أثر وفاة احد الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية

المدرس المساعد
عباس سلمان الاعرجي
جامعة كربلاء ـ كلية القانون

مقدمة:

إن الزواج رابطة سامية ومقدسة إلاّ أنه لا يعني الابدية، حيث ان هذه الرابطة لابد لها من زوال، سواء عن الطريق الطبيعي ألا وهو الوفاة أم عن طريق الفرقة بين الزوجين.

من المعروف إن الرابطة الزوجية لابد لها من نهاية، وهذا النهاية تسمى بالانحلال، وهو إما أن يكون غير إرادياً بوفاة احد الزوجين أو إرادياً عن طريق الفرقة الزوجية[١].

وإن مسالة انحلال الرابطة الزوجية بواحدة من هاتين الطريقتين ليست محل اتفاق بين الفقهاء المسلمين على النحو الذي سنوضحه وما استتبع ذلك بيان موقف فقهاء القانون.

لاشك في إن انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة امر مختلف عليه ومحل نظر بين الفقهاء المسلمين وكذلك الفقه القانوني، وهذا ما انعكس على الموقف التشريعي. فهل ان وفاة احد الزوجين ينهي الرابطة الزوجية أم لا؟.

ولو رجعنا إلى الفقه الاسلامي وكذلك الفقه القانوني نجد ان له عدة اتجاهات بين من يرى انحلال الرابطة الزوجية بين من يراها وبين من يقصرها على الزوج فقط سنوضحها في ثلاثة مطالب، نتطرق في الأول إلى تحديد معنى الوفاة، وفي الثاني نتناول موقف الفقه الإسلامي، وفي الثالث نتطرق إلى الموقف القانوني.

المطلب الأول: تحديد معنى الوفاة

الوفاة لغة يعني المنية أو الموت، وتوفاه الله قبض روحه[٢] وهي مرادفة لكلمة الموت[٣].

أما اصطلاحاً ففي الإطار الطبي يعرف البعض الوفاة بأنها "انتهاء الحياة أثر توقف الأجهزة الجسمية عن أداء مهامها أو توقف مظاهر الحياة في الجسم"[٤]. وعرفها البعض بأنها توقف الجهازين الدوري والتنفسي وجميع وظائف الدماغ[٥]. بينما يرى الباحث ان أفضل

تعريف طبي للوفاة وأدقها من عرفها بأنها "انقطاع الحياة سواء في الإنسان أو الحيوان نتيجة توقف واحد أو أكثر من اجزائه الحيوية عن العمل وهي الجهاز الدوري، التنفسي والعصبي على إن يكون ذلك لمدة خمس دقائق متصلة ويتبع ذلك تدريجياً تغييرات تظهر على الجثة خارجياً تنتهي بتحلل الجسم ليبقى الهيكل العظمي"(٦).

ولو رجعنا إلى مؤلفات الفقه الإسلامي نجد انها خلت من تعريف صريح للوفاة (الموت) بالشكل الذي عرفه الأطباء، كما أشار إليه بعض الشراح(٧)، وهو ما يؤيده الباحث، بل إنهم أوردوا تحديداً للموت من الناحية التصويرية وأماراته أو علاماته(٨) ومن جهة أثاره التي تنظم العدة والميراث وقضاء الدين والوصية... الخ.

غير إن بعض الفقهاء المعاصرين قد أورد تعريفاً للوفاة حاول الجمع فيه بين النهج التصوري للفقهاء الأوائل والتوجه الطبي الحديث بالقول أنها " مفارقة الروح البدن بخلاص الأعضاء كلها من الروح مع عدم بقاء أي جهاز حي في البدن"(٩).

أما قانونا، فمن شراح القانون من تطرق إلى تعريف الوفاة بأنها"توقف جميع الوظائف الحيوية في الجسم دون أدنى إمكانية لاستعادتها مرة أخرى"(١٠).

بينما خلا التشريع العراقي من تعريف للوفاة أو تحديد لمفهومها واكتفى المشرع العراقي بالإشارة إليها في نصوص متفرقة من القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية والقوانين الأخرى(١١) وهو ذاته موقف المشرع السوري والجزائري والتونسي والمصري.

وقد انقسم الفقه القانوني بخصوص إيراد تعريف تشريعي للوفاة على اتجاهين:

الأول: يرى إن إيراد تعريف للوفاة أو تحديد له يكون من شان ذوي الاختصاص وهم الأطباء و من ثم لا يجوز للمشرع وضع تعريف له وإذا ما عرضت على القضاء قضية فيها مسالتين احدهما جانب قانوني والأخر فني (طبي) فيترك القاضي الجانب الطبي لذوي الشأن والخبرة ويستعين برأيهم وذلك لان العلوم الطبية في تطور مستمر وسريع بما لا يتواكب والتطور البطيء للقانون وكل ما يفعله القانون في هذا الصدد هو وضع بعض الأسس والقواعد الاستشارية الاسترشادية دونما التدخل في التفاصيل الفنية(١٢).

الثاني: يرى ضرورة إصدار تشريع يحدد مفهوم الوفاة من اجل طمأنينة الرأي العام

والأطباء معاً إذ يقوم هؤلاء الأطباء بعملهم وفقا لما أرساه القانون لهم من حدود خصوصاً بعد شيوع عمليات زرع الأعضاء البشرية ويرى ضرورة وضع تشريع يحدد هذه المسالة[١٣] كي لا يكون القانون متخلفا عن ركب التطورات الحديثة للطب[١٤].

ويؤيد الباحث الاتجاه الأول ويرى ضرورة ترك مسالة وضع تعريف أو مفهوم للوفاة لذوي الشأن، وهم بالطبع، الأطباء لكن وفق ضوابط يحددها القانون يوضح فيها طبيعة عمل اللجان الطبية المختصة وعدد أعضائها والشروط الواجب توافرها فيهم ...الخ.

وإذا كان ما تقدم من تعاريف إنما ينصرف إلى مدلول الوفاة حقيقة فإنه يوجد هنالك ما يعرف بالوفاة حكماً، فما المقصود بالوفاة الحكمية؟

يقصد بها الحكم بكون الشخص المفقود[١٥] متوفياً عند تعذر العثور علية أو مرور مدة من الزمن يحكم فيها بموته عند عدم معرفة مصيره[١٦]، أما عن أثار الحكم بوفاة المفقود، فأنها تتمثل في ان الحكم ينهي شخصية الإنسان القانونية، ويُعد قد توفى يوم إصداره، لذا فمن تاريخ ذلك اليوم، تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الإحياء وقت الحكم بوفاته والتي يجب إن يتم تصديقها وفق التشريع العراقي من قبل محكمة التمييز.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي

لم يتطرق الفقهاء المسلمين إلى مسالة الوفاة كطريق من طرق انحلال الرابطة الزوجية في باب وكتاب مستقل، مثلما فعلوا بالنسبة للطلاق والايلاء والظهار والخلع ،أو إن يشيروا إليه ضمن باب النكاح أو الطلاق، ألا إن هذا لا يعني إنهم اغفلوا هذه المسالة بل اشروا إليها لكن في باب الطهارة تحت عنوان غسل الميت أو باب الصلاة تحت عنوان الصلاة على الجنازة.

ومن خلال استقراء أراء الفقهاء المسلمين نجد إنهم انقسموا، بخصوص اثر وفاة احد الزوجين على مصير الرابطة الزوجية، إلى ثلاثة اتجاهات:

الأول يرى إن الرابطة الزوجية لا تنحل بوفاة احد الزوجين، والثاني يرى ان هذه الرابطة تنحل بوفاة الزوجة بالنسبة للزوج وبعد انتهاء عدة وفاة الزوج بالنسبة للزوجة والثالث، يرى إن هذه الرابطة تنحل بوفاة احد الزوجين.

وسنستعرض هذه الاتجاهات الثلاثة تباعا في ثلاثة فروع ونتطرق في الرابع إلى مناقشة الآراء وبيان الراجح منها.

الفرع الأول: القائلون بعدم انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة.

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن وفاة احد الزوجين لا يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية بل تبقى هذه الرابطة[١٧]. ومن خلال الإطلاع على ما استند إليه أصحاب هذا الاتجاه يمكن القول بان مجمل ما استندوا إليه من حجج يمكن إرجاعه إلى الحجج التالية:

١- الاستصحاب: حيث يذهب البعض من أصحاب هذا الاتجاه إلى استصحاب حياة كل من الزوجين عند وفاة الآخر، على اعتبار إن الرابطة الزوجية قد نشأت ابتدأ بين إنسانين على قيد الحياة فإذا ما شك في استمرارها بعد وفاة احدهما قدم المتيقن وهو إن فلان الحي هو زوجا لفلانة لا المشكوك فيه إن فلان الميت زوجا لفلانة[١٨].

٢- ما أشار إليه بعض فقهاء الإمامية من بعض الروايات عن المعصوم عليه السلام والتي يمكن الاستفادة منها ببقاء الرابطة الزوجية، منها صحيحة عبد الله ابن سنان "قال: سألت أبا عبد الله (الإمام الصادق) عليه السلام عن الرجل أيصلح إن ينظر إلى امرأته حين تموت أو يغسلها إن لم يكن عندها من يغسلها؟ فقال: لابأس في ذلك، إنما يفعل ذلك أهل المرأة كراهة إن ينظر زوجها إلى شيء يكرهونه منها"[١٩]. وما رواه محمد بن مسلم "قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة توفيت أيصلح لزوجها إن ينظر إلى وجهها ورأسها؟ قال: نعم"[٢٠]. وما رواه إسحاق بن عمار عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال "الزوج أحق بامرأته حتى يضعها في قبرها"[٢١]. وما رواه محمد بن مسلم" قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة توفيت، أيصلح لزوجها إن ينظر إلى وجهها ورأسها؟ قال: نعم"[٢٢]. وفي هذه الأحاديث إشارة صريحة إلى لفظ (الزوج) وهو ما يدل على بقاء الرابطة الزوجية.

٣- مسالة غسل احد الزوجين الأخر إذا توفى: ولعل هذه الحجة هي الأقوى التي يستند لها أصحاب هذا الاتجاه، حيث يرون إن في جواز غسل الزوج الحي للزوج المتوفى دلالة على بقاء الرابطة الزوجية إذ لو كانت منحلة بالوفاة فكيف يجوز الغسل[٢٣] وما يستتبع ذلك من الإطلاع على العورة[٢٤].

الفرع الثاني: القائلون بانحلال الزوجية بوفاة الزوجة بالنسبة للزوج وبعد انتهاء عدة وفاة الزوج بالنسبة للزوجة.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى التمييز بين وفاة الزوج فهنا يرون إن الرابطة الزوجية تنحل بعد انتهاء عدة الزوجة وبين وفاة الأخيرة فهنا تنحل الرابطة بمجرد الوفاة[٢٥].

واستدل أصحاب هذا الاتجاه في ذلك إلى أن ما يترتب على وفاة الزوجة من إحكام منها جواز أن يتزوج الرجل من أختها أو احد محارمها أو التزوج بالخامسة دون انتظار أي عدة بخلاف الزوجة[٢٦] التي عليها أن تنظر إلى حين انتهاء العدة بغية التزويج[٢٧].

الفرع الثالث: القائلون بأن الرابطة الزوجية تنحل بوفاة أحد الزوجين.

ذهب البعض من الفقهاء، لاسيما المعاصرون، إلى القول بأن الرابطة الزوجية تنحل بوفاة احد الزوجين فيعتبر الزوج الحي أجنبيا عن الزوج المتوفى[٢٨].

١- إن الزواج هو علاقة بين إنسانين (رجل وامرأة) وهما جسدان وروحان فاذا انفصل الروح عن الجسد بالوفاة صار الجسد جمادا وبالتالي لامعنى لاعتبار الزوجية بالجماد[٢٩].

٢- إن الروايات التي دلت على قيام الإمام علي عليه السلام بغسل السيدة فاطمة الزهراء عليها السلام يشير إلى حكم خاص لا يمكن تعميمه[٣٠] ويستدل منه على انتهاء العصمة بالوفاة.

٣- ما يترتب على الوفاة من إحكام منها عدم ثبوت النفقة للزوجة على زوجها المتوفى خلال فترة العدة[٣١] وعدم جواز الوطء وجواز إن يتزوج الرجل من أخت زوجته المتوفاة أو من خامسة من لحظة وفاة المرأة.

ونرجح هذا الاتجاه القائل بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة مع الأخذ بنظر الاعتبار بقاء أثارها من عدة وميراث ونسب وحرمة مصاهره...الخ. حيث أنه الزواج هو رابطة روحية - عقدية بين رجل وامرأة فمتى ما توفى احد الزوجين انحلت هذه الرابطة لعدم إمكانية القول بامتدادها إلى الخلف العام، كما هو الحال بالعقود المدنية الأخرى، غير إن اثأر هذا العقد تبقى ما بعد الوفاة حيث يرث الحي منهما الميت وتعتد المرأة عدة الوفاة إن كانت حائلا سواء أكان مدخولا بها أم معقودا عليها ولا تتزوج من الغير ألا بعد انتهاء العدة وإذا ما أنجبت منه خلال الفترة من وفاته إلى أقصى مدة الحمل ثبت نسب المولود منه.

المطلب الثالث: الموقف القانوني

والموقف القانوني ينشطر إلى نصفين: الأول يمثل موقف الفقه القانوني وهو لا يختلف عما اشرنا إليه، بخصوص الفقه الإسلامي، فهو لا يخرج عن واحدة من الاتجاهات الثلاثة، التي اشرنا إليها، بل في الحقيقة إن ما استنتجناه إن فقهاء وشراح القانون إنهم نهجوا موقف الفقه الإسلامي كون الشريعة الإسلامية عموما والفقه الإسلامي خصوصا واحده من مصادر التشريع الوضعي، ومن هنا يأتي الترابط بين الموقفين الشرعي والقانوني.

ويمكن القول من خلال ما تقدم ان بعض فقهاء و شراح القانون من ذهب إلى القول بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة[٣٢]، ومنهم من قال بانحلالها بالنسبة للزوجة بعد انتهاء العدة[٣٣].

أما الثاني فيتمثل في الموقف التشريعي للتشريعات المقارنة حيث يلاحظ على قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ[٣٤] أنه وان عنون الباب الرابع منه (انحلال عقد الزواج) إلا أنه لم يشر إلى الوفاة كطريق من طرق الانحلال إنما أشار في الفصل الأول منه إلى الطلاق وفي الثاني إلى التفريق القضائي وفي الثالث إلى التفريق الاختياري (الخلع)، إلا إن هذا لا يمنع من القول بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة خصوصا إذا ما قلنا بوجود مواد أخرى في هذا القانون تؤيد ما قلناه منه ما يتعلق بالمهر[٣٥] أو العدة[٣٦] أو الميراث[٣٧].

وموقف المشرع السوري قريب من موقف المشرع العراقي حيث عنون الكتاب الثاني من قانون الأحوال الشخصية النافذ[٣٨] (انحلال الرابطة الزوجية) إلا أنه لم يشر إلى الوفاة كواحدة من هذه الطرق بل أشار إلى الطلاق والخالعة[٣٩] لكن أشار فيما يخص أثار الانحلال ما يفيد القول باعتبار الوفاة طريق لانحلال الرابطة الزوجية[٤٠] علما إن مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري قد أشار صراحة إلى اعتبار وفاة احد الزوجين من طرق الفرقة الزوجية[٤١]. كما وان مجلة الأحوال الشخصية التونسية[٤٢] هي الأخرى أغفلت الإشارة إلى الوفاة كطريق لانحلال الرابطة الزوجية مكتفيا باعتبار الطلاق الذي توقعه المحكمة فقط هو الطريق الوحيد لحل عقد الزواج[٤٣] غير أنه يمكن القول بان الوفاة هي من طرق انفصام الزواج وفق هذا القانون بالرجوع البعض نصوص المدونة[٤٤].

ومن خلال ما تقدم يتبين إن التشريعات المقارنة قد أشارت إلى الوفاة كطريق لانحلال

الرابطة الزوجية إما مباشرة[٤٥] أو من خلال تناولها لإحكام المهر والعدة والميراث والنفقة والحضانة.

الخاتمة:

من خلال دراستنا المقدمة لموضوع الاثر المترتب على وفاة احد الزوجين في انحلال الرابطة الزوجية ومدى انحلال الرابطة الزوجية نستطيع ان نصل إلى جملة من النتائج والمقترحات التي نسجلها تباعاً.

أولاً: النتائج:

١- لا يوجد تعريف تشريعي للوفاة في القانون العراقي، وهذا اتجاه سليم، لأن وضع تعاريف قانونية للمصطلحات هو ليس من اختصاص المشرح بل هو من اختصاص اهل الفقه والخبرة.

٢- تتجه غالبية الفقهاء على الصعيدين الشرعي والقانوني إلى تعيين اتجاه عدم انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة مع ملاحظة ان واقع الحال هو يحل هذه الرابطة بالوفاة.

٣- نرجح الاتجاه القائل بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة بدلالة انقطاع النفقة لزوجة المتوفى عنها واستحقاقها للمهر ان كان غير مقبوض.

٤- ظهر لنا عدة معايير منها التقليدي ومنها الحديث في تحديد معنى الوفاة، ونحن كباحث نرجح الاتجاه الذي يعول على الجمع بين الاتجاهين الحديث والتقليدي في تحديد معنى الموت مع ملاحظة ان المعيار الحديث لا يمكن التعويل عليهِ بشكل مطلق ومستقل. في تحديد الوفاة.

ثانياً: المقترحات:

١- ندعو المشرع في قانون الاحوال الشخصية إلى اعتبار الوفاة من طرق انحلال الزوجية، دون الاقتصار على ذكر الطلاق والفرقة، وهذا يتم من خلال تعديل النص.

٢- نقترح اعتماد معيار واضح وصريح لتحديد معنى الوفاة وهو المعيار الذي يجمع بين المعيار التقليدي والحديث.

٣- نقترح على المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية (قانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٦) تعديل النص الخاص بانتهاء الزواج ليشمل الفروض الاخرى غير الطلاق والفرقة.

هوامش البحث

وقد استند أصحاب الاتجاه الأول في رأيهم إلى جملة من الأدلة يمكن من خلال استقراء الآراء إجمالها بما يلي:

(١) ما رواه ابن ماجه عن عائشة أنها "قالت: رجع رسوا الله ﷺ من البقيع فوجدني وانأ أجد صداعا في راسي وأنا أقول: وارأساه. فقال: بل إنا، يا عائشة ! وارأساه. ثم قال ما ضرك لو مت قبلي فقمت عليك فغسلتك وصليت عليك ودفنتك " ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، ج١،دار الفكر- بيروت، بدون سنة نشر، باب غسل الميت، حديث رقم ١٤٦٥، ص٣٩٤.

(٢) ما اثر من إن السيدة فاطمة الزهراءعليها السلام عندما توفيت قام زوجها الإمام عليعليه السلام بغسلها وكفنها ودفنها. أشار الي ذلك: الامام يحيى بن الحسين، الإحكام (١١٩/١). ابن قدامه، المغني (٣٩٨/٢). الحطاب، مواهب الجليل (٨/٣). النووي، المجموع (١٣٢/٥). المحقق البحراني، الحدائق (٣٨٨/٣-٣٨٩). الشيخ النجفي، الجواهر (٥٢/٤) الشيخ الطوسي الاستبصار (١٩٩/١ -٢٠٠).واعتبره ابن قدامه والإمام يحي بن الحسين ذلك إجماعا من الامه على جواز غسل الزوج زوجته.

(٣) ما روي إن الخليفة الأول أبو بكر أنه أوصى إن تغسله زوجته حين يموت وقامت زوجته أسماء بنت عميس بغسله. ينظر: الإمام يحيى، الأحكام (١٥٢/١). ابن قدامه، المغني (٣٩٨/٢).

أما مسالة الوقت الذي يبقى فيه حق الغسل فهو محل خلاف بين أصحاب هذا الاتجاه فذهب ابن حزم إلى إن للمرأة غسل زوجها وان انقضت عدتها ما لم تنكح لأنه بنكاحها أصبحت أجنبية ولا يحل لها غسله والرجل له إن يغسل امرأته ما لم يتزوج حريمها أو يستحل حريمها بالملك، ابن حزم، المحلى (١٧٤/٥). وقال المالكية يغسل الزوج زوجته وان نكح أختها أو نحوها لان حقوق الزوجية لا تنقطع بالموت، الحطاب، مواهب الجليل(٨/٣). إما الشافعية فأنهم أشاروا إلى الوقت الذي يجوز فيه للمرأة غسل زوجها وانقسموا إلى ثلاثة أراء الأول يجوز لها ذلك مطلقا وان انقضت عدتها أو تزوجت والثاني لها ذلك ما لم تتزوج والثالث لها ذلك ما لم تنقض العدة، ينظر: النووي، المجموع (١٣٠/٥).والراجح عند غالبية الامامية أنه لأوقت للغسل محدد بل يجوز ذلك باي وقت وان تزوجا مع الإشارة إلى ندرة هذا الافتراض. المصدر.

(٢٥) من أصحاب هذا الاتجاه: أبو حنيفة وصاحباه والثوري ورواية عن احمد بن حنبل. ينظر: ابن قدامه، المغني (٣٩٨/٢). ابن حزم، المحلى(١٧٤/٥).ابن رشد الحفيد، البداية (٢٤١/٢).عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق،ص٣٩٠. ومن الفقهاء المعاصرون من يؤيد هذا الاتجاه منهم:
د. عبد العزيز الخياط، نائب رئيس المجمع الفقهي المالكي الأردني لبحوث الحضارة الإسلامية - مدرسة ال البيت - عمان ورئيس جامعة جرش الأهلية الأردنية، في مؤلفه: حكم العقم في الإسلام، ص٣٠. ود. زياد سلامه و د. إبراهيم الخضري، نقلاً عن: د. محمود احمد طه، الإنجاب بين التجريم و المشروعية، منشأة المعارف، ٢٠٠٨، ص١٢٦-١٢٧، ورأي د. نصر فريد واصل، عضو مجمع البحوث الإسلامية والمجمع الفقهي بمكة والشيخ محمود أبو الحسن الخطيب الأمين المساعد بمجمع البحوث الإسلامية بالأزهر سابقا، ينظر: الإنجاب من المرحوم جائز، تحقيق منشور في مجلة زهرة الخليج، العدد ١١٤٨، السنة ٢٢ في ٢٤-٣- ٢٠٠١، ص٧٠. وهو ما أشار إليه المحقق البحراني، الحدائق (٣٨٩/٣)، إلى أنه رأي البعض من فقهاء الامامية مستندين في ذلك إلى جملة من الروايات عن المعصوم عليه السلام منها صحيحة الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام أنه سأله عن" الرجل يغسل امرأته؟ قال نعم ن وراء الثوب ولا ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء منها والمرأة تغسل زوجها لأنها إذا ماتت كانت في عدة منه وإذا ماتت هي فقد انقضت عدتها". رواه: الشيخ الطوسي، الاستبصار(٢٠٠/١). كذلك الحر العاملي، الوسائل (٥٣٢/٢)، وكذلك استندوا إلى صحيحة زرارة عن الإمام الصادق عليه السلام "في الرجل يموت وليس معه إلا النساء، قال: تغسله امرأته لأنها منه في عدة وإذا ماتت لم يغسلها لأنه ليس منها في عدة"، رواه: الحر العاملي، الوسائل (٥٣٢/٢).والشيخ الطوسي، الاستبصار (١٩٨/١)،. وقد علل الشيخ الطوسي عبارة "إذا ماتت لم يغسلها "بالقول عدم غسلها مجردة من الثياب لجواز إن يغسلها من تحت الثياب، وعلى هذا دلت أكثر الروايات ويكون الفرق بين الرجل والمرأة في ذلك إن المرأة يجوز لها إن تغسل الرجل مجردا وان كان الأفضل والأولى إن تستره ثم تغسله وليس كذلك للرجل لأنه لا يجوز له إن يغسلها إلا من وراء الثياب.

(٢٦) وقد لخص ابن رشد الحفيد، البداية (٢٤١/٢-٢٤٢)، حجج أصحاب هذا الاتجاه بالقول "وإنما دعا أبو حنيفة إن يشبه الموت بالطلاق لأنه رأى أنه إذا ماتت إحدى الأختين حل له نكاح الأخرى كالحال فيها إذا طلقت. وهذا فيه بعد، فإن علة المنع مرتفعة بين الحي والميت، لذلك حلت، إلا إن يقال إن علة منع الجمع غير معقولة، وان منع الجمع بين الأختين عبادة محضة غير معقولة المعنى، فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة".

(٢٧) وهناك أحاديث عن الإمام الصادق عليه السلام تبيح ذلك: منه ما رواه علي بن جعفر عن أخيه عن الإمام أبي جعفر عليه السلام قال "سألته عن رجل كانت له أربع نسوة فماتت أحداهن هل يصلح له إن يتزوج في عدتها أخرى قبل إن تنقضي عدة المتوفاة؟ فقال: إذا ماتت فليتزوج من أحب "رواه:الحر العاملي، الوسائل(٥٢٢/٢).

(٢٨) من القائلين بانحلال الرابطة الزوجية بالوفاة: الشيخ عطية الصقر، رئيس لجنة الفتوى بالأزهر الشريف و د. عطا عبد العاطي السنباطي ود. مصطفى الزرقا والشيخ جاد الحق مفتي مصر السابق، وهو ما ذهبت

إليه لجنة البحوث الفقهية في المجمع الفقهي الاسلامي في جده في المحضر المرقم (٤) الدورة (٢٥) في ١١ جمادي اخر ١٤-٦هـ الموافق٢٠ -٢- ١٩٨٦م. ينظر، مصطفى الزرقا: التلقيح الصناعي، ص٣٠-٣١. د. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، ط١، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠١، ص٣٥٦. الشيخ جاد الحق جاد: احكام الشريعة، ص١٣٠، الهامش، د. محمد سيد احمد المسير، أستاذ العقيدة و الفلسفة بكلية أصول الدين - جامعة الأزهر، ومن فقهاء الامامية: السيد محمد سعيد الحكيم والسيد عبد الكريم الاردبيلي والشيخ ناصر مكارم الشيرازي، نقلاً عن: السيد شهاب الدين الحسيني:
التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام العدد(٢٢)، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص١٧١. وكذلك السيد محمد صادق الروحاني، فقه الإمام الصادق عليه السلام، ج ٢، ص٣٥٠.

(٢٩) هذا ما عبر عنه السيد الخوئي قدس سره في شرح العروة الوثقى نقلا عن السيد رضا السيستاني، مرجع سابق، ص٥٠٨.

(٣٠) حيث روى الشيخ الصدوق قدس سره في العلل نقلا عن مفضل بن حجر أنه قال" قلت لأبي عبد الله عليه السلام من غسل فاطمة؟ قال ذاك أمير المؤمنين عليه السلام فكأنما استفظعت ذلك فقال كأنك ضقت مما اخبرتك؟ قلت قد كان ذلك جعلت فداك. فقال لا تضيقن فأنها صديقة لم يكن يغسلها إلا صديق. "رواه الشيخ الكليني، أبو جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق: الكافي، ج٣، ط٣، دار الكتب الإسلامية - اخوندي، ١٣٦٧هـ، ص١٥٩. كما وروى المحقق البحراني في الحدائق (٤٠٠/٣) في تعليل هذا الغسل ما قاله نقلاً عن اخرين انهم وجدوا" بخط الشيخ محمد بن علي الجبعي نقلاً من خط الشهيد قال: لما غسل علي عليه السلام فاطمة قال له ابن عباس: أغسلت فاطمة؟ قال أما سمعت قول النبي صلى الله عليه وآله: هي زوجتك في الدنيا والآخرة؟ قال الشهيد: هذا التعليل يدل على انقطاع العصمة بالموت فلا يجوز للزوج التغسيل".

(٣١) كما روى الحر العاملي، الوسائل(٥٢٢/٢١)، عن الإمام الصادق عليه السلام "في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ فقال: لا".رواه أيضاً: الكليني، الكافي، (١١٥/٦).

(٣٢) منهم من مصر: د. محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية،٢٠٠٥، ص٢٩٧. ود. محمود احمد طه، مرجع سابق، ص١٢٩، د. حسيني هيكل ود. ممدوح المسلماني، ينظر: د. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦. ص٢٠٤، ٢١٢.

(٣٣) منهم من مصر: د. شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠١، ص٥١-٥٢.

(٣٤) رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٣٥) حيث أشارت م (٢/٢٠) منه إلى أنه يسقط الأجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة أو الطلاق.

(٣٦) ينظر م ٢/٤٧ و م ٣/٤٨.

(٣٧) م ١/٨٨ و م ١/٩١.

(٣٨) رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٥ النافذ.

(٣٩) ينظر: م ٩٥-١٠٤ منه.
(٤٠) ينظر المواد:٢٦٣،١٢٧،١٢٥.
(٤١) ينظر: م ٤/١٦٤ من الباب الأول من الكتاب الرابع الخاص بانحلال الزواج.
(٤٢) رقم ١٣ لسنة ١٩٥٦ المعدلة والنافذة.
(٤٣) ينظر: الفصل ٣٠ من هذه المدونة.
(٤٤) حيث أشار الفصل ٦٧ من الكتاب الخامس من المدونة والخاص بالحضانة والمعدل بالقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٣ إلى أنه إذا انفصم الزواج بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حيا من الأبوين، إضافة إلى الفصول الخاصة الميراث الواردة في الكتاب السادس
(٤٥) هنالك تشريعات أخرى أشارت إلى انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة منها قانون الأحوال لشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ م ٢/٨٩.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أولاً: كتب اللغة:

١- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتاب العربي،ط٢مادة (وفي)، ١٩٩٣.

٢- لسان العرب لابن منظور(٣٩٨/١٥) مادة (وف ى)"... وتُوُفِّيَ فلان وتوفاه الله إذا قبضَ نَفْسَه، وفي الصحاح: إذا قَبَضَ رُوحَه، وقال غيره: تَوَفّي الميت اسْتِيفاء مُدَّته التي وُفِيتْ له وعَدَد أيامه وشُهوره وأَعْوامه في الدنيا. وتَوَفَّيْتُ المالَ منه واسْتَوْفَيته إذا أَخذته كله. وتَوَفَّيْتُ عَدَد القوم إذا عَدَدْتَهم كُلَّهم، ومن ذلك قوله عزّ وجل: الله يَتَوفَّى الأَنْفُسَ حينَ مَوْتِها؛ أَي يَسْتَوفي مُدَد آجالهم في الدنيا، وقيل: يَسْتَوْفي تَمام عدَدِهم إلى يوم القيامة، وأَمّا تَوَفِّي النائم فهو اسْتِيفاء وقْت عَقْله وتمييزه إلى أَن نامَ".

ثانياً: كتب القانون:

١- د. عبد الناصر توفيق العطار: الوسيط في إحكام الأسرة في الإسلام، الكتاب الرابع، المكتبة الأزهرية للتراث ٢٠٠٨.

٢- د. وصفي محمد علي: الطب العدلي علماً وتطبيقاً - ط٥، مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٧٦.

٣- د. حسن علي، نقلاً عن: د. محمد احمد سويلم، موت الدماغ، دراسة طبية قانونية فقهية معاصرة، ط١، دار المعارف - الإسكندرية، ٢٠١٠.

٤- د. محمد مرسي و د. سحر كامل: الموجز في الطب الشرعي، نقلاً عن: د. محمد احمد سويلم، موت الدماغ.

٥- د. اسامه السيد عبد السميع: نقل وزراعة أعضاء الإنسان بين الشريعة والقانون، مطبعة دار الجمهورية - القاهرة، ٢٠٠٧.

٦- د. حسام الدين الاهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير-١٩٧٥، العدد الأول، السنة (١٧). هامش رقم ٢٦٠.

٧- ينظر: د. حسام الدين الاهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية.

٨- د. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشري.

٩- د. طارق سرور: نقل الأعضاء البشرية بين الإحياء، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٩. كذلك: R. V. Malcherek، R. V. steel. England Law report.16 June 1981 .

١٠- د. احمد شرف الدين: الإحكام الشرعية للإعمال الطبية، ط٢، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.

١١- د. احمد شوقي عمر أبو خطوه: القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية الحديثة - القاهرة، ١٩٨٦.

ثالثاً: كتب الفقه الاسلامي:

١- ويلاحظ إن الكثير من الفقهاء على الصعيدين الشرعي والقانوني يستعيضون عن الوفاة بكلمة الموت بل إن هذه الكلمة أدرجت في أمهات الكتب الفقهية. فمدلول الموت اللغوي أوسع من الوفاة فالموت لغة ضد الحياة أو ضد الحي والجمع أموات وموتى وميتون، والميت والمائت الذي لم يمت بعد. ينظر:، مادة (موت). كذلك: احمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، مطبعة دار الفكر - الرياض، ١٤١٥هـ، مادة (موت). وللموت في لغة العرب معاني عده عبر عنها الله تعالى في القران الكريم ذكرها ابن منظور في لسان العرب، مادة (م و ت) وهي" المَوتُ في كلام العرب يُطْلَقُ على السُّكون؛ يقال: ماتت الريحُ أي سَكَنَتْ. قال: والمَوْتُ يقع على أَنواع بحسب أَنواع الحياة: فمنها ما هو بإزاء القوَّة النامية الموجودة في الحَيوانِ و النبات، كقوله تعالى: يُحْيِي الأَرضَ بعد موتها، ومنها زوالُ القُوَّة الحِسِّيَّة، كقوله تعالى ﴿يالَيتَنِي مِتُّ قبل هذا﴾؛ و منها زوالُ القُوَّة العاقلة، وهي الجهالة، كقوله تعالى ﴿أَوَمَنْ كانَ مَيْتاً فأَحيَيناه﴾، ﴿وإنك لا تُسْمِعُ المَوْتَى﴾، ومنها الحُزْنُ والخوف المُكَدِّر للحياة، كقوله تعالى ﴿ويَأْتِيهِ المَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ﴾؛ ومنها المَنام، كقوله تعالى ﴿وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾؛ وقد قيل: المَنام الموتُ الخفيفُ، والموتُ: النوم الثقيل؛ وقد يُستعار الموتُ للأَحوال الشَّاقَّة: كالفَقْر والذُّلِّ

والسُّؤَال والهَرَم والمعصية، وغير ذلك؛ ومنه الحديث "أولُ من ماتَ إبليس لأنه أول من عصى". ولخص البعض الفرق بين كلمتي الوفاة والموت بالقول إن الأولى أوسع من الثانية، إذ إن كل موت هو وفاة وليس كل وفاة هي موت، فالنائم يعد متوفى وفاة صغرى لقوله جل شأنه ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا فَيُمْسِكُ الَّتِي قَضَى عَلَيْهَا الْمَوْتَ وَيُرْسِلُ الْأُخْرَى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾ الزمر/٤١، وقوله تعالى ﴿وَهُوَ الَّذِي يَتَوَفَّاكُمْ بِاللَّيْلِ﴾ الإنعام/٦٠.ينظر:إيمان مجيد هادي: التصرف القانوني بالأعضاء البشرية بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعه بغداد، ٢٠٠٣. ولما كان المدلول اللغوي للوفاة واحد لا معنى أخر له وهو نهاية الحياة بخلاف المعاني المتعددة للموت والتي قد تثير التباس لدى القارئ لذا أثرنا اعتماد هذه الكلمة جرياً مع ما ذهب إليه البعض من الفقهاء او الشراح وما أشارت إليه بعض التشريعات.

٢- فمن الناحية التصويرية يرى البعض ان الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة لقوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْغَفُورُ﴾. الملك/٢، وقيل هو عدم الحياة عما شانه الحياة أو زوال الحياة أو هو قبض الروح...الخ. ينظر في تفاصيل ذلك: الغزالي احياء علوم القران، ج٢، دار المعرفة - بيروت، بدون سنة طبع. التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي: شرح التلويح على التوضيح لمتن التلقيح في أصول الفقه، ج٢، مطبعة صبيح- القاهرة، بدون سنة طبع. النووي، محي الدين يحيى بن شرف: المجموع، ج٥، دار الفكر للطبع والنشر، بدون سنة نشر، و ما بعدها.

أما أمارات الموت أو علاماته فالفقهاء المسلمون يذكرون علامات محددة للموت، أي العلامات التي تدل على أن الروح قد فارقت البدن. وهذه العلامات تواردت كلمات الفقهاء عليها ويذكرونها في(كتاب الجنائز) وهذه العلامات ليست قطعية لكنها من قبيل الأمور الظاهرة التي يستدلون بها على مفارقة الروح للبدن وتتلخص بالاتي: توقف النفس، استرخاء القدمين بعد انتصابهما، انفصال الكفين عن الذراعين، ميل الأنف واعوجاجه، امتداد جلدة الوجه، انخساف صدغاه إلى الداخل، تقلص خصيتيه إلى الأعلى مع تدلي الجلدة، برودة البدن، احداد البصر. ينظر: ابن قدامه، عبد الله ابن محمد: المغني، ج٢، ط١، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٥هـ. النووي: روضة الطالبين،ج١، دار الكتب العلمية - بيروت، بدون سنة نشر. ابن نجيم المصري، زين الدين ابن إبراهيم بن محمد بن بكر: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج٢، ط٢، دار الكتاب الاسلامي، بدون سنة طبع، الجواهري، الشيخ محمد حسن ألنجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج٤، ط٣، مطبعة خورشيد، ١٣٦٧ش. ابن عابدين، محمد بن علي بن عبد الرحمن الدمشقي: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، مطبعة دار الفكر،١٤١٥هـ.

٣ - فمن الناحية التصويرية يرى البعض ان الموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة لقوله تعالى ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْغَفُورُ﴾. الملك/٢، وقيل هو عدم الحياة عما شانه الحياة

أو زوال الحياة أو هو قبض الروح... الخ. ينظر في تفاصيل ذلك: الغزالي احياء علوم القران، ج٢، دار المعرفة - بيروت، بدون سنة طبع، ص٤٩٨-٤٩٣. التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي: شرح التلويح على التوضيح لمتن التلقيح في أصول الفقه، ج٢، مطبعة صبيح- القاهرة، بدون سنة طبع. النووي، محي الدين يحيى بن شرف: المجموع، ج٥، دار الفكر للطبع والنشر، بدون سنة نشر، وما بعدها.

إما أمارات الموت أو علاماته فالفقهاء المسلمون يذكرون علامات محددة للموت، أي العلامات التي تدل على أن الروح قد فارقت البدن. وهذه العلامات تواردت كلمات الفقهاء عليها ويذكرونها في(كتاب الجنائز) وهذه العلامات ليست قطعية لكنها من قبيل الأمور الظاهرة التي يستدلون بها على مفارقة الروح للبدن وتتلخص بالاتي: توقف النفس، استرخاء القدمين بعد انتصابهما، انفصال الكفين عن الذراعين، ميل الأنف واعوجاجه، امتداد جلدة الوجه، انخساف صدغاه إلى الداخل، تقلص خصيتيه إلى الأعلى مع تدلي الجلدة، برودة البدن، احداد البصر. ينظر: ابن قدامه، عبد الله بن محمد: المغني، ج٢، ط١، دار الفكر- بيروت، ١٤٠٥هـ. النووي: روضة الطالبين، ج١، دار الكتب العلمية- بيروت، بدون سنة نشر. ابن نجيم المصري، زين الدين ابن إبراهيم بن محمد بن بكر: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج٢، ط٢، دار الكتاب الاسلامي، بدون سنة طبع، الجواهري، الشيخ محمد حسن ألنجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٤، ط ٣، مطبعة خورشيد،١٣٦٧ ش. ابن عابدين، محمد بن علي بن عبد الرحمن الدمشقي: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج٢، مطبعة دار الفكر،١٤١٥هـ.

٤- وقد اختلف الفقهاء المسلمون في مدة الفقدان التي يحكم من خلالها بوفاة المفقود إلى عدة اراء. فذهب الامامية إلى ان أنه إذا لم يعلم حاله فهنالك رايان: الاول، حدد المدة بأربع سنوات من الفقدان وهو ضعيف كما اشار اليه الشيخ الجواهري عن رواية عثمان بن عيسى عن الامام الصادق ﷺ، والثاني وهو المعتمد يرى عدم تقسيم امواله الا بعد ان تمضي مدة لا يعيش مثله اليها بمجرى العادة كما اشار اليها الشيخ الطوسي. وذهب الاحناف إلى أنه يحكم بموته اذا انقرض اقرانه وحددها البعض بمائة وعشرون سنه من مولده ومنهم من حددها بتسعين سنه من فقده ومنهم من جعلها سبعين. وفرق الحنابلة بين من فقد في حالة هلاك فهنا يتنظر اربع سنوات، فاذا لم يظهر خبره حكم بموته، اما المفقود في غير حالة الهلاك ففيه رايان: احدهما يبقى إلى ان ينقرض اقرانه ويرد امر ذلك للحاكم، وثانيهما بتسعين سنه من فقده و للشافعية اراء متعددة تتفق في كل منها مع احدى المذاهب اعلاه اضافة إلى ان هنالك اراء اخرى غير ما ذكرناها وتفاصيل لامجال للتطرق اليها يراجع بخصوصها: الجواهري، جواهر الكلام (٣٠٥/٣٩-٣٠٦).الطوسي شيخ الطائفة ابو جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، ج٤، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي - قم، ١٤١٧هـ، ص١١٩-١٢٠. السرخسي، المبسوط (٣٤/١١-٣٥). ابن قدامه، المغني (٢٠٥/٧-٢٠٧).النووي، المجموع (٦٨/١٦). مالك بن

أنس الاصبحي، الموطأ، ج٢، دار التراث العربي، مصر، ص، وكذلك: المدونة الكبرى، ج٥، دار صادر - بيروت، عالمكير: الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية،ج٢، ط٢، مطبعة بولاق بمصر، ١٣١٠هـ. اطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ج ١٣، مكتبة الارشاد - جدة،١٩٨٥ م، وكذلك ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الحنفي، شرح فتح القدير، ج٤، المطبعة الاميرية الكبرى، ١٣١٥هـ، د. محمد عبد الرحيم الكشكي: الميراث المقارن، بغداد، ١٩٦١م -١٣٨٠هـ،ص٣٥- ٤٢. كذلك: قحطان هادي عبد القرغولي: الإرث بالتقدير والاحتياط، رسالة ماجستير- كلية القانون في جامعة الموصل،٢٠٠٣ وما بعدها.

أما بخصوص القوانين المقارنة فنجد إن المشرع العراقي قد أجاز للمحكمة الحكم بوفاة المفقود إذا قام دليل قاطع على وفاته إما إذا لم يقم الدليل فقد ميز بين حالتين: الأولى إذا فقد في ظروف عادية فلها الحكم بوفاته بعد مرور أربع سنوات على إعلان فقده إما إذا فقد في ظروف تغلب معها افتراض هلاكه فلها الحكم بوفاته إذا مرت سنتان على إعلان فقده وفي جميع الأحوال فان على المحكمة إن تتحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل إن تحكم بموته، م(٩٣-٩٤)من قانون رعاية القاصرين. أما القوانين الأخرى فبعضها لم تجر مثل هذا التميز بل أشار إلى جواز الحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي، وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة ما إذا كان المفقود حياً أو ميتاً، م (٢١) من المرسوم المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض مسائل الاحوال الشخصية، و م(١١٣) قانون الأسرة الجزائري. وبعضها من جعل المدة سنتين من إعلان فقده في حالة الحرب والحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الموت أما في غيرها فيفوض أمر المدة إلى القاضي بعد التحري عن المفقود في حين أشار البعض الأخر إلى أنه ينتهي الفقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر، اما إذا كان الفقدان بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك فيحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقدانه، م(٢٠٥)قانون الأحوال الشخصية السوري. وحدها قانون الاحوال الشخصية الاماراتي بسنة في الاحوال غير العادية واربع في الاحوال العادية م (٣٣٧).

٥- المفقود لغةً اسم مفعول مشتق من الفقد، وهو من فقد الشيء يفقده فقداً وفقداناً و فقوداً، يقال: فقد الشيء اذا عدمه، فهو مقيد ومفقود. ينظر: ابن منظور لسان العرب،ج٣،مادة (ف ق د). اما اصطلاحاً، فيعرفه البعض بانه اسم لموجود هو حي باعتبار اول حاله واهله في طلبه يجدون ولخفاء اثره مستقر لا يجدون قد انقطع عليهم خبره و استتر عليهم اثره، ينظر: السرخسي، شمس الدين ابو بكر محمد بن ابي سهل: المبسوط، ج١١، ط١، دار المعرفة - بيروت، ١٤٠٩ هـ. أما في التشريع العراقي، فان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ كان قد أحال هذه الاحكام إلى قانون

الاحوال الشخصية، وذلك م ٣٦ منه بالقول " ١- من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناءً على طلب كل ذي شأن.٢- وأحكام المفقود تخضع لقانون الاحوال الشخصية ". غير ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ سكت عن تنظيم احكام المفقود، الا أنه قد تم تدارك هذا النقص في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠، حيث نظم هذا القانون احكام المفقود، فأفرد له المواد (٨٥-٩٩)، فعرف في م (٨٥) منه الغائب بانه " هو الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره و ترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره "، وعرف المفقود في م (٨٦) منه بانه " الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته او مماته "، و" يتم الاعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة، و يقوم قرار وزير الدفاع او وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة إلى افراد القوات المسلحة وقوى الامن الداخلي. ويلغى الاعلان اذا ظهر دليل على حياة المفقود". كما وتناول التعريف وبشكل مقارب ايضا كل من: قانون الاسرة الجزائري رقم ١١/ ٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل بالقانون (٠٥-٠٢) في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥م (١٠٩) قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ (٢٠٢)، القصل(٨١) مجلة الاحوال الشخصية التونسية رقم ١٣ لسنة ١٩٥٦. كذلك م (٢٣٣-٢٣٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.

٦- السيد محمد رضا السيستاني: وسائل الإنجاب الصناعية، دراسة فقهية، دار المؤرخ العربي - بيروت، ٢٠٠٧.

٧- الشيخ الطوسي، الاستبصار، ج١، ط٤، مطبعة خورشيد - قم،١٣٦٣ ش. الحر العاملي، محمد ابن الحسن بن علي: تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج٢، ط٢، مطبعة مهر - قم، ١١٤هـ.

٨- وقد أشار ابن رشد الحفيد، البداية (٢٤١/٢) إلى إن من قال بجواز غسل المرأة لزوجها (وهم الجمهور) لم يشبه الموت بالطلاق وانه يحل له النظر إليها قبل الموت.

رابعاً: كتب العامة وكتب الفقه الاسلامي الأخرى:

١- أحمد بن حنبل وسائر الحنابلة وهو قول علقمة وعبد الرحمن بن يزيد بن الأسود وجابر بن زيد وسليمان بن يسار و أبي سلمه بن عبد الرحمن وقتادة وحماد ومالك بن انس والأوزاعي والشافعي وإسحاق والظاهرية ينظر: ابن قدامه، المغني (٣٩٨/٢).

٢- ابن حزم، ابن حزم، علي بن احمد بن سعيد الأندلسي الظاهري: المحلى، ج ٥،دار الفكر العربي - بيروت، بدون سنة نشر. ونسب ابن رشد الحفيد (المالكي) ذلك لجمهور الفقهاء ما عدا أبو حنيفة في باب غسل الميت.

٣- ابن رشد الحفيد، القاضي أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج١،دار الحديث - القاهرة، ٢٠٠٤.

٤- ينظر: عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج١، مطبعة الاستقامة، بدون سنة طبع. وهو رأي الزيدية.

٥- ينظر: الصنعاني، احمد بن قاسم العنسي: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج ٤، المطبعة. وهو رأي بعض فقهاء الامامية. ينظر، الجواهري، جواهر الكلام (٥٥/٤).

٦- إن مسالة جواز غسل احد الزوجين الأخر إذا توفى هي محل خلاف بين الفقهاء المسلمين فقد ذهب الجمهور: وهم الشافعية والزيدية والحنابلة والظاهرية والمالكية والأحناف في احد الأقوال والمشهور عند احمد بن حنبل ورأي غالبية فقهاء الإمامية. وقول علقمه وعبد الرحمن بن يزيد ابن الأسود وجابر بن زيد و سليمان بن يسار وأبي سلمه عبد الرحمن وقتادة وحماد والأوزاعي وإسحاق، بينما ذهب ابو حنيفة وغالبية الأحناف إلى التفريق بين وفاة الزوج والزوجة حيث إن للزوجة إن تغسل زوجها المتوفى وليس العكس لان الموت فرقه تبيح أختها وأربعا سواها فحرمت النظر واللمس.

٧- ينظر: الشيرازي أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشافعي: المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج١، مطبعة عيسى البابي، الحلبي وشركاءه بمصر. النووي، المجموع (١٣٠/٥).

٨- لشربيني الخطيب، محمد بن احمد: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج٤، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٨.

٩- الإمام يحيى بن الحسن، الاحكام في الحلال والحرام، ج١١.

١٠- ابن المرتضى، الإمام المهدي لدين الله احمد بن يحيى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار، ج٤، ط١، مطبعة السنة المحمدية - مصر، ابن قدامه، المغني (٣٩٨/٢).

١١- ابن حزم. الحطاب الرعيني، محمد بن عبد الرحمن المغربي مواهب الجليل شرح مختصر خليل،ج٣،ط١، دار الكتب العربية - بيروت، ١٤١٦هـ وما بعدها. ابن رشد الحفيد، البداية (٢٤٠/٢-٢٤٢).

١٢- المحقق الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناضرة، ج٣، مؤسسة النشر الإسلامي - جماعة المدرسين - قم، بدون سنة نشر، وما بعدها.

١٣- المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج١، ط٢، مطبعة أمير - قم، ١٤٠٩هـ ألنجفي، الجواهر(٤٧/٤).

١٤- الشيخ الطوسي، المبسوط في فقه الاماميه،ج١، مطبعة الحيدرية - طهران،١٣٨٧ هـ.

١٥- الشهيد الأول، محمد بن جمال الدين مكي العاملي: اللمعة الدمشقية، ط١، دار الفكر - مطبعة القدس، ١٤١١هـ.

١٦- الشهيد الثاني، زين الدين الجبعي العاملي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مطبعة أمير - قم، ١٤١٠هـ.

خامساً: الرسائل و البحوث:

١- إيمان مجيد هادي، التصرف القانوني بالأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كليه القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٣.

سادساً: القوانين:

١- قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

٢- قانون الاحوال الشخصية التونسي المعدل.

٣- قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٥.

٤- قانون الاسرة الجزائري رقم ٨٤/١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل.