أثر الفقدان على الرابطة الزوجية بين الشرع والقانون

The impact of loss on the marital bond between Sharia and law

دليلة آيت شاوش
جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية، الجزائر
dalilaait22@gmail.com

تاريخ الارسال:2022/11/27 تاريخ القبول: 2022/12/17 تاريخ النشر: 2022/12/31

ملخص:

يتمحور هذا البحث حول أثر فقدان الزوج على استمرار الرابطة الزوجية والفترة التي يجب على الزوجة تربصها لاستصدار الحكم بالوفاة، وحول عدّة الوفاة بالنسبة لها ومتى يبدأ سريانها، هل من تاريخ الحكم بالوفاة أو من تاريخ الفقد وهل تحتسب بأثر رجعي وهذا استنادا إلى ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في المادة 59 من تقنين الأسرة، كما سيتمحور حول تبيان موقف الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة وموقف التشريعات العربية من ذلك.

كلمات مفتاحية: المفقود. عدّة الوفاة. الرابطة الزوجية. فترة التربص. الحكم بالوفاة. قانون الأسرة. الفقه الإسلامي. التشريعات العربية.

Abstract:

This research focuses on the impact of the loss of the husband on the continuity of the marital bond and the period that the wife must wait before requesting a verdict of the husband's death , and also about her IDDAT waiting period and when does it start to take effect, is it from the date of the death pronouncement or from the date of loss and is it calculated retroactively based on what the Algerian legislator went to in Article 59 of the Algerian family law ; 723 twill also focus on clarifying the position of Islamic jurisprudence with its four schools of thought, and the position of Arabic legislations in this regard.

Key words : Algerian family law. the missing husband. IDDAT. waiting period. Judgment. .death of the disappeared. Islamic jurisprudence. Arabic legislations

*المؤلف المرسل

مقدمة

قد تطرأ على الحياة الزوجية ظروف طارئة واستثنائية تجعل من استمرار الشراكة في الحياة الزوجية مستحيلا. فقد يغيب الزوج أو يفقد دون أن يعلم مكانه بل وحتى دون أن تُعلم حياته من مماته. وعقد الزواج بعد أن أبرم بين شخصين تعهدا على العيش معا يصبح مقتصرا على طرف واحد يعاني ألم الفراق في الحال ويفكر في المآل. لم يترك فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الوضع دون حلول، فقد تحدثوا طويلا عن حكم العلاقة بين الطرفين وعن ضرورة التربص دون خلاف، لكن الخلاف المطروح يتمحور حول مدّة التربص التي يجب على الزوجة انتظاره فيها، والتي يمكن أن يعتبر المفقود بعدها، ميتا فتعتد زوجته عدّة الوفاة. كما ناقشوا فكرة حق المرأة في طلب التفريق قبل انتهاء مدة التربص والتي يعتبر ميتا بعدها. كما أشارت كل التشريعات العربية إلى حكم المفقود وضرورة تربص الزوجة قبل الحكم بالوفاة، لكن إذا حكم القاضي بالوفاة يثار التساؤل حول عدّة الزوجة.

للمرأة في الإسلام عدّتان، عدّة طلاق في حالة طلاقها وعدّة وفاة في حالة وفاة زوجها. ولعدّة الوفاة أحكام خاصة، إن من حيث المدّة، أو من حيث الضوابط التي يجب على المعتدّة احترامها. ولاحترام هذه الضوابط والأحكام وجب على المعتدّة معرفة وقت بدء العدّة ووقت انتهائها. وإذا كانت الوفاة الطبيعية تُظهر بدقّة وقت وفاة الزوج وبالتالي وقت بدء سريان العدّة بالنسبة للزوجة المتوفى عنها زوجها ووقت انتهائها، فإنّ وفاة الزوج المفقود وفاة حكمية قد تثير بعض الإشكال لغموض وعدم وضوح حالة الوفاة، خاصة ما تعلّق منها بالتاريخ المحدّد لها، وهذا هو الإشكال الأساسي الذي جعل الوفاة لا تثبت إلاّ بحكم.

من أجل ما سبق نتساءل عن موقف الفقه الإسلامي ومختلف التشريعات العربية وعلى رأسها تقنين الأسرة الجزائري، من مدى استمرار الرابطة الزوجية بعد الفقد ووقت بدء عدّة الزوجة بعد الحكم بالوفاة؟

للإجابة على هذه الإشكالية سأتعرض في المحور الأوّل إلى مفهوم الفقدان والحكم به، ثم إلى الرابطة الزوجية بعد الفقدان وقبل الحكم بالوفاة في محور ثان، وفي المحور الثالث إلى الحكم بالوفاة وعدّة زوجة المفقود.

أوّلا: مفهوم الفقدان والحكم به

قبل التطرق للرابطة الزوجية ومدى استمرارها أو إنهائها بعد الفقد، وجب الحديث عن مفهوم الفقدان والحكم به، وسأتعرّض في هذا المحور لمفهوم الفقدان في نقطة أولى ثم الحكم به في نقطة ثانية، ليتسنى لنا معرفة المركز القانوني للزوجة بعد صدوره ومعرفة التغيير الذي سيطرأ على حالة الزوجة بعد الحكم بالوفاة.

1. مفهوم الفقدان

1.1. تعريف المفقود لغة واصطلاحا

1.1.1. المفقود لغة من فعل فقد، وفقد الشيء يفقده فقدا وفِقدانا وفقودا فهو مفقود وفقيد أي عدِمه وأفقده الله إياه، والفاقد من النساء من يموت زوجها أو ولدها أو حميمها[1].

وافتقد الشيء وتفقّده طلبه عند غيبته[2]. والتفقد تطلّب ما فقدته، وروي عن أبي الدرداء أنّه قال: من يتفقّد يفقد...، ومعنى قوله، أنّ من تفقّد الخير وطلبه من الناس فقده ولم يجده[3].

2.1.1. أمّا المفقود اصطلاحا، فقد عرّفه فقهاء المالكية بالآتي: "وصفة المفقود الذي هذا حكمه أن يغيب الرجل عن امرأته، فيعمى خبره وينقطع أثره ولا يعلم موضعه ولا تدري حياته ولا موته..."[4]. وعرّفه آخر بأنّه الذي يغيب فينقطع أثره ولا يُعلم خبره[5].

كما عرّفه فقهاء الحنفية كالآتي: "المفقود هو اسم لموجود، هو حي باعتبار أوّل حاله، خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدّون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر المطلوب إلى يوم التناد"[6]. كما عرّفه فقهاء الحنفية على أنّه: "الغائب الذي لا يدرى حياته أو موته"[7].

ويعرّف المفقود عند الشافعية بأنّه من غاب عن وطنه وطالت غيبته وانقطع خبره وجهل حاله فلا يعرف أحي هو أو ميت[8].

وعرفه فقهاء الحنابلة بأنّه "...الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك..."[9].

2.1. تعريف المفقود في التشريعات العربية

عرّف المشرّع الجزائري المفقود في المادة 109 من تقنين الأسرة[10] بالآتي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم". والغائب كما جاء في المادة 110 من تقنين الأسرة هو كالآتي: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبّب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".

يظهر من خلال المادتين أنّ المشرّع الجزائري قد ساوى بين الغائب والمفقود، وهذا مسلك يجانب الصواب، لأنّ الصفة الأساسية التي تفرّق المفقود عن الغائب هي كون المفقود مجهول الحياة أو الموت، أما الغائب فحي لكن ظروف قاهرة منعته من الحضور وإدارة شؤونه بنفسه وشتّان بين الوضعين[11].

وإذا تتبعنا منطق المشرّع الجزائري في تسوية الغائب بالمفقود فإنّنا سنحكم على الغائب بالفقدان لأنّ المشرّع أوجب ذلك لاعتبار الغائب مفقودا.

– كما يمكننا أن نشير إلى تعريف المشرّع الأردني في نص المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019 وهو كالآتي: "المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته وصدر حكم بذلك"[12].

– كما أشار المشرّع الكويتي في القانون رقم 51 لسنة 1984 في نص المادة 146 إلى أنّ المفقود هو الذي يغلب عليه الهلاك[13].

– لم يشر المشرّع المغربي مباشرة إلى تعريف المفقود ولكنّه نصّ في المادة 325 من مدونة الأسرة المغربية على الآتي[14]: "الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا". فنفهم أنّ المفقود الذي يُحكم بموته هو من انقطع خبره فلم يعرف إن كان حيا أو ميتا[15].

– وقد عرّف المشرع التونسي المفقود في الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية كالآتي: "يعتبر مفقودا كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا"[16].

– عرّف المشرّع الإماراتي المفقود بالآتي: "المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته"، بعد أن عرّف الغائب بالآتي: "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته"[17].

– أمّا المشرع السوري فقد عرّف المفقود في المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953 كالآتي: "المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محقّقة ولكنّه لا يعرف له مكان"[18].

نستنبط من كل هذه التعريفات، ماعدا تعريف المشرّع السوري، أنّ المفقود هو الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محلّ إقامته ولا تُعرف حياته ولا موته، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود. أمّا المشرّع السوري فلم ينف إمكانية معرفة حياة أو موت المفقود لاعتباره مفقودا، فمعياره الأساسي هو جهل الموطن والمكان.

2. الحكم بالفقدان

1.2. ننطلق في هذه النقطة ممّا أشار إليه المشرّع الجزائري في المادة 109 من تقنين الأسرة حيث نصّ على أنّه لا يعتبر المفقود مفقودا إلاّ بحكم[19]. ولا يحكم بالفقدان إلاّ إذا توفرت شروط وهي:

الشرط الأوّل: أن يغيب الشخص ويصدق عليه وصف الغائب الذي عرّفه المشرّع الجزائري في المادة 110 بأنّه "الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محلّ إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبّب غيابه في ضرر الغير..."، ولن نضيف العبارة الأخيرة والتي أضافها المشرّع الجزائري في المادة "يعتبر كالمفقود"، لأنّها تخلط المفهومين وترجعنا إلى نقطة الانطلاق. فالغائب لن يكون مفقودا في كل حالاته أما المفقود فهو غائب بالضرورة.

وقد حسم المشرّع الجزائري الأمر عندما قرّر بأنّ الغائب من منعته ظروف قاهرة من العودة وإدارة شؤونه بنفسه، لكن الظروف القاهرة ليست هي دائما من يتسبب في الغياب، فقد يقرّر الغائب الغياب بإرادته ويتعمّد إخفاء موطنه ومحلّ إقامته لأسباب شخصية، لهذا فالأجدر بنا أن نصف الغائب بمجهول الإقامة والموطن ويؤدي ذلك إلى عدم إدارته لشؤونه بنفسه ممّا يعطّل مصالحه ويلحق الضرر بالغير. وبهذه الطريقة أوجز المشرّع الإماراتي في تعريف الغائب في المادة 233 الفقرة 1 بما سبق ذكره : "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته".

الشرط الثاني: ولأنّ المفقود غائب، فالمشرع الجزائري لا يطلق وصف الغياب إلاّ على من طال غيابه لمدّة سنة على الأقل، فهو لم يحدّد مدة معينة لاعتبار الغائب مفقودا، ولكنّه حدّد مدة سنة على الأقلّ لاعتبار من غاب عن موطنه ومحلّ إقامته غائبا.

الشرط الثالث: ألا تُعلم حياة الغائب أو موته: هنا بالضبط تبدأ حالة الفقدان، فعندما تنقطع الأخبار تماما ويُشكّ في حياة الغائب، هنا فقط نتحدث عن الفقدان. وقد تنقطع منذ الوهلة الأولى للغياب أو تنقطع بعد أن كان

المعني معلوم الإقامة والمكان، كمن سافر من أجل العلم أو العمل أو لسبب آخر فانقطع التواصل معه وانقطعت الأخبار.

الشرط الرابع: بعد توفر الشروط السابقة يأتي الشرط الأساسي والذي يضفي على الغائب صفة المفقود رسميا وهو إصدار القاضي حكما بالفقدان، وهذا تطبيقا للعبارة الأخيرة في المادة 109 من تقنين الأسرة: "ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم".

2.2. أشار المشرّع المغربي في نص المادة 327 إلى الآتي: "يُحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته. أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوّض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين".

نفهم من هذه المادة أنّ القاضي بعد التحري والبحث واليأس من حياة المفقود يضرب مدة للحكم بالوفاة وتختلف المدة من حالة الفقدان في ظروف استثنائية إلى حالته في ظروف عادية. وتكون تلك الفترة بمثابة فترة الإعلان عن الفقد في انتظار الحكم بالوفاة.

3.2. بالنسبة للمشرّع الإماراتي فإنّ الحكم بالوفاة يكون بعد إعلان الفقد وهو بمثابة الحكم بالفقدان وهذا ما أشارت إليه المادة 237 فقرة 3 بنصها: " – للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه، إذا مضت سنة على إعلان فقده بناء على طلب ذوي الشأن، أو إذا مضت أربع سنوات في الأحوال العادية".

– وقد أشار المشرّع الإماراتي كذلك إلى ضرورة البحث والتحري قبل الحكم بالوفاة، ويفهم من هذا أنّ هذا البحث والتحري يكون بعد رفع الدعوى من ذوي المصلحة وقبل إعلان الفقد وهذا هو الحكم بالفقدان.

4.2. أشار المشرّع الأردني في نص المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019 إلى ضرورة صدور الحكم بالفقدان بعد أن عدّل نفس المادة من قانون رقم 36 لسنة 2010، حيث لم تذكر آنذاك ضرورة صدور الحكم بالفقدان، وجاءت المادة 246 الجديدة كالآتي: "المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته وصدر حكم بذلك"[20].

5.2. أشار المشرّع التونسي إلى الحكم بالفقدان، لكنّه يظهر أنّه يقصد به الحكم بموت المفقود، والدليل نصوص المواد 82، 83 و84. ولعلّ نص المادة 84 أوضح من المادتين السابقتين[21]، فنصها: "إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلاّ بعد الحكم بفقدانه"[22]، فلا يمكن زوال مهمة الوكيل إذا حكم بالفقدان، بل تزول مهمته إذا حكم بموت المفقود، فلا حاجة بعد ذلك لهذه الوكالة.

ثانيا: الرابطة الزوجية بعد الفقدان وقبل الحكم بالوفاة

قد تستمر الرابطة الزوجية بعد الفقدان إلى غاية التأكد من موت المفقود أو عودته حيا أو الحكم بموته، كما قد تستعمل الزوجة حقها في طلب التفريق للضرر عند من يسمح بذلك.

1. استمرار الرابطة الزوجية

الأصل أن تستمر الرابطة الزوجية بعد الفقدان وإلى غاية رجوع المفقود حيا أو التأكد من موته، أو حكم القاضي بوفاته. فإذا لم تستعمل الزوجة حقها في طلب التطليق للغياب فإنّها تبقى زوجة للمفقود إلى حين الحكم عليه بالوفاة، وهذا لا خلاف فيه. أمّا الخلاف والإشكال فيكمن في طول المدة التي تستمر فيها الرابطة الزوجية بالنسبة للزوجة والتي قال بها بعض الفقهاء.

1.1. الموقف الفقهي من مدة استمرار الرابطة الزوجية أثناء الفقدان:

1.1.1. يرى فقهاء الحنابلة الآتي:

– إذا كان الغياب ظاهره السلامة ففيه روايتين: الأولى أنّ الزوجية لا تزول إلا باليقين، فما لم تثبت الوفاة يقينا فإنّ الزوجية قائمة مهما طال الزمن، لأنّ الزوجية قائمة يقينا فلا تزول بالشك. والثانية أن تبقى الزوجية لمدة تسعون سنة منذ ولادته وتعتد بعدها عدّة الوفاة.

إذا كان ظاهر الغيبة الهلاك فإنّ الرابطة الزوجية تستمر لمدة أربع سنين قبل اعتباره ميتا[23].

2.1.1. يرى فقهاء الحنفية أنّ الرابطة الزوجية تستمر حتى يموت أقران المفقود، وهم يؤسسون رأيهم على رأي الإمام علي رضي الله تعالى عنه : ".....في امرأة المفقود أنّها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق.....فإذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب أنّه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيا فإنّه يُحكم بموته..."[24]، فهذا يعني أنّ الزوجة تتربص إلى غاية بلوغ زوجها المفقود سبعين أو ثمنين أو تسعين سنة أو أكثر، أي حتى يموت آخر شخص من أقرانه.

3.1.1. أمّا الشافعية فقد ذهبوا كذلك إلى ضرورة تربص زوجة المفقود لمدة طويلة حتى يغلب على الظنّ وفاته، كالسبعين والثمانين والتسعين وضرورة اجتهاد القاضي بعد ذلك للحكم بموته، ودليلهم أنّ النكاح ثابت بيقين فلا يُزال إلاّ بيقين[25].

4.1.1. وفرّق المالكية بين حالات يفرّق فيها بين الزوجة والمفقود فلا تستمر الرابطة الزوجية إلاّ لمدة قصيرة وبين حالات أخرى تتربص فيها الزوجة لمدد طويلة جدا وقد لا يفرّق بينها وبينه إلا بعد موتها، وهي كالآتي[26]:

– مفقود في أرض الاسلام فيُحكم بموت المفقود بعد مرور أربعة أعوام ويُفرّق بينه وبين زوجته.

– مفقود في معترك القتال، فإذا لم يجد القاضي أي خبر عن المفقود يجتهد في أمره، فإن غلب على الظنّ هلاكه اعتدّت المرأة ولا يضرب له أجلا.

– مفقود في قتال وفتن بين المسلمين، فمن حضر المعركة يُحكم بوفاته بمجرّد انتهائها، ومن خرج مع الجيش فقط تتربص زوجته أربع سنوات.

– أمّا المفقود بسبب الأسر فإنّ زوجته تتربص إلى غاية مرور سنّ التعمير واختلف فيه فقهاء المالكية بين سن 70 و80 و90 سنة.

2.1. الموقف التشريعي من مدة استمرار الرابطة الزوجية أثناء الفقدان

سنتعرض في هذه النقطة لموقف بعض التشريعات العربية من المدة التي تستمر فيها العلاقة الزوجية إذا لم تطلب الزوجة التفريق.

1.2.1. التشريع المصري: تنص المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدّل[27] على الآتي: "يُحكم على المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع نوات من فقده. ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان على متن سفينة غرقت أو في طائرة سقطت.....وفي الأحوال الأخرى يفوّض تحديد المدّة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألاّ تقلّ عن أربع سنوات وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة....".

يفهم من نصّ المادة أنّ الرابطة الزوجية تستمر لمدة أربع سنوات على الأقّل إذا لم تطلب الزوجة التطليق لغياب الزوج ولتضررها من ذلك، وقد تستمر لأقلّ من ذلك إذا كانت حالة الفقدان استثنائية ومؤكدة الهلاك كسقوط طائرة أو غرق سفينة.

2.2.1. التشريع التونسي: ينصّ الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على الآتي: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت، فإنّ الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

يفهم من نص المادة أنّ الزوجية تستمر عامين أو أقلّ إذا كان الفقدان ظاهره الهلاك، أما إذا كان ظاهره السلامة فلم يحدّد المشرّع التونسي مدّة محدّدة بل أوكل الأمر للقاضي.

3.2.1. التشريع المغربي: تنص المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية[28] على الآتي: "يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو موته. أمّا في جميع الأحوال الأخرى، فيفوّض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصّة بالبحث عن المفقودين".

الرابطة الزوجية بالنسبة للتشريع المغربي تستمر سنة واحدة فقط في الحالة التي يغلب عليها الهلاك، ويقدّر القاضي هذه المدّة دون تقييد له في الحالة التي تغلب عليها السلامة لكن بشرط التحري والبحث بكل الوسائل، وهذا من شأنه استغراق بعض الوقت.

4.2.1. التشريع الإماراتي: سبقت الإشارة إلى المادة 237 فقرة 3 بنصها: " – للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه، إذا مضت سنة على إعلان فقده بناء على طلب ذوي الشأن، أو إذا مضت أربع سنوات في الأحوال العادية".

يفهم من هذه المادة أنّ الرابطة الزوجية تستمر بعد الفقد وإعلانه سنة كاملة قبل إعلان الوفاة وهذا في الظروف التي يغلب عليها الهلاك، أمّا في الظروف العادية فالرابطة الزوجية تدوم أربع سنوات بعد إعلان الفقد.

5.2.1. التشريع الأردني: تنصّ المادة 249 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على الآتي: "يحكم بموت المفقود إذا كان في جهة معلومة ويغلب على الظنّ موته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده، أمّا إذا كان فقده إثر كارثة كزلزال أو غارة جويّة أو في حالة اضطراب الأمن أو حدوث الفوضى وما شابه ذلك فيحكم بموته بعد سنة من فقده". أمّا إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظنّ هلاكه فالقاضي يجتهد في فترة التربص قبل الحكم بالوفاة وهذا ما جاءت به المادة 250 من نفس القانون.

وأظنّ أنّه كان من المفروض على المشرّع الأردني أن يحدّد المدة الأدنى والتي يجب على القاضي أن لا يحكم بالموت قبلها في الحالة الثانية وهي على الأقلّ أربع سنوات، لأنّ حالة الفقدان لا يغلب عليها الهلاك، فكيف يحدّد مدة أربع سنوات كحدّ أدنى بالنسبة للحالة التي يغلب عليها الهلاك ولا يفعل بالنسبة للحالة التي لا يغلب عليها الهلاك.

6.2.1. موقف تقنين الأسرة الجزائري: تستمر الرابطة الزوجية بالنسبة لزوجة المفقود إذا لم تطلب التطليق لتضررها من الغياب لمدة أربع سنوات وربما أكثر على النحو المنصوص عليه في المادة 113 من تقنين الأسرة الجزائري، حيث تنصّ على الآتي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

فالمدّة الأدنى التي تستمر فيها الرابطة الزوجية هي أربع سنوات وفي كل الحالات حسب تقنين الأسرة الجزائري. لكن المشرّع خرج عن هذه القاعدة في حالات خاصة وهي فيضانات 10 نوفمبر 2001، وزلزال 21 ماي 2003. حيث ووفقا للأمر رقم 02-03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والخاص بفيضانات 2001 فإنّ الرابطة الزوجية تستمر بعد تسليم محضر المعاينة من الضبطية القضائية في أجل لا يتعدى أربعة أشهر، وإلى غاية الحكم بالوفاة في ظرف لا يتعدى الشهر بعد رفع الدعوى من ذوي المصلحة[29].

كما تستمر الرابطة الزوجية وفقا للقانون رقم 03-06 المؤرّخ في 14 يونيو 2003 والخاص بزلزال بومرداس بعد تسليم محضر المعاينة من الضبطية القضائية في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر وإلى غاية الحكم بالوفاة بعد أجل أقصاه شهر من تاريخ رفع الدعوى أمام القاضي من ذوي المصلحة[30].

إنّما نتحدث عن استمرار الرابطة الزوجية في هذه المرحلة للتدليل على أنّ زوجة المفقود طالما لم تطالب بالتطليق لتضررها من الغياب وطالما لم يحكم القاضي بالوفاة فإنّه لا مجال للحديث عن التفريق بينها وبين زوجها المفقود أو الحديث عن عدّة الوفاة.

2. طلب التطليق قبل الحكم بالوفاة

الأصل أنّه لا يفرّق بين المفقود وزوجته إلاّ بعد صدور الحكم بوفاته، لكن هل للزوجة أن تطلب من القاضي تطليقها إذا تضرّرت من غيابه، وهل إذا حكم لها بذلك اعتدّت عدّة الطلاق وبانت عن زوجها قبل الحكم عليه

بالوفاة؟ ويكون مردّ طلب التطليق في هذه الحالة ليس الفقدان بحدّ ذاته وإنّما الغياب والتضرر منه وهو متوفر في حال فقدان الزوج.

1.2. الموقف الفقهي

ذهب الشافعية[31]، الحنفية[32] والظاهرية[33] إلى منع التفريق للغيبة، لهذا لا يمكن لزوجة المفقود استعمال هذا الحق في حالة الفقدان[34].

أمّا المالكية[35] والحنابلة[36] فقد أجازوا طلب التطليق للغيبة بشروط. ولم يشترط المالكية للتطليق للغياب أن يكون هذا الغياب دون عذر وإنّما كل غياب طال لمدة لا تقلّ عن سنة وتضررت الزوجة منه وخافت الزوجة على نفسها يحكم القاضي لها بالتطليق بعد الكتابة للزوج إن عرف مكانه. أمّا الحنابلة فقد اشترطوا أن يكون الغياب دون عذر وأدنى مدة للغياب ستة أشهر.

2.2. الموقف التشريعي

1.2.2. موقف التشريع المصري: تنص المادة 12 من القانون رقم 25-1929 " :إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"

المادة 13: "إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنّه يطلّقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلّقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرّق القاضي بينهما بتطليقة بائنة. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلّقها القاضي عليه بلا إعذار وضربِ أجل"[37].

يفهم ممّا سبق أنّه بعض مضي سنة من الغياب ترفع دعوى التطليق ويضرب له أجل إن كان معروف المكان، أمّا إذا كان مجهول المكان لا يضرب أجل آخر وإنّما يحكم بالتطليق.

2.2.2. موقف التشريع المغربي: :أخذ المشرّع المغربي بالتطليق لغياب الزوج ونصّ على ذلك في المادتين 104 و195 من مدونة الأسرة[38].

المادة 104" :إذا غاب الزوج عن زوجته مدّة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق، تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدّتها ومكانها بكلّ الوسائل.

المادة 105" :إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيّم عنه، فإن لم يحضر طلّقها عليه".

يفهم من المادة الأخيرة أنّه إذا كان مجهول المكان ولم يصل إليه الخطاب طلّق القاضي عليه وهذا ينطبق على المفقود.

3.2.2. موقف التشرّيع الإماراتي: تنص المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية على الآتي: "لزوجة المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التطليق، ولا يحكم لها بذلك إلاّ بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة من تاريخ رفع الدعوى".

أشار المشرّع الإماراتي مباشرة لطلب التطليق من زوجة المفقود واشترط للحكم به مرور سنة من تاريخ رفع الدعوى.

4.2.2. موقف التشريع الأردني: تنص المادة 143 من قانون الأحوال الشخصية الأردني كالآتي: "لزوجة المفقود الذي لا تعرف حياته من مماته الطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما لتضررها من بعده عنها ولو ترك لها مالا تنفق على نفسها منه ،فإذا لم تعرف حياته من مماته بعد البحث والتحري عنه ففي حالة الأمن وعدم الكوارث يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وأصرّت الزوجة على طلبها يفسخ عقد زواجهما، أمّا إذا فقد في حال يغلب على الظنّ هلاكه فيها كفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك فللقاضي فسخ عقد زواجهما بعد مضي مدّة لا تقلّ عن سنة من تاريخ فقده بعد البحث والتحري عنه"[39].

يُفهم من هذه المادة أنّه إذا كان الغياب بسبب الفقد الذي لا يعرف حياة الزوج فيه من مماته فإنّه في الحالة التي لا يغلب عليها الهلاك يأمر القاضي الزوجة بتربص أربع سنوات فإن أصرّت بعدها على الفسخ أجيبت دعواها. أما إذا كان الفقد في حالة يغلب عليها الهلاك كالكوارث الطبيعية فإنّها إن طلبت الفسخ يستجيب لها القاضي بعد سنة من الفقد[40].

خلافا للمشرعين الآخرين فأنّ المشرّع الأردني تحدث عن التفريق بسبب الفقد ولم يقرنه بالتفريق بسبب الغياب الذي عالجه مستقلا في المادة 119 وما يليها من نفس القانون.

5.2.2. موقف التشريع الجزائري: لقد أشار المشرّع الجزائري صراحة إلى أنّ زوجة المفقود بإمكانها طلب التطليق قبل الحكم عليه بالوفاة، وذلك طبقا للمادة 112 من تقنين الأسرة: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

والمادة 53 الفقرة 5 تنصّ على الآتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: .....5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

المشرّع الجزائري في هذه الفقرة يقيّد طلب التطليق للغياب بانعدام العذر وانعدام النفقة، وهذا يفرغ موضوع التطليق للغياب من محتواه، حيث السبب الذي أجاز الفقهاء من أجله التطليق لغياب الزوج هو البعد عن الزوجة واشتياقها له والخوف على نفسها الفتنة والوقوع في الخطأ، وليس الحاجة إلى المأكل والملبس فقط.

وما يهمنا في هذه المسألة هو إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية أثناء الفقدان وقبل الحكم بالوفاة لنعرف في المبحث الثاني متى يبدأ سريان عدّة زوجة المفقود.

ثالثا: الحكم بوفاة المفقود وعدّة الزوجة

بعد التعرّض للفقدان وأثره على الرابطة الزوجية، وبعدما وصلنا إلى نتيجة مفادها أنّ الرابطة الزوجية بعد الفقدان وبعد التحري والبحث وبكلّ الوسائل المتاحة من الهيئات المختصة، وبعد إعلان الفقد أو الحكم به، تبقى مستمرة مادامت الزوجة لم تطلب حل الرابطة الزوجية بالتطليق. وتطليق الزوجة من طرف القاضي يعني أنّها تعتدّ عدة الطلاق وتبين عن الزوج المفقود طالما لم يعد في فترة العدّة بالنسبة لمن يعتبر الطلاق رجعيا، أمّا

ووفقا لأحكام تقنين الأسرة الجزائري، فإنّ الزوج المفقود إن عاد بعد الحكم بالتطليق وقبل انتهاء العدّة فإنّه لن يستطيع استرجاع مطلقته إلاّ بعقد جديد لأنّ الطلاق هنا يعتبر بائنا وفقا للمادة 50 من تقنين الأسرة.

إذا استمرت الرابطة الزوجية أثناء الفقدان فإنّها ستنتهي عند الحكم بالوفاة وسيطرح موضوع العدّة التي ستعتدّها أرملة المفقود ووقت بدء سريانها، لهذا سنتعرض في المطلب الأوّل للوفاة الحكمية وعدة الوفاة عموما، ثم نتعرض في المطلب الثاني للموقف الفقهي والتشريعي من بدء سريان عدة زوجة المفقود المحكوم عليه بالوفاة.

1. الوفاة الحكمية وعدّة الوفاة

سأتعرض في الفرع الأوّل لمفهوم الوفاة الحكمية وفي الفرع الثاني لعدة الوفاة وأحكامها ليتسنى لنا بعد ذلك الحديث عن عدة زوجة المفقود ووقت بد سريانها في المطلب الثاني.

1.1. مفهوم الوفاة الحكمية

ويطلق عليها الموت الاعتباري، وذلك في حالة ما إذا كانت الوفاة غير يقينية[41]. والموت الحكمي هو أن يعتبر الشخص الذي فقد ولا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من موته في حكم الميت بناء على حكم قضائي، رغم عدم التيقنّ من موته[42]. فالحياة العملية ومصالح من يحيط بالمفقود تملي على القاضي ضرورة الحسم في الوضعية القانونية لهذه الشخصية القانونية، ولا يمكن أن يبقى الأمر معلّقا إلى ما لا نهاية.

وقد فصّلنا في المحور الثاني وبالتحديد في النقطة الأولى في مدّة استمرار الرابطة الزوجية وهي المدّة التي يعتبر بعدها المفقود ميتا أو يحكم بعدها بموته. فهناك من الفقهاء من قرن طول مدّة الانتظار والتربص بحالة الفقدان هل يغلب عليها الهلاك أم يغلب عليها السلامة. وتراوحت هذه المدّة بين سنة إلى أربع سنوات، وهناك من ذهب إلى التربص 90 سنة أي حتى يموت الأقران.

2.1. أحكام عدّة الوفاة

سأتعرض في هذا الفرع لأحكام عدة المتوفى عنها زوجها وفاة طبيعية ووقت سريانها، حتى نتمكن فيما بعد من الحديث عن عدّة المتوفى عنها زوجها وفاة حكمية ومتى تبدأ، لإزالة اللبس الموجود في المادة 59 من تقنين الأسرة الجزائري.

تعتدّ المرأة عدّتان، عدّة طلاق وعدّة وفاة[43]. تحتسب عدّة الطلاق بالقروء عند الصغيرة التي تحيض مصداقا لقوله تعالى: "والمطلّقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمنّ بالله واليوم الآخر وبعولتهنّ أحقّ بردهنّ في ذلك إن أرادوا إصلاحا ولهنّ مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهنّ درجة والله عزيز حكيم"[44]. وتحتسب بالأشهر عند الصغيرة التي لا تحيض أو عند الكبيرة الآيسة من المحيض، مصداقا لقوله تعالى: "وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ"[45].

أمّا عدّة المتوفى عنها زوجها سواء كانت صغيرة أو كبيرة وسواء تمّ الدخول أم لا، فتدوم أربعة أشهر وعشرة أيام مصداقا لقوله تعالى: "وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"[46]. أمّا إذا كانت الزوجة حاملا فعدّتها تنتهي بوضع حملها، وهذا مصداقا لقوله تعالى: "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ"[47].

وإذا كان الزواج صحيحا فابتداء العدّة تكون من وقت حصول الفرقة سواء كانت بطلاق أو فسخ أو وفاة[48].

ولا اختلاف في هذه الأحكام بين أحكام الفقه الإسلامي وما جاءت به التشريعات العربية كونها تستمدّ غالبية أو لنقل كل أحكام الأحوال الشخصية، من زواج وفرقة وميراث وغيرها، من أحكام الشريعة الإسلامية. وهذه إشارة إلى موقف البعض منها:

– تنص المادة 132 من مدونة الأسرة المغربية على الآتي: "عدّة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة". و"تنتهي عدّة الحامل بوضع حملها أو سقوطه" حسب المادة 133 من نفس المدونّة.

– ينص الفصل 35 في الفقرة 2 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على الآتي: "وتعتدّ المتوفى عنها زوجها مدّة أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة، أمّا الحامل فعدّتها وضع حملها وأقص مدّة الحمل سنة كاملة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة".

– تنص المادة 157 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على الآتي:

"أ– تتربص المتوفي عنها زوجها في زواج صحيح أربعة أشهر وعشرة أيام منذ وفاته، وإن لم تكن حاملا.

ب– عدة الحامل تنقضي بوضع حملها، أو سقوطه مستبينا بعض أعضائه".

– تنص المادة 123 من قانون الأحوال الشخصية السوري على الآتي: "عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام".

كما نصّت المادة 59 من تقنين الأسرة الجزائري على الآتي: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام...".

والحكمة الأساسية من العدّة هي التعبد المحض لله تعالى في امتثال أمره لأنّه يمكن استبراء الرحم بحيضة واحدة[49]، كما من حكمها الإحداد على الزوج وضرورة إظهار ذلك بعدم التزين والخروج إلاّ للضرورة من بيت الزوجية.

2. عدّة زوجة المفقود والموقف الفقهي والتشريعي منها

تُحتسب عدّة زوجة المفقود الذي حكم عليه القاضي بالوفاة، بالنسبة للتشريع الجزائري، من تاريخ الحكم بالفقدان، وقد قصدت إظهار هذا الموقف ابتداء وقبل الخوض في أحكام الفقه الإسلامي والتشريعات العربية الأخرى. وسأنطلق في معالجة هذا الموضوع بناء على هذا الموقف.

إنّ هذا الموقف، تحديدا، هو ما دفعني للبحث في هذه المسألة، للبحث عن موقف الفقه الإسلامي والتشريعات العربية من ذلك، ولأقف في الأخير على الموقف الأصوب واقتراح ما يمكن لتعديل ما أظنه مجانبا للصواب في ما ذهب إليه المشرّع الجزائري.

1.2. موقف الفقه الإسلامي من تاريخ بدء احتساب عدّة زوجة المفقود:

إنّ الإجابة على هذه المسألة هو ما دفعني للبحث عن مدّة استمرار الرابطة الزوجية بعد الفقدان وقبل الحكم بالوفاة في الجزء الأوّل من هذا البحث. لهذا سنضطرّ لإعادة بعض الفقرات التي أشرنا إليها سابقا والتي تتحدث عن فترة التربص ومدّتها، لأنّها تسبق دائما الحديث عن عدّة زوجة المفقود.

1.1.2. الرأي الغالب للمالكية يظهر في ما جاء في الموطأ لمالك ابن أنس "رضي الله تعالى عنه" كالآتي: "– حدّثني يحي، عن مالك، عن يحي بن سعيد، عن سعيد بن المسيّب، أنّ عمر بن الخطاب قال: أيّما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنّها تنتظر أربع سنين ثمّ تعتدّ أربعة أشهر وعشرا ثمّ تحلّ"[50].

وقد روي أنّ عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قضيا في امرأة المفقود بأنّها تتربص أربع سنين ثم تعتدّ أربعة أشهر وعشرا، وقضى به أيضا عبد الله بن الزبير في مولاة لهم.

ما يهمنا في هذا الرأي أنّ العدّة تبدأ بعد انتهاء مدّة التربص مباشرة وليس من يوم الفقدان.

2.1.2. ومذهب الحنابلة أنّه إذا كان الغياب ظاهره السلامة ففيه روايتين: الأولى أنّ الزوجية لا تزول إلا باليقين، فما لم تثبت الوفاة يقينا فإنّ الزوجية قائمة مهما طال الزمن، لأنّ الزوجية قائمة يقينا فلا تزول بالشك. والثانية أن تبقى الزوجية لمدة تسعون سنة منذ ولادته وتعتد بعدها عدّة الوفاة.

إذا كان ظاهر الغيبة الهلاك فإنّ الرابطة الزوجية تستمر لمدة أربع سنين قبل اعتباره ميتا ثم تعتدّ أربعة أشهر وعشرا[51].

وكذلك العدّة في هذا الرأي تبدأ بعد انتهاء مدّة التربص مهما طالت هذه المدّة.

3.1.2. يرى فقهاء الحنفية أنّ لا عدّة لزوجة المفقود حتى يموت أقرانه، وهم يؤسسون رأيهم على رأي الإمام علي رضي الله تعالى عنه : ".....في امرأة المفقود أنّها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق.....فإذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب أنّه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيا فإنّه يُحكم بموته..."[52]. ويستدلّ أصحاب هذا الرأي بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"[53]، وقول علي رضي الله عنه: "تعتدّ من يوم يأتيها الخبر"[54]، أي لا عدّة قبل ذلك.

4.1.2. أمّا عن الشافعية فذهبوا كذلك إلى ضرورة تربص زوجة المفقود لمدة طويلة حتى يغلب على الظنّ وفاته، كالسبعين والثمانين والتسعين وضرورة اجتهاد القاضي بعد ذلك للحكم بموته، ودليلهم أنّ النكاح ثابت بيقين فلا يُزال إلاّ بيقين، فاحتمال حياته يمنع التوارث ويمنع البنونة[55] فلا عدّة إلاّ بيقين وفاته.

بعد هذا العرض الوجيز لرأي المذاهب الأربعة، والذي لم نوجزه إلاّ بعد اطّلاع أوسع، نلاحظ أن لا أحد تحدّث عن رجعية احتساب العدّة بعد انقضاء فترة التربص أو بعد الحكم بالوفاة، وبالتالي لا أثر لما ذهب إليه المشرّع الجزائري من أنّ الزوجة تعتدّ عدّة الوفاة من تاريخ صدور الحكم بفقده.

تحدثنا عن فترة تربص الزوجة ثمّ بدء العدّة بعدها، لكن السؤال المطروح، هل يجب على امرأة المفقود مراجعة الحاكم ليأذن لها بالاعتداد بعد انقضاء فترة التربص؟ أم تعتد مباشرة بعد انقضائها؟

اختلف الفقهاء في الجواب على هذا السؤال، والإجابة عنه ضرورية لأنّها تخدم إشكالية هذا البحث.

– ذهب المالكية ورأي من الشافعية إلى أنّ الزوجة لا تحتاج بعد فترة التربص وبعد فراغ الأجل لإذن الحاكم، لأنّ إذنه حصل بضرب الأجل أوّلا[56]، لأنّ ضرب الأجل حسبهم بمثابة الحكم بالوفاة بعد انقضائه.

– وذهب الشافعية في الرأي الثاني عندهم إلى ضرورة مراجعة الزوجة للحاكم ليأذن لها في الاعتداد، لأنّ المرأة التي استفتت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه في ذهاب زوجها دون رجوع فأمرها أن تتربص أربع سنين، فتربصت ثم عادت، فقال لها: اعتدي أربعة أشهر وعشرا. فالمرأة استأذنته في التربص ثم عاودت استئذانه في الاعتداد فأمرها أن تعتدّ[57]. وهذا الرأي هو المناسب للواقع ولأنّ الحاكم مطالب بالتحري أكثر وربما ظهر له من الدلائل ما يبعث على التربص أكثر، وهذا ما ذهبت إليه مختلف التشريعات.

2.2. الموقف التشريعي من تاريخ بدء احتساب عدّة زوجة المفقود

سأتعرض في هذه النقطة لموقف التشريعات العربية من تاريخ بدء احتساب عدّة زوجة المفقود لنتأكد أكثر من الموقف الذي ذهب إليه المشرّع الجزائري وهل حذا في ذلك حذو إحدى هذه التشريعات.

1.2.2. موقف التشريع المصري: تنص المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدّلة بالقانون رقم 33 لسنة 1992 على الآتي: "عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتا على الوجه المبيّن في المادة السابقة، تعتدّ زوجته عدّة الوفاة وتقسّم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى"[58].

نلاحظ أنّ عدّة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الفقدان أو الحكم به.

2.2.2. التشريع الإماراتي: تنص المادة 137 فقرة 4 من قانون الأحوال الشخصية على الآتي: "توقيت بدء العدّة: .... 4– تبتدئ العدة في حالة القضاء بالتطليق، أو التفريق، أو الفسخ، أو بطلان العقد، أو الحكم بموت المفقود من حين صيرورة الحكم باتاً".

3.2.2. التشريع الكويتي: تنص المادة 147 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، السابق الذكر، على الآتي: "بعد الحكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة من وقت صدور الحكم". وهذا يعني أنّ المشرّع الكويتي بدوره يرى ابتداء عدّة زوجة المفقود من يوم صدور الحكم بوفاته[59] وليس قبل ذلك.

4.2.2. التشريع المغربي: تنص المادة 72 من مدونة الأسرة المغربية على الآتي: "تترتب على انحلال عقد الزواج آثاره المنصوص عليها في هذه المدونة، وذلك من تاريخ: 1– وفاة أحد الزوجين أو الحكم بوفاته...".

ومن آثار انحلال الرابطة الزوجية من تاريخ الحكم بوفاة المفقود بدء عدّة الوفاة من ذلك التاريخ وفقا لما جاءت به المادة 132 من نفس المدونة. وهذه إشارة صريحة إلى أنّ العدة تبتدئ من تاريخ الحكم بالوفاة وليس قبله.

5.2.2. التشريع الأردني: تنص المادة 251 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[60] على الآتي: "يعدُّ صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته".

المادة 252: "الحكم بموت المفقود يترتب عليه ما يلي: – تعتد زوجته اعتبارا من تاريخ الحكم عدة الوفاة. ب – تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم".

ونلاحظ من جديد أنّ عدّة زوجة الممفقود تبدأ بعد الحكم بالوفاة وليس قبل ذلك.

6.2.2. التشريع التونسي: ينصّ الفصل 36: "تعتدّ زوجة المفقود عدّة الوفاة بعد صدور الحكم بفقدانه".

يظهر من خلال هذه المادة أنّ المشرّع التونسي خالف المشرعين الآخرين، وقرّر بدء احتساب العدّة من يوم صدور الحكم بالفقدان وليس من يوم صدور الحكم بالوفاة. لكن هذا غير صحيح، لأنّ المشرّع التونسي يقصد هنا الحكم بالوفاة وليس بالفقدان، والدليل صياغة المواد التالية لهذه المادة.

الفصل 82: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت، فإنّ الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

المقصود أنه إذا فقد الشخص في حالات استثنائية فإنّ القاضي يضرب أجلا لا يتجاوز السنتين ثم يحكم بموته وليس بفقدانه، وإلاّ فماذا تعتبر فترة التربص إن لم تكن فترة الفقدان، أما إذا فقد في حالات عادية فمدة التربص يقررها القاضي.

– الفصل 83: "إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإنّ الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته أو حياته أو يصدر الحكم بفقدانه".

ونفس الأمر بالنسبة لهذه المادة، يعيّن الوكيل إلى غاية ظهور حياة المفقود أو موته أو يصدر القاضي الحكم بموته وليس بفقدانه.

– الفصل 84: "إذا كان للمفقود وكيل قبل غيابه لا ينعزل الوكيل إلاّ بعد الحكم بالفقدان". فهل يُعقل أن تنتهي مهمة الوكيل بعد الحكم بالفقدان؟ طبعا لا يمكن، فالمقصود هو انتهائها بعد الحكم بالوفاة.

بعد التأكد من سياق ذكر عبارة الحكم بالفقدان نتأكد من أنّ مقصود المشرّع التونسي هو الحكم بالوفاة وليس الفقدان، لهذا فعدّة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم بالوفاة وليس بالفقدان.

3.2. موقف المشرّع الجزائري

نرجع ثانية إلى موقف المشرّع الجزائري، والذي من أجله أثيرت كل هذه الدراسة وذُكرت مواقف المذاهب الفقهية المختلفة ومواقف جلّ التشريعات العربية.

تنص المادة 59 من تقنين الأسرة الجزائري على الآتي: "تعتدّ المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم من فقده".

نصل في النهاية إلى أنّ لا أحد من الفقهاء قال ببدء احتساب العدّة من تاريخ الفقدان، فهذا أمر غير منطقي وغير سليم. فإذا احتسبناها من يوم الفقد نكون قد قضينا على قداسة عقد الزواج، وانتهكنا حق من حقوق الزوج والمتمثل في حق فك الرابطة الزوجية بإرادته. وإذا انتظرنا إلى غاية الحكم بالوفاة، فإنّ العدة تبدأ من يوم الفقد بأثر رجعي. وهذا ما أيّده الدكتور محمد سعيد جعفور مساندة للأستاذ إبراهيم أبو النجا[61]. وحسبهما فإنّ احتساب العدّة من تاريخ الفقد يتماشى مع الحكمة من عدّة الوفاة، وهي الحرص على عدم اختلاط الأنساب، وأنّه مما لا شك فيه أنّ أربع سنوات كافية للتأكد من براءة الرحم.

لكنّني أختلف معهما في هذا الطرح، لأنّنا نكون قد جرّدنا العدة من جانبها التعبدي، فالحكمة الأساسية من العدّة هي التعبد المحض لله تعالى في امتثال أمره، لأنّه يمكن استبراء الرحم بحيضة واحدة، وكيف يمكن للزوجة التعبد بأداء العدّة وأن تلتزم بأحكامها الأخرى وكيف لها أن تظهر حزنها وحدادها على زوجها كما أراد لها الشرع أن تفعل، دون علمها بأنّها معتدة.

إضافة إلى ذلك، فإنّ سريان العدّة من تاريخ صدور الحكم بالفقدان يتناقض مع نصوص تقنين الأسرة التي تعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بموته، ومقتضى ذلك ألاّ تعتدّ الزوجة إلاّ بعد موت حقيقية أو حكمية.

الخاتمة

بعد الإجابة على إشكالية هذا البحث توصلت إلى النتائج الآتية:

– اختلفت المذاهب الفقهية حول مدّة تربص زوجة المفقود، والتي يرى البعض منهم أنّها لا تتعدى الأربع سنوات، بينما يطيلها آخرون إلى غاية بلوغ المفقود سبعون سنة أو أكثر، وآخرون إلى غاية موت الأقران.

– أخذت التشريعات العربية في عمومها بالتربص لمدة أربع سنوات في حالات الفقدان العادية وربما أقل في الحالات الاستثنائية، كما ذهب البعض للأخذ بأطول مدّة كما فعل المشرّع السوري وهي بلوغ المفقود الثمانين سنة.

– كما أخذ المشرّع الجزائري بالرأي القائل بالتربص لمدة أربع سنوات على الأقل وفي كل الحالات، ويمكن تقديرها بأكثر من ذلك في حالات الفقدان العادية.

– يكمن الإشكال بالنسبة للمشرّع الجزائري في تاريخ بدء سريان العدّة بالنسبة لزوجة المفقود، فبعدما تحققنا من أنّ المذاهب الأساسية والتي تحدّد فترة للتربص قد أجمعت على بداية احتساب العدّة بعد مدّة التربص، أي بعد الحكم بالوفاة، وبعدما تحققنا من موقف التشريعات العربية قيد الدراسة في أنّ العدّة تبدأ من تاريخ الحكم بموت المفقود، تعجبنا لموقف المشرّع الجزائري ولماذا قرّر أن يكون بدء سريان العدّة من تاريخ الفقد؟ هل هو مجرّد سهو أم أنّه قَصد احتساب العدّة بأثر رجعي وهذا ما انتقدناه لأنّه ينتفي والحِكم المتعددة للعدّة.

_ ونصل في الأخير إلى اقتراح ضرورة تعديل المادة 59 من تقنين الأسرة لتتماشى مع ما قرّرته المواد الأخرى بشأن اعتبار المفقود حيا قبل الحكم بوفاته وعدم استثناء العدّة من هذا الحكم، فتكون صياغة المادة كالآتي: " تعتدّ المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بوفاته".

الهوامش

[1]– ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، دار المعارف، ص 3443.

[2]– الصحّاح للإمام الرازي، الطبعة الثانية، دار الحداثة، 1983، ص 400.

[3]– ابن منظور في لسان العرب، مرجع سابق، ص 3444.

[4]– القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب إمام المدينة "مالك بن أنس"، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرّمة، ص 820.

[5]– محمد بن أحمد الجزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، حقّقه وعلّق عليه ماجد الحموي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، 2014، ص 372.

[6]– شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء 11، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ن ،ص 34.

[7]– الكمال ابن الهُمام الحنفي، فتح القدير، شرح كتاب الهداية في شرح البداية في الفقه الحنفي للبرهان المرغيناني، الجزء الرابع، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316 هـ، ص 440.

[8]– مصطفى الخن، مصطفى البغا، على الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، الجزء الخامس، في الوقف والوصية والفرائض، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1992، ص 131.

[9]– علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفيقي، مطبعة السنّة المحمدية، الجزء التاسع، 1956، ص 288.

[10]– القانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15، صادر في 27 فبراير 2005.

[11]– أنظر في تفصيل ذلك أ.د محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 323 وما يليها.

[12]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019،
https://www.aliftaa.jo/ShowContent.aspx?Id=205#.Y3vA11zMLMw

[13]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 والقانون رقم 29 لسنة 2004 والقانون رقم 66 لسنة 2007، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، وزارة العدل، فبراير 2011، ص 172.

[14]– قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة، نقلا عن أمحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 2006، ص 76.

[15]– عبد الرحمان بلغكيد، علم الفرائض "المواريث – الوصايا"، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 2012، ص 104.

[16]– مجلة الأحوال الشخصية، أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2008، ص 18.

[17]– قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، قانون إتحادي رقم 28، صادر بتاريخ 19– 11– 2005، في شأن الأحوال الشخصية، https://elaws.moj.gov.ae/UAE-MOJ_LC-Ar/00

[18]– محمد إبراهيم الكويفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953، دار الملاح، دمشق، 2006، ص 65.

[19]– تنص المادة 109 من تقنين الأسرة الجزائري: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلاّ بحكم".

[20]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، مرجع سابق.

[21]– الفصل 82: "إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت، فإنّ الحاكم يضرب أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

– الفصل 83: "إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل فإنّ الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته أو حياته أو يصدر الحكم بفقدانه".

[22]– مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

[23]– أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق الدكتور طه محمد الزيني، الجزء الثامن، مكتبة القاهرة، 1969، ص 131.

[24]– شمس الدين السرخسي في المبسوط، مرجع سابق، ص 35.

[25]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 313.

[26]– أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة محمد أفندي، مصر، د.ت.ن، ص 310.

– شمس الدين محمد عرفة الدسوقي وأبو البركات أحمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 482.

[27]– معدّل بالقانون رقم 33 لسنة 1992، نقلا عن عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، الطبعة الثانية، دار البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الالكتروني، الإسكندرية، د.ت.ن، ص 99.

[28]– مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[29]– الأمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فيفري 2002 يتضمن الأحكام المطبّقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، جريدة رسمية رقم 15 مؤرخة في 28 نوفمبر 2002.

[30]– القانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبّقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، جريدة رسمية رقم 37 مؤرخة في 15 يونيو 2003، ص 9.

[31]– محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الخامس، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ، ص 239.

[32]– الكاساني، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 160.

[33]– أبو محمد علي بن أحمد ابن سعيد ابن حزم، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.ن، ص 142.

[34]– للتفصيل في هذه الآراء وأسانيدهم ارجع إلى آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 139 وما يليها.

[35]– الدسوقي والدردير، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 431.

[36]– ابن قدامة، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص 143.

[37]– عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، د.د.ن، الإسكندرية، د.ت.ن، ص 418.

[38]– مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

[39]– القانون رقم 15 لسنة 2019، مرجع سابق.

[40]– بسام محمد قاسم عمر، أحكام المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، كلية الشريعة جامعة الزرقاء المملكة الأردنية الهاشمية، العدد 35، ص 2045.

[41]– محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2006، ص136.

[42]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 322.

[43]– ارجع إلى تفاصيا العدة وأنواعها إلى كل من: – حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقا لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الآفاق العربية، القاهرة، ص 325 وما يليها.

– أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الخامسة، مطابع دار الجمهورية للصحافة، 2003، ص 513 وما يليها.

– سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1998، ص 218 وما يليها.

[44]– الآية 228 من سورة البقرة.

[45]– الآية 4 من سورة الطلاق.

[46]– الآية 234 من سورة البقرة.

[47]– الآية 4 من سورة الطلاق.

[48]– محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 470.

[49]– حسن البغا، مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 236، https://pedia.svuonline.org/.

[50]– مالك بن أنس، الموطأ، دار التقوى، القاهرة، 2013، ص 337 و338.

[51]– أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق الدكتور طه محمد الزيني، الجزء الثامن، مكتبة القاهرة، 1969، ص 131.

[52]– شمس الدين السرخسي في المبسوط، مرجع سابق، ص 35.

[53]– علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني، الجزء 3 ،دار المعرفة، بيروت، 1966 ،ص 312.

[54]– رواه البيهقي، الجزء 7،مرجع سابق، حديث رقم 10449،ص 698.

[55]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 313.

[56]– شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، أبو البركات سيدي أحمد الدردير، محمد عليش، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، د.ت.ن، ص 480.

[57]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003، ص 59 و60.

[58]– عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص 100.

[59]– قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق، 172.

[60]– قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019، مرجع سابق.

[61]– محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 343.