

التفريق القضائي بين الزوجين بسبب فقدان في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

Judicial separation between spouses due to loss in Islamic jurisprudence and Algerian family law a comparative study

عبد الوهاب بلهول*

¹ جامعة عمار ثلجي الأغواط (الجزائر)، a.belhoul84@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022/09/15 تاريخ القبول: 2022/09/29 تاريخ النشر: 2022/10/15

الملخص:

يعالج هذا البحث موضوع التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج بدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حيث يعد هذا الموضوع مشكلة من المشاكل التي تؤدي إلى التفكك الأسري، ويكون سببها الزوج إذا ألحق ضررا بزوجه سواء أكان ماديا أو معنويا، ويكون ذلك بناء على طلب الزوجة وإرادتها المنفردة، ولا يتم إلا بحكم قضائي مسبوقا باجتهاد ولو عارضه الزوج طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما بالنص القانوني الوارد في التقنين المعمول به.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية لتقرر منهاجا فعالا في رفع الضر عن الزوجة وذلك بشتى الطرق الشرعية الممكنة، بذكر الأسباب التي تستند عليها الزوجة في طلب الطلاق، وقد وافقت القوانين الوضعية على ذلك.

الكلمات المفتاحية: اجتهاد القاضي - التفريق - فقدان.

Abstract:

This research deals with the judicial distinction between spouses for the loss of spouses by examining a comparison between Islamic jurisprudence and Algerian family law family disintegration ", where this is a problem leading to family disintegration, It is caused by the husband if he causes damage to his wife, whether physical or moral. This shall be at the request of the wife and her individual will, and shall be done only by judicial decision preceded by diligence, even if opposed by the husband as long as she is affected and the judge differentiates between them by the legal provision in the applicable codification.

The Islamic Shari 'a has established an effective approach to remove harm from the wife in all possible legitimate ways by stating the reasons on which the wife is seeking divorce, which the positive laws have approved.

Keywords: Judge's jurisprudence - differentiation - loss.

مقدمة:

لقد اهتم الإسلام بالأسرة المسلمة، وبين لها أساس بنائها وتماسكها، وهو استمرار عقد الزوجية بين الطرفين على أساس المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف.

والزواج إنما شرعه الله عز وجل استجابة للفتنة، وتلبية للحاجات الغريزية التي أودعها الله تعالى في البشر، ولبقاء النوع الإنساني، ومن أجل هذا بين الإسلام الحقوق والواجبات التي تجب على الزوجين، ووضع القواعد والأصول للحفاظ على الرابطة الزوجية، فاحتاطت الشريعة الإسلامية لأمر الزواج واستمراره وأحاطته بسياس من الأوامر والنواهي التي تضمن نجاحه، وإثمار أهدافه، فأمرت الزوجين بحسن المعاشرة، وأوصت الرجال بالنساء خيرا، وأمرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته وعرضه وماله وولده، كما نعت الشريعة الغراء عن كل ما يسيء إلى العشرة الزوجية ويؤدي إلى قطعها، ولكن قد يطرأ على هذه العلاقة ما يحول دون استمرارها، لما قد يحصل من خلاف

بين الزوجين ويؤول بهما إلى النفرة والخصام والشقاق، فكان من رحمة الشريعة الإسلامية وسعتها أن شرعت الفراق كضرورة لازمة لإنهاء الشقاق وإزالة الضرر في حال تعذر استمرار الحياة الزوجية.

وإنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين، قد يكون بإرادة الزوج كالطلاق الذي جعله الله عز وجل حقا للرجل يتصرف فيه كسائر حقوقه المشروعة، لحكم علمها اللطيف الخبير، ولم يخف بعضها على كل عاقل بصير، وجعله بيد الرجل ليس مطلقا بغير قيد، بل هو مقيد بقيود تتفق والحكمة التي دعت إليها الشريعة الإسلامية، وبما يمنع الإضرار بالمرأة إذا كانت حكمة التشريع قد اقتضت ذلك لأن عدالته قد أعطت للمرأة الحق في افتداء نفسها من زوجها إذا كرهت البقاء معه في فرقة تسمى خلعا، أو أن يكون لها الحق في التفريق بينها وبين زوجها قضاء إن تعذر الطلاق بإرادة الزوج بعدما أبدت من الأسباب ما يصلح أن يكون مسوغا للتفريق.

وهناك أسباب تعطي للمرأة الحق في أن تطلب التفريق القضائي، ومن أهم هذه الأسباب الفقدان. ومن هنا يأتي التساؤل التالي:

1- إشكالية الدراسة:

- هل فقدان الزوج من الأسباب المسوغة للتفريق القضائي بين الزوجين؟
وما هو موقف الفقهاء والقانون من حق المرأة بفك الرابطة الزوجية؟ وما هي الآثار المترتبة عليه؟
وينتج عن ذلك أسئلة فرعية تتبادر حول:
- ما هو المفهوم الحقيقي للفقدان وما هي أنواع الفقدان، وماهي المدة اللازمة للحكم بالفقدان؟
 - ما موقف قانون الأسرة الجزائري في تكريس هذا الحق؟
 - ما هي الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية للتفريق بين الزوجين بسبب الفقدان؟

2- أهم أهداف الدراسة: تكمن أهمية هذا الموضوع في جوانب عديدة منها:

- يعتبر التفريق القضائي من أكثر المواضيع اهتماما في قانون الأسرة، لأنه الضامن لحقوق الزوجة.
- جعل فسخ الزواج في يد السلطة القضائية مدعاة إلى الاحتياط وعدم التسرع في إنهاؤها.

- يعتبر التفريق القضائي بين الزوجين، صمام أمان لتمكين الزوجة من الحصول على كل حقوقها ورفع الضرر عنها.

- كثرة قضايا التطبيق والتفريق في المحاكم الجزائرية خاصة السنوات الأخيرة.

- انتشار ظاهرة الهجرة والسفر للعمل في الخارج وطول غياب الأزواج.

- كثرة حالات فقدان في العالم عامة وفي الجزائر خاصة بسبب العشرية السوداء.

3-منهج الدراسة: تبحث هذه الوجة البحثية مسائل شرعية وقانونية مستحدثة، فكان منهج الدراسة متنوعا لما تقتضيه طبيعة هذه المواضيع:

أ-اعتمدت على المنهج المقارن الذي يمتاز بخاصية التحليل المنظم، ويهدف إلى إبراز أوجه الاتفاق بين الموضوعين، وقد قارنت بين آراء الفقهاء من جهة، وبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى، وراعت التسلسل الزمني في ترتيب الأقوال وفق المذاهب الأربعة، الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية.

ب- واعتمدت كذلك على المنهج التحليلي، لتحليل النصوص القانونية خاصة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وكل ما يتعلق بالنصوص الفقهية.

ج-الترجيح بين الأقوال وذكر ثمة الخلاف إن وجدت.

4-خطة الدراسة: قسمت خطة هذا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج

المبحث الأول: التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج في الفقه الإسلامي

إن مسألة فقدان من أهم المسائل في التي طرحت قديما ومازالت تطرح إلى اليوم، فلقد اهتم بها الفقهاء سواء من الناحية الشرعية، أو الناحية القانونية، فعرفوا المفقود وألما بكل جوانبه، محاولة لحل المشاكل التي تنتج عن فقدان الشخص، وخاصة إذا كان زوجا، وهذا ما سنتعرف عليه في

هذا المبحث الذي قسمته إلى مطلبين، الأول حول الفقدان ومشروعية التفريق بسببه، والثاني آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين للفقدان.

المطلب الأول: الفقدان ومشروعية التفريق به في الفقه الإسلامي

لكي نفهم ونضع الحلول لكل مشكلة تنجر عن فقدان الزوج يجب علينا تحديد مفهوم الفقدان، وأنواع الفقد والمدة اللازمة للحكم بفقد الشخص، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الفقدان وأنواعه وردت عدة تعريفات للمفقود لغوية وشرعية وقانونية.

أولاً: تعريف المفقود لغة: المفقود في اللغة من فقد الشيء يفقد وفقدنا وفقدنا وفقدنا، فهو مفقود وفقيد: بمعنى غاب عنه وعدمه، أفقده الله إياه، ويقال فقد الكتاب، وفقد المال، أي حسره وعدمه.¹ وجاء في معجم مقاييس اللغة فقد: الفاء والقاف والdal أصل يدل على ذهاب شيء وضياعه، من ذلك قولهم فقدت الشيء فقدا، بمعنى عدمته، أو أضعته²، ومنه قوله تعالى **چٹ ٹڈ ٹف چ** (يوسف: 72)، والتفقد طلب الشيء عند غيبته، ومنه قوله تعالى **چو ٲو ٲو** (النمل: 20) وافتقدت الشيء طلبته، وافتقدته، لم أجده أيضاً.³ والخلاصة: أن الفقدان في لغة العرب أن تطلب الشيء فلا تجده.

ثانياً: تعريف المفقود شرعاً: اختلف الفقهاء في وضع حد موحد للمفقود، فذهبت كل طائفة منهم إلى تعريف مغاير لما ذهب إليه الآخرون، وسأعرض بعض هذه التعاريف، للوصول إلى تعريف مشترك بينهم.

1- تعريف الحنفية للمفقود: "هو الذي غاب عن أهله وبلده، ولم يدر أحي هو أم ميت، فلا يعلم مكانه، ومضي على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار".⁴

نلاحظ من تعاريف الحنفية للمفقود، أن بعض التعاريف تشترط جهل حياة أو موته، بينما نجد بعض التعاريف الأخرى تضيف شرطاً آخر وهو الجهل بالمكان.

2- تعريف المالكية للمفقود: "هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، فلا يدرى أين هو، وقد تلّوموا في طلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام فيما بلغنا".⁵

3- تعريف الشافعية للمفقود: "من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدري أحي هو أم ميت، وسواء أكان في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة".⁶

4- تعريف الحنابلة للمفقود: عرفه بن قدامة: "المفقود من انقطع خبره ولم يعمل موضعه".⁷ نلاحظ من تعريف الشافعية والحنابلة للمفقود، أنهم اعتمدوا على التعريف اللغوي.

بعد عرض تعاريف الفقهاء في المذاهب الأربعة للمفقود نجد أنهم قد عرفوا المفقود بتعاريف متعددة، متقاربة في المضمون وإن اختلفت في الصياغة، وأهم متفقون في بعض العناصر في تعريفاتهم، وعليه لكي يعتبر الشخص مفقوداً فإنه يجب أن تتوافر فيه ثلاثة شروط هي:

1- أن يكون الشخص غائباً، وغيابه هذا لم يعرف له مقام، سواء غادر بلده إلى بلد غير معلوم، أم لم يغادره، أو خرج إلى الحرب ولم يعد، أو غاب بعد كارثة من الكوارث الطبيعية، كالزلازل أو الحرائق أو غيرها.

2- أن ينقطع خبره، أي ألا يبلغ ذويه شيء مما هو صادر عنه، فيجهلون محل إقامته، وكل معلومة عنه.

3- ألا تعلم حياته أو مماته، أي أنه لا يمكن التحقق من مصيره فيما إذا كان حياً أو ميتاً. واستناداً إلى مجمل تعريفات الفقهاء يمكننا تعريف المفقود بأنه:

"هو الشخص الذي انقطع خبره فلا يدري مكانه ولا يعلم أحي هو أم ميت".

ثالثاً: أنواع المفقودين في الفقه الإسلامي

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع، ولم يفرقوا بين أحوال الفقد كما فعل غيرهم من الفقهاء، فقالوا أن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ولا يعلم مكانه، ومضى عليه زمان فهو مفقود بهذا الاعتبار، سواء كان في دار حرب أو دار الإسلام.

وفرق المالكية والحنابلة بين المفقودين، فمن فقد في دار الحرب أو انكسرت سفينته ولم ينج منها إلا القليل، يختلف في حكمه عن من غاب عن أهله خارجاً للتجارة أو طلب العلم، وطال مكثه وانقطعت أخباره.

- 1-أنواع المفقودين عند المالكية: لم يتفق فقهاء المالكية على عدد أنواع المفقود فمنهم من قال: إنها ثلاثة، ومنهم من قال: إنها أربعة، ومنهم من قال: إنها خمسة، ومنهم من قال: إنها ستة. والراجح في التقسيم هو ما ذهب إليه ابن رشد الجد وابن رشد الحفيد إلى أنها أربعة أنواع: النوع الأول: المفقود في بلاد المسلمين: وهو من خرج من بيته وانقطعت أخباره. النوع الثاني: المفقود في بلاد الحرب: وهو من شك فيه هل فقد في بلاد الحرب أم لا. النوع الثالث: المفقود في حروب المسلمين بعضها مع بعض: في زمن الفتن والأوبئة النوع الرابع: المفقود في حروب المسلمين والكفار: حروب الدفاع، أو ردع العدوان.⁸
- 2- أنواع المفقودين عند الحنابلة:

النوع الأول: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة: كالمسافر للتجارة أو للسياحة أو لطلب العلم ونحو ذلك، ويلحق به الأسير لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء.

النوع الثاني: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: كالجندي الذي يفقد في المعركة، وراكب السفينة التي غرقت ونجا بعض ركابها، ومن فقد في صحراء مهلكة أو نحو ذلك.⁹

بعد الاطلاع على أنواع المفقودين في الفقه الإسلامي يترجح لنا تقسيم المالكية، وهذا ما يتماشى مع أحوال الناس في عصرنا الذي كثرت فيه الفتن، والحروب الداخلية والخارجية.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في المدة التي يحكم فيها بالتفريق.

اعتنى الفقهاء بمسألة الفقدان من كل الجوانب، بيد أنهم اختلفوا في المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، وهل يفرق بين المفقود وزوجته أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في النقاط التالية:

أولاً: المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود

تكمن أهمية تحديد المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بوفاة المفقود في أن الفقهاء رتبوا عليها اعتداد زوجة هذا الأخير وإحلالها للزواج، وكذا تقسيم أمواله، غير أنهم اختلفوا بشأنها إلى عدة أقوال¹⁰ لأنه لم يرد نص لا في القرآن، ولا في السنة، يحدد الزمن الذي يحكم بفواته بموت المفقود،

لا صراحة ولا دلالة، فكان تحديد هذه المدة اجتهادا من الفقهاء وكل له رأيه، ويمكن تصنيف هذه الأقوال إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: وتضم الفقهاء الذين أعطوا للمفقود حكما واحدا، ونوعا واحدا، مهما كانت الظروف المحيطة بالفقد، وهم فقهاء المذهب الحنفي والمذهب الشافعي.

1-المذهب الحنفي: لم يفرق الأحناف بين ظروف غالبها الهلاك، وظروف غالبها السلامة، فأعطوا للمفقود حكما واحدا من حيث المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، كما لم يفرقوا في تحديد المدة بين زوجته وماله.¹¹

واستدلوا بما يلي:

أ- عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ {امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان}.¹²
 ب- قول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود: "هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"،¹³ فهذه الآثار قد وردت مطلقة فيقتضي عدم التفرقة بين الظروف التي أحاطت بالفقد.¹⁴
 هذا وقد اتفق الحنفية على أنه لا يحكم بموت المفقود إلا بموت جميع أقرانه، إلا أنهم اختلفوا في المدة، والأقيس عند الحنفية ألا يقدر موت المفقود بشيء، لأنه لا نص فيه وتحديد المقادير لا يكون بالرأي، ويفوز أمر التقدير للقاضي حيث سيحكم بموته في الوقت الذي يراه محققا للمصلحة، وهو ما رجحه الزيلعي واحتج بأن تحديد المدة بمدة معين غير منضبط، لأن تحقق موت المفقود يختلف باختلاف البلاد، والأشخاص، وعليه فتفويض الأمر إلى القاضي يتيح له تطبيق وجهات النظر المختلفة حسب الظروف المتعلقة بالمفقود.¹⁵

2- المذهب الشافعي: للشافعية في مسألة تحديد المدة التي يحكم من خلالها بموت المفقود قولان:

القول الأول: لا يقسم ماله ولا يفرق بينه وبين زوجته حتى يتحقق من حياته أو موته.

القول الثاني: وبه قال أكثر الشافعية، أنه إذا مضت مدة يعلم أو يغلب فيها على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله، وهي المدة التي قالوا أنا تقديرها يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

وتعتبر هذه المدة المقدرة من وقت ولادة المفقود لا من وقت غيبته، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح، بل يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها.¹⁶

الطائفة الثانية: وتضم هذه الطائفة الفقهاء الذين اختلفوا في حكم المفقود بحسب ظروف الفقد، وهم فقهاء المذهب المالكي والمذهب الحنبلي.

1-المذهب المالكي: قسم المذهب المالكي أحوال المفقود إلى أربعة أقسام على الراجح عند محققي المذهب، ومن خلال هذا التقسيم حددوا المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود. **أ-المفقود في بلاد المسلمين:** فرق المالكية في تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود إلى حالتين، حالة خاصة بزوجة المفقود، وأخرى خاصة بماله، فقالوا: أنه إذا تعلق الأمر بزوجة المفقود التي رفعت أمرها للقاضي رافضة عصمته، ضرب لها القاضي مدة أربع سنوات تبدأ من تاريخ الرفع إليه، وقيل تبدأ بعد انتهاء البحث عنه، وعدم معرفة أخباره، فإن لم يعد ولم يعثر له على خبر حكم بموته، وتعتد زوجته عدة الوفاة.¹⁷

أما إذا رضيت بالبقاء في عصمته، فلا يحكم بموته إلا بعد مدة التعمير، لكن المالكية اختلفوا في مدة التعمير، والقول المعتمد أن تقدر بسبعين سنة وحجتهم في ذلك قوله ﷺ {أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجوز ذلك}،¹⁸ لأن السبعين هي نهاية العمر غالباً.¹⁹

ب- المفقود في زمن المجاعة والوباء: لم يضرب المالكية لمن فقد في هذه الظروف مدة محددة، ويحكم بموته فور انتهاء المجاعة، أو زوال الوباء، لغلبة الظن بموته أو لحمله على الموت فيه.²⁰

ج-المفقود في الاقتتال بين المسلمين (زمن الفتن) اختلفت المالكية في ذلك على قولين:

القول الأول: يعد بحكم من قتل أو مات سواء تعلق الأمر بزوجه أو بماله، فتعتد زوجته ويقسم ماله، بعد أن ينظر الإمام المفقود بقدر الانصراف من المعركة، لأنه لو سلم لعاد إلى أهله لا سيما وأنه في بلاد الإسلام، أما إذا كان موقع المعركة بعيداً، فيضرب له أجل سنة، ووجه ذلك أنه لو سلم لسمع خبره في السنة الأولى.

القول الثاني: يمهل المفقود مدة عام، فإن لم يظهر له أثر حكم بموته واعتدت زوجته وقسم ماله، ويشترط في الفتن بين المسلمين أن تشهد البيئة على حضوره المعركة، فان شهدت البيئة أنه خرج مع الجيش فقط دون أن يحضر القتال فيسري عليه حكم الظروف التي ظاهرها السلامة.²¹

د- المفقود في أرض الأعداء: وفيه حالتان:

الأولى: المفقود في أرض العدو زمن الحرب: اختلفت المالكية فيه على أربعة أقوال: يحكم بموته بعد

سنة، أو يعد بحكم الأسير، أو يحكم بموته بعد أربع سنين، أو يأخذ حكم من فقد زمن الفتن.²²
وقد بين ابن رشد أن مبنى الأقوال السابقة "على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع".²³
الثانية: المفقود في أرض العدو زمن السلم: وحكمه حكم الأسير ولا يحكم بموته قبل انقضاء مدة التعمير.²⁴

1- المذهب الحنبلي: قسم الحنابلة حال المفقود أيضا إلى الآتي:

- أ- المفقود في غيبة ظاهرها السلامة: اختلفوا في تحديد المدة في هذه الغيبة على عدة أقوال:
- لا يحكم بموت المفقود إلا إذا أتم تسعين سنة من يوم ولادته.
 - لا يحكم بموته حتى يتيقن موته أو تمضي مدة التعمير.
 - لا يحكم بموت المفقود إلا إذا أتم مائة وعشرين سنة من يوم ولادته.²⁵
 - حددوها بأربع سنين بناء على قضاء عمر عليه السلام وضعفوا هذا القول لأنه ظلم للمفقود في رأيهم.²⁶
- ب- المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: يحكم بموت المفقود بعد انقضاء أربع سنين دون أن يظهر له خبر لأنها أكثر مدة الحمل، إذ لو كان حيا لما انقطع خبره إلى هذه المدة.²⁷
- ثانيا: خلاصة آراء الفقهاء في مسألة المدة:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحاكم أو القاضي هو من يجتهد في تقدير المدة بناء على تقدير ظروف الفقد، وأن هذه الأخيرة لا يمكن تحديدها ثم تعميم تطبيقها على جميع حالات الفقد، فإذا رفعت المرأة أمرها إلى القاضي حكم بوفاته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الإبلاغ عن فقده، بعد القيام باستجلاء أخبار المفقود والإيأس من عودته، فمضي المدة لا يكفي أن يحكم بموت المفقود إلا بعد صدور الحكم بذلك، لأن صدور حكم القاضي على أن المفقود ميت لا يقرر مصلحة الزوجة فقط، وإنما الورثة أيضا، وما سار عليه فقهاء الحنفية والشافعية من الانتظار مدة التعمير على اختلاف أقوالهم، لم يعد يتناسب أو يتلاءم مع الزمن المعاصر الذي نعيشه.²⁸
لذلك فإن لوسائل العلم الحديث في التحقق من حياة المفقود أو موته دورا أساسيا في مساعدة القاضي في إصدار الحكم على حال المفقود وكذلك استخدام وسائل الاتصال في هذا الأمر مما يحقق الوصول إلى حقيقة المفقود، والاطمئنان أنه بحكمه هذا لم يهدر حقه في ماله وأهله، وإعطائه

السعة في قراره بما يراه مناسباً في رفع الضرر والمحافظة على مقاصد الشريعة، مما يزيل العنت عن ذوي المفقود وزوجته.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لفقد الزوج

إن فقدان الزوج وغيابه عن البيت له آثار كبيرة على هذا البيت، سواء من الناحية النفسية أو المعنوية أو المادية، إضافة إلى شعور الزوجة بالوحدة والغربة دون شريك للحياة يكون عوناً لها في الحياة، بحلوها ومرها ورخائها وشدتها، وعلى هذا تظهر مشكلة بشكل واضح لما لها من أضرار، فهل من حق الزوجة أن تطلب لها حلاً وفق الشريعة الإسلامية إما بفسخ نكاحها كي تستطيع الزواج من غيره، أو أنها ملزمة بالصبر على فقد زوجها؟ وعليه لقد اجتهد العلماء في بيان أحكام هذه المسألة بناء على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين، وبما توصلوا إليه من اجتهاد ورأي، لأنه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة دليل يبين لنا حكم هذه المسألة، فنتج عن هذا الاجتهاد اختلافات كثيرة بين الفقهاء، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع.

اختلف الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين بسبب فقدان إلى قولين:

الفرع الأول: القول الأول: عدم جواز الحكم بموزت المفقود

يرى عدم جواز الحكم بموت المفقود أبداً، فتبقى امرأته على عصمته والمال في ملكه حتى يثبت موته، وهو رأي المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي في المفقود في غيبة ظاهرها السلامة.

الأدلة والمناقشة:

1- من السنة: ما رواه الدارقطني عن سوار بن مصعب عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة ابن شعبة

أن النبي ﷺ قال: (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان - وفي رواية - حتى يأتيها الخبر).²⁹

فهذا الحديث يدل على أن امرأة المفقود تبقى على زوجها منه حتى يأتيها الخبر أو البيان، ويحصل بأمور هي: صحة طلاقه، أو رده، أو موته بيقين، أو بينة، أو مضي العمر الذي جرت العادة في

الغالب أن لا يعمر أحد أكثر منه في ذلك الوقت.³⁰

نوقش: بأن هذا الحديث ضعيف ولم يثبت ولم يروه أحد من أصحاب السنن، والحديث منكر عند علماء الحديث لأن في إسناده محمد بن شرحبيل وهو متروك الحديث يروي مناكير وأباطيل،³¹ وفي إسناده أيضا سوار بن مصعب، وهو أشهر في المتروكين من محمد بن شرحبيل.³²

2- من الأثر: ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: "هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه".³³

نوقش: إن ما روي من الآثار عن علي رضي الله عنه فبعضها غير مسند وبعض ما أسند منها غير متصل، وما اتصل منها فغير قوي، بل هو معارض ببعض الروايات المسندة عن علي رضي الله عنه التي تقول بالتفريق بعد أربع سنين وما دامت الروايتان قد تعارضتا عن علي رضي الله عنه، فلا أقل من أن يقال إنهما تساقطتا وسقط الاحتجاج بهما، ولو سلم بصحة الرواية عن علي فإنها تحمل على أنها كانت قبل انعقاد الإجماع على حكم عمر رضي الله عنه، أو بأنه قول صحابي فيما هو محل اجتهاد، ومن ثمة فلا إلزام فيه.³⁴

3- من المعقول: إن النكاح بين المفقود وزوجته ثابت بدلالة استصحاب حال المفقود عند فقده، أما وفاته فمشكوك فيها، ومعلوم أن "اليقين لا يزول بالشك"، لذا فإن المفقود يبقى حيا في الحكم ما لم يقم بوفاته دليل، وهو أن تثبت وفاته بالبينة الشرعية، أو يموت كل أقرانه، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته، لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع إلى أمثاله، كقيم المتلفات ومهر النساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر، وهو لا عبرة به، إذا الأحكام تبنى على الأغلب الأعم.³⁵

نوقش: إن وفاة المفقود مشكوك فيها أما حياته فمتيقنة بأنه غير مسلم، لأن الشك ما تساوى فيه الأمران، ومع مرور أربع سنين على فقد الشخص وانقطاع كل أخباره بعد البحث والتحري عنه لا يكون الأمر متساويا بل تترجح الوفاة، فصارت ظنا، ولم تبق شكاً، والظن معمول به في الأحكام العملية، وهذا منها، فيقطع به حكم اليقين، ألا ترى أن الأصل براءة الذمة، ثم إذا قامت بينة على شغلها حكم القاضي بذلك؟ والبينة ليست إلا ظنا، إذ أن احتمال الكذب فيها قائم، لكنه مرجوح، وهنا كذلك³⁶، ولأن الهلاك أصبح راجحا، وانتقل بذلك من رتبة الشك إلى الظن والظن يقوم مقام العلم في الأحكام العملية.³⁷

الفرع الثاني: القول الثاني: جواز الحكم بوفاة المفقود

وهو رأي المالكية، فيرى جواز الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنين في بعض الأحوال كما سبق بيانه في الفرع الأول المدة التي يحكم فيها بعد انقضائها بموت المفقود، فلم يسر المالكية في تحديد المدة على نهج واحد في الأحوال المختلفة للفقدان فلكل حالة أحكامها الخاصة.

الأدلة والمناقشة:

1- من القرآن الكريم: قوله تعالى ﴿وَمَنْ يَمُوتْ فَإِنَّهَا لَمِنْكُمْ﴾ (البقرة: 229).

وجه الدلالة: أن حبس الزوجة على المفقود إضرار بها والآية نعت عن إضرارها.

نوقش: أن الاستدلال بالآية التي تنهى الأزواج عن إمساك الزوجات بقصد الإضرار، ولكن إذا كان الزوج مفقودا فليس ثمة ما يدل على تعمد الإضرار بإمساك زوجته فالآية تنهى الرجل الحاضر عن مراجعة امرأته قاصدا الإضرار لا ينطبق على حالة زوجة المفقود.³⁸

1- من الآثار:

أ- ما رواه الإمام مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل".³⁹

ب- عن ابن أبي ليلى عن عمر بن الخطاب أنه قال في امرأة المفقود: "تربص سنيين، ثم يدعى وليه فيطلقها فتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا".⁴⁰

وجه الدلالة: في ذلك من الآثار السابقة أن زوجة المفقود تنتظر أربع سنين، ثم تعتد وتزوج غيره ما دامت غير راغبة في البقاء تحت عصمته.

ج- ما أخرجه ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالوا في امرأة المفقود: "تربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا".⁴¹

د- وما رواه الأثرم والجوزجاني بإسناديهما عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر بن الخطاب فذكرت له، فقال: انطلق فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم

أنته، فقال انطلقني فاعتدي أربعة أشهر وعشرا، ففعلت، ثم أنته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها، ففعل فقال عمر لها: انطلقني فتزوجي من شئت".⁴²

قال الإمام أحمد: " يروى هذا الأثر عن عمر من ثلاثة وجوه، ولم يعرف له مخالف".⁴³

وجه الدلالة: تفيد هذه الروايات - المتعدد الطرق - أن ما قضى به عمر بن الخطاب في امرأة المفقود (من أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد ثم تحل بعدها للزواج) قد ثبت عنه، وأنه وافقه فيه عدد كبار الصحابة، فكان حجة على أنه يحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنين من فقدته، لأنه أمر زوجته بالاعتداد بعد هذه المدة عدة الوفاة، ثم تمكينها من التزوج هو حكم بالموت ضرورة إذ لا تحل لزوجين في وقت واحد، ولأن الموت هو مقصود التقدير بهذه المدة.

نوقش: بأن عبد الرحمان بن أبي ليلى قد حكى رجوع عمر بن الخطاب عن هذا القول إلى قول علي بن أبي طالب وهو أنها تنتظر إلى أن يتبين أمره إن طالت المدة.⁴⁴

ويجاب: بأن الإمام أحمد قد أكد نفي رجوع عمر بن الخطاب عن رأيه، وقال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟

من المعقول: استدلل المالكية على الحكم بوفاة المفقود بمضي سنة في بعض الحالات بالقرائن التي تفيد غلبة الظن، فإن فقد الشخص في المعركة ثم لا يظهر له خبر بعد مرور سنة من وضع الحرب أوزارها مع البحث والسؤال عنه ومكاتبة الجهة التي غاب فيها بأمره، قرينة تفيد غلبة الظن بموته، والعمل بالقرائن معتبر شرعاً.⁴⁵

الفرع الثالث: القول الراجح

اتضح لنا مما تقدم أن المسألة لم يرد فيها نص صحيح وأن الصحابة لم يتفقوا فيها على رأي واحد، إذن فلا بد للفصل في حكمها من الرجوع إلى قواعد الشريعة ومقاصدها، مع استفادة من التطور والتقدم الهائل في وسائل الانتقال والاتصال الحديثة التي حولت العالم إلى قرية صغيرة، لأن القول بأن المفقود لا يحكم بوفاته إلا بوفاة أقرانه، قول فيه من الضرر الكبير والجرع الشديد، سواء على ورثته أو زوجته، خاصة ونحن في زمان انتشار القنصليات والسفارات في كل دول العالم مما يسهل البحث عن المفقود، ويمكن من السرعة في اتخاذ القرار الصواب بحسب غلبة الظن فيه، وذلك لأن موت جميع أقرانه يصعب الوقوف عليه، وفي الوقت ذاته

لا دليل عليه كما قال الصنعاني: معقبا على اختلاف الفقهاء في تحديد السن التي يحكم بعدها بموت المفقود: " وهذا كما قال بعض المحققين، قضية فلسفية، يتبرأ الإسلام منها إذ الأعمار من الخالق الجبار".⁴⁶

إن القول الراجح هو ما ذهب إليه المالكية على النحو الذي تم تفصيله في أقسام المفقود وهو ما ذهب إليه سعيد بن المسيب منذ قرون حيث روى الإمام البخاري عنه في باب حكم المفقود في أهله وماله أنه قال: " إذا فقد في الصف عند القتال تترصد امرأته سنة"⁴⁷، وهو نفس القول عند المالكية في حالة الفقد في الحرب.

وهناك بعض الحالات التي لا يمكن انتظارها أكثر من سنة لأن هلاك المفقود فيها يكون ظنا غالبا، كمن يفقد في البحر غرقا، أو لسقوط طائرة، أو غرق سفينة، لأنه لا يتطلب حصول غلبة الظن بملاك المفقود في هذه الحالات إلا بضعة أسابيع، لتطور وسائل البحث في هذا العصر.

وقد كان من ضمن قرارات مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لعام 1434 " أن للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها المفقود للضرر، وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق".⁴⁸

لكن المجمع لم يذكر هذه الشروط أو يحددها، حتى يوازن بين المصلحتين سواء حق الزوج المفقود أو حق الزوجة المتضررة، وقد رجح عدد من العلماء المعاصرين الذين كتبوا في هذا الموضوع الأخذ بالمدد القصيرة التي اتخذها الفقهاء أنفسهم، فقال الأستاذ عمر فروخ: " ولا ريب في أن الاختلاف في تقدير المدة كان راجعا إلى فقدان وسائل الاتصال السريعة في الأزمنة الغابرة، أما في العصر الحالي فيجب أن نميل إلى المدد القصيرة التي اقترحها الفقهاء".⁴⁹

ونفس القول ذهب إليه عبد الكريم زيدان حيث قال: " أرجح أن تكون مدة انتظار زوجة المفقود التي يحددها لها القاضي من تاريخ مراجعتها لهو رافعة أمر فقدان زوجها هي أربع سنوات أن تعتبر هذه المدة ضابطا محددًا لحالات الفقد، فتستقر أحكام القضاء بالنسبة لجميع المفقودين".⁵⁰

المبحث الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين لفقدان الزوج: سأطرق في هذا المبحث إلى تبين موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين، ومعرفة مدى اعتماد المشرع الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم فقدان قانونا وأنواعه

لقد اختلف فقهاء القانون في تحديد الضابط الذي على أساسه يتم تعريف المفقود، لذا نقوم في هذا الفرع باستعراض جملة من التعريفات التي قدمها الفقهاء القانونيون، وبعدها تعريف المشرع الجزائري بمختلف قوانينه الرسمية والاستثنائية.

الفرع الأول: مفهوم فقدان

أولا: بعض التعريفات لفقهاء القانون

1- تعريف الفقيه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الغائب الكامل الأهلية الذي انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ولا تعرف حياته ولا موته".⁵¹

2- تعريف الدكتور أحمد محمد المومني: " الغائب الذي انقطعت أخباره ولم يعرف مكانه".⁵²

3- تعريف الدكتور رمضان الشرنباصي: " من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وجهلت حياته".⁵³

4- تعريف الدكتور بلحاج العربي: " الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثر، وجعل مكانه ولا تعرف حياته أو مماته".⁵⁴

5- الدكتور الرشيد بن شويخ: " الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته".⁵⁵

6- عرفه الدكتور أحمد ذكار بأنه " من انقطع خبره ولم يعلم بحياته أو وفاته".⁵⁶

باستقراء كل هذه التعريفات نسجل الملاحظات التالية:

أ-أنها اتفقت كلها أن المفقود هو الشخص الذي لا يعلم مكانه ولا حاله أحي هو أم ميت، وهذا ما يتماشى مع منحى فقهاء القانون العرب الذين اعتمدوا نفس المعيار.

ب-بعض التعريفات استعملت مصطلح الغائب في تعريف المفقود، وأخرى تفادت ذلك.

ولعل السبب يعود إلى تفادي الخلط بين مصطلحي الغائب، والمفقود لأن بينهما عدة فروق.

ج- هذه التعريفات قد جاءت متماشية مع ما اعتمدته فقهاء الشريعة الإسلامية من تأسيسهم تعريف المفقود على معيار الشك الذي يكتنف حياته.

ثانيا: تعريف المفقود في القانون الجزائري

أحال القانون المدني الجزائري في المادة 19 منه إلى قانون الأسرة بخصوص مسألة المفقود والغائب، أنه: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي". ونجد أن قانون الأسرة الجزائري قد نظم أحكام المفقود والغائب في الفصل السادس من الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية، وذلك في المواد من 109 إلى 115 قانون الأسرة، كما عرف المفقود في المادة 109 منه، ونظرا للظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر، ورد تعريف المفقود في قوانين استثنائية والتي صدرت في ظروف خاصة ومستعجلة: وتتمثل في الأمر 02-03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والمتعلق بفيضانات باب الواد، والقانون 03-06 المؤرخ في 14 يونيو 2003 والمتعلق بزلزال بومرداس، وأيضا الأمر 06-01 المؤرخ في 27 فيفري 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

وعليه سنتطرق إلى تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري، والقوانين الاستثنائية:

1- تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود على أنه: " هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".⁵⁷ ومن تحليل نص المادة نجد أنه يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري كل من غاب عن أهله وانقطع خبره، فلا يعرف مصيره إن كان على قيد الحياة أم أنه مات وأيضا يكون مجهول المكان، كما أنه لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بفقدان، وبالتالي يعتبر الشخص مفقودا إذا كانت الظروف المحيطة باختفائه وعدم ظهوره تفيد حتما هلاكه.⁵⁸

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري قد وضع شروطا لاعتبار شخص ما مفقودا هي:

- أ- غياب الشخص: والغياب حسب ما جاء في المادة 110 من ق. أ هو ألا يوجد للشخص محل إقامة ولا موطن معلوم مما يترتب على هذا الوضع تعطيل مصالحه وإلحاق الضرر بالغير.
- ب- عدم التمكن من معرفة مكانه: بمعنى لا يعرف له محل إقامة ولا موطن معلوم.

ج- عدم معرفة حياته من موته: وهذا معناه أن تنقطع أخباره بحيث لم يعد معروفاً أحي هو فيرجى أم ميت فينعي.

د- صدور حكم قضائي باعتبار الشخص الذي انقطعت أخباره مفقوداً: إنَّ نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري صريح في هذا المعنى، إذ يقضي بأن هذا الغائب لا يعتبر مفقوداً إلا بحكم، وهذا معناه أن غياب الشخص وانقطاع أخباره لا يجعله مفقوداً مادام لم يصدر حكم قضائي يعتبره كذلك، وعليه فإن وصف المفقود لا يصدق على الغائب إلا بحكم. وبعبارة أخرى، يعتبر الحكم بإثبات الفقد حكماً منشأ لحالة جديدة، خلافاً للقاعدة التي تقضي بأن الأحكام كاشفة أو مقررة لحالة موجودة من قبل.⁵⁹

2- تعريف المفقود في القوانين الاستثنائية:

جاء في المادة 02 من الأمر 02-03: " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 يصرح متوفى بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث".⁶⁰

كما جاء في المادة 02 من القانون 03-06 المؤرخ في 14 يونيو 2003 " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه يصرح متوفى، بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث".⁶¹

وإضافة إلى ما سبق فقد جاء الأمر 06-01 بتعريف للمفقود من خلال المادة 30 منه⁶² بأنه شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت بدون جدوى، ويكتسب كل شخص فقد في الطرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية صفة ضحية المأساة الوطنية، ويثبت ذلك بموجب معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر تحريات بقيت بدون جدوى، وهذا ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 06-01: " يعتبر

ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم و المصالحة الوطنية، تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاناة فقدان تعداها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى " ، كما نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاناة فقدان تعداها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث التي قامت بها " .⁶³

وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد انفرد بشرط صدور حكم قضائي باعتبار الشخص الذي انقطعت أخباره مفقودا، عما قاله فقهاء الشريعة الذين لم يشترطوا صدور حكم بالفقدان.

الفرع الثاني: أنواع المفقود في القانون الجزائري

تنص المادة 113 من قانون الأسرة على ما يلي: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يوفض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات "

أولا: حالة المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك:

وهي الحالة التي يرجح فيها موت المفقود على حياته نظرا للظرف الذي اختفى فيه الشخص ويصعب وضع معيار مجرد لتحديد بناء عليه الظروف التي يغلب فيها الهلاك، لذا يستعان في ذلك بالاحتمال الغالب فقط، مع ترك التقدير للقاضي، على أساس أن الأمر يتعلق بتقدير الوقائع.⁶⁴

وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بعبارة "الحروب والحالات الاستثنائية" على اعتبار أنه في مثل هذه الظروف يغلب على الظن هلاك الشخص، وتجدد الإشارة أن المشرع الجزائري وجد نفسه مضطرا للتدخل وإصدار مراسيم خاصة تنظم حالات فقد بعينها عرفتها بعض الحالات الاستثنائية التي وقعت في الجزائر على غرار فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس والمأساة الوطنية.

ثانيا: حالة المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:

وهي حالة اختفاء الشخص في ظروف طبيعية، لا يغلب فيها هلاكه بل تغلب فيها السلامة، بحيث يطول غيابه وتنقطع أخباره، فلا يستطيع الجزم بما إذا كان حيا أو ميتا، كمن خرج للتجارة، أو السياحة، أو لطلب العلم، ثم انقطعت أخباره ولم يعد معروفا مكانه أو حياته من ممانه.⁶⁵

وبعد بيان أقسام المفقود في القانون الجزائري يتضح لنا أن المشرع قد نحى منحى أغلب القوانين العربية في جعله للمفقود قسمين وقد تبنى رأي الفقه الحنبلي في هذا التقسيم.

الفرع الثالث: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 113 قانون الأسرة على أنه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة."

من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنابلة حين فرق بين حالة المفقود الذي يغلب عليه الهلاك، كالحالات الاستثنائية وحالات الطوارئ والحروب، وبين حالة المفقود الذي يغلب عليه السلامة.

أولاً: حالة الحروب والحالات الاستثنائية:

وفي هذه الحالة القاضي يقضي بوفاة المفقود بعد مرور أربع سنين بعد التحري، والملاحظ أن المشرع هنا لم يبين المقصود بالحروب والحالات الاستثنائية. وبالرجوع إلى المادة 113 نجد أنها غامضة فلم تبين متى يبدأ حساب مدة الأربع سنوات، هل من يوم صدور الحكم بالفقدان أو من يوم الفقدان؟

أكد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 2002/04/10 ملف رقم: 290808 أن مهلة الأربع سنوات تبدأ في السريان من تاريخ الفقدان وليس من تاريخ الحكم بالفقدان، حيث جاء في القرار أنه: قد تمت التحريات وثبت قطعاً بواسطة حكم قضائي أن الفقدان كان بتاريخ 1994/09/24 وهو التاريخ الذي يبدأ حسابه لمهلة أربعة سنوات، وليس تاريخ النطق بالحكم عكس ما اعتبره القضاة أن سريان الفقدان يبدأ من تاريخ الحكم القاضي بالفقدان وهذا خطأ في تطبيق المادة 113 من قانون الأسرة.

كما أن المادة 113 من قانون الأسرة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية وهما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه.

وحيث أن ظروف فقدان المعني بهذا الملف ثابتة منذ سنة 1994 وهي الفترة الحقيقية للفقدان كان على قضاة المجلس أن يجروا تحقيقاً لمعرفة ذلك سواء بواسطة النيابة التي لها صلاحية إحضار

ملفات الشرطة القضائية أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك وعليه فالوجه مؤسس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.⁶⁶

لقد فسر الدكتور العربي بلحاج رأيها بقوله أن المحكمة العليا تحاول أن توضح بأن المشرع في المادة 113 إنما يضع قرينة قانونية باعتبار المفقود ميتا، متى غلب الظن على هلاكه، كما هو الشأن في وقت الحرب والأحوال الاستثنائية، وذلك بعد مضي أربع سنين على فقده، وبذلك تفترض وفاة المفقود أخذا بالراجح من الأمر، أو بمعنى آخر استجابة إلى مصلحة تقتضي استصدار حكم قضائي بموته، أو تماشيا مع حكم الضرورة لمواجهة حالة لا نستطيع أمامها حلا، لأن الشخص المفقود يعتبر ميتا من يوم فقده، لا من وقت الحكم بالوفاة.⁶⁷

ثانيا: حالة المفقود في ظروف تغلب عليها السلامة:

أرجع أمر تقدير المدة في غير هذه الحالة إلى اجتهاد القاضي، إذ لا يمكن تبني مدة معينة يتم تعميمها على جميع حالات الفقد، ونشير كذلك إلى أن هذا الأخير لم يفرق بخصوص هذه المدة بين زوجة المفقود وأمواله تأثرا بنفس المذهب، إذ لا يستساغ أن يكون المفقود حيا في حق ماله وميتا في حق زوجته في وقت واحد لأن النكاح أولى من المال في المراعاة بحيث يحتاط له.

كما أن المادة 103 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بتحديد وفاة المفقودة بتاريخ انتهاء أجل الأربع سنوات وأن القانون يلزم القاضي فقط بأن لا يعلن وفاة المفقودة إلا بعد مدة الأربع سنوات وفيما زاد عن ذلك فهو يترك الحرية للقاضي لتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدعوى حيث أن قضاة الموضوع فعلا أخطؤوا في تطبيق المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبله حكما بالفقد ولا يجوز بأية صفة من الصفات الحكم بالفقد والموت في آن واحد، وذلك لوجوب احترام فترة الأربع سنوات المنصوص عليها في قانون الأسرة الأمر الذي يجعل الإجراءات التي تمت في القضية الحالية بمقتضى حكم أولى درجة والقرار المنتقد تعد باطلة⁶⁸

إن مدة الأربع سنوات التي حددها المشرع الجزائري للحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية هي مدة طويلة لا تتلاءم مع الحالات الاستثنائية خاصة مع تطور وسائل الاتصال وأيضا المواصلات التي سهلت من مهمة البحث والتحري عن المفقودين، بالإضافة إلى أن هذه

الحالات يكون احتمال الوفاة فيها أكبر بكثير من احتمال الحياة كغرق سفينة، أو تحطم طائرة أو وقوع فيضانات أو زلزال وبالتالي لا جدوى من انتظار أربع سنوات للحكم بوفاة المفقود ولهذا كان من الأفضل لو أن المشرع نص على مدة أقصر من أربع سنوات بالنسبة للحالات الاستثنائية.⁶⁹

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق القضائي بين الزوجين للفقدان
إن العلاقة الزوجية هي أكثر العلاقات التي تتأثر بحادثة الفقد سواء مست الزوج أو مست الزوجة، وذلك لما لهذه العلاقة من خصوصية تجعل من الغيبة سببا لوقوع الضرر على أي منهما، ونحاول في هذا المطلب التطرق إلى آثار هذه الحادثة على الخطبة في الفرع الأول باعتبارها مقدمة للزواج ثم التطرق لآثارها على الزوجة والزواج في الفرعين الثاني والثالث.

الفرع الأول: أثر الفقد على الخطبة

الخطبة هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع، لها أو لأهلها فإذا أجيب طلبه تمت الخطبة بينهما وترتبت عليها آثارها الشرعية.⁷⁰

ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، كما نص على أنه يكمن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة محددة، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قانونا قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري.⁷¹، وهي شروع في الزواج ومقدمة له، ومتعلق من متعلقاته و إظهار للرغبة فيه، ولما كانت كذلك فهي ليست زواجا وإنما تمهيدا له ووعد به وهذا الوعد لا يقيد المتواعدين فهو غير ملزم وليس جزءا من الزواج ولا ركنا أو شرطا فيه، ولهذا أجاز القانون العدول عنها.

حيث تنص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، والمألوف بين الناس هو التهادي بين الخاطبين، والأمر الذي يثير التساؤل هو ما حكم هذه الهدايا في حال العدول عن الخطبة؟

تجيب المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 4 والفقرة 5 عن هذا التساؤل:

1- الحالة الأولى: عدول الخاطب: فلا يسترد شيئا مما أهداها إياه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

2- الحالة الثانية: عدول المخطوبة: فعليها أن ترد للخاطب في هذه الحالة ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها.⁷²

وتزبد المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 03 على هذه الآثار بأن رتبت تعويضا بموجب حكم في حال العدول عن الخطبة إذا تسبب ذلك في ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، وبالعودة إلى المفقود فإننا نجد أن حالة الفقد في حد ذاتها لا تعد عدولا، وعليه نقصر أحكام العدول على الطرف الآخر الذي قد يعدل عن الخطبة بسبب الفقد، وبالتالي تطبق أحكام المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة 4 و5 في حقه، فإن كان المفقود هو الخاطب أعادت المخطوبة ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها، وإذا كان المفقود هو المخطوبة فلا يحق للخاطب في هذه الحال المطالبة باسترداد الهدايا، ويرد ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وفي كل هذه الأحوال يتسلم المقدم ما تم استرداده.

وقد سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك رحمه الله فجاء في الفقرتين 3 و4 من المادة 05 على أنه: " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وأن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك."⁷³

الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في التطلاق

تنص المادة 112 من قانون الأسرة على ما يلي: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وبالرجوع إلى نص المادة 53 الفقرة 5 من نفس القانون نجدها تقضي بما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

وباستقراء نصي هاتين المادتين نستنتج أنه لزوجة المفقود الحق في طلب التطلاق، وهو طريق من طرق فك الرابطة الزوجية التي أقرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بهدف إعطاء الزوجة رخصة في إمكانية فك زوجيتها ولكن ليس بإرادتها المنفردة بل عن طريق القاضي بعدما تقوم هي بتقديم الأسباب والعلل الشرعية التي تجعلها تطالب بمكثا طلب.⁷⁴

وقد حددت المادة 53 من قانون الأسرة هذه الأسباب وجعلت الغيبة التي مدتها سنة دون عذر ولا نفقة سببا منها، ويكون المشرع الجزائري، قد استمد هذا السبب من مذهب الإمام مالك والذي يوافق فيه الإمام أحمد، ولكن المشرع الجزائري أضاف لغيبة الزوج دون عذر شرطا آخر لإيقاع التطليق وهو عدم وجود مال تنفق الزوجة منه رغم أن الإمام مالك قد أقر الحق في التطليق لغيبة الزوج حتى ولو كان لها مال تنفق منه، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع ثلاثة شروط ليحكم القاضي بالتطليق للغيبة وهي:

أ- أن تستمر الغيبة لمدة سنة.

ب- أن تكون بغير عذر مقبول.

ج- أن لا يكون للزوجة مال تنفق منه.⁷⁵

الخاتمة:

وفي الأخير ومن خلال دراستنا لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين بسبب فقدان دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، نجد أن فقهاء الشريعة وفقهاء القانون أعطوا أهمية بالغة لهذا الموضوع لما للمرأة والزوجة مكانة هامة في الشريعة الإسلامية أو في القانون، فإذا كان الزوج بيده العصمة الزوجية، فالإسلام والقانون أعطوا الحق للزوجة في فك الرابطة الزوجية إذا تعرضت للضرر بسبب فقدان زوجها لمدة أكثر من سنة، فلقد تطرقوا لكل الحلول التي تكفل للمرأة حريتها، إذا لحق بها الضرر، فمن أهم النتائج التي توصلت إليها هي:

- الشريعة الإسلامية راعت حاجة المرأة النفسية والجسدية، فجعلت من حقها على زوجها ألا يغيب عنها مدة طويلة تتضرر منها تخشى على نفسها الفتنة، حتى ولو كان غيابها بعذر.
- أن جمهور الفقهاء يقرون أن للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب فقدان، مع الاختلاف في الشروط والاختلاف في تعريف المفقود، والمشرع الجزائري سلك نفس منهج الفقهاء.
- جوهر الخلاف بين الفقهاء في مسألة التفريق بين الزوجين للفقدان هو اختلافهم في حق المرأة في استدامة الوطاء، فمن اعتبره حقا مشتركا أجاز التفريق، ومن لم يعتبره مشتركا لم يجز التفريق.
- للزوجة إذا تضررت من مدة انتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين

- زوجها المفقود للضرر، وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق.
- لا يقبل طلب الزوجة للتفريق بالفقدان إلا إذا صدر حكم قضائي بوفاة المفقود، بعد البحث والتحري عنه بالوسائل المتاحة.
- إن الحكم بالتفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج هو من قبيل اجتهاد الفقهاء في مسألة رفع الضرر عن الزوجة والحكمة من ذلك ترجع إلى حفظ الزوجة والمجتمع معا والقواعد الفقهية كلها شاهدة.
- إذا حكم القاضي بوفاة المفقود فإن امرأته تبين منه من تاريخ الحكم بالوفاة وتعتد لوفاته، وهي بينونة وفاة لا بينونة طلاق أو فسخ، لأنها أثر من آثار الحكم بوفاته.

المراجع:

أولاً: القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ثانياً: الكتب الدينية

- 1- إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ط7، المكتب الإسلامي، 1989.
- 2- ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق سعد بن ناصر الشثري، السعودية، دار الكنوز، 2015.
- 3- محمد بن علي الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1999.
- 4- أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، د ط، د م، اتحاد الكتاب العرب، 2002.
- 5- أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ط1، جنوب إفريقيا، المجلس العلمي، 1970.
- 6- أبو حفص عمر بن أحمد النسفي، طلبه الطلبة، لا ط، بغداد، دار الطباعة العامرة، د ت.
- 7- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1412هـ.
- 8- أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، القاهرة، دار الشعب، 1372.
- 9- أبو محمد الرازي التميمي، الجرح والتعديل، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1952.
- 10- أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، لا ط، مكتبة القاهرة، 1388-1968.
- 11- أحمد ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ.

- 12- أحمد الحجي الكردي، فسخ الزواج، بحث مقارنة بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية، لاط، الكويت، دار اليمامة.
- 13- الإمام مالك بن أنس، الموطأ، ط1، الإمارات، مؤسسة الشيخ زايد، 1425-2004.
- 14- الإمام مالك، المدونة، رواية الإمام سحنون التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ط1. بيروت، دار الكتب العلمية، 1415-1994.
- 15- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، لاط، القاهرة، دار الجيل للطباعة، 1384هـ.
- 16- سليمان بن عمر العجيلي، حاشية الجمل على شرح المنهاج، لاط، بيروت، دار الفكر، د ت
- 17- شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417.
- 18- الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية، ط2، بيروت، دار الفكر، 1310هـ.
- 19- عبد الرحمن ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، لاط، بيروت، دار الكتاب العربي.
- 20- عبد الرحمن حسن حبنكة الميداني، ضوابط المعرفة، ط4، دمشق، دار القلم، 1994.
- 21- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مرجع سابق، 1993.
- 22- عبد الله الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال، ط3، بيروت، دار الفكر، 1409هـ.
- 23- عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، لاط، بيروت، دار المعرفة، د ت.
- 24- علي بن خلف ابن بطلال، شرح صحيح البخاري، ط2، الرياض، مكتبة الرشد، 2003.
- 25- عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، ط2، بيروت، دار الفكر، 1394هـ.
- 26- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1426-2005.
- 27- مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: 29، مكة المكرمة، 1434هـ.
- 28- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ط1، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، بيروت، دار المعرفة، 1422-2001.
- 29- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، لاط، لا م، دار الحديث، د ت.

ثالثا: الكتب القانونية:

- 1- أحمد دكار، مسائل محلولة في التركات، لا ط، الجزائر، دار الغرب، د ت.
 - 2- أحمد محمد مومني، أحكام التركات والموارث، ط1، الأردن، دار المسيرة، 2009.
 - 3- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، لا ط، الجزائر، دار الهدى، 2007.
 - 4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د ت.
 - 5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، لا ط، مصر، منشأة المعارف، 2004.
 - 6- الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، الدار الخلدونية، 2008.
 - 7- رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة، لا ط، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
 - 8- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2015.
 - 9- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، الجزائر، دار هومة، 1996.
 - 10- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، لا ط، الجزائر، دار الهدى.
 - 11- العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم 290808، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2003.
 - 12- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2002.
 - 13- على فيلاي، نظرية الحق، لا ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2011.
 - 14- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط1، الجزائر، دار هومة، 2011.
 - 15- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، بيروت، الدار الجامعية، 1413-1993.
- رابعا: المراسيم والقرارات:

- 1- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار بتاريخ

- 290808/2002/04/10، ملف رقم 290808.
- 2-مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار بتاريخ 1995/05/02، ملف رقم 118621.
- 3-الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1422 الموافق ل 15 فبراير 2002، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10 الجريدة الرسمية، العدد 15، 2002.
- 4-القانون 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1424 الموافق ل 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، الجريدة الرسمية، العدد 37.
- 5-الأمر 01-06 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق ل 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006.
- 6-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسر المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005
- 7-المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28/02/2006، المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006.

الهوامش:

- ¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1426-2005، ج1، ص335.
- ² أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، د ط، د م، اتحاد الكتاب العرب، 1423-2002، ج4، ص483.
- ³ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مصدر سابق، ج1، ص335.
- ⁴ عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، لا ط، بيروت، دار المعرفة، د ت، ج3، ص37.
- ⁵ الإمام مالك، المدونة، رواية الإمام سحنون التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415-1994، ج5، ص451.
- ⁶ سليمان بن عمر العجلي، حاشية الجمل على شرح المنهاج، لا ط، بيروت، دار الفكر، د ت، ج4، ص29.
- ⁷ أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، لا ط، مكتبة القاهرة، 1388-1968، ج8، ص106.
- ⁸ أحمد ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعية، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ، ج2، ص80.
- ⁹ إبراهيم بن محمد بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ط7، لا م، المكتب الإسلامي، 1409-1989، ج2، ص80.

- ¹⁰ يوسف عطاء محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، 2003، ص30.
- ¹¹ شمس الدين بن أحمد السرخسي، المبسوط، لا ط، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ، ج11، ص36.
- ¹² أخرجه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، د ت، كتاب العدد، رقم الحديث: [15082]، ج7، ص444.
- ¹³ عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ط1، جنوب إفريقيا، المجلس العلمي، 1970، رقم الأثر: [12330]، ج7، ص90.
- ¹⁴ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص35.
- ¹⁵ جمال الدين بن يوسف الزيلعي، نصب الرأية في تخريج أحاديث الهداية، ط1، لا م، دار الحديث، 1995، ج3، ص312.
- ¹⁶ انظر: شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لا ط، مصر، البابي الحلبي، 1377-ج5، ص97..
- ¹⁷ انظر: الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج2، ص157.
- ¹⁸ محمد ابن ماجة، السنن، ط1، دمشق، دار الرسالة العالمية، 1430-2009، رقم الحديث: [4236]، ج5، ص331.
- ¹⁹ انظر: أبو الوليد سليمان خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1، القاهرة، مطبعة السعادة، 1332هـ، ج6، ص166.
- ²⁰ الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط2، بيروت، مؤسسة المعارف، ج4، ص232.
- ²¹ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مصدر سابق، ج6، ص166 وما بعدها.
- ²² الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص482-483.
- ²³ أبو الوليد محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لا ط، القاهرة، دار الحديث، 1425-2004، ج2، ص40.
- ²⁴ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مصدر سابق، ج4، ص93.
- ²⁵ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص263-264.
- ²⁶ علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، لا م، مطبعة السنة المحمدية، 1956، ج7، ص289.
- ²⁷ المصدر نفسه، ج7، ص290.
- ²⁸ مثل أمر التسليم بأن أطول فترة الحمل هي خمس سنوات، وقد أثبت العلم الحديث أن مكوث الجنين في بطن أمه أكثر من سنة يؤدي إلى موت الجنين والأم، وبقاء الأمر على الاحتمالات الذي ذكرها علماء القرن السابع، وأجزم أنهم لو عاشوا في عصرنا لما وجدوا بأساً في الرجوع.
- ²⁹ أحمد بن علي البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، د ت، كتاب العدد، رقم الحديث: [15082]، ج7، ص444.
- ³⁰ الزيلعي، نصب الرأية، مصدر سابق، ج4، ص382.
- ³¹ أبو محمد الرازي التميمي، الجرح والتعديل، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1271-1952، ج7، ص285.
- ³² عبد الله بن عدي بن محمد الجرجاني، الكامل في ضعفاء الرجال، ط3، بيروت، دار الفكر، 1409، ج3، ص445.
- ³³ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، ط1، جنوب إفريقيا، المجلس العلمي، 1970، رقم الأثر: [12330]، ج7، ص90.
- ³⁴ عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، لا ط، بيروت، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ت، ج9، ص119.
- ³⁵ أبو الحسن محمد بن علي الماوردي، الحاوي الكبير، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419-1999، ج11، ص317.

- ³⁶ أحمد الحجي الكردي، فسخ الزواج، بحث مقارن بين الشريعة الإسلامية والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين العربية، لا ط، الكويت، دار اليمامة، 2014، ص483.
- ³⁷ عبد الرحمان حسن حنكة الميداني، ضوابط المعرفة، ط4، دمشق، دار القلم، 1414-1994، ص125.
- ³⁸ محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، القاهرة، دار الشعب، 1372، تعليق محمد الحفناوي، ج3، ص103.
- ³⁹ الإمام مالك بن أنس، الموطأ، ط1، الإمارات، مؤسسة الشيخ زايد، 1425-2004، كتاب الطلاق، عدة التي تفقد زوجها، رقم الأثر: [2134]، ص828.
- ⁴⁰ ابن أبي شيبة، المصنف، ت سعد بن ناصر الشثري، السعودية، دار الكنوز، 1436، كتاب النكاح، رقم الأثر: [16718]، ج3، ص521.
- ⁴¹ المصدر نفسه، رقم الأثر: [16717] الصفحة والجزء نفسهما.
- ⁴² البيهقي، السنن الكبرى، مصدر سابق، كتاب العدد، رقم الأثر: [15570]، ج7، ص733 وما بعدها.
- ⁴³ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص135.
- ⁴⁴ السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص135.
- ⁴⁵ الباجي، المنتقى، مصدر سابق، ج4، ص91.
- ⁴⁶ محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، لا ط، لا م، دار الحديث، د ت، ج2، ص304.
- ⁴⁷ علي بن خلف ابن بطل، شرح صحيح البخاري، ط2، الرياض، مكتبة الرشد، 1423-2003، ج7، ص448.
- ⁴⁸ مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: 29، مكة المكرمة، 1434هـ، ص388.
- ⁴⁹ عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، ط2، بيروت، دار الفكر، 1394هـ، ص135.
- ⁵⁰ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، مرجع سابق، 1993، ج8، ص456.
- ⁵¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، لا ط، مصر، منشأة المعارف، 2004، ص234.
- ⁵² أحمد محمد مومني، أحكام التركات والموارث، ط1، الأردن، دار المسيرة، 2009، ص150.
- ⁵³ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة، لا ط، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص356.
- ⁵⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، لا ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د ت، ج2، ص508.
- ⁵⁵ الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، لا ط، الجزائر، الدار الخلدونية، 2008، ص177.
- ⁵⁶ أحمد ذكار، مسائل محلولة في التركات، لا ط، الجزائر، دار الغرب، د ت، ص167.
- ⁵⁷ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسر المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005.
- ⁵⁸ على فيلاي، نظرية الحق، لا ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2011، ص196-197.
- ⁵⁹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ط1، الجزائر، دار هومة، 2011، ص326-327.
- ⁶⁰ الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1422 الموافق لـ 15 فبراير 2002، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، الجريدة الرسمية، العدد15، 2002، ص26.

- ⁶¹ القانون 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني 1424 الموافق لـ 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، الجريدة الرسمية، العدد 37، ص 09.
- ⁶² الأمر 01-06 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص 6.
- ⁶³ المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28/02/2006، المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص 8.
- ⁶⁴ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 334.
- ⁶⁵ المرجع نفسه، ص 335.
- ⁶⁶ مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم 290808، ص 373.
- ⁶⁷ بلحاج العربي، المفقود في الأحوال الاستثنائية، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم 290808، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2003، ص 110 وما بعدها.
- ⁶⁸ مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2003، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار بتاريخ 1995/05/02، ملف رقم 118621، ص 102.
- ⁶⁹ شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2015، ص 45.
- ⁷⁰ محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، بيروت، الدار الجامعية، 1413-1993، ص 50.
- ⁷¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، الجزائر، دار هومة، 1996، ص 16 وما بعدها.
- ⁷² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، لا ط، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2002، ج 1، ص 52.
- ⁷³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 54.
- ⁷⁴ باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، لا ط، الجزائر، دار الهدى، 2007، ص 54.
- ⁷⁵ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، لا ط، الجزائر، دار الهدى، د ت، ص 157.

