جامعة الخليل
عمادة الدراسات العليا

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية في فلسطين

إعداد الطالب
توفيق محمد محمد عثمان العملة
إشراف
الدكتور حسام الدين موسى عفانه/الأستاذ المشارك في الفقه وأصوله
في كلية الدعوة وأصول الدين
جامعة القدس

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير
بقسم الفقه الشرعي بعمادة الدراسات العليا
في جامعة الخليل
لسنة ١٤٢٣هـ وفق ٢٠٠٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

نوقشت هذه الرسالة يوم الخميس ١٧ شوال لسنة ١٤٢٣هـ

الموافق ٢٠٠٢/١٢/١٩م

وقد تألفت لجنة المناقشة من

١) الدكتور حسام الدين عفانه/ مشرفاً ورئيساً .....

٢) الدكتور هارون الشرباتي / عضواً .....

٣) الدكتور عدنان صلاح / عضواً .....

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى روح والدتي الطاهرة ، التي غمرتني بحنانها ورضاها ، والتي وافتها المنية ، فانتقلت إلى بارئها ، قبل أن ترى ثمرة جهدي .

إلى والدي الغالي الذي ربّاني فأحسن تربيتي ، والذي لم يألُ جهداً في الوقوف إلى جانبي في مسيرة حياتي ، مشجعاً ، وداعماً لي بالمال لمواصلة تعليمي .

إلى زوجتي العزيزة التي تحملت معي متاعب الحياة ، وصعوبة المسير فوهبتني كلَّ إمكاناتها ، وقدراتها .

إلى أبنائي الأعزاء الذين آزروني ، وقاسموني لقمة عيشهم ، كي لا ينقطع بي المسير .

إلى شهداء انتفاضة الأقصى المبارك وكلِّ شهداء فلسطين ، الذين كانت أخبارهم تهز مشاعري وآلام ذويهم تقف حائلاً بيني وبين مواصلة المسير ، فأتذكر أن دماءهم هي الأسس والركائز التي نستند إليها ... فأعود متكباً بكلِّ عزيمة وإصرار لمواصلة المسيرة .

إلى كلِّ هؤلاء أقدم ثمرة هذا الجهد المتواضع ، سائلاً المولى عزَّ وجل أن ينفعني وإياهم به ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

شكر وتقدير

بدايةً أوجه شكري لله الذي خلقني ، ومكنني من الوصول حيث أريد ، راجياً بهذا الشكر أن أعطى المزيد ، لقوله تعالى ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾(١) ثم أقدم جزيل الشكر والتقدير والعرفان ، إلى أستاذي الفاضل ، فضيلة الدكتور حسام الدين عفانه حفظه الله ، الذي تفضل بالإشراف على هذا الإنتاج العلمي المتواضع ، فبذل معي من الجهد والتوجيه ، ما مكنني من الوصول إلى الهدف المنشود ، ورغم صعوبة اللقاء إلا أنه غمرني بنصحه وتوجيهاته وإرشاداته ، فجزاه الله عني وعن المسلمين خير الجزاء ، سائلاً المولى أن يكثر من أمثاله لخدمة هذا الدين وأتباعه .

كما وأتقدم بجزيل الشكر إلى جميع أساتذتي ، الذين حرصوا على تثقيفي وتوجيهي ، وتقديم كل عونٍ ممكن لي .

لكل هؤلاء ولإخواني الأعزاء ، ولزملائي الكرام ، ولكل من قدم لي يد العون معنوياً ومادياً ، وآثر عدم ذكر اسمه ، لهم جميعاً شكري وتقديري ، وتوسلي إلى الله سبحانه وتعالى أن يكون ذلك في ميزان حسناتهم ، إنه نعم المولى ونعم المجيب .

١ــ سورة إبراهيم آية ٧

المقدمة

الحمد لله ، حمداً يليق بجلال وجهه . الذي يملأ نوره أرجاء عرشه وأشهد أن لا إله إلا ا لله وأن محمداً عبده ورسوله ، صلوات ربي وسلامه عليه ، وعلى آله ومن تبعه إلى يوم الدين ، فإن الله سبحانه وتعالى قد وفر لنا كلّ أنواع السعادة في هذا الدين ، إن نحن حافظنا عليه والتزمنا بمبادئه ، فهو لم يترك صغيرةً ولا كبيرةً إلا ووجهنا فيها إلى الخير والصواب ، فقال تعالى ((مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ))(١) فقد عني الإسلام بتنظيم العلاقة الأسرية ، وبما يتعلق بها من زواج ، أو علاقة بين الزوجين ، كي تكون حياةً منتظمة ، وإذا ما تغلبت عليها الخلافات ، أو اعتدى أحد على حقوق الآخر ، وأصبحت الحياة بينهما مستحيلة ، فقد شرع الإسلام السبل التي توصل إلى الطلاق أو التفريق ، سواءً كان الزوج حاضراً ، أم غائباً ، أو مفقوداً .

كذلك فقد عني الإسلام بالنظام المالي للمسلمين ، وكيفية انتقاله من شخصٍ إلى آخر ، والتي منها انتقال الملكية عن طريق الميراث ، فلا عجب أن نرى فقهاء المسلمين وعلماءهم ، قد تناولوا أحكام المفقود ، تارةً في أبواب الطلاق والعدة ، وتارةً أخرى في باب المواريث ، وحيث إن أحكام المفقود أحكام اجتهاديةً في مجملها ، فقد اجتهد الفقهاء في بيان أحكامه ، انطلاقاً من قوله عليه السلام (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر)(٢) .

وبعد :

... فإنني عندما اخترت هذا الموضوع ، كنت أكثر ما أخشاه ، أن أفتقر فيه إلى المادة العلمية المرتجاة ، وذلك لعدم دقة النظر والتعمق في الجزئيات ، وبعد دراسة الموضوع ، والتشجيع الذي لاقيته ، من استشاريّ لأصحاب الرأي والعلم والمعرفة ، من أساتذتي الأجلاء وغيرهم ، أصبح الشوق يتدفق الله ... وبخاصة بعد توسعي في دراسته ، فوجدت أنه بحاجة إلى تنظيم وترتيب لما بحث منه ، وبحث ما لم يبحث .

هذا وإنني سأتناول في هذا البحث ، جملةً من الأحكام التي تتعلق بالمفقود والإجراءات القضائية التي توصل إلى ذلك ، وما يترتب على هذا الحكم من آثار . وعلى ظهوره بعد الحكم حياً من آثار أخرى ، مبرزاً في ذلك أراء الفقهاء وأدلتهم ، ومناقشاً لها ، مضيفاً ما يمكن إضافته ، ومقترحاً ما يمكن اقتراحه ، ومرجحاً ما يمكن ترجيحه ، كلاً في مكانه المناسب .

١- سورة الأنعام آيه ٣٨ .

٢- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ت ٦٣١/١٢/١٣/دار الفكر/بيروت/لبنان/ط٣ .

وكلي أملٌ بالله ، أن تكون خطتي لهذا البحث ، مبينةً أهميته ، والأسباب التي دفعتني إلى اختياره ، والأهـداف المـرجوة منه ، وذلك من خلال المواضيع المراد بحثها ، مقسمة إلى فصول ومباحث ومطالب ، سائلاً المولى عز وجل أن يلهمني الصواب والسداد .

أهداف هذا البحث وأهميته

إنه وبتوفيق من الله سبحانه وتعالى ، ومن خلال هذا البحث يستطيع القارئ أن يجد الإجابة عن الأسئلة التالية :-

١- المال : ما هي مكانته في الإسلام ؟

٢- العرض : كيف حافظ الإسلام عليه وعلى ا لنسل ؟

٣- ا لمفقـــــود :

أ . من هو ؟ وما هو الفرق بينه وبين الغائب ؟

ب. ما هي آراء ا لعلماء في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود ؟

ج. ما هي الأحكام المترتبة على الحكم بموت المفقود ؟

د. كيف نتعرف على ا لنواحي الإجرائية ، للحكم بوفاة المفقود من خلال ا لتعرف لما عليه العمل في المحاكم الشرعية ؟

هـ. ما هي المقترحات والتوصيات الخاصة بذلك ؟

أسباب اختيار الموضوع

هناك العديد من الأسباب ، جعلتني أختار هذا ا لموضوع ، ليكون الرسالة التي أسعى لإعدادها وهـــــي :-

١- إنه وبفضل من الله سبحانه وتعالى ، قد منّ بالعمل في ملاك المحاكم الشرعية ، والتي بدورها جعلـتني أدرك مسـيس الحاجـة إلى البحث في هذا الموضوع ، حيث إنه من اختصاص المحاكم الشرعية سواء فيما يتعلق بزوجة المفقود ، أو أمواله قبل الحكم وبعده

٢- أهمـية هذا الموضوع لتعلقه بالعِرض والنسل ، وما ينتج عن ذلك من آثار ، نتيجة للحكم ، أو لظهوره حياً بعد الحكم بوفاته ، وذلك فيما يتعلق بأموال المفقود أو زوجته .

٣- قلـة المـراجع والمؤلفات المختصة بذلك ، سوى ما ذكر في بعض أبواب الفقه ، مما يلحق بالباحـث جهـداً كـبيراً ، ويوهـم ا لقارئ بأنه لا أحكام للمفقود ، سوى ما اطلع عليه من معلومات وقعت تحت ناظريه .

٤ – الرغبة الحقيقية التي تنتابني في جمع أحكامه المشتتة ، وتنقيحها وإضافة ما يمكن لي إضافته ، إن رأيت فيه الصواب والقبول والتكميل ، خدمةً لهذا ا لدين وأتباعه .

الدراسات ا لسابقة في الموضوع

لقـــد بحثت في المكتبات التي أمكن لي البحث فيها عن موضوع المفقود وأحكامه ، فوجدت أن الفقهاء والمؤلفين الذين تناولوا هذا ا لموضوع ، يمكن تصنيفهم على النحو التالي :–

أولا : – لقد تناول ا لصحابة رضوان ا لله عليهم ، هذا الموضوع بحسب ما كان يرد إليهم مـــن وقائع ، وكان الإفتاء عندهم قائماً على الاجتهاد ، لعدم ورود أحاديث نبوية تتناول أحكام المفقـــود لـــتكون مرجعاً لهم ، إلا ما روي عن رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيَها اليقينُ" وهذا ا لحديث فيه ضعف ، كما سببين في مكانه ، لذا فقد اختلفت أراء الصحابة في أحكام المفقود .

ثانـــياً :– فقهـــاء ا لتابعين وتابعيهم ، تناولوا أحكام المفقود ضمن أبواب أخرى كالنكاح والفرائض، فتكلموا في النكاح عن زوجة ا لمفقود ، والمدة ا لتي تتربصها ، وعن عدتها ومتى تبدأ وحكم زواجها من غيره ، وأثر ذلك إذا ظهر حياً ، وعن ا لمدة التي يحكم فيها بموت المفقود .

وقـــد كـــان لفقهـــاء كل مذهب آراؤهم واجتهاداتهم التي تختلف عن المذهب الأخر ، بل وكانت الاختلافات في ذلك بين فقهاء المذهب نفسه .

وفي بـــاب الفـــرائض ، تناول الفقهاء إرث المفقود من غيره ، وإرث غيره منه ، وضربوا أمثلة توضيحية على ذلك ، وهذا الجانب لا خلاف فيه كسابقه .

ثالثاً :– فقهاء وعلماء العصر الحديث ، منهم من سار على النحو السابق ، ومنهم من كان أكثر تجميعاً لأحكام ا لمفقود ، كما هو ا لحال في كتاب المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، لعـــبد الكـــريم زيدان ، والذي تناول أحكام المفقود في مؤلفه هذا في ما يقرب من ثلاثين صفحة ضـــمن جـــزأين في مؤلفه العلمي الضخم ، والذي يتكون من أحد عشر جزأً بما يزيد عن خمسة آلاف صفحة ، تناول فيها الأحكام التي تتعلق بالمرأة والبيت المسلم .

وقد تناول في مجلده السادس موضوع الزواج وآثاره ، وموضوع حل عقدة النكاح ، والتي من ضمنها التفريق للفقد ، وهو ا لموضوع الذي سيكون مجال بحثي إن شاء الله.

هذا وإنني سأتناول فيه بعض ما لم يتناوله أستاذنا الفاضل منها :–

أولاً :– إن أســـتاذنا الفاضل لم يربط بين المواضيع التي هي من اختصاص المحاكم الشرعية ومـــا عليه ا لعمل فيها ، والتي منها موضوع المفقود ، في حين سيظهر ذلك جلياً في بحثي إن شاء الله .

ثانياً :- ذكر شيخنا ا لفاضل آراء الفقهاء ، فيما إذا ظهر ا لمفقود حياً ، وكانت زوجته قد تزوجت ودخل بها ، دون مناقشة هذه الآراء وترجيحها بالدليل ، وهذا ما لا بد منه في بحثي إن شاء الله ، مبيناً ما عليه ا لعمل في محاكمنا الشرعية .

وكذلك ا لأمر بالنسبة لصحة التفريق للفقد ، وهو ما أخذ به أستاذنا الفاضل ، وأخذت به المحاكم الشرعية في قوانينها ، إلا أنه اكتفى بذكر ا لآراء في المذهب الواحد دون ترجيح ، أو تصويب كما هو الحال في المذهب الشافعي ، وهذا ما لا بد منه أيضاً .

ثالثاً :- في مجلده التاسع ذكر جزاه الله خيراً ، إجراءات ا لتقاضي في دعوى التفريق ، فكان مثاله عن ا لعنين(١) ، في حين لم يذكر إجراءات دعوى التفريق للفقد ، وهذا أمر ضروري لإتمام الفائدة ، خاصةً وأن إجراءات التبليغ تختلف بين الدعويين .

وجدير بالذكر أن بحثي هذا سيخالف رأي أستاذنا الفاضل ، في المدة التي تنتظرها زوجة ا لمفقود بعد رفعها الأمر للحاكم ، وذلك من عدة وجوه :-

١- أنه لم يفرق بين ما كان ظاهر الحالة ا لهلاك أم السلامة ، والفرق بين الحالتين شاسع .

٢- اعتبر مدة ا لانتظار أربع سنوات من رفع الأمر إلى القاضي ، فإنه وافق الصواب من جهة ضبط ا لأمور ، إلا أنني أرى أن يكون ذلك من تاريخ الفقد ، للذي ظاهر غيبته السلامة ، فلا ينظر الحاكم "ا لقاضي" ا لأمر إلا بعد مرور أربع سنوات ، ومرور سنة إذا كان ظاهر الغيبة الهلاك ، شريطة أن يثبت ذلك بالبينة ، وفي حالة العجز ، ترد الدعوى لحين بلوغه أربع سنوات وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الشرعية كما سيبين في حينه .

١- العنين :- بكسر العين وضمها وهو من لا يأتي النساء لعجزه عن الوطء معجم فقه اللغة ٤٤٦/٤

٣- أن ا لوقـــوف عـــلى أمر حياته بطريق البحث والتحري بالوسائل المتبعة ، رغم اختلافه من شخص لأخر ، إلا أنه لا يسبب تفاوتاً في الأحكام تبعاً للأهواء ، وإنما هذا ا لتفاوت وإن حصل فإنما يكون لصحة التأكد من دقة البحث والتحري ، وفي هذا كل المصلحة للمفقود .

هـــذا وعـــلى اعتبار صحة ما ذهب إليه أستاذنا الفاضل ، فما العمل عنده فيما لو انتهت السنوات ا لأربع ، دون اكتمال البحث والتحري ؟

ولا مجال للقول بأن ذلك مستحيل ، فإنه وإن كان نادراً إلا أنه واقع .

٤- لقـــد أحســـن أستاذنا الفاضل ، عندما أخذ برأي السادة الحنبلية ، عندما قال "للمفقود أن يرجع على الورثة بماله أو بمثله أو قيمته" (١) و ذلك فيما لو ظهر حياً، وهذا أمر بحاجة إلى الأدلة والبراهين ، أبينها في مكانها بإذنه تعالى .

هـــذا وقد تناول القاضي أحمد محمد علي داود ، موضوع ميراث المفقود ، وتعريفه ، ومتى يحكـــم بوفاته ، في رسالة للماجستير بعنوان "الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون" في ثماني صفحات تقريباً ، ويلاحظ على هذه ا لرسالة ما يلي :-

١)- إن فضيلة القاضي قد اكتفى بذكر آراء الفقهاء ، في بيان المدة التي يحكم فيها بوفاة المفقود دون مناقشـــتها ، وهذا أمر ضروري ، وذهب مرجحاً خلاف القول بتفويض المدة إلى القاضي على إطلاق الأمر دون تقييد ، وعليه فإنني سأناقش هذه الآراء وأضع الضوابط لما فوِّض للقاضي

٢)- إن هذه الرسالة قد اقتصرت على أحكام الميراث ، منه وإليه ، مع أمثلة للتقسيم .

٣)- لم يتعرض كذلك إلى ما عليه العمل في المحاكم الشرعية ، أو الأحكام ا لفقهية فيما إذا ظهر حياً بعد تقسيم أمواله ، في حين أنني سأقوم ببيان ذلك في بحثي .

كمـــا تـــناول فضيلة الشيخ حلمي صالح عقل حفظه الله بعضاً من أحكام المفقود في رسالةً للماجستير بعنوان " أحكام ا لعدة في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية" ضـــمن حـــوالي عشـــر صـــفحات مـــن مائـــتين وعشرين صفحة تقريباً ، ويلاحظ على هذه الرسالة ما يلي:

١- لقـــد دمـــج شيخنا الفاضل بين زوجة المفقود والغائب ، وذكر تحت عنوان "حكم زوجة المفقود" إذا كان المفقود يعرف حاله ، وكانت غيبته غير منقطعة ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، وصـــبرت زوجـــته ، والمفقود وإن كان غائباً إلا أن أحكام الغائب ، تختلف عن المفقود ، وهذا التفريق قد جعلت له مبحثاً خاصاً به .

١- ينظر/كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس إدريس البهوتي راجعه وعلق عليه الشيخ هلال نصي لحي ٤٦٦/٤/دار الفكر/لبنان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ٣٨٩/١١ /مؤسسة الرسالة/ط٣ .

٢ – الرسائل والمؤلفات السالفة الذكر ، واللاحقة ، لم تبين كيفية الإجراءات في الحكم بوفاة المفقود ، أو دعوى التفريق بين المفقود وزوجته ، وهذا أمر ضروري لاكتمال الفائدة .

وكذلك تناولت الموسوعة الفقهية الكويتية ، والتي جمعت أحكام المفقود في فقرات متسلسلة وصلت إلى خمس عشرة صفحة ، وكتاب زوجة الغائب ، للدكتور محمد عبد الرحيم محمد ضمن ما يقرب من مائة وخمسين صفحة ، منها للمفقود عشرون صفحة تقريباً.

هذا ويمكن أن يلاحظ على هذه المؤلفات القديمة والحديثة ما يلي :–

الملاحظة الأولى وتشمل المؤلفات القديمة والحديثة ، وذلك في أنها لم تتناول النواحي الإجرائية للحكم في دعوى المفقود .

الملاحظة الثانية وتشمل المؤلفات القديمة ، والقسم الأكبر من المؤلفات الحديثة ، في أنها كانت تجزيء أحكام المفقود ، ضمن أبواب وكتب رئيسة، دون أن تفرد بالمفقود بابا خاصا به يشمل أحكامه.

أخيرا ، يجدر القول ، أن للمفقود نصيبا وفيرا في كتب الفقه، أذكر منها دون النظر إلى تسلسلها الزمني ، إضافة إلى ما ذكرت ، وذلك على سبيل المثال وليس الحصر ، ما يلي:–

المبسوط للسرخسي، وشرح فتح القدير لابن الهمام، وتبيين الحقائق شرح كتر الدقائق للزيلعي ، والبحر الرائق شرح كتر الدقائق للنسفي ، والاختيار لتعليل المختار للموصلي، والفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة ، لجماعة من علماء الهند ، وتحفة الفقهاء للسمرقندي/والمدونة الكبرى في فقه الإمام مالك، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد للقرطبي ، وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك للكشناوي والمنتقى للباجي وحاشية الدسوقي ، كتاب الأم للشافعي، والمهذب للشيرازي ، وروضة الطالبين للنووي ، ومغني المحتاج للنووي والحاوي للماوردي والإنصاف للمرداوي والمقنع لابن قدامة، والمغني/ الشرح الكبير لابن قدامة ، والفروع للمقدسي والمحلى لإبن حزم ، وجواهر الكلام للنجفي والمختصر النافع للهذلي والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان، والحقوق المتعلقة بالتركة للقاضي أحمد داوود، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، والمدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، والفرقة بين الزوجين لعلي حسب الله، والحياة الزوجية والحقوق الألفية لحمد حمزة العربي، وغير ذلك.

منهجي في البحث :-

بتوفـــيق من الله سبحانه وتعالى ، فإنني سأتبع المنهج الإستقرائي في هذا البحث ، وذلك من حيث:

١). تقسيم البحث إلى فصول ومباحث لتسهيل ذلك على القاريء.

٢). نقل آراء الفقهاء من مصادرها الأصلية ، وبيان المسائل الخلافية ، وتحرير محل النزاع فيها.

٣). مناقشة هذه الآراء ، وبيان الأرجح منها بالدليل .

٤). بيان ما عليه العمل في محاكمنا الشرعية ، وبيان المقترحات الخاصة بذلك.

٥). عزو الآيات القرآنية الكريمة ، إلى سورها وآياتها .

٦). تخريج الأحاديث ا لنبوية الشريفة ، وتبيين حكمها .

٧). التعريف بالألفاظ والمصطلحات التي بحاجة إلى ذلك .

٨). الترجمة للأعلام بما لا يزيد عن ثلاثة أسطر .

٩). ا لفهرسة للآيات والأحاديث ، والأعلام ، والمصادر ، والمواضيع .

خطة البحث

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية في فلسطين .

التمهيد :- مكانة العرض والمال في الإسلام

وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : - مكانة ا لعرض والنسل في الإسلام .

المطلب الثاني :- المال ومكانته في الإســـــــلام .

المطلب الثالث :- مواد المفقود في قانون الأحوال الشخصية .

((الفصل الأول)) :-

المفقود تعريفه ، أنواعه ، المدة التي يحكم بموته فيها

وفيه ثلاثة مباحث : -

ا لمبحث الأول :- تعريف المفقود وحكمه ويقسم إلى :-

المطلب الأول :- تعريف المفقود لغةً واصطلاحا وفي القانون .

المطلب الثاني :- حكم المفقود

المبحث الثاني :- أنواع المفقود وما يلحق به عند الفقهاء وفي القانون.

المبحث الثالث :- المدة التي يحكم فيها بموت المفقود ويقسم إلى ثلاثة مطالب .

المطلب الأول :- آراء الفقهاء في الحكم بوفاة المفقود .

المطلب الثاني :- رأي قانون الأحوال الشخصية وما عليه من ملاحظات .

المطلب الثالث :- الترجيح

((الفصل الثاني)) :-

الغائب

وفيه ثلاثة مباحث :-

ا لمبحث الأول :- تعريف الغائب وأنواعه ويقسم إلى :-

المطلب الأول :- تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني :- أقسام الغائب عند الفقهاء وفي القانون .

المبحث الثاني :- الفرق بين الغائب والمفقود والشبه بينهما

وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :- الفرق بين الغائب والمفقود .

المطلب الثاني :- أوجه التشابه بين الغائب والمفقود .

المبحث الثالث :- آراء الفقهاء في التفريق للغيبة والضرر

وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- القائلون بالتفريق وأدلتهم .

المطلب الثاني :- القائلون بعدم التفريق وأدلتهم .

المطلب الثالث :- المناقشة والترجيح .

((الفصل الثالث))

أحكام زوجة المفقود

المبحث الأول :- التفريق للفقد وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :- آراء الفقهاء في التفريق للفقد ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :- القائلون بعدم التفريق للفقد .

الفرع الثاني :- أدلّة القائلين بعدم التفريق للفقد

المطلب الثاني :- ويقسم إلى أربعة فروع :-

الفرع الأول :- القائلون بجواز التفريق .

الفرع الثاني :- أدلّة القائلين بالتفريق .

الفرع الثالث :- الرأي الراجح .

الفرع الرابع :- رأي قانون الأحوال الشخصية

المبحث الثاني :-

تربص زوجة المفقود :- وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- تعريف التربص لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني :- آراء الفقهاء في التربص .

المطلب الثالث :- ما عليه العمل في المحاكم الشرعية .

المبحث الثالث :-

مدة التأجيل وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- حساب مدة التأجيل عند الفقهاء والقانون .

المطلب الثاني :- نفقة زوجة المفقود .

المطلب الثالث : - أثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لزوجته .

المطلب الرابع :- الآثار المترتبة على زوجة المفقود .

((الفصل الرابع))

أموال المفقود وفيه ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول :- ميراث المفقود ويقسم إلى مطلبين :-

المطلب الأول :- ميراث المفقود من غيره

وميراث غيره منه عند الفقهاء

المطلب الثاني :- ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :- ميراث المفقود في قانون الأحوال الشخصية .

الفرع الثاني :- المناقشة والترجيح .

المبحث الثاني :- أثر ظهور المفقود حياً فيما يتعلق بأمواله

ويقسم إلى :-

المطلب الأول :- آراء الفقهاء في ذلك .

المطلب الثاني :- أمثلة على ميراث المفقود .

المبحث الثالث :- صلاحيات القاضي والوكيل

في أموال المفقود وفي زوجته ويقسم إلى :-

المطلب الأول :- صلاحيات القاضي .

المطلب الثاني :- صلاحيات الوكيل .

المطلب الثالث ويقسم إلى :-

١)- وصية المفقود

٢)- المفقود إذا كان أنثى .

٣)- حالات انتهاء الفقد .

((الفصل الخامس))

الإجراءات القضائية لدعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر والتفريق للحبس وفيه أربعة مباحث:-

المبحث الأول :- تعريف الدعوى ومشروعيتها وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- تعريف الدعوى لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثاني :- تعريف المدعي والمدعى عليه لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثالث :- مشروعية الدعوى .

المبحث الثاني :- المدعي والخصم ووفيه مطلبان :-

المطلب الأول ــ ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول – المدعي في دعوى المفقود .

الفرع الثاني – الخصم في دعوى المفقود

المطلب الثاني وفيه ثلاثة فروع :-

الفرع الأول – عناصر في دعوى المفقود .

الفرع الثاني – الأسباب الموجبة لدعوى التفريق بين المفقود وزوجته .

الفرع الثالث – الأسباب الموجبة لدعوى الحكم بوفاة المفقود .

المبحث الثالث :- الإجراءات القضائية وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :- إجراءات ما قبل الدعوى .

المطلب الثاني ــ ويقسم إلى ثلاثة فروع :-

الفرع الأول – إجراءات السير في الدعوى .

الفرع الثاني – القرار وإصدار الحكم .

الفرع الثالث – ملاحظات حول عدة زوجة المفقود .

المبحث الرابع :- الفرق بين دعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول ــ ويقسم إلى ثلاثة فروع :-

الفرع الأول – الأسباب الموجبة لدعوى التفريق للغيبة والضرر .

الفرع الثاني – السير في دعوى التفريق للغيبة والضرر .

الفرع الثالث– الـقـــــرار .

المطلب الثاني ـــ ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول - عناصر في الدعوى .

الفرع الثاني - الفرق بين دعوى المفقود والغيبة والضرر .

المطلب الثالث :- دعوى التفريق للحبس وفيه :-

أولاً- معنى الحبس لغةً وشرعاً .

ثانياً- مشروعية الحبس والأسباب الموجبة له .

ثالثاً- السير في الدعوى .

رابعاً- عناصر في الدعوى .

الملـــحـــق

ويحتوي على الفقرات التالية :-

أولاً :- المفقود في القرارات الاستئنافية

ثانياً :- المفقود في الأحوال الشخصية لقدري باشا .

ثالثاً :- إحصائية لدعاوى المفقود والغيبة والضرر .

الخاتمة

وتشمل النتائج والتوصيات

الفهرس ويشمل :-

١)- فهرس الآيات القرآنية الكريمة .

٢)- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة .

٣)- فهرس الآثار .

٤)- فهرس الأعلام .

٥)- قائمة المراجع والمصادر .

٦)- فهرس المواضيع .

التمهيد

مكانة العرض والمال في الإسلام

وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : -

مكانة ا لعرض والنسل في الإسلام .

المطلب الثاني :-

المال ومكانته في الإســـــــلام .

المطلب الثالث :-

مواد المفقود في قانون الأحوال الشخصية .

تمهيـــد

مكانة العرض والمال في الإسلام

ســـأتحدث في هذا التمهيد ، عن مكانة العرض والنسل في الإسلام ، وذلك من خلال بيان العلاقة الشرعية المنتجة للنسل ، وهذا ضمن المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فسأتحدث فيه عن مكانة المال ، وذلك من خلال ذكر بعض أوجه الكسب المشروعة والمحرمة ، والعقوبة التي فرضها الإسلام لمن تجاوز حدود الشرع ، وذلك أن كلاً من المال والنسل ، هو من الضروريات الخمس التي عمل الإسلام على صيانتها والمحافظة عليها إلى جانب كلٍ من العقل والنفس وحرية الاعتقاد والـــتي لا تقـــوم للمجـــتمع قائمة إلا بالمحافظة عليها ، وهي التي لم تخل ديانة سماوية من تنظيمها والحفاظ عليها ، وعلى رأسها الدين الإسلامي ، كونه شاملاً وصالحاً لكل زمانٍ ومكان ، حيث إن الديـــن الإســـلامي هو عبارة عن مجموعة أوامر وأحكامٍ اعتقادية ، وعملية ، يوجب الإسلام المحافظـــة علـــيها ، فعلاً وتركاً ، لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع (١) وأما المطلب الثالث فسأذكر فيه مواد المفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمعمول به في محاكمنا الشرعية ، وذلك على النحو التالي :-

---

١- المدخل الفقهي العام د.مصطفى الزرقاء/١/٣٠ /دار الفكر/بيروت/ط٧.

المطلب الأول :-

العرض والنسل في الإسلام :-

إن الإنسان بفطرته البشرية ، محبٌ للولد والنسل ، فإذا رزق بالولد ، شعر بالطمأنينة والسعادة ، وإذا حرم ذلك ، شعر بالقلق والتعاسة ، لقوله تعالى ((زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ)) (١) .

ومن لم يرزق الولد فإنه يتمنى ذلك ، وهذا ليس مقصوراً على عامة الناس وحسب ، وإنما يستعداه إلى الأنبياء كذلك (٢) فقال تعالى على لسان نبيه زكريا ((وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا (٥) يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا ...)) (٣)

وحيث إن الولد لا بد أن يكون من طريق شرعية صحيحة ، فقد أوجب الإسلام أن تكون العلاقة المنتجة لهذا النسل ، علاقةً شرعيةً خاليةً من الشوائب ، أو الانتهاكات ، فجعل ذلك بموجب عقد زواج شرعي مكتملٍ للشروط والأركان (٤) وجعل من هذا العقد أمراً مقدساً وميثاقاً غليظاً ، فقال تعالى ((وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ...)) (٥) كما قال تعالى ((يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ...)) (٦)

١- سورة آل عمران آيه ١٤ .

٢- الإنسان والمال في الإسلام د.عبد المنعم حسنين/ص٥٢/دار الوفاء/المنصورة/ط١ .

٣- سورة مريم آيه ٥ -٦ .

٤- المادة ٣٢ من قانون الأحوال الشخصية ونصها (يكون عقد الزواج صحيحاً وتترتب عليه آثاره إذا توفرت فيه أركانه وسائر شروطه) وقد ذكرت كلٌ من المادتين ٣٤،٣٣من القانون المذكور أنواع الزواج الباطل والفاسد ، في حين ذكرت كلٌ من المواد ٤٣،٤٢،٤١حكم كلٌ منهما ، قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦/مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية لراتب عطا الله الظاهر قاضي عمان الشرعي ص٧٤-٧٥/الطبعة الثانية .

٥- سورة النساء آيه ٢١ .

٦- سورة النساء آيه ١ .

وقال كذلك ((وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ...))(١) فهاتان الآيتان ، هما الأساس الذي يعتمد عليه بناء الأسرة ، والتي هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع ، والقرآن الكريم بين مدى العلاقة بين الزوجين ، من قوله ((خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا ...)) ومن قوله ((وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا ...)) وذلك ليؤكد أن الزواج ، هو تمازج روحٍ بروح ، ونفسٍ بنفس ، وذلك ليسد الطريق على أيّة شائبة ، تدخل إلى هذا التمازج ، ليؤدي بالتالي إلى النسل المطلوب ، الذي لا تشوبه شائبة(٢) وحتى تكون هذه العلاقة ، علاقةً شرعيةً كما أراد لها الإسلام ، وحثّ عليها حيث قال صلى الله عليه وسلم (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج) (٣)

فقد شرع الإسلام السبل التي تحافظ على هذه العلاقة ، وعلى ديمومتها ، فبيَّن ما تنكح المرأة لأجله ، بما رواه أبو هريرة(٤) رضي الله عنه أنه قال ، قال (رسول الله صلى الله عليه وسلم) (تنكح المرأة لأربع ، لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين ، تربت يداك)(٥)

١- سورة النحل آيه ٧٢ .

٢- ينظر/الإسلام والإنسان المعاصر د.محمد ظفر الله خان/ص٢٣٨/دار المعرفة الجامعية/مصر .

٣- صحيح البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري المتوفى سنة ٢٥٦هـ ٣/٧ كتاب النكاح باب من لم يستطع الباءة/دار إحياء التراث العربي .

٤- الراجح أن اسمه عبد الرحمن بن صخر ، كنّاه النبي عليه السلام بأبي هريرة ، لأنه كانت له هرّةً يصطحبها وهو يرعى الغنم ، أسلم سنة ٧هـ ولزم النبي صلى الله عليه وسلمّ فكان من المكثرين في رواية الحديث ، ولد سنة ٢١ قبل الهجرة ، وتوفي سنة ٥٩ هـ . ينظر/تذكرة الحفاظ لمحمد شمس الدين أبي عبد الله الذهبي ٣٢/١/دار إحياء التراث العربي/بيروت/ط١ ، تهذيب الأسماء واللغات للإمام أبي زكريّا محيي الدين بن شرف النووي ت٦٧٦هـ ٢٧٠/٢ ، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه إدارة الطباعة المنيرية لصاحبها محمد الدمشقي .

٥- صحيح البخاري/٩/٧ كتاب النكاح باب الأكفاء في الدين .

والتعبير بالظفر يفيد أن الحصول على الزوجة الصالحة أمرٌ ثمين ، كيف لا ؟ فهي التي تحفظ مـال زوجهـا وعرضه ونسله ، فإذا فزت بذات الدين ، فلا بأس بعدها إذا ما أُصيب الإنسانُ بالفقـر أو الحرمان ، لأن كلاً منهما أمرٌ طارئ ، وقد يزول ، أما الدين فهو أصيلٌ في الإنسان ، ولـذا فقد خاطبنا (رسول الله صلى الله عليه وسلم) بقوله (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوّجوه)(١) والمـرأة التي تتصف بالدين ، فإنها لا تقيم علاقةً مع رجلٍ آخر ، إذا غاب زوجها ، أو فقد ، إلا إذا اتبعت الوسائل الشرعية المباحة ، والمعمول بها في المحاكم الشرعية (٢) .

هـذا ، وحيث إن عقد الزواج أمرٌ مقدس ، وميثاقٌ غليظ ، فإن عقدة النكاح فيه لا تنحل إلا بالسـبل الشـرعية ، التي نظمها الشارع ، فلا تكون إلا بالطلاق ، أو ما يلحق به من أنواع التفريق الذي أخذت به المحاكم الشرعية ، لعيبٍ في الزوج ...وكذلك إذا حكم بوفاة المفقود من قـبل القاضي ، أو الحاكم ، بناءً على غلبة الظن ، وفي كلا الحالتين ، فقد رتبت الشريعة الغراء عـلى انحلال الزواج بالطلاق ، أو بالموت ، مدةً تتربصها الزوجة ، لا يجوز خلالها أن تتزوج ، حتى يتحقق فراغها من الحمل ، وذلك منعاً لاختلاط الأنساب وضياعها (٣) .

ولم يقف الإسلام عند ذلك ، بل شرع عقوبةً لمن يعتدي على العِرض ، فأوجب إقامة الحد(٤) لمـن ارتكب جريمة الزنا ، وذلك بالجلد مائة جلدة لغير المحصن (٥)لقوله تعالى ((الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ...))(٦) والرجم حتى الموت للمحصن ، حيث ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أمر برجم ماعز والغامدية (٧) .

١- رواه ابـن ماجـة في سننه لعبد الله محمد بن يزيد القزويني ت٢٧٥هـ حقق نصوصه وكتب أبوابه وحديثه وعلّق عليه محمد فـؤاد عـبد الباقي ٦٣٣/٢/كتاب النكاح/باب الأكفاء/دار التراث العربي/الحديث أخرجه أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الـترمذي في سـننه تحقيق أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي ، مراجعة صدقي محمد جميل العطار ورجح إرساله وقال حديثٌ حسن٢/ ٣٤٥/كتاب النكاح باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه/دار الفكر بيروت ؟ .

٢- ينظر/المواد ١٧٨،١٧٧،١٣١،١٢٥،١٢٤،١٢٣من قانون الأحوال الشخصية الأردني مجموعة التشريعات الخاصة/ص٨٣ ، ٨٤ ، ٩١

٣-يـنظر/المدخـل الفقهـي ٣٨/٢ ، الموافقـات في أصـول الشـريعة لـ إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي٨/٢ /دار المعرفة/بيروت/ط٢.

٤- الحد هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ينظر/المفصل٢٤/٥ .

٥- المحصن هو من جامع في حياته في نكاحٍ صحيح وهو بالغٌ عاقلٌ حر ينظر/صحيح مسلم بشرح النووي١٩٠/١١

٦- سورة النور آية ٢ .

٧- صحيح مسلم بشرح النووي١٩٥/١١-٢٠٣ .

وقـــد شرع الإسلام كذلك حد القذف ، لكل من خاض في أعراض المسلمين زوراً وبهتاناً فقـــال تعالى ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً...)) (١) هذا غيضٌ من فيضٍ ، في بيان مكانة النسل وأهميته ، وكيفية المحافظة عليه ، وعلى العرض في الإسلام فـــإن المرأة تبقى في عصمة زوجها ، وعقد نكاحه إذا فقد ، مهما طالت مدة الفقد ، فلا يباح لها التزوج من غيره عند القائلين بجواز التفريق للفقد ، أو الحكم بوفاته ، إلا إذا حكم بذلك من قبل القاضي بالطرق المشروعة والمعمول بها في المحاكم الشرعية ، وما دامت كذلك فهي من المحصنات اللـــواتي يحرم على الرجال خطبتهن أو الزواج منهن ، لقوله تعالى ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ * ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...)) (٢) وذلك إلا بعد الحكم بوفاة زوجها المفقود وانتهاء عدتها الشرعية منه .

١- سورة النور آية ٤ .

٢- سورة النساء آية ٢٤،٢٣،٢٢

المطلب الثاني :-

المال ومكانته في الإسلام :-

لقد أقر الشارع الحكيم بدايةً ، المحبة للمال ، فقال تعالى ((وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ...))(١) وقرر كذلك ملكية المال لأصحابه ، إذا كان تملكه مشروعاً ، فمع أنه وديعةٌ أودعها الله في يد من يشاء من عباده ، إلا أنه نسبه لمالكيه بقوله تعالى ((وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ...))(٢) وقوله تعالى ((وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ...))(٣) من هذه الآيات نرى أن الإسلام قد جعل المال ملكاً لأصحابه ، فلا بد أن تكون ملكية المال وحيازته مشروعةً ، لأن حب المال من قبل الإنسان قد يطغى عليه ويدعوه إلى تملكه ، دون النظر إلى أسباب التملك ومشروعيتها ، فلو أعطي الإنسان وادياً من ذهب لتمنى غيره ، ولا يملأ عين ابن آدم إلا التراب(٤) لكل هذا فقد نظم الإسلام حيازة المال وتملكه بأن أباح وسائل للتملك ، منها البيع فقال تعالى ((وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ...)) (٥)

وهذا شاملٌ لكل أنواع الكسب الناتجة عن التعامل ، إذا كان ذلك مشروعاً ، ليس ذلك فحسب بل أباح انتقال الملكية من شخصٍ إلى آخر ، عن طريق الهدية أو الهبة أو الوصية ... كما وشرع انتقال الملكية كذلك عن طريق الميراث ، والذي لا يكون إلا بتوفر شروطه وأسبابه ، والتي منها تحقق وفاة المورث ، وحياة الوارث ، وهذا يعني أن مال الشخص الغائب يبقى مصاناً ومحفوظاً ، وإن طالت غيبة صاحبه ، ولا يحق لأحدٍ الاعتداء عليه ، أو التصرف فيه ، كما هو الأمر بالنسبة للمفقود ، الذي لا تعرف حياته من مماته ، إلا بعد الحكم بوفاته من قبل القاضي .

١- سورة الفجر آية ١٩ . ٢- سورة النساء آيه ٥ . ٣- النساء آية ٦ .
٤- ينظر/الإنسان والمال في الإسلام ص٨٠ . ٥- سورة البقرة آية ٢٧٥ .

ليس هذا فحسب ، بل إن الشارع قد رتب عقوبةً محددةً دنيويةً أو أخرويةً أو كليهما ، إذا ما تملّك الإنسان مالاً بطرقٍ غير مشروعة ، فحرَّم التملك عن طريق الربا ، فقال تعالى ((وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا...))(١) وبيَّن العقوبة لذلك بقوله تعالى ((الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ...))(٢) كما حرَّم الإسلام كذلك التملك عن طريق الاحتكار ، فقال صلى الله عليه وسلم (من احتكر فهو خاطئ)(٣) كما حرَّم الإسلام التملُّك عن طريق الغصب ، فقال عليه السلام (من ظلم من الأرض شيئاً طوَّقه الله من سبع أراضين)(٤) وحرم كذلك التملك عن طريق الغش فقال صلى الله عليه وسلم (من غشنا فليس منا) (٥) وقد حرم أكل كل ما لم يكن مشروعاً فقال تعالى ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...))(٦)

ورغم أن هذه العقوبة يحاسب بها الإنسان يوم القيامة ، إلا أن ذلك لا يمنع الحاكم المسلم من إيقاع عقوبةٍ معيَّنة على من يتعامل بالربا ، وذلك بالعقوبة التي يراها مناسبة والعقوبة الدنيوية في ذلك ، بما يراه الحاكم مناسباً للحفاظ على المجتمع وسلامته ، وهي عقوبةٌ تعزيرية(٧)

وأمر الإسلام بقطع يد السارق ، عقوبةً للجاني وحفاظاً على أموال الغير ، فقال تعالى ((وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...))(٨) كما منع الإسلام انتقال ملكية الميت إلى وارثه ، وذلك إذا تسبب الوارث في قتل مورِّثه من أجل استعجاله في ذلك ، والقاعدة تقول :- من استعجل الشيء قبل أوانه ، عوقب بحرمانه(٩) .

١- سورة البقرة آية ٢٧٥ ٢- سورة البقرة آية ٢٧٥

٣- صحيح مسلم بشرح النووي ٤٣/١١/باب تحريم الاحتكار في الأقوات .

٤- صحيح البخاري ١٧١/٣/كتاب المظالم والغصب/باب من ظلم شيئاً من الأرض .

٥- صحيح مسلم بشرح النووي ٦٩/١/باب من غشنا فليس منا . ٦- سورة البقرة آية ١٨٨ .

٧- التعزير : هو تأديبٌ على ذنب لا حد فيه ولا كفارة/ينظر المفصل ٤٤٥/٥ . ٨- سورة المائدة أية ٣٨

٩- القرارت الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى للقاضي أحمد محمد علي داود ٨٣٥/٢/مكتبة دار الثقافة/عمان/ط١ .

لـــيس هـــذا فحسب بل حثّ الإسلام الإنسان الدفاع عن ماله ، وجعله شهيداً إن قتل في ســـبيل ذلك ، فقد جاء عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال :- (جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقـــال :- يا رسول الله أرأيت إن رجلاً جاء ليأخذ مالي قال فلا تعطه مالك قال أرأيـــت إن قاتلني قال قاتله قال أرأيت إن قتلني قال فأنت شهيد قال أرأيت إن قتلته قال فهو في الـــنار)(١) وهـــذا في كثير المال وقليله ، حيث روى عبد الله بن كعب(٢)عن أبي أمامة(٣) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من اقتطع حقّ امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار فقال له رجل وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله قال وإن كان قضيباً من أراك)(٤)

بهذا فإننا نستطيع القول بأن كلاً من المال والنسل في الإسلام مصونان ومحفوظان ، وغياب الشـــخص أو فقـــده لا يبـــيح لأحدٍ تحلل عرضه أو تملُّك ماله ، إلا بالطرق المشروعة التي بينها الشـــــــرع وعملـــــــت بهـــــــا المحـــــــاكم الشـــــــرعية .

١- صحيح مسلم بشرح النووي ١٦٣/١ .

٢- هـــو عـــبد الله بـــن كعب بن مالك الأنصاري السلمي ، ولد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، كان من رواة الحديث الموثوقـــين ، روى عـــن أبيه وعن أبي أيوب ، وأبي لبابة ، وأبي أمامة وعن عثمان بن عفان ، وعن ابن عباس ، وروى عنه ابناه عبد الرحمن وخارجة واخوته عبد الرحمن ومحمد ومعبد وغيرهم ، توفي سنة ٩٧هـــ وقيل سنة ٩٨هـــ/ينظر/تهذيب التهذيب ٣٦٩/٥

٣- اسمـــه إيـــاس بن ثعلبة ، وقيل عبد الله بن ثعلبة بن عبد الله ، حريث بني حارثة ، وقيل ثعلبة بن عبد الله بن سهل ، روى عن الـــنبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يقـــبله في معـــركة بدر ، لصغر سنه ، روى عنه ابنه عبد الله ، وعبد الرحمن بن كعب بن مـــالك/ينظر/الجرح والتعديل للإمام أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن ادريس بن المذر التميمي ت٣٢٧هـــ/٤٦٢/٢ ، ترجمة رقم ١٨٧٤ /ط١/١٩٥٢/دار الكتب العلمية/بيروت/لبنان .

٤- صحيح مسلم١٥٧/١

المطلب الثالث

مواد المفقود في قانون الأحوال الشخصية

المعمول به في محاكمنا الشرعية (١)

حيث إن فصول هذا البحث تدور في معظمها حول هذه المواد ، فقد ارتأيت أن معرفة هذه المواد من متطلبات هذا البحث ، وذلك للاكتفاء عند الاستشهاد بالجزء المطلوب من أية مادة في حينه والاستغناء عن الرجوع إلى جميع المادة إلا إذا كان الأمر يقتضي ذلك ، وهذه المواد هي :-

---

المـــادة ٧٦ :-

((إذا تغيب الزوج ، وترك زوجته بلا نفقة ، وسافر إلى محل قريب أو بعيد ، أو فُقد ، يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب ، بناء على البينة التي تقيمها الزوجة ، على قيام الزوجية بينهما ، بعـــد أن يحلفهـــا الـــيمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ، ولا مطلقة انقضت عدتها)) (٢)

المـــادة ١٣١ :-

((إذا راجعـــت زوجـــة المفقود القاضي ، وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس الـــنفقة ، وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها ، فإذا يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماتـــه ، بعـــد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده ، فإذا لم يكن أخذ خـــبراً عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها ، يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث ، أما إذا فقد في حالة يغلب الظن على هلاكه فيها كفقده في معركة أو إثر غارة جوية ، أو زلـــزال ، أو ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري عنه)) (٣) .

١- تم اعـــتماد قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ١٩٥٩ للعمل به في محاكمنا الشرعية وذلك بموجب البندين الأول والثاني من القرار الرئاسي رقم ١ لسنة ١٩٩٤م والذي جاء فيه (أ- يستمر العمل بالقوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ ١٩٦٧/٦/٥م في الأراضي الفلسطينية ـــ الضفة الغربية وقطاع غزة حتى يتم توحيدها ـــ .

ب- تســـتمر المحـــاكم النظاميـــة والشرعية والطائفية على اختلاف درجاتها في مزاولة أعمالها طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها)/يـــنظر الوقـــائع الفلســـطينية /الجـــريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية /تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع لوزارة العدل الفلسطينية العدد الأول ص١٠

٢- مجموعة التشريعات الخاصة/ص٧٩ . ٣- المصدر السابق/ص٨٥ .

المـــادة ١٧٧ :-

الحكم بموت المفقود :-

((المفقـــود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته ، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده ، ما لم يكن فقده أثر كارثة كزلزال ، أو غارة جوية ، أو في حالة اضطراب الأمن وحدوث الفوضى وما شابه ذلك ، فيحكم بموته بعد سنة من فقده ، أما إذا كان في جهة غـــير معلومة ، ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي ، على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته ، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً)) (١) .

المـــادة ١٧٨ :-

عـــدة وفـــاة زوجـــة المفـــقـــود :-

((بعـــد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة ، تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة ، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم)) (٢) .

المـــادة ١٧٩ :-

لا ينفسخ النكاح الثاني بعد الحكم بوفاة المفقود :-

((إذا تزوجـــت المرأة التي حكم بوفاة زوجها ، ثم تحققت حياة الزوج الأول ، لا ينفسخ النكاح الثاني بعد الدخول ، وأما قبل الدخول فيفسخ)) (٣) .

١- مجموعة التشريعات الخاصة/ص٩١ .

٢- المصدر السابق/ص٩١ .

٣- المصدر السابق/ص٩١

الفصل الأول :-

المفقود :- تعريفه ، أنواعه ، المدة التي يحكم بموته فيها

وفيه ثلاثة مباحث : -

ا لمبحث الأول :-

تعريف المفقود وحكمه ويقسم إلى :-

المطلب الأول :-

تعريف المفقود لغةً واصطلاحا وفي القانون .

المطلب الثاني :-

حكم المفقود

المبحث الثاني :-

أنواع المفقود وما يلحق به عند الفقهاء وفي القانون.

المبحث الثالث :-

المدة التي يحكم فيها بموت المفقود ويقسم إلى ثلاثة مطالب .

المطلب الأول :-

آراء الفقهاء في الحكم بوفاة المفقود .

المطلب الثاني :-

رأي قانون الأحوال الشخصية وما عليه من ملاحظات .

المطلب الثالث :-

الترجيح

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الأول

المفقود تعريفه ، أنواعه والمدة التي يحكم فيها بموته

ويقسم إلى ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول :-

تعريف المفقود وحكمه وفيه مطلبان

المطلب الأول :- تعريف المفقود لغةً واصطلاحاً :-

أ- المفقود لغةً :- (١)

يُقـــال فَقَدَ الشيءَ يفقده فَقداً وفقداناً بضم الفاء وكسرها ، وفُقوداً بضم الفاء فهو مَفقود قال تعالى ((قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ...)) (٢)

فَقَـــدَ الشيء طَلَبَهُ ، قيل (تفقدتُهُ أي طَلَبتُهُ عند غَيبته)(٣) قال تعالى ((وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ...)) (٤)

فقد الشيء فَقداً وفقداناً بضم الفاء وكسرها أي ضاع منه ، ويقال في الكتاب والمال ونحوه خسره وعدمه ، ويقال فقد الصديق فهو فاقد وَفَقَدَت المرأة زوجها ، الفَاقِد من النساء التي مات زوجها أو ولدها أو حميمها (٥) والمفعول مفقودٌ وَفَقيد .

من النظر إلى هذه التعاريف ، فإن المفقود هو الذي غاب ولم يعرف مصيره ، وذلك عام في الإنسان وغيره ، وحيث إن حديثنا عن المفقود الإنسان ، فإن تعريفه يكون على النحو التالي:-

هو الشخص الذي غاب ولم يعرف مكانه ولا حياته من مماته ، وغيره عنه يبحثون .

والغيبة هنا مقيدةٌ بشرطين :-

١- عـــدم معـــرفة حياة المفقود من مماته ، لأنه إذا عرف مصيره ، لا يكون مفقوداً ، حتى وإن كان مجهول محل الإقامة .

١- يـــنظر لسان العرب/لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ت٧١١ هـــ/٣/٣٣٧/ دار صادر/بيروت ، تاج العروس من جواهر القاموس/علي مرتضى الزبيدي /٢/٤٥٣/المطبعة الخيرية/مصر/ط١ ، تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري ت٣٧٠ هـــ ٩/ ٤٠-٤١/تحقيق علي حسن هيلاني ، مراجعة الأستاذ محمد علي النجار / الدار المصرية للتأليف والترجمة ، معجم متن اللغة للعلامة أحمد رضا ٤/٤٣٣ ت ١٩٥٣ هـــ دار مكتبة الحياة/بيروت .

٢- سورة يوسف/آيه ٧٢ ٣- لسان العرب ٣/ ٣٣٧ . ٤- سورة النمل/آيه ٢٠ .

٥-المعجـــم الوســـيط إخـــراج إبراهـــيم مصطفى/أحمد حسن الزيات/حامد عبد القادر/محمد النجار ، إشراف عبد السلام هارون ، ٢/٦٩٧ ، المكتبة العلمية/طهران

٢- عدم معرفة مكانه ، فإذا عُرف مكانُه لا يصبح مفقوداً .

أما بالنسبة لبحث غيره عنه ، فيمكن اعتباره شرطاً ثالثاً وذلك لتعلق حق الغير به ، كتقسيم التركة بالنسبة لورثته ، والتحلل من عقد زواجه بالنسبة لزوجته .

ب- المفقود اصطلاحاً :-

لقد عرف الفقهاء المفقود تعاريف عديدة ، نذكر منها :-

١- المذهب الحنفي :-

أ- المفقود:- (اسمٌ لموجودٍ هو حيٌّ باعتبار أول حياته ، ولكنه خفيُّ الأثر ، كالميت باعتبار مآله ، وأهله في طلبه يجدّون ، ولخفاء أثر مستقرّه لا يجدون ، قد انقطع عليهم خبره واستتر عيهم أثره ، وبالجد يصلون إلى المراد ، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد) (١)

ب- المفقـــود:- (هو الرجل يخرج في وجهٍ فيفقد ، ولا يعرف موضعه ، ولا تستبين حياته ولا موته ، ولا يأسره العدو ، فلا يستبين موته ولا قتله) (٢)

٢- المذهب المالكي :-

المفقـــود:- (هـــو من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه ، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه) (٣)

٣- المذهب الشافعي :-

المفقـــود:- (هو من انقطع خبره حتى تقوم بينة ، أو تمضي مدة ، فيجتهد القاضي ، ويحكم وقت الحكم بموته) (٤)

(المفقود هو المتوهم موته) (٥)

١- المبسوط لشمس الدين السرخسي ٣٤/١١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت/لبنان ، ط٢ .

٢- الفـــتاوى الهـــندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان لمولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام٤٥٦/٦ دار المعرفة/بيروت لبنان /ط٣ .

٣- يـــنظر/حاشـــية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، وبهامشه الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدر دير ، ٤٧٩/٢ ، المطبعة الأزهرية /مصر .

٤- ينظر/حاشية الشرقاوي على التحرير للشيخ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الشهير بالشرقاوي ، ت١٢٢٦ هـــ ٢ /٢١٠-٢١١ ، دار المعـــرفة ، بيروت/لبنان ، تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ت٩٢٥ هـــ بهامش حاشية الشرقاوي ، دار المعرفة ، بيروت/لبنان .

٥- أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ٤٠٠/٣ ، المكتبة الإسلامية .

٤- المذهب الحنبلي :-

المفقود:- (هو من لا تعلم له حياةٌ ولا موتٌ لانقطاع خبره) (١)

(أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع) (٢)

٥- المذهب الشيعي :-

المفقـــود:- (هـــو من غاب عن زوجته أربع سنين فأكثر ، ولم تدر أحيٌّ هو أم ميِّت) (٣)

(هو من فقد أربع سنين فأكثر بحيث لا تعرف حياته من مماته ، ولا يعرف في أيِّ أرضٍ هو) (٤)

من التدقيق في تعاريف المفقود اللغوية والاصطلاحية نلاحظ ما يلي :-

١- إن هـــناك تداخلاً بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي ، وإن كان المعنى الاصطلاحي أكثر دقةً وتحديـــداً ، وذلـــك لاقتصاره على أن المفقود هو من انقطع خبره ، فلم تعرف حياته من مماته ، وغيره يبحثون عنه ، لتعلق الحقوق بينه وبين ورثته بخصوص التركة ، وبينه وبين زوجته بخصوص النكاح .

٢- لقد ذكر الفقدان في القرآن الكريم وأريد به المعنى اللغوي فقط ، ومثال ذلك :-

أ- قوله تعالى ((قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ(٧١)قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ...))(٥)

)

ب- قوله تعالى ((وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ...)) (٦)

١- ينظر/كشاف القناع عن متن الإقناع لأبي منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، راجعه الشيخ هلا مصيلحي مصطفى هلال ، ٤٩٤/٤ ، دار الفكر بيروت/لبنان .

٢- ينظر/المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمود بن قدامة ت٦٣٠ هـــ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ت٣٣٤ هـــ ويليه الشرح الكبير على متن المقنع للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ت٦٨٢ هـــ ١٣١/٩ دار الكتب العلمية بيروت/لبنان .

٣- ينظر/جواهر الكلام في شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي ت١٢٦٦ هـــ تحقيق محمود القوقجاني ، ٢٨٨/٣٢ ، دار الأحياء ، بيروت /لبنان ط٧ ، معجم فقه الجواهر وهو فهرس لجواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام٤٥٦/٥/دائرة معارف الفقه الإسلامي لمذهب أهل البيت/الغدير/بيروت/لبنان/ط١ .

٤- ينظر/جواهر الكلام ٢٤٠/٣٤ ٥- سورة يوسف آيه ٧٢ ٦- سورة النمل آيه ٢٠

٣- لم يرد ذكر المعنى الاصطلاحي للمفقود في القرآن الكريم ، ولا في السنة النبوية ، إلا ما رواه سـوار بن مصعب قال حدثنا محمد بن شرحبيل الهمذاني عن المغيرة بن شعبة(١) قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم(امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان) (٢) وفي رواية (حتى يأتيها الخبر) (٣)

٤- حتى يكون الشخص مفقوداً ، فلابد من انقطاع أخباره ، بحيث لا تعرف حياته من مماته ، ولا جهة وجوده ، فيستثنى الغائب الذي يعرف مكان وجوده ، سواءً أمكن الاتصال به أم لا ، ويخرج كذلك الأسير الذي وقع في يد الأعداء إذا كان معلوم الحياة ، والمحبوس الذي طال حبسه إن كان في بلده أو غيرها .

٥- لقد فرق الفقهاء بين الغائب والمفقود ، لأن لكلٍّ منهما أحكاماً تختلف عن الآخر ، وإن ما ذكر من دمجٍ أحياناً بين الغائب والمفقود لا يعني اتحاد أحكامهما . (٤)

٦- إن التعاريف الاصطلاحية تدور على محور واحد ، إلا أنني أرى أن أشمل هذه التعاريف التعريف القائل (هو الرجل يخرج في وجهٍ فَيُفْقَد ، ولا يعرف موضعه ولا تستبين حياته ، ولا موته ولا يأسره العدو ، فلا يستبين موته ولا قتله . (٥) وأرى كذلك أن تصريح التعريف للفظ الرجل هو للتغليب وليس للقصر .

١- المغيرة بن شعبة :- هو المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي ، صحابيٌّ جليل ، شارك في معركة اليرموك ، بقيادة أبي عبيدة عامر بن الجرّاح ، فأصيبت عينه ، ولّي الكوفة ، إلى أن مات عام ٥٠هـ ، وله سبعون عاماً ، وكان من دهاة قريش . /مشاهير علماء الأمصار/ص٥٥

٢- رواه الدار قطني/علي بن عمر الدار قطني ت٣٨٥ هـ في سننه ، وبذيله التعليق المغني على الدار قطني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي ٣١٢/٣ عالم الكتب بيروت/لبنان ، سنن البيهقي للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت ٤٥٨ هـ ٧٣١/٧، تحقيق محمد عبد القادر عطا باب من قال امرأة المفقود امرأته ، حديث رقم ٣٤ ، دار الكتب العلمية بيروت/لبنان ط١ الحديث ضعيف ، قال ابن أبي حاتم في العلل سألت أبي عن هذا الحديث فقال هذا حديثٌ منكر ، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث ، ويروى عن المغيرة بن شعبة أباطيل ومناكير وقال عبد الحق محمد بن شرحبيل متروك ، وقال بن القطان سوار بن مصعب أشهر في المتروكين/نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية لجمال الدين الزيلعي٣٨٥/٤ ، دار الحديث ، القاهرة ط١

٣- رواه الدار قطني ٣١٢/٣ حديث رقم ٢٥٥ ، وقال في التعليق حديثٌ ضعيف ، والبيهقي ٧٣١/٧ ، نصب الراية ٣٨٥/٤ فهرس أحاديث وآثار نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ت٧٦٢هـ إعداد عدلان علي شلاق ٦٤/١/عالم الكتب/بيروت/ط١ .

٤- ينظر/ المبسوط ١٩٦/٥ ، المغني١٣١/٩ ، الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الموردي ت٤٥٠ هـ تحقيق الدكتور محمود مسطرجي ، ٣٦٥/١٤ دار الفكر ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي ١٣٢/٢ المكتبة العصرية بيروت ط٢

٥- الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦ ، المبسوط ٣٨/١١

المفقود في قانون الأحوال الشخصية :-

لم يذكر في قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في محاكمنا الشرعية ، تعريفٌ صريحٌ للمفقود ، حيث إنه ورد في المواد التالية (١٣١ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٧٩) السالفة الذكر (١) ، وهي في مجملها تتحدث عن أقسام المفقود ، والمدة التي يحكم بموته ،وما يترتب على ذلك من آثار ولكن النص يوحي بأنّ التعريف على النحو التالي (هو الشخص الذي فقد في جهةٍ معلومة أو غير معلومة ويغلب على الظن هلاكه ، أو لا يغلب على الظن هلاكه) وذلك يلاحظ من النصوص التالية :-

١- المادة١٣١ ذكرت (إذا راجعت زوجة المفقود القاضي ... فإذا يأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه ...) (٢)

٢- المادة١٧٧ ذكرت (المفقود الذي فقد في جهةٍ معلومة ويغلب على الظن موته ... أما إذا كان في جهةٍ غير معلومة ويغلب على الظن هلاكه ...) (٣)

ويلاحظ على هذا القانون ما يلي :-

١- كان يجدر بالمشرِّع أن يضع مادةً تنص على تعريف المفقود صراحةً ، وذلك كما هو الأمر بالنسبة للأحوال الشخصية لقدري باشا حيث عرَّفت المادة ٥٧١ منها المفقود على النحو التالي (المفقود هو الغائب الذي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته) (٤)

وكذلك الأمر بالنسبة لمذكرة مشروع القانون العربي الموحد(٥) ، البند الثاني من المادة ١٩٦ (المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته)

٢- اقتصر القانون على اعتبار المفقود رجلاً ، ولم يذكر فيه ما يدل صراحة أو ضمناً ، على كونه أنثى ، وأرى أن هذا التوضيح أمر لا بد منه .

١- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٥ ، ٩١

٢- المصدر السابق ص٨٥ ٣- المصدر السابق ص٩١

٤- ينظر/شرح قانون الأحوال الشخصية/الأبياني٢/٣٤٧ .

٥- هو رؤيةٌ لمشروعٍ موحد لقانون الأحوال الشخصية في الدول العربية صدر عن المؤتمر الأول لوزراء العدل العرب المنعقد في الرباط بالمغرب من١٤ -١٩٧٧/١٢/١٦ ، ثم تبعته عدة مؤتمرات لهذا الخصوص حيث تم استكمال هذا المشروع من الناحية النظرية دون اعتماده على أرض الواقع من الناحية العملية .

المطلب الثاني

حكم المفقود :-

المفقود حكمه في الشرع أنه حيٌّ في حق نفسه ، ميِّتٌ في حق غيره ، حتى تعرف وفاته يقيناً أو يحكم بها ، وسبب ذلك أنه غاب أثناء حياته فيستمر حكم الحياة حتى يقوم دليلٌ على الوفاة ، ولا يعني ذلك أن الشخص الواحد يكون حياً وميتاً في آنٍ واحد ، وذلك للاستحالة ، ولكنه يكون حياً في حق ما كان ثابتاً له ، وذلك استصحاباً للحال ، والذي يعني بقاء الشيء على ما هو عليه حتى يثبت خلافه ، فلا يقسم ماله بين ورثته ، ولا تتزوج امرأته ولا تفسخ تجارته ، وذلك لثبوت ملكه فيها ، وحياته أثناء غيابه محققة وموته محتمل ، فلا يزيل المحتمل الثابت باليقين ويعني موته في حق غيره ، أنه لا تثبت له الحقوق المكتسبة من الغير ، فلا يرث أحداً مات من أقربائه ، وذلك لأن استصحاب الحال حجةٌ للدفع ، لا حجةً للاستحقاق ، وإنما يوقف نصيبه حتى يتبين حاله أو يحكم القاضي بموته ، ويقسم ميراثه من يوم الحكم بموته ، ويرد ما وقف له إلى الأحياء من ورثة مورثه ، ورغم اختلاف العلماء فيما تفيده نظرية الاستصحاب ، من كونها حجةً للدفع لا للاستحقاق ، أو كونها حجةً للدفع والاستحقاق ، فإن السبب في عدم توريث غير المفقود منه ووقف نصيب المفقود من غيره ، إنما يعود سببه إلى أن تحقق حياة الوارث وقت موت المورث شرطٌ من شروط الميراث ، وحيث إن المفقود حياته غير محققة ، فلا يرث بالشك ، ويوقف نصيبه له دون تمليكه إياه ، لأن في تمليكه لما يستحقه من غيره ، وهو مشكوكٌ في حياته ، إلحاق ضررٍ بالورثة ، كما ويقيم القاضي قيما يحفظ ماله ويستوفي غلاته ، فيما لا وكيل له فيه ، وذلك لأن القاضي منصبٌ للنظر في مصالح المسلمين ، وحيث إن المفقود عاجزٌ عن النظر بنفسه في ممتلكاته فيكون ذلك من مهام القاضي إذا لم يكن له وكيل ، وقد جاء في المادتين ٥٧٦(١) و٥٧٧(٢) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا ما يؤيد ذلك (٣) .

١- ونصها (المفقود يعتبر حياً في حق الأحكام وهي التي تتوقف على ثبوت موته فلا يتزوج عروسه أحد ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ إجارته ولا يفرق بينه وبين عروسه ولو بعد مضي أربع سنين قبل ظهور الحال)/شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأيباني ٢/ ٣٤٧ .

٢- ونصها (المفقود يعتبر ميتاً في حق الأحكام التي تنفعه ، وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصي له بوصيّة ، بل يوقف نصيبه في الارث ، وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته ، أو الحكم بوفاته) المصدر السابق ٣٤٧/٢ .

٣- ينظر/المبسوط ٣٤/١١-٣٥ ، شرح فتح القدير للشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن سعود المعروف بابن الهمام ت٦٨١ هـ ٣٦٨/٥ ، الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ت٥٩٣ هـ ، ٣٧٤/٥ المكتبة الإسلامية ، الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان ص٢٦٩/مكتبة القدس/مؤسسة الرسالة/ط١.

المبحث الثاني :-

أنواع المفقود وما يلحق به عند الفقهاء :-

اختلف الفقهاء في تحديد أنواع المفقود ، وذلك حسب اختلافهم في أحكامه ، فجمهور الفقهاء من حنفية(١) وشافعية(٢)وظاهرية(٣) اعتبروه نوعاً واحداً ، في حين اعتبره الحنبلية(٤) والشيعة(٥)نوعان ، أما المالكية(٦) فقد اعتبروه عدة أنواع ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد اختلفوا فيما يلحق به ، كالأسير ــ المسلم في يد الأعداء ــ والمحبوس والمرتد (٧) هذا إجمالاً ، أما تفصيلاً فعلى النحو التالي :-

١ – المذهب الحنفي :-

فقد جاء في شرح فتح القدير (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ، ولا يعلم أحيٌ هو أم ميِّت ...) (٨)

ومن الملاحظ أن هذا الذكر دون تفصيل أو تنويع ، لا من حيث الأمن أو الهلاك ، ولا من حيث الفقد فيما إذا كان في قتالٍ مع الكفار أو غير ذلك ، وإن ما ذكر في كثيرٍ من مؤلفات السادة الحنفية ، أن المفقود نوعان ، فإنما هو لاعتبار حاله حياةً أو موتاً ، لا لمكان فقده أو كيفيته مثال ذلك قولهم (حكمه في الشرع أنه حيٌّ في حقِّ نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ، ميِّتٌ في حق غيره ، حتى لا يرث هو) (٩) ، وتأييداً لذلك فقد جاء في الفتاوى الهندية ما نصه (قال مشايخنا رحمهم الله تعالى مدار مسألة المفقود على حرفٍ واحد ، إن المفقود يعتبر حياً في ماله ميِّتاً في مال غيره)(١٠)

---

١ – ينظر/المبسوط١١/٣٥ ، الفتاوى الهندية٦/٤٥٦ .

٢ – ينظر/الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت٢٠٤ هـ خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مسطرجي٥/٣٤٦ دار الكتب العلمية بيروت /لبنان/ط١ . ٣ – ينظر/المحلى بالآثار للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ت٤٥٦ هـ تحقيق د.عبد الغفار البنداري ٩/٣١٦ دار الفكر ٤ – ينظر/المغني ٩/١٣٢

٥ – ينظر/جواهر الكلام ٣٢/٢٩٢ ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون للقاضي أحمد محمد علي داود ص٥٥٢/مكتبة دار الثقافة عمان /ط٢ عن المختصر النافع لنجم الدين جعفر بن الحسن بن سعيد الهذلي الملقب بالمحقق ت٦٧٦ هـ ٢/٢٦٤ ، مطبعة دار الكتاب العربي/القاهرة ، وعن مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة لمحمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي الشقرائي ت١٢٢٦ هـ ٨/٩٤ ، مطبعة الشورى / القاهرة .

٦ – ينظر/مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني ت٩٥٤ هـ وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المعروف بالمواق ت٨٩٧ هـ /١٥٥ دار الكتب العلمية بيروت/لبنان/ط١، حاشية الدسوقي٢/٤٧٩ .

٧ – ينظر/المبسوط١١/٣٥ ، الأم ٥/٣٤٦ ، المحلى ٩/٣١٦ .

٨ – ينظر/شرح فتح القدير ٢/١٨٠

٩ – المبسوط١١/٣٤

١٠ – ينظر/الفتاوى الهندية٦/٤٥٦

٢-المذهب الشافعي :-

قـــال الإمام الشافعي في الأم (فلم أعلم مخالفاً في أن الرجل أو المرأة لو غابا ، أو أحدهما براً أو بحـــراً ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا أو أحدهما ، فلم يسمع لهما بخبر ، أو أسرهما العدو ، فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما) (١)

٣- المذهب الظاهري :-

قال ابن حزم (ومن فُقد فعُرف أين موضعه أو لم يعرف في حربٍ فقد أو في غير حرب...)(٢)

يتضـــح مما ذكر أن هذا هو قول جمهور الفقهاء ، حيث اعتبروا المفقود نوعاً واحداً بالنسبة لمكان وكيفـــية فقـــده (٣) ، هذا وقد تحدَّث الصحابة رضوان الله عليهم عن المفقود في آثارهم ، فلم يفـــرِّق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بين ما إذا كان الإنسان قد فقد في مكانٍ ظاهره الخطر ، كالفقد بين الصفين ، وبين ما كان ظاهره السلامة كمن يسافر في تجارةٍ ولم يعد ، وانقضت أخباره ولم يـــدر أهو بين الأحياء أم الأموات (٤) ، وممن ذهب مذهب عمر بن الخطاب من الصحابة في ذلك عثمان وعلي وابن مسعود(٥) وابن عباس(٦) وابن عمر(٧)

١- ٣٤٦/٥

٢-ينظر/المحلى ٣١٦/٩

٣- ينظر/المبسوط٣٥/١١ ، الفتاوى الهندية٤٥٦/٦ ، الأم٣٤٦/٥ ، المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي ت٤٧٦ هـ تحقيق وتعليق د.محمد الزحيلي ٥٤٥/٤ دار القلم دمشق /ط١، المحلى٣١٦/٩ .

٤- ينظر/موسعة فقه عمر بن الخطاب/د.محمد رواس قلفة جي ص٧٨٧-٧٨٨ دار النفائس .

٥- عـــبد الله بن مسعود:-هو عبد الله بن مسعود بن غافل الكوفي أبو عبد الرحمن ، صحابي شهد العديد من المشاهد مع الرسول علـــيه الســـلام كبدر وأحد ، وشهد له الرسول عليه السلام بالجنة ،توفي بالمدينة وهو ابن بضع وستين سنه/ينظر/ تهذيب الأسماء واللغات للإمام ٢٨٨/١ .

٦- عـــبد الله بـــن عباس :- هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب المكي ، وهو ابن عم الرسول (صلى الله عليه وسلم) دعا له النبي (صلى الله عليه وسلم) بالحكمة والفقه والتأويل ، وقد لقب بعالم عصره ، فأصبح كذلك ، وسمي حبر هذه الأمة ، وكان من المكثرين في الرواية ، ولد في السنة الثامنة قبل الهجرة وتوفي بالطائف سنة ٨٦هـــ ./ينظر/المصدر السابق٢٧٤/١ .

٧)- عبد الله بن عمر :- عبد الله بن عمر بن الخطاب أبو عبد الرحمن العدوي ، ولد سنة ١٠قبل الهجرة كان كثير الصدقة ، من المكـــثرين في رواية الحديث ، حضر غزوة الخندق ، توفي سنة ٧٣هـــ ودفن في مكة المكرمة ./ينظر/ تهذيب الأسماء واللغات ١/ ٢٧٨ ، تذكرة الحفاظ ٣٧

ومـــن الـــتابعين الحســـن (١)وإبراهيم النخعي(٢) والحكم بن عتيبة(٣) وعطاء(٤) والزهري(٥) ومكحول(٦) والشعبي(٧) وعمر بن عبد العزيز(٨) وسعيد بن المسيِّب(٩)

---

١)- الحسـن البصـري :- هو الحسن بن أبي الحسن المكنى بأبي سعيد ، ولد في خلافة عمر بن الخطاب ، كان عالماً وإماماً وكان مولى لزيد بن ثابت ، وكان إماماً كبير الشأن ، توفي سنة ١١٠هـ ، وقيل غير ذلك ./ينظر/طبقات المفسرين لشمس الدين محمد بن علي الداودي تحقيق علي محمد عمر١/١٤٧/مكتبة وهبة /القاهرة/ط١ .

٢)- إبراهـيم النخعي :- هو إبراهيم ابن سويد النخعي الأعور ، من علماء الكوفة الأوائل ، وهو من الطبقة السادسة من علماء الحديـث ، وصـفه العلماء بالثقة في رواية الحديث ، وهو من أتباع التابعين بالكوفة/ينظر/تذكرة الحفاظ١/٧٣ ، مشاهير علماء الأمصار لأبي حاتم محمد بن أحمد بن حيان/ت٣٥٤ هـ ، تعليق مجدي بن منصور/ص٨١/دار الكتب العلمية/بيروت/ط١

٣)- الحكـم بن عتيبة :- هو الحكم بن عتيبة بن النهاس ، ولقبه أبو عمر الكندي ولد سنة ٥٠هـ كان ثقةً عرف بشيخ الكوفة في الحديـث ، حـدَّث عن القاضي شريح وسعيد بن جبير ، وغيرهم ، وكانت تخلى له سارية النبي صلى الله عليه وسلم ، إذا أتى المدينة المنورة ليصلي فيها ، توفي عام ١١٥هـ . /ينظر/مشاهير علماء الأمصار/ص١٣٧ ، تذكرة الحفاظ١/١١٧ .

٤)- عطـاء :-هو عطاء بن أسلم بن أبي رباح المكي القرشي ، المكنى بأبي محمد ، من كبار التابعين ، ولد في خلافة عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ كان مفتياً لأهل مكة ، حيث كان فقيهاً وخاصةً في مناسك الحج ، توفي سنة ١١٥هـ .ينظر /تهذيب الأسماء واللغات ١/٣٣٣ ، الطبقات ٢/٢٩٤ .

٥)- الزهـري :- هو الإمام أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري ، نسبة إلى قبيلة زهرة ، ولد سنة ٥٠هـ ، مـن أحفـظ أهـل زمانه للسنن ، وهو من فقهاء التابعين بالمدينة المنورة ، قال عنه عمر بن عبد العزيز : ((لم يبق أحد أعلم بسنة ماضـية مـن الزهـري)) توفي عام ١٢٤هـ/ينظر/تذكرة الحفاظ١/١٠٨-١٠٩ ، لب اللباب في تحرير الأنساب تحقيق محمد وأشرف ولدي أحمد عبد العزيز ١/٣٨٧/دار الكتب العلمية/بيروت/ط١ .

٦)- مكحـول :- هـو أبـو عبد الله بن مسلم الهذلي ، مولى امرأة من هذيل ، وأصله من كابل كان يعرف بالكرم ، وقيل بأن بلسـانه لكنه ، من رواة الحديث قال عنه الزهري (العلماء ثلاثة ، فذكر منهم مكحولاً) ، وقيل على لسان أبي حاتم : (ما أعلم بالشـام أفقـه من مكحول) فهو عالم أهل الشام ، توفي سنة ١١٢هـ /ينظر/تذكرة الحفاظ /١/١٠٧-١٠٨ ، مشاهير علماء الأمصار/ص١٤١ .

٧)- الشـعبي :- هـو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي الحميري الملقب بأبي عمرو ، كان فقيهاً ورعاً ، أقام في المدينة المنورة ، ودرس علم الحساب ، وتولى منصب القضاء بالكوفة ، وكان يتحدث بالشعر وهو ابن سبع سنين ، توفي سنة ١٠٣هـ وقيل غير ذلك /ينظر/تهذيب التهذيب لأبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني/٥/٦٥/دار صادر/بيروت/ط١ .

٨) عمـر بن عبد العزيز :- هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أمية القرشي ، ولد سنة ٦١هـ تولى الخلافة بعد ابن عمـه سـليمان بن عبد الملك وقد اشتهر بالعدل وإحقاقه للحق ، حتى أجمع العلماء على فضله وصلاحه وزهده وورعه ، واعتبر خامس الخلفاء الراشدين ، توفي بالشام سنة ١٠١هـ .ينظر/ تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٧ .

٩)- سـعيد بن المسيب :- هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي ، أبو محمد القرشي ، ولد في السنة الثانية من خلافـة عمـر بـن الخطاب وكان من سادات التابعين فقهاً وورعاً وعبادةً وفضلاً وزهداً وعلماً ، قيل : أنه كان فيمن أصلح بين عثمان وعلي ، ، وهو من علماء المدينة المشهورين توفي سنة ٩٣هـ /ينظر/مشاهير علماء الأمصار/ص٨١ .

وأبـــو الزِّناد(١) وربيعة(٢) وحمَّاد بن أبي سليمان(٣) وابن أبي ليلى(٤) وعثمان البتي(٥) وسفيان الثوري(٦) والأوزاعي(٧) والليث(٨) وهشيم(٩) والحسن بن حي(١٠).

---

١)- أبـــو الـــزناد :- هـــو أبو عبد الرحمن عبد الله بن ذكوان المدني فقيه المدينة وكان له تلاميذ كثر ، ويسمى أمير المؤمنين في الحديـــث ، وكان صاحب كتابة وحساب ، وصفه الإمام أبو حنيفة بالفقه ، والإمام أحمد بالعلم ، توفي سنة ١٣١هـــ/ينظر/تذكرة الحفاظ ١٣٥/١ .

٢)- ربـــيعة :- هـــو ربـــيعة بن أبي عبد الرحمن أبو عثمان التيمي ، كان إماماً فقيهاً مجتهداً ، حافظاً للفقه والحديث ، وكان يمتاز بالفطـــنة والجود ، ومن أهل الرأي ، حتى عرف بربيعة الرأي قال عنه الإمام أحمد : ربيعه ثقة /ينظر/تذكرة الحفاظ ١/ ١٥٧-١٥٨ ، الأعـــلام ١٧/٣، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء لخير الدين محمود بن محمد بن علي الزركلي ١٧/٣/دار العلم للملايين/بيروت/ط٥ .

٣)- حماد بن أبي سليمان :- مولى آل أبي موسى الأشعري ، واسم أبيه مسلم ، قيل عنه بأنه صدوق ، ولكن لا يحتج بحديثه رغم فقهه ، ووصف بكثرة الخطأ إذا قال عن غيره وبالصواب إذا قال برأيه ، قال عنه الإمام مالك كان الناس عندنا هم أهل العراق ، حتى ولب إنسانٌ يقال له حماد ، فاعترض هذا الدين فقال فيه برأيه ، توفي سنة ١٢٠هـــ/ينظر/مشاهير علماء الأمصار/ص١٣٧ ، تهذيب التهذيب ١٦/٣ .

٤)- ابن أبي ليلى :- هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، يكنى بأبي عبد الرحمن ، كان فقيهاً ومفتياً للكوفة وقاضياً لها ، وقارئاً للقـــرآن ، قيل عنه بأنه أفقه أهل الدنيا في حينه ، له مناقب كثيرة قال عنه الإمام أحمد أنه مضطرب الحديث ، توفي سنة ١٤٨هـــ /ينظر /تذكرة الحفاظ ١٧١/١ .

٥)- عـــثمان البتي :- هو عثمان بن مسلم بن هرمز ، من أهل البصرة ، لقب بالبتي نسبةً إلى بت ، موضع قرب البصرة ، كان من فقهاء البصرة ومحدثيها . /ينظر/ لب اللباب ١٠٣/١

٦)- سفيان الثوري :- هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حمزة بن حبيب الثوري ، أبو عبد الله ، ولد سنة ٩٥هـــ ، وقيل سنة ٩٧هـــ ، من أشهر الحفاظ ، من أتباع التابعين في الكوفة ، توفي بالبصرة عام ١٦١هـــ /ينظر/مشاهير علماء الأمصار/ص٢٠١ تذكرة الحفاظ/٢٠٣/١-٢٠٧ .

٧)- الاوزاعـــي :- عـــبد الرحمن بن عمرو بن محمد الدمشقي ، شيخ الإسلام ، ولد سنة ٨٨هـــ ، ينسب إلى قرية الاوزاع من أعمـــال دمشـــق ، وهو من أشهر فقهاء الشام في عقده ، توفي في بيروت مرابطاً عام ١٥٧هـــ/ينظر/مشاهير علماء الأمصار/ص ٢٠١ ، تذكرة الحفاظ٢٠٣/١ ، لب اللباب١٨٧/١ .

٨)- الليـــث :- هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي ، ولد سنة ٩٣هـــ ، كان حسن الذاكرة ، فقيهاً ومحدثاً وإماماً لأهل مصر ، توفي سنة ١٧٥هـــ ، وقيل غير ذلك /ينظر/تهذيب الأسماء واللغات ٧٣/٢ .

٩) هشـــيم الســـلمي :- هو هشيم بن بشير بن القاسم السلمي أبو معاوية المعلم ، من متقني الحديث رواية وحفظاً إلا أن بعض العلماء وصفوه بكثرة التدليس ، ولد سنة ١٠٤هـــ وتوفي سنة ١٨٣هـــ ينظر/مشاهير العلماء ص٢٠٨ .

١٠) الحســـن بن حي بن صالح ، ويكنى بأبي عبد الله ، من أهل الكوفة ، اهتم بجمع الحديث وروايته ، كان فقيهاً وناسكاً وثقه ، كـــان كريماً حتى إنه خلع نعليه لأحد السائلين ، كان شيعياً فاختلف مع والي الكوفة في خلافة المهدي ، فاختفى مدة سبع سنوات إلى أن توفي سنة ١٦٧هـــ عن ثلاث وستين عاما . ينظر/الطبقات الكبرى لمحمد بن منيع بن سعد ، تحقيق محمد عبد القادر عطا٦/ ٣٥٣/دار الكتب العلمية/بيروت/ط١ ، ينظر/ المحلى ٣٢٤/٩.

وأما من حيث من يلحق بالمفقود ، فقد ألحق به الحنفية ما يلي :-

١- الأسير :-

ويقصد بالأسير الشخص الذي احتجز عند العدو لأي من الأسباب ، ولم يتمكن المسلمون من معرفة حياته من مماته ، فيستثنى من ذلك من لحق بدار الكفر من تلقاء نفسه ، وقد ألحق السادة الحنفية الأسير بالمفقود فقالوا (وحكم الأسير كحكم سائر المسلمين في الميراث) (١) وهذا فيما إذا كان الأسير معروف الحياة ، فإن أمواله وممتلكاته وحقوقه مصونة بصيانة الإسلام لها .

أما الأسير الذي لا تعرف حياته من مماته ، حتى وإن عرفت الجهة التي يحتجز فيها ، واختفى أثره ، فهو كالمفقود

(فإن لم يعلم ردّته ولا حياته ولا موته ، فحكمه كحكم المفقود) (٢)

٢- المرتد :-

الرِّدة لغةً :- الرجوع عن الشيء إلى غيره ، ارتدَّ عنه : تحول ، والاسم الرِّدة ، والردة عن الإسلام أي الرجوع عنه ، وارتد فلانٌ عن دينه إذا كفر بعد إسلامه (٣)

الـردة شرعاً :- هي الرجوع عن دين الإسلام إلى الكفر ، سواءً بالنية أو الفعل المكفّر ، أو بالقول سواءً قاله استهزاءً أو عناداً أو اقتناعاً (٤)

دليله من القرآن قوله تعالى ((وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ...)) (٥)

هذا وقد ألحق الحنفية المرتدَّ بالمفقود ، سواءً لحق بدار الكفر أم لا ، وبذلك يتبين لنا ما يلي :-

أ- إنَّ مجرَّد الارتداد عن الإسلام يلحق المرتدَّ بالكفر وتسري عليه أحكام المفقود .

ب- إن اللحاق بدار الكفر هو بمنزلة الموت بحق المسلم .

١- الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦

٢- ينظر/الفتاوى الهندية٤٥٦/٦ ، الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ٣٧/٣ دار المعرفة بيروت/لبنان/ط

٣- ينظر/لسان العرب١٧١/٣ .

٤- الفقه الإسلامي وأدلته/د.وهبه الزحيلي ١٨٣/٦ ، دار الفكر /دمشق/ط٣.

٥- سورة البقرة آيه ٢١٧ .

يتضح من ذلك ما يلي :-

أ- (إذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب أم لا ، فإنه يوقف ميراثه ، كما يوقف ميراث المسلم لأن اللحاق بدار الحرب ، بمنزلة الموت بحق المسلم) (١)

ب- الأسير كالمرتدّ إن فارق دينه ، حيث جاء في الفتاوى الهندية (وحكم الأسير كحكم سائر المسلمين في الميراث ، ما لم يفارق دينه ، فإن فارق دينه فحكمه كحكم المرتد)(٢)

أما بالنسبة للشافعية ، فقد نصوا على إلحاق الأسير بالمفقود ، حيث قال الشافعي (لم أعلم مخالفاً في أن الرَّجل والمرأة لو غابا ، أو أحدهما ، برّاً أو بحراً ، علم مغيبهما أم لم يعلم ، فماتا أو أحدهما ، فلم يسمع لهما بخبر ، أو أسرهما العدوُّ فصيَّروهما إلى حيث لا خبر عنهما ...) (٣) وبهذا فالأسير إن لم تعلم حياته من مماته ، فهو كالمفقود .

هذا بالنسبة لجمهور الفقهاء الذين اعتبروا المفقود نوعاً واحداً ، أما بالنسبة لمن اعتبره نوعين فعلى النحو التالي :-

١- المذهب الحنبلي :-

لقد اعتبر الحنبلية المفقود على نوعين وهما :-

النوع الأول :- من كان ظاهر غيبته الهلاك ، كالذي يفقد بين أهله ، أو في مفازة أو بين الصَّفين إذا اقتتل قومٌ ، أو كمن غرق في مركبة ونحو ذلك كغارة جوِّية ، أو زلزال ... (٤)

النوع الثاني :- أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفرٍ لتجاره في غير مهلكة ، أو طلب علمٍ أو سياحة أو إباق عبد وغير ذلك (٥)

هذا وقد ألحق الحنبلية الأسير بالمفقود ، وذلك إذا انقطع خبره ولم تعرف حياته من مماته فقد ورد في المقنع بعد أن تحدَّث عن المفقود ، قوله (وكذلك امرأة الأسير) (٦) في حين ورد في المغني (والأسير كالمفقود إذا انقطع خبره) (٧)

١- المبسوط ١١/٤٨ . ٢- ٦/٤٥٦ ٣- الأم ٥/٣٤٦ .

٤- ينظر/المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ٢/٤٤٣ ط٣ ، ٣/٢٨١ ، المغني ٩/١٣٢ ، الرَّوض المربع لشرح زاد المستقنع/مختصر المقنع في فقه إمام السنَّة أحمد بن حنبل الشيباني لشرف الدين أبي النَّجا موسى بن أحمد الحجاوي والشرح لمنصور بن يونس البهوتي ٢/٢٩٣ /دار الكتب العلمية بيروت/لبنان ط٧ .

٥- المصادر السابقة ٦- ٣/٢٨٥ ٧- ٧/٢١١ .

٢- المذهب الشيعي :-

اختلف الشيعة في ذكر أنواع المفقود ، فمنهم من رأى أنه نوعٌ واحدٌ ، ومنهم من رأى أنه نوعان على النحو التالي :-

أ- مـن فقد في معسكر أثناء الحرب ، سواءً كانت هذه الحرب مع العدوِّ ، أم بين المسلمين أنفسهم ، وقد عرَّفوا المفقود في هذه الحالة بمفقود عدم الأمن .

ب- من فقد في غير معسكر ، وهو من فقد لأي سببٍ من الأسباب ، ما عدا سبب القتال وقد عرَّفوه في هذه الحالة ، بمفقود الأمن . (١)

وجديـرٌ بالذكر أن تقسيم الحنبلية والشيعة للمفقود ، إنما هو لاختصاص كلّ نوعٍ بأحكامٍ تختـلف عـن أحكـام النوع الآخر ، هذا من ناحية ، ومن ناحيةٍ أخرى ، فإن كلاً من الحنبلية والشيعة ، وإن اتفقوا على أن المفقود على نوعين ، فإن ذلك لا يعني أنهم اتفقوا على أحكام كلّ نوعٍ ، بل لكلٍّ أحكامه .

أمـا فقهاء المذهب المالكي ، فقد اختلفوا في أنواع المفقود (٢) ويعود السبب في ذلك إلى أمرين

١- اختلاف نظرهم لما هو الأصلح في الشرع (٣) وذلك أن أغلب ما يتعلق بالمفقود ، إن لم يكـن جميعه ، مبناه الاجتهاد،والاجتهاد يختلف من شخصٍ إلى آخر ، وبخاصَّةٍ إذا كان مبنياً على المصلحة .

٢- دمـج بعض الفقهاء لنوعين من أنواع المفقود أو أكثر في نوعٍ واحد ، لاتحاد الحكم في ذلك ، وعلى أيَّة حال ، فإنَّ من المالكية من جعل المفقود ثلاثة أنواع وهو أقلُّها على النحو التالي

١- مفقودٌ لا يدرى موضعه .

٢- مفقودٌ في القتالِ بين المسلمين .

٣- مفقودٌ في القتال بين المسلمين ، وأعدائهم . (٤)

١- ينظر/جواهر الكلام ٢٩٢/٣٢ ، الحقوق المتعلّقة بالتركة ص٥٥٢ .

٢- ينظر/مواهب الجليل ١٥٥/٤ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيراواني للشيخ أحمد بن سالم بن مهنا النفراوي ت ١١٢٦هـ وهي شرح لرسالة الإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيراواني ت٣٨٦ هـ ١٩٦/٢ دار الكتب العلمية ، بيروت/لبنان ، حاشية الدسوقي ٤٧٩/٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت٥٩٥ هـ ٥٢/٢-٥٣ دار المعرفة / ط٦ .

٣- ينظر/مواهب الجليل٥٠٤/٥-٥٠٨ .

٤- ينظر/شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيد الأبياني/ص٣٥٣-٣٥٤ .

ومنهم من جعله خمسة أنواع ، على النحو التالي :-

١- مفقودٌ في بلاد المسلمين زمن الوباء .

٢- مفقودٌ في بلاد المسلمين في غير زمن الوباء .

٣- مفقودٌ في بلاد الشرك .

٤- مفقودٌ في القتال بين أهل دار الإسلام .

٥- مفقودٌ في القتال بين المسلمين والكفار . (١)

وأغلب مصادر الفقه المالكي ذكرت أن المفقود على أربعة أنواعٍ هي :-

١- مفقودٌ في بلاد المسلمين .

٢- مفقودٌ في أرض المشركين .

٣- مفقودٌ في الحروب بين المسلمين بعضهم بعضا .

٤- مفقود في حروب المسلمين مع الكفار (٢)

وقـــد ورد في بداية المجتهد ما يؤيِّدُ ذلك نصاً (والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة: مفقودون في أرض الإسلام ، ومفقودون في أرض الحرب ، ومفقودون في حروب الإسلام أعني فيما بينهم ، ومفقودون في حروب الكفار) (٣)

وقـــد ذكرت هذه الاختلافات ، في أنواع المفقود لما لها من تأثيرٍ على الأحكام المترتبة عليه بناءً على كلّ حالة ، كما سيبين في حينه .

الأسير وإلحاقه بالمفقود :-

قال الإمام مالك لا يلحق الأسير بالمفقود ، وذلك لأنه ليس من منزلته (٤) في حين يرى ابن عـــبد البر (٥) أن الأسير الذي تعرف حياته في وقتٍ من الأوقات ، ثمّ ينقطع خبره ولا يعرف له موتٌ ولا حياه ، يعتبر مفقوداً من النوع الثاني ، أعني من نوع المفقودين في بلاد الأعداء . (٦)

١- ينظر/شرح الصغير للدردير وحاشية الدسوقي ٥٠٤/١ ، التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل١٥٦/٤، المفصل ٤٤٨/٨

٢- ينظر/حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٧٩/٢ ، بداية المجتهد ٥٣/٢ .؟

٣- ٥٢/٢-٥٣ .

٤- ينظر/المدونة الكبرى ٤٥٦/٣

٥- ابـــن عبد البر:- هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي القرطبي المالكي ، ولد عام٣٦٨هـــ كان يعرف بشيخ علماء الأندلس ، وكبير محدثيها ، وأحفظ من كان فيها ، توفي عام ٤٦٣هـــ/فتح المالك على موطأ الإمام مالك للدكتور مصطفى حميدة١/٥ -٧ ، دار الكتب العلمية/بيروت/ط١ .

٦- ينظر/الموسوعة الفقهية الكويتية للإمام مالك بن أنس ص٢٦٨ عن الكافي ٥٦٨/٢ مطبعة السعادة/مصر/ط١ . ؟

ومن المالكية من اعتبر المفقود في حروب الكفّار والأسير نوعاً واحداً (١)

هذا وإن الأسير لا يخلو من أحد أمرين :-

١- أن يكون الأسير معلوم الحياة ، فحكمه حكم سائر المسلمين ، في الميراث ، فيرث غيره ويورث إذا مات في أسره ، ولا يورث عنه ماله إجماعاً حال حياته في الأسر ، لأنه حيٌّ ثابت الحياة ولا اعتبار لوجوده في دار الكفر ، حيث لا يؤثّر ذلك على حقوقه ، لأن المسلم لا يسترقُ عند جماهير الفقهاء ، فالمسلم مسلمٌ أينما كان ، فلا نعترف بالرِّق الذي وضعه أهل دار الحرب عليه(٢)

٢- أن يكون الأسير مجهول الحال ، لا تعلم حياته أو موته ، أو ردَّته أو مكان إقامته ، فيأخذ أحكام المفقود ، عند كثيرٍ من الفقهاء وبعض المالكية (٣)

أما الإمام مالك فإن الأسير عنده ، وإن كان مجهول الحال ، فهو ليس بمنزلة المفقود ، فلا تتزوج امرأته ، حتى يعلم موته أو يتنصَّر ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الوالي لا يستطيع أن يستخبر عنه في أرض العدو ، فليس هو بمنزلة من فقد في دار الإسلام (٤)

وقد جعل الإمام مالك الأسير المرتد على أقسام وهي :-

أ- إذا تنصر الأسير طائعاً ، فهو مرتد ، ويفرَّق بينه وبين امرأته (٥).

ب- إذا تنصر مكرهاً ، لم يفرَّق بينه وبين امرأته ، وقيل يوقف ماله (٦) .

ج- إن لم يعلم أنه تنصر مكرهاً أو طائعاً ، فرَّق القاضي بينه وبين امرأته ، ويوقف ماله ، حتى يموت ، فيكون في بيت مال المسلمين أو يرجع إلى الإسلام ، وإذا ادعى ورثة الأسير أو زوجته أو أحد المسلمين بردَّته في دار الحرب ، فلا بدَّ لذلك من بينة ، وهي شهادة مسلمين عدلين .

وإنني أرى أن ذلك يثبت أيضاً بالبينة الخطية ، إذا وصل منه ما يفيد ذلك ، وتحقق ذلك لدى القاضي ، لأنه يكون ذلك بمثابة الإقرار ، والإقرار سيِّد الأدلّة ، بل إنّ المرء مؤاخذٌ بإقراره(٧)

١- بداية المجتهد ٥٣/٢ ٢- الحقوق المتعلّقة بالتركة ص٥٥٨ .

٣- ينظر/مواهب الجليل ١٥٥/٤ ، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ٤٥٦/٣ ، مطبعة السعادة، مصر / ط١ ، المقنع ٣/ ٢٨٥ ، الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦ .

٤- ينظر/المدوّنة الكبرى ٤٥٦/٣ . ٥- المصدر السابق٤٥٧/٣ ٦- المصدر السابق٤٥٧/٣

٧- المادة ٧٩ والتي نصها (المرء مؤاخذٌ بإقراره) شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني/المطبعة الأدبية/بيروت/ط٣ .

كمـــا ويثبت ذلك بإقراره صراحةً ، إذا شوهد على وسائل إعلام العدو ، وعرف أنه غير مكره ، أو كان قد تبوّء منصباً مرموقاً عندهم ، لأن هذا يكون بمثابة القرينة القاطعة .

بكـــلّ هذه الأدلة ، يحكم القاضي بوقوع الفرقة بينه وبين زوجته ، ويقسّم ماله بين الورثة فإذا حضر بعد القضاء فلا ترد امرأته ولا ما هلك من ماله ، وذلك لاحتمال كونه قد ارتدّ وتاب أما ماله الموجود بيد الورثة وفي أيديهم فإنه يردُّ له ، وإذا حضر قبل قضاء القاضي ، وبعد سماعه لشهادة العدلين ، أبان امرأته منه وأبقى إليه ماله (١)

أما المحبوس فإنّ المالكية قد اتفقوا على عدم إلحاقه بالمفقود ، وذلك على جميع أحواله ، فإن كان معروفاً مكان حبسه ، وتعرف حياته ، فهو كسائر المسلمين ،أما إن كان لا يستطاع الكشف عنه ، فإنه لا يلحق بالمفقود (٢)

أخـــيراً نـــرى أنّ الأسير يلحق بالمفقود عند كلٍّ من الحنفية والشافعية والحنبلية ، وهذا هو مذهب الزهري ، حيث قال في الأسير يعلم مكانه (لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله ، فإذا انقطع خبره فسنّته سنّة المفقود) (٣)

أما المالكية فإنهم لا يلحقون الأسير أو المحبوس بالمفقود ، وإن ألحق بعضهم الأسير به ، وإنني أميل إلى القول بعدم إلحاق الأسير أو المحبوس في أرض العدو بالمفقود ، وذلك لما يلي :-

لعدم تمكن الحاكم من البحث عنهما في أرض العدو ، إذا كان كلٌّ منهما معلوم المكان ، أما إذا انقطع خبرهما فيسنُّ بهما سنّة المفقود ، مع وجوب التفريق بين الأسير والمحبوس .

أنواع المفقود في قانون الأحوال الشخصية :-

للمفقود في قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المعمول به في محاكمنا الشرعية حالتان(٤):-

الحالـــة الأولى :- وهـــي أن يكون المفقود في جهةٍ معلومة ، ويغلب على الظن هلاكه فيها وتقسم إلى نوعين :-

أ- أن يكـــون فقـــده إثر كارثةٍ كزلزال أو غارةٍ جوّية ، أو في حالة اضطراب الأمن ، وحدوث الفوضى .

ب- أن لا يكون فقده إثر ذلك ، بل في أمورٍ طبيعيَّة ، ولكن يغلب على الظن هلاكه .

١- يـــنظر/مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي ٩١٩/٢ مؤسسة الرسالة بيروت/لبنان/ط١، الحقوق المتعلّقة بالتركة ص٥٥٩ .

٢- يـــنظر/مواهب الجليل١٥٥/٤ ، الموسوعة الفقهية الكويتية/إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية ص٢٦٨ ، طباعة ذات السلاسل/الكويت/ط٢ الحقوق المتعلقة بالتركة ص٥٥٨ .

٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٤٢٩/٩/كتاب الطلاق باب ٣٢ /المكتبة الإسلامية .

٤- يرجع إلى ص٢٦من هذا البحث مادة ١٧٧ .

الحالة الثانية :- أن يكون فقده في جهة غير معلومة ، ولا يغلب على الظن هلاكه فيها(١)

ويرد على هذا القانون الملاحظات التالية :-

١- لقد قسّم القانون المفقود إلى نوعين (٢) والصحيح أنه ثلاثة أنواع كما يلي : -

أ- مفقود في جهة معلومة ويغلب على الظن هلاكه .

ب- مفقود في جهة معلومة إثر كارثة ، كزلزال أو غارة جويّة ، أو في حالة اضطراب الأمن ويغلب على الظن هلاكه .

ج- مفقود في جهة غير معلومة ، ولا يغلب على الظن هلاكه .

٢- كان من الأجدر بالمشرّع أن يجعل وفاة المفقود ، إثر كارثة محققة ، كغارة جوّية ، أو انهيار مبنى ، أو غرق سفينة ، نوعاً خاصاً يأخذ حكماً منفرداً ، ويعتمد على قرار الجهات المسؤولة ، فمثلاً :- إذا غرقت سفينة أو تعرّض مبنى لغارة جوّية ، وانهار على من بداخله ـــ كما هو الحال في أيّامنا هذه ، وما يحدث من دمار من قبل العدو الصهيوني المحتل ، للبيوت والمؤسسات ـــ وانتشلت بعض الجثث ، وفقدت أخرى لتعذّر انتشالها ، وانتهت محاولات الإنقاذ للعثور على أحياء ، أو جثث الأموات ، وصدر بذلك قرارٌ رسميٌّ من الجهة المسؤولة ، فيمكن اعتبار وفاته والحكم بها من تاريخ القرار ، سواءً تقدّم ذووه بطلبٍ لذلك أم لا ، وذلك استدلالاً بالقرينة القاطعة .

٣- كان على المشرع أن يضع بنداً خاصاً ، فيما يتعلّق بزوجة وأموال الأسير في أيدي الأعداء ، الذي لم تعرف حياته من مماته ، وكذلك المرتد ، وذلك حتى لا تتضارب الأحكام ، أو تختلف الاجتهادات ، خاصةً إذا علمنا أن ما لا نص فيه في هذا القانون ، يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٨٣ من القانون (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة) (٣)

وإذا رجعنا إلى القول الراجح في المذهب الحنفي ، وجدنا أنّهم يلحقون الأسير على الصفة المذكورة ، وكذلك المرتد بالمفقود (٤)

١- ينظر /الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني لعمر سليمان عبد الله الأشقر ص٢٤٧-٢٤٩ ، دار النفائس/الأردن ط١ .

٢- المادة١٧٧/مجموعة التشريعات الخاصة ص١٩١ .

٣- مجموعة التشريعات الخاصة ص٩٢ ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى للقاضي أحمد محمد علي داود ٩٣٧/٢-٩٣٨ مكتبة دار الثقافة /عمان/ط١.

٤- ينظر الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦ ، الاختيار لتعليل المختار ٣٧/٣ .

والقـــانون لم يأخذ بالمذهب الحنفي في الحكم بموت المفقود ، إلا إذا كان فقده في جهةٍ غير معلومـــة ، ولا يغلب على الظن هلاكه فيها ، حيث يفوّض الأمر في ذلك إلى القاضي ، على أن تكون مدةً طويلة ، بناءً على أنهم لا يحكمون بموته ، إلا من بعد موت أقرانه(١) كما سيأتي لاحقاً

لكلّ هذا أرى أن يكون بندٌ خاصٌ بالأسير ، يوضح أمره ويحتاط له ، لأن التحري عن حياته عـــند العدو غير متحقق ، فيجب أن يؤخذ له بالأحوط ، بحيث تحدد المدة التي يغلب على الظن هلاكه فيها ، حسماً للخلاف أو التشهي ، وكذلك الأمر بالنسبة للمرتد .

وأمـــا المادة ١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية والتي نصها (لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبةٍ مقيِّدةٍ للحرية ، مدة ثلاث سنوات فأكثر ، أن تطلب إلى القاضي ، بعد مدَّة سنة من تاريخ حبسه ، وتقييد حريَّته التطليق عليه بائناً ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه) (٢) فهي خاصةٌ للمحبوس المعلوم الحكم ومكان الحبس ، وإن كانت عامةً في كونه محبوساً عند المسلمين أو غيرهـــم ، دون تحديـــد الأسباب ، والفرق بين السجين والأسير ـــ وبخاصةٍ إذا كان الأسير غير معلوم الحياة ـــ شاسعٌ وكبير .

١- ينظر/المبسوط ٣٥/١١ ، شرح فتح القدير ٣٧٣/٥ ، الهداية ١٨١/٢-١٨٢ ، تبيين الحقائق ٣١٢/٣ .

٢- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤ .

المبحث الثالث :-

المدة التي يحكم فيها بموت المفقود وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :-

آراء الفقهاء في الحكم بوفاة المفقود :-

اتفق الفقهاء على أن وفاة المفقود ، إذا ثبتت ببينة ، فإنه يحكم بموته من تاريخها(١) فمثلاً إذا ثبتت وفاته بشهادة الشهود ، أو ببينة خطية من جهة رسمية ، فإن ما يتعلق بزوجته وأمواله من أحكام ، يكون من ذلك التاريخ ، وهذا أمرٌ طبيعي ، حيث إن الوفاة لا تكون إلا بالبينة ، وأما المفقود فالأصل فيه هو استصحاب الحال ، والبقاء على ما هو عليه ، فإذا تقدَّم مدَّعٍ بدعوى للقاضي ، يطلب فيها الحكم بوفاة المفقود ينظر ، فإذا كان هناك بيِّنةٌ يستند إليها المدعي ، تفيد تاريخ الوفاة ، والبينة يعتمد عليها ، حكم بوفاته منذ ذلك التاريخ ، أما إذا لم تكن هذه البينة قائمة ، فالقاضي ينتقل إلى مرحلة الإثبات ، والتي تعتمد على البحث والتحري الدقيقين ، وفي هذه الحالة ، فقد اختلف فقهاء المذاهب في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود ، بل إنَّ الاختلاف لم يقتصر كونه على المذاهب ، وإنما كان بين فقهاء المذهب نفسه ، ويمكن عزو الأسباب التي أدَّت إلى هذا الاختلاف إلى ما يلي : -

١- عدم ورود نصوص شرعية تبين ذلك في القرآن الكريم .

٢- عدم الأخذ بالأحاديث التي وردت عن المفقود ، لضعفها مثل قوله عليه السلام (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر). (٢)

وعلى فرض صحة الحديث ، فهو يفيد وجوب انتظار امرأة المفقود ، حتى يأتيها خبر وفاته ، فيعني ذلك إن لم يأتها خبر وفاته ، فعليها الانتظار مدى حياتها ، وهذا فيه من العنت والضرر الشيء الكثير ، بل وفيه مخالفةٌ لمقاصد الشريعة الغراء ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فما هو حكم المفقود غير المتزوج إذاً ؟ وهل ينتظر وفاة أقرانه؟! .

١- ينظر/المبسوط ٣١/٦ ، الكافي/٢٩٤ ، روضة الطالبين وعمدة المفتين لمحيي الدين يحيى بن شرف بن أبي زكريا النووي ومعه حواشي الروضة ٤٠٤/٨/دار الفكر ، الوسيط في المذهب تصنيف الإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي حققه وعلق عليه أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر وبهامشه التحقيق في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي ١٤٨/٦/دار السلام/ط١ .

٢- سبق تخريجه والحكم عليه ينظر/ص٣١ من هذا البحث/نصب الراية للزيلعي٣٨٥/٤ ، سنن الدار قطني٣١٢/٣ .

٣- ورود الآثار المتضاربة عن الصحابة رضوان الله عليهم ، بخصوص زوجته ، من حيث الانتظار أو الإنفصال ، وتقسيم تركته(١) وحيث إن الأمر كذلك ، فإنه من حق أي مجتهد بعد الصحابة أن يأخذ بأي من آرائهم ، إذا تعزز ذلك لديه .

٤- مع أن الموت أمر توقيفي ليس للاجتهاد فيه نصيب ، لأن الأعمار بيد الله سبحانه ، قال تعالى ((وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ...)) (٢) وقال تعالى ((فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ لَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ)) (٣) وقال تعالى ((وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا...)) (٤)

وحيث لم يثبت هذا الأمر التوقيفي بالبينة القطعية ، أصبح الاجتهاد هو الوسيلة لمعرفة ذلك وهـذا يختلف من فقيه لآخر ، حيث إن مناط اختلافهم ، البحث عن المصلحة ومقاصد الشريعة من جهة ، ومن جهة أخرى اختلافهم حول قاعدة استصحاب الحال ، وهي حجةٌ عند الحنفية في بقـاء الثابـت لا في إثبات ما لم يكن ، أي أنها حجةٌ للدفع دون الاستحقاق (٥) ، في حين أنها للدفع والإثبات في آنٍ واحدٍ عند جمهور الفقهاء .

١- ينظر/المحلى ٣١٦/١٠ ، الهداية ٣٨٢/٤-٣٨٧ .

٢- سورة لقمان آيه ٣٤

٣- سورة النحل آيه ٦١ .

٤- سورة آل عمران آيه ١٤٥

٥- الاستصـحاب لغةً :- طلب المصاحبة أو استمرارها وشرعاً الحكم ببقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه ، فـإذا ثبت حكمٌ في الماضي ولم يطرأ ما ينفيه ، فيحكم ببقائه في الحال بناءً على ذلك الثبوت السابق ، وإذا ثبت نفي شيءٍ في زمنٍ مضـى ولم يطـرأ ما يثبته فيحكم باستمرار نفيه في الحال على وصفه الأول ، فكل ما علم وجوده وحصل الشك في عدمه يحكم ببقائه استصحاباً لذلك الحكم السابق ، حتى يقوم دليلٌ بغير ذلك ، ينظر المبسوط ٣٤/١١-٣٥ ، فتح القدير ٣٧٤/٥ ، الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان ص٢٦٩.

أما آراء الفقهاء في الحكم بوفاة المفقود فهي على النحو التالي :-

أولاً :- المذهب الحنفي (١) :-

الباحث في آراء فقهاء المذهب الحنفي ، يجد أنهم قد ذهبوا إلى ثلاثة آراء هي :-

أ- تقدير المدة بالسنين .

ب- تقدير المدة بموت الأقران .

ج- تفويض الأمر للحاكم/القاضي .

هـــذا وسأتعرض لكل رأي من هذه الآراء ، بشيء من التفصيل ، مثبتاً ما اعتمدوا عليه من أدلة ومناقشاً ومرجحاً لهذه الآراء حسب الأصول ، وذلك على النحو التالي :-

أ- تقدير المدة بالسنين :-

لقـــد اتفق أصحاب هذا الرأي ، على أن بداية المدة تعتبر من تاريخ ميلاد المفقود ، ولكنهم اختلفوا في عدد السنين وذلك كما يلي :-

مـــن الفقهاء من قدرها بمئة وعشرين سنة ، وهو قول الإمام أبي حنيفة والحسن بن زياد(٢) واعتمدوا في ذلك على العقل ومفاده .

أن هذه الفترة لا يعاش في الغالب أكثر منها ، والأحكام إنما تبنى على الغالب لا على النادر (٣)

وقـــد نقل عن أهل الطبائع قولهم (لا يجوز أن يعيش أحدٌ أكثر من ذلك) (٤) ودللوا على قولهم الذي لا يعتمد عليه البتة بقولهم (أن اجتماع التحسين يحصل للطبائع الأربع في هذه المدة ، ولا بد من أن يضاد واحدٌ من ذلك طبعه في هذه المدة فيموت) (٥)

أما الدليل العقلي :- فيرد عليه أن الوقائع الملموسة تفيد بأن هناك الكثير ممن يعيشون أكثر مـــن ذلك ، ونأخذ ذلك من قوله تعالى ((فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا...)) (٦) وهذا بخصوص فترة الدعوة لسيدنا نوح عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام .

١- ينظر/الفتاوى الهندية٦/٤٥٦-٤٥٧ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم محمد بن محمد بن نجيم الحنفي٥/١٧٨ دار المعرفة بيروت/لبنان ، المبسوط١١/٣٥-٣٦ ، تبيين الحقائق٣/٣١٢ ، الفتاوى البزازية لهامش الفتاوى الهندية الجامع الوجيز للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي ت٨٢٧ ٦/٤٧٥ دار المعرفة بيروت/لبنان/ط٢، الهداية شرح بداية المبتدي ٢/١٨١-١٨٢ .

٢- هو الحسن بن زياد (أبو علي) الأنصاري ، صاحب أبي حنيفة ، تصدر للفقه في العراق ، وكان من البارعين في الرأي تولى القضاء ثم عزل نفســـه ، كان حسن الخلق شديد الذكاء ، توفي سنة ٢٠٤هـــ /ينظر/سير أعلام النبلاء لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، ت ٨٤٨هـــ ، ٩/٥٤٣-٥٤٥/مؤسسة الرسالة/ط١١ ، المبسوط١١/٣٥ ، الفتاوى الهندية٦/٤٥٦ .

٣- ينظر المبسوط١١/٣٥ ٤- شرح فتح القدير٥/٣٧٣ ٥- المبسوط/١١/٣٥ . ٦- سورة العنكبوت آية١٤

وما نقل عن أهل الطبائع :- فهو أمرٌ مرفوضٌ ومردود ، لأنه لا يعقل أن يعتمد أئمة المذاهب على أمرٍ هم يعلمون بطلانه ، ويوجبون عدم اعتباره في شيءٍ من الأشياء(١)

وعلى فرض الادعاء بأن هذا خاصٌ بالأمم السابقة ، فإنه لا دليل من الشرع أو العقل ، يفيد بأنه لا يعاش إلى مائة وعشرين سنة أو أكثر ، بل إن الواقع والعقل يفيدان غير ذلك .

٢- ومنهم من قدر المدة بمائة سنة ، وهذه روايةٌ عن أبي يوسف (٢) واعتمد في ذلك على دليلٍ عقليٍ اجتهادي ، مفاده أن أحداً في زماننا لا يعش أكثر من ذلك ، ويمكن الرد على هذا القول من جانبين :-

الجانب الأول :- أنه يمكن أن يقال في السنين والأعمار كما قيل في سابقه .

الجانب الثاني :- وهو ما ورد في مؤلفاتهم الفقهية ، والتي ترد الأخذ بهذا القول ، فقد ورد في شرح فتح القدير ما يلي (وأما المروي عن أبي يوسف ، فذكر على وجهٍ يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل إنه سئل عنه فقال : أنا أبينه لكم بطريقٍ محسوس ، فإن المولود إذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا ، فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين ، فإذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا وعقد ثلاثين ، وإذا كان ابن أربعين يحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين ، فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين ، وإذا كان أبن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين ، فإذا كان سبعين يتوكأ على عصا وعقد سبعين ، فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين ، فإذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين ، فإذا كان ابن مئة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى) (٣)

فقد ذكر المؤلف في بداية الرواية أنها على سبيل المداعبة ، وعقّب بعد الرواية بقوله (ولا شك أن بمثل هذا لا يثبت الحكم ، وإنما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطاً ، والغالب في من طال عمره أن لا يجاوز المئة (٤) ، وقد قال بقول أبي يوسف كلٌ من محمد بن سلمة(٥) حتى تبين له خطؤه في نفسه ، فإنه عاش مئه وسبع سنين (٦) وكذلك نصير بن يحيى (٧) حيث روي أنه عاش مئة وتسع سنين أو أكثر (٨)

١- ينظر/شرح فتح القدير ٣٧٣/٥ .

٢- أبو يوسف :- هو يعقوب بن إبراهيم ، ولد سنة ١١٣هـ ، كان ملازماً لأبي حنيفة ، أول من وضع الكتب على مذهبه ، فنشر علمه ، وله عدة مؤلفات منها الخراج ، الآمال والنوادر ، وقد تولى القضاء ببغداد ، توفي سنة ١٨٣ هـ ./ينظر /الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي الهندي/ص٢٢٥/دار المعرفة/بيروت ، ينظر/المبسوط ٣٥/١١ ، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٤٧٥/٦ . ٣- ٣٧٣/٥ ، المبسوط ٣٦/١١

٤- شرح فتح القدير ٣٧٣/٥

٥) محمد بن سلمة بن كهيل الحضرمي ، كان ضعيف الرواية في الحديث توفي سنة ٢٩٠هـ ، ينظر/الطبقات ٣٥٧/٦ .

٦- المصدر السابق ٣٧٣/٥

٧- هو نصير بن يحيى البلخي ، تفقه على أبي سليمان الجوزجاني ، وروى عنه ابن ضياث البخي ، توفي سنة ٢٦٨هـ/ينظر الفوائد البهية ص٣٦٣ .

٨- المصدر السابق ٣٧٤/٥

٣- ومنهم من قدر المدة بتسعين سنة وهو مروي عن النسفي ، (١) وبه قال المرغيناني(٢) حيث قال((الأقيس ألا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين)) وذلك لنفس المبرر في نظرهما(٣)

٤- منهم من قال بثمانين سنة ، ومنهم من قال بسبعين واعتبر ذلك الأليق بالناس(٤) لقوله صلى الله عليه وسلم (أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين)(٥) فاعتبروا أن السبعين من أعمار هذه الأمة هي الأطول غالباً .

٥- متأخرو فقهاء المذهب الحنفي يقولون بستين ، ويستندون في ذلك إلى الحديث السابق ، ومن أنه غالب أعمار هذه الأمة .

ب- موت الأقران(٦) :-

ونعني بموت الأقران ، وفاة آخر شخص ممن يتفق معه في الميلاد ، وذلك بصرف النظر عن كون القرين مات في التسعين ، أو بعد المئة أو قبل ذلك ، فهي غير مقدَّرة بالسنين ، وهذا هو ظاهر المذهب (٧) ، ويعتمدون في ذلك على أن حياته كانت مؤكدة ، فلما استمرت باستصحاب الحال ، حتى يقوم الدليل على النقيض ، وهو وفاته ، ولا دليل في مثل هذا المقام إلا بموت الأقران ، وأن بقاءه بعد أقرانه نادرٌ ، والأحكام الشرعية تبنى على الغالب لا على النادر(٨

هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية ، فقد اعتمدوا على القياس بقولهم : إن الرجوع إلى أقرانه وأمثاله فيما تقع الحاجة فيه إلى معرفة طريق الشرع ، كقيم المتلفات ، ومهر مثل النساء .

وقد اختلف القائلون بموت الأقران إلى ثلاثة آراء هي :-

١- من الفقهاء من رأى أن المقصود بموت الأقران ، هم أقرانه من أهل بلده . (٩)

٢- ومنهم من قال بموت أقرانه في جميع الأمصار ، مما بقي واحدٌ منهم لا يحكم بموته . (١٠)

١- النسفي :- هو عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ، نسبة إلى نسف ببلاد السند ، يكنى بأبي البركات حافظ الدين ، له عدة مصنفات ، منها كنز الدقائق/ينظر/الأعلام ٦٧/٤ ، الفوائد البهية ص١٠١ .

٢- هو برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني نسبةً إلى مرغينان ولد سنة ٥١١هـ ، كان إماماً فقيهاً حافظاً محدثاً ، جامعاً للعلوم ، محققاً مدققاً ، له مؤلفات عدة منها بداية المبتدي ، المنتقى ، مناسك الحج ، توفي سنة ٥٩٣هـ/ينظر/الهداية شرح بداية المبتدي ١/٣-٥ .

٣- الهداية ١٨١/٢-١٨٢المبسوط ٣٦/١١ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق منه ١٧٢/٥ . ٤- شرح فتح القدير ٣٧٤/٣ . ٥- الحديث رواه الترمذي وقال هذا حديثٌ حسن غريب ينظر/سنن الترمذي ٥٥٣/٥ كتاب الدعوات باب ١٠٢ حديث رقم ٣٥٥٠ ، ابن ماجة ١٤١٥/٢ كتاب الزهد حديث رقم ٤٢٣٦ .

٦- ينظر/المبسوط ٣٥/١١ ، شرح فتح القدير ٣٧٣/٥ ، الهداية شرح بداية المبتدي ١٨١/٢-١٨٢، تبيين الحقائق ٣١٢/٣ .

٧- ينظر/المبسوط ٣٥/١١ ، تبيين الحقائق ٣١٢/٣ . ٨- المصدر السابق ٣١٢/٣ . ٩- ينظر/المصدر السابق ٣١٢/٣

١٠- ينظر/اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي ٢١٦/٢ المكتبة العلمية بيروت/لبنان .

٣- ومنهم من رأى تفويض موت الأقران إلى القاضي ، واستدلوا على ذلك بما يلي :-

أ- إن الأعمار تختلف باختلاف البلدان .

ب- اختلاف ثبوت الظن بالوفاة ، يختلف من شخصٍ لآخر ، فمثلاً اختفاء الحاكم أو الملك العظيم إذا انقطع خبره ، يغلب على الظن موته ، في أدنى مدّةٍ ، لا سيّما إذا فقد في مهلكة (١)

من الملاحظ على هذه الآراء أنه بالنسبة لموت أقرانه من أهل بلده ، يسبب حرجاً كبيرا ، ذلك لأنه يتطلب من الحاكم معرفة أقران المفقود ، والبحث عن تواريخ ميلادهم ، ثم التحري عن وفاتهم جميعاً ، ليتسنى له بعد ذلك الحكم بوفاة المفقود ، بل إن البحث يقع العبء الأكبر منه على كاهل المدعي ، أو طالب الحكم ، لعلمه مسبقاً أن دعواه ترد إذا وجد أحد أقرانه حياً .

هذا من ناحية ، ومن ناحيةٍ ثانية ، فإن الأخذ بهذا القول يؤدي إلى وجود أحكامٍ متضاربة من شخصٍ لآخر ، في الحكم بموت المفقود ، لاختلاف البلدان ، وبالتالي اختلاف الأعمار ، وقد يتعدى ذلك إلى اختلاف الأقران في نفس البلد ، فقد يحكم بوفاة مفقودٍ في الثمانين من عمره ، لانقطاع أقرانه ، ولا يحكم بوفاة مفقودٍ آخر في ذات البلد ، في المئة من عمره ، لوجود قرينٍ حيٍّ له ... وهكذا .

فإذا كان هذا بالنسبة لموت الأقران في ذات البلد ، فإن القول بموت الأقران في جميع البلدان ، هو أكثر مشقةً ، وليس بالإمكان حصر الأقران ، فعدم القول به من باب أولى .

أما من حيث تفويض الأمر للقاضي ، فهذا أمرٌ معقولٌ ومقبول ، ولكن ليس بعد الأعداد التي ذكرت من السنوات ، لما ورد عليها من اعتراضات ، وإنما يقال بتفويض القاضي في ذلك بدايةً ، بضوابط وأسسٍ ثابتة .

١- ينظر/تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ت٧٣٤ هـ ٣١٢/٣ دار المعرفة ، بيروت/ط٢

ج- تفويض الحكم بالوفاة إلى القاضي :-

من الفقهاء في المذهب الحنفي من رأى تفويض الأمر للقاضي أو نائبه بدايةً ، وذلك خروجاً من هذه الخلافات من ناحيةٍ ،ومن ناحيةٍ أخرى، فإن القاضي هو أعلم الناس وأدركهم بالمصلحة(١)

وإنني أرى أن القائلين بهذا الرأي ، إنما يقصدون به الرأي السابق من السنين المعتبرة في موت الأقران ، وليس رأياً ثالثاً من آراء القائلين بموت الأقران ، وعلى أيّة حال فليس الأمر بحاجة إلى مزيدٍ من النقاش ، لأنه وكما تقرر سابقاً فإن مبدأ التفويض للقاضي ، هو أمرٌ صائب ، ويمكن الأخذ به شريطة أن يكون هذا التفويض ، محكوماً بفترةٍ زمنيّةٍ محددة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى وجود تضاربٍ في الأحكام ، واختلافها من قاضٍ لآخر ، باختلاف اجتهاد كلٍّ منهم ، درأً للوقوع في الشبهات أو الظنون .

ثانياً :- المذهب المالكي (٢) :-

تبين لنا سابقاً ، أن المالكية قد اختلفوا في أنواع المفقود ، فمنهم من اعتبره أربعة أنواع رئيسة(٣) ومنهم من اعتبره أقل من ذلك(٤) ومنهم من اعتبره أكثر(٥) فمنهم من جزأ ومنهم من أجمل ، وهذا الاختلاف في التقسيم أدى إلى الاختلاف في الأحكام ، وقد فرّق بعض المالكية بين تقسيم تركة المفقود ، والتفريق بينه وبين زوجته على النحو التالي :-

١- بالنسبة لتركته ، لا يورث عنه حتى يأتي عليه من الزمان ، ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً (٦) ، واختلفوا في هذه المدة ، فابن القاسم(٧) قال بسبعين سنة ، وابن الماجشون(٨) قال ثمانين سنة .

١- ينظر/المبسوط ٣٦/١١ ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ت٥٨٧ هـ/٦/ ١٩٧ دار الفكر بيروت/لبنان/ط١.

٢- ينظر/ حاشية الدسوقي ٤٨٢/٣-٤٨٣ ، بداية المجتهد ٥٢/٢-٥٣ ، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب بن وارث الباجي ت٤٩٤ هـ ٩١/٤ دار الكتاب الإسلامي مصر/ط٢.

٣- ينظر/حاشية الدسوقي ٤٧٩/٢ ،بداية المجتهد ٥٣/٢ .

٤- ينظر/مواهب الجليل ٥٠٤/٥

٥- ينظر/الدسوقي ٥٠٤/١ ، التاج والإكليل ١٥٦/٤ .

٦- ينظر المدونة الكبرى ٣/، بداية المجتهد ٥٣/٢ ، حاشية الدسوقي ٤٨٣/٣ .

٧- هو محمد بن القاسم ولد سنة ٩٩٠هـ أخذ العلم عن علماء اليمن ، كان مفتياً واشتهر بالفضل والورع والعفة ، بويع على الخلافة سنة ١٢٩هـ توفي سنة ١٥٤هـ /ينظر/البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن علي الشوكاني ت١٣٥٠هـ ٢٣٨/٢/دار المعرفة/بيروت/لبنان .

٨- هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي ، تلميذ الإمام مالك ، كان فقيهاً ودارت عليه الفتية في زمانه حيث كان مفتياً لأهل المدينة ، أحاديثه ضعيفة ، كان ضريراً توفي سنة ٢١٣هـ وقيل ٢١٤هـ/ينظر/الجرح والتعديل للإمام أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الرازي/ت٣٢٧هـ /٣٥٨/٥/دار الكتب العلمية/بيروت/ط١ ، تهذيب التهذيب ٢٤٠٨/٦ .

وأشهب(١) قال تسعين سنة ، ومنهم من قال مائة سنة ، وإن فقد ابن ثمانين عُمِّر به إلى التسعين ، وإن فقد وهو ابن تسعين عمِّر به إلى المائة ، وإن فقد وهو في المائة ، تلوَّم له القاضي بما يراه مناسباً (٢) .

٢- فيما لا يختص بالمال ، فعلى النحو التالي :- (٣)

أ- مفقود لا يدري موضعه ، فهذا يكشف الإمام عن أمره ، ثم يضرب له الأجل أربع سنين .

ب- مفقود في صف المسلمين ، حتى ينقضي تعميره ، وقيل غير ذلك فيه ، واختلفوا في مدة التعمير كما ذكر سابقاً .

ج- مفقود في قتال المسلمين بين بعضهم بعضاً ، لا يضرب له أجل ، وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه ، وأقصى الأجل في ذلك سنة .

٣- مفقود في بلد الطاعون ، يحكم بوفاته بعد ذهاب الطاعون ، وحكمه يشمل زوجته وماله .

ومما يلاحظ على هذه الآراء ما يلي :-

١- لقد أحسن فقهاء المذهب ، عندما فرَّقوا بين المفقود في بلاد المسلمين ، بسبب الفتن والاقتتال والمفقود بسبب قتال المسلمين مع أعدائهم .

٢- إن قولهم بانقضاء التعمير في المفقود في صف المسلمين ، واختلافهم في مدة التعمير كذلك فيه من الحرج والشدة ، ويقال فيه كما قيل بمن قال بموت الأقران في المذهب الحنفي .

٣- فرَّق المالكية في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود بين أمواله، وما يخص زوجته من أحكام(٤) وكان من الأصوب تجنب هذا التفريق ، لأنه ليس من المعقول أن يكون الشخص ميِّتاً بالنسبة لزوجته ، حيَّاً بالنسبة لأمواله ، وأكثر من ذلك فإنه يؤدي إلى تضارب في أحكام الزوجة نفسها ، ففي حين يفرق بينها وبين زوجها للحكم بوفاته ، فإنه لا يسمح لها بأخذ نصيبها من تركته بوجوب انتظارها مدة التعمير ، وذلك لأنه لا ميراث بشكٍّ في موت المورث(٥) فهو حيٌّ بالنسبة لها ، وميِّتٌ في آنٍ واحد .

---

١)- أشهب :- هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم الملقب بأبي عمرو وقيل أن اسمه (مسكين) ولقب بـ(أشهب) كان فقيهاً ، ولد سنة ١٤٥ هـ ، توفي سنة ٢٠٤هـ .ينظر/تهذيب التهذيب ٣٥٩/١ .

٢- ينظر/الأحكام للقاضي أبي المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي ت٤٩٧ هـ تحقيق د.صادق الحلوي ص٤٣٧/دار الغرب الإسلامي ، بيروت/ط١ .

٣- ينظر /شرح الباجي٩٢/٤

٤- بداية المجتهد٥٣/٢ ، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك لأبي عبد الله بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ت١٢٢هـ ٩٣/٤ مطبعة البابي/ط ١، الإكليل٥٥٣/١ ، مواهب الجليل٥٠٤/٥ ، موسوعة الفقه المالكي لخالد عبد الرحمن العك ٢٥١/٥ دار الحكمة/ط١ .

٥- ينظر/الإكليل ٥٥٣/١ ، المدونة الكبرى٤٥٣/٣ ، أسهل المدارك ١٣٣/٢ .

٤ – إن تحديـــد المدة وحصرها بأربع سنوات ، أو بسنة واحدة ، أو بزوال مرض الطاعون كلٌ بحسب نوعه وحاله ، يؤدي إلى التيسير وعدم ضياع الحقوق ، ويوجد لفقهاء العصر مدخلاً وقاعدةً لتبني ما يرونه مناسباً للحكم بوفاة المفقود ، وذلك بما تتحقق فيه المصلحة له ، ولما له من أحكامٍ تتعلّق به ، خاصةً بعدما توصلنا إليه من تقدمٍ في مجال البحث والتحري وسرعة الاتصال ، مما يساعد في سرعة البحث والتحري ، ليمكن اعتماده من قبل قانون الأحوال الشخصية .

ثالثاً :– المذهب الشافعي(١) :–

لقد قسم الشافعية المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود ، إلى قسمين كذلك ، شأنهم في ذلك شأن المالكية ، وذلك كما يلي :–

القسم الأول :– فيما يتعلق بأمواله فقالوا :–

أ– إن الأمر متروكٌ لاجتهاد الحاكم ، وهو المشهور عندهم (٢) .

ب– تقدير المدة بالسنين :–

وقد اختلفوا في عدد السنين التي يحكم بعدها بموته ، وتقسيم تركته ، فمنهم من قال بسبعين ســـنة ، وباثنـــتين وسبعين سنة ، وثمانين سنة ، وبمائة سنه ، وبمائة وعشرين سنة (٣) وإذا حكم بوفاته لانقضاء تعميره ، تقسم أمواله وتتزوج امرأته (٤)

١– يـــنظر/الأم ٢٩٣/٥ ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الخطيب على منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا بن شرف النووي ٣٩٧/٣ دار الفكر ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣٠٤/٧ ، أسنى المطالب ٤٠٠/٣–٤٠١ .

٢– ينظر/حاشية البجيرمي للشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ت١٠٤ هـــ ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي ت١٨٧ هـــ ومعه حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي ت١٩٦ هـــ ٢٦٠/٣ دار الفكر .

٣– ينظر/مغني المحتاج٣٩٧/٣

٤– المصدر السابق٣٩٧/٣ .

القسم الثاني :- بما يتعلق بزوجته :-

١- ذهب الإمام الشافعي في مذهبه القديم ، إلى أنه يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده (١) ، واعتمد على ما يلي :-

أ- إن أقصى مدة الحمل أربع سنوات .

ب- إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أفتى في ذلك في التي استهوت الجن زوجها .

٢- وذهب في مذهبه الجديد إلى أنه لا يجوز لها أن تتزوج ، حتى يأتيها يقين وفاته ، والدليل في ذلك ما يلي :-

أ- إذا كان لا يحكم بقسمة ماله وعتق أم ولده ، فأن لا يحكم في فراق زوجته أولى (٢) .

ب- إن النكاح معلومٌ ، فلا يزال إلا بيقين (٣) .

ج- ما روي عن علي بن أبي طالب ، رضي الله عنه في امرأة المفقود أنها تصبر ، حتى يأتيها موتٌ أو طلاق (٤) .

ويلاحظ على ما ذهب إليه الإمام الشافعي رحمه الله ما يلي :-

١- بخصوص أمواله :- فإن الرأي القائل بتفويض المدة إلى الحاكم ، أمرٌ صائب ، ولكنه يحتاج إلى ضبطٍ وتحديد .

أما بالنسبة للرأي القائل بالسنين ، فيقال فيه كما قيل في سابقيه ، ولا حاجة للإعادة .

٢- وأما بخصوص زوجته :- فإن ما ذهب إليه الإمام الشافعي في مذهبه الجديد بحاجةٍ إلى نظر ، وأما قوله في القديم ، فهو الأصوب إن وضعت له الضوابط المطلوبة .

وأخيراً فإن السبب الذي أدى بالإمام الشافعي إلى التفريق بين مال المفقود وزوجته ، ما لي:

أ- لقد جعل المال دون النكاح في الاحتياط .

ب- أنه لا ضرر على الوارث بتأخير نصيبه من التركة ، حتى وإن كان فقيراً ، لأن وجوده لا يمنعه من التحصيل من غيره بكسبٍ أو اقتراض ، بخلاف الزوجة ، فإنها لا تستطيع دفع الضرر عنها ، فجاز لها ذلك دفعاً لعظم الضرر (٥)

١- ينظر/روضة الطالبين ٤٠٣/٩ دار الفكر، المهذب ٥٤٥/٤ .

٢- ينظر/أسنى المطالب شرح روض الطالب ٤٠٠/٣ .

٣- ينظر/المصدر السابق ٤٠٠/٣

٤- ينظر/سنن البيهقي ٤٤٤/٧ .

٥- ينظر/نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ومعه حاشية أبو الضياء علي بن علي الشبراملسي وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي ١٤٨/٧ /دار الفكر .

رابعاً :- المذهب الحنبلي : -

حيث إن الحنبلية قد جعلوا المفقود على نوعين ، وأعطوا لكل نوع مدة يحكم بعدها بموته وذلك على النحو التالي (١) :-

١ - إذا انقطع خبر المفقود لغيبة ظاهرها السلامة ، فذهبوا في ذلك إلى :-

أ- أنه ينتظر به أبداً (٢) واستدلوا على ذلك ، بحديث وأثر وعقل .

أما الحديث فقوله صلى الله عليه وسلم (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها) والحديث ضعيف كما مر سابقاً (٣) .

وأما الأثر وهو ما روي عن علي في أن امرأة المفقود لا تتزوج إلا أن يأتيها موته أو طلاقه والأثر أمر اجتهادي ، وقد روي مرسلاً والمسند عنه غير ذلك .

وأما الدليل العقلي ، فهو ما استدل به كثير من الفقهاء ، وهو أن الثابت باليقين وهو الحياة لا يزال بالشك وهو الوفاة ، فلا يحكم بوفاته حتى يعلم موته يقيناً ، أو تمضي مدة لا يعيش مثلها وجعلوا أمر تقدير هذه المدة إلى اجتهاد الحاكم ، لأن التقدير بالسنين لا يصار إليه إلا بتوقيف من الشارع ، ولا توقيف هنا فوجب التوقف عنه (٤)

ب- أن ينتظر به إلى التسعين من عمره ، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، والأحكام تبنى على الغالب (٥)

ج- تفويض الأمر للحاكم ، وذلك في حالتين :-

١ - إذا فقد وهو في التسعين من عمره أو أكثر .

٢ - إذا مضت مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش مثلها ، ولم يكن قد ثبتت وفاته يقيناً .

وقيل غير ذلك من السنوات(٦) فقيل ينتظر به تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد ، وقال ابن عقيل(٧) مائة وعشرون سنة منذ ولد ، ولو فقد ابن الستين ينتظر به ستون سنة أخرى .

١- ينظر/المقنع٣/٢٨١-٢٨٥ ، المغني٩/١٣١ .

٢- ينظر/المبدع شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين بن إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي ت٨٨٤ هـ ٦/٢١٥ الكتبة الإسلامية/بيروت ، كشاف القناع٤/٤٦٥ ، شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت١٠٥١ ٢/٦١٧ دار الفكر ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن الخضر بن محمد بن علي بن تيمية ت٦٥٢ هـ ١/٤٠٦ ؟ ، المعتمد في فقه الإمام أحمد وفيه جمع بين نيل المآرب ومنار السبيل وملخص تخريجات إرواء الغليل لعلي عبد الحميد بلطه جي ومحمد وهبي سليمان ٢/٩٢ دار الخير / ط١.

٣- ينظر/ص٣١ .

٤- ينظر/المقنع٢/٤٤٣ ، ٣/٢٨٤-٢٨٥ .

٥- ينظر/المصدر السابق٢/٤٤٣ ، ٣/٢٨٤-٢٨٥ .

٦- ينظر المبدع٦/٢١٥ ، المحرر في الفقه١/٤٠٦ .

٧- هو محمد بن عقيل بن أبي طالب الهاشمي ، الملقب بأبي محمد ، مُنكر الحديث ولا يحتج بحديثه ، إلا أنه كثير العلم كان صادقاً وقال ابن عبد البر (هو أوثق من كل من تكلم فيه)/ينظر/تهذيب التهذيب٦/١٣-١٥ .

٢ – إذا انقطـــع خـــبر المفقود لغيبة ظاهرها الهلاك ، كالذي يفقد بين أهله ، أو في مفازة أو بين الصـــفين ، إذا اقتتل قومٌ أو من غرق مركبة ونحو ذلك ، فظاهر مذهب الإمام أحمد أنه ينتظر به أربع سنين (١) ، واستدلوا على ذلك بأثر وعقل .

أمـــا الأثـــر :– فهو ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه أمر امرأة المفقود أن تـــتربص أربـــع سنين ففعلت ، ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ... وقال الإمام أحمـــد (٢) روي عن عمر من ثمانية وجوه ، وكذب من زعم أن عمر بن الخطاب رجع عن هذا القول .

وأما الدليل العقلي فهم يرون أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، فجعلوا مدة الانتظار هي أربع سنوات قياساً على أقصى مدة الحمل(٣) ، ولأنها مدةٌ يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطـــاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه ، يغلب على الظن هلاكه ، إذ لو كان باقياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية (٤) ويناقش ذلك كما يلي :–

١ – أن ما ذهبوا إليه من الأعمار أمرٌ توقيفي ولا يعلمها إلا الله ـــ فهو عين الصواب ـــ إلا أن ذلـــك لا يعـــني بقاء الحي حياً إلى مالا نهاية ، إذا لم يتيقن موته ، لما في ذلك من الضرر بمن له به علاقة .

٢ – أمـــا بالنسبة لمن قال بموته إذا بلغ التسعين ، فيمكن الرد عليه من خلال ما ذكر في المذهب نفسه ، إن الأصل في المفقود بقاء ما كان على ما كان عليه ، فيبقى حياً إلى ثبوت وفاته .

٣ – أمـــا قولهم بأن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، فهذا أمرٌ غير مسلَّمٍ به ، فإن فقهاء المذهب أنفســـهم لم يتفقوا في ذلك ، فمنهم من قال بأن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، ومنهم من قال بسنتين (٥) ، يضاف إلى ذلك ، أن هذا الأمر قد ثبت باليقين عدم صحته بعد هذا التطور العلمي بل ثبت علمياً أن مدة الحمل لا تتجاوز التسعة شهور إلا قليلاً ، فعندما يتجاوز الحمل مدة مئتين وثمـــانين يومـــاً ، وهو نادر ، ويكن من الضروري التعرف على السبب ، وفي هذه الحالة تصبح المشيمة أقل نفاذاً ، ويتلقى الطفل كميَّةً أقل من الأكسجين ، ويصبح هشاً وقابلاً للموت(٦)

---

١ – المغني٩/١٣٢ ، ينظر المبدع٦/٢١٥ ، المعتمد ٢/٩٣ ، كشاف القناع٤/٤٦٥ .

٢ – المغني٩/١٣٢ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ت٧٧٢ هـ تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين ١/٥٥٧ ، مكتبة العبيكان ، الرياض/ط١ ، المعتمد في فقه الإمام أحمد٢/ ٩٣ .

٣ – ينظر/المغني٩/١٣٢ . ٤ – ينظر/المعتمد١/٩٣ ٥ – ينظر/شرح الزركشي٥/٥٥٧ .

٦ – ينظر/طفلي/الحمل الولادة في الأيام الأولى ، د.عاصم عشاني ، د.آمال قيسي عشاني/دار إحياء العلوم ص١١٦–١١٧ ، ينظر/موسوعة الطفل/صحة الطفل د.محمد صادق ، ١/٦٢–٦٣ /دار الجيل /بيروت ، الزواج والحياة الزوجية صلاح عبد الغني محمد٢/٧٤ ، مكتبة الدار العربية للكتاب /ط١ ، صحة الحامل د.سامي حمدان ص٥٥ ، دار الأندلس لبنان

وقد ذكر كذلك أن الزيادة بعدة أيام بالحمل ، عن أربعين أسبوعاً ، يكون خطأً حسابياً ومن النادر أن نرى من بين عشر حالات للحمل ، حالةٍ واحدة تنتهي بعد أربعين أسبوعاً من ابتداء الحيض (١)

٤ – يتبين مما سبق أن الأمر برمته اجتهادي ، وذلك لضعف الأحاديث المذكورة ، وتعارض آثار الصحابة ، فإنه يمكن الأخذ بما هو أرفق وأليق بحياة الناس ، بما يحافظ على حقوقهم ، فيكون التقدير بالسنين هو المطلوب ، وسيبدو ذلك جلياً عند الترجيح للاعتماد على القول الفصل .

خامساً :– المذهب الظاهري :–

ذهب الإمام ابن حزم إلى القول بعدم صحة الحكم بموت المفقود ، حتى تصح وفاته يقيناً وذلك سواءً فقد فعرف أين موضعه ، أم لم يعرف في حربٍ فقد أم في غير حرب ، وهذا عامٌ فيما يتعلق بزوجته وأمواله(٢) ، واعتمدوا على ما يلي :–

١ – عدم ورود شيءٍ من ذلك في القرآن الكريم .

٢ – إن ما ورد عن الصحابة رضوان الله عيهم ، فهم مجتهدون فيه ، ومأجورون إن شاء الله .

٣ – إنه لا حجة في أحدٍ غير رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٤ – الأعمار توقيفيةٌ وهي من الله ، وليس لأحدٍ الفصل فيها .

هذا وقد شنَّع الإمام ابن حزم على من قال بغير هذا الرأي من غير الصحابة ، ففي حين أنه التمس للصحابة الأجر في كل ما قصدوا به الحق ، سواءً أصابوا أم أخطأوا ، فقد طعن في أدلة غيرهم ، لعدم قيامها على الدليل والحجة والبرهان من قرآنٍ أو سنة (٣)

ومما يلاحظ على المذهب الظاهري ما يلي :–

١ – يمكن القول على رأيهم كما قيل فيمن قالوا بعدم الحكم بوفاته ، إلا بعد ثبوت موته يقيناً أو موت أقرانه .

٢ – إن القول بأنه لا حجة في أحدٍ غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهذا عين الصواب ، مما يعني ذلك أنه لا حجةَ علينا بانتظار موت المفقود يقيناً ، لأن ذلك أمرٌ اجتهادي ، فإنه وإن كان ملزماً لغيره بالاحترام والتقدير ، إلا أنه غير ملزمٍ للاحتجاج به ، أو القول به ، فيكون قولاً مرجوحاً .

---

١ – ينظر صحة الحامل ص٥٥

٢ – ينظر/المحلى ٩/٣١٦ .

٣ – المصدر السابق ٩/٣٢٦–٣٢٧ .

سادساً :- المذهب الشيعي (١) :-

لفقهـــاء الشيعة في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود عدة آراء ، استنبطت من أقوالهم في أحكام زوجته وأحكام ماله ، فمنهم من قال بأنه لا يحكم بموته إلا بعد مضي أربع سنين ، وذلك إذا كـــان فقده في معسكر ، وبعد عشرة سنين إذا كان فقده في غير معسكر ، كما وقيل يحكم بموته إذا بلغ ما دون المائة ، أي أكثر من تسعين سنة .

هذا فيمن قال بالسنين ، أما بالنسبة لمن قال بغير السنين ، فمنهم من رأى أن ينتظر إلى موت أقرانه ، أو يحكم بموته إذا مضت مدةٌ لا يعيش مثله إليها بمجرى العادة ، ومنهم من فرق بين ماله وبـــين زوجته ، فجعل قسمة ماله انتهاء عمره الطبيعي (٢) ، ومنهم من جعل الأحكام موحدةً فتعتد زوجته ، وتقسم أمواله أثناء الحكم بوفاته (٣)

وقـــد اســـتدلوا على آرائهم هذه ، بأحاديث حكموا عليها بالضعف ، وسيأتي ذكرها أثناء الحديث عن أحكام زوجة المفقود ، وأحكام أمواله .

في حـــين استدل الذين قالوا بموت أقرانه ، بأنه الأولى في الإحتياط ، وأبعد عن التهجم على الأمـــوال المعصـــومة ، بالأخبار المرجوحة (٤) ، وبأنه لا كرامة لامرأةٍ تتزوج قبل ثبوت موت زوجها يقيناً ، أو انقضاء تعميره (٥) .

١- ينظر/النهاية في مجرد الفقه والفتاوى للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ت٤٦٠ هـ ص٥٣٨ دار الكتاب العربي ، بيروت/ط١ ، من لا يحضـــره الفقـــيه لأبي جعفـــر الصدوق محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي ت٣٨١ هـ/٤، ٢٤-٢٤١ دار الأضواء، بيروت/ط٦، معجم فقه الجواهـــر/دائرة معارف الفقه الإسلامي لمذهب أهل البيت٥/٤٥٦ ، الغدير بيروت/ط١، جواهر الكلام٣٢/٢٨٨ ، زوجة الغائب د.محمد عبد الرحيم محمد/ص١٢/دار السلام/مصر/ط١/عن مفتاح الكرامة٨/٩٤ ، المختصر النافع٢/٢٦٤ .

٢- ينظر/جواهر الكلام٥/٤٥٨ .

٣- ينظر/من لا يحضره الفقيه٤/٢٤٠-٢٤١

٤- ينظر/الحقوق المتعلقة بالتركة ص٥٥١

٥- ينظر/جواهر الكلام٣٢/٢٨٨ .

المطلب الثاني :-

رأي قانون الأحوال الشخصية وما عليه من ملاحظات :-

من النظر إلى المادة١٧٧ من القانون المذكور يتبين لنا أنها جعلت المفقود على حالتين :-

الحالة الأولى:-

إذا فقد في مكانٍ معلوم ، فله حالتان :-

أ- أن يكـــون الفقد بعد حدوث قلاقل وكوارث في المكان الذي هو فيه ، فيحكم بموته بعد سنة من فقده وانقطاع خبره (١) (والمفقود الذي فقد في جهةٍ معلومة ويغلب على الظن موته ... ما لم يكن فقده إثر كارثة كزلزالٍ أو غارةٍ جوية ، أو في حالة اضطراب الأمن ، وحدوث الفوضى ، وما شابه ذلك ، فيحكم بموته بعد سنةٍ من فقده)(٢)

ب- أن يفقد في حال السلم والأمن ، فينتظر به أربع سنين من فقده وانقطاع خبره (المفقود الذي فقد في جهةٍ معلومة، ويغلب على الظن موته، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده)(٣)

الحالة الثانية :-

وهـــي أن يفقد ويجهل المكان الذي هو فيه ، ولا تعلم الجهة التي فقد فيها ، ولكن لا يغلب عـــلى الظـــن وفاته ، فهنا يجتهد القاضي في المدة التي يحكم فيها بموت الأقران ، وضابط المدة في القانون ، حصول غلبة الظن بالموت (٤) .

وبعـــد الرجوع إلى أقوال فقهاء المذهب الحنفي لتحديد غلبة الظن ـــ لأن ما لا نص فيه في هـــذا القانون ، يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، وذلك بموجب نص المادة١٨٣ من القانون المذكور ـــ (٥) ،نجد أنهم اختلفوا في المدة ما بين الستين إلى المائة والعشرين سنة، أو موت الأقران(٦)

١- ينظر/الواضح ص٣١٤ .

٢- المادة١٧٧ من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص١٩١ .

٣- المادة١٧٧ من القانون /المصدر السابق ص١٩١ .

٤- ينظر/الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ص٣١٤ .

٥- ينظر/مجموعة التشريعات الخاصة ص٩٣ .

٦- ينظر/المبسوط١١/٣٥ ، الفتاوى الهندية٦/ ٤٥٦ ، الهداية٢/١٨١-١٨٢

ومما يلاحظ على هذا القانون ما يلي :-

١ - لقد أحسن المشرع صنعاً ، عندما اشترط وفي جميع الأحوال على وجوب البحث ، وبذل الجهد والتحري عن المفقود ، بالوسائل التي يراها القاضي كافيةً للتوصل إلى معرفة ما إذا كان المفقود حياً أم ميتاً ، فوسيلة البحث راجعةً إلى اجتهاد وقناعة القاضي ، إضافةً إلى الوسائل المنصوص عليها في القانون ، والوسائل التي توصل إلى القناعة في أيامنا هذه ، ليست نفسها في الوقت الذي وضع فيها القانون ، مما يعني أن هناك إمكانيةً لتعديل القانون ، والاستفادة من التقدم العلمي الذي توصلنا إليه ، وذلك لدقة البحث والتحري .

٢ - جعل القانون مدة البحث بعد مضي أربع سنوات على فقده ، في حال غلبة الظن على هلاكه ، إذا كان ظاهر غيبته السلامة ، وبعد سنة إذا كان في حالة من الفوضى والاضطراب ، أو إثر غارة أو زلزال ، فأما بالنسبة للسنوات الأربع فإن هذا كان في عصر يختلف عما نحن عليه الآن من التقدم العلمي ، وسرعة التوصل إلى الكشف عن أي شيء في جميع أرجاء العالم ، لذا فالأولى أن تكون المدة أقل من ذلك .

وأما بالنسبة للسنة ، فإنني أرى أنها مقبولةً في حالة حدوث الفوضى أو الاضطراب أو الحروب المتواصلة ، أما إذا كان ذلك إثر غارة أو زلزال أو سقوط طائرة أو غرق مركبة أو حريق ... فيكتفى بإعلان الجهة الرسمية والمسؤولة عن توقف البحث عن المفقودين ، حتى لو كانت الفترة لا تتجاوز الأيام .

٣ - كان على المشرع أن يحدد مدةً عليا ، لا يجوز للقاضي تجاوزها إذا طلب منه الحكم بوفاة المفقود ، وذلك إذا اكتملت وسائل البحث والتحري ، ولم يقبل الحكم من ناحية إجرائية .

المطلب الثالث :-

١)- الترجيح :-

مما مر سابقاً ، تبين أن الفقهاء قد اختلفوا في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود ، وتبين كذلك أسباب هذا الخلاف ، ونوقش كل رأي في موضعه ، مما يجعلني أرجح ما يلي :-

١- أنه لا صحة للتفريق بين أحكام زوجة المفقود ، وأحكام أمواله لما يلي :-

أ- المفقود شخص واحد ، فلا يعقل أن تكون أحكامه مختلفة .

ب- من أحكام زوجة المفقود ميراثها منه ، فليس معقولاً أن تأخذ حكمين متناقضين في آنٍ واحد فتعتد منه على أنه ميت ، ولا تأخذ نصيبها من تركته على اعتبار أنه حي .

لذا فإنني أرى من الأصوب أن يكون الحكم بموت المفقود حكماً عاماً وشاملاً لجميع ما يتعلق به من أحكام ، سواء لزوجته ، أو لأمواله التي له أو منه ، وذلك كما هو عليه العمل في المحاكم الشرعية بموجب المادة ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية (١) .

٢- تقسيم المفقود إلى نوعين من حيث كيفية فقده :-

لقد مر سابقاً أن عدداً من الصحابة ، أمثال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وجمهور الفقهاء حنفية وشافعية ، وأهل الظاهر(٢) ، قد جعلوا المفقود نوعاً واحداً بصرف النظر عن الجهة التي فقد فيها ، في حين اعتبره الحنبلية نوعان (٣) والمالكية عدة أنواع(٤)

وبعد التدقيق في هذه الآراء ، نرى أن اعتباره نوعاً واحداً كما ذهب الجمهور ، وأنواعاً كثيرة كما ذهب المالكية ، فإن ذلك يؤدي إلى الخلط في الأحكام ، ووقوع اللبس والاضطراب فيها ، لأن كل نوع بحاجة إلى أحكام وفترات خاصة به ، وهي أصلاً مختلف عليها كما ذكر سابقاً ، لذا فإنني أرى أن يكون على نوعين :-

النوع الأول :-

وهذا النوع يحكم فيه بموت المفقود بالتقدير بالسنين ، وهي الحالة التي يغلب على الظن هلاكه فيها، ولكن ليس كما ذهب قانون الأحوال الشخصية، ومن قبله فقهاء المذهب الحنبلي ،بتقديرها

١- مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١

٢- ينظر/المبسوط ٣٥/١١ ، الأم ٣٤٦/٥ ، المحلى ٣١٦/٩ .

٣- ينظر/المغني ١٣٢/٩ .

٤- ينظر/حاشية الدسوقي ٤٧٩/٢

بأربع سنوات ،وإنما الاكتفاء بسنة واحدة في مثل هذه الحالة ، وذلك لما يلي:-

١ – إن التقدم العلمي الذي نشهده الآن يرفض المبدأ الذي اعتمده عدد من الفقهاء ، في أن أقصى مدة الحمل أربع سنوات ، حيث أثبت الطب أن الحمل لا يستمر أكثر من تسعة أشهر ، إلا أياماً معدودة ، وأن أية زيادة تؤدي إلى الضرر عليه وعلى أمه ، فالأطباء يرون أن الحمل لا يتأخر عن الموعد المعتاد إلا فترةً وجيزة ، لا تزيد عن أسبوعين أو ثلاثة في الغالب ، وإذا انقضى الأسبوع الثاني والأربعون ، أصبح الجنين في خطرٍ حقيقي (١)

٢ – إن هذا التقدم العلمي الهائل يرفض المبدأ الذي اعتمده عدد آخر من الفقهاء ، في أن السنوات الأربع هي الفترة الكافية لذهاب المسافر للتجارة ، أو السياحة وإيابه ، وعدم ظهوره في هذه الفترة ، دليل على موته ، فإن وسائل الاتصالات المتعددة ، تجعل الإنسان في هذه الأيام ، يستطيع الوصول إلى أقصى المناطق ، والعودة في فترة زمنية وجيزة ، بل قضاء حاجته في أبعد المناطق ، وهو في مكان وجوده ، وهذا غير خافٍ على أحد .

٣– إن السنوات الأربع التي اعتمدها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ما هي إلا أمر اجتهادي ، يثاب عليه ، لأنه الأصلح والأنسب في حينه ، ولو أن عمر في عصرنا لغير رأيه لأنه مبنيٌ على الاجتهاد والمصلحة .

٤ – عدم وجود حديث أو نص شرعي يعتمد عليه في ذلك ، يفتح الباب أمام الاجتهاد المبني على الأنسب والأصلح ، والسّنة في هذه الحالة ، هي الأنسب والأصلح .

أما إذا كان الفقد إثر كارثة كغارةٍ أو زلزال أو غرق مركبة ، فيكفي صدور بيان رسمي يعلن عن موت المفقودين على أن لا يتجاوز ذلك السنة (٢) .

النوع الثاني :-

هذا النوع يترك الحكم فيه بموت المفقود ، لرأي الحاكم واجتهاده ، وذلك فيما إذا فقد في مكان غير معلوم ، ولا يغلب على الظن هلاكه ، على أن لا يكون أكثر من سنة أيضاً ، وذلك في الأماكن والبلدان التي يمكن البحث فيها ، بالاتصال مع أهلها ومؤسساتها ، وأربع سنوات في البلدان والأماكن التي يصعب الاتصال معها .

---

١ – ينظر/الموسوعة الطبية الفقهية د.محمد أحمد كنعان تقديم د.محمد هيثم الخياط ص٣٧٥–٣٧٦ دار النفائس/ط١ .

٢ – ينظر التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري ت٣٧٨هـ/تحقيق د.حسين الدهماني /١٠٩/٢/دار الغرب الإسلامي/ط ١ .

الفصل الثاني

الغائب

وفيه ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول :-

تعريف الغائب وأنواعه وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثاني :-

أقسام الغائب عند فقهاء الشرع والقانون .

المبحث الثاني :-

الفرق بين الغائب والمفقود والشبه بينهما وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

الفرق بين الغائب والمفقود .

المطلب الثاني :-

أوجه التشابه بين الغائب والمفقود .

المبحث الثالث :-

آراء الفقهاء في التفريق للغيبة والضرر وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :-

القائلون بالتفريق وأدلتهم .

المطلب الثاني :-

القائلون بعدم لتفريق وأدلتهم .

المطلب الثالث :-

المناقشة والترجيح .

الفصل الثاني

(الغائب)

المبحث الأول :-

تعريف الغائب وأنواعه وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً :-

الغائبُ لغة :-

يقال :- غاب غَيباً وَغَيبةً وغَيبوبةً وغِياباً : خلاف شهد وحضر ويقال غاب فلان : بَعُدَ ، وغاب فلان عن بلاده : سافر ، وغابت الشمس وغيرها : غابت واستترت عن العين .

والمرأة غاب عنها زوجها : فهي مُغيب ومُغيبة ، أغيبت المرأة غاب عنها زوجها ،فهي مغيب. (١)

الغيبة في الاصطلاح :-

((هو فقدان الشخص ، وانقطاع خبره ، بحيث لا يعلم له موضع ولا يؤتى منه بكتاب)) (٢)

أي هـــو اختفاء الشخص ، وتواريه وبعده عن غيره ، وقد ورد في المفصل لأحكام المرأة والبيت المسلم عن الغيبة في الاصطلاح الفقهي ما نصه ((يســـتعمل الفقهاء كلمة الغيبة في غيبة الزوج عن زوجته ويريد بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة ، ثم يرتبون عليها الأحكام الفقهية ، ومنها إمكان طلـــب التفريق . إذا غاب الزوج عن زوجته ، وغيبة الزوج عن زوجته تشمل (فقدان الزوج وتشمل غيبة الزوج التي لا يصدق عليها اسم ((فقدان الزوج ، لذلك نراهم غالبا يقيدون (الغيبة) بكونها منقطعة أو غير منقطعة ، ويريدون بالغيبة المنقطعة حال فقدان الزوج ، وبالغيبة غير المـــنقطعة ، غيبة الزوج عن زوجته أي تواريه وبعده عنها ، ولكن مكانه معروف ويمكن الاتصال به)) (٣)

وتأيـــيدا لذلك فقد ورد في المغني لابن قدامه ((إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين أحدهما أن تكون غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه)) (٤) وهذا هو الغائب .

((والحال الثاني : أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع)) (٥)وهذا هو المفقود .

١- ينظر لسان العرب ٢/ ١٤٧ ، ١٤٨ ، المعجم الوسيط ٢/ ٦٦٧

٢- ينظر المغني ٩/ ١٣٠ ، الاختيار لتعليل المختار المجلد ٢/ ٣/ ٣٧

٣- ينظر/المفصل ٨/٤٦٠

٤-ينظر/المغني ٩/١٣٠

٥- المصدر السابق ٩/١٣١

ويستفاد من هذا التعريف ما يلي :

١ – أن المعنى الاصطلاحي متلازم مع المعنى اللغوي

٢ – لقـــد ورد المعنى اللغوي في القرآن الكريم ، وفي السنة النبوية المشرفة ، ففي القرآن الكريم قال تعالى ((وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ)) (١)

ويروى في تفسير هذه الآية ، أن سليمان عليه السلام نظر في أصناف الطيور ، بينما كان في فـــلاة ، فـــلم يجد الهدهد ، وكان الهدهد يدل سليمان عليه السلام على موضع الماء في جوف الأرض ، فيأمر سليمان الجن فيحفروا لتخرج الماء ، فلما نظر إليه وطلبه لم يجده فقال ((مالي لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين)) ((أخطأه بصري من الطير أم غاب فلم يحضر))(٢)

أما السنة النبوية فقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال ((أمهلوا لكي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة)) (٣) وله رواياتٌ متعددة (٤) .

٣ – الغيـــبة في معـــناها الاصطلاحي ، أعم وأشمل من الفقد ، فالفقد دون الغيبة ، وربما أن هذا أوجد التداخل بين الغائب والمفقود .

٤ – الغائـــب لا تعـــتريه أحكـــام المفقود فيما يتعلق بأمواله وممتلكاته ، وذلك لأنه حي يرزق ، والأموال معصومة بعصمة الإسلام لها ، فليس لأحد الاعتداء عليها .

---

١ – سورة النمل آية ٢٠

٢ – ينظر/مختصر ابن كثير لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ت ٧٧٤ هـ اختصره وحققه محمد علي الصابوني ٢/٦٦٨-٦٦٩/دار القرآن الكريم/بيروت/ط٧ .

٣ – تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة :– تحلق التي غاب عنها زوجها بالحديد لإزالة الشعر ، وتسرّح شعر رأسها الذي تغبر وتفرّقه وترجله وتتزين .

٤ – والحديث أخرجه البخاري ٧/٥٨ كتاب النكاح باب طلب الولد ، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري لأبي عباس شهاب الدين أحمد القسطلاني/ ١١/٦١١-٦١٤ كتاب النكاح باب طلب الولد ، دار الفكر/ط١ .

٥- إن لـــزوجة المفقود أحكاما تختلف عن أحكام الغائب (١) ، علما أن من أجاز التفريق للغيبة والضرر فإنما هو لحصول الضرر ، فالغيبة بحد ذاتها لا تعطي أحكاما بالتفريق بين الزوجين (٢)

٦- لـــيس كـــل من غاب عن زوجته يعتبر غائبا ، وتسري عليه أحكام الغائب ، وإنما لا بد من توافـــر شروط معنية فيه حتى يكون كذلك ، والذي اقله ستة أشهر ، كما هو في مذهب الإمام أحمـــد رضي الله عنه ، (٣)لمن غاب بدون عذر، وذلك مما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه سأل ابنته حفصه (٤) فقال لها يا بنيه : كم تغيب المرأة عن زوجها ، فقالت : سبحان الله مـــثلك يســـأل مثلي عن هذا ! فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك . فقالت خمسة أشـــهر ، فوقّـــت للناس في مغازيهم ستة أشهر ، يسيرون شهراً ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون شهراً راجعين .(٥)

أقول:-

إن هذا الأمر اجتهادي من حفصة وعمر رضي الله عنهما ،فصبر المرأة عن زوجها قد يختلف من امرأة إلى أخرى ، بل ومن موضع لآخر والله تعالى اعلم .

تعريف الغائب في قانون الأحوال الشخصية :-

لم يـــتطرق قانون الأحوال الشخصية إلى تعريف خاص بالغائب ، ولكن يمكن استنباط ذلك مـــن المواد (١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥) بحيث يكون هو الشخص الذي يغيب عن زوجته ويتركها سنة فأكثر دون إذن أو مبرر شرعي .(٦)

١- القرار الاستئنافي رقم ٨٢٤٥ ت٥٣/٩/١٢/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لداود ٩٢٢/٢

٢- ينظر الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ص٢٤٣ .

٣- كشاف القناع ١٩٣/٣ .

٤- حفصـــة بنـــت عمـــر :- هـــي زوجة الرسول (صلى الله عليه وسلم) ، ولدت سنة ١٨قبل الهجرة ، توفيت سنة ٥٠هـــ ، وهو عام فتح الريقية . ينظر/تراجم أعلام النساء لرضوان دعبول ، مؤسسة الرسالة/بيروت/ط١/ص٩٨ .

٥- ينظر/المغني١٤٣/٨ ، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص٤٢٨/الطبعة الثالثة/مطبعة السعادة .

٦- مجموعة التشريعات الخاصة/ص٨٣ ، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ص٢٤٢ .

المطلب الثاني :-

أقسام الغائب عند فقهاء الشرع والقانون :-

أولاً :- المذهب الحنفي :-

يعتبر الغائب نوعاً واحداً عند الحنفية ، إلا أنه ثلاثة أنواع بالنسبة لنفقة زوجته ، وذلك على النحو التالي :-

أ- غائب ترك لزوجته مالاً من جنس النفقة ، فتجب عليه من ماله (١) .

ب- غائب ترك مالاً ولكنه ليس من جنس النفقة ، فليس لزوجته الإنفاق على نفسها منه (٢)

ج- غائب لم يترك لزوجته نفقة ، سواء من جنس النفقة أو من غير جنس النفقة .

وهذا يأذن القاضي لزوجته بالاستدانة (٣)

وقيل بأنه لا نفقة لها أصلاً ، وليس للقاضي أن يأذن لها بذلك (٤)

ثانياً : المالكية :- (٥)

لقد اعتبر المالكية الغائب على خمسة أنواع وذلك على النحو التالي :-

١- غائب لم يترك نفقة ولا خلف مالاً ، ولا لزوجته عليه شرط في المغيب .

٢- غائب لم يترك نفقة ، ولزوجته عليه شرط في المغيب .

٣- غائب خلف نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب .

٤- غائب خلف نفقة ، ولا شرط لامرأته ، وهو مع ذلك معلوم المكان .

٥- غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه ، وهو مع ذلك غير معلوم المكان، فهذا هو المفقود من النظر إلى تقسيم المالكية للغائب ، نجد أن مقياس التقسيم عندهم هو النفقة وشرط الزوجة

ثالثاً :- المذهب الشافعي وأهل الظاهر :-

يعتبر الغائب نوعاً واحداً عند كل من الشافعية(٦) وأهل الظاهر (٧) ولكنه بالنسبة للإنفاق على زوجته يقسم إلى نوعين :-

أ- إذا كـــان من أهل اليسار ، وله مال يمكن لها الإنفاق منه على نفسها ، وذلك لوجوب نفقتها عليه(٨) .

١- المبسوط ١٩٦/٥ ٢- المصدر السابق ١٩٨/٥ .

٣- المبسوط ١٩٨/٥ ٤- المصدر السابق ١٩٨/٥ ، ٤٣/١١ ، بدائع الصنائع ٣٨/٤ .

٥- ينظر/مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤٩٦/٥ ، التاج الإكليل شرح مختصر خليل٤٩٥/٦-٤٩٦ ٦- ينظر/الأم ٣٤٦/٥

٧- ينظر/ المحلى ٣١٦/١٠ ٨- ينظر/الأم ١٢٦/٥ ، المحلى ٨٨/١٠

ب- إذا كـــان معسراً أ و موسراً ولكن لا يمكن تنفيذ النفقة من ماله ، فهي مخيرةٌ بين الصبر أو طلـــب التفريق ، لعدم الإنفاق عند الشافعية (١) في حين أنها عند أهل الظاهر ، تكلف بالإنفاق على نفسها وتسقط نفقتها عنه ، ولا ترجع عليه إذا أيسر بالنفقة ، مما أنفقت أثناء غيابه ، ولكنها ترجع عليه من حين يساره لتنفق على نفسها أثناء ذلك (٢)

رابعاً :- المذهب الحنبلي :-

لقـــد جعل الحنبلية الغائب على نوعين ، وأسندوا قياس التقسيم إلى سبب غياب الزوج ، وهذا ما عبر عنه فقهاء المذهب بالغيبة غير المنقطعة وهما على النحو التالي :-

أ- أن تكون الغيبة بعذر أو بإذن من الزوجة :-

فقـــد جاء في كشاف القناع ((لو سافر الزوج عنها لعذر وحاجة ، سقط حقها في القسم والوطء وإن طال سفره للعذر)) (٣)

ب- أن تكون الغيبة بدون عذر أو إذن من الزوجة .

وجـــاء في كشاف القناع كذلك ((وإن لم يكن للمسافر عذر مانع من الرجوع وغاب أكثر من ستة أشهر ، فطلب قدومه لزمه ذلك)) (٤)

وقـــد تبين لنا أنه حتى يعتبر الزوج غائباً تترتب عليه أحكام الغائب ، فلا بد أن تكون الغيبة أكثر من ستة أشهر ، وأن لا تكون لحاجة ، أو مأذوناً له من زوجته .

وقد توسع الحنبلية في الحاجة أو العذر المبيحين للغياب، فمثلوا لهما بطلب العلم ، أو غزو أو حج واجبين ، أو طلب رزق يحتاج إليه ، وهذا بالتالي يقيد مبدأ التفريق الذي أجازوه ، فكلما توسعوا في الحاجة أو الأعذار، كلما ضيقوا وقيدوا مبدأ التفريق للغيبة والضرر .

خامساً :- المذهب الشيعي :-

يقسم الغائب عند الشيعة إلى قسمين ، وذلك بالنظر أيضاً إلى مسألة الإنفاق على زوجته ، وذلك كما يلي :-

أ- إذا كـــان مدخولاً بها ، وغاب عنها ، وهي ممكّنةٌ له من نفسها ، فتجب عليه نفقتها إن كان موسراً ، وليس لها طلب التفريق(٥) أما إذا لم يكن له مال ، يلزم بالإنفاق عليها(٦)

ب- إذا لم يكن مدخولاً بها ، وغاب عنها ، فعليها أن تبذل تمكينه من نفسها ، أمام الحاكم ، فإذا اقتنع الحاكم بذلك وجبت لها النفقة وإلا فلا (٧)

١- ينظر/الأم٥/١٣٢ .
٢- ينظر/المحلى١٠/٩٢ .
٣- ١٩٢/٥ .
٤- المصـــدر الســـابق٣/١٩٣
٥- يـــنظر/جواهـــر الكـــلام ٢٢/٢٨٨
٦- المصدر السابق ٢٢/٢٨٨
٧- ينظر/معجم فقه الجواهر ٣/١٠٣

سادساً :- الغائب في قانون الأحوال الشخصية

قبل الحديث عن الغائب في قانون الأحوال الشخصية ، يجدر بنا أن نذكر نصوص المواد التي تحدثت عن الغائب ، وذلك تسهيلاً لاستنباط ما بها من أحكام .

المادة ١٢٣

((إذا أثبتت الزوجة ، غياب زوجها عنها ، وهجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، وكان معروف محل الإقامة ، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)) (١)

المادة ١٢٤

((إذا أمكـــن وصول الرسائل إلى الغائب ، ضرب له القاضي أجلاً واعذر إليه بأنه يطلقها عليـــه ، إذا لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ولم يبد عذراً مقبولاً ، فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين)) (٢)

المادة ١٢٥

((إذا كـــان الزوج غائباً في مكان معلوم ، ولا يمكن وصول الرسائل إليه ، أو كان مجهول محل ، الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة ، وحلفت اليمين وفق الدعوى ، طلق القاضي عليه بلا أعذار وضرب أجل ، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى))(٣)

..... هذا ومن النظر إلى المادتين ١٢٣+١٢٤ نجد أنهما تحدثتا عن الغائب إذا كان معروفاً محل إقامته ، ويمكن وصول الرسائل إليه أو مخابرته.

في حين أن المادة ١٢٥ تحدثت عن الغائب إذا كان مجهولاً محل الإقامة أو معلومها ، ولكن لا يمكن مخابرته أو إيصال الرسائل منه أو إليه ، ولكل من النوعين أحكامه الخاصة به .

---

١ - مجموعة التشريعات الخاصة/ص٨٣ .

٢ - مجموعة التشريعات الخاصة/ص٨٣ .

٣ - مجموعة التشريعات الخاصة/ص٨٤ .

من هذا يتضح لنا أن قانون الأحوال الشخصية ، قد صنّف الغائب إلى نوعين : –

النوع الأول : –

إذا كـــان مجهـــول محـــل الإقامـــة ، ولا يعـــرف له عـــنوان ، وليس بالإمكان مخابرته ، أو الاتصال معه.

وحكـــم هـــذا النوع أن الزوجة ، إذا طلبت التفريق بينها وبين زوجها ، من القاضي لغيابه عنها ، وتضررها من ذلك ، فإذا أثبتت بقاء قيام الزوجية ، وغياب زوجها عنها أكثر من سنه ، دون عذرٍ شرعيٍّ أو إذنٍ منها ، وادعت الضرر من ذلك فإن القاضي يحكم بالتفريق بينهما دون اعذارٍ للزوج ، أو ضرب أجل .

النوع الثاني :–

إذا كان معلوم محل الإقامة فهو على نوعين :–

أ – إذا كـــان معلومـــا محل الإقامة ، ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو مخابرته ، فحكم زوجته حكم زوجة النوع الأول .

ب– إذا كـــان معلوم محل الإقامة ، ويمكن وصول الرسائل منه وإليه ، فحكم زوجته إذا ادعت وأثبتت دعواها ، فإن القاضي يعذر إليه مدة أقلها شهر ، وأكثرها ثلاثة أشهر، بأن يحضر لزوجته أو ينقـــلها إلـــيه ، أو يطلقهـــا ، فإذا انقضت مدة الإعذار ، ولم ينفذ الزوج مضمونه طلق عليه القاضي(١)

هـــذا وفي جميع الأحوال ، يكون الطلاق بائناً بينونةً صغرى ، ولا ينفذ إلا بعد تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة ، وذلك بموجب المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية (٢)

وبإمعان النظر في قانون الأحوال الشخصية نلاحظ ما يلي :–

١ – إن القـــانون قـــد أجـــاز للزوجة ، طلب التفريق بينها وبين زوجها الغائب ، إذا أثبتت قيام الزوجية وغيابه عنها ، وهجره لها منذ أكثر من سنه ، دون عذر أو إذن منها ، وبأنها تتضرر من ذلك .

---

١ – ينظر/الواضح ص٢٤٣ ، زوجة الغائب ص٥٦ .

٢ – نـــص المادة ١٣٨ (ترفع المحاكم البدائية إلى محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام الصادرة على القاصرين وفاقدي الأهلية ، وعلى الوقف وبيت المال وأحكام فسخ النكاح والتفريق والطلاق والرضاع للمانع للزوجية والإمهال للعنة والجنون وغير ذلك مما يتعلق به حق الله تعالى لتدقيقها وذلك بعد مضي ثلاثـــين يومـــاً مـــن صدور الحكم ، ويشترط في ذلك أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المعينة وفصلت محكمة الاستئناف ، في موضوعها) مجموعة التشريعات الخاصة ص٥٦ .

وقد أخذ القانون بمذهب الإمام مالك رضي الله عنه في جواز التفريق ، ومذهب الإمام أحمد رضي الله عنه في تقييد الغياب ، بدون عذر مقبول أو إذن من الزوجة . (١)

والحكمـــة في ذلـــك ، جلية وواضحة، حيث إن مُقام الزوجة وحدها ، وزوجها بعيد عنها،فقد يســـافر ويغيب مدةً طويلة ، بلا سبب مشروع ، أو يتركها دون أن يحملها إليه أو يطلقها ، بل يدعها تعاني الآلام والشدائد غير عابئ بها ولا يهتم بأمرها ،

وبقاء الزوجة على هذه الحال يلحق بها الضرر ، وأمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب ، حتى وإن كان الزوج قد ترك لها ما تنفق فيه على نفسها . (٢)

هـــذا وأنـــه إذا كان ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية ، يخدم مصلحة المجتمع ، فيدفع الضرر الواقع على الزوجة ، بإخبار الزوج بوجوب أن ينقل إليه زوجته أو يعود إليها ، أو يطلقها فـــإن فعل وإلا فرق القاضي بينهما رفعاً للضرر ، وهذا من مقاصد شريعتنا الغراء ، إلا أنني أرى أنـــه يجدر بقانون الأحوال الشخصية ، أن يأخذ بالأصلح لجموع الأمة ، خاصةً بعد تقدم وسائل الاتصال والنقل ، فتكون مدة الغياب بإذن الزوجة أو لعذر مشروع سنة واحدة ، وأما إذا كانت الغيـــبة بدون إذن الزوجة أو عذر مقبول ، فيكتفى بستة شهور ، وذلك إتباعاً لسنة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، الذي ضرب مدةً أقصاها ستة أشهر لغياب الجند عن أهلهم .

فنكون بالتالي قد أصبنا سنة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فيما لم يكن فيه عذر أو إذن، وقيدنا ما فيه إذن من الزوجة أو عذر للزوج ، فلا يبقى الإذن على إطلاقه ، وكذلك العذر ، لأن العـــذر قـــد يقصر وقد يطول ، وإن الإذن قد يتحول سلباً في حق الزوجة ، فقد تأذن لزوجها بالغـــياب ، ولكـــنها بعد مرور السنة ، قد تصاب بالوحشة ، أو قد تخشى على نفسها الفتنة ، خاصـــةً إذا كانـــت شابةً في مقتبل عمرها ، وأي إذن أو أي عذر يكون له وجاهته أمام خشية الـــزوجة الوقـــوع في المعصية ، لا سمح الله ، أو إلحاق الوحشة بها ، بما يجعلها عاجزة عن تأدية وظيفتها التربوية ، التي أناطها الله بها .

١-ينظر الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية /القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى للقاضي أحمد محمد علي داود٢/ ٩٣٣/مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع/ط١ .

٢- ينظر المصدر السابق٢/٩٣٣ ، زوجة الغائب /٥٧ .

لذا فإنني أرى أن القانون لو أخذ بالسنة لمن كان بعذرٍ ، أو كان مأذوناً له ، وستة أشهر لمن ليس له عذر أو ليس مأذوناً له ، فيكون بالتالي قد حافظ الزوج على حقوقه من الضياع ، وحافظت الزوجة على عفتها وكرامتها ، خاصةً إذا كان معلوم أن عفة المرأة وشرفها ، فوق كل الأعذار والمبررات ، لما لذلك من حفاظ على المجتمع الإسلامي وسلامته .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه ، أنه يجب على الدولة ، أو الجهة المسؤولة ، أن تراعي مبدأ قانون الأحوال الشخصية المعمول به ، وذلك من أجل مراعاة موظفيها ، أو مستخدميها ، التي تقتضي الحاجة أو الضرورة ، إلى تسفيرهم خارج البلاد دون أزواجهم ، أو داخل البلاد ، ولكنهم بمعزل عن نسائهم .

٢- لم يكلف قانون الأحوال الشخصية ، الزوجة عبء إثبات الضرر الذي يلحق بها ، من غياب زوجها ، بل اعتبر أن مجرد الغياب بالشروط السابقة ، ضرر على الزوجة ، وإن مجرد الإدعاء بالضرر كاف لذلك ، وهذا أمر يعتز ويفتخر به ، لأن المرأة مصانة العرض ،ومكرمة أيما تكريم في شريعتنا الغراء ، وإن في إثباتها للضرر امتهاناً لكرامتها ، وتدنيساً لشرفها ، مما قد يجعلها تتنازل عن حقها الذي منحه لها رب العزة ، وذلك لما جبلت عليه من العفة والحياء ، فيؤدي ذلك إلى إضاعة حقوقها ، أو وقوعها في المحظور ، أو إلحاق الضرر بها ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول ((لا ضرر ولا ضرار)) (١)

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية المصري ١٩٢٥ لبيان الحكمة من ذلك ((بأن مقام الزوجة وزوجها بعيد عنها زمناً طويلاً ، مع محافظتها على العفة والشرف ، أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية ، في الأعم الأغلب ، وإن ترك الزوج لزوجته مالاً تنفق منه على نفسها وولدها))(٢)

٣- إثبات غياب الزوج ، دون الإدعاء بالضرر من هذا الغياب ، لا يعطي المرأة حق التفريق، بل لا يعطيها حق السير في الدعوى بدايةً ، (٣) وهذا مما يعزز القول بأن التفريق ليس بسبب الغيبة فقط ، وإنما بسبب الضرر الناتج عن هذه الغيبة

١-ينظر/سنن ابن ماجة ٢/٧٨٤/كتاب الأحكام/حديث رقم ٢٣٤٠ ، والحديث صححه الألباني وقال (حديث صحيح ورد مرسلاً وروي موصولاً عن عدد من الصحابة) وطرقه كلها ضعيفة لكن يقوي بعضها بعضا سلسلة الأحاديث الصحيحة ١/٤٤٣ رقم ٢٥٠/المكتب الإسلامي/ط٤ .

٢-زوجة الغائب ٥٧

٣-ينظر القرارات الاستئنافية رقم ١٨٤٧٩ تاريخ ٨ - ٥-٧٥ / ٢٣٠ ، ٢١٠٣٧ تاريخ ٢٣-١٠-٢٣٢/٧٩

ومـــا المادة ١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية ، الخاصة بالتفريق بين الزوجين للحبس(١) إلا لإثـــبات هذا الرأي ، وذلك لأن الحبس بحد ذاته لا يكون سبباً للتفريق ، وإنما الضرر الناتج بســـبب الحبس ، الذي يلحق بزوجة المحبوس ، هو المسبب لطلب التفريق للحبس ، إذا توافرت الشروط الخاصة بذلك .

٤- لقد أحسن المشرع عملاً ، عندما الحق زوجة المحبوس بالغائب ، لجامع الضرر بينهما ، ولكنه جعل الحبس على إطلاقه ، وأنني أرى أنه يجدر بالمشرع أن يفرق بين حبس وحبس .

٥- حيث إنه لا يوجد في قانون الأحوال الشخصية ، نص صريح يبين حق زوجة الأسير في طلب الـــتفريق أم لا ، فإنه يرجع في ذلك إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، وذلك بموجب نص المادة ١٨٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وحيث إن الراجح من مذهب أبي حنيفة ، أن زوجة الأسير نكاحها مستمر إلى أن يموت ، أو يثبت طلاقه .

فكـــان أولى بقانون الأحوال الشخصية ، وضع بند خاص ، يستثني زوجة الأسير ، حتى لا تكـــون مـــداراً للاجتهاد ، وإلحاقها بزوجة المحبوس التي ألحقت بزوجة الغائب ، فتكون مكافأتنا للأســـير الـــذي أسره العدو ، وهو يدافع عن الوطن والعرض والمقدسات ، وهذا الدين ، طلاق زوجته منه باسم الحفاظ على الزوجة وعفتها ، وإنما الأولى توجيه الزوجة دينياً وثقافياً وأخلاقياً بوجوب الصبر والتحمل ، وأن هذا لا بد له من التضحيات الضرورية ، هذا وقد نقل ابن المنذر الإجماع في ذلك فقال :- ((وأجمعوا أن زوجة الأسير لا تنكح حتى يعلم بيقين وفاته مادام على الإسلام)) (٢)

١- نـــص المادة ((لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقيد حريته التطليق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)) مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤

٢- الإجـــاع لابن المنذر ت ٣١٨هـــ/تقديم ومراجعة الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود تحقيق د.فؤاد عبد المنعم أحمد ص٧٧ فقره /٣٧٤/مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة قطر/ط١ .

المبحث الثاني :-

الفرق بين الغائب والمفقود والشبه بينهما وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

الفرق بين الغائب والمفقود :-

قبل أن أبدأ بذكر بعض الفروق بين الغائب والمفقود ، فإنني أرى أن أذكر بعض الأسباب التي حدت بي ، أن أتناول الغائب في هذا المقام ، ومن هذه الأسباب :-

١- الغائب أعم من المفقود ، لا سيما عند من جعلوا الغائب أكثر من نوع

٢- ذكر في بعض المواطن الغائب ، وكان يقصد به المفقود ، رغم إعطاء كل نوع حكمه ، ومثال ذلك ، أن فقهاء الحنبلية رضوان الله عليهم ، قد قسموا الغائب إلى قسمين :-

القسم الأول :- وهو ما كانت غيبته غير منقطعة ـ وهذا هو الغائب .

القسم الثاني :- وهو ما كانت غيبته غيبةً منقطعة- وهو المفقود - مع أن لكل قسم أحكامه الخاصة به (١)

٣- خلط بعض العلماء بين أحكام الغائب والمفقود ، مثال ذلك ما ورد في أحكام العدة أثناء التحدث عن عدة المفقود عنها زوجها ، حيث ذكر تحت عنوان حكم زوجة المفقود ((إذا كان المفقود يعرف حاله ، وكانت غيبته غير منقطعةً ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، وصبرت زوجته على غيبة زوجها ، فلها ذلك وليس لها أن تتزوج)) (٢) فالذي يعرف حاله أثناء غيابه ، ويمكن وصول الرسائل إليه ، فهذا ليس مفقوداً بحال من الأحوال ، وإنما غائب ، فما بالك إذا كانت كذلك غيبته غير منقطعة ؟!

فالمؤلف جزاه الله خيراً ، ذكر المفقود وتحدث عن الغائب ، والقاعدة أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقوداً ، ويتضح ذلك من التعريف الذي ساقه الأستاذ مصطفى الزرقاء رحمه الله عن المفقود فقال ((هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ، ولا يدري أنه حي أو ميت ، فإذا كانت حياته معلومةً ومكانه مجهولاً ، فهو غائب لا مفقود)) (٣)

٤- للغائب مطلقاً حكم وللمفقود حكمٌ آخر ، فإذا غلب على الظن موت المفقود جاز لزوجته أو أحد ورثته طلب الحكم بذلك (٤)

١-المغني ١٣٠/٩ ، ١٣١ ٢- أحكام العدة في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية إعداد الشيخ حلمي صالح عقل إشراف د.محمد علي الصليبي ص٨٧ رسالة غير مطبوعة .

٣-المدخل الفقهي العام/الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للشيخ أحمد مصطفى الزرقاء/دار الفكر/بيروت/ط٧ .

٤- ينظر القرار الاستئنافي٨١٤٥ ت٥٣/٩/١٢/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لداود ٩٢٢/٢ .

لـــذا وتوضـــيحاً لذلـــك ، فقد رأيت أن أسوق بعض الأمثلة ، التي تبين الفرق بين الغائب والمفقود ، على سبيل المثال ، وليس الحصر ، وذلك على النحو التالي : –

١ – الغائب تكون غيبته غير منقطعة ، في حين تكون غيبة المفقود منقطعة .

٢ – الغائب يكون معلوم محل الإقامة ،أو مجهول محل الإقامة، ولكن تصل الرسائل منه وإليه ، في حين أن المفقود ، يكون مجهول محل الإقامة ، ولا تصل الرسائل منه أو إليه ، وإن كان معلوم محل الإقامة قبل فقده .

٣ – الغائب لا تقسم أمواله ولا يورث ، وذلك لعصمة أمواله ، في حين تقسم أموال المفقود بعد الحكم بوفاته على ورثته (١)

٤ – الغائـــب يـــرث من غيره ، إذا كان وارثاً له ، في حين يوقف نصيب المفقود ، فإن بان حياً استحقه ، وإن بان ميتاً ، قسم على ورثته الموجودين ، أو على ورثة المورث (٢)

٥ –الغائـــب لا يفســـخ عقد زواجه ، عند جمهور الفقهاء إذا كانت حياته متيقنة (٣) ومن قال بفسخه فإنما لأسباب أخرى مع الغيبة أو بسببها ، وتأييداً لذلك .

فقـــد جـــاء في الحاوي للماوردي((إذا كان الغائب متصل الأخبار معلوم الحياة ، فنكاح زوجته محال ، وإن طالت غيبته ، سواء ترك لها مالاً أم لا ، وهذا متفق عليه)) (٤)

جاء في روضة الطالبين :– ((الغائب إن لم ينقطع خبره فنكاحه مستمر)) (٥)

نقل ابن قدامه الإجماع على عدم جواز التفريق ، بسبب غيبة الزوج مادام حياً فيقول ((إذا غـــاب الرجل عن امرأته ، لم تخل من حالين ، أحدها أن تكون غيبةً غير منقطعة ، يعرف خبره ، ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين)) (٦)

وعـــلى أن زوجـــة الأسير ، لا تنكح حتى تعلم بيقين وفاته ، وقد نقل ابن المنذر الإجماع في ذلك فقال ((واجمعوا أن زوجة الأسير لا تنكح حتى يعلم بيقين وفاته ما دام على الإسلام)) (٧)

وبهذه النقول ، يعلم أن ما قرره القانون ، فيما مضى من إجازة التفريق بسبب غيبة الزوج أو سجنه ليس سديداً ، ولم يقل به أحد من أهل العلم ، والصواب أن التفريق إنما يكون بسبب تضرر الزوجة ، بترك الزوج معاشرته لها (٨) .

---

١ – ينظر/الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦ ، المدونة الكبرى ٦٥٢/٣ ، المغني ٢٠٦/٧ ، ٢٠٧ .

٢ – شرح فتح القدير ٣٧٤/٢ ، الهداية ٣٨٦/٤

٣ – الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ٢٤٧

٤ – ٣٦٥/١٤ ٥ – ٤٠٠/٧ ٦ – المغني ١٣٠/٩

٧ – الإجماع لابن المنذر٧٧ فقره /٣٥٤ ، المغني ١٣٠/٩

٨ – ينظر/الواضح ص٢٤٨ .

وإذا تقـــرر ذلـــك في حق الغائب ، فإن المفقود ، إذا حكم بوفاته اعتدت زوجته ، وحلت لـــلأزواج بعـــد العدة ، وبذلك أخذ قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للمفقود في المادة ١٧٨ وبالنسبة للغائب في المواد ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ السالفة الذكر

٦- إذا نُكحـــت زوجـــة المفقود بعد انتهاء العدة ، مع علم زوجة المفقود أو من تزوجها ، أن المحكوم بوفاته على قيد الحياة فالنكاح باطل . (١)

في حـــين أن مـــن انقضـــت عدتها بعد التفريق للغيبة والضرر ، فنكاحها من غيره صحيح ومســـتمر ، إذا توافرت شروطه وأركانه ، بل هو من الأهداف التي تؤدي إلى إزالة الضرر عن الزوجة .

٧-تنقطع الحقوق الزوجية بعد فسخ العقد للغيبة والضرر ، حتى وإن عاد الزوج ، في حين تبقى الحقوق الزوجية قائمة ، بين المفقود وزوجته إذا تبينت حياته بعد الحكم بوفاته ، سواء عاد أو لم يعد ، وسواء كانت الزوجة في العدة أم انتهت عدتها ، وكذلك إذا أجري عقد زواجها ولم يدخل بهـــا ، وإنما الخلاف في هذه الحقوق إذا تزوجت ودخل بها ، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بذلك . (٢)

٨-الزوجة أو وكيلها ، هي الخصم الوحيد في دعوى التفريق للغيبة والضرر في حين أن الخصوم في دعوى وفاة المفقود متعددون .

٩-اختلاف مهر زوجة المفقود عن زوجة الغائب إذا فسخ عقد نكاحهما .

أمـــا من حيث الفرق بين مهر زوجة المفقود وزوجة الغائب ، إذا فسخ عقد النكاح ، فعلى النحو التالي :- لزوجة الغائب إذا فسخ عقد نكاحها نوعان من المهر :-

جميع المهر المسمى وذلك في حالتين :-

١-إذا كانت الفرقة بعد الدخول ، وذلك لقوله تعالى((فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ...))(٣)

٢-إذا كانت الفرقة بعد الخلوة الشرعية ، ودون الدخول .

١- ينظر الحـــاوي الكبير لأبي الحسن محمد بن علي بن حبيب الماوردي ت ٤٥٠هـــ تحقيق د.محمود مسطرجي ٣٧١/١٤/دار الفكر .

٢- المادة ١٧٩ من قانون الأحوال الشخصية /مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١ .

٣- سورة النساء آيه ٢٤

وقـــد نقل في ذلك إجماع العلماء ، فقد روى الإمام أحمد والأثرم(١) عن زائدة بن أوفى(٢) قـــال:قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من اغلق باباً وأرخى سترا ، فقد وجب المهر ووجبت العدة وروي كذلك عن عمر وعلي وسعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت(٣) إن عليها العدة ولها الصداق كاملاً ، ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعاً))(٤) هذا إذا كانت الخلوة من عقد صحيح ، وليس هنالك مانع شرعي من الدخول أو الاستماع .

وقـــد أخذ قانون الأحوال الشخصية بذلك ، فقد أوجب للمطلقة لمجرد الخلوة المهر كله ، ولو لم يكن دخول ، وذلك بموجب المادة ((٤٨)) حيث نصت المادة على ذلك بالقول ((إذا سمي مهر في العقد ، لزم أداؤه كاملاً ، بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة))(٥) هذا وحيث إن قانون الأحوال الشخصية ، قد نص على ذلك .

فإنه قد اعتمد في ذلك على مذهب الإمام أبي حنيفة ، حيث إنه قد أوجب المهر كله بالخلوة واستثنى من ذلك أن يكون أثناء الخلوة محرماً أو مريضاً ، أو صائماً في رمضان ، أو كانت المرأة حائضـــاً وبعبارة أخرى إذا لم يكن هناك مانع شرعي (أو حسي أو طبيعي ، فالشرعي كالصيام ، والحسي كالمرض ، والطبيعي وجود ثالث)(٦) .

١- هـــو أحمد بن محمد بن هاني الاسكافي ، وكنيته أبو بكر ، كان جليل القدر ، حافظاً للحديث ، حدث عنه النسائي وغيره ، له كتاب العلل ، توفي سنة ١٦٠هـــ/ينظر/تذكرة الحفاظ ٥٧٠/٢ .

٢- هو زالده بن أوفى العامري ، كان قاضياً للبصرة ، وأحد أعلامها ، وراوياً للحديث ، وثقه النسائي وغيره ، توفي سنة ٩٣هـــ ينظر/سير أعلام النبلاء ٥١٥/٤ .

٣- هـــو زيـــد بن ثابت الضحاك الأنصاري ، أسلم وعمره ١١ سنه وكان من كتبة الوحي ، أمره الرسول بتعلم لغة اليهود وقد جمـــع القرآن زمن عمر ، وكان يستخلفه عمر نائباً عنه على المدينة ، كان من أعلم الناس بعلم الفرائض وأحفظهم للقرآن ، ومن أصحاب الفتوى ولا يتقدم عليه بها أحد من الصحابة توفي سنة ٤٥هـــ ينظر/تذكرة الحفاظ ٣١/١ .

٤- يـــنظر المغـــني١٣/٣ ، السياســـة الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ عبد الفتاح عمرو ص٦٦/مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع/ط١ .

٥-مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٦ .

٦-ينظر/رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (حاشية إبن عابدين)٢٤٩/٤-٢٦٠/دار الكتـــب العلمية/بيروت/ط١ ، بداية المجتهد/٢٢/٢ ، فقه السنة للسيد سابق/١٦٠/٢/دار الكتاب العربي/بيروت/ط٣ ، الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة ص٢١٩-٢٢٠ .

وإنـــي أرى أن هذه الاستثناءات ذاتها ، لا تمنع من وجوب المهر كله ، لأنها لا تمنع من صحة الخلوة فقد يســتمتع الــزوج بزوجته مع وجود هذا المانع الشرعي ، كالصيام أو الإحرام أو الحيض فيرتكب محظوراً ، أو المرض فلا يكون مرضه مانعاً من الاستمتاع بزوجته ، واستدل أبو حنيفة على قوله ، بما رواه أبو عبيده(١) عن زائــدة ابــن أوفى قــال ((قضــى الخلفاء الراشدون المهديون ، أنه إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق))

وبمــا روى وكــيع(٢) عن نافع بن جبير(٣) قال ((كان أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم يقولون ((إذا أرخى الستر وأغلق الباب فقد وجب الصداق))

هذا من النقل ، أما من العقل فهو يرى أن التسليم المستحق وجد من جهتها،فيستقر به البدل (٤)

كمــا أن الإمام مالك رضي الله عنه ، قد استدرك رأيه القائل بوجوب نصف المهر فقط ، إذا كانت خلوة دون دخــول ، بقــوله إذا كانت الخلوة للبناء بالزوجة ، وطالت عليها المدة ، فيثبت المهر وإن لم يكن دخول ، فقد قــال في العــنين المؤجل ، أنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق ، وذلك لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق .

هــذا وحيث إن هذه المسألة هي مسألة خلافية بين الفقهاء ، فإنّ قانون الأحوال الشخصية ، قد قطع قول كل بليغ ، وكان صريحاً في ذلك ، حيث أوجب المهر كله بمجرد الخلوة الصحيحة (٥).

ب–نصــف المهــر ، وذلك إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة ، وذلك لقوله تعالى ((وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ...))(٦)

وقــد أخــذ قانون الأحوال الشخصية بذلك بموجب المادة ٤٨ من القانون ، حيث جاء في الشطر الثاني منها ((...أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسجل))(٧)

وأنــه وإن كان ترتيب النص في القانون يفيد بأن الطلاق إذا وقع قبل الوطء أو قبل الخلوة الصحيحة فقد وجــب نصــف المهر ، إلا أنه إزالةً لكل لبس كان الأولى أن يكون النص : أما إذا وقع الطلاق قبل الوطء أو الخلوة الصحيحة لزم نصف المهر والله تعالى أعلم .

---

١) أبو عبيدة :– عامر بن عبد الله بن الجراح بن ربيعة ، وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية ، شهد مع الرسول الغزوات كلها ، توفي في طاعون عمواس سنة ١٨هـ في خلافة عمر بن الخطاب ، وله من العمر ٥٨سنة . ينظر/الطبقات ، ج٧ ، ص٢٦٩ .

٢– وكــيــــع :– هو وكيع بن الجراح ، من الحفاظ المتقنين وأهل الفضل والدين ، ولد سنة ١٢٩هـ وتوفي سنة١٩٦ هـ ينظر/البستي، مشاهير العلماء ص٢٠٤ .

٣– هو نافع بن جبير بن مطعم بن عدي القرشي ، وكنيته أبو محمد وقيل أبو عبد الله ، كان شديد التواضع ، ومن رواة الحديث ويوصف بالثقة ، ويعد من فصحاء قريش/ينظر/سير أعلام النبلاء٤/٥٤١ .

٤–فقه السنة/٢/١٦١

٥– ينظر/المادة٤٨ من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٦

٦– سورة البقرة آيه ٢٣٧

٧– مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٦

في حسين أن زوجة المفقود لها كل المهر ، إذا حكم بوفاة زوجها سواء كان ذلك بعد الدخول بقوله تعالى ((وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ...))(١) وهذا باتفاق العلماء .

وكذلك قبل الدخول لانعقاد الإجماع عليه .

وبهـذا أخذ قانون الأحوال الشخصية وذلك بموجب نص المادة ٤٨ منه ((إذا سمي مهر في العقد الصحيح لزم أداؤه كاملاً بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق ...))(٢) والمفقود ميت حكماً .

١٠- تختلف عدة زوجة المفقود عن عدة زوجة الغائب على النحو التالي :-

عـدة زوجة المفقود أربعة أشهر وعشرة أيام ، وذلك بمجرد العقد،دون النظر إلى الدخول أو الخلوة لقوله تعالى ((والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ...))(٣)

والمقصود بالتربص هو الانتظار ، ومتعلقه ثلاثة أشياء النكاح ،الطيب والتنظف،التصرف والخروج

هذا ويعتمد هذا الحكم من عموم الآية المذكورة لأمرين :-

أ- أن المفقود المحكوم بوفاته ، هو متوفى حكماً ، سواء كان متوفى حقيقةً أم لا .

ب-إن الآية القرآنية جاءت عامةً في عدة النساء اللواتي توفي عنهن أزواجهن ، دون تفصيل بالدخول أو عدمه وهذا أمر مجمع عليه (٤)

وهـو مروي كذلك من بعض فقهاء السلف ، كعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر وعلي والحسن وعطاء وأبي الزناد وربيعه وغيرهم (٥)

ويسـتدل على ذلك أيضاً ، ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل تزوج امرأةً فمات عـنها ولم يدخل بها ، ولم يفرض لها ، فترددوا إليه مراراً في ذلك ، فقال أقول فيها برأيي ، فإن يك صواباً فمن الله وإن يك خطأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان منه ، لها الصداق كاملاً ، وفي لفظ لها صداق مثلها لا وكس ولا شطط ،وعليها العدة ، ولها الميراث،فقام معقل ابن يسار الأشجعي (٦) فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به في بروع بنت واشق(٧) ، ففرح عبد الله بذلك فرحاً شديداً (٨) .

١- سورة النساء آيه ٢٠ ٢- مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٦ . ٣- البقرة آية ٢٣٤

٤- أحكـام القران لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ت٥٤٣هـ تحقيق علي محمد البجاوي /٢٠٨/١/دار المعرفة/بيروت .

٥-مختصر تفسير ابن كثير/٢١٣/١

٦- معقل بن يسار :- هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني السمنقردي ، ويكنى بأبي عبد الله ، اشتهر بالفقه والحديث في البصرة ، من أصحاب شرة الرضوان وينسب إليه نهر معقل في البصرة ، توفي أثناء خلافة معاوية بن أبي سفيان .ينظر/لب اللباب ٢٥٤/٢ ، مشاهير علماء الأمصار/ص٤٨ .

٧- بروع بنت واشق :- هي بروع بنت واشق الرؤاسية الكلابية ، صحابية ، روى عنها سعيد بن المسيب أنها نكحت رجلاً وفوضت إليه ، فتوفي قبل أن يدخل بها فقضى لها الرسول (صلى الله عليه وسلم) ، وقد روى لها النسائي في سننه . ينظر/تراجم أعلام النساء/ص٥٦ .

٨- أخرجه الترمذي وقال حديثٌ حسن صحيح/ينظر/سنن الترمذي٤٥٠/٣ حديث رقم١١٤٥ .

وقـــد ورد في تفســـير هـــذه الآيـــة كذلك ((هذا أمر من الله للنساء ، اللاتي يتوفى عنهن أزواجهـــن ، أن يعتددن أربعة أشهر وعشرة ليالي ، وهذا الحكم يشمل الزوجات المدخول بهن ، وغير المدخول بهن بالإجماع ، ومستنداً في غير المدخول بهن لعموم الآية...

والحكمـــة في جعل عدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرا ، احتمال اشتمال الرحم على حمل ، فإذا انتظرن هذه المدة ظهر إن كان موجوداً كما جاء في حديث ابن مسعود في الصحيحين ((إن خلق أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ، ثم يكون علقةً مثل ذلك ، ثم يبعث إليه الملك ، فيـــنفخ فيه الروح)) فهذه ثلاث أربعينات بأربعة أشهر ، والاحتياط بعشر بعدها ، لما قد ينقص بعض الشهور ، ثم لظهور الحركة بعد نفخ الروح فيه والله أعلم)) (١)

أما زوجة الغائب فلها حالتان :-

الحالة الأولى :-

إذا كان الفراق قبل الدخول أو الخلوة ، فلا عدة عليها وذلك لقوله تعالى ((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا)) (٢)

وقـــد ورد في تفسير هذه الآية كذلك من حيث أن لا عدة على المطلقة قبل الدخول : هذا أمرٌ مجمع عليه بين العلماء ، إن المرأة إذا طلقت قبل الدخول بها لا عدة عليها ، فتذهب وتتزوج من فورها متى شاءت (٣) وهو المعمول به في المحاكم الشرعية .

الحالة الثانية :-

إذا كان مدخولاً بها ، فعدتها تختلف باختلاف حالتها ، وهو الاعتداد بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل (٤)

رأي قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة :-

لقد أخذ قانون الأحوال الشخصية ، بما ورد في القرآن الكريم وبما ذهب إليه جمهور الفقهاء بـــأن عـــدة المرأة المتوفى عنها زوجها ، هي أربعة أشهر وعشرة أيام ،سواء دخل بها زوجها أم لم يدخل بها وهذا بموجب المادة ١٣٩ منه ((النساء المتزوجات بعقد صحيح عدا الحوامل ، إذا توفي أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرة أيام سواء دخل بهن أم لا)) (٥)

١-مختصر ابن كثير/١/٢١٣/١٠٤ ٢-الأحزاب آية ٤٩ ٣-مختصر ابن كثير/٣/١٠٤

٤-ينظر الإجماع /٨٦فقره /٤٤١-٤٥٦ ، باب العدة ضمن باب النكاح في مراجع الفقه

٥-مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٦ .

إذا جمعـــت المادة ١٧٨من القانون والتي نصها ((بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة (١٧٧)تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم ، عدة الوفاة ...))(١)مع المادة ١٣٩السالفة الذكر نجد أن زوجة المفقود تأخذ حكم زوجة المتوفى عنها زوجها .

وكـــان يجدر بقانون الأحوال الشخصية ، عند ذكره لعدة المفقود زوجها في المادة١٧٨ أن يضم إليها المادة ١٣٩ أو يذكّر بها ليستقيم المعنى .

١١- لا تعـــتد زوجـــة الغائب عدة الوفاة ، إذا توفي زوجها ، بعد الحكم بالتفريق بينهما للغيبة والضرر ، ولو لم تكن ذات زوج ، وذلك لانتهاء العلاقة الزوجية بينهما .

في حين أن زوجة المفقود ، إن ظهر حياً بعد الحكم بوفاته ، بعد انتهاء العدة أو أثناءها ، ثم توفي أو ثبتت وفاته يقيناً ، وجبت عليها العدة من جديد وهذا باتفاق الفقهاء ، إلا أن تكون ذات زوج ، فهذا أمر مختلف عليه .

١٢- التفريق للغيبة والضرر ، لا يكون إلا بعد سنةً من الغيبة ، وذلك بموجب نص المادة ١٢٣ من القانون لمن قال به ، في حين أنه للمفقود يختلف من حالة إلى أخرى .

١٣- التفريق للغيبة والضرر ينفذ ظاهراً وباطناً ، في حين أن التفريق للفقد لا ينفذ إلا ظاهراً(٢)

١٤-لا يحق للزوج إرجاع زوجته أثناء العدة ، إذا حكم بالتفريق بينهما للغيبة والضرر .

في حـــين أن المفقود ، إذا ظهرت حياته ، عادت إليه زوجته ، سواء أرجعها أم لم يرجعها ، وســـواء كانت في العدة أو خرجت منها ، وذلك باتفاق العلماء ، وهذا ما عليه قانون الأحوال الشخصـــية بموجب نص المادة١٧٩ منه ، واستثنى من ذلك أن تكون الزوجة قد نكحت ودخل بها وهذا أمر مختلف عليه بين الفقهاء .(٣)

١٥- لا يسري التفريق للغيبة والضرر ، إلا على المدعية وزوجها دون ضرائرها .

في حـــين يسرى حكم التفريق للفقد بين المفقود وجميع نسائه ، إذا كان مفقوداً بالنسبة لهن ولا يقتصر ذلك مع زوجته المدعية فقط ، وقد نصت المادة ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية عـــلى ذلك ، فإنها وإن كانت بصيغة المفرد ، فقد قصد به المفرد والجمع ، لأن ذكر الفرد فقط لأنـــه الأعم والأكثر، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، لا يعقل أن يكون الزوج مفقوداً بالنسبة لإحدى زوجاته وحياً بالنسبة للأخرى .

١- مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١. ٢-المهذب٢/١٤٧ ، مغني المحتاج٣/٣٩٧

٣- يراجع نص المادة١٧٩ ص٢٦ من هذا البحث .

١٦- نفقة العدة :-

ذهب جمهور الفقهاء (١) إلى أن زوجة الغائب لها النفقة أثناء عدتها ، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بذلك ، بموجب المادة ٧٩ منه ونصها ((تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ)) (٢)

في حين أنه لا نفقة عده لمعتدة الوفاة ، وبالتالي لمعتدة المفقود ، لأنه قضى بوفاته حكماً ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم الشرعية ، وذلك بموجب نص المادة ١٤٤من قانون الأحوال الشخصية ، والتي جاء فيها(ليس للمرأة التي توفي عنها زوجها سواء كانت حاملاً أو غير حامل نفقة عدة) (٣)

وكذلك جاء في المادة ٣٨٤من قانون النفقات الشرعية

((ليس لمعتدة الوفاة نفقةً ولا كسوة ولا مسكن سواء كانت حاملاً ، أو حائلاً، ويلزمها أن تصرف على نفسها من مالها)) (٤)

١٧- الإحداد على الزوج :-

قبل بيان الفرق بين الإحداد لزوجة الغائب وزوجة المفقود ،فإنني أرى أن أبين معنى الاحداد لغةً واصطلاحاً ، وحكمه ، وذلك على النحو التالي :-

معنى الاحداد لغةً :-

المنع ، من حدّ يحد ، حدّاً ، يقال حد الرجل عن الأمر ، يحده حداً ، أي منعه ، وسمي البوّاب حداداً ، لأنه يمنع الدخول ، كما سمي السجان حداداً ، لأنه يمنع من الخروج ، وسميت العقوبة حداً ، لأنها تمنع من المعصية .

والحاد والمحد من النساء ، هي المرأة التي تترك الزينة والطيب بعد زوجها للعدة ، وقيل : إذا حزنت المرأة على زوجها ، ولبست ثياب الحزن ، وتركت الزينة ، والخضاب .

ويقال حدت المرأة على زوجها ، امتنعت من الزينة (٥)

الإحداد اصطلاحاً : هو اجتناب المرأة المتوفى عنها زوجها،خلال عدتها كل ما يدعو إلى نكاحها،ورغبة الرجال فيها،من طيب وكحل وحلي وحناء وثياب زينة،وخروج من منزل زوجها من غير حاجة (٦)

١-الشرح الكبير٩/١٢١ ٢ -مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٩ ٣- المصدر السابق ص٨٧ ٤-قانون النفقات الشرعية

٩٢ ٥-لسان العرب٣/١٤٣ ، الصحاح/٢/٤٦٢-٤٦٣ ، المبحث في اللغة/٢/٣٠ . ٦-ينظر /نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج/٧/١٤٥

وجـــاء في بدايـــة المجـــتهد والاحداد يعني أن تمتنع المرأة أثناء عدة الوفاة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالحلي والكحل، إلى ما لم يكن فيه زينةً أو لباس الثياب المصبوغة إلا السواد.(١) هذا ويلاحظ أن المعنى اللغوي ، أعم وأشمل من المعنى الاصطلاحي ، وإن كانا يتفقان على المنعُ ، وهو المقصود .

حكم الأحداد :-

جمهـــور الفقهاء يقولون بوجوب احداد المرأة على زوجها المتوفى ، أربعة أشهر وعشرة أيام ولم يخالف في ذلك إلا القليل ، مثل الحسن البصري وابن الماجشون والشعبي .(٢)

أما الفرق في الاحداد فيتبين كما يلي :-

لـــيس على زوجة الغائب بعد الفسخ إحداد ، إلا إذا توفي زوجها أثناء العدة ، فتنقلب إلى عـــدة وفاة ، وهذا أمرٌ مختلفٌ عليه ، أما إذا كانت الوفاة بعد العدة ،سواء كان الطلاق من قبل الزوج، أو تفريقاً من قبل القاضي ، فلا حداد عليها ، ولا عدة وفاة ، وهذا بإجماع العلماء .

في حين أنه يجب على زوجة المفقود ، الإحداد على زوجها وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء كمـــا تقدم وهو الإحداد أربعة أشهر وعشرا ، لقوله عليه السلام ((لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث ، إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا)) (٣)

في حـــين ذهـــب ابن الماجشون إلى القول بعدم الإحداد ، وذلك لأن هذا التفريق طلاقٌ في نظره ، فلم يجب في العدة إحداد كطلاق الحاضر ،(٤) ومثله ذهب الحسن البصري .(٥)

وإنني أرى صحة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، واكتفي بنقل ما ذكره الدكتور محمد عبد الرحيم في كتابه زوجة الغائب فقال :-

((إن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، جدير بالاعتبار والتقدير ، لأن الإحداد واجب شرعاً ، عـــلى زوجـــة المتوفى عنها زوجها ، والزوج الذي نحن بصدده وهو المفقود،حكم عليه القاضي بالوفاة،وإن لم تكن حقيقة ، وواجب على زوجته الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وهذه العدة مـــدة الإحداد على الزوج المتوفى،كما أوضح لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يحل لامرأة مسلمة ...)

١-ينظر بداية المجتهد /١٥٣/٢ ٢-ينظر بداية المجتهد/١٢٢/٢ ، بدائع الصنائع/٢٨٠/٣-٢٨١ ، مغني المحتاج/٣٩٩/٣ المحـــلى/٢٧٥/١٠ ، المغني مع الشرح الكبير/١٦٦/٩. ٣-رواه البخاري كتاب الطلاق/باب المتوفى عنها زوجها/٢٠٢/٣

٤-حاشية ابن عابدين /٤٦٢/٦ .

٥-ينظر مغني المحتاج/٣/ ٣٩٨.

أضـــف إلى ذلك ، أن وجوب الإحداد على زوجة المفقود شيءٌ له وجاهته ، وهذا من شأنه أن يقـــوي مكانتها، ويحفظ سمعتها في المجتمع ، كما أنه يعمل على تقوية عرى الصلة ، والروابط بين أسرتها وأسرة المتوفى ، لأنه ليس من المعقول عرفاً أو شرعاً أن يحكم القاضي على زوج بالوفاة ثم تـــتزين زوجته التي كانت له فراشاً بالأمس ، بالحلي والخضاب وغير ذلك من أدوات الزينة ، دون أن تـــراعي شـــؤون أسرة المفقود ، أو تشاركهم – وهي أولى بذلك من غيرها – في إظهار الحزن والتفجع عليه .

هـــذا مـــن ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن كان الحنفية يوجبون الإحداد على المبتوتة ، أو المطلقة طلاقاً بائناً ، على ما في هذا الطلاق من ضرر وأذى يلحقان بالزوجة ، فإنه من باب أولى أن يكون الإحداد واجباً على زوجة المفقود (١)

وإضـــافةً إلى ذلـــك فإنني أرى أن ظهور المفقود حياً ، أثناء العدة أو بعدها ، يدخل الفرحة لدى ذويه ، وبخاصة زوجته ، وأي فرحة لها تصدَّق إذا لم تكن قد ألزمت نفسها بالإحداد عليه ، بخاصة إذا علمنا أن الإحداد ، هو الامتناع عن كل المظاهر التي من شأنها إثارة النفور في النفوس من قبل أهل الزوج أثناء العدة .

رأي قانون الأحوال الشخصية في الإحداد :–

حتى يتسنى لنا بيان رأي قانون الأحوال الشخصية في هذه المسألة ، وحيث إنه لا يوجد نص صريح، فإنني أرى أنه لا بد من النظر إلى ما يلي :–

١–المـــادة ١٧٨ مـــن القانون نصت على أن تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة ، اعتباراً من تاريخ الحكم.

٢–المادة ١٣٩ منه على أن عدة المتوفى عنها زوجها ، أربعة أشهر وعشرة أيام .

٣–المادة ١٤٦ بينت أن على المعتدة من طلاق أو وفاه ، التزام بيت الزوجية أثناء العدة ، و عدم الخـــروج مـــن السكن إلا للضرورة، ونص المادة هو ((تعتد معتدة الطلاق الرجعي ، في البيت المضاف للزوجين بالسكنى ، قبل الفرقة ، وإن طلقت أو مات عنها زوجها ، وهي في غير مسكنها عادت إليه فوراً ولا تخرج منه إلا لضرورة ، ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصلحتها ، ولا تبيت خـــارج بيـــتها ، وإذا اضطر الزوجان للخروج من البيت ، فتعتد معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج ، وإذا اضطرت معتدة الوفاة إلى الخروج فتنتقل إلى أقرب موضع منه))(٢)

١– زوجة الغائب /٨٣–٨٤

٢– مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٧.

٤-أوجب القانون على المطلقة أو المتوفى عنها زوجها ، التزام بيت الزوجية إلا للضرورة ، وهذا مظهـــر مـــن مظاهـــر الإحداد،ولا أرى أنه إلا على سبيل المثال لا الحصر، فيكون بالتالي -إذا استحضـــرنا المـــواد السابقة في آن واحد،قد الزم معتدة المفقود بالإحداد مدة العدة،والله تعالى أعلم- .

١٨-لا ينعزل وكيل الغائب إلا بالعزل ، أو إنهاء ما وكل به ، في حين أن وكيل المفقود ، ينعزل بمجرد الحكم بوفاة المفقود .

١٩- تصح وتنفذ الوصية والوقف والهبة ، من الغائب وإليه إذا توافرت الأركان والشروط .

عـــلماً أن هـــناك أمور شبه بينهما ، إلا أنها لا توحد الأحكام ، رغم هذا التشابه ، وإتماماً للفائدة أسوق بعض الأمثلة على ذلك ، وذلك ضمن المطلب التالي .

المطلب الثاني :-

أوجه التشابه بين الغائب والمفقود :-

١-إن كلاً من الغائب والمفقود ، متوارٍ وبعيدٌ عن أهله (١)

٢-وجـــوب العـــدة على زوجتي كل من الغائب والمفقود ، مع الفارق بينهما ، وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية في المواد١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٧٨. (٢)

٣-استحقاق زوجتي الغائب والمفقود للنفقة من مال زوجيهما ، بقضاء ودون قضاء (٣) لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبي سفيان(٤) (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (٥) {وكذلك المادتين ١٠٤+٢٦٥من كتاب النفقات الشرعية }

فقد نصت المادة١٠٤ المذكورة ((...فنفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبةٌ قبل القضاء أيضـــاً)) في حـــين نصت المادة٢٦٥ على ((إذا ظفرت الزوجة بمالٍ من جنس النفقة لزوجها ، فيمكـــنها أن تـــأخذ لنفقتها قدراً كافياً ومعروفاً ، سراً وعلناً ، ولو لم يرض الزوج بذلك ، ولا يشترط في جواز هذا الأخذ ، أمر القاضي وتقديره))

٤-لا يستحق أصول أو فروع الغائب أو المفقود ، النفقة منهما دون قضاء القاضي . (٦)

٥-لـــيس للقاضـــي حـــق التصرف في أموال الغائب عامةً ، إذا كان له وكيل ، وكذلك الأمر للمفقود قبل الحكم بوفاته ، وذلك لأن أموالهما معصومةً بعصمة الإسلام لها .

٦-تنتصب الزوجة مدعية على زوجها الغائب ، وكذلك المفقود .

٧-الغائب والمفقود قبل طلب الحكم بوفاته ، لا يرثهما أحد ، في حين أنهما يرثان من يورثهما .

١المعجم الوسيط /٢/٦٦٧ ، ٦٩٦-٦٩٧ ٢-ينظر روضة الطالبين٧/٤٠١ ،مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣ ، ٩١ ٣-روضة الطالبين ٧/٤٠٣-٤٠٥

٤- هـــي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف صحابية قرشية ، أم معاوية بن أبي سفيان ، كانت صاحبة رأي وحزم ، عرف عنها رثاؤها لقتلى بدر من قريش ، وتمثيلها بشهداء المسلمين في أحد حيث عملت من آذانهم وأنوفهم قلائد وخلاخيل ، أهدر النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة ، وفيها أسلمت بعد ذلك ، شهدت اليرموك وحرضت على قتال الروم . ينظر/رضوان دعبول ، تراجم إعلام النساء ص٤٦٥-٤٦٦ .

٥-رواه البخاري٧/٨٥/كتاب النفقات/باب إذا لم ينفق الرجل

٦-المبسوط/١١/٣٤ ، مغني المحتاج ٣/٤٤٦-٤٤٩ ، المدونة الكبرى٢/٤٥٢ .

المبحث الثالث :-

آراء الفقهاء في التفريق للغيبة والضرر :-

لقد عني الفقهاء بالغائب ، دراسةً وبحثاً لما له من مسائل متعددة ، إلا أنني في هذا البحث ، سأتكلم فيما يخص الغائب ، إضافةً إلى ما سبق ، عن آراء الفقهاء في التفريق للغيبة ، مبيناً في ذلك آراء الفقهاء ، وأدلتهم ، ومناقشاً لهذه الأدلة ، ومرجحاً لما أراه راجحاً إن شاء الله .

هذا وإنني قبل الخوض في هذه المسألة ، أود التأكيد على ما قررته سابقاً ، وهو أن أحداً من الفقهاء ، لم يقل بالتفريق للغيبة – أقصد مجرد الغيبة – مهما طالت مدتها ، وذلك لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما ، وعلى الزوجة أن تصبر على هذه الغيبة ، حتى يأتيها خبر وفاته ، معتمدين في ذلك على قول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود ((هي امرأة ابتليت فالتصبر حتى ، يستبين موت أو طلاق))

وإنما التفريق الذي اختلف فيه الفقهاء ، بين مؤيد ومعارض ، هو التفريق المقترن بالضرر، هذا وقد نقل ابن قدامه الإجماع على ذلك فقال ((إذا غاب الرجل عن امرأته ، ولم يخل من حالين ، أحدهما أن تكون غيبةً غير منقطعةً ، يعرف خبره ، ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين))(١)

وقد ورد بخصوص حالات الغيبة ((إن غيبة الزوج لها حالتان : الحالة الأولى أن تطول غيبته أو تقصر مع التيقن بأنه حي يرزق ، وقد يكون معروفاً محل الإقامة ، وقد لا تعرف محل إقامته ، كأن يكون مسجوناً في البلد التي تكون فيها زوجته ، أو في غيرها ، أو يكون موجوداً في بلده من غير سجن ، ولكنه هاجر ، وقد يكون موجوداً في بلد آخر غير بلده ، ولم أجد – والقول للدكتور – أحداً من أهل العلم من الصحابة أو التابعين أو الأئمة ، أجاز التفريق لسبب غيبة الزوج ما دام حياً)) (٢) واستشهد بما نقله ابن قدامه عن إجماع العلماء على ذلك ، كالغائب ، حيث نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك بقوله في الفقرة ٣٧٤((واجمعوا أن زوجة الأسير لا تنكح حتى يعلم يقين وفاته ، مادام على الإسلام))(٣) وهذا مهما اقترن بها من ضرر وبعد ، فإن الفقهاء انقسموا إلى فريقين ، في مسألة التفريق للغيبة والضرر ، فمن رأى الضرر مع الغيبة ، أجاز التفريق ، ومنهم من لم يجز التفريق سواء كان مع الغيبة ضرر أم لم يكن ، ويتضح ذلك ضمن المطالب الثلاث التالية :-

---

١-المغني /٩/١٣٠ ٢-الواضح في شرح الأحوال الشخصية/د.عمر الأشقر ٢٤٧

٣-الإجماع لابن المنذر ص٧٧/فقره ٣٧٤٥

المطلب الأول :-

القائلون بالتفريق وأدلتهم :-

أجـــاز المالكـــية ، والحنبلية ، والشافعي في القديم وبعض العلماء المعاصرين ، التفريق للغيبة والضرر ، ولكنهم اختلفوا في الأسباب والمدة وذلك على النحو التالي :-

أ- المذهب المالكي :- (١)

يرى المالكية أن زوجة الغائب ، إذا تضررت من غيابه عنها ، فإنه يجوز لها أن تطلب التفريق بيـــنها وبين زوجها ، سواء كانت هذه الغيبة لعذر ، أو لغير عذر ، إذا مر على غيابه سنةً كاملةً عـــلى الأقل ، وأنهم قد قصروا الضرر ، على خوف الزوجة وقوعها في الزنا ، واعتبروا أن مرور السنة ، كافٍ لادعاء ذلك وإثباته دون إثبات ، فاختلفوا بالتالي عن الحنبلية ، الذين ضربوا ستة أشـــهر إذا كانت بدون عذر ، وسبق أن تبين لنا ، أن المالكية قد قسموا الغائبين عن زوجاتهم إلى خمسة أقسام ، فإنهم قد جعلوا لكل قسم حكمه الخاص به وذلك على النحو التالي :

١-غائب لم يترك نفقه ، ولا خلف مالاً ، ولا لزوجته عليه شرط في المغيب ، فإن لزوجته الحق في تطليق نفسها ، إذا غاب عنها وأنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق .

٢-غائـــب لم يترك نفقه،ولزوجته عليه شرط في المغيب،فهي مخيرةً في أن تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق أو بشرطها،أي تطلب التفريق بموجب شرطها،فهو أيسر لها،لا يضرب له في ذلك أجل .

٣-غائب خلف نفقةً ، ولزوجته عليه شرط في المغيب ، فلزوجته حق التفريق بالشرط خاصةً .

٤-غائب خلف نفقةً ، ولا شرط لامرأته عليه في المغيب ، وهو بذلك معلوم المكان ، فهذا يكتب إليه السلطان ، إما أن يقدم ، أو يحمل امرأته إليه ، أو يفارقها ، وإلا طلق عليه .

٥-غائب خلف نفقه،ولا شرط لامرأته عليه في المغيب،وهو مع ذلك غير معلوم المكان فهذا هو المفقود ، وسيأتي بيانه إن شاء الله .

أما بالنسبة للأسير : فقد استثنى المالكية الأسير من الغائب سواء طالت مدة أسره أو قصرت ما لم تتيقن وفاته ، أو ارتداده عن دينه .

وقد جاء في المدونة الكبرى بهذا الخصوص ما يلي :-

(الأســـير.لا تتزوج امرأته ، إلا أن ينتصر أو يموت قال فقيل لمالك:فإن لم يعرفوا موضعه،أو موقعه بعد الأسر،قال:ليس هو بمنزلة المفقود،ولا تتزوج امرأته،حتى يعلم موته أو ينتصر)) (٢)

١- يـــنظر مواهـــب الجليل شرح مختصر خليل٥/٤٩٥-٤٩٧ ، المدونة الكبرى٣/٤٥٢-٤٥٦ ، حاشية الدسوقي٢/٤٧٩-٤٨٠ ، جواهر الإكليل١/٥٥٠-٥٥٤

٢-المدونة الكبرى ٣/٤٥٦

وعلـــة ذلـــك أنه في أرض العدو ، ولا يستطيع الوالي أن يستخبر عنه وإنني أرى أن الإمام مـــالك رضي الله تعالى عنه ، عندما يجعل التنصر من أسباب الفرقة ، فإن ذلك على سبيل المثال وليس الحصر ، لأن التنصر هو خروج المسلم عن دين الله إلى أي دين آخر ، وليس إلى النصرانية فحسب ، إضافةً إلى أن لفظ التنصر يعني بحد ذاته مفارقة المسلم لدينه .

هـــذا وقـــد وضـــع كل من المالكية والحنبلية ، شروطاً لا يجوز لزوجة الغائب ، أن تطلب التفريق من زوجها إلا إذا تحققت ، وذلك كما يلي :-

١-اشترط المالكية غياب الزوج سنةً كاملةً عن زوجته ، على الأقل ، سواء كان ذلك بعذر ، أو بغير عذر ، في حين اكتفى الحنبلية بمضي ستة أشهر ، وبدون عذر ، وهذه المدة هي التي يراها كل فريق كافيةً ، لإلحاق الوحشة بالزوجة ، أو إيقاعها في المحظور .

٢-إذا كان الزوج معلوم محل الإقامة ، ويمكن وصول الرسائل إليه،أو مخابرته ،فلا يتم التفريق ، إلا بعد الخطوات التالية :-

أ-أن يتم تبليغه بدعوى زوجته .

ب-أن يعذره القاضي ، وهو أن يضرب له مدة ، يأمره خلالها ، أن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه،أو يطلقها،فإن فعل ذلك في خلال الأجل المضروب ، فبها ، وإن لم يفعل طلق عليه القاضي .

٣-إذا كان الزوج مجهول محل الإقامة،أو معلوم محل الإقامة ، ولكن لا يمكن وصول الرسائل إليه فرق القاضي بينه وبين زوجته ، دون أن يضرب له أجلاً لذلك .

ب- الشافعي في القديم :-

أجاز الإمام الشافعي في مذهبه القديم ، التفريق بين الغائب وزوجته بعد مرور أربع سنوات على غيابه ، وحكم الحاكم بذلك (١)

١- ينظر/روضة الطالبين ٤٠٣/٧-٤٠٤ ، مغني المحتاج٣٩٧/٣ .

ج-المذهب الحنبلي :-

لقد قسم فقهاء المذهب الحنبلي الغيبة إلى قسمين :-

١-إذا كانت غيبة الزوج بإذن من الزوجة ، أو بعذرٍ كطلب العلم أو حج أو غزو واجبين ، أو طلب رزق يحتاج إليه ، وكان معلوم محل الإقامة ، أو تصل الرسائل إليه ، فهذا الصنف لا يجوز لزوجته ، طلب التفريق ، حتى وإن طالت غيبته ، فقد قال ابن قدامه رحمه الله في المغني ((إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين ، أحدهما أن تكون غيبةً غير منقطعة، يعرف خبره ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج ، في قول أهل العلم أجمعين .....))(١)

وقال أيضاً ((وإن سافر عن امرأته بعذر وحاجة ، سقط حقها في القسم وإن طال سفره)) (٢)

وبيت القصيد هنا ، أن التفريق إنما يكون بسبب الوحشة وعدم العشرة ، فإذا كان بعذر ، سقط حقها في العشرة ، وبالتالي فلا حق لها بالتفريق .

٢-إذا كانت غيبة الزوج بدون إذن من زوجته ، أو دون عذر وحاجةً لذلك ، فإنه يجوز لها طلب التفريق ، بعد مضي ستة أشهر وقد جاء في كشاف القناع ما نصه :

((وإن لم يكن للمسافر عذر ، مانع من الرجوع ، وغاب أكثر من ستة أشهر ، فطلب قدومه ، لزمه ذلك)) (٣)

ودليلهم في ذلك ، ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه كان يتفقد أحوال المسلمين في المدينة ، فسمع امرأةً في بيتها تقول

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال علي ألّا خليل ألاعبه

و والله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

وعندما سأل عمر عنها عرف أن زوجها قد غاب عنها للجهاد في سبيل الله ، فذهب إلى ابنته حفصه رضي الله عنها فسألها : يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن ذلك ! فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ، لما سألتك ، فقالت خمسة أشهر، ستة أشهر ، فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر ، يسيرون شهراً ويقيمون أربعة أشهر ، ويسيرون شهراً راجعين)) فكان تشريعاً اجتهادياً من عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه (٤) .

١-المغني/٩/١٣٠ ٢-كشاف القناع/٥/١٩٢ ٣-كشاف القناع/٥/١٩٢

٤- الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص٤٢٨

أما بالنسبة للأسير والمحبوس فإن للحنابلة في ذلك رأيان :-

الرأي الأول :-

وهو إلحاقهما بالغائب غير منقطع الغيبة ، وبالتالي عدم جواز التفريق بينهما وبين زوجتيهما (١)

الرأي الثاني :-

وهـــو لابن تيميه(٢) ، فقد الحق الأسير والمحبوس بالغائب ، في جواز طلب زوجتيهما ، التفريق وذلك لاشتراكهما في الضرر الناتج عن الغياب وإن كان لكل من الغائب والمحبوس ، شروطه الخاصة به،وقد جاء في باب عشرة النساء من فتاوى ابن تيميه ما نصه : ((والقول في امرأة الأسير والمحبوس ، ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به،إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود))(٣)

وبذلك فإن ابن تيميه ، يخالف سابقيه من المذهب، والذين يعتبرون الأسير غائباً بعذر ، وكذلك المحبوس فـــلا يجوز التفريق بينهما وبين زوجتيهما ، وقد ذكر ابن قدامه الإجماع في ذلك فقال((واجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى يعلن بيقين وفاته)) (٤)

وقـــد رجحت في قانون الأحوال الشخصية ، عدم إلحاق زوجة الأسير ، بالغائب الذي ليس له ، عذر في غيابه ، ورأيت أن على قانون الأحوال الشخصية – وضع بند خاص ، يزيل اللبس في ذلك ، وينص على استمرار نكاح زوجة الأسير ، مادام في الأسر ، ولم يثبت وفاته أو ردته ، وذلك أن الأسير الذي هب يضحي بنفسه ، دفاعاً عن عرضه ، وأرضه ودينه ومقدساته ، ووقع في الأسر ، فلا يعقل أن يكافأ بتطليق زوجته منه ، لأن ذلك يلحق أسوأ الضرر بالأسرى ، والمجاهدين أنفسهم ، فيكون له في ذلك عواقب وخيمة .

والأولى بالمرأة أن تتعلم أن في صبرها وانتظار زوجها الأسير كل الأجر ، والثواب ، وبقدْرِ إلجامها شـــهواتها ، وحفاظها على عفتها ، واحتسابها وحشتها عند الله سبحانه وتعالى ، بقدر ما يكون لها من الثواب في الآخرة ، ومن الفخر والعزة في الدنيا ، فهي حصن حقيقي لزوجها المجاهد ويكون شأنها في ذلك شأن من قال لعدم التفريق بين الغائب وزوجته ، إذا كان غيابه لعذرٍ أو لمبررٍ شرعي .

١- الإجماع لابن المنذر / ٧٧/ فقره ٣٤٧

٢- ابن تيمية :- هو أحمد بن شهاب الدين عبد الحليم بن محمد الدين عبد السلام الحراني ، ولد سنة ٦٦١هـــ في حران وهاجر مع أهله إلى دمشـــق ، امتحن وأوذي مرات ، مات أثناء حبسه في قلعة دمشق سنة ٧٢٨هـــ ثم جهز ودفن وقد شارك في جنازته والصلاة عليه ستون ألفاً . ينظر/الذهبي ، تذكرة الحفاظ /٤/١٤٩٦ .

٣- الاختـــيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيميه ، جمع وترتيب المرحوم عبد الرحمن بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد / ٢٤٧-٢٨٠ ؟

٤-المغني / ٩/ ١٣٠ ، الإجماع لابن المنذر ص٧٧ فقره٣٧٤ .

أما بالنسبة للمحبوس ، فإنني أرى أن يضاف إلى شروط التفريق للحبس التي أخذ بها قانون الأحـوال الشخصـية ، شرطٌ يبين نوع الحبس ، الذي يجوز لزوجته طلب التفريق ، أو يستثني الأنواع التي لا يجوز لزوجها طلب حكم التفريق ، كأن يكون الحبس مثلاً سياسياً ، أو دينياً ...

أدلة القائلين بالتفريق :-

استدل القائلون بالتفريق ، على قولهم بأدلة نقليه وأخرى عقليه أما الأدلة النقلية فهي:(١)

١- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص(٢) ((يا عبد الله ألم أخـبر أنك تصوم النهار ، وتقوم الليل قلت بلى يا رسول الله ، قال:فلا تفعل،صم وافطر، وقم ونم ، فإن لجسدك عليك حقا ، وإن لعينك عليك حقا ، وإن لزوجك عليك حقا)) (٣)

فاستدلوا بأن للمرأة حقاً على زوجها،فإذا لم يؤمن لها حقها المفروض لها،جاز لها أن تطلب التفريق

٢-روى الشعبي أن كعب بن سور(٤) كان جالساً عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأةٌ ، فقالت يـا أمير المؤمنين ، ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي ، والله أنه ليبيت ليله قائماً ، ويظل نهاره صائماً ، فاستغفر لها ، وأثنى عليها ، واستحيت المرأة وقامت راجعةً ، فقال كعب يا أمير المؤمنين: هـلا أعديت المرأة على زوجها ، فجاء ، فقال لكعب اقض بينهما ، فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهـم ، فقـال فـإني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة ، وهي رابعتهن ، فأقضي له بثلاثة أيام ولياليـهنَّ يتعبد فيهنَّ ، ولها يوم وليلة ، فقال عمر والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر ، اذهـب فأنـت قاض على البصرة ، وفي لفظ قال عمر : نعم القاضي أنت .(٥) وهذه قضية اشتهرت ، فلم تنكر فكانت إجماعاً .(٦)

١-زوجة الغائب ٢٦ ، ٢٧

٢- هـو عبد الله بن عمر بن العاص بن وائل بن هاشم السهمي ، الملقب بأبي محمد ، وقيل أبي عبد الرحمن ، وقيل أبي نصير ، ولد سـنة ٧ق.هـ ، أسلم مبكراً ، شهد الكثير من الغزوات ، كان يضرب بسيفين ، حمل راية أبيه يوم اليرموك ، روى أكثر من سبع مائة حديث ، وكان من الفقها المشهورين ، توفي في فلسطين وقيل في مصر سنة ٦٥هـ /ينظر/تهذيب التهذيب٥/٣٣٨ ، تذكرة الحفـاظ ٤١/١ ، تحرير تقريب التهذيب لأحمدبن علي بن حجر العسقلاني ، توفي سنة ٨٥٢هـ ، تأليف د.بشار عواد معروف ، والشيخ شعيب الأرناؤوط ٢٤٤/٢/مؤسسة الرسالة/ط١ .

٣-صحيح البخاري٧/٤٠/كتاب النكاح/باب إن لزوجك عليك حقا .

٤- هـو كعب بن سَور بن بكر بن عبد بن ثعلبة الأزدي ، عينه عمر قاضياً على البصرة ، اعتزل الفتنة زمن علي ومعاوية ، ولم يجـب عائشة للانضمام إلى صفها ، استشهد في موقعة الجمل عنما توسط الفريقين ، وهو يحمل المصحف ، يذكرهم وينهاهم عن القتال/ينظر/الطبقات/٦٣/٧-٦٤

٥- ينظر/المغني٩/١٣٠ .

٦- ينظر/المغني ١٣٠/٩ ، زوجة الغائب ص٢٦

أما الأدلة العقلية فهي :- (١)

١-لو لم يكن الوطء حقاً للزوجة،لما استحقت فسخ النكاح لتعذر زوجها بالجب،والعنة، وامتناعه بالايلاء .

٢-لو لم يكن الوطء واجباً على الزوج لزوجته ، لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته به ، كالزيادة في النفقة ، على قدر الواجب ولكن التسوية في القسم واجبة .

٣-إن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما ، فهو مفض إلى رفع ضرر الشهوة عن المرأة ، كإفضائه إلى رفع ذلك عن الرجل ، فيجب تعليله بذلك ،ويكون الوطء حقا لهما جميعاً.

٤-لو لم يكن الوطء حقاً للمرأة كالرجل ، لما وجب استئذانها في العزل كالأمه .

١-ينظر زوجة الغائب /٢٧

المطلب الثاني :-

القائلون بعدم التفريق وأدلتهم :-

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية في الجديد ، وأهل الظاهر والشيعة ، على القول بعدم التفريق للغيبة ، طالت هذه الغيبة أم قصرت ، بعذر كانت أو بدون عذر ، وسأوضح ذلك بشيء من التفصيل إن شاء الله ، وذلك على النحو التالي :-

أ-المذهب الحنفي :-

يرى الحنفية أن على امرأة المفقود الانتظار لحين تحقق وفاته ، وتحقق الوفاة ، أما بالبينة القطعية، أو انقضاء مدة التعمير ، وهي مدة مختلف عليها .

وإذا كان الأمر كذلك ، بالنسبة لزوجة المفقود ، فلزوجة الغائب من باب أولى ، فنكاح زوجة الغائب مستمر .(١)

ب-المذهب الشافعي :-

لم يجز المذهب الشافعي في الجديد التفريق بين الغائب وزوجته ، فقد قال الشافعي رحمه الله ((فكذلك عندي امرأة الغائب ، أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف ، بإسار عدو ، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه ، أو بهيام من ذهاب عقل ، أو خروج فلم يسمع له ذكر ، أو بمركب في بحر ، ولم يأت له خبر ، أو جاء خبر أن غرق كأن يرون أنه قد كان فيه ، ولا يستيقنون أنه فيه ، ولا تعتد امرأته ، ولا تنكح أمته ، حتى يأتيها يقين وفاته))(٢)

ويتبين لنا من هذا النص ، أنه قد شمل جميع أنواع الغائب ، وحكمهم واحد عند الإمام الشافعي رحمه الله ، بما فيه زوجة الأسير والمحبوس

١- ينظر/المبسوط ٣٤/١١ ، الاختيار لتعليل المختار ٣٧/١

٢-الأم ٣٤٦/٥ ، روضة الطالبين ٤٠٣/٧

ج- المذهب الظاهري :-

ذهب الإمام ابن حزم، إلى القول بعدم التفريق ، لأي غيبة كانت ، أو أي سبب كان ، فقد جاء في المحلى ما يلي : ((من فقد فعرف أين موضعه ، أو لم يعرف ، في حرب فقد أو في غير حرب - وله زوجة أو أم ولد ومال-لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي))(١)

وجاء ذلك في المحلى ((إذاً فلا حجة في أحد ، دون رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته ، ولا أن يطلق أحد عن غيره ، وبالله تعالى التوفيق)) (٢)

وجه الاستدلال :- لقد صرح النص التالي بعدم جواز فسخ نكاح الغائب ، وفي النصف الأول عدم جواز فسخ نكاح المفقود ، فإذا كان هذا في حق المفقود المشكوك في حياته ، ففي حق الغائب المتيقن الحياة أولى .

د-المذهب الشيعي:-

يرى الشيعة أن الغائب لا تطلق زوجته إلا بيقين وفاته ، أو بطلاقه ، أو لعدم إنفاقه ، ويفهم من هذا النص في كتاب من لا يحضره الفقيه وهو يتحدث عن امرأة المفقود حيث جاء فيه ((فإن خبر عنه بحياة صبرت)) (٣)

وجاء في جواهر الكلام ((إن علمت أنه في أرض تنتظر له أبدا ، حتى يأتيها موته أو طلاقه))(٤)

أدلة القائلين بعدم التفريق :-

لقد استدل هذا الفريق ، بأدلة عقلية ، استنتاجية ، تؤيد ما ذهبوا إليه منها :-

١-عدم جواز الحكم على الغائب .

٢-إن تحريم الفروج وتحليلها من قبل الله سبحانه وتعالى ، وليس في الشرع ما يبيح التطليق على الزوج (٥)

٣-عدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق ، أو عدم تحقق سببه .(٦)

١- المحلى٩/٣١٦

٢- المصدر السابق٩/٣٢٧

٣- من لا يحضره الفقيه ٣/٤٥٤

٤- ٣٢/٢٨٩ .

٥-المحلى٩/٣١٦

٦- الفقه الإسلامي٩/ فقره ٧٠٦٦ ؟

المطلب الثالث :-

المناقشة والترجيح :-

مـن الـنظر إلى أدلة الفريقين ، يتضح لنا ، أن أدلة القائلين بعدم التفريق ،هي أدلة عقلية استنتاجية ، لا تصمد أمام أدلة القائلين بالتفريق ، خاصةً أمام الأدلة النقلية .

فبالنسـبة للدليل الأول ، للفريق الثاني ، فإنه أمر مختلف عليه ، فيما بينهم أصلاً ويرد عليه بإذنه صلى الله عليه وسلم لزوجة أبي سفيان أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف وكان أبو سفيان غائباً عن مجلس حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما بالنسبة للدليلين الثاني والثالث ، فإنه ومع الجزم بأن تحريم الفروج وتحليلها هو من قبل الله سـبحانه وتعـالى ، فإن الشرع قد وضع القواعد والأصول ، وترك المستجدات إلى علماء الشرع ومجتهديه ، انطلاقاً من قواعد فقهية وشرعية ، ثابتة ، فيكون بالتالي هؤلاء الفقهاء انطلاقاً مـن النص الذي أمامهم مثل ((لا ضرر ولا ضرار))ومثل(درء المفاسد أولى من جلب المنافع)) ((والضرر يزال بقدره))

وعلـيه فإنني أرى صحة ما ذهب إليه الفريق الأول ، والقائل بجواز التفريق للغيبة والضرر وذلك للأسباب التالية ، وذلك إضافةً لما سبق :-

١-إن مـا قـال به الفريق الثاني ، يلحق الضرر بالمرأة ، لما له من إجحاف في حقها ، وليس في تطليقها منه دون إعذار إذا كان مجهولاً محل الإقامة ، أي ضرر به ، لأنه لو لم ينو إلحاق الضرر بها لكان قد أعلمها عن محل إقامته ، ليستأذنها أو يسترضيها ، أو ...وفي تطليقها منه بعد الاعذار ، إذا كـان معلـوم محل الإقامة ، كل العدل للطرفين ، فهو قبل الحكم بذلك ، مخير بأن يحضر إلى زوجته ، أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، فإن لم يفعل أياً من هذه الأمور فيعني ، ذلك أنه لا قصد له سوى الإضرار ، وإلحاق الأذى بزوجته ، فيأتي الحكم بتطليقها منه ، عدلاً وإنصافاً لها .

٢-أي عدل ، أو إنصاف ، في حق المرأة ، أن تنتظر زوجها الغائب ، إلى أن يأتي خبر وفاته ، أو تنقضـي مـدة تعميره ، والتي تصل كما مر سابقاً إلى مئة وعشرين سنة ، أو أكثر ، وبعدها إذا كانت الزوجة على قيد الحياة ، نقول بالتفريق ، ونبيح لها الزواج إن رغبت ، وهي في الحقيقة في هذه العمر تحتاج لمن يعتني بها ، كأمٍّ طاعنة أو جدة مقعدة .

٣-صحيح أن الشارع قد جعل الطلاق بيد الرجل ، لما يمتاز به من خصوصيات لا تملكها المرأة ، وورود العديد من النصوص القرآنية ، التي تبين ذلك من القرآن الكريم ، ولقوله عليه السلام ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق))(١)

فإنه ومع هذا الحق ، إلا أن الشارع كذلك ، يعاقب الزوج ، إن أساء استخدام هذا الحق الذي خصه به وذلك بما يلي :-

أ-عدم التمكن من إرجاع زوجته ، إلى عصمته وعقد نكاحه ، بعد انتهاء العدة ، في الطلاق الأول ، أو الثاني إلا بعقد ومهر جديدين ، وموافقتها على ذلك ، أليس في هذا عقوبة للزوج ؟

ب-عدم حل الزوجة لزوجها إذا طلقها الطلاق الثالث ، إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره - بقصد الدَيمومة والاستمرار ، وبشرط أن تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها - وبعد طلاق الزوج الثاني لها وانقضاء عدتها منه ، فعندها تجوز لزوجها الأول بعقد ومهر جديدين ، وموافقتها على ذلك ، وأي عقوبة للرجل أكثر من هذه العقوبة .

ج-الطلاق التعسفي الذي أخذت به معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية ، ومن بينها قانون الأحوال الشخصية الأردني ، المعمول به في محاكمنا الشرعية ،ما هو إلا فهمٌ لهذا المعنى، ومعاقبة للزوج على إساءته استخدامه لحق منحه الله تعالى له ، وتذكر المادة ١٣٤من قانون الأحوال الشخصية ذلك بقولها ((إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً ، (٢)كأن طلقها بغير سبب معقول ، وطلبت من القاضي التعويض ، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ،ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطاً حسب مقتضى الحال ، ويرى في ذلك حال الزوج يسرا أو عسرا ، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة))(٣)

١- رواه الدار قطني م٢ ٣٧/٤ والحديث له روايات وفيها ضعف وقال ابن القيم فيه إن حديث ابن عباس وإن كان في إسنادهما ما فيه ، فالقرآن يعضضه وعليه عمل الناس/الدار قطني ٣٧/٤

٢-المقصود بالتعسف :أن يطلقها زوجها من قبله دون موافقتها أو مبرر ، كما أنها لا تكلف إثبات التعسف وإنما إذا اعترض فعليه أن يثبت عدم تعسفه.

٣-مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٦

هـــذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، فإن الشرع يعاقب الزوج إذا استخدم هذه الصلاحية ليـــلحق الضـــرر بالطرف الآخر ، وهي زوجته ، والتي يجب أن يكون الأصل في حياتها ، المودة والســـكينة والرحمة مصداقاً لقوله تعالى ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...))(١) ، أمـــا إذا أصبح الأمر لغير ذلك ، وتركت الزوجة ، تتجاذبها أسباب الوحشة والخـــوف ، بدلاً من المودة والأمان ، وتتناوشها أفكار الوقوع في الرذيلة لا سمح الله ، بدلاً من إحصان نفسها بما شرع الله لها ... فإذا كان الأمر كذلك ، فليس أقل من أن ترفع الزوجة أمرها للقاضي ، طالبةً التفريق بينها وبين هذا الزوج ، الذي أساء استخدامه ، للصلاحية التي أنيطت به لتحفظ نفسها وشرفها ، وبالتالي تحفظ المجتمع بأسره من الرذيلة والفساد .

٤ -أنـــه وإن كـــان الأصـــل في أن الطلاق للرجل ، وإن طلاق القاضي ، إنما هو استثناء ، إذا وجدت مبرراته ـــ فهذا أمر لا غبار عليه ـــ ولكنني أرى والله أعلم :

إن تفـــريق القاضـــي كذلك هو أصل ، وليس استثناء ، وإن كان يأتي بعد الزوج ، وذلك اســـتنباطاً مما ورد في التفريق للنزاع والشقاق من آيات قرآنية واضحة ، وسبب ذلك هو الأذى والضـــرر ، الـــذي يلحق بأحد الزوجين من الآخر ، كما هو في التفريق للغيبة والضرر ، والذي ســـببه ما يلحق بالزوجة من أذى وضرر ، لغياب زوجها عنها وهجره لها ، وفي ذلك قال تعالى ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)) (٢)

ولهـــذا الفهـــم فقـــد أخـــذ قـــانون الأحـــوال الشخصية في المادة ١٣٢ منه بالتفريق للنزاع و الشقاق (٣)

فإذا ما ثبت أن الضرر من الزوجة كاملاً ، فرق القاضي بينهما ، وعوض الزوج عن المهر ، الـــذي قـــد يصل إلى استعادة جميع ما دفع من المهر ، وإذا كان الضرر كله من الزوجة ، فرق القاضي بينهما ، وأوجب للزوجة جميع حقوقها كما لو طلقت منه تعسفاً ، وإن كان الضرر من الطـــرفين ، فـــرق القاضـــي بيـــنهما وذلـــك عـــلى نســـبة إســـاءة كـــل مـــنهما .

١- سورة الروم آيه ٢١

٢-سورة النساء آيه ٣٥

٣-المادة ١٣٢ من القانون ص٨٥ .

أخـــيراً إذا كـــان الأمر كذلك ، فإن التفريق من القاضي ، هو أصل وليس استثناءً ، لأن موضـــع الاستشـــهاد من الآية القرآنية ، أن الله سبحانه قد نسب التوفيق للزوجين في حياتهما ، ولـــلحكمين في مهمتهما ، وإذا لم يتفقا إلى الإصلاح ، فيعني ذلك ضمناً ، الاتفاق على الطلاق الذي يقرره الحكمان ، ويحكم به القاضي ، فإذا كان هذا في حق الزوج الحاضر ، فمن الأولى أن يكون في حق الزوج الغائب ، الذي يلحق الضرر بزوجته لغيابه عنها .

ب–وأما بالنسبة للقائلين بالتفريق ، والذي شرطه الحنبلية ، أن يكون بغير عذر أو دون إذن من الـــزوجة ، فهذا أمر له وجاهته ، ولكن ليس على إطلاقه ، فقد يمتد العذر إلى سنين عديدة ، فما ذنب الزوجة في هذا العذر عندئذ ، وقد تأذن الزوجة لزوجها بالغياب ،ولكنها ورغم هذا الإذن، وبعد مضي فترة من الزمن ، لا تستطيع تحمل هذا الغياب ، لأنها لم تكن تعرف وحشته وضرره ، لأنها لم تكن قد جربته بعد ، ولكنها وبعد التجربة ،عرفت الأذى والضرر الذي يلحق بها ، بسبب هذا الإذن ، فهل تنتظر المزيد لتكون ضحية هذا الإذن ، والذي قصدت منه بدايةً جلب المصلحة لها ولزوجها .

لكل هذا ، أرى أنه لابد من ضوابط للعذر وللإذن ، بتحديده لمدة سنة للمعذور أو المأذون أو مدة أقصاها أربع سنوات يحدد القاضي العذر خلالها ، حسبما يراه مناسباً ، وتكون المدة لغير المعـــذور أو المـــأذون مدة ستة أشهر ، فنكون قد أصبنا سُنة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه في توقيـــته ســـتة شهور للمجاهدين ، وأربع سنوات كحد أقصى لمن كان بعذر،خاصةً وإن وسائل المواصلات والاتصالات ، وما لها من سرعة لا تخفى على أحد .

ولا ننســـى أن عمـــر بن الخطاب رضي الله عنه قد جعل ثلث المدة وهي شهران للذهاب والإياب أما هذه الأيام بفضل نعمة الله علينا بالمواصلات ، تكون الشهور الستة المضروبة للإقامة ما عدا عدة أيام في أقصاها ، وقد لا تتجاوز عدة ساعات .

وأما بالنسبة للمحبوس أو الأسير ، فقد تم توضيح الرأي فيهما سابقاً ، ولا ضرورة لإعادة ذلـــك خشية التكرار ، وكذلك الأمر بالنسبة لما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية ، فقد تبين عند ذكره في البند الرابع تحت عنوان الغائب في قانون الأحوال الشخصية .

((الفصل الثالث))

أحكام زوجة المفقود

المبحث الأول وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :- آراء الفقهاء في التفريق للفقد ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :- القائلون بعدم التفريق للفقد .

الفرع الثاني :- أدلّة القائلين بعدم التفريق للفقد

المطلب الثاني :- ويقسم إلى أربعة فروع :-

الفرع الأول :- القائلون بجواز التفريق .

الفرع الثاني :- أدلّة القائلين بالتفريق .

الفرع الثالث :- الرأي الراجح .

الفرع الرابع :- رأي قانون الأحوال الشخصية

المبحث الثاني :-

تربص زوجة المفقود :- وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- تعريف التربص لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني :- آراء الفقهاء في التربص .

المطلب الثالث :- ما عليه العمل في المحاكم الشرعية .

المبحث الثالث :-

مدة التأجيل وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- حساب مدة التأجيل عند الفقهاء والقانون .

المطلب الثاني :- نفقة زوجة المفقود .

المطلب الثالث :- أثر ظهور المفقود حيّاً بالنسبة لزوجته .

المطلب الرابع :- الآثار المترتبة على زوجة المفقود .

الفصل الثالث

أحكام زوجة المفقود

المبحث الأول :-

التفريق للفقد وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

آراء الفقهاء في التفريق للفقد :-

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للفقد وعدمه ، فمنهم من أجازه ومنهم من لم يجزه ، واستدل كل فريق بما يقوي مذهبه من أدله نقليه وعقلية .

تحرير محل الخلاف :ومحور الخلاف بين الفريقين هو ثبوت وفاة المفقود أو عدم ثبوتها، بمعنى:هل أن المفقود لا تثبت وفاته إلا بالبينة القاطعة،فيبقى حياً مهما طالت غيبته،إلى حين ثبوت وفاته يقيناً،أو انقضاء مدة تعميره،وبذلك قال من لم يجز التفريق للفقد،مع ما يلحق المرأة من ضيم أو إجحاف .

أم هل أن للقاضي ، أو الوالي ، الحق في إثبات وفاة المفقود حكماً ، في حال عدم ثبوتها قطعاً . وذلك إذا رفع الأمر إليه ، وتوفرت الأسباب والشروط لذلك ، وبهذا قال من أجاز التفريق للفقد ، ففي حين نظر الفريق الأول إلى مصلحة الزوج وحقوقه ، غير القابلة للاعتداء عليها ، ومساسها ، فقد نظر الفريق الثاني إلى رفع الضرر والأذى عن الزوجة ،التي ليس لها ذنب للانتظار طيلة هذه المدة ، فتكون ضحية المحافظة على غيرها وحقوقه ، وعليه فإن هذا المطلب يحتوي على فرعين .

الفرع الأول :-

القائلون بعدم التفريق للفقد :-

يرى الحنفية (١)والشافعية في الجديد (٢) وأهل الظاهر (٣) عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته ، وهذه أقوال أصحاب هذه المذاهب على النحو التالي :-

١- المذهب الحنفي :-

يرى الحنفية ، أنه لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته ، إلا بعد وفاته أو ثبوت طلاقه ، والوفاة لا تكون إلا بقيام الدليل القاطع على ذلك أو بموت الأقران (٤)

هذا ، وقد اختلف فقهاء هذا المذهب في مدة التعمير كما علمنا ، فأبو حنيفة ، والحسن بن زياد قالا مدة التعمير ماية وعشرون سنة (٥) وأبو يوسف قال مائة سنة (٦) وقيل إنها ثمانون سنة وسبعون سنة (٧) ومنهم من فوض مدة التعمير إلى القاضي (٨)

ويتضح رأي أصحاب هذا المذهب من النصوص التالية ، والتي أذكر منها للتمثيل لا للحصر:-

أ- جاء في المبسوط ((وحكم -المفقود-في الشرع أنه حيٌّ في حق نفسه ... ولهذا لا تتزوج امرأته عندنا)) وقال ((إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يثبت موت أو طلاق . (٩)

ب- وجاء في بدائع الصنائع ((وأما حال المفقود : فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حيٌّ في حق نفسه ، ميتٌ في حق غيره ، والشخص الواحد لا يكون حياً وميتاً في آن واحد ، لما فيه من الاستحالة ، ولكن معنى هذه العبارة ، أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له ، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة)) (١٠)

١- ينظر بدائع الصنائع٦/٢٩٧ ، المبسوط١١/٣٤-٣٥ ، الفتاوى الهندية٦/٤٥٦

٢- روضة الطالبين٧/٤٠٣ ، مغني المحتاج٣/٣٩٧ ٣- المحلى١٠/١٣٤

٤- المبسوط١١/٣٥-٣٧ ٥- المبسوط١١/٣٥ ، الفتاوى الهندية٦/٤٥٦

٦- الفتاوى البزازية٦/٤٧٥ ٧- شرح فتح القدير٣/٣٧٤

٨- المبسوط١١/٣٦ ، بدائع الصنائع٦/١٩٧ ، تبيين الحقائق٣/٣١٢

٩- المبسوط١١/٣٤-٣٥ ١٠- ٦/٢٩٧ ، الهداية ٢/١٨١ ، ملتقى الأبحر ١/٣٨٦

٢-المذهب الشافعي (١)

للإمام الشافعي في هذه المسألة رأيان :-

الأول مذهبه القديم ، والذي يقول فيه بجواز التفريق ، فإنني سأرجئ هذا الرأي إلى الحديث عن رأي الفريق الثاني .

أما رأيه الثاني فهو مذهبه الجديد ، والذي يقول فيه بعدم جواز التفريق وعدم حل الزوجة للأزواج إلا إذا ثبتت وفاة زوجها يقيناً أو حكماً ، أو ثبت طلاقه لها .

وعليه فقد قال الشافعي في مذهبه الجديد :-

((لم أعلم مخالفاً أن الرجل أو الزوجة لو غابا أو أحدهما ، براً أو بحراً ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا ، أو أحدهما فلم يسمع لهما بخبر ، أو أسرهما العدو فصيّروهما إلى حيث لا خبر عنهما ، لا نورث واحداً من صاحبه ، إلا بيقين وفاته قبل صاحبه ، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت ، مما وصفت أو لم أصف ، بإسار عدو ، أو بخروج الزوج ، ثم خفي مسلكه ، أو بهيام من ذهاب عقل ، أو خروج فلم يسمع له بذكر ، أو بمركب في بحر ، فلم يأت له بخبر ، أو جاء خبرٌ أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيه ، ولا يستيقنون أنه فيه ، لا تعتد امرأته ، ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته ، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته))(٢)

هذا وقد ألزم الشافعي الزوج المفقود،بما يقع منه بحق زوجته،كالزوج الحاضر، سواءً كان ذلك ايلاءً أو ظهاراً ، أو قذفاً ، أو طلاقاً ، حتى لو تربصت بأمر حاكم واعتدت،وذلك لأنها زوجته(٣)

وجاء في مغني المحتاج :- ((ومن غاب وانقطع خبره ، ليس لزوجته نكاحٌ حتى يتيقن موته أو طلاقه)) (٤)

وفي روضة الطالبين جاء ما نصه :- ((وإن انقطع خبره ، ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته ، فقولان : الجديد الأظهر : أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره ، حتى يتيقن موته أو طلاقه ثم تعتد))(٥)

هذا وممن قال من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم بهذا القول :- علي ابن أبي طالب ، وعبد الله ابن مسعود ، ورواية عن الشعبي ، ورواية عن النخعي ، وحمّاد بن أبي سليمان ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة (٦) ، وعثمان ألبتي ، وسفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وأبو قلابة .(٧)

١-ينظر الأم٥/٣٤٦ ، مغني المحتاج٣/٣٩٧ ٢-الأم٥/٣٤٦ ٣-المصدر السابق٥/٣٤٦-٣٤٧

٤-٣/٣٩٧ ٥- ٧/٤٠٣-٤٠٤ ، ينظر مغني المحتاج٣/٣٩٧ .

٦- هو عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر الكوفي ، ولد سنة ٧٢هـ ، كان فقيهاً وقاضياً ، وصف بالعفة والحزم ، وسرعة البديهة والجواب ، والثقة في الحديث ، كان يسمر بالفقه إلى الفجر ، كان حسن الخلق جواداً وشاعرا ، توفي سنة ١٤٤هـ/ينظر/تهذيب التهذيب٥/ ٢٥٠-٢٥١ .

٧- أبو قلابة :- هو عبد الله بن زيد بن الجرمي البصري ، طلب للقضاء فرفض ، وتغيب وتغرّب عن وطنه ، كان عظيم القدر ، توفي في الشام وقيل بعريش مصر سنة ١٠٤هـ وقيل سنة ١٠٧هـ ، وقد أوصى بجميع كتبه /ينظر/تذكرة الحفاظ ١/٩٤ ، المغني٩/١٣١، زوجة الغائب ص١٠ .

٣-المذهب الظاهري :-

ذهب الإمام ابن حزم ، وأتباعه ، إلى القول بعدم فسخ نكاح امرأة المفقود أبداً ، حتى يصح موته ، أو تموت هي .

فقد قال ((من فقد فعرف أين موضعه ، أو لم يعرف في حرب فقد أو في غير حرب، وله زوجةٌ أو أم ولد، وأمة ومال ، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي)) (١)

وقال كذلك ((فان لم يكن له مال ، بيعت الأمة ، وقيل للزوجة ، ولأم الولد انظرا لأنفسكما فان لم يكن لهما مالٌ مكتسب ، أنفق عليهما من سهم الفقراء والمساكين ، من الصدقات كسائر الفقراء ولا فرق))(٢)

الفرع الثاني :-

أدلة القائلين بعدم التفريق :-

استدل القائلون بعدم التفريق للفقد وعدم جوازه ، بأدلة نقلية وأخرى عقلية ، وذلك على النحو التالي :-

أ- الأدلة النقلية :-

من السنة النبوية : ما روي عن المغيرة عن الرسول عليه السلام أنه قال ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان))(٣) .

وقد ورد الحديث أيضاً بروايات أخرى بنفس السند ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر)) وثالثة ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها)) (٤)

١- المحلى٩/٣١٦ ٢- المصدر السابق ٩/٣١٦

٣- سبق تخريجه والحكم عليه ينظر/سنن البيهقي٧/٧٣١باب من قال امرأة المفقود امرأته ، حديث رقم٣٤ ، نصب الراية ٤/ ٣٨٥ وسبق بيان حكمه ص٣١ .

٤- ينظر/الدار قطني٣/٣١٢ ، البيهقي٧/٧٣١ ، المغني٩/١٣٣.

٢- الآثار :-

١- ما رواه الحكم وحماد (١)عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله ((لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته ، أو طلاقه)) (١)

٢- ما رواه الحكم عن علي بن أبي طالب أنه قال ((تتربص حتى تعلم أحيٌ هو أم ميت))(٢)

٣- مـــا روى الشافعي عن علي بن أبي طالب أنه قال ((امرأة المفقود ، ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها))وبرواية أخرى موضحاً ((حتى يأتيها يقين موته)) (٣) والمقصود إما الموت كما جاء في النص ، أو الطلاق .(٤)

٤- مـــا روي من رجوع عمر بن الخطاب في هذه المسألة ، إلى قول علي رضي الله عنه (٥) وقد جاء بشأن ذلك في المبسوط :-

((وتربص أربع سنين كان يقول به عمر ، في الابتداء ، ثم رجع إلى قول علي رضي الله عنه)) وذلك لما تبين له حال الذي استهوته الجن))(٦) .

ب- الأدلة العقلية :-

١-نظـــرية الاستصـــحاب : والتي تعني ، إبقاء ما كان على ما كان ، فالمفقود معلوم الحياة أصلاً،ما لم يثبـــت موتـــه يقيناً ، وحيث إن الاستصحاب حجة للدفع لا للاستحقاق – عند الحنفية- فلا تتزوج امرأته(٧)

والنكاح عرف ثبوته يقيناً ، والغيبة لا توجب الفرقة ، والموت في خبر الاحتمال ، فلا يزال النكاح بالشك . (٨) أي لا يزال اليقين بالشك .

٢- الـــنكاح مـــن الزوج مادام حياً ، إذا لم تخرج عن عصمته وعقد نكاحه ، ولو مكنا الزوجة من الزواج كان فيه حكم بالموت ضرورة ، إذ المرأة لا تحل لزوجين في آن واحد .

٣- الطلاق من الزوج لقوله عليه السلام ((الطلاق لمن أخذ بالساق)) (٩)

فهو من حق الرجل وليس للقاضي التطليق عليه ، لغيبته ، إذا لم تتحقق وفاته .

٤- إن أم ولد المفقود لا تعتق ، ولا يقسم ماله ، فالأولى عدم اعتداد زوجته أو نكاحها .

١- هـــو حمـــاد بـــن أبي سليمان مسلم أبو إسماعيل الكوفي ، كان فقيهاً وراوياً للحديث ، وفقه يغلب على حفظه ، كان صدوق اللسان ، ومستقيمٌ بالفقه ، ولا يحتج بحديثه ، حيث إنه كان يخلط بالحديث ، توفي سنة ١٢٠هـــ وقيل ١١٩هـــ ينظر/تهذيب التهذيب٣/١٦ .

١- وبـــرواية أخرى حتى يأتيها موتٌ أو طلاق/نصب الراية٤/٣٨٧ ، المصنف في معرفة السنن لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت ٢١١ تحقيق وتخريج وتعليق حبيب الرحمن الأعظمي٧/٩٠/باب التي لا تعلم مهلك زوجها/المكتب الإسلامي/بيروت/ط١ .

٢-نصب الراية٤/٣٧ ، المصنف٧/٩٠/باب التي لا تعلم مهلك زوجها ٣-البيهقي٧/٧٣٥حديث رقم١٥٥٧٤

٤-مغني المحتاج ٣/٣٩٧ ٥- الهداية ٢/١٨١ينظر المبسوط١١/٣٥

٦- ينظر المبسوط١١/٣٤ ، نصب الراية٤/٣٨٧ ٧-ينظر المبسوط١١/٣٥ ، الهداية ٢/١٨١ ٨- الهداية٢/١٨١

٩- سبق تخريجه والحكم عليه ص٩٨/ من هذا البحث .

المطلب الثاني ويقسم إلى أربعة فروع :-

الفرع الأول :-

القائلون بجواز التفريق :-

يـــرى المالكية (١) والحنبلية (٢) والشافعي في القديم (٣) والشيعة (٤) جواز التفريق بين المفقود وزوجته ، وإن كان هذا التفريق ليس على إطلاقه ، ففي حين أن المالكية لم يجيزوا التفريق لجمـــيع أنـــواع المفقود (٥) فإن الشيعة كذلك لم يجيزوا التفريق لمن كان لزوجته ما تنفق على نفسها، من ماله أو مال وليه أو مال متبرع (٦)

وتفصيل ذلك كما يلي :-

أ- المذهب المالكي :- (٧)

كمـــا هـــو معلوم ، فإن المالكية قد جعلوا المفقود على أربعة أنواع وبالتالي اختلفت أحكام المفقود لديهم ، على النحو التالي :-

١- مفقـــود في بلاد المسلمين :- وهذا الصنف من المفقودين ، يحكم بموته بعد أربع سنوات من رفـــع الزوجة أمرها للقاضي ، وذلك كما حدث مع المرأة التي استهوت زوجها الجن ، في عهد عمر بن الخطاب ، وهذا يعني أن زوجة هذا الصنف ، تبقى زوجته ، ما لم ترفع أمرها إلى القضاء وتتربص أربع سنوات أخرى بأمر القاضي، دون النظر إلى المدة السابقة على أمر القاضي ، طالت أم قصـــرت ، فـــإذا انتهت السنوات الأربع ، ولم يعثر للزوج على خبر ، أمرها القاضي أن تعتد عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشرة أيام (٨)

٢- مفقود في أرض المشركين :- وهذا الصنف من المفقودين ، تبقى الزوجية قائمة ، وهي ما بين السبعين إلى المائة (٩) ولا يجوز لها طلب التفريق قبل ذلك،إلا إذا لم يكن لها نفقة،تنفق منها على نفســـها ، أو إذا خشـــيت على نفسها الوقوع في الزنا،فلها طلب التفريق،وذلك لأن ضرر ترك الوطء أشد من ضرر ترك النفقة (١٠)

وأما بالنسبة لحساب مدة التعمير ، فهي من تاريخ ولادته ، وهذا يتطلب معرفة عمره على غلبة الظن لا اليقين ، وإذا اختلفت البيانات في ذلك ، فالمعتبر هو الأقل وذلك لأنه الأحوط للمفقود .

١- ينظر جواهر الإكليل١/٥٥٤ ٢- المغني٩/١٣١-١٣٢

٣- روضة الطالبين٧/٤٠٣-٤٠٤ ٤- من لا يحضر الفقيه٣/٣٥٤-٣٥٥

٥- المدونة الكبرى٢/٢٥٨ ، حاشية الدسوقي٢/٥١٧ ٦- من لا يحضره الفقيه٣/٣٥٤

- ينظر حاشية الدسوقي٢/٤٢٥ ، أقرب المسالك١/٣٧٣ ، بداية المجتهد٢/٥٢-٥٣

٨- جواهر الإكليل١/٥٥٢ ، حاشية الدسوقي٢/٤٢٥ ٩- بداية المجتهد٢/٥٢ ١٠- جواهر الإكليل ١/٥٥٤

هـــذا ويلحق الأسير بهذا الصنف ، إلا إذا أقيمت البينة على تنصُّره أو تَهوُّده ، فتبين زوجته مـــنه ويوقف ماله ، إلا إذا ثبت يقيناً أن التنصر كان بالإكراه فقد جاء في المدونة ((والأسير لا تتزوج امرأته إلا أن يتنصر أو يموت ، قال ، فقيل لمالك : فإن لم يعرفوا موضعه ولا موقعه بعد ما أسر ، قال ليس هو بمنزلة المفقود ، ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو يتنصر))(١)

وســـبب ذلك أن الأسير في أرض العدو ، لا يمكن الاستخبار عنه قال مالك ((لأنه في أرض العـــدو ، وقـــد عرف أنه قد أسر ، ولا يستطيع الوالي أن يستخبر عنه ، في أرض العدو ، فليس بمنزلة من فقد في أرض الإسلام (٢)

وخالف في ذلك أشهب فإنه قد حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين (٣) .

٣- مفقود في حروب المسلمين مع بعضهم البعض :-

فـــإذا وقعـــت فتـــنة بين المسلمين،أدت إلى نشوب حرب بينهم،أو فتنة داخل البلد المسلم نفســـه،فإن فقد شخص بعد أن وضعت الحرب أوزارها ولم يعد، ولم يؤت له بخبر،سوى أنه حضر صفي القتال،فقيل تعتد امرأته مباشرةً بعد انفصال الصفين،وقيل تعتد من يوم المعركة،قريبةً كانت أو بعيدة ، وقيل ينظر بقدر ما ينصرف من حرب إذا هزم (٤) وأقصى مدةً في ذلك سنة(٥)

أمـــا إذا شـــهد له بالخروج مع الجيش ، دون مشاركته في القتال أو وصوله إلى مواقع الاشتباك فتجري عليه أحكام زوجة المفقود في بلاد المسلمين السالف الذكر(٦)

وإنني أرى أن الحروب بين المسلمين في هذه الأيام ، لا تختلف عن حروب المسلمين مع دول أخـــرى ، وذلك لما طرأ على بلاد المسلمين من تجزئة وإقليمية ، وما قاله فقهاء المالكية عن هذا الصـــنف ، فيما إذا كان المسلمون دولة واحدة ، أو تحكمها قيادةٌ واحدة ، أو إذا كانت الفتنة داخل الدولة الإسلامية بإطارها الحالي .

وبماذا يختلف الأسرى العراقيون عند إيران ، أو الإيرانيون عند العراق ، أو الكويتيون عند العراق أو العكس وجميعهم مسلمون ، بماذا يختلفون في معرفة أسمائهم أو مواقع سجونهم ، أو مدة أحكامهم ، عن الأسرى العراقيين أو المصريين أو الفلسطينيين عند أية دولة معادية ؟

١- ٣/٤٥٦ ٢- ينظر/المدونه٣/٤٥٦

٣- ينظر/بداية المجتهد٢/٥٣ ٤- ينظر/ جواهر الإكليل١/٥٥٤

٥- ينظر/بداية المجتهد٢/٥٣ ٦- ينظر/حاشية الدسوقي ٢/٤٧٩، زوجة الغائب/١٢

٤- مفقود في حروب المسلمين مع الكفار :- (١)

فقـــد اخـــتلف الفقهاء المالكية في حكم زوجته ، فقيل حكمه حكم الأسير ، أي لا تتزوج امرأته ولا يحكم بوفاته ، وقيل حكمه حكم المقتول ، أي الاعتداد مباشرةً بعد التأكد من القتل ، وقـــيل حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ،أي تتربص زوجته أربع سنوات بعد رفع أمرها إلى القاضـــي فإذا لم يعثر له على خبر ، اعتدت أربعة أشهر وعشرا ، وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة .

ب- المذهب الشافعي :-

ذكرت أن للإمام الشافعي رأيين:الأول يمثل مذهبه القديم،والثاني مذهبه الجديد،وتبين لنا أن مذهبه الجديد يقضي بوجوب تربص زوجته ، إلى أن يأتيَ خبر وفاته ، أو طلاقه ، أو انقضاء مدة تعمـــيره ، أمـــا مذهـــبه القديم وهو أن تتربص المرأة أربع سنين ويؤكد ذلك ، ما جاء في روضة الطالبين ((وإذا قلنا بالقديم ، تربصت زوجته أربع سنين ، ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة فتعتد عدة الوفاة ثم تنكح)) (٢)

وجـــاء كذلك ((الغائب عن زوجته ، فإن انقطع خبره ، ولم يوقف على حاله ،حتى يتوهم موته، فقولان الجديد الأظهر أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره ، حتى يتحقق موته أو طلاقه ، ثم تعتد والقديم أنها تتربص أربع سنين ، ثم تعتد عدة الوفاة)) (٣)

ج- المذهب الحنبلي :-

كما تبين سابقاً ، فإن الحنبلية يعتبرون المفقود على نوعين :

١-أن تكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر للتجارة في غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم ، والسياحة ، (٤) ففيه رأيان :-

أ-عدم زوال الزوجية ما لم يثبت موته ، وذلك لأن غيبته ظاهرها السلامة ، فلا يحكم بموته ، فلا تعتد زوجته ولا تنكح،وإذا تزوجت فنكاحها باطل ، وتأييداً لذلك فقد جاء في الشرح الكبير :- ((إذا تزوجت امرأة المفقود ، في وقت ليس لها أن تتزوج فيه ، نحو إذا كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة ، وما شابه ذلك ، فنكاحها باطل)) (٥)

ب- عـــدم زوال الزوجية ، إلا إذا بلغ من العمر مالا يعاش إلى مثله غالباً ، وهو عندهم تسعون سنةً من يوم ولادته ، وهذا مروي عن الإمام أحمد رضي الله عنه (٦)

١- ينظر/بداية المجتهد٢/٥٣ ٢- ٧/٤٠٤ ٣- ينظر/روضة الطالبين٧/٤٠٣، مغني المحتاج٣/٣٩٧

٤- ينظر/المغني٩/١٣١ ٥- ٩/١٣٢ ٦- ينظر/المغني٩/١٣١

وقد اعتبروا هذه المدة لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من ذلك ، وخاصة إذا اقترن به انقطاع الخبر فوجب الحكم بموته ، واعتدت زوجته ، وحلت للأزواج .

٢- أن تكـــون ظاهر غيبته الهلاك ، كالذي يفقد بين أهله ، ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة ، أو يمضي إلى مكان قريب ، ليقضي حاجته ، ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، أو ينكســـر لهم مركب ، فيغرق بعض رفقته ، أو يفقد في مهلكة ، ونحوها ، فظاهر مذهب أحمد أن زوجـــته تتربص أربع سنين ، وهي أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا ، وتحل للأزواج(١)

د- المذهب الشيعي :-

يـــرى الشيعة أن زوجة المفقود ، إذا رفعت أمرها للوالي ، عليه أن يؤجلها أربع سنين ، ثم يتحرى عنه ، فإن لم تعلم حياته ، ومضت السنون الأربع ، دعيت المرأة ودعي أهل المفقود ، فإن كان للمفقود مالٌ ، أمرهم بالإنفاق عليها من ماله ، ولا يجاب طلبها التفريق ، أما إذا لم يكن له مال ، وامتنعوا من الإنفاق عليها ، فلها أن تطلب التفريق .

وجـــاء في كـــتاب من لا يحضره الفقيه ((روي أن معاوية سأل أبا عبد الله (جعفر بن محمد الصـــادق) (٢) عن المفقود كيف تصنع امرأته ! قال : ما سكتت عنه وصبرت فخلّ عنها ، وإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين ، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه ، فيسأل عنه ، فـــإن خبر عنه بحياة ، صبرت ، وإن لم يخبر عنه بحياة ، حتى تمضي الأربع سنين ، دعا ولي الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال ؟ فإن كان له مال قيل للوالي ، أنفق عليها ، فإن فعل لا سبيل لها إلى أن تتزوج ، ما أنفق عليها ، وإن أبى أن ينفق عليها ، أجبره الوالي على أن يطلق تطليقةً في اســـتقبال العـــدة ، وهي طاهرة ، فيصير طلاق الولي ، طلاق الزوج ، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي ، فبدا له أن يراجعها ، فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين ، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجعها ، فقد حلت للأزواج ، ولا سبيل للأول عليها))(٣)

ومـــن القائلين بالتفريق كذلك عمر وعثمان وابن عباس ،وابن عمر والحسن ، والحكم بن عتيبه وعطـــاء والزهـــري ومكحـــول وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وأبي الزناد والأوزاعي والليث وغيرهم (٤)

١- ينظر/المغني٩/١٣٢

٢- جعفر الصادق :- هو جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، الذي يقال له الصادق ، كنية أبو عبد الله ، من التابعين وعلماء المدينة ، كان مولده سنة ٨٠ هـــ ، مات سنة١٤٨هـــ . ينظر/البستي ، مشاهير علماء الأمصار ص١٥٦ .

٣- ٣/٣٥٤ -٣٥٥ ٤- ينظر/المغني٩/٣١٦

الفرع الثاني :-

أدلة القائلين بالتفريق :-

استدل القائلون بالتفريق ، بأدلة نقلية وعقلية ، أما الأدلة النقلية :-

أ- السنة النبوية :-

١- ورد في السنة النبوية ، بطريق الاستنباط ، بوجوب دفع الضرر وإزالته ، لقوله عليه السلام ((لا ضرر ولا ضرار))(١) وغياب الزوج عن زوجته ، يلحق بها الضرر والأذى ، والضرر يزال بقدره ، فكان التفريق هو الوسيلة لذلك .

٢- مـاروي عن رسول الله **صلى الله عليه وسلم** أنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص ((يا عـبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت بلى يا رسول الله ، قال فلا تفعل ، صم وافطر ، وقم ونم ، فإن لجسدك عليك حقاً وإن لعينيك عليك حقا ، وإن لزوجتك عليك حقا)) (٢) فاسـتدلوا بـأن لـلمرأة حقاً على زوجها ، فإذا لم يؤمن لها حقها ، المفروض لها ، جاز لها أن تطلب التفريق .

أقول : إن كان هذا في حق الزوج الحاضر ، الذي إن فاته جزء من الواجب ، فلا يفته جميعه فأن يكون في باب المفقود الذي لا تعرف حياته ، ولا تتأكد عودته ، أولى .

ب- الآثار :-

فقد رويت عدة آثار عن الصحابة ، رضوان الله تعالى عليهم ، تفيد جواز القول بالتفريق(٣) ليس ذلك فحسب ، بل تم ذلك بوقائع عملية حكموا فيها بالتفريق من ذلك :-

١- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من عدة طرق (٤) في المرأة التي استهوت الجن زوجها ، أذكر منها:-

---

١- رواه ابـن ماجـة ٧٨٤/٢ كتاب الأحكام حديث رقم٢٣٤٠ ، صححه الألباني في الصحيحة ، وقال حديثٌ صحيح ورد مرسـلاً وروي موصـولاً عن عددٍ من الصحابة ينظر/سلسلة الأحاديث الصحيحة لمحمد ناصر الدين الألباني٤٩٨/١ حديث رقم ٢٥٠/مكتبة المعارف/الرياض ، طرقه كلها ضعيفة لكن يقوي بعضها بعضا الارواء٤٠٨/٣ حديث رقم ٨٩٦ .

٢- سبق تخريجه ينظر/ص٨٨ صحيح البخاري/كتاب النكاح/باب لزوجك عليك حقا ٤٠/٧ .

٣- المبسـوط١١ /٣٦ ، المغني١٣٢/٩ ، المحلى٣١٦/٩-٣١٧

٤

- نصب الراية ٣٨٤/٣ ، الدار قطني كتاب النكاح ٣١٢/٣ ، المحلى ٣١٦/٩-٣١٨

أ- عـــن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن رجلاً من الأنصار خرج ليلاً فاستبته الجن ، فطالت غيبته ، فاتـــت امرأته عمر بن الخطاب فأمرها أن تعتد أربع سنين ، ففعلت ، فأمرها أن تتزوج ، ففعلت وقـــدم زوجها الأول ، فخيره عمر بين امرأته وبين الصداق ، فاختار امرأته ، ففرق عمر بينهما وردها إليه)) (١)

ب- عـــن عـــبد الرحمن بن أبي ليلى قال:فقدت امرأة زوجها ، فمكثت أربع سنين ، ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب ، فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه فإن جاء زوجها وإلا تزوجـــت : فتزوجت بعد أن مضت السنوات الأربع ، ولم تسمع له بذكر ، ثم جاء زوجها فأخـــبر بالخبر ، فأتى إلى عمر : فقال له عمر : إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها ، قال بل زوجني غيرها (٢)

٢- عـــن مالك عن سعيد بن المسيب ، أن عمر بن الخطاب قال ((أيما امرأة فقدت زوجها ، فلم تدر أين هو ، فإنها تنتظر أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل)) (٣)

٣- روي عن علي في امرأة المفقود أنها تعتد أربع سنين ، ثم يطلقها ولي زوجها ، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك ، خيِّر بين الصداق وبين امرأته)) وقضى بـــه عـــثمان أيضـــاً وابن الزبير في مولاة لهم ، وهذه قضايا انتشرت في عهد الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعاً . (٤)

١- الـــدار قطـــني كـــتاب الـــنكاح ٣١٢/٣حديث رقم ٢٥٤ ، المصنف ٨٦/٧-٨٧باب التي لا تعلم مهلك زوجها حديث رقم١٢٣٢١ ، البيهقي٧٣٣/٧-٧٣٤/كتاب العدد.

٢- نصب الراية ٣٨٣/٣حديث رقم ٤٧٢،الدار قطني ٣١٣/٣/كتاب النكاح ، المحلى٣١٧/٩

٣-الدار قطني كتاب النكاح٣١٢/٣ ، البيهقي٧٣٢/٧/كتاب العدد ، نصب الراية٣٨٣/٣-٣٨٥ .

٤- الدار قطني كتاب النكاح ٣١٣/٣ ، المغني١٣٤/٩ ، زوجة الغائب٢٦

٤ – ما رواه جابر بن زيد (١) أنه شهد ابن عباس وابن عمر تذاكرا امرأة المفقود فقالا ((تربص لنفسها أربع سنين ثم تعتد للوفاة ثم تتزوج ، وبه قال عددٌ من التابعين كذلك كالنخعي ، وعطاء والزهري ومكحول (٢)

٥ – الأثر الذي رواه الشعبي واستدلوا فيه على جواز التفريق للغيبة ، فإنه من الأولى أن يستدل به على التفريق للفقد .(٣)

ج– العقل والقياس :–

لقد استدلوا كذلك على جواز التفريق للفقد،بأدلة عقلية،بأن قاسوا ضرر الفقد على ضرر العـــنة(٤) والجـــب(٥)فـــألحقوه بهما ، لجامع الضرر الواقع على الزوجة للفقد ، كضرر العنة والجب.(٦)

---

١ – جابر بن زيد :– هو جابر بن زيد الأزدي اليحمدي البصري ، كان من أعلم الناس بكتاب الله ، وكان ثقةً توفي سنة ٩٣هـ وقيل غير ذلك . ينظر/تهذيب التهذيب ٣٨/٢ .

٢ – الـــدار قطني كتاب النكاح ٣١٢/٣–٣١٥ ، برواية أخرى ((تربص أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تربص أربعة أشهر وعشرا)) المصدر السابق ، البيهقي٧٣٢/٧/كتاب العدد .

٣– ينظر ص٨٨ من هذا البحث

٤–العنه :– عنَّ الرَّجل عنَّه : عجز عن الجماع لمرضٍ يصيبه ، فهو معنون وعنين – بفتح العين وكسرها وتشديد النون – ويقال امرأةٌ عنينه أي لا تشتهي الرِّجال . المعجم الوسيط ٦٣٢/٢

٥– الجب :– القطع والمجبوب الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه . لسان العرب ٢٤٩/١

٦– ينظر روضة الطالبين٢٣/٨ ، السياسة الشرعية٢٢٠ ، السيل الجرار٢٥٧/٢ ، نصب الراية٣٨٤/٤

الفرع الثالث

المناقشة والترجيح :-

قبل أن أذكر الرأي الراجح ، وما يرجحه من أدله ، أود أن أقرر الأمور التالية :-

١ -القائلون بعدم جواز التفريق للفقد هم : الأحناف(١)والظاهرية(٢)والشافعية في الجديد(٣)

٢ - القائلون بجواز التفريق هم : الشيعة ، وذلك إذا لم يترك المفقود لها نفقة(٤)

والشافعية في القديم (٥)

٣- الحنبلية والمالكية جعلوا جواز التفريق وعدمه ، حسب حال فقد الزوج(٦)

٤- سبب الخلاف هو ثبوت النص لدى فريق ، وعدم ثبوته لدى الفريق الثاني ،إضافة إلى اختلافهم في المصلحة ، وذلك كون الأمر اجتهادياً .

هذا وقد اعتمد الحنفية في أدلتهم على الأمور التالية :-

أ- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يوجب على امرأة المفقود الصبر لأن هذا ابتلاء من الله ، وبالتالي فلا اجتهاد أمام النص وقول الصحابة بذلك . (٧) ولكن تضعيف الحديث يبطل الاستدلال به (٨) .

وكذلك ما روي عن علي بن أبي طالب ، فقد ضعّف الدار قطني راوي الحديث محمد بن عبد الله العرزمي ، وبالتالي فقد بطل الاستدلال به ، وعلى فرض صحّته فهو لا يعدو رأياً لأحد الصحابة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن من الصحابة من قال بالرأيين ، فدلّ ذلك على أن الأمر اجتهادي (٩)

ب -نظرية الاستصحاب ، والتي تفيد في هذا المجال وجوب بقاء المفقود حياً ، ما لم تثبت وفاته، أو انقضاء تعميره ، وبالتالي بقاء الزوجية قائمة ، وحرمة التفريق أو تحليلها للوطء قائمةً ، إلا بالقرينة القاطعة على وفاته ، لأنه لا يزال اليقين بالشك . (١٠)

١- الفتاوى الهندية٤٥٦/٦ .

٢- المحلى٣١٧/٩ ٣- مغني المحتاج٣٩٧/٣

٤- من لا يحضره الفقيه٤٠٤/٧ ٥-روضة الطالبين ٤٠٣/٧

٦- المغني ١٣١/٩-١٣٢ ، حاشية الدسوقي٤٢٥/٢ ، بداية المجتهد٥٢/٢ ، جواهر الإكليل ٥٥٤/١

٧-المبسوط٣٤/١١ ، شرح فتح القدير٣٧٢/٥

٨- ينظر/ص٣١ من هذا البحث .

٩ - الدار قطني٣١٣/٣ ، أحكام المفقود في الشريعة والقانون لعبد الله محمد الجبوري ص٢٥٣ ؟

١٠-المبسوط٣٥/١١ ، شرح فتح القدير٣٧٢/٥

كما وأن أهل الظاهر ، على الرغم من ثبوت قضاء عمر عندهم ، وتصحيحهم لذلك (١) إلا أنهم لم يأخذوا به ، وحجتهم في ذلك :- أنه لا حجة في أحد دون الله ورسوله ، فقد قال ابن حـزم ((لا حجـة في أحد دون الله تعالى ورسوله ، عليه الصلاة والسلام ، ولا يحل تحريم فرج أباحه الله تعالى للزوج ، وتحليله ممن حرمه الله تعالى عنه من سائر الرجال ، بغير قرآن ولا سنه...

ثم قـال : فإذاً لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم،فلا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبه ، ولا إيجاب عدة ممن لا يصح موته)) (٢)

أما بالنسبة للراجح ، فإنني أرى أن مذهب القائلين بالتفريق ، هو الأرجح والأقوى دليلاً ، وذلك لما يلي :-

١- عدم صمود أدلة القائلين بعدم التفريق ، أمام أدلة القائلين بالتفريق وذلك لما يلي :-

أ- ضـعف الحديث الذي استدل القائلون بالتفريق به ، في جميع رواياته ، بل أن من رواته ، من هو متروك ، ويروي الأباطيل كمحمد بن شرحبيل (٣)

ب- ضعف الأثر المروي عن علي بن أبي طالب لأن من رواته محمد العرزمي(٤)

ج- قضـاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في امرأة المفقود ، وثبوت ذلك عنه من عدة طرق ، وبروايات صحيحة (٥) ووافقه على ذلك عدد من الصحابة ، كعثمان وابن عباس ، وتبعهم عدد من التابعين ، كالحسن وعطاء والزهري ومكحول ، وقد روى الجوزجاني وغيره عن علي مسنداً في امرأة المفقود أنه قال (تتربص أربع سنين ، ثم يطلقها ولي زوجها ...) (٦)

وهـذا بالـتالي ، يثبت عدم إجماع الصحابة أو التابعين على قول ، لا يجوز لنا تجاوزه ، أو يكـون كافـياً للترجـيح إذا تسـاوت الأدلـة ولم يوجـد مـرجح (٧)

١- المحلى ٣١٧/٩ ٢- المصدر السابق ٣٢٧/٩

٣- البيهقي٧٣١/٧ ؟ ، نصب الراية ٣٨٥/٤ ٤- الدار قطني٣١٣/٣

٥- الدار قطني ٣١٢/٣ ، نصب الراية ٣٨٣/٣-٣٨٥ ، المحلى٣١٧/٩ ، السياسة الشرعية/ ٢٢٢

٦- الـدار قطـني ٣١٢/٣ ، نصـب الـراية ٣٨٣/٣ ، المغـني والشـرح الكـبير ١٣٤/٩ ، المحـلى٣١٦/٩

٧- السياسة الشرعية/٢٢٢

٢- لا خـــلاف في الاستدلال القائل ، إنه لا حجة في أحد دون الله ورسوله ، وذلك عند وجود نص قرآني ، أو سنة نبوية ثابتة ، أما أنه لم يرد نص قرآني ، ولم يثبت حديث نبوي ، ولا إجماع في ذلـــك من الصحابة ،- فإنه والأمر كذلك - فأي الأمرين من أقوال الصحابة اعتمدنا ، فإنه لا ضـــير ولا حـــرج ، ولنا أن نجتهد ونبحث عما يناسب مقاصد الشريعة الغراء ، وتحقق المصلحة المنشودة .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، وحيث إن المصلحة تتطلب التفريق للفقد وذلك لما يلي:

١- قوله تعالى ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...)) (١)

فالمقصـــود بالسكن والمودة ، إنما هو للزوجين ، لا لأحدهما على حساب الآخر،وأي سكن للزوجة وزوجها مفقود ، لا تعلم حياته من مماته .

٢- من مقاصد الزواج ، هو حل الاستمتاع ، وإشباع الغريزة التي أوجدها الله سبحانه وتعالى في الرجل والمرأة ، بل وأكثر من ذلك ، فإن الشرع قد جعل الزواج واجباً بحق من خاف على نفسه الوقوع في الفاحشة .(٢)

وبعد فأي مصلحة في بقاء الزوجة على عصمة زوج مفقود ، خاصةً إذا كانت هذه الزوجة في مقتبل العمر ، وتحتاج إلى ما تحتاجه النساء ، من السكن والنسل والاستمتاع .

٣- إن وفاة المفقود مشكوكٌ فيها ، ولا يحكم بها ، إلا بعد التحري والتحقق ، وترد الدعوى إذا لم يـــتم ذلك ، وعلى ذلك نص قانون الأحوال الشخصية في مادتيه ١٣١،١٧٧كما ورد بهذا الخصوص العديد من القرارات الاستئنافية (٣)

١- سورة الروم آيه ٢١

٢- ينظر روضة الطالبين ١٤/٦ ، السيل الجرّار ٢٤٣/٢

٣- القـــرار رقـــم٢٢٣٠٨ ت٨١/٨/١٠ ، ٨١٤٥ ت٥٣/٩/١٢ ، ٨٢١٦ ت٥٣/١١/٤/القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لداود/٩٢٢/٢ .

٤- أمـــا استصـــحاب الحال ، وعدم إزالة اليقين بالشك ، فلا مجال للقول به هنا ، وذلك لأن المفقود لا يخلو أن يكون أحد اثنين :-

أ- إمـــا أن يكون حياً يرزق وانقطع عن زوجته ، ولم يعلمها محل إقامته ، فيكون بالتالي قد ألحق الضـــرر والأذى بها ، بقصد أو بغير قصد ، ففي هذه الحال يزال الضرر بقدره ، وزواله هو رفع المسبب له ، وذلك بالتفريق .

ب- وإما أن يكون قد مات فعلاً ، فأي مصلحة للزوجة أن تستمر في انتظار ثبوت وفاته يقيناً ، أو انقضاء تعميره ؟

مـــن هـــذا كله ، يتضح لنا رجحان قول القائلين بجواز التفريق ، خاصةً إذا تحقق لدينا أن التفريق ، لا يكون إلا بناءً على طلب الزوجة ، ولا ملزم لها بذلك وهذا ما عليه العمل في قانون الأحـــوال الشخصية عندنا ،وذلك بموجب نص المادة ١٣١(١) وقد أخذت بذلك أيضاً قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في الدول العربية (٢) .

١- يرجع إلى نص المادة ص ٢٥ من هذا البحث .

٢- ينظر المادة ٢١ من القانون المصري ، ١٠٩ من القانون السوري .

الفرع الرابع :-

رأي قانون الأحوال الشخصية :-

١- لقد نص مشروع قانون الأحوال الشخصية ، على إعطاء زوجة المفقود ، حق طلب التفريق لتضررها من بعده عنها ، فكانت المادة ١٣١ منه بهذا الخصوص (١)

ويمكن استنباط ما تضمنته المادة من أحكام على النحو التالي :-

أ- جواز طلب التفريق للفقد ، حتى وإن ترك لها ما تنفق منه على نفسها

ب- لا تلزم الزوجة على طلب التفريق ، إلا إذا حكم بوفاته ، بطلب من غيرها ، ممن يجوز له ذلك ، كالورثة .....

ج- يجب إدعاء الزوجة بالضرر من بُعد الزوج عنها .

د- عدم ثبوت الضرر إلا إذا مضى على فقده سنة كاملةً ، أو أربع سنوات ، وذلك بعد البحث والتحري (٢)

٢- هذا فيما إذا كانت زوجة المفقود ، هي المدعية ، أما إذا كان الإدعاء من غيرها ،طالباً الحكم بوفاته ،كأن يكون أحد الورثة ، فإن الحكم الصادر بالوفاة ، تسري أحكامه على الزوجة شاءت أم أبت ،زوجة كانت أو أكثر ، ويظهر ذلك جلياً من نص المادة ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية والتي نصها ((بعد الحكم بموت المفقود ، بالصفة المبينة في المادة ١٧٧ تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة ،)) (٣)

٣- العديد من قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية قد أخذت بالتفريق بين المفقود وزوجته نذكر منها :-

---

١- ينظر نص المادة ص٢٥ من هذا البحث .

٢- ينظر الواضح /٢٥٠ ، الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية/٩٣٥+القرارات الاستئنافية ٩٢٧/٢ رقم ٤٣٧٥٤ ٩٢٥/٢ رقم ٢٢٣٤٠

٣- مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١

القانون المصري :-

كان المعمول به قبل سنة ١٩٢٠هو مذهب أبي حنيفة ، فكان لا يحكم بموته إلا بعد موت امرأته ، ثم عدل هذا القانون عام ١٩٢٠ ، وكان مما اشتمل عليه ، أن أخذ حكم زوجة المفقود من مذهب مالك ، حيث كان يفرق بين المفقود وأحكام أمواله (١)وقد نصت المادة السابعة منه على ما يلي ((إذا كان للمفقود مال تنفق منه زوجته ، جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتبين الجهـــة التي يظن أنه سار إليها ، ويمكن أن يكون موجوداً بها ، وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانـــية ، لتجري البحث عنه بجميع الطرق الممكنة ، فإذا مضت أربع سنوات من حين رفـــع الأمر إلى القاضي ، ولم يعد الزوج ، ولم يظهر له خبر ، بعلم القاضي الزوجة ، فتعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج غيره .

ثم ألغيـــت هذه المادة ،عام ١٩٢٩،واختير العمل فيه بمذهب الإمام أحمد وذلك بموجب المـــادتين ٢١-٢٢من القانون ، في الحالة الأولى ، ومذهب أبي حنيفة في الحالة الثانية ، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي ، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حياً أو ميتاً .

المادة ٢٢ :-

بعـــد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة بالمادة السابقة ، تعتد زوجته عدة الوفاة ، وتقسم تركته، بين ورثته الموجودين وفق الحكم (٢)

القانون السوري :-

أجاز القانون السوري التفريق ، وكذلك الحكم بوفاة المفقود بعد بلوغه الثمانين من عمره وذلك بموجب المادة ٢١٥ منه .

١- ينظر الأحوال الشخصية /لمحمد أبي زهرة/ ٥٨١

٢- المصدر السابق / ٥٨٢

وذهـــب كذلـــك القانون اللبناني إلى العمل بالتفريق ، وذلك بعد مضي أربع سنوات من اليأس بالعثور عليه ، أو معرفة حياته من مماته ، وذلك بموجب المواد ١٢٦-١٢٧-١٢٨ من التشريع اللبناني .

وقد نص قانون الأسرة اليمني ، على جواز التفريق للمرأة التي فقد زوجها ولم تعرفه (١)

أما بالنسبة للمحبوس :-

فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية المعمول به عندنا، التفريق بين المحبوس وزوجته ، فالحق بالـــتالي زوجـــة المحبوس ،بزوجة الغائب والمفقود ، أخذاً بمذهب الإمام أحمد (٢)،وذلك لجامع الضـــرر بسبب الفقد أو الحبس ،إذا توفرت الشروط الخاصة بذلك ، وعليه فقد وصفت المادة ١٣٠مـــن القانون والتي نصها ((لزوجة المحبوس ، المحكوم عليه نهائياً ، لعقوبة مقيدة للحرية ، مـــدة ثلاثـــة سنوات فأكثر ، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة ، من تاريخ حبسه ، وتقييد حريته ، التطليق عليه بائناً ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه))(٣)

هذا ، وكي يجوز للزوجة طلب التطليق بالحبس ، لا بد من توفر الشروط التالية :-

١- أن يكون الحكم فعلياً ومقيداً للحرية .

بمعـــنى أن الحكم إذا كان غيابياً ، أو مع وقف التنفيذ ، أو لم تتمكن الجهات الرسمية ، من إلقـــاء القبض عليه ، وتقييد حريته ، وحبسه حبساً فعلياً أو حبس ، ولكن تقييد الحرية جزئي بحيث يسمح له الخروج إلى أهله بكفالة مثلاً ، كل فترة زمنية ، ففي هذه الأحوال ليس لزوجته طلب التفريق للحبس ، وذلك لانتفاء الشرط المذكور .

١- ينظر زوجة الغائب ٦٩

٢- الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية /٢٤٧-٢٨٠

٣- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤.

٢ – أن تكون مدة العقوبة ثلاث سنوات ، مضى منها سنة كاملة في السجن فعلاً (١)

فلا يجوز لها طلب التفريق قبل أن يمضي سنة كاملة في السجن ، أو كانت عقوبته أقل من ثلاث سنوات .

٣– أن يكون الحكم الصادر بحقه حكماً نهائياً (٢)

بمعنى أن يكون مصدقاً عليه ، من الجهات العليا ، وغير قابل للطعن أو الاعتراض .

٤ – أن تطلب الزوجة التفريق ، مدعية الضرر والخوف من العنت ، لأن ذلك هو السبب بالتفريق، وليس الحبس بحد ذاته (٣)

وعليه ، فقد كان من الأولى أن تضاف كلمة الضرر في هذه المادة ، حتى لا يكون ذلك مداراً ، للجدل أو الاجتهاد ، وذلك كما هو الأمر في القانون المصري حيث نصت المادة ١٤ لسنة٢٩ منه على ذلك بقولها :–

((لزوجة المحبوس ، المحكوم عليه نهائياً ، بعقوبة مقيدة للحرية، مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطلب من القاضي بعد سنة من حبسه ، التطليق عليه بائناً ((للضرر)) ، ولو كان له مال نستطيع الإنفاق منه)) (٤)

---

١ – ينظر القرارات الاستئنافية رقم٩١٢١ ، ٢٧٨٥٧ ، ٣٢٥/١–٣٢٧

٢– ينظر القرارات الاستئنافية ١٤٧٠٠تاريخ٢٣/٨/٦٦ج٣٢٦/١ ، ٢٨١٩٤تاريخ ٨/١١/٨٧ج٣٢٧/١ ، ٣٠١٢٥ تاريخ٩/٥/٨٩ج٣٢٧/١

٣– ينظر الواضح٢٤٧ ٤– الأحوال الشخصية لأبي زهره ٤٢٩

المبحث الثاني :-

تربص زوجة المفقود :-

وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :-

تعريف التربص لغةً واصطلاحاً :-

التربص لغةً (١)

المكث والانتظار ومنه قوله تعالى ((قُلْ تَرَبَّصُوا فَإِنِّي مَعَكُمْ مِنَ الْمُتَرَبِّصِينَ)) (٢)

التربص اصطلاحاً :-

هي المدة التي تنتظرها زوجة المفقود ، لتبدأ بعدها العدة الشرعية ، التي هي عدة الوفاة .

هـذا الـتعريف ، هو استنباط لما ورد في كتب الفقه ، من بيان المدة الواجب على زوجة المفقـود انتظارها،سواء كان ذلك قبل رفع أمرها للقاضي،أو بعد أن رفعت أمرها بالانتظار(٣) وهي تختلف عن معنى التربص الوارد في قوله تعالى ((وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...))(٤)

أو قـوله تعـالى ((لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ))(٥) فالمقصود بالتربص الأول هـو ما تنتظره الزوجة من فترة زمنية ، بعد الطلاق ، لحكم كثيرة ، منها براءة الرحم ، وهي ما تعرف بالعدة :

أما التربص الثاني ، فهو الفترة الزمنية التي تعطى للزوج إذا آلى من زوجته .

أما التربص الذي نحن بصدده ، فهو للزوجة دون الرجل ، ولما يسبق العدة ، وليس للعدة ، لأن عدة زوجة المفقود ، هي عدة وفاة وذلك أخذاً من قوله تعالى ((وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ...))(٦)

والمقصـود بالتربص في هذه الآية ، هي المدة التي تنتظرها زوجة المتوفى – غير الحامل – لتحل بعدها للأزواج (٧) .

١- لسان العرب ٧/٣٩ - ٤٠

٢- سورة الطور آيه ٣١

٣-روضة الطالبين ٧/٤٠٣ ، نصب الرآية ٤/٣٨٤ ، فتح الباري ٩/٤٣١ ، المغني ٩/١٣١؟

٤- سورة البقرة آيه ٢٢٨

٥-سورة البقرة آيه ٢٢٦

٦-سورة البقرة آيه ٢٣٤

٧- فقه السنة ٢/ ٢٣١

المطلب الثاني :-

آراء الفقهاء في التربص :-

مما سبق يتبين المقصود بالتربص ، الذي سأتحدث عنه بالنسبة لزوجة المفقود ، مراعياً أراء من قال بأنها تبدأ حين رفع الأمر للقاضي(١) ومن قال بأنها تبدأ من حين غيبة المفقود ، أو من قال أنها من حين اليأس من العثور عليه والتحقق من وفاته (٢)

وتيسيراً لعرض المسألة ، فإنني سأذكر مذاهب الفقهاء فيها كل على حدة ، ومن ثم رأي قانون الأحوال الشخصية

أولاً : المذهب الحنفي :- (٣)

مما سبق ذكره ، تبين أن الحنفية ، لا يحكمون بوفاة المفقود ، إلا بقيام البينة القاطعة ، أو بموت الأقران ، وإذا علمنا كذلك أن المفقود عند الحنفية ، نوع واحد ، دون النظر إلى سبب فقده، أو مدة الفقد،فيعني ذلك أن على الزوجة،التربص طيلة هذه المدة ، أعني حتى تثبت وفاة زوجها المفقود يقيناً ، أو حتى تنقضي مدة تعميره ، والتي اختلف في تقديرها من الستين إلى المائة وعشرين عاماً ، حتى إذا ثبتت وفاته بالبينة ، اعتدت عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشرة أيام ، ومتى حكم بوفاته لموت أقرانه ، اعتدت منذ ذلك الحكم ، عدة الوفاة كذلك ، أربعة أشهر وعشرة أيام .

وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود ، والنخعي ، وأبي قلابة ، والشعبي ، وجابر بن زيد ، والحكم وحماد ، وابن أبي ليلى وابن شبرمه ، وعثمان البتي ، وسفيان الثوري والحسن بن حي (٤) ودليلهم في ذلك ، أن كلاً من الحياة والنكاح ثابت بيقين فلا يزول أي منهما بالشك بالوفاة .

١- مغني المحتاج٣٩٧/٣ ، من لا يحضره الفقيه٣٥٤/٣ ، روضة الطالبين٤٠٤/٧

٢- مغني المحتاج ٣٩٧/٣ ، من لا يحضره الفقيه٣٥٤/٣

٣- ينظر المبسوط ٣٥/١١-٣٦ ، ملتقى الأبحر للفقيه إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي ت ٩٥٦هـ ومعه التعليق الميسر على ملتقى الأبحر ، تحقيق ودراسة وهبي سليمان غاوجي٣٨٦/١/مؤسسة الرسالة/بيروت/ط١ .

٤- ينظر/المغني٢٦٨/٩ ، فتح الباري٤٣١/٩

ثانياً :- المذهب المالكي :-

قسم المالكية المفقود بالنسبة لتربص زوجته ، إلى أربعة أنواع (١) لكل نوع حكمه ، وذلك على النحو التالي :-

النوع الأول :-

مفقود في بلاد الإسلام :-

وحيث إن هذا النوع ، يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات ، من رفع الزوجة أمرها للقاضي ، كما حدث مع المرأة التي استهوت الجن زوجها ، في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ... فيعني ذلك أن زوجة هذا الصنف تبقى زوجةً له ، ما لم ترفع أمرها للقضاء ، وتستمر في تربصها كذلك أربع سنوات ، دون النظر إلى الفترة التي سبقت الرفع للقاضي ، طالت أم قصرت ، فإذا انتهت مدة السنوات الأربع ، ولم يعثر له على خبر ، أمرها القاضي أن تعتد عدة الوفاة .

النوع الثاني :-

مفقود في أرض المشركين :-

فالزوجية باقية بينه وبين زوجته ، ما لم يأت خبر وفاته يقيناً ، أو تنتهي مدة تعميره ، في حين يجوز لها أن تطلب التفريق قبل ذلك ، إذا لم يكن لها نفقة ، أو خشيت على نفسها الزنا ، وذلك لأن ضرر ترك الوطء أشد من ترك النفقة (٢) فهي متربصة لحين وفاته .

وأما بالنسبة لحساب مدة التعمير ، فهي مختلف عليها ، ولكنهم متفقون بأنها من تاريخ ولادته ، وهذا يتطلب معرفة عمره على غلبة الظن ، لا على اليقين ، فإذا اختلفت بينتان بان عمره يوم فقده ، كذا أو كذا ، فالمعتبر هو من شهد بالأقل ، وذلك لأنه الأحوط للمفقود .

ويلحق الأسير بهذا النوع من المفاقيد عند المالكية ، فلا تتزوج امرأته إلا أن يتنصر أو يموت ، فتبين زوجته منه ، ويوقف ماله، إلا إذا ثبت يقيناً أن التنصر كان بالإكراه ،فُرِّق بينه وبين امرأته

وَوُقف مالُه حتى الموت (٣) يعني ذلك أن زوجته تتربص لحين ثبوت وفاته أو انقضاء تعميره أو تنصره .

١- ينظر جواهر الإكليل ٥٥٤/١ ، حاشية الدسوقي٤٧٩/٢ ، المدونة الكبرى٤٥١/٣/٢

٢- ينظر جواهر الإكليل ١/ ٥٥٤

٣- المدونة الكبرى٤٥٦/٣/٢ ، جواهر الإكليل٥٥٤/١

النوع الثالث :-

مفقود في الفتن بين المسلمين :-

والمقصود من ذلك هو : إذا وقعت فتنة بين المسلمين ، أدت إلى نشوب قتال أو قيام فتنة فإذا فقد شخص بعد أن وضعت الحرب أوزارها ، ولم يعد ، ولم يؤت له بخبر سوى أنه حضر صفي القتال ففي ذلك عدة أقوال :-

أ- تعتد زوجته من يوم المعركة قريبة كانت أو بعيدة .

ب- تعتد مباشرةً بعد انفصال الصفين عدة الوفاة .

ج- تنتظر زوجته بقدر ما ينصرف من حرب إذا هزم .(١)

وبالتالي يكون تربص كل زوجة حسب ما ذكر من أراء .

ويلحق بهذا النوع ، من فقد زوجها زمن الوباء بالطاعون ، فعلى الزوجة التربص والانتظار ، فإذا انتهى مرض الطاعون ، ورفع الحجر المفروض ، ولم يعد الزوج ، ولم يؤت له بخبر حياة أو وفاة ، تنهي الزوجة تربصها وتعتد عدة الوفاة .

النوع الرابع :-

المفقود في القتال بين المسلمين والكفار :-

وهذا تتربص زوجته سنة كاملة ، فإذا انتهت ولم يؤت له بخبر ، رفعت أمرها إلى الحاكم وبعد التحري عنه يأمرها بأن تعتد عدة الوفاة (٢)

وقيل إن الزوجة تتربص سنة ، بعد يأس الحاكم من العثور عليه ، وبعدها تعتد عدة الوفاة (٣)

١- ينظر جواهر الإكليل ١/٥٥٤

٢- ينظر بداية المجتهد ٢/٥٢-٥٣

٣- ينظر الشرح الكبير ٢/٤٨٣

ثالثا:-المذهب الشافعي :- (١)

كما هو معلوم ، فإن للشافعي في التفريق للفقد ، مذهبين ، المذهب القديم :-

وهـــو جـــواز التفريق بعد أربع سنوات من رفع الزوجة أمرها إلى القاضي ، فإذا لم يعثر عليه ، يأمرها بالاعتداد عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشرة أيام .

وقد اعتمد الشافعي في ذلك على ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

حيث جاء في مغني المحتاج ((وفي القديم تربص أربع سنين ثم تعتد لوفاة وتنكح)) (٢)

والتربص هنا يكون من وقت انقطاع الخبر ، كما هو في مغني المحتاج كذلك ((وفي القديم تربص أربـــع سنين ، من وقت انقطاع خبره ، ثم تعتد عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشرة أيام ، وتنكح غيره ، لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك)) (٣)

وأما المذهب الجديد والذي ذهب فيه ، إلى عدم التفريق بين المفقود وزوجته ، حتى يأتيها يقين وفاته أو طلاقه ، أو تنقضي مدة التعمير ، وهي التي يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها .

وعليه فعلى زوجة المفقود الانتظار ، حتى تثبت وفاته يقيناً فتعتد عدة الوفاة ، أو يأتيها طلاقه ، فتعتد عدة الطلاق ، أو تنقضي مدة التعمير ، وبعدها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام .

حيـــث جاء في متن منهاج الطالبين ((ومن غاب وانقطع خبره ، ليس لزوجته نكاح حتى يتيقن موته، أو طلاقه)) (٤)

١- مغني المحتاج ٣٩٧/٣ ، روضة الطالبين٤٠٣/٧ .

٢- ٣٩٧/٣

٣- ٣٩٧/٣ .

٤- ٣٩٧/٣

رابعاً:-المذهب الحنبلي :-(١)

لقد قسم الحنبلية المفقود إلى نوعين ، ولكل نوع حكمه الخاص به وذلك كما يلي :-

النوع الأول :-

وهو ما إذا كان ظاهر غيبته السلامة ، ففيه رأيان :-

أ- أن تنتظر زوجته ، إلى أن يأتي خبر وفاته ، أو طلاقه ، أو تموت هي ، وذلك لأن ظاهر غيبته السلامة ، فيبقى الأصل على ما هو عليه إلى أن يثبت عكس ذلك (٢) .

ب- إذا مضى عليه تسعون سنة ، من يوم ولادته ، ورفعت أمرها إلى القاضي ، أمرها أن تعتد عدة الوفاة ، على اعتبار أنه لا يعيش أكثر من ذلك (٣).

النوع الثاني :-

وهو ما إذا كان ظاهر غيبته الهلاك ، فإن على زوجته الانتظار أربع سنوات من رفع أمرها إلى القاضي ، فإذا مضت المدة ، ولم يعثر له على خبر ، أمرها القاضي أن تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام . (٤)

خامساً :- المذهب الظاهري :-

حيث إن الإمام ابن حزم ، لا يرى فسخ نكاح المفقود أبداً ، حتى يصح موته ، أو تموت هي .

وهذا يعني استمرارها في التربص والانتظار ، فإن مات فبه ، و إلا فعليها الاستمرار إلى أن تثبت وفاته يقيناً ، وبعدها تعتد عدة الوفاة (٥)

سادساً : المذهب الشيعي :-

ذهب الشيعة إلى أن على زوجة المفقود ، أن تتربص أربع سنوات من رفع أمرها إلى القاضي ، فإذا لم يتبين خبره ، وانتهت المدة أمرها القاضي بالاعتداد ، عدة الوفاة .

أما إذا لم ترفع أمرها للقاضي ، فعليها الانتظار إلى أن تتحقق وفاته يقيناً ، فتعتد عدة الوفاة(٦)

١- روضة الطالبين٧/٤٠٣ ، المغني٩/١٣٠-١٣٣ ٢- ينظر/المبدع شرح المقنع٦/٢١٥ ، كشاف القناع٤/٤٦٥

٣- ينظر/المقنع٢/٤٤٣ ، ٣/٢٨٤-٢٨٥ ، المحرر في الفقه١/٤٠٦

٤- المغني ٩/١٣١ ٥- المحلى٩/٣١٧ ٦- من لا يحضره الفقيه ٣/٣٥٤

المطلب الثالث :-

ما عليه العمل في المحاكم الشرعية :-

ب-عـد أن تم استعراض ، أقوال الفقهاء في مسألة تربص زوجة المفقود ، ينبغي علينا اتمام ذلك ، ببيان ما عليه العمل في محاكمنا الشرعية ، وذلك على النحو التالي :-

إن قانون الأحوال الشخصية ، قد جعل المفقود على نوعين :-

النوع الأول :-

وهو أن يكون في جهة غير معلومة ، ولا يغلب على الظن هلاكه ، فهذا يفوض أمر الحكم بوفاته إلى القاضي ، فتستمر الزوجة بالتربص والانتظار إلى صدور حكم القاضي بوفاته ، فتعتد عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم ، أربعة أشهر وعشرة أيام .

النوع الثاني :-

وهو أن يفقد في جهة معلومة ، ويغلب على الظن هلاكه فيها ، فله حالتان :-

الحالة الأولى :-

وهي أن يكون فقده أثر كارثة كزلزال ، أو غارة جوية ، أو اضطراب الأمن وحدوث الفوضى وفي هـذه الحالـة يحكم القاضي بوفاته بعد سنة من فقده ، وتتربص زوجته سنةً كاملةً ، قبل طلبها الـتفريق مـن القاضي ، فإذا ثبت لديه ذلك بعد التحري ، طالت فترة التحري أم قصرت ، حكم القاضي بوفاته أو بالتفريق ، وأمرها بالاعتداد عدة الوفاة ، من تاريخ الحكم أربعة أشهر وعشرة أيام .

الحالة الثانية :-

وهي أن يكون فقده ، في حالة أمن ، وفي أمور طبيعية ، فعلى زوجته التربص مدة أربع سنوات من تاريخ فقده ، ومدة التحري عنه بعد رفع أمرها للقضاء ، وبعد الحكم بوفاته أو التفريق ، تؤمر لتعتد عدة الوفاة ، اعتباراً من تاريخ الحكم ، أربعة أشهر وعشرة أيام (١)

هذا وكنت قد رجحت في أنواع المفقود والحكم بموته ، أن يكون على نوعين هما(٢) :-

١- التقدير بالسنين ، وذلك في الحالة التي يغلب على الظن هلاكه فيها ، فيكتفى بسنة واحدة

٢- تفويض المدة إلى الحاكم وذلك إذا فقد في مكان غير معلوم ، ولا يغلب على الظن هلاكه ، على أن لا يكون أكثر من سنة في الأماكن التي يمكن البحث فيها عنه ، وأربع سنوات في الأماكن التي لا يمكن البحث عنه فيها ، أو يصعب ذلك .

وعليه تتربص زوجته أربع سنوات كما هو في الحالة الأخيرة ، وسنةً واحدة في غير ذلك .

١- تنظر المواد ١٣١ - ١٧٧ - ١٧٨من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١ .

٢- ينظر/ص٤٣من هذا البحث .

المبحث الثالث :-

مدة التأجيل وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :-

حساب مدة التأجيل عند الفقهاء وفي القانون :-

اختلف القائلون بالتفريق ، في بدء حساب مدة التأجيل ، فمن قائل أنها تبدأ من حين اليأس ، إلى قائل بأنها من حين الغيبة والفقد ، وثالث من حين رفع الأمر إلى القاضي ، وسبب اختلافهم هو اختلافهم في الاجتهاد ، إلى الأصلح والأنسب ، لا سيما وأنه ، ليس لديهم نصوص يعتمدون عليها ، سوى ما ورد من أثار عن الصحابة رضوان الله تعالى عليهم .

هذا ، وإن جميع الفقهاء ، متفقون على وجوب التربص ، بالمعنى الذي تم تحديده سابقاً ، بل رجح أن يكون هذا التأجيل تعبدياً ، وذلك بإجماع الصحابة عليه (١) لكنهم اختلفوا في بداية حساب هذا التأجيل وفيما يلي توضيح ذلك :-

أولاً : المذهب المالكي :-

للمالكية في هذه المسألة رأيان :-

أ- أنها من يوم الرفع إلى القاضي ، وهي روايةٌ عن الإمام مالك ، وقد جاء في المدونة الكبرى : ((أرأيت امرأة المفقود ، تعتد أربع سنين في قول مالك بغير أمر السلطان ؟ قال ، قال مالك : لا قال مالك وإن أقامت عشرين سنة ، ثم رفعت أمرها إلى السلطان ، نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه ، فإن يئس منه ، ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين)) (٢)

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ((وقد ذكر بعضهم أن التلوم يكون من يوم الرفع)) (٣)

ب- أنها من يوم اليأس ، وهي رواية عن الإمام مالك

حيث جاء في التاج الإكليل ((اختلف مبدأ الأربعة سنين ، هل من يوم الرفع أو من يوم اليأس ، فقال مالك : يضرب الأجل من يوم الإياس (٤)

١- جواهر الإكليل١/٥٥٤ ٢- ٢/ج٣/٤٥٠ ٣- ٢/٣٨٥

٤- ٥/٤١٨ ، جواهر الإكليل١/٥٥٢ ، حاشية الدسوقي٢/٤٨٣

ج- مـــن المالكية من جمع بين القولين ، معتبراً أن يوم اليأس ، هو نفسه يوم الرفع ((وقيل إن يوم الرفع هو نفسه يوم اليأس)) (١)

واعتمد أصحاب القول الأول على قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، في امرأة المفقود.(٢)

ثانياً : المذهب الشافعي :-

للإمام الشافعي في مذهبه القديم فيما يتعلق بحساب مدة التربص روايتان :-

الرواية الأولى :-

بـــدأ الـــتربص مـــن حـــين أمـــرها الحـــاكم بذلك بعد إنهاء التحري -- فقد جاء في المهذب ما نصه:-

((تعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص)) (٣)

ودليلهم في ذلك أن هذه المدة تثبت بالاجتهاد ، فتحتاج بالتالي إلى حكم الحاكم ، كالعنين (٤) وكذلك لحديث عمر السالف الذكر.

أما الرواية الثانية :-

وهي اعتبار حساب مدة التأجيل،من حين انقطاع خبره (٥) معتبرين أنه لو كان حياً،لرجع خلال مدة السنوات الأربع ، والتي سبقت رفع الأمر إلى القاضي ، وإن مصلحة الزوجة تتطلب ذلك.

١- ينظر حاشية الدسوقي٢/٤٨٣

٢- الدار قطني ٣/٣١٢ ، نصب الراية ٣/٣٨٣-٣٨٥

٣- ٢/١٤٧ ، الحاوي ١٤ / ٣٦٦

٤- المهذب ٢ / ١٤٧

٥- المصدر السابق ٢ / ١٤٧

ثالثاً : المذهب الحنبلي :-

للحنبلية في هذه المسألة أيضاً رأيان :-

الرأي الأول :-

بـــدء الحســـاب مـــن تاريخ رفع الأمر للحاكم ، وهذا يعني أن المدة التي تسبق الرفع لا حساب لها ، طالت أم قصرت ، حيث جاء في التفريع :-

((إذا فقـــد الرجل عن امرأته ، فانقطع خبره ، ولم يعرف مكانه ، واختارت المرأة فراقه ، ورفعـــت أمرها إلى الحاكم ، ضرب الحاكم لها أجلاً أربع سنين ، بعد أن يفحص عن أخباره ، ويسأل عن آثاره ، ثم يأمرها أن تعتد ، عدة الوفاة ، أربعة أشهر وعشرا)) (١)

وهذا يعني كذلك أن التربص والحساب يكون بعد التحري من الحاكم ، وأمره لها بذلك .

الرأي الثاني :-

بـــدأ مدة الحساب ، من تاريخ انقطاع خبره ، وبعد أثره ، لأن هذا ظاهر في موته ، فكان ابتداء المدة منه ، كما لو شهد به شاهدان (٢)

رابعاً :- المذهب الشيعي :-

يرى الشيعة أن بدء حساب مدة التأجيل لا تكون إلا بعد رفع الأمر إلى الحاكم .

وقـــد جاء في من لا يحضره الفقيه ((إن هي رفعت أمرها إلى الوالي ، أجلها أربعة سنين ، وإن لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الأربع سنين ...)) (٣)

بل صرح فقهاء الشيعة ، بأن الزوجة لو بقيت ماية سنة ، ولم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإنها تبقى على حكم الزوجة ، فإذا رفعت أمرها إليه ، كان الفحص لمدة أربع سنوات من حين الرفع فإذا لم يظهر له بخبر ، أمرها الحاكم أن تعتد عدة الوفاة (٤)

١- ٢/١٣٥ويـــنظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ت ٨٨٥هـــ صححه وحققه محمد حامد الفقي٩/٢٨٩/دار الأحياء والتراث العربي/ط٢ ، المغني٩/١٣٥

٢- ينظر المغني٩/١٣٥ ، الإنصاف٩/٢٨٩ ٣- ٣/ ٣٥٤

٤- ينظر جواهر الكلام٣٢/٢٩١ ، من لا يحضره الفقيه٣/٣٥٤

هذا وقبل ختام هذه المسألة أود أن أوضح ما يلي :-

١ - أن عمر بن الخطاب ، وعطاء وقتادة ، قالوا بالتربص من رفع الأمر إلى القاضي(١)أقول:-

وإن هـــذا الأمر من تاريخ الرفع ، لا من بعد التحري ، لأن حديث عمر واضح في ذلك عندما رفعت أمرها إليه فأمرها أن تتربص أربع سنوات ، ولم يأمرها أن تنتظر ليتحرى ، ثم بعد التحري الانتظار مدة أربع سنوات ، وإنما التحري يكون خلال فترة السنوات الأربع .

٢ - إن الأمر في هذه المسألة ، أمر اجتهادي ، حيث ورد كذلك عن عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب ، ذكر التربص دون تحديد الابتداء (٢)

٣ - إن تحديـــد التربص بأربع سنوات ، من يوم الفقد ، أو ضرب الحاكم ، أو رفع الأمر إليه ، متفق عليه بين الحنبلية ، والشافعية في القديم والمالكية في أحد أصناف المفقود ، ورجح بأن هذا التأجيل هو أمر تعبدي ، لإجماع الصحابة عليه (٣)

وإنني أرى أن هذا الأمر ليس كذلك ، لأنه لو كان تعبدياً ، لما كان لنا الخروج عنه ، فهو تعبدي في التأجيل والانتظار ، ولكنه ليس في المدة، وذلك لما يلي :-

أ- إن مـــن الصحابة من رأى عدم التفريق أصلاً ، وإنما وجوب الانتظار ، فيعني ذلك أن الأمر ليس فيه إجماع .

١- المصنف ٨٦/٧-٩٠

٢- المصدر السابق٨٨/٧-٨٩ ، الموسوعة الفقهية ٢٧٠

٣- ينظر جواهر الإكليل٥٥٢/١ ، المحلى ١٧٢/١٠

ب- اختلاف مدة التأجيل ، عند المالكية من شخص لآخر ، وكذلك عند الحنبلية ، كلٌ حسب الحالة التي فقد فيها (١)

٤- مـــن لم يقـــل بالتفريق ، لم يتطرق لمسألة بداية التأجيل ، وحساب ذلك حيث إنهم يجعلون الحكـــم بالوفاة ، مرتبط بثبوتها يقيناً ، أو بانقضاء مدة التعمير ، وبالتالي دخول الزوجة في عدة الوفاة مباشرةً .

قانون الأحوال الشخصية ، وما عليه العمل في المحاكم الشرعية :-

مـــن الرجوع إلى مواد المفقود،في قانون الأحوال الشخصية (٢)يتبين لنا أن القانون أخذ بما يلي:-

١- يحتسب القانون مدة الانتظار من تاريخ الفقد ، وليس من تاريخ الرفع إلى القاضي .

٢- يشترط القانون أن تكون الفترة الزمنية ، أربعة سنوات من تاريخ الفقد .

وذلك في حالة الأمن وعدم الكوارث ، وسنة من تاريخ الفقد إذا كان الفقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها ، كمن فقد في معركة أو غارة جوية

٣- تفويض أمر المدة إلى القاضي،إذا كان المفقود في جهة معلومة،ولا يغلب على الظن هلاكه.

٤- لا تقـــبل الدعوى بطلب التفريق ، أو الحكم بالوفاة ، إذا لم يكن قد مضى على المفقود ، المدة المذكورة .

٥- يـــتولى القاضـــي مسألة البحث والتحري ، عن المفقود ضمن أمور إجرائية ، قد تطول أو تقصر ، ثم يصدر حكمه ويأمر الزوجة بالاعتداد ، عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام ، اعتباراً من تاريخ الحكم (٣)

١- ينظر المغني٩/١٣٠-١٣١ ، جواهر الإكليل١/٥٥٢ ، المحلى١٠/١٧٢

٢- المواد :١٣١-١٧٧-١٧٨-١٧٩.

٣- المواد ١٣١ ، ١٧٧ ، ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية /مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١ ، القرار رقم ٣٣٥٦٤ ، ٣٧٧٤٨ ت٦/٦/٩٤/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لداود١/٩٢٦

الترجيح :-

وحيث إن الأمر مختلف فيه ، فإنني أرى أن الأصوب الأخذ بقول من قال باحتساب مدة التربص ، من حين غيبته وانقطاع خبره ، وذلك لما يلي :-

١- أن الزوجة لا ترفع أمرها إلى الحاكم عادةً ، لتطلب التفريق ، إلا بعد أن تكون قد يئست أصلاً من عودة زوجها ، ولو كان لديها قليل أمل بالعودة ، لما رفعت أمرها للقضاء ،وهذا يتطلب فترة زمنية طويلة .....

٢- إن ضرب القاضي ، مدةً زمنية للتربص ، اعتبارا من تاريخ الرفع إليه ، يسبب إحراجاً للزوجة ، ويلحق بها الضرر ، لأنها لم ترفع الأمر للقضاء ، إلا بعد أن يئست من عودته .

٣- تحديد فترة زمنية ، تناسب حال المفقود من قبل الحاكم ، أمر ضروري وفيه مصلحة للمفقود ، شريطة كون هذه الفترة ، قبل الرفع إليه ، فيأخذ بالأحوط للمفقود ويدفع ما يمكن دفعه من الضرر الواقع على الزوجة،ثم يتولى عملية البحث والتحري ، ضمن إجراءات الدعوى فإذا لم يعثر عليه ، أمرها بالاعتداد من تاريخ الحكم ، وهذا ما عليه العمل في المحاكم الشرعية(١) .

١- المادة ١٣١ ، ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١، ٨٥، القرارات الاستئنافية لداود ١/ ٩٢٦ .

المطلب الثاني :-

نفقة زوجة المفقود :-

في هـذا المبحث سأتناول تعريف النفقة لغةً واصطلاحاً ، وتعريفها في قانون الأحوال الشخصية ، ثم أدلة مشروعيتها من القرآن والسنة والإجماع والمعقول ، وسبب وجوبها ، ثم أقوال الفقهاء ، فيها وذلك على النحو التالي :

أولاً :-تعريف النفقة :-

لغةً :- هي ما أنفق ، والجمع نفاق ، وأنفق المال صرفه (١)

قال تعالى((وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ قَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لِلَّذِينَ آمَنُوا أَنُطْعِمُ مَن لَّوْ يَشَاءُ اللَّهُ أَطْعَمَهُ ...))(٢).

والنفاق : جمع نفقه من الدراهم ، ورجل منفاق : أي كثير النفقة .

والنفقة : ما أنفقت واستنفقت على عيالك ونفسك ...(٣)

شرعاً :- هي ما يجب للزوجة على زوجها ، قدر كفايتها من الطعام واللباس والسكن حسب حال الزوج عسراً ويسراً . (٤)

تعريفها في القانون :- نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكنى والتطبيب بالقدر المعروف ، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم (٥) وبتمحيص النظر في التعريف اللغوي والشرعي وتعريف قانون الأحوال الشخصية للنفقة نلاحظ ما يلي :-

١ – أنها جاءت عامةً في معناها اللغوي دون تحديد لما تشمله النفقة من أصناف .

٢ –أنها حصرت الإنفاق على المنفق وعياله .

٣ –حصر المعنى الشرعي النفقة في الطعام واللباس والسكن ، فذكر بالتالي أصول ما تحتاجه المرأة في حياتها وهو الطعام والكسوة والسكن ، وقيده حسب حال الزوج عسراً ويسراً (٦)

---

١ – لسان العرب ١٠/٣٥٨ ٢ – سورة يس آيه ٤٧ ٣ – لسان العرب ١٠/٣٥٨

٤ –المفصل ٧/١٥١

٥ –من المادة ٦٦ مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٨، والمادة ٧٠ من كتاب النفقات الشرعية ص١٦.

٦ – الاختيار لتعليل المختار ٣/٣–٤

إنـــني أرى أن ذلـــك ليس حصراً ، وإنما هو أدنى حقوق الزوجة في جميع المجتمعات ، فلا يتصور لها أقل من ذلك ، لأن هذه الأصناف هي قوام الحياة والاطمئنان والسكن .

٤ –أضاف القانون إلى ما ذكر ، التطبيب وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم ، وهذا برهانٌ إلى ما رأيته من أن الشارع لم يقصد الحصر ، خاصةً وإنه لم يرد في كتب الفقه ما يحدد أصناف نفقة الزوجة على وجه الخصوص ، حيث إن النصوص الشرعية جاءت عامةً في ذلك .

هـــذا وقـــد أعجبني التعريف الذي قاله الشهيد الشيخ عارف البصري ، عن النفقة بأنها (تكليفٌ مالي واجبٌ على الزوج لزوجته – بما هي زوجة – وفق شروط معينه بمستوى الكفاية عرفاً)(١)

وهذا التعريف لم يحدد الأمور الواجب إنفاقها على الزوجة ، بل تركها إلى مستوى العرف الـــذي يعيشه الزوجان، فيختلف من مجتمع لآخر ، ومن زمن إلى زمن ، وذلك في كل ما يتعلق بنفقة الزوجة .

إلا أنـــني أرى أن يضاف على هذا التعريف عبارة (من حين العقد) لأن لفظ الزوجة قد يكون خاصاً بما بعد الدخول ، في بعض المجتمعات ، وليس من حين العقد كما هو في مجتمعنا ، ولهذه الإضافة أسبابها ومبرراتها نذكر منها أنها محبوسةٌ له ، فلا تحل لأحد غيره حيث قال تعالى ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ...(٢٣)وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ...))(٢) والمحصنات هن النســـاء اللـــواتي في عصمة أزواجهن ، سواءً كنّ مدخولاً بهن أم لا (٣) وعليه يكون تعريف الـــنفقة عـــلى النحو التالي (تكليف مالي واجب على الزوج لزوجته من حين العقد – بما هي زوجة– وفق شروط معينه بمستوى الكفاية عرفاً) .

---

١ – نفقات الزوجة في التشريع الإسلامي ص١٦

٢– سورة النساء آيه ٢٣ ، ٢٤ .

٣–التفســـير المـــنير في العقيدة والشريعة والمنهج للدكتور وهبه الزحيلي٥/٦/دار الفكر المعاصر/بيروت/دار الفكر/دمشق ، في ظلال القرآن للسيد قطب٢/١٠/دار إحياء التراث العربي/بيروت/ط٣ ، بدائع الصنائع٢/٣٩٨-٣٩٩ ، المفصّل في أحكام المرأة ٦/٢٩٥

ثانياً :- دليل مشروعيتها :-

١- القرآن الكريم : قال تعالى ((أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ...))(١) والإسكان أمر بالإنفاق لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب(٢)

وقال تعالى ((وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...))(٣)

وقال تعالى ((وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...))(٤)

٢- السنة النبوية المشرفة :-

١- مـــا روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال((اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، لا يملكن لأنفسهن شيئاً ...ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف)) (٥)

٢- مـــا روي من أن هند زوجة أبي سفيان ، قالت يا رسول الله :إن أبا سفيان رجلٌ شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ، ويكفي بنيّ إلا ما آخذ منه وهو لا يعلم ، فقال لها صلى الله عليه وسلم ((خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك)) (٦)

٣- الإجماع :-

لقـــد أجمعت الأمة من عهد الرسول عليه السلام ، إلى يومنا هذا ، على أن نفقة الزوجة واجبة على الزوج .(٧)

٤- المعقول :- (٨)

ليس سديداً ، أو معقولاً أن تكون نفقة الزوجة على غير زوجها ، وذلك لأنها :-

أ- محبوسة لحق الزوج ، ممنوعة من الاكتساب إلا بإذنه ، فكان نفع حبسها عائدٌ إليه ، فوجبت كفايتها عليه .(٩)

ب- أنها محبوسة بحبسه فلو لم تكن كفايتها منه لهلكت .

ثالثاً :- سبب وجوبها :-

اخـــتلف الفقهاء في سبب وجوب النفقة ، ففي حين يعتبر الحنفية أن سبب الوجوب هو العقـــد الصـــحيح ، والاحتباس بحق الزوج (١٠)فإن الشافعية يعتبرون سبب الوجوب هو عقد النكاح وتمكينها للزوج من نفسها للاستمتاع بها (١١)

١- سورة الطلاق آيه ٦ ٢-ينظر/بدائع الصنائع ١٦/٤ ٣- سورة الطلاق آيه ٦

٤- سورة البقرة آيه ٢٣٣ ٥- ينظر/صحيح مسلم كتاب الحج ١٨٤/٨

٦- ينـظر/صـحيح البخاري بأكثر من رواية ٨٤/٧-٨٦ ٧-ينظر/المغني ٢٣٠/٨ ، المحلى ٨٨/١٠ ، بدائع الصنائع ٢٢/٤

٨- ينظر/بدائع الصنائع ٢٣/٤ ٩- المصدر السابق ١٦/٤ ، المبسوط ١٨١/٥

١٠- ينظر/الدر المختار ٥٧٢/٣ ، بدائع الصنائع ٢٣/٤ ١١- ينظر/المهذب ٧٦/١٧ ، مغني المحتاج ٤٣٥/٣ ، الأم ١٥٣/٥-١٣١

في حين أن المالكية يرتبون السبب بدخول الزوج البالغ على زوجته المطيقة للوطء (١) ومهما اختلفت أسباب النفقة ، فإن الحديث عنها يكون باكتمال أسبابها عند كل مذهب .

رابعاً :- أراء الفقهاء فيها :-

المذهب الحنفي :-

من المعلوم أن المذهب الحنفي يوجب النفقة للزوجة ،من حين العقد ، سواء كان بها دخول أم لم يكن ، ومعرفة حكم زوجة المفقود ، يتطلب معرفة حال المفقود ، فهو إما أن يكون قد ترك مالاً وهذا المال إما أن يكون من جنس النفقة ، أو من غير جنسها ، وإما أنه لم يترك مالاً أصلاً ، ولكل قسم من هذه الأقسام ، حكم خاص على النحو التالي :-

أولاً- إذا لم يترك المفقود مالاً ، سواء كان ذلك من جنس النفقة أم من غير جنس النفقة ، فللحنفية في ذلك رأيان :-

الرأي الأول :-

وهو أن على القاضي أن يأذن لها بالاستدانة ، وبذلك قال زفر وإبراهيم النخعي ، ورواية عن الإمام أبي حنيفة (٢)

فقد جاء في المبسوط : ((إذا لم يكن للمفقود مال ، وطلبت زوجته من القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها ، هل يجيبها إلى ذلك ، وكان أبو حنيفة يقول أولاً يجيبها إلى ذلك وهو قول إبراهيم النخعي)) (٣)

وقال زفر(٤) بذلك أيضاً ، إلا أنه احتاط للمفقود ، بحيث تسمع البينة على قيام الزوجية ، ويأمرها القاضي بأن تستدين ،وتنفق على نفسها ، فإذا حضر الزوج ، كلفها إعادة البينة عليه، فإذا أعادت قضي على الزوج بما أنفقت في المدة الماضية ، وإن لم تعد البينة على الزوج ، لم يقض بشيء عليه)) (٥)

١- ينظر/بداية المجتهد ٥٤/٢ ٢- ينظر/المبسوط ٤٢/١١ ، ٤٣ ، البدائع ٣٨/٤

٣- ٤٢/١١

٤)- زفر :- هو زفر بن هذيل بن قيس البصري كان من أعلام المسلمين وأئمتهم ، ثقة ، صدوقاً ورعاً من فقهاء المذهب الحنفي ولد سنة ١١٠هـ وتوفي سنة ١٥٨هـ . ينظر/وفيات الأعيان ٣١٧/٢ .

٥- ينظر/المبسوط ٤٣/١١ ، الهداية ٤٣/٢

وجـــاء في الهدايـــة:((وقال زفر رحمه الله ، يقضى فيه ، لأن فيه نظراً لها،ولا ضرر فيه على الغائب، فإنه لو حضر وصدّقها ، فقد أخذت حقها ، وإن جحد يُحلّف ، فإن حلف فقد صُدِّق فإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا ، أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس)) (١)

واستدلوا على ذلك بحديث هند زوجة أبي سفيان السالف الذكر .

الرأي الثاني :-

لا نفقـــة لها ، وليس للقاضي أن يأذن لها بذلك ، وهي رواية عن الإمام أبي حنيفة وبها قال الصاحبان (٢)

وهذا بناء على أن الأصل المقرر عندهم ، عدم جواز قضاء القاضي على الغائب ، والمفقود عندهم حي في حق نفسه ، فهو غائب فلا يصح فرض النفقة لزوجته عليه (٣)

وردوا الحديـــث بأنه يقصد به الفتوى دون القضاء ، بدليل أنه عليه السلام لم يبين لها مقدار ما تأخذه لتنفق على نفسها)) (٤)

ثانياً- إذا ترك المفقود مالاً وكان من جنس النفقة :-

وهذا لزوجته الإنفاق على نفسها بالمعروف ، دون أخذ الأمر أو الإذن من الحاكم ، سواء كـــان هـــذا المال دراهم ، أو دنانير ، أو ذهباً ، أو تبراً ، أو ملبوساً أو مطعوماً ،(٥) أو من غير جـــنس النفقة ، ولكن يخشى هلاكه وفساده ، كذلك إذا كان المال في يد مودعه أو مضاربه ،أو مدينه، المقرين له بذلك ، وهذا قول أبي حنيفة والصاحبين (٦)

١- ينظر/الهداية٢/٤٤، بدائع الصنائع٤/٣٨

٢- الصاحبان هما أبو يوسف ومحمد بن الحسن بن واقد أبو عبد الله الشيباني نشأ بالعراق ، وسمع من أبو حنيفة ، ونشر علمه ، لـــه مصنفات أشهرها مصنفات (ظاهر الرواية) وهي المبسوط ، الجامع الصغير ، الجامع الكبير ، السير الصغير ، السير الكبير ، والروايات ، ينظر/المبسوط١١/٤٣ ، البدائع٤/٣٨ ، الفوائد البهية ص١٦٣ .

٣- ينظر/المبسوط٥/١٩٨

٤- ينظر/البدائع ٤/٣٩

٥-ينظر/البحر الرائق ٥/١٧٧

٦- ينظر/الفتاوى البزازية ٦/٢٢٥

وقد خالفهم في ذلك زفر إذ قال لا يفرض لها ، ودليله في ذلك :-

١- هذا قضاء على الغائب ، دون أن يكون عنه خصم حاضر ، إذ المودع ليس بخصم عن الزوج وكذلك المدين (١)

٢- المودع مأمور بالحفظ وكذلك المضارب .

وقد عورض هذا بالقول : المودع إذا أقر بالوديعة والزوجية ، أو أقرّ المديون بالدين والزوجية ، فقد أقر أن لها حق الأخذ والاستيفاء ، لأن للزوجة أن تمد يدها إلى مال زوجها ، فتأخذ كفايتها منه ، وذلك لحديث امرأة أبي سفيان (٢)

وقد استدلوا بوجوب نفقة زوجة هذا الصنف بما يلي :-

أ- حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأذنه لهند بأخذ ما يكفيها من مال زوجها .

ب- إن كل من يستحق النفقة في مال الزوج حال حضرته بغير قضاء،ينفق عليه من ماله في غيبته .

ج- الأصل أن كل إنسان نفقته في ماله ، إلا الزوجة ، فنفقتها في مال زوجها ، وأنها تجب على الزوج بمجرد العقد .

د- إن قضاء القاضي بذلك ليس قضاء على الغائب ، بل تمكيناً للمستحق من أخذ حقه (٣)

ثالثاً- إذا ترك المفقود مالاً ، وكان من غير جنس النفقة :-

وهو ما إذا كانت أموال المفقود عقاراً ، أو متاعاً فلا يباع من قبلها ولا من قبل القاضي وذلك لما يلي :-

١- إذا كان المال عقاراً فلا نفقة فيه للزوجة ، إجماعاً عندهم (٤)

٢- عدم إمكانية الإنفاق من هذا المال إلا بالبيع ، ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق (٥)

١- ينظر/بدائع الصنائع ٣٩/٤ ، الفتاوى البزازية٢٢٥/٦

٢- ينظر/بدائع الصنائع ٣٩/٤

٣- ينظر/المبسوط ٣٩/١١

٤- ينظر/بدائع الصنائع ٣٩/٤

٥- ينظر/المصدر السابق ٣٩/٤

المذهب المالكي :- (١)

للمالكية في نفقة زوجة الغائب اعتباران :-

الاعتبار الأول :-

إذا كـــان للـــزوج مال حاضر :- فهذا تفرض النفقة في ماله لزوجته ، سواء كانت أموالاً نقدية ، أو عروضاً ، أو ودائع أو ديون ، ولا تحتاج الزوجة إلى كفيل في ذلك (٢)

الاعتبار الثاني :-

وهو إذا لم يكن له مال ينظر إذا كان موسراً يفرض لها النفقة ، أما إذا كان معسراً فلا نفقة لها عليه ، لأن النفقة تسقط بالإعسار عندهم (٣)

وقـــد جاء في الفواكه الدواني : ((لو عجز الزوج عن النفقة فلها التطليق عليه ... كذلـــك : فإذا طلقها القاضي بعد إعذاره ، فلا رجعة له عليها ولو أثناء العدة ، إلا إن وجد في زمن العدة يساراً يقوم بواجب مثلها ...)) (٤)

هـــذا ، فإن نفقة زوجة المفقود ، واجبة في ماله ، طيلة فترة التربص ، وما سبقها قبل الرفع إلى الحاكم ، سواء كان مدخولا بها أم غير مدخول بها ، وذلك لأنها زوجته ومحبوسة عليه (٥) ولا نفقـــة لها فترة العدة ، إذا حكم لها بالتفريق ، وذلك لأنها لا نفقة لعدة المتوفى عنها زوجها ، وفي ذلك قال الإمام مالك : ((... قال مالك ينفق على امرأة المفقود من ماله في الأربع سنين ، قلت ففي الأربع أشهر بعد الأربع سنين ، قال لا لأنها معتدة)) (٦)

١- يـــنظر/حاشـــية الدســـوقي/٢/٥١٧ ، المدونة٣/٢٥٨ ، الفواكه الدواني ٢/١٠٩-١١٠ ، جواهر الإكليل ١ / ٥٥٢ .

٢- ينظر/حاشية الدسوقي ٢/٥١٧ ، المدوّنة ٢/٢٥٨؟

٣- ينظر/حاشية الدسوقي ٢ / ٥١٧ ، المدونة٢/٢٥٨

٤- ينظر/الفواكه الدواني ٢ / ١١٠

٥- ينظر/جواهر الإكليل ١/٥٥٢

٦- ينظر/المدونة ٣/٤٥١

وأمـــا إذا تبين أن زوجها قد مات قبل ضرب الحاكم لها أجل السنوات الأربع ، فإنها تغرَّم ما أنفقت ، لأنها وارثة ، وليست زوجة ، ونفقتها من مالها ، وفي ذلك قال مالك :-

((قـــال مـــالك في امرأة المفقود ، إذا أنفقت من ماله في الأربع سنين التي ضربها السلطان ، أجـــلها ، ثم أتى العلم بأنه قد مات قبل ذلك ، غُرِّمت ما أنفقت من يوم مات ، لأنها قد صارت وارثة ، ولم يكن منه تفريط ، ونفقتها من مالها ، قلت وإن مات قبل السنين التي ضربها السلطان أجلاً للمفقود ، أترد ما أنفقت من يوم مات قال نعم)) (١)

أخـــيراً : فإن نفقة زوجة المفقود تنقطع ، لموته يقيناً ، أو بحكم حاكم ، أو بمفارقته لها ، فإذا استمرت بالإنفاق على نفسها بعد ذلك من ماله ، وتبينت حياته فيما بعد ، فله أن يرجع عليها بما أنفقت من تاريخ الحكم بالوفاة أو التفريق (٢) .

المذهب الشافعي :-

عـــند التحدث عن نفقة زوجة المفقود ، علينا أن نتذكر حال الزوج عسراً ويسراً ، حاضراً كـــان أم غائباً ، وسواء كان المال من جنس النفقة أم من غير جنسها (٣) وإذا علمنا كذلك أن الشافعي له في تفريق زوجة المفقود مذهبان (٤)قديم تتربص زوجته أربع سنين وتعتد أربعة أشهر وعشرا ، وجديد تنتظر حتى انقضاء تعميره ، أو ثبوت وفاته وعليه :-

١- إذا غاب الزوج ، أو فقد ، ولم يكن له مال ، أو كان له مال ، وصبرت الزوجة ، أو أنفقت عـــلى نفســـها من مالها ، فلها ذلك . وأما إذا لم يكن له مال ، أو كان له مال ولكن لا تستطيع الإنفـــاق مـــنه ، رفعـــت أمرها إلى القضاء ، ليحكم لها بالنفقة ، وبعد الحكم فإذا لم تتمكن من الإنفاق من ماله على نفسها ، لعسرته أو لعدم تمكنها فهي مخيرة بين أمرين :-

أ- الصـــبر واحتســـاب ذلك لها ديناً على زوجها ، تحصله منه متى عاد ، أو من تركته إذا ثبتت وفاته قبلها (٥)

١- يـــنظر/المدونـــة ٤٥٢/٣ ٢- ينظر/شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي٤/١٥٠/دار الفكر للطباعة والنشر .

٣- ينظر/الأم ١٢٨/٥

٤- ينظر/المصدر السابق ١٢٨/٥ ٥- ينظر/المصدر السابق ١٣٢/٥، روضة الطالبين ٤٣/٨

ب- طلب التفريق لعدم الإنفاق ، فإذا طلبت التفريق فلها ذلك ، لأن نفقتها واجبة عليه ، وبتعذر الإنفاق ، جاز الفراق (١)

٢- أما إذا غاب الزوج أو فقد ، وكان له مال تنفق الزوجة منه على نفسها ، فلها الإنفاق دون قضاء ، لأن نفقتها واجبة عليه (٢)

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الإمام الشافعي قد أوجب للزوجة على زوجها المفقود النفقة من يوم فقده حتى يعلم يقين وفاته ، وإن أجلها أربع سنين ينفق عليها فيها ، وكذلك في الأربعة أشهر وعشرة أيام ، والتي هي نفقة العدة فينفق عليها من مال زوجها ، وذلك لأنها زوجته وتستمر نفقتها حتى تنكح ، وأما في القديم فلا نفقة لها عليه في العدة ، وهي الأربعة أشهر وعشرة أيام ، وذلك لأنها عدة وفاة ، ولا نفقة للزوجة في عدة الوفاة.(٣) فإذا نكحت لم ينفق عليها ، وذلك لأنها منعته من نفسها ، فتمنع بالتالي النفقة (٤)

وفي الجديد :لو تزوجت بأمر حاكم ثم ظهر الزوج حياً ، عادت إلى الزوج الأول ، ولكنه لا نفقة لها عليه ، فترة نكاحها وعدتها من الثاني ، ولا فترة إرضاعها لولد الثاني (٥)

وقد استدل الإمام الشافعي بوجوب ، زوجة المفقود على زوجها وأثناء عدتها منه بما يلي:-

١- بما روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا ((تنتظر امرأة المفقود أربع سنين قال ابن عمر ينفق عليها في الأربع سنين من مال زوجها لأنها حبست نفسها عليه ، وقالا ينفق عليها بعد الأربع سنين أربعة أشهر وعشرا من جميع المال))(٦) وتسقط نفقة الزوجة ، بنكاحها غيره ، لأنها ناشزة بهذا النكاح ، وإن كان فاسداً ، وتبقى كذلك حتى يعلم المفقود عودتها إلى طاعته .

٢- أنه فرق بينهما واعتدت وعادت إلى منزله (٧) فلا نفقة لها على الزوج الثاني وذلك لأنه لا زوجية بينهما ، ولا يرجع عليها مما أنفق ، لأنه متبرع ، إلا إذا كان الإنفاق بحكم حاكم (٨) وقيل أن لها عليه نفقة إذا تزوجت بحكم حاكم ، وبعد انقضاء عدتها من زوجها المفقود المحكوم بوفاته (٩)

١- ينظر/الأم٥/١٢٦ ٢- ينظر/الأم٥/٣٤٧ ، روضة الطالبين٧/٤٠٥

٣- ينظر/روضة الطالبين٧/٤٠٥ ٤- ينظر/الأم٥/٣٤٧ ٥- ينظر/مغني المحتاج٣٩/٣٩٨

٦- ينظر/مغني المحتاج ٣/٣٩٨ ، روضة الطالبين ٧/٤٠٥

٧- ينظر/مغني المحتاج ٣ / ٣٩٨ ، روضة الطالبين ٧ / ٤٠٥ .

٨- ينظر/مغني المحتاج ٣ / ٣٩٨ ، روضة الطالبين ٧ / ٤٠٥ . ٩- ينظر/روضة الطالبين ٣ / ٤٠٥-٤٠٦

ويمكن الاستدلال كذلك بوجوب النفقة على زوجها بما يلي :-

١- إذا كانت تصرفات المفقود نافذة على زوجته ، كالزوج الحاضر ، فهي إذن محبوسة ، ويجب لها ما يجب للزوجة على زوجها ، ومنها النفقة . (١)

٢- التصريح بسقوط نفقتها إذا نكحت غيره ، دليلٌ على وجوبها في عدم نكاحه (٢)

٣- التصـــريح بعودة النفقة لها ، بعد عودتها إلى طاعته دليلٌ أنها ثابتة وما سقوطها إلا لعارض ، وهو النكاح وبزوال العارض ، عاد الأصل إلى ما كان عليه وهو وجوب النفقة (٣)

المذهب الحنبلي :-

جعـــل الحنبلية لنفقة الزوجة شرطاً لاستحقاقها،وهو التمكين وبعد ذلك ينظر إلى يساره أو إعساره (٤)

وتفصـــيلاً لذلك :فإن فقهاء الحنبلية قد جعلوا بذل التمكين من الزوجة لزوجها ، سبباً في استحقاقها النفقة ، سواء كانت ممن يوطأ مثلها ، أو يتعذر ، وسواء كان الزوج يمكنه الوطء أم لا ، وبالـــتالي سواء كان الزوج حاضراً أو غائبا: فإذا كان له مال ، فنفقتها عليه واجبة ، وإن لم يكن له مال ، فهي مخيرة بين الصبر أو التفريق للإعسار .

وقد جاء في المقنع :-

((وإذا بذلـــت المرأة تسليم نفسها إليه ، وهي ممن يوطأ مثلها ، أو يتعذر وطؤها ، بمرض أو حـــيض أو رتـــق ونحـــوه ، لـــزم زوجهـــا نفقـــتها ، ســـواء كان الزوج صغيراً ...)) (٥)

١- ينظر/الأم ٥ / ٣٤٧ ٢- ينظر/المصدر السابق ٥ / ٣٤٧

٣- ينظر/روضة الطالبين ٣ / ٤٠٥ ، مغني المحتاج ٣ / ٣٩٨ .

٤- ينظر/ المغني٩/٢٤٦-٢٤٧ ، المقنع٣/٣٠٧-٣١٣

٥- ينظر/المقنع ٣ / ٣١٢

وجاء في المغني :-

((وإن غـــاب الـــزوج بعد تمكينها ، ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه زمن غيبوبته، لأنها استحقت النفقة بالتمكين ، ولم يوجد منها ما يسقطها ، وإن غاب قبل تمكينها ، فلا نفقة لها عليه لأنها بذلته في حال لا يمكن التسلم فيه ...)) (١)

هذا إذا كان له مال ، وتمكنت من الإنفاق منه على نفسها ، أما إذا لم يكن له مال ، أو كان لـــه مال ، ولكن لا يمكن تنفيذ النفقة فيه ، فزوجته بالخيار إما أن تصبر ونفقتها دينٌ بذمته ، أو طلب الفسخ بينها وبينه من القاضي (٢)

هذا بالنسبة لنفقة الزوجة عامة ، أما زوجة المفقود خاصة ، فإنه وبعد الأخذ بما سبق باعتبار الـــتمكين مسبقاً ، فإن لها النفقة ما دام حياً ، من ماله ، حتى يتبين موته يقيناً ، أو ترفع أمرها إلى القاضي وتنهي مدة التربص وعدة الوفاة . (٣)

هذا ويمكن بيان نفقة زوجة المفقود عند الحنبلية على النحو التالي :-

أولاً- تستحق زوجته النفقة في الحالات التالية :-

١- طيلة فترة غيابه ما لم تثبت وفاته .

٢- طيلة فترة التربص التي يأمرها بها الحاكم إذا رفعت أمرها إليه .

٣- فترة العدة التي تبدأ اعتبارا من تاريخ الحكم ، وبعد انتهاء فترة التربص ، وهي عدة الشهور الأربعة والثلث .

٤- مـــن عودتهـــا إلى زوجها إذا ظهرت حياته ، وكانت قد نكحت أو فرق الحاكم بينها وبين زوجها

١- ينظر/المغني ٩/ ٢٤٦ ؟

٢- ينظر/المقنع ٣/ ٣١٨ ،

٣- ينظر/المغني ١٣٩/٩

واستدلوا لوجوب النفقة لها بما يلي :-

أ- مـــا رواه الأثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس : قالا تنتظر امرأة المفقود أربع سنين ، قـــال ابن عمر ينفق عليها من مال زوجها ، ... وقالا ينفق عليها في العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشرا .

ب- أنها محكوم لها بالزوجية ، وأنها ممكنة له من نفسها أصلاً ، فيبقى الأصل على ما كان .

ج- أن عدتها منه غير متيقنة الوفاة ، بخلاف عدة الوفاة الحقيقية .

ثانياً- ولا تستحق زوجة المفقود النفقة في الحالات التالية :-

١- إذا تركها زوجها دون أن تبذل تمكينه منها ، إلا بأمر الحاكم .

٢- إذا حكم الحاكم بينهما بالتفريق ، وانتهت العدة إلى حين رجوعها إليه .

٣- إذا نكحت ، حتى يفرق بينهما وتنقضي عدتها منه ، وتعود إلى زوجها الأول .

٤- إذا علمت بوفاته يقيناً . (١)

أما إذا أنفقت على نفسها من ماله، سواء من تلقاء نفسها أو بحكم حاكم ، وتبين أنه قد مات قبل ذلك ، فما أنفقته على نفسها بعد الموت ، كان من مالها ، فيحسب من ميراثها منه ، وإن لم يكن لها ما يفي بذلك ، كان الباقي عليها ديناً للورثة ، وقد جاء في المغني ما يلي :

((ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج قد مات قبل ذلك ، حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته ، من ميراثها ، فإن لم ترث شيئاً،فهو عليها لأنها أنفقت من مال الوارث ولا تستحقه))(٢)

ولـــيس لزوجها الثاني أن يرجع عليها بما أنفق ، لأنه تبرع منه ، إلا إذا كان ذلك بحكم حاكم ، فإن يرجع عليها به . (٣)

١- ينظر/المغني ٩/١٣٩-١٤٠

٢- ينظر/المصدر السابق ٩/١٤٠

٣- ينظر/المصدر السابق ٩/١٤٠

المذهب الظاهري :-

المعيار في نفقة الزوجة عند الإمام ابن حزم ، يتفق مع المالكية فيما إذا لم يكن له مال حاضر وهو معيار اليسار والإعسار (١)

فـإذا كان الزوج موسراً كلف بالإنفاق على زوجته ، حاضراً كان أم غائباً ، وقد قال في ذلك :-

((ومـن منع النفقة والكسوة ، وهو قادر عليها ، سواء كان غائباً أو حاضراً ، فهو دين في ذمّته يؤخذ منه أبدا ، ويقضى لها في حياته وبعد موته ، ومن رأسماله يضرب به مع الغرماء ، لأنه حق لها ، فهو دين قبله)) (٢)

أما إذا كان معسراً فليس لها عليه شيء من النفقة ، وإن عليها الصبر والانتظار لحين اليسار وليس لها طلب فسخ النكاح ، فقد جاء في المحلى ((فمن قدر على بعض النفقة والكسوة ، فسواء قـل ما يقدر عليه أو كثر ، الواجب أن يقضي عليه بما قدر ، فإن لم يقدر على شيء من ذلك ، سقط عنه ، ولم يجب أن يقضي عليه بشيء))(٣)

وروي عن طائفة من أهل الظاهر ، بتطليقها من قبل الحاكم ، إذا أعسر الزوج بالنفقة (٤) واستدلوا على ذلك بما روي عن ابن عمر قال ((كتب عمر إلى أمراء الأجناد ادعوا فلاناً و فلاناً ناساً قد انقطعوا عن المدينة أو رحلوا عنها إما أن يرجعوا إلى نسائهم ، وإما أن يبعثوا بنفقة إليهن وإما أن يطلقوا ويبعثوا بنفقة ما مضى))(٥)

هذا بالنسبة لنفقة الزوجة ، بشكل عام ، أما فيما يخص زوجة المفقود :-

فقـد صرّح الإمام ابن حزم ،بوجوب نفقتها عليه ،فإن لم يكن له مال تنفق منه على نفسها وليس لها مال مكتسب ، أنفق عليها من سهم الفقراء ، والمساكين ، فقد جاء عنه بهذا الخصوص: ((مـن فقـد فعرف موضعه أو لم يعرف ... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ، وهي امرأته حتى يصـح موته ، أو تموت هي ، ولا تعتق أم ولده ، ولإتباع أمته ، ولا يفرق ماله ، لكن ينفق على مـن ذكـرنا مـن مالـه ، فإن لم يكن له مال ، بيعت الأمه ، وقيل للزوجة ولأم الولد ، انظرا لأنفسـكما ، فـإن لم يكن لهما مال مكتسب ، أنفق عليهما من سهم الفقراء ، والمساكين ، من الصدقات كسائر الفقراء ، ولا فرق)) (٦)

١- ينظر/المحلى ١٠/٩١-٩٢ ٢- ينظر/المصدر السابق ١٠/٩١ ٣- ينظر/المصدر السابق ١٠ / ٩٢

٤- ينظر/المصدر السابق ١٠/٩٣ ، نفقة زوجة الغائب ١٢٥

٥- ينظر/المحلى ١٠/٨٨ ٦- ينظر/المصدر السابق ١٠ / ١٣٤

الشيعة :-

مبدأ نفقة الزوجة عند الشيعة ، هو التمكين الفعلي من الزوجة للزوج ، وذلك بدخوله بها أما إذا لم يكن قد دخل بها ، وغاب ، فعليها أن تبذل التمكين الكامل لدى الحاكم ، حتى تستحق النفقة ، وإلا فلا نفقة لها (١).

وعليه ، فإن نفقة زوجة المفقود واجبة عليه في ماله ، إذا تحقق الشرط المذكور ، ما لم تثبت وفاتـــه يقيـــنا ، إن كـــان له مـــال ، فـــإن لم يكن له مال،فمن مال وليه،فإن لم يكن لوليه فمن بيت المال(٢)

ومـــنهم من يرى أنه إذا لم يكن له مال ، ولم ينفق عليها وليه فإن طلبت فسخ النكاح يجبر الحاكم الولي على ذلك .(٣)

وبعد أن تم استعراض ، أقوال الفقهاء وآراءهم ، في نفقة زوجة المفقود ، يظهر ما يلي :-

١ – اتفق الفقهاء على وجوب النفقة لزوجة المفقود ، حتى يثبت وفاته أو نكاحها (٤)

٢ – اتفقوا كذلك على رجوع الورثة على الزوجة ، إذا تبين أنها أنفقت على نفسها من ماله بعد وفاته (٥) .

٣ – واتفقـــوا أيضاً ، بعدم استحقاقها للنفقة ، إذا كانت قد نكحت ، لأنها ناشز ، ولا نفة لناشز أو حكم لها القاضي بالتفريق ، لأنها قد خرجت عن طاعته (٦)

٤ – اختلفوا فيما يتعلق بنفقة العدة ، على اعتبار أنها عدة وفاة حقيقية أو حكماً ، وإنني أرى أن من الأصوب ، أن تكون لها النفقة خلال هذه المدة وذلك لما يلي :-

أ – إن عدة الوفاة هي حكميَّة وليست حقيقية .

ب – رجوع الزوج عليها إذا بانت حياته ، وتبين أنها خرجت عن عصمته بطلاقٍ مثلاً .

ج – رجوع الورثة عليها بما أنفقت إذا ثبتت وفاته قبل ذلك .

٥ – اختلفوا في بيع عقارات المفقود للنفقة على الزوجة .

---

١ – ينظر/معجم فقه الجواهر ١٠٣/٦

٢ – ينظر/نفقات الزوجة٢٢٦ ، جواهر الإكليل٢٨٨/٣٢ ،من لا يحضره الفقيه٣٥٤/٣

٣ – ينظر/جواهر الكلام٢٨٨/٣٢

٤ – ينظر/المبسوط٣٩/١١ ، المدونة٤٥١/٣ ، المحلى٣١٦/١٠ ، المغني١٣٩/٩ ، كشاف القناع٤٢٤/٥ .

٥ – ينظر/المصادر السابقة .

٦ – ينظر/كشاف القناع٤٢٤/٥ ، مغني المحتاج٣٩٨/٣ .

ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية

أما بالنسبة لما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية ، فيمكن تلخيصه على النحو التالي:

أوجب القانون نفقة زوجة المفقود على زوجها ، دون ذكر ذلك بالنص ، وذلك لأن أي زوجة هي واحدة من ثلاث :-

أ- أن يكون زوجها حاضراً ، وقد بين القانون وجوب نفقتها عليه من تاريخ العقد و ذلك بموجب المواد٧٣،٧٢، ٧٠، ٦٧، ٦٦و٧٤ (١)

وإذا تعذر الإنفاق عليها ، أو امتنع الزوج عن ذلك ، فقد أجاز القانون لها ، طلب التطليق لعدم الإنفاق وذلك بموجب المادة ١٢٧ منه (٢)

ب- أن يكون زوجها غائبا ، فإن نفقتها واجبة عليه كذلك ، كما لو كان حاضراً ، فإن لم يترك لها مالاً ، تنفق منه على نفسها ، يأذن لها القاضي بالاستدانة والصرف والرجوع عليه بذلك ، وذلك بموجب المادتين٧٦ و ٧٧من القانون (٣)

فإذا تعذر تحصيل النفقة ، بعد الحكم لها بها ، فقد أجاز لها القانون طلب التطليق كذلك لعدم الإنفاق ، ولو كان لها مال تنفق منه على نفسها ،وذلك بموجب المادتين ١٢٨ و ١٢٩ منه)(٤)

ج- أن يكون زوجها مفقوداً :-

زوجة المفقود،تأخذ أحكام زوجة الغائب،فيما يتعلق بنفقتها،وذلك لأنه غائب ، ولا يطلق عليه صفة الفقد،إلا إذا تقدمت بادعاء تطلب فيه التفريق للفقد بموجب المادة١٣١ من القانون(٥)

هذا وقد سبق بيان وجوب نفقة زوجة المفقود على زوجها ، أثناء فترة التربص ، إلى تاريخ الحكم ، والذي تبدأ فيه عدة الوفاة ، حيث رجحت أن تكون لها النفقة ،في عدة الوفاة كذلك.

وقد أجاز القانون كذلك ، لزوجة المحبوس إذا توفرت فيه الشروط المخصوصة ، طلب التفريق لحبسه ، وإن كان لها مال تنفق منه على نفسها ، وذلك بموجب المادة١٣٠ من القانون ولم يتعرض لنفقتها ، لأن نفقتها واجبة عليه ، كزوجة الحاضر أو الغائب .

١- مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٨ .

٢- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤ .

٣- مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٩ .

٤- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤ .

٥- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤ .

المطلب الثالث :-

أثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لزوجته :-

من المعلوم ، أن الحكم بوفاة المفقود ، هو موت حكماً ، وليس موتاً حقيقةً ، وأنه ورغم التحري والـتربص ، إلا أنه مبني على غلبة الظن ، لا على اليقين (١)، فقد يظهر هذا المفقود حياً ، ترى فما هي الآثار المترتبة على ذلك ، وفي هذا المطلب سأتناول الآثار المترتبة على زوجته ، وما يلحق بها من أحكـام ، إن كانت في العدة ، أو بعد انقضائها ، أو إذا نكحت بعد العدة ، دون دخول أو نكحت ودخل بها ، وسأبين ذلك من خلال عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها ، وبيان ما عليه العمل في المحاكم الشرعية وذلك ضمن الفروع التالية :-

الفرع الأول :- أثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لزوجته عند الفقهاء :-

أولاً :- المذهب الحنفي :-

حيث إن الحنفية يقولون ، بعدم التفريق ، إلا بعد ثبوت الوفاة يقيناً أو انقضاء مدة التعمير، ففي الحالـة الأولى أحكامهـا ظاهرة ، وأما في الحالة الثانية ، وعلى فرض ، الحكم بوفاته ، لانقضاء مدة التعمير ، ثم ظهر حياً ، وكانت زوجته لم تتزوج، فهو أحق بها وهي زوجته (٢)

وأما إذا كانت قد تزوجت فروايتان :-

أ- أنه لا سبيل للزوج الأول إليها ، حيث إن الحكم ينفذ ظاهراً وباطناً ، فهي للثاني دخل بها أم لم يدخل (٣)

ب- أنها زوجة الأول ، فيفرق بينها وبين الزوج الثاني ، ولها المهر بما استحل من فرجها ، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر وذلك لما يلي :-

١- لأنهـا تزوجـت وهي منكوحة ، ومنكوحة الغير محرمة ، وهي من المحصنات(٤) لقوله تعالى:- ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ... وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...)) (٥)

٢- إن زواجها كان لعله الوفاة ، فإذا ثبتت الحياة، وانقضت العلة ، عادت إلى زوجها الأول .

هذا ، ولا مجال عندهم لتخيير الزوج وذلك لما يلي :-

١- إن التخيير هو قول عمر بن الخطاب ، ولكنه رجع عن هذا القول ، إلى قول علي ، من أنها ترد إلى زوجها الأول (٦) .

٢- وعلى فرض التخيير ، فإذا اختار المهر ، فهو قد اختار أمراً ليس له ، لأن المهر هو بدل البضع ، فيكون مملوكاً لها دون زوجها ، كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة (٧)

١- ينظر/القرار الاستئنافي رقم٨١٤٥ تاريخ١٢/٩/١٩٥٣/القرارات الاستئنافية للأحوال الشخصية لداود٢/٩٢٢

٢- ينظر/المبسوط١١/٣٧ ٣- ينظر/المصدر السابق ١١/٣٧ ٤- ينظر/المبسوط١١/٣٧

٥- سورة النساء آيه ٢٣ ، ٢٤ ٦- ينظر/المبسوط١١/٣٧ ٧- المصدر السابق١١/٣٧

ثانياً المذهب المالكي :-

لزوجة المفقود أربع حالات ، بيَّن المالكية أحكامها ، وهي على النحو التالي :-

١- إذا ظهر المفقود وهي في العدة .

٢- إذا ظهر المفقود وقد انتهت عدتها .

٣- إذا ظهر المفقود وقد انتهت عدتها وتزوجت ولم يدخل بها .

٤- إذا ظهر المفقود وقد انتهت عدتها وتزوجت ودخل بها .

وقد تبين حكم هذه الأصناف ، بما جاء في الخرشي :-

((وحكمهـــا ـــ الأصناف المذكورة ـــ كحكم ذات الوليين يزوجها كلٌ من رجل ، فإنها تفوت بـــتلذذ الثاني بها ، غير عالمٍ إن لم تكن في عدة وفاة ، من الأول ، فكذلك هي هنا للمفقود، في ثلاثـــة أوجـــه ، وهي أن يجيء أو يتبين أنه حي ، أو مات وهي في العدة اتفاقاً ، أو بعدها وقبل العقـــد على المشهور ، خلافاً لابن نافع ، أو بعد العقد وقبل الدخول على ما رجع إليه مالك ، خلافاً لابن القاسم ، وتفوت على المفقود في الوجه الرابع ، وهو أن يكون الثاني دخل بها))(١)

وعليه فإن الزوج إذا ظهرت حياته،وزوجته في العدة،أو انقضت عدتها ولم تتزوج،فهي زوجته .

أما إذا تزوجت ولم يدخل بها فلمالك روايتان :-

أ- أنه لا سبيل لزوجها الأول إليها ، وبه قال المغيرة (٢)

ب- إن زوجها الأول أحق بها وبه قال أشهب (٣) ، وقول مالك هذا رجع إليه قبل وفاته بعام (٤) وتكون لزوجها الأول ، دون طلاق ودون صداق لها من الثاني (٥)

أمـــا إذا ظهر المفقود وكانت زوجته ، قد تزوجت ودخل بها ، فلا سبيل للأول عليها ، وبذلك قال مالك وابن القاسم وأشهب (٦)

هذه آراء علماء المالكية ، في الزوجات اللاتي يفرق بينهن وبين أزواجهن للفقد ، فالمفقود في قـــتال المشـــركين ، والـــذي تتربص زوجته إلى ثبوت وفاته ، أو انقضاء تعميره ، فإن ثبت نكاحها من غيره ، ولو بأمر حاكم فنكاحها باطل (٧)

وكذلك امرأة الأسير ، فإنها لا تنكح ولا يفرق بينها وبين زوجها (٨)

١- ١٥١/٤ ،جواهر الإكليل٥٥٢/١ ،حاشية الدسوقي٢ /٤٨٠ ؟

٢- ينظر/المدونة٤٤٩/٢ ، المنتقى ٩٣/٤ ٣- ينظر/المدونة ٤٤٩/٢

٤- ينظر/المدونة٤٤٩/٢ ٥- ينظر/مواهب الجليل٤٩٩/٥ ، المنتقى٩٤/٤ ، القبس٧٥٤/٢

٦- ينظر/المنتقى٩٣/٤ ، القبس٧٥٤/٢ ، مواهب الجليل٤٩٩/٥-٥٠٠

٧- ينظر/المنتقى٩٣/٤ ٨- ينظر/المدونة٤٥٦/٣ .

ثالثاً :- المذهب الشافعي :-

كما مر سابقاً،فإن للشافعي مذهبين،وله في كل مذهب رأيٌ :-

ففي مذهبه القديم :-

فـــرق بين مال المفقود ، وبين زوجته ، ففي حين أن ماله موقوف عليه في الأحوال كلها ، يتصـــرف فيه وكلاؤه ويمنع منه ورثته ، فإن زوجته تتربص أربع سنين بحكم حاكم ، ثم يحكم بموته في حقها خاصة (١) وعليه ففي القديم :-

تتربص زوجته أربع سنين ، بعد رفع أمرها للحاكم ، فإذا انقضت ولم تظهر حياته ، تعتد عـــدة الوفـــاة أربعة أشهر وعشرا، فإذا انقضت فقد حلت للأزواج ، فإذا ظهر حياً ففي ذلك أقوال:-

١- لم يجز للأول انتزاعها من الثاني ، وذلك لأن الحكم ينفذ فيه ظاهراً وباطناً ، كفرقة العنين (٢) والفسخ بالإعسار(٣) وهو قول أبي اسحق (٤)

٢-إن ظهـــر وقد نكحت ، لم ترد للمفقود ، وإن لم تنكح ردت إليه وإن حكم الحاكم بالفرقة ، وهو مروي عن أبي اسحق .

٣- أنها لم ترد للأول قطعاً .

٤- إن المفقود مخير بين أن ينتزعها من الثاني ، وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل ، ودليل ذلك قضاء عمر به .

٥- إن نكاح الأول قد ارتفع بلا خلاف ، إذا ظهر المفقود .

٦- أنهـــا زوجة الأول ، وذلك ليقين الخطأ بالحكم بموته ، فصار كمن حكم بالاجتهاد ، ثم وجد النص بخلافه ، فيكون نكاح الثاني باطلاً (٥) وهناك خلافات أخرى مشابهة لما ذكرت (٦)

١-ينظر/الحاوي١٤/٣٦٥ ، ٢- ينظر/الأم٥/٣٤٧ ، الحاوي١٤/٣٦٥

٣- ينظر/روضة الطالبين ٧/٤٠٦

٤- هو إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الفيروز أبادي الشيرازي ، لقب بشيخ الإسلام وجلال الدين وجمال الإسلام ، ولد ســـنة ٣٩٣هـــ كان عالماً زاهداً ورعاً فقيهاً وقرأ الأصول ، كان يرحل الطلبة إليه لتلقي العلم والفتوى ، قيل عنه بأنه حجة الله تعـــالى عـــلى ألمة العصر ، ومن تصانيفه المهذب واللمع وكتاب طبقات الفقهاء ، توفي سنة ٤٧٦هـــ/ينظر/طبقات الشافعية لأبي بكـــر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين بن قاضي الدمشقي ، اعتنى بتصحيحه وعلق عليه د.الحافظ عبد الحليم خان ، رتب فهارسه د.عبد الله أنيس الطباع ؟ /عالم الكتب/بيروت/ط١ .

٥- ينظر/الحاوي١٤ ، ٣٦٥ ، ٦- ينظر/الحاوي١٤/٣٧٠

أما في مذهبه الجديد فقول واحد ، وهو أن الزوجية بين المفقود وزوجته باقية ، إن ظهرت حياته ، وعليه فإن حكم بوفاة المفقود ، وتربصت زوجته بأمر حاكم ، وانقضت فترة التربص ثم انقضت عدتها،فإن تزوجت ولم يدخل بها ، عادت إلى زوجها الأول من وقتها ، وإن دخل بها الثاني فرق بينهما ، وكان وطء شبهة يوجب لها مهر المثل دون المسمى ، وعليها العدة ، وهي محرمة على الأول ما لم تنقض عدتها ، فإذا انقضت عدتها حلت للأول (١)

وعليه يمكن إجمال الأقوال السابقة بما يلي :-

١- يكون نكاح الأول باطلاً ، ونكاح الثاني صحيحاً ، وعليه المهر المسمى ، ولا شيء عليه للأول ، وقيل عليه مهر مثلها للأول .

٢- يكون نكاح الأول ثابتاً ونكاح الثاني باطلاً .

رابعاً :- المذهب الحنبلي :-

تتمثل آراء المذهب الحنبلي في ذلك على النحو التالي :-

١- إذا جاء زوجها قبل أن تتزوج :-

فحكم هذه الزوجة ، أنها زوجته ، وعلى عصمته ، وجاء في المغني :-

((إذا قدم زوجها الأول فهي زوجته)) (٢)

ودليلهم في ذلك :-

أ- أن إباحة الزواج لها ، كانت لأن الظاهر وفاته ، فإذا تبينت حياته ، فقد إنخرم ذلك الظاهر وبقي النكاح على أصله وحاله .

ب- شبهوا ظهور حياته ، كما لو شهدت البينة بوفاته ، ثم تبينت حياته فإنه يعود إلى الأصل (٣) وكذلك يصح طلاقه ، وظهاره ، وإيلاؤه (٤)

١- ينظر/الحاوي ١٤/٣٦٨

٢- ينظر/المغني ٩/١٣٦ ، التفريق لأبي القاسم ٢/١٠٨

٣- ينظر/المغني ٩/١٣٦ ، التفريع لأبي القاسم ٢/١٠٨

٤- ينظر/المقنع ٣/٢٨٣

٢- إذا جاء زوجها وقد تزوجت :-ولهذه المسألة حالتان،لكل حالة حكم خاص بها كما يلي:-

أ- إذا كـــان ظهوره قبل دخول الثاني بها ، فهي زوجته وترد إليه ، ولا شيء عليه ، وهو قول الإمام أحمد ، والحسن وعطاء والنخعي وقتادة (١) ولا صداق على الثاني ، لبطلان النكاح من جهة ، وعدم الدخول من جهة أخرى (٢) ولا خيار للزوج في ذلك .

وأمـــا ما ورد من تخيير الزوج بين زوجته وبين الصداق ،فهذا إذا كان دخول ، أما إذا لم يكن دخول فهي زوجته ، وليس عليها عدة من الثاني إذا لم تكن خلوه .

وأما السبب في أنها زوجة الأول : أن النكاح الثاني صح في الظاهر دون الباطن ، ولما تبين أنه صادف امرأة ذات زوج ، فكان باطلاً ، كما لو شهدت بينة بموته ثم تبينت حياته (٣)

وهناك روايةٌ أخرى عن الإمام أحمد ، إن الثاني أحق بها ولا سبيل للأول إليها (٤) وإنني أرى أن هذا ليس رأياً ثانياً للإمام أحمد ، وإنما هو لمن تزوجت ودخل بها ، وذلك توفيقاً بين الرأيين.

ب- إذا كان الظهور بعد دخول الزوج الثاني بها :-

١- في هـــذه الحالـــة ، يخـــير الزوج بين أخذها ، فتكون زوجةٌ له ، بالعقد الأول ، وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثاني ، ودون طلاق من الثاني إذا اختارها الأول (٥)

والتخيير بين الزوجة والصداق ، هو قول عمر وعثمان ، لما روي عن معمر والزهري عن ســـعيد بـــن المسيب أن عمر وعثمان قالا : إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الـــذي ســـاق هـــو ، وقضـــى ابـــن الـــزبير بذلك ، ولم يعرف لهم مخالفٌ في عهد الصحابة فكان إجماعاً(٦)

١- ينظر/المقنع٣/٢٨٣.

٢- ينظر/المغني٩/١٣٦ ، المقنع٣/٢٨٣ ، التفريع لأبي القاسم ٢/١٠٨

٣- ينظر/المقنع ٣ / ٢٨٤ .

٤- ينظر/التفريع ٢ / ١٠٨ .

٥- ينظر/المغني ٩ / ١٣٧.

٦- ينظر/المغني ٩ / ١٣٧ ، المقنع ٣ / ٢٨٤.

وإذا اختارها الأول فهل يحتاج إلى طلاق من الثاني وعقد من الأول ؟

المنصوص عن الإمام أحمد أنه لا يحتاج إلى طلاق ، وذلك لأنه نكاح باطل في الباطن ، والنكاح الباطل ، لا يفيد حكماً ، ولا يحتاج إلى عقد (١)

وقيل أنه يحتاج إلى طلاق ، وذلك لأنه نكاح مختلف فيه وفي صحته فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني ، كسائر الانكحة الفاسدة (٢)

أما إذا اختار الأول الصداق ، ولم يختر الزوجة ، فإنها تكون للثاني دون عقد ، وفي رواية أخرى أنه يجب أن يستأنف لها عقد جديد ، وذلك لتبين بطلان عقده بمجيء الأول ، ولأن زوجة الإنسان لا تصير زوجةً لغيره ، بمجرد تركه لها .

٢- وقيل أنها امرأة الثاني ولا سبيل للأول إليها وذلك لما يلي :-

أ- لأن الحكم بالفرقة كان ظاهراً وباطناً .

ب- لأنها بانت منه بفرقة الحاكم ، فأشبه ما لو فسخ نكاحها لعسرته ، وإن لم يحكم بالفرقة باطناً ، فهي للأول ولا خيار له (٣)

هذا كله بالنسبة لمن ظاهر غيبته الهلاك ، أما إن كان ظاهر غيبته السلامة ، فإن امرأته تبقى إلى أن يتيقن موته أو ينقضي تعميره ، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها (٤) ومثله زوجة الأسير(٥)

١- ينظر/المغني ٩ / ١٧٣ ، المقنع ٣ / ٢٨٤ .

٢- ينظر/المغني ٩ / ١٣٧ .

٣- ينظر/المصدر السابق ٩ / ١٣٧

٤- ينظر/المقنع ٣ / ٢٨٥

٥- ينظر/التفريع لأبي القاسم ١٠٨/٢

خامساً :- المذهب الظاهري :-

كمـــا هو معلوم فإن ابن حزم يقول ببقاء الزوجية بين المفقود وزوجته ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي (١)

وهـــذا يعني أن المفقود أحق بزوجته ، فإذا ظهرت حياته فهي زوجته ، لأن الزوجية باقية أصـــلاً ، هذا إذا كانت في العدة ، أو انتهت العدة ولم تنكح ، أو نكحت ولم يدخل بها ، إما إذا دخـــل بهـــا ، فيفسخ العقد ، وتعتد ، وتعود للزوج الأول ، وقد حمل ابن حزم على من قال أنها زوجة للثاني إذا دخل بها (٢)

سادساً :- المذهب الشيعي :- (٣)

للشيعة في هذه المسألة قولان وذلك حسب حال الزوجة :-

القول الأول:إذا كانت الزوجة في العدة ، أو انقضت عدتها ولم تتزوج ففي ذلك ثلاثة أقوال:-

١- إذا جـــاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها ، من يوم طلقها الولي ، فبدا له أن يراجعها ، فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين (٤)

٢- إذا انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع ، فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها (٥)

٣- إذا جاء الزوج وقد انقضت عدتها ، فهي له .

القول الثاني :-

وهـــو مـــا إذا كانت عدة الزوجة قد انقضت ، وتزوجت ودخل بها ، ففي ذلك قولان كذلك :-

١- أنها للزوج الثاني ، ولا سبيل للأول عليها ، وذلك إذا كانت ممنوعة منه بعد العدة ، وقبل الدخول ، أو بعد العدة وقبل الزواج ، فأن تكون كذلك بعد دخول الثاني بها أولى .

٢- أنهـــا زوجـــة الأول ، سواء كانت في العدة أم بعدها ، متزوجة من غيره أم غير متزوجة ، مدخـــول بها أم غير مدخول بها ، وذلك لأن الزواج الثاني ، كان بسبب اعتقاد الموت فبانت الحياة، فيرد الأصل إلى أصله .

١- ينظر/المحلى ٣٢٥/٩ . ٢- ينظر/المصدر السابق ٣٢٧/٩-٣٢٨

٣- ينظر/من لا يحضره الفقيه٣٥٥/٣ ، جواهر الإكليل٢٨٩/٣٢-٢٩٩

٤- ينظر/من لا يحضره الفقيه٣٥٥/٣ ، جواهر الكلام٢٨٧/٣٢

٥- ينظر/من لا يحضره الفقيه ٣٥٥/٣ .

الفرع الثاني :-

أثر ظهور المفقود في قانون الأحوال الشخصية :-

نصّت المادة ١٧٨ من القانون ، على وجوب اعتداد الزوجة من تاريخ الحكم ، وفيما إذا ظهر الزوج حياً بعد ذلك ، فقد نص القانون على تقسيم حالة ظهوره إلى قسمين :-

١- إذا كان ظهوره ، وكانت زوجته قد تزوجت ، دون دخول ، ففي هذه الحالة ، يفسخ عقد الزواج الثاني ، وتكون زوجة للأول ، وإذا كان الأمر كذلك ، فمن باب أولى أن يكون الحكم ذاته ، في حق الزوجة التي يظهر زوجها حياً أثناء العدة ، أو بعد انقضائها وقبل نكاحها .

٢- إذا كان ظهوره ، وكانت زوجته قد تزوجت ، ودخل بها :-

ففـــي هـــذه الحالة لا يفسخ عقد الزواج الثاني،وليس للأول عليها سبيل،وهذا هو نص المادة ١٧٩ .

((إذا تزوجـــت المرأة التي حكم بوفاة زوجها ، ثم تحققت حياة الزوج الأول ، لا ينفسخ النكاح الثاني بعد الدخول ، وأما قبل الدخول فيفسخ)) (١)

هـــذا وقـــد أخذت قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية بهذا الحكم ، نذكر على سبيل المثال القانون المصري ومشروع القانون العربي الموحد وذلك على النحو التالي :-

أ- القانون المصري :-

أخـــذ القانون المصري برأي الإمام مالك وذلك بموجب المادة الثامنة لسنة ١٩٢٩ والتي نصها ((إذا جاء المفقود وتبين أنه حي ، فزوجته له ما لم يتمتع بها الثاني ، غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته ، كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول)) (٢)

ب- المشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية :-

جـــاء في الفقـــرة الثانـــية من المادة ٢٠٣ من المشروع ((تعود زوجته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها)) (٣)

أما بالنسبة لصداقها ، فلم يتعرض قانون الأحوال الشخصية لذلك يكون العمل فيه على الراجح من مذهب أبي حنيفة وذلك حسب نص المادة ١٨٣ .

١- مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١ .

٢- ينظر/الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة صـــ٥٨٤

٣-ينظر/مشروع القانون العربي الموحد صـــ٥٢ـــ

وحيث إن رأي الحنفية في ذلك هو وجوب فسخ عقد الزواج الثاني لما تبيّن من أسباب ، فـإن الزوجة تعود إلى زوجها الأول ، وبالتالي لا مجال لتخيير الزوج الأول في المهر ، ولا مهر على الثاني لبطلان النكاح والوطء بشبهة(١) والله سبحانه وتعالى أعلم .

مما سبق يتضح لنا أن للزوجة أربع حالات ، ينظر إليها إذا عاد زوجها المفقود حياً وهي:-

أ- إذا جاء الزوج أثناء العدة :-(٢)

فقد اتفق الفقهاء ،حنفية، وشافعية ، وحنابلة ، وظاهرية ، وشيعة على أنها زوجته ، وهو أحق بها .

ب- إذا جاء الزوج بعد انقضاء عدتها وقبل نكاحها :- (٣)

فهذه أيضاً اتفق الفقهاء على أنها زوجته ، وللشيعة في ذلك روايتان .

ج-إذا كانت منقضية العدة،ونكحت دون دخول:(٤)فقد اتفق كذلك الفقهاء على أنها زوجته

د- إذا كانت قد نكحت ودخل بها :-

١- روايةٌ عن الحنبلية ورواية عن الشافعية في القديم أن زوجها يخير بينها وبين الصداق (٥)

٢- المالكية ، وروايةٌ عن الحنبلية والشافعية في القديم أنها زوجة الثاني ولا سبيل للأول عليه (٦)

٣- الحنفية والظاهرية والشافعي في الجديد أنها زوجة للأول ولا سبيل للثاني عليها (٧)

٤- للشيعة رأيان أحدهما أنها للأول ، ولا سبيل للثاني عليها ، والثاني أنها للثاني ولا سبيل للأول عليها (٨)

١- ينظر/المبسوط ١١ / ٣٧

٢- ينظر/المغني٩/١٣٦ ، جواهر الكلام٣٢/٢٨٧ ، الخرشي٤/١٥١ ، المبسوط٦/٤٥٧.

٣- ينظر/المغني٩/١٣٦ ، جواهر الكلام٣٢/٢٨٧ ، الخرشي٤/١٥١ ، حاشية ابن عابدين٢/٤٥٧

٤- ينظر/المصادر السابقة ، من لا يحضره الفقيه٣/٣٥٥ ، جواهر الكلام٣/٢٨٧

٥- ينظر/المغني٩/١٣٧ ، الحاوي١٤/٣٧٠ ٦- ينظر/المنتقى٤/٩٣ ، المغني٩/١٣٧ ، روضة الطالبين٧/٤٠٦

٧- ينظر/حاشية ابن عابدين ٦/٤٥٧ ، المبسوط ١١/٣٧ ، الحاوي١٤/٣٦٨ ، المحلى٩/٣٢٧

٨- ينظر/من لا يحضره الفقيه٣/٣٥٥ ، جواهر الكلام٣٢/٢٨٧

الفرع الثالث :-

الرأي المختار :-

١- إنني أرى صحة ما اتفق عليه الفقهاء من أنها زوجة للمفقود في الحالات الثلاث التالية :-
إذا ظهر زوجها وهي في العدة ، أو بعد انقضائها ، أو بعد زواجها وقبل دخول الثاني بها وذلك لأنها :-

أ- الحكم بالتفريق كان بناء على علة الوفاة ، وبيان بطلان العلة يبطل الحكم ، وبخاصة أن الرجوع إلى الأصل لا يؤدي إلى ضرر بل إلى مصلحة .

ب- إن زواج الثاني جاء في غير محله ، حيث إن الحكم كان بناء على غلبة الظن ، وبظهوره حياً انتفى الظن وتحقق الأصل ، فيبقى كل أصلٍ على أصله .

٢- إنني أميل إلى من قال بأنها للثاني وليس للأول عليها سبيل ، إذا كان ظهوره بعد نكاحها والدخول بها ، وذلك لما يلي :-

أ- إن عدتها من المفقود كانت بحكم حاكم ، وكذلك نكاحها من الثاني .

ب- إن حكم الحاكم كان بعد التربص والتحري ، وفي ذلك مدة كافية لظهوره ، فأشبه حكمه حكم التفريق لعدم الإنفاق ، أو للغيبة والضرر .

ج- إن في انتزاع الزوجة من الزوج الثاني ، يلحق الضرر بجميع الأطراف وما ينتج عن ذلك من أمور تتعلق بالحمل أو بالرضاع أو بالنفقة وفي هذه الحالة ، بقاؤها مع الزوج الثاني يوفر كل ذلك .

المطلب الرابع :-

الآثار المترتبة على زوجة المفقود بعد الحكم

بعـــد الحكم بوفاة المفقود ، تترتب على زوجته ، آثارٌ بيَّن قانون الأحوال الشخصية بعضاً منها ، من هذه الآثار :-

١- اعتدادها عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم .

٢- وجوب إحدادها على زوجها أثناء العدة اعتباراً من تاريخ الحكم .

٣- ميراثها لزوجها اعتباراً من تاريخ الحكم .

ويمكن تفصيل ذلك على النحو التالي :-

أولاً : بالنسبة لعدة زوجة المفقود :-

لقـــد نصّت المادة ١٧٨ من القانون أن على زوجة المفقود ، العدة الشرعية ، اعتباراً من تاريخ الحكم ، وأن هذه العدة هي عدة وفاة ، أربعة أشهر وعشرة أيام ، لقوله تعالى ((وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا))(١).

والدخول في العدة ، يكون إما من تاريخ العلم بالوفاة ، إذا ثبتت وفاته يقيناً ، أو الحكم بها إذا حكم بها القاضي ، وذلك بموجب الحالات المذكورة في المادة ١٧٧ من القانون ، وهذه العدة تكـــون عـــلى الزوجة بمجرّد العقد ، سواءً كان مدخولاً بها ، أم غير مدخولٍ بها ، وذلك لعموم الآية ، حيث لم يرد تخصيصٌ بالدخول ، أو عدمه.

أمـــا القانون ، فقد فصل ذلك بموجب المادة ١٣٩ منه ، والتي نصّها ((النساء المتزوجات بعقدٍ صحيح ، عدا الحوامل منهنّ ، إذا توفي أزواجهنّ ، يتربصن بأنفسهنّ ، أربعة أشهرٍ وعشرة أيام ، سواء دخل بهنّ ، أم لا)) (٢)

وقـــد حصرت المادة المذكورة ، العدة فيمن كان عقدها صحيحاً ، وهذا يعني أن العدة من الزواج الفاسد ، أو زواج الشبهة ، أو الزواج الباطل ، غير واجبة ، وذلك أخذاً بقول الظاهرية حيـــث قال ابن حزم ((لا عدة من وفاةٍ من ليس عقد زواجه صحيحاً ، لأن الله تعالى لم يوجب عدة طلاقٍ أو وفاة ، إلا من زوج ، ومن عقده فاسد ، ليس زوجاً ، فلا طلاق له وإذ لا طلاق له فلا عدّة من فراقه)) (٣)

١- سورة البقرة آيه ٢٣٤ .

٢- ينظر/مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٦ .

٣- ينظر/المحلّى ١٠/٢٥٦

ولكنني أرى أن هذه المادة قد خصصتها المادة ٤٢ من القانون (١) ، وذلك بالنسبة للزواج الفاسد أو زواج الشبهة ، والتي تجب العدة فيه بالدخول ، أما إذا لم يكن دخول ، فلا عدة ، وبالتالي فهذا الأمر بالنسبة لعدة زوجة المفقود إذا حكم بوفاته ، وهو رأي جمهور الفقهاء ، حيث إنهم أوجبوا العدة في النكاح الفاسد على المتوفى عنها زوجها بعد الدخول لا قبله . (٢)

أما النكاح الباطل ، فلا يفيد حكماً أصلاً سواءً وقع به دخولٌ أم لم يقع ، وذلك كما هو نص المادة ٤١ من القانون (٣)

ثانياً :- وجوب إحدادها على زوجها :-

يتفرع عن مسألة العدة ، مسألة الإحداد التي نحن بصددها ، حيث إنه يجب على زوجة المفقود ، إذا حكم بوفاته ، الاحداد مدة العدة ، وهي أربعة أشهرٍ وعشرة أيام ، لقوله عليه الصلاة والسلام ((لا يحل لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميّتٍ فوق ثلاث ، إلا على زوجٍ أربعة أشهرٍ وعشرا)) (٤)

وقد سبق أن أوضحت حكم الاحداد ، ورأي قانون الأحوال الشخصية فيه ، والذي بيّنت فيه أن القانون قد ألزم معتدّة المفقود بالحداد مدة العدة (٥)

ولمعرفة كيفية الاحداد فلا بد من معرفة معناه لغةً واصطلاحاً :-

أما لغةً :- فهو ترك المرأة للزينة والطيب بعد زوجها ، ولبسها ثياب الحزن (٦)

وأما اصطلاحاً :- فهو اجتناب المرأة المتوفى عنها زوجها ، خلال عدتها كلّ ما يدعو إلى نكاحها ، ورغبة الرجال فيها من طيبٍ وكحلٍ وحليٍّ وحنّاء وثياب زينه ، وتركٍ لمنزل الزوجية دون حاجة لذلك (٧)

١- المادة ٤٢ ((الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد به حكماً أصلاً ، أما إذا وقع به دخول ، فيلزم به المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة ، ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريق أو بعده)) مجموعة التشريعات الخاصة ص ٧٥.

٢-ينظر/روضة الطالبين ٣٨٠/٧ ، ٣٨٦ ، المغني١٩٦/١١ ، بدائع الصنائع١٩٢/٣ ، التاج الإكليل١٤٥/٤ ، ١٥٠ .

٣- نص المادة ٤١ ((الزواج الباطل سواءً وقع به دخولٌ أم لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً ، وبناءً على ذلك لا تثبت بين الزوجين أحكام الزواج الصحيح كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث)) مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٥ .

٤- صحيح البخاري ٤٣٠/١ كتاب الجنائز باب حد المرأة على غير زوجها ، وصحيح مسلم١١١/١٠ كتاب الطلاق باب وجوب الاحداد في عدة الوفاة ٥- ينظر/ص٨٤ من هذا البحث .

٦- ينظر/لسان العرب ١٤٣/٣ الصحاح ٤٦٢/٢- ٤٦٣ ، المبحث في اللغة ٣٠/٢

٧- ينظر/نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٤٥/٧ ، بداية المجتهد ١٥٣/٢ ، المقنع ٢٨٩/٣ - ٢٩٠ ، المهذب٥٥٧/٤ - ٥٥٨

وذلك لما روته فريعة بنت مالك (١) لَما روت مقتل زوجها ، حيث قال لها عليه السلام ((أمكثي حتى يبلغ الكتاب أجله)) (٢)

وبإمعـــان الـــنظر في التعريفين اللغوي والاصطلاحي ، نستطيع معرفة كيفية الاحداد وهو امتناع الزوجة المتوفى عنها زوجها أثناء العدة عن الأمور المذكورة على سبيل المثال وليس الحصر والتي منها الطيب والزينة ، وكل ما يدعو الرجال إلى زواجها ، أو خروجها من مسكن الزوجية إلا للضرورة .

هذا وإن قانون الأحوال الشخصية قد ذكر إحدى صور الاحداد وهو التزام الزوجة بيت الزوجية طيلة العدّة ، وعدم الخروج أو الانتقال منه إلا للضرورة ، وذلك بموجب المادة ٤٦ منه

١- فـــريعة :- بضـــم الفاء وفتح الرّاء بعدها ياءٌ ساكنه ، ويقال لها الفارعة وهي بنت مالك ابن سنان أخت أبي سعيد الخدري وشهدت بيعة الرّضوان . المهذّب ٥٥١/٤

٢- رواه الترمذي٤٠١/٢ كتاب الطلاق باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، النسائي ١٦٥/٦-١٦٦كتاب الطلاق باب مقام المتوفى عنها زوجها .

ثالثاً :- ميراث زوجة المفقود(١) وانقطاع نفقتها منها :-

من المعلوم أن الزوجة ترث زوجها إذا توفي وذلك بسبب الزوجية القائمة بينهما ، والتي هي سببٌ من أسباب الميراث(٢) وذلك من قوله تعالى ((ولَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ..)) (٣).

وشرط ميراث أحد الزوجين للآخر ، هو قيام الزوجية الصحيحة ، سواءٌ وقع بها دخول أم لم يقع ، وذلك لعموم الآية القرآنية ، وباشتراط الزوجية الصحيحة ، فإنه لا توارث بينهما إذا كانت الزوجية غير ذلك ، كأن يكون العقد فاسداً أو باطلاً ، أو طرأ عليه ما يؤدي إلى فساده أو بطلانه ، وسواءً كان بين الزوجين دخولٌ ، أم لم يكن .

وعند اشتراط الزوجية الصحيحة ، لا بد من اشتراط قيامه أثناء الوفاة ، فلو توفي أحدهما بعد حل عقد النكاح ، فإنه لا يرث من الآخر ، وقد بين قانون الأحوال الشخصية أن الميراث يجب لأحد الزوجين من الآخر ، إذا وقع العقد صحيحاً ، وذلك بموجب المادة ٣٥ منه (٤)أما إذا كان العقد باطلا أو فاسداً ، وسواءً وقع به دخول أم لم يقع ، فلا توارث بين الزوجين وهذا ما نصّت عليه كلٌ من المادتين ٤٢، ٤١ منه (٥)

١- الميراث لغةً :- أصله موراث ، وهو انتقال الشيء من شخصٍ لآخر ، سواءً كان حسياً كانتقال الأموال ، أو معنوياً كانتقال الخلق والمجد - لسان العرب٢/١٩٩-٢٠١ ، المعجم الوسيط ١٠٢٤/٢

اصطلاحاً :- هو انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة - الفتاوى الهندية٦/٤٤٧ ؟وهو استحقاق نصيبه من غيره إذا توفرت أحد أسباب الميراث .

٢-أسباب الميراث ثلاثة :- قرابة نكاح وولاء - ينظر الحقوق المتعلقة بالتركة ص٢٦٤ والسبب هو ما يتوصل به إلى غيره ، سواءً كان حسياً أو معنوياً - القاموس المحيط١/٤١٣؟؟

٣- سورة النساء آيه ١٢

٤- نص المادة :- ((إذا وقع العقد صحيحاً لزم للزوجة على الزوج المهر والنفقة،ويثبت بينهما حق التوارث))

٥-نص المادة٤١ الزواج الباطل سواءً وقع به دخول أم لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً ، وبناءً على ذلك لا تثبت بين الزوجين أحكام الزواج الصحيح ، كالنفقة والنسب وحرمة المصاهرة والإرث .

أما نص المادة٤٢ فهو((الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً ، أما إذا وقع به دخول ، فيلزم به المهر والعدة ويثبت به النسب بحرمة المصاهرة ، ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريق أو بعده))/مجموعة التشريعات الخاصة ص ٧٥ .

وعليه فإذا توفي شخصٌ ، فإن لزوجته في ميراثها منه حالتين :-

الحالة الأولى :-

إذا لم يكـــن للزوج فرع وارث – ذكراً كان أو أنثى – فلها الربع لقوله تعالى ((وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ...)) (١) .

الحالة الثانية :-

إذا كـــان للزوج فرعٌ وارث ، مذكراً كان أو مؤنثا فلها الثمن وذلك لقوله تعالى : ((فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم...)) (٢) .

وهـــذا حـــقٌ ثابتٌ للزوجة سواءً كانت واحدةً أو أكثر ، فإذا كانت واحدةً إنفردت بأحد النصيبين المذكورين ، وإن كنّ أكثر من ذلك فلهن أحد النصيبين المذكورين مساواةً بينهن .

هـــذا بالنسبة لميراث الزوجة عامةً ، أما ميراث زوجة المفقود ، فإذا تحققت وفاته بالبينة ، ورثته زوجته من تاريخ الوفاة ، في حين إذا حكم القاضي بوفاته ، فإن زوجته ترثه من تاريخ الحكم ، لا تاريخ الفقد ولا تقسم التركة إلا بعد تصديقه استئنافاً (٣) .

ويستفاد من هذا التفريق ما يلي :-

١ – أن نفقـــة الزوجة بعد تحقق وفاة زوجها بالبينة أو بالحكم ، تكون من مالها وليس من ماله ، فإذا أنفقت على نفسها وتبين أنه كان قد توفي قبل ذلك ، فإن للورثة الحق في الرجوع عليها بما أنفقت على نفسها ، من ماله بعد وفاته . (٤)

٢ – أنـــه لا يرجع عليها الورثة بما أنفقت على نفسها ، من مال زوجها قبل ثبوت وفاته بالبينة ، إذا أسندت الوفاة إلى زمنٍ سابق ، أو قبل الحكم بوفاته ، حتى لو كانت النفقة دون حكم حاكمٍ وذلك لأن نفقتها واجبةٌ عليه بقضاء ودون قضاء . (٥)

---

١ – سورة النساء آيه ١٢ ٢ – سورة النساء آيه ١٢

٣ – دعـــوى المفقود تكون تابعةً للاستئناف بموجب المادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وذلك إذا كان له زوجة ، أو ترك قاصراً/مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٦ .

٤ – ينظر/حاشية الشرقاوي ٣٤٦/٢ ٥ – ينظر/الأم ٣٤٧/٥

أمثلة ميراث زوجة المفقود :-

أمثلة على الحالة الأولى :-

١- توفي المفقود وترك أباً وزوجة : للزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث والباقي للأب فرضاً وتعصيباً ، فيكون للزوجة سهمٌ وللأب ثلاثة أسهم .

٢- تـــوفي المفقود وترك زوجتين وأباً وأماً واخوةً:- فللزوجتين الربع لعدم وجود الفرع الوارث ولـــلأم الســـدس لوجود الاخوة والباقي للأب تعصيباً ، فيكون للزوجتين ستة أسهم من أربعة وعشـــرين سهماً ، أي الربع للزوجتين ، فيكون لكل واحدةٍ منهما نصف الربع أي ثلاثة أسهم ، ولـــلأم أربعـــة أسهم من أربعةٍ وعشرين سهماً ، وللأب الباقي وهو أربعة عشر سهماً من أربعةٍ وعشرين سهماً ، ولا شيء للأخوة لوجود الأب .

أمثلة على الحالة الثانية :-

١- تـــوفي مفقود وترك أباً وزوجةً وابناً : فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث وللأب السدس للسبب ذاته ، وللابن الباقي ، فيكون للزوجة ٣/٢٤ وللأب ٤/٢٤ وللابن ١٧/٢٤ .

٢- توفي مفقود وترك أباً وأماً وزوجتين وابناً : فللزوجتين الثمن لوجود الفرع الوارث ، وللأب الســـدس لذات السبب وكذلك الأم ١/٦، وللابن الباقي ، فيكون لكل واحدةٍ من الزوجتين٣/ ٤٨ ، وللأم ٨/٤٨ ، وللأب ٨/٤٨ وللابن ٢٦/٤٨ .

أما إذا توفيت هي أثناء فقده ، فسيأتي أثناء الحديث عن ميراث المفقود من غيره إن شاء الله

هذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني ، بما تم ذكره ، وذلك بموجب المادة ١٧٨ منه والتي نصها ((بعد الحكم بموت المفقود ...تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم ، عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم)) (١)

وحيـــث إن هذه المادة عامة ، وتشمل جميع ورثة المفقود ، فإن زوجته ترثه من تاريخ الحكم بوفاته وإذا توفيت قبل ذلك بفترةٍ بسيطة فلا ميراث لها ، لأن شرط الميراث ، تحقق حياة الوارث بعد موت المورث .

١- مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١ .

أما إذا أُسندت الوفاة إلى تاريخ مضى ، بناءً على البينة ، فإنها ترثه إذا كانت على قيد الحياة أثـــناء وفاته ، أما إذا توفيت قبل ذلك فلا ميراث لها ، وقد أخذ بذلك عددٌ من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية ، نذكر منها القانون المصري الذي جاء في المادة ٢٢ منه ما يلي:-

(بعـــد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة بالمادة السابقة ، تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم) .

أما إذا مات المفقود وزوجته ، ولم يعرف أيهما مات أولاً ، فإنه لا يرث أحد منهما الآخر ، وذلك لخفاء ترتيبهما في الوفاة ، فيعاملان كما يعامل أهل الميراث من القتلى والغرقى ، حيث لا يرث أحد منهم الآخر ، وذلك لعدم توفر شرط الميراث ، وهو معرفة السابق من اللاحق بالوفاة ، حتى يرث اللاحق السابق(١) أما إذا توفيت زوجة المفقود ، أثناء فترة التربص وقبل الحكم بوفاة زوجهـــا ، فـــإن نصيبه يوقف كما سيأتي ، في حين أنه إذا ظهر حياً فإنه يأخذ ميراثه منها (٢)

١- ينظر/الأم ٣٤٨/٥

٢- ينظر/المصدر السابق ٣٤٨/٥ .

((الفصل الرابع))

أموال المفقود وفيه ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-ميراث المفقود من غيره

وميراث غيره منه عند الفقهاء

المطلب الثاني ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :- ميراث المفقود في قانون الأحوال الشخصية .

الفرع الثاني :- المناقشة والترجيح .

المبحث الثاني :-

أثر ظهور المفقود حياً فيما يتعلق بأمواله

وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :- آراء الفقهاء في ذلك .

المطلب الثاني :- أمثلة على ميراث المفقود .

المبحث الثالث :-

صلاحيات القاضي والوكيل

في أموال المفقود وزوجته وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- صلاحيات القاضي .

المطلب الثاني :- صلاحيات الوكيل .

المطلب الثالث ويقسم إلى :-

الفرع الأول - وصية المفقود .

الفرع الثاني - المفقود إذا كان أنثى .

الفرع الثالث - حالات انتهاء الفقد .

أموال المفقود

المبحث الأول

ميراث المفقود وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

ميراث المفقود من غيره وميراث غيره منه عند الفقهاء .

للحديث عن ميراث المفقود لا بد من بيان أمرين وهما :- ميراث غيره منه وميراثه من غيره وذلك كما يلي :-

أولاً :- المذهب الحنفي :-

أ- ميراث غيره منه :-

حكم المفقود عند الحنفية ، أنه حي في حق نفسه ، ميت في حق غيره (١) فيعني ذلك أنه لا يرثه أحد ، ولا تقسم تركته ، إلا بثبوت وفاته يقيناً ، أو بلوغه الحد الذي لا يعاش إلى مثله غالباً وهو موت أقرانه في بلده فيحكم القاضي بوفاته ، وبعد ذلك تقسم أمواله حيث يعتبر ميتاً ، يوم ثبوت الوفاة ، أو الحكم بها بعد موت الأقران (٢) فإذا حكم بموته ، أو ثبتت وفاته يقيناً تقسّم تركته على الورثة الأحياء وقت الحكم بموته (٣) أو الوقت الذي نسب إليه بيِّنة وفاته ، ومن مات قبل ذلك ولو بفترةٍ بسيطة فلا شيء له ، وذلك لانتفاء شرط التوريث وهو بقاء الوارث حياً بعد موت المورِّث (٤) حيث جاء في شرح فتح القدير ((ومن مات ممن يرث المفقود قبل أن يحكم بموت المفقود ، لم يرث من المفقود بناءً على الحكم بموته قبل موت المفقود))(٥) .

وقد سبق بيان اختلاف الحنفية في تقديرهم لمدة موت الأقران ، والتي تتراوح ما بين السبعين إلى المائة والعشرين عاماً (٦) ومنهم من فوض تلك المدة إلى اجتهاد القاضي (٧)

١- المبسوط ٣٤/١١ ، الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦

٢- المبسوط ٤٢/١١-٤٤ ، ٥٤/٣٠ حاشية بن عابدين ٤٥٧/٦ ، تحفة الفقهاء لعلاء الدين محمد السمرقندي ت ٥٣٩هـ ٣/ ٢٤٩-٢٥١/دار الكتب العلمية/بيروت/ط١ ، الفتاوى الهندية ٤٥٦/٦

٣- تبيين الحقائق ٣١٢/٣ ٤- المبسوط ٤٣/١١ ، الحقوق المتعلقة بالتركة ص٢٧٦ ٥- ٥/ ٣٧٤

٦- الهداية ١٨١/٢-١٨٢ ، شرح فتح القدير ٣٧٤/٧ ، المبسوط ٣٦/١١

٧- بدائع الصنائع ١٩٧/٦ ،

ب- إرثه من غيره :-

وهو ما إذا مات الشخص الذي يكون المفقود وارثاً له ، فما هو حكم نصيب المفقود من هـذه التركة ؟ لا يرث المفقود شيئاً من مورِّثه إذا مات المورِّث أثناء فقد المفقود ، وذلك لأن حكـم المفقـود عند الحنفية أنه حيٌّ في حق نفسه ، ميِّتٌ في حق غيره (١) فكما أنه لا تقسَم تركته حتى تثبت وفاته ، أو تمضي المدّة التي لا يعاش إلى مثلها ، وهي موت أقرانه ، فإنَّه أيضاً لا يـرث من غيره ، وذلك لأن هذا الحكم إنّما تنطبق عليه نظرية الاستصحاب ، حيث إنها حجّةٌ للدفـع لا للإثـبات .(٢)لذا فإنه لا يرث من غيره ، وذلك لأن شرط الإرث من الغير ، تحقق حياة الوارث وقت موت المورث، وحياة المفقود غير متحققة (٣)

وإذا كـان الأمر كذلك ، حيث إن المفقود ، لا يرث ولا يورث ، فإن ذلك يكون فقط لحـين وفاتـه حقيقة أو حكماً ، فإذا كان له ميراث من غيره ، وكان مفقوداً ، فإن ميراثه هذا يوقـف لحـين ظهور حاله ، إن كان حياً فهو له ، وإن كان حكم بوفاته حقيقةً أو حكماً فهو مردود إلى ورثة صاحب المال ، وليس إلى ورثته هو ، فلا يرثه أحد مات قبل هذا شيئاً (٤)

١- المبسوط ٣٤/١١

٢- المصدر السابق ٣٤/١١-٣٥ ، ٥٤/٣٠-٥٥

٣- شرح فتح القدير ٣٧٤/٥

٤- المبسوط ١١ / ٤٤ ، الفتاوى الهندية ٦ / ٤٥٦

وأمـــا الســـبب في عـــدم اســـتحقاق ورثته لهذا المال الموقوف ، وذلك لعدم تحقق شرط الاســـتحقاق ـــ وهو تحقق حياة الوارث حين موت المورث – فيبقى المال لبيان كيفية وقف حصة المفقود .

وبالنسبة لبيان كيفية وقف حصة المفقود ، فينظر إلى حاله مع الورثة فهو :-

١- إمـــا أن يكـــون المفقود هو المستحق الوحيد لجميع التركة فيما لو كان حياً ، فإن التركة جميعها توقف لحين بيان حاله .

٢- وإما أن يكون معه ورثه ، ينقصون به ، فيكون المفقود حاجباً لمن معه حجب(١) نقصان(٢) لا حجب حرمان (٣) فيعطى الوريث أقل النصيبين ويوقف الباقي لحين بيان حاله . ٣-وإما أن يكون معه وارث لا يحجب ، فالوارث في هذه الحالة يعطى نصيبه كاملاً (٤) .

١- الحجـــب لغةً المنع / القاموس المحيط للعلامة اللغوي أبي طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن مصطفى السقا الفيروز أبادي ت ٨١٧هـــ/تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بإشراف محمد نعيم العرموسي١/٥٤/ط٦،

والحجـــب شـــرعاً منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه والممنوع يسمى محجوباً والمانع حاجباً وعدم الإرث حجباً/ نهاية المحتاج٦/١٦ ، رد المحتار٦/٧٨٠؟ الحقوق المتعلقة بالتركة ٤٧١-٤٧٢

٢- هـــو حجـــب الشخص أو منعه من نصيبٍ أكبر إلى نصيبٍ أصغر لوجود شخصٍ آخر يقتضي هذا النقص/الحقوق المتعلقة بالتركة ٤٧٣

٣- وهو ومنع الشخص من كل الميراث لوجود شخصٍ آخر أقرب منه /الحقوق المتعلقة بالتركة ٤٧٤

٤- الفتاوى الهندية ٦/٤٥٦ ، البحر الرّائق ٥/١٧٨-١٧٩ .

ثانياً :- المذهب المالكي :- (١)

تبين مما سبق أن المالكية قد جعلوا المفقود عدة أصناف ، (٢) حيث اختلفت أحكام المفقود باختلاف أصنافه ، وأما فيما يتعلق بتقسيم تركته ، فقد انقسم القائلون بها إلى فريقين وهما :-

أ- الفريق الأول :-

عدم تقسيم تركته إلا بعد ثبوت وفاته يقيناً ، أو انقضاء مدة تعميره ، بحيث لا يحيا في الغالب أكثر من ذلك ، سواء حكم بموته بالنسبة لزوجته أم لم يحكم (٣) وقد قال الإمام مالك في المدونة :((لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته ، أو يبلغ من الزمان مالا يحيا إلى مثله))(٤)

وهذا يشمل المفقود في بلاد الإسلام وفي بلاد الشرك ، ومفقود القتال بين المسلمين والمشركين (٥) وكذلك الأسير (٦)

واستدل أصحاب هذا الرأي على ذلك بما يلي :-

١- أن الأصل حياته فلا يقسم ماله ، أو يرثه أحد ، إلا بثبوت الوفاة يقيناً ، أو الحكم بها لبلوغه إلى الزمن الذي لا يعاش إلى مثله غالباً .

٢- عدم استحقاق الميراث إلا بموت المورث حقيقةً ، فلا يرث أحدٌ أحداً بالشك ، والمفقود وفاته غير متحققة . (٧) فإذا ثبتت وفاته يقيناً ، أو حكم بها بعد مرور الزمن الذي لا يعاش إلى مثله ، قسِّمت أمواله على ورثته الأحياء وقت موته بالبينة ، أو الحكم بموته من قبل الحاكم ، ومن مات قبل ذلك فلا يرث شيئاً (٨)

١- ينظر المدونة ٤٥٢/٢ ، مواهب الجليل ٦٠٥/٥ ، الخرشي ٢٢٤/٤ .

٢- بداية المجتهد ٥٢/٢ ٣- مواهب الجليل ٥٠٦/٥

٤- ٤٥٢/٢ ، الخرشي ٤٢٢/٤ ، بداية المجتهد ٥٢/٤ ٥- بداية المجتهد ٥٣/٢

٦- الدسوقي ٤٥٣/٢ ، المدونة ٤٥٦/٢ ٧- المدونة ٤٥٣/٢ ، الخرشي ٢٢٤/٤

٨- المدونة ٤٥٣/٢

ب– الفريق الثاني :–

يـــرى هذا الفريق وجوب تقسيم أموال المفقود بعد الحكم بوفاته ، دون النظر إلى أصنافه ، ومـــنهم من قصر ذلك على صنفي المفقود ، وهما المفقود في قتال المسلمين والكفار ، والمفقود في الفتن بين المسلمين (١)

فـــإذا ادعى أحد الورثة ، وفاة مورثه المفقود ، أو رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي ، تطلب الـــتفريق بســـبب الفقـــد ، فإذا حكم الحاكم بوفاته ، بعد مضي فترة التربص ، وإجراء البحث والـــتحري عنه ، وحكم القاضي بذلك بناء على غلبة الظن اعتدت زوجته ، وقسمت تركته من تاريخ الحكم على الأحياء من ورثته ، وسواء كان الحكم بعد سنة أو أكثر (٢)

وقد استدل هذا الفريق على وجوب تقسيم تركة المفقود بعد الحكم بوفاته مباشرةً بما يلي:

١– المفقـــود يحكم بالتفريق بينه وبين زوجته ، فكيف لا تقسم أمواله ، والحيطة في الفروج أولى من الحيطة بالمال ، فيكون تقسيم التركة بعد الحكم بوفاته من باب الأولى .

٢– أن الحكم بموت المفقود وإن كان حكميًّا ، إلا أنه كالموت حقيقة ، فوجب عليه أن تترتب آثاره .

هـــذا وإنني أرجح قول من رأى عدم التفريق بين أحكام زوجة المفقود ، وأحكام أمواله إذا حكم بوفاته ، وذلك لما يلي :–

أ– إن مـــا قال به الفريق الأول من أن الأصل في المفقود الحياة ، فلا تقسم أمواله إلا بعد ثبوت وفاته ، فهذا أمر لا نقاش فيه ولا خلاف ، ولكنه يسرى على المفقود أثناء فترة التربص والانتظار والبحث والتحري ، فإذا ما انتهت هذه المدة وحكم الحاكم ، بناء على غلبة الظن بوفاته ، وجب ترتب آثار ذلك عليه ، وإلا ما الفائدة إذاً من كل هذه الإجراءات التي تصل في نهايتها إلى الحكم بوفاته .

١– بداية المجتهد٢/٥٣ ، التاج والإكليل ٦٠٩/٨ ٢– المدونة٢/٤٥٣ ، مواهب الجليل٥/٤٩٥

٣– بداية المجتهد٢/٥٢–٥٣ ، حاشية الدسوقي٢/٤٨٣

ب- ترد دعوى التفريق للفقد ، أو طلب الحكم بوفاة المفقود ، إذا ثبت للقاضي عدم غلبة الظن على وفاته ، ولا يصار إلى الحكم ، فإذا كان الأمر كذلك ، وثبتت عدم حياته بناء على غلبة الظن وجب ترتيب الأحكام جملة دون الفصل بين أثرٍ وأثر .

ج- إن التفريق بين أحكام الزوجة وأحكام الأموال ليس سديداً ، وذلك لأمرين :-

١- أن حرمة الفروج أشد من حرمة الأموال ، فإذا حكم بالتفريق ، وحلت الزوجة بعد ذلك للأزواج بعد انقضاء عدتها ، فمن باب أولى أن يحكم بتقسيم أمواله .

٢- اختلاف الأحكام يؤدي إلى اختلاف النظرة بالنسبة للمفقود نفسه ، حيث إنه ميت بالنسبة لزوجته ، حيٌّ بالنسبة لأمواله وورثته ، بل ميت وحي في آن واحد بالنسبة لزوجته ، فهي محللة للأزواج ، وغير مباح لها الحصول على ميراثها منه ، وفي ذلك تناقض كبير .

د- إذا كان للحكم بوفاة المفقود ، رفع الضرر عن الزوجة ، ففي عدم التقسيم كذلك إلحاق الضرر بالورثة علماً أنه بإمكان الزوجة رفع الضرر عن نفسها بطلب التطليق لعدم الإنفاق ، أو للهجر والضرر ، وذلك دون التعرض لحياته أو أمواله . (١)

هـ- على فرض ظهور المفقود حياً ، بعد الحكم بوفاته ، ونكاح زوجته وتقسيم تركته ، فإن ما يتعلق بأمواله من أحكام أيسر بكثير مما يتعلق بزوجته ، والفرق بين المال من جهة وبين الفرج أو النسب أو الحمل والولادة واضح .

هذا بالنسبة لميراث غيره منه أما ميراثه من غيره عند المالكية :-

إذا توفي شخص وكان المفقود وارثاً له ، وقف نصيبه إلى ظهور حياته ، أو ثبوت وفاته ، أو الحكم بموته ، وذلك على النحو التالي :-

أ- إذا ظهر المفقود حياً فإنه يأخذ ما وقف له .

١- ينظر المادة ١٢٣ ، ١٢٨ من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣-٨٤ .

ب- إذا حكم بموته لانقضاء تعميره أو لغلبة الظن على وفاته ، يقسم ما وقف له على ورثة المتوفى وليس على ورثة المفقود ، لاحتمال كون المفقود قد توفي قبله ، ولأنه لا يرث أحدٌ أحدا بالشك (١) فقد قال الإمام مالك في ذلك ((يوقف نصيب المفقود ، فإن أتى كان أحق به ، وإن بلغ من السنين مالا يحيى إلى مثله ، ردَّ الموقوف إلى الذين ورثوا أبيه الميت يوم مات ، فيقسم بينهم على مواريثهم ، وقال لا يرث أحدٌ أحداً بالشك (٢)

ج- إذا ثبتت وفاته بالبينة القاطعة وعرف تاريخها ، ينظر :-

١- إذا كانت هذه الوفاة بعد موت المورث ، استحق المفقود ما وقف له ، ثم يستحقه ورثته الأحياء .

٢- إذا كانت هذه الوفاة قبل وفاة المورث ، رد ما وقف له لتحقق وفاته قبل مورثه ، وبالتالي عدم استحقاقه ، وتكون من حق ورثة المتوفى (٣)

ثالثاً :- المذهب الشافعي :-

١- ارث غيره منه :-

يرى الشافعية عدم تقسيم تركة المفقود حتى تقوم بينة بموته ، أو مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، فيحكم الحاكم بموته ، ثم يقسم ماله على ورثته يوم الحكم (٤) فالشافعي بالتالي قد فرق في مذهبه القديم بين أحكام زوجة المفقود وأحكام ماله ، في حين جعل الحكم واحداً لهما في الجديد .

وقد استدل الشافعية على القول بعدم تقسيم تركة المفقود بما يلي :-

١- إن الأصل في المفقود بقاء حياته ، فلا يورث إلا بيقين وفاته ، والوفاة تثبت بأحد أمرين :-

أ- البينة القاطعة الدالة على ذلك .

ب- مضي المدة التي لا يعيش إلى مثلها ، فيحكم بموته فيزل الحكم منزلة البينة القاطعة .

أما إذا مات قبل ذلك ولو للحظة فلا يرث منه شيئاً ، لجواز موته فيها ، أما إذا نسبت الوفاة لوقت يسبق الحكم ، فإنه تعطى تركته للورثة الموجودين أثناء ذلك الوقت (٥) .

١- المدونة ٢/٤٥٣ ، مواهب الجليل ٥/٥٠٦ ٢- المدونة ٢/٤٥٣

٣- الخرشي ٤/٢٢٥

٤- مغني المحتاج ٣/٢٦-٢٧ ، المهذب ٤/٨٣ ، تحفة الطلاب ٢/٢١٠ ، الحاوي ١٠/٢٥٠

٥- مغني المحتاج ٣/٢٧

وهـــذه الأمور ، تشمل مذهبي الشافعي القديم والجديد ، أما في الجديد فظاهر لأنه لا يرى نكـــاح زوجته ولا تقسم أمواله (١) وأما في القديم ، فإنه يبيح لزوجته طلب التفريق بعد مضي أربـــع سنوات من فقده (٢) ، في حين أن ماله لا يقسم ، وهو موقوف عليه في الأحوال كلها ، يتصرف فيه وكلاؤه ويمنع منه ورثته .

٢- ارثه من غيره :-

يـــرى الشافعي أن المفقود يرث من غيره ، حيث إنه على حكم الحياة ، وهو في ذلك مثله مثل غيره من الفقهاء ، ويوقف نصيبه إلى ظهور حياته أو بلوغه مدة لا يعاش إلى مثلها قطعاً(٣) فيعطى الموقوف للموجود من ورثة المورث ، لا من ورثة المفقود (٤) .

رابعاً :- المذهب الحنبلي :-

١- إرث غيره منه :-

تبين لنا أن المفقود في الفقه الحنبلي يقسم إلى نوعين :-

أ- من انقطع خبره لغيبةٍ ظاهرها السلامة ، كالأسر ، والخروج للتجارة والسياحة ، وطلب العلم (٥) فقد روي في تقسيم أمواله عدة آراء كالتالي :-

١- أنـــه ينـــتظر به حتى يتيقن موته ، أو يمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها ، وذلك مردود إلى اجـــتهاد الحـــاكم (٦) ودليـــلهم في ذلك ، أن الأصل حياة المفقود ، والتقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف ، ولا توقيف هنا ، فوجب التوقف ، ورد ذلك إلى اجتهاد الحاكم .

٢- إنه ينتظر به تتمة تسعين سنة منذ ولد ، مع سنة فقده ، واستدلوا على ذلك بقولهم في الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا .

١- الحاوي١٤/٣٦٥ ٢- المصدر السابق١٤/٣٦٥ ٣- الحاوي١٠/٢٤٩

٤- حاشية الشرقاوي٢/٢١١ ، مغني المحتاج٣/٣٧ ، المهذب٤/٨٣ ، الحاوي١٠/٢٤٩

٥- المغني٧/٢٠٧ ، ٩/١٣١ ٦- منار السبيل٢/٢٧٦

٣- أنه ينتظر تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد ، محتجاً لذلك بقوله عليه السلام ((أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجوز ذلك)) (١) .

٤- أنه ينتظر به تمام ماية وعشرين سنة وهو قول لابن عقيل كذلك (٢)

٥- أنـــه يترك للحاكم في تقدير مدة الانتظار ، إذا فقد وهو ابن تسعين سنة (٣) وبالتالي فهذه الآراء تنقسم إلى رأيين :-

الأول :- اجتهاد الحاكم وذلك في حالتين :-

أ- إذا فقد وهو ابن تسعين سنة .

ب- إذا مضى عليه مدة لا يعاش إلى مثلها غالباً .

الثاني :- التقدير بالسنين :-

فقيل من الستين إلى السبعين ، وقيل تسعين سنة ، وقيل ماية وعشرين سنة ، وذلك من يوم ولادته .

فـــإذا تحققت وفاته ، أو حكم بها ، قسم ماله على ورثته الأحياء ، حين تحققت وفاته ، أو الحكم بموته ، وأما من مات من ورثته قبل بلوغه المدة التي يحكم بموته فيها ، لم يكن لهم شيءٌ من تركة المفقود وإنما تكون للأحياء منهم (٤) وذلك لعدم تحقق العلم بأيهما مات أولاً .

ب- من انقطع خبره ، لغيبة ظاهرها الهلاك (٥) ففيه رأيان :-

أ- أنه ينتظر به أربع سنين ، بعد فقده ، فيقسم ماله بعد ذلك(٦)واستدلوا على ذلك بما يلي:-

١- أنها أقصى مدة الحمل ، وسبق بيان خطأ هذا الاعتقاد علمياً.

٢- أنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار ، فإذا لم يظهر خلالها يغلب على الظن هلاكه

١- رواه الـــترمذي وقـــال حديثٌ حسنٌ غريب ، كتاب الدعوات باب١٠٢ حديث ٣٥٥٠ ص٥/٥٥٣ ، وحسنه الألباني في الصحيحه ١٧٨/٣

٢- الفـــروع للإمـــام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي ت ٧٦٢هـــ وبذيله تصحيح الفروع للعلامة علاء الدين علي بن سليمان المرداوي ت ٨٨٥هـــ تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي ٢٥/٥/دار الكتب العلمية/بيروت/ط١

٣- منار السبيل٢٧٦/٢ ٤- المغني٢٠٨/٧

٥- ينظر/شرح الإرادات٦١٧/٢ ٦- ينظر/المغني٢٠٥/٧ .

٣- أنـــه مروي عن عدد من الصحابة ولم يخالفهم في ذلك أحد ، فكان إجماعاً (١) وقال أحمد في ذلك : هو عن خمسة من الصحابة ، وعن عمر من ثمانية أوجه (٢)

٤- إن امرأته تعتد عدة الوفاة بعد ذلك ، مع الاحتياط للأبضاع ، فالحكم بتقسيم المال أولى .

ب- أنـــه ينتظر له مضي أربعة أشهر وعشرة أيام بعد السنوات الأربع ، وذلك لأنها الفترة التي يجوز للزوجة فيها التحلل للأزواج .

وقـــد نوقـــش هذا الرأي ، بأن الزوجة تستحق الميراث من زوجها من تاريخ وفاته ، لا من تاريخ انتهاء عدتها منه .

وهذا هو الرأي الذي أميل إليه ، لأن الحكم بالوفاة ، ولو حكما ، هو حكم بالموت حقيقة هذا من ناحية ومن ناحية ثانية ، فإن المفقود إذا حكم بوفاته ، ثم ظهرت حياته ، فإنه يرجع على الورثـــة بما أنفقوا ، كما سيقرر لاحقاً إن شاء الله ، فلا ضرر على المفقود بتقسيم تركته ، خاصة إذا عـــلم أنه وفي حالتي السلامة والهلاك ، فإن تركته تقسم على ورثته الأحياء وقت الحكم ، لا وقت الفقد ، ولا يرث من مات قبل الحكم ، لأن شرط الإرث هو تحقق حياة الوارث .

عند موت المورث (٣)

٢- إرثه من غيره :-

إذا كـــان المفقود ، هو الوارث ، فإن نصيبه من تركة مورثه يوقف وذلك ، إما لحين ظهور حـــياته أثناء التربص والتحري ، فيأخذ ما وقف له ، أو لتحقق وفاته بعد مورثه ، فيأخذ أيضاً ما وقـــف له ، وإذا لم يظهر شيء من ذلك ، فينتظر لحين انقضاء المدة التي حددت في الحالتين ، ثم يحكم بوفاته ثم ينظر المال الموقوف (٤)

وبالنسبة لكيفية وقف ما يستحقه من تركه غيره ، فهو كما قيل في السابق ، وأما مآل المال الموقوف ، إذا لم تظهر حياة المفقود أثناء التربص ، وحكم القاضي بوفاته ففيه رأيان :-

أ- أنه يرد إلى ورثة مورث المفقود وذلك لأن المال لهم .

١- المغني٧/٢٠٦ ٢- منار السبيل٧/٢٧٧

٣- المغني٧/٢٠٦ ، المفصل١١/٣٨٨ ٤- شرح الإرادات٢/٦١٨ ، المحرر١/٤١٧

ب- أنه يرد إلى ورثة المفقود لأن المال الموقوف هو للمفقود ، وبوفاته انتقل إلى ورثته . (١)

وقد اعتمد كل من الفريقين على الحجة ذاتها في هذه المسألة ، إلا أنهم اختلفوا في صيغة الاحتجاج بها ، ففي حين يرى الفريق الأول أن المال الموقوف له من مورثه ، فإنما وقف له لحين تحقق حياته ، فإذا لم تظهر حياته ، عاد المال إلى ورثة المورث ، وذلك لاحتمال موت المفقود قبل ذلك .

فإن الفريق الثاني يرى بأن المال الموقوف ، يرد إلى ورثة المفقود ، وذلك لأن المال أصلاً وقف له، فإذا لم يظهر حاله ، كان لورثته (٢) .

وردوا استدلال الفريق الأول ، وذلك بقولهم أن وفاة المورث كانت أثناء التربص والتحري والمفقود لم تثبت وفاته بعد ، فكان المال له ، ولعدم ظهوره انتقل إلى ورثته .

هذا وإنني أرى ترجيح الرأي الثاني وذلك لما يلي :-

١- إن وفاة المفقود غير معلومة ، ويغلب الظن على حياته ، وذلك لعدم ثبوت وفاته ، أو الحكم بها ، فلا يمنع من حقه إلا بذلك ، وإذا منع من حقه كان لورثته .

٢- عدم استحقاق أحد من ورثة المفقود شيئاً من تركته أثناء التربص والتحري ، دل على ملكيته لماله ، لحين تحقق الوفاة أو الحكم بها .

٣- بطلان نكاح زوجته أثناء التربص ، على اعتبار أنه حي ، لعدم ثبوت وفاته ،أو الحكم بها .

خامساً :- المذهب الظاهري :-

لم أعثر للمذهب الظاهري على قول يبين فيه ميراث المفقود من غيره أو ميراث غيره منه ، وكل ما عثرت عليه بهذا الخصوص هو أن مال المفقود لا يقسم ولا يفرق ، ولا تباع أمته حتى يصح موته(٣)

وهذا يعني أن غيره لا يرث منه ، لأنه يعتبر حياً حتى تصح وفاته ، واستدلوا على ذلك بقول علي بن أبي طالب في امرأة المفقود ، أنه لا تتزوج حتى يستبين أمره وقد جاء في المحلى : ((ومن فقد فعرف أين موضعه ، أو لم يعرف في حرب فقد أو في غير حرب-وله زوجه أو أم ولد وأمه ومال-لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي ، ولا تعتق أم ولده ولا تباع ، ولا يفرق ماله ، ولكن ينفق على من ذكرنا من ماله)) (٤)

١- المغني٢٠٦/٧ ، المحرر٤٠٧/١ ، شرح الإرادات٦١٨/٢

٢- المغني٢٠٨/٧ ٣- المحلى٣١٦/٩ ٤- المصدر السابق٣١٦/٩

سادساً :- المذهب الشيعي :-

للشيعة فيما يتعلق بأموال المفقود ، عدة أقوال فقالوا فيما يتعلق بميراث غيره منه ما يلي :-

١- لا يقسم ماله ، ويحفظ لحين ظهور موته أو حياته (١)

٢- لا يقسم ماله حتى تمضي مدة لا يعيش مثله إليها بمجرى العادة (٢)

٣- يتربص بماله أربع سنين ثم يقسم . (٣)

٤- تقسم أمواله بعد عشر سنين ، ويعطى للورثة إذا كانوا ملاءً ، وذلك كي يتمكنوا من إعادته إن ظهرت حياته (٤)

٥- وسبب هذه الآراء المختلفة ، هو أن المسألة اجتهادية ، ولا نص فيها ، فقد استدل من قال بالبند الأول والثاني : أن الأصل في المفقود الحياة ، ولا يقسم المال إلا بتحقق الموت ، وذلك إما بالشهادة المتواترة ، أو البينة القطعية ، أو الخبر المحفوف بالقرائن ، فإذا لم يثبت موته بشيء من ذلك فإلى أن تنقضي المدة التي لا يعاش إلى مثلها غالباً ، وهي مختلف عليها من ماية إلى ماية وخمسين سنة ، وقيل أقل من ذلك (٥)

أما كل من البندين الثالث والرابع ، فإنهما يقتصران على من فقد في معسكر ، قد شهدت هزيمته ، وقتل من كان فيه ، أو أكثرهم ، فيتربص بماله أربع سنين ، في حين أن من لا يعرف مكانه ، ولا خبر وفاته ، فيتربص له عشر سنين (٦) وذلك لأن هذه المدة لهذين الصنفين كافية للكشف عنه من قبل السلطان ، والتحقق من عدم حياته .

أما ميراثه من غيره :-

الشيعة كغيرهم من الفقهاء ، يقولون بوقف نصيبه لحين ظهور حياته يقيناً ، فيأخذ ما وقف له ، أو يحكم بوفاته ، بمضي تعميره ، فيرد ما وقف له إلى ورثة المورث ، أما إذا ظهرت بينة على وفاته ، فإن كانت هذه البينة قبل موت المورث ، رد المفقود إلى ورثة المورث ، وإذا كانت بعد موته أخذ نصيبه الموقوف له ، وقسم على ورثته هو (٧)

١- المصدر السابق٣٩/٢٦٢

٢- المصدر السابق٣٩/٣٠٦

٣- من لا يحضره الفقيه٣/٢٤٠

٤- جواهر الكلام٣٩/٣٠٦

٥- المصدر السابق٣٢/٢٩٦

٦- المصدر السابق ٣٩/٦٤

٧- جواهر الكلام ٣٩/٦٨ ، معجم الجواهر١/٢٤٤

المطلب الثاني ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :-

ميراث المفقود في قانون الأحوال الشخصية :-

نصت المادة ١٧٨ (١) من القانون على تقسيم تركة المفقود بعد الحكم بوفاته ، وذلك بين ورثته الموجودين وقت الحكم ، ولم تبين كيفية التقسيم ، أو مصير التركة إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته ، وهذا مما لا بد منه ، وحيث إن العمل فيما لا نص فيه ، يكون حسب الراجح من مذهب أبي حنيفة ، وحيث تبين لنا أن المذهب الحنفي يقول بعدم تقسيم مال المفقود على اعتبار أنه حيّ في حق نفسه ، فلا تقسم تركته إلا بثبوت وفاته يقيناً ، أو بلوغه الحد الذي لا يعاش إلى مثله غالباً ، وهو موت أقرانه في بلده ، حيث يحكم القاضي بوفاته ، وبعد ذلك تقسم أمواله من تاريخ ثبوت الوفاة ، أو الحكم بها ، بعد موت الأقران (٢) وذلك على ورثته الأحياء وقت الحكم بموته ، أو الوقت الذي نسبت إليه بينة وفاته (٣) هذا بالنسبة لميراث غيره منه ، أما ميراثه من غيره فيرجع فيه أيضاً إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة ، والراجح من مذهب أبي حنيفة أن المفقود ميتٌ في حق غيره (٤) مما يعني أنه لا يرث من غيره ، وذلك لأن شرط الإرث من الغير تحقق حياة الوارث وقت موت المورث ، وحياة المفقود غير متحققة (٥) وحيث إن وفاته غير متحققة أيضاً ، فإن ميراثه هذا يوقف لحين ظهور حاله ، فإن كان حياً فهو له وإن حكم بوفاته فهو مردودٌ إلى ورثة صاحب المال ، لا لورثته هو ، فلا يرثه أحدٌ مات قبل ذلك (٦)

ومما يلاحظ على القانون أنه كان الأجدر أن توضع النصوص الخاصة بميراث المفقود من غيره وحكم ظهوره حياً فيما يتعلق بأمواله ، سواءً كانت قد استهلكت بعد تقسيمها أم لا ، وذلك حسماً للنزاع والخلاف ؟

١- ينظر ص٢٦ من هذا البحث .

٢- المبسوط ١١/٤٢-٤٤ ، ٣٠/٥٤ ، الفتاوى الهندية ٦/٤٥٦ ،تحفة الفقهاء ٣/٢٤٩-٢٥١

٣- تبيين الحقائق ٣/٣١٢ ، المبسوط ١١/٤٣ ٤- المبسوط ١١/٣٤ ٥- شرح فتح القدير ٥/٣٧٤

٦- المبسوط ١١/٤٤ ، الفتاوى الهندية ٦/٤٥٦

هذا وقد تعرض مشروع القانون العربي الموحد (١) إلى هذه المسألة فنص على ذلك صراحةً في المادة ٢٨٤(أ)والتي نصها ((يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها على تقدير حياته ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث))(٢) ب- ونصت الفقرة (ب) من نفس المادة بأنه ((إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي فيها للورثة من نصيبه في تركة مورثه))(٣) .

أما المادة ٢٨٥ فإنها نصت بما يلي ((إذا حكم بموت المفقود ، ووزعت تركته على ورثته ، ثم ظهر حياً ، فله الباقي في يد الورثة من تركته ، ولا يعود عليهم بما فات)) (٤) وجاء في البند الأول من المادة ٢٠٣ منه (يستحق ما بقي من ماله في أيدي ورثته) .

١- تم التعريف به في ص٢٨ .

٢- مشروع القانون ص٧١

٣- المصدر السابق/٧١

٤- المصدر السابق/٧١

الفرع الثاني :-

المناقشة والترجيح :-

مما سبق يتضح لنا ما يلي :-

١- إن الفقهـــاء اتفقـــوا على عدم تقسيم مال المفقود ، إلا بعد وفاته يقيناً ، أو الحكم بها(١) وحيـــث إن أحداً منهما لم يتحقق ، فلا يقسم ماله ، لأن من شروط الميراث موت المورث حقيقةً واتفقـــوا كذلك إلى وقف نصيبه من غيره ، لحين ظهور حياته أو تحقق وفاته ، أو الحكم بها ، فإنه وإن كـــان حكم المفقود عند الحنفية يختلف عنه عند جمهور الفقهاء ، وذلك نظراً لاختلافهم في نظرية الاستصحاب ، وكونها تثبت للدفع كما عند الحنفية ، وتثبت للدفع والاستحقاق كما عند

وأرى أن السبب في ذلك ليس هو نظرية الاستصحاب ، وإنما شروط التوريث ، فشرط استحقاق الشـــخص أن يكون حياً وقت موت مورثه ، والمفقود غير متحقق الوفاة ، فيحرم نصيبه ، وغير متحقق الحياة ، فيمكّن من نصيبه .

واستكمالاً لذلك فإنني أرى اعتبار نظرية الاستصحاب هنا وكونها عند الجمهور تثبت للدفع والاستحقاق ، والتي من الأولى الأخذ بها ، فيعني ذلك أن ما وقف له من غيره لحين ظهور حياته اســـتحقه دون خلاف ، أو تحقق وفاته أو الحكم بها ، فيقسم ما وقف له على ورثته هو يوم تحقق وفاته أو الحكم بذلك ، دون أن يرد الموقوف على ورثة المورث ، وأرى أن هذا هو المقصود من أن نظرية الاستصحاب ، هي حجة مطلقة تصلح للدفع والإثبات (٢)

١- يـــنظر المدونـــة الكبرى ٤٥٢/٣ ، حاشية الدسوقي٤٨٣/٣ ، حاشية البجيرمي٢٦٠/٣ ، مغني المحتاج٣٩٧/٣ ، المحلّى٩/ ٣١٦ ، منار السبيل٢٧٦/٢ ، جواهر الكلام٢٦٢/٣٩ ، أحكام المفقود لعبد الله الجبوري ص٣٥٨ .

٢- ينظر/المبسوط٧٤/٣٠ ، الهداية١٨٢/٢ ، المدونة٤٤٩/٢ ، المهذب٦٢/٢ ، المغني٢١/٦ ، المحلى١٣٦/١٠

٢- استعادة المفقود للموجود من أمواله بيد الورثة إذا ظهرت حياته (١)

أمـــا المستهلك منها فقد اختلفوا فيه ، بين قائل بعدم الرجوع على الورثة ، وقائل برجوعه عليهم ، واستحقاقه لمثله إن كان مثلياً أو قيمته (٢)

وإنني أرى صحة ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنبلية والشيعة، بأن المفقود إذا ظهرت حياته ، وكانـــت قـــد قســـمت تركته ، واستهلك الورثة قسماً منها ، فإنه يعود عليهم بمثل أو قيمة ما استهلكوه(٣) وذلك لما يلي :-

أ- إن تقسيم التركة كان بعلة الوفاة ، والعلة انتفت أو أبطلت فتبطل بالتالي آثارها ، خاصة إذا كـــان ذلـــك لا يسبب إضراراً ، كما هو في المرأة ، وتعليل ذلك أن المال إذا كان موجوداً أعيد بعينه ، كما هو الأمر بالنسبة للزوجة إذا كانت في العدة ، وخرجت منها ولم تتزوج ، وتزوجت ولم يدخل بها .

وأمـــا إذا كان مستهلكاً ، فإنه أيضاً يمكن إعادة مثله أو قيمته ، دون إضرار ، في حين أن الزوجة إذا دخل بها ، وظهر زوجها حياً ، فإن في إعادتها إلى زوجها الأول ، أو تخييره بينها وبين الصـــداق أشـــد أنواع الضرر ، على نفس الزوجة ومشاعرها ، وكذلك على أبنائها وزوجها ، ناهـــيك عما يلحق بها إذا كانت حاملاً ، أو مرضعاً ، وفيما إذا توفي أحد زوجيها أثناء عدتها من الـــثاني ، فكـــيف تعـــتد ، ومـــن تـــرث ، إذا توفيـــت هـــي .؟

١- ينظر/المبسوط١١/٣٤ ، ٣٠/٥٤ ، المدونة الكبرى٢/٤٥٣ ، منار السبيل٢/٢٧٧

٢- ينظر/المعتمد٢/٩٤، الإنصاف٧/٣٣٩ ، المبسوط١١/٣٤ ، البحر الرائق٥/١٧٨ ، المدونه٢/٤٥٣ ، جواهر الكلام٣٩/٣٠٦

٣- ينظر/المعتمد٢/٩٤ ، كشّاف القناع ٤/٤٦٦ ، الفروع ٥/٢٧ ، جواهر الكلام ٣٩/٣٠٦ .

ب- إن تملك الورثة للمال كان بغير حق ، على الرغم من كونه بقضاء قاضٍ ، فالقضاء إنما أحل هذه الأموال فيما لو لم تظهر حياة مالكها ، أما وقد ظهرت ، فإن القضاء لا يستولي على أملاك أحد ولا يحل حراماً أو يحرم حلالاً .

ت- إن استحقاق الوارث للتركة ، لا يكون إلا بتحقق وفاة المورث ، ووفاة المفقود هنا مبنية على غلبة الظن ، وألحقت الضرر به ، فإذا تحققت حياته ، وجب إزالة الضرر ، وإزالته هنا باستعادة أمواله وممتلكاته .

ث- إذا أخذ بالرأي القائل ، لعدم استرجاع ما استهلك من مال ، فقد يؤدي ذلك إلى أنه لا يرجع على الغني الذي استهلك هذا النصيب من التركة ، وهو ليس محتاجاً إليه أصلاً ، ويرجع على الفقير الذي أخذ يدخر أو يحافظ على ما استحقه من التركة ، ليكون عوناً له في المستقبل .

ج- إذا تحقق للحاكم ، أن استعادة المستهلك من المال ، يلحق الضرر بالمستهلك لعدم استطاعته إعادته إلى المفقود مثلاً ، فيمكن تكفل ذلك من بيت المال .

٣- لا إثم على من استهلك نصيبه من التركة لتصرفهم فيه على أساس الملكية ، بحكم حاكم.

٤- من الفقهاء من فرق بين أحكام المفقود وزوجته وأمواله (١) ومنهم من اعتبرها أحكاماً موحدة(٢) وقد بينت الرأي الذي أميل إليه في هذا الموضوع .

٥- لا يرث أحد من الزوجين الآخر ، وذلك فيما إذا كان كلاً من المفقود وزوجته ، دون أن يعرف أيهما مات أولاً ، فيعاملان معاملة القتلى والغرقى ، حيث إنه لا يرث أحد منهم الآخر وذلك لعدم تيقن السابق في الوفاة من اللاحق (٣)

٦- إذا توفيت زوجة المفقود أثناء فترة التربص ، وقبل الحكم بوفاة زوجها ، فإنه يوقف نصيبه منها ، أما إذا ظهر حياً ، فإنه يأخذ ميراثه منها . (٤)

١- ينظر/المنتقى شرح الموطأ ٩٣/٤ ، حاشية البجيرمي٢٦٠/٣ .

٢- ينظر/المبسوط ٣٥/١١-٣٦ ، الأم٢٩٣/٥ ، المعتمد٩٤/٢ ، المحلى٣١٦/٩ .

٣- الأم٣٤٨/٥

٤- المصدر السابق٣٤٨/٥

المبحث الثاني :-

أثر ظهور المفقود حياً فيما يتعلق بأمواله ويقسم إلى مطلبين :-

المطلب الأول :-

آراء الفقهاء في ذلك :-

إذا ثبتـــت وفاة المفقود بالبينة ، أو حكم القاضي بناء على غلبة الظن ، فإنه لا إشكال فيما إذا لم تظهـــر حياته بعد ذلك ، أما إذا ظهر المفقود بعد الحكم بوفاته ، وكانت أمواله غير مقسمه فهم متفقون على أن التركة تعود له ، ومتفقون كذلك على أنه يرجع على ما في أيدي الورثة إذا كانـــت قد قسمت تركته (١) ، ولكنهم اختلفوا في المستهلك منها فمنهم من قال بعدم رجوعه عليهم بما استهلكوا ، ومنهم من قال برجوعه عليهم ، وسيتم تفصيل ذلك على النحو التالي :-

١- الحنفية والمالكية :-

إذا ظهـــر المفقـــود حياً ، وكانت قد قسمت تركته بعد ذلك ، فإن هذه التركة لا تخلو أن تكون إحدى الحالات التالية :-

أ- أن تكون قد استهلكت من الورثة ، وأنفقت ، ففي هذه الحالة ليس له الرجوع على الورثة بما استهلكوا ، وذلك لأنه لا ضمان عليهم ، لأن ما استحقوه كان بحكم فلا يعتبر تعدياً .

ب- أن يكون قد بقي قسم منها بيد الورثة ، واستهلك قسم آخر ، أو استهلك بعض الورثة ما اســـتحقوه ، ولم يستهلك البعض الآخر استحقاقهم ، فحكم هذه الحالة أن المفقود يرجع على ما بقـــي بـــأيدي الورثة ، دون الرجوع عليهم لما استهلكوه ، وسواء كان هذا المال عقاراً أو مالاً مـــنقولاً (٢) واســـتدلوا لرجوعه على ما بقي في أيديهم ، بقولهم ، أن أمواله قد قسمت بسبب الحكم بوفاته ، فلما تبين عدم الوفاة ،أي بطلان السبب ، بطل الأثر المترتب عليه، ووجب إعادة الشيء إلى أصله .

ج- أن تكون التركة غير مقسمة بعد ، ففي هذه الحالة يوقف تقسيمها ، وتعود إلى ملك صاحبها وهـــو المفقود ، وذلك إذا كان للمفقود الرجوع على ما بقي بأيدي الورثة بعد تقسيم التركة ، فمن الأولى الرجوع على التركة قبل تقسيمها .

د- لا يـــرجع على ما أنفقته زوجته وأولاده من ماله بإذن القاضي ، حتى لو كانت التركة غير مقسمة ، أما ما باعوه من العقار فإنهم ضامنون له (٣)

١- ينظر/المبسوط١١/٣٤ ، البحر الرائق٥/١٧٨

٢- ينظر/المبسوط١١/٣٤ ، ٣٠/٥٤ ، المدونة٢/٤٥٣ ، حاشية الشرقاوي٢/٣٢٨ .

٣- ينظر/المبسوط١١/٤٢ .

٢- المذهب الحنبلي :-

١- إذا ظهر المفقود حياً وكانت تركته قد قسمت ، سواء كانت مالاً أو عقاراً ، وبقيت على ما هي عليه دون استهلاك ، فإنه يرجع عليهم فيها (١) وذلك لما يلي :-

أ- أن تقسيم التركة كان لعلة الوفاة ، وتبين عدم الوفاة ،وبالتالي تبقى ملكيته في ماله كما هي ولا تنتقل إلى غيره . (٢)

ب- إن الملك الذي انتزع منه كان بحكم ، ولما تبين خطأ الحكم ، رد ماله إليه .

هذا إذا كانت التركة في أيدي الورثة ولم تستهلك ، أو استهلك قسم وبقي آخر ، فمن باب أولى أن يكون المفقود أحق بتركته إذا ظهر المفقود قبل تقسيم التركة أصلاً .

أما إذا قسمت واستهلكت ، أو استهلك قسم وبقي آخر ، فإن لهم في ذلك رأيين :-

أ- أنه لا يرجع على الورثة بما استهلكوا من ماله ، لأنه قسم لهم بحق (٣)

ب- أنه يرجع عليهم بكل ما ورثوه منه ، فما كان موجوداً بعينه استرده ، وما لم يكن موجوداً استرد قيمته إن كان قيمياً ، أو مثله أن كان مثلياً ، وذلك لتعذر رده بعينه (٤) وبالتالي فإنه يتضح أن الحنبلية قد اتفقوا على استعادة المفقود للموجود من أمواله ، ولكنهم اختلفوا في المستهلك منها إلى فريقين .

وإنني أرى صحة ما ذهب إليه الفريق الثاني ، من وجوب استرجاع المفقود لجميع أمواله الموجودة وضمان المستهلك منها ، وذلك لما يلي :-

١- إن هذه الأموال قد أخذت من المفقود لعلة الوفاة ، وإذا ثبت باليقين بطلان العلة ، فإن الآثار المترتبة عليها تكون باطلة ، فتبقى ملكية المفقود لأمواله قائمة .

٢- أنه لا فرق بين ما استهلك وما بقي من أمواله ، فالموجود ملكه ، والمستهلك استهلك بحكم تبين خطأه .

١- الإنصاف٣٣٩/٧ ، منار السبيل٢٧٧/٢ ٢- المعتمد٩٤/٢

٣- الإنصاف٣٣٩/٧ ، الفروع للمقدسي٢٧/٥ ٤- المعتمد٩٤/٢ ، كشاف القناع ٤٦٦/٤، الفروع للمقدسي ٢٧/٥

٣- إن في عـــدم إرجـــاع الأموال المستهلكة يؤدي إلى أشد الضرر بالمفقود الذي بانت حياته ، والضرر يزال بقدره ، فالموجود يسترد والمستهلك يعوض بالقيمة أو المثل ، وقد رجح الدكتور عبد الكريم زيدان ذلك . (١)

٤- يقـــوم بيـــت المال بإعادة قيمة المستهلك أو مثله للمفقود ، إذا كان الوارث غير قادر على ذلك ، فينتفي بذلك إلحاق الضرر بالوارث ، إذا عجز عن إعادة ما ورثه إلى المفقود .

٣- المذهب الشيعي :-

الشـــيعة يقولون كذلك برجوع المفقود على الورثة بجميع ما ورثوه منه ، مستهلكاً كان أم غـــير مستهلك ، حيث إنهم اشترطوا تقسيم التركة على الورثة الأغنياء -أو من يأخذ السلطان عليهم كفلاء ، وذلك كي يعيدوا ما تملكوا إذا ظهرت حياته (٢) .

هـــذا وبالنسبة لأثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لأمواله ، في قانون الأحوال الشخصية فقد تم ذكره ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث ، فيكتفى به .

١- ينظر/المفصل ١١/٣٨٩

٢- ينظر/جواهر الكلام ٣٩/٣٠٦ .

المطلب الثاني :-

أمثلة على ميراث المفقود من غيره :-

١- إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد للمتوفى ، فإن جميع تركة المتوفى توقف ، لحين ظهور حال المفقود ، وذلك كما يلي :-

المثال الأول :- توفي شخص وترك ابنه المفقود فقط :-

في هذه الحالة توقف جميع التركة لعدم وجود وارث غير المفقود .

المثال الثاني :- توفي شخص وترك ابنته المفقودة ، ففي هذه الحالة ينظر :-

أ- إذا كان له عصبة يوقف لها نصيبها كاملاً ، وهو نصف التركة .

ب- إذا لم يكن له عصبة يوقف لها جميع التركة فرضاً ورداً.

٢- إذا كان المفقود أحد الورثة ، تقسم التركة على اعتبارين الأول باعتباره حياً والثاني باعتباره ميتاً ، فيعطى الورثة أقل النصيبين ويتضح ذلك من الأمثلة التالية :-

المثال الأول :-

توفي شخص وترك ابناً مفقوداً ، وبنتاً ، وزوجة :-

التقسيم على اعتبار حياته :-

للزوجة ٨/١ للبنت والابن الباقي تعصيباً(١) وهو ٨/٧ فتكون المسألة من ٢٤ للزوجة ٣ أسهم وللابن ١٤ سهماً وللبنت ٧ أسهم .

أما على اعتبار وفاته فيكون للزوجة ٨/١ وللبنت ٨/٧ فرضاً ورداً .

نعمل توحيد أصل المسألتين وذلك بضرب أصل المسألة الأولى ٢٤ بأصل المسألة الثانية ٨ فيكون الناتج ١٩٢ ففي حالة اعتبار المفقود حياً يكون نصيب البنت ٥٦ سهماً والزوجة ٢٤ سهماً ، وللمفقود ١١٢ سهم .

أما على اعتبار وفاته فيكون للزوجة ٢٤ سهماً وهو الثمن ، وللبنت ١٦٨ سهماً .

ففي هذه الحالة نعطي الزوجة نصيبها كاملاً وهو ٢٤ سهماً ، لأنه لا يختلف سواء كان المفقود حياً أم ميتاً ، وتعطى البنت أقل النصيبين وهو ٥٦ سهماً ، ويحفظ الباقي وهو ١١٢ سهماً للمفقود .

١- العصبة هو كل وارث ليس له فرضاً مقدراً في القرآن أو السنة ، ويأخذ كل التركة عند الانفراد ، والباقي بعد أصحاب الفروض/ينظر/الاختيار لتعليل المختار ٥/٩٢ ، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية للدكتور جمعة محمد محمد براج ص٤٧٩/دار يافا العلمية/عمان .

المثال الثاني :-

توفيت امرأة وتركت زوجها المفقود ، وأختيها لأبيها ، وعمها لأبيها ، فعلى اعتبار حياته يأخذ الزوج النصف والأختين لأب الثلثين ، فتعول المسألة إلى سبعة (١) وأما على اعتبار وفاته فيكون للأختين لأب ٣/٢ وللعم لأب الباقي وهو ٣/١ .

وبضرب أصل المسألة ٧ في المسألة الثانية ٣ يكون الناتج ٢١ يكون للزوج على اعتبار حياته ٩ أسهم ، وللأختين ١٢ ، سهماً ولا شيء للعم لأب ، وأما على اعتبار وفاة الزوج المفقود ، فيكون للأختين لأب ١٤ سهماً وللعم لأب ٧ أسهم ، أي بنسبة سهمٍ واحدٍ لكلٍّ واحدٍ منهم .

ومن نظر إلى نصيبي الأختين لأب نجد أن أقل النصيبين لهما هو على اعتبار حياة المفقود وهو ١٢ سهماً ، وكذلك بالنسبة للعم لأب حيث لا شيء له على اعتبار حياة المفقود ، وبهذا نعطي الأختين لأب ١٢ سهماً ولا نعطي العم لأب شيئاً ، ونحفظ للزوج المفقود ٩ أسهم ، فإن ظهر المفقود حياً أخذ ما حفظ له ، وإن ثبتت وفاته أعطي ما حفظ له لورثة مورثه .

المثال الثالث :-

توفيت عن ابن مفقود ، وبنت ، وزوج ، فيكون أصل المسألة على اعتبار حياته ٤ للمفقود ٢ وللبنت ١ وللزوج ١ ، وفي حال وفاته يكون أصل المسألة كذلك ٤ للزوج ١ وللبنت ٣ فرضاً ورداً .

في هذه الحالة نعطي الزوج نصيبه كاملاً ٤/١ لأنه ثابت في الحالتين وتعطى البنت أقل النصيبين وهو ٤/١ على اعتبار حياته ، ويحفظ للمفقود ٤/٢ وهو أوفر الحظين ، فإذا ظهر حياً أخذ الموقوف له ، وإذا ثبتت وفاته أعطي الموقوف لورثة مورثه وهي البنت .

هذا هو المعمول به في المحاكم ، وقد رجحت أن يرد الموقوف إلى ورثة المفقود ، لا إلى ورثة المورث ، أما بالنسبة لميراث غيره منه ، فإن تركته لا تقسم إلا بعد الحكم بوفاته أو بعد تصديقه استئنافاً إذا كان تابعاً للاستئناف ، وتقسم التركة على الورثة الموجودين أثناء الحكم لا أثناء الفقد

١- العول : هو زيادةٌ في السهام ونقصٌ في الأنصبة/ينظر/حاشية الشرقاوي٢/١٩٥ ، أحكام الميراث ص٥٥٢ .

٢- الفرض هو السهم المقدر شرعاً للوارث والرد هو صرف الزائد من الفروض إلى أصحابها كلٌّ حسب فرضه إذا لم يوجد عاصب/ينظر/حاشية الشرقاوي٢/١٨٥ ، ١٩١ ، أحكام الميراث ص٢٩٣ ، ٥٨٢ .

المبحث الثالث :-

صلاحيات القاضي والوكيل في أموال المفقود وزوجته ويقسم إلى :-

المطلب الأول :-

صلاحيات القاضي في أموال المفقود وزوجته :-

أثناء الحديث عن فعالية يد القاضي ، وصلاحيته في أموال المفقود ، فإن ذلك فيمن ليس له وكيل ، لأن الوكيل كالأصيل ، ويتصرف بما تمليه عليه الوكالة إلا فيما كان حقاً واجباً عليه للغير ، كنفقة زوجته وأولاده الذين تجب نفقتهم عليه ، فالقاضي يفرض النفقة ، سواء كان للمفقود وكيل وعارض ذلك ، أو لم يكن له وكيل (١) .

أما إذا لم يكن له وكيل ، فالقاضي هو الذي يمثل الدولة ، وعليه واجب تجاه هذا المال ، لحمايته من الهلاك أو الضياع ، ولعجز المفقود عن الحفاظ عليه .

هذا وقد تناول الفقهاء هذه المسألة ، وأكثر من أسهب في ذلك هم الحنفية والمالكية وذلك على النحو التالي :-

أولاً :- المذهب الحنفي :-

١- ينصب القاضي وكيلاً للمفقود ، وذلك لحفظ أمواله ، وحمايتها من الهلاك ، حيث إن المفقود عاجز عن النظر لنفسه ، كالصبي والمجنون ، والقاضي ناظرٌ وحافظ لكل من عجز عن النظر لنفسه ، وتعيينه للوكيل ، للقيام وتأدية الواجب ، بإشراف القاضي (٢) .

٢- يمكّن أصوله أو فروعه ، ومن تجب عليه نفقتهم حال حضوره ، من الإنفاق على أنفسهم من ماله إذا كانوا فقراء (٣) .

٣- لا يجوز للقاضي بيع متاع المفقود أو عقاراته ، من أجل الإنفاق على من تجب نفقتهم عليه ، حتى لو كان ذلك من أجل زوجته .

٤- يمكّن الزوجة من الإنفاق على نفسها ، فقيرة كانت أم غنية ، وذلك لأن نفقتها واجبة عليه بالعقد ، ولا عبرة باليسار أو الإعسار ، وذلك لما يلي :-

أ- إن نفقة الزوجة فقيرة كانت أو غنية ، ونفقة الأقارب الذين تجب نفتهم عليه إذا كانوا فقراء واجبة عليه في حضوره ، فتجب عليه في غيابه .

١- ينظر/المبسوط ٣٩/١١ .

٢- ينظر/المبسوط ٣٨/١١ ، الكتاب مع اللباب ٢١٥/٢-٢١٦ ، فتح القدير ٣٦٢/٥ ، حاشية ابن عابدين ٤٥٩/٦

٣- ينظر/المبسوط ٣٨/١١-٤٥ .

ب- تمكين القاضي لهؤلاء بالنفقة من مال المفقود ، هو من قبيل الحفظ لملكه ، وهذا من واجبات القاضي أو الحاكم (١) .

ج- ليس في هذا الأمر قضاء على الغائب ، وإنما هو تمكين للمستحق من أخذ حقه ، فيعينهم القاضي على ذلك (٢)

٥- للقاضي أن ينفق على زوجة المفقود ، وأصوله وفروعه ، إذا كانت نفقتهم واجبه عليه ، من الوديعة ، أو الدين ، إذا كانا مقرين بالدين والوديعة والزوجية ، أو كان معلوماً عند القاضي(٣)

وقد خالف الإمام زفر ذلك فقال ، ليس له الإنفاق من الوديعة ، لأن إقرار المودع ليس حجةً على الغائب ، وهو ليس بخصم (٤) .

٦- ليس للقاضي الإنفاق على من ذكر من ذي الرحم ، لأن النفقة لا تكون لهم في حضور المفقود ، إلا بقضاء القاضي ، ولا قضاء على الغائب فهم ليسوا كالزوجة أو من تجب نفقتهم عليه .

٧- إذا أنفق المودع عنده أو المدين ، على زوجة المفقود ، أو من تجب نفقتهم عليه ، وذلك دون قضاء القاضي ، فعليهما الضمان ، وذلك لأنهما غير مأذونين بذلك ، لا من صاحب المال بنفسه ، ولا من القاضي بحق ولايته ، وقيل بأنه لا ضمان عليه في نفقة الزوجة والأولاد (٥) .

٨- للقاضي حق بيع ما يخشى عليه الفساد من ماله ، وذلك لأن في البيع حفظاً لمال المفقود ، بعد أن تعذر حفظ عين المال (٦) .

٩- لا يقضي القاضي في شيء من أمره ، حتى تقوم البينة على موته .

١٠- ليس للقاضي أن يسمع الدعوى عن المفقود ، ولا تقبل البينة عليه ، إلا أنه إذا حكم بذلك نفذ حكمه (٧) .

١-المبسوط٣٩/١١ ٢-المصدر السابق٣٩/١١ ٣- المصدر السابق٣٨/١١-٣٩

٤-ينظر/بدائع الصنائع٢٩٨/٦ .

٥-ينظر/الهداية١٨١/٢ ، بدائع الصنائع٢٩٨/٦ .

٦-ينظر/بدائع الصنائع١٩٦/٦-١٩٧ ، المبسوط٣٥/١١ .

٧-ينظر/فتح القدير٣٦٩/٥ .

وبالـــتالي لـــيس له سماع إدّعاء حق على المفقود من دين أو وديعة ، أوشركة في عقار ، أو مطالـــبة باستحقاق ، أو طلاق أو نكاح ، حتى لو كان هذا الإدعاء من وكيل المفقود أو وريثه .

أما الوكيل :- فلأنه نصب للحفظ فقط .

أما بالنسبة للورثة :-

ليس لأحد من الورثة ذلك ، لأنهم يخلفونه بعد موته ، ولم يثبت موته بعد .

١١- لـــيس للمفقود الرجوع على زوجته أو ورثته الذين تجب نفقتهم عليه ، بما أنفقوا بقضاء القاضي أو وكيله ، وذلك للأسباب التالية :-

أ- إن القاضي له ولاية الإنفاق أصلاً فكان فعله كما المفقود (١)

ب- لا ضمان عليهم فيما أنفقوا على أنفسهم بالمعروف ، إذا كان ذلك من جنس النفقة كالمأكل والملبس ، وذلك لحديث هند زوجة أبي سفيان (٢).

أما ما كان عروضاً ، أو عقاراً ، وبيعت فعليهم الضمان ، لأنه ليس لهم ذلك ، إلا إذا كان مما يخشى عليه الفساد (٣) .

١٢- ليس للقاضي قضاء ، دين المفقود من ماله ، لأن في ذلك قضاء على الغائب .

١٣- ليس له دفع مهر زوجته ، أو النفقات المتراكمة لها عليه قبل الفقد ، وذلك لما فيه من ضررٍ على المفقود ، وليس حفظاً لملكه .

١٤- لـــيس للقاضـــي القضاء للمفقود بالوصية ، لو أوصى إليه رجل بالوصية ولا أن يبطلها ، وذلك لقياسها على الميراث ، فلاستحقاق الموصى له للوصية شرط بقائه حياً بعد موت الموصي ، ولكنها توقف حتى يتبين حاله (٤) .

١٥- لا يحق للقاضي فسخ إجارة المفقود ، ولا يبرأ المستأجر إذا دفع الأجرة لزوجته أو ولده ، إلا إذا كان بحكم (٥)

١- ينظر/المبسوط ٤٢/١١ ٢- ينظر/ص١٣٧ من هذا البحث .

٣- ينظر/المبسوط ٤٢/١١

٤- ينظر/شرح فتح القدير ٣٧٤/٥ ٥- ينظر/حاشية ابن عابدين ٢٩٥/٤ ، المبسوط ٤٢/١١

١٦- لـــيس للقاضـــي عزل وكيل المفقود ، لأن الوكيل لا ينعزل بالفقد ، ولا ينصب القاضي وكيلاً غيره .

١٧- لـــيس للقاضـــي سمـــاع بيـــنة الـــزوجة لإثـــبات الـــنكاح ، لأن البيـــنة لا تكـ ون إلا على خصم جاحد (١) .

في حين أجاز الإمام زفر بأن تسمع بينتها عليه في ذلك ، فإذا أثبتت النكاح ، أمرها القاضي بالاســـتدانة للإنفاق على نفسها ، فإذا حضر الزوج كلّفها إعادة البينة ، فإن أعادت قضى على الـــزوج بالإنفاق ، ودفع ما تراكم لها عليه ، وإن لم تعدها لم يقض على الزوج بشيء ، وهذا من باب الاحتياط (٢) .

١٨- لـــيس للقاضـــي كذلك ، أن يسمع البينة بادعائها الطلاق على المفقود ، وذلك لانعدام الحكم على الغائب (٣) .

١٩- لـــيس للقاضي أخذ مال المفقود الذي في يد مودعه ، أو شريكه المضارب ، وذلك لأنهما نائبان عنه (٤) .

ثانياً :-المذهب المالكي :-

١- ينفق القاضي على زوجة المفقود، في السنوات الأربع ـــ فترة التربص ـــ وأولاده وأبويه(٥)

٢- لـــيس للقاضي أن ينفق على زوجة المفقود ، في الأربعة أشهر وعشر ، لأنها عدة وفاة ، ولا نفقة للزوجة في عدة الوفاة (٦)

٣-تفرض لها النفقة من دينه ،أو وديعته، إذا أقر الدائن والمودع عنده بالدين والوديعة والنكاح

٤- يسترد القاضي ما أنفقته الزوجة على نفسها،إذا تبين أنه مات قبل ذلك ، لأنها وارثه(٧)

٥- للقاضي النظر في أموال المفقود وجمعها ، سواء كانت بيد وارث أوغيره .

٦-للقاضي أن يعين وكيلاً على جمع أموال المفقود ، والنظر فيها حتى وإن كان من الورثة(٨)

٧- ليس للقاضي بيع عقارات المفقود ، ويستثنى من ذلك ما كان نفقة للزوجة ، ويبيع عبيده إذا لم تتوفر لهم النفقة من ماله .

٨- وله بيع أمواله وعقاراته إذا قضي عليه بدينٍ ، أو استحقاقٍ أو ضمان (٩)

١- المبسوط٤٣/١١ ٢- المصدر السابق٤٣/١١ ٣- المصدر السابق٤٥/١١

٤- ينظر/بدائع الصنائع١٩٦/٦ ٥- ينظر/حاشية الدسوقي٢٨٣/٢ ، مواهب الجليل٤٩٧/٥-٤٩٨

٦- المدونة الكبرى٤٥١/٢-٤٥٢ ٧ - المصدر السابق٤٥٢/٢ ٨- المصدر السابق٤٥٥/٢ .

٩- ينظر/مواهب الجليل١٥٦/٤

٩- للقاضي قضاء ديون المفقود ، ولا يبرأ منها المدين ، أو المودع عنده إذا أعاد الدين أو الوديعة لزوجته أو لأحد الورثة ، إلا إذا كان ذلك بحكم القاضي (١)

١٠- ليس للقاضي فسخ ما أجر المفقود أو أعاره ، قبل نهاية المدة ، إذا كان ذلك محدداً بمدة ، أما إذا كان مطلقاً فليس له ذلك ، وينظر في ذلك حتى يتم الأجل ، وكذلك الدور المسكونة، حتى يتم سكناه إلى أجله ، وذلك لأن هذه الأمور أوجبها المفقود على نفسه ، فليس له الرجوع فيها ، أو فسخها حتى لو كان حاضراً .

١١- للقاضي فسخ القراض إذا كان المفقود قد قارض رجلاً إلى أجل ، وذلك لفساده عند الإمام مالك (٢) .

١٢- للقاضي أن يضمن القيمة لمن أفسد مال الغائب .

١٣- يسمع القاضي البينة من الموصى له ، فإذا ثبتت يوقفها حتى يثبت موته فتعتد ، أو تظهر حياته ، خوفاً من موت البينة (٣) .

١٤- ليس له تقسيم تركته ، حتى يأتي موته ، أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله (٤)

١٥- يوقف القاضي نصيب المفقود من التركة أو الوصية ، فإن ظهر حياً فهو أحق بما وقف له، وإن بلغ من السنين ما لا يحيا إلى مثلها ، رد إلى ورثته يوم فقده (٥) .

١٦-للقاضي أن يأخذ أموال المفقود من يد مودعه أو شريكه المضارب ، إذا كانا مقرين بذلك(٦) .

١- ينظر/المدونة٢/٤٥٤ ، مواهب الجليل٤/١٥٦ .

٢- المدونة ٢/٤٥٥ ٣- المصدر السابق٢/٤٥٦

٤- المصدر السابق٢/٤٥٢

٥- المصدر السابق٢/٤٥٦ ٦- المصدر السابق٢/٤٥٥ .

ثالثاً :- المذهب الشافعي :-

١- إن نفقة زوجة المفقود واجبةٌ على زوجها ومن ماله ، وتنقطع نفقتها إذا نكحت ، وأثناء عدتها من الثاني إذا ظهر المفقود حياً (١) .

٢- يفرق القاضي بينها وبين زوجها بعد أن تتربص أربع سنوات ، ويأذن لها بالزواج بعد انتهاء العدة ، فإذا تزوجت وعاد المفقود أو بانت حياته ، خيَّره القاضي بينه وبين صداقها ، هذا في القديم ، أما في الجديد فلا يفرِّق القاضي بينهما إلا بعد ثبوت الوفاة ، أو انقضاء مدة التعمير ، وحكم القاضي بذلك ، وإذا نكحت قبل ذلك فنكاحها باطل (٢)

٣- يمنع القاضي زوجها الأول من فرجها إذا اختارها بعد زواجها ، وذلك لحين انقضاء عدتها من الثاني ، حيث يفسخ زواجها من زوجها الثاني إذا ظهر حياً ، سواءً تزوجت بحكم بعد انقضاء مدة تعميره ، أو تزوجت قبل ذلك ، ويمنع زوجها الأول منها أثناء العدة للعلة ذاتها .

٤- إذا جاءت بولدٍ بعد السنوات الأربع من فقد زوجها ، فلا يلحق الولد به ، وذلك لتحقق براءة الرحم ،وهو للثاني إلا إذا ادعاه الأول ،وأقام بينةً على ذلك ،وعُرض بعدها على القافة(٣)

أما فيما يختص بأمواله وتقسيمها فإن الشافعية لم يتوسعوا في بيان صلاحيات القاضي في ذلك، إلا ما كان متعلقاً بنفقة زوجته ومن تجب نفقتهم عليه ، وفيما يتعلق بميراثه من غيره وميراث غيره منه ، والذي سبق ذكره .

وحيث إن المفقود هو من الغائب ، فيمكن اعتبار ماله قبل الحكم بوفاته ، على أنها أموال غائب ، وعليه فيمكن إيجاز صلاحيات القاضي في ذلك بما يلي :-

---

١- مغني المحتاج٣/٣٦٣

٢- أسنى المطالب٣/٤٠٠ ، روضة الطالبين ٧/٤٠٣ .

٣- القافة جمع قائف ، والقائف لغةً هو الذي يعرف الآثار ويتتبعها ، وشرعاً من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه ، بما خصه الله تعالى به من علم .ينظر/لسان العرب ٩/٢٩٣ ، مغني المحتاج ٤/٤٨٨ ، أسنى المطالب٣/٤٠١ ، روضة الطالبين ٧/٤٠٦ .

١- للقاضي بيع ما يخشى عليه الفساد من أموال الغائب .

٢- للقاضي أن يقرض مال الغائب لمن هو ثقةٌ ليحفظه في ذمته .

٣- للقاضي أن يقضي دين الغائب من ماله ، ويؤدي الحقوق المالية التي تثبت عليه(١) .

٤- يقسم القاضي تركة المفقود على الأحياء من ورثته بعد الحكم بوفاته .

٥- ينفق على زوجته وأولاده من ماله ، وذلك لأن نفقتهم واجبة عليه (٢) .

رابعاً :- المذهب الحنبلي :-

١- يأمر القاضي زوجةس المفقود بالاعتداد بعد الحكم بوفاته ، ويأذن لها بالزواج بعد التحلل(٣)

٢- يقضي القاضي دين المفقود من ماله بلا منازع ، وذلك إذا كان له مالٌ موقوف (٤)

٣- يزكي القاضي مال المفقود ، معللاً ذلك بأنه مات وعليه زكاه (٥) .

٤- ينفق القاضي على زوجة المفقود وأولاده وعبده وبهيمته .

٥- ينصب القاضي وكيلاً عن المفقود لحفظ أمواله وممتلكاته إذا لم يكن له وكيل .

خامساً :- المذهب الظاهري :- (٦)

١- ليس للقاضي فسخ زواج امرأة المفقود حتى يصح موته أو تموت هي .

٢- لا تعتق أم ولده ولا تباع أمته .

٣- لا يقسم ماله .

٤- للقاضي أن ينفق على زوجة المفقود من ماله ، فإذا لم يجد ما ينفق عليهم منه ، فإنه يبيع أمته

٥- ينفق على زوجته وأولاده من بيت المال ، إذا لم يكن له ما ينفقون به على أنفسهم .

١- مغني المحتاج ٣٥٨/٣ ؛

٢- المصدر السابق٤٤٦/٣ .

٣- ينظر/المغني١٣٥/٩ ، كشاف القناع٤٢١/٥

٤- المصنف٣٣٨/٧

٥- المصدر السابق٣٣٨/٧

٦- المحلى٣١٦/١٠

المطلب الثاني :-

صلاحيات الوكيل في أموال المفقود :-

١- يتولى الوكيل إدارة أعمال المفقود كما تخوله الوكالة بذلك حيث إن الوكيل كالأصيل (١)

٢- يقبض الوكيل غلات المفقود والديون التي أقر بها غرماؤه ، وذلك لأنه من باب الحفظ عليه

٣- يخاصم في الديون والحقوق التي وجبت بالعقد الذي أجري له من قبل القاضي ، أما إذا كانت هذه الحقوق غير ناشئة عن العقد ، فإن الوكيل لا يملك الخصومة عن المفقود مدعياً كان أو مدعىً عليه إلا بإذنٍ من القاضي(٢).

٤- ليس للوكيل أن يخاصم في دينٍ أو وديعةٍ غير مقرٍّ بها (٣) .

٥- ليس للوكيل أن يخاصم في نصيبٍ مستحقٍ له في عقارٍ أو عرضٍ في يد غيره ، وذلك لأنه ليس بمالكٍ ، ولا نائباً عنه ، فلا يملك الخصومة .

٦- ليس للوكيل بيع مالا يخشى عليه الفساد ، منقولاً كان أو عقاراً ، ولو كان ذلك بسبب النفقة ، في حين يرى المالكية أن ذلك من صلاحياته .

٧- للوكيل بيع ما يتسارع إليه الفساد من مال المفقود ليحفظه .

٨- للوكيل الإنفاق على زوجة المفقود وأصوله وفروعه ، الذين يستحقون النفقة في حضرته دون حكم حاكم (٤)

١- حاشية ابن عابدين٦/٤٥٩

٢- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ؟

٣- المصدر السابق٦/٤٥٨

٤-المصدر السابق٦/٤٦٠

المطلب الثالث ويقسم إلى ثلاثة فروع :-

الفرع الأول :-

وصية المفقود :-

في الحديـــث عن وصية المفقود ، سأقصر ذلك على المذهب الحنفي والمالكي ، وذلك لعدم عثوري على أقوال المذاهب الأخرى في هذه المسألة ، وعليه فسأقصر ذلك على ما يلي :-

١- إذا أوصى المفقود لغيره قبل فقده ، وتوفي المفقود يقيناً أو حكم بوفاته ، والموصى له على قيد الحـــياة ، فإنـــه يأخذ ما أوصي له ، إذا كان دون الثلث من التركة ، وإذا أقام شخصٌ بينةً أن المفقود قد أوصى له بوصية ، فإن البينة تقبل منه ، فإذا أقام البينة على ذلك وقفت له الوصية ، فإن مات المفقود وهو حي ، أو حكم بوفاته لبلوغه من السنين مالا يحيا إلى مثلها ، أخذها الموصى له إذا كان حياً ، وترد إلى ورثة المفقود ، إذا كان الموصى له قد توفي قبل ذلك (١)

٢- إذا كان المفقود هو الموصى له ، فإن هذه الوصية توقف له لحين ظهور حاله ، كما هو الأمر بالنسبة لميراثه من غيره ، وقد جاء في المبسوط ((ولو أوصى رجلٌ للمفقود بوصية لم أقض بها له ولم أبطلها ، ولم أنفق على ولده منها ، لأن الوصية أخت الميراث ، وشرطٌ لاستحقاق الموصى له بقـــاؤه حياً بعد موت الموصي كالميراث ، حيث إنه يوقف حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شيء)) (٢)

وقـــال محمد ((لا أقضي بها ولا أبطلها ، حتى يظهر حال المفقود ، يعني أن يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضى بموته ، فإذا قضي بموته جعل كأنه مات الآن)) (٣)

١- ينظر/المدونة٣/٤٥٦

٢- المبســـوط ١١/٤٥ ، البناية شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ت ٨٥٥هـ تصحيح المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري٦/٧٠/دار الفكر/ط١

٣- البحر الرائق٥/١٧٨ .

الفرع الثاني :-

المفقود إذا كان أنثى :-

أسباب عدم تعرض الفقهاء لذلك :-

لم يتناول الفقهاء أحكام المرأة إذا فقدت ، كما تناولوا أحكام المفقود على أنه ذكر ، وأرى أن الأسباب في ذلك تعود لما يلي :-

١- إن الصفة الغالبة للمفقودين ، هي من الرجال دون النساء ، وذلك لكون الرِّجال هم الذين يسعون في مناكب الأرض ، طلباً للرزق أو للجهاد ، أو غير ذلك من المهام التي تقع على عاتق الرِّجال دون النساء في الغالب .

٢- محافظة المجتمع الإسلامي على المرأة ، حيث يؤمِّن لها احتياجاتها ، بنتاً كانت أو زوجةً أو أماً وقل أن تعتمد على نفسها ، وبالتالي تكون بعيدةً عن التعرض للفقد .

٣- وعلى فرض التسليم بخروج المرأة وسعيها في الأرض ، وذلك طلباً للعلم أو ...فإنها لا تسافر منفردة ، وإنما لا بد من صحبة أحد محارمها لها ، أو زوجها ، التزاماً بقوله صلى الله عليه وسلم ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يومٍ وليله إلا ومعها ذو محرم))(١) فيكون تعرضها للفقد كذلك قليلاً إن لم يكن نادراً .

وحيث إن الحياة التي نعيشها هذه الأيام ، قد اختلفت عما كانت عليه في الماضي ، لما امتازت به من وسائل نقلٍ سريعةٍ وجماعية ، دفعت المرأة وشجعتها على السفر لمسافةٍ بعيدةٍ في الطائرة أو الباخرة أو القاطرة ، والتي كثيراً ما تكون دون محرمٍ كذلك ، فتتعرض لما يتعرض له الرِّجال من الفقد ، لذا فإنه قد يترتب على فقدان الأنثى أحكامٌ تختلف عن أحكام الذكر ، ومن هذه الأحكام ما يلي :-

١- يسري على النساء ما يسري على الرجال من أحكامٍ ، وذلك بالنسبة للمدة التي يحكم فيها بموتها ، أو تقسيم أموالها ، وذلك حيث إنه لا فرقَ بين كون المفقود ذكراً أو أنثى ، حيث قال الإمام الزركشي ((الزوجة المنقطعة الخبر كالزوج)) (٢)

١- صحيح مسلم بشرح النووي ١٠٧/٩/كتاب الحج/باب سفر المرأة مع محرم إلى حجٍّ وغيره .

٢- مغني المحتاج ٣٩٧/٣ .

٢- إذا كانـــت متزوجة وحكم بوفاتها ، فهل لزوجها التزوج من محرمٍ لها ، أو من امرأة أخرى ليســـت من محارمها ، إذا كان في عصمته ثلاث زوجاتٍ غير التي فقدت ؟ وهل يحتاج ذلك إلى طلاقها احتياطاً ، وانتظار مضي عدتها أم لا ؟ وما هو حكم زواج زوجها بأحد محارمها أو بزوجةٍ أخـــرى ، إذا كـــان بعصمته ثلاث زوجاتٍ غير التي فقدت ، ثم ظهرت حياتها ، وما هو مصير نصيب ابنها من الميراث ، إذا تبين أنها كانت قد تزوجت بعد الفقد وأنجبت ، وكانت التركة قد قسمت ، ولبيان ذلك أقول :-

إنـــني أرى صحة قول من قال بأن الزوجة كالزوج إذا فقدت ، وذلك فيما يتعلق بالتحري عـــنها وفـــترة الانـــتظار وميراثهـــا من غيرها ، وميراث غيرها منها ، أما فيما يتعلق بزوجها فإنني أرى ما يلي :-

١- إذا حكـــم بوفاتهـــا بناءً على غلبة الظن ، فليس لزوجها الزواج من ذي رحم محرمٍ منها ، كأختها أو عمتها أو خالتها ، ولا بزوجة غيرها ، إذا كان بعصمته ثلاث زوجاتٍ سواها ، وذلك دون أن يطلقهـــا وتنقضي عدتها منه ، وهي ثلاثة أشهر ، على اعتبار أنها من غير ذوات الحيض لقوله تعالى ((وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...))(١)

فـــلا يكتفى بالحكم بوفاتها دون طلاقها ، كما قال الزركشي:-((إن الزوجة المنقطعة الخبر كالزوج ، حتى يجوز له نكاح أختها وأربع سواها)) (٢) وذلك لما يلي :-

أ- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بروايات متعددة ، أنه أمر ولي المغيب عنها زوجها أن يطلقها ، وذلك بعد أن أمرها وتربصت أربع سنين ، وهي روايات تقوي بعضها بعضاً (٣)

١- سورة الطلاق آيه ٤

٢- مغني المحتاج٣/٣٩٧

٣-ينظر/المصنف٧/٨٦/باب التي لا تعلم مهلك زوجها حديث رقم ١٢٣٢٠ .

ب- مـــا أخذ به بعض الفقهاء من أن زوجة المفقود ليس لها طلب التفريق ما أنفق عليها ، فإذا لم تجد من ينفق عليها أمر القاضي ولي المفقود أن يطلقها ، فيكون طلاقه طلاق الزوج (١)

ج- إذا كـــان هذا في حق من فُقِدَ زوجُها ، والمطلق هو الولي وليس الزوج ، فإن من الأولى أن يطلـــق الـــزوج زوجته ، إذا فقدت وحكم بوفاتها ، ويمنع الزواج من محارمها أو من غيرها ، إذا كانـــت بعصمته ثلاث نساءٍ غيرها ، وتتجلى الفائدة من ذلك فيما لو ظهرت الزوجة على قيد الحياة ، فإذا لم يكن قد تزوج بإحدى محارمها ، أو كان بعصمته أقل من أربع زوجات ، فلا ضير في ذلك ، أما إذا كان قد تزوج بإحدى محارمها أو بزوجةٍ رابعة ، وظهرت حياة زوجته المفقودة ، فـــإن ذلـــك يسبب حرجا فيما يترتب على ذلك من أحكام ، أما إذا كان قد طلقها قبل الحكم بوفاتها ولم يتزوج إلا بعد انقضاء العدة ، فإن ذلك يؤدي إلى رفع الحرج والله تعالى أعلم

٢- أما إذا حكم بوفاتها بناءً على البينة القاطعة ، وليس على غلبة الظن ، فلا فرق في ذلك بينها وبين التي لم تفقد .

١- ينظر/المصنف٧/٨٦/باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، من لا يحضره الفقيه٣/٣٥٤-٣٥٥ .

الفرع الثالث :-

حالات انتهاء الفقد :-

وفي نهاية الأمر يجدر بي أن أوضح حالات انتهاء الفقد وهي :-

١- ظهور المفقود حياً :-

فـــإذا عاد المفقود إلى وطنه حياً ، أو علمت حياته في أي مكانٍ آخر ، وثبت ذلك بشهادة الشهود ، أو أية بينات تتناسب مع وسائل الاتصالات المتاحة في هذه الأيام ، كظهوره في مقابلةٍ مرئيةٍ على شاشة التلفاز مثلاً ، أو قناعة القاضي بناءً على التحريات التي قامت بها المحكمة .

٢- ثبوت موته :-

إذا ثبت ببينة قاطعة ، خطيةً كانت أو شخصية موت المفقود ، فإن حالة الفقد وما يلحق بها مـــن بحثٍ وتحرٍّ تنتهي ، وذلك لزوال الجهالة التي كانت تحيط بحياته أو مماته ، وعلى ذلك اتفاق الفقهاء (١)

٣- الحكم باعتباره ميتاً :-

وهو الموت الحكمي ، وذلك بعد مرور الفترة الزمنية المضروبة لذلك ، إذا قام الدليل على غلبة الظن بوفاته ، وبعد اتباع وسائل البحث والتحري (٢)

١- الموسوعة الفقهية ص٢٧٥ عن شرح السراجية ص٢٢١ ، المدونة ٤٥٢/٢ ، الوجيز ٢٦٧/١ ، المغني ٣٦٦/٦ .

٢- ينظر/المادة١٩٩ من مذكرة المشروع الموحد لقانون الأحوال الشخصية .

((الفصل الخامس))

الإجراءات القضائية لدعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر والتفريق للحبس وفيه أربعة مباحث:-

المبحث الأول :-

تعريف الدعوى ومشروعيتها وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :- تعريف الدعوى لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثاني :- تعريف المدعي والمدعى عليه لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثالث :- مشروعية الدعوى .

المبحث الثاني :-

المدعي والخصم وفيه مطلبالن :-

المطلب الأول ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول - المدعي في دعوى المفقود .

الفرع الثاني - الخصم في دعوى المفقود

المطلب الثاني وفيه ثلاثة فروع :-

الفرع الأول - عناصر في دعوى المفقود .

الفرع الثاني - الأسباب الموجبة لدعوى التفريق بين المفقود وزوجته .

الفرع الثالث - الأسباب الموجبة لدعوى الحكم بوفاة المفقود .

المبحث الثالث :-

الإجراءات القضائية وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :- إجراءات ما قبل الدعوى .

المطلب الثاني وفيه ثلاثة فروع :-

الفرع الأول :- إجراءات السير في الدعوى .

الفرع الثاني :- القرار وإصدار الحكم .

الفرع الثالث :- ملاحظات حول عدة زوجة المفقود .

المبحث الرابع :-

الفرق بين دعوى المفقود والتفريق

للغيبة والضرر وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول وفيه ثلاثة فروع :-

الفرع الأول :- الأسباب الموجبة لدعوى التفريق للغيبة والضرر .

الفرع الثاني :- السير في دعوى التفريق للغيبة والضرر .

الفرع الثالث :- الـقـــــرار .

المطلب الثاني ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :- عناصر في الدعوى .

الفرع الثاني :- الفرق بين دعوى المفقود والغيبة والضرر .

المطلب الثالث :- دعوى التفريق للحبس ويقسم إلى :-

أولاً :- معنى الحبس لغةً وشرعاً .

ثانياً :- مشروعية الحبس والأسباب الموجبة له .

ثالثاً :- الأسباب الموجبة لدعوى التفريق للحبس .

رابعاً :- إجراءات السير في الدعوى .

خامساً :- عناصر في الدعوى .

الإجراءات القضائية لدعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر والتفريق للحبس وفيه أربعة مباحث :-

المبحث الأول :-

الدعوى ومشروعيتها ، وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول :-

تعريف الدعوى لغةً واصطلاحاً :-

الدعوى لغةً :-

اسم مصدر ادَّعى ، ويقال ادَّعى : يدعي ادِّعاءً ، وادَّعيتُ الشيء طلبتُهُ لنفسي ، والدعوى اسم لما يُدَّعى ، والجمع دعاوى : بكسر الواو وفتحها .

وقال بعضهم : الفتح أولى لأن العرب آثرت التخفيف ، وقال البعض الكسر أولى ، وتجمع كذلك على دعاوٍ ، بحذف الألف المقصورة والاستعاضة عنها بتنوين كسر على الواو (١) ويقال كذلك : دعوى : دعاوى ، و دِعاوه بكسر الدال وفتح الواو ، ودعاوه ، بفتح الدال وفتح الواو ويقال لي فيهم دعوه أي قرابة (٢)

وللدعوى في اللغة معانٍ عدة منها :-

١- الإخبار : يقال فلان يدعي بكرم فعاله ، أي يخبر عن نفسه (٣)

٢- الطلب والتمني ومنه قوله تعالى ((وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ)) (٤) قوله تعالى ((لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ)) (٥)

والطلب والتمني قد يكونان بمعنى واحد ، حيث إن لهم في الجنة ما يطلبون وما يتمنون .

١- لسان العرب ٢٦١/١٤ ، مختار الصحاح تأليف محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ت٦٦٦هـ ص٢٠٦/دار الكتاب العربي/بيروت/لبنان/ط١ ، تاج العروس ١٢٧/١٠-١٢٨ ، المعجم الوسيط ٢٨٦/١ ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري ت ٧٧٠هـ ٢٠٨/١/دار الفكر .

٢- المصادر السابقة ، المعجم الوسيط ٢٨٦/١

٣- المصباح المنير في غريب شرح الكبير ٢٠٨/١ .

٤- سورة فصلت آيه ٣١

٥- سورة يس آيه ٥٧

٥- الـــزعم الـــذي لا دليل عليه : ومنه قوله تعالى ((وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنتُم بِهِ تَدَّعُونَ))(١) أي هذا الذي كنتم لأجله تدعون الأكاذيب والأباطيل (٢) .

ومن هنا كان من طالب بحق دون حجة مدَّعياً ، وبعد إقامة الحجة محقاً لا مدَّعياً (٣) ولهذا يقـــال لمسيلمة الكذاب مدَّع النبوة ، لأنه عجز عن إثباتها ، ولا يقال لسيدنا محمد عليه السلام مدَّعي النبوة لأنه قد أثبتها بالحجة الساطعة والمقنعة وهي المعجزة (٤)

٦- طلب الشيء زاعماً ملكه :-

هو ما يضيفه الإنسان إلى نفسه زاعماً ملكه أو استحقاقه (٥)

أما المعنى الذي نحن بصده فهو الإخبار والطلب ، حيث يخبر صاحب الحق أو مدَّعية ، أن له حقـــاً عـــند غيره ، ويؤيد ذلك ما جاء في تعريف الدعوى في القضاء ((قول يطلب به الإنسان إثبات حق على غيره لنفسه)) (٦) أو هي (قضيةٌ يراد إثباتها أو الدفاع عنها) (٧)

١- سورة الملك آيه٢٧ ٢- لسان العرب١٤/١٦١ ، تهذيب اللغة٣/١٢٠

٣- يـــنظر/دعـــوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد راكان ضيف الله الدغمي ص٢٥/دار عمار/عمان/دار الجيل/بيروت ، المبسوط١٧/٢٩

٤- تاج العروس١٠/١٢٧ ، المبسوط١٧/٢٩ ٥- المغني٩/٢٧١ ، تبين الحقائق ٤/٢٩٠

٦- تاج العروس١٠/١٢٧-١٢٨ ، المعجم الوسيط ١/٢٨٧ ، لسان العرب٢/١٣٢٧

٧- الصـــحاح في اللغـــة والعلـــوم/تجديد صحاح العلامة الجوهري تقديم الشيخ عبد الله العلايلي إعداد وتصنيف نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي ص٣١٥/دار الحضارة/بيروت .

الدعوى اصطلاحاً :-

عرف الفقهاء الدعوى اصطلاحاً عدة تعاريف ، تختلف لفظاً ، وتتفق معنى نذكر منها :-

١- تعريف الحنفية :-

الدعوى هي :- ((مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته)) (١)

((إخبار الإنسان بحق له على غيره)) (٢)

((قول مقبول عند القاضي ، يقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره ، أو دفعه عن حق نفسه))(٣)

٢- تعريف المالكية :-

((الدعوى هي طلب معين أو في ذمة معين ، أو ما يترتب عليه أحدهما ، معتبرة شرعاً ، لا تكذبها العادة)) (٤)

٣- تعريف الشافعية :-

((إخبار عن سابق حق أو باطل للمخبر على غيره بمجلس الحكم)) (٥)

وقد ركز الشافعية كما هو ملاحظ ، على أن الدعوى هي عبارة عن إخبار ، ولكنها للمطالبة بحق واجب ، أو مدعى به على الغير ، وذلك عند الحاكم لإلزامه بهذا الحق وذلك عند ثبوته(٦)

١-ينظر/ البناية شرح الهداية٣٨٦/٧ ، الدرر الحكام ٣٢٩/٢

٢- الكتاب شرح اللباب ٢٦/٤ ، المرافعات الشرعية للسبكي ص٣٦ ، رد المحتار على الدر المختار ٢٨٥/٨

٣- المصدر السابق٥٤١/٥ ، التعريفات لعلي بن محمد الشريف الجرجاني ص٩٣/مكتبة لبنان/بيروت .

٤- ينظر/الفروق للقرافي٧٢/٤

٥- ينظر/مغني المحتاج٤٦١/٤ ، إغاثة الطالبين٢٤٨/٤ ، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع للشيخ محمد الشربيني الخطيب ٢٤/ ٢٨٩/دار الفكر/بيروت .

٦- ينظر/المرافعات الشرعية للسبكي ص٣٣ ، مغني المحتاج ٤٦١/٤ ، إثاة الطالبين ٢٤٨/٤ .

٤-تعريف الحنبلية :-

الدعوى هي ((إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيءٍ في يد غيره ، أو في ذمته)) (١)

٥- الشيعة :-

(هي الإخبار الجازم المقتضي لترتب الحق على الغير ، أو الخروج من الحق الذي له عليه) (٢)

ويلاحظ على هذه التعاريف ما يلي :-

١- المعـــنى اللغوي المقصود من الدعوى - الأخبار والطلب - يتناسب مع المعنى الاصطلاحي ، بمفهومه العام .

٢- التعاريف الاصطلاحية ، وإن كانت متعددة لدى الفقهاء ، فإنها تؤدي إلى معنى واحد ، وهو الأخبار والطلب .

٣- إنـــني أمـــيل إلى التعريف الذي ذكره الأستاذ محمد نعيم ياسين ، في رسالته نظرية الدعوى وأرجحه ، والذي يقول فيه ((الدعوى قول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء ، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو حمايته)) (٣) وذلك لشموله لمفردات التعريف ، وبيانها كما يلي :-

١- الأصـــل في الطلب أن يكون بالقول ، ولكن يجوز أن تكون كتابة أو إشارة ، ـــ وهذا كان سابقاً ـــ حيث إن المحاكم الآن لا تقبل الدعاوى القولية ، وإنما تشترطها خطية ، لأسباب عديدة، لا مجـــال لها في هذا المقام ، إلا إذا كان الإدعاء أثناء الدعوى المقامة ، فهي أيضاً مكتوبة ، لأنها تسجل في محضر الدعوى الأصلية ، ثم يكلّف بدفع الرسوم ، وذلك مثل ادعاء الطلاق في دعوى النفقة(٤)

١- كشاف القناع٦/٣٨٤، مطالب أولي النهى٦/٥٦٦،دليل الطالب لنيل المطالب١/١٨٣

٢- معجم فقه الجواهر٢/٥٠٥

٣- شرح أصول المحاكمات الشرعية ص١٢٠ عن نظرية الدعوى١/١٠١

٤- المصدر نفسه بتصرف ص١٢٠

هـــذا وإنني أرى أن القول يشمل ما كان مشافهة أو كتابة ، فنقول : قال فلان كذا وكذا ولو لم يكن مكتوباً ، كما نقول كذلك ، قال الشاعر ونقراً قصيدته المكتوبة دون أن نسمعها منه وبالتالي فالقول يشمل المكتوب والملفوظ (١)

٢- تخرج الدعوى بمعناها اللغوي بتقييدها بمجلس القضاء .

٣- تدخل الدعوى المقامة من الولي أو الوصي أو الوكيل ، وذلك بتقييد التعريف بقيد ((طلب حق له أو لمن يمثله)) .

٤- شمول التعريف لجميع الدعاوى ، طلب الحق ، وحمايته ، كدعوى منع التعرض وغيرها (٢)

هـــذا وقد عرفت المجلة الدعوى بأنها ((طلب واحد حقه من آخر في حضور الحاكم)) ((ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه)) (٣) والذي شرحه علي حيدر بقوله ((أنها طلب أحـــد حقـــه من آخر قولاً أو كتابة ، في حضور القاضي حال المنازعة ، بلفظ يدل على الجزم ، بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه)) (٤)

١- ينظر/شرح أصول المحاكمات الشرعية ص١٥١

٢- شرح قانون أصول المحاكمات ص١٢٠-١٢١بتصرف

٣- المادة١٦١٣ من المجلة

٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر٤/١٥١/دار الكتب العلمية/بيروت/لبنان .

المطلب الثاني :-

تعريف المدعي والمدعى عليه لغةً واصطلاحاً :-

المدعي والمدعى عليه لغةً :-

المدعي :- هو الطالب بحق له على غيره .

المدعى عليه :- هو المطلوب منه الحق .

يقال : ادعى عليه بكذا ، وادعيت الشيء ، أي طلبته لنفسي (١)

المدعي والمدعى عليه اصطلاحاً :-

أ- تعريف الحنفية :-

المدعـــي :- (مـــن يلتمس بدعواه إثبات ملك على غيره ، في العين أو في الدين ، أو يثبت حقاً ، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه) (٢)

ب- تعريف المالكية :-

((المدعي من ادعى خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من ادعى الظاهر)) (٣)

ج- تعريف الشافعية :-

((المدعي هو من خالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه من وافقه الظاهر)) (٧)

١- مختار الصحاح ص٢٠٦ ، تاج العروس١٠/١٢٧

٢- تحفة الفقهاء٣/١٨١ ، البحر الرائق٧/١٩٣ ، الكتاب شرح اللباب ٤/٢٦، المبسوط١٧/٣٢ .

٣- دعوى التناقض ص ٣٤ عن حاشية العدوي٧/١٥٤

٤- أسنى المطالب٤/٣٨٩ ، مغني المحتاج٤/٤٦٤

د- تعريف الحنبلية :-

((المدعي هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، والمدعى عليه من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه)) (١) .

هـ- تعريف الشيعة :-

((المدعـــي هو الذي لو سكت لسُكت عنه ، أي إذا ترك الخصومة لا يُجبر عليها ، سواء سبق إلى رفع الدعوى أم سبقه إليها خصمه)) (٢)

ممـــا ذكـــر يتضح لنا أن الفقهاء متفوقون على تحديد المدعي والمدعى عليه ، وإن اختلفت عـــباراتهم في التعريف ، وإن الأصل في هذه التعريفات جميعها يرجع إلى قوله عليه السلام ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكنَّ اليمين على المدعى عليه)) (٣) وقوله عليه السلام ((البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر)) (٤)

١- كشاف القناع٦/٣٨٤ ، مطالب أولى النهى٦/٥٦٦ ، نيل المآرب١/١٨٤ .

٢- الحلي٢/٨٨٩ ، فقه الإمام جعفر الصادق ٦/٧٥ ؟

٣- صـــحيح مســـلم بشـــرح النوري١٢/٢-٣ ، بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت ٨٠٧هـ/تحقيق عبد الله محمد الدرويش١/٦٨٦ حديث رقم ٤٩٢٩/دار الفكر/بيروت

٤- صـــحيح الـــترمذي إسناده صحيح٣/٦٢٦ ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للشيخ محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني ت ١١٨٢هـ صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي٤/١٤٨٤/دار الجيل/بيروت

المطلب الثالث :-

مشروعية الدعوى :-

أ- القرآن الكريم :-

قال تعالى ((وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ)) (١)

سبب النزول :-

بمعـــرفة سبب نزول هذه الآية ، يمكن معرفة وجه دلالتها ، فقد جاء في سبب نزولها أن رجلاً من المنافقين يقال له بشر ، كانت بينه وبين رجل من اليهود خصومه ، وكان اليهودي يدعوه إلى التحاكم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان المنافق يدعوه إلى غيره ويقول : إن محمداً يحيف علينا. (٢) هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فإن في الآية دلالة على وجوب إجابة الدعوى إلى التحاكم بحكم الله ورسوله ، لأن الله سبحانه وتعالى ، ذم من دُعي إلى ذلك ولم يجب بأقبح المذمة (٣)

ب- السنة النبوية :-

وردت أحاديث نبوية كثيرة في هذا البيان ، اقتصر منها على حديثين :-

١ - قال عليه الصلاة والسلام :-

((إنما أنا بشر ، وإنه يأتيني الخصم ، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق ، فاقضي له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم ، فإنما هي قطعة من النار ، فليأخذها أو ليتركها))(٤)

٢ - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :-

((لو يعطى الناس بدعواهم لأدّعي أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه))(٥)

ج- الإجماع :-

انعقـــد إجماع هذه الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى يومنا هذا على مشروعية الدعوى ، وجوازها وذلك لضرورتها (٦)

د- المعقول :-

لـــيس مـــن المعقـــول أن يترك الناس ، يستوفي كل ذي حق حقه ، من غيره ، أو مدع دعواه ، بالأسلوب الذي يراه مناسباً ، فلا بد من وجود جهة تفصل في هذه المنازعات والادعاءات .

١- سورة النور آيه ٤٨ ٢- أحكام القرآن لابن العربي٣/١٣٩٠

٣- ينظر/المصدر السابق ٣/١٣٩١ . ٤- رواه البخاري/فتح الباري باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه١٣/٧٢ حديث رقم ٧١٨١ ٥- صحيح مسلم شرح النووي١٢/٢

٦-شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر٤/١٥٠، شرح المجلة لسليم رستم بن باز ص٩٠٧ ، البناية شرح الهداية٧/٣٨٧

المبحث الثاني :-

المدعي والخصم وفيه مطلبان :-

المطلب الأول وفيه فرعان :-

الفرع الأول – المدعي في دعوى المفقود :-

دعوى المفقود ترفع من أحد الأشخاص التالي ذكرهم :-

١- زوجـــة المفقود :- وزوجة المفقود يجوز لها أن ترفع الدعوى على زوجها أو وكيله أو ... سواء كانـــت الدعـــوى طلب تفريق للفقد ، وذلك بموجب المادة١٣١ من قانون الأحوال الشخصية ، أو دعوى طلب نفقة زوجة ، وذلك بموجب المادة٧٦ من القانون ، أو دعوى الحكم بوفاة المفقود ، وذلك بموجب المادة١٧٧ منه (١)

٢- أحد الورثة المتضررين :-

يجـــوز لأي وريث للمفقود ، بما فيهم الزوجة بصفتها وريثاً –أن يتقدم إلى المحكمة بدعوى إثبات وفاة مفقود وذلك للحصول على حقه إن أثبت ذلك بالبينة (٢)

٣- بيت مال المسلمين :- (٣)

وهـــذه الجهة يحق لمن يمثلها ، طلب الحكم بوفاة مفقود ، إذا كانت له تركه ولم يكن له وريث ، وذلك حتى تحافظ الدولة على أموال المسلمين .

الفرع الثاني – الخصم في دعوى المفقود :-

الأصل في المحاكمة أن يكون المدعى عليه هو الخصم ، أو بمعنى آخر هو الذي يدافع عن نفسه ، إما بالإقـــرار بهذا الحق الذي يطالب به ، أو بدفع هذا الحق عن نفسه ، وحيث إن المدعى عليه لا تعرف حياته من مماته ، فلا يعقل محاكمته غيابياً ، وذلك لأنه ليس مجهول محل الإقامة ، أو معلوماً وتغيب عن الدعـــوى دون عـــذر ، ولكنه مفقود لا تعرف حياته من مماته ، فلا بد من وجود من يخاصم عنه (٤) ويشترط به صفة الخصومة (٥)

١- القرار رقم ٨١٤٥ ت٥٣/٩/١٢ /القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لداود/٢/٩٢٢ ٢- القرار السابق .

٣- بيـــت المال : ((هو الجهة الذي تختص بكل ما يرد إلى الدولة ، أو يخرج منها مما يستحقه المسلمون من مال ، فكل مال أرضاً كان أو بناءً أو معدناً أو نقداً أو عروضاً استحقه المسلمون وفق الأحكام الشرعية ، ولم يتعين شخص مالكه وإن تعينت جهته فهو حقّ لبيت مال المسلمين سواءً أدخل في حرز بيت المال أم لم يدخل)) الأموال في دولة الخلافة لعبد القديم زلوم ص١٥/دار العلم للملايين . وتحل وزارة المالية أو وزارة الأوقاف الآن مقام بيت المال سابقاً وذلك بموجب الفقرة ج من المادة١٨١ من قانون الأحوال الشخصية والتي نصها ((إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة) القرار رقم ١٩٠١٧ ت٧٦/٧/٧ و٢٠٧٥٢ ت٧٩/٥/١٣/القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ج٢ ص٣١١

٤- تنظر المواد٥٧٣-٥٨١ شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإبياني ٢/ص٣٤٩-٣٥٨ مطبعة النهضة ط٣

٥- ينظر المادة١٦١٨ من المجلة .

والمادة٤٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي نصها ((لرفض الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومةٌ في الواقع بل قصدا بالتقاضي الاحتيال على حكم بما يدعيه أحدهما)) مجموعة التشريعات الخاصة ص٧٥

والخصم في دعوى المفقود هو أحد الأشخاص التالي ذكرهم :-

١- الوكيل :-

وهو من ينصبه المفقود قبل غيابه ، أو فقده ، على أمواله لحفظها وإدارة شؤونه ، ويجب أن تكون الوكالة خطية لتصح المخاصمة ، أما إذا كانت شفهية فليس له حق المخاصمة ، إلا إذا عين من قيل القاضي ، ولو كانت وكالته مشهورةً بين الناس (١)

٢- القـــيِّـــــم :-

وهو من يعينه القاضي لحفظ أموال المفقود ورعايتها بإشرافه ، ولغاية المخاصمة عنه ، وذلك فيما إذا لم يكن للمفقود وكيلٌ أصلاً (٢) ، وتنتهي صلاحيات القيم ، بانتهاء الدعوى إذا حكم بوفـــاة المفقـــود ، وإذا لم تثبت الوفاة ولم يحكم بها ، فله الاستمرار في المحافظة على أموال المفقود بإذن من القاضي ، وبهذا فالفرق بين الوكيل والقيم يتمثل بما يلي :-

أ- الوكـــيل يعين من قبل المفقود ، وليس للقاضي عزله وتنتهي وكالته بما ينتهي به عقد الوكالة أصلاً ، والتي منها الحكم بوفاة المفقود (٣) .

ب-القيم يعين من قبل المحكمة ، ويكون غالباً لغاية المخاصمة ،وذلك إذا لم يكن للمفقود وكيل(٤)

ج- يعمل كلٌ من الوكيل والقيم بإشراف القاضي .

١- ينظر القرار الاستئنافي رقم٨٠٠١ ت٥٣/٤/١٣ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود٩٢٢/٢ ، المبدء ١٤، ١٥/مبادئ القضاء في خمسين عاماً لأحمد ناصر الجندي ص٨٨٩ دار الفكر العربي

٢- ينظر المادة٥٨١ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا والتي نصها ((إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً عنه وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيماً تقبل عليه البينة إثبات دعوى موته)) ، القرار الاستئنافي رقم ٧٤٩٠ ت٥٢/٤/٥ ، والقرار٨٠٠١ المذكور/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٢/٢

٣- ينظر المادة٥٧٢ من الأحكام الشرعية لقدري باشا والتي نصها(((مادة٥٧٢) إذا ترك المفقود وكيلاً قبل غيابه لحفظ أمواله وإدارة مصالحه فلا ينعزل وكيله بفقده ولا تنزع الورثة المال من يده ولأمين بيت المال ولو كان المفقود لا وارث له أصلاً . وليس للوكـــيل تعمـــير عقـــارات المفقود إذا احتاجت إلى تعمير إلا بإذن من الحاكم))/الأحوال الشخصية للأبياني/٣٤٨/٢ / والقرار الاستئنافي رقم٢٧٤١١ ت٨٧/٢/٢٦/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/٩٢٦/٢

٤- ينظر المادة المذكورة والقرار الاستئنافي٢٧٤١١ المذكور والقرار رقم٧٤٩٠ ت٥٢/٤/٥ /المصدر السابق ٩٢٢/٢ والقرار رقم٨٠٢٢ ت٥٣/٥/٦

٣- واضع اليد على التركة :- (من في يده المال)

يحـــق لمن له حق في أموال المفقود ، أن يرفع الدعوى على واضع اليد على تركة المفقود ، بصـــفته مانعـــاً له مـــن الوصول إلى حقه ، وذلك بموجب المادة١٦٣٥ من المجلة ، والتي نصها (الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط) وواضع اليد هذا قد يكون بحق كالوكيل أو القيم ، أو له حق فيها كأحد الورثة ، أو مغتصباً فلا حق له ، وحتى تتحقق الخصومة لابد أن يطالب واضع الـــيد بالحق من المدعي ، وأن يمتنع واضع اليد من تمكين المدعي من هذا الحق ، وإلا فلا تتحقق الخصومة (١) وإذا أقر كل من الوكيل ، أو القيم أو واضع اليد على تركة المفقود بحق المدعي بما يدعيه ، فإنه يستحق العزل من القاضي ويعين غيره ، وذلك لأن كلاً من الوكيل أو القيم إنما هو لحفظ أموال المفقود ، وفي اعترافه للمدعي بالحق ، إضاعةٌ فيما عين لأجله فيستحق العزل .

هذا فالخصم هو كل من لو أقر بالدعوى صح إقراره بما يقر به ، وألزم بما يقر به ، وإن أنكر تسمع عليه البينة (٢)

ولا يكـــون أيٌّ مـــن المذكورين خصماً ، إلا بعد الإذن له من القاضي بالمخاصمة ، وذلك بموجب المادة٥٨١ من الأحوال الشخصية والمبدأ١٤ و١٥ من مبادئ القضاء في خمسين عاماً(٣)

١- مجمـــع الأنهر٢/٢٤٩ ، الاختيار لتعليل المختار٢/١١٠ ، القرار الاستئنافي رقم٨٢١٦ ت٤/١١/٥٣/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٢/٩٢٣ .

٢- يـــنظر الوســـيط في أصول المحاكمات الشرعية ص١٧/محمد أسعد الإمام الحسيني/مطبعة الشرط التعاونية ، والمادة ٥٧٥ من الأحوال الشخصية (للوكيل المنصوب أن ينفق ...أو من مالٍ مودعٍ عند مقر أو دينٍ على مقر .

٣- المبدأ١٤(الوكيل عن المفقود ينتصب خصماً في دعوى موته) المبدأ١٥(الوكيل عن الغائب يصلح خصماً في دعوى الوفاة متى أذن له) القضاء في خمسين عاماً ص٨٨٩ .

المطلب الثاني ويقسم إلى ثلاثة فروع :-

الفرع الأول :-

عناصر في دعوى المفقود :-

لدعـــوى المفقود شروطٌ يجب توفرها لصحة سماعها والحكم بها ، شأنها في ذلك شأن غيرها من الدعاوى ، وهذه الشروط هي :-

١- أن يكون المدعي هو أحد ورثة المفقود المتضررين (١) أو زوجته أو من ذكر سابقاً .

٢- أن يكـــون المدعى عليه واضعاً يده على تركة المفقود(٢) أو وكيلاً عن المفقود(٣) أو قيماً على أمواله (٤)

٣- تحقـــق الخصومة ، بين المتداعيين بأن يدعي المدعي ، أن المدعى عليه يضع يده على التركة ويمنعه من تمكينه من حقه في تركة المفقود ، وذلك بموجب نص المادة١٦١٨ من المجلة و٤٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

٤- تعيين قيِّم على أموال المفقود ، والإذن له بالمخاصمة إذا لم يكن للمفقود وكيل ، أو قيم على أمواله (٥) .

٥- إذا لم يكن للمفقود وكيل ، فعلى المدعي إثبات ذلك بشهادة الشهود .

٦- أن ترفع الدعوى بعد مرور سنةٍ من فقده ، إذا كان ذلك إثر غارةٍ أو زلزال أو ما شابه ذلك كـــأن يكون في حالة اضطراب الأمن وعموم الفوضى ، وبعد أربع سنوات في الأحوال العادية ، ويغلب على الظّن هلاكه (٦)

٧- حصر ورثة المفقود ، وبيان سهام كلّ واحدٍ منهم في لائحة الدعوى (٧)

١- القرار الاستئنافي٨١٤٥ ت٥٣/٩/١٢/القرارات الاستئنافية فيالأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٢/٢ .

٢- المادة ١٦٣٥ من المجلة

٣- القرار الاستئنافي٨٠٠١ ت٥٣/٤/١٣ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/٩٢٢/٢

٤- المادة٥٨١ من الأحوال الشخصية لقدري باشا ، القرار الاستئنافي رقم٧٤٩٠ ت٥٢/٤/٥/المصدر السابق٩٢٢/٢ .

٥- القـــرار الاستئنافي٩٧٥٧ ت٥٨/١/٢٩ – القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/٩٢٣/٢ و٢٧٤١١ ت ٨٧/٢/٢٦ /المصدر السابق ٩٢٦/٢ ٦- المادة١٧٧ من قانون الأحوال الشخصية /مجموعة التشريعات الخاصة ص٩١ .

٧- القـــرار الاستئنافي٣٣٢٦٧ ت٩١/٨/١٤ و٣٧٧٤٨ ت٩٤/٦/٦/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٧/٢ .

٨- إذا أقـــر المدعـــى عليه بالدعوى ــ عدا أنه واضع اليد على التركة ــ فعلى القاضي عزله وتعيين غيره .

٩- على المحكمة إجراء البحث والتحري عن المفقود حسب الأصول (١)

١٠- عـــلى المدعـــي إثبات دعواه بشهادة الشهود ، وأن توافق الشهادة الدعوى ، وتقنع بها المحكمة وأيَّة بيِّنات أخرى (٢)

١١- عـــلى المحكمة أن تأمر زوجة المفقود بالعدة من تاريخ الحكم ، وتنهي عمل القيم أو وكالة الوكيل (٣)

١٢- على المحكمة أن توصي بوضع حصة القاصرين النقدية ، في صندوق أيتام المحكمة ، وتعيِّنَ وصيًّا عليهم ، وتمنعه من التصرّف في عقاراتهم ، من بيعٍ أو رهنٍ أو إفرازٍ أو مبادله ، إلا بإذنٍ من القاضي .

١٣- يكون هذا الحكم تابعاً للاستئناف ، وموقوف النَّفاذ على تصديقه إذا كان فيه زوجة ، أو أحد الورثة القاصرين ، وإلا فلا يكون تابعاً للاستئناف (٤)

١- يـــنظر القـــرار الاستئنافي٤٣٧٥٤ ت٩٧/١١/١٢- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود /٩٢٧/٢ و ٢٢٣٠٨ ت٨١/٨/١٠ المصدر السابق ص٩٢٥ و ٣٣٥٦٤ المصدر السابق ٩٢٧

٢- القرار الاستئنافي رقم ٣٣٢٤٠ ت٨١/٨/٢٠/القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٨٢٨/٢

٣- القرار السابق

٤- القرار الاستئنافي١٢٢٢٨ ت٦٢/٩/٣/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/٩٢١/٢ و ١٦٨٦٢ ت٦/ ٧١/١٢/المصـــدر السابق/٩٢٤/٢ و١٩٢١٧ ت٧٧/١/٣/المصدر السابق/٩٢٥/٢ و ١٩٨٧٦ و ٣٧٣٩٦ ت٩٤/٦/١٨ /المصدر السابق/٩٢٧/٢ .

الفرع الثاني :-

الأسباب الموجبة لدعوى التفريق بين المفقود وزوجته:-

(نـــص المشروع على إعطاء زوجة المفقود حق طلب التفريق لتضررها من بعده عنها ، فإذا يـــئس القاضي من الوقوف على خبر حياته أو مماته ، وكانت الحالة حالة أمن ، فرّق بينهما بعد الـــتحري عـــنه ومرور أربع سنوات من تاريخ فقده ، وإن كان فقده في حالة يغلب على الظن هلاكـــه فـــيها فوق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده ، أخذاً بمبدأ تخصيص القضاء بالحادثة ووضعت المادة١٣١ من هذا القانون على هذا الأساس) (١) .

الفرع الثالث :-

الأسباب الموجبة لدعوى الحكم بوفاة مفقود :-

(بمـــا أن مذهب السادة الحنفية لا يحكم بموت المفقود ، إلا بعد مضي مدة من الزمن يغلب على الظن هلاكه فيها وهي سبعون أو ثمانون سنةً ، وفي هذا ما فيه من الحرج والشدة على زوجة المفقـــود وعلى ورثته من أهله ، ولذلك رؤي من المصلحة الأخذ بمذهب الإمام مالك ، بأن من فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن هلاكه فيحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

أمـــا إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيها ، فيأخذ بالقول الصحيح مـــن مذهب الإمام أبي حنيفة ، وهو تفويض أمر تقدير المدة التي يحكم بموته بعدها إلى القاضي ، عـــلى أن تكون مدة طويلة ، وهي تختلف باختلاف حال المفقود ومكانته الاجتماعية ، ووضعت لذلـــك المـــادة١٧٧ من هذا القانون ، كما وضعت المادة ١٧٨ منه ، لبيان حكم زوجة المفقود وحكم تركته) (٢)

١- الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية/القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ٩٣٥/٢ .

٢- الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية/المصدر السابق ٩٣٧/٢

المبحث الثالث :-

الإجراءات القضائية وفيه مطلبان :-

المطلب الأول :-

إجراءات ما قبل الدعوى :-

تقـــدم لائحة الدعوى (١) إلى المحكمة ذات الاختصاص على نسختين لتأسيسها (٢) ودفع الرسوم المطلوبة وتعيين موعدٍ للمحاكمة ، وتبليغ المدعى عليه وذلك على النحو التالي :-

---

١- اللائحة هي أول ما يقدم من المدعي للمحكمة ولها مواصفات خاصة بموجب المادة١١ (يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملةً عـــلى اســـم كل من الفرقاء وشهرته ومحل إقامته وعلى الادعاء والبينات التي يستندوا إليها وتبلغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعـــى عليهم) و٣٨ (جميع اللوائح التي تقدم للمحكمة ينبغي أن تكون مكتوبة بالحبر وبخط واضح أو بالآلة الكاتبة وعلى ورق أبـــيض ... مـــع ترك هامشٍ فيها)و ٣٩ (يقتصر مضمون اللوائح على بيان موجز الوقائع المادية التي يستند إليها أي من الفرقاء) و ٤٠ (لا يجـــوز للمدعي أو المدعى عليه أن يضيف أية أسباب جديدة للدعوى غير الأسباب الواردة في لائحتهما :)و ٤١ (إذا كانـــت محتويات مستند ما من الأدلة الجوهرية ينبغي إدراج نصوص ذلك المستند أو الأقسام الجوهرية منه في اللائحة المختصة أو إلحاقها بها) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، وقد كانت تقبل مشافهةً منذ العصور الوسطى إلى العهد العثماني /شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص١٥١ أما اليوم فلا تقبل اللائحة إلا كتابةً وذلك بموجب المادة٣٨ المذكورة .

أما مواصفاتها فهي :-

١- أن تكون مكتوبةً بالحبر وبخطٍ واضح أو بآلة كاتبه وذلك بموجب المادة ٣٨ من قانون أصول المحاكمات .

٢- أن تكون الكتابة على ورقٍ أبيض من القطع الكامل ، وأن لا يستعمل منها إلا صفحةً واحدة ويترك لها هامش وذلك بموجب المادة ٣٨ المذكورة .

٣- يكـــتفى بذكـــر موجـــز الوقـــائع المادية التي يستند إليها دون ذكر التفصيلات وذلك بموجب المادة ٣٩ من قانون أصول المحاكمات المذكورة .

٤- ينبغي إدراج المستند الذي يتخذ أساساً للبينة وذلك بموجب المادة ٤١ من القانون المذكور .

أما بيِّنات اللائحة فهي :-

١- بيان اسم المحكمة التي تقدم إليها الدعوى وتاريخ التقديم

٢- ذكر اسم المدعي والمدعى عليه رباعياً وشهرته ومحلّ إقامته

٣- ذكر موضوع الدعوى وذلك بموجب المادة ١١ من القانون المذكور .

٤- ذكر البيانات التي يستند إليها المدعي في دعواه .

٥- وعـــلى المدعي أن يقدِّم نسخاً بعدد المدعى عليهم فإذا كان المدعى عليهم واحداً تقدَّم لائحة على نسختين إحداهما للمحكمة والثانـــية لتبليغ المدعى عليه ، وإذا كان المدعى عليهم ثلاثةً مثلاً تقدم على أربع نسخ وهكذا وذلك بموجب المادة ١١ المذكورة ، ينظر/شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ص١٥٣ .

٢- المقصود بالتأسيس هو تثبيت الدعوى بالرقم الخاص بها في السجل المعد لذلك ويسمى (سجل الأساس) .

بســـــم الله الـــــرحمن الـــــرحيم

فضيلة قاضي الشرعي / المحترم الدعوى أساس

المدعية:- حمده أحمد سعيد الزقزوق من الخليل وسكانها .(يذكر الاسم رباعياً ومحلّ إقامته)

المدعى عليه:- سالم محمود سالم الزقزوق من الخليل وسكانها . (الاسم رباعياً ومحلّ إقامته)

الموضوع :- طلب إثبات وفاة مفقود

وقائـــــع الدعـــوى

١- المدعـــى عليه هو ابن المدعية ، المولود لها على فراش الزوجية الصحيح ، من زوجها المفقود محمود سالم سليمان الزقزوق .

٢- لقـــد فقـــد زوج المدعـــية محمـــود المذكور ، منذ عام ١٩٦٧ وذلك أثناء الحرب العربية الإســـرائيلية أثناء توجهه من غزة إلى الضفة الغربية ، للحاق بأهله في مدينة القدس ، ولم يعثر له على خبرٍ منذ ذلك الحين ، رغم البحث والتحري عنه في جميع الأماكن التي يمكن البحث عنه فيها ويغلـــب عـــلى الظن وفاته ، حيث كانت تسود البلاد آنذاك حالةٌ من الفوضى والاضطراب ، وعدم الأمن بسبب حالة الحرب ، وقد مرَّ على فقده أكثر من ثلاثين عاماً .

٣- المدعـــى علـــيه هو واضع اليد على أملاك والده المفقود ، والقيم على أمواله بموجب حجة القيمـــية ، الصـــادرة عن هذه المحكمة بتاريخ / / رقم / / / ويمنع المدعية من الوصول إلى حقها من تركة المفقود وتمكينها منها .

٤- للمدعـــية الحـــق في تركة المفقود ، حيث إنها أحد ورثته ، وتطلب من المحكمة الحكم بوفاته وانحصـــار إرثه الشرعي في ورثته زوجته المدعية ، وفي ولديه منها وهما سالم وأحمد ، المولودين له منها على فراش الزوجية الصحيح ، وأنه لا وارث ولا مستحق لتركته سوى من ذكر ، وأن جميع الورثـــة بـــالغون وقد صحت المسألة الإرثية الشرعية من ستة عشر سهماً ، منها للمدعية حمده المذكورة سهمان اثنان ، ولكل واحدٍ من سالم وأحمد المذكورين سبعة أسهم فقط .

٥- الصلاحية(١):- لمحكمتكم الموقرة صلاحية النظر والفصل في موضوع هذه الدعوى

٦- البيِّنات تحضر وتقدَّم أثناء المحاكمة(٢) .

١- دعـــوى المفقود من صلاحية المحاكم الشرعية النظر فيها وفصلها بموجب البند السابع من المادة٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٢٢٦.

٢- الأسماء وهمية وليست حقيقية

٧- الطلب :- تلتمس المدعية من محكمتكم الموقرة تبليغ المدعى عليه ، وتعيين موعد للمحاكمة والإذن له بالمخاصمة في هذه الدعوى ، بصفته واضع اليد على تركة المفقود ، ومحاكمته ، وبعد الإثبات الحكم بوفاة المفقود محمود المذكور ، وانحصار إرثه الشرعي في زوجته حمده المذكورة ، وفي ولديه منها وهما سالم وأحمد المذكورين فقط ، وأنه لا وارث ولا مستحق لتركته سوى من ذكر ، وأن جميع الورثة بالغون ، وصحت المسألة الإرثية الشرعية ، من ستة عشر سهماً ، منها للزوجة حمده المذكورة سهمان اثنان ، ولكل واحدٍ من سالم وأحمد المذكورين سبعة أسهم فقط ، ومنع المدعى عليه من معارضة المدعية حمده المذكورة ، وباقي الورثة في تركة المفقود محمود المذكور ، دون رسومٍ ولا مصاريف .

تحريراً في / / / توقيع المدعية

(شرح القاضي) للقلم والتأسيس واستيفاء الرسم وتعيين موعد للمحاكمة وتبليغ المدعى عليه(١)

يتم تأسيس الدعوى واستيفاء الرسم وتعيين موعد للمحاكمة وعلى ذلك يوقع كلٌ من المدعي ورئيس الكتاب والقاضي .

١- يعد كاتب المحكمة ورقة دعوة مزدوجة النسخة ، مبيّن فيها اسم المحكمة والمدعي والمدعى عليه ورقم الدعوى وموضوعها وموعد المحاكمة ، وبعد توقيعها من القاضي وختمها بخاتم المحكمة تسلّم للمحضر — وهو الموظف المختص بالتبليغ — ليقوم بتبليغ المدعى عليه نسخةً من لائحة الدعوى ومن الورقة المزدوجة ، وتسليمه نسخةً منها وتوقيعه على النسخة الثانية حيث يشرح المحضر عليها واقعة الحال وتاريخ التبليغ ويشهد على ذلك ثم يعيد هذه النسخة إلى ملف الدعوى قبل موعد الجلسة وذلك بموجب المواد ١٨ و ١٩ و٢٠ و ٢١ و ٢٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونص هذه المواد كما يلي :-

المادة١٨ — إذا أصدرت المحكمة ورقة قضائية للتبليغ :- ١- تسلم إلى المحضر لأجل تبليغها .

٢- إذا كان المطلوب تبليغه يقيم في منطقة محكمة أخرى ترسل الأوراق إلى تلك المحكمة لتتولى تبليغها ثم تعيدها إلى المحكمة التي أصدرتها مرفقة بمحضر يفيد ما اتخذته بشأنها من الإجراءات على أنه يحق للمحكمة التي أصدرت التبليغ أن ترسل الأوراق القضائية مباشرة إلى الهيئات التي نص هذا القانون على إجراء التبليغ بمعرفتها ولو كانت خارج منطقة المحكمة .

المادة ١٩ — يتم تبليغ الأوراق القضائية بتسليم نسخة منها إلى الفريق المراد تبليغه بالذات أو إلى وكيله المفوض قانونياً بقبول التبليغ عنه .

المادة ٢٠ — إذا تعذر تبليغ المدعى عليه بالذات يجوز إجراء التبليغ في محل إقامته لأي فرد من أفراد عائلته يسكن معه وتدل ملامحة على أنه بلغ الثامنة عشرة من عمره .

المادة٢١ — يجب على من بلغ الأوراق القضائية أن يوقع على نسخه منها أشعاراً بحصول التبليغ فإذا لم يوقع واقتنعت المحكمة بأنه قد تمنع عن التوقيع تقر أن التبليغ قد تم وفق الأصول .

المادة ٢٢ — إذا لم يعثر المحضر بعد بذل الجهد على المدعى عليه أو على أي شخص يمكنه تبليغه بالبيانات عنه وإذا رفض المدعى عليه أو الشخص الذي كان يمكن تبليغه قبول التبليغ فعلى المحضر أن يعلق نسخه من الورقة القضائية المراد تبليغها على الباب الخارجي أو على جانب ظاهر للعيان من البيت الذي يسكنه المدعى عليه أو يتعاطى فيه عمله عادة ثم يعيد النسخة الأصلية من تلك الورقة إلى المحكمة مع شرح واقعة الحال عليها ويجوز للمحكمة أن تعتبر تعليق الأوراق على هذا الوجه تبليغاً صحيحاً .

المطلب الثاني :-

ويقسم إلى ثلاثة فروع

الفرع الأول :-

إجراءات السير في الدعوى :-

السير في دعوى المفقود يكون على النحو التالي :-

في اليوم المعين (١)وفي المجلس الشرعي المعقود لدي (٢)أنا قاضي الخليل الشرعي حضرت المكلفة شرعاً والمعروفة الذات (٣) المدعية حمده أحمد سعيد الزقزوق من الخليل وسكانها وحضر بحضورها المدعى عليه سالم محمود سالم الزقزوق من الخليل وسكانها ، تليت لائحة الدعوى فصـــدقتها المدعية وكررتها(٤) ، وطلبت الحكم بمضمونها والإذن للمدعى عليه بالمخاصمة فيها وســـؤاله عنها(٥) ، المحكمة تقرر الإذن للمدعى عليه بالمخاصمة في هذه الدعوى ، وتسأله عن دعوى المدعي فقال إنني أصادق المدعية من أنها والديّ نسباً وإنني ولدت لها على فراش الزوجية الصحيح من والدي زوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي محمود سالم الزقزوق وأنني واضع الـــيد على أموال والدي وممتلكاته والقيم عليها بموجب حجة القيمية الصادرة عن هذه المحكمة بتاريخ / / رقم / / / وأنكر باقي الدعوى (٦)

١- وهو اليوم الذي حدد للنظر في الدعوى بعلم المدعي وتبليغ المدعى عليه به

٢- القرار الاستئنافي رقم ٢٨٨٤٩ ت ٨٨/٦/٨ و القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ٣٢٤/١ و٢٧٩٦٣ ت ٨٧/٨/٢٦/المصدر السابق

٣- الدعـــوى من مجهول لا تصح بموجب المادة ١٦١٨ من المجلة ، وكذلك الخصومة من مجهول وذلك بموجب المادة١٦١٦ من المجلة/ينظر القرار الاستئنافي ١٩٨٠٠/المصدر السابق/٣٥١/١ و ٣٨٣٦٩ ت٩٦/٥/١٥/المصدر السابق

٤- القرار الاستئنافي رقم ١٦٠٧١و ٢١٠٦٠و ٢٦٠٥٨و ٣٧٠٢٣/المصدر السابق/٣٢٤/١

٥- يجـــب ســـؤال المدعى عليه عن الدعوى قبل تكليف المدعي للإثبات /القرار الاستئنافي رقم ٩٧١٣ ت٥٧/١٢/٢٣/المصدر السابق ص٣٦٧

٦- إذا لم يـــنكر المدعى عليه باقي الدعوى يقرر القاضي عزله ، وذلك لأنه معينٌ لحفظ أموال المفقود وحقوقه ، لا لإتلافها ، وفي إقـــراره إتـــلافٌ لهـــا ، هذا وإذا لم يكن للمفقود وكيل أو قيم على أمواله فعلى المحكمة أن تتحقق من ذلك بسؤال المدعية وعلى المدعـــية أن تثبت بشهادة الشهود ، عدم وجود وكيل أو قيم على أموال المفقود ، وتقوم المحكمة بناءً على طلب المدعية وموافقة المدعى عليه بتعيينه قيماً وتكلّفه دفع رسوم حجة القيمية حسب الأصول ، ثم تأذن له بالمخاصمة ليتسنى لها السير بالدعوى .

المحكمـــة وحيـــث إن هذه الدعوى هي إثبات وفاة مفقود ، فإنها تقرر إجراء عملية البحث والتحري عن المفقود المذكور وذلك بنشر إعلان في إحدى الصحف اليومية المحلية وتعليق نسخة من هذا الإعلان على لوحة إعلانات المحكمة والكتابة للأجهزة الأمنية بذلك ، والكتابة إلى جميع المحـــاكم الشرعية الواقعة ضمن الحدود الإقليمية لإجراء البحث والتحري عن المفقود المذكور ، كلٌ في منطقة اختصاصه ، وموافاتنا بنتيجة ذلك قبل موعد الجلسة القادمة ، وأقرر تأجيل النظر في الدعوى ليوم / تاريخ / / (١)

تحريراً في / / .

المدعى عليه المدعية الكاتب القاضي

كيفية البحث والتحري عن المفقود :-

١-تقوم المحكمة بتوجيه كتب إلى جميع المحاكم الشرعية ضمن الحدود الإقليمية (٢) وذلك على النحو التالي :-

فضيلة قاضي الشرعي المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أرجـــو التكرم بالإيعاز لمن يلزم بإجراء البحث والتحري الدقيقين ضمن منطقه اختصاصكم عن المفقود والذي فقد منذ عام ١٩٦٧ إبان الحرب العربية الإسرائيلية أثناء توجهه من غزة إلى الضفة الغربية للحاق بأهله في مدينة القدس والمطلوب إثبات وفاته في الدعوى أساس / وموافاتنا بنتيجة البحث والتحري قبل موعد الجلسة المعين في يوم ت / / حسب الأصول تحريراً في

والسلام عليكم ورحمة اله وبركاته قاضي الخليل الشرعي

٢- تقوم المحكمة بتعليق مذكرة تبليغ على لوحة إعلاناتها وأي مكان آخر تراه مناسباً ، وتكون المذكرة على نسختين ، إحداهما للتعليق ، والثانية للشرح والإعادة ، ووضعها في ملف الدعوى (٣) وصورتها على النحو التالي :-

---

١- تعطـــى المـــدة الكافية بحيث تتمكن المحاكم الشرعية والأجهزة الأمنية من الرد على كتب المحكمة ، وعادةً لا تقل الفترة عن الشهر

٢- يـــنظر القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية رقم٣٣٥٦٤ و٣٧٧٤٨ ت٩٤/٦/٦/ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/٩٢٧/٢ و٤٣٧٥٤ ت٩٧/١١/١٢ المصدر السابق/٩٢٧/٢ .

٣- يعد كاتب المحكمة مذكرة التبليغ وبعد ختمها بخاتم المحكمة وتوقيعها من قبل القاضي تسلم للمحضر الذي يقوم بتعليق النسخ وشرحها وإعادتها حسب الأصول

إعلان صادر عن محكمة الخليل الشرعية

في الدعوى أساس /

بـــناءً على الدعوى أساس / والمقامة من قبل المدعية حمده أحمد سعيد الزقزوق والتي موضوعها طلب الحكم بوفاة المفقود محمود سالم الزقزوق من أهالي الخليل والذي فقد إبان الحرب العربـــية الإســـرائيلية أثناء توجهه من غزة إلى الضفة الغربية فعلى من يعلم عن مكان وجوده أو حياته أو مماته إعلامنا بذلك قبل موعد الجلسة الواقع في يوم ت / / تحريراً في / قاضي الخليل الشرعي

٣- تكلـــف المحكمـــة المدعية نشر إعلان في إحدى الصحف العربية اليومية المحلية ، مثل الإعلان المعلق على لوحة إعلانات المحكمة ، وتكلف المدعية إحضار نسخةٍ كاملةٍ من الصحيفة التي نشر فيها الإعلان ، لضمها لملف الدعوى .

٤- تقوم المحكمة بتوجيه كتابٍ إلى مدير عام شرطة المحافظة وذلك على النحو التالي :-

بسم الله الرحمن الرحيم

سعادة مدير عام شرطة الخليل المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

بناءً على الدعوى أساس / والمقامة من قبل المدعية حمده أحمد سعيد الزقزوق من الخليل وسكانها والتي تطلب فيها الحكم بوفاة زوجها المفقود محمود سالم الزقزوق والذي فقد منذ عـــام ١٩٦٧ إبـــان الحـــرب العربية الإسرائيلية وأثناء توجهه من غزة إلى الضفة الغربية راجياً ســـعادتكم الإيعاز لمن يلزم بالبحث والتحري الدقيقين عن المفقود المذكور وموافاتنا بالنتيجة التي تتوصلون إليها وذلك قبل موعد الجلسة الواقع في يوم ت / /

تحريراً في / (١) قاضي الخليل الشرعي

وقبل السير في الدعوى في اليوم الذي عينت فيه ، على قاضي المحكمة أن يتحقق من الأمور التالية :-

١- نشر إعلان التبليغ في الجريدة وذلك من خلال ضم الصحيفة إلى ملف الدعوى والتحقق من صحة الإعلان ، فإن كان فيه خللٌ تقرر المحكمة إعادة النشر ، أو يكتفى بنشر تنويه لموضع الخطأ

٢- الـــتحقق من تعليق النسخة على لوحة المحكمة وذلك من خلال وجود شرح للمحضر على النسخة الثانية المحفوظة في ملف الدعوى ويجب أن يكون شرح المحضر على النحو التالي :-

---

١- ٢٢٣٠٨ ت ٨١/٨/١٠/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد دارد/٢/٩٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي الخليل الشرعي المحترم

أنـــا محضر المحكمة فقد قمت بتعليق نسخة من هذا الإعلان على لوحة إعلانات هذه المحكمة و على باب آخر محل كان يقيم فيه المفقود ، ـــ وإذا قررت المحكمة التبليغ بالتعليق في أي مكـــان تـــراه مناسباً ، فعلى المحضر أن يذكر في شرحه أنه انتقل إلى ذلك المكان ، وعلق نسخة الإعلان في مكانٍ بارزٍ ظاهرٍ للعيان (١) ـــ حسب الأصول

تحريراً في / /

شاهد شاهد المحضر(٢)

٣- التحقق من وصول الرد من قبل مديرية الشرطة .

٤- الـــتأكد من ورود الرد من جميع المحاكم الشرعية والتي تفيد بعدم العثور ، ويكون الرد على النحو التالي :-

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي الخليل الشرعي المحترم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

إشارة لكتابكم رقم / / ت / فإنه بعد البحث والتحري الدقيقين في منطقة اختصاصنا لم نعثر على المفقود المذكور .

وعليه فإذا تم التحقق من وصول الرد من جميع الجهات التي تم مخاطبتها وإفادتها جميعاً بعدم العثور على المفقود يقرر القاضي السير في الدعوى .

أما في حالة عدم ورود أي ردٍّ من أية جهةٍ قررت المحكمة مخاطبتها بشأن المفقود ، فإنها تقرر إعادة مخاطبة تلك الجهة وتأجيل الدعوى ، وإذا كان هناك خللٌ في إجراءات عمل المحضر ، تقرر المحكمة التصويب وإعادة التبليغ (٣)

١- القرار الاستئنافي رقم ٢٨٦٧٨ و٤٠٨٧٣ ت٩٦/٧/١٤/القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية /١/١٩٠

٢- القرار الاستئنافي رقم ٢٥٧٣٩ و٢٨٢٠١ و٢٤٨٧٤ و٢٥٧٩٢ و٢١٣٨٤ وغيرها/المصدر السابق/١/١٨٩

٣-للتبليغ مواصفات لا بد من توفرها مثل توقيع الشهود ، توقيع المحضر ، ذكر تاريخ التبليغ ...الخ المصدر السابق/١/١٨٩ .

فإن القاضي يؤجل الدعوى ويؤكد على ضرورة الرد أو تصحيح الخطأ الحاصل (١)

أمـــا إذا وصلت إلى المحكمة أية شروح من أية جهة تفيد بأن المفقود حياً ، فإن المحكمة تقوم بالتحقق من ذلك حسب الأصول .

هذا وقبل السير في الدعوى فإنني أرى ضرورة اعتبار الأمور التالية :-

١- يجـــب أن يلـــزم المدعي بنشر إعلانٍ في إحدى المحطات المسموعة والمرئية المحلية ، إضافةً إلى وسائل البحث والتحري المذكورة ، وذلك لما يلي :-

أ- إن العصر الذي نعيشه يختلف عما كان عليه وقت وضع القانون ، فالوسائل المعمول بها كانت أفضـــل السبل المتاحة أثناء وضع القانون ، أما الآن فقد تقدم العلم ، وتطور وأصبحت الأجهزة المرئـــية والمسموعة من ضروريات العصر ، ومتوفرة في كل مكان ، فمن الأحرى الاستفادة منها في هذا الخصوص .

ب- الأجهزة المسموعة والمرئية أكثر انتشاراً من المقروءة ، ومن تحريات المحضر ، حيث يسمعها المتعلم والأمي ، أما المقروءة فلا يقرأها إلا من أراد من المتعلمين .

ج- أهمـــية الموضوع في مثل هذه الدعاوى لما يترتب عليها من أحكام تفرض على المحكمة اتباع جميع السبل وأفضلها للتحقق ، خاصّة وأنها تشترط الدقة في كل تحرٍّ أو بحث .

٢- أن يتم التعميم على جميع الأجهزة العسكرية والأمنية لما لها من قدرةٍ على معرفةٍ للأمور دون الاقتصار في ذلك على سلك الشرطة فقط ، وقد جاء في القرار الاستئنافي رقم ٢٢٣٠٨ ت١٠/ ٨١/٨ مـــا يؤيد ذلك ونصه (إذا كان المفقود جندياً في الجيش عند فقده فعلى المحكمة الابتدائية الكـــتابة للقـــيادة العامة والسؤال منها عن حقيقة واقع المفقود ، ثم وعلى ضوء ما تجيب تجري الإيجاب)(٢)

٣- إذا فقـــد في جهـــة أخرى خارج الحدود الإقليمية للدولة التي تنظر إحدى محاكمها دعوى المفقود ، فيجب إلزام المدعي بنشر إعلانٍ لذلك ، في إحدى صحف تلك الدولة المحلية وفي إحدى محطاتها المرئية ، وكذلك المسموعة ، وذلك حرصاً على البحث والتحري الدقيقين التي أوصى بها القانون ، والقرارات الاستئنافية ، وكذلك الأمر بعد صدور الحكم .

١- القرار رقم ٣٣٥٦٤ و٣٧٧٤٨ ت٦/٦/٩٤/القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/٢/٩٢٧

٢- المصدر السابق/٢/٩٢٥ ، المصدر السابق/٢/٩٢٥.

(ويتم في اليوم المعين للجلسة السير في الدعوى على النحو التالي) :-

في اليوم المعين حضرت المدعية وحضر بحضورها المدعى عليه وقد وجد في ملف الدعوى أن أوراق البحـــث والتحري المرسلة من الجهات المذكورة في الجلسة الماضية تفيد جميعاً عدم العثور على المفقود محمود المذكور ، كل ذلك بعد البحث والتحري وبذل الجهد وتم الإعلان بالنشر في صـــحيفة الحياة اليومية عدد ت / / ص وتم تعليق نسخةً من الإعلان على لوحـــة إعلانات المحكمة وعلى آخر محل إقامة كان يقيم فيه المفقود ، حسب قرار المحكمة السابق تليت لائحة الدعوى بمواجهة المدعى عليه المأذون له بالمخاصمة فكررها المدعية وقررها وصدقتها وطلبت الحكم بمضمونها وبسؤال المدعى عليه قال إنني أصادق المدعية من أنني ابنها نسباً المولود لها على فراش الزوجية الصحيح من زوجها محمود المذكور وإنني واضع اليد على ممتلكاته والقيم علـــيها بموجب حجة القيمية الصادرة عن هذه المحكمة بتاريخ رقم وأمنع المدعية من التصرف فيها وأنكر باقي الدعوى وعليه فإن المحكمة تكلف المدعية إثبات دعواها فقالت إنني أثبت دعواي بالبينة الشخصية(١) وهي عبارة عن شهادة كل واحد من الشهود (يتم ذكر اسم الشـــاهد رباعياً) فقط وأنه لا شاهد لي سواهم(٢) وقد أحضرت بعضاً منهم ألتمس من المحكمة الموقـــرة سماع شهادة من حضر منهم وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً ومن جائزي الشهادة شرعاً وبعد القسم والاستشهاد الشرعي منه شهد قائلاً :-

---

١- البينة الشخصية يقصد بها شهادة الشهود .

٢- يجـــب حصر الشهود قبل سماع البينة المادة ٥٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي نصها (إذا استند المدعي في دعواه إلى البينة الشخصية يجب عليه أن يحصر شهوده عندما يطلب منه ذلك ...) /ينظر مجموعة التشريعات الخاصة ص٤٤ .

(والله العظيم إنني أعرف المدعية حمدة أحمد سعيد الزقزوق وأعرف المدعى عليه سالم محمود سالم الزقزوق كلاهما من الخليل وسكانها وإنني أعرفهما من غير عداوة ولا قرابة مانعة وأعرف أن المدعى عليه سالم المذكور هو ابن المدعية حمدة المذكورة نسباً المولود لها على فراش الزوجية الصحيح من زوجها محمود سالم الزقزوق الذي فقد منذ عام ١٩٦٧ أثناء الحرب العربية الإسرائيلية أثناء توجهه من غزه إلى الضفة الغربية للحاق بأهله في القدس ، وانقطع خبره ، ولم يعثر عليه منذ ذلك التاريخ رغم البحث والتحري عنه وأنه يغلب على الظن وفاته وأن المدعى عليه واضع اليد على أموال المفقود والقيم عليها وأنه يمنع المدعية من التصرف في التركة المذكورة وأن سالم المذكور فُقد في حالة وزمان كان يعمه الفوضى وعدم الأمن وأنه قد مضى على فقده أكثر من ثلاثين عاماً وأن إرثه قد انحصر في ورثته زوجته حمده المذكورة وفي ولديه المولودين له منها على فراش الزوجية الصحيح وهما سالم وأحمد فقط وأنه لا وارث ولا مستحق لتركته سوى من ذكر وأن جميع الورثة بالغون وهذه شهادتي وبها أشهد لا مناقشة للشاهد (١) .

الشاهد

وبالنداء حضر الشاهد المسمى (يذكر اسمه رباعياً) وهو مكلفٌ شرعاً ومن جائزي الشهادة شرعاً وبعد القسم الاستشهاد الشرعي منه شهد قائلاً (والله العظيم ... يشهد كما شهد الشاهد الأول تماماً)

الشاهد

قالت المدعية لقد قامت البينة على دعواي أطلب إجراء الإيجاب الشرعي المحكمة تسأل المتداعيين عن الشاهدين فتركا أمرهما لها ومن تدقيقها شهادة الشاهدين و المذكورين تبين أنها وافقت دعوى المدعية فقنعت بها وتقرر قبولهما والاعتماد عليهما وعليه وحيث لم يبق ما يقال في هذه الدعوى فإن المحكمة تقرر سؤال الطرفين المتداعيين عن كلامهما الأخير فيها فطلبا إجراء الإيجاب وعليه ولتوفر أسباب الحكم في هذه الدعوى فقد أعلنت ختام المحاكمة وأصدرت القرار التالي بسم الله تعالى أفهم علناً في المجلس تحريراً في /

المدعى عليه المدعية الكاتب القاضي

---

١ – يحق للمدعي والمدعى عليه مناقشة الشهود حيث يبدأ الذي استدعاهم أولاً ، ثم خصمه ، وللذي استدعاهم حق مناقشتهم ثانياً ، كما ومن حق المحكمة أن تسأل الشاهد ما تشاء من الأسئلة/ينظر المادة ٦٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٤٥ .

الفرع الثاني :-

القرار وإصدار الحكم :-

حيـــث ادعت المدعية حمده المذكورة أن المدعى عليه سالم المذكور هو ابنها نسباً المولود لها عـــلى فراش الزوجية الصحيح من زوجها محمود المذكور وأنه فقد منذ عام ١٩٦٧ إبان الحرب العربية الإسرائيلية أثناء توجهه من غزه إلى الضفة الغربية للحاق بأهله في مدينة القدس وأنه منذ ذلك التاريخ لم يعثر له على خبر وأنه تم البحث والتحري عنه في جميع الأماكن التي يمكن البحث عـــنه فيها وأنه يغلب على الظن وفاته حيث كانت البلاد تسودها آنذاك حالة من الفوضى وعدم الأمـــن بسبب حالة الحرب وأنه قد مر على فقده أكثر من ثلاثين عاماً وأن المدعى عليه هو القيم على أموال المفقود وواضع اليد عليها وأنه يمنع المدعية من الوصول إلى حقها في تركة المفقود وأن المفقود قد انحصر إرثه الشرعي في ورثته زوجته المدعية وفي ولديه منها وهما سالم وأحمد فقط وأنه لا وارث ولا مستحق لتركته سوى من ذكر وإن جميع الورثة بالغون وأن المسألة الإرثية الشرعية تصـــح مـــن ســـتة عشر سهماً منها للمدعية المذكورة سهمان اثنان ولكل واحد من سالم وأحمد المذكورين سبعة أسهم وطلبت الحكم بوفاة المفقود محمود المذكور وانحصار إرثه الشرعي في ورثته المذكوريـــن وإنهـــاء عمل القيم ومنعه من معارضتها وباقي الورثة في تركة المفقود المذكور وعليه وحيـــث أقر المدعى عليه بأنه ابن المدعية نسباً المولود لها من زوجها المفقود محمود المذكور على فـــراش الزوجـــية الصـــحيح وأنه القيم على أموال والده المفقود وواضع يده عليها وأنكر باقي الدعوى وحيث إن المحكمة قد قامت بالبحث والتحري الدقيقين عن المفقد المذكور ولم يتم العثور عليه .

وعلـــيه وبـــناءً على الدعوى والطلب والإقرار والإنكار والبينة الشخصية المقنعة وتوفيقاً للإيجـــاب الشـــرعي وســـنداً للمواد ٧٩ و١٨١٧ من المجلة و٦٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و١٧٧ و١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بثبوت المفقود محمود المذكور اعتباراً من تاريخه أدناه وانحصار إرثه الشرعي في ورثته زوجته حمدة المذكورة وفي ولديه المولودين له منها على فراش الزوجية الصحيح وهما سالم وأحمد المذكورين فقط وأنه لا وارث ولا مستحق لتركته سوى من ذكر وأن جميع الورثة بالغون وقد صحت المسألة الإرثية الشرعية من ستة عشر سهماً منها للزوجة حمدة المذكورة سهمان اثنان ولكل واحد من سالم وأحمد المذكورين سبعة أسهم فقـــط وأن على المدعية حمدة المذكورة العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه وأنهيت عمل القيم سالم المذكور واضع اليد على أموال المفقود ومنعته من معارضة المدعية وباقي الورثة في التصرف في تركة مورثه محمود المذكور دون رسوم ولا مصاريف حكماً وجاهياً قابلاً للاستئناف وتابعاً له(١) وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة(٢) فهم علناً تحريراً في

الكاتب القاضي

١- المـــادة١٣٨ مـــن قانون أصول المحاكمات الشرعية لا تشمل الحكم بوفاة المفقود إلا إذا كان ضمن ورثته قاصر أو كانت له زوجه ، وإذا رفع إلى الاستئناف دون ذلك أو دون أن يستأنفه أحد الأطراف استقلالاً يرد الاستئناف شكلاً /القرار ١٢٢٢٨ ت ٩٢/٩/٣ و٣٧٣٩٦ ت٩٤/٦/١٨ و٨٠٥٧ و١٩٨٧٦/القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ١/ ٣٧ و١٦٨٦٢ ت٧١/١٢/٦ القـــرارات الاســـتئنافية في الأحـــوال الشخصية لأحمد داود/٩٢٤/٢ و١٩٢١٧ ت٧٧/٣/٦ المصـــدر السابق/٩٢٥/٢ و٣٠٩٤٦ المصدر السابق/٩٢٦/٢ ويستثنى من ذلك فيما إذا لم يكن للمفقود وارث فإن تركته تعود لبيـــت المـــال والذي يمثله في وقتنا الحاضر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ففي هذه الحالة يكون خاضعاً للاستئناف/القرار ٩٤١٧ و٩٤١٨ ت٥٧/٢/٣ القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٣٧/١ و١٧٠٠٦٧ ت١٧/ ٥٨/١١ المصدر السابق/٢٩/١ .

٢- القرار١٥٨٠٩ ت٦٨/١١/١١ المصدر السابق ٢١٦/٢

الفرع الثالث :-

ملاحظات حول عدة زوجة المفقود:-

مما سبق تبين لنا ما يلي :-

١- أن عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم ، وذلك بموجب المادة١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية .

٢- الحكم بوفاة المفقود ، يكون تابعاً للاستئناف إذا ترك المفقود زوجةً أو قاصرا ، وذلك بموجب المادة ١٣٨ من القانون المذكور والقرارات الاستئنافية المذكورة .

٣- يرفع الحكم للتدقيق بعد مضي مدة الاستئناف ، وهي ثلاثون يوماً من تاريخ الحكم إذا كان وجاهياً ومن تاريخ التبليغ إذا كان غيابياً وذلك بموجب الفقرة (أ) من المادة ١٣٦ من قانون أصول المحاكمات الشرعية .

٤- يرفع الحكم للتدقيق مباشرة إذا أرفق الحكم باستدعاء عدم رغبة بالاستئناف من الطرفين المتداعيين ، وذلك بموجب الفقرة المذكورة من القانون (١) فهذه الحالة لا تقل مدة النظر فيه للتدقيق وإعادته وتبليغه للمدعية عن عشرين يوماً من تاريخ الحكم ، وعن خمسين يوماً من تاريخ الحكم أو التبليغ في الحالة الأولى .

٥- وعلى فرض فسخ الحكم من قبل محكمة الاستئناف الشرعية فإن فترة العدة هذه لا تحسب ويجب على الزوجة التحلل منها ، وتلزم بها ثانيةً من تاريخ الحكم ، وإذا فسخ تحلل ثانيةً كذلك وتلزم بها من تاريخ الحكم وهكذا .

لذا فإنني أرى أن تكون عدة الزوجة من تاريخ تبليغها الحكم الاستئنافي مصدقاً ، لا من تاريخ الحكم نفسه وذلك لما يلي :-

١- العدة الشرعية هي أمر تعبدي تبدأ بثبوت وفاة المفقود ، ولا يتحقق الثبوت إلا بالتصديق ، وما الحكم إلا مرحلة من مراحل ثبوت وفاته .

٢- اختلف العلماء فيمن افتتح نافلةً من الصوم أو الصلاة ، ثم أراد تركها ، فقال مالك وأبو حنيفة ليس له ذلك ، لأنه إبطالٌ لعمله الذي انعقد له (٢) لقوله تعالى ((وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ))(٣) فإذا كان هذا في النافلة ففي غيرها أولى ، لأن عدة الوفاة واجبةٌ على الزوجة .

١- القرار رقم١٥٨٠٩ ت٦٩/١١/١١ القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٢١٦/٢

٢- أحكام القران لابن العربي ١٧٠٤/٢ ٣- سورة محمد آيه ٣٣

٣- عدة الوفاة تختلف عن غيرها ، حيث إن معتدة الوفاة ملتزمة بالاحداد على الزوج .

٤- إن وقـوف العدة على تصديق الحكم بعد إلزام الزوجة بها من تاريخه ، ثم فسخه وإلزامها بها ثانيةً يلحق بها أشد الضرر والأذى ، خاصةً إذا علمنا أن وفاة المفقود هي وفاة حكميه ، وليست حقيقية ، فيكون تأخيرها إلى تصديق الحكم استئنافاً ، أقل ضرراً من إلزامها بها من تاريخ الحكم ، ثم إلزامها بالتحلل إذا تم فسخه ، ويمكن تصور ذلك بالنظر إلى هذه الدعوى التي نظرت من قبل إحـدى المحاكم الشرعية الموقرة ، وموضوعها دعوى إثبات وفاة مفقود ، وذلك بتاريخ ٥/١٣/ ٢٠٠٠ بالأساس ٢٠٠٠/١٣٩ وصدر بها الحكم بتاريخ ٢٠٠٠/٧/٣٠ ، حيث أمرت الزوجة بالاعـتداد عدة الوفاة ، وفسخ الحكم استئنافاً بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١٣ وبلغ ذلك إلى الأطراف بـتاريخ ٢٠٠٠/٨/٢٣ حيـث أمـرت الزوجة بالتحلل ، وجددت الدعوى بالأساس ٢٧١/ ٢٠٠٠ حيـث كانت أولى جلساتها بتاريخ ٢٠٠٠/٩/٥ ، وتم صدور الحكم فيها بتاريخ ٢٤/ ٢٠٠٠/١٢ ، وأمـرت الـزوجة بالاعتداد ، وفسخ الحكم استئنافاً للمرة الثانية بتاريخ ٢/٤/ ٢٠٠١ ، وبلغت الزوجة بتاريخ ٢٠٠١/٢/١٤ ، حيث تحللت الزوجة من العدة ، وقد جددت الدعوى بالأساس ٢٠٠١/٦٧ ، وبوشرت المحاكمة بتاريخ ٢٠٠١/٢/٢٨ ، حيث صدر الحكم بتاريخ ٢٠٠١/٣/٢١ ، وقد أمرت الزوجة بالاعتداد ، وفسخ الحكم من قبل محكمة الاستئناف الشـرعية الموقـرة للمرة الثالثة بتاريخ ٢٠٠١/٣/٢٩ ، وبلغت الزوجة بذلك بتاريخ ٤/١٩/ ٢٠٠١ ، حيـث تم السير مجدداً بالأساس ٢٠٠١/١٠٨ ، وبوشرت المحاكمة بتاريخ ٤/١٩/ ٢٠٠١ ، حيث صدر الحكم فيها في التاريخ ذاته ، حيث أمرت الزوجة بالعدة اعتباراً من تاريخه ، وقد صدق الحكم استئنافاً بتاريخ ٢٠٠١/٥/٥ ، وبلغت الزوجة به بتاريخ ٢٠٠١/٥/١٥ ، ومن هذا السياق نستنتج ما يلي :-

أ- إن الدعـوى قـد تم السير بها أربع مرات ، حيث فسخ الحكم ثلاث مرّات وصدّق في المرّة الرابعة .

ب- إن الفـترة الزمنـية المستغرقة من تاريخ ورود الدعوى بالأساس الأول ٢٠٠٠/١٣٩ إلى تاريخ تبليغ الحكم مصدقاً بالأساس الرابع ٢٠٠١/١٠٨ ، هو سنة شمسية ويومان كما سيوضح ذلك في الجدول اللاحق .

ج- إن الزوجة قد أمرت بالعدة أربع مرات ، وتحللت بالخروج منها ثلاث مرات ، حيث بلغت مجموع الفترات الزمنية الثلاث ، مائة ويومان اثنان ، وذلك خلال فترة زمنية مقدارها أحد عشر شهراً وستة أيام ، أي أنها اعتدت أكثر من ٢٥% من المدة التي نظرت فيها الدعوى .

د- إذا علمنا أن عدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام ، أي بما يعادل ١٣٠ يوماً في حدّها الأعلى ، فإنها قد اعتدت ١٠٢ يوماً ثم تحللت، وهذا نسبته ٧٨,٥ تقريباً من فترة العدة .

هـ- لو كان اعتداد الزوجة من تاريخ تبليغ الحكم مصدقاً ، لأمكننا تلافي كلّ هذه الأضرار النفسية التي تلحق بالزوجة .

وهذا الجدول يوضح المطلوب بالأرقام

الأساس	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخها	تاريخ التبليغ
٢٠٠٠/١٣٩	٢٠٠٠/٥/١٣	٢٠٠٠/٧/٣٠	مفسوخ	٢٠٠٠/٨/١٣	٢٠٠٠/٨/٢٣
٢٠٠٠/٢٧١	٢٠٠٠/٩/٥	٢٠٠٠/١٢/٢٤	مفسوخ	٢٠٠١/٢/٤	٢٠٠١/٢/١٤
٢٠٠١/٦٧	٢٠٠١/٢/٢٨	٢٠٠١/٣/٢١	مفسوخ	٢٠٠١/٣/٢٩	٢٠٠١/٤/١٩
٢٠٠١/١٠٨	٢٠٠١/٤/١٩	٢٠٠١/٤/١٩	مصدق	٢٠٠١/٥/٥	٢٠٠١/٥/١٥

ملاحظة :- تاريخ الورود في الدعاوى الثلاث الأخيرة هو تاريخ الجلسة الأولى من الدعوى .

٥- الحكم إذا كان تابعاً للاستئناف لوجود قاصر على الأقل ، حتى وإن لم يكن للمفقود زوجة ، فإن تقسيم تركته لا تكون من تاريخ الحكم ، وإنما من تاريخ تصديقه ، وإن اعتبرت وفاته من تاريخ الحكم ، فإذا كان الأمر كذلك في أمواله ففي عدة الزوجة أولى .

لكل ذلك فإنني أرى أن الحكم إذا لم يكن تابعاً للاستئناف ، فإن تركته تقسم من تاريخ الحكم بوفاته ، أما إذا كان تابعاً للاستئناف فالعدة من تاريخ تبليغ التصديق لا من تاريخ الحكم ، شأنها في ذلك شأن تقسيم التركة والله سبحانه وتعالى أعلم .

المبحث الرابع

الفرق بين دعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر وفيه ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول وفيه ثلاثة فروع :-

الفرع الأول :-

الأسباب الموجبة لتفريق الغيبة والضرر :-

(قد يسافر الزوج ويغيب عن زوجته مدة طويلة بلا سبب مشروع ، أو يتركها فلا هو يحملها إليه ولا يطلقها ، بل يدعها تعاني الآلام والشدائد غير عابئ بها ، ولا مهتم بأمرها ، وبقاء الزوجة على هذه الحالة يكون ضاراً بها ، ولو كان له مال تنفق منه ، ولما كانت معالجة هذه الحالة تعتبر من الواجبات الاجتماعية المحتمة ، ولم يكن في مذهب أبي حنيفة علاج لها ، وكان مذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب ، إذا طالت غيبته سنة فأكثر ، وتضررت الزوجة ولو كان للزوج مال تستطيع الإنفاق منه ، فقد رؤي مراعاة للمصلحة العامة ، الأخذ بمذهب مالك ، ووضعت المادة ١٢٣ من هذا القانون ، كما وضعت المادتان ١٢٤ و١٢٥ منه لبيان الطريقة الواجب اتباعها فيما إذا كان يمكن وصول الرسائل إلى الغائب أو لا ، ومن يعذر إليه القاضي،ومتى يطلق عليه في الحال) .(١)

١- الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية/القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لداود ٩٣٣/٢

الفرع الثاني :-

السير في الدعوى :-

تقـــدم لائحة الدعوى(١) إلى المحكمة ذات الاختصاص (٢) على نسختين لتأسيسها ولدفع الرسوم المطلوبة ، وتعيين موعد للمحاكمة ، وتبليغ المدعي عليه ، وذلك على النحو التالي :-

لائحة الدعوى :-

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي الشرعي المحترم الدعوى أساس / /

المـــدعيـــة :- س / يذكر الاسم والشهرة ومحل الإقامة .

المدعى عليه :- ص / يذكر الاسم والشهرة وآخر محل إقامة له ويذكر أنه مجهول محل الإقامة .

الموضـــوع :- طلب التفريق للغيبة والضرر .

الـــوقائـــع :-

١- المدعـــية زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي رقم تاريخ / / الصادر عن هذه المحكمة بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها

٢- خـــرج المدعى عليه من بيت الزوجية ، الكائن في وسط مدينة الخليل ، منذ أكثر من سنة ، وتحديـــداً منذ شهر نيسان لعام ١٩٩٨م إلى جهةٍ غير معلومة ، وغاب عن المدعية غيبةً مستمرةً غير منقطعة ، دون مبررٍ شرعي أو إذنٍ منها ، ولم يعد من ذلك التاريخ .

٣- المدعية شابه في مقتبل العمر ، وتتضرر من غياب زوجها ، عنها وتخشى على نفسها العنت .

٤- الصلاحية :- لمحكمتكم الموقرة صلاحية النظر والحكم في هذه الدعوى .

٥- البينات تحصر تقدم أثناء المحاكمة .

٦- الطلـــب :- تلتمس المدعية من المحكمة الموقرة تبليغ المدعى عليه نسخة من لائحة الدعوى وتعـــيين يـــوم للمحاكمة وغب الثبوت الحكم لها بالتفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه بطلقة واحـــدة بائـــنة بينونة صغرى للغيبة والضرر ، وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف القانونية حسب الأصول تحريراً في ٢٠٠٠/١/١ المدعية توقيع

١- المدعية في دعوى التفريق هي الزوجة أو من ينوب عنها كالوكيل .

٢- المادة٣٤ بند٤ من قانون أصول المحاكمات الشرعية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٣٧ .

تقـــدم هـــذه اللائحة على نسختين للقاضي ، والذي بدوره يقوم بالشرح عليها ، وتحويلها للقـــلم لتأسيسها في سجل الأساس ، ودفع الرسوم المستحقة عنها ، وتعيين موعد للمحاكمة من قبله أو من قبل القلم ، وتعد أوراق التبليغ(١) وذلك بعد ختمها بخاتم المحكمة وتوقيعها من قبل القاضـــي ، تســـلم للمحضر لتبليغها إلى المدعى عليه حسب الأصول ، ويتم السير فيها في اليوم المحدد على النحو التالي :-

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا قاضي الخليل الشرعي حضرت المكلفـــة شرعاً والمعروفة الذات المدعية/ ويذكر اسمها رباعياً وشهرتها ومحل إقامتها/ ونودي على المدعـــى عليه(٢)/ ويذكر اسمه وشهرته وآخر محل إقامة له/ فلم يحضر ولم يوكل ولم يعتذر ومن الرجوع إلى ملف هذه الدعوى تبين أن محضر هذه المحكمة قد انتقل إلى آخر محل أقامة كان يقيم فيه المدعى عليه فلم يجده ولم يجد من يتبلغ عنه أثناء التبليغ وأنه استوضح من الشاهد الموقع أدناه بـــأن المدعـــى عليه غير موجود في مدينة الخليل وأنه قد غادرها منذ زمن يزيد على العام ، ولا يعرف له محل إقامة ، كل ذلك بعد بذل الجهد والتحري ، وأعاد أوراق التبليغ دون تبليغ ، قالت المدعـــية أطلب من المحكمة اعتبار المدعى عليه مجهولاً محل الإقامة وتبليغه حسب الأصول المحكمة ولقناعـــتها بعـــدم تمكن تبليغه بالطرق الاعتيادية ، فإنها تقرر إجابة الطلب واعتبار المدعى عليه مجهـــولاً محـــل الإقامة وتقرر تبليغه بموجب المادة٢٣ (٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية وذلـــك بالنشر في إحدى الصحف المحلية اليومية وتعليق نسخة على لوحة إعلانات هذه المحكمة ونسخة أخرى على باب آخر محل أقامه كان يقيم فيه المدعى عليه(٤) وأقرر تأجيل الدعوى ليوم تحريراً في / /

١- مواصفات أوراق التبليغ

٢-إذا لم تتم المناداة على المدعى عليه فإن السير في الدعوى لا يكون قانونياً ينظر القرار الاستئنافي رقم ٢٧٦٨٢ ت٨٧/٥/١٦ /القرارات الاستئنافية في قانون أصول المحاكمات الشرعية ٣٢٣/١ .

٣- لا يصـــار إلى التبلـــيغ بالنشر دون قرار من المحكمة لقناعتها بأنه لا سبيل لتبليغه بموجب المواد١٩ ،٢٠ ،٢١ ٢٢ من قانون أصول المحاكمات الشرعية /مجموعة التشريعات الخاصة ص٣٩-٤٠ .

٤- المـــادة٢٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية فقرة ١(إذا اقتنعت المحكمة بأنه لا سبيل لإجراء التبليغ وفق الأصول المتقدمة لأي سبب من الأسباب يجوز لها أن تأمر بإجراء التبليغ على الوجه التالي :-

أ- بتعليق نسخة من الورقة القضائية على موضعٍ بارزٍ من دار المحكمة ونسخة أخرى على جانبٍ ظاهرٍ للعيان من البيت المعروف أنه آخر بيتٍ كان يقيم فيه المراد تبليغه أو المحل الذي كان يتعاطى فيه عمله إن كان له بيتٌ أو محلٌ كهذا .

ب- بنشر إعلان في إحدى الصحف المحلية اليومية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٤٠.

في اليوم المعين حضرت المدعية ونودي على المدعى عليه ـــ فلم يحضر ولم يوكل ولم يعتذر مع أنه بلغ موعد هذه الجلسة وفق ما قررته المحكمة في جلستها الماضية وبالنشر في صحيفة ...

اليومية المحلية بالعدد رقم ت / / وذلك على الصفحة قالت المدعية ألتمس محاكمة المدعى عليه غيابياً تقرر إجابة الطلب ومحاكمة المدعى عليه غيابياً تليت لائحة الدعوى فصدقتها المدعية وقررتها وكررتها وطلبت الحكم بمضمونها المحكمة ولغياب المدعى عليه تكلف المدعية إثبات دعواها فقالت إن بينتي على دعواي هي بينةٌ خطيه(١) وأخرى شخصية أما بينتي الخطية فهي عبارةٌ عن وثيقة عقد الزواج الصادرة عن هذه المحكمة بتاريخ / / رقم وأبرزت من يدها وثيقة عقد الزواج من تلاوتها وجدت تتضمن اسم الزوج اسم الزوجة وهي صادرة عن محكمة الخليل الشرعية بمعرفة المأذون الشرعي التابع لها وتحمل الرقم ومؤرخة وهي خالية عن شائبتي التزوير والتصنيع فتقرر قبولها وضمها إلى ملف الدعوى قالت المدعية أما بينتي الشخصية فهي عبارة عن شهادة كل واحد من الشهود (تسمي عدداً من الشهود بأسمائهم كاملةً وتحصرهم) وهم موجودون في قاعة المحكمة ألتمس سماع شهادة من حضر منهم وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً ومن جائزي الشهادة شرعاً وبعد الاستشهاد الشرعي منه حلف قائلاً (والله العظيم إنني أعرف المدعية وأعرف المدعى عليه وإنني أعرفهما من غير عداوةٍ ولا قرابة مانعه وأن المدعية هي زوجة ومدخوله بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه وأن المدعى عليه قد غاب عنها من بيت الزوجية الكائن في وسط مدينة الخليل منذ أكثر من عام وتحديداً من شهر ٩٨/٤ وأنه غاب عنها إلى جهةٍ غير معلومة غيبةً مستمرَّةً دون انقطاع ودون مبررٍ شرعي أو قانوني ودون إذنٍ من المدعية وأن المدعية تضررت من غياب المدعى عليه عنها وتخشى على نفسها العنت خاصةً أنها في مقتبل العمر وهذه شهادتي وبها أشهد)

الشاهد

وبالنداء حضر الشاهد المسمى الرجل المكلف شرعاً وبعد الاستشهاد الشرعي منه حلف قائلاً (يشهد بموجب الدعوى كسابقه ويوقع على شهادته)

---

١ – البينة الخطية هي المستندات الرسمية التي ينظمها موظفون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة عقد الزواج وهي بينة قاطعه على ما نظمت لأجله ولا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير/ينظر/المادة٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية مجموعة/التشريعات الخاصة ص٤٧ .

قالـــت المدعـــية لقد قامت البينة على دعواي أطلب إجراء الإيجاب الشرعي المحكمة تسأل المدعـــية عـــن شـــهادة من شهد فقالت أترك الأمر للمحكمة وعليه وحيث شهد كل واحد من الشـــاهدين و وطابقت شهادتهما دعوى المدعية وقنعت بها المحكمة فقد تقرر قـــبولها واعـــتمادها وعليه وحيث أثبتت المدعية دعواها بالبينة الخطية المبرزة والشخصية المقنعة ولغياب المدعى عليه فإنها تقرر تحليف المدعية اليمين الشرعية المطلوبة وبعد تصويرها لها استعدت لحلفهـــا وحلفـــتها قائلة (والله العظيم إنني زوجة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه مـــن الخلـــيل وسكانها سابقاً ومجهول محل الإقامة حالياً وآخر محل إقامة له بيت الزوجية الكائن وسط الخليل وإنه قد غاب عني غيبةً مستمرةً غير منقطعة منذ أكثر من سنة دون إذنٍ مني أو مبررٍ شـــرعي أو قـــانوني وإنـــني تضـــررت من غيابه عني حيث إنني شابة في مقتبل العمر والله على ما أقوله وكيل)

الحالفة

المحكمة وحيث حلفت المدعية اليمين الشرعية المطلوبة ولم يبق ما يقال في هذا الدعوى فإنني أقرر سؤال المدعية عن كلامها الأخير فيها فطلبت إجراء الإيجاب الشرعي وعليه ولتوفر أسباب الحكـــم في الدعوى المتكونة بين المتداعيين المذكورين فقد أعلنت ختام المحاكمة وأصدرت القرار التالي بسم الله تعالى فهم علناً تحريراً في

المدعية الكاتب القاضي

تكلـــف المدعية دفع رسم تبليغ الحكم للمدعى عليه ونشر إعلان في إحدى الصحف المحلية اليومـــية ويعلق محضر المحكمة نسخة من الإعلان على لوحة إعلانات المحكمة ونسخة أخرى على آخـــر محـــل إقامة له في الخليل لتبدأ مدة الاستئناف حيث إن أحكام التفريق موقوفة النفاذ على تصديقها استئنافاً بموجب المادة ١٣٨ منت أصول المحاكمات الشرعية .

أما صيغة إعلان الحكم فهي كالتالي :-

مذكرة تبليغ حكم صادر عن محكمة
الخليل الشرعية في الدعوى أساس /

إلى المدعـــى عليـــه :- (يذكر الاسم رباعياً كما هو في لائحة الدعوى) من الخليل وسكانها سابقاً ومجهول محل الإقامة حالياً وليس له محل إقامة في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية .

أبلغـــك بأنه قد صدر بحقك في الدعوى أساس / المتكونة بينك وبين زوجتك ومدخولتك المدعية من الخليل وسكانها والتي موضوعها طلب التفريق للغيبة والضـــرر حكـــمٌ بالـــتفريق بيـــنك وبين زوجتك ومدخولتك بصحيح العقد الشرعي المدعية المذكـــورة بطلقةٍ واحدة بائنة بينونة صغرى للغيبة والضرر وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخـــه أدنـــاه وتضـــمينك الرسوم والمصاريف حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض (١) والاستئناف وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة تحريراً في

قاضي الخليل الشرعي

١- يســـتطيع المدعى عليه الاعتراض على الحكم الصادر بحقه غيابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه الحكم الغيابي ، حيث تقرر المحكمة قبول الاعتراض ، وتنظر في أسبابه ، وتصدر حكمها إما بفسخ الحكم الغيابي ، أو تعديله ، أو رد الاعتراض ، وذلك بموجب المادتين ١٠٦ ، ١٠٩ من قانون أصول المحاكمات الشرعية وهما :-

أ- المادة ١٠٦ :- للمحكوم عليه غيابياً أن يعترض على الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه .

ب- المـــادة ١٠٩ :- إذا قدم الاعتراض ضمن المدة القانونية ، تقرر المحكمة قبوله وتنظر في أسباب الاعتراض ، وتصدر حكمها بعد ذلك ، إما بفسخ الحكم الغيابي أو تعديله أو رد الاعتراض ./مجموعة التشريعات الخاصة ص٥١

الفرع الثالث

القـــــرار

بـــناء عـــلى الدعوى والطلب والبينتين الخطية المبرزة والشخصية المقنعة واليمين الشرعية وتوفيقاً للإيجاب الشرعي وسنداً للمواد ١٨١٨ و١٨١٩ من المجلة و٦٧ و٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و ١٢٥ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بالتفريق بين المدعى عليه المذكـــور وزوجته الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعية المذكورة بطلقة واحدة بائنة بيـــنونة صغرى للغيبة والضرر وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه وتضمين المدعى علـــيه الرسوم والمصاريف القانونية حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف(١) وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية فهم علناً تحريراً في / / /

الكاتب القاضي

وجدير بالذكر أن هذه الإجراءات خاصة بالمدعى عليه إذا كان مجهولاً محل الإقامة ، أو كان معلومـــاً محـــل الإقامـــة ولكن لا تصل الرسائل إليه (٢) أما إذا كان معلوماً محل الإقامة وتصل الرسائل إليه ، فإن وسائل الإثبات في هذه الدعوى تختلف عن سابقتها وهي كالتالي :-

١- الإقرار :- وذلك إذا حضر المدعى عليه جلسة المحاكمة ، لأن الشخص مآخذٌ بإقراره وذلك بموجب المادة ٧٩ من المجلة .

٢- البينة الشخصية أو البينتين الخطية والشخصية :- وذلك إذا بلغ المدعى عليه موعد الجلسة ولم يحضر أو يوكل أو يعتذر وطلبت المدعية محاكمته غيابياً ، وقررت المحكمة ذلك وكلفتها إثبات دعواهـــا ، وفي حالـــة عجزها عن ذلك ، ولم تطلب توجيه اليمين إلى المدعى عليه ، رغم تفهيم المحكمة لها بذلك ، أو صرفت النظر عن توجيه اليمين ، فإن المحكمة ترد دعوى المدعية ، وكذلك ترد الدعوى إذا وجهت اليمين إلى المدعى عليه وحلفها ، واستعد للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه لتقيم معه ، أما إذا نكل عن اليمين فإن المحكمة تقوم بإعذار (٣) المدعى عليه ، فإذا لم ينفذ

١- الـــتفريق للغيبة والضرر تابع لمحكمة الاستئناف بموجب المادة ١٣٨ من القانون وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من تبليغه بالنشر للمدعى عليه وذلك إذا لم يعترض المدعى عليه على الحكم أو يستأنفه من تلقاء نفسه .

٢- المادة ١٢٣ و١٢٥ من قانون الأحوال الشخصية .

٣- الاعـــذار يكـــون بتخيير الزوج بالحضور إلى زوجته للإقامة معها أو نقلها إليه أو تطليقها ، فإن لم يفعل خلال مدة الاعذار ، حكـــم القاضي بالتفريق بينه وبين زوجته بعد تحليفها اليمين ، وذلك بموجب المادة ١٢٤ من قانون الأحوال الشخصية/الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية ص٢٤٣ ، مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣ .

مضـــمون الاعذار ، تسير المحكمة بالدعوى حسب الأصول ، وتكلف المدعية حلف اليمين الشرعية التي تصورها لها المحكمة (١) وبعد ذلك يتم الفصل في الدعوى

٣- الـــنكول وذلـــك فيما إذا عجزت المدعية عن إثبات دعواها ، وطلبت تحليف المدعى عليه اليمين الشرعية المطلوبة ، فإذا نكل عن اليمين تثبت الدعوى ، وإذا حلف ترد الدعوى .

١- المادة ١٢٤ من قانون الأحوال الشخصية /مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣ .

المطلب الثاني ويقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :-

عناصر في الدعوى :-

١- المدعية في هذه الدعوى هي الزوجة أو وكيلها أو من ينوب عنها (١)

٢- المقصود بالغيبة هي غيبة الزوج عن زوجته والإقامة في بلدٍ آخر ، لا غيبة الزوجة عن زوجها(٢)

٣- أن تكون غيبة الزوج سنة فأكثر ، غيبةً مستمرةً دون انقطاع (٣)

٤- أن تكون الغيبة دون إذنٍ من الزوجة أو موافقتها ، ودون مبررٍ شرعيٍّ أو عذرٍ مقبول (٤)

٥- أن تكون الزوجة قد تضررت من غياب زوجها عنها (٥) ، ولا يشترط حصول الغيبة بعد اجتماع الزوجين (٦)

٦- يجب أن تكون حياة الزوج الغائب متحققة ، وإلا أصبحت الدعوى دعوى تفريق للفقد ، والفارق بينهما ظاهر .

٧- يجب بيان المكان الذي غاب منه الزوج عن زوجته (٧)

١- المواد ١٢٣ و١٢٤ و١٢٥ من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣-٨٤ .

٢- القرار الاستئنافي٧٥٥٩ ت٥٢/٦/٥ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٢٢٦/١ ، ٢٤٠٣٧ ت١١ /٥٣/٩ المصدر السابق ٢٣٦/١ ، ٣٦٣٧٨ ت٩٣/١٠/٢٧ المصدر السابق/٢٤٤/١ وغيرها .

٣- القرار٨٧٧٥ ت٥٥/٥/٣ المصدر السابق/٢٢٦/١

٤- القرار رقم٩٤٨٤ ت٥٧/٥/٦ المصدر السابق/٢٢٦/١ ، ١٤٦٢٧ ت٦٦/٧/٢ المصدر السابق/٢٢٧/١ ، ٢١٤٨٣ المصدر السابق/٢٣٤/١ ، ٣٢٨٤٤ ت٩١/٤/٢٨ المصدر السابق ٢٤١/١ ، ٣٦٩٠١ ت٩٤/٢/٢٨ المصدر السابق ٢٤٤/١

٥- القرار رقم٢١٢٩٨ ت٨٠/٣/٢٦ المصدر السابق ٢٣٣/١

٦- القرار ٤٣٥٨٤ ت٩٧/١٠/ المصدر السابق ٢٤٩/١

٧- القرار٢٥٤٠٨ ت٨٥/٣/١١ المصدر السابق/٢٣٨/١ ،٢٨٣٣١ ت٨٨/٥/٣٠ المصدر السابق ٢٤٠/١ ، ٣٩٠٦٢ ت٩٥/٦/٢٤ المصدر السابق ٢٤٦/١

٨- يجـــب بيان آخر محل إقامة للزوج إذا كان مجهولاً محل الإقامة ، أو كان معلوماً محل الإقامة ولكن لا تصل الرسائل إليه (١)

٩- تثبـــت المدعية دعواها بالبينة الخطية والشخصية واليمين الشرعية ، وذلك إذا كان المدعى عليه مجهولاً محل الإقامة ، أو لا تصل الرسائل إليه (٢)

١٠- يطلـــق القاضـــي على المدعى عليه بلا إعذار إذا كان مجهولاً محل الإقامة ، أو معلوماً محل الإقامة ولكن لا تصل الرسائل إليه (٣)

١١- تثبت المدعية دعواها بإقرار المدعى عليه أو البينة الخطية والشخصية ، والنكول حال عجز المدعـــية عن الإثبات ، وذلك إذا كان معلوماً محل الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه ، وفي هذه الحالة يضرب له القاضي أجلاً بأن يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه أو يطلقها مـــن تلقـــاء نفسه ، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً ، فرق القاضي بينهما بعد تحليفها اليمين (٤)

١٢- يجـــب ذكـــر صفة الزوجية إذا كان بها دخولٌ أو خلوة أو لا ، وذلك مراعاة لحق الله في العدة(٥)

١٣- إذا كـــان المدعى عليه مجهولاً محل الإقامة ، فعلى المحضر بيان نتيجة تحرياته وبحثه بعد بذل الجهد ، أن المدعى عليه مجهولاً محل الإقامة ، ومن ثم تقرر المحكمة ذلك وتقرر تبليغه بالنشر بناءً على طلب المدعية(٦)

١٤- يجب أن يتضمن الحكم إلزام الزوجة بالعدة من تاريخه ، إذا كان بينهما دخولٌ أو خلوة ، وبيان أن لا عدة عليها ، إذا لم يكن بينهما دخولٌ أو خلوة (٧)

١٥- يكـــون الحكم تابعاً للاستئناف بموجب المادة١٣٨ من قانون الأحوال الشخصية ، ويرفع بعـــد مضـــي مدة الاستئناف ، أو مباشرةً إذا قدِّمت عدم رغبة بالاستئناف ، أو استأنفه أحدهما استقلالاً .

١- القرار٢٧١٨٨ ت٩٧/١٢/٢٥ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود١/٢٣٩ ، ٢٨٨٣١ ت٨٨/٥/٣٠ المصدر السابق ١/٢٤٠ ، ٢٩٨٩٠ ت٨٩/٣/٨ المصدر السابق ١/٢٤١

٢- القرار ٣٤٠٣٤ ت٩٢/٣/٣/المصدر السابق١/٢٤٢ ، ٣٥٢٦٨ ت٩٣/١/٢٥ المصدر السابق ١/٢٤٣

٣- المـــادة ١٢٥ مـــن قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤ والقرار٣٦٩٦٦ ت٩٤/٣/٢٣ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية/١/٢٤٤ .

٤- المادة١٢٣ ، ١٢٤ من قانون الأحوال الشخصية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣-٨٤ ، القرار ٣٤٣٧٤ ت٩٢/٦/٨ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/١/٢٤٣ ، ٣٨٥٧٣ ت٩٣/٣/٢٠ المصدر /السابق١/٢٤٥

٥- القرار ٣٤٢٧٦ ت٩٢/٥/٧ المصدر السابق ١/٢٤٢ ، ٤٠٢٢٩ ت٩٦/٣/٢٤ المصدر السابق ١/٢٤٦ .

٦- القـــرار ٣٧٦٧٥ ت٩٤/٨/٢١ ، ٢٨٩٣٧ ، ٣٢٠٥١ ، ٣٧٤٩٧ ، ٣٧٥١٨ ، ٣٧٥٧٤ القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود/١/٢٤٥

٧- القرار ٤٠٨١٨ ت٩٦/٦/٢٩/المصدر السابق/١/٢٤٧

الفرع الثاني :-

الفرق بين دعوى المفقود ودعوى التفريق للغيبة والضرر :-

على الرغم من تشابه المفقود والغائب في كثيرٍ من الأمور ، إلا أن الدعوى لكل منهما تختلف عن الأخرى في كثير من الأمور نذكر منها :-

١- المدعية في دعوى التفريق هي الزوجة فقط أو من ينوب عنها ، في حين أن المدعي في دعوى المفقود هي الزوجة وغيرها من أرباب الحقوق (١)

٢- المدعى عليه في دعوى التفريق يكون معلوماً محل الإقامة أو مجهولها ، وهو حي يرزق ، أما دعوى المفقود فهو مجهولٌ محل إقامته ، ويغلب على الظن وفاته .

٣- المدعى عليه في دعوى التفريق يحاكم غيابياً أو وجاهياً ، أما دعوى المفقود فيعين قيمٌ عنه إذا لم يكن له وكيل ولا يحاكم دون ذلك .

٤- دعوى التفريق لا ترفع إلا بعد غياب الزوج سنةً وأكثر (٢) أما المفقود فله ثلاث حالات:

الحالة الأولى :-

بعد مرور سنة من فقده ، وذلك في حالة اضطراب الأمن وحدوث الفوضى ، أو إذا كان إثر كارثة كزلزالٍ أو غارةٍ جوية .

الحالة الثانية :-

بعد مرور أربع سنوات ، وذلك إذا فقد في جهةٍ معلومة ويغلب على الظن موته .

الحالة الثالثة :-

حيث يفوض أمر مدتها إلى اجتهاد القاضي ، وذلك إذا فقد في جهةٍ غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه (٣)

١- المادة ٥٨١ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا/شرح الأحوال الشخصية للأبياني ص٣٥٨ .

٢- المادة ١٢٣ من قانون الأحوال الشخصية /مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٣ .

٣- المادة ١٣١ ، ١٧٧ من قانون الأحوال الشخصية /المصدر السابق ص٣١ ، ٩١ .

٥- دعـــوى التفريق للغيبة تتعلق فقط بعقد الزواج والمتداعيين ، أما دعوى المفقود فيضاف إلى ذلك تقسيم تركته على ورثته .

٦- دعوى التفريق لا ترد بحضور المدعى عليه ، إلا إذا استعد للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو تطليقها ، أما دعوى المفقود فترد بمجرد العلم بوجود المدعى بوفاته حياً ، والتحقق من ذلك .

٧- دعـــوى الـــتفريق للغيـــبة تكون تابعةً للاستئناف بموجب المادة ١٣٨ من قانون الأحوال الشخصية ، أما دعوى المفقود فلا تكون كذلك إلا إذا كان بها زوجة أو أحد الورثة القاصرين .

٨- العدة في دعوى التفريق هي عدة المطلقة ، وهي ثلاثة قروء كاملة ، أو ثلاثة أشهر ، أو سنة كاملة (١) أما العدة في دعوى المفقود فهي عدة وفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام)(٢)

٩- عـــلى الـــزوجة في دعوى المفقود الحداد أثناء العدة لأنها عدة وفاة ، في حين أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لمعتدة دعوى التفريق .

١٠- في دعوى المفقود لا بد من حصر الورثة ، وليس الأمر كذلك في دعوى التفريق .

١١- في دعـــوى الـــتفريق لا بد من ذكر أن الزوجة قد تضررت من غياب زوجها عنها ، وأن غيابه كان دون إذنها أو دون مبررٍ شرعي ، في حين أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لدعوى المفقود

١٢- حضور الزوج في دعوى التفريق بعد الحكم لا يغير شيئاً ، حتى وإن استعد للإقامة معها أو نقلها إليه ، والأمر ليس كذلك في دعوى المفقود كما تبين سابقاً .

١- المادة ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ من قانون الأحوال الشخصية /المصدر السابق ص٨٦ .

٢- المادة ١٧٨ من قانون الأحوال الشخصية المصدر السابق ص٩١.

المطلب الثالث

دعوى التفريق للحبس

قبل بيان إجراءات السير في دعوى التفريق للحبس ، يجدر بنا بيان معنى الحبس لغةً واصطلاحاً ومشروعيته من القرآن والسنة والإجماع ، والأسباب الموجبة له وذلك على النحو التالي :-

أولاً :- معنى الحبس لغةً وشرعاً :-

الحبس لغةً :-

المنع ، وهو مصدر حبستُه وجمع على حبوس (بضم الحاء) ، حبستُه بمعنى وقفته فهو حَبيس والجمع حبْس ، من حَبَسه يَحْبسه حَبْساً ، ويستعمل الحبيس في كل موقوف واحداً كان أو جماعة والحبيس من الخيل : الموقوفة في سبيل الله (١)

الحبس شرعاً :-

(هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف لنفسه ، سواءً كان في بيتٍ أو مسجدٍ ، أو كان بتوكيل نفس الخصم ، ولهذا سماه النبي صلى الله عليه وسلم أسيراً) (٢)

(هو الممنوع عن الخروج إلى أشغاله ومهماته وإلى الجمع والجماعات ، والأعياد وتشييع الجنائز وعيادة المرضى والزيارة والضيافة) (٣)

وحيث إن المحبوس هو الذي يمنع من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والدنيوية ، فبالتالي يخرج من ذلك الموقوف أو المعتقل (وهو من حبس لحين المحاكمة) (٤) كما ويخرج بذلك السجين الذي يسمح لزوجته بالدخول عليه والخلوة بها ، وهذا رأي جمهور الفقهاء (٥)

ثانياً :- مشروعيته والأسباب الموجبة له :-

تستند مشروعية الحبس إلى كلٍّ من القرآن والسنة والإجماع والمعقول ، وبيان ذلك بما يلي:-

أ- القرآن الكريم :- قوله تعالى ﴿قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (٦)

وكذلك قوله تعالى ﴿قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ﴾ (٧)

١- ينظر المصباح المنير ١٢٨/١ ، القاموس المحيط ص٥٣٧ .

٢- مجموع فتاوى ابن تيمية٣٩٨/٣٥ . ٣- بدائع الصنائع ٢٥٧/٧ .

٤- المصدر السابق٢٥٧/٧ ، فقه السجون والمعتقلات ص١٦ .

٥- المغني ٣٠٨/٧ أسنى المطالب ١٨٨/٢ كشاف القناع ٤٢٢/٣ ، البحر الرائق ٣٠٨/٦ .

٦- سورة يوسف آيه ٢٥ ٧- سورة يوسف آيه ٣٣

ب- السنة النبوية :-

١- قال عليه الصلاة والسلام (الدنيا سجن المؤمن)(١)

٢- ما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة (٢)

ج- أجمع الصحابة ومن بعدهم على مشروعية الحبس ، وحبس كلٌ من الخلفاء الراشدين ، والقضاة من بعدهم في جميع الأمصار والأعصار ، من غير إنكار فكان ذلك إجماعا (٣)

د- المعقول :-

أن يترك الناس دون محاكمةٍ على جرائمهم ، أو مخالفاتهم دون معاقبة كل شخصٍ بما يتناسب مع ما اقترف من ذنب ، أمرٌ لا يقبله العقل ، والحبس وسيلةٌ من وسائل العقوبة .

هذا وحيث إن الحبس يختلف من شخص إلى آخر حسب جريمته ، ويرجع تقديره إلى الحاكم(٤) فإن المحبوس الذي نحن بصدده هو من اجتمعت فيه المواصفات المذكورة في المادة ١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية .

ثالثاً :- الأسباب الموجبة لدعوى التفريق للحبس :-

حيث إن الزوج الذي حكم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية ، ثلاث سنوات فأكثر يشبه الغائب الذي طالت غيبته ، بجامع تضرر زوجته من بعده عنها ، فيجوز لها بعد سنة من سجنه طلب التطليق عليه إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تنفق منه ، رفعاً للضرر عن زوجة السجين ، المشابهة لزوجة الأسير ، التي نص الفقهاء على أن لها حق طلب التطليق ، إذا تضررت من بعد زوجها عنها ، ولما كان العمل بهذا ، فيه تحقيق لمصلحة الزوجة ، فقد وضعت المادة(١٣٠) من هذا القانون(٥) أخذاً بمذهب الإمام أحمد (٦).

١- رواه الترمذي وقال حديثٌ حسنٌ صحيح/ينظر/سنن الترمذي٤/١٤٥/كتاب الزهد/باب ما جاء أن الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر .

٢- رواه والترمذي وقال حديثٌ حسن ، سنن الترمذي٣/١١٠/كتاب الديات/باب ما جاء في الحبس في تهمة ، وينظر/سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ت٢٧٥هـ ومعه كتاب معالم السنن للخطابي/إعداد وتعليق عزة عبيد الدعاس وعادل السيد٤/٤٧/كتاب الأقضية/باب في الحبس في الدين وغيره/دار الحديث/حمص/سوريا/ط١ والحاكم وقال صحيح الإسناد ؟؟ .

٣- فقه السجون والمعتقلات ص٥٠

٤- ينظر الفتاوى الهندية ١٦٨/٢ ، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٢٩/٢ ٥- مجموعة التشريعات الخاصة ص٨٤ .

٦- الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية / القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٩٣٤/٢

رابعاً :- إجراءات السير في الدعوى :-

أ- تقـــدم الدعـــوى إلى المحكمة ويتبع فيها الإجراءات السابقة من حيث تأسيسها ودفع الرسوم وإعداد أوراق التبليغ ، وتعيين موعد للمحاكمة .

ب- تقدم لائحة الدعوى على نسختين وذلك على النحو التالي :-

بسم الله الرحمن الرحيم

فضيلة قاضي الخليل الشرعي المحترم الدعوى أساس

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

المدعية :- يذكر اسمها كما هو في وثيقة عقد الزواج ومكان إقامتها .

المدعى عليه :- يذكر اسمه كاملاً ومكان إقامته والسجن الذي يترل فيه وآخر محل إقامة له .

الموضوع :- طلب التفريق للسجن

الوقائـــــــــع :-

١- المدعـــية زوجـــة ومدخولة بصحيح العقد الشرعي للمدعى عليه وذلك بموجب وثيقة عقد الزواج رقم ت / / .

٢- لقد تم اعتقال المدعى عليه وحبسه قبل خمس سنوات وذلك بتاريخ / / وصدر قرار حـــبس فعـــلي مقـــيد للحرية لمدة ثماني سنوات حكماً نهائياً ، بموجب الحكم الصادر عن محكمة تاريخ / / رقم .

٣- لقد مضى على حبس المدعى عليه مدةً تزيد على الخمس سنوات .

٤- صدق قرار الحبس إستئنافاً بموجب القرار عن محكمة التمييز وذلك بتاريخ / / رقم

٥- لمحكمتكم صلاحية النظر والفصل في هذه الدعوى .

٦- الطلب :- تلتمس المدعية من المحكمة الموقرة تبليغ المدعى عليه نسخةً من لائحة الدعوى ، وتعيين موعد للمحاكمة والحكم للمدعية المذكورة لتطليقها من المدعى عليها طلقةً واحدةً بائنةً بينونةً صغرى للحبس وتضمينه الرسوم والمصاريف القانونية .

ج- السير في الدعوى :-

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا قاضي الخليل الشرعي حضرت المكلفة شرعاً والمعروفة الذات المدعية من الخليل وسكانها ونودي على المدعى عليه من الخليل وسكانها والمسجون حالياً في سجن الخليل فلم يحضر وتبين من مشروحات محضر هذه المحكمة أنه بعد البحث والتحري وبذل الجهد لتبليغ المدعى عليه لم يجده ولم يجد من يتبلغ عنه وأنه علم من الشاهد الموقع أدناه أن المدعى عليه نزيلٌ في سجن الخليل منذ أكثر من خمسة سنوات وأعاد أوراق التبليغ دون تبليغ قالت المدعية إن المدعى عليه معتقلٌ في سجن الخليل أطلب تبليغه بوساطة مدير السجن المحكمة تقرر تبليغ المدعى عليه بموجب المادة ٢٧ (١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية وذلك بمخاطبة مدير السجن لتبليغ المدعى عليه وتأمين إحضاره إلى هذه المحكمة إن رغب في ذلك أو إعلامنا بعدم رغبته للحضور وأقرر تأجيل الدعوى ليوم ت / / الساعة التاسعة صباحاً فهم علناً تحريراً في

المدعية الكاتب القاضي

في اليوم المعين حضرت المدعية ونودي على المدعى عليه فلم يحضر مع أنه بلغ موعد هذه الجلسة بالذات وأبدى عدم رغبته بالحضور للدفاع عن نفسه وذلك كما أفاد تقرير مدير السجن المذكور والمرفق في ملف هذه الدعوى قالت المدعية أطلب محاكمة المدعى عليه غيابياً أجيب طلبها وتقرر محاكمة المدعى عليه المذكور غيابياً تليت لائحة الدعوى فصدقتها المدعية وقررتها وطلبت الحكم بمضمونها ولغياب المدعى عليه فإن المحكمة تكلف المدعية إثبات دعواها فقالت إن بينتي على دعواي هي بينة خطية وأخرى شخصية أما البينة الخطية فهي عبارة عن وثيقة عقد الزواج الصادر عن هذه المحكمة وأبرزت من يدها صورة مصدقة عن وثيقة عقد الزواج ومن تلاوتها وجدت تتضمن اسم الزوج اسم الزوجة رقم العقد تاريخ العقد والمنظم بمعرفة كاتب هذه المحكمة والصورة خالية عن شائبتي التزوير

١- نص المادة (إذا كان المدعى عليه معتقلاً ترسل الأوراق القضائية إلى الموظف المسؤول عن المحل المعتقل فيه ليتولى تبليغه إياها ويجب على السلطة المختصة أن تحضر السجين أو المعتقل في الموعد المقرر إذا رغب في الدفاع عن نفسه وإذا لم يرغب في الحضور فعلى السلطة المختصة أن تشعر المحكمة بذلك)/مجموعة التشريعات الخاصة ص ٤٠ .

والتصـــنيع فتقرر قبولها وحفظها بين أوراق هذه الدعوى كما وأبرزت من يدها شهادة محكوميه ومـــن تلاوتها وجدت تتضمن اسم المحكمة ، شهادة محكومية ، اسم المحكوم عليه ، تاريخ الحكم مـــدة الحكم ، إلى آخر ما جاء في هذه الشهادة كما وأبرزت من يدها حكماً صادراً عن محكمة الاستئناف ومن تلاوته وجد يتضمن اسم المحكمة الاستئنافية ، اسم المحكوم عليه ، تاريخ الحكم ، مـــدة الحكـــم ، وأن الحكـــم صدق استئنافاً وتقرر قبول المبرزين حيث إنهما خاليين من التزوير والتصـــنيع وحفظا في ملف الدعوى قالت المدعية أما بينتي الشخصية فهي عبارة عن شهادة كل واحد من الشهود ..... أطلب سماع شهادة من حضر منهم تقوم المحكمة بالنداء على الشهود المسميين فإذا طابقت شهادة اثنين منهما دعوى المدعية وقنعت بهما المحكمة وقررت قبولهما تسأل المدعـــية عن كلامها الأخير في هذه الدعوى فتطلب المدعية إجراء الإيجاب ويعلن القاضي ختام المحاكمة وإصدار الحكم (١)

د- القرار :-

بـــناءً عـــلى الدعـــوى والطلب والبينتين الخطية المبرزة والشخصية المقنعة وتوفيقاً للإيجاب الشـــرعي وســـنداً لـــلمواد ٦٧ و٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و ١٣٠ من قانون الأحـــوال الشخصـــية فقد حكمت بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى للسجن وبأنها لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين ما لم تكن مسبوقةً منه مـــن قبل بطلقتين وأن عليها العدة الشرعية اعتباراً من تاريخه أدناه وضمنت المدعى عليه الرسوم والمصـــاريف القانونـــية حكماً غيابياً قابلاً للاعتراض والاستئناف وتابعاً له وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة فهم علناً تحريراً في

المدعية الكاتب القاضي

١- لا حاجـــة لتحليف المدعية اليمين الشرعية بعد إثباتها للدعوى بالبينتين الخطية المبرزة والشخصية المقنعة / القرار رقم ٩٤/٨٩ ت ٩٤/٦/٣٠

خامساً :- عناصر في دعوى التفريق للسجن :-

١- يشترط لصحة الدعوى ، أن تقدم بعد مرور سنة على سجنه الفعلي ، والعبرة في ذلك من تاريخ إقامة الدعوى (١)

٢- أن يكون قد حكم على المدعى عليه بحكم نهائي وفعلي ، وبعقوبةٍ مقيدةٍ للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر (٢)

٣- أن يكون الحكم قطعياً ، غير قابلٍ للطعن أو الاعتراض أو الاستئناف ، وذلك بأن يكون مصدقاً من قبل محكمة الاستئناف (٣)

٤- أن يكون المدعى عليه قد دخل السجن فعلاً منذ أكثر من سنة ، فلا يسار في الدعوى إذا كان الحكم غيابياً ، كما وترد الدعوى إذا ثبت بأن المدعى عليه يسمح له بالإقامة مع أهله فترةً معينة شهرياً مثلاً .

٥- أن تطلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها المدعى عليه ، لتضررها من سجنه ، مع بيان صلة الزوجية من حيث الدخول والخلوة أو عدمهما ، وذلك لتعلق حق الله تعالى .

٦- يبلغ المدعى عليه في السجن الذي يترل فيه ، ويطلب من السلطة المختصة إحضاره يوم المحاكمة إلى المحكمة ، إذا رغب في الدفاع عن نفسه ، ولا يسار إلى محاكمته غيابياً ، إلا إذا أشعرت الجهات المختصة في السجن المحكمة خطياً ، أن السجين الترزيل لديها لا يرغب في الحضور أمام المحكمة ، وقنعت المحكمة بذلك ، وطلبت المدعية محاكمته غيابياً (٤)

١- القرار رقم٩١٢١ ت٥٦/٤/١٠ القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية٣٢٥/١

٢- المادة ١٩٣ من قانون حقوق العائلة والقرار رقم ١١٥٤٧ ت٦١/٧/١٠ القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات ؟ الشرعية٣٢٥/١ ، ١٢٤٣٩ ت٦٢/١٢/٨ المصدر السابق٣٢٦/١ ، ٤٧٠٠ ت٦٦/٨/٢٣ المصدر السابق٣٢٦/١ ، ٢٨١٩٤ ت٨٧/١١/٨ المصدر السابق ٣٢٧/١

٣- القرار ٣٠١٢٥ ت٨٩/٥/٩ المصدر السابق٣٢٧/١

٤- المادة ٢٧ من قانون أصول المحاكمات الشرعية/مجموعة التشريعات الخاصة ص٤٠ ، القرار ١٩٥١٦ ، ٣٨٧٧٠ ، ٣٩٦١٠/ القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ٣٢٨/١ ، ١٢٦٣١ ت٦٣/٣/١٨ المصدر السابق٣٢٦/١ .

الملاحـــــق

الملحق الأول :– المفقود في القرارات الاستئنافية .

الملحق الثاني :– المفقود في الأحوال الشخصية لقدري باشا .

الملحق الثالث :– إحصائية لدعاوى المفقود والغيبة والضرر .

الملاحق

الملحق الأول :- المفقود في القرارات الاستئنافية :-

١- القرار رقم (٧٤٩٠ ت ٥٢/٤/٥) :-

مفقـــود : لإثبات وفاة الزوج تنصب المحكمة قيماً عليه ، تسمع الدعوى والبينة بمواجهته ، وفقاً لما صرح به في الدر المختار ورد المحتار عن النهر نقلاً عن التتار خانيه (١) .

٢- القرار رقم (٨٠٠١ ت ٥٣/٤/١٣) :-

مفقود : حتى تتوفر الخصومة في دعوى إثبات وفاة المفقود ، تقيم المحكمة قيماً على المفقود ، لسماع الدعوى بمواجهته ، إن لم يكن له وكيل على ماله ، كما نص على ذلك في باب المفقود في الدر المختار ورد المحتار(٢) .

٣- القرار رقم (٨٠٢٢ ت ٥٣/٥/٦) :-

مفقود : تقيم المحكمة قيماً على المفقود لسماع الدعوى في مواجهته إن لم يكن له وكيل على مالـــه كما نص على ذلك في باب المفقود في الدر المختار ورد المحتار ، وعلى فرض الخصومة ، وصحة البينة ، يحكم بموت المفقود (٣) .

٤- القرار رقم (٨١٤٥ ت ٥٣/٩/١٢) :-

مفقـــود : للغائب مطلقاً حكم ، وللمفقود حكم آخر ، والفقهاء في هذه الحالة أقاموا غلبة الظـــن مقام اليقين ، فإذا غلب على الظن موت الغائب ، جاز لزوجته ، أو أحد ورثته أن يطلب الحكـــم بموتـــه وإذا ثبت ذلك لدى القاضي في وجه الخصم ، ساغ له أن يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة ، الدالة على موته ، ويحكم بالموت ، كما هو واضح من رد المحتار في باب المفقود ، وأما إذا كان الموت متيقناً فلا يكون الموضوع من باب المفقود كما هو ظاهر (٤) .

١- القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات لشرعية لأحمد داود ٢٧٩/١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٢/٢ .

٢- المصدر السابق ٩٢٢/٢ .

٣- المصدر السابق ٩٢٢/٢ .

٤- المصدر السابق ٩٢٢/٢ .

٥- القرار رقم (٨٢١٦ ت ٥٣/١١/٤) :-

مفقود (القيم خصم لإثبات وفاة المفقود)

١- إذا اعـــترف الابن أنه قيم على أموال أبيه ، تعتمده المحكمة خصماً ، إذا تحقق لها ذلك بوجه شرعي ، أو تنصبه قيماً لرؤية الدعوى في مواجهته خصماً ، وذلك لأن طريق إثبات وفاة المفقود أن يجعـــل القاضي من في يده المال خصماً عنه ، أو ينصب عليه قيماً ، كما صرح بذلك في الدر المختار ورد المحتار ...

٢- لا وجـــه للقول بأن عدم الجزم بالوفاة في مثل هذه الدعوى مانع من صحتها ، وذلك لأنهم أقـــاموا غلـــبة الظن في دعوى وفاة المفقود مقام التعيين ، وقد صرحت المادة (١٢٥) من قانون حقـــوق العائلة بأنه يحكم بموت المفقود ، الذي يغلب عليه الموت الخ ، كما صرح في رد المحتار وغـــيره :أن للقاضـــي أن يحكم بموت المفقود بناءً على غلبة الظن بموته ، بعد النظر إلى القرائن والظـــروف ، وإذا رأت المحكمـــة أن دعـــوى وفاة المفقود تحتاج إلى بعض الوضوح ، فلها أن تستوضح عما يزيل الغموض ، والإبهام (١) .

٦- القرار رقم (٩٧٥٩ ت١٩٥٨/١/٢٩) :-

مفقود : (إثبات وفاة مفقود)

١- الخصـــومة من شروط صحة الدعوى حسب المادة (١٦١٨) من المجلة ، ويجب على المحكمة أن تراعي توفر شروط قبل السير فيها .

٢- صـــرح في الدر المختار ورد المحتار من كتاب المفقود أن طريق قبول البينة أن يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً عنه ، أو ينصب قيماً تقبل عليه البينة ، إن لم يكن له وكيل يحفظ ماله .

٣- رفعت الدعوى من شقيق على شقيقه ، بطلب إثبات وفاة مفقود هو شقيقهما الثالث الغائب وبما أن المدعى عليه قد عين قيماً على أخيه الغائب ، لإدارة شؤونه والمحافظة على حقوقه بموجب حجة رسميه ، فهو الخصم في سماع دعوى الوفاة ، ولا يؤثر على ذلك علاقته بالمتوفى(٢)

١- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٢/٢ .

٢- القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٢٩٠/١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٣/٢ .

٧- القرار رقم (١١٥٣٠ ت ٦١/٦/٢٦ :-

وفاة زوج:(الخصم في دعوى طلب الحكم بوفاة الزوج الذي تدعي امرأته موته هو أحد الورثة): مثل هذه الدعوى ، إنما تقام بمواجهة خصم ، ينازع في الموضوع ، وتتأثر حقوقه ، وهو الوارث ، واعتبار المحكمة المتوفى مدعى عليه في هذه القضية ، وإقامتها قيماً عليه ، للمخاصمة عنه في هذه القضية ، يتعارض مع ما تدعيه من وفاته ، لأن هذه القضية هي دعوى وفاة مجزوم بها ، ومشهود عليها ، وهي تختلف عن دعوى المفقود ، لذلك كان على المحكمة أن تكلف المدعية بيان ورثة المتوفى ، وأن تستعمل صلاحياتها بمقتضى المادة (٩١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، لتجعل أحدهم خصماً ، ليصح لها السير في الدعوى على وجه سليم ، وبما أنها لم تفعل ، فقد تقرر فسخه وإعادته لإجراء الإيجاب (١) .

٨- القرار رقم (١٢٢٢٨ ت ٦٢/٩/٣ :-

مفقود : الحكم بوفاة المفقود الذي ليس له زوجه ، ولا يوجد من ورثته قاصر ، غير خاضع لتدقيق محكمة الاستئناف الشرعية (٢) .

٩- القرار رقم (١٦٨٦٢ ت ٧١/١٢/٦) :-

مفقود:(إذا تضمن الحكم بوفاة المفقود إلزام زوجته بالعدة ، يكون تابعاً لتدقيق محكمة الاستئناف) رفعت المحكمة الابتدائية بموجب المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية حكمها بموت المفقود وانحصار إرثه على الوجه المبين في الحكم ، وإلغاء حجة القيمية ، وإن على زوجته العدة الشرعية اعتباراً من تاريخ الحكم .

ولدى التدقيق تبين أن المادة (١٣٨) المذكورة ، وإن كانت لا تقضي برفع الدعوى المتعلقة بوفاة المفقود ، إلا أن هذه المادة نصت على أن من الأحكام التي يجب رفعها للتدقيق مايتعلق به حق الله تعالى ، وبما أن الحكم المرفوع يشتمل على إلزام الزوجة بالعدة ، فإن هذه المحكمة الاستئنافية تنظره تدقيقياً ، وتبين أن المحكمة أذنت للمدعى عليه القيم في الخصومة ، وبذلك صحت خصومته ، وفقاً لما نص عليه في المادة من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، وقد أثبتت المدعية دعواها بالبينتين الشخصية والكتابية ، التي من ضمنها قرار من لجنة التقاعد العسكري اعتبر فيه شهيداً ، ووزعت حقوقه التقاعدية على ورثته ، غير أن المحكمة لم تشر في المحضر أنها قامت بإجراء التحري على المفقود فتقرر فسخه ، وإعادته لإجراء المقتضى(٣) .

١- القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٢٨٢/١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٣/٢ .

٢- المصدر السابق ٩٢٣/٢ .

٣- المصدر السابق ٩٢٤/٢ .

١٠- القرار رقم (١٧٨٩١ ت ٧٤/١/٢) :-

مفقود : (إثبات وفاة مفقود) :-

١- إقامة الدعوى من شقيق على شقيقه بطلب وفاة أبيها المفقود ، وأن شقيقه المدعى عليه يضع يـــده على الأرض ، ويتصرف بها ، هذا الادعاء لا يشكل نزاعاً حقيقياً بين المتداعيين ، لأن كل واحد منهما يستفيد بوفاة المفقود بإرثه منه باعتباره أباً لهم .

٢- ولقد نصت المادة(٤٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على رفض الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة ، كما أن المادة(٤٣) والمادة(٤٥) من القانون المذكور نصت على أن دعوى الإرث والنســـب لا تقام إلا بمواجهة الخصم الحقيقي ، ضمن دعوى من وظيفة المحكمة رؤيتها ، وأنه يغني عن ذكر المال في دعاوى الإرث بيان السهام أو الحصة المعينة ، وفي دعوى طلب وفاة المفقـــود يجـــب أن يبين المدعي من هم الورثة ، الذين يرثون المفقود إذا حكم بوفاته ، وسهامهم الشرعية .

٣- حتى تصح دعوى إثبات وفاة المفقود ، لابد أن يطلب المدعي من المحكمة تعيين قيم ليخاصمه فـــيما يدَّعـــيه ، وهـــو مـــا يتفق مع ما تضمنته المادة(٥٨١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ومع ما جاء في كتاب عمدة الحاكم ص(١٢) ولا بد لصحة تعيين القيم ، وإمكان إقامة الدعوى عليه أن يقبل في أن يكون قيماً للخصومة ، ولا يتوفر ذلك بغيابه (١).

١١- القرار رقم (١٩٢١٧ ت ٧٧/١/٣) :-

مفقود (الحكم بوفاته) :-

تـــبين أن زوجـــة المفقود لم تمثل في الدعوى ، ولا بلغ إليها الحكم الابتدائي ، مع أن هذه المحكمة الاستئنافية إنما تنظر في الحكم عملاً بالمادة(١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، رعاية لحق الله تعالى ، بالنسبة إلى عدة الزوجة المذكورة بعد مضي مدة الاستئناف ، إذا لم يستأنفه الخصوم ، لذلك تقرر رد الاستئناف شكلاً ، وإعادة الأوراق لمصدرها ، وعلى المحكمة الابتدائية إتمام معاملة تبليغ الحكم ، ورفعه حسب الأصول (٢).

١- القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٣٠٥/١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٤/٢ .

٢- المصدر السابق ٩٢٥/٢ .

١٢- القرار رقم (١٩٢٩٥ ت ٧٧/٣/٦) :-

مفقود : الحكم بوفاة المفقود لا بد أن يبلغ إلى زوجته ، التي لم تمثل في الدعوى حتى يتحقق موجب الرفع لمحكمة الاستئناف للتدقيق ، رعاية لحق الله تعالى بالنسبة إلى عدة الزوجة ، ويصرح في الحكم بإلزام زوجته بعدة الوفاة من تاريخ الحكم (١) .

١٣- القرار رقم (٢٢٣٠٨ ت ٨١/٨/١٠) :-

إذا كان المفقود جندياً في الجيش عند فقده ، فعلى المحكمة الابتدائية أولاً الكتابة للقيادة العامة ، والسؤال منها عن حقيقة واقع المفقود ، ثم وعلى ضوء ما تجيب تجري الإيجاب(٢) .

١٤- القرار رقم (٣٣٢٤٠ ت ٨١/٨/٢٠) :-

الحكم بموت المفقود ، الذي يغلب الظن على وفاته بعد فقده في جهة معلومة ، منذ أكثر من أربع سنوات ، وانحصار إرثه في ورثته الموجودين حال الحكم ، مع بيان أسهمهم الإرثية ، وإن على زوجته العدة الشرعية من تاريخ الحكم ، بناء على الدعوى ، والطلب ، والتحري ، والبينة الشخصية المقنعة صحيح موافق للوجه الشرعي (٣).

١٥- القرار رقم (٢٢٣٧٩ ت ٨١/٩/٨) :-

مفقود :- اعتراض الغير على حكم بوفاة مفقود) :-

إذا ادعى شخص لم يكن طرفاً في الدعوى أن الحكم قد أضاع حقوقه الإرثية ، وأضر به ، فله والحالة هذه الحق في اعتراض الغير على الحكم ، وتسمع دعواه به ما لم تمض مدتا الاعتراض والاستئناف على الحكم المعترض عليه بعد تبليغه ، أو علمه به ، وذلك وفق المواد (١١٥ و ١١٧ و ١٢٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية (٤) .

١- القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ١٩٩/١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٥/٢ .

٢- المصدر السابق ٩٢٥/٢ .

٣- المصدر السابق ٩٢٥/٢ .

٤- المصدر السابق ٩٢٦/٢ ، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٩٤/١-٩٥ .

١٦- القرار رقم (٢٧٤١١ ت ٨٧/٢/٢٦) :-

مفقود : (الخصم في دعوى إثبات وفاة مفقود) :-

١- أقامت المدعية دعواها بطلب إثبات وفاة زوجها المفقود على ابنها من المفقود ، وهذا الادعاء على هذه الصورة لا يشكل نزاعاً حقيقياً بين المتداعيين ، لأن كل واحد منهما يستفيد من الحكم بوفـــاة المفقود بإرثه منه باعتباره زوجاً للمدعية ، وأباً للمدعى عليه ، وقد نصت المادة(٤٤) من قـــانون أصول المحاكمات الشرعية على رفض الدعوى إذا لم يكن بين الطرفين خصومة في الواقع كما أن المادة(٤٣) من القانون المذكور نصت على أن دعوى النسب والإرث لا تقام إلا بموجهة الخصم الحقيقي ضمن دعوى من وظيفة المحكمة رؤيتها .

٢- لم تطلـــب المدعية من المحكمة الابتدائية قبل السير في دعوى إثبات وفاة زوجها المفقود تعيين قـــيم ليخاصمها فيما تدعيه ، وهو ما يتفق مع ما تضمنته المادة(٥٨١) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ونصها : (إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك ، يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً عنه ، وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيماً تقبل عليه البينة ، لإثبات دعوى موته) .

وهـــذا يـــتفق مـــع ما جاء في كتاب عمدة الحاكم ، (ص١٢) ولا بد لصحة تعيين القيم ، وإمكان إقامة الدعوى عليه أن يقبل أن يكون قيماً ، لذلك فقد كان على المحكمة الابتدائية أولاً تعيين قيم على أموال المفقود الغائب عند نظرها للدعوى ، وفي أول جلسة من جلساتها ، وحيث إن المحكمة لم تفعل ، وحيث إن الطرفين المتداعيين لا تتوفر الخصومة بينهما في مثل هذه الدعوى ، فقد كان الحكم بثبوت وفاة المفقود وانحصار إرثه في ورثته المذكورين ، وإن على زوجته المدعية العـــدة الشرعية من تاريخ الحكم على الوجه المذكور في الدعوى والحكم غير صحيح ، ومخالفاً للوجه الشرعي ، فنقرر فسخه ، وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب(١) .

١٧- القرار رقم (١٢٢٢٨ و ١٩٨٧٦ و ٣٠٩٤٦) :-

مفقود : الحكم بوفاة المفقود ، إذا لم يكن له زوجة ، ولا يوجد من ورثته قاصر ، يكون غير تـــابع للاستئناف ، وغير مشمول بأحكام المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، فيرد الاستئناف بخصوصه شكلاً (٢) .

١- القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٢٨٩/١ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٦/٢ .

٢- المصدر السابق ٩٢٧/٢ .

١٨:- القرار رقم (٣٣٢٦٧ ت ٩١/٨/١٤) :-

لا بد من بيان السهام الشرعية والانتقالية حسب الفريضة الشرعية ، وأحكام قانون الانتقال الجديـــد ، لأن ذكر السهام يغني عن ذكر المال في دعاوى الإرث وحسب ما جاء في المادة(٤٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية (١) .

١٩- القرار رقم (٣٣٥٦٤) :-

مفقود :-

١-إن شهادة الشهود لم تتضمن أن المفقود غلب على الظن موته ، حيث فقد في جهة معلومة ، وذلك عملاً بالمادة (١٧٧) من قانون الأحوال الشخصية ، وقد اكتفى وكيل المدعي بشهادة من شـــهد اكـــتفاء معللاً بالمطابقة ، فله إحضار من شهد ، أو إحضار غيرهم من الشهود المسلمين والمحصورين

٢- يضـــاف إلى ما ذكر أن محاكم ... الشرعية لم تجب المحكمة الابتدائية عن نتيجة التحري عن المفقـــود ، فعلى المحكمة بعد ثبوت الدعوى إعادة الكتابة للمحاكم المذكورة بالخصوص المذكور لذلك فسخ الحكم بموت المفقود ... وأعيدت القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب (٢) .

٢٠- القرار رقم (٨٠٥٧ و١٢٢٢٨ و١٩٨٧٦) و(٣٧٣٩٦ ت٩٤/٦/١٨) :-

مفقود : الحكم الصادر بوفاة المفقود ، وانحصار إرثه في ورثته ، غير مشمول باحكام المادة(١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ، فلا يرفع للتدقيق من قبل محكمة الاستئناف ، إلا إذا وجد قاصر أو زوجة معتدة ، وإذا لم يوجد قاصر أو زوجه معتدة ، فلا يرفع ، وإذا رفع دون أن يستأنفه أحد ، يرد الاستئناف شكلاً (٣) .

٢١- القرار رقم (٣٧٧٤٨ ت٩٤/٦/٦) :-

مفقـــود : لا بد أن تقام البينة بانحصار إرث المفقود على فرض وفاته في الورثة المذكورين في الادعاء ، كما أنه لابد أن تتم الإجابة على التحري عن المفقود من جميع المحاكم الشرعية في حال إرسال المحكمة لتلك المحاكم (٤) .

١- القـــرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٨٢٨/٢ ، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٧/٢ .

٢- المصدر السابق ٩٢٧/٢ .

٣- القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية لأحمد داود ٣٧/١ .

٤- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٩٢٧/٢ .

٢٢- القرار رقم (٤٣٧٥٤ ت١٢/١١/٩٧) :-

مفقود : (إثبات وفاة مفقود) :-

إن المحـــاكم الشرعية في المملكة لم تجب جميعها بنتيجة تحرياتها عن المفقود ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الشهود المستمعين لم يشهدوا بأسماء أولاد المفقود المذكورين كما وردت في الدعـــوى ، وهم من ورثته على فرض الحكم بوفاته ، لذلك كان الحكم بموت المفقود ، وانحصار إرثـــه الشـــرعي لورثـــته المذكورين ، وإن على زوجته ... عدة الوفاة على الوجه المذكور غير صحيح ، وسابقاً لأوانه ، فتقرر فسخه ، وإعادة القضية لمصدرها لإجراء الإيجاب (١) .

من هذه القرارات يمكن استخلاص النتائج التالية :-

١- يـــبلغ عـــدد القـــرارات التي صدر بها حكمٌ من محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة ، ثمانية قرارات ، صدِّق منها قرارٌ واحد ، وفسخ سبعة قرارات ، أي أنّ نسبة التصديق هي ١/٨ .

٢- تمثلت أسباب الفسخ في الأمور التالية :-

أ) اعتبار المفقود مدَّعىً عليه وذلك كما هو في القرار رقم ١١٥٣٠ ت٦١/٦/٢٦/البند/٧ .

ب) عـــدم إشارة المحكمة إلى قيامها بإجراء التحري ، لدى القيادة العامة ، وذلك لكون المفقود عسكرياً ، رغم وجود بيِّنةٌ كتابيِّةٌ بذلك تشير بأنه شهيد ، كما هو في القرار رقم ١٦٨٦٢ ت٦ /٧١/١٢/بند/٩ والقرار رقم ٢٢٣٠٨ ت٨١/٨/١٠/بند/١٣ .

ت) عدم تمثيل الزوجة في الدعوى وذلك كما هو في القرار رقم ١٩٢١٧ ت٧٧/١/٣/بند/١١ والقرار رقم ١٩٢٩٥ ت٧٧/٣/٦/بند/١٢ .

ث) عـــدم طلب المدعية تعيين قيِّم على أموال المفقود لمخاصمتها ، وذلك كما هو في القرار رقم ٢٧٤١١ ت٨٧/٢/٢٦/بند/١٦ .

ج) عدم إجابة المحاكم الشرعية عن نتيجة التحري ، كما هو في القرار رقم ٣٣٥٦٤/بند/١٩ .

ح) عدم إتمام التحري وذلك كما هو في القرار رقم ٤٣٧٥٤ ت٩٧/١١/١٢/بند/٢٢ .

خ) عدم ذكر أسماء أولاد المفقود من قبل الشهود ، كما في القرار السابق .

١- القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية لأحمد داود ٢/٩٢٧ .

الملحق الثاني :-

المفقود في مواد الأحوال الشخصية(١) لقدري باشا :-

(المادة ٥٧١) المفقود هو الغائب الذي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته .

(المادة ٥٧٢) إذا ترك المفقود وكيلاً قبل غيابه لحفظ أمواله وإدارة مصالحه ، فلا ينعزل وكيله بفقده ولا تنزع الورثة المال من يده ، ولا أمين بيت المال ، ولو كان المفقود لا وارث له أصلاً . وليس للوكيل تعمير عقارات المفقود إذا احتاجت إلى تعمير إلا بإذن من الحاكم .

(المادة ٥٧٣) إذا لم يكن المفقود ترك وكيلاً ، ينصب له القاضي وكيلاً يحصى أمواله المنقولة وغير المنقولة ، ويحفظها ويقوم عليها ، ويأخذ غلاته وريع عقاراته ، ويقبض ديونه التي أقر بها غرماؤه .

(المادة ٥٧٤) للقاضي أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من مال المفقود ، ويحفظ ثمنه ليعطي له أن ظهر حياً ، أو لمن يستحقه من ورثته بعد الحكم بموته ، أو ليس له أن يبيع شيئاً مما لا يخشى عليه الفساد لا لنفقة عياله ولا لغيرها .

(المادة ٥٧٥) للوكيل المنصوب أن ينفق على عروس المفقود ، وعلى أصوله وفروعه المستحقين للنفقة من ماله الحاصل في بيته ، أو الواصل من ثمن بيع ما يتسارع إليه الفساد ، أو من مال مودع عند مقر أو دين على مقر .

(المادة ٥٧٦) المفقود يعتبر حياً في حق الأحكام التي تضره ، وهي التي تتوقف على ثبوت موته ، فلا يتزوج عرسه أحد ، ولا يقسم ماله على ورثته ، ولا تفسخ إجارته ، ولا يفرق بينه وبين عرسه ، ولو بعد مضي أربع سنين قبل ظهور الحال .

(المادة ٥٧٧) المفقود يعتبر ميتاً في حق الأحكام التي تنفعه ، وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه في الإرث ، وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته ، أو الحكم بوفاته .

١- ينظر/شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأبياني ٢/٣٤٧-٣٥٧

(المادة ٥٧٨) يحكم بوفاة المفقود إذا انقرض أقرانه في بلده ، فإن تعذر التفحص عن الأقران وحكم بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه .

(المـــادة ٥٧٩) متى حكم بموت المفقود يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت الحكم بموته ، ويرد القسط الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته ، ويرد الموصى له به إن كانت له وصية إلى ورثة الموصي ، وتعتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة ، وتحل للأزواج بعد انقضائها .

(المادة ٥٨٠) إذا علمت حياة المفقود ، أو حضر حياً في وقت من الأوقات ، فإنه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه ، فإن عاد حياً بعد الحكم بوفاته ، فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له ، ولا يطالب أحداً منهم بما ذهب (١) .

(المادة ٥٨١) إذا ادعت زوجة المفقود موته ، أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك ، يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصماً عنه ، وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيماً تقبل عليه البينة لإثبات دعوى موته (٢) .

١- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للأبياني ٣٥٨/٢

٢- المصدر السابق ٣٥٨/٢ .

الملحق الثالث

إحصائية لدعاوى المفقود ، والتفريق للغيبة والضرر

في بعض المحاكم الشرعية :-

سـأبين في هـذه الإحصائية الدعاوى المذكورة ، كما حصلت عليها من محاكمها ، وذلك اعتباراً من عام ١٩٩٦م دون تعليقٍ عليها ، في حين ستكون الإحصائية لدعاوى محكمة الخليل الشرعية من عام ١٩٩٧م مع بيان النسبة المؤوية في لذلك

محكمة بير زيت

نوع الدعوى	المدعي	رقم الأساس	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخه
وفاة مفقود	ابن شقيق	٩٤/٣٧	٩٧/٧/٢٩	٩٧/١٢/١٨	صدق	٩٨/١/١٧
للغيبة والضرر	زوجة	٩٧/٩٧	٩٧/٩/١	٩٧/١١/١٣	فسخ	٩٨/١/٢
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٣	٩٨/١/٢٥	٩٨/٣/٢٤	صدق	٩٨/٥/١٠
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/١٨	٩٨/٤/١٦	٩٨/٦/١٠	صدق	٩٨/٨/١٥
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٥٣	٩٨/٧/١٨	٩٨/٩/١٧	صدق	٩٨/١٢/٢٩

محكمة دورا

نوع الدعوى	رقم الأساس	المدعي	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخه
للغيبة والضرر	زوجة	٩٦/٩٢	٩٦/١١/٢٥	٩٧/١/٩	صدق	٩٧/٢/١٥
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٨/٦	٩٨/٩/٩	٩٨/١٠/٢٨	صدق	٩٩/١/٧
للغيبة والضرر	زوجة	٩٩/٨٨	٩٩/٩/٨	أسقطت	--------	--------

محكمة بيت لحم

نوع الدعوى	المدعي	رقم الأساس	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخه
للغيبة والضرر	زوجة	٩٥/٥	٩٥/١/١٥	٩٥/١٠/٢٩	صدق	٩٥/١٢/١٢
للغيبة والضرر	زوجة	٩٥/٥٨	٩٥/١٠/١٩	٩٦/١٢/٢٨	صدق	٩٦/٣/٧
للغيبة والضرر	زوجة	٩٦/٩٣	٩٦/٧/١٧	٩٦/٩/١١	صدق	٩٦/١١/٧
للغيبة والضرر	زوجة	٩٧/١٤٩	٩٧/٨/٢٩	إسقاط	--------	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠١/٧٨	٢٠٠١/٦/٩	٢٠٠١/٧/١٦	أسقطت	--------

محكمة طوباس

نوع الدعوى	المدعي	رقم الأساس	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخه
للغيبة والضرر	زوجة	٩٥/٣	٩٥/١/٢١	٩٥/٤/٨	صدق	٩٥/٧/١١
للغيبة والضرر	زوجة	٩٦/٥	٩٦/٤/٢٢	٩٦/٤/٢٢	صدق	٩٦/٦/٣
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠١/٥٤	٢٠٠١/٧/٧	٢٠٠١/٨/١٤	صدق	٢٠٠١/٩/٢٠

محكمة الخليل الشرعية

دعاوى وفاة مفقود

نوع الدعوى	المدعي	الأساس	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخه
وفاة مفقود	ابن	٩٧/٢٧٦	٩٧/٨/٢٨	٩٨/٤/٢٩	صدق	٩٨/٦/٢٢
وفاة مفقود	زوجة	٩٨/٣١٥	٩٨/٩/٣	٩٨/١٢/٢	صدق	٩٩/٩/١٣
وفاة مفقود	زوجة	٩٩/١١٧	٩٩/٤/٣	٩٩/٦/٢١	فسخ	----------
وفاة مفقود	زوجة	٩٩/٢٦٢	٩٩/٨/٨	٩٩/٨/٢٤	صدق	٩٩/١٠/٤
وفاة مفقود	ابن	٢٠٠٠/١١٦	٢٠٠٠/٤/٢٠	٢٠٠٠/٥/٤	أسقطت	----------
وفاة مفقود	زوجة	٢٠٠٠/١٣٩	٢٠٠٠/٥/١٣	٢٠٠٠/٧/٣٠	فسخ	٢٠٠٠/٨/١٣
وفاة مفقود	زوجة	٢٠٠٠/٢١٢	٢٠٠٠/٧/١٢	٢٠٠٠/٩/٢٥	فسخ	٢٠٠٠/٧/٣٠
وفاة مفقود	زوجة	٢٠٠٠/٢٧١	٢٠٠٠/٨/٢٣	٢٠٠٠/١٢/٢٤	فسخ	٢٠٠١/٢/٤

يتبين أن نسبة دعاوى المفقود لعام ١٩٩٨م ، هي ٤٧٨/٢ أي بنسبة ٤١ ، %.

وفي عام ١٩٩٩م ، هي ٥٠١/٢ أي بنسبة ٤٨ ، %.

وفي عام ٢٠٠٠م ، هي ٣٧٢/٣ أي بنسبة ٩٣، %

محكمة الخليل الشرعية

التفريق للغيبة والضرر

نوع الدعوى	المدعي	الأساس	تاريخ الورود	تاريخ الحكم	نتيجة الاستئناف	تاريخه
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٢٩	٩٨/٢/٢١	٩٨/٤/٢٦	صدق	٩٨/٦/٢٨
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٧٢	٩٨/٢/٢٥	٩٨/٤/٢٣	صدق	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/١٣٧	٩٨/٥/٧	٩٨/٦/٨	فسخ	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/١٦٧	٩٨/٥/٢٦	٩٨/٧/١١	فسخ	٩٩/٩/٥
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/١٩٨	٩٨/٦/١٥	٩٨/٧/٢٩	صدق	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٢٢٦	٩٨/٧/٢	٩٨/٨/١٢	صدق	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٢٣٦	٩٨/٧/١١	٩٨/٨/٣١	أسقط	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٩٨/٤٤٠	٩٨/١٢/٢٤	٩٩/١/٢٣	صدق	٩٩/٣/٤
للغيبة والضرر	زوجة	٩٩/٧٨	٩٩/٣/٤	٩٩/٤/١٥	صدق	٩٩/٥/٢٣
للغيبة والضرر	زوجة	٩٩/١٤٠	٩٩/٤/٢٢	٩٩/٥/٢٩	صدق	٩٩/٧/٧
للغيبة والضرر	زوجة	٩٩/٤٠٦	٩٩/١٠/٢٠	٢٠٠٠/٩/٣	أسقطت	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٩٩/٤٤٢	٩٩/١١/١٧	٩٩/١٢/٢٨	صدق	٢٠٠٠/٣/٥
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠٠/٧٠	٢٠٠٠/٣/١	٢٠٠٠/٤/١٢	صدق	٢٠٠٠/٥/٢٧
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠٠/١٩٦	٢٠٠٠/٧/٢	٢٠٠٠/٧/١٠	أسقطت	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠٠/٢٦٩	٢٠٠٠/٧/٢٢	٢٠٠٠/١/١٥	فسخ	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠٠/٣٠٤	٢٠٠٠/٩/١٢	٢٠٠١/٢/٣	صدق	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠٠/٣٣٦	٢٠٠٠/٩/٢٥	--------	أسقطت	--------
للغيبة والضرر	زوجة	٢٠٠٠/٣٦٢	٢٠٠٠/١٢/٧	٢٠٠٠/٤/١٤	صدق	--------

يتبين من هذه الإحصائية أن مجموع دعاوى التفريق للغيبة والضرر لعام ١٩٩٨م ٨ دعاوى ، في حين أن المجموع الكلي للدعاوى هو ٤٧٨ دعوى ، ٤٧٨/٨ أي بنسبة ٦٧ ،١ % .

وفي عام ١٩٩٩م ، ٥٠١/٤ أي بنسبة ٧٩ ، % .

أما في عام ٢٠٠٠م فهي ٣٧٢/٦ أي بنسبة ٦١ ،١ % .

الخاتمة

وتقسم إلى فرعين :-

الفرع الأول :-

النتائج

الفرع الثاني :-

التوصيات

الخاتمة

في نهايـــة هذا البحث ، فإنني أحمد الله سبحانه وتعالى على ما أمدني فيه من الحول والقوة ، وعـــلى ما ألهمني فيه من العلم والفائدة ، فإن كان صواباً فمن الله سبحانه وتعالى وبفضله ،وإن كان خطأً فمن نفسي وأسأل الله عنه المغفرة ، حيث إنه لا كمال إلا لله سبحانه ، وأن كل إنسان يؤخـــذ من قوله ويرد ، إلا صاحب هذه الرسالة الخالدة محمد بن عبد الله صلوات ربي وسلامه عليه وذلك لقوله تعالى ((وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى(٣)إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى))(١) وقوله ((لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ...)) (٢) ولقوله صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن الكتابة عنه (أكتب فوالـــذي نفسي بيده لا يخرج منه إلا حقا)(٣) فهذا ما توصلت إليه بعد بذل الجهد والاجتهاد ، وإتماماً للفائدة ، فإنني أرى تقسيم هذه الخاتمة إلى فرعين ، هما :-

الفرع الأول

أهم النتائج التي اشتمل عليها هذا البحث

١- لقد حافظ الإسلام على كلٍّ من المال والنسل ، باعتبارهما من الضرورات الخمس .

٢- المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته من مماته ، ذكراً كان أو أنثى ، ولا تعرف أماكن تواجده .

٣- كل مفقودٍ غائب ، وليس كلُّ غائبٍ مفقوداً ، ولكل منهما أحكام خاصةً به .

٤- يعتبر المفقود نوعاً واحداً عند كلٍّ من الحنفية والشافعية والظاهرية ، ونوعين عند الحنبلية ، وقانون الأحوال الشخصية المعمول به في محاكمنا الشرعية ، وعدة أنواعٍ عند المالكية والشيعة .

٥- اختلف الفقهاء في إلحاق المرتد والأسير والمحبوس بالمفقود .

١- سورة النجم آية ٣،٤ .

٢- سورة فصلت آية ٤٢ .

٣- رواه الإمام أحمد ، وصححه أحمد شاكر /ينظر/مسند الإمام أحمد ٦٨/٦-٦٩ حديث رقم ٦٥١٠ ، سنن أبي داود ٦٠/٤-٦١/كتاب العلم/حديث رقم ٣٤٤٦

٦- اتفـق الفقهـاء على اعتبار وفاة المفقود من تاريخ وفاته إذا أقيمت البينة على ذلك ، ومن تاريخ الحكم بها إذا كان بناءً على غلبة الظن .

٧- اخـتلف الفقهـاء في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود ، ويعود السبب في ذلك إما لعدم ورود نصـوصٍ شرعيَّةٍ ثابتةٍ في هذا الموضوع ، أو النظر إلى مصلحة زوجة المفقود وورثته ، أو كليهما معاً .

٨- حكـم المفقود أنه حيٌّ في حق نفسه ، فلا تنكح زوجته ، ولا تقسَّم تركته ، وميِّتٌ في حقِّ غيره ، فلا يرث من غيره ولا يحكم له بالوصية ، وإنما يوقف ذلك لحين بيان حاله .

٩- أجاز كلٌّ من المالكية والحنبلية والشافعي في القديم التفريق للغيبة والضرر ، وكذلك للفقد ، في حين لم يجز الحنفية والشافعي في الجديد وأهل الظاهر ذلك .

١٠- نفقـة الـزوجة هـي معـيار تقسيم الغائب إلى أنواع عند الفقهاء ، وفي قانون الأحوال الشخصـية فالمعـيار هـو كون محلّ إقامته معلوماً أو مجهولاً ، وإذا كان معلوماً فالمعيار وصول الرسائل إليه أو عدم وصولها .

١١- لكـلٌّ من دعاوى التفريق للغيبة والضرر ، أو الفقد أو الحبس ، عناصر رئيسة لا بد من توفرها وإثباتها للسير بالدعوى .

١٢- لا تكلَّـف الـزوجة عبء إثبات الضرر ، في دعوى التفريق للغيبة والضرر ، وإنما يكتفى بالادعاء .

١٣- الغيبة بحد ذاتها لا تعتبر مسوغاً لطلب التفريق ، وإنما لا بد من الادعاء بالضرر .

١٤- ألحق القانون زوجة المحبوس والأسير بالغائب .

١٥- ثبوت وفاة المفقود أو عدم ثبوتها ، هي محور النزاع في جواز التفريق للفقد وعدمه .

١٦- أخـذ قانون الأحوال الشخصية بمبدأ التفريق للفقد ، وكذلك للغيبة والضرر ، وذلك إذا توفرت الشروط الخاصة بالتفريق .

١٧- المـراد من تربص زوجة المفقود ، هي المدة التي تنتظرها قبل احتساب العدة ، وفي قانون الأحـوال الشخصـية ، تختلف حسب حالات الفقد ، وتنتهي بحكم القاضي بالتفريق أو بوفاة المفقود لتبدأ عدة الوفاة .

١٨- اختلف الفقهاء في بداية الحساب لمدة التأجيل والتربص ، ما بين قائلٍ بأن بدايتها من تاريخ رفع الأمر إلى الحاكم ، إلى قائلٍ بأنها من تاريخ الفقد ، وقائلٍ من تاريخ اليأس ، في حين اعتبرها قانون الأحوال الشخصية من تاريخ الفقد .

١٩- نفقة الزوجة تشمل كلّ من الطعام والشراب والسكنى والكسوة ، والتطبيب بالقدر المعروف ، وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم ، ويكون ذلك من تاريخ العقد .

٢٠- يترتب على زوجة المفقود الاعتداد عدة الوفاة أربعة أشهرٍ وعشرة أيام ، وذلك من تاريخ الحكم ، ولها حقها في الميراث دون النفقة .

٢١- أموال المفقود لا تقسم حتى تثبت وفاته أو يحكم بها ، ويوقف نصيبه من غيره لحين بيان حاله ، فإذا ثبتت حياته استحق ما وقف له ، وإن لم تثبت حياته وحكم بوفاته أعطي ما وقف له لورثة المتوفى الموجودين أثناء الحكم .

٢٢- من الفقهاء من فرّق بين أحكام زوجة المفقود وأحكام أمواله ، ومنهم من لم يفرّق ، وهذا ما عليه قانون الأحوال الشخصية .

٢٣- إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته ، فإنه يعود على الورثة بما بقي في أيديهم من تركته دون ما استهلكوا منها .

٢٤- اتفق الفقهاء على أن زوجة المفقود تبقى زوجةً له دون عقدٍ أو مهرٍ جديدين ، إذا ظهرت حياته قبل دخول الزوج الثاني بها ، وكذلك بعد دخوله ، إذا كان أحدهما عالماً بحياة المفقود ، وبذلك أخذ قانون الأحوال الشخصية .

أما إذا كان مدخولاً بها فجمهور الفقهاء على أنه ليس للأول عليها سبيل ، بذلك أخذ القانون

٢٥- يعين القاضي قيّماً على أموال المفقود لحفظها ، إذا لم يكن له وكيل ، ويحصي أمواله المنقولة وغير المنقولة ، ويأخذ غلاته ويقبض ديونه ، ويبيع ما يتسارع إليه الفساد .

٢٦- للوكيل حفظ أموال المفقود ، ولا ينعزل بفقده ، ولا ينزع الورثة المال من يده ، وليس له تعمير عقارات المفقود إلا بإذن القاضي .

٢٧- ينتهي الفقد بظهور المفقود حياً ، أو ثبوت وفاته ، أو الحكم بوفاته ، بناءً على غلبة الظن .

٢٨- يعتبر كل من الوكيل والقيم وواضع اليد ، خصماً في دعوى المفقود .

٢٩- يجب أن تتوفر الشروط المعينة للتبليغ حتى يمكن اعتماده والسير في الدعوى .

٣٠- لا يسار في الدعوى إلا بعد وصول الرد من جميع المحاكم والجهات التي خوطبت بشأن المفقود ، وإفادتها بعدم العثور عليه .

٣١- يكون الحكم في دعوى المفقود تابعاً للاستئناف إذا كان فيه زوجة أو قاصر .

٣٢- يلغى الحكم إذا فسخ من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة ، ويعاد السير في الدعوى على هدى القرار الاستئنافي .

الفرع الثاني

أهم التوصيات التي أرى ضرورة الأخذ بها

١ – أن ينص صراحةً على تعريف المفقود في قانون الأحوال الشخصية .

٢ – أن ينص على اعتبار المفقود ثلاثة أنواع حسب الحالة التي فقد فيها .

٣ – عدم إلحاق أسير الحرب بخصوص التفريق للغيبة والضرر .

٤ – اعتماد تفويض مدة الحكم بوفاة المفقود إلى القاضي على النحو التالي :–

أ– أن تكون مدة الانتظار سنة واحدة ، وذلك إذا فقد في حالةٍ يغلب على الظن هلاكه فيها ، أو فقد في مكانٍ غير معلومٍ ولكنه لا يغلب على الظن هلاكه ، ويمكن الاستفسار عنه .

ب– أن تكون مدة الانتظار أربع سنوات إذا لم يمكن الاستفسار عنه .

٥ – أن يكون التفريق بسبب الغيبة والضرر بعد سنةٍ ، إذا كان بعذرٍ أو كان مأذوناً له ، أما إذا لم يكن بعذرٍ ودون إذنٍ فيكون التفريق بعد ستة أشهر .

٦ - أرى أن يوضع بسندٌ خاص في قانون الأحوال الشخصية ، يبين فيه مآل تركة المفقود إذا ظهرت حياته ، بحيث يوصي برجوعه على الورثة بما بقي في أيديهم ، كما قال به جمهور الفقهاء ، وبما استهلكوا كما قال بذلك بعضهم .

٧ – أن يعتمد الرأي القائل بتقسيم نصيب المفقود الموقوف على ورثته يوم الحكم بوفاته ، وليس على الموجودين من ورثة المتوفى ، المورِّث للمفقود .

٨ – أن تكون عدة زوجة المفقود من تاريخ تبليغها الحكم مصدقاً .

٩ – أن يكون الحكم بوفاة المفقود اعتباراً من تاريخ الحكم إذا كان غير تابعٍ للاستئناف ، ومن تاريخ التصديق إذا كان تابعاً للاستئناف .

١٠ – إلزام المدعي بنشر إعلانٍ في وسائل الإعلام المرئية ، وذلك في الجهة التي تقام فيها الدعوى وفي مكان فقده إذا كان معروفاً وضمن دولةٍ أخرى ، ليتسنى بذلك دقة البحث والتحري عنه .

١١ – أن تتبع نفس وسائل التبليغ عند إصدار الحكم .

١٢ – أن يوحد العمل بقانون الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية .

الفهارس

١) فهرس الآيات القرآنية الكريمة
٢) فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
٣) فهرس الآثار
٤) فهرس الأعلام
٥) فهرس المصادر والمراجع
٦) فهرس المواضيع

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

الرقم	الآية قال تعالى :-	رقمها	السورة	رقمها	الصفحة
-1	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	188	البقرة	1	23
-2	وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ	217	البقرة	1	38
-3	لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ	226	البقرة	1	122
-4	وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ	228	البقرة	1	122
-5	وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ	233	البقرة	1	137
-6	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ	234	البقرة	1	80
-8	وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ	237	البقرة	1	79
-9	الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا	275	البقرة	1	23
-10	وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا	275	البقرة	1	23
-11	زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ	14	آل عمران	2	18
-12	وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ	145	آل عمران	2	47
-13	يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ	1	النساء	3	18
-14	وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ	5	النساء	3	22
-15	وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ	6	النساء	3	22
-16	وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ	12	النساء	3	163
-17	فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ	12	النساء	3	164
-18	وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ	20	النساء	3	80
-19	وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا	21	النساء	3	18
-20	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ	24-23	النساء	3	21
-21	فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ	24	النساء	3	77
-22	وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا	35	النساء	3	99
-23	وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ	38	المائدة	5	23
-24	مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ	38	الأنعام	6	4
-25	قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا	25	يوسف	12	245
-26	قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ	33	يوسف	12	245
-27	قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ	72	يوسف	12	28

تابع فهرس الآيات القرآنية الكريمة

الرقم	الآية قال تعالى :-	رقمها	السورة	رقمها	الصفحة
-28	قَالُواوَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ	71	يوسف	12	30
-29	لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ	7	إبراهيم	14	3
-30	فَإِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ	61	النحل	16	47
-31	وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا	72	النحل	16	19
-32	وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي	6-5	مريم	19	18
-33	الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا	2	النور	24	20
-34	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ	4	النور	24	21
-35	وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ	48	النور	24	211
-36	وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ	20	النمل	27	28
-37	فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا	14	العنكبوت	29	48
-38	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ	21	الروم	30	99
-39	وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَدًا	34	لقمان	31	47
-40	يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ	49	الأحزاب	33	81
-41	وإذا قيل لهم أنفقوا	47	يس	36	135
-42	لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ	57	يس	36	204
-43	وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ	31	فصّلت	41	204
-44	لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ	42	فصّلت	41	265
-45	وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ	33	محمد	47	230
-46	قُلْ تَرَبَّصُوا فَإِنِّي مَعَكُمْ	31	الطور	52	122
-47	وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى	3	النجم	53	265
-48	وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ	4	الطلاق	65	200
-49	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ	6	الطلاق	65	137
-50	وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ	6	الطلاق	65	137
-51	وَقِيلَ هَذَا الَّذِي كُنتُمْ بِهِ تَدَّعُونَ	27	الملك	67	205
-52	وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا	20	الفجر	89	22

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الرقم	الحديث	الصفحة
-١	اتقوا الله في النساء	١٣٧
-٢	إذا أتاكم من ترضون	٢٠
-٣	إذا حكم الحاكم	٤
-٤	اكتب فوالذي نفسي بيده	٢٦٥
-٥	البينة على من ادعى	٢١٠
-٦	الدنيا سجن المؤمن	٢٤٦
-٧	اعمار أمتي بين الستين	٥٠
-٨	امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان	٣١
-٨	امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر	٣١
-٩	امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها طلاقه	٣١
-١٠	امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها	٥٦
-١٢	أمر رسول الله عليه السلام برجم ماعز والغامدية	٢٠
-١١	امكثي حتى يبلغ الكتاب أجله	١٦٢
-١٢	ان خلق أحدكم يجمع	٨١
-١٣	إنما الطلاق لم أخذ بالساق	٩٨
-١٤	إنما أنا بشرٌ مثلكم	٢١١
-١٥	أمهلوا كي تمتشط الشعثة	٦٦

الرقم	الحديث	الصفحة
١٦-	تنكح المرأة لأربع	٢٠
١٧-	جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم	٢٤
١٨-	حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً	٢٤٦
١٩-	خذي ما يكفيك وولدك	١٣٧
٢٠-	سمعت رسول الله **صلى الله عليه وسلم** قضى في بروع بنت واشق	٨٠
٢١-	لا ضرر ولا ضرار	٧٣
٢٢-	لا يحل لامرأة تؤمن بالله	٨٤
٢٣-	لو يعطى الناس بدعواهم	٢١٠
٢٤-	من احتكر فهو خاطئ	٢٣
٢٥-	من اقتطع حق امرئ مسلم	٢٤
٢٦-	من اقتطع مال امرئ مسلم	٢٤
٢٧-	من ظلم من الأرض شيئاً	٢٣
٢٨-	من غش فليس منا	٢٣
٢٩-	يا عبد الله ألم أخبر أنك	١١١
٣٠	يا معشر الشباب من	١٩

فهرس الآثار

الرقم	الآثار	الصفحة
١)	إذا أرخى الستر وأغلق الباب ...	٧٩
٢)	امرأة المفقود ابتليت ...	١٠٦
٣)	أمر امرأة المفقود أن تتربص ...	٥٧
٤)	إن جاء زوجها الأول ...	١٥٤
٥)	إن رجلاً من الأنصار خرج ...	١١٢
٦)	إن عمر بن الخطاب أفتى في ذلك ...	٥٥
٧)	إن عمر بن الخطاب سأل ابنته حفصة	٦٧
٨)	إنها تعتدُّ أربع سنين ...	١١٢
٩)	أيما امرأة فقدت زوجها ...	١١٢
١٠)	تتربص أربع سنين ثم يطلقها ...	١١٥
١١)	تربص لنفسها أربع سنين ...	١١٣
١٢)	تتربص حتى تعلم ...	١٠٦
١٣)	تنتظر امرأةالمفقود ...	١٤٣
١٤)	روي عن عليٍّ في امرأة المفقود ...	٥٥
١٥)	سؤل عن رجلٍ تزج امرأةَ ...	٨٠
١٦)	فقدت امرأةٌ زوجها ...	١١٢
١٧)	قضى الخلفاء الراشدون المهديون ...	٧٨
١٨)	لا تتزوج امرأة المفقود ...	١٠٦
١٩)	لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله ...	٤٣
٢٠)	ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي ...	٩٣
٢١)	هي امرأة ابتليت	٨٨

فهرس الأعلام

الرقم	الاسم	الصفحة
١)	إبراهيم بن سويد النخعي	٣٦
٢)	ابن أبي ليلى/محمد بن عبد الرحمن	٣٧
٣)	ابن القاسم/محمد بن القاسم	٥٢
٤)	ابن الماجشون/عبد الملك بن عبد العزيز	٥٢
٥)	ابن تيمية/أحمد بن شهاب الدين الحراني	٩٢
٦)	ابن شبرمة/عبد الله بن شبرمة	١٠٤
٧)	ابن عبد البر/يوسف بن محمد القرطبي	٤١
٨)	ابن عقيل/محمد بن عقيل	٥٦
٩)	أبو إسحاق/إبراهيم بن علي	١٥٢
١٠)	أبو أمامة/إياس بن ثعلبة	٢٤
١١)	أبو عبيدة عامر بن الجراح	٧٩
١٢)	أبو الزناد :- عبد الله بن ذكوان	٣٧
١٣)	أبو قلابة/عبد الله بن زيد	١٠٤
١٤)	أبو هريرة :- عبد الرحمن بن صخر	١٩
١٥)	أبو يوسف/يعقوب بن إبراهيم	٤٩
١٦)	أشهب بن عبد العزيز بن داود	٥٣
١٧)	الحسن بن أبي الحسن البصري	٣٦
١٨)	الحسن بن حي	٣٧
١٩)	الحسن بن زياد	٤٨
٢٠)	الإثرم/أحمد بن محمد	٧٨
٢١)	الأوزاعي :- عبد الرحمن بن عمر	٣٧
٢٢)	الحكم بن عتيبة	٣٦
٢٣)	الزهري :- محمد بن مسلم بن عبد الله	٣٦
٢٤)	الشعبي عامر بن شرحبيل بن عبد الشعبي	٣٦
٢٥)	الليث بن سعد الفهمي	٣٧
٢٦)	المرغيناني/برهان الدين علي بن أبي بكر	٥٠
٢٧)	المغيرة بن شعبة	٣١
٢٨)	النسفي :- عبد الله بن أحمد بن محمود	٥٠

الرقم	الاسم	الصفحة
٢٩)	بروع بنت واشق	٨٠
٣٠)	جابر بن زيد	١١٣
٣١)	جعفر بن محمد الصادق	١١٠
٣٢)	حفصة بنت عمر بن الخطاب	٦٧
٣٣)	حماد بن أبي سليمان	٣٧
٣٤)	ربيعة بن أبي عبد الرحمن التيمي	٣٧
٣٥)	زائدة بن أوفى	٧٨
٣٦)	زفر بن هذيل البصري	١٣٨
٣٧)	زيد بن ثابت	٧٨
٣٨)	سعيد بن المسيب المخزومي	٣٦
٣٩)	سفيان الثوري	٣٧
٤٠)	عبد الله بن عباس بن عبد المطلب المكي	٣٥
٤١)	عبد الله بن الزبير	١١٢
٤٢)	عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي	٣٥
٤٣)	عبد الله بن عمرو بن العاص	٩٣
٤٤)	عبد الله بن كعب	٢٤
٤٥)	عبد الله بن مسعود بن غافل الكوفي	٣٥
٤٦)	عثمان البتي	٣٧
٤٧)	عطاء بن أسلم بن أبي رباح	٣٦
٤٨)	عمر بن عبد العزيز بن مروان	٣٦
٤٩)	فريعة بنت مالك بن سينان	١٦٢
٥٠)	كعب بن سور	٩٣
٥١)	نافع بن جبير	٧٩
٥٢)	نصير بن يحيى	٤٩
٥٣)	محمد بن الحسن بن واقد	١٣٩
٥٤)	محمد بن سلمة	٤٩
٥٥)	معقل بن يسار المزني	٨٠
٥٦)	مكحول بن مسلم الهذلي	٣٦
٥٧)	هشيم بن بشير السلمي	٣٧
٥٨)	هند بنت عتيبة	٨٧
٥٩)	وكيع بن الجراح	٧٩

فهرس المصادر والمراجع

أولاً :- القرآن الكريم والتفسير :-

١) أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي والمتوفى سنة ٥٤٣هـ ، تحقيق علي محمد البجاوي /دار المعرفة /بيروت .

٢) التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج للدكتور وهبة الزحيلي/ط١ سنة ١٩٩١/دار الفكر المعاصر /بيروت /دار الفكر /دمشق .

٣) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم/وضعه محمد فؤاد عبد الباقي/ط٢/دار الفكر/بيروت .

٤) في ظلال القرآن للسيد قطب /الطبعة الثالثة /دار إحياء التراث العربي/بيروت/لبنان .

٥) مختصر تفسير ابن كثير لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ اختصره وحققه محمد علي الصابوني /الطبعة السابعة/١٩٨١ /دار القرآن الكريم /بيروت .

ثانياً :- السنة النبوية المشرفة :-

٦) التعليق المغني على الدار قطني لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي /عالم الكتب /بيروت/لبنان .

٧) (السنن الكبرى) سنن البيهقي للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨هـ تحقيق محمد عبد القادر عطا /الطبعة الأولى/١٩٩٤ /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان

٨) المصنف في معرفة السنن لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة ٢١١ هـ تحقيق وتخريج وتعليق حبيب الرحمن الأعظمي /الطبعة الأولى/١٩٧٠ /المكتب الاسلامي /بيروت .

٩) المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي الشريف عن الكتب الستة وسنن الدارمي وموطأ مالك ومسند الإمام أحمد ، رتبه ونظمه لفيف من المستشرقين ونشره د.أ.ي.ونسنك/مكتبة بريل/ليدن/١٩٣٤ .

١٠) بغية الرائد في تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر المتوفى سنة ٨٠٧هـ تحقيق عبد الله محمد الدرويش /دار الفكر /بيروت .

١١) سنن ابن ماجة :- لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ت٢٧٥هـ ، حقق نصوصه وكتب أبوابه وحديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي/دار التراث العربي

١٢) سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥هـ ومعه كتاب معالم السنن للخطابي ، إعداد وتعليق عزة اعبيد الدعاس وعادل السيد /الطبعة الأولى /دار الحديث /حمص /سوريا .

١٣) سنن الدار قطني لعلي بن عمر الدار قطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ /عالم الكتب /بيروت /لبنان

١٤) سـنن الـترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ت٢٧٩هـ ، تحقيق أحمد شاكر وفؤاد عبد الباقي ، مراجعة صدقي محمد جميل العطار/دار الفكر/بيروت/١٩٩٤ .

١٥) سلسـلة الأحاديـث الصحيحة لمحمد ناصر الدين الألباني /الطبعة الرابعة/١٩٩٥ /المكتب الإسلامي .

١٦) صـحيح الـبخاري لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ/دار إحياء التراث العربي .

١٧) صـحيح مسـلم بشرح النووي للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري/ت ٦٣١ هـ/الطبعة الثالثة/١٩٧٨/دار الفكر/بيروت/لبنان .

١٨) فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري للإمام أحمد ابن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢هـ /المكتبة الإسلامية .

١٩) نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي ت ٧٦٢هـ /الطبعة الأولى/دار الحديث القاهرة

٢٠) مسـند الإمـام أحمد وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال/الطبعة الثالثة/ ١٩٧٨/المكتب الإسلامي/بيروت

٢١) مفتاح كنوز السنة وضعه بالإنكليزية د.أ.ي.ونسنك ونقله إلى العربية محمد فؤاد عبد الباقي الناشر سهيل أكديمي/مطبعة لاهور/١٩٢١ .

٢٢) موسـوعة أطـراف الحديـث النبوي الشريف إعداد أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول/الطبعة الأولى/١٩٨٩/عالم التراث/بيروت .

ثالثاً :- الفقه :-

أ- الفقه الحنفي :-

٢٣) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي /الطبعة الثالثة/١٩٧٥ /دار المعرفة /بيروت /لبنان .

٢٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم محمد بن محمد بن نجيم الحنفي/الطبعة الثانية/دار المعرفة /بيروت /لبنان .

٢٥) الفتاوى البزازية (الجامع الوجيز) للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي المتوفى سنة ٨٢٧هـ /الطبعة الثانية /دار المعرفة /بيروت .

٢٦) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام /الطبعة الثالثة /دار المعرفة /بيروت /لبنان .

٢٧) اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان

٢٨) المبسوط لشمس الدين السرخسي /الطبعة الثانية /دار المعرفة للطباعة والنشر /بيروت /لبنان

٢٩) الهداية شرح بداية المبتدي لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ /الطبعة الأخيرة/المكتبة الإسلامية .

٣٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء والمتوفى سنة ٥٨٧هـ /الطبعة الأولى/١٩٩٦ /دار الفكر /بيروت /لبنان .

٣١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ت٧٤٣ هـ/الطبعة الثانية/دار المعرفة/بيروت .

٣٢) تحفة الفقهاء لعلاء الدين محمد السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩هـ /الطبعة الأولى/١٩٨٤ /دار الكتب العلمية /بيروت .

٣٣) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (حاشية ابن عابدين) الطبعة الأولى/١٩٩٤/دار الكتب العلمية /بيروت .

٣٤) شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن سعود المعروف بابن الهمام والمتوفى سنة ٦٨١هـ/دار إحياء التراث العربي/بيروت/لبنان .

٣٥) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي /الطبعة الأولى /مؤسسة الرسالة /بيروت /لبنان .

ب- الفقه المالكي :-

٣٩) أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي /الطبعة الثانية ا/المكتبة العصرية /بيروت .

٤٠) الأحكـــام للقاضي أبي المطرف عبد الرحمن بن قاسم الشعبي المتوفى سنة ٤٩٧هـــ ، تحقيق الدكتور صادق الحلوي /الطبعة الأولى/١٩٩٢/دار الغرب الإسلامي /بيروت .

٤١) التاج والإكليل لشرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المعروف بالمواق والمتوفى سنة ٨٩٧هـــ /الطبعة الأولى/١٩٩٥ /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٤٢) الفواكـــه الدواني للشيخ أحمد بن مهنا النفراوي المتوفى سنة ١١٢٦هـــ وهي شرحٌ لرسالة الإمـــام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني المتوفى سنة ٣٨٦هـــ/الطبعة الأولى/١٩٩٧ /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٤٣) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس /الطبعة الأولى/١٣٣٢هـــ/مطبعة السعادة /مصر .

٤٤) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب بن وارث الباجي المتوفى سنة ٤٩٤هـــ /الطبعة الثانية /دار الكتاب الإسلامي /مصر .

٤٥) المنتقى شرح الإمام مالك لأبي عبد الله بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة ١٢٢ هـــ /الطبعة الأولى/١٩٦١ /مطبعة البابي .

٤٦) الموافقات في أصول الشريعة لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي/الطبعة الثانية/دار المعرفة/بيروت .

٤٧) الموسوعة الفقهية للإمام مالك بن أنس /الطبعة الأولى /مطبعة السعادة /مصر .

٤٨) بدايـــة المجـــتهد ونهايـــة المقتصد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى سنة ٥٩٥هـــ /الطبعة السادسة /دار المعرفة .

٤٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي وبهامشه الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير /المطبعة الأزهرية /مصر/١٩٣٤ .

٥٠) شـــرح الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي /دار الفكر للطباعة والنشر .

٥١) فـــتح المالك على موطأ الإمام مالك للدكتور مصطفى صميدة /الطبعة الأولى/١٩٩٨ /دار الكتب العلمية /بيروت .

٥٢) كـــتاب القـــبس في شـــرح موطأ مالك بن أنس لأبي بكر العربي المعافري ، دراسة وتحقيق د.محمد عبد الله ولد كريم/الطبعة الأولى/١٩٩٢دار الغرب الإسلامي/بيروت .

٥٣) مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني والمتوفى سنة ٩٥٤هـ /الطبعة الأولى/١٩٩٥ /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٥٤) موسوعة الفقه المالكي لخالد عبد الرحمن العك /الطبعة الأولى/١٩٩٣ /دار الحكمة/دمشق .

ج- الفقه الشافعي :-

٥٥) أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي /المكتبة الإسلامية .

٥٦) الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع للشيخ محمد الشربيني الخطيب /دار الفكر /بيروت .

٥٧) الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ خرَّج أحاديثه وعلّق عليه محمود مسطرجي /الطبعة الأولى /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٥٨) الحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الموردي المتوفى سنة ٤٥٠هـ ، تحقيق الدكتور محمود مسطرجي /دار الفكر/١٩٩٤ .

٥٩) المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦هـ ، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الزحيلي /الطبعة الأولى /دار القلم /دمشق .

٦٠) الوسيط في المذهب تصنيف الإمام محمد بن محمد بن الغزالي ، حققه وعلق عليه أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر وبهامشه التحقيق في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي

٦١) تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي المتوفى سنة ٩٢٥هـ بهامش حاشية الشرقاوي /دار المعرفة /بيروت /لبنان .

٦٢) حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي ومعها حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي والمتوفى سنة ١٩٦هـ /دار الفكر .

٦٣) حاشية البجيرمي للشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ت١٢٢١هـ المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حلّ الفاظ أبي الشجاع لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير والمتوفى سنة ٩٧٧هـ /دار الكتب العلمية/بيروت .

٦٤) حاشـــية الشـــرقاوي على التحرير للشيخ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشافعي الشهير بالشرقاوي المتوفى سنة ١٢٢٦هـ /دار المعرفة /بيروت /لبنان .

٦٥) روضـــة الطالبين وعمدة المفتين لمحيي الدين يحيى بن شرف أبي زكريا النووي ت٦٧٦هـ ومعه حواشي الروضة /دار الفكر/١٩٩٥ .

٦٦) مغـــني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الخطيب على منهاج الطالبين أبي زكريا بن شرف النووي /دار الفكر .

٦٧) نهايـــة المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ومعه حاشية أبي الضياء وحاشية أحمد المغربي/الطبعة الأخيرة/١٩٨٤ /دار الفكر/بيروت/لبنان .

د- الفقه الحنبلي :-

٦٨) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب المرحوم عبد الرحمن ابن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد .

٦٩) الإنصـــاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحســـن عـــلي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ ، صححه وحققه محمد حامد الفقي /الطبعة الثانية/١٩٨٦ /دار الإحياء والتراث العربي .

٧٠) الروض المربع لشرح زاد المستنقع /مختصر مقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني ، لشـــرف الديـــن أبي الـــنجا موسى بن أحمد الهجاوي والشرح لمنصور بن يونس البهوتي /الطبعة السابعة /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٧١) الفروع للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي المتوفى سنة ٧٦٢هـ وبذيلـــه تصحيح الفروع للعلامة علاء الدين علي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ ، تحقيق أبي الزهراء حازم القاضي /الطبعة الأولى/١٩٩٧ /دار الكتب العلمية /بيروت .

٧٢) الشـــرح الكبير على متن المقنع للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٧٣) المـــبدع شـــرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين بن إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي المتوفى سنة ٨٨٤هـ/الطبعة الأولى/١٩٨٠ /المكتبة الإسلامية/بيروت .

٧٤) المحـــرر في الفقـــه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لمجدات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن الخضر بن محمد بن علي بن تينه والمتوفى سنة ٦٥٢هـ .

٧٥) المعـــتمد في فقه الإمام أحمد وفيه جمع بين نيل المآرب ومنار السبيل وملخص تخريجات إرواء الغليل لعلي عبد الحميد بلطه جي ومحمد وهبي سليمان /الطبعة الأولى/١٩٩١/دار الخير .

٧٦) المغـــني على مختصر الخرقي للإمام موفق الدين أبي محمد عبد بن أحمد بن محمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـــ/الطبعة الأولى/١٩٩٤/دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٧٧) المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي /الطبعة الثالثة /دولة قطر .

٧٨) شـــرح الزركشـــي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي المتوفى سنة ٧٧٢هـــ ، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين /الطبعة الأولى/١٩٩٣/مكتبة العبيكان /الرياض .

٧٩) شـــرح منـــتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت١٠٥١هـــ/دار الفكر .

٨٠) كشـــاف القناع على متن الإقناع لأبي منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، راجعه الشيخ هلا مصيلحي /دار الفكر /بيروت /لبنان/١٩٨٢ .

٨١) مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤هـــ دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٨٢) مـــنار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم بن محمد بن سالم ت١٣٥٣هـــ ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه محمد عيد العباسي/الطبعة الأولى/١٩٩٦/مكتبة المعارف/الرياض .

هـــ- الفقه الظاهري :-

٨٣) المحلى بالآثار للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦هـــ تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري /دار الفكر .

و- الفقه الشيعي :-

٨٤) المختصـــر الـــنافع لنجم الدين جعفر بن الحسن بن سعيد الهذلي الملقب بالمحقق والمتوفى سنة ٦٧٦هـــ /مطبعة دار الكتاب العربي /القاهرة /مصر .

٨٥) الـــنهاية في مجـــرد الفقه والفتاوى لأبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠هـــ /الطبعة الأولى /دار الكتاب العربي /بيروت .

٨٦) جواهـــر الكـــلام في شرائع الإسلام للشيخ محمد حسن النجفي المتوفى سنة ١٢٦٦هـــ ، تحقيق محمود القوقجاني /الطبعة السابعة /دار الأحياء /بيروت /لبنان .

٨٧) معجـــم فقه الجواهر وهو فهرس لجواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام عن دائرة معارف الفقه الإسلامي لمذهب أهل البيت /الطبعة الأولى /الغدير /بيروت /لبنان .

٨٨) مفـــتاح الكـــرامة في شرح قواعد العلامة لمحمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي الشقرائي والمتوفى سنة ١٢٢٦هـــ /مطبعة الشورى /القاهرة /مصر .

٨٩) من لا يحضره الفقيه لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي المتوفى سنة ٣٨١ هـــ /الطبعة السادسة /دار الأضواء /بيروت .

رابعاً :- المصادر القانونية :-

٩) أحكام المفقود في الشريعة والقانون لعبد الله محمد الجبوري .

٩١) القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى للقاضي أحمد محمد علي داود /الطبعة الأولى /مكتبة دار الثقافة /عمان/الطبعة الأولى/١٩٩٨/دار الثقافة/عمان/الأردن .

٩٢) القـــرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية للقاضي أحمد محمد علي داود/الطبعة الأولى/ ١٩٩٩/مكتبة دار الثقافة/عمان/الأردن .

٩٣) مبادئ القضاء في خمسين عاماً للقاضي أحمد نصر الجندي/دار الفكر العربي .

٩٤) الواضـــح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني لعمر سليمان عبد الله الأشقر /الطبعة الأولى /دار النفائس /الأردن .

٩٥) الوسيط في أصول المحاكمات الشرعية لمحمد أسعد الإمام الحسيني /مطبعة الشرق التعاونية .

٩٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر /دار الكتب العلمية /بيروت /لبنان .

٩٧) شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني /الطبعة الثالثة/١٣٠٥ /المطبعة الأدبية /بيروت .

٩٨) شـــرح الأحكـــام الشرعية في الأحوال الشخصية (قدري باشا) لمحمد زيد الأبياني /الطبعة الثالثة/١٩٢٠ /مطبعة النهضة .ترجمة رأفة الدجاني/رئيس محكمة اربد الابتدائية .

٩٩) قـــانون النفقات الشرعية/تأليف لجنة من العلماء تشكلة بأمرٍ من المشيخة الإسلامية ، جمعه أقوال الفقهاء المختارة .

١٠٠) مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية لراتب عطا الله الظاهر قاضي عمان الشرعي الطبعة الثانية .

١٠١) مشـــروع القـــانون العربي/صادر عن مجلس وزراء العدل العرب/الأمانة العامة/الرباط/ ١٩٧٧ .

خامساً :- مصادر ومراجع مختلفة :-

١٠٢) أحكام العدة في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في المحاكم الشرعية الأردنية إعداد الشيخ حلمي صالح عقل ، إشراف الدكتور محمد علي الصليبي رسالة غير مطبوعة .

١٠٣) أحكـــام المـــيراث في الشريعة الإسلامية للدكتور جمعة محمد محمد برّاج /دار يافا العلمية /عمان/١٩٩٩ .

١٠٤) الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة /الطبعة الثالثة/١٩٧٠ /مطبعة السعادة .

١٠٥) الإجماع لابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ تقديم ومراجعة الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود تحقيق الدكتور عبد المنعم أحمد /الطبعة الأولى /مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية لدولة قطر .

١٠٦) الإسلام والإنسان المعاصر للدكتور محمد ظفر الله خان/دار المعرفة الجامعية/مصر .

١٠٧) الأموال في دولة الخلافة لعبد القديم زلوم/الطبعة الأولى/١٩٨٣ /دار العلم للملايين .

١٠٨) الإنسان والمال في الإسلام للدكتور عبد المنعم حسنين /الطبعة الأولى/دار الوفاء/المنصورة

١٠٩) الحقـــوق المتعلّقة بالتركة بين الفقه والقانون للقاضي أحمد محمد علي داود /الطبعة الثانية /مكتبة دار الثقافة /عمان .

١١٠) التفريع لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري المتوفى سنة ٣٧٨ هـ تحقيق الدكتور حسين الدهماني /الطبعة الأولى /دار الغرب الإسلامي .

١١١) السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية للشيخ عبد الفتاح عمرو /الطبعة الأولى / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع .

١١٢) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي /الطبعة الثالثة/١٩٨٩ /دار الفكر /دمشق

١١٣- الـــزواج والحـــياة الزوجية لصلاح عبد الغني محمد /الطبعة الأولى /مكتبة الدار العربية للكتاب

١١٤) المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء/الطبعة السابعة/دار الفكر/بيروت .

١١٥) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان/ الطبعة الثالثة/١٩٩٧/مؤسسة الرسالة/بيروت .

١١٦) الوقائع الفلسطينية/الجريدة الرسمية للسلطة الوطنية الفلسطينية ، تصدر عن ديوان الفتوى والتشريع بوزارة العدل/العدد الأول

١١٧) الموسوعة الطبية الفقهية للدكتور أحمد محمد كنعان تقديم الدكتور محمد هيثم الخياط /الطبعة الأولى /دار النفائس .

١١٨) دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد راكان ضيف الله الدغمي /دار عمار /عمان /دار الجيل /بيروت .

١١٩) زوجة الغائب للدكتور محمد عبد الرحيم محمد /الطبعة الأولى /دار السلام /مصر .

١٢٠) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني ، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي /دار الجيل /بيروت .

١٢١) صحة الحامل للدكتور سامي حمدان /دار الأندلس /لبنان .

١٢٢) طفلي ــ الحمل والولادة في الأيام الأولى ــ للدكتور عاصم عثياني والدكتورة آمال قيسي عثياني /دار إحياء العلوم .

١٢٣) فقه السجون والمعتقلات للدكتور أبي السريع محمد عبد الهادي/دار الاعتصام/القاهرة .

١٢٤) فقه السنة للسيد سابق /الطبعة الثالثة /دار الكتاب العربي /بيروت .

١٢٥) موسوعة الطفل ــ صحة الطفل ــ للدكتور محمد صادق /دار الجيل /بيروت .

١٢٦) موسوعة فقه عمر بن الخطاب للدكتور محمد روّاس قلعه جي /دار النفائس .

سادساً :- اللغة والتراجم :-

١٢٧) الأعلام (قاموس تراجم لأشهر النساء والرجال) لخير الدين الزركلي /الطبعة الخامسة/دار العلم للملايين /بيروت .

١٢٨) الصحاح في اللغة والعلوم تجديد صحاح العلامة الجوهري تقديم الشيخ عبد الله العلايلي ، إعداد وتصنيف نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي /دار الحضارة /بيروت/١٩٧٥ .

١٢٩) الطبقات الكبرى لمحمد بن منيع بن سعد ، تحقيق محمد عبد القادر عطا/الطبعة الأولى/دار الكتب العلمية/بيروت .

١٣٠) الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي الهندي /دار المعرفة/بيروت

١٣١) القاموس المحيط للعلامة أبي طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن مصطفى السقى الفيروز أبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بإشراف محمد نعيم العرموسي /الطبعة السادسة/١٩٩٨ .

١٣٢) المصباح المنير في غريب شرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ /دار الفكر .

١٣٣) المعجم الوسيط إخراج إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد النجار ، إشراف عبد السلام هارون /المكتبة العلمية /طهران .

١٣٤) تاج العروس من جواهر القاموس لعلي مرتضى الزبيدي /الطبعة الأولى/المطبعة الخيرية/مصر .

١٣٥) تذكرة الحفاظ لمحمد شمس الدين أبي عبد الله الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ /الطبعة الأولى /دار إحياء التراث العربي /بيروت /لبنان .

١٣٦) تراجم أعلام النساء ، إعداد وترتيب إدارة البحث والإعداد في مؤسسة الرسالة ، إشراف رضوان دعبول/الطبعة الأولى/١٩٩٨/مؤسسة الرسالة/بيروت .

١٣٧) تهذيب الأسماء واللغات للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه إدارة الطباعة المنيرية لصاحبها محمد الدمشقي .

١٣٨) تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، تحقيق علي حسن هيلاني ، مراجعة الأستاذ محمد علي النجار /الدار المصرية /للتأليف والترجمة .

١٣٩) تهذيب التهذيب لأبي الفضل أحمد بن علي العسقلاني ت٨٥٢هـ/الطبعة الأولى /دار صادر /بيروت .

١٤٠) طـــبقات الشـــافعية لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن محمد تقي الدين الدمشقي ت ٨٥١هـــ صححه وعلق عليه د.عبد الحليم خان/الطبعة الأولى/١٩٨٧/عالم الكتب بيروت .

١٤١) طـــبقات المفسرين لشمس الدين محمد بن علي الداودي ، تحقيق علي محمد عمر /الطبعة الأولى /مكتبة وهبه /القاهرة .

١٤٢) كتاب الجرح والتعديل للإمام أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن ادريس بن المذر التميمي ت٣٢٧هـــ/الطبعة الأولى/١٩٥٢/دار الكتب العلمية/بيروت/لبنان .

١٤٣) لب اللباب في تحرير الأنساب تحقيق محمد وأشرف ولدي أحمد عبد العزيز /الطبعة الأولى /دار الكتب العلمية /بيروت .

١٤٤) لســـان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري المتوفى سنة ٧١١هـــ /دار صادر/بيروت .

١٤٥) مختـــار الصـــحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي المتوفى سنة ٦٦٦هـــ /الطبعة الأولى/١٩٦٧ /دار الكتاب العربي /بيروت /لبنان .

١٤٦) مشـــاهير علماء الأمصار لأبي حاتم محمد بن أحمد بن حيَّان المتوفى سنة ٣٥٤هـــ ، تعليق مجدي بن منصور /الطبعة الأولى /دار الكتب العلمية /بيروت .

١٤٧) معجم متن اللغة للعلامة أحمد رضا المتوفى سنة ١٩٥٣هـــ /دار مكتبة الحياة /بيروت .

فهرس المواضيع

الرقم	الموضوع	الصفحة
1)	الإهداء	2
2)	شكر وتقدير	3
3)	المقدمة	4
4)	أهداف البحث وأهميته	5
5)	أسباب اختيار الموضوع	5
6)	الدراسات السابقة	6
7)	منهجي في البحث	10
8)	خطة البحث	11
9)	تمهيد	16
10)	العرض والنسل	19
11)	المال ومكانته في الإسلام	23
12)	مواد المفقود في قانون الأحوال الشخصية	26
13)	الفصل الأول	28
14)	المفقود لغةً	29
15)	المفقود اصطلاحاً	30
16)	المفقود في قانون الأحوال الشخصية	33
17)	حكم المفقود	34
18)	أنواع المفقود وما يلحق به عند الفقهاء	35
19)	المذهب الحنفي	35
20)	المذهب الشافعي	36
21)	المذهب الظاهري	36
22)	المذهب الحنبلي	40
23)	المذهب الشيعي	41
24)	المذهب المالكي	41
25)	الأسير والحاقه بالمفقود	42
26)	أنوع المفقود في قانون الأحوال الشخصية	44
27)	ملاحظات على القانون	45
28)	المدة التي يحكم فيها بموت المفقود	47
29)	آرآء الفقهاء في الحكم بوفاة المفقود	47
30)	المذهب الحنفي	49
31)	المذهب المالكي	53
32)	المذهب الشافعي	55

الرقم	الموضوع	الصفحة
33)	المذهب الحنبلي	57
34)	المذهب الظاهري	59
35)	المذهب الشيعي	60
36)	رأي قانون الأحوال الشخصية	61
37)	الترجيح	63
38)	الفصل الثاني	65
39)	تعريف الغائب لغةً واصطلاحاً	65
40)	تعريف الغائب في قانون الأحوال الشخصية	68
41)	أقسام الغائب عند الفقهاء	69
42)	المذهب الحنفي	69
43)	المذهب المالكي	69
44)	المذهب الشافعي وأهل الظاهر	69
45)	المذهب الحنبلي	70
46)	المذهب الشيعي	70
47)	الغائب في قانون الأحوال الشخصية	71
48)	الفرق بين الغائب والمفقود	76
49)	أوجه التشابه بين الغائب والمفقود	88
50)	آرآء الفقهاء في التفريق للغيبة والضرر	89
51)	القائلون بالتفريق وأدلتهم	90
52)	المذهب المالكي	90
53)	المذهب الشافعي	91
54)	المذهب الحنبلي	92
55)	أدلة القائلين بالتفريق	94
56)	القائلون بعدم التفريق	96
57)	المذهب الحنفي	96
58)	المذهب الشافعي	96
59)	المذهب الظاهري	97
60)	المذهب الشيعي	97
61)	أدلة القائلين بعدم التفريق	97
62)	المناقشة والترجيح	98
63)	الفصل الثالث	102
64)	أحكام زوجة المفقود	103

الرقم	الموضوع	الصفحة
65)	آرآء الفقهاء في التفريق للفقد	103
66)	القائلون بعدم التفريق	104
67)	المذهب الحنفي	104
68)	المذهب الشافعي	105
69)	المذهب الظاهري	105
70)	أدلة القائلين بعدم التفريق	106
71)	القائلون بجواز التفريق	108
72)	المذهب المالكي	108
73)	المذهب الشافعي	110
74)	المذهب الحنبلي	110
75)	المذهب الشيعي	111
76)	أدلة القائلين بالتفريق	112
77)	المناقشة والترجيح	115
78)	رأي قانون الأحوال الشخصية	119
79)	تربص زوجة المفقود	123
80)	التربص لغة واصطلاحا	123
81)	آرآء الفقهاء في التربص	124
82)	المذهب الحنفي	124
83)	المذهب المالكي	125
84)	المذهب الشافعي	127
85)	المذهب الحنبلي	128
86)	المذهب الظاهري	128
87)	المذهب الشيعي	128
88)	ما عليه العمل في المحاكم الشرعية	129
89)	حساب مدة التأجيل عند الفقهاء	130
90)	المذهب المالكي	130
91)	المذهب الشافعي	131
92)	المذهب الحنبلي	132
93)	المذهب الشيعي	132
94)	الترجيح	135
95)	نفقة زوجة المفقود	136
96)	تعريف النفقة	136

الرقم	الموضوع	الصفحة
97)	دليل مشروعيتها	138
98)	سبب وجوبها	138
99)	المذهب الحنفي	139
100)	المذهب المالكي	142
101)	المذهب الشافعي	143
102)	المذهب الحنبلي	145
103)	المذهب الظاهري	148
104)	المذهب الشيعي	149
105)	ما عليه العمل في المحاكم الشرعية	150
106)	أثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لزوجته	151
107)	المذهب الحنفي	151
108)	المذهب المالكي	152
109)	المذهب الشافعي	153
110)	المذهب الحنبلي	154
111)	المذهب الظاهري	157
112)	المذهب الشيعي	157
113)	أثر ظهور المفقود في قانون الأحوال الشخصية	158
114)	الرأي المختار	160
115)	الآثار المترتبة على زوجة المفقود بعد الحكم	161
116)	الفصل الرابع	168
117)	أموال المفقود	169
118)	المهب الحنفي	169
119)	المذهب المالكي	172
120)	المذهب الشافعي	175
121)	المذهب الحنبلي	176
122)	المذهب الظاهري	179
123)	المذهب الشيعي	180
124)	قانون الأحوال الشخصية	181
125)	المناقشة والترجيح	183
126)	أثر ظهور المفقود حياً فيما يتعلق بأمواله	186
127)	آراء الفقهاء	186
128)	الحنفية والمالكية	186

الرقم	الموضوع	الصفحة
129)	المذهب الحنبلي	187
130)	المذهب الشيعي	188
131)	أمثلة على ميراث المفقود	189
132)	صلاحيات القاضي والوكيل	191
133)	المذهب الحنفي	191
134)	المذهب المالكي	194
135)	المذهب الشافعي	196
136)	المذهب الحنبلي	197
137)	المذهب الظاهري	197
138)	صلاحيات الوكيل في أموال المفقود	198
139)	وصية المفقود	199
140)	المفقود إذا كان أنثى	200
141)	حالات انتهاء الفقد	203
142)	الفصل الخامس	204
143)	الإجراءات القضائية لدعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر والتفريق للحبس	206
144)	تعريف الدعوى لغةً واصطلاحاً	206
145)	تعريف المدعي والمدعى عليه لغةً واصطلاحاً	211
146)	مشروعية الدعوى	213
147)	المدعي والخصم	214
148)	المدعي في دعوى المفقود	214
149)	عناصر في دعوى المفقود	217
150)	الأسباب الموجبة لدعوى التفريق بين المفقود وزوجته	219
151)	الاجراءات القضائية	220
152)	إجراءات ما قبل الدعوى	220
153)	إجراءات السير في الدعوى	223
154)	القرار واصدار الحكم	230
155)	ملاحظات حول عدة زوجة المفقود	232
156)	الفرق بين دعوى المفقود والتفريق للغيبة والضرر	235
157)	الأسباب الموجبة للتفريق للغيبة والضرر	236
158)	السير في الدعوى	236
159)	القرار	241
160)	عناصر في الدعوى	243

الرقم	الموضوع	الصفحة
161)	دعوى التفريق للحبس	247
162)	الحبس لغةً وشرعاً	247
163)	إجراءات السير في الدعوى	249
164)	السير في الدعوى	250
165)	عناصر في الدعوى	252
166)	الملاحق	253
167)	المفقود في القرارات الاستئنافية	254
168)	المفقود في مواد الأحوال الشخصية لقدري باشا	262
169)	احصائية لدعاوى المفقود والغيبة والضرر في بعض المحاكم الشرعية	264
170)	الخاتمة	267
171)	أهم التوصيات	272
172)	الفهارس	273
173)	فهرس الآيات القرآنية الكريمة	275
174)	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة	276
175)	فهرس الآثار	278
176)	فهرس الأعلام	279
177)	فهرس المصادر والمراجع	281
178)	فهرس المواضيع	294

تم بحمد الله إنجاز هذا البحث المتواضع
سائلاً المولى أن ينفعني وسائر المسلمين به
تحريراً في ٢٥ ذي الحجة لسنة ١٤٢٣هـ
الموافق ٢٠٠٣/٢/٢٥ م