جامعة ابن خلدون ـ تيارت ـ

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: قانون عقاري

الموضـــوع:

إجراءات التصرف في الأملاك الخاصة بالغائبين والمفقودين

من إعداد الطالبتين:

– عبد الحق العابدية

– يوسفي جهيدة

إشراف الأستاذ:

– الدكتور مقني بن عمار

لجنة المناقشة

أ.د.عليان بوزيان	أستاذ التعليم العالي	رئيسا.
أ.د.مقني بن عمار	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا.
د..عميري أحمد	أستاذ محاضر. "ب"	مناقشا.
د. سليمي الهادي	أستاذ محاضر. "أ"	مدعوا

السنة الجامعية: 2019م/ 2020م.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

شـــكـــــر وتقـديـر

اللهم لك الحمد كثيرا طيبا فيه ملء السموات وملء الأرض وملء ماشئت من شيء بعد. أهل الثناء والمجد أحق من قال العبد وكلنا لك عبد أشكرك ربي على نعمك التي لا تعد وآلائك التي لا تعد نحمدك ربي ونشكرك على أن يسرت لنا إتمام هذا البحث على الوجه الذي نرجوا أن ترضى به عنا.

ثم نتوجه بالشكر إلى من رعانا طلبة في برنامج المستر ومعد هذا البحث ومعدا هذا البحث أستاذنا ومشرفنا الفاضل الأستاذ الدكتور بن عمارمقني الذي تكرم بالإشراف على عملنا هذا فله خالص الشكر والامتنان.

ونتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتنا الفضلاء في كلية الحقوق ونرى أن نقف شاكرين لأستاذنا الدكتور الهادي سليمي الذي كان لنا نعم المعين طيلة سنتي الماستر بتوجيهاته وتشجيعاته وإرشاداته فجزاه الله عنا خيرا وكان لنا الشرف ان يكون ضمن اللجنة المناقشة.

ونتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتنا الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم علينا بقبول مناقشة هذه الرسالة فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها وتهذيب نتوآتها.

كما لا أنسى أن تقدم بامتناني وتقديري وجزيل الشكر إلى الأخ والصديق كريم من جامعة الجيلالي بونعامة جامعة خميس مليانة الذي قدم لنا الكثير والكثير من الإرشادات والمساعدات والتحفيزات لإنجاز هذا العمل فله كل الشكر

إهـــداء

بقلب صادق انحني أمام من خلقني ووهبني العلم وأفاض علي التعلم خالق الكرب العظيم ربي سبحانه

إلى الثنائي المبجل الذي قدسته رسائل السماء إلى أغلى ما ملكنا إلى من علمونا أصول ديننا إلى الذين من قال فيهما الحق "واخفض لهما جناح الذل من الرحمة".

"وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا" سورة الإسراء 24

إلى والدتي العزيزة التي شاطرتني الألم والأمل وأشعلت شموع التضحية حية رزقها الله بالصحة والهناء يا رب.

إلى والدي أطال الله في عمره وأمداه بالتقوى والعافية.

إلى إخوتي الأعزاء الذين كانوا سندا لي: خالد، ساعد، مصطفى، عبد القادر.

إلى أختي العزيزة ونور عيوني شهرزاد وزوجها يوسف اللذان قدما لي يد العون وأختي وزوجة أخي كريمة

إلى كتاكيت العائلة: أحمد، إسحاق، لينة، عائشة،شهرزاد جهيدة، سلسبيل، والى أصغر كتكوت عثمان جود حفظهم الله ورعاهم

يوسفي جهيدة

إهـــداء

وجد الإنسان على وجه البسيطة ولم يعش بمعزل عن باقي البشر،
وفي جميع المراحل الحياة يوجد أناس يستحقون منا الشكر
وأولى الناس بالشكر هما الأبوان

إلى أبي العطوف قدوتي ومثلي الأعلى في الحياة، فهو من علمني كيف أعيش بكرامة و إلى أمي الحنونة لا أجد كلمات يمكن أن تمنحها حقها فهي ملحمة الحب وفرحة العمر ومثال التفاني والعطاء

إلى إخوتي من هم سندي وعضدي أحمد أيمن فؤاد
إلى أخواتي هم مشاطري أفراحي و أحزاني مليكه خالدية
نوال حنان

إلى زوجي محمد أسمى رموز الإخلاص والوفاء ورفيق الدرب
إلى أخوالي وزوجاتهم وأولادهم عبد القادر وعلي وجيلالي
وإسماعيل

إلى خالاتي وأزواجهم وأولادهم خديجة فاطمة دليلة بخته
زهيرة.

إلى عائلة زوجي الكريمة وأولادهم و أزواجهم.

إلى كل زملائي وزميلاتي ماستر عقاري سنة ثانية
إلى جميع من أحبوني بصدق وإخلاص

عبد الحق العابدية

مـــقدمة

قال الله تعالى :" **كُلُّ مَن عَلَيهَا فَان**[1]" وقوله جل وعلا: "**ٱلَّذِي خَلَقَ ٱلمَوتَ وَٱلحَيَوٰةَ لِيَبلُوَكُم أَيُّكُم أَحسَنُ عَمَلا وَهُوَ ٱلعَزِيزُ ٱلغَفُورُ**"[2] فالموت هو الطريق الوحيد لنهاية شخصية الإنسان سواء كانت الطبيعية أو القانونية في مجتمع ككل، ولكن الموت الطبيعي وحده لا يكفي لزوال شخصية الإنسان فهناك موت إعتباري على القضاء الجزائري والفقه الإسلامي ككل. إن غياب الشخص وانقطاع أخباره وعدم معرفة حياته من موته يعرف بالمفقود وظاهرة الفقدان هي من أهم الظواهر التي انتشرت وذاع صيتها في مختلف المجتمعات وقد شغلت هذه الظاهرة الفقهاء المسلمين، فاجتهدوا لمواجهتها من آثار الوخيمة على من تربطهم علاقة بالمفقود وعلى المفقود نفسه، فأجمعوا على المحافظة حقوق الغير الذين تربطهم بالمفقود علاقة، وبهذا اختلفت المذاهب في مصير زوجة المفقود وأمواله أثناء فترة فقده وذلك بالمحافظة على حقوق من تربطهم بالمفقود علاقة.

وعن الفقه أخذت القوانين العربية في تشريعاتها للأحوال الشخصية فأمروا بتعيين مقدم له لتسيير أمواله التي تركها والحفاظ عليها وتنميتها.

وإذا ما وضعنا الجزائر موضع ملاحظة، نجد أن هذه الظاهرة تفشت بكثرة واحتلت مسارح القضاء الجزائري بشكل ملحوظ وذلك نتيجة لظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر سواء في المعارك ضد الإرهاب أو جراء الخطف أو غيرها من العمليات التي تقوم بها التنظيمات الإرهابية فلم تستطع معرفة مصيرهم وبيان حياتهم أم موتهم مما خلق الكثير من المعاناة والمشاكل وتعطل مصالح الكثير منهم، إضافة الكوارث الطبيعية من زلازل وفيضانات ولا يتصف المفقود بهذا الوصف إلا بعد صدور حكم يقضي بذلك إلا بعد إتباع إجراءات قانونية وصدور الحكم يكون إلا بعد مرور أربع سنوات من

[1] سورة الرحمن الاية 26.

[2] سورة الملك الاية 02

تاريخ الفقد وبناء على طلب الورثة أو النيابة العامة أو كل ذي مصلحة يمكن للقاضي الحكم بموت هذا المفقود .

من أسباب اختيار الموضوع:

- تفشي ظاهرة الفقدان في المجتمع الجزائري.
- ندرة المراجع المتخصصة في الموضوع

كثرة غياب الأزواج عن البيت وزوجاتهم بدون مبرر.

وتكمن أهمية الموضوع: من خلال نقاط التالية.

- المركز القانون للمفقود والغائب وبيان طبيعة في المجتمع.
- أساس البحث هو المقارنة بين القواعد ا لواردة في القانون الجزائري وأحكام الفقه الإسلامي.
- حماية أموال وممتلكات المفقود، وإعطاء لذويه حقهم وإعلامهم بمراكزهم القانونية الجديدة كالزوجة

أما عن الأهداف هذه الدراسة: فهو التحليل الدقيق للمواد القانونية لمعرفة حق أقارب المفقود وخاصة زوجته وورثته بعد صدور الحكم بفقدانه، ثم بموته، وتحديد مصير أمواله وبيان المفقود في حد ذاته. تسليط الضوء على هذا الموضوع نظرا لقلة الدراسات والأبحاث المتخصصة فيه.

صعوبات البحث:

من الطبيعي قد يعترض أي باحث مجموعة من العقبات والصعوبات أثناء إنجاز بحث ما وتتحدد هذه الصعوبات في قلة جمع أحكام الغائب والمفقود في كتب خاصة به قلة الدراسات القانونية.

الإشكالية: من أجل إلمام بجوانب هذا الموضوع لا بد من طرح الإشكالية:

فيما يتمثل الإطار القانوني لصور وإجراءات حماية الأملاك الخاصة للغائبين والمفقودين؟

و تتفرع عن هذا الإشكال عدة أسئلة فرعية:

– من هو المفقود والغائب عند فقهاء الشريعة الإسلامية ؟ وهل هو نفسه في القانون الجزائري؟

– قد يكون للمفقود زوجة وأقارب فما حكم هذا، وكيف حمى المشرع الجزائري حقوقهم الشخصية والمالية، وماهي الآثار المترتبة عن ذلك؟

– ماهي الإجراءات المتبعة لتقرير الموت الحكمي ؟

للإجابة على هذه التساؤلات اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن بالاعتماد على مذاهب الفقه الإسلامي وقانون الأسرة والمقارنة بينهما مع استقراء النصوص القانونية بمختلف أنواعها من تشريعات وأوامر.

وقسمنا من خلال ذلك بحثنا إلى فصلين كان الفصل الـــأول تحت عنوان الغائب والمفقود بوجه عام: حيث قسمنا الفصل إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى ماهية الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أما المبحث الثاني فخصصناه لأحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. أما الفصل الثاني فتطرقنا من خلاله إلى صور وإجراءات حماية الأملاك الخاصة للغائبين والمفقودين. فتناولنا في المبحث الأول إلى الحماية القانونية لحقوق المفقود والغائب، أما المبحث الثاني فيتمثل في القواعد الإجرائية للغائب والمفقود.

الفصل الأول

الغائب والمفقود بوجه عام

بين القانون والشريعة الاسلامية

المبحث الأول: ماهية الغائب والمفقود

قد يعتقد البعض العبارتين "الغائب والمفقود "مترادفتا المعنى إلا أن المعنى القانوني الاصطلاحي مغاير لذلك الاعتقاد تماما فلكل من الشخص الغائب والمفقود تعريف مختلف وتبعا لذلك فلكل منهما تعريفات فقهية وقانونية سنتعرض لها.

المطلب الأول: مفهوم الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي

لقد تناولنا في مطلبنا هذا مفهوم وأقسام والتمييز بين كل من الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي

أولا: تعريف المفقود والغائب:

01/ تعريف المفقود لغة:

وفي القرآن الكريم قوله تعالى: "**وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى ٱلهُدهُدَ أَم كَانَ مِنَ ٱلغَائِبِينَ**"[1] فقد: الشيء، بفقده فقدا وفقدانا وفقودا، فهو مفقود، وفقيد، عدمه وأفقده الله إياه والتفقد: أي تطلب ما غاب من الشيء، وافتقد الشيء: طلبه وتفقدته :طلبته عند غيبته[2] كما يعتبر الفقدان في اللغة على وزن فعلان، واسم المفعول منه مفقود وأصل الكلمة من الفعل فقد فيقال فقد الشيء أي أظله وأضاعه وأعدمه وكقوله تعالى في سورة يوسف عليه السلام "**قَالُواْ نَفقِدُ صُوَاعَ ٱلمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِۦ حِملُ بَعِير وَأَنَا بِهِۦ زَعِيم**"[3]

1 القرآن الكريم، سورة النمل الآية 20

2 –يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، أطروحة درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدارسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين سنة 2003، ص15

3 . القران الكريم سورة يوسف الآية 72

وفي المعجم الوسيط قد تم تعريفه بأنه: "فقد الشيء فقدا وفقدانا: ضاع منه، يقال فقد الكتاب والمال ونحوه خسره وعدمه.[1]

02/ تعريف المفقود اصطلاحا:

اختلفت تعريفات الفقهاء للمفقود، تبعا لاختلافاتهم فالحنفية قد اعتبروا المفقود أسيرا في دار الحرب الذي لا تعرف حياته أو وفاته، ومن بين الحنفية من الفقهاء قال في المفقود: هو اسم لموجود حي باعتبار أول حالة ولكنه كالميت باعتبار مآله، ولخفاء مستقره لا يحدون قد انقطع خبره واستتر عليهم أثره.[2]

وجماع ما سبق التعريف الموصلي الحنفي حيث قال: "وفي الشرع الذي غاب عنه أهله وبلده، أو أسره العدو يدر أحي هو أم ميت، ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان، فهو معدوم بهذا الاعتبار".

أما عند المالكية فعرفه الإمام مالك رحمه الله بقوله: "هو الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه" قد أضل أهله، وإمامه في الأرض أي لا يدري أين هو، وقد تلوموا لطلبه فلم يوجد. فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام، فهو إنقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خيره، ويخرج محبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه.

وأيضا عند الشافعية عرفه الإمام الشافعي رحمه الله، فقال هو من لا يسمع له بذكر، وقال أيضا: المفقود هو الذي يدرس خبره، وأثره وأما الفقهاء الشافعية فقالوا: هو من انقطع خبره، وجهل حاله في سفر، أو حضر في قتال، أو عند انكسار سفينة، أو غيرها، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره.

1- شيخ على الكويتي المسيليار، مدة انتظار المفقود، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، ص05.

2- عبد الله بن حمد بن الناصر العظيمل – أستاذ الدراسات العليا بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة، مدة انتظار المفقود في الفقه الإسلامي دراسة فقهية معاصرة الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة، ص ص05- 06

وعرفه الحنابلة بأن المراد به: "من لا تعلم له حياة، ولا موت لانقطاع خبره، وقالوا أيضا هو من خفي خبره بأسر، أو سفر.

جاء في المعنى الأسير كالمفقود إذا انقطع خبره، وإن علمت حياته، ويلاحظ من خلال هذه التعريفات إلا أنها كلها متقاربة، وهي أن المفقود الذي انقطع خبره سواء كان حي، أو ميت ولا يعلم له مكان.

03/ تعريف الغائب: لغة.

كلمة{**غائب**} هي اسم فاعل من غاب يغيب أما كلمة الغيب ما غاب مما لا يعلمه إلا الله، و يقال: غابت الشمس تغيب غيبة، وغيوبا وغيبا، وغاب الرجل عن بلده، أو غابت المرأة فهي مغيبة إذا غاب بعلها.[1] ومغيبا وتغيب: سافر أو بان والمغيبة: خلاف المخاطبة، وامرأة مغيب، ومغيبة، غاب بعلها، أو أحد من أصلها، ويتغايبون أي يغيبون، وأغاب القوم، دخلوا في المغيب.

04/ تعريف الغائب: اصطلاحا:

ومعنى الغيبة عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي للغياب، أي انتقال الزوج بدون زوجته إلى موطن آخر غير الموطن الذي كان فيه بيت الزوجية، وحياته معلومة، ومكانه معروف، ولكن بمعنى الغائب هو لا يمكن وصول الرسائل إليه، بأن يكون غير معلوم محل الإقامة، أو معلوما.[2]

[1]- الشيخ علي الكويتي المسلیار، المرجع السابق، ص06 .

[2]- الغائب والمفقود في ق.ج. والمقارن.

الفرع الثاني: أقسام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي

فقد تناولنا هنا أقسام المفقود عند كل من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة.

أولا: أقسام المفقود:

حيث ذهب جمهور الحنفية، والشافعية إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع، ولم يفرق بين أحوال الفقد كما فعل غيره من الفقهاء، أما المالكية والحنابلة، وغيرهم تم التفريق بين حال وأخرى، فليس لكل من غاب عن أهله، ووطنه الحكم نفسه، وفي توضيح حسب أقوال الفقهاء :

أ- أنواع المفقودين عند الحنابلة: وقسمها الحنابلة إلى قسمين:

1 – المفقود في غيبة ظاهرها السلامة:

بأن يغلب على الظن بقاءه حيا، كمن سافر للتجارة، أو طلب العلم، أو سياحة لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء.

2- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك:

بأن يغلب على الظن موته، كمن فقد بين أهله ليلا او نهارا أو فقد بالقتال أو غرق بهم المركب فلا يعرف ممات أو حيات. [1]

ب – أنواع المفقودين عند المالكية: قسم المالكية المفقود إلى أربع حالات:

1/ مفقود في ارض الإسلام: ويحكم بوفاته بعد أربعة أعوام، ويفرق بينه وبين زوجته.

[1]- جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستير في الشريعة والقانون تخصص شريعة والقانون : جامعة الرياض، سنة 2015، ص28 -29.

2/ مفقود بسبب الأسر: لا يفرق بينه وبين زوجته إلى أن ينكشف أمره وذلك بمرور مضي سن التعمير، وقد اختلف قول المالك في سن التعمير فقيل سبعون سنة، وقيل ثمانون، وأيضا قيل تسعون، وقيل أيضا مئة، واختار القاضي عبد الوهاب سبعين سنة حيث قال: "والصحيح سبعون سنة لقوله :" أعمار أمتي بين الستين إلى السبعين، فأقلهم من يجوز ذلك ".

3/ مفقود في معترك القتال: ولا يحتاج إلى ضرب الأجل لأن أغلب من شأنه الهلاك، أي إن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته.

4/ مفقود في قتال وفتن المسلمين: وهذا يفرق بين من حضر المعركة فيحكم بوفاته لمجرد انتهاء القتال ويفرق بينه وزوجته وبين مجرد من خرج مع الجيش، وهذه الحالة مجرد الخروج مع الجيش لا يفرق بينه وبين زوجته إلا بعد أربعة أعوام.[1]

ثانيا: أقسام الغائب:

لم يعتمد الفقهاء تقسيما محددا للغائب تسري عليه الأحكام الفقهية في مختلف الفروع، وقد تم تعدد هذه الأقسام من خلال المسائل الفقهية المتناثرة، واختلفوا فيها .

ومن تقسيمات الغائب ما يظهر عند الحنابلة، والشافعية فإن قسم الغائب قسم واحد إلا أن الشافعية لم يجيزوا الحكم على الغائب، إلا إذا كان قد خرج من مكان إقامته مبكرا، ولم يتمكن من العودة إليه أما البعض الأخر من الشافعية، والحنابلة فقد استرجعوا أن يبعد غائب مسافة القصر[2].

[1]– جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجيستر في الشريعة والقانون تخصص شريعة والقانون : جامعة الرياض،سنة 2015، ص28 –29.

[2]– محمد أويس شرف، أ حكام الغائب والمفقود في الشريعة والقانون سنة الجامعية 2013 ، ص06–07 .

أ- **:غائب غيبة متقطعة:** وهي الغيبة القريبة التي لم تتقطع فيها أخبار هذا الغائب، كمن خرج لتجارة أو حاجة، وتقسم هذه الغيبة إلى نوعين الغيبة البعيدة والغيبة القريبة.

ب – **غائب غيبة متقطعة:** وهي الغيبة التي يسافر فيها صاحبها مسافة بعيدة وتنقسم الغيبة إلى نوعين:

1 – من لم تنقطع أخباره، واجباته معلومة ومكانه معلوم.

2 – من جهل مكانه وحياته وموته فهذا هو المفقود[1].

- أما أقسام الغائب عند الحنفية تكمن مسألة في غياب الولي في زواج القاصر حيث يفرقون بين الولي الذي يغيب غيبة منقطعة والولي الذي يغيب غيبة غير منقطعة. والغيبة المنقطعة هي مسافة التي يستغرق فيها الخاطب معرفة الولي لرأيه، أما الغيبة غير المنقطعة، وهي إمكانية اتصال السريع بالولي ومعرفة رأيه.
- **أما الأقسام عند المالكية يقسمون الغائب إلى عدة أصناف:**

– الغائب الذي لم يترك نفقا، ولا مالا وليس لزوجته شرط يسمح لها بالطلاق لو غاب عنها.

– الغائب لم يترك نفقا، ولزوجته شرط يسمح لها بالطلاق لو غاب عنها.

– الغائب ترك نفقا، ولا مالا ولزوجته شرط يسمح لها بالطلاق حال الغياب عنها.

– الغائب ترك نفقا، أو مالا وليس لزوجته عليه شرط، ومكانه معلوم.

– الغائب ترك نفقا أو مالا وليس لزوجته شرط ولكن مكانه غير معلوم وهو هنا يعتبر مفقودا.[2]

[1]– يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق،ص –ص 20–21 –24.

2– محمد التوفيق قدري، نيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة علـــوم في الحقوق تخصص عقود ومسؤولية، سنة الجامعية 2017–2018، ص83–84

الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقود في الشريعة الإسلامية.

وهنا نميز بين الغائب، والمفقود عند الحنفية والمالكية والشافعية.

- **أولا أقوال الحنفية:** فقد عبر الحنفية عن المفقود بلفظ الغائب عند كلامهم عن النفقة على زوجته، وأولاده ومن أحكامه أن زوجته إذا رفعت أمرها إلى القاضي كلفها بإثبات الزوجية وإثبات الغيبة، والشهود على ذلك ثم يضرب لها أجلا على حسب ما يراه القاضي، ويظهر تعريف الحنفية بين الغائب، والمفقود في حديثهم عن تنصيب الوصي من قبل القاضي لإثبات حق له عند غيبة أبيه إذا كانت غيبة الأب منقطعة.

- **أقوال المالكية:** فرق المالكية بين الغائب، والمفقود بشكل واضح فالمفقود عند المالكية لا يسمى غائبا فجاء في حاشية الدسوقي: " المفقود لا يسمى غائبا في اصطلاح الفقهاء، لأن الغائب من علم موضعه والمفقود من لم يعلم موضعه ".

- **أقوال الشافعية:** حيث قالوا أن الغائب اعم من المفقود ففي قولهم: بعيد الغيبة منقطعها ... مفقودا، أو غير مفقود دلالة على أن الغائب أعم من المفقود، وبهذا فرق بينه وبين من غيبته قريبة.

- **أقوال الحنابلة:** فيعد المفقود عندهم قسم من أقسام الغائب، أي أن تكون غيبته غير منقطعة، أو تكون غيبته منقطعة فيشترط الحنابلة في المفقود انقطاع الخبر.[1]

- والأمر الراجح في تفريق الفقهاء بين المفقود، والغائب يكون على اساس أن المفقود أخص من الغائب أي كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود فالغياب حالة عامة والفقدان حالة خاصة، فالغياب يكون شخص معلوم الحياة والمكان ولكنه غير موجود في وطنه أما المفقود فهوا غائب غير معلوم حياته من موته[2].

1- جواهر بنت كسار نيتول، المرجع السابق، ص 24-25-26

2- محمد التوفيق قدري، المرجع السابق، ص83

المطلب الثاني: مفهوم الغائب والمفقود في القانون الجزائري.

وهنا سنتطرق إلى مفهومي الغائب والمفقود وأقسام وتمييز كل منها.

الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود في القانون الجزائري.

فهو كل شخص انقطع خبره، فلا يعلم مكانه، ولا تعلم حياته من موته[1]، وفيما ذلك أن القانون المدني أحال في المادة 31 منه إلى قانون الأسرة فيما يتعلق بمسألة المفقود .نظرا لظروف مرت بها الجزائر عرفت فيها حالات فقدان كثيرة نص عليها المشرع الجزائري في قوانين استثنائية.

أولا: تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائرية:

نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على إنه: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته، أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم " فالمشرع لم يميز بين المفقود والغائب بل عرف المفقود بأنه شخص غائب يجهل مكانه، ولا يعرف إن كان حيا، أو ميتا أي أن كل شخص اختفى عن الأنظار، وغادرة مقره وأهله، سواء بإرادته أو رغما عنه ولم يعلم اتجاهه ومقصده، ومستقره، أصبح حاله في عالم الغيب فلم يتبين أم حياته من مماته[2]، واستنادا لهذه الاعتبارات من اختفاء الشخص، وانقطاع أخباره لمدة طويلة فأن احتمال وفاته يرجع على احتمال حياته، ولذلك لا بد من توافر شروط لاعتبار شخص ما مفقودا، وهي تتمثل فيما يلي:

1- بلحاج العربي أستاذ في كلية الاقتصاد و الإدارة، قسم الانظمة جامعة الملك عبد العزيز-احكام التركات والمواريث، دار الثقافة للنشر الطبعة الاولى سنة 2003 والطبعة الثانية سنة2012، ص372.

2- بني فاطمة الزهراء، بلمختار سماح ياسمين، المفقود واليات حمايته في القانون الجزائري مذكرة نيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص سنة الجامعية 2017-218،ص 7-8

أ- غياب الشخص: والغياب حسب ما جاء في المادة 110 من قانون الأسرة:" هو أن لا يوجد للشخص محل إقامة، ولا موطن معلوم، أو كان له محل إقامة، أو موطن معلوم خارج بلاده واستحال عليه مباشرة شؤونه بنفس او اشراف من ينيبه في إدارتها، مما يترتب على هذا الوضع تعطيل مصالحه وإلحاق أضرار بالغير.

ب- عدم التمكن من معرفة مكانه: حيث لا يعرف له محل إقامة، ولا موطن معلوم.

ج- عدم معرفة حياته من موته: بمعنى انقطعت أخباره لا يعرف انه حي أم ميت، ولكن إذا انعدم موطن معلوم له يمكن الجزم بحياته، فلا يمكن اعتباره مفقودا أي الشخص الموجود في بلاده بعيدة، ولكنه حي يرزق لا يعتبر في حكم المفقود[1]

د – صدور حكم قضائي باعتبار الشخص الذي انقطعت أخباره مفقودا : بمعنى أن غياب الشخص، وانقطاع أخباره لا يجعله مفقودا ما لم يصدر حكم قضائي، وعليه فإن وصف المفقود لا يصدق على الغائب إلا بحكم بمعنى أن الغائب لا يعتبر مفقودا ابتداء من تاريخ انقطاع أخباره بل ابتداء من وقت صدور الحكم بفقده، فليس لحكم القاضي بأثر رجعي يرتد إلى يوم انقطاع أخبار الشخص بل إن أثره الفوري يعمل به ابتداء من تاريخ صدوره، وإضافة إلى هذه الشروط هناك شرط أخر لم تنص عليه المادة 109 قانون الأسرة الجزائري، وهو أن تمضي مدة سنة على الأقل على انقطاع الأخبار الغائب أي أن هذه المدة يكفي لغلبة الظن، على أن الغائب أصبح مفقودا، وعلى ذلك يجب على كل من يطالب بإصدار حكم بفقد الشخص ما إن يثبت انقطاع أخباره، وذلك بكافة الطرق، عرفت الجزائر ظروفا استثنائية خاصة سواء قبل الاستقلال أو بعده في ظروف طبيعية كالزلازل، والفيضانات ضحايا العشرية السوداء لهذا تم إسناد القوانين لمواجهة الظروف الاستثنائية لحل الأزمات المفقودين ،وقد اختلف المفقود في هذه القوانين الاستثنائية عن

1- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون فرع العقود والمسؤولية، سنة الجامعية 2015-2016، ص10-11

تعريفه في قانون الأسرة ولهذا سنتناول تعريف المفقود في كل قانون من هذه القوانين الخاصة:

أ- تعريف المفقود في الأمر 02/ 03 الموافق ل 25 فبراير 2002 الذي يتضمن الأحكام المطبقة على فيضانات 10 نوفمبر 2001:

لم يعرف الأمر 02-03 المتعلق بفيضانات 10 نوفمبر 2001 بباب الواد تعريفا دقيقا بل اعتبر كل شخص ثبت وجوده في أماكن الفيضانات 10 /2001/11 مفقودا بعد أن تم محضر معاينة من طرف الضبطية القضائية بعد انتهاء من البحث عنه ،ويتم تسليم محضر معاينة إلى كل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر، ولكي يعتبر الشخص مفقودا لا بد من توفر الشروط التالية :

- أن يكون الشخص متواجدا يوم 10 نوفمبر 2001 بمنطقة الفيضانات.
- أن تعد الضبطية القضائية محضر معاينة لشخص المعني.
- أن يسلم محضر معاينة إلى كل شخص له مصلحة أو للورثة شخص المفقود أو لنيابة العامة في مدة أربعة أشهر.[1]

ب- تعريف المفقود في القانون 03-06 المؤرخ في 14 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودين زلزال 21 ماي 2003 وبغض النظر عن الأحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودين الزلزال المذكور في المادة يصرح المتوفى بموجب كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال لم يظهر له أي اثر، ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية وبعد الانتهاء من الأبحاث تقوم الضبطية القضائية بإعداد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني.

1- عثمان دشيشة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في علوم التخصص قانون، سنة الجامعية 2015 -2016، ص28-27

بالإضافة إلى هاتين المادتين أن المشرع قد جاء بشروط إضافية التي جاء بها قانون الأسرة باعتبار أن الشخص ما مفقودا وهي:

1- أن يثبت وجود الشخص بمكان وقوع الفيضانات، أو الزلازل.

2- ألا يظهر عليه أي أثر بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته، ولا بموته.

3- عدم العثور على جثته.

4- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص[1].

ج- تعريف المفقود في الأمر 06-01 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق ل 27 فبراير 2006 : وتم تعريفه من خلال المادة 30 منه "بأنه كل شخص انقطعت أخباره، ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت بدون جدوى، ويكتسب كل شخص فقد في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية صفة الضحية المأساة الوطنية، وثبت ذلك بموجب معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على أثر تحريات بقيت بدون جدوى. وأيضا نصت المادة 27 من الأمر06-01: "يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في طرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على ميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية.

ومن خلال نص المادة يتضح بأنه يكتسب صفة ضحية المأساة الوطنية على كل شخص مفقود في الظرف الخاص الذي أنجزا عن المأساة الوطنية مثل ضحايا الارهاب.[2]

1- شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص12

2- الامر06-01 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق ل 27 فبراير2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الجريدة الرسمية العدد 11 سنة 2006 ص 05

الفرع الثاني: أقسام الغائب والمفقود في القانون الجزائري:

جعل المشرع الجزائري أقسام المفقود ثلاثة مع أن نجد الغائب ينقسم إلى غائب عادي وغائب في الظروف الخاصة، ولهذا يعد كالمفقود والمفقود حكما، وهو الغائب الذي يعتبر كالمفقود، والمفقود في حالات خاصة، والمفقود حقيقة.

أولا: المفقود حكما:

وهو الغائب أعطاه المشرع الجزائري حكم المفقود طبقا للمادة 110 أي الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير[1].

ثانيا: الحالات الخاصة:

تتمثل في حالات فقدان بسبب الفيضانات باب الواد، وزلزال بومرداس، وأيضا المأساة الوطنية فهي جاءت في فترة زمنية محددة، وغير مستمرة لهذا تعتبر حالات فقدان الخاصة .

ولقد ترتب عن هذه الحالات العديد من المفقودين الذي أصبح مصيرهم مجهولا، وبهذا تم إصدار أوامر، وقوانين، ومنها أمر02 –03 المتعلق بفيضانات باب الواد والقانون 03– 06 المتعلق بمفقودين زلزال بومرداس، وطبق كل منهما في فترة محددة، وتندرج هذه الحالات ضمن الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 113 قانون الأسرة الجزائري.

وأيضا الأمر 06 – 01 المتعلق بميثاق السلم، والمصالحة الوطنية بالنسبة للمفقودين الذين فقدوا خلال العشرية السوداء، ويغلب عليهم الهلاك .

وتم هناك تداخل بين الحالة التي يغلب فيها الهلاك، وحالة مفقودين المأساة الوطنية عدة مشاكل حول القانون واجب تطبيقها، بالنسبة للقضايا التي رفعت قبل صدور ميثاق

1– محمد قديري، المرجع السابق، ص94–95.

السلم والمصالحة الوطنية تطبق عليها المادة 113 قانون الأسرة الجزائري، والتي صدرت بعد أمر 01-06.[1]

ثالثا: حالات الفقدان حقيقية:

1 – حالات الفقدان في ظروف يغلب فيها الهلاك:

ومن أمثلة الظروف التي يغلب فيها الكوارث مثل زلازل، وفيضانات والبراكين غرق السفينة وتحطم الطائرات، وعمليات حربية، وما إلى ذلك من الظروف التي تغلب فيها الهلاك ونصت عليها المادة 113 من القانون أسرة الجزائري "...حالات الحرب أو الحالات الاستثنائية..." فالحرب يهدد كيان الدولة، ووحدة تراب الدولة، واستقلالها أما حالات الاستثنائية نصت عليها المادة 93 فقرة 01 من دستور 1996 بقولها: يقرر رئيس الجمهورية الحالات الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك ان يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها أو سلامة ترابها [2].

ثانيا: حالات الفقدان في ظروف تغلب فيها السلامة:

وهي قاعدة عامة نص عليها المشرع في المادة 109 قانون اسرة الجزائري وهي الحالات التي يختفي الشخص في ظروف طبيعية، قد يحدث أن يفقد أن يفقد في ظروف لا يغلب فيها الهلاك بل في ظروف تغلب فيها السلامة، فيطول غيابه وتنقطع أخباره [2].

الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقود في القانون الجزائري

هناك حالتان متشابهتان للمفقود في الغائب والأسير وهما:

أولا: التميز بين الغائب والمفقود.

لقد تحدث المشرع الجزائري عن الغائب في المادة 110 قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أن: "الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته،

1- شباكي نزهة، المرجع السابق، ص16-17 .

2 بني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص15-16

أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في الضرر للغير يعتبر كالمفقود".

أما المفقود عرفه المشرع الجزائري في المادة 109 وبذلك فإن القانون الجزائري فرق بين الغائب والمفقود في الحكم، فأجاز الحكم باعتبار المفقود هينا، ومن ثم تنتهي شخصية واكتفى بالنسبة للغائب بإقامة وكيل عنه يتولى مباشرة مصالحه أثناء غيابه فهوا لا يعد مفقود[1] .

كما أن الغياب أوسع من الفقد فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقود، ولهذا أشرك المشرع الجزائري لاعتبار الشخص المفقود الحكم بفقده بعد مروري سنة، وقد تشابهت العبارة ..."يعتبر كالمفقود " في عجز المادة 110 على القارئين فمنهم من لم يعتبر الغائب كالمفقود، والدليل على ذلك أن وريث الغائب يأخذ حقه دون اعتبار الغائب، والعكس بالنسبة للمفقود .

بينما يرى الآخرون أن مسلك المشرع الجزائري ليس سليما، ويدعو إلى إثارة عدة تساؤلات وهو كيفية تسوية الشخص لا تعرف حياته، أو مماته مع شخص حي يرزق، وهو الغائب الذي منعته الظروف، وهذا ما نصت عليه المادة 110، ولهذا تم اقتراح تعديل نص المادة 110 حذف عبارة " ويعتبر كالمفقود " وإضافة فقرة جديدة في نص مادة 110 تخول القاضي السلطة تثبيت وكيل للغائب لتفادي تعطيل مصالحه، ومنع الضرر للغير وتصبح المادة كالآتي: " الغائب هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير "[2] .

1- شباكي نزهة، المرجع السابق، ص 19 -20

2- عثمان دشيشة، المرجع السابق، ص51 -52

ثانيا: التميز الغائب والمفقود عن الأسير:

الأسير وهو الشخص الذي يقع في قبضة العدو ويختلف عن المفقود بأمور عدة أهمها أنه معلوم المكان والحياة ولكن تمنعه الظروف قاهرة من العودة ولكن من ناحية حقوق الأسرى نجد أنه مكفول حق الاتصال بأهلهم والاطلاع على حالهم ولكن يبقون في خانة الغائب إن خرجوا من حكم المفقود إذ انقطعت أخبار الأسير لم يعلم أهو حي أم ميت[1] .

1- محمد التوفيق قديري، المرجع السابق ، ص93

المبحث الثاني: أحكام الغائب والمفقود في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

لما كانت الغيبة من أهم المواضيع التي تترتب عليها الأحكام الهامة. تناولت القوانين الوضعية لأحكام الغائب في نصوص قانونية، وهذا على غرار الشريعة الإسلامية التي اقتبست منها غالبية هذه الأحكام وذلك باعتباره مصدر من مصادر التشريع الأكثرية هذه القوانين

المطلب الأول: أحكام الغائب في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

لقد تناولنا في هذا المطلب أحكام الغائب في القانون الجزائري كفرع أول وأحكامه في الشريعة الإسلامية كفرع ثاني.

الفرع الأول: أحكام الغائب في القانون الجزائري من قانون الأسرة الجزائري

لقد عالج المشرع الجزائري أحكام الغائب والمفقود في الفصل السادس من كتاب والثاني *النيابة الشرعية* من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11[1] لسنة 1984 والمعدل، والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ولقد تطرق المشرع الجزائري لأحكام الغائب في المادتين 100-112.

أولا: المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري

لقد عرفت المادة 110 من قانون الآسرة الجزائري الغائب بأنه "الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

وعليه فان المشرع الجزائري اعتبر الغائب، هو الشخص الذي تجاوز غيابه مدة سنة نظرا لظروف قاهرة منعته من الرجوع إلى محل إقامته، أو ممارسة شؤونه، وبالتالي يفهم من نص المادة انه لا يعتبر غائبا كل من كان باستطاعته العودة إلى بلاده

1- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 لسنة 1984 والمعدل، والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفـري 2005.

أي لا تمنعه أي ظروف من دلك وبالتالي جعل من الظروف القاهرة شرط لاعتبار الشخص غائبا هذا بالإضافة إلى مدة الغياب التي قدرها بسنة فأكثر والضرر الذي سببه إلى الغير بغيبته.

وهكذا لقد اعتبر المشرع الجزائري الغائب كالمفقود غير انه لكل منهما تعريف خاص به وأحكام متعلقة بظروفه كما أن المشرع في تعريفه للغائب لم يحدد لنا نوع الغيبة إن كانت قريبة، أو بعيدة في نفس البلد الذي تقيم فيه زوجته، أو بلد أخر غيره بل اكتفى بالإشارة إلى أن الغيبة هي التي تمنع الشخص من الرجوع إلى محل إقامته، أما بالنسبة للمدة التي قدرها بسنة وهي المدة التي يعتد بها للغياب فنرى أن المشرع قد قال بما قاله المالكية.

ثانيا: المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري

لقد جاء في نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري *لزوجة المفقود، أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.[1]

وهنا نجد أن المشرع الجزائري جعل لزوجة الغائب حق طلب التطليق منه، وتسمع المحكمة نداءها وتجيبها على طلبها، وذلك متى توافرت 3 شروط تضمنتها الفقرة 05 من المادة 53 من ذات القانون بإحالة من المادة 112 وهي:

1. أن يتغيب الزوج عنها غيبة طويلة تفوق السنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن، ويجري حسابها عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية، ولن القانون لم يحدد دلك فيصبح اعتماد السنة الميلادية طالما أن العمل يجري بها يوميا،

[1] – المادة 53 فقرة : الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

وهي عادة التقسيم الزمني، وهذا موقف مالك الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاث سنوات[1].

2. أن يكون الغياب قد وقع من الزوج دون عذر شرعي، وعقلاني مقبول ذلك انه لو غاب الزوج عن زوجته كما لو سافر بمجرد السفر، ولم يعد يعتبر على انه إنسان طائش، ومهمل لعائلته بخلاف الأمر لو غاب سنة، وأكثر من اجل إتمام دراسته أو كان في مهمة وطنية تستدعي بقاءه في الخارج لمدة أكثر من سنة أو لأي سبب جدي أخر لا يقبل منها في هذه الحالات أن ترفع أمام القضاء، وتطلب الحكم لها بالتطليق منه فالعادة، والمنطق، والأخلاق أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة مع زوجها فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها وتصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها وبلوغه ما من شانه أن يعود بالفائدة عليها، وعلى مستقبل أسرتها، فان لم تتبين هذه الحقيقة وغالبتها نفسها وتقدمت لطلب التطليق كان لولي الزوج، ووكيله أن يثبت للمحكمة عذر الغياب، فترفض المحكمة طلبها لان القانون يتيح لها ذلك عند غياب العذر الشرعي.

3. وأخيرا يجب لكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر، و لكن ترك لها مالا تنفقه على نفسها أو عليها وعلى من معها من أولادها. أما إذا غاب لمدة سنة فأكثر بعذر أو غياب بدون عذر، ولكن ترك لها مالا يمكنها من ان تنفق منه على نفسها، وأولادها فلا يجوز لها ان تطلب من المحكمة ان تحكم من تطليقها من زوجها[2].

والحالة هذه تعود إلى السلطة التقديرية للقاضي، ويتأكد منها بجميع الطرق حيث ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، والبلد الذي يوجد فيه، والوضعية التي آل إليها

---

[1]– الأستاذ فضيل السعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، صفحة861 .

[2]– الدكتور عبدالعزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،ص269.

خلال الغياب والإجراءات الإدارية والسياسية المحيطة به، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا فان كان عدم بلوغ الزوج ما يرسله هو نتيجة خطا مادي في الحساب البريدي الجاري، أو في العنوان فيكون ذلك عذرا شرعيا، ولو لم تحصل منه على النفقة خلال سنة لان ذلك ليس امتناعا عن أداء واجبه، ولكن يقع تحت أسباب قاهرة أما إذا كانت الوضعية المالية حسنة، وله مصادر في الدخل دون أن يترك للزوجة ما تنفقه فإن القاضي يحفظ مصير الأسرة ،ومتى رفعت إليه طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من مصادر النفقة، ويحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتها، أو تحت حيازة الغير، وتكون الأحكام مشمولة بالنفاد المعجل.

والغيبة التي عناها المشرع هي :ما نصت عليه المادة 110من قانون الاسرة الجزائري التي وضحت الغائب، والفقرة 05 من المادة 53 التي حددت شروط طلب التطليق للغياب على ان الطلب يكون ماله الرفض ان لم تجتمع كلها ذلك ان عدم اجتماعها لا يكون مبرر لطلب التطليق بسب الغياب المنصوص عليه في الفقرة 05،وإنما لسبب آخر فلو كان الغياب داخل الوطن بان وجد الزوج في تمنراست، والزوجة في الجزائر بدون نفقة فهذا التطليق يجب أن يؤسس على الضرر لا على الغياب لعدم توفر شروط الغياب والغياب بلا عذر إهمال عائلي، والتطليق للغيبة لم يتفق عليه فقهاء المسلمين كم سبق، ورأينا والمشرع الجزائري أخذ برأي احمد، ومالك في ذلك هذا، ورغم اختلاف آراء الفقهاء حول الغائب، وأحكامه ومهما تباينت القوانين في وضعها إلا إنها في النهاية تصب في نتيجة واحدة يتم الأخذ بها، والسير على حدودها واتخاذها أحكاما يتم الوقوف عليها.

الفرع الثاني: أحكام الغائب في الشريعة الإسلامية

لقد تطرقنا في مطلبنا هذا إلى أربعة فروع مقسمة على النحو الآتي التفريق للغيبة، وأسباب وشروط التفريق، وحكم الفرقة للغيبة، وغيبة الولي في النكاح.

أولا: التفريق للغيبة

إن الحياة الزوجية تعني الدفء، والاستقرار، وتعني رب الأسرة، ورعايته لها فإذا غاب الزوج دون عذر فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى، وتصبح به الفرقة ثابتة حيث أن الطبيعة البشرية تجعل فراق الزوج لزوجته مدة طويلة أمر شديد الضرر فيما يتعلق بأثره على الكيان الأخلاقي[1].

1. الآراء الفقهية حول جواز أو عدم جواز التفريق للغيبة

إن الاختلاف في هذه المسالة مبني أساسا على اختلافهم في حق دوام الوطء هل هو حق للرجل فقط، وليس للزوجة فيه حق، أو أنه حق للزوجة أيضا مثل ما هو حق للزوج؟

أ/ عدم جواز التفريق بين الزوجة للغيبة مطلقا:

وهو قول ذهبت اليه الشافعية فهم يمنعون أن تكون الغيبة في التفريق بين المرأة، وزوجها سواء في ذلك أن تكون الغيبة بعذر، أو بغير عذر.

أما فيما يتعلق بالوطء فذهبوا إلى أنه حق للزوج فقط، وليس للزوجة فيه حق حيث قالوا إذا ترك الزوج وطء زوجته مدة لم يكن ظالما لها أمام القاضي، وإذا طلبت التفريق لتضررها بعدم الوطء لا يفرق القاضي بينهما سواء كان حاضرا أم غائبا طالت غيبته أو لا لكن يستحب عندهم أن لا يعطلها، لأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد ،ولقد كانت أدلتهم في ذلك [2]:

01- إن الوطء حق للزوج، فلا يجب عليه كسائر حقوقه، فيجوز له تركه كسكنى الدار المستأجرة.

02- إن الداعي إلى الاستمتاع والشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه.

---

[1]- الدكتور محمد احمد سيراج والدكتور محمد كمال امام، المرجع السابق، القسم الثاني(المتعلق بالطلاق عند المسلمي) صفحة18 .

[2]- الدكتور محمد احمد سيراج والدكتور محمد كمال امام، المرجع السابق، القسم الثاني(المتعلق بالطلاق عند المسلمي) صفحة18

لكن انتقدت هذه الأدلة، وكانت مناقشتها بمثابة أدلة للقول الثاني الذي خالف هذا القول.

أما بالنسبة لمناقشة الدليل الأول: فان التسليم به يكون فيما لو كان الوطء حقا من حقوق الزوج فقط، ولكن الصحيح أنه حق للزوجة أيضا كما هو حق للزوج كما سيتبين في أدلة القول الثاني.

أما بالنسبة للدليل الثاني فيناقش بأن الإيجاب هنا من أجل تضرر الزوجة، والخشية عليها من الوقوع في الزنا، فالإيجاب حماية للزوجة من الوقوع في المحرم، وليس لمجرد الإيجاب فلذا الذين يقولون بالإيجاب الوطء، واستمراره على الزوج يقولون لم تتضرر الزوجة من عدم الوطء، ولم تطلب به فلن يلتزم الزوج به لذلك شرع الزواج، ومن مصالحه، وأهدافه عفة الزوج، والزوجة من الوقوع في المحرم، وقضاء فيما أحله الله.

كما أن الزوج روعي فيه فالذين يقولون بإيجابه، واستمراره على الزوج قيده مما إذا لم يكن بالزوج عذر يمنعه من الوطء.

ب/ جواز التفريق بين الزوجين:

قال بذلك المالكية، والحنابلة، وشيخ الإسلام ابن تيمية، ولقد ذهبوا إلى أنه الوطء حق الزوجة أيضا مثل ما هو حق للزوج، واستدامة الوطء واجب للزوجة على زوجها قضاء إذا لم يكن عند الزوج عذر، فقالوا إذ غاب الزوج على زوجته مدة، وتضررت من ترك الوطء، وطالبت بالتفريق من القاضي فانه يفرق بينهما[1].

– **وترى الحنابلة:** انهم فرقوا بين الغيبة بعذر التجارة أو طلب العلم وبين الغيبة لغير عذر وجعلوا الغيبة بغير عذر سببا في طلب التفريق من القاضي، إذا كانت غيبته ستة أشهر، أو يزيد، وأعلنه القاضي بالحضور، إذا كان معلوم المكان، ويصل إليه الإعلان، وإنما قيدت مدة الغيبة عندهم بستة أشهر مما جاء في الأثر عن عمر ابن الخطاب رضي

[1] – www.islam web.net/ver2/Fatwa

الله عنه استفسر من حفصة أم المؤمنين كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت خمسة، أو ستة أشهر.

– **وترى المالكية:** فاعتبروه أنه إذا غاب الزوج غيبة تتضرر منها المرأة سواء كان هذا الغياب لعذر، أو لغير عذر أرسل القاضي إليه بأن يحضر إليها، أو ينقلها إلى البلد الذي يعيش فيه، وإلا طلق عليه ويعطيه القاضي أجلا فإذا امتثل لطلب القاضي إلى دعواها وحكم بالتطليق، وإذا كان الزوج في مكان مجهول أولا يصل إليه الإعلان، فإن القاضي يطلقها دون إمهال لعدم جدوى التأخير، وأساس التفريق هنا هو الضرر الذي يصيب الزوجة.

– ولقد استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة :

– حديث عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنهما قال: قال: لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الله الم أخبرك انك تقوم النهار وتقوم اليل؟ فقلت بلى يا رسول الله فقال : فلا تفعل صم وافطر وقم ونم فان لجسدك عليك حقا، وان لعينيك عليك حق وان لزوجتك عليك حقا[1].

فبين الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أن للزوجة على زوجها حق هذا، ونجد في القران الكريم عدة أدلة شرعية جعل فيها الرجل، والمرأة لباسا لبعضهما لقوله تعالى : "**وَمِن ءَايَٰتِهِۦٓ أَن خَلَقَ لَكُم مِّن أَنفُسِكُم أَزوَٰجا لِّتَسكُنُوٓاْ إِلَيهَا**" [2].

ومن ثم جعل لكل منهما حقوقا، وواجبات على الآخر يجب القيام بها، وعدم التقصير فيها، ومن أهم هذه الحقوق حق الوطء للزوجة حيث حرم الإسلام، ومنع الرجل أن يحلف ترك الوطء زوجته أكثر من أربعة أشهر لقوله تعالى: "**لِّلَّذِينَ يُؤلُونَ مِن نِّسَائِهِم تَرَبُّصُ أَربَعَةِ أَشهُر فَإِن فَاءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُور رَّحِيم**" [3].

---

[1]– الراوي :عبد الله بن عمرو بن العاص، خلاصة الدرجة، صحيح المتحدث: البخاري، المصدر: الجـــامع الصـــح حٌ، الصفحة أو الرقم1121 .

[2]– القرآن الكريم، سورة الروم الآية81.

[3]– القرآن الكريم، سورة البقرة الآية883.

– قصة المرأة التي جاءت تشكي زوجها إلى عمر رضي الله عنه، وعنده كعب بن سور رضي الله عنه وأخرج القصة عبد الرزاق يسنده عن الشعبي قال جاءت امرأة إلى عمر فقالت :زوجي خير الناس يقوم الليل ويصوم النهار فقال عمر لقد احسنت الثناء على زوجك فقال كعب بن سور لقد اشتكت فأعرضت الشكية فقال :عمر اخرج مما قلت فقال : أرى ان تنزله بمنزلة رجل له اربع نسوة له ثلاثة أيام، وليا لهن ولها يوم وليلة هذا وكما أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع الضرر عن الرجل فيجب تعليله بذلك، ويكون النكاح حقا لهما جميعا كما انه، لو لم يكن للمرأة في الوطء حق لما وجب استئذانها في العزل هذا، وتبين لنا القول الثاني مرجع على القول الأول كما هو رأي الكثير من الفقهاء، وذلك لتوافقه مع التشريع الاسلام الذي جعل من الرابطة الزوجية أسمى علاقة بين الرجل والمرأة وجعل من أهداف الزواج ومصالحه إعفاف الزوجية خاصة إذا الحق تركه ضرار بالزوجة وقد جاء الإسلام بدفع الضرر لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، ولذلك فانه ينبغي القول بالتفريق بين الزوجين للغيبة إذا تضررت الزوجة من ذلك، وطالبت بالفرقة وتوفرت شروط التفريق.

ثانيا: أسباب وشروط التفريق للغيبة

1. شروط وأسباب متفق عليها بين المالكية والحنابلة

أ/ الأسباب:

01– **عدم الإنفاق:** فيجب على الزوج أن ينفق على زوجته من ماله حال غيابه، وإذا لم ينفق وطلبت التفريق فإنه يفرق بينهما لعدم النفقة، وعليه فإنه حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب يجب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته ولمدة تفوق السنة بدون عذر ولم يترك لها مالا تنفقه على نفسها، أو عليها، وعلى من معها من أولاد الناتجين عن زواجهما أما إذا غاب وترك لها مالا يمكنها ان تنفق منه على نفسها، وعلى أولادها فلا يجب التطليق.

02- **أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب هذه الغيبة:** والضرر هنا فسره المالكية بخشية الوقوع في الزنا، وليس اشتهاء الجماع فقط، والحنابلة أطلقوا الضرر، ولكنهم يريدون به خشية الزنا كالمالكية وهذا واضح لأن المرأة لا تطلب من القاضي التفريق إلا إذا خافت على نفسها من الوقوع في الحرام[1].

كما أن هذا الضرر مفترض بمجرد مرور سنة على الغيبة، أو الهجرة دون حاجة إلى إثبات أنه يكفي أن تثبته الزوجة وحدها لأنه لا يعرف إلا منها إلى أن يكذبها ظاهر الحال فتثبت أنه قد مضى سنة على غيبته ليحكم لها بالتفريق.

ب/ الشروط:

1-الكتابة الى الزوج الغائب: هو أن يكتب القاضي إليه بالرجوع إليها، أو نقلها إليه، أو تطليقها وبمهلة مدة مناسبة إذا كان له عنوان معروف فإذا عاد إليها أو نقلها إليه أو طلقها فيها، وإن أبدى عذرا لغيابه لم يفرق عليه عند الحنابلة دون المالكية، وإن أبى ذلك كله، أو لم يرد بشيء، وقد انقضت المدة الضرورية، أو لم يكن له عنوانه لاتصل إليه الرسائل طلق عليه بما يطلقها[2].

أي أن القاضي يقوم بالتفريق بين الزوجة والزوج الغائب لكن بعد الكتابة إليه أولا، والطلب منه أما الرجوع إلى زوجته، أو نقلها إليه، أو تطليقها، ويمهله مدة، وهذا في حالة ما إذا كان هذا الغائب معلوم المكان، أو كان لديه عنوان معروف يمكن أن تصله فيه الرسائل فإن أبى، أو أعرض عن ذلك، ولم يرد شيء كانت المدة التي حددها القاضي انقضت يقوم هذا الاخير بالتفريق بينهما كما هو الحال أيضا فيما إذا لم يكن للغائب مكان معروف .

---

[1]- الدكتور عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضـــائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،ص836

[2]- الدكتور علي سيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية المرجع السابق الصفحة 135 .

2-ان تطلب الزوجة التفريق: حيث أنه لا يفرق القاضي بين الزوجة وزوجها الغائب إلا إذا رفعت هذه الزوجة أمرها إلى القاضي، وطلبت التفريق لأنه لمن حقها، فهو لا يجيز من غير طلبها كالفسخ للعنة.

البند الثاني: ما اشترطه الحنابلة:

- أن تكون الغيبة لغير ذي عذر: حيث اشترط الحنابلة للتفريق بين الزوجين للغيبة أن تكون غيبة الزوج بغير عذر، فان كانت هذه الغيبة لعذر مثل: الحج، أو الجهاد، أو التجارة، أو طلب العلم، أو طلب الرزق للأولاد، فانه لا يفرق بينهما .

قال صاحب الانصاف: قد طرح الامام احمد رحمه الله بما قاله فقال في رواية ابن هاني، وسأله عن رجل تغيب عن امرأته أكثر من 6 أشهر ؟ قال :إذا كان في الحج، أو غزوا مكسب يكسب على عياله ارجوا أن لا يكون به بأس إن كان قد تركها في كفاية من النفقة، ومحرم رجل يكفيها .

أما المالكية فلا يشترطون ذلك كما تقدم للمرأة الحق في طلب التفريق عندهم اذا طالت غيبة الزوج لعذر، أو لغير عذر على السواء .

هذا، ويفهم من رأي الحنابلة عندما فرقوا بين الغيبة لعذر، والغيبة لغير عذر فإنهم قالوا بذلك من أجل مصلحة الزوج .أي من أجل ألا يتضرر، فإن غاب من أجل طلب العلم، أو رزق، أو ما شابه ذلك فإن التفريق بينه، وبين زوجته يكون إجحافا في حقه، وإضرارا له أما المالكية، فنجد أن نظرتهم كانت متركزة على ضرر الزوجة من الغياب، ولو كان غياب الزوج لعذر حيث طلبها للتفريق حق لها، وخشية عليها من الوقوع في الضرر، وهذا عملا بالقواعد الفقهية درء المفاسد مقدم على جلب المصالح "والضرر يزال" وارتكاب اخف الضررين.

البند الثالث: ما اشترطه الحنابلة والمالكية وما اختلفوا فيه

- أن تكون غيبة الزوج طويلة:

حيث اشترطت كل من المالكية، والحنابلة للتفريق بين الزوجين للغيبة أن تكون هذه الغيبة طويلة ولكنهم اختلفوا في تحديد مدة هذه الغيبة[1].

- **بالنسبة للمالكية:** فإنهم حددوا مدة الغيبة عند الزوج بسنة، فأكثر حيث أن هذه المدة تتضرر منها الزوجة، وهي كافية سواء كانت لعذر، أو لغير عذر لطلب التطليق. غير أنه في قول لابن عرفة، وللفرياني من المالكية أن السنتين، والثلاث ليس بطوال بل لابد من الزيادة عليها، وهذا مبني منهم على الاجتهاد والنظر[2].

- **بالنسبة للحنابلة:** لقد ذهب الحنابلة إلى توقيت المدة التي يغيب فيها الزوج على زوجته بستة أشهر، فأكثر فإذا تعدت هذه الغيبة 6 أشهر، وكانت بلا عذر كما يرجحون، فاللزوجة طلب التفريق.

ثالثا: حكم الفرقة للغيبة

1-الفرقة للغيبة طلاق بائن: وهذا ما ذهب إليه المالكية، حيث أنهم يقولون أنه كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة للإيلاء، أو الاعتبار بالنفقة، فانه يكون رجعيا، والسبب في كونه طلاقا بائنا عندهم أنهم يقولون أن المراد رفع الضرر عن المرأة، وهو لا يرتفع إلا بالبينونة[3]، وربما كان هذا الحكم الذي قال به المالكية باعتبار الفرقة للغيبة طلاق بائن فيه حماية للزوجة من زوجها الغائب ولاسيما ذلك الغائب بلا عذر والذي يقصد الإضرار بها بغيابه، كأن يعود إليها ثم يغيب مرة أخرى وهذا فيه شيء من الاستهزاء والإضرار بالزوجة.

---

[1]- الدكتور وهب الوحيلي، الفقه الإسلام وأدلته،، الجزء السابع(الأحوال الشخصية)، دار الفكر بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق، صفحة211. 211.

[2]- الدكتور وهب الوحيلي، المرجع السابق، صفحة211. 211.

[3]- المرجع نفسه، الصفحة 134 .

غير انه أجيب على هذا القول: بان الضرر يرفع عن المرأة بغير البينونة مثل: الفسخ.

الفرقة للغيبة فسخ: قال بهذا الحنابلة، حيث ذهبوا إلى أن الفرقة من جهة الزوج، والفرقة من جهتها فسخا، والفسخ عند الحنابلة بينونة صغرى لأن الزوج ترك حقا عليه تضررت منه الزوجة، فيفرق بينهما بالفسخ لأنه يحقق المقصود، ولا يحسب الطلاق.

- **الفرق بين الطلاق والفسخ:**

– **الطلاق:** انهاء الزواج، واحتسابه من الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته.

– **الفسخ:** فهو منع استمرار العقد، ولا يحتسب من عدة الطلقات.

- **والفرق بين التفريق والطلاق :**

– **الطلاق:** من المعروف أنه يقع باختيار الزوج، وإرادته.

– **التفريق:** فيقع بحكم القاضي لتمكن المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا على الزوج إذا لم تفلح الوسائل الاختيارية من طلاق، أو خلع[1].

–غير أن هناك من رجح نوع الفرقة إلى رأي الحنابلة باعتباره فسخا، لا طلاقا، واعتبروه أقرب إلى روح التشريع، ومقاصده على السهولة، والتيسير، والمصلحة، ورفع الحرج، وذلك إذا عاد الزوج الغائب إلى زوجته بعد وقوع الفرقة التي اعتبرها الحنابلة فسخ، لم يحتسب طلقة، وهذا يعطي الزوج الغائب الفرصة الكافية ليعود إلى زوجته مرة ثانية لأنه لو كان قد طلق امرأته تطليقتين، ثم فرق القاضي بينهما للغياب، ثم عاد وأراد أن يتزوجها لأن اعتبار التفريق للغياب فسخا، لم يضاف إلى الطلقتين، ولم يحسب طلقة، وفي هذا محافظة على بناء الحياة الزوجية، واستمرارها .

في حين رأي المالكية القائل بأن، التفريق للغيبة طلاق ليس للزوج في هذه الحالة حق مراجعتها حتى تنكح زوجا غيره، لأنه في التفريق كملت الطلقات الثلاث فيجب عليه

1 http :www.uqu.edu.sa/majalat/sharia ramag/mag23/f09.htm

الامتثال لقوله تعالى: " **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ**"[1]، وبالتالي في هذا تفكيك للأسر، وتشريد للأطفال، وضياعهم، وما إلى ذلك من أمور ليست في مصلحة أحد الزوجين.

رابعا: غيبة الولي في النكاح

لا يصح النكاح بغير ولي عند الجمهور، وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها، وإن لم يعقد عليها ولي، ويراعي في النكاح ولاية الأقرب فالأقرب، واختلفوا فيها إذا غاب الأقرب .

1. رأي الحنفية والحنابلة:

فقال الحنفية والحنابلة: أنه إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز، لمن هو أبعد منه أن يزوج دون السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم "السلطان ولي من لا ولي له".[2]

وهذه لها ولي كما قال البهوتي، ولأنه هذه ولاية نظرية، وليس من النظر بالتفويض إلى من لا ينتفع برأيه لأن التفويض إلى الأقرب ليس لكونه أقرب، بل لأن في الأقربية زيادة مظنة للمحكمة، وهي الشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية، وحيث لا ينتفع برأيه أصلا سلبت إلى بعد كما قال الحنفية إذا غاب الأب زوجها الجد مثلا هو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب[3].

وقال زفر: لا يجوز أن يزوجها الأب إلا بعد في غياب الأقرب لأن ولاية الأقرب قائمة، لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته، وحد الغيبة المنقطعة عند الحنفية، هو أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة، وهو اختيار القدوري، وقيل أدنى مدة للسفر، لأنه لا نهاية لأقصاه وقيل : إذا كان بحال يفوت الخاطب الكفء باستطلاع رأي الولي.

---

[1] – القران الكريم : الاية 230 سورة البقرة

[2] الراوي عائشة خلاصة الدرجة، صحيح المتحدث، يحي بن معين المصدر، السنن الكبرى للبيهقي.

[3] الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 322.

– وذهب الحنابلة إلى أن الغيبة المتقطعة هي: ما لا تنقطع إلا بكلفة، ومشقة، قال البهوتي نقلا عن الموفق: هذا أقرب إلى الصواب فإن التحديد بابه التوقيف، ولا توقيف، وتكون الغيبة المنقطعة فوق مسافة القصر لأن من دون ذلك في حكم الحاضر.

وقالوا إذا كان الأقرب أسيرا، أو محبوسا في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فيها، أو تتعذر فزوج الأبعد صح، لأنه صار كالبعيد كما يصح إذا كان الأقرب غائبا لا يعلم محله أقرب المسافة، أو بعيدها، أو لم يعلم مكانه.

2. رأي المالكية:

لقد نص المالكية على أن الولي المجبر الأقرب، إذا كان غائبا غيبته بعيدة زوج الحاكم ابنة الغائب المجبرة دون غيره من الأولياء، ولا يجوز تزويجها في غيبة قريبة لا للحاكم، ولا لغيره من الأولياء بغير إذن الولي المجبر، وبدون تفويضه حتى أنهم قالوا: يفسخ النكاح أبدا إذا زوج الحاكم، أو غيره من الأولياء، ولو أجاز المجبر بعد علمه، ولو ولدت الأولاد.

وهذا أي تحتم الفسخ إذا كانت النفقة جارية، ولم يخشى عليها الفساد وكانت الطريق مأمونة، ولم يتبين أضراره بها بغيبته بأن قصد تركها من غير زواج، فإن تبين ذلك كتب له الحاكم : أما أن تحضر تزويجها أو توكل وكيلا يزوجها، وإلا زوجناها عليك، ولا يفسخ سواء كانت بالغة أولا. [1]

وحد الغيبة القريبة عند المالكية مسافة عشرة أيام ذهابا، وحد البعيدة 3أشهر، أو 4 أشهر على اختلاف القولين، أما الغيبة المتوسطة فبين هذين الحدين فالظاهر أن ما قارب الشيء يعطي حكمه كما قال الدسوقي ثم قال: ويبقى الكلام في النصف، والظاهر أن يحتاط فيه، ويلحق بالغيبة القريبة فيفسخ.

[1] – الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 324

وهذا كله في غياب الولي المجبر، أما غيبة الولي غير المجبر الأقرب فحددها الثلاث فما فوقها فإذا غاب غيبة مسافتها من بلدة المرأة ثلاث أيام ونحوها، ودعت لكفء، وأثبتت ما تدعيه من الغيبة، والمسافة والكفاءة، فإن الحاكم يزوجها ،فلو زوجها في هذه للأبعد صح.

3. رأي الشافعية:

قالوا لو غاب الولي القرب نسبا، أو ولاء، ولا وكيل له بالبلد، ومن دون مسافة القصر زوج السلطان بلد الزوجة، أو نائبه، لا سلطان غير بلدها، ولا الأبعد على الأصح، لأن الغائب ولي، والتزويج حق له فان تعذر استيفاءه منه غاب عنه الحاكم، كما قالوا أنه الأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج، أو يستأذنه فيزوج القاضي.

للخروج من الخلاف وذلك في غيبة بعيدة، ومن دون ذلك فلا يزوج إلا بإذن الولي الأقرب في الأصح، لقصر المسافة، فيراجع ليحضر، أو يوكل كما لو كان مقيما، ومقابل الاصح يزوج لئلا تتضرر لفوات الكفء الراغب، كالمسافة الطويلة، وعلى القول الاول لو تعذر الوصول إليه لفتنة، أو خوف جاز للسلطان إن يزوج بغير إذنه فلو زوجها الحاكم لغيبة وليها ثم قدم وقال : كنت زوجتها في الغيبة قدم نكاح الحاكم.[1]

المطلب الثاني: أحكام المفقود في القانون الجزائري، والشريعة الإسلامية

ان الجزائر من الدول التي لم تجعل من موضوع المفقود نقطة مبهمة، بل عالجتها، وأثرت محتوياتها القانونية بها، فكانت نظرة المشرع الجزائري إلى المفقود، والغائب ملمة بجميع أحكامه، وقد درس هذا في فصل مستقل في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: أحكام المفقود في القانون الجزائري

إن الجزائر من الدول التي لم تجعل من موضوع المفقود نقطة مبهمة، بل عالجتها، وأثرت محتوياتها القانونية بها فكانت نظرة المشرع الجزائري إلى المفقود، والغائب ملمة بجميع أحكامه، وقد درس هذا في فصل مستقل في قانون الاسرة الجزائري .

[1] – الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 324

فالجزائر قد عاشت فترة عصيبة في العشرية السوداء، نجم عن ذلك مفقودين في ظروف خاصة مما أوجب إعادة النظر في هذه الفئة، وكيفية إعطائهم صفة المفقودين بشروط معينة، وهذا ما جاء به مشروع الميثاق من أجل المصالحة الوطنية، ودعمته النصوص المتضمنة تنفيذ ميثاق السلم، والمصالحة الوطنية.

أولا: أحكام المفقود في قانون الاسرة الجزائري .

لقد عرف المشرع الجزائري المفقود في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف مكان، ولا يعرف حياته، أو موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

لقد جاء هذا التعريف مشابها إلى حد، ما جاءت به الشريعة الاسلامية من تعريفات مختلفة فقد اتفقوا على أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لم يعرف حياته، ولا موته، إلا أن نص هذه المادة قد أضاف أنه لا يمكن اعتبار المفقود مفقودا، إلا بحكم قضائي، وهذه الإضافة تبررها الطبيعة القانونية لهذا التعريف، ويكون هذا الحكم القضائي بناءا على طلب من الورثة، أو ذوي المصلحة، أو النيابة العامة، وهو ما بينته المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري بقوله " يصدر الحكم بالفقدان، أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة ".

جاء في هذه المادة تفصيل من لهم الحق في طلب الفقدان، أو الموت، وهم بالطبع ذوي المصلحة فكما للوارث مصالح في الحصول على الحكم من وضع يده على نصيبه في التركة، والتصرف فيها والاستفادة منها فالدائن أيضا له مصلحة في الحصول على هذا الحكم، واستفاء دينه من التركة، وغيرهم من ذوي الحقوق والمصالح كالزوجة، والشركاء مثلا.

-وإذا تمعنا في قانون الأسرة الجزائري فإننا نجده قد درس المفقود بالنسبة لماله، وبالنسبة لزوجته أيضا ففيما يتعلق بماله فقد جاء ذلك في المادتين 111و115 من قانون الأسرة الجزائري فذكرت المادة 111في نصها ما يلي:" على القاضي عندما يحكم بالفقدان، 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، ونص المادة 99 هو كما يلي: المقدم هم من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي، أو وصي على من كان فاقد الأهلية، أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه، أو كمن له مصلحة، أو من النيابة العامة ".

المادة 115 " لا يورث المفقود، ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه، أو ظهور حيا يسترجع ما بقي من أمواله، أو قيمة ما بيع منها

فلا يمكن أن يرث أحد المفقود، أو يقسم تركته، إلا بعد صدور الحكم، وهذا الحكم لا يكون، إلا بعد مضي مدة معينة جاء تفصيلها في مادة أخرى، ويمكن استرجاع ما بقي للمفقود بعد عودته عينا، أو ما يساوي قيمته حين بيعه .

ونصت **المادة 112** "لزوجة المفقود، أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة 5من المادة 53 من هذا القانون "الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

المادة 113 "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب، والحالات الاستثنائية بمضي 4 سنوات بعد التحري، والحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي 4 سنوات "، فالمشرع فرق بين حالتين :حالة السلامة، وحالة الهلاك، وقدر المدة التي يجب مضيها للحكم بموت المفقود في حالة الهلاك ب4 سنوات.

ثانيا: أحكام المفقود في إطار مشروع ميثاق السلم والمصالحة الوطنية[1]

تضمن المشروع هذا الميثاق من أجل السلم، والمصالحة الوطنية موضوع المفقودين بشكل بالغ الأهمية نظرا إلى أنه الأثر المهم الذي لا زالت نتائجه باقية في حياة الشعب الجزائري جراء آفة الإرهاب التي عاشها، وهذا ما بينته الفقرة 4 من هذا الميثاق " إجراءات دعم سياسة التكفل بملف المفقودين المأساوي إن الشعب الجزائري يذكر بأن ملف المفقودين يحظى باهتمام الدولة منذ 10 سنوات خلت، وهو محل عناية خاصة قصد معالجته.

ويذكر كذلك فإن مأساة الأشخاص المفقودين هي إحدى عواقب آفة الإرهاب التي ابتليت بها الجزائر، وأنه يؤكد أيضا أن تلك الإفتقادات كانت في العديد من الحالات بفعل النشاط الإجرامي للإرهابيين، الذين ادعوا لأنفسهم حق الحكم بالحياة، أو بالموت على كل إنسان جزائري كان، أم أجنبيا .

هذه الفقرة تضمنت إجراءات رامية إلى تسوية ملف المفقودين تسوية نهائية وجاء فيها :

1.تتحمل الدولة على ذمتها مصير كل الأشخاص المفقودين في سياق المأساة الوطنية، وستتخذ الإجراءات الضرورية بعد الإحاطة بالوقائع .

2. ستتخذ الدولة كل الإجراءات المناسبة، لتمكين ذوي الحقوق المفقودين من تجاوز هذه المحنة القاسية في كنف الكرامة

3.يعتبر الأشخاص المفقودين ضحايا للمأساة الوطنية، ولذوي الحقوق الحق في التعويض.

ليصدر الميثاق المذكور في الامر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق ل27 فيفري 2006 وقد جاء في بعض التوضيحات والأحكام الجديدة تتعلق

[1] – مشروع ميثاق من اجل السلم والمصالحة الوطنية المرسوم الرئاسي رقم 05-278 المؤرخ في رجب عام 1426 هـ الموافق ل14 اغشت سنة 2015.

بالضحايا المفقودين في العشرية الاخيرة وذلك في الفصل الرابع بعنوان : إجراءات دعم لسياسة التكفل بملف المفقودين[1] .

القسم الأول : احكامه :

المادة 27: "يعتبر ضحية المأساة الوطنية، الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من اجل السلم والمصالحة الوطنية ".

تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية، على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على اثر عملية بحث بدون جدوى.

كما نصت **المادة 28** " تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي ".

المادة 29 منه تقول: "بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، تطبق الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، تطبق الأحكام الواردة في القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 اعلاه .

وبدراستنا لهذه المادة، نجد انه بالإضافة إلى الأحكام التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري، المتعلقة بالمفقودين، فانه تطبق أيضا الأحكام التي جاء بها المرسوم، وهي من المادة 30الى 36.

الفرع الثاني: أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية

تعددت مطالب الحياة، وازداد طمع الإنسان في تلبيتها فمنها ما يتوفر على مقربة من مطالبها، ومنها ما يستدعي السفر لجلبها، والسفر في هذه الحالة يكون الوسيلة الأمثل لقضاء المبتغى رغم خطورته، لذلك يجب على الإنسان أن لا يسافر إلا لحاجة ملحة كتحصيل علم، أو تجارة مثلا .

[1] – الميثاق المذكور في الامر رقم 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق ل27 فيفري 2006.

-يعتبر المفقود من المواضيع الثرية التي جعلت فقهاء يتوغلون في توضيح أحكامها، ويتفقون في بعضها ويختلفون في البعض الاخر.

أولا : مدة الحكم بموت المفقود[1]

مفتى به عند الحنفية تفويض الأمر إلى رأي الحاكم ينظر، ويجتهد، ويفعل ما يغلب على ظنه مصلحة للطلاق قول علي رضي الله عنه "امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر لا تنكح حتى يأتيها يقين موته".

وفصل الحنابلة، فأخذوا بالرأي السابق في الغيبة التي يظن معها بقائه حيا كأن، خرج للسياحة، أو تجارة، أو أداء حج في حالة الأمن، فيحكم القاضي بموته حين يغلب على ظنه أنه قد مات .

أما إذا غاب المفقود غيبة يغلب عليه فيها الهلاك، كالغيبة في أثناء الحرب، أو غارة، أو في ميدان قتال، أو لقضاء مصلحة قريبة فلم يعد، فيحكم القاضي بموته بعد 4 سنوات من تاريخ فقده .

والراجح عند المالكية أنه يحكم بموت المفقود بعد 4 أعوام من يوم رفع امرأته أمرها للقضاء فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة، ثم تزوجت إن شاءت .

وقال الشافعية من فقد، أو اسر، وانقطع خبره لا يحكم بموته حتى تقوم بينة بموته، أو تمضي مدة يعلم، أو يغلب الظن أنه لا يعيش فيها كما هو حال أقرانه .

وإذا كانت مدة الحكم ب4 أعوام فهل تقدر مدة وفاة المفقود ؟

قيل تقدر مدة الوفاة للمفقود، وقيل لا تقدر، وإنما يجتهد القاضي.[2]

أما المالكية والحنابلة فقالوا: تقدر المدة، والراجح عند المالكية أن تمضي 70 سنة، والمعتمد عند الحنابلة أنه يمضي عليه 90سنة.

أما الحنفية والشافعية فقالوا لا يقدر، ويعتبر ميتا بوفاة أقرانه في بلده فلا يبقى منهم احد.

[1] – هبة الزحيلي، المرجع السابق ص 419-420.

[2] – هبة الزحيلي، المرجع السابق ص 419-420.

ثانيا :آثار الحكم بموت المفقود:

لمعرفة آثار الحكم بموت المفقود يجب علينا أن نبين نوع هذه الموت التي يحكم بها، وعليه ولذلك سنتطرق إلى نوعين من الموت، وهي الموت الحقيقي، والموت الحكمي.

ا/ الموت الحقيقي: يكون الموت حقيقيا بمفارقة الحياة أي بصعود الروح إلى بارئها، ويثبت الموت الحقيقي بالمشاهدة، والمعاينة لمن حضر الوفاة، وبالبينة لمن يدعيه لإثبات دين، أو إرث متى اتصل بها القضاء، وعلى القاضي حينئذ أن يحكم بموته بناءا على هذه البينة، ومن ثم يكون ميراثه لورثته الموجودين على الحياة وقت وفاته .

ب/ الموت الحكمي: تكون الموت حكمية، إذا حكم القاضي بموته بناءا على اجتهاده، استنادا إلى قرائن الأحوال، والأمارات الدالة على موته، وبعد التحري، وبعد معرفة مكان فقده، ووجهة سفره، واسمه وأصدقائه، يبحث عنه بكل ما اتيح له من وسائل البحث، والتحري [1]

إضافة إلى ذلك يجب عليه تعيين من يحفظ أمواله، وذلك لأن القاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه، والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب له من يجمع عليه امواله، ويتقاضى ديونه .

ويكون هذا الذي نصبه القاضي وكيلا يقبض مال المفقود، ويحفظه فيقوم بحفظ ماله الذي لا حافظ له، وأما ماله حافظ كالودائع في يد الأمين، ومال المضاربة في يد المضارب، لأن يد الأمين المضارب يد نيابة عن المفقود في الحفظ، فكان هذا المال محفوظا بحفظهم، فلا يحتاج إلى حافظ آخر .

وكذلك له قبض الديون التي يقربها أصحابها إنها للمفقود ويأتون بها إليه، وليس له أن يخاصم عن دين لم يقربه الغريم، ولا في نصيب المفقود في عقار في يد غيره، لأنه

[1] – احمد فراج حسين والدكتور محمد كمال الدين المرجع السابق ص 67

ليس بمالك ولا نائب عن المالك، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي حافظ المال للمفقود، ويجوز للوكيل أن يبيع ما يتسارع إليه، كالفساد من الأموال كالثمار، ونحوها، ويحفظ ماليتها، وأما ما لا يتسارع إليه كالفساد سواء كان عقارا، أو منقولا لا يجوز له بيعه لأنه لا ولاية على الغائب، والمفقود، وهو مأمور لحفظ مال المفقود فقط .

خلاصة الفصل الاول :

من خلال عرضنا لهذا الفصل المعنون ب :الغائب والمفقود بوجه عام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية.

-إن مصطلح مفقود يختلف عن مصطلح غائب، إذ من خلال التعريفات اللغوية والفقهية والقانونية، رأينا أن لكل واحد منهما منبع معجمي يستقل به عن الآخر واتجاهات فقهية وقانونية عالجت الجانب المفاهيمي للفقدان وحده وللغياب وحده .

-إن حالات الفقدان تختلف عن تلك حالات الغياب إذ أن الأول جزء لا يتجزأ من هذا الأخير وهذا ما سبق الإشارة إليها.

-إن الفقدان ذو طابع إجرائي بامتياز إذ كما سبق الحديث عليه فيمر من له مصلحة من الفقدان على طريقتين:

الأول هو الخوض في إجراءات الفقدان أمام المحكمة المختصة والثاني هو بمثابة حكم بالموت على الشخص المفقود فينهي كل كلام وكل ضرر جراء هذا الفقدان ولكن الغياب ذو طابع إجرائي ضئيل اذ ما قورن بإجراءات ممارسة دعوى الفقدان .

-انه بطبيعة الحال فاقد الشيء لا يعطيه ولكنه هنا المشرع الجزائري أعطى مما لم يعطيه المفقود جراء غيابه، وشد أحكام الآثار التي قد تنجر عن هذا الفقدان بجملة من القواعد يدخل حيز تنفيذها كل من مسه هذا الفقد والتي سنعالجها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

صور وإجراءات حماية الأملاك الخاصة بالغائبين والمفقودين

تمهيـــد:

من خلال تعرضنا في الفصل الأول لمفهومي المفقود، والغائب والتمييز بينهما كما تطرقنا إلى أقسام، والأحكام الخاصة لكل منهما في الشريعة الإسلامية، والتشريع الجزائري، فان الشخص المفقود لا يعتبر مفقودا إلا بحكم، وذلك بجملة من الإجراءات جرى على من له مصلحة بإتباعها، وعليه فان الشخص المفقود هو الشخص الغائب وفقا لنص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري يعتبر كمفقود فان الآثار القانونية المرتبطة بهما واحدة، وهذا ما جاء في نص المواد 111-112-115 حيث أن المشرع الجزائري قد جمع بين الغائب، والمفقود في كثير من الحالات، وتتمحور هذه الآثار في معرفة مصير الشخصية القانونية لكل من المفقود، والغائب من حيث الأهلية وكذلك وضعه القانوني باعتباره زوجا اتجاه زوجته، والباقي على قيد الحياة وكذلك للحكم بالفقدان، والموت الحكمي الأثر البالغ على الرابطة الزوجية، فقد تنحل وقد تولد جملة من الحقوق للزوج المتأثر من الواقعة، وليس هذا فقط وإنما قد تؤثر هذه الواقعة على أموال المفقود، وبالطبع الورثة، وقد يكون المفقود والغائب أطرافا في دعاوى قضائية فتتأثر هذه الأخيرة بمجرد الحكم بالفقدان، والموت الحكمي.

وهذه الآثار يختلف حكمها من فترة الحكم بالفقدان، والحكم بالموت المفقود لأنه في فترة الفقدان تكون حياة المفقود غير واضحة المعالم أما في فترة الحكم بموته فتنتهي قانونا ويأخذ حكم اعتبار الشخص ميتا مجرى الموت الحقيقي، فتوزع أمواله على ورثته، وتعتد زوجته عدة الوفاة إن لم تكن طلبت التطليق جراء الغياب .

لكن قد يحدث، ويظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته هنا تأخذ هذه الآثار مجرى آخر سواء على أمواله أو زوجه. ويخول الحكم بموت المفقود في القوانين الاستثنائية نفس الآثار القانونية السابقة فلا فرق بين المفقود في الظروف العادية، أو المفقود في الظروف الاستثنائية من حيث الآثار.

إضافة إلى هذه الآثار هنالك اثر يخص ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية تتمثل في التعويضات التي استفاد منها هؤلاء في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

المبحث الأول: الحماية القانونية لحقوق المفقود

في فترة ما بين صدور الحكم بالفقدان، وصدور الحكم بالموت يعتبر المفقود حيا بالنسبة لجميع للأحكام دون تفرقة بين الأحكام التي تضره، وتنفع غيره والأحكام التي تنفعه، وتضر غيره، كما لا يكون للحكم بالفقدان أي اثر على شخصيته القانونية التي تظل قائمة خلال الفترة ما بين الحكم بالموت وبالتالي تكون له صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

وعليه فأموال المفقود ملكا له، ولا توزع على الورثة وتظل التصرفات التي قام بها قبل فقدانه ثابتة أضف إلى ذلك تكون النفقة واجبة عليه من ماله على زوجته، وأقاربه وهذه هي الآثار المالية التي سنتولى شرحها في المطلب الأول زيادة على ذلك ينبغي تعيين مقدم لحفظ أمواله، وتسييرها كما أن زوجته تظل في ذمته لكن يحق لها طلب التطليق، وهذه الآثار غير المالية التي سنتطرق لها في المطلب الثاني .

المطلب الأول: حماية الحقوق المالية والشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان

سنتناول من خلال هذا المطلب حماية الحقوق المالية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان كفرع أول وحماية الحقوق الشخصية كفرع ثان.

الفرع الأول: حماية الحقوق المالية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان

إن صدور الحكم بالفقدان يرتب آثار للمفقود وذويه.

أولا: الميراث

1- أن يكون المفقود وارثا: [1]

أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور بخلاف الفقه الحنفي، الذي ينفي حق المفقود في أن يرث من غيره إذ يعتبر المفقود وارثا بغيره طوال فترة فقده، لاحتمال أن يكون حيا وقت وفاة مورثه وطالما لم يصدر حكم باعتباره ميتا فهو حيا، وبالتالي يدخل ضمن

[1]- الدكتور بلحاج العربي، كتاب احكام المواريث في التشريع الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري.

ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بفقده، وقبل الحكم بموته وهذا ما نصت عليه المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي": إذا كان الوارث مفقودا، ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من أحكام هذا القانون[1] "انطلاقا من هذا النص يمكن القول بأن المشرع الجزائري، اعتبر المفقود حيا طيلة مدة فقده احتياطيا ، فيوقف له نصيبه، إلى أن تتبين حقيقة أمره بظهوره حيا، أو يحكم القاضي بموته فان ظهر حيا أخذ نصيبه المحجوز له، وان حكم القاضي بموته، فإما أن يكون حكمه بناءا على دليل وإما أن يكون باجتهاد منه .

2-: طريقة توريث المفقود

إذا كان المفقود هو الوارث الوحيد وقفت له التركة كلها، أما إن كان معه ورثة آخرون تقسم التركة على افتراضه حيا ثم تقسم مرة ثانية على فرضه ميتا، ثم ينظر إلى أنصباء الورثة الذين يرثون معه فيعطي كل وارث اقل مقدار من الفرضين، ويحفظ للمفقود أكثر النصيبين، فان ظهر حيا أخذه وان حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه وان ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة ، وهنا نميز بين حالتين.

الحالة الأولى: أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد أو يحجب غيره

ففي هذه الحالة توقف التركة الصافية بأكملها لصالحه فإن ظهر بأنه حي أخذ التركة كاملة وإن حكم القاضي بموته ويفترض أن يكون هذا بعد طلب من النيابة العامة.

ومن أمثلة ذلك:

- مات شخص عن أخ شقيق، وأخت شقيقة، وابن مفقود فالابن يحجب الإخوة مطلقا حجب حرمان إن كان حيا، فلذلك توقف كامل التركة.

[1]- الدكتور بلحاج العربي، كتاب احكام المواريث في التشريع الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري

– توفي شخص عن ابن مفقود، واخوين لام المفقود هنا هو الوارث الوحيد لان الأخوين لام محجوبان به فان ظهر حيا اخذ التركة كلها وإلا أخذها الأخوان لام.[1]

الحالة الثانية: أن يشارك المفقود غيره في الإرث

إذا كان المفقود يرث مع غيره من الورثة تقسم التركة على فرض أن المفقود حي، وعلى فرض انه ميت، وفي هذه الحالة لا يخلو أمر هؤلاء الورثة من احتمالين:

إما أن لا تختلف أنصبتهم في كلا الفرضين وإما أن تختلف.

–**إذا لم تختلف أنصبة الورثة في كلا الفرضين** :نعطي لهم الأنصبة، ونحجز للمفقود نصيبه وننتظر أمره فان ظهر حيا أخذ ما حجز له وان ثبت وفاته حكما أو حقيقة قبل مورثه لا يأخذ شيئا فنعطي المبلغ المحجوز له لمستحقه من الورثة الآخرين[2].

فلو ماتت عن زوج، جدة، أخ شقيق مفقود، وأخ لأب تركت 120000 دج نحل المسالة على فرض حياة المفقود وعلى فرض وفاته:

على فرض حياة المفقود:

– للزوج ¼ لعدم وجود فرع وارث، للجدة 6/1، للأخ الشقيق الباقي تعصيبا، والأخ لأب محجوب بالأخ الشقيق .

– فاصل المسالة من 12

– للزوج 3اسهم، للجدة سهمان، للأخ الشقيق 7 أسهم [3].

– قيمة السهم الواحد هي 120000/12=10000 فتكون الأنصبة كالآتي:

– للزوج 3*10000=30000دج

– للجدة 2*10000=20000دج

1– للدكتور بلحاج العربي المرجع السابق،صفحة 243

2– أعمر يحياوي نظام المواريث الاسلامي في تقنين الاسرة الجزائري الامل للطبعة والنشر تيزي وزو الجزائر سنة 2011 ص275

[3] – أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 275.

– للأخ الشقيق 7*10000=70000دج

على فرض وفاة المفقود

– للزوج4/1 لعدم وجود فرع وارث، للجدة6/1،للأخ لأب الباقي تعصيبا .

أصل المسالة12:

المقارنة بين الفرضين :نلاحظ أن نصيب الزوج على فرض الحياة، وعلى فرض الوفاة لم يتغير وهو 30000 كما أن نصيب الجدة هو نفسه في كلا الفرضين وهو 20000دج

نعطي لهذين الوارثين نصيبهما ويبقى من التركة 120000–(20000+30000) = 70000دج

نصيب المفقود الأخ لشقيق على فرض الحياة فنحجزه له، وننتظر أمره فان ظهر المفقود الأخ لشقيق حيا اخذ هذا النصيب، وان ثبت وفاته حقيقة، أو حكما قبل موت مورثه نعطي 70000دج المحجوزة للأخ لأب .

إذا اختلف أنصبة الورثة في كلا الفرضين:

نعطي لهم اقل النصيبين ثم نحجز الفرق في الأنصبة مع نصيب المفقود لو كان حيا، فلو مات عن زوج، أختين لأب، وأخ لأب مفقود وتركت 56 هكتارا تقسم التركة على فرض حياة المفقود وعلى فرض وفاته.

على فرض حياة المفقود:

يرث الزوج 2/1لعدم وجود فرع وارث، وترك الأختان لأب، والأخ لأب الباقي تعصيبا أصل المسالة من 2 للزوج سهم واحد، وللأختين، والأخ لأب سهم واحد.[1]

لا تقبل القسمة على عدد رؤوسهم الأربعة فالمسالة تحتاج إلى تصحيح يضرب عدد الرؤوس في أصل المسالة 4*2=8وهو أصل المسالة الجديد، ومنه تصبح سهام الورثة

[1] أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 277.

كالتالي للزوج 4*1=4 سهم واحد لكل واحدة من الأختين وللأخ سهمان نحدد قيمة السهم الواحد 8/56=27 فتكون أنصبة الورثة كالآتي: [1]

- للزوج 7*4=28هكتار
- الأخت لأب الأولى 7*1=7هكتار
- الأخت لأب الثانية 7*1=7هكتار
- الأخ لأب 7*2=28هكتار
- على فرض وفاة المفقود
- يرث الزوج ½ لعدم وجود فرع وارث، وترث الأختان لأب 3/2 لتعددهن وعدم وجود عاصب ذكر أصل المسالة من6
- للزوج 3 أسهم وللأختين 4اسهم لكل واحدة منهما سهمان، وعالت المسالة إلى 7
- نحدد قيمة السهم الواحد 7/56=8هكتار

فتكون أنصبة الورثة كالآتي

- للزوج 8*3=24هكتار .
- الأخت لأب الأولى 8*2=16
- الأخت لأب الثانية8*2=16هكتار

المقارنة بين الفرضين: نعطي للورثة اقل النصيبين للزوج 24 الأخت لأب الأولى 7 الأخت لأب الثانية 7 ثم نحجز الفروق

- فرق الزوج28-24=4
- فرق الأخت لأب الأولى 16-7=9
- فرق الأخت لأب الثانية 16-7=9

[1] أعمر يحياوي، المرجع السابق، ص 277.

مجموع الفروق: 4+9+9=22 ونحجز أيضا نصيب المفقود الأخ لأب على فرض الحياة هو 14 فيبلغ عدد المحجوز 22+14=36 الذي يمثل الفروق، ونصيب المفقود لو كان حيا

لو يظهر المفقود حيا يأخذ نصيبه المحجوز له على فرض الحياة وهو 14 هو في هذه الحالة نرد للزوج فرقه 4 لأنه على فرض حياة المفقود يرث 48 هكتار فأخذ 24 في القسمة المؤقتة وأضفنا له 4 ليصبح له 28 هكتار أما الأختان فقد أخذتا نصيبهما على هذا الفرض إذا أخذت كل واحدة منهما 7 هكتار لو تبين أن المفقود ميت حقيقة أو حكما قبل موت مورثه لا يرث شيئا.

ومن ثمة نرجع فرضي الأختين لهما 9هكتار للأخت الأولى و9هكتار للأخت الثانية إلى نصيبهما في القسمة المؤقتة اقل النصيبين فأخذت الأخت الأولى 7فنضيف لها 9ليصبح 16وهونصيبها على فرض وفاة المفقود، وأخذت الأخت الثانية 7فنضيف لها 9ليصبح لها 16 وهو نصيبها على فرض وفاة المفقود أما الزوج فلا يتغير نصيبه 24 هكتار الذي أخذه في القسمة المؤقتة اقل النصيبين لان 24 هي المقررة له على فرض الوفاة[1] .

الحالة الثالثة: أن يكون محجوبا:

إذا كان المفقود محجوب حجب حرمان من أحد الورثة، فلا يحفظ له شيء من ميراث المتوفى من أمثلة ذلك: مات شخص عن زوجة أب أخ لأب مفقود، فالمفقود هنا لا يحفظ له شيء كونه محجوبا من الأب[2].

---

[1] أعمر يحياوي المرجع السابق ص 279.

2- سعيد بويزري احكام المواريث بين قانون الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة جامعة مولود معمـــري تيـــزي وزو كلية الحقوق دار الامل للطباعة والنشر سنة2017 ص 158.

ثانيا: النفقات الواجبة على المفقود

طالما أن المفقود يعد حيا عند صدور الحكم بفقده، وقبل صدور الحكم بموته فانه يتحمل بالالتزامات فتكون نفقة واجبة عليه لزوجته ولأولاده.

أ/ نفقة الزوجة:

إن نفقة الزوجات على أزواجهن شرعا وهذا ما دل عليه كتاب الله سبحانه وتعالى وسنة رسوله وكذا الإجماع ففي القران الكريم قوله تعالى" ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف " والمقصود به هنا هو النفقة وقوله تعالى "لينفق ذو سعة من سعته".

أما من السنة الشريفة حث بنت عقبة زوجة أبي سفيان "خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف " فلو لم تكن النفقة واجبة لما ادن لها النبي صل الله عليه وسلم بالأخذ من غير إذنه كما أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن[1].

وأيضا نفقة الزوجة واجبة قانونا على الزوج وفي هذا الصدد قضت المادة 74من قانون الأسرة بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها، بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هدا القانون، وعليه فان زوجة المفقود التي تجب نفقتها على زوجها هي الزوجة المدخول بها إلى بيت الزوجية أما المعقود عليها فقط دون الدخول بها فلا نفقة لها على زوجها إلا في الحالة التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة ويتباطأ الزوج في الدخول بها لسبب غير معروف أو غير شرعي[2] .

وبالتالي إدا طالبت زوجة المفقود بالنفقة استحقتها لان النفقة واجبة على زوجها حاضرا كان أو غائبا [3].

---

[1] –يوسف عطا محمد حلو، المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجيستر، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 1424ه 2003 م.

[2] –عبد العزيز سعد الزواج، والطلاق، قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ن الجزائر الطبعة 3،1996 ص224.

[3]– بلحاج العربي المرجع السابق ،ص 180.

وذهب الحنفية إلى انه إذا كان المال الذي تركه المفقود من جنس النفقة كالغلال، والنقود، وكان هذا المال في يد الزوجة وطلبت أن يفرض القاضي نفقة، فرض لها القاضي النفقة وأمرها أن تأخذها مما تحت يدها من مال زوجها.

أما إذا كان المال الذي تركه ليس من جنس النفقة، كالعقارات حكم لها القاضي من إيجار هذه العقارات، وليس له أن يأمر ببيعها لان مال المدين لا يباع لسداد دينه.

وإذا كان المفقود لم يترك مالا أصلا لا من جنس النفقة، ولا من غير جنسها، فان القاضي يفرض النفقة عليه ويأمر الزوجة بأن تستدينها [1].

ويكون للزوجة في هذه الحالة أن تطلب التفريق، ويجيبها القاضي لطلبها وهذا رأي مالك كما نص المشرع الجزائري على انه يمكن للزوجة طلب التطليق بعد مضي سنة من غياب الزوج دون عذر، ولا نفقة وهدا في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وتشمل نفقة الغداء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة[2].

وحسنا فعل المشرع عندما حكم العرف والعادة لبيان الأمور الضرورية في النفقة لان عادات الناس تختلف من زمن لآخر [3]وتجدر الإشارة إلى انه يجب على القاضي الذي سيحكم بالنفقة أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه العناصر المجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة.

وطبقا لأحكام المادة 79 من قانون الأسرة على القاضي عند تقدير النفقة أن يراعي حال الطرفين وظروف المعاش، وعليه فان القانون قد منح القاضي سلطة واسعة في

---

[1] –محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، بدون ذكر الطبعة 2007، ص 213.

[2] –المادة 78 من قانون الاسرة الجزائري

[3] –سليمان ولد خسال، الميسر في قانون الاسرة الجزائري، شركة الاصالة، الجزائر، طبعة ثانية، ص 115.

مجال تقدير مبلغ النفقة ولم يلزمه إلا بمراعاة حال الطرفين وكذلك ظروف المعيشة وغلاء الاسعار.

ورغم أن مهمة القاضي في دلك تبدو صعبة وشاقة ومع دلك ستكون مهلة نوعا ما إذا حكم ضميره واعتمد على العنصرين السابقين.

ب/نفقة الأقارب:

المفقود ملزم بالنفقة على أولاده الصغار وكبار بناته، وأيضا أبويه، ودليل وجوب هذه النفقات في كتاب الله تعالى:" **فَإِن أَرضَعنَ لَكُم فَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**".[1]

ولوجوب هذه النفقة لابد أن يكون المنفق موسرا لقوله صلى الله عليه وسلم "أبا بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلأهلك فان فضل عن اهلك شيء فلذي قرابتك ".

وكذلك يجب أن يكون المنفق عليه بحاجة إلى هده النفقة كان يكون فقيرا أوليس له كسب يستغني عن نفقة غيره [2].

وجاء في المادة 75 من قانون الأسرة بأنه :"تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مالكا وكذلك تقضي نفس المادة على انه تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

نجد انه كمبدأ هام من حق الولد على أبيه أن ينفق عليه ولا تسقط عنه إلا إذا ثبت أن للولد مال ينفق منه وهدا بغض النظر عن كون الولد موسرا أو معسرا وهذا معناه أن نفقة الولد تظل واجبة على والده شرعا وقانونا مادام الولد عاجزا عن الكسب ولا يسقط هدا الواجب عن كاهل الأب إلا إذا تبين أن الولد غني ويستطيع الإنفاق على نفسه .

وتستمر هذه النفقة بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد وبالنسبة للأنثى إلى الزواج ودخولها إلى بيت زوجها.

---

[1] –القرآن الكريم، سورة الطلاق الاية 64.

[2] – يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص 137،138.

كما اوجب المشرع حق النفقة بين الأصول والفروع وهذا من خلال المادة 77 فألزم الأصول بالإنفاق على الأصول بالإنفاق على فروعهم متى كان الأصول موسرين والفروع معسرين كما ألزم الفروع بالإنفاق على الأصول بنفس الشروط ودلك حسب القدرة والاحتياج ويمكن القول أن المفقود متى كان ابنا راشدا فهو مجبر على الإنفاق على والديه، وعلى الجد والجدة إذا كان موسرا وهم معسرين وليس هناك غيره ممن تجب عليه نفقتهم كما انه ملزم بالإنفاق على أولاده وأحفاده متى كان موسرا وهؤلاء مع سرين مع ضرورة مراعاة درجة القرابة في الإرث.[1]

– وعليه يبدو أن المشرع الجزائري قد تخلى قليلا عن المذهب المالكي الذي قصر وجوب النفقة على الأبوين دون الأجداد والجدات وعلى الأبناء المباشرين دون الأحفاد والحفيدات وأخذ جزئيا بما في المذهبين الشافعي والحنبلي من حيث تمديد النفقة الواجبة لتشمل كل الأصول والفروع حسب درجة الإرث[2].

ثالثا : تصرفات المفقود القانونية، وديونه

المفقود كأي شخص عادي، قد يقدم على الكثير من التصرفات القانونية، كما يمكن أ، يكون طرفا في العديد من المعاملات، وقد ينجم عن هذه المعاملات ديونا، فما مصير هذه التصرفات والديون في حالة ما إذا صدر حكم بفقده؟.

1-**التصرفات القانونية للمفقود:**

– قد يوصي المفقود للغير قبل فقدانه وقد يوصى له، كما قد يكون طرفا في العديد من العقود كالهبة والإيجار، الوديعة، العارية وغيرها من العقود ثم يفقد فالأصل أن هذه العقود تبقى قائمة لان المفقود يعتبر حيا وبالتالي فإنها تستمر ولا تنقضي إذ يتولى المقدم تسيير أمواله بدلا منه .

[1] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزلؤي، المرجع السابق، ص 266.

[2] – عبد العزيزسعد، المرجع السابق ص226.

1/ **الوصية:** عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الوصية على أنها " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

كما جاء في المادة 111من قانون الأسرة " على القاضي عندما يحكم بالفقدان 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 99من هذا القانون.

– وعليه من خلال هذه المادة يفهم انه بعد صدور الحكم بالفقدان يتم تعيين مقدم من طرف القاضي يتولى تسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من تبرع.

فالمفقود له حق في الوصية باعتبارها من التبرعات لأنه وكما سبق أن رأينا أن المفقود يعتبر حيا خلال فترة ما بين الفقد والحكم بالموت، وعليه فالوصية تصح له[1]من خلال المقدم الذي تعينه المحكمة لقبول الوصية بدلا من المفقود.

– أما إذا كان المفقود موصيا فان الوصية لا تنتج أثرها إلا بعد الوفاة لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وبالتالي تمليكه الشيء الموصى به لا تنتقل إلا بعد وفاة الموصي [2]، فإذا كان المفقود هو أوصى، فهو في هذه المرحلة يعتبر حيا وبالتالي لا يمكن للموصى له أو أخذ الشيء الموصى به إلا بعد وفاة المفقود أو صدور حكم بموته عندها يكون له أن يقبل الوصية صراحة أو ضمنا.

الهبة: عرفت المادة 202 من قانون الأسرة الهبة بأنها تمليك بلا عوض.

وبالرجوع دائما إلى المادة 111 السابق ذكرها وأيضا المادة 206 من قانون الأسرة التي تنص على انه تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول...نستنتج انه لانعقاد الهبة لابد من إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له[3].

---

[1] – تسوح حمو، المرجع السابق ص 45.

[2] – المادة 184 من قانون الاسرة الجزائري .

[3] –محمد بن احمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية طبعة اولى 2003.

ولما كانت الهبة من التبرعات هي لا تتحقق إلا بقبول الموهوب له فان القبول في هذه الحالة يصدر من المقدم الذي يعينه القاضي في حكمه لتسلم ما استحقه المفقود من تبرع وهذا إعمالا لمقتضى المادة 111 من قانون الأسرة.

-إذن نصل إلى استحقاق المفقود للوصية والهبة يعتبر من الأمور التي تفيده وتضر غيره ومع ذلك فهو يعتبر حيا بالنسبة إليها لذا فان المال الموصى له به أو الموهوب له يكون ملكا خاصا وبالتالي فانه يظل موقوفا له إلى حين التحقق من كونه حيا أو ميتا فإذا ظهر انه لا يزال على قيد الحياة اخذ الشيء المحفوظ له .

العارية: العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال وهذا حسب المادة 538 من القانون المدني فإذا أعار المفقود شيئا ما قبل فقدانه فان الشيء المعار يبقى بحوزة المستعير طوال الأجل المتفق عليه، ولا يجوز لأي شخص التعرض للمستعير حتى تنتهي مدة الإعارة ويعيد العين المستعارة ولا يبرأ المستعير بالدفع للورثة، لأنه لم يثبت بعد ميراثهم باعتبار أن المفقود لا يزال حيا ولم تتحقق وفاته لكنه يبرأ بالدفع للمقدم الذي ينصبه القاضي أو إلى القاضي نفسه لأنه يد هؤلاء كيد المفقود[1] .

الوديعة: عرف المشرع الجزائري الوديعة في المادة 590قانون مدني "عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا فإذا أودع المفقود شيئا لدى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا فإذا أودع المفقود شيئا لدى المودع لديه كان على هذا الأخير حفظها له بموجب

[1]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية،2003 ص85.

العقد المبرم بينه وبين المفقود وعليه الوفاء بعقده لقوله تعالى :" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"[1].

كما عليه أن يرعاها ويحفظها له التزاما بعقده ووفاء بعهده، ويجب أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد.

وذا كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بطول الزمان كان له أن يستأذن القاضي في بيعها ويحفظ ثمنها كما كان يحفظ عينها.

وإذا أراد المودع لديه رد الوديعة وكان القاضي قد نصب من يقوم يحفظ مال المفقود جاز ردها عليه بإذن القاضي وهذا في حالة ما إذا خاف المودع لديه نفسه الهلاك أو أراد السفر وإلا فانه يجب عليه أن يحفظ الوديعة حين عودة المفقود أو يحكم القاضي بموته فيردها على ورثته[2].

الإيجار: نصت المادة 467 من القانون المدني الجزائري على أن الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.

وإذا أجر المفقود شيئا من أملاكه قبل فقدانه فان عقد الإيجار يستمر بعد فقدانه لأنه يعتبر حيا طالما لم يصدر حكم بموته ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة إلى زوجته وولده إلى أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون، ويقوم المقدم الذي تعينه المحكمة بقبض بدل الإيجار كما له أن يؤجر غيرها[3] .

2- ديون المفقود:

نميز هنا بين ديون المفقود الثابتة عليه للغير ن قبل الفقد، وبين ديونه غير الثابتة قبل الفقد.

---

[1] – سورة المائدة الاولى .

[2] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص78،79.

[3] نفس المرجع ص 58، 86.

أ/ ديون المفقود الثابتة قبل الفقد:

إذا حل أجل هذه الديون، وهو لا يزال مفقودا، يقوم المقدم الذي تعينه المحكمة بإيفاء هذا الدين من أموال المفقود.

ب/ ديون المفقود غير الثابتة قبل الفقد:

إذا كانت هذه الديون مستحدثة بعد الفقد بسبب تعاملات المقدم وجب على هذا الأخير سدادها من مال المفقود ويكون خصما، أما إذا كانت قبل ذلك فلا يسمع القاضي دعوى من يقيمها على المفقود حتى يتبين

حاله بعدم وجود الخصم، ولا يكون المقدم خصما فيها، لانه لا يخاصم عن المفقود قبل توليه هو مهمته.[1]

الفرع الثاني: حماية المسائل الشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان

سنتناول من خلال هذا المطلب حماية المسائل الشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالطلاق.

أولا: أهلية المفقود وتعيين المقدم:

باعتبار الأهلية هي من العناصر التي ترتكز عليها شخصية المفقود، ولان شخصية المفقود تتأثر بفعل فقده وغيابه لأننا لا نعلم عنه شيئا، فان أهلية المفقود تحدث أثرا بالغا داخل شخصيته، لذا كان لزاما تعيين مقدم عنه قضائيا.

1/ حكم أهلية المفقود:

بالرجوع إلى نص المادة 44 من القانون المدني الجزائري[2]، أنها جعلت من فاقدي الأهلية و ناقصيها يخضعون لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة وذلك يكون وفقا للقواعد المقررة قانونا .

[1] – جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق ص 85، 86

[2]– الامر رقم 58–75المؤرخ في 20 رمضان عام 1395الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20يونيو سنة 2005

وفي ذات السياق نصت المادة 99 من القانون المدني الجزائري أن المقدم يكون من تعيين المحكمة في حالة عدم وجود وصي أو ولي على فاقد الأهلية وذلك بناءا على طلب الورثة أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة .

فالمشرع الجزائري هنا قد قيد تعين المقدم بالشخص الناقص الأهلية أو فاقدها ولكن الشخص المفقود هنا هو شخص كامل الأهلية وإرادته كاملة ولكن بالرغم من اكتمالها إلا لأنه لا يمكن له إدارة شؤونه بنفسه وذلك راجع لغيبته التي بدورها تعوقه عن مباشرتها المنفردة[1].

لذا قرر القانون في المادة 99 من القانون المدني الجزائري وجوب تعيين شخص آخر يباشر عنه التصرفات ويساعده في مباشرتها وذلك حتى لا تتعطل مصالحه ومنها التي مرتبطة بمصالح الناس.

ومنه نستشف بان المشرع كيف الغياب بأنه مانع إضافة إلى المانع المادي المتمثل في الغيبة وهناك المانع القانوني وهو الحكم على شخص بعقوبة جزائية، وكذلك المانع الطبيعي وهو الإصابة بعاهتين أو العجز الجسماني الشديد الذي يحول دون قدرة الشخص على إجراءات التصرفات التي تترجم أهلية الأداء لديه وليس عارضا من عوارضها تتمثل عوارض الأهلية في الجنون العته الغفلة والسفه وتشترك عوارض الأهلية وموانعها في كونها تعني الشخص الذي بلغ سن الرشد وتؤثر على أهلية أدائه ولكنهما تختلفان من حيث السبب فعوارض الأهلية تستند إلى تمييز الشخص فتؤثر فيه بدرجات متفاوتة فقد تعدمه أو تنقص منه وبحسب الحالة يكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها أما موانع الأهلية فليس لها علاقة بتمييز الفرد الذي يتمتع فعلا بكل قواه العقلية بل مردها القانون فهو الذي يمنع الشخص تبعا لظروف معينة من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه[2].

1- محمد حسين منصور وهمام محمد محمود مبادىء القانون المدخل للقانون والالتزامات (ب، ط) الناشر، منشـــأ ة المعارض معرض 163.

2 محمد حسين منصور وهمام محمد محمود مبادىء القانون المدخل للقانون والالتزامات (ب، ط) الناشـــر، منشـــأة المعارض معرض 163.

1/شروط اعتبار الغياب مانعا ماديا لأهلية المفقود:

لكي تعتبر الغيبة من قبيل المانع المادي لمباشرة أهلية الأداء لابد من:

أ/أن يكون الشخص المفقود الغائب كامل الأهلية : فلا يعتد بالغياب كمانع مادي من موانع الأهلية إلا إذا كان المفقود كامل الأهلية فإذا كان ناقص الأهلية أو عديمها كانت الولاية على ماله ثابتة في الأصل لممثله القانوني من ولي أو وصي فبالرغم من غيابه في هذه الحالة إلا انه لا يوجد ما يمنع من مباشرة شؤونه إذ يباشرها عنه ممثله القانوني[1].

ب/استمرار الغياب مدة سنة أو أكثر: فلا يمكن للمحكمة المختصة أن تعتبر الشخص غائبا قانونا بالرجوع إلى نص المادة 110من ق أ ج نجد أنها تنص على أن الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارته شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود نقلا عن قانون رقم 11/84 المؤرخ في9 رمضان عام 1404الموافق ل9يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بموجب أمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 ج .ر عدد 15 صادر بتاريخ 27 فبراير سنة 2005، ولا أن تعين عنه وكيلا إلا إذا غاب مدة تساوي أو تفوق السنة .

ج/ تعطل مصالح الغائب: تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب يتولى شؤونه إذا ترتب على غياب الشخص تعطيل لمصالحه أو حصول ضرر للغير من هذا الغياب طبقا للمادة 115 من ق أ ج و إذا لم يكن لغياب الشخص يد في تعطيل مصالحه ولا وجود لضرر على غيره جراء غيابه فلا مصلحة من اللجوء إلى القضاء أصلا .

1- الهادي معيفي سلطة الولي على اموال القصر في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص،فرع قانون الاسرة جامعة الجزائر 1-كلية الحقوق بن عكنون سنة 2013-2014 ص14.

آثار الغياب:

لأن القاضي ملزم قانونا في حالة غياب الشخص وتوافر الشروط السالفة الذكر يكون هذا الغياب مانع مادي لأهلية أدائه يتعين مقدما، هذا في حالة إذا لم يترك المفقود وكيلا عنه، أما إذا ترك المفقود وكيلا قبل فقده فهنا ما على القاضي إلا تثبيت هذا الوكيل وتظل وكالته قائمة وفي حدود الاختصاصات المخولة له بمقتضى الاتفاق أو القانون ولا يجوز له الخروج عنها .

إجراءات تعيين مقدم:

جاءت المادة 99 من ق أ ج السابق ذكرها يقدم طلب تعيين المقدم " المقدم هو الشخص الذي تعينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمحجور عليه كما انه وطبقا لنص المادة 111من ق ا ج يعينه القاضي في حكمه لتسيير أموال المفقود وتسلم ما استحقه م ميراث أو تبرع و بناءا على نص المادة 100 من نفس القانون والحكم الصادر بتاريخ 2001/11/19 الذي قضت من خلاله المحكمة بتعيين زوجة المفقود مقدما على تسيير أمواله، فان المقدم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي فالشروط الواجب توفرها في الوصي وكذلك سلطاته وواجباته وأسباب إنهاء مهامه كلها تصدق على المقدم وهي الإسلام، البلوغ وكمال الأهلية والقدرة إضافة إلى شرط الأمانة وحسن التصرف وللإشارة انه تنتهي مهمة المقدم بموته وزوال أهليته واستقالته وعزله ونهاية مهامه التي من اجلها قامت القوامة وبموت المفقود إلى المحكمة المختصة بناءا على طلب احد أقاربه أو ممن له مصلحة قانونية أو من النيابة العامة باعتبارها الطرف الأصلي. [1]

وبالنظر لأحكام المادة 470 القانون المدني الجزائري: يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429

1- المادة 3 مكرر من ق ا ج قانون رقم84-11 السابق الذكر.

الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج عدد21 صادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2008. وعليه من هذا النص يمكن القول بأنه يمكن تقديم الطلب بواسطة عريضة افتتاحية ومنه يمكن للنيابة العامة أيضا تقديمه بشكل عادي شريطة أن تتوافر في هذا الطلب الافتتاحي الشروط القانونية المنصوص عليها من ذات القانون ويقوم القاضي بدوره بتعيين المقدم في نفس الحكم المتوج بالفقدان محكمة المدية بتاريخ 2001/01/29 [1].

ثانيا– حق زوجة المفقود في طلب التطليق:

بعد صدور الحكم بالفقدان يحق لزوجة المفقود أن تطلب التطليق، أين اختلف الفقه الإسلامي من حيث إجازة التفريق للضرر لتغيب الزوج فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من لم يجز سواء كانت الغيبة بعذر أو بدون عذر وطالت أو قصرت.

فترى الحنفية والشافعية: فهؤلاء لا يجيزون للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها طالت غيبته أو قصرت كما سبق أن فصلنا فيها في أحكام الغائب والمفقود في الشريعة الإسلامية وذلك لعدم توفر الدليل الشرعي لدى هؤلاء على حق التفريق لأنه في نظرهم لا يصلح سببا للتطليق لان حق الزوجة على زوجها يأتيها ولو مرة واحدة فلو أتاها مرة واحد وغاب عنها فلا يحق لها طلب التطليق لهذا السبب واستدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنها امرأته حتى يأتيها البيان " أي حتى يستبين أمره بموته أو بطلاق وقول علي رضي الله عنه في زوجة المفقود "هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين موته أو طلاقه".

الرأي الثاني: يقول به المالكية والحنابلة إذ يجيزون لزوجة المفقود طلب التطليق بسبب غيبته .

1 شبايكي نزهة (احكام المفقود في القانون الجزائري ماجيستر في القانون فرع العقــود والمســؤولية 2015/2014، صفحة111.

– إذا طالت غيبة الزوج وتضررت منها الزوجة كان تخشى أن تحيد عن الطريق السوي ووفقا لهذا الرأي فيجوز لها أن تطلب التفريق. سبق الشرح المفصل في أحكام المفقود والغائب في الشريعة الإسلامية.[1]

أما موقف المشرع الجزائري: فقد اخذ برأي الحنابلة والمالكية الذين أجازوا لزوجة المفقود أن تطلب التطليق من زوجها إذا غاب عنها سواء غياب معلوم أو مجهول وبالرجوع إلى المادة53 من قانون الأسرة نجد أنها جعلت الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة سببا لطلب التطليق .

وقد كفل هذا الحق ببضعة شروط إذا توافرت وهي:

أ/ أن تمضي سنة فأكثر على غيبة الزوج المفقود.

ب/ أن يكون الغياب وقع من الزوج فعلا بدون عذر مقبول ولا سبب شرعي.

ج/ أن يكون الغياب لمدة سنة بدون أن يترك لها ما تنفق منه عليها وعلى الأولاد.

لقد قمنا بشرح هذا الفرع شرحا مفصلا وكاملا في أحكام الغائب والمفقود في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: حماية الحقوق المالية والشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بموته

وهنا سنتكلم على تقسيم ميراث المفقود بعد الحكم بوفاته إذا ترك ورثة أو لم يترك ورثة.

الفرع الأول: حماية الحقوق المالية بعد صدور الحكم بموت المفقود

تتمثل هذه الحقوق المالية في تقسيم الميراث والتصرفات القانونية وديون المفقود الذي صدر حكم بموته.

[1] شبايكي نزهة، الملرجع السابق، ص74.

أولا: تقسيم ميراث المفقود بعد صدور الحكم بوفاته:

عند صدور الحكم بوفاة المفقود تنتهي شخصيته من تاريخ الفقد وبالتالي لا يعتبر المفقود ميتا ولا تحرر له فريضة كم لا توزع تركته إلا بعد الحكم بوفاته وهذا بناءا على نص المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري كما جاء في المادة 127 من نفس القانون انه: "لا يستحق الإرث إلا بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي[1].ويفهم من خلال هاتين المادتين أن أموال المفقود تؤول إلى ورثته من تاريخ صدور الحكم باعتباره ميتا والمفقود إما أن يكون له ورثة وإما لا يكون".

01/ إذا ترك المفقود ورثة:

فإذا ثبت موت المفقود ببينة شرعية فانه يعتبر ميتا من الوقت الذي ثبت فيه انه مات[2].لان حكمه في ذلك حكم الموت الحقيقي وبالتالي يرثه ورثته الموجودين على قيد الحياة في ذلك الوقت يحرم منه من مات قبل ذلك حتى وان كان على قيد الحياة وقت فقده[3] أما إذا لم يثبت وفاته واصدر القاضي حكما بموته اعتبر ميتا من وقت صدور هذا الحكم ويرثه ورثته الموجودين على قيد الحياة وقت صدور الحكم فقط[4].

أما الأموال التي آلت إلى المفقود في الفترة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته تدخل في تركته إذ تعتبر ملكا خاصا له ولا ترد إلى تركة المورث إذا حكم باعتباره ميتا بعد ثبوت حقه فيها.

وإذا كان تاريخ وفاته سابقا على موت مورثه فان النصيب الذي كان محجوزا له لا يستحقه بل يرد لورثة المورث الآخرين لعدم تحقق شرط الإرث فيه وهو حياة الوارث وقت موت المورث أما ورثة المفقود فلا يستحقون إلا أمواله الأخرى ونشير في الأخير

1- قانون رقم84-11 السالف الذكر.

2-احمد محمود الشافعي احكام المواريث الدار الجامعية بيروت بدون ذكر الطبعة بدون ذكر السنة ص206

3-. شبايكي نزهة المرجع السابق ص76

4- . احمد محمود الشافعي المرجع السابق ص341

إلى انه إذا كان المفقود هو امرأة متزوجة وانتظر الزوج إلى حين صدور حكم قضائي بموتها فيكون له الحق في ارثها لوجود سبب الإرث والزوجية،أما إذا لم ينتظر الحكم بوفاة المفقود وطلقها بغرض الزواج من أخرى وهذا في حالة إذا كان متزوجا من أربعة المفقودة إحداهن ففي هذه الحالة لا أرث له من المفقودة أن حكم بموتها لعدم وجوب سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة وهو الزوجية[1] .

02/ إذا لم يترك المفقود ورثة:

إذا مات المفقود عن غير وارث فان أمواله تعتبر ملكا من أملاك الدولة وهذا بناءا على نص المادة 733 قانون مدني.

كما نصت المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على انه :"إذا لم يوجد ذو فروض او عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام فان لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة "[2].

فان لم يكن للمفقود ورثة سواء الفروض أو العصبة أو ذوي الأرحام، آلت التركة للخزينة العامة ولكي تؤول التركة للخزينة العامة لابد من توافر الشروط التالية :

أ/ انعدام من يرث بالتعصيب وصاحب الفرض النسبي.

ب/ انعدام من يرث من ذوي الأرحام مطلقا.

ج/ انعدام احد الزوجين.

وفي هذا الصدد نصت المادة 177 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 على انه :"تعود التركة إلى الخزينة العمومية طبقا للمادة 180 من قانون الأسرة الجزائري إذا لم يترك المفقود ورثة بالفرض أو العصبة أو ذوي أرحام، تطبق عندئذ أحكام المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990المعدل والمتمم "[3]

1- شبايكي نزهة المرجع السابق ص76-77.

2- القانون رقم 84-11 سالف الذكر.

3- شبايكي نزهة المرجع السابق ص78..

ثانيا: التصرفات القانونية التي باشرها المفقود قبل الفقد وديونه

سبق وان تطرقنا إلى اثر صدور الحكم بالفقدان على التصرفات التي باشرها قبل فقدانه أما عن اثر صدور الحكم بوفاة المفقود على هذه العقود فان هذا الحكم يؤدي إلى إنهاء بعض هذه العقود دون البعض الآخر .

01/ التصرفات القانونية للمفقود:

أ/ الوصية: ينبغي هنا التمييز بين ما إذا كان المفقود موصي أو موصى له:

-**أن يكون المفقود موصيا:** فإذا كان المفقود قد أوصى إلى شخص ما قبل فقدانه ثم صدر حكم بوفاته فان الشيء الموصى به يكون من حق الموصى له ويستحقه من يوم صدور الحكم بوفاته لأنه تستحق الوصية بموت الموصي وتحقق حياة الموصى له وقت الوصية ووقت موت الموصي[1] وبالتالي يكون للموصى له أن يقبل الوصية صراحة أو ضمنا وهذا ما نصت عليه المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري :"يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ".

فان قبل الوصية كان الشيء الموصى له به من نصيبه .

-**أن يكون المفقود موصى له :**إذا كان المفقود موصى له وصدر حكم بموته وكان الموصي لا يزال على قيد الحياة فهنا تبطل الوصية ولا يستحقها الموصى له وهذا طبقا لما جاء في المادة 201 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه :"تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها "[2].

أما إذا صدر الحكم باعتباره ميتا بعد موت الموصي أو بعد ثبوت حقه في الوصية فان المال الموصى به يكون ملكا خاصا له ويدخل ضمن تركته ويوزع على ورثته ولا يعاد إلى تركة الموصي وهذا ما أكدته المادة 111 من قانون الأسرة 3. لكن في حالة

1- هادي محمد عبد الله احكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقه والقانون العراقي دار دجلة عمان الطبعة الاولى 2010.

2- شبايكي نزهة المرجع السابق ص81.

3- تسوح محمد المفقود والغائب والاثار المترتبة عليهما مجلة الموثق عدد12 2005 .

صدور حكم بموت المفقود ثم ظهر المفقود حيا فانه يسترجع نصيبه أو ما بقي عينا منه في أيدي ورثة الموصي وهذا ما نصت عليه المادة 115 من قانون الأسرة بقولها "وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها ".

ب/ الهبة: كما سبق القول فان القبول يصدر من المقدم فإذا صدر الحكم بموت المفقود الموهوب لع قبل أن يصل القبول إلى علم الواهب فان القبول هنا يبقى قائما وينتج التعبير أثره إذا اتصل بعلم الواهب فتتم الهبة بالرغم من موت الموهوب له وبالتالي على ورثة الموهوب له القيام بما يرتبه العقد من آثاره[1]

ج/الوديعة: يجب على المودع لديه أن يحفظها فإذا حكم القاضي بموت المفقود (المودع) ردها المودع عليه على ورثته[2]

د/الإيجار: لا ينتهي هذا العقد بصدور حكم بموت المفقود بل يظل قائما ولا ينتهي إلا بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن وهذا بناءا على نص المادة 469 مكرر من القانون المدني التي تنص: "ينتهي الإيجار بقوة القانون بانقضاء حق الاستعمال والسكن".

كما ينتهي أيضا بانقضاء المدة المتفق عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 469 مكرر 01 بقولها " ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء".

هـ /العارية: إذا صدر حكم بموت المفقود تنتهي العارية إذ تنص المادة 548 من القانون المدني على انه: "تنتهي العارية بموت احد الطرفين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ".

وهذا معناه اتفاق يقضي باستمرار العارية رغم وفاة احد الطرفين أو يقضي بانتهائها بسب آخر فهنا تستمر العارية على الرغم من صدور الحكم الاعتباري بوفاة المفقود.

1- هادي محمد عبد الله احكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقه والقانون العراقي دار دجلة عمان الطبعة الاولى 2010.

2- محمد بن احمد تقية المرجع السابق ص92.

ثانيا: ديون المفقود الثابتة في ذمته

يتم سدادها من التركة إذ بصدور الحكم بوفاة المفقود يستحق الورثة الإرث وهذا ما نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة لكن قبل تقسيم التركة لابد من سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى حيث تنص المادة 180من قانون الأسرة على انه :"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع .
- الديون الثابتة في ذمة المتوفى .
- الوصية.

ثالثا: آثار الحكم بموت المفقود في ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

- بالرجوع إلى الأمر 06-01 المؤرخ في 27 أفريل سنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية وأيضا المرسوم الرئاسي1 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية نجد انه يترتب على صدور الحكم بموت المفقود الآثار الآتية:

1/ قيام وكيل الجمهورية المختص بتسخير موثق لإعداد عقد الفريضة تأسيسا على الحكم بالوفاة خلال شهر واحد ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل وهذا تطبيقا لنص المادة 35 من الأمر 06-01 "تنص على : تتحمل ميزانية الدولة الحقوق المستحقة للموثق على إعداد عقد الفريضة ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل".

2/ تعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية فزيادة على الحقوق والمزايا المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما يحق لذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية والحائزين على حكم نهائي بوفاة الهالك الحصول على تعويض تدفعه الدولة وهذا ما جاء في المادة 37 من الأمر 06-01 كما أن الحصول على هذا التعويض يحول دون

1- مرسوم رئاسي مؤرخ في 29 محرم 1429 الموافق ل 28فبراير سنة 2006.

الحصول على تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدولة وهذا ما قضت به المادة 38 من الأمر 06-01.

وقد نصت المادة39 من الأمر 06-01 على انه يطبق لاحتساب ودفع التعويض المذكورين في المادة 37 أعلاه الأحكام المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما لصالح الضحايا المتوفين بسبب الإرهاب.

وقد صدر المرسوم الرئاسي 06-93 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية إذ يحدد هذا الأخير كيفيات تطبيق المادة 39 المذكورة أعلاه .

وبالرجوع لهذا المرسوم نجد أن من حق ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية عند صدور حكم بالوفاة الاستفادة من تعويض.

لكن في حالة ما إذا كانوا قد استفادوا من تعويض صادر عن طريق القضاء وقبل صدور هذا المرسوم فإنهم لا يستفيدون من التعويض المذكور آنفا وهذا ما نصت عليه المادة 07 من هذا المرسوم ويعتبر ذوي حقوق في مفهوم هذا المرسوم[1]:

- الأزواج.
- أبناء الهالك البالغون سنا اقل من 19 سنة أو 21 سنة على الأكثر.
- الأبناء ومهما يكن سنهم الذين يوجدون بسبب عجز أو مرض مزمن في وضعية استحالة دائمة ممارسة نشاط مأجور.
- البنات بلا دخل مهما يكن سنهن اللائي كان يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه.
- أصول الهالك.
- كما حددت المادة 10من المرسوم الحصة التي تعود إلى كل ذي حق على النحو التالي:

1- المادة 07 من المرسوم الرئاسي 06-93.

– 100/100 من التعويض لصالح الزوج أو الأزواج إذا لم يترك الهالك أبناء أو أصولا أحياء.

– 100/50 لصالح أو الأزواج و100/50 توزع بالتساوي على ذوي الحقوق الآخرين إذا ترك الهالك زوجا أو أكثر أحياء وكذا ذوي حقوق آخرين يتكون من الأبناء و/أو من الأصول.

100/70 توزع بالتساوي على أبناء الهالك أو 100/70 لصالح الابن الوحيد و100/30توزع بالتساوي على الأصول أو 100/30لصالح الأصل الوحيد الباقي عند الاقتضاء إذا لم يوجد زوج حي.

– 100/50 لصالح كل أصل من الأصول إذا لم يترك الهالك زوجا أو أبناء على قيد الحياة.

– 100/75 من التعويض لصالح الأصل الوحيد إذا لم يترك الهالك زوجا أو أبناء على قيد الحياة.

وفي حالة تعدد الأرامل فان التعويض يوزع بينهن بالتساوي وإذا تزوجت الأرملة مرة أخرى أو توفيت فحصة المعاش التي كانت تتقاضاها تحول إلى الأبناء.[1]

الفرع الثاني: حماية المسائل الشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالموت

بعد صدور الحكم بوفاة المفقود تنحل الرابطة الزوجية وبالتالي تعتد زوجته وجوبا سنرى الفقه الإسلامي ثم ما جاء به المشرع الجزائري .

أولا: الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص عدة زوجة المفقود المحكوم بوفاته في المذاهب الاربعة :

1– المادة 12 و13 من المرسوم الرئاسي 06–93..

1/ رأي الحنفية: بعد مضي المدة المقررة المذكورة سابقا في الفصل الأول يحكم بعتق زوجته وخروجها عن عصمته ويحق لها الزواج من بعده.

2/ رأي الشافعية: بعد تحقق بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة ثم تنكح.

3/ رأي الحنابلة: اتفقوا على اعتداد امرأته بعد المدة المحددة للانتظار للحكم بوفاته.

4/ رأي المالكية: اتفق فقهاء المالكية على أن زوجة المفقود تتزوج بغيره بعد المدة المقررة للحكم بموته وهي 4 سنوات واستدل الحنابلة والمالكية بقوله تعالى "**وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّونَ مِنكُم وَيَذَرُونَ أَزوٰجا يَتَرَبَّصنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَربَعَةَ أَشهُر وَعَشرا فَإِذَا بَلَغنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيكُم فِيمَا فَعَلنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِٱلمَعرُوفِ وَٱللَّهُ بِمَا تَعمَلُونَ خَبِير**".[1]

ثانيا: رأي المشرع الجزائري:

نصت المادة 59 من قانون الأسرة على أنه: "يجب أن تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي 4 أشهر و10ايام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته ".

– نلاحظ أن عدة المتوفى زوجها تبدأ حساب عدتها من يوم وفاته أما الـــذي فقـــد زوجها وحكم بموته تبدأ حساب عدتها من يوم صدور الحكم بالفقدان وهذا ما نصت عليه المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري ولكن الصواب من هذا أن عدة الزوجة التي فقـــد زوجها تبدأ من يوم صدور الحكم بوفاة المفقود وليس من يوم صدور الحكم بالفقدان[2].

1–القرآن الكريم، سورة البقرة الاية 234.

2– شبايكي نزهة المرجع السابق ص90.

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية للغائب والمفقود

إن للغائب حكم، وللمفقود حكم أخر حيث أقام الفقهاء في هذه الحالة غلبة الظن مقام اليقين فإذا غلب الظن موت الغائب، يجوز للورثة طلب الحكم بموته،وعلى القاضي إثبات ذلك من خلال الاجتهادات والقرائن الدالة على موته ويتم ذلك إصدار الحكم بموته وعلى هذه الأقوال لابد من إتباع مجموعة من الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون الجزائري .

المطلب الأول: رفع دعوى موت المفقود وفق إجراءات خاصة

الفرع الأول: طلب الحكم بالفقدان

تنص المادة 114 من القانون الجزائري على أنه: "يصدر الحكم بالفقدان أو موت بناء على طلب أحد الورثة أومن له مصلحة أو النيابة العامة"[1] بمعنى تقدم دعوى الحكم بوفاة الشخص المفقود من له مصلحة أو منفعة قانونية، كالورثة أو الموصي له أو زوجته أو شريكه ويشرط في المصلحة أن تكون قائمة أو المحتملة، ولهذا سنتناول أطراف الدعوة أو شروط قبولها أو اختصاصها النوعي:

أولا: أطراف الدعوى:

– **المدعي :** خوله القانون بمقتضى المادة 114 ق .ج أي من له صفة إجابة في الدعوى وله الحق في طرح إدعاءاته القانونية أمام القضاء من اجل إثبات حقه في مواجهة شخص أخر وقيام باستصدار حكم يقضي بفقدان الشخص للمحافظة على مصالحه ومصالح الغير المرتبطة به [2].

1– متيجي حسنة، أحكام المفقود في قانون مصالحه الوطنية، الجزائر مذكرة لنيل شهادة ماستر في قانون خاص تخصص عقود ومسؤولية، ص 30.

2– رفدة محمد أمين، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مقارنة مع بعض التشريعات المغاربية، مذكرة نيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية سنة 2015–2016،ص28 .

2- **الورثة :** نصت المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية : " أسباب الإرث :القرابة والزوجية ".

القرابة هي الصلة النسبية بين الوارث والموروث مثل أصوله وفروعه، وفروع أصوله وفروع أصوله وفروع فروع أصوله كأبنائه الإخوة مثلا، وسبب الميراث وهما الأشخاص الذين تربطهم صلة بالميت سبب من أسباب الإرث.

أما الزوجية فهي العلاقة التي تربط الزوجين بعقد الصحيح، سواء وقع البناء أو لم يقع، أما الزواج غير الصحيح فلا يعد سببا لاكتساب الحقوق.[1]

1 – من له مصلحة : هو كل شخص تم استفاء حقه من التركة النيابة العامة : نصت المادة 114 ق.أ.ج. يجوز للنيابة العامة رفع دعوة أمام القضاء باستصدار حكم يقضي بفقدان أن شخص ما، وطبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية تعتبر النيابة طرفا أصليا في الدعوة حيث قول لها الصفة، في رفع دعوى الفقدان كما أيضا نصت غليها المادة في مكرر من قانون الأسرة على أن النيابة العامة تعد طرفا أصليا في ممارسة جميع القضايا التي تسعى إلى تطبيق أحكام هذا القانون كما أنها تهدف ؛إلى تحقيق المصلحة العامة.[2]

فالدعوى التي ترفع من طرف النيابة العامة الهدف منها الحصول على الحكم إيجابي من القضاء ويجب توفير المصلحة والصفة أي المصلحة هي الفائدة التي يتحصل عليها رافع الدعوى ومصلحة النيابة هي الحفاظ على النظام العام أما الصفة فهي أهلية مباشرة الإجراءات أمام الهيئة القضائية عن طريق ممثليها المجسد في الوكيل الجمهورية أو أحد مساعديه.[3]

1- عثمان دشيشة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون جزائري نيل شهادة دكتوراة العلوم تخصص قانون سنة 2015 – 2016، ص 62-63 .

2- شباكي نزهة، أحكام المفقود في ق. ج مذكرة نيل شهادة الماجستير في ق فروع العقود والمسؤولية سنة 2016 – 2015، ص 24 .

3- رفدة محمد أمين، المرجع السابق، ص 64 .

2 – المدعى عليه: لم يجدد نص المادة 114 المدعى عليهم في دعوى الفقد كما حدد المدعين والمدعى عليه في القواعد العامة للإجراءات، وهو الشخص المطلوب الحكم في مواجهة بطلبات المدعي غير أن المدعي عليه هما في دعوى الفقد فلا يمكن له مباشرة أعماله القانونية بنفسه ترفع ضده بحضور وكيل الجمهورية كما تتول الجهات الفضائية برفع دعوى الفقدان ضده وكيل الوكيل باعتباره ممثل الحق العام.[1]

ثانيا: شروط قبول الدعوى:

نصت المادة 13 من قانون إجراءات المدنية الإدارية على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم يكن له صفة ومصلحة قائمة ومحتملة يقرها القانون".

أ /الصفة: هي السلطة الممنوحة قانونا لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق وأن تكون علاقة مباشرة بين أطراف الدعوى ويجب أن تتوفر فيهم الصفة لإثارة موضوع النزاع وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 19 " يثير القاضي انعدام الصفة في المدعى عليه " تعتبر من نظام العام يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بعدم القبول الدعوى.[2]

ب/ المصلحة: هي الفائدة العملية أو المنفعة التي تعود على رافع الدعوى أو الطرف في النزاع إلى تحقيقها ويجب أنت تتوفر في المصلحة شروط:

- أن تكون قانونية.
- أن تكون شخصية مباشرة.
- أن تكون قائمة أو محتملة.

1- عثمان دبشة، المرجع السابق، ص 64

2- طالب عمر، الأحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في إطار القانون العادي و القوانين الإستثنائية، مذكرة نيل الشهادة ماستر في تخصص قانون الأسرة، سنة 2019، ص28 .

إلا أن الأهلية لم تنص عليها المادة 13من قانون الأسرة لأنها ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة التقاضي، كما يمكن أن يحل محل احد الأطراف الدعوى ممثلا قانوني.[1]

ثالثا : اختصاص الإقليمي والنوعي :

أ /الاختصاص الإقليمي: نصت المادة 38 من القانون المدني الجزائري "على أن موطن المفقود والغائب هو الموطن من ينوب عنهم قانونا، أي أن القانون هو الذي يحدد لهم موطن القانوني هو موطن المقدم، فموطن المفقود لا علاقة له بمحل إقامته، لأنه يخاطب مخاطبة قانونية الشخص الغائب عنه"، وأيضا نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "الاختصاص الإقليمي هو الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيه الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "ونصت المادة 38 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية :" في حلة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم "، وأعطى المشرع في المادة 46 من ق. إ .م .إ .ج للخصوم اختيار قاضيهم، حتى ولم يكن مختصا ولهذا فإن الاختصاص الإقليمي فهو ليس من النظام العام، و بالتالي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقائي نفسه.[2]

ب – الاختصاص النوعي: نصت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها، والحجر والغياب والفقدان والتقديم، وبالتالي فإن المحكمة المختصة بالنسبة

1– شبايكي نزهة، المرجع السابق،ص 26.

2– قانون 08 –09 مؤرخ في 18 سفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و إدارية، المادة 37 –38 –46، ص 06 –07

لدعاوى الفقد هي قسم شؤون الأسرة بالمحكمة وهي من النظام العام لا يجوز لأطراف النزاع اتفاق على خلافها وللقاضي أن يثيره من تلقائي نفسه في أي مرحلة كانت عليه الدعوى[1] .

ثالثا: إجراءات رفع الدعوى:

أ /عريضة افتتاح الدعوى: نصت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة و مؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه ن بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ."[2]من ثم علينا افتتاح عريضة الدعوى وفقا لترتيب التالي:

01 – من حيث شكل العريضة:

نصت **المادة 14** قانون الإجراءات المدنية والإدارية سابقا على شكل العريضة يجب أن تكون الدعوى مرفوعة أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة من طرف المدعي أو وكيله أو محاميه على عكس ما كان معمولا به في القانون الملغى الذي كان يسمح أن تفتح الدعوى بموجب تصريح المدعي أمام أمين الضبط. وهي تنشئ الخصومة بمجرد قيدها[3].

02/ من حيث مضمون العريضة:

حددت **المادة 15** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية البيانات التي يجب أن تضمنها العريضة وهي كالآتي :

– أولا تحديد الجهة القضائية : بحيث يقوم المدعي بتحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا ونوعيا مع ذكر المدعي عنوانه واسم من يمثله ومهنته وموطنه وأيضا تحديد اسم ولقب وموطن المدعى عليه وبعد ذلك تحديد موضوع الطلب مع تقديم عرض موجز عن

1– عثمان دشيشة، المرجع السابق، ص 58.

2– قانون 08–09 مرجع سابق، ص 02.

3–. عثمان دشيشة، مرجع سابق، ص67

الوقائع مع تقديم مبررات القانونية كي لا تتحول العريضة إلى مجرد حديث عام مع الإشارة إلى الوثائق والسندات [1]

03 / صدور حكم بالفقدان:

بعد انتهاء الإجراءات وتقديم عريضة افتتاحية ومرفقاتها ومستنداتها وبعد إطلاع القاضي عليها، إذا تبين له من خلال الأدلة والقرائن الموجودة بين يديه ثبوت واقعة الفقد كمحاضر معاينة للشرطة القضائية وقبل إصدار حكمه أن يضمن تدبيرين نصت عليهما المادة 111 قانون الأسرة وهي حصر أموال وهذه الأموال يتضمنها الحكم القاضي بإثبات حالة الفقد، وعادة عندما تحكم المحكمة تقوم بتعيين خبير . يكون من أهل الخبرة، أي حصر الأموال لا يكون إلا عن طريق خبير. وكذلك تعيين مقدم ويكون من الأقارب أو من غيرهم لتسيير أموال المفقود واستلام ما يستحقه من الميراث[2].

الفرع الثاني: دعوى الفقدان في القوانين الاستثنائية

تقضي القاعدة العامة أنه لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بصدور حكم قضائي ويكون بموجب محضر معاينة تعده الضبطية القضائية في حالة استثنائية نظرا لظروف الخاصة التي فقد فيها الشخص

أولا: بالنسبة لفيضانات باب الواد

نسبة إلى نص المادة 02 من أمر 02 –03 الفقرة الثانية أنه في حالة فقدان الشخص تقوم الضبطية القضائية بإعداد محضر معاينة عند انتهاء من الأبحاث ويتم تسليم هذا الأخير لذوي الحقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتجاوز أربعة أشهر من وقوع الكارثة، ولكن من الناحية العملية فلا يمكن التقيد به والمدة هي الموافقة لتاريخ إخطار الشرطة القضائية من طرف من يحق لهم طلب الحكم بالوفاة[3].

1–. بني فاطمة الزهراء، مرجع سابق،ص23 ص24

2–. عثمان دشيشة، مرجع سابق،ص 72

3–. شبايكي نزهة،مرجع سابق، ص 29،ص 30

ثانيا: بالنسبة لمفقودين زلزال بومرداس سنة 2003

بالرجوع إلى نص المادة 02 من قانون 03 -06 نجد أنه بالنسبة لمفقودين الزلزال بومرداس يتم تسليم محضر الضبطية القضائية في أجل أقصاه ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة، وتكون للمحاضر حجية مطلقة فلا يمكن إسقاطها إلا إذا تم طعن فيها بالتزوير، ويتم تسليم المحاضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة، وبعد التسليم تقفل كل الإجراءات يستطيع كل ذي مصلحة أن يرفع دعوى للحكم بوفاة المفقود[1]

ثالثا : بالنسبة لضحايا مأساة الوطنية لسنة 2006

طبقا لأمر رقم 06 01 من أحكام المادة فقرة 1 فقرة 2 تقوم الشـــرطة القضـــائية بإعداد محضر معاينة فقدان الشخص بعد التحقيقات والتحريات تسلم نسخة من المحاضر إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى إثبات وفات المفقود وتكـــون في أجل لا يتجاوز سنة واحدة[2]، كما حددت وزارة العدل الأشخاص الذين يمكنهم تســـلم هذه المحاضر وهم :

- الأزواج.
- أبناء الضحية الذين يقل سنهم عن 19 عاما أو 21 عاما.
- أبناء مهما كان سنهم المصابون بعجز أو مرض مزمن
- الأطفال المكفولين والبنات بلا دخل اللائي كان يكفلهن المالك فعلا وقـــت فقدانـــه أصول المالك[3].

1- طالب عمر،مرجع سابق،ص 33 .

2- متيجي حسنة، مرجع سابق،ص27.

3- بني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 27.

المطلب الثاني: إجراءات صدور الحكم بموت المفقود في القانون العادي و الاستثنائي

بعد صدور الحكم بالفقدان، فإن الطريق الإجرائي لتقرير الموت الحكمي يكمن بالبحث والتحري عن المفقود وإذا لم يظهر له أي أثر بعد مرور مدة محددة قانونا، فللقاضي إصدار حكم ثاني يقضي بموته، وبالتالي يحق لمن يمسه الأمر أن يرفع دعوى أمام القضاء، مطالبا الحكم بوفاة المفقود. إذ أن الدعاوى الحكم بوفاة المفقود فهي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى، إلا أن القوانين الخاصة قد أوردت إجراءات خاصة بهذه الدعاوى نظرا للخصوصية التي تكتسيها، واختلف الفقهاء في تحديد العمر الذي يحكم بمروره على المفقود بالوفاة .

الفرع الأول: إجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القانون العادي

أولا: أطراف دعوى المفقود:

أ – صفة المدعي: خول القاضي بمقتضى المادة 114 من قانون الأسرة :الحق للأطراف في رفع الدعوى إثبات وفاة الشخص المفقود والتي تقضي بإصدار حكم بالوفاة بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة، ولم تشترط على رافع الدعوى الحكم بوفاة المفقود نفسه الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان بل أعطت هذه الصفة في الدعوى إلى الورثة ولكل من له مصلحة وللنيابة العامة[1] .

كما نصت المادة 89 من قانون الحالة المدنية على أنه:" يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو أطراف المعنيين.

وأيضا نصت المادة 90 من نفس القانون على أنه :" عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الدولة يحال بعد التحقيق إلى المحكمة ".

1– طالب عمر، مرجع سابق، ص 36

والمرسوم التنفيذي رقم 12-427 منه المادة 177 الفقرة الثانية : يمكن لوزير المالية عقب انقضاء آجال التحري والانتظار، التي يعدها القاضي طبقا للقانون، أن يطلب منه إصدار حكم يثبت موت المفقود، وحينئذ تفتح التركة طبقا للتشريع المعمول به، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون حالة ما إذا رجع المفقود أو ظهر حيا"[1].

ب- المدعى عليه :

هي نفس صفة المدعى عليه في دعوى الفقدان التي سبق ذكرها في المطلب الأول.

ثانيا : الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى موت المفقود

أ: الاختصاص النوعي:

مسألة الحكم بوفاة المفقود هي من المسائل الأحوال الشخصية ولهذا ترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة لإنهاء شخصية المفقود وما يترتب عنها من أثار،ومن جهة أخرى يرى آخرون أن إثبات وفاة المفقود عن طريق توجيه طلب مكتوب من الوكيل الجمهورية أو من لهم مصلحة وهذا ما جاءت به المادة 423 ق .إ.م.إ[2]

وهذا ما قضت به المادة 89 من القانون الحالة المدنية: "يجوز تصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين".

وأيضا نصت المادة 90 من نفس القانون بأنه:" عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة".[3]

ب: الاختصاص الإقليمي:

من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية نصت المادة 91 منه على أنه :" يقدم الطلب إلى محكمة الولادة، إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة

1- بني فاطمة الزهراء، مرجع سابق،ص 28، ص29

2- طالب عمر، مرجع سابق، ص37

3- شبايكي نزهة، مرجع سابق،ص33

للأجانب، فإن الطلب يقدم إلى المحكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية إذا لم يتوفر غير ذلك، فتكون المحكمة الجزائر هي المختصة، أما إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث، فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان وإذا لم توجد فإلى محكمة مدينة الجزائر ".[1]

من خلال ما جاءت به هذه المادة فإنه إذا كان المفقود جزائريا سواء حصل الفقدان داخل الجزائرأوخارجها فإن طلب الحكم بالوفاة يقدم إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكانولادةالمفقودوإذا لميكن لهمحل إقامة يقدم إلى محكمة الجزائر العاصمة.

أما الجزائريين المولودين في الخارج و الأجانب يعود الاختصاص لمحكمة موطن المفقود أو مقر إقامته وفي حالة عدم وجود محل إقامة يؤول الاختصاص إلى محكمة الجزائر العاصمة[2]، وإذا كان الشخص المفقود أجنبيا فإن الطلب الحكم بالوفاة لا يقبل في المحاكم الجزائرية إلا إذا ثبت أن هذا الشخص فقد في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية [3] .

الفرع الثاني: إجراءات الحكم بوفاة المفقود في القوانين الخاصة

نصت القوانين الخاصة أحكام وفاة المفقودين في الكوارث الطبيعية المتمثلة في الفيضانات والزلازل وأحكام وفاة مفقودين المأساة الوطنية.

أ: إجراءات بوفاة مفقودين فيضانات باب الواد:

حيث نصت المادة 03 من الأمر 02-03 على أنه: يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة " أي

1- لأمر 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية، الصادر في 1970/03/27 الجريدة الرسمية العدد 21 .

2- شرابن إبتسام، المفقود في قانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، السنة الجامعية 2009 -2010 ص 67.

3- رقدة محمد الأمين، مرجع سابق، ص 75

تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناء على طلب أحد الورثة أو كل شخص له مصلحة أومن النيابة العامة ويتم التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي وهي قاعدة عامة ويكون الحكم فيها ابتدائيا نهائيا . حيث تتولى النيابة العامة الحكم النهائي القاضي بوفاة في سجلات الحالة المدنية [1]، في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى ويمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد وتفصل المحكمة العليا في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها[2] .

ب: إجراءات وفاة مفقودين الزلازل:

حيث نصت المادة 02 الفقرة الثانية من القانون 03-06: ترفع الدعوى بناءا على طلب أحد الورثة أو من لهم مصلحة، أو النيابة العامة ويفصل القاضي المختص بالحكم ابتدائيا نهائيا، وتمنح المساعدة القضائية بقوة القانون وتتولى النيابة العامة قيد في سجلات الحالة المدنية[3].

ج: إجراءات وفاة مفقودين مأساة الوطنية:

نصت المادة 32 من القانون المصالحة الوطنية على أنه:"يصدر الحكم القاضي بالوفاة المفقود بناءا على طلب من أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة. يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى[4] الحكم بوفاة مفقودين المأساة الوطنية والإجراءات الخاصة برفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة وكذلك الأطراف التي تحق لها رفع الدعوى هي نفس الأطراف التي خولت في قانون الأسرة في رفع دعوى الحكم حالة المفقود.[5]

1- شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص 35

2- شرابن إبتسام، مرجع سابق، ص 68

3- طالب عمر، مرجع سابق، ص 40

4- أمر رقم 02-03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق ل 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 الجريدة الرسمية 15.

5- طالب عمر، مرجع سابق، ص 40

الفرع الثالث: المدة اللازمة للحكم بالموت المفقود

اختلفت وتعددت الآراء و توجهات في تحديد العمر الذي يحكم بمروره على المفقود بالوفاة من ناحية الفقه الإسلامي، أما القانون الجزائري على اختلاف أحكامه فتم حسم المسألة بتحديد المدة.

أولا: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وفقا للفقه الإسلامي:

أ: المذهب الحنفي: يرى الفقهاء الحنفية إلى أنه يحكم بوفاة المفقود، بموت أقرانه الـذين هم في بلده، حيث أنه إذا لم يوجد منهم أحد حكم بموت المفقود.[1]

وذهب البعض الآخر من الحنفية، مدة الحكم بالوفاة المفقود مئة سنة و بل تسعين سنة فقد اعتبرها الفقهاء أنها المدة الغالبة التي يمتد إليها الإنسان .

ب: المذهب المالكي: استنادا إلى قول رسول صلى الله عليه وسلم :"أعمار أمتـي بـين الستين والسبعين " ذهب المالكية إلى أنه إذا كان الشخص فقد في بلاد المسلمين أو بلاد الشرك في غير معركة إذا مر على فقده سبعون عاما، وقيل أيضا ثمانون عاما، وكـذلك إذا فقد الشخص بسبب القتال بين المسلمين والكفار يحكم بوفاته بعد مرور سنة وأيضا إذا بلغ الشخص سن السبعين سنة وهو حاضر ثم غاب يضرب له القاضي أجلا باجتهـاده من خمسة أعوام إلى خمسين سنة[2]، و أيضا المفقود في زمن الوباء، أو المجاعة على أنه يحكم بموته فور انتهاء المجاعة أو زوال الوباء.

ج:المذهب الشافعي: ذهب الشافعية إلى الحكم بموت المفقود في حق زوجته فقط بعـد مضي أربع سنوات تبدأ من يوم انقطاع خبره، و هذا كان قديما أما في الجديد فلم يفرق بين زوجة المفقود وماله، ولا يحكم بموته حتى تقوم بينة تثبت موته أو بمضي عليه مدة[3]

1- رقدة محمد الأمين، مرجع سابق، ص78

2- شرابن سهام،مرجع سابق، ص 70، ص71

3- محمد أويس شرف، أحكام الغائب والمفقود في الشريعة والقانون، بحث علمي قانوني لنيل لقـب الأسـتاذ فـي المحاماة سنة 2013، ص 45 .

و تقدير المدة متروك إلى القاضي واجتهاده وليست مقدرة بمدة معينة ولا بد من حكم القاضي فلا يكفي مضي المدة من غير الحكم بموت المفقود.

د:المذهب الحنابلة: وهي تنقسم إلى قسمين:

– مفقود يغلب على حالته الهلاك: ومدة الفقد هي أربع سنوات على القاضي حكم بموته وتقسيم أمواله بين ورثته إذا كان في ميدان قتال أو كان على ظهر سفينة وتم غرقها. – مفقود يغلب على حالته السلامة: وعلى القاضي الحكم بموته حتى يتيقن موته أو بمضي مدة لا يعيش أكثر منها، وهناك من يرى أن ينتظر إلى تمام تسعين سنة من يوم ميلاده، لأن الغالب لا يعيش أكثر من هذا. وتكون هنا بالنسبة للمسافر لطلب العلم أو لتجارة أو لسياحة ولم يعلم خبره 1.

ثانيا: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وفقا للقانون الجزائري:

عالج القانون الجزائري مسألة المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود على خلاف بين المفقود في الحالات العادية والحالات الخاصة.

أولا: المدة التي يحكم بمرورها وفاة المفقود في قانون الأسرة:

نصت المادة 113 قانون الأسرة على أن:" 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 سنوات2.

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

حسب ما نصت عليه **المادة 113** قانون الأسرة على أنه المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الحالة التي تغلب فيها السلامة تكون لتقدير القاضي، هو الذي يفصل في

1– شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص 39، ص 40

2– القانون 84–11 المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، ص 14.

الدعوى تبعا لوقائع القضية وللقاضي أن يحكم بموت المفقود قبل انقضاء أربع سنوات من الفقد ويجب التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف عادية [1].

ب: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة يغلب فيها الهلاك:

حسب ما نصت عليه المادة 113 قانون الأسرة على أن المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الحالة التي

تغلب فيها الهلاك وهي أربع سنوات بالنسبة لمفقودين الحروب والحالات الاستثنائية.[2]

وأن القاضي غير ملزم وإنما يملك سلطة التقدير، كما أن المادة لم توضح احتساب المدة، إن يكن من يوم الفقد أو من يوم صدور الحكم بالفقد الذي هو إجباري قبل الحكم بالموت ولا يمكن أن يكون في آن واحد.[3]

ثالثا: المدة التي يحكم بها بعد موت المفقود وفقا للقوانين الخاصة:

حيث نصت المادة 02 من الأمر 02-03 المتعلق بفيضانات باب الواد في فقرتها 2 و3: "تعد الضبطية القضائية محضر معاينة فقدان الشخص المعني بعد انتهاء الأبحاث، ويسلم هدا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة". يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب أحد الورثة ومن كل شخص له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي نهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى أمامه[4].

1- طالب عمر، مرجع سابق، ص 41

2- شرابن إبتسام، مرجع سابق، ص 74

3- 05 بني فاطمة الزهراء، مرجع سابق ص 34 ص 35

4- رقدة محمد أمين، مرجع سابق، ص 79

وبالنسبة لضحايا مفقودي زلزال بومرداس نصت المادة الثانية من القانون 03-06 يكون التصريح الوفاة بموجب حكم قضائي في ظرف لا يتجاوز شهرا واحدا إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى ويمكن الطعن بالنقض في هذا الحكم في أجل مماثل من تاريخ النطق بالحكم، وعلى أن تفصل المحكمة العليا في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الطعن، ويتم قيد الحكم النهائي بالوفاة من طرف النيابة العامة في سجلات الحالة المدنية[1] .

وبالنسبة لضحايا أو مفقودي المأساة الوطنية نصت المادة 32 على أنه " يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد ورثته أو من كل شخص ي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين إبتداء من تاريخ رفع الدعوى".[2]

أي حدد المشرع الجزائري آجال التي يستغرقها القاضي في الدعوى لا يجب أن تتجاوز شهرين والطعن بالنقض في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا، إبتداء من تاريخ النطق بالحكم وأن المحكمة العليا تفصل في أجل لا يتجاوز ستة أشهر إبتداءا من تاريخ الإخطار[3].

1-. شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص 47

2-. الأمر 06-01 مرجع سابق

3-. بني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 36

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما تم دراسته استنتجنا أنه تترتب عن الشخص المفقود آثار الشخصية وأخرى المالية فتتمثل الآثار الشخصية في الحكم بوفاة المفقود اعتداد زوجته عدة الوفاة بمضي المدة المحددة شرعا وقانونا هي أربعة أشهر وعشرا وهذا ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 59 ولم بنص القانون على أثر عودة المفقود حيا في مدة العدة أو بعد الخروج منها، أما المالية، أي أموال المفقود فهي تحفظ في الفترة إلى الحكم بوفاته، لا تقسم على ورثته قبل ذلك، أي قبل معرفة خبره أو الحكم بموته في حالة رجوعه أو ظهوره يسترجع ما بقي عينا من أمواله، وبعد الحكم بوفاة المفقود فتقسم جميع أمواله على ذوي المصلحة.

وأيضا توصلنا أنه بعد اتخاذ الإجراءات كاملة أن صدور الحكم بالفقدان وقبل صدور الحكم بموت يعتبر المفقود حيا بالنسبة لجميع الأحكام وتظل شخصيته قائمة، فيعين القاضي في حكمه مقدما لتسيير أمواله وتظل زوجته على عصمته، والحكم الصادر بموت المفقود هو حكم منشئ وليس كاشف وبصدوره تنتهي شخصيته من تاريخ الحكم لا من تاريخ الفقد.

أما المدة اللازمة للحكم بالموت المفقود فتعددت الآراء وتوجهات في تحديد العمر، فالنسبة للحنفية فحددوا الوفاة بمئة سنة وتسعين سنة، أما المالكية فحددوها بمرور سنة بالنسبة للقتال ببين المسلمين والكفار وكذلك بالنسبة للمجاعة والأوبئة فور انتهائها، والشافعية فقدروا مدة بعد مضي أربع سنوات، والحنابلة فحددوا المدة في حالة هلاك بأربع سنوات وفي حالة السلامة بمضي مدة لا يعيش أكثر منها .

أما في القانون الجزائري فتم نص عليها في القانون الأسرة الجزائري والقوانين الخاصة، فالنسبة لقانون الأسرة في حالة هلاك فتقدروا بأربع سنوات، وحالة السلامة فتكون لتقدير القاضي قبل انقضاء أربع سنوات وفي القوانين الخاصة، بالنسبة للكوارث الطبيعية فقدرت المدة بشهر واحد، أما المأساة الوطنية تكون في أجل لا يتجاوز شهرين والطعن بالنقض لا يتجاوز شهرا واحدا.

خاتمـــة

على ضوء دراستنا لكل من أحكام الغائب والمفقود فإننا حاولنا وبكل تواضع التطرق إلى معرفة كل من الغائب والمفقود وتوضح تعريف كل منهما على حدى وأحكامهما والآثار المترتبة عنهما فالشريعة الإسلامية والقانون الجزائري أعطى موضوع الغائب والمفقود أهمية بالغة فالمفقود فموضوع المفقود أصبح محل اهتمام في العصر الحالي بالرغم من انه تحريك لقضية قديمة فما يعيشه العالم من توترات سياسية وحروب أهلية وإقليمية وعالمية وما يسمى بالحروب ضد الإرهاب أصبح يشكل جوا ملائما لكثرة الغيبة والفقدان.

هذا وان ما عاشته الجزائر في العشرية السوداء كان له أيضا الوقع الكبير لكثرة المفقودين في هذه الفترة.

فقانون الأسرة الجزائري اعتبر المفقود كل من انقطع خبره ولم يعد معروفا مكانه ولا حياته من مماته ولا يمكن اعتباره مفقودا إلا إذا صدر حكم يقضي بفقدانه كما يعتبر الشخص مفقودا في التنظيمات الخاصة إذا توافرت نفس الشروط الواردة في قانون الأسرة.

كما انه هناك حالات متشابهة للمفقود تتمثل في كل من الأسير والغائب فأما الأسير فيأخذ حكم المفقود إذا انقطعت أخباره وجهل مصيره ولم يعد معروفا حياته من مماته كما ظهرت حالات الفقدان في ظروف يغلب فيها الهلاك كالحروب وظروف تغلب فيها السلامة كالذي سافر لطلب العلم ولم يعد كما ظهرت حالات استثنائية كالمفقود بين زلزال بومرداس والعشرية السوداء

فمسألة الغائب والمفقود هي معرفة الأحكام المتعلقة بهما خاصة فيما يتعلق بمدة الحكم بالغياب والفقدان والأحكام المتعلقة بالنسبة لزوجة كل منهما والآثار المترتبة المتمثلة في الآثار الشخصية والمالية أثناء فترة الفقدان وفترة الموت الحكمي فبعد صدور الحكم بالفقدان وقبل صدور الحكم بالموت تعتبر شخصية المفقود موجودة حيث يتم تعيين مقدم من طرف القاضي لتسيير أمواله مع العلم أن زوجة المفقود تكون بحاجة للنفقة في هذه

الفترة والمفقود في هذه الفترة يرث من غيره وتصح الوصية والهبة له وتسدد ديونه إذا كانت عليه ديون مع العلم إذا كان المفقود وارثا لا يرث من غيره ولكن إذا كان مورثا لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته .

بعد الحكم بالفقدان وقبل إصدار الحكم بموت المفقود من حق الزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة فزوجة المفقود أو الغائب تتضرر من غياب زوجها عنها وطلب تطليقها يكون بشروط وهي غياب الزوج مدة تفوق سنة ويكون غيابه بدون عذر شرعي أو عقلاني والشرط الأخير إذا غاب الزوج عن زوجته بعذر ولكن ترك لها مالا لا يكفيها لتنفق به على نفسها وعلى أبنائها هنا يحق لها التطليق.

فالزوجة التي تبقى على ذمة المفقود خلال 4 سنوات ويصدر الحكم بموته تعتد عدة التي يتوفى زوجها وهي 4 أشهر و10 أيام.

فيترتب على الحكم بموت المفقود في ظل التنظيمات الخاصة كل الآثار المعمول به إضافة إلى تعويضات تدفعها الدولة وهذا بالنسبة لذوي حقوق الأشخاص ضحايا المأساة الوطنية.

أما عن القواعد الإجرائية لرفع دعوى الفقدان أو الحكم الموتي فإنها تكون بناءا على طلب احد الورثة او من له مصلحة أو النيابة العامة ويكون أطرافها كل من المدعي الذي له الحق أو الصفة للمحافظة على مصالحه ومصالح الغير المرتبطة به .

الورثة: فقد تكون بالقرابة والزوجية

أما عن شروط قبول الدعوى أن تكون من ذي صفة وهي السلطة الممنوحة قانونا لصاحب الحق في اللجوء للقضاء لحماية هذا الحق وانعدامها يعني عدم قبول الدعوى فهي من النظام العام .

ولقد اغفل المشرع الجزائري بعض النقاط المهمة في هذا الموضوع حيث وجدنا بعض الثغرات القانونية وعليه سنقترح بعض الاقتراحات.

– قانون الأسرة الجزائري لم يحدد المدة الواجب مرورها على انقطاع أخبار الشخص لإصدار الحكم بفقده لكن ما قد توصلنا إليه لا يمكن إصدار الحكم إلا إذا مضى سنة واحدة على انقطاع آخر خبر لكن مدة سنة قليلة وقصيرة فمن الأفضل تمديد هذه المدة.

– كما أن هناك أشخاص فقدوا وغابوا منذ العشرية السوداء ولم يظهر لهم اثر ولا زالوا ذويهم ينتظرون ولا يعرفون ما غن كانوا على قيد الحياة أم أموات.

اللهم هذا بحثنا ضمناه آراءنا وحسبنا أننا بذلنا جهودنا بادراك جانب من الحق الذي يتم به الخير أو بعضه ونسأله تعالى أن يتقبل عملنا وان يهدينا إلى ما فيه الخير.

فاللهم ملك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك على ما أنعمت وأوليت فما كان في بحثنا من حق فمن توفيقك المحض وما كان فيه من تجاوز وتقصير فمن أنفسنا والشيطان وحسبنا أننا اجتهدنا ولا يخطأ مجتهد، فان أصاب فله أجران وإن أخطأ فله اجر اجتهاده وذلك فضل من الله تعالى.

قائمـــة

المصادر والمراجع

أولا- المصادر

1. **القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.**
2. **الحديث النبوي الشريف.**

ثانيا : الكتب:

1- أعمر يحياوي، نظام المواريث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائري الأصل، دار الامل، الجزائر، 2011، ص 275.

2-أعمر يحياوي، نظام المواريث الإسلامي في تقنين الأسرة الجزائرية

3-بلحاج العربي-احكام التركات والمواريث، دار الثقافة للنشر الطبعة الاولى سنة 2003 والطبعة الثانية سنة2012.

4-دكتور وهبة الوحيلي، الفقه الإسلام وأدلته، الجزء السابع(الأحوال الشخصية)، دار الفكر بالجزائر بإذن من دار الفكر بدمشق.

5-سعيد لويري، أحكام المواريث في قانون التشريع الإسلامي.

6-الشيخ على الكويتي المسيليار، مدة إنتظار المفقود، الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة،

7- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، طبعة ثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر.

8-عبد الله بن عمرو بن العاص، خلاصة الدرجة، صحيح المتحدث: البخاري، المصدر: الجامع الصحيح.

9-عبدالله بن حمد بن الناصر العظيمل، مدة إنتضار المفقود في الفقه الإسلامي دراسة فقهية معاصرة الدورة الحادية والعشرون للمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة .

10- علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية.

11- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائري.

12- محمد أحمد سراج والدكتور محمد كمال إمام،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدكتور المرجع السابق، القسم الثاني(المتعلق بالطلاق عند المسلمي).

13- محمد أويس شرف، أ حكام الغائب والمفقود في الشريعة والقانون سنة الجامعية 2013.

14- محمد بن أحمد، تقنية دراسة عن أهمية في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن للديوان الوطني للأشغال التبوية ، طبعة أولى، 2003.

ثالثا- الرسائل والمذكرات الجامعية

1- بني فاطمة الزهراء، بلمختار سماح ياسمين، المفقود واليات حمايته في القانون الجزائري مذكرة نيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص سنة الجامعية 2017 .

2- جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود، رسالة مقدمة للحصول على درجة ماجستر في الشريعة والقانون تخصص شريعة والقانون: جامعة الرياض، سنة 2015.

3- رقدة محمد أمين، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مقارنة مع بعض التشريعات المغاربية، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية سنة 2015-2016.

4- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في قانون فرع العقود والمسؤولية، السنة الجامعية 2015-2016،

5- طالب عمر، الأحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في إطار القانون العادي والقوانين الإستثنائية، مذكرة نيل شهادة ماستر في تخصص قانون الأسرة، سنة 2019.

6- عثمان دشيشة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في علوم التخصص قانون، سنة الجامعية 2015 -2016،

7- متيجي حسنة، أحكام المفقود في قانون مصالحه الوطنية، الجزائر مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون خاص تخصص عقود ومسؤولية.

8- محمد التوفيق قدري، نيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة علوم في الحقوق تخصص عقود ومسؤولية، سنة الجامعية 2017- 2018 .

9- يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة درجة الماجستر في الفقه والتشريع بكلية الدرسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين سنة 2003.

رابعا -القوانين:

1.الدستور:

-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96/ـــ438 : مؤرخ في 7ديسمبر 1996،ج ر، عدد 76، المعدل بالقانون 16-01 مؤرخ في 6مارس 2016،ج ر، عدد14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

2.التشريعات :

- الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966،ج ر،49،الصادر بتاريخ 11يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم.

- الأمر 66-155 مؤرخ في 08 يونيو 1966،ج.ر49، صادر بتاريخ 11 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 69-5 المؤرخ في 30 جانفي 1969، المتعلق بالحالة المدنية للأولاد المولودين في الجزائر من أبوين مجهولين. الجريدة الرسمية عدد 9 مؤرخة في 31 يناير 1969، الصفحة 95.

-الأمر رقم 70 -20 المؤرخ في 19فبراير 1970المتضمن الحالة المدنية، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 27 فبراير 1970، الصفحة 274.

- الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية عدد 105 مؤرخة في 18 ديسمبر 1970، الصفحة 1570.

- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- الأمر رقم 76 -07 المؤرخ في 20 فبراير سنة 1976 يتضمن وجوب اختيار لقب عائلي من قبل الأشخاص الذين لا يحملون لقبا عائليا. الجريدة الرسمية عدد 19 مؤرخة في 05 مارس 1976، الصفحة 258.

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل المتمم. الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، الصفحة 910.

- القانون 90-30 المؤرخ في الفاتح ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية عدد 52 بتاريخ 02 ديسمبر 1990.

- الأمر رقم 05-01 ممضي في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية.الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، الصفحة 15.

- الأمر رقم 05-02 ممضي في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، الصفحة 18.

- الامر06-01 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق ل 27 فبراير2006 االمتضمن تنفيذ ميثاق السلم .

- ــ القانون 07-05 المؤرخ في 13ماي 2007 المتضمن القانون المدني الجزائري ج ر، عدد31، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975.

-قانون رقم 08-09 ممضي في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية.الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008، الصفحة 3.

- القانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 143 الموافق ل 9 غشت سنة 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 70 – 20 المتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 20 غشت 2014، الصفحة 03.

خامسا- المواقع الالكترونية:

- www.islam web.net/ver2/Fatwa
- http :www.uqu.edu.sa/majalat/sharia ramag/mag23/f09.htm

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الـــــــبسملة

شكر وتقديـــر

إهـــــــــداء

المقدمة العامة **1**

الفصل الأول: الغائب والمفقود بوجه عام

المبحث الأول: ماهية الغائب والمفقود **6**

المطلب الأول: مفهوم الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي 6

الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي 6

الفرع الثاني: أقسام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي 9

الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقود في الشريعة الإسلامية 12

المطلب الثاني: مفهوم الغائب والمفقود في القانون الجزائري 13

الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود في القانون الجزائري 13

الفرع الثاني: أقسام الغائب والمفقود في القانون الجزائري 17

الفرع الثالث: التمييز بين الغائب والمفقود في القانون الجزائري 18

المبحث الثاني: أحكام الغائب والمفقود في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية **21**

المطلب الأول: أحكام الغائب في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية 21

الفرع الأول: أحكام الغائب في القانون الجزائري من قانون الأسرة الجزائري 21

الفرع الثاني: أحكام الغائب في الشريعة الإسلامية 24

المطلب الثاني: أحكام المفقود في القانون الجزائري، والشريعة الإسلامية 35

الفرع الأول: أحكام المفقود في القانون الجزائري 35

الفرع الثاني: أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية 39

الفصل الثاني: صور وإجراءات حماية الأملاك الخاصة بالغائبين والمفقودين

المبحث الأول: الحماية القانونية لحقوق المفقود **46**

المطلب الأول: حماية الحقوق المالية والشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان 46

الفرع الأول: حماية الحقوق المالية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان 46

الفرع الثاني: حماية المسائل الشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان 59

المطلب الثاني: حماية الحقوق المالية والشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بموته 64

الفرع الأول: حماية الحقوق المالية بعد صدور الحكم بموت المفقود 64

الفرع الثاني: حماية المسائل الشخصية للمفقود بعد صدور الحكم بالموت 71

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية للغائب والمفقود **73**

المطلب الأول: رفع دعوى موت المفقود وفق إجراءات خاصة 73

الفرع الأول: طلب الحكم بالفقدان 73

الفرع الثالث: المدة اللازمة للحكم بالموت المفقود 78

المطلب الثاني: إجراءات صدور الحكم بموت المفقود في القانون العادي والاستثنائي 80

الفرع الأول: إجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القانون العادي 80

الفرع الثاني: إجراءات الحكم بوفاة المفقود في القوانين الخاصة 82

الفرع الثاني: دعوى الفقدان في القوانين الاستثنائية 84

الخاتمة العامة **90**

قائمة المراجع **94**