وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي المقاوم الشيخ امود بن مختار .ايليزي (الجزائر)

معهد الحقوق

أحكام المفقود في الفقه و التشريع الجزائري
"دراسة مقارنة"

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر أكاديمي في

اعداد الطالبتين

- خيار مباركة
- كوتيري فاطمة

تحت اشراف الدكتور:

- سلالي مصطفى

نقشت علنا أمام اللجنة المكونة من:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
		المركز الجامعي ايليزي	رئيسا
		المركز الجامعي ايليزي	مشرفا
		المركز الجامعي ايليزي	عضو مناقشا

السنة الجامعية :2025/2024

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

يشرفني ان اتقدم بالشكر الجزيل الى الأستاذ الفاضل مصطفى سلالي على اشرافه على هذا العمل وعلى كل ما بذله من مجهودات وتوجيهات ونصائح قدمها لي من أجل انجاز هذا البحث وإخراجه في صورة حسنة

الشكر الجزيل الى كل من قدم لي يد المساعدة وأتوجه بالشكر الى لجنة التحكيم التي ستقيم هذا العمل المتواضع

أرجو من الله عز وجل أن يكون هذا العمل في قائمة العلوم النافعة

اهداء

(وَآخِرُدَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ)

اللهم لك الحمد حمد الشاكرين الذاكرين حمد ملء السماوات والأرض

اهدي ثمرة جهدي الى اعزما املك في هذه الدنيا امي الغالية و أبي الغالي أطال الله في عمريهما الى زوجي الى اخوتي واخو اتي والى كل عائلة خيار و تفنيوة الى جارتي (زوليخة خوخة) اختي

الى كل الاحباب والاصدقاء والى أبناء اخو اتي أنس أمجد ريهام مبروكة بروئة أمونة

الى كل من ساعدني في هذا العمل المتواضع من صغيراوكبير

الى كل موظفي خزينة جانت والخزينة الجهوية لغرداية

الى كل من ساهم في نجاح هذا العمل

خيار مباركة

اهداء

الحمد لله حبا وشكراً وامتنان على البدء والختام

لم تكن الرحلة قصيرة ولا الطريق محفوفاً بالتسهيلات، لكنني فعلتها، فالحمد لله الذي يسر البدايات وبلغنا النهايات بفضله وكرمه

اهدي هذا النجاح لنفسي الطموحة أولاً ابتدت بطموح و انتهت بنجاح ثم الى كل من سعى معي لإتمام مسيرتي الجامعية مرحلة البكالوريوس دمتم لي سنداً لا عمر له

بكل حب اهدي ثمرة نجاحي وتخرجي

إلى النورالذي أناردربي والسراج الذي لا ينطفئ نوره والذي بذل جهد السنين من اجل ان اعتلي سلالم النجاح الى من احمل اسمه بكل فخروالى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم لطالما عاهدته بهذا النجاح ها أنا اتممت وعدي واهديته اليك " والدي العزيز"

الى من علمتني الاخلاق قبل الحروف إلى الجسر الصاعد بي الى الجنة إلى اليد الخفية التي أزالت عن طريقي الأشواك، ومن تحملت كل لحظة ألم مررت بها وساندتني عند ضعفي و هزلي "والدتي العزيزة"

اهدي تخرجي الى ملهمي نجاحي من ساندني بكل حب عند ضعفي وازاح عن طريقي المتاعب ممهداً لي الطريق زارعاً الثقة والإصراربداخلي، سندي والكل الذي استند عليه دائماً لطالما كانوا الظل لهذا النجاح "إخوتي وأخو اتي"

واحب ان أختم الإهداء إلى أصحاب الفضل العظيم صديقات الرحلة والنجاح إلى من وقفوا بجانبي كلما أوشكت أن أتعثر"صديقاتي"

كوتيري فاطمة

المقدمة

مقدمة

ان ظاهرة فقدان الأشخاص تعتبر من الظواهر التي شاع حدوثها في مختلف دول العالم .فكثيرا ما نسمع عن تحطم طائرة في السماء ...أو غرق سفينة في البحر أو حدوث كوارث طبيعية كالزلازل والفيضانات او حريق وينتج عنها عدد من الضحايا يكونون في عداد المفقودين لعدم التيقن من حياتهم، وكلنا يسمع بين الحين والأخر عن الكوارث التي بإحدى السفن أو الطائرات، دون أن يعتر على جثث الضحايا كلهم أو بعضهم، وبالإضافة إلى ذلك فإن التقدم الذي أصاب وسائل الفتك والدمار والحروب العديدة التي تندلع هنا وهناك بين الحين والاخرى قد ساعد بشكل ملحوظ تفاهم هذه المشكلة كما ان تقدم وسائل المواصلات قد قرب بين البلدان وسهل الاتصال بالأهل والأوطان ومع ذلك فإن اختراع وسائل النقل الحديثة قد أدى الى ظهور أسباب جديدة لقيام هده الظاهرة .

وقد يظن البعض أن تلك الظاهرة قد فقدت أهميتها في الوقت الراهن ،نظرا لاندثار معظم الأسباب السالفة الذكر فضلا عن التقدم الهائل في وسائل النقل والمواصلات ؛غير ان هذا الظن سرعان ما يتبدد وينكشف خطؤه إذا ما تذكرنا العوامل العديدة التي مستجدات والتي أبقت على قيام هذه المشكلة.

فالمفقود شخص غاب عن موطنه بصفة دائمة او اختفى تحت ظروف معينة وانقطعت أخباره ’فلم يعد معروفا أهو حي أو ميت وهذا الوضع أدى اهتزاز مركزه القانوني، لذا لا يعقل ترك مصيره معلقا هكذا إلا ما نهاية لاسيما إدا طالت غيبته وغلب احتمال وفاته ،وبالتالي كان من اللازم إنهاء شخصيته القانونية عن طريق الموت الحكمي خلافا للأصل في انتائها، اذ أن هذا الغياب يطرح العديد من المشاكل سواء تعلق الآمر بالمصالح الشخصية للمفقود أو المالية، إذ لا يعقل بقاء زوجته و أولاده بدون معيل وكذلك لا يعقل ترك أمواله عوضه للضياع بدون استثمار أو إدارة ،خاصة اذا لم يترك المفقود وكيلا يسيرها في غلبه .

و تهدف هذه الدراسة إلى بيان أحكام المفقود ،سواء ما تعلق بالمفقود ذاته. أو تلك المتعلقة بالأشخاص الدين تربطهم بالمفقود علاقات كالزواج وغيرهم ،بالإضافة الى تبين آثار الحكم بالفقدان او الموت .

ان دراسة هذا الموضوع والالمام بجميع جوانبه لا يكون إلا من خلال الإجابة على الإشكالية التالية :

مـاهي الآليات القانونية التي تطرق اليها المشرع لدراسة حالة المفقود في التشريع الجزائري..

اما عن المنهج المتبع لهذه الدارسة هو المنهج المقارن بالدرجة الاول من خلال اعتماد على طريقة المقارنة افقية وذلك بالاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي المناسب لتحليل المواد القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة

وستتم معالجة موضوع الدراسة من خلال تقسيمه الى فصلين:

الفصل الأول الضوابط الفقهية والقانونية للمفقود وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، وتطرقنا من خلال المبحث الأول الى ماهية المفقود ، والفصل الثاني تناولنا فيه الشروط والإجراءات الخاصة بالمفقود.

أما الفصل الثاني تطرقنا من خلاله إلى اثار الحكم بالفقدان في الفقه والتشريع وحصر ماله في حالة الموت هو بدوره قسمته إلى مبحثين ،فالمبحث الأول تناولنا فيه أتار الحكم بالفقدان الموال مبحث المتعلقة بزوجة المفقود. والمبحث الثاني عالجنا فيه الاثار الحكم بالفقدان والموت على ماله بنسبة للغير.

وترجع أسباب اختيارنا لهذا الموضوع إلى أسباب موضوعية وأخرى ذاتية

-الرغبة في ابراز أهمية هذا الموضوع وذلك من خلال معالجة أحكامه قبل القانون.

- ان ظاهرة الفقدان ظاهرة وسعت يصعب التحكم فيها ،لأنها غالبا ما تنتج عن ظروف لا يمكن الإطاحة بها أو منع وقوعها .كالحروب والكوارث الطبيعية وغيرها.

- بيان عظمة التشريع الإسلامي وسعته وسموه الذي لم يترك مسألة من مسائل الفقه الصغيرة ولا الكبيرة إلا أولاها العناية الخاصة بها.

-كثرت الحروب والنزاعات والكوارث التي تودي إلى تجدد ظاهرة الفقد باستمرار .

-التغيير الحاصل في علاقات الدول يعضها مع البعض. فأصبح بالإمكان البحث والتحري عن شخص مفقود في معظم بلاد العالم ،نتيجة لتطور العلاقات بين هده الدول.

-التطور الحاصل في مجال المواصلات والاتصالات الذي

يدعونا على إعادة النظر في الأحكام التي وضعت بناء على استخدام وسائل النقل التقليدية القديمة ومقايس لم تعد تتناسب مع هذا التغيير الحاصل .

2/الاسباب الموضوعية والاسباب الذاتية:

. الرغبة في ابراز اهمية هذا الموضوع وذلك من خلال معالجة احكامه قبل القانون ان ظاهرة الفقدان ظاهرة واسع يصعب التحكم فيها لأنها غالبا ما ينتج عن ظروف لا يمكن الإطاحة بها او منع وقوعها كالحروب والكوارث الطبيعية وغيرها

. قلة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع فعليا ما يدرس كجزء من مواضيع اخرى ولم يحظى كثيرا بدراسة مستقلة

. انتشار ظاهره الفقدان في المجتمع

3/اهداف الموضوع:

تهدف من وراء التطرق لأحكام المفقود الى تحقيق الاهداف الأتية:

- . معرفة مدى تنظيم كل من الفقه الاسلامي والقانون الجزائري لإحكام المفقود
- . تحليل مختلف الآراء الفقهية والنصوص القانونية المتعلقة بإحكام المفقود
- . محاولة ايجاد الحلول المناسبة للمشاكل المتعلقة بمسالة المفقود وعائلته
- . بيان ساعة الفقه الاسلامي وشموليته من خلال تطرق لمعظم التفاصيل المتعلقة بالمفقود

4/اشكالية موضوع :

من خلال ما سبق يمكننا طرح الإشكالية التالية كيف عالج كل من الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري احكام المفقود وما مدى الانسجام بينهما ؟

5/ المنهج المعتمد في البحث :

لقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج المقارن من خلال المقارنة بين احكام المفقود في الفقه والتشريع الجزائري واعتمدنا ايضا المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال وصف حال المفقود وتحليل الآراء او الضوابط الفقهية والنصوص القانونية

6/الدراسات السابقة:

لقد وجدنا مجموعة من الدراسات السابقة فيما يتعلق بإحكام المفقود والتي ساعدتنا في تكوين نظرة عامة حول الموضوع .

المشرع الجزائري اعتبر ان المفقود لا يجد في هذا المركز الا بحكم قضائي

7/ صعوبات والعوائق :

لقد واجهتنا في هذا بحثنا عده صعوبات نذكر منها :

. قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع لا سيما المراجع القانونية

الفصل الأول:

الضوابط الفقهية والقانونية للمفقود

الضوابط الفقهية والقانونية للمفقود

تنتهي حياه الانسان بموته وخروج وروحه من جسده هذا ما يسمى بالموت الحقيقي للانسان العادي مثل موته بالمرض او القتل او حادث بينما المفقود هو الشخص الذي الذي يغيب عن محله ولا يعلم مصيره سواء كان ذلك بسبب الحرب او الكوارث الطبيعيه او اسباب اخرى في الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري

إن موضوع المفقود من أهم المواضيع التي عالجها الفقه والتشريع وأعطاها اهتمامات بالغة ونظرا لمختلف الاحكام التي تترتب عن هذا الموضوع فإنه من الجدير بالذكر أولا إعطاء معنى شامل لهذا المصطلح المفقود وتمييزه عن الغائب حيث في هذا الفصل إلى مبحثين سنتطرق

المبحث الأول تعريف المفقود وتمييزه عن الغائب

المبحث الثاني الشروط والاجراءات الخاصة المفقود

المبحث الأول:تعريف المفقود وتميزه عن الغائب

نستهل هذا المبحت بتعريف المفقود لغة،اصطلاحا؛ثم قانونيا وفي الأخير تميزه عن الغائب.

المطلب الأول:تعريف المفقود

الفرع الأول:تعريف المفقود لغة:

يقال : فقد الشيء يفقده فقدا وفقدانا ومفقودا، فهو مفقود وفقيد ؛أي بمعني عدمه، و الفاقد يطلق على من مات زوجها أو ولدها.

"تفقد الرجل الشيء:طلبه عند غيبته"

فقد الرجل صوابه أي تصرف بطيش وتسرع وخفه.

يقال: فقد فلان أعصابه أي غضب وانفعل.

فقد الرجل حياته:مات ،وفقد الرجل بصره أي أصابه العمى.

يقال :فقد الرجل رشده أي غاب عقله وخسر توازنه.

*وفقد الرجل ابنه ،غاب عنه ؛ضاع منه .

والتفقد :تطلب ما غاب من الشيء.

وقد جاء في القران الكريم :"وتفقد الطير فقال مالى لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين "قالوآ واقبلوا عليهم ماذا تفقدون قالو نفقد صواع الملك ولمن جاء به جمل بغير وانا به زعيم"71

والفاقد:اسم فاعل ،يقال الفاقد من النساء أي التي مات زوجها أو ولدها.[1]

[1] جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرام ابن منظور ، لسان العرب ,المجلد الثاني , حققه وعلق عليه ووضع حواشيهعامر احمد حيدر جرجي شاهين عطية ،معجم المعتمد،راجعه سعدي ضناوي وآخرون ،إشراف اميل يعقوب ؛دار الكتب العلمية ،بيروت.لبنلن ، الصفحة الثالثة ؛2011-529.

الفرع الثاني:تعريف المفقود اصطلاحا:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف المفقود ،فمنهم من وسع في مفهومه ،ومنهم من ضيق ،وإن كان أغلب الفقهاء اعتبروا المفقود الشخص الذي انقطع خبره بحيث لا تعلم حياته من مماته ،وهدا مايخوضنا الى التعرض لتعريف المفقود في المذاهب الأربعة وكذا المذهب الاباضي كل مذاهب على حدة.[1]

أولا:تعريف المفقود عند المالكية:

عراف بعض المالكية المفقود بأنه :*هو الذ ي يغيب فينقطع أتره ولا يعلم خبره*

أما في حاشية الدسوقي فجاء تعريف المفقود :أنه هو انقطع خبره ممكن الكشف عنه ؛فيخرج الأسير لآنه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الدي لا يستطاع الكشف عنه

وقد جاء شرح *من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه في شرح حدود بن عرفه:)من انقطع خبره).

أصل الجنس الغائب الذي انقطع خبره فيخرج بالمنقطع خبره الأسير ؛ويمكن الكشف عنه إما حال أوصفة يخرج به المحبوس الذى الايستطيع الكشف عنه .

وعليه فإن المالكية يعتبرون أن المفقود من أنقطع أثره ولا يعلم خبره والا يكون أسير او محبوس .

ثانيا:تعريف المفقود عند الحنفية

جاء في تحفة الفقهاء أن المفقود هو من غاب عن بلده ؛إذ لايعرف له اثر ؛ومر على دلك زمان ولم يظهر أتره.

وعرفه ابن عابدين :*هو غائب لم يدر أخي هو فيتوقع قدومه أم ميت أدع اللحد والبلقع ،والبلقع يعني القفر.

بينما عرفه صاحب مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر أنه غائب لايعلم مكانه ولاحياتهولاموته.

وجاء في الأختيار لتعليل المختار :أن المفقود من غاب عن بلد ه وأهله،أو أسره العدوولايعلم له مكان ، ولايدرى أحي أم ميت،ومضى دلك زمان.

أما في شرح فتح القدر فقد عرف المفقود :*هو الغائب الدي لايدري حياته ولاموته.*

والملاحظ من تعريف الحنفية للمفقود أنها تتقاطع في شرطين هما:عدم العلم بحياته وموته أي تتفق فيها كل التعريفات ،فيما يشترط بعظهم شرطا ثالثا وهو :الجهل بمكان المفقود.

والذي ينجلي من المقارنة بين تعريفات الحنفية للمفقود أن الأسير إدا لم يعلم حاله في دار الحرب يعد مفقودا ،وإن علم حاله وأمكن الاطلاع عليه فلا يدخل في تعريف المفقود.

ثالثا :تعريف المفقود عند الحنابلة

عرف الحنابلة المفقود:أنه من غاب عن أهله وانقطع خبره ،فلا يعلم أهو حي أم ميتّ ؟أي من خفي وانقطع خبره فلم تعلم له حياة ولأموت.

[1] أنطوان نعمة وآخرون ، المنجد الوسيط في العربية المعاصرة دار المشراق بيروت –لبنان-طبعة اول 2003

رابعا:تعريف المفقود عند الشافعية

ذهب الشافعية إلى نفس تعريف الحنابلة للمفقود ،حيث جاء في روضة الطالبين أن المفقود هو الذي انقطع خبره وجهل حاله سواء في سفر وأحضر ؛في قتال أو عند انكسار سفينة أو عيرها ويدخل فيما معناه الأسير الذي انقطع خبره.

خامسا :تعريف المفقود عند الإباضية

حذي الإباضية حدو المالكية في تعريف المفقود حيث جاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل:" المفقود من انقطع خبره مع إمكان الكشف الحبس والمحبوس الذي لايطاق الكشف عنه فإنه لإيحكم له بحكم المفقود[1]"

التعريف الفقهي الراجح

ذهب رأى أن تعريف الحنفية الذي ذهب إليه صاحب كتاب الاحتيار لتعليل المختار هو التعريف الفقهي

وبالتالي ان المفقود عندهم :هو الذي غاب عن بلده ،أو أسره العدو ولا يدري أحي هوام ميت،لايعلم له مكان ،ومضعلى ذلك الزمان .

ويرى آخر أن التعريف المختار هو تعريف المالكية والإباضية "فكل معروف الخبر لا يدخل في حقيقة المفقود على هذا التعريف سواء اسيرا أو غيره ،وإذا لم يكون الكشف والبحت عنه ممكنا فلا يعتبر مفقودا أيضا ، واهذا يتماشى مع ماتوصل إليه العالم اليوم من معاهدات بين دول تتضمن الأسرى معرفة ما يحيط بهم من ظروف....."

المطلب الثاني:التعريف القانوني للمفقود

إذا كان فقهاء الشريعة الاسلامية اختلفوا في تعريف المفقود اختلافا شكليا ،فمنهم من وسع ومنهم من ضيق رغم ان تعاريفهم تتقاطع فيما بينها ، فكيف عرفت التشريعات العربية المفقود. وهل تأثرت القوانين بالمذاهب الفقهية السائدة في كل بلد.؟

وهذا ما ستنعرض له في هذا المطلب بدءا بتعريف المفقود في التشريع العربي المقارن ثم إلى تعريفه في التشريع الجزائرى .

الفرع الأول:تعريف المفقود في بعض التشريعات العربية

عرف المشرع التونسي المفقود في الفصل 81من مجلة الأحوال الشخصية والتي نصت على: "يعتبر مفقودا من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا"1 أن ؛حيث وردت عبارة لا يمكن في النص الأصلي والأرجح أن المشرع يقصد :) ويمكن)"2،وبذلك يكون المشرع تأثر بتعريف بعض المالكية ،فهذا التعريف مقتبس من الشطر الأول من حاشية الدسوقي؛ في حين عرف المشرع اليمني المفقود أنه الغائب الذي لا يعرف حياته من وفاته 3 وهو حين عرف تعريفات فقهاء الحنفية ،ونفس التعريف ذهب إليه المشرع الإماراتي 4، المشرع السوداني5، المشرع القطري،6 المشرع الأردني7،المشرع الليبي1،المشرع العماني2؛وعلى ذلك سار المشرع العراقي حيت عرف المفقود على انه هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولم تعرف حياته او مماته3،في حين عرف المشرع السوري المفقود أنه هو كل شخص لأتعرف حياته ولا مماتاه تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان 4،أما المشرع اللبناني فنص في المادة 126 من قانون الأحوال الشخصية لطائفة الدروز على ان "المفقود هو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته وهو مأخوذ من

[1] أبي عبد الله محمد، الانصاري الرصاع ،شرح حدود بن عرفة ،القدس للنشر والتوزيع ،القاهرة ، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأول 1430، هـ/2009م ص 285.

تعاريف الحنفية ،بينما عرفه في قانون الإرث عند المحمدين أنه: "من انقطع خبره ولا يدري حياته ول اموته 6"اما المشرع المصري فقد نص في المادة 74من القانون المتعلق بأحكام الولاية على المال6"على المحكمة تقيم وكيلا على الغائب كامل الاهلية .

اما المشرع المغربي فلم يعرف المفقود وبناء على نص المادة 400من مدونة الاسرة المغربية 8ويتم الإخذ بتعريف المالكية للمفقود ،ونفس الامر بالنسبة للمشرعين الكويتي والموريتاني اللذين لم يعرفا المفقود ويحيلان إلى المشهور في مذهب الإمام مالك[1].

إن ما يلاحظ على تعاريف المفقود في التشريعات العربية هو ان معظمها استعمل فيها مصطلح الغائب [2]؛وأنها استمدت من تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:تعريف المشرع الجزائري للمفقود

اخذ المشرع الجزائري بتعريف الحنفية للمفقود الجامع المانع مع إضافة شروط صدور حكم قضائي بالفقدان ،حيت نصت المادة 109من قانون الأسرة الجزائري :"المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته او موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".[3]

وفي هذا الباب عتبر الأستاذ : دغيش أحمد في كتاب التنزيل في قانون الاسرة الجزائري أن تعريف المشرع الجزائري جاء قاصرا باعتبار أنه يعرف مكان المفقود لكن لا يعرف حياته من موته

واستنادا لهذا الاعتبارات من اختفاء الشخص وانقطاع أخباره لمدة طويلة ،فإن احتمال وفاته يرجع على احتمال حياته.

وبالتالي يعتبر الشخص المفقود إذا كانت الظروف المحيطة بإختفابه وعدم ظهوره تفيد حتما هلاكه ولإعتبار الشخص مفقودا لابد ان تتوفر عدة شروط .

أولا: غياب الشخص:والغياب حسب ماجاء في المادة 110من ق. الاسرة هو أن لا يوجد للشخص محل إقامة ولا موطن معلوم ،أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج بلاده ،واستحال عليه مباشرة شؤونه بنفسه من ينوبه في إدارتها ،مما يترتب على تعطيل مصالحة وإلحاق أضرار بالغير

ثانيا:عدم معرفة حياته من موته:وهنأأن انقطاع أخبار بحيث لا يعرف إن كان حي او ميت،ولكن إذا انعدم موطن معلوم له،وعلى الرغم من ذلك أمكن الجزم بحياته.فهنا لا يمكن اعتبار مفقوداوبالتالي فالشخص الموجود في بلاد بعيدة ولكنه حي يرزق لايعتبر في حكم المفقود.

ثالثا: عدم التمكن من معرفةمكانه:بمعن لا يعرف له محل إقامة ولاموطن معلوم.

رابعا: صدور حكم قضائي بإعتبار الشخص الذي إنقطعت أخباره مفقود:إن نص المادة 109من قانون الاسرة صريح إذ يقضي بأن الغائب لا يعتبر مفقود إلا بحكم ،ومعناه أن الشخص الذي غاب وانقطعت اخباره لا يعتبر مفقود مادام لم يصدار أي حكم قضائي يعتبره كذلك .ويعتبر الحكم بإتبات الفقد حكما منشئا لحالة جديدة ،خلافا للقاعدة التي تقتضي بان الاحكام كاشفة أو

[1] علاء الدين السمرقندي ،تحفة الفقهاء الجزء الثالث ,دار الكتب العملية ؛بيروت –لبنان-ص 349

[2] جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منطورة المرجع السابق ص:722.

[3] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 , الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون اسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبريير 2005 .

مقرارة لحالة موجودة قبل .

وهناك شرط اخر لم تنصى عليه المادة 109 من ق الاسرة وهو أن تمضي مدة سنة على الأقل على انقطاع اخبار الغاتب .فعلى الرغم من أن قانون الاسرة لم يحدد المدة الواجب مرورها على انقطاع أخبار الشخص لإصدار حكم بفقده .

إلا أنه لايمكن إصدار هذا الحكم إلا اذا مضت مدة سنة واحدة على انقطاع آخر أخبرعنه .[1]

فقد عرف قانون الأحوال الشخصية السوري المفقود بأنه كل شحص لا يعرف حياته أو مماته أو تكون مححقة ولكنه لا يعرف له مكان ، ويعتبر كالمفقود ، العائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه أكتر من سنة وتعطلت بذلك مصالحة أو مصالح غيره.

*اما المشرع المصري فقد عرف الغائب بقول:

1-إذا كان مفقودا لاتعرف حياته او مماته .[2]

2-إذا لم يكون له محل الإقامة ولا موطن معلوم،أو كان محا إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها .[3]

وعرفه مشرع القانون المداني العراقي بأنه :هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا يعراف حياته أو مماته .وبالنسبة للمشرع المغربي فلم يعرف المفقود ،وإنما عرف الميت حكما بأنه من إنقطع خبره وصدر حكم بإعتباره ميتا.[4]

المطلب الثالث : تمييز المفقود عن غيره من الاحكام القانونية

هناك حالتان مشابهتان في المفقود تتمتل في الغائب والإسير لذلك ينبغي تمييز ه عنهما وهذا ماسنتطرق أليه .

الفرع الأول:تمييز المفقود عن الغائب

الغيبة لغة من غاب يغيب غيبا وغيبة وعيبوبة وغيابا، فالغائب هو معلوم الحياة لعدم الغيبة أم خارجية ،في حين أن المفقود مجهول الحياة أو الممات دون أن يشترط فيه الجهل بالمكان.[5]

والغائب هو من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته معلومة .

وقد عرفت المادة 110من قانون الاسرة الجزائري الغائب بأنه الشحص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة ،وتسبب غيابه في ضرر الغير كالمفقود.

ويتضح لنا من خلال هذه المادة أنه لتحقيق الغياب أو لإعتبا ر شخص ما غائبا لابد من توفير الشروط الاتية:

1-عدم وجود الشخص في محل إقامته مع عدم الرجوع إليه بسبب ظروف قاهرة.

---

[1] .المادة 202من ق الأحوال الشخصية السوري رقم59لسنة1953المعدل

[2] المادة 74من القانون الولاية على المال المصري رقم 119سنة1951

[3] المادة 76من القانون المداني العراقي رقم 40لسنة 1951.

[4] المادة 325 من مدونة الاسرة المغربية,

[5] عبد المجيد زعلاني ،المدخل لدارسة القانون ،النظرية العامة للحق ، الجزائر ،الطبعة الثالتة،2009ص94.

2-استمرارية غيابه لمدة سنة أو أكتر ،لا يمكن أعتبار الشخص غائبا إلابعد غيابه مدة تساوي او تتجاوز سنة.

3-أن يتسبب هذا الغياب في ضرار للغير.[1]

والمفقود والغائب متساويان في الحكم فهما يتفقان في نقاط هي:

*غياب كل منهما عن موطنه.

جواز صدور حكم بالفقدان لكليهما .

*جواز الحكم بوافاة كليهما.

وموقف المشرع الجزائري من المفقود والغائب غير سليم ،إذ لايعقل التسوية بينهما لأنه يظهر جليا من خلال المادة 109أن المفقود هو من تعرف حياته من مماته ، أما الغائب فهو بناء على المادة 110حي يرزق ، ولكن ظروف معينة منعته من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطةوكيل .

ولا يقصد بالغياب الغياب للشخص فحسب،بل غياب من يقوم مقامه أضف إلى ذلك فحياة الغائب ترجع على وفاته ، بينما يرجع موت المفقود حيا [1],الان الظروف المحيطة به باختفاء هـ تفيد حتما هلاكه غير أنه لم يتم العثور على جثته ، فهو الشخص الذي تعدر إتبات موته.

الفرع الثاني :تمييز المفقود عن الأسير

الأسير في اللغة من أسره، يأسره أسرا وأساره معناه:شد بالإسار :ما شدبه ،والجمع أسر أو يقيد به الأسير استأسره:يعني أخده أسير الأسيرا المأخوذ في الحرب .يقال أسرت الرجل أسر و أسارا فهو أسير وماسور[2]، كقوله تعالى :"ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا"[3]،والأسير هو مقاتل المنتمي لأحد طرفي النزاع الذي يقع في قبضة الطرف الآخر ، وهو معلوم الحياة ،ومن الممكن أن يصبح الأسير مفقود ا إذا انقطعت أخباره ، وجهل مصيره من الحياة او الممات[4]

ويعتبر الأسير حالة من الحالات الغيبية ويخضع لأحكام الغائب

ونصل إلى أن الأسير لايخلو من إحد الحالتين:

ان انقطع أخباره يجهل مصيره فلا تعلم حياته من مماته،ولا مكانه إقامته ،فهنا يأخذ حكم المفقود.

أن يكون معلوم الحياة وهو في هذه الحالة لايأخد حكم المفقود.

أن يكون معلوم الحياة وهو في هذه الحالة لايأ خذ حكم المفقود.

[1] محمد سعيد جعفر ، مرجع سلبق ،ص 325

[2] هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق ،ص25.

[3] سورة الانسان ،الاية80.

[4] هادي محمد عبد الله ، مرجع سابق،ص26.

المطلب الثالث:أنواع المفقود:

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن بعض الفقهاء منهم الحنابلية والمالكية فرق بين حالات الفقد،فليس لكل من خرج عن وطنه وأهله نفس الحكم،أما القانون قد قسم المفاقيد إلى قسمين وذلك وفقا لتحديد المدة التي تحكم بعدها بموته.

الفرع الأول:أنواع المفقود في الفقه الإسلامي.

قسم بعض فقهاء الشريعة أنواع المفقود إلى قسمين:

القسم الأول:انوع المفقود باعتبار الغيبة.

القسم ا لثاني:أنواع المفقود باعتبار المكان المفقود فيه.

أولا:أنواع المفقود باعتبار الغيبة .

تبني هذا النوع فقها الحنابلة وذلك التقسيم المفقود من حيث الاحكام التي تطبق عليه[1] إلى نوعان :

أ–مفقود في غيبة ظاهرة السلامة:أي يغلب الظن بقاءه حيا كالذي سافرة لسياحة أولطلب العلم أو التجارةو انقطع خبره.....الخ.

ب–مفقود في غيبة ظاهرة الهلاك:أي يغلب عاى الطن موته ،كمن فقد بين الصفينحال الحرب ،أو عرفت سفينة ونجا وغرقآخرون،وبالتالي اختمال موته كبيروأن اختمال نجاته شبه منعدم.

ثانيا:أنواع المفقود بإعتبار المكان المفقود فيه

وقد أخذا هذا التقسيم فقهاء المالكية فمنهم من قسم المفاقيد إلى أربعة أنواع :

أ–مفقودفي بلاد الإسلام: أن يفقد الشخص في بلاد المسلمين في غير زمان الحرب ، أي فقد الشخص في أرضه ووطنه أو في أحد البلاد الإسلامية .[2]

ب–مفقود في دار الحرب:

أن يفقد الشخص في بلد من بلاد الشرك،أي من فقد في بلادغيرالمسلمين.أي بلد من بلدان الكفر .

ج–مفقود في قتال بين المسلمين:أن يفقد الشحصفي الفتن بين المسلمين إذا تقاتلوا لطلب ملكأوجاه،يكون القتال بين دولتين إسلاميتين أو دأخل الدولة الواحدة عن طريق النزعات المسلحة ويطلق عليها الحروب الأهلية ،ومتال ذلك في الوقت الحالي.كمن يفقد في الفتنة الواقعة في سوريا أو اليمن مثلا.

د–مفقود في قتال بين المسلمين والكفار:أي يفقد في حرب بين دولتين واحدة مسلمة والتانية كفارة

هـ –مفقود في بلاد الوباء:أي يفقد الشخص في منطقة أنتشر فيها مرض قاتل.متلا أن يفقد شخص في بلد منتشر فيها الطاعون أو الكوليرا أو في قرية أو مدينة أصابها موت جماعي بسبب زلزال أو فيضان أو نحو ذلك.

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء الحادي عشر، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1993، ص 188-189.

[2] عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية الجزء الحادي عشر مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1413 / 1993 م. ص 387.

الفرع الثاني :أنواع المفقود في القانون

أحد معظم القوانين والتشريعاتالعربية بتقسيم الحنابلة إلى المفقود الى غيبة ظاهرها السلامة وغيبة ظاهرة الهلاك ،وذلك بغيبة التفريق في المدة التي تحكم بعدها بموت ،فنصت عليها المشرع الجزايريفي المادة113 من ق أ ، جإلى تقسيم الحالات التي يحكم بموت المفقود ألى اثنين:

حالة الحروب والحالات الاستثنائية وهي طبعا حالة يغلب فيها الهلاك والحالات التي تغلب فيها السلامة ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في المادة237من ق الأحوال الشخصية بنصه إلى حالتين للفقد أحوال يغلب فيها الهلاك واحوال عادية وفي نفس السياق ذهب المشرع اللبناني في المادة134من ق الأحوال الشخصية للموحدين الدروز والمشرع البحري في المادة 111من ق أحكام الاسرةوالمشرع السوري في لالمادة205من ف الأحوال الشخصية وغيرها من القوانين الاحرى كمشرع اليمني في ق م 113والتونسي في نص المادة82من مجلة الأحوال الشخصية ،أما المشرع الأردني فقسم الفقدان الى تلات أنواع :مفقود من جهة معلومة ويغلب على الظن موته،مفقود إثر كارثة كزلزال ،اوغارة جوية أو حالة اضطراب ألامن وحدوت الفوض وما شابه ذلك.[1]

بينما المشرع العماني لم يفرق بين حالات الفقد وأعطى حكما عاما للمفقود بعض النظر عن الجهة التي فقد فيها.

من خلال تناولنا لتعريف المفقود وأنواعه من الناحية القانونية يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على حماية حقوق المفقود وأسرته، وضرورة اتباع إجراءات قانونية لإثبات الفقدان، مع مراعاة مصالح الأطراف، خاصة الزوجة والأبناء.

أما الاختلاف، فيكمن في أن الفقه يعتمد على مصادر الشريعة، بينما يستند القانون إلى نصوص مدنية محددة. كما تختلف مدة الغياب وإجراءات الحكم؛ فالفقه قد يكتفي بالقرائن والشهادة، بينما يشترط القانون مسارًا قضائيًا واضحًا.

وفي التطبيق، تسعى الجزائر للتوفيق بين القانون المدني وأحكام الشريعة، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، ويُستفاد من الاجتهادات الفقهية لتفسير بعض الحالات القانونية.

أما تعريف المشرع التونسي فقد اختلف عن تعريف الجزائري والمشرع المغربي في مسألة ضرورة صدور حكم فضائي يقضي بفقدان الشخص، فهو لم يذكر ذلك في تعريفه للمفقود حسب ما ورد في الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والفق معهم في اشتراط القطاع أخبار الشخص عن أهله وإمكانية الكشف عنه بالبحث والتحري ليعدو مفقودا..

[1] القرار الجمهوري بالقانون رقم 20لسنة1992بشان الأحوال الشخصية اليمني، المعدل للمادة113 منها أمر على مؤرخ في 13أوت1956 يتعلق بإصدار مجلةالاحوال الشخصية

2 المادة 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية المنقح،.القانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية .الكويتي المعدل ،السالف الذكر،المادة146منه

المبحث الثاني : الإجراءات الخاصة بالمفقود

لكي تثبت صفة الفقدان للشخص المفقود فإنه يتوجب رفع دعوى الفقد من أجل الحكم بالفقد وفق الإجراءات المحداد لذلك وهو ماسنتكلم من خلال هذا المطلب الأول. كما يجب اثبات الفقدان بالطرق والوسائلالمحداد قانونا وهو سنتطرق اليه في المبطلبالتاني.

المطلب الأول:إجراءات دعوى الفقد

اطراف الدعوى هم من يوجه الادعاء باسمهم بناءا على مالهم من صفة ومصلحة بالنسبة للحق أوالمركز القانوني المدعي به،ودعوى الفقد مثل باقي الدعاوي الأخرى تستلزم أن يكون فيها طرفان متخاصمان مدعي ومدعي عليه ،مع إمكانية ادخال طرف ثالث الى أحد الطرفين الأصليين أو تدخله بإرادته في الخصومة .

الفرع الاول:المدعي في دعوى الفقد

المدعي هو من له صفة إيجابية في الدعوى ،وهي عادة ماتكون صفة صاحب الحق أو المركزالقانوني،والدعوة تعني لذا الأخير حقه في طرح إدعاءاته القانونية امام القضاء من أجل اتباث هذا الحق وتاكيده في مواجهة شخص اخر بناءا على واقعة قانونيةمعينة.[1]

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

وحسب ماورد في المادة 114من قانون الاسرة الجزائري التي تنصى على انه "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة او من له مصلحة أو النيابة العامة "من خلال مانصت عليه المادة هذه المادة فان من لهم الحق الادعاء في دعوى الفقد هم :الورثة ؛من له مصلحة النيابة العامة

وسنوضح كل عنصر على حدى .

أ–الورثة :والوارث هو الشخص الحي بعد موت مورثه ،أو الملحق بالاحياء كالجنين.

وبالتالي فان من له صفة وارث يملك الحق في رفع دعوى الفقد ،حسب ماورد في المادة 114من القانون الاسرة الجزائرية ،والورثة هم الإقارب والمتمثلين في فروع الشخص المفقود وأصوله وحواشيهم كما تم تحديدهم في قانون ألاسرة ،وكذلك زوج الشحص المفقود هو أحد الورثة ،حيث أن هؤلاء هم من لهم الحق في رفع دعوى الفقد على الشخص المفقود.

ب –من له مصلحة:بلاضافة إلى الورثة فإن المادة 114من القانون الأسرة الجزائري نصت على أن كل من له مصلحة يمكنه رفع الدعوى الخاصة بالفقد،والمقصود بالمصلحة المنفعة العامة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت لجوءه للقضاء سواء كانت هذه المصلحة قائمة أو محتملة .

وهو ما أشارت إليه المادة 13 من ق الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية في فقرتها الأولى بقولها

"لايجوز لأي شخص التقاضي ،مالم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون .

[1] كما ورد في المادة 126قانون رقم 84-11 المو رخ 09يونيو1984م يتضمن قانون الاسرة*أسباب الإرث ،القرابة،والزوجية

ج –النيابة العامة:وحسبماجاء في المادة 114من قانون الأسرة فإن النيابة العامة هي الفئة الثالثة التي يمكنها أن ترفع دعوى الفقد ،حيث نصت المادة 03مكرر من قانون الأسرة على انه "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون "كما نصت المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف اصلي أو يتدخل كطرف منظم".

وبعض النظر عن المادة 3مكرر من قانون الاسرة والتي قامت باثاره جدل كبير بعد صياغتها ،فإن النيابة العامة تكون طرف اصلي في الدعوى عندما تقوم بمباشرة رفع الدعوى بنفسها ،اما فيما يتعلق بالحالات الأخرى فانها تكون طرف منظما ،وذلك لان القانون يوجب ابلاغها بالدعوى المرفوعة.[1]

ونصت المادة 257من ق الإجراءات المدنية والإدارية على انه"تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحدادها القانون ، او للدفاع عن النظام العام"

وفي جميع الحالات فان كل من المادتين 257و260 من القانون نفسه اجازت للنيابة العامة أن تتدخل تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون او من اجل الدفاع عن النظام العام او القضايا التي يرى في تدخلها امرا ضروريا لذلك.[2]

الفرع ثاني :المدعي عليه في دعوى الفقد

المدعى عليه هو من له صفة سلبية في الدعوى كصفة المدين [3]،او هو الشخص المسؤول قانونا عن الحق المدعى به ، والدعوى بالنسبة للمدعي عليه تعني حقه في منافسة مدى صحة مايدعيه الطرف الدعي والرد عليه ،غير ان القانون لم يحداد المدعي عليه [4] في دعوى الفقد،حيث يطرح التساؤول هل ترفع هذه الدعوى ضد المفقود او ضد احد اقاربه؟

وبرجوعنا الى القواعد العامة للإجراءات فإننا نجد انها تقضي بان المدعي عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات الطرف المدعي ،وبتطبيق هذا المبدأ فان المدعي عليه في دعوى الفقد هو الشخص المفقود 1،غير ان عدم إمكانية المفقود من مباشرة الدعوة المرفوعة ضده بنفسه تقتضي مباشرتها من طرف من ينوب عنه قانونا ،وهو ما يستشف من نص المادة 38من القانون المدني في فقرتها الأولى بقولها "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنه قانونيا ونائبة او وكيله القانوني هو من يدير أمواله وينوب عنه في كافة تصرفاته القانونية بما فيها الدعاوى المرفوعةضده.

اولا :شروط قبول دعوى الفقد:

نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه "لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون .يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعي عليه .كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه

---

[1] بربارة عبد الرحمان : شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر. ط02،ص195

[2] بربارة عبد الرحمن، مرجع نفسه،194

[3] عوض أحمد الزعبي: أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط 02، 2006 ، الجزء 02 38- فشار عطا الله : أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط . 02 .2008.ص .392

[4] نوي عبد النور ،مرجع سابق،ص71-70

القانون 3.ومن خلال نص هذا المادة فإنه يتوجب لقبول أي دعوى أمام القضاء توفر شرطين هما الصفة والمصلحة.

أ:الصفة

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشحضية في التقاضي

والصفة في الرأي الغالب للفقة فيما يتعلق يرفع الدعوى الرامية إلى حماية الحق المتنازع فيه تكون لصاحب الحق وحدة ،فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق

ويقصد بالصفة أيضا تلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى سواء مدعي أو مدعى عليه بموضوع النزاع.

وعند رجوعنا إلى المادة 114 [1]من قانون الأسرة الجزائري نجد أن الشرع قد منح الصفة في دعوى الفقد للورثة أو من له مصلحة أو للنيابة العامة ،هذا بالنسبة للمدعي ،أما بالنسبة للمدعي عليه فإن القانون لم يحدد له الصفة في دعوى الفقدان ،وهذا ما سنحاول أن نوصحة فيما سياتي من شرح لصفة المدعي في دعوى الفقد،وصفة المدعى عليه على التوالي.

1-صفة المدعي في دعوى الفقد

يجب التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي ،فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى أن يقوم بمباشرة بنفسه وذلك لأجل عذر مشروع،في هذه الحالة يعطي له القانون الحق في أن يمثله في الإجراءات شحص أجر ،كان يحضر محامي نيابة عنة ،أو يحضر شخص أخر بموجب وكالة خاصة ،في هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتأكد أولآ من صحة التمثيل ،ثم بعد ذلك يقوم بالبحث في مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق.[2]

وبناءا على مانصت عليه المادة114من قانون الأسرة الجرائري بقولها:(يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة)، فإنها تعطي لهولاءالتلاتة :

-الورثة:

والورثة هم من ينتمون إلى الميت بسبب من أسباب الإرت كالقرابة والزوجية ،فالقرابة هي الصلة النسبية بين المورث ،وتشمل القرابة الفروع والأصول والحواشي'وهي:الأخوة ،والعمومة ،والخوولة،وفروعهالافرق بين الذكور والأنات في كل ذلك[3].

-النيابة العامة

لقد نظم المشرع الجزائري وجود النيابة أمام القضاء المدني ،حيت تكون إما مدعية كطرف أصلي عندما تقوم برفع الدعوى بطريق مستقل ،أما ان تكون طرفا منضما في القضايا التي يتوجب إبلاغها بها أتناء سيرالخصومة

ونصت المادة 256من القانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] بأنه :"يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم "، ونجد أن المشرع قد فصل بين حالتين محل جدل فقهي وقانوني ،تتعلقان بمعيار التمييز صفة الطرف الأصلي وصفة

1 المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري

[2] بربارعبد الرحمان : مرجع سابق ص 34-35.

[3] حسي محمد مخلوف :المواريث في الشريعة الإسلامية ،دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير ،القاهرة،مصر ،ص 35.

[4] المادة 256من القانون الإجراءات المدنية والإدارية

والزوجية هي أحد أسباب التوارث للزوج الحي بعد وفاة الزوج الأخر ،حيث يرث الزوج زوجته إذا توفيت ،وترث الزوجة زوجها إذا توفي ،ومرجع قوة الرابطة بين الزوجين هي أن كلا منهما قرين الأخر وشريكة في متاعب الحياة وهمومها والزوجية التي يتراتب عليها الميراث هي الزوجية الناشئة عن عقدا زواج صحيح ،سواء تم الدخول أم لم يتم ذلك.

ب :من له مصلحة:

ويقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء وهذه المنفعة تشكل الدافع وراء الدعوى والهدف من تحريكها ،فلا دعوى دعوى دون مصلحة تنزيها للقضاء عن الانشغال بدعاوى لفائدة منها فالمصلحة هي الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها وهي كونها وسيلة لحماية الحق.

- مصلحة قانونية :أي أن المصلحة التي يقرها القانون ،وتتحقق ذلك إذا كانت الدعوى تستند إلى حق أو قانوني ،فيكون العرض من الدعوى المطالبة بحق ومركز قانوني.
- مصلحة شخصية ومباشرة .
- مصلحة قائمة وحالة.
- مصلحة محتملة.

فالمشرع الجزائرية في القانون الإجراءات المدينة استبعد الأهلية في شروط رفع الدعوة أي أهلية في شروط رفع الدعوة أي أهلية التقاضي .لدى الشخص الطبيعي وذلك لإن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر وقت قيد الدعوى ،وقد تغيب أو تنقع أثناء سير الخصومة.

ثانيا:الاختصاص القضائي في دعوى الفقد

يعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية ،ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة امامة وفقا لمعايير النوع الإقليمي.

أ:الاختصاص النوعي في دعوى بالفقد:يقصد بالاختصاصالنوعي هو توزيع القضايا على الجهات القضائية المختلفة بحسب نوع الدعوى ،بعبارة أخرى هو النطاق القضايا التي يمكن أن تباشر ولايتها جهة قضائية معينة وفقا لنوع الدعوى المطروحة.

بالنسبة لدعوى الفقد فإن الاحتصاص النوعي فيها يمكننا أن نستنتجه من حلال نص المادتين32و423من قانون الإجراءات المدنية والأدارية، حيث نصت المادة 32على أن:{المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام ،ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة ،تفصل المحكمةفي جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شوؤن الأسرة والتي تختص بها إقليميا ،تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع ،غير أنه في المحاكم التي تنشي ء الأقسام يبقي القسم المداني هو الذي ينظر في جميع النزعات باستثناء القضايا الاجتماعية ،

ب:الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد

وهذا الاحتصاص الإقليمي يقصد به تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى علاقة النزاع بحدود سلطتها الإقليمية والمكانية أو هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استناد إلى معيار جعرافي يخضع للتقسيم القضائي

وفيما يخص دعاوى الفقد فالمادة 426من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة لم تنص على تحديد الاحتصاص الإقليمي لدعاوى الفقد ولذا فإنه يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة للاختصاص الإقليمي والتي تنص عليها المادة 37من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها :يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرةاحتصاصها موطن له ،وفي حالة اختبار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ،مالم ينص القانون على خلاف ذلك[1]

د:العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد

نصت المادة 14من ق الإجراءات المدنية والإدارية على انه ترفع الدعوى امام المحكمة بعريضة مكتوبة ،موقعة ومؤرخةتودع بأمانة الضبط من قبل اما بالنسبة لمضمون عريضة افتتاح الدعوى فقد نصت المادة 15من ق الإجراءات المدنية الإدارية عاى مجموعة من البيانات التي أن تتضمنها العريضة ،تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، وهذه البيانات هي :

1-الإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوة ونقصد بها الاسانيد التي يستندعليها المدي في طلباته.

2-ان تكون العريضة مؤرخة.

3-أن تحتوي على اسم ولقب المدعي وموطنه ، وفي حالة تعددهم يجب ذكر جميع البيانات بالنسبةلكل واحد منهم.

4-ان تتضمن العريضة عاى عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ،وتتمتل في الاسانيد القانونية التي يستندعليها المدعي في ذكر وقائع الفقدوالغياب والطلبات.

5-ان تتضمن الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى وهو قسم شؤون الاسرة،لدى محكمة الواقع بدائرة اختصاصها الإقليمي موطن المفقود والغايب.

6-أن ترفع العريضة بالوثائق والمستندات المؤيدة لإعاءاتالمدعي،وذلك لتسهيل مهمة المتقاضين ، للوصول الى الحقيقةكما يجب أن ترفع الغريضة على عددمن النسخ يساوي عدد المدعي عليهم ، وذلك لتبليغهم.

وعند توفر كافة هذه البيانات تكون العريضة مستوفية لجميع شروطها،والتي حددها القانون ،وتصبح العريضة جاهزة لتسجيلها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصةإقليميا[2]بحيث تقيد العريضة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها ،مع ، بيان أسماء وألقاب الخصوم ،ورقم القضية وتاريخ أول جلسة ، وذلك بعد دفع الرسوم المحداد قانونا.

كما يسجل أمين الضبط رقم القضية ، وتاريخ أول جلسة على نسخ الغريضةالافتتاحية، ليسلمها للمداعي بغرض تسليمها رسميا للخصوم حسب المادتين16و17من قانون الإجراءات المدنيةوالادارية.[2]

[1] عبد العزيز سعد،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة أمام أقسام المحكمة الابتدائية، دار هومة،*د.ط*

[2] المادتين 16-17من قانون الإجراءات المدنية والادارية

نستخلص من خلال هدا المبحث، و بعد الإنتهاء من كافة الاجراءات السابقة يقوم المحضر القضلئي بتبليغ موعدالجلسة للأطراف المعنية ، و يكلف المدعي عليه بالحضور وفقا لنص المادة 20من قانون الاجراءات المدنية و الادارية باعتبار أن الشخص المفقود مجهول الموطن ، فإنه يستحيل تبليغه فالتبليغ يعد صحيحا إذ تم في موطنه الاصلي إلى احد افراد عائلته المقيمين معه.

خلاصة الفصل الأول

ومن خلال ما ورد في هذا الفصل نستخلص أن المفقود يعرف على أنه هو الشخص الذي يغيب ويختفي أثره ولا يعلم حاله أهو حي أم ميت، كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في المعيار الذي يعتبر على أساسه الشخص مفقودا، فالأحناف والشافعية والحنابلة يعتبرون الشخص مفقود عند الجهل بحاله أحي هو أم ميت أما المالكية فبالإضافة إلى الجهل بالحياة أو الوفاة لا يعتبر الشخص عندهم مفقودا إلا إذا كان مجهول المكان الذي فقد فيه، وبالنسبة لتقسيم المفقود فإن الأحناف والشافعية يعتبرون المفقود نوع واحد، أما المالكية إلى مفقود في أرض الحرب ومفقود في أرض السلام، ومفقود في أرض الكفر ومفقود في أرض الإسلام، ومفقود في الأرض التي عليها وباء، أما الحنابلة فقد قسموا المفقود إلى نوعين مفقود في غيبة يغلب عليها الهلاك، ومفقود في غيبة تغلب عليها السلامة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تقسيمه للمفقود وكذا التشريعات المغاربية، غير أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار المكان في القوانين الخاصة المتعلقة بمفقودي فيضانات باب الواد ومفقودي زلزال بومرداس، ومفقودي المأساة الوطنية، كما أنه لكي يحكم القاضي بفقد الشخص يجب أن يتم رفع دعوى قضائية أمامه من طرف الأشخاص المخولين قانونا بذلك، والذين تتوفر فيهم شروط قبول الدعوى، كما أن هذه الدعوى ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بذلك ضمن عريضة افتتاحية مستوفية لكافة الشروط، ويثبت الفقدان إما عن طريق محاضر المعاينة والإثبات، وإما عن طريق شهادة الشهود، وتعتبر هذه الوسائل من بين أهم الدعامات التي بني القاضي عليها حكمه الذي يقضى بالفقد وتترتب على الحكم بالفقد مجموعة من الآثار

الفصل الثاني:

آثار الحكم بالفقدان

آثار الحكم بالفقدان

يُعد الحكم بالفقدان من المسائل القانونية والشرعية الدقيقة التي تتداخل فيها الأحكام الشرعية مع مقتضيات الواقع الاجتماعي والقانوني. فالفقدان يشير إلى الحالة التي يختفي فيها شخص ما لمدة طويلة دون أن يُعرف مصيره، أهو حي أم ميت مما يُثير إشكاليات قانونية وشرعية تتعلق بحقوقه وحقوق الغير المرتبطة به، كحق الزوجة في الزواج مجددًا وحق الورثة في التركة ومسؤولية الغائب المالية وغيرها.

في الفقه الإسلامي، تناول الفقهاء مسألة المفقود ضمن أبواب الأحوال الشخصية والمعاملات، وأقروا أحكامًا دقيقة تراعي التوازن بين حفظ الحقوق وانتظار عودة الغائب، مع اختلاف المذاهب في تحديد المدة اللازمة للحكم بموته، وفقًا للظروف الزمانية والمكانية.

أما في التشريع الجزائري، فقد نظم المشرع هذه الحالة في إطار قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، مستندًا في بعض جوانبه إلى الفقه المالكي، ومعتمدًا معايير موضوعية لتحديد وقت الحكم بالفقدان وآثاره القانونية، خاصة فيما يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية، وتصرفات الغائب المالية، وإعلان الوفاة بعد مرور مدة معينة يحددها القانون.

يتضح من هذا أن الحكم بالفقدان يثير جملة من الآثار القانونية والشرعية التي تستدعي دراسة متأنية، تجمع بين مقاصد الشريعة وروح القانون، وتُراعي مصلحة المجتمع واستقرار العلاقات القانونية وهذا ما سنعالجه في المبحث الأول، ومنها ما يتعلق بالشخص المفقود نفسه والذي سنتطرق له من خلال المبحث الثاني.

المبحث الأول: اثار الحكم بالفقدان المتعلقة بزوجة المفقود

تترتب على الحكم بالفقد أثار تتعلق بزوجة المفقود بحكم العلاقة التي تربطها به، حيث أن زوجة المفقود لها الحق في طلب فك الرابطة الزوجية التي تربطها بزوجها المفقود عن طريق التطليق .سنتناول في المطلب الاول حق الزوجة في طلب الطلاق والمطلب الثاني الاثار المالية للفقدان بالنسبة لزوجة المفقود.

المطلب الأول :حق الزوجة في طلب الطلاق :

اذا غاب الرجل عن امراته ولم يخل من حاله احداهما: ان تكون غيبته غيبة غير متقطعة يعرف خبره ويمكن الاتصال به فهذا ليس لامرأته ان تتزوج بأجماع اهل العلم الا ان يعتذر الانفاق عليها من ماله فلها ان تطلب من القاضي فسخ النكاح فيفسخ نكاحه الحالة الثانية ان يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهل لزوجته ان تتزوج من غيره سنتطرق في هذا المطلب للفروع الفرع الاول حق زوجة المفقود في طلب الطلاق في الفقه ، عند الاحناف ، المالكية ،الشافعية ،الحنابلة

أما بالنسبة للفرع الثاني ففيه نحاول ان نبين حق زوجة المفقود في طلب الطلاق في التشريعات المقارنة

الفرع الأول : حق زوجة المفقود في طلب الطلاق في الفقه

إن فقدان الزوج وغيابه عن زوجته يحول دون تحقق أهداف الزواج، فبالرغم من توفر كافة المتطلبات المادية للحياة للزوجة إلا أنه لا يمكنها البقاء وحيدة فترة طويلة بدون زوجها، خاصة إذا كانت لا تعلم حياته من وفاته ولا تعلم حتى مكانه، وسنحاول من خلال هذا الفرع البحث في أمر أحقية زوجة الشخص المفقود في طلبها للتطليق من الجانب الفقهي والجانب القانوني[1]

أولا : في الفقه الإسلامي

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن زوجة الشخص المفقود تبقى على ذمته فترة فقده، ولكن اختلفوا في تحديد فترة الانتظار وكذا إمكانية الزوجة لفك الرابطة الزوجية عن طريق رفع أمرها للقاضي، وهذا ما سنتناوله من خلال ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة:

أ . عند الأحناف:

أصحاب المذهب الحنفي أن زوجة المفقود لا تبين وتبقى على ذمة زوجها حتى يظهر حاله برجوعه إلى أهله أو يأتيهم يقين وفاته، حيث يرى الأحناف أن امرأة المفقود لا تتزوج و استمدوا رأيهم هذا مما ذهب إليه علي بن أبي طالب –رضي الله عنه– في قوله في امرأة المفقود أ ا امرأة ابتليت فلتصبر[2] .

---

1 السرخسي، المبسوط، الجزء 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان. ص 32

2 السرخسي: المرجع نفسه ، ص35 ، الكاساني :مرجع سابق ، ص 311.

ب . **عند المالكية:**

يرى أصحاب المذهب المالكي أن إمكانية طلب زوجة المفقود لفك الرابطة الزوجية تكون بحسب الحالة التي فقد فيها زوجها، فمن فقد زوجها في بلاد المسلمين ولم ترضى بالبقاء في عصمته يمكنها رفع أمرها للقاضي، من أجل البحث عنه بكافة الوسائل الممكنة فإذا لم يتم العثور عليه ضرب لزوجته أجل أربعة أعوام ثم تعتد بعد ذلك، أما من كان أسيرا أو مفقودا في بلاد الحرب أو محبوسا فإن المالكية يرون أن زوجته لا تتزوج وتنتظره مدة التعمير وهي :سبعون سنة, ثم تعتد بعدها عدة وفاة هذا إذا كانت لا تخشى على نفسها الزنا كل هذه الفترة، أما إن لم تكن لها نفقة أو خشيت على نفسها الزنا يحق لها طلب التطليق للضرر، وبالنسبة للمفقود في قتال الكفار فإنه يحكم له حكم المقتول وتؤجل زوجته سنة من يوم رفع أمرها للقاضي، وكذلك الأمر بالنسبة للمفقود في الفتنة بين المسلمين حيث يعتبر متوفى بعد أخر يوم من انتهاء المعركة وتعتد زوجته، والأمر ذاته بالنسبة للمفقود في بلاد أصابها وباء قاتل حيث وبعد انجلاء الوباء يعتبر كل مفقود في حكم الموتى[1]

ج . عند الشافعية:

يرى أصحاب المذهب الشافعي أن زوجة المفقود لا يمكنها الزواج إلا بعد أن يحكم القاضي بموته والحكم بوفاته يكون بعد مضي مدة يغلب الظن فيها أن المفقود لا يعيش أي مدة التعمير، ودليلهم في ذلك أنه مادام يوقف مال المفقود ولا يقسم حتى يتضح حاله أو يحكم بوفاته فإن الأمر ذاته يطبق على زوجته لأن الحكمين متلازمين في نظرهم[2] .

د . عند الحنابلة:

يرى أصحاب المذهب الحنبلي أن المفقود إذا فقد في غيبة ظاهرها السلامة فإن زوجته عليها انتظار مدة التعمير والمق درة عندهم بتسعين سنة ثم يحكم بوفاته بعدها وتعتد زوجته ويرجع الأمر في هذه الحالة إلى تقدير القاضي، أما إذا فقد في غيبة ظاهرها الهلاك فإنه ينتظر مرور أربع سنين من تاريخ فقده ثم يحكم بوفاته وتعتد زوجته عدة وفاة[3] .

الفرع الثاني : حق زوجة المفقود في طلب الطلاق في التشريعات

عند غياب الزوج دون معرفة مصيره من الحالات القانونية والاجتماعية المعقدة التي تثير العديد من الإشكالات، خاصة فيما يتعلق بحقوق الزوجة. فقد تواجه الزوجة في حالة فقدان زوجها صعوبات نفسية ومادية، بالإضافة إلى الغموض القانوني الذي يحيط بوضعها الشرعي، لا سيما من حيث استمرار العلاقة الزوجية من عدمها. لذلك، أولت التشريعات اهتماماً خاصاً بحق الزوجة في طلب الطلاق في مثل هذه الحالات، توازناً بين الحفاظ على استقرار الأسرة من جهة، ورفع

[1] مرجع سابق ، ص(102-106)

[2] الإمام النووي : مرجع سابق ، ص 34-35.

[3] الهو : مرجع سابق ، ص ، 2249ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186-187.

الضرر عن الزوجة من جهة أخرى. وتختلف الشروط والإجراءات التي تتيح للزوجة هذا الحق من نظام قانوني إلى آخر، تبعاً لطبيعة القوانين المطبقة والمبادئ الشرعية أو المدنية التي تستند إليها

أولا. في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري على أنه إذا كان الزوج مفقودا ولم يظهر له أي خبر يحق لزوجته بعد مرور سنة من الفقدان أن تطلب الطلاق [1]،وهذا وفق ما جاء في المادة 112التي تنص على أنه : (لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53من هذا القانون (، وبالرجوع إلى المادة 05/53 فإننا نجدها تنص على أنه : (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية5- : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.)

حيث أنه إذا غاب الزوج فترة طويلة تفوق السنة عن زوجته أجاز لها بعض الفقهاء إمكانية طلب الطلاق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان، وذلك لأنها وبسبب غياب زوجها تتضرر معنويا[2] ،وتكون الغيبة سببا من أسباب التطليق إذا ما كانت بعد مرور سنة كاملة بدون عذر ولا نفقة [3].

حيث يتضح لنا أن زوجة المفقود لها الحق في طلب التطليق لأنه أحد الطرق المتاحة لها لفك الرابطة الزوجية حسب ما ورد في قانون الأسرة الجزائري، والذي أعطى الزوجة رخصة في إمكانية فك زوجيتها عن طريق القاضي بعد أن ترفع أمرها له، وتقدم الأسباب والعلل الشرعية التي جعلتها تطلب التطليق.

ولكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة يشترط ما يلي[4] :

-أن تمضي سنة أو أكثر على الغياب، ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه.

-أن يكون الغياب بدون عذر مقبول وبدون أي مبرر شرعي.

-أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، بدون أن يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وعلى الأولاد. وبيان ذلك أن غياب الزوج لمدة طويلة سواء كان في بلده أو خارجه يوقع في نفس المرأة الوحشة مما يجعلها تخشى على نفسها من الفتنة والوقوع في المعاصي خصوصا إذا كانت صغيرة السن، ويجب أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول شرعا من أجل أن يستجيب القاضي لطلب التطليق، أما إذا كانت هذه الغيبة لسبب مشروع كطلب العلم و ممارسة التجارة أو العمل في بلاد أجنبية، وأن يكون الزوج مجندا في مكان بعيد أو غير ذلك فغيبته هنا لعذر مقبول ولا يمكن للزوجة طلب التطليق لهذا السبب، كما أنه يجب أن لا يكون الزوج قد ترك لزوجته مالا تنفق منه على نفسها، لأنه إن غاب بدون أي عذر وترك لها ما تنفق منه على نفسها فلا يمكنها طلب التطليق بسبب الغيبة لأن التطليق بسبب

[1] بن شويخ الرشيد : شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط 2008، 01 ص201 .

[2] بن شويخ الرشيد : المرجع نفسه ، ص2 .

[3] سليمان ولد خسال : الميس ر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، منشورات دار طليطلة ، الجزائر ، ط ، 2010، 01ص13 .

[4] سليمان ولد خسال : المرجع نفسه ، ص13 .

الغياب يكون بتوفر كافة شروطه وإلا فإن طلب التطليق لن يقبل[1] .

ثانيا: في التشريعات المغاربية

يبدو أن التشريعات المغاربية المقارنة أيضا أعطت الزوجة الحق في طلب التطليق إذا غاب عنها زوجها مدة طويلة وقد أوردت ذلك من خلال نصوصها القانونية وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أ – حق الزوجة في طلب الطلاق في التشريع المغربي

نص القانون المغربي في المادة 104من مدونة الأسرة المغربية على أنه :) إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن للزوجة طلب التطليق، تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدا ومكلا بكل الوسائل، تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه.)

كما أن المادة 105من مدون الأسرة المغربية نصت على أنه :) إذا كان الغائب مجهول العنوان اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيام عنه فإن لم يحضر طلقتها عليه.)

ومفاد هذا أن القانون المغربي قد أعطى الحق للزوجة التي يغيب عنها زوجها مدة تزيد عن سنة أن تطلب التطليق، وترفع لأجل ذلك دعوى أمام القضاء للحكم بفك الرابطة الزوجية، كما أن المحكمة بعد رفع الدعوى تقوم بإبلاغ الزوج الغائب الذي يكون عنوانه معروف بأمر دعوى التطليق من أجل الحضور للإقامة مع زوجته أو أن يقوم بنقلها إليه، أما الزوج مجهول العنوان فإن المحكمة تقوم بكافة الإجراءات للتوصل إلى تبليغه بدعوى الزوجة، بما في ذلك تعيين قيام ينوب عنه، فإن لم يحضر يقوم القاضي بتطليقها منه.

ب – حق الزوجة في طلب الطلاق في التشريع التونسي

لقد نص القانون التونسي في الفصل 40من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه :) إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلا مدة شهر عسى أن يظهر ثم طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك[2].)

وبتحليلنا لما ورد في هذا الفصل من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإنه يتبين لنا أن المشرع التونسي أعطى الزوجة الحق في طلب الطلاق بسبب الغياب ولكن بتوفر شروط، حيث أنه إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يترك مالا خلفه، كما لم يترك لها نفقة ولم يقم أي أحد أخر بالإنفاق عليها فترة غياب زوجها، فإن الحاكم يضرب له أجلا تحدد مدته بشهر في انتظار ظهوره، ثم بعد ذلك يقوم القاضي بتطليق زوجته منه وهذا بعد أن يتأكد من ثبوت ما سلف ذكره مع قيام زوجته بأداء اليمين على

[1] نوي عبد النور : مرجع سابق ، ص 131-132

[2] المادة 40 من مجلة الاحوال الشخصية التونسية ، قانون عدد 03-70 الصادر بتاريخ 13أوت 1956 ،المعدل والمتمم

ذلك.

ج – حق الزوجة في طلب الطلاق في التشريع الموريتاني

نص القانون الموريتاني على إمكانية طلب الزوجة للتطليق بسبب الغيبة والفقدان، وذلك من خلال ما جاءت به المادة 106من مدونة الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه :) يحق للزوجة طلب الطلاق عند القاضي بسبب ضرر الفراش الناشئ عن غيبة زوجها أكثر من سنة، ولو كان له مال يمكن إنفاقها منه. إذا أمكن الإتصال بالزوج الغائب منحه القاضي أجلا و إعذارا بالطلاق عليه إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل و لم يتصرف الزوج دون أن يكون له مبرر مقبول فإن القاضي يفرق بينهما بعد أن يتأكد استمرار الزوجة على طلب الطلاق.[1] إذا لم يمكن الاتصال بالزوج الغائب عين القاضي وكيلا عنه وأعطاه تلو ما باجتهاده فإن لم يحضر في ذلك الأجل طلق عليه القاضي بلا إعذار وبلا ضرب أجل(،كما نصت المادة 107من نقس القانون على أنه) إذا فقد الزوج ولم تخش زوجته فسادا ولا ضياعا فإن تطليقها لا يتم إلا بمرور أربع سنوات بعد رفعها الأمر إلى القاضي، تعتد بعدها عدة وفاة ثم تحلّ للأزواج.) ...

وبتحليلنا لهاتين المادتين فانه يتبين لنا أن المشرع الموريتاني من خلال ما ورد في مدونة الأحوال الشخصية أعطى للزوجة التي يغيب عنها زوجها الحق في طلب التطليق بسبب ضرر الفراش الذي ينشأ عن غيبة الزوج لمدة تفوق السنة، حتى ولو ترك لها ما تنفق به على نفسها، لأنه يرى أن حاجات الزوجة لزوجها كثيرة ولا يمكنها العيش بدونه مدة طويلة.

كما أنه إذا أمكن الاتصال بالزوج الغائب يعطيه القاضي أجل ليحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها وإلا طلقها القاضي منه، أما إذا لم يتمكن من الإتصال به فإن القاضي يعين وكيلا عنه ويعطيه أجلا فإن لم يحضر فيه طلق عليه القاضي، أما المفقود فقد ورد ذكره في المادة 107من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، حيث أن زوجته إذا لم تخشى على نفسها ضياعا أو فسادا، فإن تطليقها يكون بعد مرور أربع سنوات من يوم رفعها الأمر للقاضي وبعد ذلك تعتد عدة وفاة.

وبالمقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية والمتمثلة في التشريع المغربي والتشريع التونسي والتشريع الموريتاني، حول إمكانية الزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة أو أكثر لطلب التطليق، فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى الزوجة الحق في التطليق بسبب غياب زوجها لمدة سنة أو أكثر بدون عذر شرعي وبدون نفقة، وهذا حسب المادة 05/53من قانون الأسرة الجزائري وكذلك الأمر بالنسبة لزوجة المفقود حيث مكنتها المادة112من الحق في طلب التطليق. أما القانون المغربي فإنه أعطى الحق في التطليق للزوجة التي يغيب عنها زوجها مدة تزيد عن سنة كما ورد في المادة 104من مدونة الأسرة المغربية، فالمشرع المغربي لم يقيد أحقية الزوجة الغائب عنها زوجها في طلب التطليق بأي شرط، بل نص على أن من يغيب عنها زوجها مدة تفوق السنة لها الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

1 المادة 106 من قانون الاسرة الموريتاني الصادر بالأمر القانوني رقم 75-58بتاريخ 26سبتمبر 1975-المعدل والمتمم

والقانون التونسي كذلك قد أعطى الزوجة الحق في طلب الطلاق بسبب غياب زوجها إلا أنه اشترط أن لا يكون للزوج الغائب مال، ولم يترك لها زوجها قبل غيابه ما تنفقه على نفسها، كما أنه لم يقم أي أحد بالإنفاق على الزوجة فترة غياب زوجها، ويقوم القاضي بعد انتظار مدة شهر لظهوره بتطليقها منه بعد أن تثبت الأمور التي سبق ذكرها بالإضافة إلى قيام الزوجة بأداء يمين على صحة ما ادعته.

كما أن القانون الموريتاني أيضا أعطى للزوجة التي يغيب عنها زوجها لأكثر من سنة الحق في طلب الطلاق، وذلك بسبب ضرر الفراش الناشئ عن هذه الغيبة، حتى ولو كان له مال تركه لها للإنفاق منه، أما زوجة المفقود فإنها إن لم تكن تخشى على نفسها من الفساد أو الضياع فإن تطليقها يكون بعد مرور أربع سنوات من يوم رفع أمرها للقاضي حسب ما جاءت به المادتان 106و 107من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية. وما نلاحظه هنا هو أن التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية المذكورة أعلاه قد أعطت كلها الحق في طلب التطليق للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمدة سنة أو أكثر، غير أم اختلفوا في الشروط التي يجب توفرها للتطليق بسبب الغيبة، فالمشرع الجزائري بالإضافة إلى الغياب لمدة تفوق السنة يشترط كذلك أن يكون الغياب بدون عذر أو مبرر شرعي و أن يكون الزوج الغائب قد ترك زوجته بدون نفقة، أما المشرع المغربي فإنه اكتفى بشرط الغيبة لمدة تزيد عن سنة ليكون للزوجة الحق في طلب التطليق، كما أن المشرع التونسي أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب غياب زوجها إذا لم يترك لها هذا الأخير ما تنفقه على نفسها ولم يكن له مال، كما لم يقم أي أحد بالإنفاق عليها فترة غيابه، وبالنسبة للمشرع الموريتاني فإنه يشترط أن تكون الغيبة لمدة سنة أو أكثر والتي تتسبب في نشوء ضرر الفراش للزوجة، كما أنه لم يشترط الإنفاق كسبب من الأسباب، بل أنه أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق بتوفر ما سبق ذكره من شروط حتى ولو كان الزوج قد ترك لها ما تنفقه على نفسها وعلى أولادها فترة غيبته.

المطلب الثاني :الآثار المالية للفقدان بالنسبة لزوجة المفقود

بعد صدور الحكم بالفقد تترتب عليه أثار عديدة منها ما يتعلق بمال المفقود وكيفية التصرف فيه، وتحديد المكلّف بالمحافظة عليه وتسييره وهو ما سنحاول توضيحه من خلال المطلب.

النفقة هي اسم لما ينفقه الشخص على زوجته وأولاده وأقاربه من لوازم ضرورية كالطعام والشراب والكسوة والمسكن وغير ذلك من الضروريات، أي كل ما تتطلبه الحياة من أشياء ضرورية وفق ما تعارف عليه الناس بغية العيش والاستمرار في الحياة[1].

الفرع الأول : في الفقه الاسلامي

قالى تعالى : ﴿ و الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2] ،و روى البخاري في صحيحه أن هندا بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس

[1] بن شويخ الرشيد : مرجع سابق، ص145 .

[2] سورة البقرة : الآية233 .

يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال –صلى الله عليه و سلم– : (خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف[1].) وهذه أدلة شرعية على أن النفقة واجبة للزوجة على زوجها، ولا اختلاف بين الفقهاء على ذلك حيث أنه يتوجب على المفقود أن ينفق على زوجته من ماله إن كان عالما بالزوجية، لأن الإنفاق عليها هو إحياء لها ،1وقد ذكر الإمام مالك أنه يجب أن يتم الإنفاق على زوجة المفقود طيلة الأربع سنين[2] ،أي طوال فترة فقده، حيث أن زوجة المفقود تجب نفقتها على زوجها ومن ماله طوال مدة غيبته وإن لم يستمتع ، لأن المنع من الاستمتاع كان من جهته وليس من جهتها، وهي محبوسة عليه مثلها مثل زوجة الغائب معلوم الغيبة، فإن اختارت المقام والصبر حتى يتبين لها أمر زوجها المفقود كانت لها النفقة من ماله، ويجب على القاضي أن يمكنها من ذلك ويجوز إن لم يكن للمفقود مال أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من أجل أن ينفق علها منه، لأن هذا تمكين من القاضي للمستحق من أخذ حقه[3].

الفرع الثاني : في التشريع

وقد نصت المادة 74من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوا إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78و 79و 80من هذا القانون). ونصت المادة 80من نفس القانون على أنه : (تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى).

حيث أنه إذا كان الزوج غائبا عن زوجته ولم يرسل لها نفقة يمكنها أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة، لأن النفقة تكون من واجب الزوج سوء كان حاضرا أم غائبا، فإن كان له مال تركه مع زوجته حدد لها القاضي نفقة مناسبة منه، وإذا كان له مال لكنه مع الغير مثل البنك واعترف بالزوجية يقوم القاضي بفرض نفقة لها من هذا المال تكون كافية لها، غير أن قانون الأسرة لم يقم بتنظيم هذه المسائل سواء قبل التعديل أو بعده، فقد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بدون أن يرسل لها أية نفقة مما يعرضها للضرر، كما أن الزوج قد يكون مفقودا أو أصابه عجز وبالتالي فمشكل النفقة سيكون مطروحا سواء للزوجة أو للأولاد، ولذا كان على المشرع أن لا يغفل عن هذه المسائل وأن يجد حلولا لها [4]،وهذا من أجل تحقيق حماية قانونية للأسرة، وكذلك للحفاظ على زوجة المفقود وأولاده

من الضياع بتحديد نفقة مناسبة لهم يتم أخذها من ماله على اعتبار أنه حي ، فهو المسؤول عن الإنفاق عن زوجته وأولاده أثناء حياته.

أما التشريعات المغاربية فقد نصت أيضا على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، حيث نص القانون المغربي في المادة 194من

---

[1] الإمام البخاري : الجامع الصحيح للبخاري ، المكتبة السلفية ، القاهرة ، الجزء ، 03 كتاب النفقات ، باب إن لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه مايكفيها و ولدها بالمعروف ، الحديث رقم ، 5364ص 4

[2] الكاساني :مرجع سابق ، ص314 .

[3] الكاساني :مرجع سابق ، ص314.

[4] بن شويخ الرشيد : مرجع سابق ، ص 148

مدونة الأسرة المغربية على أنه : (تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء، بعد أن يكون قد عقد عليها .(كما نصت المادة 195من نفس القانون على أنه) يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت)..

من خلال هاتين المادتين يتضح أن المشرع المغربي يعتبر أن النفقة الخاصة بالزوجة واجبة على الزوج بمجرد البناء أي الدخول ا، أو إذا دعته للبناء، كما أن القاضي يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج وتوقفه عن الإنفاق الواجب عليه اتجاه زوجته، والنفقة لا تسقط بمضي المدة، إلا إذا حكم على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت عن ذلك. أما القانون التونسي فقد نص في الفصل 38من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه : (يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول ا وعلى مفارقته مدة عدا (، كما نص الفصل 41من نفس القانون على أنه :) إذا أنفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فلها مطالبته بذلك (، ونص الفصل 42أيضا على أنه:) لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة.)

وبالنظر لهاته الفصول الثلاث فإنه يتبين لنا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بعد الدخول ا، كما أنه في حال أنفقت الزوجة على نفسها بقصد الرجوع على زوجها الغائب فإن لها الحق في مطالبته بما أنفقته، لأن نفقتها واجبة عليه لا على نفسها، ونفقة الزوجة في القانون التونسي لا تسقط بمضي المدة.

وبالنسبة للقانون الموريتاني فإنه نص في المادة 147من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه:) تجب على الزوج نفقة زوجته إذا دخل أو دعته للدخول بعد عقد صحيح بشرط كونه بالغا وهي مطيقة وليس أحدهما مشرف على الموت (، كما نصت المادة 149من نفس القانون على أنه :) لا تسقط نفقة الزوجة بالتقادم، ويحكم لها بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق)

الفرع الثالث : أثر ظهور المفقود حيا بالنسبة لزوجته

أولا: 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:

أ: عند الحنفية

يرى الحنفية أن المرأة إذا نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حيا ترد إلى زوجها

[1] عبد المنعم فارس سقاء المرجع السابق، ص 475

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)[1] [سورة النساء: الآية]24.

ب : 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)[2].

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

ج : 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 زدت 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

د. 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

[1] السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ص 27

[2] مالك ابن أنس المدونة المرجع السابق، ص 448-449

ثانيا :في القانون 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. 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

. 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 115 من. ق. أ.ج والأخذ بالراجح في فقه المذهب المالكي كما هو حاصل في المسائل الأخرى[1]

[1] المرجع نفسه المواد 115 - 222 من قانون الاسرة الجزائري

المبحث الثاني :آثار الحكم بالفقد على ماله بالنسبة للغير

بعد صدور الحكم بالفقد تترتب عليه اثار عديده منها ما يتعلق بمن مفقود وكيفيه التصرف فيه وتحديد المكلف بالمحافظة عليه وتسييره وهما سنحاول توضيحه من خلال المطلب الاول واثار تتعلق بالزوجة المفقود وامكانيه طلبها لفك الرابط رابط الزوجية وكذلك حقها في انفاق عليها من مال زوجها وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني بطريقه مفصلة

المطلب الأول: حصر مال المفقود في حالة الفقد

بعد صدور الحكم بالفقد تترتب أثار عديدة منها ما يتعلق بمال المفقود وكيفية التصرف فيه وتحديد المكلف بالمحافظة عليه وزجته وهذا ما سنتناوله من خلال المطلب الثاني

الفرع الأول : آثار حصر مال المفقود في الفقه

اذا لم يكن للمفقود وكيلا فإن القاضي هو الذي يدير هذه الأموال و يحافظ عليها وهذا ما اتفق عليه الفقه و القانون

أولا :في الفقه الإسلامي :يرى الفقهاء ان على السلطان ان ينظر فيما خلفه المفقود في رباع و اموال ومتاجر وديون و فرائض و ودائع وعوار فإن كانت مما كانت مما تصلح للكراء اكراها و ان كان فيها شيء يحتاج الى اصلاح ولا يبقى على انهدامه اصلح له

أ. 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]."

ب . 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.

ج . **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.

د . **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، أن يكون وصيا بجعل 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] الكساني: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي (ت (587) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج8، ص 314

[2] اللخمي المرجع السابق، ص 3345

[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، ص 207

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص مسألة إرث المفقود من غيره إلى مذهبين، حيث ذهب الحنفية إلى أن المفقود لا تثبت له حقوق مالية من غيره كالميراث والوصية وغيرها من الحقوق، حيث أن المفقود لا يرث من غيره عندهم لعدم تحقق شروط الإرث فيه، والمتمثلة في تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه، والمفقود حاله غير متبين أو ظاهر وهناك احتمال بأن يكون ميتا، أما جمهور الفقهاء فيرون أن المفقود يعتبر حيا، لأن حياته هي الأصل الثابت وبالتالي فهو يرث من غيره عندهم، ولا يورث ماله، ويوقف له نصيبه من تركة مورثه فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة[1] ،حيث أنه إذا علم أنه مات بعد وفاة مورثه دفع نصيبه إلى ورثته، أما إن كان ميتا حين موت مورثه يرد الموقوف إلى ورثة الأول[2] .

الفرع الثاني : آثار حصر مال المفقود في القانون

-أولا: في التشريع الجزائري

نصت المادة 133من قانون الأسرة الجزائري على أنه : (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113من هذا القانون.)

ومن خلال ما ورد في هذه المادة يمكن القول بأن المشرع الجزائري ذهب إلى مذهب الجمهور في توريث المفقود من غيره واعتباره حيا طيلة فترة فقده، حيث يوقف له نصيبه احتياطا حتى تتبي ن حقيقة حاله بظهوره حيا أو يحكم القاضي بوفاته، فإن ظهر حيا أخذ النصيب الموقوف له، وإن حكم بموته بناءا على دليل ثابت من أوراق رسمية وغيرها وكان تاريخ وفاته لاحق لتاريخ وفاة مورثه استحق ما كان موقوفا له من ميراث، وأعطي نصيبه إلى ورثته الموجودين وقت وفاته وفقا للتاريخ المحدد في الحكم، وإن كان تاريخ وفاته سابق لموت مورثه فإن نصيبه الموقوف يرد إلى ورثة المورث الأول، أما إذا كان الحكم بناءا على ما ترجح للقاضي من قرائن ودلائل فإن المفقود يعتبر ميتا من تاريخ فقده، حيث يكون مشكوكا في حياته وقت وفاة مورثه، والميراث لا يثبت بالشك، وبالتالي فإنه لا يرث[3] .

ثانيا: أثر حصر مال المفقود في التشريعات المغاربية

أما فيما يخص التشريعات المغاربية فقد نص القانون المغربي في المادة 326من مدونة الأسرة المغربية أن:

(المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره.)

حيث نصت هذه المادة على وجوب وقف نصيب المفقود في حالة ميراثه من غيره إلى أن يفصل في أمره، إما باستحقاقه للميراث إذا توافرت شروط الإرث أو عدم استحقاقه له.

---

[1] بلحاج العربي :مرجع سابق ، ص349.

[2] ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186

[3] سعود الهلالي : أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة نظرية تطبيقية ، جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر، ط01 2008 ، ص 217-218ابن قدامة : مرجع سابق ، ص 186

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل 151من مجلة الأحوال الشخصية على أنه : يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه و إن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة.

يستفاد من هذه المادة أن المفقود الذي يرث من غيره يوقف له نصيبه من تركة مورثه، فإن ظهر حيا أخذ نصيبه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى الورثة وقت موت مورثه، وإذا ظهر حي ا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى له من ورثة وبالنسبة للقانون الموريتاني فقد نصت المادة 239من مدونة الأحوال الشخصية على أنه : (يعتبر المفقود في حكم الحي بالنسبة لحقوقه المالية فلا يقسم ماله إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حقه وفي حق غيره فيجب توقيف الحظ المشكوك فيه حتى يبت في شأنه.) حيث نصت هذه المادة على أن المفقود محتمل الحياة في حقه وحق غيره ويجب أن يوقف له نصيبه المشكوك فيه من إرثه من الغير حتى يبت في أمره إما أن يظهر حيا أو يحكم بوفاته.

المطلب الثاني : حصر مال المفقود في حالة موته

من الطبيعي أن حياة الإنسان وشخصيته تنتهي بالموت الحقيقي، غير أن الفقه الإسلامي وكذا القوانين الوضعية أقرت حالة استثنائية وهي الموت الحكمي للشخص، مثلما هو الحال بالنسبة للشخص المفقود الذي يصدر في حقه حكم يقضي بوفاته. .

حيث أنه إذا انقطعت أخبار الشخص الغائب فصار مفقودا ولم تعلم حياته من وفاته، فإن تركته لا تقسم

وتبقى موقوفة حتى يتبين حاله بأن يرجع حيا أو يثبت موته، وثبوت الموت يكون إما بالبينة وهي أن يشهد رجلان ممن تتوفر فيهما صفات وشروط الشهادة بأن المفقود قد مات في تاريخ ومكان معينان، أو أن يشهد الأشخاص الذين سافروا معه بأنه مات وهو معهم وقاموا بدفنه، عندها يمكن للحاكم أن يحكم بموت الشخص المفقود .

ومن خلال ما نصت عليه المادتان 113و 114من قانون الأسرة الجزائري فإنه يجوز الحكم بوفاة المفقود في

الحروب والحالات الاستثنائية بعد مرور أربع سنوات بعد القيام بالبحث والتحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يترك الأمر للقاضي في تقدير المدة بعد مضي أربع سنوات، كما أن الحكم بوفاة المفقود يصدر بناءا على طلب يقدمه أحد ورثة المفقود، أو من له مصلحة، أو بطلب من النيابة العامة .سنتطرق في هذا المطلب الى الفروع التالية ففي الفرع الاول في الفقه الاسلامي ،عند الأحناف ، المالكية ، الشافعية ،الحنابلة والفرع الثاني في قانون الاسرة الجزائري ، وفي القوانين الخاصة

فرع الاول : في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية حول مسألة تحديد المد ة الواجب مرورها للحكم بوفاة المفقود، وسنقوم بطرح رأي كل مذهب على حدى فيما يلي:

أولا: عند الأحناف : يرى الحنفية أنه يحكم بوفاة المفقود بموت أقرانه الذين هم في بلده، حيث أنه إذا لم يوجد منهم أحد حكم بموت المفقود، والمدة عند الحنفية تقدر بتسعين90 سنة .

ثانيا: عند المالكية : ويرى المالكية أن المدة هي سبعون70 سنة وهي مدة التعمير وهذا بالنسبة للمفقود في بلاد الحرب،

أما المفقود في بلاد المسلمين فإن المدة حددت بأربع04 سنين لسهولة البحث عن الشخص المفقود في أرض الإسلام2 .

ثالثا: عند الشافعية : ويرى الشافعية أن المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود هي تسعون90) (سنة وهي مدة موت أقرانه الذين هم في بلده، والرأي الصحيح عندهم أن المدة لا تقدر بزمن معين، حيث أنه إذا ثبت للقاضي وفاة المفقود فإنه يجتهد ويحكم بالوفاة بعد مرور المدة التي لا يتجاوزها غالبا أقرانه3 .

رابعا: عند الحنابلة : ويرى الحنابلة أن الشخص إذا فقد في حالة تغلب عليها السلامة، كمن خرج لتجارة أو سياحة أو طلب علم ففيه روايتان: الأولى تفويض أمره للقاضي في تحديد المدة، والثانية فإن المدة تقدر بتسعين سنة، أما من فقد في حالة يغلب عليها الهلاك، كمن فقد بين الصفين أو فقد في غرق مركب كان فيه، فالمد ة هنا تكون محددة بأربع 04سنين ثم يحكم بوفاته .

الفرع الثاني : في التشريع

أولا: 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 مقدما كما هو وارد في المادة 99 من ق أج، ويقوم المقدّم المعين بما يقوم به الوصي ويخضع لنفس أحكامه، وهذا ما نصت عليه المادة 100 من ق أج إذ جاء فيها يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام."

. ثانيا: في القوانين الخاصة

وفي القوانين الخاصة سنتكلم عن القوانين التي أصدرها المشرع بموجب ظرف خاص للفقد، وهذه القوانين تتمثل في الأمرين المتعلقين بفيضانات باب الواد وزلزال بومرداس، والقانون المتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية. حيث تنص المادة 02من الأمر 02-03المتعلق بفيضانات باب الواد في فقرتيها 2و 4على ما يلي:[1] تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني بعد انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا

[1] الامر رقم 02-03 المؤرخ في 19 فبراير 2002 ، المتعلق بفيضانات باب الواد ، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائية العدد 02 ، الصادر بتاريخ يناير 2003

يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة. – يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة ومن كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.)

وتنص المادة 02من الأمر 03-06المتعلق بزلزال بومرداس في فقرتيها 2و 3على أنه:)- تعد الضبطية القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة. – يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي بحكم ابتدائي و ائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

كما تنص المادة 30من القانون 06-01المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية في فقرا الثانية على ما يلي:) تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني على إثر عملية البحث ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة في ذلك في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية (، وتنص المادة 31من نفس الأمر على أنه:) يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسلم محضر معاينة الفقدان)،[1]

كما تنص المادة 32من نفس الأمر على أنه:) يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة. يفصل القاضي المختص ابتدائيا وائيا في أجل لا يتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.)

ومن خلال هذه النصوص التي ذكرناها نستنتج أن المواد المذكورة من الأوامر المتعلقة بحالات الفقدان الخاصة وكيفية تنظيمها، إنما حددت المدة التي يحق لذوي حقوق المفقود خلالها حسب ظرف الفقد تسلم محاضر المعاينة التي تثبت الواقعة، وكذلك المدة التي يفصل فيها القاضي في دعوى الحكم بالوفاة، غير أا لم تحدد مدة يحكم بعد انقضائها بوفاة المفقود، حيث يتبين لنا أن المشرع الجزائري ومن خلال النصوص الخاصة سمح في ظل الظروف الاستثنائية بإصدار حكم بالوفاة بمجرد تسلم محاضر المعاينة ولم يتم تقييدها بأي مدة.

وقد أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة بما ذهب إليه الفقه المالكي 1فيما يتعلق بالشخص المفقود في زمن الوباء، حيث أنه لا يضرب له أجل ويعتبر ميتا بمجرد انتهاء الوباء لأن أغلب الظن يكون هلاكه دون نجاته.

[1] الامر 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 156 الصادرة بتاريخ 20 فبراير 2006

نلاحظ ان المشرع ترك فراغا لهذه المسألة الهامة الخاصة بالحكم بالفقدان ،و هو حكم قضائي يُعلن فيه القضاء فقدان شخصٍ ما بعد غيابه مدة طويلة دون معرفة مصيره، ويترتب عن هذا الحكم آثار قانونية تمس خاصة الوضعية الشخصية والمالية للمفقود وأسرته، ومن بين أهم المتأثرين بالحكم بالفقدان زوجة المفقود.

خلاصة الفصل الثاني :

تنتهي حياة الإنسان بموته الحقيقي ويثبت بالبيئة، 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.

الخاتمة

خاتمة:

إن ظاهرة الفقدان قد تكون بسبب ظواهر طبيعية منها الزلازل والفيضانات، أو اجتماعية والتي منها ظاهرة الهجرة (الحرقة)، أو نتيجة نزاعات مسلحة، فمعظم البلدان العربية شهدت في العشرية الأخيرة نزاعات مسلحة نتج عنها آلاف المفقودين، والجزائر من بين الدول التي عرفت في العقدين الأخيرين كوارث طبيعية، وظواهر اجتماعية نتج عنها كذلك آلاف المفقودين، وشغلت هذه الظاهرة مسارح القضاء، وصفحات الجرائد إلا أن هذا الموضوع ورغم تعرض الباحثين له في الآونة الأخيرة في دراسات وبحوث قانونية دورية إلا أنه لا يزال يحتاج إلى بحوث دقيقة في بعض الجزئيات، فالملاحظ أن واضعي القانون لم يعطوا لهذا الموضوع حقه ولم يترجموا هذه البحوث إلى قواعد ثابتة تعالج هذا الموضوع بصفة جذرية تتماشى والتطور الحاصل في وسائل البحث والتحري، فإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى اجتهدوا أنذلك في وضع قواعد وأحكام تنظم حالة الفقدان بما يتماشى ووسائل البحث المتوفرة آنذاك لانعدام نص من القرآن والسنة لاسيما بخصوص مدة التصويت، فإن التشريعات العربية وضعت أحكاما تخص المفقود بقيت في معظمها حبيسة اجتهادات المذاهب الفقهية القديمة رغم إجراء بعض التعديلات لكنها غير كافية.

وفي الأخير وبعد من الانتهاء من دراسة أحكام المفقود في التشريع الجزائري توصلت إلى جملة من النتائج و المقترحات و هي كما يلي:

نتائج الدراسة :

- المفقود هو الشخص الذي غاب عن أهله وجهل مكانه ولا يعرف أحي هو أم ميت وحكم المشرع الجزائري فيه ميزة ليعتبر الشخص الغائب مفقودا وهو استصدار حكم قضائي يقضي بفقدانه، أما بالنسبة للمفقودين في القوانين الاستثنائية فابدل شرط اصدار حكم قضائي بمحضر معاينة تعده الضبطية القضائية. وجوب النفقة الزوجية من مال المفقود إذا لم تتضرر من غيابه ولم ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق لعدم النفقة.
- لزوجة المفقود أن تطلب الطلاق بسبب زوجها إذا امتد الغياب لسنة فأكثر وتسبب هذا الغياب بضرر على أن يكون بغير مبرر ولا نفقة طبقا لنص المادة.
- عند صدور حكم بالفقدان فإن أموال المفقود لا تنتقل إلى الورثة وتبقى في ملكه حتى صدور الحكم بالوفاة أو تقوم البيئة عليه كما أنه يرث من غيره.
- عند الحكم بالفقدان على الشخص الغائب فإنه يتوجب على القاضي أن يعين مقدما لتسيير أموال المفقود والتكفل بها.
- يكون الحكم بموت المفقود بغي التشريع الجزائري بعد مضي أربع سنوات من الغيبة وذلك بعد التحري عليه بكل الطرق والوسائل المؤدية إلى ايجاده وهذا في حالة الحروب والحالات الاستثنائية، أما عن الحالات التي تغلب فيها السلامة فالأمر مفوض الى القاضي في تحديد المدة المناسبة وهذا حسب الأدلة و الإثباتات المتوفرة لديه بعد مضي الأربع سنوات لأن الحكم بموت المفقود هو مسألة اجتهادية.

- لا يمكن صدور الحكم بالفقدان والحكم بالموت في آن واحد بل يأتي الحكم بالفقدان وبعد مرور مدة بحكم القاضي بموت المفقود.
- عند الحكم بوفاة المفقود فإن زوجته تعتد عدة الوفاة وهي أربع أشهر و 10 أيام، كما يمكن لها أن تتزوج بعد العدة وكذلك عند الحكم الصادر بالوفاة يترتب عليه انتقال الأموال أو التركة إلى ورثته.
- إذا رجع المفقود بعد الحكم بوفاته فإن له الحق في أن يسترجع أمواله التي وزعت على الورثة أو أن يسترجع قيمة ما بيع منها إلا ما استهلكوه منها ولا يرجع عليهم بقيمة ما استهلكوه لانهم تملكوه بحكم قضائي.
- أما عن حالة رجوع المفقود حيا بعد الحكم بوفاته بالنسبة لزوجته فأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة ، فاتفق فقهاء الاسلام على أنه اذا عاد وهي في فترة العدة أو بعدها ولم تتزوج فهي امراته أما إذا وجدها قد تزوجت فينظر اذا كان قد دخل بها الزوج الثاني أم لم يدخل بها فإذا لم يدخل بها كان زوجها الأول أحق بها إن كان دخل بها الثاني فإن الأول يخير بين زوجته و المهر.

مقترحات الدراسة :

تحديث التشريعات مراجعة وتحديث القوانين المتعلقة بالمفقود لتواكب التطورات الاجتماعية والقانونية الحديثة.

إنشاء سجل وطني للمفقودين إنشاء قاعدة بيانات مركزية تحتوي على معلومات عن المفقودين لتسهيل عن البحث عنهم وتسريع عملية العثور عليهم .

تعزيز الوعي المجتمعي نشر الوعي حول أهمية الابلاغ عن حالات الفقد والتعاون مع السلطات للمساعدة في العثور على المفقودين .

مراجعة الأحكام الشرعيةدراسة الأحكام الشرعية المتعلقة بالمفقود وتطبيقها بشكل يتوافق مع المعايير القانونية الحديثة.

تطوير آليات حفظ حقوق المفقود وضع آليات قانونية وفنية لحفظ حقوق المفقود المالية والعائلية أثناء فترة فقده.

قائمة المصادر والمراجع

الكتب الفقهية:

1. الصادق عبد الرحمان لغريني، *مدونة الفقه المالكي وأدلته*، الجزء الثالث، مؤسسة الريان للطباعة والنشر.
2. الغمراوي، *السراج الوهاج على متن المنهاج*، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1987م.
3. السرخسي، *المبسوط*، الجزء 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
4. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، *أحكام المفقود على الشريعة الإسلامية*، دار الجامعة، مصر، ط.1، 2003م.
5. عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان لسيد هاشم، *الوجيز*، بدون سنة نشر.
6. عبد المنعم فارس، *أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي*، دار النوادر، سوريا، ط.1، 2008م.
7. عبد الكريم بن محمد اللّاحم، *الفرائض*، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط.1، 1976م.

الكتب القانونية

1. عوض، أحمد الزعبي .*أصول المحاكمات المدنية*، الجزء الثاني. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2006.
2. فشار، عطا الله .*أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري* .الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008.
3. سائح سنقوقة .*قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد*، الجزء الأول. عين مليلة، الجزائر: دار الهدى، 2011.
4. سليمان ولد خصال .*الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري* .الجزائر: منشورات دار طليطلة، الطبعة الأولى، 2010.
5. سعد عبد العزيز .*إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية* .الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013.
6. سعد عبد العزيز .*نظام الحالة المدنية في الجزائر* .الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
7. هادي محمد عبد الله .*أحكام المفقود: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي* .عمان: دار دجلة، الطبعة الأولى، 2010.
8. الصادق عبد الرحمن الغرياني .*مدونة الفقه المالكي وأدلته*، الجزء الثالث. بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ.
9. الغمراوي .*السراج الوهاج على متن المنهاج* .بيروت: دار الجيل، 1987.
10. السرخسي .*المبسوط*، الجزء الحادي عشر. بيروت: دار المعرفة، بدون تاريخ.
11. جمال عبد الوهاب عبد الغفار .*أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية* .مصر: دار الجامعة الجديدة، 2003.
12. عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمن الهاشم .*الوجيز*، بدون سنة نشر.
13. عبد المنعم فارس سقي .*أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي* .سوريا: دار النوادر، الطبعة الأولى، 2008.
14. عبد الكريم بن محمد اللاحم .*الفرائض* .الرياض: مكتبة المعارف، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1976

المراجع القانونية:

- **الأمر المؤرخ في 1956/08/13**، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادر بتاريخ 1956/08/17، *الرائد الرسمي التونسي*، العدد 66.
- **القانون رقم 52-2001** المؤرخ في 2001/06/19، المتضمن مدونة الأحوال الشخصية.

المذكرات والرسائل العلمية:

- **شرابن ابتسام** :*المفقود في القانون الجزائري – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي*، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع: عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، سنة 2010/2009.
- **قياسة فاطمة** :*المفقود في القانون الجزائري*، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، سنة 2006/2005.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
اهداء	**I–II**
شكر والعرفان	III
فهرس المحتويات	
مقدمة	أ . د
الفصل الأول: الضوابط الفقهية والقانونية للمفقود	
تمهيد	02
المبحث الأول: تعريف المفقود وتميزه عن الغائب	03
المطلب الأول: تعريف المفقود	03
الفرع الاول: **تعريف المفقود لغة**	03
الفرع الثاني: **تعريف المفقود اصطلاحا**	03
أولا: **عند المالكية:**	03
ثانيا: تعريف المفقود عند الحنفية	04
ثالثا :تعريف عند الحنابلة	04
رابعا: تعريف المفقود عند الشافعية	04
خامسا :تعريف المفقود عند الإباضية	04
سادسا: التعريف الفقهي الراجح	**04**
المطلب الثاني: التعريف القانوني للمفقود	05

الفرع الاول: **تعريف المفقود في بعض التشريعات العربية**	05
الفرع الثاني: **تعريف المشرع الجزائري للمفقود**	06
المطلب الثاني: **تمييز المفقود عن غيره من الاحكام القانونية**	07
الفرع الاول: تمييز المفقود عن الغائب	07
الفرع الثاني: تمييز المفقود عن الأسير	08
المطلب الثالث: أنواع المفقود	08
الفرع الاول: أنواع المفقود في الفقه الإسلامي	08
الفرع الثاني: أنواع المفقود في القانون	09
المبحث الثاني :الشروط و الاجراءات الخاصة بالمفقود	11
المطلب الاول: **إجراءات دعوى الفقد**	11
الفرع الأول: المدعي في دعوى الفقد	11
الفرع الثاني المدعي عليه في دعوى الفقد	12
الخلاصة	17
الفصل الثاني: آثار الحكم بالفقدان في الفقه والتشريع	
تمهيد	18
المبحث الأول: آثار الحكم بالفقدان المتعلقة بزوجة المفقود	19
المطلب الأول: حق الزوجة في طلب الطلاق	19
الفرع الاول : حق زوجة المفقود في طلب الطلاق في الفقه	19
الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في طلب الطلاق في التشريعات	20

المطلب الثاني: الآثار المالية للفقدان بالنسبة لزوجة المفقود	24
الفرع الاول : في الفقه الاسلامي	24
الفرع الثاني : في التشريع	24
الفرع الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بالنسبة لزوجته	26
المبحث الثاني: أثار الحكم بالمفقود على ماله ينسب للغير	28
المطلب الاول: حصر مال المفقود في حالة الفقد	28
الفرع الاول: حصر مال المفقود في الفقه	28
الفرع الثاني :حصر مال المفقود في التشريع	29
المطلب الثاني: حصر مال المفقود في حالة موته	30
الفرع الاول :في الفقه الاسلامي	31
الفرع الثاني : في التشريع	31
خلاصة الفصل الثاني	33
الخاتمة	36
قائمة المراجع	38
الفهرس	

الملخص:

تناولنا في هذا البحث موضوع احكام المفقود في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من خلال دراسة مقارنة نظرا لما لهذا الموضوع من أهمية قانونية واجتماعية خاصة في ظل الحروب والكوارث التي تؤدي إلى اختفاء الأشخاص لفترات طويلة دون معرفة مصيرهم. مما يترتب عليه اثار قانونيه تمس حياة المفقود وذويه

تم تقسيم الدراسة الى محاور رئيسية تناولت :

أولاً–مفهوم المفقود وتعريفه لغة واصطلاحا وتمييزه عن الغائب مع تحديد شروط اعتبار الشخص مفقودا قانونيا.

ثانيا –أحكام المفقود في الفقه الإسلامي: استعرض البحث آراء المذاهب الفقهية المختلفة حول المفقود، لا سيما في ما يتعلق بتحديد المدة التي يُحكم بعدها بوفاته، وأثر ذلك على الزوجة (انحلال الرابطة الزوجية) والميراث والتصرف في أمواله.

ثالثا–أحكام المفقود في التشريع الجزائري: تم تحليل المواد القانونية المتعلقة بالمفقود في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، مع بيان الإجراءات القضائية التي تُتبع لإعلان فقدان الشخص ثم الحكم بوفاته، والآثار القانونية المترتبة على ذلك.

رابعا– المقارنة بين الفقه والتشريع الجزائري: أظهرت الدراسة نقاط الالتقاء والاختلاف بين الرؤى الفقهية والتطبيق القانوني في الجزائر، كما تم تقييم مدى توفيق المشرع الجزائري بين القواعد الفقهية ومتطلبات الواقع.

Abstract:

This research addresses the topic of legal rulings concerning missing persons in both Islamic jurisprudence and Algerian legislation through a comparative study, given the significant legal and social importance of this issue—especially in the context of wars and disasters that lead to the disappearance of individuals for extended periods without any knowledge of their fate. Such circumstances give rise to legal consequences that affect both the missing person and their relatives.

The study is divided into four main sections:

First – The concept and definition of a missing person, both linguistically and in legal terminology, distinguishing it from the concept of absence, and identifying the conditions under which a person is legally considered missing.

Second – The rulings on missing persons in Islamic jurisprudence: This section reviews the opinions of various Islamic legal schools, particularly concerning the duration after which a person is presumed dead, and the resulting implications for the spouse (dissolution of marriage), inheritance, and the management of the missing person's property.

Third – The legal provisions on missing persons in Algerian legislation: The study analyzes the relevant articles in both the Algerian Civil Code and Family Law, explaining the judicial procedures for declaring a person missing and subsequently presumed dead, along with the resulting legal effects.

Fourth – A comparison between Islamic jurisprudence and Algerian legislation: The research highlights points of convergence and divergence between the jurisprudential perspectives and legal applications in Algeria, and evaluates the extent to which Algerian lawmakers have reconciled Islamic legal principles with the demands of contemporary reality.

الكلمات المفتاحية:

بالغة العربية	بالغة الانجليزية
المفقود	The missing one
أحكام المفقود	Rulings on the missing
الفقه الاسلامي	Islamic jurisprudence
التشريع الجزائري	Algerian legislation