

## "ميراث المفقود في الفقه الإسلامي و تقنين الأسرة الجزائري"

### "The missing's legacy into Islamic doctrine and Legalization of Algerian family"

طحطاح علال : أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة الجبلاي بونعامة خميس مليانة

تاريخ إرسال المقال: 17 / 07 / 2018 تاريخ قبول المقال: 29 / 09 / 2018

#### الملخص

يتضمن المقال الأحكام المتعلقة بميراث المفقود في الفقه الإسلامي و تقنين الأسرة الجزائري، حيث اقتضى الموضوع التعرض ابتداء للأحكام العامة للمفقود من تعريف له و بيان شروط اعتبار شخص ما مفقود مع بيان أقسام المفقود و التعرض لحالات نهاية الفقد، و ما يترتب على ذلك من آثار، و محاولة مناقشة ما يتعلق بهذا الوضع من إشكالات شرعية و قانونية، سيما فيما يتعلق بطبيعة الحكم القضائي القاضي بالفقد و آثاره و ما يحاط به من أحكام و إشكالات، و أيضا ما يثار بشأن الحكم القاضي بوفاة المفقود من حيث طبيعته و آثاره.

و يتم التعرض بعد بيان تلك التفاصيل لمسألة ميراث المفقود سواء تعلق الأمر بميراثه من غيره أو ميراث غيره منه، و بيان موقف الفقه الإسلامي من المسألة و كيف أنه قد اعتمد مبدأي التقدير و الاحتياط في توريث المفقود مع اختلاف بين المذاهب الفقهية في إمعان المبدئين، ثم نتعرض لموقف تقنين الأسرة من المسألة، مع بيان اختلاف الفقه القانوني حول تقدير موقف تقنين الأسرة، و سندعم شرح توريث المفقود بأمثلة نوضح من خلالها الشرح التفصيلي لكيفية توزيع التركة عندما يكون أحد ورثتها مفقودا.

**الكلمات المفتاحية:** المفقود، الغائب، الميراث بالتقدير و الاحتياط، التركة،

الحكم بالفقد، الحكم بوفاة المفقود.

**Abstract**

The article contains judgements relating to The missing's legacy into Islamic doctrine and Legalization of Algerian family, the subject required Exposure Begins to the general judgements of the missing from his definition And statement of conditions to Consider someone missing With statement of the missing sections And exposure to End of Loss cases, And the consequences of effects in this, And trying to discuss the issue of this situation from legitimacy and legal problems, Particularly with regard to the nature of the judicial judgment and its effects And what surround of provisions and problematics, also what is raised about the judgment on the death of the missing person in terms of its nature and effects. And it Exposures After stating those details To the question of the missing's legacy Whether it is his inheritance from another or an others from him, And the statement of the Islamic doctrine position on the issue And how the principles of appreciation and reserve has adopted In the inheritance of the lost With different doctrines of jurisprudence In the both principles deep, Then we are exposed to a rationing position of family legalization of the issue, With a statement of Different Legal doctrine On the assessment status of family legalization, And we will do explain the Inheritance of the lost with example that we clarify the detailed explanation How to distribute the estate When one of their heirs is missing.

**Keywords** :the lost, absentee, Inheritance in appreciation and precaution, the estate, Judgment on the lost, the death Judgment on the missing person.

**مقدمة**

الأصل في الإنسان أنه معلوم الموطن و معلوم الحياة أو الموت، غير أن بعض الظروف قد تجعل الإنسان غير معلوم الموطن و لا تعرف حياته من موته ما يقتضي إخضاعه لأحكام استثنائية تتعلق بشخصه و بأمواله و بزوجته (إذا كان المفقود رجلا) و بأموال غيره التي قد يكون لها وارثا.

و الشخص الذي يكون في مثل ذلك الوضع يسمى المفقود، حيث يخضع لجملة من الأحكام من بينها ما يخص أحكام الميراث، حيث يعتمد في حقه و حق غيره ما يسمى بمبدأ التقدير و الاحتياط.

فهل نغلب الأصل فيه و هو الحياة طالما لم يحكم بموته، أو نغلب أنه مات طالما لا يعلم حياته من موته سيما و أن أحكام الميراث تجعل من الشك في الحياة مانعا من موانع الميراث، فالأمر يقتضي موازنة بين عديد الأحكام العامة في الميراث للوصول إلى

أحكام خاصة تتعلق بميراث المفقود، سواء تعلق الأمر بميراث المفقود من غيره، أو ميراث الغير من المفقود.

سنتناول بإذن الله في هذا البحث أحكام ميراث المفقود في الفقه الإسلامي الذي يعد زاخراً بالأحكام والآراء في المسألة مع بيان اختيارات تقنين الأسرة فيما يتعلق بميراث المفقود وما يرتبط بها من قواعد عامة تخص المفقود على العموم .  
و على هذا سنتعرض في محور أول للأحكام العامة للمفقود، ثم نخصص المحور الثاني للأحكام الخاصة بميراث المفقود.

### المحور الأول. الأحكام العامة للمفقود

و تتعلق بتحديد تعريف للمفقود و بيان شروط اعتبار الشخص مفقودا و التعرض لأقسام المفقود و تناول مسألة انتهاء الفقد و مختلف الإشكالات المتعلقة بهذا الوضع.

#### أولا . تعريف المفقود لغة و اصطلاحا

##### 1. تعريف المفقود لغة

فهو مشتق من فقد الشيء أفقده فقداً و فقداً، فهو اسم مفعول من المصدر فقَدَ: من باب ضَرَبَ و كذلك من المصدر فِقْدَاناً و فُقْدَاناً بضم و كسر الفاء، و اسم المفعول هو مفقود و فقيد ويأتي في اللغة على عدة معاني منها، الضائع، المعدم، المطلوب عند الغيبة<sup>1</sup>.

##### 2- تعريف المفقود اصطلاحاً<sup>2</sup>

فهو عند الحنفية اسم لشخص غاب عن بلده، لم يدر موضعه و لا أثره و لا يعرف خبره أنه حي أم ميت.

و هو عند المالكية "الذي غاب و انقطع خبره و لم يعلم له موضع ولا حياة" و هو عند الشافعية " من انقطع خبره و جهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها و له مال.

و هو عند الحنابلة" من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة كالأسر و الخروج للتجارة و السياحة و طلب العلم.

و يرى بعض الباحثين أن الفقهاء اتفقوا على تحديد وصف مشترك للمفقود وهو من جهلت حياته من موته، و انقطعت أخباره (عدا الأسير و السجين). و اختلفوا في مدى اعتبار الأسير مفقودا، حيث يرى جمهور الفقهاء أن الأسير يعد مفقودا إذا انقطع خبره، لعدم العلم بحياته من موته، و أما الإمام مالك رحمه الله فلا يرى اعتبار الأسير مفقودا سواء أعلم مكانه أم لم يعلم، لأنه معلوم الحياة، فيمكن الكشف عنه،

وأما السجين فيكون مفقودا عند جمهور الفقهاء إذا خفي حاله و تعذر الكشف عليه، في حين يرى المالكية أن السجين الذي لا يمكن الكشف عنه لا يعد مفقودا، لأنه معلوم الحياة، فيمكن الكشف عنه.<sup>3</sup>

و يقترح أحد الباحثين تعريفا للمفقود مضمونه أن المفقود هو من انقطعت أخباره، ولا يعرف مكانه، ولا تعلم حياته من موته، فهو يرى بإخراج الأسير والسجين، لإمكان الكشف عن حياته، كما يخرج الغائب الذي تعلم حياته، سواء تمكن أهله من الاتصال به أم لم يتمكنوا.<sup>4</sup>

و بالنسبة لتقنين الأسرة الجزائري فقد عرف المفقود في نص المادة 109 التي جاء فيها "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

و أعتقد أن الأسير و السجين في ظل تقنين الأسرة الجزائري إذا توفرت فيها شروط المفقود، أي كانا لا يعلم للمعني و إن كان في الأصل سجينا أو أسيرا مكان ولا يعلم أحي أم ميت فيعتبر مفقودا تطبيقا للمادة 109 من تقنين الأسرة، فالعبرة بتوفر الشروط.

و ألحقت المادة 110 الغائب وفقا لشروط مقررة بالمفقود، حيث نصت هذه المادة على "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

و نعتقد أن هذه المادة تحتاج إلى تقييد و تخصيص، إذ لا يمكن إلحاق الغائب بالمفقود في جميع أحكامه، فإذا كان بالإمكان أن نلحق الغائب بالمفقود في حصر أمواله و تعيين مقدما له لتسيير أمواله و تسلم ما استحقه الغائب من ميراث أو تبرع، وكذا فيما يتعلق بطلب زوجته التطلق و هو حكم منصوص عليه صراحة في المادة 112. فإنه لا يمكن تطبيق بعض الأحكام المتعلقة بالمفقود على الغائب لاختلاف الوضعين، و من بين تلك الأحكام الحكم بوفاة الغائب، فالغائب شخص معلوم الحياة عكس المفقود، لذلك لا بد من أفراد كل وضع بأحكام خاصة به.

### ثانيا. شروط اعتبار الشخص مفقود

لا يعد الشخص مفقودا إلا بشروط:

1. أن يكون غائبا لا تعرف حياته من موته ولا يعرف مكان تواجد، وفقا لما تم بيانه في تعريف المفقود.

2. أن يصدر الحكم باعتباره مفقودا، و للحكم بالفقد يجب رفع دعوى أمام القضاء، مع مراعاة الشروط الشكلية و الموضوعية لذلك،

و يؤول الاختصاص في ذلك لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة، حيث جاء في نص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

5. الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و فقدان و التقديم.

و قد حدد تقنين الأسرة من يمكنه أن يكون مدعيا في دعوى الفقد، فقد نصت المادة 114 من تقنين الأسرة" يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة". غير أن القانون لم يحدد المدعى عليه في الدعوى.

و نظرا للمانع الذي يعتري المفقود و هو الغياب لا يمكن أن ترفع الدعوى على المفقود مباشرة، و قد طرح هذا الإشكال على القضاء الذي قبل أن ترفع دعوى فقدان ضد النيابة العامة، رغم أن المادة 114 من تقنين الأسرة خولت للنيابة العامة أن تكون مدعية في دعوى الفقد فحسب، غير أن المادة الثالثة مكرر من القانون نفسه كرست صفة الطرف الأصلي للنيابة العامة في تطبيق تقنين الأسرة و منه يجوز رفع دعوى الفقد على النيابة العامة بصفتها طرفا أصليا، لكن الإشكال يبقى قائما لما تكون النيابة العامة مدعية في دعوى الفقد، فهل يمكن أن ترفع دعوى على نفسها، كما أن المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أعطت للنيابة العامة الحق في الاطلاع على ملف دعوى الفقد لتبدي رأيها فيه و هي في هذه الحالة تكون طرفا منضمما لا أصليا، وهذا الإجراء كان قاعدة جوهرية في القانون القديم و لم يعد كذلك، فلم يعد واجبا بموجب نص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>5</sup>.

لذلك يرى بعض الباحثين أن الحل أمام تلك الإشكالات هو طلب المدعي تعيين وكيل قضائي للمفقود يتولى تمثيله أمام الجهات القضائية، و يخضع ذلك حسب هذا الرأي للقواعد العامة في القانون المدني أي أحكام الوكالة الواردة في المادة 571 و ما يليها من القانون المدني<sup>6</sup>.

كما أن بعض القوانين التي جاءت لمعالجة بعض الظروف الخاصة، كما هو شأن فيضانات باب الواد بالجزائر العاصمة<sup>7</sup>، و زلزال بومرداس<sup>8</sup> جاءت بمفهوم مغاير لمفهوم المفقود في قانون الأسرة، غير أن هذه القوانين تتسم بطابع الوقتية، فهي قوانين

مؤقتة جاءت لمعالجة ظروف خاصة، ينتهي تطبيقها بنهاية آثار تلك الظروف، و يبقى قانون الأسرة هو القاعدة العامة في هذا الشأن.

وعلى اعتبار الفقد من مسائل الحالة و الأهلية لا بد من التأشير بالفقد على هامش سجلات الحالة المدنية و وثائق الحالة المدنية للمعني (شهادة الميلاد).

### ثالثا. أقسام المفقود

و يقسم المفقود إلى عدة أقسام اختلف في تحديدها الفقه الإسلامي<sup>9</sup> :

1. حيث ذهب بعض المالكية مثل ابن القاسم إلى تقسيم المفقود إلى ثلاثة أقسام، مفقود لا يدري موضعه، و مفقود في صف المسلمين في قتال العدو و مفقود في قتال المسلمين بينهم.

أما ابن جزري فجعل المفقود أربعة أقسام، مفقود في بلاد المسلمين و مفقود في بلاد العدو، و مفقود في قتال المسلمين مع الكفار، و مفقود في قتال المسلمين في الفتن.

ومن المالكية من أضاف قسما خامسا و هو المفقود في زمن تفشي الأوبئة والأمراض.

2. المفقود عند الحنابلة قسمين، الأول من انقطع خبره لغيبه ظاهرها السلامة، كأسر فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله، أو تجارة فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العودة لأهله أو لسياحة، فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلدان النائية عن بلده، أو الخروج لطلب العلم... فالذي يغلب على الظن في مثل هذه الأحوال و نحوها السلامة.

أما القسم الثاني فيضم من انقطع لغيبه ظاهرها الهلاك، كمن غرق في مركبه فيسلم قوم دون قوم أو فقد من بين أهله كمن يخرج للصلاة فلا يعود أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود أو فقد في مغازه أو بين الصفيين حال التحام القتال، فالذي يغلب على الظن في مثل هذه الأحوال و نحوها الهلاك.

أما الحنفية و الشافعية فجعلوا المفقود قسما واحدا و هو المنقطع الأخبار المجهول الحياة، فعلى اختلاف أحواله في سفره واحد، سواء قعد في بلده أو بعد خروجه منه، و سواء كسر مركبه أو فقد بين صفي حرب فهو في كل هذه الأحوال مفقود.

و بالرجوع إلى تقنين الأسرة الجزائري يظهر أنه أخذ بالتقسيم الثنائي للمفقود، أي برأي الحنابلة، و يستشف ذلك من نص المادة 113 التي جاء فيها "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد أربع سنوات".

فالمادة ميزت بين مفقود يغلب عليه السلامة و مفقود في حالات الحروب و الحالات الاستثنائية أي في حالات يغلب عليها الهلاك.

**رابعاً، آثار اعتبار الشخص مفقود:** إذا أعتبر الشخص مفقوداً ترتبت على ذلك المركز الجديد آثاراً سواء بالنسبة للمفقود في شخصه و ماله أو بالنسبة لغير المفقود.

ففي شخص المفقود بات من الممكن الحكم بموته، أما فيما يتعلق بأمواله ، فقد نصت المادة 111 من تقنين الأسرة على أن القاضي عندما يحكم بالفقد يقوم بحصر أموال المفقود و يعين في حكم الفقدان مقدماً من الأقارب أو غيرهم بقصد تسيير أموال المفقود و يتسلم ما استحقه المفقود من ميراث أو تبرع، و أوجبت المادة احترام مقتضيات نص المادة 99 من تقنين الأسرة المتعلقة بتعريف المقدم.

أما فيما يتعلق بآثار الفقد على الغير فيتعلق الأمر أساساً بحق زوجة المفقود في طلب التطليق و هو ما نصت عليه المادة 112 من تقنين الأسرة الجزائري، و أيضاً حق أحد الورثة أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة في طلب الحكم بموت المفقود.

**خامساً، انتهاء حالة الفقدان:** ينتهي الفقد بإحدى الحالات الثلاث الآتية<sup>10</sup>:

**الحالة الأولى:** تنتهي حالة الفقدان بظهور المفقود حياً و عودته إلى أهله و وطنه، فبظهوره تنتفي جهالة موته أو حياته.

**الحالة الثانية:** موت المفقود حقيقة، فإذا ما ثبت بالبينة أن المفقود قد مات، فقد انتهت حالة الفقدان، و لا بد من ثبوت موته أمام القاضي، - إلا أن الشافعية لا يشترطون صدور حكم بذلك - و يمكن للورثة أن يدعوا موت المفقود، و يقدموا البينة لإثبات ذلك، و يختار القاضي و كيلاً عن المفقود يخاصم الورثة، فإذا أثبت بالبينة موته قضى القاضي بذلك.

و أعتقد انه في ظل تقنين الأسرة الجزائري لا بد من صدور حكم بوفاة المفقود حتى في هذه الحالة أي الموت الحقيقي ، تطبيقاً لقاعدة توازي الأشكال فطالما نشأت حالة الفقد بحكم لا تزول إلا بحكم.

و لا بد من تسجيل الحكم في مصلحة الحالة المدنية.

فإذا كان الحكم بوفاة المفقود بناء على بينة أو أوراق رسمية تثبت موت هذا المفقود فالحكم هنا لا يكون منشئاً لموت المفقود بل مظهرها و كاشفاً له من التاريخ الذي حدد بالبينة المقدمة أو الأوراق الرسمية، و لا يوقف الحكم بموته في هذه الحالة على مضي مدة معينة بعد فقده ، و بناء على ذلك تقسم أمواله بين من كان موجوداً

من ورثته في هذا التاريخ، و أما من مات قبل ذلك التاريخ المحدد بالبينة او بالأوراق الرسمية فلا يكون مستحقا للميراث لعدم تحقق حياة الوارث وقت موت المورث، و يرث المفقود من مات قبل ذلك التاريخ، ولا يرث ممن مات بعده، لعدم تحقق شروط الإرث<sup>11</sup>.

**الحالة الثالثة:** الحكم بموت المفقود موتا حكما، وهذا يقتضي توفر مجموعة من الشروط و الإجراءات.

لا إشكال في حالة الحكم بموت المفقود بناء على بينة فالحكم يكون كاشفا لحالة الوفاة، لكن الإشكال يثور حول حالة الحكم على المفقود بالموت موتا حكما، حيث يرتبط بهذه الحالة عديد المسائل التي يجب توضيحها.

**المسألة الأولى:** تتعلق باشتراط صدور حكم قضائي بوفاة المفقود.

**المسألة الثانية:** المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

**المسألة الثالثة:** بعد تحديد القاضي للمدة إذا لم تكن قد انقضت بعد هل يجب صدور الحكم بالموت بعد انقضاء المدة أو لا يجب صدور الحكم؟

**\* المسألة الأولى: تتعلق باشتراط صدور حكم قضائي بوفاة المفقود:**

بالنسبة للفقه الإسلامي لم يتفق حول هذه المسألة<sup>12</sup>:

**القول الأول:** يرى أن المفقود يعتبر ميتا بمضي المدة التي تشترط لاعتبار المفقود ميتا، و لا يحتاج ذلك إلى صدور حكم قضائي بذلك، فتعتد زوجته و يقسم ماله على ورثته، و هذا قول عند الحنفية، و قول عند المالكية، و قول عند الشافعية، و قول عند الحنابلة، و حجتهم في ذلك أن المدة يمكن معرفتها و العلم بها، فمتى علمت فقد صار المفقود ميتا.

**القول الثاني:** يرى بوجوب صدور حكم من القاضي لاعتبار المفقود ميتا، و لا يكفي انقضاء المدة، و هذا قول عند الحنفية، و قول عند المالكية، و قول عند الشافعية، و قول عند الحنابلة، و رأيهم استصحابا لأصل الحياة الثابتة بيقين، و مضي المدة لا يكتسب درجة اليقين إلا بصور الحكم القضائي.

و يترتب على هذا الخلاف نتائج مهمة، فالذين قالوا بوجوب صدور الحكم بالموت اعتبروا الحكم منشئا لحالة الوفاة، و الذين قالوا بعدم وجوب الحكم اعتبروه مظهرا و كاشفا لها، و على القول بأن الحكم منشئ لا تستطيع الزوجة أن تبدأ عدة الوفاة و لا أن تتزوج إلا بعد صدور الحكم، و كذلك فإن أموال المفقود لا توزع إلا بين الورثة الموجودين وقت صدور الحكم، فلو مات قبل ذلك و لو بلحظة لم يرث منه شيئا لجواز موته فيها، فعندهم كأن المفقود مات حقيقة وقت صدور الحكم.



و على القول بأن الحكم مظهر أي كاشف ، فإن عدة الزوجة تبدأ من تاريخ انتهاء مدة التربص (المدة اللازمة للحكم بوفاة المفقود) أو بلوغ المفقود السن التي لا يمكن أن يحيا بعدها(حسب الرأي المعتمد في الحكم بموت المفقود)، و أن ميراث المفقود يقسم بين ورثته الأحياء في ذلك التاريخ و ليس من تاريخ صدور الحكم<sup>13</sup> .

و بالرجوع لتقنين الأسرة الجزائري نلاحظ أنه أخذ بالرأي الثاني حيث اشترط صدور حكم بوفاة المفقود. و هذا التوجه ظاهر في المواد 113 ، 114 و 115 من تقنين الأسرة الجزائري.

و يجب رفع دعوى للحكم بوفاة المفقود مع ضرورة احترام ما يقضي به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في هذا الشأن، كما ينبغي احترام ما نص عليه قانون الحالة المدنية سيما المادتين، 89 و 90 و 91 منه<sup>14</sup> .

### المسألة الثانية: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

على صعيد الفقه الإسلامي، فقد اختلف اختلافا واسعا حول تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، حتى داخل المذهب الواحد، و فيما يلي عرض الخلاف<sup>15</sup> :

\* **مذهب الحنفية:** ظاهر الرواية عند الحنفية أن يحكم بموت المفقود إذا لم يبق أحد من أقرانه، فإذا مضى من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته. ثم اختلفوا في التفاصيل:

- فذهب البعض على أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد، وقال آخرون أن المعتبر موت أقرانه في بلده، فإن الأعمار تختلف طولا و قصرا بحسب الأقطار بحسب العادة التي يجريها الله سبحانه و تعالى.

- و عن أبي حنيفة أنه قال " إذا تم له مائة و عشرين سنة من يوم ولد حكمنا بموته.

و عند أبي يوسف أنه، إذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته.

- و اختار الشيخ أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة، و اختار المتأخرون أنها ستون سنة.

و يقول الكمل بن همام " و عندي الأحسن سبعون لقوله صلى الله عليه و سلم" أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين"، فكان المنتهى غالبا.

و القول الأخير للحنفية ما روي عن الإمام أبي حنيفة أنه يفوض إلى رأي الإمام فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته<sup>16</sup> ، و اعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كأنه مات فيه معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي و هذا غير خارج عن ظاهر الرواية و هو ما ذهب إليه الزيلعي و الهروي.

\* **مذهب المالكية:** يفرق الإمام مالك رحمه الله بين عدة حالات أو بحسب أقسام المفقود:

### . فبالنسبة للمفقود في بلاد المسلمين

- إذا رفعت زوجته أمرها إلى القاضي كلفها إثبات الزوجية وغيبته، فإذا أثبتت ذلك عنده كتب إلى والي البلد الذي يظن أنه فيه أو البلد الجامع إن لم يظن به في بلد بعينه مستبجثا عنه ويعرفه في كتابه باسمه ونسبه وصفته ومتجره، ويكتب بذلك إلى نواحي بلده، فإن وقف له خبر فليس بمفقود ويكاتبه بالرجوع أو الطلاق، فإن أقام على الإضرار طلق عليه، وإن رد الإمام جواب كتابه بأنه لم يعلم له خبر ولا يوجد له أثر ولا عرفت حياته من موته، ضرب لامرأته أجلا أربعة أعوام إن كان حرا أو عامين إن كان عبدا، فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت إن شاءت.

قال ابن عبد الحكم أن الأجل يضرب من يوم الرفع (من يوم رفع الزوجة الأمر إلى القاضي).

- وأما بالنسبة لمال المفقود في بلاد المسلمين عند المالكية فيوقف ولا يورث عنه حتى يعلم موته أو يأتي عليه الزمان ما لا يجيء إلى مثله.

و اختلف في حد ذلك في مذهب مالك:

فروي عن ابن القاسم ومالك سبعون سنة، وإليه ذهب آخرون واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم " أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين". إذ لا معنى لقوله إلا الإخبار بما يتعلق به الحكم.

- وروي عن مالك ثمانون سنة وتسعون، وقال أشهب مائة سنة، وحكى الداودي عن محمد ابن الحكم مائة وعشرون عاما.

وروي أيضا عن الإمام مالك بن أنس أنه لم يجعل لتلك المدة حدا، بل جعل تقديرها إلى اجتهاد الحاكم<sup>17</sup>.

- وأما المفقود في بلاد العدو فلا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، وذهب أشهب إلى أنه يعتبر كالمفقود في بلاد المسلمين في زوجه وماله.

- وأما المفقود في قتال الكفار، ففيهم أربعة أقوال في مذهب مالك:

**الأول:** رواية ابن القاسم عن مالك: لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله.

**الثاني:** رواية أشهب عن مالك: يحكم له بحكم المقتول بعد أن يتلوم ( أي ينتظره مدة، و التلوم بمعنى الانتظار) سنة من يوم رفع أمره إلى السلطان ثم تعتد امرأته وتتزوج ويقسم ماله.

**الثالث:** يحكم له بحكم المفقود في بلاد المسلمين في زوجه و ماله ، فيضرب له أجل أربعة أعوام ثم تعدت امرأته و تتزوج ، ولا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء إلى مثله.

**الرابع:** يحكم له بحكم المقتول في الزوجة فتعدت به بعد التلوم و تتزوج و لا يقسم ماله حتى يعلم بموته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله.

. و أما المفقود في الفتن في قتال المسلمين بعضهم ببعض ففيه قولان:

**الأول:** قال مالك و ابن القاسم: ليس في ذلك أجل معين ، فلا يحكم له بحكم المقتول في زوجته و ماله ، فتعدت زوجته و يقسم ماله من يوم التقاء الصفيين ، فإن لم يوجد بعد انقضاء المعركة فيحكم بموته و يقسم ماله ، ثم اختلفوا هل ذلك من يوم المعركة أم بعد التلوم:

\* قيل من يوم المعركة قريبة كانت أو بعيدة و هو قول سحنون.

\* و قيل بعد التلوم له على قدر ما تعرف من هرب أو انهزام فإن كانت المعركة على بعد مثل إفريقية من المدينة ضرب لامرأته أجل سنة ، ثم تعدت و تتزوج و يقسم ماله ، فإنما ضرب له سنة إذا كانت المعركة بعيدة مثل إفريقية عن مصر و مصر عن المدينة.

**الثاني:** رواية أشهب عن مالك: يضرب له أجل سنة ثم تعدت امرأته و تتزوج و لا يقسم ماله حتى يأتي عليه الزمان ما لا يعيش إلى مثله ، و هو قول الأوزاعي ، و قيل يترك ذلك لاجتهاد الإمام.

**ثالثا. مذهب الشافعية:** عند الشافعية من فقد أو انقطع خبره و طال غيبته و لم يعلم له موت و لا حياة و له مال و أريد الإرث منه ترك ماله و لا يقسم حتى تقوم بينة بموته أو ما يقوم مقام البينة ، وذلك بأن تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، فلا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر من ذلك على الصحيح و قيل يشترط و يجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن.

فإذا مضت المدة المذكورة فيجتهد القاضي حينئذ و يحكم بموته من غير أن يتقدر ذلك بزمان محصور ، لأن الأصل بقاء الحياة ، فلا يورث إلا بيقين ، و قيل تقدر بسبعين و قيل بثمانين و قيل بتسعين ، و قيل بمائة و قيل بمائة و عشرين ، إلا أنها أقوال غير معتبرة<sup>18</sup>.

\* **مذهب الحنابلة:** و تقسم لديهم المدة إلى قسمين تبعا لتقسيم المفقود<sup>19</sup>:

. من انقطع خبره و لو كان عبدا لغيبة ظاهرها السلامة:

كالأسر أو تجارة أو سياحة أو نحوها كطلب العلم و الذي يغلب على الظن في مثل هذه الأحوال هو السلامة، فالذي حاله هذا فيه روايتان:

**الأولى:** ينتظر به تمام تسعين سنة منذ ولد، و قيل هذا المذهب لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه باليقين، فإن فقد و هو ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره، و قيل ينتظر به إلى تمام سبعين سنة يوم فقد.

**الثانية:** لا يقسم ماله و لا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها و ذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم، لأن الأصل حياته و التقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف و لا توقيف ها هنا فوجب التوقف.

### . من انقطع لغيبة ظاهرها الهلاك

كمن غرق في ركبته فسلم قوم دون قوم أو فقد من بين أهله كأن يخرج إلى الصلاة فلا يعود أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود، أو فقد في مفازة (المكان الذي يغلب على ظن سلوكه أنه يهلك فيه)، أو فقد بين الصفين حال التحام القتال، فمتى فقد إنسان في هذه الأحوال أو نحوها أنتظر به تمام أربع سنين منذ فقد لأنها أكثر مدة الحمل و لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين و التجار، فانقطع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب فيه ظن الهلاك، إذ لو كان باقيا لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية، فلذلك حكم بموته في الظاهر. فيجعل ماله لورثته، و لأن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين اتفقوا على اعتداد امرأته بعد تزوجها هذه المدة و حلها للأزواج فيجعل ماله لورثته، و إذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع ففي المال أولى.

فإذا لم يعلم خبره بعد التسعين في القسم الأول أو الأربع سنين بعد الفقد في القسم الثاني قسم ماله بين ورثته و اعتدت امرأته عدة الوفاة. فيلاحظ اختلاف كبير بين المذاهب في المسألة و لكل مذهب أو رأي حججه وأسانيده.

و يجدر القول أن الذين ذهبوا إلى تحديد المدة و تقديرها بأربع سنين في الزوجات و الأموال قد ذهبوا إلى ما ذهب إليه من الصحابة عمر و عثمان و ابن عباس و ابن عمر و ابن الزبير و هو رواية عن ابن مسعود و ذلك في الأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه و عن الصحابة أجمعين. و من الفقهاء مالك و الأوزاعي و أحمد و إسحاق و هو قول الشافعي في القديم<sup>20</sup>.

**\* موقف تقنين الأسرة الجزائري**

نصت المادة 113 من تقنين الأسرة الجزائري " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".  
الظاهر من النص و كأنه ميز بين حالتين:

**الحالة الأولى:** حالة فقدان في الحروب و الحالات الاستثنائية، أي الحالات التي يغلب فيها الهلاك، ففي هذه الحالة يتحرى القاضي عن المفقود بعد رفع دعوى للحكم بموته من أحد الورثة أو النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة في ذلك، و يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات.

**الحالة الثانية:** الحالات التي تغلب فيها السلامة، ففي مثل هذه الحالات للقاضي السلطة التقديرية في تحديد المدة التي يحكم فيها بالموت، لكن بعد مرور أربع سنوات. و في جميع الحالات يقوم القاضي قبل الحكم بالوفاة بالتحري و البحث. و يكون البحث و التحري بكل الإمكانيات المتاحة سواء بالمراسلة أو الإعلان عنه في الصحف و المجلات و سائر وسائل الإعلام<sup>21</sup>.

و الملاحظ أن التمييز بين الحالتين تمييز شكلي ليس إلا ، ففي الحالة الأولى لا يمكن للقاضي أن يحكم بالوفاة قبل مرور أربع سنوات و يمكن له أن يحكم بعد مرور أربع سنوات كما يمكنه أن لا يحكم حتى و لو مرت أربع سنوات فالأمر جوازي، و في الحالة الثانية لا يمكنه أن يحكم بالوفاة قبل مرور أربع سنوات، و له أن يحكم في أي مدة بعد الأربع سنوات ، فأين الفرق؟.

فالواضح أن المقصود الذي لم يُحسّن التعبير عنه هو أن يحكم القاضي بالوفاة وجوبا في الحالة الأولى أي حالة الحروب و الحالات الاستثنائية بعد مرور أربع سنوات سيرا على نهج بعض الفقه الإسلامي، أما في الحالات التي تغلب فيها السلامة فله سلطة تقديرية في تقدير المدة التي يحكم فيها بالوفاة على ألا تقل عن أربع سنوات من يوم الفقد. و الحكم بالوفاة في الحالتين حكم بوفاة حكمية و ليست حقيقية ، لأن الحكم بالوفاة الحقيقية التي تثبت بالأدلة لا تحتاج إلى مضي مدة معينة.

و نشير في هذا الشأن ، أن بعض الباحثين<sup>22</sup> يرى أن المقصود بحالة الحرب، هو حالة الحرب بالمدلول الدستوري ، حيث يشترط لقيام حالة الحرب كما ينص عليه الدستور الجزائري أن يتوجه رئيس الجمهورية بخطاب للأمم يعلن حالة الحرب و يعلق فيها العمل بالدستور، أما بالنسبة للحالات الاستثنائية فيرى نفس الباحث أنها جاءت

عامة في نص المادة 113 من تقنين الأسرة، فلا يقصد منها فقط الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور، و نعتقد أن هذا التوجه غير صحيح ، فالمقصود بحالة الحرب هو المفهوم العام و الواقعي و الفعلي لحالة الحرب لا المفهوم الدستوري، فعلى فرض اعتداء دولة ما على الجزائر عسكريا فالمفقود الذي فقد بسبب ذلك يعتبر مفقودا في حالة الحرب بغض النظر عن المقتضيات الدستورية، فالمصطلح قد يكون له أكثر من معنى بالنظر إلى القانون الذي جاء به و الأهداف المسطرة منه، فحتى في القانون الدولي يختلف مفهوم الحرب في التفاصيل عن مفهومها في الدستور، كما أن إجراءات إعلان حالة الحرب ، غير حالة الحرب ذاتها، لذلك فهذه الحالة تأخذ أيضا بمفهوم عام ، و إلا كان علينا أن نقتصر أيضا في تحديد الحالة الاستثنائية على ما ينص عليه الدستور.

و استنتج الباحث أن حالة الطوارئ باعتبارها حالة استثنائية من الناحية الدستورية<sup>23</sup>، تجعل الفقد فيها يخضع لأحكام الفقد في الحالات الاستثنائية، و هذا الطرح في وجهة نظرنا غير صحيح على الأقل في جانب منه، فإذا فقد شخص في ظل إعلان حالة الطوارئ و لكنه سافر للسياحة أو لطلب العلم فهل يعتبر مفقودا في الحالات الاستثنائية؟

الأكد لا، بل حتى و لو خرج و البلد في حالة حرب و خرج لطلب العلم مثلا فأعتقد أنه يكون خاضعا للحالات العادية ما لم يفقد بسبب الحرب أو أي حالة استثنائية أخرى. و ما ينبغي الإشارة إليه أن تقنين الأسرة لم يحدد صراحة تاريخ بداية المدة المعتبرة للحكم بوفاة المفقود، فهل يبدأ حسابها من تاريخ الفقد الفعلي أو من تاريخ صدور الحكم بالفقد أو من تاريخ رفع الدعوى، أو من تاريخ ضرب القاضي للأجل. لكن المعمول به هو حساب المدة من تاريخ الفقد الذي يحدده الحكم القضائي. و بالرجوع للفقه الإسلامي يعرض صاحب المغني روايتين<sup>24</sup>.

**الأولى:** تبدأ المدة من تاريخ ضرب الحاكم لها ، لأنها مدة مختلف فيها فافتقدت لضرب الحاكم لها.

**والثانية:** من حيث انقطع خبره و بعد أثره(من تاريخ الفقد) لأن ظاهر موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان .

و للشافعي وجهات كالروايتين، و أما المالكية فعندهم بالنسبة لزوجة المفقود فمن يوم أن ترفع أمرها إلى القاضي(من يوم رفع الدعوى).

و نشير أنه بالنسبة للذين يعتمدون سن المفقود للحكم بموته فإن المدة طبعاً تحسب من تاريخ ولادة المفقود.

و عن تحديد طبيعة الحكم بالفقد هل هو منشئ لحالة الفقد أم كاشف لها فقط؟ تنص المادة 109 من تقنين الأسرة "...و لا يعتبر مفقوداً إلا بحكم". لذلك يرى بعض الباحثين أنه من تاريخ صدور الحكم بالفقد يعتبر الشخص مفقوداً و تترتب في حقه الآثار التي تنجم عن هذا الوضع<sup>25</sup>.

لكن أعتقد أن الأسلم اعتبار الحكم كاشفاً لأنه يتعلق بإثبات وقائع مادية حدثت فعلاً ، و لأن اعتماد تاريخ الحكم سيؤدي إلى الإضرار بالغير في بعض الحالات ، فكيف يكون مثلاً الشخص مفقوداً تسعون سنة ثم يرفع دعوى للحكم بوفاة المفقود فنتطالبه بالحصول على حكم بالفقد ثم انتظار مدة أربع سنوات للحكم بالوفاة . وكيف يكون مفقوداً من يوم صدور الحكم بالفقد و هو فالحقيقة مفقود قبل ذلك ، وقد يكون لمدة طويلة جداً.

الأولى في اعتقادي اعتماد التاريخ الفعلي للفقد ، و على القاضي أن يحدده في الحكم الصادر بإثبات الفقد ، فالحكم يتعلق بالإثبات و الكشف و الإظهار وليس بالإشياء.

و عن إمكانية الحكم بالفقد و الوفاة في نفس الحكم فقد قضت المحكمة العليا أنه لا يمكن الحكم بالوفاة و الفقد في آن واحد ، حيث جاء في قرار لها من المقرر قانوناً أن الشخص الغائب يعتبر مفقوداً بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك ، و من ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه ، ولما ثبت - من قضية الحال - أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان و الموت في آن واحد ، فإن ذلك يجعل الإجراءات المتبعة باطلة ، مما يستوجب إبطال قرارهم<sup>26</sup>.

**المسألة الثالثة: بعد تحديد القاضي للمدة إذا لم تكن قد انقضت بعد هل يجب صدور الحكم بالموت بعد انقضاء المدة أو يجب صدور الحكم؟**

بمعنى أن من له مصلحة يقوم برفع الدعوى ، فيحدد القاضي أجلاً ، فبالنسبة للتقنين الأسرة فالقاضي يحدد مدة أربع سنوات في حالات الحروب ، و ما لا يقل عن أربع سنوات في الحالات التي يغلب عليها السلامة ، و هذا الأجل يصدر من طرق القاضي. فهل بعد انتهاء الأجل المضروب من القاضي لا بد من الرجوع إليه للحكم بالوفاة ، أو أن انتهاء الأجل يجعل المفقود في حكم الميت دون الحاجة إلى حكم؟ بالنسبة للفقه الإسلامي في المسألة قولين:

**الأول:** لا بد من صدور حكم القاضي بموت المفقود فلا يكفي مضي المدة، و إلى ذلك ذهب الحنفية و هو المنصوص عندهم في المذهب، و هو قول عند المالكية و به أخذ الشافعية و هو قول عند الحنابلة.

**الثاني:** لا حاجة لصدور الحكم بالموت، بل يكفي مضي المدة، و هو القول الأصح عند الحنابلة، و قول للحنفية و المالكية.

بالنسبة لتقنين الأسرة الجزائري، فإنه لا بد من صدور حكم بموت المفقود و لا يكفي انقضاء المدة، و ذلك ما تقتضيه المواد 113، 114 و 115 من تقنين الأسرة. فالقاضي في اعتقادنا يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع لا يكون قابلا للطعن إلا مع الحكم في الموضوع، يتضمن هذا الحكم قبل الفصل تحديد مدة للحكم بعدها بوفاة المفقود، فإذا انقضت المدة يقدم المعني بطلب الوفاة عريضة رجوع بعد انتهاء المدة لاستصدار حكم بموت المفقود.

مع مراعاة خصوصية هذا الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع لارتباطه بمدة معينة. هي تلك التي حددها القاضي ليحكم بعدها بوفاة المفقود.

و ليس هناك ما يمنع من رفع دعوى جديدة لاستصدار حكم بوفاة المفقود بعد انتهاء المدة طالما ليس هناك نص يحدد كيفية استصدار الحكم بعد انتهاء المدة. لكن ما طبيعة هذا الحكم، هل هو منشئ أم كاشف؟

**المسألة الرابعة: طبيعة الحكم بالوفاة:** يعني هل ينشئ الحكم الوفاة أم يكشف عنها فقط؟

ليس هناك عبارات صريحة في تقنين الأسرة تفيد تبني رأي معين، ما يستوجب الرجوع للفقه الإسلامي ثم محاولة إجراء مقارنة بين هذا الفقه و مضمون تقنين الأسرة تطبيقا لنص المادة 222 منه.

حيث ذهب الشافعي و أحمد إلى اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الفقد.

أي أن الحكم لديهما كاشف.

في حين ذهب أبو حنيفة و مالك إلى التفرقة بين ماله الذي يورثه إلى الغير و بين المال الذي يرثه من الغير:

فبالنسبة لماله اعتبروه ميتا من تاريخ الحكم.

أي أن الحكم في هذه الحالة منشئ.

و بالنسبة لما يرثه من الغير اعتبروه ميتا من تاريخ الفقد.

و حجتهم في ذلك أن من شروط التوريث أن يكون الوارث حيا عند موت المورث، و هذا الشرط لم يتوفر لا في المفقود و لا فيمن يرث منه.



فالحكم في هذه الحالة كاشف.

و بالرجوع إلى تقنين الأسرة الجزائري و تفريقا بين اعتباره ميثا بالنسبة لماله و اعتباره ميثا بالنسبة لما يرثه من الغير نلاحظ:

### أولا . بالنسبة لما يرثه من الغير

**يلاحظ أن المادة 133 من تقنين الأسرة جاء فيها** " إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

فالمادة رغم اعتبارها المفقود حي قبل الحكم بالوفاة و هذا أخذا بطريقة من طرق التوريث المنصوص عليها في الفقه الإسلامي إلا أنها لم تبين إذا حكم بموته هل يعتبر ميثا من تاريخ الحكم أم من تاريخ الوفاة.

و أحالتنا المادة السابقة إلى المادة 113 التي جاء فيها " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

و الملاحظ أن هذه المادة لم تحدد طبيعة الحكم هل هو منشئ أو كاشف، بمعنى أنها لم تحدد متى يعتبر المفقود ميثا هل من تاريخ الحكم أم من تاريخ الوفاة.

و الحال كذلك يجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي تطبيقا لنص المادة 222 قانون أسرة.

و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نلاحظ أن كلا من الأئمة أحمد و الشافعي و مالك و ابو حنيفة متفقون على أن الوفاة بالنسبة لميراث المفقود من الغير تكون من يوم الفقد ، بمعنى أن الحكم كاشف للوفاة، و إن اختلفوا بالنسبة لحالة مال المفقود أي ميراث الغير من المفقود.

و عليه أعتقد أن الحكم بالوفاة في تقنين الأسرة كاشف لا منشئ، و يظهر هذا أيضا من خلال سياق المادة 113 من تقنين الأسرة.

حيث نصت المادة على جواز الحكم بوفاة المفقود بمرور مدة معينة و هي أربع سنوات، فمرور هذه المدة قرينة على وفاة المفقود، و ليس من المستساغ في وجهة نظري أن نقول أنه كان حيا عند الفقد و بمرور مدة أربع سنوات و هي قليلة قد مات، بل نقول أنه طالما لم يظهر خلال أربع سنوات فالاحتمال الأكبر أنه يكون قد مات من تاريخ الفقد و بذلك فيكون الحكم كاشف و ليس منشئ غاية ما في الأمر أن القاضي لم يؤسس حكمه على أدلة إثبات قاطعة كشهادة الشهود أو وثيقة رسمية و

إنما أسس حكمه على القرائن و هي في هذه الحالة قرائن بسيطة قابلة لإثبات العكس فإذا ظهر المفقود حيا صدر حكم بإلغاء الحكم الصادر بوفاته و إذا ثبت بالأدلة أن تاريخ وفاته كان غير تاريخ الفقد فلا بد من تعديل التاريخ الذي تضمنه الحكم السابق (تاريخ الفقد).

كما أن وقف نصيب ميراث المفقود من غيره قبل صدور الحكم بوفاته دليل قاطع على أن بالحكم يعتبر ميتا من يوم الفقد لا من يوم صدور الحكم ، و إلا لماذا نوقف له نصيبه، بل الأولى أن نحجزه له بصفة نهائية طالما يعتبر حيا و لو صدر الحكم (بناء على التحري و غلبة الظن لا بناء على بينة) يبقى كونه حيا عند وفاة مورثه، لكن على اعتبار أن قواعد ميراثه تقضي في حالة الحكم بوفاته إلى إرجاع ما ورثه قبل صدور الحكم إلى ورثة مورثه بعد صدور الحكم دليل على أن الحكم كاشف، و لو اعتبرنا الحكم منشأ لوزعنا نصيبه على ورثته هو لا على ورثة مورثه.

و في هذا يرى بعض المختصين فيما يتعلق بميراث المفقود من غيره إذا صدر الحكم بناء على غلبة الظن و القرائن و التحريات فإن للحكم أثرا رجعيا حيث يعد المفقود ميتا من تاريخ الفقد فلا يرث المفقود في تركة من مات من أقاربه في حالة فقده. كما أن شرط الميراث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث و المفقود مشكوك في حياته فلا يرث غيره، و حياة المفقود ثابتة بالاستصحاب إبقاء لما كان على ما كان حتى يثبت خلافه و الاستصحاب حجة كافية للدفع لا للإثبات عند الأحناف و المالكية، بمعنى أنها تمنع الضرر و لا تجلب النفع فيبقى مال المفقود على ملكه و لا تقسم أمواله بين ورثته دفعا للضرر عنه باعتباره حيا استصحابا و لكن هذه الحياة الثابتة بالاستصحاب فقط لا تثبت حقوقا فلا يرث المفقود من غيره استنادا عليها<sup>27</sup>.

**ثانيا. بالنسبة لماله (ميراث الغير منه):** أجمع علماء الشريعة الإسلامية على أن المفقود لا يقسم ماله فور فقده، سواء أكان فقده في حالة تغلب فيها السلامة أم كان في حالة تغلب فيها الهلاك، و عند الحكم بموته لا يرثه إلا من كان حيا في وقت الحكم أو في الوقت الذي يسند القاضي موته إليه (في حالة إثبات وفاته حقيقة)، و لا يرثه أحد ممن مات قبل ذلك، لأنه يعتبر ميتا في هذا الوقت، و شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت المورث، و لا يرثه أحد ممن استكمل شرط الإرث بعد الحكم بموته أو بعد الحكم الذي أسند الحكم موته إليه و لو بلحظة واحدة، فمن كان من أقاربه رقيقا فأعتق أو كافرا فأسلم بعد ذلك الوقت لم يرث شيئا، لأن شرط الإرث كون الوارث على صفة الاستحقاق في وقت موت المورث، و وقت الحكم أو الوقت الذي أسند إليه بمنزلة الوقت الذي مات فيه حقيقة<sup>28</sup>.

و اعتبار المفقود حيا في حق ماله هو باستصحاب الحال، لأن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين أو ما نزل منزلته و هو الحكم، و الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان و لا يصلح لإثبات ما لم يكن، و ملكه في أحكام أمواله و نسائه قد كان، و استصحاب حال الحياة لإبقائه، و أما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الإثبات، و استصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن، و في الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان، و في توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتا له، و لأن حياته باعتبار الظاهر، و الظاهر حجة لدفع الاستحقاق و ليس بحجة الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره و يندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر<sup>29</sup>.

و فيما يلي بعض أقوال الفقهاء في هذه المسألة<sup>30</sup>:

**\* الحنفية:** الأصل في المفقود أنه يجعل حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لا يورث عنه ماله، و لا يقسم بين ورثته ما لم يعلم موته.

**\* المالكية:** لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله، فيقسم ميراثه من يوم يموت.

**\* الشافعية:** قال الإمام الشافعي في كتابه الأم " كان معقولا عند الله عز وجل ثم عند رسول الله صلى الله عليه و سلم، ثم لسان العرب و قول عوام أهل العلم ببلدنا أن امرأ لا يكون موروثا أبدا حتى يموت، و قد قلنا هذا القول في المفقود فلا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته.

**\* الحنابلة:** لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله، و لا يرث من المفقود من مات من ورثته قبل ذلك أي الوقت الذي يقسم ماله فيه، لأنه بمنزلة من مات في حياته.

و على هذا فإن الحكم بموت المفقود بالنسبة لأمواله منسئ و ليس كاشفا، فيعتبر ميتا من وقت الحكم بوفاته إذا حكم بذلك بناء على التحقيق و التحري و غلبة الظن بانتهاء المدة المقررة للوفاة، أو من الوقت الذي أسندت فيه الوفاة إذا حكم بموت المفقود بشهادة شهود أو بوثيقة رسمية.

و قد نصت المادة 115 من تقنين الأسرة " لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، ...".

فهذه المادة واضحة الدلالة في كونها أخذت بما قضى به الفقه الإسلامي في المسألة فلا يورث المفقود إلا بعد الحكم بموته، و لا يستحق ميراثه إلا الورثة الأحياء

بتاريخ صدور الحكم إذا كان الحكم بناء على انتهاء المدة المقررة في نص المادة 113 من تقنين الأسرة. و في حالة إسناد الوفاة بناء على أدلة قطعية إلى تاريخ سابق لتاريخ صدور الحكم لا يرث المفقود إلا من كان حيا في التاريخ الذي أسندت إليه الوفاة. وقد يقول قائل سيما من الناحية القانونية، كيف يكون الحكم الواحد منشأ في جانب و كاشفا في جانب آخر، نرد أن هذا الوضع معروف و مألوف، فعديد الباحثين مثلا يرون الحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة كاشفا في جانب حل الرابطة الزوجية و منشأ للحق في التعويض لذلك لا يكون قابلا للاستئناف في الشق المتعلق بحل الرابطة الزوجية و يكون قابلا للاستئناف في الجانب المادي.

### المحور الثاني. الأحكام الخاصة بميراث المفقود

قد يكون المفقود مورثا أي يكون هو الميت الذي تنتقل تركته إلى غيره من ورثته. وقد يكون المفقود وارثا من غيره كأن يموت شخص يكون المفقود من ورثته.

**أولا. ميراث الغير من المفقود:** نتعرض فيه لوقت توريث الغير من المحكوم، ثم نناقش مسألة ظهور المفقود حيا بعد توزيع ماله.

#### 1. وقت توريث الغير من المفقود

لا تورث أموال المفقود إلا بعد أن يتبين أمره، فتبقى أمواله على ملكه و تحفظ له لحين عودته أو الحكم بموته، فإن ثبتت و فاته في تاريخ معين انتقلت تركته إلى ورثته الموجودين على قيد الحياة في ذلك التاريخ الذي مات فيه(و لو كان قد مات الوارث بعد ذلك التاريخ و قبل الحكم بموت المفقود).

و إن لم تعلم حياته و لا وفاته بدليل و استمر الحال على ذلك بقيت أمواله على ملكه إلى أن يحكم القاضي بوفاته، و إذا حكم القاضي بوفاته انتقلت أمواله إلى ورثته الموجودين وقت الحكم إذ أن المفقود يعد ميتا بالنسبة لأمواله من تاريخ الحكم فقط لا من تاريخ الفقد، و يعتبر تاريخ الحكم هو وقت وفاته حكما و على ذلك من يموت قبل صدور الحكم من ورثته لا يرث المفقود و لو كان الموت بعد رفع الدعوى<sup>31</sup>.

#### 2. آثار ظهور المفقود حيا على ماله

من المقرر أنه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم القضائي بوفاته و اعتباره ميتا موتا حكما فما يكون له من مال سواء قبل الغياب أم كان يمكن أن يكتسبه بعد الغياب بحكم الشرع، ففي هذه الحالة يأخذه و ترد جميعها إذا كانت هذه الأموال قائمة قسمت أو لم تقسم بين الورثة، لأن الملكية فيها ثابتة، و انتقلها إلى الورثة مبني على أساس الوفاة و قد ظهر نقيضها<sup>32</sup>.

33

و ترد هذه الأموال سواء كانت بيد الورثة أو بيد غيرهم .  
 أما ما أنفقه القاضي أو وكيله بأمره على زوجته و أولاده و ماله و غلته فلا يرجع في شيء من ذلك عليهم، لأن القاضي لما ثبت له ولاية الإنفاق كان فعله كفعل المفقود نفسه، و كذلك ما أنفقوا بأنفسهم من دنائير و دراهم في وقت حاجتهم إلى النفقة، لأن من له حق النفقة إذا ظفر بجنس حقه كان له أخذه بالمعروف، فلا يضمنون شيئاً من ذلك، كذلك إذا كان ماله طعاماً فأكلوه أو ثياباً فلبسوه لأن ذلك من جنس حقهم<sup>34</sup> .

و كذلك الحكم يكون في كل حال خرج المال عن ملك الورثة بسبب مشروع، لأنه لا سبيل إلى تضمين المشتري، ولا الأخذ جبراً عنه، لأنه ملك بسبب شرعي، و من عادلة متصرفة، تسوغ منها كل التصرفات الشرعية<sup>35</sup> .

أما إذا كان ماله قد أنفق أو تلف (استهلك)، فإن أهل العلم منقسمون في ذلك<sup>36</sup> :

1. أن عليهم ضمان هذا المال و يرجع على من أخذ ماله على الصحيح من مذهب الحنابلة بقيمة متقوم و مثل مثلي لتعذر رده يعينه، بمعنى إذا كان قيميا استرد قيمته وإذا كان مثليا استرد مثله.

2 لا ضمان عليهم في هذا المال ولا يرجع عليهم بشيء لأنه إنما جاز اقتسام المال في الظاهر و جاز التصرف فيه بأمر الحاكم، و قد قسم بحق لهم فلا ضمان عليهم في ذلك المال. فالذي استهلك من مال لا يطالب بقيمته لأن المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعيان و الضمان يكون بأحد الأمرين، إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة، و إما بالتعدي، و هنا لا عقد أو يجب الضمان و لا تعدي، إذ أن أيديهم يد شرعية أخذت المال بحكم شرعي، و إذا لم يوجد سبب للضمان فإنه لا يجوز له أن يضمنهم القيمة، و يستوي في هذا الورثة الذين ورثوا مال مورثهم الذي كان يرثه إذا ثبت حياته وقت موته، و الورثة الذين يرثونه على أساس وفاته، و تبين أنه حق يرزق<sup>37</sup> .

أما لو أنفقت المرأة على نفسها و على أولادها الصغار مال المفقود في الأربع سنين أو بعدها ثم جاء الخبر أنه قد مات قبل ذلك، فترد ما أخذت من ماله من يوم توفى فكان لها الميراث و كذلك ولده فيما أنفق عليهم<sup>38</sup> .

و إذا كان الحكم بموت المفقود بناء على شهادة وقد تبين خطؤها بعودة المفقود حياً، و قد قسم ماله بناء على هذه الشهادة التي كانت هي السبب في استيلاء غيره على ماله فيجب أن تضمن هذه الشهادة (الشاهد) ما تلف من ماله و كذلك

تضمن مهر الزوج الثاني أو مهر الزوج الأول (بحسب الخلاف و الرأي المعتمد) الذي أخذ منه لأنها تسببت في غرمه<sup>39</sup>.

بالنسبة لما كان يستحقه المفقود في تركة غيره في المال الموقوف له ثم أعيد إلى ورثة هذا الغير بعد الحكم عليه بالموت ، فإن ذلك يسحب أيضا من أيدي هؤلاء الورثة مرة أخرى ، و يعطى للمفقود ، إذا كان المال باقيا. فإن كان الورثة قد تصرفوا فيه أو في بعض هذا المال ، فإن الموجود منه يرد إلى المفقود ، ولا ضمان فيما تصرفوا فيه ، لأنهم أخذوه بحكم قضائي كما سبق<sup>40</sup>.

بالنسبة لتقنين الأسرة الجزائري ، نصت المادة 115 " ...و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها". نلاحظ أن المادة ميزت بين ما بقي قائما من أموال المفقود و ما تم التصرف فيه أو استهلاكه:

#### 1. ما بقي قائما من مال المفقود: هذا يسترده المفقود بعينه

2 ما تصرف فيه أو استهلك: فالأصل فيه أن لا يسترد ، غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء و هو في حالة بيع مال المفقود في هذه الحالة يسترد المفقود قيمته. **ثانيا . توريث المفقود من غيره:** طالما لم يحكم بوفاة المفقود لا بناء على دليل و لا بناء على غلبة الظن و التحري وفقا لاجتهاد القاضي و ما تقتضيه الأحكام المتعلقة بهذا الشأن يعتبر المفقود حيا و يرث من مات من مورثيه ، لكن يرث بمقتضى التقدير و الاحتياط لأنه قد يكون ميتا في الحقيقة أو يحكم بموته. و على هذا سنتعرض لكيفية توريثه ، ثم نعود إلى أمثلة توضيحية في توريثه.

#### 1. كيفية توريث المفقود

##### لعلماء الشريعة الإسلامية في كيفية توريثه ثلاثة أقوال<sup>41</sup>

**القول الأول :** أنه يعامل الورثة الحاضرون بالأضر في حقهم من تقديري حياته و موته ، .  
\* فمن كان يرث على فرض أنه حي و على فرض أنه ميت و لا يختلف إرثه على الفرضين يعطى إرثه ،

\* و من كان يرث على الفرضين جميعا و لكن إرثه يختلف يعطى أقل النصيبين.

\* و من كان يرث على فرض و لا يرث على الفرض الآخر لا يعطى شيء.

و يوقف المال أو الباقي في جميع الحالات حتى يتبين الحال إما بظهور موته أو ظهور حياته أو حتى يحكم القاضي بموته.

و هذا قول أحمد بن حنبل، و قول القاضي أبي يوسف و الحسن بن زياد من الحنفية ورواية ابن القاسم عن مالك، و هو الصحيح في مذهب الشافعية، و هو الذي عليه العمل و الفتوى في المذاهب الأربعة.

**القول الثاني:** أنه يقدر موته و تقسم التركة على الورثة الحاضرين، حتى و لو كان الأضر في حقهم جميعا أو في حق بعضهم تقدير أنه حي، ثم لو ظهرت حياته غيرنا الحكم، و هذا قول غير معتمد في مذهب الشافعية، و ينسب إلى محمد بن الحسن الشيباني، و وجهه فيما زعموا أن استحقاق الورثة الحاضرين معلوم بيقين، و استحقاق المفقود مشكوك فيه، و لا يترك اليقين للشك.

**القول الثالث:** أنه تقدر حياته، و تقسم التركة عليه و على الورثة الحاضرين، فيعطى كل واحد من الحاضرين نصيبه، و يوقف نصيب المفقود حتى يتبين الحال أو يحكم قاض بموته قبل موت مورثه، حتى و لو كان الأضر في حق الموجودين جميعا أو في حق بعضهم تقدير كونه ميتا، فإن ظهرت وفاته أو قضى بها قاض غيرنا الحكم. و هذا قول غير معتمد أيضا في مذهب الشافعية، و وجهه فيما زعموا أن الأصل الحياة، فلا ينبغي أن ترتفع أو يرتفع حكمها إلا بيقين.

و بالرجوع إلى تقنين الأسرة نلاحظ أن المادة 133 قد نصت على " إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا و وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون". فهذه المادة حكمت بتوريث المفقود إذا مات أحد مورثيه قبل الحكم بموته، و هذا تغليباً للأصل فيه و هو حياته، و التي تعتبر شرطاً للميراث، حيث يشترط لميراث شخص أن يكون حيا و قت وفاة مورثه.

و يبدو من خلال هذه المادة أن تقنين الأسرة قد أخذ بالقول الثالث، الذي يوزع التركة بتقدير حياة المفقود، فيأخذ باقي الورثة أنصبتهم على هذا الأساس و يوقف نصيب المفقود إلى حين تبين حاله.

فإذا ظهر حيا أو ثبت أنه حي بالأدلة المعتبرة عند وفاة مورثه لا إشكال، ففي حالة ظهوره يأخذ نصيبه، أما إذا ثبتت حياته عند وفاة مورثه ثم مات بعد ذلك فيستحق هو الميراث و ينتقل بناء على ذلك إلى ورثته.

و إذا تبين حقيقة وفاته و كان تاريخ الوفاة قبل موت مورثه يعاد تقسيم التركة على أساس أنه ميت و لا يستحق شيئاً من الميراث و يعدل ميراث باقي الورثة بحسب مقتضى زيادة أو نقصانا.

أما إذا تبين موته لكن بعد وفاة مورثه فإن نصيبه ينتقل إلى ورثته الأحياء عند وفاته.

أما إذا لم تتبين وفاته و لكن حكم بها القاضي فالمسألة محل خلاف بين أهل العلم حول هل أنه يعتبر ميتا من تاريخ صدور الحكم أو من تاريخ، و في اعتقادي كما أشرت إلى ذلك في مناسبة سابقة أن حتى في هذه الحالة يكون الحكم كاشفا للموت و ليس منشئا له.

غير أننا لاحظنا أن كثيرا من الباحثين يعتقدون أن توزيع التركة في حالة وجود مفقود يكون وفقا للرأي الأول، معتقدين أن تقنين الأسرة قد أخذ بذلك، في حين يبدو كما أشرنا أن تقنين الأسرة أخذ بالقول الثالث المعروض سلفا.

و في جميع الحالات فإن للمفقود بالنسبة للميراث من غيره لا يخرج عن الحالات التالية<sup>42</sup>:

**الحالة الأولى:** أن يكون المفقود الوارث الوحيد للميت، أو أنه يحجب من معه من الورثة حجب حرمان، فلا تقسم التركة، بل توقف كلها حتى يتبين أمر المفقود.

**الحالة الثانية:** أن يكون معه ورثة آخرون و كانت أنصبتهم لا تختلف على تقدير حياته عن تقدير موته، لحالة يعطى كل وارث نصيبه، و يحجز للمفقود نصيبه، فإن ظهر حيا أخذه كاملا، و إن ثبت موته(قبل موت مورثه) أو حكم به رد المحجوز على بقية الورثة بنسبة أنصبتهم.

**الحالة الثالثة:** إذا كانت أنصبة من معه من الورثة تختلف على التقديرين، أعطي كل واحد منهم أقل النصيبين و حجزت فروق الأنصباء مع ما حجز للمفقود حتى يتضح أمره.

للإشارة فقط هذه الحالة الثالثة تخص الرأي الذي يقول أن الورثة الذين مع المفقود يأخذون أقل نصيب على تقدير أنه حي أو تقدير أنه ميت، لكن إذا أخذنا بالرأي الذي يقول أن المسألة توزع على أنه حي يجب توزيع المسألة على ذلك الأساس دون النظر إلى الإضرار بباقي الورثة، و إذا أخذنا بالرأي الذي يقول أن التركة توزع على اعتبار أنه ميت فتوزع التركة على هذا الأساس.

## 2 أمثلة توضيحية عن ميراث المفقود

و فيما يلي أمثلة عن كيفية استخراج ميراث المفقود وفقا للأقوال الثلاثة

**مثال 1:** ماتت و تركت زوجا، أما، أختين لأم و أختا شقيقة مفقودة .

و تركت 180 مليون سنتيم



## ويكون حل المسألة وفق الرأي الأول تفصيلا وفق المراحل التالية

**المرحلة الأولى:** حل المسألة وفقا لمسألتين ، الأولى على أساس أن المفقود حي و الثانية على أساس أن المفقود ميت:

المسألة الثانية على أساس وفاة المفقود			المسألة الأولى على أساس حياة المفقود			
أصل المسألة 6	الأنصبة	الورثة	عالت ل 9	أصل المسألة 6	الأنصبة	الورثة
3	2/1	زوج	3	ثلاثة 3	2/1	زوج
1	6/1	أم	1	1	6/1	أم
2	3/1	أختين لأم	2	2	3/1	أختين لأم
0	ميتة	أخ شقيقة (مفقودة)	3	3	1/2	شقيقة أخت مفقودة

**\* المرحلة الثانية: إيجاد أصل مشترك بين المسألتين**

ويتم ذلك بالنظر بين أصلي المسألتين بالأنظار (النسب) الأربعة، التماثل ، التداخل ، التوافق و التباين:

- في حالة التماثل يكون أصلا المسألتين موحدًا ، لا إشكال.
- في حالة التداخل نحتفظ بأحدهما و نجعله أصلا مشتركا للمسألتين.
- في حالة التوافق، الأصل المشترك هو حاصل ضرب وفق أحد الأصليين في كامل الآخر.
- في حالة التباين أصل المسألة هو حاصل ضرب كامل المسألة الأولى في كامل المسألة الثانية.

إذن في المثال المعروض نلاحظ أن أصل المسألة الأولى 9 و أصل المسألة الثانية 6 ، وبينهما توافق ، فهما يتوافقان في 3 أي القاسم المشترك الأكبر بينهما هو 3 .  
 إذن الأصل المشترك بينهما هو وفق أحدهما في كامل الآخر .  
 وفق 6 هو  $6 \div 3 = 2$  (القاسم المشترك) = 2. نضربه في كامل الأصل الآخر أي في 9 .  
 لدينا  $9 \times 2 = 18$  . إذن يصبح أصل كل مسألة 18 .

**المرحلة الثالثة . استخراج نصيب كل وارث في كل مسألة بحسب الأصل الجديد .**

أ. نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الأولى الجديدة ، وذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الأولى القديم .

أي تقسم 18 على 9 و الحاصل هو 2 نضربه في نصيب كل وارث في المسألة الأولى والنتاج هو نصيب ذلك الوارث.

**ب. نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الثانية الجديدة**، وذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الثانية القديم. أي تقسم 18 على 6 و الحاصل هو 3 نضربه في نصيب كل وارث في المسألة الثانية و الناتج هو نصيب ذلك الوارث. وتصبح المسألتان كما هو موضح في الجدول:

المسألة الثانية على أساس أن المفقود ميت		المسألة الأولى على أساس أن المفقود حي	
أصل المسألة 18	الورثة	أصل المسألة 18	الورثة
$9=3 \times 3$	زوج	$6=2 \times 3$	زوج
$3=3 \times 1$	أم	$2=2 \times 1$	أم
$6=3 \times 2$	أختان لأم	$4=2 \times 2$	أختان لأم
$0=3 \times 0$	أخت شقيقة (مفقودة)	$6=2 \times 3$	أخت شقيقة (مفقودة)
نعطي كل وارث الأضرب في المسألتين و نوقف الباقي للمفقود			

إذن نوزع التركة على أساس الرأي الأول فنعطي كل وارث الأضرب به من بين نصيبه في المسألتين، فيكون للزوج:

للزوج 6 أسهم.

و للأم سهمان.

و للأختين لأم 4 أسهم.

و نوقف للمفقود (الأخت الشقيقة) على اعتبار أنه حي الباقي أي 6 أسهم.

فإذا أردنا توزيع المبلغ نقسم المبلغ الكامل على أصل المسألة المشترك:

فلدينا: قيمة السهم = 180 مليون س ÷ 18 (أصل المسألة) = 10 مليون سنتيم.

نعطي لكل وارث نصيبه و عليه يكون :

للزوج  $6 \times 10 = 60$  مليون سنتيم.

للأم  $2 \times 10 = 20$  مليون سنتيم.

للأختين لأم  $4 \times 10 = 40$  مليون سنتيم، لكل واحدة 20 مليون سنتيم.

و نوقف للمفقود (الأخت الشقيقة) على اعتباره حي  $6 \times 10 = 60$  مليون سنتيم

فإذا ظهر المفقود حيا وورث أما إذا حكم بموته أو تبينت وفاته بالأدلة فإذا كان

ذلك قبل تاريخ وفاة المورث نرد الموقوف على مستحقه.

فالزوج أعطيناها الأضر به 6 أسهم و يستحق 9 أسهم على اعتبار وفاة المفقود أي نضيف له قيمة 3 أسهم أي 30 مليون سنتيم.

و الأم أعطيناها سهمين على أساس الأضر بها و تستحق 3 أسهم على اعتبار المفقود ميت، أي نضيف لها قيمة سهم أي 10 مليون سنتيم.

و الأختان لأم منحناهما الأضر بهما 4 أسهم و تستحقان في حالة وفاة المفقود 6 أسهم، أي نضيف لهما قيمة سهمين 20 مليون سنتيم، فيكون لكل واحدة 10 مليون سنتيم إضافية.

و بهذا نكون قد وزعنا التركة و اللّهُ أعلم.

**أما إذا وزعنا التركة على الرأي الثاني فتوزع على أساس أن المفقود ميت، فيكون**

للزوج 9 أسهم

و للأم 3 أسهم

و للأختين لأم 3 أسهم

و لا شيء للمفقود (الأخت الشقيقة) على اعتبار وفاته.

فإذا ظهر المفقود حيا فيجب رد الورثة لما زاد عن نصيبهم على اعتبار حياته أو أن يرد عليهم حسب الحالة ففي المثال المعروض.

على الزوج أن يرد 3 أسهم لأنه يستحق 6 أسهم على اعتبار المفقود حيا و قد أخذ

9 على اعتبار المفقود ميتا أي يرد 30 مليون سنتيم.

و على الأم أن ترد سهما لأنها أخذت ثلاثة أسهم على اعتبار المفقود ميتا و

تستحق سهمين فقط على اعتباره حيا أي ترد 10 مليون سنتيم.

و على الأختين أن تردا سهمين كل واحدة سهم على اعتبار أنهما أخذتا 6 أسهم على

اعتبار المفقود ميت و هما تستحقان 4 أسهم على اعتباره حيا، أي ترد كل واحدة 10

مليون سنتيم.

**مثال 2:** ماتت امرأة و تركت زوجا، أما، أختا شقيقة، أختا لأب، أخا لأب مفقود.

يكون حل المسألة وفق الرأي الأول تفصيلاً كما يلي:  
 المرحلة الأولى: حل المسألة وفقاً لمسألتين، الأولى على أساس أن المفقود حي و الثانية على أساس أن المفقود ميت

المسألة الثانية على أساس وفاة المفقود				المسألة الأولى على أساس حياة المفقود			
عانت ل 8	أصل المسألة 6	الانصبية	الورثة	عانت ل 7	أصل المسألة 6	الانصبية	الورثة
3	3	2/1	زوج	3	3	2/1	زوج
1	1	6/1	أم	1	1	6/1	أم
3	3	2/1	أخت شقيقة	3	3	2/1	أخت شقيقة
1	1	6/1	أخت لأب	0	0	عصبة	أخت لأب
0	0	ميت	أخ لأب (مفقود)	0			أخ لأب مفقود

هنا نلاحظ اختلافاً بين أصلي المسألتين فيجب إيجاد أصل مشترك بين المسألتين.

### \* المرحلة الثانية: إيجاد أصل مشترك بين المسألتين

ويتم ذلك بالنظر بين أصلي المسألتين بالأنظار (النسب) الأربعة، التماثل، التداخل، التوافق والتباين:

- في حالة التماثل يكون أصلا المسألتين موحدًا، لا إشكال.
- في حالة التداخل نحتفظ بأحدهما ونجعله أصلاً مشتركاً للمسألتين.
- في حالة التوافق الأصل المشترك هو حاصل ضرب وفق أحد الأصلين في كامل الآخر.
- في حالة التباين أصل المسألة هو حاصل ضرب كامل المسألة الأولى في كامل المسألة الثانية.

إذن في المثال المعروض نلاحظ أن أصل المسألة الأولى 7 و أصل المسألة الثانية 8،

وهما متباينان

إذن الأصل المشترك بينهما هو حاصل ضرب أحدهما في كامل الآخر.

$$\text{أي } 56 = 8 \times 7$$

### المرحلة الثالثة - استخراج نصيب كل وارث في كل مسألة بحسب الأصل الجديد

أ- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الأولى الجديدة، وذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في أصل المسألة الثانية القديم.

ب- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الثانية الجديدة، وذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في أصل المسألة الأولى القديم.

و تصبح المسألتان كما هو موضح في الجدول

المسألة الثانية على أساس المفقود ميت		المسألة الأولى على أساس المفقود حي	
أصل المسألة 56	الورثة	أصل المسألة 56	الورثة
$21=7 \times 3$	زوج	$24=8 \times 3$	زوج
$7=7 \times 1$	أم	$8=8 \times 1$	أم
$21=7 \times 3$	أخت شقيقة	$24=8 \times 3$	أخت شقيقة
$7=7 \times 1$	أخت لأب	$0=8 \times 0$	أخت لأب
$0=7 \times 0$	أخ لأب (مفقود)	$0=8 \times 0$	أخ لأب (مفقود)
نعطي لكل وارث الأضر به و نوقف الباقي للمفقود			

إذن نوزع المسألة على أساس الرأي الأول فنعطي كل وارث الأضر به من بين نصيبه في المسألتين، فيكون للزوج:

للزوج 21 سهم. و هو الأضر به بين المسألتين.

و للأم 7 أسهم. و هو الأضر بها بين المسألتين.

و للأخت الشقيقة 21 سهم. و هو الأضر بها بين المسألتين.

و للأخت لأب 0 سهم. و هو الأضر بها بين المسألتين.

و المفقود لا يأخذ شيئاً في كلتا المسألتين.

بجمع الأسهم لدينا  $21+7+21=49$  سهم.

و مجموع عدد السهام 56.

إذن  $56-49=7$  أسهم، وهي المتبقية توقف إلى حين وضح حال المفقود.

### فإذا ظهر حيا فنرد كالتالي

بالنسبة للزوج في حالة حياة المفقود يستحق 24 سهما و هو أخذ 21، فيجب أن نمنحه 3 أسهم.

بالنسبة للأم تستحق في حالة حياة المفقود 8 أسهم و هي منحت 7 أسهم، أن نضيف لها سهما.

بالنسبة للأخت الشقيقة في حالة حياة المفقود تستحق 24 سهما و قد منحت 21 سهما أي نضيف لها 3 أسهم.

بالنسبة للأخت لأب لا تستحق شيء على اعتبار حياة المورث و لم تمنح شيء فلا نضيف لها شيء.(بالنسبة لها المفقود أخ مشؤوم).

**\* أما إذا حكم بموت المورث أو تبينت وفاته بتاريخ سابق على موت المورث فتعدل القسمة كما يلي :**

الزوج يستحق في هذه الحالة 21 سهما و قد منح 21 سهما. فلا نضيف له شيء.  
 الأم تستحق في هذه الحالة 7 أسهم و قد منحت لها فلا نضيف لها شيء.  
 الأخت الشقيقة تستحق في هذه الحالة 21 سهم و قد منحت إياها فلا نضيف لها شيء.  
 الأخت لأب تستحق 7 أسهم في هذه الحالة و لم تأخذ شيء فيجب منحها 7 أسهم وهي تلك الأسهم المتبقية.

**. أما إذا وزعنا التركة على الرأي الثاني :** فتوزع على أساس أن المفقود ميت أي نعتمد في التوزيع المسألة التي يكون فيها المفقود ميتا، و تتبع نفس المراحل التي بينها في حل المسألة على الرأي الأول، لكن عند التوزيع نعتمد مسألة وفاة المفقود مباشرة.

المسألة الثانية على أساس ان المفقود ميت		المسألة الأولى على أساس ان المفقود حي	
أصل المسألة 56	الورثة	أصل المسألة 56	الورثة
21	زوج	24	زوج
7	أم	8	أم
21	أخت شقيقة	24	أخت شقيقة
7	أخت لأب	0	أخت لأب
0	أخ لأب (مفقود)	0	أخ لأب (مفقود)
نعتمد هذه المسألة عند التوزيع			

فنعطي للزوج:

للزوج 21 سهما

و للأم 7 أسهم

و للأخت الشقيقة 21 سهما.

و للأخت لأب 7 أسهم.

و لا شيء للمفقود.

فإذا ثبتت وفاته قبل وفاة المورث أو حكم بها بتاريخ قبل وفاة المورث فإن المسألة تبقى كما هي، أما إذا ظهر المفقود حيا فلا بد من إعادة التوزيع وفقا للمسألة التي يكون المفقود فيها حيا.

و عليه يكون:

لا بد من تحديد الورثة الذين ينقص نصيبهم في هذه الحالة فيلزمون بالرد، والملاحظ في هذه المسألة أن الزوج أخذ أقل فيسترد، و الأم و الأخت الشقيقة أيضا، أما الأخت لأب فهي لا تستحق شيء في حالة حياة المفقود أي الأخ لأب، فهو في هذه الحالة أخ مشؤوم. و هي التي تلزم برد 7 أسهم التي أخذتها كاملة، ولعل في هذا حرج كبير لذلك فقد يكون الأصح و الله أعلم التوزيع حسب الطريقة الأولى و إن كانت النتائج في النهاية نفسها، لكن أن تمنع ثم تعطى أفضل من أن تعطى ثم تمنع و الله أعلم. فيسترجع الزوج 3 أسهم من الأخت لأب.

و تسترد الأم منها سهما واحدا.

و تسترد الأخت الشقيقة 3 أسهم.

و لا شيء للمفقود على اعتبار وفاته.

**وإذا أخذنا بالرأي الثالث:** فنوزع المسألة على اعتبار المفقود حي وفقا لنفس مراحل حل المسألة وفقا للرأي الأول، غير أننا نوزع التركة بحسب مسألة حياة المفقود، فإن حكم بوفاته أو تبين في تاريخ سابق عن وفاة المورث رد على الورثة الذين يستحقون الرد حسب أنصبتهم المستحقة في حالة وفاة المفقود.

### فتكون المسألتين بعد توحيد أصليهما كما يلي

المسألة الأولى على أساس المفقود حي		المسألة الثانية على أساس المفقود ميت	
الورثة	أصل المسألة 56	الورثة	أصل المسألة 56
زوج	24	زوج	21
أم	8	أم	7
أخت شقيقة	24	أخت شقيقة	21
أخت لأب	0	أخت لأب	7
أخ لأب (مفقود)	0	أخ لأب (مفقود)	0
نعتمد هذه المسألة عند التوزيع			

نعتقد أن هذا الرأي هو الذي أخذ به تقنين الأسرة الجزائري في المادة 133 التي جاء فيها " إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

فيكون للزوج 24 سهم.

و للأُم 8 أسهم.

و للأخت الشقيقة 24 سهما.

و للأخت لأب لا شيء.

و للمفقود لأشيء.

و بجمع الأسهم الموزعة نجدها 56، فلا يبقى أي شيء نوقفه.

فإذا ظهر المفقود حيا يبقى الأمر كما هو عليه، أما إذا حكم بوفاته أو ثبتت وفاته قبل وفاة المورث فيجب أن نعيد القسمة على أساس وفاة المفقود، أما إذا حكم بوفاته أو ثبتت بعد وفاة المورث فهنا يعتبر حيا عند توزيع التركة، فالعبرة بحياته أو وفاته وقت وفاة مورثه.

### و عليه إذا كان ميتا عند وفاة المورث تعاد القسمة كما يلي

- الزوج أخذ 24 سهم على اعتبار حياة المورث، وهو يستحق 21 سهم على اعتبار حياته فعليه أن يرجع 3 أسهم.

و الأم أخذت 8 أسهم على اعتبار حياة المورث و هي تستحق 7 أسهم على اعتباره وفاته، فعليها رد سهم واحد.

و الأخت الشقيقة أخذت 24 سهما على اعتبار حياة المورث و هي تستحق 21 سهم على اعتبار وفاته فعليها أن ترد 3 أسهم.

و الأخت لأب لم تأخذ شيئا على اعتبار حياة المفقود و هي تستحق 7 أسهم على اعتبار وفاته، فنعطئها نصيبها من الأسهم المستردة وهي 7 أسهم.

و الأخ المفقود لم يوقف له شيئا على اعتبار حياته لأنه لا يستحق أي شيء، فلا إشكال.

**ملاحظة:** قد يكون في المسألة مفقود و حمل و يكون الأمر تفصيلا وفق حالتين<sup>43</sup>:

### الحالة الأولى: إذا كان أحدهما محجوبا بالآخر، يفرض للمسألة فرضان:

**الأول:** على فرض وجود الحاجب منها، ثم يعرف نصيبه و نصيب بقية الورثة.

**الثاني:** على فرض عدم وجود الحاجب، ليعرف نصيب المحجوب منهما و أنصبة بقية الورثة، ثم يوقف من التركة أكبر النصيبين للحمل و المفقود و يعامل بقية الورثة بأقل الأنصبة، و ما يوجد من فروق بين أنصبة الورثة يحفظ على المحجوز من التركة إلى أن يتضح أمر الحمل و المفقود.

**الحالة الثانية:** إذا اجتمع في المسألة حمل و مفقود و كان كل منهما وارثا، و ليس محجوبا بالآخر و لا بغيره، يفرض للمسألة أربعة فروض:



**الأول:** المفقود على قيد الحياة و الحمل مذكر.

**الثاني:** المفقود على قيد الحياة و الحمل مؤنث.

**الثالث:** المفقود ميت و الحمل مؤنث.

**الرابع:** المفقود ميت و الحمل مؤنث.

ثم يحجز للمفقود و للحمل أفضل الأنصبة و بقية الورثة يمنحوا أقل الأنصبة.

### خاتمة

لم يكن من السهل على تقنين الأسرة الجزائري الاختيار بين آراء الفقه الإسلامي الثرية المتعلقة بالمفقود و ميراثه، لذلك قد يبدو هناك عدم انسجام في بعض النقاط ربما مردها إلى محاولة اعتماد أكثر من رأي في مسائل المفقود، ما قد يتولد عنه عدم ترابط في الأحكام الأمر الذي يجعلنا نعتقد أن الأولى أخذ رأي بتفاصيله كأصل إلا في مسائل لا تخل بالانسجام المطلوب حتى و لو أخذت من مذاهب مختلفة أو آراء متعددة.

ففي الحالات التي يبقى فيها النسق قائما لا بأس بالتنوع الفقهي طالما نعتمد الأقوى دليلا أو الأكثر تحقيقا للمصالح المعتبرة عند تماثل الأدلة، و في جميع الحالات و الأحوال يبقى ثراء الفقه الإسلامي عنصرا ايجابيا يعطي المقنن فرصة لجمع المصالح التي قد تبدو متضاربة و تحصيل الفوائد من أكثر من رأي أو مذهب.

و على الصعيد العملي على القاضي أن يصدر أحكاما دقيقة و واضحة يبين من خلالها رأيه في مسائل لم يفصح فيها التقنين عن رأيه بصراحة، على أن لا يخرج القاضي عن مبادئ الفقه الإسلامي و أحكامه على اعتبارها المصدر المادي لتنظيم أحكام المفقود و على اعتبارها في ذات الوقت مصدرا رسميا و لو كان احتياطيا أو ثانيا يجب الرجوع إليه لاستخلاص حكم لكل مسألة لم يرد بشأنها حكم في تقنين الأسرة.

و يعد ثراء الفقه الإسلامي مخرجا كبيرا حتى للقوانين الخاصة و المؤقتة التي قد تستدعي ظروف إصدارها أحكاما استثنائية تتجاوز تلك الأحكام العامة التي نظمها تقنين الأسرة.

كما على الشراح دراسة الأحكام التي تبناها تقنين الأسرة بعيدا عن أي تحيز لرأي ما قد يجعلنا نجتهد مع وجود النص، إذ و على سبيل المثال إذا كان من الواضح أن تقنين الأسرة أخذ بالرأي القائل باعتبار المفقود حيا عند توزيع التركة فإن كثيرا من الشراح يقسمون التركة على أساس منح الأضر للورثة من بين اعتبار المفقود حيا أو اعتباره ميتا و وقف الباقي إلا حين تبين حال المفقود.

و في هذا المنهج تجاوزا للنص و إن كنا نوافق هؤلاء على أن الأولى اعتماد ذلك الرأي لحججه و لاعتباره رأي الجمهور ، و إن كانت النتيجة في النهاية واحدة فإن الأولى عند الشرح أن نبين بدقة و أمانة موقف تقنين الأسرة من كل مسألة إلا ما التبس و صعب فيه تحديد التوجه أو الرأي المعتمد ، أو أنه كان يحتمل أكثر من رأي.

و عند وضوح خطأ ما أخذ به التقنين أو أنه خلاف الأولى فإننا نرى أن الحل هو المطالبة بتعديل تقنين الأسرة و اعتماد الراجح من أقوال أهل العلم في المسألة ، لا تجاوز الحكم مطلقا سيما و أن الرأي المعتمد في تقنين الأسرة بشأن ميراث المفقود لا يعد انتهاكا صارخا لمبادئ معينة ، و إن كان يستصحب الأصل و هو حياة المفقود طالما لم تثبت وفاته بدليل أو لم يحكم القاضي بموته ، على حساب مبدأ التقدير و الاحتياط الذي يعتمده الفقه في حل مثل هذه الأوضاع.

و مع هذا كله يبقى من المستساغ الاختلاف حول تقدير موقف نص قانوني من مسألة ما طالما كان للاختلاف ما يبرره.

## الهوامش

- 1- انظر في ذلك: مؤمن أحمد ذياب شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية بغزة، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة و القانون، قسم الفقه المقارن، 1427هـ، 2006م، ص 27.
- 2- انظر في ذلك: مؤمن أحمد ذياب شويديح، المرجع نفسه، ص 28.
- و انظر أيضا: شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2010/2009، ص 10 و ما بعدها.
- 3- عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي و القانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية، المجلد 12، العدد 1، شعبان 1436هـ، يونيو 2015م، ص 300.
- 4- عبد الله محمد ربابعة، المرجع نفسه، ص 301.
- 5- انظر شرابن ابتسام، مرجع سابق، ص 46.
- 6- شرابن ابتسام المرجع نفسه، ص 84.
- 7- الأمر رقم: 02-03 المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1422هـ الموافق ل: 25/02/2002م المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10م، الجريدة الرسمية العدد 15، السنة 2002م، الموافق عليه بالقانون رقم: 02-06 المؤرخ في: 03 صفر 1423هـ، الموافق ل: 16 أبريل 2002م، الجريدة الرسمية، العدد 28، السنة 2002م.
- 8- القانون رقم: 03-06 المؤرخ في: 13 ربيع الثاني 1424هـ، الموافق ل: 14/06/2003م المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 2003/05/21م، الجريدة الرسمية العدد 37، مؤرخ في 14 ربيع الثاني 1424هـ الموافق 15 يونيو 2003م.
- 9- انظر في ذلك: أنظر في ذلك: مؤمن أحمد ذياب شويديح، مرجع سابق، ص 29 و ما بعدها.
- 10- عن مؤمن أحمد ذياب شويديح، مرجع سابق، ص 33.
- 11- مؤمن أحمد ذياب شويديح، مرجع سابق، ص 51.
- 12- انظر في عرض الخلاف عبد الله محمد ربابعة، مرجع سابق، ص 303.
- 13- مؤمن أحمد ذياب شويديح، مرجع سابق، ص 54.
- 14- انظر المواد، 89، 90 و 91 من قانون الحالة المدنية (الأمر 20/70 المعدل و المتمم).
- 15- مؤمن أحمد ذياب شويديح، المرجع نفسه، ص 34 و ما بعدها.

16. الإمام العلامة يوسف بن ماجد بن أبي المجد المقدسي الحنبلي، المقرر على أبواب المحرر، حققه و أخرج أحاديثه حسين اسماعيل الجمل، المجلد الثاني، دار الرسالة العلمية، دمشق، الطبعة الأولى 2012م، 1433هـ، ص 244.
17. العلامة يوسف بن ماجد بن أبي المجد المقدسي الحنبلي، مرجع سابق، ص 244.
18. انظر لأكثر تفصيل، الإمام أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، التهذيب في علم الفرائض و الوصايا، حققه و علق عليه محمد أحمد الخولي، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، 1416هـ، 1995م، ص 258.
19. مؤمن أحمد ذياب شويح، المرجع نفسه، ص 34 و ما بعدها.
20. مؤمن أحمد ذياب شويح، مرجع سابق، ص 40.
21. شرابن ابتسام، مرجع سابق، ص 13.
22. شرابن ابتسام، مرجع سابق، ص 30.
23. شرابن ابتسام، مرجع سابق، ص 32.
24. انظر في عرض المسألة: مؤمن أحمد ذياب شويح، المرجع نفسه، ص 52.
25. شرابن ابتسام، مرجع سابق، ص 48.
26. قرار المحكمة العليا رقم 118621، مؤرخ في 1995/05/02 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 2، 1995، ص 101.
27. نبيل كمال الدين طاحون، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب السابع، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، 1404هـ، 1984م، ص 220.
28. محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1404هـ، 1984م، ص 194.
29. يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 1424هـ، 2003م، ص 151.
30. انظر في عرض هذه الأقوال: يوسف عطا محمد حلو، المرجع نفسه، ص 151، 152.
31. نبيل كمال الدين طاحون، مرجع سابق، ص 221.
32. مؤمن أحمد ذياب شويح، مرجع سابق، ص 149.
33. يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 175.
34. انظر يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 175.
35. مؤمن أحمد ذياب شويح، مرجع سابق، ص 149.
36. انظر يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 176.

37. مؤمن أحمد ذياب شويديح، مرجع سابق، ص 149.
38. انظر يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 176.
39. انظر يوسف عطا محمد حلو، المرجع نفسه، ص 176.
40. انظر مؤمن أحمد ذياب شويديح، مرجع سابق، ص 150.
41. انظر في ذلك، محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 191 وما يليها.
42. انظر د جمعة محمد محمد سراج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 1401هـ، 1981م، ص 665.
43. نبيل كمال الدين طاحون، مرجع سابق، ص 223.