الشروط الضمنية لعد الغائب قاصرا

أ. ام كلثوم صبيح محمد أ. د. عادل ناصر أ.د. سليمان براك وايح

Implicit Conditions for Considering an Absent Person to be a Minor
Prof. Um Kalthoom Sabeeh Mohammed
Prof. Sulaiman Barak Dayih, Ph.D. Prof. Adil Nasir, Ph.D.

الملخص
لكي يعد الشخص غائبا لابد من تحقق شروط نص عليها المشرع العراقي صراحة عند تعريفه للشخص الغائب في المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ ، الا ان هناك شروطا لابد من توافرها لعد الغائب قاصرا تفهم ضمنا من نص القانون ومما ذكره فقهاء الشريعة والقانون عند بحثهم لموضوع الغائب، ويمكن حصر هذه الشروط بضرورة كون الغائب شخصا طبيعيا ، وان يكون عراقيا مقيما في العراق فضلا عن كونه بالغا عاقلا ، كما يتوجب ان يتعذر رجوعه الى البلد لمدة تزيد عن السنة لظروف خارجة عن ارادته وان يصدر حكم قضائي لعده غائبا ومن ثم شموله بوصف القاصر وان لا يوجد من ينوب عنه في ادارة امواله ورعاية مصالحه.
الكلمات المفتاحية : الغائب ، القاصر ، شروط صريحة ، شروط ضمنية .

Abestruct
For a person to be deemed absent, a number of conditions set forth by the Iraqi legislature must be met. The absent person is defined by Article 85 of the Minors Care Law. However, there are other implicit conditions for considering an absent person a minor that can be found in both law and in writings of Sharia scholars dealing with this topic. Such conditions can be identified as follows: The missing person must be a normal person, of Iraqi nationality, sane, adult, and incapable of returning to Iraq for more than a year due to circumstances beyond his control. A court ruling considering him absent should be issued and then another one considering him a minor and naming a guardian to manage his property and interests.
Key words: Absent, minor, explicit conditions, implicit conditions

المقدمة introduction

أولاً- الموضوع

يتمتع الانسان بالحماية القانونية منذ لحظة ولادته حيا بوصفه شخصا قانونيا طبقاً لما نصت عليه المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بفقرتها رقم (١) والتي جاء فيها (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته) ، ونتيجة منحه هذه الشخصية يتمتع الانسان بكافة الحقوق التي تضمن تحقيق مصالحه ومن ضمنها حقه في الحفاظ على حياته الاسرية وامواله وحريته بالتصرف بتلك الاموال في الحدود التي رسمها القانون ، وتظل هذه الشخصية القانونية ملازمة له حتى وفاته .

واذا كان الاصل في الانسان الحياة سواء اكان موجودا بين اهله او غاب بعض الوقت؛ لان الغيبة عن اهله امر طارئ عليه ، الا ان طول غيابه قد يؤدي الى تغيير وصفه فينقله عن هذا الاصل ومن ثم يعد شخصا قاصرا ، فحينما ينقطع تواجد الشخص بين أهله وكل من تربطه به علاقة شخصية أو مالية ، يصبح الامر معقداً نتيجة الوضع المجهول للغائب الذي يعجز عن الانضمام مع اهله وتوفير احتياجاتهم او التصرف بأمواله؛ بمعنى ان غيبة الشخص قد تؤدي لتضرره نفسه ناهيك عن امكانية تضرر بعض الأشخاص الذين يرتبطون به بعلاقات شخصية او مالية، خاصة بالنسبة للحقوق والالتزامات التي تنتجها علاقته بهم بحيث تبقى تلك العلاقات؛ شخصية كانت ام مالية، معلقة .

ورغم ان الغياب في حقيقته لا يؤثر في الشخصية القانونية للشخص، الا انه يتوجب على كل من يدعي حقا لنفسه في مواجهة الغائب أو تضرر من غيابه ويريد رفع الضرر عن نفس ، اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقضي بعد الشخص الغائب قاصرا ومن ثم شموله بالحماية القانونية التي يوفرها قانون رعاية القاصرين، وهذا حسب ما ورد في المادة (٣/ اولا /د) من قانون رعاية القاصرين، ومن ثم لابد لعد الشخص غائبا وصدور حكم بقصوره من تحقق شروط يمكن استخلاص بعضها صراحة من التعريف الذي اورده المشرع العراقي في المادة ٨٥ من قانون رعاية القاصرين والتي نصت على ان الغائب هو (الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره) فاستنادا لهذا النص يشترط لكي يعتبر الشخص غائبا تحقق مجموعة شروط وضحها صراحة نص المادة اعلاه وتتمثل بتحقق الغيبة ، ومرور فترة زمنية لا تقل عن سنة على تحقق تلك الغيبة مع ضرورة استمرار ورود اخبار منه وعنه، واخيرا يشترط ان يترتب على الغيبة تعطيل مصالح الغائب نفسه او الاخرين ، بينما هناك شروط

ضمنية يمكن استخلاصها من نص المادة نفسها فضلا عما ذكره الفقهاء عند بيان مفهوم الغائب ، ويقصد بالشروط الضمنية تلك الشروط التي لم يتم النص عليها صراحة من قبل المشرع العراقي عند تعريفه للغائب ولكن يمكن التاكيد على ضرورة تحققها كشروط لتحقق صفة الغائب ؛ بمعنى عدم انطباق صفة الغائب على الشخص اذا لم توجد

ثانياً – مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث بعدم وجود دراسات على الغائب والشروط اللازم توافرها فيه وحدود تلك الشروط صريحة كانت ام ضمنية لان اغلب الدراسات تركز على المفقود .

ثانياً -أهمية البحث

أما اهمية البحث فتتمثل بضرورة رسم تنظيم قانوني لتحديد متى يعد الشخص غائباً ومن ثم يمكن الحكم بقصوره لضمان حمايته وحماية المتعاملين معه .

رابعاً- خطة البحث

وبغية توضيح هذه الشروط سنقسم بحثنا الى ثلاثة مطالب ثلاثة نخصص الاول للشروط الضمنية المتعلقة بشخص الغائب نفسه، اما الثاني فنوضح فيه الشروط الضمنية المتعلقة بظروف الغائب ، والمطلب الثالث نبين فيه الشروط الضمنية المتعلقة بحكم الحجر وكالاتي :

المطلب الاول :- الشروط الضمنية المتعلقة بشخص الغائب نفسه

The first requirement: Implicit conditions related to the person of the absent person himself

لا يكفي توافر الشروط الصحيحة لعد الشخص غائبا بل أن هناك شروطا تفهم ضمنا ينبغي تحققها حتى يمكن للقضاء العراقي التدخل واصدار الحكم بقصور الغائب ، ولعل أهم تلك الشروط الضمنية ما يتعلق بالغائب نفسه ، وهي شروط مرتبطة به كشخص يبغي القضاء حمايته من خلال ضمان الحفاظ على امواله ، ولتوضيح هذه الشروط الضمنية المتعلقة بالغائب نفسه نقسم هذا المطلب الى الفروع الثلاثة الاتية :

الفرع الاول : ان يكون الغائب شخصا طبيعيا

The first section: The absent person must be a natural person

منذ بدء الخليقة والى الان يعد الانسان محور اهتمام الباحثين من اجل التعرف عليه ومساعدته بغية تجنب اي شئ ممكن ان يؤثر على ادائه في اي مجال من مجالات الحياة، والقانون – كما بينا سابقا- يعترف بالشخصية القانونية لكل انسان صغيرا كان ام كبيرا ، الا ان هناك اعتبارات كثيرة دفعت المشرع الى

اضفاء صفة الشخص القانوني لغير الشخص الطبيعي ، ونحن هنا نقصد الشخص المعنوي او الشخصية الاعتبارية ، فالشخص المعنوي في حقيقته عبارة عن مجموعة اشخاص او مجموعة اموال تتكاتف فيما بينها او ترصد لتحقيق غرض معين وهدف مشروع من خلال اكتساب الشخصية القانونية حكما اي بنص القانون ؛ بمعنى ان الشخص المعنوي يتجسد بالمؤسسات والهيئات او الجماعات التي يريد المشرع ان يعترف بها ويعطيها الحق في ممارسة كافة انواع التصرفات القانونية في التعامل وتكون كالشخص الطبيعي من حيث امتلاكها لذمة مالية مستقلة عن الاشخاص الذين كونوها كما تكون لها صلاحية اكتساب الحقوق – الا ما كانت ملازمة للصفة الانسانية- وتحمل الالتزامات شأنها في ذلك شأن الشخص الطبيعي[١]، بالاستناد الى ما تقدم يتبين لنا ان الشخص المعنوي في حقيقته ليس شخصا طبيعيا، وان كان يحتاج الى الاشخاص الطبيعيين ليتولوا ادارة شؤون مصالحه واموله.

ونظرا لان المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين عرفت الغائب بانه (الشخص الذي غادر العراق ....) وبما ان النص جاء مطلقا والمطلق يجري على اطلاقه فعندئذ يطرح التساؤل هل صفة الغائب تنطبق على جميع الاشخاص طبيعين ومعنويين ؟

الانسان كشخص طبيعي يمكن تصور مغادرته للبلد او اختفائه ومن ثم امكانية عده غائبا؛ بمعنى ان وصف الغائب يشمل الاشخاص الطبيعيين ، الا ان التساؤل يثار حول مدى امكانية عد الشخص المعنوي غائبا ؟

وللاجابة عن هذا السؤال لابد من القول ان الشخص المعنوي يستمد وجوده واهليته من اعتراف القانون به فوجوده كشخصية هو مجرد فرضية قانونية واهليته اعتبارية، ومن ثم فانه لا يمكن تصور انعدام ذلك الوجود او تلك الاهلية الا بانعدام الشخص المعنوي ذاته وهذا يعني زواله ، كما لا يمكن تصور حدوث نقص في اهليته لانه ليس شخصا طبيعيا يمكن ان يعتريه جنون او عته او سفه او غفلة(٢)، ولذا فان المنطق يؤكد عدم امكانية عد الشخص المعنوي غائبا مادام تم تسجيله في السجلات الرسمية ومنحه الشخصية القانونية ؛ فاذا تم تثبيت وجود الشخص المعنوي في سجلات الدولة فهو يعد موجودا وان غاب الشخص الذي يتولى ادارته او الاشخاص الذين اجتمعوا لتكوينه .

الفرع الثاني: ان يكون الشخص عراقيا مقيما في العراق

Section Two: The person must be an Iraqi residing in Iraq

إن وجود الدولة يتوقف على إنضمام شعب تحت لوائها حيث يحصل كل فرد من ابناء الشعب على الصفة الوطنية التي تنسبه الى تلك الدولة من خلال منحه جنسيتها ، ومن ثم خضوعه لاحكام قوانينها المختلفة ، اما من لا ينتمي الى شعب الدولة فيعد اجنبيا عنها ، ولان نص المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين جاء مطلقا باعتماده لفظ (الشخص) وليس المواطن ومن ثم هل يمكن القول ان وصف الغائب يمتد ليشمل جميع الاشخاص الذين تتوافر فيهم شروط الغائب وطنيا كان ام اجنبيا ؟

جواب هذا السؤال ان وصف الغائب لا يمكن ان يشمل الا العراقي وذلك لانه يترتب على منح وصف الغائب ان يتم اتخاذ اجراءات معينة تتطلب تدخل مرفق عام من مرافق الدولة والذي يتمثل بدائرة رعاية القاصرين، ومعلوم ان دائرة رعاية القاصرين تتولى تنظيم شؤون العراقيين من القاصرين دون الاجانب، ولذا ولكي يعد الشخص غائبا في القانون العراقي ومن ثم خضوعه لاحكام القوانين العراقية ومنها القانون المدني وقانون رعاية القاصرين فانه يشترط ان يكون عراقيا ، والعراقي حسب تعريف المشرع في الفقرة (ب) من المادة رقم (١) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ هو (الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية)(٣).

استنادا الى ما سبق فانه لكي يعد الشخص غائبا لابد ان يكون من حملة الجنسية العراقية (اصلية كانت ام مكتسبة) ولذلك لا يدخل ضمن وصف الغائب العراقي الذي تنازل عن جنسيته العراقية واكتسب جنسية دولة اخرى حتى لو كان مقيما في العراق ، ولا يشمل وصف الغائب الشخص الاجنبي الجنسية حتى ولو كان مقيما في العراق وغادره بعد ذلك(٤).

اما اذا كان الشخص الغائب مزدوج الجنسية ؛ بمعنى انه يحمل الجنسية العراقية فضلا عن جنسية دولة او عدة دول اخرى فانه يعتبر عراقيا اذا تحققت بقية الشروط اللازمة لعده غائبا وهذا ما اكده نص الفقرة ٢ من المادة ٣٣ من القانون المدني العراقي والتي نصت على (على ان الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة اجنبية او عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه) .

ولابد ان يكون هذا العراقي مقيما في العراق وغادره الى بلد اخر او ترك محل اقامته المعتاد الى مكان اخر مجهول داخل العراق ؛ بمعنى ان العراقي المقيم اصلا في بلد اخر غير العراق وغادره الى بلد اخر ، او غير مكان اقامته داخل

ذلك البلد الى مكان اخر دون معرفة مكان وجوده ، لا يمكن عده غائبا استنادا لنص المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين التي بينت ان الغائب (الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه).

الفرع الثالث :- ان يكون الشخص بالغا عاقلا

Section Three: The person must be a sane adult

لابد لكي نستطيع عد الشخص غائبا ومن ثم اتخاذ التدابير التي نص عليها قانون رعاية القاصرين في حقه وعده قاصرا من ان يكون بالغا لان غير البالغ لا يجري عليه قلم وهو محجور عليه لذاته ومن ثم هو يعد بحكم الاصل قاصرا لعدم تعلق حكم بقوله على نفسه ومن ثم فلا يمكن تصور ان يتعلق به على غيره حكم[٥]، والبلوغ حسب نص المشرع العراقي يقترن بالرشد ، واستنادا لنص المادة(١٠٦) من القانون المدني العراقي[٦] فإن سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة ؛ بمعنى ان البلوغ القانوني يتحقق بتمام الثامنة عشرة من العمر[٧]. فالانسان عند اتمامه هذه السن يمكنه أن يميز بين الحسن والقبيح وبين النافع والضار ؛ بمعنى انه يستطيع فهم البيع والشراء وتمييز الغبن الفاحش عن الغبن اليسر وذلك لاكتمال نضج عقله ومن ثم فهو يستطيع تقييم التصرفات التي يجريها بشكل دقيق، ولهذا تعتبر أهلية أدائه في إجراء التصرفات القانونية كاملة وبالاستناد لهذه الوجود التام للاهلية اباح القانون له الحق في القيام بجميع انواع التصرفات.

وهنا لابد من التاكيد على ان الفترة العمرية التي يكون فيها الشخص بالغا تختلف من مشرع إلى آخر حسب الزمان والمكان[٨]، ففي العراق، هي إتمام الثامنة عشرة من العمر استنادا لنص المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي، اما في مصر فيعد الشخص بالغا بعد اتمامه سن الرشد الذي هو ٢١ سنة استنادا للمادتين (٢/٤٤ و ٢/٤٥) ، وبذلك فإن الفترة التي يعد فيها الشخص صغيرا ومن ثم يعامل كقاصر ناقص تمييز في القانون المصري أطول من الفترة التي يقضيها الصغير في القانون العراقي[٩]، والواقع أن تمتع الشخص بالتمييز ليس له سن معينة منضبطة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها، فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعا لاختلاف الاشخاص واختلاف بيئاتهم ناهيك عن مدى استعدادهم العقلي والصحي ، ولكن الفقهاء قاموا بتحديد مراحل الادراك والتمييز ومن ثم تحديد متى يعد الشخص بالغا بالسنوات رغبة منهم في توحيد الاحكام للجميع ، ومنع اضطرابها واستندوا في تحديدهم هذا الى الحالة الغالبة ، ونتيجة لهذا التحديد المتمثل بجعل سن البلوغ مشروطة بسن محدد تم تسهيل مهمة القضاء بتيسير امكانية معرفته ومن ثم التاكد من مدى تحقق الشرط من عدمه ، لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه[١٠]، وعليه فانه

يشترط ان يكون الشخص قد اتم الثامنة عشر من العمر – وتحققت بقية الشروط- حتى يمكن عده غائبا.

كما يتوجب ان يكون الشخص عاقلا حتى يمكن عده غائبا[١١] ومن ثم يخرج من نطاق الغائب وان كان يدخل في نطاق القصر الشخص عديم الاهلية الذي وبالرغم من وصوله الى سن الرشد الا انه يكون فاقدا لعقله ويقصد به المجنون[١٢]؛ فالمجنون هو شخص لديه مرض ادى الى زوال عقله فحدث اختلال في القوى المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة ومن ثم فهو لا يدرك عواقب اقواله وافعاله ويصحبه اضطراب وهياج غالبا[١٣]، وهو شخص عديم التمييز فهو محجور لذاته اذ لا يؤخذ منه لا قول ولا فعل ومن ثم فهو يعد قاصرا ويخضع لاحكام قانون رعاية القاصرين دون حاجة لتحقق بقية شروط الغائب ؛ بمعنى اننا لا نحتاج للحكم بعد المجنون غائبا لعدم تعلق حكم باقواله او تصرفاته من حيث الاصل .

وقد لا يكون الشخص فاقدا لاهليته بشكل كامل بل يكون الشخص ناقص الاهلية نتيجة قصور عقله ووجود نقص فيه كالمعتوه المميز[١٤] الذي يحق له القيام بالتصرفات التي يستطيع الصبي المميز القيام بها ، وتتمثل حصرا بالتصرفات النافعة نفعا محضا دون التصرفات التي تضر به ضررا محضا والتي يحظر عليه القيام بها في حين تكون التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة وليه ، فهكذا شخص يعد قاصرا بحكم القانون ومن ثم يخضع للحماية التي يوفرها قانون رعاية القاصرين للمشمولين باحكامه دون حاجة للغيبة كظرف ينبغي تحققه حتى يعد قاصرا.

المطلب الثاني : الشروط الضمنية المتعلقة بظروف الغائب

The second requirement: implicit conditions related to the circumstances of the absent person

اذا غاب شخص عن محل اقامته المعتاد مدة تزيد على السنة ما أدى الى تضرر مصالحه او مصالح الغير من المتعاملين معه او المرتبطين به يتوجب اتخاذ الاجراءات اللازمة لضمان الحفاظ على امواله وحقوقه ومصالحه لدرء الضرر عنه او عن الاخرين ، ولا يمكن القيام بتلك المحافظة الا من خلال تقرير الحجر على تلك الاموال والممتلكات نتيجة عدم وجود صاحبها ومن ثم تكليف من ينوب عنه في ادارتها ، ولكن ولكي نقرر امراً جللاً كهذا لابد من التأكد من عدم قدرة هذا الشخص على العودة ، فان كان بامكانه الرجوع فهو أولى بالمحافظة على امواله وحقوقه ، وكذا الامر اذا كان قد ترك من ينوب عنه ؛ لان ترك الوكيل يعني أن تلك الاموال والحقوق مأمون عليها لوجود من يتابعها ويحافظ عليها من

عبث الاخرين ، اما ان تعذر تحقق الشرطين فعندئذ يتوجب الحجر على اموال الغائب بعده قاصرا ونوضح كلا الشرطين في الفرعين الاتيين .

الفرع الاول : عدم رجوع الشخص الى محل اقامته طوال المدة المحددة (ما يزيد عن سنة) لظروف قاهرة منعته من ذلك

Section One: The person does not return to his place of residence for the specified period (more than one year) due to force majeure circumstances that prevent him from doing so.

وهو شرط لم يقرره المشرع العراقي الا اننا نرى ضرورة اضافته ، اذ لابد ان يرفق مع ضابط المدة كمعيار زمني ضابط اخر يتمثل بمدى قدرة الشخص الغائب على العودة لبلده حتى يمكن تبرير منحه الحماية القانونية والحفاظ على امواله ومن ثم منع الضرر عنه وعن غيره ، ومن ثم فاذا كان بامكان الشخص العودة لبلاده حتى لو كان في الجانب الاخر من الكرة الارضية فلا يعد غائبا ، اما اذا لم يكن باستطاعته العودة الى بلده فيعد غائبا حتى ولو كان مكان وجوده على حدود البلد او في داخله[١٥].

ومن الامور التي يمكن عدها ظرفا قاهراً جميع انواع الكوارث الطبيعية من زلازل او حروب او عواصف تحول دون عودة الشخص الى بلاده او مكان اقامته المعتاد ومن ثم تمنعه من ادراة شؤون حياته بنفسه او من خلال وكيل ينوب عنه بارادته ، كما يمكن عد المرض ظرفا قاهراً كأن يكون الشخص مريضا او مرتبطا بمريض لا يستطيع تركه ، وكذا الامر في حالة تدهور العلاقات الدولية بين الدولة التي يوجد فيها الشخص ودولة موطنه الاصلي كنزاع على الحدود او بسبب موقف سياسي مما ينجم عنه قطع العلاقات السياسية والاقتصادية بين الدول او حالة فرض منع التجوال وغلق الحدود كما حدث عند انتشار فايروس كورونا او حالة التهديد بالقتل او ظاهرة التهجير التي شاعت في بلدنا وكذلك حالة اسقاط او سحب الجنسية من الشخص فهذه صور لما يمكن عده ظرفا قاهرا يمنع الشخص من العودة الى بلاده ، او محل اقامته المعتاد.

وقد يقول البعض ان اشتراط تحقق الظرف القاهر لمنح صفة الغائب يمثل في حقيقته شرطا لحماية مصالح الغائب ولكنه قد يؤدي في الوقت نفسه الى الاضرار بمصالح الغير المتضرر فعلا من غيبة الشخص ؛ بمعنى انه قد لا يوجد ظرف قاهر يمنع الشخص من العودة ولكنه لا يعود بارادته فهنا هو لن يعد غائبا ولن يحجر على امواله مما قد يترتب عليه اضرار بمصالح الاخرين فهل يمكن القول ان هذا الشرط يمثل مجافاة للعدالة لانه يحابي الشخص المتعنت عن العودة على حساب مصالح الاخرين المتضررين من غيبته ؟

وللاجابة عن هذا التساؤل نود أن نبين ان دعوتنا لاشتراط الظرف القاهر لعدم العودة كمبرر لمنح صفة الغائب نريد به مصلحة الجميع من خلال تدخل الدولة لتعيين نائب عن الغائب حسن النية ، وحصر امواله ومن ثم انصاف كل من له حق على الغائب فضلا عن توفير الحماية للغائب بالاساس كونه لا يستطيع العودة لسبب خارج نطاق قدرته وارادته ، اما عند عدم تحقق الظرف القاهر لمنع عودة الشخص فعندئذ يعد حاضرا ويعامل معاملة الشخص الموجود فعلا دون حاجة للغير لانتظار مرور مدة تزيد على السنة للحصول على حقه فضلاً عن محاولة اثبات تحقق جميع الشروط اللازمة لعد الشخص غائبا .

الفرع الثاني : عدم وجود وكيل ينوب عن الغائب في ادارة شؤونه التي لا يستطيع حتما اداراتها بنفسه بحكم غيابه

The second section: The absence of an agent to represent the absent person in managing his affairs, which he is inevitably unable to manage himself due to his absence.

هذا الشرط يفهم ضمنا من خلال مفهوم المخالفة لنص المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين النافذ والتي جاء فيها (اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيما عليه)؛ بمعنى انه اذا كان للغائب وكيل فلا يحق للمحكمة التدخل بتعيين قيم عليه(١٦).

فالأصل في الالتزامات القانونية أن يباشر الشخص بنفسه القيام بتنفيذ كل ما يترتب على عاتقه من واجبات ناجمة عن التزاماته القانونية ، ولكن قد تحدث ظروف تحول دون قدرة الشخص على تنفيذ التزاماته بنفسه كالمرض او قلة الخبرة او السفر او الغيبة مما يؤدي الى ضرورة حلول غيره محله لتنفيذ التزاماته من خلال توكيل ذلك الغير او جعله نائبا عنه ؛ فالوكالة والنيابة تسمح للانسان ان يكون حاضرا في اكثر من مكان من خلال وكلائه او نوابه ، وهي بذلك تمثل ضمانة لتسهيل تنفيذ الالتزامات وانجاز المعاملات ، كما ان الوكالة والنيابة تسهم في تسهيل امور الاشخاص عن طريق تمكينهم من اجراء تصرفات قد يتعذر عليهم ابرامها بانفسهم ، ومن ثم فهي تسهل التعاقد مع ضمان حقوق الافراد الذين لو حرموا من توكيل او انابة غيرهم لما تمكنوا من استيفاء حقوقهم او المحافظة عليها .

واتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف عقد الوكالة – رغم اختلاف الالفاظ المستعملة – على ان الوكالة في حقيقتها هي " عقد يتم فيه تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة الى غيره ليفعله في حياته "(١٧) او هي " اقامة الإنسان غيره مقام نفسه بالقيام بتصرف، فإذا وكل شخص آخر عنه في عمل غير مشروع كانت الوكالة غير صحيحة لأن الموكل نفسه لا يملكه شرعا "(١٨).

وعرف المشرع العراقي الوكالة في المادة (٩٢٧) من القانون المدني والتي نصت على ان الوكالة هي (عقد به يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)[١٩]، والوكيل يكون بطبيعة الحال كامل الاهلية وموجودا في البلد ، ذلك لانه لا يتصور ان يتولى شخص ادارة اموال الغائب وهو بنفسه غائب ، والا فان الحكمة من وجود الوكالة تكون قد انتفت(٢٠).

واستنادا للوكالة تحل ارادة النائب محل ارادة الاصيل للقيام باجراء تصرف قانوني ؛ بمعنى ان الوكيل يمثل النائب الاتفاقي لان مصدر نيابته هو عقد الوكالة[٢١].

بالاستناد لما تقدم اذا كان الشخص الغائب قد عين وكيلا ينوب عنه في تنفيذ التزاماته مما يمنع تعطيل مصالحه او المساس بمصالح الاخرين فانه لا يتصور عندئذ امكانية عد ذلك الشخص غائبا لوجود من ينوب عنه بارادته بمعنى انه يعد كالحاضر طالما كانت لديه القدرة على مراقبة ذلك الوكيل وتوجيهه[٢٢]، وعندئذ يتوجب على المحكمة " ان تحكم بتثبيت هذه الوكالة في حالة توفر الشروط الواجب توفرها في الوصي في الوكيل المختار"[٢٣].

المطلب الثالث : الشروط الضمنية المتعلقة بحكم الحجر

The third requirement: implicit conditions related to the quarantine ruling

لا يمكننا الكلام عن غائب وتقرير قصوره بسبب تلك الغيبة من تلقاء أنفسنا بل لابد من تحقق شروط صريحة واخرى ضمنية حتى يمكن الحجر على امواله ومن ثم تعيين قيم للاشراف على ادارة تلك الاموال والمحافظة عليها ، وهو امر لا يتصور صدوره الا من قبل سلطة رسمية تبحث في تحقق تلك الشروط واصدار قرارها بالحجر على الغائب بعدّه قاصرا ، وتتمثل تلك السلطة بالقضاء الذي تناط به مهمة التأكد من تحقق شروط الغيبة ومن ثم اصدار حكم قضائي ملزم بالحجر على الغائب القاصر، الا أنه ولكي يتدخل القضاء يتوجب رفع دعوى امامه لذا نقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي:

الفرع الاول: رفع دعوى الحجر Section One: Filing a stone claim

لم ينص المشرع العراقي على شروط اجرائية ينبغي تحققها لعد الشخص غائبّا ؛ اذ لم يُشترط اقامة دعوى لعد الشخص غائبا بشكل صريح لا في القانون المدني ولا في قانون رعاية القاصرين ، ولكن قد يطرح تساؤل حول الكيفية التي يمكن التاكد بها من عدّ الشخص غائبا، فمن الذي سيتحقق من عدم وجود الشخص ومغادرته لمكان اقامته مع استمرار ورود معلومات واخبار منه ؟ ومن سيتأكد من مرور الزمن المحدد في القانون وتعطيل المصالح ؟ وهل يكفي مرور المدة

المحددة في القانون لعد الشخص الذي غادر العراق او ترك مكان اقامته المعتاد غائبا؟

ان الاجابة عن الاسئلة السابقة يقتضي وجود مصدر رسمي يثبت غيبة الشخص بعد التحقق من تحقق جميع شروطها ضمانا لاستقرار المعاملات وعدم مفاجأة الاشخاص بعدهم غائبين والحجر على اموالهم لمجرد سفرهم لمدة من الزمن خارج البلاد او تغييرهم لمحل اقامتهم ، فضلا عن الحفاظ على اموال من اضطر للمغادرة بسبب تهديد او تهجير . وهذا المصدر الرسمي لا يمكن الا ان يكون حكم محكمة يثبت حالة غياب الشخص ومن ثم عده قاصرا ؛ بمعنى أن الحكم القضائي هو شرط جوهري لعد الشخص غائبا ، وهو الوسيلة القانونية الوحيدة لاضفاء صفة الغائب على الشخص ؛ لان الحكمة من اثبات غيبة الشخص تتجسد في ان " الغائب كامل الاهلية الا ان المشرع رأى اقامة وكيل عنه لرعاية امواله وادارتها والمحافظة عليها اثناء غيبته"[٢٤]، ولا يمكن أن يصدر الحكم الا برفع دعوى امام المحكمة للمطالبة بعد شخص ما غائبا ومن ثم وبعد التأكد من تحقق غيبته يعد قاصرا ويتم تعيين قيم عليه ان لم يكن عنده وكيل اختياري ينوب عنه .

ويعد شرط رفع دعوى لاستصدار حكم بالغيبة والقصور شرطا ضمنيا يفهم من نص المادة (٨٨) التي ورد فيها (اذا لم يكن للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه) ، وهذا يعني ان المحكمة تتدخل لتعيين القيم فالاولى ان تتدخل بداية لعد الشخص غائبا حتى يمكنها بعد ذلك ان تعين من يتولى ادارة امواله[٢٥]، كما ان المادة (٩٢) من قانون رعاية القاصرين قد نصت على انه (تنتهي الغيبة بزوال سببها او بموت المفقود او بحكم من المحكمة المختصة بعده ميتاً) ، فمن النص يتبين لنا ان حكم محكمة الاحوال الشخصية ضروري لانهاء حالة الغيبة او الفقد ومن ثم فهو يكون ضروريا لاعلان حالة الغيبة ابتداءً.

ولإستصدار هذا الحكم يجوز لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى قضائية يطالب من خلالها الحكم بغياب الشخص ، والحكم يكون كاشفا لحالة الغيبة ، فبدون رفع الدعوى لا يمكن للقضاء ان يتدخل ومن ثم لا يتصور اصدار حكم قضائي ؛ فالمشرع عندما يضع القواعد، يضعها عامة ومجردة، والقاضي يفسرها ويفصل حسب كل حالة على حدة، ومن ثم فإن دور المشرع ينحصر في تذكير القاضي بتغليب مصلحة الغائب او الاخرين ويخول له مهمة تحديد ما تشتمل عليه من الناحية العملية، بمعنى انه وبمقتضى هذا المبدأ، يتوجب على القاضي تفسير معنى النص القانوني وتحديد محتواه لحل القضية المعروضة أمامه، فيتقدم باجتهاد قريب للحقيقة والواقع، وخاصة ونحن أمام مادة أغلبية أحكامها اجتهادية ، وبهذا نستنتج

ان اصدار حكم قضائي لعد الشخص غائبا هو من شروط الغائب ومن ثم لا يترتب اي اثر قبل صدور الحكم[٢٦].

الفرع الثاني : صدور حكم قضائي بالحجر

Section Two: Issuance of a judicial ruling of interdiction

اذا رفعت دعوى للمطالبة بعد شخص ما غائبا وتم اثبات تحقق شروط الغائب – الصريحة والضمنية - واقتنع القاضي بتلك الادلة وبتحقق الغيبة فالمفروض ان يتم تحديد المدة التي بانتهائها يعتبر الشخص غائبا ؛ بمعنى يحدد القاضي اجلا[٢٧]، ولكن اذا انتهى ذلك الاجل المضروب من القاضي هل يشترط الرجوع للمحكمة من جديد للحكم بعد الشخص غائبا او ان انتهاء الاجل يجعل الشخص في حكم الغائب القاصر دون الحاجة الى حكم ؟ بالنسبة للفقه الاسلامي في المسألة قولان :

القول الاول: لابد من صدور حكم القاضي بعد الشخص غائبا فلا يكفي مضي المدة[٢٨]

القول الثاني: لا حاجة لصدور حكم ثاني لعد الشخص غائبا بل يكفي مضي المدة[٢٩].

اما في القانون فبالرجوع لقانون رعاية القاصرين ، فانه يمكننا القياس ومن ثم تطبيق مايتم العمل به في حالة المفقود –لان الفقد صورة من صورة الغيبة- حيث يقوم القاضي باصدار حكم قبل الفصل في الموضوع - لا يكون قابلا للطعن الا مع الحكم في الموضوع - ويتضمن هذا الحكم قبل الفصل تحديد مدة للحكم بعدها يعد الشخص غائبا، فاذا انقضت المدة يقدم المعني بطلب الحجر عريضة لاستصدار حكم بعد الغائب قاصرا والحجر على امواله وتنصيب قيم على تلك الاموال، مع مراعاة خصوصية هذا الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لارتباطه بمدة معينة هي تلك المدة التي حددها المشرع والتي تزيد على السنة ليحكم بعد انتهائها بعد الشخص غائبا[٣٠].

فاذا قرر القاضي عدّ الشخص غائبا توجب عليه اصدار حكم بالحجر عليه، والحجر في اللغة معناه المنع مطلقا سواء من التصرفات القولية او من غيرها[٣١]، اما في الاصطلاح فيقصد به " منع شخص عن التصرفات القولية او عن التصرفات التعاقدية عن نفاذها ، اما الافعال فلا تكون محلا للحجر "[٣٢]، وقد عرفت المادة (٩٤١) من مجلة الاحكام العدلية الحجر بانه (منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجورا).

يتضح مما تقدم أن القاضي يحكم بالحجر على الشخص اذا ثبت غيابه ، ومن ثم يتم تعيين قيم عليه لادارة امواله ، والقيم هو ذلك الشخص الذي تقيمه

المحكمة وينوب عن الغائب من خلال تمثيله والقيام على رعاية امواله وادارتها وفقا لاحكام القانون(٣٣).

الخاتمة Conclusion

بعد ان انتهينا من بحثنا نورد اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وكالاتي :

اولا : النتائج

١- لفظ الغائب يشمل الذكر والانثى لان احكامهما مشتركة ولان اللفظ في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي يشمل المذكر المؤنث حيثما يرد ، الا اذا وجد نص صريح يقضي بخلاف ذلك او اقترن اللفظ بقرينة استلزمت قصره على المذكر او المؤنث .

٢- الغيبة تقتصر على الاشخاص الطبيعيين لان الشخص المعنوي وجوده واهليته مستمدان من اعتراف القانون كون شخصيته مجرد فرضية قانونية واهليته اعتبارية، ومن ثم فانه لا يتصور انعدام ذلك الوجود او تلك الاهلية الا بانعدام الشخص المعنوي ذاته وهذا يعني زواله ، كما لا يمكن تصور قصور اهليته لانه ليس شخصا طبيعيا يمكن ان يعتريه جنون او عته او سفه او غفلة ، فاذا تم تثبيت وجود الشخص المعنوي في سجلات الدولة فهو يعد موجودا وان غاب الشخص الذي يتولى ادارته او الاشخاص الذين اجتمعوا لتكوينه .

٣- ان وصف الغائب لا يمكن ان يشمل الا العراقي وذلك لانه يترتب على منح وصف الغائب اتخاذ اجراءات معينة تتطلب تدخل مرفق عام من مرافق الدولة والذي يتمثل بدائرة رعاية القاصرين، ومعلوم ان دائرة رعاية القاصرين تتولى تنظيم شؤون العراقيين من القاصرين دون الاجانب ، ولذا ولكي يعد الشخص غائبا في القانون العراقي ومن ثم يخضع لاحكام القوانين العراقية ومنها القانون المدني وقانون رعاية القاصرين فانه يشترط ان يكون عراقيا.

٤- لابد لكي نستطيع عد الشخص غائبا ومن ثم اتخاذ التدابير التي نص عليها قانون رعاية القاصرين في حقه وعده قاصرا من ان يكون بالغا لان غير البالغ محجور عليه لذاته وهو بحكم الاصل قاصر لعدم تعلق حكم بقوله على نفسه ومن ثم فلا يمكن تصور ان يتعلق به على غيره حكم ، كما يتوجب ان يكون عاقلا راشدا لان عديم العقل يعد قاصرا بحكم القانون ومن ثم يخضع للحماية التي يوفرها قانون رعاية القاصرين للمشمولين باحكامه دون حاجة للغيبة كظرف ينبغي تحققه حتى يعد قاصرا.

٥- لا يشترط لعد الشخص غائبا مجهولية مكان وجود الشخص فقد يكون الشخص معلوم مكان الوجود خارج البلد فضلا عن استمرار تواصله مع اهله ومعرفة اخباره الا انه يعد غائبا رغم تحقق هذا العلم ، ويتوجب عدم قدرته على العودة؛ فاذا كان بامكان الشخص غير الموجود في بلاده او محل اقامته المعتاد العودة حتى لو كان في الجانب الاخر من الكرة الارضية فلا يعد غائبا ، اما اذا لم يكن باستطاعته العودة الى بلده فيعد غائبا حتى ولو كان مكان وجوده على حدود البلد او في داخله .

٦- اذا كان الشخص الغائب قد عين وكيلا ينوب عنه في تنفيذ التزاماته مما يمنع تعطيل مصالحه او المساس بمصالح الاخرين فانه لا يتصور عندئذ امكانية عد ذلك الشخص غائبا لوجود من ينوب عنه بارادته بمعنى انه يعد كالحاضر طالما كانت لديه القدرة على مراقبة ذلك الوكيل وتوجيهه .

٧- يعد حكم القاضي بتثبيت حالة غياب الشخص ومن ثم عده قاصرا مصدرا رسميا يثبت غيبة الشخص بعد التحقق من تحقق جميع شروطها ضمانا لاستقرار المعاملات وعدم مفاجاة الاشخاص بعدهم غائبين والحجر على اموالهم لمجرد سفرهم لفترة من الزمن خارج البلاد او تغييرهم لمحل اقامتهم ، فضلا عن الحفاظ على اموال من اضطر للمغادرة بسبب تهديد او تهجير؛ بمعنى أن الحكم القضائي هو شرط جوهري لعد الشخص غائبا.

ثانيا : التوصيات

لابد ان يرفق مع ضابطي المدة كمعيار زمني وتعطيل المصالح كمعيار موضوعي لعد الشخص غائبا ضوابط اخرى يتوجب النص عليها صراحة في القانون لقطع سبيل التحايل على القانون او منع تاخر الحكم بعد الشخص غائبا ومن ثم الحكم بقصوره، ولعل اهم الضوابط التي نرى ضرورة اضافتها للنص القانوني تتمثل بمدى قدرة الشخص الغائب على العودة لبلده حتى يمكن تبرير منحه الحماية القانونية، والحفاظ على امواله ومن ثم منع الضرر عنه وعن غيره، فضلا عن ضرورة النص على استصدار حكم قضائي، بمعنى اننا نفضل تعديل النص ليخصص الغياب بالشخص الذي لا يستطيع العودة الى العراق لوجود ظروف قاهرة تحول دون عودته ورافق عدم امكانية عودته استحالة توليه لشؤونه بنفسه فضلا عن عدم امكانية مراقبته لمن ينوب عنه حتى يشمل بالحماية المدنية للغائب من خلال عده قاصرا ، والنص الذي نقترحه كتعديل لنص المادة ٨٥ من قانون رعاية القاصرين هو الاتي : (الغائب هو كل شخص غادر العراق ومنعته ظروف قاهرة من الرجوع إليه او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون

ان تنقطع اخباره واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه، أو أن يشرف عليها من ينيبه في إدارتها وترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره وصدر حكم قضائي بغيبته).

الهوامش

(١) للتفصيل ينظر : د. ماهر صالح علاوي الجبوري : مبادئ القانون الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٦، ص٣١. ؛ د. مسعود بو صنوبرة : اساس وشروط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد ٢ ، ٢٠٠٩، ص٢٢١ ومابعدها .

(٢) وقد نصت المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي على الشخصيات المعنوية وهي كل من (الدولة – الادارات والمنشات العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها – الالوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها – الاوقاف ...).

(٣) وان كان يمكن عد الشخص المعنوي قاصرا بالنسبة للتصرفات الصادرة منه والتي تتجاوز الاهداف التي تم انشاؤه من اجل تحقيقها ؛ اي التصرفات التي لا يحق له القيام بها والتي تتجاوز ما تم تحديده في سند انشائه .

(٤) وعرفت المادة (١٨) فقرة اولا من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ العراقي بانه (يعد عراقيا كل من ولد لاب عراقي او لام عراقية) في حين عرفت الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الملغي العراقي بانه (الشخص الحائز على الجنسية العراقية حسب ولادته او تجنسه او بوجه اخر) .

(٥) والاجنبي وفق مفهوم المخالفة لنص فقرة (ب) من المادة (١) من قانون الجنسية العراقية النافذ هو ذلك الشخص الذي لا يمتلك الجنسية العراقية ، ويدخل كذلك ضمن مسمى الاجنبي كل شخص يقيم في اقليم الدولة العراقية ولا يمتلك جنسية اي دولة اخرى فمثل هذا الشخص يعد اجنبيا في نظر جميع الدول ، للمزيد ينظر : د. حسن الهداوي : الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي ، بغداد ، ط٤، مطبعة الارشاد ، ١٩٦٣، ص ٣٠٧ .

(٦) الماوردي، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب : الاحكام السلطانية والولايات الدينية ، الطبعة الثانية ، مطبعة البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٣٨٦هـ، ص٥٣.

(٧) وسن البلوغ هو نفسه سن الرشد في القانون العراقي.

(٨) محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦، ص٣١٤ .

(٩) نرى في هذا المجال أن كل مشرع محق في موقفه، فبالنسبة للقانون العراقي فإن الصغير يصبح كامل أهلية الأداء بمجرد إكماله(١٨) من عمره، وهو سن مقبول للرشد لأنه في هذا السن وبحسب اغلب اراء الفقه والطب النفسي وعلماء الاجتماع قد وصل الى درجة جيدة من النضوج العقلي تؤهله للتصرف بما يفيد مصلحته فضلا عن قدرته على تحمل الخسارة والفشل الذي قد يلحق به ، اما بالنسبة لتحديد المشرع المصري فان تحديد سن ٢١ كاساس للرشد يجعل من الشخص أكثر نضجاً عقلياً فضلا عن اكتسابه للمزيد من الخبرات بشكل يفوق نظيره العراقي، وهذا قطعا سيؤدي الى زيادة فرص النجاح في سلوكه القانوني.

(١٠) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج١، ص٦٠١ .

(١١) لان المشرع اشترط ان تترتب على غيبة الشخص ضرر يلحق به او بالاخرين والمجنون لايعتد باقواله او افعاله ومن ثم لا يتوقع ان يلحق بسبب غيبته ضرر على الاقل بالاخرين ، فضلا عن وجود شروط سنوضحها لاحقا تستلزم وجود العقل حتى يمكن الحكم بعد الشخص غائبا الامر الذي يقتضي اخراج المجنون من دائرة الاشخاص الغائبين .
(١٢) فالمجنون هو " كل شخص اختل تمييزه بين الامور الحسنة والقبيحة ومن ثم فهو لا يقدر على ادراك عواقب اقواله او افعاله " التفتازي ، سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي : شرح التلويح على التوضيح (التلويح الى كشف حقائق التنقيح) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة نشر ، ج٢، ص ٣٣١ ، وقيل بان المجنون " كل شخص زال شعور قلبه مع بقاء حركة اعضائه وقوتها " الشربيني ، الشيخ محمد بن احمد الخطيب : الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ ، ج٢، ص٤٢٠ ؛ وينظر : الرملي : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، مصدر سابق ، ج٦، ص٣٠٨.؛ احمد فتحي : المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي ،دار الشروق ، بيروت ، لبنان، الطبعة الثالثة ،١٩٨٤، ص٢٧٠ .
(١٣) ينظر : محمد ابو زهرة : الاحوال الشخصية ، ط٣ ، دار الفكر العربي ، لبنان ، بدون سنة نشر ، ص ٤٧٣ . ؛ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ، مصدر سابق، ص٥٨٦.
(١٤) العته: نقص العقل من غير جنون وغالبا ما يصيب الشخص بسبب التقدم في السن او المرض؛ فهو عارض يضعف القوة العقلية ولكنه لا يعدمها ؛ فالمعتوه لا يستطيع ادراك الامور ادراكا صحيحا ، د. حسن علي الذنون : اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠، نبذة ٨٩، ص٧٦، ومن ثم فهو كالجنون لكن من دون هياج ؛ اي انه جنون هادئ ، وقد عرفته المادة ٩٥٤ من مجلة الاحكام العدلية بانه (المعتوه هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا). وقد اعتبر المشرع العراقي في المادة ١٠٧ المعتوه محجور لذاته لذلك فان الاهلية التي يمتلكها هي نفس اهلية الصبي المميز؛ اي تتمثل باهلية الاداء الناقصة .
(١٥) نص قانون الاسرة الجزائري في المادة (١١٠) منه على هذا الشرط عندما عرف الغائب بانه الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته وادارة شؤونه بنفسه او بواسطة غيره لمدة سنة وتسبب غيابه بضرر للغير ، كما نص على هذا الشرط قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ حيث نصت المادة(٢٠٣) منه على (يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره) ، كما نصت المادة (١٠٩) منه قبل تعديلها على انه (١- اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول .....) اما بعد تعديلها بموجب قانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٩ فقد الغي شرط العذر واصبح النص كالاتي (إذا غاب الزوج أكثر من سنة جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي التفريق لتضررها من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه) .
(١٦) هذا الشرط استلزمته بعض التشريعات بشكل صريح ومثال ذلك نص المادة (٢٠٣) من قانون الاحوال الشخصية السوري والذي جاء فيه (..... الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه ...) وكذا الامر بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة (١١٠) في قانون الاسرة والمشرع اليمني في المادة (٥٣) من القانون المدني اليمني والتي نصت صراحة على (... ولم يكن له وكيل او ولي او وصي ....).
(١٧) الشربيني : مغني المحتاج ، مصدر سابق ،ج٢، ص ٢١٧ .؛ وينظر كذلك الرملي : نهاية المحتاج ، مصدر سابق، ج٥، ص١٤.؛ ابن عابدين في حاشيته ، مصدر سابق، ج٤، ص٤٠٠.؛ الحطاب : مواهب الجليل ، مصدر سابق ، ج٥، ص١٨١.؛ المرداوي : الانصاف ، مصدر سابق ، ج٥، ص٣٥٣.
(١٨) محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الاسلامي : تاريخه ومصادره ونظرياته العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص٦٢٧ .؛ وينظر كذلك قدري عبد الفتاح الشهاوي : احكام عقد الوكالة

في التشريع المصري المقارن ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١، ص١٠.؛ علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفر للنشر، الجزائر، ٢٠١٠، ص١٢.
(١٩) وعرفت المادة (١٤٤٩) من مجلة الاحكام العدلية الوكالة بعدها تفويض احد في شغل لاخر واقامته مقامه في ذلك الشغل ويقال لذلك الشخص موكل ولمن اقامه مقامه وكيل ولذلك الامر موكل به، ويقابله نص المادة (٢٩٩) من القانون المدني المصري والمادة (٢٢٥) من القانون المدني السوري ، والمادة (١٩٣٤) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٥٧١) من الامر ٥٨/٧٥ الجزائري .
(٢٠) احمد خيرت : محاضرات في احكام الولاية على المال ، مصدر سابق ، ص١-٢.
(٢١) ينظر : قدري عبد الفتاح الشهاوي : احكام عقد الوكالة في التشريع المصري المقارن ، مصدر سابق ، ص١٠.؛ علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مصدر سابق ، ص١٢.
(٢٢) الا انه لابد من التاكيد على انه اذا جاوز الوكيل حدود وكالته او امتنع عن تنفيذ التزاماته دون علم الموكل الغائب فعندئذ يمكن المطالبة بعد الشخص غائبا من قبل من تعطلت مصالحه (الغائب نفسه او الغير).
(٢٣) د. عصمت عبد المجيد بكر : احكام رعاية القاصرين ، مصدر سابق ، ص ٦١.
(٢٤) د. عصمت عبد المجيد بكر : احكام رعاية القاصرين ، مصدر سابق ، ص ٦١ .
(٢٥) كما يمكننا الاستعانة بنص المادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين والتى جاء فيها (يتم الاعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة، ..) فطالما ان المفقود هو صورة من صور الغائب – كما سنوضح لاحقا – فانه يتوجب اصدار حكم في حالة الغائب من باب اولى طالما ان هناك ضرر يترتب نتيجة هذه الغيبة ، كما ان قانون المرافعات المدنية العراقي نص على اختصاصات محاكم الاحوال الشخصية بالنظر بالامور الاتية:- (٢-الولاية والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم او الوصي وعزله ومحاسبته والاذن بالتصرفات الشرعية والقانونية (م٢/٣٠٠) على ان يتم التقيد بالاحكام الواردة في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م.وهذا يعني ضرورة رفع دعوى للحجر على اموال الغائب وتعيين قيم . كما نصت الفقرة السادسة من نفس المادة على انه يدخل ضمن اختصاص محكمة الاحوال الشخصية (٦ - المفقود وما يتعلق به (٦/٣٠٠) مع مراعاة اختصاصات مديرية رعاية القاصرين بشأن المفقود الواردة بالمادة (٨٥ وما بعدها) قاصرين.
فمن نص المادة اعلاه نجد ان المشرع العراقي قد اعطى للمحكمة حق النظر في دعاوى الغائب اذ اشار الى المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين وهي المادة التي عرفت الغائب ؛ بمعنى ان المشرع وان استعمل لفظ المفقود الا انه عده صورة من صور الغيبة ومن ثم فالاولى ان يتم اصدار حكم الغيبة من قبل المحكمة الا انه لا يشترط الاعلان عن الغائب لانه شخص معلوم الحياة لاستمرار وصول اخباره، وان كان يتوجب التاكد من تاريخ بداية غيبته وقد وضحنا طريقة الاعلان عند الكلام عن الشروط الصريحة لعد الشخص غائبا.
(٢٦) وهذا ما اكدته مديرة دائرة رعاية القاصرين السيدة (هند عبد جميغ) في المقابلة الميدانية التي اجرتها الباحثة معها ، وسبق ذكرها ، حيث اكدت ان دائرة رعاية القاصرين لا يمكن ان تتدخل وتصدر حكما بالحجر على اموال اي قاصر ما لم يصدر حكم من محكمة الاحوال الشخصية بعده قاصرا ، وهذا الكلام ينطبق على الغائب اذ لا يمكن ان يتم تعيين قيم على امواله مالم يعد غائبا بناء على حكم محكمة .
(٢٧) بالنسبة لقانون رعاية القاصرين تزيد المدة عن سنة وتختلف باختلاف اسباب الغيبة واحوالها وظروف الشخص الغائب والحالات التي يغلب عليها السلامة .
(٢٨) وهذا هو راي الحنفية في الغالب عندهم وهو قول عند المالكية وبه اخذ الشافعية وقول عند الحنابلة . للتفصيل ينظر : الكاساني : بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج٢، ص٢٦١.؛ الحطاب: مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٥، ص٤٩٧.؛ ابن قدامة : المغني ، مصدر سابق ، ج١١، ص٢٥١.؛ محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن قاسم : المستدرك على مجموع الفتاوى ، ط١، ١٤١٨، ج٤،

ص٢٢٦.؛ الدسوقي: حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج٢، ص٤٣١.؛ الموسوعة الفقهية الكويتية ، مصدر سابق، ج٢٩، ص ٧٣.
(٢٩) وهو القول الراجح عند الحنابلة وقول للحنفية والمالكية، ينظر المصادر نفسها اعلاه.
(٣٠) وليس هناك ما يمنع من رفع دعوى جديدة لاستصدار حكم بالحجر على اموال الغائب بعد انتهاء المدة طالما ليس هناك نص يحدد كيفية استصدار الحكم بعد انتهاء المدة .
(٣١) ابن منظور : المعجم الوسيط ، مصدر سابق ، ج١، ص١٥٧.
(٣٢) د. عصمت عبد المجيد بكر: احكام رعاية القاصرين، مصدر سابق، ص٤٣، هامش١؛ وينظر كذلك: المذكرة التوضيحية لمشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص١٤٧.
(٣٣) محمد كمال حمدي : الولاية على المال ،مصدر سابق ، الجزء الاول ، ص٢٧١.؛ وينظر كذلك : شامل رشيد الشيخلي :احكام المفقود بين الشريعة والقانون ، مجلة القضاء ، العددان الاول والثاني ، ١٩٧٦، ص٣٧.

المصادر :

اولا : المصادر الفقهية

I-ابن قدامة موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد : المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو ، دار الكتب ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٧.
II-ابن منظور، الامام العلامة ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي المتوفي سنة ٧١١هـ: لسان العرب ، دار صادر ، بيروت، الطبعة الثالثة ، ١٤١٤هـ.
III-التفتازي ، سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي : شرح التلويح على التوضيح (التلويح الى كشف حقائق التنقيح) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون سنة نشر .
IV-الحطاب محمد بن محمد المغربي : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ط٣، دار الفكر ، بيروت، ١٩٩٢.
V-الدسوقي، محمد بن احمد بن عرفة : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،عيسى البابي الحلبي ،بلا سنة نشر .
VI-الشربيني ، الشيخ محمد بن احمد الخطيب : الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٥هـ .
VII-الكاساني، ابو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، الطبعة٢ ، بيروت ، ١٩٨٦ .
VIII-الماوردي ، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب : الاحكام السلطانية والولايات الدينية ، الطبعة الثانية ، مطبعة البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٣٨٦هـ.
IX-محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن قاسم : المستدرك على مجموع الفتاوى ، ط١، ١٤١٨.

ثانيا : المصادر الفقهية

X-احمد فتحي : المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي ،دار الشروق ، بيروت ، لبنان، الطبعة الثالثة ،١٩٨٤.
XI-حسن علي الذنون : اصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠.
XII-د. حسن الهداوي : الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي ، بغداد ، ط٤، مطبعة الارشاد ، ١٩٦٣.

XIII- شامل رشيد الشيخلي :احكام المفقود بين الشريعة والقانون ، مجلة القضاء ، العددان الاول والثاني ، ١٩٧٦.
XIV- عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الاسلامي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ج١ .
XV- د. عصمت عبد المجيد بكر : احكام رعاية القاصرين ، دراسة في قانون رعاية القاصرين العراقي مع الاشارة الى تشريعات عربية والقانون العربي الموحد للاحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، الطبعة الاولى ، ٢٠١١.
XVI- علي فيلالي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفر للنشر، الجزائر، ٢٠١٠.
XVII- قدري عبد الفتاح الشهاوي : احكام عقد الوكالة في التشريع المصري المقارن ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.
XVIII- د. ماهر صالح علاوي الجبوري : مبادئ القانون الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٦.
XIX- محمد ابو زهرة: الاحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر العربي ، لبنان ، بدون سنة نشر .
XX- محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٦.
XXI- محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الاسلامي: تاريخه ومصادره ونظرياته العامة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠.
XXII- د. مسعود بو صنوبرة : اساس وشروط المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد ٢ ، ٢٠٠٩

ثالثا : القوانين

XXIII-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
XXIV-قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
XXV-قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠
XXVI-دستور العراق لسنة ٢٠٠٥
XXVII- قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.
XXVIII-القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
XXIX-القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
XXX-قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣.
XXXI- القانون المدني الفرنسي رقم ١٤٤٧.٧٧ الصادر في ٢٨ كانون الاول ١٩٧٧.
XXXII- قانون الاسرة الجزائري رقم ١١-٨٤ الصادر سنة ١٩٨٤.
XXXIII- القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢.