



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



أحكام المفقود في قانون الأسرة دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم تخصص قانون خاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

بودفع علي

إعداد الطالب:

علال ياسين

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	أستاذ	أ.د روان محمد الصالح
مشرفا ومقررا	جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	أستاذ	أ.د بودفع علي
عضوا مناقشا	جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل	أستاذ	أ.د كاملي مراد
عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر باتنة	أستاذ	أ.د هوام علاوة
عضوا مناقشا	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	أستاذ محاضر أ	د زغدود جغول
عضوا مناقشا	جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي	أستاذ محاضر أ	د اليازيد علي

السنة الجامعية 2017-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدُودَ أَمْ كَانَ مِنْ

الْغَائِبِينَ ﴾

(النمل 20)

كلمة شكر وتقدير

أحمدُ الله تعالى حمدا طيبا مباركا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأصلي وأسلم على النبي سيد المرسلين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين.

أتقدم بشكري الجزيل لأستاذي الفاضل الدكتور بودفع علي، الذي تكرم بالإشراف على هذه الأطروحة، فكان ذلك فرصة للنهل مما حباه الله به من علم، وهو الذي لم ييخل علي بوقت أو جهد أو إرشاد، وبكل ما رآه مفيدا من معلومات وتصويبات.

كما أتقدم بخالص شكري لأعضاء لجنة المناقشة على تعبهم وسهرهم في سبيل دراسة هذه الأطروحة، وإبداء كل الملاحظات الضرورية.

سائلا المولى عز وجل أن يميزهم عني خير الجزاء ويجعل علمهم وعملهم خالصا لوجهه الكريم.

الباحث

إهداء

جميل أن يسعى المرء إلى نجاح عمله، وجميل أيضا أن يتذكر من كان سببا في نجاحه

إلى الذين قرن الله شكره بشكرهما، وأوصى بصحبتهما، إلى أمي وأبي الكريمين أطال الله عمرهما ...

إلى من أوصى الله بحسن عشرتها، ومودتها، إلى الزوجة الغالية حفظها الله ...

إلى ابنتي الغالية نور الإيمان حفظها الله ...

إلى إخوتي أفراد أسرتي الصغيرة ...

إلى كل من قدم لي يد العون في إتمام هذا العمل ...

إلى كل من اطلع على هذه الأطروحة ...

أهدي ثمرة هذا الجهد

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وأما بعد:

فلقد حددت المادة 25 من القانون المدني الجزائري، بداية الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، ونهايتها بالوفاة، والتي قد تكون وفاة طبيعية، أو قد تكون وفاة حكمية.

وإذا كانت الوفاة الطبيعية للإنسان لا تطرح أي إشكال عملي، حيث تثبت عادة بشهادة يحررها موظف عمومي مختص، ويترتب على ذلك نهاية الشخصية القانونية للإنسان، بما يستتبعه ذلك من آثار قانونية، كقسمة أموال المتوفى بين ورثته، وإمكانية اقتران زوجته بأخر بعد انقضاء عدتها، وغيرها من آثار.

غير أن الإشكال يثور بصدد الموت الحكمي، ذلك أنه موت يتقرر بموجب حكم قضائي اعتمادا على قرائن، أو بعد تحريات وأبحاث ينتج عنها ترجيح احتمال حدوث الوفاة، دون إثبات ذلك بدليل قطعي، فهو موت غير ثابت على وجه اليقين، بل تقرر قضاءً بناء على الظن الراجح والغالب الذي يحدث في معظم الأحيان، وبسبب ذلك، فقد يتبين بعد مدة من الحكم القضائي، أن الشخص الذي حكم بموته، لا يزال حيا يرزق، وإن هذه المسألة التي يثيرها الموت الحكمي يصطلح عليها فقها وقانونا بمسألة المفقود.

حيث أن ظاهرة الفقد، ظاهرة نشأت منذ وقت ليس بقريب، وقد ساهم في نمائها عدة أسباب اختلفت باختلاف الأماكن والأزمنة، فهي ظاهرة تمس شريحة كبيرة من الناس، ممن يغادرون أوطانهم إما طوعاً بقصد السياحة أو طلب العلم أو العمل، فيحدث فقدان الشخص بسببها رغم كونها ظروفًا عادية تغلب فيها السلامة، أو بسبب ترحيل

الشخص قسراً تحت وطأة الإبعاد أو التهجير أو الأسر من طرف محتل أو نظام مستبد، إلى جانب ما يحدث في مختلف الأقطار من انتشار للحروب والفتن الداخلية، إضافة إلى ما ينجم عن الكوارث الطبيعية كالفيضانات والزلازل، وهي ظروف غير عادية، كثيراً ما تتسبب في فقدان عدد معتبر من الأشخاص.

وقد استجبت العديد من العوامل التي أبقت على إمكانية قيام هذه المشكلة، فتطور وسائل النقل الحديثة أدى إلى قيام أسباب جديدة لظاهرة الفقد، فكثيراً ما نسمع عن سفينة غرقت أو طائرة تحطمت، دون العثور على جميع جثث من كانوا على متنها، إضافة إلى ما يشهده وقتنا الحالي من تنامٍ كبيرٍ لظاهرة الهجرة غير الشرعية.

وغيرها من الأسباب التي قد تؤدي إلى طول غيبة الشخص وانقطاع أخباره والجهل بحياته أو موته، وقد ينتج عن ذلك ضرر للغير، أو ضرر بمال المفقود ذاته أو وبزوجه.

وقد كان من الطبيعي أن يؤدي اختلاف الأسباب التي ساهمت في انتشار ظاهرة الفقد إلى تطوير الأحكام القانونية الخاصة بالمفقود، فقلة وسائل النقل والمواصلات وكذا وسائل الاتصال في الماضي، أدت بكثير من الأنظمة القانونية إلى التسوية بين جميع طوائف الغائبين في الحكم، خاصة ما تعلق منه بالمدة التي يحكم بعدها بوفاة الشخص المفقود، لكن مع التطور الحاصل وتقدم وسائل المواصلات، كان لا بد من التمييز بين حالات الغيبة، فظهرت التفرقة بين من يفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ومن يفقد في ظروف يغلب فيها السلامة.

ومهما كان سبب الفقد، فإن استمرار غياب الشخص وعدم ظهوره، سيؤدي إلى اهتزاز مركزه القانوني، بسبب أنه لا يعرف على وجه اليقين إن كان حياً فتستمر شخصيته القانونية، أم أنه ميت فيتم إنهاؤها، مع التيقن من تضرر أمواله وزوجته، وكذا الغير الذي تعامل معه المفقود قبل انقطاع أخباره.

لذلك، كان من غير المنطقي أن تستمر شخصيته القانونية قائمة إلى وقت غير معلوم، خاصة إذا طال غيابه وازدادت الشكوك حول وفاته دون أن يعثر عليه، كما أنه ليس من المصلحة أن يترك أمره معلقا دون بيان مصير أمواله أو المركز القانوني لزوجته، وعليه كان من الضروري إنهاء الشخصية القانونية للمفقود بحكم قضائي يقرر ذلك ، رغم عدم التيقن من موته، وخلافا للأصل في انتهاء الشخصية القانونية.

من هنا يتحدد موضوع هذا العمل، والذي نحاول من خلاله بيان أحكام المفقود، وما وضعه المشرع من حلول للتوفيق بين مصلحة المفقود ومصلحة ذويه، وأثر الفقد على حقوق المفقود وأمواله وزوجه، وعلى علاقاته القانونية المختلفة، معتمدين في ذلك على الأحكام التي وضعها الفقه الإسلامي وما استمدده المشرع الجزائري من هذا الفقه، فضلا عن الإشارة إلى بعض قواعد التشريع المقارن.

حيث يستمد هذا البحث أهميته، من أهمية موضوعه، ومجاله، والإطار الذي يعرض فيه:

فأما أهمية موضوع الفقد، فيتجلى في تعلقه بشريحة كبيرة من الناس في هذا العصر، الذي انتشرت فيه العديد من الأسباب التي تؤدي بالشخص إلى الغياب عن موطنه، كظاهرة الهجرة غير الشرعية والسفر للعمل والدراسة، وكثير فيه نشوب الحروب والفتن الداخلية، مما يقتضي بيان الأحكام التي تحمي المفقود وتحفظ عليه حقوقه وأمواله من الاعتداء عليها.

وأما أهمية مجال البحث، فتظهر من خلال الحاجة إلى جمع أحكام المفقود المتناثرة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، إضافة إلى العديد من النصوص القانونية الخاصة ببعض الأزمات والكوارث الطبيعية التي عرفت الجزائر، والتي أفردها المشرع بنصوص قانونية خاصة، تطبق على تلك الحالات بغض النظر عن الأحكام

الواردة في قانون الأسرة، إضافة إلى بعض الأحكام التي لم تتناولها نصوص التشريع فيُرجع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل نزاع يعرض أمام القضاء.

وأما إطاره، فإن بحث الموضوع في قانون الأسرة الجزائري مع المقارنة بالشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية، يكسبه مكانة خاصة، على اعتبار أنه يحاول استيعاب أحكام الموضوع في ظل الاجتهادات الفقهية الإسلامية واختيارات المشرع الجزائري وغيره من التشريعات محل المقارنة، مما يفيدنا في حصر هذه الاجتهادات ومقارنتها فيما بينها وتوضيح موقف التشريع المقارن منها والحلول التي أخذ بها، ثم بيان مسلك المشرع الجزائري وتقدير مدى توفيقه في اختياراته في الموضوع محل الدراسة.

ويمكن اختصار الأسباب التي دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع، في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

فأما الأسباب الذاتية، فتتمثل في الرغبة الشخصية في الولوج إلى أحد موضوعات النيابة الشرعية، وهو موضوع الفقد، ودراسته دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري وفي الفقه الإسلامي؛ باعتباره مصدرا ماديا له، والتعرض إلى التطبيقات القضائية وكيفية إعمالها للنصوص القانونية، والإشكالات التي تصادفها في هذا الموضوع، وأهم الحلول التشريعية التي أخذ بها التشريع المقارن في هذا الصدد.

وأما الأسباب الموضوعية لاختيار هذا الموضوع، فتتلخص فيما يثار بشأن تطبيق الأحكام القانونية المنظمة لموضوع الفقد في الواقع العملي من إشكالات، والتي كان أحد أسبابها التنظيم المقتضب لهذا الموضوع في قانون الأسرة (المواد من 109 إلى 115 من قانون الأسرة)، والتي لم تتناول كل جزئيات الموضوع، إضافة إلى ما تثيره هذه النصوص من غموض أحيانا، وقصور في تنظيم بعض جوانب الفقد أحيانا أخرى، كما أن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 لم يلتفت إلى موضوع الفقد وما يثيره من إشكالات.

كما تتأكد ضرورة البحث في هذا الموضوع، بالنظر إلى ما تشهده مختلف المجتمعات من انتشار لظاهرة فقدان، وإذا ما وضعنا الجزائر موضع ملاحظة، نجد أن هذه الظاهرة قد تفتت بكثرة واحتلت مساح القضاء بشكل ملحوظ، نتيجة لظروف استثنائية مرّت بها الجزائر كالعشرية السوداء، إضافة إلى الكوارث الطبيعية من زلازل وفيضانات وما تخلفه من موتى ومفقودين، وما تثيره كذلك ظاهرة الهجرة غير الشرعية في وسط الشباب الجزائري من قلق، ومن احتمال كبير لفقد المهاجر، إضافة إلى ما تخلفه الفتن والحروب السائدة في وقتنا الحالي من مفقودين.

وهو ما يدعو إلى البحث في هذا الموضوع للإحاطة بمختلف جزئياته.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذا البحث، هي قلة الدراسات القانونية المتخصصة في الموضوع محل الدراسة، مما جعل سير بحثي صعبا، وكذلك قلة الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا المتعلقة بالفقد، حيث أن موضوع الفقد في القانون الجزائري، موضوع يحتاج في عديد من مسائله إلى اجتهاد من المحكمة العليا لإزالة الغموض عنه، كمسألة مصير النصيب الذي يوقف للمفقود إذا حكم بموته، وإشكالية ابتداء عدة زوجة المفقود، وابتداء المدة التي يحكم بعدها بالموت، وغيرها مما لم نجد فيه -حسب اطلاعنا- قرارا من المحكمة العليا، مما جعل الآراء تختلف، وهو ما جعلنا نجتهد للخروج بنتيجة وحل لتلك المسائل، حسب ما وجدناه من أدلة وحجج كافية، سواء في الفقه الإسلامي، أو في التشريع المقارن.

وأما عن الدراسات السابقة للموضوع، فإن معظم الدراسات في الأحوال الشخصية، لا تتناول هذا الموضوع بشكل مفصل، وأغلبها تتناوله في بعض الصفحات المتفرقة، في أحكام الزواج والطلاق، وفي أحكام الميراث، دون أفراد أحكام المفقود بدراسة منفصلة عن بقية مواضيع الأحوال الشخصية، ورغم ذلك، فقد عثرت على مجموعة من المؤلفات والمذكرات التي تناولت الموضوع في بعض أجزائها، منها:

- مذكرة ماجستير عن كلية الحقوق جامعة بومرداس، لسنة 2010، من إعداد الطالبة شرابن ابتسام، بعنوان: المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، حيث تناولت أهم أحكام المفقود، غير أن هذه الدراسة تميزت بالاختصار وعدم التفصيل، كما أنها لم تتناول كل الأحكام المتعلقة بالفقد، كأثر عودة المفقود بعد الحكم بموته، وإشكالية اعتبار الشخص مفقوداً من تاريخ الفقد المثبت بحكم أم من تاريخ الحكم بالفقد، وغيرها.
- مذكرة ماجستير عن جامعة النجاح بغزة، لسنة 2003، من إعداد الطالب يوسف عطا محمد حلو، بعنوان: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، وهي دراسة حاولت الإلمام بأحكام الموضوع في ظل الفقه الإسلامي فقط.
- كتاب بعنوان: الأحكام الخاصة بالمفقود، للدكتور علي سيد حسن، وهي دراسة في ظل أحكام القانون المصري.
- إضافة إلى العديد من المؤلفات العامة في الطلاق وأحكام الميراث. وعليه، فإن تلك الدراسات لا تغني عن البحث في الموضوع محل الدراسة. وتهدف هذه الدراسة إلى جملة من الأهداف، يمكن تلخيصها فيما يأتي:
- الإحاطة بموضوع المفقود في قانون الأسرة الجزائري وفي الفقه الإسلامي، وغيره من التشريعات المقارنة.
- تحديد المفهوم الدقيق للمفقود، وبيان الجوامع المشتركة بينه وبين الغائب وتحديد الفوارق.
- محاولة دراسة الإشكالات التي يثيرها الموضوع من خلال التطبيقات القضائية.
- الوقوف على نتيجة أعمال الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة الجزائري، حيث أن مسألة الفقد لم تنظم في قانون الأسرة بكل جوانبها.

- اقتراح بعض التعديلات على النصوص المنظمة للفقد في قانون الأسرة الجزائري تلافياً للخلل، وتصويباً للخطأ، وترميماً للنقص الموجود أحياناً.

- دراسة الموضوع مع الأخذ في الاعتبار ما يشهده العالم من تطور في وسائل الاتصال الحديثة، والتي تساعد بشكل أكثر في التعرف على المفقودين، ومدى الحاجة إلى تعديل أحكام قانون الأسرة تبعاً لذلك، خاصة في مسألة المدة اللازم مرورها للحكم بموت المفقود.

وعليه، يطرح هذا الموضوع إشكالية رئيسية مفادها: ما أثر الفقد على الحقوق الشخصية والمالية للمفقود، وما مدى توفيق قانون الأسرة في تنظيم تلك الأحكام وأخذه بأحسن الحلول لمسألة الفقد؟

ويثير هذا التساؤل الرئيسي؛ عدة تساؤلات فرعية تفرض نفسها كعناصر للبحث، أهمها:

- ما هو المفهوم القانوني للمفقود، وما الفرق بينه وبين الغائب؟
- هل يعتبر الشخص مفقوداً من تاريخ الحكم القضائي بالفقد أم من تاريخ واقعة الفقد؟
- ما هي الآثار المترتبة على صدور الحكم بالفقد؟
- متى يحكم بموت المفقود؟ وماذا يترتب على ذلك من آثار؟
- ما أثر وسائل الاتصال الحديثة على الأحكام المتعلقة بالفقد؟
- ما أثر عودة المفقود على أمواله وزوجه بعد الحكم بموته وموقف المشرع من ذلك؟

وإن تصوري للإجابة على إشكالية البحث، يقتضى بداية اعتماد المنهج الاستقرائي، حيث أحاول تتبع النصوص القانونية، وكذا الجزئيات والأحكام الفقهية في مختلف المذاهب والأحكام القضائية، من أجل الوصول إلى تحديد أثر الفقد على الحقوق الأسرية.

كما أستعين بآليات المنهج التحليلي، لتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية وكذا الأحكام والقرارات القضائية التي أعرضها.

أما آليات المنهج المقارن، فسأعتمدها خاصة لبيان ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما أخذ به قانون الأسرة الجزائري والقضاء بمختلف جهاته، كما سأعتمد أحيانا على المقارنة بين التشريع الجزائري وغيره من التشريعات، وكيفية تعاملها مع الموضوع، والأثر القانوني لذلك على أحكام الأسرة.

وإن الإجابة على إشكالية البحث الرئيسية والإشكالات الفرعية التي يثيرها موضوع الدراسة، اقتضت تقسيمه إلى باين اثنين:

حيث خصصت الباب الأول لتناول فكرة: الفقد من حيث المفهوم والآثار، وقد قسمته إلى فصلين، حيث بدأت بفصل أول تحت عنوان: مفهوم المفقود وأقسامه، تناولت فيه تعريف المفقود وتمييزه عن الغائب، وتحديد أقسام المفقود، أما الفصل الثاني فتعرضت فيه إلى: الآثار المترتبة على اعتبار الشخص مفقودا، بدءا بشروط الحكم بالفقد، وصولا إلى أثر الحكم بالفقد على أموال المفقود، وأثر ذلك على زوجته وأسرته.

أما الباب الثاني، فتطرق فيه إلى: الحكم بموت المفقود وآثاره، وقد قسمته إلى فصلين، حيث تناولت في الفصل الأول: الحكم بموت المفقود، من خلال التطرق إلى شروط إصدار الحكم بموت المفقود والمدة اللازمة لذلك في كل من الفقه والقانون الجزائري والمقارن، أما الفصل الثاني فتطرق فيه إلى الآثار المترتبة على صدور الحكم بموت المفقود، حيث أن هناك آثارا تتعلق بأموال المفقود، وأخرى تتعلق بزوجه وذويه، مع التطرق إلى إشكالية عودة المفقود بعد الحكم بموته وأثر ذلك على حقوقه الشخصية والمالية.

وعليه ارتأيت تقسيم البحث وفقا للخطة الآتية، والتي توضح أهم الخطوط الرئيسية له:

الباب الأول: الفقد مفهومه وآثاره:

الفصل الأول: مفهوم المفقود وأقسامه.

المبحث الأول: مفهوم المفقود.

المبحث الثاني: أقسام المفقود.

الفصل الثاني: اعتبار الشخص مفقودا.

المبحث الأول: شروط اعتبار الشخص مفقودا.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على صدور الحكم بالفقد.

الباب الثاني: الحكم بموت المفقود وآثاره:

الفصل الأول: الحكم بموت المفقود

المبحث الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود.

المبحث الثاني: تاريخ الحكم بالموت على المفقود.

الفصل الثاني: آثار الحكم بموت المفقود.

المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجة المفقود وذويه.

المبحث الثاني: آثار الحكم بموت المفقود على أمواله وعقوده.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم بموته.

وبعد هذه الخطوة، خلصت في نهاية هذا العمل إلى جملة من النتائج والتوصيات المهمة، والتي تضمنتها خاتمة البحث.

الباب الأول

الفقه المفهومة وآثاره

الباب الأول: الفقد مفهومه وآثاره

يشير تنظيم المركز القانوني للمفقود صعوبات عدة، ومرّد ذلك راجع إلى عنصر الشك الذي يكتنف حياته، فالمفقود غالبا ما يخلف وراءه زوجته وورثته، إضافة إلى أمواله ودائنيه، وهو ما يستدعي ضبط مسؤولياته العائلية وعلاقاته المالية على نحو يوفق بين مصالحه ومصالح ذويه ودائنيه، ولما كان التعارض بين تلك المصالح يزداد حدة بمرور الأيام، كان من اللازم أن تختلف الأحكام التي تطبق على كل مرحلة من مراحل غياب المفقود.

فبالنسبة للفترة التي تعقب انقطاع أخباره، قد يكون احتمال حياته أقوى من احتمال وفاته، وبالتالي فالقواعد المنظمة لهذه المرحلة تتقرر على ضوء هذا الاحتمال، لكن وبمرور الزمن يغلب على الظن احتمال الوفاة، لذلك فإن المشرع يأخذ في اعتباره هذا الاحتمال عند تسوية مركز المفقود في تلك المرحلة.

وعليه ومما سبق، يتبين ضرورة البحث من خلال هذا الباب الأول، في مفهوم الفقد وآثاره، وذلك بتقسيمه إلى فصلين، لنتناول في الفصل الأول: مفهوم المفقود وأقسامه، حيث يتطلب منا الأمر ضرورة ضبط مفهوم الفقد لتمييزه وإخراجه عما يشابهه من مفاهيم، وأيضا توضيح أقسام الفقد وأنواعه، أما الفصل الثاني فنتطرق فيه إلى: الآثار التي تترتب على الحكم بالفقد، حيث أن صدور حكم قضائي بفقدان الشخص يترتب العديد من الآثار، سواء بالنسبة للمفقود أو لغيره، مما يستدعي ضبط تلك الآثار.

الفصل الأول

مفهوم المفتوح وأقسامه

الفصل الأول: مفهوم المفقود وأقسامه

نتناول في هذا الفصل تحديد مفهوم المفقود وأقسامه، وذلك بتحديد مفهومه في مبحث أول، ثم التطرق إلى أقسامه من خلال مبحث ثان.

المبحث الأول: مفهوم المفقود:

اختلف الرأي في الفقه الإسلامي حول تحديد مفهوم المفقود، بل أن بعض الفقه قد غفل عن التفرقة بين الفقد والغياب والتسوية بينهما في الحكم، وقد نظم المشرع الجزائري موضوعي الغائب والمفقود تحت نفس الفصل¹، وإن تحديد مفهوم المفقود يتطلب تناول تعريفه في مطلب أول، ثم التفرقة بينه وبين الغائب في مطلب ثان، نظرا للتقارب الموجود بين فكرتي الفقد والغياب.

المطلب الأول: تعريف المفقود:

إن تعريف الفقد يقتضي تحديد معناه اللغوي، ثم الاصطلاحي حسب ما جاء في الفقه الإسلامي، وصولا إلى التعريف القانوني، نظرا لكون الفقه الإسلامي قد اجتهد في تحديد مفهوم المفقود وأن المشرع قد حاول الأخذ بأحسن أقواله، وذلك من خلال ما يأتي من فروع.

الفرع الأول: تعريف المفقود لغة:

المفقود اسم مفعول مشتق من الفقد، والفقد هو العدم والضياع والغياب، وهو من قولك (فَقَدَ الشيءَ، يَفْقُدُهُ فِقْدًا، وَفِقْدَانًا وَفُقُودًا، فهو مفقود وفقيدٌ، أي عَدِمَهُ، وأفقده الله إياه)².

1 - أنظر الفصل السادس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري، والذي جاء تحت عنوان: المفقود والغائب.
2- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج 4، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة النشر، ص 334؛ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005، ص 307؛ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير، دار المعارف، مصر، د.س، الطبعة الثانية، ص 478.

والفقدان ضد الوجدان¹، أي الضياع إذا غاب عنه ولم يجده، وفقد ماله أضاعه، وفي هذا المعنى قال تعالى: (وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ قَالُوا نَفَقَدِ صُوعًا الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) -سورة الكهف، الآية 72-.

(والفاقد من النساء التي مات زوجها، أو ولدها، أو حميمها، وقال اللحياني: هي التي تتزوج بعدما كان لها زوج فمات، قال والعرب تقول: لا تتزوجن فاقد، وتزوج مطلقة)².

ويقال: طيبة فاقد، أو بقرة فاقد: أكل السبع ولدها³، وكذلك حمامة فاقد⁴.

والنَقْدُ: يعني (تَطَلُّبُ ما غاب من الشيء)⁵، (وروي عن أبي الدرداء أنه قال من يتقَد يفقد ومن لا يعدَّ الصبر لنواجح الأمور يعجز، فالتقَد تطلب ما فقدته ومعنى قول أبي الدرداء أن من تقَد الخير وطلبه في الناس فقدَه ولم يجده وذلك أنه رأى الخير في النادر من الناس ولم يجده فاشيا موجودا في غيره أي من يتقَد أحوال الناس ويتعرفها فإنه لا يجد ما يرضيه، وافتقد الشيء طلبه)⁶، قال تعالى على لسان سيدنا سليمان عليه السلام: (وَتَقَدَّ الطَّيْرُ فَقَالَ مَالِي لَا أَرَى الْهُدُودَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ) -سورة النمل، الآية 20-.

1 - أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي، تفسير البغوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ص 369؛ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، راجعه وخرجه أحاديثه: أنس محمد الشامي ومحمد سعيد محمود، دار البيان العربي، القاهرة، مصر، 2006، ص 616.

2 - ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 334

3 - الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 307؛ وأنظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 697.

4 - ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 334.

5 - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة، ص 34.

6 - ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 334.

(وفي حديث عائشة رضي الله عنها افتقدت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة أي لم تجده، ويقال افقده الله كل حميم، ويقال مات فلان غير فقيد ولا حميد أي غير مكترث لفقدانه)¹.

(وافتقدت الشيء: من افتعلت مأخوذ من فقدت الشيء أفقده إذا غاب عنك أو ظلته)²، (والفقد شراب يتخذ من الزبيب والعسل ويقال أن العسل ينبذ ثم يلقي فيه الفقد فيشده)³.

وبهذا يتبين أن الفقد في اللغة من الأضداد، تقول: فقدت الشيء إذا ظلته، أو ضاع منك، وفقدته أي طلبته، وكلاهما متحقق في المفقود، ففصل عن أهله، وهم في طلبه⁴.

من خلال ما سبق، نخلص إلى أن لفظ المفقود لغة يعني المعدوم والضائع، أي من غاب عن أهله وظل عنهم وأهله في طلبه يبعثون ويسعون إلى معرفة مكانه وحالته إن كان حيا هو أم ميت.

الفرع الثاني: تعريف المفقود في الاصطلاح الشرعي:

جاء في معجم التعريفات للجرجاني أن المفقود هو: (الغائب الذي لم يُدر موضعه، ولم يدر أَحْيٍ هو أم مَيِّتٌ)⁵.

وعند بحثنا في التعاريف التي قدمها الفقهاء للمفقود، نجدهم قد اختلفوا في مفهومه، ولم يخرجوا في ذلك عن الاعتبارات اللغوية للفقد، فهو الضائع والمعدوم وهو الذي يطلب عند غيبته، ونجد أن تعريفات الفقهاء متعددة في ذلك، وهو ما نوضحه فيما يلي:

1 - المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 697.

2 - ابن منظور الإفرقي، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 335.

3 - نفس المرجع والموضع السابق، ص 335.

4 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مصر، 1989، ص 477.

5 - علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاري، دار الفضيلة، مصر، 2004، ص 189.

أولاً- تعريف فقهاء الحنفية للمفقود:

عزّفه الإمام السرخسي بقوله: (المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التتاد)¹.

ويظهر أن المقصود الذي أراده السرخسي من هذا التعريف، أن المفقود هو من لا تعرف حياته ولا موته بشكل يقيني، فيتم البحث عنه وقد يتم الوصول إلى معرفة خبره وقد يتعذر ذلك، ولم يقيد هذا التعريف المفقود بكونه مجهول المكان والموضع، إنما جعل جهل الحياة أو الموت هي أساس اعتبار الشخص مفقوداً.

ونجد أن صاحب فتح القدير قد ذهب إلى تعريف المفقود بأنه: (هو الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته)².

كما جاء في حاشية ابن عابدين: أنه غائب لا يُدرى مكانه ولا حياته ولا موته، أو أنه (غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه، أم ميت أودع اللحد البلقع أي القفر)³. وجاء في تحفة الفقهاء: أن المفقود (هو الذي غاب عن بلده، بحيث لا يعرف أثره، ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره)⁴.

1 - محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 34.

2 - كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج 6، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2003، ص 133.

3 - محمد أمين ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 6، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 456.

4 - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1984، ص 349.

وقد حاول صاحب كتاب الإختيار تقديم تعريف جامع للمفقود حيث قال: المفقود: هو (الذي غاب عن أهله وبلده، أو أسره العدو ولا يدرى أحي هو أم ميت، ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان، فهو معدوم بهذا الاعتبار)¹.

من خلال تعاريف فقهاء الحنفية السابقة، نلاحظ أن منهم من اشترط عدم معرفة مكانه، ومنهم من لم يضع هذا الشرط في اعتبار الشخص مفقوداً.

فيكون المدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا الجهل بمكانه، فإنهم جعلوا الشخص الذي أسره العدو، ولا يدرى أحي هو أم ميت، مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب، فقد جعلوه مفقوداً².

والظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالباً وعدمه العدم، ولو علم مكانه في دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لا شك في أنه مفقود³.

ثانياً - تعريف المالكية للمفقود:

عرّف المالكية المفقود بأنه : الذي غاب وانقطع خبره ولم يعلم له موضع ولا حياة⁴، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه⁵.

1 - عبد الله بن محمود الموصللي، الإختيار لتعليل المختار، ج 2، دار الرسالة العالمية، سوريا، ط 1، 2009، ص 503.

2 - أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972، ص 581.

3 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 6، ص 456.

4 - أنظر: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دون سنة، ص 486؛ أبي عبد الله محمد الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج 4، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الرابعة، 1317 هـ، ص 149.

5 - محمد عليش، شرح منح الجليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984، ص 317.

وجاء في المدونة تعريف المفقود: بأنه (الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه، قد أظلم أهله وإمامه في الأرض لا يدري أين هو، وقد تلوموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام (أي يضرب له مدة) فيما بلغنا لامرأته ثم تعتد بعدها عدة المتوفى عنها)¹.

والتلوم: التأمل والتوقف والانتظار لحاله بإرسال الرسل والرسائل وضرب المواعيد في طلبه.

وما نلاحظه، أن الفقه المالكي قد جعل العبرة في انقطاع خبر المفقود مع إمكان الكشف عنه، فأخرج بذلك من نطاقه الأسير الذي جهل موضعه، والأسير هو الذي أسره المحاربون وذهبوا به إلى بلادهم.

فقد جاء في (باب الأسير يفقد) في المدونة الكبرى ما يأتي: (قلت: رأيت الأسير في أرض العدو أهو بمنزلة المفقود في قول مالك، قال: لا، والأسير لا تتزوج امرأته إلا أن يتنصر أو يموت، قال فقيل لمالك فإن لم يعرفوا موضعه ولا موقعه بعد ما أسر (قال): ليس هو بمنزلة المفقود ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو يتنصر (قلت): ولم قال مالك في الأسير إذا لم يعرفوا أين هو أنه ليس بمنزلة المفقود، قال لأنه في أرض العدو وقد عرف أنه قد أسر ولا يستطيع الوالي أن يستخبر عنه في أرض العدو فليس هو بمنزلة من فقد في أرض الإسلام)².

فمما سبق، يتضح لنا أن المفقود في الفقه المالكي هو الشخص الذي تجهل حياته وموته ومكانه، فالعبرة بعدم معرفة المكان الذي يوجد فيه من جهة، وعدم معرفة ما إذا كان على قيد الحياة من جهة أخرى.

¹ - أبي عبد الله مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج 5، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.س، ص 133.

² - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 138.

ثالثاً- تعريف المفقود عند الشافعية والحنابلة:

اعتمد الشافعية والحنابلة التعريف اللغوي للمفقود، فقد قال الإمام الشافعي في كتابه الأم: أن المفقود هو: من لا يسمع له بذكر¹.

وقال فقهاء الشافعية: هو من انقطع خبره وجهل حياته في سفر، أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره².

ونجد أن فقهاء الحنابلة قد ذهبوا إلى نفس المعنى السابق، حينما اعتبروا أن فقدان أن تطلب الشيء فلا تجده، وقصدوا بذلك من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، وذهبوا أيضا إلى أنه من خفي خبره بأسر أو سفر، ويدخل في ضمن تعريفهم الأسير.

حيث جاء في كشف القناع أن المفقود: (الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد بين أهله ليلا أو نهارا أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد في مفازة أو يفقد بين الصفيين إذا قتل قوم أو من غرق مركبه ونحو ذلك)³.

ولم يبتعد الكتاب والفقهاء المحدثون كثيرا عن تعريفات القدامى، فمجمّل تعريفاتهم تذهب إلى أن المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره فلا تعلم حياته ولا وفاته⁴.

1 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 5، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط 1، 1961، ص 240.

2 - يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2003، ص 1519.

3 - منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 5، دار عالم الكتب، لبنان، 1983، ص 421.

4 - حيث عرف بأنه: (متى خفي خبره فلم يعلم موته من حياته)، أنظر: الكلذاني أبو الخطاب، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1998، ص 244؛ محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مؤسسة علوم القرآن، دمشق-بيروت، د.س، ط 4، ص 91؛ عبد العزيز بن عبد الرحمان بن باز، متن الرحبية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية، السعودية، 1989، ص 104.

والملاحظ أن تعريفات الفقهاء تدور حول فكرة أن المفقود هو من غاب وانقطعت أخباره وهذا لا يختلف عن المعنى اللغوي، إلا أن الفقهاء قد أضافوا لتعريفات بعض المعايير التي لا تدخل في الحقيقة الاصطلاحية، بل هي أسباب الفقد أو حالة الفقد، وهذه الإضافات تعد ملاحظات على التعريف الاصطلاحي، لأنها ليست من الماهية¹.

فتقييد بعض التعريفات للمفقود بجهالة موضعه أو مكانه لا يعتبر صحيحاً، إذ العلم بالمكان ولو بَعْدَ يستلزم العلم بالموت والحياة غالباً وعدمه عدمه، فالصواب أنه (لا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات فلو كان معلوم المكان ولكن لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود)².

ونجد أن معظم فقهاء الحنفية قد فسّروا الموضع في تعريفاتهم للمفقود، بالذي لم تدر حياته ولا موته وقالوا: بأن المدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه³.

والتعريف الذي يمكننا اعتماداه والذي يستخلص من جملة ما سبق، أن المفقود: هو الغائب الذي اختفى أثره وانقطع خبره وجهل مكانه، ولم تعلم حياته من موته، مع إمكان الكشف عنه⁴.

1 - مؤمن أحمد ذياب شويح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، 2006، ص 29.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ط 3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص 419.

3 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 6، مرجع سابق، ص 456؛ مصطفى خفاجي، أحكام الموارِيث في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية مصر، ط 2، 1948، ص 93.

4 - أنظر في تعريف للمفقود قريب من هذا التعريف: محمد طه أبو العلا خليفة، أحكام الموارِيث دراسة تطبيقية، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، ط 2، 2005، ص 542.

وأيضاً: العربي بلحاج، أحكام التركات والموارِيث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 345.

وانظر: محمد الزحيلي، الفرائض والموارِيث والوصايا، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، ط 1، 2001، ص 299.

فهو الشخص المجهول الحال جهلا أدى إلى تزعزع مركزه الشرعي، بحيث يعتبر حيا في حق نفسه ميتا في حق غيره، ويستمر على هذا الحال حتى يتأكد أمره بحكم قضائي، ذلك لأن الحكم هو الذي يضمن طابع الشرعية على أي تصرف بعد ذلك، وحيث أنه لا يمكن اعتبار المفقود حيا طول الأبد بل لا بد من مجيء وقت وتكون غلبة الظن بالوفاة أرجح، ومنه فاستصدار حكم بذلك شيء منطقي وعادي، وعلى هذا سميت وفاته بالوفاة الحكمية¹.

وعليه، لا يعد الشخص مفقودا إلا إذا توافرت ثلاثة عناصر وهي:

- أن يجهل مكانه، فإذا كان معروفا أنه في مكان محدد فهو ليس مفقودا، وبذلك فلا يعد الأسير والمحبوس² مفقودا إذا كان معلوم المكان.
 - أن تجهل حياته من موته.
 - أن تنقطع أخباره ويمضي على ذلك الحال زمان.
- ويكون الأسير الذي يفقد في أرض العدو مفقودا إذا انقطعت أخباره وجعلت حياته من موته.

الفرع الثالث: التعريف القانوني للمفقود:

تطرقت أغلب القوانين العربية إلى الأحكام العامة للمفقود في قانونها المدني، وتركت تفصيل أحكامه في قوانين الأحوال الشخصية، غير أنها اختلفت في تعريفه، حسب تأثرها بالمذهب الفقهي المعتمد لديها.

1 - محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر، الجزائر، 2004، ص 227.

2 - نظم قانون الأسرة الجزائري المركز القانوني للمحبوس ومدى أحقية زوجته في المطالبة بالتطبيق وشروط ذلك، من خلال نص المادة 53 فقرة 4 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية:...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية" أما بالنسبة لأموال المحبوس فقد نصت المادة 9 مكرر من قانون العقوبات على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"

وعليه نتطرق إلى تعريف المفقود في القانون الجزائري، ثم في بعض القوانين المقارنة.

أولاً: تعريف المفقود في القانون الجزائري:

نظم القانون الجزائري أحكام المفقود بقواعد عامة وردت في قانون الأسرة، إضافة إلى عدة نصوص خاصة ببعض الحوادث الاستثنائية والكوارث الطبيعية، وعليه نتطرق إلى تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري، ثم إلى التعريف الذي قدمته النصوص الخاصة ببعض الكوارث والأزمات التي حدثت في الجزائر.

1- تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصوصاً تنظم حالة الموت الحكمي، لكنه نص في المادة 31 منه على أن: (تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي)¹.

وقد عرّفت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري² المفقود بأنه: (الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم).
فمن خلال هذا النص القانوني، يتضح أنه لا اعتبار للشخص مفقوداً لا بد من توافر الشروط الآتية وهي:

1 - وقبل صدور القانون المدني الجزائري في 26 سبتمبر 1975، كانت الأحكام المطبقة في هذا المجال هي أحكام القانون رقم 57-778 المؤرخ في 11/07/1957 المتعلق بالغياب والأهلية والولاية، ومدد العمل بهذا القانون في الجزائر بعد الاستقلال بموجب قانون 31 ديسمبر 1962 وانتهى العمل به كغيره من التشريعات الفرنسية التي استمر العمل بها في الجزائر بمقتضى أمر 5 جويلية 1973 الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 5 جويلية 1975، وخلال المدة الفاصلة بين هذا التاريخ الأخير وتاريخ صدور قانون الأسرة بمقتضى القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، طبقت في هذا المجال أساساً مبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقاً للمادة الأولى من القانون المدني.

2 - عرّف مشروع قانون الأسرة لسنة 1984 المفقود بأنه: (يعتبر مفقوداً كل إنسان لم يظهر في إقامته منذ أكثر من سنة والذي يكون وجوده غير محقق). أنظر:

Hanifi Louisa, L'absence et la disparition en droit privé Algérien, Mémoire de magister, Université d'Alger, institut de droit et des sciences administrative, Alger, 1981, p 11.

غياب الشخص، والجهل بمكان تواجده، والجهل بحال حياته أو موته، وصدور حكم قضائي بالفقد.

وعليه فالمشرع الجزائري قد أخذ بمفهوم الفقد الذي قال به المالكية (السابق بيانه)، فالمفقود في قانون الأسرة الجزائري هو الذي تجهل حياته وموته ومكانه، فالعبرة بعدم معرفة المكان الذي يوجد فيه الشخص من جهة، وعدم معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا من جهة أخرى، وبالتالي يتضح أن قانون الأسرة قد أخرج الأسير¹ الذي يعلم مكان أسرته ولا تعلم حياته من موته من نطاق الفقد، حيث لا يمكن لامرأته الزواج بغيره ولا قسمة أمواله بين ورثته²، ويبقى سبيل الزوجة لفك الرابطة الزوجية هو اللجوء إلى طلب التطلق استنادا إلى الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة.

2- تعريف المفقود في القوانين الجزائرية الخاصة:

عرفت الجزائر العديد من الكوارث الطبيعية، من بينها فيضانات 10 نوفمبر 2001 والتي خلفت العديد من المفقودين، مما دفع إلى ضرورة إصدار الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، حيث قدّم هذا الأخير تعريفا خاصا للمفقود، كما وقع بعد ذلك كارثة طبيعية أخرى متمثلة في زلزال مدينة بومرداس والذي خلف أيضا عددا معتبرا من المفقودين، مما دعى إلى إصدار القانون رقم 03-06 لتنظيم أحكامهم والذي قدّم بدوره تعريفا للمفقود، وهو ما نهج عليه الأمر رقم 06-01 المتعلق بمفقودي المأساة الوطنية حيث عرّف المفقود تعريفا خاصا.

1 - حيث عُرّف الأسرى بعدة تعريفات منها: (أنهم أفراد القوات المسلحة الذين يقعون في قبضة العدو فيجري احتجازهم لمنعهم من العودة للاشتراك في أعمال القتال). أنظر: ورنيقي شريف، أسرى الحرب في معتقل غوانتانامو، مقال منشور بمجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، العدد 19، 2013، ص 117.

2 - حيث أن هناك العديد من حالات الأسر والسجن التي تثير قلقا شديدا حول المركز القانوني للشخص بحيث لا تعلم فيها حياة الشخص من موته، منها حالات المعتقلين الجزائريين (وغيرهم من الجنسيات) في سجون العراق، وفي سجون غوانتانامو. أنظر: التقارير المختلفة لمنظمة العفو الدولية في هذا الشأن www.amnesty.org

أ- تعريف المفقود وفقا للأمر رقم 02-03 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001¹:

جاءت المادة الثانية من الأمر رقم 02-03 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 بتعريف خاص بمفقودي هذه الكارثة الطبيعية، حيث نصت: (يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية).

إن هذا النص قدم تعريفا استثنائيا بالمقارنة مع التعريف الذي جاءت به المادة 109 من قانون الأسرة، وأضاف على الشروط الواردة في تعريف المفقود في قانون الأسرة، شروطا أخرى تمثلت في:

- ثبوت وجود الشخص في مكان وقوع الفيضانات.
- أن لا يظهر له أثر وأن لا يعثر على جثته بعد الفيضان وبعد التحري عنه بجميع الطرق القانونية.

وقد جاء هذا التعريف لاستيعاب الحالة المستعجلة لمفقودي هذا الفيضان، حيث تطبق أحكام الأمر رقم 02-03 بغض النظر عن الأحكام الواردة في قانون الأسرة، ذلك أن حالات الفقد التي تسببت فيها فيضانات 10 نوفمبر 2001 تشكل مثالا نموذجيا للحالات الإستعجالية، حيث أن هذه الفيضانات تميزت بطابعها الكارثي نظرا لحجم الخسائر في الأرواح التي نجمت عنها، وعدم العثور على مئات الجثث، الأمر الذي نتج عنه وضع معقد أصبحت معه القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الأسرة عاجزة عن

¹ - أمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية، عدد 15، 2002، ص 26.

الاستجابة لما تتطلبه معالجة ملائمة لهذا الوضع، ونظرا لهذا الاستعجال فقد اقترح حل تضمنه الأمر رقم 02-03 المشار إليه¹.

ب- تعريف المفقود وفقا للقانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال ماي 2003² :

خلف الزلزال الذي ضرب منطقة بومرداس يوم 21 ماي 2003 خسائر مهمة في الأرواح والممتلكات، وعددا كبيرا من المفقودين، فكان أن صدر القانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المتعلقة بمفقودي زلزال 21 ماي 2003 لمعالجة الحالة المستعجلة التي فرضتها تلك الكارثة، وقد ورد مفهوم خاص واستثنائي للمفقود عن ذلك التعريف العام الوارد في المادة 109 من قانون الأسرة.

حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من القانون 03-06 على: (يصح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ...)³، وهي مادة مشابهة لنص المادة الثانية من الأمر رقم 02-03 السابق الإشارة إليه، ويلاحظ على المادة الثانية من القانون 03-06 أنها أضافت للشروط السابق الإشارة إليها في تعريف المفقود الوارد في قانون الأسرة، شروطا أخرى تتمثل في:

- ثبوت وجود الشخص بمكان وقوع الزلزال.
- أن لا يظهر عليه أثر وأن لا يعثر على جثته بعد التحري بكل الطرق القانونية.

¹ - عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 201.

² - قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2003، ص 9.

3 - أنظر المادة الثانية من القانون رقم 03-06، المرجع نفسه، ص 9.

ج- تعريف المفقود وفقا للأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية¹:

تضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية أحكاما خاصة واستثنائية للتكفل بملف المفقودين، تميّزت عن أحكام قانون الأسرة بالبساطة والسرعة، حيث نصت المادة 29 من الأمر رقم 06-01: (بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه)، حيث نصت المادة 28 على: (تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي)، وقد عرفت المادة 27 من نفس الأمر ضحية المأساة الوطنية كما يلي: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية ...

تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى).

وقد عرّفت المادة 30 من الأمر 06-01 المفقود حيث نصت على أنه: (يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى).

وإن هذا التعريف الوارد في المادة 30 السابقة، مشابه للتعريف الوارد في كل من الأمر رقم 03-02 والقانون رقم 06-03 السابق الإشارة إليهما، ويتبين أن الأمر 06-01 قد وضع شروطا إضافية إلى تلك الواردة في المادة 109 من قانون الأسرة لتحديد مفهوم المفقود وهي:

¹ - أمر رقم 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006، ص 3.

- كون فقدان في ظروف ناتجة عن المأساة الوطنية، أي حالات الفقدان الناجمة عن الأفعال المنصوص عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات¹، وهي ظروف فقدان تُغلب احتمال الوفاة على الحياة، لذلك تخضع لهذا القانون الاستثنائي، بينما تبقى حالات الفقدان التي تمت في نفس الفترة وليس لها علاقة بالعمليات الإرهابية أو التخريبية، تبقى خاضعة لأحكام قانون الأسرة لعدم وجود مبرر لاستثنائها من القواعد العامة الواردة في قانون الأسرة.
- أن فقدان لا يثبت إلا بعد البحث والتحري الذي تقوم به الضبطية القضائية وبعد مراجعة قوائم المفقودين إثر عمليات إرهابية أو تخريبية على مستواها، وإعدادها محضر معاينة يسلم لذوي حقوق المفقود².
- من خلال تحديد مفهوم المفقود في كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 والأمر رقم 06-01، يلاحظ أن العناصر التي جاء بها تعريف المفقود في قانون الأسرة والتعاريف الفقهية متوفرة في هذه القوانين الخاصة، وهي:
 - الغياب من جهة والجهل بالحياة أو الموت من جهة أخرى.
 - عدم التمكن من معرفة مكان المفقود.
- ويلاحظ أن هذه القوانين تشترط وجود الشخص في مكان وقوع الكوارث وزمانها، وذلك لتحديد سبب الفقدان لمنح صفة ضحية الفيضانات أو الزلزال أو المأساة الوطنية.
- ويلاحظ أيضا عدم اشتراط صدور حكم بالفقدان في هذه الحالات الخاصة لتفادي ضياع الوقت في الإجراءات تماشيا مع ما تهدف إليه هذه الأحكام الخاصة من سرعة.

¹ - الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية، العدد 84، 2006.

² - أنظر المادة 30 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مرجع سابق، ص 6.

ثانياً: مفهوم المفقود في التشريعات المقارنة:

إن ظاهرة الفقد والغياب ليست قاصرة على مجتمع دون آخر، وإنما هي ظاهرة ممتدة تشمل كل المجتمعات، لذا نجد التشريعات المختلفة؛ عربية كانت أم غربية، قد نظّمت أحكام المفقود وحاولت أن تضبط مفهومه، وهو ما نوضحه من خلال ما يأتي.

1- **في القانون التونسي:** تطرق الكتاب الثامن من مجلة الأحوال الشخصية التونسية إلى أحكام المفقود في الفصول من 81 إلى 84، حيث يعرف الفصل 81 المفقود بقوله: (يعتبر مفقوداً كل من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه حياً)¹.

ومن خلال هذا الفصل، يتضح أن القانون التونسي جعل العبرة في تعريف المفقود هو جهل حياته أو موته وعدم القدرة على الكشف عنه، ولم يشترط جهل المكان وصدور حكم يثبت الفقدان، مثلما هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري.

2- **القانون المغربي:** لم تتضمن مدونة الأسرة المغربية تعريفاً للمفقود، إنما تطرقت إلى بعض أحكام المفقود وإجراءات الحكم بالفقدان في الأسباب الخاصة بالميراث، حيث نصت المادة 327 منه على: (يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته).

أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين)².

فيتضح أن القانون المغربي قد ربط تعريف المفقود بالجهل بحياته أو موته.

¹ - أنظر: المادة 81 من أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

² - أنظر: المادة 327 من القانون رقم 03. 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418.

3- في القانون المصري: تطرق القانون المصري لأحكام المفقود في المادة 21 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 33 لسنة 1992¹ والقانون رقم 140 لسنة 2017²، والتي تنص على: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية، بحسب الأحوال بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود³.

وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا⁴).

1 - أنظر: قانون رقم 33 لسنة 1992، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 مكرر ب، في 01/06/1992، مع ملاحظة أن المادة الثانية من القانون المذكور قد نصت على: "تسري أحكام هذا القانون على من سبق فقده في أي من الحالات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 21 ومضى على فقده سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون".

2 - أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 22/07/2017، ص 10.

3 - كانت الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 21 في ظل القانون رقم 33 لسنة 1992 تنصان على: (ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود).

4 - أنظر: عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، ط 2، دون بيان دار النشر، مصر، د.س، ص 95-96.

كما عرّفته المادة 74 من قانون الولاية على المال المصري بأنه من: (لا تعرف حياته أو مماته)¹.

وقبل تعديل المادة 21 السابقة بالقانون رقم 140 لسنة 2017، كان هناك أيضا تعديل بالقانون رقم 2 لسنة 2006² للمرسوم بقانون رقم 29 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، حيث نص على : مادة 21 فقرة ثانية: ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، وبعد مضي سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

فالمفقود حسب القانون المصري، هو كل من لم تعرف حياته ولا موته، حيث انقطعت أخباره فلم يعرف أحي هو أم ميت، وهو مفهوم مقارب لما أخذ به كل من القانونين التونسي والمغربي.

4- في القانون السوري: عرف قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 159 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1957 المفقود في المادة 201 منه، حيث جاء فيها: (المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان)³.

¹ - أنظر القانون رقم 119- 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري، عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 129.

² - الجريدة الرسمية المصرية، العدد رقم 6 مكرر بتاريخ 2006/02/15.

³ - محمد خيرى المفتي، علم الفرائض والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري، محكمة النقض، سوريا، د.س، ص 286.

والغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره، هذا الشخص يعتبر كالمفقود¹.

ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد عرّف المفقود على النحو الذي أشار إليه نظيره الجزائري، باعتباره عدم العلم بمكان المفقود مناطا للفقد وعنصرًا من العناصر المكونة لهذا المركز القانوني.

5- تعريف المفقود في القانون الأردني: كانت المادة 571 من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 تعرف المفقود بأنه: (الغائب الذي لا يدري مكانه ولا يعلم حياته ولا موته)²، وبعد إلغاء هذا القانون نجد أن المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 عرفت المفقود بأنه (هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو موته)³.

6- تعريف القانون اللبناني للمفقود: ليس هناك أحكام موحدة بخصوص المفقود في القانون اللبناني، حيث تتعدد هذه الأحكام حسب تعدد القوانين المطبقة بشأن كل طائفة لتعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية في لبنان، فمثلاً؛ تعرف المادة 33 من قانون الإرث لغير المحمدين في لبنان المفقود بأنه: (الغائب الذي لا يعرف مكان وجوده ولا يعلم أحي هو أم ميت)⁴.

1 - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2009، ص173.

2 - أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2006، ص 557.

3 - أنظر: قانون رقم 36 لسنة 2010 متضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية، ص 36.

4 - صبجي محمصاني، المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 2، 1997، ص 376.

7- تعريف القانون الإماراتي للمفقود: عرف قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية المتحدة رقم 28 لسنة 2005 المفقود بموجب المادة 233 بأنه: (غائب لا تعرف حياته ولا وفاته)¹، فالعبرة في القانون الإماراتي، هي عدم العلم بالحياة أو الممات لا على عدم العلم بالمكان فهو إذن يتفق مع تعريف القانون المصري السابق.

8- تعريف المفقود في القانونين القطري واليميني: مثل التعريف السابق تقريبا نلاحظه في قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006، حيث نصت المادة 291 ما يلي: (المفقود هو الغائب الذي لا يعرف إن كان حيا أو ميتا).

ولا يخرج عن هذا الإطار قانون الأحوال الشخصية اليميني رقم 20 لسنة 1992 وتعديلاته فقد عرف المفقود في المادة 113 على أنه: (الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته)².

9- المفقود في القانون الفرنسي:

شهدت المرحلة التي سبقت وضع القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعروف بقانون نابليون الكثير من الثورات والحروب، وقد تميزت بارتفاع في عدد الغائبين في تلك الظروف مما ألزم تنظيم وضعهم القانوني، حيث تم تنظيم أحكام الغائبين في القانون المدني الفرنسي في المواد من 112 إلى 143، وقد كان القانون المدني الفرنسي السابق لوضع أحكام تنظم المفقودين، لذلك واجهته صعوبات عدة، حيث أن القانون الروماني تناول موقف الغائبين absents، أي كانت صورة هذا الغياب.³

¹ - أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2007، ص 575.

² - أنظر قرار جمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية اليمنية، العدد 3/6، لسنة 1992.

³ - Hernán Corral Talciani et María Sara Rodríguez Pinto, Disparition de personnes et présomption de décès : Observation de droit compare, Revue Internationale de Droit Comparé, 2000, N° 3, pp. 553-580.

ولم يتطرق التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 في البداية إلا للتنظيم القانوني للغائبين، ولكن بسبب كثرة ظاهرة الفقد والهجرة تم إصدار عدة تشريعات هدفها التيسير في إمكانية إعلان وفاة الشخص الذي يغيب في ظروف من شأنها أن تعرض حياته للخطر¹.

وقد تتالت المراسيم المعدلة لتلك الأحكام، كان أولها المرسوم المؤرخ في 13 جانفي لسنة 1813 الذي صدر إثر الحوادث الناتجة عن الألغام²، وتلاه القانون المؤرخ في 8 جوان 1893 حول فقدان في البحر الذي سمح باستنتاج قانونيا وفاة البحارة³، وفصلت هذه الأحكام بالأمر المؤرخ في 30 نوفمبر لسنة 1945 وأدمجت في القانون المدني الفرنسي وتمثلت في المواد 87 إلى 492⁴، إلا أن هذه المواد ما فتئت أن عدلت بموجب الأمر المؤرخ في 23 أوت سنة 1958.

وكان الغائب بموجب هذا القانون هو: (الشخص الذي لا تعلم إذا كان على قيد الحياة أو مات) أما المفقود فهو: (الشخص الذي تعتبر وفاته مؤكدة أو شبه مؤكدة في حين لا يمكن إيجاد جثته)⁵، وبالتالي يتبين أن القانون الفرنسي يفرق بين الغائب والمفقود وفي نفس الوقت يلاحظ أن تعريف القانون الفرنسي للغائب يقترب إلى حد كبير للتعريف الذي أورده الفقه الإسلامي والقانون الجزائري للمفقود.

حيث أن هذا القانون كرس ثلاث مراحل ودرجات للغيب وهي: مرحلة فرضية الغياب ومرحلة إعلان الغياب ومرحلة التصريح بتسلم مال الغائب، فتختلف كل مرحلة عن الأخرى من حيث الإجراءات والأحكام، إلا أن الانتقادات الموجهة لهذه الأحكام

¹ - René Savatier : Traité pratique de droit civil français, tome 1, les personnes, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1952, p 51.

² - Décret Imperial du 3 janvier 1813, concernant les dispositions de police relatives à l'exposition des mines, Bull. des lois 1813, N 467, p. 38.

³ - René Savatier , ibid, p 54.

4- René Savatier : op,cit, p 54

⁵ - Mazeaud Henri : Leçons de droit civil, Tome premier, Deuxième volume : Les personnes – la personnalité, édition Montchrestien, Paris, 1972, p 475.

بالمقارنة مع قوانين الدول المجاورة لفرنسا¹ تسببت في وضع قانون 77-1447 المؤرخ في 28 ديسمبر 1977¹ الذي عدل القانون المدني الفرنسي بحيث أصبح متضمنا أحكام الغائبين تحت رقم 4 من الكتاب الأول تحت عنوان الغائبين، الذي يعالج الغياب في 21 مادة بدلا من 32 مادة أي من المادة 112 إلى 132 ومن المادة 133 إلى 143، وإن يدل هذا على شيء فيدل أنه تم تبسيط الأحكام وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر 77-1447².

وعليه فالغائب في مفهوم اللغة الفرنسية يعني غير الحاضر (Le non-présent) في المكان الذي يجب أن يكون فيه في وقت معين، وبعبارة أخرى يقال أن الغائب هو الذي خرج من منزله أو محل إقامته والذي سافر، أما في الاصطلاح القانوني فهو ليس فقط الشخص غير الحاضر في محل إقامته وإنما هو المفقود الذي لم يترك عنه أي خبر بحيث لا نعرف إن كان حيا أو ميتا³.

في حين أن هناك من عرف الغياب بأنه حالة الشخص الذي لا نعلم إن كان حيا أو ميتا، في حين يعتبر فقدان هي حالة الشخص الذي فقد في ظروف طبيعية جعلت حياته في خطر، وجثته غير ممكن إيجادها⁴.

فالقانون الفرنسي ميّز بين ثلاث فئات وهي:

- الغائب وهو الشخص الذي لا يعود إلى موطنه أو إلى محل إقامته منذ وقت ولا يعرف مكانه فلا تعرف أخباره، ووجوده فيه شك أي لا تعلم حياته أو موته بحيث

¹ - Larribau-Terneyre Virginie et Buffelan-Lanore Yvaine, Droit civil : Introduction Biens Personnes Famille, Ed.n°18., Dalloz, Paris, 2013, p 306.

² - Aubert Jean-Luc : Dalloz encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, Publie sous la direction de Pierre Raynaud, Tomme 1, 2eme édition, Paris, 2000, p 4.

³ - Weil Alex : Droit civil, Les personne, La famille, Les incapacités, Dalloz, Troisième édition, Paris, 1972, p 15.

⁴ - Hess-Fallon (Brigitte) – Simon (Anne-Marie) : Droit civil, CAMPUS, dalloz, 5eme édition, Paris, 1999, p73 ; Aubert (Jean-Luc) : Dalloz encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, op cit, p3.

اعتبر الباحث الذي يسافر للبحث، والجندي المحبوس أو أسير الحرب الذي لم يرجع غائباً.

- المفقود وهو شخص فقد في ظروف طبيعية جعلت حياته في خطر، ولم يعثر على جثته.

(La disparition est l'état de l'individu qui a disparu dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger (C. civ., art. 88, al. 1^{er}, 3^s.) et dont on a la certitude qu'il est mort, mais sans que son cadavre ait pu être retrouvé¹).

- غير الحاضر وهو الشخص الذي لا يوجد لا في موطنه ولا في محل إقامته، لكن وجوده محتمل، فوجوده ليس موضع شك وبالتالي يمكنه تولي تسيير أموره².

المطلب الثاني: الفرق بين الغائب والمفقود:

تقترب حالة الغياب من حالة الفقد، مما يستدعي التفرقة بينهما، وذلك من خلال تحديد مفهوم الغائب في فرع أول، ثم بيان آراء الفقه في الفرق بينهما في فرع ثان، لنصل في فرع ثالث إلى موقف قانون الأسرة الجزائري من الغائب والمفقود.

الفرع الأول: مفهوم الغائب:

أولاً: تعريف الغائب لغة:

الغيبُ: الشك، وجمعه غياب وغيوب.

والغيب: كل ما غاب عنك، وما غاب عن العيون وإن كان محصلاً في القلوب.

نقول: غاب الرجل غيباً ومغيباً وتغيب: سافر، أو بانَ وقومٌ عُيِّبَ: غائبون.

وامرأةٌ مُغيبٌ ومغيبَةٌ، مغيبةٌ: غاب بعلمها أو أحدٌ من أهلها³.

¹ - Larribau-Terneyre Virginie et Buffelan-Lanore Yvaine, Op. cit, p 309.

² - Aubert (Jean-Luc) : Dalloz encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, ibid, p3.

³ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 2، ص 147.

ثانياً: مفهوم الغائب شرعاً:

ذهب الفقهاء إلى أن المعنى اللغوي هو نفسه المعتمد عند حديثهم عن الغياب والغيبة، وهو السفر والبعد.

وقد قسّم الفقهاء الغيبة إلى نوعين: 1. غيبة انقطاع. 2. غيبة ارتجاع.

وقد اختلفت المسميات لهذه الغيبة ولكنها كلها في معنى واحد.

- **وغيبة الارتجاع هي:** الغيبة القريبة، التي لم تنقطع فيها أخبار هذا الغائب، كمن خرج لتجارة أو لحاجة ولم ينو الإقامة والاستيطان في تلك البلاد التي سافر إليها¹.

وهذه الغيبة أيضاً تنقسم إلى قسمين: الغيبة البعيدة، والغيبة القريبة.

وقد ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن مسافة القصر في الصلاة² هي: الحد

الفاصل بين الغيبة البعيدة والغيبة القريبة، وبنوا أحكام الغيبة البعيدة والغيبة القريبة بناءً عليها³.

- **أما غيبة الانقطاع:** فهي الغيبة التي سافر فيها صاحبها مسافة بعيدة مثل الذين يخرجون للمغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها⁴.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الغيبة المنقطعة، فقد ذهب الحنفية إلى ما يلي⁵:

1 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003، ص 20.

2 - مسافة القصر هي: ستة عشر فرسخاً وهي ثلاثة أميال هاشمية، وبأميل بني أمية ميلان ونصف، والميل إثنا عشر ألف قدم، ستة آلاف ذراع والذراع 24 إصبعا معترضة معتدلة كل إصبع 6 حبات شعير بطون بعضها إلى بعض. أنظر كتاب المبدع، ج 107/2، وهي تعادل 81 كم، أنظر أحكام الصلاة، علي راغب، ص 84.

3 - محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج 6، دار السلام، مصر، 1997، ص 148؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 423.

4 - الخطاب محمد بن عبد الله المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، دار عالم الكتب، السعودية، ص 435؛ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 133.

5 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003، ص 205؛ السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 290.

ذهب الإمام أبو يوسف إلى روايتين: الأولى: قال ما بين بغداد والري¹. والثانية: مسيرة شهر فصاعداً.

وعن الإمام محمد روايتان: ما بين الكوفة والري، وما بين الرقة والبصرة، وذكر ابن شجاع² إذا كان غائباً في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة، فهي غيبة منقطعة، وإن كانت القوافل تصل إليه في السنة غير مرة، فليست منقطعة³.

وذهب فقهاء الحنابلة إلى ما يلي: قال الخرقى: (هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة)⁴، كمن هو في أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوهما.

وقال القاضي: (يجب أن يكون حد المسافة أن لا تتردد القوافل فيه في السنة إلا مرة، لأن الكفاء "الخاطب" ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها، فيلحق الضرر بترك تزويجها، وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يقال إن السفر البعيد هو ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام)⁵.

وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقطع إلا بالكلفة والمشقة، وإلى هذا القول ذهب صاحباً الروض المربع وكشاف القناع: فقالوا: إذا غاب غيبة منقطعة لا تقطع إلا بكلفة ومشقة فوق مسافة القصر⁶.

¹ - الري مدينة في بلاد فارس (طهران اليوم) بنيت مدينة طهران مكانها وإلى جانبها من جهة الغرب، أنظر: شهاب الدين الحموري الرومي البغدادي، معجم البلدان، ج 3، دار صادر، بيروت، لبنان، د.س، ص 116.

² - هو محمد بن شجاع أبو عبد الله البغدادي الحنفي؛ انظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 12، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983، ص 379.

³ - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 22.

⁴ - ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 9، دار عالم الكتب، السعودية، ط 3، 1997، ص 385.

⁵ - نفس المرجع السابق، ص 386.

⁶ - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 423؛ البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، د.س، ص 498.

ثم إن هذه الغيبة المنقطعة تقسم إلى قسمين:

من لم تنقطع أخباره وحياته معلومة ومكانه معلوم، ومن جهل مكانه وحياته وموته، فهذا هو المفقود.

فالمفقود هو: نوع من أنواع الغائب، وهو من غاب وانقطعت أخباره حتى لو كان في غيبة قريبة أو في داخل البلاد وانقطعت أخباره فهذا هو المفقود. فالواضح أن الغيبة أعم وأشمل من الفقد.

ثالثاً: تعريف الغائب في قانون الأسرة الجزائري:

عرّفت المادة 110 من تقنين الأسرة الجزائري الغائب بأنه الشخص (الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير...)¹.

الفرع الثاني: الفرق بين الغياب والفقد في الفقه الإسلامي:

للفقهاء عدة أقوال في التفرقة بين الغائب والمفقود.

أولاً: قول الحنفية:

يعبر الحنفية عن المفقود بلفظ الغائب عند كلامهم عن النفقة الواجبة لزوجته وأولاده، فقد جاء في الفتاوى الهندية: (إن من لا يستحق النفقة في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق من ماله في غيبته، لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء، والقضاء على الغائب ممتنع)²، (أن المفقود بمنزلة الغائب في مسألة القضاء بالنفقة)³.

¹ - أنظر المادة 3/74 من المرسوم بقانون (المصري) رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال التي تشير إلى أن الغائب هو من ليس له محل إقامة أو موطن خارج مصر واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها.

² - نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 6، دار الفكر، بيروت، ط 2، ص 1310هـ، ص 456.

³ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د.س، ص 176.

وفي ذلك إشارة إلى أن حكم الغائب يختلف عن حكم المفقود، إلا أنهما بمنزلة واحدة في مسألة القضاء بالنفقة. كما يتجلى تفريق الحنفية بين الغائب والمفقود في حديثهم عن تنصيب الوصي من قبل القاضي، حيث ورد أنه: ينصب -أي القاضي- الوصي على الصغير لإثبات حق له عند غيبة أبيه، إذا كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا، وينصب وصيا عن المفقود لحفظ حقوقه، ولا ينصب عن الغائب¹.

ثانيا: قول المالكية:

فرق المالكية بين الغائب والمفقود، فالمفقود لا يسمى غائبا، حيث جاء في حاشية الدسوقي: المفقود لا يسمى غائبا في اصطلاح الفقهاء، لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه².

وذهب صاحب التاج والإكليل إلى القول: والغائبون عن أزواجهم خمس... الخامس غائب خلف نفقة ولم يشترط لامراته، وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا هو المفقود³. وهذا النص مع إشارته إلى أن المفقود غائب عند المالكية، إلا أنه يتفق مع مبدأ المالكية في أن المفقود من جهل مكانه، فنقطة التمييز لديهم أن الغائب معلوم الموضع والمكان، على حين أن المفقود مجهول المكان.

ثالثا: قول الشافعية:

يتضح أن الغائب أعم من المفقود حيث يقول الإمام الشافعي: ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء، وأولى منه حي غائبا كان أو حاضرا، بعيد الغيبة منقطعا ميؤوسا منه، مفقودا أو غير مفقود، وقريبا مرجو الإياب غائبا⁴.

1 - ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 6، ص 296.

2 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 487.

3 - المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، ص 495.

4 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 240.

ففي قوله بعيد الغيبة منقطعها... مفقود أو غير مفقود، دلالة على أن الغائب أعم من المفقود وبهذا فرق بينه وبين من كانت غيبته قريبة ويتوقع عودته.

ويؤكد أن الغائب أعم من المفقود ما جاء به صاحب إعانة الطالبين: المعتمد أنه متى امتنع من الإنفاق وهو قادر على نفقة المعسرین يمتنع الفسخ مطلقا، حضر أو غاب انقطع خبره أو لا¹.

ويفرق الشافعية بين الغائب الذي انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته وهذا هو المفقود وبين الغائب الذي لم ينقطع خبره.

فالفرق بين الغائب والمفقود يكمن في أن الغائب يشمل من له الحالتين الآتيتين: انقطاع الخبر وجهل المصير، وكذلك من لم ينقطع خبره وأمكن الوقوف على حاله، أما المفقود فيقتصر على من انقطع خبره ولم نتمكن من الوقوف على حاله.

رابعا: قول الحنابلة:

يعتبرون المفقود قسما من أقسام الغائب، فإذا غاب الشخص يكون تحت إحدى الحالتين:

أ- أن تكون غيبته غير منقطعة، ولكن يعرف خبره ويأتي كتابه،

ب- وأن تكون غيبته منقطعة، وتكون بأن يفقد وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع².

فيشترط الحنابلة في المفقود انقطاع الخبر فلا يمكن الوصول إلى معلومة توضح مكانه أو حاله منذ يوم فقدانه رغم الاجتهاد في السؤال عنه، وهذا بصفة من صفات الغائب الذي يضم أيضا من كانت غيبته دائمة وخبره معلوما، وحاله مكشوفًا.

¹ - أبي بكر محمد الدمياني، إعانة الطالبين، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س، ص 90.

² - ابن قدامة، المغني، ج 6، دار الكتاب العربي، مصر، د.س، ص 263.

والراجع في الفرق بين الغائب والمفقود حسب أقوال الفقهاء:

1- أن الغائب أعم وأشمل من المفقود.

2- أن المفقود نوع من أنواع الغائب، لأن الغيبة نوعان:

أ- غيبة طويلة غير دائمة، وهي غيبة الارتجاع، بحيث يعرف خبره، ويعلم موضعه، ويوصل إليه، أو يأتي منه كتاب، مثل من سافر إلى خارج بلده أو موطنه للدراسة أو التجارة.

ب- غيبة طويلة دائمة، وهي التي تكون بانقطاع خبره، ولا يعلم موضعه ولا حياته من مماته.

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من الغائب و المفقود:

من خلال ما سبق، اتضح لنا أن الغائب مفقود من حيث الوجود في الزمان والمكان المطلوب، وهو ليس مفقوداً من حيث الحياة وإمكان العودة والرجوع.

ومن التعريف السابق لكلٍ من الغائب (المادة 110 من قانون الأسرة) والمفقود (المادة 109 من قانون الأسرة)، يتبين الفرق بين الغياب والفقد من ناحيتين:

1- أن فكرة الغياب أوسع من فكرة الفقد، ذلك أن كل مفقود غائب؛ ولكن العكس غير صحيح، فلا يعتبر كل غائب مفقوداً، فالغائب قد يكون مفقوداً وقد لا يكون كذلك¹: فيكون مفقوداً إذا انقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته، ويكون غير مفقود إذا كانت حياته مؤكدة ولكنه مجهول الإقامة والموطن، أو كانت جهة إقامته معلومة ولكنه غائب عن موطنه الأصلي، فتعذر عليه أن يباشر شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوب عنه في إدارتها².

¹ - جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، 1970، ص 290.

² - محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 324.

2- لا أثر للغياب في إنهاء الشخصية القانونية للغائب¹ ما دامت حياته مؤكدة، ومن ثمّ تستمر شخصيته القانونية قائمة، وكل ما في الأمر، أنه قد تنجر عن غيابه عرقلة مصالحه واستحالة مباشرتها، لذا يجوز للمحكمة، بناء على طلب من يهيمه الأمر، أن تعين وكيلا عنه لإدارة شؤونه أثناء غيابه، وإن ترك وكيلاً تثبته المحكمة².

ذلك أن المقصود بالغياب ليس الغياب المادي للشخص فحسب، بل غياب من يقوم مقامه كالوكيل الذي يتولى شؤونه تجاه الغير³.

رغم وضوح الفرق السابق، الذي يستنتج منه أن الغائب لا يزال على قيد الحياة، فقد سوّت المادة 110 من قانون الأسرة في الحكم بين الغائب والمفقود، إذ قضت بأن الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة (وكيل)⁴ مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود).

وإن هذا المسلك من المشرع الجزائري، بخصوص هذه المسألة، ليس سليماً، حيث يثير عدة إشكالات:

- إذ لا يمكن التسوية في الحكم بين المفقود، وهو من لا تُعرف حياته من مماته (حسب المادة 109 من تقنين الأسرة)، والغائب، وهو حيٌّ يرزق لكن ظروفًا معينة منعه من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل (المادة 110 من تقنين الأسرة).

1 - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر 2001، ص 141.

2 - محمد سعيد جعفر، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 324.

3 - علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 197.

4 - يلاحظ سقوط كلمة "وكيل" من الصياغة العربية لنص المادة 110 من تقنين الأسرة؛ وهذا على عكس صياغته الفرنسية التي تجري كما يأتي:

(Est assimilé au disparu, l'absent empêche durant une année par des raisons de force majeure de rentrer à son domicile ou de reprendre la gestion de ses affaires par lui-même ou par l'intermédiaire d'un mandataire et dont l'absence cause des dommages à autrui).

- إن من شأن هذه المساواة في الحكم جواز إصدار حكمٍ باعتبار الغائب مفقوداً على غرار من انقطعت أخباره، وجواز إصدار حكم آخر، بعد ذلك، باعتباره ميتاً فتنتهي شخصيته حكماً، مع ما يستتبعه ذلك من توزيع تركته على ورثته وهو لا يزال على قيد الحياة¹.

- يكفي لرعاية مصالح الغائب، ومنع الإضرار بمصالح الغير، أن يعيّن وكيلٌ للغائب يتولى إدارة شؤونه دون حاجة إلى إلحاقه في الحكم بالمفقود.

فلا يمكن التسوية بينهما إلا فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانوناً مثلاً من أجل المحافظة على مصالحه وإدارة أمواله، كذلك حق الزوجة في طلب التطليق والنفقة، أما باقي المسائل، كالحكم بالفقدان والحكم بالوفاة والميراث بعد الوفاة فلا يمكن تطبيق هذه المسائل على الغائب، بسبب أنه تعلم حياته، فقط أنه لا يستطيع العودة إلى محل إقامته².

ومن أجل استبعاد هذه التساؤلات، التي تثيرها المساواة في الحكم بين الغائب والمفقود، وللإبقاء على الفرق الواضح الموجود بينهما، ذهب بعض الباحثين³ إلى ضرورة تعديل صياغة نص المادة 110 من تقنين الأسرة بشكل يراعي أمرين:

- حذف العبارة الأخيرة من المادة 110 السابقة، والتي تعتبر الغائب كالمفقود، بحيث تقتصر صياغة المادة على تحديد تعريف الغائب فقط دون تسويته بالمفقود.

- إضافة فقرة جديدة إلى النص السابق تخول القاضي إما إمكانية تثبيت وكيل الغائب، إن ترك الغائب وكيلاً، أو سلطة تعيين وكيل عنه يتولى شؤونه، إن لم يكن قد ترك وكيلاً عنه، وذلك تقادياً لما قد يحدث من تعطيل لمصالحه، ومن ضرر للغير بسبب غيابه.

1 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 325.

2 - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2008، ص 175-176.

3 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 325.

وعليه، نرى بضرورة جعل صياغة نص المادة 110، كما يأتي:

(الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير. تعين المحكمة وكيلا عن الغائب متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه، فإذا كان قد ترك وكيلا عاما تحكم بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي).

ذلك أن عدم ظهور الشخص بسبب الغياب أو بسبب فقدان يسبب ضررا للغير كما يسبب ضررا بمصالح الشخص نفسه، مما جعل المشرع يعتبر الغائب كالمفقود من حيث كيفية معالجة هذه الأوضاع، عن طريق تعيين من يتولى إدارة شؤونه¹.

هكذا نخلص أن الشخص الذي يمكن أن يعنيه الموت الحكمي هو المفقود دون الغائب، وما يهمنا في بحثنا هذا، هو المفقود الذي يجوز قانونا الحكم بموته، وبالتالي نهاية شخصيته القانونية حكما، رغم أنه في واقع الأمر مجهول الحياة أو الموت.

¹ - علي فيلاي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 197.

المبحث الثاني: أقسام المفقود:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع، ولم يفرقوا بين أحوال الفقد كما فعل غيرهم من الفقهاء، وقالوا إن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدرَ أحي أم ميت، ولا يعلم مكانه، ومضى على ذلك زمان فهو مفقود بهذا الاعتبار.

سواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام أو في صف القتال في المعركة أو انكسرت سفينته ولم يعلم حاله فالحكم سواء وتنطبق عليهم الأحكام نفسها¹.

وذهب إلى هذا الرأي جماعة من الصحابة والتابعين نذكر منهم: عمر بن الخطاب وعثمان، وعلياً وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر وعطاء² والزهري وعمر بن عبد العزيز، وغيرهم³.

وذهب المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب⁴، وغيرهم إلى التفريق بين حال وأخرى، فليس لكل من غاب عن أهله ووطنه الحكم نفسه، فمن فقد في صف القتال في المعركة أو في حال غرق سفينة ولم ينج منها إلا القليل، يختلف حكمه عن خرج للتجارة أو طلب العلم، وطال مكثه وانقطعت أخباره في تلك البلاد.

ويذهب الحنابلة إلى أن المفقود تختلف أحواله باعتبار الغيبة ذاتها، ويأخذ المالكية في الإعتبار المكان الذي فقد فيه.

1 - أبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد المجيد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت، ج 9، ص 485. الشافعي، الأم، ج 5، مرجع سابق، ص 239.

2 - أنظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 5، ص 78.

3 - ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، ج 1، ص 138.

4 - أنظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 4، ص 217.

المطلب الأول: أقسام المفقود باعتبار الغيبة:

يقسم الحنابلة المفقود باعتبار الغيبة إلى: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك¹.

الفرع الأول: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة:

وهي حالة اختفاء وفقد الشخص في ظروف طبيعية وعادية أي يغلب على الظن فيها حياته، ومن هذه الحالات التي تغلب عليها السلامة المسافر المفقود لطلب العلم أو العمل، أو لتجارة فتشغله تجارته عن العودة إلى أهله، أو من يخرج للسياحة فقد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده²، كما أعتبر الأسير من قبيل الغيبة التي ظاهرها السلامة، إذ أن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجئ إلى أهله³، ونحو ذلك من الحالات.

ونجد أن المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري قد نصت على: (... وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي (...))، حيث يتضح أن المشرع قد ترك أمر تحديدها إلى القاضي.

كما كرست العديد من القوانين العربية حالة المفقود التي يغلب فيها السلامة، فقد نص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على هذه الحالة⁴، كما نصّ

1 - محمد العيد الخطراوي، الرائد في علم الفرائض، مكتبة دار التراث، السعودية، د.س، ص 91.

2 - أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص 399؛ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ص 215؛ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح، الفروع وبذيله تصحيح الفروع، المجلد 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص 25.

3 - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 5، ص 421.

4 - أنظر: مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 16.

القانون المصري على حالة المفقود التي تغلب عليها السلامة بعبارة (وفي الأحوال الأخرى...) حين قارنها بتلك التي يغلب عليها الهلاك¹.

الفرع الثاني: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك:

أي يغلب على الظن موته عن حياته، كمن فقد بين الصفيين في القتال، فإنه يغلب على الظن هلاكه، وكذلك من فقد في الحروب الأهلية، وهي الفتن الجماعية، كمن فقد في الحرب العالمية، وكذلك من فقد في أرض عمّها القتال كمن فقد في حرب الخليج وحرب الشيشان والبوسنة والهرسك وحرب العراق...، سواء كانوا من الجنود أو من المدنيين، أو من فقد في الغارات الحربية، كمن فقد من جراء الغارات على المدن السكنية، كحالة العدوان الصهيوني المتكرر على قطاع غزة، وكذلك من فقد في سفينة غرقت بأهلها فنجا من نجا وغرق من غرق، أو من فقد إثر سقوط عمارة، أو فقد في أثناء زلزال، أو طوفان، أو نحو ذلك.

وقد نص المشرع الجزائري على حالة المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك في نص المادة 113 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات).

وفي هذا السياق نص القانون المصري في المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، وأما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى

¹ - المادة 21 من قانون رقم 33 لسنة 1992 والتي تنص (... وفي جميع الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود...)

القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا).

وقد عدّل هذا النص بالنسبة لحالة المفقود في ظروف يغلب عليها الهلاك بالقانون رقم 33 لسنة 1992¹ والقانون رقم 140 لسنة 2017²، حيث تنص المادة 21 المعدلة على: (يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده. ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية).

من هذه المادة يستخلص أن القانون المصري على غرار نظيره الجزائري قد اعتد بحالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك، إلا أنه قد فصل بعض الحالات وذكرها على سبيل الحصر ونظمها بأحكام خاصة، فيمكننا اعتبار الفقد على ظهر سفينة غرقت، أو الفقد في طائرة سقطت أو الفقد بين القوات المسلحة أثناء عمليات حربية حالات فقد خاصة يغلب عليها الهلاك³.

وعلى خلاف ذلك فإن القانون التونسي كرّس حالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك في الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية كما يلي: (إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الموت فإن الحاكم يضرب

1 - أنظر: قانون رقم 33 لسنة 1992، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 22 مكرر ب، في 01/06/1992. حيث كانت الفقرة الثانية من المادة 21 السابقة في ظل القانون رقم 33 لسنة 1992 تنص على أنه: " ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية ".

2 - أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 22/07/2017، ص 10.

3 - أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 143.

أجلا لا يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بوفاته...¹، فيتضح أنه حذا حذو القانون الجزائري في هذا التقسيم الذي جاء عاما و لم يذكر فيه حالات خاصة مثل التي جاء بها القانون المصري.

وفي هذا السياق، يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري على الرغم من عدم ذكره لبعض الحالات الاستثنائية الخاصة في نص المادة 113 مثلما فعله نظيره المصري في المادة رقم 21 السابق الإشارة إليها، إلا أنه ونظرا لما عرفته الجزائر في السنوات الأخيرة من كوارث طبيعية أودت بحياة الكثيرين وفقد الآلاف على إثرها وتحديدا على إثر الفيضانات التي شهدتها الجزائر العاصمة في 10 نوفمبر 2001، وكذا زلزال بومرداس والمناطق القريبة منها في 21 ماي لسنة 2003، حيث صدر الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 المتعلقين بمفقودي هاتين الكارثتين، إذا يتضح أن المفقودين في هاتين الكارثتين يندرجون ضمن الحالات التي يغلب عليها الهلاك إلا أنها تعد استثناء من الحالات العامة التي تضمنتها المادة 113 من قانون الأسرة، وذلك نظرا للأحكام الخاصة التي تسري على المفقودين في هذه الحالة.

ويعتبر الأشخاص المفقودين بسبب الأوضاع الأمنية منذ بداية التسعينات كالمختطفين من الجماعات الإرهابية الذين انقطع خبرهم، مفقودين في حالة استثنائية ويغلب عليهم الهلاك، وقد صدر الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية وأدرج فيه أحكاما استثنائية عن تلك التي جاء بها قانون الأسرة.

1 - أنظر الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق، ص 16.

المطلب الثاني: أقسام المفقود باعتبار مكان غيبته:

إضافة إلى المعيار السابق، نجد أن حال المفقود يختلف باختلاف المكان الذي فقد فيه، وقد أورد المالكية هذا النوع من التقسيم، ورغم أن المشرع الجزائري قد أخذ في تقسيمه لأحوال المفقود في قانون الأسرة بالتقسيم الذي قدمه الفقه الحنبلي حيث اعتبر أن حالة المفقود تختلف ما إذا كان يغلب عليه فيها السلامة أو الهلاك، إلا الملاحظ على المشرع الجزائري أنه أخذ في النصوص الخاصة بالتقسيم حسب المكان الذي فقد فيه الشخص.

الفرع الأول: حال المفقود باعتبار مكان الغيبة في الفقه الإسلامي:

وهو تقسيم اعتمده الفقه المالكي، حيث قسّم هذا الأخير المفقود بحسب المكان الذي فقد فيه، والأحوال والظروف التي أحاطت بفقده، إلى¹:

- مفقود في بلاد المسلمين،
- مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض،
- مفقود في بلاد الحرب،
- مفقود في حروب المسلمين مع الكفار²،
- مفقود في زمن الوباء³.

1- المفقود في أرض الإسلام:

¹ - لم يتفق فقهاء المالكية على عدد أنواع المفقود فمنهم من قال: ثلاثة وجمع حالة الحرب في حالة واحدة سواء كانت حروبا بين المسلمين مع بعضهم أو مع الكفار - ومنهم من قال أربعة، ومنهم من قال خمسة وأضاف إلى هذه الأربعة السابقة المفقود في زمن الوباء أو المرتحل لبلاد الوباء أو الطاعون، ومنهم من قال إنها ستة وأضاف للخمسة السابقة من فقد في شدة ريح والمراكب في المرسى ولم يتبين له خبر.

أنظر: محمد التهامي كنون، أقرب المسالك إلى موطأ الإمام مالك، مطبعة فضالة، المغرب، 1988، ص 304.

² - ابن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص 373.

³ - أحمد فاضل سعدون الجادري، أحكام المرأة المفقود عنها زوجها في المذاهب الخمسة، دون ذكر دار النشر وبلد النشر، ص 27.

حيث يمكن أن يفقد الشخص في أرض الإسلام في حالة الرخاء أي السلام، سواء كان مسافرا للتجارة أو العمل أو لطلب العلم أو للسياحة...، ثم انقطعت أخباره وآثاره، كمن فقد في زلزال أو سيل أو نحو ذلك، وقد أورد الفقه الإسلامي لهذه الحالة أحكاما خاصة به وبزوجته وأمواله تختلف عن غيرها من الحالات، وهو ما سنفصل فيه فيما سيأتي.

ويمكن أن يفقد الشخص في أرض الإسلام لكن ليس في زمن الرخاء بل في زمن الفتنة ومحاربة المسلمين بعضهم بعضا، كالحروب الأهلية أو التوترات الداخلية التي مرت أو تمر بها الكثير من الدول خاصة العربية منها، ومنها الفتنة التي مرت بها الجزائر في العشرية السوداء حيث تدخل في هذه الحالة، إلا أن المشرع الجزائري عالج أحكامه بطريقة تختلف عما جاء به الفقه المالكي¹.

2- المفقود في أرض الشرك:

أي في بلاد غير المسلمين، سواء كان ذهابه لتلك البلاد للتجارة أو طلب العلم أو للسياحة أو العمل أو غيرها من الأسباب الكثيرة لتوجه المسلمين إلى بلاد الشرك، وذلك قد يكون في زمن السلم أي أن يذهب الشخص إلى بلاد ليس بينها وبين المسلمين حرب، وقد يتوجه إلى بلاد الشرك للقتال أو ما يسميه الفقهاء المعترك بين الصنفين.

وقد اختلف في أمر الأسير، فمنهم من اعتبره في حكم مفقود أرض الشرك، ومنهم من يخرج الأسير من ذلك الحكم².

3- المفقود في أرض الوباء:

من بين التقسيمات التي ذكرها الفقه المالكي للمفقود بحسب مكان غيبته، حالة المفقود في أرض الوباء، والمقصود بذلك الأرض التي ينتشر فيها وباء معين كالطاعون

¹ - شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2009-2010، ص 33.

² - الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 149.

أو الكوليرا أو ارض أصاب أهلها موت جماعي نتيجة زلزال أو فيضان أو غير ذلك من الكوارث.

حيث قال اللخمي: (من فقد ببلد توجه إليه زمن الطاعون حكم بموته لقول مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال)¹، يموت الرجل في سفره ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة، تتزوج نساءهم ويقسم مالهم.

فالمفقود في بلاد الوباء (أمره بيّن، إما أن ينجو ويكون مع الأحياء عندما ينجلي الأمر، أو يكون قد مات، فتعتد زوجته عدة وفاة ويقسم ماله)².

الفرع الثاني: حال المفقود باعتبار مكان الغيبة في القانون الجزائري:

سبقت الإشارة إلى أن المادة 113 من قانون الأسرة، كرّست تقسيم أحوال المفقود باعتبار الغيبة ذاتها إلى غيبة يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك، حيث أخذ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة بالتقسيم الذي أخذ به المذهب الحنبلي، غير أنه ومن خلال النصوص الخاصة التي وضعت في ظروف استثنائية كرّس التقسيم الذي جاء به المذهب المالكي، وذلك كما يأتي:

1- المفقود في مكان وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001:

حيث وضع الأمر 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 في منطقة باب الوادي بالجزائر العاصمة، شروطا عديدة لاعتبار الشخص مفقودا، من بينها أن يثبت وجوده في أماكن وقوع الفيضانات، وهو ما أكدت عليه المادة 2 من الأمر المذكور حيث جاء فيها:

¹ - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، مرجع سابق، ص 503.

² - الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان، لبنان، د.س، ص 106.

(يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية...)¹.

2- المفقود في مكان وقوع زلزال 21 ماي 2003:

نجد كذلك أن أحكام القانون 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003 الذي مسّ مدينة بومرداس والمناطق المجاورة لها، كرسّ التقسيم على أساس مكان الفقد حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الثانية من هذا القانون على: (يصرّح متوفى، بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية...)².

وعليه، فكل من لم يعثر عليه وثبت وجوده في المنطقة التي مسّها الزلزال وأحدث فيها أضرارا مادية وبشرية، مع توفر باقي الشروط التي نص عليها القانون المنظم لهذه الحالة، فإنه يعتبر مفقودا بحكم القانون.

3- المفقود في المأساة الوطنية:

مرت الجزائر بحالة استثنائية حيث كانت بنص القانون في حالة طوارئ، وبالتالي فالمفقودين بسبب الأوضاع الأمنية التي عاشتها البلاد منذ مطلع التسعينيات وخاصة المختطفين من طرف الجماعات الإرهابية، هم مفقودون في ظروف يغلب عليها الهلاك بالإضافة إلى كونهم مفقودين في بلاد الإسلام في حالة فتنة بين أبنائها المسلمين، وقد وضحت ذلك المادة 27 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، حيث جاء فيها: (يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، التي فصل الشعب فيها بكل سيادة

¹ - أنظر النص الكامل المادة 2 من الأمر رقم 03-02 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001.

² - أنظر المادة 2/2 من القانون رقم 06-03 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003.

من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية. تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى).

كما نصت المادة 28 من نفس الأمر على: (تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي).

حيث يوحي مصطلح المأساة الوطنية الذي تضمنته النصوص القانونية، على الفتنة التي مر بها أبناء الشعب الواحد، حيث تعتبر مأساة الأشخاص المفقودين إحدى عواقب آفة الإرهاب.

حيث أكد الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية أن الفقد كان في العديد من الحالات بفعل النشاط الإجرامي للإرهابيين الذين ادعوا لأنفسهم حق الحكم بالحياة أو الموت على كل إنسان جزائرياً كان أم أجنبياً¹.

والنتيجة، أن الأمر 03-06 قد كرّس تقسيم المفقود حسب مكان الغيبة وهو في الجزائر أثناء المأساة الوطنية رغم عدم التصريح بذلك.

ومن خلال ما سبق، يتضح أن القانون الجزائري أخذ بتقسيم أحوال المفقود باعتبار الغيبة ذاتها إلى غيبة يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك، حيث أخذ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة بالتقسيم الذي أخذ به المذهب الحنبلي، غير أنه ومن خلال النصوص الخاصة التي وضعت في ظروف استثنائية كرّس التقسيم الذي جاء به المذهب المالكي والذي يقسم أحوال المفقود باعتبار مكان الغيبة.

¹ - مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية، مجلة النائب، عدد خاص، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، 2005، ص 138.

الفصل الثاني

اعتبار الشخص مفقودا

الفصل الثاني: اعتبار الشخص مفقودا

إن حدوث أي ظرف أو واقعة ترتب عنها انقطاع أخبار الشخص عن أهله وعن كل من تربطهم به علاقات شخصية أو عينية، فإن ذلك يؤدي إلى نشوء وضعية معقدة بالنسبة لما ينتج عن هذه العلاقات من حقوق والتزامات، ولا بد لكل من يدعي حقا اتجاه المفقود أو يدعي وقوعه في ضرر من غيابه وأراد رفع ذلك الضرر عن نفسه، أن يتقدم إلى القضاء لأجل تقرير حالة الغياب والفقد، فإذا ثبتت الصفة للمفقود أمكنه مخاصمته بتلك الصفة بما يترتب عنها من آثار.

ولتوضيح المركز القانوني للمفقود في الفترة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته، يجب أولا توضيح الشروط التي لا بد من تحققها لاعتبار الشخص مفقودا، ثم إبراز الآثار التي تترتب على صدور الحكم بفقده.

وعليه، نتناول في هذا الفصل تحديد شروط اعتبار الشخص مفقودا في مبحث أول، ثم التطرق إلى الآثار المترتبة على الحكم بالفقد من خلال مبحث ثان.

المبحث الأول: شروط اعتبار الشخص مفقودا:

لا يكفي غياب الشخص لاعتباره مفقودا؛ بل يجب فوق ذلك، مراعاة إجراءات خاصة بدعوى الفقد وهي شروط شكلية، وأن تتحقق شروط أخرى موضوعية.

وهو ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث، حيث نتناول في مطلب أول إجراءات دعوى الحكم بالفقد، وفي مطلب ثان شروط إصدار الحكم بالفقد في قانون الأسرة، كما لاحظنا وجود قوانين خاصة نصت على إجراءات أخرى لإثبات الصفة للمفقود، والتي نتناولها في مطلب ثالث.

المطلب الأول : إجراءات دعوى الحكم بالفقد:

من خلال الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي المختلفة، يتضح أن الفقهاء لم يشترطوا أي شرط أو إجراء حتى يكتسب الغائب الذي انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من موته أو مكانه صفة المفقود، واكتفوا عند مخاصمته من قبل أي شخص أمام القاضي أن يثبت واقعة الفقد، فيبعث القاضي أو الحاكم من يسأل ويبحث عنه، وعند التثبت من حاله أو عدم ورود أي خبر عنه يقرر القاضي ما يتخذ في حقه من أحكام بعد تحديد مدة لإنتظاره¹.

(فعند غياب الشخص عن أهله وموطنه ورفع من له الصفة الأمر أمام القضاء، فيجب عليه البحث والتحري عنه بعد معرفة مكان فقده وجهة سفره واسمه ومن معه من أصدقاءه، ويتم البحث عنه بكل الطرق الممكنة)²، وبعد ذلك يتخذ في حقه ما يلزم من إجراءات.

ويتم صدور الحكم بالفقد وفق إجراءات قانونية، منها ما يتعلق بالاختصاص القضائي، وما يتعلق باستعمال دعوى الفقد، إضافة إلى ضرورة رفع الدعوى وفقا للأشكال القانونية، وهو ما سنوضحه من خلال الفروع الآتية.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي في دعوى الفقد:

في ظل عدم ورود نص خاص في قانون الأسرة، يخضع موضوع الاختصاص القضائي في دعاوى الفقد لما هو مقرر في القواعد العامة للاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، سواء في شقه النوعي أو الإقليمي.

¹ - أنظر: الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، مرجع سابق، ج 3، ص 102؛ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 34.

² - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 88.

³ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، 2008.

أولاً: الاختصاص النوعي في دعوى الفقد:

تنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: (المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام. ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة. تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا).

حيث يبين هذا النص الاختصاص العام للمحاكم، أما الاختصاص النوعي للأقسام فقد نصت المادة 423 من نفس القانون في الفقرة الخامسة منها، على أن (ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: ... 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم)¹.

ومن خلال نص هذه المادة فإن دعوى الفقد ينعقد فيها الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة، وعدم الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام حيث تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة تكون عليها الدعوى².

ثانياً: الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد:

يجب أن ترفع دعوى الفقد إلى المحكمة المختصة إقليميا بنظر الدعوى، وهي في الأصل محكمة محل إقامة المدعى عليه³، فجعل ضابط إسناد الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وهو الاختصاص العام في

1- أنظر المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 - حيث تنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ".

3 - تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

تحديد اختصاص محاكم الموضوع التي يرفع إليها النزاع، وإن الاعتماد على فكرة موطن المدعى عليه كأساس لتحديد الاختصاص الإقليمي مبني على عدة اعتبارات خاصة¹.

فحسب المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الاختصاص الإقليمي للمحكمة ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وقد نصت المادة 426 من ق.إ.م.إ على بعض الدعاوى التي تستثنى من المبدأ العام للاختصاص الإقليمي وهي تسع حالات واردة على سبيل الحصر ولم يرد منها ما يتعلق بدعوى الفقد، وبالتالي فإنه يختص بهذه الدعوى المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، وهو موطن الشخص المفقود، فإذا لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها آخر موطن له².

الفرع الثاني: شروط استعمال دعوى الفقد:

إضافة إلى الاختصاص الإقليمي والنوعي، يجب أن تتوفر شروط معينة لكي تكون الدعوى قابلة للفصل فيها.

وقد ذكرت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شروط قبول الدعوى، حيث جاء فيها: (لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصالحة قائمة ومحتملة يقرها القانون).

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون).

وهي الشروط العامة لقبول جميع أنواع الدعاوى بما في ذلك دعوى الفقد، فيجب على من يرفعها أن تتوفر فيه الصفة، وأن تستند دعواه إلى حق أو مصلحة.

أولاً: شرط الصفة في دعوى الفقد:

¹ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر، الأردن، 1989، ص 125.

² - وذلك حسب ما نصت عليه المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حتى تقبل الدعوى القضائية أو الطلب أو الدفع أو الدفاع، يتم رفعها من ذي صفة على ذي صفة، وتقتضي الصفة وجود علاقة بين المدعي وموضوع النزاع¹.

وحسب المادة 114 من قانون الأسرة فإن الصفة في رفع دعوى الفقد تكون لكل من الورثة أو النيابة العامة أو من له مصلحة.

وعليه نوضح فيما يلي صفة المدعي في دعوى الفقد، وكذا صفة المدعى عليه.

1- صفة المدعي في دعوى الفقد:

حسب المادة 114 من قانون الأسرة فإن أصحاب الحق في رفع دعوى الفقد ومن تثبت لهم صفة الادعاء في مواجهة المفقود هم: الورثة، أو النيابة العامة، وكل من له مصلحة.

أ- الورثة: والوارث هو كل من ينتمي إلى الهالك بسبب من أسباب الإرث وهي القرابة والزوجية².

والقرابة هي الصلة النسبية بين المورث والوارث بالولادة وهي أقوى أسباب الميراث لأنها من أصل الوجود ولا تزول وتشمل الفروع والأصول والحواشي وذوي الأرحام³.

أما الزوجية التي تعد سببا من أسباب الميراث فهي ما كانت بعقد زواج صحيح شرعا، والزوجية أقوى صلة حيوية واجتماعية، ولذا ورث الإسلام الزوج من زوجته لأنه القوام عليها والكادح لأجلها حال الحياة يدفع عنها ما يضرها ويعمل لكل ما فيه خيرها فأصبح من العدالة أن يكون له نصيب في ميراثها كما كان عليه أعباء في حياتها طبقا للقاعدة الشرعية المعمول بها: الغنم بالغرم، كما ورث الزوجة من زوجها لأنها شريكة

¹ - سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 351.

² - تنص المادة 126 من قانون الأسرة: (أسباب الإرث القرابة والزوجية).

³ - زكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1984، ص 245.

حياته وصبرت معه على مرارة العيش وحلاوته وربما تكون قد ساهمت معه بطريق مباشر أو غير مباشر في جمع ثروة زوجها وهي غالبا ما تحملت العنت والمشقة بجواره في سبيل كسب الثروة وتحصيلها فكان من الوفاء والعدالة أن يكون لها نصيب يقيها نوائب الزمان والفقر والحاجة لتبقى محافظة على وده والوفاء له بعد مماته¹.

ب- كل من له مصلحة: فبالإضافة إلى الورثة، يمكن لكل من له مصلحة أن يطلب صدور حكم بالفقد، فيمكن أن يكون مدعي في دعوى الفقد، ويشترط فيمن يستعمل دعوى الفقد أن تكون له مصلحة ويشترط في المصلحة²:

- أن تكون قانونية، أي أن تستند على حق مادي أو معنوي.
- أن تكون قائمة أو محتملة، أو أن يكون الحق أو المركز القانوني المراد الدفاع عنه قائما وحالا فعلا، أو محتملا يقره القانون.
- أن تكون المصلحة شخصية مباشرة أي يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته، باستثناء حالات من يقوم مقام غيره كالوكيل والوصي والقيم.

ج- النيابة العامة: تنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي وردت بموجب الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، على أن: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

وقد كان قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله يمنح النيابة العامة صلاحيات التدخل في بعض القضايا، ويعطيها دورا في عدد من القضايا، ويعطيها دورا في إجراءات الدعوى³.

¹ - نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، 1995، ص 29.

² - تنص المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: (لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون).

³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 181.

حيث تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في الرابطة الإجرائية إذ تمثل المجتمع في المطالبة بحق العقاب منذ تحريك الدعوى الجنائية وتمثل الادعاء أمام القضاء حيث تتولى تقديم الطلبات وتبدي الدفع وتطعن في الأحكام وتنفيذها.

حيث أكدت المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية على أن النيابة العامة تباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثله أمام كل جهة قضائية، ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم، ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره كما تتولى العمل على تنفيذ أحكام القضاء. ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية. كما تستعين بضباط وأعوان الشرطة القضائية¹.

فالملاحظ أن القانون لا يخول للنيابة العامة إلا الحق في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجزائي، في حين يخول لها استثناء الحق في ممارسة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني، ولا يجوز لها الادعاء أو أن يدعى عليها إلا حين ينص القانون على ذلك، وإلا يقضى بعدم قبول الدعوى لانتهاء الصفة².

ومن بين الدعاوى التي يمكن للنيابة العامة رفعها أمام القضاء المدني، الدعوى الرامية إلى استصدار حكم يقضي بفقدان الشخص طبقاً لنص المادة 114 من قانون الأسرة، فرغم أن النيابة العامة لا تدعي حقا ذاتيا خاصا بها، إلا أن المادة 114 من قانون الأسرة أقرت لها الصفة في رفع هذه الدعوى لاستصدار حكم بفقدان الشخص³.

2- صفة المدعى عليه في دعوى الفقد:

1 - أنظر المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

2 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 180.

3 - تنص المادة 114 من قانون الأسرة: " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة ".

ترفع الدعوى القضائية من ذي صفة على ذي صفة، وعليه أوردت المادة 114 من قانون الأسرة الأشخاص الذين تثبت لهم الصفة في رفع دعوى الفقد وهم: الورثة، من له مصلحة، والنيابة العامة، غير أنها لم تحدد صفة المدعى عليه الذي ترفع عليه الدعوى القضائية، وبالرجوع إلى القواعد العامة في الإجراءات المدنية والتي تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي¹، أي في هذه الحالة الشخص المراد الحكم بفقده، يتضح أن الشخص المفقود اعتراه مانع وهو الغياب فلا يمكنه مباشرة أعماله القانونية بنفسه، وعليه فلا يمكن رفع الدعوى مباشرة².

وقد اجتهدت الجهات القضائية في إيجاد حل لذلك، بحيث قبلت دعوى الفقدان التي ترفع ضد النيابة العامة³، وذلك رغم عدم ورود نص صريح يسمح للنيابة العامة أن تكون مدعى عليها كطرف أصلي في دعوى مدنية بخلاف المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري التي منحها فقط حق رفع الدعوى، غير أنه بالنظر إلى نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة نجدها تكرر صفة الطرف الأصلي للنيابة العامة في جميع الأحكام الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة، وبالتالي يمكن رفع دعوى الفقد على النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً.

غير أن صفة المدعى عليه في دعوى الفقد لا تثير إشكالا كبيرا، باعتبار أنه يمكن رفع الدعوى وإثبات واقعة الفقد، أي إثبات تعذر وجود الشخص المدعى عليه، فتنولى النيابة العامة بقية الإجراءات القضائية وتطالب بحماية حقوقه، كما يمكن تمثيل

1 - أنظر مثلا: المادة 18 من ق.إ.م.إ (يجب أن يتضمن التكليف بالحضور البيانات الآتية: ... 4- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه)، والمادة 19: (... اسم ولقب الشخص المبلغ له موطنه).

2 - شراين ابتمام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 45.

3 - أنظر: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2002/04/10 رقم 290808، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 2003، ص 372.

المفقود قبل الحكم بفقدانه خاصة وأن المادة 38 من القانون المدني¹ أشارت إلى النيابة عن المفقود والغائب أي إمكانية تمثيله قبل الحكم بفقدانه.

ثانيا: شرط المصلحة في دعوى الفقد:

تعتبر المصلحة مناط أي دعوى قضائية، فلا دعوى بغير مصلحة²، ويجب أن تكون المصلحة قانونية، وشرعية، وقائمة وحالة، وإيجابية ملموسة³.

فالمدعي في دعوى الفقد لا بد أن يبرر مصلحته في رفع هذه الدعوى، بأن يدعي حقا يعترف به القانون، فمصلحة الوارث قد تتمثل في مال مورثه، ومصلحة الغير قد تكون في المعاملات المالية أو الديون الجارية بينه وبين المفقود وغيرها من المصالح التي تحتاج إلى حماية، ومصلحة الزوجة تتمثل في إزالة الضرر عنها بسبب بقاءها معلقة على انتظار المفقود مدة طويلة من الزمن.

الفرع الثالث: رفع دعوى الفقد وفقا للأشكال القانونية:

يمكن رفع دعوى الفقد أمام القضاء وذلك باستيفاء مجموعة من الإجراءات التي يتطلبها القانون في رفع أي دعوى قضائية.

ويتم ذلك بتقديم عريضة افتتاحية حسب ما نصت عليه المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع مراعاة أحكام المواد 15 و16 و17 من نفس القانون⁴.

وبعد رفع دعوى الفقد توكل كل ذي صفة من أعوان الدرك أو الشرطة أو المحضر القضائي مهمة معاينة المكان القاطن فيه الشخص المفقود وسماع الشهود لتنتهي المهمة بتحرير محضر يثبت حالة الفقدان.

¹ - حيث تنص المادة 38 من القانون المدني الجزائري على : (موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا ...).

² - محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 2002، ص 23.

³ - أنظر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ - أنظر المواد 14، 15، 16، 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- إيداع نموذج عن محضر الإثبات: قد يكون اختفاء الشخص لأسباب غير عادية وظروف غامضة، كأن يتم اختطافه، ففي هذه الحالة تقوم الجهات المعنية بتحرير بطاقة المعاينة والإثبات التي تتضمن شهادة هذه الجهات، بأن هذا الشخص المفقود تمّ اختطافه، وتحتوي البطاقة على بعض البيانات الخاصة بالمفقود كاسمه ولقبه وتاريخ ومكان ميلاده، ويتم ذكر موضوع وتاريخ المحضر والجهة المرسله إليها مع تبيان طالب تحرير هذه البطاقة والغرض من هذا الطلب لتنتهي هذه الوثيقة بتوقيع محررها¹.

- إيداع نموذج عن بطاقة معاينة: إضافة إلى هذه الوثائق الرسمية، لا يمكن إنكار الدور الرئيس الذي تلعبه شهادة الشهود في إثبات واقعة الفقدان، وشهادة الشهود كوسيلة للإثبات القضائي هي إخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص آخر²، وإثبات حالة الفقدان تعتبر من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود³.

فإذا حضر الشاهد للإدلاء بشهادته، فعليه أن يذكر اسمه ولقبه وسنه وموطنه ومهنته ومدى قرابته أو مصاهرته لأحد الخصوم، وهذا ما نصت عليه المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن يؤدي اليمين، وإن لم يحلف كانت شهادته قابلة للإبطال حسب المادة 152 فقرة 2 ق.إ.م.إ، ويستثنى من أداء اليمين القصر الذين بلغوا سن التمييز حيث تسمع شهادتهم على سبيل الاستدلال حسب المادة 153 من ق.إ.م.إ.

1 - دليلة براف، أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2003، ص 38.

2 - أنظر المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 - دليلة براف، مرجع سابق، ص 38.

بعد أن يدلي الشاهد بشهادته تدون هذه الشهادة في محضر يذيل بتوقيع الشاهد، فإذا امتنع عن التوقيع أو كان له عذر في ذلك أشار له في المحضر¹.

وبعد ذلك يقوم المحضر القضائي بتبليغ معاد الجلسة للمعنيين مع مراعاة البيانات التي يجب أن يتضمنها التكليف بالحضور حسب المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويكلف المدعى عليه بالحضور وفقا لما نصت عليه المادة 20 من نفس القانون.

وما دام الشخص المفقود مجهول الإقامة والموطن فمن غير الممكن تبليغه شخصيا، وقد نصت المادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار.

وبعد استكمال إجراءات طلب الحكم بالفقدان ومرور مدة معينة لا تقل عن سنة من حالة الفقد وبعد حصر أموال المفقود، يحكم القاضي بالفقدان في جلسة علنية حسب المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

ومن ذلك التاريخ يعتبر الشخص مفقودا وتترتب في حقه الآثار التي تنجم عن ذلك³.

1 - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 209.

2 - شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 48.

3 - وذلك حسب المادة 109 من قانون الأسرة: (... ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم).

المطلب الثاني: شروط إصدار الحكم بالفقد:

لاعتبار الشخص مفقودا، لا بد أن تتحقق، إضافة إلى الشروط الشكلية السابقة، مجموعة من الشروط الموضوعية، تتمثل في: عدم معرفة حياة هذا الشخص من مماته، وأن تمضي مدة سنة على الأقل على انقطاع أخباره، وأن يصدر حكم بفقده¹.

ويمكن إجمال تلك الشروط فيما يأتي:

1- أن يكون الشخص غائبا: سبقت الإشارة إلى أن الغائب هو الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته²، أو من كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج بلاده واستحال عليه أن يباشر شؤونه بنفسه وأن يشرف على من ينيبه في إدارتها، مما يترتب عليه تعطيل مصالحه أو إلحاق ضرر بالغير³.

ويتحقق هذا الشرط عملا بمقتضى حكم المادة 110 من تقنين الأسرة، وبما يفهم من نص المادة 53 من التقنين ذاته⁴، متى استمر غياب الشخص سنة فأكثر.

2- أن لا تعلم حياة الغائب من موته: يجب أن تكون أخبار الغائب قد انقطعت، بحيث لم يعد يعرف أحي هو فيرجى أم ميت فينعى، أما إذا أمكن الجزم بحياته، رغم انعدام موطن معلوم له، فلا يمكن اعتباره مفقودا، وعليه لا يعتبر في حكم المفقود، ومثاله الشخص الموجود في بلاد بعيدة والمتأكد من حياته.

3- أن تمضي مدة سنة على الأقل على انقطاع أخبار الغائب: على الرغم من أن نصوص تقنين الأسرة لم تحدد المدة التي يجب أن تمر على انقطاع أخبار الشخص لإصدار حكم بفقده، فإنه لا يمكن إصدار الحكم بالفقد إلا إذا مضت مدة سنة واحدة على

1 - دليلة براف، أحكام ال مفقود، مرجع سابق، ص 36.

2 - أنظر المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

3 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 326.

4 - تنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: ... 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ".

انقطاع آخر خبر عنه، وهي المدة التي أشارت إليها المادة 110 في شأن الغائب، وذلك على اعتبار أن مضي هذه المدة يكفي لغلبة الظن على أن الغائب أصبح مفقودا¹.

ويترتب على ذلك أنه يجب على كل من يطالب بإصدار حكم بفقد شخص ما أن يثبت انقطاع أخباره، ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات، وذلك نظرا لأن انقطاع الأخبار يعتبر واقعة مادية.

4- أن يصدر حكم باعتباره من انقطعت أخباره مفقودا: إن مجرد غياب الشخص وانقطاع أخباره لا يجعل الغائب مفقودا قبل صدور حكم قضائي يعتبره كذلك، ونص المادة 109 من تقنين الأسرة صريح في هذا المعنى، إذ هو يقضي بأن الغائب « لا يعتبر مفقودا إلا بحكم »².

وعليه، فإن وصف المفقود، طبقا لهذا النص، لا يصدق على الغائب إلا بحكم، ومعنى ذلك أن الغائب لا يعتبر مفقودا ابتداء من تاريخ انقطاع أخباره؛ بل ابتداء من وقت صدور الحكم بفقده، فليس لحكم القاضي بالفقد أثر رجعي يمتد إلى يوم انقطاع أخبار الشخص؛ بل إن أثره فوري، أي مباشر، يعمل به ابتداء من تاريخ صدوره. وبعبارة أخرى، يعتبر الحكم بإثبات الفقد حكما منشئا لحالة جديدة، خلافا للقاعدة التي تقضي بأن الأحكام كاشفة أو مقررة لحالة موجودة من قبل³.

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 327.

² - أنظر المادة 112 من التقنين المدني الفرنسي التي تنص على ما يأتي:

« l'orsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence ».

³ - أنظر في التفرقة بين التصرف المقرر (أي الكاشف) والتصرف المنشئ، حامد فهمي: نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية من وجهتها الشرعية والقانونية وأثرها في الفقه وفي أحكام التسجيل، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1931، ص 17.

وانظر في معنى التصرف الكاشف، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000، ص 52.

وعملا بحكم المادة 114 من تقنين الأسرة « يصدر الحكم بالفقدان ... بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة».

المطلب الثالث: إثبات صفة الفقد في القوانين الجزائرية الخاصة بظروف استثنائية:

اشتطت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري ضرورة صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقودا¹، وهو ما يستلزم إتباع إجراءات قضائية تكون غالبا طويلة في مدتها، ونظرا للكوارث والأزمات الخاصة التي مست الوطن، فقد خصّ المشرع فئة المفقودين فيها بأحكام خاصة تتسم بالطابع الإستعجالي، لغرض استيعاب العدد الكبير من المفقودين، ومما تضمنته هذه الأحكام، الإجراءات الخاصة بإثبات الفقد، والتي بموجبها تم الاستغناء عن وجوب صدور حكم قضائي بالفقد² والاكتفاء بمحاضر المعاينة التي تعدها الضبطية القضائية، لغلبة الهلاك واليقين بحادثة الفقد، وهو ما تضمنه كل من الأمر رقم 03-02 المتعلق بمفقودي فيضانات 2001، والقانون 06-03 المتعلق بمفقودي زلزال 2003، حيث يعتبر الشخص مفقودا بناء على محضر معاينة، وهو ما كرسه كذلك ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

الفرع الأول: إثبات صفة المفقود في التشريعات الخاصة بالكوارث الطبيعية:

حيث اجتهد وكمل نصوص قانون الأسرة كل من الأمر 03-02 المتعلق بفيضانات 11 نوفمبر 2001 والقانون 06-03 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003، وجاء كل منهما بحكم مكمل للقاعدة العامة الواردة في قانون الأسرة بأن لا فقدان إلا بحكم قضائي، وقاما بتبسيط إجراءات إثبات الفقدان والاكتفاء بمحاضر المعاينة التي تعدها الضبطية القضائية.

1 - أنظر المادة 109 من قانون الأسرة.

2 - وهو حكم خاص بالفقد في هذه الحالات الخاصة، أما ما عداها من حالات الفقد فتبقى خاضعة للقواعد العامة الواردة في قانون الأسرة، والتي تشترط صدور حكم قضائي بالفقد.

ولا شك أن إجراءات صدور الحكم بالفقد وفقا للقواعد العامة وما تضمنته المادة 109 من قانون الأسرة، تحتاج إلى انتظار مدة سنة من انقطاع خبر الشخص للحكم بفقده، وإن ما خلفته فيضانات سنة 2001 من مفقودين جعلتهم في مقام الحالات الإستعجالية التي لا تلاؤمها الإجراءات الواردة في قانون الأسرة، حيث تم التخلي بموجب الأمر رقم 02-03 عن وجوب صدور حكم قضائي لإثبات حالة الفقد، حيث يعتبر الشخص مفقودا بمجرد محضر معاينة تعده الضبطية القضائية وهو ما ورد النص عليه بالفقرة الثانية من المادة الثانية من هذا الأمر.

وقد عرّف قانون الإجراءات الجزائية أعضاء الضبطية القضائية¹ بأنهم موظفون منحهم القانون صفة الضبطية القضائية، بحيث تكون مهمتهم البحث عن الجرائم والتحقق منها وإجراء التحريات المختلفة لمعرفة مرتكبيها، بغية التوصل إلى الحقيقة، كما تقوم بجمع الاستدلالات وإعداد محاضر بأعمالها وإرسالها إلى وكيل الجمهورية ليتخذ ما يراه مناسبا بشأنها².

فبموجب قانون الإجراءات الجزائية، للضبطية القضائية صلاحيات عادية وأخرى استثنائية، غير أن الأمر 02-03 أوكل لها صلاحيات بنص خاص، تتمثل في البحث والتحري عن الشخص المفقود في الأماكن التي وقعت فيها الفيضانات، فإذا لم يتم العثور عليه أو على جثته، تعد الضبطية القضائية في هذه الحالة محضر معاينة بفقدان الشخص محل البحث، وتكون موقعة وتتضمن الإجراءات التي قامت بها الضبطية القضائية.

¹ - أنظر المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

² - خلفي عبد الرحمان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر، 2015، ص62.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية السابق الإشارة لها، على ضرورة تسليم محضر المعاينة بفقدان الشخص لذوي حقوقه أو لكل ذي مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من وقوع الفيضانات¹.

كما حوّل القانون 03-06 المطبق على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 لرجال الضبطية القضائية مهمة البحث والتحري عن المفقودين وإعداد محاضر المعاينة وتسليمها لذوي حقوق المفقود أو لكل من له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من وقوع الزلزال².

ويتضح من خلال نص المادة 2 من الأمر رقم 02-03 والمادة 2 من القانون رقم 03-06، أنه يشترط لاعتبار الشخص مفقودا، في الظروف التي نحن بصدددها، ما يلي:

- ثبوت وجود الشخص في أي مكان من الأماكن التي وقعت فيها فيضانات 10 نوفمبر 2001 أو زلزال 21 ماي 2003.
- عدم ظهور أي أثر للشخص، بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته ولا بموته.
- عدم العثور على جثة الشخص رغم إجراء كل ما أمكن من تحريات.
- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء البحث، وتسليمه لذوي حقوقه أو لكل ذي مصلحة، في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من وقوع الفيضانات أو ثمانية أشهر من وقوع الزلزال³.

والملاحظ على المدد التي حددها كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 أنها مدد (قصيرة نسبيا، مما يسمح لأقارب المفقود من التقدم في الإجراءات، وهي كافية

1 - أنظر المادة الثانية من الأمر رقم 02-03.

2 - أنظر المادة الثانية من الأمر رقم 03-06.

3 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 338.

بالنسبة للشرطة القضائية لكي تقوم خلالها بالتحقيقات اللازمة والتأكد من فقدان المعني¹، نظرا للظرف الاستثنائي الذي اختفى فيه.

فإجراءات إثبات الفقد هذه تتسم بالبساطة والسرعة في ترتيب حقوق ذوي المفقود، مقارنة مع ما أقرته الأحكام العامة في هذا الشأن، وخاصة ما تعلق منها بالآجال القصيرة التي يجب أن تسلم فيها محاضر المعاينة، غير أن هناك من يرى أنه من الأجدر الإبقاء على الطابع القضائي لمرحلة إعلان الفقد وعدم الاقتصار على محضر المعاينة، بل يتوج ذلك بحكم قضائي بالفقد²، إلا أن هذا الرأي يبقى عرضة للنقد لأن ذلك يتنافى مع الطابع الإستعجالي الذي تحمله النصوص الخاصة، خاصة مع العلم أن استصدار أحكام قضائية للعدد الكبير من المفقودين الذين أسفرت عنهم هذه الكوارث يتطلب وقتا أطول وإجراءات معقدة وطويلة، إضافة إلى ذلك فالمحاضر التي تعدها الضبطية القضائية وفقا للأشكال القانونية تكتسي حجية كاملة في الإثبات³.

الفرع الثاني: إثبات صفة المفقود بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية:

تضمن الفصل الرابع من الأمر رقم 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية⁴، إجراءات خاصة لدعم التكفل بالمفقودين، وأدرج بدوره العديد من الاستثناءات على القواعد المقررة في قانون الأسرة، سواء ما تعلق منها بالإجراءات أو بالمواعيد أو الحكم، حيث أنه قد تخلى عن وجوب صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقودا واكتفى بمحاضر المعاينة.

1 - عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 201.

2 - نفس المرجع السابق، ص 201.

3 - شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 58.

4 - الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص 3.

فبعد أن عرفت المادة 27 من الأمر رقم 06-01 المفقود، بيّنت أن صفة ضحية المأساة الوطنية تترتب على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى.

حيث نصت المادة 27 على أنه: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الطرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، التي فصل الشعب بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية. تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى ".

والملاحظ أن الأمر رقم 06-01 سار على نهج كل من الأمر 02-03 والقانون 03-06، بتخليه عن الإجراءات التي يتطلبها صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقودا، واكتفى هو الآخر بمحاضر المعاينة التي تعدها الضبطية القضائية وفقا للأشكال القانونية، بعد أن تتم عملية البحث والتحري بجميع الطرق القانونية عن الشخص ضحية المأساة الوطنية دون جدوى¹.

وهو ما أكده المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية² بموجب المادة 2 منه: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق وكان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث والتحري التي قامت بها ".

¹ - عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، مرجع سابق، ص 201.

² - مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2006 متعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006، ص 8.

ويتم تسليم محاضر المعاينة إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص ذي مصلحة، في أجل لا يتجاوز سنة واحدة من تاريخ نشر الأمر في الجريدة الرسمية¹.

وبالتالي فإن هذا الأمر قد كرس بدوره فكرة الآجال القصيرة استثناء عما عليه العمل في القواعد العامة في قانون الأسرة، التي تقضي بأن لا تقل المدة عن سنة، إلا أن هذا الأمر قد جعل مدة التسليم أطول مما عليه في القوانين الخاصة بالكوارث الطبيعية السابقة، ويرى أن هذا ليس إلا تماشيا لما تقتضيه خصوصية كل حالة².

مما سبق يتضح أن المفقودين في الظروف العادية لا تثبت لهم صفة المفقود لمجرد غيابهم وعدم العلم بحياتهم من موتهم أو مكان تواجدهم، بل لا بد من صدور حكم قضائي بالفقد وفقا للقواعد العامة لرفع الدعاوى القضائية، غير أن القوانين الجزائية الخاصة التي صدر كل منها في ظرف استثنائي، استبدل الحكم بمحاضر المعاينة والتي تسلم إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل من له مصلحة وفي آجال قصيرة ومعقولة إذا ما قورنت بالقواعد العامة، وذلك نظرا للطابع الإستعجالي الذي جاءت هذه الأحكام في ظله.

¹ - أنظر المادة 2/30 من الأمر 06-01 السابق الإشارة إليه.

² - شرابين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 60.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على صدور الحكم بالفقد:

يجب ابتداءً، عدم الخلط بين الحكم بفقدان الشخص والحكم باعتباره ميتاً، ذلك أن المفقود يعتبر حياً قبل صدور الحكم باعتباره ميتاً، فيعامل معاملة خاصة، ومقتضى ذلك أنه ليس للحكم بالفقد أي أثر على الشخصية القانونية للمفقود، التي تظل قائمة خلال الفترة ما بين الحكم بالفقد والحكم بالموت، بما يحمله ذلك من دلالة على حياته، سواء بالنسبة إلى حقوقه المالية والتزاماته، أو بالنسبة إلى زوجته، وهذا يقتضي بطبيعة الحال، تقرير القواعد التي تكفل الحفاظ على حقوقه من ناحية، والإبقاء على كيان أسرته من ناحية أخرى، وهو ما نتناوله من خلال ما يأتي.

المطلب الأول: أثر صدور الحكم بالفقد على أموال المفقود:

تتمثل أموال المفقود في طائفتين، تشمل الأولى الحقوق الثابتة له سواء تمثلت تلك الحقوق فيما يملكه من عقارات أو منقولات، أو فيما قد يكون له من ديون في ذمة الغير، والثانية تتضمن الأموال التي قد يكتسبها من غيره عن طريق الإرث أو الوصية إذا حدث أن توفي مورث المفقود أو الموصي بعد الفقد.

ونعرض فيما يلي، للأحكام التي تتطلبها ضرورة المحافظة على تلك الحقوق، حيث نتناول الأحكام التي تكفل رعاية مصالح المفقود وتحفظ عليه أمواله، والأحكام التي تضمن المحافظة على حقوق المفقود في تركة الغير، وكذا الأعباء المالية التي تقع على عاتق الشخص المفقود.

الفرع الأول: إدارة أموال المفقود:

من المقرر في الشريعة الإسلامية والقانون¹، أن الأموال لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا بسبب معين من بيع أو وصية أو هبة أو ميراث أو غير ذلك.

¹ - أنظر أسباب اكتساب الملكية في القانون المدني الجزائري.

وقد حرم الله تعالى أخذ الأموال إلا بأسباب معينة، ولا يجوز أخذ شيء منها إلا بحقه، ولا صرفه إلا لمستحقه¹.

والمفقود لم يثبت موته حتى يورث ماله، ولم يعلم أو يثبت أنه تصرف في هذه الأموال تصرفا يزيل ملكيته عنها، ولا أنه اتصف بأوصاف من سفه أو جنون تدعو للحجر عليه.

وبذلك تبقى أمواله له، وعلى ذمته ما يطرأ عليها أي تصرف يزيل ملكه عنها، وبما أن المفقود عاجز عن النظر لنفسه وأن حفظ المال هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وضرورة من الضرورات الخمس، وقد شرع الإسلام العقوبات على أخذ مال الغير بدون مسوغ شرعي²، فقد وجب على القاضي المحافظة على أمواله وأملاكه، لأنه مكلف شرعا بالنظر لكل من لا يستطيع النظر لنفسه كالصبي والمجنون³.

ولمّا كان المفقود عاجزا عن القيام على شؤونه بنفسه، فإن هذا يقتضي وجود من ينوب عنه في ذلك، ولتقادي ما قد يحيق بأموال المفقود من أضرار، يتعين أولا حصر أمواله، ثم تعيين من ينوب عنه في إدارة هذه الأموال⁴، وتحديد سلطات هذا النائب.

أولا: حصر أموال المفقود:

تطرق الفقه الإسلامي إلى فكرة حفظ أموال المفقود، ونصت المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

¹ - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، 1994، ص 236.

² - نفس المرجع السابق، ص 236.

³ - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 130.

⁴ - دليلة براف، أحكام المفقود، مرجع سابق، ص 40.

وتشكل عملية حصر أموال المفقود إجراء ضروريا غرضه المحافظة على أموال المفقود من كل استيلاء غير مشروع يمكن أن يقع عليها.

وتخول المادة 111 من قانون الأسرة للقاضي صلاحية حصر أموال المفقود، غير أنه ومن خلال التطبيقات القضائية يلاحظ أن القاضي لا يمكنه حصر هذه الأموال إلا إذا قدّم له رافع الدعوى جرّدا مفصلا عن أموال المفقود، وإلا فإن القاضي سيلجأ إلى تعيين خبير يتولى إعداد تقرير حول كل أموال المفقود المنقولة والعقارية.

كما أن هناك من الأحكام القضائية التي قضت بالفقد، قام فيها القاضي بتعيين موثق لحصر أموال المفقود¹، حيث أن القضاة عادة ما يسندون هذه المهمة ولا يقومون بذلك شخصيا.

ثانيا: تعيين من يقوم على رعاية أموال المفقود:

لا تكفي عملية حصر أموال المفقود للحفاظ عليها، حيث لا بد أيضا من تعيين من يتولى رعايتها وإدارتها، إلى غاية استبانة أمر حياة المفقود أو موته، كما يستلزم الأمر وضع الحدود التي يتصرف فيها هذا الوكيل في أموال المفقود.

1- صفة من يتولى النيابة عن المفقود:

إذا غاب الشخص عن أهله وبلده، ورفع أولياؤه الأمر إلى القاضي وجب على القاضي البحث والتحري عنه بعد معرفة مكان فقده، وجهة سفره واسمه، وأصدقائه وبيحث عنه بكل ما أتيح له من وسائل البحث والتحري.

¹ - قضية رقم 2003/117 المرفوعة أمام محكمة غرداية التي ورد في منطوق الحكم ما يلي: " حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علنيا حضوريا ابتدائيا الحكم بفقد المسمى (س) مع تكليف الأستاذ (ع) الموثق الكائن مقره بغرداية لحصر أموال المفقود في محضر رسمي في مهلة شهر من تبليغه بنسخة من هذا الحكم مع تعيين شقيقه (ل) لتسيير أمواله والمحافظة عليها". أنظر شرابين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 50.

ويجب على القاضي تنصيب من يحفظ على المفقود أمواله، وذلك لأن القاضي ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه، والمفقود عاجز عن النظر لنفسه، فينصب له الإمام من يجمع عليه علاقته ويتقاضى ديونه¹.

واختلفت التسميات التي أطلقت على الشخص الذي ينصب لحفظ مال المفقود، إذ أن هناك من الفقهاء من أطلق عليه تسمية وكيل من أهل الفضل والأمانة²، وهي نفس التسمية التي قدمها الفقه الحنفي³.

وقد نصت المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

أ- تعريف التقديم:

القوامة في اللغة: مأخوذة من قام على الشيء قياما أي حافظ عليه، وقيم الصغير هو الذي يقومه ويتولى أمره، وكذلك بمعنى التكفل لقوله تعالى: " الرجال قوامون على النساء " -النساء- 34.

أما القوامة اصطلاحا: أو ما يعرف بالتقديم، فهي الولاية التي يفرضها القاضي على شخص راشد بأن يتصرف لمصلحة قاصر في تدبير شؤونه المالية، والقيم هو من يعينه

¹ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص88.

² - أنظر: الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج 3، ص 102.

³ - ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج 6، ص 457.

القاضي لتنفيذ وصاية والقيام بأمر المحجور عليهم من قصر ومجانين وسفهاء وحفظ أموال المفقودين¹.

أما التقديم قانونا: فقد عرّف المشرع الجزائري المقدم في المادة 99 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

وإذا كان المفقود عديم الأهلية أو ناقصها، فإن من كانت له الولاية أو الوصاية أو القوامة عليه هو الذي يستمر في رعاية شؤونه، أما إذا كان كامل الأهلية وطال غيابه مما ترتب عليه تعديل مصالحه أو مصالح غيره، ففي هذه الحالة تقوم المحكمة بتعيين وكيل لإدارة أمواله.

فإن كان قد عيّن وكيلًا عنه، وجب على المحكمة تشييته متى توفرت شروط تعيينه، وإلا أقالته وعينت غيره².

ويلاحظ أن نص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري قد اعتمدت مصطلح "مقدم" للشخص الذي ينصبه القاضي لحفظ أموال المفقود.

ويتّضح أن نص المادة 111 من قانون الأسرة يستقيم إذا كان المفقود فاقد الأهلية أو ناقصها مع عدم وجود ولي أو وصي، وبالتالي فإن وجود الولي أو الوصي يغني عن تعيين المقدم لحفظ أموال المفقود.

¹ - باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2010، ص 7.

² - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة، مصر، 1984، ص 36.

فالتقديم أو القوامة، كما تسميها المادة 44 من القانون المدني الجزائري أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية¹، هي نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى القيم الولاية على مال المحجور عليه لأحد عوارض الأهلية.

ولم تبين نصوص قانون الأسرة الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة، إذ اكتفت بالنص على أن تعيين المقدم يكون بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة²، وذلك على خلاف تقنين الإجراءات المدنية والإدارية الذي تنص المادة 1/469 منه على أن " يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة مقدا من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره ". وهذا دون أن تحدد هذه المادة درجة القرابة بين المقدم والشخص الخاضع لنظام التقديم³.

أما قانون الولاية على المال في مصر، فقد حدد درجة القرابة بين المقدم والشخص الخاضع لنظام التقديم بموجب المادة 68 منه والتي جاء فيها: " تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة"⁴، فيجب على المحكمة مراعاة هذا الترتيب بأن تبدأ بالأبناء وعند التعدد تعين أصلحهم فإن لم تجد بينهم من تتوافر فيه شروط الصلاحية ليكون قيما عهدت بالقوامة للأب، فإن لم يكن أهلا لها، عهدت بها إلى الجد وإلا فإلى من تتوفر فيه شروط القوامة من غيرهم، ويلاحظ أن الأب أو الجد يعتبر قيما في هذه الحالة وتسري عليه الأحكام المتعلقة بالقوامة لأن الولاية تنقطع بالبلوغ.

ب- شروط التقديم:

¹ - تنص المادة 44 من القانون المدني الجزائري: " يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية،

أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون".

² - وهو ما نصت عليه المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 619.

⁴ - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 127.

جاء في المادة 100 من قانون الأسرة أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، وبالتالي فهي تحيل على المادة 93 من قانون الأسرة، وعليه فشرط المقدم حسب هذه المادة هي كالاتي:

-الإسلام: فيجب أن يكون المقدم يدين بالدين الإسلامي، فلا يجوز لغير المسلم أن يعين كمقدم على المفقود المسلم، أما غير المسلم فيجوز أن يكون مقدا على غير المسلم إذا توفرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون¹.

-البلوغ والعقل: يجب على المقدم أن يكون بالغا عاقلا حسب المادة 93 من قانون الأسرة فلا يتصور لغير البالغ والمجنون أن يكون مقدا، فهو بحاجة إلى من يرضى مصالحه وأمواله.

-القدرة والأمانة وحسن التصرف: فيجب أن يكون المقدم أهلا للقيام على شؤون المفقود وقادرا على حماية مصالحه²، كما يشترط في المقدم مثله مثل الوصي أن يكون أمينا حسن التصرف، فالإشراف على مصالح الغير يتطلب استقامة ونزاهة وحرصا³.

ويخضع مدى توفر هذه الشروط من عدمها للقاضي، فيمكن أن يقوم بعزل المقدم إذا لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة، وهو ما يستفاد من المادتين 100 و 93 من قانون الأسرة.

مع ضرورة الإشارة إلى أنه طبقا للمادتين 9 و 9 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري، فإن القاضي في حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب عليه أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات،

1 - نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وفقها وقضاء، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 296.

2 - وهو ما تضمنته المادة 4/469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 - تنص المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة ".

والمتمثلة في الحرمان من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية والتي من بينها عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما¹.

وبالتالي ففي حالة الحكم على الشخص بالحرمان من هذا الحق كعقوبة تكميلية للعقوبة الأصلية، فلا يمكن له أن يكون مقدما على أموال المفقود.

2- حدود سلطة المقدم على أموال المفقود:

إن تعيين القاضي مقدما يتولى إدارة أموال المفقود وتسييرها لا يعني بالضرورة أن يترك هذا الأخير حرا في تصرفه، إنما هو مقيد في ذلك ولا بد عليه أن يلتزم بمجموعة من الحدود والضوابط.

والأصل أن المقدم يعتبر أمينا أو حفيظا على أموال المفقود، ولذلك فإن أول واجباته أن يتسلم هذه الأموال بعد جردها، وأن يقوم برعايتها على أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد².

وفي ظل عدم وجود نص قانوني يوضح تلك الحدود والضوابط التي تحكم تصرفات المقدم في إدارته لأموال المفقود، يمكن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة استنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة.

حيث أن من نصبه القاضي وكيفا بقبض مال المفقود وبحفظه، يقوم بحفظ ماله الذي لا حافظ له، أما ماله المودع لدى أي شخص آخر، كالودائع في يد الأمين ومال المضاربة في يد المضارب، فلأن يد الأمين والمضارب يد نيابة عن المفقود في الحفظ، فكان هذا المال محفوظا بحفظهم فلا يحتاج إلى حافظ آخر³.

1 - أنظر المادتين 9 و 9 مكررا 1 من قانون العقوبات الجزائري.

2 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 38.

3 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 88.

ويستطيع المقدم - كأصل عام- القيام بجميع أعمال الإدارة المعتادة دون الرجوع إلى المحكمة، فيكون له الحق في جمع المحاصيل، وله قبض الديون التي يقر بها أصحابها أنها للمفقود، ويأتون بها إليه، وإعطاء المخالصة عنها، وليس له أن يخاصم عن دين لم يقر به الغريم، ولا في نصيب للمفقود في عقار أو عرض في يد غيره، لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وحفظ مال المفقود يتحقق فيما وصلت يد الحافظ إليه.

فأما الخصومة وإقامة البينة فيما لم يكن في يده ليس من الحفظ، فيكون فيها كأجنبي آخر¹، وإنما يملك هذا الوكيل المخاصمة في دين بعقده هو، لأنه أصيل في حقوق عقده.

ويجوز له أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من أمواله كالثمار وما يشابهها، و يحفظ أموالها، لأن حفظ عينه عليه متعذر فيصير إلى حفظ أموالها، ولأنه مكلف بحفظ الصورة والمعنى، وهنا تعذر عليه حفظ الصورة، فاكتفى بحفظ المعنى وهو المالية²، كما أن بيع المنقولات التي يسارع إليها التلف لا يعتبر من أعمال التصرف وإنما يعد من قبيل أعمال الحفظ.

وأما ما لا يتسارع إليه الفساد سواء كان عقارا أو منقولا فلا يجوز له بيعه، لأنه لا ولاية على الغائب، وهو مكلف بحفظ مال الغائب فقط، والحفظ يتناول حفظ الصورة والمعنى، وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ضرورة تدعو إليه فلا يجوز حتى ولو احتاج لبيع ذلك للإنفاق على من تلزمهم نفقته³.

¹ - أنظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 41.

² - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 89.

³ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 39.

ويجوز له أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد كما سبقت الإشارة، لأجل أن ينفق منه على زوجته وولده، ومن تلزمهم نفقته، ولا يعد هذا من القاضي قضاء على الغائب بل يكون تمكيننا للمستحق من أخذ حقه، والوصول إليه، لأنهم لو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه، فالقاضي يعينهم على ذلك.

وإنما أجزى ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان رضي الله عنه: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف¹.

وفضلا عن ذلك، يستطيع المقدم أن يقوم بجميع الأعمال اللازمة للمحافظة على أموال المفقود، وبقائها صالحة لوجه الاستعمال الذي خصصت له، كترميم الجدران وإصلاح الأعطاب التي تصيب الآلات المخصصة للاستغلال الزراعي أو الصناعي أو استبدالها بغيرها.

على أن سلطة الوكيل على أموال المفقود لا يجوز أن تتعدى أعمال الإدارة المعتادة، فلا يجوز له مثلا أن يغير من وجه الاستغلال الذي خصصت له هذه الأموال كأن يبني على الأرض الزراعية أو يحول مزرعة إلى مصنع حتى ولو كان في ذلك مصلحة ظاهرة للمفقود².

واستنادا إلى نص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام" والتي تحيل إلى المادة 95 من قانون الأسرة، والتي بدورها اعتبرت أن " للوصي نفس سلطات الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون والتي تتحدث عن سلطات الولي على أموال القاصر،

¹ - رواه البخاري، وهو رواية السيدة عائشة رضي الله عنها صحيح البخاري كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه بالمعروف 534/6 برقم 5364 صحيح مسلم كتاب الأفضية باب قضية هند 248/6 برقم 1714.

² - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 40.

يمكن استثناء بعض التصرفات بحيث لا يمكن للمقدم القيام بها إلا إذا تحصل على إذن من القاضي، وهي:

- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- كما لا يمكنه إقراض أموال المفقود أو الاقتراض على حسابه¹.

ووفقا للمادة 97 من قانون الأسرة، يلتزم المقدم بتقديم حساب مؤيد بالمستندات عن إدارته لأموال المفقود وذلك عند انتهاء مهمته.

ولا يمكن حصر الأعمال التي يقوم بها المقدم، بحيث يدخل فيها كل ما لم يتمكن المفقود من إدارته من شؤونه، حيث وردت المادة 111 من قانون الأسرة بعبارة تسيير أموال المفقود واستلام ما يستحقه من ميراث أو تبرع، وللقاضي السلطة التقديرية في اعتبار ما قام به الوكيل من أعمال التسيير أم أنه يخرج عن ذلك.

3- مدى حق المقدم في التقاضي نيابة عن المفقود:

من المتفق عليه في الفقه الإسلامي، أنه إذا باشر الوكيل تصرفا لحساب المفقود، فإنه يستطيع مقاضاة الغير في شأن هذا التصرف، بل إن هذا الحق يظل ثابتا للوكيل حتى بعد عودة المفقود، لأن ما وجب بعقده فهو أحق بالمخاصمة فيه.

ومن المسلم به أيضا، أنه لا يمكن للوكيل أن ينتصب خصما عن المفقود بالنسبة للتصرفات التي يكون هذا الأخير قد أجراها قبل فقده².

¹ - حيث تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة، 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد "

² - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 43.

فإذا ادعى شخص على المفقود حقا من دين أو مطالبة باستحقاق أو شركة أو عقار أو رد بعيب أو زواج أو طلاق، فإن دعواه تكون غير مقبولة، إذ لا يجوز القضاء على الغائب بغير خصم عنه، والوكيل ليس بخصم عن المفقود، بل هو مجرد أمين على أمواله، كما أن ورثة المفقود لا يخلفونه إلا بعد موته، ويسري نفس الحكم إذا كان التصرف الذي أجراه المفقود قد أكسبه حقا من الحقوق كنصيب في عقار أو منقول في يدي شخص آخر، أو دين، أو وديعة، إذ لا يجوز للوكيل أن يخاصم فيه من جده، لأنه لا يعدو أن يكون حفيظا على أموال المفقود، وحفظه يتحقق فيما وصلت يده إليه¹.

ولئن كان إجماع الفقه منعقدا على أن الوكيل لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يتقاضى نيابة عن المفقود، إلا أن الآراء قد تباينت بصدد الحالة التي يأذن فيها القاضي للوكيل بالتقاضى نيابة عن المفقود.

ففي رأي أول، أن حكم القاضي لا ينفذ إلا إذا أقره قاض آخر وسند هذا الرأي أن تلك المسألة مختلف فيها، ومن ثم يكون القاضي الأول قد اجتهد في نفس القضاء، فيسري عليه المبدأ المقرر لحالة صدور الحكم من قاض محدود في قذف لتشابه الحالتين، ومؤدى ذلك عدم جواز إنفاذ الخصومة إلا إذا أمضاها قاض آخر².

وفي رأي ثان، وهو الراجح، أن الخصومة تنفذ دون توقف على إمضاء قاض آخر، لأن المجتهد فيه ليس نفس القضاء بل سببه. وبمعنى أوضح لأن اجتهاد القاضي لا ينصب على مدى حقه في إنفاذ خصومة الوكيل، وإنما ينصرف إلى واقعة أخرى مفادها هل تكون البينة حجة على الغائب من غير خصم حاضر أم لا، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه أسوة بحالة الأخذ بشهادة المحدود في قذف³.

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 41.

2 - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 1، 1313 هـ، ص 310.

3 - أنظر: السرخسي، المبسوط، ج 11، مرجع سابق، ص 41؛ السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص

وإن ترجيح هذا الرأي الأخير، يرجع إلى ما ينطوي عليه من رعاية لمصلحة المفقود ومصلحة دائنيه على حد سواء، فهو من ناحية أولى يحفظ على المفقود حقوقه التي لم يقر بها مدينوه، إذ أن هذه الحقوق قد تضيع عليه إذا ما أرجأنا المطالبة بها إلى حين عودته، لا سيما إذا طالت مدة انتظاره، وهو من ناحية أخرى يحفظ على الغير حقوقهم ويرعى مصالحهم التي قد تتداخل إذا لم تفصل في دعاوهم طوال فترة غياب المفقود، هذا إلى أن هذا الرأي يعتبر أكثر تماشياً مع روح العصر الذي نعيش فيه حيث تتشابك العلاقات وتتعدد إلى أقصى الحدود، كما انه يتفق مع الحلول التي قررها اغلب الفقهاء.

من ذلك مثلاً ما قرره البعض من انه إذا كان المفقود قد اشترى شيء دون أن يعجل الثمن كله أو بعضه، وعجز الوكيل والورثة عن الوفاء بحق البائع في الأجل المضروب جاز للقاضي بيع المبيع وإيفاء الثمن للبائع¹.

وإذا كان المفقود قد رهن شيئاً، وحل اجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن دون أن يوفي الورثة أو الوكيل بحق الدائن، كان لهذا الأخير أن يطلب بيع المرهون ليستوفي حقه من حصيلة بيعه².

وإذا كان الحق الذي يطالب به الغير متعيناً، كما لو باع المفقود قبل غيابه عقاراً توافرت بالنسبة له شروط الأخذ بالشفعة، كان لجاره طلب الشفعة دون انتظار عودته³.

وتبدو أهمية هذا الرأي خاصة في حالة الوديعة أو الدين، ذلك أن الأخذ بالقاعدة التي تقضي بعدم جواز القضاء على الغائب بغير خصم على إطلاقها من شأنه منع الوكيل من المطالبة بحق المفقود إذا كان مدينوه غير مقرين بهذا الحق، وقد يتوفى هؤلاء

¹ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 6، ص 459.

² - المرجع نفسه، ص 460.

³ - الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 3، ص 311؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 205.

الأخيرين دون أن يوصوا بحق المفقود وتكون عليهم ديون أخرى، فيضيع عليه ماله، أما إذا أجزنا للقاضي أن يأذن للوكيل بالمخاصمة في ذلك وأن ينفذ خصومته، فإن هذا سيحفظ حق المفقود من الضياع، وهو ما قرره أنصار الرأي الثاني¹.

ولتبيد أي شك قد يثور بهذا الصدد، يكفي أن نسوق ما ورد في الفتاوى الخيرية متعلقا بهذا الموضوع، إذ جاء فيها (سئل في مفقود ثبت موته بموت أقرانه لدى حاكم شرعي ثبوتا شرعيا وله ولد غائب غيبة منقطعة، نصب الحاكم الشرعي قيما عنه لسماع الدعاوى الشرعية، وادعت عليه زوجة المتوفى المذكور بمؤخر صداقها بذمته وأثبتته بوجه القيم المذكور الثبوت الشرعي والحال أن المتوفى لم يترك سوى حصة في دار، فهل للقيم بيع الحصة المذكورة لوفاء مؤخر صداق الزوجة أم لا؟ (أجاب) نعم له بيع الحصة المذكورة لوفاء صداق الزوجة لأنه دين بذمة الميت، ففي العمادية وكثير من الكتب والعبارة لها وإذا كان للميت تركة حين توفي، وورثته في بلد، آخر، وادعى إنسان عليه مالا والوارث غائب غيبة منقطعة، جعل له القاضي وصيا لأن الغيبة المنقطعة بمنزلة الموت، وفي المنتقى إذا كان على الميت دين فبيع العقار جائز كالمقول عند أبي حنيفة، والنقول في ذلك متواترة في الكتب المتكاثرة)².

تلك هي الحلول التي قال بها الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وواضح منها ما ينطوي عليه الرأي الثاني من مزايا، إذ لا يعقل في هذه الحالات وأمثالها أن نتطلب الانتظار إلى حين عودة المفقود، لما يترتب على ذلك من أضرار قد لا يمكن تداركها، سواء بالنسبة للمفقود أو بالنسبة لدائنيه.

وبالعودة إلى بعض التشريعات العربية، نجد المشرع المصري قد اعتنق هذا الرأي حين أوجب على الوكيل أن يعرض على المحكمة ما يرفع على المفقود من دعاوى وما

¹ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 41.

² - خير الدين الرملي، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، ج 1، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، ط1، 1300 هـ، ص 109.

يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة¹، وكذلك حين ألزمه باستئذان المحكمة قبل رفع الدعاوى على غرماء المفقود إلا إذا كان التأخر في رفعها من شأنه أن يصيب المفقود بضرر أو يؤدي إلى ضياع حق له².

كما استلزم المشرع الحصول على هذا الإذن أيضا قبل التنازل عن الحقوق والدعاوى، وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام³.

ثالثا: الأعباء المالية التي تقع على عاتق المفقود:

طالما أن المفقود يعد حيا في الفترة السابقة على الحكم بموته، فإنه يتحمل الالتزامات:

فهو من جهة، مسؤول عن النفقات الواجبة عليه لزوجته وأولاده ولمن يعولهم، ذلك أن رفع النفقة حكم يترتب على الموت، ولا يجوز أن ينطبق على المفقود نظرا لاعتباره حيا قبل صدور الحكم باعتباره ميتا.

كما أنه من جهة أخرى، متحمل ما ينشأ من التزامات نتيجة إدارة وتسيير أمواله⁴.

وتطبيقا لنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري، يتولى المقدم الذي تعينه المحكمة بموجب الحكم الصادر بالفقد، تسيير أموال المفقود وما يستتبعه من تنفيذ للالتزامات التي تنشأ تبعا لذلك.

1 - المادة 42 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال.

2 - المادة 12/39 من المرسوم بقانون المشار إليه.

3 - المادة 13/39 من المرسوم بقانون المشار إليه.

4 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 330.

الفرع الثاني: المحافظة على حقوق المفقود في تركة الغير:

بالإضافة إلى تعيين من يقوم بإدارة أموال المفقود، يترتب على صدور الحكم بالفقد ضرورة المحافظة على أموال المفقود في تركة الغير.

وهو ما سنوضحه فيما يأتي، بالتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولاً: ميراث المفقود من الغير في الفقه الإسلامي:

سبقت الإشارة، إلى أنه يترتب على اعتبار المفقود حياً في هذه المرحلة¹، أن تبقى أمواله على ذمته ولا توزع على ورثته، فهل يسري هذا الحكم أيضاً بالنسبة لنصيب المفقود في تركة الغير بحيث يضم هذا النصيب، سواء كان إرثاً أو وصية، إلى أمواله إذا حدث أن توفي مُورث المفقود أو الموصي بعد الفقد.

فبالنسبة لإرث المفقود من غيره أي عندما يكون وارثاً، فإنه لا يرث من غيره بالفعل ما دام مفقوداً، للشك في حياته وعدم تحققها والتي هي شرط من شروط الإرث²، وقد اعتبره الفقهاء حي في حق نفسه، ميت في حق غيره³.

غير أنه، يوقف له نصيبه من تركة مورثه الذي مات في أثناء فقده، لذا اعتبر المفقود في مدة فقده وارثاً لغيره احتياطاً لاحتمال أن يكون حياً وقت وفاة مورثه، وعليه يوقف له نصيبه إلى أن تتبين حقيقة أمره، بظهوره حياً أو الحكم بموته:

- فإن ظهر حياً أخذ نصيبه المحجوز له⁴.

1 - حيث تنص المادة 133 من قانون الأسرة : (إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون).

2 - محمد الشتات الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة ، مصر، دون سنة، ص70.

3 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 92.

4 - محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 508.

- وإن لم يظهر المفقود وحكم القاضي بموته من تاريخ معين، فتميز في ذلك بين حالتين:

الحالة الأولى:

أن يحكم القاضي على المفقود بالموت بناء على دليل يثبت ذلك بالبينة:

فلا خلاف بين الفقهاء على أنه متى ثبت للقاضي موت المفقود ببينة شرعية أو أوراق رسمية أو غيرها من الأدلة، فإن وفاته تكون من التاريخ الذي أسندت البينة أو الأوراق الرسمية إليه وفاته، لأن حكمه في حكم الموت الحقيقي، ولا يتوقف الحكم بموته حينئذ على مضي زمن بعد فقده، فيستوي أن تثبت البينة الشرعية وفاته بعد فقده بسنة أو نصف سنة أو أقل أو أكثر، لأن وفاته تكون حقيقية وليس حكمية¹، وبالتالي:

- فإن كان تاريخ موته متأخرا عن موت مورثه، كان مستحقا لهذا النصيب المحجوز له بالميراث، فيضم إلى بقية أمواله الأخرى لتكون فقط لورثته الموجودين وقت الحكم بوفاته دون من مات قبل ذلك التاريخ.

- وإن كان تاريخ موته سابقا على تاريخ موت مورثه، فإن النصيب الذي كان محجوزا له لا يستحقه بل يرد إلى مستحقيه من ورثة المورث الآخرين، لعدم تحقق شرط من شروط الإرث فيه، وهو حياة الوارث وقت موت المورث، ولا يستحق ورثة المفقود غير أمواله الأخرى².

- أما إن جهل تاريخ موته، بأن لم يعلم إن كان قبل موت مورثه أم بعده، فكذلك الأمر لا يستحق شيئا من الحصة المحجوزة له، ويرد هذا النصيب المحجوز

¹ - مؤمن أحمد ذياب شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص 110.

² - محمد طه أبو العلا خليفة، أحكام الموارث، مرجع سابق، ص 542.

للورثة الآخرين ولا يستحق ورثة المفقود شيئاً غير أمواله الأخرى، لأن حياته وقت موت مورثه مشكوك فيها والميراث يثبت بيقين لا بالشك¹.

الحالة الثانية:

أن يحكم القاضي بموت المفقود اجتهاداً منه، وهي وفاة احتمالية، ففي هذه الحالة التي لا يعلم فيها عن المفقود حياة أو موت ويحكم القاضي بموته بعد مدة من الزمن، فقد اختلف العلماء فيمن يستحق النصيب الموقوف له بناء على الخلاف القائم، إذا ما حكم على المفقود بالموت، فهل يعتبر ميتاً من تاريخ الحكم أم من تاريخ الفقد، وبناء على ذلك فالعلماء في هذه المسألة على قولين:

1- القول الأول:

يكون الموقوف للمفقود، كما لو علمت حياته بعد موت مورثه، فيدفع المال المحجوز لورثة المفقود، لأن الأصل حياته ولا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن تربصه، وهو رأي الحنابلة في الصحيح عندهم ورجحه كثير من فقهاء المذهب².

فيرون أنه ما دام لم يعلم موت المفقود حين وفاة مورثه، فإن ما يوقف له من إرث أو وصية يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها سائر أمواله، فينفق منه على زوجته، ويقضى منه دينه في مدة تربصه، ويورث عنه إذا حكم بموته، أما عن القدر الذي يوقف للمفقود من تركة مورثه، فغالبية أنصار هذا الرأي يقررون أن التركة يجب أن تقسم على فرض حياة المفقود، ثم تقسم مرة على فرض وفاته، ويعطى كل وارث اليقين، وهو أقل

¹ - مريم أحمد الداغستاني، الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 2001، ص 11.

² - ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 209؛ المرادوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 338؛ البهوتي، كشف القناع، ج 4، مرجع سابق، ص 464.

النصيبين على تقدير الحياة والوفاء ويعطى للمفقود نصيبه، أما ما زاد على ذلك فيكون للورثة أن يتصالحو عليه¹.

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بأن الموقوف يعطى للمفقود بما يلي:

1. طالما لم يحكم بموت المفقود، فإنه يرث من يتوفى من أقربائه أثناء فقده، لأنه لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور الحكم المشار إليه، أما قبل ذلك فإنه يعد حيا وتثبت له كل أحكام الأحياء.

2. ما دما قد سلمنا بأن المفقود لا يعتبر ميتا بالنسبة لأمواله الثابتة له إلا من تاريخ صدور الحكم بحيث لا توزع هذه الأموال إلا على ورثته الموجودين في هذا التاريخ المذكور، فإنه يتعين تقرير نفس المبدأ بالنسبة للأموال التي يكتسبها من غيره وقت الفقد بالميراث والوصية والهبة، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى الوقوع في التناقض، إذ يترتب عليه اعتبار المفقود حيا وميتا في آن واحد، فيكون حيا بالنسبة لأمواله الثابتة التي تركها قبل فقده، ويكون ميتا بالنسبة للأموال التي يكتسبها من غيره².

2- القول الثاني:

أن الحصة الموقوفة ترد على ورثة مورث المفقود، أي على ورثة المورث الأول، وليس لورثة المفقود استحقاق في ذلك، لأنه لا يعلم أيهما مات أولا ولا توريث مع الشك،

¹ - أنظر: البهوتي، كشاف الفناع، مرجع سابق، ج 4، ص 464؛ ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج 2، ص 399؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 1519.

وهناك رأي آخر يرى أن التركة تقسم على فرض حياة المفقود فقط، ورأي ثالث يقرر أن التركة تقسم على الورثة الموجودين لأن حياتهم محققة، أما المفقود فلا يرث للشك في حياته. أنظر: المغني والشرح الكبير، ص 209. وجدير بالذكر أن صاحب المغني قد خرج عن هذا المذهب الحنبلي في هذه المسألة وقرر أنه إذا حكم بموت المفقود، فإن نصيبه في التركة يرد إلى ورثة مورثه، ولكنه أجاز لورثة المفقود أن يتصالحو مع ورثة المورث على ما زاد عن نصيبه، على أن يكون ذلك قبل الحكم بموته. أنظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 211.

² - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مطبعة مخيمر، دون ذكر البلد والسنة، ص 255.

وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية ووجه عند الحنابلة واختاره منهم صاحب المغني وصاحب الإقناع¹.

فعلى خلاف الرأي السابق الإشارة إليه، يرى أصحاب هذا القول أن نصيب المفقود في الميراث أو الوصية يوقف إلى أن يتبين أمره، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد المال إلى ورثة المورث أو الموصي.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني برد الموقوف على ورثة مورث المفقود بما يلي:

1. احتجوا لذلك بأن استصحاب الحال، وإن كان يصلح سببا لإبقاء ما كان على ما كان، إلا أنه لا يصلح لإثبات أمر لم يكن ثابتا من قبل، وبديهي أن الإبقاء على أموال المفقود يعتبر إبقاء لما كان، في حين أن ضم نصيبه من إرث أو وصية فيه إثبات حق لم يكن ثابتا له.

2. من المسلم به أن تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث يعد شرطا لاستحقاق الإرث، ولما كان هذا الشرط غير متوفر بالنسبة للمفقود نظرا لأن حياته ليست ثابتة على وجه اليقين، فإن نصيبه في الإرث أو الوصية لا يضم إلى أمواله وإنما يوقف إلى أن يتبين أمره ويرتبط مصيره بمصيره².

3. أما الأموال التي كان يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكن مفقودا، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت سبب الملكية، أي أنه يعتبر بالنسبة لها ميتا من وقت الوفاة وذلك لأن حياته ثابتة بما يسمى له في الفقه باستصحاب الحال، أي اعتبار

¹ - أنظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج 6، ص 456؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص 486؛ النووي، المجموع شرح المذهب، ج 16، ص 68؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 208؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 464.

² - مصطفى خفاجي، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 93.

حال الحياة التي كانت قبل الفقد ثابتة بعده، واستصحاب الحال يصلح سببا لإبقاء الحقوق الثابتة ولا يصلح سببا لاكتساب حقوق جديدة¹.

أما عن القول بأن هذا من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في التناقض حيث يفرض المفقود حيا بالنسبة لأمواله الثابتة له ويفرض ميتا بالنسبة لأموال غيره، فيرد أصحاب الرأي الثاني بأنه قول غير صحيح، ذلك أننا لم نعتبره بالنسبة لأموال غيره ميتا بيقين، بل رجحنا احتمال حياته، فلما صدر الحكم أصبحت وفاته مؤكدة منذ ذلك الوقت، وبهذا يتوافر شرط استحقاق وراثته لأموال تركته، أما شرط خلافته هو لمورثه فقد كان محل شك قبل صدور الحكم المشار إليه، ثم انقلب هذا الشك إلى يقين بصدور هذا الحكم، وبذلك يكون شرط استحقاقه للإرث منتفيا سواء قبل الحكم أو بعده².

ويعلق الكاساني على ذلك بقوله: (والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة، لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله، ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة، لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان، واستصحابنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن، فتقع الحاجة إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن)³.

ثم يقول: (فالمفقود حاله غير معلوم يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، وهذا يمنع التوارث والبيونة، لأنه إن كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته، وإن كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه، والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته،

1 - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 584.

2 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 43؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 303؛ الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج 3، ص 312.

3 - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 313.

فلا يثبت بالشك والاحتمال، وكذلك البيونة على الأصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك، وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك¹.

الترجيح بين القولين:

في ظل وجود قولين، في مسألة استحقاق المفقود للميراث من غيره في حالة الحكم بموته أم رده على ورثة مورثه، ذهب البعض من الباحثين² إلى ترجيح ما ذهب إليه الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة، من أن الحصة الموقوفة للمفقود من تركة مورثه ترد على ورثة مورث المفقود، وذلك للأسباب الآتية:

- أنه لا يعلم أيهما مات أولاً ولا توريث مع الشك في أسبقية الوفاة، لأن من شروط التوريث أن يكون الوارث حياً يقيناً بعد موت مورثه، وهذا الشرط لم يتوفر في المفقود حيث حياته لم تكن متحققة عند موت من يرث منه.

- أن فرض حياة المفقود وقت الفقد هو الأصل، لكن ذلك يصلح لبقاء ما كان على ما كان أي لبقاء الحقوق الثابتة للمفقود له كما هي، ولا يصلح حجة لإدخال ملكية جديدة لم تكن ثابتة من ذي قبل، ذلك أن حياته ثابتة بما يسمى في الفقه باستصحاب الحال أي اعتبار حال الحياة التي كانت قبل الفقد ثابتة بعده.

- أما عن فائدة وقف نصيب المفقود، فلرجاء تحقق حياته بعد موت مورثه³.

1 - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 313.

2 - مؤمن أحمد ذياب، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 114

3 - محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 317.

*** كيفية توريث المفقود:**

أما عن كيفية استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود من تركة مورثه فذلك يتطلب التفرقة بين الحالات الآتية:

الأولى، (أن يكون المفقود لا يرث بحال، لأنه محجوب حجب حرمان من أحد الورثة الموجودين، وفي هذه الحالة تقسم التركة بين الورثة الموجودين عند وفاة المورث دون أي اعتبار للمفقود، لأن وجوده وعدمه سواء، فلا يرث لأنه محجوب)¹، ومثال ذلك كما لو كان المفقود ابن ابن مع وجود الابن الصلب.

الثانية، إذا كان المفقود يحجب من معه من الورثة حجب حرمان، وفيه لا نعطي للورثة شيئاً مطلقاً، بل توقف التركة كلها للمفقود، فإن ظهر حياً أخذ المال كله، وإن حكم بموته ردت التركة إلى الورثة كل بحسب نصيبه²، فإذا توفي شخص عن إخوة أشقاء أو لأب وابن مفقود، فإن التركة كلها توقف للابن لأنه يحجب الإخوة حجب حرمان، فإن عاد المفقود خلال مدة انتظاره استحق التركة وإلا ردت إلى الورثة.

والثالثة، إذا كان المفقود لا يحجب بقية الورثة حجب حرمان، وإنما يشاركهم في التركة، لكن أنصباؤهم تختلف على التقديرين، تقدير حياته وتقدير موته، وهنا يختلف الفقهاء في ميراثه وميراث من معه، على أقوال ثلاثة:

القول الأول: ذهب الحنفية³ والمالكية⁴، والمشهور عند الشافعية⁵، والحنابلة على الصحيح من المذهب⁶، من أن الورثة يعاملون مع المفقود بالأضر، فلا يعطون إلا ما تيقن لهم،

1 - محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب، دمشق - بيروت، ط 1، 2001، ص 306.

2 - محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار السلام، الجزائر، د.س، ص 193.

3 - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 313.

4 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 133.

5 - الشيرازي، المجموع شرح المذهب، ج 17، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.س، ص 69.

6 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 205.

فيعمل مسألتين: الأولى على فرض أنه حي والثانية على احتمال أنه ميت، ثم تقسم المسألة على التقديرين، فمن نقص حقه بحياته قدر نصيبه كما لو كان المفقود حيا، ومن نقص حقه بموته قدر نصيبه كما لو كان المفقود ميتا لأن ما زاد عليه مشكوك في استحقاقه له، ومن ورث في حال دون حال لم يعط شيئا حتى يتبين حاله.

القول الثاني: ذهب الشافعية في أحد الوجهين¹، من أن تقسم على تقدير موت المفقود فقط، لأن هذا هو الظاهر من حاله، إذ لو كان حيا لتوصل خبره غالبا.

القول الثالث: ذهب الشافعية في وجه² والحنابلة على قول³، من أن المسألة تقسم على تقدير حياة المفقود فقط، لأن الأصل حياته.

والراجع: هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لأنه وسط بين القولين، والأحسن للمفقود ولباقي الورثة.

وفيه يعطى كل وارث اليقين وهو أقل النصيبين على تقدير حياة المفقود أو وفاته، والباقي يوقف للمفقود إلى أن يتبين أمره كما هو الشأن بالنسبة لميراث الجنين⁴.

أي أن طريقة حل المسألة التي يكون فيها مفقود تكون كالتالي⁵:

- 1- تحل المسألة على فرض أنه حي،
- 2- تحل المسألة على فرض أنه ميت،
- 3- نوازن أنصبة الورثة الذين هم معه⁶.

1 - الشيرازي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 17، ص 69.

2 - المرجع نفسه، ص 69.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

4 - أنظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 6، ص 464؛ نظام وجماعة من علماء

الهند، الفتاوى الهندية، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص 318.

5 - أنظر: محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 505.

6 - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 466.

فإن كان المفقود يحجب الورثة حجب حرمان توقف التركة بأكملها إلى أن يتبين أمره، ومن سقط في إحداهما لم يأخذ شيئاً، ومن لم يختلف نصيبه في المسألتين أخذ اليقين وهو الأضر "الأسوأ" في حقه، ووقف الباقي وهو نصيب المفقود وفرق الأنصبة وقت ظهور المفقود فإن ظهر حياً أخذ نصيبه المحجوز وكمل للباقي أنصباؤهم، وإن حكم بموته أخذ الورثة التركة كل حسب نصيبه¹.

- أمثلة تطبيقية على ميراث المفقود:

ولتوضيح ذلك نقدم بعض الأمثلة:

(أ) أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد أو أنه يحجب الورثة حجب حرمان:

مثال أول:

لو فرضنا أن شخصاً توفي عن ابن مفقود وأخ شقيق وأخ لأم، فاستخراج النصيب الذي يوقف للمفقود يكون بإتباع الآتي:

نضع هنا مسألتين، إحداهما على فرض الحياة والثانية على فرض الموت.

1- يفرض المفقود حياً: فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	ابن مفقود	أخ شقيق	أخ لأم
الأنصبة	الباقي تعصيباً	محجوب	محجوب

2- يفرض المفقود ميتاً: فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

¹ - أنظر: يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 155؛ محمد محدة، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 279.

الورثة	ابن مفقود	أخ شقيق	أخ لأم
الأنصبة	0	الباقي تعصيبا	6/1
أصل المسألة (6)	0	6/5	6/1

بالمقارنة بين فرضي المسألة نجد أن المفقود حجب جميع الورثة حجب حرمان فنوقف جميع التركة ولا نقسمها حتى يستبين حال المفقود.

مثال ثان:

لو فرضنا أن شخصا توفي عن ابن مفقود، وعم.

1- **يفرض المفقود حيا:** فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	ابن مفقود	عم
الأنصبة	الباقي تعصيبا	محجوب

2- **يفرض المفقود ميتا:** فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	ابن مفقود	عم
الأنصبة	0	الباقي تعصيبا

بالمقارنة بين فرضي المسألة، نلاحظ أن المفقود حجب الوارث الذي معه حجب حرمان، فنوقف جميع التركة حتى يستبين حال المفقود.

ب) أن يكون مع المفقود ورثة آخرون يشاركونه التركة أنصبتهم ثابتة لا تختلف على التقديرين:

مثال أول: توفيت عن: زوج، وعم، واثنين أخ لأم، وأخ لأب مفقود.

1- يفرض المفقود حيا: فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	زوج	عم	أخوين لأم	أخ لأب مفقود
الأنصبة	2/1	محجوب	3/1	الباقي تعصيبا
أصل المسألة (6)	3		2	1

2- يفرض المفقود ميتا: فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	زوج	عم	أخوين لأم	أخ لأب مفقود
الأنصبة	2/1	الباقي تعصيبا	3/1	0
أصل المسألة (6)	3	1	2	0

بالمقارنة بين فرضي المسألة، نلاحظ أن نصيب كل من الزوج والأخوين لأم لا يتغير، فيعطى كل منهما نصيبه كاملا، ويحجز نصيب الأخ لأب المفقود، فإن ظهر حيا أخذه وإن تبين وفاته أخذه العم.

مثال ثان: توفي عن: زوجة، و أم، وعم لأب، وأخ شقيق مفقود.

1- يفرض المفقود حيا:

الورثة	زوجة	أم	عم لأب	أخ شقيق مفقود
الأنصبة	4/1	3/1	محبوب	الباقي تعصبا
أصل المسألة (12)	3	4	0	7

2- يفرض المفقود ميتا: فتكون الأنصبة وأصل المسألة:

الورثة	زوجة	أم	عم لأب	أخ شقيق مفقود
الأنصبة	4/1	3/1	الباقي تعصبا	0
أصل المسألة (12)	3	4	7	0

بالمقارنة بين فرضي المسألة، نجد أن نصيب كل من الزوجة والأم لا يتغير، فتعطى كل منهما نصيبها كاملا، ويحجز نصيب الأخ الشقيق المفقود، فإن ظهر حيا أخذه وإن تبين وفاته أخذه العم لأب.

ج) أن يكون مع المفقود ورثة آخرون يشاركونه التركة لكن أنصبتهم تختلف على التقديرين:

مثال أول:

إذا فرضنا أن شخصا توفي عن أب و أم و زوجة و ابن مفقود، فإن استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود يكون بإتباع الآتي:

نضع هنا مسألتين، إحدهما على فرض الحياة والثانية على فرض الموت، ثم نستخرج الجامعة، ونحتفظ بالموقوف إلى أن يتبين الحال¹.

¹ - محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 194.

1- يفرض المفقود حيا: فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	زوجة	أب	أم	ابن (مفقود)
الأنصبة	8/1	6/1	6/1	الباقي تعصبا
أصل المسألة (24)	3	4	4	13

2- يفرض المفقود ميتا: فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	زوجة	أب	أم	ابن (مفقود)
الأنصبة	4/1	الباقي تعصبا	3/1 الباقي بعد نصيب الزوجة	0
أصل المسألة (4)	1	2	1	0

ثم نوجد أصل المسألتين، بإيجاد المضاعف المشترك الأصغر للمسألتين، بضرب

الثانية في 6، لتكون كالأولى من 24 سهما، فتصبح أنصبة الورثة:

الورثة	الأصل	الزوجة	الأب	الأم	الابن (المفقود)
على فرض حياة المفقود	24	3	4	4	13
على فرض موت المفقود	24	6	12	6	صفر

النتيجة: يعطى كل وارث الأقل (الأضر) في الفرضين السابقين:

الورثة	الزوجة	الأب	الأم	الابن (المفقود)
الأصل	3	4	4	13 موقوفة

فيكون مجموع الموقوف 13 سهما، فتظل موقوفة إلى أن يتبين أمر المفقود، فإن ظهر حيا أخذها، أما إن حكم القاضي بموته فإنها ترد إلى مستحقيها¹، فتأخذ منها الزوجة 3، والأب 8، والأم 2.

مثال ثان:

إذا فرضنا أن امرأة توفيت عن: أختين لأب، وعم لأب، و زوج مفقود، فإن استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود يكون بإتباع الآتي:

نضع مسألتين، إحداهما على فرض الحياة والثانية على فرض الموت، ونحتفظ بالموقوف إلى أن يتبين حال المفقود².

1- **يفرض المفقود حيا:** فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	زوج مفقود	أختين لأب	عم لأب
الأنصبة	2/1	3/2	الباقي تعصبا
أصل المسألة (6)	3	4	4
تعول المسألة (7)	3	4	0

2- **يفرض المفقود ميتا:** فتكون أنصبة الورثة وأصل المسألة كما يأتي:

الورثة	زوج مفقود	أختين لأب	عم لأب
الأنصبة	0	3/2	الباقي تعصبا

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 68.

² - محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 194.

1	2	0	أصل المسألة (3)
---	---	---	-----------------

ثم نوحّد أصل المسألتين، بإيجاد المضاعف المشترك الأصغر للمسألتين، بضرب الأولى في ثلاثة والثانية في سبعة، لتكون كأولى من 21 سهما، فتصبح أنصبة الورثة:

الورثة الأصل	زوج مفقود	أختين لأب	عم لأب	
21	9	12	0	على فرض حياة المفقود
21	0	14	7	على فرض موت المفقود

النتيجة: يعطى كل وارث الأقل (الأضر) في الفرضين السابقين:

الورثة	زوج مفقود	أختين لأب	عم لأب
الأصل (21)	9 موقوفة	12	0

فيكون مجموع الموقوف 9 سهام، فتظل موقوفة إلى أن يتبين أمر المفقود، فإن ظهر حيا أخذها، أما إن حكم القاضي بموته فإنها ترد إلى مستحقيها¹، فيأخذ منها العم لأب 7، تكمل سهمان للأختين لأب.

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 68.

ثانيا: ميراث المفقود من الغير في القانون الجزائري وبعض التشريعات المقارنة:

1- ميراث المفقود من الغير في القانون الجزائري:

ينبغي بداية التفرقة بين الحكم بفقدان الشخص والحكم بموته، فقبل الحكم بالفقد لا يمكن اعتبار الشخص مفقودا، ومن ثم فلا مجال للكلام عن أية أحكام تتعلق بالمفقود، والمادة 109 من قانون الأسرة صريحة في عبارتها الأخيرة على أنه: " لا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، وعلى ذلك فإننا نقصد بمركز المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا مركزه بعد الحكم بفقده وقبل الحكم باعتباره ميتا، أي في الفترة ما بين صدور الحكم بفقده وصدور الحكم باعتباره ميتا.

وفي هذا الصدد تنص المادة 115 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أنه: " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته"، كما نصت المادة 133 من هذا القانون في فقرتها الأولى على أنه: " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

من هاتين المادتين نستخلص أن المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا، يعتبر حيا بالنسبة لجميع الأحكام دون تفرقة بين الأحكام التي تضره وتفيد غيره كتقسيم أمواله على وراثته، والأحكام التي تفيدته وتضر غيره كاستحقاقه الإرث عن مورثه، فقبل الحكم باعتباره ميتا تبقى له شخصيته القانونية¹، ومن ثم تكون له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

وترتبا على ذلك فإن أموال المفقود الخاصة تظل ملكا له ولا توزع على وراثته، وذلك بصريح نص المادة 115 من قانون الأسرة حيث لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله

¹ - تطبيقا لنص المادة 1/25 من القانون المدني: (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته).

على ورثته إلا بعد صدور الحكم باعتباره ميتا، ومن ثم فإنه قبل صدور هذا الحكم تبقى أمواله مملوكة له.

كذلك يرث المفقود في تركة غيره بصريح نص المادة 133 التي تعتبر الوارث المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا وتعتبره حيا، ولذلك فإن المفقود قبل صدور هذا الحكم يدخل ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بفقده وقبل الحكم باعتباره ميتا، وطالما أن المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا يعتبر في نظر القانون الجزائري حيا فإنه تصح له الوصية والهبة.

ومما لا شك فيه أن استحقاق المفقود الإرث في تركة غيره، واستحقاقه الوصية والهبة عن غيره، هي أمور أو أحكام تتفع المفقود وتضر غيره، ومع ذلك فإن المال المورث للمفقود عن غيره والمال الموصى له بها والموهوب له يكون ملكا خاصا له ولا يعاد إلى تركة مورثه أو تركة الموصي أو إلى الواهب إذا حكم باعتباره ميتا بعد ثبوت حقه في الإرث أو الوصية أو الهبة، بل يدخل هذا المال ضمن تركة المفقود ويوزع على ورثته هو¹، وليس على الورثة الذين كانوا ينتظرون التأكد من وضعيته، فهو من الناحية القانونية حي وبالتالي تتأكد ملكيته لنصيبه²، وهذا ما يستفاد من المادة 111 من قانون الأسرة " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع... "، ذلك أن من بين المهام المنوطة بالمقدم الذي تعينه المحكمة في الحكم الذي تصدره بفقد المفقود، تسيير أموال المفقود وتسلم ما استحقه قبل أن يحكم بموته، من

¹ - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص 944.

² - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 182.

ميراث أو تبرع ريثما يتم توزيعه مع باقي أموال المفقود على ورثته عندما يحكم باعتباره ميتا¹.

وعليه يتضح أن مركز المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا في القانون الجزائري، هو مركز أخذه عن مذهب الإمام أحمد بن حنبل الذي لا يفرق في هذا الشأن بين الأحكام التي تضر المفقود وتتفع غيره والأحكام التي تتفع المفقود وتضر غيره حيث يعتبر حيا بالنسبة لها جميعا طالما لم يصدر الحكم باعتباره ميتا بعد.

وجدير بالذكر أن موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بمركز المفقود قبل الحكم باعتباره ميتا يختلف عن موقف المشرع المصري الذي يأخذ بمذهبي الإمام أبي حنيفة والإمام مالك، حيث يفرق بين الأحكام التي تضر المفقود وتتفع غيره والأحكام التي تتفع المفقود وتضر غيره. ففي القانون المصري يعتبر المفقود قبل الحكم بموته حيا بالنسبة للأحكام التي تضره وتفيد غيره، فتبقى أمواله ولا توزع على ورثته، بينما يعتبر المفقود ميتا من يوم فقده وقبل صدور الحكم باعتباره ميتا، وذلك بالنسبة للأحكام التي تتفعه وتضر غيره، فلا يرث في تركة غيره ولا يحكم له باستحقاق الوصية التي يوصى له بها، ولكن نظرا لاحتمال ظهور هذا المفقود حيا فإن نصيبه في الإرث أو الوصية يحجز له تحت يد أمين لحين ظهوره حيا أو لحين الحكم باعتباره ميتا، فإن ظهر حيا أخذ نصيبه في الإرث أو الوصية، وإن حكم باعتباره ميتا أعيد نصيبه في الإرث والوصية إلى تركة المورث الأصلي أو الموصي ووَزَع على ورثة هذا المورث أو الموصي وليس على ورثة المفقود.

وعلى ضوء ذلك فإن ما يقوله البعض² (وفي هذه المرحلة - أي المرحلة الأولى من المراحل التي يمر بها المفقود التي تبدأ بصدور حكم بإثبات فقده - يعتبر المفقود حيا بالنسبة للأموال التي تضره إذا افترضنا موته فلا يقسم ماله على ورثته (المادة 115 من

¹ - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 944.

² - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق في القانون المدني الجزائري، دون ذكر دار النشر، 1985، ص 106.

قانون الأسرة) وفيما يتعلق باستحقاق الميراث فقد نصت المادة 133 من قانون الأسرة على أنه إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113، ثم يضيف: وإذا حكم القاضي باعتبار المفقود ميتا فإنه يعتبر ميتا من تاريخ هذا الحكم كما لو كان موته حقيقيا... وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم (المادة 115) ومن ناحية أخرى يعتبر المفقود ميتا من تاريخ الفقد بالنسبة لمال غيره أي بالنسبة للإرث من غيره وبالنسبة لتلقي الوصية وهذا هو حكم الفقه الإسلامي استكمالا لما أورده القانون).

ويرى الأستاذ أبو النجا¹ أن هذا القول هو مجرد نقل لأحكام القانون المصري ووضعها كشرح أو تفسير لنصوص القانون الجزائري، دون إدراك لمعنى هذه النصوص رغم صراحتها ووضوحها، فكيف يستقيم القول " نصت المادة 133 من قانون الأسرة على أنه إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا " مع القول " يعتبر المفقود ميتا من يوم الفقد بالنسبة لمال غيره أي بالنسبة للإرث من غيره "، أي قبل أن يحكم بموت المفقود بأربع سنوات على الأقل.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القول بأن " هذا هو حكم الشريعة الإسلامية استكمالا لما أورده القانون "، هو قول عشوائي ليس له ما يبرره في هذا المجال، فطبقا للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري لا يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلا عند عدم وجود نص تشريعي²، والنص التشريعي في هذا المجال موجود وكامل وصريح وواضح ولا يحتاج فهمه أي عناء، وهو نص المادة 133 من قانون الأسرة، فإذا كانت هذه المادة تنص على أنه "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا..."، أفليس معنى هذا أن هذا الوارث المفقود الذي يعتبر حيا قبل صدور الحكم بموته، يرث من غيره ويوصى له ويوهب له على النحو الذي يثبت للأحياء؟

¹ - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 942.

² - جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري " ... وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، .."

ومهما يكن فإن موقف المشرع الجزائري واضح وصريح ويختلف اختلافا كبيرا مع موقف المشرع المصري، كما سيأتي بيانه.

وإذا كان بعض الشراح في مصر يرون أن عدم حصول المفقود على نصيبه من الإرث في تركة غيره، يرجع إلى أن قواعد المواريث تشترط لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه، وان حياة المفقود قبل الحكم بموته تكون غير محققة ومن ثم فهو لا يرث في تركة غيره لا لأنه يعد ميتا، ولكن لأن حياته غير محققة.

فهذا الرأي ربما لا يتماشى مع نصوص قانون الأسرة السابق ذكرها، كما أنه إذا كانت حياة المفقود قبل الحكم بموته غير محققة ومن ثم فهو لا يرث في تركة غيره، فإن وفاة المفقود بعد الحكم بموته أيضا غير محققة، وكان مقتضى منطق هذا الرأي عدم توزيع أمواله على ورثته، لأن المفقود رغم الحكم بموته قد يكون حيا، وقواعد المواريث لا تجيز بغير شك أن يورث الشخص وهو ما زال حيا، ورغم ذلك فإنه من المسلم به أن الحكم بموت المفقود يترتب عليه توزيع أمواله على ورثته¹.

ولذلك فموقف المشرع الجزائري في هذا الشأن الذي يعتبر المفقود قبل الحكم بموته حيا، هو أقرب إلى الحقيقة والصواب من موقف المشرع المصري.

2-ثانيا: ميراث المفقود من الغير في بعض التشريعات المقارنة:

أ- في القانون المصري:

أخذ المشرع المصري بوجهة نظر الحنفية والمالكية، وذلك بموجب المادتين 2 و45 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943، حيث نصت المادة الأولى على أنه: "يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا

¹ - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 941.

"، ونصت المادة الثانية¹ بأن: "يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه.."².

فقد قرر المشرع المصري ردّ هذا النصيب إلى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصي الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصي ليزرع فيما بينهم، وهذا يعني أن المشرع عامل المفقود في هذه الحالة كما لو كان ميتا من تاريخ الفقد، لا من تاريخ الحكم، ويبرر هذا الخروج عن الأصل أن حياة المفقود طوال فترة الفقد ليست إلا مجرد حياة احتمالية لا تكفي لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره، حيث أن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية هو تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصي³.

فقد نظم المشرع المصري هذه المسألة بنص حاسم، وهو ما يعود بنا إلى الخلاف الواقع عند بعض شراح قانون الأسرة الجزائري في مسألة ميراث المفقود، والذي نرى أن أحد أسبابه يكمن في تردد المشرع وعدم النص صراحة وبشكل حاسم على هذه المسألة، فالمادة 133 السابقة، ذكرت أن الوارث إذا كان مفقودا فهو يعتبر حيا، وسكنت دون الإشارة إلى أن المال الموقوف يكون من حقه هو ويوزع على ورثته هو أن حكم بموته، ولا يرد على ورثة مورثه.

وعند نظرنا في موقف المشرع المصري نجده قد أخذ برأي الحنفية والمالكية، ونص على هذه المسألة الخلافية بنص حاسم، وهو رد النصيب الموقوف على ورثة مورث المفقود وقت موته، ولم يكتفي بفكرة وقف ذلك النصيب دون بيان مصيره، وهو ما نراه مسألة مهمة تستدعي إعادة النظر في نص المادة 133 من قانون الأسرة، بالنص

1 - ونجد أن قانون الأحوال الشخصية الكويتي أيضا قد أخذ في مادته 332 بحكم مطابق لهذه المادة من قانون الموارث المصري؛ أنظر: دعيح المطيري، أحكام الميراث على ضوء قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002، ص 197.

2 - كما أخذت بهذا الحكم أيضا مجلة الأحكام العدلية، أنظر في ذلك: سليم رستم، شرح المجلة، دار الثقافة، الأردن، د.س، ص 21.

3 - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، مرجع سابق، ص 144.

صراحة على أن المال الموقوف للمفقود الذي اعتبر حيا، سيوزع على ورثته هو إن حكم بموته، ولا يرد على ورثة مورث المفقود وقت موته.

وقد وضع المشرع المصري الإجراءات الواجبة الإلتباع في قسمة أموال الشركة أو غيرها من الأموال التي يكون المفقود شريكا فيها، فأوجب على الوكيل أن يستأذن المحكمة في قسمة هذه الأموال بالتراضي إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك، على أن تقوم المحكمة بتعيين الأسس التي تجري عليها القسمة والإجراءات التي يلزم إلتباعها، كما أوجب عليه أيضا أن يعرض على المحكمة عقد القسمة لكي تتأكد من عدالتها¹.

أما إذا رأت المحكمة أن القسمة الاتفاقية لا تكفل الحفاظ على حقوق المفقود، فيكون لها أن تأمر باتخاذ إجراءات القسمة القضائية، وفي هذه الحالة يتعين تصديق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص، ويجوز لهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم في جلسة تحدد لذلك².

وإذا رفضت التصديق، تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم، ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص³.

وفضلا عن ذلك فقد نص المشرع المصري على أنه: " إذا رفعت دعوى على المفقود من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضررا جسيما"⁴.

1 - المادة 1/40 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال.

2 - المادة 2/40، 3 من المرسوم المشار إليه.

3 - المادة 4/40، 5 من المرسوم المشار إليه.

4 - المادة 41 من المرسوم السابق المشار إليه.

وقد خوّلت نصوص قانون المرافعات المصري النيابة العامة السلطات التي تمكنها من الحفاظ على حقوق المفقود في تركة الغير، وأوجبت على أقارب الشخص المفقود أن يبلغوها بغياب أي احد من أفراد الأسرة متى كان مقيما معهم، وذلك تحت العقوبات الجنائية المتمثلة في الغرامة أو الحبس لمدة لا تتجاوز السنة أن كان القصد من عدم التبليغ هو الأضرار بالغائبين¹.

ومتى تم إبلاغ النيابة العامة كان عليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الغائبين بأن تحصر مؤقتا ما لهم من الأموال الثابتة أو المنقولة وما عليهم من التزامات في محضر يوقع عليه ذوو الشأن، ولها أن تأمر بوضع الأختام على كل أو بعض الأموال وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 955 وما بعدها من قانون المرافعات المصري، ولها بناء على ما يصدر من قاضي الأمور الوقتية، أن تأمر بنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان آمن².

كما لها أن تتخذ كل الإجراءات التحفظية التي من شأنها الحفاظ على أموال المفقود³.

ومتى تم جرد الأموال كان على النيابة العامة أن تقوم بتسليمها إلى وكيل الغائب على أن ترفع محضر الجرد إلى المحكمة للتصديق عليه بعد التحقق من صحة البيانات الواردة فيه⁴.

وإذا عينت المحكمة للتركة مصفيا قبل التصديق على محضر الجرد، يتولى المصفي جرد التركة كلها ويحرر محضرا مفصلا بما لها وما عليها يوقعه هو وممثل

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 70.

2 - نفس المرجع السابق، ص 70.

3 - أنظر المادتين 984 و985 من قانون المرافعات المصري.

4 - أنظر المادتين 989 و990 من قانون المرافعات المصري.

النيابة العامة ووكيل الغائب ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، أما إذا كان تعيين المصفي بعد التصديق على محضر الجرد فيسلم الوكيل عن الغائب نصيبه في الشركة إلى المصفي بمحضر يوقعه هو والمصفي وممثل النيابة العامة ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، وذلك ما لم يرد المصفي إبقاء المال كله أو بعضه تحت تصرف يد الوكيل عن الغائب لحفظه وإدارته مؤقتا حتى تتم التصفية، ويثبت ذلك على نسختي محضر الجرد المشار إليه ويوقع عليه الأشخاص السابق ذكرهم، وعند انتهاء التصفية يسلم ما يؤول إلى الغائب من الشركة إلى وكيله مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادة 989 وما بعدها¹.

ب- في القانون الفرنسي:

أخذت مجموعة نابليون بالرأي الذي كان سائدا في القضاء الفرنسي خلال القرن الثامن عشر، ومؤداه عدم جواز توريث الغائب أو أخذه للوصية إلا إذا ثبتت حياته عند تقسيم أموال الشركة²، وقد ورد النص على ذلك صراحة في المادة 136 من القانون المدني القديم التي جاء فيها: " إذا كان ضمن الورثة شخص لم تثبت حياته عند قسمة أموال الشركة، فإن هذه الشركة تؤول بأكملها إلى من كانوا يشاركونه فيها، أو إلى من كانوا يستحقونها في حالة عدم وجوده"³.

وطبق القضاء الفرنسي هذا النص، فلم يجز توريث الغائب من تركة من يتوفى من أقربائه إلا إذا ثبتت حياته على وجه اليقين، بل إن بعض المحاكم قضت بعدم جواز وقف

¹ - أنظر المادة 991 من قانون المرافعات المصري.

² - Hernán Corral Talciani et María Sara Rodríguez Pinto, Op.cit. p 553-580.

³ - يعد هذا النص تطبيقا للمادة 135 مدني قديم التي كانت تنص على أنه : إذا نشأ حق لصالح شخص حياته ليست محققة، فعلى من يطالب بذلك الحق أن يقيم الدليل على أن هذا الشخص كان على قيد الحياة عند نشوء الحق، فإن عجز عن إثبات ذلك وجب رفض الطلب.

المال الذي يوصي به الغير للغائب حتى ولو كان الموصي قد كلف من يقوم بتنفيذ الوصية بإدارة هذا المال إلى يتبين مصير الغائب.

ونظرا لما ينطوي عليه هذا الحكم من إحفاف بالغائب، لاسيما إذا لاحظنا أن الورثة لم يكونوا ملزمين بتقديم كفالة تضمن حصول الغائب على نصيبه في تركة الغير عند عودته، فقد عدل المشرع الفرنسي عن الأخذ به، وتقرر ذلك بموجب المادة الثالثة من قانون 28 ديسمبر 1977 التي أضافت إلى المادة 725 من التقنين المدني فقرة جديدة تقضي باستحقاق الغائب لنصيبه في تركة الغير إذا حدث أن توفي هذا الغير أثناء غيابه، على أن النص المذكور قد قصر هذا الحكم على حالة وفاة المورث أثناء مرحلة الغيبة المفترضة، أما إذا حدثت الوفاة بعد إعلان ثبوت الغيبة، فإن الغائب لا يستحق شيئا من أموال التركة¹.

ولما كان وكيل الغائب يتمتع وفقا للنصوص القائمة بنفس السلطات المعترف بها للوصي، فإنه يستطيع قبول التركة تحت شرط الجرد دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة، أما إذا رأى قبول التركة دون اشتراط هذا الشرط، أو إذا قرر رفضها، فإنه يلتزم بالحصول على موافقة المحكمة على هذا التصرف².

كذلك لا يستطيع الوكيل أن ينوب عن الغائب في قسمة أموال التركة أو أية أموال أخرى يكون الغائب شريكا فيها إلا بعد استئذان المحكمة، وهو ما ورد بالمادة 116 من القانون المدني الفرنسي³.

وتشير المادة 836 إلى أنه إذا لم يكن جميع الورثة حاضرين فإن القسمة يجب أن تتم أمام القضاء⁴.

¹ -مادة 2/725 مدني فرنسي "Peut succéder celui dont l'absence set présumée selon l'article 112"

² - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 73.

³ - أنظر المادة 116 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ - أنظر المادة 836 من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثاني: أثر صدور الحكم بالفقد على أسرة المفقود:

إضافة إلى الآثار المتعلقة بأموال المفقود، فإنه يترتب على اعتبار المفقود حيا في مرحلة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته، وجوب النفقة في ماله لكل من له عليه حق النفقة، فضلا على الإبقاء على رابطة زوجيته.

وتوضيح ذلك، يتطلب منا أن نبين أولا تحديد المستحقين للنفقة والأموال التي يثبت فيها هذا الحق، ثم نأتي بعد ذلك إلى الآثار التي تترتب على الفقد بالنسبة لزوجة المفقود، وأثر الفقد على أولاده القصر.

الفرع الأول: وجوب النفقة لذوي المفقود:**أولا: المستحقون للنفقة من مال المفقود:**

يثبت حق النفقة لزوجة المفقود ولفروعهم وإن نزلوا وأصوله وإن علوا، مع الإشارة إلى أن النفقة تجب للزوجة حتى في حالة كونها موسرة، لأن حقها في النفقة يثبت بالعقد والاحتباس، ولا يتأثر باليسار والعسرة¹، أما من سواها فلا يستحق النفقة إلا إذا كان محتاجا لها².

وعلى ذلك يثبت حق النفقة لزوجة المفقود، ولأولاده الصغار، والكبار من الإناث والذكور المصابين بمرض يمنعهم من العمل³، كما يثبت هذا الحق أيضا لأصول المفقود كأبيه وأمه وإن علوا، ما داموا في حاجة إلى النفقة.

1 - حيث نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون "

2 - وقد نصت على ذلك المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث "

3 - تنص المادة 2/75 من قانون الأسرة: " .. وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بأفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة ويسقط بالاستغناء عنها بالكسب "

وإذا تطلب الأمر رفع دعوى قضائية لإثبات حق من ذكرنا في النفقة من مال المفقود، فإن تقرير هذا الحق من طرف القاضي لا يعتبر قضاء على الغائب بغير خصم، وهو ما لا يجوز في نظر أغلبية الفقه الإسلامي، وإنما يعد تمكيناً للمستحق من الحصول على حقه في النفقة، وعلّة ذلك أنهم لو ظفروا بحقهم كان لهم أن يأخذوه بغير قضاء¹.

ويستند الفقه في ذلك، إلى ما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم، قد أجاز لهند امرأة أبي سفيان، عندما شكت إليه من تقثير زوجها عليها، أن تأخذ من ماله ما يكفيها هي وولدها بالمعروف²، وفضلاً عن ذلك فإن الإنفاق على الزوجة والأولاد فيه رعاية لمصلحة المفقود، لأنه يكفل الإبقاء على رابطة زوجيته والمحافظة على أولاده.

ويرى كثير من الفقهاء، أن للقاضي أن يطلب من مستحقي النفقة تقديم كفيل يضمن رد النفقة إذا تبين فيما بعد أن الزوج قد فارق زوجته أو أنه قد عجل لها النفقة عن مدة معينة³، في حين يرى البعض في هذه المسألة أن القاضي ليس له أخذ كفيل من غير خصم يطلب ذلك، وبما أنه لا يوجد هنا خصم، فإنه يكون للقاضي أن يحكم بالنفقة بدون كفالة⁴.

وليس للوكيل أو القاضي أن ينفق من مال المفقود على غير من سبقت الإشارة إليهم، كما لو كان للمفقود أخ أو عم فقير عاجز عن الكسب، لأن نفقة ذوي الأرحام لا

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 78.

2 - جاء في صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل: (حدثني محمد بن المثنى حدثنا يحيى عن هشام قال: أخبرني أبي عن عائشة: أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف). أنظر: البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط 1، 2002، ص 1367.

3 - أنظر: السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 135؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 8، مرجع سابق، ص 315.

4 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 39.

تتقرر بغير قضاء، والقضاء على الغائب أو المفقود بغير خصم لا يجوز كما سبقت الإشارة، فسلطة القاضي لا يجوز أن تتعدى تلك الحالات التي تتحقق فيها مصلحة المفقود، وهذا غير متوفر بالنسبة لنفقة ذوي الأرحام، لأنها لا تتقرر بناء على صلة الدم المباشرة، وإنما تعد من قبيل البر بهم والإحسان إليهم¹.

وقد وافق المشرع الجزائري هذا النظر، عندما نص على سلطات المقدم في التصرف في أموال المفقود، بإحالاته على المادة 88 من قانون الأسرة، والتي أكدت على وجوب تصرف المقدم في تلك الأموال تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، ولم يجرز للمقدم التبرع بمال المفقود، ولا أن يطلب إنفاذاً بذلك².

وبالعودة إلى التشريع المقارن، نجد أن المشرع المصري قد خالف هذا النظر، عندما أجاز للوكيل التبرع بمال المفقود، شريطة أن يكون ذلك لأداء واجب إنساني أو عائلي وبعد الحصول على إذن المحكمة³.

ثانياً: الأموال التي يثبت فيها حق النفقة:

إذا حصل مستحقوا النفقة على حقهم كالأطعمة والملابس كان لهم أن يأخذوها، لأن حقهم في ذلك ثابت بمقتضى الشريعة الإسلامية ولا يتوقف على صدور حكم قضائي به، والأصل في هذا هو حديث هند امرأة أبي سفيان السابق الإشارة إليه.

وإذا كان للمفقود أموال سائلة أو أعيان تدر ريعاً نقدياً، وجب على الوكيل الإنفاق منه عليهم، وذلك بعد رفع الأمر إلى القاضي ليتولى تقدير النفقة المستحقة لهم، كما

¹ - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 135؛ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 315؛ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 39.

² - أنظر المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

³ - أنظر المادة 38 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال. عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكمل لها، مرجع سابق، ص 119.

يكون للوكيل أن يقوم ببيع كل ما يتسارع إليه الفساد من الأموال المنقولة والإنفاق عليهم من حصيلة بيعه بعد الحصول على إذن المحكمة.

غير أن سلطة بيع ما يخشى فساده من الفواكه والأمتعة لا تثبت إلا للوكيل، فإن لم يوجد وجب أن يتم البيع بأمر القاضي، فإذا قامت الزوجة أو الإبن ببيع شيء من ذلك بدون إذن القاضي، فإن بيعهما يكون باطلا، لأن بيع هذه الأشياء يعد من أعمال الحفظ، وهذه الأعمال ليست في متناول الزوجة أو الأبناء، إذ أن حقهم ينحصر في استيفاء النفقة.

وفيما عدا ما يسارع إليه التلف من الأموال المنقولة، لا يجوز للوكيل أو للقاضي أن يبيع شيئا من أموال المفقود الأخرى، سواء كانت عقارية أو منقولة، في نفقة أو في غيرها، وعلّة هذه التفرقة بين ما يخشى فساده وما لا يخشى فساده من الأموال، هي أن البيع بالنسبة للطائفة الأولى يعد من أعمال الحفظ، وذلك لأن حفظ صورة المال ومعناه قد أصبح متعذرا فيصار إلى حفظ معناه، أما أموال الطائفة الثانية، فإن بيعها يعد من أعمال التصرف التي يمتنع على القاضي أو الوكيل القيام بها، لأن سلطة كل منهما تنحصر في المحافظة على حقوق المفقود¹.

على أن الحكم السابق لا يسري على أب المفقود، إذ يرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا كان محتاجا للنفقة فله أن يبيع شيئا من أموال ابنه المنقولة دون العقارية، وذلك حتى ولو لم يكن الشيء المبيع مما يتسارع إليه التلف والفساد، وظاهر ما في هذا الحكم من مخالفة صريحة للقواعد القياسية وأنه قد تقرر على سبيل الاستحسان.

فالأصل وفقا للقياس أن سلطة البيع لا تثبت إلا للولي، ولما كانت ولاية الأب تزول عند بلوغ ابنه، فإنه يمتنع على الأب ببيع أموال ابنه الكبير، عقارية كانت أم منقولة،

¹ - السيواسي، شرح فتح القدير، ج 6، مرجع سابق، ص 135.

وبصرف النظر عما إذا كان الابن غائبا أم حاضرا لأن الغائب والحاضر في حكم ولاية الأب عليه سواء¹.

لكن يلاحظ من ناحية أخرى، أن ولاية الأب وإن زالت بالبلوغ، إلا أن أثرها يظل باقيا، ومتى ثبت بقاء أثر ولاية الأب فإنه يأخذ حكم الوصي في حق الوارث الكبير الغائب، ولما كان من المسلم به أنه يحق للوصي المذكور بيع المنقولات دون العقارات على اعتبار أن بيع الأولى يعد من قبيل أعمال الحفظ التي تدخل في سلطته نظرا لأن حفظ ثمنها قد يكون أيسر من حفظ عينها، وهذا بعكس الحال بالنسبة للعقارات إذ أنها محصنة بنفسها، فإنه يكون لأب المفقود أيضا أن يبيع المنقول دون العقار.

كما يجوز الإنفاق على ذوي المفقود من الوديعة والدين اللذين قد يكونان لهذا الأخير في ذمة الغير، شريطة أن يكون المودع لديه والمدين مقرين بالوديعة والدين والزوجية والنسب، ويغني عن الإقرار علم القاضي، لأن علم القاضي بذلك أقوى من الإقرار².

وقد خالف البعض ذلك، فلم يجز الإنفاق من الوديعة أو الدين، مستندا في ذلك إلى القاعدة التي تقضي بعدم جواز القضاء على الغائب بغير خصم حاضر، لأن مؤدى هذه القاعدة يوجب في نظره، عدم الاعتداد بإقرار المودع لديه أو المدين، إذ أن كلا منهما ليس بخصم عن المفقود.

على أن أغلبية الفقه لا تسلم بهذا الرأي، وترى أنه إذا كان المودع لديه أو المدين مقرا بأن في يده ملك المفقود وأن للزوجة والأولاد حق الإنفاق منه، وجب الأخذ بإقراره، لأن إقرار الإنسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده، ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود.

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 81.

2 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 81.

هذا إذا كان المفقود مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضي عالما بهما معا، أما إذا كان القاضي يعلم بأحد الأمرين فقط، فيشترط الإقرار بالأمر الآخر، فإن جده المدين فلا يجوز لطالب النفقة أن يقيم البينة عليه، لأنه إذا كان منكرا للدين، فإن طالب النفقة لا يثبت الحق لنفسه، بل يثبت للمفقود، وهو ليس بخصم عنه وإن كان منكرا للزوجية، فإن طالب النفقة يثبت قيام الزوجية على المفقود، والمدين ليس بخصم عنه في إثبات الزوجية عليه¹.

ويرى غالبية الفقه أن وفاء المدين أو المودع لديه بما في ذمته إلى مستحقي النفقة بدون إذن القاضي لا يبرئه، لأنه يكون قد دفع مال الغير إلى الغير بدون إذنه، وهذا بعكس الحال فيما لو وفى أيهما بما في ذمته بأمر القاضي حيث يبرأ عندئذ من الضمان، لأن أمر القاضي معتبر فيما يرجع إلى حفظ ملك المفقود، وقد سبق أن ذكرنا أن الإنفاق على زوجة المفقود وأبنائه يعد من قبيل حفظ ملكه عليه².

ونشير إلى أن هناك من الفقهاء من يرى ضرورة تطبيق الحكم الذي يجيز الإنفاق على ذوي المفقود من الوديعة أو الدين على جميع أموال المفقود الأخرى من باب الاستحسان³، وهو ما أخذ به المشرع المصري حين أجاز التنفيذ بدين النفقة على أي مال من أموال الزوج، منقولا كان أو عقارا⁴، وذلك بمراعاة القيد الوارد في قانون المرافعات والذي يقضي بعدم التنفيذ على عقار المدين إلا إذا بيع المنقول أولا ولم تكف حصيلة بيعه لتسديد الدين.

1 - نفس المرجع السابق، ص 82.

2 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 39.

3 - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 135.

4 - المادة رقم 5 من القانون رقم 25 لسنة 1920، والمادة الأولى من القانون المذكور وهي مادة معدلة بالقرار بقانون رقم 100 لسنة 1985، والتي تقضي: يكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى.. انظر: عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص 70.

الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في المطالبة بالتطليق:

إن فقدان الزوج يلحق بالزوجة ضررا معتبرا، حيث أنها تعيش دون مؤنس لها وقد تقع في جريمة جراء ذلك، كما يمكن أن يفقد زوجها دون أن يكون له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها، لذا يطرح التساؤل حول مدى أحقية زوجة المفقود في المطالبة بالتطليق إن تركها الزوج دون نفقة، وإن ترك لها ما تنفق منه على نفسها فما مدى أحقيتها في فك الرابطة الزوجية استنادا إلى فقدان الزوج؟

وهو ما يوضح أن سبيل الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، إذا لم تصبر على فقدان الزوج، يكون إما بالمطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق، أو المطالبة بالتطليق استنادا إلى فقد الزوج حتى مع وجود النفقة.

أولا: تعذر حصول زوجة المفقود على النفقة كأساس للمطالبة بالتطليق:

أقر كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، الأحكام السابق الإشارة إليها، في شأن الأموال التي يثبت فيها حق النفقة، ولكن ما الحكم لو لم يكن للشخص المفقود أموال يمكن لزوجته الإنفاق منها على نفسها، فهل يكون لها في هذا الوضع طلب التطليق لعدم الإنفاق¹؟ وإذا اختارت الإبقاء على الرابطة الزوجية، فهل يجوز لها أن تطلب من القاضي أن يأذن لها بالاستدانة بالنفقة على حساب زوجها.

1- حكم النفقة:

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع:

¹ - في حالة وجود مال ظاهر للزوج حاضرا كان أو غائبا، وامتناعه عن الإنفاق على الزوجة، فقد قال جمهور الفقهاء أنه ليس لها الحق في طلب التطليق، لأن المقصود هو رفع الظلم عن الزوجة ومنع الظلم فقد تعين سبيله وهو تنفيذ حكم النفقة في ماله الظاهر وبيعه في سبيل تنفيذ هذا الحكم، ويؤخذ منه ذلك دون التوقف على إنزله. أنظر: عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص 26.

فمن الكتاب:

- قوله تعالى: " أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ " - الطلاق 6 -، والظاهر أن الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها لاتصل إلى النفقة إلا بالخروج من السكن والاكتساب.
- وقوله تعالى: " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ " -البقرة 228-.
- وقوله تعالى: " لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا " - الطلاق 7 -.

أما من السنة:

- ما ثبت في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع: "... ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف..."¹.
- وحديث هند بنت عتبة، التي سمح لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأخذ من مال زوجها أبي سفيان ما يكفيها من نفقة دون علمه، فعن عائشة -رضي الله عنها- أن هنداً قالت: " يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي ألا أخذت منه وهو لا يعلم، فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"²، فلو لم تكن النفقة واجبة ما كان ليأذن لها النبي بالأخذ من غير إذنه.
- كما أنه لا ضرر أكثر من ترك الزوجة دون نفقة خاصة وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار"³.

1 - رواه مسلم في صحيحه وابن ماجة في سننه، أنظر: مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، دار طيبة، السعودية، 2006، ص 558. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب المناسك، باب حجة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ج 2، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س، ص 1022.

2 - حديث سبق تخريجه.

3 - أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب: القضاء في المرفق، ج 3، مجموعة الفرقان التجارية، دبي، 2003، ص 572؛ ابن ماجة باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: 234، ج 2، ص 784؛ ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، دن ذكر البلد، 2001، ص 208.

أما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فمما هو مقرر في قواعد الشريعة الإسلامية أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه¹، وبما أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج، ممنوعة من الاكتساب بحقه، وقد فرغت نفسها للإشراف على شؤون بيت الزوجية، فلها الحق على الزوج في كفايتها مقابل ذلك، ولأنها إن كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت².

فلما كان للزوجة على زوجها حق النفقة، فما الحكم إذا امتنع عن الإنفاق عليها أو أعسر بالنفقة أو غاب عن زوجته ولم يترك لها مالا تنفق منه.

2- موقف الفقه الإسلامي من التطليق لعدم الإنفاق:

اختلف الفقهاء في مدى أحقية زوجة المفقود في طلب التطليق لعدم الإنفاق، وهو ما نوضحه فيما يأتي:

وقد دل كتاب الله سبحانه وتعالى والسنة النبوية على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، فلما كان للزوجة النفقة على زوجها ولم يرد ما يخصص ذلك بوجود الزوج أو غيبته أو فقدانه، فإن حكم النفقة على الزوجة يبقى على حاله في حال غيبة الزوج أو فقدانه³.

فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق، فإن الفقهاء فرّقوا بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة وجود مال ظاهر للزوج سواء كان حاضرا أم غائبا: فقد قال الفقهاء أنه ليس لها الحق في طلب التفريق، لأن المقصود هو رفع الظلم عن الزوجة ومنع الظلم

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950، ص 232.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 315.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 315.

فقد تعين سبيله وهو تنفيذ حكم النفقة في ماله الظاهر وبيعه في سبيل تنفيذ هذا الحكم، ويؤخذ منه ذلك دون توقف على إذنه¹.

وعلى ذلك يختلف الحق في التفريق لعدم وجود سبب ما يبني عليه، وحجتهم في ذلك قضاؤه صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبي سفيان بأن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف²، فلو كان للزوجة الخيار بالتفريق في هذه الحالة لما أمر عليه السلام بأن تأخذ من مال زوجها بالمعروف.

الحالة الثانية: وهي حالة ما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه، سواء كان سبب ذلك هو فقره أو عجزه عن الإنفاق أو الجهل بماله إذا أخفاه بحيث لم يعلم مكانه وامتنع عن الإنفاق، ففي هذه الحالة هناك اختلاف بين الفقهاء، بين من يقول أن لها الحق في الطلاق ومن يرى أنه لا حق لها في ذلك، وهو ما نوضحه فيما يأتي:

أ- الرأي القائل بعدم التفريق في حالة عدم الإنفاق:

وهو رأي الحنفية، وقد وافقهم الظاهرية³ في ذلك، حيث يرون أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته لعدم الإنفاق سواء كان موسرا أم معسرا، حاضرا أم غائبا، بل عليها أن ترجع إلى القاضي ليفرض لها نفقة ويأذن لها بالاستدانة عليه ممن تجب نفقتها عليهم عند عدم وجود الزوج، ثم ترجع على الزوج متى أيسر.

وذهب ابن حزم إلى أبعد من ذلك، حيث يرى أنه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنية كلفت بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أصبح موسرا⁴.

الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي:

1 - أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 154.

2 - حديث سبق تخريجه.

3 - ابن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352 هـ، ص 161.

4 - نفس المرجع السابق، ص 161.

استدل الحنفية في ذلك من الكتاب، بقول تعالى: " وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ -البقرة، الآية 180-، فوفقا لهذه الآية فالزوجة مطالبة بانتظار زوجها المعسر (لا وجوبا ولكن استحبابا) إلى أن يصبح موسرا.

والنفقة لا تعدو أن تكون دينا للزوجة في ذمة زوجها والدائن ينتظر إلى ميسرة عند عسر مدينه بالأمر الوارد في الآية الكريمة وإذا كان الدائن مأمور بنظرة ميسرة مع مدينه المعسر، فمن باب أولى أن تكون الزوجة مأمورة فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة¹.

كما استدلووا بقوله تعالى: " لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا -الطلاق 7-.

فقال أصحاب هذا الرأي، أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بها، و بما أن المعسر غير قادر على الإنفاق فهو إذن غير مكلف ولا تجب عليه، وما دام لا يكون مكلفا لا يكون آثما بالامتناع عن القيام بالنفقة، وعلى ذلك فلا يكون سببا للتفريق بينه وبين زوجته، وقد سئل الزهري عن رجل عاجز عن نفقة زوجته أيفرق بينهما ؟ قال تستأني به ولا يفرق بينهما وتلا الآية السابقة، إذ كيف يفرق بين شخص وزوجته وهو لم يرتكب إثما ولا معصية، كما احتجوا بالأثر السابق في شكوى هند، فضلا عن أنه لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم ما يدل على ثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بسبب عدم الإنفاق، كما أن الصحابة رضي الله عنهم كان فيهم المعسر والموسر، وإن كان المعسرون هم الأكثرية، ولم يرد ما يدل على أنه عليه السلام قد فرّق بين صحابي وزوجته لعدم الإنفاق².

¹ - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 28.

² - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د.س، ص 159

كما استدلوا من السنة، بمسألة نساء النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فاعتزلهن شهرا¹، حيث قالوا إذا كانت المطالبة بما لم يملك الزوج تستحق العقاب فمن باب أولى طلب التفريق لا ينظر إليه.

هذا ما ذهب إليه الحنفية حيث أنهم لا يقولون بالتفريق، وإنما إن كان قادرا على الإنفاق فيمكن بيع أمواله ولا يفرق بينهما ما دام هناك وسائل أخرى موجودة لرفع الظلم، لأن التفريق أبغض الحلال عند الله من الزوج صاحب الحق فكيف يلجأ إليه القاضي مع أنه ليس السبيل لرفع الظلم².

أما إن كان معسرا فإنه لم يقع منه ظلم لأن الله لا يكلف نفسا إلا ما آتاها.

أما من المعقول، فاستدلوا بأن إلزام الفسخ للإعسار بالنفقة هو إبطال لحق الزوج بالكلية، أما إلزام الزوجة بالانتظار والاستدانة عليه هو تأخير لحقها لأنه دين عليه، وإذا خیرنا بين إبطال الحق وتأخيره فالأولى تأخيره³.

نقد حجج الرأي القائل بعدم جواز التفريق:

إن الآية الأولى التي استدلت بها الحنفية تفيد سقوط الوجوب على الزوج لعدم قدرته، ولكن هذا لا يعني بالمقابل سقوط حق المرأة في دفع الضرر عنها، ولا توجد إشارة إلى ذلك في الآية، والمنطق العقلي والشرعي يقول أن عدم إرهاق الزوج بالنفقة عند إعساره بإسقاط الوجوب عليه لا يقابله أبدا إرهاق الزوجة وإجبارها على العيش دون إنفاق⁴.

1 - أنظر في تخريج الحديث: مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ص 679.

2 - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 29.

3 - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 135.

4 - آيت شاوش دليلا، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 98.

أما الآية الثانية التي تأمر بالانتظار إلى ميسرة واردة في الدين، أي إذا كان المستدين معسرا فعلى الدائن إمهاله إلى وقت اليسر¹، وإن جاز قياس النفقة على الدين فربما تحمل على النفقة الماضية، أي التي أصبحت ديناً، أما النفقة الحاضرة فحكمها يختلف.

أما الاستدلال بمطالبة أزواج النبي النفقة، فليس فيها أية إشارة لطلب الفسخ أو الطلاق، وإنما هو المطالبة بالمزيد في النفقة، وما جاء في الحديث السابق يدل على سقوط الوجوب على الرسول صلى الله عليه وسلم، وليس فيه إشارة إطلاقاً إلى أن أزواجه طلبن الفسخ لعدم كفاية الإنفاق ولم يجبهن إلى ذلك، بل على العكس هو الذي خيرهن في البقاء معه على تلك الحال أو تسريحهن بإحسان، ولعل تنمة ما رواه جابر يؤكد ذلك، وهو ما يلي: " ثم اعتزلهن شهراً ثم نزلت عليه هذه الآية: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأُسْرِحُكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُمْ أَجْرًا عَظِيمًا " -الأحزاب 28، 29-، قال فبدأ بعائشة، فقال: يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب ألا تعجلي فيه حتى تستشيرني أبويك، قالت: ما هو يا رسول الله، فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، إن الله لم يبعثني معنتا متعنتا وإنما بعثني معلماً ميسراً².

من خلال الحديث السابق، يتضح عكس ما استدلت به الحنفية، وهو جواز الفسخ للإعسار، فالرسول -ص- خير زوجاته بأمر من الله وذلك بالصبر معه أو تسريحهن سراحاً جميلاً، ولو كان ما استدلتوا به صحيحاً لأمرهن بالصبر فقط، وبالنظر إلى العبارة

¹ - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الطبعة الرابعة، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981، ص 175.

² - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، أنظر: صحيح مسلم، مرجع سابق، ص 679.

الأخيرة من الحديث يتضح المقصد الحقيقي للشريعة الإسلامية والهدف من بعث النبي صلى الله عليه وسلم وهو التيسير على الناس ورفع الحرج وكل ضرر عنهم وليس التشديد عليهم، ولعل إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها هو الضرر بعينه.

أما الاستدلال بأنه لم يثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه فرّق بين زوجين للإعسار بالنفقة، فيرد عليه أنه لم يثبت قبل ذلك أن طالبت امرأة التفريق بينها وبين زوجها للإعسار، ولو ثبت ذلك ولم يفرق بينهما الرسول صلى الله عليه وسلم لصحّ الاستدلال، ومن جهة ثانية فعدم المطالبة بذلك في عهد النبي يعود حسب الإمام مالك إلى طبيعة نساء الصحابة، لأنهن كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى، لهذا لم يكن يبالين بعسر أزواجهن¹.

ب- الرأي القائل بجواز التفريق في حالة عدم الإنفاق:

يرى جمهور الفقهاء أنها تخير بين أن ترضى وتصبّر، وبين أن تطلب التفريق، وهو مذهب فريق من الصحابة منهم عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم، ومذهب فريق من التابعين وهو مذهب مالك² وأحمد³ والشافعية⁴ وأكثر الفقهاء، مع اختلافهم في بعض التفاصيل⁵، حيث ذهبوا إلى إجازة المرأة طلب التفريق لعدم الإنفاق وعلى القاضي أن يحكم لها بذلك⁶.

الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي:

- 1 - ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3، مكتبة المعارف، السعودية، 1427 هـ، ص 612.
- 2 - الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 360.
- 3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 243.
- 4 - الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2004، ص 383.
- 5 - أنظر في الإشارة إلى مختلف آراء الفقهاء في هذه المسألة: أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 155؛ عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 30.
- 6 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريير، مرجع سابق، ج 2، ص 518.

استدلوا من القرآن، بقوله تعالى: " فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " -البقرة 229-، وقوله تعالى: " وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا " -البقرة 231-.

حيث أنه وفقا الآية الأولى، أن عدم النفقة تدخل على عدم الإمساك بالمعروف، فإذا تخلف الإمساك بالمعروف يتعين التسريح بإحسان، لأن العجز عن النفقة هو خروج عن حدود المعروف الذي أمر الله به، أما الآية الثانية إن عدم الإنفاق ضرر للمرأة فيجب عليه التسريح بالإحسان بأن يطلقها فإن لم يفعل ناب عنه القاضي فيه رفعا للظلم ودفعا للضرر عن المرأة.

كما استدلوا من السنة بمجموعة أحاديث أهمها، قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار "¹، حيث يفيد منع الشخص من أن يلحق الضرر بغيره والامتناع عن الإنفاق من باب الضرر، فعلى القاضي أن يزيله بفك عقد الزواج الذي أصبح ضررا لا مصلحة فيه.

وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة، أنه قال: " أفضل الصدقة ما كان على ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني "²، ووجه الاستدلال أن للزوجة حين الإعسار إما أن تطلب الإنفاق أو الطلاق.

وعن أبي هريرة أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته: " يفرق بينهما "³، وهو نص صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق.

- حديث سبق تخريجه.¹

² - رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، حديث رقم 5355، مرجع سابق، ص 1363.

³ - رواه البيهقي في سننه، حديث رقم 10708، أنظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 3، 2003، ص 774.

كما استدلووا أنه من المقرر أن القاضي يفرق بين الزوجين من أجل العيب بالزوج، فإن عدم النفقة يعتبر أشد إيذاء للزوجة وظلما لها من وجود عيب بالزوج، فكان التفريق لعدم الإنفاق أولى¹.

نقد حجج الجمهور:

ذكر فقهاء الحنفية جملة من الانتقادات لأدلة الجمهور، حيث قالوا:

- أن الاستدلال بقول الله تعالى: " وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا "، أن هذه الآية تنهى عن الإضرار بالزوجة وأشد الإضرار حرمانها من النفقة، مردود عليه، فالآية واردة في موطن آخر وهو أن الرجل كان يراجع مطلقة قبل نهاية العدة بقصد إطالتها عليها، وهذا هو الإمساك ضرارا حسب المقصود من الآية.

وقد أجاب جمهور الفقهاء على هذا الاحتجاج بأن المقرر في أصول الفقه أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

- فهم الحنفية من استدلال الجمهور بالآيتين السابقتين بأن التفريق للإعسار بالنفقة واجب، ولو كان كذلك لما جاز الإبقاء على العلاقة الزوجية ولو برضا الزوجة².

وقد أجاب جمهور الفقهاء على هذا النقد، بأنهم لم يوجبوا التفريق للإعسار وإنما جعلوا الأمر بيد الزوجة، فإن طالبت به نالته وإن رضيت بوضعها فلها ذلك³.

- أما ما ورد في حديث أبي هريرة في قول المرأة لزوجها إما أن تطعمني أو تطلقني، فهي زيادة من كلام أبي هريرة ولم يقله النبي، وما يستدل به في ذلك ما جاء في تنمة هذا الحديث: "... فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله؟ قال: لا، وهذا من كيس أبي هريرة"، أي من فطنته أو استنباطه.

¹ - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 32.

² - أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 158.

³ - آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص 103.

- أما عن الحديث الثاني لأبي هريرة في التفريق بين الزوجة والزوج الذي لا يجد ما ينفق عليها، فهو حديث ضعيف¹.

ج- الترجيح:

من خلال عرض الرأيين السابقين، يتضح أن القول بجواز التفريق لعدم الإنفاق أقرب إلى الصواب لقوة أدلته، مقارنة مع الرأي الأول القائل بعدم جواز التفريق حتى لو انعدم الإنفاق، وما يؤكد رجاحة القول الثاني مقارنة بما ذهب إليه الحنفية، هو استحسان المتأخرين من الحنفية القول بالتفريق إن طلبت الزوجة ذلك لرفع الضرر عنها، لأنها قد لا تجد ما تنفقه على نفسها أو من يقرضها أو عملا تسترزق منه².

وبمقارنة الرأي الأول بما جاء به ابن القيم، يتضح رجحان هذا الأخير وقربه من تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وحرصه على مكارم الأخلاق.

حيث ذهب ابن القيم إلى ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة، إذ أن الرجل إذا غرّ المرأة وأوهمها أنه ذو مال وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما يدعي، أو كان موسرا ولم ينفق عليها، ولم تقدر على تحصيل كفايتها منه، لا بنفسها ولا عن طريق القضاء، كان لها الفسخ، أما إذا تزوجت به وهي عالمة بإعساره، أو أنه كان موسرا ثم أعسر فلا يحق لها الفسخ³.

وإن النظر في آراء الفقهاء المجيزين للتفريق، يتضح منها أنها تصب في اتجاه واحد وهو أن الإمساك إضرارا منهي عنه، لأنه ظلم يلحق الضرر بالزوجة، وهذا يتحقق في صورة الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه، وإن الامتناع يثبت نية الإضرار بالزوجة

¹ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص 1329.

² - عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001، ص 34.

³ - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، ج 4، مرجع سابق، ص 156.

إما لحملها على الخلع أو انتقاما منها، وفي هذه الحالة إذا طلبت بالتفريق يفرق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره.

أما البحث عن عنصر الظلم ونية الإضرار بالزوجة فلا يوجد في حالة إعسار الزوج بعد يساره ولأسباب لا إرادية، لهذا كان سبب ما ذهب إليه ابن القيم رأيا موضوعيا وسطا.

فالتفريق عند ابن القيم يكون في حالتين فقط، إذا كان قادرا على الإنفاق على زوجته ولم ينفق ولم تقدر على الأخذ منه، أو غرّ بها حين العقد فقال أنه موسر ثم تبين لها فقره، أما غير ذلك فليس لها الحق في طلب التطلاق إذا كانت عالمة بإعساره وقت الزواج أو أعسر بعد الزواج¹.

3- موقف قانون الأسرة من حق زوجة المفقود في التطلاق لعدم الإنفاق:

نصت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى، على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

ومن خلال هذه الفقرة - وهي الوحيدة التي تحدثت عن التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري-، نجد أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق بمجرد الامتناع وعدم حصولها على النفقة، بل لا بد من توفر مجموعة من الشروط، إذ ليس لها الحق في طلب التطلاق إلا وفقا للشروط الواردة في نص هذه الفقرة، وهي:

- أ- عدم حصول الزوجة على نفقتها، وذلك إما بسبب الامتناع أو بسبب إعسار الزوج.
- ب- أن تكون الزوجة قد رفعت دعوى إلى المحكمة تطالب فيها بالنفقة بكل مشتملاتها، ويصدر حكم يوجب فيه النفقة، وعدم حصولها عليها.

¹ - ابن القيم، زاد المعاد، المرجع السابق، ج 4، ص 156.

فلا يجوز للزوجة التقدم إلى المحكمة لطلب التطلق لعدم الإنفاق إلا بعد استصدار حكم قضائي بوجوب النفقة وبكل مشتملاتها المذكورة في المادة 78 من قانون الأسرة، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة¹.

ج- وأن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه، حيث إذا ثبت بأنها كانت عالمة بإعساره وقت الزواج، ورضيت بذلك الحال الذي هو عليه، فليس لها الحق في أن تطلب التطلق بسبب إعسار كانت تعلمه مسبقا قبل إبرام عقد الزواج.

أما إذا أعسر بعد الزواج فإن لها الحق في طلب التطلق وهو ما قال به جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، الذين احتجوا بقوله تعالى: "فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ" -البقرة 229-، حيث يعتبر العجز عن النفقة خروجاً عن حدود المعروف الذي أمر به الله فيتعين التسريح بإحسان، وكذلك قوله تعالى: "وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا" -البقرة 231-، أي أن عدم الإنفاق يعتبر ضرراً للمرأة فيجب عليه أن يطلقها فإن لم يفعل ناب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعاً للضرر عن المرأة.

وأما عن المدة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه، فهناك من يرى² أن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطلق هي شهرين، وذلك قياساً على المدة التي جاءت في المادة 333 من قانون العقوبات والتي تعاقب من امتنع عمداً عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين³. وتبقى هذه المدة استنتاجاً من المادة المذكورة من قانون العقوبات، لأن نصوص

1 - تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

2 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص278؛ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 258.

3 - أنظر المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري.

قانون الأسرة لم تشر إليها، إضافة إلى أن هذه المدة تخص الشروط الواجب توافرها لمتابعة الزوج جزائيا لامتناعه عن تقديم نفقة مقررة قضاء¹، وقد أكد القول بهذه المدة، قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 في الملف رقم 34791، والذي قضى بما يلي:

" متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية، أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبررا لطلبها التطلق عن زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إذا عجز عن الإنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلته، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذ كان من الثابت أن المطعون ضده أدين جزائيا، من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفضة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلقة بالتطبيق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على الوجه المثار من الطاعة في هذا الشأن"².

د- كما يشترط أن يكون الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطلاق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وبحسب مدخوله وموارد رزقه³، إذ لا يمكن أن تزعم عدم الإنفاق إذا طلبت نفقة تفوق دخل زوجها، والإنسان لا يكلف فوق طاقته، لقوله تعالى: " لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا " - الطلاق 7 -.

¹ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 27.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص 76.

³ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 256.

وقد ورد هذا الشرط في نص المادة 79 من قانون الأسرة¹، والتي أحالت إليها المادة 1/53 من نفس القانون، وكذلك المادة 78 التي تحدد مشتملات النفقة.

فإذا توفرت هذه الشروط السابق الإشارة إليها، جاز للمرأة أن تطلب التطليق وعلى القاضي أن يسمع دعواها ويصدر حكما بالطلاق إذا ثبت لديه عدم الإنفاق.

والملاحظ على نص المادة 53 فقرة أولى من قانون الأسرة، أنه لم يخص بالذكر زوجة المفقود، ولم يضع أحكاما خاصة بحالة الزوجة التي لم تجد ما تنفقه من مال زوجها المفقود، وإنما جاء بعبارة عامة، دون التفرقة بين حالة كون الزوج حاضرا أو غائبا، ودون ذكر حكم خاص بزوجة المفقود التي لم يترك لها زوجها مالا تنفق منه على نفسها، وهذا عكس ما قال به الفقه من أن للزوجة الحق في التطليق لعدم الإنفاق، سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا.

وبالنظر إلى المشرع المصري، نجده قد أخذ بالرأي الفقهي الثاني، وجاء بنص قانوني واضح وخاص بالزوجة التي لم تجد من مال زوجها المفقود ما تنفقه على نفسها، حيث نص في المادة 5 من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أنه: " إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل. فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا أو ثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي"².

1 - تنص المادة 79 من قانون الأسرة: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".

2 - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، 73.

4- مدى أحقية زوجة المفقود في الاستدانة بالنفقة على حساب زوجها المفقود:

قد لا تبادر زوجة المفقود إلى طلب التطبيق لعدم الإنفاق رغم توفر شروطه، وتفضل التريث منتظرة عودته أو ثبوت موته.

ولقد اختلف الفقه الإسلامي حول ما إذا كان يحق للقاضي أن يأذن للزوجة بالاستدانة على حساب زوجها المفقود إذا لم يكن قد ترك لها مالا للنفقة.

فقد ذهب إبراهيم النخعي وأبو حنيفة في رأيه الأول، إلى أنه يتعين على القاضي أن يأذن للزوجة بالاستدانة متى طلبت ذلك¹، وقد استندا في تأييد وجهة نظرهما هذه إلى حديث هند زوجة أبي سفيان²، وقالوا بأن القاضي يلتزم بسماع بيّنة الزوجة على قيام الرابطة الزوجية، فإذا حضر الزوج، فإن القاضي يكلفها بإعادة البيّنة عليه، فإن فعلت قضى عليه بما أنفقته في المدة الماضية، وإن عجزت لم يقض عليه بشيء³.

ونجد رأياً مخالفاً لذلك، ذهب إليه شريح والإمام أبو حنيفة في رأيه الثاني، وهو عدم جواز إجابة الزوجة لطلبها بالاستدانة على حساب زوجها المفقود، وحجة ذلك أن نفقة الزوجة لا تصير ديناً إلا بقضاء القاضي، وهذا أمر غير ممكن هنا لأن القاضي لا يستطيع أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه بقضائه من غير خصم عنه، وعلى ذلك فإذا أرادت الزوجة إثبات النكاح بالبيّنة فلا يجوز للقاضي أن يسمع بينتها، لأن البيّنة لا تكون حجة إلا على خصم جاحد، فما لم يحضر الزوج أو خصم عنه لا يمكن للقاضي أن يسمع بينتها عليه بالنكاح، بل ولا يستطيع القاضي أن يجيبها إلى طلبها حتى ولو كانت الزوجية معلومة لديه⁴.

1 - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج 1 و ج 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 398.

2 - الحديث سبق تخريجه.

3 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 86.

4 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 42، 43.

من خلال عرض هذين الرأيين، يتضح أن الرأي الأول هو الأجدر بالترجيح، لأن فيه نظر لحق الزوجة والزوج على السواء، لا سيما إذا لاحظنا أن عدم إجابة الزوجة إلى طلبها سيجعلها تتجه لا محالة إلى طلب التطليق لعدم الإنفاق، وفي تفريط في حقوق المفقود وهدم لكيان الأسرة قبل التثبت من موت المفقود أو حياته.

أما عن الحجة التي استند إليها الرأي الثاني، من عدم جواز القضاء على شخص غائب بغير خصم فهي حجة واهية في هذا المقام، فالقاضي لن يقضي على المفقود بشيء، بل كل ما سيفعله هو مجرد الإذن للزوجة بالاستدانة بعد أن تثبت قيام رابطة الزوجية، فإن عاد المفقود كلفها القاضي بإعادة البينة عليه، فإن فعلت تبين أن دعواها كانت تقوم على أساس وقضى عليه بالنفقة عن مدة غيابه، وهذا قضاء على خصم حاضر لا غائب، أما إن عجزت عن إقامة البينة فإن القاضي لن يحكم لها بشيء¹.

ومن خلال ما سبق، يتبين أن إذن القاضي للزوجة بالاستدانة سيصدر على مسؤوليتها، فإن كانت محقة في دعواها قضى على الزوج عند حضوره بسداد الدين، وإلا فلن يلتزم الزوج بشيء.

ورغم عدم وجود نص صريح في التشريع الجزائري يسمح لزوجة المفقود بطلب الاستدانة على حساب زوجها، إلا أنه يمكن القول بإمكانية تطبيق هذه الفكرة، استنادا إلى نص المادة 80 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"، وكذلك المادة 993 من القانون المدني والتي أقرت صراحة بأن النفقة تكون دينا في ذمة المدين بها، حيث جاء فيها: " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: ... - النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر (6) الستة الأخيرة".

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 87.

وقد أخذ المشرع المصري بهذا النظر، حينما نصت المادة الأولى في فقرتها السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1920 على أنه: "تعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء"¹، فقد سوى هذا النص فيما يتعلق باعتبار النفقة دينا في ذمة الزوج، بين الزوج الحاضر والزوج الغائب، وهو ما يحمل على أن للزوجة أن تستدين بالنفقة على حساب زوجها.

ثانيا: حق الزوجة في المطالبة بالتطبيق بسبب فقدان الزوج:

إن غياب الزوج يلحق ضررا كبيرا بالأسرة من الناحية النفسية والمادية والمعنوية، ويشعر الزوجة بالوحدة والغربة، لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"-الروم 21-، فهنا تطرح إشكالية الزوجة التي تطلب حلا لها، إما أن يفسخ نكاحها أو أنها ملزمة بالصبر على غيبة الزوج المفقود، وكم من الزمن يمكن أن تبقى هذه الزوجة معلقة على قدمه.

وفيما يتعلق بهذه المسألة، نجد أن المشرع الجزائري لم يأتي بنص خاص بزوجة المفقود، وإنما قد سوى في الحكم بين كل من زوجة المفقود وزوجة الغائب (رغم الاختلاف الموجود بين الحالتين)، حيث تحيل المادة 112² من قانون الأسرة، إلى شروط التطبيق للغيبة المنصوص عليها بالمادة 53 منه.

وبالتالي يمكن القول أن شروط التطبيق للفقد، هي شروط التطبيق للغيبة حسب قانون الأسرة الجزائري، وهو ما سنوضحه فيما يأتي، ببيان حكم ذلك في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والمقارن.

¹ - المادة 6/1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. الجريدة الرسمية العدد 27 في 4 يوليو 1985. انظر: عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص 72.

² - تنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

1- التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج في الفقه الإسلامي:

لأنه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة ما يبين حكمها¹، اجتهد العلماء في هذا الموضوع بناء على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين وما توصلوا إليه من اجتهاد أو رأي، ونتج عن هذا الاجتهاد اختلافات بين الفقهاء.

وقد نظم القاضي أبو بكر محمد بن محمد المعروف بابن عاصم الأندلسي أربعة عشر بيتا تبين حال المفقود، حيث قسمها إلى أربعة أنواع منهم من يفقد في أرض الإسلام ومنهم من يفقد في أرض الكفر، وكل منهما إما في حال الحرب أو في غير الحرب ولكل واحد منهم حكم يخصه، ويخص زوجته وورثته، حيث قال²:

وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب حكم من في الأسر

تعميره في المال والطلاق ممتنع ما بقي الإنفاق

وكل من ليس له مال حري بأن يكون حكمه كالمعسر

وأن يكن في الحرب فالمشهور في ماله والزوجة التعمير

وفيه أقوال لهم معينه أصحابها القول بسبعين سنة

وقد أتى قول بضرب عام من حين يأس منه لا القيام

ويقسم المال على مماته وزوجة تعتد من وفاته

وذا به القضاء في الأندلس لمن مضى فمقتفيهم مؤنسي

ومن بأرض المسلمين يفقد فأربع من السنين الأمد

وباعتداد الزوجة الحكم جرى مبعضا والمال فيه عمرا

¹ - محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ج 3، الطبعة الثانية، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، 1411 هـ، ص 223.

² - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام (المعروف بشرح الميارة)، ج 1، دار الحديث، القاهرة، 2011، ص 502.

وحكم مفقود بأرض الفتن في المال والزوجة حكم من فنى
 مع التلوم لأهل الملحمة بقدر ما تتصرف المنهزمة
 فإن نأت أماكن الملاحم تربص العام لدى ابن القاسم
 وأمد العدة فيه إن شهد أن قد رأى الشهود فيها من فقد.

ونتطرق فيما يلي إلى آراء الفقهاء فيما ذكر حيال التفريق بسبب فقد الزوج، وهي
 كما يأتي:

- الرأي الأول: عدم التفريق لغيبة الزوج:

وهو رأي الحنفية¹ والشافعية²، ويرون عدم التفريق لغيبة الزوج، حيث يقول فقهاء
 الحنفية إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره³.

وبناء على ذلك فإن زوجة المفقود تبقى على ذمة زوجها المفقود على فراش
 الزوجية حتى يأتيها البيان، أي يقين حياته أو موته⁴.

ويرون أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج فقط، وإن طالت غيبته، لأنه
 لم يقد دليل شرعي يدل على ذلك، واستدلوا لرأيهم بانعدام ما يصلح أن يبني عليه

1 - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 146.

2 - الشرييني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص
 578؛ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ص 1519.

3 - أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب
 العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 1997، ص 138.

4 - جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف
 العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015، ص 51.

التفريق¹، لأنهم يرون أنه لا فسخ بغيبه، وأنه لا فسخ ما دام الزوج موسرا وإن انقطع خبره².

فإن كان للمفقود مال ظاهر، تتفق الزوجة منه على نفسها قدر كفايتها، أو أن يوجد من أوليائه من يقوم بالإنفاق عليها، فإن لم يوجد ذلك فإن المسألة تدخل في فرع آخر، وهو التفريق لعدم الإنفاق.

والى نفس الرأي ذهب الظاهرية، حيث يرى ابن حزم أنه لا يجوز فسخ نكاح ولا إيجاب عدة ممن لا يصح موته، ولا أن يطلق أحد عن غيره³، حيث يقول: "ومن فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب فقد أو في غير حرب وله زوجة... للم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي..."⁴.

من خلال عرض هذه الآراء، نصل إلى أن هذا التوجه الفقهي لا يسمح بالتفريق للغيبه ولو طال مدتها، لكن بالنظر في قول الشافعي نجده قد قال " ما دام الزوج موسرا" فإنه لا يجوز لها طلب الفرقة، ونتيجة ذلك أنه إذا انعدم الإنفاق يمكن التفريق، لكن الفرقة أساسها عدم الإنفاق وليس الغياب.

أدلة أصحاب هذا الرأي:

وقد استدلت أصحاب هذا الرأي، على عدم التفريق بين المفقود وزوجته بسبب فقده حتى يثبت يقين موته أو طلاقه لها، بما يأتي من الأدلة:

- من السنة:

¹ - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، 1961، ص 294؛

وانظر: محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ج 3، ص 223.

² - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط 1، 1967، ص 148.

³ - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 156.

⁴ - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 10، ص 134.

ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود، حيث قال: " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"¹.

- من الأثر: ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق " أو " حتى يأتيها يقين موته"².

وما روي عن عبد الله بن مسعود أنه وافق علياً على أنها تنتظره أبداً³، أي أن لا تطلب التفريق حتى يتبين لها حال زوجها بموته أو طلاقها.

- بالمعقول: وفيه وجهان:

- إن الزواج بين المفقود وزوجته ثابت بدلالة استصحاب حال المفقود عند فقده، أو غيبته، فالنكاح عرف ثبوت بيقين والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزيل الزواج بالشك، والقاعدة الفقهية تقول " اليقين لا يزال بالشك"⁴، فلا يزال الثابت بيقين وهو النكاح بالاحتمال وهو موته.

- إن الزواج حق المفقود وهو حي في إبقاء ملكه وحقه عليه باستصحاب الحال ويلزم عن القول من تمكين زوجته من الزواج بغيره أن يحكم بموته ضرورة، لأن المرأة لا تحل لزوجين معاً⁵.

¹ - وفي رواية أخرى (حتى يأتيها البيان) ، وهو حديث ضعيف، قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هذا حديث منكر ومحمد بن شريحيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة بن شعبة مناكيل وأباطيل. أنظر: الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2011، ص 846.

² - الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ معاني المنهاج، ج 5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ، ص 48.

³ - أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج 6، دار التأسيس، مصر، ط 1، 2015، ص 54.

⁴ - قاعدة : اليقين لا يزال بالشك، تعتبر من الركائز الأساسية في القواعد الفقهية. أنظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1983، ص 50.

⁵ - السرخسي، المبسوط، ج 11، دار المعرفة، بيروت، دس، ص 35.

- **وبالقياس:** وحيث تدل الحال السابقة وجوب أن لا تتحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك وقياس ذلك تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين¹.

- الرأي الثاني: جواز التفريق لغيبة الزوج:

يرى المالكية والحنابلة² جواز التفريق لغيبة الزوج، وذلك حتى لو ترك لها من النفقة ما تحتاجه مدة غيابه، إذ قد يوحشها الغياب مما يجعل الزوجة تتضرر من ذلك، والضرر يجب أن يرفع قدر الإمكان³، إلا أنهم اختلفوا في المدة التي يمكن فيها طلب الطلاق، كما اختلفوا في الغيبة التي تكون بعذر والغيبة التي تكون بغير عذر.

فالحنابلة: يرون أن المدة التي يمكن فيها للزوجة أن تطلب الطلاق هي التي يمكن فيها للزوجة أن تطلب التطلق هي ستة أشهر فأكثر، استنادا إلى ما روي عن عمر رضي الله عنه في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الغزو وسمعها عمر في إحدى الليالي منشدة⁴، فسأل عمر عنها، فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها بأن يرجع، ثم ذهب إلى حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا، فقال

1 - الماوردي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 316.

2 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 294.

3 - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، لبنان، 1998، ص 178.

4 - روي أنه بينما كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يحرس المدينة سمع امرأة في بيتها وهي تقول: تطاول هذا الليل واسود جانبه وأرقتني أن لا خليل لأعبه

فوالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

ولكن عقلي والحياء يكفني وأكرم بعلي أن تتال مراكبه

أنظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 101؛ يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة، مرجع سابق، ص 89.

لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت خمسة أشهر ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون شهرا راجعين¹.

كما سئل أحمد بن حنبل: كم يغيب الرجل عن زوجته؟، فقال ستة أشهر، وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر فقال يرأسه الحاكم فإن أبي أن يرجع فسخ نكاحه²، والظاهر أنه قدر هذه المدة استنادا لما سبق ذكره. فمن خلال هذه القصة وقول أحمد، نجد أنهم يحددونها بستة أشهر³.

أما الغيبة التي يمكن فيها التطليق فهي التي تكون بغير عذر، وبالتالي إن كانت لعذر فلا يفرق بينهما، أما إن لم تكن بعذر فإنه لا يفرق بينهما إلا بعد أن يرأسه الحاكم بأن يقدم أو تنتقل إليه امرأته، وإلا طلق عليه القاضي بعد أن يضرب لها مهلة باجتهاده، أما إن كانت الرسائل لا تصل إليه أو جهل مكانه فإنه يفرق بينهما في الحال دون أي إمهال.

ولم يتم تحديد الأعذار حصرا وإنما للقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

وتكون الفرقة عند الحنابلة فسحا لا طلاقا، لأنها فرقة من جهة الزوجة والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسحا، ولا تكون إلا بحكم القاضي⁴.

أما المالكية: فيقولون أن مدة الغيبة سنة فأكثر على المعتمد، وفي قول ثلاث سنوات، والقاضي يفرق في الحال إن كان مكانه مجهولا، أما إن كان مكانه معلوما فإنه يخطره بالرجوع إلى أسرته وزوجته ويحدد له مهلة في ذلك⁵.

1 - ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 143.

2 - ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 143.

3 - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 2، 1961، ص 294؛ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 178.

4 - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 145.

5 - أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 148.

كما يرون أن لها الحق في التطليق سواء كانت الغيبة بعذر أم بغير عذر، على خلاف الحنابلة، لأن المرأة تتضرر في الحالتين، والمناط واحد وهو رفع الضرر، والطلاق يكون بائنا لأن الفرقة عندهم طلاق وليس فسخ، حتى لا يتمكن من المراجعة فيكون ذلك مواصلة للضرر¹.

فقد جاء في الشرح الكبير للدردير: (لكن الغائب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولا بد من الكتابة إليه، إما أن يحضر، أو ترحل إليه امرأته، أو يطلق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد، وطلق عليه، ولا يجوز التطليق عليه بغير كتابة إليه، إن علم محله وأمكن الوصول إليه، ولا بد من خوفها على نفسها الزنا، ويعلم ذلك من جهتها)².

كما جاء في حاشية السوقي: (أنه لا يطلق من ترك الوطء لغيبة، إلا إذا طالت مدة الغيبة، وذلك كسنة فأكثر، عند أبي الحسن وهو المعتمد، وقال ابن عرفة: السنتان والثلاث ليس بطول، بل لا بد من الزيادة عليها، ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها، ويعلم ذلك منها، وتصدق في دعواها حيث طالت مدة الغيبة، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا توجب طلاقها، ويزاد على هذين الشرطين شرط ثالث، وهو الإرسال إليه إن علم محله، وأمكن الوصول إليه، وإلا فلا يعتبر هذا الشرط، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق عليه حالا، لعدم النفقة)³.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن القول أن للتفريق بسبب الغيبة عند القائلين به

شروطا:

أولها: أن يغيب الزوج مدة تستوحش فيها المرأة وتتضرر فعلا من تركه لها، بأن تخشى على نفسها الوقوع في الزنا، إذ الفرقة هنا، كانت بسبب الضرر الواقع لا الضرر

1 - أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 148.

2 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 479.

3 - حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 2، ص 431؛ أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 149.

المتوقع، وهذا الشرط متفق عليه عند القائلين بالتفريق لكنهم مختلفون في تحديد المدة الطويلة، فالمالكية في المعتمد عندهم يقولون أنها سنة فأكثر من تاريخ غيابه، والحنابلة يقدرونها بستة أشهر فأكثر من وقت غيابه¹.

ثانيها: أن تكون الغيبة لغير عذر حسب الحنابلة، فإن كانت الغيبة لعذر لم يكن للمرأة طلب التفريق بسببها عندهم، خلافا للمالكية حيث لا يرون فارقا بين أن تكون الغيبة بعذر أو بغير عذر.

ثالثها: إذا كان الزوج معلوم المكان وتصله الرسائل كتب إليه القاضي بأن يعود إلى زوجته أو ينقلها إليه أو يطلقها، ويضرب له أجلا معيناً، ويبين له أنه انقضى الأجل دون أن يستجيب لطلبه فرّق القاضي بينهما، أما إذا كان مجهول المكان فلا يشترط هذا الشرط لعدم فائدته، وبهذا الشرط قال المالكية والحنابلة.

أدلة أصحاب هذا الرأي:

- من الكتاب: بقوله تعالى: " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " -البقرة 229-، وقوله تعالى: " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " -البقرة 231-، وقوله تعالى " ولا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة " -النساء 129-.

- ومن السنة: ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: " قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: ... وإن لزوجك عليك حقا "².

- ومن الأثر: استدلوا بقصة عمر التي سبق الإشارة إليها.

الترجيح بين القولين:

يبدو أن الراجح هو الأخذ بمبدأ التفريق بسبب الغيبة، لأن ترك الزوجة فترة طويلة من الزمن يفوت عليها مصالح النكاح، وقد يستخدم هذا الأسلوب للإضرار بالزوجة، فكان

¹ - المغاوري محمد عبد الرحمان، التفريق القضائي بين الزوجين للغيباب والفقدان، مرجع سابق، ص 24.

² - صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 8، ص 42.

من حقها طلب الفرقة بسبب الغيبة لنتمكن من رفع الضرر الواقع عليها، أما بالنسبة للمدة ففعل ما ذهب إليه المالكية من اعتبار المدة سنة هو أمر مقبول ومعقول.

كما أيد الإمام محمد أبو زهرة ما جاء به فقهاء المالكية والحنابلة¹، وهو ما ذهبت إليه العديد من القوانين العربية، كقانون الأحوال الشخصية الأردني، والقانون المصري والسوداني، وهو أيضا ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، وهو ما سنتعرض إليه في ما يلي.

2- التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج في القانون:

أخذت التشريعات العربية وغيرها، بالتطبيق للفقد، ونستعرض فيما يلي موقف قانون الأسرة الجزائري، ثم بعض التشريعات المقارنة، للنظر في مدى أخذها بالشروط التي وضعها الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

أ- التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون ".

وتنص المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ".

فمن خلال هذين النصين القانونيين، نجد أنه لا يمكن لزوجة المفقود أو الغائب أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بالتطلاق نتيجة تضررها من غيبة زوجها إلا إذا توفرت الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يغيب عنها الزوج مدة تفوق السنة:

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 366.

ويجري حساب السنة عند الفقهاء المسلمين بالأشهر القمرية، أما قانونا فيصح اعتماد التقويم الميلادي طبقا للمادة الثالثة من القانون المدني¹، كما أن العمل يجري به يوميا.

ويبدأ احتسابها من تاريخ غيابه إلى يوم رفع الدعوى، واعتماد القانون السنة طبقا لما جاء به المالكية على القول المشهور عندهم عكس ما ذهب إليه الحنابلة الذين يقولون أن المدة ستة أشهر، كما سبق بيانه، حيث يرى المالكية أن هذه هي المدة التي تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا، وتكون التفرقة هنا بسبب الضرر الواقع لا المتوقع فقط². وبالتالي، فالغيبة التي تقل مدتها عن سنة لا تمنح للزوجة حق طلب التطلق وكذلك بالنسبة لزوجة المفقود، فلا بد من مرور سنة على الأقل وقت رفع الدعوى.

- الشرط الثاني: أن تكون غيبة الزوج دون عذر:

وهو ما نصت عليه المادة 5/53، والتي تسمح بطلب التطلق للغياب وكذلك للفقد حسب المادة 112، إذا كان بدون عذر، وهو ما قال به الحنابلة، أما الإمام مالك فيجيز التطلق إذا غاب الزوج مطلقا سواء كان غيابه لعذر أم لغير عذر، لأن الضرر متحقق في الحالتين.

ويكون الغياب لغير عذر كأن يسافر الزوج ولم يعد، فيمكن اعتباره شخصا مهملا لعائلته ومخلا بالتزاماته، حيث أن غياب العذر عادة ما يؤدي إلى الإضرار بالزوجة لذلك نجد أن الفقه المالكي أكد على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره كتابة بالعودة، أو ترحل امرأته إليه وإلا طلق عليه³.

¹ - تنص المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري: " تحتسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

² - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 147.

³ - أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 148.

غير أنه إذا كان الغياب لسنة أو أكثر لعذر، كالغياب لغرض إتمام الدراسة وطلب العلم خارج الوطن أو لأداء الخدمة الوطنية في مكان بعيد أو لأجل العمل وكسب العيش، وغيرها من الأسباب المعقولة التي ترجع بالفائدة على الأسرة، فلا حق لها في طلب التطلاق استنادا إلى فقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه، وبالتالي فالقاضي عند التأكد والتثبت من شرعية سبب الغياب فلا يستجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة وأكثر، فطلبها في هذه الحالة سيرفض، فالمنطق والعادة والأخلاق تقرر أن الزوجة تتقاسم أعباء الحياة وأتاعها مع زوجها، فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها، وتصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها وتحقيق منفعة لأسرتها، بالإضافة إلى ذلك فإن صبرها على غيابه يؤدي إلى تمتين روابط المودة والرحمة والتعاون بينهما، فإن كان الزوج يسعى من أجل مصلحة الأسرة بالعمل والتجارة بعيدا فيجب أن يكافأ بالرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته أن تطلب التطلاق¹.

وهناك العديد من الحالات التي يمكن اعتبارها ضمن مفهوم العذر المقبول، منها إذا أراد الزوج الالتحاق بأهله قبل بلوغ السنة لكن المواصلات انقطعت مثلا أو حدثت حرب حالت دون التحاقه بأهله، أو توتر للعلاقات بين الدولة التي يقيم فيها ودولة موطنه الأصلي وما ينجر عنها من قطع للعلاقات الدبلوماسية، وهذه أمور تخرج عن إرادة الزوج، فلا يحاسب عليها، ويبقى تقدير العذر متروكا لقاضي الموضوع².

-الشرط الثالث: أن يترك الغائب زوجته بدون نفقة:

لتتمكن الزوجة من طلب التطلاق بسبب غياب زوجها يجب أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة دون عذر لم يترك لها مالا تتفقه على نفسها ولا على أولادها،

¹ - اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 126.

² - نفس المرجع السابق، ص 127.

أما إذا غاب لغير عذر وترك لها أموالا تتفق منها على نفسها وأولادها، فلا يجوز لها أن تطلب التطلاق تطبيقا للفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة¹.

إلا أن النقد الموجه لهذا الشرط، أنه لم يكن من الضروري النص على عدم الإنفاق في الفقرة 5 من المادة 53 لأنه قد نص عليها في الفقرة الأولى من نفس المادة.

كما يلاحظ أن شرط عدم ترك نفقة للزوجة، لم يقل به الفقهاء ولا القوانين العربية، فهو شرط مستحدث من المشرع الجزائري ويعتبر قييدا على حرية المرأة في طلب التطلاق، رغم توفر الشرطين الأولين.

إضافة إلى ذلك، يلاحظ أن طلب التطلاق استنادا إلى الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجه وذلك لتركها مدة سنة بدون عذر شرعي مقبول، بينما التطلاق استنادا إلى نص المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها، وهذا يبين لنا مدى ما بينهما من اختلاف في السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد للإجراءات، بالإضافة إلى أن الحالة الأولى تقتضي أن يكون الزوج معلوم مكان تواجده ومحقق أمر حياته، في حين أن الحالة الثانية تفترض أنه لا يعرف مكانه ولا يعرف أنه ميت أو ما يزال على قيد الحياة².

كما أن (المفقود معذور حتى يثبت عكس ذلك)³ وإلى حين عودته، لأن غيبته قد تكون بسبب الحروب والفتن والكوارث والأوبئة وغيرها من مسببات الفقد، وبالتالي فلا يمكن أن ينطبق عليه الشرط المتعلق بالغياب بدون عذر، الذي جاءت به الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة، فالمفقود معذور إلى حين إثبات العكس، ونتيجة ذلك عدم إمكانية تطلاق زوجة المفقود مطلقا لعدم توفر الشروط اللازمة لذلك.

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص 236.

² - نفس المرجع السابق، ص 236.

³ - دليلة براف، أحكام المفقود، مرجع سابق، ص 40.

فإذا كان الزوج الغائب لا تعرف حياته من مماته، فلا يصح التفريق للغيبة ، لأنه يشترط لصحة هذه الدعوى حياة الزوج الغائب، أما من لا تعرف حياته من مماته فهذا يطبق عليه أحكام المفقود، لأن معنى التفريق للغيبة ومناطه هو الضرر والإضرار، والمفقود قد يكون ميتا وله أحكام خاصة في الفقه الإسلامي والقانون، فهذا ما يدعمه التفريق الذي اعتمده البعض بين التطبيق للغياب والتطبيق للمفقود.

فلا بد من إعادة النظر في النصوص التي تتحدث عن حق زوجة المفقود في التطبيق وتخصيص نص خاص بهذه الحالة، دون الاكتفاء بالإحالة على ما يسري من حكم بالنسبة لزوجة الغائب، نظرا لاختلاف وضع كل منهما¹.

مما سبق يتضح أن لزوجة المفقود الحق في طلب التطبيق للمفقود، متى توفرت الشروط السابقة، غير أن التساؤل يثار حول مدى أحقية زوجة المفقود في طلب التطبيق قبل مضي سنة من فقده ؟

بالنظر إلى نص المادة 53 فقرة 10 من قانون الأسرة، نجدها تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لأسباب الآتية: ..10- كل ضرر معتبر شرعا "

فقد منح قانون الأسرة للزوجة حق طلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، فزوجة المفقود لو تضررت من غياب زوجها، يمكنها أن ترفع دعوى التطبيق بعد خمسة أشهر أو ستة أشهر مثلا، أي حتى قبل مضي سنة من فقده، وفي هذه الحالة، تكون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع².

وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار الصادر بتاريخ 1991/02/20، ملف رقم 75588، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا، أنه يجوز للزوجة

¹ - شراين ابنتسام، المفقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 109.

² - حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/05/18 تحت رقم 222134، ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع". أنظر: المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص126.

طلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات، أو التوقف عن النفقة، أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية...¹.

ولكن القاضي في هذه الحالة، ملزم بالتأكد والتثبت من تضرر الزوجة من فقد زوجها، وأن تثبت هذه الزوجة الأسباب الشرعية التي تبرر طلب التطبيق، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 40618، حيث جاء فيه: " حيث أن الزوجة لا تطلق على زوجها قهرا عليه بدعوى الضرر، إلا إذا كان لها من الأسباب الشرعية ما يجيز لها ذلك، والقاضي ملزم بالتثبت من وجوده، وكونه يصل إلى الحد الذي يوجب الطلاق، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين منه أنه ليس فيه شيء من هذا القبيل، كما أن التطبيق جعله الشارع للمرأة، ولكن حصول الضرر لها فعلا وتحديد نوعه وإقامة الحجة عليه، وليس في قضية الحال تحديد واضح لنوعية الضرر وبالأحرى الدليل عليه، ومن ثم فإن القرار المنتقد حاد عن الشرع، وقصر في طلب الدليل، مما يعيبه ويعرضه للنقض"².

*ملاحظات حول المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة:

إضافة إلى ما سبق ذكره، وبالنظر إلى الشروط السابق بيانها والتي جاءت بها المادة 5/53 من قانون الأسرة، نجد أنها شروط مرهقة ولا تحقق المناط والغاية من هذا الحق ألا وهو رفع الضرر، فقد تتحقق النفقة أو يوجد من ينفق عليها من أهله ولكن هذا الضرر لا يرفع، فقد لا يكون للزوج عذر مقبول فيغيب ويترك زوجته وقد لا يعود، وهو ما يلاحظ خاصة في زوجات المهاجرين فقد يهجر الزوج إلى بلد كفرنسا مثلا ويترك

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/02/20، ملف رقم 75588، المجلة القضائية، 1993، عدد 4، ص 78.

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/05/05، ملف رقم 40618، (غير منشور)، قرار منقول عن: بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2012، ص 255.

عائلته وزوجته، وحتى إن أرسل النفقة فهي لا تكفي وحدها، وعلى هذا نجد أن المشرع أعطى للمرأة حق التطلاق لكن قيده من ناحية أخرى بشروط صعبة التحقيق، لذا فمن الأفضل رفع شرط النفقة لأن الضرر قد يحصل ولو توفرت، وذلك على غرار ما قال به الفقهاء وما جاءت به العديد من القوانين العربية في هذا الشأن.

كما أن هذا الشرط يدخل في الفقرة الأولى من المادة 53، وإن كان قانون العقوبات كفيلا بزجر الزوج الذي يتخلى عن أسرته ويهملها¹، ولا داعي لإعادة هذا الشرط هنا، كما أنه من الأحسن أن ينص المشرع على المهلة التي يمكن فيها للقاضي أن ينتظر الزوج للعودة حتى يطلق عليه، على غرار ما قال به الفقه الإسلامي وما جاءت به القوانين العربية في ذلك، وهو عنصر إجرائي هام².

وإن الكثير من شرّاح قانون الأسرة الجزائري³، يرون أن المشرع الجزائري استنادا إلى نص المادة 5/53 من قانون الأسرة قد أخذ برأي المالكية والحنابلة، لكن من خلال ما سبق ذكره، يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية والحنابلة من حيث المبدأ فقط، أي بمبدأ جواز المطالبة بالتطلاق، لأن الحنفية والشافعية ضد مبدأ التفريق للغيب، لأن من أجاز التفريق للغيب هم المالكية والحنابلة، وأخذ المشرع الجزائري برأي هذين الفقيهين هي في الحقيقة مسألة شكلية فقط، لأنه إذا كان قد اختلف مع الحنابلة في شرط (مدة السنة)، فهو قد اختلف كذلك مع المالكية في شرطين أساسيين (الغيبة دون عذر، ودون نفقة)⁴.

1 - أنظر المادة 330 و 331 من قانون العقوبات الجزائري التي توضح أركان وعناصر جريمة عدم تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا.

2 - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 149.

3 - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 147.

4 - آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص 151.

وبالعودة إلى الفقه المالكي نجده كان موضوعيا في أخذه بالتفريق للغياب لأنه أخذ به فعلا، حيث أن لزوجة الغائب أو المفقود أن تطلب التفريق لتضررها من الغياب في حد ذاته، وسبب ذلك حاجتها النفسية والجسدية للزوج، وتلك الحاجة هي التي حملت عمر بن الخطاب يأمر أمراء جنده بألا يمسكوا الجنود لمدة تزيد عن ستة أشهر، حتى لا تتضرر الزوجة ببعدها عن زوجها ولا تفكر في الحرام، فمن أجل هذا الاعتبار اخذ المالكية بفكرة التفريق للغياب سواء كان بعذر أم بغير عذر متى طلبت الزوجة ذلك، وحتى مع تركه نفقة مدة غيابه، لأن العبرة ليست في الإنفاق أو في وجود العذر من عدمه، بقدر ما في ذلك من ضرر يلحق المرأة من غياب زوجها في حد ذاته.

وإذا نظرنا إلى موقف الحنابلة أيضا، فلا نجدهم يشترطون إلا ضرورة انعدام العذر الشرعي حتى وإن كان لها النفقة، وإذا عدنا لمناقشة العذر المشروع، فأى عذر أقوى من أن يخرج المقاتل للجهاد في سبيل الله في عهد عمر، لكن رغم ذلك يأمر قادة جيشه بأن لا يبقى الجندي المتزوج أكثر من أربعة أشهر في مكان الحرب لكي لا يغيب عن زوجته غيابا تتضرر منه.

يتضح أن المذهبين السابقين قد أخذوا بالتفريق للغياب الذي يمس بحق الزوجة في المعاشرة الزوجية، وما ذهب إليه المشرع الجزائري لا علاقة له بالعلّة الحقيقية للتطبيق للغياب أو الفقد والتي بنى عليها الفقهاء آرائهم، فالمشرع الجزائري استبعد كل ضرر ينجم عن الغياب إلا ضرر عدم الإنفاق، وقد سبق وأن نص عليه في الفقرة الأولى¹ من نفس المادة، لكنه في الفقرة الخامسة أطل مدة الصبر على عدم الإنفاق الى سنة كاملة حتى تتمكن الزوجة من المطالبة بالتطبيق.

¹ - حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة: ".... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ... "

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد أدرج فكرة حاجة المرأة الحسية الطبيعية في الفقرة الثالثة الخاصة بالتطليق للهجر في المضجع لمدة تتجاوز أربعة أشهر، خوفا على المرأة من الضرر لهجره لها، لكن مدة السنة هي أكثر بكثير من الأربعة أشهر والخوف على المرأة من الفتنة والوقوع في الحرام أكبر خاصة في ظل عدم وجود الزوج، كما قد تطول المدة عن السنة بكثير دون أن يكون لها حق التطليق إذا كان الغياب لعذر قدر القاضي أنه مشروع، أو كان دون ذلك لكنه ترك لها مالا تنفق منه.

من خلال مقارنة رأي المشرع الجزائري مع كل من رأي المالكية والحنابلة، نصل إلى أنه قد اختلف عنهما اختلافا بيّنا، فالعلة في طلب التطليق حسب المشرع الجزائري ليس الغياب في حد ذاته، وإنما انعدام العذر والنفقة، ولو أردنا تأصيل رأي المشرع الجزائري سنجد في حقيقة الأمر قد أخذ برأي من آراء الأحناف الذين اختلفوا مع الرأي السائد عندهم القاضي بعدم التطليق، بحيث يرى هذا الرأي أنه يمكن التطليق إذا اقترن بعدم الإنفاق، ويكون التفريق بذلك ليس مؤسسا على الغياب وإنما على أساس عدم الإنفاق، وكذلك رأي الشافعية الذين يرون أنه لا فسخ لغيبة ما دام الزوج موسرا¹، فإذا اقترن الإنفاق بالغيبة فلا تفريق ولا فسخ، فالمشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية وبعض الحنفية، بحيث لا تطليق مع توفر الإنفاق، وزاد على ذلك شرط عدم توفر العذر.

فالمشرع الجزائري يقصد من خلال المادة 5/53 من قانون الأسرة التطليق لعدم الإنفاق بسبب الغيبة، لأنه بالنظر إلى الفقرة الأولى التي تكلمت عن التطليق لعدم الإنفاق، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ فيه برأي المالكية، لكنه استثنى موضوع عدم الإنفاق بسبب الغياب الذي ذكره الفقهاء وأخذ به كل من المشرع السوري والمصري، ورجع مرة أخرى إلى التفريق لغيبة الزوج لكنه ربطه بعدم الإنفاق بعدما تم إغفال الربط بين عدم الإنفاق والغيبة في الفقرة الأولى وهو موضوع واحد، ورغم ذلك يمكن للقاضي أن يأخذ

¹ - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص 178.

بالتفريق لعدم الإنفاق بسبب الغياب أن النص عام ويستوعب كل أسباب عدم الإنفاق، فالعبرة بتوفر الشروط الواردة في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة¹.

وعليه يمكن أن يطرح تساؤل مفاده: هل يمكن للقاضي أن يحكم بالتطليق إذا أسست الزوجة دعواها على عدم الإنفاق، لتوفر الشروط المذكورة في الفقرة الأولى رغم كون الزوج غائبا؟ وإن علم القاضي أن سبب عدم الإنفاق هو غياب الزوج وكان غيابا دون عذر، فهل سيجبرها القاضي على انتظار مدة سنة كاملة لكي تطلب التطليق على أساس الغيبة وليس على أساس عدم الإنفاق؟ وإذا كان الغياب بعذر في هذه الحالة فهل يرفض القاضي دعوى التطليق أساسا؟

فلا بد من حسم موضوع التطليق استنادا إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، إما أن يكون للغيبة وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها، خاصة شرط عدم الإنفاق، وإما أن يكون لعدم الإنفاق وبالتالي ينبغي إلغاؤها والإشارة في الفقرة الأولى إلى عدم الإنفاق بسبب الغياب، واشتراط المدة التي يراها المشرع ملائمة حتى يمكن للزوجة أن تتقدم لطلب التطليق.

*نوع الفرقة الواقعة بسبب الفقد في قانون الأسرة الجزائري:

منح قانون الأسرة لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق، رغم ما يكتنف النصوص المنظمة لذلك من غموض، غير أنه لم يبين نوع الفرقة الواقعة بسبب الفقد، وبتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقهاء القائلين بجواز التفريق للغيبة أو للفقد، قد اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة لغيبة الزوج على قولين:

¹ - آيت شاوش دليمة ، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص 153.

1- قال المالكية: أن الفرقة الواقعة لغيبة الزوج أو فقده هي طلاق بائن، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا، إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة فهو رجعي.

2- وقال الحنابلة: أن الفرقة الواقعة من قبل الزوجة تكون فسحا لا طلاقا، والتطليق بسبب فقد الزوج عندهم فسخ.

والراجح في القانون الجزائري اعتبار الفرقة الواقعة بسبب فقد طلاقا بائنا، أخذا بما قاله المالكية، ولأن كل مراجعة بعد صدور الحكم بالطلاق تحتاج إلى عقد جديد¹، فيترتب على هذا الانحلال ما يترتب على انحلال الزواج الصحيح، من عدة ونسب ونفقة عدة وغيرها.

ب- حق الزوجة في طلب التطليق بسبب فقد الزوج في بعض القوانين المقارنة:

أخذ بهذه المدة (سنة) كل من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 في المادة 12 منه، وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 123 وقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 109، والمغربي في المادة 57 منه²، والعديد من القوانين الأخرى.

- بالنسبة للقانون المصري:

نظمت المادتين 12 و13 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية³ حالة التطليق لغيبة الزوج، حيث نصت المادة 12 على أنه: " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ".

1 - أنظر المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري.

2 - العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 297.

3 - عدل هذا القانون بالقانون رقم 100 لسنة 1985. انظر: عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 76.

كما نصت المادة 13: " إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها.

فإذا انقضى الأجل ولم يبدي عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة، وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اعدار وضرب اجل¹.

كما أجازت المادة الخامسة من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، للزوجة أن تطلب التطليق من القاضي في حالة عجز الزوج عن دفع النفقة بسبب غيابه، حيث تقرر بأنه :

" إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة، طلق عليه القاضي².

من خلال نص المادتين 12 و 13 السابقتين، نلاحظ أن المشرع المصري قد أجاز التفريق، إلا أنه وضع لذلك ضوابط، بعد أن أخذ من المذهب المالكي مدة الغيبة ومن مذهب الحنابلة أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول، فتكون شروط التطليق كما يأتي³:

- أن تكون مدة الغيبة لمدة سنة فأكثر، وهو ما قال به الإمام مالك.

1 - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، 86.

2 - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 73.

3 - أنظر: أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، الدار الجامعية، مصر، 1994، ص 413.

- أن يكون الغياب بلا عذر مقبول شرعا وهو مأخوذ من مذهب أحمد بن حنبل، وعلى ذلك فلو غاب الزوج في بعثة علمية أو لتجارة مثلا فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لهذه الغيبة.

- وأن يغيب الزوج في بلد غير الذي تسكنه الزوجة، فهو يختلف عن التطلق للهجر¹.

وتكون الفرقة بسبب الغيبة طلاقا بائنا، وهو ما قال به الإمام مالك².

أما المادة 13، فقد جعلت الغائب نوعان:

- غائب معلوم الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه، فإنه يعطى له أجل ويخير بين ثلاث حالات، إما الحضور للإقامة مع زوجته، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، فإن اختار أحدها قبل مضي الأجل فلا تطلق زوجته، أما إذا لم يختار طلق عليه القاضي.

- غائب مجهول الإقامة، ويطلق عليه القاضي دون أن يضرب له أجلا، بحيث لا فائدة من ذلك ما دام أنه مجهول المكان³.

- بالنسبة للقانون السوري:

جاءت المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953⁴ تحت عنوان

التفريق للغياب، ونصت على أنه:

1 - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 114.

2 - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 179.

3 - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 114.

4 - آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص 144.

" - إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه.

- هذا التفريق هو طلاق رجعي فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها " .

ويلاحظ أن المشرع السوري كنظيره المصري، قد أخذ بشرطين أساسيين، ففيمما يخص المدة جعلها سنة من الغياب، وإن يكون ذلك بلا عذر.

- بالنسبة للقانون المغربي:

فقد نص على ذلك في المادتين 104 و 105 من المدونة الجديدة للأسرة، حيث جاء في المادة 104: " إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التظليق. تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل، تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، وع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة سنحكم المحكمة بالتظليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه " .

المادة 105: " إذا كان الغائب مجهول العنوان، اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه " ¹.

- بالنسبة للقانون اللبناني والإماراتي:

تعرض قانون حقوق العائلة لأحكام غيبة الزوج في المواد من 126 إلى 129، ويؤخذ من مجموع هذه المواد:

¹ - أحمد لفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 39.

أولاً: أن من غاب عنها زوجها أو فقد وتعدر منه تحصيل النفقة، وطلبت من الحاكم التفريق بينها وبين زوجها، فعلى الحاكم بعد إجراء التحقيقات اللازمة، أن يحكم بالتفريق بينهما، والتفريق هنا لعدم الإنفاق.

ثانياً: من غاب عنها زوجها وترك لها مالا، وطلبت من الحاكم أن يفرق بينها وبين زوجها، فعلى الحاكم أن يجري التحقيقات اللازمة بحق زوجها، فإذا حصل يأس من معرفة مكانه وحياته ومماته، لا يفرق بينهما في الحال، بل عليه أن يؤجلها أربع سنوات، اعتباراً من تاريخ اليأس من وجوده، فإذا مضت هذه المدة ولم يوقف فيها على خبره، وأصررت الزوجة على طلبها فرّق بينهما بطلقة بائنة، أما إذا كانت غيبة الزوج في المحاربة، فلا يؤجلها أربع سنين بل بع مرور سنة واحدة من عودة الطرفين المتحاربين وأسراهم إلى محلاتهم. وتعدت المرأة في كلا الحالتين عدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم¹.

كما أخذ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في التفريق للغيبة من خلال المادة 129 منه، بشرط إنذاره إن كان معروف المكان، مع إمهاله مدة لا تزيد عن سنة، ولم يشترط عدم ترك النفقة للتفريق، بل إن الإنفاق لا يغير من الحكم، أما إن كان مجهول المكان فينطبق عليه حكم المفقود، بحيث لا يحكم لها بالتطبيق إلا بعد التحري والبحث وانتظار سنة بعد رفع الدعوى، وهو ما جاء في المادة 130 من نفس القانون².

- بالنسبة للقانون التونسي:

لم ينص على مثل هذا الحكم الذي نحن بصددده، باعتبار أن حق الطلاق مخول لكل من الزوجين، وفقاً للفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية³.

¹ - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 180.

² - آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص 149.

³ - عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2013، ص 50.

- التطبيق للغيبة في القانون الفرنسي:

في ظل نظرية القانون الكنسي التي اعتبرت الزواج رابطة مقدسة، لم يكن القانون الفرنسي القديم يسمح لزوجة الغائب بالاقتران بآخر إلا إذا أقامت الدليل على وفاة زوجها، غير أن تلك النظرية تعرضت للنقد في عهد الثورة الفرنسية التي انبثقت عن المذهب الفردي، فأنصار هذا المذهب رأوا أن القول بتأبيد الزواج فيه مصادرة على الحريات الطبيعية التي ينادي مذهبهم بتقديسها، وكان نتيجة ذلك أن أعلنت الجمعية الوطنية الفرنسية في 3 سبتمبر 1791 أن الزوج يعد عقدا مدنيا، وبذلك انتقت عن هذا العقد صفة القدسية¹.

وفي ظل القانون المدني الفرنسي الحالي، يفتح الغياب بكل صورته أمام زوج الشخص الغائب، الطريق لطلب التطلاق استنادا إلى عدة أسباب² منها:

- طلب التطلاق من أجل خطأ الزوج الآخر le divorce pour faute،
- وطلب التطلاق من أجل فسم عرى الحياة المشتركة le divorce pour rupture de la vie commune،
- وطلب التطلاق من أجل هجر منزل الزوجية L'abandon du foyer conjugal.
- ويقاس على الهجر، حالة الحكم على الزوج بعقوبة جنائية سالبة للحرية.

فإذا نظرنا إلى السبب الأول، الوارد بالمادة 242 من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء فيها: " يمكن لأحد الزوجين أن يطلب التطلاق عندما ينسب للزوج الآخر

¹ - علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 89.

² - article 229 CCF : Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute. (Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 1 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005)

أفعال تكون مخالفة خطيرة أو متجددة للواجبات والالتزامات الزوجية تجعل بقاء الحياة الزوجية صعبة¹. نستخلص أنه يمكن أن تشكل الغيبة أو عدم الحضور خطأ من جانب الزوج الغائب أو غير الحاضر، يبرر طلب الزوج الآخر التطلاق، لأن الغيبة أو عدم الحضور يمكن أن تشكل مخالفة للالتزام بالحياة المشتركة للزوجين².

كما يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق استنادا إلى سبب آخر هو هجر منزل الزوجية³، وذلك إذا غاب لمدة تزيد عن سنة، على أن تتأكد المحكمة من هذا الغياب ومدته والمكان الذي يوجد فيه الزوج بكافة وسائل الإثبات، حيث يفرق بين فرضين:

الأول: إذا كان الزوج معروف الإقامة، فتوجهه المحكمة إلى ضرورة الإقامة مع زوجته في منزل الزوجية أو أن يجعلها تأتي لتقيم معه حيث هو، وأن تضرب له أجلا معيناً، فإذا لم يستجب إلى تنفيذ قرار المحكمة، فإنها تحكم بتطبيق الزوجة.

الثاني: إذا كان عنوان الزوج غير معروف، فيجب البحث عنه بكافة الطرق، بمساعدة النيابة العامة، وبواسطة القيم، فإذا ظل غائبا رغم ذلك، أعلنت المحكمة تطلاق الزوجة طلاقاً بائناً irrévocable⁴.

من خلال عرض أسباب الطلاق المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وخاصة السبب الثالث المتعلق بهجر منزل الزوجية، نلاحظ أن القانون الفرنسي قد أخذ برأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وبكل التفاصيل التي قال بها الفقهاء.

¹ - Article 242 CCF, Modifié par Loi n 2004-439 du 26 mai 2004- art. 5 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1^{er} janvier 2005 : (Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à sont conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune).

² - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 122.

³ - Article 237 CCF : Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.

⁴ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 123.

حيث أخذ القانون الفرنسي بالرأي المعتمد عند المالكية¹ كما سبق بيانه، من أن مدة الغيبة سنة فأكثر، وللقاضي أن يفرق حتى لو كان مكانه مجهولا، أما إن كان مكانه معلوما فإنه يخطره بالرجوع إلى أسرته وزوجته ويحدد له مهلة في ذلك².

كما أخذ القانون الفرنسي برأي المالكية³، في عدم اشتراط العذر في الغياب، فالمالكية يرون أن للزوجة الحق في التطليق سواء كانت الغيبة بعذر أم بغير عذر، لتضرر المرأة في الحالتين، وذلك لغرض رفع الضرر عنها، وهو ما سار عليه القانون الفرنسي.

كما أخذ من نفس المذهب، حينما اعتبر أن الطلاق يكون بائنا، فلا يمكن المراجعة بعد صدور الحكم فيه.

ومن خلال ما سبق، نجد أن جل التشريعات العربية متفقة على شرطي المدة والعذر، بينما قام المشرع الجزائري بزيادة شرط ثالث، وهو شرط عدم وجود النفقة، كما يلاحظ أن التشريع المصري يتميز عن التشريع الجزائري والسوري في مخاطبة الغائب إن

1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2، مرجع سابق، ص 383؛ أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 149.

2 - أحمد الغندور، الطلاق، مرجع سابق، ص 148.

3 - إن أخذ القانون الفرنسي بالمذهب المالكي في مسألة التفريق بين الزوجين للغيبة، هي مسألة بسيطة وغيرها كثير، وهي توضح تؤثر القوانين الغربية بالفقه الإسلامي، وهي حقيقة يخفيها المؤرخون، من أن الدول الغربية كانت تعيش عصرا مظلما متأخرا إلى أن جاء الفقه الإسلامي ليسهم في ترقية الفكر القانوني الغربي، ومن ذلك القانون المدني الفرنسي الذي أخذ العديد من قواعده من المذهب المالكي، حيث أن المذهب المالكي قد بدأ تطبيقه في الأندلس منذ سنة 711م-93هـ، أدخله زياد بن عبد الرحمان القرطبي، وبقوا في أوروبا حتى عام 1492م-977هـ، أي لمدة 700 سنة، وكان الأوروبيون أثناء ذلك يرسلون طلابهم إلى الدول الإسلامية التي امتدت حدودها حتى شملت جنوب فرنسا، فكانوا يرسلونهم لأخذ العلم، وقد انشأ بعض رجال الحكم مجلسا استشاريا من العلماء المسلمين كما هو الحال مع وليم الثاني (1166-1184)، وقد انتشرت أحكام الفقه الإسلامي في كافة أوروبا خلال السنوات 700 التي أمضاها المسلمون هناك، وحتى بعد مغادرتهم إياها ظل الأوروبيون يطبقونها كونهم نشأوا عليها فأصبحت تلك الأحكام عرفا لهم، وأثناء غزو نابليون بوناپرت المغرب العربي أواخر القرن الثامن عشر، تعرف أكثر على الفقه المالكي، وعند عودته إلى فرنسا وضع القانون المدني الفرنسي في العام 1804، وكان مأخوذا بنسبة 90 بالمائة من المذهب المالكي. أنظر: خليل غصن، أثر الفقه الإسلامي على القوانين الغربية، محاضرة أقيمت في مركز أبو بكر الصديق، دون ذكر البلد، 2007، ص 3.

كان معلوم الإقامة إما أن يجد حلا بالعودة أو ترحل إليه زوجته أو يطلق عليه القاضي، كما تميّز التشريع السوري عن المصري والمغربي لما جعل نوع الطلاق بأنه رجعي.

وهو ما لم يتطرق إليه المشرع الجزائري، وحسنا ما قال به المشرع السوري بحيث يمكن للزوج مراجعة زوجته وهي في العدة، خاصة إن كانت أخباره منقطعة ثم ظهر ورجع، إذ به يكون قد حصل مقصودها، ولم تقوت الرجعة ما قصدته بل حققته لها، وهذا قصد الحد من ظاهرة الطلاق وإعطاء الغائب والمفقود مزيدا من الوقت قبل إبانة زوجته¹.

الفرع الثالث: أثر الحكم بالفقد على الأولاد القصر للمفقود:

يترتب على فقدان الشخص بعض التأثيرات على أولاده القصر، وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 87 منه، على أنه:

" يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة."

يستفاد من هذه المادة أن فقدان الشخص يؤدي إلى انتقال الولاية إلى الأم بقوة القانون، كما يستفاد من نص المادة 92 من قانون الأسرة² أن هذه الولاية تثبت للجد الصحيح (أب الأب) إن كان موجودا، وذلك بعد وفاة الأم أو ثبوت عدم أهليتها للولاية.

والذي يدل على انتقال الولاية للجد، هو أن الجد بمقتضى هذا النص (المدة 92) يمكنه تعيين وصي لحفيده القاصر، إذ كيف يثبت للجد الحق في تعيين وصي لحفيده لو لم يكن وليا له³.

¹ - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، مرجع سابق، ص 153.

² - تنص المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون."

³ - محمد سعيد جعفرور، دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 602.

أما في حالة طلب زوجة المفقود التطبيق، وفقا للشروط السابق بيانها، فإن القاضي سيمنح الولاية على الأولاد القصر للشخص الذي تسند له الحضانة، وحسب المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05-02، تكون: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب (هو مفقود في هذا الفرض)، ثم الجدة لام، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..."

وتتجلى الحكمة من وقف الولاية في هذه الحالة، أن الولي الغائب أو المفقود، يقوم به مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته، حيث تفترض الولاية كمال أهلية الولي¹.

وقد نصّ القانون المصري في المادة 21 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاصة بالولاية على المال، على أن ولاية الشخص على أولاده القصر توقف بقرار من المحكمة، إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد عن سنة²، وعندما توقف ولاية الأب لغيابه أو اعتقاله تنتقل الولاية إلى الجد الصحيح إن كان حيا، أما إذا كان الجد قد توفي أو موجود لكن قام به سبب يمنعه من ممارسة الولاية على أحفاده، فإنه يجب تطبيق أحكام الوصاية على أولاد الشخص الغائب أو المعتقل³.

كما نظم القانون الفرنسي هذه المسألة، بحيث يخضع الأطفال القصر في حالة غياب الأب للأحكام العامة للتقنين المدني المتعلقة بالسلطة الأبوية على القصر، حيث

1 - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1998، ص 401.

2 - تنص المادة 21 من قانون الولاية على المال المصري: " تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد عن سنة ". أنظر عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 115.

3 - عبد الله سيد أحمد سرور، شرح قانون الولاية على المال، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، مصر، الطبعة الثانية، د.س، ص 87.

نصت المادة 373 من التقنين المدني على أن يفقد الأب أو الأم ممارسة السلطة الأبوية، أو يحرم منها مؤقتا، عندما يكون في حالة لا يمكن معها التعبير عن إرادته بسبب غيابه أو إبعاده أو بأي سبب آخر¹، ونتيجة لذلك، تُخضع المادة 1/388 الطفل لنظام الإدارة القانونية مع رقابة قاضي الوصاية عندما يوجد واحد من آباءه في الموقف المنصوص عليه في المادة 373.

¹ - Art.373 du Code civil, Modifié par loi n 2002-305 du 4 mars 2002- art 5 JORF 5 mars 2002 : (Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause).

الباب الثاني

الحكم بصوت المفتوح وأثاره

الباب الثاني: الحكم بموت المفقود وآثاره

إن عدم ظهور المفقود دون قيام دليل على وفاته حقيقة، يثير إشكالا حول مركزه القانوني وحول المصلحة التي ينبغي تغليبها، هل يتم تغليب مصلحته في بقاء زوجته في عصمته وبقاء أمواله على ذمته، أم يتم تغليب مصلحة ذويه بتوريثهم من ماله وعدم ترك زوجته معلقة على قدومه مدة طويلة من الزمن ؟

ولا شك أن استمرار الفقد بعد صدور الحكم به، يستدعي إنهاء الشخصية القانونية للمفقود، إذ من غير الممكن استمرار مركزه القانوني إلى ما لا نهاية، نظرا لما يترتب عن ذلك من أضرار سواء لذويه أو لأمواله، مما يستدعي الأمر ضرورة الانتقال من مرحلة الفقد والحكم به إلى مرحلة الحكم بموت المفقود، بما يترتب عنها من آثار قانونية.

وعليه، نتطرق في هذا الباب إلى الحكم بموت المفقود والآثار المترتبة عن ذلك، بتقسيمه إلى فصلين، حيث نتناول في الفصل الأول: الحكم بموت المفقود، وذلك من حيث شروط إصدار هذا الحكم والمدة اللازمة لذلك، لتعرض في الفصل الثاني إلى: الآثار المترتبة عن ذلك الحكم، سواء تعلقت بأسرة المفقود أو أمواله، كما يمكن أن يظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، مما يستدعي ضبط وضعه القانوني في هذه الحالة.

الفصل الأول

الحكم بحوت المفتوح

الفصل الأول: الحكم بموت المفقود

إذا ثبتت وفاة المفقود الذي انقطعت أخباره، في تاريخ محدد على وجه اليقين، فموته يتقرر من ذلك التاريخ الذي قام الدليل القطعي على وفاته فيه، وعليه يتم تسوية مركزه القانوني على هذا الأساس واستنادا إلى ذلك التاريخ، فبالنسبة لأمواله لا يرثه إلا من كان حيا وقت موته، أما هو فلا يرث من مورثيه إلا من مات قبله، أي قبل ذلك التاريخ المثبت لوفاته على وجه اليقين¹، أما بالنسبة لزوجته فتعتمد عدة وفاة من ذلك التاريخ ويمكنها بعد ذلك أن تتزوج بغيره، حيث تعدد من تاريخ الموت المثبت لا من تاريخ علمها به²، وبالتالي فهذا الشخص لا يمكن اعتباره مفقودا إذا كان موته ثابتا قطعاً، ولا يحتاج الأمر إلى رفع دعوى قضائية للحكم بموته - إلا إذا قام نزاع حول ذلك كأن كان هناك شك أو عدم ثقة في الدليل المثبت لموته-، كما أن الحكم القضائي الذي يتم إصداره في هذه الحال يكون غير منسئ، بل حكما مقررًا.

لكن الإشكال يثار بالنسبة للشخص الذي يفقد وتنقطع أخباره دون أن يقوم الدليل على وفاته، فهل من الأحسن في هذه الحالة مراعاة جانب هذا الشخص المفقود وتغليب مصلحته في بقاء زوجته في عصمته، إن هي رضيت بذلك، وإبقاء أمواله على ذمته أطول فترة ممكنة، أم ينبغي تغليب مصلحة ذويه حتى لا يحرم ورثته من التمتع بأمواله ولا تبقى زوجته معلقة على قدومه مدة طويلة؟ وهل نسوي بين من يفقد في ظروف غالبها الهلاك ومن يفقد في ظروف ظاهرها السلامة، أم يكون لكل منهما حكم خاص تبعا لاختلاف الظروف التي صاحبت الفقد؟

¹ - أنظر المادتين: 127 و 128 من قانون الأسرة الجزائري.

² - مع مراعاة أن لا تكون الزوجة حاملا، فلو كانت كذلك تنقضي عدتها بوضع حملها، لقوله تعالى: " وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " .

ونجد أن آراء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية قد اختلفت في إجابتها على هذه التساؤلات، بين من يرى تغليب مصلحة المفقود ويطيل في المدة التي يحكم بعد انقضائها بموته، وبين من يغلب مصلحة أهله وذويه، ويقول بضرورة تسوية هذا المركز القانوني المتأرجح في أقل ما يمكن من وقت، خاصة إذا كانت الظروف التي فقد فيها الشخص يغلب عليها الهلاك.

وعليه نتناول ذلك، في كل من الفقه الإسلامي، ومدى أخذ القانون بما جاء به من آراء، وذلك في مبحث أول، ثم نتعرض إلى إشكالية تاريخ الحكم بالموت على المفقود على يسري بأثر فوري أم يكون له أثر رجعي، أي مدي اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بالموت أم من واقعة الفقد، وذلك في مبحث ثان.

المبحث الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود:

إذا طال غيبة المفقود دون أن يعود إلى أهله ووطنه، ولم يعثر له على أثر رغم البحث عنه، فلا بد من الحكم بموته بعد مدة من ذلك، لكن تحديد المدة التي يحكم بعد مرورها بموت المفقود كان محل خلاف بين العلماء، أما القانون الجزائري على اختلاف أحكامه العامة والخاصة فقد اجتهد لحسم المسألة وتحديد المدة.

المطلب الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود وفقا للفقهاء الإسلاميين:

اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يحكم بعد مرورها بموت المفقود، ولكل منهم حجته وبرهانه، ويمكن تصنيف الآراء التي قيلت في هذا الصدد إلى طائفتين: الأولى تضم الفقهاء الذين أعطوا للمفقود حكما واحدا أيا كانت الظروف التي أحاطت بالفقد، والثانية تضم الفقهاء الذين فرقوا بين من يفقد في ظروف يغلب على الظن فيها الهلاك، ومن يفقد في ظروف ظاهرها السلامة.

ونوضح فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

الفرع الأول: الرأي المنكر للفرقة بين الظروف التي يتم فيها الفقد.**أولا: المذهب الحنفي:**

العبرة المشهورة عند فقهاء الأحناف: أن المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره، والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لاستحالة ذلك، لكن المعنى الذي أراده الأحناف أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا تبين امرأته كأنه حي، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة¹.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 313؛ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35.

لأن الثابت باستصحاب الحال¹ يصلح لإبقاء ما كان على ما كان من قبل حتى يقوم الدليل على تغيره، ولا يصلح لإثبات ما لم يكن²، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في غيره فأمر لم يكن، فتقع الحاجة إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن، فالحياة معروفة بيقين، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال اليقين بالشك³.

وعند نظرنا في هذا القول، فإن التساؤل الذي يثار: متى يستمر حكمه كذلك؟ لأنه لا بد من وقت يحكم بعده بموته وتقسّم أمواله وتبين منه زوجته، وهنا تظهر أهمية حكم القاضي بموت المفقود حتى يتمكن ذووه من التصرف بناء على هذا الحكم⁴.

ونلاحظ أن الأحناف لم يفرّقوا بين من يفقد في ظروف غالبها الهلاك ومن يفقد في غيرها من الظروف، بل أعطوا للمفقود حكماً واحداً من حيث المدة التي يحكم بعد انقضائها بموته، بصرف النظر عن الظروف التي عاصرت الفقد.

وقد استدلوا على ذلك، من السنة، والأثر والمعقول:

أ- فمن السنة:

بما أخرجه الدارقطني في سننه، أنه صلى الله عليه وسلم، قال: " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر "، أو " البيان " كما قيل أيضاً⁵.

¹ - الاستصحاب، إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناء على الزمان الأول، أنظر في ذلك: الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 22.

² - عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، مصر، ط 4، 1963، ص 661.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 313.

⁴ - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 30.

⁵ - أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، عن محمد بن شريحيل عن المغيرة بن شعبة بهذا النص، وفي بعض نسخه "حتى يأتيها يقين موته"، أنظر: علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، لبنان، ط 1، 2011، ص 846.

فدلّ هذا الحديث على أن امرأة المفقود باقية على زوجها منه حتى يأتيها الخبر، وهو خبر موته.

وقد نوقش هذا الدليل، بأنه حديث ضعيف لا يجوز الاحتجاج به، حيث قال عنه ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة بن شعبة مناكير أباطيل¹.

ب- ومن الأثر:

- ما روي عن الإمام علي بن أبي طالب، أنه قال في امرأة المفقود: " هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق"². فهذا الأثر يبين الإجمال الوارد في الحديث السابق، في قوله حتى "يأتيها البيان".

- وما روي عن ابن جريح أنه قال: بلغني أن عبد الله بن مسعود وافق علياً في امرأة المفقود أنها تنتظر أبداً³.

فهذه الآثار قد وردت -حسب رأيهم- مطلقة مما يقتضي عدم التفرقة بين الظروف التي أحاطت بالفقد⁴.

ج- ومن المعقول:

أن (النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال بالشك)⁵.

وقد اعترض على هذا الدليل، كما يلي:

1 - أنظر: سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني، مرجع سابق، ص 846.
2 - عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج 3، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، 1393 هـ، ص 473.
3 - نفس المرجع السابق، ص 473.
4 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35.
5 - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 137.

- إن القول بأنه شك في زوال الزوجية غير صحيح لأن الشك ما تساوى فيه أمران، وهنا خلافه لأن غيبته أربع سنين مع انقطاع كل أخباره يرجح وفاته وعدم بقاءه حياً¹.

- أنه لما جرى على الغائب في غيبته حكم طلاقه وظهاره، جرى على زوجته حكم الزوجية في تحريمها على غيره².

- إن نكاح المفقود حقه وهو حي في إبقاء ملكه عليه ولو مكنا زوجته من أن تتزوج لكان فيه حكم بالموت ضرورة، إذ المرأة لا تحل لزوجين في آن واحد، فيجب قسمة ماله أيضاً، وذلك ممتنع ما لم يقيم على مدته دليل موجب له³.

وإذا كان أنصار هذا المذهب قد اتفقوا على هذه المسألة، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول تقدير تلك المدة، فقدرها البعض بسبعين سنة تبدأ من تاريخ ميلاد المفقود، وقدرها البعض الآخر بتسعين سنة، وذهب أبو يوسف إلى أنها مائة، كما روى الحسن بن زياد عن الإمام أبي حنيفة أنه قدرها مائة و عشرين.

وقد استدل من قدرها بسبعين، بقوله صلى الله عليه وسلم: " أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين "⁴، (أما أصحاب التقديرات الأخرى فقد قدر كل منهم ما كان يعتقد أنه أقصى أعمار الأمة)⁵، وذهب صاحب فتح القدير⁶ إلى أن الأحسن أن يقدر بسبعين سنة، للحديث السابق.

وإزاء هذا الاختلاف، قال السرخسي أنه من الأصوب عدم التقيد بمدة معينة، على أن لا يحكم بموت المفقود إلا بعد وفاة جميع أقرانه، وقد استند في ذلك، كغيره من فقهاء

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

2 - علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج 11، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1994، ص 317.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35.

4 - رواه ابن ماجة، السنن، مرجع سابق، ج 2، ص 1415.

5 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ص 462.

6 - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 139.

هذا المذهب، إلى القاعدة التي تقول بأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يثبت العكس، فالمفقود كانت حياته متيقنة عند فقده، فتظل كذلك باستصحاب الحال إلى أن يقوم الدليل على وفاته، فإن لم يكن هناك أي دليل، كان من الواجب الانتظار إلى الوقت الذي ينقرض فيه جميع أقرانه، لأن من النادر أن يعيش المفقود بعد وفاتهم، والأحكام الشرعية لا تبنى على الأحكام النادرة، بل على الغالب الذي يحدث في معظم الأحيان¹.

ووجه ظاهر الرواية أنه من النادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا يبنى الحكم عليه، وبعد قولهم أن الظاهر موت أقرانه، اختلفوا في أن المعتبر موت أقرانه في بلده فقط، أو في جميع البلاد؟

فذهب البعض إلى الرأي الأخير مستددين في ذلك إلى أن الأعمار قد تختلف طولاً وقصراً بحسب الأقطار تبعاً لإجرائه سبحانه وتعالى العادة، حتى قيل أن الصقالبة أطول عمراً من أهل الروم، في حين رجح البعض الآخر الرأي الأول، لأن التعرف على موت أقران المفقود في جميع البلاد فيه حرج عظيم بينما الوقوف على ذلك في بلده فيه نوع حرج محتمل².

أما الزيلعي فقد فوّض أمر تقدير المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود إلى رأي وتقدير الإمام أو القاضي، لأن أعمار الناس تختلف باختلاف الأقاليم والبلدان، كما أن غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص: (فالملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات)³، وينسب البعض هذا الرأي أيضاً إلى الإمام أبو حنيفة⁴.
ومما لا شك فيه أن المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطاً، والغالب فيمن طال عمره، أن لا يجاوز المائة.

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 36.

2 - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 139.

3 - الزيلعي، تبیین الحقائق، مرجع سابق، ج 3، ص 312.

4 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 6، ص 460.

فتمت حكم القاضي بموته بناء على الأقوال السابقة، اعتدت امرأته عدة الوفاة وقسمت أمواله من وقت الحكم بوفاته، وكأنه مات فيها معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي¹.

نستخلص من خلال ما سبق، أن الأحناف لا ينظرون إلى تاريخ الفقد في حساب مدته، إنما وضعوا مصلحة المفقود في بقاء أهله وماله على حالهم، ولم ينظروا إلى مصلحة زوجته وعياله في بقائهم منتظرين طوال مدة التعمير.

والظاهر أنه من الصعب الأخذ بهذا القول في الوقت الحالي، لأنه قد يؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق على مستحقيها².

ثانياً: المذهب الشافعي:

للشافعي في تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود قولان:

القول الأول: قال به في مذهبه القديم، ومفاده أن يحكم بموت المفقود بعد مضي مدة أربع سنوات من تاريخ فقده³.

وقد استند في ذلك إلى قول -عمر رضي الله عنه- أنه قال: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً"، فقد ورد هذا الحديث بصدده واقعة مضمونها (أن رجلاً فُقد، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال: تربصي أربع سنين ففعلت، ثم أتته فقال، تربصي أربعة أشهر وعشراً ففعلت، ثم أتته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاءوا به فقال: طلقها ففعل، فقال عمر: تزوجي من شئت)⁴.

1 - السيواسي، فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 141.

2 - أنظر: محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 505.

3 - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 316.

4 - أنظر: البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 421.

أما القول الثاني المأخوذ عن الشافعي في مذهبه الجديد، فقال أنه لا يمكن الحكم بموت المفقود إلا إذا قامت بينة على وفاته، ويترك ذلك لتقدير القاضي، فيجتهد ويحكم بموته بعد المدة التي لا يعيش فوقها غالبا، لأن الناس يختلفون في طول العمر وقصره، وهذا الأمر لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولم يرد توقيف في ذلك، فيترك الأمر للقاضي¹.

ولعل السبب الذي دعاه إلى العدول عن توجهه الأول، هو ما قيل أن عمر-رضي الله عنه- قد رجع عن رأيه في هذا الصدد إلى رأي علي بن أبي طالب².

كما استند إلى الأدلة التي قال بها الأحناف، والتي سبق ذكرها.

ثالثا: المذهب الظاهري:

ذهب الظاهرية إلى أن من فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، في حرب أو في غير حرب، وله زوجة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، ولا يقسم ماله، ولكن ينفق على المستحقين من ماله، فإذا لم يكن له مال قيل للزوجة انظري لنفسك، فإن لم يكن لها مال مكتسب انفق عليها من سهم الفقراء والمساكين من الصدقات كسائر الفقراء ولا فرق.

وعبارة ابن حزم نذكرها هنا، حيث قال: لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبية ولا إيجاب عدة على زوجة من لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد على غيره، ولا حجة في قول أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم³.

1 - محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، مرجع سابق، ص 303.

2 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 239.

3 - ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 10، ص 142.

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للتفرقة بين الظروف التي يتم فيها الفقد:**أولاً: المذهب المالكي:**

عند بحثنا في موقف المذهب المالكي، نجده صنّف المفقودين إلى عدة طوائف، وأعطى لكل طائفة حكماً مختلفاً عن حكم الأخرى، وذلك كما يأتي:

1- المفقودون في حروب وفتن تنشأ بين المسلمين:

وهؤلاء إن كانوا قد شهدوا القتال، وجب الحكم بموتهم بعد انفصال الصفيين وانتهاء المعركة والعجز عن الوقوف على حقيقة أمرهم، ويسري هذا الحكم على الزوجة والأموال على حد سواء، أما إن كانت هناك شهادة على أنهم لم يشاركوا في القتال، فيسري عليهم حكم من يفقد في بلاد المسلمين¹.

وفي مفقود الطاعون قال اللخمي: من فقد ببلاد توجه إليه زمن الطاعون، حكمه الموت، لقول الإمام مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال: يموت الرجل في سفره ولم يأت خبر موته ولا حياته تتزوج نساؤه ويقسم ماله².

2- المفقودون في حروب بين المسلمين والكفار:

فهؤلاء يحكم بموتهم، سواء بالنسبة لزوجاتهم أو بالنسبة لأموالهم، بعد مضي سنة تبدأ من تاريخ العجز عن معرفة أخبارهم، أي بعد نظر السلطان في أمرهم والتفتيش عنهم بكل الوسائل الممكنة والمتاحة له، في الصحف والمجلات وسائر وسائل الإعلام، سواء كانت المعركة في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام، ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره للحاكم وليس بعد انتهاء التفتيش والنظر فيه³.

¹ - أنظر: أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 582.

² - محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 4، ص 161.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريير، مرجع سابق، ج 2، ص 483.

ووجه ذلك، الحكم بالظاهر أنه إذا كان بموضع بعيد ضرب له أجل سنة، لأن الظاهر أنه لو سلم لسمع خبره في خلال السنة، ويشترط هنا أن تشهد البينة العادلة أنها رأته قد حضر صف القتال، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقط فحكمه حكم المفقود في بلاد الإسلام¹.

3- المفقودون في بلد غير مسلم دون قتال:

فلا يحكم بموتهم إلا بعد انقضاء مدة التعمير، ومثله الذي يقع أسيراً في أيدي العدو، على اختلاف بين الفقهاء في تقدير تلك المدة، وتطبق هذه القاعدة على الزوجة والأموال في نفس الوقت، ولم يضرب أي أجل للزوجات هنا لتعذر الكشف عن أزواجهن، بعكس الحال بالنسبة لمن يفقدون في بلاد الإسلام، إذ يمكن الاستقصاء عن خبرهم والبحث عنهم².

4- المفقودون في بلد إسلامي:

يتعين على الحاكم البحث والتحري عنهم بكل الوسائل والطرق الممكنة التي تسمح بالوصول إلى حقيقة وفاتهم من حياتهم، فإذا لم يتبين أمرهم رغم ذلك، أمكن لزوجاتهم البدء في احتساب عدة الوفاة، بعد مرور أربع سنوات من تاريخ البحث عنهم والعجز عن معرفة أخبارهم ومصيرهم³.

أما أموالهم فلا تقسم بين الورثة إلا بعد التأكد من موتهم، أو بعد مضي مدة زمنية يمكن معها القطع بوفاتهم، وقد اختلف فقهاء المالكية في تقدير تلك المدة، فقيل تمام سبعين سنة تبدأ من تاريخ ميلاد المفقود، وقيل ثمانين سنة، وقيل تسعين سنة، وقدرها

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2، ص 482.

² - نفس المرجع السابق، ص 482.

³ - نفس المرجع السابق، ص 483.

فريق آخر بمائة، وآخر بمائة وعشرين سنة، والمشهور في المذهب أنها تقدر بخمسة وسبعين سنة¹.

والحجة التي قال بها الإمام مالك في التفرقة في الحكم بين زوجة المفقود وأمواله، أن الحياة هي الثابتة باستصحاب الحال، فيبقى الأصل أن لا يحكم بموت المفقود إلا بعد انقضاء مدة التعمير، ولكن ورد عن عمر رضي الله عنه أنه أباح لمن فقد زوجها مدة أربعة أعوام، أن تعتد زوجته عدة وفاة ويمكنها الزواج بعدها، وهذا يقتضي قصر ذلك الحكم على موضوع الفتوى، أما الأموال فتبقى على أصل القياس².

وقد استدلوا بأن امرأة المفقود تتربص أربع سنين، من الكتاب والأثر والمعقول:

أ- **فمن الكتاب:** قوله تعالى: " وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا " -البقرة 231-، فقد نهى سبحانه وتعالى عن الإمساك بالمرأة في حال الإضرار بها وجعل ذلك عدوانا عليها، وفي إمساكها على زوجها المفقود إضرار بها وعدوان³.

ب- **ومن الأثر:** - ما رواه مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل⁴.

- كما استدلوا بقول عمر رضي الله عنه، في قصة المرأة التي فقدت زوجها⁵ السابقة.

- ما أخرجه ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب بأن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالوا في امرأة المفقود، تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا⁶.

1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2، ص 483.

2 - علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 101.

3 - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 316.

4 - الصنعاني، المصنف، باب التي لا تعلم مهلك زوجها برقم 12324، مرجع سابق، ج 7، ص 88.

5 - نفس المرجع السابق، ص 87.

6 - ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج 3، ص 353، كتاب النكاح باب 113.

كما قال بذلك علي ابن أبي طالب وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، ولم يعلم عن احد منهم خلاف ذلك، فهو إجماع الصحابة، وفي ذلك يقول القاضي عبد الوهاب من المالكية: " لإجماع الصحابة على ذلك "¹.

وقد تم مناقشة هذا الدليل من وجهين اثنين:

الأول: إن هذا ليس بإجماع وإنما هي مسألة مختلف فيها بين الصحابة، حيث ذهب فيها عمر إلى أنها تتربص أربع سنين، بينما ذهب علي إلى أنها امرأته².

الثاني: أنه قد ثبت أن عمر بن الخطاب رجع عن هذا الرأي إلى قول علي بن أبي طالب، قال عبد الرحمان بن أبي ليلى: " ثلاث قضايا رجع فيها عمر إلى قول علي، امرأة المفقود، وامرأة أبي كنفى³، والمرأة التي تزوجت في عدتها⁴ ".

وقد رُذِّ عن هذا الاعتراض، بنفي صاحب المغني رجوع عمر بن الخطاب عن رأيه⁵.

1 - عبد الوهاب، المعونة، مرجع سابق، ج 2، ص 821.

2 - الكفاية على الهداية مع شرح فتح القدير، ج 5، ص 372.

3 - تتمثل قصة أبي كنف في أنه كان قد طلق امرأته ثم راجعها ولم يعلمها بالرجعة حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت، فأتى عمر بن الخطاب فقص عليه القصة، فقال له: إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها، وإن كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم: إن لي إليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها، ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعلموا أنه جاء بأمر بيّن، وهذا أعنى عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها. ثم رجع عنه إلى قول علي أن مراجعته إياها صحيح، وهي منكوحته دخل بها الثاني أو لا.

أنظر: الكفاية على الهداية مع شرح فتح القدير، ج 5، ص 372.

4 - حيث كان مذهب عمر فيها إذا أتى زوجها حيا يخيره بين ان ترد عليه، وبين المهر، ثم رجع عن هذا إلى قول علي، وهو أن يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر بما استحل من فرجها، وترد إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها منه. أنظر: الكفاية على الهداية مع شرح فتح القدير، ج 5، ص 372.

5 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

ج- ومن المعقول:

فإن القول ببقاء رابطة زوجية المفقود إلى حين وفاة جميع أقرانه يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية، التي تأبى أن تظل زوجة المفقود معلقة طيلة هذه المدة دفعا للضرر عنها، وخير دليل على ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية من ضرورة التفريق بين العنين وامراته بعد مضي سنة، وبين المولى وامراته بعد أربعة أشهر، ولم يكن فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة، كان ثبوته في المفقود من باب أولى، لأن في المفقود جمع بين فقد الوطء وفقد العشرة والنفقة، ولكن لما كان عذر المفقود أظهر من عذر العنين والمولى، كان من الواجب انتظاره مدة أطول، بأن نجعل الشهور سنين، فنأخذ الأربع من الإيلاء والسنين من العنة، ونقدر المدة بأربع سنوات¹.

وقد ناقش الفقهاء هذا الدليل، من حيث أن الاعتبار بالعنة والإيلاء غير صحيح، لأن هذا الاعتبار يفسد بالغائب المعروف الغيبة، ففيها تفقد المرأة الوطء والعشرة والنفقة ولم يثبت لها الخيار، بل هي باقية على زواجه فكذلك المفقود.

ثم إن المعنى في العنة هو نقص الخلقة، وفي الإعسار نقص ما لزمه، وهما غير موجودين في المفقود، بسلامة خلقة وصحة ذمته².

كذلك لأن التفريق في الإيلاء إنما هو لرفع الظلم ولا ظلم في المفقود، فلا يقاس عليه، ولأنه كان طلاقا معجلا فأجله الشارع فكان إيقاعا بخلاف الغيبة فلا تقاس عليه، كما لا يجوز القياس على العنة، لأن الغيبة يعقبها الرجوع، فإن المفقود يرجى رجوعه في مدة الأربع سنين وبعدها، وهذا بخلاف العنة، فإنها طبيعة والطبيعة لا تتحل فهي لا تزول بعد استمرارها سنة، فانعدم شرط القياس وهو الاستواء فيهما فلم يصح³.

¹ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35.

² - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 317.

³ - السيواسي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 136.

ثانياً: المذهب الحنبلي:

يفرق فقهاء الحنابلة بين حالتين، حالة الشخص الذي يفقد في ظروف يغلب فيها السلامة، وحالة يغلب فيها الهلاك¹، ولكل حالة أحكام خاصة بها، نبيها فيما يأتي:

1- المفقود في ظروف ظاهرها السلامة:

كمن سافر لطلب العلم أو للتجارة أو السياحة ولم يعد وانقطعت أخباره، وهناك قولان في المذهب بصدد مثل هذا الشخص:

القول الأول: يرى أن ينتظر به مدة تسعين سنة (وهي سن التعمير عندهم) تحتسب من يوم مولده، فلا يحكم بموته قبل ذلك، لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة، وهذا هو مذهب الإمام أحمد رحمه الله².

وهي أشهر الروايتين عن أحمد، والرواية الثانية أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت موته على وجه اليقين³.

وقد ذهب إلى هذا الرأي علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري⁴.

أما عن سبب اختيارهم تسعين سنة منذ تاريخ ولادته، فقالوا أن الغالب أن لا يعيش الشخص أكثر من ذلك، وقد روي عن المدة عدة أقوال، فقد قال ابن عقيل مائة وعشرون سنة وهو قول الحسن بن زياد⁵.

1 - محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 506.

2 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 465؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

3 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 7، ص 335.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

5 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 37.

أما القول الثاني: يرى أن يفوّض تقدير المدة التي يحكم بعد انقضائها بوفاته إلى اجتهاد القاضي، فإن غلب على ظنه أنه مات حكم بوفاته، وإلا كان عليه الانتظار حتى يقوم الدليل على موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش إلى مثلها¹.

وهذا القول ذهب إليه أكثر العلماء، لأن التقدير لا يصار إليه إلا بنص وهو منتف هنا، وكذلك فإن الحكم بمدة تسعين سنة من يوم ولد يكون في ذلك اختلاف في العدة في حق المرأة بناء على عمر الزوج وهو لا نظير له، فالراجح أن يترك إلى اجتهاد الحاكم وتقديره².

وقال ابن رزين³ يحتمل عندي أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمثل ذلك.

وقد ردوا عليه بأن قضاء عمر بن الخطاب كان فيمن هو في مهلكة⁴.

2- المفقود في ظروف ظاهرها الهلاك:

كمن يفقد في القتال أو غرق مركب، أو في زلزال أو في فيضان، أو من يخرج للصلاة أو لحاجة قريبة ولا يعود، وهذا يجب البحث عنه واستقصاء خبره بكافة الطرق، فإن لم يمكن الوقوف على حاله، حكم بوفاته بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده، أخذا بقول عمر رضي الله عنه، ولأن هذه المدة هي أكثر مدة الحمل⁵.

ويقسم ماله من الوقت الذي تؤمر فيه زوجته بعدة الوفاة، وقال صحاب المغني: ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت بينة موته.

1 - محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، مرجع سابق، ص 299؛ محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوداني، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1998، ص 245.

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

3 - أنظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 13، ص 350.

4 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 7، ص 337؛ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 465.

5 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207؛ كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 465.

وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج¹.

وسبب اختيارهم لمدة الأربع سنين أنها أكثر مدة للحمل عندهم، ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان حيا لما انقطع خبره إلى هذه الغاية².

وقد استندوا في ذلك إلى الحديث الذي رواه عبيد بن عمير أنه قال: فقد رجل في عهد عمر بن الخطاب فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له فقال: انطلق فتزويجي أربع سنين ففعلت قم أنته فقال: انطلقى فاعتدي أربعة أشهر وعشرا ففعلت، ثم أنته فقال: أين ولي هذا الرجل ؟ فقال: طلقها ففعل فقال لها عمر: انطلقى فتزويجي من شئت، فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال عمر: أين كنت ؟ قال يا أمير المؤمنين: استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزلهم قوم مسلمين فكنت فيما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فما لك وما لهم ؟

فأخبرتهم خبري فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة، هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق، فاختر الصداق وقال: قد حبلت لا حاجة لي فيها³.

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

2 - البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، ص 498؛ المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

3 - البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج 7، ص 733.

قال أحمد: يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف من الصحابة له مخالف¹، وقد ذكر صاحب المحلى صحة هذا الحديث عن عمر بن الخطاب ورواه له من عدة وجوه².

بعد عرضنا لمختلف آراء الفقهاء، المنكرين للتفرقة بين الظروف التي تم فيها الفقد، والمؤيدين للتفرقة بين الظروف التي يتم فيها الفقد وأدلتهم، يتبين لنا ما يأتي:

- أن الأدلة التي قدمها كل من الفريقين محتملة وليس هناك نص يقطع النزاع.
- إن القول بالتربص أربع سنين بالنسبة لمن فقد في ظروف يغلب عليها الهلاك، فيه حكمة، وهي رفع الضرر عن المرأة التي قد لا تحتمل هذا الغياب الأبدي.
- إن غيبة الرجل في بلد في أوقات ليست بأوقات حرب، مع تقدم وسائل الاتصال الحديثة، وانقطاعه عن أهله مدة من الزمن، يشكل دليلاً كبيراً على موته، وإلا لو كان حياً لأرسل إليهم أو عرفت أخباره عن طريق رفاقه في السفر، أو اتصل هو بأهله بأي نوع من أنواع الاتصال الحديثة.

وإذا كان المفقود له أكثر من زوجة، فرفعت إحداهن أمرها إلى الحاكم فحكم لها بالتربص أربع سنين فهو حكم لهن جميعاً، وإن لم يرفعن، فلا يستأنف لهن مدداً أخرى لتربصهن بل يكفي ما ضرب لإحداهن وهي التي رفعت الأمر، ويكون الضرب لها ضرباً لسائرهن، ولو طلبت إحدى زوجات المفقود أو سائر زوجاته، دون من رفعت أمرها إلى الحاكم، البقاء في عصمة المفقود كان لهن ذلك، ويجب لهن كل حقوقهن، فينفق عليهن من ماله³.

¹ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 207.

² - الملاحظ على هذا التصرف من أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنه اجتهد منه بعد أن رأى صدق قول هذا الرجل، أما بعد تغير أحوال المسلمين اليوم فلا يؤخذ بقول من يدعي الأمور الخارقة للعادة كنقل الجن له من مكان إلى مكان آخر، أو ما شابه ذلك، ولا يثبت بهذه الأقوال حقوق أمام القضاء سواء في الأحوال الشخصية أو في المعاملات المدنية أو غيرها.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 481.

الفرع الثالث: اتفاق الفقهاء في حكم زوجة المفقود الأسير، واختلافهم في مدة التعمير:
 أجمع الفقهاء على أن زوجة الأسير المفقود لا تتربص، ولا يفرض لها أجلا ولا يتلوم لها الإمام، وإنما تبقى على زوجها، وتظل في عصمة زوجها لا تخرج عنها حتى تعلم يقين موته، ما دام الأسير على الإسلام، لأن حياة الأسير معلومة وعذره في نفي المضارة ظاهر وهو الأسر¹.

حيث قال ابن المنذر: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن زوجة الأسير لا تتكح حتى تعلم يقين وفاته، ما دام على الإسلام)².

ويعلم يقين الموت بأحد أمرين:

الأمر الأول: العلم بموته، ومعرفة أخباره عن طريق اليقين.

الأمر الثاني: وهو التعمير.

وقد اختلف الفقهاء فيه -كما سبقت الإشارة- على النحو التالي:

حيث ذهب الحسن بن زياد إلى أنه (إذا تم مائة وعشرين سنة من يوم مولده يحكم بموته، وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم، فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة، لأن اجتماع التحسين يحصل للطباع الأربع في هذه المدة، ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة فيموت)³.

ولكن خطأهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عمر بعض من كان قبلنا، كنوح عليه السلام وغيره، فلا يعتمد على هذا القول⁴.

1 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج 2، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، السعودية، ص 824.

2 - ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 5، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط 1، 2005، ص 111؛ صحيح البخاري، كتاب الطلاق باب حكم المفقود في أهله وماله، مرجع سابق، ص 1348.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35.

4 - نفس المرجع السابق، ص 35.

وذهب الإمام مالك في رواية ابن المواز عنه، أنه إذا قضى مائة سنة من يوم مولده حكم بموته، وبه قال أبو يوسف من الحنفية¹.

ذلك أنه لا يحكم بالموت إلا بيقين، أو ما يقوم مقامه من الأمر الذي قلّ من يبلغه في زماننا وهي المائة، لأن الظاهر أن لا يعيش أحد في زماننا أكثر من هذه المدة².

وقد سئل أبو يوسف عن هذا الأجل بالذات، فقال: (أبينه لكم بطريق محسوس، فإن المولود إذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا، فإن كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين، فإن كان ابن ثلاثين سنة يستوي هكذا وعقد ثلاثين، فإن كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين، فإن كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأشغال هكذا وعقد خمسين، وإن كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين، وإن كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين، وإن كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين، وإن كان ابن تسعين تتضم أمعاؤه هكذا وعقد تسعين، وإن كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى)³.

وقال صاحب المبسوط في تعليقه على قول أبي يوسف: (وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطايبية، إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا، وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله، أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال: لهو اللاهيين، فسئل عن بنات العشرين فقال: لذة المعانقين، فسئل عن بنات الثلاثين فقال: تنمو وتلين، وسئل عن

¹ - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج 4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ط 2، د.س، ص 92؛ السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35.

² - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 92.

³ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 36.

بنات الأربعين: ذات مال وبنين، فسئل عن بنات الخمسين فقال: عجوز في الغابرين، وسئل عن بنات الستين فقال: لعنة اللاعنين¹.

وقال السرخسي أيضاً، إن محمد بن سلمة كان يفتي في المفقود بقول أبي يوسف هذا، حتى تبين له خطأه في نفسه فإنه عاش مائة سنة وسبع سنين²، وقال عبد الله بن الحكم: والمائة كثير³.

وذهب الإمام مالك في رواية⁴، أنه ينظر إلى ثمانين سنة ثم يحكم بموته، لأن الثمانين قد يبلغها الإنسان مع الصحة والتصرف، وأما الزيادة عليها وإن حدثت وشذت، فإنما يكون فيها حكم المرض والعجز عن التصرف فكان حكم التعمير أولى بالثمانين⁵. وذهب بعض المالكية وبعض الشافعية، إلى أنه يضرب له سبعين سنة من حين مولده⁶، وذلك لأنه الغالب في أعمار الناس، فقد روي عن النبي (ص) أنه قال: أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين، فأقلهم من يجاوز ذلك⁷.

فمن فارق قبل هذا السن، فإن فقد ابن سبعين فإنه يعمر إلى الثمانين وإن فقد ابن ثمانين عمر إلى تسعين، وإن فقد ابن تسعين عمر إلى مائة، ويعمل في كل سنة بقدر ما

1 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 36.

2 - نفس المرجع السابق، ص 36.

3 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 92.

4 - وهي رواية ابن كنانة عنه في المجموعة. أنظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 92؛ القاضي عبد الوهاب، المعونة، مرجع سابق، ج 2، ص 823.

5 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ مرجع سابق، ج 6، ص 166.

6 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، مرجع سابق، ج 2، ص 823؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 1519.

7 - الحديث أخرجه الترمذي كتاب الزهد باب ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة برقم 2338 وقال حسن غريب، وابن ماجه كتاب الزهد باب الأمل والأجل برقم 4236، والبيهقي في سننه.

يرى بالاجتهاد¹، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يقيد بشيء، لأن نصب المقادير لا يكون بالرأي ولا نص فيه، فإذا رأى الإمام أنه لم يبق أحد من أقرانه حيا حكم بموته².
وأرى أن هذا هو القول الراجح في التعمير، لأن الأعمار تختلف باختلاف البيئات والأزمان، وقد ألحق المالكية بالأسير كل من فقد في الحرب مع العدو، لأن العدو ذو أسر فينقطع خبره مع حياته³.

وهذا فيما لو بقي الأسير على إسلامه أو جهل حاله فيحمل على بقاءه على الإسلام، فأما إن علم عنه أنه تنصّر، فأما أن يكون ذلك بالإكراه له، وإما أن يكون مختاراً، وإما أن يجهل حاله.

فإن تنصّر الأسير مكرها من العدو وعلم ذلك، كان حكمه بقاء امرأته كالمفقود المسلم، فلا تبيين منه، ولا يفرق بينهما، وتظل على عصمته، وينفق عليها من ماله.
وإن تنصّر مختاراً بانتهام امرأته منه، وفرق بينه وبينها لعدم بقاءه على الإسلام⁴.
وإن جهل أمره فلم يعلم أنه تنصّر مختاراً أم طائعا، فقد ذهب الإمام مالك إلى أنه يفرق بينه وبين امرأته عملاً بالظاهر، وبه قال ربيعة الرأي⁵، وابن شهاب الزهري ويحمل على أنه تنصّر مختاراً.
وأما عن ماله في ذلك فإنه يكون موقوفاً عليه حتى يعلم رجوعه للإسلام فيعود إلى ملكه، أو يموت فيرد إلى بيت مال المسلمين⁶.

1 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 92.

2 - أنظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 36؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 92؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 1519.

3 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 93.

4 - وهو ما أخذ به قانون الأسرة في المادة 30 منه: (يحرم من النساء مؤقتاً: ... زواج المسلمة مع غير المسلم).

5 - ربيعة الرأي: ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ أبو عثمان، عالم المدينة، ولقب بريعة الرأي لأنه كان يتقوى به سمع أنسا، وابن المسيب، وأخذ عنه الإمام مالك وغيره، ومات بالهاشمية من أرض الأنبار سنة 136 هـ.

انظر: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق ج 6، ص 90.

6 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 133.

فإن تزوجت امرأة الأسير الذي تنصر وجعل سبب تنصره، فهو بإكراهه على ذلك أم باختياره، ثم تبين بعد ذلك الجهل أنه تنصر مكرها، فإن حال امرأته يكون كحال امرأة المفقود إذا رجع زوجها بعد تربصها وزواجها من الثاني، على رأيين:

الرأي الأول: تكون زوجة الأسير ويبطل زواجها من الثاني، لأنها نكحت بناء على حكم واجتهاد تبين خطؤه.

الرأي الثاني: أنها تُفوّت على الأسير وتكون زوجة للثاني، لأنه دخل بها بناء على حكم حاكم، وأن زواج الأسير قد انقطع عنها بهذا الحكم¹.

الفرع الرابع: حكم من فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته عند من حدد سنا لذلك:

ونخص بالذكر، الفقهاء الذين حددوا سنا للحكم بموته، وهم المالكية والحنابلة:

- **قول المالكية:** حيث يقول ابن عرفة عن ابن السبعين: إذا فقد لها زيد له عشرة أعوام وكذا ابن الثمانين في قول مالك، وإن فقد ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وإن فقد ابن مائة اجتهد فيما يزداد له².

وتجوز شهادتهم على التقدير إن لم يعرف تاريخ الولادة، ويؤخذ بالأقل إن اختلف في الشهادة وحلف الوارث إذا شهدوا على التقدير، ولا يمين إن شهدت البينة بتاريخ الولادة³.

- **قول الحنابلة:** سبق وأن رأينا رأي فقهاء الحنابلة في أن من فقد في غيبة ظاهرها السلامة يُنتظر به تسعين سنة منذ ولادته، لكن إن فقد ابن التسعين فما حكمه؟ حيث قالوا: إن من فقد ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره⁴.

1 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 482.

2 - نفس المرجع السابق، ص 482.

3 - التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 4، ص 161.

4 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 422.

وجاء في كتاب الإنصاف: أنه يحتمل أوجها ثلاثة: أن تنتظر عدة وفاة، أو أن يرجع إلى اجتهاد الحاكم، أو يرتقب أربع سنين، وقد رجح كتاب الإنصاف القول الأول، وأما الحمل على الأربع سنين فهو إن كان في غيبة ظاهرها الهلاك، ثم يقسم ماله وهذا هو المذهب¹.

المطلب الثاني: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في القانون:

نتج عن الاختلاف في الرأي بين الفقهاء، في مسألة تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، اختلاف التشريعات الوضعية في تحديدها، حيث حددها المشرع الجزائري محاولاً في ذلك تخير أحسن الآراء التي قال بها الفقه الإسلامي، كما حددتها غيره من التشريعات المقارنة، كل منها حسب وجهة نظره.

الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في القانون الجزائري:

تطرق القانون الجزائري إلى مسألة المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود سواء كان الفقد في ظروف عادية أو في ظروف استثنائية، ووضع أحكاماً لذلك في قانون الأسرة، كما أخذت القوانين الجزائرية الخاصة ببعض الأحكام الخاصة، التي تختلف عن الأصل الوارد في قانون الأسرة، وهو ما نوضحه في ما يأتي:

أولاً: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في قانون الأسرة:

أخذ قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة، بحكم مقارب لرأي الحنابلة، حيث نصت المادة 113 منه، على ما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

¹ - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ص 216.

وتجدر الإشارة هنا، إلى وجوب إصدار حكم مسبق يقضي بالفقدان، ثم إصدار حكم ثاني يقضي بالموت بعد انقضاء آجال البحث، حيث لا يمكن الحكم على الشخص بالفقدان والموت في آن واحد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها، حيث جاء في القرار رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، أنه: (... ولما ثبت من قضية الحال أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في آن واحد، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة، مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد)¹.

وهو نفس المبدأ الذي اتبعته العديد من المحاكم الابتدائية، حيث صدر حكم عن محكمة بوفاريك بتاريخ 2004/04/22 يقضي (باعتبار المدعى عليه... مفقودا منذ تاريخ سبتمبر 1995، وحيث أن واقعة غياب وفقدان المدعى عليه قد مضى عليها أكثر من أربع سنوات دون معرفة مكان تواجد ولا حياته من مماته، مما يتعين التصريح بوفاته بتاريخ الحكم وهو 2008/12/13، طبقا للمادة 113 من قانون الأسرة...)².

ومن خلال نص المادة 113 السابقة، يتضح أن المدة اللازمة للحكم بوفاة الشخص المفقود تختلف باختلاف الظروف التي تمّ فيها الفقد، سواء كانت في ظروف يغلب فيها السلامة، أو في ظروف يغلب عليه فيها الهلاك.

1- المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:

من خلال المادة 113 من قانون الأسرة، نجد أنها تقرر ترك مدة الحكم بموت المفقود في الظروف التي تغلب فيها السلامة لتقدير قاضي الموضوع، وهو مسلك مقارب لما أخذ به المذهب الحنبلي، كما سبق وأن أشرنا إلى رأيه في هذه المسألة.

1 - أنظر: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، منشور ب: المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

2 - محكمة بوفاريك، 2008/12/13، ملف رقم الفهرس 08/3836، غير منشور، مأخوذ عن: علي فيلاي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 199.

بحيث أن القاضي الذي يفصل في الدعوى، يحدد المدة تبعا لوقائع القضية وظروف فقدان وحالة المفقود من صحة ومرض ومن صغر عمره أو تقدمه في السن، فيقوم القاضي بالتثبت من حال المفقود بكل ما أمكنه من طرق، وله أن يحكم بموته دون أن يلزمه القانون بمدة معينة.

غير أنه لا يمكنه أن يصدر حكما بموته قبل انقضاء مدة أربع سنوات من الفقد، فحسب المادة 113 لا بد من التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف يكون الغالب فيها الهلاك، فالتقيد بها بالنسبة لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى¹.

وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال اجتهادها، حيث جاء في القرار رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، أنه: (... المادة 113 من قانون الأسرة لا تلزم القاضي بتحديد وفاة المفقودة بانتهاء أجل الأربع سنوات وأن القانون يلزم القاضي فقط بأن لا يعلن وفاة المفقودة إلا بعد مدة الأربع سنوات وفيما زاد عن ذلك فهو يترك حرية للقاضي لتحديد تاريخ الوفاة مع الأخذ بعين الاعتبار القرائن المأخوذة من ظروف الدعوى)².

ومن أمثلة الفقد في ظروف تغلب فيها السلامة: سفر الشخص طلبا للعلم، أو التجارة أو السياحة، فانقطعت أخباره مدة طويلة من الزمن، بحيث لم يعد أحد يعلم مصيره.

وعملا بما جاء في المادة 113 من قانون الأسرة، يجب لاعتبار المفقود ميتا تحقق

شروطين:

أ- مرور أربع سنوات على صدور الحكم بالفقد كحد أدنى.

1 - شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص 73.

2 - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

ب- مرور المدة المناسبة، بعد هذه السنوات الأربع، التي ترك أمر تقديرها للقاضي لإجراء ما يلزم من التحريات بكل الطرق الممكنة للتأكد من حياة المفقود أو موته.

وفي هذا المعنى، نصت المادة 1/92 من قانون الحالة المدنية: "... وإذا ارتأت المحكمة أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز لها أن تقرر كل تدبير للتحقيق التكميلي ولا سيما التحقيق الإداري حول ظروف فقدان".

2- المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك:

يصعب وضع معيار مجرد تتحدد بناء عليه الظروف التي يغلب فيها الهلاك، لذا يستعان في ذلك بالاحتمال الغالب فقط، مع ترك التقدير النهائي لقاضي الموضوع على أساس أن الأمر يتعلق بتقدير الوقائع¹.

ويكون الشخص مفقودا في ظروف يغلب عليها الهلاك حسب المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، إذا فقد في الحروب والحالات الاستثنائية، فيجوز الحكم بموته بمضي أربع سنوات بعد التحري، أخذا بما قاله المذهب الحنبلي.

ومن أمثلة الظروف التي يغلب فيها الهلاك ومن الممكن أن يفقد فيها الشخص: الكوارث الطبيعية وغير الطبيعية، كأن تغرق سفينة كان الشخص على متنها، أو أن تتحطم طائرة كان ضمن ركابها عدد من الركاب، أو يعصف زلزال بقرية كان قاطنا فيها، أو ينفجر بركان تقع قريته على سفح قمة الجبل المنفجر، أو تنتهي حرب كان قد شارك فيها دون أن يظهر عليه أي خبر، أو يفقد في بلد انتشر فيه وباء معين، أو ما يشهده الوقت الحالي من تزايد ظاهرة الهجرة غير الشرعية وفقدان الكثير أثناء عملية الهجرة في عرض البحر...، وغيرها من الظروف التي تحمل على الاعتقاد أن الغالب فيها الهلاك.

¹ - محمد سعيد جعفرور، دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 334.

فإذا ثبت فقدان الشخص في مثل هذه الظروف، فلا يهمل بعد ذلك بالنسبة إلى المواطن الجزائري أن يكون فقدته قد تم في الجزائر أو في الخارج، أما بالنسبة إلى الأجنبي أو عديم الجنسية، فلا يجوز الحكم بموته إلا إذا تم فقدته في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية ولو كان غرق الباخرة أو سقوط الطائرة قد وقع خارج الجزائر، متى كانت إقامته العادية في الجزائر، وهو ما نصت عليه المادة 89 من قانون الحالة المدنية¹، حيث جاء فيها: "يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنية.

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

من خلال ما سبق، نخلص إلى أنه في كل الحالات السابقة، والحالات التي تماثلها، يجوز الحكم باعتبار المفقود ميتاً حكماً رغم أن هلاكه ليس محققاً - إذا توفرت الشروط الآتية:

أ- أن يكون الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك.

ب- أن يكون قد مضى على انقطاع أخبار الشخص مدة أربع سنوات على الأقل من تاريخ فقدته، ما دام أن الشخص لا يعتبر مفقوداً طبقاً للمادة 109 من قانون الأسرة إلا منذ هذا التاريخ المثبت بحكم، وذلك بعد التحري أي البحث عنه بكل الطرق الممكنة دون التوصل إلى نتيجة.

ج- أن يقدم الطلب بذلك وفقاً لما تقضي به المادة 114 من قانون الأسرة.

¹ - نظم قانون الحالة المدنية الجزائري بعض الإجراءات المتعلقة بالمفقودين، في المواد من 89 إلى 94 منه،

ولكن الملاحظ على المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري، أنها وردت بعبارة "يجوز الحكم بموت المفقود..."، ولم ترد بعبارة "يُحكم بموت المفقود..."، مما يجعلنا نتساءل عن حقيقة أخذ المشرع الجزائري في هذه المسألة بما قال به الحنابلة، ومدى تفرقه بين حالة الفقد في ظروف عادية والفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك.

فبالنظر إلى عبارة المادة 113 (يجوز الحكم بموت المفقود...)، فهي تحمل على الاعتقاد بأن القاضي غير ملزم بالحكم بموت المفقود حتى بعد مضي مدة الأربع سنوات، وبالتالي فقد منح السلطة التقديرية للحكم بالموت من عدمه حتى في حالة الظروف التي يغلب فيها الهلاك¹.

وهو ما يشبه الحالة الأولى، أي حالة الفقد في ظروف يغلب فيها السلامة، فتكون النتيجة أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113، لم يفرق في الحقيقة بين الظروف التي يغلب فيها الهلاك والظروف التي تغلب فيها السلامة، لأن الحكم بموت المفقود في كل منهما متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

وهو ما يؤدي بنا إلى القول بأن المشرع الجزائري، لم يأخذ حقيقة بالمذهب الحنبلي والذي فرق بين الحالتين، وقال بضرورة الحكم بالموت في الحالة التي يغلب فيها الهلاك بمضي أربع سنوات، ولم يقل بجواز ذلك فقط.

إن التمعن في نص المادة 113، ربما يوضح أن نية المشرع الجزائري كانت الأخذ بالحالتان اللتان قال بهما الحنابلة، ولكنه استعمل عبارة لا تدل على ذلك، وعليه أرى أنه من الأحسن لو كان نص المادة 113 من قانون الأسرة : " يُحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري...".

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا السابق الإشارة إليه، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد، أن (هناك حالات يتيقن فيها هلاك المفقود كأن يكون على متن سفينة تغرق، أو طائرة تتحطم، أو تمّ اختطافه من طرف أناس مجهولين فتقطع أخباره، أو يفقد إثر زلزال عنيف أو فيضانات عارمة، فهذه كلها تدخل ضمن الحالات الاستثنائية ولا جدوى أن ننتظر أربع سنوات كاملة للحكم بوفاته)¹.

ولا بد في الأخير، من الإشارة إلى أنه ورغم عدم جواز الحكم بوفاة المفقود إلا بمضي المدة المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، في كلا الفرضين السابقين، وهي أربع سنوات، إلا أن ذلك لا يمنع كل ذي شأن، كالورثة والدائنين، أن يدعي وفاة المفقود حقيقة، لكن على من يدعي ذلك أن يقيم الدليل على ذلك وفق القواعد الإثبات، فهي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، ووجود دليل على ذلك، يؤدي إلى ترتيب آثار الموت الحقيقي على الواقعة، فتنتهي شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكماً².

ثانياً: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود وفقاً للقوانين الخاصة:

برجعنا إلى القوانين الجزائرية الخاصة بالكوارث الطبيعية، نجدها قد قلصت من آجال إعداد محاضر المعاينة بفقدان الأشخاص في أماكن وقوع الفيضانات والزلازل، وهو نفس الأمر بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية، وحددت هذه الآجال في نصوصها كما سبقت الإشارة إليه، وهذا ما لم تحدده بالنسبة لمدة الحكم بالوفاة وفقاً لبعض هذه القوانين الصادرة في ظروف استثنائية.

1- أمر رقم 02-03 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001:

ذهب الأمر رقم 02-03 لسنة 2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، إلى تحديد مدة الفصل في دعوى الوفاة في أجل لا يتعدى شهراً واحداً من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

1 - دليّة براف، أحكام المفقود، مرجع سابق، ص 41.

2 - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 937.

فبعد أن نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من الأمر رقم 02-03 المتعلق بأحكام مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 على أنه: " يصرّح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ".¹

نصت المادة 3/2 من هذا الأمر: " يفصل القاضي بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه ".¹

وهناك من يقول بأن هذا الأجل الممنوح للقضاء قصير جدا، ليس فقط مقارنة بالقواعد العامة التي تضمنها قانون الأسرة، بل حتى بالنسبة للأجل الممنوح للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد، وكأن كل العمل هنا يجري بمعرفة الشرطة القضائية أساسا وأن حكم القاضي يغدوا في هذا الوضع مجرد شكلية لا بد منها، في حين أن الأمر يتعلق بالوفاة مما يستوجب من القاضي القيام بجهد جدي في التحقيق وعدم الاكتفاء بمجرد الموافقة على ما تم على يد الشرطة القضائية، ولو لم تكن هناك حكمة مؤكدة في التريث لما أعطت القواعد العامة للقاضي مدة أربع سنوات لإصدار الحكم حتى في الحالات الاستثنائية حيث تسود غلبة الهلاك، وهذا الأجل القصير يخالف حتى ما جاء في عرض الأسباب من أن الأمر يستهدف منح القاضي أجلا كافيا لدراسة القضية من جميع جوانبها بجدية ...¹.

2- القانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال ماي 2003:

ونفس الأمر بالنسبة لنص المادة 3/2 من قانون رقم 03-06 لسنة 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003.

¹ - عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، مرجع سابق سابق، ص 202.

حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من القانون 03-06 على: " يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ...".

ثم نصت المادة 3/2 على أنه: "... يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه".

من خلال نصوص كل من الأمر والقانون السابقين، فإن شروط اعتبار الشخص مفقودا، في الطرفين اللذان نحن بصددهما، هي:

- ثبوت وجود الشخص في أي مكان من أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 أو زلزال 21 ماي 2003.

- عدم ظهور أي أثر للشخص، بحيث لا يمكن الجزم لا بحياته ولا بموته.

- أن لا يعثر على جثته¹، رغم التحري عنه بجميع الطرق القانونية.

- إعداد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، وتقديمه لذوي الحقوق أو لكل ذي مصلحة، في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من وقوع الفيضانات، أو ثمانية أشهر من وقوع الزلزال المذكور.

أما لكي يعتبر الشخص المفقود ميتا حكما، طبقا للأمر والقانون المذكورين، فإضافة إلى الشروط السابقة، يجب أن يصدر حكم من القضاء يصرح بوفاة المفقود، أي أن المفقود لا يعتبر ميتا إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموته.

وهو ما توضحه المادة الثانية في فقرتها الثالثة، لكل من الأمر والقانون المذكورين، التي تنص: " يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة".

¹ - فلو عثر على جثة الشخص نكون بصدد الموت الحقيقي وليس الموت الحكمي.

كما جاء في نفس الفقرة: " ... يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه " .

مع الإشارة، إلى أنه وحسب الفقرة الرابعة من المادة الثانية دائما، لكل من الأمر والقانون المذكورين، يمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ صدور الحكم، وتفصل المحكمة في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها¹.

3- الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية:

أما الأمر رقم 06-01 لسنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، فقد حدد المدة اللازمة لرفع دعوى الوفاة بستة أشهر، ابتداء من تاريخ تسليم محاضر معاينة الفقدان، حيث نصت المادة 31 منه: " يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة فقدان " .

وهي مدة قصيرة جدا، ولم يتبع هذا القانون فيها أي مذهب من المذاهب الفقهية.

وقد نصت المادة 29 من الأمر رقم 06-01: " بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة تطبق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه "، ونصت المادة 28 على: " تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي " .

وقد عرفت المادة 27 من نفس الأمر ضحية المأساة الوطنية كما يلي: " يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن

¹ - أنظر الفقرة الرابعة من المادة الثانية، لكل من الأمر رقم 02-03، والقانون رقم 03-06.

المأساة الوطنية ... تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى".

وقد عرفت المادة 30 من الأمر 06-01 المفقود حيث نصت على أنه: " يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى".

وإن هذه الشروط الواردة في الأمر 06-01، مشابهة لما ورد في كل من الأمر رقم 03-02 والقانون رقم 06-03 السابق الإشارة إليهما، ويتبين أن الأمر 06-01 قد وضع شروطاً إضافية إلى تلك الواردة في المادة 109 من قانون الأسرة، وهي:

- كون الفقدان في ظروف ناتجة عن المأساة الوطنية، أي حالات الفقدان الناجمة عن الأفعال المنصوص عليها بالمواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات¹، وهي ظروف فقدان يفوق فيها احتمال الوفاة على الحياة، لذلك جعلت استثناء وتخضع لهذا القانون الاستثنائي، بينما تبقى حالات الفقدان التي تمت في نفس الفترة وليس لها علاقة بالعمليات الإرهابية أو التخريبية، خاضعة لأحكام قانون الأسرة لعدم وجود مبرر لاستثنائها من القواعد العامة الواردة فيه.
- أن الفقدان لا يثبت إلا بعد البحث والتحري الذي تقوم به الضبطية القضائية وبعد أن تقوم بمراجعة قوائم المفقودين إثر عمليات إرهابية أو تخريبية، وإعدادها محضر معاينة يسلم لذوي حقوق المفقود².

¹ - الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية، العدد 84، 2006.

² - أنظر المادة 30 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

ثالثا: إجراءات الحكم بوفاة المفقود:

لا تختلف دعوى الحكم بوفاة المفقود عن غيرها من الدعاوى، إلا في بعض الجزئيات، إلا أن القوانين الخاصة قد جاءت بإجراءات خاصة بهذه الدعوى نظرا للخصوصية التي تكتسبها.

1- إجراءات الحكم بوفاة المفقود وفقا للقواعد العامة:

إذا انقطعت أخبار الشخص ولم يعلم حاله، أصبح مفقودا، فلا يجوز التصرف في أمواله بقسمتها، بل تظل محفوظة إلى أن يرجع حيا أو يثبت موته، فوجب البحث عنه والتحري لإثبات وفاته.

ويكون ذلك، إما بالبيّنة، إذا كان هناك شهود¹ أكدوا على موته بتاريخ معين ومكان معين، أو يشهد من كان معه في السفر بموته وأنه دفن في مكان معين، فيمكن في هذه الحالة الحكم بموته، ويترتب على هذا الحكم أثره على زوجه وأمواله.

وإما بالحكم بموته، بأن يرفع ورثته دعوى إلى القضاء بسبب تضررهم من غيابه، فيتم البحث عن المفقود في الجهة التي قيل أنه سافر إليها، ويكون البحث بكل ما أمكن من إمكانيات، سواء بمراسلة سلطات ذلك البلد أو الإعلان عنه في الصحف والمجلات ومختلف وسائل الإعلام².

وهو ما جاء به نص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري: " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة ".

¹ - مع ضرورة توفر الشروط القانونية في الشاهد حتى يمكن سماعه، وقد نصت المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية".

² - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 102.

فاستصدار حكم بوفاة المفقود، يكون بناء على دعوى قضائية وفقا للإجراءات القانونية، مع الإشارة إلى أنه لا فرق بين دعوى الحكم بالفقدان ودعوى الحكم بالوفاة، من حيث شروط استعمال الدعوى، إذ خول قانون الأسرة الحق في رفع الدعويين لنفس الأشخاص، وهو ما سبق الإشارة إليه، في الباب الأول.

وعليه نوضح فيما يأتي، الاختلاف الموجود بين الدعويين -الحكم بالفقد والحكم بالموت- خاصة ما تعلق بالاختصاص القضائي لدعوى الحكم بالوفاة.

أ- الاختصاص النوعي لدعوى الحكم بوفاة المفقود:

نصت الفقرة الخامسة من المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: " ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: ... 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم"¹.

فتدخل دعوى الحكم بوفاة المفقود في الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة، كون أن مسألة إثبات وفاة المفقود من مسائل الأحوال الشخصية لتعلقها بإنهاء الشخصية القانونية للمفقود.

وإذا كان الطلب مقدما من أحد الورثة أو ممن لهم مصلحة، فلا يمكن عرضه للفصل فيه، إلا عن طريق وكيل الجمهورية الذي يحيله إلى المحكمة بعد التحقيق اللازم، وهو ما ورد بالمادة 90 من قانون الحالة المدنية: " عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الدولة يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة ".

ب- الاختصاص الإقليمي لدعوى الحكم بوفاة المفقود:

¹ - أنظر المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تبين مختلف الدعاوى التي يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر فيها.

تنص المادة 91 من قانون الحالة المدنية على أنه: " يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة. إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية.

إذا لم يتوفر غير ذلك فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة.

إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع فقدان، أو إذا لم توجد فيه محكمة، فإلى محكمة مدينة الجزائر ".
 بالنظر في هذه المادة، نجد أنها تفرّق بين ثلاثة حالات، وهي:

- **المفقود جزائري مولود في الجزائر:** سواء حصل الفقدان داخل الجزائر أو خارجها، فإن طلب الحكم بالوفاة يقدم إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان ولادة المفقود، وإذا لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف بالجزائر، يقدم الطلب إلى محكمة مدينة الجزائر.

- **الجزائريون المولود بالخارج والأجانب¹:** يعود الاختصاص المحلي لمحكمة موطن المفقود أو مقرر إقامته المعتاد، وإذا لم يتوفر ذلك يعود الاختصاص إلى محكمة مدينة الجزائر.

- **فقد عدة أشخاص في نفس الحادث:** يقدم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة، فإلى محكمة مدينة الجزائر.

من خلال النص القانوني السابق، نجد أن قانون الحالة المدنية، وضع حكماً خاصاً بالاختصاص الإقليمي لدعوى الحكم بوفاة المفقود، خرج به عن الحكم العام المتعلق

¹ - حيث يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل أجنبي أو عديم جنسية فقد في الجزائر أو على متن باخرة أو طائرة جزائرية حتى ولو كان في الخارج إذا كان مسكنه أو إقامته الاعتيادية في الجزائر. وهو ما نصت عليه المادة 2/89 من قانون الحالة المدنية.

بالاختصاص الإقليمي، الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، على عكس دعوى الحكم بالفقدان.

2- إجراءات الحكم بوفاة المفقود في القوانين الجزائرية الخاصة:

تضمنت القوانين الخاصة بالكوارث، إجراءات خاصة للحكم بوفاة المفقودين فيها، وكذلك بالنسبة للحكم بوفاة المفقود في المأساة الوطنية.

أ- إجراءات الحكم بوفاة المفقودين في الفيضانات والزلازل:

بموجب الأمر رقم 02-03 المتعلق بفيضانات 2001/11/10، وبموجب قانون رقم 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 2003/05/21، ترفع دعوى الحكم بوفاة المفقود وفق نفس الشروط والإجراءات الخاصة برفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة، حسب القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بما فيها الاستثناءات التي جاءت في قانون الحالة المدنية فيما يخص الاختصاص الإقليمي لهذه الدعوى، كما سبق توضيحه، من ذلك ضرورة توفر الصفة والمصلحة وأهلية التقاضي، فنجد أن كلا القانونين السابقين قد أكدا على صفة رافع الدعوى المتمثل في أحد الورثة، ومن كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة².

على أن يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى³، ويمكن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بالوفاة في

¹ - حيث تنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

² - وهو ما منعت عليه المادة 3/2 من الأمر رقم 03-02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10، والمادة 3/2 من القانون 06-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 2003/05/21.

³ - وهو ما نصت عليه المادة 3/2 من الأمر رقم 03-02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10.

أجل شهر واحد من تاريخ صدور الحكم، وتفصل المحكمة العليا في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى أمامها¹.

على أن تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون، بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، وذلك إعمالاً لحكم الفقرة الخامسة من المادة الثانية، وتتولى النيابة العامة قيد الحكم النهائي القاضي بالوفاة في سجلات الحالة المدنية².

والملاحظ أن هذه المواعيد جاءت قصيرة جداً، وهذا ليس إلا تماشياً مع الهدف من إصدار هذه القوانين³.

ب- إجراءات رفع دعوى وفاة المفقود حسب ميثاق السلم والمصالحة الوطنية:

ترفع دعوى الحكم بوفاة المفقود حسب ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أمام قسم شؤون الأسرة وفقاً للإجراءات والشروط الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دائماً مع احترام الاستثناءات الواردة في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، وعليه يكون لأحد الورثة أو لكل من له مصلحة أو بناء على طلب النيابة العامة، الحق في رفع دعوى أمام القاضي المختص ليفصل ابتدائياً ونهائياً في أجل لا يتجاوز شهرين ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى⁴.

وهو استثناء عن القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أن المحاكم تفصل في جميع الدعاوى بأحكام قابلة للاستئناف، كما ورد

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 4/2 من الأمر رقم 03-02 ، والقانون 06-03 المتعلقين بمفقودي الفيضانات والزلازل على التوالي.

² - وهو ما نصت عليه المادة 6/2 من الأمر رقم 03-02 ، والقانون 06-03 المتعلقين بمفقودي الفيضانات والزلازل على التوالي.

³ - شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامية، مرجع سابق، ص 68.

⁴ - نصت على ذلك المادة 32 من الأمر رقم 01-06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

استثناء آخر يخص ميعاد الطعن بالنقض الذي تنص عليه المادة 353 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يقدر بشهرين من تاريخ الحكم المطعون فيه، فإن المادة 33 من الأمر 06-01 نصت على أن الحكم بالوفاة يمكن أن يكون موضوع طعن بالنقض في أجل شهر واحد بدل شهرين، وذلك من تاريخ النطق بالحكم وليس من تاريخ التبليغ كما ورد في القواعد العامة، ونصت نفس المادة على أن المحكمة العليا تفصل في الدعوى في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الإخطار¹.

ويمكن إرجاع سبب تقليص الآجال، إلى رغبة المشرع في الإسراع في تسوية وضعية ضحايا المأساة الوطنية.

وحسب المادتين 27 و30 من الأمر 06-01، فإن التصريح بوفاة الشخص المفقود بموجب حكم قضائي، يتم اعتمادا على محضر معاينة فقدان الشخص المعني، المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتمادا على شهادة الشهود².

وهو ما أكدته المحكمة العليا في عديد من اجتهاداتها، منها القرار الصادر بتاريخ 11/02/2009 ملف رقم 482011، والذي جاء فيه: (... حيث أنه يتبين من المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27/02/2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أن التصريح بوفاة الشخص، الذي تنقطع أخباره، ولم يتم العثور على جثته، يتم بموجب حكم قضائي، استنادا إلى محضر معاينة فقدان له تعده الشرطة القضائية على إثر عمليات البحث بدون جدوى، في حين أن قاضي محكمة سيدي بلعباس، قد اكتفى في حكمه بوفاة المدعو (س-ح)، بالاستناد فقط إلى مجرد شهادة الشاهدين (ب-ع)، و (ب-ه)، دون الاستناد إلى محضر المعاينة المذكور، الذي لا وجود له بملف الدعوى الحالية، مخالفا بذلك المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01

1 - أنظر المادة 32 من الأمر رقم 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

2 - أنظر المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01.

السالف الذكر، وعليه فإن الوجه المثار من قبل وكيل الجمهورية يعد مؤسساً، ويتعين استناداً إليه القضاء بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه...¹.

الفرع الثاني: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في التشريع المقارن:

تتشرط جميع القوانين للحكم بوفاة الشخص الغائب الذي انقطع خبره، أن تمر مدة معينة على ذلك، مع اختلافها في تحديد تلك المدة، وهو ما سنوضحه من خلال ما يأتي:

أولاً: الحكم بموت المفقود في القانون المصري:

كان الفصل في مسائل الأحوال الشخصية يجب أن يتم وفقاً للرأي الراجح في المذهب الحنفي، طالما لم يكن هناك نص تشريعي يمكن تطبيقه، لذلك فقد جرى العمل حتى سنة 1920 استمداد الأحكام الخاصة بالمفقود من المذهب الحنفي، فلم يكن من الجائز الحكم بموته إلا بعد انقراض جميع أقرانه، وكان القضاء يجري على تحديد حياة الأقران بتسعين سنة يبدأ حسابها من تاريخ ميلاد المفقود².

ولعل السبب الذي حدا بالمشروع المصري التأخر في وضع تنظيم تشريعي لمسألة المفقود، هو اقتناعه بالحجج التي ساقها أنصار هذا المذهب، والتي يأتي في مقدمتها أن حياة المفقود كانت ثابتة عند فقده، فيجب أن تظل معتبرة كذلك إلى أن يقوم الدليل على موته، وإلا تعيّن الانتظار إلى أن يتوفى جميع أقرانه.

غير أن هذه الحجج التي كانت سائغة فيما مضى لم تعد مقنعة مع التقدم الحاصل وخاصة في مجال الاتصالات، كما أن الأخذ بهذا الرأي يصيب عائلة المفقود وبالأخص زوجته بأبلغ الأضرار بإبقائها على ذمته لأطول مدة³.

1 - أنظر القرار الصادر بتاريخ 2009/02/11 ملف رقم 482011، عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 288.

2 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 104.

3 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دون ذكر دار النشر، مصر، 1952، ص 119.

أيضا، فإنه إذا كان من الواجب رعاية جانب المفقود نظرا لعدم تحقق معنى الظلم من ناحيته، فإن هذا لا يجوز أن يؤدي بالمشرع إلى التضحية الكاملة بأهله، بل يجب الموازنة بين هذين المصلحتين، وذلك يقتضي بأن رعاية جانب المفقود يجب أن تكون إلى حين، بحيث إذا مضت مدة زمنية على انقطاع أخباره والبحث عنه، فوجب الحكم بموته¹.

لكل ما تقدم، عدل المشرع المصري عن الأخذ بالمذهب الحنفي في هذا الشأن، وتقرر ذلك بمقتضى القانون رقم 25 لسنة 1920، الذي تضمن بعض مسائل الأحوال الشخصية ومنها مسألة المفقود، وقد أخذ بموجب المادة 7 منه بالمذهب المالكي، الذي يفرق، فيما يتعلق بالمدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، بين الزوجة والأموال، غير أنه توجه معيب، فمن المفروض أن لا يفرض لشخص واحد حالتان متناقضتان، فيفرض حيا بالنسبة لأمواله وميتا بالنسبة لزوجته².

لذلك ألغى المشرع المصري المادة السابقة واستبدلها بالمادتين 21 و 22 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، وعدلت المادة 21 بالقرار بقانون رقم 100 لسنة 1958، وفي سنة 1992 عدلت المادتان 21 و 22 بالقانون رقم 33 لسنة 1992³، كما عدلت نفس المادتين بالقانون رقم 140 لسنة 2017⁴.

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 105.
2 - ألغيت المادة السابعة بالقانون رقم 25 لسنة 1929، وكان نصها قبل الإلغاء: " إذا للمفقود وهو من انقطع خبره مال تتفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي وتبين الجهة التي يظن أنه سار إليها أو يمكن أن يكون موجودا بها.

وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحقانية لتجري البحث عنه بجميع الطرق الممكنة، فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضي ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضي الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام. وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره".

3 - محمد علي سكيكر، قوانين الأحوال الشخصية، نادي القضاة، مصر، 2010، ص 15؛ عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص 95.

4 - أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 22/07/2017، ص 10.

وكان القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ينص على اعتبار المفقودين في عداد الأموات بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد، إذا كان فقدهم يتم في ظروف يغلب عليها الهلاك، ويفوض أمر تقدير المدة المناسبة للقاضي في غير ذلك من حالات الفقد، وبتعديله عام 1992، تم خفض فترة السنوات الأربع بالنسبة لبعض فئات المفقودين لتكون عاما واحدا، لتواكب التطورات الكبيرة في مجال المعلومات والاتصالات والتي أصبحت تساهم في مساعدة المشرع على اتخاذ القرار، وأخيرا تم خفض المدة إلى 30 يوما حسب التعديل الأخير المشار إليه بالنسبة لمن يفقد على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت.

ونتيجة للتعديلات العديدة المدخلة على القانون رقم 25 لسنة 1929، يوجد حاليا في القانون المصري أربع مدد للحكم بوفاة المفقود: 4 سنوات، سنة واحدة، 30 يوما، وسلطة تقديرية للقاضي بحيث لا تقل عن أربع سنوات.

1- الحكم بوفاة المفقود بعد مضي أربع سنوات:

يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929، أنه يمكن للقاضي أن: "يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده"، وقد أخذ المشرع المصري التمييز بين الفقد الذي يغلب عليه الهلاك والفقد الذي لا يغلب عليه الهلاك من الفقه الحنبلي، كما سبق بيانه¹.

2- الحكم بوفاة المفقود بعد مضي سنة واحدة:

على إثر غرق عبّارة مصرية (سالم اكسبرس)، تم تعديل القانون 25 لسنة 1929 بمقتضى القانون رقم 33 لسنة 1992، وتم خفض المدة التي يحكم بمضيها بوفاة المفقود إلى سنة واحدة، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة

1 - محمد أحمد شحاتة، الوجيز في الموارث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، د.س، ص 127.

سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الحالة وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود¹.

وبتخفيض هذه المدة إلى 15 يوما على إثر غرق العبارة (السلام 98)، بمقتضى القانون رقم 2 لسنة 2006، ثم تخفيضها إلى 30 يوما بموجب تعديل المادة 21 السابقة بالقانون رقم 140 لسنة 2017، تظل المدة سنة بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون في أثناء العمليات الحربية²، أو بالنسبة لأعضاء هيئة الشرطة الذين يفقدون أثناء العمليات الأمنية.

3- الحكم بوفاة المفقود بعد مضي 30 يوما:

صدر القانون رقم 140 لسنة 2017، معدلا المادة 21 من القانون 25 لسنة 1929، لتصبح المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود في حوادث الطائرات والسفن 30 يوما فقط من تاريخ الفقد³.

4- تفويض القاضي في تحديد المدة التي يحكم بمضيها بوفاة المفقود:

¹ - أنظر المادة 21 من القانون رقم 25 لسنة 1929، المعدلة بمقتضى القانون رقم 33 لسنة 1992؛ عبد الفتاح مراد، مرجع سابق، ص 95.

² - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 152.

³ - قبل إقرار هذه المدة، وعلى إثر غرق العبارة (السلام 98)، صدر القانون رقم 2 لسنة 2006، معدلا المادة 21 من القانون 25 لسنة 1929، لتصبح المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود في حوادث الطائرات والسفن 15 يوما فقط من تاريخ الفقد، وقد وجه نقد شديد الى هذا التعديل الذي خفض المدة إلى 15 يوما، وهي مدة قليلة جدا، وقيل أنه تعديل لم يحقق أية فائدة قانونية بل الهدف منه هو تهدئة الرأي العام الغاضب من أداء الحكومة وعدم تصديها للفساد الموجود في قطاعات النقل وخاصة النقل البحري. أنظر في ذلك: عابد فايد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 154.

حيث جاء في الفقرة الرابعة من المادة 21 السابق الإشارة إليها، أنه " وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا "1.

ثانيا: الحكم بموت المفقود في القانون الأردني:

ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى اعتبار نوع الغيبة عند الحكم بموت المفقود، وسلك طريقا قريبا لما عليه العمل في المذهب المالكي والحنبلي، فنص في المادة 177 منه: " المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته، يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته، ما لم يكن فقدته إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو حالة اضطراب الأمن وحوادث الفوضى وما شابه ذلك، فيحكم بموته بعد سنة من فقدته، أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي، على أن تكون المدة كافية في أن يغلب على الظن موته، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حيا أو ميتا "2.

وقد جاء في الأسباب الموجبة، بأن مذهب الحنفية لا يحكم بموت المفقود إلا بعد مضي مدة من الزمن يغلب على الظن هلاكه فيها، وهي سبعون أو ثمانون سنة، وفي هذا ما فيه من الحرج والشدة على زوجة المفقود وعلى ورثته من أهله، ولذلك رؤي من المصلحة الأخذ بمذهب الإمام مالك، بأن من فقد في جهة معلومة يغلب على الظن هلاكه، فيحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقدته.

1 - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 96.

2 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 41.

أما إذا فقد إثر كارثة كزلزال أو غارة أو في حرب أو اضطراب للأمن، فيحكم بموته بعد مضي سنة من فقدته، وبعد البحث والتحري عنه¹.

أما إذا فقد في ظرف لا يغلب فيه الهلاك، فيأخذ بالقول الصحيح من مذهب أبي حنيفة، وهو تفويض أمر تقدير المدة التي يحكم بعدها بموته إلى القاضي.

ثالثا: الحكم بموت المفقود في القانون الإماراتي:

أخذ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 بمذهب المالكية كاملا، فيما يتعلق بالحكم بموت المفقود، حيث نصت المادة 237 في فقرتها الثالثة على أنه: " للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه إذا مضت سنة على إعلان فقدته بناء على طلب ذوي الشأن أو إذا ما مضت أربع سنوات في الأحوال العادية"².

رابعا: الحكم بموت المفقود في القانون المغربي:

نصت المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية: " يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين"³.

خامسا: الحكم بموت المفقود في القانون التونسي:

نص الفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: " إذا فقد الشخص في وقت الحرب أو في حالات استثنائية يغلب فيها الموت، فإن الحاكم يضرب أجلا لا

¹ - نفس المرجع السابق، ص 41.

² - عبد الحميد محسن عطروش، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة الكوفة، العدد 6، د.س، ص 75.

³ - آيت شاوش دلييلة، إنهاء الرابطة لزوجية بطلب الزوجة، مرجع سابق، ص 164.

يتجاوز العامين للبحث عنه ثم يحكم بفقدانه، وإذا فقد الشخص في غير تلك الحالات فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى الحاكم بعد التحري بكل الطرق الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا¹.

سادسا: الحكم بموت المفقود في القانون اليمني:

يتفق كثيرا مع القانون التونسي من حيث المدة التي يحكم فيها بموت المفقود، حيث نصت المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية اليمني في فقرتها (ب، ج): "يحكم بموت المفقود في الحالات التالية:

ب- إذا مرت فترة كافية على إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات.

ج- إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه ومضت سنتان على إعلان فقده².

سابعا: الحكم بموت المفقود في القانون العراقي:

تطرق القانون العراقي للمفقود في قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1988، ونص في مادته 93 على: " للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات الآتية:

- إذا قام دليل قاطع على وفاته.
- إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده.
- إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده "

ثامنا: الحكم بموت المفقود في القانون الفرنسي:

يتميز القانون الفرنسي فيما يتعلق بالمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، بين حالتين، الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك، والفقد في ظروف يغلب فيها السلامة.

¹ - عصام الأحمر، مجلة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 90.

² - عبد الحميد محسن عطروش، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني، مرجع سابق، ص 75.

وهو ما نعرضه فيما يلي:

1- الفقد في ظروف يغلب عليها الهلاك:

نصت على هذه الحالة المادة 88 من القانون المدني الفرنسي، حيث ورد فيها:

" إذا فقد أحد الفرنسيين في ظروف يكون من شأنها أن تعرض حياته للخطر، ولم يعثر على جثته كان للمحكمة، بناء على طلب وكيل الجمهورية أو بناء على طلب ذوي الشأن، أن تصدر حكماً بموته، سواء تم الفقد في الإقليم الفرنسي أم خارجه.

كما يجوز للمحكمة، بنفس الشروط، أن تحكم بوفاة أي أجنبي أو عديم الجنسية، يفقد في أحد الأقاليم الخاضعة للسيادة الفرنسية، أو على متن إحدى السفن أو الطائرات الفرنسية، حتى لو كان الفقد قد تم في الخارج، متى كان الأجنبي أو عديم الجنسية قد اتخذ موطنه أو محل إقامته المعتادة في فرنسا.

وتسري الأحكام السابقة على كل من تكون وفاته مؤكدة دون أن يعثر على جثته¹.

مما تقدم يتضح أن المشرع الفرنسي لا يشترط مضي مدة معينة للحكم بوفاة الغائب، سواء في رفع الدعوى أو لصدور الحكم المقرر للوفاة، وذلك في حالتين:

¹ - Article 88 : Peut être judiciairement déclaré, à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées, le décès de tout Français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé.

Peut, dans les mêmes conditions, être judiciairement déclaré le décès de tout étranger ou apatride disparu soit sur un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à bord d'un bâtiment ou aéronef français, soit même à l'étranger s'il avait son domicile ou sa résidence habituelle en France.

La procédure de déclaration judiciaire de décès est également applicable lorsque le décès est certain mais que le corps n'a pu être retrouvé.

Article 88 Créé par Loi 1803-03-11 promulguée le 21 mars 1803, Modifié par Ordonnance 1945-10-30 art. 1, Modifié par [Ordonnance 58-779 1958-08-23 art. 1 JORF 30 août 1958](#).

www.Legifrance.gouv.fr

- الأولى، أن تكون وفاته مؤكدة دون أن يعثر على جثته.
 - والثانية، إذا حدث الفقد في ظروف يكون من شأنها أن تعرض حياة الشخص للخطر. حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تحديد تلك المدة¹.
- ويستثنى من ذلك الحالة المنصوص عليها بالمادة 3/142 من قانون الطيران المدني الصادر سنة 1967، والتي تقرر أنه: إذا اختفت إحدى الطائرات دون أن ترد أية أنباء عنها، اعتبرت هذه الطائرة مفقودة بعد مرور ثلاثة أشهر على انقطاع أخبارها، وبعد مضي هذه المدة يمكن الحكم بوفاة الأشخاص الذين كانوا على متنها، طبقاً للمواد 87-89 من التقنين المدني.

ويختص وزير الطيران المدني بإعلان توافر القرينة الدالة على فقدان الطائرة، ويلتزم بأن يرسل جميع الأوراق التي تمكن المحكمة من التحقق من وفاة الأشخاص المفقودين إلى النيابة الكائنة في دائرة المحكمة الاستثنائية المختصة.

كما يجوز لذوى الشأن أن يلجأوا إلى القضاء طبقاً للمادة 90 من التقنين المدني من أجل الحصول على حكم بوفاة المفقود، وفي هذه الحالة تقوم النيابة العامة بإبلاغ وزير الطيران المدني بهذا الطلب².

¹ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 152.

² - Art. L.142-3 du code de l'aviation civile : (Au cas de disparition sans nouvelles d'un aéronef, l'appareil est réputé perdu trois mois après la date de l'envoi des dernières nouvelles.

Le décès des personnes se trouvant à bord de l'aéronef peut, après expiration de ce délai, être déclaré par jugement par application des [articles 87 à 89](#) du code civil.

Il appartient au ministre chargé de l'aviation civile de déclarer, le cas échéant, la présomption de disparition et d'adresser au procureur général près la cour d'appel compétente les réquisitions nécessaires pour la constatation judiciaire des décès des personnes disparues.

Les intéressés peuvent également se pourvoir, conformément à [l'article 90](#) du code civil, à l'effet d'obtenir la déclaration judiciaire d'un décès. La requête, en ce cas, est communiquée par le ministère public au ministre chargé de l'aviation civile).

2- الفقد في ظروف يغلب فيها السلامة:

نصت على هذه الحالة المادتان 112 و122 من التقنين المدني الفرنسي، ووفقا للمادة 112: " إذا توقف شخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته وانقطعت أخباره، يمكن لقاضي الوصاية، بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة، أن يلاحظ قرينة غياب هذا الشخص"¹.

وجاء في المادة 122: " إذا مضت عشر سنوات على صدور الحكم الذي أثبت وجود قرينة غياب شخص ما، سواء صدر هذا الحكم وفقا لأحكام المادة 112 أو بمناسبة اتخاذ أحد الإجراءات القضائية المنصوص عليها في المواد 217، 219، 1426، 1429 من التقنين المدني، يمكن للمحكمة الابتدائية أن تعلن غياب هذا الشخص، بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة.

كما يمكن للمحكمة الابتدائية أن تحكم بغياب الشخص في حالة عدم صدور حكم يلاحظ قرينة غيابه- إذا توقف الشخص عن الظهور في موطنه أو في محل إقامته، وانقطعت أخباره، لمدة تزيد على عشرين سنة"².

¹ - Article 112 : Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence.

(Créé par Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 1 JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978) .www.legifrance.gouv.fr

² - Article 122: Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, soit selon les modalités fixées par l'article [112](#), soit à l'occasion de l'une des procédures judiciaires prévues par les articles [217](#) et 219, [1426](#) et 1429, l'absence pourra être déclarée par le tribunal de grande instance à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public.

Il en sera de même quand, à défaut d'une telle constatation, la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans. (Créé par Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 1 JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978)

ويترتب على الحكم القاضي بالغياب، سواء صدر من قاضي الوصاية أو من المحكمة الابتدائية، منذ تسجيله في سجلات الأحوال المدنية، جميع الآثار التي تترتب على الوفاة الطبيعية.

من خلال هذين النصين، يتبين أن المشرع الفرنسي وإن كان قد منح لكل ذي شأن أو النيابة العامة، الحق في المطالبة بالتحقق من توافر قرينة الغيبة¹، أو في المطالبة بإعلان ثبوت الغيبة²، إلا أنه لم يجعل النظر في كلا الطلبين من اختصاص محكمة واحدة، فعلى حين ينعقد الاختصاص بنظر الطلب الأول إما لقاضي الوصاية وإما للمحكمة الابتدائية وهي بصدد الفصل في مدى توافر شروط تطبيق إحدى المواد 217، 219، 1426، 1429 من التقنين المدني³، فإن الاختصاص بنظر الطلب الثاني ينعقد دائماً للمحكمة الابتدائية.

وسبب ذلك يرجع إلى مدى خطورة الآثار التي تترتب على كلا الطلبين، فالحكم المقرر لتوافر قرينة الغيبة لا يكون له من أثر سوى تعيين وكيل لإدارة شؤون الغائب أو تثبيت الوكيل الذي يكون الغائب قد عينه قبل غيابه، أما الحكم المعلن لثبوت الغيبة، فإنه ينتج ومنذ تسجيله، جميع الآثار التي تترتب عادة على حدوث الوفاة الطبيعية⁴.

كما يلاحظ على النصوص السابقة، أنها لم تشترط مضي مدة ما قبل إصدار الحكم المقرر لثبوت قرينة الغيبة، بل اشترط لصدور هذا الحكم انقطاع الشخص عن

¹ - يطلق على هذه المرحلة مرحلة افتراض الغيبة أو الغيبة المفترضة: (Présomption d'absence ou absence présumée)، وهو اصطلاح منتقد في الفقه الفرنسي، لأنه يتنافى مع الواقع الذي يملئ القول بأننا نكون أمام غيبة ثابتة، وليست مفترضة، بمجرد قيام الشك حول مصير الشخص.

² - وتسمى هذه المرحلة، بمرحلة إعلان الغيبة أو الغيبة الثابتة (Déclaration d'absence ou absence déclarée). ويتمثل الاختلاف بين المرحلتين، في أن الحكم الذي يصدر في هذه المرحلة يعتبر بمثابة شهادة وفاة للغائب منذ الوقت الذي يتم فيه تسجيله في السجلات المعدة لتقيد الوفيات، وهذا بعكس مرحلة افتراض الغيبة حيث يعتبر الغائب حياً وتسري عليه كل أحكام الأحياء. André Breton, art. préc, p 241.

³ - وهي نصوص قانونية تخول للزوج الحاضر الحق في إدارة أموال زوجه الغائب.

⁴ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 117.

الظهور في أي من موطنه أو محل إقامته في ظروف ليس من شأنها أن تعرض حياته للخطر، وأن تجهل أخباره.

أما الحكم المعلن لثبوت الغيبة، فلا يمكن إصداره إلا بعد مضي مدة معينة من تاريخ انقطاع أخبار الغائب، وميزت المادة 122 بين فرضيين:

- إذا كانت الغيبة المفترضة قد تقررت بحكم قضائي، فيحكم بثبوت الغيبة بعد مرور عشر سنوات على صدور الحكم الأول.
- وإذا لم تكن الغيبة المفترضة قد تقررت بحكم قضائي، فلا يحكم بثبوت الغيبة إلا بعد فوات عشرين سنة على انقطاع أخبار الغائب¹.

¹ - أنظر في إجراءات إصدار هذا الحكم ودور النيابة العامة فيه، المواد 123-131 من التقنين المدني الفرنسي.

المبحث الثاني: تاريخ الحكم بالموت على المفقود:

قد يكون الحكم بموت المفقود بناء على بينة أو أوراق رسمية تثبت موته، بتقديم شهادة وفاة لهذا الشخص أو بتقديم بينة على وفاته، فيحكم القاضي بناء على ذلك بالموت، وحكم القاضي في هذه الحالة لا يكون منشأ بل يكون كاشفا للموت من التاريخ الذي حدد بالبينة المقدمة أو الأوراق الرسمية، ولا يوقف الحكم بموته حينئذ على مضي مدة محددة بعد فقده، لأن موته كان حقيقة لا حكما.

وقد يكون الحكم بموت المفقود بناء على القرائن والظروف التي أحاطت بفقده، بعد البحث والتحري عنه بكافة الوسائل المتاحة، أي أن الحكم بالموت يكون بناء على اجتهاد من القاضي، فيكون حكما منشأ ويكون المفقود ميتا موتا حكما لا حقيقيا¹.

ومن خلال ما سبق توضيحه من المدة التي يحكم بعدها القاضي بموت المفقود، فإن التساؤل يطرح، حول ابتداء حساب المدة: من حين الفقد أم من حين الحكم به، وهل يعتبر المفقود ميتا من تاريخ الحكم عليه بالموت أم من تاريخ الفقد؟ وهو ما نتطرق إليه من خلال المطالبين الآتين:

المطلب الأول: ابتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

إذا كنا قد علمنا من خلال ما سبق، أنه يُضربُ للمفقود مدة من الزمن ليحكم بعدها بموته، فإن التساؤل يطرح حول ابتداء حساب هذه المدة، هل تحتسب من أول غيبة المفقود، أم من يوم رفع الدعوى أمام القاضي والحكم بالفقد؟ وتكمن أهمية هذا الموضوع في عدة أمور منها:

- أنه بعد مرور مدة محددة تحل زوجة المفقود للزواج، ويقسم ماله بمرورها، وهذا ما يقودنا إلى ضرورة تحديد الوقت الذي يبدأ منه حساب هذه المدة.

¹ - مؤمن أحمد ذياب شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص

- أن الفقهاء قالوا لا يجوز أن يرث أحد بالشك، والمفقود لا يرث بهذا الاعتبار لأن حياته مشكوك فيها، فإذا مات من يرثه المفقود فهل يعطى له نصيبه هذا، أم لا على اعتبار أنه مفقود.

وقد اختلف الفقهاء في ابتداء حساب هذه المدة على مذهبين، كما نجد أن قانون الأسرة قد حاول تحديد موقفه من هذه المسألة الخلافية. وهو ما نوضحه من خلال ما يأتي:

الفرع الأول: موقف الفقه من ابتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:
انقسم الفقه في ذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول:

تُحسب مدة التربص من وقت الغيبة من حين انقطاع خبره، وبعد أثره، أي من وقت فقده وليس بعد رفع الأمر إلى الحاكم، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه¹، وابن عبد الحكم من المالكية².

حيث جاء في كشف القناع، أن من (فقد في غيبة ظاهرها الهلاك انتظر به أربع سنين... من حين انقطع خبره)³.

وسبب قول الحنابلة بهذا الرأي، هو عدم اشتراطهم حكم الحاكم في ضرب المدة، فلا تقتصر زوجة المفقود إلى حكم حاكم بضرب المدة وعدة الوفاة لأن الظاهر موته، أشبه ما لو قامت به بينة⁴.

وقال ابن قدامة: أن الأمر على روايتين:

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

2 - التاج والإكليل مع مواهب الجليل 157/4 المدونة الكبرى للإمام مالك 450/2.

3 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 421-422.

4 - البهوتي، الروض المربع، مرجع سابق، ص 498.

1- يعتبر ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها، فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة.

2- من حين انقطع خبره وبعد أثره، لأن هذا ظاهر في موته، فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان.

غير أنه لم يرجح أياً من هذين القولين¹.

المذهب الثاني:

تُحسب مدة التبرص من يوم حكم الحاكم لها بالفقد (أي بالتبرص)، وإلى هذا ذهب الإمام الأوزاعي² والمالكية³ والشافعية⁴ والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه⁵.

حيث قال المالكية، أن الزوجة إذا رفعت أمرها إلى الحاكم، فإنه يرسل في النواحي للكشف عنه، فإن انتهى الكشف عنه فحين إذ يضرب له الأجل، وليس المراد أنه يضرب له الأجل بمجرد الرفع بل بعد تمام الكشف والعجز عن خبره⁶، والبحث عنه بمختلف الوسائل المتاحة قبل إصدار الحكم بموته، وليس للقاضي أن يحكم بموت المفقود إلا بعد البحث عنه في كل مكان يتوقع فيه وجوده، بدءاً من بلده وجيرته وأهل سوقه والبلاد المجاورة، وانتهاء بتعميم كل بحث يشمل اسمه ونسبه وصفته إلى حكام البلاد التي يظن وجوده فيها، كي يبحث عنه في النواحي والمناطق التابعة لولايته، فإن عاد إليه الخبر بعدم معرفة محله والعجز عن خبر موضعه وحاله، ضرب له مدة معينة على اختلاف في

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

2 - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

3 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، مرجع سابق، ج 2، ص 820.

4 - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

5 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

6 - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 39.

تقديرها عندهم فيما يخص زوجته أو ماله، أو حسب نوع المفقود، ثم يحكم بموته بعد مضيها.

قال مالك في المدونة: (... وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان، نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه، ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين، فقليل لمالك: هل تعتد بعد الأربعة سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟ قال: نعم، ما لها وما للسلطان في الأربعة أشهر وعشر التي هي عدة¹).

ورأى مالك أيضا، فيمن فقد في حروب المسلمين بين والكفار، فإن زوجته تنتظر سنة، ويبدأ حسابها من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش فيه، وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه².

أما من فقد في حرب المسلمين بعضهم بعضا ومثله الذي خرج لبلد الطاعون أو في زمنه، فإن زوجته تعند يوم انفصال الصفيين وبعد ذهاب الطاعون، بعد أن تكون استقصت أمره واستبرأت خبره³.

فمن خلال ما سبق، نجد أن المالكية في الحقيقة لم يعتبروا ببداية تاريخ الفقدان، وإنما بتاريخ الإياس من الفقدان، فمهما سبق ذلك من زمن فإنه غير معتبر، على ما في ذلك من ضرر لزوجة المفقود وأمواله.

وذهب الشافعية إلى أن ابتداء المدة يكون من حين أمرها الحاكم بالتريص، وليس منذ فقده وانقطاع خبره، فما مضى من وقت قبل رفع أمرها إلى الحاكم لا يحتسب في هذه المدة⁴، وهو القول الراجح في المذهب.

1 - مالك، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 132.

2 - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، مصر، د.س، ص 34.

3 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 482.

4 - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 578.

الأدلة والمناقشة:**- أدلة المذهب الأول:**

استدل أصحاب هذا المذهب على أن مدة التريص تكون من أول غيبته، وانقطاع خبره، بالأثر والمعقول:

1- من الأثر:

ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أخته امرأة فقدت زوجها منذ ثلاثة أعوام وثمانية أشهر وأمرها أن تتم أربع سنين، ثم تعتد عدة المتوفى عنها، ثم تتزوج إن شاءت¹.

فقد قضى عمر بن الخطاب في هذه المرأة أن تتم مدة التريص وهي أربع سنوات، وهو يبين أن ذلك يكون من الفقد، لا من يوم الرفع إليه، وإلا لكان قد أمرها أن تستقبل أربعة أعوام جديدة، تبدأها من يوم ذهابها إليه.

مناقشة هذا الدليل: قيل عن هذا الأثر، أنه ضعيف لا تقوم به حجة، لأن فيه المنهال بن عمرو وهو ضعيف².

2- من المعقول:

إن الظاهر في المفقود أنه مات من يوم انقطع خبره، فهذا هو اليوم الذي يتعلق به حكم التريص، كما لو شهد بموته شاهدان، وكذلك قياساً على مدة الإيلاء³.

مناقشة هذا الدليل: إن القياس على مدة الإيلاء قياس غير صحيح، لأن مدة الإيلاء ثبتت بالنص، أما مدة التريص في المفقود فإنما ثبتت بالاجتهاد، فوجب أن تتقدر بالحكم، وهو من يوم الرفع إلى القاضي⁴.

1 - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 10، ص 135.

2 - نفس المرجع السابق، ص 135.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 206.

4 - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

- أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب، على أن مدة التربص تبدأ من يوم الحكم بها، بالأثر والمعقول:

1- من الأثر: ما أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن ثابت البناني، عن عبد الرحمان بن ابن أبي ليلي، قال: فقدت امرأة زوجها فمكثت أربع سنين، ثم نكرت أمرها لعمر بن الخطاب، فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعت أمرها إليه، فإن جاء زوجها، وإلا تزوجت بعد السنين الأربع، ولم تسمع له بذكر، ثم جاء زوجها فأخبر بالخبر فأتى عمر، فقال له عمر: إن شئت رددنا إليك امرأتك، وإن شئت زوجناك غيرها، قال: بل زوجني غيرها¹.

فهنا، لم يعتد عمر بما أمضته المرأة من مدة قبل الرفع إليه، وإنما أمرها أن تستقبل أربع سنين من يوم الرفع إليه.

2- ومن المعقول: إن مدة تربص امرأة المفقود مدة مختلف فيها، وإنما تقدرت بالاجتهاد، فافتقرت إلى ضرب الحاكم لها كمدة العنة، وهذا إنما يكون ببدايته من يوم الرفع إلى الحاكم، لأن الحاكم يقدر لها من الترافع عنده².

الفرع الثاني: الترجيح وموقف القانون من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:
أولاً- الترجيح بين أقوال الفقهاء في ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

نتج عن اختلاف الفقه في هذه المسألة، وتقديم كل فريق أدلته، تعدد في آراء الباحثين حولها، بين من يرجح الرأي الأول، القائل بأن المدة تحتسب من وقت الغيبة وانقطاع أخبار المفقود، ومن يرجح الرأي الثاني، الذي ذهب إلى أن المدة تبدأ من حكم القاضي بالفقد.

¹ - ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج 10، ص 134.

² - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

حيث يرى البعض¹، أن المذهب الثاني القائل بأن ابتداء مدة التبرص تكون من يوم الحكم بها، ورفع الأمر إلى القاضي، هو المذهب الراجح لقوة أدلته، وضعف أدلة المذهب المخالف، فلا بد للمرأة التي تفقد زوجها إذا أرادت أن تتزوج، أن ترفع أمرها إلى القاضي ليقدر لها المدة، وهي أربع سنين من يوم الرفع إليه، فإن لم يوجد القاضي فألى سلطان البلد ورجل الشرطة، فإن لم يوجد كل ذلك فألى صالح جيرانها وعليهم أن يقدروا لها المدة من يوم الرفع إليهم ثم تعتد بعدها².

فإذا مضت هذه المدة يحكم بموته، لأن تاريخ رفع الأمر إلى القاضي معروف بيقين، وأما المدة التي قبلها فمشكوك فيها³.

في حين ذهب البعض الآخر⁴، إلى ترجيح احتساب المدة من حين الفقد، لأن وقت فقده كان هو الظاهر في موته، ولأن البحث عنه لا بد أن يكون جاري من أهله حتى ولو لم يرفع إلى القاضي من حينها فاعتبرت تلك المدة وتحتسب من جملة المدة المضروبة من الحاكم أو القاضي، والذي عليه أن يأخذ هذه الفترة بعين الاعتبار، أما إذا كانت المدة التي حددها القاضي بالسنين باعتبار أن ذلك الشخص لا يحيا أكثر من ذلك، فتعتبر حساب المدة من وقت ولادة المفقود لا من وقت غيبته⁵.

كما رجّح البعض أيضا، تاريخ إبلاغ الأجهزة الأمنية بفقدان شخص وطلب البحث عنه يمكن اعتباره تاريخ بداية الفقد، والذي من خلاله يحق للزوجة بعد إقرار تلك الأجهزة الأمنية بعدم التوصل إلى أية معلومات عن هذا الشخص، الرفع إلى القاضي الذي يمكن أن يعتبر تاريخ الإبلاغ هو تاريخ بداية الفقدان والذي يمكن أن يضرب عليه مدة الانتظار

1 - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 56.

2 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 479.

3 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 49.

4 - مؤمن أحمد ذياب شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 52.

5 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 35؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص 448.

حسب تقديره من سنة إلى أربع سنوات، ويراعى فيه ظروف كل حالة وملابساتها، ويحكم بما يغلب على ظنه فيها¹.

وهو ما يوافق -حسب من أخذ بهذا الترجيح- ما قرره الحنابلة²، ويتفق مع ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي³ برابطة العالم الإسلامي، في دورته الحادية والعشرون المنعقدة بمكة المكرمة سنة 1434 هـ.

وعلة هذا الترجيح الأخير، أن الفقهاء قالوا بإهمال المدة التي تسبق الرفع للحاكم، إنما لزيادة التيقن من انقطاع خبر المفقود بما تيسر لهم من وسائل اتصال، والتي لا يمكن مقارنتها بما هو موجود في زمننا هذا، والتي لو طبقت لكان فيه إهدار لحقوق أهل المفقود، فلو انتظرت الزوجة مدة عشرين سنة قبل أن ترفع أمرها إلى القضاء فلا أثر لهذا الانتظار، وعليها أن تنتظر مدة أربع سنين من الوقت الذي يصدر القضاء حكماً بذلك بعد اليأس من العثور على المفقود⁴.

ثانياً - موقف قانون الأسرة من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

من خلال نص المادتين 109 و113 من قانون الأسرة، فإن الحكم بموت المفقود يكون بعد مدة معينة، حسب الحالة التي فقد فيها الشخص، وتحتسب من تاريخ الفقد المثبت بحكم قضائي، ذلك أن الشخص لا يعتبر مفقوداً إلا إذا صدر حكم بذلك⁵، وبالتالي فإن قانون الأسرة الجزائري ينظر إلى المدة التي سبقت إعلان الفقد أي إلى وقت حدوث الواقعة التي تسببت في انقطاع خبر الشخص وفقده.

1 - جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام زوجة المفقود، مرجع سابق، ص 39.

2 - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 465.

3 - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 29، مكة المكرمة، 1434 هـ، ص 387.

4 - جواهر الرويلي، أحكام زوجة المفقود، مرجع سابق، ص 39.

5 - أنظر المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري: "... ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم".

ف نجد أن المشرع قد توافق مع أقوال الفقهاء في نقاط واختلف معهم في نقاط أخرى، حيث جاء في المادة 114 أنه يجب الرفع إلى المحكمة إذا أرادت زوجة المفقود أو أحد الورثة الحكم بموته، وبعد استكمال الإجراءات المطلوبة يضرب القاضي للمفقود المدة القانونية، فإذا مضت المدة التي حددها للانتظار دون أن يظهر له خبر، أمكن الحكم بموته، وبذلك يوافق قانون الأسرة الجزائري المذهب المالكي والشافعي حينما أوجب البحث عن المفقود قبل الحكم بموته، وليس للقاضي أن يحكم بذلك قبل البحث عنه بكافة الطرق الممكنة.

وهو ما أكدته المادة 113 من قانون الأسرة حين نصت: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات ".

وقد وافق قانون الأسرة الجزائري المذهب الحنبلي الذي يعتبر أن بداية المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود تكون من تاريخ فقده وانقطاع خبره، وليس بعد رفع الأمر إلى الحاكم، لكنه خالف المذهب المالكي والشافعي اللذان يعتبران بداية الفقد من تاريخ رفع الأمر للحاكم.

كما خالف قانون الأسرة المذهب الحنفي الذي قال أن الحكم بموته ليس له علاقة بفقده لأن الغالب عندهم الانتظار مدة التعمير.

-موقف المحكمة العليا من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

إن ما يؤكد توجه المشرع الجزائري واعتباره أن الحكم بموت المفقود يكون بعد مدة تحتسب من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم به، هو الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، فقد جاء في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808: (أن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم

ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون¹.

وهو قرار للمحكمة العليا يتعلق بالموت الحكمي في ظروف استثنائية، وهو من القرارات المهمة والقليلة في هذا الشأن، وهو أيضا يكمل الاجتهاد الصادر عن نفس الهيئة القضائية بتاريخ 1995/05/02 ملف رقم 118621 السابق التطرق إليه²، الخاص بالإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم القضائي التصريحي بالوفاة.

وقد كان موقف المحكمة العليا في الملف رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10، حيث أخذت على مجلس قضاء المدينة الصادر بتاريخ 2001/06/11 أن قضاة الموضوع قد تجنبوا الصواب وخالفوا أحكام المادة 113 من قانون الأسرة، وعرضوا قرارهم للنقض، لأن المادة المذكورة وفقا لما جاء في الحثية الأولى من القرار (تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، وهما ظرفان يجعلان فقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه)³.

فإن المحكمة العليا رجحت كفة الموت مع غلبة الهلاك في الحروب والحالات الاستثنائية، بعد مضي أربع سنين من تاريخ الفقد، وهو تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، وهو التاريخ الذي كان يستوجب على قضاة المجلس أخذه بعين الاعتبار لحساب مهلة أربع سنين، وليس تاريخ النطق بالحكم القاضي بالفقدان الصادر

1 - أنظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 103.

2 - المجلة القضائية، عدد 2، 1995، ص 101.

3 - مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 105.

عن محكمة المدية بتاريخ 2000/11/18، ورغم هذا جاء القرار المطعون فيه في صيغة الإجمال، مكتفياً بتأييد الحكم المستأنف وفقاً لنفس الحثية¹.

ويظهر من اجتهاد المحكمة العليا في هذه الجزئية أنه سائر الرأي المشهور لدى الحنفية والمالكية، في أن الحكم التصريحي بموت المفقود يرجع إلى تاريخ فقدانه، وتحسب المدة لاعتباره ميتاً من ذلك التاريخ.

وإن هذا القرار يفسر نص المادة 113 من قانون الأسرة، ويوضح الحكم بموت المفقود في حالة يغلب عليها الهلاك، بعد أربع سنوات من تاريخ فقدته، بعد البحث والتحري عنه بكل الطرق الممكنة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في الحثية الثانية القرار المشار إليه، من أن: (كان على قضاة المجلس أن يجروا تحقيقاً لمعرفة ذلك، سواء بواسطة النيابة التي لها صلاحية إخطار ملفات الشرطة القضائية، أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك)²، أما في الأحوال العادية فيفوض أمر المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى القاضي، على أن لا تقل عن أربع سنوات.

والفرق بين الحالتين (حالة غلبة الهلاك وحالة الظروف العادية) وفقاً لقرار المحكمة العليا المشار إليه، أن المفقود في الأحوال الاستثنائية بعد البحث والتحري عنه في أجل أربع سنين يكون الغالب موته، فقد رجح المشرع في المادة 113 ق.أ كلمة الموت مع غلبة الهلاك، بعد مضي هذه المدة دون أن يظهر أو تعرف أخباره، أما في الأحوال العادية فتعطى السلطة التقديرية للقاضي للحكم بالفقد أو عدمه والقاضي لا يحكم بفقد الشخص إلا بعد البحث والتحري بكل الوسائل المتاحة عن مصير الشخص المفقود والتي

1 - العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10، مقال منشور ب: مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 103.

وأنظر في نفس السياق: حسين بن الشيخ آث ملويا، حكم المفقود في قضاء المحكمة العليا، مقال منشور ب العدد 20، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، جويلية 2008، ص 120.

2 - أنظر: قرار المحكمة العليا السابق، بتاريخ 2002/04/10 ملف 290808، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 105.

يمكن أن توصل إلى مصير المفقود إن كان حيا أو ميتا، بأن يكون التثبت من فقدته من الجهة الرسمية المختصة¹.

وهذه الجهة هي النيابة العامة التي تملك صلاحية إحضار ملفات الشرطة القضائية، كأن يتم التأكد من مراكز الحدود إن كان الشخص قد غادر الوطن أم لا، أو يستفسر عنه في السفارات المختلفة.

ثالثا - موقف التشريع المقارن من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

وبالعودة إلى التشريع المقارن، نجد المشرع المصري له نفس توجه قانون الأسرة الجزائري، حينما أوجبت المادة 21 من قانون رقم 25 لسنة 1929، في الفقرة المضافة² بموجب التعديل بالقانون رقم 33 لسنة 1992: "... وذلك بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا".

كما اعتبر المشرع المصري أن بداية مدة الحكم بالموت تكون من تاريخ الفقد، وقد وافق في ذلك ما قال به الحنابلة، وخالف رأي الأحناف في هذه المسألة.

كما نجد في المشرع المصري قد وضع حكما آخر لا نظير له في القانون الجزائري، حينما ذكرت المادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985، أن المفقودين في العمليات الحربية والعسكرية لا يسند أمر الحكم بموتهم للقاضي، بل يخول رئيس مجلس

1 - أنظر: العربي بلحاج، المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10، مرجع سابق، ص 103.

2 - مستبدلة بالقانون رقم 33 لسنة 1992- الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر ب في 1/6/1992، أنظر: عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 95.

الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية مهمة إصدار قرار بذلك، يقوم مقام الحكم بموت المفقود خلال العمليات الحربية¹.

وحسب رأينا فإن هذا الحكم الذي جاءت به المادة السابقة، فيه بعض المغالاة، فهو يؤدي إلى نتيجة مفادها: أن الحكم بموت المفقود يكون إما للقاضي بالنسبة لمن فقد من الأفراد المدنيين، أو لرئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية لمن فقد من أفراد القوات المسلحة خلال العمليات الحربية.

ولا بد من عدم الذهاب بعيدا في منح حق الحكم بالوفاة، لأن هذه المسألة هي مسألة قانونية وقضائية بحتة، لتعلقها بإنهاء الشخصية القانونية للإنسان، فمهما أصدر وزير الدفاع أو غيره، من قرارات بأسماء المفقودين في هذا الظرف الذي يغلب عليه الهلاك، فيمكن اعتبار ذلك كدليل فقط، على أن يبقى الحكم بالموت من اختصاص القاضي وحده، استنادا إلى ذلك الدليل أو لغيره من الأدلة إن وجدها أكثر حجة منه.

كما نجد أن المشرع المصري قد نص على وجوب تبليغ النيابة العامة بواقعة غياب أحد أفراد الأسرة، حيث نصت المادة 27 من القانون رقم 1 لسنة 2000: أنه على

1 - حيث كانت تنص المادة 21 من قانون رقم 25 لسنة 1929، المعدلة القانون رقم 100 لسنة 1985: " ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود ". أنظر: عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 96.

ثم عدلت بالقانون رقم 140 لسنة 2017، وأصبح نص الفقرتين 2 و3 من المادة 21: (... ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي ثلاثين يوما على الأقل من تاريخ فقده، في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية، بحسب الأحوال بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود (...). أنظر: قانون رقم 140 لسنة 2017، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر، في 2017/07/22، ص 10.

الأقارب أو أكبر الراشدين من الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة غياب أحد أفراد الأسرة إذا كان مقيماً معهم في معيشة واحدة.

وهي مسألة مهمة، لا نجد فيها نصاً مقابلاً في القانون الجزائري، حيث لم يضع المشرع الجزائري نصاً قانونياً يوجب فيه تبليغ النيابة العامة (في حالة عدم علمها بذلك) بواقعة اختفاء أو فقدان أحد أفراد الأسرة، حيث اقتضت المادة 114¹ من قانون الأسرة على اعتبار أن الحكم بالفقدان لا يكون إلا بناء على طلب من الأشخاص المبيينين فيها، دون الإلزام بالتبليغ عن ذلك.

وهي مسألة مهمة، لا بد من وضع نص قانوني ينظمها ويلزم أفراد الأسرة أو من يتولى أمرها، بالتبليغ عن كل واقعة فقدان وفي آجال معقولة.

وبالنظر إلى تشريعات أخرى، نجد أن منها من خالف رأي المالكية والشافعية (وهو موقف قانون الأسرة الجزائري والقانون المصري)، فنجد أن قانون الأحوال الشخصية الأردني قد أخذ برأي الحنابلة في هذه المسألة، حين اعتبر تعلق الحكم بتاريخ الفقد وليس بتاريخ الانتهاء من البحث والتحري، حيث جاء في المادة 177 منه، ما يلي: "المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده"، فاعتبر تاريخ الفقد هو الأساس الذي منه يبدأ حساب المدة للمفقود.

وإن النظر في هذه المدة (أربع سنوات) المقررة للحكم بموت المفقود، قد أصبحت مدة طويلة في مجملها لا تتناسب مع الأحوال الاستثنائية وقد لا تفي بالغرض، كما أنه في وقتنا الحاضر تطورت وسائل الاتصالات، مما يختلف معه الحال عن الزمان السابق اختلافاً كبيراً، ونجد أن المشرع المغربي قلص هذه المدة إلى سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، في الأحوال الاستثنائية التي يغلب على المفقود

¹ - تنص المادة 114 من قانون الأسرة: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة".

فيها الهلاك¹، بينما ضرب المشرع التونسي أجلا لا يتجاوز العامين في وقت الحرب أو في وقت الحالات الاستثنائية².

وهي معطيات قد تدفعنا إلى ضرورة إعادة النظر في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود خاصة في الحالات الاستثنائية وحالات الحرب، وتخفيض هذه المدة.

المطلب الثاني: الكشف عن المفقود في ظل وسائل الاتصال الحديثة:

يشهد عالمنا المعاصر ثورة هائلة في مختلف وسائل الاتصال، ما قد يجع لهذه الوسائل دورا في الكشف عن المفقودين، مما يرتب ذلك عدة آثار تنتج عن ذلك الاستخدام، وهو ما نتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: دور وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود ومدى اهتمامها بذلك:

إن أي نظام اجتماعي مثل نظام الاتصال يستعمل لأغراض محددة، فالالاتصال كنشاط اجتماعي له عدة وظائف وأدوار يقوم بها خدمة للمجتمع، ويمكن تلخيص أدوار وسائل الاتصال الحديثة بشكل عام فيما يلي:

- 1- الوظيفة الإخبارية: من جمع مختلف المعلومات والآراء والحقائق وتخزينها ومعالجتها ونشرها وهي من أهم وظائف وسائل الاتصال.
- 2- تكوين ثروة من المعلومات والأفكار التي تساعد أفراد المجتمع على التقاهم والتماسك والاندماج.
- 3- تشجيع النشاطات الاجتماعية لخدمة الأهداف المشتركة لأبناء الأمة.

4- نقل المعرفة في سبيل تحقيق التطوير الفكري.

1 - أنظر: المادة 327 من القانون رقم 03. 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418.

2 - أنظر: المادة 82 من أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.

5- إثارة المناقشة والجدل من أجل توضيح القضايا العامة وتسهيل توافق الرأي وتشجيع الجمهور على الاهتمام بالمشكلات المحلية والدولية.

6- مساعدة الناس في معرفة آراء ووجهات نظر بعضهم بعضاً¹.

هذا بشكل عام، أما فيما يخص المفقود، ودور وسائل الاتصال في الكشف عنه، فإن لها دوراً لم يشهد له من قبل في الكشف عن المفقود، فعند الاطلاع على بعض وسائل الإعلام الحديثة نجد أن لها دوراً ملموساً في الكشف عن المفقودين خلال الحروب والكوارث الطبيعية وغيرها، ومن أمثلة هذه الوسائل:

- شبكة الانترنت: لها أهمية كبيرة نظراً لسرعتها الفائقة وانتشارها الواسع، حيث تعتمد عليها اللجنة الدولية للهلال الأحمر والصليب الأحمر في تحديد مصير الأشخاص المفقودين من خلال شبكة الهلال الأحمر والصليب الأحمر للأخبار الأسرية وزيارات الأشخاص المحتجزين والاستفسارات من خلال البحث عن المفقودين عبر هذه الشبكة.

ومثال ذلك، أثناء نزاع البلقان سنة 1999، أقامت اللجنة الدولية شبكة إخبارية أسرية من خلال الإنترنت، حيث يقدم موقع الشبكة عدة خدمات:

حيث يمكن لضحايا النزاع أو الكارثة أن يسجلوا أسماءهم وأماكن وجودهم الحالية بهدف تمكين الأقارب من الرجوع إلى الموقع والحصول على هذه التفاصيل، أيضاً يمكن للمستفسرين أن يسجلوا اسم الشخص المفقود موضع البحث، وأسمائهم وعناوينهم بهدف تمكين الشخص المفقود أيضاً أو أي شخص من مراجعة الموقع².

1 - مؤمن أحمد ذياب شويدح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 74.

2 - www.Icrc.org.

- الصحافة: حيث تعتبر من أهم الوسائل للكشف عن المفقودين، وذلك بإنزال الإعلانات اليومية عن أسماء المفقودين وعناوينهم وأماكن سكنهم وصورهم، وتفاصيل أخرى عنهم، وهو ما نلاحظه بشكل دوري خاصة في الجرائد الوطنية.

الإذاعات المسموعة: حيث يتم إذاعة وعناوين الأشخاص المفقودين عبر محطات الإذاعة المحلية وأيضاً الوطنية والدولية.

- الهاتف: ويعتبر من أهم وسائل الاتصال، فيمكن للاجئين والنازحين في الحروب استخدام هذه الوسيلة لإبلاغ أقاربهم بأماكن وجودهم وإبلاغهم بموقعهم الجديد.

من خلال هذا العرض المبسط لبعض وسائل الإعلام الحديثة، نلاحظ مدى الدور الذي يمكن أن تلعبه في تقريب المسافات واختصار الوقت، في سبيل الكشف عن المفقودين، وفي ظل هذه الوسائل الحديثة، فإن استمرار فقدان الشخص وعدم ورود خبر عنه سيزيد من احتمال وفاته، إذ أنه لو كان حياً فيفترض أنه قد أرسل عنه خبراً عن طريق أية وسيلة للاتصال.

الفرع ثاني: الأثر المترتب على استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود:

تتجلى فائدة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود، في الآثار المترتبة على ذلك وإيجابية النتائج المتوقعة الحصول عليها باستخدام هذه الوسائل، حيث أن التقدم الملموس والإيجابي في سرعة الكشف عن المفقود من شأنه أن يجعلنا نحكم على المفقود بالموت أو الحياة وتحديد مصيره في أقل الأوقات الممكنة وبأيسر الجهود.

ومن أمثلة النتائج المترتبة على استخدام هذه الوسائل في الكشف عن المفقود، أنه قد كان يرد للموقع mafqud.org¹ آلاف السجلات التي تجمعت لدى منظمات إنسانية تخصصت في جمع المعلومات عن الاختفاءات القسرية، وإتاحتها للجمهور².

وأيضاً ما يقدمه حالياً موقع "ربما هنا" من حالات عن الأشخاص المفقودين الذين يتم البحث عنهم، من خلال نشر صورهم عبر هذا الموقع، وبيان آخر حالات المفقودين وتواريخ فقدانهم، وآخر حالات الذين عثر عليهم³.

وبناء على ذلك، لا يخفى ما لأثر وسائل الاتصال الحديثة من نتائج ايجابية في سرعة الكشف عن المفقودين، ومن المعلوم أن السرعة المستخدمة في الكشف عن المفقود اليوم تجعلنا نحدد مصير هذا الشخص المفقود في أقل الأوقات ومن ثم يحكم عليه إما بالموت وإما ببقائه حياً بفضل هذه السرعة، والتي قد لا تستغرق إلا بعض الأسابيع أو الأشهر⁴.

¹ - نظراً للعدد الهائل من الضحايا الذين تجاوزوا المائة ألف، فإن الاختفاء القسري في العراق يعتبر من أكثرها على مستوى العالم في الربع الأخير من القرن العشرين، لذا تم تأسيس هذا الموقع، وهو خاص فقط بالمفقودين العراقيين خلال الحروب المختلفة.

² - www.mafqud.org

³ - www.maybehere.org.

⁴ - مؤمن أحمد ذياب شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص

الفصل الثاني

آثار الحكم بحوت المفتوح

الفصل الثاني: آثار الحكم بموت المفقود

يترتب على صدور الحكم باعتبار الشخص المفقود ميتا، آثار الموت الحقيقي، فيكون المفقود في حكم الميت، فتنتهي شخصيته القانونية ويعامل معاملة المتوفى حقيقة¹، فقد اعتبر المشرع الجزائري أن مرور المدة المحددة في المادة 114 من قانون الأسرة، وكذلك تحقق الشروط المنصوص عليها في المادة الثانية من كل من الأمر رقم 02-03 والقانون رقم 03-06 المشار إليهما، دون أن يظهر المفقود أو تعرف أخباره، بمثابة قرينة على ترجيح كفة موت الشخص على حياته.

ويعتبر المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم بموته، لا من تاريخ صدور الحكم بفقده، استنادا إلى أن الحكم باعتباره ميتا يعد حكما منشأ للموت لا كاشفا عنه أو مقررا له، لأن القاضي لا يحكم به إلا بعد التحري بكافة الطرق الممكنة عن حياة المفقود أو موته².

فإذا صدر الحكم بموت المفقود (وهو موت حكمي)، تسري عليه جميع الأحكام المترتبة على الوفاة الطبيعية، سواء فيما يتعلق بزوجه وذويه، أو فيما يتعلق بأمواله. لكن وبما أن هذه الوفاة هي وفاة احتمالية وليست حقيقية، فقد يظهر ويعود المفقود حيا بعد الحكم بموته، فيتغير وضعه الشخصي والمالي.

وعليه، نتطرق من خلال هذا الفصل إلى آثار الحكم بموت المفقود، والتي قد تكون ذات طبيعة غير مالية، أو تكون ذات طبيعة مالية، حيث نتناول في المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجته وذويه، وفي مبحث ثان آثار ذلك الحكم على أمواله، وأثر عودة المفقود بعد الحكم بموته في مبحث ثالث.

¹ - وفي هذا الصدد تنص المادة 1/25 من القانون المدني الجزائري : " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ".

² - محمد سعيد جعفرور، دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 340.

المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجته وذويه:

تعد زوجة المفقود من أكبر المتضررين من فقدان زوجها، فقد لا تبادر إلى طلب التطلاق (مثلما سبقت الإشارة إليه)، وتفضل انتظار عودته، وقد تطول هذه المدة إلى أن يصدر الحكم بموته، والذي يترتب أثره بالنسبة إلى زوجة المفقود حيث تعدد عدة وفاة، وبعدها يمكنها الاقتران بزوج آخر.

كما نجد أن الأمر رقم 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، قد استحدث آثارا تتعلق بذوي مفقودي المأساة الوطنية.

وهو ما سنتطرق إليه من خلال المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجته:

لعل أهم أثر يترتب على صدور الحكم المقرر لوفاة المفقود، هو إنهاء الرابطة الزوجية، وهذا يتطلب منا التعرض إلى نقطتين: تتعلق الأولى بالشروط الخاصة بمدى حق الزوجة في الاقتران بآخر، والثانية تتمثل في مدى استحقاق الزوجة للنفقة، ومؤخر صداقها من مال المفقود.

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بعدة وفاة زوجة المفقود:**أولاً: مفهوم عدة زوجة المفقود والحكمة من مشروعيتها:**

العدة لغة: بكسر العين جمع عدد، وهي لغة الإحصاء، مأخوذة من العدد لاشتغالها على عدد الأقران والأشهر غالباً، يقال عدت الشيء عدة: أحصيته إحصاء، وتطلق أيضاً على الشيء المعدود، يقال عدة المرأة: أيام أقرانها¹.

¹ - أنظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 297؛ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج3، ص 284.

أما العدة اصطلاحاً: فقد ذكر الفقهاء تعريفات متقاربة للعدة والاختلاف بينها لفظي، وكلها تذهب إلى أن العدة: مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنتضي المدة¹.

والعدة في قانون الأسرة الجزائري هي المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة بحيث لا يجوز لها الزواج قبلها، وهو ما يفهم من نص المادة 30 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: " يحرم من النساء مؤقتاً: ... المعتدة من طلاق أو وفاة ".

ومن حكم تشريعها، التعرّف على براءة الرحم، لمنع اختلاط الأنساب بعضها ببعض، وإمهال الزوج مدة يتمكن فيها من مراجعة زوجته، وحداد الزوجة على زوجها عقب وفاته، والتتويه بعظم شأن الزواج، فلا ينتهي إلا بعد انتظار وأناة².

وقد لاحظنا مما سبق، أن قانون الأسرة الجزائري سمح للزوجة أن تطلب التطلق ثم تعتد عدة طلاق، وذلك إذا فقد زوجها وصدر حكم قضائي يثبت حالة الفقد، متى توفرت الشروط السابق الإشارة إليها³، أي أنها ستعتد عدة طلاق دون انتظار الحكم بوفاته.

غير أن زوجة المفقود قد لا تبادر إلى طلب التطلق للفقد -رغم أن قانون الأسرة أعطاها الحق في ذلك- وتفضل التريث منتظرة عودة زوجها، أو تبين أمر حياته من موته، حتى يصدر الحكم بموته، مما يطرح التساؤل حول ابتداء العدة في حالة التربص. ولئن كان الفقه الإسلامي قد اختلف حول تحديد مدة انتظار المفقود، إلا أنه متفق على أنه متى انقضت هذه المدة كان للزوجة أن تقترن بآخر، شريطة أن تمضي عدة

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 625.

² - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 291.

³ - وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون ". حيث تنص المادة 53 فقرة 5 من قانون الأسرة: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ".

الوفاة¹، والتي مدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله تعالى: "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا" -البقرة 234-، ولما كانت هذه الآية قد وردت مطلقة، فإنها تطبق على الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها على السواء.

كذلك يكاد يجمع الفقه على أن زوجة المفقود إن كانت حاملا فإن عدتها تنقضي بوضع حملها، لقوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" -الطلاق 4-، لأن هذه الآية نزلت بعد الآية الأولى، فتكون بالتالي مخصصة لعمومها².

وتثير عدة زوجة المفقود العديد من التساؤلات، المرتبطة ببعض المسائل التفصيلية، والمتعلقة بالوقت الذي تحتسب منه ومدى اشتراط صدور الحكم بموته أو أنها تحتسب بمجرد انتهاء مدة الانتظار المحددة سلفا، وحول ما إذا كان من الضروري تطبيق ولي المفقود للزوجة، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسائل، كما اتخذ القانون موقفا من ذلك، وهو ما سنتناوله من خلال ما سيأتي.

ثانيا: مدى اشتراط مراجعة زوجة المفقود للقاضي ليأذن لها بالاعتداد بعد قضاء مدة التربص:

حيث أثير التساؤل، حول ما إذا ضرب القاضي أو الحاكم لزوجة المفقود مدة أربع سنين، فقضتها المرأة ولم يظهر للمفقود أثر، ولم يعلم عنه شيء، وظل الحال على ما هو عليه عند ضرب المدة، فهل يجب على المرأة بعد انتهاء مدة التربص التي ضربها لها الحاكم، أن تنتظر صدور الحكم بالموت، وتراجع الحاكم مرة ثانية ليأذن لها في الاعتداد، أم يجوز أن تعتد من تلقاء نفسها؟

1- موقف الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في الجواب عن هذا التساؤل، على رأيين:

1 - أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر، 1995، ص 172.

2 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 135.

الرأي الأول: لا يشترط على المرأة مراجعة الحاكم ليأذن لها في العدة، فتبدأ العدة حتى ولو لم يصدر الحكم بالموت، وإلى هذا ذهب المالكية¹ والشافعية² في وجهه.

فإذا كان القاضي قد أمرها مثلاً بالتربص مدة أربع سنوات، كان لها أن تشرع في عدة الوفاة في اليوم التالي لانقضاء هذا الأجل.

الرأي الثاني: يجب على المرأة مراجعة الحاكم إذا انتهت مدة التربص التي ضربها لها، ليأذن لها في الاعتداد، فلا تشرع في العدة قبل صدور الحكم، وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في الوجه الثاني عندهم³.

الأدلة التي قدمها أصحاب كل رأي:

- أدلة أصحاب الرأي الأول:

استدل أصحاب الرأي الأول، على عدم اشتراط مراجعة الحاكم، بأن ما تقدم من الحكم بتقدير المدة، حكم بالموت بعد انقضاء تلك المدة، لأنه مقصود التقدير⁴.
ولأن إذن الإمام لها بالتربص يعد إذناً لها بالاعتداد بعده⁵.

- أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي، على أنه لا بد من مراجعة زوجة المفقود للحاكم بعد التربص، ليأذن لها في الاعتداد بما يلي:

¹ - أنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 480؛ الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 4، ص 150؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

² - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 318؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 1520؛ الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 397.

³ - الماوردي، الحاوي، ج 11، مرجع سابق، ص 318؛ النووي، روضة الطالبين، ص 1520؛ الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 397.

⁴ - الماوردي، المرجع نفسه، ص 318؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

⁵ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 480؛ الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 150.

أ- من الأثر:

ما روي عن عبد الرحمان بن أبي ليلى، قال: أتت امرأة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن زوجي خرج إلى مسجد أهله وفقد، فأمرها أن تتربص أربع سنين، فتربصت، ثم عادت فقال لها: اعتدي أربعة أشهر وعشراً¹.

فهنا، قد عاودت المرأة عمر بن الخطاب، وهو الحاكم، واستأذنته في الاعتداد، فأمرها أن تعتد، فقد استأنف عمر بن الخطاب الحكم لها بالاعتداد، بعد الحكم الأول لها بالتربص².

ب- من المعقول:

إن الحكم بأجل العنة لا يكون حكماً بالفرقة حتى يحكم بها الحاكم، فكذلك يكون الأمر في أجل الغيبة، فلا تشرع المرأة في العدة حتى يحكم الحاكم لها بموت زوجها الغائب، فتستأنف العدة بعد الحكم³.

الترجيح:

من خلال عرض آراء الفقهاء وأدلتهم، أرى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، وهو القول بأنه لا بد من مراجعة الحاكم وصدور الحكم بموت المفقود حتى تشرع في العدة، هو الراجح، لما يأتي:

- للأثر الوارد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حيث استأنف للمرأة التي رفعت إليه أمرها حكماً جديداً بالاعتداد.

¹ -الصنعاني، المصنف، مرجع سابق، ج 7، ص 87، (برقم 12322).

² - الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

³ - أنظر: الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 318؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

- ولأن القاضي (حسب المادة 113 من قانون الأسرة) ملزم بالبحث والتحري عن المفقود، والتحقق من ذلك، فربما وجد أدلة ثبت حياته، أو توقع أنه موجود في مكان معين، فيطلب منها انتظاره.
- كما أن في هذا حكم على المفقود بالموت، وهو لا يكون إلا للقاضي، لأنها لا تعدد للوفاة إلا إذا تحققت منها، أو حكم بها.
- وقد تتهم المرأة في الاستعجال بالخروج من عصمة المفقود، والتقصير في التحقق من وجود زوجها، لميلها إلى غيره.
- كما أن الحكم من القاضي في هذا الشأن، فيه إرضاء وارتياح للجميع، سواء أسرة المفقود وعائلته أو زوجته¹.

2- موقف قانون الأسرة الجزائري من ابتداء عدة زوجة المفقود:

إذا كان المفقود متزوجا وصدر حكم بموته، فيترتب على ذلك انحلال الرابطة الزوجية، حيث تنص المادة 59 من قانون الأسرة على أن: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده".

نلاحظ أن هذا النص يسوي في الحكم بالنسبة إلى الزوجة، بين الزوج المتوفى حقيقة والزوج المتوفى حكما، وذلك من ناحيتين:

- الأولى: اعتداد زوجة المفقود عدة الوفاة كزوجة الميت حقيقة.
- الثانية: مدة العدة في الحالتين هي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويحل للزوجة الزواج ثانية بعد انقضاء هذه المدة.

لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى التاريخ الذي يبدأ منه احتساب عدة الوفاة، فبالنسبة للمرأة المتوفى عنها زوجها حقيقة، فحسب المادة 59 سابقة الذكر، يبدأ احتساب مدة العدة

¹ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 61.

من يوم الوفاة، وذلك إعمالاً لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَتوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) -البقرة 234-.

أما بالنسبة لزوجة المفقود، فتحتسب مدة العدة حسب المادة 59 سالفه الذكر، من تاريخ صدور الحكم بفقد زوجها، وليس من تاريخ الحكم بموته.

وفي ذلك، فإن قانون الأسرة، قد خالف ما قاله الفقه الإسلامي في هذه المسألة، فلم يأخذ لا بالرأي الثاني الراجح، الذي ذهب إلى أن العدة تكون بعد انقضاء مدة التربص التي ضربها الحاكم لزوجة المفقود وبعد صدور الحكم بموته¹، وليس قبل ذلك، ولم يأخذ حتى بالرأي الأول، والذي قال بأن العدة تبدأ بعد نهاية مدة التربص مباشرة، دون انتظار حكم الحاكم بموت المفقود.

فالملاحظ أن المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري، قد جاءت بحكم لم يقل به أي فقيه، كما أنه خالف كلا من القانون المصري (المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929)²، وقانون الأحوال الشخصية الأردني (المادة 178 منه)³، اللذان أخذوا باحتساب العدة ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموت المفقود، وليس من تاريخ فقده.

لقد ربط المشرع الجزائري في نص المادة 59 من قانون الأسرة بدء سريان مدة عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور الحكم بفقده، فجاء هذا الربط في غير محله وحاد به المشرع عن جادة الصواب، إذ كان من الأحسن ربط بدء سريان عدة زوجة المفقود بتاريخ صدور

¹ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 58.

² - حيث تنص المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: " عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة..."، أنظر: عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 96.

³ - أنظر المادة 178 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الحكم بموت هذا المفقود، لا بتاريخ صدور الحكم بفقده، لأن الوفاة هي التي تعتبر سببا من أسباب حل عقد الزواج¹.

فبداية سريان مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقد، يتعارض مع نصوص قانون الأسرة التي تعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بموته، كنص المادة 133 التي جاء فيها: " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حياً ... "، وكذلك المادة 115 والمادة 127، فطبقا لهاتين المادتين لا يعتبر المفقود ميتا ولا يستحق وراثته الإرث إلا بعد صدور الحكم بموته، فقبل صدور هذا الحكم يعتبر المفقود ما زال حيا².

من هذا يتضح أن أحكام قانون الأسرة صريحة في أن المفقود يعتبر حيا قبل الحكم بموته، أي أنه لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور هذا الحكم وليس من تاريخ فقده أو من تاريخ صدور الحكم بالفقد، دون تفرقة بين الأمور أو الأحكام التي تنفعه وتضر غيره، كميراثه من غيره أو حصوله على المال الموصى له به أو الموهوب له، وبين الأحكام التي تضره وتنفع غيره، كتقسيم تركته بين وراثته، ودلالة المادة 111 من قانون الأسرة واضحة على ذلك³.

ذلك أنه لو كان للحكم بموت المفقود أثر كاشف بحيث يعتبر المفقود ميتا من تاريخ فقده، أو كان المشرع يفرق بين الأمور التي تضر المفقود وتنفع غيره فيعتبر ميتا من تاريخ الحكم بموته فيكون حكما منشئا، وبين الأمور التي تنفع المفقود وتضر بغيره فيعتبره ميتا من تاريخ فقده فيكون حكما كاشفا أو مقررا، لما استحق المفقود ميراثا أو تبرعا من غيره، ولوجب إعادة الأموال التي ورثها أو أوصى له بها أو وهبت له قبل الحكم

1 - حيث تنص المادة 47 من قانون الأسرة: " تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

2 - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987، ص 936.

3 - تنص المادة 111 من قانون الأسرة: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

بموته، إلى تركة المورث أو الموصي أو الواهب، لتوزع على ورثة كل منهم، ولما كانت هناك حاجة إلى تعيين مقدم لتسيير أموال المفقود واستلام ما يستحقه من ميراث أو تبرع، بل كانت هذه الأموال قد وزعت على ورثته الموجودين يوم الحكم بفقده.

وعلى ذلك، يكون الحكم الصادر بموت المفقود ينهي شخصية المفقود من تاريخ صدوره لأنه، حكم منشئ لموت المفقود حكما.

ومقتضى ذلك أن زوجة المفقود لا تعدد عدة وفاة قبل صدور الحكم بموته، لأن الزوجة تعدد عدة وفاة بموت زوجها حقيقة أو حكما، وأن موت المفقود حكما لا يكون إلا بصدور حكم بهذا الموت الحكمي¹.

ويرى البعض² أنه للتوفيق بين نص المادة 59 من قانون الأسرة، وبقية أحكام هذا القانون التي تعتبر المفقود حيا قبل الحكم بموته، أنه ليس لزوجة المفقود أن تتزوج شخصا آخر لكن بمجرد صدور الحكم بموته تعدد عدة وفاة على أن تحتسب من تاريخ الحكم بفقده وليس من تاريخ الحكم بموته، فبمجرد صدور الحكم بموت المفقود، والذي يصدر بعد مدة لا تقل في الغالب عن أربع سنوات من فقده³، تكون عدة الزوجة قد انقضت ويجوز لها أن تتزوج مباشرة عقب صدور هذا الحكم، لأن الحكمة من عدة الوفاة هي عدم اختلاط الأنساب، فبعد انقضاء أربع سنوات على فقد الزوج يكون قد تم التأكد نهائيا أن الزوجة ليست حاملا.

غير أن الأخذ بهذا الرأي سيعود بنا إلى نفس الإشكال السابق، فقانون الأسرة يعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بموته، فالأصل إذا أن العدة لا تبدأ إلا بعد صدوره، وإذا سمحنا للمرأة أن تعدد قبل ذلك، فكيف لا نسمح لها بعد انقضاء عدتها بالزواج من غيره.

1 - أنظر: بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، مرجع سابق، ص 177.

2 - أنظر: إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 934.

3 - وذلك حسب ما نصت عليه المادة 113 من قانون الأسرة.

في ظل هذا التداخل بين النصوص القانونية السابق الإشارة إليها، والآراء التي قيلت، نرى بضرورة تعديل نص المادة 59 من قانون الأسرة، والنص على أن زوجة المفقود تعتد من تاريخ صدور الحكم بموته، ليصبح نص المادة على النحو الآتي: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته".

وهذا لتحقيق الانسجام بين نصوص قانون الأسرة المنظمة للمفقود، فتعتد زوجته في حال تربيصها وعدم طلبها التطليق قبل ذلك¹، بأربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بموت زوجها المفقود، ثم تحل للزواج بعدها.

ثالثاً: مدى اشتراط تطليق الولي لامرأة المفقود حتى تحل للزواج:

أثير التساؤل أيضاً، حول ما إذا قضت امرأة المفقود مدة التربيص التي فرضها القاضي، ثم قضت عدة الوفاة، فهل تحل للزواج بعد ذلك، أم لا بد أن يطلقها ولي المفقود، وهل يجب عليها مراجعة القاضي مرة أخرى لياذن لها بالزواج.

ولا خلاف بين الفقهاء، في أن زوجة المفقود لا يجب عليها بعد انقضاء عدتها مراجعة القاضي لياذن لها بالزواج، وإنما يعد حكمه لها بالاعتداد حكماً بوفاة الزوج².

ولكن هل تحل المرأة للزواج بعد انقضاء عدتها مباشرة، أم لا بد من أن يطلقها ولي زوجها، وقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين:

الرأي الأول: يجب أن يطلقها ولي زوجها، وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في رواية عنه³.

¹ - استناداً إلى المادة 112 من قانون الأسرة، التي تحيل على المادة 5/53 من قانون الأسرة.

² - أنظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 479؛ الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ج 11، ص 318؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 135.

³ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 135.

وذلك لما روي عن عاصم الأحول عن أبي عثمان قال: أتت امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقالت: استهوت الجن زوجها، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر ولي الذي استهوته الجن أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً¹.

الرأي الثاني: لا يجب تطليق ولي الزوج الغائب للمرأة، وإنما تحل للزوج بمجرد انقضاء عدتها، وإلى هذا ذهب المالكية² والشافعية³ والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه⁴.

وذلك لما رواه مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب، أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها ولم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل⁵، ولأن الحاكم قد حكم عليها بعد الوفاة، فلا يجب عليها معها عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته⁶.

ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها الزواج وأوجب عليها عدة الوفاة، فأشبهه ما لو شهد به شاهدان⁷.

-الترجيح، وموقف قانون الأسرة من شرط تطليق الولي لامرأة المفقود لتحل للزوج:

من خلال هذا العرض، نجد أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهم أصحاب الرأي الثاني، هو الراجح، وذلك لأن ولي الغائب لا ولاية في طلاق امرأته، ثم إن المرأة قد حكم عليها بالاعتداد لعدة الوفاة فلا تكلف غيرها، ولأن المفقود لو ظهر حيا بعد العدة وقبل

1 - أخرج هذا الأثر: الدارقطني، سنن الدارقطني، مرجع سابق، ص 846.

2 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 479.

3 - الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 318.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 135.

5 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 90.

6 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 135.

7 - نفس المرجع السابق، ص 135.

زواجها كانت على زوجيتها له بنكاحه الأول، وأما فعل عمر بن الخطاب فعله فعل ذلك استظهاراً، لأنه يعلم أن المحكوم بموته لا توقف فرقة زوجته على طلاق غيره.

ورغم عدم إشارة قانون الأسرة إلى هذه المسألة صراحة، إلا أنه يفهم من نصوصه المختلفة، أنه لا يشترط تطليق ولي المفقود للزوجة، ولا طلبها الإذن من القاضي للزواج، فالعبرة بانقضاء العدة، حيث نصت المادة 30 من قانون الأسرة: "يحرم من النساء مؤقتاً: ... المعتدة من طلاق أو وفاة"، فدلّ هذا النص القانوني على أن زوجة المفقود يحرم عليها شرعاً وتمنع قانوناً من الزواج أثناء العدة، أما بانقضائها فيحل لها ذلك، ودون حاجة إلى إذن القاضي.

وبالنظر إلى التشريع المقارن، نجد أن القانون المصري يتفق مع القانون الجزائري حينما اعتبر أن وفاة المفقود لا تتقرر إلا بقضاء، ويجوز للزوجة أن تبدأ في العدة فور صدور الحكم، دون حاجة إلى إيقاع الطلاق عليها من القاضي أو من وكيل المفقود¹، وفضلاً عن ذلك، فقد ذهب القانون المصري إلى أن علاقة زوجية المفقود لا تنقضي إلا إذا اقترنت زوجته بآخر ودخل بها، وهو ما يعني أن لزوجة المفقود أن تختار البقاء على ذمة زوجها، يستوي أن يكون ذلك قبل الشروع في العدة أو بعد اكتمال مدتها.

أما القانون الفرنسي، فهو يجيز لزوجة من يفقد في ظروف غالبها الهلاك أن تقترن بآخر بمجرد صدور الحكم المقرر للوفاة²، كما يجيز لزوجة من يفقد في ظروف

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 حيث جاء فيها: "بعد الحكم بموت المفقود ... تعد زوجته عدة الوفاة..".

² - وقد تقرر هذا الحكم بمقتضى الحكم الصادر في 7 جانفي 1952، والذي ألغى الفقرة الأخيرة من المادة 90 من النقتين المدني، أما قبل العمل بهذا القانون فإن الزوجة كانت تلتزم بعدم الدخول في علاقة زوجية جديدة إلا بعد مضي سنة على تاريخ صدور الحكم المقرر للوفاة.

ظاھرھا السلامة أن تبرم زواجا جديدا فور تسجيل الحكم المعلن لثبوت الغيبة، دون أن يقيد أيا منهما بقضاء فترة العدة¹.

رابعاً: حداد زوجة المفقود:

لما كانت زوجة المفقود قد اعتدت عدة الوفاة، لأنه قد حكم بأن زوجها في حكم الموتى، وليس بميت في الحقيقة لعدم ثبوت ذلك يقينا، اختلف الفقهاء في حكمها، هل يجب عليها الحداد² أم لا، على رأيين:

الرأي الأول: عليها الإحداد مثلها مثل زوجة المتوفى عنها، وإلى هذا ذهب الإمام مالك وابن نافع³، وذلك لأنها عدة من وفاة وهي يجب فيها الإحداد لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيما روي عن أم مسلمة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لامرأة مسلمة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا"⁴.

ولأن الحكم لها بالاعتداد عدة وفاة حكم بموت الزوج في الظاهر، لأنه لو كان حيا لسمع خبره⁵.

¹ - Article 128 CCF, Créé par [Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 1 JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978](#): (Le jugement déclaratif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établi de l'absent aurait eus.

Les mesures prises pour l'administration des biens de l'absent, conformément au chapitre Ier du présent titre prennent fin, sauf décision contraire du tribunal ou, à défaut, du juge qui les a ordonnées.

Le conjoint de l'absent peut contracter un nouveau mariage).

² - الحداد أو الإحداد في الاصطلاح: هو ترك الطيب والزينة للمعتدة عن وفاة، وهو اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والمولون من الثياب للتحسين. أنظر: الموصلي، الإختيار لتعليل المختار، ج 3، مرجع سابق، ص 259.

³ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2، ص 479؛ الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 294.

⁴ - متفق عليه من حديث زينب بنت أبي سلمة واللفظ للبخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق باب الكحل للحادة، مرجع سابق، ص 1359، برقم 5339؛ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الاحداد في عدة الوفاة، مرجع سابق، ص 692، برقم 1486.

⁵ - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

الرأي الثاني: لا يجب على زوجة المفقود الإحداد، وإلى هذا ذهب عبد الملك بن الماجشون¹ من المالكية، لأنها فرقة يحتسب بها طلقة، فلم يجب في العدة فيها إحداد، كطلاق الحاضر².

والراجع: المذهب الأول، أي وجوب الإحداد من الزوجة على المفقود، بعد حكم القاضي بموته، لأنها ليست طلاقاً، وإنما هي عدة وفاة، وإن لم تكن وفاة حقيقية إلا أنها وفاة حكماً، ويثبت فيها ما يثبت في الوفاة الحقيقية من العدة أربعة أشهر وعشراً والإحداد. ولم يذكر قانون الأسرة نصاً في الحداد وأحكامه، فهي مسألة شرعية لم ينظمها القانون.

خامساً: حكم زواج زوجة المفقود قبل الحكم بموته، أو أثناء فترة العدة:

حيث يثار الإشكال فيما إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه، ونوضح فيما يأتي حكم زواجها في كلا الحالتين، في كل من الفقه والقانون.

1- زواج امرأة المفقود قبل انقضاء مدة التبرص والحكم بموته:

إذا تزوجت قبل أن تمضي مدة التبرص، ثم تبين أنه كان قد مات أو طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة، لم يصح النكاح لأنها ممنوعة منه مثل المتزوجة³.

وهو ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري عند بيانه المحرمات من النساء مؤقتاً⁴.

2- زواج امرأة المفقود أثناء فترة العدة بعد مضي مدة التبرص:

¹ - أنظر في التعريف بهذا العلم: شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 10، ص 359.

² - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 479.

³ - الشرييني، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 422.

⁴ - حسب المادة 30 من قانون الأسرة: "يحرم من النساء مؤقتاً: - المحصنة. ...".

لا يجوز زواج المعتدة في عدتها إجماعاً، ودل على ذلك قوله تعالى: (وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ) -البقرة 235-، وهذا النوع من الزواج متفق على بطلانه، فهو يمثل أحد أنواع نكاح المحرمات من النساء المحددة قانوناً¹.

وقد ورد عن حماد عن ابراهيم النخعي عن علي رضي الله عنه أنه قال في المرأة التي تتزوج في عدتها: يفرق بينها وبين زوجها الآخر ولها الصداق بما استحل من فرجها وتستكمل ما بقي من عدتها من الأول، وتعدت من الآخر عدة مستقبلة ثم يتزوجها إن شاء².

وكذلك نظراً للحكمة من العدة، فإنما شرعت لمعرفة براءة الرحم وإهمالها سيؤدي إلى اختلاط الأنساب.

وهناك روايات عن عمر وعلي رضي الله عنهما، أنهما فرقا بين اللذين تزوجا في العدة، حيث روي عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربها عمر بن الخطاب، وضرب زوجها بمخفقة وفرق بينهما³.

كما روي عن علي بن أبي طالب أنه قضى في التي تتزوج في عدتها: أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعدت من الآخر.

أما لو حدث الزواج في العدة ولم يتم الدخول، فتظل العدة على حالها ولا تنقطع بمجرد العقد الثاني، لأنه باطل، ولا تقوم به رابطة الزوجية، ولا يستحق عليه بالعقد شيء، وتسقط سكنائها ونفقتها عن الزوج الأول لأنها ناشز⁴.

¹ - والتي حددها المشرع الجزائري بالمادة 23 وما يليها من قانون الأسرة.

² - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 107.

³ - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 107.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص 105.

أما إذا تم الدخول وهي في العدة، فإنها تنقطع، سواء علم بالتحريم أو جهله¹، وقال أبو حنيفة أنها لا تنقطع لأن كونها فراشا لغير من له العدة لا يمنعها، كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة، فإنها تعدد وإن كانت فراشا للزوج².

وإن كان الفقهاء قد اتفقوا على فساد النكاح في العدة، إلا أنهم اختلفوا في الآثار المترتبة على هذا النكاح، وذلك في المسائل الآتية:

- لو كانا عالمين بالتحريم وبانتهاء العدة ؟
- حكم الولد الحاصل من هذا الزواج ؟
- حكم زواج الثاني منها بعد أن يفرق بينهما ؟

حيث يرى الحنفية:

أن المرأة إذا تزوجت وهي في العدة من زواج سابق، ودخل بها الزوج الجديد سقط بها إحصانه، لأنه عقد فاسد والعقد الفاسد غير موجب للملك، والوطء في غير الملك في معنى الزنا³.

وقال أبو حنيفة في الذي يتزوج المرأة في عدتها من زواج غيره، ويدخل بها، أنه يفرق بينهما ولها المهر بما استحل من فرجها، فإذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الثاني إن أراد ذلك ووافقت المرأة.

ودليلهم على أن له أن يتزوجها بعد مضي العدتين:

ما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي عن علي رضي الله عنه أنه قال في المرأة تتزوج في عدتها: يفرق بينها وبين زوجها الآخر ولها الصداق بما استحل من

¹ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 138.

² - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 42.

³ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 9، ص 117.

فرجها، وتستكمل ما بقي من عدتها من الأول، وتعدت من الآخر عدة مستقبلة، ثم يتزوجها الآخر إن شاء، وكذلك قال يحل له أن يتزوجها بعد مضي العدتين بالقياس¹.

وقد ناقش الإمام محمد بن الحسن مع مخالفه فقال: ما تقولون في رجل زنى بامرأة أحل له ان يتزوجها؟ قالوا: نعم، قيل لهم: فمن أين افترق هذا والذي يتزوج في عدتها، ولإن حرمت تلك على من يتزوجها هذه أخرى أن تحرم على من وطئها².

ثم قال: رأيتم لو تزوجت في عدتها فلم يدخل بها الذي تزوجها حتى انقضت عدتها فتزوجها زواجا صحيحا أليس يجوز نكاحه، قالوا: بلى، قيل لهم: فإنما حرم نكاح المدخول بها بالإجماع الحرام الذي جومعت به، قالوا: أجل، قيل لهم: فنكاح الثاني أحرم من هذا وأحرى أن يحرم نكاح الذي زنى بها، قالوا: إن هذا الجماع يثبت به النسب، قيل لهم: فالجماع الذي يثبت به النسب أقرب الى النكاح الصحيح من الجماع الذي لا يثبت به النسب.

فلما قرب إلى الجماع الحلال كان أحرى أن لا تحرم به المرأة على زوجها، وقالوا أيضا: قياسا على نكاح المحرم، فإنه إذا نكح وهو محرم فهذا نكاح فاسد وهو لا يحرمها على التأبيد³.

رأي المالكية:

يتضح من أقوال فقهاء المالكية أن العلم بحرمة النكاح أو الجهل به لا يبني عليه أثر، فإن تزوجت زوجة المفقود في عدتها المقررة لها من وفاة زوجها المفقود ودخل بها فيفسخ نكاحها هذا، ولا يتناكحان أبدا، أما إذا لم يدخل بها في العدة فرق بينهما وكان خاطبا من الخطاب بعد انتهاء عدتها من الأول⁴.

1 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 107.

2 - نفس المرجع السابق، ص 107.

3 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 107.

4 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريير، مرجع سابق، ج 2، 481.

وقد استدلوا على ذلك، أن عمر بن الخطاب فرق بين المتزوجين في العدة في العمد والجهل وقال لا يتناكحان أبدا¹.

ولا حد عليهما سواء كانا عالمين بالتحريم أو جاهلين ذلك، ولكن فيه العقوبة الموجعة، وعقوبة العالم بالتحريم أشد من عقوبة الجاهل وأعظم².

أما عن حكم الولد الحاصل بينهما، فإن كان قد دخل بها قبل أن تحيض حيضة أو حيضتين فالولد للأول، وإن كان بعد أن حاضت حيضة أو حيضتين فالولد للآخر إذا أتت به لتمام ستة أشهر من يوم دخل بها، وهذا هو قول الإمام مالك رحمه الله، وقال ابن القاسم: وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم دخل بها الآخر كان الولد للأول³.

فحكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها إذا فقد، حكم المدخول بها في الأجل والعدة، واختلف في صداقها:

فقال الإمام مالك: لها جميعه وقال ابن دينار: لها نصفه، وقال القاضي: وجه قولنا لها نصف الصداق أنها فرقة تحتسب طلقة كالطلاق، وقال غيرهما من فقهاء المالكية: إن كان دفع إليها لم ينزع منها، وإن لم تكن قبضته لم تعط إلا نصفه⁴.

قول الشافعية: إذا تزوجت المرأة المعتدة في عدتها وعلم ذلك فسخ نكاحها، لأن النكاح في العدة لا يكون إلا فاسدا، فإذا كان الزوج الآخر لم يصبها أكملت عدتها من الأول ولا يبطل عنها من عدتها شيء في الأيام التي عقد عليها فيها النكاح الفاسد، لأنها في عدتها ولم تصب.

أما إذا كان أصابها أحصت ما مضى من عدتها قبل إصابة الزوج الآخر وأبطلت كل ما مضى منها بعد إصابته حتى يفرق بينه وبينها، واستأنفت البنين على عدتها التي

1 - نفس المرجع السابق، ص 481.

2 - ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 195.

3 - الإمام مالك، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 447.

4 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 91.

كانت قبل إصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الأول ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر.

فإذا أكملت حلت منها والآخر خاطب من الخطاب ولا تحرم عليه، ووجه ذلك: أنه إذا كان عقد عليها دون دخول فإن النكاح فاسد ويكون خاطبا من الخطاب.

وإن كان دخل بها: فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها، وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها إذا انقضت العدة.

وعبارة الإمام الشافعي: فإذا انقضت عدتها من الأول فلآخر أن يخطبها في عدتها منه وأحب إلي لو كف عنها حتى تنقضي عدتها من الفاسد¹.

واستدلوا في القول بأن عليها عدتين، ما روي عن صالح بن مسلم عن الشعبي أن عليا رضي الله عنه قال في التي تتزوج في عدتها: تتم ما بقي من عدتها من الأول وتستأنف من الآخر عدة جديدة، وقالوا وهو موافق لما روينا عن عمر بن الخطاب وهذا مذهبا².

كما استدلووا في أنها لا تحرم على التأبيد بالقياس على الزنا، ويقول الإمام علي كرم الله وجهه أنها لا تحرم على التأبيد³.

أما عن الولد الحاصل بينهما، فقد ذكر الإمام الشافعي أن المرأة إذا نكحت في عدتها وتم الدخول بها فجاءت بولد كان أشبه عندي والله أعلم أن يكون موقوفا بين الرجلين معا حتى يرى ابنهما القافة⁴، فأبي الرجلين ألحقته لحق الولد⁵.

1 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 249.

2 . نفس المرجع السابق، ص 233.

3 - المرجع نفسه، ص 249.

4 - القافة جمع مفردا القائف وهو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، أنظر: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 9، ص 293. وفي وقتنا الحاضر تطور العلم وأصبح من الممكن معرفة نسب الولد بعدة طرق منها الفحص الطبي للحمض النووي.

5 - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 233.

أما لو تزوجت المرأة قبل ثبوت موته أو طلاقه وبان المفقود ميتا قبل تزوجها بمقدار العدة صح الزواج لخلوه عن المانع، فأشبهه من باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتا، ولأن العلم بحل المرأة شرط لجواز الإقدام لا للصحة¹.

وقد قيل في رواية أخرى عن الإمام الشافعي في مذهبه القديم أنه لا يصح هذا الزواج لفقد العلم بالصحة وقت العقد².

قول الحنابلة: يرون بأن المرأة المعتدة إذا تزوجت في عدتها وهما عالمان بالعدة وبتحريم الزواج فيها ودخل بها، فيكونان زانيان عليهما حد الزنا، وليس لها مهر، ولا يلحقه نسب، لأنه زواج متفق على بطلانه فأشبهه الزواج من ذوات المحارم.

أما إن كانا جاهلين بالعدة أو بتحريم الزواج فيها، فإن النسب يثبت وينتفي الحد، ويجب المهر، وإن علم هو دونها بالعدة والتحريم فعليه الحد والمهر ولا يلحقه نسب، وإن علمت دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب، لأن هذا الزواج متفق على بطلانه فأشبهه الزواج من ذوات المحارم³.

أما عن الولد الحاصل بينهما، فيرى الحنابلة أن حكم ثبوت نسب الولد من النكاح في العدة يدور وجودا وعدما مع علمهما بالعدة وحرمة النكاح، فإذا كان عالما أنها في العدة وبحرمة الزواج فيها انتفى النسب ولا يثبت، أما إذا كان يجهل بأن المرأة في العدة أو أنه لا يعلم بحرمة الزواج فيها فإنه يثبت نسب الولد منه.

وهذا إذا أتت بالولد منه عينا أو ألحقته به القافة وجاءت به لسته أشهر فأكثر من وطء الزوج الثاني، ولأربع سنين فأقل من بينونة الأول لحقه، وانقضت عدتها به منه، لأن عدتها تنتضي بوضع الحمل، وقد وجد، ثم تعتد للزوج الآخر أيهما كان⁴، وإن أمكن أن

1 - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 398.

2 - الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 398.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 481.

4 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 111.

يكون منهما أري القافة معهما فألحق بمن ألحقه به منهما، وانقضت به عدتها منه واعتدت للزوج الآخر، وإن ألحقته بهما ألحق وانقضت عدتها به منهما¹.

وإذا تم العقد عليها في العدة دون دخول فلا تنقطع عدتها، لأنه باطل لا تصير به المرأة زوجة، ولا تستحق عليه نفقة ولا سكنى لأنها ناشز حتى يدخل بها فتنقطع حينئذ سواء علم التحريم أو جهله.

لأنها تصبح بمجرد الدخول فراشا لغيره وذلك يقتضي أن لا تبقى في عدة غيره، ثم إذا قام بفراقها بنت على عدة الأول لأن حقه أسبق ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح، ثم تستأنف العدة من الثاني ولا تتداخل العدتان².

وقد استدلوا في ذلك، بما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن سليمان بن يسار " أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها فنكحت في عدتها، فضربها عمر بن الخطاب، وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال عمر بن الخطاب: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب، فإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا"³.

كما روي بإسناده عن علي بن أبي طالب أنه قضى في التي تتزوج في عدتها: أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة زوجها الأول وتعتد من الزوج الآخر.

1 - أبو إسحاق، المبدع شرح المقنع، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، ص 107.

2 - أبو إسحاق، المبدع شرح المقنع، مرجع سابق، ج 7، ص 107.

3 - أنظر: الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص 104.

ويتمثل السبب في عدم تداخل العدد، أنهما حقان مقصودان لأدميين فلم يتداخلا كالديتين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة¹.

أما حكم زواج الثاني منها بعد أن يفرق بينهما، فيقول الحنابلة بحق الثاني في أن ينكحها بعد انقضاء العدتين، وفي رواية ثانية عن أحمد أنها تحرم عليه مؤبداً، ودليلهم في ذلك أن تحريمها لا يخلو إما أن يكون بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم، ودليله لو أنه تزوجها دون ولي ووطنها، ولأنه لو زنى بها لم تحرم على التأبيد فهذا أولى².

كما استدلوا بأن آيات الإباحة عامة مثل قوله تعالى: (وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ) - النساء 24-، وقوله تعالى: (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ) -العائدة 5-، وبالتالي لا يجوز تخصيصها بغير دليل.

وقالوا أن ما روي عن عمر بن الخطاب في تحريمها، قد خالفه عليٌّ فيه، وروي عن عمر بن الخطاب أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي، حيث أن علياً قال: إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، فقال عمر: "يا أيها الناس ردوا الجهالات إلى السنة"³، ورد إلى قول علي⁴.

أما إن تزوجت امرأة المفقود قبل مضي الوقت المعتبر للتبرص والعدة ثم تبين أنه كان ميتاً، أو أنه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة لم يصح الزواج لأنها ممنوعة منه فأشبهت المتزوجة⁵.

1 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 101؛ أبو إسحاق، المبدع، مرجع سابق، ج 7، ص 107.

2 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 113.

3 - الكيا الهراسي، أحكام القرآن، ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.س، ص 199.

4 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 101.

5 - الشرييني، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 422.

رأي الظاهرية: قالوا أن المتزوجة في عدتها لا تخلو من ثلاث حالات: إما أن تكون عالمة بأن ذلك لا يحل ولا يجوز لها، أو أن تكون جاهلة بحرمة هذا الزواج، أو أن تكون قد أخطأت في العدة.

فلو أنها كانت جاهلة أو وقعت في غلط في عدتها فلا شيء عليها، لأنها لم تتعمد الحرام، والقول قولها في الغلط.

أما إن كانت تعلم بأن الزواج في العدة لا يحل، ولم تخطئ في العدة، فقد قال عنها الظاهرية بأنها زانية وعليها الرجم.

واستدلوا بحديث عمر بن الخطاب الذي رواه عنه سعيد بن المسيب (أن امرأة تزوجت في عدتها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فضربها دون الحد وفرق بينهما)، وضرب عمر لها كان تعزيراً لها لتركها التعلم من دينها ما يلزمها، فهو مكان التعزير.

وقالوا: إن من تعلقوا بهذا الأثر عن عمر واسقطوا حد الزنا، فنقول لهم: أنه لم يرد في الأثر أنها كانت عالمة بانقضاء العدة أو التحريم فلا متعلق لهم بذلك¹.

والقول في ذلك كله هو أن كل عقد فاسد لا يصح به زواج، فهما أجنبيان كما كانا، والوطء فيه مع العلم بالتحريم زنى مجرد محض، وفيه الحد كاملاً من الرجم أو الجلد أو التعزير، ولا يحق فيه ولد أصلاً ولا مهر فيه ولا شيء من أحكام الزوجية.

وإن كان جاهلاً فلا حد، ولا يقع في ذلك شيء من أحكام الزوجية إلا لحاق الولد فقط للإجماع².

حكم زواجها من الزوج الثاني مرة أخرى بعد أن يفرق بينهما:

¹ - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 114.

² - ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 12، ص 193.

قال المالكية والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد، أن من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فإنه يفرق بينهما ولا يحل له ان يتزوجها بعد ذلك أبداً، لأن من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها يفرق بينهما ولا تحل له أبداً¹.

وقد استدلوا في ذلك، بحديث عمر بن الخطاب: فقد روي مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أن طليحة كانت ... وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً².

وقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب: إلى أنه يجوز له أن ينكحها إذا انقضت عدتها من الزوج الأول ووافقتة على ذلك.

واشترط الشافعية الجهل في حرمة النكاح أو انقضاء العدة، حيث جاء في روضة الطالبين: من نكح معتدة من غيره جاهلاً ووطئها لم تحرم عليه وعلى هذا هو المذهب³.
وقد استند الحنفية في ذلك إلى حديث علي رضي الله عنه السابق ذكره، والذي جاء فيه: ثم يتزوجها الآخر إن شاء⁴.

كما استدلوا بالقياس: فقالوا إن من زنى بامرأة يحل له الزواج منها، وهنا يجب أن تكون الحرمة أخف، وقاسوا أيضاً على نكاح المحرم فإن نكحها وهو محرم فهذا النكاح فاسد وهو لا يحرمها على التأييد⁵.

كذلك فإن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى: (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ) - النساء-24، وقوله: (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ) -المائدة-5، فلا يجوز تخصيصها بغير دليل.

1 - يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 115.

2 - أنظر: الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، مرجع سابق، ج 5، ص 104.

3 - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 8، ص 396.

4 - عطا محمد، مرجع سابق، ص 115.

5 - الشيباني بن الحسن، الحجة على أهل المدينة، ج 3، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د.س، ص 192.

وما روي عن عمر في تحريمها، فقد خالفه علي فيه، وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي.

الفرع الثاني: مدى استحقاق الزوجة للنفقة ومؤخر صداقها من مال المفقود:

سبق وأن أشرنا إلى أن فقهاء المالكية فرقوا، فيما يخص المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، بين الزوجة والمال، فقررروا أن المفقود يعتبر ميتا بالنسبة لزوجته بعدة مضي مدة أربع سنوات، ولكنه لا يعد ميتا بالنسبة لأمواله إلا بعد مدة التعمير، وكان من الطبيعي أن تؤدي هذه التفرقة إلى اختلاف فقهاء هذا المذهب حول الوقت الذي يكون فيه للزوجة أن تتقاضى مهرها إذا لم يكن الزوج قد عجله لها عند الزواج، فقرر البعض أن هذا الصداق يستحق للزوجة عند شروعها في العدة، ورأى البعض الآخر أنه لا يستحق إلا عند حلول أجله، لأن المفقود لا يعتبر، في هذا الوقت ميتا حقيقة بل حكما، في حين ذهب فريق ثالث إلى أن الزوجة تستطيع تقاضي نصف المهر عند بدء العدة، أما النصف الآخر فلا يستحق إلا إذا ثبتت وفاة المفقود، وإلا فعند انقضاء مدة التعمير¹.

كما اختلف فقهاء هذا المذهب حول مقدار ما تستحقه الزوجة غير المدخول بها من المهر، فعلى حين قرر فريق منهم أنها لا تستحق سوى نصفه إعمالا لقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ) -البقرة 237-، ذهب البعض الآخر إلى أنها تستحق جميع المهر، لأن الموت -شأنه شأن الدخول- يوجب استحقاق المهر كله، وقد اختلف أنصار هذا الرأي الأخير حول الوقت الذي يجوز فيه للزوجة أن تتقاضى المهر على النحو المذكور آنفا².

تلك هي الأحكام التي قال بها المالكية في شأن الصداق، أما عند الجمهور، فإنه يسوى فيما يتعلق بالمدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، بين الزوجة والمال،

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 127.

² - أنظر: الكشناوي أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج 2، دار الفكر، دون ذكر البلد والسنة، ط 2، ص 134.

ويجوز للزوجة البقاء على ذمة زوجها ما لم تطلب الطلاق، فإن اختارت البقاء والصبر إلى أن يتبين أمر زوجها، ظل زوجها على حاله، أما إن طلبت التطليق وصدر لها حكم به بعد مضي مدة من انتظار زوجها، فإنها تستطيع أن تتقاضى ما قد يكون لها من صداق من تركته عند تقسيمها على الورثة¹.

على أن وجه الخلاف بين المالكية والجمهور لم يقتصر على الصداق، وإنما تجاوز ذلك إلى نطاق النفقة، فعلى الرغم مما قرره المالكية من أن أموال المفقود لا تقسم على الورثة إلا بعد انقضاء مدة التعمير، إلا أنهم لم يجيزوا للزوجة أن تتقاضى النفقة من هذه الأموال إلا في مدة التربص وأقصاها عندهم أربع سنوات، فمتى انقضت هذه المدة وشرعت الزوجة في العدة، لم يكن لها أن تنفق من مال زوجها، لأن نفقة القريب تسقط بالوفاة².

أما عند الجمهور فيعطى لامرأة المفقود الحق في الإنفاق من مال زوجها في مدة التربص ومدة العدة على حد سواء، لأن مدة التربص لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة، أما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فإن موته متيقن³، بل أن جمهور الفقهاء يخول الزوجة هذا الحق أيضا حتى بعد انقضاء مدة العدة، ولكن ذلك بشرطين: يتمثل الأول في أن لا يفرق الحاكم بينهما، والثاني أن لا تتزوج بآخر، فإذا اجتمع هذان الشرطان، ظلت النفقة قائمة، لأن الزوجة لم تخرج بعد من نكاح زوجها، وإن تخلف أحدهما سقطت نفقتها لانفصام عرى زوجيتها⁴.

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 128.

2 - الكشناوي أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك، مرجع سابق، ج 2، ص 134.

3 - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 494.

4 - علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 128.

ويجب أن يراعى أن الأحكام السالفة الذكر لا تنطبق إلا إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء، أما إذا اختارت المقام والصبر إلى أن يتبين أمر زوجها، فإن نفقتها تظل قائمة إلى أن يتضح مصيره، فإذا ثبت أنه مات أو طلقها في وقت من الأوقات، فلها النفقة إلى يوم موته أو بينونتها منه، أما ما زاد على ذلك فيكون للورثة أن يخصصوه في ميراثها في الحال الأولى، كما يكون للزوج عند قدومه أن يرجع عليها به في الحال الثانية، لأنه تبين أنها قد أنفقت من ماله وهي غير زوجة له¹.

ويعود اختلاف الفقهاء حول مدى استحقاق الزوجة للنفقة، سواء في فترة العدة أو بعد انقضائها، إلى تباين وجهات نظرهم فيما يتعلق بمدى حق الزوجة في الاقتران بآخر والمدة التي يباح لها فيها ذلك، فالذين أرادوا تيسير سبيل الزواج أمامها قصرُوا من المدة التي تنتظر فيها زوجها، واعتبروه ميتاً عقب انتهاء تلك المدة، لأن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تنفق من تركه زوجها، أما من قالوا بخلاف ذلك، فقد أبقوا على نفقة الزوجة طالما ظلت بغير زوج، لأن القول ببقاء نكاح المفقود لا يمكن أن يستقيم بدون النفقة، ولعل هذا ما دعا البعض إلى القول بأن امرأة المفقود إذا اقترنت بآخر، ثم طلقت وعادت إلى منزل زوجها الأول عادت نفقتها عليه، وإن لم تعد، لم يكن لها حق في النفقة لأنها تكون قد بقيت على نشوزها².

وعلى ضوء ما تقدم، يمكن توضيح موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، حيث أنه قد أخذ برأي الجمهور، حين أجاز للزوجة الإنفاق من مال زوجها طالما ظلت في عصمته، وذلك استناداً إلى المادة 74 من قانون الأسرة، أما إذا صدر حكم مقرر لوفاة المفقود فرغم عدم وجود نص في هذه المسألة إلا أن الراجح الأخذ بالمذهب المالكي

¹ - الشريبي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 423.

² - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 8، ص 401.

الذي يرى بسقوط النفقة، إذ لا معنى لبقاء النفقة بعد أن اختارت الزوجة إنهاء الرابطة الزوجية وأجيببت إلى طلبها.

وهو موقف المشرع المصري، حيث نصت المادة 22 من القانون رقم 25 لسنة 1929 على أنه: " بعد الحكم بموت المفقود... تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته ... "1.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بحل مشابه لما أخذ به المشرع الجزائري والمصري، حين قضى بفسخ زواج المفقود بمجرد صدور الحكم المقرر للوفاة أو عقب تسجيل الحكم القاضي بثبوت الغيبة على حسب الأحوال²، إذ أن هذا يعني سقوط حق الزوجة في النفقة التي كان زوجها يسهم بها في منزل الزوجية اعتباراً من هذا التاريخ أو ذاك.

المطلب الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على ذوي حقوق مفقودي المأساة الوطنية:

تترتب على صدور الحكم بوفاة المفقود في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية نفس الآثار الوارد ذكرها في قانون الأسرة، وإضافة إلى ذلك فهناك آثار خاصة أخرى تتمثل في: حق ذوي ضحايا المأساة الوطنية في الحصول علي تعويض تلتزم الدولة بدفعه، وهو ما أكدته المادة 37 من الأمر رقم 06-01.

حيث تنص المادة 39 من هذا الأمر على أنه: " تطبق لاحتساب ودفع التعويض المذكور في المادة 37 أعلاه الأحكام المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما لصالح الضحايا المتوفين بسبب الإرهاب، تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". وتطبيقاً لذلك صدر المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28/02/2006 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية³، حيث نص في المادة الثالثة منه على أنه:

1 - أنظر: عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكمل لها، مرجع سابق، ص 92.

2 - أنظر المادة 3/91 من القانون المدني الفرنسي.

3 - أنظر: مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فيفري 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، 2006.

"يخول حكم التصريح بوفاة ضحية المأساة الوطنية الحق لذوي حقوقه في التعويض في مفهوم هذا المرسوم"، وهذا التعويض المنصوص عليه يأخذ حسب المادة السادسة أحد الأشكال الآتية: معاش خدمة، معاش شهري، رأس مال إجمالي، رأس مال وحيد¹. ويشترط للحصول على هذا التعويض عدم الحصول على تعويض سابق صدر عن طريق القضاء، كما أن الحصول على هذا التعويض يمنعه من المطالبة بأي تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدولة².

وقد حددت المادة التاسعة من المرسوم الرئاسي 93-06 من يعتبر من ذوي الحقوق وهم:

- الأزواج،
- الأبناء الهالك البالغون سنا أقل من 19 عاماً، أو 21 عاماً على الأكثر، إذا كانوا يزاولون الدراسة، أو إذا كانوا يتابعون التمهين، وكذا الأبناء المكفولون طبقاً للتشريع المعمول به وحسب الشروط نفسها المتعلقة بأبناء الهالك.
- الأبناء مهما يكن سنهم، الذين يوجدون بسبب عجز أو مرض مزمن، في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.
- البنات، بلا دخل، مهما يكن سنهن، اللاتي كان يكفلهن الهالك فعلاً وقت فقدانه.
- أصول الهالك³.

وقد حدد القانون نسبة كل ذي حق، في المادة 10 من نفس المرسوم، كما يلي:

¹ - أنظر المادة السادسة من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006، ص 9.

² - أنظر المادة 38 من الأمر رقم 06-01 والمادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93.

³ - المادة التاسعة من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006، ص 9.

- 100% من التعويض لصالح الزوج أو الأزواج إذا لم يترك الهالك أبناء أو أصولاً أحياء.
 - 50% لصالح الزوج أو الأزواج و50% توزع بالتساوي على ذوي الحقوق الآخرين إذا ترك الهالك زوجاً أو أكثر أحياء وكذا ذوي حقوق آخرين يتكونون من الأبناء و/أو من الأصول.
 - 70% من التعويض توزع بالتساوي على أبناء الهالك (أو 70% لصالح الابن الوحيد عند الاقتضاء) 30% توزع بالتساوي على الأصول (أو 30% لصالح الأصل الوحيد عند الاقتضاء) إذا لم يوجد زوج حي.
 - 50% من التعويض لصالح كل أصل من الأصول إذا لم يترك الهالك أزواجاً أو أبناء أحياء.
 - 75% من التعويض لصالح الأصل الوحيد إذا لم يترك الهالك زوجاً أو أبناء على قيد الحياة¹.
- حيث تتم الاستفادة من التعويض بعد تقديم ملف يحتوي على محضر معاينة الفقدان (شهادة البحث) ومستخرج من الحكم القضائي المتضمن التصريح بالوفاة، على أن يقدم الملف حسب نفس المرسوم إلى الجهات التالية:
- وزارة الدفاع الوطني بالنسبة لذوي حقوق الضحايا الذين ينتمون إلى المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لها.
 - الهيئة المستخدمة فيما يخص ذوي حقوق ضحايا الموظفين والأعوان العموميين.

¹ - المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006، ص 9.

- المدير العام للأمن الوطني فيما يتعلق بذوي حقوق الضحايا الذين ينتمون إلى مستخدمي الأمن الوطني.
 - والي ولاية محل الإقامة فيما يخص ذوي حقوق الضحايا الآخرين¹.
- وبعد ذلك تقوم هذه الهيئات بإصدار مقرر الاستفادة من التعويض الذي يخول للمستفيد طلب فتح حساب بريدي جاري يتعين على مركز الصكوك البريدية فتحه خلال 8 أيام من إيداع الملف²، ويتكون الملف الحسابي الخاص بالتعويض (باستثناء ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين لمستخدمي وزارة الدفاع الذين يخضعون لنص خاص طبقاً للمادة 26 من المرسوم الرئاسي 06-93) من:
- مقرر الاستفادة من التعويض المتمثل في معاش خدمة أو معاش شهري أو رأس مال إجمالي أو وحيد.
 - نسخة من عقد الفريضة مصادق على مطابقتها للأصل من أجل تحديد ذوي الحقوق، مع الإشارة إلى أن القانون ألزم إعداد عقد الفريضة في أجل شهر واحد ومجاناً في مكتب توثيق نسخة النيابة المختصة إقليمياً بناء على طلب ذوي الحقوق أو الهيئة المستخدمة أو الوالي، وتتحمل ميزانية الدولة الحقوق المستحقة للموثق ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل³.
 - نسخة من الحكم الذي يعين القيم عندما لا تدفع حصة المعاش الآيلة إلى الأبناء إلى الأب أو الأم.
 - مقرر تخصيص وتوزيع معاش الخدمة أو الرأسمال الوحيد.

¹ - المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006، ص

9.

² - المادة 16 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006،

ص 10.

³ - أنظر كل من المادة 35 من الأمر 06-01، والمادة 15 من المرسوم 06-93.

وحسب المادة 33 من المرسوم الرئاسي 06-93 يودع هذا الملف الحسابي لدى:

- الهيئة المستخدمة بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية من الموظفين والأعوان العموميين.

- والي ولاية محل الإقامة بالنسبة لذوي حقوق الضحايا الآخرين باستثناء المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني.

وقد حدد المرسوم السابق ذكره، كل شكل للتعويض والفئة المستحقة له من ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية كما يلي:

1- بالنسبة لمعاش الخدمة:

يتم تطبيق نظام التعويض على شكل معاش خدمة على فئتين طبقا للمواد من 17 إلى 33 من المرسوم 06-93:

- ذوو حقوق المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني ضحايا المأساة الوطنية كما حددتهم المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 06-93¹.

- ذوي حقوق الموظفين أو الأعوان العموميين كما حددتهم المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي السابق².

ويتم حساب معاش الخدمة وفقا للمواد 18 و 19 و 20 من المرسوم التنفيذي 99-47 المؤرخ في 14/02/1999 المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين

¹ - حيث جاء في المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: " يعتبر تابعين لوزارة الدفاع الوطني في مفهوم هذا المرسوم المستخدمون العسكريون والمدنيون مهما يكن وضعهم القانوني ووضعيتهم القانونية الأساسية، بما في ذلك المستخدمون الذين يوجدون في وضعية غير قانونية وكذا معاش عسكري للتقاعد "

² - نصت المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 06-93 على أنه: " يعتبر موظفا أو عوناً عمومياً في مفهوم هذا المرسوم كل عامل يمارس عمله على مستوى المؤسسات أو الإدارات أو الجماعات المحلية أو الهيئات العمومية بما في ذلك المؤسسات العمومية التابعة للوصاية الإدارية".

ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، ويدفع معاش الخدمة من طرف:

- مركز الدفع التابع للجيش الوطني الشعبي أو مركز الدفع الجهوي في محل إقامة المستفيد بالنسبة لذوي حقوق المستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني.

- الدوائر الوزارية أو الهيئة العمومية أو الوصاية بالنسبة لذوي حقوق الموظفين والأعوان العموميين.

2- بالنسبة للمعاش الشهري:

حسب المواد من 34 إلى 48 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93، يطبق هذا النظام للتعويض على ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين للقطاع الاقتصادي العام أو الخاص أو من كان بلا وظيفة إذا كان الهالك يبلغ اقل من 50 سنة وقت فقدانه وترك: - أبناء قصر

- و، أو أبناء مهما يكن سنهم يكونون بسبب عجز أو مرض مزمن في وضع استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.

- و، أو بنات بلا دخل مهما يكن سنهن كان يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه.

ويحدد المعاش الشهري بـ 16000 دج يدفع حتى بلوغ السن القانونية لإحالة الهالك على التقاعد، ويسدد من طرف أمين خزينة الدفع لدى ولاية محل إقامة الضحية.

3- بالنسبة للرأسمال الوحيد:

ويتم تطبيق هذا النظام للتعويض بالنسبة للحالات التالية:

أ- ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية التابعين لوزارة الدفاع الوطني الذين كانوا متقاعدين دون الإخلال بأحكام قانون المعاشات العسكرية المتعلقة برأسمال الوفاة.

ب- ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الموظفين وأعوان الدولة في سن أو في وضعية التقاعد وقت فقدانهم.

ج- ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الذين لا ينتمون للطائفتين السابقتين ويوجدون في سن أو وضعية التقاعد والمنخرطين في صندوق التقاعد.

على أن يتم حساب الرأسمال الوحيد طبقاً لأحكام المرسوم التنفيذي 99-47 المؤرخ في 13-12-1999¹، باستثناء الحالة الأخيرة التي يحدد فيها الرأسمال الوحيد بضعف المبلغ السنوي لمنحة تقاعد الهالك على أن لا يقل عن مئة مرة مبلغ 10000 دج أي 1000000 دج وتسدد هذه المبالغ من خزانة الدولة وتصرفها من صندوق التقاعد أو صندوق التقاعد العسكري حسب الحالة.

4- بالنسبة للرأسمال الإجمالي:

يطبق نظام التعويض هذا على ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية الذين لا ينتمون للفئات السابقة، ويحسب الرأسمال الإجمالي حسب الحالة كالتالي:

- يساوي 120 مرة مبلغ 16000 دج أي 1936000 دج إذا كان ذوي حقوق الضحية يتشكلون من الزوج بلا أبناء و/أو أصول.

- يساوي 120 مرة مبلغ 16000 دج أي 1936000 دج في جميع الحالات حتى مع وجود أبناء قصر أو من يعتبرون من هذا القبيل إذا كان فقدان الضحية قد حدث قبل 10 سنوات من السن المفترض للتقاعد.

- يساوي 120 مرة مبلغ 10000 دج أي 1200000 دج إذا كان الضحية قاصراً.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 99-47 مؤرخ في 13 فبراير 1999، والمتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 09، 1999.

- يساوي 120 مرة مبلغ 10000 دج أي 1200000 دج إذا كان الضحية بالغاً أكثر من 60 سنة وغير منخرط في صندوق التقاعد¹.

ويدفع الرأسمال الإجمالي من صندوق تعويض ضحايا الإرهاب.

لكن التساؤل أثير حول كيفية حساب التعويضات، هل تخضع التعويضات لتاريخ الفقدان، أم تخضع لتاريخ الوفاة الحكمية؟ حيث أن هذا التساؤل طرح إشكالا عمليا على مستوى اللجان الولائية لتطبيق ميثاق السلم والمصالحة الوطنية خاصة وأن أكثر حالات الفقدان تمت في الفترة ما بين 1994 و1997.

وبالنظر إلى نص المادة 37 من الأمر رقم 06-01، يتضح أن التعويض الذي تمنحه الدولة هو حق مقرر لذوي حقوق ضحية المأساة الوطنية كأثر ناتج عن صدور الحكم النهائي بوفاة الهالك، فقبل صدور هذا الحكم فإن الشخص يعتبر حيا قانونا، وبالتالي فلا يثبت لأي من ذوي حقوقه أي حق، فحتى وإن كانت وفاته محتملة منذ سنوات غير إنها وفاة غير ثابتة قانونا، لذلك يكون حساب التعويضات من تاريخ صدور الحكم القضائي بوفاة المفقود².

¹ - أنظر المواد من 42 إلى 50 من المرسوم الرئاسي رقم 06-93 المؤرخ في 28 فيفري 2006، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006.

² - أنظر المادة 37 من الأمر 06-01 السابق.

المبحث الثاني: آثار الحكم بموت المفقود على أمواله وعقوده:

يترتب على صدور الحكم بموت المفقود بالنسبة لأمواله، نفس الأثر الذي يترتب على الوفاة الحقيقية، فتعتبر أموال المفقود تركة تؤول إلى ورثته، لكن التساؤل يطرح بصدد حصر ورثة المفقود، هل يشمل ذلك من كان منهم موجودا في تاريخ الفقد، أم أنهم الورثة الذين كانوا على قيد الحياة عند صدور الحكم بموت المفقود؟ وهل يتم التسوية بين الأموال التي كانت مملوكة للمفقود قبل فقده وبين الأموال التي يكون قد اكتسبها بالإرث أو الوصية بعد الفقد، بحيث توزع جميع هذه الأموال على ورثته هو، أم أن هذه الأخيرة ترد إلى ورثة المورث أو الموصي ولا تدخل في تركة المفقود؟

وإن الإجابة على هذه التساؤلات يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث نتناول في الأول تحديد الورثة الذين يخلفون المفقود، أما المطلب الثاني فنحدد فيه الأموال التي تدخل ضمن تركة المفقود.

المطلب الأول: تحديد الورثة الذين يخلفون المفقود في تملك تركته:

رغم اختلاف الفقه الإسلامي في تحديد المدة التي يحكم بعد انقضائها بموت المفقود، إلا أنه قد أجمع على ما يأتي:

- أن ثبوت حياة الوارث بعد موت مورثه أو وقت الموت على الأقل، يعد شرطا أساسيا لاستحقاق الميراث، لأنه خلافة حي لميت في أمواله¹.

- أن الموت الحكمي الذي يتقرر عن طريق صدور حكم قضائي يكون كالموت الحقيقي في الميراث²، ويكون ذلك في حال المفقود إذا حكم بموته بناء على غلبة الظن، وعليه فلا

¹ - وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون: - الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، - عدم وجود مانع من موانع الإرث ".

² - وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ".

يجوز للقاضي أن يرجع تاريخ الوفاة إلى وقت سابق على صدور الحكم، إلا إذا ثبت دليل لا شبهة فيه أن الوفاة قد وقعت فعلا في هذا الوقت، ولا يكون الشخص حينئذ مفقوداً¹.

وبتطبيق هاتين القاعدتين، يتضح أنه إذا تبين بشكل قاطع أن المفقود قد توفي في وقت من الأوقات، فإن هذا الشخص لا يعد مفقوداً، وبالتالي فيتم توزيع تركته على ورثته الذين كانوا على قيد الحياة في الوقت الذي قام الدليل على وفاته فيه، أما من توفي من ورثته قبل ذلك الوقت، فلا يدخل ضمن الورثة ولا يستحق شيئاً من تركته².

أما لو لم تثبت وفاة المفقود في تاريخ معين إلى أن صدر حكم قضائي بموته، فلا يعتبر ميتاً إلا من تاريخ صدور الحكم، وعليه، فإن تركته يتم توزيعها على ورثته الموجودين في هذا التاريخ دون غيرهم ممن يكونوا قد ماتوا قبل ذلك³.

وقد اتفق القانون مع الفقه في ذلك، سواء في أحكامه العامة الواردة في قانون الأسرة أو في غيره من النصوص الخاصة التي تتضمن أحكام المفقودين في ظروف استثنائية.

فلا يتحقق الإرث إلا إذا وجدت أسبابه وتوفرت شروطه مع انتفاء موانعه⁴، حيث لا خلاف على أن الإرث من المفقود تطبق عليه القواعد العامة في الميراث، حيث تنص

1 - أنظر: محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص، 111؛ زكي الدين شعبان، أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، مصر، د.س، ص 405.

2 - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 281.

3 - أنظر: عمر عبد الله، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، ط 5، 1973، ص 294؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 1، 1966، ص 335؛ رمضان علي السيد الشرنباصي، ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث والوصية والوقف، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009، ص 273.

4 - أنظر المواد: 126، 127، 128 من قانون الأسرة.

المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ...".

وفي هذا النص أخذ بما أقره الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، بحيث أقر القانون بتقسيم أموال المفقود على ورثته بعد الحكم بموته¹، حيث لا بد من حفظ أموال الشخص المفقود بواسطة المقدم الذي عينه القاضي عند الحكم بفقدانه لتسيير أمواله، ويستمر التحري عنه إلى حين مرور المدة اللازمة للحكم بموته².

وبالنظر إلى التشريع المقارن، نجد أن القوانين الأخرى قد أجازت تقسيم أموال المفقود بعد صدور الحكم بموته، حيث نصت المادة 301 من قانون الأحوال الشخصية السوري على تقسيم أموال المفقود على ورثته بعد الحكم بوفاته، أما القانون المصري فقد ضمن هذا الحكم في نص المادة 22 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، حيث نصت هذه المادة على أنه: " عند الحكم بموت المفقود... تعدد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم... "³.

وإن هذا الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية، والموافق للفقه الإسلامي، لا يتفق مع القانون الفرنسي، إذ أن هذا الأخير قد ميز، فيما يتعلق بتعيين الورثة، بين حالة غلبة ظن الهلاك وحالة ثبوت الغيبة، فقد أوجب المشرع الفرنسي على المحكمة في الحالة الأولى، أن تقوم بتحديد تاريخ الوفاة، على أن تستعين في ذلك بالقرائن المستمدة من ظروف الدعوى، فإذا تعذر عليها استظهاره كان عليها أن تعدد بتاريخ فقد، وقد جرى العمل في القضاء الفرنسي على اعتماد تاريخ انقطاع أخبار المفقود كتاريخ لوفاة.

1 - صالح جبجيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، الجزائر، دون تاريخ، ص 186.

2 - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 178.

3 - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 96.

أما الحالة الثانية، فإن المشرع الفرنسي لم يلزم المحكمة بتحديد تاريخ وقوع الوفاة في حكمها، بل ولم يرتب على هذا الحكم أي أثر من الآثار التي تترتب عادة على الوفاة إلا منذ الوقت الذي يتم فيه تقييده في السجلات المعدة لتقيد الوفيات¹.

ومؤدى ما تقدم، أن الورثة الذين يحق لهم اقتسام تركة المفقود الذي يغلب على الظن هلاكه هم أولئك الذين يكونون على قيد الحياة في التاريخ الذي عينه الحكم لحدوث الوفاة، أما ورثة من يفقد في ظروف ظاهرها السلامة فهم أولئك الذين يكونون على قيد الحياة وقت تسجيل الحكم المقرر لثبوت الغيبة في سجلات الحالة المدنية.

وغني عن الذكر أن هذه التفرقة لا تنهض على أسس معقولة أو أسباب مبررة، هذا إلى أن الحل الذي اعتنقه المشرع الفرنسي في كلتا الحالتين يصطدم مع القاعدة الواردة في المادة 725 من القانون المدني الفرنسي والتي تشترط لاستحقاق الإرث ثبوت حياة الوارث عند موت المورث، لأن المفروض أن المفقود لا يعتبر ميتا إلا من وقت صدور الحكم بذلك².

وبالعودة للقوانين الجزائرية الخاصة، نجد أن المادة الثالثة من الأمر رقم 02-03 لسنة 2002 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، تنص على أنه: " يخول الحكم بوفاة المفقود المذكور في المادة 2 أعلاه الحق في كل الآثار القانونية المنصوص عليها في التشريع المعمول به "، فمن خلال هذا النص يتضح أن الحكم بوفاة المفقود بموجب أحكام الأمر رقم 02-03 يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم بالوفاة بموجب قانون الأسرة بما في ذلك تقسيم تركة المفقود على ورثته³.

¹ - علي سيد حسن، مرجع سابق، ص 133.

² - Article 725 CCF, Créé par [Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 19 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002](#): " Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable " .

³ - شرابن إبتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 79.

ونفس الحكم نجده قد نصت عليه المادة الثالثة من قانون رقم 03-06 لسنة 2006 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، كما نجد أن نفس الحكم نصت عليه أيضا المادة 36 فقرة 2 من الأمر 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، حيث نصت على أنه: "... وتترتب عليه مجموع الآثار القانونية المنصوص عليها في التشريع المعمول به"، والمقصود من ذلك هو قانون الأسرة.

ونشير إلى أنه إذا كان المفقود امرأة متزوجة، وانتظر الزوج إلى غاية صدور حكم قضائي بموتها، فيكون له الحق في إرثها لوجود سبب الإرث وهو الزوجية، أما إذا لم ينتظر الحكم بوفاة المفقودة وطلقها بغرض الزواج من أخرى وهذا إذا كان متزوجا من أربعة والمفقودة إحداهن، ففي هذه الحالة لا يرث له من المفقودة إن حكم بموتها لعدم وجود سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة، وهو سبب الزوجية¹.

ورغم اتفاق الفقهاء على جواز تقسيم أموال المفقود بعد الحكم بموته إلا أنهم اختلفوا في مسائل تفصيلية، منها مدى إمكانية اعتبار حكم الحاكم بالتربص لزوجة المفقود، هل يعد حكم بوفاة المفقود فيجوز تقسيم تركته، على مذهبين:

- **المذهب الأول:** يرى فقهاء هذا المذهب أنه لا يعد حكم الحاكم بالتربص لزوجة المفقود حكما بوفاته في حق ماله، وبالتالي لا يمكن تقسيم أمواله بعد هذا الحكم، وهو لا يمثل إلا حكما بإباحة المرأة للزواج بعد التربص وقضاء عدتها، وقد أخذ بهذا الرأي كل من المالكية² والشافعية³، لأن الأصل بقاء حياته فلا تزول عنه بالشك.

- **المذهب الثاني:** يعتبر الحكم بالتربص حكما بالوفاة، وبالتالي يجوز لورثته اقتسام أمواله، وذلك لأن الصحابة قد اتفقوا على أنه يجوز لامرأة المفقود أن تتزوج بعد الحكم

¹ - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، مرجع سابق، ص 109.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي والشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 487.

³ - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 5، ص 35؛ الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 26.

بالتريص، وبعد انتهاء عدتها، وإذا ثبت هذا في النكاح مع ما يراعى فيه من الاحتياط، فإنه يثبت في المال من باب أولى، وهو رأي الحنابلة¹، لكنهم اختلفوا في موعد جواز تقسيم المال بهذا الحكم، هل يكون بعد الانتهاء من التريص، أم بعد انتهاء العدة، على قولين:

القول الأول: يقسم مال المفقود بعد انتهاء مدة التريص وهي الأربع سنوات، وهذه الرواية نص عليها الإمام أحمد واختارها القاضي أبو بكر.

القول الثاني: أنه لا يقسم مال المفقود إلا بعد انتهاء عدة زوجة المفقود، لأن هذا هو الوقت الذي يباح فيه لامرأته أن تتزوج، فأیضا تركته يجوز أن توزع، وهذه الرواية هي الأصح في المذهب².

ومن ناحية أخرى، فإذا انتظر المفقود مدة التعمير، كأن كان الحاكم لا يرى تقسيم ماله بعد التريص، أو كان لا يرى جواز التريص أصلا، هل يقسم الورثة مال المفقود بمجرد انتهاء مدة التعمير أم لا بد من حكم الحاكم بوفاة المفقود؟

فلا بد من حكم الحاكم بموت المفقود بعد مضي تلك المدة المختلف فيها، والتي تكون بالاجتهاد والتقدير فوجب أن تكون الوفاة بحكم الحاكم قطعا للخلاف وحسما للنزاع الذي قد ينشب بين الورثة، فلا يجوز للورثة أن ينتظروا زمن التعمير ثم يقوموا بقسمة التركة من تلقاء أنفسهم³، ويجوز للحاكم عند الرفع إليه أن يحدد لهم زمن التعمير وهي المدة التي يغلب على ظنه عدم بقاءه إليها فإذا فعل ذلك جاز لهم تقسيم تركة المفقود بعد انتهائها دون مراجعة الحاكم مرة ثانية للحكم بوفاته.

¹ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 143.

² - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 205.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 487.

أما من الناحية القانونية فإن هذا الإشكال لا يطرح، ذلك أن صدور الحكم القاضي بالوفاة يعتبر إجراء شكليا وشرطا جوهريا لتقسيم تركة المفقود¹.

ويستحق تركة المفقود ورثته، والوارث هو كل شخص ينتمي إلى الميت بسبب من أسباب الإرث، مثل القرابة والزوجية، ويشترط لاستحقاق الإرث توفر شروط الميراث، وهي موت مورثه، ونظرا لكون وفاة المفقود غير طبيعية وغير محددة الزمن، فمن الصعب تحقق هذا الشرط، وعليه فإنهاء حياة المفقود بحكم قضائي يعتبر مرجعا زمنيا لوفاة، فيقاس عليه مدى تحقق حياة الوارث وقت الحكم بوفاء المورث وهو المفقود، وعليه فإذا حكم القاضي بموت المفقود أصبح من حق الورثة اقتسام تركته²، فمن كان منهم على قيد الحياة وقت الحكم ورثه، ولا يرث أحد مات قبل ذلك، أما بالنسبة للقانون فقد حدد الورثة المستحقين للميراث، من خلال ضرورة توفر شروط الإرث المنصوص عليها في المادتين 127 و128 من قانون الأسرة³.

وقد ذهب بعض فقهاء الحنابلة إلى أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله، ولا يرث من المفقود من مات قبل ذلك⁴، في حين يرى الإمام مالك أن المفقود يرثه ورثته الأحياء يوم الحكم بموته⁵، وهو الراجح.

وتدخل زوجة المفقود ضمن الورثة، غير أنه يشترط فيها أن لا تكون قد تزوجت بغيره، حيث قال مالك: إذا تزوجت زوجة المفقود بعد الأربعة أشهر وعشرا من التبرص وجاء موت المفقود بعد نكاح الآخر وقبل أن يدخل بها الثاني ورثت المفقود⁶، حيث أن

1 - صالح ججيك، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2002، ص 143.

2 - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 178.

3 - أنظر المادتين 127 و128 من قانون الأسرة.

4 - البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مرجع سابق، ج 4، ص 560.

5 - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 358.

6 - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 355.

الزوجة تترث زوجها المفقود حسب رأي المالكية إن قضي له بها في أربعة أحوال: أن يموت في الأجل أو بعده ولم تخرج من العدة أو خرجت ولم يعقد الثاني أو عقد ولم يدخل بها¹.

ولم ينص القانون على هذه المسألة رغم ما يمكن أن تطرحه من إشكالات، فإذا طرح نزاع أمام القاضي في هذه المسألة فعليه تطبيق أحكام الفقه الإسلامي المشار إليها حسب ما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة.

- إذا لم يترك المفقود ورثة:

إذا صدر حكم بموت مفقود عن غير وارث فإن أمواله تعتبر ملكا من أملاك الدولة، وهذا حسب نص المادة 773 من القانون المدني².

كما أكدت على ذلك المادة 180 من قانون الأسرة: "...إذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة". وعليه فإذا لم يكن للمفقود أي وارث، سواء من أصحاب الفروض أو العصابة أو ذوي الأرحام، آلت التركة كلها إلى الخزينة العامة حسب المادة 180 من قانون الأسرة³، وهذا يعني أنه لا بد من توفر شروط حتى تؤول التركة للخزينة العامة:

1. انعدام من يرث بالتعصيب وصاحب الفرض النسبي، فإذا وجد أي من هؤلاء كانت

له التركة إما تعصيبا وإما فرضا وردا.

¹ - الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ج 5، ص 125.

² - حيث تنص المادة 773 من القانون المدني: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

³ - تنص المادة 180 من قانون الأسرة: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: ... فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

2. انعدام من يرث من ذوي الأرحام مطلقا، فمتى وجد من ذوي الأرحام سواء لوحده أو مع أحد الزوجين كانت له إما التركة كاملة أو ما بقي منها بعد نصيب أحد الزوجين.

3. انعدام أحد الزوجين، فإذا انعدم من يرث مطلقا من يرث بالفرض و التعصيب ومن كان من ذوي الأرحام ولكن وجد أحد الزوجين كانت له التركة بأكملها فرضا وردا¹.

فإذا انعدم هؤلاء جميعا نكون أمام حالة شغور مطلق تجاه تركة المفقود، وتقاديا لضياح هذا المال فلا بد من القول بميراث الخزينة العامة له².

حيث أن الخزينة تأخذ المال على أساس أنه من الضوائع التي لا يعرف لها مالك، وليس على أساس أنها وارث، ويكون المال حقا لجميع المسلمين في الجزائر، وينفق في المصالح العامة للدولة³.

وفي هذا الصدد نصت المادة 177 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427⁴ على أنه: "تعود التركة إلى الخزينة العمومية، طبقا للمادة 180 من قانون الأسرة، إذا لم يترك المفقود ورثة بالفرض أو بالعصبة، أو ذوي أرحام، تطبق عندئذ أحكام المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه والمادة 175 أعلاه".

1 - محمد محدة، التركات والميراث، مرجع سابق، ص 78.

2 - نفس المرجع السابق، ص 78.

3 - عبد القادر بن عزوز و سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبية والوصية والوقف، دار قرطبة، باب الزوار، الجزائر، الطبعة الثانية، 1434 هـ، 2013، ص 96.

4 - المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، 2012، العدد 69، ص 14.

وقد نصت المادة 51 من القانون رقم 90-30: " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة، بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا، أمام الهيئات القضائية المختصة، بحكم يصرح بانعدام الوارث يصدر حسب الشروط والأشكال السارية على الدعاوى العقارية ويتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة.

ويترتب على الحكم، بعد أن يصبح نهائيا، تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح انعدام الوارث يمكن القاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط والأشكال المقررة في القانون والتصريح بتسليم أموال التركة كلها¹.

كما نصت المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 على أنه: " إذا هلك شخص، ولم يكن له وارث أو لا يعرف له وارث، يحق للدولة المطالبة بالعقار حسب القواعد والإجراءات المنصوص عليها في المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه.

ويترتب على الحكم التصريحي، الذي أصبح نهائيا، المثبت لشغور تركة الأملاك العقارية التي تركها الهالك، تطبيق الحراسة القضائية على هذه الأملاك خلال الآجال المقررة في القانون، وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا عقب الحكم الذي يثبت انعدام الورثة، يمكن للقاضي أن يصرح بالشغور وإلحاق هذه الأملاك بملكية الدولة. وتثبت إدارة أملاك الدولة تحويل ملكية العقار المعني للدولة، وتدمجه في الأملاك الخاصة للدولة².

¹ - المادة 51 من القانون رقم 90-30 مؤرخ في الأول ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، 1990، العدد 52، ص 1661.

² - المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، 2012، العدد 69، ص 44.

- توريث أموال المفقود المرتد:

إذا فقد المرتد بأن غاب ولم يعلم عنه شيء، ولم يعلم أنه لحق بدار الحرب أم لا، فإنه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم، لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم، فمثلما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتضح موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب¹.

أما عن أملاكه التي يمكن أن تطرأ له، كميراثه من غيره، فلا يوقف له شيء منها، فمن مات أحد من أقاربه قسمت تركته بين ورثته ولا يحبس شيء للمفقود المرتد لأنه محجوب عن الميراث بردته²، ولأن المرتد لا يرث أحداً، وإسلامه بهذه الردة موهوم، والموهوم لا يقابل المعلوم، وكذلك الذمي لو فقد وله أقارب مسلمون، فإنه لا يوقف له من أموالهم شيء لأن سبب حرمانه من الميراث معلوم، لأن الكافر لا يرث المسلم³.

المطلب الثاني: الأموال التي تدخل ضمن تركة المفقود:

من المقرر قانوناً أنه متى صدر حكم قضائي بوفاة المفقود، كان لورثته أن يقتسموا أمواله الثابتة له قبل رحيله ونماؤها، ويستوي أن تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات أو أن تكون حقوقاً في ذمة الغير، وذلك بعد أن يقوموا بتسديد ديونه وتنفيذ وصاياه، إعمالاً لقوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) -النساء- 11.

لكن التساؤل يطرح حول مدى سريان هذا الحكم على النصيب الذي يكون قد حجز للمفقود من تركة مورثه أو موصيه الذي توفي بعد الفقد؟

حيث انقسمت الآراء -كما سبق وأن أشرنا لها- في الرد على هذه الإشكالية، إلى

فريقين:

¹ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 110.

² - وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 138 من قانون الأسرة: " يمنع من الإرث اللعان والردة ".

³ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 48.

فحسب الرأي الأول، أن حياة المفقود تظل مقدره باستصحاب الحال إلى أن يقوم الدليل المثبت لوفاته أو يصدر حكم قضائي بموته، أما قبل صدور الحكم بموته فإنه يعتبر حيا وتثبت له كل أحكام الأحياء، فيستحق نصيبه في تركة من يتوفى من أقاربه أثناء فقده، على أن يؤول هذا النصيب إلى ورثته عند الحكم بموته¹.

وهو الرأي الذي يظهر أن المشرع الجزائري قد أخذ به -رغم ترده في ذلك بعدم ورود نص صريح في ذلك-، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه القانون الفرنسي.

وفي رأي ثان، أن استصحاب الحال وإن كان يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، إلا أنه لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتا من قبل، وبما أن الأموال التي حجزت للمفقود من تركة الغير لم تكن ثابتة له عند فقده، فإنها لا توزع على ورثته عند الحكم بموته، بل ترد إلى مستحقيها من ورثة المورث أو الموصي².

وهو الرأي الذي أخذ به المشرع المصري صراحة ورجحه، مراعاة منه لشروط ضرورة تحقق حياة الوارث وقت موت المورث لاستحقاق الميراث، وحياة المفقود كانت محل شك وقت موت مورثه³.

مع الإشارة دائما، إلى أنه إذا ثبتت وفاة من انقطع خبره في وقت معين قبل الحكم بموته فإن هذا الشخص لا يعتبر مفقودا، وبالتالي لا يرثه من مورثيه سوى من كان حيا وقت وفاته، كما أنه لا يرث من مورثيه سوى من مات قبله⁴.

ولا يقتصر سريان هذه القاعدة على الفترة السابقة على صدور الحكم، وإنما يمتد أيضا إلى الفترة اللاحقة على صدور الحكم، حيث إذا ثبت بالبينة أو بأوراق رسمية أن

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 134.

2 - مصطفى خفاجي، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 93.

3 - أنظر المادة الثانية من قانون الموارث المصري.

4 - أنظر: الدر المختار وعليه حاشية الطحطاوي، مرجع سابق، ج 2، ص 510.

من حكم بموته كان حيا عند وفاة مورثه، كان لورثة الأول أن يرجعوا على ورثة الأخير ويطالبوهم بنصيبه في الميراث، تماما كما لو كان المفقود قد ظهر حيا بعد الحكم بموته¹.

المطلب الثالث: أثر الحكم بموت المفقود على تصرفاته القانونية وديونه:

يترتب على صدور الحكم بموت المفقود إنهاء بعض عقوده دون البعض الآخر، وهو ما نوضحه من خلال ما يأتي.

الفرع الأول: التصرفات القانونية للمفقود:

أولاً: الوصية:

يتم التمييز في الحكم بين ما إذا كان المفقود موصياً أو موصى له:

1- فإذا كان المفقود موصياً: فإن كان المفقود قد قام بالايضاء قبل فقدانه إلى شخص معين، ثم فقد وصدر حكم بوفاته، فإن ما تم الايضاء به يكون من حق الموصى له ويستحقه من يوم صدور الحكم بوفاته لأن الوصية تستحق بموت الموصي وتحقق حياة الموصى له وقت موت الموصي.

فيكون للموصى له أن يقبل الوصية صراحة أو ضمناً، وهو ما نصت عليه المادة 197 من قانون الأسرة: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي".

2- أما إذا كان المفقود موصاً له: فإذا صدر حكم بموته وكان الموصي لا يزال حياً، ففي هذه الحالة تبطل الوصية ولا يمكن أن يستحقها الموصى له، وهذا تطبيقاً لما نصت عليه المادة 201 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها".

أما لو صدر حكم بموت المفقود الموصى له بعد موت الموصي، أو بعد ثبوت حقه في الوصية فإن هذا المال الموصى له به يكون ملكاً خاصاً له ويدخل ضمن تركته

¹ - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 281.

ويوزع على ورثته، ولا يعاد إلى تركة الموصي، وهو ما نصت عليه المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري¹.

ثانيا: الهبة:

يلتزم المودع لديه بأن يحفظها فإذا حكم القاضي بموت المفقود (المودع) ردها المودع عليه على ورثته².

ثالثا: الإيجار:

لا ينتهي عقد الإيجار بمجرد صدور حكم قضائي بموت المفقود، بل يظل قائما منتجا لآثاره ولا ينتهي إلا بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 469 مكرر من القانون المدني: "ينتهي الإيجار بقوة القانون بانقضاء حق الاستعمال وحق السكن"³.

كما ينقضي أيضا بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد، وهو ما أكدته المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء"⁴.

رابعا: العارية:

إذا صدر حكم بموت المفقود تنتهي العارية، حيث تنص المادة 548 من القانون المدني على أنه: "تنتهي العارية بموت أحد الطرفين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

¹ - حيث تنص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

² - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 78.

³ - المادة 469 مكرر من القانون المدني، والتي أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية رقم 31، ص 3.

⁴ - المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني، أضيفت بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية رقم 31، ص 4.

أي أنه لو وجد اتفاق يقضي باستمرار العارية رغم وفاة أحد الطرفين أو يقضي بانتهائها بسبب آخر، فهنا تستمر العارية على الرغم من صدور الحكم بوفاة المفقود.

الفرع الثاني: ديون المفقود الثابتة في ذمته:

فإن كانت ثابتة عليه قبل الفقد وقد حل أجلها وهو مفقود، فيجب على القائم على حفظ مال المفقود (المقدم) إيفاء هذا الدين من مال المفقود، لأن من واجبات وظيفته حفظ أمواله، وإيفاء ديونه، وكذلك دفع أجره خدمه والقائمين على أمور أمواله، وأجرة كراء الأرض، وغيرها مما كان قد التزم به المفقود قبل فقده¹.

أما إن كانت هذه الديون غير ثابتة قبل فقده، فإن كانت مستحدثة بعد الفقد بسبب تعاملات القائم على حفظ مال المفقود، وجب عليه سدادها من مال المفقود، ويكون القائم على الحفظ خصماً فيها، وإن كانت قبل ذلك فإن القاضي لا يسمع دعوى من يقيمها على المفقود حتى يتبين حاله بعدم وجود الخصم، ولا يصلح القائم على الحفظ خصماً فيها، لأنه لا يخاصم على المفقود إلا فيما ينشأ من تعاملاته فقط، وهذه ليست من تعاملاته، وإنما من تعاملات المفقود نفسه قبل ولاية الحافظ، وهذا مبني على مذهب الحنفية القائلين بعدم قبول الدعوى على الغائب².

فإن حكم بموت المفقود سمعت الدعوى وأصبح الورثة هم الذين يخاصمون عن هذا الدين، وهم بذلك يخاصمون عن أنفسهم لا عن المفقود، لانتقال المال المتنازع فيه إلى ملكهم بالميراث³.

وفي كل الحالات، فإن لم يتم سداد ديون المفقود من طرف المقدم، وصدر حكم بموته، فيتم سدادها من التركة، إذ بصدور الحكم بوفاة المفقود يستحق الورثة الإرث، وهو ما نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة، لكن قبل قسمة التركة لا بد من سداد

¹ - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 85.

² - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 42.

³ - نفس المرجع السابق، ص 41.

الديون الثابتة في ذمة المتوفى، حيث تنص المادة 180 من قانون الأسرة: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية."

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم بموته

سبقت الإشارة إلى أن الحكم القضائي بموت المفقود لا يستند إلى دليل قطعي، وإنما هو موت حكمي يقوم القاضي بإصداره على الظن الراجح والغالب الذي عادة ما يحدث في الظروف المشابهة لفقدان شخص معين.

لذلك، يمكن أن يتبين في وقت لاحق أن الشخص الذي حكم بموته لا يزال على قيد الحياة، حيث يحدث في فروض ليست قليلة أن يعود الشخص الذي حكم بموته مرة أخرى للظهور، وبعودته تترتب العديد من الآثار على شخصيته القانونية وأمواله وأحواله، كما تحتاج هذه العودة إلى ضرورة اتخاذ إجراءات معينة لتحقيق هذه المسألة، كما أن هذه العودة قد تمس بالغير الذي اكتسب حقا أو أكثر من حقوق الشخص الغائب بعد الحكم باعتباره ميتا¹.

حيث يحكم عودة الغائب بعد الحكم بموته المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يمكن استخلاص قاعدين أو مبدئين يحكمان عودة الغائب بعد الحكم بموته: المبدأ الأول: يترتب على ظهور المفقود مرة أخرى بعد الحكم بموته استرداد شخصيته القانونية.

¹ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 173.

المبدأ الثاني: ضرورة حماية الغير حسن النية الذي اكتسب حقا أو أكثر خلفا للمفقود الذي حكم بموته، فمثل هذا الشخص تجب حمايته في حدود ما تسمح به القواعد من حماية الغير حسن النية¹.

وعليه، فدراسة عودة المفقود الذي حكم بموته، تتطلب تناول أثر تلك العودة بالنسبة إلى زوجته، وبالنسبة لأمواله.

المطلب الأول: أثر عودة المفقود بعد الحكم بموته بالنسبة لزوجته:

سبق وأن رأينا، أنه يترتب على صدور الحكم باعتبار المفقود ميتا، انقضاء شخصيته القانونية²، ويترتب على ذلك اعتداد زوجته عدة وفاة وتقسيم أمواله على ورثته، وكل ذلك ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموت الشخص.

غير أنه إذا تبين أن الحكم القاضي باعتبار المفقود ميتا قد أخطأ، وأن الشخص لا يزال حيا، فإنه يسترد شخصيته القانونية.

وإن أول ما يثار في حالة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، هو أثر ذلك بالنسبة لزوجته، والتي يمكن أن تكون في عدة حالات مختلفة: فقد تكون هذه الزوجة لا تزال منتظرة عودة زوجها رغم الحكم بموته وفاء له، وهذه الحالة لا تطرح إشكالا قانونيا، وقد تعيد الزواج بعد صدور الحكم بموته.

¹ - حيث يظهر هاذان المبدآن جليا في الكتابات الفقهية، منها ما ذكره الأستاذ محسن عبد الحميد البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء، 2003، ص 222، "إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، فإن أثر هذا الحكم يزول، ويكون له بالتالي أن يسترد أمواله، ولكن بشرط ألا يضر هذا الاسترداد بحقوق الغير على هذه الأموال"، وما يقرره الأستاذ عبد الله مبروك النجار، المدخل المعاصر لفقہ القانون، دار النهضة العربية، 2001، ص 341، "وإذا ظهر المفقود الذي حكم بموته حيا، فإن شخصيته تعود إليه ويترتب على هذا العود آثار لا تضر بالغير حسن النية، سواء فيما يتعلق بزوجه وأمواله".

² - استنادا إلى نص المادة 25 من القانون المدني.

وقد اختلفت التشريعات في تنظيم هذه المسألة التي تثير إشكالا عمليا واضحا، خاصة في حالة زواج امرأة المفقود بعد الحكم بموته.

ونعرض فيما يأتي هذه المسألة، بالتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي، وموقف قانون الأسرة الجزائري ومقارنته ببعض التشريعات، من خلال ما يلي.

الفرع الأول: مدى حق المفقود في استعادة زوجته في الفقه الإسلامي:

يمكن أن تثير هذه المسألة حالتين مختلفتين، تتمثل الأولى في مدى أحقية المفقود في استعادة زوجته قبل عقد الغير عليها، والثانية، مدى حقه في استعادة زوجته بعد عقد غيره عليها.

أولا: أثر عودة المفقود في حق استعادة زوجته قبل عقد غيره عليها:

نشير بداية، إلى أن الفقه الإسلامي قد أجمع على أن زوجة المفقود تظل على ذمته طالما أنها لم تقترن بزواج آخر رغم الحكم بموته، بحيث يكون للمفقود بعد عودته وظهوره حيا أن يستأنف حياته مع هذه الزوجة دون حاجة إلى إبرام عقد زواج جديد¹، وذلك على النحو الآتي:

1- اتفق الفقهاء القائلون بالموت حكماً، على أنّ الحكم بالموت لا يصدر من القاضي إلا بعد التفتيش، والتحري عن المفقود، ومخاطبة الجهات المختصة، ولا خلاف بينهم أن المفقود لا يعد ميتاً إلا بحكم القاضي، ولا خلاف بينهم أن زوجة المفقود تبقى على ذمته ما دام أنها لم تقترن بآخر، أو ما زالت في فترة التريص، أو قبل مضي عدته؛ لأن التفريق بينهما لم يقع، وإنما الذي وقع بعض مقدماته من مضي الأجل، أو بعضه، أو مضي مدة العدة، وكذلك

1 - مع الإشارة إلى أن بعض أصحاب الإمام الشافعي ذهبوا إلى أنه متى حكم القاضي بالفرقة بين المفقود وزوجته، فإنها تبين منه ولا يمكن أن ترد إليه، أنظر: النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق 1520؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 136.

الأمر في حال انتهاء العدة، وقبل الزواج؛ لأنّ الزوجة لم تتشغل بعقد الزواج من شخص آخر ليتعلق حقه بها¹.

2- كما اتفق الفقهاء على أنّ للمفقود الحق أن يستأنف حياته الزوجية مع زوجته (إن لم تتزوج)، دون إبرام عقد زواج جديد إن عاد وظهرت حياته؛ لأنه لم يوجد ما يزيل هذا النكاح، ذلك أن ظهور المفقود يدل على أن حكم الحاكم كان نافذاً في الظاهر دون الحقيقة والباطن؛ لذا يبطل حكمه².

3- ولا خلاف بين الفقهاء بأنّ المفقود إذا ظهرت حياته، بعد انتهاء العدة، وقبل أن تتزوج زوجته أن الزوجية قائمة بينهما؛ لأن الرجوع ينقض حكم القاضي؛ لظهور كونه نافذاً في الظاهر دون الباطن، فهي زوجته بنكاحها الأول؛ لأنّ قرار الحكم الصادر من المحكمة المختصة يتضمن معنى الطلاق أو الفسخ، والوفاة معاً؛ زيادة في الاحتياط، فعودة المفقود أثناء العدة بمنزلة مراجعة المطلقة في عدتها³، وقد ورد ما يؤكد ما سبق بيانه من أقوال الفقهاء ما يأتي:

جاء في الفتاوي الهندية: (وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت ومن مات قبل ذلك لم يرث منه، كذا في الهداية، فإن عاد زوجها بعد مضي المدة فهو أحق بها ...)⁴.

1 - أنظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 6، ص 460؛ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مرجع سابق، ج 4، ص 94؛ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 136.

2 - عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 12، العدد 1، الإمارات، يونيو 2015، ص 305.

3 - أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 314؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 6، ص 460؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 480.

4 - نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوي الهندية، مرجع سابق، ج 2، ص 318.

ثانياً: أثر عودة المفقود في حق استعادة زوجته بعد عقد غيره عليها:

تباينت الآراء تبايناً واضحاً إذا تعلق الحال بتحديد مدى أحقية المفقود في إعادة زوجته إلى عصمته إذا ما تزوجت بزواج آخر بعد الحكم بموته. ويمكننا تصنيف هذه الآراء المختلفة إلى مذهبين رئيسيين، يرى المذهب الأول ضرورة التسوية في الحكم بين حالتي دخول الزوج الثاني وعدم دخوله بامرأة المفقود، بينما يرى المذهب الثاني ضرورة التفرقة في الحكم بين الحالتين.

1- المذهب القائل بضرورة التسوية في الحكم بين الدخول وعدمه من الزوج الثاني:

حيث لا يفرق أصحاب هذا المذهب الأول بين حالة دخول الزوج الثاني بامرأة المفقود وحالة عدم دخوله، إنما يعطي لزوج المفقود حكماً واحداً بغض النظر عما إذا كان الزوج الثاني قد دخل بها أم لم يدخل¹.

غير أن أنصار هذا المذهب قد انقسموا بعد ذلك إلى فريقين، حيث يقرر الأول أن زوجة المفقود تكون للزوج الثاني، ويرى الثاني أن الزوجة تردّ إلى المفقود إذا ظهر حياً. أ- حيث يرى الإمام مالك في مذهبه القديم، أن المفقود إذا رجع بعد الحكم بموته فلا يمكنه أن يسترد زوجته إذا كان الزواج الثاني قد انعقد بعد انقضاء مدة التبرص ومدة العدة، ويستوي في ذلك أن يكون الزوج الآخر قد دخل أم لم يدخل بزوجة المفقود².

وأما عن الدليل الذي اعتمد عليه مالك في قوله هذا، فهو ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في المرأة التي طلقها زوجها وهو غائب عنها، فتنزوج بعد أن يبلغها طلاقه إياها، أن زوجها الأول لا يكون له سبيل إليها عند عودته، يستوي أن يكون الزوج الثاني قد دخل بها أم لم يتم الدخول، بل حتى لو ثبت أن زوجها الأول قد راجعها طالما أنها لم تعلم بالرجعة، ولما كانت حالة المفقود تماثل الحالة التي ورد بشأنها الأثر المروي

1 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 143.

2 - الإمام مالك، الموطأ، (كتاب الطلاق، باب عدة التي تقف زوجها)، مرجع سابق، ج 3، ص 280.

عن عمر رضي الله عنه، فإنه يتعين قياس الحالة الأولى على الثانية ومنحها نفس الحكم¹.

ب- وإلى ما يخالف الرأي الأول، ذهب الأحناف والإمام الشافعي في مذهبه الجديد، أن الزوجة تكون من حق زوجها المفقود، فالحكم القضائي بالتفريق بين المفقود وامرأته ينفذ في الظاهر دون الباطن، وهذا يقتضي القول بأنه إذا رجع المفقود اتضح أن الحكم الصادر بموته قد قام على أساس خاطئ، فيسري عليه المبدأ المقرر لحالة من حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه²، ويعتبر الحكم كأن لم يكن، وبالتالي يبطل زواج الثاني، لأنه قد صادف زوجة الغير، وهي ليس حلاله بل تعتبر من المحرمات عليه وعلى سائر الناس³، لقوله تعالى: "والمحصنات من النساء" - النساء 24-.

ومن جهة أخرى، فقد ثبت أن عمر بن الخطاب رجع عن قوله من أن الزوج الذي يطلق زوجته ثم يراجعها دون أن تبلغها رجعت لا يكون له سبيل إليها إذا ما اقترنت بآخر بعد علمها بطلاقه إياها، حيث أنه روي عن عبد الرحمان بن أبي ليلي أن عمر قد عدل عن رأيه هذا إلى رأي على بن أبي طالب رضي الله عنه والذي قال أن الزوجة تكون من حق الزوج الأول، سواء دخل بها الزوج الثاني أو لم يدخل بها، ومبرر ذلك أن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق، فكان يصح إيقاع الطلاق على الزوجة وإن لم تعلم به فكذلك رجعتها لقوله تعالى: (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ) -البقرة 228-، وإنما يكون أحق إذا كان يستبد، والرجعة إمساك بالنص كما قال تعالى فإمساك بمعروف، والمالك ينفرد بإمساك ملكه من غيره أن يحتاج إلى علم غيره⁴.

1 - نفس المرجع السابق، ص 280.

2 - النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص 1520.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 37.

4 - أنظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 38؛ السيواصي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج 6، ص

2- المذهب المفرق في الحكم بين الدخول من الزوج الثاني وعدمه:

حيث ذهب إلى هذا الرأي جمهور الحنابلة والإمام الشافعي في قوله القديم ومالك في قوله الجديد، إلا أنه رغم إجماعهم على أن المفقود يكون أحق بامرأته إذا كان الزوج الآخر لم يدخل بها، إلا أنهم قد اختلفوا في شأن الحالة التي يعود فيها المفقود بعد دخول الزوج الثاني بامرأته.

أ- حيث قال الإمام مالك، أن الزوجة تكون عندئذ للزوج الثاني، شريطة أن يكون قد دخل بها بعد انقضاء عدتها غير عالم بحياة المفقود، فإن اختلف أحد هذين الشرطين بأن كان الدخول قبل انقضاء فترة العدة، أو كان بعد انقضائها ولكن الزوج الثاني كان يعلم أن المفقود لا يزال على قيد الحياة، وجب التفريق بينهما، وترد الزوجة إلى الزوج الأول، على أن تعدت الزوجة من هذا الزواج الثاني¹.

ومبرر هذا الرأي الأول، أن المفقود إذا رجع قبل الدخول فهو أحق بامرأته، لأنها تكون باقية على حكم نكاحه، وذلك بعكس الحال فيما إذا قدم الزوج المفقود بعد الدخول، لأنها تكون في هذه الحال قد فاتت عليه بوطء الزوج الثاني لها، ولا بد من تركها عنده لعدم الإضرار بها، إضافة إلى ذلك فإن الحكم بموت المفقود قد استند إلى اجتهاد الحاكم بثبوت فقده، ولم يتبين خطؤه، مما يقتضي القول بعدم المبالاة بقدم المفقود بعد الدخول².

ب- أما جمهور الحنابلة والإمام الشافعي في قوله القديم فقد ذهبوا إلى القول بأنه إذا عاد المفقود بعد دخول الزوج الثاني، كان له الحق في الاختيار بين استعادة زوجته وبين أخذ صداقها وتركها للثاني، لأن زواج الثاني قد صح في الظاهر دون الباطن، فإن عاد المفقود قبل الدخول، تبين أن النكاح المذكور كان باطلاً لأنه قد صادف امرأة ذات زوج،

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 145.

² - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق، ج 2، ص 480؛ أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك، ج 2، دار الفكر، بيروت لبنان، د.س، ص 134.

فتعود الزوجة للمفقود بالعقد الأول كما لو لم تكن قد تزوجت، ولا يلتزم الثاني في هذه الحالة بدفع الصداق، لأن نكاحه كان فاسدا ولم يتصل به دخول¹.

بينما لو عاد المفقود بعد الدخول، فإنه يخير بين إمساك زوجته بالعقد الأول وبين أن يتركها للزوج الثاني مقابل الصداق، لأن هذا هو ما قرره عمر وعثمان رضي الله عنهما، حيث روي عنهما أنهما قالوا: إذا جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو، ولم يعرف لهما مخالف في عصرهم فكان إجماعا².

فإن اختار المفقود زوجته، ردت إليه بالعقد الأول، على أن تعتد من الزوج الثاني، إلا أن أنصار هذا الرأي قد اختلفوا حول ما إذا كان من الضروري إيقاع الطلاق على المرأة من الزوج الثاني قبل عودتها إلى المفقود، حيث ذهب البعض إلى ضرورة إيقاعه للطلاق لقطع حكم عقد الزواج الثاني كسائر الأُنكحة الفاسدة، بينما يرى البعض الآخر رأيا عكسيا استنادا إلى أن هذا النكاح كان باطلا في الباطن³.

أما إن لم يختار المفقود أخذ زوجته، كان له أن يرجع على الزوج الآخر بالصداق، ذلك لأنه حال بينه وبين الزوجة بعقده عليها ودخوله بها.

لكن هل يكون رجوع المفقود في هذه الحالة بالمهر الذي دفعه هو أم بالمهر الذي أصدقها الثاني؟

حيث ذهب البعض إلى الرأي الأول، استنادا إلى أن الزوج الثاني يكون قد أتلف على المفقود المعوض، وبالتالي لا يكون لهذا الأخير أن يرجع عليه إلا بالمعوض، وعليه إذا كان المفقود لم يعجل الصداق إلى الزوجة، لم يكن له أن يرجع على الزوج الثاني بشيء، وإن كان قد عجل بعضه، رجع عليه بما دفعه.

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 145.

² - نفس المرجع السابق، ص 146.

³ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 146.

وقد ذهب البعض الآخر إلى أن الرجوع يكون بالمهر الذي دفعه الزوج الثاني للزوجة، لأن إتلاف البضع من جهته، والبضع لا يتقوم إلا على زوج ومن جرى مجراه¹. كما اختلف الرأي بين أنصار هذا التوجه، فيما إذا كان يحق للزوج الثاني أن يرجع على الزوجة بما دفعه للزوج الأول، ففريق يخوله هذا الحق، وآخر يحرمه إياه. ويتمثل سند الرأي الأول، في أن الزوج لا يلتزم بدفع مهرين، كما أن هذه الغرامة قد لزمته بسبب وطئه لها، فكان له أن يرجع عليها كالمغرور، أما أنصار الرأي الثاني فقد احتجوا لوجهة نظرهم بأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع، كما أن الزوجة لم ترتكب أي تغيير في حق الزوج الثاني حتى يقال بجواز رجوعه عليها².

الفرع الثاني: موقف القانون من حق المفقود في استعادة زوجته إن ظهر حيا:

أولا: موقف قانون الأسرة الجزائري:

لم يتضمن قانون الأسرة حكما خاصا بأثر رجوع المفقود أو ظهوره حيا بعد الحكم بموته بالنسبة إلى زوجته، وعليه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تقضي بأن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"³.

¹ - نفس المرجع السابق، ص 146.

² - أنظر: ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 9، ص 136؛ البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 422؛ ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، دار الوطن، الرياض، د.س، ص 175؛ الشافعي، الأم، مرجع سابق، ص 219.

مع الملاحظة أن مسألة الصداق قد أثارت خلافا كبيرا بين مختلف المذاهب الفقهية، أنظر في ذلك: كتاب الإفصاح عن معاني الصحاح، الموضوع السابق.

³ - وهو ما أكدته أيضا المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي للاحتياطي الأول للقانون الجزائري.

وهو ما يعني أن القاضي سيرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في كل نزاع يعرض عليه، يكون موضوعه متعلقاً بمدى أحقية المفقود في استعادة زوجته بعد ظهوره حياً وعودته إلى محل إقامته.

وينبغي أن نوضح أن حق الزوج في إعادة زوجته، لا يكون في حال تم التفريق بين المفقود وزوجته بسبب طلب الزوجة التفريق لفقد زوجها، إذا أثبت قانون الأسرة لزوجة المفقود حقها في طلب التطليق بسبب فقد زوجها، وهو ما جاء بالمادة 112¹، والمادة 53-5 من قانون الأسرة².

فإن تم التطليق بناء على طلب زوجته فلا حق للمفقود في إعادتها، إلا بعقد زواج جديد حتى ولو لم يعقد عليها زوج آخر³.

ثانياً: موقف القانون المقارن من أثر عودة المفقود بالنسبة إلى زوجته:

موقف القانون المصري:

على عكس قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع المصري نظم هذه المسألة بسبب اختلاف الفقه فيها، حيث اعتنق الرأي الأخير للإمام مالك، وفرق بين حالة دخول الزوج الثاني بامرأة المفقود وحالة عدم دخوله بها، حيث أنه يمكن المفقود من الحق في استعادة زوجته في الحالة الأولى فقط، دون الحالة الثانية، بشرط أن لا يكون الزوج الثاني قد دخل بهذه المرأة في فترة العدة، أو وهو يعلم أن المفقود لا يزال حياً (سيء النية)، فيكون للمفقود في مثل هذه الحالة الحق في استعادة زوجته رغم دخول الزوج الثاني بها⁴.

1 - تنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

2 - تنص المادة 53-5 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

3 - عبد الله محمد رابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً، مرجع سابق، ص 313.

4 - أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، مرجع سابق، ص 145؛ عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 668.

حيث ورد النص على هذا الحكم في المادة الثامنة من القانون رقم 25 لسنة 1920 حيث نصت على أنه: " إذا جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي فزوجته له، ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول"¹.

على أن الحكم الوارد في هذه المادة لا يقتصر على الزوج الذي يفقد ثم يظهر حيا، بل يسري أيضا على المرأة المتزوجة التي تفقد ثم تظهر حية بعد الحكم بموتها، حيث يكون لها عندئذ أن تعود لزوجها إذا كان له أن يعدد زوجاته أو لم يكن قد تزوج بغيرها أو كان قد تزوج بأخرى تعلم أن المفقودة حية².

ويستخلص من نص المادة السابقة، أن القاعدة العامة أن الزوجة تعود إلى زوجها الغائب الذي يعود مرة أخرى، غير أنه استثناء من القاعدة المتقدمة تبقى الزوجة للغير (الزوج الثاني)، بشروط ثلاثة:

1- أن لا يكون الزوج الثاني عالما بحياة المفقود.

2- دخول الزوج الثاني بالزوجة دخولا صحيحا.

3- أن لا يكون الزوج الثاني قد عقد على الزوجة في عدة وفاة الزوج الأول³.

على أن بعض الفقه ينتقد هذا الحل على أساس أنه لم يأخذ في الاعتبار ما إذا كان هناك أولاد أم لا، كما أنه يهمل إرادة الزوجة في المفاضلة بين الزوجين ومدة بقائها مع كل منهما⁴.

موقف القانون الأردني:

1 - عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، مرجع سابق، ص 74.
 2 - عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، 1979، ص 295.
 3 - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 180.
 4 - محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، دار النهضة للتوزيع والنشر، مصر، 1997، ص 182.

نصّ قانون الأحوال الشخصية الأردني فيما يتعلق بأثر عودة المفقود في حقّ استعادة زوجته، على ثبوت حق المفقود بزوجه ما لم تتزوج بآخر ويدخل بها، وهذا ما جاء في الفقرة (ب) من المادة 253: " إذا حكم بوفاة المفقود ثم تحققت حياته: ... ب- تعود زوجته إلى عصمته ما لم تتزوج ويقع الدخول بها "، فقبل عقد غيره عليها يبقى للمفقود الحق في استعادة زوجته إلى عصمته، وأيضا إن تم العقد ما لم يلحقه دخول بالزوجة، فإن دخل بها غيره سقط حقه في إعادتها إلى عصمته، وهو ما قال به المالكية والحنابلة في رواية، والذي رجح فقها¹.

موقف القانون الفرنسي:

قبل دخول القانون المؤرخ في 28 ديسمبر 1977 حيز التنفيذ، والذي أعاد تنظيم مسألة الغيبة، كان المشرع الفرنسي يغير، فيما يخص الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم بموته، بين من يفقد في ظروف غالبها الهلاك ومن يفقد في ظروف ظاهرها السلامة، ولكن اعتبارا من تاريخ العمل بالقانون المشار إليه قام المشرع الفرنسي بالتسوية بين الحالتين في الحكم.

حيث ألغيت الفقرتين 2، 3 من نص المادة 92 الخاصة بحالة غلبة ظن الهلاك، والاكتفاء بالمواد 130-132 من القانون المدني²، والتي نظمت الآثار المترتبة على عودة المفقود، أي كانت الظروف التي عاصرت الفقد³.

والملاحظ أن هذه الآثار لا يمكن أن تترتب إلا بعد إلغاء الحكم الذي سبق صدوره، يستوي في ذلك الحكم المقرر لوفاة المفقود والحكم القاضي بثبوت الغيبة، وفي الحالة الأخيرة يجب نشر الحكم القاضي بالإلغاء بالطرق المنصوص عليها في نص

¹ - عبد الله محمد رابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا، مرجع سابق، ص 313.

² - أنظر المواد 130، 132 من القانون المدني الفرنسي.

³ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 149.

المادة 123 من القانون المدني، وقد منح المشرع حق طلب إلغاء الأحكام المشار إليها للنيابة العامة ولكل ذي مصلحة، كما أوجب التأشير بالإلغاء على هامش تسجيل الحكم بالدفاتر المعدة لتقيد الوفيات¹.

ولعل من أهم الأحكام التي استحدثها القانون الصادر في 28 ديسمبر 1977 هو ما ورد في المادة 132 من القانون المدني المتعلقة بزوجة المفقود، حيث قضت بأن رابطة زواجه تظل منفصلة حتى ولو ألغى الحكم المقرر لثبوت الغيبة².

فبموجب هذا النص، اتخذ المشرع الفرنسي موقفا مغايرا تماما لذلك الذي كان مقررا في ظل النصوص السابقة، التي كانت تجيز للمفقود عند عودته أو لمن يوكله في ذلك، أن يطعن في الزواج الثاني الذي يكون قد انعقد بين زوجته وبين آخر أثناء غيابه، كما قضى المشرع الفرنسي باعتبار عرى زوجية المفقود منفصلة بمجرد صدور الحكم المقرر لموته أو في أعقاب تسجيل الحكم القاضي بثبوت الغيبة، حتى ولو لم تقترن زوجته بآخر

¹ - CF , art 92. Modifié par [Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 2 JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978](#), Créé par Loi 1803-03-11 promulguée le 21 mars 1803, Modifié par Ordonnance 1945-10-30 art. 1

(Si celui dont le décès a été judiciairement déclaré reparaît postérieurement au jugement déclaratif, le procureur de la République ou tout intéressé peut poursuivre, dans les formes prévues aux articles [89](#) et suivants, l'annulation du jugement.

Les dispositions des articles [130](#), [131](#) et [132](#) sont applicables, en tant que de besoin.

Mention de l'annulation du jugement déclaratif sera faite en marge de sa transcription)

² - C.civ, art. 132 : (Le mariage de l'absent reste dissous, même si le jugement déclaratif d'absence a été annulé).

وقد أخذ المشرع السويسري بحل مماثلا للحل الذي أخذ به النص المذكور. حيث أن نص المادة 102 مدني سويسري، وإن كانت قد نصت على أنه: (لا يجوز لزوج من أعلنت غيبته أن يدخل في علاقة زوجية جديدة إلا بعد الحصول على حكم بانحلال الزواج السابق)، إلا أنها قد قضت بأن تتبّع في إصدار هذا الحكم نفس الإجراءات التي تتبّع في إصدار الحكم بالطلاق، إذ أن هذا يعني أن الزواج الثاني يظل قائما حتى ولو عاد المفقود.

أما القانون الايطالي فقد اعتنق الرأي المعاكس، لأنه وإن كان قد أجاز لزوجيه من حكم بموته أن تبرم زواجا جديدا، إلا أنه قد قضى ببطلان هذا الزواج بمجرد عودة الزوج الأول.

طوال فترة غيابه، بحيث يكون عليه إذا رغب في استئناف حياته معها أن يعقد قرانه عليها من جديد¹.

وهو ما دعا الفقه الفرنسي إلى القول بأن أسباب انحلال الزواج لم تعد تنحصر، وفقا للنصوص القائمة، في سببين: الطلاق ووفاة أحد الزوجين، بل أصبحت تشمل سببا ثالثا يتمثل في الحكم المقرر لوفاة المفقود²، وإن كان البعض قد لاحظ أن المسألة قد فقدت أهميتها منذ صدور قانون 11 جويلية 1975، والذي أجاز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا استمر الانفصال الجسماني بينهما لسنوات متتالية³.

وعليه، ففي القانون الفرنسي، تبقى الزوجة للزوج الثاني حسب المادة 132 من القانون المدني الفرنسي، بغض النظر عن حسن نية الزوجة أو زوجها الجديد، ولا يبقى أمام الزوج العائد إلا الحصول على التعويضات المنصوص عليها في المادة 132 من القانون المدني إذا كان قد تم الحصول على الحكم بالوفاة عن طريق الغش⁴.

بالنظر إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التشريع المقارن، نلاحظ أنه على عكس قانون الأسرة الجزائري، أن المشرع المصري والأردني وحتى الفرنسي، قد قاموا بتنظيم هذه المسألة بسبب اختلاف الفقه فيها، حيث اعتنق المشرع المصري والأردني الرأي الأخير للإمام مالك، وفرقا بين حالة دخول الزوج الثاني بامرأة المفقود وحالة عدم دخوله بها، حيث أنه يمكن المفقود من الحق في استعادة زوجته في الحالة الأولى فقط، دون الحالة الثانية، بشرط أن لا يكون الزوج الثاني قد دخل بهذه المرأة في فترة العدة، أو وهو يعلم أن

¹ - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 150.

² - André Breton, p. 247.

³ - loi n 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n 0161 du 12 juillet 1975 p 7171, www.legifrance.gouv.fr

⁴ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، مرجع سابق، ص 181.

المفقود لا يزال حيا، فيكون للمفقود في مثل هذه الحالة الحق في استعادة زوجته رغم دخول الزوج الثاني بها.

وهو ما يجب على المشرع الجزائري الأخذ به، وما نقترحه هنا، هو النص صراحة على أثر عودة المفقود وحقه في استعادة زوجته حتى وإن عقد عليها غيره ما لم يتم الدخول بها، أو حتى إن تم الدخول بها إذا ثبت سوء نية الزوج الثاني.

المطلب الثاني: أثر عودة المفقود بعد الحكم بموته بالنسبة لأمواله:

إن عودة المفقود قبل الحكم بموته، تمكنه من أن يطلب من المحكمة وقف كل الإجراءات التي اتخذت لرعاية شؤونه وإدارة أمواله، وعندئذ لا بد على المقدم أن يسلمه الأموال التي عهد بها إليه لإدارتها مع كشف حساب عن إدارتها له¹، ولو ثبت أن المقدم قد أهمل جزءا منها أو قصر في إدارة هذه الأموال، يحق للمفقود أن يرجع عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك، وفقا للقواعد التي تحكم مسؤولية الوكيل القضائي، كما يكون للمفقود أن يتسلم أيضا حصته من المال الذي أوقف له من تركة من توفي من أقاربه².

غير أن ظهور وعودة المفقود بعد الحكم بموته، تثير إشكالا حول مدى أحقيته في استرداد أمواله التي تكون قد وزعت على ورثته في اليوم الذي اعتبر فيه ميتا، وكذلك الأموال التي كانت محجوزة له من تركة الغير³، فهل يكون للمفقود أن يأخذ ما بقي من

1 - حيث تنص المادة 100 من قانون الأسرة: " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام ". كما تنص المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري: " على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رُشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته ".

2 - حيث تنص المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري: " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر مفقودا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون ".

3 - حيث تنص المادة 115 من قانون الأسرة: " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته... "

هذه الأموال بأيدي الورثة فحسب، أم يكون له فضلا عن ذلك أن يرجع عليهم بقيمة ما يكونوا قد استهلكوه أو تصرفوا فيه منها ؟

وهو ما سنتناوله في ما يأتي، من خلال التطرق إلى الآراء التي قيلت في هذا الشأن في الفقه، والقانون.

الفرع الأول: إذا كان ماله لا يزال قائما:

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، فإن كانت تركته لم تقسم بين ورثته، وكذلك الموجود له من الميراث إذا توفي من يرثه هذا المفقود، أخذ ماله ونصيبه الذي وقف له.

وإذا ظهر بعد قسمة أمواله لم يمس القسمة لتركته ويرجع له متاعه¹، فما وجده من أمواله بعينه أخذه لتبين عدم انتقال ملكه عنه سواء كان هذا المال في يد ورثته أو في يد غيرهم².

أما ما أنفقه القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وأولاده وماله وغلته وديونه فلا يرجع في شيء من ذلك عليهم، لأن القاضي لما ثبت له ولاية الإنفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه.

وكذلك ما أنفقوا بأنفسهم من أموال في وقت حاجتهم إلى النفقة، لأن من له حق النفقة إذا ظفر بجنس حقه كان له أخذه بالمعروف، فلا يضمنون شيئا من ذلك، كذلك إذا كان في ماله طعام فأكلوه أو ثياب فلبسوها لأن ذلك من جنس حقهم³.

الفرع الثاني: إذا كان ماله أنفق وأتلف:

أولا: إذا كان الورثة سيئي النية:

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 2، ص 482.

² - الشرييني، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 466.

³ - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 42.

فإذا ثبت أن الورثة كانوا سيئي النية، بأن كانوا عالمين بحياة المفقود، حق لهذا الأخير أن يسترد ما بقي من أمواله بأيديهم، كما يجوز له أيضا أن يرجع عليهم بقيمة ما كانوا قد استهلكوه أو تصرفوا فيه من هذه الأموال، بل ويستطيع المفقود أن يسترد أمواله من المتصرف إليه إذا ثبت سوء نيته وتواطؤه مع الورثة.

وفضلا عن ذلك فإن الوارث أو المتصرف إليه يلتزم أيضا بتعويضه عن جميع الأضرار التي أصابته من جراء الحكم بموته، يستوي أن تكون هذه الأضرار أدبية كاقتران زوجته بآخر، أو مادية كتلف أمواله أو التصرف فيها إلى شخص حسن النية.

ولم يرد هذا الحكم في قانون الأسرة الجزائري، ونجد أن القانون المدني الفرنسي قد نص على هذا الحكم في المادة 1/131 منه¹، وهو واجب التطبيق أيضا في القانون المصري لأنه ليس سوى ترديد للقواعد العامة التي وردت في المادتين 231² و 978³ من التقنين المدني، كما يسري هذا الحكم في التشريع الإسلامي باستثناء الشق الخاص بالفوائد القانونية، لأنها محرمة، ولعل أن أبرز ما يؤكد أخذ الفقه الإسلامي بهذا الحكم هو ما ذهب إليه البعض من أنه إذا حكم بموت المفقود بناء على شهادة الشهود، كان للمفقود أن يضمن البيينة قيمة ما أتلّف من أمواله في أيدي الورثة⁴.

¹ - Art 131/1 C.civ : Créé par [Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 1 JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978](#): (Toute partie intéressée qui a provoqué par fraude une déclaration d'absence sera tenue de restituer à l'absent dont l'existence est judiciairement constatée les revenus des biens dont elle aura eu la jouissance et de lui en verser les intérêts légaux à compter du jour de la perception, sans préjudice, le cas échéant, de dommages-intérêts complémentaires).

² - المادة 231 من القانون المدني المصري: " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد، إذا اثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية ".

³ - تقضى هذه المادة بأن يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية، وهذا يفيد بمفهوم المخالفة أن الحائز سيء النية يلتزم برد ما يقبضه من ثمار.

⁴ - البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 423.

ثانياً: إذا ثبت حسن نية الورثة:

حيث يطرح التساؤل حول مدى سريان الأحكام السابقة أيضاً إذا كان الورثة حسني النية بحيث لا يعلمون بحياة المفقود، فهل يتم التسوية في الحكم بين الأموال التي استهلكت أو أتلفت وبين الأموال المتصرف فيها كما هو الشأن بالنسبة لحالة سوء النية؟ فإذا أنفق وأتلف مال المفقود في أيدي ورثته أو غيرهم، ففي ضمان ذلك قولان:

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية إلى أن المفقود يرجع على الورثة بجميع تركته، ولو بعد تقسيمها على الورثة، سواء ما تم استهلاكه أم ما بقي دون استهلاك¹.

وقد استدلوا لهذا القول بأن الورثة قد أنفقوا مالا وتصرفوا فيه بوجه مشروع، ثم تبينت لهم حياة مورثهم، ففسد تصرفهم بعدم أهليتهم له، فيضمنوا ما أتلفوا وأنفقوا².

القول الثاني: وذهب الحنفية والحنابلة في رواية، إلى أن المفقود إن عاد حياً، فإنه لا يرجع على الورثة بما أنفقوه أو تصرفوا فيه من تلك الأموال التي انتقلت إليهم ميراثاً بعد الحكم بموت المفقود، فلا ضمان عليهم في هذا المال ولا يرجع عليهم بشيء³.

ويمكن الاستدلال لهذا القول، بأن ما أنفقوه، أنفقوه بناء على إذن القاضي الذي أصدر حكماً بوفاة مورثهم، فهم مستحقون لذلك المال، فلا عودة لمورثهم عليهم به، وأما ما باعوه وبقي ثمنه يرد لمورثهم كبقية ماله الموجود⁴.

1 - البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 4، ص 466؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 2، ص 482.

2 - عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً، مرجع سابق، ص 315.

3 - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 11، ص 42.

4 - المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج 7، ص 340؛ محمد يوسف حفني، الوسيط في أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 509.

فالمفقود لا يأخذ سوى ما بقي من أمواله بأيدي الورثة، أما ما تم استهلاكه أو التصرف فيه من هذه الأموال، فلا يجوز له أن يرجع به عليهم، لأن التركة آلت إليهم بحكم قضائي واجب الاحترام، وبهذا الحكم أصبح كل منهم مأذونا شرعا بأن يتصرف فيما آل إليه منها، ومن كان له هذا التصرف المشروع لا ضمان عليه، وفقا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار¹.

هذا إلى أن المسلم به أن الضمان لا يكون إلا بناء على أحد سببين: الأول وهو العقد، كضمان الدائن المرتهن للعين المرهونة، والثاني هو التعدي، ولما كانت الملكية قد ثبتت للورثة بحكم شرعي صحيح، فلا يجوز للمفقود أن يضمنهم قيمة ما يكونوا قد استهلكوه أو تصرفوا فيه من أمواله، كما لا يجوز له أن يرجع على الغير المتصرف إليه، لأنه تلقى الملكية بسبب شرعي ومن يد عادلة متصرفة تسوغ منها كل التصرفات الشرعية².

أما لو أنفقت المرأة على نفسها وعلى أولادها الصغار من مال المفقود في الأربع سنين أو بعدها ثم جاء الخبر أنه قد مات قبل ذلك، فترد ما أخذت من ماله من يوم توفي فكان لها الميراث وكذلك ولده فيما أنفق عليهم³.

الرأي الراجح:

بعد تقديم هذا العرض، أرى بترجيح القول الثاني، حيث يرجع المفقود على الورثة بما بقي من تركته، أما ما استهلك منها فلا يعود على الورثة بضمانه، (لأن الورثة تصرفوا في التركة بناء على حكم القاضي بوفاة مورثهم، وكما هو معلوم من شروط

¹ - محمد يوسف موسى، التركة والميراث في الإسلام، محاضرات ألقيت في معهد الدراسات بجامعة الدول العربية، 1960، ص 348.

² - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 531؛ وانظر في نفس المعنى: حاشية الطحطاوي على الدر المختار، مرجع سابق، ص 510؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ص 297.

³ - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 256.

الميراث موت المورث، فثبت لهم الاستحقاق في التركة، فإذا تبينت حياة مورثهم، عاد عليهم بما بقي، لأن تكليفهم بإرجاع ما أنفقوا فيه حرج عليهم، وكذلك الحال في ماله الذي هو مستحق له من مورثيه من أقاربه الذين ماتوا خلال فقده¹.

- العودة على الشهود بما هلك من أمواله:

إذا كان الحكم بموت المفقود بناء على شهادة، وقد تبين خطأها بعودة المفقود حيا، وقد قسم ماله بناء على هذه الشهادة كانت هذه الشهادة هي السبب في استيلاء غيره على ماله، فيجب أن تضمن هذه الشهادة ما تلف من ماله وكذلك تضمن مهر الزوج الثاني (أو مهر الزوج الأول بحسب الخلاف الذي سبق الإشارة إليه)، الذي أخذ منه لأنها تسببت في غرمه².

- موقف المشرع من أثر عودة المفقود في حق استعادة ماله الثابت له قبل فقده:

وضح المشرع الجزائري وجهة نظره في هذا الموضوع، فبعد أن نصت المادة 133 من قانون الأسرة على أنه: " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون"، نصت المادة 115 من قانون الأسرة: "... وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

وبالتالي، فإذا تحققت حياة المفقود وكان ماله غير مقسم على الورثة، فهو أحق بماله، كما أن ماله الذي قسم على الورثة إن كان موجودا ولم يستهلك أو يتلف، فهو أحق به، أما فيما يتعلق بالمسألة التي اختلف فيها الفقهاء وهي إذا تم تقسيم المال على الورثة وتم استهلاكه، فهل يضمنه له الورثة، أو يعود على الورثة بما هو موجود دون ما استهلك؟ فقد أخذ قانون الأسرة الجزائري فيها بما ذهب إليه الحنفية والحنابلة في رواية، فقد نص على أنه إذا حكم بوفاة المفقود ثم تحققت حياته، فإنه يرجع على الورثة بتركته

1 - عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا، مرجع سابق، ص 315.

2 - الشريبي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 423.

ما عدا ما استهلك منها¹، وكذلك يسترجع الأموال التي يكون الورثة قد اكتسبوا كبدل أو كمقابل لما تصرفوا فيه من هذه الأموال.

حيث لا يستطيع أن يطالب بما استهلك من هذه الاموال في الفترة السابقة على ظهوره، وهذا الحكم مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير، وتبريره أن الورثة إنما ملكوا أموال المفقود وإذا قاموا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي وهو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا إليه بالتالي².

- مسألة: أثر عودة المفقود في حق استعادة ماله الثابت له قبل فقده، والذي كان قد أوصى به لغيره:

فيما يتعلق بوصية المفقود، والتي هي عبارة عن تملك في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع³، فلو تحققت حياة المفقود وكان ماله غير مقسوم على الموصى لهم، فهو أحق بماله، ولا يحتاج إلى قضاء قاض أو حكم لاستعادة ماله، لأنه ماله، ولا يثبت ولا يلزم الايضاء إلا بثبوت موت الموصي، وهذا تخريج على اتفاق الفقهاء على أن ثبوت حياة الشخص يثبت له حق الرجوع في ماله قبل تقسيمه على الورثة.

ويثور الإشكال في حال إخراج الوصية للموصى لهم، وهي مسألة خلافية في الفقه على نحو ما سبق عرضه في رجوع المورث على الورثة.

وعليه، نرى أن يرجع إلى المفقود من الموصى لهم ما بقي من المال الموصى به، وأما ما استهلك منه فلا يعود عليهم بضمانه، لأن الموصى لهم تصرفوا في المال بناء على حكم القاضي بوفاة الموصي، وكما هو معروف من شروط تنفيذ الوصية بعد موت الموصي، فثبت لهم استحقاق الوصية، فثبتت حكم الوصية بعد موت الموصي لتعلقها

1 - عبد الله محمد ربابعة، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا، مرجع سابق، ص 316.

2 - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، مرجع سابق، ص 145-146.

3 - حيث نصت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ".

به، ولأنها عطية أو تبرع لم يتم، وينجز بالموت، فإذا تبينت حياة الموصي، عاد على الموصى لهم بما بقي، لأن تكليف الموصى لهم بإرجاع ما أنفقوا قد يكون فيه حرج عليهم¹.

أما وصية المفقود في القانون الجزائري، فقد نصت المادة 184 من قانون الأسرة على أن " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وبما أن الموت قد انتفى فتبطل الوصية.

وهو ما أكدته المادة 197 من قانون الأسرة حينما نصت على: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"، فيفهم من هذا النص أن المعتد به للوصية قبولاً ورداً وتنفيذاً هو موت الموصي، فإذا ظهرت حياته فلا عبرة بما جرى على الوصية. وأما ما يرجع به من ظهرت حياته من الوصية التي تمت قسمتها على الموصى لهم، فلا يوجد فيه نص في القانون الجزائري، ولعله يطبق فيه ما تم من تقسيم للتركة على الورثة، فيعود على الموصى لهم بما بقي من ماله.

موقف التشريع المقارن:

أخذ المشرع المصري برأي مقارب لما أخذ به القانون الجزائري في المادة 45 من قانون الموارث، فبعد أن نصت هذه المادة على أن: " يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه"، قالت: " فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة"، ولقد تبنت أغلبية الفقه المصري وجهة نظر المشرع²، في حين ذهب رأي آخر إلى فكرة الحلول العيني التي عنى المشرع بتنظيمها والتي توجب القول بأن يكون

1 - عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 668.

2 - أنظر: أحمد سلامة، نظرية الحق، 1960، ص 184؛ جميل الشراوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، 1970، ص 77.

للمفقود أن يسترد ما بقي من أمواله بأيدي الورثة، وكذلك الأموال التي يكون الورثة قد اكتسبوها كبديل أو كمقابل لما تصرفوا فيه من هذه الأموال¹.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الرأي الأخير حين نص في المادة 130 من القانون المدني على أن : " الغائب الذي ثبتت حياته بمقتضى حكم قضائي يكون له أن يسترد أمواله والأموال التي اكتسبها أثناء غيابه وذلك بالحالة التي توجد عليها، كما يكون له أن يتقاضى ثمن ما تم التصرف فيه من هذه الأموال، وأن يتسلم الأموال التي اكتسبت بمقابل دفع من ثروته أو من الدخول التي استحققت له"².

فهذا النص، يجيز للمفقود أن يسترد الأموال التي كانت مملوكة له، فضلا عن الأموال التي يكون قد اكتسبها أثناء غيابه، وخاصة ما ثبت له عن طريق الإرث أو الوصية³.

وقد ميّز النص السابق، فيما يتعلق برجوع المفقود على الورثة، بين ما يكون هؤلاء الأخيرين قد استهلكوه وبين ما يكونوا قد تصرفوا فيه من أمواله. فبالنسبة للطائفة الأولى، لم يجز المشرع للمفقود أن يرجع على الورثة بقيمة الأموال التي أتلفت في أيديهم، كما حرّمه أيضا من الرجوع عليهم بالثمار التي تستحق يوما فيوما، أي بالريع غير المتجمد الذي أنفق في وجوه الإنفاق العادية من مأكّل وملبس وما إلى ذلك من سبل الاستمتاع بالحياة.

1 - نعمان جمعة، المدخل للعلوم القانونية، مصر، دار النهضة العربية، 1977، ص 410.

2 - C.civ, art 130 Créé par [Loi n°77-1447 du 28 décembre 1977 - art. 1 JORF 29 décembre 1977 en vigueur le 31 mars 1978](#): (L'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit.)

3 - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 156.

أما فيما يخص الطائفة الثانية، فهذه يكون للمفقود أن يرجع بها على الورثة، فيكون له أن يتقاضى ثمن ما تم بيعه من المنقولات أو العقارات، كما يحق له أيضا أن يأخذ القيم المنقولة أو العقارية التي حلت محل ما تم التصرف فيه من أمواله السائلة أو من الربيع المتجمد الذي استحق له أثناء غيابه، إضافة إلى ذلك، يكون للمفقود أن يتقاضى الدخول المتجمدة التي لم تستثمر في أي وجه من وجوه الاستثمار، والتي تكون مودعة لحساب الوارث في أحد البنوك أو المصارف¹.

- تقدير الآراء التي قيلت في أثر عودة المفقود بالنسبة لأمواله:

من خلال النظر إلى الآراء التي قيل بها فيما يخص ما يرجع به المفقود على الورثة، يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الراجح، لما فيه من تحقيق للعدالة وتماشيا مع المنطق، ذلك أن الرأي الذي يجيز للمفقود بالرجوع على الورثة بجميع أمواله بما في ذلك الأموال التي استهلكوها، لا يتفق مع العدالة، فهو يتجاهل أن الورثة قد اعتمدوا عند استهلاكهم لبعض أموال المفقود على الحكم القضائي الذي رجح احتمال وفاته على حياته، ويعاملهم بالتالي كما لو كانوا غاصبين لهذه الأموال، دون النظر إلى حسن نيتهم، فضلا عن ذلك فإن الربيع الذي يستحق يوما فيوما غالبا ما يتصرف فيه الإنسان أولا بأول لسد حاجاته المعيشية، وليس هناك من شك في أن تراكم هذه المبالغ على مر الأيام قد يجعلها تصل إلى حد من الضخامة بحيث تثقل الورثة بعبء ينوء عن كاهلهم عن احتماله، خاصة إذا طالت مدة غياب المفقود بعد تقسيم تركته بين الورثة، هذا إلى أن الرأي المذكور لا يستقيم مع القاعدة التي تقضي بأن الحائز يكون له الحق فيما يقبضه من ثمار وهو حسن النية².

¹ - André Breton, p. 246.

² - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، مرجع سابق، ص 157.

وإذا كان هذا الرأي غير صحيح، فإن الرأي الذي لا يجيز للمفقود أن يرجع على الورثة إلا بما بقي من أمواله بأيديهم ليس أكثر صواباً منه، فالحجج التي ساقها أصحاب هذا الرأي لا تصلح لتبرير عدم رجوع المفقود على الورثة بما يكون قد استهلك أو أتلّف بين أيديهم من أمواله على النحو السالف الذكر.

فبالنسبة للأموال التي تصرف فيها الورثة، فلا يمكن اعتبار الحجج المذكورة سبباً للقول بتملك الورثة للمقابل أو البديل الذي حل محل هذه الأموال، وحرمان المفقود من الرجوع عليهم بها، حيث لا فرق بين أن يتسلم المفقود أمواله التي بقيت بعينها في أيدي الورثة وبين أن يتقاضى المقابل أو البديل الذي حل محلها، ذلك أن قاعدة لا ضرر ولا ضرار تقتضي الأخذ بهذا الحكم، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إثراء الورثة على حساب المفقود، وتفضيلهم عليه في تملك الأموال المشار إليها بدون مبرر، وإذا كان المفقود قد عانى مما عاناه أثناء مدة فقده، فهل من العدالة أن نزيد من شقائه ونحرمه من أخذ المقابل أو البديل الذي دخل ذمة الورثة نظير ما تم التصرف فيه من أمواله أو أعيانه؟ وما الجرم الذي ارتكبه أو الخطأ الذي يمكن نسبته إليه، والذي يستحق من أجله توقيع هذا الجزاء الصارم عليه؟

فقواعد العدالة تملّي الأخذ بفكرة الحلول العيني، فلا يحرم المفقود من استرداد هذه الأموال، لاسيما وأن الورثة قد يكونون أيسر منه حالاً وأكثر مالاً¹.

أما عن الاستناد إلى الحكم المقرر لوفاة المفقود، فإنه لا يجدي في هذا الصدد، بسبب أن هذا الحكم قد تبين خطأه برجوع المفقود وثبوت حياته، وآية ذلك ما قررتّه أغلبية الفقه الإسلامي من أن حكم القاضي لا يغير شيئاً من صفته في الباطن، وأنه حتى لو حكم القاضي بالفرقة بين المفقود وزوجته، فإن هذا الحكم لا يقع به طلاق، بحيث يكون للمفقود عند عودته أن يستبقي زوجته في عصمته دون حاجة إلى إبرام عقد زواج جديد،

¹ - نفس المرجع السابق، ص 158.

بل ويكون له ذلك حتى ولو تزوجت امرأته بزواج آخر طالما لم يتصل بهذا الزواج دخول، ودون حاجة إلى إيقاع الطلاق عليها من الزوج الثاني، لأنه بعودة المفقود يتبين أن الزواج الثاني كان باطلا¹.

¹ - أنظر: الشرييني، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 422.

خاتمة

خاتمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على الرسول الأمين وبعد:

فبتوفيق وهداية من الله أشرفت على إتمام البحث في هذا الموضوع، والذي وصلت من خلاله إلى أن فقدان الشخص يؤثر على حقوقه الشخصية والمالية، لكن وبسبب الجهل بحياته أو موته، نجد أن المشرع قد عامل المفقود في الفترة التي تلي انقطاع أخباره، بترجيح احتمال حياته على احتمال وفاته، فوضع من القواعد المنظمة لهذه المرحلة ما تتقرر على ضوء هذا الاحتمال، لكن وبمرور الزمن سيغلب على الظن احتمال الوفاة، لذلك فإن المشرع يأخذ في اعتباره هذا الاحتمال عند تسوية مركز المفقود في تلك المرحلة، وقد توصلت من خلال بحثي في هذا الموضوع إلى النتائج الآتية:

- أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد مفهوم المفقود، بين من يرى أن العبرة في الفقد هي الجهل بالحياة أو الموت، ومن يضيف شرط جهل المكان، لاعتبار الشخص مفقوداً.
- أن المفقود في مفهوم قانون الأسرة الجزائري هو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته من موته، مع ضرورة صدور حكم بالفقد لاعتبار الشخص مفقوداً.
- تشترط القوانين الجزائرية الخاصة وجود الشخص في مكان وقوع الكوارث وزمانها، وذلك لتحديد سبب فقدان ومنح صفة ضحية الفيضانات أو الزلزال أو المأساة الوطنية، وعدم اشتراط صدور حكم بالفقدان في هذه الحالات الخاصة.
- اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد مفهوم المفقود، بين من يعرفه بأنه من لا يدري حياته من موته، ومن يضيف شرط الجهل بالمكان.
- يختلف مفهوم الغائب عن المفقود، ففكرة الغياب أوسع من فكرة الفقد، ذلك أن كل مفقود غائب؛ بينما لا يعتبر كل غائب مفقوداً، فالغائب حياته مؤكدة لكن تعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوب عنه في إدارتها، كما أنه لا أثر

للغياب في إنهاء الشخصية القانونية للغائب ما دامت حياته مؤكدةً، لكن بسبب ما قد ينجر عن غيابه من عرقلة مصالحه، جاز للمحكمة، بناء على طلب من يهيمه الأمر، أن تعين وكيلا عنه لإدارة شؤونه أثناء غيابه، وإن ترك وكيلاً تثبته المحكمة.

- للمفقود عدة أقسام، وقد أخذ القانون الجزائري بتقسيم أحوال المفقود باعتبار الغيبة ذاتها إلى غيبة يغلب فيها السلامة أو غيبة يغلب فيها الهلاك، وهو ما قال به الحنابلة، غير أن النصوص الخاصة الاستثنائية قد كرّست التقسيم الذي جاء به المذهب المالكي والذي يقسم أحوال المفقود باعتبار مكان الغيبة.

- لرفع دعوى الفقد يجب مراعاة الإجراءات العامة لرفع الدعاوى، من حيث الاختصاص النوعي والمحلي، مع توفر شرطي الصفة والمصلحة.

- إن مجرد غياب الشخص وانقطاع أخباره، لا يجعل الغائب مفقوداً قبل صدور حكم قضائي يعتبره كذلك.

- يعتبر المفقود حياً قبل صدور الحكم بموته، فليس للحكم بالفقد أي أثر على شخصيته القانونية، والتي تظل قائمة خلال الفترة ما بين الحكم بالفقد والحكم بالموت، بما يحمله ذلك من دلالة على حياته، سواء بالنسبة إلى حقوقه المالية والتزاماته، أو بالنسبة إلى زوجته، وهذا ما اقتضى، تقرير القواعد التي تكفل الحفاظ على حقوقه المالية، والإبقاء على كيان أسرته.

- تفادياً لما قد يلحق بأموال المفقود من أضرار، يتعين حصر أمواله، ثم تعيين من ينوب عنه في إدارة هذه الأموال، وتحديد سلطات هذا النائب.

- تشكل عملية حصر أموال المفقود إجراءً ضرورياً غرضه المحافظة على أموال المفقود من كل استيلاء غير مشروع يمكن أن يقع عليها، إلى غاية استبانة أمر حياة المفقود أو موته.

- إضافة إلى تعيين من يقوم بإدارة أموال المفقود، يترتب على صدور الحكم بالفقد ضرورة المحافظة على أموال المفقود في تركة الغير.
- يعتبر المفقود في مدة فقده وارثا لغيره احتياطيا، لاحتمال أن يكون حيا وقت وفاة مورثه، فيوقف له نصيبه من تركة مورثه الذي مات أثناء فقده إلى أن تتبين حقيقة أمره بظهوره حيا أو أن يحكم القاضي بموته.
- اختلف الفقهاء فيمن يستحق النصيب الموقوف للمفقود إذا ما حكم عليه بالموت، فهل يعتبر ميتا من تاريخ الحكم بالموت أم من تاريخ الفقد، وبناء على ذلك فالعلماء في هذه المسألة على قولين: قول أول ذهب إلى أن الموقوف يكون للمفقود، كما لو علمت حياته بعد موت مورثه، فيدفع هذا المال المحجوز إلى ورثة المفقود، وهو رأي الحنابلة، وقول ثاني ذهب إلى أن الحصة الموقوفة ترد على ورثة مورث المفقود، وليس لورثة المفقود استحقاق في ذلك، لأنه لا يعلم أيهما مات أولا ولا توريث مع الشك، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية ووجه عند الحنابلة.
- يتطلب استخراج النصيب الذي يوقف للمفقود من تركة مورثه التفرقة بين حالات: الأولى، أن لا يكون المفقود وارثا، فتقسم التركة بين الورثة الموجودين عند وفاة المورث دون اعتبار له، والثانية، إذا كان المفقود يحجب بقية الورثة، فلا يعطى للورثة شيئا، وتوقف التركة كلها، فإن ظهر حيا أخذها، وإن حكم بموته ردت إلى الورثة كل بحسب نصيبه، والثالثة، إذا كان المفقود لا يحجب بقية الورثة إنما يشاركهم التركة، لكن أنصبتهم تختلف على تقدير حياته وتقدير موته، فالورثة يعاملون مع المفقود بالأضر، فلا يعطون إلا ما تيقن لهم.
- يعتبر المفقود قبل الحكم بموته حسب المادتين 115،133 ق.أ حيا بالنسبة لجميع الأحكام دون تفرقة بين الأحكام التي تضره وتقيد غيره كتقسيم أمواله على ورثته، والأحكام التي تقيد وتضر غيره كاستحقاقه الإرث عن مورثه، فقبل الحكم بموته تبقى

له شخصيته القانونية، فتكون له صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، فتظل أموال المفقود ملكا له ولا توزع على ورثته، إلا بعد الحكم بموته.

- كذلك يرث المفقود في تركة غيره بصريح نص المادة 133 التي تعتبر الوارث المفقود حيا قبل الحكم بموته، ولذلك فإن المفقود قبل هذا الحكم يدخل ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد الحكم بفقده وقبل الحكم بموته، وطالما أن المفقود قبل الحكم بموته يعتبر في نظر القانون الجزائري حيا، فتصح له الوصية والهبة.

- تردد المشرع الجزائري، بعدم نصه صراحة وبشكل حاسم على مصير النصيب الموقوف للمفقود إن حكم بموته، فالمادة 133 ق.أ ذكرت أن الوارث إذا كان مفقودا فهو يعتبر حيا، دون الإشارة إن كان المال الموقوف يكون من حقه ويوزع على ورثته هو -إن حكم بموته- ولا يرد على ورثة مورثه، أم العكس، ومقارنة بموقف المشرع المصري، نجده نص على هذه المسألة صراحة، برد النصيب الموقوف على ورثة مورث المفقود وقت موته، ولم يكتفي بفكرة وقف ذلك النصيب.

- يترتب على اعتبار المفقود حيا في مرحلة ما بين الحكم بفقده والحكم بموته، وجوب النفقة في ماله لكل من له عليه حق النفقة، فضلا على الإبقاء على رابطة زوجيته.

- يحق لزوج المفقود المطالبة بالتطليق إذا كانت: مدة الغيبة تفوق السنة، وكانت دون عذر ودون نفقة، وهي شروط مرهقة قد لا تحقق الغاية من هذا الحق وهو رفع الضرر، فقد تتحقق النفقة ولكن الضرر لا يرفع، وقد لا يكون للزوج عذر مقبول فيغيب ويترك زوجته وقد لا يعود.

- يؤدي فقدان الشخص إلى انتقال الولاية إلى الأم، كما تثبت للجد الصحيح إن كان موجودا بعد وفاة الأم أو عدم أهليتها، أما في حالة طلب زوجة المفقود التطليق، فإن القاضي سيمنح الولاية على الأولاد القصر للشخص الذي تسند له الحضانة.

- إذا طال غيبة المفقود ولم يعثر له على أثر رغم البحث، فلا بد من الحكم بموته بعد مدة من ذلك، وهي مدة كانت محل خلاف بين الفقهاء.
- أخذ قانون الأسرة الجزائري في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، بحكم مقارب لرأي الحنابلة، وميّز بين الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك والفقد في ظروف تغلب فيها السلامة، ونص على جواز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.
- أخذت القوانين الجزائرية الخاصة بمدد أقل مما ورد في قانون الأسرة للحكم بموت المفقود، نظرا لما تتسم به من سرعة والظرف الخاص الذي حدث فيه الفقد، لكنها قواعد تطبق فقط على تلك الحالات الخاصة التي حدثت، ولا يمكن تطبيقها على حالات مماثلة يمكن أن تحدث مستقبلا، فلو حدث زلزال أو فيضان أو تحطم طائرة فذلك يخضع للقواعد العامة في قانون الأسرة.
- أخذت التشريعات المقارنة بمدد مختلفة للحكم بموت المفقود، تتجه كلها نحو إقرار مبدأ تخفيض المدة خاصة في حالات الفقد في ظروف يغلب عليها الهلاك.
- اختلف الفقهاء في ابتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، على مذهبين، بين من يرى أنها تُحسب من وقت الغيبة وانقطاع خبره، أي من وقت فقده، ومن يرى أنها تُحسب من يوم حكم الحاكم بالفقد.
- أما قانون الأسرة فلم ينص صراحة على هذه المسألة، لكن من تحليل المادتين 109 و113 منه فإن الحكم بموت المفقود يكون بعد مدة تحتسب من تاريخ الفقد المثبت بحكم قضائي، وبالتالي يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري ينظر إلى المدة التي سبقت إعلان الفقد، أي إلى وقت حدوث الواقعة التي تسببت في انقطاع خبر الشخص وفقده، وهو موقف أكده قضاء المحكمة العليا.

- يعتبر المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم بموته، لا من تاريخ صدور الحكم بفقده، استنادا إلى أن الحكم باعتباره ميتا يعد حكما منشئا للموت لا كاشفا عنه أو مقررا له، وتسري عليه جميع الأحكام المترتبة على الوفاة الطبيعية، سواء فيما يتعلق بزوجته وذويه، أو فيما يتعلق بأمواله.
- يترتب على صدور الحكم بوفاة المفقود، إنهاء الرابطة الزوجية بين المفقود وزوجته، فتعد عدة وفاة مدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، ويحق لها الاقتران بآخر بعدها، وإذا كانت زوجة المفقود حاملا فتتقضي عدتها بوضع حملها.
- اعتبرت المادة 59 من قانون الأسرة أن عدة زوجة المفقود تحسب من تاريخ صدور الحكم بفقد زوجها، وليس من تاريخ الحكم بموته، وهو حكم لم يقل به أي فقيه، كما أنه خالف جلّ التشريع المقارن الذي أخذ باحتساب العدة ابتداء من تاريخ صدور الحكم بموت المفقود، وليس من تاريخ فقده، وهو الرأي الأصح.
- يترتب على صدور الحكم بموت المفقود بالنسبة لأمواله، نفس الأثر الذي يترتب على الوفاة الحقيقية، حيث تعتبر أموال المفقود تركة تؤول إلى ورثته.
- لا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بموته، فيتم توزيع تركته على ورثته الموجودين في هذا التاريخ دون من مات قبل ذلك.
- لا يستند الحكم القضائي بموت المفقود إلى دليل قطعي، وإنما هو موت حكمي يصدره القاضي على الظن الراجح والغالب الذي عادة ما يحدث في الظروف المشابهة لفقدان الشخص، وعليه يمكن أن يتبين لاحقا أن الشخص الذي حكم بموته لا يزال حيا، فتترتب العديد من الآثار على شخصيته القانونية وأمواله وأحواله.

- أجمع الفقه على أن زوجة المفقود تظل على ذمته طالما لم تقترن بزواج آخر رغم الحكم بموته، بحيث يكون للمفقود بعد عودته وظهوره حيا أن يستأنف حياته مع هذه الزوجة دون حاجة إلى إبرام عقد زواج جديد.
- تباينت الآراء الفقهية فيما يتعلق بتحديد مدى أحقية المفقود في إعادة زوجته إلى عصمته إذا ما تزوجت بآخر بعد الحكم بموته ثم ظهوره حيا.
- على عكس الكثير من التشريعات المقارنة، لم ينص قانون الأسرة الجزائري في المادة 115 منه على مدى أحقية المفقود في استعادة زوجته إن ظهر حيا وكانت قد أعادت الزواج بعد الحكم بموته، وهي مسألة ينبغي تنظيمها لاختلاف الفقه فيها.
- إذا تحققت حياة المفقود وكان ماله غير مقسم على الورثة، فهو أحق بماله، كما أن ماله الذي قسم على الورثة إن كان موجودا ولم يستهلك أو يتلف، فهو أحق به، أما ما استهلك من ماله، فقد أخذ قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة برأي الحنفية والحنابلة في رواية، ونص على أن المفقود يرجع على الورثة بتركته ما عدا ما استهلك منها، وكذلك يسترجع الأموال التي يكون الورثة قد اكتسبوها كبديل أو كمقابل لما تصرفوا فيه من هذه الأموال.
- لم يميز المشرع الجزائري فيما يتعلق بالأموال التي استهلكت بينما إذا كان الورثة حسني النية أو سيئي النية.
- أما الفقه فذكر أن مال المفقود إذا كان أنفق وأتلف، وكان الورثة سيئي النية، بأن كانوا عالمين بحياة المفقود، حق لهذا الأخير أن يسترد ما بقي من أمواله بأيديهم، كما يجوز له أن يرجع عليهم بقيمة ما كانوا قد استهلكوه أو تصرفوا فيه من هذه الأموال، كما يستطيع المفقود أن يسترد أمواله من المتصرف إليه إذا ثبت سوء نيته وتواطؤه مع الورثة.

كما لا يفوتني في الأخير، إدراج بعض التوصيات التي أراها مهمة:

- ضرورة تعديل نص المادة 110 من قانون الأسرة بشكل يراعى فيه أمرين: الأول: حذف العبارة الأخيرة التي تقضي باعتبار الغائب كالمفقود، بحيث تقتصر صياغة النص على تعريف الغائب دون تسويته بالمفقود، حيث لا يمكن التسوية بينهما إلا فيما يصلح، كتعيين من ينوب عنه في إدارة أمواله، وحق الزوجة في طلب التطبيق والنفقة، أما باقي المسائل، كالحكم بالفقدان والحكم بالوفاة والميراث بعد الوفاة فلا يمكن تطبيق هذه المسائل على الغائب، لأنه معلوم الحياة.

الثاني: إضافة فقرة إلى هذا النص، تخول القاضي سلطة تثبيت وكيل الغائب، إذا ترك وكيلا، أو سلطة تعيين وكيل عنه يتولى شؤونه، إن لم يكن قد ترك وكيلا عنه، تقاديا لما قد يحدث من تعطيل لمصالحه، ومن ضرر للغير بسبب غيابه.

- إعادة النظر في نص المادة 133 من قانون الأسرة، وتوضيح موقف المشرع، بالنص صراحة على أن المال الموقوف للمفقود الذي اعتبر حيا، سيوزع على ورثته هو إن حكم بموته، ولا يرد على ورثة مورث المفقود وقت موته.

- ضرورة حسم موضوع التطبيق استنادا إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، بأن يكون للغيبه والفقد، وليس لعدم الإنفاق، وبالتالي تلغى الشروط المقترنة بها، خاصة شرط عدم الإنفاق، وجعل نص هذه الفقرة كما يلي: (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

- ضرورة تعديل المادة 113 من قانون الأسرة وتخفيض المدة التي يمكن فيها للقاضي الحكم بموت المفقود، خاصة في الظروف التي يغلب فيها الهلاك، وإبقاء السلطة التقديرية للقاضي في تقدير تلك المدة إذا كان الفقد في ظرف يغلب فيه السلامة، ذلك أن مدة الأربع سنوات التي أخذت بها المادة 113 هي مدة طويلة خاصة في الظروف

التي يغلب فيها الهلاك، فلا بد من تخفيض هذه المدة، أسوة بالتشريعات المقارنة، ونظرا لما يشهده العالم من تطور في وسائل الاتصال.

- استحداث نص خاص بالفقد إثر حوادث السفن والطائرات، ومنح القاضي إمكانية الحكم بوفاة المفقود في مدد وجيزة لا تتعدى بضعة أشهر، إذا لم يعثر على جثة المفقود، مع ثبوت وجوده على متن الطائرة أو السفينة أثناء وقوع الحادث، نظرا لما يحمله هذان الظرفان من ترجيح كبير لوفاة المفقود في هذه الحالات.
- ضرورة تعديل المادة 113 من قانون الأسرة كذلك، والنص صراحة على أن الحكم بموت المفقود يكون بعد مدة تحتسب من تاريخ واقعة الفقد المثبت بحكم قضائي، وليس من تاريخ صدور الحكم القضائي بالفقد.
- ضرورة تعديل نص المادة 59 من قانون الأسرة، والنص على أن زوجة المفقود تعدد من تاريخ صدور الحكم بموته وليس الحكم بفقده، ليصبح نص المادة على النحو الآتي: (تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بموته).
- ضرورة النص على مدى أحقية المفقود في استعادة زوجته إن ظهر حيا وكانت قد أعادت الزواج بعد الحكم بموته، بسبب اختلاف الفقه في هذه المسألة، ونرى أنه من الأفضل اعتناق الرأي الأخير للإمام مالك، الذي فرّق بين حالة دخول الزوج الثاني بامرأة المفقود وحالة عدم دخوله بها، حيث أنه يمكن المفقود من حق استعادة زوجته في الحالة الأولى فقط، دون الثانية، شرط أن لا يكون الزوج الثاني قد دخل بهذه المرأة في فترة العدة، أو وهو يعلم أن المفقود لا يزال حيا (سيء النية)، فيكون للمفقود في مثل هذه الحالة الحق في استعادة زوجته رغم دخول الزوج الثاني بها.
- ضرورة تعديل المادة 115 من قانون الأسرة، والتفرقة فيما يتعلق بأموال المفقود التي استهلكت وقد ظهر حيا، بين حالة حسن نية الورثة أو المتصرف إليهم وحالة سوء

نيتهم، والنص على أن الوارث أو المتصرف إليه إذا ثبت سوء نيته وعلمه بحياة المفقود، فإنه يلتزم بتعويض المفقود عن جميع الأضرار التي أصابته من جراء الحكم بموته، سواء كانت هذه الأضرار أدبية، كاقتران زوجته بآخر، أو مادية، كتلف أمواله والتصرف فيها إلى شخص حسن النية.

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانياً: التفسير وعلوم القرآن:

1. ابن كثير عماد الدين أبي الفداء إسماعيل الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، راجعه وخرج أحاديثه: أنس محمد الشامي ومحمد سعيد محمود، دار البيان العربي، القاهرة، مصر، 2006.
2. الكيا الهراسي، أحكام القرآن، ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د.س.

ثالثاً: السنة النبوية الشريفة وعلومها:

1. ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، دن ذكر البلد، 2001.
2. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج 2، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.
3. البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط 1، 2002.
4. البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 3، 2003.
5. الدارقطني علي بن عمر، سنن الدارقطني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2011.
6. مالك بن أنس، الموطأ، مجموعة الفرقان التجارية، دبي، 2003.
7. مسلم، صحيح مسلم، دار طيبة، السعودية، 2006.

رابعاً: الفقه المذهبي:

أ) الفقه الحنفي:

1. ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج 6، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
2. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د.س.
3. الرملي خير الدين، الفتاوى الخيرية لنفع البرية، ج 1، المطبعة الأميرية، مصر، ط 1، 1300 هـ.
4. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3، المطبعة الأميرية، مصر، ط 1، 1313 هـ.
5. الزيلعي عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج 3، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، 1393 هـ.
6. السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون سنة.

7. السيواسي كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ج 6، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2003.
8. السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1984.
9. الشيباني بن الحسن، الحجة على أهل المدينة، ج 3، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د.س.
10. القدوري أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر الحنفي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 1997.
11. الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003.
12. الموصللي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج 2، دار الرسالة العالمية، سوريا، ط 1، 2009.
13. نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 6، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1310هـ.
14. نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000.
- (ب) الفقه المالكي:**
1. ابن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2013.
2. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.
3. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج 4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ط 2، د.س.
4. الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
5. الخطاب محمد بن عبد الله المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، دار عالم الكتب، السعودية، د.س.
6. الخرشي أبي عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 4، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الرابعة، 1317 هـ.
7. الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، دون سنة.
8. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، مصر، د.س.

9. الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان، لبنان، د.س.
10. الفاسي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، الإلتقان والإحكام شرح تحفة الحكام (المعروف بشرح الميارة)، ج 1، دار الحديث، القاهرة، 2011.
11. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج 2، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، السعودية، د.س.
12. القزويني أبي القاسم عبد الكريم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد المجيد، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت، ج 9.
13. الكشناوي أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك، ج 2، دار الفكر، بيروت لبنان، د.س.
14. المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.
15. عليش محمد، شرح منح الجليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984.
16. مالك بن أنس أبي عبد الله، المدونة الكبرى، ج 5، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د.س.
17. محمد التهامي كنون، أقرب المسالك إلى موطأ الإمام مالك، مطبعة فضالة، المغرب، 1988.

ج) الفقه الشافعي:

1. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب أهل العلم، ج 5، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط 2005، 1.
2. ابن باز عبد العزيز بن عبد الرحمان، متن الرحبية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية، السعودية، 1989.
3. ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3، مكتبة المعارف، السعودية، 1427هـ.
4. الشافعي محمد بن إدريس، الأم، ج 5، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط 1، 1961.
5. الشرييني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، 2004.
6. الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ معاني المنهاج، ج 5، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ.
7. الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.

8. الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.

9. الشيرازي، المجموع شرح المذهب، ج 17، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.س.

10. الدمياطي أبي بكر محمد، إعانة الطالبين، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.

11. الغزالي محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، ج 6، دار السلام، مصر، 1997،

12. الصنعاني أبي بكر عبد الرزاق، المصنف، ج 6، دار التأسيس، مصر، ط 1، 2015.

13. الماوردي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج 11، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994.

14. النووي يحيى بن شرف، روضة الطالبين، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2003.

د) الفقه الحنبلي:

1. ابن قدامة، المغني، ج 6، دار الكتاب العربي، مصر، د.س.

2. ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 9، دار عالم الكتب، السعودية، ط 3، 1997.

3. ابن قدامة المقدسي أبي محمد موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.

4. ابن مفلح شمس الدين أبي عبد الله محمد، الفروع وبذيله تصحيح الفروع، المجلد 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.

5. ابن القيم الجوزية، زاد الميعاد، ج 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د.س.

6. أبو إسحاق، المبدع شرح المقنع، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.

7. ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، دار الوطن، الرياض، د.س.

8. البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 5، دار عالم الكتب، لبنان، 1983.

9. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، د.س.

هـ) الفقه الظاهري:

1. ابن حزم، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، 1352 هـ.

خامسا: النصوص القانونية:

1. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.
2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري معدل ومتمم.
3. قانون رقم 57-778 المؤرخ في 11/07/1957 المتعلق بالغياب والأهلية والولاية.
4. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
5. أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
6. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري.
7. أمر رقم 02-03 مؤرخ في 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، الجريدة الرسمية، عدد 15، 2002.
8. قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2003.
9. أمر رقم 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد 11، 2006.
10. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.
11. قانون رقم 90-30 مؤرخ في الأول ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52، 1990.
12. مشروع الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية، مجلة النائب، عدد خاص، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، 2005.
13. مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2006 متعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 11، 2006.
14. مرسوم تنفيذي رقم 99-47 مؤرخ في 13 فبراير 1999، والمتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 09، 1999.
15. مرسوم تنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية، 2012، العدد 69.

16. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشور بالرائد الرّسمي التونسي، عدد 66 ، الصّادر في 17 أوت 1956 .
 17. قانون رقم 03. 70 المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5184، بتاريخ 5 فبراير 2004.
 18. قانون رقم 140 لسنة 2017، مؤرخ في 2017/07/22. الجريدة الرسمية المصرية، عدد 29 مكرر،
 19. قانون رقم 36 لسنة 2010 متضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة، المملكة الأردنية.
 20. قرار جمهوري بالقانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية اليمنية، العدد 3/6، لسنة 1992.
 21. التقنين المدني الفرنسي مأخوذ عن الموقع www.legifrance.fr
 22. المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بالولاية على المال المصري.
 23. القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، مستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985. الجريدة الرسمية العدد 27 في 4 يوليو 1985.
- سادسا: مراجع قانونية وفقه الاحوال الشخصية:**
1. إبراهيمي محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 2002.
 2. أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث، مطبعة مخيمر، دون ذكر البلد والسنة.
 3. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
 4. الجندي أحمد نصر، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
 5. الأحمر عصام، مجلة الأحوال الشخصية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2013.
 6. الجندي أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2007.
 7. الجندي أحمد نصر، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، مصر، 1995.
 8. الجندي محمد الشتات، الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، د.س.

9. الخطراوي محمد العيد، الزائد في علم الفرائض، مؤسسة علوم القرآن، دمشق-بيروت، د.س
10. الداغستاني مريم أحمد، المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر، 2001.
11. الزحيلي محمد، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب، سوريا، ط 1، 2001.
12. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلتة، ط 3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989.
13. الشرقاوي جميل، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني، نظرية الحق، 1970.
14. الشرنباصي رمضان علي السيد، ومحمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الميراث والوصية والوقف، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2009.
15. العطار عبد الناصر توفيق، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، 1979.
16. الصابوني محمد علي، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار السلام، الجزائر، د.س.
17. الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، الطبعة الرابعة، دار القرآن الكريم، بيروت، 1981.
18. الغندور أحمد، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط 1، 1967.
19. الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972.
20. الكلوزاني أبو الخطاب، التهذيب في الفرائض، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1998.
21. المفتي محمد خير، علم الفرائض والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون السوري، محكمة النقض، سوريا، د.س.
22. المطيري دعيح، أحكام الميراث على ضوء قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002.
23. النجار عبد الله مبروك، المدخل المعاصر لفقه القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
24. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 2، 1961.
25. بلباقي عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.

26. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2012.
27. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 1999.
28. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
29. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.
30. بن عزوز عبد القادر و سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة، باب الزوار، الجزائر، الطبعة الثانية، 1434 هـ، 2013.
31. بك أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، الدار الجامعية، مصر، 1994.
32. جعفر محمد سعيد، مدخل للعلوم القانونية دروس في نظرية الحق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2011.
33. جعفر محمد سعيد، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2000.
34. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
35. ججيك صالح، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2002.
36. جمعة نعمان، المدخل للعلوم القانونية، مصر، دار النهضة العربية، 1977.
37. حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق في القانون المدني الجزائري، دون دار النشر، 1985.
38. حسين أحمد فراج، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، لبنان، 1998.
39. حفني محمد يوسف، الوسيط في أحكام التركات والمواريث، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
40. خفاجي مصطفى، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية مصر، ط2، 1948.

- 41.خلفي عبد الرحمان، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، دار بلقيس، الجزائر، 2015.
- 42.خليل عمرو، انحلال الربطة الزوجية بناء على طلب الزوجة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015.
- 43.خليفة محمد طه أبو العلا، أحكام المواريث دراسة تطبيقية، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، ط 2، 2005.
- 44.داود أحمد محمد علي، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، ج 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2006.
- 45.داود أحمد محمد علي، الأحوال الشخصية، ج 1 و ج 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 46.رستم سليم، شرح المجلة، دار الثقافة، الأردن، د.س.
- 47.زيدان عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مكتبة البشائر، الأردن، 1989.
- 48.سرور عبد الله سيد أحمد، شرح قانون الولاية على المال، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، مصر، الطبعة الثانية، د.س.
- 49.سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 50.سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- 51.سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996.
- 52.سعد نبيل إبراهيم، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر 2001.
- 53.سنفوقة سائح، قانون الإجراءات المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2001.
- 54.سكيكر محمد علي، قوانين الاحوال الشخصية، نادي القضاة، مصر، 2010.
- 55.شحاتة محمد أحمد، الوجيز في المواريث والوصية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، د.س.
- 56.شعبان زكي الدين، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1984.
- 57.شلبي محمد مصطفى، أحكام المواريث في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط 1، 1966.

58. شنب محمد لبيب، دروس في نظرية الحق، دار النهضة للتوزيع والنشر، مصر، 1997.
59. عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
60. عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، مصر، ط 4، 1963.
61. عبد الله عمر، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، دار المعارف، مصر، ط 5، 1973.
62. عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها، ط 2، دون دار النشر، مصر، د.س.
63. عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، 1994.
64. عقلة محمد، نظام الأسرة في الإسلام، ج 3، الطبعة الثانية، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، 1411 هـ.
65. علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة، مصر، 1984.
66. صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008.
67. صقر نبيل، قانون الأسرة نسا وفقها وقضاء، دار الهدى، الجزائر، 2008.
68. فيلاي علي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
69. لفروجي أمحمد، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
70. محدة محمد، التركات والموارث، دار الفجر، الجزائر، 2004.
71. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 1998.
72. محمصاني صبحي، المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 2، 1997.
73. موسى محمد يوسف، التركة والميراث في الإسلام، محاضرات أقيمت في معهد الدراسات بجامعة الدول العربية، 1960.

74. واصل نصر فريد محمد، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، مصر، 1995.

سابعاً: الرسائل والاطروحات الجامعية:

1. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014.
2. اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2002-2003.
3. الرويلي جواهر بنت كسار نيتول، أحكام زوجة المفقود، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.
4. حرارة باسم حمدي، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2010.
5. حلو يوسف عطا محمد، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2003.
6. شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2009-2010.
7. شويح مؤمن أحمد ذياب، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، 2006.

ثامناً: المقالات:

1. أبو النجا إبراهيم، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 1987.
2. آث ملويا حسين بن الشيخ، حكم المفقود في قضاء المحكمة العليا، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 20، جويلية 2008.
3. بلحاج العربي، المفقود في الأحوال الاستثنائية تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.
4. براف دليلة، أحكام المفقود، مجلة رسالة المسجد، الجزائر، العدد 5، ديسمبر 2003.

5. رابعة عبد الله محمد، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 12، العدد 1، الإمارات، يونيو 2015.

6. زعلاني عبد المجيد، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.

7. عطروش عبد الحميد محسن، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني دراسة مقارنة، مجلة الكوفة، العدد 6، د.س.

8. غصن خليل، أثر الفقه الإسلامي على القوانين الغربية، محاضرة أقيمت في مركز أبو بكر الصديق، دون ذكر البلد، 2007.

9. فهمي حامد، نظرية التصرفات الاقرارية والإنشائية من وجهتها الشرعية والقانونية وأثرها في الفقه وفي أحكام التسجيل، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الأول، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1931.

10. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 29، مكة المكرمة، 1434 هـ.

11. ورنقي شريف، أسرى الحرب في معتقل غوانتانامو، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، العدد 19، 2013.

تاسعا: الاجتهاد القضائي:

1. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/11/19، ملف رقم 34791، المجلة القضائية، 1989، عدد 3.

2. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/02/20، ملف رقم 75588، المجلة القضائية، 1993، عدد 4.

3. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، رقم 118621 بتاريخ 1995/05/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1995.

4. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/05/18 تحت رقم 222134، المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص.

5. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/04/10 رقم 290808، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 2003.

6. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 11/02/2009 ملف رقم 482011، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.

عاشرا: المعاجم ولغة الفقه:

1. ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج 4، إصدار وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، دون سنة النشر. (الأجزاء 2، 9).
2. البغدادي شهاب الدين الحموري الرومي، معجم البلدان، ج 3، دار صادر، بيروت، لبنان، د.س.
3. البغوي الشافعي أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء، تفسير البغوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993.
4. الجرجاني علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاري، دار الفضيحة، مصر، 2004.
5. الذهبي شمس الدين، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1983.
6. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 2005.
7. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، دار المعارف، مصر، د.س، الطبعة الثانية.
8. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
9. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مصر، 1989.

حادي عشر: مراجع باللغة الاجنبية:

1. Aubert Jean-Luc : Dalloz encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, Publie sous la direction de Pierre Raynaud, Tomme 1, 2eme édition, Paris, 2000.
2. Hanifi Louisa, L'absence et la disparition en droit privé Algérien, Mémoire de magister, Université d'Alger, institut de droit et des sciences administrative, Alger, 1981.
3. Hernán Corral Talciani et María Sara Rodríguez Pinto, Disparition de personnes et présomption de décès : Observation de droit compare, Revue Internationale de Droit Comparé, 2000, N° 3.
4. Larribau-Terneyre Virginie et Buffelan-Lanore Yvaine, Droit civil: Introduction Biens Personnes Famille, Ed.n°18., Dalloz, Paris, 2013.

René Savatier : Traité pratique de droit civil français, tome 1, les .5
.personnes, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1952

Mazeaud Henri : Leçons de droit civil, Tomme premier, Deuxième .6
volume : Les personnes – la personnalité, édition Montchrestien, Paris,
.1972

Weil Alex : Droit civil, Les personne, La famille, Les incapacités, Dalloz, .7
.Troisième édition, Paris, 1972

ثاني عشر: مواقع الانترنت:

1. الموقع الالكتروني لمنظمة العفو الدولية www.amnesty.org

2. الموقع الالكتروني www.legifrance.gouv.fr

3. الموقع الالكتروني www.mafqud.org

4. الموقع الالكتروني www.maybehere.org.

فهرس المحتويات:

الصفحة

1	مقدمة:
12	الباب الأول: الفقد مفهومه وآثاره
14	الفصل الأول: مفهوم المفقود وأقسامه
14	المبحث الأول: مفهوم المفقود:
14	المطلب الأول: تعريف المفقود:
14	الفرع الأول: تعريف المفقود لغة:
16	الفرع الثاني: تعريف المفقود في الاصطلاح الشرعي:
22	الفرع الثالث: التعريف القانوني للمفقود:
36	المطلب الثاني: الفرق بين الغائب والمفقود:
36	الفرع الأول: مفهوم الغائب:
39	الفرع الثاني: الفرق بين الغياب والفقد في الفقه الإسلامي:
42	الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري من الغائب و المفقود:
46	المبحث الثاني: أقسام المفقود:
47	المطلب الأول: أقسام المفقود باعتبار الغيبة:
47	الفرع الأول: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة:
48	الفرع الثاني: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك:
51	المطلب الثاني: أقسام المفقود باعتبار مكان غيبته:
51	الفرع الأول: حال المفقود باعتبار مكان الغيبة في الفقه الإسلامي:
53	الفرع الثاني: حال المفقود باعتبار مكان الغيبة في القانون الجزائري:
57	الفصل الثاني: اعتبار الشخص مفقودا

57	المبحث الأول: شروط اعتبار الشخص مفقودا:
58	المطلب الأول : إجراءات دعوى الحكم بالفقد:
58	الفرع الأول: الاختصاص القضائي في دعوى الفقد:
60	الفرع الثاني: شروط استعمال دعوى الفقد:
65	الفرع الثالث: رفع دعوى الفقد وفقا للأشكال القانونية:
68	المطلب الثاني: شروط إصدار الحكم بالفقد:
	المطلب الثالث: إثبات صفة الفقد في القوانين الجزائرية الخاصة بظروف استثنائية:
70	
70	الفرع الأول: إثبات صفة المفقود في التشريعات الخاصة بالكوارث الطبيعية:....
73	الفرع الثاني: إثبات صفة المفقود بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية:
76	المبحث الثاني: الآثار المترتبة على صدور الحكم بالفقد:
76	المطلب الأول: أثر صدور الحكم بالفقد على أموال المفقود:
76	الفرع الأول: إدارة أموال المفقود:
91	الفرع الثاني: المحافظة على حقوق المفقود في تركة الغير:
117	المطلب الثاني: أثر صدور الحكم بالفقد على أسرة المفقود:
117	الفرع الأول: وجوب النفقة لذوي المفقود:
123	الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في المطالبة بالتطبيق:
167	الفرع الثالث: أثر الحكم بالفقد على الأولاد القصر للمفقود:
171	الباب الثاني: الحكم بموت المفقود وآثاره
173	الفصل الأول: الحكم بموت المفقود
175	المبحث الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود:
175	المطلب الأول: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود وفقا للفقهاء الإسلاميين:
175	الفرع الأول: الرأي المنكر للترقية بين الظروف التي يتم فيها الفقد.

182	الفرع الثاني: الرأي المؤيد للتفرقة بين الظروف التي يتم فيها الفقد:
	الفرع الثالث: اتفاق الفقهاء في حكم زوجة المفقود الأسير، واختلافهم في مدة
191	التعمير:
	الفرع الرابع: حكم من فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته عند من حدد سنا لذلك:
195
196	المطلب الثاني: المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في القانون:
196	الفرع الأول: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في القانون الجزائري:
213	الفرع الثاني: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في التشريع المقارن:
225	المبحث الثاني: تاريخ الحكم بالموت على المفقود:
225	المطلب الأول: ابتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:
	الفرع الأول: موقف الفقه من ابتداء حساب المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:
226
	الفرع الثاني: الترجيح وموقف القانون من ابتداء المدة التي يحكم بعدها بموت
230	المفقود:
239	المطلب الثاني: الكشف عن المفقود في ظل وسائل الاتصال الحديثة:
	الفرع الأول: دور وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود ومدى اهتمامها
239	بذلك:
	الفرع ثاني: الأثر المترتب على استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن
241	المفقود:
244	الفصل الثاني: آثار الحكم بموت المفقود
245	المبحث الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجته وذويه:
245	المطلب الأول: آثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجته:
245	الفرع الأول: الأحكام الخاصة بعدة وفاة زوجة المفقود:

الفرع الثاني: مدى استحقاق الزوجة للنفقة ومؤخر صداقها من مال المفقود: .. 269	
المطلب الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على ذوي حقوق مفقودي المأساة الوطنية:	
272	
المبحث الثاني: آثار الحكم بموت المفقود على أمواله وعقوده:	280
المطلب الأول: تحديد الورثة الذين يخلفون المفقود في تملك تركته:	280
المطلب الثاني: الأموال التي تدخل ضمن تركة المفقود:	290
المطلب الثالث: أثر الحكم بموت المفقود على تصرفاته القانونية وديونه:	292
الفرع الأول: التصرفات القانونية للمفقود:	292
الفرع الثاني: ديون المفقود الثابتة في ذمته:	294
المبحث الثالث: الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم بموته	295
المطلب الأول: أثر عودة المفقود بعد الحكم بموته بالنسبة لزوجته:	296
الفرع الأول: مدى حق المفقود في استعادة زوجته في الفقه الإسلامي:	297
الفرع الثاني: موقف القانون من حق المفقود في استعادة زوجته إن ظهر حيا:	303
المطلب الثاني: أثر عودة المفقود بعد الحكم بموته بالنسبة لأمواله:	309
الفرع الأول: إذا كان ماله لا يزال قائما:	310
الفرع الثاني: إذا كان ماله أنفق وأتلف:	310
خاتمة:	322
فهرس المصادر والمراجع:	333
فهرس المحتويات:	347

ملخص البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى الإحاطة بموضوع المفقود في قانون الأسرة ومقارنته بالفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة، حيث تناولت في البداية تعريف المفقود، وتفرقت عن الغائب.

ثم تطرقت إلى أحكام المفقود خلال فترة فقده، وأثر ذلك على أسرته وأمواله.

حيث أن الفقد يبقى الزوجية قائمة، مع أحقية الزوجة في المطالبة بالتطبيق إن توفرت شروطه، وكذلك أمواله تبقى ملكا له، مع ضرورة تعيين من يتولى إدارتها، حفاظا على حقوق المفقود.

وقد وضحت إرث المفقود من غيره في حالة وفاة من يرثه المفقود أثناء فترة فقده.

كما تطرقت إلى الحكم بموت المفقود والمدة اللازمة لذلك، في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري والمقارن.

ثم وضحت أثر الحكم بموت المفقود على كل من زوجة المفقود وأمواله،

ووضحت في الأخير أثر عودة المفقود وظهوره حيا بالنسبة لزوجته وأمواله، خاصة في حالة ما إذا كانت هذه الزوجة قد ارتبطت بآخر، وأمواله قد قسمت بين ورثته.