

عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري

تاريخ قبول المقال للنشر 2017/05/25

تاريخ استلام المقال: 2016/01/10

أ. علال ياسين

أستاذ مساعد أ كلية الحقوق - جامعة قلمة

الملخص:

يرتب الموت الحقيقي أثره بالنسبة للزوجة فتبدأ عدتها من تاريخه، أما عدة زوجة المفقود فتميز فيها بين حالة طلبها التطليق بعد الحكم بفقده، وحالة انتظارها صدور حكم قضائي بموت زوجها المفقود، حيث سمح قانون الأسرة الجزائري لزوجة المفقود أن تطلب التطليق بعد صدور الحكم بفقده متى توفرت الشروط المحددة في هذه الدراسة، وبعد الحكم لها بالتطليق تعتد عدة طلاق من تاريخ هذا الحكم، أما إذا لم تبادر إلى طلب التطليق وفضلت انتظار عودة زوجها أو بيان أمر حياته من مماته، فإذا كان فقده في ظروف يغلب فيها السلامة فالحكم بموته يكون بعد مدة يقدرها القاضي لا تقل عن أربع سنوات، وإذا كان فقده في ظروف يغلب فيها الهلاك فالحكم بموته يكون بمضي أربع سنوات بعد التحري، فإذا صدر حكم قضائي بموت المفقود اعتدت زوجته عدة وفاة من تاريخ هذا الحكم، وحلت بعدها للزواج.

Abstract:

Real death produces its effects on the wife who starts calculating her "iddah" from that date, while we distinguish two situations for the women whose husband is missing: first, when she requests to be divorced after the verdict of the disappearance of her husband. The second situation is when she waits for an adjudication declaring the death of her disappeared husband, where the Algerian family code allows her after that to request divorce if some specific conditions mentioned in this study are available. After divorce ruling, she should observe the "iddah" from that date. If she didn't take the initiative to ask for a divorce and preferred to wait for the return of her husband or verifying his life or his death, then there are two scenarios here. The first is where his journey was apparently safe and normal, in this case, ruling his death must be after a period estimated by the judge of not less than four years. The other circumstance is where the context of his absence indicates that he has died, then ruling his death must be after four years after investigating, whereupon she should observe the "iddah" of the widow and she may marry someone else.

مقدمة:

تبدأ حياة الإنسان بولادته حيا وتنتهي بموته، والذي يتحقق طبييا بتوقف الحركة وانقطاع التنفس كلية أي بتوقف القلب عن الخفقان، وهذه هي الوفاة الطبيعية، وعلى ذلك نصت المادة 25 من القانون المدني الجزائري بقولها: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ". وإذا كانت القاعدة أن شخصية الإنسان تنتهي بالموت الطبيعي الذي يثبت في أغلب النظم المعاصرة بشهادة محررها موظف مختص، ويترتب عليه انقضاء شخصية الإنسان بما يستتبعه من آثار قانونية، كقسمة أمواله والسماح لزوجته بالاقتران بآخر إن أرادت بعد انقضاء عدتها، إلا أنه توجد حالات لا يتيقن فيها من موت الشخص وتكون نسبة احتمال وفاته أكبر من حياته فيحكم بوفاته، وهي حالة المفقود الذي يغيب ويختفي أثره.

حيث أن نهاية الشخصية القانونية للمفقود تمر بمرحلتين، فيحكم بفقده أولا، ثم يحكم بموته بعد مدة من ذلك، وهو موت لا يثبت على وجه اليقين وإنما يتقرر بناء على الظن الراجح والغالب.

وترجع أهمية البحث، إلى انتشار ظاهرة الفقد في المجتمع الجزائري كغيره من المجتمعات، وما يرتبه ذلك من آثار قانونية، سواء بالنسبة للمعاملات المالية للمفقود أو بالنسبة لعلاقاته الشخصية، مما يدعو إلى ضرورة تحديد وضبط هذه الآثار.

وقد دفعني إلى البحث في هذا الموضوع، ما يثار من إشكالات بشأن الوقت الذي تشرع فيه زوجة المفقود في عدّة الوفاة، حتى تحل للزواج بعد انقضائها، والتي كان أحد أسبابها تنظيم قانون الأسرة الجزائري لعدّة زوجة المفقود بشكل غير واضح من خلال نص المادة 59 منه، حينما نصت على أن زوجة المفقود تعتد بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بفقده، رغم أنه لم يصدر حكم قضائي بموته.

وتهدف هذه الدراسة إلى الإحاطة بموضوع عدة زوجة المفقود، بتحديد الوقت الذي تحتسب منه، سواء في حالة طلبها التطليق أو في حالة تربصها وانتظارها.

وإذا كان الموت الحقيقي يرتب أثره من حيث احتساب العدة، فإن الإشكالية تثار بالنسبة للموت الحكمي: فهل تحتسب العدة فيه من تاريخ صدور الحكم القضائي بالفقد أم من تاريخ الحكم بالوفاة، أم يمكن أن تعتد زوجة المفقود في الفترة ما بين صدور الحكم بالفقد وصدور

الحكم بالوفاة؟ وما مدى انسجام الحكم الذي وضعه قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي في هذه المسألة؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة، سأعتمد على المنهج التحليلي، وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: عدة زوجة المفقود في حال طلبها التطليق.

المطلب الأول: مفهوم عدة زوجة المفقود.

المطلب الثاني: شروط التطليق للفقد ونوع الفرقة.

المبحث الثاني: عدة زوجة المفقود في حال التربص.

المطلب الأول: تربص زوجة المفقود.

المطلب الثاني: ابتداء العدة في حال التربص.

المبحث الأول: عدة زوجة المفقود في حال طلبها التطليق

يحول فقدان الزوج دون تحقق معاني المودة والرحمة والسكن التي يحققها الزواج، وتعتبر حالة الفقد من بين الحالات التي سمح فيها قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطليق، رغم اختلاف الفقهاء في إجازة ذلك، فقد لا تربص زوجة المفقود ولا تنتظر لمدة طويلة أملا في عودة زوجها، بل يمكن أن تبادر إلى طلب التطليق لتشريع بعد ذلك في العدة ومن ثم تحل للزواج. مما يطرح التساؤل حول الشروط الواجب توافرها لطلب التطليق للفقد، والوقت الذي تبدأ فيه العدة في هذه الحالة.

ولتوضيح ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نحدد في الأول منهما مفهوم عدة زوجة المفقود، وفي الثاني شروط التطليق للفقد ونوع الفرقة الواقعة به، للوصول إلى ضبط بداية العدة في هذه الحالة.

المطلب الأول: مفهوم عدة زوجة المفقود

لتحديد مفهوم عدة زوجة المفقود نعرّف العدة في فرع أول، ثم المفقود في فرع ثان.

الفرع الأول: تعريف العدة

1- العدة لغة: العدة بكسر العين جمع عدد، وهي لغة الإحصاء، مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد الأقراء والأشهر غالباً، يقال عدت الشيء عدة: أحصيته إحصاء، وتطلق أيضاً على الشيء المعدود، وعدة المرأة: أيام أقرائها، وأيام إحداها على الزوج¹.

2- العدة اصطلاحاً: ذكر الفقهاء تعريفات متقاربة للعدة والاختلاف بينها لفظي، وكلها تذهب إلى أن العدة: مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة².

والعدة في قانون الأسرة الجزائري هي المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بحيث لا يجوز لها الزواج قبلها، وهو ما يفهم من نص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "يحرم من النساء مؤقتاً: ... المعتدة من طلاق أو وفاة".

ومن حكم تشريعها، تعرّف براءة الرحم، لمنع اختلاط الأنساب بعضها ببعض، وإمهال الزوج مدة يتمكن فيها من مراجعة زوجته، وحداد الزوجة على زوجها عقب وفاته، والتنويه بعظم شأن الزواج، فلا ينتهي إلا بعد انتظار وأناة³.

الفرع الثاني: تعريف المفقود

1- المفقود لغة: من فقدت الشيء أفقده فقداً وفقداناً، فهو اسم مفعول من المصدر فقَدَ: من باب ضَرَبَ وكذلك من المصدر فقداناً وفقداناً بضم وكسر الفاء، واسم المفعول هو: مفقود وفقيد⁴، ويأتي في اللغة على عدة معان منها:

- الضائع، ومنه قوله تعالى: (قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ)⁵.
- المعدم، يقال فقدت الشيء إذا عدمته⁶.

¹ - أنظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005، ص 297، ابن منظور، لسان

العرب، ج 4، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة، ص 275.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 625.

³ - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، 1967، ص 291.

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، ج 4، المرجع السابق، ص 334.

⁵ - سورة يوسف، الآية 72.

⁶ - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ص 307.

- المطلوب عند الغيبة، ومنه قوله تعالى: (وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ)¹، وقول أبي فراس: وفي الليلة الظلماء يفقد البدر².

يتضح أن الفقد في اللغة من الأضداد، يقال فقدت الشيء إذا ضللت أو ضاع منك وفقدته أي طلبته وكلاهما متحقق في المفقود، ففصل عن أهله وهم في طلبه.

2- المفقود اصطلاحاً: قدّم الفقهاء عدة تعاريف للمفقود، ورغم تعددها فقد أجمعوا على عناصر مشتركة في تعريفه، وهي: الغياب، وعدم التحقق من الحياة أو الوفاة.

فعرّفه بعض الفقهاء بأنه: غائب لم يدر موضعه، وحياته، وموته، وأهله في طلبه يجدون، وقد انقطع عنهم خبره، وخفي عليهم أثره، فبالجد قد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد.

وعرفه آخرون بأنه: الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته³.

وقد عرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 109 بأنه: " المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم "

فمن هذا التعريف يتضح أنه لا اعتبار بالشخص مفقوداً في قانون الأسرة الجزائري لا بد من: غياب الشخص، والجهل بمكان تواجدّه، وعدم العلم بحياته أو وفاته، مع ضرورة صدور حكم قضائي ليصبح الشخص في مركز مفقود.

المطلب الثاني: طلب التطبيق للفقد ونوع الفرقة الواقعة به

نصت المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري على أن " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون ". ونصت هذه الأخيرة على أنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية: ... 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ".

¹ - سورة النمل، الآية 20.

² - الجوهرى، الصحاح، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص 895؛ الفيومي، المصباح المنير، دار المعارف، مصر، د.س، ص 284.

³ - أنظر في التعاريف الفقهية المختلفة للمفقود: السرخسي، المبسوط، ج 11، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1993، ص 34؛ الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995، ص 496؛ الشافعي، موسوعة الإمام الشافعي، ج 7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص 112؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ص 11.

والملاحظ أن إقرار حق التطليق لزوجة المفقود بموجب المادتين السابقتين ليس سببه فقد الزوج، بل إن مرده إلى الضرر الذي يلحق بها من جراء غياب زوجها. وعليه نتطرق في فرع أول إلى موقف الفقه من التطليق للغياب، وفي فرع ثان إلى شروط التطليق للفقد والغياب في قانون الأسرة الجزائري، للوصول إلى ضبط عدة زوجة المفقود في حال طلبها التطليق.

الفرع الأول: موقف الفقه من التطليق للغياب

بالرجوع إلى آراء الفقه في هذا الشأن، وخاصة المذاهب الأربعة، نجد أن لهم رأيان في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج وتضررت الزوجة من غيبته، وخشيت على نفسها الفتنة¹.

1- الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية والظاهرية أن الغيبة لا تعتبر سببا للتفريق بين الزوج وزوجته وإن طالت المدة، لانعدام ما يصح أن يبنى عليه التفريق بينهما، فيرون بسقوط حق الزوجة في طلب التطليق لغياب زوجها، ولا يصح أن يتخذ سببا للتفريق.

فالأحناف لم يفرقوا بين المفقود و امرأته فالغائب أولى عندهم بعدم التفريق بسبب هذه الغيبة، فزوجة المفقود باقية على زواجه محبوسة على قدومه وإن طالت غيبته ما لم يأتها يقين موته².

ولم يجز الشافعية التفريق إذا وجد من النفقة ما يكفيها، وكذلك لو غاب الزوج وانقطعت أخباره، فلم يعلم حاله من يسار أو إعسار فلا يجوز التفريق كذلك، فلا يجوز التفريق عندهم إلا بسبب الإعسار والغائب ومثله المفقود لا تعلم حاله من يسار أو إعسار لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته بسبب هذه الغيبة³.

وحجتهم عدم قيام الدليل الشرعي من الكتاب أو السنة الذي يثبت وجود هذا الحق⁴، فحسب هذا الرأي لا حق للزوجة في طلب التطليق، فتصبر ولا عدة لها.

¹ - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان، مكتبة الوفاء، مصر، 2011، ص 16.

² - السيواسي، شرح فتح القدير، ج 4، المطبعة الأميرية ببلاط، مصر، 1316 هـ، ص 443.

³ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 8، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1991، ص 400؛ الشربيني محمد بن الخطيب، مغني المحتاج، ج 3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة، ص 397.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 294.

2- الرأي الثاني: يرى المالكية والحنابلة بجواز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها، إذا لم تصبر عن فراقه وتضررت من ذلك، وأضاف المالكية أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه، فيطلب منه الحضور لزوجته أو يلحقها به أو يطلق إن لم يكن له بها شأن، وإلا طلق عليه¹.

وقال المالكية أن أقل مدة يمكن للمرأة أن تطلب فيها التطليق سنة، وفي رواية ثلاث سنوات، ولم يفرقوا بين الغياب الذي يكون بعذر كالسفر للعلم أو التجارة أو العمل، والغياب الذي لا عذر فيه، لأن الزوجة تتضرر في الحالتين².

أما لدى الحنابلة، فأدنى مدة يمكن للزوجة أن ترفع فيها أمرها إلى القاضي فهي ستة أشهر من غياب زوجها، واشتروا أن يكون الغياب لغير عذر³، فإن كان لعذر مقبول شرعا فلا يستجاب لها ولو تضررت.

وقد استدل القائلون بجواز التفريق للغياب بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ)⁴، ويستدل من هذا الحديث أن غياب الزوج عن زوجته مع عدم عودته إليها ولا أخذها إليه يعتبر إضرارا بها، والضرر يزال قدر الإمكان، وطريق إزالته أن يقوم القاضي ويطلق عليه، كما أن غيابه عن زوجته قد يدفعها إلى ارتكاب الفواحش التي حرم الله، فيتعين تسريحها، فالمبدأ الأساسي يظهر في قوله تعالى: (فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ)⁵، فلما تعذر الإمساك بالمعروف فواجب التسريح بإحسان.

والتطليق للغياب عند المالكية طلاق بائن، أما عند الحنابلة فإن نوع الفرقة هي فسخ للعقد لا طلاق، لأنها فرقة لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه⁶.

¹ - شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، سوريا، دون سنة، ص 479.

² - المرجع نفسه، ص 294.

³ - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998، ص 178؛ بدران، المرجع السابق، ص 294.

⁴ - أخرجه مالك بن أنس، الموطأ، ج 3، مجموعة الفرقان التجارية، دبي، 2003، ص 572 (كتاب الأفضية، باب: القضاء في المرفق، حديث رقم: 1560).

⁵ - سورة البقرة، الآية 229.

⁶ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 178.

فحسب رأي المالكية والحنابلة، من حق زوجة الغائب والمفقود أن تطلب التطليق، وذلك بعد توفر شروطه حسب ما قال به كل مذهب، وبالتالي فبعد صدور الحكم بالتطليق تعتد الزوجة وتحل للزواج بعد ذلك.

الفرع الثاني: شروط التطليق للفقد والغياب في قانون الأسرة الجزائري

بعد أن عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود بأنه: "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، جاءت المادة 112 منه لتعطي لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

حيث تنص المادة 53 فقرة 5 على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

ومعنى ذلك أن لامرأة المفقود الحق في طلب التطليق إذا توفرت الشروط التالية:

-الشرط الأول: الغيبة بعد مرور سنة

فالغيبة التي تقل مدتها عن سنة لا تمنح للزوجة حق طلب التطليق وكذلك بالنسبة لزوجة المفقود، فلا بد من مرور سنة على الأقل وقت رفع الدعوى، وقد أخذ المشرع في ذلك بالمذهب المالكي كما أشرنا.

كما أخذ بهذه المدة (سنة) كل من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية في المادة 12 منه¹، وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 123 وقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 109، والمدونة المغربية للأحوال الشخصية في المادة 57 منها².

ويجري حساب السنة عند الفقهاء المسلمين بالأشهر القمرية، أما القانون فلم يحدد ذلك، فيصح اعتماد السنة الميلادية طالما أن العمل يجري بها يوميا³.

¹ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكمل لها طبقا لأحدث التعديلات، دون ذكر الناشر، الإسكندرية، مصر، دون سنة، ص 86.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص 297.

³ - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 147.

-الشرط الثاني: أن تكون غيبة الزوج دون عذر

وهو ما نصت عليه المادة 5/53، والتي تسمح بطلب التطليق للغياب وكذلك للفقْد حسب المادة 112، إذا كان بدون عذر، وهو ما قال به الحنابلة، أما الإمام مالك فيجيز التطليق إذا غاب الزوج مطلقا سواء كان غيابه لعذر أم لغير عذر لأن الضرر متحقق في الحالتين. ويكون الغياب لغير عذر كأن يسافر الزوج ولم يعد، فيمكن اعتباره شخصا مهملا لعائلته ومخلا بالتزاماته، حيث أن غياب العذر عادة ما يؤدي إلى الإضرار بالزوجة، لذلك نجد أن الفقه المالكي أكد على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره كتابة بالعودة، أو ترحل امرأته إليه وإلا طلق عليه¹.

غير أنه إذا كان الغياب لسنة أو أكثر لعذر، كالغياب لغرض إتمام الدراسة وطلب العلم خارج الوطن أو لأداء الخدمة الوطنية في مكان بعيد، أو لأجل العمل وكسب العيش، وغيرها من الأسباب المعقولة التي ترجع بالفائدة على الأسرة، فلا حق لها في طلب التطليق استنادا إلى فقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه، وبالتالي فالقاضي عند التأكد والتثبت من شرعية سبب الغياب فلا يستجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة وأكثر، فطلبها في هذه الحالة سيرفض فالمنطق والعادة والأخلاق تقرر أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة وأتعابها مع زوجها، فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها، وتصاب للضرر الذي يسمح برقي زوجها وتحقيق منفعة لأسرتها، بالإضافة إلى ذلك فإن صبرها على غيابه يؤدي إلى تمتين روابط المودة والرحمة والتعاون بينهما، فإن كان الزوج يسعى من أجل مصلحة الأسرة بالعمل والتجارة بعيدا فيجب أن يكافأ بالرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته أن تطلب التطليق².

وهناك العديد من الحالات التي يمكن اعتبارها ضمن مفهوم العذر المقبول، منها إذا أراد الزوج الالتحاق بأهله قبل بلوغ السنة لكن المواصلات انقطعت مثلا أو حدثت حرب حالت دون التحاقه بأهله، أو توتر للعلاقات بين الدولة التي يقيم فيها ودولة موطنه الأصلي، وما ينجر

¹ - أحمد الغندور، المرجع السابق، ص 148.

² - اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2003، ص 126.

عنها من قطع للعلاقات الدبلوماسية، وهذه أمور تخرج عن إرادة الزوج، فلا يحاسب عليها، ويبقى تقدير العذر متروكا لقاضي الموضوع¹.

– الشرط الثالث: أن يترك الغائب زوجته بدون نفقة

لتمكن الزوجة من طلب التطلاق بسبب غياب زوجها يجب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة دون عذر لم يترك لها مالا تنفقه على نفسها ولا على أولادها، أما إذا غاب لغير عذر وترك لها أموالا تنفق منها على نفسها وأولادها فلا يجوز لها أن تطلب التطلاق تطبيقا للفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة².

إلا أن النقد الموجه لهذا الشرط، أنه لم يكن من الضروري النص على عدم الإنفاق في الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة لأنه قد نص عليها في الفقرة الأولى من نفس المادة³. إضافة إلى ذلك، يلاحظ أن طلب التطلاق استنادا إلى الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجه وذلك لتركها مدة سنة بدون عذر شرعي مقبول، بينما التطلاق استنادا إلى نص المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها، وهذا يبين لنا مدى ما بينهما من اختلاف في السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد الإجراء، بالإضافة إلى أن الحالة الأولى تقتضي أن يكون الزوج معلوم مكان تواجدته ومحقق أمر حياته، في حين أن الحالة الثانية تفترض أنه لا يعرف مكانه ولا يعرف أنه ميت أو ما يزال على قيد الحياة⁴.

كما أن المفقود معذور في كل الأحوال إلى حين عودته، لأن غيبته قد تكون بسبب الحروب والفتن والكوارث والأوبئة وغيرها من مسببات الفقد، وبالتالي فلا يمكن أن ينطبق عليه الشرط المتعلق بالغياب بدون عذر الذي جاءت به الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، فالمفقود معذور إلى حين إثبات العكس، وقد تكون نتيجة ذلك عدم إمكانية تطلاق زوجة المفقود لعدم توفر شرط الغياب دون عذر.

¹ – المرجع نفسه، ص 127.

² – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص 236.

³ – عمرو خليل، المرجع السابق، ص 148.

⁴ – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 236.

فغياب شرط واحد من الشروط الثلاثة يؤدي إلى عدم استجابة القاضي إلى طلبها، وواقعياً اجتماع هذه الشروط قليلاً ما يكون، وهي شروط مرهقة لا تحقق الغاية من هذا الحق ألا وهي رفع الضرر¹، ولعل المشرع قد شدد نوعاً ما في التطبيق بسبب الغياب بهذه الشروط حفاظاً على وحدة الأسر من التفكك، وهذا ما يضيق من أسباب التطلاق، غير أنه يمكن للزوجة تأسيس دعواها على الضرر اللاحق بها بسبب عدم الإنفاق، أو تثبت أن الغياب قد أدى إلى تضررها بهجر زوجها لها.

فإذا كان الزوج الغائب لا تعرف حياته من مماته، فلا يصح التفريق للغيبة والضرر، لأنه يشترط لصحة هذه الدعوى حياة الزوج الغائب، أما من لا تعرف حياته من مماته فهذا يطبق عليه أحكام المفقود، لأن معنى التفريق للغيبة ومناطه هو الضرر والإضرار، والمفقود قد يكون ميتاً وله أحكام خاصة في الفقه الإسلامي والقانون، فهذا ما يدعمه التفريق الذي اعتمده البعض بين التطلاق للغياب والتطلاق للمفقود².

فلا بد من إعادة النظر في النصوص التي تتحدث عن حق زوجة المفقود في التطلاق وتخصيص نص خاص بهذه الحالة، دون الاكتفاء بالإحالة على ما يسري من حكم بالنسبة لزوجة الغائب، نظراً لاختلاف وضع كل منهما³.

مما سبق يتضح أن لزوجة المفقود الحق في طلب التطلاق للمفقود متى توفرت الشروط السابقة، غير أن التساؤل يثار حول مدى أحقية زوجة المفقود في طلب التطلاق قبل مضي سنة من فقده:

بالنظر إلى نص المادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة، نجد أنها تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 10- كل ضرر معتبر شرعاً"، فقد منح قانون الأسرة للزوجة حق طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، فزوجة المفقود لو تضررت من غياب زوجها، يمكنها أن

¹ - عمرو خليل، المرجع السابق، ص 148.

² - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 128.

³ - شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2009-2010، ص

ترفع دعوى التطليق بعد خمسة أشهر أو ستة أشهر مثلاً أي حتى قبل مضي سنة من فقده، وفي هذا الحال تكون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع¹.

الفرع الثالث: نوع الفرقة الواقعة بسبب الفقد

منح قانون الأسرة لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق، رغم ما يكتنف النصوص المنظمة لذلك من غموض، غير أنه لم يبين نوع الفرقة الواقعة بسبب الفقد، وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقهاء القائلين بجواز التفريق للغيبة أو الفقد قد اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة بسبب غيبة الزوج على قولين:

1- قال المالكية: أن الفرقة الواقعة لغيبة الزوج أو فقده هي طلاق بائن، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً بائناً، إلا طلاق المولى وطلاق المعسر بالنفقة فهو رجعي².

2- وقال الحنابلة: أن الفرقة الواقعة من قبل الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً، والتطليق بسبب فقد الزوج عندهم فسخ³.

والراجح في القانون الجزائري اعتبار الفرقة الواقعة بسبب الفقد طلاقاً، أخذاً بما قاله المالكية، فيترتب على هذا الانحلال ما يترتب على انحلال الزواج الصحيح من عدة ونسب ونفقة عدة وغيرها.

من خلال ما سبق، نجد أن زوجة المفقود وبعد صدور حكم قضائي بفقده، مع توفر شروط الغيبة لسنة بدون عذر وعدم ترك نفقة لها، فإن تضررت ولم تشأ التريث لاستبانة مصير زوجها فيمكنها أن تتقدم إلى القضاء لطلب التطليق، وبعد الحكم به تعدد عدة طلاق بثلاثة قروء من تاريخ الحكم إن كانت غير حامل أو بثلاثة أشهر إن كانت يائساً من الحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملاً⁴، وتحل بعد ذلك للزواج.

¹ - وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 تحت رقم 222134، حيث جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لفضاء الموضوع". أنظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 126.

² - الدسوقي، المرجع السابق، ص 479.

³ - المغاوري، المرجع السابق، ص 64.

⁴ - أنظر المادتين 58 و60 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: عدة زوجة المفقود في حال تربصها

لاحظنا مما سبق أن قانون الأسرة الجزائري سمح للزوجة أن تطلب التطليق ثم تعتد عدة طلاق، وذلك إذا فقد زوجها وصدر حكم قضائي يثبت حالة الفقد، متى توفرت الشروط السابق الإشارة إليها، أي أنها ستعتد عدة طلاق دون انتظار الحكم بوفاته.

غير أن زوجة المفقود قد لا تبادر إلى طلب التطليق للفقد -رغم أن قانون الأسرة أعطاهما الحق في ذلك- وتفضل التريث منتظرة عودة زوجها أو بيان أمر حياته من مماته، مما يطرح التساؤل في هذه الحالة حول المدة التي تربصها لتبدأ بعدها في احتساب عدتها ومن ثم تحل للأزواج.

وهو ما سنتناوله في هذا المبحث، من خلال التعرض إلى تربص زوجة المفقود، ثم إلى ابتداء العدة في حالة التربص.

المطلب الأول: تربص زوجة المفقود

اتفق الفقهاء على أنه متى انقضت مدة انتظار المفقود كان لزوجته أن تقتن بآخر، شريطة أن تمضي عدة الوفاة ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، إلا أنهم اختلفوا في تحديد المدة اللازمة للحكم بموت المفقود، وهو ما سنوضحه، ثم نبين موقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك، من خلال الفرعين الآتين.

الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في الفقه الإسلامي

اختلفت اجتهادات المذاهب الفقهية في تحديد المدة التي يحكم بعد فواتها بموت المفقود اختلافاً بيناً، وهناك من أعطى للمفقود حكماً واحداً أياً كانت الظروف التي أحاطت بالفقد، وهناك من فرق بين من يفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ومن يفقد في ظروف ظاهرها السلامة.

1- قول الحنفية في زوجة المفقود: يقولون في العبارة المشهورة عنهم، إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره¹.

ويستفاد من هذه العبارة استصحاب حال الحياة للمفقود بالنسبة لأمواله وزوجته، فتبقى زوجة المفقود على ذمة زوجها المفقود على فراش الزوجية حتى يأتيها البيان أي يقين حياته أو موته، وقد استدلووا على ذلك:

¹ - السرخسي، المبسوط، ج 11، المرجع السابق، ص 34.

- من السنة: ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود: (إن امرأة المفقود إمرأته حتى يأتيها البيان)، وفي رواية (حتى يأتيها الخبر)¹.
 - من الأثر: ما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)، كما روي عن عبد الله بن مسعود أنه وافق علياً أنها تنتظر أبداً².
 - من المعقول: أن الزواج ثابت يقينا والمفقود يحتمل الموت والحياة، فأمره في شك، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال³.
- وقد وجهت لهذه الأدلة عدة انتقادات:

فلاستدلال بالحديث السابق قيل عن إسناده أنه ضعيف جداً⁴.

أما الاستدلال بقول علي رضي الله عنه، فقد روي في المغني لابن قدامة عن علي أن امرأة المفقود تنتظر أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً⁵، وعليه فإن علي مرة وافق من قال بأن لا تطلق، ومرة خالفهم.

2- قول المالكية في زوجة المفقود: قسّموا المفقود إلى أربعة أقسام، ولكل قسم حكم بالنسبة لزوجته:

أ- المفقود في بلاد المسلمين: قالوا، يضرب لامرأته أجل أربع سنين بإجماع الصحابة. فإذا رفع أولياؤه أمره إلى الحاكم فإنه يسأل عن معارف هذا الرجل وجيرانه وأقاربه وأهل سوقه، ثم يرسل للبلد الذي خرج إليه، ويكتب في كتاب اسم هذا الرجل ووصفه ومهنته، فإن عاد الخبر بعدم معرفة مكانه ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام⁶.

¹ - أخرجه: البيهقي، السنن الكبير، ج 15، الطبعة الأولى، مركز هجر للبحوث والدراسات، القاهرة، 2011، ص 589. وقال صاحب نصب الرأية عن هذا الحديث: حديث ضعيف، وقد رواه محمد بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة، وابن شرحبيل هو أشهر من في المتروكين، وقيل عنه أنه يروي عن المغيرة مناكيل أباطيل، أنظر: الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، ج 3، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة، ص 473.

² - البيهقي، نفس المرجع والموضع.

³ - الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 2، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط 1، 2009، ص 503.

⁴ - المرجع نفسه، ص 503.

⁵ - ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 9، دار الفكر، بيروت، 1404 هـ، ص 91.

⁶ - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 479.

ويبدأ حساب هذه المدة من حين العجز عن خبره بعد البحث عنه، فإن انتهى الكشف عن حياته وموته فجعل ذلك ضرب له الحاكم الأجل، فإن انتهت مدة الأربع سنوات اعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت للأزواج، وذلك دون أمر الإمام بالعدة حتى ولو لم يبين بها¹.

واستندوا في ذلك لما رواه عبد الجبار عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب للمفقود من يوم جاءته امرأته أربع سنين ثم أمرها أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ثم تصنع بنفسها ما شاءت إذا انقضت العدة، هذا إذا دامت نفقتها في هذه المدة وإلا طلقها عليه لإعساره بالنفقة دون تأجيل².

وقيل إن هذه المدة وضعت لأنها أقصى مدة الحمل، وقيل لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسلام ذهابا وإيابا³.

ب- المفقود في بلاد الحرب: فحكم زوجته عندهم حكم زوجة الأسير فتبقى للتعيمير إن وجد ما ينفق عليها منه، وإلا فلها التطليق، كما أجازوا لهما طلب الفرقة لو خشيتا على أنفسهما الزنا حتى لو وجدت النفقة.

ومعنى بقاءه للتعيمير أي أن لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد.

ج- المفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض: تعتد زوجته بعد انفصال الصفين، وحكمه حكم المقتول دون تلوم له وهو قول سحنون، وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك هو سنة من آخر يوم التقاء الصفين، وهو يوم الانفصال، وقال مالك: ليس في ذلك أجل وتعتد زوجته من يوم التقاء الصفين⁴.

ويشترط أن تشهد البيئة العادلة أنها رأتها حضر الصف، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقد، فحكم زوجته يكون كزوجة المفقود في بلاد الإسلام فيجري فيها ما مر من أحكام.

¹ - المرجع نفسه، ص 480.

² - مالك، المدونة الكبرى، ج 5، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة، ص 132.

³ - الدسوقي، المرجع السابق، ص 479.

⁴ - بهرام الدميري المالكي، الدرر في شرح المختصر، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2014، ص 1221.

ومثل المفقود في حروب المسلمين المرتحل لبلد الطاعون أو في زمانه، فإذا فقد تعدد زوجته بعد ذهاب الطاعون بعد أن يكون قد استقصى أمره وبُحث عن خبره¹.

د- المفقود في حروب المسلمين والكفار: القول الراجح في المذهب أن تعدد زوجته بعد مضي سنة من فقده، وذلك بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عنه، سواء كانت المعركة في بلاد الحرب أو بلاد الإسلام، ويبدأ حساب السنة من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش عنه².

3- قول الشافعية في زوجة المفقود: لهم في مدة انتظار زوجة المفقود قولان:

القول الأول: قال الإمام الشافعي في القديم أنها تتربص أربع سنين ثم تعدد عدة وفاة ثم تنكح، وقالوا بأن هذه المدة تحتسب من فرض القاضي لها³. ودليلهم في ذلك:

- ما روي عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن رجلاً استهوته الجن فغاب عن امرأته فأثت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ثم أمرها أن تعدد ثم تتزوج⁴.

- مما رواه الإمام الشافعي في كتابه الأم حيث قال: أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً⁵. كما روي ذلك أيضاً عن عثمان بن عفان.

- كما احتجوا بالقياس والمعقول، فقالوا أن من حق الزوجة فسخ النكاح لتعذر الوطاء بالعنة والجب، وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى.

القول الثاني: وهو قول الشافعي في الجديد وهو الصحيح في المذهب، أنه ليس لها الفسخ ولا يحق لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم تعدد⁶. واستدلوا لذلك: بأن قول عمر السابق

¹ - الدسوقي، المرجع السابق، ص 482.

² - المرجع نفسه، ص 482.

³ - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، ج 7، ط 2، بيروت، لبنان، 1393 هـ، ص 87.

⁴ - البيهقي، السنن الكبير، ج 15، المرجع السابق، ص 589.

⁵ - الإمام مالك، الموطأ، ج 3، مجموعة الفرقان التجارية، 2003، ص 280.

⁶ - الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، المرجع السابق، ص 397.

يعارضه قول علي كرم الله وجهه حيث قال : (امرأة المفقود ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها) أي موته أو طلاقه¹.

وقد حددوا مدة الانتظار أنه إذا مضت مدة يعلم أو يغلب على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله.

4- قول الحنابلة في زوجة المفقود: قسموا المفقود إلى قسمين، ولكل نوع حكم بالنسبة لانتظار زوجته:

أ- في الغيبة التي ظاهرها السلامة: كمن سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة، ففي الرواية المشهورة أن امرأته تتربص تسعين سنة من يوم مولده لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من ذلك، ثم تعتد عدة وفاة ثم تحل للأزواج².

وقد رد الفقهاء على المدة التي قال بها أصحاب هذا القول، وقالوا أن يترك ذلك إلى اجتهاد الحاكم.

ب- أن تكون غيبة ظاهرها الهلاك: كمن فقد في معركة أو من انكسر بهم مركب فيغرق بعضهم، فزوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج. وهذا القول قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير³.

بعد استعراض أقوال الفقهاء يتضح قوة أحاديث التربص لأربع سنين وبعد ذلك تعتد الزوجة عدة وفاة.

الفرع الثاني: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه الحنابلة إذ نصت المادة 113 من قانون الأسرة: " 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 ".

من هذا النص نجد أن المدة اللازمة للحكم بوفاة المفقود تختلف حسب الحالة التي فقد فيها، فيما إذا كانت حالة يغلب فيها السلامة أم يغلب فيها الهلاك.

¹ - البيهقي، السنن الكبير، ج 12، المرجع السابق، ص 255.

² - المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 335.

³ - ابن قدامة، المغني، ج 9، مرجع سابق، ص 133.

1- المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة يغلب فيها السلامة

لقد تركت المادة 113 من قانون الأسرة تقدير المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الحالة التي تغلب فيها السلامة لقاضي الموضوع، وهو مسلك يقارب ما أخذ به الحنابلة، فيحدد القاضي المدة تبعا لعدة معطيات، كالظرف الذي فقد فيه ومدى صحة المفقود أو مرضه ومدى كونه صغيرا أو كبيرا في السن، فبعد البحث والتحري للقاضي أن يحكم بموته بعد مرور أربع سنوات من الفقد.

2- المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة يغلب فيها الهلاك

حسب قانون الأسرة الجزائري فالمفقود الذي يغلب عليه الهلاك هو المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، وقد ذهبت الكثير من القوانين العربية إلى تحديد المدة التي يحكم فيها بوفاة المفقود بأربع سنوات، وهو ما أخذت به المادة 113 من قانون الأسرة، فبعد البحث والتحري يمكن للقاضي أن يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات، وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أن هذه المدة يبدأ حسابها من تاريخ الفقد المثبت في الحكم وليس من تاريخ الحكم بالفقد¹، مع أنه يؤخذ على قرارها هذا أن المادة 109 من قانون الأسرة لا تعتبر الشخص مفقودا إلا بحكم.

ويصدر القاضي حكمه بموت المفقود بسعي من الورثة أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة².

المطلب الثاني: ابتداء العدة في حال التبرص

إذا كان المفقود متزوجا وصدر حكم بموته فيترتب على ذلك انحلال الرابطة الزوجية، حيث تنص المادة 59 من قانون الأسرة على أن: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

نلاحظ أن هذا النص يسوي في الحكم بالنسبة إلى الزوجة، بين الزوج المتوفى حقيقة والزوج المتوفى حكما، وذلك من ناحيتين:

- الأولى: اعتداد زوجة المفقود عدة الوفاة كزوجة الميت حقيقة.

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/04/10، ملف رقم 290808، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 1، ص 103.

² - أنظر المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري.

- الثانية: مدة العدة في الحالتين هي أربعة أشهر وعشرة أيام ويحل للزوجة الزواج ثانية بعد انقضاءها.

لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى التاريخ الذي يبدأ منه سريان احتساب عدة الوفاة، فبالنسبة إلى المتوفى عنها زوجها حقيقة، فحسب المادة 59 من قانون الأسرة يبدأ احتساب مدة العدة من يوم الوفاة، وذلك إعمالاً لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)¹.

أما بالنسبة لزوجة المفقود، فتحتسب مدة العدة حسب المادة 59 سالف الذكر، من تاريخ صدور الحكم بفقد زوجها، وليس من تاريخ الحكم بموته.

وفي ذلك، فإن قانون الأسرة قد خالف ما قاله الفقه الإسلامي، والذي ذهب إلى أن العدة تكون بعد انقضاء مدة التربص التي ضربها الحاكم لزوجة المفقود²، وليس قبل ذلك.

كما خالف كل من القانون المصري (المادة 22 من القانون رقم 25 لعام 1929) وقانون الأحوال الشخصية الأردني (المادة 178) واللذان يأخذان باحتساب مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بموت المفقود.

لقد ربط المشرع الجزائري في نص المادة 59 من قانون الأسرة بدء سريان مدة عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بفقدته، فجاء هذا الربط في غير محله وحاد به المشرع عن جادة الصواب، إذ كان من الأجدر ربط بدء سريان عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بموت هذا المفقود لا بتاريخ صدور الحكم بفقدته، لأن الوفاة هي التي تعتبر سبباً من أسباب حل عقد الزواج³.

فبداية سريان مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقد يتعارض مع نصوص قانون الأسرة التي تعتبر المفقود حياً قبل صدور الحكم بموته، كنص المادة 133 التي جاء فيها: " إذا كان الوارث مفقوداً ولم يحكم بموته يعتبر حياً ... "، وكذلك المادة 115 والمادة 127، فطبقاً لهاتين

¹ - سورة البقرة، الآية 234.

² - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 58.

³ - حيث تنص المادة 47 من قانون الأسرة: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

المادتين لا يعتبر المفقود ميتا ولا يستحق ورثته الإرث إلا بعد صدور الحكم بموته، فقبل صدور هذا الحكم يعتبر المفقود ما زال حيا¹.

من هذا يتضح أن أحكام قانون الأسرة صريحة في أن المفقود قبل الحكم بموته يعتبر حيا، أي أنه لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور هذا الحكم وليس من تاريخ فقدته أو من تاريخ صدور الحكم بالفقد، دون تفرقة بين الأمور أو الأحكام التي تنفعه وتضره غيره، كميراثه من غيره أو حصوله على المال الموصى له به أو الموهوب له، وبين الأحكام التي تضره وتنفع غيره، كتقسيم تركته بين ورثته، ودلالة المادة 111 من قانون الأسرة واضحة على ذلك.

ذلك أنه لو كان للحكم بموت المفقود أثر كاشف بحيث يعتبر المفقود ميتا من تاريخ فقدته، أو كان المشرع يفرق بين الأمور التي تضر المفقود وتنفع غيره فيعتبر ميتا من تاريخ الحكم بموته فيكون حكما منشئا، وبين الأمور التي تنفع المفقود وتضر غيره فيعتبره ميتا من تاريخ فقدته فيكون حكما كاشفا أو مقرا، لما استحق المفقود ميراثا أو تبرعا من غيره، ولوجب إعادة الأموال التي ورثها أو أوصي له بها أو وهبت له قبل الحكم بموته، إلى تركة المورث أو الموصي أو الواهب لتوزع على ورثة كل منهم، ولما كانت هناك حاجة إلى تعيين مقدم لتسيير أموال المفقود واستلام ما يستحقه من ميراث أو تبرع، بل كانت هذه الأموال قد وزعت على ورثته الموجودين يوم الحكم بفقدته.

وعلى ذلك، يكون الحكم الصادر بموت المفقود ينهي شخصية المفقود من تاريخ صدوره لأنه حكم منشئ لموت المفقود حكما.

ومقتضى ذلك أن زوجة المفقود لا تعد عدة وفاة قبل صدور الحكم بموته، لأن الزوجة تعد عدة وفاة بموت زوجها حقيقة أو حكما، وأن موت المفقود حكما لا يكون إلا بصدر حكم بهذا الموت الحكمي.

ويرى البعض² أنه للتوفيق بين نص المادة 59 من قانون الأسرة وبقية أحكام هذا القانون التي تعتبر المفقود حيا قبل الحكم بموته، أنه ليس لزوجة المفقود أن تتزوج شخصا آخر لكن بمجرد صدور الحكم بموته تعد عدة وفاة على أن تحتسب من تاريخ الحكم بفقدته وليس من تاريخ

¹ - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص 936.

² - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 934.

الحكم بموته، فبمجرد صدور الحكم بموت المفقود الذي يصدر بعد مدة لا تقل عن أربع سنوات من فقدته، تكون عدة الزوجة قد انقضت ويجوز لها أن تتزوج مباشرة عقب صدور هذا الحكم، لأن المحكمة من عدة الوفاة هي عدم اختلاط الأنساب، فبعد انقضاء أربع سنوات على فقد الزوج يكون قد تم التأكد نهائياً أن الزوجة ليست حاملاً.

غير أن الأخذ بهذا الرأي سيعود بنا إلى ذات الإشكال السابق، فقانون الأسرة يعتبر المفقود حياً قبل صدور الحكم بموته، فالأصل إذا أن العدة لا تبدأ إلا بعد صدوره، وإذا سمحنا للمرأة أن تعتد قبل ذلك فكيف لا نسمح لها بعد انقضاء عدتها بالزواج من غيره.

في ظل هذا التناقض بين النصوص القانونية السابق الإشارة إليها والآراء التي قيلت، نرى بضرورة تعديل نص المادة 59 من قانون الأسرة لتصبح على النحو الآتي: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته".

وهذا لتحقيق الانسجام بين نصوص قانون الأسرة المنظمة للمفقود، فتعتد زوجته في حال تربصها وعدم طلبها التطلاق بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بموت زوجها المفقود، ثم تحل للأزواج بعدها.

خاتمة:

من خلال هذا البحث وصلنا إلى النتائج الآتية:

- بعد صدور حكم قضائي بالفقد يكون لزوجة المفقود أن تطلب التطلاق إذا لم تصبر وتضررت من غيبته ومّر على ذلك سنة بدون عذر ولا نفقة، فتعتد عدة طلاق من تاريخ صدور الحكم بالتطلاق وتحل للزواج، دون انتظار الحكم بموته.

- كما يمكن لزوجة المفقود المطالبة بالتطلاق حتى قبل مضي سنة من فقدته إذا تضررت من ذلك، استناداً إلى الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة.

- إذا صبرت زوجة المفقود على غيابيه وتربصت حتى يتبين أمره، فإذا كان فقدته في ظروف يغلب فيها السلامة فالحكم بموته يكون بعد مدة يقدرها القاضي لا تقل عن أربع سنوات، وإذا كان فقدته في ظروف يغلب فيها الهلاك فالحكم بموته يكون بمضي أربع سنوات بعد التحري، فإذا صدر حكم قضائي بموت المفقود اعتدت زوجته عدة وفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام من هذا الحكم، وحلت بعدها للزواج.

- اشترط المشرع لتطليق زوجة المفقود، نفس شرط تطليق زوجة الغائب وهو أن تكون غيبته بدون عذر، غير أن هذا الشرط إذ صحَّ على الغائب فهو لا يصح بالنسبة للمفقود لأنه شخص لا تعرف حياته من مماته فهو معذور في كل حال، وبالتالي لا يمكن لزوجته طلب التطليق استناداً إلى الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، مما يستدعي تخصيص نص خاص يسمح لزوجة المفقود بالتطليق دون الاكتفاء بالحالة إلى الفقرة المذكورة.

- وقع المشرع في خطأ حين اعتبر أن عدة زوجة المفقود تبدأ من تاريخ الحكم بفقده، والأصح من تاريخ الحكم بموته، لأنه يعتبر حياً، ولا يعتبر ميتاً إلا إذا صدر حكم بموته، فتبدأ العدة من هذا الوقت.

قائمة المراجع:

مراجع فقهية:

- 1- ابن قدامة، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج 9، دار الفكر، بيروت، 1404 هـ.
- 2- البيهقي، السنن الكبير، الطبعة الأولى، مركز هجر للبحوث والدراسات، القاهرة، 2011.
- 3- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995.
- 4- الجوهرى، الصحاح، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009.
- 5- الدسوقي شمس الدين، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، سوريا، دون سنة.
- 6- الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، ج 3، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة.
- 7- السرخسي، المبسوط، ج 11، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1993.
- 8- السيواسي، شرح فتح القدير، ج 4، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1316 هـ.
- 9- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، ط 2، بيروت، لبنان، 1393 هـ.
- 10- الشرييني محمد بن الخطيب، مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة.
- 11- الفيومي، المصباح المنير، دار المعارف، مصر، د.س.
- 12- المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1998.
- 13- الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج 2، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ط 1، 2009.
- 14- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 8، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1991.
- 15- بهرام الدمييري المالكي، الدرر في شرح المختصر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2014.
- 16- مالك بن أنس، الموطأ، ج 3، مجموعة الفرقان التجارية، دبي، 2003.
- 17- مالك، المدونة الكبرى، ج 5، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة.
- 18- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1989.

مراجع قانونية:

- 19- إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987.
 - 20- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، 1967.
 - 21- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998.
 - 22- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 1999.
 - 23- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002-2003.
 - 24- المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغيب والفقدان، مكتبة الوفاء، مصر، 2011.
 - 25- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961.
 - 26- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
 - 27- شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2009-2010.
 - 28- عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، دون ذكر الناشر، الإسكندرية، مصر، دون سنة.
 - 29- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1986.
 - 30- عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
 - 31- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
 - 32- مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 1.
- معاجم لغوية:**
- 33- ابن منظور، لسان العرب، ج 4، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة.
 - 34- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005.