

جامعة زيان عاشور - الجلفة -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# المفقود بين الشريعة والقانون الوضعي

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية

اشرف الأستاذ  
العروسي سليمان

اعداد الطالبين

- عجال بوسع
- خليفي محمد

لجنة المناقشة

- |        |                        |
|--------|------------------------|
| رئيسا  | 1-أ/ د. بوفاتح بلقاسم  |
| مقروبا | 2-أ/ د العروسي سليمان  |
| مناقشا | 3-أ/ هزوشي عبد الرحمان |

السنة الجامعية 2016-2017

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

یَبْنِیْ اَذْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِنْ یُوْسُفَ وَاَخِیْهِ وَلَا تَأْتَسُوا مِنْ رَوْحِ

اللّٰهِ اِنَّهُ لَا یَأْتِسُ مِنْ رَوْحِ اللّٰهِ اِلَّا الْقَوْمُ الْكٰفِرُونَ ﴿٨٧﴾

قران کریم، سورۃ یوسف، الایۃ 87.

## شكر و عرفان

نشكر الله عز وجل الذي وفقنا لإهداء هذا العمل المتواضع، ونتقدم بخالص

الشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور والمشرف علينا: **العروسي**

**سليمان** الذي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته طيلة انجاز هذا البحث.

كما لا يفوتنا بالشكر إلى الأستاذ الدكتور: **دوارة محمد**

الذي ساعدنا كثيرا في إهداء هذا البحث

# إهداء

أهدي هذا العمل إلى:  
الوالدين العزيزين والى عائلتي الصغيرة وخاصة بنيتي (نورة)  
كل إخوتي وأخواتي  
كل الأهل والأقارب  
إلى كل الزملاء خاصة زملاء الدراسة وزملائي في العمل  
والى كل من هو أهل للتقدير والاحترام والإهداء

عجال بوصبع

# اهداء

لا يسغني في هذا المقام الا ان اهدي ثمرة جهدي الى:

امي طال الله في عمرها

الى عائلتي الصغيرة (ابنتي هاجر)

الى اخوتي واخواتي جميعا

الى كل أصدقائي

والى جميع هؤلاء اهدي ثمرة جهدي المتواضع

خليفة محمد



لما كان الأصل في الشخصية القانونية للإنسان أنها تبدأ بميلاده حيا وتنتهي بالموت الحقيقي فان الموت المعروف يعتبر النهاية العادية لها. غير أن هناك استثناء على هذه القاعدة فقد يتقرر زوال الشخصية القانونية رغم عدم التأكد من الموت حقيقة أي المشاهد عيانا والمتمثل في وجود الجثة، هذا ما يعرف بالموت الحكمي أي الذي يتقرر بحكم قضائي. الذي تصدره الهيئة القضائية اتجاه الشخص الذي يشك في حياته (عدم التيقن من موته حقيقة) وهو المفقود الذي سيكون موضوع دراستنا بحول الله .

لا شك أن اللجوء إلى هذا الحل (الموت الحكمي) تتطلبه الضرورة وحتمية تحديد مصيره لأنه لا يعرف موته من حياته وهذا ما يثير عديد المعضلات في مواجهة الغير خاصة إذا طالت مدة غيبته عن أهله وماله، وتغلب احتمال موته على فرضية بقاءه على قيد الحياة .

كما أن ظاهرة فقدان الأشخاص وغيبتهم معروفة منذ القدم، بل كانت منتشرة أكثر من وقتنا الحالي. وهي جزء هام من التراث الإنساني ككل، بل إن بعض الغيبات لأشخاص مهمين تحولت إلى أساطير بل إلى معتقدات دينية (كما هو الحال عند الشيعة الاثني عشرية الغيبة الصغرى والغيبة الكبرى لإمامهم الثاني عشر). وانتشار ظاهرة فقدان الأشخاص في الماضي يعود بالأساس إلى الأسباب التالية :

**1- كثرة الحروب والغارات وانعدام الأمن الناجم عن غياب السلطة القوية التي تقرضه مما ينجم عنه حالات الخطف والتغيب القسري .**

**2- صعوبة التواصل بين المناطق المختلفة للعالم لبدائية وسائل المواصلات ومحدودية آليات البحث والتحري التي نعرفها اليوم مما يؤدي إلى كثرة المفقودين وتضاءل احتمال العثور عليهم أحياء .**

**3- مخاطر الأسفار والتنقلات بسبب عدم اكتشاف الكثير من الأقاليم وانعدام الخرائط والمسوح الجغرافية مما يؤدي إلى اختفاء الكثير من الأشخاص دون العثور على جثثهم .**

وقد تناول فقهاء المسلمين ظاهرة فقد الأشخاص بصورة مستفيضة وبينوا أحكامها والأحوال المتعلقة بها وشملت أبحاثهم وآراءهم المسائل المتعلقة بتعريف المفقود وضبط مصطلحه ومتى يحكم بموته وتأثير الفقد على حال زوجه وعلى ارثه وارثا كان أو مورثا. واختلفوا في كثير من الجزئيات بسبب اختلاف فهمهم للأدلة التي يبنون عليها أحكامهم.

وفي نفس السياق ورغم التقدم العلمي والتكنولوجي في هذا العصر فان ظاهرة الفقد لا تزال كثيرة الشيع وفي شتى أنحاء المعمورة نتيجة لظهور وانتشار وسائل النقل الحديثة التي تنقل عددا هائلا من البشر في نفس الوقت مما يترتب عنه فقدان الكثير منهم. وتكمن أهمية دراسة موضوع المفقود وتتجلى في النقاط التالية :

- 1-حتمية تحديد مصير المفقود منعا للأضرار المادية والمعنوية التي قد تلحق بذويه وبالغير .
- 2-ضرورة ضبط المركز القانوني للمفقود حفاظا على حقوقه وحقوق الغير وحتى المصلحة العامة .
- 3-إظهار إن اختلاف فقهاء المسلمين في تناول موضوع الفقد دليل على التنوع الفكري بسبب تباين فهمهم للنصوص الشرعية وكذا إظهار لمجهوداتهم في الاستنباط والاستدلال بعيدا عن الرأي الواحد والنمطية .
- 4-تبيين الغموض الملاحظ في بعض النصوص المنظمة لأحكام المفقود في التشريع الجزائري خصوصا.

لذا سنتناول في هذه الدراسة موضوع المفقود في نظر الفقهاء المسلمين مقارنة بما جاءت به القوانين (الوضعية) فيما تعلق بالمفقود نفسه والأشخاص المرتبطين به لا سيما الزوجة و البناء بالإضافة إلى الآثار المترتبة على الحكم بالفقد والحكم بالموت و نركز على تناول المشرع الجزائري لهذا المجال من الأحوال الشخصية عن طريق تحليل مختلف النصوص القانونية التي تنظم أوضاع المفقود و القواعد الإجرائية المتطلبية لإعلان حالة الفقد و الموت الحكمي محاولين الإجابة على الإشكالية الآتية ( كيف عالج فقهاء المسلمين مسألة فقدان الأشخاص و ما مدى تأثير اختلاف اجتهاداتهم الفقهية على كيفية تناول المشرع الجزائري لموضوع أحكام المفقود؟).

وقد تناول فقهاء المسلمين ظاهرة فقد الأشخاص بصورة مستفيضة وبينوا أحكامها والأحوال المتعلقة بها وشملت أبحاثهم وأراءهم المسائل المتعلقة بتعريف المفقود وضبط مصطلحه ومتى يحكم بموته وتأثير الفقد على حال زوجه وعلى ارثه وارثا كان أو مورثا. واختلفوا في كثير من الجزئيات بسبب اختلاف فهمهم للأدلة التي يبنون عليها أحكامهم .

وفي نفس السياق ورغم التقدم العلمي والتكنولوجي في هذا العصر فان ظاهرة الفقد لا تزال كثيرة الشيع وفي شتى أنحاء المعمورة نتيجة لظهور وانتشار وسائل النقل الحديثة التي تنقل عددا هائلا من البشر

في نفس الوقت مما يترتب عنه فقدان الكثير منهم. وتكمن أهمية دراسة موضوع المفقود وتتجلى في النقاط التالية :

**1-حتمية تحديد مصير المفقود منعا للأضرار المادية والمعنوية التي قد تلحق بذويه وبالغير.**

**2-ضرورة ضبط المركز القانوني للمفقود حفاظا على حقوقه وحقوق الغير وحتى المصلحة العامة.**

**3-إظهار إن اختلاف فقهاء المسلمين في تناول موضوع الفقد دليل على التنوع الفكري بسبب تباين فهمهم للنصوص الشرعية وكذا إظهار لمجهوداتهم في الاستنباط والاستدلال بعيدا عن الرأي الواحد والنمطية .**

**4-تبيين الغموض الملاحظ في بعض النصوص المنظمة لأحكام المفقود في التشريع الجزائري خصوصا.**

لذا سنتناول في هذه الدراسة موضوع المفقود في نظر الفقهاء المسلمين مقارنة بما جاءت به القوانين (الوضعية) فيما تعلق بالمفقود نفسه والأشخاص المرتبطين به لا سيما الزوجة و البناء بالإضافة إلى الآثار المترتبة على الحكم بالفقد والحكم بالموت ونركز على تناول المشرع الجزائري لهذا المجال من الأحوال الشخصية عن طريق تحليل مختلف النصوص القانونية التي تنظم أوضاع المفقود والقواعد الإجرائية المطلوبة لإعلان حالة الفقد والموت الحكمي محاولين الإجابة على الإشكالية الآتية ( كيف عالج فقهاء المسلمين مسألة فقدان الأشخاص و ما مدى تأثير اختلاف اجتهاداتهم الفقهية على كيفية تناول المشرع الجزائري لموضوع أحكام المفقود؟).

# الفصل الأول

مفهوم المفقود في الفقه  
الإسلامي والقانون الوضعي

نحاول في هذا الفصل ضبط وضع المفقود من خلال ما تناوله فقهاء المسلمين. بالتعريف أولاً ثم بالتقسيمات التي وضعوها للمفقود حسب نوع الغيبة ومكانها. ثم المدة المتطلبة للحكم بفقده أو وفاته، وعلى سبيل المقارنة سنلقي الضوء على مفهوم المفقود في القوانين الوضعية سواء العربية منها والتي تستمد اغلب أحكامها (فيما تعلق بالأحوال الشخصية) من الشريعة الإسلامية بالإضافة إلى القوانين الأخرى التي هي قوانين وضعية بحتة كالقانون الفرنسي والقانون التركي.

## المبحث الأول: تحديد وضع المفقود في الفقه الإسلامي

سننتظر في هذا المبحث إن شاء الله إلى مفهوم المفقود وضبط مصطلحه حسب الاجتهادات الفقهية لكل مذهب من المذاهب الإسلامية المعتمدة محاولين توضيح أهم الفروقات والاختلافات بين هذه الآراء وأسباب هذا التباين

### المطلب الأول: مفهوم المفقود الفقه الإسلامي

#### الفرع الأول تعريف المفقود

##### 1-تعريف المفقود في اللغة :

فقد الشيء يفقده فقدنا ومفقدانا وفقدوا، فهو مفقود، فقيد عدمه وأفقده الله إياه، والتفقد تطلب ما غاب من الشيء .

وافتقد الشيء طلبه. وتفقدته طلبته عند غيبته .

وتفادق القوم أي فقد بعضهم بعضا، وفي القرآن الكريم قال تعالى: (وَتَقَدَّ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدُودَ أَمْ كَانَتْ مِنَ الْغَائِبِينَ)<sup>1</sup>

وهذا الاسم من الأضداد، يقول الرجل فقدت الشيء أي أضلته، وفقدته أي طلبته. وكلا المعنيين يتحقق في المفقود<sup>2</sup>، وجاء في المعجم الوسيط<sup>3</sup> [فقد] الشيء -فقدنا ضاع منه يقال فقد الكتاب و المال ونحوه خسره وعدمه. قال الإمام القرطبي والتفقد تطلب ما غاب عنك من الشيء.<sup>4</sup>

نلاحظ من تعاريف الحنفية السابقة أن منهم من اشترط عدم معرفة مكانه، ومن منهم من لم يشترط ذلك فيكون المدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا الجهل بمكانه فإنهم جعلوا الذي أسره العدو ولا يدري احي هو أو ميت مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب فقد جعلوه مفقود والظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالبا وعدمه العدم ولو علم مكانه في الدار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لا شك في انه مفقود.

<sup>1</sup> سورة النمل آية 20.

<sup>2</sup> ابي الفضل جمال الدين بن مكرم بن المنظور الأفريقي المصري، لسان العرب، الجزء الثالث، ص 337.

<sup>3</sup> مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، ص 697.

<sup>4</sup> محمد ابن احمد ابن فرح القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 133.

## ب - تعريف المالكية للمفقود

وهو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه والمراد هنا المفقود في بلاد الإسلام كما يعلم.

## ج- تعريف المفقود عند الشافعية والحنابلة

اتفق الشافعية والحنابلة على التعريف اللغوي للمفقود حيث قال الشافعية: هو من انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره. وذهب الحنابلة إلى نفس المعنى حين قالوا إن فقدان: أن تطلب الشيء فلا تجده أي من لا تعلم حياة ولا موت لانقطاع خبره.

## الفرع الثاني: مقارنة الغائب بالمفقود.

## 1-تعريف الغائب:

الغيب: الشك. وجمعه غياب وغيوب

والغيب: كل ما غاب عنك. وما غاب عن العيون وان كان محصلا في القلوب.  
نقول: غاب الرجل غيبا ومغيبا وتغيب: سافر أو بان وقوم غياب وغيب: غائبون.  
وامرأة مغيب ومغيبة: غاب بعلها أو احد من أهلها<sup>1</sup>.

واعتمد الفقهاء المعنى اللغوي عند حديثهم عن الغياب والغيبة.

وهو السفر البعيد.

وقد قسم الفقهاء الغيبة إلى نوعين<sup>2</sup>.

ا. غيبة ارتجاع

ب. غيبة انقطاع

وقد اختلفت بعض المسميات لهذه الغيبة ولكنها كلها في المعنى نفسه.

<sup>1</sup> ابن منظور، مرجع السابق، ص 655.

<sup>2</sup> الإمام مالك، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، ص 113

وغيبة الارتجاع هي: الغيبة القريبة، التي لم تنقطع فيها أخبار هذا الغائب، كمن خرج لتجارة أو لحاجة ولم ينو الإقامة والاستيطان في تلك البلاد التي سافر إليها وتنقسم هذه الغيبة إلى قسمين أيضا:

1. الغيبة البعيدة.

2. الغيبة القريبة.

وقد ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن مسافة القصر في الصلاة هي: الحد الفاصل بين الغيبة البعيدة والقريبة، وبنو أحكام الغيبة البعيدة والغيبة القريبة بناء عليها.

1. أما غيبة الانقطاع:

فهي الغيبة التي سافر فيها صاحبها مسافة بعيدة مثل الذين يخرجون للمغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها مثل: الأندلس أو إفريقيا أو طنجة، وقد اختلف الفقهاء في تحديد الغيبة المنقطعة، فقد ذهب الحنفية إلى ما يلي:

1- ذهب الإمام أبو يوسف إلى روايتين:

الأولى: قال: ما بين بغداد والري.

والثاني مسيرة شهر فصاعدا

وعن الإمام محمد روايتان أيضا

1- ما بين الكوفة والري

2- ما بين الرقة والبصرة وذهب فقهاء الحنابلة إلى ما يلي:

قال الخرقى هي من لا يصل إليه الكتاب أول يصل فلا يجيب عنه كمن هو في أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوهما لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة لأن الكفاء الخاطب ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها وقال أبو الخطاب يحتمل أن يقال: إن السفر البعيد هو ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقطع إلا بالكلفة والمشقة.<sup>1</sup> وإلى هذا القول ذهب صاحب الروض المربع وكشاف القناع فقالا: إذا

<sup>1</sup> ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الفكر، ج7، 1404هـ، ص 25.

غاب غيبة منقطعة لا تقطع لا بكلفة ومشقة فوق مسافة القصر ثم إن هذه الغيبة المنقطعة تقسم إلى قسمين:

1. من لم تقطع أخباره. وحياته معلومة ومكانه معلوم

2. من جهل مكانه وحياته وموته. فهذا هو المفقود

وخلاصة القول أن المفقود هو: نوع من أنواع الغائب. أي من غاب وانقطعت أخباره حتى لو كان في غيبة قريبة أو في داخل البلاد وانقطعت إخباره فهذا هو المفقود. فالغيبة اعم واشمل من الفقد.

### الفرع الثالث: أصناف المفقود

يرى جمهور الحنفية والشافعية والظاهرية عدم تقسيم المفقود إلى أصناف. وبالتالي لم يفرقوا بين أحوال الفقد كما فعل غيرهم من الفقهاء. بل قالوا إن من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر احي هو أم ميت. ولا يعلم مكانه. ومضى على ذلك زمان يعتبر مفقودا - سواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام أو في صف القتال في المعركة أو انكسرت سفينته ولم يعلم حاله فالحكم في الكل سواء وتنطبق عليهم الأحكام نفسه.

-وذهب إلى هذا الرأي جماعة من الصحابة والتابعين منهم: عمر ابن الخطاب وعثمان. وعلى وابن مسعود. وابن عباس. وابن عمر وعطاء والزهري وعمر بن عبد العزيز وغيرهم كثير.<sup>1</sup>

-وذهب المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب. وغيرهم إلى التفريق بين حال وأخرى. فليس لكل من غاب عن أهله ووطنه الحكم نفسه. فمن فقد في صف القتال في المعركة أو في حال غرق سفينة ولم ينج منها إلا القليل. يختلف حكمه عن خرج للتجارة أو طلب العلم وطال مكثه وانقطعت أخباره في تلك البلاد.

### 01 تقسيم المالكية للمفقود

قسم فقهاء المالكية المفقود إلى أربعة أقسام:

1-مفقود في بلاد المسلمين: هو من خرج من بيته أو سافر سفرا قريبا من مكان إلى آخر في بلاد المسلمين وانقطعت أخباره وأثاره.

<sup>1</sup> ابن حزم ابو محمد علي ابن احمد الظاهري، المحلى بالآثار، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت، دار الأفاق الجديدة، ج1، ص 38.

ب-مفقود في بلاد الحرب: ويلحق به الأسير، كما يلحق به من شك هل فقد في البلاد الحرب، أو بلاد المسلمين.

ج- مفقود في الحروب المسلمين بعضهم مع بعض.

د- مفقود في الحروب المسلمين الكفار.<sup>1</sup>

## 02- تقسيم الحنابلة للمفقود

ا-مفقود في غيبة ظاهرها السلامة: من سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة ويلحق به الأسير.

ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يفقد بين الصفيين في القتال أو من انكسر بهم المركب فينجوا بعضهم ويغرق الآخرون.

**المطلب الثاني: الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي**

### 2-تعريف المفقود في الاصطلاح:

لم يتفق الفقهاء على تعريف معين للمفقود بل ذهب كل طائفة منهم الى تبني تعريف مغاير للآخرين وسنحاول عرض هذه التعارف حسب كل مذهب فقهي وحسب رأي كل إمام ومجتهد داخل المذهب نفسه.

### ا- تعريف الحنفية للمفقود

1-ذهب صاحب فتح القدير إلى تعريفه بأنه ( هو الغائب الذي لا يدري حياته موته)<sup>2</sup>.

2-وقال ابن عابدين في حاشية رد المحتار على الدر المختار هو غائب لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته أو هو غائب لم يدري حي هو فيتوقع قدومه أم ميت أودع اللحد البلقع أي القبر وعرفه الإمام السرخسي بقوله.. المفقود.. اسم لموجود هو حي باعتبار أول حياته. ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله. وأهله في طلبه يجدون ولخفاء مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره. وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الدردير، سيدي احمد ابو البركات، الشرح الكبير للدردير، تحقيق احمد عيش، بيروت، دار الفكر، ج2، ص 479.

<sup>2</sup> كمال الدين محمد ابن عبد الواحد السواسي، شرح فتح القدير، ج 6، ص 141.

<sup>3</sup> محمد بن ابي س هل السرخسي، المبسوط، ج11، ص 34.

## الفرع الأول: الحكم بموت المفقود حسب نوع الغيبة

سبق وأن تطرقنا الى أن المفقود هو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته، وان حكم الحاكم بموته، يبنى على نوع هذه الغيبة والفقد عند الفقهاء لأنه من الضروري معرفة متى يعتبر المفقود ميتا حتى نطبق عليه أحكام الأموات في أمواله:

من ارث له من غيره، أو ارث لغيره منه، أو نفقات كانت واجبة عليه، أو عقود أخرى. وفي زوجته: من عدة، واحداد، ونفقة، وسكنى وغير ذلك من الأمور وكما سبق القول فقد قسم فقهاء المالكية والحنابلة والمفقود إلى أقسام، وبنو أحكامهم في المفاهيم بناء على هذه الأقسام. بينما ذهب الشافعية والحنفية والظاهرية إلى أن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر احي هو أم ميت، ولا يعلم مكانه ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار. سواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام، في سفر أو في بلاده، أو انكسرت سفينته أو مفازة فالحكم في الكل سواء<sup>1</sup>.

## 1- قول الحنفية:

العبرة المشهورة عند فقهاء الحنفية تقول: "إن المفقود حي في نفسه ميت في حق غيره" هذه المقولة تظهر متناقضة لجمعها بين النفي والإثبات إلا أنهم فسروها بان المفقود، تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة.

غير أن التمسك بهذا القول لا يصح على إطلاقه، فإلى متى يستمر حكمه كذلك، لأنه لا بد من وقت يحكم بعده بموته وتقسّم أمواله وتبين منه امرأته.

فمذهب الإمام أبي حنيفة في رواية الحسن عنه انه إذا أتم مائة وعشرين سنة من يوم ولد يحكم بموته. وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران<sup>2</sup>.

وروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدر بعضهم تسعين والاقيس أن لا يقدر شيء، والأرفق أن يقدر بستين سنة، وذهب صاحب فتح القدير<sup>3</sup> إلى أن الأحسن أن يقدر بسبعين سنة لقوله عليه الصلاة والسلام "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين" فكانت المنتهى غالباً.

<sup>1</sup> العزيز، شرح الوجيز، ج485/9.

<sup>2</sup> المبسوط، السرخسي، ج35/11.

<sup>3</sup> كمال الدين محمد ابن عبد الواحد السيواسي، المرجع السابق، ص141.

ووجه رواية الإمام أبي حنيفة إن الأعمار في زماننا قلما تزيد عن مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك، فيقدر بها تقديرا بالأكثر.

ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا يبيح الحكم عليه. وبعد قولهم إن الظاهر موت أقرانه اختلفوا أن المعتبر موت أقرانه في جميع البلاد أو في بلده فقط. ومما لا شك فيه أن المعول عليه على طول العمر في المفقود احتياطا، والغائب فيمن طال عمره، إلا يجاوز المائة.

## 2- قول المالكية: سبق وان بينا أن المفقود عند المالكية يقسم إلى أربعة أقسام هي:

أ-مفقود في بلاد الحرب.

ب-مفقود في بلاد الإسلام.

ج-مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض.

د-مفقود في حروب المسلمين والكفار.

وقد بنو الحكم بموت المفقود بناء على نوع هذا الفقد كما يلي:

### أ-المفقود في بلاد الحرب:

وهذا المفقود لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت البينة على ذلك، فان لم تظهر بينة على موته، فانه يحكم بموته بعد أم تمضي سبعون سنة من يوم ولد وهو سن التعمير عند المالكية. وسمتها العرب "دقاقة الأعناق" واختار بعضهم ثمانين سنة وحكم بخمس وسبعين سنة، ومعنى سن التعمير أو بقاءه للتعمير "أي أن لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى".

### ب-المفقود في بلاد الإسلام:

وهذا المفقود وقع الخلاف في الحكم بموته بين زوجته وماله.

أما بالنسبة لزوجته: فإنها تعتد بعد مضي أربع سنين من حين الانتهاء من البحث والتفتيش عنه. وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني في أحكام المتعلقة بزوجة المفقود.

أما بالنسبة لأمواله: فلا يحكم بموت المفقود في بلاد الإسلام ولا يورث ماله حتى يأتي عليه الزمان ما لا يعيش مثله وهي مدة التعمير<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار الفكر، ج1، ص482.

فقد قال الإمام مالك في ذلك: لا يقسم مراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلا مثله فيقسم ميراثه من ذلك اليوم، وهذا القول للأمام مالك محمول على المفقود في بلاد الإسلام والمفقود في بلاد الحرب. لان الغالب على هؤلاء أنهم غابوا في غيبة ظاهرها السلامة<sup>1</sup>.

### ج-المفقود في الحروب:

سواء كانت حربا بين المسلمين بعضهم مع البعض أو بين المسلمين والكفار، ومثله المرتحل لبلد الطاعون أو في زمانه إذا فقد، فانه يحكم بموته دون انتظار مدة التعمير. ففي مفقود حروب المسلمين بعضهم بعض يحكم بموته بعد انفصال الصفين، ويورث ماله حينئذ.

واختلفوا في التلوم له (مدة الانتظار) والراجح انه يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة أو قربه. وأقصى اجل في ذلك سنة من آخر يوم التقاء الصفين، وهو يوم الانفصال<sup>2</sup>. والمفقود في حروب المسلمين والكفار: فانه يحكم بموته بعد مضي سنة من فقده، بعد النظر من السلطان في أمره وتقنيش عليه، سواء كانت المعركة في بلاد الحرب أو بلاد الإسلام. ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره للحاكم وليس بعد انتهاء التقنيش والنظر فيه.

ووجه ذلك الحكم بالظاهر انه إذا كان في موضعه فالظاهر انه إذا فقد في المعترك انه مقتول لأنه لو سلم لعاد إلى موضعه وان كان بموضع بعيد ضرب له الأجل سنة لان الظاهر انه لو سلم لسمع خبره في خلال السنة.

**3-قول الشافعية:** إن الأصل: هو بقاء الحياة وهي "الحياة" معلومة بيقين فلا يزول اليقين إلا بيقين، ولا يصار إلى الشك وهو الظن بموته. فعند القول: إن الأصل بقاء الحياة، فالي متى يستمر الحكم عليه بالحياة لأنه لا يعقل أن يعيش الإنسان أبدا.

ولما لذلك من أهمية في قسمة أمواله وبيان زوجته واعتدادها منه وميراثه من غيره، ومراث غيره منه. وللشافعية في ذلك قولان:

1- لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله أو تقوم بينة بموته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المدونة الكبرى، ج5/452.

<sup>2</sup> الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص482.

<sup>1</sup> النووي، ابو زكرياء يحي ابن شرف الدمشقي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2، المكتب الإسلامي، ج6، ص34.

-القول الثاني وبه قطع الأكثرون انه إذا مضت مدة يعلم أو يغلب على ظن الحاكم إن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله.

وهذه المدة ليست مقدرة عند جمهور الشافعية، بل يرجع الاعتبار فيها إلى تقدير الحاكم. وقيل إنها مقدرة بسبعين سنة وقيل بثمانين وقيل بتسعين وقيل بمئة وقيل بمئة وعشرين، ولا بد من حكم حكام فلا يكفي مضي المدة من غير حكم حاكم بموته، بعضهم انه إذا تمت القسمة بحاكم فقسمة تتضمن الحكم بموته وان اقتسموا بأنفسهم، فظاهر كلام الأصحاب إن فيه خلافاً. وتعتبر هذه المدة المقدرة من وقت ولادة المفقود لا من وقت غيبته ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منه على الصحيح، بل يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها.

#### 4- رأي الحنابلة:

قسم الحنابلة مفقود إلى قسمين:

ا. مفقود في غيبة ظاهرها السلامة.

ب. مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك.

ولكل نوع من هذه الأنواع أحكام نبينا بعون الله كما يلي:

ا- في الغيبة التي ظاهرها السلامة: وهو كمن سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة (ويلحق به الأسير، لأنه معلوم من حاله انه غير قادر على المجيء) انتظر به تسعين سنة من يوم ولادته لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة. وهذا هو المذهب وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله.<sup>1</sup> أما سبب اختيارهم لتسعين سنة منذ ولادته فقالوا: إن الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا، وقد روي عن المدة عدة أقوال فقد قال ابن عقيل: مائة وعشرون سنة وهو قول الحسن بن زياد.

وقيل: انه ينتظر به حتى يتيقن موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش من مثلها وهذا القول قال به أكثر العلماء. وذلك لان التقدير لا يصار إليه إلا بنص وهو منتف هنا. وكذلك فانه إذا حكمنا بمدة تسعين سنة من يوم ولد يكون في ذلك اختلاف في العدة في حق المرأة بناء على عمر الزوج وهو لا نظير له، فالراجح أن يترك ذلك إلى اجتهاد الحاكم وتقديره.

<sup>1</sup> ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 132.

وقال بن رزين يحتمل عندي أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك. وقد ردوا عليه بان قضاءه كان فيمن هو في مهلكة<sup>1</sup>.

### ب- أن تكون غيبة ظاهرها الهلاك:

كمن فقد بين أهله ليلا أو نهارا أو يفقد بين الصفيين في المعركة أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعضهم، فمذهب الإمام احمد انه يحكم بموته بعد أربع سنين، فإذا مضت السنوات الأربع قسم ماله، وارمت زوجته إن تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج. ويقسم ماله من الوقت الذي تؤمر فيه زوجته بعدة الوفاة، وبهذا قال قتادة.

وقد قال صاحب المغني: ولنا إن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت بينه بموته. وما اجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزوج. وسبب اختيارهم لمدة الأربع سنين إنها أكثر مدة الحمل عندهم، ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار وانقطاع خبره يغلب عليه الظن هلاكه إذ لو كان حيا لما انقطع خبره إلى هذه الغاية.

### رأي الظاهرية:

ذهب الظاهرية إلى أن من فقد موضعه أو لم يعرف في الحرب أو في غير حرب وله زوجة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، ولا يفرق ماله ولكن ينفق على المستحقين من ماله فإذا لم يكن له مال قليل للزوجة انظري لنفسك فان لم يكن لها مال مكتسب أنفق عليها من سهم الفقراء والمساكين من الصدقات كسائر الفقراء ولا فرق. حيث قال ابن حزم: لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبية ولا إيجاب عدة على زوجته من لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد على غيره، ولا حجة في قول أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، دار الفكر، ج4، ص 465.

<sup>2</sup> ابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ص 162.

**الفرع الثاني: السن التي يحكم فيها يموت المفقود:** وهذا يختص بفقهاء المالكية والحنابلة الذين تميزوا عن الغير بتحديد سن معينة للحكم بموت المفقود.

-**قول المالكية:** قال ابن عرفة: على ابن السبعين إذا فقد لها زيد له عشرة أعوام وكذا ابن الثمانين في قول مالك، وان فقد ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وان فقد ابن مائة اجتهد فيما يزداد له. وتجاوز شهادتهم على التقدير إن لم يعرف الشهود تاريخ الولادة.<sup>1</sup>

ويؤخذ بالأقل إن اختلف في الشهادة وحلف الوارث إذا شهدوا على التقدير، ولا يمين إن شهدت البينة بتاريخ الولادة.

2-**قول الحنابلة:** من المعلوم عند فقهاء الحنابلة إن من فقد في غيبة ظاهرها السلامة انه ينتظر به تسعين سنة منذ يوم ولادته. وهنا، أن فقد ابن التسعين سنة فما الحكم في ذلك؟ قالوا: إن من فقد ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره. قال في الإنصاف: انه يحتمل أوجهها.<sup>2</sup>

1- أن تنتظر عدة وفاة.

2- أن يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

3- أو يرتقب أربع سنين.

وقد رجع صاحبي كتاب "الفروع" و"الإنصاف" القول الأول. وإما الحمل على الأربع سنين فهو إن كان في غيبة ظاهرها الهلاك، ثم يقسم ماله وهذا هو المذهب.

**الفرع الثالث: بداية اعتبار الشخص مفقودا**

كما اختلفوا في مسألة الحكم بموت المفقود فان الفقهاء اختلفوا أيضا في تحديد بداية اعتبار الشخص مفقودا على النحو التالي:

<sup>1</sup> الدسوقي، مرجع سابق، ص 482.

<sup>2</sup> البهوتي، مرجع سابق، ص 422.

أ- أقوال المالكية: سئل الإمام مالك رحمه الله عن الأربع سنين من يوم الفقد أم من يوم الإيأس؟ فقال: من يوم الإيأس. فإذا رفعت الزوجة أمر زوجها إلى الحاكم فانه يرسل في النواحي للكشف عنه فان انتهى الكشف عنه حينئذ يضرب له الأجل، وليس المراد انه يضرب له الأجل بمجرد الرفع بل بعد تمام الكشف والعجز عن خبره.

وفي المدونة: قال مالك: لو أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس من ضرب لها من تلك الساعة سنين. فقيل لمالك: هل تعتد بعد الأربع سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟ قال: نعم. ما لها وللسلطان في الرابعة أشهر والتي هي العدة. فبعد انقضاء الأجل المضروب تعتد زوجة المفقود كعدة زوجة الميت أربعة أشهر وعشرا ولا تحتاج إلى إذن من القاضي في العدة أو في الزواج بعد انتهاء العدة.<sup>1</sup> أما من فقد في حروب بين المسلمين والكفار فان زوجته تعتد سنة. ويبدأ حساب السنة هذه من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش فيه، وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه.

أما من فقد في حرب المسلمين بعضهم بعضا ومثله المرتحل لبلد الطاعون أو في زمنه، فان زوجته تعتد يوم انفصال الصفين، وبعد ذهاب الطاعون، بعد إن تكون قد استقصت أمره واستبرأت خبره.

2- أقوال الشافعية: يعتبر ابتداء المدة عندهم من حين أمرها الحاكم بالتريص وليس منذ فقده وانقطاع خبره وبناء عليه فان المدة مضت قبل رفع أمرها إلى الحاكم لا تحسب في هذه المدة، ومنهم من قال: يعتبر من حين انقطع خبره. والأول اظهر وهو الراجح في المذهب لان هذه المدة ثبت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم حاكم كمدة التعنين.

<sup>1</sup> النفراوي احمد بن غنيم المالكي، الفواكه، الدواني، بيروت، دار الفكر، 1415 هـ، ج2، ص 41.

## 3- أقول الحنابلة: خالف فقهاء الحنابلة الشافعية والمالكية فقالوا:

إن ابتداء المدة منذ فقده، وليس بعد رفع أمرها للحاكم فقالوا: إن من فقد في غيبة ظاهرها الهلاك انتظر به أربع سنين منذ فقد.<sup>1</sup>

والسبب في خلافهم للشافعية، والمالكية هو عدم اشتراطهم حكم الحاكم في ضرب المدة فلا تقتصر زوجة المفقود إلى الحاكم بضرب المدة وعدة الوفاة لان الظاهر موته، أشبه ما لو قامت به بينة. لأنها فرقة تعقبها عدة الوفاة فلا تتوقف على ذلك، كقيام البينة بموته وكمدة الإيلاء.

وقال الإمام ابن قدامة: إن الأمر على روايتين:

1. يعتبر ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة.

2. من حين انقطع خبره وبعد أثره لان هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان.<sup>2</sup> ولم يرجح أيا من هذه الأقوال.

وجاء في كتاب الفروع:

هل يفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة أو لا؟ فقال أحدهما: يفتقر إلى ذلك فيكون ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم كمدة العنة.

والرواية الثانية: لا يفتقر إلى ذلك بل ابتداء المدة من ابتداء الغيبة، ولو مضت المدة والعدة حلت للأزواج.

وقال الشيخ تقي الدين ابن تيمية لا يفتقر لحاكم على الأصل وهو الصواب. وقالوا في أول المدة منذ ضربها الحاكم أو منذ انقطع خبره على وجهين.

أما الحنفية والظاهرية وجديد قول الشافعي فقالوا: إن الحكم بموته ليس له تعلق بيوم فقدانه، لان الغالب عندهم الانتظار به مدة التعمير، ومع إن هذه المدة مختلفة المقدار بينهم إلا أنها ليس لها علاقة بيوم فقده لان تعلقها بعمر المفقود وسنة يوم فقد وليس بتاريخ الغياب أو الفقد ولا مواعده.

<sup>1</sup> البهوتي، مرجع سابق، ص 465.

<sup>2</sup> ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 108.

## المبحث الثاني: مفهوم المفقود في القانون المقارن

سنتطرق في هذا المبحث إلى كيفية تناول موضوع المفقود من منظور بعض القوانين العربية لمعرفة مدى تأثيرها بالفقه الإسلامي من حيث تقدير زمن الغيبة والمدة التي يحكم بعد مضيها بموت المفقود مقارنة بالقانون الفرنسي والتركي باعتبارهما نموذجا للقوانين الوضعية البحتة التي لا تستند إلى أي مرجعية دينية مثل باقي النظم القانونية الغربية.

### المطلب الأول: المفقود من خلال القوانين العربية

#### الفرع الأول: في القانون المصري

إن المشرع المصري عند تناوله لموضوع المفقود عرف الغائب بقوله: الغائب هو أولاً: إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته.

ثانياً: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها كما أن المشرع المصري لم يشترط عدم العلم بمكان الشخص لاعتباره مفقوداً ولم يشترط أيضاً صدور الحكم بالفقد قبل صدور الحكم بموت المفقود هذا ما ذهبت إليه اغلب القوانين العربية

فقد تضمنت المادة 32 من القانون المدني المصري أنه يسرى في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد تضمنت المادة 21 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 33 لسنة 1992 بيان التنظيم القانوني لحالات فقد الأشخاص وكيفية مواجهة ذلك.

وقد قام المشرع المصري بتعديل هذا النص بشأن المفقود في ملابسات تغلب عليها الهلاك بالقانون رقم 33 لسنة 1992 وهو ما يمكننا أن نطلق عليه (قانون السفينة سالم إكسبريس حيث صدر بمناسبة حادث غرق تلك السفينة) فقد تضمنت المادة الأولى من القانون رقم 33 لسنة 1992 أنه يستبدل بنص

المادتين 21،22 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصاب الآتيان وهما نص المادتين 21،22 من القانون رقم 25 لسنة 1929<sup>1</sup>.  
وقد تضمنت المادة 21 المعدلة أنه يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقدته ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقدته، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي هي بحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا.

كما تضمنت المادة 22 المعدلة أنه عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتا على الوجه المبين في المادة السابقة تعدت زوجته عده الوفاة وتقسم تركته بين وريثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى.

وقد تضمنت المادة الثانية من القانون رقم 33 لسنة 1992 المعدلة للمادة 22 من القانون 25 لسنة 29 أنه تسري أحكام هذا القانون على من سبق فقدته في أي من الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 21 - سالفه الذكر - ومضى على فقدته سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون.

كما تناولت المادة (21) من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 (قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية) كيفية إعلان موت المفقود بالنص على الآتي: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدته. على أنه بالنسبة للمفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات المسلحة يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم بعد مضي الأربع سنوات، ويقوم هذا القرار مقام الحكم. وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها

<sup>1</sup> /http://www.mohamah.net/law

إلى القاضي وذلك كله بعد التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا (أو ميتا). وبعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعدد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم.

وأخر تعديل مس أحكام المادة 21 المذكورة أعلاه جاء من خلال القانون رقم 2 لسنة 2006 الذي يقضي بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية:

### المادة الأولى:

يستبدل بنص الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، النص الآتي:

مادة 21 (فقرة ثانية) "ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقدته ، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت ، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية"<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: في القانون السوري

على غرار بقية القوانين العربية فان القانون السوري استمد فيما تعلق بالمفقود والغائب قواعده من أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة 34 من القانون المدني السوري " : يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد ففي أحكام الشريعة الإسلامية."

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية السوري نجد أنه قد نص في المادة 205 على أن: " حالة الفقد تنتهي بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم على اعتباره ميتا عند بلوغه الثمانين من العمر، هذا إن لم يكن فقدته بسبب عمليات حربية، فإذا كان فقدته بسبب عمليات حربية أو حالات مماثلة مما يغلب معه الهلاك، فإنه يجوز الحكم في موته بعد مرور أربع سنوات على فقدته."

وعلى ذلك تبقى شخصية المفقود قائمة قبل الحكم بوفاته، فيبقى زواجه قائما، وتبقى أمواله ملكا له، ويوقف له نصيبه في الميراث من أقربائه الذين يستحق الإرث منهم حتى يتبين مصيره.

<sup>1</sup> www.Marwaf-dz.org.

وعند صدور الحكم بموت المفقود يعتبر ميتا من لحظة صدور الحكم وليس من تاريخ الفقد، فتعتد زوجته عدة الوفاة ويحق لها الزواج بغيره، وتقسم تركته على ورثته الموجودين لحظة صدور الحكم، أما من توفي من الورثة في فترة الفقد وقبل صدور الحكم فلا يرثون لأن الحكم باعتباره ميتا هو حكم منشىء وليس كاشفا للموت.

أما الأموال التي آلت للمفقود عن طريق الإرث من أقربائه الذين توفوا أثناء الفقد فتزد لمستحقيها من الورثة وقت وفاة مورثه، لعدم التيقن من حياة المفقود وقت وفاة مورثه وهو شرط لاستحقاق الإرث. إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم باعتباره ميتا تسري الأحكام التالية:

بالنسبة لأمواله: يسترد ما كان له من أموال وما استحق من إرث من أقربائه المتوفين من أيدي الورثة، ولا يحق له استرداد ما استهلكه هؤلاء أو تصرفوا به لأنهم ملكوا حق التصرف بتلك الأموال بناء على حكم قضائي فلا ضمان عليهم.

#### بالنسبة لزوجته:

إذا لم تكن زوجته قد تزوجت بغيره بعد الحكم باعتباره ميتا فتبقى زوجته ويعود إليها من غير الحاجة لعقد جديد، أما إذا كانت قد تزوجت فلا يحق له العودة إليها إلا في ثلاث حالات:

**الأولى** إذا كان الزواج الثاني لم يتم بالدخول، فيكون الزواج الثاني باطلا.

أما الحالة **الثانية** فهي أن يكون زوجها الثاني قد تزوجها وهو يعلم أن زوجها الأول على قيد الحياة، والحالة **الثالثة** إذا تزوجها الزوج الثاني في فترة العدة.

أضف إلى ذلك فإن الحالة السورية بما تشهده من نزاع وحروب تحتم على الحاكم أو من ينوب عنه (كالقاضي) اعتبار الظروف التي تمر بها الأمة من الظروف التي يغلب عليها الهلاك، وبالتالي تطبيق الأحكام الملائمة لها مع تحديد مدة الفقد وطرق التحري والبحث التي تطورت كثيرا في زماننا بفضل تطور وسائل الاتصال والتواصل الاجتماعي.

والنظر في هذه المعضلة بناء على القاعدتين الشرعيتين: (لا ضرر ولا ضرار) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (يرفع الظلم عن الزوجة الغائب عنها زوجها، بأن ييسر لها أمر الانفصال عن الزوج الغائب والاقتران بغيره، ويبعد عنها ضرر الوقوع في الفتن والمعصية التي تفقدها دنياها وآخرتها).

كذلك تطبيق السياسة الشرعية التي توجب على الحاكم الاضطلاع بمسؤوليته في البحث والتحري قبل إصدار الحكم باعتبار المفقود ميتا، وتحديد مدة الفقد حسب الظرف التاريخي الذي نعيشه، كي يبعد عن الزوج الظلم في حال كان على قيد الحياة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: القانون المغربي

إن المشرع المغربي لم يعرف المفقود كما هو الحال بالنسبة لبقية القوانين العربية، بل عرف الميت حكما بأنه من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا\*، أما بالنسبة لمدة التعمير فإن مدونة الأسرة لم تحدد لها بنص صريح بل فوضت بصريح العبارة للقاضي ذلك الشأن حسب المادة 327 من مدونة الأسرة، فقبل تعديل ق م م سنة 2004 بموجب القانون رقم 03.72 - الذي نسخ المواد من 264 إلى 266 من ق م م - حدد المدة بثمانين سنة رغما للخلاف الفقهي بهذا الشأن وعملا بما هو ثابت في المذهب المالكي، وذلك عند تنظيمه لإجراءات الغيبة بشكل عام في نص الفقرة الأخيرة من الفصل رقم "266" في قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 الذي جاء فيه: (( يصدر الحكم التصريحي بالوفاة في سائر الأحوال إذا انصرم أكثر من ثمانين سنة على ازدياد الغائب )) ويأخذ المفقود حكم الميت متى تحققت الشروط التالية :

أ- لا يعد المفقود ميتا إلا بحكم من القضاء :

القاعدة في التشريع المغربي هي أن المفقود يعد حيا إلى أن يحكم القضاء بوفاته حسب المادة 326 من المدونة، وذلك أخذا بالاستصحاب على حال الحياة. وفي هذا الصدد بالذات نصت المادة "325" من مدونة الأسرة ((الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا)). ويستند القاضي في حكمه على أحكام المادة "327" من هذه المدونة التي تنص على ما يلي: ((يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته)). والدعوى القضائية التي ترمى إلي الحكم باعتبار المفقود ميتا ترفع كمبدأ عام من كل ذي مصلحة في ذلك بالإضافة إلى الزوجة طبعا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> <http://www.3l-bal.com/2014/12>

<sup>2</sup> [www.Khaima.com](http://www.Khaima.com)

ب - إجراءات البحث والتقصي التي تسبق الحكم بتمويت المفقود:

ميز المشرع المغربي في هذا الصدد بين حالتين:

**أولاً: حالة الفقد في ظروف يرجح فيها هلاك المفقود:** ومن أمثلتها الفقد في اختفاء الشخص في غرق سفينة، أو في سقوط طائرة، أو في الحروب المدمرة، أو في ثورة عارمة لبركان، وفي هذه الحالات تقضي المحكمة باعتبار الشخص المفقود ميت متى انقضت سنة على تاريخ اليأس عن الوصول إلى معرفة حقيقة أمره.

**ثانياً: حالة الفقد في ظروف لا يغلب فيها هلاك المفقود:** ومن أمثلة الفقد في هذه الظروف انقطاع أخبار الشخص بعد رحيله للتجارة، أو طلب العلم، أو قضاء مناسك الحج أو الاستشفاء، وقد أناط المشرع للقاضي تحديد المدة التي يتعين بعد فواتها إصدار الحكم باعتبار المفقود ميتاً، وذلك بعد استنفاد كافة وسائل التحري والبحث التي قد تساعد على الكشف عن حقيقة مصير المفقود دون الوصول عملياً إلى نتيجة ملموسة.

على أنه تجب الإشارة بهذا الصدد، إلى أنه إذا كان على القاضي ألا يصدر حكماً يقضي بتمويت المفقود وفي الظروف التي يغلب فيها الظن على هلاكه بعد انصرام سنة كاملة من انتهاء آخر تحقيق يتعلق بالبحث عنه، فالمنطق القانوني يقضي في حالة الظروف الأخرى التي لا يغلب معها الهلاك ألا يحدد مدة لإصدار الحكم تقل عن سنة على انتهاء مثل ذلك التحقيق.

### المطلب الثاني: المفقود في القوانين الأخرى

#### الفرع الأول: القانون الفرنسي

رغم أن ظاهرة الفقد تعتبر قديمة وملازمة لتاريخ البشرية إلا أن النظم القانونية القديمة كالقانون الروماني وشريعة حمورابي لم تتناول أحكامها تفصيلاً بما يسمح بضبطها والتحكم في أثارها القانونية. ويعد قانون نابليون (القانون المدني الفرنسي) لسنة 1804 السباق لوضع الأحكام المنظمة لحالة الفقد والغياب. بسبب العدد الكبير للمفقودين الذي نجم عن الثورة الفرنسية 1789 والحروب التي تلتها. وأصدرت السلطات بعد ذلك عدة نصوص قانونية أحدثت تعديلات على المواد المنظمة لإحكام المفقودين من 112 إلى 142 من القانون المدني من أهمها:

المرسوم المؤرخ في 13 جانفي 1813 القانون المؤرخ في 08/جوان 1893 الخاص بحالة فقدان في البحر ثم الأمر المؤرخ في 30/نوفمبر / 1945 والذي عدل بالأمر المؤرخ في 23 أوت 1958 والقانون 77-1447 المؤرخ في 28/ديسمبر / 1977 المعدل للقانون المدني الفرنسي والذي تم بموجبه تقليص عدد المواد التي تناولته من 32 مادة الى 21 مادة فحسب.

و بناء على هذه النصوص فان المفقود في القانون الفرنسي هو من اختفى عن موطنه أو محل إقامته وأنقطع خبره مدة أربع سنين ،وبموجب ذلك فإن القانون الفرنسي قد أجاز لمن له حق أو مصلحة أن يرفع دعواه إلى المحكمة لتحكم على المفقود بالفقدان ،وهذا ما تناولته المواد (115 إلى 119) من القانون المدني الفرنسي<sup>1</sup> . فالمادة (115) من هذا القانون نصت على الآتي:

(إذا اختفى إنسان عن موطنه أو محل إقامته وأنقطع خبره من أربع سنين جاز لمن لهم حق أو مصلحة أن يرفعوا دعواهم الى محكمة القسم لتحكم عليه بالغياب ويسمى ذلك بالغيبة المعتبرة).  
وقضت المادة (116) بما يأتي: (وطريقة ذلك أن تحكم المحكمة المذكورة بناءً على السندات والدلائل بالبحث والتفتيش عن قضية هذا الشخص في خط موطنه وفي خط محل إقامته أن تعد ذلك، وتحقيق البحث يكون بحضور أرباب الحقوق في وجه وكيل الملك). أما المادة (119) فإنها نصت على الآتي:  
(لا يسوغ للمحكمة أن تحكم بالغياب إلا بعد مضي سنة من صدور الحكم بالبحث والتفتيش وتحقيق ذلك). ومن ذلك يمكن أن نفهم بأن القانون لفرنسي قد حدد مدة يحكم بعدها بالفقدان، وذلك بعد البحث والتفتيش، وقد حدد المدة بأربع سنوات من تأريخ الفقد، وبعد مضي سنة من صدور الحكم بالبحث، فإن المحكمة يمكن أن تحكم بحكمها. والملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يفرق بين الغائب والمفقود فهو يتحدث عن (L'absence).

أي الغياب والحكم بغياب الشخص لا يفقده أي (la disparition).

### الفرع الثاني: المفقود في القانون التركي

الملاحظ أن المشرع التركي ، عند تنظيمه للأحوال الشخصية و منها تلك المتعلقة بأحكام المفقود، لم يتأثر بما ذهب إليه الفقه الإسلامي من اجتهادات وأحكام مبنية على الأدلة المستنبطة من القرآن

<sup>1</sup> Aubert jean-luc.Dalloz encyclopedie juridique.Répertoire de droit civil.publié sous la direction de Pierre RAYONAUD

.Tom 1 2ème edition.Paris2000.p 4

الكريم و السنة النبوية الشريفة و هذا بالرغم من الإرث الحضاري الهائل عن الدولة العثمانية التي تمثل الكيان السياسي السابق على الجمهورية التركية الحديثة المنبثقة عن الحركة الكمالية سنة 1923 بل هذا حذو النظم القانونية الغربية التي تنظر إلى الأحوال الشخصية كجزء من القانون المدني وعليه فان القانون المدني التركي الذي بدأ العمل به في 04 أكتوبر 1926 مستنسخ كلياً من القانون المدني السويسري في جميع الأحكام ولا اثر للشرعية الإسلامية فيه لذا فعلى وفق المادة (256) من القانون المدني التركي فإنه يحكم على المفقود بفقده بعد مضي عشر سنوات من إدارة أمواله، وعلى كل حال فإنه يحكم عليه إذا وصل المائة من عمره (وإن كانت إدارة أمواله أقل من عشر سنوات. وهذا ما ذهبت إليه اغلب القوانين في الدول الأوروبية.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> <http://www.swissinfo.ch/ara>.

# الفصل الثاني

اثبات حالة الفقد والاثار

المرتبة عليها في الفقه

الإسلامي والقانون الجزائري

سننتظر في هذا الفصل إلى الآثار المترتبة على ثبوت حالة الفقد، بعد حكم الحاكم بها، على الأحوال الشخصية للمفقود فيما تعلق بزوجه وأمواله ونعرض فيه الآراء المختلفة لفقهاء المذاهب الإسلامية حول مدة انتظار الزوجة وبداية سريان العدة وكيفية توريث المفقود وأثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته وهل يسترد زوجه وأمواله أم لا. ثم ننتقل إلى موضوع المفقود في القانون الجزائري من خلال تبين المراحل التي يتطلبها إعلان حالة الفقد ثم الحكم بموت والمفقود والآثار المترتبة على كل من الحالتين بالنسبة إلى زوج المفقود وأمواله والملاحظات التي تظهر على تبنيات المشرع الجزائري الفقهية لبعض الجزئيات المتعلقة بأحكام المفقود.

## المبحث الأول: آثار الفقد على الأحوال الشخصية للمفقود في الفقه الإسلامي

بعد أن انتهينا من ضبط وضع المفقود مفهومًا وأنواعًا وكذا المدد التي يقول بها الفقهاء للحكم بفقده أو موته نتطرق في هذا المبحث إلى الآثار المترتبة على هذا الضبط فيما يتعلق بزواج المفقود وأمواله خاصة.

### المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزواج المفقود

#### الفرع الأول: مدة انتظار الزوجة

1: المدة التي تنتظرها زوجة الغائب إذا غاب الزوج عن زوجته، فأقام في بلد آخر، فتضررت الزوجة بذلك وخشيت الزوجة على نفسها الفتنة فهل من حقها طلب الفسخ بذلك؟ **للفقهاء في ذلك قولان:**

**الأول:** وهو مذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية: انه لا يجوز التفريق بين الرجل وزوجته بسبب غيبة عن الزوج عن زوجته، ولو لحقها الضرر بذلك، وسواء كان غيابه بعذر او بغير عذر.

فالحنفية لم يفرقوا بين المفقود وبين امرأته فالغائب أولى عندهم بعدم التفريق بسبب هذه الغيبة.

والشافعية لم يجيزوا التفريق إذا وجدت من النفقة ما يكفيها، وكذلك ولو غاب الزوج وانقطعت أخباره، فلم يعلم حاله من يسار أو إفسار فلا يجوز التفريق عندهم إلا بسبب الإفسار والغائب ومثله المفقود الذي لا تعلم حاله

من يسار أو إفسار لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته بسبب هذه الغيبة

#### حجة المانعين للفرقه بسبب الغيبة:

بما انه لم يرد نص الكتاب أو سنة بجواز التفريق بسبب الغيبة فلم يوجد ما يصلح أن يبني عليه التفريق **الثاني:** وهو قول المالكية والحنابلة:

إذا طالت غيبة الزوج عن زوجته، وتضررت بها الزوجة، فان هذه الغيبة تصلح سببا لطلبها التفريق، ولو ترك لها الزوج ما تحتاجه من نفقة مدة غيبته. لأن إقامته بعيدة عن زوجها مع محافظتها على عفتها مما يتعذر

على الطبيعة البشرية احتمالها، ويفوت على الزوجة مصالح النكاح، وهو ضرر بالغ يجب رفعه، والقاعدة الفقهية تقول " لا ضرر ولا ضرار" وقد قال سبحانه وتعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ

سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۗ). وقال أيضا: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ).

فان لم يأخذها الزوج حيث هو يقيم، ولم يحضر إليها، فيفرق بينهما لرفع هذا الضرر، ولأن هذا ليس إمساكا بمعروف فيتعين التسريح بإحسان فان لم يقم به هو قام به القاضي مقامه فيه.

**أما شروط التفريق للضرر فهي:**

1- أن تمضي مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا، لأن الفرقة بسبب الضرر الواقع، لا الضرر المتوقع فقط.

2- لا بد أن تخشى الزنا على نفسها، ويعلم ذلك من قولها وتصديق في دعواها حيث طالت مدة الغيبة أما مجرد شهوتها الجماع فلا يوجب طلاقها.

فعند المالكية في ذلك قولان:

1- أنها سنة والقول المعتمد في المذهب

3- أنها ثلاثة سنوات.

**أما الحنابلة:**

فقد ذهبوا إلى توقيته بستة أشهر فان أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما فانه قيل للإمام احمد: كم يغيب الرجل عن زوجته؟ قال: "سنة أشهر يكتب إليه فان أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما".

1- الإرسال إلى الزوج إن علم مكانه وأمكن وصول الرسائل إليه.

2- وهو شرط اشترطه الحنابلة أن تكون الغيبة بغير عذر، أما إذا كانت الغيبة بعذر فلا يرون التفريق بين الزوج وزوجته بسببها.

فإذا غاب الزوج عن زوجته، ورفعت أمرها إلى القاضي تطلب فيها الفرقة بينها وبين زوجها، فإذا كان الزوج في مكان معلوم، وتصل إليه الرسائل، واعذر إليه القاضي بأن يحضر أو ينقلها إليه، وألا تطلق عليه.

قال الإمام مالك: ولقد أصاب عمر بن عبد العزيز وجه الأمر في ذلك عندما بعث للذين غابوا بخراسان، وطلب منهم أن يقدم إليها أو يرسلها إليه أو يطلق.

وقد اسند ابن أبي شيبه في مصنفه عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: " من غاب عن امرأته سنتين فليطلق أو يقفل ليها ".

فإذا اعذر إليه القاضي، يضرب له أجلاً بحسب ما يراه ليقوم بما طلب منه. فإن فعل فيها ونعمت. وإلا طلق عليه بعد أن مضى الأجل.

فلا يجوز تطبيقها بغير الكتابة إليه، إلا إذا جهل مكانه، أو كان في موضع لاتصل إليه الرسائل، ففي هذه الحالة يطلقها القاضي بدون عذر.

## 2- المدة التي تنتظرها زوجة المفقود

من حق الزوجة أن تطلب لها حلاً وفق الشريعة الإسلامية، وكم من الزمن يمكن ان تبقى هذه الزوجة معلقة لا تعرف لها حلاً تستقر عليه.

وبما انه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة ما يبين لنا حكمها فقد اجتهد علماء المسلمين في هذا الموضوع بناء على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين وما توصلوا إليه من اجتهاد أو رأي، ونتج عن هذا الاجتهاد اختلافات كبيرة في الرأي بين علماء الإسلام نوضحها كما يلي:

### 1- رأي الحنفية:

العبارة المشهورة عند فقهاء الحنفية تقول (إن المفقود حي في حق نفسه ، ميت في حق غيره)<sup>1</sup>. وقد بينا في الفصل الأول معنى هذه العبارة وما يستتبع منها استصحاب حال الحياة للمفقود بالنسبة لأمواله وزوجته. وبناء على ذلك فإن زوجة المفقود تبقى في ذمة زوجها المفقود على فراش الزوجية حتى يأتيها البيان (وهو يقين حياته أو موته).

### ب- قول المالكية:

سبق أن بينا أن المفقود عند المالكية يقسم إلى أربعة أقسام، وسنبين في هذا الموقع بعون الله حكم زوجته في كل نوع من هذه الأنواع على النحو الآتي

### أولاً - المفقود في بلاد المسلمين

فهذا يضرب لامرأته أجل أربع سنين بإجماع الصحابة. فإذا رفع أولياؤه أمره للحاكم فإنه يسأل عن معارف هذا الرجل وجيرانه وأقاربه وأهل سوقه، ثم يرسل للبلد الذي خرج إليه، ويكتب في كتاب اسم هذا الرجل ووصفه

<sup>1</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج11ص34

ومهنته، فإذا عاد إليه الخبر بعدم معرفة مكان وموضعه ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام. والحق أن التأجيل بأربعة أعوام حكم تعبدي عليه الصحابة.

**أما بالنسبة لابتداء المدة:**

فانه يبدأ حساب المدة في حين العجز عن خبره بعد البحث عنه، فان انتهى الكشف عن حياته وموته فجهل ذلك ضرب له الحاكم الأجل، فان انتهت المدة السنوات الأربع اعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت للأزواج

**ثانيا المفقود في بلاد الحرب:**

فحكم زوجته عندهم حكم زوجة الأسير فتبقى للتعير إن وجد ما ينفق عليه منه، وإلا فلها التطليق، كما يجوز لهما طلب الفرقة لو خشيتا على أنفسهما الزنا حتى لو وجدت النفقة.

**ثالثا -المفقود في حرب المسلمين بعضهم مع بعض:**

قال مالك: ليس في ذلك اجل تعتد زوجته يوم التقاء الصفين قاله ابن القاسم ويشترط هنا أن تشهد البينة العادلة أنها رآته حضر الصف، فان شهدت انه خرج مع الجيش فقط، فحكم زوجته يكون كزوجة المفقود في بلاد الإسلام فيجري فيها ما مر من أحكام.

ومثل المفقود في حروب المسلمين المرتحل لبلد الطاعون أو في زمانه، فإذا فقد تعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون بعد أن يكون قد استقصى أمره وبحث عن خبره.

**رابعا - إما المفقود في حروب المسلمين والكفار:**

فان زوجته تعتد سنة بعد مضي سنة من فقده، وذلك بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عليه، سواء كانت المعركة في بلاد الحرب او بلاد الإسلام، ويبدأ حساب من يوم رفع امره الى الحاكم وليس بعد انتهاء والتفتيش عنه. وقد روى هذا القول عن الإمام مالك، وقال لامرأته اجل سنة وقت النظر لها وتتكح بعد انقضائها، وقضى بهذا غزاة الأندلس.

**ج-أقوال الشافعية في زوجة المفقود:**

للشافعية في مدة انتظار زوجة المفقود قولان هما:

**القول الأول:** وهو قول الإمام الشافعي رحمة الله في القديم، أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتكح. ودليلهم على ذلك

ما رواه الإمام الشافعي في كتابه الأم حيث قال: أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشرا. قال الحديث الثابت عن عمر وعثمان في امرأة المفقود مثل ما روى مالك عن سعيد ابن المسيب عن عمر (رضي الله عنه) مع زيادة على الحديث السابق فإذا تزوجت قدم زوجها قبل أن يدخل بها زوجها الآخر كان أحق بها ، فان دخل بها زوجها الآخر فالأول "المفقود" بالخيار بين امرأته و المهر احتجوا أيضا بالقياس والمعقول فقالوا: أن الزوجة من حقها فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة والجب ، وتعذر النفقة بالإعسار فلان يجوز همنا لتعذر الجميع أولى<sup>1</sup> .

### القول الثاني:

وهو قول الإمام الشافعي في الجديد وهو الصحيح في المذهب انه ليس لها الحق في الفسخ ولا يحق لها أن تتكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم تعتد<sup>2</sup> .

واستدلوا بذلك بقولهم إذا لم يجر الحكم بموته في قسمة ماله لم يجر الحكم بموته في نكاح زوجته. وقالوا أيضا: إن الأصل هو بقاء الحياة، والنكاح معلوم بيقين فلا يزال إلا بيقين اليسار إلى الشك وهو الظن بموته

### وبالنسبة لتحديد مدة الانتظار بزمان:

ففي ذلك عند الشافعية قولان:

**أحدهما:** وبه قطع الأكثرون انه إذا مضت مدة يعلم أو يغلب على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله.

**الثاني:** وهو قول شاذ في المذهب أنها تقدر بسبعين سنة. استنادا إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين، وأقلهم يجوز ذلك).

<sup>1</sup> الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، بيروت، دار الفكر، ج5ص239

<sup>2</sup> النووي، مرجع سابق، ج8ص401

**د- أقوال الحنابلة:**

ورأيهم في ذلك انه إذا اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة من ماله مادام حيا لقيام موجبها وهو الزوجية فان تبين انه كان مات أو فارقها رجع بما أنفق عليها لانقطاع الزوجية. وان ضرب لها الحاكم مدة فلها النفقة في المدة لأنه يحكم بموته بعدة ولا نفقة لها في العدة لأنه حكم بموته بعد مدة التبرص فصارت معتدة عدة وفاة.

والوجه الثاني : أن لها النفقة في المدة وهو قول الإمام احمد، لان النفقة لاتسق طالبا بيقين الموت ولم يوجد هاهنا ، فلا تسقط نفقتها إلا إذا تزوجت أو فرق الحاكم بينهما<sup>1</sup> وقد قسم فقهاء الحنابلة المفقود إلى قسمين: **أولا - المفقود في الغيبة التي ظاهرها السلامة:**

وهو كمن سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة (ويلحق به الأسير لأنه معلوم من حالة انه غير قادر على المجيء) فان امرأته تتبرص تمام تسعين سنة من يوم ولاته لان الغالب ألا يعيش أكثر من هذه المدة ، ثم تعتد عدة وفاة ثم تحل للأزواج هذا هو مذهب وقد نص عليه الإمام احمد وهذا القول هو أشهر الروايتين عن احمد والرواية الثانية إن ينتظر ابد فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت موته<sup>2</sup>. وقد ذهب إلى هذا الرأي على ابن أبي طالب رضي الله عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري

**ثانيا- إذا كانت غيبة ظاهرها الهلاك:**

كمن فقد بين أهله ليلا أو نهارا أو يفقد بين الصفين في المعركة او ينكسر بهم مركب فيغرق بعضهم فمذهب الإمام احمد الظاهر عنه أن زوجته تتبرص أربع سنين أكثر من مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة شهور وعشرا وتحل للزواج وهذا القول قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير قال للإمام احمد ابن حنبل وقال به خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، و به قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتاده والليث و علي بن المديني<sup>3</sup> وسبب اختيارهم لمدة الأربع سنين أنها أكثر مدة الحمل، لأنها مدة يتكرر تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره يغلب على الظن هلاكه إذا لو كان حيا لم يقطع خبره إلى هذه الغاية واستندوا

<sup>1</sup> البهوتي، مرجع سابق، ج 5 ص 424

<sup>2</sup> المرجع السابق

<sup>3</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ج 9 ص 133

في ذلك إلى حديث عمر بن الخطاب وهو أن رجلاً فقد فجاءت امرأته إلى عمر فذكر ذلك له فقال: تربصي أربع سنين ففعلت ثم أنته فقال: تربصي أربعة أشهر وعشراً ففعلت، ثم أنته فقال: أين ولى هذا الرجل فجاءوه به فقال: طلقها ففعل، فقال عمر تزوجي من شئت.

قال الإمام احمد رحمة الله هو أحسنها، يروي عمر ثمانية وجوه ثم قال زعموا ان عمر رجع عنه هؤلاء كاذبون وقال من ترك أي شيء يقول وقال مروى عن خمسة الصحابة عمر وعثمان وعلى ابن الزبير وابن عباس هو القياس.

### هـ - قول الظاهرية:

ذهبت الظاهرية إلى انه لا يجوز فسخ نكاح امرأة المفقود أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، فإذا لم يكن له مال أو ينفق عليها منه قيل انظري لنفسك، فإذا لم تستطع الاكتساب أنفق عليها من سهم الفقراء والمساكين والصدقات كسائر الفقراء ولا فرق.

وعبارة الإمام ابن الحزم ننقلها هنا فنقول: قال ابن حزم: لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه، وإيجاب عدة على زوجة من لم يصح موته، ولا يطلق أحد على غيره، ولا حجة في قول أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: عدة الزوجة والاحداد فيها

#### أ تعريف العدة في اللغة والاصطلاح:<sup>1</sup>

#### 1-التعريف اللغوي:

قال صاحب لسان العرب: عدة المرأة أيام قروئها<sup>2</sup> وعدتها أيضا : أيام احدادها على بعلها وإمساكها عن الزينة شهورا وكان أقرأ أو وضع حمل حملته من زوجها. وجمع عدة: عدد. واصل ذلك كله من العدة.

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (49)

- تعريف العدة في الاصطلاح: العدة: بكسر العين: اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة ليعرف براءة رحمها وذلك يحصل بالولادة تارة وبالأشهر الإقراء تارة أخرى وقال صاحب كتاب الاختيار:

<sup>1</sup> ابن حزم الظاهري، مرجع سابق ج10ص142

<sup>2</sup> ابن منظور، مرجع سابق ج 3ص284

"هي الزمان الذي تتربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت". حكم العدة: العدة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع (والمطلقات يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۗ)<sup>1</sup>

والأصل في وجوبها قوله (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ((234))

وأما السنة المشرفة<sup>2</sup>: ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله قال (طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان وقد انعقد إجماع الأمة على وجوب العدة، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل .

### 1- عدتها إذا أتاها خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه:

إذا أتى المرأة خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه، فحكمها حكم سائر نساء المسلمين، وهو أن تعتد من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

وان لم تعلم، ولم يبلغها خبر موته أو طلاقه حتى تمضي عدة طلاق الوفاة لم يكن عليها عدة، وان لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة، وإنما هي مدة تمر عليها، فإذا مرت فليس عليها مقام مثلها، وهذا ما اجمع عليه جمهور الفقهاء .

وان خفي عليها ذلك وقد استيقنت بالطلاق أو الوفاة اعتدت من يوم استيقنت أنها اعتدت منه. لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط، والاحتياط أن يؤخذ اليقين، وفي وقت المشكوك فيه فلا يقين، فلماذا لا تعتد إلا من الوقت التيقن. وقد ورد هذا القول عن غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم " أنها تعتد من يوم يكون الطلاق أو الوفاة " فقد ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر قال (تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها من يوم طلق، ومن يوم توفي عنها زوجها).

### 2- عدتها إذا لم يأتها عنه خبر:

إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة ولم يصلها أي خبر عن حياته ولا موته، ولا تعلم مكانه فان هذه الزوجة تعتد من زوجها بعد الحكم بموته وتعمل في العدة كأنه مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته، فالموت

<sup>1</sup> سورة البقرة آية 228

<sup>2</sup> سورة البقرة، آية 234.

الحكمي يعتبر كالحقيقي فتعتد بعد أربعة سنين عند القائلين بالانتظار مدة أربعة سنوات، وعند انتهاء مدة التعمير عند القائلين به.

### ب/الاحداد في العدة

تعريف الاحداد في اللغة والاصطلاح

#### 1- في اللغة:

فيه لغتان حداد واحداد. يقال أهدت المرأة تحد وحدت وكلاهما لغة صحيحة.

والحداد: ثياب المآتم السود.

والحاد والمحد من النساء: التي تترك الزينة والطيب.

حدت تحد حدا وحداد: هو تسلبها على زوجها.

والتسلب لبس السلاب<sup>1</sup>.

والسلاب: ثوب اسود أو ابيض تلبسه المرأة في الحداد والحزن ، يختلف ذلك باختلاف الشعوب<sup>2</sup> وقيل انه مأخوذ من المنع لان المرأة قد منعت من الزينة والطيب والنكاح.

2- في الاصطلاح: هو ترك الطيب والزينة للمعتدة عن وفاة وهو اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي و الملون من الثياب للتحسين<sup>3</sup>

#### حكم الاحداد في العدة:

اتفق أهل العلم جميعا على وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها، إلا الحسن البصري، فانه قال: لا يجب الاحداد بل هو مستحب. وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف السنة فلا يعرج عليه.

وقد نقل صاحب بدائع الصنائع الإجماع على وجوب الاحداد فقال: ولا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الاحداد. وأما الإجماع فانه روي عن جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم. وهو قول السلف من بعدهم. رضي الله عنهم جميعا.

<sup>1</sup> ابن منظور، مرجع سابق، ج3 ص143

<sup>2</sup> مصطفى إبراهيم وآخرون، مرجع سابق، ج1 ص441

<sup>3</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ج9 ص149

اما دليلهم على وجوب الاحداد:

ما روي ان أم حبيبة زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما بلغها موت أبيها أبي سفيان، انتظرت ثلاثة أيام، ثم دعت بطيب وقالت: والله مالي بالطيب من حاجة، غير أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة إلا على زوج أربعة وعشرا"<sup>1</sup>. أي يجب على المرأة أن تحد على زوجها هذه المدة.

### حكم الاحداد بالنسبة لزوجة المفقود أو احداد زوجة المفقود:

فان زوجة المفقود عن المالكية والحنابلة والشافعية في القديم، تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل للأزواج، فهل العدة في هذه الأشهر هي عدة وفاة حقيقة تجتنب فيها الزوجة ما تجتنبه المتوفى عنها زوجها حقيقة أم لا؟

والحقيقة أن ما ذهب إليه الجمهور ومنهم الإمام مالك والشافعية والحنابلة أن عليها الاحداد في هذه العدة.

ووجه قولهم هذه أنه إنما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر انه لو كان حيا لسمع خبره.

وقال عبد المالك بن الماجشون من المالكية: لا احداد عليها ووجه قوله إنها فرق يحتسب بها طلقة فلا يجب في العدة احداد كطلاق الحاضر.

### الفرع الثالث: صحة زواجها قبل الحكم بموت المفقود

ان زواج زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه يحتمل وجهين:

1- ان تتزوج قبل مضي الزمان المعتبر للتربص والانتظار: فلو تزوجت قبل مضي الزمان المعتبر للتربص ثم تبين انه كان مات أو طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة لم يصح النكاح لأنها ممنوعة منه أشبه المزوجة<sup>2</sup>.

2- أن تتزوج المعتدة في عدتها: المعتدة في عدتها في عدتها لم يجز نكاحها إجماعا ودليلهم قوله تعالى (... قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ...). ولان هذا النكاح

<sup>1</sup> البخاري، ابو عبد الله، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البنا الطبعة الثالثة، دار ابن كثير بيروت 1407هـ، ج5

رقم 2024

<sup>2</sup> البهوتي، مرجع سابق، ج5 ص422

متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذات المحارم. وقد ورد عن حمادة عن إبراهيم النخعي عن علي رضي الله عنه انه قال في المرأة تتزوج في عدتها: يفرق بينها وبين زوجها الآخر ولها الصداق بما استحل من فرجها وتستكمل ما بقي من عدتها من الأول، وتعدت من الآخر عدة مستقبلة ثم يتزوجها إن شاء. وكذلك فان العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لألا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب.

وقد ورد عن عمر وعلي رضي الله عنهما تفريقهما بين اللذين تزوجا في العدة فقد روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ( أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربها عمر ابن الخطاب ، وضرب زوجها بمخفقة وفرق بينهما ...)<sup>1</sup>

وروي عن علي بن أبي طالب انه قضى في التي تزوج في عدتها " انه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعدت من الآخر ". وهذا قولان لسيدتين من الخلفاء الراشدين لم يعرف لهما من الصحابة مخالف.

فان تزوجها ولم يدخل بها العدة فان العدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل وتصير به الزوجة فراشا. ولا تستحق عليه بالعقد شيء وتسقط سكتها ونفقتها عن الزواج الأول لأنها ناشز أما إذا وطئها فان العد تنقطع سواء علم التحريم أو جهله.

وقال الإمام أبو حنيفة: لا تنقطع لأن كونها فراشا لغير من له العدة لا يمنعها ، كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة ، فإنها تعدت وان كانت فراشا للزوج<sup>2</sup>

بعد اتفاق الفقهاء على فساد النكاح في العدة، فمنهم اختلفوا في الآثار المترتبة على هذا النكاح، ونوضح ذلك في المسائل الآتية:

- 1- المسألة الأولى: إذا كان عاملين بالتحريم وبانتهاء العدة.
- 2- المسألة الثانية: حكم الولد الحاصل من هذا النكاح.
- 3- المسألة الثالثة: حكم زواج الثاني منها بعد أن يفرق بينهما.

<sup>1</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8 ص 100

<sup>2</sup> السرخسي. مرجع سابق، ج 6 ص 42

**-قول الحنفية**

إذا تزوجت امرأة وهي في عدة من زوج سابق ، ووطئها الزوج الجديد سقط بها إحصانه، لأنه عقد فاسد والعقد الفاسد غير موجب للملك ، والوطء في غير الملك في معنى الزنا.<sup>1</sup>

وقال الإمام أبو حنيفة في الذي يتزوج المرأة في عدتها من زوج غيره فيدخل بها انه يفرق بينهما ولها المهر بما استحل من فرجها. فإذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر إذا أراد ذلك وتابعة عليه المرأة.

**قول المالكية:**

يظهر من أقوال فقهاء المالكية أن العلم بحرمة النكاح أو الجهل به لا يبني عليه كبير إثر في أحكام الدنيا. فلو تزوجت زوجة المفقود في عدتها المقررة لها من وفاة زوجها المفقود وأخرى لو تزوجت في الأجل ودخل بها فيفسخ نكاحها ذلك.<sup>2</sup>

فان دخل بها في العدة فلا يتناكحان أبدا، أما إذا لم يكن قد دخل بها الآخر في تلك العدة فرق بينهما وكان خاطبا من الخطاب بعد انتهاء عدة الأول.

ودليلهم على ذلك أن عمر بن الخطاب فرق بين المتزوجين في العدة في العمد والجهل وقال لا يتناكحان ابد. ولا حد عليهما سواء كانا عالمين بالتحريم أو الجاهلين ذلك ولكن فيه العقوبة الموجعة، وعقوبة العالم بالتحريم أشد من عقوبة الجهل وأعظم.

**أما حكم الولد الحاصل بينهما:**

فان كان دخل بها قبل أن تحيض حيضة أو حيضتين فالولد للأول، وان كان بعد أن حاضت حيضة أو حيضتين فالولد للآخر إذا أتت به لتمام ستة أشهر من يوم دخل بها. وهذا هو قول الإمام مالك رحمه الله. وقال ابن القاسم: وان جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم دخل بها الآخر كان الولد للأول.

**قول الشافعية:**

إذا نكحت المعتدة في عدتها وعلم ذلك فسخ نكاحها، لان النكاح في العدة لا يكون إلا فاسدا، فإذا كان الزوج الآخر لم يصبها أكملت عدتها من الأول ولا يبطل عنها عدتها شيء في الأيام التي عقد فيها النكاح الفاسد، لأنها في عدتها ولم تصب أما إن كان أصابها أحصت ما مضى في عدتها قبل إصابة الزوج الآخر وأبطلت

<sup>1</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج6، ص42

<sup>2</sup> الدردير، مرجع سابق، ج2، ص481

كل ما مضى منها بعد إصابته حتى يفرق بينهما، استأنفت البنيان على عدتها التي قبل إصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الأول ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر.

فإذا أكملت حلت منها والآخر خاطب من الخطاب وتحرم عليه. ووجه ذلك: انه إذا كان عقد عليها دون دخول فان النكاح فاسد ويكون خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها: فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها، وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها إذا انقضت العدة.

وعبارة الإمام الشافعي: فإذا انقضت عدتها من الأول فلأخر أن يخطبها في عدتها منه وأحب إلي كف عنها حتى تنقضي عدتها من مائه الفاسد.

وأما دليلهم على أن عليها عدتين ما روى عن صالح بن مسلم عن الشعبي ان عليا رضي الله عنه قال في التي تتزوج في عدتها: "تم ما بقي في عدتها من الأول وتستأنف من الآخر عدة جديدة" وقالوا وهو موافق لما روينا عن عمر بن الخطاب وهذا مذهبنا.

وأما دليلهم على أنها لا تحرم على التأبيد هو القياس على الزنا الذي ذكرناه ويقول الإمام على كرم الله وجهه أنها لا تحرم على التأبيد.

### أما حكم الولد الحاصل بينهما:

فقد قال الإمام الشافعي: إذا نكحت المرأة في عدتها ودخل بها فأصابها فجاءت بولد كان أشبه عندي والله تعالى اعلم موقوفا بين الرجلين معا حتى يرى ابنهما القافة، فأبي الرجلين ألحقته لحق الولد<sup>1</sup>.

ولو تزوجت قبل ثبوت موته أو طلاقه وبان المفقود ميتا قبل تزوجها بمقدار العدة صح التزوج لخلوها عن المانع في الواقع فأشبهه ما لو باع مال أبيه حياته فبان ميتا.

ولان العالم بحل المرأة شروط لجواز الإقدام لا للصحة وقيل في رواية عن الإمام الشافعي في القديم انه لا يصح لفقد العلم بالصحة حال العقد.

### قول الحنابلة:

إذا تزوجت المعتدة في عدتها وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطنها فهما زانيان عليهما حد الزنا، ولا مهر لها، ولا يلحقه النسب، لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات المحارم، وان كانا جاهلين

<sup>1</sup> الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص33

بالعدة أو التحريم: يثبت النسب، وينتقي الحد، ويجب المهر، وان علم هو دونها بالعدة والتحريم فعليه الحد والمهر ولا يلحقه النسب، وان علمت دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب، لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه ذوات المحارم.<sup>1</sup>

### حكم الولد الحاصل بينهما:

إن حكم ثبوت نسب الولد من النكاح في العدة يدور وجودا وعدما مع علمهما بالعدة وحرمة النكاح، فإذا كان عالما أنها في العدة وبحرمة نكاحها فيها انتقى النسب، وان لم يكن يعلم أنها في العدة أو انه لا يعلم بحرمة النكاح في العدة ثبت نسب الولد منه.

هذا ذا أنت بالولد منه عينا أو ألحقته به قافة وأمكن أن تأتي به لسته أشهر فأكثر من وطء الثاني، ولأربع سنين فاقل من بينونة الأول لحقه، وانقضت عدتها به منه، لأن عدة المرأة تنتضي بوضع حملها، وقد وجد. ثم اعتدت للأخر أيهما كان. وان أمكن أن يكون منهما أري القافة معهما فالحق بمن ألحقه به منهما، وانقضت به عدتها منه واعتدت للأخر. وان ألحقته بهما وانقضت عدتها به منهما. ولا تنقطع عدتها بالعقد عليها في العدة دون دخول لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشا. ولا تستحق عليه نفقة ولا سكنى لأنها ناشز حتى يدخل بها فتنتقطع حينئذ سواء علم التحريم أو جهله. لأنها تصير بالدخول فراشا لغيره وهو يقتضي ألا تبقى في عدة غيره، ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول لان حقه اسبق ولان عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح ثم تستأنف العدة من الثاني ولا تتداخل العدتان.

### ودليلهم في ذلك ما يلي:

روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار "إن طليحة كانت تحت رشيد الثقي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بمخفقة وفرق بينهما ثم قال: أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبا من الخطاب، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الأخر، ولا يناكحها أبدا. والسبب في عدم تداخل العدة:

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، ج8، ص 108

قالوا: إنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالديتين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة، وأما حكم زواج الثاني منها بعد أن يفرق بينهما: فالمذهب انه يحق للثاني أن ينكحها بعد انقضاء العديتين، وهناك رواية ثانية عن الإمام احمد أنها تحرم على التأبيد ودليلهم في ذلك أن تحريمها لا يخلو إما إن يكون بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم، بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها، ولأنه لو زنى بها لم تحرم على التأبيد فهذا أولى وكذلك لان آيات الإباحة عامة كقول تعالى: "واحل لكم وراء ذلكم". وقوله تعالى "والمحصنات من المؤمنات فلا يجوز تخصيصها بغير دليل. وما روى عمر في تحريمها فقد خالفه على فيه، وروي عن عمر انه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي، فان عليا قال: إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، فقال عمر: "ردوا الجهالات إلى السنة، ورجع إلى قول علي.

ولو تزوجت امرأة المفقود قبل مضي الزمان المعتبر للتربص والعدة ثم تبين انه كان ميتا، أو انه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة لم يصح النكاح لأنها ممنوعة منه فأشبهت المزوجة.

### رأي الظاهرية:

لا تخلو الناكحة في عدتها بان تكون عالمة بان ذلك لا يحل، او تكون جاهلة بجرمة هذا النكاح، وغلطت في العدة فان كانت جاهلة أو غلطت في العدة فلا شيء عليها، لأنها لم تعتمد الحرام، والقول قولها في الغلط على كل حال.

فان كانت عالمة بان ذلك لا يحل، ولم تغلط فهي زانية وعليها الرجم. وحملوا حديث عمر لك الذي رواه سعيد بن المسيب عنه (إن امرأة تزوجت في عدتها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فضربها دون الحد وفرق بينهما) إن ضرب عمر لها كان تعزيرا لها لتركها التعلم من دينها ما يلزمها. فهو مكان التعزير.

وقالوا: إن من تعلقوا بهذا الأثر عن عمر وأسقطوا حد الزنا، فيقال لهم: انه لم يرد في ذلك الأثر أنها كانت عالمة بانقضاء العدة أو تحريم فلا متعلق لهم بذلك.

والقول في ذلك كله هو أن كل عقد فاسد لا يحل فالفرج لا يحل، ولا يصح به زواج، فهما أجنبيان كما كانا، والوطء فيه مع العلم بالتحريم زنى مجرد محض، فيه الحد كاملا من الرجم أو الجلد أو التعزير.

ولا يحق فيه ولد أصلا ولا مهر فيه ولا شيء من أحكام الزوجية. وإن كان جاهلا فلا حد، ولا يقع في ذلك شيء من أحكام الزوجية إلحاق الولد فقط للإجماع، وبالله التوفيق.

### المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في الفقه الإسلامي

#### الفرع الأول: إدارة أموال المفقود

إذا كان الشخص، قبل فقده، قد عين وكيلًا لتسيير أمواله، فإن هذا الوكيل يقوم بالمحافظة على هذه الأموال والتصرف بها بما يراه مصلحة للمفقود، ويبقى على وكالته حيث لا يؤثر الفقد على صحة الوكالة أما إذا لم يكن له وكيل فإن القاضي هو الذي يدير هذه الأموال ويحافظ عليها وذلك على النحو الآتي:

1- يعين القاضي وكيلًا يقوم بحفظ ماله واستيفاء حقوقه وقبض غلاته، والديون التي أقر بها غرماءه، ولا يدع أحدا يفسد هذا المال أو يبذره. ولكنه لا يخاصم في دين لم يقر به لغريم ولا في نصيب له في عرض أو عقار في يد غيره، لأنه ليس بمالك ولا نائبًا عنه وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي. وله أن يخاصم في عقد أجره هو بلا خلاف.

2- يبيع ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى، ولا يأخذ المال الذي في يد مودعه أو مضاربه لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظًا بحفظه فلا حاجة لحفظ القاضي.

3- ينفق على زوجته من ماله، إذا كان عالما بالزوجية، لأن الإنفاق عليها إحياء له فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ المال.

4- ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء والزمنى<sup>1</sup> من الذكور الفقيرات من الإناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين، لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية، إحياء لهم وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه وكله، فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم. وبما أنه عاجز عن نفسه فيقوم به القاضي.

5- أما بالنسبة لأمواله التي في أيدي الناس من دين أو إجارة أو وديعة أو إعاره متاع أو سكنى داره فالحكم فيها كما يلي:

<sup>1</sup> الزمنى مفردا الزمن وهو المبتلى بعاهة لأنه جنس للبلايا التي يصابون بها. انظر لسان العرب ج13 ص199

أما الإجارة: فلا يعرض لها السلطان أو وكيله حتى تتم ا، لأنها وإن كانت تنفسخ الإجازة لموت المؤجر أو المستأجر لكن المفقود لم يثبت موته وهو حي في إبقاء ما كان على ما كان. أما العارية: فإن كان لها أجل فلا يعرض للعارية حتى يتم الأجل وأما ما كان من دور أسكنها، فلا يعرض لها السلطان حتى يتم سكنها. وإذا مضت مدة الإجارة والسكن للدار وغيرها فإن السلطان يحرزها على الغائب. ولا يبرأ المستأجر والمدين بدفع المال إلى زوجة المفقود و أولاده أو أحد ورثته، لأنه لم يورث بعد ولأنه دفع مال الغير إلى الغير بغير إذنه، إلا إذا كان الدفع بأمر القاضي<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: النفقات الواجبة عليه** النفقات جمع نفقة وهو الإخراج ولا تستعمل إلا في الخير. وشرعا: هي كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة. وأسباب وجوب النفقة ثلاثة: النكاح والقرابة والملك. فالأول للزوجات، فنفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع.

**أما الكتاب العزيز:**

فَقَوْلُهُ تَعَالَى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تُنْتَرِضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)

وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكِ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۗ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ ۗ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا).

وقوله تعالى: (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا).

**واما السنة المشرفة:**

فما رواه جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: " اتقوا الله في النساء فإنهن عون

<sup>1</sup> السيواسي، مرجع سابق، ج 6 ص 141

عندكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف "أما الإجماع: فاتفق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن. والمفقود مكلف ومخاطب بالإففاق بالأدلة السابقة، ولم يورد ما يخصص المفقود بعدم النفقة. وهنا نبحت كيفية الإففاق المفقود على من تجب عليهم نفقتهم وذلك حسب حالة المفقود من يسار أو إعسار:

### 1: إذا كان ميسور الحال

#### أ . نفقة الزوجة:

إذا كان المفقود ميسورا واختارت زوجته المقامة والصبر حتى يتبين أمره، فلها النفقة مادام حيا، وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره، لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته. ولو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين ثم أربع أشهر وعشرا فان نفقتها في هذه السنين الأربعة تكون من مال زوجها باتفاق<sup>1</sup>.

أما في فترة العدة فليس فيها النفقة عند المالكية وقديم قول الشافعية ووجه قولهم إن التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويت فلم يكن لها فيها النفقة.

وبناء عليه لو أرادت زوجة المفقود البقاء على عصمة المفقود لم يكن لها ذلك بعد انتهاء العدة عند المالكية لأنها أبيحت لغيره وهي على حكم الفراق حتى تظهر حياته.

و وجهها القائلين بالنفقة بالعدة فقالوا إن الوفاة غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة الحقيقية فإنها متيقنة. والنفقة لا تسقط إلا بيقين الموت<sup>2</sup>.

وقال صاحب المغني: إن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضا لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما<sup>3</sup>.

وقد روى الأثرم والجوزجاني، عن ابن عمر وابن عباس قالا: تنتظر امرأة المفقود أربع سنين. فالابن عمر: ينفق عليها من مال زوجها. قال ابن عباس: إذا يجحف ذلك بالورثة، ولكنها تستدين، فان جاء زوجها أخذت من ماله، وان مات أخذت من نصيبها في الميراث.

<sup>1</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8 ص 109

<sup>2</sup> النفراوي، مرجع سابق، ج 2 ص 41

<sup>3</sup> ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8 ص 109

وقالوا: ينفق عليها في العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جمعياً أربع أشهر وعشراً. ولو أنفقت الزوجة من مال زوجها المفقود، ثم ثبتت البينة على موته في وقت ردت كل ما أخذت من النفقة من حين مات فكان لها الميراث.<sup>1</sup>

وهنا توجد لفظة نحب أن ننبتها إليها وهي مع أن الحنفية لا يرونا القضاء على الغائب ولا يجيزون إلا أنهم حكموا لزوجة المفقود بالنفقة من مال زوجها المفقود.

ووجه قولهم هذا هو أن الإنفاق على زوجة المفقود هو نوع من الحفظ، ونظر من القضاء للغائب، فإن ملك النكاح حقه في زوجته، ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق من ماله حفظاً لملكه عليه.

وقالوا: إن هذا الإنفاق هو إعانة لها على الحكم وليس قضاء ابتداء، لأن نفقة الزوجة ثابتة بنفسها اتفاقاً وما كان ثابتاً اتفاقاً كن لصاحب الحق أن يأخذه بغير قضاء فحق لهذه الزوجة أن تنفق إذا وجدت جنس حقها.<sup>2</sup>

والنفقة للزوجة تجب على زوجها سواء في ذلك كانت الزوجة فقيرة أو غنية، موسرة أو معسرة، لأنها تستحق هذه النفقة بالعقد ولتفريغ نفسها له وهي بدل معاوضة، فكانت أقوى من سائر النفقات الواجبة عليه.

#### ب. نفقة الأقارب:

وكما تلزم المفقود نفقة زوجته، تلزم أيضاً نفقة أولاده الصغار، والزمني الكبار وأبكار بناته ووالديه، ودليل وجوب هذه النفقات ما يلي:

إذ إيجاب الأجرة لإرضاع الأولاد يقتضي إيجاب مؤونتهم.

1. نفقة الأولاد لقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ وَأُتْمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۗ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَنْزُوعٌ لَهُ أُخْرَىٰ)<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الشافعي، مرجع سابق، ج 5 ص 240

<sup>2</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج 11 ص 38

<sup>3</sup> سورة الطلاق آية 6

اذ ايجاب الاجر لإرضاع الأولاد يقتضي ايجاب مؤونتهم.

2. أما دليل وجوب نفقة الوالدين فهو:

-قوله تعالى: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا)<sup>1</sup>

فقد جعل الله سبحانه وتعالى الإحسان للوالدين قرينا لتوحيد الله وعبادته من الإعلان بتأكيد حقهما والعناية بشأنهما ما لا يخفى.

ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند الحاجة وقد نهى عن التآفف بمعنى الأذى وبهذا النهي يفهم النهي عن سائر ما يؤذيها بفحوى الخطاب أو بلحنه، ومعنى الأذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر.

-قوله تعالى: (وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ ۖ ثُمَّ إِلَيَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ)<sup>2</sup>

ومن المعروف الذي أمر الله به هو قيام بكفايتهما عند الحاجة.

1. يسار المنفق بحيث تكون النفقة فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته لقوله عليه الصلاة والسلام: "ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فان فضل شيء فلأهلك فان فضل عن أهلك شيء فلذني قرابتك".<sup>3</sup>

2. حاجة المنفق عليه: بحيث يكونا فقيرين لا مال لهما و لا كسب يستغنيان به عن إنفاق غيرهم.

فلا تجب النفقة لمالك كفايته ولا لمكسبها ولو زما، أو صغيرا، أو مجنونا لاستغنائه عنها، ولأن استحقاق النفقة على الغني للمعسر باعتبار الحاجة بخلاف الزوجة.<sup>4</sup>

وقد سئل الإمام مالك عن المفقود إذا كان له ولد صغار ولهم مال ينفق عليهم من مال أبيهم؟ قال لا ينفق عليهم من مال أبيهم لأن مالكا قال: إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على نفقته.

<sup>1</sup> سورة الاسراء اية 23.

<sup>2</sup> سورة لقمان اية 15.

<sup>3</sup> مسلم ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت ج2 ص692

<sup>4</sup> السرخسي، مرجع سابق ج5 ص222

## 2- إذا كان في حالة عسر

## أ - نفقة الزوجة:

لا تسقط نفقة الزوجة بإعسار الزوج لأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء في ذلك كان الزوج غنيا أو فقيرا، وسواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة، وذلك لأن الاستحقاق الزوجية للنفقة بسبب العقد وهي تجب معاوضة مقابل الاستمتاع. فقد قال صاحب المبسوط: لا يجبر المعسر على نفقة أحد إلا على نفقة الزوجة والولد الصغير<sup>1</sup>.

## ب - نفقة الأقارب:

نفقة الأقارب استحقاقها بطريق الصلة وتكون على الميسورين دون المعسرين كالزكاة ، وعلى هذا قال الإمام أبو يوسف رحمه الله من لم يكن له الفضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الأقارب<sup>2</sup>.

فإذا كان الولد معسرا والوالدان معسران، فليس عليه نفقتهما لأنهما لما استويا في الحال لم يكن أحدهما بإيجاب النفقة على صاحبه بأولى من الآخر.

فلا تجب النفقة عليه لأقربائه إلا أن يجد من النفقة ما يفضل من قوته وقوة عياله يومه وليلته<sup>3</sup>. إلا أنه روي عن الإمام أبي يوسف رحمه الله قوله: إذا كان الأب زما وكسب الابن لا يفضل عن نفقته وعليه أن يظم الأب إلى نفسه، لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل ذلك لا يخشى الهلاك على الولد، والإنسان لا يهلك عن نصف بطنه<sup>4</sup>.

أما الأولاد الصغار: فلا تسقط نفقتهم بالإعسار لأنهم أجزاءه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذلك نفقة اولاده، لقوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)<sup>5</sup> وقد قال صاحب مغني المحتاج: لا يشترط يسار الولد في نفقة ولده الصغير يستقرض عليه ويؤمر بوفائه إذا أيسر.

<sup>1</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج 5 ص 224

<sup>2</sup> السرخسي، المرجع السابق، ج 5 ص 224

<sup>3</sup> مالك أبو عبد الله مالك بن انس الاصبجي، المدونة الكبرى، بيروت دار صادر ج 5 ص 364

<sup>4</sup> السرخسي، المرجع السابق، ج 5 ص 222

<sup>5</sup> سورة الطلاق اية 7

## المستحقون للنفقة في مال المفقود:

لا يقضى بالنفقة في مال غائب أو مفقود إلا لمن ذكرنا وهم زوجة المفقود وولده ووالديه. فيلزمه نفقة سائر أبائه وان علوا، وأولاده وان نزلوا، والولد المستحق للنفقة هو الصغير الذي لا يقوى على الاكتساب، أو المريض مرضا مزمنا وأشل اليدين أو الرجلين الذي لا يتمكن من تحصيل رزقه، فإذا بلغ هذا الصبي أو احتلم ولا يجبر الأب على نفقته. ويدخل في قولنا ولده بناته مطلقا الصغيرات والكبيرات ما لم يدخل بهن أزواجهن فإذا دخل بهن أزواجهن فلا تجب النفقة لهن من ماله. فإذا لم يكن لهن مال، فإن كان لهن مال فلا نفقة لهن على أبيهن، وقد قال الإمام مالك رحمه الله إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على نفقته.<sup>1</sup>

وكذلك نفقة الوالدين فتجب إذا كان معسرين، أما إذا كان معسرين، أما إذا كانا ميسورين فلا تجب عليه نفقتهما.

وأما غير ما ذكرنا من المحارم مثل الإخوة والأخوات والأعمام والعمات وغيرهم فلا يقضى بنفقتهم من مال المفقود.

ووجه الفرق أن نفقة " الزوجة والولد والوالد " واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم. أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه، والقضاء على الغائب لا يجوز.<sup>2</sup>

## 3 : بيع عقار المفقود وعروضه في النفقات الواجبة عليه :

اتفق الفقهاء على أن القاضي ينفق على من ذكرنا وهم " زوجة المفقود وأولاده وأبواه " من مال المفقود إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما هو من جنس حقهم ومن بيع ما يتسارع إليه الفساد أو دين له عند مقر أو غيره، أما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار ففيه خلاف بين العلماء نوضحه بعون الله تعالى كما يلي:

<sup>1</sup> مالك، مرجع سابق ج5 ص452

<sup>2</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج5 ص225

## أ. قول الحنفية:

لا يبيع القاضي ما لا يخاف فساده منقولاً أو عقاراً في نفقة ولا غيرها، لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ، وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز.

فإن لم يكن له مالا إلا عروض أو عقار احتاج ولده أو زوجته إلا النفقة فلا تباع عروضه و عقاره في نفقة ولا غيرها ، لأن البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعند الصحابين يجوز على الحاضر دون الغائب .<sup>1</sup> أما الأب المحتاج فليس له بيع عقار الغائب في نفقته من غير إذن القاضي ، إلا أن يكون الابن صغيراً .<sup>2</sup>

واختلفوا في حكم بيع العروض، فعند الإمام أبي حنيفة له أن يبيع من عروضه وينفق عليه من غير أمر القاضي استحساناً.

أما الجمهور فقالوا: يحكم على الغائب إذا صح الحق عليه، فإن ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بينة، سمعه الحاكم وحكم بها. وقد قال الإمام الشافعي في ذلك يقضي على الغائب كما يقضي على الحاضر.

وأما دليل الجمهور على جواز القضاء على الغائب فهو ما يلي:

- 1 . حكم الرسول صلى الله عليه وسلم على أبي سفيان في حديث هند ولم يكن حاضراً.
- 2 . عن عمر وعثمان رضي الله عنهما القضاء على الغائب.
- 3 . عدم سماع البينة يؤدي إلى تضييع الحقوق مع إمكان استيفائها.
- 4 . بالقياس على الميت و الصغير مع أنها أعجز عن الدفع من الغائب.
- 5 . الأدلة التي تدعو إلى إيفاء الحقوق والحكم بعدل لم تفرق بين حاضر وغائب.

## الفرع الثالث: حكم زكاة أمواله:

اختلفت أقوال الفقهاء في حكم زكاة أموال المفقود فمنهم من أوجبها وهم الحنابلة والشافعية. ومنهم من فرق حسب نوع المال فأوجبها في الحرث " الحب والثمار " والمواشي، ومنعه في أعيان الأموال وهم المالكية. ومنهم

<sup>1</sup> السيواسي، مرجع سابق، ج 6 ص 143

<sup>2</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج 5 ص 225

من نفى وجوب الزكاة في هذا المال واعتبره ضمارة\*<sup>1</sup> وهم الحنفية و في ما يلي تفصيل ذلك .

### 1 . القائلون بوجوب الزكاة في مال المفقود:

وهم الحنابلة و الشافعية فقالوا يزكى مال المفقود لما مضى من السنين قبل قسمته لأن الزكاة حق وواجب في المال فيجب أدائها<sup>2</sup>.

وقد نص الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله على ذلك، معللا بأنه مات وعليه زكاة وقال لا تسقط الزكاة عن مفقود وغيره بالموت.

### 2 . القائلون بالتفريق حسب نوع المال وهم المالكية:

فقالوا تجب الزكاة في ثمار ومواشي المفقود ولا تجب فيها أعيان أمواله وحجتهم في ذلك فما يلي:

1. أما النماء في وجوب الزكاة. وماشيته وحرثه نام فوجب فيه الزكاة، أما أعيان أمواله فهي مأخوذة على عدم التنمية فأشبه أموالهم الأموال الضائعة، ولهذا ينبغي أن يزكى لسنة واحدة فقط، ويدخل ضمن هذه الأموال عروض التجارة، لأن المزكي هو عين أو ثمن وكلاهما عين كما هو مستفاد.

2. إن الغائب و المفقود لا يؤخذ من مالهم الناض<sup>3</sup> الزكاة لأنه لا يؤمن أن يكون قد مات أو استدان من الديون ما هو أولى بأدائه من الزكاة .

. لأن الدين لا يسقط زكاة حرثه ولا ماشيته، حتى لو ساوى دين ما بيده من ذلك الحرث أو الماشية، كمن عليه خمسة أوسق أو خمسة من الإبل وبيده مثلها وجب فيها الزكاة.<sup>4</sup>

### 3. القائلون بعدم وجوب الزكاة وهم الحنفية:

فقالوا لا زكاة في المال الضمارة، لأن من شروط وجوب الزكاة في المال أن يكون مالا ناميا، لأن معنى الزكاة هو النماء ولا يحصل إلا في المال النامي، وهذا يعني أن يكون المال معدا للاستثمار بالتجارة والاسامة.

ومال المفقود هو مال موقوف غير نام فلا تجب فيه الزكاة خلافا لزفر والشافعي حيث قالوا تجب فيه الزكاة للسنين الماضية إذا وصلت يده إليه لأن السبب قد تحقق وهو ملك نصاب نام، واستند الحنفية في عدم وجوب

<sup>1</sup> المال الضمارة: لغة المخفي أو الغائب الذي لا يرجى مالا تكون منه على ثقة وشرعا مال زائل البد غير مرجو الوصول غالبا انظر ابن منظور، ج2 ص543

<sup>2</sup> البهوتي مرجع سابق ج4 ص 465

<sup>3</sup> الناض هو المال العتيد الحاضر وهو ما تحول عينها بعدما كان متاعا هو اسم للدراهم والدنانير عند اهل الحجاز، انظر لسان العرب، ج7 ص

<sup>4</sup> الدسوقي، مرجع سابق، ج1، ص480

الزكاة لحديث الإمام على رضي الله عنه " لا زكاة في المال الضمار " .

**المطلب الثالث: الأحكام المتعلقة بإرث المفقود في الفقه الإسلامي**

**الفرع الأول: الإرث من المفقود.**

من المقرر شرعا أن المفقود يعتبر حيا في حق أمواله حتى يثبت موته حقيقة أو حكما. فلا يقسم ميراثه حتى

يأتي موته أو يمضي عليه من الزمان ما يحكم فيه بموته أو مالا يحيا إلى مثله ، فيقسم ميراثه وقتئذ.<sup>1</sup>

ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسمة ماله لا من مات قبل ذلك ولو

بلحظة. لأن من شروط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت مورثه.<sup>2</sup>

وآما اعتبار المفقود حيا في حق ماله فهو باستصحاب الحال، لان الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين أو

ما نزل منزلته وهو الحكم.

وسنتعرض إلى أقوال الفقهاء فيما تعلق بورثة المفقود من قبل الوارثين

### 1- الحنفية:

الأصل في المفقود انه يجعل حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لا يورث عنه ماله، ولا يقسم بين ورثته ما

لم يعلم موته.<sup>3</sup>

### 2- المالكية:

قال الإمام مالك في المدونة: لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان مالا يحيا إلى مثله ،

فيقسم ميراثه من يوم يموت.<sup>4</sup>

### 3- الشافعية:

قال الإمام الشافعي في كتابه الأم: "كان معقولا عند الله عز وجل ثم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم

لسان العرب وقول عوام أهل العلم ببلدنا أن امرا لا يكون موروثا أبدا حتى يموت ". وقد قلنا بهذا القول في

المفقود ، فلا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> السرخسي، مرجع سابق ج30ص54

<sup>2</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ج6 ص264

<sup>3</sup> السرخسي، مرجع سابق ج30ص54

<sup>4</sup> مالك، مرجع سابق ج5 ص452

<sup>5</sup> الشافعي، مرجع سابق، ج4 ص78

## 4- الحنايلة:

لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله ، ولا يرث من المفقود من مات من ورثته قبل ذلك أي الوقت الذي يقسم ماله فيه .لأنه بمنزلة من مات في حياته .<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: ارث المفقود من غيره:

أن القول الراجح في المذاهب الفقهية الأربعة انه ذا مات من يرثه المفقود في مدة التربص وقبل الحكم بموت المفقود او ظهور البينة علة ذلك ، وقفنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود ، وان كان له وارث آخر غير المفقود توقفنا في نصيب المفقود وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالاسوء من تقدير حياة المفقود أو موته، فمن نقص حقه بحياته قدر حق حياته، ومن نقص حقه بموته قدر حقه موته، (لان ما زاد عليه مشكوك في استحقاقه له ) ومن لم يختلف نصيبه بحياته وموته أعطي نصيبه ، ومن سقط منهم بالمفقود لم يعط شيئاً حتى يتبين حاله <sup>2</sup> غير انه توجد آراء أخرى في كيفية توريث المفقود منها:

1-أن تعمل المسالة على تقدير حياته فقط ولا نقف شيئاً سوى نصيب المفقود، فان ظهر خلافة غيرنا الحكم، ويؤخذ ضميين "كفيل" ممن معه احتمال زيادة على الصحيح، وهذا قول الحنايلة والشافعية.

2-أن تعمل المسالة على تقدير موته فقط في حق جميع الورثة لان استحقاقهم للإرث معلوم واستحقاقه مشكوك فيه، فان ظهر خلافه غيرنا الحكم، وهذا قول ثالث عند الشافعية.

3-والسبب في توقفنا عن إعطاء المال للمفقود هو أن ماله لا يعلم مستحقه في هذه الإثناء فأشبه المال الذي يتوقف للحمل ، فان انفصل حيا اخذ نصيبه وان انفصل ميتا لم يأخذ شيئاً .<sup>3</sup>

## الفرع الثالث: كيفية توريث المفقود

وأما طريقة حل المسالة التي فيها مفقود هو كالاتي:

1-نحل المسالة على فرض انه حي.

2-نحل المسالة على فرض انه ميت.

<sup>1</sup> البهوتي، مرجع سابق، ج4ص466

<sup>2</sup> السرخسي، المرجع السابق ج30ص54

<sup>3</sup> البهوتي، مرجع سابق ج4 ص466

3-نوازن أنصبة الورثة الذين يرثون معه، وذلك عن طريق ضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى، حتى نوجد أصول المسالتين.

فان كان المفقود يحجب الورثة حجب حرمان توقف التركة بأكملها إلى أن يتبين أمره، ومن سقط في أحدهما لم يأخذ شيئاً / ومن لم يختلف نصيبه في المسالتين اخذ اليقين وهو الاضر "لأسوأ" في حقه ووقف الباقي وهو نصيب المفقود وفرق الأنصبة وقت ظهور المفقود فان ظهر حيا اخذ نصيبه المحجوز وكمل للباقي أنصبتهم، وان حكم بموته اخذ الورثة التركة كل حسب نصيبه. ونعرض الآن بعض الأمثلة من مسائل توريث المفقود باعتبار فرضي الموت والحياة مثال: توفي شخص عن ابن مفقود وأب وأم وزوجة.

الحل:

على فرض الحياة:

| زوجة | أب  | أم  | ابن (المفقود) | الأصل |
|------|-----|-----|---------------|-------|
| 1/6  | 1/6 | 1/6 | ع             | 24    |
| 3    | 4   | 4   | 13            | 24    |

- على فرض الممات:

| زوجة | أب | أم                            | ابن (المفقود) | الأصل |
|------|----|-------------------------------|---------------|-------|
| 1/4  | ع  | 1/3<br>( الباقي نصيب الزوجة ) | صفر           | 4     |
| 1    | ع  |                               | صفر           | 4     |
| 1    | 2  | 1                             | صفر           |       |

- لتوحيد الأصول بين المسالتين نجد المضاعف المشترك الأصغر للمسالتين فنضرب الثانية في 6

|   |    |   |     |    |
|---|----|---|-----|----|
| 3 | 4  | 4 | 13  | 24 |
| 6 | 12 | 6 | صفر | 24 |

لنتيجة: يأخذ كل واحد الاضرار في حقه

|    |           |   |   |   |
|----|-----------|---|---|---|
| 24 | 13 موقوفة | 4 | 4 | 3 |
|----|-----------|---|---|---|

ويحفظ للمفقود 13 سهما حتى يتبين حاله.

مثال 2: توفيت امرأة عن زوج مفقود، وأختين لأب وعم لأب

الحل: - على فرض الحياة

| الأصل    | عم لأب | أختان لأب | زوج مفقود |
|----------|--------|-----------|-----------|
| 6        | ع      | 2/3       | 1/2       |
| بالعول 7 | صفر    | 4         | 3         |
| 7        | صفر    | 2،2       | 3         |

- على تقدير الممات

| الأصل | عم لأب | أختان لأب | زوج مفقود |
|-------|--------|-----------|-----------|
| 3     | ع      | 2/3       | صفر       |
| 3     | 1      | 2         | صفر       |

- لتوحيد المسالتين: نضرب الأولى في 3 والثانية في 7 فيكون الأصل 21

|    |     |    |     |
|----|-----|----|-----|
| 21 | صفر | 12 | 9   |
| 21 | 7   | 14 | صفر |

- النتيجة

|    |     |           |          |
|----|-----|-----------|----------|
| 21 | صفر | 12<br>6،6 | 9 محفوظة |
|----|-----|-----------|----------|

المطلب الرابع: أثر ظهور المفقود حيا بعدم الحكم بفقده

الفرع الأول: بالنسبة إلى زوجته

1- أن تكون زوجته قد تزوجت سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا

1- قول الحنفية: إذا عاد الزوج الأول بعد الحكم بوفاته، فهي زوجته بكل حال، سواء في ذلك تزوجت أو لم تتزوج دخل بها أم لم يدخل بها، ولكنه لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة.

وقد رد الحنفية على القائلين بالتخيير فقالوا:

أما تخيير سيدنا عمر للمفقود بين أن يردها عليه وبين المهر، فهو بناء على مذهبه في المرأة إذا نعى إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الأول حيا انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر فقد أصبح رجوعه عنه، فانه كان يقول: ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينهما وبين الآخر، ولها بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر.

قالوا: وبهذا القول نأخذ، لأنه تبين انه إذا تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة الغير ليست من المحلات، بل هي من المحرمات في سائر الناس لقوله تعالى: (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) <sup>1</sup>

وإذا اختار الأول المهر، لكن يكون النكاح منعقدا بينهما فكيف يستقيم دفع المهر إلى الأول، وهو بدل بضع فيكون مملوكا لها بدون زوجها، كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة، فعرفنا أن الصحيح أنها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة فعرفنا أن الصحيح أنها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة. <sup>2</sup>

ب- قول المالكية: لا خلاف في انه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها، وإنما الخلاف في فواتها على الزوج الأول بعد العقد، والحكم عند المالكية يختلف بحسب الدخول أو عدمه كما يلي:

إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وقبل دخول الثاني بها

فقد كان الإمام مالك رحمه الله يقول: "إذا تزوجت زوجة المفقود ولم يدخل بها ثم عاد زوجها الأول فلا سبيل لزوجها الأول إليها ثم عاد عن ذلك قبل موته بعام أو نحوه فقال: إن زوجها الأول أحق بها ما لم

<sup>1</sup> سورة النساء آية 24.

يدخل بها زوجها الثاني وتكون عند زوجها الأول على حالها الأولى من عدد الطلقات فلا ينقص بهذا العقد عدد طلقاتها<sup>1</sup>

وتمنع المرأة من النكاح بعد الأربعة أشهر وعشر إذا جاء أن زوجها حي ، وبعدها نكحت وقبل أن يدخل بها يفرق بينها وبين زوجها الثاني وتقيم على الزواج الأول وما تقدم من نكاح دون دخوله فكأنه لم يكن.<sup>2</sup>

أن تكون قد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني إذا تزوجت زوجة المفقود بعد مضي من المدة المقررة شرعا ودخل بها زوجها الثاني فلا سبيل لزوجها الأول إليها ، لأنها تكون قد بانته منه بدخول الثاني وتأخذ من الأول جميع المهر والواقع أنهم يقولون بتقدير طلاق من المفقود حين شروعها في العدة يتحقق هذا الطلاق ويفتت الزوجة على زوجها المفقود بدخول زوجها الثاني بها<sup>3</sup>

وقد قال الإمام مالك: أدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء في الصدق، أو في امرأته.

وهذا الإنكار يحتمل وجهين:

**أحدهما:** أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر، ولكنهم لا يرونه ولا يعلمون به، وذلك أن من بنا بامرأته ثم طرا ما يوجب الفرقة فلا سبيل له إلى المهر.

**والثاني:** أنهم ينكرون الرواية / وهذا قد رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر عثمان قضا في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا بعد ذلك ثم تتزوج، فإذا جاء زوجها الأول خير بين امرأته والصداق.

وقد قال بعضهم يغرمه الزوج، وقال آخرون تغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال فلا يمتنع إن تنكر على رواتها، فان معمر قد روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه وهم في كثير منها، وقد تنكر الرواية عن الثقة إذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله اعلم.

<sup>1</sup> مالك، مرجع سابق، ج 5 ص 449

<sup>2</sup> مالك، المرجع السابق، ج 5 ص 449

<sup>3</sup> مالك، المرجع السابق، ج 5 ص 449

## أن يكون الزوج الثاني على علم بحياة الأول

إن تزوجها الزوج الثاني ودخل بها غير عالم بحياة الأول، فلا سبيل لزوجها الأول إليها، أما إذا كان عالماً بحياة الأول، فتكون الزوجة للأول، سواء في ذلك جاء بعد الدخول أو قبله، وإذا علمت بحياة الأول وهي في العدة أو بعدها قبل نكاحها فهي زوجة الأول لأن من شروط صحة النكاح أن تكون المرأة خالية من الأزواج فإذا علم الثاني بحياة الأول قبل العقد والدخول، فيكون قد تزوج من امرأة ذات زوج لقوله تعالى: (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا)<sup>1</sup> فبذلك تكون الزوجة للأول ولا تقوت عليه بهذا النكاح.<sup>2</sup>

ج- قول الشافعية: سبق القول إن للشافعية قولين في حكم زوجة المفقود، وهنا نبين آثار ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته بناء على هذين القولين:

**على القول الجديد: والمرأة في هذا القول هي زوجة الأول بكل حال سواء تزوجت زوجاً آخر أم لا، ودخل بها أم لم يدخل**

فلو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً أو نكحت ودخل بها الزوج كان حكم الزوجية بينها وبين زوجها الأول بحالة غير أنه ممنوع من فرجها بوطء شبهة ولا نفقة لها من حين نكحت ولا في حين عدتها من الوطء الفاسد، لأنها مخرجة نفسها من يديه، وغير واقفة عليه ومحرمة عليه بالمعنى الذي دخلت فيه. وكذلك لم يلزم الزواج الثاني بنفقتها، لأنه ليس بينهما شيء من أحكام الزوجين إلا لحق الولد فإنه فراش بالشبهة.<sup>3</sup>

**على القول القديم: وفيه عدة أقوال: أصحها هو إن الحكم فيه أنها زوجة الأول، لانا تيقنا الخطأ في الحكم بموته، فصار كمن حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه**

**د- قول الحنابلة: أن تكون قد تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثاني:**

إذا تربصت الأربع سنين واعتدت للوفاء ثم تزوجت وقدم زوجها الأول قبل وطء الثاني ردت إليه "أي إلى الأول" لانا حياته أشبه ما لو شهدت بينة بموته فكان حياً.

<sup>1</sup> سورة النساء آية 24.

<sup>2</sup> الدسوقي، مرجع سابق، ج 2 ص 481

<sup>3</sup> الشافعي، مرجع سابق، ج 8 ص 331

ولا صدق على الثاني لبطلان نكاحه لأنه صادف امرأة ذات زوج ، وتعود إلى الأول بالعقد الأول.<sup>1</sup> أن تكون قد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني : إذا عاد الزوج الأول بعد زوج الأول بعد زواجها من الثاني ودخوله بها، خير الأول بين أخذها منه فتكون زوجته بالعقد وبين تركها مع الثاني وله مهر ،لقول عمر وعثمان وعلى وقضى به ابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع.

فعلى هذا إن امسكها الأول فهي زوجة الأول بالعقد السابق ، لا يحتاج إلى طلاق ثان، لان نكاحه كان باطلا من الباطن ، ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضي عدتها.<sup>2</sup>

وأما سبب اخذ المهر فهو بناء على أن خروج البضع عن ملك الزوج هل هو متقوم أم لا؟ وهو متقوم عند الأكثرين كمالك والشافعي واحمد وفي أخص الروايتين عنه، والشافعي يقول وهو مضمون بمهر المثل.

هـ- قول الظاهرية: ذهب الظاهرية إلى القول بتخيير الزوج إذا عاد بعد إن تزوجت زوجته بين اختيارها وبين المهر فقالوا:

أما تخيير الزوج فثبت عن عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم ، وروينا عن كل من ذكرنا عنه تخيير الزوج انه يخير بين زوجته وبين الصداق إلا رواية عمر صحيحة : انه خيره بين زوجته وبين أن يزوجه من أخرى.<sup>3</sup>  
الخلاصة:

ونلخص هنا أقوال المذهب الفقهية في المسألة باختصار كما يلي:

1- إذا عاد الزوج الأول قبل أن تتزوج زوجته فهي له عند كل المذاهب الفقهية.

2- إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وقبل دخوله بها فهي زوجته الأول عند كل المذاهب الفقهية، إلا عند المالكية حيث قالوا ليس له سبيل وقد ثبت أن الإمام مالكا رجع عن هذا القول قبل موته بعام أو نحوه.

3- إذا عاد الزوج الأول بعد الزواج والدخول ففيها عدة أقوال:

أ- هي زوجة الأول عند الحنيفة والشافعية في الجديد من قولهم.

ب- هي زوجة الثاني عند المالكية ولا سبيل للأول إليها.

<sup>1</sup> البهوتي، مرجع سابق، ج 5 ص 422

<sup>2</sup> البهوتي، المرجع السابق، ج 5 ص 422

<sup>3</sup> ابن حزم، مرجع سابق، ج 9 ص 319

ج- عند الحنابلة يخير الأول بين أخذها من الثاني وبين تركها وله الصداق وهو أحد الأقوال عند الإمام الشافعي في القديم.

### الفرع الثاني: أثر ظهور المفقود بالنسبة لأمواله

#### 1- إذا كان ماله لا يزال قائما

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فإن كانت تركته لم تقسم بين ورثته، كذلك نصيبه الموجود له من الميراث " إذا توفي من يرث هذا المفقود "، اخذ ماله ونصيبه الذي وقف له.

وإذا ظهر بعد قسمة أمواله لم يمض القسم لتركته ويرجع له متاعه.<sup>1</sup> فما وجد من أمواله بعينه أخذه لتبين عدم انتقال ملكه عنه سواء كان هذا المال في يد ورثته أو في يد غيرهم.<sup>2</sup>

أما ما أنفقه القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وأولاده وماله وغلته وديونه فلا يرجع في شيء من ذلك عليهم، لأن القاضي لما ثبت له ولاية الإنفاق كان كفعل المفقود لنفسه.

وكذلك ما أنفقوا بأنفسهم من دنانير ودرهم في وقت حاجتهم إلى النفقة، لأن من له الحق في النفقة إذا ظفر بجنس حقه كان له أخذه بالمعروف، فلا يضمنون شيء من ذلك، كذلك إذا كان في ماله طعام فأكلوه أو ثياب فلبسوها لأن ذلك من جنس حقه.<sup>3</sup>

#### إذا كان ماله أنفق أو اتلف

أما ما أنفق أو تلف من ماله في أيدي ورثته أو غيرهم ففي ضمان ذلك قولان:

1- أن عليهم ضمان هذا المال ويرجع على من اخذ ماله على الصحيح من مذهب الحنابلة بقيمة متقوم ومثل مثلي لتعذر رده بعينه.

2- لا ضمان عليه في هذا المال ولا يرجع عليهم بشيء لأنه إنما جاز اقتسام المال في الظاهر وجاز التصرف فيه بأمر الحاكم، وقد قسم بحق لهم فلا ضمان عليهم في ذلك المال.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الدسوقي مرجع سابق، ج2 ص488

<sup>2</sup> البهوتي، مرجع سابق، ج4 ص466

<sup>3</sup> السرخسي، مرجع سابق، ج11 ص42

<sup>4</sup> ابن مفلح، ابو عبد الله محمد ابن مفلح المقدسي، الفروع، تحقيق ابو الزهراء حازم القاض، الطبعة الاولى بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ، ج5،

أما لو أنفقت المرأة على نفسها وعلى أولادها الصغار من مال المفقود في الأربع سنين أو بعدها ثم جاء الخبر انه قد مات قبل ذلك ، فترد من ماله من يوم توفي فكان لها الميراث وكذلك ولده فيما انفق عليهم<sup>1</sup>.

### العودة على الشهود بما هلك من ماله

إذا كان الحكم بموت المفقود بناء على شهادة ، وقد تبين خطأها بعودة المفقود حيا ، وقد قسم ماله بناء على هذه الشهادة وكانت هذه الشهادة هي السبب في استيلاء غيره على ماله فيجب أن تضمن هذه الشهادة ما تلف من ماله وكذلك تضمن مهر الزوج الثاني "أو مهر الزوج الأول بحسب الخلاف الذي مر سابقا" ، الذي اخذ منه لأنها تسببت في غرمه.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بالمفقود في القانون الجزائري

على غرار اغلب الدول العربية فان المشرع الجزائري قد استمد الأحكام المتعلقة بالمفقود من الفقه الإسلامي. إلا انه لم يتقيد بمذهب فقهي معين وذلك حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

كما أن القانون المدني لم يتناول بالتفصيل أحكام المفقود وإنما أعطى الخطوط العامة فقط محيلا من خلال المادة 31 منه إلى قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون رقم 84-11 المتضمن لقانون الأسرة نجده قد تناول أحكام المفقود في الفصل السادس تحت عنوان المفقود والغائب من الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية من المادة 109 إلى 115

وقد عرف المشرع المفقود في المادة 109 بأنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم..))

والملاحظ في بداية الأمر أن المشرع الجزائري انفرد عن غيره من القوانين باشتراط صدور الحكم بالفقدان قبل إصدار الحكم بالموت أي اشترط المرور بمرحلتين إجرائيتين.

وبما أننا تطرقنا إلى مفهوم المفقود في الفقه الإسلامي في الفصل الأول سنركز في هذا المبحث على الجانب الإجرائي المتعلق بإحكام المفقود في القانون الجزائري.

<sup>1</sup> الشافعي، مرجع سابق، ج5ص256

<sup>2</sup> ابن قدامة، مرجع سابق، ج8ص113

## المطلب الأول: مراحل تقرير الموت الحكمي في القانون الجزائري

### الفرع الأول: صدور الحكم بالفقدان

نص القانون الجزائري على مجموعة من الإجراءات تسبق الحكم بفقدان الشخص يؤدي تخلف أي منها إلى بطلان التصرف طبقاً للقواعد العامة للإجراءات المدنية. لذا فإن دعوى الفقدان ترفع وفق شروط معينة، وبإتباع مجموعة من الإجراءات التي لا غنى عنها، وسيأتي توضيح ذلك خلال النقاط التالية:

### أولاً: أطراف الدعوى

**1 - المدعي:** لقد نصت المادة 114 من قانون الأسرة على أنه "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة أو له مصلحة ، أو النيابة العامة". وعليه فإن أصحاب الحق في رفع الدعوى هم:

أ- الوارث: بناء على نص المادة 114 يجوز لكل وارث اللجوء إلى القضاء والمطالبة بصدور حكم فقدان.

ب- من له المصلحة: هو كل شخص يهمله تقسيم التركة لاستيفاء حقه منها.<sup>1</sup>

ت- النيابة العامة: استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة باستصدار حكم يقضي بفقدان الشخص وهذا باعتبارها طرفاً أصلياً في هذه الدعوى حسب المادة 3 مكرر من ق.أ.ج

كما يمكن لوزير المالية، حين يكون العقار ملكاً لشخص مفقود أو غائب، وليس لهذا المفقود ورثة، أن يرفع دعوى أمام القاضي باسم الدولة ليحكم بفقد الشخص أو غيابه، وهذا ما قضت به المادة 177 فقرة أولى من المرسوم التنفيذي رقم 12-427

**2- المدعى عليه:** لم يحدد نص المادة 114 السالفة الذكر صفة المدعى عليه، لذا بالرجوع للقواعد العامة نجد انه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي وبالتالي فهو الشخص المفقود نفسه.

### ثانياً: شروط قبول الدعوى

حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمه أو محتمله يقرها القانون ".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، مدخل الى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج2، دار هومة، الجزائر، طبعة أولى 2011 ص328

اشتراط المشرع الجزائري من خلال نص المادة شروطا لقبول الدعوى وهي الصفة والمصلحة، وبذلك لا يمكن لأي شخص تقاضي ما لم تكن له صفة، ومصلحة قائمه أو محتملة.

1- **الصفة:** يقصد بها تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى (مدعى كان أو مدعى عليه) بموضوع النزاع، أو هي السلطة الممنوحة قانونا لشخص صاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق.

2- **المصلحة:** هي المنفعة التي يسعى طرف النزاع إلى تحقيقها ويجب أن تتوفر في المصلحة خصائص وهي أن تكون قانونية وان تكون شخصية ومباشرة، كما ينبغي أن تكون قائمة أو محتملة.

3- **ثالثا: الاختصاص النوعي والإقليمي:** لم يرد في قانون الأسرة الجزائري نص خاص بالاختصاص النوعي والإقليمي، لذا وبالرجوع الى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المادة 423 منه تقضي بأن الدعاوى الفقدان هي من اختصاص قسم الشؤون الأسرة بالمحكمة.

أما الاختصاص الإقليمي يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، فان لم يكن له موطن معروف فللجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، وفي حالة اختيار موطن فيؤول للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار وهذا حسب ما ورد في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .وحسب المادة 38 فقرة أولى من القانون المدني فان موطن المفقود والغائب هو موطن من ينوب عنهما قانونا ، أي أن القانون يحدد لهما موطن حكمي أو قانوني هو موطن المقدم وهو الذي يعتمد به في تحديد الاختصاص الإقليمي ، فموطن المفقود هنا لا علاقة له بمحل إقامته لأنه يخاطب مخاطبة قانونية في شخص النائب عنه، إذ حدد القانون موطنه بمحل آخر هو موطن هذا النائب ، وبهذا الحكم الخاص يكون المشروع اخذ بالتصور الحكمي للموطن ، إذ لا تقوم هذه الفكرة على أساس السكن والإقامة ، ولكن على قرينة مقتضاها أن الشخص المراد تحديد موطنه يوجد مقر سكنه الرئيسي أو مكانه الاعتيادي، حكما لدى من يمارس عليه سلطة القوامة<sup>1</sup> ونظرا لعدم نص المشروع الجزائري على قواعد النيابة على الغائب والمفقود قبل الحكم بفقدانه فان الاختصاص ينعقد للجهة القضائية التي تقع بدائرة اختصاصها آخر موطن للمفقود.

<sup>1</sup> الزعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، الجزائر، طبعة ثانية 2009ص118

رابعاً: إجراءات الدعوى بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المادة 14 منه تنص على انه " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعى او وكيله او محاميه بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف "

إن يمكن لكل من له صفة في رفع دعوى الفقدان بعد مرور سنة على فقدان الشخص، ان يرفع دعوى أما المحكمة بموجب عريضة مكتوبة، موقعة من المتقاضي او وكيله ومؤرخة، يجب إيداعها بأمانة ضبط المحكمة من أجل تسجيلها بعدد النسخ يساوي عدد أطراف الدعوى وتنتج الدعوى آثارها بمجرد تسجيلها وإيداع الرسم بحيث تحدد لها جلسة فورا، وهذه العريضة ينبغي أن تحتوي على جملة من البيانات حددتها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

#### الفرع الثاني: صدور الحكم بموت المفقود

بعد صدور الحكم بالفقدان ، يستمر البحث والتحري عن المفقود ، فإذا لم يظهر بعد مرور مدة محددة ، يمكن استصدار حكم ثان يقضي بموته ، ولا يمكن إصدار حكم بالفقدان والموت في آن واحد لان ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة.<sup>1</sup>

أولاً: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في قانون الأسرة.

#### أطراف الدعوى:

خول القانون الحق في رفع دعوى إثبات وفاة الشخص المفقود لنفس الأطراف التي لها حق رفع دعوى الفقدان وهذا بصريح المادة 114 قانون أسرة التي تقضي بأنه يصدر الحكم بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

ولم تشترط المادة السابقة أن ترفع دعوى الحكم بموت المفقود من نفس الشخص الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان، بل أعطت الصفة في هذه الدعوى للورثة ولكل من له مصلحة وللنيابة العامة.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1995/5/2. ملف رقم 118621 مجلة قضائية عدد 2 سنة 1995 ص 101

## 1- الاختصاص النوعي و الإقليمي:

## أ. الاختصاص النوعي:

هناك من يروي أن هذه الدعوى ترفع شؤون الأسرة لان مسالة الحكم بوفاة المفقود من مسائل الأحوال الشخصية وذلك لكونها تتعلق بإنهاء شخصية المفقود وما يترتب عنه من آثار بينما يرى آخرون أن إثبات وفاة المفقود يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب من وكيل الجمهورية او الأطراف المعنية إلى رئيس المحكمة لاستصدار حكم في هذا الأمر بعد إجراء التحقيقات التي يراها لازمة ضرورية لإثبات حالة الفقدان النهائي والحكم بالوفاة قضائيا، وهذا ما قضت به المادة 89 من قانون الحالة المدنية: "يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين".

كما تنص المادة 90 من نفس القانون بأنه: " عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة ".

ولكن ما هو معمول به في المحاكم هو أن الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة.<sup>1</sup>

ب - الاختصاص الإقليمي من خلال نص المادة 91 من قانون الحالة المدنية نجد أن الاختصاص الإقليمي يتحدد حسب الأشخاص المفقودين:

## الأشخاص المفقودين المولدين في الجزائر:

تخص بنظر الدعوى، المحكمة الواقع باختصاص مكان ولادة المفقود

إذا كان الأشخاص المفقودين من جنسية جزائرية ولدوا في الخارج وكذا الأجانب: إذا كان المفقود جزائري ولد في الخارج فان الاختصاص بنظر دعواه يكون للمحكمة الموجودة في دائرة اختصاصها مسكن المفقود أو محل إقامته المعتاد ، فان لم يتوفر ذلك تكون محكمة مدينة الجزائر المختصة ، وكذلك بالنسبة للشخص المفقود الأجنبي ، فلا يقبل الطلب الحكم بوفاته إلا إذا لم يثبت فقدانه في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية ، فينتدم طلب الحكم بوفاة إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاص مسكن أو محل إقامة المفقود الأجنبي ، وان لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف فينتدم إلى محكمة مدينة الجزائر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محكمة الجلفة، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2011/02/03. جدول رقم 03816/10 غير منشور.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية 1995. ص. 182.

إذا شمل الفقدان عدة أشخاص في نفس الحادث: كحوادث الحروب والكوارث البحرية والجوية أو الزلزال ، فهنا المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفقدان هي المختصة بالنظر في الدعوى فان لم توجد ينعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر ، حيث تتولى هذه الأخيرة التحقيق في ظروف الحادث آثاره ، ثم تحكم افتراضيا بوفاة الأشخاص المفقودين بحكم واحد يضمهم جميعا .<sup>1</sup>

**ثانيا: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري.**

من خلال نص المادة 113 قانون الأسرة يتضح لنا أن المشروع الجزائري قد اخذ بمذهب الحنابلة حين فرق بين حالة المفقود الذي يغلب عليه السلامة.

وعندما يرفع الطالب إلى القاضي من اجل الحكم بوفاته، ينبغي عليه النظر في ظروف وملابسات الفقدان، فقد ترجح الوفاة وذلك في الحالات الاستثنائية، تقابل هذه الظروف ظروف فقدان أخرى لا ترجح فيه الوفاة، وهي الحالات العادية.

### 1- حالة الحروب والحالة الاستثنائية:

عندما يفقد الشخص في ظروف استثنائية يكون للقاضي بعد التأكد من ان الشخص مفقود في حالة يغلب فيها الهلاك أن يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات، بعدى التحري ولا يمكنه الحكم بوفاته قبل مرور هذه المدة. ولقد جاءت المادة 113 غامضة فلم تبين متى يبدأ حساب مدة الأربع سنوات، هل من يوم صدور الحكم بالفقدان أو من يوم الفقدان؟

حسبما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808 فان مهلة الأربع سنوات تبدأ في السريان من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ الحكم بالفقدان. ويلاحظ أن المحكمة العليا تبنت حساب المدة من يوم الفقد بأربع سنوات وذلك بعد البحث الدقيق بكل الطرق الممكنة لمعرفة أن كان المفقود لا يزال حيا.

### 2- حالة المفقود في ظروف تغلب عليها السلامة

في هذه الحالة أفاد المشرع الجزائري انه يفوض الأمر للقاضي في تحديد المدة المناسبة للحكم بموت المفقود، وهذا تبعا لما لديه من أمارات ودلائل ترجح وفاته على حياته وذلك كوفاة جميع الأقران أو مضي مدة زمنية يغلب الظن القول بوفاته بمضيها كالسبعين أو الثمانين، وهذا ما أكدته المحكمة الصادر بتاريخ 2011/2/03 والذي جاء فيه : حيث ثبت لمحكمة الحال قطعا أن فقدان (ب-د) كان خلال سنة 1952 بموجب القرار

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق

الصادر عن مجلس قضاء الجلفة، وطالما أن سن هذا الأخير تجاوز 83 سنة ومدة غيابة التي جاوزت هي الأخرى 58 سنة دون أي خبر عنه ، الأمر الذي يرجح وفاته ، مما يتعين القضاء بوفاته .  
كما يشترط ألا تقل المدة اللازمة للحكم بموته عن أربع سنوات، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/02/02، ملف رقم 118621.

وتعتبر هذه المدة حدا ادني لا يجوز النزول عنه ، لأنه إذا كان المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية يحكم بموته بمضي أربع سنوات ، فمن المنطقي انه في الحالة التي تغلب فيها السلامة ، لا يمكن أن تقل المدة عن أربع سنوات<sup>1</sup>. غير انه في واقع الأمر أن مدة الأربع سنوات التي حددها المشرع الجزائري للحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية تعتبر طويلة خاصة مع تطور وسائل الاتصال وأيضا المواصلات التي سهلت من مهمة البحث والتحري عن المفقودين .

### الفرع الثالث: الحالات الاستثنائية للفقدان

تقضي القاعدة العامة بأنه لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بصدور حكم قضائي، لكن ورد استثناء على هذه القاعدة محتواه مع إمكانية اعتبار الشخص مفقودا بموجب محضر معاينة تعده الضبطية القضائية دون حاجة لصدور حكم قضائي، نظرا للظروف الخاصة الذي فقد فيه الشخص. وهذه الحالات هي:

#### أولاً: بالنسبة لفيضانات باب الواد

نصت المادة 02 من الأمر 02 - 03 في فقرتها الثانية على انه: " تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في اجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة ."

وعليه نستنتج أن المشروع الجزائري قد استبدل الحكم القضائي كشرط لاعتبار الشخص مفقودا بمحضر معاينة، تعده الضبطية القضائية عند انتهاء الأبحاث، إذ يتم إعلان حالة الفقد مدة أربعة أشهر، بمعنى بعدى التحري والأبحاث تعده الضبطية محضر معاينة بالفقدان ويتم تسليم هذا الأخير لذوي حقوق المفقود او لكل شخص له المصلحة في اجل لا يتجاوز أربعة أشهر من وقوع الكارثة.

وبما أن هذه الكارثة قد وقعت بتاريخ 10 نوفمبر 2001 وهو نفس التاريخ الذي حدد المشروع لدخول النص حيز التنفيذ ، فان حياه النص الجديد لا تتجاوز تاريخ شهر مارس 2002<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جلال إبراهيم، الوضع القانوني للمفقود، دراسة مقارنة بين القانون المصري والشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، العددان 1 و2 ص 66

<sup>2</sup> الزعلاني عبد المجيد، مرجع سابق، ص 97

ولكن يطرح التساؤل حول تاريخ البداية مدة أربعة أشهر الممنوحة للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد خلالها؟

فحسب نص المادة ينبغي تسليم محضر الفقد لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له المصلحة في أجل لا يتعدى أجل أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة، وبما أن الأخيرة وقعت في 10 نوفمبر 2001، فهل هذا يعني أن كل المحاضر ينبغي أن تكون قد سلمت بتاريخ 10 مارس 2002، أي فقط 10 أيام بعد صدور الأمر في الجريدة الرسمية.

إن التقيد بهذا الأجل غير ممكن من الناحية العلمية، فقد جاء بالحكم الصادر عن محكمة باب الوارد بتاريخ 2002/07/17 أنه قد تم تسليم محضر معاينة بالفقدان إلى المدعى عليه بتاريخ 2002/06/22، من طرف أمن دائرة باب الوادي فرقة الشرطة القضائية، كما جاء أيضا أن الحكم الصادر بتاريخ 2002/06/20، عن محكمة باب الوارد أن قد تم تسليمه بتاريخ 2002/04/17 وكما المحضرين قد سلما في أجل يتعدى أربع أشهر من وقوع الكارثة.

#### ثانيا: بالنسبة لزلزال بومرداس

نصت المادة 02 من القانون 03-06 على أنه: "تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

فبالنسبة لمفقودي الزلزال نفس الشيء فيما يخص الإجراءات، الاختلاف يكمن فقط في الآجال بما يتوافق والوضعية الخاصة للمفقودين اثر زلزال، إذ يتم تسليم محضر الضبطية القضائية للمعنيين في أجل أقصاه ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.<sup>1</sup>

ويكون لهذه المحاضر حجية مطلقة، إذ تحل محل الحكم القضائي فلا تسقط حجيتها إلا بالطعن فيها بالتزوير، ويتم تسليم هذه المحاضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة، وبعد أن تسلم تقفل بذلك كل الإجراءات، ويستطيع كل ذي مصلحة أن يرفع دعوى للحكم وفاة المفقود، وبالتالي تنطلق المرحلة الثانية المتعلقة بإعلان الموت الحكمي.

#### ثالثا: بالنسبة لميثاق السلم والمصالحة الوطنية

لقد جاء الأمر رقم 06-01 في الظرف الخاص الذي مرت به الجزائر، وطرح استثناءات على القواعد المقررة في قانون الأسرة فيما يخص الإجراءات والمواعدة فاستبعد شرط صدور حكم قضائي لإثبات الفقدان، وأيضا

<sup>1</sup> الزعلاني عبد المجيد، مرجع سابق، ص 98

انتظار مهلة أربع سنوات للحكم بالموفاة واكتفى باعتبار الشخص مفقودا بموجب محضر معاينة تعده الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى.

### 1- محضر معاينة الفقدان:

أكد المشرع أن صفة ضحية المأساة الوطنية لا تترتب إلا بعد معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على أثر عمليات بحث بدون جدوى، حيث نصت المادة من الأمر 06-01 في فقراتها الثانية على أنه: "تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على أثر عمليات بحث بدون جدوى كما نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: "يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على أثر عمليات البحث التي قامت بها".

ولقد حددت وزارة العدل في الدليل العملي الصادر لتطبيق الأمر 06-01، نماذج عن محاضر معاينة فقدان

### 2- أصحاب الحق في استلام المحضر من الضبطية:

يسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك وهذا بناء على ما ورد بالمادة 30فقرة 02 من الأمر 06-01. ويعتبر من ذوي الحقوق:

- الأزواج.

- أبناء الضحية الذين يقل سنهم عن 19 سنة أو 21 سنة إذا كانوا 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 يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه.
- الأطفال المكفولين وأصول الهالك، وكل شخص ذي مصلحة.

### 3- الفترة المحددة لتسليم محضر المعاينة:

نصت الفقرة الثانية من المادة 30 من نفس الأمر على أنه يجب على الشرطة القضائية تسليم محضر معاينة فقدان الشخص إلى ذوي الحقوق المفقود أو أي شخص ذي مصلحة في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية، خلال الفترة من أول مارس 2006 إلى آخر فيفري 2007.

## المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان والحكم بالموت في القانون الجزائري

### الفرع الأول: الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان

في الفترة بين صدور الحكم بالفقدان وصدور الحكم بموت المفقود تبقى الشخصية القانونية للمفقود قائمة ولا يكون للحكم بالفقدان أي أثر عليها وبالتالي تكون له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. ويترتب على ذلك بقاء أموال المفقود ملكا له ولا توزع على الورثة، وصحة التصرفات التي قام بها قبل فقدانه، أضف إلى ذلك تكون النفقة واجبة عليه من ماله على زوجته وأقاربه وهذه هي الآثار المالية، وعلى ذلك ينبغي تعيين مقدم لحفظ أمواله وتسييرها، كما أن زوجته تظل في ذمته، لكن يحق لها طلب التطلاق وستنطبق إلى آثار الحكم بالفقد كما يلي:

#### 1- الآثار ذات الطابع المالي

حسب نص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري عندما يحكم القاضي بالفقد، يقوم بحصر أموال المفقود، كما يعين من يسيروها له لأنه يستحيل على المفقود أن يسيروها بسبب غيابه، وقد تكون هذه الأموال هي أموال المفقود التي تركها قبل فقدانه أو تلك التي استحقها بعد الفقد كالميراث أو التبرعات، فهذه الأموال تبقى ملكا له ولا توزع على ورثته، إذ يرث المفقود ولا يورث.

#### 1-الميراث

إن من شروط الميراث موت المورث حقيقة أو حكما بناء على نص المادة 127 من ق.ا.ج التي تنص على " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي" لذا فإنه قبل صدور الحكم بموت المفقود، إذا ما أقر الورثة أن مورثهم قد فقد وطلبوا من القاضي أن يقسم تركته، فلا يجيب القاضي طلبهم لأن المفقود يعتبر حيا ومال الحي لا يقسم. وهذا ما أكدته المادة 115 قانون أسرة التي تنص على أنه:

" لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته"

و بالتالي نصل إلى أن المفقود قبل صدور الحكم بموته لا يورث ، و لكنه يرث من غيره حيث أن القانون الجزائري اخذ برأي الجمهور ، بخلاف الفقه الحنفي الذي ينفي حق المفقود في أن يرث من غيره ، إذ يعتبر المفقود وارثا لغيره طوال فترة فقده لاحتمال أن يكون حيا وقت وفاة مورثه<sup>1</sup> ، و طالما لم يصدر حكم باعتباره ميتا فهو يعتبر حيا و بالتالي يدخل ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بفقده و قبل الحكم بموته ، و هذا

<sup>1</sup> فشار عطا، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2006.ص207/208

بناء على نص المادة 133 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون " .

### ب- النفقات الواجبة على المفقود

لما كان المفقود يعد حيا عند صدور الحكم بفقده وقبل صدور الحكم بموته، فإنه يتحمل بالالتزامات، فتكون النفقة واجبة عليه لزوجته وأولاده وأقاربه.

### أولا: نفقة الزوجة

إن نفقة الزوجة واجبة قانونا على الزوج وفي هذا الصدد قضت المادة 74 من قانون الأسرة بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون. و عليه فإن زوجة المفقود التي تجب نفقتها على زوجها هي الزوجة المدخول بها إلى بيت الزوجية ، أما المعقود عليها فقط دون الدخول بها فلا نفقة لها على زوجها إلا في الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة و يتباطأ الزوج في الدخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعي<sup>1</sup>.

وبالتالي فإذا طالبت زوجة المفقود بالنفقة استحققتها لأن النفقة واجبة على زوجها حاضرا كان أو غائبا.

كما نص المشرع الجزائري على أنه يمكن للزوجة طلب التطليق بعد مضي سنة على غياب الزوج دون عذر ولا نفقة، وهذا في الفقرة الخامسة من المادة 53 قانون أسرة، و تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج ، و السكن أو أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ، و تجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي الذي سيحكم بالنفقة ، أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة<sup>2</sup>.

وطبقا لأحكام المادة 79 من قانون الأسرة على القاضي عند تقدير النفقة أن يراعي حال الطرفين وظروف المعيشة، وعليه فإن القانون قد منح القاضي سلطة واسعة في مجال تقدير مبلغ النفقة، ولم يلزمه إلا بمراعاة حال الطرفين، وكذلك ظروف المعيشة وغلاء الأسعار.

و رغم أن مهمة القاضي في ذلك تبدو صعبة و شاقة و مع ذلك ستكون سهلة نوعا ما، إذا حكم ضميره و اعتمد على العنصرين السابقين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.ص224

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص227

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 227

## ثانيا: نفقة الأقارب

حسبما جاء في المادة 75 من قانون الأسرة بأنه: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ". وكذلك المادة 77 من قانون الأسرة والتي تقضي بأنه: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث ".

نجد بأنه كمبدأ عام من حق الولد على أبيه أن ينفق عليه ولا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن للولد مال ينفق منه، -هذا بغض النظر عن كون الوالد موسرا أو معسرا، وهذا معناه أن نفقة الولد تظل واجبة على والده شرعا وقانونا مادام الولد عاجزا عن الكسب، ولا يسقط هذا الواجب عن كاهل الأب إلا إذا تبين أن الولد غني ويستطيع الإنفاق على نفسه.

و تستمر هذه النفقة بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد ، و بالنسبة للإناث إلى الزواج و دخولها إلى بيت زوجها<sup>1</sup>.

كما أوجب المشرع حق النفقة بين الأصول و الفروع، و هذا من خلال المادة 77 فألزم الأصول بالإنفاق على فروعهم متى كان الأصول موسرين كما ألزم الفروع بالإنفاق على الأصول بنفس الشروط و ذلك حسب القدرة و الاحتياج<sup>2</sup>.

إن يمكن القول أن المفقود متى كان ابنا راشدا فهو مجبر على الإنفاق على والديه و على الجد و الجدة إذا كان موسرا و هم معسرين و ليس هناك غيره ممن تجب عليه نفقتهم، كما أنه ملزم بالإنفاق على أولاده و أحفاده متى كان موسرا و هؤلاء معسرين، مع ضرورة مراعاة درجة القرابة في الإرث. و يبدو أن المشرع الجزائري قد تخطى قليلا عن المذهب المالكي الذي قصر وجوب النفقة على الأبوين دون الأجداد والجدات، وعلى الأبناء المباشرين دون الأحفاد والحفيدات، وأخذ جزئيا بما في المذهبين الشافعي والحنبلي من حيث تمديد النفقة الواجبة لتشمل كل الأصول وكل الفروع حسب درجة الإرث<sup>1</sup>.

## 2- الآثار غير المالية

إضافة إلى الآثار المالية المترتبة على الحكم بالفقدان، هناك آثار غير مالية والمتمثلة في أهلية المفقود وتعيين المقدم، وستنطرق إلى هذا الأثر في الفرع الأول، بينما في الفرع الثاني سأنتظر إلى حق زوجة المفقود في طلب التطلاق.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 225

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 226

**أ- أهلية المفقود وتعيين المقدم**

على القاضي، عندما يصدر حكما بالفقدان، أن يعين مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود وذلك بناء على طلب أي شخص له مصلحة أو أحد الورثة لان المفقود في هذه الحالة يصبح عديم الأهلية لذا يجب تعيين من ينوب عنه في إدارة أمواله وحسبما تنص عليه المادة 99 من قانون الأسرة: " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة " .

كما تنص المادة 111 من نفس القانون على أنه: " على القاضي عندما يحكم بالفقد 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 " .

إذن فالمقدم هو الشخص الذي تعينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمحجور عليه<sup>1</sup> ، كما أنه و طبقا للمادة 111 هو من يعينه القاضي في حكمه لتسيير أموال المفقود و تسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع.

**إجراءات تعيين المقدم:**

بناء على نص المادة 99 السابق ذكرها، يقدم طلب تعيين المقدم إلى المحكمة من قبل أحد أقاربه كزوجته أو أصوله أو فروعها أو أحد إخوته، أو ممن له مصلحة قانونية أو من النيابة العامة. وتنص المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يتم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة.

**1- الشروط الواجب توافرها في المقدم:**

يشترط في المقدم نفس الشروط الواجب توافرها في الوصي، بصريح نص المادة 100 السابق ذكرها، ولقد حددت المادة 93 من نفس القانون هذه الشروط حيث نصت على نصت أنه: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة " .

**2- واجبات المقدم وسلطاته:**

بالرجوع للمادة 100 من قانون الأسرة والتي تقضي بأن المقدم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، ومن خلال المادة 95 من نفس القانون والتي تقضي بأن: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص620

لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون، " يتضح لنا أن واجبات المقدم وسلطاته هي نفسها واجبات وسلطات الولي والوصي.

### 1-انتهاء مهام المقدم:

بما أن المقدم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، فإن الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء مهمة الوصي هي نفسها الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء مهمة المقدم. وطبقا لأحكام المادة 96 من قانون الأسرة فإنه يمكن رد هذه الأسباب إلى ما يلي:

أ- موت المفقود حقيقة أو حكما.

ب- موت المقدم.

ج- زوال أهلية المقدم.

د- استقالة المقدم.

هـ- عزل المقدم:

و-انتهاء مهمة المقدم بسبب يتعلق بالمهام التي من أجلها قامت القوامة:

حيث قضت المادة 97 من قانون الأسرة بأنه: " على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رُشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

### ب- حق زوجة المفقود في طلب التطبيق

اختلف الفقهاء في حق زوجة المفقود في طلب التطبيق فمنهم من يجيز التفريق بسبب الغيبة والأخر يمنع ذلك و أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ برأي المالكية و الحنابلة ، إذ أجاز لزوجة المفقود أن تطلب التطبيق من زوجها إذا غاب عنها ، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول ، لأنها تتضرر من غيابه ضررا قد يدفعها إلى الانحراف<sup>1</sup>، إذ تنص المادة 112 من قانون الأسرة على أنه : " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " .

إذن من بين الحالات التي أجاز فيها القانون للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطبيق من زوجها ما تضمنته الفقرة الخامسة من المادة 53، لا بد من توافر ثلاث شروط للتطبيق هي:

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002 ص 297.

أن تمضي سنة فأكثر على غياب الزوج عن زوجته ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه و 1- هذا أخذاً بموقف المذهب المالكي الذي جعل مدة الغيبة بين سنة أو ثلاث سنوات<sup>1</sup>.

2- أن يكون الغياب قد وقع من الزوج بدون عذر مقبول ولا سبب شرعي، إذ يكون بذلك معتمداً لإضرارها وإلحاق الأذى بها، فلو كان غيابه عنها لمدة سنة أو أكثر بعذر كأداء خدمة عامة أو خدمة عسكرية في مكان بعيد أو من أجل التعليم خارج الوطن، أو لأي سبب آخر جدي، ففي هذه الحالات لا يقبل من الزوجة رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بالتطليق فطلبها هذا يكون مصيره الرفض، و يلاحظ هنا أن المشرع قد تبنى المذهب الحنبلي، عند اشتراطه أن يكون الغياب بدون عذر حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق، و خالف المذهب المالكي الذي أجاز التطليق بعذر أو بدون عذر.

1- أن يكون غياب الزوج عن زوجته لمدة سنة كاملة دون أن يترك لها مالا تنفق منه عليها و على الأولاد الناتجين عن زواجهما<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: آثار الحكم بالموت

بعد صدور الحكم بموت المفقود، تنتهي شخصيته القانونية ويعامل معاملة الميت، وقد رتب قانون الأسرة الجزائري جملة من الآثار، سواء بالنسبة لزوجته أو بالنسبة لأمواله تتمثل في عدة زوجة المفقود وميراث المفقود، كما يخول الحكم بالوفاة في إطار القوانين الاستثنائية نفس الآثار المنصوص عليها في قانون الأسرة وهذا بناء على نص المادة الثالثة من الأمر 02-03، والمادة الثالثة من القانون 03-06، والمادة 37 من الأمر 06 - 01.

وإضافة إلى الآثار التي رتبها قانون الأسرة، فقد رتب ميثاق السلم والمصالحة الوطنية أثراً آخرًا يتمثل في حصول ذوي حقوق المفقود على تعويضات وهذا بناء على المادة 37. ويمكن تصنيف هذا الآثار إلى فئتين: آثار مالية وآثار غير مالية

#### 1- الآثار المالية

##### أ - الميراث

الحكم الصادر بموت المفقود هو حكم منشئ للموت وليس حكماً كاشفاً عنه أو مقرراً له، لأن القاضي لا يحكم به إلا بعد التحري بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته.

<sup>1</sup> منصور نورة، التطليق والخلع وفقاً للقانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، ص 42

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق ص 269.

فالأصل في الإنسان أن تستمر حياته إلى أن يقوم الدليل على موته ، سواء كان دليلا على موته الحقيقي أو الحكمي ، فإذا انعدم هذا الدليل اعتبر الإنسان لا يزال حيا رغم صدور الحكم بفقده و لذلك فالحكم الصادر باعتباره ميتا يكون منشئا للموت الحكمي لا كاشفا عنه مما يعني أن المفقود لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور هذا الحكم<sup>1</sup> .

و بصور هذا الحكم تنتهي شخصية المفقود من تاريخ الحكم و ليس من تاريخ الفقد و ذلك دون التفارقة بين الأحكام التي تضره و تقيد غيره كتقسيم تركته بين الورثة، و كذلك الأحكام التي تنفعه و تضر غيره كحصوله على الهبة أو على المال الموصي له به، و هذا طبقا للمادة 111 من قانون الأسرة الجزائري وبالتالي لا يعتبر المفقود ميتا ولا تحرر له فريضة كما لا توزع تركته إلا بعد الحكم بوفاته، وهذا بناء على نص المادة 115 من قانون الأسرة، كما جاء في المادة 127 من نفس القانون أنه " لا يستحق الإرث إلا بموت الموروث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي "

يفهم من خلال هاتين المادتين أن أموال المفقود تؤول إلى ورثته من تاريخ صدور الحكم باعتباره ميتا. والمفقود إما أن يكون له ورثة وإما لا يكون، كما قد يحدث وأن يعود هذا المفقود ويظهر انه لا يزال على قيد الحياة، فما حكم عودته بالنسبة إلى أمواله؟

هذا ما سنعالجه من خلال النقاط الثلاث الآتية:

### أولاً: إذا ترك المفقود ورثة

إذا ثبت موت المفقود بنية شرعية فإنه يعتبر ميتا من الوقت الذي فيه ثبت فيه أنه مات فيه، لأن حكمه في ذلك حكم الموت الحقيقي وبالتالي يرثه ورثته الموجودين على قيد الحياة في ذلك الوقت، ويحرم منه من مات قبل ذلك حتى وان كان على قيد الحياة وقت فقده ، لأن من شروط الميراث أن يكون الوارث حيا وقت موت الموروث<sup>2</sup> ، تطبيقا لما تقضي المادة 128 من قانون الأسرة .

أما إذا لم يثبت وفاته وأصدر القاضي حكما بموته ، اعتبر ميتا من وقت صدور هذا الحكم ، ويرثه ورثته الموجودين على قيد الحياة وقت صدور الحكم فقط لا من مات قبل هذا التاريخ لقول الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه : إنما يرث المفقود ورثته الأحياء يوم جعلته ميتا " ، كما لا يرثه من حدث ارثه بعد ذلك بزوال

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص340

<sup>2</sup> فشار عطا، مرجع سابق، ص207

مانع عنه كإسلام وارث له ، وإذا أسند الحكم بالموت إلى وقت سابق على صدوره ، ورثته من كان وارثا له في الوقت الذي أسند الحكم بالموت إليه<sup>1</sup>.

أما الأموال التي آلت إلى المفقود في الفترة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته تدخل في تركته، إذ تعتبر ملكا خاصا له ولا ترد إلى تركة المورث، إذا حكم باعتباره ميتا بعد ثبوت حقه فيها. وإذا كان تاريخ وفاته سابقا على موت مورثه فان النصيب الذي كان محجوزا له لا يستحقه بل يرد لورثة المورث الآخرين لعدم تحقق شرط الإرث فيه وهو حياة الوارث وقت موت المورث أما ورثة المفقود فلا يستحقون إلا أمواله الأخرى.

ونشير في الأخير إلى أنه كان المفقود هو امرأة متزوجة، وانتظر الزوج ' إلى حين صدور حكم قضائي بموتها فيكون له الحق في ارثها لوجود سبب الإرث وهو الزوجية، أما إذا لم ينتظر الحكم بوفاة المفقود وطلقها بغرض الزواج من أخرى وهذا في حالة إذا كان متزوجا من أربعة المفقودة أحدهن، ففي هذه الحالة لا ارث له من المفقودة إن حكم موتها لعدم وجود سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة وهو الزوجية.

### ثانيا: إذا لم يترك المفقود ورثة

إذا مات المفقود عن غير وارث فإن أمواله تعتبر ملكا من أملاك الدولة وهذا بناء على نص المادة 733 قانون مدني، كما نصت المادة 180 من قانون الأسرة على أنه: " ..... إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة ".

فإذا لم يكن للمفقود ورثة سواء الفروض أو العصابة أو ذوي الأرحام، آلت التركة للخزينة العامة، وهذا معناه أن التركة لكي تؤول للخزينة العامة لابد من توافر شروط.

1- انعدام من يرث بالتعصيب وصاحب الفرض النسبي: فإذا وجد أي من هؤلاء كانت له التركة ' إما تعصيبا وإما فرضا وردا.

2- انعدام من يرث من ذوي الأرحام مطلقا: فمتى وجد من يرث من ذوي الأرحام سواء لوحدته أو مع أحد الزوجين كانت له إما ما بقي منها بعد نصيب أحد الزوجين.

3- انعدام أحد الزوجين: فإذا انعدم من يرث بالفرض والتعصيب ومن كان من ذوي الأرحام ولكن وجد أحد الزوجين كانت له التركة كاملة فرضا وردا.

فإذا انعدم هؤلاء جميعا نكون حقيقة أمام شعور مطلق تجاه التركة، والخوف من ضياع المال، يحتم علينا القول بميراث الخزينة.

<sup>1</sup> سبب سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1998.ص323

وتأخذ هذه الأخيرة المال على أساس أنه من الضوائع التي لا يعرف لها مالك، وليس على أساس أنها وارث، ويكون المال لجميع المسلمين في الجزائر، فينفق في المصالح العامة للدولة.

وفي هذا الصدد نصت المادة 177 فقرة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 12 - 427 على أنه: "تعود التركة إلى الخزينة العمومية، وفقا للمادة 180 من قانون الأسرة، إذا لم يترك المفقود ورثة بالفرض أو بالعصبة، أو ذوي أرحام، تطبق عندئذ أحكام المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه والمادة 175 أعلاه".

وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا عقب الحكم الذي يثبت انعدام الورثة، الحكم بالموت ولا يعتبر ميتا إلا بعد صدور حكم قضائي بوفاته.

## 2- الآثار غير المالية

**أثر الحكم بالوفاة على زوجة المفقود:** عند صدور الحكم بوفاة تتحل الرابطة الزوجية، وبالتالي تعتد زوجته وجوبا، لكن قد يظهر المفقود المحكوم بموته من جديد، فما أثر ذلك بالنسبة لزوجته؟

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الأثر في الفصل الثاني المخصص لآثار الطلاق وذلك فيما يتعلق بالعدة إذ نصت المادة 59 من قانون الأسرة على أنه: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

يتضح لنا من هذا النص أن زوجة المفقود تعتد عدة الوفاة كزوجة المتوفى عنها زوجها حقيقة كما تخضع كل من زوجة المفقود وزوجة المتوفى لنفس القاعدة فيما يخص العدة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام وبانقضائها يحل للزوجة الزواج ثانية.

لكن الاختلاف يكمن فقط في بدء سريان مدة العدة، باعتبار أن عدة المتوفى عنها زوجها يبتدئ حسابها من يوم وفاته، أما عدة زوجة المفقود يبتدئ حسابها من يوم صدور الحكم بالفقدان<sup>1</sup>.

و ما يمكن ملاحظته على هذه المادة أنها قد حددت بدء حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، و هذا خطأ إذ الأصح أن يبدأ حسابها من تاريخ صدور الحكم بالوفاة، لأنه سبق و أن رأينا أن الحكم بالفقدان لا يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، و المفقود يظل حيا طيلة الفترة ما بين صدور الحكم بالفقدان و صدور الحكم بالموت و لا يعتبر ميتا إلا بعد صدور حكم قضائي بوفاته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 373

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 288

## الفرع الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته

## أ- بالنسبة لزوجته

لم يضع المشرع الجزائري حكما بالنسبة لزوجة المفقود الذي يعود زوجها المفقود بعد الحكم بموته لذا ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

وفي حالة ما إذا تبين أن المفقودة لا تزال على قيد الحياة، فعلى الزوج أن يطلق إحدى الزوجات الأربع، أو يطلق تلك التي كانت مفقودة.

و بالتالي يمكن القول أنه تستطيع الرجوع إلى زوجها في حالة ما إذا كان له أن يعدد زوجاته أو إذا لم يكن تزوج غيرها أو إذا كان قد تزوج بأخرى تعلم أن المفقودة ما تزال على قيد الحياة<sup>1</sup>.

## ب- أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته بالنسبة لأمواله

لما كان الحكم المقرر لموت المفقود اعتباريا وليس حقيقيا جاز إلغاءه بعد ظهور المفقود حيا، ويسقط هذا الحكم وتزول كل آثاره بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة طبقا للمادة 94 من قانون الحالة المدنية والتي تنص على أنه: " إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الجمهورية أو كل معنى إبطال الحكم ضمن بيان إبطال الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها.

وبذلك تزول جميع الآثار المترتبة على هذا الحكم ، كما يسترد الشخص المفقود شخصيته القانونية بأثر رجعي وكأنه لم يفقدها يوما خاصة بالنسبة لأمواله أو زوجته شريطة عدم الإضرار بحقوق الغير<sup>2</sup>.

والأصل أنه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فإنه يسترد أمواله التي تم توزيعها على ورثته بعد الحكم بموته ، كما يسترد الأموال التي كانت قد حجزت له من تركة مورثه والتي تم ردها بعد الحكم باعتباره ميتا إلى ورثة المورث<sup>3</sup>.

ولكن من الناحية العلمية قد يصادف تطبيق هذا الأمر بعض الصعوبات، إذ قد يتصرف هؤلاء الأشخاص في هذه الأموال على الغير، وعلى هذا فهل يجوز للمفقود استرداد هذه الأموال من الغير أم لا؟  
يفرق الفقه بين فرضيتين:

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص351

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية، مرجع سابق، ص182

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص344

1- إذا كان التصرف بحسن نية، إذ أن المتصرف والمصرف إليه يعتقدان أن المفقود قد مات فالتصرف هنا ينفذ في مواجهة المفقود فلا يسترد هذه الأموال من المتصرف إليه ولا يستطيع الرجوع على المتصرف بضمانها لأن تصرفه كان بموجب حكم قضائي ويقرر بعض الفقه فكرة الحلول العيني بمعنى أنهم يقررون للمفقود الحق في استرداد المال المستبدل بماله في ذمة من انتقل إليه ماله على أساس أنه يرثه باعتباره أن هذا المال قد حل في ذمته حلولا عينيا محل مال المفقود العائد.

2- إذا تم التصرف بسوء نية، أي المتصرف والمتصرف إليه يعلمان بحياة المفقود رغم صدور الحكم، فهنا للمفقود أن يسترد أمواله.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 115 فقرة ثانية من قانون الأسرة: " وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها " .

وبذلك فقد قرر المشرع أن المفقود إذا ظهر حيا يسترد ما بقي من هذه الأموال في أيدي ورثته أو في أيدي ورثة الموروث أو الموصي ، كما يسترد قيمة الأموال التي يكون ورثته قد تصرفوا فيها بالبيع ، بينما لا يستطيع استرداد الأموال التي يكون ورثته قد تصرفوا فيها بطريق آخر غير البيع 'ي بطريق التبرع كالهبة والوصية<sup>1</sup> ، كما لا يستطيع المطالبة بما استهلك من هذه الأموال في الفترة السابقة على ظهوره وهذا رعاية لحق الورثة ولحق الغير ذلك أن الورثة ملكو أموال المفقود ، وإذا تصرفوا فيها بسند شرعي وصحيح فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا إليه وليس للمفقود الرجوع عليهم.

أما في الحالة التي يكون للمفقود المحكوم بموته ورثة ، فإن أمواله التي آلت للخزينة العمومية طبقا للفقرة الأخير من المادة 180 من قانون الأسرة ، تعود إليه أو يسترجع قيمتها ، وهذا ما يستفاد من الفقرة للمادة 177 من المرسوم التنفيذي رقم 12 - 427 المذكور أعلاه والتي تنص على ما يأتي : " ويمكن وزير الداخلية عقب انقضاء آجال التحري و الانتظار، والتي يحددها القاضي طبقا للقانون ، أن يطلب منه إصدار حكم موت المفقود ، وحينئذ تفتح التركة ، طبقا للتشريع المعمول به ، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون في حالة ما إذا رجع المفقود أو ظهر حيا " .

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 345



في نهاية هذه الدراسة خرجنا بعدة نتائج وتوصيات يمكن سردها كالتالي:

- 1\_ إن موضوع المفقود و الأحكام المتعلقة به قد حظي باهتمام كبير و دراسة مستفيضة من قبل فقهاء المذاهب الإسلامية. فقد أحاطوا تقريبا بكل دقائقه وجزئياته.
- 2\_ إن جل القوانين العربية قد استفادت من اختلافات الفقهاء فيما يخص المدة التي يمكن الحكم بعد مضيها بوفاة المفقود.
- 3\_ انه في الحالات التي يغلب فيها هلاك المفقود كالكوارث الطبيعية و حوادث النقل الجوي و البحري يحكم بموته بعد مضي سنة من يوم فقده أما الحالات العادية فبعد أربع سنوات.
- 4\_ أن حق زوجة المفقود في طلب التفریق أساسه عجز المفقود عن النفقة باعتبارها واجبة عليه.
- 5\_ بعد حكم القاضي بوفاة المفقود يعامل معاملة المتوفى حقيقة بالنسبة لزوجته (العدة و الحداد) و بالنسبة إلى أمواله (الإرث).
- 6\_ بالنسبة للمشرع الجزائري يلاحظ انه لم يتقيد بالمذهب المالكي و اختار الفقه الحنبلي فيما تعلق بحالات الفقد و تقسيمها إلى حالات يغلب فيها الهلاك يحكم فيها بالموت بعد أربع سنوات تماشيا مع الأغلب و الأعم في المذاهب و حالات تغلب فيها السلامة أرجعها للسلطة التقديرية للقاضي.
- 7- أن تبني مدة الأربع سنوات ليست مناسبة مع حالات الفقد في الظروف الاستثنائية و تعد طويلة بالمقارنة مع الإمكانيات المتاحة في عصرنا مع تطور أساليب البحث والتحري. وكان على المشرع تقصير المدة إلى سنة واحدة.
- 8- تميز المشرع الجزائري عن غيره من القوانين العربية باشتراط صدور حكم بالفقد قبل استصدار حكم يقضي بموت المفقود موتا حكما. و هذا مستحسن لإعطاء فرصة للبحث و إمكانية ظهوره حيا بعد ذلك.
- 9- انه في الفترة بين صدور الحكم بالفقد و صدور الحكم بالوفاة يعامل المفقود معاملة الشخص الحي أي بقاء شخصيته القانونية فاعلة و لا يترتب على هذه الفترة إلا تعيين المقدم كنائب شرعي له لإدارة أمواله.
- 10- في الحالات التي أصدر المشرع لها قوانين خاصة. تختزل الإجراءات ويكتفي بمحضر المعاينة الذي تعده الضبطية القضائية كبديل لإعلان حكم الفقد ويسلم لذوي المفقود ولمن له مصلحة يمكنهم من استصدار الحكم بالوفاة.

أما بالنسبة للتوصيات والاقتراحات فهي كالتالي:

أ- العمل على توحيد الاجتهاد الفقهي فيما يتعلق بأحكام المفقود لدى فقهاء أهل السنة باعتماد الرأي الذي لا يخالف صريح النقل ولا يصطدم مع ضرورات الحس والعقل والذي تظهر التجارب التطبيقية انه الأنجع والمتماشي مع مصالح الناس.

ب- تبني المشرعين العرب لاجتهادات العلماء المعاصرين في المسائل المتعلقة بالمفقود والتي لم يتطرق إليها الفقهاء في القديم مثل مصير الوكيل العام المخول كافة الصلاحيات في حالة فقد الموكل.  
أما بالنسبة للمشرع الجزائري:

- اعتماد مدة أقصر من أربع سنوات للحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية نظرا لما سبق قوله  
- إدراج مادة خاصة بكل الحالات الاستثنائية على سبيل المثال بدل إصدار مراسيم وقوانين خاصة بكل حالة على حدي.

03- الفصل بين المفقود و الغائب في الأحكام من خلال إعادة صياغة المواد 111 و 112 من قانون الأسرة.  
04- تحديد بداية سريان المدة اللازمة للحكم بموت المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقد بتعديل نص المادة 113.

والله اعلم

# قائمة المصدر والمراجعة

القران الكريم

ا- كتب الحديث والتفسير

(1) البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل. صحيح البخاري. تحقيق مصطفى ديب البنا الطبعة الثالثة. دار ابن كثير بيروت 1407هـ. ج5 رقم2024.

(2) القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة. دار الفكر، بيروت.

(3) محمد ابن احمد ابن فرح القرطبي، الجامع لأحكام القرآن.

ب المعاجم والقواميس

(4) أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب،

(5) مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني.

ج- كتب الفقه

(6) كمال الدين محمد ابن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير

(7) محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط.

(8) ابن قدامه المقدسي، المغني والشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الفكر، ج7، 1404هـ.

(9) ابن حزم، أبو محمد علي ابن احمد الظاهري، المحلى بالآثار، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت، دار الأفاق الجديدة.

(10) الدردير، سيدي احمد أبو البركات، الشرح الكبير للدردير، تحقيق احمد عليش، بيروت، دار

الفكر، ج2

- (11) الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار الفكر.
- (12) النووي، أبو زكرياء يحيى ابن شرف الدمشقي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط2، المكتب الإسلامي، ج6
- (13) البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، دار الفكر
- (14) ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلني الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دار المعرفة، ج1 .
- (15) النفراوي، احمد بن غنيم المالكي، الفواكه الدواني، بيروت، دار الفكر. 1415هـ.
- (16) ابن مفلح أبو عبد الله محمد ابن مفلح المقدسي، الفروع، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، الطبعة الأولى بيروت، دار الكتب العلمية. 1418هـ، ج5.

د- الكتب القانونية

- (17) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج2، دار هومة، الجزائر، طبعة أولى 2011.
- (18) الزعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، الجزائر، طبعة ثانية 2009.
- (19) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار ب تاريخ 1995/5/2. ملف رقم 118621 مجلة قضائية عدد2 سنة 1995.
- (20) عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية 1995.

## قائمة المصادر والمراجع

---

- 21) جلال إبراهيم، الوضع القانوني للمفقود، دراسة مقارنة بين القانون المصري والشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، العددان 1 و2.
- 22) فشار عطا الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2006.
- 23) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.
- 24) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 2002.
- 25) منصور نورة، التطلاق والخلع وفقا للقانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر.
- 26) سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية. 1998.
- 27) Aubert jean-luc. Dalloz encyclopedie juridique. Répertoire de droit civil. publié sous la direction de Pierre RAYONAUD . Tom 1 2ème édition. Paris 2000

## هـ - المواقع الإلكترونية

- 28) [www.Khaima.com](http://www.Khaima.com)
- 29) <http://www.3l-bal.com/2014/12/>
- 30) <http://www.mohamah.net/law/>

و- النصوص القانونية

- 1) الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية)
- 2) الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية
- 3) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.
- 4) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة
- 5) الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق ل 25/02/2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10.
- 6) القانون رقم 06/02 المؤرخ في 03 صفر عام 1423 الموافق ل 16/04/2002 المتضمن الموافقة على الأمر 03/02.
- 7) قانون 06/03 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق ل 14/06/2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 2003/05/21.
- 8) قانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.
- 9) - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27/02/2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

فهرس العناوين

| الصفحة | العنوان  |
|--------|--|
| أ      | مقدمة  |
|        | <b>الفصل الأول: مفهوم المفقود في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي</b> |
| 06     | تمهيد  |
| 07     | المبحث الأول: تحديد وضع المفقود في الفقه الإسلامي                    |
| 07     | المطلب الأول: مفهوم المفقود الفقه الإسلامي                           |
| 07     | الفرع الأول: تعريف المفقود   |
| 08     | الفرع الثاني: مقارنة الغائب بالمفقود                                 |
| 10     | الفرع الثالث: أصناف المفقود  |
| 11     | المطلب الثاني : الحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي                 |
| 11     | الفرع الأول: الحكم بموت المفقود حسب نوع الغيبة                       |
| 16     | الفرع الثاني: السن التي يحكم فيها يموت المفقود                       |
| 17     | الفرع الثالث: بداية اعتبار الشخص مفقودا                              |
| 19     | المبحث الثاني: مفهوم المفقود في القانون المقارن                      |
| 19     | المطلب الأول: المفقود من خلال القوانين العربية                       |
| 19     | الفرع الأول : في القانون المصري                                      |
| 22     | الفرع الثاني: في القانون السوري                                      |
| 23     | الفرع الثالث : القانون المغربي                                       |
| 25     | المطلب الثاني: المفقود في القوانين الأخرى                            |
| 25     | الفرع الأول: القانون الفرنسي   |
| 26     | الفرع الثاني: المفقود في القانون التركي                              |

|    |   |
|----|---|
|    | الفصل الثاني: إثبات حالة الفقد و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري |
| 29 | تمهيد   |
| 30 | المبحث الأول: آثار الفقد على الأحوال الشخصية للمفقود في الفقه الإسلامي                      |
| 30 | المطلب الأول : الأحكام المتعلقة بزواج المفقود   |
| 30 | الفرع الأول : مدة انتظار الزوجة   |
| 37 | الفرع الثاني: عدة الزوجة والاحداد فيها  |
| 40 | الفرع الثالث : صحة زواجها قبل الحكم بموت المفقود  |
| 46 | المطلب الثاني :الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في الفقه الإسلامي                            |
| 46 | الفرع الأول :إدارة أموال المفقود  |
| 53 | الفرع الثاني : النفقات الواجبة عليه   |
| 54 | المطلب الثالث : الأحكام المتعلقة بإرث المفقود في الفقه الإسلامي                             |
| 54 | الفرع الأول: الإرث من المفقود   |
| 56 | الفرع الثاني :ارث المفقود من غيره   |
| 56 | الفرع الثالث : كيفية توريث المفقود  |
| 59 | المطلب الرابع : اثر ظهور المفقود حيا بعدم الحكم بفقده                                       |
| 59 | الفرع الأول: بالنسبة إلى زوجته  |
| 63 | الفرع الثاني : اثر ظهور المفقود بالنسبة لأمواله   |

|    |   |
|----|---|
| 64 | المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بالمفقود في القانون الجزائري                      |
| 65 | المطلب الأول: مراحل تقرير الموت الحكمي في القانون الجزائري                          |
| 65 | الفرع الأول: صدور الحكم بالفقدان  |
| 67 | الفرع الثاني: صدور الحكم بموت المفقود   |
| 70 | الفرع الثالث: الحالات الاستثنائية للفقدان   |
| 73 | المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان والحكم بالموت في القانون الجزائري |
| 73 | الفرع الأول: الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان                                     |
| 79 | الفرع الثاني: آثار الحكم بالموت   |
| 82 | الفرع الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته                                 |
| 86 | الخاتمة   |