-٩٤-٩٥)، والقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة (٣٦) ، وعند النظر في هذه المواد نلحظ أنها عدة مسائل وهي تعريف المفقود ، والمدة التي يحكم فيها بموته ، وحكم أمواله وزوجته ، ومما لاشك فيه ان مسألة تنظيم أحكام المفقود في القانون لها أهميتها البالغة ، أذ ان الحكم بموته تنتهي الشخصية القانونية له ، وينتهي عقد زواجه ويترتب على ذلك عدة آثار، وبالأخص فيما يتعلق بزوجته وأمواله ، علماً بان بعض الأحكام التي وردت في القانون باختلافه مأخوذة من أراء واجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية والتي وضعها المشرع العراقي ، لذلك بينت أراء فقهاء المسلمين وأدلتهم في ذلك من ثم يتضح باي مذهب أخذ المشرّع العراقي عند وضعه للمواد القانونية المتعلقة بالمفقود وأحكامه .

وقد أنبنى بحثي هذا من مقدمة ومبحثين وخاتمة ، فأما المبحث الأول فقد بينت تعريف المفقود في اللغة والفقه الإسلامي والقانون العراقي والألفاظ ذات الصلة بهذا المصطلح وهي الأسير والغائب ومتى يتم الحكم بوفاة المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، وفي المبحث الثاني حكم زوجة المفقود وميراث المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي . وأخيراً أرجو ان أكون قد وفقت في تناول ما عرضته من مباحث أنفة الذكر، راجية من الله التوفيق والسداد.

المبحث الأول
تعريف المفقود في اللغة والفقه الإسلامي والقانون العراقي والألفاظ ذات الشبه (الغائب الأسير)والحكم بوفاة المفقود عند فقهاء المسلمين والقانون العراقي

المطلب الأول : تعريف المفقود في اللغة والفقه الإسلامي والقانون العراقي والألفاظ ذات الشبه (الغائب الأسير)

أولاً: المفقود في اللغة:

يُقال فقد الشيء يفقده فقداً أو فقداناً فهو مفقود وفقيد: أي عَدَمه، والفاقد من النساء: هي التي يموت زوجها عنها، والفقد عدم الشيء بعد وجوده، وهو أخص من العدم[١] ، وفقد الشيء: ضياعه أي الضياع، والمفقود هو الغائب الذي لا يعلم عنه شيء[٢]،والفقد والفقدان هما خلاف الوجود والوجدان من قد ضرب[٣].

ثانياً: تعريف المفقود في الفقه الإسلامي :

وردت تعريفات عديدة للمفقود ولكل مذهب من المذاهب الإسلامية تعريف معين للمفقود لذلك سأبينها :

فقد عرفه فقهاء المذهب الحنفي على الجملة بان المفقود هو مَن غاب عن بلده بحيث لا يُعرف أثره ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره[٤]، وعرفه الإمام السرخسي[٥] (رحمه الله) في كتابه المبسوط (اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد) [٦]

وعرفه فقهاء المذهب المالكي(المفقود الذي لا يبلغه السلطان ولا كتاب سلطان فيه قد أضل أهله وإمامه في الأرض فلا يدري أين هو) [٧]

بينما عرفه فقهاء المذهب الشافعي بانه (المفقود الذي انقطع خبره وجهل حاله في سفرٍ أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما) [٨]

وعرفه الحنابلة (هو من يفقد في مهلكةٍ، كالذي يفقد بين الصفين، وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر، فغرق بعض أهله، أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء ، أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره) [٩]

وعرفه فقهاء الامامية : هو الرجل الذي تكون غيبته غيبة منقطعة ولا يسمع خبره ولا يعلم حاله من حياة او موت .[١٠]

وعند الظاهرية المفقود هو من عرف موضعه او لم يعرف في حرب او غير حرب .[١١]

وعرفه الاباضية (هو الذي يصح انه كان في صف الحرب ثم ينجلي ولا يدري أمات او حي أو قتل والذي كان في السفينة فتنكسر ثم لا يعلم أحي أم غرق أم مات والذي يكون في الحريق والذي يحمله السيل أو يحمله السبع)[١٢]

ثالثاً: تعريف المفقود في القانون العراقي:

بانه الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته [١٣]

وجاء تعريف المفقود في القانون المدني بانه (من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت فيحكم بكونه مفقوداً بناءاً على طلب ذي شأن)[١٤]، وأحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية.

رابعاً : مقارنة المفقود عما يشتبه به من مصطلحات

أولاً: الغائب:

اسم فاعل، وهو كل ما غاب عنك، وجمع الغائب غيب وغياب وغيب. وفي اصطلاح الفقهاء هو من علم موضعه[١٥] ، وميز القانون العراقي بين المفقود والغائب فعرف المشرع العراقي الغائب: (هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره) [١٦]، وعرف المفقود (بانه الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته) [١٧]

ثانياً: الأسير:

عرف الاسير لغةً بانه: ما أسَرَ ما أخذ أي يأسرُهُ أسراً: شده بالإسارِ، فسمي كل أخيذ أسيراً ، يقال: أسرتُ الرجل أسراً وإساراً، فهو أسيراً ومأسور، والجمع أسرى وأسارى[١٨]. واصطلاحاً: هو الأخيذ والمقيد والمسجون، والأسارى: هم الذين جاؤوا بالوثائق والسجن[١٩] .

المطلب الثاني

هناك بعض الأحكام المتعلقة بالمفقود وموقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي منها كما عرفنا سابقاً ان المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مصيره من حياة أو ممات، فالحياة للمفقود هي صفة أصلية له والوفاة هي صفة عرضية، أي ان حياته يقينية ووفاته مشكوك فيها، فإذا تعارض اليقين والشك يقدم اليقين وفقاً للقاعدة الفقهية العامة التي تقول بان اليقين لا يزول بالشك أي الأصل هو بقاء الحياة فلا توزع تركته ولا تتزوج زوجته ولا تنتهي عقوده إلا بالوفاة ولا تتضعضع مراكز حقوقه والتزاماته بالشك في وفاته لأن اليقين لا يزول بالشك؛ ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، فإذا فقد شخص اعتبر في حق ماله إلى ان يعرف مصيره بالبينة أو يحكم القاضي بوفاته بوجه شرعي لأن من شروط الميراث موت المورث حقيقة أو حكماً وهذا ما استقر عليه إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية وإذا حكم بوفاته على الوجه الشرعي يعتبر اليوم الذي ثبت فيه موت المفقود تاريخاً لوفاته، وإذا تعذر على المحكمة معرفة تاريخ وفاته اعتبر يوم صدور الحكم بموته تاريخا لوفاته[٢٠] .

أولاً: الحكم بوفاة المفقود عند فقهاء المسلمين:

للمذاهب الإسلامية آراء مختلفة في تحديد المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود، وللقانون نظرة في تحديد هذه المدة، فيجب أولاً ان أبين آراء المذاهب الفقهية في تحديد هذه المدة حتى يتم الحكم بوفاة المفقود ثم أبين بعد ذلك رأي القانون فيها:

مذهب الحنفية: ذكر الحنفية روايات مختلفة في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، ففي ظاهر الرواية عندهم انه إذا لم يبقَ أحد من أقرانه في بلده، وقيل أقرانه في جميع البلاد، ولكن رأي الأول هو الأصح، فقد روي عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة (رحمه الله) ان المدة مائة وعشرون سنة من يوم ولادة المفقود، وقال أبو يوسف: مائة وخمس سنين، وقال بعضهم[٢١] غير ذلك ، والمختار انه يفوض إلى رأي الإمام، لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص وذلك في ثلاثة أقسام: أما في المكان أو في الزمان أو في ذات المفقود.[٢٢]

مذهب المالكية: أما فقهاء المالكية فلم يحددوا مدة معينة بل قالوا: لا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتي عليه من الزمن ما لا يحيا إلى مثله.[٢٣]

مذهب الشافعية:وكذلك فقهاء الشافعية فقد نصوا على ان:(من اسر أو فقد و انقطع خبره، ترك ماله حتى تقوم بينة بموته أو تمضي مدة يظن انه لا يعيش ولا تقدر بشيء على الصحيح فيجتهد القاضي ويحكم بموته) [٢٤]

مذهب الحنابلة: وعندهم المفقود على نوعين:[٢٥]

أ- الغالب من حالة الهلاك: وهو من يفقد في مهلكة: كالذي يفقد بين الصفين، وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله، أو يخرج لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره، فهذا ينتظر به أربع سنين، فان لم يظهر له خبر قسم ماله، واعتدت امر أته عدة الوفاة، وان مات له من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من مير اثه، فان بات حياً أخذه ورد الفضل إلى أهله وان علم انه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع رسالة إلى ورثته وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد هذا النصيب إلى ورثة الأول وكذلك إن علمنا انه مات، ولم يدر متى مات.

ب- من ليس الغالب هلاكه: كالمسافر لتجارة أو طلب علم، ولم يعلم خبره ففيه رو ايتان: إحداهما: لا يقسم ماله ولا تتزوج إمر أته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم؛ لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ولا توقيف ههنا فوجب التوقف عنه.

أما ثانيهما: ينظر إلى تمام تسعين سنة من يوم فقد، وهذا قول عبد الملك بن الماجشون؛ لأن الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا، وقال عبد الله بن عبد الحكم ينتظر إلى تمام سبعين سنة، وقال الحسن بن زياد ينتظر إلى تمام مائة وعشرين سنة .

وأما مذهب فقهاء الأمامية :وهو انه يجب البحث والفحص والتحري عن المفقود حتى يثبت خبره ، والمهم ان يتم الفحص والبحث عنه من قبل الحاكم او وكيله او الزوجة نفسها أو أقاربها أو أي شخص آخر.[٢٦]

ثانياً:الحكم بوفاة المفقود في القانون العراقي:

عرف المشرع العراقي المفقود بانه الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته[٢٧] ، كما يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي، ويلغى الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود[٢٨] ، وللمحكمة ان تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية:

١. إذا قام دليل قاطع على وفاته.

٢. إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده.

٣. إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده .[٢٩]

على المحكمة في جميع الأحوال ان تتحرى عن المفقود بالطرق الممكنة للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل ان تحكم بموته[٣٠]، ويعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته[٣١] ، أي يمكن القول بأن القانون العراقي قد فرق بين الظرف العادي والظرف غير العادي (الظرف الاستثنائي) كالحروب والفيضانات والوباء والزلازل ، وبعد الظروف التي مر بها العراق وبالأخص ما بعد ١٩٨٠ ولحد الآن من فقدان الآلاف من العر اقيين ومنهم من رجع ومنهم من لم يرجع أبداً، ثبت عدم صلاحية تحديد القانون العراقي لهذه المدة[٣٢] ، فمن الأولى الأخذ بمذهب الشافعية وهو ان الأمر متروك إلى القاضي واجتهاده وليست مقدرة بمدة معينة.[٣٣]

المبحث الثاني
حكم زوجة المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي وحكم ميراث المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي

المطلب الأول : حكم زوجة المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي

اولاً :حكم زوجة المفقود في الفقه الإسلامي :

لغيبة المفقود أحكام خاصة بها، منها ما يتعلق بزوجته ومنها ما يتعلق بمير اثه ففي هذا المطلب سأبين آراء الفقهاء في الأحكام المتعلقة بزوجته وهي كالآتي:

١. رأي جمهور الشافعية والحنفية وأحد قولي الحنابلة إلى عدة أحكام متعلقة بزوجة المفقود وهي كالآتي:

• تبقى العلاقة الزوجية قائمة بين المفقود وزوجته، حتى تتيقن من موته، فاذا تيقنت ابتدأت عدتها من يوم استيفائها، أما إذا لم تتيقن من موته فان الزوجية تبقى قائمة حكماً ويلحقها ما يلحق الزوجات من طلاق وظهاروما إلى ذلك، وحتى لو تزوجت بعد فقده ودخل بها الزوج الثاني، فان طلاق الزوج الأول يقع عليها؛ لأن الزوجية لا زالت قائمة وللزوج الأول المفقود حقوق الزوج كلها ما عدا الوطء فهو ممنوع منه لشبهة نكاح غيره[٣٤] ، لا يتم التفريق بين المفقود وزوجته[٣٥]، والدليل على ذلك قوله (صلى الله عليه وسلم) في امرأة المفقود: ((انها امر أته حتى يأتيها البيان))[٣٦] ، وقول علي (كرم الله وجهه): ((هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه))[٣٧] ، ثم لأن النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حقه مجرد احتمال، فلا يزال النكاح بالشك، ولأن اليقين لا يزول بالشك وموته مشكوك فيه.

وأما في قولهم لا يتم التفريق بين المفقود وزوجته واستدلالهم بذلك بحديث ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) و أثر روي عن علي (رضي الله عنه) ففيه نظر؛ وذلك لأن الحديث الذي ذكر عن النبي (صلى الله عليه وسلم) في رو ايته ضعف فهو لا يرتقي إلى مستوى الأحاديث القوية وعلماء الحديث أخرجوه بإسناد ضعيف، وأما الأثر الذي ذكر عن علي (رضي الله عنه) فقد رواه خلاس وفي رو ايته ضعف واساندها غير متصل، وبالإضافة إلى ذلك فهو من باب الإضرار بالزوجة من الناحية المعنوية والمادية، ونفي الضرر نصت عليه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى:» وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ «[٣٨] ولقوله (صلى الله عليه وسلم): ((لا ضرر ولا ضرار))[٣٩]

• تستحق زوجة المفقود النفقة من حين فقده، حتى يتم التأكد من وفاته، فان أجلها القاضي أربع سنين ثم اعتدت عدة الوفاة، فتلزم الزوج المفقود نفقة كل هذه المدة لبقاء النكاح.

• إذا تزوجت امرأة المفقود بعد التربص والعدة، انقطعت نفقتها من زوجها المفقود لأنها منعت نفسها من الأول بزواجها من الثاني، وكما تسقط نفقة الزوجة إذا منعت نفسها عن زوجها وهو حاضر كذلك تسقط نفقتها بمنعها نفسها وهو غائب.

• لو كانت نفقة الزوجة في ماله، ثم ثبت موته بالبينة قبل مدة فانها ترد كل ما أنفقت على نفسها من ماله، من حين وفاته وينتقل حقها إلى الميراث.

• إذا تزوجت امرأة المفقود سواء أدخل بها الزوج الثاني أو لم يدخل بها وسواء أنجبت أو لم تنجب إذا عاد المفقود فهي زوجته ويفسخ الزواج الثاني، وترد للأول غير أنه لا يمسها قبل ان تعتد بثلاثة حيضات أو بوضع الحمل.

• أما المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود ففيها عدة أقوال: أنها مائة وعشرون سنة وقيل: مائة سنة وقيل: تسعون وقيل: حتى يموت أقر انه[٤٠]، وهذه المدة لا يجوز الأخذ بها لأنها من باب الإضرار بالزوجة من الناحية النفسية والمادية، ولأنه لا يعقل ان يعيش الإنسان كل هذا العمر فالأعمار متفاوتة وهي بمشيئة الله سبحانه وتعالى، فقد ورد حديث عن النبي (صلى الله عليه وسلم): ((ان أعمار أمتي بين الستين والسبعين))[٤١]، ولأن تفريق المرأة بعد هذه المدة لا يجدي نفعاً؛ لأنه قد فات عليها وقت الشباب والإنجاب بسبب فوات الأوان بعد هذه المدة.

٢- رأي الحنابلة: قسم الحنابلة غيبة المفقود إلى قسمين وجعلوا لكل نوع حكماً:

• غيبة ظاهرها السلامة كالسفر للتجارة أو السياحة أو طلب العلم، فالمفقود في هذه الحالة تبقى الزوجية قائمة بينه وبين زوجته حتى يثبت موته، أما إذا مضت عليه تسعون سنة منذ ولادته فان زوجته تعتد ثم تتزوج وهذا يتفق مع ما قاله الشافعية والحنفية.

• غيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يخرج للصلاة أو لقضاء حاجة فلا يرجع أو تغرق مركب وهو على ظهرها أو يفقد في صحراء قاحلة ففي هذه الحالة تنتظر المرأة أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ويجوز لها ان تتزوج بعد ذلك[٤٢]، أي يمكن ان نستخلص جملة من الأحكام المتعلقة بالمفقود وهي:

أ. احتساب مدة الفقد تبتدئ من حين التر افع إلى القاضي وفرضه لهذه المدة؛ لأنها من الأحكام المختلف فيها، فيرجع فيها لحكم القاضي وهناك قول: انها تبتدئ من تاريخ انقطاع خبره؛ لأن هذا ظاهر موته.

ب. إذا اعتدت زوجة المفقود بعد التربص عدة الوفاة، ثم قدم زوجها المفقود قبل ان تتزوج فيكون أحق بها وهي زوجته. وان كان قدوم المفقود بعد زواج زوجته من رجل آخر فاذا كان قدومه قبل دخول الزوج الثاني فهي زوجته أي زوجة الأول (المفقود) ، وأما إذا كان قدومه بعد دخول الثاني فانه يخير بين الصداق وبين امر أته فان اختار زوجته فهي له بالعقد الأول ويفسخ زواجها الثاني، ولكنه لا يمسها حتى تنفض عدتها من الثاني وان اختار الصداق فهي زوجة الثاني

ج. أما إذا أرادت زوجة المفقود الانتظار والصبر حتى يعود زوجها، فلها النفقة حتى يتبين أمره فاذا تبين موته فلها النفقة حتى تاريخ وفاته[٤٣] .

٣- رأي المالكية: عرف المالكية المفقود بانه الذي انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه، وبهذا التعريف يخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره والمحبوس الذي يستطاع الكشف عنه[٤٤]، قسم المالكية المفقود إلى أربعة أنواع:

اولاً: المفقود في بلاد الإسلام: وله احكام عدة وهي كالآتي:
أ- إذا فقد رجل في بلاد الإسلام فان للزوجة ان ترفع أمرها إلى القاضي، أو من يقوم مقامه للبحث عن زوجها المفقود ليضرب لها القاضي أجلاً من حين رفع أمرها إليه فيؤجلها أربع سنين إذا كان للمفقود مال تنفق منه وإلا فتطلق لعدم الإنفاق إن طلبت ذلك وبعد البحث والسؤال والتحري عن المفقود بالوسائل المختلفة بوساطة الحاكم، وبعد مرور الأجل المضروب تعتد المرأة عدة الوفاة، سواء أكان مدخولا بها أم لا، وتعتد غير المدخول بها لأن عدتها على تقدير موته، ولذا فلا نفقة للمعتدة في العدة.
ب- لزوجة المفقود التي ضرب لها الأجل، ان تعود وتتمسك بزوجها لتبقي الزوجية قائمة قبل الشروع في العدة، فاذا ابتدأت عدتها ففي ذلك قولان: أحدهما: انه ليس لها الرجوع والتمسك بالزوج لإبقاء الزوجية. الثاني: ان لها التمسك بزوجها وان شرعت في العدة بشرط ان يكون تمسكها بالزوجية قبل انتهاء العدة، فاذا انتهت العدة فليس لها ذلك؛ بسبب انقطاع الزوجية بانتهاء العدة.
ج- إنه يقدر وقوع طلاق من المفقود على زوجته، بمجرد شروعها في العدة، ويقدر هذا الطلاق لكي ينقطع حقه بها بمجرد انتهاء العدة، لتحل للأزواج وبذلك يمتنع عليه ان
يردها إلى عصمته إن كانت قد تزوجت غيره ودخل الزوج بها.
د- للمفقود إذا عاد الحق بزوجته، إذا كانت لم تتزوج وان كانت قد انتهت عدتها وكذلك لو كانت قد تزوجت ولم يدخل بها الثاني، أما إذا دخل فلا سبيل له عليها.
هـ - إذا اختارت زوجة المفقود البقاء في عصمته فلها النفقة لبقاء الزوجية، أما ان تبين موته فان لها النفقة حتى تاريخ وفاته[٤٥]

ثانيا : المفقود في بلاد الشرك والأسير: والحكم في ذلك تبقى الزوجية قائمة مدى العمر، وهو سبعون أو ثمانون عاماً من يوم ولادته، أما إذا لم تتبين مدته أو حياته قبل ذلك، ثم تعتد زوجته بعد ذلك وتباح للأزواج .

ثالثاً : المفقود في قتال بين المسلمين بعضهم ببعض أو في وباء عام كالطاعون: فان الزوجة تعتد بعد انتهاء المعركة و انفصال الصفين مباشرة، وقيل يؤجلها القاضي مدة يقدرها هو، هذا إذا قامت البينة بانه حضر المعركة، أما مجرد خروجه مع الجيش فيجعل حكمه كالنوع الأول وهو المفقود في بلاد المسلمين. وكذلك مفقود الوباء تعتد زوجته بعد انحسار الوباء.

رابعاً : المفقود في قتال بين المسلمين والكفار: تؤجل المرأة سنة على ان يضرب هذا الأجل بواسطة القاضي ثم تعتد ويحل لها الزواج، فان عاد المفقود أو ثبتت حياته يكون حكم الزواج كالحالة الأولى، هذا وفي جميع الحالات لا يكون الحكم إلا بعد البحث عن المفقود بكل وسيلة من وسائل التثبت التي يراها القاضي.[٤٦]
وعلى هذا يمكن إجمال ودمج أقسام المفقود التي ذكرها المالكية في قسمين:
الأول: مفقود في ظروف لا يغلب على الظن فيها موته: وأحكام هذا القسم ان زوجة المفقود تتربص أربع سنين إن كان له مال تنفق منه على نفسها وإذا لم يكن له مال تطلق لعدم الإنفاق ان طلبت ذلك، فاذا أمضت الأربع سنوات فانها تعتد عدة الوفاة ثم يباح لها الزواج فاذا عاد المفقود بعد ذلك وكانت زوجته لم تتزوج فهو أحق بها، وكذلك ان عاد بعد زواجها من الثاني لكن قبل الدخول. أما العودة بعد الدخول فلا سبيل له عليها، ولا يفسخ العقد وتبقى زوجة الزوج الثاني.
الثاني: مفقود في ظروف يغلب على الظن فيها موته: وأحكام هذا القسم انها تؤجل سنة واحدة ثم تعتد عدة الوفاة ويباح لها ان تتزوج، فان عاد زوجها فيجري عليها ما يجري على النوع الأول من الأحكام .[٤٧]

ثانياً : حكم زوجة المفقود في القانون العراقي
بيّن القانون العراقي بان أحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية[٤٨]، أما بالنسبة لزوجته فحكمها كالآتي:
١. لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية ان تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها
بعد مرور أربع سنوات على فقدانه، وعلى المحكمة ان تتثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق.
٢. تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام.

٣. إذا عاد المفقود تستمر زوجيته لها ما لم تتزوج وتم دخول الثاني بها حقيقة غير عالم بحياة الأول ، وللمحكمة ان تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية:

• أولاً: إذا قام دليل قاطع على وفاته.

• إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده.

• إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده .[٤٩]

المطلب الثاني : حكم ميراث المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي

أولاً:حكم ميراث المفقود في الفقه الإسلامي:

ان من شروط الميراث هو وفاة المورث حقيقة أو حكماً وهذا ما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) ، فاذا حكم بوفاة المفقود على الوجه الشرعي فانه يترتب على ذلك اختلاف في ميراث المفقود، فمن الفقهاء من اعتبر المفقود في الميراث حي في حق نفسه، وميت في حق غيره، لذلك ان ميراث المفقود ينحصر في حالتين وهي:

الحالة الأولى: باعتبار المفقود مورثاً (ارث الغير من المفقود)

حكم المفقود في ذلك انه حي في حق نفسه بالإنفاق ويوقف ماله على ملكه إلى ان يتحقق موته، أو ان يحكم القاضي بموته، ولا يقسم بين ورثته؛ لأن شرط الميراث موت المورث حقيقة أو حكماً، وموت المفقود غير محقق؛ ولأن في تقسيم ماله بمجرد فقده مع احتمال حياته ضرراً به، والضرر مدفوع مطلقاً، فيدفع عنه هنا باعتباره حياً في حق مال نفسه استصحاباً للحال[٥٠]، ولا تفسخ إجارته وينصب القاضي وكيلاً عنه يقبض ماله من ديون ويحفظ ماله، وان ظهر حياً أخذ ماله، وان تحقق موته أو حكم القاضي بموته فيرثه من كان وارثاً له وقت تحقق الموت أو وقت الحكم بالموت دون من مات قبل ذلك أو حدث إرثه بعد ذلك بزوال مانع عنه، هذا إذا لم يسند الحكم بالموت إلى وقت سابق على صدوره وإلا فيرثه من كان وارثاً في الوقت الذي تمفيه تحقق موته، وإلى ذلك ذهب الحنفية[٥١] والمالكية[٥٢] والشافعية [٥٣] والحنابلة[٥٤] .

الحالة الثانية: باعتبار المفقود وارثاً (ارث المفقود من الغير)

إذا ورث المفقود قبل ان يتبين أمر المفقود، أو يتبين موته حقيقة أو حكماً يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله، وينكشف أمره، فان ظهر حياً أخذ هذا النصيب، وإلا رد إلى ورثة مورثه الموجودين حال وفاة المورث، والأصل في ذلك:

١. إن كان معه وارث يحجب به حجب حرمان فلا تقسم التركة، و إنما توقف حتى يتبين أمر المفقود.

٢. إن كان المفقود محجوباً بوارث حاضر فتقسم التركة ولا يوقف له شيء.

٣. إن كان لا يحجب ومعه من يستحق في الميراث يعطى أورثه الحاضرون أقل النصيبين على فرض حياة المفقود، وعلى فرض موته، وتوقف حصة المفقود وإلى هذا ذهب أكثر الفقهاء .[٥٥]

أما الامامية فلهم أقوال عديدة في هذه المسألة :

القول الاول : لا يوزع مال المفقود حتى تعلم وفاته اما بالبينة او بمضي مدة لا يمكن ان يعيش مثله .[٥٦]

القول الثاني : يقسم مال المفقود على الملاء .[٥٧]

القول الثالث : تقسيم ماله على ورثته بعد عشر سنين .[٥٨]

القول الرابع : التربص أربع سنين .[٥٩]

القول الخامس : التفصيل بين من فقد في عسكر وقد شهدت هزيمته وقتل من كان فيه او أكثرهم فانتظار أربع سنين ومن لا يعرف مكانه في غيبته ولا خبر له عشر سنين .[٦٠]

القول السادس : القسمة بين الورثة بعد الأربع سنين بشرط الملائة وضمانهم المال على تقدير ظهور المفقود نحو القرض دون التملك بالإرث .[٦١]

ثانياً: حكم ميراث المفقود في القانون العراقي:

يرجع القاضي في العراق بالنسبة لميراث المفقود سواء أكان وارثاً أم مورثاً إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وهذا بدلالة المادة (٢/٣٦) من القانون المدني [٦٢] بوصفها المشرع العام لقضايا الأحوال الشخصية المالية منها وغير المالية ما لم يوجد بخلاف ذلك [٦٣] ، لذا فعلى القاضي ان يحكم على وفق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص الأحوال الشخصية على وفق ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا القانون [٦٤] .

الخاتمة

بعد ان فرغتُ من بيان أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون العراقي فخلصتُ إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات والتي سوف اذكرها على الشكل الآتي :

الاستنتاجات:

١-ان قانون رعاية القاصرين العراقي لسنة ١٩٨٠ في المادة (٨٦) ، والقانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٩ في المادة (٣٦) في تعريفه للمفقود يأخذ بالمذهب الحنفي في معرفة حياته أو موته وهذا خلافاً لبعض الاراء الفقهية التي توسعت في تعريف المفقود .

٢-حدد المشرع العراقي في قانون رعاية القاصرين للمحكمة الحكم بوفاة المفقود بعد مرور سنتين هذا في ظروف يغلب فيها هلاكه وأربع سنوات في ظروف لا يغلب فيها هلاكه ، اي فرق بين الظرف العادي والظرف الاستثنائي وهذا خلافاً للمدة الزمنية التي حددها فقهاء المسلمون .

٣-نص المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي على ان زوجة المفقود لها الحق في طلب التفريق بعد مرور اربع سنوات من فقده ثم يتم التثبت من استمرار الفقدان ثم تصدر المحكمة حكمها بالتفريق وهذا خلافاً للمذاهب الإسلامية والذين اختلفوا في تحديد المدة التي تنتظرها زوجة المفقود .

وأما المقترحات فهي :

١- أقترح ان يكون تعريف المفقود في القانون العراقي على النحو الآتي : المفقود هو الغائب الذي لا يعرف حياته أو مماته أو مكانه فيتم إضافة عدم معرفة المكان .

٢- الأخذ بمذهب الشافعية وعدم تحديد مدة الغيبة ويترك هذا الاجتهاد للقاضي في تحديد مدة الفقد والحكم بوفاته فله السلطة التقديرية في ذلك لان الأحكام تتأثر بتغير الزمان والمكان .

٣- أقترح للمشرع العراقي باستحداث مادة في القانون العراقي تجيز للمراة فسخ عقد الزواج من زوجها المفقود لمدة لا تقل عن سنة دون تأجيل ولو كان معها مال اذا كان هذا الطلب برضاها وبمو افقتها وذلك لانه قد يكون هذا الطلب بسبب عدم التو افق مع الزوج المفقود سابقاً وحتى لا يتم إلحاق الضرر بالزوجة مع العلم ان هذه الفقرة لا تتعارض مع سابقتها ، وأما اذا أرادت عدم فسخ عقد الزواج من زوجها المفقود فلا يفسخ عقد نكاحها وان مضت المدة التي حددها القانون العراقي وان كانت لا تملك المال لان هذا كان برضاها .

الهوامش:

(١) ينظر: لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفريقي (ت٧١١هـ)، دار صادر/بيروت، ط٣، (١٤١٤هـ)، (باب الدال، فصل الفاء)، ٣٣٧/٣، والكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة/بيروت، فصل الفاء، ٦٩٤/١.

(٢) ينظر: معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، حرف الفاء، ٣٤٨/١.

(٣) ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: عمر بن محمد بن أحمد نجم الدين النسفي (ت٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى/بغداد، (١٣١١هـ)، كتاب المفقود، ٩٥/١.

(٤) تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان/بيروت، ط٢، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، ٣٤٩/٣.

(٥) هو محمد بن أحمد ، أبو بكر السرخسي شمس الأئمة ،مات في حدود الخمسمائة ، وكان عالماً اصولياً ، من مصنفاته المبسوط في الفقه وأملاه وهو في السجن ، وله مصنفات كثيرة أخرى . ينظر: تاج التراجم : ابو الفداء زين الدين الحنفي (ت٨٧٩ هـ)، المحقق :محمد خير رمضان ، دار القلم / دمشق ، ط١ (١٤١٣هـ/١٩٩٢م):٢٣٤/١-٢٣٥ .

(٦) المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت٤٨٣هـ)، دار المعرفة/بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ٣٤/١١.

(٧) المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبعي المدني (ت١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م)، ٣١/٢.

(٨) روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق/عمان، ط٣، (١٤١٢هـ-١٩٩١م)، ٣٥/٦.

(٩) المغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة (ت٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م)، ٣٨٩/٦.

(١٠) ينظر:تحرير الاحكام :الحسن بن يوسف بن العلامة الحلي ،مؤسسة ال البيت ، ط حجرية، بلا تاريخ :٧٤.

(١١) ينظر: المحلى بالآثار: ابو محمد علي بن احمد بن حزم الاندلسي الظاهري (٤٥٦هـ) ، دار الفكر/ بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ :٣١٦/٩ .

(١٢) مختصر البسيوي : لابي الحسن علي بن محمد البسياني ، سلطنة عمان ، وزارة التراث القومي والثقافة (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) : ٣٢٨ .

(١٣) المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين (١٩٨٠).

(١٤) المادة (٣٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥٠) وتعديلاته: صباح صادق جعفر، مطبعة المغرب، ط٣، (٢٠٠٢).

(١٥) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين/بيروت، ط٤، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م)، مادة (غيب)، ١٩٦/١، والقاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: د.سعدي أبو حبيب، دار الفكر/دمشق-سوريا، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، ٢٧٩/١.

(١٦) المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين لسنة (١٩٨٠).

(١٧)المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين المشار إليه آنفاً.

(١٨) ينظر: الصحاح مادة (أسر)، ٥٧٨/٢.

(١٩) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: فصل الألف والسين، ١١٤/١.

(٢٠) ينظر: أصول الفقه في نسيجه الجديد: مصطفى إبراهيم الزلمي، المكتبة القانونية/بغداد، ط١، (١٤٣٤هـ-٢٠١٣م)، ص١٩٣-١٩٤، وأحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون: د.مصطفى إبراهيم الزلمي، ص١١٦.

(٢١) ينظر: المبسوط للسرخسي: ٣٥/١١-٣٦، والحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: د.احمد محمد علي داود، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م):٥٣٣.

(٢٢) ينظر: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: أبو محمد محمود بن احمد الغيتابي بد الدين العيني (ت٨٥٥هـ)، المحقق: د.احمد عبد الرزاق الكبيسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية/قطر، ط١، (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م):٤٥٦/١.

(٢٣) ينظر: التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف الغرناطي المالكي (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٤م): ٦/٨-٩.

(٢٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي (ت١١٠٤هـ)، دار الفكر/بيروت، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م)، ٢٩/٦، والسراج الوهاج على متن المنهاج: محمد الزهري الغمراوي (ت١٣٣٧هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر/بيروت: ٣٢٩/١.

(٢٥) المغني لأبن قدامة: أبو محمد موفق الدين الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م): ١٣١/٨.

(٢٦) ينظر: المقنع : الشيخ ابو جعفر الصدوق محمد بن علي بن بابويه القمي ، الناشر: مؤسسة الامام الهادي / قم ، المطبعة : اعتماد (١٤١٥هـ) : ٣٥٣ .

(٢٧) نهاية المحتاج: ٢٩/٦، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م):٢٦/٣-٢٧.

(٢٨) المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين لسنة (١٩٨٠).

(٢٩) المادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين المشار إليه آنفاً.

(٣٠) المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين لسنة (١٩٨٠).

(٣١) المادة (٩٤) من قانون رعاية القاصرين المشار إليه سابقاً.

(٣٢) ينظر: أصول الفقه في نسيجه الجديد: مصطفى إبراهيم الزلمي : ١٩٧ .

(٣٣) ينظر: المصدر نفسه: ١٩٧.

(٣٤) ينظر: نهاية المحتاج: ٢٩/٦، ومغني المحتاج: ٢٦/٣-٢٧.

(٣٥) ينظر: الأم: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت٢٠٤هـ)، دار المعرفة/ بيروت، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م)، ٢٥٥/٥-٢٥٦، والهداية في شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار أحياء التراث العربي/بيروت-لبنان، ٤٢٣/٢-٤٢٤، والمغني لأبن قدامة: ٣٨٩/٦.

(٣٦) الحديث أخرجه الدارقطني بإسناد ضعيف، وضعفه البيهقي و أبو حاتم وعبد الحق و ابن القطان وغيرهم، والبدر التمام شرح بلوغ المرام: الحسين بن محمد المغربي (ت١١١٩هـ)، المحقق: علي بن عبد الله، دار هجر، ط١، (رقم الحديث: ٩٢٧)، باب العدة والأحداد:٢٥٠/٨-٢٥١.

(٣٧) قال صاحب المنتقى: الذي رواه عنه خلاس وفي روايته ضعف وأسانيدها غير متصلة وما اتصل منها فليس بقوي، المنتقى شرح المؤطإ: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة، ط١، (١٣٣٢هـ):٩١/٤.

(٣٨) سورة البقرة: الآية (٢٣١).

(٣٩) رواه مالك في الموطأ ورواه ابن ماجة والدارقطني، قال الحاكم في المستدرك: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: جمال الدين أبو محمد الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر/بيروت-لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة/السعودية، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م): ٣٨٥/٤.

(٤٠) أحكام و آثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية): د.محمد سمارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م):٤٢٩-٤٣٠.

(٤١) قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، دار الكتب العلمية / بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩٠م)، رقم الحديث (٣٥٩٨): ٤٦٣/٢.

(٤٢) المغني: ١٣١/٨.

(٤٣) أحكام و آثار الزوجية: ٤٣٠-٤٣١.

(٤٤) التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف الغرناطي المالكي (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٤م): ٤٩٥/٥.

(٤٥) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة/السعودية، ط٢، (١٤٠٠هـ-١٩٨٠م):٥٦٧/٢-٥٧٠.

(٤٦) ينظر: المصدر نفسه: ٥٦٩.

(٤٧) ينظر: المصدر نفسه: ٥٦٩.

(٤٨) المادة ٣٦-٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

الفقرة الرابعة من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٤٩) المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

(٥٠) الاستصحاب: مأخوذ من المصاحبة (مصاحبة الحكم القديم) وهي استدامة حكم سابق في زمان لاحق على أساس عدم ثبوت مزيله، ينظر: أصول الفقه في نسيجه الجديد: مصطفى ابراهيم الزلمي : ١٨٦.

(٥١) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط٢، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م): ١٩٦/٦، وينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري (ت٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، ١٧٦/٥.

(٥٢) ينظر: متن الرسالة: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني المالكي (ت٣٨٦هـ)، دار الفكر، ٩٥/١، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم شهاب الدين الأزهري المالكي (ت١١٢٦هـ)، دار الفكر، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ٤١/٢-٤٢.

(٥٣) ينظر: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الماوردي (ت٤٥٠هـ)، المحقق: علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد، دار الكتب العلمية/بيروت-لبنان، (١٤١٩هـ-١٩٩٩م): ٨٩/٨.

(٥٤) ينظر: المغني لأبن قدامة: ٣٨٩/٦.

(٥٥) ينظر: المبسوط للسرخسي: ٥٤/٣٠، والكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (ت٤٦٢هـ)، والحاوي الكبير: ٨٨/٨-٨٩، والمغني لأبن قدامة: ٣٨٩/٦.

(٥٦) الرسائل العشر: أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠هـ) ، مؤسسة النشر الإسلامي ، ط٢ (١٤١٤هـ) : ٢٧٧ .

(٥٧) إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد : الشيخ ابو طالب محمد بن الحسن الحلي ، مؤسسة اسماعيليان ، ط١ (١٣٨٩هـ) :٣٥٤/٣ .

(٥٨) أحكام المرأة المفقود عنها زوجها في المذاهب الخمسة : احمد فاضل سعدون الجادري :١٩٩ .

(٥٩) ينظر:الانتصار: السيد الشريف المرتضى ابي القاسم علي بن الحسين الموسوي ، المطبعة الحيدرية في النجف الاشرف (١٣٩١هـ- ١٩٧١م) :٧٠٣ .

(٦٠) ينظر: إيضاح الفوائد : ٢٠٦/٤ .

(٦١) ينظر: المصدر السابق : ٢٠٦/٤ .

(٦٢) الفقرة الثانية من المادة (٣٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٦٣) المادة (٢/١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٦٤) المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

المصـادر:

- القران الكريم
(١) المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبعي المدني (ت١٧٩هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م).
(٢) تحرير الأحكام :الحسن بن يوسف بن العلامة الحلي ، مؤسسة آل البيت ، ط حجرية، بلا تاريخ .
(٣) المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن احمد بن حزم الأندلسي الظاهري (٤٥٦هـ) ، دار الفكر/ بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ .
(٤) مختصر البسيوي : أبي الحسن علي بن محمد البستاني ، سلطنة عمان ، وزارة التراث القومي والثقافة (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .
(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري (ت٩٧٠هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط٢.
(٦) معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م).
(٧) التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف الغرناطي المالكي (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٤م) .
(٨) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط٢، (١٤٠٦هـ-١٩٨٦م) .
(٩) الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك، مكتبة الرياض الحديثة/ السعودية، ط٢، (١٤٠٠هـ-١٩٨٠م).
(١٠) المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري (ت٤٠٥هـ)، دار الكتب العلمية/بيروت، ط١، (١٤١١هـ-١٩٩٠م).
(١١) أحكام و آثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية): د.محمد سمارة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م) .
(١٢) نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي: جمال الدين أبو محمد الزيلعي (ت٧٦٢هـ)، مؤسسة الريان للطباعة والنشر/ بيروت-لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة/السعودية، ط١، (١٤١٨هـ-١٩٩٧م) .
(١٣) المنتقى شرح المؤطأ: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت٤٧٤هـ)، مطبعة السعادة، ط١، (١٣٣٢هـ).
(١٤) البدر التمام شرح بلوغ المرام: الحسين بن محمد المغربي (ت١١١٩هـ)، المحقق: علي بن عبد الله، دار هجر، ط١.
(١٥) المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت٤٨٣هـ)، دار المعرفة/بيروت، (١٤١٤هـ-١٩٩٣م).
(١٦) الهداية في شرح بداية المبتدئ: علي بن أبي بكر المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار أحياء التراث العربي/ بيروت-لبنان .
(١٧) الأم: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت٢٠٤هـ)، دار المعرفة/بيروت، (١٤١٠هـ-١٩٩٠م) .
(١٨) نهاية المحتاج: ٢٩/٦ ، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٥هـ-١٩٩٤م) .
(١٩) المغني : أبو محمد موفق الدين الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م).
(٢٠) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة/بيروت.
(٢١) السراج الوهاج على متن المنهاج: محمد الزهري الغمراوي (ت١٣٣٧هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر/بيروت.
(٢٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس شهاب الدين الرملي (ت١١٠٤هـ)، دار الفكر/بيروت، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) .
(٢٣) التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف الغرناطي المالكي (ت٨٩٧هـ)، دار الكتب العلمية، ط١، (١٤١٦هـ-١٩٩٤م).
(٢٤) منحة السلوك في شرح تحفة الملوك: أبو محمد محمود بن احمد الغيتابي بد الدين العيني (ت٨٥٥هـ)، المحقق: د.احمد عبد الرزاق الكبيسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية/قطر، ط١، (١٤٢٨هـ-٢٠٠٧م).
(٢٥) الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: د.احمد محمد علي داود، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، ص٥٣٣.
(٢٦) تاج التراجم ابو الفداء زين الدين الحنفي (ت٨٧٩ هـ)، المحقق :محمد خير رمضان ، دار القلم / دمشق ، ط١ (١٤١٣هـ/١٩٩٢م).
(٢٧) أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون: د.مصطفى إبراهيم الزلمي.
(٢٨) أصول الفقه في نسيجه الجديد: مصطفى إبراهيم الزلمي، المكتبة القانونية/بغداد، ط١، (١٤٣٤هـ-٢٠١٣م).
(٢٩) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: د.سعدي أبو حبيب، دار الفكر/دمشق-سوريا، ط٢، (١٤٠٨هـ-١٩٨٨م) .
(٣٠) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت٣٩٣هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين/ بيروت، ط٤، (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م).

(٣١) المغني: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قدامة (ت٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، (١٣٨٨هـ-١٩٦٨م).
(٣٢) لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفريقي (ت٧١١هـ)، دار صادر/بيروت، ط٣، (١٤١٤هـ) .
(٣٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق/عمان، ط٣، (١٤١٢هـ-١٩٩١م).
(٣٤) المقنع : الشيخ أبو جعفر الصدوق محمد بن علي بن بابويه القمي ، الناشر: مؤسسة الإمام الهادي / قم ، المطبعة : اعتماد (١٤١٥هـ) .
(٣٥) تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان/بيروت، ط٢، (١٤١٤هـ-١٩٩٤م).
(٣٦) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية:عمر بن محمد بن أحمد نجم الدين النسفي (ت٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى/بغداد، (١٣١١هـ).
(٣٧) الرسائل العشر: أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠هـ) ، مؤسسة النشر الإسلامي ، ط٢ (١٤١٤هـ) .
(٣٨) إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد : الشيخ أبو طالب محمد بن الحسن الحلي ، مؤسسة اسماعيليان ، ط١ (١٣٨٩هـ) .
(٣٩) أحكام المرآة المفقود عنها زوجها في المذاهب الخمسة : احمد فاضل سعدون الجادري .
(٤٠) الانتصار: السيد الشريف المرتضى ابي القاسم علي بن الحسين الموسوي ، المطبعة الحيدرية في النجف الاشرف (١٣٩١هـ - ١٩٧١م)
(٤١) الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (ت٤٦٢هـ) .
(٤٢) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الماوردي (ت٤٥٠هـ)، المحقق: علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، (١٤١٩هـ-١٩٩٩م).
(٤٣) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم شهاب الدين الأزهري المالكي (ت١١٢٦هـ)، دار الفكر، (١٤١٥هـ-١٩٩٥م).
(٤٤) الرسالة: أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني المالكي (ت٣٨٦هـ)، دار الفكر.

القوانين :

(١) قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٢) القانون المدني رقم (٤٠) لسنة (١٩٥٠) وتعديلاته: صباح صادق جعفر، مطبعة المغرب، ط٣، (٢٠٠٢).
(٣) قانون رعاية القاصرين لسنة (١٩٨٠).