



الجمهورية العربية السورية

نقابة المحامين

فرع دمشق

# أحكام الغائب والمفقود في الشريعة والقانون

بحث علمي قانوني لنيل لقب أستاذ في المحاماة

إعداد المحامي  
محمد أويس شرف

الأستاذ المشرف

الأستاذ المدرب

المحامي

المحامي حمدي العلي

فراس ربحاوي

2013

## الإهداء

إلى قدوتنا وشفيعنا عند ربنا .....

سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام

إلى من ربباني على الخلق القويم وأفنيا حياتهما لأجلي .....

والدي العزيزين

إلى من وقفوا بجانبني ودعموني .....

زوجتي وأخوتي

إلى حاملي لواء الحق .....

محامون وقضاة

إلى كل من ساعدني ....

أهدي تعبتي المتواضع

المحامي محمد أويس شرف

بسم الله الرحمن الرحيم

**كلمة شكر و عرفان :**

-الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله  
وأصحابه أجمعين.

بداية أتوجه بالشكر الكبير والامتنان إلى السادة الأساتذة رئيس  
وأعضاء مجلس فرع نقابة المحامين بدمشق بما يبذلونه من جهد  
في سبيل الوطن وإعلاء كلمة الحق والعروبة.

كما أتوجه بعميق الشكر والامتنان إلى الاستاذ المحامي فراس  
ريحاوي الذي أشرف على تدريبي وتعليمي مهنة المحاماة فكان لي  
خير معلم و أفضل مرشد.

والشكر الجزيل إلى الاستاذ المحامي حمدي العلي الذي كرمني  
بقبول الإشراف على بحثي المتواضع هذا.  
فلكم مني جميعا كل المحبة والتقدير.

**المحامي محمد أويس شرف**

## مخطط البحث

### الباب الأول:

الفصل الأول: تعريف الغائب وأقسامه في الفقه الإسلامي  
والقانون

الفصل الثاني: تعريف المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي  
والقانون

### الباب الثاني: أحكام الغائب في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الأول: أحكام القضاء المتعلقة بالغائب

الفصل الثاني: أحكام الغائب المتعلقة بالأحوال الشخصية

الفصل الثالث: الأحكام المالية المتعلقة بالغائب

### الباب الثالث: أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الأول: المفقود متى يحكم بحياته ومتى يحكم بموته

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

الفصل الثالث: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود

الفصل الرابع: ظهور المفقود وأثر ذلك على زوجته وأمواله

الخاتمة: أثر الاتصالات الحديثة في أحكام الغائب والمفقود

## الباب الأول

### الفصل الأول: تعريف الغائب وأقسامه في الفقه الاسلامي والقانون

#### أولاً- تعريف الغائب في الفقه :

أ-الغائب في اللغة :اسم فاعل من غاب يغيب بمعنى :بان وبعد عن المكان ,والمصدر غيب, و جمع الغائب: غيب وغياب وغائبون.

#### ب-الغائب في الاصطلاح " في الفقه الاسلامي "

الغائب عند الفقهاء هو كل من غاب عن النظر, وهو إحدى المعاني اللغوية , وهذا القدر في التعريف لا خلاف فيه بين الفقهاء . إلا أنهم اختلفوا الضابط الذي يعد الانسان غائباً بناء عليه :

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغائب يشمل من غاب عن النظر, سواء أعلم موضعه وخبره ,وأتى كتابه , أم فقد وانقطع خبره ولم يعلم موضعه , واشترط أكثرهم أن يكون بعيد لمسافة معينة اختلفوا في تقديرها .

-وخالف المالكية فقالوا: إن الغائب في اصطلاح الفقهاء "هو من علم موضعه " واشترطوا أن يبعد الغائب عن بلده مسيرة عشرة أيام فأكثر مع الأمن , أو يومين فأكثر مع الخوف كي يعد غائباً, وإلا فهو في حكم الحاضر. أما المفقود عندهم هو الشخص الذي لم يعلم موضعه.

- ورأى الشافعية في بعض أقوالهم أن الغائب الذي تسمع بينته ويحكم عليه بموجبها هو الكائن بمسافة بعيدة , وحددت هذه المسافة في بعض الأقوال بمسافة القصر, وهذا ما ذهب إليه الحنابلة.

وينفرد الحنفية والظاهرية عن الجمهور بالقول: إن الحاضر بالبلد الغائب عن مجلس الحكم يُعدُّ غائباً عندهم , وهذا القول لا يسري بشكل مضطرد على بقية المسائل الفقهية ففي مسألة غيبة الولي مثلا نجد أن الحنفية يشترطون لانتقال الولاية من الولي الأقرب الغائب

إلى الولي الأبعد الحاضر أن يغيب الولي الأقرب مسافة القصر, وهذا هو حد الغيبة البعيدة عندهم .

### ج- تعريف الغائب في القانون:

عرف بعض القانونيين الغائب بأنه " الشخص الذي غاب عن موطنه ولكن حياته محققة لا يقوم حولها الشك "

غير أن قانون الأحوال الشخصية السوري كان له رأي آخر, فقد ألحق الغائب بالمفقود وذلك في المادة /203/ منه والتي تنص على ما يأتي :

"يعتبر الغائب كالمفقود الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه, أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة, وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره "

أما المادة / 202 / من هذا القانون فقد نصت على أن من كانت حياته محققة ولا يعرف له مكان, هو نوع من أنواع المفقود, مع أن هذه الحالة تنطبق على الغائب عينه, مما يدل على اضطراب القانون في هذه المسألة .

### ثانياً- أقسام الغائب في الفقه الإسلامي :

لم يعتمد الفقهاء تقسيماً محدداً للغائب تسري عليه الأحكام الفقهية في مختلف الفروع, إنما تظهر هذه الأقسام من خلال المسائل الفقهية المتناثرة, فقد تعددت التقسيمات, واختلفوا فيها ما بين مسألة وأخرى بل اختلفوا أحياناً كثيرة في المسألة الواحدة .

-ومن تقسيمات الغائب ما يظهر عند الحنابلة فالغائب عندهم قسمان:

أ- **غائب غيبته غير منقطعة** : وهو الشخص الذي يعرف خبره ويأتي كتابه .

ب- **غائب غيبته منقطعة** : وهو الشخص الذي يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع .

وهذا ما سار عليه الشافعية في تقسيمهم أيضاً إلا أنهم لم يشترطوا في القسم الثاني جهل الموضوع إنما اكتفوا بجهل حاله حتى يتوهم موته .

وبهذا التقسيم نرى أن الغائب يقسم إلى غائب معلوم الحياة , وإلى غائب مجهول الحياة مقطوع الخبر وهو المفقود .

وهناك تقسيمات أخرى للغائب تختلف تبعاً لاختلاف المسائل أذكر منها المسائل الآتية

### **1)مسألة القضاء على الغائب :**

تعددت أقوال الفقهاء في هذه المسألة:

أ- **عند الحنفية والظاهرية:** يقسم إلى :الغائب عن مجلس الحكم و الغائب عن البلد مطلقاً

ب- **عند المالكية :**

1- **غائب قريب الغيبة:** وهو الذي يبعد عن موطنه مسافة يوم إلى ثلاثة أيام مع الأمن

2- **غائب متوسط الغيبة:** وهو البعيد عن موطنه مسافة عشرة ايام ونحوها مع الأمن أو يومان مع الخوف.

3- **غائب منقطع الغيبة:** وهو الغائب في بلدة بعيدة جداً كالقيروان وموضع الحكم في المدينة ونحوها وقدرها بعض المالكية بمسافة أربعة أشهر .

ج- **عند الشافعية والحنابلة:** ذهب جمهور الشافعية, وبعض الحنابلة إلى أن الغائب قسم واحد, إلا أن الشافعية لم يجيزوا الحكم على الغائب إلا إذا كان قد خرج من مكان إقامته مبكراً, ولم يتمكن من العودة إليه في أول الليل.

أما بعض الشافعية ,والحنابلة في قولهم المعتمد فقد اشترطوا أن يبعد الغائب مسافة القصر .

## 2)مسألة التفريق بين الزوجين للضرر بتغيب الزوج :

لم يتعرض الفقهاء في هذه المسألة للمسافة, إنما كان اختلافهم بناء على سبب الغيبة ومدتها :

فذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم جواز التفريق بسبب الغياب مطلقا, ولم يفرقوا بين غيبة وأخرى, سواء أطالت مدتها أم قصرت

وذهب المالكية إلى القول بجواز التفريق إذا تضررت المرأة بغياب زوجها الطويل, وهذا يفيد أنهم يفرقون بين الغياب القصير والغياب الطويل .

أما الحنابلة فقد فرقوا بين حالتين :

- 1- أن تكون غيبة الزوج لعذر ولو طال مدة الغياب .
- 2- أن تكون غيبة الزوج لغير عذر, فيملك القاضي أن يفرق بين الغائب وزوجته في الحالة الثانية دون الأولى.

## 3) مسألة غيبة الولي التي يجوز للأبعد التزويج بسببها :

اختلف الفقهاء في تقسيمهم للغائب هنا, وذلك تبعا لاختلافهم في حد الغيبة على الأقوال الآتية :

1- الحنفية والشافعية والحنابلة : الغائب عندهم في هذه المسألة قسم واحد, إلا أنهم اختلفوا في بيان حد الغيبة :

فذهب الحنفية في المفتى به عندهم والشافعية والحنابلة, إلى أن حد الغيبة أن يغيب الولي مسافة تفوق القصر .

وحدها صاحب المبسوط بأن يغيب الولي مسافة, لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه لفات الكفاء الذي حضر وقال : "هذا هو الاصح".



2- ورأى بعض الحنفية أن حد الغيبة المنقطعة: أن يكون الولي جوالاً من موضع إلى موضع, فلا يوقف على أثره أو أن يكون مفقوداً لا يعرف خبره .

3- وذهب الشافعية في أحد أقوالهم: إلى أنه إن كان دون مسافة القصر فإنه يعد غائباً, لأن استئذانه متعذر فحكمه حكم المسافر في سفر بعيد.

## الفصل الثاني

تعريف المفقود وأقسامه في الفقه الإسلامي والقانون

أولاً : تعريف المفقود :

أ- المفقود في اللغة : المفقود من الفقد : العدم والضياع والغياب

ب- تعريف المفقود شرعاً : اختلف الفقهاء في تعريفهم للمفقود فذهب :

**1- الحنفية :** يقول صاحب المبسوط عند حديثه عن المفقود: (( هو اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله , ولكنه خفي الأثر باعتبار مآله , وأهله في طلبه يجدون , ولخفاء أثر مستقرّه لا يجدونه , قد انقطع عليهم خبره , واستتر عليهم أثره , وبالجد ربما يصلون إلى المراد , وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد )) .

- ويقول صاحب تحفة الفقهاء (( المفقود هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف لعودته رجاء ومضى على ذلك زمان ولم يظهر رجاء )) .

-أي أن مؤدى التعاريف عند الحنفية لا تخرج عن هاتين الحالتين :

الحالة الأولى : اشتراط جهل المكان إلى جانب الجهل بحياته أو موته

الحالة الثانية : الاكتفاء بشرط جهل الحياة أو الموت فقط .

**2- المالكية :** عرف المالكية المفقود بأنه " من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه " يخرج بقولهم انقطع خبره : الأسير الذي علم خبره .

ويخرج بقولهم يمكن الكشف : عنه المحبوس الذي لا يمكن الكشف عنه , وبالتالي اذا انقطع خبر الأسير كان مفقوداً , وإذا أمكن الكشف عن المحبوس كان مفقوداً .

والمقول عن الإمام مالك أن الأسير الذي يفقد في أرض العدو لا يعد مفقوداً, وإن لم يعرف موضعه ولا موقفه بعدما أسر .

**3-الشافعية :** المفقود من انقطع خبره وجهل حاله فإذا انقطع خبر الأسير ولم يعلم حاله يعد مفقوداً عند الشافعية أما السجين فلا يدخل في تعريف المفقود.

**4-الحنابلة :** الشرط الأساسي في المفقود هو انقطاع الخبر فالمفقود عندهم : (( هو من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره )) فالأسير يعد مفقوداً عندهم إذا انقطع خبره ,ويخرج السجين من تعريف الحنابلة للمفقود .

إن خلاصة آراء الفقهاء في تعريف المفقود :

اجتمعت آراء الفقهاء على وصف مشترك للمفقود وهو من جهلت حياته وموته عدا الأسير

إن موضع النزاع بين الفقهاء هو في الأسير والسجين وذلك في قولين

أ- لا يعد الأسير مفقوداً سواء أعلم موضعه , أم لم يعلم وهو قول الامام مالك.

ب- يعد الأسير مفقوداً بشرط أن يحقق ما اشترط في المفقود بأن ينقطع خبره, وأن لا يعلم حاله وذلك عند الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية ,وبعض المالكية .

-أما السجين فقد رأى جمهور الفقهاء أنه لا يعد مفقوداً إذا كان ظاهر الحال وأمكن الكشف عنه, فإن خفي حاله, وجهل مصيره ,وتعذر الكشف عنه كان مفقوداً , خلافاً للمالكية الذين رأوا أن السجين إذا أمكن الكشف عنه فهو مفقود, وإن لم يمكن الكشف عنه فلا يعد مفقوداً.

## ج- تعريف المفقود قانوناً :

عرّف القانون السوري المفقود في المادة /202/ من قانون الأحوال الشخصية السوري بأنه : ((من غاب فلم تعلم حياته من موته أو كانت حياته محققة, ولكن لا يعرف له مكان)).

وعرفه بعض القانونيين بأنه : الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره, ولا يعرف أحي هو أم ميت .

ويلاحظ أن القانون السوري قد خالف الفقهاء في تعريفه للمفقود, فقد أدخل فيه من علمت حياته ولم يعرف له مكان, وهذا لا يعد مفقوداً عند أحد من الفقهاء إنما هو إنسان حي مجهول الإقامة .

## ثانياً- أقسام المفقود :

### 1\_ أقسام المفقود في الفقه الإسلامي :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن المفقودين نوع واحد, دون النظر إلى الظروف التي فقدوا فيه أو الأحوال التي رافقت ذلك, أو المكان الذي فقدوا فيه, ولم يتناول هذا الفريق بيان حالات الفقد .

أما المالكية والحنابلة فقد قسموا المفقود إلى عدة أقسام بحسب ظروف غيبتهم, أو الأرض التي فقدوا فيها, أو الظروف والأحوال التي أحاطت حالة الفقدان وفق الآتي :

#### 1-المالكية: المفقود عند المالكية له عدة أقسام :

أ- المفقود في بلاد الإسلام ويدخل تحته المفقود في بلاد الإسلام في الظروف الطبيعية, ومن سافر في البحر وانقطع خبره .

ب- المفقود في بلاد الأعداء (أرض الحرب)

ج- المفقود في اقتتال المسلمين بعضهم مع بعض (زمن الفتن), وأدخل بعضهم في هذا القسم المفقود في زمن الوباء كالمطاعون, ومنهم من جعله مستقلاً .

د-المفقود في القتال مع الكفار .

## 2- عند الحنابلة : يقسم المفقود إلى :

أ- المفقود في غيبة ظاهرها السلامة بأن يغلب على الظن بقاؤه حيا كالمسافر طلباً للعلم أو للسياحة, ولم يعلم خبره .

ب-المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك بأن يغلب على الظن موته, كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة فلا يعود, ولا يعلم خبره وكالجندي يفقد بين الصفيين في القتال.

## 2\_ أقسام المفقود في القانون :

قسم القانون السوري المفقود إلى قسمين :

أ- الحالة التي لا تعرف فيها حياته أو مماته .

ب- الحالة التي تكون حياته محققة فيها ولكن مكانه غير معروف

وهذا التقسيم يظهر لنا أن القانون السوري قد أدخل في حالة الغياب للشخص الذي تكون حياته محققة وجعلها حالة من حالات المفقود مخالفاً بذلك آراء الفقهاء .

من خلال ذلك نستنتج أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد خلط بين الغائب والمفقود ذلك بأنه أدخل من كانت حياته محققة ومكانه مجهولاً في حيز الفقدان بل نص صراحة في المادة /203/ على إلحاق الغائب بالمفقود فقال "يعتبر الغائب كالمفقود الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه, أو إدارة شؤونه بنفسه, أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة, وتعطلت بذلك مصالحه, أو مصالح غيره " وهذا الإلحاق إن جاز في إقامة وكيل قضائي عنه إلا أنه لا يجوز في العديد من الأحكام الأخرى, كالحق في استحقاقه للإرث أو توزيع تركته والقانون لم يخصصه بذلك.

## الباب الثاني

### أحكام الغائب في الفقه الإسلامي والقانون

#### الفصل الأول: أحكام القضاء المتعلقة بالغائب

يقصد بالغائب في مسألة القضاء هو أحد طرفي النزاع في أي قضية يراد الفصل بها تطرح في مجلس القضاء .

ففي حالة القضاء على الغائب يقصد به الخصم المدعى عليه عندما يكون غائب عن مجلس القضاء.

أما في حالة القضاء للغائب فيقصد به الشخص الغائب الذي سيفصل الحكم له لا من جهة كونه مدعياً بل بوصفه مدعى عنه وذلك في حال غيابه عن ماله وقيام حاضر بالادعاء عنه دونما توكيل منه. فالغائب هنا بمقام المدعي حكماً.

## المبحث الأول : القضاء على الغائب

### 1- حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي :

هناك مذهبان :

#### -المذهب الأول :جواز القضاء على الغائب:

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى السماح للقاضي بالقضاء على الغائب إذا طلب المدعي ذلك ,وتوافرت الشروط المطلوبة للحكم ,وهذا ما ذهب إليه المالكية إلا ابن الماجشون ,وكذلك ذهب إلى جواز ذلك الشافعية ,والحنابلة في إحدى الروايتين عن الأمام أحمد والظاهرية والزيدية .

#### -المذهب الثاني :منع القضاء على الغائب :

ذهب أصحاب هذا المذهب إلى إنه ليس للقاضي أن يحكم على الغائب حتى يحضر أو يقيم وكيلاً عنه, وهذا ما ذهب إليه الحنفية, والإمام أحمد في إحدى الروايتين المنقولتين عنه, والإباضية وابن الماجشون من المالكية.

### 2\_ حكم القضاء على الغائب في القانون :

#### أولاً- في قانون أصول المحاكمات المدنية :

نصت المادة /113/ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أنه : ((لا يجوز أن تجري المحاكمة إلا بصورة وجاهية أو بمثابة الوجاهي)).

وبهذا النص يتبين أن القانون ألغى الأصول الغيابية, فالأحكام تصدر دائماً إما وجاهية, أو بمثابة الوجاهي, وهذا التعديل ليس إلا إلغاء للقضاء على الغائب في حقيقته, لأن الحكم في أي ادعاء لا بد أن يصدر ولكن بعد إبلاغ المدعى عليه بموضوع الدعوى وموعدها,

فإذا امتنع المدعى عليه عن الحضور, أو تهرب فإن غيابه لا يعد مسوغاً لعدم اصدار حكم بحقه .

— ويعد الحكم وجاهياً إذا حضر المدعى والمدعى عليه جلسات المحكمة كلها أو بعضها وهذا ما ورد في المادة/114/ من قانون أصول المحاكمات التي نصت على ما يأتي :

"إذا حضر المدعى والمدعى عليه في أية جلسة اعتبرت الخصومة وجاهية في حقه ولو تخلف بعد ذلك ."

وأيضاً هذا القانون اشترط في العديد من القضايا أن يكون حضور أطراف الدعوى بواسطة محامين يمثلونهم, وذلك فيما عدا من أجازت له المحكمة المرافعة بنفسه في دعوى له أو لزوجته أو لأقاربه, وفي القضايا التي تنظر فيها محكمة الصلح والقضايا الشرعية, عدا دعاوى النسب والإرث هذا ما ورد في المادة/104/ من قانون أصول المحاكمات .

وأكدت هذه المادة أنه ولو حضر الخصم وامتنع عن توكيل محام ترفع الدعوى غيابياً بحقه ويعتبر الحكم وجاهياً

### **ثانياً. في قانون أصول المحاكمات الجزائية :**

أجاز قانون أصول المحاكمات الجزائية الحكم على الغائب غير أنه اشترط إبلاغ المدعى عليه, حيث أوجب إبلاغ الخصوم أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الصلح لحضور المحاكمة, أما في المحاكم الجنائية أو الجنايات فإذا لم يمكن القبض على المتهم أو لم يحضر إلى المحكمة خلال عشرة أيام من تبليغه قرار الاتهام, أو لاذ بالفرار, فإن رئيس محكمة الجنايات أو نائبه يعطيه مدة عشرة أيام للحضور, فإن لم يحضر عدَّ فاراً من وجه العدالة

في هذه الحالة يحق لمحكمة الجنايات مطلق السلطة في أن تحكم غيابياً على المتهم الفار (الغائب) حسب قناعتها إما بالإدانة وتقرير العقوبة أو بالبراءة وعدم المسؤولية .



## المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالقضاء على الغائب

### المطلب الأول: ضابط الغياب الذي يعتد به في مسألة القضاء على الغائب

اتفق الفقهاء على :

(أ) على أن المدعى عليه إذا كان قريباً من مجلس القضاء وتغيب لغير عذر أحضره القاضي جبراً عنه

(ب) وأنه لو كان بعيداً عن بلد المحكمة غيبة بعيدة جداً كمسافة أكثر من عشرة أيام مع الأمن يعد غائباً

واختلفوا في نقطتين:

-**النقطة الأولى:** إن كان المدعي عليه حاضراً بالبلد, وتغيب عن الحضور لمجلس الحكم فهل يعد بذلك غائباً وتسمع دعوته؟

**ذهب الجمهور:** وهم المالكية, والشافعية, أنه لا يعد غائباً عن مجلس الحكم ويحكم عليه دون حضوره بينما ذهب الظاهرية إلى أنه يعتبر غائباً

-**النقطة الثانية:** هي حالة البعيد خارج البلد لمسافة أقل من عشرة أيام

اختلفوا على أقوال:

**الأول:** يبعد الغائب مسيرة مسافة يوم من طلوع الفجر إلى أوائل الليل هذا المعتمد عند الشافعية

**الثاني:** يبعد الغائب مسافة القصر وهذا رأي بعض الشافعية, والحنابلة, والزيدية.

**الثالث:** إن الغائب يبعد عن المجلس مسافة عشرة أيام مع الأمن, أو يومين فأكثر مع الخوف, وهو رأي المالكية.

**الرابع:** الغائب من كان خارج ولاية القاضي وهو قول عند الشافعية.

## المطلب الثاني: الحقوق التي يجري فيها القضاء على الغائب

هناك اتجاهين:

-الاتجاه الأول: ذهب أصحابه إلى القول بالقضاء على الغائب في كافة الحقوق كما يقضي على الحاضر في كافة الحقوق, ولم يفرق أصحاب هذا القول بين حقوق الله وحقوق العباد وهذا قول الظاهرية وقول عند الشافعية

-الاتجاه الثاني: ذهب أصحابه إلى القول بالقضاء على الغائب في الحقوق المتعلقة بالعباد, سواء أكانت مالية, كالديون والعروض, أم غير مالية كالعقوبات والتعزيرات المتعلقة بحقوق العباد وفي قضايا الأحوال الشخصية, كالنسب والرضاع والطلاق أما حقوق الله تعالى فلا يقضى فيها على الغائب سواء أكانت حداً أم تعزيراً, أما في الحالات التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد في أمر واحد كحد السرقة, مثلاً فيقضى بالمال دون القطع, وهذا قول المالكية \_إلا في دعوى استحقاق العقار في الغيبة المتوسطة\_ وهو قول الشافعية في الأظهر, والحنابلة, والزيدية.

## -المطلب الثالث: اليمين في مسألة الدعوى على الغائب

صورة المسألة: أن يدعي أحد من الناس أمام القاضي حقاً له على الغائب, فإذا أثبت المدعي صدق دعواه بالبينّة العادلة, فهل يحكم له على الغائب اعتماداً على هذه البينّة, أم يشترط للحكم أن يحلف المدعي على صحة دعواه واستحقاقه للمحكوم به؟

اختلف الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب في ذلك, فذهب بعضهم إلى الوجوب, في حين ذهب آخرون إلى عدم الوجوب, وصرحها آخرون إلى الاستحباب, وفيما يأتي تفصيل ذلك:

-**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى وجوب تحليف المدعي على الغائب بعد إثبات دعواه بالبينة العادلة, وهذا القول هو المعتمد عند المالكية, والأصح عند الشافعية, وهو الراوية المرجوحة عند الحنابلة.

-**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى عدم وجوب تحليف المدعي بعد قيام البينة العادلة, وهذا قول المالكية في الرواية المرجوحة عندهم, والشافعية, والحنابلة في الرواية المشهورة.

وذهب الشافعية في القول المرجوح عندهم إلى صرف عدم الوجوب إلى الاستحباب, فقالوا يستحب أن يحلف المدعي, وقد نصوا على ذلك صراحة أما المالكية والحنابلة: فلم يرد عنهم القول بالاستحباب ولم يذكر المالكية إلا أنها يمين استظهار, أي: مقوية للحكم فقط.

#### - **المطلب الرابع: تنصيب الوكيل عن الغائب في القضاء**

إذا ادعى إنسان حقاً على آخر وكان المدعى عليه غائباً, أو متعزراً, أو متوارياً, فهل ينصب القاضي وكيلاً عنه يمثله في الخصومة, وينوب عنه في إنكار المدعي به, لتكون البينة بعد إنكار منكر؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

**أولاً: مذهب الحنفية:** ذهب الحنفية إلى القول بالجواز, فللقاضي أن يقيم وكيلاً عن الخصم إذا اختفى في بيته ولم يحضر لمجلس القضاء, واشترطوا لذلك أن يتم إعلامه وإفادته بأنه سيحكم عليه إن لم يحضر, وهذا هو المذهب عندهم.

**ثانياً: مذهب الجمهور:** تعددت الأقوال عند الجمهور الذين ذهبوا إلى جواز القضاء على الغائب, ويمكن إدراج أقوالهم تحت اتجاهين اثنين:

-**الاتجاه الأول:** ذهب المالكية, والشافعية في الأصح, والحنابلة, إلى أن القاضي لا يلزم بتنصيب وكيل ينكر عن الغائب, ذلك أن الغائب

ربما يكون مقراً بالحق فيكون إنكار الوكيل كذباً, ومقتضى هذا عدم جواز تنصيب الوكيل

-**الاتجاه الثاني:** ذهب الشافعية في أحد الأقوال الضعيفة, وابن القاسم من المالكية إلى أن القاضي ملزم بتنصيب الوكيل عن الغائب.

## المبحث الثالث: الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له

### المطلب الأول : حكم الادعاء عن الغائب بقصد القضاء له

اختلف الفقهاء في المسألة على الأقوال التالية:

-**القول الأول:** ذهب أصحابه إلى عدم سماع هذه الدعوى, وقالوا: لا يجوز القضاء للغائب مطلقاً, وهذا القول للإمام أبي حنيفة الذي منع من القضاء على الغائب وله على حد سواء وهو قول بعض المالكية, والشافعية أيضاً .

-**القول الثاني:** ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز القضاء للغائب مطلقاً حيث يستطيع من قام عن غائب يطلب حقاً له أن يخاصم عنه في ذلك وإن لم يكن ثمة, وتوكيل سواء أكان قريباً للغائب أم لم يكن.

كما رأوا أن للقاضي أن يوكل من يطالب بحق الغائب, وهو قول الصحابين من الحنفية, وابن القاسم من المالكية, وهو قول عند الشافعية.

-**القول الثالث:** لا يجوز القضاء للغائب إلا تبعاً وذلك عند الحنابلة والشافعية.

### المطلب الثاني: القضاء للغائب في القانون

لم يتعرض القانون للحديث عن القضاء للغائب صراحةً, غير أن ذلك يستفاد من خلال بحثه لحق الادعاء نظراً لكون المدعي غير حاضر, إذ يشترط لصدور حكم في أي قضية أن تكون هناك جهة مدعية, وأخرى مدعى عليها فإذا كانت الجهة التي يحق لها الادعاء غائبة, وليس ثمة وكيل يقوم بالادعاء عنها, فهل يملك غيرهما حق الادعاء عن الغائب؟

## أ) في أصول المحاكمات المدنية:

نصت المادة 11/ في أصول المحاكمات المدنية على أنه لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون فيشترط القانون لصحة الدعوى بأن تكون هناك مصلحة مباشرة للمدعي في أي دعوى يتقدم بها, وليس للشخص الذي لا علاقة له بالخلاف القائم التصدي لإقامة الدعوى.

وخلاصة القول إن القضاء للغائب في القانون لا يتم إلا إذا تقدم المدعي بإدعائه قبل غيابه ولم يطلب المدعي عليه شطب الدعوى, أو تقدم بالدعوى نيابة عنه شخص آخر له مصلحة قائمة يقرها القانون, كالدائنين أو تقدم بالادعاء من كان ذا صفة في النزاع كالقيم الذي نصبه القاضي .

## ب) في قانون أصول المحاكمات الجزائية :

-إن الادعاء في دعاوى الحق العام لا يقبل نيابة عن الغائب من أحد سوى النيابة العامة, ويستثنى من ذلك كون المدعي متضرراً, فيقبل الادعاء منه نيابة عن الغائب المعتدى عليه.

-أما في دعاوى الحق الشخصي, فإن الادعاء لا يقبل نيابة عن الغائب من أحد إلا إذا كان المدعي متضرراً بشكل مباشر أو شخصي نتيجة الاعتداء على الغائب.

## الفصل الثاني

### أحكام الغائب المتعلقة بالأحوال الشخصية

#### المبحث الأول: أحكام الغائب المتعلقة بالنكاح

##### نكاح الغائب

إذا غاب أحد العاقدين في عقد النكاح عن مجلس العقد فكيف السبيل إلى إجراء هذا العقد؟ هل تنوب الكتابة عن حضور أي من العاقدين حال غيابه؟ وهل يصح التوكيل عن الغائب في عقد الزواج؟

هذا ما سأتناوله - بعونه تعالى - في المسألتين التاليتين:

##### عقد النكاح بكتاب الغائب:

اختلف الفقهاء في صحة عقد الزواج بالكتابة على الغائب على قولين

-**القول الأول:** ذهب الحنفية، والشافعية في وجهه، والحنابلة في قول، إلى جواز عقد النكاح بالكتابة من الغائب وكتابة الغائب صور عديدة أذكر منها:

أن يكتب الغائب إليها يخطبها، فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً قد كتب: زوجيني نفسك، فأشهدوا أنني زوجت نفسي منه، أما إن لم تقل في حضرتهم سوى: زوجت نفسي، فلا ينعقد لأن سماع الشهود كلام العاقدين شرط لصحة النكاح فلا بد لذلك من إسماعهم كتاب الغائب وقبول الحاضر.

-**القول الثاني:** ذهب جمهور المالكية, والشافعية في المذهب, والحنابلة على الصحيح في المذهب, لعدم صحة عقد الزواج بالكتابة في غيبة أو حضور.

أما القانون السوري: فقد ذهب إلى صحة عقد النكاح بالكتابة من الغائب ونص على ذلك في المادة 7/ من قانون الأحوال الشخصية السوري وهي :

((يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس)) ومرجعه في ذلك المذهب الحنفي.

### **وكالة الغائب في عقد الزواج:**

هل يجوز للغائب رجلاً كان أو امرأة أن يوكل غيره لحضور مجلس العقد لينوب عنه في تزويجه؟

-اتفق الفقهاء على صحة توكيل الرجل غيره ليزوجه, لأن الزواج عقد معاوضة

-أما المرأة فقد اختلف الفقهاء في صحة توكيلها غيرها في نكاحها حاضرة كانت أم غائبة, واختلف فهم هنا هو فرغ عن اختلافهم في صحة مباشرة المرأة عقد النكاح بنفسها, فليس للمرأة عند المالكية والشافعية والحنابلة أن تلي عقد الزواج بنفسها, خلافاً للحنفية الذين قالوا بأن المرأة الحرة البالغة العاقلة لها أن تباشر ذلك بنفسها, وبناء على ذلك قال الجمهور: ليس للمرأة أن توكل غير وليها في عقد الزواج لأنها لا تملك مباشرة هذا العقد بنفسها, إلا أنهم أعطوا الولي حق التوكيل, فله أن يوكل عنه من يباشر هذا العقد, ووكيل كل ولي يقوم مقامه غائباً كان أم حاضر.



أما الحنفية فليس ثمة فرقٌ في صحة التوكيل بالنكاح بين الرجل أو المرأة لأن المرأة تملك مباشرة هذا العقد بنفسها فلها أن توكل فيه غائبة كانت أم حاضرة.

-وقد ذهب القانون السوري إلى جواز التوكيل في عقد النكاح، ولم يفرق بين حاضرٍ أو غائب كما أنه لم يفرق أيضاً في جواز ذلك بين رجلٍ أو امرأة مستمداً ذلك من المذهب الحنفي.

وهذا ما جاء في المادة /8/ التي نصت على :

1)يجوز التوكيل في عقد النكاح

2)ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نصت على ذلك في الوكالة.

## المبحث الثاني: طلاق الغائب

إذا كان الزوج غائباً وأراد رفع هذا العقد أو حله فهل يملك هذا الحق؟

لم يشترط أيُّ من فقهاء المسلمين لإيقاع الطلاق حضور الزوج، فيملك الزوج أن يطلق زوجته حال حضوره وغيابه على حدٍ سواء، والغائب حين يطلق زوجته لا يخلو أن يكون في واحدة من الحالات الآتية:

**الأولى:** أن يطلق زوجته وهو غائب عنها خلال محادثة هاتفية معها، وهذا الطلاق يعد طلاقاً صريحاً، يقع فور تلفظه بألفاظ الطلاق الصريح، أو بكنايته عنه مع عزمه إيقاع هذا الطلاق.

**الثانية:** أن يرسل لزوجته طلاقها مع رسول يخبرها بالطلاق، أو أن يوكل هذا الرسول بطلاق زوجته وهنا يقع الطلاق فور تلفظ الزوج به عند الجمهور، خلافاً للظاهرية الذين قالوا بوقوعه حال بلوغها الخبر وتصديقها إياه، وكذلك في حال التوكيل فإن الطلاق لا يقع إلا عند إنفاذ الوكيل له، ولم يخالف بذلك سوى الظاهرية الذين قالوا بعدم جواز الوكالة في الطلاق.

**الثالثة:** أن يكتب طلاق زوجته بكتاب موجه إليها، فإن قيل بوقوع الطلاق بالكتابة وقع طلاق الغائب، وإن قيل بعدمه لم يقع طلاقه.

أما القانون السوري فقد ساوى بين اللفظ والكتابة في الطلاق، ولم يفرق بين قادرٍ على اللفظ وغيره، كما لم يفرق بين حاضرٍ وغائب، فيقع طلاق الغائب إن كتب لزوجته كتاباً يخبرها فيه بطلاقها وقد نص على ذلك في المادة 87/و التي جاء فيها:

ف1 ((يقع الطلاق باللفظ والكتابة ويقع من العاجز عنها بإشارته المعلومة)).

## -المبحث الثالث: التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج

**المطلب الأول: حكم التفريق للضرر بغياب الزوج وحبسه في الفقه الإسلامي والقانون:**

**أولاً: التفريق لغياب الزوج في الفقه الإسلامي والقانون:**

**(أ) التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي:**

إذا غاب الزوج عن زوجته, وترك لها نفقة تكفيها, إلا أنها تضررت بهذا الغياب وخشيت الفتنة على نفسها, أو الوقوع في الفاحشة, وطلبت التفريق, فهل يجاب إلى طلبها, أم أنها ملزمة بالصبر على غيبة الزوج وليس لها أي حق في طلب الفرقة بحال إلا أن يطلقها الزوج نفسه؟

اختلف الفقهاء:

**-القول الأول :** عدم التفريق بين المرأة وزوجها بسبب الغياب مطلقاً, سواء أطالت المدة أم قصرت, وسواء أكانت بعذر أم بغير عذر, مادام قد ترك لها ما تنفق منه على نفسها وهذا ما ذهب إليه الحنفية, والشافعية, والحنابلة في قول.

**-القول الثاني:** جواز التفريق للضرر بسبب الغيبة إلا أن فيه تفصيلاً: ذهب

المالكية إلى القول بجواز التفريق إذا تضررت المرأة بغياب زوجها مدة طويلة, وخشيت الوقوع في الزنا, سواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر, فالقصد من التفريق هو رفع الضرر عن الزوجة لأنها لا تستطيع الصبر على بعد زوجها, فلا أثر لقصد الزوج هنا ويُطَلَّق عليه ولو لم يقصد الضرر

أما الحنابلة فقد نظروا إلى سبب الغيبة وفرقوا في الحكم بناءً عليه, فإذا كانت غيبة الزوج لعذر و حاجة لم يُفَرَّق بينهما, وإن طال مدة الغياب, مادام قد ترك لزوجته نفقة, ومن أمثلة ذلك غيابه في طلب العلم, أو في طلب الرزق الضروري, أو الحج وغيره

أما إن كانت غيبته لغير عذر, وتضررت المرأة, وطالبت القاضي بالتفريق, فُرق بينهما و التفريق هنا كان لإصرار الزوج على الغياب, قاصداً الإضرار بالزوجة, لأنه غاب دون سببٍ وجيه فكان التفريق عقوبةً له مقابل قصده .

### **(ب) التفريق للغيبة في القانون:**

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على التفريق للغيبة والسجن بأن واحد في المادة /109/ التي نصت على :  
1) إذا غاب الزوج بلا عذرٍ مقبول, أو حُكم بالسجن أكثر من ثلاث سنوات, جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق, ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه

2) هذا التفريق طلاق رجعي فإذا رجع الغائب, أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

وتدل هذه المادة على أن القانون اختار القول بجواز التفريق للغياب واشترطوا للحكم بذلك الشروط التالية:

-أن يكون الغياب دون عذرٍ مقبول, فإن كان لعذرٍ مقبول ليس لها الحق في طلب التفريق .

-أن تمضي سنة فأكثر على غياب الزوج أو حبسه, وأن تتقدم الزوجة بطلب التفريق بعد مضي تلك المدة  
-اشترط القانون لمراجعة الزوجة أن يعود الغائب, وأن يتم الإفراج عن السجين والمرأة في عدتها.

وقد ساوى القانون في هذه المادة بين الغائب لغير عذر والسجين الذي حُكمَ لمدة تتجاوز الثلاث سنوات وجعل حكمهما واحداً.

## ثانياً: التفريق لحبس الزوج في الفقه الإسلامي و القانون

### (أ) التفريق للحبس في الفقه الإسلامي :

وفيه قولان :

**القول الأول :** قول الجمهور الذين ذهبوا إلى عدم جواز التفريق بين السجين وزوجته مطلقاً مهما طال مدة حبسه, وإن لم يتبين مكان سجنه, و هذا مقتضى القول بعدم جواز التفريق للغيبة عند الشافعية والحنفية, ولا فرق عندهم بين غياب قريب أو بعيد, بسبب سجن أو غيره, طالما أنه يحقق ماهية الغياب

أما الحنابلة فقد صرحوا بعدم الفسخ للحبس, لأن الغيبة بسبب الحبس تُعدُّ عذراً في ترك الجماع, مما يجعله غير واجب في هذه الحالة ولو لم يقولوا بفسخ زواج السجين إلا إذا تعذر إنفاقه عليها, وما خلا ذلك فقد نقل صاحب الإنصاف عدم جواز الفسخ

**الثاني :** وهو لبعض الحنابلة, ومقتضى نصوص المالكية فقد ذهبوا إلى جواز التفريق على المحبوس إذا تضررت زوجته من حبسه

### (ب) التفريق للحبس في القانون:

لم يُفرِّق القانون السوري بين الغياب والحبس, فقد أعطى المحكوم بالسجن مدة تتجاوز الثلاث سنوات, كحكم الزوج الغائب دون عذر, وأعطى زوجته الحق في طلب التفريق بعد مضي سنة من الغياب, وهذا التفريق يُعدُّ طلاقاً رجعيّاً, فإذا أُفرج عن السجين وامرأته في العدة كان له مراجعتها وقد اعتمد القانون في مسألة التفريق للحبس على مسألة التفريق للغياب في المذهب المالكي, الذي أجاز هذا التفريق واشترط أن تكون مدة الغيبة طويلة, وقد أخذ القانون بالقول المعتمد عند المالكية في اشتراط مضي سنة للتفريق وأخذ بالقول المرجوح في هذا المذهب عندما اشترط أن يحكم الزوج بعقوبة

السجن مدة تتجاوز الثلاث سنوات وتعليل أصحاب هذا القول أن السنتين والثلاث ليست بمدة طويلة, بل لا بد من الزيادة عليها.

## **المطلب الثاني: حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب في الفقه الإسلامي والقانون**

### **النقطة الأولى: حكم التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب في الفقه الإسلامي:**

إذا غاب الزوج, ولم يترك لزوجته نفقة, ولم يُقدّر له على مال سواء لإعساره أم لامتناعه عن الإنفاق, ولم يرسل لها نفقة, فهل يفرق القاضي بين الزوجين لهذا العذر إذا طلبت المرأة ذلك لتضررها بعدم الإنفاق عليها؟

يمكن إجمال أقوال الفقهاء في هذه النقطة تحت قولين :

**القول الأول :** ذهب أصحابه إلى عدم التفريق لعدم الإنفاق, وهو قول الحنفية والشافعية في الأصح, والحنابلة في قول القاضي, والظاهرية, والزيدية إلا أن الشافعية اشترطوا في قولهم هذا أن يكون الزوج معسراً ومعلوم المكان أو مجهول الحال يساراً أو إعساراً.

**القول الثاني:** ذهب أصحابه إلى جواز التفريق, وهو قول المالكية والشافعية, في قولهم الثاني, والحنابلة في قول الخرقي, وهو المذهب عندهم, ويشترط الحنابلة في هذا القول أن لا يقدر الحاكم له على مال - من نقود أو عروض أو عقار - يأخذ النفقة منه لزوجته الغائب

**صاحب الحق في التفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب :**

الزوجة هي صاحبة الحق في هذه الفرقة, لأن الإنفاق حقها, والفرقة إنما تثبت دفعا للضرر عنها, فكان الحق فيها لها, ولذلك لا يستوفي ولا يحكم بالتفريق إلا بناءً على طلبها, وإذا لم تطالب الزوجة

بالتفريق لم يكن للقاضي أن يفسخ نكاحها, وإن فعل فقضاؤه باطل, لأنه حقها ولا يستوفى إلا بطلبها, ولأنها قد ترى البقاء مع زوجها بالرغم من عدم إنفاقه فلا يجبر على الفرقة .

### النقطة الثانية: حكم التفريق لعدم الإنفاق في القانون:

نص القانون السوري على جواز التفريق القضائي بين الزوجين لعدم الإنفاق, عملاً بمذهب الجمهور ونص أيضاً على جواز التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق أو أعسر, وذلك في المادة /110/ من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها :

ف1 : ((يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر, ولم يثبت عجزه عن النفقة ))

ف2 : (( إذا أثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر, فإن لم ينفق فرّق القاضي بينهما ))

والقانون في هذه المادة يشترط عدم وجود مال ظاهر للزوج لإيقاع التفريق, فإن كان له مال حكم القاضي بالإنفاق على الزوجة, من هذا المال, حاضراً كان أم غائب, لأن الإنفاق على زوجته واجبٌ عليه, ولا حاجة عندها لإيقاع الطلاق لزوال موجب, أما إن لم يكن له مال ظاهر فإن كان الزوج حاضراً ولم يثبت عجزه فرّق بينهما حالاً, وإن أثبت عجزه, أمهله القاضي مدة لا تتعدى ثلاثة أشهر, فإن لم ينفق خلالها, فرّق القاضي بينهما, وكذلك إن كان الزوج غائباً وإن لم يكن له مال ظاهر, فيمهل ثلاثة أشهر أيضاً, فإن أنفق, وإلا فرّق بينهما وقد استمد القانون هذا القول المعتمد في المذهب المالكي.

أما المدة فقد تعددت أقوال المالكية فيها, فقيل: شهر, وقيل: شهران وقيل: من غير تحديد, إنما تكون على وفق ما يراه الحاكم, وقد حددها القانون السوري بثلاثة أشهر.

وقد نص القانون السوري على نوع هذه الفرقة في المادة /111/  
من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها :

(( تفريق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيّاً، وللزوج أن يراجع زوجته  
ما دامت بالعدة، بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق )) فإذا حكم  
القاضي بالتفريق لعدم الانفاق، سواء أكان الزوج حاضراً أم غائباً  
فيمكنه أن يراجع زوجته حال توافرت الشروط التالية :

(1) أن يراجعها قبل مضي مدة العدة، وإلا فليس له ذلك لبينونها بعد  
انقضاء العدة

(2) أن يثبت يساره، وأن يبدي استعداداً للإنفاق، وهذا موافق للمذهب  
المالكي.



## الفصل الثالث الأحكام المالية المتعلقة بالغائب

### المبحث الأول : التصرف في مال الغائب وإدارة أمواله

#### المطلب الأول : استيفاء أموال الغائب

يُقصد باستيفاء حقوق الغائب وأمواله : قبض الغلات والثمار الناتجة من أمواله وكذا ما تدره من دخل وأرباح, وما ينتج عنها من مكسب ونماء إضافة إلى قبض ديون الغائب التي أقر بها غرماؤه وحلّ أجل الوفاء بها.

واستيفاء هذه الحقوق يدخل في مهمة الحفظ الموكلة إلى القاضي أو وكيله حيث يقوم القاضي بذلك مقام الغائب ولا بد للقيام باستيفاء حقوق الغائب من أن تطول غيبته وتتعدر مراجعته, وأن يشرف هذا المال على الهلاك أو الضياع .

أما إن كان للغائب وكيل مكلف بإدارة شؤونه واستيفاء حقوقه حال غيابه فإن وكيله هو الذي يقوم مقامه في ذلك

#### المطلب الثاني : استيفاء أموال الغير وحقوقهم من الغائب

يُقصد باستيفاء أموال الغير من الغائب : قضاء ما على الغائب من دين وتسليم ما عليه من عين, والإيفاء بما يثبت عليه من حقوق للآخرين وأموال الغير وحقوقهم على الغائب إما أن تكون ثابتة, أو غير ثابتة فإن كانت ثابتة فلا خلاف بين الفقهاء في منح القاضي سلطة بإيفاء ما كان ثابتاً على الغائب من دين أو عين إذا حلّ أجل الوفاء بها وطالب صاحبها بذلك

وقد نصّ الحنفية والمالكية والشافعية على أنه إذا مسّت الحاجة إلى التصرف في مال الغائب لاستيفاء حقوقٍ تثبت عليه كان للقاضي السلطة بذلك, فله مثلاً بيع ماله لإيفاء دينه إن كان ثابتاً عنده

وهذا مقتضى مذهب الحنابلة الذين أعطوا للحاكم ولاية مال الغائب وهذا يمكنه من أداء الحقوق الثابتة على الغائب, ويشهد لذلك ما نصوا عليه في مسألة المشتري الهارب حيث قالوا :

(( إن المشتري إن كان موسراً وهرب قبل دفع الثمن قضاه الحاكم من ماله إن وجد له مالاً, وإلا باع المبيع وقضى ثمنه وحفظ الباقي))  
أما إذا كانت حقوق الغير وأموالهم غير ثابتة على الغائب, فإنها تحتاج إلى ادعاء من صاحب الحق أو وكيله ولا بد من بينة لإثبات هذا الحق والحكم به .

## المطلب الثالث: إدارة أموال الغائب والتصرف فيها في القانون

لم يفرق القانون السوري بين الغائب والمفقود في مسألة إدارة أمواله, فقد ألحق هذا القانون كل غائب منعه ظروف قاهرة من العودة وإدارة أمواله بنفسه أو بوكيل إذا غاب أكثر من سنة, وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره وبناءً على ذلك: إن التصرف في مال الغائب يأخذ حكم التصرف في مال المفقود بجامع غيبة كل منهما, وحاجة هذا المال إلى الرعاية والإدارة, وحفظاً له من الهلاك والضياع, فإذا لم يكن للغائب وكيل, فعلى القاضي أن يعين وكيلاً قضائياً, أما إن كان له وكيل عام عيّنه قبل غيابه, فعلى القاضي أن يحكم بنتيبيته بعد التأكد من صلاحية هذا الوكيل وذلك بأن تتوافر الشروط المطلوبة في الوصي, والتي حددتها المادة /178/ من قانون الأحوال الشخصية السوري, ومؤدى هذه المادة يفيد الشروط الواجب توافرها في وكيل الغائب وهي:

أن يكون الوكيل عدلاً وقادراً على القيام بمهام الوكالة وأن يتمتع بالأهلية الكاملة.

- ولا يجوز أن يكون وكيلاً كلاً من :

(أ) المحكوم عليه بجريمة سرقة, أو إساءة انتمان, أو تزوير, أو جريمة من الجرائم المخلة بالأداب, والأخلاق العامة.

(ب) من كان بينه أو بين أحد من أصوله أو فروعه أو زوجته وبين الغائب نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة الغائب.

(ج) المحكوم بإفلاسه إلى أن يُعاد إليه اعتباره.

(د) من قرر الغائب عزله أو حرمانه.

- فإن لم تتوافر في وكيل الغائب تلك الشروط, سواء أكان النقص عند توكيله من قبل الغائب, أم طراً عليه ما يخلُّ بها بعد تعيينه وغياب الموكل فإنَّ القاضي – ومراعاة لمصلحة الغائب – يلغي وكالته ويعين وكيلاً قضائياً .

## المبحث الثالث : الإنفاق من مال الغائب

### المطلب الأول : النفقة الواجبة على الغائب :

#### \_ الفرع الأول : نفقة زوجة الغائب

نفقة الزوجة هي إحدى الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها, سواء أكانت غنية أم فقيرة , مسلمة أم غير مسلمة, وهي ثابتة عليه في نكاح صحيح , سواء أكان موسراً أم معسراً , وذلك عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية والظاهرية الذين يسقطون النفقة عن المعسر حاضراً كان أم غائب

#### سبب وجوب نفقة الزوجة :

اختلف الفقهاء في سبب وجوب نفقة الزوجة على قولين :

**القول الأول :** وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة, والظاهرية ذهبوا فيه إلى أن الزوجية هي سبب وجوب النفقة.

**القول الثاني :** وهو للحنفية, حيث ذهبوا إلى سبب وجوب النفقة هي استحقاق الحبس الثابت للزوج عليها في النكاح.

#### نفقة الزوجة في القانون:

إن مفهوم المادة /72/ من قانون الأحوال الشخصية السوري يُفيد استحقاقها للنفقة, لأن القانون نصّ على وجوب النفقة على الزوج من حيث العقد الصحيح, ولو كانت مقيمة في بيت أهلها, إلا إذا طالبها زوجها بالانتقال معه وامتنعت بغير حق وقد استمد القانون ذلك من مذهب الحنفية والشافعية في القديم .

ويتفق قانون الأحوال الشخصية السوري مع الرأي الفقهي القائل بإيجاب النفقة للزوجة من مال الغائب, مع أن القانون لم يتعرض لذكر ذلك صراحةً إلا أن المفهوم من المادة/110/ من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث قرر القانون إيجاب النفقة للزوجة من مال الغائب فضلاً عن نص المادة/72/ من قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أوجب النفقة على الزوج من حيث العقد الصحيح.

## **\_ الفرع الثاني : نفقة أقارب الغائب**

اختلف الفقهاء في حكمها على قولين :

**أولاً : حكم نفقة الأقارب عند السادة الأحناف :**

فرّق الحنفية بين قرابة الولادة وسواها من القرابات, كما فرقوا بين الحالة التي يكون فيها للغائب مالٌ حاضر أو لا يكون, وسأبين ذلك في الحالتين التاليتين :

**الحالة الأولى : أن يكون للغائب مالٌ حاضر :**

نصّ الحنفية على أنّه إن كان للغائب مالٌ حاضر من جنس النفقة, فإن لأولاده الصغار, والكبار الذكور الزمنى الفقراء, والإناث الفقيرات ووالديه المحتاجين, لهم أن يأخذوا النفقة من مال الغائب إن كان في أيديهم لأنهم ظفروا بجنس حقهم, فإذا طلب هؤلاء من القاضي أن يفرض لهم النفقة من ذلك المال فرضها لهم, لأن الفرض منه إعانة لا قضاء بشرط أن يعلم القاضي بالنسب

**الحالة الثانية : إذا لم يكن للغائب مالٌ حاضر :**

إذا طالب والد الغائب أو أولاده الصغار أو الكبار الزمنى فرض النفقة على الغائب ولم يكن له مالٌ حاضر, فهل يفرض القاضي لهم النفقة عليه ؟

إذا كان القاضي عالماً بالنسب فرض القاضي لهم النفقة , لأنه لا حاجة لتقديم بينة تثبت ذلك وفرض القاضي يُعدّ إيفاءً للحق لا قضاءً عليه أما

إذا كان النسب غير ثابت عنده, فما ورد من نفقة الزوجة والقضاء بها يُرَدُّ هنا.

### ثانياً : حكم نفقة الأقارب عند الجمهور:

لم يُفَرِّق الجمهور في وجوب النفقة لمستحقيها زوجة أم أقارب بين حاضرٍ وغائب وكل مال تجب النفقة فيه على الحاضر تجب على الغائب

### المطلب الثاني : النفقة الواجبة للغائب :

يُقصد بالنفقة الواجبة للغائب :

أن يغيب مستحق النفقة عن المنفق سواء أكان بعيداً عن موطنه أم قريباً منه ولغياب الزوجة عن زوجها عدة أسباب فقد تغيب بسبب حبسها, أو غصبها, أو سفرها, فما حكم النفقة للزوجة الغائبة في الحالات التالية؟

### أولاً: حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس :

اختلف الفقهاء على أقوال :

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية, والحنابلة, إلى أن غياب الزوجة عن زوجها بسبب الحبس يسقط نفقتها, سواء أحبست في حق كدين تقدر على إيفاؤه, أو ظلماً كأن تُحبس في دين لا تقدر على الوفاء به, هذا إذا حبست من قبل غير الزوج أما إذا حبسها زوجها بدين له عليها, فلها النفقة على الأصح عند الحنفية, أما الشافعية, فقد اشترطوا لوجوب النفقة لها أن تكون معسرة, وأن يعلم الزوج بذلك فإن منعه الدين عناداً فلا نفقة لها

**القول الثاني:** ذهب المالكية, وأبو يوسف من الأحناف, إلى عدم إسقاط نفقة الزوجة بسبب حبسها في دين إلا أن يكون سبب الحبس منها ويُشترط لذلك أن لا تكون مماطلة, فإذا كانت مماطلة سقطت

نفقتها عند المالكية في القول المرجوح , لأنها قصّرت في الأداء, و يشترط أيضاً أن تكون غير قادرة على أداء الدين الذي حُبست فيه , أو محبوسة بظلم فإن كانت قادرة على الأداء أو محبوسة بحق سقطت نفقتها عند أبي يوسف.

### **القول الثالث : وهو للكرخي من الحنفية وذهب فيه إلى التفصيل :**

إن كان غيابها في حبس بدين قبل انتقالها إلى منزل الزوج, فإن استطاعت أن تُخلي بينها وبينه فلها النفقة, وإن لم تستطع التخلية لأن المكان لا يسمح فلا نفقة لها

### **ثانياً: حكم نفقة الزوجة الغائبة بسبب الغضب :**

إذا غضب رجل زوجة آخر كرهاً وأجبرها على مغادرة بيت الزوجية أو على ترك زوجها فما هو حكم النفقة الواجبة على الزوج هل تستمر أم تسقط ؟

اختلف الفقهاء على قولين :

**القول الأول :** ذهب الحنفية في المُفتَى به عندهم, والشافعية إلى سقوط نفقة الزوجة لغيابها بسبب الغضب

**القول الثاني :** ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى عدم سقوط نفقة الزوجة لغيابها عن زوجها بسبب الغضب

ولم يتعرض المالكية, والحنابلة فيما بحثت فيه لهذه المسألة, إلا أن قواعد المذهب المالكي تفيد عدم سقوط نفقتها, لأن منعه من الاستمتاع كان لسبب ليس من جهتها, وهذا يُستفاد من تعليلهم عدم سقوط نفقة الزوجة الغائبة بسبب الحبس

أما عند الحنابلة فإن قولهم بسقوط نفقتها بسبب غيابها في حبسها ولو ظلماً يُفيد سقوط نفقتها لغيابها بسبب الغضب, لفوات التمكين المقابل للنفقة .

## الباب الثالث

### أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون

#### الفصل الأول المفقود متى يُحكم بحياته ومتى يُحكم بموته

المبحث الأول : متى يُحكم بحياته المفقود في الفقه الإسلامي  
والقانون

#### المطلب الأول : الحكم بحياته المفقود في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية في حكم حياة المفقود على عدة أقوال  
وأعرض حكم حياته في كل مذهب  
على النحو التالي :

- (الحنفية) ذهبوا إلى أن المفقود حيٌّ في حق نفسه بالاستصحاب  
وهو يصلح لإبقاء ما كان على ما كان, وميتٌ في حق غيره, وهذا لا  
يعني أنه حيٌّ وميتٌ حقيقة في الوقت نفسه لاستحالة ذلك, إنما يُعدُّ حياً  
وتجري عليه أحكام الأحياء تجنباً لما يضرُّه وذلك في الأمور المتوقفة  
على ثبوت موته, فلا يُورث ماله, ولا يُفرَّق بينه وبين زوجته كأنه  
حيٌّ حقيقة لأن حياته كانت ثابتة فلا تزول بالشك, ويُعدُّ ميتاً وتجري  
عليه أحكام الأموات فيما لم يكن قد اكتسبه بعد, فلا يرث من أحدٍ مات  
من أقاربه .

- (المالكية) جرى المذهب المالكي في حكم المفقود على أساس  
التفريق بين غيبة ظاهرها السلامة, وأخرى ظاهرها الهلاك فإذا فُقد  
الإنسان في ظروف ظاهرها السلامة فيعدُّ المفقود في حكم الحي مدة



يغلب على الظن أنه حيٌّ فيها وهي مدة التعمير, ولا يُحكّم بموته إلا بعد انتهائها.

-**(الشافعية)** الجديد الأظهر في المذهب أنَّ المفقود يُعدُّ حياً في حق ماله وزوجته مدة فقده حتى يثبت موته, أو تمضي مدة التعمير.

أما القديم فيعد المفقود بحكم الحي مدة أربع سنين من وقت انقطاع خبره في حق زوجته فقط, وإلا فإنه يعد حياً لحين انقضاء مدة التعمير.

-**(الحنابلة)** فرّقوا بين نوعين من الغيبة :

**1- غيبة ظاهرها السلامة :** يُعدُّ حياً مدة فقده فلا تتزوج امرأته, ولا يُقسم ماله, وينتظر لحين انقضاء مدة التعمير.

**2- المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك :** يُعدُّ حياً لمدة أربع سنين فإن مضت المدة ولم يُعلم خبره, فُسِّمَ ماله بين ورثته, واعتدت زوجته عدة الوفاة.

## **المطلب الثاني : الحكم بحياة المفقود في القانون**

نصَّ قانون الأحوال الشخصية السوري على أنَّ المفقود يُعدُّ حياً ولا يُحكّم بموته إلا ببلوغه ثمانين سنة, وينبغي أن يحمل هذا على الظروف الطبيعية, أما في الظروف التي يغلب عليه الهلاك فيها فقد حدد له مدة أربع سنوات, واستند القانون في ذلك إلى المذهب المالكي والحنبلي فقد جاء في المادة /205/ منه ما يأتي :

**1- ينتهي فقدان بعودة المفقود, أو بموته, أو الحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر**

**2- يحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية, أو الحالات المماثلة لها المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.**

## المبحث الثاني : متى يحكم بموت المفقود في الفقه الإسلامي والقانون

### المطلب الأول : البحث عن المفقود

#### 1-البحث عن المفقود في الفقه الإسلامي :

لم يتعرض جمهور الفقهاء لاشتراط البحث عن المفقود قبل الحكم بموته , غير أن الضابط الذي حددوا فيه ماهية الفقد هو عدم العلم بحياته أو بموته يقتضي أن لا يعد الغائب مفقوداً إلا بعد البحث عنه وبذل الجهد للكشف عن حاله , فنرى أن السادة الأحناف قد جعلوا جدية البحث عنه أحد عناصر التعريف , فلا يحكم بانقطاع خبره وخفاء أثره إلا بعد الخروج في طلبه وبذل الجهد في البحث عنه .

أما المالكية فقد اشترطوا ذلك صراحةً ونصوا على وجوب البحث عن المفقود و التحري عنه بمختلف الوسائل المتاحة قبل إصدار الحكم بموته

#### 2-البحث عن المفقود في القانون :

نظراً لإغفال القانون لهذه المسألة فلا بد من الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناءً على ما جاء في المادة /34/ من القانون المدني السوري والتي نصت على ما يأتي : ((يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة بقوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية)).

## المطلب الثاني : سلطة الحكم بموت المفقود

الحكم بموت المفقود لا بد له من جهة تصدره فمن يملك سلطة إصدار هذا الحكم؟

نص المالكية على أن زوجة المفقود تملك أن ترفع أمرها إلى من يحكم بموته إذا لم ترض البقاء في عصمة زوجها , ولها أن تطلب ذلك من :

1- القاضي

2- الحاكم السياسي في البلد أو قائد الشرطة فيها (الوالي )

3- والي الزكاة

4- جماعة المسلمين من صالحى جيرانها العدول

أما الشافعية , والحنابلة , والأحناف فلم ينصوا على الجهة التي تملك سلطة الحكم بموت المفقود إلا أن عباراتهم تفيد أن ذلك لا يتم إلا من قبل الحاكم أو القاضي

### سلطة الحكم بموت المفقود في القانون :

نص قانون أصول المحاكمات السوري على أن المحكمة الشرعية هي المحكمة المختصة في قضايا اثبات الوفاة , وتعيين الحصص الشرعية للورثة والولاية , والوصاية الشرعية مما يفيد أن القاضي هو الذي يحكم بموت المفقود , وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد اجتهاداتها والذي جاء فيها :

(( المحكمة الشرعية هي المختصة بإثبات الوفاة , واعتبار المفقود ميتاً , ونصب الوكيل القضائي الذي لا مناص من مخصصته في دعوى اعتبار المفقود ميتاً ))

## المطلب الثالث : المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

هناك تفصيل في أقوال المذاهب التي يحكم بعدها بموت المفقود :

### أ- (الحنفية):

- 1- يحكم بموت المفقود بعد موت جميع أقرانه , والأصح عندهم أنهم أقرانه في بلده , وقيل: بل المراد بذلك موت أقرانه في جميع البلاد
- 2- يحكم بموت المفقود إذا بلغ من العمر تسعين سنة وهو القول المفتى به عندهم

### ب- (المالكية):

للمالكية أقوال في تحديد المدة على عدة أقسام :

- 1- المفقود في أرض الإسلام في الظروف العادية فالقول المعتمد عندهم أنه يقدر بسبعين سنة , وتقدر مدة التعمير بخمس وسبعين سنة من وقت الولادة
- 2- المفقود بزمان الوباء أو المجاعة على أنه يحكم بموته فور انتهاء المجاعة أو زوال الوباء
- 3- المفقود في الاقتتال بين المسلمين زمن الفتن على قولين :  
الأول : يعد بحكم من مات , أو قتل فيما يتعلق بالمال والزوجة فتعند زوجته وتقسم أمواله  
, الثاني : يمهل المفقود مدة عام فإن لم يظهر له أثر حكم بموته واعتدت زوجته وقسم ماله.

### ج- (الشافعية):

للشافعية قولان في تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

ذهب الشافعية في القديم إلى الحكم بموت المفقود في حق زوجته فقط بعد مضي أربع سنوات تبدأ من يوم انقطاع خبره, وقيل من اليوم الذي ضربه القاضي لزوجته في التربص.

أما في الجديد فلم يفرق الشافعي بين زوجة المفقود وماله, ولا يحكم بموته حتى تقوم بينة تثبت موته أو تمضي عليه مدة بحيث يغلب على الظن أن مثله لا يعيش إليها عادة.

### د- (الحنابلة) :

فرقوا بين حالتين :

**الأولى:** المفقود في غيبة ظاهرها السلامة : فقالوا إنه لا يحكم بموت المفقود إلا إذا أتم تسعين سنة من يوم ولادته لأن الغالب لا يعيش الإنسان أكثر منها.

**الثانية:** المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك : يحكم بموت المفقود بعد انقضاء أربع سنين دون أن يظهر له خبر, لأنها أكثر مدة الحمل, ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار فانقطاع خبره على هذه الصورة يرجح ظن الهلاك.

## الفصل الثاني

### الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

**المبحث الأول : الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته**

**المطلب الأول : التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج في الفقه الإسلامي**

إذا غاب الزوج وانقطع خبره , ولم يدر أحيي أم ميت , أو فقد في أي ظرف من الظروف , فهل تملك الزوجة أن تطلب من القاضي فسخ نكاحها كي تستطيع الزواج من غيره ؟ أم أنها ملزمة بالصبر على غيبة زوجها المنقطعة وليس لها الحق في طلب الفرقة منه بحال إلا أن يموت أو تثبت وفاته بالدليل الشرعي ؟

اختلف الفقهاء في ثبوت حق التفريق للزوجة بسبب فقدان على قولين :

**القول الأول :** لا يفرق بين المفقود وزوجته ولا ينحل عقد الزواج حتى يثبت طلاقه أو موته بيقين , أو يحكم القاضي بموته بعد مضي المدة المحددة لذلك , وهذا القول للحنفية , والشافعية في الجديد والحنابلة في المفقود في غيبة ظاهرها السلامة , والظاهرية , والزيدية

**القول الثاني :** تتربص زوجة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتتزوج , وهذا قول المالكية في المفقود في أرض الإسلام في ظروف السلامة , وأحد أقوالهم فيمن فقد في أرض العدو زمن السلم أو الحرب وقول في القديم , والحنابلة فيمن فقد في ظروف ظاهرها الهلاك وقول الإباضية , وأحد أقوال الإمامية .

## التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج في القانون :

لم ينص القانون السوري صراحة على حق الزوجة في طلب التفريق بسبب فقدان الزوج إلا أن المفهوم من المادة /205/ يدل على عدم جواز الحكم بموت المفقود قبل بلوغه سن الثمانين , ثم عدل عن هذا القانون عام 1975 ونص على الحكم بموت من فقد في العمليات الحربية أو الحالات المماثلة التي يغلب عليه الهلاك فيها بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

## المطلب الثاني : مدة التربص ومتى تبدأ هذه المدة :

### أولاً : مقدار مدة التربص :

1-تتربص زوجة المفقود أربعة أعوام قبل أن يحكم بموته وتحصل الزوجة على الفرقة , وهذا قول المالكية فيمن فقد في أرض الاسلام في ظروف السلامة , وأحد أقوالهم فيمن فقد في أرض العدو زمن السلم أو زمن الحرب , والشافعية في القديم .

2-تتربص عام واحد وذلك عند المالكية في المفقود زمن الفتنة وأحد أقوالهم فيمن فقد باقتتال المسلمين مع العدو

### ثانياً : بداية مدة التربص :

اختلف الفقهاء على قولين :

**القول الأول :** تبدأ مدة التربص من يوم الغيبة وانقطاع الخبر , وهو قول الشافعية في الصحيح , والحنابلة في المذهب , والإباضية .

**القول الثاني :** تبدأ مدة التربص من اليوم الذي يأمر فيه القاضي زوجة المفقود في التربص , وهو قول المالكية , والشافعية في الأصح والحنابلة في رواية .

## بداية مدة التربص في القانون:

نص القانون السوري بعد تعديله عام 1957 عل أن مدة التربص التي حكم بعدها بموت المفقود تبدأ من تاريخ فقدانه وذلك إذا فقد في العمليات الحربية, أو في ظروف يغلب عليه الهلاك فيها, فإذا فقد في ظروف السلامة فلا يحكم بموته إلا بعد بلوغه الثمانين من العمر.

## المطلب الثالث : حكم زواج امرأة المفقود خلال مدة التربص

إن امرأة المفقود امرأته حتى يثبت موته أو طلاقه لها أو أن يحكم القاضي بموته بعد انقضاء مدة معينة على - خلاف بين الفقهاء فيها - فحكم الزوجية مستمر خلال مدة الأجل مالم يحكم للزوجة بالفرقة لسبب آخر كالغيبة مثلاً, فإذا انقضت مدة التربص وحكم بوفاة المفقود كان على الزوجة أن تعتد عدة الوفاة, فإذا انتهت العدة حلت للزواج فتنكح إن رغبت بذلك, ولكن هل يباح لزوجة المفقود أن تتزوج أثناء مدة التربص التي ضربت لها أو بعد انتهائها ولكن خلال مدة العدة؟

اتفق الفقهاء على بطلان نكاح زوجة الغير أو المعتدة منه, وبناءً عليه فإن زوجة المفقود إن تزوجت قبل انتهاء المدة التي يباح لها أن تتزوج بعدها فناكحها باطل, ولكن إذا انكشف أمر زوجها, أو ثبت أن زوجها كان بعد موت المفقود وانتهاء مدة العدة منه, أو بعد طلاقه لها وانتهاء العدة أيضاً فهل يعد زواجها صحيحاً؟

اختلف الفقهاء على قولين :

**القول الأول :** نكاحها صحيح لأنه خلا عن المانع وعقد الزواج قد تم في وقت لم تكن فيه مشغولة بنكاح أو عدة, وهذا قول المالكية, و الشافعية في الأصح والحنابلة من وجه.



**القول الثاني :** إن نكاحها ليس صحيحاً , لأنها تزوجت وهي تعتقد  
حرمة نكاحها وبطلانه , ولعدم العلم بالصحة حال العقد , وهذا قول  
الشافعية في مقابل الأصح , والحنابلة في الصحيح في المذهب .

## المبحث الثاني : الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته

### المطلب الأول : اثر الحكم بموت المفقود على في المهر

إذا حكم القاضي بموت المفقود فما هو الأثر المترتب على ذلك هل يتأكد المهر أم لا أثر للحكم بموته في ذلك ؟

أولاً : إذا حكم القاضي بموت المفقود بعد الدخول بزوجه فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب المهر للزوجة كاملاً سواء أكان سمي بالعقد أم فرض بعده بقضاء القاضي أو بالتراضي لأن الدخول بحد ذاته يؤكد المهر

ثانياً : إذا حكم القاضي بموت المفقود قبل الدخول بزوجه , فإن حكم المهر يختلف تبعاً للتسمية , فإذا سمي المهر بالعقد , فقد اتفق الفقهاء على أن الموت الحقيقي لأحد الزوجين قبل الدخول يوجب بالعقد وحده جميع المهر للزوجة لأن الموت لا يفسخ العقد وإنما ينتهي به أما إذا كان المهر غير مسمى ككناح التفويض ومات أحد الزوجين قبل الدخول أو الفرض , فيتأكد للزوجة مهر المثل عند الحنفية والشافعية في الأظهر , والحنابلة , خلافاً للمالكية والشافعية في مقابل الأظهر الذين قالوا بعدم وجوب المهر في هذه الحالة إلا بالدخول .

### المطلب الثاني : حكم عدة زوجة المفقود

إذا حكم القاضي بموت المفقود بعد انقضاء مدة التربص أو مدة التعمير , فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب العدة على زوجة المفقود سواء أكانت مدخولاً بها أم لا , أما نوع العدة فهي عدة وفاة , فإذا كانت زوجة المفقود حائلاً كانت عدتها بالاتفاق أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم أما إذا كانت حاملاً فعدتها تنتهي بوضع الحمل .

## -عدة زوجة المفقود في القانون :

لم يفرد قانون الأحوال الشخصية عدة زوجة المفقود بمادة خاصة إلا أنها تدخل في عدة المتوفى عنها زوجها لأنه نص على الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنين في ظروف الهلاك وبعد بلوغه ثمانين عاماً في الحالات الأخرى, وعدة المتوفى عنها زوجها في القانون أربعة أشهر وعشرة أيام, وعدة الحامل تستمر لوضع حملها أو اسقاطه مستبينا بعض الأعضاء.

### المطلب الثالث : أثر الحكم بموت المفقود في ميراث زوجته

لمعرفة حكم ميراث زوجة المفقود وأثر الحكم بموت زوجها على ذلك لا بد من التمييز بين حالتين:

**الأولى:** أثر الحكم بموت المفقود بعد انقضاء مدة التعمير على ميراث زوجته

اتفق الفقهاء على أن زوجة المفقود تستحق نصيبها من تركة زوجها إذا ثبت وفاة زوجها بينة في وقت لا تزال فيه على عصمته, وكذلك فإنها ترث منه إذا حكم بموته بقرينة تقوم مقام البينة وذلك بانقضاء مدة التعمير التي يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها شريطة أن ترضى البقاء في عصمته حتى انتهاء تلك المدة

**الثانية:** أثر الحكم بموت المفقود بعد انقضاء السنين الأربع على ميراث زوجته

إذا حكم القاضي بموت الزوج بعد أربع سنين فلا أثر لهذا الحكم في قسمة ماله وتوريث الغير منه عند جمهور الفقهاء لأنه يعد حياً في ماله حتى يبلغ سن التعمير, وعندها يقسم المال على ورثته آنذاك خلافاً للحنبلية في المفقود في ظروف الهلاك, فقد ذهبوا إلى توريث زوجته عند الحكم بموته بعد أربع سنين.

## -ميراث زوجة المفقود في القانون :

لم يتناول قانون الأحوال الشخصية السوري حكم ميراث الزوجة صراحة في ثنايا مواده, ولكن لما ميّز القانون بين المفقود في ظروف السلامة والمفقود في ظروف الهلاك فإن المفهوم من المادة /205/ يفيد أن زوجة المفقود في ظروف السلامة لا تراث إلا بعد بلوغه الثمانين من العمر, أما المفقود في ظروف الهلاك فإنها تراثه بعد الحكم بموته بعد مرور أربع سنوات على فقدانه, ويؤكد ذلك ما جاء في المادة /260/ بأن الارث يستحق بموت المورث أو بالحكم القضائي بموته ويشهد لذلك اجتهاد محكمة النقض رقم /1446/ حيث جاء فيها ((يعتبر المفقود ميتاً بالنسبة لمال غيره وحيماً بالنسبة لمال نفسه حتى صدور الحكم بموته ببلوغ الثمانين من عمره, أو باعتباره ميتاً بعد مرور أربع سنوات على فقدانه في حالة يغلب فيها الهلاك كال حرب)).

## الفصل الثالث

### الأحكام المتعلقة بأموال المفقود

#### المبحث الأول : التصرف في مال المفقود

##### المطلب الأول : التصرف بأموال المفقود وإدارتها ورعايتها

يحتاج المال الذي تركه المفقود في بلده إلى حفظ ورعاية وإدارة حرصاً على عدم ضياعه وتعرضه للهلاك، والمفقود عاجز عن القيام بذلك نظراً لانقطاعه عن هذا المال، والمقصود بالتصرف هنا القيام بما يحتاج إليه المال من بيع، وإجارة، وإقراض، وإيداع لدى الغير وغيرها من التصرفات المالية ومباشرة القاضي أو وكيله أياً من تلك التصرفات مقيد بحدود ما يحفظ هذا المال من الهلاك أو الضياع، ويحقق مصلحة الفرد، ويجب عليه أن يختار من تلك التصرفات الأصلح والأنسب لصاحب المال، فإن استطاع أن يحفظ بالإيداع أو الإجارة فليس له أن يقوم بالبيع، وإنما يملك أن يبيع من تلك الأموال ما يتسارع إليه الهلاك والفساد، أي يعني أن يقوم بالأحفظ والأصلح لمال المفقود .

##### التصرف بأموال المفقود في القانون :

حدد القانون السوري كيفية التصرف بمال المفقود حيث أعطى القاضي السلطة في الإشراف على ذلك عموماً، فإن غاب المفقود دون أن يترك وكيلاً فإن القاضي يقوم بتعيين وكيل نيابة عنه يدعى بالوكيل

القضائي, أما إذا ترك وكيلاً عاماً قبل فقدته فإن رغبة المفقود وإرادته يجب أن تحترم, وعلى القاضي أن يحكم بتثبيت من اختاره المفقود وكيلاً دون أن يقيم عنه وكيلاً آخر, إلا أن هذا الأمر مشروط أن يكون الوكيل الذي أقامه المفقود مستوفياً للشروط الواجب توافرها في الوصي والتي حددتها المادة /178/ من قانون الأحوال الشخصية السوري, فإذا لم يستوف الوكيل تلك الشروط, أو فقد أحدها سواء أكان ذلك عند اختيار المفقود له, أم طراً عليه ذلك بعد غيبته, فإن القاضي يقوم بإلغاء وكالته و يقيم وكيلاً آخر عن المفقود تجتمع فيه شروط الوصي تحقيقاً لمصلحة المفقود, وحفاظاً على أمواله وممتلكاته, وضماناً لحسن إدارتها والإشراف عليها وهذا ما نصت عليه المادة /204/ والتي جاء فيها (( إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت له وكيلاً قضائياً)).

## **المطلب الثاني : أثر غياب المفقود على عقوده المالية وتصرفاته**

إذا أبرم المفقود عقداً من العقود أو صدرت عنه بعض التصرفات المالية قبل فقدته, فهل يؤثر طارئ فقدان على تلك العقود والتصرفات ؟

اتفق الفقهاء على استمرارية بعض العقود والتصرفات إذا انعقدت صحيحة قبل غياب المفقود

واختلفوا في أخرى وليس لوكيل المفقود أو القاضي في حال ثبوت العقد واستمراره أن يتدخل لفسخ العقد أو نقض التصرف الذي لا يملك الأصيل نقضه.

وسأتي على ذكر أهم تلك العقود :

**الإجارة :** إذا أجز المفقود غيره- قبل غيابه- شيئاً من ممتلكاته منقولاً كان أم غير منقول فإن إجارته تبقى على حالها , ولا تنسخ بغيبته المنقطعة وتستمر حتى نهاية مدتها , وهذا ينطبق أيضاً على حالة كونه مستأجراً حيث تستمر إجارته لأنها كانت قائمة وثابتة قبل فقده وإن الحنفية والمالكية نصوا على استمرار إجارته , ولم يتعرض الشافعية والحنابلة لهذه النقطة , إلا أن لزوم عقد الإجارة وعدم انفساخه بموت المتعاقدين يدل على استمرار إجارة المفقود من باب أولى

**الوقف :** إذا كان المفقود قد وقف قبل غيبته شيئاً من أملاكه على وجه من وجوه الخير مما يعود نفعه على الغير فلا أثر لفقدانه في انقطاع وقفه أو نقض هذا التصرف , بل يستمر حبسه وليس لوكيل المفقود أو القاضي أن يرجع عن هذا الوقف لأن الواقف ذاته ليس له أن يرجع فيه عند جمهور الفقهاء إذا صدر عنه , وتحققت سائر أركانه وشروطه

**القرض :** لا أثر لغيبه المفقود في إبطال قرضه أو إنهاء مدته ويستمر هذا التصرف سارياً حتى انقضاء الأجل المتفق عليه لأن المدين غير ملزم برد الدين قبل انتهاء المدة إلا أن يشترط صاحب الدين خلاف ذلك

**العارية :** نص المالكية على عدم تأثير فقدان على استمرار عارية المفقود فإذا كان أعار غيره شيئاً قبل فقده فليس للوكيل أو القاضي أن يسترد العارية منه قبل مضي المدة المتفق عليها  
أما عند جمهور الفقهاء فللمعير أن يرجع عن العارية متى شاء لأنها عقد جائز غير لازم .

## المبحث الثاني : الانفاق من مال المفقود

### المطلب الأول : نفقة زوجة المفقود بعد الدخول

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقتها إذا توافرت شروط وجوب النفقة وانتفت مسقطاتها واختارت زوجته المقام معه والصبر حتى يتبين أمره, إلا أنه يشترط لذلك أن لا يصدر حكم قضائي بموته, وأن لا يحكم القاضي بالفرقة بين المفقود وزوجته عند من يقول بها, فإذا حكم بموته انقطعت نفقتها لزوال نكاحها حكماً, كما تسقط نفقتها إذا تزوجت غيره لأنها بزواجها خرجت عن كونها محتبسة لحق الزوج .

### نفقة زوجة الغائب في القانون :

إن قانون الأحوال الشخصية السوري لم يفرد لهذه المسألة نص معين ويبدو أن لجنة صياغة القانون السوري رأت أن هذه الحالة تندرج تحت مواد أخرى كتلك التي قررت إيجاب نفقة الزوجة من حين العقد الصحيح ولم تشترط دخولاً, إنما اشترطت أن لا تمتنع عن الانتقال معه من بيت أهلها دون وجه حق فإن امتنعت سقطت نفقتها

### المطلب الثاني : نفقة زوجة المفقود قبل الدخول

إذا فقد الزوج قبل دخوله بزوجته فهل تجب النفقة على الزوج المفقود ؟

خلاصة القول في هذه المسألة أن زوجة المفقود إذا فقد قبل أن يدخل بها تأخذ حكم زوجة الغائب غيبة غير منقطعة فيما يخص النفقة وليس ثمة فرق يذكر, إلا فيما يتعلق في طريقة إعلام الزوج بتسليم المرأة نفسها إليه , فتستحق زوجة المفقود النفقة ما لم يحكم بموته شرط أن لا تمتنع عن تسليم نفسها



وذلك لمكان الزوجية , ولأنها محبوسة على زوجها بعقد النكاح , وهذا عند الحنفية في المفتى به عندهم , والشافعية في مقابل الأظهر غير أنهم لم يشترطوا الدخول لوجوب النفقة على الزوج إنما تجب من حين العقد أما الجمهور الذين يشترطون لوجوب النفقة أن تمكن المرأة زوجها من الاستمتاع بها فإنهم يقولون بوجوبها على الزوج المفقود وإن لم يدخل بها إذا أظهرت ما يقوم مقام التمكين وذلك بأن تعرض التسليم فإن قامت زوجة المفقود بذلك وجبت نفقتها.

### **المطلب الثالث : نفقة زوجة المفقود وسكناها في العدة**

إذا انقضت مدة التربص وحكم القاضي بموت المفقود لعدم عودته أو ظهور خبره واعتدت زوجته بناءً على هذا الحكم فما حكم نفقة الزوجة وسكناها في هذه المدة ؟

### **أ- نفقة زوجة المفقود في العدة :**

اختلف الفقهاء في نفقة معتدة المفقود على قولين :

**الأول :** لا نفقة لها مدة العدة وهو قول المالكية والشافعية في القديم والحنابلة في رواية

**الثاني :** تجب النفقة لها في مدة العدة وهو قول الحنابلة بل ذهب صاحب المغني إلى أن النفقة تجب بعد العدة أيضاً ولا تسقط إلا إذا تزوجت أو فرق بينهما

### **ب- السكنى :**

اختلف الفقهاء في حق السكنى لزوجة المفقود خلال مدة العدة :

1- فذهب المالكية إلى أنه لا حق لها في السكنى مدة عدتها إلا إذا توافر شرطان:

**الأول :** أن يكون الزوج قد دخل بها

الثاني : أن يكون المسكن الذي تسكنه وقت موته عائداً لزوجها بملك أو منفعة مؤقتة أو اجارة وقد دفع أجرته قبل موته

2- عند الشافعية اختلفت الأقوال في وجوب السكنى لمعتدة المفقود على روايتين

3- أما الحنابلة فقد فرقوا في حكم السكنى بين الحائل والحامل فإن كانت زوجة المفقود حائلاً فلا سكنى لها في العدة في المذهب وإن كانت حاملاً فقد اختلفوا في روايتين :

الأولى : تجب السكنى لها قياساً على المطلقة

الثانية : لا سكنى لها

4- أما في القانون : فقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة /83/ ((تجب على الرجل نفقة معنتته من طلاق أو تفريق أو فسخ)) وهذا يفيد عدم وجوب النفقة للمرأة في عدة الوفاة بشكل عام ويدخل بذلك زوجة المفقود المعتدة.

## المبحث الثالث : أحكام المفقود المتعلقة بالميراث والوصية

### المطلب الأول : أثر الحكم بموت المفقود على قسمة أمواله ونفاذ وصاياه

اتفق الفقهاء على أن من شروط الإرث تحقق موت المورث وحياة الوارث وهذا الشرط يقتضي أن لا تقسم أموال أي إنسان إلا بعد ثبوت موته وهذا يعم الحاضر والغائب بجميع أمواله على حد سواء, فإذا ثبت موت المفقود في وقت معين بأن قامت بينة تشهد بذلك فإنه يعد ميتاً من اللحظة التي أثبتت البينة موته فيها بالفعل, فإذا لم تقم بينة تشهد بموت المفقود واستمر الجهل ملابساً لمصيره فقد لجأ الفقهاء إلى تحديد وقت يحكم فيه بموت المفقود وقد اعتمدوا للحكم بموته على قرينة والقرينة التي اعتمدها هي مضي مدة من الزمان على فقدانه دون العثور على خبره أو الوقوع على أثره .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة :

**المالكية والحنابلة :** نظروا في تحديدهم لهذه المدة إلى الظروف التي رافقت حالة فقدان فذهب المالكية إلى تحديدها ببعض الحالات بسنة ثم يحكم بعدها بموت المفقود ويقسم ماله بناءً على هذا الحكم وذلك في المفقود في اقتتال المسلمين فيما بينهم إذا كان موقع المعركة بعيداً وذهبوا إلى عدم تحديدها في الحالات الأخرى بزمن معين وذلك في حق من فقد بعد سبب من شأنه الإهلاك كمجاعة أو وباء

**أما الحنابلة :** فقد حددوا للمفقود في ظروف يغلب عليه الهلاك مدة أربع سنين فإن لم يظهر له خبر ولم يبين له أثر حكم القاضي بموته وقسمت أمواله.

أما الحنفية والشافعية في الجديد الأظهر والحنابلة: لا يفرقون بين المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بالنسبة لماله والمدة التي يحكم بعدها بموته في حق زوجته, خلافاً للمالكية في المفقود في ظروف السلامة والشافعية في مقابل الأظهر الذين يفرقون بين الزوجة والمال, فالمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بالنسبة لماله محددة ببلوغه سن التعمير الذي لا يعيش أكثر منه غالباً أما في حق زوجته فهي محددة بأربع سنين .

### -قسمة أموال المفقود في القانون :

إن المفهوم من المادة/260/ يفيد استحقاق الوارث نصيبه من التركة عند موت المورث أو الحكم بموته وهذا يشمل حالة المفقود ويؤكد ذلك اجتهاد محكمة النقض الذي جاء فيه: إن المفقود يعد ميتاً بالنسبة لمال غيره وحيماً بالنسبة لمال نفسه حتى صدور الحكم بموته ببلوغه الثمانين من العمر أو بمضي أربع سنين على فقدانه في حال يغلب عليه الهلاك فيها وهذا يفيد قسمة أمواله عند الحكم بموته.

### المطلب الثاني : من هم ورثة المفقود

إذا ثبت موت المفقود حقيقة في وقت معين فإن ورثته هم الأحياء ممن يستحق الميراث منه في ذلك اليوم, لأنه شرط الميراث, وهو تحقق حياة الوارث, وموت المورث, وقد وُجد, وهذا إذا انتفت موانع الميراث الأخرى, فإذا لم تقم على موت المفقود بينة واستمرت الجهالة محيطة بحياته حتى انقضت مدة التعمير عند الجمهور أو مدة التربص عند الحنابلة وحكم القضاء بموته فهل يرثه من كان حياً من ورثته يوم فقده أم يقتصر الأمر على الأحياء من ورثته يوم الحكم بموته؟

اتفق الفقهاء على أن مال المفقود يقسم على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته, فمن مات منهم قبل الحكم ولو بلحظة لم يرث منه شيئاً وذلك لانتهاء شرط الإرث, وهو تحقق موت المورث فموت المفقود لم يكن محققاً وقت حياة هؤلاء, ولا

ميراث مع الشك ويعد من مات منهم قبل الحكم بموته بمنزلة من مات في حياته لأنه الأصل أما من كان حياً منهم وقت الحكم فإن شرط الميراث ينطبق عليه لأن حكم القاضي بموت المفقود يجعل المفقود ميتاً حكماً والموت الحكمي ملحق بالموت الحقيقي وتترتب عليه آثاره .

### **-ورثة المفقود في القانون :**

اعتمد قانون الأحوال الشخصية السوري على قول جمهور الفقهاء ونص على أن الإرث من المفقود ينحصر بمن هم على قيد الحياة وقت موته , أو وقت الحكم بموته , وقيد اجتهاد محكمة النقض ذلك بتاريخ صدور الحكم بموته حتى لو تأخر صدور هذا الحكم إلى ما بعد مرور أكثر من أربع سنوات على فقدان في ظروف الهلاك أو إلى ما بعد بلوغه سن الثمانين من العمر .

### **المطلب الثالث : أثر الحكم بموت المفقود على نفاذ وصاياه**

إذا كان المفقود قد أوصى قبل غيابه , فإن هذه الوصية لا تنفذ طوال مدة فقدانه لعدم ثبوت موته ولكن ما هو حكم وصايا المفقود بعد الحكم بموته ؟

لم يتعرض جمهور الفقهاء لبيان ذلك , لكن ما نصوا عليه من قسمة أموال المفقود عند الحكم بموته وكان إنفاذ الوصايا الصحيحة أحد الحقوق المتعلقة بالتركة والتي يتوجب إخراجها قبل قسمة المال , فقد اقتضى ذلك أن تنفذ وصايا المفقود بعد الحكم بموته ما لم يثبت عنه رجوعه عن الوصية , فوصايا المفقود تنفذ عند الحكم بموته لأن الوصية هي أخت الميراث , ولا يصار إلى القول بعدم تنفيذها لاحتمال رجوع الموصي عنها , لأن هذا الاحتمال مرجوح ولا يستند إلى دليل بل إن الاستصحاب يشهد لبقاء الوصية سيما وأنها صدرت عنه بإرادته واختياره واستمر ذلك إلى أن فقد ويشترط أن يكون الموصى له حياً عند الحكم بموت الموصي , لأن

الوصية تملك مضاف لما بعد الموت فلا يتصور أن يتمكن الموصى له من التملك بعد موته ولذلك تبطل وصية المفقود- الموصى- في حال وفاة الموصى له قبل الحكم بموت الوصي .

## الفصل الرابع: ظهور المفقود وأثر ذلك على زوجته وأولاده

### المبحث الأول : عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على زوجته

اتفق الفقهاء على بقاء زوجية المفقود إذا عاد قبل أن يضرب القاضي له أجلاً للحكم بموته, أو خلال مدة الأجل, أو أثناء مدة العدة بعد الحكم بموته, وينقض الحكم بموته وتبقى الزوجة في عصمته ما لم يكن القاضي قد حكم بفسخ نكاحه لسبب آخر.

### المطلب الأول : ظهور المفقود حياً بعد انقضاء الأجل والعدة وقبل نكاح زوجته من غيره

اختلف الفقهاء في حكم زوجية المفقود وحقه في إعادة زوجته إليه إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته وانقضاء العدة وقبل أن تتزوج بغيره من غيره على قولين :

**الأول :** ذهب جمهور الفقهاء إلى أحقية الزوج بامرأته, لأن الزوجية ما تزال قائمة وتعود زوجته إليه دون الحاجة إلى عقد أو مهر جديدين

**الثاني :** ذهب المالكية في قول ضعيف والشافعية في أحد الأقوال البعيدة في القديم والامامية في أشهر الروايتين عندهم إلى إمضاء حكم التفريق فإذا ضربت لها المدة وحكم القاضي بموته بطل نكاحه ولا سبيل له إليها في حال عودته .

## المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً بعد عقد الثاني على زوجته وقبل الدخول

إذا عاد المفقود بعد انتهاء مدة الأجل والعدة وكانت زوجته قد عقدت نكاحها على غيره ولكن قبل أن يدخل الأخير بها فهل يملك المفقود أن يعيدها إلى عصمته أم أن العقد الثاني يحول دون ذلك؟

اختلف الفقهاء بذلك على ثلاثة أقوال :

**الأول :** ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأول أحق بها وينقطع نكاح الثاني

**الثاني :** الحنفية في قول, ومالك في قوله القديم, إلى أن الزوجة تكون للثاني ولا سبيل لمفقود إليها

**الثالث :** ذهب المالكية في قول بعيد, والحنابلة في رواية إلى تخيير المفقود بين زوجته وبين الصداق وقد أخذ الحنابلة ذلك من عموم كلام أحمد للتخيير.



## المطلب الثالث : ظهور المفقود حياً بعد نكاح زوجته ودخول الثاني بها

إذا ظهرت حياة المفقود أو عاد بعد انقضاء مدة الانتظار والعدة وكانت زوجته قد نكحت غيره ودخل الأخير بها فهل يملك المفقود المطالبة بزوجه فتعود إليه أم تقوت عليه ؟

اختلف الفقهاء على أقوال :

**الأول :** الحنفية في قول, والمالكية حال دخول الثاني بها مع علمه بمجيء المفقود وحياته, أو عقده عليها في عدتها, زمن وفاة الأول والشافعية في الجديد الأظهر, وفي القديم على القول بنفاذ الحكم بالظاهر فقط والحنابلة في رواية إلى أن المفقود أحق بزوجه من الزوج الثاني

**الثاني :** ذهب الحنفية في قول والمالكية, في حالة عقد الثاني عليها بعد انتهاء عدتها ودخوله بها غير عالم بمجيء المفقود وحياته والشافعية في القديم, والحنابلة في رواية إلى أن الزوجة تقوت على المفقود ويستمر نكاحها من الثاني صحيحاً

**الثالث :** ذهب الامام الشافعي في رواية عنه في القديم, والحنابلة في المذهب, والاباضية إلى تخيير المفقود بين زوجته وبين صداقها فإن اختارها كانت زوجته بالعقد الأول وإن اختار صداقها كانت زوجة الثاني .

## المبحث الثاني : عودة المفقود أو ظهوره حياً وأثر ذلك على أمواله

### المطلب الأول : أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله في الفقه الاسلامي

اتفق الفقهاء إلى أن المفقود إذا عاد أو ظهرت حياته قبل الحكم بموته فإن جميع الأموال الموقوفة له تؤول إليه وتدخل في ملكه, لأن عودته أو ظهور حياته أثبتت أن شرط الميراث والوصية الذي يقضي بوجوب كونه حياً وقت وفاة المورث أو الموصي, ينطبق عليه أما فيما يتعلق بأمواله قبل الحكم بموته, فإنها لم تخرج عن ملكه باتفاق الفقهاء جميعاً بدلالة استصحاب حياته

واتفق الفقهاء على أن المفقود إذا ظهر حياً أو عاد بعد الحكم بموته وكانت أمواله على حالها بحيث لم تقسم على ورثته بعد, فإنها تظل على ملكه ولا يحق لأحد أن يأخذ شيئاً منها.

موضع الخلاف ينحصر في حالة ظهور حياة المفقود, أو عودته وقد استهلك ورثته شيئاً من حصصهم الإرثية التي آلت إليهم نتيجة قسمة أمواله بناء على الحكم بموته, أو بعد أن تصرفوا بها فهل يقتصر حق المفقود على أخذ ما بقي من أمواله أو مما وقف له من أيدي الورثة وحسب أم أنه يملك الحق الرجوع على الورثة بما استهلكوا من مال أو تصرفوا فيه ؟

اختلف الفقهاء على أقوال :

**الأول :** ذهب الحنفية, والشافعية, والحنابلة في رواية إلى أن حق المفقود يقتصر على استرداد ما بقي في يد الورثة من أمواله أو الحصة الموقوفة له ولا يضمن الورثة ما استهلكوا أو أتلفوا من تلك الأموال التي انتقلت إليهم بعد الحكم بموته .

**الثاني :** ذهب المالكية ,والحنابلة في المذهب إلى أن المفقود يأخذ ما وجده من ماله بعينه ,ويضمن الورثة ما استهلكوه من أمواله وتصرفوا فيه.

## **المطلب الثاني : أثر ظهور حياة المفقود أو عودته على أمواله في القانون**

نص قانون الأحوال الشخصية السوري على أثر عودة المفقود على أمواله في الفقرة الثانية من المادة /302/ والتي جاء فيها :

(( إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة ))

ويلاحظ على هذا القانون من خلال المادة السابقة أنه اقتصر في بيانه لأثر عودة المفقود على الحصة الموقوفة للمفقود من تركة مورثه الذي توفي خلال مدة فقدانه, ولم يتعرض للإشارة إلى أمواله ذاتها غير أن مفهوم المادة /302/ يفيد اعطاء أموال المفقود الحكم ذاته فإذا ظهرت حياته بعد الحكم بموته وقسمة أمواله فليس له أن يرجع على ورثته الذين اقتسموا تركته إلا بما بقي في أيديهم من تلك الأموال , أما ما أتلّفوه , أو استهلكوه , أو تصرفوا فيه ببيع أو نحوه , فلا ضمان عليهم لأنهم استندوا في تصرفهم بذلك المال على ملكيتهم له بناءً على الحكم بموته الذي صير أمواله ميراثاً لهم.

# الخاتمة

## أثر الاتصالات الحديثة في أحكام الغائب والمفقود:

- لابد في النهاية أن أشير إلى أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان وفيما يخص أحكام الغائب والمفقود في هذا العصر

نلاحظ أن قانون الأحوال السوري لم ينص على حق الزوجة في طلب التفريق بسبب فقدان الزوج, إلا أن المفهوم من المادة 205\يدل على عدم جواز الحكم بموت المفقود قبل بلوغه سن الثمانين ثم عدل هذا القانون عام 1975, ونص على الحكم بموت من فقد في العمليات الحربية أو الحالات المماثلة التي يغلب عليه الهلاك فيها بعد أربع سنوات من تاريخ فقده, وما زال معمولاً به حتى الآن بالرغم من وجود الاتصالات الحديثة التي لم تكن موجودة زمن الفقهاء الذين أخذوا بهذه الأقوال .

إن وسائل الاتصال والتقنية الحديثة أسهمت في تطور الحياة مما يستوجب تقليص هذه المدة, فمن الصعب أن تنتظر زوجة شابة حديثة الزواج زوجها المفقود طوال هذه المدة, وبالأخص إذا كانت تخشى على نفسها من الفتنة .

- فوسائل الاتصال الحديثة غيرت أمور كثيرة في الحياة على عكس ما كانت عليه زمن الصحابة والأئمة الذين كانوا بعدهم وأن ما ذكر من آثار عن الصحابة, ومن اختلافات عن العلماء, أظنهم لو عاشوا هذا العصر لغيروا بعض الأحكام حتى تتوافق مع هذا التطور والتغير لأن الأمور التي جدت في وسائل الاتصال والمواصلات غيرت أموراً كثيرة, لأن ما أشار إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن مدة انتظار زوجة المفقود أربع سنوات المراد به أولاً التأكد من كون المرأة حاملاً أو ليست بحامل الأمر الذي لم يعد الآن واجباً, لأن هناك الآن تحاليل مخبرية تكشف هذا

الأمر وثانياً لأن الانتقال من بلد إلى بلد والسفر ومراسلة شخص من بلد آخر يحتاج لوقت طويل , على عكس ما عليه الحال الآن فالانتقال والسفر الآن بالطائرة والمراسلة بالهاتف أو الانترنت أما في الزمن الماضي كانوا ينتقلون إما على الحصان, أو مشياً على الأقدام وخلاصة القول أن من أوجب على الزوجة انتظار زوجها الغائب أو المفقود مهما طال مدة الغياب وليس لها الحق في أن تتزوج غيره ما لم تتيقن من وفاته فيه ضرر لها لما تحتاج إليه من زوج ينفق عليها ويرعاها وتنجب منه.

- ومن الفقهاء من حدد مدة انتظار الغائب بأربع سنين قد قصدوا من ذلك تخفيف الضرر عن الزوجة والتأكد من براءة رحمها خلال هذه المدة, ولعل هذا في زمن كانت الاتصالات فيه غير ميسرة أما وقد تقاربت البلدان بحكم تطور وسائل الاتصال فقد بات من اليسير معرفة حال الغائب من خلال هذه الوسائل كما أن تقدم الطب في العصر الحاضر جعل من اليسر معرفة براءة الرحم من عدمها .

فأقترح على المشرع أن تكون في ظل هذه التطورات مدة انتظار الزوجة لزوجها المفقود أو الغائب بسنة, وخاصة في ظل هذه الأوضاع التي تشهدها البلاد والتي تُغلب الحكم على من فُقد فيها بالهلاك.

أتمنى أن أكون قد وُفقتُ من خلال هذا البحث لما يؤهلني إلى مزاوله مهنة المحاماة في سبيل رفع راية الحق وقضاء حوائج الناس و أضع بين يدي أهل القانون جهدي المتواضع.

المحامي محمد أويس شرف

- مراجع البحث :
- أصول المحاكمات الجزائية لحسن جوخدار
  - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري مصطفى السباعي
  - المدخل إلى علم القانون للقاسم
  - قانون الأحوال الشخصية السوري مع شرح قانوني له لنجاة قصاب حسن
  - حاشية ابن عابدين
  - المغني لابن قدامة
  - المحلى لابن حزم
  - حاشية الدسوقي
  - المرجع في الأحوال الشخصية للداغستاني
  - قانون الأحوال الشخصية السوري للاستانبولي
  - بدائع الصنائع للكاساني
  - فتح القدير لابن همام