

الإستصحاب عند فقهاء الشريعة الإسلامية وأثره على مسائل قانون الأسرة الجزائري "مسائل المفقود نموذجا"

Istishab according to Islamic law scholars and its impact on family law issues "issues of the missing as a model"



ط / د سارة مروان¹، أ / د طحطاح علال²

¹كلية الحقوق والعلوم السياسية – عضو مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجبالي

بونعامة بخميس مليانة، s.merouane@univ-dbk.m.dz

²كلية الحقوق والعلوم السياسية- عضو مخبر نظام الحالة المدنية، جامعة الجبالي

بونعامة بخميس مليانة، a.tahtah@univ-dbk.m.dz



تاريخ الإرسال: 2022/ 03 / 19 تاريخ القبول: 2022/04/27 تاريخ النشر: 2022/06/16

ملخص:

يستهدف هذا المقال موضوع الاستصحاب عند فقهاء الشريعة الإسلامية وأثره على المسائل المتعلقة بالمفقود، إذ يتعلق مضمونه بالإستصحاب كمصدر غير مباشر للأحكام المتعلقة بالمفقود في قانون الأسرة الجزائري وكدليل من الأدلة الفقهية المختلف فيها والمعتمدة في استنباط الأحكام الشرعية من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الإجتهد الفقهي، لا سيما في المسائل المتعلقة بالأسرة، كمسائل المفقود والصدقا والرضاع والهبية والطلاق بالإيلاء، بحيث تهدف هذه الدراسة إلى إبراز المكانة الفعلية للإستصحاب في تقنين الأسرة الجزائري من خلال اعتماد المشرع لأحكام بعض المسائل المستصحب فيها من طرف الفقهاء الذين أخذوا به كدليل شرعي وتوظيفها وتطبيقها في قانون الأسرة، كمسألة إرث المفقود التي نظمها القانون الجزائري، وبالتالي الوقوف على فاعلية هذا الدليل على المستوى القانوني عموما وفي استنباط الأحكام الخاصة بالمفقود خصوصا.

كلمات مفتاحية: الإستصحاب، تقنين الأسرة، الفقه الإسلامي، المفقود، الحكم القضائي، مال المفقود، زوجة المفقود.

Abstract:

This article addresses the topic of Istishab according to Islamic law scholars and its impact on issues relating to the missing person. Its content relates to Istishab as an indirect source of provisions on the missing person in Algerian family law and as evidence from controversial doctrinal evidence adopted to derive Islamic provisions by Islamic sharia scholars in the area of jurisprudence, particularly in matters relating to the family, such as the issues of a missing person, dowry, breastfeeding, donation, and divorce (marriage annulments). This study aims to highlight the status of Istishab in Algerian Family Law through the legislator adoption of some of the issues' provisions provided by scholars who have taken it as legal evidence, using it, and applying it in the Family Law such as the legacy of the missing person issue regulated by the Algerian law. Thus, the research identifies the effectiveness of this evidence at the legal level in general and draws up provisions on the missing person in particular.

Keywords: Istishab; Family codification; Islamic jurisprudence; missing person ; judicial decision; money of missing person ; wife of missing person.

1- المؤلف المرسل: سارة مروان ، الإيميل: s.merouane@univ-dbk.m.dz

مقدمة :

لا أحد ينكر الدور الإيجابي الذي تلعبه الشريعة الإسلامية في تكوين القواعد التي تحكم العلاقات الأسرية في البلاد الإسلامية، باعتبار هذه العلاقات ذات طبيعة خاصة تفرض توخي الحيطة والحذر في اختيار أحكامها، وبالتالي الاعتماد عليها في صياغة القاعدة القانونية الأسرية، والحقيقة أن تقنين الأسرة الجزائري يعتبر تجربة رائدة في المجال التشريعي باعتباره استمد قواعده من هذه الأحكام بمختلف أنواعها وفروعها ومن مختلف مذاهبها ومدارسها.

وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية في جانبها الإجهادي تعتبر أيضا مصدرا يستمد منه المشرع الجزائري الأحكام التي تحكم العلاقات الأسرية في الجزائر، إذ يؤسس ذلك على آراء واستنباطات الفقه الإسلامي الذي يستعمل الكثير من الأدلة بمختلف درجات قوتها للوصول إلى هذه الأحكام، والملاحظ أن الفقه الإسلامي قد اختلف في مجموعة من المصادر من بينها الإستصحاب الذي يصنف في خانة الأدلة الفقهية الضعيفة الحجية ، وبالبحث في هذا الدليل وجدنا استصحابا لفقهاء الشريعة الإسلامية في بعض المسائل المتعلقة بالأسرة، ومن خلال بحثنا أيضا عن أثر لهذا المصدر في قانون الأسرة الجزائري وجدنا بعض المسائل التي اختارها المشرع والمبنية على الإستصحاب في الفقه الإسلامي، واخترنا المفقود نموذجا منها على سبيل المثال لا الحصر، وسنقف على كل ما يتعلق بالنموذج المختار والوقوف على كل مسألة فيه بما في ذلك الآثار التي رتبها الإستصحاب على هذه المسائل، مع إجراء مقارنة بسيطة عند الضرورة مع بعض التشريعات العربية.

وبحكم ضعف هذا الدليل والاختلاف في حججه بين أهل العلم اخترناه موضوعا لمقالنا بهدف التأكد من فاعليته في المسائل الواردة في قانون الأسرة الجزائري، فما مدى فعالية الإستصحاب في التأسيس لأحكام المفقود؟

هذه الإشكالية ستكون محل معالجة من خلال الإعتماد على المنهجين الوصفي والتحليلي والإجابة عليها من خلال الكشف عن هذا المصدر في قانون الأسرة الجزائري، حيث قمنا بتقسيم خطة الموضوع إلى محورين رئيسيين تضمن المحور الأول الإطار المفاهيمي للإستصحاب وسندرس فيه كل ما يتعلق بمفهومه وقواعده وحجيته، وأما المحور الثاني فسيكون لأثر الإستصحاب على مسائل المفقود في تقنين الأسرة الجزائري وسندرس فيه الآثار المترتبة على استصحاب حياة المفقود قبل صدور الحكم القضائي، أما الثاني فيتعلق بالآثار المترتبة على مسائل المفقود بعد صدور الحكم القضائي، لنصل في الأخير إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي سنقوم بإدراجها في خاتمة البحث.

1. الإطار المفاهيمي للإستصحاب

إن مصطلح الإستصحاب عديم الاستعمال في العلوم القانونية فهو مصطلح أصولي بحت يدرس في تخصصات أصول الفقه، ونادرا ما نجد له استعمالا في مجال القانون وإن كان له معنى وقاعدة، فأغلب القواعد الفقهية المبنية على الإستصحاب تستعمل في المجال القانوني وتبنى عليها أحكام ترتب أثارا على وقائع قانونية، كقاعدة أصل البراءة التي يعتمد عليها كثيرا في مجال القانون الجزائي تحت مبدأ "المتهم بريء حتى تثبت إدانته"، مما فرض علينا تناول الإطار المفاهيمي لهذا المصطلح والتعرض لكل ما يتعلق به وذلك بالتعرض لمفهومه ثم حجيته وقواعده.

1.1 مفهوم الإستصحاب

يأخذ الإستصحاب حيزا واسعا من الدراسات الأصولية ويلعب دورا كبيرا في تأسيس الأحكام الفقهية والقانونية، وستعرض إلى مفهومه من خلال التعريف به ثم أنواعه ثم مجاله.

1.1.1 تعريف الإستصحاب

بغرض الوقوف على حقيقة الإستصحاب كدليل من الأدلة الفقهية يقتضي الأمر تعريفه من الجانب اللغوي وكذلك الجانب الإصطلاحي.
-التعريف اللغوي:

الإستصحاب في اللغة على وزن استفعال ، وفعله ثلاثي مزيد بأربعة أحرف وهي الهمزة والسين والتاء وأصل الكلمة قبل أي زيادة أو إبدال "صحب" علوزن" فعل"1 ، فيقال استصحبه أي دعاه إلى الصحبة ولازمه وأصحابته الشيء أي جعلته له صاحباً واصطحبوا أي صحب بعضهم بعضاً2 ، واستصحب الكتاب وغيره وكل شيء لازم شيئاً ولازمه فقد استصحبه3.

-التعريف الإصطلاحي

عرفه الشوكاني فقال " الإستصحاب هو استصحاب الحال لأمر وجودي أو عدمي أو عقلي أو شرعي، ومعناه أن ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاءه في الزمن المستقبل، مأخوذ من المصاحبة وهو بقاء ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيره4.

وجاء في الوجيز في أصول الفقه لوهبة الزحيلي أنه " الحكم بثبوت أمر أو نفيه في الزمان الحاضر أو المستقبل بناء على ثبوته أو عدمه في الزمان الماضي لعدم قيام الدليل على تغييره، فإذا ثبت وجود أمر وشك في عدمه حكم ببقائه وإذا ثبت عدم وجود أمر وشك في وجوده حكم بعدمه، وبناء عليه إذا أردنا معرفة حكم عقد أو تصرف ولا نص يدل على حكمه حكم بإباحته بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة فالأصل في الفتاة مثلاً البكارة ولا تقبلدعوى الثيبوبة إلا ببينة5.

وورد عن ابن قدامة بأن عرفه أنه " استدامة ما كان ثابتاً ونفي ما كان منفيًا حتى يقوم دليل على تغيير الحال، فهذه الاستدامة لا تحتاج إلى دليل إيجابي بلتستمر حتى يقوم دليل مغير6.

وعرف أيضا بأنه " ثبوت أمر في الزمن الثاني لثبوته في الأول لإنتفاء ما يصلح أن يتغير به الحكم من الأول إلى الثاني بعد البحث التام⁷، فالاستصحاب مبني على غلبة الظن باستمرار الحال وذلك لا يعتبر دليلا قويا للاستنباط وإذا عارضه دليل آخر قدم عليه، فالمفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها من الكتاب ثم السنة ثم الإجماع ثم القياس فإن لم يجده يأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاءه وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم بقاءه⁸.

والإستصحاب ما سمي استصحابا إلا لأن المستدل يجعل الحكم الثابت في الماضي مصاحبا للحال أو يجعل الحال مصاحبا لذلك الحكم، وبالتالي فإن مجال الاستصحاب هو الحكم الثابت بدليل مطلق عما يقيد بقاءه أو زواله ويطلب المجتهد الدليل المزيل أو الدال على البقاء أو على الاستمرار فإذا لم يقدر على ذلك فهنا يستصحب المجتهد هذا الحكم الذي كان ثابتا في الماضي⁹.

فالإستصحاب بناء على هذه التعاريف هو أحد الأدلة الشرعية المستعملة في استنباط الأحكام الشرعية التي لم يرد لها حكم في الأدلة الأولى المتفق عليها كالقرآن والسنة والإجماع والقياس وذلك بتبني الأصل كحكم طالما دليل العدول عن هذا الأصل غير موجود، ويطلق عليه استصحاب الحال لإبقاء الحال الذي لم يوجد فيه حكم شرعي مصاحبا للأصل ما دام لم يحدث ما يثبت عكس ذلك، ففقهاء الشريعة الإسلامية الذين أخذوا بهذا النوع من الأدلة يستصحبون المسائل التي لم يعرف حكمها بالحكم المعتاد أو الأصلي مؤقتا إلى حين وجود دليل آخر يستوجب الرجوع عن هذا الأصل، كما يطلق عليه استصحاب الأصل.

وكمثال على ذلك أن من تزوج فتاة على أنها بكر ثم ادعى بعد الدخول أنها تيب لم تقبل دعواه إلا ببينة وذلك لأن البكارة صفة أصلية ثابتة في حين نشأتها، فتستصحب تلك البكارة إلى حين الدخول حتى تقوم البينة على عدنها¹⁰.

فسمي هذا الدليل الفقهي إستصحابا لأن المجتهد يستصحب فيه المسألة المعدومة الحكم بالأصل وفق الأصول الفقهية المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الإجتهد الفقهي إلى حين وجود ما يغير حكمها.

وبالتالي فإن الاستصحاب لا يثبت حكما جديدا كغيره من الأدلة، ولكنه يفيد استدامة الحكم السابق الثابت بدليله، وذلك بمعنى أنه ليس دليلا فقهيًا ولا مصدرا للاستنباط على وجه الاستقلال بل هو إعمال لدليل قائم وإقرار لأحكام ثابتة لم يحصل تغيير فيها.¹¹

2.1.1. أنواع الاستصحاب

للاستصحاب أنواع هي:

- استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل على تجريمها: أي أن المقرر عند جمهور الأصوليين بعد ورود الشرع هو أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة، كما أن الأصل في الأشياء الضارة هو الحرمة وهذا النوع متفق عليه بين الفقهاء.¹²

- استصحاب العدم الأصلي أو البراءة الأصلية في الأحكام الشرعية: كالحكم ببراءة ذمة الإنسان من التكاليف الشرعية والحقوق المترتبة حتى يوجد دليل شرعي يدل على التكليف، فإذا ادعى شخص على آخر دين فعليه إقامة الدليل على شغل ذمة المدين بهذا الدين، فإذا لم يستطع إثباته كانت ذمة المدعى عليه بريئة، وإذا ادعى الشريك أن المال لم ينتج قبلت دعواه استصحابا للأصل وهو عدم الربح حتى يثبت الربح بدليل.¹³

- استصحاب ما دل الشرع والعقل على ثبوته ودوامه: أي إستصحاب النص وهو الذي دل الشرع على ثبوته ودوامه حتى يرد ما يغيره من تخصيص أو نسخ، فالعموم يستصحب إلى أن يرد ما يخصه وكذلك ما استفيد من النص حتى يرد ما يخصه¹⁴، كثبوت الملك عند وجود سببه هو العقد وثبوت الحل بين الزوجين بعد العقد الذي يفيد، وهذا النوع لا خلاف فيه أيضا، وقال

البعض فيه خلاف، فقال الحنفية أن الإستصحاب حجة في الدفع لا في الرفع أي أنه حجة في إبقاء ما كان على ما كان وليس بحجة لإثبات أمر لم يكن، ولم يأخذ الإمام مالك ببعض حالات هذا النوع من الاستصحاب ويلزم الطلاق ثلاثاً لو شك أنه طلق واحدة أو ثلاثاً.¹⁵

د/ استصحاب الوصف: كالحياة بالنسبة للمفقود فإنها تستمر ثابتة حتى يقوم الدليل على وجوده، فإذا اختفى شخص ولم يظهر عنه خبر ولم يعلم له موطن وجهلت حياته فيبقى يأخذ وصف الحي حتى يقوم الدليل على خلاف الوصف الأولفيتغير إلى وصف جديد، وهذا اختلف فيه فقهاء الشريعة الإسلامي¹⁶ وسنتعرض له عندما يحين أوانه.

3.1.1. مجال الاستصحاب

اتفق من قالوا بحجية الاستصحاب مطلقاً أو في الدفع فقط بأن الاستدلال به ليس صالحاً في كل المسائل وبالتالي فإنهم حصروا هذا الدليل فيما لم يرد حكمه بالكتاب والسنة والإجماع والقياس وفقاً للتفصيل الآتي:¹⁷

- الأحكام الشرعية الثابت وجودها واستمرارها بالنص الصريح ليست محلاً للاستصحاب لأن قوة استمرار الحكم قد ثبتت بمنطوق النص الصريح المثبت لوجوده بخلاف الاستصحاب لأن ظن بقاء الشيء لازم لوجوده وليس صريحاً فيه.

- الحكم الشرعي الذي دل دليhle على بقاءه واستمراره لمدة محدودة لا خلاف في وجوب العلم به بهذا الدليل نفسه ما بقيت المدة ولا يبقى بعد انتهائها.
- الحكم الشرعي الذي دل دليhle على ثبته مطلقاً وبقي بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم لا خلاف بأن العمل به واجب.
- الحكم الذي أقامه الشارع على سبب فإن استمراره هو مقتضى السبب لا بالاستدلال بالاستصحاب.

2.1. حجية الاستصحاب وقواعده

1.2.1. حجية الإستصحاب

اختلف العلماء في حجية الإستصحاب ومدى الأخذ به كدليل شرعي وكمصدر لاستنباط الأحكام الشرعية فكان لإختلافهم سبب في إضعاف قوة هذا الدليل وكانت أقوالهم كالآتي:

القول الأول: اعتبر أصحاب هذا القول الإستصحاب حجة فأخذوا به على كل الأوجه سواء في النفي أو الإيجاب أو الدفع أو الإثبات وهم أكثر المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

القول الثاني: ذهب بعض الحنفية وخاصة المتقدمون منهم إلى القول أن الإستصحاب ليس بحجة لا للإثبات ولا للنفي أي أنهم لا يأخذون به أصلاً لا لإثبات ما لم يكن ولا لإبقاء ما كان على ما كان.¹⁸

القول الثالث: وسمي أصحاب هذا القول بالمتوسطين أي الذين توسطوا القولين الأول والثاني فقالوا بأنه حجة للدفع لا للإثبات ، إذ لا يصلح عندهم لإثبات حكم مبتدئ ولكنه يصلح للدفع فيجب العمل به، وهم أكثر المتأخرين من الحنفية إذ يعتد بالإستصحاب عندهم لإبقاء ما كان على ما كان لا حجة لإثبات أمر لم يكن ، كحياة المفقود فإنه لما كان من الظاهر بقاؤها فإنه يصلح حجة لاستمرار بقاء حياته فيدفع بأنه حي حتى لا يقسم ماله ولا يثبت بأنه حي كي يرث من غيره.¹⁹

2.2.1. القواعد المتفرعة عن الإستصحاب

إن هذه القواعد هي تلك الأصول الفقهية التي يحكم بالاستصحاب بناء عليها فتستصحب المسائل المثارة فيها بها لأنها تمثل الأصل أو القاعدة وهذه القواعد تختلف باختلاف فروع الفقه، وقد اخترنا منها مجموعة تتناسب مع موضوع بحثنا نستشهد في كل واحدة منها بمثال للتوضيح.
وهذه القواعد هي:

-قاعدة الأصل في الخلق الجهل حتى يقع العلم: وتعرف بقاعدة الأصل عدم العلم وتعني أن الأصل في الناس عدم المعرفة ، والعلم مسبوق بالجهل ومثال ذلك من جهل التحريم وكان الأمر مما يخفى وقد تقدمت فيه إباحة فإنه يدرأ الحد

فيه ، وإذا أسقطنا هذه القاعدة على مسألة الزواج نجدها معملة في الزواج بإحدى المحرمات جهلا والتي يدرأ الحد فيها ويثبت النسب فيها استصحابا للأصل وهو الجهل وعدم العلم.

-قاعدة الأصل العدم: تعرف هذه القاعدة عند العلماء ب"الأصل في الصفات العارضة العدم" أي أن الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا وعارضاً بمعنى أن الشيء في طبيعته يكون خاليا منها فالأصل فيها العدم، ومثال ذلك الخلوة فقد اشترط العلماء أن تكون في بيت البناء لأن الخلوة في غير موضعه لم توضع لهذا وربما وقع وربما لم يقع والأصل العدم فلا يتحقق الوجود إلا بيقين وبظاهر يدل عليه.

-قاعدة الأصل في العقود أنها مبنية على اللزوم: وردت هذه القاعدة عند العلماء بقاعدة "الأصل في العقود اللزوم"، ومع هذه القاعدة انقسمت العقود إلى نوعين منها ما هو لازم كالبيع والإجارة والنكاح والهبه ومنها ما هو غير لازم، فعقد الهبة وإن كان تبرعا محضا فإنه ملزم دون شرط القبض عند بعض العلماء، لأن الهبة عقد من العقود ومبنى العقود على اللزوم فهي لازمة استصحابا للأصل وهو اللزوم، وعقد النكاح لازم ولو كان لعا فقد جاء عن مالك في الرجل أنه يقول وهو يلعب أي مازحا "زوجني ابنتك وأنا أمهرها كذا" فيقول الآخر على لعب "نعم"، فذلك نكاح لازم وهذا المشهور عند مالك فالأصل في العقود اللزوم.²⁰

-قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان: يرادف هذه القاعدة قاعدة "ما ثبت بزمان حكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه" أو قاعدة "القديم يترك على قدمه"، ويتفرع من هذه القاعدة قاعدة دليل الإستصحاب ومعناها أن ما ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتا أو نفيا يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل يغيره، أي أن ينظر إلى الشيء على أي حال كان فيحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يقد دليل على خلافه ومن أمثلتها أن يتعاشر زوجان مدة معينة ثم تدعي الزوجة عدم الكسوة والنفقة فالقول قولها مع يمينها عند عدم وجود ما يثبت عكس ما تقول لأن الأصل بقاؤها في ذمة المديون إذا ادعى الدين وأنكر²¹، ومن الأمثلة كذلك

ادعاء المعتدة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة فالقول قولها بيمينها ولها نفقة العدة لأن الأصل بقاء العدة بعد وجودها.²²

*** قاعدة الأصل براءة الذمة:** ومعناها عدم إشغال ذمة الإنسان بأي حق للغير حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ، فمن ادعى ديناً على آخر فالأصل براءة المدعى عليه حتى يقوم دليل على خلافه فيثبت الدين في ذمته.²³ أي أن من ادعى على غيره التزاماً بدين أو عمل مهما كان سببه من عقد أو إتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان فعليه هو الإثبات إذا أنكر الطرف الخصم لأن هذا الخصم يتمسك بحالة أصلية هي براءة الذمة فيكون ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت خلافه²⁴، ومثال ذلك أن يدعي الزوج علماً للزوجة بأنها قبضت المهر قبل الدخول وأنكرت ذلك وكانا قبل الدخول فالقول قولها مع يمينها لأنها تمسكت بالأصل وهو عدم القبض قبل الدخول.

*** قاعدة الأصل في الكلام الحقيقة:** أي أن الأصل في الكلام أنه يصرف إلى الحقيقة التي وضع لها ولا يصرف إلى المجاز إلا إذا كان متعذراً، ومثال ذلك لو وقف شخص داراً على أولاده دخل الذكور والإناث في هذا الوقف لأن لفظ الولد يشملهم حقيقة والأصل في الكلام الحقيقة.²⁵

2. أثر الاستصحاب على مسائل المفقود في قانون الأسرة الجزائري

اعتمد الفقه على الإستصحاب في مسألة المفقود، فاعتبروا كل شخص لم يظهر وجهات حياته أو موته حياً استصحاباً لأصل الحياة، فالأصل في الشخص أنه حي مادام لم يوجد ما يؤكد وفاته حقيقة واستندوا إلى هذا الدليل كمصدر لمعرفة الأحكام التي يمكن أن تطبق على كل من يحمل هذه الصفة، ويترتب على ذلك مجموعة من الآثار، وسيتم من خلال هذا المحور دراسة أثر هذا الإستصحاب على الأحكام المتعلقة بالمفقود ودراسة الآثار المترتبة على هذه الأحكام في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وذلك في نقطتين رئيسيتين تتعلق الأولى بالآثار المترتبة على استصحاب حياة المفقود قبل صدور

الحكم القضائي وأما الثانية فهي متعلقة بالآثار المترتبة على مسائل المفقود بعد صدور الحكم القضائي

2.1. الآثار المترتبة على استصحاب حياة المفقود قبل صدور الحكم القضائي

خلال المدة التي يتم فيها البحث والتقصي عن حياة المفقود أو وفاته يبقى المفقود حيا استصحابا للأصل وهو الحياة وقبل وجود دليل يقتضي العدول عن استصحاب أصل الحياة أو انتهاء المدة المحددة للحكم بوفاته يعامل المفقود معاملة الأحياء وفقا لما سنتعرض له في المسائل المتعلقة بزوجه وأمواله.

1.1.2. الآثار المترتبة على الفرقة بين المفقود وزوجته.

يتعلق الأمر هنا بمسألة الفرقة بينه وبين الزوجة ونوع الفرقة والعدة ، فتستمر زوجة المفقود التي في عصمته قبل الفقد على ذمته حتى يقوم دليل وفاته أو يحكم القاضي بوفاته وذلك استصحابا لحياته، فيبقى حيا بالنسبة لزوجته ولا يجوز لها الزواج بغيره²⁶، وقد اختلف الفقه حول إن لم يعد المفقود وأرادت الزوجة أن تفرق عنه على رأيين

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز مفارقة الزوجة لزوجها بسبب غيبته وفقده فقال الحنفية والشافعية أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق لغيبه الزوج لأن الغيبة لا تكون سببا للتفريق بين الزوج والزوجة وإن طال **الرأي الثاني:** ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق فقال المالكية والحنابلة أنه على القاضي أن يفرق بينهما إذا طلبت الزوجة لتضررها من غياب الزوج ولو ترك لها نفقة مدة غيابه، إلا أن الحنابلة لا يجيزون التفريق إلا إذا كانت الغيبة بدون عذر أما المالكية فجازوا ذلك وقال الإمامية أنه لا تفريق إلا في زوجة المفقود²⁷.

فالزوجة التي يجوز لها طلب التفريق بسبب الغيبة عند المالكية والحنابلة تشمل زوجة الغائب والمفقود إذ يؤخذ الغياب عندهم في هذه المسألة على عمومها، أما عند الإمامية فيتوقف الأمر على زوجة المفقود فقط في طلب الفرقة.

وفيما يتعلق بالمدة التي تنتظرها زوجة المفقود فقد قال المالكية 3 سنوات وقالوا سنة، وقال الحنابلة ستة أشهر ويطلقها القاضي في الحال.²⁸ وفيما يتعلق بنوع الفرقة اعتبرها المالكية طلاقا بائنا واعتبرها الحنابلة فسحا وتعدت الزوجة فيها عدة طلاق²⁹

وما يستنتج من آراء الفقهاء سواء الذين أجازوا لها الفرقة أو الذين لم يجيزوا ذلك أن المفقود مستصحب الحياة ، فمن لم يجيزوا ذلك اعتبروه حيا ومنعوا الزوجة من مفارقتها وهو غائب ومن قالو بإجازة التفريق اعتبروه حيا وسمحوا للزوجة بالمطالبة بالتفريق وإلا فكيف يفارق أو يطلق من هو ميت. و هو الرأي الذي اختاره مشرع الأسرة الجزائري حيث نصت المادة 112 منه أنه يجوز لزوجة المفقود أن تطلب التطلاق بناء على الفقرة الخامسة من نص المادة 53 منه والتي، اعتبرت الفقد سببا من أسباب التطلاق مع مراعاة الشروط الواردة فيها³⁰، فاستعملت المادة 112 مصطلحي الغائب والمفقود واستعملت المادة 53 مصطلح الغيبة فقط وما يفهم من ذلك أن القانون في المادة 53 استعمل مصطلح الغيبة بمفهومه الواسع فقصدها المفقود والغائب معا فالغيبة متضمنة في الفقد وكل مفقود هو غائب والعكس غير صحيح. وبالمقارنة مع مدونة الأسرة المغربية فإن القانون المغربي أيضا اعتبر الغيبة بمفهومها الواسع سببا من أسباب التطلاق وذلك في المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية³¹، وبالتالي يجوز لزوجة المفقود طلب الفرقة بناء على نص هذه المادة.

2.1.2. الآثار المتعلقة بأموال المفقود

يتعلق الأمر هنا بكل ما تعلق بأمواله سواء الأموال المملوكة له قبل الفقد أو الأموال التي توول إليه أثناء فترة الفقد وقبل الحكم بوفاته، ويكون الحكم فيها كالاتي:

بالنسبة لأمواله المملوكة قبل الفقد اتفق أئمة المذاهب الاربعة أن المفقود يعتبر حيا بالنسبة لأمواله الثابتة ملكيتها له قبل الفقد حتى تقوم البينة على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته، ويترتب على ذلك أنه لا يقسم ماله بين الورثة وينفق القاضي من ماله على زوجته وأصوله وفروعه فقط لأن هؤلاء تجب نفقتهم عليه في حضوره وغيابه، ولا تفسخ عقوده كالإجارة التي تفسخ بموت أحد المتعاقدين لاعتباره حيا وينصب القاضي من يتولى قضاء ديونه وحفظ أمواله، وتحفظ أمواله إلى أن ينكشف حاله فإن ظهر حيا أخذها، والسبب في اعتباره حيا بالنسبة لأمواله هو استصحاب حال حياته التي كان عليها قبل الفقد، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه بالدليل.³²

وقد نصت المادة 115 من تقنين الأسرة الجزائري على أن المفقود لا يورث ولا تقسم أمواله إلا بعد الحكم بوفاته وهذه المادة واضحة الدلالة كونها أخذت بما أخذ به الفقه في مسألة المفقود فلا يورث المفقود إلا بعد الحكم بوفاته³³

وَأما بالنسبة لأمواله التي تؤول له من الغير أثناء مدة فقده، فهذه الأموال إما أن تؤول له بالإيضاء له أو أن يتوفى أحد مورثيه أثناء مدة فقده، وللفقهاء رأياناً لاختلافهم في حجية الاستصحاب³⁴

الرأي الأول: يرى الأحناف أن المفقود لا تثبت له حقوق إيجابية من غيره كالإرث والوصية من الآخرين ، فلا يرث من غيره ولا تثبت له الوصية من غيره لأن الاستصحاب عندهم حجة للدفع لا للإثبات أي أنه لا يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال لإبقاء الأمر على ما كان ، فاستصحاب حياته يفيد فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة ولا يفيد في انتقال ملكية الغير له، وبإيجاز فإن الاستصحاب يصلح عند الحنفية لدفع ملكية غيره لأمواله لا لإثبات ملكيته من غيره وبذلك لأنه لا يورث ولا وصية له أي أن الاستصحاب يثبت الحق السلبي دون الإيجابي.

الرأي الثاني: يرى جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية أن المفقود يرث من غيره وإن لم يورث، لأن استصحاب الحال حجة مطلقا للدفع والإثبات مادام لم يقدّم دليل مانع من الاستمرار، فحياة المفقود هي الأصل الثابت فيرث من غيره ولا يورث عنه ماله فالإستصحاب عندهم يثبت كلا الحقين الإيجابي والسلبي.

فإذا مات من يرثه المفقود قبل صدور الحكم بالوفاة فإنه يوقف نصيبه إلى أن يحكم بموته لاستصحاب حياته وبالتالي تحقق شرط حياة الوارث وقت وفاة المورث.³⁵

وفيما يتعلق بالأموال الأيالة له أثناء فترة الفقدان في قانون الأسرة الجزائري، فما تعلق بالوصية فلا نص يحدد حكم الأموال التي تؤول له عن طريق الوصية وكيفية التعامل مع هذه الأموال، أما بالنسبة لميراثه من مورثه أثناء نفس الفترة فإنه قد جاء في المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري مايلي " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون"³⁶، و قد أخذ القانون في هذه المادة بالإستصحاب كمصدر لتوريث المفقود³⁷ ضمنا أي دون أن يصرح بذلك، فاعتبره حيا استصحابا لأصل الحياة ورتب أحكام ميراثه بناء على هذا المصدر أو الدليل الفقهي دون أن يخوض في التفاصيل ودون أن يبين موقفه من مسألة وقف النصيب الخاص به والمقتضى وقف نصيبه لأنه غير موجود، و على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 والأخذ بالرأي الذي يتناسب مع ما سار عليه المشرع الجزائري اعتبارا لأصل الحياة، وبالمقارنة مع المقتن المغربي فإنه نص صراحة على استصحاب حياة المفقود واعتبره حيا في ماله ومحتمل الحياة في حق نفسه وغيره ووقف نصيبه المشكوك فيه إلى أن يبين أمره وذلك في المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية بقولها " المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويلته ومحتمل الحياة في حق

نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يثبت في أمره.³⁸، وبالتالي استصحب المقتن المغربي حياة المفقود دفعا وإثباتا، وعليه فإن القانون الجزائري أغفل الاستعمال الصريح لمصطلح الإستصحاب وتغافل عن التفصيل في مسألة وقف النصيب من عدمه وثبوت ميراث المفقود أو عدمه أيضا، لكن ما يمكننا قوله في هذه المسألة هو أن المشرع أخذ بالإستصحاب دفعا وإثباتا في ميراث المفقود واعتبره حيا في ماله وحيا في مال غيره وذلك عندما نص على هذا الحكم في الباب المتعلق بالميراث في المادة 133 وفصلها عن المواد المذكورة في باب النيابة الشرعية.

2.2 الآثار المترتبة على مسائل المفقود بعد صدور الحكم بالوفاة

تستصحب حياة المفقود فيبقى حيا إلى حين وجود دليل يؤكد حياته أو وفاته أو يحكم بوفاته ويقوم الحكم القضائي بالوفاة بعد التحري والتقصي مقام الدليل الذي يستوجب الرجوع عن اعتماد أصل الحياة والأخذ باعتبار الوفاة لأنها هي الأصل عند عدم عودته لفترة محددة وبناء على اعتباره ميتا بموجب الحكم القضائي فستعرض في هذه النقطة إلى الآثار المترتبة على زوجة وع بعد صدور الحكم بوفاة المفقود.

1.2.2 أثر صدور الحكم بالوفاة على زوجة المفقود

وسنضع بعين الإعتبار في هذه الآثار الأحكام التي تطبق على زوجته في حالة عدم ظهوره وفي حالة أخرى وهي حالة رجوعه حيا بعد نفاذ الآثار الأولى.

فإذا كان المفقود متزوجا وصدر حكم بموته دون أن يظهر فورا وهي الحالة الأولى، فيترتب على ذلك انحلال الزوجية بالوفاة الحكيمة، واتفق الفقه على أن تعتد زوجته عدة وفاة، لكن المسألة التي تثير إشكالا في هذه الحالة هي الوقت الذي تعتد فيه زوجة المفقود المتوفي حكما، وقد فرق الفقهاء في زوجة المفقود بعد صدور الحكم بوفاته بين حالتين، ففي الحالة التي لا يأتيها عنه أي

خبر عن حياته أو موته تعتد من زوجها مباشرة بعد الحكم بموته وعدتها 4 أشهر و10 أيام من اليوم الذي ضربه لها الحاكم ، أما في الحالة التي يأتيها فيها خير يقين عن وفاته أو طلاقه لها فتعتد من تاريخ الطلاق أو الوفاة وليس من وقت صدور الحكم بالوفاة وإن لم تعلم ولم يبلغها خبر موته أو طلاقه حتى تمضي عدة الطلاق والوفاة فلا عدة لها.³⁹

أما فيما يتعلق بقانون الأسرة الجزائري فإذا صدر الحكم بموت المفقود وكان متزوجاً فقد سوى في الحكم بين الزوجة المتوفى عنها زوجها حقيقة والزوجة المتوفى عنها زوجها حكماً في المادة 59 منه وذلك في ناحيتين:

الأولى: اعتداد زوجة المفقود كزوجة الميت حقيقة

الثانية: مدة العدة في الحالتين هي أربعة أشهر و10 أيام ويحل للزوجة بعدها الزواج مرة ثانية بعد انقضاء عدتها، وتحسب عدة زوجة المفقود حسب نص المادة 59 من تاريخ صدور الحكم بالفقد وليس من تاريخ الحكم بموته، وفي ذلك فإن قانون الأسرة يربطه بدء سريان مدة عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بفقده فهذا الربط في غير محله حاد به عن الصواب، إذ كان من الأجدر ربطها بتاريخ صدور الحكم بموته فبداية سريان مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقد يتعارض مع نصوص قانون الأسرة الجزائري وبالخصوص المادة 133 والتي تعتبره حياً قبل صدور الحكم بموته.⁴⁰

أما في الحالة الثانية وهي حالة عودة المفقود فإذا عاد بعد ذلك ولم تتزوج زوجته فلا إشكال في ذلك، وأما إذا رجع ووجد زوجته قد تزوجت فهنا يثور إشكال الزوج الأحق بها، فقد ميز الفقهاء بين الدخول وعدمه فقبل الدخول بها من قبل الزوج الثاني فهي زوجته عند كل المذاهب باستثناء المالكية، أما إذا تم الدخول بها من الزوج الثاني فتعددت أقوال الفقهاء في ذلك على النحو الآتي:

فقال الحنفية والشافعية في الحديد أنها زوجة الأول وقال المالكية أنها زوجة الثاني ولا سبيل للأول عليها وقال الحنابلة يخير الأول بين أخذها من الثاني وبين تركها له.⁴¹

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على هذا الحكم وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 ويخضع الحكم في ذلك للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وله أن يتبع الرأي المناسب في ذلك، ولم يفصل المشرع المغربي في ذلك أيضا فلم يتحدث في نصوص مدونة الأسرة المغربية عن حكم هذه مسألة رجوع المفقود وما يطبق من أحكام على زوجته.

2.2.2. أثر صدور الحكم بالوفاة على أموال المفقود

يعتبر الحكم بوفاة المفقود دليلا مستوجبا لإلغاء أصل الحياة وبناء على ذلك فإن المفقود يعتبر ميتا بمجرد صدور الحكم ونميز في ذلك أيضا بين أمواله المملوكة له قبل الفقد والأموال التي آلت إليه بعد الفقد، ونضع في الاعتبار أيضا الأحكام المطبقة على ماله بعد رجوعه حيا.

-فأمواله المملوكة له قبل الفقد تصبح تركة وتقسم هذه التركة على ورثته طبقا للقواعد العامة للميراث ولا إشكال في ذلك ولكن الإشكال فيمن يعتبر وارثا للمفقود في هذه الحالة فاتفق علماء الشريعة الإسلامية أن المفقود عند الحكم بموته لا يرثه إلا من كان حيا في وقت الحكم أو في الوقت الذي يسند فيه القاضي موته وذلك في حالة ثبوت موته حقيقة ولا يرثه أحد ممن مات قبل ذلك لأنه يعتبر ميتا في هذا الوقت ولا يرثه أحد ممن استكمل شرط الإرث بعد الحكم بموته أو بعد الحكم الذي أسند الحكم موته إليه ولو بلحظة واحدة ، واعتبار المفقود حيا في ماله هو باستصحاب الحال فلا يورث إلا بيقين أو ما نزل منزلته وهو الحكم.⁴²

وربط قانون الأسرة الجزائري كالفقه تقسيم تركة المفقود بصدور الحكم القضائي وذلك في المادة 115 دائما التي قضت بعدم قسمة أموال المفقود إلا بعد الحكم بوفاته و قد أخذ به المشرع المغربي أيضا فمنع قسمة أموال المفقود قبل صدور حكم وفاته.

-وأما أمواله التي اكتسبها من الغير تقديراً كميّراته من غيره فمصير المال الذي أوقف له استصحاباً لحياته قبل صدور الحكم اختلف أهل العلم في صفة من يستحق هذا النصيب الموقوف ويميزوا بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا حكم القضاء بموت المفقود بناء على دليل يثبت ذلك بالبينة، فإن كان تاريخ موته متأخر عن موت مورثه كان مستحقاً لهذا النصيب الموقوف فيضم إلى أموالها ويقسم على ورثته الموجودين وقت الحكم فقط، وإن كان تاريخ موته سابقاً على موت مورثه فإن النصيب الذي كان موقوفاً لا يستحقه لعدم تحقق حياته ولا يستحق ورثته ونفس الحكم إذا جهل تاريخ وفاته فلا يستحق شيئاً أيضاً وهذه الحالة متفق على أحكامها.⁴³

الحالة الثانية: أن يحكم القاضي بموت المفقود اجتهاداً منه بعد التحري في هذه الحالة يحكم القاضي بموته بعد مدة من الزمان دون أي دليل فاختلف العلماء على قولين:

الأول: أن المال يكون للمفقود فيدفع إلى ورثته وهذا رأي الحنابلة وقول عند الشافعية لأن الأصل حياته فله كل أحكام الأحياء ومن ماتوا قبل الحكم بوفاته وهو في ذلك الوقت كان حياً استصحاباً وبذلك تحقق شرط حياة الكوارث وقت وفاة المورث.

الثاني: أن المفقود لا يستحق شيئاً من المال الموقوف له فيرد إلى ورثة الميت الأول وهذا قول الحنفية والمالكية والشافعية وقول عند الحنابلة.⁴⁴

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتناول التفصيل في مآل النصيب الموقوف ولم يفصل في أحكامه كما ذكرنا سابقاً ولا في صفة من يستحقه بعد الوفاة، وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذه الأحكام تتعلق بمال المفقود إذا لم يظهر أما إذا ظهر حياً ورجع بعد تقسيم تركته فإن ذلك اختلف فيه أهل العلم على رأيان:

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى التفارقة بين أموال التي تم التصرف فيها والتي لم يتم فيها فقالوا أن تلك التي لم يتصرفوا فيها فيسترجعها من ورثته أما الأموال التي تصرف الورثة فيها فلا يرجع المفقود عليهم فيها بشيء ولا حق له في مطالبتهم بها وهذا رأي جمهور الحنفية والمالكية والشافعية.

الرأي الثاني: ذهب هذا الرأي إلى القول أن المفقود يأخذ ما يجده قائماً في يد ورثته عينا ويرجع بالباقي عليهم وبالتالي ضمان الورثة ما استهلك من المال بعد توزيع التركة.⁴⁵

وبالنسبة لتقنين الأسرة الجزائري فإنه عالج هذه المسألة و ميز بين ما بقي قائماً من أموال وما تم التصرف فيه أو استهلاكه، فما بقي قائماً يسترده المفقود بعينه، أما ما تم التصرف فيه أو استهلكه فالأصل فيه أنه لا يسترد غير أنه يرد عليه استثناء وهو في حالة بيع مال المفقود ففي هذه الحالة يسترد المفقود قيمته⁴⁶، وبالعودة إلى مدونة الأسرة المغربية فإن القانون المغربي لم يتناول هذه المسألة ولم يحدد رأيه فيها.

خاتمة:

من خلال دراستنا للإستصحاب على الصعيدين الفقهي والقانوني والبحث في أقوال الفقه الإسلامي واجتهاداته حول هذا المصدر، وكذلك بالخوض في دراسة أثره على المسائل والمنازعات المتعلقة بالمفقود وحاله وأثر تطبيقه في الأحكام المتعلقة بماله وزوجه والمسائل والإشكالات المتفرعة عن هذه المسائل، وصلنا إلى أن الإعتماد على مثل هذا الدليل في استنباط الأحكام الشرعية جاء ضمن الأعمال الإجتهدية التي يقوم بها فقهاء الشريعة الإسلامية في المجالات المتفق عليها بأنها محل للاجتهد الفقهي كضرورة فرضها انعدام الحكم الشرعي للكثير من المسائل خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات، و لمسنا فعلاً المركز الذي يحتله الإستصحاب في الفقه الإسلامي فبالرغم من اختلاف الفقهاء في الأخذ به وإضعاف قيمته إلا أنه يعتبر مصدراً مؤثراً في الأحكام الفقهية، باعتبار أن أغلب الفقه يؤسس أحكامه ويستنبطها بناء على هذا الدليل، وخير مثال على

فعالية الإستصحاب في استخراج الأحكام هو مسائل المفقود، وبناء على ذلك وصلنا إلى النتائج التالية:

-براعة فقهاء الشريعة الإسلامية في البحث والتقصي عن الأحكام الشرعية، وتوسيع دائرة الاجتهاد وعدم حصرها في مصادر التشريع الفقهي الأربعة المعروفة والأخذ بأدلة أخرى من بينها الاستصحاب.

-الاستصحاب دليل ومصدر فقهي يعتمد عليه الفقهاء في استنباط الأحكام الفقهية وحل المسائل التي يندم حكمها، وهذا يعني أن الأخذ بهذا الدليل ليس على إطلاقه بل ينحصر مجاله في تلك المسائل والوقائع التي لم يرد فيها حكم شرعي.

-الصفة التبعية للإستصحاب، إذ لا يعتبر دليلاً مستقلاً في التأسيس لمسألة معينة بل هو دليل تبعية يستند في وجوده وفاعليته إلى وجود وفاعلية مجموعة من الأصول الفقهية فيتبعها في وجودها ويؤسس المجتهد الحكم به بناء عليها.

-وجود الكثير من الأحكام في الفقه الإسلامي المستنبطة بناء على الإستصحاب، كحكم البكارة، والحكم بثبوت النسب في الزواج بإحدى المحرمات جهلاً والحكم بتصديق الزوجة والأخذ بقولها في عدم قبض الصداق قبل الدخول وكذلك تصديق الزوجة المنكرة لعدم انتهاء عدتها، والحكم بإبقاء الحل مستمراً بين الزوجين إلى حين ثبوت الطلاق واعتبار المفقود حياً إلى حين صدور الحكم القضائي بوفاته أو وجود دليل على حياته.

- التأقيت في الإستصحاب، إذ يتحصل على قوته في الإستدلال في هذه المسائل عند فقهاء الشريعة الإسلامية لمدة زمنية محددة وهي المدة التي يندم فيها الدليل الذي يثبت عكس ما اعتمده الفقه أو عكس الأصل الذي أخذ به الفقه، ويترك الأخذ به إذا وجد هذا الدليل، ففي المفقود يبقى هذا الأخير مستصحب الحياة على الخلاف الوارد بين أهل العلم إلى حين وجود بينة تثبت وفاته أو رجوعه حياً أو صدور حكم بوفاته الأمر الذي يقتضي التراجع عن اعتماده

والإعتماد على المغير الذي غير الحكم الأول كدليل جديد، وبالتالي فإن الإستصحاب دليل مؤقت.

-أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بالحياة الاعتبارية للمفقود لأنهم استصحبوا أصل الحياة فاعتبروه حيا وكذلك أخذوا بالوفاة الاعتبارية وذلك باعتباره ميتا بموجب حكم قضائي بعد التحري والتقصي وانتظار مدة زمنية محددة، وهذا ما أخذ به المشرع في قانون الأسرة الجزائري عندما اعتبره حيا وقرن وفاته بشرط واقف وهو صدور حكم قضائي بوفاته.

وبسحب الأحكام المتعلقة بالإستصحاب على قانون الأسرة الجزائري أيضا تبين أن مقتن الأسرة الجزائري عند اختياره لحكم شرعي من الشريعة الإسلامية فإنه لا يهتم بالمصدر الفقهي لهذا الحكم، وإنما يأخذ ما يناسب تعاليم دينه وأعراف وعادات مجتمعه دون أن يبحث في أصل الحكم ومصدره الفقهي ووسيلة استنباطه، وإن فعل ذلك فإنه لا يذكر وهذا ما لمسناه في مسألة ميراث المفقود، حيث لم يذكر صراحة أنه أخذ بالإستصحاب في توريثه وكذلك الأمر بالنسبة للزواج بإحدى المحرمات الذي أثبت فيه القانون النسب كفقهاء الشريعة الإسلامية استصحابا للأصل وهو الجهل بالحرمة إلى حين وجود دليل يؤكد العلم بها، بخلاف ما لاحظناه على المشرع المغربي الذي ذكر ذلك صراحة في توريث المفقود.

كما اتضح أيضا أن الإستصحاب كان بمثابة مصدر غير مباشر لأحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري، ذاك أن المشرع لم يخرج هذه الأحكام باعتداده على الإستصحاب مباشرة، وإنما أخذ الأحكام المبنية على استدلال علماء الشريعة بالاستصحاب واعتمدها في نصوصه، و نهج المشرع الجزائري بذلك منهج فقهاء الشريعة الإسلامية عندما اعتبره حيا فأجاز لزوجته تطلقه ومنع من تقسيم ماله قبل الحكم بوفاته كما ورثه بالتقدير والإحتياط ووضع احتمال رجوعه حيا بعد الحكم بوفاته، على الرغم من أن رأيه لم يظهر في

العديد من هذه المسائل كمسألة وقف النصيب الموروث وطرق وكيفية توريثه ومسألة اعتداد زوجته.

-أوجب مقنن الأسرة على زوجة المفقود أن تعتد من وقت صدور الحكم بالفقدان، وهذا ما يتعارض مع دليل الاستصحاب الذي أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية فاعتباره حيا إلى غاية صدور الحكم بوفاته ثم اعتداد زوجته من تاريخ الحكم بفقده لا مبرر له من قبل المشرع الجزائري، إذ كان لابد عليه أن يربط بدء سريان العدة من يوم صدور الحكم القضائي لا خلاف ذلك وبناء على هذه النتائج يمكننا اقتراح التوصيات التالية:

- ضرورة الإعراف بالدور الإيجابي لمصادر التشريع الإسلامي في التأسيس لمسائل قانون الأسرة الجزائري صراحة من المشرع الجزائري، خاصة عند الأخذ بدليل مختلف فيه وذلك بإضافة مادة في قانون الأسرة الجزائري تعدد مصادر الشريعة الإسلامية المعتمد عليها من طرف مقنن الأسرة وذكر الدليل المعتمد في المواد المتعلقة بكل مسألة متى اقتضت الضرورة ذلك.

- إزالة اللبس على بعض المسائل المتعلقة بالمفقود كمسألة توريث المفقود والافتداء بالمشرع المغربي في استصحاب حياته صراحة بالنسبة لماله واحتمال حياته في حق نفسه، وذلك بتعديل نص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري لتصبح كالآتي " تستصحب حياة المفقود ما لم تثبت وفاته أو يصدر حكم بوفاته فيرث احتياطا وتقديرا ويوقف نصيبه إلى حين صدور الحكم بوفاته"، وكذلك مسألة اعتداد زوجته بعد الحكم بوفاته من تاريخ الحكم بالفقدان.

-الفصل بين عدة الوفاة الحكمية أي عدة زوجة المفقود التي حكم ب وفاة زوجها وبين عدة المتوفى عنها زوجها حقيقة، وذلك من خلالتعديل نص المادة 59 وإلغاء الشق المتعلق بزوجة المفقود وإضافة مادة 59 مكرر تخص معتدة المفقود وذلك وفقا لما يلي " إذا كان الزوج مفقودا وحكم بوفاته فتعتد زوجته عدة وفاة من تاريخ الحكم بوفاته".

الهوامش

- 1 كامل صبحي كامل صلاح ، الإستصحاب وأثره في الأحكام الفقهية، مجلة القلم، العدد الثالث، يونيو 2015، ص242.
- 2 مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزوبادي، القاموس المحيط ، تحقيق أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد ، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص915.
- 3 محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار المعاجم، مكتبة لبنان، 1986، ص150.
- 4 محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأشري، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، دار الفضيلة، الرياض، 1421 هجري/ 2000 ميلادي، ص974.
- 5 وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1419 هجري/ 1999 ميلادي، ص113.
- 6 محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دون طبعة، دار الفكر العربي، دون سنة نشر، 296.
- 7 بلقاسم بن ذاك الزبيدي، الاجتهاد في مناهج الحكم الشرعي، دراسة تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، التكوين للدراسات والأبحاث، المملكة العربية السعودية، 1435 هجري/ 2014 ميلادي، ص401.
- 8 محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص296.
- 9 الخضر علي إدريس، الإستصحاب وأثره في الفروع الفقهية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه وأصوله، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1983/ 1984 م، ص23.
- 10 إبراهيم عطية محمود قنديل، استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، المجلد 9، العدد 9، 1994، ص245.
- 11 إبراهيم عطية محمود قنديل، المرجع نفسه، ص247.
- 12 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص113.
- 13 وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص113.
- 14 إبراهيم عطية محمود قنديل ، مرجع سابق، ص264.

- ¹⁵ وهبة الزحيلي، المرجع سابق، ص 113.
- ¹⁶ محمد أبوزهرة، مرجع سابق، ص 298.
- ¹⁷ كامل صبحي كامل صلاح، مرجع سابق، ص 252.
- ¹⁸ كامل صبحي كامل صلاح، المرجع السابق، ص 254.
- ¹⁹ محمد علي الشوكاني، مرجع سابق، ص 975.
- ²⁰ الطاهر عباية، الإستصحاب عند الإمام بن العربي من خلال كتابه المسالك في شرح موطن مالك، الشهاب، العدد الثاني، جمادى الأول، 1437، مارس 2016، ص 130-136.
- ²¹ عبد الله مساعد يوسف بوغيث، المبادئ والأصول المستنبطة من الاستصحاب، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، المجلد السابع، العدد 31، الإسكندرية، مصر، ص 405، 406.
- ²² كامل صبحي كامل صلاح، مرجع سابق، ص 262.
- ²³ كامل صبحي كامل صلاح، المرجع نفسه، ص 262.
- ²⁴ عبد الله مساعد يوسف بوغيث، مرجع سابق، ص 411.
- ²⁵ كامل صبحي كامل صلاح، المرجع السابق، ص 262.
- ²⁶ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 229.
- ²⁷ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارنة الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دون طبعة، دار النهضة، بيروت، دون سنة نشر، ص 447.
- ²⁸ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 447.
- ²⁹ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، 2007، دار الخلدونية، الجزائر، ص 282.
- ³⁰ مفيدة بوشاشي، عزيزة حسيني، نفقة زوجة المفقود بعد الحكم بالتطليق، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 08، العدد 02، 2020، ص 172.
- ³¹ ظهير شريف رقم 01/04/22 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 هجري الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة رسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.
- ³² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها الجزء الثامن، الطبعة الثانية، 1985، دار الفكر العربي، دمشق، ص 420.

³³طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الاسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر-1، العدد 32، الجزء الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر -1، سبتمبر 2018، ص45.

³⁴وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص421، 422.

³⁵محمد أبو زهرة، أحكام التراكات والمواريث، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص220.

³⁶القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جريدة رسمية عدد15 الصادرة سنة 2005.

³⁷طحطاح علال، مرجع سابق، ص 45.

³⁸ظهير شريف رقم 01/04/22 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هجري الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة، جريدة رسمية عدد5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.

³⁹يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 1424 هجري/ 2003 ميلادي، ص 98، 99.

⁴⁰علال ياسين، عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة العلوم الانسانية والاجتماعية، العديد 40، جامعة أدرار، الجزائر، 2017، 361، 360.

⁴¹بوسحابة العيد، آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، جوان 2015، ص473.

⁴²طحطاح علال، مرجع سابق، ص 44، 45.

⁴³رويدة أيوب المشني، الإرث بالتقدير والإحتياط وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية، بحث نقد استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1436 نجري/ 2015 ميلادي، ص57، 58.

⁴⁴رويدة أيوب المشني، المرجع نفسه، ص59.

⁴⁵بوسحابة العيد، مرجع سابق، ص468.

⁴⁶طحطاح علال، مرجع سابق، ص47.

قائمة المراجع:

• المؤلفات:

- أبو العينين بدران، بدران، (دون سنة نشر)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دون طبعة، دار النهضة، بيروت.
- أبو زهرة، محمد، دون سنة نشر (أصول الفقه)، دون طبعة، دار الفكر العربي.
- أبو زهرة، محمد، (دون سنة نشر) أحكام التركات والمواريث، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الزحيلي، وهبة، (1999)، الوجيز في أصول الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سوريا.
- الزحيلي وهبة، (1985)، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، دمشق.
- بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، محمد، (1986) مختار الصحاح، دار المعاجم، مكتبة لبنان.
- بن علي الشوكاني، محمد، (2000)، إرشاد الفحول تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأشري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفضيلة، الرياض.
- بن حرز الله، عبد القادر، (2007)، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر.
- بن ذاكر الزبيدي، بلقاسم، (2014)، الإجتهد في مناهج الحكم الشرعي، دراسة تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، التكوين للدراسات والأبحاث، المملكة العربية السعودية.
- محمد بن يعقوب الفيروزبادي، مجد الدين، (2008)، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي، زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، مصر.

• الأطروحات:

- أيوب المشني، رويده، (2015)، الإرث بالتقدير والإحتياط وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الفلسطينية، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين.
- عطا محمد حلوه، يوسف، (2003)، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.
- علي إدريس، الخضر، (1983)، الإستصحاب وأثره في الفروع الفقهية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، قسم الدراسات العليا الشرعية، فرع الفقه وأصوله، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.

• المقالات:

- بوسحابة، العيد، (2015)، آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، صفحات المقال (436-477).
- بوشاشي مفيدة، حسيني عزيزة، (2020)، نفقة زوجة المفقود بعد الحكم بالتطبيق، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 08، العدد 02، صفحات المقال (169-184).
- علال، طحطاح، (2018)، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقتين الأسرة الجزائرية، حوليات جامعة الجزائر-1، العدد 32، صفحات المقال (26-62).
- عبابة، الطاهر، (2016)، الإستصحاب عند الإمام بن العربي من خلال كتابه المسالك في شرح موطئ مالك، الشهاب، العدد الثاني، صفحات المقال (115-144).
- علال، ياسين، (2017)، عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 40، صفحات المقال (343-365).
- كامل صبحي كامل صلاح، (2015)، الإستصحاب وأثره في الأحكام الفقهية، مجلة القلم، العدد الثالث، صفحات المقال (245-272).

-مساعد يوسف بوغيث، عبد الله، المبادئ والأصول المستنبطة من الإستصحاب، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات،المجلد السابع، العدد 31، صفحات المقال (395- 425).

• القوانين:

- القانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 جريدة رسمية

عدد15 الصادرة سنة 2005.

- ظهير شريف رقم 01/04/22 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هجري الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة ، جريدة رسمية عدد5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.

• مواقع الأنترنت:

- عطية محمود قنديل، إبراهيم، (1994)، استصحاب الحال ومدى تأثيره في الفروع الفقهية، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، المجلد 9، العدد9، https://journals.ekb.eg/article_22252.html، آخر زيارة للموقع 02.03.2022 الساعة 13:18.