جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الغائب والمفقود في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون الأحوال الشخصية

تقديم الطالبة:
– فاطمة الزهراء بولكلوك

إشراف الأستاذة:
– سيليني كريمة

لجنة المناقشة:

– بودفع علي	رئيسا
– سيليني كريمة	مشرفا ومقررا
– داود كمال	مناقشا

دورة جوان 2014

بسم الله الرحمن الرحيم

شـكـر وعـرفـان

الحمد والشكر لله الذي وهبني التوفيق والسداد، ومنحني الرشد والثبات، وأعانني على إتمام هذا البحث والصلاة على رسول رسوله أزكى صلاة

أتقدم بجزيل الشكر وخالص الدعاء إلى أستاذتي الفاضلة ""سيليني كريمة"" التي لم تبخل علي بنصحها وإرشادها وحسن إشرافها، وتوجيهها طيلة مراحل البحث

كما أتوجه بالشكر والعرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة

لتفضلهم بقبول مناقشة هذا البحث

كما أتقدم بأسمى معاني الامتنان إلى كل من أمدني بيد العون والمساعدة لإتمام هذا البحث

إهـــــداء

باسم كل من قال تشجع، ومن العلم تشبع، وفي درب الصواب اتبع

باسم الحبيب على قلبي الأمين المصطفى هادي الأمة من ليس له منتهى

إلى قلب رحيم رحمني ورعاني، إلى وجه يبتسم إذا رآني

إلى نبع جميل قد سقاني، إلى التي من أجلي صبرت، إلى "والدتي الغالية"

إلى من أعطاني حبه وحرية اختياري، ولم يبخل علي بشيء في مشواري، إلى "أبي العزيز"

إلى الذي أفنى عمره شامخا لكي يريني النور، لمن يبحث عن أفضل الطرق لإدخال السعادة على وجوهنا، إلى الذي رغم كل جراح الزمن لم ترتسم الدموع على عينيه، إلى من كان بمثابة الأب لي أخي الغالي على قلبي "رفيق"

إلى الذي ساعدني بنصائحه وإرشاداته، إلى رفيق دربي زوجي الغالي "رياض"

إلى من شاركوني فرحتي وأحزاني، وكانوا لي سندا في هذا الزمان، لكم حبي وعطفي واحترامي

أسأل الباري تعالى أن يجود عليهم بفضله العظيم ويوفقهم لما فيه صلاح إخوتي وأخواتي "كمال، سمير، وليد، محمد الأمين، فضيلة، سميحة"

إلى زوج أختي سميحة وأولاده "سلسبيل، آدم، بهاء الدين" أطال الله أعمارهم وأدامهم دخرا لوالديهم

إلى كل من تذكرهم قلبي، ونسيهم قلمي

المختصرات

* ط/ طبعة

* ص/ صفحة

* ج/ جزء

* د.ط/ دون طبعة

* ف/ فقرة

* ق.أ.ج/ قانون الأسرة الجزائري

* ق.إ.م.إ/ قانون إجراءات مدنية وإدارية

* ق.ح.م/ قانون الحالة المدنية

* ق.م/ قانون مدني

* ق.ع.ج/ قانون عقوبات جزائري

* م/ مادة

* د.ط.س/ دون طبعة وسنة

* ج ر/ الجريدة الرسمية

* ح/ حجب

* ع/ عصبة

مقدمـــــة

مقدمة:

لقد خلق الله عز وجل الإنسان على هذه الأرض، وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى لقوله تبارك وتعالى: "إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ" (الحجرات 13)[1]، وهذا لحفظ النوع البشري وضمان حياة كريمة له، في كنف حياة أسرية يسودها الأمن والأمان.

تلك الحياة الأسرية التي نظمها الإسلام نظاما متماسكا، حيث رسم لها الطريق الأمثل والأصح كي تدوم وتستمر، وذلك بتشريعه لأحكام تنظمها وتضبطها، إن سارت عليها والتزمت بها سادها السكون والاستقرار، وأعطت ثمارها في بناء المجتمع الصالح والأمة الخيرية، التي وصف الله بها هذه الأمة في قوله: "كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ۗ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ ٱلْكِتَٰبِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ۚ مِّنْهُمُ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿١١٠﴾" (آل عمران 110)[2]، إلا أنه قد تعتري هذه الأسرة عواصف تهز سكونها، وظروف تزعزع أركانها واستقرارها والطمأنينة فيها، فتحملها إلى طريق التشتت والضياع.

إذ أن حياة الإنسان الشخصية منها والزوجية، لا تخلو مما يعكر صفوها، لما قد يصيب الإنسان من مشكلات، فتصبح حياته كرة تتقاذفها الظروف القاسية، والكوارث الطبيعية والأزمات الدولية ومن بين هذه المشكلات أو المعضلات ما يغير تلك الحقيقة الأزلية، التي تقول إن شخصية الإنسان تلازمه ولا تنتهي إلا بموته الحقيقي، إلا أن هذه الشخصية يمكن أن تنتهي بموته الحكمي لا الحقيقي، وهو ما نجده في حالتي الغياب والفقدان.

(1): الحجرات، الآية 13.

(2): آل عمران، الآية 110.

إشكالية البحث:

لقد شغلت مسألة غياب الأشخاص وفقدانهم حيزا لا يستهان به في المجتمع، وهو ما حمل العديد من الباحثين على الاهتمام بدراستهما، لما يرتبطان به من قضايا كثيرة ومتنوعة، الشيء الذي لفت انتباهي ليكون موضوع هذه الرسالة، وهو الأمر الذي يطرح علينا تساؤلات عديدة من بينها ما يأتي:

1- من هو الغائب في نظر القانون الجزائري؟ وهل هو نفسه عند فقهاء الشريعة الإسلامية؟

2- من هو المفقود في نظر القانون الجزائري؟ وهل هو نفسه عند فقهاء الشريعة الإسلامية؟

3- ما هي الإجراءات المتبعة لرفع دعوى الفقدان؟ وهل يحق لكل ذي شأن رفع هذه الدعوى؟

4- قد يكون للمفقود زوجة؟ فما حكم هده الزوجة؟ وهل لها مخرج من هذه الشدة؟

5- المفقود قد يترك ما لا يحتاج إلى حفظ وإدارة معا، فكيف يتم ذلك وهو غائب؟ وقد يموت بعض من يرثهم، فهل يستحق الميراث منهم؟ وهل يستحق أقاربه إرثه منه؟

6- حالة الفقد لا تدوم فكل شيء يؤول إلى الانتهاء، فإما يثبت أن المفقود حي، أو أنه هلك، أو يعتبر ميتا بصدور حكم في حقه، فما هو بيان هذه الحالة وآثارها؟

7- وقد يحكم على المفقود بالموت، ثم يظهر حيا، فما أثر ذلك على زوجته وأمواله؟

كل هذه التساؤلات سأحاول الإجابة عنها من خلال هذه الرسالة الموسومة بـــ: "أحكام الغائب والمفقود في التشريع الجزائري".

أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث من مستويين إثنين هما:

* المستوى الواقعي:

- إن موضوع الفقد والغياب من الموضوعات المهمة على الساحة القانونية والتي تحتاج إلى مزيد من البحث والتدقيق.

هذا البحث له علاقة كبيرة باستقرار الأسرة وثباتها، وكذا استمراريتها، وذلك لارتباطه ارتباطا وثيقا بظروف العصر وتغيراته من جهة، وبواقع الحياة الزوجية من جهة أخرى، وما يطرأ عليها من أحداث ومستجدات.

* المستوى العلمي: تظهر الأهمية العلمية لموضوع هذا البحث من خلال:

- الحاجة الماسة إلى إطراء قانون الأسرة الجزائري لا سيما وأن الصراع قائم حوله بين دعاة الإلغاء له جملة وتفصيلا، وبين دعاة الإبقاء عليه مهما كان فيه من نقائص.

- الحاجة الماسة إلى بيان موقف القانون الجزائري في كثير من المسائل التي ترتبط بالأسرة. لبيان تفرده في مجال إعطاء حقوق للأسرة، لم تمنحها لها تشريعات أخرى.

أسباب اختيار البحث:

- وجدت رغبة وميلا في نفسي لدراسة هذا الموضوع لقلة الدراسات المتخصصة فيه على الرغم من أهميته البالغة نظرا للصلة الوثيقة بالأسرة.

- كثرة غياب الأزواج عن البيت وزوجاتهم بدون مبرر ولأسباب تافهة، وذلك تهربا عن أداء واجباتهم الأسرية.

- ضف إلى ذلك الظروف التي مرت بها الجزائر خلال السنوات الماضية من جراء الفتن والزلازل والفيضانات التي خلفت الكثير من المفقودين.

أهداف البحث:

- إنه ولما كان لكل بحث أكاديمي هدفا أو أهدافا، فإنه ومن خلال دراستي لموضوع أحكام الغياب والفقدان في التشريع الجزائري، أصبوا إلى تحقيق أهداف عديدة أذكر منها:

1- تسليط الضوء على هذا الموضوع نظرا لقلة الدراسات والأبحاث المتخصصة فيه.

2- إثراء المكتبة القانونية بهذه المذكرة، وسد النقص المتعلق بقلة هذه الدراسات الأكاديمية.

3- وجود نقص فادح في شرح القانون الجزائري، وفي بعض الأحيان وجود شروحات عامة فقط، فهذا البحث يساهم في شرح تفصيلي لبعض النقاط.

منهجية البحث والمنهج المتبع:

- استقراء النصوص القانونية بمختلف أنواعها ودرجاتها من تشريعات وأوامر، ومراسيم، المتعلقة بموضوع البحث وكذا بعض شروحات مواده المتعلقة بهذه الرسالة.

- الرجوع إلى آراء مذاهب الفقه الإسلامي الذي يمثل الفقه القانوني لهذا الموضوع، مركزين على الرأي الفقهي الذي اعتمده المشرع الجزائري.

- حاولت أن أعطي للبحث أبعادا تطبيقية وعملية بالرجوع إلى الظروف التي مرت بها الجزائر خلال العشرية السوداء، وكذا فيضانات باب الواد (الجزائر العاصمة) وزلزال بومرداس.

- إن بحث موضوع هذه الرسالة يتطلب مني اعتماد أكثر من منهج، لذلك اخترت مناهج البحث المناسبة له والتي تمثلت في:

* المنهج الإستقرائي:

وقد اعتمدته لاستقراء النصوص القانونية، وما جاء فيها من شروحات، وكذا استقراء أقوال الفقهاء وآرائهم في شتى المسائل الفقهية التي تطرقت إليها.

* المنهج التحليلي الاستنتاجي:

يتضح ذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع البحث ومعرفة مضمونها ومحتوياتها، وذلك للوصول إلى نتائج تحقق أهداف البحث وأهميته العلمية والعملية.

* المنهج المقارن:

رغم أن الدراسة في البحث لم يقصد بها المقارنة والموازنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري في موضوع هذا البحث، إلا أننا اضطررنا إلى ذلك في بعض المواطن من أجل بيان المذهب الفقهي الذي اعتمده المشرع الجزائري في بعض المسائل.

صعوبات البحث:

من الطبيعي أن يعترض كل باحث مجموعة من الصعوبات والعقبات أثناء انجاز بحثه والتي تتحدد بحسب طبيعة البحث وظروف الباحث، وما يمكن تسجيله من عقبات اعترضت سبيل بحثي هي:

- نظرا لعدم معرفة الإرادة التشريعية وما يقصده المشرع الجزائري من وراء السطور في قانون الأسرة الجزائري، فمن الصعب تحليل المواد القانونية المتعلقة بقانون الأسرة الجزائري، لأن شراح هذا القانون كل يفسر حسب فهمه ووجهة نظره.

- قلة جمع أحكام المفقود في كتب خاصة به.

- قلة الدراسات القانونية.

الدراسات السابقة:

اعتمدت في إعداد هذا البحث على مجموعة من الرسائل الجامعية، كرسالة الماجستير "أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية"، ليوسف عطا محمد حلو، كما رجعت إلى رسالة من إعداد الطالبة الفاضلة "قياسة فاطمة" بعنوان "المفقود في القانون الجزائري" والتي استفدت منها كثيرا في تحديد حالات الفقدان، إضافة إلى رسالة الماجستير للطالبة "يمينة داوس" بعنوان "أحكام زوجة الغائب: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -التطبيق القضائي نموذجا-"، إلا أن هذه الرسائل كانت عامة ولم تتطرق إلى الظروف التي مرت بها الجزائر كالعشرية السوداء، والفيضانات والزلازل، والتي قمت بالتركيز عليها، وقد أضفت إحصاءات تخص نظام السلم والمصالحة الوطنية الصادرة عن السيد عبد العزيز بوتفليقة.

تقييم المراجع:

اعتمدت في إعداد هذا البحث على مجموعة من المؤلفات القانونية والفقهية، فأما القانونية منها فقد رجعت إلى الشروحات الخاصة بقانون الأسرة الجزائري ككتاب "أحكام الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري" للدكتور "بلحاج العربي"، وكذا كتاب الدكتور "محمد سعيد جعفور" بعنوان "المدخل للعلوم القانونية"، كما اعتمدت على بعض المواقع الالكترونية، إلا أن هذه المؤلفات القانونية تناولت الموضوع بعموميات مما استلزم علي البحث في هذه العموميات واستخلاص أهم نتائجه، كما أنها لم تتناول حالات فقدان خاصة، وأما المراجع الفقهية فقد اعتمدت على أمهات الكتب التي كانت غزيرة ومتنوعة، والتي تميزت بشتات المادة العلمية التي تخص موضوع هذا البحث، ككتاب المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي.

خطة البحث:

لقد تمت الإجابة عن تساؤلات البحث، بتقسيمه إلى فصلين وخاتمة، حيث تعرضت في الفصل الأول إلى دراسة ماهية الغياب والفقدان والقواعد الإجرائية لدعوى الفقدان، وذلك من خلال بيان ماهية الغياب والفقدان في المبحث الأول، وبيان حالات الفقدان في القانون الجزائري ضمن المبحث الثاني، أما في المبحث الثالث فتعرضت إلى القواعد الإجرائية لدعوى الفقدان، أما فيما يخص الفصل الثاني فتناولت فيه آثار الغياب والفقدان وأحكام عودة الغائب والمفقود، الذي قسمته إلى ثلاث مباحث، في المبحث الأول تطرقت إلى آثار الغياب والفقدان على الزوجة، والثاني تعرضت فيه إلى آثار الغياب والفقدان على الأموال، أما في المبحث الثالث والأخير فتناولت فيه أحكام عودة الغائب والمفقود بالنسبة للزوجة والأموال.

وختمت البحث بخاتمة جمعت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها مع بعض الاقتراحات، كما أنني أدرجت في النهاية ملاحق بها إجراءات تخص موضوع البحث.

الفصل الأول

ماهية الغياب والفقدان والقواعد الإجرائية لدعوى الفقدان.

إذا كانت شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا وتنتهي بموته، فإن هناك حالة بين الحياة والموت، وهي الحالة التي يعتبر فيها الشخص لا هو حي على الإطلاق ولا هو ميت من جميع الوجوه، وتلك الحالة هي حالة المفقود، وبذلك تزول عنه صلاحية كسب الحقوق وتحمل الالتزامات، حيث لا يبقى له من الحقوق كقاعدة عامة إلا تلك التي يقررها القانون له، والتي لا دخل لإرادته في قيامها، فكل شخص اختفى بحيث لا يعلم مكانه ولا يدري هل هو حي أم في عداد الأموات، يمكن لكل ذي شأن، سواء كان وارثا أو دائنا أو موصى له أو غير هؤلاء من أصحاب المصلحة المشروعة، الحصول على حكم من القاضي رئيس قسم الأحوال الشخصية، بإثبات فقده، وكذلك الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، وتسبب غيابه في ضرر للغير، فإنه يجوز طلب الحكم بإثبات فقده أيضا، ولهذا تطرقنا إلى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث هي:

المبحث الأول: ماهية الغياب والفقدان

المبحث الثاني: حالات الفقدان في القانون الجزائري

المبحث الثالث: القواعد الإجرائية لدعوى الفقدان

المبحث الأول: ماهية الغياب والفقدان

تعد ظاهرتا الغياب والفقدان من الظواهر التي تؤثر سلبا وتلحق ضررا كبيرا في حق الغير بصفة عامة، وفي حق الزوجة بصفة خاصة، ولذلك سن المشرع الجزائري جملة من القوانين والشروط التي سعى إلى توضيحها، وفي هذا المبحث سوف نتطرق إلى كل من حالتي الغياب والفقدان وذلك حسب التقسيم الآتي:

المطلب الأول: ماهية الغياب

المطلب الثاني: الغيبة كمانع مادي من موانع الأهلية

المطلب الثالث: ماهية الفقدان

المطلب الأول: ماهية الغياب

حتى يتأتى لنا إزالة الإبهام واللبس حول مصطلح الغائب أو الغياب كان لزاما علينا دراسته من جانبين وهما: الجانب اللغوي والجانب الاصطلاحي.

الفرع الأول: مفهوم الغائب في اللغة

الغائب: غيب وغياب وغائبون، وغاب يغيب غيبة وغيبوبة وغيابا، بمعنى ابتعد مؤقتا، اختفى ولم يحضر[1]، ويقال: غاب فلان: بمعنى بَعُدَ وغاب فلان عن بلاده: أي سافر، وغابت الشمس: بمعنى غربت واستترت عن العين[2].

وجاء في لسان العرب:

غاب الرجل غيبا ومغيبا وتغيب: سافر، أو بان.

وامرأة مغيب ومغيبة: غاب بعلها أو أحد من أهلها[1].

(1): صبحي حمودي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، لبنان، ط1، ص 196.

(2): مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2005، ص 667.

الفرع الثاني: مفهوم الغائب في الاصطلاح

البند الأول: الاصطلاح القانوني

الغائب هو الشخص الذي تنقطع إقامته ولكن حياته تكون محققة، ولا شك فيها لأنها معلومة[2].

وقد عرفته المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

إن المشرع الجزائري قد جعل للغياب والفقد تعريف واحد، وهذا ما يتضح لنا من نص المادة 110 ق.أ.ج "الغائب... يعتبر كالمفقود"، فهذا التعريف من شأنه أن يوقع القارئ في لبس وغموض وخلط بين المعنيين، لذلك يستوجب تعديل هذه المادة لتصبح صياغتها كالآتي: "الشخص الذي تمنعه الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة يعتبر غائبا".

ويستنتج أيضا أن المشرع الجزائري قد جعل الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته لمدة سنة في حكم المفقود، فيكون بذلك أن جاء بصورتين:

الصورة الأولى: الغائب الذي منعته الظروف من العودة إلى محل إقامته وتسيير شؤونه مدة سنة فهو يعتبر كالمفقود، فهذا الغائب يتوقف عن أداء واجباته

الصورة الثانية: الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من موته فهو مفقود مجهول الحال.

---

(1): ابن فضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المجلد الأول، ط1، 2003، ص 655-667-668.

(2): إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999، ص 219.

وعليه يعتبر الغياب أشمل من الفقدان، إذ أن الفقدان هو إحدى صور الغياب وهنا تصح المقولة: **"أن كل مفقود هو غائب، وليس كل غائب مفقود"**.

البند الثاني: الاصطلاح الفقهي

لقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين معنيين للغياب، ولكنها كلها تصب في المعنى نفسه.

غائب غيبة ارتجاع وهي: الغيبة القريبة التي لم تنقطع فيها أخبار هذا الغائب، كمن خرج لتجارة أو لحاجة ولم ينو الإقامة والاستيطان في تلك البلاد التي سافر إليها[1].

وغائب غيبة منقطعة وهو: الشخص الذي يفقد وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع[2].

إن ما نلاحظه من التعاريف الفقهية تمييز الفقهاء بين نوعين من الغياب، فالمعنى الأول يعتبر غيابا، والثاني يعد فقدا.

المطلب الثاني: الغيبة كمانع مادي من موانع الأهلية

إذا بلغ الشخص سن الرشد دون أن يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية[3]، فيكون ذا أهلية أداء كاملة[4]، ولكن قد توجد ظروف معينة تمنع الشخص من مباشرة

(1): يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، منشورة في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003، ص 20.

(2): عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النوادر، دمشق، سوريا، ط1، 2003، ص 26.

(3): عوارض الأهلية هي: الجنون، والعته، والغفلة، والسفه.

(4): أهلية الأداء هي: صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، أو هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه والتمسك بها بنفسه

أنظر: علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 206.

أنظر كذلك: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 2009، ص 153.

التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده، لهذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر أي نائب يباشر عنه هذه التصرفات أو يساعده في مباشرتها[1].

ومؤدى ذلك أن الغيبة بنوعيها، الغائب والمفقود، تتمثل في ظروف طارئة تعوق الشخص كليا أو جزئيا عن مباشرة التصرفات القانونية، أو عن الاستقلال بمباشرتها، إذ قد يتعذر عليه ذلك رغم كمال إرادته، مما يؤدي إلى تعطل مصالحه، فالإدارة هنا يشوبها نقص، بل إن الشخص يكون كامل الإرادة والتمييز إلا أنه لا يستطيع الإفادة من ذلك[2].

ويترتب على ذلك تعيين وكيل من طرف القاضي، وذلك في حالة عدم ترك الغائب وكيلا عنه، أما في حالة ترك الغائب وكيلا عنه فإن القاضي يقوم بتثبيته[3].

تنتهي الغيبة بزوال أثرها وسببها، وذلك كأن يعود الغائب، أو يصبح في مقدوره رغم استمرار غيابه أن يتولى شؤونه بنفسه، أو أن يشرف على من يُنِيبُهُ في إدارتها، أو كأن لا يعود هناك محل للغياب، سواء كان ذلك بموت الغائب أو بالحكم عليه، متى أصبح مفقود باعتباره ميتا[4]، إذ لم يعد ثمة محل لاستمرار الوكيل في مباشرة مهمة الوكالة عن الغائب[5].

المطلب الثالث: ماهية الفقدان.

لتوضيح مصطلح المفقود لابد من دراسته من الجانب اللغوي والجانب الاصطلاحي.

(1): هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة، دار دجلة، بغداد، العراق، ط1، 2010، ص 29.

(2): محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 398.

(3): محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ج2، ص 592.

(4): المرجع نفسه، ص 593.

(5): المرجع نفسه، ص 399.

الفرع الأول: مفهوم المفقود في اللغة

المفقود في اللغة مشتق من الفقد، ونعني به: فقد الشيء يفقده فقدا وفقدانا وفقودا فهو مفقود وفقيد: عدمه، وأفقده الله إياه[1].

والفاقد من النساء: التي مات زوجها أو ولدها أو حميمها[2].

وكقول العرب: فاقد الشيء لا يعطيه[3].

وفي التنزيل العزيز: قال تعالى: "وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيۡرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلۡهُدۡهُدَ أَمۡ كَانَ مِنَ ٱلۡغَآئِبِينَ ﴿٢٠﴾ " (النمل 20)[4].

"قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ" (يوسف 72)[5].

الفرع الثاني: مفهوم المفقود في الاصطلاح

البند الأول: الاصطلاح القانوني

المفقود هو من انقطع خبره ولم يعلم حاله حي أو ميت نتيجة غياب عن الأهل والبلد أو نتيجة الأسر[6].

وعرفته المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بما يلي: "المفقود هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقود إلا بحكم".

---

(1): ابن منظور، مرجع سابق، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، المجلد الخامس، ط1، 1997، ص 146.

(2): المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص: 697.

(3): بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005، ج1، ص 16.

(4): سورة النمل، الآية (20).

(5): سورة يوسف، الآية (72).

(6): محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر، القاهرة، مصر، ط1، 2004، ص 277.

فالمشرع بذلك لم يميز بين المفقود والغائب بل عرّف المفقود بأنه شخص غائب يجهل مكانه، ولا يعرف إن كان حيا أو ميتا، فكل شخص اختفى عن الأنظار وغادر مقره، وأهله، سواء بإرادته أو رغما عنه، ولم يعلم اتجاهه وأصبح حاله في علم الغيب يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري الذي حصر شروط الحكم بالفقدان في:

1- عدم التمكن من معرفة مكان هذا الشخص.
2- عدم التيقن من حياته.
3- صدور حكم قضائي يقضي بفقده.

بالرجوع إلى القانون رقم 06/03 المؤرخ في 14 جوان 2003 والمتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003[1]، وكذلك نص المادة 02 من الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001[2]، التي تنص على: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001. يصرح متوفي بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية".

من خلال استقراء للقانون رقم 06/03 وكذلك نص المادة الثانية من الأمر 03/02 فإنه حتى يكون الشخص مفقودا بسبب الفيضانات والزلازل لابد من توافر الشروط التالية:

1- ثبوت وجود الشخص بأماكن وقوع الفيضانات.
2- ثبوت وجود الشخص بأماكن وقوع الزلزال.
3- عدم العثور على جثته، وعدم ظهور أي أثر عليه بعد البحث والتحري بجميع الطرق.

(1): ج ر، العدد 37، سنة 2003.
(2): ج ر، العدد 15، سنة 2002.

البند الثاني: الاصطلاح الفقهي

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف محدد للمفقود، وإنما ذهبت كل طائفة إلى تعريف مغاير لما ذهب إليه الآخرون.

وهنا نستعرض أقوال بعضهم في تعريفهم للمفقود.

أولا/ تعريف المفقود عند الحنفية:

هو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته[1].

وعرفه الإمام السرخسي بقوله:

المفقود: اسم لموجود هو حي باعتبار أول حياته، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد[2].

وعرّفه الطحطاوي:

هو غائب لم يُدْرَ أحي هو، فيتوقع قدومه، أو ميت أودع اللحد البلقع، "أي القبر"[3].

ثانيا/ تعريف المفقود عند المالكية:

جاء في المدونة، المفقود: هو الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، لا يدرى أين هو، وقد تلوّموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام (أي يضرب له مده) فيما بلغنا[4].

---

(1): إبن عابدين، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، ج4، ص 292.

(2): محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ط، ج11، ص 34.

(3): أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الذر المختار، دار المعارف، بيروت، لبنان، ط1، 1975، ج2، ص 502.

(4): الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1986، ج5، ص: 451.

ثالثا/ تعريف المفقود عند الشافعية:

لقد قال الإمام الشافعي في كتابه الأم: أن المفقود هو: من لا يسمع له بذكر[1].

وهو أيضا: ما انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدري أحي هو أم ميت، وسواء كان في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة[2].

رابعا/ تعريف المفقود عند الحنابلة:

هو من انقطع خبره بغيبة ظاهرها السلامة كتجارة أو سياحة أو تعلم ونحوها، أو غيبة ظاهرها الهلاك كمن فقد من بين أهله، أو بين الصفين في الحرب[3].

بعد استعراض أقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية يترجح لدي أن التعريف الذي ذهب إليه الحنابلة هو التعريف الفقهي للمفقود وهو التعريف الراجح لأنه التعريف الجامع المانع له، وهو التعريف الأقرب لما ذهب إليه المشرع الجزائري.

المبحث الثاني: حالات الفقدان في القانون الجزائري

إن الوضع غير المستقر للمفقود لا يمكن أن يدوم إلى ما لا نهاية، بل لابد من حسم مركزه القانوني، سواء بالنسبة إليه شخصيا أو بالنسبة إلى الغير الذي تكون له علاقة بهذا المركز، ولهذا نجد المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري قد حددت حالتين للفقدان هي الحالات الاستثنائية، والحالات العادية، وهناك حالات خاصة للفقدان ويتعلق الأمر بمفقودي الكوارث الطبيعية، وفيما يلي تفصيل لكل حالة على حده.

المطلب الأول: حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك

---

(1): الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1972، ج6، ص 168.

(2): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 17.

(3): محمد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط2، 1984، ج1، ص 406.

المطلب الثاني: حالات الفقدان التي تغلب فيها السلامة

المطلب الثالث: حالات الفقدان الخاصة

المطلب الأول: حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك

قد يحدث أن يفقد الشخص في ظروف يغلب فيها الهلاك، وذلك كمن يفقد في حالة الحرب والحالات الاستثنائية[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من دستور 1996 والتي جاء فيها: "يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات"، ذلك لأن حالة الحرب هي خطر يهدد كيان الدولة ويمس وحدة وسلامة ترابها.

كما نصت المادة 93 من الدستور على ما يلي: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها". فالحالة الاستثنائية تؤدي إلى تقييد الحريات العامة.

فالقاضي يحكم باعتبار المفقود ميتا إذا ثبت مضي أربع سنوات من فقدانه بعد التحري بناء على طلب ذوي الشأن، ويعتبر حكم القاضي بمثابة شهادة وفاة تقيد في السجلات المعدة لذلك وفق قانون الحالة المدنية[2].

إذا ثبت فقد الشخص في مثل هذه الظروف، فإن ذلك لا يهم بالنسبة إلى المواطن الجزائري أن يكون فقده قد تم في الجزائر أو في خارجها، أما بالنسبة إلى الأجنبي، أو عديم الجنسية، فلا يجوز الحكم بموته، إعمالا بمقتضى نص المادة 89 من قانون الحالة المدنية، إلا إذا تم فقده داخل الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية، ولو كان غرق الباخرة أو سقوط الطائرة واقعا خارج الجزائر، متى كانت إقامته العادية في

(1): محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، د.ط، ص 136.

(2):المرجع نفسه، ص 136.

الجزائر[1]، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنية.

كما يجوز أيضا التصريح قضائيا بوفاة كل أجنبي أو كل عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر".

المطلب الثاني: حالات الفقدان التي تغلب فيها السلامة

حالة الفقدان التي تغلب فيها السلامة هي حالة اختفاء وفقدان الشخص في ظروف طبيعية وعادية، أي في ظروف لا يغلب عليها الهلاك، فيطول غيابه وتنقطع أخباره بحيث لا يستطاع الجزم بما إذا كان حيا أو ميتا، وذلك كمن سافر لطلب العلم، أو التجارة، أو السياحة، أو العمل، فيختفي أثره[2]، وهذه الحالة أمر تقديرها متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وله أن يتحرى بكافة الطرق والوسائل للوقوف على حياة المفقود أو وفاته[3]، لكن سلطة القاضي هنا مقيدة بشرط مرور مدة تزيد عن أربع سنوات على صدور الحكم بفقده[4]، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 92 ق.ح.م: "... إذا ارتأت المحكمة أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز لها أن تقرر كل تدبير للتحقيق التكميلي، ولا سيما التحقيق الإداري حول ظروف الفقدان".

المطلب الثالث: حالات الفقدان الخاصة.

تعتبر حالة الفقدان بسبب الفيضانات التي حلت بباب الواد بالجزائر العاصمة في 10 نوفمبر 2001، والزلزال الذي ضرب مدينة بومرداس في 21 ماي 2003، وكذلك مفقودي المأساة الوطنية، حالات فقدان خاصة لأنها غير مستمرة وجاءت لفترة وجيزة ترتب

(1): محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 334.

(2): المرجع نفسه، ص 335.

(3): محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 137.

(4): محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 336.

عنها فقدان العديد من الأشخاص، بحيث أصبح يجهل مصيرهم، فقام الاحتمال الأكبر على فقدانهم وموتهم بسبب هذه الكوارث[1]، وهو الأمر الذي يستوجب معالجة آثاره اتخاذ إجراءات عاجلة، فدفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار كل من الأمر 03/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002 الذي نظم بموجبه وضعية المفقودين بسبب الفيضانات وسن القانون رقم 06/03 المؤرخ في 14 جوان 2003 والذي تضمن أحكاما خاصة بمفقودي الزلزال[2].

وكذلك إصدار رئيس الجمهورية مراسيم وأوامر، صادق عليها البرلمان بغرفتيه تتضمن الأحكام المتعلقة بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ومن بين هذه النصوص، الأمر رقم 06 – 01 المؤرخ في 27 فبراير 2006، والذي يتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، والمرسوم الرئاسي رقم 06 – 93 المؤرخ في 28 فبراير 2006، ويتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية[3].

وقد بلغ عدد المفقودين إثر المأساة الوطنية حوالي 8023 حالة، حيث تم التكفل الشامل والسريع بآثار هذه المأساة الوطنية وتم دفع 371.45 مليار دينار جزائري كتعويضات، بالإضافة إلى هذه التدابير تم توظيف 858 مختصا نفسانيا للتكفل بالأطفال ضحايا المأساة الوطنية، وإنجاز 100 سكن على مستوى كل ولاية لفائدة الأرامل اللاتي يتكفلن بأطفالهن، كما فتحت مناصب شغل لذوي الحقوق البطالين[4].

وما تجدر الإشارة إليه أن الحالات الخاصة للفقدان تعتبر من الحالات الاستثنائية التي نصت عليها المادة 113 من ق.أ.ج[5]، إلا أن المشرع الجزائري عالج أحكامها

---

(1): قياسة فاطمة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، 2005 – 2006، ص 18.

(2): بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2011، ص 22.

(3): المرجع نفسه، ص 25.

(4): حصيلة الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، التدابير المتخذة لدعم سياسة التكفل بالمفقودين، www.djelfa.info، 01 أفريل 2009، 13:16.

(5): وتنص على: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

بنصوص خاصة، ذلك لأن الأمر استدعى معالجتها بكيفية سريعة، ونظرا لكون قانون الأسرة، تتضمن أحكامه القواعد العامة التي تتسم بإجراءات عادية بطيئة قد لا تتماشى بطبيعتها مع الوضعية الاستثنائية، التي تتطلب الإسراع في تسوية ملفات المفقودين[1].

إن النصوص التي جاءت بسبب هذه الكوارث تسري وتطبق لفترة محددة وينقضي أثرها بمرور فترة الفيضانات والزلازل والمأساة الوطنية، وعلى القاضي إذا ما عرضت عليه دعوى الفقدان لإحدى الحالات المذكورة، أن يبين في حكمه طبيعة الحالة التي فقد فيها الشخص، ويقع عبء إثبات ذلك على من يرفع دعوى الفقدان، أي على ذوي المفقود أو على النيابة العامة وعلى كل ذي مصلحة[2].

ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية، في اعتبار الشخص مفقودا في الأماكن التي وقعت فيها الكوارث أم لا، ويستخلص ذلك من الوقائع المطروحة عليه، فيستعين بجميع وسائل الإثبات.

المبحث الثالث: القواعد الإجرائية لدعوى الفقدان

إذا كان اللجوء إلى القضاء حقا دستوريا مقررا لكافة المواطنين، فإن الممارسة لهذا الحق تقتضي توافر جملة من الشروط في صاحب هذا الحق لقبول هذه الدعوى من صفة ومصلحة وأهلية.

وتحديد الجهة القضائية المختصة محليا ونوعيا بنظرها، إضافة إلى وسائل إثبات حالة الفقدان للحكم به، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الفقدان

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الفقدان

المطلب الثالث: الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى الفقدان

---

(1): بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 24.

(2): قياسة فاطمة، مرجع سابق، ص 19.

المطلب الرابع: إثبات حالة الفقدان

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الفقدان

إن الإجراء القانوني الذي ترفع به الدعاوى القضائية كما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتمثل في تقديم عريضة افتتاحية مكتوبة باللغة العربية، وهذا ما جاءت به المادة 14 ق.إ.م.إ بقولها: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيلة أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف". ويجب أن تشتمل هذه العريضة على البيانات الجوهرية المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتعلقة بوجوب تحديد هوية الشخص المفقود والظروف التي فقد فيها حيث تنص هذه المادة على: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
2- اسم ولقب المدعي وموطنه.
3- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فآخر موطن له.
4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
5- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى[1].

ويرفق بعريضة افتتاح الدعوى، شهادة معاينة الفقدان، شهادة ميلاد المفقود، شهادة ميلاد المدعي أو المدعين أو عقد الزواج أو شهادة الحالة العائلية أو الفريضة أو أي وثيقة

(1): القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 21، سنة 2008.

رسمية تثبت صفة وأهلية ومصلحة المدعي أو المدعين، وصلتهم بالمفقود أو المفقودين، هذا إن كانت الدعوى لم ترفع من طرف النيابة العامة[1].

حيث يتولى أعوان الدرك أو الشرطة أو المحضر القضائي مهمة معاينة المكان القاطن فيه الشخص المفقود، وسماع الشهود لتنتهي المهمة بتحرير محضر يثبت حالة الفقدان[2].

بعد ذلك تقيد الدعوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة وهذا ما نصت عليه المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الفقدان

يكتسي تنظيم شروط قبول الدعوى أهمية قصوى، لأن من خلاله نتعرف على موقف المشرع من مدى جعل القضاء حق مكفول للناس إلا أن ذلك منوط بشروط معينة، بمعنى أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط فإن المحكمة لا تبحث موضوع الدعوى ولا تصدر فيه حكما بالرفض أو القبول، وإنما تحكم بعدم قبولها، وهذا ما نصت عليه المادة 13 من ق.إ.م.إ وهذا ما سنتعرض إليه في النقاط التالية:

---

(1): بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 27.

(2): آمال مبروكي، أحكام المفقود والغائب وفق القانون الجزائري، www.droit.dz.com، 4 ماي 2010، 07:11، ص2.

(3): وتنص على: "تقيد القضية حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة.

يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم، يجب احترام مهلة عشرين يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج".

الفرع الأول: الصفة

الفرع الثاني: المصلحة

الفرع الثالث: الأهلية

الفرع الأول: شرط الصفة

الصفة في الدعوى هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، أما الصفة في التقاضي فتعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية، والصفة في هذا المجال يقصد بها صفة المطالبة بالحق[1].

والأشخاص الذين تثبت لهم الصفة في رفع دعوى الفقدان ورد ذكرهم في المادة 114 ق.أ.ج[2]، فالمدعي في دعوى الفقدان، قد يكون أحد الورثة أو الورثة ككل، أو النيابة العامة وأحد الورثة، أو النيابة العامة وحدها، ذلك أن النيابة العامة تكون دائما طرفا في الدعوى، سواء كمدعية أو مدعي عليها، باعتبارها تحمي الحق العام[3].

وفي مقابل ذلك لم يبين نص المادة صفة المدعي عليه الذي ترفع عليه الدعوى، وبالرجوع إلى القواعد العامة للإجراءات والتي تقضي بأن المدعي عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي، أي الشخص المراد الحكم بفقدانه هو المدعي عليه في دعوى الفقدان[4].

---

(1): بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة) الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2008، ص 67 – 72.

(2): والتي تنص على: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

(3): بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 29.

(4): قياسة فاطمة، مرجع سابق، ص 23.

إن الشخص المراد استصدار حكم يقضي بفقدانه لا يعلم له موطن مما يشكل حاجزا يحول دون تكليفه بالحضور، وتمكينه من الدفاع عن نفسه[1]، فإن المنطق القانوني يقتضي أن لا ترفع دعوى الفقدان على المفقود مباشرة، مما يطرح الإشكال حول من ترفع عليه دعوى الفقدان؟ وأمام هذا الوضع عملت بعض الجهات القضائية على إيجاد حل لذلك، بحيث قبلت دعوى الفقدان التي ترفع على أحد أقارب الشخص المراد الحكم بفقدانه كأن يكون ابن المفقود أو زوجته، أو وكيل الجمهورية باعتباره ممثل الحق العام[2].

إن رفع دعوى الفقدان على النيابة العامة بصفتها طرفا أصليا طبقا لنص المادة 3 مكرر ق.أ.ج يتعارض مع تطبيق هذه المادة.

إن تطبيق نص المادة 3 مكرر ق.أ.ج التي تجعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون، فرفع دعوى الفقدان على النيابة العامة يتعارض مع نص المادة 114 ق.أ.ج والتي أعطت للنيابة الحق في رفع دعوى الفقدان، فكيف يعقل أن تكون النيابة العامة مدعية ومدعى عليها في نفس الوقت! وعليه فإن الحل يكمن في تمثيل الغائب قبل الحكم بفقدانه، طبقا للأحكام الخاصة بالوكالة والتي نصت عليها المادة 571 ق.م وما يليها، وعليه فإن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة.

إن فقد شرط الصفة يؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى[3]، وحسب نص المادة 13 فقرة 2 ق.إ.م.إ فإن القاضي يثير تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

الفرع الثاني: شرط المصلحة

يقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى فإذا انتفت تلك المصلحة لفائدة رافعها فلا تقبل دعواه، حيث يستطيع كل من له مصلحة أن يطلب صدور

(1): محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 398.

أنظر: رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني (النظرية العامة للحق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط1999، ص 228.

(2): قياسة فاطمة، مرجع سابق، ص 23.

(3): بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 73.

الحكم بالفقدان، ويشترط في المصلحة أن تكون قانونية، أي تستند إلى حق أو مركز قانوني، بحيث تكون غاية الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني.

وأن تكون المصلحة كذلك مباشرة وشخصية، أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني محل النزاع أو نائبه[1].

ويجب كذلك أن تكون المصلحة قائمة وحالة، أي أن يكون حق رافع الدعوى الذي يقصد حمايته برفع الدعوى قد وقع عليه اعتداء بالفعل، ولا اعتداد بالمصلحة المحتملة[2]، وهذا ما نصت عليه المادة 13 ف$_1$ في ق.إ.م.إ: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

عند انعدام الورثة وذوي المصلحة تقوم النيابة العامة بطلب الحكم بالفقدان حفاظا على أموال المفقود من جهة، وحفاظا على الصالح العام من جهة أخرى[3].

الفرع الثالث: شرط الأهلية

المقصود بالأهلية هنا أهلية التقاضي، وهي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء، أي بلوغ المتقاضين سن معينة لمباشرة التصرفات التي تنتج آثار قانونية[4]، وحسب نص المادة 40 من ق.م فسن الرشد هو 19 سنة كاملة، وكذا التمتع بكافة القوى العقلية بالنسبة للطرفين، وللقاضي كامل السلطة التقديرية في توفر أو عدم توفر شرط الأهلية.

وعليه فإن أهلية التقاضي ليست شرط من شروط قبول الدعوى، وإنما شرط لمباشرة إجراءاتها، ويترتب عن تخلفها بطلان إجراءات الخصومة[5].

---

(1): عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، د.ط.س، ص 47.

(2): المرجع نفسه، ص 48.

أنظر: بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 48.

(3): آمال مبروكي، مرجع سابق، ص 1.

(4): بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 76.

(5): المرجع نفسه، ص 81.

بالرجوع إلى المادة 111 ق.أ.ج نجدها تنص على تعيين مقدم من أقارب الشخص المفقود أو غيرهم لتسيير أموال هذا الأخير، ويجب في ذلك مراعاة أحكام المادة 99 من القانون نفسه، وبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تتعلق بأحكام التقديم، والتي تعرّف المقدم بأنه الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، وبذلك يكون المشرع عند ما أخضع المفقود لأحكام التقديم قد جعله في مركز ناقص الأهلية أو فاقدها.

نلمس من خلال ما أورده المشرع الجزائري في نص المادتين 99 و 111 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا كان الشخص المحكوم بفقدانه ناقص الأهلية لصغر سنه أو فاقدها لجنون، فالقاضي يحكم بتعيين مقدم عنه يتولى تسيير أمواله، فماذا لو تم تعيين المقدم مع وجود الولي أو الوصي، مع أن المادة 99 ق.أ.ج تشترط للحكم بتعيين مقدم أن لا يوجد ولي أو وصي، والقاضي عندما يقضي بتعيين مقدم لا يعتبر ذلك مس بأهلية الشخص، وإنما اعتبارا ومراعاة لعدم وجود من يسير المال.

كما أن جعل المشرع الجزائري المفقود ضمن فاقدي الأهلية أو ناقصها لا يمكن الجزم عليه، فقد يكون الشخص المفقود كامل الأهلية، ولكن الضرورة قضت فإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس.

المطلب الثالث: الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى الفقدان

ينظر قسم شؤون الأسرة في الدعاوى المتعلقة بالغياب والفقدان استنادا إلى نص المادة 423 قانون إجراءات مدنية وإدارية[1].

(1): وتنص على: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- دعاوى إثبات الزواج والنسب.
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

إن الاختصاص بنظر الدعوى ينعقد للمحكمة لأنها صاحبة الولاية العامة في جميع القضايا التي يحكمها قانون الشخصية في قضايا الفقدان بحكم ابتدائي قابل للاستئناف[1]، أما فيما يخص حالات الفقدان الخاصة أي فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس فإن القاضي يفصل في القضية المعروضة عليه في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا من تاريخ رفع الدعوى، ويصدر الحكم ابتدائيا ونهائيا، أي غير قابل للاستئناف، ولكنه قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهر واحد من تاريخ صدور الحكم، وليس من تاريخ التبليغ[2].

بينما الاختصاص الإقليمي، المحلي، فإن الدعوى ترفع لدى المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أي الشخص المطلوب الحكم بفقدانه[3]، حيث تنص المادة 37 ق.إ.م.إ على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"[4].

ما دام أن موطن الغائب والمفقود مجهول فإنه يصعب علينا تحديد المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى وبالرجوع إلى نص المادة 38 من القانون المدني التي حددت موطن الغائب والمفقود بموطن من ينوب عنهما قانونا، وعليه فالموطن لا يتحدد بمحل إقامة الشخص، وإنما بمحل إقامة من ينوب عنه قانونا، وبهذا لا يكون الموطن في هذه الحالة موطنا واقعيا وإنما يكون موطنا حكميا[5].

(1): قياسة فاطمة، مرجع سابق، ص 22.

(2): بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 24.

(3): الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، ط1، 2010، ج1، ص 141.

(4): قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالأمر 08 – 09.

(5): رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 228.

نظرا لأن المشرع الجزائري لم ينص على قواعد النيابة على الغائب والمفقود قبل الحكم بفقدانه فإن الاختصاص بذلك ينعقد للجهة القضائية الواقع بدائرة اختصاصها آخر موطن للمفقود، وذلك عملا بنص المادة 37 ق.إ.م.إ السالفة الذكر[1].

المطلب الرابع: إثبات حالة الفقدان

إثبات الفقدان هو إقامة الدليل على أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا في نظر القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 109 من ق.أ.ج حيث أقرت بأن الشخص الغائب لا يعتبر مفقودا إلا بحكم قضائي، أي أن الحكم القضائي هو الوسيلة الوحيدة التي بموجبها تثبت للشخص صفة المفقود، وهو إجراء إلزامي للحكم بعد ذلك بموت المفقود حكميا، ولكن يشترط لاستصدار حكم يقضي بالفقدان أن يرفع المدعي دعوى قضائية يثبت فيها غياب الشخص، واختفاءه عن الوجود، وجهل أثره، وهنا نكون بصدد إثبات واقعة مادية، والواقعة المادية تثبت بجميع طرق الإثبات كشهادة الشهود[2].

لكن خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأن لا فقدان إلا بحكم قضائي أجاز المشرع بواسطة نصوص خاصة[3]، إثبات الفقدان بواسطة محاضر الضبطية القضائية، الشرطة أو الدرك الوطني، بناء على طلب ذوي الحقوق أو من له صفة أو من النيابة العامة أو من السلطات العمومية مدنية كانت أو عسكرية، هذا إن لم تقم به الشرطة القضائية تلقائيا في إطار مهامها العادية اليومية، حيث تقوم في إطار هذه التحريات بمعاينات ميدانية، وسماع أشخاص، وأخذ عينات ومستندات إن وجدت، مع استغلال ما هو موجود لدى هذه المصالح من ملفات من شأنها أن تساعد على إثبات أن الشخص مفقود أو متوفى[4].

---

(1): قياسة فاطمة، مرجع سابق، ص 23.

(2): المرجع نفسه، ص 25.

(3): النصوص الخاصة هي: الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002، والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 (باب الواد، الجزائر) والقانون رقم 06/03 المؤرخ في 14 جوان 2003، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 (زلزال ولاية بومرداس)، المذكرة نفسها، ص 15 – 16.

(4): بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 25.

استنادا إلى الأمر 03/02 المطبق على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 فإن الحكم بالفقد يتم بعد أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة[1]، وهذا ما نصت عليه المادة 02 من الأمر 03/02 المتعلق بمفقودي 10 نوفمبر 2001[2]، أما فيما يخص مفقودي زلزال ولاية بومرداس فإن الحكم بالفقد لا يتجاوز ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة طبقا لنص المادة 02 من القانون رقم 06/03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 (بومرداس)[3]، ثم يتم بعد ذلك تحرير محضر يتضمن المعاينات وتصريحها الشهود، وكل ما توصلت إليه من أدلة وقرائن تخص المفقودين في الكارثة الطبيعية، وتثبت فيه وجود الشخص المفقود في أماكن وقوع الزلزال والفيضانات، وأنه لم يتم العثور على جثته إثر التحري، وهذا المحضر يتم تسليمه إلى ذوي حقوق المفقود، أو لمن له صفة ومصلحة، حيث يرفق بعريضة افتتاح الدعوى، وشهادة ميلاد المفقود[4].

يُستنتج مما سبق أنه في الحالات العادية يستوجب القانون استصدار حكم يقضي بالفقدان قبل رفع دعوى قضائية، بينما في الحالات الخاصة، وهي حالة مفقودي الفيضانات والزلازل فإنه يكفي أن يحرر محضر الضبطية القضائية الذي يثبت بموجبه فقدان الشخص بعد البحث والتحري عنه بكافة الوسائل الممكنة[5].

---

(1): الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 142.

(2): وتنص على: "تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة".

(3): وتنص على: "تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة".

(4): بن عبيدة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 23.

(5): أنظر الملحق رقم 01.

نتائج الفصل الأول:

على ضوء ما تم تسجيله خلال هذا الفصل من آراء ومناقشة وتحليل، يمكن استنتاج النتائج التالية:

1- المفقود هو الغائب الذي لا تعلم حياته من مماته، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، وما جاء في تعريف الفقه الحنبلي.

2- يعتبر الفقد إحدى صور الغياب وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري.

3- حصر المشرع الجزائري شروط الحكم بالفقدان في:

أ- عدم التمكن من معرفة مكان الشخص.

ب- عدم التيقن من حياته.

ت- صدور حكم قضائي يقتضي بفقده.

4- المشرع الجزائري عالج حالات الفقدان بنصوص خاصة، ولم يكتف بعموميات ق.أ.ج، وهذه الحالات هي الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات باب الواد، والقانون رقم 06/03 المؤرخ في 17 جوان 2003 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس.

5- حتى يكون الشخص مفقودا بسبب الفيضانات والزلازل، لابد من توافر الشروط التالية:

أ- ثبوت وجود الشخص بأماكن وقوع الفيضانات والزلازل.

ب- عدم العثور على جثته، وعدم ظهور أي أثر عليه بعد البحث والتحري عليه بجميع الطرق.

6- موطن الغائب والمفقود هو موطن من ينوب عنهم قانونا وهو ما نص عليه المشرع الجزائري.

7- الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالغياب والفقدان هو قسم شؤون الأسرة.

8- الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالغياب والفقدان هي أحكام ابتدائية، قابلة للاستئناف، فيما عدا حالات الفقدان الخاصة التي يكون فيها الحكم ابتدائيا ونهائيا أي غير قابل للاستئناف، ولكنه قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهر واحد من تاريخ صدور الحكم.

9- تطبق القواعد العامة بشأن الاختصاص القضائي المحلي فترفع الدعوى لدى المحكمة التابع لها موطن المدعى عليه أو محل إقامته وإلا فآخر محل إقامة معروف له.

10- طبقا للأمر 02- 03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات باب الواد، فإن الحكم بالفقد يتم بعد أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

11- طبقا للقانون رقم 06/03 المؤرخ في 14 جوان 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس، فإن الحكم بالفقد يتم بعد ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

12- إثبات الفقدان يتم بواسطة محاضر الضبطية القضائية، بناء على طلب ذوي الحقوق ومن له صفة، أو مصلحة، أو من النيابة العامة.

13- الشخص المحكوم بفقدانه لا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية أو ناقصها.

14- يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات من فقده إذا فقد في غيبة ظاهرها الهلاك، وبعد أربع سنوات من فقده إذا فقد في غيبة ظاهرها الهلاك.

15- في الحياة العادية للفقدان يستوجب القانون استصدار حكم يقضي بالفقدان قبل رفع دعوى قضائية، بينما في الحياة الخاصة فإنه يكفي قيام الضبطية القضائية بتحرير محضر يثبت فقدان الشخص.

الفصل الثاني

آثار الغياب والفقدان وأحكام عودة الغائب والمفقود

الأصل أن الشخص الطبيعي تبدأ شخصيته القانونية بتمام ولادته حيا، وتنقضي شخصيته بالموت، والغالب أن يكون الموت حقيقيا، وقد يكون حكميا كما هو الحال في المفقود والغائب، حيث لا يتيقن فيها وفاة الشخص وتكون نسبة احتمال وفاته أكبر من حياته لقرائن وأمارات تحيط بغيبته، فيحكم القاضي حينئذ باعتباره ميتا، وقد يكون الواقع خلاف تلك القرينة، فأنه من باب أولى أن نفترض عودة الغائب وظهوره، وتحقق حياة المفقود، فيترتب على هذا أن يلغى ذلك الحكم، وتعود إليه شخصيته القانونية كأن لم يفقدها في وقت ما، وعلى إثر هذا ارتأينا أن نخصص هذا الفصل لنسلط الضوء على الأحكام المتعلقة بزوجة وأموال كل من الغائب والمفقود، وكذلك الآثار التي تترتب على ظهور حياتهما، لذلك قسمنا هذا القسم إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: آثار الغياب والفقدان على الزوجة

المبحث الثاني: آثار الغياب والفقدان على الأموال

المبحث الثالث: أحكام عودة الغائب والمفقود

المبحث الأول: آثار الغياب والفقدان على الزوجة

من اللحظات الأولى التي ينطلق بها الرجل مسافرا عن بيته تبدأ زوجته بحساب الساعات والأيام وهي تنتظر عودة هذا الزوج المعيل والحامي لهذا الأسرة، وهنا تظهر مشكلة في حق الزوجة المفجوعة بفقد زوجها التي تطلب حلا، وكم من الزمن تبقى معلقة لا تعرف لها حالا تستقر عليه وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

المطلب الأول: حقوق زوجة المفقود والغائب

المطلب الثاني: تربص زوجة المفقود والغائب

المطلب الثالث: عدة زوجة المفقود والغائب

المطلب الأول: حقوق زوجة المفقود والغائب

إن الحياة الزوجية تبنى على أساس حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين حددها المشرع الجزائري، بعض هذه الحقوق لا تزول بفقد أحد الزوجين. وإنما تبقى من حق الزوج المتضرر المطالبة بها.

الفرع الأول: الحق في النفقة

النفقة الزوجية تشمل الطعام والكسوة والتطيب والمسكن بالقدر المعروف.[1]

البند الأول: حكم نفقة زوجة المفقود والغائب في القانون الجزائري

لم يتحدث المشرع الجزائري عن نفقة زوجة المفقود صراحة بل ذكر في المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري حالة فقدان الزوج دون ترك نفقة لزوجته حيث جاء في

(1): أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1982، ص 520.

هذه المادة: "لزوجة المفقودة أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"[1].

فأحالت هذه المادة جواز طلب زوجة المفقود الطلاق لعدم الإنفاق أو النفقة، وما يفهم من سياق هذه المادة هو أنه من حق زوجة المفقود طلب نفقتها.

فإذا طلبت الزوجة نفقة لها على زوجها المفقود فُرِضَ لها، لأن النفقة واجبة عليه حاضرا كان أو غائبا وسبب وجوب النفقة الزوجية هو الدخول بالزوجة في الزواج الصحيح بمعنى الخلوة الصحيحة أو التمكين من الدخول، فالزوج الذي دعي لإتمام الزواج بالبناء الكامل وأخّر ذلك وجبت عليه نفقة زوجته ولو لم يدخل بها بعد، أما إذا لم يُدع وبقيت الزوجة في بيت أهلها دون إتمام البناء أي الدخول فإن النفقة لا تجب على الزوج[2]، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص م 74 ق.أ.ج: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها ودعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد [78 و79 و80] من هذا القانون".

فإن كان للزوج الغائب مال من جنس النفقة كالنقود وهو في يد الزوجة فرض لها القاضي النفقة، وأمرها أن تأخذ المفروض من المال، ويسمع القاضي دعوى الزوجة وعليه إثبات زوجيتها بالمفقود وأنها تستحق النفقة عليه ويقضى لها بها إن قامت البينة على ما تدعيه.

هذا ولم ينص المشرع الجزائري على المدة التي يجب أن تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة، والتي يمكنها بعدها طلب التطليق إليه المحكمة، غير أنه بمراجعة أحكام الواردة في المادة 331 ق.ع.ج: "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ

(1): الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر، العدد 15، سنة 2005.

(2): نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، 2013، ص 118.

المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء النفقة الشرعية يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج"[1].

البند الثاني: حكم نفقة زوجة المفقود والغائب في الفقه الإسلامي

أولا/ حكم نفقة زوجة المفقود

1- مذهب المالكية:

نفقة الزوجة عند المالكية تكون حسب نوع الفقد **أو** حالته.

أ- نفقة من فقد في أرض الكفر في غير حرب: خلال مدة التعمير تبقى نفقة الزوجة من مال زوجها المفقود، أما إذا انقضى أجل التعمير، وحكم بموته، فلا نفقة لها حينئذ[2].

ب- نفقة زوجة من فقد في الفتن بين المسلمين: يتلوّم لزوجته وينفق عليها خلال مدة التلوّم، وإن بعد المكان ضرب لها سنة وينفق عليها خلال السنة، وبعد انقضاء المدتين تعتد، ولا نفقة لها في العدة[3].

جـ- نفقة من فقد في أرض الإسلام: ينفق على امرأته في الأربع سنين، ولا ينفق عليها في الأربعة أشهر وعشرٍ بعد الأربع سنين، لأنها معتدّة [4].

(1): الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1996 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج ر، العدد 49، سنة 1966.

(2): عثمان بن حسنين البري الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المدارك، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ط1992، ج1، ص 150.

(3): محمد أحمد ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، دار الفكر العربي، بيروت، د.ط، ج1، ص167.

(4): الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، د.ط، ج2، ص 98.

2- مذهب الحنفية:

إذا رفعت زوجة المفقود أمر نفقتها للقاضي، فعلى القاضي أن ينفق من مال المفقود على امرأته، أما إذا لم يكن له مال وله ودائع فإنه ينفق منها إن كانت من جنس الطعام والثياب والدراهم [1].

والزوجة تستحق النفقة ولو كانت غنية، لأن استحقاقها إياها بالعقد والاحتباس والنفقة تكون بقدر الكفاية [2].

3- مذهب الشافعية:

إن اختارت امرأة المفقود البقاء على حالها، فالنفقة واجبة على الزوج المفقود، وإن رفعت أمرها إلى القاضي وأمرها بالتربص أربع سنين فلها النفقة من زوجها، لأن النفقة تسقط بالنشوز أو بالبينونة [3].

وكذلك إذا رفعت أمرها للقاضي ولم ير الفرقة ولا ضرب المدة كانت على حقها من النفقة.

4- مذهب الحنابلة:

إن اختارت امرأة المفقود البقاء والصبر حتى يتبين مصير زوجها، فلها النفقة ما دام حيا، فإن تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة أيضا إلى يوم بينونتها منه، وإن رفعت أمرها للقاضي فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة، أما إن تزوجت بعد انتهاء عدتها، أو فرّق القاضي بينهما فنفقتها تسقط بخروجها عن حكم نكاحه[4].

---

(1): أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 520.

(2): ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط2، ج6، ص 141.

(3): الإمام النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، د.ط، ج 18، ص 286.

(4): شمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني على الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ط، ج9، ص 140.

أما إذا لم يفرق القاضي بينهما فنفقتها باقية، وإن قَدِم الزوج بعد ذلك ردت إليه[1].

ثانيا/ حكم نفقة زوجة الغائب

إذا غاب الزوج عن زوجته وله مال حاضر فطلبت النفقة فإن القاضي يفرض لها النفقة من مال زوجها الغائب بشروط هي:

1- أن لا يترك الزوج لزوجته النفقة أو لم يبعث لها بها.

2- أن يأخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج ويقيم البيّنة أنه قد أوصى لها نفقتها.

3- تسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم.

أما إذا لم يكن له مال حاضر فيفرض للزوجة النفقة، ويأمرها القاضي بالاستدانة[2].

خالف زفر – رحمه الله – ذلك وقال: "ليس للقاضي أن يفرض إنه قضاء على الغائب"[3].

وذهب الجمهور إلى وجوب النفقة على الغائب ولو لم يفرضها حاكم، وتكون دينا في ذمته، وقال أبو حنيفة: "لا تجب إلا بإيجاب الحاكم".

ودليل الجمهور أن عمر -رضي الله- عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر، فكان لها الخيار كحال الإعسار.

---

(1):شمس الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص 141.

(2): عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط7، 1980، ج4، ص 577-578.

أنظر: أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 169-170.

(3): عبد المنعم فارس سقا، مرجع سابق، ص 662.

كما استدل أبو حنيفة بأن نفقة الزوجة تجب يوما فيوما، وتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضا القاضي[1].

الفرع الثاني: الحق في التفريق

البند الأول: حق زوجة المفقود والغائب في التفريق في القانون الجزائري

أولا: التفريق لغياب الزوج

أجاز المشرع الجزائري للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة، أن تطلب التطليق وتسمع المحكمة دعواها وتجيبها إلى طلبها حيث تنص المادة 53 في الفقرة الخامسة من ق.أ.ج: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة".

وانطلاقا من هذه المادة 53 ق.أ.ج، يتضح لنا أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطليق من زوجها الغائب إلا إذا توفرت لديها ثلاثة شروط أساسية هي:

الشرط الأول: أن تمضي سنة فأكثر على الغياب، ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه، وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاثة سنوات[2].

والمراد بغيبة الزوج هنا، غيبته عن زوجته بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، فهو من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر لأنه يكون هجرا قصد به إلحاق الأذى بزوجته[3].

بالإضافة إلى ما تقدم فإنه يثبت الحق في التطليق للزوجة غير المدخول بها ولو لم يخْتَل بها الزوج، لأن ضرر الغياب متوفر في حقها.

---

(1): وهبة الزحيلي، الفقة الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، 1989، ج5، ص 813.

(2): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 279.

(3): محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، مصر، ط2، 1994، ص 488.

الشرط الثاني: أن تكون غيبة الزوج دون عذر مقبول، ودون سبب شرعي، كأن يسافر ولم يعد فيعتبر إنسان مهمل لأسرته، ومتهربا عن أداء واجباته ومخلا بالتزاماته، فغياب العذر المقبول يؤدي في العادة إلى إيذاء الزوجة والإضرار بها، ولهذا فقد نص الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره بالعودة وإلا طلقت زوجته، فإذا كان معلوم المكان ولم يجب طلق القاضي عليه بلا أعذار[1].

أما إذا كان غياب الزوج بعذر مقبول لطلب العلم أو لممارسة تجارة أو لكونه يعمل خارج أرض الوطن أو مجندا بمكان بعيد، أو ما شابه ذلك، من أسباب شرعية معقولة ومقبولة تعود بالفائدة على الأسرة ككل في المستقبل، فلا يسوغ للزوجة طلب التطليق للغياب[2].

الشرط الثالث: أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة ولم يترك لها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها، أما إذا غاب لمدة سنة فأكثر لعذر مقبول شرعا أو حتى بدون عذر مقبول وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادها فلا يجوز أن تطلب التطليق من القاضي[3].

مع الملاحظ أن حالة الغياب بدون ترك النفقة، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حيث يتأكد منها بكل الطرق والوسائل وينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، ووضعيته التي أصبح فيها خلال مدة الغياب، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا وغير ذلك، يتأكد هل انعدام إنفاقه أو بعث الأموال إلى عائلته فعل متعمد وإرادي فهو إذن إهمال عائلي، أم أن ما يرسله من أموال كنفقة لا تصل إلى الزوجة بسبب خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري، أو في العنوان، فيكون ذلك عذرا شرعيا[4].

---

(1): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 297.

(2): باديس دياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2007، ص 46.

(3): عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، دار هومه، الجزائر، ط3، 1996، ص 269.

(4): فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ج1، ص294

أما في حالة ملكية الزوج للأموال دون أن يترك للزوجة ما تنفقه، فإن القاضي ومتى رفعت إليه الزوجة طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من وجود الأموال ويحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها أو تحت حيازة الغير وتكون الأحكام مشمولة بالنفاد المعجل.[1]

إن المقنن الجزائري قد اعتبر ترك الزوج للزوجة وغيابه عنها دون سبب جدي وتخليه عن التزاماته الزوجية، لا سيما ترك إنفاقه عليها، جريمة من "الجرائم المرتكبة ضد الأسرة".[2] والتي يعاقب عليها القانون، حيث نصت عليه المادة 330 من قانون العقوبات على أن أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين ويتخلى عن كافة أو بعض التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية بغير سبب جدي يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج"[3].

وغياب شرط واحد من هذه الشروط الثلاثة يؤدي إلى عدم استجابة القاضي إلى طلبها، وذلك حفاظا على وحدة العائلات وحماية الأسر من التفكك.

مراعاة لمصلحة زوجة المفقود أو الغائب كان من الأحسن على المشرع الجزائري عدم تقييد الزوجة بغياب الزوج دون عذر مقبول ولا نفقة، لأن المبرر للتطليق في هذه الحالة هو فقدها للوطء.

ثانيا/ التفريق بسبب فقد الزوج

أجاز المشرع الجزائري للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة، أن تطلب التطليق، وتسمع المحكمة دعواها وتجيبها إلى طلبها.

جاء في نص المادة 112 من ق.أ.ج: "أنه لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

---

(1): فضيل سعد، مرجع سابق، ص 294.

(2): عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص12-19.

(3): الأمر رقم: 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

يُستنتج من هذا النص أن المفقود –وهو من انقطعت أخباره- يسري عليه حكم الغائب في طلب زوجته التطليق منه، إلا أنه توجد للمفقود أحكام خاصة في قانون الأسرة الجزائري، وهي أنه لا يمكن الحكم للزوجة بالتطليق من زوجها المفقود إلا بعد صدور حكم بموته عن طريق القضاء، وذلك بعد مدة حددها القانون بأربعة سنوات بعد البحث والتحري عن أخباره، وهذا في حالة الحروب والحالات الاستثنائية، أما في الحالات العادية التي تغلب فيها السلامة فيفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة للحكم بموته فالظاهر أن المقنن الجزائري قد أخذ بمذهب الحنابلة.

البند الثاني: مذاهب الفقهاء في التفريق

أولا/ التفريق بسبب فقد الزوج

1- مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن التفريق بين الزوجة وزوجها المفقود لا يجوز حتى يأتيها بيان حياته أو موته واستدلوا على ذلك بأن رسول الله صلى عليه وسلم قال: "**إن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان**".[1]

وقالوا بأنه يحكم بموت المفقود بعد مضي مائة وعشرين سنة من مولده، أخذ بأن أحدا لا يعيش أكثر من هذه المدة، وقيل يحكم بموته بعد مضي مائة سنة، لأن الظاهر أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك، أما في ظاهر المذهب فيقدر موت المفقود بقدر موت أقرانه.[2]

(1): نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و ق.أ.ج، دارالفجر، قسنطينة، الجزائر، د.ط، ص136-137.

(2): عبد الرحمن بن حسن النفيسة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، زوجة المفقود وما يجب عليها أن تفعل، الشركة السعودية للتوزيع، 1999، العدد43، ص 215.

2- مذهب المالكية:

يختلف حكم التفريق بين المفقود وزوجته عندهم باختلاف الأحوال والظروف التي يفقد فيها الزوج، حيث قالوا:

إذا كان الزوج مفقودا في بلاد الإسلام، فإنه يُبحث عنه حتى إذا لم يتبيّن أمره، حكم القاضي للزوجة بالفرقة منه، إن طلبت ذلك ورفعت أمرها إلى القضاء، وذلك بعد أن تتربص أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تحِل بعد ذلك للأزواج [1].

أما إذا كان الزوج مفقود في أرض الشرك، فلا يفرق القاضي بينه وبين زوجته إن أرادت ذلك، إلا بعد مرور سن التعمير كالسبعين سنة منذ ميلاده، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرا، وتحل بعدها للأزواج [2].

فإذا كان الزوج المفقود في فتنة وقعت بين المسلمين والكفار، فإن القاضي يحكم بموته بعد مضي سنة من البحث ومحاولة الكشف عن أخباره، فإن لم يظهر له بعدها أثر، اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت بعدها للأزواج[3].

1) مذهب الحنابلة:

فرّق الحنابلة في حكم التفريق بين الزوجين بسب فقد الزوج بين حالتين:

الحالة الأولى: من فقد وانقطع خبره ولا يعلم له مكان، إذا كانت ظاهرة غيبته السلامة كالمسافر لطلب العلم أو التجارة، أو لأداء فريضة الحج، فهنا لا تزول الزوجية ولا يفرق القاضي بين المفقود وزوجته ما لم يثبت موته.

---

(1): أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 641، ومحمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، 1985، ص 356.

(2): الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء النشر العربية، مصر، د.ط، ج2، ص 482.

(3): يمينة دواس، أحكام زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، التطبيق القضائي نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير غير منشورة في الفقه وأصوله، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2003- 2004، ص 91.

الحالة الثانية: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالمفقود بين الصفين في القتال، أو يفقد بين أهله ليلا أو نهارا، أو يخرج إلى المسجد للصلاة ولا يعود ولا يوقف له أثر، فإن زوجته تتربص أربعة سنين، ثم تعتد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرا وتحل بعدها للأزواج [1].

1) مذهب الشافعية:

للشافعية في حكم الفرقة بين الزوجين بسبب فقد الزوج قولان:

القول الأول: أنها تبقى أربعة سنين بحكم الحاكم حتى تنقضي المدة، واستدلوا على ذلك أنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة [2]، وتعذر النفقة بالإعسار فلأنه يجوز هنا لتعذر الجميع أولى [3].

القول الثاني: وهو رأي الشافعي في الجديد ويتمثل في عدم جواز التفريق بين المفقود وزوجته، إذ ليس لها طلب فسخ نكاحه، سواء انقطع خبره أو لم ينقطع، وليس لها نكاح غيره حتى يتيقن موته، أو يثبت طلاقه، وقد روي عن الإمام الشافعي أين قال: "امرأة المفقود امرأته ابتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها موته.[4]

ولا يعني هذا أن الزوجة لا تملك حق الفرقة من المفقود طيلة حياتها بل يمكن لها ذلك إن رفعت أمرها إلى القاضي.[5]

(1): شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص 130.

(2): العنة: هي العجز عن الوطء لعذر.

(3): محمد حمص، من قضايا المرأة المسلمة زوجة مسلم الغائب بين أراء الفقهاء، دار البيان، الإسكندرية، مصر، د.ط، ص32.

(4): أبو زكريا يحي شرف الدين النووي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، ج6، ص 376.

(5): صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ج3، ص 190.

ثانيا/ التفريق بسبب غياب الزوج:

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة فتضررت بغيابه فهل لها بهذا طلب الفرقة عنه؟ للفقهاء في هذا رأيان:

الرأي الأول: قال به المالكية والحنابلة، يجوز التفريق للغيبة إذا طالت غيبته وتضررت المرأة منها ولو ترك لها الزوج مالا تنفق منه أثناء الغياب، لأن الزوجة تتضرر من الغيبة ضررا بالغا، والضرر يدفع بقدر الإمكان،[1] واستدلوا بقوله تعالى: "فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"(البقرة 229)[2].

والقاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه، فيطلب منه الحضور لزوجته أو يلحقها به، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يفعل واحدا من هذه الثلاثة قام القاضي وطلق عليه.[3]

الرأي الثاني: عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج، وبه قال الحنفية والشافعية.[4] سواء كان ذلك بعذر أو بغير عذر[5].

المطلب الثاني: تربص زوجة المفقود والغائب

يترتب على حق الزوجة في طلب الفرقة بينها وبين زوجها المفقود أو الغائب، معرفة المدة التي يتوجب عليها أن تمكثها في عصمة هذا الزوج، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

---

(1): عبد الله بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، ص 282.

(2): البقرة، الآية 229.

(3): عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، ص 153.

(4): نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 145.

(5): محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 103.

الفرع الأول: حكم تربص زوجة المفقود والغائب

البند الأول: حكم تربص زوجة المفقود والغائب في القانون الجزائري

لقد حدد المشرع الجزائري المدة التي تتربص فيها الزوجة الغائب عنها زوجها، وهو لا يختلف عن المذهب المالكي والحنبلي في ذلك، بل استقى هذه المدة مما هو مشهور عندهم، ومعقول المنطق، فجاء ذكرها مقننا في المادة 133 ق.أ.ج بنص: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة...".

فالملاحظ من هذه المادة أن المشرع لم يتكلم صراحة عن المدة التي تنتظر فيها الزوجة زوجها الغائب، مما يوقع الزوجة في حيرة وتردد، فلا تعلم هذه الزوجة أن لها زوجا ترجو عودته وتنتظر قدومه، أو أنها أرملة، ومن حقها أن تتصرف في نفسها كما تشاء بما شرع لها الله سبحانه وتعالى من زواج أو غيره.

كان يجدر بالمقنن الجزائري أن يلزم مدة الأربع سنين التي يحكم فيها بموت المفقود بمدة انتظار وبقاء الزوجة على عصمة زوجها الغائب حفاظا وحماية لها من الضرر، وهذا ما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

البند الثاني: حكم التربص عند فقهاء الشريعة الإسلامية

أولا/ المذهب الحنفي

ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز الحكم بوفاة المفقود حتى يموت أقرانه الذين هم من سنه.[1] لأن حياة المفقود مؤكدة، وهي مستمرة باستصحاب الحال، ولا دليل على الوفاة، حتى يحكم بموته، أما إن قام دليل أو بيّنة على وفاته فإنه يحكم بموته بموجب

(1): محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص 822.

ذلك، أما وإن الأمر مجهول فلا بد أن تنتظر موت أقرانه، حتى نحكم بوفاته، فإن مر وقت مات فيه جميع أقرانه، ولم يبق منهم أحد، حكم حينئذ بموته، وبعد ذلك فقط تعتد زوجته وتحل لزوج غيره.[1]

ودليلهم في ذلك هو أن الرجوع إلى أقرانه فيما تقع الحاجة إلى معرفته طريق الشرع، وذلك كقيم المتلفات ومهر مثل النساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر والأحكام الشرعية تُبنى على الغالب دون النادر،[2] فإن تعذر الفحص عن الأقران حكم بموته بعد مدة وقد اختلفوا في تقديرها فمن قائل تقدر بمائة وعشرين سنة من يوم ولد، فإذا مضت هذه المدة حكم القاضي بموته لأن الأعمار في زماننا قلّما تزيد على هذه المدة فيقدر بها، ومن قائل تقدر بمائة ومن قائل بتسعين، ومن قائل تقدر بستين ومن قائل تقدر بسبعين واختاره صاحب الفتح قائلا: "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين".[3]

وقائل ألا يقدر له سن معينة، بل يترك إلى تقدير القاضي، لأن الناس يختلفون في طول الحياة وقصرها بحسب البنية والصحة والمرض وغير ذلك.[4]

واستدل الأحناف على رأيهم من السنة والأثر والمعقول.

1- **من السنة**: روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن إمرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان".

2- **من الأثر**: ما روي أن عليًا -رضي الله عنه- قال في امرأة المفقود: "إنها امرأته ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق".

(1): محمد أمين بن عابدين، مرجع سابق، ج2، ص 136.

(2): فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط1، ج، ص312.

(3): محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 822.

(4): أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ط 1977م، ج1، ص 615.

3- **من المعقول**: استدلوا على بقاء حال المفقود إلى أن يتبين أمره، أن النكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فإذا لا ينبغي إزالة الشك، إلى حين أن يحكم بموت المفقود بعد مضي مائة وعشرين سنة من مولده.[1]

ثانيا/ المذهب المالكي

إن زوجة المفقود صغيرة كانت أم كبيرة، فإنها إذا رفعت أمرها لمن ينظر في شأنها، يجب عليها أن تتربص من تاريخ فقده، وأحوال الفقد عندهم هي:

1- **المفقود في بلاد المسلمين**: فهذا يضرب لامرأته أجل أربع سنين بإجماع الصحابة، وأجل الانتظار يضرب بعد البحث والتحري عن حال المفقود إذا رفعت أمرها إلى الحاكم[2].

قال ابن العاصم:

ومن بأرض المسلمين يفقد *** فأربع من السنين الأمد**

2- **المفقود في أرض الشرك**: فهذا ألا تتزوج امرأته وعليها التربص مدة التعمير وهو أن يأتي عليه من السنين ما لا يعيش إلى مثله، فإذا انقضى التعمير وحكم بموته، جاز لها أن تعتد بعدة الوفاة وتتزوج بعدها.

ومعنى بقاءه للتعمير أي لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد.[3]

وإلى هنا أشار ابن العاصم:

وإن يك في الحرب فالمشهور *** في ماله والزوجة التعمير**

وفيـــه أقـــوال لهن معينـــة *** أصحها القول سبعين سنة**

(1): عبد الرحمن بن حسن النفيسة، مرجع سابق، ص 215.

(2): محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 823.

(3): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2003، ص34.

3- **المفقود في وقت الفتن بين المسلمين:** فإن زوجته تعتد بعد انفصال الصفين، حيث قال ابن الحاجب: "يضرب لامرأته بقدر ما يستقصي أمره ويستبين خبره".

وقال ابن القاسم: "تتربص زوجته مدة سنة ثم تعتد".[1]

4- **المفقود في أرض الطاعون:** فإن زوجته تعتد بعد ذهاب الطاعون ورفعها عن الناس بعد أن يكون قد استقصي أمره وبحث عن خبره.[2]

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على ذلك بالكتاب والأثر والمعقول.

من الكتاب: قوله تعالى: "**وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ** " (البقرة 231)[3] وقوله تعالى: "**وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ**" (الطلاق 6)[4].

من الأثر: ما رواه مالك عن يحي بن سعيد عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: "أيما امرأة فقدت زوجها ولم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل"[5]

من المعقول: أنه لما كان الخيار ثابتا للمرأة مع العنة والإيلاء، ولم يكن منهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة، كان ثبوته في المفقود من باب أولى، لأن المفقود جمع بين فقد الوطء وفقد العِشرة والنفقة.[6]

(1): محمد أحمد ميارة الفاسي، مرجع سابق، ج2، ص98.
(2): عثمان بن حسنين البري الجعلي، مرجع سابق، ص 106.
(3): سورة البقرة، الآية 231.
(4): سورة الطلاق، الآية 06.
(5): محمد حمص، مرجع سابق، ص 34.
(6): عبد الوهاب بن علي نصر البغدادي المالكي، الإشراف على مسائل الخلاف، دار النشر الدولي، ج2، ص 377.

ثالثا/ المذهب الشافعي

في المذهب الشافعي قولان:

القول الأول: أن تتربص أربع سنين بحكم حاكم (لأنها مدة أكثر الحمل الذي يتحقق فيه براءة الرحم) ثم تعتد عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرا، فإذا انقضت هذه المدة حلت للأزواج.[1]

القول الثاني: أن تبقى على حالها محبوسة على قدوم زوجها وإن طالت غيبته، ما لم يأتها يقين وفاته وهذا قول الإمام الشافعي في الجديد.[2]

وقد استدلوا على قولهم هذا بما يلي:

من الكتاب: قوله سبحانه وتعالى: "**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا**" (البقرة 231)[3].

من الأثر: ما رواه عاصم الأحول عن أبي عثمان قال: "أتت امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: استهوت الجن زوجها فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر ولي الذي استهوته الجن يطلقها ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا"[4].

من القياس: القياس على العنة والإيلاء[5]، والإعسار، فإذا جاز الفسخ من أجل العنة العنة والإيلاء، وهي لم تفقد إلا الوطء، وجاز بسبب الإعسار، وهو فقد النفقة مع القدرة على الاستمتاع، فلا يجوز بغيبة المفقود وهو جامع بين فقد الاستمتاع والعشرة والنفقة أولى.[6]

---

(1): عبد الرحمن بن حسن النفيسة، مرجع سابق، ص 216.

(2): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 41.

(3): سورة البقرة، الآية 231.

(4): أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر العربي، بيروت، د.ط، ج14، ص 366.

(5): الإيلاء: اسم ليمين يمنع المرء بها نفسه عن وطء زوجته.

(6): عبد المنعم فارس سقا، مرجع سابق، ص 569-570.

رابعا/ المذهب الحنبلي

ذهب الإمام أحمد بن حنبل -رحمه الله- إلى أن زوجة المفقود تتربص تمام تسعين سنة من يوم ولادته لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة، ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل للأزواج هذا إذا كان المفقود في غيبة ظاهرها السلامة.

أما من كانت غيبته ظاهرها الهلاك فإن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج وهو المشهور في هذا المذهب.[1]

إن الرأي الراجح والأقرب إلى الصواب في تحديد مدة التربص هو ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في قولهم القديم، وكذا الحنابلة، كون هذه المدة يتحقق فيها براءة الرحم، ليحل بعدها للزوجة أن تتزوج بغيره.

الفرع الثاني: ابتداء مدة التربص

البند الأول: ابتداء مدة التربص في القانون الجزائري

إن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهبين المالكي والحنبلي في تحديد مدة التربص، إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك، حيث جاء في المادة 113 ق.أ.ج: "... ويجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة..."

من خلال هذه المادة نستنتج أن ابتداء مدة التربص تكون بمضي أربع سنوات من انقطاع خبره بعد التحري والنظر، أو من تاريخ صدور الحكم بوفاته، هذا إذا كان الشخص قد فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، كأن تكون حالة حرب أو حالة استثنائية، وهذه المدة يبدأ حسابها من يوم ثبوت الفقدان بالتحري، وليس من يوم تاريخ صدور الحكم بالفقدان.

(1): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 37- 38.

أما إذا كان الشخص قد فقد في حالة يغلب فيها السلامة، فإن هذه المدة قد تركت للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فيكون للقاضي الرجوع لوقائع القضية المعروضة عليه، ويستخلص من خلال ظروف الفقدان، وحالة الشخص المفقود أي سنه، وجنسه، وظروفه الصحية المدة التي يعتمد عليها للحكم بموت المفقود.

البند الثاني: ابتداء مدة التربص عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في ابتداء حساب مدة التربص، هل تبدأ من أول غيبة للمفقود؟ أم من أول يوم رفع الأمر للحاكم؟ على مذهبين:

المذهب الأول: وهو ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه، وابن عبد الحكم من المالكية، أن مدة التربص تحسب من وقت الغيبة، من حين انقطاع خبره، وبعد أثره.[1]

وقد استدلوا على قولهم من الأثر والمعقول.

1- **من الأثر:** ما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أتته امرأة فقدت زوجها منذ ثلاثة أعوام وثمانية أشهر، فأمرها أن تتم أربع سنين، ثم تعتد عدة المتوفى عنها، ثم تتزوج من شاءت.[2]

2- **من المعقول:** الظاهر في المفقود أنه مات من يوم انقطع خبره، وهذا هو اليوم الذي يتعلق به حكم التربص، لما لو شهد بموته شاهدان، وكذلك قياسا على مدة الإيلاء[3].

(1): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 53.

(2): أبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، ج9، ص 318.

(3): شمس الدين بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج9، ص 135.

المذهب الثاني: وهو ما ذهب إليه الإمام الأوزاعي [1]، والمالكية، والشافعية والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه. وهو أن مدة التربص تحسب من يوم حكم القاضي بالتربص لها.

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على قولهم بالأثر والمعقول.

1- **من الأثر:** من أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن ثابث البناني، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: "فقدت امرأة زوجها فمكثت أربع سنين، ثم ذكرت أمرها لعمر بن الخطاب، فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه".

2- **من المعقول:** إن مدة تربص امرأة المفقود مدة مختلف فيها، وإنما تقدرت بالاجتهاد، فافتقرت إلى ضرب القاضي لها كمدة العنة، وهذا إنما يكون بدايته من يوم الرفع إلى الحاكم، لأن الحاكم يقدر لها من يوم الترافع عنده[2].

وهذا المذهب رأيه راجح لقوة أدلته، وعلى هذا فلا بد للمرأة التي غاب عنها زوجها وانقطع خبره، وخشيت من نفسها الزنا أو تضررت من ترابط الوطء، وأرادت أن تتزوج بآخر، أن ترفع أمرها إلى القاضي، وهو يجتهد في تقدير المدة الأنسب لصالحها، وهي تربص أربع سنين من يوم الرفع.

المطلب الثالث: عدة زوجة المفقود والغائب

العدة هي المدة التي تتربص بها المرأة عن التزوج وبعد وفاة زوجها أو فراقه لها إما بالولادة أو بالأقراء أو بالأشهر، وهي أجل وضعه الشارع لانقطاع ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق[3].

الفرع الأول: العدة في القانون الجزائري

يعتبر موت المفقود موتا حكميا من تاريخ الحكم بالنسبة لزوجته، فتعتد عدة الوفاة من وقت الحكم بوفاته، وقد جاء في نص المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري: "تعتد

(1): أبو محمد علي بن حزم، مرجع سابق، ج10، ص 140.

(2): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 55-56.

(3): نسرين شريقي، كمال بوفرورة، مرجع سابق، ص 97.

المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

كما يمكن أن تعتد عدة الطلاق بمضي سنة فأكثر على الغياب بناء على طلب الزوجة، وقيّد الزوجة في العدة من تاريخ صدور الحكم.

وطبقا لما نص عليه المشرع الجزائري واستقراء لنصوص مواده، نلاحظ الغموض في تحديد بداية حساب عدة زوجة المفقود المحكوم بموته، إذ ذهب البعض إلى القول بأن تعتد زوجة المفقود بعدة المتوفى عنها زوجها، أي بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بفقده[1].

لكن الحكم بالفقدان طبقا للقانون الجزائري لا يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بقوة القانون، والعدة المقصودة هنا تخص عدة المتوفى عنها زوجها حقيقة أو حكما، والمفقود لا يعتبر ميتا إلا بعد صدور الحكم بموته من القضاء.

الفرع الثاني: العدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

العدة عند فقهاء الشريعة واجبة واستدلوا بقوله تعالى: "وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ " (البقرة 228)[2].

وقوله أيضا: "وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا " (البقرة 234)[3].

إلا أنهم اختلفوا في بعض التفصيلات:

عدتها إذا أتاها خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه: إذا أتى المرأة خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه، فحكمها حكم سائر نساء المسلمين، وهو أن تعتد من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

(1): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 210.

(2): سورة البقرة، الآية 228.

(3): سورة البقرة، الآية 234.

وإن لم تعلم، ولم يبلغها خبر موته أو طلاقه حتى تمضي عدة الطلاق والوفاة لم يكن عليها عدة، وإن لم تجتنب ما تجنبته المعتدة، وإنما هي مدة تمر عليها، فإذا مرت فليس عليها مقام مثلها [1].

وإن خفي عليها ذلك وقد استيقنت بالطلاق أو الوفاة اعتدت من يوم استيقنت أنها اعتدت منه لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط.

عدتها إذا لم يأتها عنه خبر: إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة ولم يصلها أي خبر عن حياته ولا موته، ولا تعلم مكانه فإن هذه الزوجة تعتد من زوجها بعد الحكم بموته وتعمل في العدة كأنه مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته، فالموت الحكمي يعتبر كالحقيقي فتعتد أربع سنين عند القائلين بالانتظار مدة أربع سنين، وعند انتهاء مدة التعمير عند القائلين به .[2]

المبحث الثاني: آثار الغياب والفقدان على الأموال

إن المال الذي تركه المفقود، المجهول الحال، بالحياة أو الموت يحتاج إلى حفظ ورعاية وإدارة، حرصا على عدم ضياعه وتعرضه للهلاك والمفقود عاجز عن القيام بذلك لانقطاعه عن هذا المال، لذلك فإن المشرع الجزائري قد تدخل وأوجب على القاضي حماية هذه الأموال وهذا ما سأوضحه فيما يلي:

المطلب الأول: رعاية أموال المفقود والغائب

المطلب الثاني: الملك الطارئ للمفقود

المطلب الأول: رعاية أموال المفقود والغائب

إن أموال المفقود تسير وتدار بواسطة غيره مدة فقده لأنه عاجز عن التصرف بماله، وهذا الغير إما أن يكون وكيله الذي وكله بذلك قبل فقده، أو الوكيل الذي يعينه القاضي، وهذا الوكيل يقوم برعاية الأموال ودفع النفقات المستحقة من ماله، وهذا ما سوف أتعرض إليه في النقاط التالية.

(1): الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 12.

(2): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص100.

الفرع الأول: إدارة أموال المفقود

الفرع الثاني: النفقات الواجبات من ماله

الفرع الأول: إدارة أموال المفقود بواسطة الوكيل

لا يخفى على أحد منا أن هناك حالات قد تطرأ فلا تؤثر من الناحية القانونية على أهلية الإنسان ولا على قدرته في التعبير عن إرادته إلا أنه لا يستطيع في الواقع العملي إدارة شؤونه بنفسه، وهي حالة المفقود الذي لا يُعرف مكانه ولا حياته من موته، فانعدام القدرة لإدارة أمور الشخص بنفسه تجعله في وضع عملي شبيه بوضع عديمي الأهلية وناقصيها دون أن يفقد أهليته القانونية ومقدرته في التعبير عن إرادته، لذلك فلا بد من ولاية على أمواله وإدارتها بواسطة وكيله الذي تركه قبل فقده، أو القيّم الذي نصبه القاضي.

والقانون الجزائري نظّم أحكاما توجب الرقابة على أموال المفقودين فأجاز في المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري أن يعيّن وكيل في إدارة أموال المفقود، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون"[1].

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن وظيفة القاضي في تعامله مع أموال المفقود تنحصر في أمور هي :

- الحكم بفقدانه
- حصر وحجز جميع ممتلكاته وأمواله.[2]
- تعيين مقدم من الأقارب، أو غيرهم يتولى مهمة تسيير أمواله، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تسلمه ما يستحقه، هذا في حالة انعدام الولي أو الوصي على من كان فاقدا

(1): الأمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(2): أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرى الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 191.

للأهلية، أو ناقصها بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة، أو النيابة العامة،[1] كما هو مقرر في المادة 99 من هذا القانون.[2]

وما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 111 ق.أ.ج جاء موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي جعلت حفظ المال هو مقصد وضرورة من الضروريات الخمس.

والمعمول به قضاء تسمية القائم على أموال المفقود بالقيم بدل الوكيل مع أن طبيعة أعمالهما واحدة وهي إدارة شؤونه وحفظها وإنمائها، إضافة إلى ذلك فإن الشروط الواجب توفرها فيهما واحدة، هذه الشروط هي:

1- أن يكون كامل الأهلية بالعقل والبلوغ.

2- أن يكون أمينا عدلا قادرا على شؤون القيمومة.

3- الاتحاد في الدين: يوجب أن يكون القيّم مسلما إذا كان المفقود مسلما، وذلك لأن القيمومة ولاية مالية فلا ولاية لغير المسلم على المسلم[3]. ودليل ذلك قوله تعالى "**وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً** " (النساء 141) [4].

والأعمال التي تدخل ضمن أعمال إدارة القيم هي:

1- على القيم المحافظة على أموال المفقود وله القيام بأعمال الإدارة المعتادة على أن يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور، وهو بذل ما يبذله الرجل المعتاد.

2- لا يباع من الأموال المنقولة العائدة للمفقود إلا ما هو قابل للتلف أو يستوجب الصرف أو المؤونة.[5]

3- لا يحق للقيم أو الوكيل التبرع من مال المفقود إلا لأداء واجب عائلي إنساني وذلك بموافقة القضاء .

---

(1): نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 139.

(2): وتنص على "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أوصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ".

(3): هادي محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 153-154.

(4): سورة النساء، الآية 141.

(5): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 131.

4- كما لا يحق للقيم القيام ببعض التصرفات إلا بالرجوع إلى القاضي الذي عينه، ومنها:

– التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية.

- حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين.

- التنازل عن التأمينات وإضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الأحكام .

- القسم الرضائية للأموال التي للقاصر المفقود حصة فيها.

- الأمور الأخرى التي يقر القضاء بوجوب موافقته بموجب التعليمات التي يصدرها القضاء.[1]

كما أن القاضي الشرعي يراقب الوكيل الذي عينه المفقود قبل فقده، كما يراقب الوكيل الذي يعينه هو، وله الحق في محاسبته وعزله عند الخيانة أو العجز، وإذا وجد القاضي الوكيل عاجز وحده عن إدارة أموال المفقود ضم إليه غيره، فشأن الوكيل ووظيفته شأن الوصي على القاصر والقيم على المحجور عليه.

كما يجوز للقاضي قانونا بيع العقار إذا خاف عليه الهلاك، واحتفظ بثمنه، وعليه فالقاضي الشرعي هو الذي يصدر قرار الحكم بالفقد وتوكيل القيم .[2]

الفرع الثاني: النفقات الواجبة من مال المفقود

المشرع الجزائري لم يتحدث صراحة عن وجوب النفقة من مال المفقود وطبقا للمادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، سنتعرض إلى آراء الفقهاء حيث نجدهم اتفقوا على أن كل من تجب له النفقة على شخص حين حضرته، فإن من حقه أخذها عند غيابه لكن بشروط.

جاء في تبيين الحقائق، القاضي أو الوكيل الذي تم تعيينه ينفق من مال المفقود على فروعه، وأصوله وعلى زوجته، لأن نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء، ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء، ويكون القضاء إعانة لهم على الغائب.[3]

(1): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 88-89، وهادي محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 163.

(2): فاضل دولان، أحكام المفقود، دار الفنون الثقافية، بغداد، ط 1987، ص 21.

(3): فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، مرجع سابق، ج3، ص 310.

فإذا كان أولاده صغار وإناثا وطلبت المرأة النفقة لهم فإن القاضي يأمر بالنفقة عليهم من ماله من غلته إن كان له، أو وديعة عند إنسان، أو دين بالمعروف وكما تلزم المفقود نفقة زوجته، تلزمه نفقة أولاده الصغار، وأولاده الكبار إذا كان بهم زمانة،[1] ووالديه [2].

وهذا لأن نفقته على زوجته وأولاده إحياء لهم وإحياء لنفسه، وإن عجز المفقود على ذلك بنفسه يقوم به القاضي، هذا إن كان المال دراهم أو دنانير أو طعام أو ثياب من جنس كسوتهم، أما إن كان من جنس آخر كالعقار فلا يمكنه الإنفاق عليهم لأن القاضي لا يمكنه بيع العقار والعروض على الغائب بالإجماع .[3]

ودليل وجوب هذه النفقات ما يلي:

قوله تعالى: "فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ " (الطلاق 6).[4]

وقوله سبحانه وتعالى أيضا: "وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنًاۚ إِمَّا يَبۡلُغَنَّ عِندَكَ ٱلۡكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوۡ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ وَلَا تَنۡهَرۡهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوۡلٗا كَرِيمٗا ٢٣" (الإسراء 23)[5].

ويشترط لوجوب هذه النفقة عدة شروط:

- يسار المنفق: بحيث تكون النفقة فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته.
- حاجة المنفق عليه: بحيث يكونا فقيرين لا مال لهما ولا كسب يستغنيان به عن إنفاق غيرهم.

فلا تجب النفقة لمالك كفايته ولا لمكتسبها ولو زمنا، أو صغيرا، أو مجنونا لاستغنائه عنها، ولأن استحقاق النفقة على الغني للمعسر باعتبار الحاجة بخلاف الزوجة [6].

---

(1): الزمانة: هي العجز عن الكسب بسبب الصغر أو الأنوثة، أو الإعاقة...

(2): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 136.

(3): أبو بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1989، ج5، ص 196.

(4): سورة الطلاق، الآية 6.

(5): سورة الإسراء، الآية 23.

(6): يوسف عطا محمد حلو ، مرجع سابق، ص 138

المطلب الثاني: الملك الطارئ للمفقود

لقد فصل المشرع الجزائري في خصوص ما يتعلق بمال المفقود، وهذا حفاظا على ممتلكاته ودفعا للنزاع، وضمان للحقوق قبل الحكم بوفاته وبعده.

الفرع الأول: حكم المفقود بالنسبة لماله هو

القاعدة المقررة أن المفقود يعتبر حيا مدة فقده باستصحاب[1] الحال، هذا بالنسبة لأمواله، حتى تقوم البينة على وفاته، أو يحكم القاضي بوفاته، فلا يقسم ماله بين الورثة[2]، وهذا ما أوضحته المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري .[3]

الفرع الثاني: حكم المفقود بالنسبة لمال غيره

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور، وهم المالكية والشافعية والحنابلة في مسألة ميراث المفقود من غيره، كما أن القانون الجزائري اعتبره حيا وأفرز له نصيبه على هذا الأساس حتى يتبين خلاف ذلك[4].

حيث نص في المادة 133 ق.أ.ج على: "إذا كان الوراث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

نلاحظ من خلال هذا النص أنه كان من الأحسن إدراج المادتين 111 و115 ق.أ.ج ضمن الأحكام المتعلقة بالميراث، وهذا تحقيقا لسياسة المشرع الجزائري، والهادفة إلى انسجام النصوص وتكاملها، وبالتالي كان من الأفضل إضافة فقرة ثانية للمادة 115 فتصبح صياغتها كما يلي: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه، وإن

---

(1): الاستصحاب: الحكم ببقاء ما كان حتى يقوم الدليل على خلافة، فإذا ثبت حكم في الماضي ولم يطرأ ما ينفيه، فيحكم ببقائه في الحال بناء على ذلك الثبوت السابق وإذا ثبت نفي شيء في زمن مضى، ولم يطرأ ما يثبته فيحكم باستمرار نفيه في الحال على وضعه الأول، فكل ما علم وجوده، وحصل الشك في عدمه، يحكم ببقائه استصحاب لذلك الوجود السابق، حتى يقوم دليل بغير ذلك.

أنظر: أحمد محمد علي داود، الحقوق لتعلقه بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، ط2007، ص540.

(2): بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 348.

(3): وتنص على "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته...".

(4): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 349.

حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، أما إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه في أيدي الورثة" .

الفرع الثالث: كيفية توريث المفقود

الأصل أن المفقود لا يرث، لأنه يوجد شك في حياته، والميراث لا يكون مع الشك، غير أن احتمال أن المفقود حيا، وقد يظهر في أي وقت قائم، ولذا لا يمكن حرمانه من ميراثه، لذلك كان من الضروري الحجز على نصيبه من الإرث من الغير، وذلك لا يتعدى الحالات التالية:

إما أن يكون هو الوارث الوحيد، وإما أن يكون معه ورثة آخرون، وهؤلاء الورثة إما أن يكونوا محجوبين من المفقود حجب حرمان أو غير محجوبين[1].

الحالة الأولى: أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد، أو يحجب من معه حجب حرمان، في هذه الحالة توقف التركة الصافية بأكملها لصالحه، ويمنع الورثة من أخذ شيء منها، حتى ظهور حال المفقود، فإن ظهر حيا أخذ كل المال، وإن حكم القاضي بموته، وزعت التركة على الورثة المستحقين لها كل بحسب نصيبه[2].

- **المثال الأول:** توفي شخص عن ابن وحيد مفقود، فالتركة تحجز للابن حتى يظهر أمره فإن ظهر حيا أخذ التركة كلها، وإلا أخذها بيت المال[3].
- **المثال الثاني:** توفي رجل عن إخوة وابن مفقود، فالإخوة لا يرثون بوجود الابن، لأنه يحجبهم حجب حرمان، ولذا فلا توزع التركة بل توقف عليه حتى ظهور أمره[4].

---

(1): مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008، ص 218.

(2): المرجع نفسه، ص 218.

(3): وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص 422.

(4): محمد سمارة، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2002، ص126.

الحالة الثانية: أن يكون معه ورثة وارثون، قسمت التركة على افتراضين: كونه حيا، ثم تقسم مرة ثانية على فرضه ميتا، ثم ينظر إلى أنصباء الورثة الذين يرثون معه، فيعطى كل وارث أقل مقدار من الفرضين، ويحفظ للمفقود أكثر النصيبين، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، وإن ظهر حيا بعد الحكم بموته، أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة[1].

وحتى تكتمل الصورة نعرض فيما يلي عددا من الأمثلة التي يظهر فيها ميراث المفقود، ونبيّن كيفية حل المسألة على فرض الحياة ثم على فرض الموت.

المثال الأول: توفي شخص عن ابن مفقود وأب وأم وزوجة.

الحل:

أ- على فرض الحياة

زوجة	أب	أم	ابن مفقود	الأصل
1/8	1/6	1/6	عصبة	24
3	4	4	13	24

ب- على فرض الموت

زوجة	أب	أم	ابن مفقود	الأصل
1/4	ع	1/3 الباقي بعد نصيب الزوجة	(-) صفر	4
1	ع	1	(-) صفر	4
1	2	1	(-) صفر	

لتوحيد الأصول بين المسألتين نجد المضاعف المشترك الأصغر للمسألتين فنضرب الثانية في (6):

3	4	4	13	24
6	2	6	(-) صفر	24

(1): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 350.

ويأخذ كل واحد الأضر في حقه

3	4	4	13 موقوفة	24

ويحفظ للمفقود 13 سهما حتى يتبيّن حاله.

المثال الثاني: توفيت عن بنت، زوج، وأخ لأب، وأخ شقيق (مفقود)، وتركت 800دج.

أ- على فرض الحياة:

بنت	زوج	أخ الأب	أخ شقيق (مفقود)	الأصل
1/2	1/4	ح	عصبة	4
2	1	(.)	1	4
400 دج	200 دج		200 دج	

قيمة السهم: 4/800 = 200

ب- على فرض الموت:

بنت	زوج	أخ الأب	أخ شقيق (مفقود)	الأصل
1/2	1/4	عصبة	صفر (-)	4
2	1	1		4
400	200	200	صفر	

يوقف للمفقود 200 دج على فرض الحياة، فإن ظهر حيا أخذ هذا النصيب، وإن ظهر ميتا أخذ الأخ لأب نصيبه لأنه عصبة ولا يحجبه أحد في هذا المثال سوى المفقود.

المبحث الثالث: أحكام عودة الغائب والمفقود

يترتب على عودة المفقود والغائب أو ثبوت حياته بعد أن حكم القاضي بموته أن ينقض هذا الحكم وتعود إليه شخصية القانونية كأن لم يفقدها في وقت ما طبقا للمادة 94 من ق.ح. م، فما أثر بطلان هذا الحكم؟

للإجابة على هذا سأبحث أثر عودة الغائب والمفقود وظهوره حيا على زوجته وأمواله في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أحكام ظهور المفقود حيا على زوجته

المطلب الثاني: أحكام ظهور المفقود حيا على أمواله

المطلب الأول: أحكام ظهور المفقود حيا على زوجته

لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري حكم المفقود بالنسبة إلى زوجته بعد رجوعه أو ظهوره حيا، لذا يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من هذا التقنين والتي تقضي بما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[1].

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن نجدها قد ميزت بين حالتين:

الفرع الأول: عودة المفقود وزوجته لم تتزوج

إذا ظهر المفقود حيا بعد أن حكم القاضي بموته، عادت الزوجية بينه وبين امرأته[2]. هذا إذا كانت الزوجة لم تتضرر من غيابه وهي في انتظاره أما إذا رفعت الزوجة أمرها إلى الحاكم أو القاضي بسبب تضررها، وأمرها القاضي بالتربص وعاد زوجها

(1): وكذا طبقا للمادة الأولى من القانون المدني التي تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون الجزائري.

(2): أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 642.

المفقود في أثناء تربصها كانت على نكاحه وكانت على زوجيتها له، أي أنه لا يحتاج إلى عقد ولا صداق جديدين، لأنه لا يوجد ما يقطع هذا النكاح[1].

وقد ورد في الشرح الكبير: "إذا جاء المفقود أو تبينت حياته وهي -أي زوجته- في العدة أو بعدها أو قبل عقد ثان، أي قبل أن تتزوج فهو أحق بزوجته"[2].

الفرع الثاني: عودة المفقود وزوجته قد تزوجت

البند الأول: عودة المفقود قبل الدخول بزوجته

أولا/ قول المالكية

إذا عاد الزوج الأول بعد انتهاء مدة الأجل والعدة وكانت زوجته قد عقدت نكاحها على غيره، ولكن قبل أن يدخل الأخير بها، فلا سبيل لزوجها الأول، وقد بانت منه بمجرد العقد عليها من الثاني[3].

ثم رجع الإمام مالك -رحمه الله- في قوله قبل موته بسنة أو أكثر فقال: "إن زوجها الأول أحق بها ما لم يدخل بها زوجها الثاني"[4].

ثانيا/ قول الحنابلة

ذهبوا كذلك إلى أن المفقود إذا عاد حيا، وقد تزوجت امرأته بآخر قبل وطء الثاني ردت إليه –أي إلى الأول– بالعقد الأول ولا صداق على الثاني لبطلان نكاحه[5].

---

(1): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 120.

(2): شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص 136.

(3): يمينة دواس، مرجع سابق، ص 106.

(4): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 164.

(5): المرجع نفسه، ص 168.

ثالثا/ قول الحنفية

ذهب الحنفية إلى أن امرأة المفقود إذا نعى لها زوجها واعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول -أي المفقود- حيا ترد إلى زوجها الأول، ما لم يدخل بها الزوج الثاني[1].

رابعا/ قول الشافعية

قال الماوردي -رحمه الله-: "وزوجة المفقود إذا تزوجت بعد أن حكم لها الحاكم بفسخ نكاح الأول، ثم قدم الأول حيا، نظر في زواج الثاني، فإن لم يدخل بها فرّق بينهما، ولا شيء عليه وحلت للأول من وقتها هذا في القول الجديد"[2].

البند الثاني: عودة المفقود بعد الدخول بزوجته

اختلف الفقهاء في عودة المفقود بعد وطء الزوج الثاني بزوجة المفقود على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أنصار هذا المذهب أن عصمة الزوج الأول تسقط لدخول الثاني بها[3]، ويصبح الزوج الثاني أحق بها لأنه قد تزوجها زواجا صحيحا في الظاهر بعقد شرعي، بناء على حكم قضائي، ولم يثبت أنه كان على علم بحياة المفقود، أما إذا كان الزوج الثاني سيء النية بعلمه بحياة الزوج الأول فالزوجة تعود إلى زوجها المفقود[4].

لأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة الغير، وهي ليست من المحللات بل من المحرمات في حق سائر الناس، لقوله تعالى: "**وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ** " (النساء 24)[5]، فكيف يستقيم تركها مع الثاني[6].

---

(1): أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 643.

(2): الإمام الماوردي، مرجع سابق، ص 370.

(3): الإمام مالك بن أنس الأصبحي، مرجع سابق، ص 91.

(4): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، د.ط، ص 501.

(5): سورة النساء، الآية 24.

(6): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 127.

المذهب الثاني: يرى أصحاب هذا المذهب أنه إذا عاد الزوج الأول بعد زواجها من الثاني ودخوله بها، خيّر الأول بين أخذها منه فتكون زوجته بالعقد الأول ولا يحتاج إلى طلاق الثاني، لأن نكاحه كان باطلا في الباطن. ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضي عدتها، وبين تركها مع الثاني وله المهر[1].

واستدلوا على قولهم هذا أن عليّا -كرم الله وجهه- كان يقول في امرأة المفقود: "تعتد أربع سنين، ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خُيّر بين الصداق، وبين امرأته"[2].

ويقول الإمام السرخسي -رحمه الله-: "إذا اختار الأول المهر ولكن يكون النكاح منعقد بينهما فكيف يستقيم دفع المهر إلى الأول، وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة فعرفنا أنها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة"[3].

لذلك يستحسن بالمشرع الجزائري إضافة مواد تضبط حكم ظهور المفقود على زوجته حتى لا يبقى الزوج المفقود في حيرة من أمره.

المطلب الثاني: أحكام ظهور المفقود حيا على أمواله

إن الحكم بموت المفقود هو حكم اعتباري لا حقيقي، على ذلك فإنه ينبغي أن يسقط هذا الحكم، وآثاره إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، ولكن كل هذا مشروط بعدم الإضرار بحقوق الغير.

اتفق الفقهاء على أن المفقود إذا ظهر حيا، وكانت أمواله على حالها بحيث لم تقسم على ورثته بعد، فإنها تظل على ملكه ولا حق لأحد في أن يأخذ شيئا منها، لأنها أموال

(1): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 169.

(2): جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 125.

(3): هادي محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 266.

مملوكة لشخص ثبتت حياته، وكذلك حكم ما وقف للمفقود من أنصبة في تركة مورثيه، أو وصايا الغير له، فإنها تؤول إليه إذا كانت على حالها ولم تُرد إلى مستحقيها[1].

أما إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته وقسمت تركته، أخذ ما بقي في أيديهم من ماله فقط ولا يرجع عليهم بعوض عما هُلك أو استُهلك منه، لأنهم ملكوه بحكم قضائي فتصرفهم كان بناء على أنهم ملاك، فلا يبطل الحكم بموته بالنسبة لما فقد منه، وإنما يقتصر بطلانه على ما بقي في أيديهم بدون تصرف[2]، طبقا لنص المادة 115 ق.أ.ج: "... وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

أما ما أنفقه القاضي من ماله على زوجته وأولاده، فلا يرجع في شيء من ذلك عليهم، لأن القاضي تصرف بموجب ولايته العامة، وهذا طبقا للقاعدة العامة (لا ضرر ولا ضرار)[3].

كذلك ما أنفقوا بأنفسهم من دنانير ودراهم في وقت حاجتهم إلى النفقة، لأن من له حق النفقة إذا ظفر بجنس حقه كان له أخذه بالمعروف. فلا يضمنون شيئا من ذلك، كذلك إذا كان في ماله طعام فأكلوه أو ثياب فلبسوها لأن ذلك من جنس حقهم[4].

أما الأموال التي تم التصرف فيها بغير طريق البيع كالهبة والوصية، فنجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عنها، ونرى أن التصرف بطريق الهبة لا يجوز له استرجاعها، لأن الهبة تصرف في الحال وبدون مقابل.

أما إذا كان قد أوصى الوارث ولا زال على قيد الحياة فيجوز للمفقود اللجوء لإبطال الوصية وبالتالي استرجاع ماله، لأن الوصية يجوز الرجوع فيها حال حياة الموصي[5].

---

(1): عبد المنعم فارس سقا، مرجع سابق، ص 753.

(2): محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص 343.

(3): أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 539.

(4): يوسف عطا محمد حلو، مرجع سابق، ص 175.

(5): بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 177 .

نتائج الفصل الثاني:

أهم النتائج المتوصل إليها من خلال ما تم تسجيله في هذا الفصل هي:

1- من حق الزوجة طلب فسخ النكاح بينها وبين زوجها إذا غاب عنها لمدة سنة فأكثر بدون عذر مقبول ولا نفقة، وتضررت من هذه الغيبة.

2- يحق لزوجة المفقود أن تنكح زوجا غيره بعد مضي مدة التربص وهي أربع سنوات وفترة العدة أربعة أشهر وعشرا.

3- تكون مدة التربص التي يأمر بها الحاكم من تاريخ الرفع إليه.

4- تعتد زوجة المفقود بعد حكم الحاكم بموته أربعة أشهر وعشر كالمتوفى زوجها حقيقة، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية.

5- ابتداء مدة التربص تكون بمضي أربع سنوات من انقطاع خبره، بعد التحري أو من تاريخ صدور الحكم بوفاته، هذا إذا كان الشخص قد فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، أما إذا فقد الشخص في ظروف يغلب فيها السلامة، فإن المدة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

6- إذا كان للمفقود وكيل، كان هذا المفقود قد وكله بإدارة أمواله قبل فقده بقيت هذه الوكالة على حالها ولا تنفسخ بسبب الفقد، وإذا لم يكن له وكيل فإن على الحاكم أن ينصب من يحافظ على أموال هذا المفقود، ويحفظها له حتى يتبين أمره.

7- ينفق من مال المفقود -إذا كان له مال- على زوجته وأولاده الصغار ووالديه، ولا يستحق أحد غير هؤلاء النفقة من أموال المفقود.

8- إذا تقرر الحكم بوفاة المفقود، فإن ميراثه الموقوف يقسم على بقية ورثة مورثه، وإن كان مورثا ورثه أقاربه.

9- إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته، فإن كان قبل زواج امرأته فهي زوجته بعقده الأول، وإن تزوجت ولم يدخل بها الثاني فإنها تكون له أيضا، وإن كانت قد تزوجت ودخل بها الثاني فتفوت عليه أو يخير بين أخذها وتركها هذا ما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

10- إذا ظهر المفقود حيا آل إلى ملكه جميع أمواله الأصلية، وإن قسمت تركته أخذ ما وجده بعينه من هذه الأموال، ولا يرجع على من أنفق هذه الأموال بشيء.

الخاتمة

الخاتمة:

إن ظاهرة الغياب والفقدان من المواضيع ذات الأهمية البالغة، وذلك من حيث معالجتها لقضية برزت وبكل كيانها في واقع مجتمعنا، حيث تمت دراسة هذا الموضوع في فصلين، تعرض كل منهما إلى جانب معين من الدراسة التي تتمحور حوله، وكان هذان الفصلان شاملين بكل الأفكار والأحكام المتعلقة بالموضوع: فالفصل الأول خصص لدراسة ماهية الغياب والفقدان والقواعد الإجرائية الخاصة بدعوى الفقدان تم التطرق إلى تمييز الغائب عن المفقود الذي يأخذ هذا الأخير حكم الغائب في بعض الحالات وينفرد عنه في أخرى، وكذا معرفة ما يحيط بهما من مفاهيم وإجراءات قانونية وشرعية، ثم انتقلنا إلى الفصل الثاني والأخير والذي تناول الآثار المترتبة على حالتي الغياب والفقدان بالنسبة للزوجة وكذا أموالهما، ضف إلى ذلك ما يتعلق بالميراث، ثم جاءت دراسة الأحكام المتعلقة بعودة كل من الغائب والمفقود.

وبعد الطواف في أركان هذا الموضوع ودراسته والتمعن في أحكامه، يمكن استخلاص جملة من النتائج التي تعتبر عصارة لما جاء في هذه المذكرة:

1- المفقود هو الغائب الذي لا تعلم حياته من مماته، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري، وما جاء في تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية.

2- الفقدان هو إحدى صور الغياب، بل إن الغياب أشمل من الفقدان.

3- شروط الحكم بالفقدان حسب المشرع الجزائري هي: عدم التمكن من معرفة مكان الشخص، وعدم التيقن من حياته، إضافة إلى صدور حكم قضائي يقضي بفقده.

4- المشرع الجزائري عالج حالات الفقدان بنصوص خاصة، ولم يكتف بعموميات قانون الأسرة الجزائري، وهذه النصوص هي الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، وكذا القانون رقم 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003.

5- اشترط المشرع الجزائري لكي يعتبر الشخص مفقودا بسبب الفيضانات والزلازل شروط لابد من توافرها وهي:

أ- ثبوت وجود الشخص بأماكن وقوع الفيضانات والزلازل.

ب- عدم العثور على جثته، وعدم ظهور أي أثر عليه بعد البحث والتحري عليه بجميع الطرق.

6- الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالغياب والفقدان هو قسم شؤون الأسرة.

7- الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالغياب والفقدان هي أحكام ابتدائية، قابلة للاستئناف، فيما عدا حالات الفقدان الخاصة التي يكون فيها الحكم ابتدائيا ونهائيا، أي غير قابل للاستئناف، ولكنه قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في أجل شهر واحد من تاريخ صدور الحكم.

8- تطبق القواعد العامة بشأن الاختصاص القضائي المحلي، فترفع الدعوى لدى المحكمة التابع لها موطن المدعى عليه، أو محل إقامته، وإلا فآخر محل إقامة معروف له.

9- طبقا للأمر 02-03 المؤرخ في 26 فيفري 2002 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات باب الواد، فإن الحكم بالفقد يتم بعد أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

10- طبقا للقانون رقم 03-06 المؤرخ في 14 جوان 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال بومرداس، فإن الحكم بالفقد يتم بعد ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

11- إثبات الفقدان يتم بواسطة محاضر الضبطية القضائية، بناء على طلب ذوي الحقوق أو من له صفة، أو مصلحة، أو من النيابة العامة.

12- الشخص المحكوم بفقدانه لا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، وناقصها.

13- يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات من فقده إذا فقد في غيبة ظاهرها الهلاك، وبعد أربع سنوات من فقده إذا فقد في غيبة ظاهرها السلامة.

14- من حق زوجة المفقود أو الغائب طلب فسخ نكاحها بينها وبين زوجها إذا غاب عنها لمدة سنة فأكثر بدون عذر مقبول ولا نفقة، وتضررت من هذه الغيبة وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري.

15- يحق لزوجة المفقود أن تنكح زوجا غيره بعد مضي مدة التربص وهي أربع سنوات وفترة العدة أربعة أشهر وعشرا.

16- تعتد زوجة المفقود بعد حكم الحاكم بموته أربعة أشهر وعشرا كالمتوفى عنها زوجها حقيقة، وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية.

17- ابتداء مدة التربص تكون بمضي أربع سنوات من انقطاع خبره بعد التحري أو من تاريخ صدور الحكم بوفاته، هذا إذا كان الشخص قد فقد في حالة يغلب فيها الهلاك، أما إذا فقد الشخص في ظروف يغلب فيها السلامة، فإن المدة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

18- إذا كان للمفقود وكيل، كان هذا المفقود قد وكّله بإدارة أمواله قبل فقده بقيت هذه الوكالة على حالها ولا تنفسخ بسبب الفقد، وإن لم يكن له وكيل فإن على الحاكم أن ينصب من يحافظ على أموال هذا المفقود، ويحفظها له حتى يتبين أمره.

19- ينفق من مال المفقود -إذا كان له مال- على زوجته وأولاده الصغار ووالديه، ولا يستحق غير هؤلاء النفقة من أموال المفقود هذا ما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

20- إذا تقرر الحكم بوفاة المفقود، فإن ميراثه الموقوف يقسم على بقية ورثة مورثه، وإن كان مورثا ورثه أقاربه.

21- إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته، فإن كان قبل زواج امرأته فهي زوجته بعقده الأول، وإن تزوجت ولم يدخل بها الثاني فإنها تكون له أيضا، أما إن دخل بها فتفوت عليه، أو يخير بين أخذها وتركها مع الثاني، وهذا ما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ولم ينص عليها المشرع الجزائري.

22- إذا ظهر المفقود حيا آل إلى ملكه جميع أمواله الأصلية، وإن قسمت تركته أخذ ما وجده بعينه من هذه الأموال، ولا يرجع على من أنفق هذه الأموال بشيء.

وفي الأخير رغم أن قانون الأسرة الجزائري قد استقى أغلب مواده من أحكام الشريعة الإسلامية ومذهب الإمام مالك خاصة، إلا أننا نلاحظ العديد من الهفوات والنقائص في بعض المسائل الهامة من بينها:

1- مسألة النفقة لزوجة الغائب مسألة اجتهادية تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، إذ لم يرد فيها نص قطعي يجب الركون إليه، وذلك نظرا لسكوت ق.أ.ج عن ذلك، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 222 التي أحال إليها القانون ذاته، وبعض الشروحات لقانون الأسرة الجزائري وجد بأن القضاة يأخذون بما جاء في المذهب المالكي تارة، والمذهب الحنفي تارة أخرى، فكان من الأولى به أن يخصص لها مواد توضحها.

2- إن قانون الأسرة الجزائري قد منح لزوجة المفقود أو الغائب الحق في طلب التفريق، حيث ربط هذا الحق، أن يكون غياب الزوج بدون عذر ولا نفقة، ولعل الأنسب والأرجح لمصلحة الزوجة في زماننا هذا الذي فسدت فيه الأخلاق هو القول بجواز التفريق دون ربطه بالنفقة، لكي لا يكون في ذلك تضييق على المرأة وإجبارها على وضع قد لا تطيقه.

3- المشرع الجزائري عندما عرف كل من الغائب والمفقود، لم يضع تعريفا جامعا مانعا لكل واحد منهما، إذ كان من الأجدر به التفريق بينهما حتى لا يتصور أن لهما نفس الأحكام.

لسد النقائص والثغرات التي فتحت المجال واسعا لانتقاد قانون الأسرة الجزائري، يقترح بعضا من التعديلات للمواد التي درستها في هذا البحث:

1- إضافة مواد تضبط حكم النفقة لزوجة الغائب ضمن الفصل الثالث من هذا القانون التي يتناول أحكام النفقة بصفة عامة، على أن يؤخذ الأنسب لمصلحة الزوجة في كل ذلك.

2- إدخال تعديل على الفقرة الخامسة من المادة 53 ق.أ.ج وذلك بعدم تقييد حق الزوجة في التطليق لغياب زوجها عنها بعدم إنفاقه عليها، لأن المبرر للتطليق في هذه الحالة هو فقدها للوطء.

3- تعديل في المادة 110 ق.أ.ج وذلك بتغيير صياغتها وجعلها كالآتي: "الشخص الذي تمنعه الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة يعتبر غائبا".

4- تعديل في المادة 115 ق.أ.ج لتصبح صياغتها كما يلي: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، أما إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه في أيدي الورثة".

5- إضافة مواد تضبط حكم ظهور المفقود حيا على زوجته.

الـــمـلاحـق

ملحق رقم 01:

دعوى طلب الحكم بالفقد

ختم المحامي محكمة:.....

فــرع: شؤون الأسرة.

عريضة افتتاحية بطلب الحكم بالفقد

في حق:1- ..... الساكن في .....

2- ..... الساكن في .....

قائما في حقها الأستاذ ..... مدعيان

ضد: 1- ..... عنوانــه .....

2- النيابة العامة مدعى عليهما

ليطلب

يتشرف العارضان أن يوضحا ما يلي:

حيث أن المدعي عليه الأول زوج للمدعية الأولى وأب للمدعي الثاني.

وحيث أنه لم يعرف عنه أي خبر منذ سنة 2005 ولا يعرف مكان تواجده أو إقامته ولا تعرف حياته من موته.

وحيث أن كل مساعي العارضين في البحث والتحري على المدعى عليه الأول لم تؤد إلى نتيجة خلال الفترة السابقة.

ونظرا لكون المصالح المالية للمدعي عليه الأول معطلة خلال فترة فقده.

وطبقا لأحكام المواد 111، 114 من قانون الأسرة الجزائري يلتمس العارضان الحكم بفقد المدعى عليه الأول وتعيين مسير لإدارة أمواله والحفاظ عليها.

لهذا السبب

- الحكم بفقد المدعى عليه الأول وتعيين المدعية الأولى مسيرة لأمواله ومن عسى أن يكسبه مستقبلا خلال فترة الفقد.
- الحكم بالمصاريف الشرعية طبقا للقانون.

عن المدعيين/محاميهما

ملحق رقم 02:

دعوى طلب لحكم بموت المفقود وقسمة تركته

ختم المحامي محكمة: .....

فــرع: شؤون الأسرة.

عريضة بطلب الحكم بموت المفقود وقسمة تركته

لفائدة: 1- الاسم واللقب، الساكن في.....

2- الاسم واللقب، الساكن في .....

قائما في حقهما الأستاذ ..... مدعيان

ضد: 1- اسم ولقب الشخص المفقود، عنوانه قبل فقده .....المدعى

2- النيابة العامة. مدعى عليهما

ليطلب للمحكمة

يتشرف العارضان أن يوضحا للمحكمة ما يلي:

حيث أنه بموجب حكم صادر عم محكمة المكان بتاريخ ..... قضى باعتبار المدعى عليه الأول مفقودا (الوثيقة رقم 1).

حيث أن الحكم المذكور أصبح نهائيا بتبليغه للمدعى عليه الأول عن طريق التعليق وللمدعى عليه الثاني بمحضر تبليغ مؤرخ في ..... (الوثيقة رقم 2 و3).

- وحيث أنه قد انقضت أكثر من أربع سنوات على حكم القاضي بالفقد ولم يظهر أي خبر خاص بالمدعي عليه الأول مما يغلب احتمالات هلاكه دون العثور عنه ميتا لا سيما أنه وقعت أحداث متنوعة خلال فترة فقده ولغاية صدور حكم القاضي بذلك.

- وطبقا لأحكام المواد 113، 114 من قانون الأسرة يجوز الحكم بوفاة المفقود وتصفية كافة شؤونه المعلقة خلال فترة فقده.

لهذه الاعتبارات جميعها

- الحكم بوفاة المدعى عليه الأول والأمر بتسجيله بالحالة المدنية لبلدية .....
- الحكم بتعيين موثق لتحرير فريضة شرعية لورثة المدعى عليه الأول وتعيين خبير مختص لحصر ممتلكاته وإجراء مشروع قسمة لها بين الورثة حسب الفريضة الشرعية.
- الحكم بحفظ المصاريف القضائية لغاية الفصل في الموضوع.

عن المعنيين/ محاميهما.

ملحق رقم 04

اجتهاد قضائي

1- ملف رقم 118621، قرار في 02 ماي 1995 غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.

المبدأ: من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عنه.

ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد فإن ذلك يجعل الإجراءات المتبعة باطلة مما يستوجب إبطال قرارهم.

المصدر: المجلة القضائية 1995 عدد 2 صفحة 101.

ملحق رقم 04:

دعوى تطليق للغياب

ختم المحامي محكمة: .....

فــرع: شؤون الأسرة.

عريضة افتتاح دعوى بطلب تطليق للغياب

في حق: (الاسم الكامل للزوجة)، الساكنة في .....

وكيلها الأستاذ ..... المحامي لدى المجلس مدعية

ضد: (الاسم الكامل للزوج)، الساكن في ..... مدعى عليه.

ليطلب للمحكمة المحترمة

تشرح العارضة دعواها فيما يلي:

أنها تزوجت بالمدعى عليه زواجا شرعيا بعقد محرر في ..... لدى الأستاذ ..... الموثق، وسجل بالحالة المدنية لبلدية .....

حيث أنه ازدان من هذا القران البنت سعاد (3 سنوات) وحيث أن المدعى عليه ذهب إلى إيطاليا سائحا سنة 2006، ولكن بعد أن سوى وضعية إقامته القانونية بحصوله على بطاقة إقامة دائمة ومنصب عمل لم يرجع إلى الوطن منذ ذلك التاريخ ولم يسأل عن العارضة وابنته ولم ينفق عليهما وتركهما عرضة للإهمال والاحتجاج.

حيث أن العارضة لا تستطيع تحمل هذا الغياب الطويل الذي مضى عليه 3 سنوات، ومن ثم فإن طلبها الرامي إلى التطليق مؤسس قانونا طبقا للمادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري.

لهذه الأسباب

- الحكم بحل الرابطة الزوجية بين الطرفين تأسيسا على المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة الجزائري والأمر بتسجيل الحكم ببلدية .....
- الحكم بمبلغ 50 ألف دينار حق العدة والمسكن ومبلغ 10 آلاف دينار شهريا نفقة إهمال تسري منذ سنة قبل رفع الدعوى الحالية.
- الحكم بإسناد حضانة البنت سعاد لأمها مع إلزام المدعى عليه بالإنفاق عليها على أساس 10 آلاف دينار شهريا تسري من تاريخ جوان 2006 إلى غاية سقوطها بمبرر شرعي.
- الحكم بتخصيص منزل الزوجية لممارسة الحضانة فيه.
- الحكم على المدعى عليه بكافة المصاريف الشرعية بكل التحفظات.

عن العارضة / وكيلها.

الفهارس

- **فهرس المصادر والمراجع:**

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب العامة

1- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

2- أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

3- أبو بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1989.

4- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت.

5- أبو محمد علي بن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، الجزء التاسع.

6- العربي بلحاج، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

7- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2005، الجزء الأول.

8- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 2007.

9- الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.

10- الطيب زروتي، الكامل في العرائض القضائية، مطبعة الفسيلة، الدويرة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، الجزء الأول.

11- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الثانية، 1982.

12- ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، الجزء السادس.

13- أبو زكريا يحيى شرف الدين النووي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، الجزء السادس.

14- ابن عابدين، رد المختار على الذر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، الجزء الرابع.

15- أحمد الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على الذر المختار، دار المعارف، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1975، الجزء الثاني.

16- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

17- أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ط 1977، الجزء الأول.

18- الإمام النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، الجزء الثامن عشر.

19- الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د ط، الجزء الثاني.

20- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2007.

21- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2003.

22- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني (النظرية العامة للحق). ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.

23- شمس الدين بن قدامى المقدسي، المغني على الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د ط، الجزء التاسع.

24- صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، الجزء الثالث.

25- عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر.

26- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1980، الجزء الرابع.

27- عبد الله بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط.

28- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.

29- عبد الوهاب بن علي نصر البغدادي المالكي، الإشراف على مسائل الخلاف، دار النشر الدولي، الجزء الثاني.

30- عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار النوادر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 2003.

31- علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

32- عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011.

33- عثمان بن حسنين البري الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المدارك، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، ط 1992، الجزء الأول.

34- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.

35- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية، الكتاب، الجزائر، 1990.

36- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، الجزء الأول.

37- فاضل دولان، أحكام المفقود، دار الفنون الثقافية، بغداد العراق، 1987.

38- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، الجزء الثالث.

39- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1986، الجزء الخامس، الجزء الثاني.

40- مسعود الهلالي، أحكام التركات والواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.

41- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

42- محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978.

43- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا.

44- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1972.

45- محمد سمارة، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.

46- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2009.

47- محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، الجزء الثاني.

48- محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2004.

49- محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، الجزء الحادي عشر.

50- محمد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، 1984، الجزء الأول.

51- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، الجزائر، د ط.

52- محمد أحمد ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، دارالفكر العربي، بيروت، لبنان، د ط، الجزء الأول.

53- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود، مصر، الطبعة الثانية، 1994.

54- محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، 1985.

55- محمد حمص، من قضايا المرأة المسلمة زوجة المسلم الغائب بين آراء الفقهاء، دارالبيان، الإسكندرية، مصر.

56- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

57- محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى، نظرية الخصومة) الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، بين عكنون، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2008.

58- نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.

59- نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دارالفجر، قسنطينة، الجزائر، د ط.

60- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود (دراسة مقارنة)، دار دجلة، بغداد، العراق، الطبعة الأولى، 2010.

61- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1989، الجزء الخامس، الجزء الثامن.

ثالثا: القواميس والمعاجم

1- ابن فضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 2003.

- لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، 1997.

2- صبحي حمودي، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دارالمشرق، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.

3- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، 2005.

رابعا: الرسائل والمذكرات

1- قياسة فاطمة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، 2005- 2006.

2- يمينة دواس، أحكام زوجة الغائب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، التطبيق القضائي نموذجا، مذكرة نيل شهادة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية

أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2003.

3- يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003.

خامسا: المجلات والمقالات

1- المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1995، ملف رقم 118621، قرار بتاريخ 02 ماي 1995.

2- عبد الرحمن بن حسن النفيسة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، زوجة المفقود وما يجب عليها أن تفعل، الشركة السعودية للتوزيع، العدد 53، سنة 1990.

3- آمال مبروكي، أحكام المفقود والغائب وفق القانون الجزائري، www.droit-dz.com، 4 ماي 2010، 7:11.

4- حصيلة الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، التدابير المتخذة لدعم سياسة التكفل بالمفقودين، www.djelfa.info، 1 أفريل 2009، 13:16.

سادسا: التشريعات

1- الدستور

التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 94/438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج.ز، عدد 76 صادر في 8 ديسمبر 1996.

2- النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بموجب قانون رقم 05/07 مؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر، عدد 31 صادر في 13 مايو 2007.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 49، سنة 1966.
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر، عدد 15 سنة 2005.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر، عدد 21 صادر في 27 فبراير 1970.
- الأمر رقم 02-03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، ج.ر، عدد 15 صادر سنة 2002.
- القانون رقم 03-06 المؤرخ في 14 جوان 2003 والمتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003، ج.ر، عدد 37 صادر سنة 2003.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21 صادر سنة 2008.

3- النصوص التنظيمية:

المرسوم الرئاسي رقم 06-09 المؤرخ في 28 فبراير 2006 والمتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر، عدد صادر في 27 مارس 2006.

- **فهرس الآيات القرآنية**

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
"إنا خلقناكم من ذكر وأنثى".	13	الحجرات	أ
"كنتم خير أمة أخرجت للناس... وأكثرهم الفاسقون".	110	آل عمران	أ
"وتفقد الطير فقال مالي لا أرى الهدهد".	20	النمل	14
"قالوا نفقد صواع الملك".	72	يوسف	14
"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان".	229	البقرة	46
"ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا".	231	البقرة	50-51
"ولا تضاروهن".	6	الطلاق	50
"والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء".	228	البقرة	55
"والذين يتوفون .....أربعة أشهر وعشرا"	234	البقرة	55
"ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا".	141	النساء	58
"فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن".	6	الطلاق	60
"وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه .....ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما".	23	الإسراء	60
"والمحصنات من النساء"	24	النساء	67

- **فهرس الأحاديث النبوية**

الرقم	الحديث	الصفحة
01	"إن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان".	43

- **فهرس المواد القانونية**

المادة	رقمها	القانون الذي تنتمي إليه	الصفحة
"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة... يعتبر كالمفقود".	110	قانون الأسرة الجزائري	11
"المفقود هو الشخص الغائب... ولا يعتبر مفقود إلا بحكم".	109	قانون الأسرة الجزائري	14-29
"يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية... بعد مضي أربع سنوات".	113	قانون الأسرة الجزائري	17 20-52
"يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود... أو النيابة العامة".	114	قانون الأسرة الجزائري	25
"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".	3 مكرر	قانون الأسرة الجزائري	25
"على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود... مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون".	111	قانون الأسرة الجزائري	27- 57-58
"المقدم هو من تعينه المحكمة... أو من النيابة العامة".	99	قانون الأسرة الجزائري	27-57- 58
"تجب نفقة الزوجة على زوجها... من هذا القانون".	74	قانون الأسرة الجزائري	36
"الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".	53 فقرة 5	قانون الأسرة الجزائري	40-36
"لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".	112	قانون الأسرة الجزائري	35-42
"تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".	59	قانون الأسرة الجزائري	54
"إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته... من هذا القانون".	133	قانون الأسرة الجزائري	47-61
"لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله... أو قيمة ما بيع منها".	115	قانون الأسرة الجزائري	61-69
"كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".	222	قانون الأسرة الجزائري	59-65

"أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته... وبغرامة من 25000 إلى 100000 دج".	330	قانون العقوبات الجزائري	42
"كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين... وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج".	331	قانون العقوبات الجزائري	36
"يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر... إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر".	89	قانون الحالة المدنية	18
"تعفى من الطابع جميع العقود...حول ظروف الفقدان".	92	قانون الحالة المدنية	19
"إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا... على هامش قيده في السجل".	94	قانون الحالة المدنية	65
"يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية... أو سلامة ترابها".	93	دستور الجزائر	18
"يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات".	96	دستور الجزائر	18
"يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى... والوثائق المؤيدة للدعوى".	15	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	22
"ترفع الدعوى أمام المحكمة... يساوي عدد الأطراف".	14	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	22
"تقيد القضية حالا في سجل خاص... وتاريخ أول جلسة".	16	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	23
"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة... إذا ما اشترطه القانون".	13	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	23-25-26
"يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية... ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".	37	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	28-29
"ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الآتية:... والغياب والفقدان والتقديم".	423	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	27
"موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء".	38	القانون المدني الجزائري	28
"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية... وسن الرشد تسع عشر (19) سنة".	40	القانون المدني الجزائري	26

"الوكالة أو الإنابة هو عقد بقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".	571	القانون المدني الجزائري	25

- **فهرس الموضوعات**

الصفحة

مقدمة..... أ - ز

الفصل الأول: ماهية الفقدان والغياب والقواعد الإجرائية لدعوى الفقدان

تمهيد..... 9

المبحث الأول: ماهية الغياب والفقدان..... 10

المطلب الأول: ماهية الغياب..... 10

الفرع الأول: مفهوم الغائب في اللغة..... 10

الفرع الثاني: مفهوم الغائب في الإصلاح..... 11

البند الأول: الاصطلاح القانوني..... 11

البند الثاني: الاصطلاح الفقهي..... 12

المطلب الثاني: الغيبة كمانع مادي من موانع الأهلية..... 12

المطلب الثالث: ماهية الفقدان..... 13

الفرع الأول: مفهوم المفقود في اللغة..... 14

الفرع الثاني: مفهوم المفقود في الاصطلاح 14

البند الأول: الاصطلاح القانوني..... 14

البند الثاني: الاصطلاح الفقهي..... 16

المبحث الثاني: حالات الفقدان في القانون الجزائري..... 17

المطلب الأول: حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك..... 18

المطلب الثاني: حالات الفقدان التي يغلب فيها السلامة..... 19

المطلب الثالث: حالات الفقدان الخاصة..... 19

المبحث الثالث: القواعد الإجرائية لدعوى الفقدان..... 21

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى الفقدان..... 22

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الفقدان..... 23

الفرع الأول: الصفة..... 24

الفرع الثاني: المصلحة..... 25

الفرع الثالث: الأهلية..... 26

المطلب الثالث: الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى الفقدان..... 27
المطلب الرابع: إثبات حالة الفقدان..... 29
نتائج الفصل الأول..... 31

الفصل الثاني: آثار الغياب والفقدان وأحكام عودة الغائب والمفقود

تمهيد..... 34
المبحث الأول: آثار الغياب والفقدان على الزوجة..... 35
المطلب الأول: حقوق زوجة المفقود الغائب..... 35
الفرع الأول: الحق في النفقة..... 35
البند الأول: حكم نفقة زوجة المفقود والغائب في القانون الإجرائي..... 35
البند الثاني: حكم نفقة زوجة المفقود والغائب في الفقه الإسلامي..... 37
الفرع الثاني: الحق في التفريق..... 40
البند الأول: حق زوجة المفقود والغائب في التفريق في القانون الجزائري..... 40
البند الثاني: مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية في التفريق..... 43
المطلب الثاني: تربص زوجة المفقود والغائب..... 46
الفرع الأول: حكم تربص زوجة المفقود والغائب..... 47
البند الأول: حكم تربص زوجة المفقود والغائب في القانون الجزائري..... 47
البند الثاني: حكم التربص عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 47
الفرع الثاني: ابتداء مدة التربص..... 52
البند الأول: ابتداء مدة التربص في القانون الجزائري..... 52
البند الثاني: ابتداء مدة التربص عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 53
المطلب الثالث: عدة زوجة المفقود والغائب..... 54
الفرع الأول: العدة في القانون الجزائري..... 54
الفرع الثاني: العدة عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 55
المبحث الثاني: آثار الغياب والفقدان على الأموال..... 56
المطلب الأول: رعاية أموال المفقود والغائب..... 56
الفرع الأول: إدارة أموال المفقود..... 57
الفرع الثاني: النفقات الواجبة من مال المفقود..... 59
المطلب الثاني: الملك الطارئ للمفقود..... 61
الفرع الأول: حكم المفقود بالنسبة لماله هو..... 61

الفرع الثاني: حكم المفقود بالنسبة لمال غيره..... 61
الفرع الثالث: كيفية توريث المفقود..... 62
المبحث الثالث: أحكام عودة الغائب والمفقود..... 65
المطلب الأول: أحكام ظهور المفقود حيا على زوجته..... 65
الفرع الأول: عودة المفقود وزوجته لم تتزوج 65
الفرع الثاني: عودة المفقود وزوجته قد تزوجت 66
البند الأول: عودة المفقود قبل الدخول بزوجته 66
البند الثاني: عودة المفقود بعد الدخول بزوجته 67
المطلب الثاني: أحكام ظهور المفقود حيا على أمواله..... 68
نتائج الفصل الثاني..... 70
الخاتمة..... 73
الملاحق..... 79
الفهارس 92