جامعة محمد بوضياف– المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الاسلامية

أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
–دراسة مقارنة–

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبتين:
– دوشة سهيلة
– غالية وردة

إشراف الأستاذة:
– حمادي سهام

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	جامعة محمد بوضياف–مسيلة	رئيسا
د. حمادي سهام	جامعة محمد بوضياف–مسيلة	مقررا
	جامعة محمد بوضياف–مسيلة	ممتحنا

السنة الدراسية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

كلية العلوم الانسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2021

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي ادناه :

السيد(ة): عوشاء سريلة

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201190885

الصادرة بتاريخ: 2017/03/06 عن دائرة: المسيلة

المسجل بكلية: العلوم الانسانية والاجتماعية قسم: العلوم الاسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل:

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه).

عنوانها: أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

اصرح بشرفي بالتي التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في:

امضاء المعني (ة):

المعدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2021

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضى ادناه :

السيد(ة): خالدي نورة

الصفة(طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 992343

الصادرة بتاريخ: 2015/11/15 عن دائرة: المسيلة

المسجل بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل:

والمكلف بإنجاز اعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في:

امضاء المعني (ة):

المرسوم الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

شكر وعرفان

قال تعالى: {وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ} [سورة لقمان :12].

وقال رسوله الكريم –عليه الصلاة والسلام– :(من لا يشكر الناس لا يشكر الله).

نحمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ملء السماوات والأرض ،على ما أكرمنا به من إتمام هذه الدراسة التي نرجو أن تكون خالصة لوجهه الكريم فله الحمد أولا وآخرا.

ثم نتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من:

- الدكتورة الفاضلة: **سهام حمادي _حفظها الله_** لتفضلها الكريم بالإشراف على هذه الدراسة

والتي سعت بإخلاص في توجيهنا وتوسيع مداركنا بكل صبر وحرص، فجزاها الله عنا خير الجزاء.

- الأساتذة الكرام الذين أسدوا إلينا الجميل بتقديم يد المساعدة العلمية والمعنوية.
- موظفي مكتبة كلية الحقوق جامعة محمد بوضياف _المسيلة _وأخص بالذكر محافظ المكتبة

الأخت الفاضلة: **جميات غنية**، التي سهلت وسعت لتوفير المصادر العلمية التي احتجنا إليها.

إلى هؤلاء جميعا لكم منا خالص الشكر والتقدير

غالية وردة دوشة سهيلة

الإهـداء

إليك يا من أمرت بالاستزادة بالعلم في قولك الكريم: ((وقل رب زدني علما)) [سورة طه :114] أنوي عملي هذا خالصا لوجهك الكريم.

إلى من اشتعل رأسهما شيبا حرصا على تربيتي.

إلى نفسي التي لم تنطفئ فيها شعلة حب العلم وطلبه رغم سنها وانقطاعها عن مقاعده المباركة.

إلى من جعله رب لباسا لي وجعلني لباسا له.

إلى من زينوا لي الحياة الدنيا بقدومهم أولادي قرة عيني.

إلى كل من أنار طريقي ووجه خطاي في رحلتي لطلب العلم، وكل من رافقتنا قلوبهم بدعواتهم الصادقة سرا وعلانية وامتدت أيديهم لنا بالعون والمساعدة.

أهديكم خالص شكري وامتناني وثمرة جهدي التي آن قطافها.

توقيع:

غالية وردة دوشة سهيلة

قائمة المختصرات

الاختصار	التسميـة
ج	الجزء
ج ر	الجريدة الرسمية
د ت ن	دون تاريخ نشر
د ط	دون طبعة
د ع	دون عدد
د م ن	دون مكان نشر
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ع	العدد
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ق إ م و إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق م ج	قانون المدني الجزائري
م	ميلادي
مج	مجلد
هـ	هجري

مقدمـــــــة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه الأخيار ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

لقد اعتنت الشريعة الإسلامية بكل جوانب حياة الناس حفاظا على الأنفس والأموال والحقوق المتعلقة بهما، فعلاقات الانسان مع غيره تكسبه بعض الالتزامات اتجاههم، كما تعطيه حقوقا وهذا لا يتم إلا إذا كان الشخص يتمتع بالشخصية القانونية[1]، والتي يكتسبها الانسان منذ الولادة وتنتهي بوفاته ورحيله عن الدنيا بشكل طبيعي.

لكن ماذا لو انتهت هذه الحياة وهذه الشخصية القانونية بشكل غير طبيعي، وكانت وفاته ليست يقينية كما أن حياته غير مؤكدة، وهذا هو حال المفقود الذي يغيب عن أهله ويختفي أثره ولا يعلم حاله أحي هو أم ميت؟ وهذا ما نحن بصدد دراسة أحكامه في بحثنا هذا المعنون بـ: **أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري –دراسة مقارنة–.**

ومسألة الفقدان من المسائل الهامة التي باتت تفرض نفسها ومن الظواهر الشائعة والموجودة منذ القدم إلا أنها تختلف باختلاف العصور والمجتمعات.

وقد تناولها فقهاء الإسلام وكذلك فقهاء القانون وألموا بأحكامها من جميع النواحي، وعلى الرغم من عدم وجود نصوص محددة وخاصة بالفقدان في القرآن والسنة إلا أن الفقهاء اجتهدوا في بيان ماهية المفقود وأقسامه والأحكام المتعلقة بالفقد والآثار المترتبة عليه، أما التشريع الجزائري فقد تناول المسائل المتعلقة بالمفقود والغائب من خلال نصوص المواد: 109/ إلى 115 من قانون الأسرة، كما تناول أحكام المفقودين في الظروف الاستثنائية بموجب قوانين خاصة بها كمفقودي فيضانات باب الواد سنة 2001م، ومفقودي زلزال بومرداس سنة 2003م، ومفقودي ضحايا المأساة الوطنية بموجب قانون السلم والمصالحة الوطنية.

[1]–تنص المادة 1/25 من القانون المدني على: (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.)

1-أهمية موضوع البحث:

يكتسي موضوع المفقود أهمية بالغة وتتجلى هذه الأهمية من خلال النقاط الآتية:

- يعتبر موضوع المفقود موضوعا ملامسا للواقع نظرا لكثرة حدوثه.
- ما يطرحه هذا الموضوع من إشكالات كثيرة وملامسته لقضايا شائكة في واقعنا، كما لو خلف أسرا تحتاج إلى من ينفق عليها أو يعيلها، أو خلف أموالا تحتاج إلى من يسيرها أو ديونا يطالب بها أصحابها.
- موضوع الفقد يمس العديد من الأسر الجزائرية خصوصا في عصرنا الحالي مع كثرة وقوعه بسبب الكوارث كالزلازل والفيضانات، تحطم الطائرات وغرق السفن، أو بسبب سفر للعمل أو طلب العلم، كما أن الآفات الاجتماعية والحروب وما تسببه من انتشار للجرائم.
- انتشار ظاهرتي الاختطاف والهجرة غير الشرعية في الآونة الأخيرة مما يجعل البحث في أحكام المفقود من الأمور الملحة.

2-أسباب اختيار الموضوع:

من بين الأسباب التي دعتنا إلى اختيار هذا الموضوع ما يلي:

-الرغبة في إبراز أهمية هذا الموضوع الذي يطرح نفسه بشدة في حياتنا وكيف تناوله الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

-بما أن تخصصنا الدراسي في الشريعة والقانون أردنا أن نعرف إلى أي مدى أخذ قانون الأسرة الجزائري بما جاء في الفقه الإسلامي، وهل واكب أحوال الفقد كلها في تشريعاته.

-قلة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع فغالبا ما يدرس كجزء من مواضيع أخرى ولم يحض كثيرا بدراسة مستقلة.

- انتشار ظاهرة الفقدان في المجتمع.

3-أهداف الموضوع:

نهدف من وراء التطرق لأحكام المفقود إلى تحقيق الأهداف الآتية:

-معرفة مدى تنظيم كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لأحكام المفقود.

-تحديد مفهوم المفقود والتمييز بينه وبين الغائب فالكثير يقع في الخلط بينهما.

-تحليل مختلف الآراء الفقهية والنصوص القانونية المتعلقة بأحكام المفقود.

-بيان الجانب الإجرائي المتبع لصدور الحكم بالفقد والوفاة الحكمية وتحديد الآثار الناتجة عن ذلك.

-محاولة إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل المتعلقة بمسألة المفقود وعائلته.

- بيان سعة الفقه الإسلامي وشموليته من خلال التطرق لمعظم التفاصيل المتعلقة بالمفقود.

4-إشكالية موضوع البحث:

من خلال ما سبق يمكننا طرح الإشكالية التالية:

كيف عالج كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري أحكام المفقود وما مدى الانسجام بينهما؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية إشكاليات فرعية:

-متى يعتبر الشخص مفقودا وما أهمية التمييز بينه وبين الغائب؟

-ما هي الإجراءات المتبعة في الحكم بالفقدان وهل هي نفسها في حالة المفقودين الذين نصت عليهم القوانين الخاصة؟

-ما الآثار الناجمة عن الفقدان؟ وما الواجب عمله إذا ظهر المفقود حيا؟

5-المنهج المعتمد في البحث:

لقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال وصف حال المفقود وتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية، وكذلك اعتمدنا المنهج المقارن من خلال المقارنة بين أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

6-الدراسات السابقة:

لقد وجدنا مجموعة من الدراسات السابقة فيما يتعلق بأحكام المفقود والتي ساعدتنا في تكوين نظرة عامة حول الموضوع واعتمدنا عليها كمراجع نذكر منها:

- أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي، نوي عبد النور، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2012م-2013م، ومن النتائج التي توصل إليها الباحث:

1- المشرع الجزائري اعتبر أن المفقود لا يعد في هذا المركز إلا بحكم قضائي.

2- أن الاجتهاد القضائي قد انقسم بشأن التاريخ الذي يبدأ منه احتساب المدة التي يحكم بعد انقضائها بوفاة المفقود بين من اعتمد تاريخ الفقد الفعلي ومن اعتمد صدور الحكم بالفقد.

ووجه الاختلاف بين هذه الدراسة وموضوع بحثنا أنها تناولت أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي بينما تناولنا أحكام المفقود في ظل قانون الأسرة.

- أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، يوسف عطا محمد حلو، أطروحة لنيل شهادة الماجستير فلسطين، 1424هـ-2003م، ومن النتائج التي توصل إليها الباحث:

1- يحكم بموت المفقود بعد مضي سنة من فقده إذا فقد في أحداث ظاهرها الهلاك، وبعد أربع سنوات من فقده إذا كانت غيبته ظاهرها السلامة.

2- يبدأ حساب هذه المدة للمفقود من تاريخ رفع أمر هذا المفقود للقضاء وليس قبل لك.

ووجه الاختلاف بين هذه الدراسة وموضوع بحثنا أنها تناولت أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية وقارنت في مذاهب فقهية مختلفة ولم تتطرق للشق القانونية، بينما كانت دراستنا فقهية بين المذاهب الأربعة وقانونية.

-المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، شرا بن ابتسام، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، عقود ومسؤولية جامعة بومرداس، 2009م-2010م، ومن النتائج التي توصل إليها الباحث:

1- الحكم بوفاة المفقود يرتب على الصعيد المادي تقسيم أمواله وعلى الصعيد الشخصي اعتداد زوجته عدة وفاة.

2- لم ترد نصوص تتعلق بحق زوجة المفقود في النفقة.

ووجه الاختلاف بين هذه الدراسة وموضوع بحثنا أنها تناولت أحكام المفقود في القانون الجزائري وبعض التشريعات العربية وقارنتها بالتشريعات العربية ثم الفقه الإسلامي بينها.

7-الصعوبات والعوائق:

لقد واجهتنا في بحثنا هذا صعوبات نذكر منها:

-قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع لا سيما المراجع القانونية.

-عدم تنظيم الأحكام المتعلقة بالمفقود تحت عنوان واحد حيث نجدها متناثرة في الكتب تحت عناوين مختلفة ومواضيع متفرقة سواء الكتب الفقهية أو القانونية.

-ضيق الوقت لإنجاز بحث موضوعه متشعب يكاد يلامس جميع المسائل الفقهية والقانونية وحتى تكون الدراسة كافية لابد من توفر الوقت.

8-الخطة العامة لموضوع البحث:

للإجابة على الإشكالية السابقة اتبعنا الخطة التالية: فقد قسمنا البحث إلى فصلين، في الفصل الأول تناولنا مفهوم المفقود والإجراءات المتعلقة به في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، قسمناه إلى مبحثين، تطرقنا في الأول إلى مفهوم المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بينما خصصنا الثاني للإجراءات المتعلقة بالفقدان.

أما الفصل الثاني تناولنا فيه الآثار المترتبة على الحكم بالفقدان في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وقسمناه إلى ثلاثة مباحث، خصصنا الأول للآثار المتعلقة بزوجة المفقود بينما الثاني للآثار المتعلقة بمال المفقود، أما الثالث فللآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا.

الفصل الأول:

مفهوم المفقود والإجراءات المتعلقة به في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بالفقدان في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

سنتناول هذا الفصل في مبحثين نخصص الأول لمفهوم المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بينما نتطرق في المبحث الثاني للإجراءات المتعلقة بالفقدان في الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنتعرض في هذا المبحث للمفاهيم المتعلقة بالمفقود في كل من الفقه والقانون، وقد قسمناه إلى مطلبين خصصنا الأول لتعريف المفقود وعلاقته بالغائب أما الثاني فلأقسام المفقود.

المطلب الأول: تعريف المفقود وعلاقته بالغائب.

الفرع الأول: تعريف المفقود.

أولا: التعريف اللغوي: جاء في لسان العرب: فقد الشيء يفقده، فقدا وفقدانا، فهو المفقود، وفقيد أفقده الله إياه، والفاقد من النساء التي يموت زوجها أو ولدها، تقول العرب لا تتزوجن فاقدا وتتزوج، وتفقد: تطلب ما غاب من الشيء. **وكذلك تفقده[2]، قال تعالى:** (وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ) **[سورة النمل: 20].**

جاء في معجم مقاييس اللغة: فقد: الفاء والقاف والدال أصيل يدل على ذهاب الشيء وضياعه[3].

وفي القاموس المحيط: مات غير فقيد ولا حميد (غير مفقود) أي غير مكترث لفقدانه، وتفاقدوا. فقد بعضهم بعضا[4].

---

[2]– ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين (ت 711) لسان العرب، دار صادر. بيروت لبنان، (د ط)، (د ت)، ج3، ص335.

[3]– أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا (395)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر، (د ط)، (د ت ن)، ج4، ص443.

[4]–الفيروز أبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب(ت817)، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم عرقسوسي، الرسالة للطباعة والنشر بيروت، ط1، (د ت)، ص305.

ثانيا: التعريف الفقهي للمفقود: عرف فقهاء المذاهب المختلفة المفقود بتعريفات مغايرة فمنهم من تبنى التعريف اللغوي، ومنهم من أطلق عليه تعريفا اصطلاحيا، فلم يتفقوا على تعريف محدد للمفقود وسنستعرض أقوال المذاهب الأربعة المعروفة في الفقه وتعريفاتهم له ثم نأخذ تعريفات لبعض الفقهاء المعاصرين.

1-**تعريف المفقود عند الحنفية:** قالوا:(المفقود غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه، أو ميت أودع اللحد البلقع*، فدخل فيه الأسير، ومرتد لم يدر أحي أم ميت؟ وهو في حق نفسه حي بالاستصحاب)[1] وهذا التعريف يشبه ما جاء في المبسوط إذ يقول صاحبه: المفقود اسم لموجود هو حي، باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، وخلفاء أثر مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر. وجاء فيه أيضا: (المفقود من ضل عن أهله وهم في طلبه، وحكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه.)[2]

2-تعريف المفقود عند المالكية: قالوا: (المفقود هو الذي لا يبلغه أمر سلطان ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه لا يدري أين هو وقد تلوُوا*لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك المفقود.)[3]

وذكر صاحب شرح الزرقاني المختصر خليل: (المفقود من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه، فيخرج منه الأسير والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه.

---

*- البلقع جمع بلاقع أي قفاز، ينظر لسان العرب، المرجع السابق، ج8، ص21.

[1]-ابن عابدين: محمد أمين، رد المحتار على المختار، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ط، خاصة 1423هـ، 2003م، ج6، ص456، 457.

[2]- السرخسي: شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، (د ط)، (د ت)، ج11، ص19.

*-من تلوى، يتلوى، تلو، أي توجع واضطرب، ينظر لسان العرب، مادة لوى، ج15، ص263.

[3]-مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323هـ، ج3، ص451.

تعريف المفقود عند الشافعية: جاء في تعريفهم له: (أن المفقود الذي انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما وله مال، وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره.)[1] وعرفه صاحب مغني المحتاج: (من أسر أو فقد أو انقطع خبره وترك ماله حتى تقوم بينة بموته أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها.)[2]

4-تعريف المفقود عند الحنابلة: عرفه صاحب كشاف القناع: (المفقود من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع أخباره.)[3]

والملاحظ من خلال تعريفي الشافعية والحنابلة للمفقود أنهما اعتمدا التعريف اللغوي له.

5-تعريف بعض الفقهاء المعاصرين للمفقود:

-**عرفه الامام محمد أبو زهرة:** (المفقود غائب لا يدرى مكانه، ولا يعلم حاله أهو حي أم ميت؟ يفترض المفقود حيا حتى يصدر الحكم بموته، وذلك لأنه غاب وهو حي فيستمر حكم الحياة حتى يقوم دليل على خلافها.)[4]

-**عرفه الدكتور مصطفى الزرقا:** المفقود هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولا يعلم له مكان ولا يعرف هل هو حي أو ميت، فإذا كان معلوم الحياة فهو غائب لا مفقود[5].

ثانيا: التعريف القانوني للمفقود:

اختلفت النصوص القانونية الجزائرية الصادرة بشأن تعريف المفقود بين القواعد العامة الواردة في قانون الأسرة، والنصوص المتعلقة بالقوانين الخاصة بظروف معينة، وفي هذا العنصر نتناول تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري ثم في القوانين الخاصة.

---

[1]-النووي: يحى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق زهير الشاوش، المكتب الاسلامي، بيروت، ط3، 1416هـ، 1991م، ج6، ص34.

[2]-الشربيني محمد الخطيب (ت676)، مغني المحتاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، د ط، د ت، ج3، ص27.

[3]-البهوتي منصور، كشاف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط، 1403هـ، 1983م، ج4، ص46.

[4]-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، 1369هـ، 1950م، ص497.

[5]-مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ، 2004م، ص166.

1-تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

عرفته المادة 109من قانون الأسرة: (المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم.)[1]

نستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر الشخص في حكم المفقود إذا توفرت فيه الشروط التالية:

-**الغيبة:** ويقصد بها مغادرة محل الإقامة المعتادة بحيث تنقطع أخباره.

-**عدم معرفة مكانه:** فبمجرد رؤيته في مكان معين ينتفي هذا الشرط وتجعل الشخص يخرج عن دائرة المفقود بالمفهوم القانوني للمادة.

-**صدور الحكم بالفقد:** يشترط أن يصدر حكما قضائيا يقضي بالفقد ومن تاريخ صدور الحكم يعتبر في حكم المفقود من الناحية القانونية.

-ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري نحى منحى معظم التشريعات العربية في استيحاء تعريف المفقود من الفقه الإسلامي بصفة عامة والذي يرتكز على الشك في حياة الشخص المجهول الحال.[2]

وقد عرفه بعض شراح القانون الجزائري من بينهم:

الدكتور إسحاق إبراهيم منصور: (بأنه الشخص الذي غاب عن وطنه فترة طويلة وانقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كن حيا أو ميتا.)[3]

عرفه **الدكتور العربي بلحاج:** (بأنه الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره وجهل مكانه ولا تعرف حياته أو مماته.)[4]

---

[1]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الاسرة، ج ر، 27 فبراير 2005، ع15، ص18.

[2]-نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2012م2013م، ص39.

[3]-اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا الحق والقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2001م، ص219.

[4]-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، د ت، ج2، ص508.

2-تعريفه في النصوص الخاصة:

وبغض النظر عن أحكام قانون الأسرة يمكن للمشرع أن يتدخل بنص خاص ليحدد أحكام خاصة تتناول ظروف معينة استثنائية طبيعية كانت أم أمنية.

أ-زلزال21 مايو 2003م نصت المادة (2) بموجب الأمر رقم 03-06على الأحكام التالية: (يصبح متوفي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر.)[1]

ب-كذلك ما يتعلق بمفقودي فيضانات 10نوفمبرسنة 2001م: نصت م(2) من الأمر 02-03على ما يلي: (يصرح متوفي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10نوفمبر 2001م ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بالطرق القانونية.)[2]

ج-ما يتعلق بضحايا المأساة الوطنية نصت م (30) من الأمر رقم 06-01على تعريف المفقود: (يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى، تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث، ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي صلة في ذلك في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية.)[3]

-وقد نصت م02من المرسوم الرئاسي 06-93على ما يلي: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في اطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث التي قامت بها.)[4]

---

[1]-الأمر رقم 03-06مؤرخ في 14يونيو 2005م المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21مايو 2003م، الجريدة الرسمية، عدد37.

[2]-الأمر رقم 02-03المؤرخ في 13ذي الحجة 1422هـ الموافق ل 52 فبراير 2002م المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10نوفمبر 2001م، الجريدة الرسمية، عدد15.

[3]-الأمر 06-01المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية المؤرخ في 28محرم 1427هـ الموافق ل 27فبراير 2006م، الجريدة الرسمية، عدد11، ص6.

[4]-المرسوم الرئاسي06-93المؤرخ في 28فبراير 2006م، الجريدة الرسمية، العدد 11، ص8.

الفرع الثاني: الفرق بين المفقود والغائب

نظرا للتداخل الكبير بين مصطلح المفقود والغائب إلى حد التطابق سوف نتطرق إلى مفهوم الغائب لغة واصطلاحا ثم نذكر كيف ميز الفقهاء بينهما سواء في الفقه الإسلامي أو في التشريع الجزائري.

أولا: تعريف الغائب:

1-لغة: الغيبة بالفتح مصدر غاب ومعناها البعد، يقال: غاب الشيء يغيب غيبا وغيابا أي بعدٌ وتستعمل بمعنى التواري يقال غابت الشمس إذا توارت عن العين ومنه قوله تعالى: **(الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ)**[سورة البقرة: 03] أي لا يومنون بما غاب عنهم مما أخبرهم به النبي صلى الله عليه وسلم من أمر البعث والجنة والنار.[1]

2-اصطلاحا: ذكر الفقهاء أن: " الغائب يشمل من غاب عن النظر سواء أعلم موضعه وخبره أتى كتابه، أم فقد وانقطع خبره ولم يعلم موضعه".[2]

وخالفهم المالكية إذ الغائب في اصطلاح فقهائهم: (هو من علم موضعه).[3]

ثانيا: التمييز بين المفقود والغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

1-في الفقه الإسلامي: لا خلاف بين الفقهاء في معنى الغائب إلا أنهم اختلفوا في الضابط الذي يعد الانسان غائبا بناءًا عليه، فذهب الجمهور إلى أن الغائب يشمل من غاب عن النظر سواء علم موضعه أو خبره أم لا ،واشترط أكثرهم أن يكون بعيدا لمسافة معينة اختلفوا في تقديرها، وخالف المالكية فقالوا إن الغائب هو من علم موضعه.[4]

-الغيبة عند الفقهاء تنقسم إلى حالتين:

---

[1]-ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج8، ص654.

[2]-ينظر: النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج6، ص77.

-الكاساني: علاء الدين (ت587هـ)، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 2002م، 1424هـ، ج6، ص323. ابن قدامة: موفق الدين (ت620)، المغني، مكتبة القاهرة، د ط، 1389هـ، 1969م، ج8، ص105، 106.

[3]-الدسوقي: شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي (ت 1230هـ)، دار إحياء الكتب العربية، (د ط)، (د ت)، ج4، ص218.

[4]-نوي عبد النور، أحكام المفقود، مرجع سابق، ص38.

1-أن تكون قصيرة غير منقطعة بحيث يعرف خبره ويأتي كتابه.

2-أن تكون طويلة ينقطع فيها خبره، بحيث لم يدر موطنه وحياته وموته.[1]

ويمكننا من خلال تعريف الغائب والمفقود القول أن: الغائب أعم من المفقود فنصف العلاقة بينهما بالعموم والخصوص المطلق.

ونظرا لهذه العلاقة فإن الأحكام الخاصة بالمفقود لا تنطبق على سائر أفراد الغائب الذين ثبتت حياتهم، لأن الجهل لابس حياة المفقود، فرض له أحكاما جديدة خاصة كمسألة ميراث المفقود من الغير، ففي مسألة الحكم بموت المفقود اشترط الفقهاء فيها انقضاء مدة التعمير أو السنين الأربع على خلاف بينهم، خلافا لمن غاب وكانت حياته ثابتة فإن غيبته لا تفيد الحكم بموته.

وإذا كان الغياب جامعا مشتركا بين الغائب والمفقود فإن هذا يفيد اشتراكهما في بعض الأحكام من جهة كون كل منهما غائبا.

ومن المفيد ذكر الفرق بينهما في المذاهب الفقهية المختلفة نلخصه فيما يلي[2]:

-لم يفرق الحنفية بصفة عامة بين الغائب والمفقود وعبروا عنهما بنفس اللفظ.

-أما المالكية فقد ميزوا بينهما بشكل واضح، فالغائب عندهم معلوم الوضع بينما المفقود مجهول الحال لا يعلم موضعه.

-وعند الشافعية يفرقون بين الغائب الذي انقطع خبره وهو المفقود، ومن لم ينقطع خبره فهو غائب.

-ويميز الحنابلة بينهما من حيث الحياة أو الوفاة أو كانت غيبته غير منقطعة.

جاء في كشاف القناع: (.....انقطاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب ظن الهلاك إذ لو كان باقيا لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية.)[3]

-أما عن الأسير في الفقه الشرعي فقد ألحقه الحنفية والشافعية والحنابلة بالمفقود، أما المالكية فمنهم

---

[1]-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص77.

[2]-عبد المنعم فارس، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار النوادر، دمشق، ط2، 1433هـ، 2012م، ص24، 25.

[3]- البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ص465.

من اعتبر المفقود في حروب الكفار والأسير نوعا واحدا والامام مالك ميز بين الأسير والمفقود.[1]

2-في قانون الأسرة الجزائري:

عرّفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب كما يلي: (الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطةٍ مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود.)

ولاعتبار الغائب في حكم المفقود في نص المادة سالفة الذكر يجب توافر شروط:

-**الشرط الأول:** عدم رجوع الشخص إلى محل إقامته لمدة سنة لظروف قاهرة منعته من ذلك.

-**الشرط الثاني:** عدم وجود نائب ينوب عن الغائب في إدارة شؤونه التي لا يستطيع حتما ادارتها بنفسه بحكم غيابه.

-**الشرط الثالث:** أن يتسبب غيابه في ضرر للغير.[2]

ونميز بين المفقود والغائب من خلال المادتين: 109-110من قانون الأسرة كما يلي:

1-كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود فعبر المشرع عن مفهوم المفقود بقوله: (هو الشخص الغائب.) فهو الغائب يستغرق مفهوم المفقود والعكس غير صحيح.

2-الشخص المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته ولا موته، في حين أن الغائب حياته مؤكدة ومكانه معروف وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبين التمييز المعتمد في الفقه الإسلامي بين الغائب والمفقود والقائم على أساس الشك الذي يكتنف حياة الشخص.

3-حالة الفقد تنتهي إما بالموت الحقيقي أو الحكمي وذلك بعد مرور أربع سنوات من صدور الحكم بالفقد في الحروب والحالات الاستثنائية، ويترك في ظل الحالات العادية أمر تقدير المدة للسلطة التقديرية القاضي بعد مرور نفس المدة، في حين أن الغائب حياته مؤكدة وبالتالي لا يمكن استصدار حكم بموته بعد مدة معينة من الغياب.

---

[1]-نوي عبد النور، مرجع سابق، ص57.

[2]-عبد المجيد زعلان، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، ط1، 2003م، ص94.

4-يشترط لاعتبار الغائب من الناحية القانونية إثبات الظرف القاهر غير أن اعتبار الشخص مفقودا غير مرهون بهذا الشرط.

5-اعتبار الشخص غائبا من الناحية القانونية يتوقف على إثبات من صاحب المصلحة الذي يهمه استصدار حكم الغياب، في حين حكم الفقد غير مرهون بإثبات الضرر.[1]

-بالنسبة للأسير في القانون الجزائري لم يتطرق قانون الأسرة إلى تعريفه، إلا أنه تم ذكره في التشريعات العسكرية نجد أحكام الأمر: 71-28المتضمن القضاء العسكري المتمم تتطرق في المواد 8و5/28منه للأسير.[2]

المطلب الثاني: أقسام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

في هذا المطلب سنستعرض مختلف التقسيمات للمفقود والتي على أساسها ضبط الفقهاء مفهومه وسنأخذ أقسامه في الفقه الإسلامي في الفرع الأول بينما نخصص الفرع الثاني لأقسامه في قانون الأسرة الجزائري:

الفرع الأول: أقسام المفقود في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء المذاهب في شأن تقسيم المفقود إلى أنواع فبعضها جعل منه نوعا واحدا وهو الذي يخضع لنفس الأحكام وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية والشافعية وبعضها جعل منه عدة أقسام وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة وسنتناول على التوالي رأي الحنفية والشافعية ثم رأي المالكية والحنابلة.

أولا: تقسيمات المفقود عند الحنفية والشافعية:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن المفقودين نوع واحد دون النظر إلى الظروف التي فقدوا فيها، أو الأحوال التي رافقت ذلك، أو المكان الذي فقدوا فيه، ولم يتناول هذا الفريق بيان حالات الفقد.[3]

---

[1]-نوي عبد النور، المرجع السابق، ص52،53.

[2]-الأمر 71-28المؤرخ في 22أفريل 1971م المتضمن القضاء العسكري، الجريدة الرسمية، العدد 38، صادرة 1971/05/11م.

[3]-عبد المنعم فارس، أحكام الغائب والمفقود، مرجع سابق، ص20.

وذكر ابن عابدين في كتابه الدر المختار: (فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه...وجعلوا من المسلم الذي أسره العدو ولا يدرى أحي أم ميت، مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب، وإنه أعم من ان لا يكون عرف أنه في بلدة معينة، دار الحرب أولا...هو غائب لا يدرى مكانه ولا حياته، ولا موته قبل، فهذا صريح في اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه، الظاهر أن علم المكان يستلزم بالموت والحياة غالبا وعدمه ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لاشك في أنه مفقود فيتوقع قدومه أي يطلب أو ينتظر وقوعه.[1]

ثانيا: تقسيمات المفقود عند المالكية:

المفقود عندهم أكثر من نوع، فقد قسموه إلى عدة أقسام بحسب المكان الذي فقد فيه والأحوال والظروف التي أحاطت بفقده، واختلفت الآراء عندهم في عدد هذه الأقسام، فبعضهم رأى أنه ثلاثة أقسام، وذهب آخرون إلى أنه أربعة، وفرع بعضهم على تلك الأقسام مما زادها إلى خمسة وإلى ستة عند آخرين، ويرجع هذا التقسيم في حقيقته إلى الأقسام الأربعة الآتية:

1-**المفقود في بلاد الإسلام:** ويدخل تحته:

أ-المفقود في بلاد الإسلام في الظروف الطبيعية.

ب-من سافر في البحر وانقطع خبره.

2-**المفقود في بلاد الأعداء:** أرض الحرب:

3-المفقود في اقتتال المسلمين: بعضهم مع بعض زمن الفتن، وأدخل بعضهم في هذا القسم المفقود في زمن الوباء كالطاعون، ومنهم من جعله قسما مستقلا وأفرده بحكم خاص.

4-**المفقود في القتال مع الكفار:** في زمن الحروب والجهاد[2].

ونحا بعض المالكية إلى تقسيمه شكلا آخر على النحو الآتي:

-**مفقود في أرض الإسلام:** وهو حالتان: إما في زمن السلم أو في زمن الحرب و(الفتن).

---

[1]-ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ص456.

[2]- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج4، ص479.

-**مفقود في أرض الأعداء:** وهو حالتان: إما في زمن السلم، أو في زمن الحرب (الجهاد).

ويمكن أن تدخل الأقسام الأربعة تحت تصنيف آخر على أساس الغيبة مثل تقسيم الحنابلة.

1-غيبة ظاهرها السلامة: ومنها الفقد في أرض الحرب والأسر.

2-غيبة ظاهرها الهلاك: وهي قسمان:

القسم الأول: أن يكون الفقد بعد سبب من شأنه الاهلاك كطاعون أو معركة أو غرق سفينة أو سقوط طائرة...

القسم الثاني: أن لا يكون الفقد بعد سبب من شأنه الهلاك كمن سافر في أرض الإسلام وفقد فيها[1].

ثالثا: تقسيمات المفقود عند الحنابلة:

يقسم الحنابلة المفقود إلى قسمين:

القسم الأول: من انقطع خبره ولو كان عبدا لغيبة ظاهرها السلامة كأسر، فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله (وتجارة) فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العودة لأهله (وسياحة) فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلاد النائية على بلده والذي يغلب على الظن في هذه الأحوال ونحوها-كطلب العلم-السلامة انتظر به تتمة كتسعين سنة منذ ولد لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وهذا ما نص عليه المذهب.

القسم الثاني:

من انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك، فغالب أحوال غيبته (الهلاك) كمن غرق مركبه فسلم قوم دون قوم أو فقد من بين أهله، كمن يخرج إلى الصلاة فلا يعود أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود أو فقد في مفازة* مهلكة* كمفازة الحجاز.[2]

---

[1]- عبد المنعم فارس سقا، أحكام المفقود والغائب، المرجع السابق، ص20.

*-أرض الصحراء الفلاة لا ماء فيها، ينظر القاموس المحيط، ص520.

*-مهلكة بفتح الميم ويجوز كسرها ويجوز ضمها مع كسر اللام اسم فاعل، أرض يكثر فيها الهلاك، ينظر القاموس المحيط، ص520.

[2]-البهوتي، كشف القناع عن الاقناع، المرجع السابق، ج4، ص465.

وتقسيم الفقهاء للمفقود لا يخرج عن الحالتين الآتيتين[1]:

الحالة الأولى: المفقود في وقت السلم: وفيه قسمان:

1-مفقود في أرض العدو.

2-مفقود في بلاد المسلمين في الظروف الطبيعية أو العادية أو في الظروف الاستثنائية القاهرة كزمن المجاعة والوباء، أو في ظرف قاهر كغرق سفينة، أو سقوط طائرة، أو حريق هائل، أو زلزال مدمر، أو طوفان أو انهيار أرضي.

الحالة الثانية: المفقود في وقت الحرب: وهو قسمان:

1-مفقود في القتال بين المسلمين والكفار: كالمفقودين في حروب المسلمين مع أعدائهم، كحرب الشيشان والبوسنة والهرسك وكشمير، أو في الحروب مع العدو الصهيوني، وكذلك من فقد في الغارات الحربية التي كانت تقصف المدن السكنية.

2-مفقود في قتال المسلمين مع بعضهم (وقت الفتن) كالمفقودين في اجتياح القوات العراقية للكويت أو الحرب الإيرانية العراقية أو في قتال الأفغان فيما بينهم.

الفرع الثاني: أقسام المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة: 113من قانون الأسرة على ما يلي: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

من خلال نص هذه المادة فإن ق.أ. ج قد حدد حالتين عامتين للمفقود تتمثلان في:

أولا: مفقود في ظل ظروف يغلب عليها الهلاك:

وهي الحالة التي يغلب فيها موت المفقود على حياته نظرا للظروف التي اختفى فيها[2]،وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بعبارة: (الحروب والحالات الاستثنائية) على اعتبار أنه في مثل هذه

[1]-عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود، المرجع السابق، ص21، 22.

[2]-علي فيلالي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، د ط، 2011م، ص199.

الظروف يغلب على الظن هلاك الشخص، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وجد نفسه مضطرا للتدخل وإصدار مراسيم خاصة تنظم حالات فقد بعينها عرفتها بعض الحالات الاستثنائية التي وقعت في الجزائر على غرار فيضانات باب الواد، وزلزال بومرداس، والمأساة الوطنية والتي سبقت الإشارة إليها.

ونلاحظ أن المشرع في هذا القسم من أقسام المفقود في التشريع الجزائري فرق بين حالتين: حالة الحرب والحالات الاستثنائية وتفصيل ذلك:

1-حالة الحرب وقد نصت عليها المادة 96من دستور1996م* جاء فيها: (يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات.)[1]فرئيس الجمهورية يملك الحق في تولي السلطات وتعليق العمل بالدستور؛ لأن الحرب خطر يهدد كيان الدولة ومن المنطقي أن تشكل إحدى حالات الفقدان واختفاء الأشخاص.

2-الحالات الاستثنائية كذلك نصت عليها المادة 93من الدستور[2]حيث جاء فيها: يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، فيشمل النص الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ[3] التي تؤدي إلى تقييد الحريات العامة لوقوع مس خطير بالنظام العام مثل ما حدث بداية التسعينات حيث شكل حالة استثنائية أدت لفقدان أشخاص واختطافهم من الجماعات الإرهابية مما دفع بذويهم اللجوء الى القضاء لاستصدار أحكام تقضي بفقدانهم ووفاتهم.

---

*-مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ 26رجب 1417هـ الموافق 7 ديسمبر1996 م المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية، 8ديسمبر 1996م، عدد76.

[1]-أمل المرشدي، بحث عن أحكام المفقود في القانون الجزائري، موقع محاماة نت، نشر بتاريخ 24سبتمبر 2016م،[www.mahamah.net]، (دخول يوم: 2021/05/28)

[2]-مرسوم رئاسي رقم96-38، مؤرخ 26 رجب الموافق ل 07 ديسمبر1996، المتعلق بإصدار تعديل الدستور، ج ر، 08 ديسمبر 1996م، ع76.

[3]-مرسوم رئاسي رقم 91-196، مؤرخ في 4جوان 1991، المتضمن حالة الحصار والطوارئ، ج ر، صادرة 12جوان 1991، ع29.

ثانيا: مفقود في ظروف يغلب فيها السلامة:

عبر عنها المشرع بعبارة: (في الحالات التي يغلب فيها السلامة) أي لا يغلب فيها هلاكه بل تغلب فيها السلامة بحيث يطول غيابه وتنقطع أخباره، فلا يستطاع الجزم بما إذا كان حيا أو ميتا[1]، كمن خرج للتجارة أو السياحة أو لطلب العلم ثم انقطعت أخباره، فمثل هذه الظروف التي اختفى فيها الشخص لا تحمل في طياتها أي خطر على حياته ولهذا ترجح حياته على وفاته نظرا للظروف العادية التي فقد فيها.[2]

والملاحظ من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد اعتمد ما اعتمدته أغلب التشريعات العربية بتقسيم المفقود إلى قسمين معتمدا رأي الفقه الحنبلي في هذا التقسيم.

المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بالفقدان في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره وجُهل مكانه، ولا تُعلم حياته من موته، وحتى يصدر الحكم بفقده وجب إثبات واقعة الفقدان واستصدار حكم قضائي، وهذا يستوجب اتباع إجراءات محددة لذلك، وهذا ما يجري بيانه في هذا المبحث من خلال آراء فقهاء الإسلام وكذا فقهاء القانون.

المطلب الأول: متى يحكم القاضي بالفقدان في الفقه الإسلامي.

عند فقدان الشخص فإن أول خطوة يقوم بها من له مصلحة سواء كانت زوجته أو غيرها هي رفع الأمر إلى القاضي، وهنا ينتظر القاضي مدة من الزمن حتى يتبين أمر المفقود وعند انتهاء المدة يحكم بوفاته.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يمكن اعتبار الشخص فيها مفقود نتعرض لأقوال الفقهاء فيها في المذاهب الآتية:

1-**عند أبو حنيفة:** قال أبو حنيفة وأصحابه إنه لا يحكم بموته إلا بموت أقرانه الذين هم من

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص301.

[2]-محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية (نظرية الحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2011م، ج2 ص334.

سنه ويقدر موت أقرانه بعض الفقهاء ببلوغه التسعين، وقيل ببلوغه العشرين والمائة، وقيل ببلوغه السبعين وكل تقدير مبني على أساس، فالسبعون قدرت على أساس أن هذا هو متوسط أعمار الأمة ما بين الستين والسبعين، ومن قدّر بالتسعين أو العشرين والمائة فقد قدر أقصى الأعمار في نظره ،وإنما قدرت الوفاة بموت الأقران حتى يقوم الدليل على الوفاة ولا دليل في مثل هذا المقام إلا موت الأقران وإن قام دليل من بينة أو نحوها على موته قبل ذلك يتقرر موته ولا يعد مفقودا في هذه الحال، لأن موته قد علم بدليل هو البينة ولا يحتاج ثبوت الموت في هذه الحال إلى حكم من القاضي إلا إذا كان ثمة نزاع في ذلك ويكون الحكم غير مستثني[1]،فإذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب أنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيّا فإنه يحكم بموته.[2]

2-**عند المالكية:** جاء في مدونة مالك:" أن المفقود هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض لا يدري أين هو، وقد تلموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد، فذلك هو المفقود الذي يضرب له الامام فيما بلغناه". وقال مالك إنه بالنسبة لزوجته يحكم بموته بعد أربع سنين من فقده إن طلب ذلك، أما بالنسبة لأمواله فلا يحكم بوفاته إلا بعد وفاة أقرانه.[3]

3-**عند الشافعية:** من أسر أو فقد وانقطع خبره ترك ماله حتى تقوم بينة بموته أو تمضي مدة يغلب على الظن أن لا يعيش فوقها، فيجتهد القاضي ويحكم بموته.[4]

---

[1]-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1957م، ص497، 498.

[2]-السرخسي، شمس الدين السرخسي(ت1090)، المبسوط، دار المعرفة، (د ط)، (د ت ن)، ج 11، ص35.

[3]-مالك: مالك ابن أنس (ت795هـ)، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، دار صادر، ط1، (د ت ن)، (د م ن)، ج12، ص451، 452.

[4]-الشربيني: شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني(ت1570)، مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت ن)، ج3، ص36، 38.

فتقدير المدة عند الشافعية منوط باجتهاد القاضي وليست مقدرة بزمن معين، وقد تعددت الأقوال بشأن تقدير المدة الزمنية التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود فقيل بسبعين سنة من يوم مولده ،وقيل بثمانين ،وتسعين ،ومائة، ومائة وعشرين.[1]

4-**عند الحنابلة:** المفقود من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، وهو قسمان:

الأول: من انقطع خبره ولو كان عند الغيبة ظاهرها السلامة كأسر فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله، وتجارة فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العودة إلى أهله، وسياحة فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده والذي يغلب على الظن في هذه الأحوال ونحوها كطلب العلم السلامة، انتظر به تتمة تسعين سنة منذ ولد لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وعنه ينتظر به حتى يتيقن موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش من مثلها وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم، فإن فُقد ابن تسعين اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره.[2]

الثاني: وإن كان غالبه الهلاك، كمن غرق في موكب فسلم قوم دون قوم أو فقد من بين أهله أو في مفازة مهلكة كدرب الحجاز، انتظر به تمام أربع سنين منذ تلف أي فقد لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله في هذه الحال يغلب على الظن هلاكه.[3]

*** مناقشة وترجيح:**

بعد عرض آراء الفقهاء بمذاهبهم المختلفة وجب علينا أن نتعرض لمناقشة هذه الأقوال حتى نصل إلى الراجح منها:

---

[1]-النووي: محي الدين ابن شرف الله زكريا النووي(ت1277) روضة الطالبين وعمدة المقنين تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض، دار الفكر، لبنان، د ط، 1995م، ج5، ص35.

[2]-البهوتي: منصور بن يونس ابن ادريس البهوتي(ت164)، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، ط1، 1997م، ج3، ص638.

[3]-النجدي: عبد الرحمان ابن محمد ابن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي(ت1392هـ) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، (د م ن)، ط1، 1399هـ، ج6، ص172.

أولا: فيما يتعلق بمدة التعمير.

1-أن القول ببقاء مال المفقود وزوجته على حكمهما كما لو كان حاضرا طيلة مدة التعمير فيه ضرر بحق الزوجة وبحق الورثة، والأصل أن الضرر مرفوع في الإسلام.

2-أن هذه المدة شرعت بناء على اجتهاد ولا نص فيها، والمجتهد يأخذ الظروف الزمانية والمكانية والمصلحة المشروعة عند الإفتاء، ومن باب أولى أن لا تنسجم هذه المدة المتطاولة مع ظروفنا ووقتنا الحالي.

3-لقد تغيرت وسائل معرفة أخبار المفقود عما كانت عليها الحال في السابق، حيث يمكن وبكل تأكيد من معرفة حياة المفقود بأقل مما حدده فقهاؤنا من مدد مختلفة كعمر طبيعي له.

4-المصالح المرسلة أصبحت تفرض نفسها في وقتنا هذا وتتطلب الإسراع في معرفة وتقصي أخبار المفقود لأن له حقوقا وعليه واجبات حيا كان أم ميتا.

ثانيا: فيما يتعلق بعدم التفريق بين أنواع المفقودين.

يقتضي المنطق السليم والعدل الاجتماعي بعدم إعطاء حكم واحد لكل أنواع المفقودين، وإنما يجب أن يكون لكل مفقود حكما خاصا به يتناسب مع ظروف غيبته وسن المفقود وحالته الصحية ونحو ذلك من الاعتبارات الواجب أخذها بعين الاعتبار عند الحكم عليه.[1]

***الراجح من الآراء الفقهية:**

تأسيسا على ما تقدم نرى أن الأصح تفويض أمر تحديد مدة الغيبة للحكم بوفاة المفقود بعدها إلى القاضي فهو خير من يقدر الظروف التي فقد فيها والتي تختلف من مفقود لآخر، ونحن نرجح هذا الرأي ونوافقه لأنه الأقرب لواقعنا في عصرنا الحالي.

[1]-هادي محمد هادي، أحكام المفقود، دار دجلة، الأردن، ط1، 2010م، ص206، 207.

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية لدعوى الفقدان في القانون الجزائري

من المقرر أن القاضي لا ينظر في منازعات الناس وخصوصياتهم إلا إذا رفعوا طلبا إليه للفصل فيها، وكذا الحكم بالنسبة لمن يريد أن يثبت حالة الفقد حيث ترفع دعوى الفقدان بإتباع مجموعة من الإجراءات التي لا غنى عنها، ويأتي توضيح ذلك من خلال ما نتعرض لها في الفروع الموالية:

الفرع الأول: إجراءات دعوى الفقدان:

إن الإجراء القانوني الذي ترفع به الدعاوى القضائية كما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية يكون على النحو الاتي:

يجب أن تكون عريضة افتتاح الدعوى على ورقة مكتوبة وموقعة من المتقاضي أو وكيله ومؤرخة، و تقدم هذه الورقة إلى أمانة الضبط من أجل تسجيلها، كما يجب أن تقدم العريضة في نسخ مساوية لعدد المدعى عليهم في القضية، وتنتج الدعوى آثارها بمجرد تسجيلها وإيداع الرسم بحيث تحدد لها جلسة فورا.[1]

نصت المادة 14من ق إ م إ (ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.)[2]

وذكرت المادة 114من ق أ ج الأشخاص الذين تثبت لهم الصفة في رفع دعوى الفقدان، وحصرتهم في الورثة وكل ذي مصلحة والنيابة العامة، بحيث أجازت لهم رفع دعوى قضائية مطالبين بالفقدان، فالورثة هم ذوي حقوق المفقود من أفراد عائلته وأقاربه ويرفعون دعوى الفقدان بناء على مصلحة خاصة، وكذلك كل ذي مصلحة كالدائنين والشركاء مثلا، في حين لم يحدد نص المادة صفة المدعى عليه الذي ترفع عليه الدعوى.[3]

---

[1]– حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ط)، 2010، ص 17.

[2]–قانون رقم09/08المؤرخ في 18صفر 1429هـ الموافق ل 25فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية عدد 21 صادر بتاريخ 25فبراير سنة 2008م، ص2.

[3]–سعد عبد العزيز، تطبيقات المادة 114من ق إ م، المجلة القضائية 1999م، العدد 01، ص21.

أولا: أطراف دعوى الفقد.

أطراف دعوى الفقد هم من يوجه الادعاء باسمهم بناءا على مالهم من صفة ومصلحة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدعى به، ودعوى الفقد مثل باقي الدعاوي الأخرى تستلزم أن يكون فيها طرفان متخاصمان مدعى ومدعى عليه، مع إمكانية ادخال طرف ثالث إلى جانب أحد الطرفين الأصليين أو تدخله بإرادته في الخصومة.[1]

1-المدعي في دعوى الفقد: المدعي هو من له صفة إيجابية في الدعوى، وهي عادة ما تكون صفة صاحب الحق أو المركز القانوني.[2]

والدعوى تعني لهذا الأخير حق عرض ادعاء قانوني على القضاء بهدف تأكيد هذا الحق أو هذا المركز في مواجهة شخص آخر بناءا على واقعة قانونية معينة.[3]

والادعاء في دعوى الفقد يهدف إلى استصدار حكم يقضي بفقد شخص معين للمحافظة على مصالح هذا الأخير ومصالح الغير المرتبطة به.

ولقد ذكرت المادة 114من ق.أ.ج على انه (يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة).

وفي الآتي شرح ذلك:

أ-الورثة:

ورد في المادة 126 قانون رقم 84-11المؤرخ في 09يونيو 1984م يتضمن قانون الأسرة: (أسباب الإرث، القرابة، والزوجية.)

[1]-نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة2012-2013م، ص65.

[2]-عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، (د ت ن)، ص391.

[3]-بوبشير محمد أمقران، قانون الاجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2008م، ص27.

ب-من له مصلحة:

فكل من له منفعة يمكن له رفع هذه الدعوى، بشرط أن تكون هذه المصلحة قانونية، وأن تكون قائمة أو حالّة، وشخصية، باستثناء من يقوم مقام غيره كالوكيل والقيم والوصي (المادة 114 من ق إ ج).

ج-النيابة العامة:

لقد نظم المشرع الجزائري وجود النيابة أمام القضاء المدني حيث تكون إما مدعية كطرف أصلي عندما تقوم برفع الدعوى بطريق مستقل، وإما أن تكون طرفا منظما في القضايا التي يتوجب ابلاغها بها أثناء سير الخصومة.[1] وهذا ما نصت عليه المادة 114 من ق إ ج

2-المدعى عليه في دعوى الفقد: بالرجوع للقواعد العامة للإجراءات نجدها تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي، أي أنه في هذه الحالة هو الشخص المراد الحكم بفقدانه، وبالنظر للشخص المفقود نجد أنه قد اعتراه مانع وهو الغياب فلا يمكنه مباشرة أعماله القانونية بنفسه، وقد طرح هذا الإشكال أمام الجهات القضائية مما دفعها إلى الاجتهاد من أجل إيجاد حل لذلك، حيث قبلت دعوى الفقد التي ترفع ضد النيابة العامة.

غير أن الاشكال يقع عندما تكون النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى، أي تكون طرف مدعي، خاصة أن المادة 3 مكرر من قانون الأسرة تنص على أن النيابة تعد طرفا أصليا في كافة القضايا التي تهدف إلى تطبيق أحكام هذا القانون، إلا أن المادة 38 من القانون المدني قد أزالت هذا الاشكال الواقع بنصها على إمكانية النيابة عن الشخص المفقود.

وبالتالي يمكن للأشخاص الذين أعطاهم القانون الحق في رفع دعوى الفقد أن يطلبوا تعيين وكيل قضائي عن الشخص المفقود من أجل أن يقوم بتمثيله أمام الجهات القضائية.[2]

---

[1]-بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، (د ت ن)، ص36.

[2]-شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، سنة 2000، ص 42-43.

ثانيا: الاختصاص القضائي في دعوى الفقد:

إن معنى الاختصاص النوعي هو سلطة جهة قضائية معنية للفصل دون سواها في دعاوى معينة، كما الاختصاص الاقليمي هو تحديد المحكمة المختصة بالنظر في علاقة النزاع بحدود سلطتها الإقليمية.

1-الاختصاص النوعي: تنص المادة 423 من ق إ م إ على ما يلي: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى التالية: 1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها. 2-دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة. 3-دعاوى إثبات النسب والزواج. 4-الدعاوى المتعلقة بالكفالة. 5-الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".[1]

ونستنتج من خلال الفقرة الخامسة من المادة التي بينت الاختصاص النوعي لهذه الأقسام أن دعوى الفقد تنعقد بالمحاكم العادية لقسم شؤون الأسرة.

2-الاختصاص الإقليمي:

يقصد بالاختصاص الإقليمي تحديد المحكمة المختصة بالنظر في علاقة النزاع بحدود سلطتها الإقليمية.

لم تحدد المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في دعاوى الفقد[2]، وعليه نعود إلى القواعد العامة، حيث نصت المادة 37 على ما يلي: (يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.)[3]

---

[1]-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 أفريل سنة 2008م، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 المؤرخ 23 أبريل 2008م، ص36.

[2]- قانون رقم 08-09المؤرخ في 23 أفريل سنة 2008م، يتضمن ق إ م إ، المرجع السابق، ص36.

[3]- قانون رقم 08-09، ج ر، العدد 21، المؤرخ في 23 أفريل 2008، المرجع السابق، ص07.

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على قواعد النيابة عن الغائب والمفقود قبل الحكم بفقدانه، فإن الاختصاص بذلك يؤول للجهة القضائية الواقعة لدائرة اختصاصها موطن المفقود والغائب، وإذا لم يكن معروفا الموطن يعود الاختصاص إلى الجهة القضائية لآخر موطن لهما، وقد يكون الموطن المختار قبل الغياب والفقدان.

ثالثا: العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد.

بالرجوع إلى ق إ م و إ المادة 14 منه والتي تنص على أنه:(ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعى عليه أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف)[1].

إذن يمكن لكل من له صفة في رفع دعوى الفقدان بعد مرور سنة على فقدان الشخص أن يرفع دعوى أمام المحكمة بموجب عريضة مكتوبة موقعة من المتقاضي أو وكيله ومؤرخة، ويجب إيداعها بأمانة ضبط المحكمة من أجل تسجيلها بعدد من النسخ يساوي عدد أطراف الدعوى، وتنتج الدعوى آثارها بمجرد تسجيلها وإيداع الرسم بحيث تحدد لها جلسة فورا.[2]

ولقد حددت المادة 15 من ق إ م إ ما يجب أن تحتويه بقولها (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 فأخر موطن له.

4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

5- عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

---

[1]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 أفريل 2008، ج ر، عدد 21، المرجع السابق، ص4.

[2]- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ط)، 2010 ص 17.

6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.[1]

ويجب ذكر المحكمة المختصة على وجه التحديد بشكل لا يدع مجالا للشك فيها، كما يجب ذكر المدعي صراحة وعنوانه واسم من يمثله ومهنته وموطنه، وذكر اسم ولقب المدعى عليه وموطنه فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له ولو كان موطنا مختارا. كما يوجب القانون أن تشمل عريضة افتتاح الدعوى على وقائعها وأدلتها وطلبات المدعي والأسانيد التي يعتمد عليها ليتمكن القاضي من تكوين فكرة واضحة عن الدعوى.[2]

وبعد أن يتقدم المدعي بعريضته الافتتاحية يقوم كاتب الضبط بتسجيلها وفق ما جاء في المادة 16 من ق إ م إ (تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة ..).[3]

وبعد استيفاء جميع الإجراءات لطلب الحكم بالفقدان وبعد مرور مدة معينة, غالبا ما تكون سنة على الأقل من حالة الفقد يصدر الحكم بالفقد ويترتب عليه تطبيق ما جاء في المادة 111 من ق أ ج (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود) وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون.

-**إيداع نموذج عن محضر الاثبات:** وقد يكون اختفاء الشخص لأسباب غير عادية وظروف غامضة، كأن يكون تم اختطافه، ففي هذه الحالة تقوم الجهات المعنية بتحرير بطاقة المعاينة والإثبات التي تتضمن شهادة هذه الجهات بأن هذا الشخص المفقود تم اختطافه، وتحتوي البطاقة على بعض البيانات الخاصة بالمفقود. **كاسمه ولقبه وتاريخ ميلاده،** ويتم ذكر موضوع وتاريخ المحضر والجهة المرسلة إليها مع تبيان طالب تحرير هذه البطاقة والغرض من هذا الطلب لتنتهي هذه الوثيقة بتوقيع محررها.

---

[1]- قانون رقم 08-09المؤرخ في 23 أفريل 2008، ج ر، عدد 21، المرجع السابق، ص4.

[2]- حسين فريجة، المرجع السابق، ص17.

[3]- قانون رقم 08-09المؤرخ في 23 أفريل 2008، ج ر، عدد 21، ص4.

-**إيداع نموذج عن بطاقة معاينة:** إضافة إلى هذه الوثائق الرسمية لا يمكن إنكار الدور الرئيس الذي تلعبه شهادة الشهود في إثبات واقعة الفقدان، وشهادة الشهود كوسيلة للإثبات القضائي هي إخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص آخر، وإثبات حالة الفقدان تعتبر من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود، بعد أن يدلي الشاهد بشهادته تدون هذه الشهادة في محضر بديل بتوقيع الشاهد فإذا امتنع أو كان له عذر في ذلك أشار له في المحضر[1].

الفرع الثاني: إجراءات دعوى الفقدان في القوانين الاستثنائية:

عالج المشرع الجزائري الحالات الاستثنائية بنصوص خاصة ذلك لأن الامر استدعى التعجيل ولأن الوفاة أكثر ترجيحا في هذه الحالات نوضحها كما يلي:

أولا-بالنسبة لمفقودي فيضانات 10نوفمبر 2001م: نصت المادة 02 من الأمر 03/02 في فقرتها الثانية على أنه (تُعد 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.)[2]

ولكن يطرح التساؤل حول تاريخ بداية مدة الأربعة أشهر الممنوحة للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد خلالها؟ فحسب نص المادة ينبغي تسليم محضر الفقد لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة، وبما أن هذه الأخيرة وقعت في 10مارس 2001م فهل هذا يعني أن كل المحاضر ينبغي أن تكون قد سلمت بتاريخ 10 مارس 2002م، أي فقط 10 أيام بعد صدور الأمر في الجريدة الرسمية.

---

[1]- أحكام المفقود والغائب وفق التشريع الجزائري، موقع الدراسة الجزائري، التعليم الجزائري، حقوق، http://eddirasa دخول بتاريخ: 2021/05/23.

[2]-الأمر 03/02 مؤرخ في 23فبراير 2002م يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10نوفمبر 2001م، الجريدة الرسمية، عدد15.

إن التقيد بهذا الأجل غير ممكن من الناحية العملية، وكان من الأجدر جعل بداية المدة موافقة لتاريخ إخطار الشرطة القضائية من طرف من يحق لهم طلب الحكم بالوفاة.[1]

ثانيا-بالنسبة لزلزال بومرداس: نصت المادة 02 من القانون 06/03 على أنه (تُعد 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.)[2]

ويكون لهذه المحاضر حجية مطلقة إذ تحل محل الحكم القضائي فلا تسقط حجيتها إلا بالطعن فيها بالتزوير، ثم تسلم المحاضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة، ويمكن بعد ذلك رفع دعوى للحكم بوفاة المفقود.

ثالثا -بالنسبة لميثاق السلم والمصالحة الوطنية:

جاء الأمر رقم 06/01 في الظرف الخاص الذي مرت به الجزائر، وطرح استثناءات على القواعد المقررة في قانون الأسرة فيما يتعلق بالإجراءات والمواعيد، فاستبعد شرط صدور حكم قضائي لإثبات الفقدان وأيضا انتظار مهلة أربع سنوات للحكم بالوفاة واكتفى باعتبار الشخص مفقودا، وجب محضر معاينة تعده الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى.

1-محضر معاينة الفقدان: أكد المشرع الجزائري أن صفة ضحية المأساة الوطنية لا تترتب إلا بعد معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى، حيث نصت المادة 27 من الأمر 06/01 في فقرتها الثانية على أنه: (تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث بدون جدوى.)[3]

---

[1]-عبد المجيد زعلان، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10نوفمبر 2001م، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج7، 3، الديوان الوطني للأشغال التربوية رقم 04 1999م سنة 2002م، ص201.

[2]-قانون رقم06/03 مؤرخ في 14يونيو 2003م يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21مايو 2003م، الجريدة الرسمية، عدد37، صادر بتاريخ 18فبراير 2002م، ص26.

[3]-أمر رقم 06/01 يتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد11، صادر بتاريخ 28فبراير 2006م، ص6.

كما نصت المادة02 من المرسوم الرئاسي 93/06على أنه: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق، وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث التي قامت بها.)[1]

2-أصحاب الحق في استلام المحضر من الضبطية: يسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص آخر ذي مصلحة في ذلك، وهذا بناءا على ما ورد في المادة 9 فقرة 02 من الأمر 06/ 93ويعتبر من ذوي الحقوق: الأزواج، أبناء الضحية مهما كان سنهم، المصابون بعجز أو مرض مزمن في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور، البنات بلا دخل اللائي كان يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه، الأطفال المكفولين وأصول الهالك وكل شخص ذي مصلحة.[2]

3-الفترة المحددة لتسليم محضر معاينة: نصت الفقرة الثانية من المادة 30 من الأمر 06/01 على أنه: (يجب على الشرطة القضائية تسليم محضر المعاينة لفقدان الشخص إلى ذوي حقوق المفقود أو أي شخص ذي مصلحة في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداءا من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية أي خلال الفترة من أول مارس 2006م إلى آخر فيفري 2007م.)[3]

الفـرع الثـالـث: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في قانون الأسرة الجزائري.

بعد صدور الحكم بالفقدان مع استمرارية البحث عن المفقود، وفي حالة عدم ظهوره بعد مرور مدة محددة يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته، ولا يمكن إصدار حكم بالفقدان والموت في آن واحد، لأن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة.[4]

---

[1]-المرسوم الرئاسي 93/06 المؤرخ في 28فبراير سنة 2006م، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد11، سنة 2006م، ص8.

[2]-المرسوم الرئاسي 93/06، المرجع السابق، ص6.

[3]- أمر رقم 06/01، ج ر، عدد 11، صادر بتاريخ 28 فبراير 2006م، المرجع نفسه، ص6.

[4]-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1995/05/02م، ملف رقم 118621، مجلة قضائية، عدد02، سنة 1995م، ص101.

ولذلك وفي هذه الحالة يمكن لمن تثبت له الصفة أن يرفع دعوى أمام القضاء ليطلب حكما بوفاة المفقود ويستلزم ذلك إجراءات خاصة وذلك بداية من بيان الأشخاص الذين لهم الحق في رفع الدعوى ثم الاختصاص النوعي والإقليمي.

أولا-أطــراف الدعوى: خول القانون الجزائري رفع دعوى إثبات وفاة الشخص المفقود لنفس الأطراف التي لها حق رفع دعوى الفقدان وهذا ما جاء في المادة 114 ق أ، ولم تشترط المادة أن تُرفع دعوى الحكم بموت المفقود من نفس الشخص الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان، بل أعطت الصفة في هذه الدعوى للورثة ولكل من له مصلحة والنيابة العامة.

وتنص المادة 89 من قانون الحالة المدنية: (يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر وخارج الجزائر بناءا على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين.)[1]

كما يمكن لوزير المالية عقب انقضاء آجال التحري والانتظار أن يطلب حكم يثبت موت المفقود، وهذا بناءا على الفقرة الثانية من المادة 177 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12: (يمكن لوزير المالية عقب انقضاء آجال التحري والانتظار التي يحددها القاضي طبقا للقانون أن يطلب منه حكم يثبت موت المفقود، وحينئذ تفتح التركة طبقا للتشريع المعمول به مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون في حالة ما إذا رجع المفقود أو ظهر حيا.)[2]

ثانيا-الاختصاص النوعي والإقليمي:

1-الاختصاص النوعي: هناك من يرى أن هذه الدعوى ترفع أمام قسم شؤون الأسرة لأن مسالة الحكم بوفاة المفقود هي من مسائل الأحوال الشخصية وذلك لكونها تتعلق بإنهاء شخصية المفقود وما يترتب عنه من آثار، بينما يرى آخرون أن إثبات وفاة المفقود يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب من وكيل الجمهورية أو الأطراف التي يراها لازمة وضرورية لإثبات حالة الفقدان النهائي والحكم بالوفاة قضائيا.

[1]-أمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970م، يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، مؤرخ في 19 فبراير 1970م، ص282.

[2]-المرسوم التنفيذي رقم 427/12، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012م، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد69، 2012م، ص45.

وهذا ما قضت به المادة 89 من قانون الحالة المدنية، وكما تنص المادة 90 من نفس القانون بأنه : (عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة.)[1]

2-الاختصاص الإقليمي: حدد نص المادة 91 من قانون الحالة المدنية الجهة القضائية المختصة محليا بالنظر في دعوى الحكم بموت المفقود إذ جاء فيها: (يقدم الطلب إلى المحكمة مكان الولادة. إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتبارية، إذا لم يتوفر غير ذلك فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة. إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة فإلى محكمة مدينة الجزائر.)[2]

من خلال نص المادة نجد أن الاختصاص الإقليمي يتحدد بصفة الأشخاص المفقودين:

الأشخاص المفقودين المولودين في الجزائر: تختص بالنظر في الدعوى المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكان ولادة المفقود.

الأشخاص المفقودين من جنسية جزائرية ولدوا في الخارج وكذا الأجانب: إذا كان المفقود جزائري ولد في الخارج فإن الاختصاص بنظر دعواه يكون للمحكمة الموجود في دائرة اختصاصها مسكن المفقود أو محل إقامته المعتاد، فإن لم يتوفر ذلك تكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة وكذلك بالنسبة للشخص المفقود الأجنبي فلا يقبل طلب الحكم بوفاته إلا إذا ثبت فقدانه في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية، فيقدم طلب الحكم بالوفاة إلى المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها مسكن أو محل إقامة المفقود الأجنبي، وإن لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف فيقدم إلى محكمة مدينة الجزائر.[3]

---

[1]-الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 19 فبراير 1970م، الجريدة الرسمية، عدد21، ص282.

[2]-الأمر رقم 20/70، المرجع السابق، ص282.

[3]-عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، سنة 1995م، ص181-182.

الفرع الرابع: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القوانين الاستثنائية

لقد تناول المشرع الجزائري الحالات الاستثنائية الخاصة بمفقودي زلزال بومرداس وفيضانات باب الواد، وضحايا المأساة الوطنية بإجراءات خاصة نذكرها كالآتي:

أولا-إجراءات الحكم بوفاة مفقودي الفيضانات والزلازل:

ترفع دعوى الحكم بوفاة المفقود بموجب أمر 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات 2001/11/10م، وبموجب قانون 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 2003/05/21م بنفس الشروط والإجراءات الخاصة برفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة التي تضمنتها القواعد العامة الواردة في قانون الحالة المدنية والإدارية فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي لهذه الدعوى.

يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى.[1]

ويمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد وتفصل المحكمة العليا في أجل لا يتعدى 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها.[2]

ثانيا-إجراءات الحكم بوفاة مفقودي ضحايا المأساة الوطنية

ترفع دعوى الحكم بوفاة مفقودي ضحايا المأساة الوطنية وفق نفس الشروط والإجراءات الخاصة برفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة.

والأطراف التي يحق لها رفع الدعوى هي نفس الأطراف التي خول لها قانون الأسرة الحق في رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود.[3]

---

[1]-هذا ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 02 من أمر 02-03، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي الفيضانات 2021/11/10.

[2]-هذا ما نصت عليه الفقرة 04 من المادة 02 من أمر 02-03، وقانون 03-06المتعلق بمفقودي الفيضانات والزلازل على التوالي.

[3]-جاء في نص المادة 114 من ق أ ج: يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة.

جاء في المادة 32 من الأمر 06-01: (يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناءا على طلب من أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص ابتداءا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى.)[1]

ويمكن أن يقبل الطعن في الحكم بالوفاة بالنسبة لمفقودي المأساة الوطنية بالنقض أمام المحكمة العليا خلال أجل لا يتجاوز شهرا واحدا من تاريخ النطق بالحكم، وعلى المحكمة العليا أن تفصل في أجل ستة أشهر من تاريخ الاخطار وهذا ما جاء في المادة 33 من الأمر 06-01 الخاص بالمأساة الوطنية.[2]

ونلاحظ أن هذا الأجل الذي منح للقضاء قصير جدا مقارنة بالقواعد العامة وكذلك مقارنة بالأجل الممنوح للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد.

ثالثا-المدة القانونية اللازمة للحكم بموت المفقود: تناول القانون الجزائري المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود من خلال الحالة التي فقد فيها والظروف إن كانت عادية، وهذا ما بينه قانون الأسرة وفق نصوص خاصة.

1: المدة التي يحكم بعد مرورها بوفاة المفقود في قانون الأسرة

انتهج قانون الأسرة الجزائري مسلكا مقاربا لرأي الحنابلة إذ نصت المادة 113 (على انه يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر الى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات)[3]على المدة التي تلزم القاضي للحكم بوفاة المفقود وهذا بحسب الحالة التي يفقد فيها سواء كانت غيبة تغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك.

---

[1]- الأمر رقم 01-06، ج ر، العدد 11، الصادر بتاريخ 28 فبراير 2006 م المتعلق بمفقودي المأساة الوطنية، المرجع السابق، ص8.

[2]- الأمر رقم 06/01، المرجع السابق، ص8.

[3]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الاسرة، ج ر، 27 فبراير 2005، ع15، ص 917

أ-المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة تغلب فيها السلامة

نصت المادة 113 من ق أ ج على ترك المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الحالة التي تغلب فيها السلامة لتقدير القاضي، أي أن هذا الأخير يفصل في هذه الدعوى ويحدد المدة تبعا لوقائع القضية، وظروف الفقدان وحالة المفقود في صحة أو مرض وتقدم في السن، فيقوم القاضي بالتثبت من أمر المفقود بكل الطرق وله أن يحكم بموته قبل انقضاء مدة أربع سنوات من الفقد، ذلك أنه حسب المادة 113 يجب التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف عادية لا في طابع هلاك، فالتقيد بها لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى.

ب-المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة يغلب عليها الهلاك

المفقود الذي يغلب عليه طابع الهلاك حسب القانون هو المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، فقد تكاد تجمع القوانين العربية على تقدير المدة التي يُنتظر فيها المفقود للحكم بوفاته هي أربع سنوات وهذا ما نصت عليه المادة 113 من ق أ ج.

ج-المدة التي يُحكم فيها بموت المفقود في القوانين الاستثنائية

اقتصرت القوانين الخاصة على آجال إعداد محاضر المعاينة بفقدان الأشخاص في أماكن وقوع الفيضانات والزلازل والمأساة الوطنية، وحددت هذه الآجال في نصوصها كما سبق الإشارة إليه في الجانب الاجرائي لها، وهذا ما لم تحدده بالنسبة لمدة الحكم بالوفاة وفقا لبعض هذه القوانين الصادرة في ظروف استثنائية.[1]

رابعا-طرق إثبات الفقدان:

إعمالا بنص المادة 31 من القانون المدني الجزائري التي تقضي على أنه:(تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي).[2]

[1]-شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 73-74.

[2]- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر ،1975 ج ر، عدد 78، ص 991.

وبالرجوع إلى نص المادة 114 منه والتي تقضي على أنه: (يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة).

من خلال نص المادة أعلاه يتضح أنه لإثبات حالة الفقد وجب تقديم طلب إما من أحد الورثة أو من له مصلحة أو من قبل النيابة العامة، حيث ترفع الدعوى من قبل أحد الأطراف وذلك وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية خاصة المواد 08-12-13-22-23-26-34-38-226-225 حيث ترفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة منه، تودع لدى كتابة ضبط المحكمة بقسم الأحوال الشخصية، يلتمس فيها المدعي الحكم بفقدان أو وفاة المدعى عليه مع تقديم وسائل الاثبات -إثبات حالة الفقد- كشهادة الشهود أو محضر إبلاغ الشرطة، على أن يثبت في المحضر تاريخ الفقد وظروفه بالتفصيل.[1]

هذا ولا يجوز للقاضي الحكم بوفاة المفقود إلا بعد مرور أربع سنوات على فقده طبقا لنص المادة 113 من ق إ ج (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.)

[1]- حسين فريجة، المرجع السابق، ص 17.

ملخص الفصل الأول:

في ختام هذا الفصل وبعد أن استعرضنا تعريف المفقود في المذاهب الفقهية والتي استوحى منها المشرع الجزائري تعريفه للمفقود، نصل إلى أن المفقود لا يخرج عن كونه الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من موته، ووفقا للقانون الجزائري لا يعتبر مفقودا إلا بحكم قضائي أو محضر صادر عن السلطة المختصة.

وقد ميز الفقه الإسلامي كما التشريع الجزائري بين المفقود والغائب فكل مفقود غائب والعكس غير صحيح، ويقسم الفقهاء المفقود إلى أقسام وفقا لحالات معينة، فهناك مفقود في حالات السلامة في أرض العدو أو أرض المسلمين، ومفقود في وقت الحرب سواء في قتال الأعداء أو في قتال بين المسلمين.

أما المشرع الجزائري فاكتفى بقسمين: مفقود في ظل ظروف يغلب عليها الهلاك، ومفقود في ظل ظروف تغلب عليها السلامة، وهناك قوانين خاصة بالحالات الاستثنائية.

هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم القاضي بالفقدان فمتى يحكم بذلك وما هي المدة لاعتبار الشخص مفقودا، ففرقوا بين مقدار مدة التعمير وبين أنواع المفقودين وعلى هذا يجب ارجاع الأمر للقاضي في تقدير المدة التي تختلف من حالة لأخرى، أما التشريع الجزائري فهناك عدة إجراءات يجب القيام بها لاستصدار حكم الفقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية وبعض القوانين الخاصة والاستثنائية، وقد حدد القانون كيفية رفع هذه الدعوى وأطرافها واختصاصها القضائي والإقليمي.

ونفس الشيء بالنسبة للإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في قانون الأسرة والقوانين الخاصة والاستثنائية كمفقودي الزلازل ومفقودي المأساة الوطنية.

الفصل الثاني:

الآثار المتعلقة بزوجة ومال المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

ويحتوي على ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الآثار المتعلقة بزوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بمال المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثالث: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

بعد صدور الحكم بالفقد تترتب عليه آثار عديدة، منها ما يتعلق بالزوجة وإمكانية طلبها لفك الرابطة الزوجية ومدة التربص والعدة، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول بينما نتطرق في المبحث الثاني للآثار التي تتعلق بمال المفقود وكيفية التصرف فيه، وتحديد المكلف بالمحافظة عليه وتسييره، وكذلك بيان النفقات الواجبة من ماله في حق الزوجة والأقارب.

وفي حالة عودة المفقود حيا بعد الحكم بوفاته ماهي الآثار المترتبة بالنسبة لزوجته ولماله وهو ما سنتناول توضيحه في المبحث الثالث.

المبحث الأول: الآثار المتعلقة بزوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إذا غاب الزوج وانقطعت أخباره هل تملك الزوجة الحق في طلب الطلاق من القاضي، أم أنها ملزمة بالصبر؟ ولا يحق لها طلب الفرقة بأية حال إلا إذا ثبتت وفاته بالدليل؟ ثم ما هي المدة التي يتوجب على زوجة المفقود أن تمكثها حال طلب الفرقة وحال الحكم بالوفاة؟

سنحاول الإجابة على هذه المسائل في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، نتناول في الأول مسألة طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد، بينما نخصص المطلب الثاني للحديث عن مسألة العدة منتهجين أسلوب المقارنة بين ما ورد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد في الفقه الإسلامي.

سنعرض آراء الفقهاء المختلفة ونبين أدلتهم التي استندوا إليها ثم نتطرق لنوع الفرقة بسبب الفقد:

أولا: آراء الفقهاء في التفريق بسبب الفقد.

اختلف الفقهاء في ثبوت حق التفريق للزوجة إلى قولين ويرجع سبب اختلافهم إلى:

"معارضة استصحاب الحال للقياس، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك، وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنّة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين"[1]

1-القول الأول: لا يفرق بين المفقود وزوجته ولا ينحل عقد الزواج حتى يثبت الطلاق أو موته بيقين أو يحكم القاضي بموته بعد مضي المدة المحددة، وهو قول الحنفية والشافعية الجديد.

-قال الحنفية: "أن امرأة المفقود لا تبين منه فتتزوج من آخر فهي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه".[2]

-وقال الشافعية: "...ومن غاب لسفر أو غيره وانقطع خبره ليس لزوجته نكاح حتى يتبين موته أو طلاقه....لأن الأصل بقاءه على قيد الحياة".[3]

أدلتهم: استدل هذا الفريق على عدم التفريق بين المفقود وزوجته بسبب الفقد حتى يثبت موته أو طلاقه بما يلي:

أ- حديث المغيرة بن شعبة* أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان".[4]

ب-ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال في امرأة المفقود: "هي امرأة ابتليت فلتصبر فلا تنكح

---

[1]-ابن رشد: محمد بن أحمد القرطبي (ت: 595 هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط7، 1405هـ-1985، ج2، ص52.

[2]-السرخسي شمس الدين، المبسوط، المرجع السابق، ص25.

[3]-الرملي شمس الدين: (ت100هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2002-1434هـ، ج7، ص147-148.

*- المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي، أسلم قبل الحديبية حدث عن النبي شهد اليمامة وفتوح الشام، توفي سنة 50هـ، ينظر الإصابة لابن حجر، ج6، ص197.

[4]-أخرجه الدارقطني (ت885) في سننه، كتاب النكاح باب المهر، رقم الحديث: 255، تحقيق أحمد عبد الموجود وعلي عوض، دار المعرفة، لبنان، ط1، 1422هـ-2001م، ج3، ص242.

حتى يأتيها يقين موته"،[1] ووافقه ابن مسعود أنها تنتظره أبدا،[2] ووجه الدلالة من الأحاديث السابقة قوله:" حتى يأتيها البيان"، "أو يقين موته"، فزوجة المفقود عند أصحاب هذا القول تبقى في عصمته ولا يفرق بينهما إلا إذا ثبت موته أو طلاقه.

ج ـ واستدلوا بالقياس فقاسوا ذلك على الزوجة المفقودة فليس للحاكم أن يحكم بموتها لأجل إباحة أختها لزوجها.

د ـ كما استدلوا بالمعقول: فعقد النكاح بين المفقود وزوجته ثابت بيقين استصحاب الحال والغيبة لا توجب الفرقة، فالنكاح حق للمفقود وهو حي، وعدم الحكم بموته في حق ماله دون بينة يفيد عدم جواز ذلك في حق زوجته إذ ليس ثمة فارق.[3]

2-القول الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن تتربص زوجة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتتزوج، وهو قول المالكية والحنابلة، وقول الشافعية في القديم.

-وقد فرق المالكية بين من يفقد في أرض العدو في ظروف السلامة، جاء في بداية المجتهد: "فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته".[4] وبين من يفقد في أرض الإسلام في ظروف السلامة فقالوا: "تعتد بعد الأربع سنين عدة المتوفي عنها ويقولون إن جاء زوجها في عدتها أو بعد العدة مالم تنكح فهو أحق بها وإن نكحت بعد العدة فلا سبيل له عليها".[5]

-كما فرق الحنابلة بين من تكون غيبته ظاهرها السلامة فلا يحكم بموته قبل الأربع سنوات أو كما قيل قبل التسعين من يوم ولادته، وبين من تكون غيبته ظاهرها الهلاك فقالوا: "من تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع...أو ينكسر بهم مركب

---

[1]-أخرجه البيهقي (ت845هـ) في السنن الصغرى، كتاب الإيلاء- باب امرأة المفقود، رقم الحديث: 2830، تعليق عبد المعطي أمين قلدجي، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1410هـ-1989م، ج3، ص196.

[2]- أخرجة عبد الرزاق (ت، 211) في المصنف، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها رقم الحديث: 13098 تحقيق المركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، مصر، ط1، 1436هـ-2015م، ج6، ص54.

[3]-عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود، المرجع السابق، ص371-372.

[4]-ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص53.

[5]-مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص451.

فيغرق مع بعض رفقته...فذهبوا أن زوجته تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج".[1]

-وقال الشافعية في الرأي القديم: "لو تربصت بأمر الحاكم أربع سنين ثم اعتدت فأكملت أربعة أشهر وعشرا ونكحت".[2]

أدلة القول الثاني: استدلوا بما يلي:

أ- قوله تعالى:**(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)** [سورة البقرة: 231]، يستدل من الآية الكريمة أن في حبس الزوجة فيه إضرار لها.[3]

ب-ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل".[4]

ج- واستدلوا بإجماع الصحابة حيث حكم أمير المؤمنين عمر وغيره من الصحابة بتربص امرأة المفقود أربع سنين ثم تعتد ولم ينكر ذلك أحد منهم[5].

د- كما استدلوا بقياس الفقد بالعنّة* والإيلاء* في جواز الفسخ، فيجوز بغيبة المفقود من باب أولى لأنه جامع بين فقد الاستمتاع والعشرة والنفقة.

---

[1]-ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد: (ت، 620هـ-1223م)، المغني، تحقيق طه الزيني، مكتبة القاهرة، مصر (د، ط)، 1389هـ-1969م، ج8، ص131.

[2]-الشافعي محمد بن إدريس: (ت، 604)، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1422هـ-2002، ج6، ص609.

[3]-الطبري: محمد بن جرير (ت 310هـ)، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق عبد الله التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 1422هـ-2001م، ج4، ص179.

[4]-أخرجه مالك بن أنس في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في عدةالتي تفقد زوجها، رقم الحديث: 2132، مؤسسة زايد للأعمال الخيرية-الامارات العربية المتحدة، ط1، 1425هـ-2004م، ج2، ص828.

[5]- عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص373-374-378.

*العنة: بكسر العين عجز الزوج عن الوطء مشتقة عن الشيء إذا اعترض.

*الإيلاء: هو الحلف وفي الاصطلاح: اسم اليمين يمنع المرء نفسه عن وطء زوجته ينظر لسان العرب مادة آلا.

هـ- وقالوا عقلا لو كان المفقود حيا لظهر أمره وعرف خبره في هذه المدة بعد البحث والسؤال والأحكام تبنى على الظاهر[1].

الترجيح:

وتأسيسا على ما سبق فإن القول الأول أقرب إلى الواقع فلا يُفك عقد الزواج إلا بعد التحري عن موت المفقود، والتحري في عصرنا أصبح أسهل مع التقدم العلمي والتكنولوجي، وحتى الفريق الثاني اشترط غلبة ظن الهلاك حتى يحكم بموته وتبين زوجته منه وبأن المفقود أحق بامرأته من غيره، فلا بد من مراعاة الأحوال المختلفة لظروف الفقدان بحيث يتوجب أن يكون لكل حالة من حالات الفقد المختلفة حكم يناسبها ويتلاءم معها.

ثانيا: نوع الفرقة الواقعة بين المفقود وزوجته

لا يمكن أن توصف الفرقة بسبب فقد الزوج بأنها طلاق أو فسخ، لأنها أثر من الآثار المترتبة على الحكم بالوفاة ، وليست أصلا بنفسها ولذلك إذا أصدر القاضي حكما بموت المفقود واعتدت زوجته ثم ظهر الزوج حيا ولم تكن زوجته قد تزوجت بعد أو تزوجت ولم يدخل بها الثاني، فإنها تكون على زوجيتها للأول دون عقد جديد وليس ثمة خلاف يذكر للفقهاء في ذلك.[2]

واختلف الفقهاء ممن قالوا بالفرقة للغيبة في نوع الفرقة الحاصلة بينهما وهم المالكية والحنابلة، فيرى المالكية أنه لا فرق أن تكون الغيبة لعذر تطلب العلم أو بغير عذر فيطلب القاضي من الزوج الحضور لأخذ زوجته إليه بطلب منها، ويحدد له أجلا معينا فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما، ويكون التفريق هنا طلاقا بائنا لأن كل فرقة يوقعها القاضي هي طلاق بائن عدا فرقة الإيلاء وعدم الانفاق، أما عند الحنابلة فيعتبرون الفرقة من جهة الزوجة فسخا لا طلاقا، ولا تكون إلا بحكم القاضي وبطلب من الزوجة.[3]

---

[1]-عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص373-374-378.

[2]-عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص371-372.

[3]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط2، 1405هـ-1985م، ج9، ص78.

الفرع الثاني: طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد في قانون الأسرة الجزائري.

نصت م 112 من ق. أ. ج على أن: "لزوجة المفقود والغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وتنص المادة 53 من نفس القانون على حق الزوجة في طلب التطليق* للغياب كالآتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: .... منها ما جاء في الفقرة: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

ونصت المادة 113 ق. أ. ج على أنه: "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".

إن رأي المشرع بشأن فقد الحرب لا يختلف عن فقهاء المالكية في تقدير المدة المناسبة فيفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعدها يحق للزوجة طلب التطليق[1].

بناءا على ما ورد في هذه النصوص القانونية سنحاول التعرض في هذا الفرع إلى نقطتين هما: شروط التطليق للغياب وفقا للمادة 53 ق. أ. ج، ونوع الفرقة الواقعة للغيبة.

أولا: شروط التطليق للغياب وفقا ل م 53 من ق. أ. ج.

يظهر من خلال الفقرة 5 من نص المادة 53 أن المشرع اشترط ثلاثة شروط أساسية لتمكين الزوجة من طلب التطليق في حالة غياب الزوج تتمثل فيما يلي:

أ- أن يمر على غياب الزوج سنة كاملة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.

ب_ أن يكون دون عذر مقبول، فإذا غاب الزوج لعذر يراه القاضي مقبولا فإن الزوجة لا تجاب لدعوى التطليق حتى وإن دامت الغيبة أكثر من سنة.

*هو فك الرابطة الزوجية بإرادة منفردة أو طلب الزوجة الطلاق من زوجها.

[1]-العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر (د، ط)، 2013، ص111-112.

ج- أن لا يترك لها الزوج مالا تنفق منه، فإذا غاب عنها لمدة سنة أو أكثر بدون عذر ولكن ترك لها مالا تنفق منه فإنها لن تجاب لدعوى التطليق لعدم توفر الشرط الأخير[1].

الغيبة المقصودة في هذه المادة هي إقامة الزوج في بلد آخر، أما إذا كان يقيم في نفس البلد فهذا يكون إهمالا ويدخل بالتالي في إطار الضرر الوارد في الفقرة 10 من نفس المادة[2]، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: ....10- كل ضرر معتبر شرعا.

وعبر عن ذلك قرار المحكمة العليا رقم: 222134 حيث جاء فيه: من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع[3].

فزوجة المفقود لو تضررت من غياب زوجها يمكنها أن ترفع دعوى التطليق في مدة سنة من فقده، وفي هذه الحال تكون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[4].

ثانيا: نوع الفرقة الواقعة للغيبة.

ذهب المشرع الجزائري وفق ما ورد في قانون الأسرة الجزائري إلى اعتبار الفرقة الواقعة بالتطليق للغيبة طلاقا بائنا[5]، حيث جاءت المادة 53 من ق. أ. ج لتقر حق المرأة في حل عقد الزواج إلا أنها وجهت لها انتقادات سواء في محتواها ككل أو في بعض عناصرها، ومن بين الانتقادات أنها جاءت بحالات على سبيل الحصر ذات طابع مقيد يؤثر على استخدام وسائل الاثبات، ويصعب على المرأة تقديم الدليل فيما تدعيه[6]، وقد ساوت المادة 112من ق. أ. ج بين زوجة المفقود والغائب في الحق في طلب الطلاق بناء على ما ورد في المادة 5/53 ق. أ. ج ،إلا أن المشرع في هذه المادة استبعد الضرر الناتج عن الغياب في حد ذاته الذي يتمثل في حاجات الزوجة النفسية والجسدية التي أخذ بها الفقه

---

[1]-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 1996، ص269.

[2]-آيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية-كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو سنة 2014، ص150.

[3]-قرار رقم: 222134 (غرفة الأحوال الشخصية) بتاريخ: 18-05-1991، المجلة القضائية عدد خاص 2001، ص126.

[4]-علال ياسين، عدة الزوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، الجزائر، العدد 40، 2017، ص351.

[5]- ينظر المادة 222 ق إ ج.

[6]-لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، دار هومة، ط1، 2004، ص97.

المالكي ، فكان عمر بن الخطاب يكتب لأمراء الجند بألا يمسكوا الجند عن زوجاتهم مدة لا تزيد عن ستة أشهر، واكتفى المشرع بضرر عدم الاتفاق الذي سبق ذكره في الفقرة الأولى من نفس المادة.

المطلب الثاني: عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

من بين الآثار المترتبة على حكم القاضي بموت المفقود اعتداد زوجته، وسنحاول الحديث في هذا المطلب على عدة زوجة المفقود من الناحية الشرعية، ثم من الناحية القانونية.

الفرع الأول: عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي.

قبل الكلام عن مدة العدة التي تتربصها زوجة المفقود سنحاول الكلام عن المدة التي تنتظرها قبل الحكم بموت زوجها المفقود.

أولا: مدة التربص قبل الحكم بموت المفقود.

تتربص زوجة المفقود أربعة أعوام قبل أن يحكم بموت زوجها وحصولها على الفرقة، وخص المالكية ذلك فيمن فقد في أرض الإسلام في ظروف السلامة وأحد أقوالهم فيمن فقد في أرض العدو زمن السلم أو زمن الحرب ،وهو رأي الشافعية في القول القديم ،وهو المعتمد عند الحنابلة في المفقود في ظروف الهلاك، واستدلوا بالآثار الواردة في ذلك عن عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة، أن امرأة المفقود تتربص أربع سنين، عن سعيد ابن المسيب أن عمر وعثمان قضيا بذلك ، وعن ابن عمر وابن عباس قالا: تنتظر امرأة المفقود أربع سنين وثبت أيضا عن عثمان وابن مسعود[1].

أما المفقود في زمن الفتن واقتتال المسلمين فيما بينهم عند المالكية و أحد أقوالهم فيمن فقد في اقتتال المسلمين مع العدو فحددت مدة التربص بعام واحد وذلك لغلبة هلاكه[2].

ودليلهم في ذلك الأثر الوارد عن سعيد بن المسيب أنه قال: "إذا فقد في الصف تربصت امرأته سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع سنين"[3].

---

[1]–أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله، رقم الحديث 431/9 فتح الباري لابن حجر العسقلاني (ت 852هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعادل مرشد، دار الرسالة العالمية، ط1، 1434هـ–2013م، ج16، ص192.

[2]–عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص383.

[3]–أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله، رقم الحديث 430/9، فتح الباري لابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج16، ص190.

ـ بداية مدة التربص.

هذا وقد اختلف الفقهاء في بداية مدة تربص الزوجة، هل تبدأها من التاريخ الذي رفعت فيه أمرها إلى القاضي أم من وقت انقطاع خبره وذلك على قولين:

القول الأول: تبدأ مدة التربص من يوم الغيبة وانقطاع الخبر وهو قول الشافعية والحنابلة:

– قال الشافعية: "تتربص أربع سنين من حين فقده ثم تعتد لوفاة وتنكح"[1].

–وقال الحنابلة: "يكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره فلو مضت المدة والعدة تزوجت"[2].

واستدل هذا الفريق بالأثر حيث قضى عمر بن الخطاب لامرأة فقدت زوجها منذ ثلاثة أعوام بأن تبدأ من تاريخ الفقد، وإلا لاستأنف لها أجلا جديدا يبدأ من يوم ذهابها إليه، كما استدلوا بالقياس على مدة الإيلاء التي تبدأ من تاريخ حلف الزوج ولا تحتاج في بدايتها إلى حكم قضائي[3].

القول الثاني: تبدأ مدة التربص من اليوم الذي يأمر القاضي فيه زوجة المفقود بالتربص وهو قول المالكية ورواية الحنابلة[4] والشافعية[5].

–قال المالكية: "إن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه ضرب لها تلك الساعة أربع سنين"[6].

وفي رأي آخر لهم: "ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ووالي الماء وإلا فلجماعة المسلمين، فيؤجل أربع سنين إن دامت نفقتها من حين العجز عن خبره"[7]، فقد فصل المالكية في هذا الأمر، فحددوا المعتمد من المذهب بداية مدة العجز عن معرفة خبر المفقود بعد انتهاء البحث والتحري بمختلف الطرق الممكنة، أي أن مدة البحث والتحري لا تدخل ضمن الأجل الذي يضرب للزوجة، وفي قولهم

---

[1]–الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص148.

[2]–البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج5، ص422.

[3]–عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص386–387.

[4]–ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص108.

[5]–الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص148.

[6]–مالك ابن أنس، المدونة، المرجع السابق، ج3، ص450.

[7]–الزرقاني، شروح الزرقاني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج4، ص375–376.

الثاني ذهبوا إلى أن المدة تبدأ من اليوم الذي ترفع فيه الزوجة أمرها إلى القاضي وتدخل مدة البحث ضمنا في مدة التربص.

واستدل القائلون بهذا الرأي بما حكم به عمر بن الخطاب في المرأة التي فقدت زوجها فمكثت أربع سنين ثم رفعت أمرها إليه فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه[1].

الترجيح بين القولين:

يمكن أن نفرق بين القولين إذا نظرنا إلى أن الأربع سنين تعبدية وأنها تقدير من الشرع اعتمادا للغالب ففي هذه الحالة يقوى على أنها تتوقف على حكم القاضي، وأما إذا نظرنا إليها أنها اجتهادية وفيها معنى التعليل ففي هذه الحالة العلة موجودة منذ الفقد ومنذ انقطاع الخبر فيقوى القول الأول على الثاني في أنها معللة، لأنه إذا انقطع خبره في هذه الحالة حصل الضرر لها فتبدأ الحساب من ذلك الوقت[2].

وعليه يمكننا القول إن حساب مدة التربص يخضع لتقدير كل حالة على حدا ونستشف ذلك من خلال حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حالتين مختلفتين بحكمين مختلفين.

ثانيا: مدة التربص بعد الحكم بموت المفقود:

ونعني بها هنا مدة العدة التي تعتدها زوجة المفقود، أي الفترة التي تنتظرها الزوجة بعد إصدار القاضي حكم الوفاة في حق زوجها المفقود ، فبعد تربص الأربع سنوات أو بعد أن يمر من الزمن ما لا يعيش في مثله المفقود تعتد الزوجة عدة المتوفي عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرا ،دل على ذلك قوله تعالى:(**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)** [سورة البقرة:234].[3]

ويستتبع ذلك إن كانت حاملا فعدتها وضع حملها لقوله تعالى :**(وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)** [سورة الطلاق: 4].

---

[1]–عبد المنعم فارس سقا، المرجع نفسه، ص387.

[2] –الشنقيطي محمد بن محمد المختار، شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، الرئاسة العامة للبحوث الاسلامية، الرياض، ط1: 1428هـ–2007م، ج12، ص328.

[3]–إيمان محمد المهد الأطروني، أحكام زوجة المفقود، أطروحة دكتوراه، مصر (د، ط)، (د، ت)، ص682.

الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري

يرتب الموت الحقيقي أثره بالنسبة للزوجة فتبدأ عدتها من تاريخ الوفاة أما عدة زوجة المفقود، فنميز فيها بين حالتين:

- حالة طلبها للتطليق للغيبة وبعد الحكم بالفقد.
- حالة انتظارها صدور حكم قضائي بموت زوجها.

أولا: طلبها للتطليق للغيبة.

لقد منح قانون الأسرة الجزائري لزوجة المفقود الحق في أن تطلب التطليق بعد صدور حكم قضائي بفقده، مع توفر شروط الغيبة لسنة بدون عذر وعدم ترك نفقة لها، فإن تضررت ولم تشأ التريث لاستبانة مصير زوجها فيمكنها أن تتقدم إلى القضاء لطلب التطليق، وبعد الحكم به تعتد عدة طلاق بثلاثة قروء من تاريخ الحكم إن كانت غير حامل أو بثلاثة أشهر إن كانت يائسا من المحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملا، وتحل بعد ذلك للزواج[1].

ثانيا: حالة انتظارها صدور حكم قضائي بوفاة المفقود.

نص المشرع الجزائري في م 59 من ق. أ. ج على أنه: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقد".

فالزوجة المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ويبدأ حساب هذه المدة من تاريخ الوفاة، بينما عدة زوجة المفقود تحتسب من تاريخ صدور الحكم بفقده، فهنا وقع المشرع الجزائري في خطأ بالنسبة لبداية حساب العدة، لأن المادة أوردت حساب مدة العدة يبدأ من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، فكان على المشرع أن يذكر أن مدة العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالوفاة لأن الحكم بالفقدان لا يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، والمفقود يظل حيا طيلة الفترة ما بين صدور الحكم بالفقدان وصدور الحكم بالموت ولا يعتبر ميتا إلا بصدور حكم قضائي[2].

---

[1]–علال ياسين، عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص354.

[2]–عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 1995، ص288.

إن بدء سريان مدة العدة من تاريخ الحكم بالفقدان يتعارض ونصوص تقنين الأسرة التي تعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بوفاته، ولإزالة التناقض المذكور ينبغي ألا تتزوج زوجة المفقود قبل صدور الحكم بموته ،وبعد الحكم بذلك –أي موت المفقود– تكون عدة الزوجة قد انقضت[1].

ومن سياق المادة السابقة نجد المشرع تحدث عن المتوفى عنها زوجها وكذا زوجة المفقود، ومن المؤكد أنه يقصد المحكوم عليه بالوفاة وليس المفقود الذي مازال يعتبر حيا، فكيف يعتبر حيا بالنسبة لأمواله، ميتا بالنسبة لزوجته، فالمشرع وقع في خطأ مادي وموجود كذلك في النص الفرنسي والغريب في الأمر أنه لم يصحح في التعديل الأخير لقانون الأسرة[2]، إلا أن هناك من يعتبر هذا التناقض ظاهري فقط، لأن احتساب العدة من تاريخ الحكم بالفقد يتماشى مع الحكمة من عدة الوفاة وهي الحرص على عدم اختلاط الأنساب والتي تكون قد تحققت من تاريخ فقده إلى تاريخ الحكم بوفاته[3].

وحتى وإن وفقنا بين نص المادة 59 ق. أ. ج وبقية أحكام المفقود المنصوص عليها في قانون الأسرة بعدم زواج امرأة المفقود قبل صدور حكم الوفاة فالإشكال يبقى قائما، فقانون الأسرة يعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بموته والأصل أن العدة لا تبدأ إلا بعد صدوره، وفي ظل هذا التناقض بين النصوص القانونية خصوصا م: 113 التي تعتبر المفقود حيا وكذا م 115 والمادة 127، نرى ضرورة تعديل نص المادة 59 واستبدال كلمة "فقده " الواردة فيها "بموته" وذلك لتحقيق الانسجام بين النصوص المنظمة لأحكام المفقود في ق. أ. ج[4].

المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بمال المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يعتبر الفقهاء المفقود حيا بالنسبة لأمواله مدة فقده واستصحابا منهم لحال الحياة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على هلاكه، أو يصدر حكم قضائي بوفاته، وهذا ما نص عليه ق. أ. ج (م 115)، فإذا حصل ذلك فإنه تترتب عليه آثار تتعلق بمال المفقود نوضحها من خلال مطلبين خصصنا الأول للميراث والثاني للنفقات.

---

[1]–محمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر (د، ط)، 2011، ص343.

[2]–آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، المرجع السابق، ص170.

[3]–محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص343.

[4]–علال ياسين، عدة زوجة المفقود، مرجع سابق، ص362–364.

المطلب الأول: ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

يعتبر المفقود في مدة الفقد حيا كما رأينا مما يوجب اكتساب حقوق معينة، كحق الإرث من الغير أو اكتساب الغير هذه الحقوق منه:

الفرع الأول: حصر أموال المفقود وتعيين مقدم عليها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

علما أن المفقود يعتبر حيا سواء في الشرع أو القانون استصحابا لثبوت حياته قبل الفقد، ويترتب على ذلك الحفاظ على أمواله والنظر كذلك فيما يترتب على هذا الحفاظ من تعطيل ربما لمصالحه ومصالح غيره، ويتطلب ذلك إجراءات معينة نذكرها كالآتي:

أولا: حصر أموال المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

إذا لم يكن للمفقود وكيلا فإن القاضي هو الذي يدير هذه الأموال ويحافظ عليها وهذا ما اتفق عليه الفقه والقانون.

1-في الفقه الإسلامي: يرى الفقهاء أن على السلطان أن ينظر فيما خلفه المفقود من رباع* وأموال ومتاجر وديون وقراض وودائع وعوار* فإن كانت مما تصلح للكراء أكراها ،وإن كان فيها شيء يحتاج إلى إصلاح ولا يبقى على انهدامه أصلح له[1].

وقوله ينظر السلطان فيما يخلفه المفقود، دلالة على أنه بعد الحكم بالفقد يحصر أمواله ويقوم برعايتها.

3-**في قانون الأسرة الجزائري:** لقد أناط المشرع الجزائري قيام المركز القانوني للمفقود بوجوب

صدور حكم قضائي يقضي بالفقد والذي يتضمن حصر أمواله تطبيقا لنص المادة 111 من ق. أ. ج التي تنص على أنه: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود..."، ونلاحظ من خلال نص المادة أنها تخول للقاضي السلطة في حصر أموال المفقود، لكن بالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد القاضي يصدر حكما تمهيديا بتعيين موثق لحصر هذه الأموال.

---

*رباع: مفرده ربع: المنزل والدار، ابن منظور، لسان العرب، ج8، ص102.

*عوار: مفرد عارية ما يعطى بشرط أن يعاد يجب أن ترد العارية إلى صاحبها، معجم اللغة العربية المعاصرة، ص1575.

[1]-اللخمي: أبو حسن بن محمد اللخمي (ت 478هـ)، التبصرة، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيلويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط2، 2012، ج4، ص2245.

ثانيا: تعيين المقدم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

إن ما يترتب على الحكم بفقدان الشخص هو تعيين مقدم، وهو من يعينه القاضي في حالة عدم وجود ولي أو وصي، ليتولى شؤونه الشخصية والمالية، وفق القواعد الموجودة في قانون الأسرة (النيابة الشرعية)، ونجد أن الفقهاء وكذا المشرع الجزائري مجمعون على أن النيابة الشرعية على النفس والمال تكون للأقارب لأنهم الأقرب للمفقود وأكثر رعاية لمصالحه ومصالح أولاده، ثم القاضي ولي من لا ولي له.

1-النائب الشرعي عن المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

ولقد تناول الفقهاء مسألة رعاية شؤون الغائب كالآتي:

أ – في الفقه الإسلامي:

*-**المذهب الحنفي:** ذهب الحنفية في بيان ما يضع بماله بعولتهم: "فالذي يضع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ، لأنه مال لا حافظ له"[1].

*-**المذهب المالكي:** قال المالكية: "ينظر السلطان فيما يخلفه المفقود من رباع وأموال ومتاجر وديون وقراض وودائع وعوار"[2]، والمقصود أن السلطان يَخْلف المفقود في تسيير أمواله لحفظها.

*-**المذهب الشافعي:** تكون الولاية على المال عند الشافعية بعد الأب للجد ثم لمن يوصي إليه الموجود منهما ثم للقاضي ووصيه، فالشافعية قدموا الجد على وصي الأب لاعتبارهم الجد كالأب في جميع الأحكام[3]، ويرى الشافعية أن الغائب ومثله المفقود بطبيعة الحال ينظر في ماله الحاكم بواسطة القاضي ولكنهم شرطوا ذلك بأن لا يكون هذا الغائب قد ترك نائبا عنه.

*-**المذهب الحنبلي:** الولي عند الحنابلة هو: الأب إن وجد فإن لم يكن الأب فالوصي الذي أوصى إليه الأب بأولاده لأنه نائب الأب، وسواء كان وصيا بجُعل (أي مقابل المال) أو بغير جعل، ويجوز

---

[1]-الكسائي: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي (ت 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج8، ص314.

[2]-اللخمي: المرجع السابق، ص3345.

[3]-العمراني الشافعي: أبو الحسن يحي بن أبي الخير بن سالم اليمني، (ت 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2000، ج6، ص207.

أن يكون وصيا بجُعل مع وجود متبرع لأن الأب أعلم بما يصلح به حال ولده، ولا يكون غير هؤلاء وليا ولا وصيا في المال، فالجد والأم وسائر العصبات لا ولاية لهم، لكن يجوز أن يوصي الأب لمن شاء من هؤلاء أو من غيرهم فإن لم يوجد أب ولا وصي من قبله فالولاية للقاضي[1].

ب – في قانون الأسرة الجزائري:

وفي هذا المجال نجد المشرع الجزائري تناول أصحاب الحق في الولاية على المال في المادة 81 من ق. أ. ج والتي جاء فيها: "كل من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو لجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

حددت هذه المادة بوضوح صفة النائب الشرعي في مسائل الولاية على المال بأنه إما ولي أو وصي أو مقدم.

أما الوصي حسب المادة 92 من نفس القانون هو الشخص الذي يعينه الأب أو الجد حين انعدام الأم أو عجزها، والمقدم هو من يعينه القاضي حسب المادة 99 من نفس القانون في حالة عدم وجود ولي أو وصي. "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو عن النيابة العامة".

هذا وقد اتجه قانون الأسرة إلى أن فقدان الأهلية أو نقصها يقتضي تعيين المحكمة مقدّما كما هو وارد في المادة 99 من ق أ ج، ويقوم المقدّم المعيّن بما يقوم به الوصي ويخضع لنفس أحكامه، وهذا ما نصت عليه المادة 100من ق أ ج إذ جاء فيها "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

2-الشروط العامة في من يتولى النيابة الشرعية وسلطته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

ذكرنا سالفا أن المقدم هو من يعينه القاضي ويفوض له السلطة على القاصر والمحجور عليه إذا لم يوجد ولي ولا وصي ينوب عنهما، حيث يتولى المقدم حفظ أموال المفقود، ويشترط فيه نفس الشروط المطلوبة في الوصي، والتي بيانها فيما يلي:

[1]-محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلي في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط1، 1997، ج2، ص200.

يشترط في الولي ومثله الوصي في الفقه الإسلامي الرشد والعدالة، ولو ظاهرا فلا يحتاج القاضي من يعدل لديه الأب أو وصيه من أجل ثبوت ولايتهما[1]، وللقاضي أن يعزل الوصي إذا كان فاسقا غير مأمون على التركة أو كان ثقة لكنه ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه[2]، ويشترط في الوصي أيضا التكليف والإسلام والعدالة والكفاية والهداية في التصرف، فلا يجوز أن يوصى إلى صبي أو ضعيف أو معتوه ،ولا تجوز إلى ذمي ولا إلى حربي أي أن يكون مستأمنا[3]، أما من الناحية القانونية فقد نصت المادة 93 من ق أ ج أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"، وعليه فإن الشروط الواجب توافرها في المقدم هي:

أ –**أن يكون مسلما:** وذلك لما يكون المفقود مسلما لأن التقديم ولاية وهي ممنوعة من غير المسلم على المسلم لقوله تعالى:(**وَالمُؤمِنونَ وَالمُؤمِناتُ بَعضُهُم أَولِياءُ بَعضٍ يَأمُرونَ بِالمَعروفِ وَيَنهَونَ عَنِ المُنكَرِ)** [سورة التوبة:71].

ب –أن يكون عاقلا: فلا يجوز لمن اعتراه عارض من عوارض الأهلية لجنون أو عته أن يكون مقدما، وهذا ما نصت به المادة 40 من القانون المدني حيث نصت على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة"[4].

ج –أن يكون بالغا: فلا يجوز تعيين القاصر مقدما لأنه هو بنفسه يحتاج إلى من يقوم على شؤونه وهو ما أكدته المادة 469 من ق أ م و إ حيث تنص على ما يلي: "يجب في الحالتين أن يكون المقدم أصلا للقيام بشؤون القاصر..."[5].

---

[1]–محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ص 201.

[2]–السمرقندي: علاء الدين السمرقندي (ت 539هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ج3، ص218.

[3]–ابن عرفة: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي (ت 803هـ)، المختصر الفقهي، تحقيق حافظ عبد الرحمان، مؤسسة خلف أحمد للأعمال الخيرية، دبي، ط1، 2014، ج9، ص503.

[4]–المادة 40، الأمر رقم 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 20 يونيو – (ج ر العدد 40 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005) ص 992

[5]–المادة 469، قانون 08–09 الاجراءات المدنية والإدارية في 25 فبراير 2008، ج ر، العدد 21، ص34.

د –أن يكون قادرا: فلا بد للمقدم أن يكون على أداء المهام الموكلة إليه والمتمثلة في حفظ مال الغير وإدارته واستثماره فمتى عجز عن ذلك لمرض أو لسبب آخر لم يكن أهلا للتقديم وهو ما تؤكده المادة 469/ ق إ م و إ بنصها على ما يلي: "يجب في الحالتين أن يكون المقدم.... ويكون قادرا على حماية مصالحه".

هـ –أن يكون أمينا وحسن التصرف: وهذا يعني أن يكون المقدم الذي يختاره القاضي من بين الأشخاص الذين يشهد لهم بالأمانة والثقة وحسن التصرف لتضمن عدم تبديد أموال المفقود[1].

فلا يجوز تعيين من هم ليسوا أهلا للنيابة:

- كمن حكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والشرف أو الماسة بالنزاهة وأن يكون الحكم نهائيا مستنفذا طرق الطعن.
- من كان مشهودا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش
- من كان بينه أو أحد اصوله أو فروعه أو زوجته وبين المفقود نزاع قضائي، أو من كان بينه وبين المفقود أو بين عائلته خصومة، ، أما إذا اتضح أن النزاع القضائي أو الخصومة ليس من شأنه أن يعرض مصالح المفقود للخطر وتوافرت فيمن يرشح للقيمومة سائر شروط الصلاحية جاز تعيينه قيما[2].

فإذا توافرت هذه الشروط عين القاضي مقدما من بين أقارب المفقود أو أي شخص آخر يختاره وعادة ما يكون هو المدعي نفسه، وقد سارت التطبيقات القضائية في هذا الاتجاه ومن ذلك الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة المدية بتاريخ 1998/06/30 حيث جاءت فيه (لهذه الأسباب حكمت المحكمة... ثانيا: تعيين المدعية (الاسم واللقب) كمقدمة لتسيير أموال المفقود وتسلم ما آل إليه من ميراث أو تبرع أو هبات)[3].

---

[1]–نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013، ص110–111.

[2]–هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، المرجع السابق، ص155، 156.

[3]– الحكم الصادر عن محكمة المدية، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 1998/06/30، في القضية رقم 145 سنة 1998.

ما يلاحظ أن التطبيقات القضائية قد سارت في اتجاه تعيين المرأة مقدما، ذلك أنه لا يوجد في النصوص القانونية السالفة الذكر ما يمنع ذلك بحيث أنها لم تشترط الذكورة في الوصي وبالتالي في المقدم، وإذا ترك الشخص المفقود وكيلا قبل فقده وكانت الوكالة عامة ففي هذه الحالة يستطيع القاضي تعيينه مقدما إذا توافرت فيه الشروط القانونية ولم يعترض على ذلك الورثة وفي هذه الحالة ينتقل مركزه من مركز وكيل إلى مركز مقدم، هذا إذا تم تعيين المقدم بموجب حكم الفقد.[1]

وتجدر الإشارة في الأخير أن شروط المقدم هي شروط ابتداء وبقاء، أي يجب أن تتوفر فيه عند تعيينه وطوال فترة بقائه مقدما، فإذا اختلت كان ذلك سببا في انتهاء صلاحيته كمقدم وفق المادة 96 ق.أ.ج التي جاء فيها (تنتهي مهمة الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته... بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر)

الفرع الثاني: المفقود إما وارثا أو موروثا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

إن الإنسان في باب الميراث لا يخرج عن حالتين، إما أن يكون وارثا او مورثا، وكذلك المفقود يتردد بين أمرين أن يكون وارثا أو مورثا.

أولا: إرث الغير من المفقود.

1-في الفقه الإسلامي:

إن الفقهاء يعتبرون المفقود حيا بالنسبة لأمواله مدة فقده استصحابا لحال الحياة التي كان عليها حتى يثبت هلاكه، أو يصدر حكم قضائي بوفاته وخلال هذه الفترة لا يقسم ماله[2].

وقد أجمع الفقهاء المسلمون جميعا على أن أموال المفقود وحقوقه تبقى على ملكه حتى يتبين موته أو يقضي القاضي بموته استنادا إلى دليل معتبر، سواء فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك أم تغلب فيها السلامة ،وعليه فلا يُورث ماله لعدم تحقق شرط الميراث وهو موت المورث حقيقة أو حكما[3].

فيما يلي تفصيل آراء الفقهاء في هذه المسألة:

---

[1]- نوي عبد النور، المرجع السابق، ص112.

[2]- عزة عبد العزيز، أحكام التركات، دار هومة، الجزائر، ط1، 2009م، ص190.

[3]- هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص86.

أ-**عند الحنفية:** الأصل في المفقود عندهم أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى هذه العبارة أن تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة[1].

ب –عند المالكية: وقال مالك في المفقود، "ولا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته، أو يبلغ من الزمان مالا يحيا إلى مثله يقسم ميراثه من يوم يموت"[2].

ج –عند الشافعية: المفقود لا يرث ويوقف نصيبه في الميراث حتى تُتيقن وفاته، وهذا ما قاله الإمام الشافعي في كتابه "الأم" (لا يقسم ماله حتى يعام يقين وفاته)[3].

د –عند الحنابلة: ذكر الحنابلة أن الفقد أن تطلب الشيء فلا تجده والمراد به هنا من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، ولا يرثه إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله وهو عند تتمة المدة من التسعين أو الأربع على ما تقدم، ولا يرث من المفقود من مات من ورثته قبل ذلك أي الوقت الذي يقسم ماله فيه[4].

وعلى هذا فإن الحكم بموت المفقود بالنسبة لأمواله يعد منشئا للحق وليس كاشفا ، فيعتبر ميتا من وقت الحكم بوفاته إذا حكم بذلك بناءا على التحقيق والتحري وغلبة الظن في انتهاء المدة المقررة للوفاة، أو من الوقت الذي أسندت فيه الوفاة إذ حكم بموت المفقود بشهادة الشهود أو وثيقة رسمية[5].

---

[1]- الكاساني: علاء الدين أبي بكر بم مسعود الكاساني الحنفي (ت 587 ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج8، ص313.

[2]- المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص452.

[3]- المحاملي: ابي الحسن بن محمد بن أحمد الطيبي المحاملي الشافعي(ت415)، البيان في الفقه الشافعي، تحقيق عبد الكريم بن صيتان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، ط1، 1416ه، ص279.

[4]- البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ص639.

[5]- طحطاح علال، ‹ ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري›، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، ج3، سبتمبر 2018، ص44.

2-في قانون الأسرة الجزائري:

لقد نص ق.أ.ج في المادة 115 منه أنه: «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

ونستشف من خلال هذا النص القانوني أن المشرع الجزائري يربط مسالة الميراث بصدور حكم قضائي يقضي بوفاة المفقود فقبل صدور هذا الحكم لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله.

وإذا قارنا بين ما أقره الفقه الاسلامي وبين ما ذهب اليه المشرع الجزائري فإننا نلاحظ انهما اتفقا في مسألة ان المفقود لا تقسم أمواله الا بعد صدور الحكم بوفاته

ثانيا: إرث المفقود من الغير.

تطرقنا في المسألة السابقة إلى توريث المفقود لغيره إذا ثبتت الوفاة، وسنحاول في هذه المسألة الحديث عن توريث الغير للمفقود.

1-في الفقه الإسلامي:

إذا كنا نعلم بأن الميراث لا يبنى إلا على يقين، واليقين هذا غير متوفر في من فُقد حيث لا ندري ولا نستطيع الجزم والقطع بحياته أو وفاته فالمعنى هذا غير متوفر، وعلى هذا قيل بوقف نصيبه حتى يتبين أمره فيما بعد، هذا الموقف هو نتيجة استصحاب الحال فقط، أي استصحاب أنه كان حيا حين فقده، وتستمر هذه الحالة حتى يتبين حاله بحكم قضائي أو بينة واضحة، والمفقود لا يكون هو الوارث الوحيد لمن مات بل قد يكون معه ورثة آخرين[1].

وللفقهاء رأيان بالنسبة لإرث المفقود من غيره تبعا لاختلافهم في حجية الاستصحاب، فاتفق جمهور المالكية والشافعية والحنابلة على أن المفقود يرث من غيره، وخالفهم الحنفية في ذلك بأن المفقود لا يرث من غيره وفيما يلي بيان الآراء الفقهية:

[1]- محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2004، ص178.

أ-**عند الحنفية:** يرى الحنفية أنه إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت لا يرث أحدا مات في حال فقده[1]، (وأما الموقوف من تركه غيره فإنه يرد على ورثة ذلك الغير ويقسم بينهم) كأن المفقود لم يكن لأننا تيقنا بكونهم وارثين وشككنا فيه فكان توريثهم أولى لأن الشك لا يعارض اليقين[2]، لأن شرط استحقاق الإرث والوصية عند الحنفية ثبوت حياة الوارث والموصى له عند موت المورث والموصي، وحياة المفقود غير محققة بل هناك احتمال أن يكون ميتا فهو لا يرث ولا يورَث[3].

ب -عند المالكية: قال المالكية:(ومن مات من أقارب المفقود وله مال، وقف مال المفقود حتى تُعلم حياته فيكون المال له أو يمضي تعميره فيكون مال الميت لورثته دون المفقود ودون ورثته ولو هلك ابن المفقود في غيبته ،وقيل يوقف له نصيب حتى يعلم أحي هو أم ميت[4].

ج-عند الشافعية: ويرى الشافعية في حكم إرث المفقود من غيره بقولهم:(لو مات من يرثه المفقود قبل إقامة البينة أو الحكم بموته وقفنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود، وإلا وقفنا حصته فقط حتى يتبين أنه كان عند الموت حيا أو ميتا)[5].

د -عند الحنابلة: أما الحنابلة فيرون أنه (يوقف للمفقود حصته من مال مورثه الذي مات في مدة الانتظار، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة مورث المفقود ولم يكن لورثة المفقود)[6].

فالمفقود يرث من غيره وإن لم يوَرث، لأن استصحاب الحال حجة مطلقا للدفع وللإثبات ما دام لم يقم دليل مانع من الاستمرار، فحياة المفقود هي الأصل الثابت، فيرث من غيره ولا يورث عنه ماله،

---

[1]- المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني(ت593)، بداية المبتدئ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح لقاهرة، (د ت ن)، ص126.

[2]- ابن مودود الموصلي: مجد الدين أبو الفضل الحنفي(ت683)، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)،ج5، 114 ص.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ج8، ص421.

[4]- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي(ت463)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد محمد أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1980م، ج2، ص1046.

[5]- الخطيب الشربيكي: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيبي الشربيكي الشافعي(ت977)، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1994م، ج4، ص49.

[6]- ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن قدامة المقدسي(ت620هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، (د ط)، 1968م، ج6، ص390.

أي أن الاستصحاب يثبت كلا الحقين الايجابي والسلبي، إلا أن الحنابلة أضافوا أنه يوَرث ولا يرِث بعد مضي أربع سنين على فقده[1].

2-في قانون الأسرة الجزائري:

ولقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور حيث نص في المادة 133من ق أ ج: (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 ق أ.ج)

المادة 113 ق أ ج: (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.)

ونلاحظ أنه كان من الأحسن إدراج المادتين 111 و115 من ق أ ج المتعلقين بميراث المفقود ضمن الفصل الأول من الكتاب الثالث والخاص بالأحكام العامة للميراث، ورغم تعديلات الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م فإن الأمر مازال على حاله وإشكالية التنسيق بين مواد قانون الأسرة ما تزال مطروحة.

كما أنه وتحقيقا لسياسة المشرع الجزائري في هذا الخصوص والهادفة إلى انسجام النصوص وتكاملها فإننا نقترح إضافة فقرة ثانية للمادة 115 ق. أ.ج تكون صياغتها كالتالي: (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.)

وفيما يتعلق بالمادة 113 ق أج فإنه ينبغي إعادة صياغتها بتوضيح بأنه يحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، وذلك كله بعد البحث والتحري عنه بكافة الوسائل الممكنة بواسطة الجهات الرسمية المختصة.[2]

---

[1]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص422.

[2]-بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2008م، ص308، 309.

فمشكلة كونه مورثا غير مطروحة وفق رأي القانون الجزائري الذي أخذ برأي الجمهور في مسألة المفقود أثناء فقده وقيل صدور الحكم بموته، ويبقى كونه وارثا فإن منابه يحفظ له إن كان وارثا مع غيره من الورثة في مورث له مات في مدة الغيبة إلى تاريخ صدور الحكم القضائي، على أن توقف التركة إن كان حاجبا حجب حرمان لباقي الورثة ممن معه في أي فريضة يكون فيها حاجبا لغيره إلى أن يصدر الحكم بموته فيصير وارثا، ومن ثم مورّثا توزع تركته على ورثته المستحقين يوم صدور الحكم بالوفاة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري وهو الرأي الموافق لطبيعة ومسار غيبة المفقود فضلا على أن هذا الرأي يجنبنا المسائل الاجتماعية في المفقود.[1]

الفــرع الثالث: طريقة توريث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

أولا–في الفقه الإسلامي:

المفروض أن المفقود لا يرث من غيره لأنه تخلف فيه شرط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، ولأن الاستصحاب حجة عند أكثر الفقهاء لبقاء ما كان على ما كان من الحقوق المالية وغير المالية، ولا يصلح حجة لاكتساب حقوق جديدة، وعلى هذا الأساس قال جمهور الفقهاء (وهم المالكية والشافعية والحنابلة) بإيقاف نصيبه من الميراث ووضعه لدى شخص أمين حتى يتبين مصيره كما في الحالات الاتية:

أ–فإن ظهر حيا أخذ نصيبه.

ب–وإن ثبتت وفاته بعد وفاة مورثه آل نصيبه إلى ورثته.

ج–وإن بقي مجهولا إلى أن حكم بوفاته يعتبر الحكم بأثر رجعي إلى يوم فقده بالنسبة لاكتساب حقوق جديدة فلا يستحق ما أوقف له من الميراث لعدم تحقق وفاته بعد وفاة مورثه.

[1]–صالح حجيك، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2002م، ص143.

د–وإن حكم بوفاته ثم ظهر حيا يكون حكم استرداد نصيبه من بقية الورثة كحكم استرجاع ماله الموزع على ورثته، أي لا يطالبهم إلا بما هو باق في أيديهم أو منقول إلى الغير بدون عوض، وليس له أن يُضمن أحدا منهم قيمة ما أهلكه واستهلكه.[1]

وعلى القاضي أن يأخذ بالاحتياط في توزيع تركة يكون المفقود أحد المستحقين لها عن طريق الميراث وذلك برعاية القواعد والأحكام الآتية:

1–: إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد أو ممن يحجب حجب حرمان بقية الورثة.

مثال1: توفي رجل عن: ابن مفقود+ بنت ابن+ أخوين شقيقين +أخ لأب +أختين لأم

توقف التركة كلها للمفقود لحين تبين أمره فإن عاد حيا ورث كل التركة لأنه يحجب كل الورثة الباقين، أما إن حكم بموته وزعت التركة على بقية الورثة؛ لبنت الابن النصف والباقي للأخوين الشقيقين بالتساوي ولا شيء للأخ لأب لحجبه بالشقيق ولا للأختين لأم لحجبهما ببنت الابن.[2]

مثال2: توفي شخص عن ابن فقط، ففي هذه الحالة توقف التركة بأكملها لصالحه فإن ظهر حيا أخذ التركة كلها وإلا أخذتها الخزينة العامة[3] وذلك وفقا لأحكام المادة 180 الفقرة 2 من ق أ ج: (فإن لم يوجد ذو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة.)

2–: إذا كان المفقود يحجب غيره حجب نقصان حرمان.

ففي هذه الحال يعطى لهذا الغير الأقل من نصيبه.

مثال: توفي عن: ابن مفقود، أب، أم، زوجة. أصل المسألة 24.

الفروض: ق 6/1 6/1 8/1

الأسهم: 4 4 3

[1]–مصطفى ابراهيم الزعبي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي، حسان للنشر والتوزيع، طهران، ط1، 2014م، ص164.

[2]–نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الاصفهاني للطباعة، جدة، (د ط)، 1984م، ص224.

[3]–بلحاج العربي، أحكام المواريث، مرجع سابق، ص310.

إذا ظهر حيا تبين أنه توفي بعد وفاة مورثه يستحق هو أو ورثته تمام ما أوقف له، وإلا رُد إلى بقية الورثة وأكمل نصيب من أخذه ناقصا، فيرث أوفر حظيه، ففي هذه المسألة: للزوجة $\frac{1}{4}$ وللأم $\frac{1}{3}$ وللأب الباقي.[1]

3-: من يتأثر نصيبه بحياة أو ممات المفقود.

وإن كان المفقود يؤثر في باقي الورثة يعطى الوارثون من التركة أسوء النصيبين، فمن كان وجود المفقود يسقطه من الميراث، لا يعطى من التركة شيئا حتى يتبين أمر المفقود، ومن ينقص حقه بحياة المفقود يقدر المفقود في حقه حي، حتى يعطى السهم الأقل، ومن ينقص منهم سهمه بموت المفقود، يقدر المفقود في حقه ميت فيعطي السهم الأقل.[2]

مثال: توفي عن:

الورثة: زوجة، جدة، أب، بنت ابن، ابن ابن مفقود.

أ-فرض الحياة: $\frac{1}{8}$ ، $\frac{1}{6}$ ، $\frac{1}{6}$ الباقي تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين

-السهـام: 3، 4، 4، 13، الأصل 24.

ب-فرض الموت: زوجة، جدة، أب، بنت ابن، ابن ابن مفقود.

$\frac{1}{8}$، $\frac{1}{6}$، $\frac{1}{6}$+الباقي، $\frac{1}{2}$

-السهـــام: 3، 4، 4+1، 12 الأصل 24.

نلاحظ أن فرض المفقود حيا خير له من فرض الموت فيوقف للمفقود نصيبه، فإن ظهر حيا أخذه وإن ظهر ميتا أخذت بنت الابن 12 سهما ويضاف إلى الأب منهم واحد، ويعطى لكل منهما أقل النصيبين ويحفظ للمفقود نصيبه.[3]

[1]-نبيل كمال الدين طاحون، المرجع السابق، ص165.

[2]-جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، (د ط)، 2003م، ص93، 94.

[3]-بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، (د ط)، 2013م، ص511.

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

وتنص المادة 115 من ق أ ج على: (لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها.)

إن مفهوم المخالفة لنص المادة 115 يقضي أن المفقود يرث من غيره، أي أنه لا يكون مورثا حسب المادة، ولكنه يكون وارثا في أي مسألة يلحق فيها بصفته وارثا.

وهذا رأي جمهور الفقهاء في مسألة المفقود أثناء فقده قبل صدور الحكم بموته، ليصبح في عداد الموتى، فيورث عندئذ وتوزع تركته على ورثته الأحياء وقت صدور الحكم بموته.

وتبعا لما أخذ به القانون الجزائري ففي حالة ما إذا كان المفقود مورثا فليس هناك أي إشكال لأن ماله يحفظ حتى يصدر الحكم بموته، وفي حالة ما إذا كان المفقود وارثا فيحفظ حقه إن كان وارثا مع غيره من الورثة في حال موت مورثه وقت الغيبة حتى يصدر الحكم القضائي، وتوقف التركة إن كان حاجبا حجب حرمان لباقي الورثة الذين معه حتى يصدر الحكم بوفاته فيصبح وارثا ثم مورثا توزع تركته على ورثته المستحقين يوم صدور الحكم بالوفاة.[1]

وما أخذ به المشرع الجزائري هو الرأي الأصح الذي يتوافق ومصلحة المفقود ويطبق كذلك على المسائل التي يمكن أن تتعلق بميراث المفقود لان تشعبها أكثر.

المطلب الثـانـي: النفـقـات الواجبة في حق المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يعتبر المفقود قبل الحكم بموته حيا لعدم ثبوت وفاته وبهذا الاعتبار تعد النفقة واجبة عليه في حق من تجب عليه نفقتهم من أقاربه وزوجته ونوضح ذلك في الآتي:

الفـرع الأول: نفقة زوجة المفقود.

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء كان الزوج حاضرا أم مفقودا ولم يصدر حكم بموته بعد متى تحققت شروط استحقاقها بدون حاجة إلى القضاء أو التراضي بين الطرفين ولفقهاء المسلمين في ذلك بعض التفصيلات نبينها في الآتي:

[1]–صالح حجيك، المرجع السابق، ص143.

أولا: دلائل ثبوت نفقة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

بما أن العلاقة الزوجية بين المفقود وزوجته قائمة لاستصحاب حال الحياة حتى يحكم القاضي بوفاته، فإن نفقة زوجته تبقى قائمة باعتبارها أثرا من آثار الزواج وفيما يلي أدلة وجوب نفقة الزوجة على زوجها.

1- في الفقه الإسلامي:

استدل الفقهاء على ثبوت وجوب النفقة بكتاب الله وسنة نبيه والإجماع والمعقول.

أ-من الكتاب: قوله تعالى:**(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ)** [سورة الطلاق:06]

- وقال:**(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّـهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)** [سورة النساء: 34].

-من السنة: روى الإمام البخاري: (عن عائشة أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.)[1]

3-الإجماع: أجمع علماء الإسلام من عصر الرسول -صلى الله عليه وسلم- إلى الآن على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ولم يخالف في ذلك أحد والنفقة على الأهل واجبة بالإجماع.[2]

4-المعقول: إن نفقة الزوجة على زوجها أثر من آثار عقد الزواج الصحيح وهو مقتضى العقل والعدل لتفرغها للحياة الزوجية.[3]

---

[1]-أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمها ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث: 5364. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط1، 2002م، ص1367.

[2]-البخاري: أبي الطيب صديق حسن علي الحسيني القنوجي البخاري، (ت1890)، عون الباري لحل أدلة البخاري، دار الرشيد، حلب سوريا، (د ط)، 1984م، ص135.

[3]-زكريا البري، الأحكام الإنسانية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، دار النهضة العربية، مصر، (د ط)، 1982م، ص144.

2-في قانون الأسرة الجزائري.

لقد تعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة النفقة حيث نص في المادة 74: (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة.)

ونص في المادة 78 من نفس القانون على أن النفقة تشمل (الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.)

ونلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه المادة جعل النفقة فيما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة بما يتلاءم والمستوى العام للحياة الاجتماعية وبما تسمح به قدرة الزوج، وهذا ما يتوافق وحديث عائشة رضي الله عنها في هند بنت عتبة الذي فيه الإحالة على الكفاية مع التقييد بالمعروف وهو الغالب على أهلها المتعارف بينهم.

ثانيا: كيفية الإنفاق على زوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

1-في الفقه الإسلامي:

علمنا مما سلف أن الفقهاء اتفقوا على وجوب نفقة الزوجة على زوجها سواء كان الزوج حاضرا أم مفقودا ولم يصدر حكم بموته بعد ونستعرض آراء الفقهاء كالآتي:

أ-عند الحنفية: إذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية، وإذا طلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده ووالديه؛ لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها، لأن لها أن تأخذ من الزوج حقها من غير رضاه، وقال أبو حنيفة لا يقضى بنفقة في مال غائب إلا في هؤلاء لأن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي إعانة لهم.[1]

ب-عند المالكية: وجاء في المدونة (ينفق المفقود على امرأته من ماله في الأربع سنين، قلت ففي الأربعة أشهر وعشر بعد الأربع سنين قال: لا لأنها معتدة ، وإذا أنفقت امرأة المفقود من ماله في الأربع

[1]-ابن الهمام الحنفي: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام الحنفي (ت861)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2003م، ج4، ص358، 363.

سنين التي ضربها السلطان أجلا لها ثم أتى العلم بأنه مات قبل ذلك غرمت ما أنفقت من يوم مات ،لأنها قد صارت وارثة ولم يكن منه تفريط ونفقتها من مالها.)[1]

ج-عند الشافعية: إذا التمست زوجة غائب من القاضي أن يفرض لها فرضا اشترط ثبوت النكاح وإقامتها في مسكنه ،وحلّفها على استحقاق النفقة، وأنها لم تقبض منه نفقة مستقلة فحينئذ يفرض لها عليه نفقة معسر.[2]

د-عند الحنابلة: (إذا غاب عن زوجته يضرب لها في ماله بقدر نفقة مثلها وذلك لحديث هند [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف]، والاعتبار بحال الزوجين فيفرض للموسرة تحت الموسر نفقة الموسرين، وللفقيرة تحت الفقير نفقة الفقراء، وللمتوسطة تحت المتوسط أو إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا نفقة المتوسطين.

وقال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإذا طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى.)[3]

2- في قانون الأسرة الجزائري

الثابت من الناحية القانونية أنه إذا غاب الزوج وكان في حكم المفقود وفق نص المادة 110 من ق أ ج (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.) فإذا طلبت الزوجة النفقة تفرض لها لأنها واجبة عليه سواء كان غائبا أو حاضرا وهذا ما رأيناه سابقا في المادة 74 من ق أ ج التي توجب نفقة الزوجة على زوجها ويتبين لنا أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب الجمهور في مسألة النفقة سواء بمشتملات النفقة في نص المادة 78، وكذلك في ترك تقدير النفقة للقاضي وهذا ما نصت عليه المادة

[1]-مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص451، 452.

[2]-الخطيب: محمد الشربيني الخطيب البجيرمي علي الخطيب، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، بيروت، (د ط)، 2007م، ج4، ص88.

[3]-الزركشي: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله (ت776هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، قدم له عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م، ج2، ص559، 560.

79 من ق.أ.ج على انه: (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الظرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.)

الفـرع الثـانـــي: نفقة الأصول والفروع والأقارب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

أولا: في الفقه الإسلامي:

الأصل أن نفقة كل إنسان من ماله أما الأقارب بما فيهم الأصول والفروع فيشترط لاستحقاقهم النفقة ما ذكره الفقهاء في آرائهم وكذلك قانون الأسرة الجزائري وتوضيح ذلك فيما يلي:

1-عند الحنفية: ومن المقرر كما رأينا في الفقه الحنفي من يستحق النفقة من مال المفقود، حيث قال أبو حنيفة: (لا يقضى بنفقة في مال غائب إلا في هؤلاء، والمقصود زوجته وولده ووالديه، لأن نفقة هؤلاء واجبة.)[1]

2-عند المالكية: (ويجب على الحر الموسر الإنفاق على أبويه الفقيرين وخادمهما ويجب عليه الإنفاق على أولاده الذكور حتى يبلغوا قادرين على الكسب وعلى بناته حتى يدخل بهن الأزواج.)[2]

وقالوا الغائب كالحاضر في وجوب النفقة، وجاء في المدونة: (ينفق المفقود على ولده الصغار وبناته في الأربع سنين، قال مالك: نعم وفي الأربعة أشهر وعشرا التي جعلها عدة لامرأته، ولا ينفق من مال المفقود إذا كان له ولد صغار ولهم مال، فلا يجبر الأب على نفقته.)[3]

3-عند الشافعية: وذكر الشافعية أن على الرجل أن ينفق على والديه إذا كانوا فقراء زمنى* ،وعلى مولوديه إن كانوا فقراء صغارا أو زمنى كبارا، ولا يلزمه نفقة من لا زمانة به منهم وإن كانوا فقراء ،ولا يلزم نفقة من عدا أي زاد من الطرفين من الإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات.[4]

وتأسيسا على ما سلف فإنه يجوز القضاء على المفقود بنفقة الأصول والفروع إذا تحققت الشروط.

---

[1]-ابن همام الحنفي، المرجع السابق، ص363.

[2]-الإحسائي: عبد العزيز بن محمد آل الشيخ مبارك التميمي المالكي الإحسائي (ت1360هـ)، تدريب السالك إلى قراءة أقرب المسالك في مذهب الإمام مالك، دار الضياء، الكويت، (د ت ن)، ص120.

[3]-مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ص452.

*-زمني: مفردها الزمن وهو المبتلى بعاهة لأنه جنس للبلايا التي يصابون بها، ينظر لسان العرب، ج3، ص199.

[4]-الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت450هـ)، الإقناع في الفقه الشافعي، تحقيق خضر محمد خضر، دار إحسان، طهران، ط1، 1420هـ، ص143، 144.

4-عند الحنابلة: يجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم، أما كون الرجل يجبر على نفقة والديه وولده الذكور والإناث فليأت بالواجب وبيان الوجوب في حق الوالدين فلقوله تعالى: **(وَاعْبُدُوا اللَّـهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)** [سورة النساء: 36] ومن الإحسان لهما الإنفاق عليهما عند حاجتهما إلى ذلك، ويستثنى مما تقدم ذوو الأرحام من غير عمودي النسب فإن النفقة لا تجب لهم إذ قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون المال عند عدم الوارث.[1]

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري.

ولقد نص القانون الجزائري على وجوب النفقة بين الأصول والفروع إذا توفرت الشروط التي نصت عليها المادة 77 من ق أ ج على أنه: (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.)

ونرى أن المشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية بوجوب استحقاق النفقة إذا توفرت شروطها وهي الحاجة والقدرة ودرجة القرابة.

المبحث الثالث: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لا شك أن القاضي إذا حكم بموت المفقود بعد مدة الانتظار المحددة لذلك فإن هذا الحكم غالبا ما يبنى على الظن، ولا يوجد دليل قطعي يؤكد وفاته، فإذا تبين عكس ذلك وظهر أن المفقود حي ترتب على ذلك وضع جديد وهذا ما يؤدي إلى ترتيب آثار وأحكام جديدة سواء بالنسبة لزوجة المفقود أو لأمواله، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين يتعلق الأول بآثار ظهور المفقود حيا على زوجته، بينما الثاني فيتعلق بآثار ظهور المفقود حيا على أمواله.

[1]-الزركشي، المرجع السابق، ص561، 563.

المطلب الأول: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا بالنسبة لزوجته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على زوجته في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء[1]على بقاء الزوجة في عصمة المفقود قبل أن يضرب له أجلا للحكم بموته أو أن يفسخ عقد الزواج، فأحقية المفقود بزوجته عند عودته ثابتة، إلا أن الخلاف يظهر في حق المفقود بزوجته إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته وانقضاء العدة سواء قبل نكاحها غيره أم بعده، وسنستعرض آراء الفقهاء في أحقية المفقود لزوجته كالتالي:

أولا: عند الحنفية.

يرى الحنفية أن المرأة إذا نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حيا ترد إلى زوجها الأول ،ويفرق بينها وبين الآخر ولها أطهر(عدة) بما أستحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر، لأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة الغير، ومنكوحة الغير من المحرمات في حق سائر الناس لقوله تعالى:**(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ)** [2][سورة النساء: الآية24].

ثانيا: عند المالكية

فرق المالكية في الأمر بين عدة حالات:

1- حالة إذا عاد الزوج الأول قبل دخول الثاني.

2- وحالة ما إذا عاد الزوج الأول بعد دخول الثاني.

قالوا: (امرأة المفقود التي ينعى إليها زوجها فهذه يفرق بينها وبين زوجها الثاني وترد الى إلى زوجها الأول بعد الاستبراء وإن ولدت منه أولادا، وهو أحق بها ما لم يدخل بها زوجها الثاني، إذا ظهر زوجها قبل الدخول فهو أحق بها وإن دخل فالآخر أحق بها.)[3]

3-وحالة أخرى يشترطون أن يتثبت في حقيقة موته، فقالوا:(وإذا نعى إلى المرأة زوجها فاعتدت

---

[1]- عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص 475

[2]-السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص27.

[3]- مالك ابن أنس، المدونة، المرجع السابق، ص448-449.

ونكحت بعد العدة ثم جاء زوجها كان أحق بها من الثاني دخل الثاني أم لم يدخل ولو ولدت الأولاد وإذا نكحت دون يقين ولا اجتهاد إمام، ولا يقربها الأول إلا بعد تمام عدتها من الثاني الذي فرق بينه وبينها).[1]

ثالثا: عند الشافعية

قالوا: (إذا ظهر المفقود فهي زوجته بكل حال، فإن نكحت لم يطأها المفقود حتى تنقضي عدة الناكح، وقولهم في القديم أنه إذا ظهر وقد نكحت لم ترد إلى المفقود، وإن لم تنكح رُدت إليه وإن حكم الحاكم بالفرقة، وقول آخر أنها لا ترد إليه قطعا، وكذا قوله أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها من الثاني وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل).[2]

رابعا: عند الحنابلة

يرون أن:(امرأة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها فتعتد بعد ذلك أربع أشهر وعشرا، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته، وقضى به عثمان وابن الزبير أيضا في مولاة لهم وهي قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر إجماعا)[3]

وأقوال الفقهاء بخصوص أحقية المفقود بزوجته تنحصر في[4]:

1- إذا عاد الزوج الأول قبل أن تتزوج زوجته فهي له عند كل المذاهب.

2- إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت زوجته وقبل الدخول بها فهي زوجة الأول عند كل المذاهب إلا في رواية للمالكية.

3- إذا عاد الزوج الأول بعد زواج زوجته والدخول بها فهناك ثلاثة آراء:

- هي زوجة الأول عند الحنفية والجديد من الشافعية.

---

[1]- القرطبي محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، (د د ن)، ط1، 1398هـ-1978م، ج2، ص570.

[2]- النووي، روضة الطالبين، المرجع السابق، ج8، ص402-403.

[3]- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص132.

[4]- بوسحابة العبد، آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، مجلة القانون والعلوم السياسية، بمعهد الحقوق جامعة النعامة، الجزائر، ع 02، 2015م، ص473-474.

- هي زوجة الثاني ولا سبيل للأول عليها مالم يكن عالما بحياة الأول عند المالكية.
- يخير الأول بين أخذها من الثاني وبين تركها وله الصداق وذلك عند الحنابلة.

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على زوجته في قانون الأسرة الجزائري

لم يتناول المشرع الجزائري النص على الأثر الذي يرتبه ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته على علاقته الزوجية واقتصر في نص المادة 115 ق أ ج على الأثر المترتب بالنسبة لأمواله[1].

وقد نصت المادة 222 من ق. أ. ج بأنه: «كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

من خلال هذه المادة يتسنى لنا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فنجد أن الاجماع قد تم على اعتبار التفريق بين الزوجين استنادا للحكم بالموت لم يكن بموجب حكم أصلي بل التفريق تبعا للحكم بالوفاة، فإذا تبين بطلان الحكم بطل ما بني عليه مع مراعاة الدخول أي أنه إذا عاد المفقود المحكوم بموته وكانت زوجته لم تتزوج بعد فإنها تعود إليه بدون عقد جديد لبطلان الحكم بالموت وهذا الحكم يسري على الزوجة التي تم العقد عليها إلا أنه لم يتم الدخول بها فإنها كذلك تعود لزوجها الأول.

وأما إذا تزوجت من غيره وهي في عدة الأول فإن زواجها من الثاني يفسخ وتعود إلى زوجها الأول، وإذا تزوجها الثاني وهو يعلم بحياة زوجها الأول فيكون زواجه حينئذ زواجا باطلا لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة لا تزال في عصمة الآخر وهو يعلم ذلك[2].

والملاحظ أن المشرع ترك فراغا تشريعيا في هذه المسألة الهامة وترك القاضي في حيرة من أمره أمام الآراء المختلفة للمذاهب الفقهية بإحالته إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وكان الأولى أن يحسم الأمر بتعديل المادة 115من ق أ ج والأخذ بالراجح في فقه المذهب المالكي كما هو حاصل في المسائل الأخرى.

[1]– الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث دراسة مقارنة ببعض التشريعات، دار الخلدونية، الجزائر، (د ط)، 2008م، ص177.

[2]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 2017م، ج2، ص101.

المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على أمواله في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

للوقوف على الآثار المالية التي تترتب على ظهور المفقود حيا بعد صدور الحكم بموته، يتوجب علينا أن نبحث الأمر في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون وهذا يستلزم معالجته كالتالي:

الفرع الأول: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على أمواله في الفقه الإسلامي

في حالة عودة المفقود قبل أن توزع التركة يسترد ماله ويتصرف فيه كله ولكن يبقى الإشكال إذا ظهر المفقود بعد توزيع التركة على الورثة، فنجيب على هذا الإشكال من خلال بيان آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي كما يأتي:

أولا-عند الحنفية: يرى الحنفية أنه (إذا رجع المفقود حيا أخذ الموجود من ماله وكذا ما وقف له من ميراث أو وصية، وإن علمت حياته في وقت من الأوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه، لكن لو عاد حيا بعد الحكم بموت أقرانه، قال الظاهر أنه كالميت إذا أحيا و الكافر إذا أسلم فالباقي في يد ورثته له ولا يطالب بما ذهب)[1].

أي أن المفقود عند الحنفية إذا رجع حيا استرجع الموجود من ماله ولا يسترجع ما استهلكه الورثة أو غيرهم لأن القاضي هو من ملكهم ذلك بسبب فقدانه.

ثانيا-عند المالكية: وذهب المالكية إلى القول: (أنه إذا جاء المفقود بعد الحكم بموته لم تمض قسمة ماله ويرجع له جميعا، وإذا استهلكت أمواله من قبل الورثة رجع عليهم بما هلك)[2].

ثالثا-عند الشافعية: لم نجد في كتب الشافعية ذكر لأثر عودة المفقود بالنسبة لأمواله ولكن تناولوا

---

[1]- ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين الدمشقي(1836ت)، رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م، ج6، ص463.

[2]- الدسوقي: شمس الدين الشيخ عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، المطبعة الأزهرية، مصر، 1927م، ج2، ص482.

مسألة عودته بعد تلف الموقوف له، بقولهم (لو تلف الموقوف للغائب كان على الكل، فإذا حضر المفقود استرد ما دفع لهم وقسم إرث الكل)[1].

وهذا النص يدل على عدم تضمين أحد الورثة النصيب التالف إنما يتحمله الجميع عند ظهوره حيا هذا من جهة، ويدل من جهة ثانية على مشاركة المفقود للورثة في زوائد التركة، إذ صرح الشافعية بأن من فوائد استرداد التركة وتوزيعها على جميع الورثة بما فيهم المفقود حسب إرثه مشاركته في الزوائد لأن النَّساء الناتج فيها يسترد أيضا.

أما فيما يخص عودة المفقود بعد قسمة أمواله، فيمكن أن يخرج قولهم في هذه الصورة على حكم أموال البغاة التي يأخذها أهل العدل فإنهم يستردون ما وجدوه ولا يضمن أهل العدل ما أتلفوه منها وكذلك المفقود يأخذ ما وجد ولا يطالب بما أستهلك[2].

رابعا-عند الحنابلة: إذا كان المال مازال عند الآخر قائما بحاله فللمفقود في هذه الحالة أن يأخذ عين ملكه لأن عودته أثبتت عدم انتقال ملكه عنه ،فإن قدم المفقود بعد قسمة المال أخذ ما وجد من المال بعينه بيد الوارث أو غيره لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه، ورجع على من أخذ الباقي بعد الموجود بمثل مثله وقيمة متقوم لتعذر رده بعينه[3].

وخلاصة القول:

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وبيان أثر ظهور المفقود على أمواله يتبين لنا أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية، حيث يرجع المفقود على الورثة بما بقي من تركته، وأما ما استهلك منها فلا يعود على الورثة بضمانه، لأنهم تصرفوا فيه بناءا على حكم القاضي، كما أن رجوع المفقود على الورثة بما بقي من تركته فيه مشقة وحرج عليهم، ناهيك عن أمواله التي ذهبت إلى المستحقين من الورثة الذين ماتوا خلال فقده ووزعت على ورثتهم فيصعب المطالبة بها.

---

[1]- الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي(1004هـ)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 2002م، ج6، ص30.

[2]- عبد المنعم فارس السقى، أحكام المفقود والغائب، المرجع السابق، ص510.

[3]- البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص639. الرحيباني: مصطفى البيوطي الرحيباني(1243ت)، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات الكتب الاسلامي، (د م ن)، (د ط)، 1961م، ج4، ص631.

الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على أمواله في قانون الأسرة الجزائري

تنتقل أموال المفقود المحكوم بموته إلى الورثة كميراث لهم يوم صدور الحكم بوفاته، ونسلط الضوء في هذا الفرع على حق المفقود الذي حكم بموته في استعادة ماله من الناحية القانونية:

إن الحكم بوفاة المفقود يرتب آثارا قانونية على أمواله بحيث تقسم على ورثته بعد تنفيذ وصيته وسداد ديونه، وترد الأموال التي كانت موقوفة عليه إلى من يستحقها من ورثة المورث أو الموصي الموجودين وقت موت المورث أو الموصي[1]، وفي حالة رجوع المفقود حيا نصت المادة 115 من ق إ ج على أنه:(لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منه).

من خلال نص المادة يتبين أن المشرع الجزائري أقر للمفقود استرجاع أمواله التي لا تزال في أيدي الورثة، أما الأموال التي استهلكت فلا يجوز المطالبة بها لأن تصرفاتهم صحيحة مبنية على حكم قضائي بوفاته، كما أعطى القانون الحق للمفقود في المطالبة بقيمة ما بيع من أمواله.

والواجب التنبيه إلى ضرورة التفصيل في آثار ظهور المفقود حيا على علاقته الزوجية أو أمواله نظرا لأهميتها وعدم تطرق المشرع لكثير من الجزئيات فيها قد تؤدي إلى نزاعات وصراعات بين المفقود العائد ومن هم في مواجهته.

[1]– شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ط1، 2010م، ص242.

ملخص الفصل الثاني:

لقد أقرت الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي بأن الإنسان يكون أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات منذ ولادته حيا وتنتهي هذه الأهلية بوفاته، والمقصود بالوفاة هو الموت الذي يشاهد بالعيان ويثبت بالبينة، لكن قد يغيب الإنسان وتمضي على غيبته مدة ليست بالقصيرة في الغالب وتنقطع عن أهله أخباره ويجهل مصيره فيحكم القاضي بانقضاء شخصيته القانونية دون الجزم والتيقن من ذلك وهذا ما يعرف بالموت الحكمي للشخص المفقود.

ويترتب على هذا الغياب آثار بالنسبة لزوجته وأمواله فأما زوجته فإذا غاب مدة سنة كان لها الحق في أن ترفع أمرها الى القاضي لطلب التطليق بخلاف الفقه الإسلامي، ولها الحق في أن تطلب النفقة من مال زوجها لأنها واجبة على الزوج سواء كان حيا حاضرا أو غائبا، فقيرا أو غنيا، وأما أمواله التي خلفها بعدة فلا تقسم على الورثة إلا بعد صدور الحكم بالفقدان لكنها لا توزع إلا بعد صدور حكم بوفاته.

كما أن المفقود في فترة غيابه يرث من غيره ولا يرث الغير منه إلا بعد صدور الحكم بوفاته، كذلك يعين القاضي له مقدما عادة ما يكون من الأقارب أو يعينه القاضي للحفاظ على أمواله وتسيير شؤونه، وعلى الزوجة أن تعتد عدة المتوفي عنها زوجها بعد صدور الحكم بالوفاة وهي أربعة أشهر وعشرا من يوم الحكم بالفقدان وذلك حسب طبيعة المرأة.

وإذا ظهر المفقود حيا بعد صدور الحكم بالوفاة فإن له أن يسترجع أمواله التي وزعت على الورثة ولا يرجع ما استهلكوه لأن القاضي هو من ملكهم ذلك، كما يحق له أن يسترجع زوجته على اختلاف بين المذاهب الأربعة في ذلك، فمنهم من يرى أنه أحق بها سواء تزوجت غيره أم لا، ومنهم من يرى بالتخيير، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لهذه المسألة بل أمر بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

خـــاتمـــة:

وفي ختام بحثنا الموسوم بـ «**أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري–دراسة مقارنة**–"توصلنا إلى النتائج الآتية:

1- يعرف المفقود بأنه الشخص الذي يغيب ويختفي أثره ولا يعلم حاله أهو حي أم ميت، واختلف الفقهاء في المعيار الذي على أساسه يعتبر الشخص مفقودا، فاعتبر الأحناف والشافعية والحنابلة الجهل بحياته أو موته، أما المالكية فقد أضافوا الجهل بالمكان لاعتبار الشخص مفقودا، وقد أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه المالكية في ذلك.

2- اختلفت المذاهب الفقهية في تقسيم المفقود، فالأحناف والشافعية اعتبروه نوعا واحدا، أما المالكية فقسموه بحسب المكان الذي فقد فيه، مفقود في بلاد الحرب وفي بلاد الإسلام كذلك مفقود في أرض الكفر، ومفقود على أرض فيها وباء قاتل، أما الحنابلة فقد قسموه بحسب نوع الغيبة، غيبة يغلب عليها الهلاك وغيبة تغلب عليها السلامة، وقد أخذ المشرع الجزائري بتقسيم الحنابلة للمفقود.

3- أورد المشرع الجزائري بعض الحالات الخاصة للفقدان متمثلة في مفقودي فيضانات باب الواد، ومفقودي زلزال بومرداس، وكذا مفقودي المأساة الوطنية وخصهم بقوانين خاصة.

4- ترفع دعوى الحكم بالفقد بعد مرور سنة من تاريخ الفقد، وفي حالة عدم العثور عليه أو العلم بحاله يصدر القاضي حكما بالفقدان.

5- يجب أن يتوفر شرط المصلحة والصفة في أطراف الدعوى من أجل قبولها لدى المحكمة.

6- المدعي في دعوى الفقد يتمثل في كل من الورثة أو كل ذي مصلحة أو النيابة العامة فهم المخولون قانونا بتقديم طلب رفع الدعوى الخاصة بالفقد.

7- ترفع دعوى الفقد في وجه الشخص المدعى عليه والمتمثل في الشخص المفقود.

8- ترفع دعوى الفقد أمام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا، فيؤول الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، أما الاختصاص الإقليمي فيؤول لمحكمة موطن الشخص المفقود أو محكمة آخر موطن له أو الموطن المختار.

9- ترفع دعوى الحكم بالفقد ضمن عريضة افتتاحية مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ويتم إثبات الفقدان أمام المحكمة إما عن طريق محاضر المعاينة والإثبات التي تعدها الضبطية القضائية أو عن طريق شهادة الشهود.

10- تترتب على الحكم بالفقدان مجموعة من الآثار تتعلق بمال المفقود وزوجته وآثار تتعلق به شخصيا، فيحصر القاضي أمواله ويعين لها مقدّما، كما أن لزوجة المفقود الحق في طلب فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، ولها الحق في النفقة من مال زوجها في فترة غيابه.

11- تتربص زوجة المفقود مدة زمنية من آجال التفريق بينها وبين زوجها المفقود فتنتظر مرور أربع سنوات ليحكم القاضي بموته.

12- يمكن للمفقود أن يرث من غيره خلال فترة غيابه حيث يوقف له نصيبه وتقسم التركة على فرض حياته وعلى فرض وفاته.

13- يحكم بوفاة المفقود بعد رفع دعوى قضائية وفق نفس إجراءات دعوى الفقد من عريضة افتتاحية وأطراف الدعوى ووسائل الإثبات...ويؤول الاختصاص القضائي فيها إلى محكمة مقر إقامته.

14- اختلفت الآراء الفقهية حول المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود فالحنفية والشافعية يرون أن المدة تكون مدة التعمير أي نحدد الوفاة بوفاة أقرانه، أما المالكية والحنابلة فيرون أن المدة تختلف باختلاف حالة الفقد، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

15- عند صدور الحكم بالوفاة تترتب عليه آثار لتقسيم التركة على الورثة ووجوب اعتداد الزوجة عدة الوفاة.

16- في حالة ظهور المفقود حيا فإنه يمكن له أن يسترجع أمواله إذا لم يحكم بوفاته، أما إذا تم الحكم

بوفاته فلا يسترجع إلا ما وجده في أيدي الورثة، وبالنسبة لزوجته فإذا وجدها لم تتزوج فهي على نكاحه أما إذا تزوجت فهناك آراء فقهية مختلفة، فمنهم من يقول بالفرقة فالمفقود أحق بها وتعتد قبل أن ترد إليه ومنهم من يقول بالتخيير أي أنها تخير بين زوجها الأول والثاني.

التوصيات والاقتراحات:

أما عن التوصيات والمقترحات التي نقدمها في نهاية هذه الدراسة فهي تتمحور حول النقائص في القانون الجزائري فيما يخص أحكام المفقود وتتجلى في:

1-المشرع الجزائري في مسألة المفقود جاءت نصوصه مقتضبة وقليلة لا تفي الموضوع حقه، وقد أحال الأمر في كثير من الأحيان وكان عليه حسم الأمر والأخذ بالراجح من أقوال الفقهاء وخصوصا المذهب المالكي، وعدم ترك القضاة يسبحون في بحر الآراء الفقهية المختلفة.

2-لم يفرق المشرع الجزائري بين حالة الفقدان والغياب مع أن أحكامهما مختلفة.

3-ينبغي سن نصوص جديدة تستوعب كل حالات الفقد وعدم معالجتها بقوانين خاصة بظرف خاص، فحالة مفقودي الهجرة غير الشرعية مثلا والتي أصبحت ظاهرة مستفحلة لم تحض بالتنظيم بعد في القانون الجزائري مع أن القانون الدولي الإنساني يؤكد بأن المسؤولية الأولى للمفقودين تقع على عاتق الدولة المعنية.

4-ضرورة تقليص مدة الحكم بالموت بالنسبة للمفقود في الحالات الاستثنائية.

5- أما بخصوص المواد الواردة في قانون الأسرة والتي فيها نقص أو غموض فنقترح ما يلي:

-تعديل نص المادة 112 ق أ ج التي تحيل إلى نص المادة 5/53 من نفس القانون بشأن جواز تطليق زوجة المفقود والتي تتضمن شروط غير قابلة للتطبيق.

-تعديل المادة 113 ق أ ج بحيث يفتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي لإصدار الحكم بالوفاة في الحالات الاستثنائية بحث يتماشى مع حالات الفقد، وإضافة فقرة تبين مآل النصيب الموقوف للمفقود.

-تعديل نص المادة 59 ق أ ج واستبدال عبارة من تاريخ صدور الحكم بالفقد إلى عبارة تاريخ صدور الحكم بالوفاة، بحيث ينسجم مع اعتبار عدة زوجة المفقود عدة وفاة.

-نقل المادة 115 من ق أ ج إلى الفصل الأول من الكتاب الثالث باعتبار أنها مادة تخص الميراث، وإضافة فقرة تفيد ضمان الورثة للمال المستهلك أو المتلف إذا ثبتت سوء نيتهم.

-استحداث نص قانوني يحسم مسألة عودة المفقود حيا وأثر ذلك على زوجته ونفس الأمر بالنسبة للزوجة المفقودة.

الـــــملاحـــق

به الفقرة السابقة هو معاينة الفقدان وتكون هذه الأخيرة طبقا للنموذج اللاحق.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية[111]

وزارة الدفاع الوطني

قيادة الدرك الوطني
القيادة الجهوية بـ.....
مجموعة.....
فرقة.....
رقم.....

معاينة فقدان

في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية

نحن ..... ضابط شرطة قضائية بـ.....

.....

-بعد الإطلاع على الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، لاسيما المادتان 27 فقرة 2 و 30 فقرة 2 منه.

-بعد الإطلاع على المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، لاسيما المادتان 2 و 8 منه.

-بناءا على الطلب المقدم من طرف.....
الساكن (بن) بـ.....ذوي حقوق المسمى.....

بناءا على نتائج التحريات التي قمنا بها.

نشهد :

بأن المسمى.....
المولود بـ.....في.....
ابن.....وابن.....

يعتبر مفقودا بعد التحري البحث الذي أجريناه وبقي بدون جدوى.

---

[110]- الفقرة الثانية من المادة 27 السالفة الذكر.

[111]- الدليل العلمي لتطبيق الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق لـ27 فبراير 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 482011 قرار بتاريخ 2009/02/11

قضية (وكيل الجمهورية) ضد (س.ع).

الموضوع: مفقود- وفاة- ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

أمر رقم 06-01 المادتان 27-30.

المبدأ: يتم في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، التصريح بوفاة الشخص المفقود، بموجب حكم قضائي، اعتمادا على محضر معاينة فقدان الشخص المعني، المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتماد على شهادة الشهود.

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث أنه يتبين من المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أن التصريح بوفاة الشخص، الذي تنقطع أخباره، ولم يتم العثور على جثته، يتم بموجب حكم قضائي، استنادا إلى محضر معاينة فقدان له تعده الشرطة القضائية على اثر عمليات البحث بدون جدوى، في حين أن قاضي محكمة سيدي بلعباس، قد اكتفى في حكمه بوفاة المدعو(س.ع) بالاستناد فقط إلى مجرد شهادة الشاهدين(ب.ع)،(ب.هـ) دون الاستناد إلى محضر المعاينة المذكور الذي لا وجود له بملف الدعوى الحالية، مخالفا بذلك المادتين27 و30 من الأمر رقم 06-01 السالف الذكر.

و عليه فان الوجه المثار من قبل السيد وكيل الجمهورية، يعد مؤسسا، ويتعين استناد إليه القضاء بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه، وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المحكمة المشكلة من قاضي أخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

فلهذه الأسباب:

قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث: بقبول الطعن شكلا وموضوعا، وبنقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2007/01/14، وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المحكمة مشكلة من قاضي اخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وبتحميل المطعون ضدها بالمصاريف القضائية.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 118621 قرار بتاريخ 1995/05/02

قضية (ب.خ) ضد (فريق ب)

حالة الحكم بوفاة الغائب- وجوب إصدار حكم مسبق يقضي بفقدانه- ثم إصدار حكم ثاني بموته بعد انقضاء آجال البحث عنه.

المادتين 109-113 من قانون الأسرة.

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 عليه، ولما ثبت من قضية الحال- أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فان ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة مما يستوجب إبطال قراراهم- المنتقد.

المجلة القضائية العدد الثاني، سنة 2005.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 290808 قرار بتاريخ 2002/04/10

قضية (ب.ف) ضد (النيابة العامة)

الموضوع: مفقود- إثبات تاريخ الفقدان- من تاريخ النطق بالحكم(لا).

المبدأ: إن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطا في تطبيق القانون.

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون.

- بدعوى أن المادة 113 من قانون الأسرة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، إن التحريات تمت وثبت قطعا بواسطة حكم قضائي أن الفقدان كان بتاريخ 1994/09/24 وهو التاريخ الذي يبدأ حسابه لمهلة 04 سنوات، وليس تاريخ النطق بالحكم عكس ما اعتبره القضاة أن سريان الفقدان يبدأ من تاريخ الحكم القاضي بالفقدان وهذا خطأ في تطبيق المادة 113 من قانون الأسرة مما ينقض القرار.

- حيث أنه فعلا وبالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين ان قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 113 من قانون الأسرة وأيدوا الحكم المستأنف في حين أن هذه المادة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية وهما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه.

- وحيث أن ظروف فقدان المعني بهذا الملف ثابتة منذ سنة 1994 وهي الفترة الحقيقية للفقدان كان على قضاة المجلس أن يجروا تحقيقا لمعرفة ذلك سواء بواسطة النيابة التي لها صلاحية إخطار ملفات

الشرطة القضائية أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك وعليه فالوجه مؤسس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس.

المجلة القضائية العدد الأول 2003.

3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 435190 قرار بتاريخ 2008/12/24 قضية(ف.ق ومن معه) ضد (ش.ي ومن معه).

الموضوع: فقدان – مفقود- مقدم.

قانون الأسرة: المادة 115.

- حيث يستخلص من وقائع الملف والقرار المطعون فيه أن دعوى الحال ترمي إلى طلب المطعون ضده إبطال عقد البيع المبرم بين المدخلة في الخصام والطاعنين بتاريخ 1998/10/14 والمشهر بالمحافظة العقارية بتاريخ 1999/02/10 والمنصب على قطعتين أرضيتين كائنتين بقسنطينة تحت رقم 112-114 على أساس أنهما محبستان بموجب عقد الحبس التوثيقي المؤرخ في 1988/03/12 وحيث أن المقرر شرعا وقانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق وانه لا يجوز التصرف في العين المحبسة بأي تصرف ناقل للملكية.

- وحيث أن المقرر أيضا انه يجوز لورثة المفقود وضع اليد على أمواله ولكن بعد صدور الحكم بموته.

- وحيث أن الثابت- في قضية الحال- أن المدخلة في الخصام تصرفت بالبيع في عقارات المطعون ضده بناء فقط على الحكم الصادر بفقدانه بتاريخ 1993/06/13 ومن ثم فان تصرفاتها هذه باطلة حتى وان تحصلت على إذن قضائي بالبيع، ذلك أن تصرف المقدم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بالموت وهو ما لم يتوفر في قضية الحال.

- وحيث أن الاحتجاج بمخالفة قضاة المجلس أحكام المادة 2/115 من قانون الأسرة التي تنص على انه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فانه يسترد الموجود من أمواله أو قيمة ما بيع منها- في غير محله، ذلك أن الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم يصدر حكم بموته مثلما سبق شرح ذلك أعلاه ومن ثم لا مجال لتطبيق هذه الفقرة من المادة المذكورة على دعوى الحال.

- وحيث أن جهة الاستئناف المحالة عليها القضية بعد النقض طبقت قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا والمنوه عنها أعلاه وذلك وفقا لما تقتضيه أحكام المادة 268 من قانون الإجراءات المدنية لذا تعين رفض الوجهين المثارين لعدم تأسيسهما وبالنتيجة رفض الطعن.

مجلة المحكمة العليا- العدد الثاني2009.

فهرس سور وآيات القرآن الكريم

السورة و الآيـــــة	رقم الآية	رقم الصفحة
البقـرة		
(الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ)	03	12
(وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)	231	44
(وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)	234	50
النساء		
(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ)	24	70
(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)	34	67
(وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا)	36	71
التوبة		
(وَالمُؤمِنونَ وَالمُؤمِناتُ بَعضُهُم أَولِياءُ بَعضٍ يَأمُرونَ بِالمَعروفِ وَيَنهَونَ عَنِ المُنكَرِ)	71	56
النمل		
(وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ)	20	07
الطلاق		
(وأولات الأحْمالِ أجلُهن أن يضعن حملهُن)	04	50
(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ)	06	67

فــهرس الأحـاديـث النبويــة

طرف الحديث	الصفحة
امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان.	42
امرأة المفقود امرأة ابتليت...	42
أيما امرأة فقد زوجها فلم تدر...	44
تنتظر أربع سنين...	48
إذا فقد في الصف تربصت امرأته سنة...	48
قضى لامرأة فقدت زوجها منذ ثلاث...	49
المرأة التي فقد زوجها فمكثت أربع سنين...	50
إن أبا سفيان رجل شحيح...	67

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الكـتب

1- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر (د ط)، (د ت ن).

2- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا الحق والقانون، ديوان المطبوعات الجامعية (د ط)، 2001م.

3- الأشقر محمد سليمان عبد الله، المحلي في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط1، 1997م.

4- البخاري أبو محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط1، 2002م.

5- البجيررمي سليمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، بيروت، (د ط)، 2007م.

6- بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2008م.

7- بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 2013م.

8- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، (د ت ن).

9- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م.

10- بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، (د ط)، 2013م.

11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، (د ت ن).

12- بناسي شوقي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ط1، 2010م.

13- البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الاقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، ط1، 1997م.

14- البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، د ط، 1403هـ،1983م.

15- البيهقي أبو بكر أحمد ابن الحسين، السنن الصغرى، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، ط1، 1410هـ، 1989م.

16- التميمي المالكي عبد العزيز بن محمد آل الشيخ مبارك، تدريب السالك إلى قراءة أقرب المسالك في مذهب الإمام مالك، دار البيضاء، الكويت، (د ط)، (د ت ن).

17- جحيك صالح، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2002م.

18- جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية (نظرية الحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2011م.

19- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (د ط)، 2003م.

20- ابن حجر العسقلاني شهاب الدين، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعادل مرشد، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط1، 1434هـ، 2013م.

21- حسين فريجه، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، 2010م.

22- الدرغمي محمد بن عرفة التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق حافظ عبد الرحمان، مؤسسة خلف أحمد للأعمال الخيرية، دبي، ط1، 2011م.

23- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار احياء الكتب العربية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).

24- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار احياء الكتب العربية، (د م ن)، (د ط)، (د ت ن).
25- الدارقطني علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحقيق أحمد بن الموجود علي معوض، دار المعرفة، لبنان، ط1، 1422هـ، 2001م.
26- ابن رشد محمد بن أحمد أبو الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط7، 1405هـ، 1985م.
27- الرملي شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1434هـ، 2002م.
28- الرحيباني مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، دار الكتاب الإسلامي، ط1، 1381هـ، 1961م.
29- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985م.
30- الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ، 2004م.
31- الزرقاني عبد الباقي، شرح الزرقاني على مختصر خليل، تحقيق عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، ط1، 1422هـ.
32- الزركشي شمس الدين أبي عبد الله محمد، شرح الزركشي على مختصر الحرقي، تقديم عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م.
33- الزعبي عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، (د ت ن).
34- الزعبي مصطفى إبراهيم، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي، دار حسان للنشر والتوزيع، طهران، ط1، 2014م.
35- زكريا البرى، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، دار النهضة العربية، مصر، (د ط)، 1982م.
36- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د م ن)، ط2، 1369هـ، 1950م.
37- السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، (د ت ن).

38- السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
39- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1422هـ، 2002م.
40- الشربيني شمس الدين بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، ط1، 1418هـ، 1997م.
41- الشربيني شمس الدين بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، (د م ن)، ط1، 1994م.
42- الشنقيطي محمد بن محمد المختار، شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، الرئاسة العامة للبحوث الإسلامية، الرياض، ط1، 1428هـ، 2007م.
43- بن الشويخ الرشيد، الوصية والميراث دراسة مقارنة ببعض التشريعات، دار الخلدونية، الجزائر، (د ط)، 2008م.
44- الصنعاني عبد الرزاق أبو بكر بن همام، المصنف، تحقيق مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، مصر، ط1، 1436هـ، 2015م.
45- طاحون نبيل كمال الدين، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الاصفهاني للطباعة، جدة، (د ط)، 1984م.
46- الطبري محمد بن جرير، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق عبد الله التركي، دار هجر للطباعة والنشر، ط1، 1422هـ، 2007م.
47- ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ، 2003م.
48- عبد المجيد زعلان، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2019م.
49- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 1996م.

50- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الجزائر، ط2، 1996م.

51- عبد المنعم فارس سقا، أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار النوادر، دمشق، ط2، 1433هـ، 2012م.

52- عزة عبد العزيز، أحكام التركات، دار هومة للطباعة، الجزائر، ط1، 2009م.

53- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم عرقسوسي، الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط1، (د ت ن).

54- فيلالي علي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، (د ط)، 2011م.

55- ابن قدامة المقدسي أبو محمد موفق الدين، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، (د ط)، 1968م.

56- القرطبي محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد أحيد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط1، 1980م.

57- القنوجي أبو الطيب صديق حسن علي الحسيني، عون الباري لحل أدلة البخاري، دار الرشيد، حلب، سوريا، (د ط)، 1984م.

58- الكاساني علاء أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1424هـ، 2002م.

59- اللخمي أبو الحسن علي بن محمد، التبصرة، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، ط2، (د ت ن).

60- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر، ط1، 2004م.

61- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت ن).

62- مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1323هـ.

63- مالك ابن أنس، الموطأ، مؤسسة زايد للأعمال الخيرية، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1425هـ، 2004م.

64- المحاملي أبو الحسن بن محمد بن أحمد الطيبي، البيان في الفقه الشافعي، تحقيق عبد الكريم العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، ط1، 1416هـ.

65- محدة محمد، التركات والمواريث، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2004م.

66- المرغنياني علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، بداية المبتدئ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح، القاهرة، (د ط)، (د ت ن).

67- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد خضر، الإقناع في الفقه الشافعي، تحقيق خضر محمد خضر، دار الاحسان، طهران، ط1، 1426هـ.

68- النجدي عبد الرحمان بن القاسم العاصمي، حاشية الروض المربح شرح زاد المستقنع، (د م ن)، ط1، 1399هـ.

69- النووي محي الدين بن شرف الله، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاوش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1416هـ، 1991م.

70- النووي محي الدين بن شرف الله، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود، دار الفكر، لبنان، د ط ،1995.

71- هادي محمد هادي، أحكام المفقود، دار دجلة، الأردن، ط1، 2010م.

72- اليمني أبو الحسن يحي بن أبي الخير بن سالم، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2000م.

ثـانيـا: المقـالات

1- الأطروني إيمان محمد المهدي، أحكام زوجة المفقود، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر مصر، العدد 16، 2019م.

2- بوسحابة العيد، آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، مجلة القانون والعلوم السياسية معهد الحقوق المركز الجامعي، النعامة الجزائر، العدد الثاني، 2015م.

3- زعلان عبد المجيد، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001م، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، العدد 7، 2002م.

4- عبد العزيز سعد، تطبيقات المادة 114 من ق أ ج، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الأول، 1999م.

5- علال ياسين، عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 40، 2017م.

6- طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين قانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر، العدد 32.

ثـالثـــا: البحوث الأكاديمية

1-آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وبعض التشريعات العربية (رسالة دكتوراه) في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014م.

2- شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي (مذكرة ماجستير) في العلوم القانونية تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2009م، 2010م.

3- نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري (رسالة دكتوراه) في العلوم القانونية تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012م، 2013م.

رابعـــا: النصوص القانونية

1-المرسوم الرئاسي رقم 96-38 مؤرخ في 26 رجب 1417هـ الموافق ل 7 ديسمبر المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية، العدد 76 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996م.

2- المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فبراير 2006م يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11 المؤرخ في 28 فبراير 2006م.

3- المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991م المؤرخ في 4 جوان 1991م المتضمن حالة الحصار والطوارئ، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

4- الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005م يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

5- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 25 فبراير 2008م.
6- الأمر رقم 75-58 في 26 سبتمبر 1975م يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخ في 26 يونيو 2005م.
7- الأمر 71-28 المؤرخ في 22 آفريل 1971م المتضمن القضاء العسكري، الجريدة الرسمية، العدد 38 المؤرخ في 11 يونيو 1971م.
8- الأمر 70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970م يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21 مؤرخ في 19 فبراير 1970م.
9- الأمر 01-93 المؤرخ في 27 فبراير 2006م يتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، المؤرخ في 28 فبراير 2006م.
10- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003م يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003م، الجريدة الرسمية، العدد 37 صادر بتاريخ 15 يونيو 2003م.
11- الأمر 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1422هـ الموافق ل 25 فبراير 2002م يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001م، الجريدة الرسمية، العدد 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2002م.
12- المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012م يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة للدولة، الجريدة الرسمية، العدد 69 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012م.
13- قرار رقم 222134 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 18-05-1999م، الاجتهاد القضائي 2001م عدد خاص.
14- حكم رقم 145 صادر عن محكمة المدية، قسم شؤون الأسرة بتاريخ 30-06-1998م.

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: مفهوم المفقود والإجراءات المتعلقة به في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	07
المبحث الأول: مفهوم المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	07
المطلب الأول: تعريف المفقود وعلاقته بالغائب.	07
الفرع الأول: تعريف المفقود.	07
أولا: التعريف اللغوي.	07
ثانيا: التعريف الفقهي للمفقود.	08
1-تعريف المفقود عند الحنفية.	08
2-تعريف المفقود عند المالكية.	08
3-تعريف المفقود عند الشافعية.	09
4-تعريف المفقود عند الحنابلة.	09
5-تعريف بعض الفقهاء المعاصرين للمفقود.	09
ثانيا: التعريف القانوني للمفقود.	09
1-تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري.	10
2-تعريف المفقود في النصوص الخاصة.	11
الفرع الثاني: الفرق بين المفقود والغائب.	12
أولا: تعريف الغائب.	12
1-لغة.	12
2-اصطلاحا.	12
ثانيا: التمييز بين المفقود والغائب في الفقه وقانون الأسرة الجزائري.	12
1- في الفقه الإسلامي.	12

2- في قانون الأسرة الجزائري.	14
المطلب الثاني: أقسام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	15
الفرع الأول: أقسام المفقود في الفقه الإسلامي.	15
أولا: تقسيمات المفقود عند الحنفية والشافعية.	15
ثانيا: تقسيمات المفقود عند المالكية.	16
1-المفقود في بلاد الإسلام.	16
2-المفقود في بلاد الأعداء.	16
3-المفقود في اقتتال المسلمين.	16
4-المفقود في القتال مع الكفار.	16
ثالثا: تقسيمات المفقود عند الحنابلة.	17
الفرع الثاني: أقسام المفقود في قانون الأسرة الجزائري.	18
أولا: مفقود في ظل ظروف يغلب عليها الهلاك.	18
1-حالة الحرب.	19
2-الحالات الاستثنائية.	19
ثانيا: مفقود في ظروف يغلب فيها السلامة.	20
المبحث الثاني: الإجراءات المتعلقة بالفقدان في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	20
المطلب الأول: متى يحكم القاضي بالفقدان في الفقه الإسلامي.	20
1-عند الحنفية.	20
2-عند المالكية.	21
3-عند الشافعية.	21
4-عند الحنابلة.	22
المطلب الثاني: القواعد الإجرائية لدعوى الفقدان في القانون الجزائري.	24
الفرع الأول: إجراءات دعوى الفقدان.	24

أولا: أطراف دعوى الفقد.	25
1-المدعي في دعوى الفقد.	25
أ-الورثة.	25
ب-من له مصلحة.	26
ج-النيابة العامة.	26
2-المدعى عليه في دعوى الفقد.	26
ثانيا: الاختصاص القضائي في دعوى الفقد.	27
1-الاختصاص النوعي.	27
2-الاختصاص الإقليمي.	27
ثالثا: العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد.	28
1-إيداع نموذج عن محضر الإثبات.	29
2-إيداع نموذج عن بطاقة معاينة.	30
الفرع الثاني: إجراءات دعوى الفقدان في القوانين الاستثنائية.	30
أولا-بالنسبة لمفقودي فيضانات 10نوفمبر 2001م.	30
ثانيا-بالنسبة لزلزال بومرداس.	31
ثالثا -بالنسبة لميثاق السلم والمصالحة الوطنية.	31
1-محضر معاينة الفقدان.	31
2-أصحاب الحق في استلام المحضر من الضبطية.	32
3-الفترة المحددة لتسليم محضر معاينة.	32
الفـرع الثـالـث: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في قانون الأسرة الجزائري	32
أولا-أطـراف الدعوى.	33
ثانيا-الاختصاص النوعي والإقليمي.	33
1-الاختصاص النوعي.	33

2-الاختصاص الإقليمي.	34
الفرع الرابع: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القوانين الاستثنائية.	35
أولا-إجراءات الحكم بوفاة مفقودي الفيضانات والزلزال.	35
ثانيا-إجراءات الحكم بوفاة مفقودي ضحايا المأساة الوطنية.	35
ثالثا-المدة القانونية اللازمة للحكم بموت المفقود.	36
1: المدة التي يحكم بعد مرورها بوفاة المفقود في قانون الأسرة.	36
أ-المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة تغلب فيها السلامة.	37
ب-المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة يغلب عليها الهلاك.	37
ج-المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في القوانين الاستثنائية.	37
رابعا-طرق إثبات الفقدان.	37
ملخص الفصل الأول.	39
الفصل الثاني: الآثار المتعلقة بزوجة ومال المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	41
المبحث الأول: الآثار المتعلقة بزوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	41
المطلب الأول: طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	41
الفرع الأول: طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد في الفقه الإسلامي.	41
أولا: آراء الفقهاء في التفريق بسبب الفقد.	41
1-القول الأول.	42

2-القول الثاني.	43
ثانيا: نوع الفرقة الواقعة بين المفقود وزوجته.	45
الفرع الثاني: طلب الزوجة التفريق بسبب الفقد في قانون الأسرة الجزائري.	46
أولا: شروط التطليق للغياب وفقا ل م 53 ق. أ. ج.	46
ثانيا: نوع الفرقة الواقعة للغيبة.	47
المطلب الثاني: عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	48
الفرع الأول: عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي.	48
أولا: مدة التربص قبل الحكم بموت المفقود.	48
ثانيا: مدة التربص بعد الحكم بموت المفقود.	50
الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري.	51
أولا: طلبها للتطليق للغيبة.	51
ثانيا: حالة انتظارها صدور حكم قضائي بوفاة المفقود.	51
المبحث الثاني: الآثار المتعلقة بمال المفقود.	52
المطلب الأول: ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	53
الفرع الأول: حصر أموال المفقود وتعيين مقدم عليها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	53
أولا: حصر أموال المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	53
1-في الفقه الإسلامي.	53
2- في قانون الأسرة الجزائري.	53
ثانيا: تعيين المقدم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	54

1-النائب الشرعي عن المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	54
أ – في الفقه الإسلامي.	54
ب – في قانون الأسرة الجزائري.	55
2-الشروط العامة في من يتولى النيابة الشرعية وسلطته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	55
الفرع الثاني: المفقود إما وارثا أو مورثا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	58
أولا: إرث الغير من المفقود.	58
1-في الفقه الإسلامي.	58
أ-عند الحنفية.	59
ب -عند المالكية.	59
ج -عند الشافعية.	59
د- عند الحنابلة.	59
2-في قانون الأسرة الجزائري .	60
ثانيا: إرث المفقود من الغير.	60
1- في الفقه الإسلامي.	60
أ-عند الحنفية.	61
ب -عند المالكية.	61
ج -عند الشافعية.	61
د- عند الحنابلة.	61
2-في قانون الأسرة الجزائري.	62
الفـرع الثالث: طريقة توريث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	63
أولا -في الفقه الإسلامي.	63

1-: إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد أو ممن يحجب حجب حرمان بقية الورثة .	64
2-: إذا كان المفقود يحجب غيره حجب نقصان لا حرمان .	64
3-: الذي يتأثر نصيبه بحياة أو ممات المفقود.	65
ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري.	66
المطلب الثـانـي: النفقـات الواجبة في حق المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	66
الفرع الأول: نفقة زوجة المفقود.	66
أولا: دلائل ثبوت نفقة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	67
ثانيا: كيفية الإنفاق على زوجة المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	68
1-في الفقه الإسلامي.	68
أ-عند الحنفية.	68
ب-عند المالكية.	68
ج -عند الشافعية.	69
د- عند الحنابلة.	69
2- في قانون الأسرة الجزائري.	69
الفرع الثـانـي: نفقة الأصول والفروع والأقارب في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري.	70
أولا : في الفقه الإسلامي.	70
أ-عند الحنفية.	70
ب-عند المالكية.	70
ج-عند الشافعية.	70
د-عند الحنابلة.	71

ثانيا : في قانون الأسرة الجزائري.	71
المبحث الثالث: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	71
المطلب الأول: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا بالنسبة لزوجته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	72
الفرع الأول: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على زوجته في الفقه الإسلامي.	72
أولا: عند الحنفية.	72
ثانيا: عند المالكية.	72
ثالثا: عند الشافعية.	73
رابعا: عند الحنابلة.	73
الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا في قانون الأسرة الجزائري.	74
المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على أمواله في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	75
الفرع الأول: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على أمواله في الفقه الإسلامي.	75
أولا: عند الحنفية.	75
ثانيا: عند المالكية.	75
ثالثا: عند الشافعية.	75
رابعا: عند الحنابلة.	76
الفرع الثاني: الآثار المتعلقة بظهور المفقود حيا على أمواله في قانون الأسرة الجزائري.	77
ملخص الفصل الثاني.	78
الخاتمة.	79

الملاحق	84
فهرس سور وآيات القرآن الكريم	88
فهرس الأحاديث النبوية	89
قائمة المصادر والمراجع	90
فهرس الموضوعات	98
ملخص البحث	

ملخص

تنتهي حياة الإنسان بموته الحقيقي ويثبت بالبينة، إلا أن هناك حالات تنقضي فيها حياة الإنسان وشخصيته القانونية دون الجزم واليقين بذلك وهذا ما يعرف بالموت الحكمي ويتعلق ذلك بالمفقود. وهو الشخص الذي غاب عن أهله وموطنه ولا يعلم أحي هو أم ميت؟ ونهدف من وراء هذه الدراسة بيان التنظيم الشرعي الدقيق للأحكام المتعلقة بالمفقود وكذا التنظيم القانوني لها.

ومن خلال المقارنة بين المعالجة الشرعية والمعالجة القانونية لأحكام المفقود يظهر لنا جليا دقة الفقه الإسلامي وشموليته، على عكس القانون الوضعي الذي كانت نصوصه مبهمة وغير مستوفية لجميع الجزئيات والتفاصيل، وملخص القول أنه يجب أن تضرب مدة للمفقود ينتظر فيها على اختلاف بين الفقهاء في تحديدها ثم يحكم بوفاته، وإذا حصل ذلك فإنه تترتب عليه عدة آثار، منها ما يتعلق بزوجة المفقود ومنها ما يتعلق بأمواله، فإذا حدث وظهر أنه حي فهذا وضع جديد يرتب آثارا جديدة.

الكلمات المفتاحية: المفقود، الغائب، الحكم بالفقد، الحكم بوفاة المفقود، الميراث، النفقة، اجراءات دعوى الفقدان، التطليق للغيبة، مدة التربص.

Summary

A person's life ends with his real death and is proven by evidence, but there are cases in which his life and his legal personality expire without certainty of this, what is known as the judgmental death of a missing person. He is the person who is absent from his family and his homeland and not known whether he is alive or dead, and his absence may have consequences on his wife and the money he left behind. As for his wife, in Islamic jurisprudence, she has the right to raise her case to the judge to request a separation between her and her missing husband after a period of four years, while the Algerian family law gives her the right to request a divorce for absence after a year of absence also for not spending on her because alimony from the husband's money is her right, whether in Islamic jurisprudence or family law. As for his money that he left, it is divided among his heirs when he is judged to be lost, but it is not distributed to them until after a ruling is issued for his death and he inherits from someone else during his absence, so he keeps his share and appoints a presenter from relatives or the court to preserve it and run his affairs.

After the verdict was passed that he died, this also has consequences for the wife and money, so the wife shall do her gear period of her husband's death, which is four months and ten days. As for the money, it is distributed to the heirs. in case of the missing person's return alive after the issuance of the judgment of his death, he shall get back his money that was distributed among the heirs or the value of what was sold from it. He also has the right to take his wife back if she is in the waiting period and has not yet married, and if he finds her married, then there are different opinions among the jurists.

Key words

The missing, the absentee, Judgment of loss, judgment for the death of the missing, inheritance, alimony, loss lawsuit procedures, divorce of absence, waiting time.