أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

تمهيد :

إن موضوع الغائب والمفقود من أهم المواضيع التي عالجها الفقه والقانون و أعطاها اهتماما بالغا، ونظرا لمختلف الأحكام التي تترتب على هذا الموضوع فإنه من الجدير بالذكر أولا إعطاء معنى عام وشامل لمصطلحي "الغائب"و "المفقود"، ثم تبيان كل ما يتعلق بمفهوميهما من تعريفات وتميزات .

أولا : بيان معنى الغائب والمفقود عند أهل اللغة

لقد أعطى اللّغويين معاني كثيرة لمصطلحي الغيبة والفقدان .

1-أ الغائب في اللّغة :

الغيبة : بالفتح – مصدر غاب وهي البعد ، يقال غاب الشيء يغيب غيبا وغيبة وغيابا أي بعد ، وتستعمل بمعنى التواري ، يقال : غابة الشّمس إذا توارت عن العين .[1]

غيب : الغيب : الشّك ، والغيب: كل ما غاب عنك ، وغاب عني الأمر بطن، وغاب الرجل غيبا ومغيبا ، وتغيب : سافر أو بان.

والمغايبة : خلاف المخاطبة .

وامرأة مُغِيبٌ ،ومغْيِبٌ ،ومُغِيبَةٌ، غاب بعلها أو أحد من أهلها. ويتغايبون أي يغيبون ، وأغاب القوم ، دخلوا في المغيب.[2]

---

[1]- الموسوعة الفقهية الجزء واحد وثلاثون(31) (عموم، غيلة) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، طبعة اولى (1414هـ - 1994م)، صفحة 319.

[2]- لسان اللسان ، تهذيب لسان العرب ، للإمام العلامة ابن منظور المتوفي في سنة 711هـ، صفحة 288.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

1-ب الغائب في اصطلاح الفقهاء

معنى الغيبة عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي للغياب "انتقال الزوج بدون زوجته إلى موطن آخر غير الموطن الذي كان فيه بيت الزوجية "وحياته معلومة ومكانه معروف ويمكن الاتصال به ، أي هو من سافر من بلده إلى بلد أخر ولم يعد إليه لفترة حيث تكون غيبة غير منقطعة .

والغائب هو من لا يمكن وصول الرسائل إليه ، بأن يكون غير معلوم محل الإقامة أو معلوما ، لكن لا سبيل إلى مراسلته ومخاطبته.[3]

ويخرج مفهوم الغيبة من إقامته في بلده مع تركه لمنزل الزوجية ، وتدخل في مفهوم الهجر الذي يمكن على أساسه طلب التفريق للإيذاء .[4]

هذا ولقد أشار القانون الجزائري في مادته 110 قانون أسرة على أن الغائب:الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود .

كما عرفه كل من القانون المصري والسوري وهذا على سبيل المثال .

2-أ المفقود في اللغة :

فقد : فقد الشيء : يفقده فقدا وفقدانا وفقودا ، فهو مفقود وفقيد : أي عدمه.

والفاقد من النساء التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها ، وهي الثكول .

وظبية فاقد وبقرة فاقد : شبع ولدها .

---

[3]- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، للدكتور أحمد فراج حسن ، طبعة 2003، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، صفحة 265.

[4]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور أحمد فراج حسين والدكتور محمد كمال إمام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، صفحة 129.

والتفقد ، تطلب ما غاب من الشيء ، وافتقد الشيء طلبه .

وتفاقد القوم أي فقد بعضهم بعضا : ويقال مات فلان غير فقيد ولا حميد أي مكترث لفقدانه .

والفقد : شراب يتخذ من الزبيب والعسل .

والفقدة : الكشوت وهو نبات .[5]

ومن قوله تعالى :﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ ﴾[6].

2-ب المفقود في اصطلاح الفقهاء:

عرفه علماء الشريعة بتعريفات مختلفة :

أولا : هناك من عرفه على أنه : غائب لم يدر موضعه وحياته وموته ، وأهله في طلبه يجدّون وقد انقطع عنهم خبر وخفى عليهم أثره ، فبالجد قد يصلون إلى المراد ، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم الأخر .

ثانيا : وعرفه البعض على أنه : اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ، ولكن خفي الأثر ، كالميت باعتبار المآل ، وأهله في طلبه يجدون لخفاء أثر مستقره لا يجدون ، قد تنقطع عليهم خبره ، واستقر عليهم أثر ، فبالجد ربما يصلون إلى المراد ، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد .

ثالثا : وعرفه آخرون بأنه الغائب الذي لا يدر حياته ولا موته ، أي من غادر مكانه ولم يعد إليه وجهلت حالته.[7]

---

[5]- لسان اللسان ، تهذيب لسان للإمام العلامة ابن منظور ، المرجع السابق ، صفحة 328.

[6]- القرآن الكريم الآية 20 من سورة النمل .

[7]- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة) للدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، طبعة 2003، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، صفحة 16. 17 .18.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

فالمفقود إذا غائب جهلت حياته ، وهو الغائب الذي لا يدر أهو حي أم ميت ، وزوجته أي (المفقود) تبقى في عصمته حتى يصدر حكم القاضي بوفاته أو تثبت بالبينة .[8]

ولقد أشار القانون الجزائري إلى تعريف المفقود في مادة 109 أسرة على أنه :" هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

ثانيا : الفرق بين الغائب والمفقود وما يدخل في حكمهما

لقد ورد حكم كل من المفقود والغائب في المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة الجزائري فعرفت المادة 109 المفقود بالشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته ولا موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم .

وعرفت المادة 110 الغائب على أنه من منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل ، مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير واعتبرته كالمفقود.

إذا يختلف الغائب عن المفقود ، وفيما تم التطرق إليه من خلال التعريفات السابقة للغائب والمفقود فإن :

الغائب من غادر موطنه إلى موطن أخر ولم يعد إليه لفترة وحياته معلومة ومكانه معلوم وقد يمكن

الاتصال به ، حيث تكون غيبته غير منقطعة.[9] وتكون هذه الغيبة لسنة فأكثر حتى يحكم على هذا الشخص بالغياب .

---

[8]- مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والنفقة وحقوق الأولاد في الفقه والفتوة والقضاء ، منشورات الحلمي الحقوقية ، صفحة 455.

[9]- فتاوى على موقع من الإنترنت www.islam web.net/ver2/Fatwa.

أما المفقود فهو الغائب ، لكن غيبته منقطعة أي أنها مستمرة ، حيث ينقطع معها خبره ، فلا تعرف حياته من مماته ، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم .[10]

هذا ولكل من الغائب والمفقود أحكام خاصة بكل منهما ، وإن اتفقت في مواضع إلا أنها تختلف في أخرى وهذا ما سنصب عليه بحثنا بدراسة مفصلة فيما سيأتي.

ويدخل في حكم الغائب كل من الأسير والمعتقل باعتبار أنه تعلم حياته ، وتتشابه أحكامه فيما يتعلق بطلب التفريق من طرف الزوجة ، وهذا ما قال به البعض حيث لم يفرقوا بين الغيبة الاختيارية والغيبة القهرية في طلب التفريق . فأسير الحرب أو المعتقل يأخذ حكم الغائب إذا امتد أسره أو اعتقاله سنة فأكثر ، بغض النظر عن البعد إن كان اختياريا أو قهريا ، إذا كان المناط في ذلك تضرر الزوجة ، وهناك من رأى أنه لا يجوز طلب التفريق بالنسبة لكل من زوجة الأسير والمعتقل لاعتباره كغائب بعذر وذلك نصا للمادة 132 من مشروع الأحوال الشخصية لمجمع البحوث الإسلامية التي فرقة بين الأسير والمعتقل الذي ألقي بهم إلى هذا المصير الدفاع عن الوطن وتدابير الاعتقال ، وبين المسافر الغائب بلا عذر .[11]

كما يعتبر المحبوس غائبا ، إذا تجاوزت مدة حبسه السنة ولقد كان هناك اختلاف فيما يخص حكمه بالنسبة لزوجته في طلب التفريق ، فهناك من رأى عدم جواز ذلك لاعتبار المحبوس كالأسير والمعتقل باعتباره غائب معلوم الحياة ولأنه معذور وهذا ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة .

غير أن بن تيمية والفقه المالكي يجيزون ذلك ، آخذين بعين الاعتبار الضرر اللاحق بالزوجة من جراء هذا الغياب.

---

[10]- وفقا للمادة 109 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[11]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور محمد أحمد سراج والدكتور محمد كمال إمام ، المرجع السابق ، صفحة 132.

هذا ويخرج من حكم الغائب كل من الغرقى والهدمى ، ليدخلوا في حكم المفقود باعتبار أن حياتهم غير معلومة ، وباعتبار حالتهم فإنهم لا تغلبوا عليهم السلامة ، وذلك نظرا للظروف التي تم فقدهم فيها كالزلازل والفيضانات ومختلف الظروف التي يتم أخذها بعين الاعتبار في الحكم عليهم بالفقدان

ثالثا:أقسام المفقود باعتبار الغيبة و المكان المفقود فيه :

يأخذ المفقود أقسام مختلفة و ذلك :

أ- باعتبار الغيبة :

1-مفقود في غيبة ظاهرها السلامة أي يغلب على الظن بقاءه على قيد الحياة . كالأسير و المسافر أو العمرة أو لطلب العلم أو التجارة ، أو السياحة ، أو نحو ذلك .

2- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك أي يغلب على الظن موته ، كمن فقد بين الصفين في القتال ، فإنه يغلب على الظن هلاكه .

و كذلك من فقد في الحروب الأهلية و هي الفتن الجماعية كمن فقد في الحرب العالمية و كذلك من فقد بأرض عمّها القتال . كمن فقد في حرب الخليج ،أو فقد في غارات حربية ،أو في غرق سفينة أو تحطم طائرة أو فقد في الزلزال أو طوفان أو نحو ذلك [12].

ب – باعتبار المكان المفقود فيه :

1) مفقود في أرض الإسلام في حال الرخاء ، سواء كان سفره للتجارة أو للعلم ، أو للسياحة ، أو نحو ذلك .

[12]- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة ،للدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 19

2) المفقود في أرض الإسلام حال الفتنة يفقد في معتركها ، كمن فقد في حرب الخليج بأرض العراق و كمن فقد في سفينة غرقت بأهلها إثر غارة ، أو كمن فقد في زلزال أو سيل أو نحو ذلك.

3) المفقود بأرض العدو و المعترك بين الصفين . أي في حالة حرب بين طائفتين واحدة مؤمنة و أخرى كافرة .[13]

4) المفقود في دار الشرك كالأسير لا يعلم له خبر إن كان ميتا أو حيا فتنقطع أخباره .

و على كل فالمفقود في هذه الحالات أحكام تختلف باختلاف الفقدان سيتم التطرق إليها لاحقا .

رابعا : متى يكون الحكم بالغياب و الفقدان

لا يعتبر الشخص غائبا إلا إذا غادر موطنه إلى موطن آخر و منعته ظروف طارئة أو قاهرة من الرجوع إليه فتعطلت مصالحه و تسبب غيابه في ضرر الغير ذلك لمدة سنة أو أكثر ، حسب المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري هذا و إن ثبتت وفاة الغائب بالبينة فإن حكم القاضي يستند إلى التاريخ الذي حددت البينة وفاته [14]، و هنا تكون وفات الغائب حقيقية .

وإن اعتمد الحكم على الاجتهاد وغلبة الظن فهناك قولان :

قال أبو حنيفة ومالك : الحكم بموته يرجع إلى تاريخ فقدانه.

وقال الشافعي وأحمد : يعتبر ميتا من تاريخ الحكم بوفاته.

هذا وهناك من قال أنه تقدر مدة لوفاة المفقود ، وهناك من قال لا تقدر وإنما يبقى الاجتهاد للقاضي.

---

[13] -- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة ،للدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 20

[14] - الفقه الإسلامي و أدلته للدكتور وهبة الزحيلي ، الجزء الثامن دار الفكر ، الجزائر ص 425 .

أما المالكية والحنابلة : فقالوا لا تقدر مدة، والراجح عند المالكية أن تمضي سبعون سنة ، والمعتمد عند الحنابلة أن تمضي تسعون سنة.

أما الحنفية في ظاهر الرواية والصحيح من الشافعية فقالوا : لا تتخذ ويحكم بوفاته عند الحنفية حين وفاة أقرانه الذين في بلده فلا يبقى منهم أحد، ويجتهد القاضي بحسب تقديره عند الشافعية بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها.[15]

ومثل المفقود في اعتباره ميتا بحكم القاضي باجتهاده : الأسير الذي يجهل أمره والمرتد إذا لحق بدار الحرب وهو على ردته وحكم القاضي بوفاته فإنه يعتبر ميتا من وقت صدور الحكم ولو كانت حياته متيقنة وتجري عليه أحكام من مات فعلا.[16]

وسنتناول أحكام الغائب والمفقود بالتفصيل فيما سيأتي –إن شاء الله– وذلك في الشريعة الإسلامية والقانون في دراسة مقارنة.

---

[15]- الفقه الإسلامي وأدلته ، للدكتور وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، صفحة 425.

[16]- نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان 2002، صفحة 67. 68.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

مقدمة :

الحمد لله الذي لا إله إلا هو خالق الأكوان، الذي لا تصادف سهام الأوهام في عجائب صنعه مجرى ، و لا ترجع العقول عن أوائل بدائعه إلا والهة محيرّا ، ولا تزال طوائف نعمه على العالمين تتوالى اختيارا وقهرا ، فسبحانه ذا الجلال و الإكرام الذي كتب الموت على عباده فأذلهم بها هدما وكسرا ، تم بث بذور النطاف في أراضي الأرحام وأنشأ منها خلقا وجعله لكسر الموت جبرا وتنبيها على أن بحار القادر فياضة على العالمين نفعا وضرا ، وخيرا وشرا ، وعسرا يسرا ، وطيا ونشرا .

والصلاة على محمده الحبيب خاتم النبيين المبعوث بالأنذار والبشرى ،و على آله وصحبه صلاة لا يستطيع لها الحساب عدا ولا حصرا ، وسلم تسليما كثيرا .

أما بعد :

نظرا للتطورات الحاصلة في وقتنا هذا التي فرضت اختلاف المصالح وتباعدها مما اقتضى ذلك السفر لقضاء ما يريده الإنسان من تجارة وعلم وغيرها ، فكثر على أثر هذا الفقد والغياب ، إذ يخرج الشخص في هذه البلاد وقد لا يعود ويسمى غائبا ، فأصبح الناس في حيرة من أمره . وفي حكم ميراثه وأمواله وكذلك ما تفعل زوجاته .

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

كما كثرت حوادث السفن والطائرات ، والحروب والغارات خاصة على المجتمعات المسلمة فعلى اثر كل حادثة من هذه الحوادث أو حرب من هذه الحروب نجد مفقودين، فما حكم هؤلاء بالنسبة أموالهم وزوجاتهم وغير ذلك من شؤونهم التي بقية معلقة.

لهذا كان اختيارنا لموضوع : أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون .والذي لم نتناوله هكذا اعتباطيا وإنما هو راجع إلى الاختلاف الحاصل في الآراء الفقهية التي درست هذا الموضوع من الجهة الشرعية ، واختلاف المشرعين القانونيين من جهة أخرى .

وقد اقتضى منهج البحث الذي فرضته علينا الدراسة أن نستهله بمقدمة ثم بتمهيد الذي تحدثنا فيه عن تعريفات اللغوية والاصطلاحية والقانونية للغائب والمفقود معا والفرق بينهما وبين ما يدخل في حكمهما .

ثم ارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين ، الفصل الأول تحث عنوان : أحكام الغائب بين الشريعة والقانون تعرضنا فيه إلى الدراسة الفقهية وما جاءت به من اختلافات في الآراء في جانب الشريعة الإسلامية إضافة إلى القوانين الوضعية مما فرض علينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، المبحث الأول يتناول الغائب من الجانب الشرعي في أحكامه ،والمبحث الثاني :يتناول الغائب وأحكامه من الجانب القانوني، وجاء فيهما عناصر مختلف نظمناها على شكل مطالب وجاءت كالتالي : التعريف للغيبة، غيبة الولي في النكاح ، ونفقة زوجة الغائب وهي عناصر خاصة بالمبحث الأول ، أما المبحث الثاني جاءت عناصره مرتبة كالآتي: أحكام الغائب في القانون المصري ، وأحكامه في القانون السوري وأخيرا أحكامه في القانون الجزائري .

أما فيما يخص الفصل الثاني فقد جاء بعنوان : أحكام المفقود بين الشريعة والقانون ، وأدرجنا تحته مبحثين ، مبحث الأول : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ودرسنا فيه على شكل مطالب العناصر التالية : مدة الحكم بموت المفقود وأثار هذا الحكم ، ظهور المفقود بالموت أو الحياة وأحكام كل منهما . والمبحث الثاني على شكل دراسة قانونية لأحكام المفقود جاء تحث عنوان : أحكام في

المفقود في القانون ، وأخذناه في ثلاثة نماذج للدراسة : القانون المصري والقانون السوري والقانون الجزائري ، وهذه القوانين هي ما شكلنا بها مطالب المبحث الثاني .

وأخيرا خلصنا إلى خاتمة رصدنا فيها مجموعة من الاستنتاجات وجاءت هذه الأخيرة بمثابة بيان لحصاد وثمار البحث ، وحاولنا فيها إيجاز ما توصلنا إليه من نتائج وتوخينا أن يكون هذا العمل أكثر توسعا.

ولكن ليس كل ما يصبوا إليه المرء يجده سهل المنال ، فنحن بدورنا وأثناء بحثنا اعترضتنا جملة من الصعوبات في انجازه وإتمامه ولعل من أبرزها : أن الدراسات في هذا المجال قليل مما كلفنا هذا البحث جهودا كبيرا في جمع مادته ومراجعه التي تكاد تكون نادرة خاصة على مستوى مكتبتنا ، الأمر الذي أدى بنا إلى التنقل إلى مكتبات أخرى بالإضافة إلى التحفظات التي واجهتنا للحصول على المعلومات والإحصائيات خاصة تلك المتعلقة ببلادنا ، للاستعانة بها كمجال تطبيقي لبحثنا.

وهذا نظرا للغموض الذي مازالت تتميز به العشرية الأخيرة التي عاشتها الجزائر الحبيبة ، إلى أن توصلنا في آخر المطاف إلى تحقيق صورة عامة حول هذا الموضوع محاولين إظهار ملامحه على شكل مذكرة متوا ضعة لم تحمل الموضوع مكتملا بل اقتصر على عناصر معينة ، فاسحبن المجال لدراسات أخرى أكثر عمقا.

ونتمنى أن يجد هذا البحث صداه عند كل قارئ ، وإجابة لدى كل متسائل خاصة طلبتنا الكرام . والله من وراء القصد .

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

الفصل الأول: أحكام الغائب بين الشريعة والقانون

إن الغائب مهما كانت صفته كشخص ، ومهما تعددت أسباب غيابه ، فإن غيبته هذه تترتب عليها أحكام وآثار مختلفة تناولتها كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، وهذا ما سيتم التطرق إليه مفصلا في مبحثين ، حيث نتناول في المبحث الأول ، أحكام الغائب في الشريعة الإسلامية ، ومختلف الآراء الفقهية التي تناولتها ، فحين نتناول في المبحث الثاني بعض الأحكام التي عالجتها بعض القوانين الوضعية ولاسيما منها العربية باعتبارها تنبع من شريعتنا الإسلامية أساس الحق والحقيقة.

المبحث الأول : أحكام الغائب في الشريعة الإسلامية

لقد تناولت شريعتنا الإسلامية أحكام متعلقة بالغائب ولقد جسدها علماءها وفقهاءها في أحكام متنوعة هذا وإن اتفقوا عليها في جانب إلا أنهم اختلفوا فيها في جانب أخر ، غير أن هذا الاختلاف لم يكن بمثابة جدل بينهم بقدر ما كان إثراء لاجتهادات فقهية أخرى.

وعليه فسنتناول في هذا المبحث أهم الأحكام التي تناولتها الشريعة في موضوع الغيبة وهي : التفريق للغيبة (أي لغيبة الزوج) ورأي المذاهب الفقهية في ذلك ويكون هذا في المطلب الأول فحين

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

نتطرق في المطلب الثاني: إلى غيبة الولي في النكاح ، في حين نتناول في المطلب الثالث: أثر غيبة الزوج في نفقة زوجته.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

المطلب الأول : التفريق للغيبة

إن الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار ، وتعني ربّ الأسرة ورعايته لها ، فإذا غاب الزوج دون عذر فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى ، وتصبح به الفرقة ثابتة حيث أن الطبيعة البشرية تجعل فراق الزوج لزوجته مدة طويلة أمر شديد الضرر فيما يتعلق بالآثار السلبية على الصحة النفسية، وهو أيضا بالغ الضرر فيما يتعلق بأثره على الكيان الأخلاقي.[17]

ولذلك فإن التفريق للغيبة اختلف الفقهاء في جوازه وانقسمت أرائهم إلى قولين كما كان الاختلاف في أسباب وشروط هذه الغيبة ونوعها.

الفرع الأول : الآراء الفقهية حول جواز أو عدم جواز التفريق للغيبة

إن الاختلاف في هذه المسألة مبني أساسا على اختلافهم في حق دوام الوطء. هل هو حق للرجل فقط وليس للزوجة فيه حق ؟ أو أنه حق للزوجة أيضا مثل ما هو حق للزوج؟

البند الأول : عدم جواز التفريق بين الزوجية للغيبة مطلقا

وهو قول ذهبت إليه الشافعية فهم يمنعون أن تكون الغيبة في التفريق بين المرأة وزوجها ، سواء في ذلك أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر.

أما فيما يتعلق بالوطء فذهبوا إلى أنه حق للزوج فقط وليس للزوجة فيه حق ، حيث قالوا إذا ترك الزوج وطأ زوجته مدة لم يكن ظالما لها أمام القاضي ، وإذا طلبت التفريق لتضررها بعدم الوطء لا يفرق القاضي بينهما سواء أكان حاضرا أم غائبا ، طالت غيبته أو لا . لكن يستحب عندهم أن لا يعطلها ، لأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد.

---

[17]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية . الدكتور محمد أحمد سراج والدكتور محمد كمال إمام ، المرجع السابق، القسم الثاني (المتعلق بالطلاق عند المسلمين) صفحة 127.

ولقد كانت أدلتهم في ذلك :

أولا : أن الوطء حق للزوج فلا يجب عليه كسائر حقوقه فيجوز له تركه ، كسكنى الدار المستأجرة .

ثانيا : أن الداعي إلى الاستمتاع والشهوة والمحبة فلا يمكن إيجابه.[18]

لكن انتقدت هذه الأدلة ، وكانت مناقشتها بمثابة أدلة للقول الثاني الذي خالف هذا القول.

أما بالنسبة لمناقشة **الدليل الأول** : فإن التسليم به يكون فيما لو كان الوطء حقا من حقوق الزوج فقط ولكن الصحيح أنه حق للزوجة أيضا كما هو حق للزوج كما سيتبين في أدلة القول الثاني.

أما بالنسبة **للدليل الثاني** : فيناقش بأن الإيجاب هنا من أجل تضرر الزوجة والخشية عليها من الوقوع في الزنا ، فالإيجاب حماية للزوجة من الوقوع في المحرم وليس لمجرد الإيجاب ، فلذا الذين يقولون بإيجاب الوطء واستمراره على الزوج يقولون إذا لم تضرر الزوجة من عدم الوطء ولم تطلب به فلن يلتزم الزوج به ، ولذلك شرع الزواج ومن مصالحه وأهدافه عفة الزوج والزوجة من الوقوع في المحرم ، وقضاء فيما أحله الله ، كما أن الزوج روعي فيه ، فالذين يقولون بإيجابه واستمراره على الزوج قيدّه مما إذا لم يكن بالزوج عذر يمنعه من الوطء.

البند الثاني: جواز التفريق بين الزوجين

قال بذلك المالكية والحنابلة وشيخ الإسلام ابن تيمية ولقد ذهبوا إلى أنه الوطء حق للزوجة أيضا مثل ما هو حق للزوج ، واستدامة الوطء واجب للزوجة على زوجها قضاءا إذا لم يكن عند الزوج عذر ، فقالوا إذا غاب الزوج عن زوجته مدة وتضررت من ترك الوطء وطالبت التفريق من القاضي فإنه يفرق بينهما.[19]

---

[18]- Web.net.Fatwa.www.islam .

[19]- www.islam web.net/ver2/Fatwa

غير أنه :

أولا : في رأي الحنابلة : فإنهم فرقوا بين الغيبة بعذر للتجارة ، أو طلب العلم، وبين الغيبة لغير عذر. وجعلوا الغيبة بغير عذر سببا في طلب التفريق من القاضي ، إذا كانت غيبته ستة أشهر أو يزيد ، وأعلنه القاضي بالحضور إذا كان معلوم المكان ويصل إليه الإعلان ، وإنما قيدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر مما جاء في الأثر عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– استفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها، فقالت : خمسة أشهر أو ستة أشهر.

ثانيا : أما بالنسبة للمالكية: فاعتبروه أنه إذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة ، سواء كان هذا الغياب لعذر أو لغير عذر . أرسل القاضي إليه بأن يحضر إليها أو ينقلها إلى البلد الذي يعيش فيه، وإلا طلّق عليه، ويعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لطلب القاضي بالحضور أو نقل زوجته فلا تطليق، وإذا امتنع وانتهى الأجل وأصرت امرأة على التطليق أجابها القاضي إلى دعواها، وحكم بالتطليق وإذا كان الزوج في مكان مجهول أو لا يصل إليه الإعلان فإن القاضي يطلقها دون إمهال لعدم جدوى التأخير ،وأساس التفريق هنا هو الضرر الذي يصيب الزوجة[20].

ولقد استدل أصحاب هذا القول بعدت أدلة :

أولا: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص –رضي الله عنهما– قال : "**قال لي رسول الله ﷺ: يا عبد الله ألم أخبرك أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ فقلت : بلى يا رسول الله ، فقال : فلا تفعل ، صم وأفطر ،وقم ونم ، فإن لجسدك عليك حقا ، وإن لعينيك عليك حقا ، وإن لزوجتك عليك حقا** "[21].

---

[20]- أحكام الأسرة للدكتور محمد سيراج ومحمد كمال إمام المرجع السابق ، 128.

[21]- الراوي : عبد الله بن عمرو بن العا ص ، خلاصة الدرجة ، صحيح المتحدث : البخاري ، المصدر : الجامع الصحيح ، الصفحة أو الرقم 1153 .

فبين الرسول ﷺ في هذا الحديث أن للزوجة على زوجها حق ،هذا ونجد في القرآن الكريم عدة أدلة شرعية جعل فيها الرجل والمرآة لباسا لبعضهما لقوله تعالى :﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[22].

ومن تم جعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الأخر، يجب القيام بها وعدم التقصير فيها ، ومن أهم هذه الحقوق حق الوطء للزوجة ، حيث حرم الإسلام ومنع الرجل أن يحلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر ، لقوله تعالى :﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[23].

ثانيا : قصة المرأة التي جاءت تشكي زوجها إلى عمر – رضي الله عنه– وعنده كعب بن سور -- رضي الله عنه– واخرج القصة عبد الرزاق بسنده عن الشعبي قال :"جاءت امرأة إلى عمر فقالت: زوجي خير الناس يقوم الليل ،ويصوم النهار ، فقال عمر : لقد أحسنت الثناء على زوجك . فقال كعب بن سور : لقد اشتكت فأعرضت الشكية ، فقال عمر : أخرج مما قلت فقال : أرى أن تنزله بمنزلة رجل له أربع نسوة له ثلاثة أيام ولياليهن ولها يوم وليلة"[24].

هذا كما وأن النكاح شُرّع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع الضرر عن الرجل ، فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقا لهما جميعا. كما أنه لو لم يكن للمرأة في الوطء حق لما وجب استئذانها في العزل.

هذا ويتبين لنا أن القول الثاني مرجح على القول الأول كما هو رأي الكثير من الفقهاء وذلك لتوافقه مع التشريع الإسلامي الذي جعل من الرابطة الزوجية أسمى علاقة بين الرجل والمرأة ، وجعل من

---

[22]- القرآن الكريم سورة الروم الآية 21.

[23]- القرآن الكريم سورة البقرة الآية 226.

[24]- Web.net.Fatwa.www.islam .

أهداف الزواج ومصالحه إعفاف الزوجية ، خاصة إذا ألحق تركه ضررا بالزوجة وقد جاء الإسلام بدفع الضرر لقوله ﷺ"**لا ضرر ولا ضرار**"[25] ولذلك فإنه ينبغي القول بالتفريق بين الزوجين للغيبة إذا تضررت الزوجة من ذلك وطالبت بالفرقة وتوفرت شروط التفريق.

الفرع الثاني : أسباب وشروط التفريق للغيبة.

كما وسبق التطرق في الفرع السابق إلى اختلاف الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة إلى قولين : الجواز وعدمه ، فسيتم التطرق في هذا الفرع إلى أسباب وشروط هذا التفريق . عند من يقول بجوازه وهم المالكية والحنابلة ، غير انه سيتم الحديث عن هذه الشروط مقسمة إلى ثلاث : حيث أن فيها ما هو متفق عليه بين المالكية والحنابلة ، وهناك ما اشترطه الحنابلة فقط ، ومنها ما اشترطه الحنابلة والمالكية ولكنهم اختلفوا فيه، ولذلك سيتم تناول هذه الشروط وفقا لهذا التقسيم.

---

[25] رواه مالك في الموطأ ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، كتاب المكاتب ، باب لايجوز من عتق المكاتب ، حديث رقم 2213 صفحة 305 ، دار الكتاب ، طبعة 1 بيروت

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

البند الأول: شروط وأسباب متفق عليها بين المالكية والحنابلة

أولا: الأسباب :

1- عدم الإنفاق : فيجب على الزوج الغائب أن ينفق على زوجته من ماله حال غيابه، وإذا لم ينفق وطلبت التفريق فإنه يفرق بينهما لعدم النفقة.[26]

وعليه فإنه حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب يجب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته ولمدة تفوق السنة بدون عذر ولم يترك لها مالا تنفقه على نفسها أو عليها وعلى من معها من الأولاد الناتجين عن زواجهما ، أما إذا غاب وترك لها مالا يمكنها أن تنفق منه على نفسها وعلى أولادها فلا يجوز التطليق.[27]

2- أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة

والضرر هنا فسره المالكية بخشية الوقوع في الزنا ،وليس اشتهاء الجماع فقط.

والحنابلة أطلقوا الضرر ولكنهم يريدون به خشية الزنّا كالمالكية ، وهذا واضح ، لأن المرأة لا تطلب من القاضي التفريق إلا إذا خافت على نفسها من الوقوع في الحرام.[28]

كما أن هذا الضرر مفترض بمجرد مرور سنة على الغيبة أو الهجر دون حاجة إلى إثبات ، على أنه يكفي أن تثبته الزوجة وحدها ، لأنه لا يعرف إلا منها إلى أن يكذبها ظاهر الحال فتبثث أنه قد مضى سنة على غيبته ليحكم لها بالتفريق .

---

[26]- موقع www.islam web.net/ver2/Fatwa المرجع السابق

[27]- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، للدكتور عبد العزيز سعد ، طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، صفحة 269.

[28]- نفس الموقع www.islam web.net/ver2/Fatwa

ثانيا :الشروط

1-الكتابة إلى الزوج الغائب:هو أن يكتب القاضي إليه بالرجوع إليها أو تقلها إليه أو تطليقها و يمهله مدة مناسبة إذا كان له عنوان معروف، فإن عاد إليها، أو نقلها إليه ، أو طلقها فبها ،و إن أبدى عذرا لغيابه لم يفرق عليه عند الحنابلة ، دون المالكية ، وإن أبى ذلك كله أو لم يرد بشيء و قد انقضت المدة المضروبة ، أو لم يكن له عنوان معروف ،أو كان عنوانه لا تصل إليه الرسائل طلق عليه القاضي بما يطلقها [29].

أي أن القاضي يقوم بالتفريق بين الزوجة والزوج الغائب ،لكن بعد الكتابة إليه أولا، و الطلب منه إما الرجوع إلى زوجته أو نقلها إليه أو تطليقها ، و يمهله مدة وهذا في حالة ما إذا كان هذا الغائب معلوم المكان ، أو كان لديه عنوان معروف يمكن أن تصله فيه الرسائل ، فإن أبى أو أعرض عن ذلك ولم يردّ بشيء وكانت المدة التي حددها القاضي انقضت يقوم هذا الأخير بالتفريق بينهما كما هو الحال أيضا فيما إذا لم يكن للغائب مكان معروف .

2- أن تطلب الزوجة التفريق :

حيث أنه لا يفرق القاضي بين الزوجة و زوجها الغائب إلا إذا رفعت هذه الزوجة أمرها إلى القاضي و طلبت التفريق، لأنه لمن حقها ، فهو لا يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة [30].

---

[29]-أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،للدكتور علي السيد الشرنباطي المرجع السابق الصفحة 135 .

[30] العنة: بكسر العين عجز الزوج عن الوطء ، مشتقة عن الشيء إذا اعترض .

البند الثاني : ما اشترطه الحنابلة فقط

1- أن تكون الغيبة لغير عذر :

حيث اشترط الحنابلة للتفريق بين الزوجين للغيبة أن تكون غيبة الزوج بغير عذر فإن كانت هذه الغيبة لعذر مثل الحج أو الجهاد أو التجارة ، أو طلب العلم أو طلب رزق للأولاد فإنه لا يفرق بينهما .

قال صاحب الإنصاف :"قد صرح الإمام أحمد –رحمه الله –بما قاله : فقال في رواية ابن هانئ. وسأله عن رجل تغيب عن امرأته أكثر من ستة أشهر ؟ قال : إذا كان في حج أو غزو ، أو مكسب يكسب على عياله، أرجو أن لا يكون به بأس، إن كان قد تركها في كفاية من النفقة و محرم رجل يكفيها ."[31].

أما المالكية فلا يشترطون ذلك –كما تقدم– وللمرأة حق طلب التفريق عندهم إذا طالت غيبة الزوج لعذر أم غير عذر على السواء .[32]

هذا ويفهم من رأي الحنابلة عندما فرقوا بين الغيبة لعذر والغيبة لغير عذر ، فإنهم قالوا بذلك من أجل مصلحة الزوج ، أي من أجل ألا يتضرر ، فإن غاب من أجل طلب علم أو رزق ، أو ما شابه ذلك ، فإن التفريق بينه وبين زوجته يكون إجحافا في حقه وإضرارا له.

---

[31] - www.islamweb.net/ver2/Fatwa

[32] -أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية .للدكتور علي السيد الشرنباطي ، في المرجع السابق الصفحة 135.

أما المالكية فنجد أن نظرتهم كانت متركزة على ضرر الزوجة من الغياب ، ولو كان غياب الزوج لعذر ، حيث أن طلبها للتفريق حق لها وخشية عليها من الوقوع في الضرر. وهذا عملا بالقواعد الفقهية "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" ،"والضرر يزال"و "ارتكاب أخف الضررين".

البند الثالث : ما اشترطه المالكية والحنابلة واختلفوا فيه

أن تكون غيبة الزوج طويلة :

حيث اشترطت كل من المالكية والحنابلة للتفريق بين الزوجين للغيبية أن تكون هذه الغيبية طويلة ، ولكنهم اختلفوا في تحديد مدة هذه الغيبية :

أولا :بالنسبة للمالكية :

فإنهم حددوا مدة الغيبية عند الزوج بسنة فأكثر ، حيث أن هذه المدة تتضرر منها الزوجة ، وهي كافية ، سواء كانت لعذر أو لغير عذر لطلب التطليق.

غير انه في قول لابن عرفة وللفرياني من المالكية : أن السنتين والثلاث ليس بطوال بل لابد من الزيادة عليها وهذا مبني منهم على الاجتهاد والنظر[33].

ثانيا : بالنسبة للحنابلة:

لقد ذهب الحنابلة إلى توقيت المدة التي يغيب فيها الزوج على زوجته بستة أشهر فأكثر، فإذا تعدت هذه الغيبة ستة أشهر وكانت بلا عذر –كما يرجحون– فللزوجة طلب التفريق .

---

[33]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور علي السيد الشرنباطي ، المرجع السابق ، صفحة 134.

ولقد استدل الحنابلة لهذا التوقيت بما أخرجه سعيد بن منصور والبهيقي عن زيد بن أسلم قال:"بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال على أن لا خليل ألاعبه

فوالله لولا خشية الله وحده لحرّك من هذا السرير جوانبه"

فسأل عنها عمر ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله. فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقفله ، ثم دخل على حفصة ، فقال : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلي عن هذا، فقال : لولا إني أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت : خمسة أشهر أو ستة أشهر ، فوُقِت للناس في مغازيهم ستة أشهر ، يسرون شهرا ، ويقيمون أربعة أشهر ويسرون شهرا راجعين .[34]

الفرع الثالث : حكم الفرقة للغيبة

لقد اختلف الفقهاء الذين قالوا بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة في نوع الفرقة إلى قولين : قول للمالكية ، وأخر للحنابلة وكل حسب رأيه .

البند الأول : الفرقة للغيبة طلاق بائن :

وهذا ما ذهب إليه المالكية ، حيث أنهم يقولون أنه كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائننا، إلا الفرقة للإيلاء أو الإعسار بالنفقة فإنه يكون رجعيا ، والسبب في كونه طلاقا بائنا عندهم أنهم يقولون : إن المراد رفع الضرر عن المرأة وهو لا يرتفع إلا بالبينونة.[35]

---

[34]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور رمضان علي السيد الشرنباطي ، المرجع السابق ، صفحة 134.

[35]- الفقه الإسلامي وأدلته ، للدكتور وهب الوحيلي ، الجزء السابع (الأحوال الشخصية)، دار الفكر بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق ، صفحة 533. 534.

وربما كان هذا الحكم الذي قال به المالكية باعتبار الفرقة للغيبة طلاق بائن فيه حماية للزوجة من زوجها الغائب ولاسيما ذلك الغائب بلا عذر والذي يقصد الإضرار بها بغيابه كأن يعود إليها ثم يغيب مرة أخرى وهذا فيه شيء من الاستهزاء والإضرار بالزوجة .

غير أنه أوجيب على هذا القول : بأن الضرر يرفع عن المرأة بغير البينونة مثل : الفسخ .

البند الثاني :الفرقة للغيبة فسخ

قال بهذا الحنابلة ، حيث ذهبوا إلى أن الفرقة للغيبة فسخ لأنها فرقة من جهة الزوجة ، والفرقة من جهتها فسخا ، والفسخ عند الحنابلة بينونة صغرى ، لأن الزوج ترك حقا عليه تضررت منه الزوجة ، فيفرق بينهما بالفسخ لأنه يحقق المقصود ، ولا يحسب الطلاق.[36]

على أن الفرق لبن الطلاق والفسخ :

أن الطلاق : إنهاء الزواج واحتسابه من الطلاقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته .

أما الفسخ : فهو منع استمرار العقد ولا يحتسب من عدد الطلاقات .

والفرق بين التفريق والطلاق :

فالطلاق : من المعروف انه يقع باختيار الزوج وإرادته .

أما التفريق : فيقع بحكم القاضي لتمكن المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا على الزوج ، إذ لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع.[37]

---

[36]- نفس المرجع ، صفحة 533. 534.

[37]- موقع آنترنيت http : www.uqu.edu.sa/majalat/shariaramag/mag23/f09.htm

غير أن هناك من رجح نوع الفرقة للغيبة إلى رأي الحنابلة باعتباره فسخا لا طلاقا ، واعتبروه أقرب إلى روح التشريع ومقاصده على السهولة والتيسير والمصلحة ورفع الحرج وذلك إذا عاد الزوج الغائب إلى زوجته بعد وقوع الفرقة التي اعتبرها الحنابلة فسخ لم يحتسب طلقة وهذا يعطي الزوج الغائب الفرصة الكافية ليعود إلى زوجته مرة ثانية ، لأنه لو كان قد طلق امرأته تطليقتين ثم فرق القاضي بينهما للغياب ، ثم عاد وأراد أن يتزوجها لأن اعتبار التفريق للغياب فسخا لم يضاف إلى الطلقتين ، ولم يحسب طلقة وفي هذا محافظة على بناء الحياة الزوجية واستمرارها .

في حين رأوا أنه رأي المالكية القائل بأن التفريق للغيبة طلاق ، ليس للزوج في هذه الحالة حق مراجعتها حتى تنكح زوجا غيره، لأنه في التفريق كملت الطلقات الثلاث فيجب عليه الامتثال لقوله تعالى :﴿ فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾[38]. وبالتالي في هذا تفكك للأسر وتشريدا للأطفال وضياعهم وما إلى ذلك من أمور ليست في مصلحة أحد الزوجين.[39]

[38]- القرآن الكريم الآية 230 من سورة البقرة .

المطلب الثاني : غيبة الولي في النكاح

لا يصح النكاح بغير ولي عند الجمهور ،وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها ، وإن لم يعقد عليها ولي. ويراعى في النكاح ولاية الأقرب فالأقرب ، واختلفوا فيها إذا غاب الأقرب .

فانقسم القول بين الحنفية والحنابلة ، والمالكية والشافعية.

الفرع الأول : رأي الحنفية والحنابلة

فقال الحنفية – عدا زفر – والحنابلة : إنه إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لم هو أبعد منه أن يزوج دون السلطان لقوله ﷺ: "**السلطان ولي من لا ولي له**".[40]

وهذه لها ولي كما قال البهوتي ، ولأن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ، لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب ، بل لأن في الأقربية زيادة مظنة للحكمة ، وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية ، فحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى الأبعد كما قال الحنفية ، فإذا غاب الأب مثلا زوجها الجد ، وهو مقدم على السلطان ، كما إذا مات الأقرب [41].

وقال زفر: لا يجوز أن يزوجها الأبعد في غياب الأقرب ، لأن ولاية الأقرب قائمة ، لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ، وحد الغيبة المنقطعة عند الحنفية هو أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة. وهو اختيار القدوري ، وقيل أدنى مدة للسفر لأنه لا نهاية لأقصاه ، وقيل : إذا كان بحال يفوت الخاطب الكفء باستطلاع رأي الولي .

---

[40] - الراوي: عائشة ، خلاصة الدرجة : صحيح ، المتحدث : يحي بن معين ، المصدر: السنن الكبرى للبيهقي .

[41]- الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق ، صفحة 322.

وذهب الحنابلة إلى أن الغيبة المنقطعة هي ما لا تنقطع إلا بكلفة ومشقة ، قال البهوتي نقلا عن الموفق : هذا أقرب إلى الصواب ، فإن التحديد بابه التوقيف ولا توقيف ، وتكون الغيبة المنقطعة فوق مسافة القِصر ، لأن من دون ذلك في حكم الحاضر .

وقالوا : إن كان الأقرب أسيرا أو محبوسا في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فيها أو تتعذر ، فزوج الأبعد صح ، لأنه صار كالبعيد ، كما يصح إذا كان الأقرب غائبا لا يعلم محله أقريب المسافة أو بعيدها أولم يعلم مكانه.

الفرع الثاني : رأي المالكية

لقد نص المالكية على أن الولي المجبر الأقرب إذا كان غائبا غيبة بعيدة زوَّج الحاكم ابنة الغائب المجبرة ، دون غيره من الأولياء ولا يجوز تزويجها في غيبة قريبة ، لا للحاكم ولا لغيره من الأولياء بغير إذن الولي المجبر وبدون تفويضه ، حتى إنهم قالوا : يفسخ النكاح أبدا إذا زوَّج الحاكم أو غيره من الأولياء ، ولو أجاز المجبر بعد علمه ولو ولدت الأولاد.

وهذا – أي تحتم الفسخ – إذا كانت النفقة جارية ولم يخش عليها الفساد ، وكانت الطريق مأمونة ، ولم يتبين إضراره بها بغيبته بأن قصد تركها من غير زواج ، فإن تبين ذلك كتب له الحاكم : إما أن تحضر تزويجها أو توكل وكيلا يزوجها ، وإلا زوجناها عليك ، ولا يفسخ سواء كانت بالغة أولا.[42]

وحد الغيبة القريبة عند المالكية مسافة عشرة أيام ذهابا ، وحد البعيدة ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر على اختلاف القولين ، أما الغيبة المتوسطة فبين هذين الحدين ، فالظاهر أن ما قارب الشيء يعطي حكمه كما قال الدسوقي ، ثم قال : ويبقى الكلام في النصف ، والظاهر أنه يحتاط فيه ، ويلحق بالغيبة القريبة فيفسخ .

---

[42]- الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق ، صفحة 323.

وهذا كله في غياب الولي المجبر ، أما غيبة الولي غير المجبر الأقرب فحدها الثلاث فما فوقها، فإذا غاب غيبة مسافتها من بلد المرأة ثلاث أيام ونحوها ودُعَت لكفء ، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة والمسافة والكفاءة ، فإن الحاكم يزوجها لا الأبعد ، فلو زوجها في هذه الأبعد صحّ.

الفرع الثالث : رأي الشافعية

قالوا لو غاب الولي الأقرب نسبا أو ولاء ولا وكيل له بالبلد ، ومن دون مسافة القصر ، زوج السلطان بلد الزوجة أو نائبه ، لا سلطان غير بلدها ولا الأبعد على الأصح ، لأن الغائب ولي ، والتزويج حق له ، فإذا تعذر استيفاءه منه ، ناب عنه الحاكم.

كما قالوا أنه الأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج ، أو يستأذنه فيزوج القاضي للخروج من الخلاف وذلك في غيبة بعيدة ، ومن دون ذلك فلا يزوج إلا بإذن الولي الأقرب في الأصح ، لقصر المسافة ، فيراجع ليحضر أو يوكل كما لو كان مقيما ، ومقابل الأصح يزوج لئلا تتضرر لفوات الكفء الراغب كالمسافة الطويلة ، وعلى القول الأول لو تعذر الوصول إليه لفتنة أو خوف جاز للسلطان أن يزوج بغير إذنه ، فلو زوجها الحاكم لغيبة وليها ، ثم قدم وقال : كنت زوجتها في الغيبة ، قدم نكاح الحاكم.[43]

[43]- الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق، صفحة 323. 324.

المطلب الثالث : أثر نفقة زوجة الغائب

لقد اختلف الفقهاء في فرض القاضي النفقة لزوجة الغائب أو عدم فرضها ، وذلك على التفصيل الآتي .

الفرع الأول : قول الحنفية

وفيه قولان لأبي حنيفة :

الأول : للقاضي فرض النفقة لها عليه إذا طلبتها .

الثاني : ليس له ذلك لعدم جواز القضاء على الغائب .

وهذا إذا كان القاضي عالما بالزوجية ، أو كان للغائب مالا عند أخر من جنس النفقة ، وهو مقر بالمال والزوجية ، فإذا لم يكن كذلك فعدم جواز القضاء عليه بها.[44] أي لا تفرض لها النفقة ولا يسمع لها بينة .

وقال زفر : تسمع الدعوى منها وتطلب منها بينة على ما أنكر (أي عدم إقرار الزوج بالزوجية أو المال أو بهما معا) فإذا أقامتها قضى لها بالنفقة لكنه لا يحكم بالزوجية على الغائب بل يكتفي بفرض النفقة سدا لحاجة الزوجة ، ولا ضرر على الزوج لأنه يُحتاط له بأخذ كفيل منها بما أخذت بعد تحليفها.

وهذا القول هو المفتى به في هذا المذهب لحاجتها ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف ، فإن نكل فقد صدقها ، وإن برهنت فقد ثبت حقها ، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة.[45]

---

[44]- قال به أبو يوسف وأجازه زفر ، كما في الموسوعة الفقهية، المرجع اليابق ، صفحة 326. وما بعدها.

[45]- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، للدكتور فراج حسين ، المرجع السابق ، صفحة 266.

أما إذا ترك الغائب مالا ليس من جنس النفقة كالعقارات المبنية أو الأراضي الزراعية ، فلا خلاف بين الحنفية على أن تباع في سبيل نفقتها شيء منها ، بل تكون نفقتها في أجرة ما يؤجر منها لأن مال المدين إنما يباع إذا امتنع عن الأداء ، ولم يثبت الوجوب على الغائب كما لم يثبت امتناعه.

وإذا لم يترك مالا أصلا من جنس النفقة ولا من غيره ، قضى القاضي لها بالنفقة وأمرها أن تستدينها ممن تجب نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة ، ولو طلبت تطليقها منه لإعساره لا يجاب لطلبها.[46]

الفرع الثاني : قول المالكية

قالوا أنه للزوجة مطالبة زوجها عن إراده الصفر ، بنفقة المستقبل الذي أراد الغيبة فيه قبل سفره لمدة غيابه عنها ، أو يقيم لها كفيلا بدفعها لها ، و إذا سافر الزوج و لم يدفع نفقة المستقبل و لم يقم لها كفيلا بها و رفعت أمرها للحاكم و طلبة نفقتها ، فرض الحاكم لها النفقة في مال الزوج الغائب ، و لو وديعة عند غيره ، و كذا في دينه الثابت على مدينه ، و بيعت داره في نفقتها بعد حلفها باستحقاقها للنفقة في مال زوجها الغائب [47].

الفرع الثالث : قول الشافعية

فعند الشافعية النفقة التّمكين ، ويحصل بالفعل أو أن تبعث إليه تعرض نفسها ، وتخبره : أنني مسلّمة نفسي إليك ، فلو غاب عن بلدها قبل عرضها إليه ورفعت الأمر إلى الحاكم مظهرة له التسليم ، كتب الحاكم لحاكم بلده ليعلمه الحال فيجيء الزوج لها يتسلمها أو يوكل من يجيء له بها أو يحملها إليه ، فإن لم يفعل شيئا من الأمرين مع إمكان المجيء أو التوكيل ، ومضى زمن إمكان وصوله لها فرض القاضي لها نفقة في ماله من حين إمكان وصوله ، وجعل كالمتسلم لها ، لأن المانع منه ، أما إذا لم يمكنه ذلك فلا يفرض عليه شيئا لأنه غير معرض.

---

[46]- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دكتور فراج حسين ، مرجع سابق ، صفحة 267.

[47]- الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق ، صفحة 327

وهذا كله إذا علم مكان الزوج ، فإن جهل ذلك كتب الحاكم إلى الحكام الذين ترد عليهم القوافل من بلده عادة لينادى باسمه ، فإن لم يظهر أعطاها القاضي نفقتها من ماله الحاضر ، وأخذ منها كفيلا بما يصرف لها ، لاحتمال موته أو طلاقه ، أما إذا غاب بعد عرضها عليه وامتناعه من تسلكها فإن النفقة تقرر عليه ، ولا تسقط بغيبته.

الفرع الرابع : قول الحنابلة

قالوا : إن غاب الزوج مدة ولم ينف فعليه ما مضى ، سواء تركها لعذر أو لغير عذر ، فرضها حاكم أو لم يفرضها ، كما روي عن ابن عمر –رضي الله عنهما– أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا ، قال ابن المنذر : هو ثابت عن عمر –رضي الله عنه– ولأنه حق لها وجب عليه بحكم العوض فرجعت به عليه كالدين ، وقال : هذه النفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها والكسوة والسكن كالنفقة ، وإذا أنفقت الزوجة في غيبته من ماله فبان الزوج ميتا رجع عليها الوارث بما أنفقته منذ مات ، فلا تستحق ما قبضته من النفقة بعد موته ، وإن فارقها الزوج في غيبته فأنفقت من ماله رجع الزوج عليها بما بعد الفرقة.[48]

[48]- الموسوعة الفقهية ، المرجع السابق ، صفحة 327.

المبحث الثاني : أحكام الغائب في القانون

لما كانت الغيبة من أهم المواضيع التي تترتب عليها أحكام هامة ، تناولت القوانين الوضعية أحكام الغائب في نصوص قانونية وهذا على غرار الشريعة الإسلامية ، التي اقتبست منها غالبية هذه الأحكام ، وذلك باعتبارها مصدر من مصادر التشريع لأكثرية هذه القوانين ولاسيما منها العربية، ولهذا سنتناول بعض النصوص القانونية التي تناولت بعض الأحكام المتعلقة بالغائب كالقانون المصر والسوري ، والقانون الجزائري بطبعة الحال ، ونأخذ هذه النماذج على سبيل المثال لا على سبل الحصر.

المطلب الأول: أحكام الغائب القانون المصري

لقد أحال القانون المدني المصري في مادته 34 أحكام الغائب والمفقود إلى القوانين الخاصة ، فإن لم يوجد فعلى أحكام الشريعة الإسلامية ،والقوانين الخاصة هي قوانين الأحوال الشخصية .

ونجد أن المشرع المصري تطرق إلى أحكام الغائب في مادتين من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 في المادتين 12. 13 ولقد جاءت هذه الأحكام فيما يتعلق بالتفريق للغيبة.[49]

الفرع الأول : المادة 12

فالمادة 12 من القانون 25 لسنة 1929، تنص أنه إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب تطليقها طلاقا بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.[50]

---

[49]- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، للدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني ، الطبعة الخامسة الطبعة الجديدة ، دمشق (1397- 1398هـ - 77- 1978م)، صفحة 169.

[50]- المادة 12 من القانون المصري 25 لسنة 1929 من الأحوال الشخصية .

والضرر المشار إليه في النص ، وإن كان يستوجب المعنى العام للإضرار إلا أنه يختلف عن الضرر الواقع على الزوجة بسبب إيذاء الزوج أو عدم إنفاقه عليها ، فالزوج لا يعذر عن إيذائه ، وقد يعذر عن إعساره بالنفقة ، ولكن الضرر الذي يوجب التفريق للغيبة لا يتحقق إلا إذا كانت الغيبة بلا عذر مقبول.[51]

ومن هنا نلاحظ أن المشرع المصري سار على درب الحنابلة فيما يتعلق بالتفريق لغير عذر ، حيث أنه وبمفهوم المخالفة يمكن القول أن التفريق للغيبة لا يكون إذا كان الزوج معذورا في غيبته كطلب علم ، أو تجارة أو البحث عن رزق ، وبالتالي لا يحق للمرأة اللجوء إلى القضاء وطلب التفريق في هذه الحالة .

فحين إذا لم يكن للزوج عذرا يبرر غيابه وكان هذا العذر شرعيا فيمكن للزوجة طلب التفريق من القاضي ، حتى ولو كان لها مال تستطيع الإنفاق منه.

ونلاحظ أن نص المادة 12 ذكرت "**مال تستطيع الإنفاق منه**" ولم تحدد لنا إن كان هذا المال تركه الزوج قبل غيابه أم أنه يبعثه في فترة غيابه ، أم أنه مال خاص بالزوجة.

وفي كل الأحوال ، وكما رأينا في المبحث السابق أنه من بين شروط وأسباب التطليق للغياب "عدم الإنفاق" وهذا ما اتفق عليه الحنابلة والمالكية ، في حين يجيز نص المادة التطليق حتى وإن كانت هناك نفقة.

أما فيما يتعلق بمدة الغياب والمقدرة بسنة فأكثر فإنه سار على درب المالكية.

---

[51]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق ، صفحة 119.

الفرع الثاني : المادة 13

لقد ذهبت المادة 13 من ذات القانون السابق إلى أنه : إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب، ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأن يطلقها عليه وإن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبدِ عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة، وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل.[52]

هذا ونجد أن المشرع المصري في هذه المادة تعرض إلى شرط من شروط التفريق للغيبة وهو الكتابة إلى الزوج الغائب من طرف القاضي بالرجوع إلى امرأته ،أو نقلها إليه أو يطلقها ،ويعطيه أجلا لذلك ، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يبد شيئا طلقها القاضي عليه.

ونجد أن هذا الشرط اتفق عليه كل من الحنابلة والمالكية ، وتم التطرق إليه في مبحثنا الأول من هذا الفصل ، غير أنه نجد أن المشرع المصري أضاف (...أو لم يبد عذرا مقبولا...) وهذا ما أشرنا إليه سابقا وهو ما ذهب إليه الحنابلة في عذر الزوج الغائب.

كما نجد أن المشرع أشار إلى أنه إذا لم تتوفر هذه الأسباب والشروط طلق القاضي زوجة الغائب عليه بتطليقة بائنة وهذا ما ذهب إليه المالكية في اعتبار نوع الفرقة للغيبة هي طلاق بائن ، وعليه نلاحظ أن المشرع المصري استعرض أحكام المادتين 12 و13 من تلفيق بين المذهبين المالكي والحنبلي مخالفا بذلك المذهب الحنفي ، الذي كان يجري به العمل بالمحاكم قبل صدور القانون رقم 25 لسنة 1929.[53]

---

[52]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق ، صفحة 119.

[53]- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، للدكتور فراج حسين ، طبعة 2003 الدار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، صفحة 267.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

وبالتالي وبمقتضى نص هاتين المادتين :

فالغائب من تطول غيبته لأكثر من عام ، فالغياب دون سنة لا يعد به الزوج غائبا ، وصنفت هاتين المادتين الغائب إلى نوعين :

أولا : غائب معلوم الإقامة :

ويمكن وصول الرسائل إليه وهذا الغائب يضرب له القاضي، أجلا ويعلمه بثلاثة خيارات هي إما الحضور للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه حيث يقيم أو أن يطلقها ، فإذا اختار احدها فلا يطلق القاضي عليه وإذا امتنع عن الاختيار لم يرد خلال الأجل الذي حدد له طلق القاضي عليه بعدما يتحقق من وصول الإعلان إليه ، ولا يجوز التطليق بغير الكتابة إلى الغائب وانتظاره مدة الإمهال وإلا وقع الحكم باطلا ،والكتابة إلى الغائب التي يعتمد بها في حكم هذه المواد هي التي تتم من القاضي ، أما المراسلات بينه وبين زوجته أو من أهله وأصدقائه فليست من الإمهال القانوني في شيء ولا يترتب عليها أي أثر.

ثانيا : غائب مجهول الإقامة

ويلحق به من يستحيل وصول الرسائل إليه وفي هذه الحالة يطلق عليه القاضي دون إمهال فلا فائدة من ضرب الأجل والامتناع عن التطليق فورا هو ضرب من الإضرار بالزوجة ومهمة القاضي رفع التعدي وإزالة الضرر.

ولقد نصت هاتين المادتين على شروط لابد من توافرها حتى يصح التطليق للغيبة وهي :

1/ أن يغيب الزوج في بلد غير البلد الذي تقطن فيه الزوجة ، ويستوي في ذلك البلد القريب والبلد البعيد أما الغيبة من بيت الزوجية مع الإقامة في البلد نفسه لا تدخل في مفهوم النص ويرفض طلب التطليق .

2/ أن تكون الغيبة سنة فأكثر ولا يقبل دعوى التطليق للغيبة قبل مضي هذه المدة ، والسنة المقصودة في هذه المادة عي السنة الشمسية وعدد أيامها 365 يوما ، طبقا لنص المادة 22 من قانون رقم 25 لسنة 1929.[54]

ومضي السنة إجراء جوهري لقبول الدعوى وإغفاله يؤدي إلى بطلان الحكم.

3/ أن يكون الغياب بغير عذر مقبول ، فإذا كان بعذر شرعي كالسفر لطلب العلم أو الغيبة لتجارة فلا يجوز التطليق ، ولم يحدد الفقهاء الأعذار الشرعية على سبيل الحصر فتحذير العذر موكل إلى قاضي الموضوع، لا رقابة عليه من محكمة القانون – محكمة النقض– طالما كان تقديره سائغا .

4/ أن تضرر الزوجة من الغيبة فتطلب التطليق ،ذلك لأن الضرر هو سبب الدعوى فلا بد من ثبوته، ولأن التطليق حق للزوجة فلابد من طلبه فلا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه.[55]

هذا ولقد جاء في المادة 5 من قانون رقم 25 لسنة 1920:

"إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ،فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها ،طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي."[56]

---

[54]- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، للدكتور محمد أحمد سراج ومحمد كمال إمام ، المرجع السابق ، صفحة 130. 131.

[55]- نفس المرجع ، صفحة 131.

[56]- نفس المرجع ، صفحة 129.

وهنا هذه المادة جاءت بأحكام ، ففرقت بين من كانت غيبته قريبة وبين من كانت غيبته بعيدة.

أولا : من غيبته قريبة

الحالة الأولى: أن يكون له مال ظاهر أو كفيل بالنفقة ، وفي هذه الحالة للزوجة أن تنفذ عليه الحكم في ماله الظاهر سواء كان من جنس النفقة أو من خلاف جنسها ، أو ترجع بها على الكفيل فلا يجيبها القاضي إلى طلبها ولا يطلقها ، لأن الغيبة قريبة وله مال تنفذ عليه.

الحالة الثانية : ألا يكون له مال ظاهر أو كفيل بالنفقة ، وطلبت الزوجة تطليقها منه لعدم الإنفاق أجابها القاضي وتعين عليها أن تعذر إليه بالطرق المعروفة ويضرب له القاضي أجلا يحدده له كي يرسل إلى زوجته ما تنفق منه على نفسها أو يحضر هو ليتولى الإنفاق عليها فإذا مضى الأجل ولم يرسل ما تنفق منه زوجته أو لم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الأعذار إليه طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

ثانيا : من غيبته بعيدة

فإذا ثبت عدم وجود مال له تنفذ عليه زوجته نفقتها ، وطلبت تطليقها ، فإن القاضي يطلقها دون إعذار ولا ضرب أجل ، وذلك بعد ثبوت الزوجية وغيبة الزوج أو جهل مكانه أو فقده.

والغيبة القريبة : هي أن يكون الزوج بمكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه بإعذاره في مدة لا تتجاوز تسعة (9) أيام .

والغيبة البعيدة : أن تكون المسافة فيها عشرة (10) أيام فأكثر ، أو كان الشخص غير معلوم المكان ، أو فقد ولم يعلم أحد أحي هو أم ميت ، أو كان بمكان لا يمكن وصول الرسائل إليه. [57]

---

[57]- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، للدكتور أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ، صفحة 268.

المطلب الثاني : أحكام الغائب في القانون السوري

كان المعمول به في سورية قبل صدور قانون حقوق العائلة العثماني هو مذهب أبي حنيفة فيما يتعلق بأحكام الغائب والمفقود سواء في الأموال أم في الزوجات .

ولم صدر قانون حقوق العائلة في عام 1334هـ ويقع في 157 مادة وهو خاص بأحكام الزواج والطلاق وأثارهما ، أجاز للزوجة أن تطلب التطليق إذا غاب عنها زوجها ولقد جاءت هذه الأحكام في مادتين :

الفرع الأول : المادة 203

لقد عرفت المادة 203 من قانون الأحوال الشخصية السوري الغائب واعتبرته كالمفقود في قولها "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".

نلاحظ أن نص هذه المادة يشبه إلى حد كبير نص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للغائب وسيظهر ذلك جليا في المطلب الآتي عند تناولنا لأحكام الغائب في القانون الجزائري.

فالغائب إذا في القانون السوري كل شخص كانت غيبته لأكثر من سنة ، حيث منعته ظروف قاهرة من العودة أو الرجوع إلى محل إقامته ، وتسببت هذه الغيبة بالإضرار بمصالحه أو مصالح غيره.

فإذن إذا مضت السنة على غياب الشخص وتعطلت بذلك مصالحه فإن ترك وكيلا يشرف على شؤون أمواله فإن المحكمة ثبت هذا الوكيل، إذا توافرت فيه شروط الوصي ، أما إذا لم يترك الغائب هذا الوكيل فالمحكمة هي التي تقوم بتعيين سائر الأوصياء ويسمى وكيلا قضائيا.[58]

---

[58]- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، للدكتور مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني ، مرجع سابق ، صفحة 164. 165.

وقد جاء في نص المادة 204 من قانون الأحوال الشخصية إذا ترك وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، وإلا عينت له وكيلا قضائيا.

حيث جاء في قرار لمحكمة النقض السورية بتاريخ 1955/10/31 : "ويعود للقاضي وحده نصب الوكيل القضائي عن الغائب.

هذا وتنتهي مهمة الوكيل القضائي :

إما بعودة الغائب فيستلم أعماله ويتصرف في شؤون أمواله.

إما بعزل هذا الوكيل إذا وجدت فيه أسباب عزل الأوصياء كالخيانة أو سوء التصرف".

حيث جاء في قرار أخر لمحكمة النقض السورية بتاريخ 1957/10/28 :"إن الوكالة القضائية عن الغائب لا تنتهي إلا بحضوره أو موته حقيقة أو حكما أو بخيانة الوكيل ، وإن الخصم في إثبات حضور الغائب أو كونه معروف الإقامة هو الغائب نفسه أو وكيله".[59]

[59]- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، للدكتور مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني ، مرجع سابق ، صفحة 165.

الفرع الثاني : المادة 101

جاء فيها : في :

الفقرة الأولى : إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة منم الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

الفقرة الثانية : وهذا التفريق طلاق رجعي ، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة جاز له مراجعتها.[60]

يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع السوري استقى أحكامها من المذهب المالكي والحنبلي .

حيث أنه قال بقول الحنابلة فيما يتعلق بغياب الزوج لغير عذر حيث جعل طلب التفريق للزوجة من القاضي في حالة غياب زوجها في غير عذر . أما إذا كان له عذر شرعي فلا يجوز لها طلب ذلك.

كما ذهب إلى تحديد مدة الغياب بسنة واحدة وهذا على رأي المذهب المالكي الذي يرى بذلك كما أنه إذا غاب الزوج في حرب فيحكم القاضي بالتفريق إذا مضت سنة واحدة على رجوع الفرقين المتحاربين إلى بلادهم وجاء ذلك في المادة 127 من هذا القانون."...**إذا كان الزوج غائب في دار الحرب يفرق الحاكم بينهما بعد مرور سنة اعتبارا من رجوع الفريقين المتحاربين وأسراهم إلى البلاد...**"[61]

أما بالنسبة لنوع الفرقة ، فالقانون السوري جعل الطلاق للتفريق رجعيا ، بينما مذهب مالك وهو المصدر الذي استقى منه القانون حكم التفريق للغيبة طلاق بائن بينما عند أحمد فهو فسخ.

---

[60]- نفس المرجع ، صفحة 173.

[61]- شرح الأحوال الشخصية ، للدكتور مصطفى السباعي ، المجلد الأول ، المكتب الإسلامي(الزواج وانحلاله) الطبعة السابعة (1417هـ-1997م) سورية ، صفحة 238.

والقانون المصري رقم 20 لسنة 1929 اعتبر هذا التطليق طلقة بائنة أيضا ، فيكون القانون السوري قد ذهب في اعتبار التطليق للغياب طلقة رجعية ، مذهبا لا تقره المذاهب الاجتهادية .

هذا ويكون اعتبار الطلاق رجعيا في حق المسجون أمر معقول لأنه لم يكن منه تعنت ولا قصد لإيذاء الزوجة ومن المحتمل خروجه قبل انتهاء المدة المحكوم بها أما بالنسبة للغائب بغير عذر مقبول، والذي لم يعرف مكانه أو امتنع عن إبداء عذر للقاضي بعد أن أعطاه أجلا معينا لعودة أو ضم زوجته إليه ، مما يؤكد غيابه لقصد الإضرار بالزوجة أو لإيذائها بالغياب عنها ، فالواجب أن يكون التطليق عليه طلاقا بائنا ، لأن جعله رجعيا يفتح بابا للزوج لإضرار المرأة من جديد بأن يعلن عن رغبته في العودة إليها ثم يعود فيبيت معها ليلة واحدة ثم يغيب عنها مرة أخرى.

المطلب الثالث : أحكام الغائب في القانون الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري أحكام الغائب والمفقود في الفصل السادس من الكتاب الثاني (النيابة الشرعية) من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 لسنة 1984 والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ولقد تطرق المشرع لأحكام الغائب في المادتين 110. 112.

الفرع الأول : المادة 110

لقد عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري الغائب بأنه "**الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود**"

وعليه فإن المشرع الجزائري ذهب إلى اعتبار الغائب هو الشخص الذي تجاوز غيابه مدة سنة ، نظرا لظروف قاهرة منعته من الرجوع إلى محل إقامته أو ممارسة شؤونه وبالتالي يفهم من نص المادة انه لا يعتبر غائبا كل من كان باستطاعته العودة إلى بلاده أي لا تمنعه أي ظروف من ذلك وبالتالي جعل

من الظروف القاهرة شرط لاعتبار الشخص غائبا، هذا بالإضافة إلى مدة الغياب التي قدرها بسنة فأكثر والضرر الذي يسببه إلى الغير بغيبته.

وهكذا ولقد اعتبر المشرع الغائب كالمفقود غير أنه لكل منهما تعريف خاص به وأحكام متعلقة بظروفه كما أن المشرع في تعريفه للغائب لم يحدد لنا نوع الغيبة إن كانت قريبة أو بعيدة في نفس البلد التي تقيم فيه زوجته أو بلد آخر غيره ، بل اكتفى بالإشارة إلى أن الغيبة هي التي تمنع الشخص من الرجوع إلى محل إقامته".

أما بالنسبة للمدة التي قدرها بسنة ، وهي المدة التي يعتد بها للغياب فنرى أن المشرع قد قال بما قاله المالكية .

الفرع الثاني : المادة 112

لقد جاء في نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري "**لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.** "[62]

وهنا نجد أن المشرع الجزائري جعل لزوجة الغائب حق طلب التطليق منه وتسمع المحكمة نداءها وتجيبها إلى طلبها ، وذلك متى توافرت شروط ثلاثة تضمنتها الفقرة الخامسة من المادة 53 من ذات القانون بإحالة من المادة 112 وهي :

أولا: أن يتغيب الزوج عنها غيبة طويلة تفوق السنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن [63] ، ويجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية ولكن القانون لم يحدد ذلك فيصبح

---

[62]- المادة 53 فقرة : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

[63]- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، للدكتور عبد العزيز سعد، طبعة ثالثة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، ص269.

اعتماد السنة الميلادية طالما أن العمل يجري بها يوميا وهي عادة التقييم الزمني وهذا موقف مالك الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاث سنوات[64].

ثانيا: أن يكون هذا الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي وعقلاني مقبول ، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته كما لو سافر بمجرد السفر ولم يعد يعتبر على انه إنسان طائش ومهمل لعائلته ، بخلاف الأمر لو غاب سنة وأكثر من أجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقائه في الخارج لمدة أكثر من سنة أو لأي سبب جدي أخر ، لا يقبل منها في مثل هذه الحالات أن ترفع أمام القضاء وتطلب الحكم لها بالتطليق منه .

فالعادة والمنطق والأخلاق أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة مع زوجها فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها وتصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها وبلوغه ما من شأنه أن يعود بالفائدة عليها وعلى مستقبل أسرتها ، فإن لم تتبين هذه الحقيقة وغالبتها نفسها وتقدمت لطلب التطليق كان لولي الزوج ووكيله أن يثبت للمحكمة عذر الغياب فترفض المحكم طلبها لأن القانون يبيح لها ذلك عند غياب العذر الشرعي .

ثالثا: وأخيرا يجب لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها مالا تنفقه على نفسها ، أو عليها وعلى من معها من أولادهما، أما إذا غاب لمدة سنة فأكثر بعذر أو غاب بدون عذر ولكن ترك لها مالا يمكنها من أن تنفق منه على نفسها وعلى أولادهما فلا يجوز لها أن تطلب من المحكمة أن تحكم من بتطليقها من زوجها.[65]

---

[64]- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، الأستاذ فضيل سعد ، الجزء الأول ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، صفحة 293

[65]- الزواج والطلاق لعبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص269.

والحالة هذه تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي ، ويتأكد منها بجميع الطرق حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب والبلد الذي يوجد فيه والوضعية التي آل إليها خلال الغياب والإجراءات الإدارية والسياسية المحيطة به ، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا، فإن كان عدم بلوغ الزوج ما يرسله هو نتيجة خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري أو في العنوان فيكون ذلك عذرا شرعيا ولو لم تحصل منه على النفقة خلال سنة لأن ذلك ليس امتناعا عن أداء واجبه ولكن يقع تحت أسباب قاهرة ، أما إذا كانت الوضعية المالية حسنة وله مصادر في الداخل دون أن يترك للزوجة ما تنفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة ، ومتى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة ويحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير وتكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل.

والغيبة التي عناها المشرع هي ما نصت عليه المادة 110 قانون الأسرة الجزائر التي وضحت الغائب، والفقرة الخامسة من المادة 53 التي حددت شروط طلب التطليق للغياب ،على أن الطلب يكون مآله الرفض إن لم تجتمع كلها ، ذلك أن عدم اجتماعها لا يكون مبررا لطلب التطليق بسبب الغياب المنصوص عليه في الفقرة الخامسة وإنما لسبب أخر ، فلو كان الغياب داخل الوطن بأن وجد الزوج في تمنراست والزوجة في الجزائر بدون نفقة فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب لعدم توفر شروط الغياب ، والغياب بلا عذر إهمال عائلي...، والتطليق للغيبة لم يتفق عليه فقهاء المسلمين كما سبق ورأينا ، والمشرع الجزائري أخذ برأي أحمد ومالك في ذلك.[66]

هذا ورغم اختلاف أراء الفقهاء حول الغائب وأحكامه ومهما تباينت القوانين في وضعها إلا أنها في النهاية تصب في نتيجة واحدة يتم الأخذ بها والسير على حذوها واتخاذها أحكاما يتم الوقوف عليها.

---

[66]- شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، لفضيل سعد ى، المرجع السابق ، صفحة294. 295

الفصل الثاني: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية و القانون

تعددت مطالب الحياة وازداد طمع الإنسان في تلبيتها ، فمنها ما يتوفر على مقربة من طالبها ومنها ما يستدعي السفر لجلبها . والسفر في هذه الحالة يكون الوسيلة الأمثل لقضاء المبتغى رغم خطورته، لذلك يجب على الإنسان أن لا يسافر إلا لحاجة ملحة كتحصيل علم أو تجارة مثلا .

ولا يجوز للإنسان أن يتعب نفسه بغير حاجة لأنه مأمور بصيانتها ورعايتها والبعد بها عن ما يهلكها لقوله تعالى :﴿ وَلا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[67] . ولأن السفر تصحبه متاعب كثيرة لقول رسول الله ﷺ:"**السفر قطعة من عذاب**"[68] . فهناك من يعود سالما مكتفيا بجلب حاجته وهناك من لا يوفق في ذلك ولا يعود أبدا وهذا الشخص يعتبر مفقودا يترتب على فقدانه أحكاما كثيرة ومختلفة وسندرس هذه الأحكام على اختلافها في مبحثين ، المبحث الأول يفصل في أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية أما المبحث الثاني يفصل في أحكام المفقود في القوانين الوضعية.

---

[67]- القرآن الكريم الآية 195 من سورة البقرة

[68]- أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب الإمارة باب السفر 79/7 رقم 1927.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

المبحث الأول: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية

يعتبر المفقود من المواضيع الثرية التي جعلت فقهاء يتوغلون في توضيح أحكامها ويتفقون في بعضها ويختلفون في البعض الأخر ولذلك جعلنا لهذا المبحث مطالب متفرعة جاء تقسيمها كما يلي : المطلب الأول جاء فيه مدة الحكم بموت المفقود وأثار هذا الحكم وفي هذا أوضحنا رأي كل مذهب من المذاهب الأربعة ، والمدة التي يعتمدها للحكم بفقدان الشخص ، كما بينا الآثار التي تنجم عن هذا الحكم بالنسبة لماله وبالنسبة لزوجته وبالنسبة لمال غيره.

أما المطلب الثاني فجاء فيه ظهور المفقود بعد غيابه وكان هذا الظهور من جانبين ، ظهور بالموت وظهور بالحياة ولكل أثاره . وفيما يلي سيأتي تفصيل هذه المطالب والفروع التابعة له .

المطلب الأول : مدة الحكم بموت المفقود وآثار هذا الحكم

الفرع الأول : مدة الحكم [69]

1/ مفتى به عند الحنفية تفويض الأمر إلى رأي الحاكم ينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه أنه المصلحة لإطلاق قول علي –رضي الله عنه– :"امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر لا تنكح حتى يأتيها يقين موته".

2/وفصل الحنابلة فأخذوا بالرأي السابق في الغيبة التي يظن معها بقائه حيا كأن خرج للسياحة أو تجارة أو أداء حج في حالة الأمن فيحكم القاضي بموته حين يغلب على ظنه أنه قد مات.

أما إن غاب المفقود غيبة يغلب عليه فيها الهلاك كالغيبة في أثناء حرب أو غارة أو في ميدان قتال أو لقضاء مصلحة قريبة فلم يعد. فيحكم القاضي بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

---

[69]- الفقه الإسلامي وأدلته ، للدكتور وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، صفحة 419. 420.

3/ والراجح عند المالكية أنه يحكم بموت المفقود بعد أربعة أعوام من يوم رفع امرأته أمرها للقضاء، فإذا انقضى الأجل اعتدت عدت الوفاة .ثم تزوجت إن شاءت.

4/ وقال الشافعية :من فقد أو أسر وانقطع خبره لا يحكم بموته حتى تقوم بينة بموته أو تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها كما هو حال أقرانه.

وإذا كانت مدة الحكم تقدر بأربعة أعوام فهل تقدر مدة لوفاة المفقود؟

قيل تقدر مدة لوفاة المفقود، وقيل لا تقدر وإنما يجتهد القاضي.

أما المالكية والحنابلة فقالوا: تقدر المدة والراجح عند المالكية أن تمضي سبعون سنة ، والمعتمد عند الحنابلة أن يمضي عليه تسعون سنة.

أما الحنفية والشافعية فقالوا لا تتقدر ويعتبر ميتا بوفاة أقرانه في بلده فلا يبقى منهم أحد.[70]

الفرع الثاني : أثار الحكم بموت المفقود

لمعرفة أثار حكم بموت المفقود يجب علينا أن نبين نوع هذه الموت التي يحكم بها عليه ولذلك سنتطرق إلى نوعين من الموت وهي : الموت الحقيقي والموت الحكمي.

أولا :الموت الحقيقي : يكون الموت حقيقيا بمفارقة الحياة ، أي بصعود الروح إلى بارئها ويثبت الموت الحقيقي بالمشاهدة والمعاينة لمن حضر الوفاة وبالبينة لمن يدعيه لإثبات دين أو إرث متى اتصل بها القضاء ، وعلى القاضي حينئذ أن يحكم بموته بناءا على هذه البينة في التاريخ الذي حددته هذه البينة ومن ثم يكون ميراثه لورثته الموجدين على قيد الحياة وقت وفاته.

---

[70]- الأحوال الشخصية ، الإمام أبو زهرة ، دار الفكر ، صفحة 491.

ثانيا: الموت الحكمي: تكون الموت حكمية إذا حكم القاضي بموته بناءا على اجتهاده استنادا إلى قرائن الأحوال والإمارات الدالة على موته ، وبعد التحري والتقصي عنه باستعمال كل الوسائل الموصلة إلى معرفة كونه حيا أو ميتا.

ويتمثل الموت الحكمي في المفقود وهو الغائب الذي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته فمثل هذا إذا رفع أمره إلى القاضي للحكم بموته فإنه على القاضي أن يتخذ جميع الوسائل الممكنة للبحث عنه فإذا لم تصل نتيجة البحث إلى معرفة كونه حيا أو ميتا فإن عليه أن يحكم بموته ويعتبر ميتا من وقت صدور الحكم بموته.[71]

البند الأول : أثار الحكم بالنسبة لماله

أ– تنصيب الإمام من يقوم على رعاية أموال المفقود: إذا غاب الرجل من بلده فرفع أولياؤه الأمر إلى القاضي ، وجب على القاضي البحث عنه والتحري. وبعد معرفة مكان فقده ، ووجهة سفره ، واسمه ،وأصدقائه ، يبحث عنه بكل ما أتيح له من وسائل البحث والتحري.

إضافة إلى ذلك يجب عليه تنصيب من يحفظ على المفقود أمواله وذلك لأن القاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ، والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب له من يجمع عليه أمواله ويتقاضى ديونه.

ويكون هذا الذي نصبه القاضي وكيلا بقبض مال المفقود وحفظه فيقوم بحفظ ماله الذي لا حافظ له ، وأما ماله حافظ كالودائع في يد الأمين ومال المضاربة في يد المضارب ، لأن يد الأمين والمضارب يد نيابة عن المفقود في الحفظ . فكان هذا المال محفوظا بحفظهم فلا يحتاج إلى حافظ أخر.

---

[71]- نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي ، للأستاذ أحمد فراج حسين والدكتور محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، صفحة67.

وكذلك له قبض الديون التي يقرّ بها أصحابها أنها للمفقود ويأتون بها إليه وليس له أن يخاصم عن دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب للمفقود في عقار في يد غيره ، لأنه ليس بمالك ولا نائب عن المالك وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي حافظ المال للمفقود ويجوز للوكيل أن يبع ما يتسارع إليه الفساد من الأموال كالثمار و نحوها وبحفظ ماليتها وأما ما لا يتسارع إليه الفساد سواء كان عقارا أو منقولا لا يجوز له بيعه لأنه لا ولاية على الغائب والمفقود وهو مأمور لحفظ مال المفقود فقط.[72]

ب) عقود المفقود وديونه :

عقود المفقود من الغير الثابتة قبل الفقد تكون على حالها وذلك لأن المفقود مستصحب[73] الحال ، فإن كان للمفقود وديعة عند الغير كان على الأمن حفظها له بموجب عقد المفقود معه. وهو مأمور بالوفاء بعقده معه لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[74].

فيجب عليه رعايتها وحفظها له التزاما بعقده ووفاء بعهده لقوله تعالى:﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ ﴾[75].

فإن كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بطول الزمان.كان له أن يستأذن الحاكم في بيعها و يحفظ ثمنها كما كان يحفظ عينها فإن لم يكن ثمة حاكم باعها بنفسه .بعد أن يشهد على ذلك و يحفظ ثمنها.

وإذا أراد الأمين رد الوديعة .فإن كان الحاكم قد نصب من يقوم بحفظ المال المفقود و جمع غلاته .جاز له ردها إليه بإذن الحاكم وذلك لأنه نائب عن المفقود في الحفظ ومن حدود هذه النيابة. جمع

---

[72]- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة للدكتور عبد الوهاب عبد الغفار 2003.المرجع السابق ، صفحة 88. 89.

[73]- الاستصحاب : هو الإبقاء كما كان على ما كان.

[74]- سورة المائدة الآية الأولى.

[75]- سورة المؤمنين الآية 8.

مستحقات المفقود ومنها أخذ ودائعه إذا رادها الأمين عليه و هذا فيما لو خاف الأمين على نفس الهلاك .أو أراد السفر أو نحو ذلك من الأعذار التي توجب الرد على المودع . و إلا فإنه من الواجب على الأمين أن يحفظها إلى أن يعود المفقود أو أن يحكم الحاكم بموته فيردها على ورثته.

وكذلك الدين إذا كان للمفقود عند مدينه فلا يبرأ المدين بالدفع إلى زوجته وولده إذا طلبوه منه.

و إن أدّاه إلى من أقامه الحاكم حافظا لماله جاز و برأ . و لو أدى إلى زوجته و ولده من أجل أن ينفقاه على أنفسهما بأمر الحاكم برئ لأن الحاكم نائب عنه .

و كذلك إذا أعار المفقود شيئا من أمواله قبل الفقد . فإنه لا يجوز لأحد العرض المستعير حتى تنتهي مدة إعارته و يعيد العين المستعارة . ولا يبرأ كذلك إلا بدفعها للأمين الذي ينصبه القاضي . أو الدفع إلى القاضي نفسه ، و لا يبرئ بالدفع إلى الوارث لأنه لم يثبت بعد ميراثه منه لعدم تحقق وفات المفقود . و إن دفع إليه وجب عليه الإشهاد .

و إذا أجر المفقود شيئا قبل أن يفقد إجارته بعد ما يصير مفقودا لأنه حي في إبقاء ما كان على ما كان و لا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة إلى زوجته و ولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون[76].

[76]- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية للدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق ، صفحة 84. 85.

البند الثاني: أثار الحكم بالنسبة لزوجته :

أ – تربص زوجة المفقود بنفسها و احتساب عدتها :

إذا ضرب الحاكم لزوجة الرجل المفقود مدة أربع سنوات . فقضتها المرأة و لم يظهر للمفقود أثر و لم يعلم عنه شيء و ضل الحال على ما هو عليه عند ضرب المدة . فهل يجب على المرأة بعد انتهاء مدة التربص التي ضربها لها الحاكم أن تراجع الحاكم مرة ثانية ليأذن لها بالاعتداد أم يجوز أن تعتد من تلقاء نفسها ؟.

نواجه هنا أيضا اختلافا في أراء الفقهاء .

فقد قال المالكية : أنه لا يجب على المرأة مراجعة الحاكم ، ليأذن لها بالعدة و ذلك لاعتبارهم أن إذن القاضي بالتربص و احتساب المدة التي هي أربع سنوات يعد إذنا بالاعتداد بعد نهاية مدة التربص [77] .

أما الشافعية فقد قالوا: بوجوب مراجعة الحاكم إذا انتهت مدة التربص التي ضربها الحاكم ، ليأذن لها بالاعتداد ، و كانت حجتهم في ذلك ما روي عن عبد الرحمان بن أبي ليلى قال :" أتت امرأة إلى عمر بن الخطاب –رضي الله– عنه فقالت : إن زوجي خرج إلى مسجد أهله و فقد ، فأمرها أن تتربص أربع سنين فتربصت ، ثم عادت فقال لها : اعتدي أربعة أشهر و عشرا" [78].

و استنادا إلى هذا فإننا نتوصل إلى أن عدة زوجة المفقود تكون بعد تمام تربصها بنفسها أربع سنين و تكون عدتها مثل عدة المتوفى عنها زوجها . و هي أربع أشهر و عشرا .

---

[77] - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي . و بهامشه الشرح الكبير طبع دار الحياء الكتب العربية عيسى الجلي و شركاه (بتصرف) .

[78] - المنصف للصنعاني لأبي بكر الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي منشورات المجلس العلمي ، الطبعة الأولى (بتصرف).

ب – حقوق زوجة المفقود

1) حق زوجة المفقود في الاتفاق عليها :

عن عائشة –رضي الله عنها– أن رسول الله ﷺ قال : لهند امرأة أبي سفيان –رضي الله عنه:"خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف " [79]

من هذا الحديث نرى أن للمرأة أن تأخذ من مال زوجها لتنفق على نفسها و ولدها و ذلك بالمعروف بغير علمه ، هذا في الحالة العادية التي يكون فيها الزوج حاضرا و لكنه لا ينفق بالقدر الكافي أو لأنه لا ينفق مطلقا .

فماذا عن الزوج المفقود الذي ترك من يستوجب الإنفاق عليه مثل الزوجة و الأولاد من الحقوق الثابتة لزوجة المفقود عليه و هي نفقتها .

فإن اختارت الصبر حتى يتبين لها أمر زوجها المفقود كانت لها النفقة من ماله حتى يتبين لها أمره لأنه محكوم بزوجيتها له فيجب لها النفقة كما لو علمت حياته .

و يجب على القاضي تمكينها من ذلك ، و يجوز إن لم يكن للمفقود مال أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد لينفق عليها منه لأن هذا تمكين من القاضي للمستحق من اخذ حقه .

و لأن هذا يعد من القاضي حفظا لماله ، و النكاح ملك للمفقود في حق زوجته فلا يبقى هذا الحق بدون إنفاق عليه فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظا لملكه عليه . فإذا تبين أنه مات في فقده أو أنه كان قد فارقها فلها النفقة حتى يوم موته أو يوم بينونتها منه و يرجع عليها الحاكم بالباقي لأنه قد تبين أنها أنفقت مال غيره إذا كانت قد تحققت موته وهو مال ورثته أو أنها أنفقت من ماله و هي غير زوجة له .

---

[79] - عن عائشة رواه للبخاري من صحيحه كتاب النفقات .

2) حق زوجة المفقود في الميراث :

إذا ثبتت وفات المفقود يقينا فإن من حق ورثته أن يقتسموا تركته بينهم كل بما يخصه و زوجته كذلك لها نصيبها من ميراثه إن لم تكن قد تزوجت بغيره .و كذلك إذا حكم بموت المفقود و كانت زوجته باقية على زوجيتها منه فهي مثل جميع ورثته تأخذ نصيبها من الميراث .

و لكن إذا تربصت المرأة و اعتدت بعد الحكم لها بذلك ثم تزوجت فثبت موت المفقود فإن كان قد مات قبل زواجها من الثاني فإن لها الميراث من المفقود لأنها كانت وقت الموت باقية على زواجها منه .

و إن كانت قد تزوجت بغيره فلا ميراث لها من المفقود على رأي من يقول أن النكاح الأول قد انقطع بدخول الثاني بها . و أنها قد انفصلت عنه بحكم الحاكم فلا ميراث لها و إنما ترث من زوجها الثاني [80].

البند الثالث: أثار الحكم بالنسبة لمال غيره (ميراثه)

تعريف علم الميراث :

1) لغة :هو مصدر للفعل ورث يرث إرثا و ميراثا يقال : ورث فلان أباه و يرث الشيء من أبيه. بكل من الميراث و الإرث في الأصل مصدر للفعل المذكور و معناهما واحد . و في هذا جاء قوله تعالى ﴿ وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُدَ ﴾ [81] و قوله ﴿ وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ ﴾ [82] و قوله أيضا ﴿ وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ﴾[83] .

---

[80] - أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، الدكتور جمال عبد الوهاب عبد الفقار ص 70-74 .

[81] - سورة النمل الآية 16 .

[82] - سورة القصص الآية 58 .

[83] - سورة الحجر الآية 23 .

و هو يعني البقاء من اسم الله تعالى الوارث أي بمعنى الباقي أي بعد فناء الخلق يبق وجهه سبحانه. و يعني أيضا انتقال الشيء و هذا الانتقال قد يكون حقيقة كانتقال المال أو بالمعنى كانتقال العلم. و منه قوله عليه السلام :" **العلماء ورثة الأنبياء** "[84] أو حكما كانتقال المال إلى الجنين .

و قد يطلق الميراث عل المال الموروث ، و يراد منه اسم المفعول ، يقال هذا المنزل ميراث لفلان أي استحق ملكيته بسبب الميراث و يكون مرادفا للإرث الأصل و البقية و يسمى المال هنا ميراث لأنه بقية من شخص لمن يخلفه .

2) اصطلاحا : هو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية .

أما المقصود بعلم الميراث : فهو مجموعة القواعد الفقهية و الحسابية التي يعرف بها حق أو نصيب كل وارث شرعي من التركة [85] .

و ما يهمنا من هذا العلم هو ما يكون للمفقود من ميراث الذي هو صلب موضوعنا .

1) ميراث المفقود من غيره و الملك الطارئ له :

إن المفقود غير معلوم الحال فيحتمل أنه حي و يحتمل أنه ميت فعلى الاحتمال الأول يرث من مات من أقاربه و على الاحتمال الثاني يرثه أقاربه هذا رأي أول و هناك من قال بأن المفقود لا يرث لأسباب سيأتي تفصيلها و تفصيل الاختلاف الفقهي المتصل بها .

---

[84] - رواه أبو داود و الترمذي .

[85] - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث و الوصية) ، الأستاذ بالحاج العربي ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة 2005 . ص 9 - 10 .

يرى جمهور الحنفية : أن المفقود لا تثبت له حقوق إيجابية من غيره كالإرث و الوصية من الآخرين . فلا يرث من غيره و لا تثبت له الوصية من غيره لأن الاستصحاب حياته يفيد فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة . و من فراق زوجته و هذا هو الحق السلبي . و لا يفيده في انتقال ملكية الغير له . و هذا هو الحق الإيجابي و بإيجاز يصلح الاستصحاب لدفع ملكية غيره لأمواله ، لا لإثبات ملكيته من غيره و على هذا فإنه لا يرث و لا وصية له لأن شرط استحقاق الإرث و الوصية هو ثبوت حياة الوارث و الموصى له عند موت المورث و الموصي وحياة المفقود غير محققة بل هناك احتمال أن يكون ميتا فهو لا يرث ولا يورث .

و يرى جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة : أن المفقود يرث من غيره و إن لم يورث لأن استصحاب الحال حجة مطلقة للدفع و الإثبات ما دام لم يقم دليل مانع من الاستمرار ، فحياة المفقود هي الأصل الثابت فيرث من غيره و لا يورث عنه ماله أي أن الاستصحاب يثبت كلا الحقين الإيجابي و السلبي، إلا أن الحنابلة أضافوا أنه يورث و لا يرث بعد مضي أربع سنين على فقده [86].

- **كيفية توريث المفقود :**

يرى الفقهاء أن المفقود إذا كان هو الوارث الوحيد للميت وقفت التركة كلها عليه و لا يجوز تقسيمها إلا إذا تيقن أمر المفقود إما بالحياة أو الموت ، فمثلا إذا مات رجل عن ابن مفقود فقط كانت التركة جميعها موقوفة حتى يعلم يقين حياة المفقود من عدمها .

---

[86] - الفقه الإسلامي و أدلته للدكتور وهيبة الزحيلي ، ص 421 و 422 .

و كذلك إن مات ابن مفقود و أخ شقيق أو لأب . فإن تركته كلها تكون موقوفة على الابن المفقود لأن المفقود إن ظهر حيا حجب الأخ الشقيق عن التركة ، وكذلك الأخ لأب ، و يحوزها كلها فيقدر في حقهم حيا حتى يعلم يقين موته .

و إن كان المفقود يؤثر في باقي الورثة يعطى الوارثون من التركة أسوأ النصيبين ، فمن كان وجود المفقود يسقطه من الميراث لا يعطى من التركة شيئا حتى يتبين أمر المفقود ، و من ينقص حقه بحياة المفقود يقدر المفقود في حقه حيا حتى يعطى السهم الأقل و من ينقص منهم سهمه بموت المفقود يقدر المفقود في حقه ميت فيعطى السهم الأقل ، و من كان من الورثة لا يتأثر نصيبه بحياة المفقود و موته أعطى حقه كاملا [87] .

المطلب الثاني : ظهور المفقود :

فرع الأول : أثار ظهور المفقود بالموت

البند الأول: ما يثبت به موت المفقود

إذا انقطعت أخبار الغائب فصار مفقودا و لم تعلم حياته ولا موته فإنه لا يجوز للحاكم أن يقسم تركته بل تكون موقوفة إلى أن يثبت موته أو يرجع حيا و يثبت موت المفقود إما بالبينة بأن يشهد رجلان عدلان بموته بيوم كذا وفي مكان كذا .

أو أن تشهد رفقته في السفر بأنه مات معهم و دفنوه ، فهنا يجوز للحاكم أن يحكم بموته و يترتب على هذا الحكم أثر في تقسيم تركته و حل زوجيته .

و إما بالحكم بموته بأن يرفع ورثته أمره إلى الحاكم متضررين من غيابه فيكون على الحاكم أن يبحث عن المفقود في الجهة التي يقولون أنه سافر إليها بعد معرفة اسمه و صفته و سبب سفره، و

---

[87] - أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية للدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار . صفحة 93 – 94 .

يستعين الحاكم في ذلك بما لديه من إمكانيات سواء كانت بمراسلة حاكم بلده أو الإعلان عنه و أجرة هذا البحث تكون على مَن مِن مصلحتهم البحث عنه [88] .

[88] - حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي-، المرجع السابق. (بتصرف)

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

البند الثاني : تقسيم تركة المفقود

لا خلاف بين الفقهاء أن المفقود إذا ثبتت وفاته جاز تقسيم ماله بين ورثته مثله مثل من مات حقيقة لأن من شرط التوارث ثبوت الوفاة المورث وإذا حكم الحاكم بموت المفقود فإنه يعتبر في حق ورثة المفقود (أي الحكم) فمن كان منهم باقيا على قيد الحياة وقت الحكم بالموت ورثه.

ولا يرثه أحد مات قبل ذلك ، لأنه إنما يحكم بالموت في هذه الحالة لأن الشرط هنا هو بقاء الوارث حيا بعد موت المورث ولأن المفقود كان معتبرا حيا استصحابا لحاله حين فقد ولم يعد ميتا إلا بعد الحكم بوفاته.

الفرع الثاني : آثار ظهور المفقود حيا

البند الأول: بالنسبة لزوجته

يجب أن نفرق هنا بين حالتين من الضروري جدا أن نشير إليهما :

أ– الحالة الأولى: الحكم الصادر بالتفريق بين الزوجين بناء على غياب الزوج إذا عاد الزوج في هذه الحالة والزوجة لا تزال في العدة فإنه يعود إليها لأن التفريق هنا اعتبر طلاقا رجعيا .

أما إذا عاد إليها بعد مضي العدة فلا يرجع إليها إلا بعقد جديد ومهر جديد ما لم تتزوج غيره ، فإذا تزوجت سواه فهي للزوج الثاني سواء دخل بها أم لم يدخل بها وإلى هذا ذهب المالكية والحنابلة (أي أن الزوج الثاني أحق بها).

ب– أما الحالة الثانية : فهي الحكم باعتبار المفقود ميتا فإن زوجته في هذه الحالة تبين منه بناء على وفاته فإذا عاد تبين لنا أن أساس الحكم بالوفاة باطل فيعود إلى زوجته ولو مضت العدة ما لم تتزوج سواه وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء .

أما إذا تزوجت سواه فلا تعود للأول إلا في إحدى الحالات الثلاث:

1- أن يكون الزوج الثاني قد عقد عليها ولم يدخل بها بعد.

2- أن يكون الزوج الثاني قد تزوجها وهي في عدة الأول أي لم يمضي على الحكم باعتبار زوجها المفقود ميتا أربعة أشهر وعشرة أيام.

3- أن يكون الزوج الثاني على علم بحياة زوجها الأول فيكون زواجه بها حينئذ زواجا باطلا لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة لا تزال ف عصمة رجل أخر .[89]

وقد اختلف الفقهاء في ما إذا كانت عودة المفقود بعد أن يبني بها الزوج الثاني ويدخل عليها على ثلاث آراء وهي:[90]

1) أن يخير المفقود بين زوجته وبين صداقها وهذا ما ذهب إليه الحنابلة .

2) الزوج الأول أي المفقود أحق بها من الزوج الثاني وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية.

3) الزوج الثاني أحق بها وقد فاتت على زوجها الأول وذلك بدخول الزوج الثاني عليها وهو ما أخذ به المالكية.

البند الثاني : بالنسبة لماله

إذا ظهر المفقود حيا فإن كان ذلك قبل الحكم بموته ، فإن جميع أمواله الموقوفة عليه تدخل في ملكه مثل النصيب الموقوف عليه من ميراث مورثه وكذلك الوصايا الموصى بها إليه وهذه الأموال تدخل في ملكيته وإن لم يعد بالفعل .

---

[89]- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، للدكتور مصطفى السباعي – دكتور عبد الرحمن صابوني ،المرجع السابق.(بتصرف)

[90]- أحكام مفقود في الشريعة الإسلامية – جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، (بتصرف).

وكذلك يعود إليه ملك أمواله التي أقام الحاكم عليها من يجمعها ويحفظها له ويكون من حق المفقود استردادها منه، ومن حق القاضي أو وكيله مطالبته بأجرة من كان قائما عليها ، ولا يحق للمفقود تضمين القاضي أو وكيله قدر ما أنفق على زوجته وولده وغلته وديونه التي جمعها الحافظ له ،كذلك لا يجوز للمفقود بعد عودته أن يضمن زوجته وولده ما أنفقوه على أنفسهم من ماله في وقت حاجتهم للإنفاق منها كأن يكون المال طعاما فأكلوه ، أو ملابس فلبسوها .

أما إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم لموته فعلى رأي جمهور الفقهاء القائل بأنه ترد هذه الأموال إلى تركة صاحبها ولا يضمن الورثة ما تلف من هذا المال أو ما استهلكوه وإنما يرد كل واحد ما بقي في يده من عين المال ولا يحق لأحد من ورثته استهلاك أي جزء منها بعد علمه بحياة المفقود لبطلان استحقاقهم لهذا المال .

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا رجع المفقود حيا بعد قسمة ماله بين ورثته فإنه يأخذ من الورثة ما يجده بعينه من أمواله في أيديهم لأنه قد تبين برجوعه حيا عدم انتقال هذا المال عن ملكه ، ويبطل ملك الوارث له بظهور المفقود على قيد الحياة ثم يرجع على الورثة بباقي المال بمثله وقيمته لتعذر رده بعينه.[91]

[91]- المرجع السابق . (بتصرف)

المبحث الثاني : أحكام المفقود في القانون

لقد تابعنا تعدد أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية واختلافها في حين أننا سنرى في هذا المبحث أحكام المفقود في القوانين الوضعية وهي بدورها تختلف عن بعضها البعض ،وقد فرض هذا الاختلاف نفسه بحكم أن هذه القوانين العربية التي أخذناها كنموذج في بحثنا هذا قد أخذت من الشريعة الإسلامية وتأثرت بالاختلاف الواقع فيها .

ولهذا فقد تكون هذا المبحث من ثلاثة مطالب جاء في المطلب الأول: أحكام المفقود في القانون المصري ، والمطالب الثاني : أحكام المفقود في القانون السوري ، إلى أن توصلنا في المطلب الثالث إلى أحكام المفقود في القانون الجزائري ، وقد جاء تفصيل هذا الأخير من ناحيتين من جهة قانون الأسرة الجزائري ومن جهة الميثاق الوطني من أجل السلم والمصالحة والوطنية وهذا نظرا لتطورات التي عاشتها الجزائر مؤخرا خاصة التعديلات التي شملت المفقودين في العشرية الأخيرة.

المطلب الأول : أحكام المفقود في القانون المصري

جاءت أحكام المفقود بالموازاة مع أحكام الغائب وكما سبق الذكر فقد تركها القانون المصري للقوانين الخاصة ، وإن لم يجد لها حلا في هذه القوانين الخاصة ينتقل إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقد جاء تفصيل هذا في المادة 34[92] من القانون المصري ويقصد بالقوانين الأخرى هي قوانين الأحوال الشخصية.

وقد عمل المصريون بمذهب أبي حنيفة إلى غاية سنة 1920 ووفقا لهذا المذهب لا يحكم بموت المفقود قبل وفاته أقرانه وذلك بمضي تسعين سنة ، هذا قول الفقهاء فماذا جاء به القانون المصري في هذا المجال؟ لمعرفة ذلك سيأتي شرح هذه الأحكام في مواد قانونية مختلفة.

---

[92]- المادة 34 من القانون المدني المصري. قانون12 تموز سنة 1920.

الفرع الأول : نص المادة 578 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية من القانون المصري :

تنص هذه المادة على انه :"**يحكم بوفاة المفقود إذا انقرضت أقرانه في بلده فإن تعذر التفحص عن الأقران وحكم القاضي بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه** "[93]. ولكن نظرا لاختلاف الزمن وتطور الظروف فقد خالف القانون مذهب الحنفية في هذا الموضوع إلى غيره من المذهبين المالكي والحنبلي.

وخلاصة هذه الأحكام أن المفقود إذا غاب في حالة يظن فيها الهلاك كحرب مثلا فالقاضي يحكم بوفاته بمجرد مرور أربع سنين على فقده ، أما إذا غاب في حالة لا يظن فيها الهلاك أي حالة السلامة فتقدير ذلك يعود إلى القاضي ، فإن غلب على ظنه الوفاة حكم بوفاته والحكم بالوفاة لا يكون إلا بناء على طلب ذي مصلحة كالزوجة أو أحد الورثة أو أحد الدائنين أو أحد الموصى لهم بشيء منم التركة.

الفرع الثاني :نص المادة 21 من الأحوال الشخصية للقانون المصري

تنص هذه المادة على ما يلي :"**يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ما إذا كان المفقود حيا أو ميتا**"[94].

---

[93]- المادة 578 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية من القانون المصري.

[94]- المادة 21 من مرسوم لقانون رقم 25 سنة 1929 من قانون الأحوال الشخصية المصري .

والذي نراه من هذه المادة أن القاضي لا يستطيع أن يحكم بوفاة المفقود الذي غاب في حالة لا يغلب فيها الهلاك بمدة أقل من أربعة سنوات وإن فوض المشرع أمر ذلك إلى تقديره ،لأنه مقيض بمدة لا تقل عن المدة التي يغيب فيها من يغلب هلاك على فقده عادة.

وذلك خلافا لما ذهب إليه بعض شرّاح القانون في القطر المصري بأنه إذا كانت هذه هي المدة في الحالة التي يغلب فيها الهلاك فالأولى أن لا تقل عن ذلك الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك.

وهذا الحكم بقسمين يتفق مع المذهب الحنبلي وإن ذكرت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن القسم الثاني مأخوذ من المذهب الحنفي ، لأن المذهب الحنفي لا يترك تقدير وفاة المفقود إلى القاضي ما لم يمت أقرانه خلافا لما نص عليه هذا القانون وقد رأينا اختلاف فقهاء الأحناف في تقدير سن الوفاة بالنسبة للأقران ، بينما يستطيع القاضي هنا أن يحكم بعد فقده بخمس سنوات مثلا، في كلتا الحالتين إذا صدر حكم القاضي باعتبار المفقود ميتا فإن زوجته تعتد عدة الوفاة وتوزع تركته بين ورثته.[95]

المطلب الثاني : أحكام المفقود في القانون السوري

نظرا للتقارب الحضاري والثقافي والديني الذي تعيشه سوريا مع مصر ، فإننا نجدهما يتفقان في الأخذ من منهال الشريعة في بعض الأحكام ، وخاصة ما يهمنا في هذه الدراسة وهو المفقود .

فكما أخذت مصر من المذهب الحنفي قبل صدور قانونها فإن سوريا أيضا كانت تعمل بالمذهب الحنفي فيما يتعلق من أحكام المفقود وذلك قبل صدور قانون حقوق العائلة العثماني ، وقد أخذ السوريون من المذهب المذكور أحكام المفقود سواء المتعلقة بالأموال أو تلك المتعلقة بالزوجات ومنها أن الحكم بوفاة المفقود لا يكون حتى يبلغ من العمر تسعين عام.

---

[95]- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، المرجع السابق ص170. 171.

ونص القانون السوري على أن القاضي لا يحكم بوفاة المفقود إذا لم تكن لديه بيانات على وفاته أي لكي يتأكد حصول الوفاة فلابد من مضي ثمانين سنة على ولادته ، متوسطا بذلك أقوال المذهب الحنفي التي حددت سن المفقودين الذين يحكم بوفاتهم بين السبعين والتسعين من العمر وهذا ما سيأتي تفصيله في المواد القانونية التي ارتأينا أن ندرسها على شكل فروع .

الفرع الأول : المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية السوري

تنص المادة 205 من القانون السوري المتعلق بالأحوال الشخصية فقرة أولى على :"**ينتهي الفقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتا عند بلوغه الثمانين من العمر**"[96] .

إن هذا النص لا يطبق إلا حين العجز عن إقامة الدليل على وفاة المفقود ، أما إذا أثبت أحد الورثة أو أحد من أصحاب الشأن أو تأكد لدى القاضي أدلة وبيانات على وفاة المفقود فيحكم حينئذ بوفاته من تاريخ ذلك ، ونلاحظ أن ما ذهب إليه المشرع السوري في هذا الصدد لم يعد يتناسب مع العصر الحالي بأن ينتظر القاضي ثمانين عاما على عمر المفقود حتى يحكم بوفاته ، وهذا وإن كان مستقى من المذهب الحنفي ولكن شرع بناء على اجتهاد لا على نص وعلى ظروف تغيرت كلها ولم تعد تتلاءم مع وقتنا هذا.

لذلك فإن المشرع السوري قد حاول تدارك الوضع وجعل تعديله لهذه المادة يتضمن المدة التي يحكم بموجبها بوفاة المفقود لا تتجاوز أربع سنين حسب المذهب الحنبلي ، ووفق ما أخذ به القانون المصري ولكنه جعل هذه المدة تقتصر على من يغلب على حال فقدانه الهلاك في الحروب وما شابهها من الظروف .

---

[96]- المادة 205 من القانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 الصادر ف 17/ 1953/09.

الفرع الثاني : الفقرة الثانية من المادة 205 المعدلة

أضيفة للمادة 205 من القانون السوري للأحوال الشخصية رقم 59 فقرة ثانية بموجل القانون رقم 34 تاريخ 1975/12/31. فيما يلي نصها "**ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والذي يغلب عليه الهلاك وذلك بعد أربع سنين من تاريخ فقدانه** "[97].

[97]- فقرة ثانية المضافة إلى المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية والمعدلة بموجب القانون رقم 34 تاريخ 1975/12/31.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

ونلاحظ من هذا التعديل الملاحظات التالية :

أولا : لم يتناول التعديل أحكام جميع المفقودين بل اقتصر على من فقد في الحرب أو ما يقاس على الحرب من حالات خطر مماثلة نصت عليها القوانين العسكرية .

ثانيا: بقية الأحكام السابقة للتعديل تطبق على غير من شملتهم هذه الفقرة وفق التشريع النافذ أي لا بد من مضي ثمانين عاما حتى يحكم القاضي بوفاة المفقودين ولو غلب على غيابهم الهلاك.

ثالثا: على القاضي أن يتحرى بجميع الطرق الممكنة قبل الحكم بوفاة المفقود وإن لم ينص التعديل على ذلك، أو يطلع على الأقل على الإجراءات التي قامت بها الجهات المسؤولة لمعرفة حال المفقود.

رابعا: أن الحكم بوفاة هذا المفقود بعد مضي أربع سنين على فقده تشمل بينونة زوجته (طلاق بائن) وتوزيع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور هذا الحكم.

خامسا: تحسب المدة من تاريخ الفقد لا من تاريخ العجز عن معرفة حال المفقود وانقطاع أخباره كما جاء في بعض التشريعات العربية.

وبعد عرضنا لكلا القانونين نجد أن القانون المصري والقانون السوري قد اتفقا إلى حد كبير في الأحكام ، منها الحكم بوفاة المفقود الذي يغلب على غيابه الهلاك بعد مضي أربع سنين فهذا الحكم مأخوذ من المذهب الحنبلي إضافة إلى حساب مدة الفقد التي اتفق عليها القانون المصري والسوري وبعض التشريعات العربية الأخرى وهي تبدأ كما سبق الذكر من تاريخ الفقد لا من تاريخ العجز عن معرفة خبر المفقود وهذا الاتفاق يفرضه المنبع الموحد الذي تسقى منه هته القوانين وهو الشريعة الإسلامية رغم الاختلاف الطفيف بينهما وهو ما جاءت به المذاهب السابقة مبررا في اختيار كل بلد للمنهال الذي تسر عليه حسب ما تراه مناسبا لها .

المطلب الثالث : أحكام المفقود في القانون الجزائري

إن الجزائر من الدول التي لم تجعل من موضوع المفقود نقطة مبهمة بل عالجتها وأثرت محتوياتها القانونية بها فكانت نظرت المشرع الجزائري إلى المفقود والغائب ملمة بجميع أحكامه وقد درس هذا في فصل مستقل في قانون الأسرة الجزائري وهو الفصل السادس بعنوان المفقود والغائب من مادته 109 إلى المادة 115.

لكننا وكما نعلم أن الجزائر قد عاشت فترة عصيبة في العشرية السوداء نجم عن ذلك مفقودين في ظروف خاصة مما أوجب إعادة النظر في هذه الفئة وفي كيفية إعطائهم صفة المفقودين بشروط معينة هذا ما جاء به مشروع الميثاق من أجل المصالحة الوطنية ودعمته النصوص المتضمنة تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية لذلك رأينا أن ندرس هذا المطلب في فرعين الأول : أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري والثاني : أحكام المفقود في إيطار مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية.

الفرع الأول : أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري

لقد عرف المشرع الجزائري المفقود في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بقولها :"**المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم**"[98].

لقد جاء هذا التعريف مشابها إلى حد ما ، ما جاءت به الشريعة الإسلامية من تعريفات مختلفة فقد اتفقوا على أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لم نعرف حياته ولا موته إلا أن نص هذه المادة قد أضاف أنه لا يمكن اعتبار المفقود مفقودا إلا بحكم قضائي وهذه الإضافة تبررها الطبيعة القانونية لهذا التعريف ويكون هذا الحكم القضائي بناءا على طلب من الورثة أو ذوي المصلحة أو النيابة العامة .

---

[98]- المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

وهو ما بينته المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري بقولها :"**يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة**"[99]، جاء في هذه المادة تفصيل من لهم الحق في طلب الحكم بالفقدان أو الموت وهم بالطبع ذوي المصلحة فكما للوارث مصالح في الحصول على الحكم من وضع يده على نصيبه في التركة والتصرف فيها والاستفادة منها ، فالدائن أيضا له مصلحة في الحصول على هذا الحكم واستفاء دينه من التركة وغيرهم من ذوي الحقوق والمصالح كالزوجة والشركاء مثلا.

وإذا تمعنا في قانون الأسرة الجزائري فإننا نجده قد درس المفقود بالنسبة لماله وبالنسبة لزوجته أيضا ففي ما يتلق بماله فقد جاء ذلك في المادتين 111و115 من قانون الأسرة الجزائري، فقد ذكرت المادة 111 في نصها ما يلي :"**على القاضي عندما يحكم بالفقدان أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون**"[100] ، ونص المادة 99 هو كما يلي:"**المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه أو كمن له مصلحة أو من النيابة العامة.**"[101]

يتضح لنا من نص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري أنه على القاضي أن يعين مقدما على أموال المفقود وهذا الحكم بالتعيين يجب أن يتضمنه الحكم بالفقد ، كما ذكر في نفس المادة نوع هذا المقدم الذي يجب أن يعينه ونوع المهام التي عليه القيام بها كتسيير أموال وتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع.

---

[99]- المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري.

[100]- المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري.

[101]- المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

أما ما جاءت به المادة 115 في قولها :"**لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عنا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.**"[102]

في هذه المادة أوضح المشرع الجزائري ، أنه لا يمكن أن يرث أحد المفقود أو يقسم تركته إلا بعد صدور الحكم وهذا الحكم لا يكون إلا بعد مضي مدة معينة جاء تفصيلها في مادة أخرى، كما تطرق إلى إمكانية عودة هذا المفقود ونظم أحكام هذه الحالة حيث جعل من الممكن استرجاع ما بقي للمفقود بعد عودته عينا أو ما يساوي قيمته حين بيعه.

في دراستنا السابقة لأحكام المفقود في الشريعة نجد أن هذا الحكم قال به الحنابلة حيث ذهبوا إلى أنه إذا رجع المفقود حيا بعد قسمه ماله بين ورثته فإنه بأخذ من الورثة ما يجده بعينه من أمواله في أيديهم لأنه قد تبين برجوعه حيا عدم انتقال هذا المال عن ملكه وبطل ملك الوارث له بظهور المفقود على قيد الحياة ، ثم يرجع على الورثة بباقي المال بمثل المثلى وقيمة المتقوّم لتعذر رده بعينه .

و هذا التشابه في الأحكام بين قانون الأسرة الجزائري و أحكام الشريعة منطقي و ذلك لأنها المنبع الأساسي أحكام قانون الأسرة الجزائري أما بما يتعلق بزوجته فقد جاءت المادة 112 بنصها موضحة ذلك " **لزوجة المفقود أو الغائب أن نطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون** " .[103]

الفقرة الخامسة من المادة 53 تقول "**الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.**"[104]

من الواضح أن القانون في هذا المجال حدد مدة الغيبة و الشروط الواجب توافرها فيها من مدة تفوق سنة بدون عذر و لا نفقة لكي تستطيع زوجة المفقود بطلب الطلاق .

---

[102]- المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري.

[103]- المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري.

[104]- المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

أما المدة التي أن يحكم فيها بموت المفقود فقد جاء تفصيلها في المادة 113 من هذا القانون بقولها "**يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري و الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدن المناسبة بعد مضي أربع سنوات**" .[105]

بعد دراسة هذه المادة يتبن أن المشرع الجزائري فرق بين حالتين حالة السلامة و حالة الهلاك و قدر المدة التي يجب مضيها للحكم بموت المفقود في حالة الهلاك بأربع سنوات وذلك بعد التحري عن المفقود.

وهذا الحكم بشبه ما جاء به القانون السوري في تعديله للمادة 205 في الفقرة الثانية المضافة إليها حيث اقتصر هذه الفقرة على المفقودين في الحرب و الحالات الاستثنائية و جعل المدة المقررة للحكم بوفاتهم هي أربعة سنوات ، و لكن ما خالف به القانون السوري القوانين الأخرى وهي القانون الجزائري و القانون المصري هو أنه في غيره من الحالات الحربية و الاستثنائية بحكم يموت المفقود عند الثمانين سنة من العمر .

و هذا ما تفاداه المشرع الجزائري حيث أنه في حالة السلامة فوض أمر المدة في جميع الأحوال إلى القاضي للحكم بفقدان أو بموت المفقود و هذا الحكم نفسه جاء به القانون المصري في مادته الواحدة و العشرون من قانون الأحوال الشخصية المرسوم بقانون 25 سنة 1929 وبالطبع إن المدة المفوضة للقاضي تكون بعد مضي أربعة سنوات على الفقدان مع التحري والبحث كما جاء موضحا في نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[105]- المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: أحكام المفقود في إيطار مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية

لقد تضمن مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية موضوع المفقودين بشكل بالغ الأهمية نظرا إلى أنه الأثر المهم الذي لا زالت نتائجه باقية في حياة الشعب الجزائري جراء آفة الإرهاب التي عاشها ، وهذا ما بينته الفقرة الرابعة من هذا الميثاق بقولها :

"4- إجراءات دعم سياسة التكفل بملف المفقودين المأساوي : إن الشعب الجزائري بذكر بان ملف المفقودين يحظى باهتمام الدولة منذ عشر سنوات خلت وهو محل عناية خاصة قصد معالجته بالكيفية المواتية .

وبذكر كذلك بأن مأساة الأشخاص المفقودين هي إحدى عواقب آفة الإرهاب التي أبليت بها الجزائر، وإنه يؤكد أيضا أن تلك الإفتقادات كانت في العديد من الحالات بفعل النشاط الإجرامي للإرهابيين الذين ادعوا لأنفسهم حق الحكم بالحياة أو بالموت على كل إنسان جزائريا كان أم أجنبيا..."[106]

-كما تضمنت هذه الفقرة إجراءات رامية إلى تسوية ملف المفقودين تسوية نهائية وجاء فيها:

"**أولا** : تتحمل الدولة على ذمتها مصير كل الأشخاص المفقودين في سياق المأساة الوطنية وستتخذ الإجراءات الضرورية بعد الإحاطة بالوقائع.

ثانيا: ستتخذ الدولة كل الإجراءات المناسبة لتمكين ذوي حقوق المفقودين من تجاوز هذه المحنة القاسية في كنف الكرامة.

---

[106]- مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية مرسوم رئاسي رقم05-278 المؤرخ في رجب عام 1426هـ الموافق لـ 14 غشت سنة 2005. ص13.

ثالثا: يعتبر الأشخاص المفقودون ضحايا للمأساة الوطنية ولذوي حقوقهم الحق في التعويض."[107]

ليصدر بعد الميثاق المذكور الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006، وقد جاء فيه بعض التوضيحات والأحكام الجديدة تتعلق بالضحايا المفقودين في العشرية الأخيرة وذلك في الفصل الرابع بعنوان : إجراءات دعم لسياسة التكفل بملف المفقودين القسم الأول: أحكام عامة

منها المادة 27 : "**يعتبر ضحية المأساة الوطني الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية ، التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموفقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية .**

تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عملية بحث بدون جدوى."[108]

في هذه المادة وعلى غرار ما درسناه في قانون الأسرة الجزائري نجد أن صفة الضحية المكتسبة في الظرف الخاص تضاف إلى المفقود وتعريفه السابق الذي جاءت به المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري وهو اعتبارها : "**المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم**"[109].

وقد أضافت هذه المواد إجراءات جديدة لم يكن معمول بها في حال المفقودين في الظروف العادية. وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 27 :"**تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة**

---

[107]- نفس المرجع ، ص13. 14.

[108]- المادة 27 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006.

[109]- المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عملية بحث بدون جدوى"[110]. والجديد الذي جاءت به الفقرة السابقة هو معاينة الفقدان وتكون هذه الأخيرة طبقا للنموذج اللاحق.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية[111]

وزارة الدفاع الوطني

قيادة الدرك الوطني
القيادة الجهوية بـ.....
مجموعة.....
فرقة.....
رقم.....

معاينة فقدان

في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية

نحن :..... ضابط شرطة قضائية بـ.....
.....

-بعد الإطلاع على الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، لاسيما المادتان 27 فقرة 2 و 30 فقرة 2 منه.

-بعد الإطلاع على المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، لاسيما المادتان 2 و 8 منه.

-بناءا على الطلب المقدم من طرف.....
الساكن (ين) بـ.....ذوي حقوق المسمى.....

بناءا على نتائج التحريات التي قمنا بها.

نشهد :

بأن المسمى:.....
المولود بـ.....في .....
ابن.....وابن.....

يعتبر مفقودا بعد التحري البحث الذي أجريناه وبقي بدون جدوى.

---

[110]- الفقرة الثانية من المادة 27 السالفة الذكر.

[111]- الدليل العلمي لتطبيق الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ27 فبراير 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

سلمت هذه المعاينة بالفقدان لاستعمالها فيما يسمح به القانون

حرر بـ.....في.....

توقيع ختم ضابط الشرطة القضائية.

كما أن المادة 28 من هذا الأمر جاء فيها : "**تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي** ".[112]

نجد أن صفة الضحية من جراء المأساة الوطنية تخول الحق للحصول على تصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي و لهذا التصريح أيضا إجراءات مطبقة عليه جاء تفصيلها في القسم الثاني من الفصل الرابع من هذا الأمر بعنوان : الإجراء المطبق على التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي .

المادة 29 منه تقول : " **بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه**" [113].

عند دراستنا لهذه المادة نجد أنه بالإضافة إلى الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالمفقودين فإنه تطبق أيضا الأحكام التي جاء بها هذا القسم وهي من المادة 30الى36 وسيجري تفصيلها بالتدرج .

المادة 30 : "**يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره و لم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى .**

تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عملية البحث و يسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك ، في أجل لا يتجاوز سنة واحدة من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية". [114]

نرى أن هذه المادة القانونية جعلت الحكم القضائي بالوفاة لا يقتصر على الأشخاص المفقودين الذين سبق تعريفهم في المادة 109من قانون الأسرة الجزائري بل وسعّت من نطاق الحكم ليشمل كل شخص انقطعت أخباره و لم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل الممكنة و ذلك تماشيا مع حالات الفقد التي نجمت الفترة الأخيرة .

---

[112]- المادة 28 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2006 م.

[113]- المادة 29 من الأمر السابق.

[114]- المادة 30 من نفس الأمر.

كما ذكرت نفس المادة الإجراء السابق و هو معاينة الفقدان للشخص المعني و يتم تسليم هذا المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك شريطة أن لا يتجاوز هذا سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر الأمر المذكور و هي الفترة من أول مارس 2006 إلى أخر فيفري 2007 .

أما المادة 31 قد جاء فيها: "**يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوة أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ تسلم محضر معاينة الفقدان** ".[115] وما بينته هذه المادة هو أنه لذوي الحقوق أو الأشخاص أصحاب المصلحة أن يتقدموا برفع دعواهم خلال الستة(06)أشهر الموالية بتاريخ تسلم المحضر و ذلك لا يكون إلا أمام الجهة القضائية المختصة .

(ويعتبر من ذوي الحقوق :

- الأزواج .
- أبناء الضحية الذين يقل سنهم عن 19 عاما أو 21عاما إذا كانوا لا يزاولون الدراسة أو التمهين .
- الأبناء مهما كان سنهم المصابون بعجز أو مرض مزمن في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.
- البنات بلا دخل اللائي كان يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه.
- الأطفال المكفولون .

---

[115]- المادة 31من المرجع السابق .

- أصول الهالك).[116]

أما ما جاءت به المادة 32 بقولها :"**يصدر الحكم القضائي بوفاة المفقود بناءا على طلب من أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة .**

يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين (2) ابتدءا من تاريخ رفع الدعوى"[117].

هنا نرى أن رفع الدعوى يكون أمام الجهة القضائية المختصة التي تصدر الحكم ابتدائيا ونهائيا بالوفاة خلال شهرين من تاريخ رفع الدعوى أمامها. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقرة الأولى من المادة32 أعلاه تشابه المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص هذه الأخيرة على:"**يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة**"[118].

كما أن الحكم المذكور في المادة 32 يكون قابلا للطعن بالنقض خلال شهر واحد من تاريخ النطق به وتفصل المحكمة العليا في أجل ستة أشهر من تاريخ الإخطار وهذا ما أوضحته المادة 33 من هذا الأمر حيث تنص على :"**يمكن أن يكون الحكم بالوفاة موضوع طعن للنقض في أجل لا يتجاوز شهر واحد من تاريخ النطق بالحكم .**

وتفصل المحكمة العليا في أجل لا يتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ الإخطار."[119]

وقد تقتضي هذه الإجراءات الجهد الكبير خاصة للشخص المستفيد من إتمامها وذلك لصعوبة الحصول على المعلومات من جهة مع إمكانية توفر أخرى لكنها مبهمة من جهة أخرى وكثرة التحقيقات التي قد ترهق ذوي الحقوق وأصحاب المصالح .

---

[116]- الدليل العلمي لتطبيق الأمر 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 هـ الموافق لـ 27 فبراير2006 م.

[117]- المادة 32 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ27 فبراير 2006.

[118]- المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري.

[119]- المادة 33 من نفس الأمر .

لذلك خول القانون مساعدات يفرضها بقوته جاء ذكرها في المادة 34 من هذا الأمر:"**تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على طلب من أحد الأشخاص المذكورين في المادة 32 أعلاه**"[120].

وتسعى النيابة العامة لتسجيل الأحكام النهائية بالوفاة في سجلات الحالة المدنية ويعد الموثق المسخر من النيابة العامة عقد الفريضة تأسيسا على الحكم بالوفاة بناءا على طلب من ذوي الحقوق ويعفى العقد من حقوق الطابع وتسجيل وفقا لما جاءت به المادتان 35-36 من هذا الأمر وسيأتي ذكرهما على التوالي:

المادة 35:" **تتحمل ميزانية الدولة الحقوق المستحقة للموثق على إعداد عقد الفريضة ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل.**"[121]

المادة 36:" **يجب أن يحرر الحكم النهائي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية بناءا على طلب النيابة العامة.**

ويترتب عليه مجموعة الآثار المنصوص عليها في التشريع المعمول به"[122]

---

[120]- المادة 34 من الأمر 06- 01 المؤرخ 28 محرم 1427 الموافق لـ27 فبراير 2006.

[121]- المادة 35 من نفس الأمر.

[122]- المادة 36 من نفس الأمر.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

بعد العرض المفصل أحكام هذا الميثاق وما جاء يشرحه من قوانين ارتأينا أن نقوم بتوضيحها وكشفها فقط ،دون التطرق إلى صحتها من عدمه وذلك لأنها إجراءات قانونية محضة سنها المشرع الجزائري وفقا للتطورات الحاصلة في مجتمعنا في الآونة الأخيرة، ولا يسعنا إلا النظر إلى هذه القوانين بالمنظار الذي استعمله الشعب الجزائري بصفته صاحب السيادة وهو إقباله الشديد للمصادقة على هذا الميثاق وتقبله وهو خير دليل على أن المشرع قد أحسن في إتيانه بالميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية ، كما أنه قد أثرى أحكام المفقودين وذلك بالتطرق إليها منفردة كفئة جديدة منبثقة عن الظرف الصعب الذي عاشته الجزائر الحبيبة وخير ما نختم به هذا الفرع هو بعض المعاني السامية التي جاءت في ديباجة الميثاق.

"تاريخ الجزائر سلسلة من النضالات المتعاقبة التي خاضها شعبها ذودا عن حريته وكرامته. والرصيد هذا، المتكون على مر الحقب والعصور جعل من الجزائر أرض ترعى فيها قيم التسامح والسلام والحوار والحضارة.

وإذا استمد الشعب الجزائري قوته من وحدته واعتصم بما يؤمن به القيم الروحية والأخلاقية العرقية، استطاع التغلب على أشد المحن قساوة وإضافة الجديد من الصفحات مشرقة إلى تاريخه الحافل بالأمجاد."[123]

[123]- ديباجة الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية، صفحة 4. 5

خاتمة:

على ضوء دراستنا لكل من أحكام الغائب والمفقود فإننا حاولنا جاهدين وبكل تواضع، التطرق إلى معرفة كل من الغائب والمفقود وتوضيح الاختلاف الحاصل بينهما خاصة وأن الكثير لا يميزون بن الغائب والمفقود على أساس أن كل منهما مرتبط بالغيبة، غير أنه لكل واحد منهما أحكامه الخاصة به والمختلفة عن الأخر رغم تشابهها في جوانب معينة وهذا ما تم توضيحه أيضا وفقا للشريعة الإسلامية التي شملت أراء الفقهاء المختلفة من جهة وقانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى وعلى غرار قوانين الوضعية التي تم الأخذ بها في بحثنا على سبيل المثال. والتي حاولت هي الأخرى معالجة هذا الموضوع وإعطاء أحكام مختلفة بشأنه وخاصة أن هذا الموضوع أصبح محل اهتمام في العصر الحالي بالرغم من أنه تحريك لقضية قديمة، فما يعيشه العالم حالا من توترات سياسية وحروب أهلية وإقليمية وعالمية، وما يسمى حروب ضد الإرهاب . أصبح يشكل جوا ملائما لكثرة الغيبة والفقدان.

هذا وإن ما عاشته الجزائر في العشرية السوداء كان له أيضا الوقع الكبير لكثرة المفقودين في هذه الفترة .

وكنتيجة تم التوصل إليها في مسألة الغائب والمفقود هو معرفة الأحكام المتعلقة بهما خاصة فيما يتعلق بمدة الحكم بالغياب والفقدان والأحكام المتعلقة بالنسبة لزوجة كل منهما ، والأحكام المتعلقة بأموالهما أو أموال الغير عند كل واحد منهما ، وذلك لأخذ فكرة ولو متواضعة على هذه المسألة للتكيف معها ومعرفة التصرف فيها متى أوقعتنا الظروف فيها.

هذا ونرجو أن تكون الدراسات معمقة في هذا الموضوع نظرا للأهمية التي يكتسيها ، والاجتهاد في وضع أحكام جديدة خاصة في ظل الظروف الراهنة.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري ، وبالرغم من أنه عالج هذه المسألة غير أننا نقترح أن يفصل كثيرا في هذا الموضوع ولاسيما بالنسبة للغائب.

اللهم هذا بحثنا ضمناه آراءنا ، وحسنا أننا بذلنا جهودنا بإدراك جانب من الحق الذي يتم به الخير أو بعضه، ونسأله تعالى أن يتقبل عملنا، وأن يهدنا إلى ما فيه الخير.

فاللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك على ما أنعمت ، وأوليت ، فما كان في بحثنا من حق فمن توفيقك المحض ،وما كان فيه من تجاوز وتقصير فمن أنفسنا والشيطان، وحسبنا أننا اجتهدنا ولا يخطأ مجتهد فإن أصاب فله أجران ، وإن أخطأ فله أجر اجتهاده، وذلك فضل من الله تعالى.

وأخير نسأل الله ينتفع من هذه المذكرة كاتبها ، وقارئها ، والمطلع عليها ، وأخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

تمت بإذن الله

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

فهرس الآيات

الآية	الصفحة
حرف الفاء	
"فلا تحل من بعد حتى تنكح زوجا غيره....."	24
حرف اللام	
"للذين يؤولون من نساءهم ...."	16
حرف الواو	
"والذين هم لأماناتهم ووعدهم راعون...."	50
"وإن لنحن نحي ونميت ونحن الوارثون...."	55
"وتفقد الطير فقال مالي لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين...."	4
"ورث سليمان داوود ...."	55
"وكنا نحن الوارثين...."	55
"ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ...."	46
" ومن آياته أن خلق لكم ....."	16

حرف الياء

"يا أيها الذين أمنوا...." 50

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

فهرس الأحاديث

الحديث **الصفحة**

حرف الخاء

"خذي من مال أبي سفيان...." 53

حرف العين

"العلماء ورثة الأنبياء..." 55

حرف السين

" السلطان ولي من لا ولي له....." 25

"السفر قطعة من العذاب...." 46

حرف اللام

"لا ضرر ولا ضرار...." 17

حرف الياء

"يا عبد الله ألم أخبرك...." 15

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

فهرس الأعلام

حرف الألف	الصفحة	حرف الشين	الصفحة
الإمام أحمد	9- 20-40-43	الشافعي	9
حرف الباء		الشعبي	16
البهوتي	25-26	**حرف العين**	
البيهقي	21	عائشة	53
حرف التاء		عبد الرحمن بن أبي ليلى	52
ابن تيمية	7-14	عبد الرزاق	16
حرف الحاء		عبد الله بن عمر بن العاص	15
حفصة	15-22	عبد الله بن عرفة	21
أبو حنيفة	9-28	عمر ابن الخطاب	15-16-21-22-52
حرف الدال		**حرف الكاف**	
الدسوقي	26	كعب بن سور	16
حرف الزاي		**حرف الميم**	
زفر	25-28	الإمام مالك	9-4042-43
زيد بن أسلم	21	بن المنذر	30
حرف السين		**حرف الهاء**	
أبو سفيان	53	ابن هانئ	20
سعيد بن منصور	21	هند	53

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ9 يونيو سنة1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ27 فبراير سنة2005. يتضمن قانون الأسرة.

مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية 29 سبتمبر 2005. الأمر رقم 06-01المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ27 فبراير 2006.

قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل والمتمم بموجب القانون 34 بتاريخ 31 ديسمبر 1975.

حرف الألف

- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية

الدكتور أحمد فراج حسين ، الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الطبعة 2003.

- نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي

الدكتور أحمد فراج حسين ومحمد كمال الدين إمام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

حرف الباء

- المصنف للصنعاني

أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب عبد الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، الطبعة الأولى.

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)

الدكتور بلحاج العربي، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة 2005.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

حرف الجيم

- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة)

الدكتور جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الدار الجامعية الجديدة ، الطبعة 2003 ، الإسكندرية.

حرف الراء

- أحكام الأسرة ف الشريعة الإسلامية

الدكتور رمضان علي الشرنباطي ، دار الجامعية ، الطبعة 2001، الإسكندرية.

حرف الزاي

- الأحوال الشخصية

الإمام أبو زهرة ، دار الفكر العربي.

حرف الشين

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير وبهامشه الشرح الكبير

شمس الدين عرفة الدسوقي ، دار الحياء للكتب العربية ، عيسى الحلبي وشركاءه.

حرف العين

- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الدكتور عبد العزيز سعد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة (مدعمة بالاجتهادات القضائية)، الجزائر.

حرف الفاء

- قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق

الأستاذ فضيل سعد ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

حرف الميم

- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية

الدكتور محمد أحمد سراج والدكتور كمال إمام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.

- شرح الأحوال الشخصية (الزواج وانحلاله)

الدكتور مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، المجلد الأول، الطبعة السابعة1417هـ 1998م سوريا.

- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات

الدكتور مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني، الطبعة الخامسة 1998 دمشق سوريا.

حرف الواو

- الفقه الإسلامي وأدلته

الدكتور وهبة الزحيلي، الجزء والسابع والجزء الثامن لدار الفكر الجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق .

- مسائل الأحوال الشخصية بالزواج، والنفقة وحقوق الأولاد في الفقه والفتوى والقضاء، منشورات الحلمي الحقوقية.

أحكام الغائب والمفقود بين الشريعة والقانون

فهرس المحتويات

الفهرس..... **الصفحة**

مقدمة..... أ–ب–ج

تمهيد..... 1- 10

الفصل الأول: أحكام الغائب بين الشريعة والقانون..... 12

المبحث الأول: أحكام الغائب في الشريعة الإسلامية..... 12

المطلب الأول : التفريق للغيبة..... 13

الفرع الأول : الآراء الفقهية حول جواز وعدم جواز التفريق للغيبة..... 13

بند أول : عدم جواز التفريق للغيبة مطلقا 13

بند ثاني : جواز التفريق بين الزوجين للغيبة..... 14

الفرع الثاني : أسباب وشروط التفريق للغيبة..... 17

بند أول : شروط وأسباب متفق عليها بين المالكية والحنابلة..... 18

بند ثاني : ما اشترطه الحنابلة فقط..... 20

بند ثالث : ما اشترطه المالكية والحنابلة واختلفوا فيه..... 21

الفرع الثالث: حكم الفرقة للغيبة..... 22

بند أول: الفرقة للغيبة طلاق بائن..... 22

بند ثاني : الفرقة للغيبة فسخ..... 23

المطلب الثاني: غيبة الولي في النكاح..... 25

الفرع الأول: رأي الحنفية والحنابلة..... 25

الفرع الثاني : رأي المالكية..... 26

الفرع الثالث: رأي الشافعية..... 27
المطلب الثالث: أثر نفقة زوجة الغائب..... 28
الفرع الأول : قول الحنفية..... 28
الفرع الثاني : قول المالكية..... 29
الفرع الثالث : قول الشافعية..... 29
الفرع الرابع : قول الحنابلة..... 30
المبحث الثاني : أحكام الغائب في القانون..... 31
المطلب الأول : أحكام الغائب في القانون المصري..... 31
الفرع الأول : المادة 12..... 31
الفرع الثاني : المادة 13..... 33
المطلب الثاني : أحكام الغائب في القانون السوري..... 37
الفرع الأول : المادة 203..... 37
الفرع الثاني : المادة 101..... 39
المطلب الثالث : أحكام الغائب في القانون الجزائري..... 40
الفرع الأول: المادة 110..... 40
الفرع الثاني : المادة 112 والمادة 5/53..... 41
الفصل الثاني : أحكام المفقود بين الشريعة الإسلامية والقانون..... 46
المبحث الأول : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية..... 47
المطلب الأول : مدة الحكم بموت المفقود وأثار هذا الحكم..... 47
الفرع الأول : مدة الحكم 47

الفرع الثاني : أثار الحكم بالموت 48
بند أول : أثار الحكم بالنسبة لماله 49
بند ثاني : أثار الحكم بالنسبة لزوجته 52
بند ثالث : أثار الحكم بالنسبة لمال غيره (ميراثه)..... 54
المطلب الثاني : ظهور المفقود 57
الفرع الأول: أثار ظهور المفقود بالموت 57
بند أول : ما يثبت به موت المفقود..... 59
الفرع الثاني: أثار ظهور المفقود حيا 59
بند أول : بالنسبة لزوجته 59
بند ثاني : بالنسبة لماله..... 60
المبحث الثاني: أحكام المفقود في القانون 62
المطلب الأول : أحكام المفقود في القانون المصري..... 62
الفرع الأول: المادة 2/578..... 63
الفرع الثاني : المادة 21..... 63
المطلب الثاني : أحكام المفقود في القانون السوري..... 64
الفرع الأول : المادة 205..... 65
الفرع الثاني : المادة 205/ 2 المعدلة..... 66
المطلب الثالث : أحكام المفقود في القانون الجزائري..... 68
الفرع الأول : أحكامه في قانون الأسرة..... 68
الفرع الثاني : أحكامه في إطار مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية..... 72

فهرس الآيات 84

فهرس الأحاديث..... 85

فهرس الأعلام..... 86

فهرس المصادر والمراجع..... 87-89

فهرس المحتويات..... 90-93