

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية-أدرار-

كلية الحقوق والعلوم السياسية



## المفقود بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر

- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إشراف الأستاذ الدكتور:

حمليل صالح

من إعداد الطالب:

بوسحابة لعيد

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
كيجل كمال	أستاذ	جامعة أدرار	رئيسا
حمليل صالح	أستاذ	جامعة أدرار	مشرفا ومقررا
يوسفات على هاشم	أستاذ	جامعة أدرار	مناقشا
عيساوي عبد النور	أستاذ محاضر أ	جامعة غليزان	مناقشا
حفيظ نقادي	أستاذ	جامعة سعيدة	مناقشا
لريد محمد	أستاذ	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أبيات شعرية من كتاب سراج السالك شرح أسهل المسالك

(عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي)

للفقد أحوال فالأولى فقد	زوج بأرض المسلمين عدّوا
إذا رفعت للمسلمين أمرها	أو قاض أو وال به أجلها
أعواما أربعا ورقًا نصفا	من بعد تلوم وبحث كشفا
ثانيها مفقود أرض الشّرك	زوجته تبقى بغير شك
سبعين عاما مدة التعمير	من سنّه كزوجة الأسير
الثالث المفقود في وقت الفتن	بين ذوي الإسلام أو كان زمن
الطاعون أو منتجع إلى بلد	طاعونها بها قد زاد فيها وانعقد
زوجته تعتد حين انفصلا	الحرب والطاعون عنهم انجلى
الرابع مفقود في حرب وقع	ما بين اسلام وكفر وارتقع
تعتد بعد الكشف عنه الحرّة	عاما وذات الرّق منه شطره
وعدّة الأربع كالوفاة	إذا دام إنفاق على الزوجات

## تشكرات

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

( فَتَبَسَّمَ ضَاحِكاً مِّن قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وُلْدِي وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحاً تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ) سورة النمل، الآية:19.

أوجه جزيل الشكر إلى الأستاذ الدكتور المحترم: **حميل صالح**، الذي قدم لي كل التسهيلات والمساعدات اللازمة لإنجاز هذه الأطروحة، حيث مهد لي الطريق، وسهل لي عملية الاتصال والتواصل معه، فأعفاني من مشقة السفر من ولاية النعامة إلى ولاية أدرار، كما لم يدخر أي جهد إلا وقدمه لي من أجل إعداد وتحرير هذه الرسالة، ومن خلاله أتوجه بتشكراتي الخالصة إلى كل الأساتذة الذين درّسوني.

## إهداء

أهدي هذه الأطروحة

إلى روح صديقي بوتخيل عتبي رحمه الله.

إلى أمي وأبي، إلى زوجتي، إلى أبنائي، إلى إخوتي وأخواتي، وإلى كل عائلة

بوسحابة وشباب.

إلى كل الأصدقاء والأحباب، وبالأخص إسماعيل، خنير، عبد الرحيم.

إلى كل موظفي مديرية التربية لولاية النعامة، وبالأخص موظفي مصلحة البرمجة

والمتابعة.

إلى كل موظفي ملحقة محو الأمية وتعليم الكبار بولاية النعامة، وبالأخص مدير

الملحقة.

إلى كل من ساعدني من جامعة أدرار وأخص بالذكر: بوعلالة عائشة وخليفي عمر.

إلى كل من ساهم في نجاح هذا العمل.

## قائمة المختصرات

م.ق: المجلة القضائية.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ص: صفحة.

م: ميلادية.

هـ: هجرية.

## المقدمة

خلق الله الإنسان وجعل له حياة دنيوية تبدأ من ولادته حيا، فينشأ صغيرا في أسرته ليتزرع ويكبر، فيعمل ويكسب، ويجمع مالا ويتملك، ويكوّن أسرة جديدة، فتكون له علاقات مع أسرته وغيره تنشأ عنها مراكز قانونية، فالشخص الطبيعي تبدأ شخصيته القانونية بمجرد ولادته حيا فيكون أهلا لاكتساب الحقوق وهو ما يعبر عنه قانونا بأهلية الوجوب، فإذا بلغ مرحلة الإدراك والتميز اكتسب أهلية الأداء فيكون أهلا لمباشرة تصرفاته القانونية بنفسه.

فمن المعلوم أن مال الإنسان وأملاكه هي حق خالص له حفظته له الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية، بل اعتبرته من الضروريات التي لا تستقيم الحياة إلا بها<sup>1</sup>، حيث قال الله تبارك وتعالى: "الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبُقِيَّتُ الصَّلِحَتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا"<sup>2</sup>، ويقال: "المال عصب الحياة"، ولما كان كذلك فهذا المال لا ينتقل عن ملكه إلا بإذنه وإرادته، أو بتصرف منه أو من وكيله، أو بالإرث بعد وفاته التي ينتهي بها أجله بصفة طبيعية، فتنتهي بذلك شخصيته القانونية، وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري بأن بداية الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بثبوت ولادته حيا، وتنتهي بالوفاة<sup>3</sup>، لكن قد يسافر شخص لطلب علم أو عمل فتقطع أخباره ولا يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وقد يغيب من جراء كارثة<sup>1</sup> طبيعية فلا يعرف يقينا أهو حي يرزق؟ أم فارق الحياة؟، فهذه حالة بين الحياة والموت يطلق على الشخص فيها صفة "المفقود".

إن ظاهرة فقدان الأشخاص تعتبر من الظواهر التي شاع حدوثها في مختلف دول العالم، فكثيرا ما نسمع عن تحطم طائرة في السماء، أو غرق سفينة في البحر، أو حدوث كوارث طبيعية كالزلازل، والفيضانات، ينتج عنها عدد من الضحايا يكونون في عداد المفقودين لعدم

---

<sup>1</sup> - أنظر: يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل شهادة ماجستير تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين-، 2003، ص:10.

<sup>2</sup> - سورة الكهف، الآية:46.

<sup>3</sup> - أنظر: الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري(الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:78 مؤرخة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30سبتمبر 1975) المعدل و المتمم، آخر تعديل بالقانون 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:31 مؤرخة في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007 )، المادة 25منه:"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

التيقن من حياتهم، لغياب دليل يؤكد وفاتهم أو بقائهم على قيد الحياة<sup>4</sup>، وقد استفحلت هذه الظاهرة في جلّ الدول العربية نتيجة للحروب والنزاعات الداخلية ولعلّ الجزائر من بين الدول التي عرفت هذه الظاهرة بحدّة<sup>5</sup>، واحتلت مساح القضاء بشكل ملحوظ، وذلك نتيجة للظروف الاستثنائية التي عرفتها البلد في العشرية الأخيرة، وما خلفته المأساة الوطنية من مفقودين، بالإضافة إلى ما خلفه كذلك فيضانات باب الوادي، وزلزال بومرداس.

إن من المعلوم شرعا وقانونا أن فقدان الشخص أو غيابه يرتب آثار قانونية بالنسبة له، ولزوجته، ولغيره، وأن فقهاء الشريعة تطرقوا لهذا الموضوع ووضعوا له الأحكام المناسبة من جهة وأن القوانين الوضعية عالجت بحسب نظرة وخلفية كلّ مشرع بين الالتزام المذهبي من جهة وتأثير الظروف الاستثنائية التي حلت بكلّ بلد من جهة أخرى.

إن أحكام ظاهرة فقدان تتميز بالتغير المستمر، وهذا نتيجة لتطور وسائل البحث والتحري والاتصالات عكس ما كانت عليه في القدم، وهذا ما يجعل المدة المحددة قانونا والتي يمكن الحكم بعدها بموت المفقود قابلة لإعادة النظر، فما كان يكفّ سنة كاملة من البحث والتحري سابقا أصبح اليوم لا يكفّ إلا ساعة، بالإضافة إلى ذلك فقصور بعض الأحكام في معالجة المفقودين في الحالات الاستثنائية التي حلت ببعض البلدان العربية ومنها الجزائر تجبر المشرع على إعادة النظر في هذه القواعد لجعلها تتلاءم و الحالات الاستثنائية من جهة و تطور وسائل البحث والتحري من جهة أخرى، كما أن للاجتهاد المعاصر دور في خلق هذه القواعد وتحديثها.

لا شك أن موضوع المفقود ذو أهمية، وأن لهذا البحث أهدافه، ولاختيار الموضوع أسبابه، وأن له إشكالية رئيسية يؤسس عليها البحث بإتباع منهج علمي، ولا بد للباحث أن تعترضه عراقيل تتطلب منه جهد للوصول إلى النتائج المرجوة.

فمن حيث أهمية الموضوع فهو ذو أهمية بالغة، كونه موضوع متجدد يحتاج إلى بحوث دورية، وإلى الاجتهاد الفقهي والقانوني للوصول إلى إحداث قواعد ثابتة تصلح لكلّ الحالات وفي كلّ الأزمنة، بالإضافة إلى ذلك فإنّ البحوث في هذا الموضوع اقتصر على دراسته في الشريعة الإسلامية فقط، أو دراسة مقارنة بين الشريعة وبين قانون معين بذاته، كما أن القضاء

4- عبد الحكيم محسن عطروش، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني-دراسة مقارنة-، مجلة الكوفة للعلوم

القانونية والسياسية-العراق-، العدد 6، تشرين الثاني 2006، ص:67.

5- أحصت الجزائر آلاف المفقودين بسبب المأساة الوطنية وكذا زلالي بومرداس وباب الوادي.



الجزائري اختلفت أحكامه في هذا الموضوع من جهة قضائية إلى أخرى لعدم دقة بعض القواعد القانونية المنظمة لأحكام المفقود.

إن هذا البحث يهدف إلى ما يلي:

- إثراء الموضوع من الناحية القانونية نظرا لوجود إشكالات لم تعالجها الدراسات والبحوث في هذا الموضوع.

- إبراز توصيات ونتائج قد تفيد المشرع العربي عامة والمشرع الجزائري خاصة في وضع أحكام ثابتة تعالج ظاهرة فقدان عوض التدخل كلما حلت كارثة بإصدار تقنين خاص.

- مقارنة بين أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والتشريع العربي لاسيما: التشريع الجزائري، المغربي والمصري، للوصول إلى معالجة دقيقة لهذا الموضوع.

إن موضوع البحث يدور حول الإشكالية التالية: هل عالج القانون موضوع المفقود بصفة موسعة وشاملة تماشيا مع عصر التكنولوجيا؟، أم اكتفى بأقوال فقهاء المذاهب الفقهية القديمة؟

إن اختياري لهذا الموضوع كان لأسباب موضوعية وأخرى ذاتية أخصها في ما يلي:

- تقشي ظاهرة فقدان في الجزائر، والتي اكتسحت مساح القضاء في السنوات الأخيرة، وجلبت اهتمام الصحف الوطنية، ومنظمات حقوق الإنسان خاصة ما يعرف بمفقودي المأساة الوطنية.

- الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر والتي دفعت المشرع إلى إصدار قوانين جديدة غض فيها الطرف عن أحكام قانون الأسرة الجزائري.

- بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه دفعتني أسباب ذاتية لاختيار الموضوع، كون أن موضوع مذكرتي لنيل شهادة الماجستير كان تحت عنوان: أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري فوجدت أنه يحتاج إلى بحث معمق وموسع الأمر الذي دفعني للاستمرار فيه.

إن موضوع المفقود كان محل دراسات سابقة، وأن معظم الكتب التي تعرضت لهذا الموضوع تناولته من نظرية فقهية فقط، وإن آخر ما كتب فيه حسب ما وصل إلى علمي:

-كتاب للدكتور جمال عبد الغفار، تحت عنوان "أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية"، وقد تعرض للموضوع من الجانب الفقهي فقط.

- كتاب لهادي محمد عبد الله، تحت عنوان: "أحكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي"، حيث تعرض للموضوع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي.

- يوسف عطاء محمد حلو، رسالة ماجستير تحت عنوان: "أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية"، وهي دراسة فقهية محضة.
  - الطيب أحمد الطيب، رسالة ماجستير تحت عنوان: "أحكام المفقود في الفقه الإسلامي"، حيث تناول الموضوع من الجانب الفقهي فقط.
  - عثمان دثشية أطروحة دكتوراه تحت عنوان: أحكام المفقود بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وهي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
  - نوي عبد النور أطروحة دكتوراه تحت عنوان: أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي في الجزائر، والتي ركز فيها الباحث على القانون الجزائري والتطبيقات القضائية الجزائرية.
  - شراين ابتسام، رسالة ماجستير تحت عنوان: "المفقود في القانون الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-"، وقد تناولت الموضوع بصفة غير معمقة.
  - بوسحابة لعيد، رسالة ماجستير تحت عنوان: "المفقود في قانون الأسرة الجزائري"، وهي دراسة تناولت فيها الموضوع بصفة مختصرة مركزا على الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري، وهذه الرسالة اتخذتها كقاعدة لأطروحتي هذه، وهي جزء منها.
- وعليه ومن خلال هذا البحث سأعرض إلى أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالأحكام الواردة في القوانين العربية لا سيما: القانون المصري، المغربي والجزائري، حيث تبينت في بحثي هذا المنهج التحليلي والمقارن: الأول لتحليل الآراء والنظريات الفقهية والنصوص القانونية، وكذا بعض الأحكام والقرارات القضائية باستخدام آليات الاستقراء والاستنباط والنقد البناء، وأما المنهج المقارن فكان من خلال مقارنة الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية (المذاهب الأربعة) وتلك الواردة في القوانين الوضعية العربية (منها: القانون المصري، المغربي والجزائري).

إن لمعالجة هذا الموضوع رسمت مبدئيا الخطة التالية:

- \*ارتأيت أنه لا بد من التمهيد للموضوع بالتطرق لماهية المفقود، حيث أتطرق فيه إلى تعريف المفقود لغة، واصطلاحا، وقانونا، ثم التعرض لتعريف الغائب، وتمييزه عن المفقود مع الإشارة إلى متى يعتبر الغائب في حكم المفقود؟، وما شروط ذلك؟

ولقد عالجت الموضوع في بابين، الباب الأول عنوانته: الأحكام المتعلقة بشخص المفقود، حيث تطرقت في هذا الباب إلى كلّ الأحكام المتعلقة بالمفقود نفسه، حيث أتطرق في الفصل الأول للحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية، الفصل الثاني خصصته للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، أما الفصل الثالث فحبذت أن أخصصه للإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري.

أما الباب الثاني خصصته للأحكام الخاصة بمال وزوجة المفقود، وقسمته إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول خصصته للأحكام الخاصة بزواج المفقود، أتطرق فيه لكل الأحكام المتعلقة

بزوجة المفقود أثناء فترة فقده، بعد الحكم بموته، وفي حالة رجوعه حيا.

أما الفصل الثاني فأتطرق فيه للأحكام الخاصة بمال المفقود، حيث أبين فيه كلّ الأحكام المتعلقة بمال المفقود: أثناء فترة فقده، ميراثه من أقاربه، تركته، ومصير أمواله في حالة رجوعه حيا بعد الحكم بموته.

الفصل التمهيدي: ماهية المفقود

## الفصل التمهيدي: ماهية المفقود

إن معرفة أحكام المفقود تستوجب منا التطرق إلى تعريفه، وكذا تعريف الغائب وتمييزه عن المفقود، حيث سنتعرض لذلك في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المفقود وتبيين أنواعه.

المبحث الثاني: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.

المبحث الثالث: اعتبار الغائب في حكم المفقود.

### المبحث الأول: تعريف المفقود وتبين أنواعه

نستهل هذا المبحث بتعريف المفقود لغة، اصطلاحاً، ثم قانوناً وفي الأخير نبين أنواعه.

#### المطلب الأول: تعريف المفقود لغة

يقال: فقد الشيء يفقده فقداً وفقداناً ومفقوداً، فهو مفقود وفقيد، أي بمعنى عدمه، والفاقد يطلق على التي مات زوجها أو ولدها<sup>1</sup>.

"تفقد الرجل الشيء: طلبه عند غيبته"<sup>2</sup>.

فقد الرجل صوابه أي تصرف بطيش وتسرع وخفة<sup>3</sup>.

يقال: فقد فلان أعصابه أي غضب وانفعل<sup>4</sup>.

فقد الرجل حياته: مات، وفقد الرجل بصره أي أصابه العمى<sup>5</sup>.

يقال: فقد الرجل رشده أي غاب عقله وخسر توازنه<sup>6</sup>.

"وفقد الرجل ابنه: غاب عنه، ضاع منه"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، حققه وعلّق عليه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص: 722.

<sup>2</sup> - جرجي شاهين عطية، معجم المعتمد، راجعه سعدي ضناوي وآخرون، إشراف اميل يعقوب، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 2011، ص: 529.

<sup>3</sup> - أنطوان نعمة وآخرون، المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت-لبنان، طبعة أولى، 2003، ص 821.

<sup>4</sup> - أنطوان نعمة وآخرون، نفس المرجع، ص: 821.

<sup>5</sup> - عصام حداد، حسان جعفر، المنبع الموسع، دار صبح، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2011م/1432 هـ، ص: 1093.

<sup>6</sup> - عصام نور الدين، معجم نور الدين الوسيط، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 2009، ص: 905.

<sup>7</sup> - عصام نور الدين، نفس المرجع، ص: 905.

" والتفقد: تطلب ما غاب من الشيء<sup>1</sup> ."

وقد جاء في القرآن الكريم: وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرِي الْهُدَىٰ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ<sup>2</sup> .  
 " قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَدُونَ<sup>3</sup> (71) قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ<sup>3</sup> ."

والفاقد: اسم فاعل، يقال الفاقد من النساء أي التي مات زوجها أو ولدها<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف المفقود اصطلاحاً

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف المفقود، فمنهم من وسع في مفهومه، ومنهم من ضيق، وإن كان أغلب الفقهاء اعتبروا المفقود الشخص الذي انقطع خبره بحيث لا تعلم حياته من مماته<sup>5</sup>، وهذا ما يخوضنا إلى التعرض لتعريف المفقود في المذاهب الأربعة وكذا المذهب الإباضي كل مذهب على حدة.

### الفرع الأول: تعريف المفقود عند المالكية

عرّف بعض المالكية المفقود بأنه: " هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره<sup>6</sup> ".  
 أما في حاشية الدسوقي فجاء تعريف المفقود: " أنه هو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه<sup>7</sup> ."

<sup>1</sup> - جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، ص: 722.

<sup>2</sup> - سورة النمل، الآية: 20.

<sup>3</sup> - سورة يوسف، الآيتين: 71 و 72.

<sup>4</sup> - أنظر: جرجي شاهين عطية، المرجع السابق، ص: 529.

<sup>5</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، الطبعة الأولى، 1435 هـ / 2014 م، ص: 154.

<sup>6</sup> - أبي الوليد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الجد، المقدمات الممهديات لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام، المجلد الخامس، ضبط نصها وخرّج أحاديثها محمد محمد تامر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة-جمهورية مصر العربية-، ص: 336.

<sup>7</sup> - أنظر: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي الربيكات سيدي محمد الدردير، بهامشه التقريرات محمد عليش، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية عيسى بابي وشركاؤه، القاهرة، -جمهورية مصر العربية-، ص: 479.

وقد جاء شرح: "من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه" في شرح حدود بن عرفة:  
 " (من انقطع خبره) أصل الجنس الغائب الذي انقطع خبره فيخرج بالمنقطع خبره الأسير،  
 ويمكن الكشف عنه إما حالاً أو صفه يخرج به المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه<sup>1</sup> ".  
 وعليه فإن المالكية يعتبرون أن المفقود من انقطع أثره ولا يعلم خبره، وألا يكون أسيراً أو  
 محبوساً.

### الفرع الثاني: تعريف المفقود عند الحنفية

جاء في تحفه الفقهاء أن المفقود هو من غاب عن بلده، إذ لا يعرف له أثر، ومرّ على  
 ذلك زمان ولم يظهر أثره<sup>2</sup>.  
 وعرفه ابن عابدين: " هو غائب لم يدّر أحْيّ هو فيتوقع قدومه أم ميت أودع اللحد  
 والبلقع<sup>3</sup>، والبلقع يعني الفقر<sup>4</sup>.  
 بينما عزّفه صاحب مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر أنه غائب لا يعلم مكانه ولا  
 حياته ولا موته<sup>5</sup>.  
 وجاء في الاختيار لتعليل المختار: أن المفقود من غاب عن بلده وأهله، أو أسره العدو ولا  
 يعلم له مكان، ولا يدري أحْيّ أم ميت، ومضى على ذلك زمان<sup>6</sup>.  
 أما في شرح فتح القدير فقد عزّف المفقود: " هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته<sup>7</sup> ".

<sup>1</sup> - أنظر: أبي عبد الله محمد الأنصاري الرضاع، شرح حدود بن عرفة، القدس للنشر والتوزيع، القاهرة-جمهورية مصر العربية،  
 الطبعة الأولى، 1430هـ / 2009م، ص: 285.

<sup>2</sup> - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، ص: 349.

<sup>3</sup> - شمس الدين التمرتاشي، ردّ المختار على الدر المختار حاشية بن عابدين على شرح الشيخ علاء الدين محمد بن علي  
 الحصكفي لمتن " تنوير الأبصار " الجزء السادس، ومعه تقارير الرافعي وضعت في الهامش زيادة في المنفعة، تحقيق عبد  
 المجيد طعمة حلي، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الثالثة، 1432هـ/2011م، ص: 448.

<sup>4</sup> - شمس الدين التمرتاشي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>5</sup> - عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكلبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للإمام محمد بن ابراهيم الحلبي، ومعه  
 الدر المنتقى في شرح الملتقى لمحمد علي بن محمد الحصفي، خرّج أحاديثه خليل عمران المنصور، الجزء الثاني، دار الكتب  
 العلمية، بيروت - لبنان-، الطبعة الأولى، 1419هـ / 1998م، ص: 537.

<sup>6</sup> - عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار الجزء الثاني، حققه وضبط نصه وأحاديثه شعيب الأرنؤوط وآخرون،  
 دار الرسالة العالمية، دمشق-الجمهورية العربية السورية-، الطبعة الأولى، 1430هـ / 2009م، ص: 503.

<sup>7</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية  
 شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، علّق عليه وخرّج أحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، الجزء  
 السادس، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1424هـ / 2003م، ص: 133.

والملاحظ من تعريف الحنفية للمفقود أنها تتقاطع في شرطين هما: عدم العلم بحياته وموته أي تتفق فيها كلّ التعريفات، فيما يشترط بعضهم شرطا ثالثا وهو: الجهل بمكان المفقود<sup>1</sup>.

والذي ينجلي من المقارنة بين تعريفات الحنفية للمفقود أن الأسير إذا لم يعلم حاله في دار الحرب يعدّ مفقودا، وإن علم حاله وأمكن الاطلاع عليه فلا يدخل في تعريف المفقود<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: تعريف المفقود عند الحنابلة

عرّف الحنابلة المفقود: "أنه من غاب عن أهله وانقطع خبره، فلا يعلم أهو حي أم ميت؟"<sup>3</sup>، أي من خفي وانقطع خبره فلم تعلم له حياة ولا موت<sup>4</sup>. ويدخل في تعريف المفقود عند الحنابلة كلّ من خفي أمره ولو بسبب الأسر<sup>5</sup>.

### الفرع الرابع: تعريف المفقود عند الشافعية

ذهب الشافعية إلى نفس تعريف الحنابلة للمفقود، حيث جاء في روضة الطالبين أن المفقود هو الذي انقطع خبره وجهل حاله سواء في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها، ويدخل فيما معناه الأسير الذي انقطع خبره<sup>6</sup>.

1- جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام المفقود -دراسة تأصيلية مقارنة-، رسالة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة والقانون، تخصص: شريعة وقانون، جامعة نايف للعلوم الأمنية-الرياض-، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، تحت إشراف أ.د: أحمد المدني بوساق، 1436هـ/2015م، ص:16.

2- أنظر: الطيب أحمد الطيب، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، تحت إشراف الدكتور محمد مصطفى شحاتة الحسيني، 1400هـ/1980م، ص:16.

3- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، تيسير مسائل الفقه شرح الروض المربع، وتنزيل الأحكام على قواعدها الأصولية وبيان مقاصدها ومصالحها وأسرارها وأسباب الاختلاف فيها، المجلد الرابع، مكتبة الرشد-ناشرون-، الرياض-المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1427هـ/2006م، ص: 188.

4- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المجلد السادس، المطابع الأهلية الأوقفت، الرياض-المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1399 هـ، ص:171.

5- أحمد بن حنبل الشيباني، زاد المستنقع في اختصار المقنع، المتن لشرف الدين أبي النجا بن أحمد الحجاوي، شرح منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م، ص:71/ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل-الجزء الثاني-، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان-، الطبعة الخامسة، 1402هـ/1982م، ص:87.

6- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء السادس، إشراف زهير شاوش، المكتب الإسلامي، بيروت-لبنان-، الطبعة الثالثة، 1412هـ/1991م، ص:34.



### الفرع الخامس: تعريف المفقود عند الإباضية

حذي الإباضية حذو المالكية في تعريف المفقود حيث جاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل: "المفقود من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه فخرج الأسر والأسير بانقطاع الخبر لأن الأسير معلوم الخبر، وبإمكان الكشف الحبس والمحبوس الذي لا يطاق الكشف عنه فإنه لا يحكم له بحكم المفقود<sup>1</sup>".

### الفرع السادس: التعريف الفقهي الراجح

ذهب رأي إلى أن تعريف الحنفية الذي ذهب إليه صاحب كتاب الاختيار لتعليل المختار هو التعريف الفقهي الراجح<sup>2</sup>، وبالتالي فإن المفقود عندهم: هو الذي غاب عن بلده، أو أسره العدو ولا يدري أحيي هو أم ميت، لا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان. ويرى آخر أن التعريف المختار هو تعريف المالكية والإباضية " فكلّ معروف الخبر لا يدخل في حقيقة المفقود على هذا التعريف سواء كان أسيراً أو غيره، وإذا لم يكن الكشف والبحث عنه ممكناً فلا يعتبر مفقوداً أيضاً، وهذا التعريف يتماشى مع ما توصل إليه العالم اليوم من معاهدات بين الدول تتضمن معاملة الأسرى ومعرفة ما يحيط بهم من ظروف...<sup>3</sup>". وفي هذا الباب أرجح أن التعريف الذي ذهب إليه بعض الحنفية هو التعريف الفقهي الدقيق وبالتالي: المفقود هو الغائب الذي لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته، لتلازم معرفة المكان بمعرفة الحياة من الموت، حيث في زماننا إذا عرّف مكان الشخص أمكن التعرف على مماته من حياته.

<sup>1</sup>- ضياء الدين عبد العزيز التميمي، كتاب النيل وشفاء العليل وشرح كتاب النيل وشفاء العليل، شرح محمد بن يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة-المملكة العربية السعودية-، الطبعة الثانية، 1392هـ/1972م، ص:26.

<sup>2</sup>- أنظر: يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص:19.

<sup>3</sup>- الطيب أحمد الطيب، المرجع السابق، ص:18.

### المطلب الثالث: التعريف القانوني للمفقود

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تعريف المفقود اختلافا شكليا، فمنهم من وسع ومنهم من ضيق رغم أن تعاريفهم تتقاطع فيما بينها، فكيف عرّفت التشريعات العربية المفقود؟، وهل تأثرت القوانين بالمذاهب الفقهية السائدة في كل بلد؟، هذا ما سأعرض له في هذا المطلب بدءا بتعريف المفقود في التشريع العربي المقارن ثم إلى تعريفه في التشريع الجزائري.

#### الفرع الأول: تعريف المفقود في بعض التشريعات العربية

عرف المشرع التونسي المفقود في الفصل 81 من مجلة الأحوال الشخصية والتي نصت على: "يعتبر مفقودا من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا"<sup>1</sup>، " حيث وردت عبارة لا يمكن في النص الأصلي والأرجح أن المشرع يقصد: (ويمكن)<sup>2</sup>، وبذلك يكون المشرع تأثر بتعريف بعض المالكية، فهذا التعريف مقتبس من الشطر الأول من حاشية الدسوقي، في حين عرّف المشرع اليمني المفقود أنه الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته<sup>3</sup> وهو مأخوذ من إحدى تعريفات فقهاء الحنفية، ونفس التعريف ذهب إليه المشرع الإماراتي<sup>4</sup>، المشرع السوداني<sup>5</sup>، المشرع القطري<sup>6</sup>، المشرع الأردني<sup>7</sup>، المشرع الليبي<sup>1</sup>، المشرع العماني<sup>2</sup>، وعلى ذلك سار المشرع

1- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956).

2- محمد الهادي بن عبد الله، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها من خلال التشريع والفقه والقضاء، دار الإسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2005، ص: 142.

3- أنظر القرار الجمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمني (الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، العدد 06 لسنة 1992)، المعدل، المادة 113 منه.

4- قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد: 439 المؤرخة في: 2005/11/30)، المعدل، المادة 223 الفقرة الثانية: "المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته"

5- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، المادة 259 الفقرة الثانية: "المفقود هو الغائب الذي لا يعرف إن كان حيا أو ميتا"

6- قانون رقم: 22 لسنة 2006 مؤرخ في 2006/06/29 الموافق 1427/06/03 بإصدار قانون الأسرة القطري (الجريدة الرسمية لدولة قطر، عدد: 08، مؤرخة في 2006/08/28 الموافق 1427/08/04هـ)، المادة 291 منه: "المفقود هو الغائب الذي لا يعرف إن كان حيا أو ميتا"

7- قانون رقم 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة 246 منه: "المفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته".

العراقي حيث عرّف المفقود على أنه هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولم تعرف حياته أو مماته<sup>3</sup>، في حين عرّف المشرع السوري المفقود أنه هو كل شخص لا تعرف حياته ولا مماته أو تكون حياته محققة و لكن لا يعرف له مكان<sup>4</sup>، أما المشرع اللبناني فنص في المادة 126<sup>5</sup> من قانون الأحوال الشخصية لطائفة الدروز على أن "المفقود هو الغائب الذي لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته" وهو مأخوذ من تعاريف الحنفية، بينما عرّفه في قانون الإرث عند المحمدين أنه: "من انقطع خبره ولا يدرى حياته ولا موته"<sup>6</sup>، أما المشرع المصري فقد نص في المادة 74 من القانون المتعلق بأحكام الولاية على المال<sup>7</sup> على أن المحكمة تقيم وكيلًا على الغائب كامل الأهلية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه و ترتب على ذلك تعطيل مصالحه في حالتين، إحداهما إذا كان مفقود لا تعرف حياته ولا مماته، ومنه نستنتج أن المفقود في نظر القانون المصري هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا مماته، أما المشرع المغربي فلم يعرّف المفقود و بناء على نص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية<sup>8</sup> يتم الأخذ

- 
- <sup>1</sup> - قانون رقم: 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي (الجريدة الرسمية لدولة ليبيا العدد: 36 لسنة 1992، السنة الثلاثون)، المادة 21/ب: "المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا مماته".
- <sup>2</sup> - مرسوم سلطاني رقم: 97/32 المؤرخ في: 28 محرم سنة 1418 الموافق 4 يونيو 1997، بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني (الجريدة الرسمية لسلطنة عمان رقم: 601 صادرة في 15/06/1997)، المادة 2/190 منه: "المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته".
- <sup>3</sup> - قانون رقم: 78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي (جريدة الوقائع العراقية، العدد: 2772 بتاريخ: 05/05/1980)، المادة 86 منه: "المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولم تعرف حياته أو مماته".
- <sup>4</sup> - أنظر المرسوم التشريعي رقم: 59 المؤرخ في 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل، المادة 202 منه.
- <sup>5</sup> - قانون مؤرخ في: 24/02/1948 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اللبناني لطائفة الموحدين الدروز (الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، العدد: 09 بتاريخ: 03/03/1948)، المادة 126 منه.
- <sup>6</sup> - قانون مؤرخ في: 23/06/1959 المتضمن قانون الإرث عند المحمدين اللبناني (الجريدة الرسمية اللبنانية، العدد: 31 المؤرخ في: 24/06/1959)، المادة 24 منه.
- <sup>7</sup> - المرسوم بقانون رقم: 119 لسنة 1952، المتعلق بشأن الولاية على المال للجمهورية المصرية (الوقائع المصرية، العدد: 18 مؤرخة في: 24/08/1952)، المادة 74 منه.
- <sup>8</sup> - قانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004، (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 5184 المؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004)، المعدل، المادة: 400 منه.

بتعريف المالكية للمفقود، ونفس الأمر بالنسبة للمشرعين الكويتي والموريتاني اللذين لم يعرفا المفقود ويحيلان إلى المشهور في مذهب الإمام مالك<sup>1</sup>.

إن ما يلاحظ على تعاريف المفقود في التشريعات العربية هو أن معظمها استعمل فيها مصطلح الغائب<sup>2</sup>، وأنها استمدت من تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية.

### الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للمفقود

أخذ المشرع الجزائري بتعريف الحنفية للمفقود الجامع المانع مع إضافة شرط صدور حكم قضائي بالفقْدان، حيث نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم<sup>3</sup>".

وفي هذا الباب اعتبر الأستاذ: دغيش أحمد في كتابه التنزيل في قانون الأسرة الجزائري أن تعريف المشرع الجزائري جاء قاصراً باعتبار أنه قد يعرف مكان المفقود لكن لا يعلم حياته من موته<sup>4</sup>، وفي ذلك لا أتفق معه إذ أن العلم بأحد المجاهيل الثلاثة المشتركة لاكتساب صفة المفقود يخرج الشخص من دائرة الفقْدان ، ضف إلى ذلك أن معرفة المكان في وقتنا هذا تؤدي لا محالة إلى معرفة الحياة من الممات، فلقد تطورت وسائل البحث وهناك اتفاقيات بين الدول تخص الأسرى في زمن الحرب والسلم، وبالتالي فإن تعريف المشرع الجزائري للمفقود جاء شاملاً جامعاً مانعاً، وهو التعريف الراجح.

<sup>1</sup> - القانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي (الجريدة الرسمية - الكويت اليوم-العدد: 1570 بتاريخ: 24 شوال 1404 هـ الموافق 1984/07/23، السنة الثلاثون)، المعدل، المادة 343: "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المبادئ العامة في المذهب". / قانون رقم: 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني (الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية العدد: 1004، مؤرخة في 15 أغسطس 2001)، المادة 311 منه: "يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك. كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع فيه إلى مشهور مذهب مالك".

<sup>2</sup> - أنظر: نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون و الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف الأستاذ الدكتور: عبد الفتاح تقيه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013/2012، ص: 28.

<sup>3</sup> - قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 24 مؤرخة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو 1984)، المعدل بالأمر رقم: 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 15 مؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005)، المادة 109 منه.

<sup>4</sup> - أنظر: دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة-الجزائر-، الطبعة الثانية، 2010، ص: 191.

وبالنظر إلى نص المادة 109 السالفة الذكر وحتى يعتبر الشخص مفقودا يستلزم توفر الشروط التالية:

- 1- غياب الشخص ومضي زمان على هذا الحال.
- 2- عدم معرفة مكانه، فلو عرف مكانه لأمكن معرفة حياته من مماته غالبا.
- 3- الجهل بأمر حياته أو مماته، أي لا يعلم يقينا أنه على قيد الحياة، ولا يعلم كذلك أنه مات وفارق الحياة<sup>1</sup>.

إن هذه الشروط تشكل جملة معادلات<sup>2</sup>، فإن غاب شرط منها لم يتحقق الفقد، فمثلا إن عرف يقينا أن الشخص حيّا يرزق فلا يمكن وصفه مفقودا، ومتى تحققت الشروط المذكورة يمكن اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بفقد الشخص، حيث لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بعد صدور الحكم بفقده.

ومنه فإن التشريعات العربية تأثرت بالمذاهب الفقهية، إذ اتفقت كلّ التعريفات على أن المفقود هو من تجهل وفاته أو مماته، في حين أضافت بعض التعريفات عدم معرفة المكان، والأدق هي التعريفات المأخوذة من تعريف بعض الحنفية للمفقود بأنه الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، لأنه كما سبق وأن ذكرنا فإنه في وقتنا هذا بمعرفة مكان المفقود يمكن معرفة حياته من مماته، وعليه فإن التعريف القانوني الدقيق للمفقود وهو ما وافق التعريف الفقهي الراجح المذكور سالفًا.

في حين هناك من يرى أن التعريف القانوني الراجح للمفقود: " هو من انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه، ولا تعلم حياته أو موته، فيخرج الأسير والسجين لإمكان الكشف عن حياته، كما يخرج الغائب الذي تعلم حياته سواء تمكن أهله من الاتصال به أم لم يتمكنوا<sup>3</sup> "، وهو مطابق للتعريف الذي ذكرنا أعلاه مع بعض التفصيل فيه.

<sup>1</sup> - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-جمهورية مصر العربية-، 2003، ص:18.

<sup>2</sup> - جملة معادلات في علم الرياضيات تستوجب أن تكون النتيجة تحقق كل الشروط المطلوبة.

<sup>3</sup> - عبد الله محمد ربابعة، " الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، المجلد:12، العدد:01، شعبان 1436 هـ/يونيو 2015، ص:

### المطلب الرابع: أنواع المفقود

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن بعض الفقهاء منهم المالكية والحنابلة فرّقوا بين حالات الفقد، فليس لكلّ من غاب عن وطنه وأهله نفس الحكم<sup>1</sup>، أما القانون فقد قسّم المفاوئد إلى قسمين وذلك وفقاً لتحديد المدة التي يحكم بعدها بموته.

#### الفرع الأول: أنواع المفقود في الشريعة الإسلامية

قسّم بعض فقهاء الشريعة أنواع المفقود إلى قسمين:

القسم الأول: أنواع المفقود باعتبار الغيبة.

القسم الثاني: أنواع المفقود باعتبار المكان المفقود فيه.

#### أولاً: أنواع المفقود باعتبار الغيبة

تبنى هذا التقسيم فقهاء الحنابلة وذلك بتقسيم المفقود من حيث الأحكام التي تطبق عليه إلى نوعين: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك ومفقود في غيبة ظاهرها السلامة<sup>2</sup>.

أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة: أي يغلب الظن بقاءه حياً كالذي سافر لسياحة أو لطلب العلم أو التجارة وانقطع خبره... الخ<sup>3</sup>، وهنا يكون احتمال النجاة كبيراً.

ب- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: أي يغلب على الظن موته، كمن فقد بين الصفيين حال الحرب، أو غرقت سفينة ونجا قوم وغرق آخرون<sup>4</sup>، وبالتالي احتمال موته كبيراً وأن احتمال نجاته شبه منعدم.

ويدخل في ذلك من فقد في الحروب الأهلية أو في منطقة عمّت فيها الفوضى... الخ.

<sup>1</sup>- أنظر: يوسف عطا محمد الطلو، المرجع السابق، ص: 25.

<sup>2</sup>- أنظر: عبد الكريم بن علي محمد النملة، المرجع السابق، ص: 188 و189. / عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، المرجع السابق، ص: 171 و172. / أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص: 71.

<sup>3</sup>- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص: 19.

<sup>4</sup>- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ص: 87.

## ثانياً: أنواع المفقود باعتبار المكان المفقود فيه

أخذ بهذا التقسيم فقهاء المالكية فمنهم من قسّم المفاقد إلى أربعة أنواع: مفقود في بلاد الإسلام، مفقود في دار الحرب، مفقود في قتال بين المسلمين ومفقود في قتال بين المسلمين والكفار<sup>1</sup>.

وهناك من أضاف نوع آخر وهو مفقود في زمن الوباء<sup>2</sup>.

(أ) **مفقود في بلاد الإسلام:** أن يفقد الشخص في بلاد المسلمين في غير زمن الحرب<sup>3</sup>، أي فقد الشخص في أرضه ووطنه أو في أحد البلدان الإسلامية في زمن السلم.

(ب) **مفقود في دار الحرب:** وهو أن يفقد الشخص في بلد من بلاد الشرك<sup>4</sup>، أي من فقد في بلاد غير المسلمين - أي بلد من بلدان الكفر<sup>5</sup>، كمن يفقد مثلاً: في الصين أو أمريكا... الخ.

(ج) **مفقود في قتال بين المسلمين:** أن يفقد الشخص في الفتن بين المسلمين إذا تقاتلوا لطلب ملك أو جاه<sup>6</sup>، فقد يحدث أن يقاتل المسلمون بعضهم بعضاً كلّ يظن أنه على حق، وقد يكون القتال بين دولتين إسلاميتين أو داخل الدولة الواحدة عن طريق النزاعات المسلحة ويطلق عليها الحروب الأهلية، ومثال ذلك في الوقت الحالي: كمن يفقد في الفتنة الواقعة في سوريا أو اليمن مثلاً.

<sup>1</sup> - أنظر: أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار اشرفية، الجزائر، ص: 52/ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة الريان، نسخة مزينة ومضاف إلى حاشيتها مقارنات المذاهب في أهم مسائل الخلاف، دار بن حزم، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1436هـ/ 2006 م، ص: 494 إلى 499.

<sup>2</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص: 387.

<sup>3</sup> - سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، المجلد الرابع، دار السلام، جمهورية مصر العربية، ص: 1640.

<sup>4</sup> - أنظر: أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، بحاشية أحمد بن محمد الصاوي، دار المعارف، القاهرة-جمهورية مصر العربية-، ص: 693.

<sup>5</sup> - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء الحادي عشر، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1413 هـ/ 1993 م، ص: 387.

<sup>6</sup> - أنظر: عثمان بن حسنين الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك-الجزء الثاني-، مؤسسة المنشورات الإسلامية العصر، وزارة الشؤون الدينية-الجزائر-، ص: 115.

(د) **مفقود في قتال بين المسلمين والكفار:** أي يفقد في حرب بين دولة إسلامية وأخرى كافرة.

(و) **مفقود في بلاد الوباء:** أي يفقد الشخص في منطقة انتشر فيها مرض قاتل. ومثال ذلك أن يفقد الشخص في منطقة انتشرت فيها الكوليرا أو الطاعون، أو في مدينة أو قرية أصابها موت جماعي بسبب زلزال أو فيضان أو نحو ذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع المفقود في القانون

أخذت معظم القوانين والتشريعات العربية بتقسيم الحنابلة للمفقود إلى غيبة ظاهرها السلامة وغيبة ظاهرها الهلاك، وذلك بغية التفريق في المدة التي يحكم بعدها بموته، فنص المشرع الجزائري في المادة 113 من ق.أ.ج إلى تقسيم الحالات التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى اثنتين: حالة الحروب والحالات الاستثنائية وهي طبعاً حالة يغلب فيها الهلاك والحالات التي تغلب فيها السلامة<sup>2</sup>، وهذا ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في المادة: 237 من قانون الأحوال الشخصية بنصه إلى حالتين للفقد أحوال يغلب فيها الهلاك وأحوال عادية<sup>3</sup>، وفي نفس السياق ذهب المشرع اللبناني في المادة: 134 من قانون الأحوال الشخصية للموحدين الدروز<sup>4</sup>، والمشرع البحريني في المادة 111 من قانون أحكام الأسرة<sup>5</sup>، والمشرع السوري في المادة 205 من قانون الأحوال الشخصية<sup>6</sup>، والمشرع الموريتاني في المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية<sup>7</sup>، والمشرع اليمني في المادة 113 من قانون الأحوال الشخصية<sup>1</sup>، والمشرع التونسي

<sup>1</sup> - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص: 499.

<sup>2</sup> - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 113 منه: "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".

<sup>3</sup> - قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات، السالف الذكر، المادة 234 منه.

<sup>4</sup> - قانون مؤرخ في 1948/02/24، المتضمن قانون الأحوال الشخصية لطائفة الموحدين الدروز اللبناني، المادة: 134 منه.

<sup>5</sup> - قانون رقم: 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة لملكة البحرين (الجريدة الرسمية لملكة البحرين، ملحق العدد: 3323 الخميس 20 يوليو 2017).

<sup>6</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 المؤرخ في: 1953/09/07، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر، المادة 205 منه.

<sup>7</sup> - قانون رقم: 2001-052 بتاريخ: 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية (الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، العدد: 1004 بتاريخ: 15 أغسطس 2001)، المادة 240 منه.



في المادة 82 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، والمشرع المغربي في المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية<sup>3</sup>، والمشرع السوداني في المادة 264 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين<sup>4</sup>، والمشرع العراقي في المادة 93 من قانون رعاية القاصرين<sup>5</sup>، والمشرع الكويتي في المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية<sup>6</sup>، ونفس السياق ذهب إليه المشرع القطري حينما قسّم حالات الفقد إلى مفقود في ظروف لا يغلب فيها الهلاك وأخرى يغلب فيها الهلاك<sup>7</sup>، أما المشرع الأردني فقسّم الفقدان إلى ثلاث أنواع<sup>8</sup>: مفقود في جهة معلومة ويغلب على الظن موته، مفقود إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحوادث الفوضى و ما شابه ذلك، ومفقود في جهة غير معلومة و لا يغلب على الظن هلاكه، بينما المشرع العماني لم يفرق بين حالات الفقد و أعطى حكماً عاماً للمفقود بغض النظر عن الجهة التي فقد فيها.

- 
- <sup>1</sup> - القرار الجمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمني، المعدل، المادة: 113 منه.
  - <sup>2</sup> - أمر علي مؤرخ في: 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية المنقح، السالف الذكر، المادة: 82 منه.
  - <sup>3</sup> - قانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المعدل، السالف الذكر، المادة: 327 منه.
  - <sup>4</sup> - قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 264 منه.
  - <sup>5</sup> - قانون رقم: 78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادة: 93 منه.
  - <sup>6</sup> - القانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة 146 منه.
  - <sup>7</sup> - قانون رقم: 22 لسنة 2006 المؤرخ في 29/06/2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 291 منه.
  - <sup>8</sup> - قانون رقم 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، المادة 249 منه.

## المبحث الثاني: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود

نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الغائب لغة، اصطلاحاً وقانوناً، ثم نتطرق إلى أنواع الغيبة لنصل إلى مقارنة الغائب بالمفقود.

### المطلب الأول: تعريف الغائب لغة

" غاب، يغيب، غب، غيباً، غيبة وغيوبة وغياباً<sup>1</sup> ".  
والقول غاب الرجل أي: بعد، سافر، استتر<sup>2</sup>، وتعني أيضاً نأى عن العينين أو البال، وهي خلاف شهد وحضر<sup>3</sup>.

والغيب: كل ما غاب عنك وهو الشك وجمعه غياب وغيوب<sup>4</sup>.

يقال: - غاب فلان عن الاجتماع أيّ تخلف عن الحضور<sup>5</sup>.

- " غاب الأمر عن التلميذ: خفي عنه ولم يهتد إليه<sup>6</sup> ".

- امرأة مغيب: غاب بعلمها أو أحد أهلها<sup>7</sup>.

ويقال: وقع في غيابة من الأرض بمعنى وقع في منهبط منها<sup>8</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف الغائب اصطلاحاً

عرّف بعض الفقهاء الغائب أنه هو كلّ من تغرب عن موطنه وأهله سواء كان ذلك لطلب علم أو تجارة، أو جهاد أو حج أو عمرة أو غزو أو غير ذلك، علم مكانه وحاله أو جهل ذلك، فهو يشمل جميع الغائبين<sup>9</sup>.

وفي تعريف آخر للغيبة أنها " صفة شخص غاب فانقطع أثره ولا يعلم له خبر ويمكن الكشف عن وجوده، أولاً يمكن الكشف عن وجوده<sup>10</sup> ".

1- عصام حداد، حسان جعفر، المرجع السابق، ص: 1033.

2- أنظر: عصام نور الدين، المرجع السابق، ص: 874.

3- عصام حداد، حسان جعفر، نفس المرجع، نفس الصفحة.

4- أنظر: جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، مرجع السابق، ص: 601.

5- عصام حداد، حسان جعفر، نفس المرجع، ص: 1032.

6- عصام نور الدين، نفس المرجع، ص: 874.

7- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب الجزء الأول، نفس المرجع، ص: 601.

8- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب الجزء الأول، نفس المرجع، ص: 603.

9- جمال الدين عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص: 17.

10- جمال الدين عبد الوهاب عبد الغفار، نفس المرجع، ص: 17.

إن المتأمل في تعريف بعض فقهاء الشريعة الإسلامية للغائب يجدها تصفه بمعلوم المكان والحياة، متصل الأخبار، البعيد عن مجلس الحكم<sup>1</sup>. إن الظاهر أن فقهاء الشريعة يختلفون في مسألة الغياب بين التوسيع والتضييق، فمنهم من اقتصرها على معلوم الخبر والموضع ومنهم من وسعها لتشمل كل من غاب علم حاله أو لم يعلم<sup>2</sup>، وإن كانوا يطلقون مصطلح الغائب غالباً على معلوم الحياة لعدم انقطاع أخباره<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: تعريف الغائب قانوناً

من خلال الاطلاع على النصوص التشريعات العربية نجد أن بعضها عرّف الغائب في حين لم تعرفه أخرى، وعليه سنتطرق أولاً لتعريف الغائب في التشريع العربي المقارن ثم لتعريفه في التشريع الجزائري.

### الفرع الأول: تعريف الغائب في التشريع العربي المقارن

عرّف المشرع السوداني الغائب أنه الشخص الذي لا يعرف محل إقامته، أولاً يمكن وصول الإعلانات إليه<sup>4</sup>، وذهب المشرع الإماراتي في نفس الصياغ حينما نص في المادة: 233 من قانون الأحوال الشخصية على أن الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته<sup>5</sup>، ونفس التعريف أخذ به المشرع الليبي<sup>6</sup>، وكذا المشرع العماني<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - العربي باشا مصطفى، الغيبة وأثرها في التطبيق - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري -، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، تحت إشراف الدكتور: حوالف عكاشة، 2013/2012، ص: 20.

<sup>2</sup> - أنظر: نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور: عبد الفتاح تقية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2013/2012، ص: 38 و 39.

<sup>3</sup> - هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي -، دار دجلة، عمان - المملكة الأردنية -، الطبعة الأولى، 2010، ص: 26.

<sup>4</sup> - أنظر: قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة: 259.

<sup>5</sup> - أنظر: قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19، المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السالف الذكر، المادة: 233 منه.

<sup>6</sup> - قانون رقم: 17 لسنة 1992، بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي، السالف الذكر، المادة الحادية والعشرون: "أ. الغائب: هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته...".

<sup>7</sup> - مرسوم سلطاني رقم 97/32، المتضمن إصدار قانون الأحوال الشخصية العماني، المادة 190 منه "الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته".

أما المشرع المغربي، التونسي، القطري، الكويتي، السوري، الموريتاني واللبناني فلم يعرفوا الغائب.

بالنسبة للمشرع المصري فيستوحى من قانون الولاية أن الغائب في نظره هو الشخص الذي ليس له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الجمهورية المصرية، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها<sup>1</sup>، كما يستخلص من المادة 111 من قانون الأسرة البحريني أن الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته<sup>2</sup>، ونفس التعريف نص عليه المشرع اليمني في المادة 113 من قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، أما المشرع العراقي فعرف الغائب أنه: "الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد عن سنة دون أن تتقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره"<sup>4</sup>، وأما المشرع الأردني فقد عرف الغائب على أنه: "الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره"<sup>5</sup>.

من خلال ما ذكر أعلاه يمكن القول إن بعض التشريعات العربية لم تعرف الغائب وتركت ذلك للفقهاء، والبعض الآخر اختلفوا في تعريف الغائب، فذهب معظمهم إلى تعريف الغائب أنه الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته، وأضاف المشرع اللبناني عبارة "ولا يمكن وصول الإعلانات إليه"، حيث أن المشرع اللبناني جانب الصواب في ذلك إذ أن وسائل الاتصال تطورت لذلك يمكن أن يكون للغائب حسابا بريديا إلكترونيا يرد فيه على جميع الإعلانات التي تصله دون أن يعرف مكان إقامته.

وعليه فإن تعريف الغائب على أنه الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا مكان إقامته يؤخذ عليه أنه جاء قاصرا حيث هذا التعريف لا يمكن من التفريق بينه وبين المفقود ذلك أنه جعل

<sup>1</sup> - المرسوم بقانون رقم: 119 لسنة 1952، المتعلق بشأن الولاية على المال للجمهورية المصرية، السالف الذكر، المادة: 74 منه.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 19 لسنة 2017 بإصدار أحكام الأسرة لمملكة البحرين، السالف الذكر، المادة: 111 منه "لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته، طلب التطلاق....".

<sup>3</sup> - قرار جمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 بشأن قانون الأحوال الشخصية اليمني، السالف الذكر، المادة 113 منه:

1- الغائب هو الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته

<sup>4</sup> - قانون رقم: 78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادة 85 منه

<sup>5</sup> - قانون رقم 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 245 منه.

مناطق الحكم في الغائب على الجهل بالموطن ومحل الإقامة، والجهل بهما يستلزم غالباً الجهل بالحياة أو الموت والذي هو مناطق الحكم على الشخص المفقود<sup>1</sup>، في حين يبدو أن تعريف المشرع العراقي يبدو أحسن التعريفات العربية من حيث المنطق والدقة.

### الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للغائب

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف الغائب في قانون الأسرة وإنما اكتفى بذكر حالة من حالات الغيبة والتي تأخذ حكم المفقود، حيث جاء في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري أن الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود<sup>2</sup>.

إن هذه الحالة التي ذكرها المشرع الجزائري تعرف بالمفقود حكماً، حيث سنتعرض لها بالتفصيل لاحقاً.

### المطلب الرابع: أنواع الغيبة

قسّم الفقهاء الغيبة إلى نوعين:

1- غيبة ارتجاع.

2- غيبة انقطاع.

أولاً) غيبة الارتجاع:

هي الغيبة القريبة التي تكون فيها أخبار الغائب غير منقطعة، كمن خرج لتجارة ولم ينو الإقامة في البلاد التي سافر إليها<sup>3</sup>.

ثانياً) غيبة الانقطاع:

قليل هي الغيبة التي سافر فيها صاحبها إلى مكان بعيد مثله الفقهاء كمن يسافر إلى إفريقيا أو الأندلس، كالذين يخرجون للمغازي فيقيمون في البلاد التي ذهبوا إليها<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق الفصائي بين الزوجين للغياب والفقد-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية -جمهورية مصر العربية-، الطبعة الأولى، 2011، ص: 12 و13.

<sup>2</sup> - أنظر: القانون 84-11 المعدّل المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المادة 110 منه.

<sup>3</sup> - يوسف محمد عطا الطلو، المرجع السابق، ص: 20.

<sup>4</sup> - أبي سعيد البرادعي خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة - الجزء الثاني-، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار النجوت للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي - الإمارات العربية المتحدة-، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002، ص: 142 و142.

كما يعبر عن الغيبة المنقطعة أيضا أنها الغيبة التي يكون فيها الغائب في مكان لاتصل إليه الرسائل أو تصله ولا يجيب عنها<sup>1</sup>، وقال بعض الفقهاء عن الغائب غيبة المنقطعة هو: "أن يكون متحولا من موضع إلى موضع فلا يوقف أثره، أو يكون مفقودا لا يعرف خبره"<sup>2</sup>.  
 وقيل في الغيبة المنقطعة أيضا أنها: "ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة"<sup>3</sup>، وقد شبه بعض فقهاء المالكية بين بعيد الغيبة والمفقود إذ جاء في ديوان الأحكام الكبرى: "إن المجهول المكان في مغيبه كالبعيد الغيبة أو أشد"<sup>4</sup>، وعليه فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في وضع حد لهذه الغيبة<sup>5</sup>، لكنهم فرّقوا في الأحكام في الغائبين غيبة منقطعة بين معلوم المكان والحال وبين مجهول الحال والمكان، لذلك تنقسم هذه الغيبة بدورها إلى قسمين<sup>6</sup>:  
 أ- معلوم الحال والمكان وهو من لم تنقطع أخباره، وحياته معلومة ومكانه معلوم.  
 ب- مجهول الحال والمكان: من جهل مكانه وحياته وموته، وهذا هو المفقود.

### المطلب الخامس: الفرق بين الغائب والمفقود

من خلال تعريف كلّ من المفقود والغائب، وتبيين أنواع الغيبة، يظهر جليا أن الغيبة بمفهومها الواسع تشمل الفقد، أي أن المفقود نوع من أنواع الغائب، بمعنى أن كلّ مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، فالغيبة هي الكلّ والفقد جزء منها، أما من حيث المفهوم الضيق فإن الفرق بينهما يتجلى فيما يلي:

<sup>1</sup> - موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة، المغني - الجزء التاسع -، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية -، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م، ص: 385.

<sup>2</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيتاني، الجزء الثالث، علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب مهدي، منشورات محمد علي منصور، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان -، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م، ص: 278 و 279.

<sup>3</sup> - موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي وأحمد محروس جعفر، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان -، ص: 14.

<sup>4</sup> - أبي الإصبع عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبلي، ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكّام، تحقيق يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية -، 1428هـ/2007م، ص: 342.

<sup>5</sup> - فراس سعدون فاضل، غيبة الولي، وأثرها على عقد النكاح - دراسة مقارنة -، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة الموصل - العراق -، المجلد السادس، العدد الثاني عشر، 1433هـ/2012م، ص: 12 و 13.

<sup>6</sup> - أنظر: يوسف عطا محمد الحلو، المرجع السابق، ص: 24.

(1) "مدار الفرق بينهما الجهل بالحياة من عدمها، أي إن جهلت حياته فهو مفقود، وإن علمت حياته فهو غائب"<sup>1</sup>.

(2) الغيبة تنقضي بحضور الغائب أو موته موتاً حقيقياً، أما الفقد فينقضي بحضور المفقود أو الحكم بتمويلته فيكون موته موتاً حكماً<sup>2</sup>.

وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الفرنسي ذهب إلى أن الفرق بين الغائب والمفقود يكمن في احتمال الوفاة في الغائب وترجح حدوثها في المفقود<sup>3</sup>، إلا أن ذلك كان محل نقد لأن التفرقة التي أقامها المشرع الفرنسي بين الغائب والمفقود ليست سوى تفرقة شكلية وظاهرية<sup>4</sup> "لأن كلاً من هذين الاصطلاحين ينصرف إلى أشخاص تكون حياتهم محل شك، غاية ما في الأمر أن الاصطلاح الأول ينطبق على مفقودين في ظروف يغلب فيها الهلاك، في حين يسري الاصطلاح الثاني على من يفقدون في ظروف ظاهرها السلامة"<sup>5</sup>.

إن كلمة الغياب تتقاطع مع كلمة الفقد، لذا وجب من الناحية القانونية التفرقة بينهما لأن لكل أحكامه، ومن ثم ذهب المغاوري إلا استنتاج تعريف قانوني للغائب قد يميزه عن المفقود وهو أن الغائب "من ترك وطنه - اختياراً، أو اضطراراً- إلى مكان آخر وأقام فيه، وحياته معلومة وأخباره موصولة ولم تنقطع ولو إجمالاً"<sup>6</sup>، لكن ما يؤخذ عليه أنه حصر الغائب في من ترك الوطن إذ أن الغياب قد يكون داخل أو خارج الوطن والأصح أن يتعلق مفهوم الغياب بمغادرة الموطن<sup>7</sup>، ومن ثم نقترح تنقيح التعريف المذكور أعلاه ليصبح تعريف الغائب هو : من ترك موطنه و محل إقامته - اختياراً، أو اضطراراً- إلى مكان آخر و أقام فيه، وحياته معلومة و أخباره موصولة ولم تنقطع ولو إجمالاً، وتسبب ذلك في ضرر للغير.

<sup>1</sup> - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، المرجع السابق، ص: 15.

<sup>2</sup> - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه دراسة مقارنة في بعض النظم المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-جمهورية مصر العربية-، 2014، ص: 12.

<sup>4</sup> - أنظر: عابد فايد عبد الفتاح فايد، نفس المرجع، ص: 31.

<sup>5</sup> - علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانونين المصري و الفرنسي، 1984، ص: 30 وبعدها، منقولة عن: عابد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص: 31.

<sup>6</sup> - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، نفس المرجع، ص: 13.

<sup>7</sup> - نوي عبد النور، المرجع السابق، ص: 44.

### المبحث الثالث: المفقود حكما

ذهبت بعض التشريعات العربية إلى اعتبار الغائب المعلوم الحياة يأخذ حكم المفقود، فما هي التشريعات العربية التي نصت هذا الحكم؟ وماهي شروط ذلك؟

#### المطلب الأول: التشريعات العربية التي نصت على المفقود حكما

ذهب المشرع السوري إلى اعتبار الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره كالمفقود<sup>1</sup>.

نفس الحكم نص عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها " الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود<sup>2</sup>".

وبخصوص هذه الحالة يرى الأستاذ المصري مبروك أن الأمر جد خطير، إذ كيف للحي أن يأخذ حكم المفقود الذي لا يعلم مكانه ولا حياته ولا موته<sup>3</sup>، والملاحظ أن هذه الحالة التي يعتبر فيها الغائب كالمفقود لا يمكن تمديدها لتشمل حالته الشخصية<sup>4</sup>، في حين هناك من يرى أن المشرع الجزائري قصد من وراء هذا النص هو اشتراكهما في اشتراط صدور الحكم القضائي<sup>5</sup>، فيما يرى الأستاذ بن شويخ رشيد أن هذا الحكم ليس على إطلاقه ولا يمكن التسوية بين المفقود والغائب إلا فيما يصلح كتعيين نائب قانوني عنه للمحافظة على أمواله وإدارتها<sup>6</sup>.

أما باقي التشريعات العربية فحسنا فعلت حينما لم تنص على هذا الحكم الذي نص عليه كل من المشرعين السوري والجزائري والذي يحتاج إلى ضبط ودقة.

<sup>1</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 1953/09/07 المتضمن قانون الأسرة السوري، المعدل، السالف الذكر، المادة 203 منه.

<sup>2</sup> - أنظر: القانون 84-11 المعدل المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المادة 110 منه.

<sup>3</sup> - أنظر: المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص: 361.

<sup>4</sup> - تشوار (م) حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، عدد: 10، سنة 2010، ص: 127.

<sup>5</sup> - أنظر: نوي عبد النور، المرجع السابق، ص: 53.

<sup>6</sup> - بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية- الجزائر-، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م، ص: 175.



إن الغائب حتى يأخذ حكم المفقود لابد من توفر جملة من الشروط سنتطرق لها في المطلب الموالي.

### المطلب الثاني: شروط اعتبار الغائب مفقودا في التشريعين الجزائري والسوري

إن الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته حتى يأخذ حكم المفقود يجب توفر الشروط التالية جملة واحدة:

1- أن تمنع الغائب ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته: أي أن عدم رجوع الغائب كان بسبب قوة قاهرة. والقوة القاهرة نجد أن تعاريف الفقه لها اتفقت على أنها حادث غير متوقع لا يمكن دفعه يترتب عليه استحالة تنفيذ التزام المدين، وبالتالي تعتبر سببا للإعفاء من المسؤولية<sup>1</sup>، ومنه نستنتج أن الظروف القاهرة هي ظروف لا يمكن دفعها وتجعل من رجوع الغائب إلى محل إقامته أمر مستحيلا، وهي ظروف تخرج عن إرادة الغائب. ونشير هنا أن المشرع لم يكن دقيقا باستعماله لفظ "محل الإقامة" لتبيين ما إذا كان يقصد بها نفس البلد أو بلد أجنبي<sup>2</sup>.

2- أن لا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة: لأن الغياب هو مانع قانوني يمنع الشخص من مباشرة تصرفاته القانونية وشؤونه بنفسه، فإن استطاع أن يتولاها بنفسه أو الاشراف على من يديرها لزال المانع<sup>3</sup>، فباستطاعته إدارة شؤونه بنفسه أو توكيل من ينوب عنه لتسييرها يمكنه دفع الضرر عن الغير الناتج من جراء غيابه.

3- أن تكون الغيبة لمدة سنة أو أكثر: يبدأ احتسابها من يوم الغياب إلى تاريخ رفع الدعوى، حيث لا يجوز للزوجة رفع الدعوى إذا لم تمض على غياب زوجها مدة سنة كاملة، إذ تحتسب هذه المدة عند الفقهاء بالسنة القمرية لكن المشرع الجزائري لم يحدّد كيفية عدّها، وقد جرى العمل بالسنة الميلادية<sup>4</sup>.

4- أن يلحق الغياب ضررا بالغير: سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

<sup>1</sup>-بوغرارة صالح، انتشار فيروس كورونا سبب أجنبي لدفع المسؤولية" بين تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كورونا كوفيد 19، الجزائر، جويلية 2020، ص: 319.

<sup>2</sup>- منصورى نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر-، 2010، ص: 42.

<sup>3</sup>- أحمد السعيد الزقرد، المدخل للعلوم القانونية" النظرية العامة للحق"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ص: 106 و108.

<sup>4</sup>- أنظر: منصورى نورة، نفس المرجع، ص: 41.

فمتى توافرت هذه الشروط جاز رفع دعوى للمطالبة بالحكم باعتبار هذا الغائب مفقودا حكما، وبالتالي تطبق عليه أحكامه باستثناء الأحكام المتعلقة بتمويته والآثار المترتبة عنها.

### تعليق

إن المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 203 من قانون الأحوال الشخصية السوري تشكلان اجتهادا يحتاج إلى ضبط وتدقيق فلا يمكن تطبيق أحكام تخص شخص لا يعرف مكانه، ولا موته من حياته على شخص معلوم المكان ومعلوم الحياة، لذا نقترح إماماً تعديل المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي كما يلي: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يأخذ حكم المفقود باستثناء الأحكام المتعلقة بتمويت المفقود والآثار المترتبة عنها"، أو إضافة مواد جديدة تنظم الأحكام المتعلقة بالغياب غيبة بعيدة.

\*إن غياب الشخص وعدم معرفة مكانه ولا حياته من مماته لا يعني في نظر القانون الجزائري أن الشخص مفقودا، حيث لا يكتسب هذه الصفة إلا بحكم صادر من الجهات القضائية يقضي بفقده، وأن ذلك لا يتأتى إلا برفع دعوى من ذويه أو من كل من له مصلحة في ذلك، وإن الحكم بالفقد يتطلب إجراءات قانونية، وتجر عليه آثار قانونية على زوجة المفقود وعلى ماله ومال غيره، وهذا ما نتطرق له في الفصل الثالث من الباب الأول.

الباب الأول: الأحكام المتعلقة بشخص المفقود.

إن ظاهرة الفقدان هي واقعة مادية وقانونية رتب عليها القانون أحكاما تخص شخص المفقود، لاسيما من حيث الحكم بالفقد وكذا الحكم بموت المفقود، فلا يكون الثاني إلا بوجود الأول، وبصدور الثاني تنقضي به الشخصية القانونية، لذا سنقسّم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: الحكم بالفقدان وأثره على بعض الحقوق الشخصية.

الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالحكم بفقدان وموت المفقود في القانون الجزائري.

الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

بعد غياب الشخص يقوم أقاربه بالبحث والتحري عنه بكافة الوسائل الممكنة بما فيها الاتصال بالمصالح الأمنية المختصة للبحث عنه، ونشر الإعلانات في الصحف والقنوات التلفزيونية، ولكن بمرور الزمن والوقت ينتابهم إحساس باليأس فيتوجب عليهم إعلان فقدته لأن ثمة مصالح تتضرر من بقاء الحال على حاله، فعندئذ فهل يعتبر الشخص مفقودا بمجرد غيابه أم يلزم استصدار حكم ليعتبر كذلك؟، كما أن للمفقود حقوق شخصية أسرية فهل تنتقل إلى غيره بعد فقدته؟ كما أن المفقود قد يكون موظفا فهل يؤثر الحكم بالفقد على وضعيته الإدارية؟، لذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا.

المبحث الثاني: أثر الحكم بالفقد على انتقال الحقوق الأسرية.

المبحث الثالث: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## المبحث الأول: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا

إن فقدان واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، وأن فقد الشخص تترتب عليه مراكز قانونية لا بد لها من سند تستند إليه، فهل يمكن اعتبار الشخص مفقودا بمجرد التصريح بفقده أم يلزم حكم القاضي لاعتباره كذلك؟، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا في التشريعات العربية.

## المطلب الأول: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا في الفقه الإسلامي

تطرق فقهاء الشريعة لمسألة المفقود من أوجه متعددة، فعالجوا مسألة حق زوجته في طلب التفريق بسبب الفقد، ومسألة تمويته وقسمة ماله، وغير ذلك، وكلّ هذا يستوجب وفقا لنظرة كلّ مذهب من ضرب الأجل المطلوب شرعا، ومن المنطق أن هذه الآجال تبنى على تواريخ يبتدئ منه احتسابها، ولا بد لها من حكم حاكم، حيث أن ما يستشف من اجتهادات جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية أن من يضرب الأجل هو السلطان أو القاضي أو الحاكم، أي لا بد لمن يرفع له الأمر أن يبحث عن الغائب حيث لا يعتبر مفقودا إلا بعد اليأس من البحث عنه وهذا يعتبر ضمنا حكما باعتبار الشخص مفقودا، ولتمحيص وتدقيق ذلك سنوضح أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة على النحو التالي:

### الفرع الأول: في المذهب الحنفي

جاء في كتاب الاختيار لتعليل المختار في حديثه عن مال المفقود أن القاضي يقيم من يحفظ مال المفقود ويستوفي غلاته فيما لا وكيل له فيه<sup>1</sup>، والقاضي قبل أن يعيّن وكيلًا للمفقود لا بد له أن يتحقق من واقعة الفقد وبالتالي لا يعين وكيلًا لشخص إلا بعد أن تتحقق فيه صفة المفقود.

### الفرع الثاني: في المذهب الشافعي

جاء في كتاب روضة الطالبين وعمدة المفتين: "الغائب عن زوجته، إن لم ينقطع خبره فنكاحه مستمر، وينفق الحاكم من ماله إن كان في بلد الزوجة مال، فإن لم يكن كتب إلى حاكم بلده ليطالبه بحقها، وإن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته فقولان: الجديد الأظهر: أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه، ثم تعتد.

<sup>1</sup> - عبد الله بن محمود الموصل، الاختيار لتعليل المختار الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 505.

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ **الفصل الأول:** الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية والقديم: أنها تتربص أربع سنين، ثم تعدد عدة الوفاة، ثم تعدد<sup>1</sup>، وجاء في تفسير ضرب الأجل على القديم، هل يحتاج إلى ضرب القاضي؟ أن في ذلك قولان أحدهما: أنها تقتصر إلى ضرب القاضي، لأن مدة التربص تثبت بالاجتهاد فتحتاج إلى حكم الحاكم<sup>2</sup>، ومنه فإنه لا بد للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يثبت حالة الفقد ويضرب لها الأجل.

وفي الحديث عن نفقة زوجة المفقود قال الشافعي أنه ينفق على زوجة المفقود من ماله من حين يفقد حتى يعلم يقين موته، وإن أجلها حاكم أربع سنين أنفق عليها منه في هذه المدة وكذا في مدة عدتها منه - أي في عدتها من زوجها المفقود<sup>3</sup>، ومنه لزم معرفة تاريخ الفقد ولا يكون إلا بحكم الحاكم ويقع إثبات هذا التاريخ على من له مصلحة في ذلك.

### الفرع الثالث: في المذهب المالكي

ذهب المالكية في حديثهم عن امرأة المفقود أن مالك قال أن امرأة المفقود لا يمكنها أن تعدد أربعة سنين إلاّ بأمر من السلطان، ولو بقيت عشرين سنة ورفعت أمرها إليه نظر في ذلك وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإن يأس من البحث عنه ضرب لها الأجل<sup>4</sup>، وجاء في كتاب إرشاد السالك: "إذا غاب الزوج غيبة منقطعة فلم تعلم حياته فلها رفع أمرها إلى الحاكم...<sup>5</sup>"، و بالتالي لا بد لزوجة المفقود ولمصلحتها أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يتحقق من فقدان زوجها ويبحث عنه فإن اعتبره مفقود ضرب لها الأجل، وجاء في المعونة أن الإمام قبل أن يضرب الأجل لزوجة المفقود ووجب عليه أن يسأل عن خبره و يبحث عنه، إذ لا يجوز له أن يبتدئ بضرب الأجل قبل البحث عن المفقود<sup>6</sup>، فامرأة المفقود إن رفعت أمرها إلى الخليفة

1- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين الجزء الثامن، مرجع سابق، ص: 400.

2- أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير- الجزء التاسع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ-1997م، ص: 486.

3- محمد بن ادريس الشافعي، الأم-الجزء السادس، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة - جمهورية مصر العربية-الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م، ص: 609.

4- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى الجزء الثاني، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، ويليها مقدمات بن رشد لما اقتضته المدونة من الأحكام لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، ضبط وخرّج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005، ص: 30 و 31.

5- شهاب الدين عبد الرحمان بن محمد بن عسكر المالكي البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، بهامشه تقريرات إبراهيم بن حسن الأنباري، مكتبة براهيم كانو، ص: 65.

6- عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة-الإمام مالك بن أنس-الجزء الثاني، تحقيق ودراسة حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1419هـ/1999م، ص: 821.



الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية أو القاضي أو من يقوم مقامه في عدمه وأثبتت الزوجية وغيبة الزوج والبقاء في عصمة زوجها يكتب إلى حاكم البلد الذي يظن وجوده فيه أو إلى البلد الجامع، فإن رجع الرسول بعدم الوقوف على خبره ضرب لها الأجل<sup>1</sup>.

إن كلّ ما ذكر أعلاه يدلّ على أن القاضي قبل أن يضرب الأجل لزوجته المفقود يتأكد من فقده ويبحث عنه فإن يأس منه قدرّ أنه مفقود ومن ثم ضرب لزوجته الأجل، وهذا ما يعتبر في وقتنا هذا الحكم باعتبار الشخص مفقوداً، أما بخصوص مال المفقود فقد جاء في مواهب الجليل أن السلطان ينظر فيه ويجمعه ويوقفه ويوكّل به من يرضى<sup>2</sup>، وطبعاً لا يكون ذلك إلا بعد أن يعتبره السلطان مفقوداً بعد إثبات الواقعة والبحث عنه.

### الفرع الرابع: في المذهب الحنبلي

يقسم الحنابلة المفقود إلى قسمين: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، ففي الغيبة التي ظاهرها الهلاك تنتظر زوجته أربع سنين من تاريخ فقده ثم تعدد عدة الوفاة ولا تحتاج إلى حكم حاكم في ضرب الأجل<sup>3</sup>، أما إن فقد في غيبة ظاهرها السلامة تربصت زوجته تمام تسعين سنة من يوم ولد وإن فقد وعمره تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره<sup>4</sup>، ومنه يظهر أن الأصل عند الحنابلة لا حاجة لحكم الحاكم في ضرب الأجل رغم أنه في الحالة الأولى وهي حالة الغيبة التي ظاهرها الهلاك لتاريخ الفقد أثر في احتساب المدة والتي على أساسها يقسم المال وتعدّد الزوجة، وأن المنطق يستدعي في أن يكون تحديد تاريخ الفقد على يد القضاء لاجتتاب النزاع في ذلك وحماية لحقوق الناس من التلاعب. وفي الأخير يمكن القول أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن ضرب الأجل لا بد أن يكون من طرف القاضي، حيث أن القاضي قبل أن يضرب الأجل لا بد له من أن يتحقق من فقد الشخص وهو ما يعبر عنه في زماننا هذا بالحكم بالفقد.

<sup>1</sup>- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني-الجزء الثاني-، ضبطه وصححه وخرّج آياته عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م، ص:66.

<sup>2</sup>- أبي عبيد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطّاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل- الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م، ص:497.

<sup>3</sup>- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ص:88.

<sup>4</sup>- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، المرجع السابق، ص:172.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## المطلب الثاني: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقوداً في التشريعات العربية

إن من المعلوم قانوناً أن الفقدان واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، وأن هذه الواقعة تنتج مراكز قانونية وتترتب عليها حقوق سواء بالنسبة للزوجة أو الورثة أو لكل ذي مصلحة، فإذا كان جمهور الفقهاء يرى لزوم حكم الحاكم لاعتبار الشخص مفقوداً فهل اشترط القانون صدور حكم قضائي إما لاعتبار الشخص مفقوداً أو لإعلان حالة الفقد؟، لبيان ذلك نتطرق لهذه المسألة في التشريعات العربية المقارنة ثم لموقف المشرع الجزائري.

### الفرع الأول: في التشريعات العربية المقارنة

لم تشترط كل التشريعات العربية صراحة صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقوداً، ولكن من خلال تفحصنا للأحكام القانونية المنظمة لمسألة المفقود نصنف التشريعات العربية إلى صنفين: الصنف الأول: لم تشر هذه التشريعات إلى وجوب صدور حكم قضائي يقضي بالفقدان، لكن فحوى القواعد القانونية المتضمنة للأحكام الخاصة بالمفقود توحى بلزوم صدور حكم أو قرار قضائي يتضمن في طياته اعتبار الشخص الغائب مفقوداً، أما الصنف الثاني نص صراحة على لزوم صدور حكم قضائي يتضمن إعلان حالة الفقدان، وهذا ما نبينه أدناه.

#### **1- التشريعات العربية التي لم تنص على وجوب صدور حكم قضائي يتعلق بالفقدان**

لم تنص جل التشريعات العربية على وجوب صدور حكم أو قرار قضائي يتضمن اعتبار الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا حياته من مماته مفقوداً، لكن من خلال تفحص الأحكام القانونية المنظمة لحالة الفقدان نجد أن هذه التشريعات نصت على ما يلي:

1- وجوب تعيين وكيل قضائي للمفقود أو قيّم لإدارة أمواله إن لم يكن له وكيلاً<sup>1</sup>، لكن في حالة إذا ترك المفقود وكيلاً فليس هناك نص يجبر هذا الوكيل أو من له مصلحة في عرض هذه الوكالة على القاضي لتثبيتها، وبمفهوم المخالفة فإن هذه التشريعات تركت المسألة مبهمه، إذ القاضي لا يمكنه تعيين وكيلاً إلا بناءً على طلب الورثة أو من له مصلحة، وليس

---

<sup>1</sup> - أنظر: قانون مؤرخ في: 1948/02/24 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للموحدين الدروز اللبناني ، السالف الذكر، المادة 128 منه/ قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السالف الذكر، المادة: 234 منه/ المرسوم رقم: 59 المؤرخ في: 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر ، المادة 204 منه/ القرار الجمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، السالف الذكر، المادة: 114 منه/ قانون 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للمملكة الأردنية، المادة: 247 منه/ قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1992، المادة: 262 منه/ قانون رقم: 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين موزون في حكمهم - الليبي -، المادة: 22 منه.

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ **الفصل الأول:** الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية  
هناك نص يجبره على ذلك، وبالإضافة إلى ذلك لا يوجد نص يلزم الوكيل أو كلّ ذي مصلحة في عرض الوكالة على القاضي، وفي هذا الشأن ننوه أن المشرع السوري تقطن لهذه الحالة وفصل فيها من خلال المادة 204 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها: "إذا ترك المفقود وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت له وكيلا قضائيا"، ومن خلال هذا النص يستنبط أنه يجب عرض الوكالة على القضاء الذي بدوره يثبت حالة الفقدان أولا ثم يقضي بتثبيت الوكيل أو تعيين آخر حسب الحالة.

2- يجب القاضي البحث على المفقود بكل الوسائل الممكنة<sup>1</sup>، وطبعا في هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يعلن الفقد أولا ثم يبحث عنه بكل الوسائل الممكنة.  
3- أجمعت التشريعات العربية على أن الحكم بموت المفقود يكون بعد مضي المدة المنصوص عليها قانونا - مخصص لها مبحث مستقل- والتي تحسب غالبا من تاريخ الفقد، وبالتالي فإن هذا التاريخ مهم جدًا في احتساب تلك المدة، ولا يكون هذا التاريخ ثابتا إلا بموجب حكم أو قرار قضائي.

2- التشريعات العربية التي نصت على وجوب صدور قرار أو حكم قضائي يتعلق بالفقدان نص المشرع العراقي صراحة على أن الإعلان عن الفقد يتم بإحدى الطرق التالية<sup>2</sup>:  
- قرار من المحكمة بالنسبة للمدنيين.

- قرار من وزير الدفاع الوطني بالنسبة لأفراد القوات المسلحة.

- قرار من وزير الداخلية بالنسبة لقوى الأمن الداخلي.

ومنه فإن قرار المحكمة أو قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية يظهر حالة المفقود للعلن وبها يعلم كلّ ذي مصلحة تاريخ الفقدان، وتجدر الإشارة أن المشرع العراقي نص في المادة 36

---

<sup>1</sup> - انظر: قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة: 262 منه/ قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السالف الذكر، المادة: 237 منه/ القرار الجمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، السالف الذكر، المادة: 118 منه/ قانون 97/32 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العماني، السالف الذكر، المادة: 195 منه.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادة 87 منه: " يتم إعلان حالة المفقود بقرار من المحكمة، ويقوم قرار وزير الدفاع أو وزير الداخلية مقام قرار المحكمة بالنسبة لأفراد القوات المسلحة وقوى الأمن الداخلي، ويلغى الإعلان إذا اظهر دليل على حياة المفقود".

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية من القانون المدني<sup>1</sup> على: "من غاب بحيث لا يعلم أحيي أم ميت يحكم بكونه مفقودا بناء على طلب كل ذي شأن"، ومنه نجد أن المشرع العراقي نص صراحة على أن إعلان اعتبار الشخص مفقود يكون بموجب حكم قضائي، وقد أحسن المشرع صنعا حينما ذكر لفظ "إعلان حالة المفقود"، حيث هذا الحكم القضائي هو يكشف حالة المفقود ويعلنها بعدما كانت خفية.

### الفرع الثاني: في التشريع الجزائري

اشترط المشرع الجزائري وجوب صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا مماته ولا حياته مفقودا، فقد نص على ذلك المشرع في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري كما ذكرنا سابقا والتي جاء فيها: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"، فالمشرع الجزائري نص صراحة على لزوم صدور حكما يقضي بالفقدان حتى يعتبر الشخص مفقودا، وبذلك نسجل أن المشرع أصاب في ذلك مثله مثل المشرع العراقي خلافا للتشريعات العربية الأخرى التي تركت هذه المسألة مبهمة، وما زاد موقف المشرع دقة عندما حدّد في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري الأشخاص الذين يمكنهم طلب الحكم بالفقدان<sup>2</sup>.

إن صدور الحكم بالفقدان شرط حتى يأخذ الشخص الغائب صفة المفقود، إذ لا يمكنه أخذ هذه الصفة ما لم يصدر حكما يقضي بفقدانه ولو تحققت كلّ الشروط المطلوبة قانونا عدا هذا الشرط<sup>3</sup>، ولكن هل هذا الحكم هو كاشف للفقدان أم منشئ له؟

يرى الأستاذ: "حسين آث ملويا" في تعليقه على قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10/04/2002<sup>4</sup> أن الحكم بالفقدان هو كاشف و منشئ في آن واحد وقد فسّر ذلك في تعليقه كما يلي: "حقيقة أن الفقدان إنما يثبت بعد التحري، لكن احتساب الأربع سنوات لا يبدأ من تاريخ الفقدان، وإنما من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، لأن القاضي هو الذي يمنح مهلة الأربع سنوات لمن له مصلحة من أهل المفقود للتربص وبما أن القاضي هو الذي يمنح تلك المهلة في

<sup>1</sup> - القانون رقم: 40 بتاريخ: 08/08/1951 المتضمن القانون المدني العراقي (الوقائع العراقية، العدد: 3015 بتاريخ: 08/09/1951).

<sup>2</sup> - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، المادة 114 منه: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة".

<sup>3</sup> - عثمان ديشيشة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة الجزائر 1-يوسف بن خدة-، كلية الحقوق، 2016/2015، ص: 26.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 10/04/2002، ملف رقم: 290808، فهرس رقم: 324.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية  
الحكم القاضي بالفقدان، فإن حكمه وإن كان كاشفا لحالة الفقدان، فإنه منشئ لمهلة الأربع  
سنوات والتي لا تبدأ إلا من يوم النطق بذلك بواسطة حكم الفقدان، وعلى ذلك فالمحكمة العليا  
خلطت بين أمرين هما:

1- حالة الفقدان والتي يكون الحكم القاضي بالفقدان كاشفا لها، وبالتالي يكون تاريخها  
سابقا للحكم القاضي بالفقدان، ويكون ثبوتها بعد التحري الذي يقوم به القاضي بواسطة شهادة  
الشهود أو الضبطية القضائية أو النيابة العامة.

2- مهلة التبرص المقدرة بأربع سنوات فإن القاضي هو الذي ينشئها، وبالتالي ينص  
عليها في حكم الفقدان، ولا يكون الحكم كاشفا لها لأنها لم توجد في الماضي، وعلى ذلك فإن  
مهلة التبرص المقدرة بأربع سنوات إنما يبدأ احتسابها من يوم صدور الحكم القاضي بالفقدان  
وليس من تاريخ الفقدان الفعلي<sup>1</sup>.

وفي تعليق للأستاذ: "بلحاج العربي" على نفس هذا القرار وصفه أنه من القرارات القليلة  
المهمة التي تعرضت فيها المحكمة العليا للأحكام الخاصة بالمفقود والذي بينت فيه أن احتساب  
مهلة الأربع سنوات يكون من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم<sup>2</sup>، ومن ثم فإن الحكم بالوفاة وفقا  
لقانون الأسرة الجزائري هو كاشف لا منشئ<sup>3</sup>، وبالتالي يمكن القول أن تعليق حسين آث ملويا  
المذكور أعلاه نجده أصاب في الشرط الأول كون أن الحكم بالفقدان هو كاشف لحالة الفقدان  
ولم يصب في الشرط الثاني الذي أعتبر فيه أن الحكم بالفقدان منشئ للأثر المتعلق بضرب  
الأجل الذي يبدأ احتسابه من تاريخ الحكم، ومن ثم يتضح جليا أن الحكم بالفقد هو كاشف  
لحالة الفقدان وليس منشئا لها، ونشير إلى أن المشرع العراقي كان دقيقا عندما نص في المادة  
87 من قانون رعاية القاصرين على عبارة "إعلان حالة المفقود" والتي هي إظهار وكشف حالته  
للعلن بعدما كانت خفية.

1- حسين آث ملويا، حكم المفقود في قضاء المحكمة العليا - تعليق على قرار قضائي-، مجلة الفكر البرلماني، مجلس  
الأمة، الجزائر، العدد: 20، جويلية 2008، ص: 134 و 135.

2- بلحاج العربي، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ: 2002/04/10  
ملف رقم: 290808، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد الأول، ص: من 105 إلى 115.

3- طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد: 32، الجزء  
الثالث، سبتمبر 2018، ص: 42.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## المبحث الثاني: أثر الحكم بالفقد على انتقال الحقوق الأسرية

تنقسم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، وتنقسم هذه الأخيرة إلى عدة حقوق منها الحقوق الأسرية والتي تعرف أنها " الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضوا في أسرة لتنظيم علاقته بأسرته، كحق الزوج على زوجته في أن تطيعه، وحق الزوجة على زوجها في توفير وسائل العيش لها، وأن يكون أمينا عليها، وحق الأب في تأديب ابنه، وحق الابن على أبيه في تربيته"<sup>1</sup>.

لقد شرع الشرع والقانون للزوجين بصفتهما أبا وأما حقوقا أسرية تثبت لهما بهذه الصفة، ومن هذه الحقوق حق الولاية على النفس، وحق الحضانة، فهل ينتقل هذين الحقين إذا فقد من ثبت له الحق ابتداء؟، للإجابة على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حق الولاية على النفس.

المطلب الثاني: حق الحضانة.

### المطلب الأول: حق الولاية على النفس

تعرف الولاية على النفس على أنها: "هي سلطة يملكها الولي على المولى عليه، تخوله الحق في تزويجه، وتأديبه، وتعليمه، وتطبيبه، والعناية به في كل ما تحتاجه نفسه مادام تحت ولايته، شاء المولى عليه ذلك أم أبي<sup>2</sup>"، "وتعتبر الولاية في الزواج ضرب من ضروب الولاية على النفس<sup>3</sup>"، إن المفقود قد يكون أبا ويترك بنات فيأتي من يطلب نكاحهن، فهل يزوجهن الولي الأبعد؟، وهل رتب الشرع والقانون الأولياء لاسيما في النكاح؟، لتبيين ذلك سنتطرق أولا لترتيب من لهم حق الولاية في النكاح، ثم نتطرق لانتقال هذا الحق بسبب فقد الولي القريب.

### الفرع الأول: ترتيب الأولياء في النكاح

من المعلوم أن فقهاء الشريعة الإسلامية رتبوا من لهم حق الولاية في النكاح، فهل سار القانون في نفس المنهج أم ترك الأمر للشرع؟

<sup>1</sup> - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق والقانون بوجه عام " الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص:19.

<sup>2</sup> - أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية (الأهلية والنيابة الشرعية، والوصية، والوقف، والتركات)، منشورات جامعة دمشق، دمشق - سوريا، 1436-1437هـ / 2015-2016، ص:72.

<sup>3</sup> - محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب، ليبيا، موريتانيا)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش - المملكة المغربية، الطبعة الأولى، 2009، ص:61.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## أولاً: ترتيب الأولياء في الشريعة الإسلامية:

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الولاية تثبت بإحدى الأمور التالية<sup>1</sup>:

- الملك: وهي ولاية السيد على المملوك.
- القرابة: وتشمل العصبة وغيرهم.
- الولاء: والمقصود به ولاء العتاقة.
- الإمامة: وهي ولاية السلطان ومن ثم تثبت للقاضي.

لكنهم اختلفوا في ترتيب الأولياء حيث يرى المالكية والحنفية أن الأحق بتزويج المرأة هو ابنها، بينما يرى الحنابلة أن الأولوية في الولاية للأب، أما الشافعية فيرون أن الابن ليس له حق الولاية في النكاح، وقد رتبوا من لهم حق الولاية على النحو التالي:

### 1- الشافعية

جاء في روضة الطالبين وعمدة المفتين عند حديثهم عن ترتيب الأولياء: "تقدم جهة القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة، ويقدم في القرابة الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصابات، والترتيب في التزويج كالترتيب في الإرث، إلا في مسائل، إحداهما الجدّ يقدم على الأخ هنا<sup>2</sup>".

إن الملاحظ عند الشافعية أن الابن ليس له حق ولاية التزويج.

### 2- الحنفية

جاء في الفتاوي الهندية: "تثبت الولاية بأسباب أربعة: القرابة والولاء والإمامة والملك كذا في البحر الرائق، وأقرب الأولياء إلى المرأة: الابن ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب ثم الجدّ أبو الأب وإن علا كذا في المحيط... ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب وإن سفلوا، ثم العمّ لأب وأم ثم العمّ لأب، ثم ابن العمّ لأب وأم ثم ابن العمّ لأب وإن سفلوا، ثم عمّ الأب لأب وأم ثم عمّ الأب لأب ثم بنوهما على هذا الترتيب، ثم عمّ الجدّ لأب وأم ثم عمّ الجدّ لأب ثم بنوهما على هذا الترتيب ثم رجل هو أبعد العصابات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد كذا في التتارخانية، وكلّ هؤلاء لهم ولاية الإيجار على البنات والذكر في حال صغرهما

<sup>1</sup> - محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الطلائع، القاهرة - جمهورية مصر العربية-، ص: 58/ أحمد الحجي الكندي، المرجع السابق، ص: 73.

<sup>2</sup> - الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء السابع، مرجع سابق، ص: 59.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية وحال كبرهما إن جنّا كذا في البحر الرائق، ثم مولى العتاقة يستوي فيه الذكر والأنثى ثم عصبه المولى كذا في التبيين، وعند عدم العصبه كلّ قريب يرث الصغيرة والصغير من ذوي الأرحام...<sup>1</sup>.

يلاحظ أن الحنفية أعطوا البنوة الولاية قبل الأبوة عكس الشافعية الذين لم يعطوا حق الولاية للابن.

### 3- الحنابلة

رتّب الحنابلة الأولياء في النكاح كما يلي: يقدم أبو المرأة الحرّة على غيره، فإن لم يوجد أبوها فيزوجها وصيه، ثم جدّها لأبيها وإن علا، ثم ابنها ثم أبناءه وإن نزلوا الأقرب فالأقرب، ثم أخوها الشقيق، ثم أخوها لأب، ثم ابن أخيها الشقيق وإن نزل، ثم ابن أخيها لأب وإن نزل، ثم عمّها الشقيق، ثم عمّها لأب، ثم ابن عمّها الشقيق وإن نزل، ثم ابن عمّها لأب وإن نزل، كالميراث في ما سبق كلّ، فأقرب عصبه كالإرث، فيكون أحق العصبات بعد الإخوة بالميراث أحقهم بالولاية، فيزوجها وليها الذي أنعم عليها بالعنق، ثم أقرب عصبه وليها، ثم السلطان وهو الإمام أو نائبه وهو القاضي، ثم ذو سلطان في بلدتها أو مكانها مثل كبير القرية أو ولي القرية، أو أمير قافلة، وهو أصلح شخص يوجد في القرية أو القافلة، ثم رجل عدل ترضى بوكالته عنها في ذلك، وتجدر الإشارة أن كلّ من أدلى بالأمّ إلى البنت لا يصح له أن يتولى زواجها<sup>2</sup>.

وعليه يتضح أن الحنابلة جعلوا الولاية تنتقل بعد الأب إلى وصيه.

### 4- المالكية

جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد أن الولاية في النكاح عند المالكية نسب والسلطان ومولى والوصي، ترتيبها بالنسب معتبر فيه التعصيب مع تقديم الأبناء على الآباء، فالأبناء أولى بالولاية وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم الإخوة لأب، ثم بنوا الإخوة لأب وأم، ثم الإخوة لأب، فالأجداد لأب وإن علوا، ثم العمومة على ترتيب الإخوة المذكور وإن

<sup>1</sup> - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيريّة في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الجزء الأول، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000م، ص: 312.

<sup>2</sup> - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المرجع السابق، ص: 272 إلى 274.



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية سفلوا، ثم المولى-الأعلى أولى من الأسفل-، ثم السلطان ووصي الأب أولى عند مالك أولى من ولي النسب<sup>1</sup>.

ومنه يمكن القول أن المالكية وافقوا الحنفية في تقديم الأبناء على الآباء في الولاية.

### ثانيا: ترتيب الأولياء في التشريعات العربية

اتفقت التشريعات العربية الحديثة أن الراشد يمكنها عقد زواجها بنفسها واختيار من يتولى زواجها وخلفيتهم في ذلك تعود إلى سوء توظيف بعض آراء الحنفية، حيث وجدوا في ذلك ما يوافق الاتفاقيات الدولية التي تحث على تحرير المرأة لاسيما اتفاقية سيداو والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ<sup>2</sup>.

إن مسألة الولاية في النكاح من أهم المسائل في الوطن العربي التي خضعت لتجاذبات التيارات الفكرية والإيديولوجية المختلفة تبعا لاختلافها في المصادر والمؤثرات<sup>3</sup>، وعليه هل رتب القانون من لهم حق في تزويج القاصر؟ أم ترك ذلك للمرجع الشرعي لكل دولة؟، وعليه سنتطرق لمسألة ترتيب من لهم حق الولاية في بعض التشريعات العربية المقارنة ثم في التشريع الجزائري.

### **1- في التشريعات العربية المقارنة**

سنبين ترتيب من لهم حق الولاية في التشريعات التالية: التشريع المغربي، التشريع المصري، والتشريع الكويتي.

#### **أ- في التشريع المغربي**

نصت المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية أن الولاية حق للمرأة الراشدة، ولها أن تمارسها حسب اختيارها ومصلحتها، أما المادة 25 منها<sup>4</sup> فأعطت للراشدة الحق أن تعقد زواجها

<sup>1</sup> - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص: 12 و 13.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم: 96-51 مؤرخ في 02 رمضان 1416هـ الموافق 22 يناير سنة 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 06، المؤرخة في 04 رمضان 1416هـ/ الموافق 24 يناير سنة 1996).

<sup>3</sup> - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية-الجزائر-، ص: 181.

<sup>4</sup> - القانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 25 منه: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تقوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية بنفسها أو تفوض أباها أو أحد أقاربها، ومن ثم فلا حاجة في مراعاة ترتيب من لهم حق الولاية على الراشد.

إن من أهم المستجدات التي جاءت بها المدونة المغربية في هذا الباب هو النص صراحة على أن الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسها حسب مصلحتها واختيارها، ومن ثم أصبح من حقها بقوة القانون عقد زواجها بنفسها مثلها مثل الرجل<sup>1</sup>، وبالتالي فإن للمرأة المغربية الراشدة استعمال حقها في الولاية أو لا تستعمله، حسب ما ترتئيه، فإذا ارتأت أن يكون لها ولي لإبرام عقد زواجها فلها أن تختار بين أبيها أو أحد أقاربها<sup>2</sup>، فإذا كان المشرع المغربي منح المرأة المغربية الراشدة الحق في أن تعقد زواجها بنفسها أو اختيار من يتولى أمر زواجها أبا كان أو غيره من أقاربها، فقد جعل عقد القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي<sup>3</sup>، و استصدار إذن من القاضي، حيث خول القانون في ذلك سلطة تقديرية واسعة للقاضي خاصة إذا كان الولي رافضا لهذا الزواج، مما يجعل القاضي في الكثير من الحالات يزواج في منح الإذن بالزواج بين الشهادة الطبية و البحث الاجتماعي<sup>4</sup>، وبالرجوع إلى المادة 231 من مدونة الأسرة المغربية<sup>5</sup> فقد رتب من لهم حق الولاية الشرعية على النحو التالي:

1- الأب الراشد.

2- الأم الراشدة عند عدم الأب أو فقد أهليته.

3- وصي الأب.

4- وصي الأم.

5- القاضي.

6- مقدم القاضي.

<sup>1</sup> عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة - الزواج-الطلاق-التطليق، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الدراسات والأبحاث، الرباط، المملكة المغربية، العدد: 07، نوفمبر 2008، ص: 45-46.

<sup>2</sup> محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية - الكتاب الأول: عقد الزواج وآثاره-، مطبعة النجاح، الدار البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الثانية، 2009/1430، ص: 308.

<sup>3</sup> محمد الشافعي، المرجع السابق، ص: 70.

<sup>4</sup> أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، دار القلم، الرباط - المملكة المغربية-، الطبعة الأولى، 2011، ص: 63 و 64.

<sup>5</sup> أنظر: القانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 231 منه.

## ب- في التشريع المصري

لم ينص المشرع المصري على ترتيب الأولياء في القوانين المنظمة للأحوال الشخصية وبالرجوع إلى المادة الثالثة من القانون رقم: 01 لسنة 2000 المنظم لبعض الأحوال الشخصية نجد أن المشرع المصري يحيلنا في المسائل المتعلقة بزواج المسلمين إلى الراجح من المذهب الحنفي<sup>1</sup>، والذي ذكرناه سابقاً.

## ج- في التشريع الكويتي

فرّق المشرع الكويتي في أحكام الولاية بين ولاية البكر بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين سنة<sup>2</sup> وبين الثيب والبكر البالغ عمرها خمسة وعشرون سنة فأكثر<sup>3</sup> على النحو التالي:  
1- الولاية على البكر بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين: يتولى زوجها وليّها هو العاصب بالنفس حسب ترتيب الإرث، فإن لم توجد العصبه انتقلت الولاية إلى القاضي، واشترط المشرع في ذلك تطابق إرادة الولي والمولى عليها، أي أن يوافق كليهما على الزواج.

2- الولاية على الثيب وكذا البكر البالغة خمسة وعشرين سنة فأكثر: الرأي لها ولكن يباشر العقد وليّها وهو كما ذكرنا سابقاً، واستثناءً أجاز المشرع للثيب أن تطلب من القاضي أن يعقد زوجها بزوجها السابق، حيث يجب على القاضي في هذه الحالة إخطار الولي وسماع رأيه.  
قد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي: أن المقصود بالبلوغ هو البلوغ الطبيعي، وأنّ الفترة بين البلوغ الطبيعي وسن الخامسة والعشرين مرحلة حرجة للفتيات،

---

<sup>1</sup> - القانون رقم: 1 لسنة 2000، بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، المادة الثالثة منه: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنها نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة، وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل في شأنها بأرجح الأقوال في المذاهب الفقهية الأربعة. ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى 31 ديسمبر سنة 1955، طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام".

<sup>2</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدّل، السالف الذكر، المادة: 29 منه: "أ- الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين هو العصبه بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبه فالولاية للقاضي. ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكراً كان أو أنثى.

ب- يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها"

<sup>3</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدّل، المادة: 30 منه: "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زوجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها. واستثناء من الفقرة السابقة يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيق الشرعية ليتولى مباشرة عقد زوجها من زوجها السابق وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه."

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية  
فلا يمكن فيه إطلاق الحرية بتطبيق الراجح في الفقه الحنفي أو إطلاق العنان للولي بإجبارهن  
على الزواج بمن يرضى به الولي وفقا للمذهب المالكي، لذلك وافق المشرع بين المذهبين بما  
يتمشى ومصالحة الفتاة دون تهميش دور الولي فاشتراط اجتماع رأييهما معا، أما بالنسبة لترتيب  
من لهم حق الولاية فكان ذلك أخذا برأي الإمام أحمد، وأن المشرع أقرّ للولي مباشرة عقد النيب  
أو التي بلغت سن الخامسة والعشرين بالتمام بعد أخذ رأيها مراعاة للتقاليد وحفاظا على مكانة  
الولي.

#### د- في التشريع الجزائري

نصّ المشرع الجزائري على الولاية في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء  
فيها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.  
ودون الإخلال بالمادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد  
الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

يتضح من نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري أن القانون كرس حق المرأة  
الراشدة في مباشرة عقد زواجها واشتراط فقط حضور الولي فيه أبا كان أو أحد الأقارب أو أي  
شخص تختاره ولو كان غير قريب لها، وهو بذلك فتح الباب أمام التأويل، إذ أن "أو" في النص  
تفيد التخيير، و بالتالي يمكنها بسهولة الاستغناء عن ولاية الأب إلى شخص آخر من الغير  
وهذا الأمر مخالف لتقاليد مجتمعنا<sup>1</sup>، "ومنه يتضح أن المشرع الجزائري لم يعتمد رأي الحنفية  
بمختلف رواياتهم، ولا أخذ برأي الجمهور في اشتراط إذن الولي، ولا حتى برأي الظاهرية الذين  
يفرّقون بين البكر والنيب، فجاء برأي جديد لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج<sup>2</sup>،  
وبذلك يمكن القول أن المشرع اعتبر الولاية في النكاح بالنسبة للمرأة الراشدة أمرا شكليا مادامت  
غير ملزمة بإحضار ولي معين، إذ لها أن تختار من تشاء ومن ثم لا قيمة لمعيار القرابة أو

<sup>1</sup> - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، القبة -  
الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص: 65 و 66.

<sup>2</sup> - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص: 219.

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ **الفصل الأول:** الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية النسب<sup>1</sup>، وعليه فإن المشرع طبقا لنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري جعل الولي يتولى العقد متى كان الزوج أو الزوجة قاصرا<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لترتيب من لهم حق الولاية فقد اقتصرها المشرع الجزائري مثل المشرع المغربي على القاصر، وقد رتب من لهم حق الولاية على القاصر طبقا لنص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: الأب، ثم أحد الأقارب الأولين، ثم القاضي، وبالتالي وجب طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة ترتيب الأقارب الأولين، وأرجح الأخذ برأي المالكية.

### الفرع الثاني: انتقال حق الولاية بسبب فقد الولي الأقرب

إذا فقد الولي الأقرب فهل تنتقل الولاية إلى من يليه؟، للإجابة على ذلك سنبين موقف الشريعة الإسلامية ثم ما ذهب إليه التشريعات العربية.

#### **أولا- في الشريعة الإسلامية**

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنه في حالة فقدان الولي الأقرب تنتقل ولاية التزويج لكنهم اختلفوا إلى من تنتقل لهم هذه الولاية على النحو التالي:

#### **1- الشافعية**

ذهب الشافعية أنه إذا فقد الولي الأقرب فلا تنتقل ولاية التزويج إلى الولي الأبعد وإنما يزوجها السلطان، وفي ذلك قال الشافعي رحمه الله: "ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء وأولى منه حيّ غائبا كان أم حاضرا، بعيد الغيبة، منقطعها، مؤيسا منه، مفقودا أو غير مفقود، وقريبها مرجو الإياب غائبا، ولا يزوجها إلا السلطان الذي يجوز حكمه، فإذا رفع ذلك إليه فحق عليه أن يسأل عن الولي، فإن كان غائبا سأل عن الخاطب، فإذا رضي به، أحضر أقرب الولاية وأهل الحرم من أهلها، وقال هل تنقمون شيئا؟ فإن ذكروه نظر فيه، فإن كان كفؤا ورضينه أمرهم بتزويجه، فإن لم يفعلوا زوجته، وإن لم يأمرهم وزوجه فجانز<sup>3</sup>."

وعليه فإن زواج المرأة بعد فقد وليها الأقرب يتولاه السلطان، وأن زواجها لا يكون إلا برضاها وبكفء لها.

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص: 111 و112.

<sup>2</sup> - بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، دار النشر مطبعة المنار، سطيف - الجزائر، الطبعة الأولى، 2011، ص: 168.

<sup>3</sup> - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ص: 38.

## 2- الحنفية

ذهب الحنفية إلى أن الولي الأقرب تزول ولايته بالغيبة ومن ثم تنتقل إلى الولي الأبعد، أي إن كان الولي الأقرب غائبا غيبة منقطعة كأن كان مفقودا فيجوز للولي الأبعد أن يزوّج الصغيرة<sup>1</sup>، والسبب في ذلك يرجع إلا أنه لو انتظر حضور الولي الأقرب فات الكفاء الذي حضر لخطبة الصغيرة على الأصح، وأن الولاية لا تنتقل للسلطان مادام لها وليّ أبعد<sup>2</sup>.

## 3- الحنابلة

ذهب الحنابلة أنه إذا فقد الولي الأقرب، وخيف الضرر لو أحرّ النكاح، فإن ولاية النكاح تنتقل إلى من يليه<sup>3</sup>، " وإذا زوّج الولي الأبعد مع وجود الأقرب المستكمل الشروط، أو زوّج الحاكم من غير عذر للأقرب لم يصح النكاح"<sup>4</sup>.

## 4- المالكية

يرى المالكية من حيث المبدأ أن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة غياب الولي الأقرب<sup>5</sup>، لكنهم فصلوا وخصصوا في مسألة غياب الأب عن بنته البكر، جاء في المدونة الكبرى أنه سئل مالك رحمة الله عليه: إذا غاب الأب عن ابنته البكر فهل يزوجه الأولياء؟ فأجاب أنه إذا كانت غيبته غيبة منقطعة-أي فقد-فلها أن ترفع الأمر إلى السلطان فينظر لها ويزوجه<sup>6</sup>، أما في بداية المجتهد ونهاية المقتصد فجاء أنه في حالة غياب الأب عن ابنته البكر غيبة مجهولة المكان أي مفقود وكانت في صون ولها نفقة ولم تدع إلى التزويج فلا تزوّج، أما إن دعت فتزوّج<sup>7</sup>.

وعليه فإن جمهور الفقهاء يجيزون انتقال حق الولاية إلى الولي الأبعد في حالة فقد الولي الأقرب من حيث المبدأ، أمّا الشافعية فيرون أنها تنتقل إلى السلطان.

1- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، المرجع السابق، ص:314.

2- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الغد الجديد، المنصورة-مصر-، طبعة جديدة منقحة وملونة، ص:834.

3- عبد الكريم محمد بن علي بن محمد النملة، المرجع سابق، ص:275.

4- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، نفس المرجع، ص:834.

5- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص:14.

6- مالك بن أنس الأصبجي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التتوحي عن عبد الرحمان بن القاسم العتيقي، الجزء الثالث، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص:163.

7- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، نفس المرجع، ص:14.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## ثانيا -في التشريعات العربية

في حالة غياب الولي الأقرب فهل تنتقل الولاية قانونا إلى الأبعد؟، هذا ما نبينه في التشريعات العربية المقارنة ثم في التشريع الجزائري.

### أ -في التشريعات العربية المقارنة:

سنعرض في هذا البند لما جاء في التشريعين المغربي والكويتي كعينتين، كون أن التشريع المصري يحيلنا إلى المذهب الحنفي وقد تطرقنا له في حق انتقال الولاية في الشريعة الإسلامية.

### 1-في التشريع المغربي

بيننا سابقا أن المشرع المغربي جعل الولاية حق للمرأة الراشدة، ومن ثم فإن فقد وليها لا يؤثر على زواجها لأن لها حق العقد بنفسها أو اختيار ولي لها، " فالمرأة الراشدة لها أن تعقد بنفسها عقد زواجها ولها أن تفوض غيرها- أي الأب أو أحد أقاربها- في ذلك باعتبار أنها تتصرف في خالص حقها<sup>1</sup>"، أما بالنسبة للقاصر فتى أو فتاة فالأصل أنه لا يمكنه الزواج إلا بعد بلوغ السن القانوني، لكن إذا كانت له مصلحة مبررة يحق له الزواج بعد إذن القاضي وموافقة النائب الشرعي<sup>2</sup>، وفي حالة فقد النائب الشرعي الأقرب فقد رتب المادة 231 من مدونة الأسرة المغربية من لهم حق الولاية على القاصر، ويبدو من هذه المادة أنها جعلت الولاية تؤول إلى الأم عند عدم وجود الأب أو فقده رغم أن الأئمة الأربعة لم يجعلوا الولاية للأنثى، وهذا ما يدل أن ولاية الأم مصدرها القانون وحده<sup>3</sup>.

### 2-في التشريع الكويتي

من خلال نص المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي<sup>4</sup> والتي نصت على أن الولاية في الزواج هي العصبية بالنفس حسب الترتيب في الإرث وإن لم توجد تنتقل إلى

1- أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى-مصر-، 2010، ص:43.

2- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة - الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها-، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الرابعة، 2010، ص:107.

3- أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص:294.

4- القانون رقم: 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة:29 منه: " أ) الولي في زواج البكر التي بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين هو العصبية بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبية فالولاية للقاضي.

ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه، ذكرا كان أو أنثى.

ب) يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها"

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية القاضي، فيمكن القول أنه في حال فقد الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ويستوي في ذلك إن كانت الفتاة بكرا أم ثيبا، بين سن البلوغ الطبيعي والخامسة والعشرين أو أكثر، لأن مباشرة العقد يشترط فيها الولي وإنما الفرق يكمن في تطابق رأي الولي مع رأي الفتاة، إذا كانت هذه الأخيرة بالغة بلوغا طبيعيا ولم تتم الخامسة والعشرين، وبين أن يكون الرأي لها إن كانت ثيبا أو بكرا أتمت الخامسة والعشرين<sup>1</sup>.

## ب- في التشريع الجزائري

على غرار ما ذكرنا بالنسبة للتشريع المغربي فإن فقد الولي لا تأثير له على عقد المرأة الراشدة في التشريع الجزائري، " لأن المشرع ابتدع معيارا جديدا للولاية وهو معيار الاختيار من قبل المرأة، ولم يراع الترتيب بين القرابة ولا بين القرابة والأجانب، فلأجنبي أن يلي عقد زواج المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب أو أخ أو أي قريب آخر<sup>2</sup> "، أما القاصر فلم يجز لها المشرع الزواج إلى استثناءا للمصلحة أو الضرورة، وبعد استصدار إذن من القاضي وبموافقة وليها<sup>3</sup>، فالمشرع إذن أقر سلطة التزويج على الزوج القاصر فقط<sup>4</sup>، فإذا فقد من له سلطة التزويج لم ينص المشرع على ذلك و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء اتفقوا من حيث المبدأ على انتقال ولاية التزويج، حيث منهم من خصها للضرورة فقط، في حين اختلفوا في ترتيب من تنتقل إليهم هذه الولاية، والأرجح هو قول الحنفية لأنه يتماشى وفلسفة المشرع في قانون الأسرة.

1- أنظر: القانون رقم: 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة: 30 منه.

2- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص: 112.

3- القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 7 منه " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج... "

4- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص: 66.



## المطلب الثاني: حق الحضانة

تعددت تعريفات الحضانة في الفقه والقانون، فمن الفقهاء من عرفها على أنها: " تربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة، ممن له الحق في ذلك من محارمه<sup>1</sup> "، وحق الحضانة مرتب في الشرع والقانون ولا يسقط إلا بسبب من أسبابه أو تنازل من له الحق، وعليه فإذا فقد الحاضن فهل تنتقل الحضانة وجوباً إلى من له الأولوية في هذا الحق؟ وإن تنازل عليها من له أولوية حق الحضانة ولم يقبلها أحد فمن تقول إليه حضانة الأطفال القصر؟، وعليه سنتطرق أولاً لترتيب من لهم حق الحضانة ثم إلى انتقال هذا الحق بسبب فقد الحاضن.

### الفرع الأول: ترتيب من لهم حق الحضانة

رتبت الشريعة الإسلامية من لهم حق الحضانة بما يخدم مصلحة القصر، فهل راعى القانون هذه المسألة؟، لذا سنتعرض أولاً لترتيب من لهم حق الحضانة في الشريعة الإسلامية ثم في التشريعات العربية.

#### أولاً- في الشريعة الإسلامية

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الأحق بولاية الصغير هي أمه، وأن الأولوية في الحضانة للنساء على الرجال، لكنهم اختلفوا في أولوية أحمية الأب على النحو التالي:

#### **1- الشافعية**

جاء في كتاب عمدة السالك وعدة الناسك ترتيب من لهم حق الحضانة كما يلي: " أحق الناس بحضانة الطفل الأم ثم أمهاتها المدليات بإنات تقدم القربى فالقربى، ثم الأب ثم أمهاته كذلك، ثم أبوه ثم أمهاته كذلك، ثم الأخت الشقيقة ثم الأخ الشقيق، ثم لأب ثم للأم ثم الخالة، ثم بنات الإخوة للأبوين ثم بنوهم، ثم للأب ثم بنوهم ثم للأم ثم العمّة ثم العمّ، ثم بنات الخالة ثم بنات العمّ ثم ابن العمّ<sup>2</sup>."

وعليه فإن الشافعية أعطوا الأولوية في الحضانة للأمّ ثم أمهاتها المدليات بإنات قبل الأب.

<sup>1</sup> - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص: 282.

<sup>2</sup> - شهاب الدين أبي العباس أحمد ابن النقيب، عمدة السالك وعدة الناسك، تحقيق عبد المجيد طعمة حلبي، دار المعرفة، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 1428هـ/2007م، ص: 198.

## 2- الحنفية

ذهب الحنفية إلى أن حق الحضانة يسند إلى النساء قبل الرجال، وتسبق جهة الأمهات، وفي ذلك جاء في الاختيار لتعليل المختار في مسألة الحضانة: "إذا اختصم الزوجان في الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأم أحق ثم أمها، ثم أم الأب، ثم الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم الخالات كذلك، ثم العمات كذلك، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ وهن أولى من العمات، ومن لها الحضانة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها،...، إذا لم يكن للصغيرة امرأة أخذها الرجال وأولادهم أقربهم تعصيباً، ولا تدفع الصبية إلى غير محرم، ولا إلى محرم ما جن فاسق...<sup>1</sup>".

## 3- الحنابلة

جاء في كتاب شرح الروض المربع ترتيب من لهم حق حضانة الصغير على النحو التالي<sup>2</sup>: إن الأحق بحضانة الصغير في حالة افتراق الزوجين هي أمه إن لم تتزوج، فإن تعذرت حضانة الطفل من الأم، فالأحق بحضانتها أم الأم، ثم جدّة الأم وكذا، فإن تعذرت حضانتها ممن سبق ذكرهم فإن الأحق بحضانتها: أبوه، فإن تعذرت حضانة الطفل ممن سبق ذكرهم فإن الأحق بحضانتها أمهات الأب: أم الأب، ثم جدّة الأب وهكذا، القربى فالقربى، فإن تعذرت حضانة الطفل ممن سبق ذكرهم فإن الأحق بحضانتها: جدّه وهو أب أبيه، ثم أب جدّه الأقرب فالأقرب، فإن تعذرت حضانتها ممن سبق ذكرهم فإن الأحق بحضانتها: أمهات الجدّ: أم الجدّ، ثم جدّة الجدّ القربى فالقربى، فإن تعذرت حضانتها ممن سبق ذكرهم فإن الأحق بحضانتها: أخته الشقيقة، ثم أخته لأمّ وهو قول أبي حنيفة و ابن سريح، ثم أخته لأب، فإن تعذرت حضانتها ممن سبق ذكرهم فإن الأحق بحضانتها: خالاته، وتقدم في ذلك خالة الطفل لأبوين، فخالته لأمّ، ثم خالته لأب.

وعليه فإن الحنابلة وافقوا الشافعية في ألوية الحضانة للأمّ ثم أمهاتها قبل الأب.

<sup>1</sup> - عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني مرجع سابق، ص: 297 إلى 302.

<sup>2</sup> - عبد الكريم محمد بن علي بن محمد النملة، المرجع سابق، ص: 713 إلى 717.

#### 4-المالكية

ذهب المالكية إلا أن الأمّ أولى بحضانة ولدها، فإن سقطت حضانتها انتقلت إلى النساء من جهة الأم وفق الترتيب التالي<sup>1</sup>:

أمّ الأمّ الولد ثم جدّة الأمّ، ثم خالة الولد، ثم خالة أمّ الولد، فعمة الأمّ...

اختلفت روايات المذهب في انتقال الحضانة بعد ذلك للأب أم قراباته من النساء، فالمشهور في المذهب أن قراباته من النساء أولى منه فقد جاء في المعونة<sup>2</sup> "فإن قلنا أن الأب أولى فلأن به يدلون فالأصل أولى، وإذا قلنا: إنهن أولى فلأنهن وإن كن يدين به فهن أرفق بالصبي و أطف تأتيا له في مصالحه وتعده، ولأن الأب لا يمكن أن يحفظه بنفسه لأن ذلك لا يليه الرجال بنفوسهم وإنما يستتبيون غيرهم من النساء فكان النساء أولى<sup>2</sup>"، وعلى ذلك تقول الحضانة بعد عمة الأمّ إلى<sup>3</sup>: جدة المحضون من قبل أبيه وهي أمّ الأب، فأمها، ثم تليها أمّ أمها فأمّ أبيه، وفي ذلك تقدم التي من جهة أمّ الأب على التي من جهة أمّ أبيه، ثم أبو المحضون، فأخته، ثم عمته، فعمة أبيه، فخالة أبيه، فبنت أخي المحضون، فبنت أخته، فالوصي، فالأخ، فالجدّ لأب الأقرب فالأقرب...

وجاء في كتاب التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب أن المنصوص عليه في الرواية أن الأب والوصي أولى بالحضانة من جميع العصابة<sup>4</sup>.

#### ثانيا: ترتيب من لهم حق الحضانة في التشريعات العربية

أسست قوانين الأحوال الشخصية العربية مسألة ترتيب من لهم حق الحضانة على أساس الفقه الإسلامي، فمنها من جمع بين أقوال الفقهاء ومنها من تقيد بمذهب معين، ومنها من أخذ

<sup>1</sup> - الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته-الجزء الرابع-، مؤسسة المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1426هـ/2005م، ص: 292 و 293.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله مالك بن أنس، المعونة على مذهب عالم المدينة الجزء الأول، تصنيف القاضي أبي محمد عبد الوهاب على بن نصر المالكي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م، ص: 643 و 642.

<sup>3</sup> - الحبيب بن الطاهر، المرجع السابق، ص: 293.

<sup>4</sup> - الشيخ خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك المجلد الرابع، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2011، ص: 448.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية  
بالقول الذي يلتمس فيه أكبر مصلحة للمحضون<sup>1</sup>، لذا سنتطرق أولاً لترتيب من لهم حق  
الحضانة في التشريعات العربية المقارنة، ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

### 1- في التشريعات العربية المقارنة

سنبين ترتيب من لهم حق الحضانة في التشريعات التالية: التشريع المغربي، التشريع  
المصري، والتشريع الكويتي.

#### أ- في التشريع المغربي

نص المشرع المغربي على من لهم حق الحضانة في الباب الثاني من القسم الثاني من  
الكتاب الثالث، تحت عنوان: مستحقو الحضانة وترتيبهم، حيث جاء في المادة 171 من مدونة  
الأسرة المغربية: "تؤول الحضانة للأم، ثم للأب، ثم للأمّ، فإن تعذر ذلك فللمحكمة أن تقرر  
بناء على ما لديها من قرائن إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن  
لائق للمحضون من واجبات النفقة"، كما نصت المادة 172<sup>2</sup> أنه بإمكان المحكمة الاستعانة  
بمساعدة اجتماعية في هذا الشأن.

إن من خلال تحليل المادتين المذكورتين أعلاه، وكذا المواد الأخرى المتعلقة بالحضانة  
نستنتج ما يلي:

1-رتب المشرع مستحقو الحضانة بالتدرج، بدءاً بالأمّ، ثم الأب، ثم أمّ الأمّ أي الجدة  
من جهة الأمّ، فمتى سقطت عن أحدهم أو تخطى عنها انتقلت للذي يليه وفقاً للترتيب الوارد في  
النص<sup>3</sup>.

2-إن المشرع المغربي رتب والد المحضون في المرتبة الثانية بعد الأمّ، وبذلك شدّ عن  
آراء المذاهب الفقهية في هذا الشأن-بما فيها المذهب المالكي الذي يعتبر مرجعية المملكة-  
والتي أجمعت على إعطاء أولوية الحضانة للنساء على الرجال نظراً لطبيعة المرأة وما جبلت  
عليه من حنان وعاطفة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-المملكة الهاشمية الأردنية-،  
الطبعة الأولى، 1439هـ/2010م، ص:67.

<sup>2</sup> القانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 172 منه: "للمحكمة الاستعانة بمساعدة  
اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن وما يوفره للمحضون من الحاجيات الضرورية المادية والمعنوية".

<sup>3</sup> محمد الكشيبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة - الكتاب الثاني: انحلال ميثاق الزوجية وأثاره-، مطبعة النجاح، الدار  
البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الثانية، 2009/1430، ص:431 و432.

<sup>4</sup> محمد الأزهر، المرجع السابق، ص:401.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

3- " إذا لم يوجد هؤلاء الثلاثة، كما لو كان الطفل يتيم الأبوين والجدّة من جهة الأمّ مثلاً، فالمحكمة في هذه الحالة-وفي إطار سلطتها التقديرية-أن تعين من بين أقارب المحضون من تراه أهلاً لذلك، انطلاقاً من قرائن الحال، مع الإشارة إلى أن الحضانة في هذه الفرضية الثانية تطلب ولا تحمل<sup>1</sup> .

4- يلاحظ أن المشرع المغربي انتقل مباشرة بعد الجدّة إلى تكليف القضاء للنظر في من هو أهلاً لحضانة الطفل متخلياً عن الترتيب الذي نص عليه الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وهذا يستدعي بحثاً جاداً وعمقاً لمعرفة من سيعتني بمصلحة المحضون أكثر ويفيض حناناً، ويكون جاداً في تحمّل المسؤولية، فإذا ثبت للمحكمة استقاء أحد الأقارب للصفات المذكورة أسندتها إليه<sup>2</sup>، وحتى تبني المحكمة اختيارها على أسس سليمة ومبررة أعطتها حق الاستعانة بمساعدة اجتماعية<sup>3</sup>.

5- في حالة إذا لم تجد المحكمة من يتولى حضانة الطفل من أقاربه لها أن تختار إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك.

## ب- في التشريع المصري

حذا المشرع المصري حذو الحنفية في ترتيب من لهم حق الحضانة، فجعل الحق أولاً للأمّ ثم للمحارم من النساء، مع مراعاة تقديم من تدلي بالأمّ على من تدلي بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي<sup>4</sup>: الأمّ، فأمّ الأمّ وإن علت، فأمّ الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأمّ، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأمّ، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فخالات الأمّ بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمّات الأمّ بالترتيب المذكور، فعمّات الأب بالترتيب المذكور، إذا لم توجد حاضنة من النساء أو لم يكن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع تقديم الجدّ الصحيح على الإخوة، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق إلى

1- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة المغربية-الكتاب الثاني-انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، مرجع سابق، ص:432.

2- محمد الأزهر، نفس المرجع، ص:402.

3- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة المغربية-الكتاب الثاني-انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، نفس المرجع، نفس الصفحة

4- مرسوم بقانون 25 لسنة 1929 خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المصري (الوقائع المصرية، العدد: 27، المؤرخ في: 25 مارس 1929)، المعدّل، المادة 20 منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية  
محارم الصغير من الرجال غير العصابات فيرتب أولاً الجدّ لأمّ، ثم الأخ لأمّ، ثم ابن الأخ لأمّ،  
ثم العمّ ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأمّ.

### ج- في التشريع الكويتي

رتب المشرع الكويتي من لهم حق الحضانة كما يلي<sup>1</sup>: حق الحضانة للأمّ، ثم لأمها وإن  
علت، ثم للخالة، ثم خالة الأمّ، ثم عمّة الأمّ، ثم الجدة لأب، ثم الأب، ثم الأخت، ثم العمّة، ثم  
عمّة الأب، ثم خالة الأب، ثم بنت الأخ، ثم بنت الأخت، بتقديم الشقيق، ثم لأم، ثم لأب في  
الجميع، فإن لم يوجد مستحق من هؤلاء تنتقل إلى الوصيّ المختار، ثم الأخ، ثم الجد العاصب،  
ثم الجد الرحمي، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه، بتقديم الشقيق، ثم لأمّ، ثم لأب، متى أمكن  
ذلك.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي أن مصدر هذه المادة  
هو الفقه المالكي، كما أن الوصيّ المختار تكون له الحضانة إذا كان المحضون ذكراً، أما إن  
كانت أنثى وكان الوصي المختار رجلاً فلا ثبت له الولاية إن لم يكن محرماً لها.

### د- في التشريع الجزائري

راعى المشرع الجزائري مكانة الأمّ بإعطائها الأولوية في إسناد حضانة أولادها لها، كما  
يلاحظ أنه حذا حذو المشرع المغربي حيث جعل أن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأمّ  
مباشرة، متبع في ذلك منهج بعض المالكية، وقد رتبّت المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري من  
لهم حق الحضانة كما يلي<sup>2</sup>: الأمّ أولى بحضانة ولدها الصغير ثم الأب، ثم الجدّة لأمّ، ثم الجدّة  
لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك، وهو عين  
الصواب.

<sup>1</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984 المعدل المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدّل، السالف الذكر، المادة: 189  
منه.

<sup>2</sup> - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدّل، السالف الذكر، المادة 64 منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## الفرع الثاني: انتقال حق الحضانة بسبب فقد الحاضن

رتّب الشرع والقانون من لهم الحق في حضانة الولد فإن تنازل من له الحق أو أسقطت عنه الحضانة آلت لمن يليه مع مراعاة مصلحة المحضون، فإن فقد الحاضن فمن المنطقي أن لا يترك الصغير للضياع، فهل حلتّ الشريعة الإسلامية هذا الإشكال خاصة إذا لم يوجد من يقبل الحضانة؟ وما موقف التشريعات العربية في هذا الباب؟، لذلك سنتطرق لانتقال حق الحضانة بسبب فقد الحضانة في الشريعة الإسلامية ثم في التشريعات العربية.

### أولاً- في الشريعة الإسلامية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ من مسقطات الحضانة سفر الحاضن سفر نقلة وانقطاع بالمحضون<sup>1</sup>، وفي هذا قال الشنقيطي: "يشترط في حضانة الحاضنة أن لا تسافر أي تريد سفراً عن ولي المحضون سفر نقله... فإن سافرت السفر المذكور سقطت حضانتها<sup>2</sup>"، وعلى ذلك فإن فقد الحاضن تسقط عنه الحضانة، والشرع يوجب رعاية الصغير فتنتقل الحضانة إلى صاحب الحق فيها وفقاً للترتيب المنتهج في كلّ مذهب والذي ذكرناه آنفاً، لكن إذا تنازل صاحب الحق فيها ولم يوجد حاضن غيره فهل يجبر على الحضانة؟

اختلف الفقهاء في حكم الحضانة بين الوجوب وفرض الكفاية<sup>3</sup>، واختلفوا في هل الحضانة حق للمحضون أم الحاضن؟، فمنهم من قال أنها حق للحاضنة فلا تجبر إن امتنعت ومنهم من قال أنها حق للمحضون فتجبر على الحضانة، والراجح ما ذهب إليه الحصكفي حين وافق بين القولين في كتاب ردّ المحتار على الدرّ المختار حاشية بن عابدين حيث قال: "فقول من قال: أنها حق الحاضنة فلا تجبر، محمول على ما إذا لم تتعين لها، واقتصر على أنها حقها، لأن المحضون حينئذ لا يضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها، ومن قال: إنها حق للمحضون فتجبر، محمول على إذا ما تعينت واقتصر على أنها حقه لعدم من يحضنه

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة الجزء الثامن، دار الفكر، دمشق - سوريا-، الطبعة الثالثة، 2013/1438، ص: 690. / الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع سابق، ص: 575.

<sup>2</sup> - محمد بن محمد بن سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أسرار المختصر المجلد السابع، تصحيح وتحقيق دار الرضوان، دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا-، الطبعة الأولى، 1436هـ-2015م، ص: 775.

<sup>3</sup> - عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطينية، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة الإسلامية بغزة-فلسطين- تحت إشراف: الدكتور: أحمد ذياب شويده، 1424هـ-2003م، ص: 17 و18.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية غيرها<sup>1</sup>، وذهب الفقهاء المعاصرين إلى أن الحق في الحضانة مشترك بين الحاضن والمحضون والأب، فقد علّل الصادق بن عبد الرحمان الغرياني ذلك على<sup>2</sup>: أنها حق للمحضون وبناءا عليه يجبر الحاضن عليها إن تعيّنت عليه، أما إن لم يقبل الصغير إلا أمه ولم يكن له أب ولا مال تعينت على الأمّ حفظا للطفل من إلحاق الضرر به وتضييعه، وهي حق للحاضن ومنه أمكنه إمّا التنازل عن حقه لغيره ما لم يؤدي ذلك إلى ضرر بالمحضون، أو التمسك بها ما دام صاحب حق، وفي نفس السياق ذهب وهبة الزحيلي بقوله: "الظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حقّ المحضون على غيره<sup>3</sup>"، وفي ذلك قال أبو زهرة أنه إذا لم توجد غير الحاضنة من تستوفي شروط الحضانة للقاضي أن يجبرها على الحضانة<sup>4</sup>.

وعليه يمكن القول أنّ الشريعة الإسلامية راعت مصلحة الصغير وحفظه من الضياع لأن حفظ النفس من مقاصد الشرع، ولذلك فإن فقد الحاضن آلت الحضانة إلى من يليه مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك والتي وضع لها الفقهاء شروط استحقاق، فإن تنازل من له الحق آل إلى من يليه، فإن لم يوجد حاضن وجبت على من عينت عليه وللقاضي إجباره على ذلك.

## ثانيا- في التشريعات العربية

لمعرفة مسلك التشريعات العربية من انتقال حق الحضانة بسبب فقد من له الحق فيها وجب التطرق لما جاء في التشريع العربي المقارن ثم لموقف المشرع الجزائري.  
(أ) في التشريعات العربية المقارنة:

سنقتصر الدراسة على التشريعات التالية: المغربي، الكويتي والمصري.

### 1- التشريع المغربي

كما ذكرنا سابقا أن المشرع المغربي رتب من لهم حق الحضانة في المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية، فإذا فقد الحاضن انتقلت حضانة الصغير إلى من له الحق، لكن ما

<sup>1</sup> - شمس الدين التمرتاشي، ردّ المحتار على الدر المختار حاشية بن عابدين على شرح الشيخ علاء الدين محمد بن علي الحصكفي لمتن "تنوير الأبصار" الجزء الخامس، مرجع سابق، ص: 265.

<sup>2</sup> - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المرجع سابق، ص: 573.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة الجزء الثامن، مرجع سابق، ص: 680.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة- جمهورية مصر العربية-، الطبعة الثانية، ص: 413.



الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية العمل إذا لم يوجد من يقوم بحضانة الصغير؟، أجابت المادة 165 من مدونة الأسرة على ذلك حيث افترضت حالتين<sup>1</sup>:

أ- عدم قبول الحضانة ممن يستحقها قانوناً.

ب- عدم وجود من تتوفر فيه شروط الحضانة من مستحقيها.

وبناء على ذلك فالذي يعنيه الأمر-أو النيابة العامة-عليه أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر من يكون الحاضن المختار من الأقارب أو من غيرهم، فإن لم تجد من له مؤهلات رعاية الطفل لها أن تسند الحضانة إلى إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك<sup>2</sup>.

## 2- في التشريع الكويتي

جاء في المادة 193 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي: "لا يسقط حق الحضانة بالإسقاط وإنما يتمتع بموانعه، ويعود بزوالها"، وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي أنه إذا أسقطت الحضانة لمانع سواء كان المانع ضرورياً أو اختيارياً ثم زال المانع عادت الحضانة لصاحبها، وهذا أخذاً برأي الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)، من ثم يمكن القول أنه إذا فقد الحاضن انتقلت الحضانة إلى من يليه، وإن ظهر بعد الفقد يعود إليه الحق لزوال المانع، ولكن إذا فقد الحاضن ولم يوجد حاضن أو وجد ولم يقبلها، فما موقف المشرع الكويتي في ذلك؟، لم ينص المشرع الكويتي على هذه الحالة وبناءً على نص المادة 343 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي<sup>3</sup> يتم الرجوع إلى مذهب الإمام مالك.

## 3- في التشريع المصري

رتب المشرع المصري من لهم حق الحضانة ترتيباً دقيقاً وهذا بنص المادة: 20 من القانون 25 لسنة 1929 المتعلق ببعض الأحوال الشخصية بدءاً بالنساء ثم العصابات من الرجال فأقارب المحضون من الذكور، وإذا وجد نزاع في ذلك وعرض على النيابة العامة أجاز لها المشرع بعد إجراء تحقيق أن تصدر قراراً مسبباً بإسناد الحضانة إلى الحاضنة التي تتحقق

1- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص: 221 و 222.

2- محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 390.

3- القانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، المادة 343 منه: "كل ما لم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المبادئ العامة في المذهب".

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية معها مصلحة الصغير<sup>1</sup>، فإذا فقد الحاضن آلت الحضانة إلى من يليه وفي حالة النزاع يفصل في ذلك القضاء بما يحقق مصلحة المحضون، لكن المشرع المصري أغفل عن التعرض لمسألة إذا لم يوجد من يحضن الصغير أو من يقبل الحضانة، وهي مسألة في غاية الأهمية.

### ب- في التشريع الجزائري

من الطبيعي أنه إذا فقد من له حق الحضانة ينتقل الحق إلى من يليه في الترتيب، لكن قد لا يوجد من بين من لهم حق الحضانة من يقبل الحضانة، أو قد لا يوجد من تتوفر فيه شروط الحضانة، فما موقف التشريع الجزائري في ذلك؟

نص المشرع الجزائري على أحكام الحضانة في المواد 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نص في المادة 66<sup>2</sup> أنه يسقط حق الحضانة بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، وهذا يعني إجبار الحاضن على الحضانة في حالة عدم وجود غيره، وهو ما ذهب إليه المحكمة في قرار لها حيث قضت أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن يقبل بها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فلا يقبل تنازلها<sup>3</sup>، غير أن المشرع أغفل مسألة عدم وجود حاضن أو من لا تتوفر فيه شروط حضانة الصغير، لذا عليه تدارك ذلك والنص على إسناد الحضانة إلى مؤسسة مؤهلة في حالة عدم وجود حاضن مثلما نص عليه المشرع المغربي.

<sup>1</sup> - القانون رقم: 01 لسنة 2000 بشأن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في بعض مسائل الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر المادة 70: "يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانة مؤقتة من يرجع الحكم لها بذلك أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من ستحقق مصلحته معها".

<sup>2</sup> - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 66 منه.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/12/19، ملف رقم: 51894.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

### المبحث الثالث: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة

إن المفقود قد يكون موظفا عاما مدنيا، وقد يكون موظفا عسكريا، لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة المدنية.

المطلب الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية.

#### المطلب الأول: أثر الحكم بالفقدان على الوظيفة العامة المدنية

في حالة فقدان الشخص وهو في حالة خدمة فهل يتم إنهاء الخدمة على أساس الفقد أم تستمر حالته على ما كان عليه قبل الفقد؟، سنتطرق لبعض التشريعات العربية التي عالجت هذه المسألة، لذا سنبين أثر الفقدان على الوظيفة العامة في التشريعات التالية: اللبناني، المغربي والمصري، ثم لما ورد في التشريع الجزائري.

#### الفرع الأول: أثر الفقدان على الوظيفة العامة في التشريعات العربية المقارنة

تجدر الإشارة أن من بين التشريعات التي عالجت هذه المسألة هو التشريع اللبناني، لذا سنتطرق لما جاء في التشريع اللبناني ثم نبين موقف المشرعين المغربي والمصري على سبيل المقارنة.

#### **1) أثر الفقدان على الوظيفة العامة في التشريع اللبناني**

نص المشرع اللبناني في نظام الموظفين على: "إذا فقد الموظف وانقطعت أخباره واختفت آثاره في أثناء الخدمة، صرفت رواتبه لأصحاب الاستحقاق المنصوص عليه في قانون التقاعد حتى أقرب التاريخين: بلوغه سن التقاعد أو انقضاء عشر سنوات على فقدانه قضائيا من قبل القضاء المختص بالنسبة إلى الطائفة التي ينتمي إليها، وتعتبر هذه المدة التي تدفع خلالها رواتبه داخلة في الخدمة الفعلية وتصفى على هذا الأساس حقوق وراثته مؤقتا وفقا لأحكام القانون<sup>1</sup> "، وبالتالي فإن الموظف اللبناني إذا فقد في حالة تأدية الخدمة تعتبر مدة فقده مدة خدمة فعلية أي أن الفقد لا يقطع علاقة الوظيفة.

<sup>1</sup> - المرسوم الاشتراعي رقم: 112 بتاريخ: 12/06/1959، المتضمن نظام الموظفين اللبناني (الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية العدد: 27 المؤرخة في: 16/06/1959)، المعدل، المادة: 20 البند 02.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

## 2) أثر الفقدان على الوظيفة العامة في التشريع المصري

لم ينص المشرع المصري على مصير علاقة العمل في حالة فقد الموظف لاسيما وهو في حالة تأدية وظيفته، في حين نصت المادة 77 من قانون الخدمة المدنية<sup>1</sup> على إنهاء علاقة العمل في حالة الانقطاع عن العمل بدون إذن خمسة عشر يوما متتالية ما لم يقدم الموظف خلال الخمسة عشر يوما الموالية ما يثبت أن الانقطاع كان بعذر مقبول، ومن ثم يمكن القول أن المشرع المصري لم يستثني الموظف المفقود من إنهاء علاقة العمل، في حين نص في المادة 14 من هذا القانون على جواز تعيين زوج أو أحد أولاد المفقود في العمليات الحربية في وظيفة عامة إذا توفرت فيه شروط شغلها.

أما قانون التأمين الاجتماعي<sup>2</sup> فقد خص فصلا لحقوق المفقودين، حيث نصت المادة 124 منه على جملة من الأحكام التي تخص التكفل بعائلات المفقودين نذكر منها:  
- في حالة فقد المؤمن عليه تصرف للمستحقين إعانة مالية تعادل ما يستحقونه من معاش بافتراض وفاته وذلك اعتبارا من أول الشهر الذي فقد فيه إلى أن يظهر أو تثبت وفاته حقيقة أو حكما.

- إذا فقد المؤمن عليه أثناء تأدية عمله فتقدر الإعانة بما يعادل المعاش المقرر في تأمين إصابات العمل والمعاش المقرر في تأمين الشيخوخة أو العجز والوفاة.  
- بعد فوات أربع سنوات من تاريخ الفقد أو ثبوت الوفاة حقيقة أو حكما يعتبر تاريخ الفقد هو تاريخ انتهاء الخدمة وذلك في تقدير جميع الحقوق المعاشية.

ومن ثم يمكن القول أن قانون المعاشات لم يعتبر مدة الفقد مدة عمل فعلية في تقدير مستحقات المعاش، وعليه فإن المشرع المصري لم يعط الحق للموظف المفقود في استمرار علاقته الوظيفية لاسيما إذا فقد وهو في حالة تأدية لمهامه، ومن ثم نستنتج أن الفقد يؤدي إلى إنهاء علاقة العمل ما لم يظهر المفقود خلال ثلاثين يوما من تاريخ فقده، وتجدر الإشارة أن القانون كفل لعائلة المفقود إعانة مالية تصرف لهم من أول الشهر الذي فقد فيه، في حين تحوّل بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد أو ثبوت وفاته حقيقة أو حكما إلى معاشا يحتسب على أساس تاريخ الفقد.

<sup>1</sup> - قرار رئيس الجمهورية المصرية بالقانون رقم (18) لسنة 2015 بإصدار قانون الخدمة المدنية (الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد: 11 المؤرخة في: 12 مارس سنة 2015)، المادة 77 منه.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 79 لسنة 1975 مؤرخ في: 28/28/1975 بإصدار قانون التأمين الاجتماعي المصري، المعدل.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

### 3) أثر الفقدان على الوظيفة العامة في التشريع المغربي

لم يتطرق المشرع المغربي في القانون الأساسي للوظيفة العمومية<sup>1</sup> إلى مسألة الموظف المفقود وما تجدر الإشارة إليه أن الفصل 75 منه نص على حالة عزل الموظف بسبب الانقطاع المتعمد عن العمل، والمعلوم أن المفقود انقطاعه عن العمل هو بسبب غير إرادي، وباستقراء قانون المعاشات المغربي<sup>2</sup> لم يتطرق هو الآخر لمسألة المفقود.

#### الفرع الثاني: أثر الفقدان على الوظيفة العامة في التشريع الجزائري

لم يتطرق قانون الوظيفة العمومية الجزائري<sup>3</sup> لمسألة فقدان الموظف لاسيما إذا فقد وهو في حالة تأدية المهام المنوطة به، وباستقراء بعض المواد نجده نص في المادة 184 منه<sup>4</sup> على عزل الموظف الذي يتغيب 15 يوما متتالية دون مبرر مقبول، وجاء المرسوم التنفيذي 17-321<sup>5</sup> ليفسر هذه المادة ويبين كيفية وإجراءات العزل، فنصت المادة الثانية منه على أن المقصود بالمبرر المقبول كل مانع أو حالة قوة قاهرة خارجين عن إرادة المعني، مثبتين قانونا، ويرتبطان على وجه الخصوص بما يأتي: - الكوارث الطبيعية- العجز البدني الناتج على مرض أو حادث خطير- المتابعات الجزائية التي لا تسمح للمعني بالالتحاق بمنصب عمله، ومنه وبناء على فحوى هذه المادة فإن الفقد يعتبر مبررا مقبولا، لكن المشرع لم يبين مصير علاقة الموظف بالمستخدم طيلة فترة فقده، كما أن قانون التقاعد لم يخص المفقود بمعاش خلال فترة

1- ظهير شريف رقم: 1.58.008 المؤرخ في 04 شعبان 1377 هـ الموافق 24 فبراير 1958م، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية المغربي (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 237 بتاريخ: 21 رمضان 1377 الموافق 1 أبريل 1958)، المعدل.

2- قانون 71-011 المؤرخ في 12 ذي القعدة 1391 هـ الموافق 30 دجنبر 1971م، يحدث بموجبه نظام المعاشات والتقاعد المدنية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية العدد: 3087 المؤرخة في 13 ذي القعدة 1391 هـ الموافق 31 دجنبر 1971م)، المعدل.

3- أمر 06-03 المؤرخ في: 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد رقم: 46 المؤرخة في: 16/07/2006)

4- أمر 06-03 المؤرخ في: 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، السالف الذكر، المادة 184: "إذا تغيب الموظف لمدة خمسة عشر (15) يوما متتالية على الأقل، دون مبرر مقبول، تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين إجراء العزل بسبب إهمال المنصب، بعد الإعدار، وفق كفاءات تحدد عن طريق التنظيم."

5- مرسوم تنفيذي رقم: 17-321 مؤرخ في 13 صفر عام 1439 الموافق 2 نوفمبر سنة 2017، يحدد كفاءات عزل الموظف بسبب إهمال المنصب (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد رقم: 66 المؤرخة في: 23 صفر عام 1439 هـ الموافق 12 نوفمبر سنة 2017).

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية فقدته إلى غاية ثبوت وفاته أو الحكم بموته، وهي أمور بالغة الأهمية وجب على المشرع تداركها.

### المطلب الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية

يعتبر العسكريون الأكثر تعرضاً للفقد، فما أثر فقد العسكري على وظيفته؟، هذا ما سنتطرق له في التشريع العربي المقارن ثم في التشريع الجزائري.

### الفرع الأول: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية في التشريع العربي المقارن

وفقاً للمنهج المتبع سابقاً سنتطرق لأثر الفقدان على الوظيفة العسكرية في التشريعات العربية التالية: التشريع اللبناني، المغربي والمصري.

#### **1) في التشريع اللبناني**

نص المشرع اللبناني على حالة فقدان العسكري اللبناني في المادة 75 من قانون الدفاع الوطني<sup>1</sup> والتي جاء فيها "إذا فقد المتطوع أثناء الخدمة أو بسببها وانقطعت أخباره بحيث لا يدري إذا كان حيّاً أو ميتاً، يتقاضى صاحب الحق كامل راتب الحضور لمدة سنتين. يمكن بمرسوم بناء على اقتراح وزير الدفاع الوطني تحديد هذه المدة حتى عشر سنوات كحد أقصى.

تعتبر مدة السنوات التي يتقاضى المتطوع المفقود خلالها راتب الحضور عملاً بأحكام الفقرتين السابقتين خدمة فعلية يحال المتطوع المفقود بعدها حكماً على التقاعد وتصفى حقوقه لورثته الشرعيين وفقاً للأحكام النافذة.

يستفيد من أحكام الفقرة أعلاه جميع العسكريين الذين بلغوا الحد الأقصى في حالة الفقدان قبل العمل بهذا القانون".

بتحليل هذه المادة 75 المذكورة أعلاه نستنتج ما يلي:

1- حتى يستفاد من أحكام المادة 75 يجب أن يفقد العسكري المتطوع أثناء الخدمة أو بسبب تأديته لمهامه المنوطة به في إطار الرتبة التي يشغلها.

2- يتقاضى صاحب الحق راتب الحضور للعسكري المفقود لمدة سنتين ويمكن أن تمدد بمرسوم إلى عشر سنوات كحد أقصى.

<sup>1</sup> - مرسوم اشتراعي رقم: 102 بتاريخ: 16/09/1983، الخاص بقانون الدفاع الوطني اللبناني المعدّل (الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية العدد رقم: 44 المؤرخة في: 03/11/1983)، المادة 75 منه.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

3- تعتبر مدة تقاضي راتب الحضور للعسكري المفقود مدة خدمة فعلية تحتسب في تصفية التقاعد.

4- يحال العسكري المفقود على التقاعد بعد انتهاء فترة تقاضي راتب الحضور المذكورة في البند الثاني وتصفى حقوقه لورثته الشرعيين.

## 2) في التشريع المغربي

حددت المادة 29 من القانون المنظم لقوات المساعدة وتحديد النظام الأساسي الخاص بأفرادها<sup>1</sup> الوضعيات التي يوجد فيها أفراد قوات المساعدة وهي: "مزاولة الخدمة ، الإلحاق، رهن الإشارة، عدم الخدمة"، في حين عرفت المادة 34 منه وضعية عدم مزاولة الخدمة أنها وضعية أفراد قوات المساعدة المرسمين في رتبة دون شغل أي منصب ودون مزاولة أي عمل فعلي، وأن الوضع في هذه الوضعية يكون لإحدى السببين: ارتكاب خطأ جسيم، الأسر لدى العدو أو فقدان أثناء العمليات الحربية، كما جاء في المادة 36 من نفس القانون أنه يعتبر كل فرد من أفراد قوات المساعدة في وضعية عدم مزاولة الخدمة عندما يفقد أثناء العمليات الحربية المعلنة أو غير المعلنة ضمن تشكيلة قوات المساعدة المعترف لها بهذه الصفة والتي شارك فيها بمناسبة القيام بمهامه، وقد جاءت هذه المادة بجملة من الأحكام تتمثل في ما يلي:

1- يعتبر فرد قوات المساعدة الذي فقد أثناء العمليات الحربية في وضعية عدم مزاولة الخدمة إلى غاية ظهور مصيره، أي إما ظهوره حياً أو ثبوت موته حقيقة أو حكماً.

2- يحتفظ بكامل مرتبه والمستحقات المرتبطة به ولو بعد بلوغه السن القانونية لإحالاته على التقاعد.

3- يؤدي الراتب لذوي الحقوق عند الاقتضاء.

4- تحتسب مدة الفقد في تصفية الحقوق والمعاشات وفق التشريع الجاري به العمل. ونفس الأحكام جاء بها النظام الأساسي الخاص بضباط القوات المسلحة الملكية<sup>2</sup> في المواد من 26 إلى 29، ومن ثم يمكن القول أن العسكري المغربي الذي يفقد بسبب الخدمة

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم: 1.17.71 صادر في 28 من جمادى الأولى 1439 الموافق 15 فبراير 2018، يتعلق بإعادة تنظيم القوات المساعدة وتحديد النظام الأساسي الخاص بأفرادها (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6686 الصادر في 14 شوال 1439 الموافق 28 يونيو 2018).

<sup>2</sup> - ظهير شريف رقم: 1.12.50 الصادر في 29 جمادى الآخرة 1434 الموافق 10 ماي 2013، بمثابة النظام الأساسي الخاص بضباط القوات المسلحة الملكية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد: 6152 الصادرة في: 05 رجب 1434 الموافق 16 ماي 2013).

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية  
يوضع في وضعية قانونية تسمى حالة عدم مزاوله الخدمة ويؤدى إليه راتبه إلى غاية ظهوره  
حيا أو الحكم بوفاته، ومن ثم أعتبر القانون أنّ مدة الفقد تعتبر مدة خدمة فعلية في احتساب  
المعاش.

### 3) في التشريع المصري

يخضع تنظيم القوات المسلحة المصرية لقوانين متعددة تتمثل في: القانون المتعلق  
بشروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة<sup>1</sup>، والقانون المتعلق بضباط الشرف وضباط  
الصف والجنود بالقوات المسلحة<sup>2</sup>، كلّ هذه القوانين لم تبين وضعية المفقود وعلاقته بوظيفته  
العسكرية طيلة فترة فقده، وما تجدر الإشارة إليه المادة:126 من القانون 81/123<sup>3</sup> التي نصت  
على الأحكام التالية:

1- من يفقد من العسكريين أثناء الخدمة يشطب من عدد القوات المسلحة اعتبارا من يوم  
فقده.

2- يعتبر في حكم المتوفى أو المستشهد بقرار من وزير الدفاع بعد انقضاء أربع سنوات  
من اليوم التالي لتاريخ الفقد ولم تثبت وفاته أو استشهاده رسميا، أو وجوده على قيد الحياة،  
علما أن مدة أربع سنوات كانت مبنية على قانون الأحوال الشخصية قبل تعديله بموجب القانون  
140 لسنة 2017<sup>4</sup> والذي فصل في المدة حسب الحالة التي يفقد فيها الشخص.

أما القانون الذي ينظم قواعد خدمة الضباط الاحتياط للقوات المسلحة<sup>5</sup> فقد جاء بالأحكام  
التالية<sup>6</sup>:

1- قانون رقم:232 لسنة 1959 في شأن شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة المصرية، المعدّل.

2- قانون رقم: 123 لسنة 1981 بإصدار قانون خدمة ضباط الشرف وضباط الصف والجنود بالقوات المسلحة المصرية  
(الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد: 29 تابع المؤرخة في: 22 يولييه سنة 1981)، المعدّل.

3- قانون رقم:123 لسنة 1981، بإصدار قانون خدمة ضباط الشرف وضباط الصف والجنود بالقوات المسلحة المصرية،  
السالف الذكر، المادة 126 منه.

4- قانون رقم:140 لسنة 2017، المتضمن تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم:25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام  
الأحوال الشخصية المصري (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية عدد رقم:29 مكرر مؤرخ في:22 يولييه سنة 2017).

5- قانون رقم: 232 لسنة 1959 بشأن خدمة ضباط الاحتياط للقوات المسلحة المصرية، المعدّل، السالف الذكر، المواد:  
من 58 إلى 61.

6- أنظر: القانون رقم: 232 لسنة 1959، السالف الذكر، المواد: من 58 إلى 72.



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

1-تؤدى إلى من يعولهم ضابط الاحتياط معونة عاجلة تعادل راتبه أو مكافأته الشهرية عن المدة الباقية من الشهر الذي فقد فيه، كما تؤدى إليهم معونة شهرية تعادل راتبه أو مكافأته الشهرية مدة أقصاها ستة أشهر تبدأ من أول الشهر التالي لفقده.

2-إذا لم يظهر المفقود حتى انقضاء المدة المذكورة أعلاه يمنح المستحقون عنه معاشا شهريا مؤقتا يعادل ما يستحقونه من معاش باعتبار وفاته بسبب الخدمة أو بسبب العمليات الحربية.

3-يصبح المعاش نهائيا بمضي أربع سنوات من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسميا أو وجوده على قيد الحياة، وذلك طبقا للأحكام المنصوص عليها في القوانين الخاصة، وبالرجوع إلى القانون الخاص المتعلق بأحكام المفقود نجد أن مدة التمويت الحكيمة لاعتبار تختلف باختلاف الحالة.

4-إذا اتضح أن المفقود موجود على قيد الحياة يوقف صرف المعاش للمستحقين وتسوى حالته على ضوء التحقيقات العسكرية.

وباستقراء قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة<sup>1</sup> جاء بجملة من الأحكام تخص العسكري المفقود كما يلي<sup>2</sup>:

1-يصرف للمفقود بسبب الخدمة منحة عاجلة تعادل راتبه وتعويضاته عن ثلاثة أشهر بالإضافة إلى المعاش.

2-يمنح للمفقود بسبب العمليات الحربية أو بسبب الخدمة معاشا شهريا للمستحقين طيلة مدة فقده بما يعادل ما يستحقه من معاش بافتراض وفاته أو استشهاده بحسب الأحوال، وهذا ابتداء من أول الشهر الذي يفقد فيه.

3-يعتبر المفقود بسبب العمليات الحربية في حكم المستشهد، كما يعتبر المفقود بسبب الخدمة في حكم المتوفى بقرار من وزير الدفاع بانقضاء سنة من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسميا أو وجوده على قيد الحياة.

<sup>1</sup> - قانون رقم: 90 لسنة 1975 بإصدار قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية العدد: 35 مكرر المؤرخة في 30 أغسطس لسنة 1975)، المعدل.

<sup>2</sup> - أنظر: القانون: 90 لسنة 1975، المتضمن إصدار قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة، المعدل، السالف الذكر، المواد: 35، 36، 37، 38 و 40.

الباب الأول: الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية

4- إذا اتضح أن المفقود موجود على قيد الحياة يوقف صرف المعاش للمستحقين عنه وتساوى وضعيته على أساس ما تسفر عنه التحقيقات العسكرية.

وعليه يمكن القول أن مدة الفقد في القانون العسكري المصري لا تعتبر خدمة فعلية، وأن العسكري في حالة فقده يخضع لقانون التقاعد.

### الفرع الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية في التشريع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري المستخدم العسكري<sup>1</sup> المفقود في وضعية قانونية اتجاه عمله حيث في فترة فقده إما أن يكون في حالة خدمة أو حالة عدم القيام بالخدمة<sup>2</sup>، وبينت المادة 84 من القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين<sup>3</sup> أن العسكري المفقود يبقى لمدة سنة في وضعية القيام بالخدمة ويصرف له راتبه وتعتبر هذه المدة مدة خدمة فعلية<sup>4</sup>، أما إذا كان هذا العسكري متعاقدًا وانتهت فترة عقده خلال فترة فقده تمديد إلى غاية عودته<sup>5</sup>.

1- يقصد بالمستخدم العسكري في نظر الأمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري المعدل (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية السنة الثالثة والأربعون، العدد: 12، المؤرخة في أول صفر عام 1427هـ الموافق أول مارس 2006م)، المادة الأولى: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد القواعد القانونية الأساسية العامة المطبقة على المستخدمين العسكريين، ويطبق هذا النص على:

- العسكريين العاملين

- العسكريين المؤدين للخدمة بموجب عقد.

- العسكريين المؤدين للخدمة الوطنية الذين يدعون في صلب النص: -عسكري الخدمة الوطنية.-

العسكريين الاحتياطيين في وضعية نشاط".

2- أمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 83: "يوضع العسكري في إحدى الوضعيات القانونية الأساسية الآتية: -القيام بالخدمة - الانتداب-عدم القيام بالخدمة-العطلة الخاصة.

توضح أحكام هذا الفصل المطبقة على عسكري الخدمة الوطنية بموجب قانون الخدمة الوطنية".

3- أمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 84: "القيام بالخدمة هو وضعية العسكري الذي يشغل منصب عمل في رتبته.

يبقى في هذه الوضعية: -الموجود في الأسر عند العدو أو الرهينة أو المفقود لمدة سنة.....".

4- أمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 85: "يستفيد العسكري الموجود في إحدى الحالات المرتبطة بوضعية القيام بالخدمة، من راتب الخدمة.

وتعتبر المدة التي يقضيها في وضعية القيام بالخدمة بمثابة خدمة فعلية....".

5- أنظر: أمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 85 الفقرة الرابعة.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية بعد انتهاء فترة وضعية العسكري المفقود في حالة الخدمة، وهي سنة من تاريخ فقده، نص المشرع الجزائري إلى أنه يدخل ضمن الحالة القانونية الثانية وهي حالة عدم القيام بالخدمة.

إنّ حالة عدم القيام بالخدمة هي وضعية مؤقتة يوضع فيها العسكري المفقود بعد سنة من فقده<sup>1</sup>، حيث يوضع في هذه الوضعية مباشرة بعد مرور سنة من فقده<sup>2</sup>، وخلال هذه الفترة يتقاضى ذوو حقوقه حصة من راتبه يحددها التنظيم، وتحسب هذه الفترة في الأقدمية في الخدمة وتأسيس حقوق معاش التقاعد.

وبذلك نقول أن المشرع الجزائري كفل للمستخدمين العسكريين حماية تجعلهم في وضعية قانونية طوال فقدهم، كما كفل لهم الحق في الراتب لمدة سنة من تاريخ فقدهم، وبمرور هذه السنة كفل حقا لذوي حقوقهم في صرف لهم جزءا من راتبه حماية لهم، إلا أن المشرع لم يحدد فترة وضعية العسكري المفقود في حالة عدم الخدمة، والتي نعتبرها تنتهي إما بظهوره حيا فيعود إلى مهنته، أو الحكم بتمويته فيستفيد ذوي حقوقه من المعاش.

---

<sup>1</sup> - أمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 89: "عدم القيام بالخدمة هو الوضعية المؤقتة للعسكري الموجود في إحدى الحالات التالية: - رهن الحبس - عطلة طويلة المدة لأسباب مرضية - عند عودته من الأسر لدى العدو أو بعد سنة من ذلك - بعد سنة من فقده أو احتجازه كرهينة...."

<sup>2</sup> - أمر رقم: 06-02 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة: 90 الفقرة الثانية "يحال العسكري الأسير عند العدو أو المحتجز كرهينة أو المفقود، على وضعية عدم القيام بالخدمة بعد سنة من أسره أو فقده أو حجزه كرهينة".

الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

بعد الحكم بالفقدان يستمر البحث والتحري عن المفقود بجميع الوسائل والطرق الممكنة للوصول إلى معرفة حياته من مماته، فإن لم يتم الوصول إلى حقيقة ذلك، ولم يظهر للمفقود أثر، ولم يرجع إلى بيته وأهله ومرت على ذلك مدة منصوص عليها قانوناً وشرعاً جاز لمن تتوفر فيهم الشروط القانونية اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بموته بعد إتباع إجراءات قانونية معينة، وهنا يثار السؤال التالي: هل اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على مدة واحدة يمكن الحكم بعد مرورها بموت المفقود؟ وهل اجتهد الفقه المعاصر في مراجعة هذه المدة؟ وهل حذت التشريعات العربية حذو الفقه الإسلامي في تحديد هذه المدة، أم سايرت التطور الحاصل في وسائل البحث والتحري؟ لمعرفة ذلك سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: دور وأثر وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقود وأثرها في مدة الحكم بموته.

المبحث الثالث: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريع العربي.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

## المبحث الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الفقه الإسلامي

إن لم يظهر المفقود، ولم تثبت وفاته لا بالمشاهدة ولا بالمعاينة ولا بالبينة القاطعة ولا بأوراق رسمية<sup>1</sup> ومرت على فقهه مدة زمنية محددة، فلا يمكن لهذا الشخص أن يبقى مفقوداً إلى الأبد فثمة ضرر يلحق خاصة بأهله وزوجته، فالقاعدة تقضي بأن الضرر يزال، ومن ثم جاز اللجوء إلى القضاء لطلب الحكم بوفاته، إذن كم هي هذه المدة -والتي يعبر عنها الفقهاء بمدة التبرص-؟.

" لما كان المفقود على هذا الوضع فإن أمره متردد بين الحياة والموت، إذ من المحتمل أن يظهر حياً بعد حين، وربما يثبت موته بما يعتد به من الدلائل والبيانات، وقد لا يستبين أمره فيطول غيابه، وحينئذ لا يجد القاضي من سبيل أمامه بعد رفع الأمر إليه، وبعد التحري سوى إصدار حكم بموته، استناداً إلى ما تشير إليه الدلائل وتشهد به الظروف"<sup>2</sup>.

لقد تعرض فقهاء الشريعة للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، كما كانت هذه المدة محل فتاوى واجتهادات معاصرة، لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في المذاهب الفقهية.

المطلب الثاني: الاجتهادات المعاصرة في مدة تمويت المفقود.

---

<sup>1</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص: 44/ محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص: 305.

<sup>2</sup> - هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية، في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2007، ص: 173.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

### المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في المذاهب الفقهية

نظرا لعدم وجود نص في القرآن الكريم، ولا في السنة النبوية يحدد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، فقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه المدة، فمنهم من قيدها بمرور السن الطبيعي للإنسان، ومنهم من حددها بحسب نوع الغيبة، في حين ذهب فريق آخر إلى ترك تقديرها للقاضي، لهذا سنتطرق في هذا المطلب للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في المذاهب الأربعة، وكذا في المذهب الإباضي كل مذهب على حدة.

#### الفرع الأول: عند الحنفية

ذهب الحنفية إلى أنه لا يحكم بموت المفقود إلا إذا بلغ من العمر وهو على هذا الحال ما لا يعيش أقرانه<sup>1</sup>، " واختلفوا في المراد بموت أقرانه فقليل: من جميع البلاد، وقيل: من بلده وهو الأصح<sup>2</sup> ".

وقد اختلفت الروايات في تقدير المدة<sup>3</sup>:

- في رواية الحسن عن أبي حنيفة يحكم بموت المفقود إذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد.

- وروي عن أبي يوسف يحكم بموت المفقود ببلوغه مائة سنة.

- " وقيل تسعين، وهو غاية ما ينتهي إليه أعمار أهل زماننا من الأعم الأغلب، وهو الأرفق، لأن في التفحص عن موت الأقران حرجا<sup>4</sup> ".

وقال بعض الحنفية أنه يترك تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى تقدير الحاكم الذي يقدر الحالة بحسب مكان الفقد والشخص المفقود<sup>5</sup>، حيث قيل في ذلك " يفوض إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف الأشخاص فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات<sup>6</sup> ".

1- أنظر: عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 506.

2- إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح الأبحر، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص: 540.

3- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية-الجزء السابع-، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2000، ص: 366.

4- أنظر: عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار الجزء الثاني، مرجع السابق، ص: 506.

5- أنظر: عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2006، ص: 1449.

6- إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، نفس المرجع، ص: 541.

## الفرع الثاني: عند المالكية

للمالكية تفصيل في أنواع المفاqid، إذ لكل نوع منهم مدة تمويت، وأنواعهم ومددهم هي كما يأتي:

### أ-مفقود في دار الإسلام (أرض الإسلام)

في هذا النوع فرّق المالكية بين الحكم بالنسبة لزوجة المفقود وبالنسبة لماله، فبالنسبة لزوجة المفقود إن رفعت أمرها للقاضي ضرب لها أجل أربعة أعوام تبتدئ من حين تاريخ العجز عن البحث عنه، فإن تم الأجل دخلت في عدة الوفاة أي اعتدت أربعة أشهر وعشر، وبمجرد إنهاء العدة تحل للأزواج<sup>1</sup>، "وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه فإذا يؤس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين<sup>2</sup>".

وقد ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أن زوجة المفقود تعتد كالوفاة، والمفيد أنها ليست عدة وفاة حقيقية لأن هذا حكم بالموت أي تمويت لا موت حقيقية<sup>3</sup>.

أما مال المفقود فلا يورث عنه وإنما ويبقى تحت ملكه حتى يعلم موته يقيناً أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله<sup>4</sup>، واختلفت روايات المالكية في حدّ ذلك بين سبعين سنة على الأقل ومائة وعشرون سنة على الأكثر<sup>5</sup>.

" فلو فقد وهو ابن سبعين على مذهب من يرى السبعين ضرب له عشر أعوام، وكذلك إن فقد وهو ابن ثمانين أو تسعين على مذهب من يرى ذلك أو ما دونه حدّ المفقود، وأما إن فقد وهو ابن مائة عام على مذهب من يرى ذلك أو ما دونه حدّ المفقود فقليل إنه يضرب له عشرة أعوام، وقيل أنّه يتلوم له العام والعامين، فأما إن فقد وهو ابن مائة وعشرون سنة فيتلوم له العام ونحوه<sup>6</sup>".

1- أنظر: أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ص: 695.

2- أنظر: مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 30.

3- أنظر: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص: 479.

4- عبد الوهاب البغدادي، المرجع السابق، ص: 823.

5- أنظر: أبي الوليد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الجد، المرجع السابق، ص من 336 إلى 341.

6- أبي الوليد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الجد، نفس المرجع، ص: 341.



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

### ب-مفقود في بلاد الحرب (بلاد الشرك).

مثله الأسير، حكمه أن زوجته تبقى تحت عصمته ولا يقسم ماله إلا بانقضاء مدة التعمير، فإن انقضت مدة التعمير يحكم بتمويلته وتعتد زوجته عدة وفاة ويقسم ماله<sup>1</sup>.

### ج-مفقود في قتال الكفار.

فيه أربعة أقوال: " قيل حكمه حكم الأسير، وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم، والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين، والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله، وهذه الأقاويل مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع<sup>2</sup>."

### د-مفقود في الفتنة بين المسلمين

من فقد في وقت الفتن بين المسلمين بقتال بعضهم بعضا لطلب ملك أو سلطان، وأطلق عليه تسمية فتنة لأنه قتال غير شرعي، لأن القتال الشرعي هو قتال الكفار وهو جهاد في سبيل الله، تعتد زوجته حين انفصال الصفين، أي تشرع في عدة الوفاة بعد انتهاء القتال، وهذا خلاف المنقول عن مالك وابن القاسم بالشروع في عدتها من يوم التقاء الصفين، ويشترط في القولين أن يرى زوجها في صف القتال<sup>3</sup>.

### و-مفقود في بلاد الوباء

المفقود في بلاد عمّ فيها الوباء القاتل مثل: وباء الكوليرا أو الطاعون، أو في بلاد أصابها موت جماعي بسبب الزلازل أو فيضانات وما شابهها، فمن فقد في هذه الظروف أمره بين إما أن يكون من الناجين فيظهر مع الأحياء عند انجلاء الأمر، أو يكون قد مات<sup>4</sup>، وحكمه حكم المفقود في الفتنة بين المسلمين أي تعتد زوجته عدة الوفاة دون تلوم<sup>5</sup>.

1- أنظر: أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، المرجع السابق، ص: 68.

2- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص: 52 و 53.

3- أنظر: عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، المرجع السابق، ص من 105 إلى 106.

4- الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 499.

5- أنظر: عثمان بن حسين بري الجعلي المالكي، نفس المرجع، ص: 106.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

### الفرع الثالث: عند الشافعية

يرى الشافعية أن المفقود لا يورث إلا بيقين موته أي حتى تقوم بينة بموته-بمعنى إقامة دليل على موته حقيقة<sup>1</sup>، وإلا يوجد قولان<sup>2</sup>:

1- لا يقسم ماله حتى يتبين حاله.

2- تمضي مدة على فقده يقضي فيها الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها، وهذا القول به قطع الأكثرون وهو الأصح.

وهذه المدة لا تقدر وهو القول الصحيح، وقيل تقدر واختلفت التقديرات في ذلك بين السبعين سنة والمائة، وقيل مائة وعشرون لأنها العمر الطبيعي عند الأطباء، وفي ذلك لا يكفي مضي المدة من غير حكم بموته إذ لا بد من حكم الحاكم بتمويت المفقود<sup>3</sup>.

### الفرع الرابع: عند الحنابلة

قسم الحنابلة المفقود إلى قسمين:

- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة.

- ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك.

ولكل نوع مدة يحكم بعدها بموت المفقود كما يلي:

#### **أ- الغيبة التي ظاهرها السلامة**

إذا كان الغالب في حال المفقود السلامة كالعائب في تجارة، أو سياحة، أو من غاب لطلب علم أو نحو ذلك<sup>4</sup>، توجد روايتين:

- الرواية الأولى: ينتظر بلوغه تمام تسعين سنة منذ ولد وهي أشهر الروايتين<sup>5</sup>، وإن فقد وعمره تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - الجزء الثالث، - على متن منهاج الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت-لبنان، الطبعة الرابعة، 1431هـ/2010م، ص: 518.

<sup>2</sup>- أنظر: الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 34.

<sup>3</sup>- أنظر: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص: 519.

<sup>4</sup>- عبد اللطيف فاير دريان، المرجع السابق، ص: 1451.

<sup>5</sup>- أنظر: أحمد بن حنبل الشيباني، المرجع السابق، ص: 81/ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد احمد بن حنبل-الجزء السابع، صححه وحققه محمد حامد الفيقي، الطبعة الأولى، 1375هـ-1957م، ص: 335.

<sup>6</sup>- أنظر: إبراهيم بن محمد بن سالم ضويان، المرجع السابق، ص 87.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

- الرواية الثانية: ينتظر به حتى يتأكد ويتيقن موته، أو تمر على فقهه مدة لا يعيش في مثلها، وتقدير تلك المدة مردود إلى اجتهاد الحاكم<sup>1</sup>.

### ب- الغيبة التي ظاهرها الهلاك

كالذي يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب لقضاء حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر، أو يفقد حال الحرب بين الصفين، أو غرقت سفينة ونجا قوم وغرق آخرون، انتظر تمام أربع سنين منذ فقدانه ثم يقسم ماله على ورثته<sup>2</sup>.

إن السبب في تحديد مدة أربع سنين لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله يغلب على الظن هلاكه، إذ لو كان حيًا لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية<sup>3</sup>.

### الفرع الخامس: عند الإباضية

ورد في كتاب النيل وشفاء العليل أنه "يحكم على المفقود بموت إذا مضت أربع سنين من يوم فقدته"<sup>4</sup>.

أما في كتاب الإيضاح في الأحكام في إجابته عن سؤال يتعلق بزواج امرأة المفقود، قال أنها تتزوج بعد أربع سنين من يوم فقدته<sup>5</sup>، وهذا ما يستشف منه أن المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود هي أربع سنوات.

### الرأي الراجح:

من حيث التقسيم فأرى أن التقسيم الذي ذهب إليه الحنابلة هو تقسيم رائع، لكن من حيث المدة لاسيما إذا كان المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك فلا يمكن انتظار أربع سنين للحكم بوفاته وبالرجوع إلى قول المالكية نجد أنهم قاصوا المدة إلى سنة إذا كان المفقود في حرب مع الكفار وإلى أقل من ذلك في حالة الفتنة بين المسلمين، وهذا يتماشى مع الحالات الاستثنائية التي تغلب فيها الهلاك، ومن ثم فإني أرى المزج بين المذهبين وذلك بالأخذ بتقسيم الحنابلة للمفقود إلى مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك ومفقود في غيبة ظاهرها السلامة، ومراجعة مدة

<sup>1</sup>- أنظر: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصم النجدي، المرجع السابق، ص 182.

<sup>2</sup>- أنظر: أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل - الجزء الرابع-، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، ص 113. /ابراهيم بن محمد بن سالم الضويان، المرجع السابق، ص:88.

<sup>3</sup>- عبد الرحمان بن محمد قاسم العاصمي النجدي، نفس المرجع، ص: 182.

<sup>4</sup>- ضياء الدين عبد العزيز التميمي، المرجع السابق، ص:38.

<sup>5</sup>- أبي زكريا يحيى بن سعيد، كتاب الايضاح في الأحكام -الجزء الثالث -، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1984، ص: 121.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود التمويث في كل حالة مؤسسين ذلك على رأي المالكية، وبالتالي استخلاص ما يصلح لزماننا هذا.

### المطلب الثاني: الاجتهادات المعاصرة في مدة تمويث المفقود

إنَّ سبب اختلاف فقهاء المذاهب في مسألة تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود يعود إلى عدم وجود نص من الكتاب والسنة كما ذكرنا سلفاً، وأن "ما ذهب إليه الفقهاء من آراء ما هو إلى مجرد اجتهادات لا دليل عليها من الكتاب و السنة، وبالتالي فهي غير ملزمة لمن يأتي بعدهم، خاصة في هذا العصر الذي تطورت فيه وسائل الاتصال والبحث والتحري، ونشطت فيه الدولة بالاتصال بالدول الأخرى لمعرفة أحوال رعاياها والاهتمام بهم<sup>1</sup>"، وهذا ما يدفعنا إلى طرح السؤال التالي: هل اجتهاد الفقهاء المعاصرين في ذلك؟، وعليه سنتعرض في هذا المطلب لبعض الفتاوى والاجتهادات في هذه المسألة.

في سؤال طرح على مفتي سلطنة عمان بخصوص امرأة فقد زوجها في موسم الحج بعد حادث انهيار نفق المعيصم ولم يعرف عنه شيء، فكانت إجابته "حكم هذه الزوجة لا يتغير عنه قبل وقوع هذه الحادثة حتى تتبين سلامة زوجها أو وفاته، فإن لم يتبين شيء من ذلك حتى مضت أربع سنين فترفع أمرها إلى القاضي الشرعي وهنا يحكم القاضي بوفاة زوجها...<sup>2</sup>"، وهذا الحكم مبني على المذهب الإباضي ويتفق مع ما ذهب إليه في بعض المذاهب بخصوص الغيبة التي ظاهرها الهلاك، وهي الحالة لأن هذا الزوج فقد في حالة استثنائية يغلب فيها هلاكه.

وبخصوص سؤال طرح على اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بخصوص ولد فقد في نفس محل سكن والده بالمدينة المنورة فكانت الإجابة: "أن المفقود لا يخلو من حالتين: إما أن يفقد في حال يغلب فيها الهلاك، كفقده في معركة قتال، أو في البحر، أو في مفازة أو نحو ذلك، فالمذهب أنه ينتظر بعد أربع سنين ثم يحكم بموته، وتترتب أحكام الموت على ذلك، وإما أن يفقد في حال يغلب عليه السلامة، كفقده في بلده أو في تجارة أو نحو ذلك، فالمذهب إنه ينتظر به تسعون عاماً من ولادته ثم يحكم بموته في حال استمرار فقده، وتترتب على ذلك، أحكام الموت، وحيث إن المفقود المذكور في السؤال فقد في بلده في حال تغلب فيه السلامة،

<sup>1</sup> - هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص: 173.

<sup>2</sup> - أحمد حمد الخليفي، الفتاوى-النكاح-الكتاب الثاني، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية-، سلطنة عمان، 2013، ص 288.

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود  
فإن إرثه من والده يبقى تحت ملكه حكماً حتى يمضي عليه تسعون عاماً من ولادته...<sup>1</sup>، وهذه الفتوى مطابقة لمذهب الحنابلة.

جاء في فتوى لمجلس الإفتاء لرابطة علماء أهل السنة<sup>2</sup> ما يريجه المجلس: أن القاضي الشرعي ينظر في كل قضية بحسب الظروف المحيطة بها، ويحدّد مدة للانتظار يغلب على الظن موته بعدها، لأن حال المفقود وظروف الفقد تختلف من حالة لأخرى، وهو ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته (21) المنعقدة بمكة المكرمة لعام (1434هـ)<sup>3</sup>، هذه الفتوى استندت على اجتهاد المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي<sup>4</sup> والذي ناقش في دورته المنعقدة يوم: 1434/01/25هـ في الجلسة الثانية من الدورة الحادي والعشرين موضوع بعنوان "مدة انتظار المفقود" حيث من بين النتائج المتوصل إليها<sup>5</sup>: "3- مدة انتظار المفقود من المتغيرات في الشريعة وهو ما فهمه السلف رضوان الله عليهم. 4- أهمية مراجعة المفاهيم والتجديد فيها والبدء من حيث انتهى العلماء."، وقد أخذ بهذا الاجتهاد المجلس الإسلامي السوري في فتوى له بخصوص النساء اللواتي فقدن أزواجهن في الأزمة السورية<sup>6</sup>.

وعليه فإن الاجتهاد الذي ذهب إليه المجمع الفقهي والذي أخذت به معظم الفتاوى المعاصرة والذي ترك تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود للسلطة التقديرية للقاضي يساهم لا محالة في إحداث قوانين ثابتة تعالج هذا المشكل بصورة جذرية بما يتماشى والتطور الحاصل في وسائل البحث والتحري، إلا أنه ما يعاب على هذا الاجتهاد أنه ترك الحرية

---

1- عبد العزيز بن عبد الله بن باز وآخرون، جامع أحكام المواريث-موسوعة شاملة في فقه المواريث تشمل جميع أحوال الميراث من خلال رسائل وشروح وأسئلة وفتاوى نخبة من العلماء-، دار ابن حزم، القاهرة-جمهورية مصر العربية-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ص: 941-942.

2- أنظر: رابطة علماء أهل السنة، النظام الأساسي، <https://www.rabtasunna.com/3>، بتاريخ: 2020/04/30 على الساعة: 12:05، المادة الثانية منه: "رابطة علماء السنة: مؤسسة إسلامية، شرعية، سنوية، عالمية، مستقلة".

3- رابطة علماء أهل السنة، فتوى مجلس الإفتاء حول أحكام الغائب والمفقود: <https://www.rabtasunna.com/3544> بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 11:25.

4- رابطة العالم الإسلامي هي منظمة إسلامية عالمية جامعة مقرها مكة المكرمة تقوم بالدعوة للإسلام وشرح مبادئه وتعاليمه، تأسست سنة 1962 / مأخوذة من موقع ويكيبيديا: رابطة العالم الإسلامي، [ar.wikipedia.org/wiki/](http://ar.wikipedia.org/wiki/)، يوم: 2020/02/19 على الساعة: 19:05 سا.

5- أنظر: المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي يناقش في جلسته الثانية: مدة انتظار المفقود: <http://ar.themwl.org/node/31>، بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 09:38 سا.

6- أنظر: المجلس الإسلامي السوري، فتوى أحكام زوجة الغائب والمفقود: <http://sy-sic.com/?p=5495>، بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 10:15 سا.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود للقاضي ولم يأخذ أقوال المذاهب الفقهية بعين الاعتبار لاسيما في تقسيم المفقود إلى مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك وغيبة ظاهرها السلامة من جهة ومدد التمويت التي وضعها المالكية لكل نوع من المفاqid من جهة أخرى، والتي كان يمكن البدء منها كأرضية للاجتهاد.

## المبحث الثاني: دور وأثر وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقود وأثرها في مدة الحكم بموته

لقد تغير العالم اليوم كثيرا وتطورت وسائل الاتصال وما لها من أثر ايجابي ودور مهم في البحث عن المفقودين، إذ أن معرفة دور هذه الوسائل يتطلب منا التعريف بأهمها ثم التعرض إلى دورها في البحث عن المفقودين وأثرها في الكشف عنهم وفي تقليص المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

### المطلب الأول: التعريف بأهم وسائل الاتصال الحديثة

لا يمكن عرض كل وسائل الاتصال وإنما سيتم الاقتصار على نماذج منها وهي:

#### 1- الصحافة المكتوبة

تعرف الصحيفة أنها: " مطبوع ينشر الأخبار السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعلمية والتقنية ويشرحها ويعلق عليها"<sup>1</sup>، وهي مطبوع ورقي دوري في شكل جريدة أو مجلة ينشر الأخبار في مجالات مختلفة ويحللها ويفسرهما ويعلق عليها، ويكون ذلك عن طريق مساحات من الورق بأعداد كبيرة بغرض التوزيع<sup>2</sup>، ويكون هذا المطبوع إما مطبوع يومي أو أسبوعي أو شهري ويصدر إما في قالب جريدة أو مجلة، علما أن حاليا يمكن الإطلاع عليها إلكترونيا.

#### 2- الإذاعة المسموعة

يقصد بها الإذاعة الصوتية أو ما يسمى بالراديو ترسل وتبث عن طريق الأثير وهي عبارة عن وسيلة من وسائل الاتصال الجماهيري<sup>3</sup>، حيث أن كل مناطق العالم اليوم تغطيها

<sup>1</sup> - محمد علي القوزي، نشأة وسائل الاتصال وتطورها، دار النهضة الحديثة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص:54.

<sup>2</sup> - مؤمن أحمد نياض شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، غزة-فلسطين، 2006، ص:60.

<sup>3</sup> - هشام بوبكر، محاضرات في مقياس مؤسسات الإعلام والاتصال للسنة الأولى ماستر علاقات عامة، جامعة محمد الصديق بن يحيى-جبل-، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم علم الاجتماع، السنة الجامعية:2016/2017، ص:40.

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود  
برامج إذاعية إما محلية أو أجنبية، وفي الجزائر توجد إذاعات وطنية وأخرى جهوية في كل ولاية.

### 3- الهاتف النقال

" الهاتف النقال هو جهاز اتصال يختلف حجمه من نوع لآخر، يسمح ببحث واستقبال مختلف المكالمات الهاتفية والرسائل النصية والصور، وبسرعة كبيرة، وهذا عن طريق شريحة إلكترونية مرتبطة بشبكة الاتصالات الرقمية<sup>1</sup>، وهو من أهم وسائل الاتصال الصوتي وأكثرها انتشارا بين الناس، وهو من بين أدوات التواصل بين الأفراد والجماعات حيث يستطيع نقل الصورة مع الصوت بسرعة هائلة<sup>2</sup>، وقد تطورت هذه الوسيلة كثيرا، والجزائر تتوفر على عدة متعاملين في هذا المجال يغطون كل التراب الوطني، وقد تم إطلاق الجيل الرابع.

### 4- التلفزيون والفضائيات

وسيلة اتصال سمعية بصرية تعتمد أساسا على الصورة والصوت، حيث يتم إرسال واستقبال الصورة والصوت بأمانة وعلى الفورية من مكان إلى آخر باستخدام الأقمار الصناعية وتقنيات أخرى<sup>3</sup>، كما تعرف القنوات الفضائية أنها: "قنوات تبث عبر شبكة من الأقمار الصناعية التي تدور حول الأرض في مسارات محددة معروفة تحدّد عموما بالزاوية والاتجاه على البوصلة لتحديد اتجاه التقاط كل مجموعة من القنوات التي يتم بثها على قمر<sup>4</sup>".

### 5- الشبكة العنكبوتية

شبكة عالمية للاتصال باستخدام أجهزة الإعلام الآلي، التي تخزن كميات معتبرة ومعطيات سهلة الوصول إليها وبطريقة مباشرة باستعمال الحاسوب الشخصي المتصل بشبكة الاتصالات الهاتفية<sup>5</sup>، كما تعرف شبكة الانترنت على أنها شبكات الكمبيوتر العالمية التي

---

1- عابد كمال، تكنولوجيايات الإعلام والاتصال وتأثيرها على قيم المجتمع الجزائري-الشباب الجامعي لتلمسان نموذجا-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص: علم الاجتماع والاتصال، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم علم الاجتماع، تحت إشراف: أ.د. سعدي محمد، السنة الجامعية 1437-1438هـ/2016-2017م، ص: 104.

2- عبد الرحمان سولمية، استخدامات تكنولوجيا الاتصال الحديثة وانعكاسها على نمط الحياة في المجتمع الريفي-دراسة ميدانية بقرية بسكارا، بلدية القيقية-، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة باتنة-الجزائر-، العدد: 21/ ديسمبر 2015، ص: 190.

3- مؤمن احمد نياي شويديح، المرجع السابق، ص: 63 و 65.

4- سليم عبد النبي، الإعلام التلفزيوني، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، الطبعة الأولى، 2010م، ص: 25.

5- محمد شريف عميروش، الجديد في التربية المدنية للسنة الرابعة متوسط، ديوان المطبوعات المدرسية، الجزائر، ص: 120.

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

تشتغل بنظام وآليات نقل حزم البيانات واستخدام بروتوكول الأنترنت<sup>1</sup> وقد اختلفت وتتنوعت تعاريفها لكنها اجتمعت في أن الأنترنت هي وسيلة تواصل إلكترونية بين مختلف شبكات المعلومات في العالم، وقد أتاحت هذه الوسيلة الحديثة الفرصة أمام المؤسسات والجماعات والأفراد لاستقبال ونشر الكثير من المعلومات وإرسالها بسرعة هائلة وبتدفق كبير<sup>2</sup>، " فالأنترنت تعطي لمستخدميها منهلاً للمعارف ومركزاً للخدمات المعلوماتية يوفر وقتهم وجهدهم، ويحد من حاجتهم للتنقل، ويجعلهم أكثر كفاءة وفاعلية<sup>3</sup> "، وهذه الوسيلة يرتبط استعمالها بأجهزة إلكترونية كالهاتف النقال والكمبيوتر.

### المطلب الثاني: دور وسائل الاتصال الحديثة في البحث والكشف عن المفقود.

لعبت وسائل الاتصال الحديثة دوراً لم يشهد له مثيل على مرور العصور المتعاقبة من سرعة ودقة في المساهمة والمساعدة على الكشف عن المفقودين ففي استطلاع بعض وسائل الإعلام الحديثة أبرزت أن هناك دوراً ملموساً لهذه الوسائل في الكشف عن المفقودين لاسيما خلال الحروب والكوارث الطبيعية<sup>4</sup>، وقد ثبت أن لهذه الوسائل دوراً ملموساً في الكشف عن المفقودين لاسيما الذين فقدوا في الكوارث الطبيعية والحروب<sup>5</sup>، كما أن المنظمات الإنسانية العالمية عمدت إلى تسطير برامج للبحث عن المفقودين باستعمال كل الوسائل الحديثة، فعلى سبيل المثال قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بعقد جلسة عمل خلال شهر سبتمبر من سنة 2019 بحضور خبراء دوليين لمناقشة سبل تحسين البحث عن المفقودين<sup>6</sup> وعليه سنتطرق لبعض العيانات، وكيفية مساهمتها في الكشف عن المفقودين:

1- عباس مصطفى صادق، الإعلام الجديد - المفاهيم والوسائل والتطبيقات-، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2008، ص:59.

2- هشام بوبكر، المرجع السابق، ص:58-59.

3- عمروني راضية، الإعلام الآلي-تكوين المعلمين السنة الثانية-، وزارة التربية الوطنية - مديرية التكوين-، ص:27.

4- أنظر: مؤمن أحمد نياض شويديح، المرجع السابق، ص:74.

5- شبياكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون -فرع العقود والمسؤولية-، تحت إشراف: خليفي لويظة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015/2014، ص:44.

6- اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اجتماع في الأردن لتعزيز البحث عن المفقودين:

<https://www.icrc.org/ar/document/push-improve-search-missing-people-dead-sea-meeting>,

، يوم: 2018/12/18، على الساعة:11سا.



## الصحافة المكتوبة

دليل الصحف من أهم الوسائل المتاحة في الجرائد والمجلات في الكشف عن المفقود وذلك بنشر الإعلانات اليومية عن أسماء أشخاص مفقودين وصورهم وذكر عناوينهم وأماكن سكنهم وتفاصيل أخرى تفيد في البحث عنهم<sup>1</sup>، ومن ثم فكل شخص اطلع على إعلانات البحث عن المفقودين أمكنه الاتصال إما بذوي الشخص المفقود أو بالصحيفة.

## الإذاعة المسموعة

إن المذيع يتميز أنه باستطاعته مخاطبة كلّ الفئات والطوائف مهما اختلفت درجة ثقافتهم<sup>2</sup>، فمن خلال الراديو يمكن إذاعة أسماء وعناوين المفقودين عبر محطات الإذاعة المحلية والعالمية لاسيما في حالة فقدان الأطفال وكبار السن<sup>3</sup>، ومن ثم إن عائلة المفقود وكذا القاضي يقع على عاتقهما البحث عن المفقود بكلّ الوسائل الممكنة للوصول إلى معرفة حياته من مماته، فيمكن إذن لذوي المفقود الاتصال إمّا بالإذاعة الوطنية أو الجهوية وتقديم لها المعلومات الكافية حول الشخص المفقود، حيث تقوم الإذاعة ببث دوري لهذا الإعلان المتضمن البحث عن المفقود مناشدين المستمعين إلى التبليغ في حالة مشاهدة الشخص المبحوث عنه، وهذه العملية كثيرا ما تعطي نتائج ايجابية.

في لقاء لجريدة الشروق مع العربي بن دادة صاحب برنامج: "بحث في فائدة العائلات- الذي كانت تبثه الإذاعة الوطنية الجزائرية الذي حقق نجاحا كبيرا في العثور على المفقودين على مدار ثلاثين سنة حيث صرح أنه كان يتم العثور على 10 مفقودين أسبوعيا<sup>4</sup>.

## الهاتف النقال

كنوع من الاتصال الأولى يمكن الهلال الأحمر والصليب الأحمر اللاجئين والنازحين في الحروب، من استخدام الهواتف النقالة الخاصة الهيئتين والتي يوفرنها لأهالي المفقودين وذلك لإبلاغ أقاربهم بأماكن وجودهم، وإبلاغهم بموقعهم الجديد<sup>5</sup>، كما أن التطبيقات المتاحة على

1- مؤمن أحمد ذياب شويديح، المرجع السابق، ص: 77.

2- محمد علي القوزي، المرجع السابق، ص: 166.

3- شبياكي نزهة، المرجع السابق، ص: 44.

4- صاحب برنامج أبحاث-في فائدة العائلات-أر/ echoroukonline.com، يوم: 2020/02/19 على الساعة: 19:52 سا.

5- أنظر: أبو عياش نضال، الاتصال الإنساني من النظرية إلى التطبيق، كلية فلسطين التقنية، الطبعة الأولى، 2005، ص: 169، نقلا عن مؤمن أحمد ذياب شويديح، المرجع السابق، ص: 77.

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود  
الهاتف النقال كنظام الجيباس الذي يَمَكّن من تحديد موقع المتصل، وكذا الفاييبوك، الفايبر،  
المسانجير، والواتس آب، كلّها تطبيقات تسهل اتصال المفقود بأي جهة كانت وبصفة مجانية.  
**التلفزيون الفضائيات**

تخصّص بعض الفضائيات حصص أسبوعية للبحث عن المفقودين حيث أنّ كلّ من  
رأى الشخص المطلوب يمكنه الاتصال بالقناة، والتلفزيون الجزائري له تجربة في هذا حيث كان  
يبث حصة مرة في الأسبوع تستقبل فيها العائلات التي ترغب في بث نداءات للبحث عن  
أقاربهم المفقودين، وقد أعطت هذه الحصة نتائج ملموسة، وتجدر الإشارة أنّ التلفزيون الجزائري  
اشتهر بحصة "وكلّ شيء ممكن" والتي كان يقدمها الصحفي المرحوم رياض بوفجي، علماً أنّ  
هذه الحصة أعطت نتائج ملموسة في الكشف عن المفقودين.

### **الشبكة العنكبوتية**

يمكن لأهالي المفقودين إرسال بيانات الأشخاص المفقودين وصورهم عن طريق البريد  
الالكتروني والفايبوك وخاصة إلى مواقع معينة كالللال الأحمر والصليب الأحمر، حيث يمكن  
لكلّ من شاهد الشخص المفقود المبحوث عنه تبليغ أهله عن طريق بريدهم الالكتروني أو نشر  
صورهم على الفاييبوك.

فعلى سبيل المثال فإن مجموعة شباب مصريين أنشؤوا صفحة على الفاييبوك تحمل  
اسم "أطفال مفقودين" تهدف إلى مساعدة العائلات في استعادة أطفالهم المفقودين، حيث نجحت  
هذه الحملة في استعادة 880 مفقوداً من مختلف الدول العربية خلال سنتين ماضيتين<sup>1</sup>، كما أنّ  
في الجزائر توجد عدة مواقع مخصصة للبحث عن المفقودين، نذكر منها الموقع  
التالي: <https://orubamissing.com/algeria>

والجدير بالذكر أنّ اللجنة الدولية لللال الأحمر والصليب الأحمر تستعمل الشبكة  
العنكبوتية وتستغلها في شبكة للأخبار الأسرية وزيارات الأشخاص المحتجزين والاستفسار عن  
المفقودين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - ميم/مجلة المرأة العربية، مصر: حملة فيسبوك تنجح في استعادة مئات الأطفال المختطفين و المفقودين:

<https://meemmagazinenet.wpcomstaging.com/2018/02/05>، تاريخ التصفح : 2019/09/20 على

الساعة: 11سا.

<sup>2</sup> -شبابيكي نزهة، المرجع السابق، ص:45.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

### المطلب الثالث: أثر وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود وفي تقليص المدة التي يحكم بعدها بموته.

إن أهمية استعمال واستغلال وسائل الاتصال الحديثة في البحث والكشف عن المفقودين تكمن في الآثار التي تترتب على ذلك ومدى إيجابية النتائج المحتمل التوصل إليها جراء استخدام هذه الوسائل، حيث أن الاستخدام الفعلي والممنهج لها أعطى تقدماً إيجابياً وملموساً في سرعة الكشف عن المفقودين من شأنه أن يجعل القضاء يحكم عليهم بالموت أو التحقق من حياتهم أو تحديد مصيرهم ومركزهم القانوني في أقل الأوقات الممكنة<sup>1</sup>، فتطور وسائل الاتصالات والمواصلات الحديثة ساهم في سرعة معرفة أحوال المفقود<sup>2</sup>

إن في زماننا هذا تطورت وسائل الاتصالات والبحث كثيراً على ما كانت عليه، فما كان يستغرق سنوات في السابق أصبح لا يستغرق إلا يوماً أو أقل في وقتنا هذا، وعلى سبيل المثال لم يكن الهاتف النقال أو المحمول معروفاً آنذاك أما الآن فوسائل الاتصالات أصبحت تعم كل المناطق، زد على ذلك وجود منظمات مهمتها خدمة الإنسانية كالهلال الأحمر والصليب الأحمر، كما أصبح اليوم لكل دولة قنصليات وسفارات في أغلب دول العالم مهامها تحسين ظروف مواطنيها المغتربين ومتابعة أخبارهم.

إن لوسائل الاتصال الحديث دوراً أساسياً في مساعدة القاضي في التحقق من حياة المفقود أو موته وبالتالي الوصول إلى حقيقته والاطمئنان أن بحكمه هذا لم يهدر حقه في ماله وأهله<sup>3</sup> إن الوسائل الحديثة المتطورة لها آثار إيجابية جداً في سرعة الكشف عن المفقود ومن ثم تحديد مصيره في أقل الأوقات، وبالتالي الحكم عليه إما بالموت أو ببقائه حياً، وهذا ما يجعلنا نفكر ملياً في أثر هذه الوسائل الحديثة على الاجتهاد الفقهي لدى فقهاءنا القدامى في الحكم على المفقود بالموت والمدة التي يضربونها لذلك<sup>4</sup>، فإذا كان من الفقهاء ورغم قلة وسائل البحث والاتصال آنذاك ضربوا مدة أربع سنوات للحكم بموت المفقود في الحالة التي يغلب فيها الهلاك ومنهم من قلصها لأقل من ذلك حسب نوع مكان الفقد، فإنه ينبغي اليوم على الفقهاء وأهل القانون إعادة النظر في هذه المدة رفعا للضرر وبما يتناسب والتطور الحاصل في وسائل

1- أنظر: مؤمن أحمد نياض شويديح، المرجع السابق، ص: 79.

2- عبد الحكيم محسن عطروش، المرجع السابق، ص: 88.

3- جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، المرجع السابق، ص: 48.

4- أنظر: مؤمن أحمد نياض شويديح، نفس المرجع، ص: 79.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

البحث والتحري، وهذا ما دفع فقهاء المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته (21) إلى فتح باب الاجتهاد في هذه المسألة بما يتناسب وعصرنا هذا انطلاقاً مما توصل إليه الفقهاء القدامى، وأن ما استقر إليه الفقه الإسلامي المعاصر هو ترك مسألة تحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود للسلطة التقديرية للقاضي على أساس أن لكل حالة ظروفها.

### المبحث الثالث: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في القانون

اتفقت التشريعات العربية إلى تقسيم الحالات التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى حالتين: الحالة التي يغلب فيها ظن الهلاك والحالة التي يغلب فيها ظن السلامة، في ما اختلفت في المدة التي يحكم بعدها بموته، فهل يرجع ذلك إلى تأثير المذهب السائد في كل دولة أم إلى نقص في الاجتهاد؟ ، لذلك سنخصص المطلب الأول للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريعات العربية المقارنة ثم في المطلب الثاني إلى ما نص عليه التشريع الجزائري، وفي المطلب الثالث نتطرق لأثر الظروف الاستثنائية في تقليص المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

### المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريعات العربية المقارنة

تأثرت معظم التشريعات العربية بمذهب الحنابلة بتقسيمها المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود إلى حالتين: حالة المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك وحالة مفقود في غيبة ظاهرها السلامة وإن اختلفت الألفاظ لكن المعنى واحد.

إذا كانت التشريعات العربية اتفقت في تفويض المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحالات العادية التي ظاهرها السلامة للقاضي مع تحديد مدة دنيا لذلك إلا أنهم اختلفوا في الحالة التي يغلب فيها الهلاك، فمنهم من خصها بأقل من سنة ومنهم من اقتصرها على سنة، ومنهم من جعلها سنتين فيما خصها البعض بأربع سنوات موافقا لرأي الحنابلة، أما بخصوص بدء احتسابها فذهبت معظم التشريعات إلى احتسابها من تاريخ الفقد فيما ذهب آخرون إلى احتسابها من تاريخ اليأس من وجود خبر المفقود.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

### الفرع الأول: حالة الغيبة التي ظهرها الهلاك

اختلفت التشريعات العربية في تسمية هذه الحالة فمنهم من أشار إليها بالحالات الاستثنائية، ومنهم من خصها بلفظ حالة الحروب، ومنهم من أطلق عليها لفظ الحالات التي يغلب فيها الهلاك، أما تقدير المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود-التي يطلق عليها مدة التريص-فدارت بين الثلاثين (30) يوماً والأربع سنوات وهذا ما يبينه الجدول أدناه:

المشروع	تسمية الحالة	مدة التريص	بدء احتسابها	المرجع القانوني
المغربي	الحالة الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك	01 سنة	من تاريخ اليأس على الوقوف على خبر حياته أو مماته	المادة: 327 من مدونة الأسرة المغربية
الأردني	- كارثة، زلزال، غارة جوية، أو حالة اضطراب الأمن و حدوث الفوضى ما شابه ذلك - جهة معلومة يغلب على الظن موته	-01 سنة -4سنوات	من تاريخ فقده	المادة: 249 من قانون الأحوال الشخصية
الإماراتي	الحالة التي يغلب فيها الهلاك	01 سنة	من تاريخ إعلان فقده	المادة: 237 من قانون الأحوال الشخصية
الموريتاني	الحالات الاستثنائية التي يغلب على الظن هلاكه فيها	01 سنة	من تاريخ اليأس من وجود خبره	المادة: 240 من مدونة الأحوال الشخصية
السوداني	ظروف يغلب فيها الهلاك	02 سنة	من تاريخ فقده	المادة: 274 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

الماد:291 من قانون الأسرة	من تاريخ فقد	02 سنة	الفقد في الظروف التي يغلب فيها الهلاك	القطري
المادة:117 من قانون الأحوال الشخصية	من إعلان فقدته	02 سنة	في ظروف يغلب فيها الهلاك	اليمني
المادة:278 من قانون الإرث على المذهب الجعفري	من تاريخ ولادته	100 سنة	*بالنسبة للمذهب الجعفري: حكم عام لكل الحالات	الليبناني
المادة:134 من قانون الأحوال الشخصية للموحدين الدروز	من تاريخ فقد	10 سنوات	*بالنسبة للموحدين الدروز: الحالة التي يغلب فيها الهلاك	
المادة:24 من قانون الإرث عند المحمديين		موت الأقران	* بالنسبة للمحمديين: حكم عام لكل الحالات	
الفصل:82 من مجلة الأحوال الشخصية	لم يحدد	الحاكم يضرب أجلا	الحروب والحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك	التونسي
المادة:205 من قانون الأحوال الشخصية	من تاريخ فقدته	04 سنوات	الفقد بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة	السوري

			والتي يغلب فيها الهلاك	
المادة:112 من قانون أحكام الأسرة	من تاريخ فقده	04 سنوات	الحالات التي يغلب فيها الهلاك	البحريني
المادة:21 من قانون بعض الأحوال الشخصية	من تاريخ فقده	-30 يوما  -01 سنة  -4سنوات	- إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو إذا كان على ظهر طائرة سقطت  - إذا كان من أفراد الجيش وفقد أثناء العمليات الحربية أو كان من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية.  -الحالة التي يغلب فيها الهلاك	المصري
المادة:146 من قانون الأحوال الشخصية	من تاريخ فقده	04 سنوات	المفقود الذي يغلب عليه الهلاك	الكويتي
المادة:194 من الأحوال الشخصية	لم يحدد	04 سنوات	جميع الحالات	العماني
المادة:93 من قانون رعاية القاصرين	من إعلان فقده	02 سنة	فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه	العراقي
المادة:32 من القانون المدني			لم يتطرق، يتم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية	الليبي

## تعليق على الجدول

### 1- من حيث مدة التمويت

من خلال مقارنة التشريعات العربية نجد أن المشرع السوري، البحريني والكويتي حذوا حذو الحنابلة حيث جعلوا المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود أربع سنوات وإن اختلفا في تسميتها، حيث سماها المشرع البحريني الحالات التي يغلب فيها الهلاك، ونفس السياق نص عليه المشرع الكويتي، فيما اقتصرها المشرع السوري على المفقود في العمليات الحربية والحالات المماثلة لها، علما أن المشرع العماني وإن كان أخذ بتحديد مدة أربع سنوات للحكم بموت المفقود إلا أنه عمّمها على جميع حالات الفقد أخذاً بمذهب الحنابلة، في حين أن المشرع القطري، اليمني، اللبناني، السوداني والعراقي اتفقوا على تحديد المدة بسنتين وإن اختلفوا في تسميتها، أما المشرع المغربي، الإماراتي والموريتاني فيبدو أنهم تأثروا بالمذهب المالكي بنصهم على أن المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحالات التي يغلب فيها الهلاك هي سنة، وتجدر الإشارة أن المشرع الأردني قسم هذه الحالة إلى قسمين: حالة الكوارث الطبيعية والحروب وجعل مدة التمويت فيها سنة، والحالات الأخرى المعلومة والتي يغلب مع الظن موته جعل المدة فيها مدة أربع سنوات، وبذلك يكون قد مزج بين المذهبين المالكي والحنبلي، أما المشرع المصري فيبدو أن الظروف التي مرت بها البلد دفعته إلى تعديل جديد خفض فيه المدة في حالة إذا كان المفقود على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت إلى ثلاثين (30) يوماً وهي أقصر مدة تمويت في التشريعات العربية إذ هذه الحالات المنصوص عليها يكون فيها احتمال النجاة ضئيلاً، بيد أنه جعل المدة التي يقرر فيها موت مفقودي أفراد الجيش في العمليات الحربية وأفراد الشرطة في العمليات الأمنية سنة أخذاً برأي المالكية، وأن ذلك يكون بموجب قرار من رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع أو وزير الداخلية بحسب الحالة، وهذا القرار يقوم مقام الحكم القضائي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1929، الخاص ببعض الأحوال الشخصية المصرية، المعدل، السالف الذكر، المادة: 21 منه: "...وبعد 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، وبعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود."



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

تجدر الإشارة أن المشرع التونسي أصاب حينما ترك للحاكم ضرب الأجل بما يتناسب والحالة، بدلا من اللجوء إلى التعديل كلما حلت كارثة جديدة نجم عنها فقدان أشخاص، بينما كان ينبغي عليه تحديد مدة قصوى لا يمكن للقاضي تجاوزها.

2- من حيث بدأ احتساب مدة التمويت:

اختلفت التشريعات العربية إلى ثلاثة اتجاهات:

**الاتجاه الأول:**

نص على أن احتساب مدة التمويت يكون من تاريخ الفقد، وقد نص على ذلك المشرع الأردني، السوداني، القطري، اللبناني، السوري، البحريني، المصري والكويتي.

**الاتجاه الثاني:**

نص على أن احتساب مدة التمويت من تاريخ إعلان الفقد، هو موقف المشرع العراقي، اليمني والإماراتي.

**الاتجاه الثالث:**

ذهب إلى أن احتساب مدة التمويت يتم من تاريخ اليأس من وجود خبر المفقود حيث نص على ذلك المشرعين الموريتاني والمغربي وهذا أخذا بمذهب المالكية. وأرى أن الأصح هو احتساب المدة من تاريخ الفقد لرفع الضرر المحتمل.

## الفرع الثاني: حالة الغيبة التي ظاهرها السلامة

ذهبت معظم التشريعات العربية إلى تفويض المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحالات العادية التي ظاهرها السلامة إلى القاضي بعد مرور المدة الدنيا المنصوص عليها في الحالات التي يغلب فيها الهلاك طبعاً، فيما قيدتها بعض التشريعات بالعمر الطبيعي للإنسان ومنها من حددها بمدة معينة، وهذا تفصيل ذلك على النحو التالي:

1-المشروع المغربي، الكويتي، الأردني والتونسي: تركوا أمر تحديد المدة للقاضي دون ذكر الحد الأدنى، لكن باستثناء المدة المحددة في الحالات التي يغلب فيها الهلاك نجد أنها يجب أن لا تقل عن سنة بالنسبة للتشريع المغربي من تاريخ اليأس عن الوقوف على أثره، وأربع سنوات بالنسبة للمشروع الكويتي والأردني، فيما لا تقل عن سنتين بالنسبة للمشروع التونسي<sup>1</sup>.

1-المشروع العراقي، الإماراتي، اليمني، السوداني، العماني والقطري: جعلوا المدة أربع سنوات من تاريخ إعلان فقده أو من تاريخ فقده<sup>2</sup>.

2-المشروع المصري: فوض تحديد المدة للقاضي على ألا تقل عن أربعة سنوات<sup>3</sup>.

3- المشروع الموريتاني: أوكل أمر تحديد المدة للقاضي باعتبار مدة التعمير أخذاً برأي الجمهور<sup>4</sup>.

---

1- القانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة:327 منه/ القانون رقم:51 لسنة 1984 المعدل المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، السالف الذكر، المادة: 146 منه/ قانون 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة:252 منه/ أمر علي مؤرخ في:06 محرم 1376 الموافق 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المنقح، السالف الذكر، الفصل:82.

2- قانون رقم:78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادة:93 منه/ قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في:29/11/2005 المتضمن بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة:237 منه/ القرار الجمهوري بالقانون رقم:20 لسنة 1992 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، السالف الذكر، المادة: 117 منه/ قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991 ، السالف الذكر، المادة: 274 منه/ قانون 97/32 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العماني، السالف الذكر، المادة: 194 منه/ قانون رقم:22 لسنة 2006 المتضمن قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة:291 منه.

3- مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1929 المتضمن بعض أحكام الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر، المادة 21 منه.

4- قانون رقم:2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة:240 منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

4-المشعر اللبباني: حدد المدة ب: مائة سنة من تاريخ ولادة المفقود بالنسبة للمذهب الجعفري<sup>1</sup>، في حين فوض للقاضي تحديد المدة في قانون الأحوال الشخصية للموحدين الدرور على ألا تقل عن عشر سنوات<sup>2</sup>.

5-المشعر السوري جعل مناط المدة بلوغ المفقود ثمانين من العمر وذلك أخذا برأي الجمهور<sup>3</sup>.

وعليه فالملاحظ أن معظم التشريعات العربية اشتطت ألا تقل المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحالات التي يغلب فيها الهلاك عن أربع سنوات، بينما المشعر السوري، الموريتاني واللبباني قيدها بمرور السن الطبيعي للمفقود، إلا أن ذلك لا يتماشى والتطور الحاصل في وسائل البحث والتحري، لذا كان عليهم الأخذ بما استقرت عليه باقي التشريعات العربية والأخذ بالاجتهاد المعاصر بدل إبقاء الحكم على قاعدة وضعها اجتهاد فقهاء الإسلام القدامى والتي لا تتماشى وعصرنا هذا.

تجر الإشارة إلى أن أقصى مدة للحكم بموت المفقود هي 100 سنة من تاريخ الولادة نص عليها المشعر اللبباني في قانون الإرث على المذهب الجعفري.

إن الرأي الراجح والذي يمكن تطبيقه على أرض الواقع هو ما استقرت عليه معظم التشريعات العربية في ترك السلطة التقديرية للقاضي بعد مرور أربع سنوات على أن يكون احتسابها من تاريخ الفقد لا من تاريخ إعلان الفقد أو اليأس من وجود خبره، ومدة أربع سنوات هي مدة كافية للبحث عن المفقود واستنباط القرائن للحكم بتمويته من عدمه، ولها ما يبررها في بعض الآراء الفقهية والاجتهادات المعاصرة.

<sup>1</sup> - قانون مؤرخ في: 1990/01/01 المتضمن الإرث على المذهب الجعفري - لبناني -، السالف الذكر، المادة 134 منه

<sup>2</sup> - قانون مؤرخ في: 1948/02/24 المتضمن قانون لأحوال الشخصية للموحدين الدرور اللبباني، السالف الذكر، المادة 134 منه

<sup>3</sup> - المرسوم رقم: 59 المؤرخ في: 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر، المادة 205 منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

### المطلب الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريع الجزائري

سنتطرق للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في قانون الأسرة الجزائري، ثم نتعرض إلى الاستثناءات التي وردت في القوانين الخاصة.

#### الفرع الأول: في قانون الأسرة الجزائري

أخذ المشرع الجزائري برأي الحنابلة بتقسيم المفقود إلى قسمين: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة، ومفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، وهذا ما نص عليه في المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها<sup>1</sup>: "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".

ومن ثم يمكن تقسيم المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود كالتالي:

#### **أ- حالة الحروب والحالات الاستثنائية (الحالة التي يغلب فيها الهلاك)**

إذا فقد شخص في الحروب والحالات الاستثنائية كالفقد في الفيضانات أو الكوارث الطبيعية أو الزلازل، وهي حالات يغلب فيها هلاك الشخص، فقد سلك المشرع الجزائري في ذلك منهج الحنابلة والاباضية حيث أجاز للقاضي الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات، وبعد التحري.

إن التحري هو البحث عن المفقود بجميع الوسائل والطرق الممكنة والمتاحة التي توصل إلى معرفة حالته<sup>2</sup>، " مع أخذ بعين الاعتبار الوثائق الإدارية، شهادة الشهود، وكذا القرائن التي يغلب فيها الهلاك والمأخوذة من ظروف الدعوى<sup>3</sup> ".

لكن السؤال الذي يطرح: ما هو التاريخ الذي يبدأ منه سريان الأربع سنوات؟

لم ينص المشرع الجزائري على تاريخ بداية سريان الأربع سنوات، أما القضاء الجزائري فقد اختلف في ذلك فمنهم من احتسبها من تاريخ الحكم بالفقد، ومنهم من احتسبها من تاريخ انتهاء البحث، ومنهم من احتسبها من تاريخ الفقد.

1 - القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المادة: 113 منه.

2- قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص: 44.

3- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010، ص: 385.

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

وقد فصلت المحكمة العليا في هذا الاختلاف بأن التاريخ الذي يبدأ منه احتساب مدة الأربع سنوات هو تاريخ فقدان وليس تاريخ النطق بالحكم، حيث جاء في اجتهاد المحكمة العليا: "أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 113 من قانون الأسرة وأيدوا الحكم المستأنف، في حين أن هذه المادة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية وهما ظرفان يجعلان فقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه<sup>1</sup>".

وجاء تعليق الدكتور بلحاج العربي على هذا القرار، بأن القرار محل التعليق رغم أنه جاء مركزا ودقيقا وموجزا، فإنه يفسر في حقيقة الأمر نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري وهو يبين بصفة جلية بأنه يحكم بموت المفقود الذي فقد في حالة يغلب فيها هلاكه وهي ما يسمى بالأحوال الاستثنائية بعد أربع سنوات من تاريخ فقده، بعد البحث الدقيق عليه بجميع الطرق الممكنة<sup>2</sup>.

إن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أن هناك حالات يتيقن فيها هلاك المفقود كأن يكون على متن طائرة تتحطم، أو يفقد إثر زلزال مدمر كالذي ضرب ولاية بومرداس سنة 2003 أو فيضانات عارمة كالذي حدث في 10 نوفمبر 2001 في باب الوادي، فهذه كلها تعتبر من الحالات الاستثنائية ولا جدوى أن ننتظر أربع سنوات كاملة للحكم بوفاته<sup>3</sup>.

على أساس ما ذكر أعلاه وحتى يحكم القاضي بوفاة المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية يشترط توفر ما يلي:

- أن يكون المفقود فقد في حرب أو حالة استثنائية، وتحديد الحالة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

- البحث على المفقود بكل الطرق الممكنة، وذلك بتحري القاضي عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا، بأن يكون التثبت من فقده من الجهة الرسمية المختصة وهي النيابة العامة التي لها صلاحيات إحضار ملفات الشرطة القضائية، ويمكنها التأكد من مراكز العبور الحدودية للاستعلام عن فرضية سفره خارج الوطن، والاستفسار عنه من السفارات، وبالتالي يتبين حاله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/04/10، ملف رقم: 290808، فهرس رقم: 324.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، تعليق على قرار، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 1، ص: 111 و 112.

<sup>3</sup>- أنظر: دليلة برفاف، أحكام المفقود، رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، العدد الخامس، شهر ديسمبر 2003، ص: 41.

<sup>4</sup>- بلحاج العربي، تعليق على قرار، مجلة المحكمة العليا، مرجع سابق، ص: 113.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

- أن تمضي مدة أربع سنوات على الأقل تحسب من يوم فقده لا من تاريخ الحكم بفقده.

### ب- في الحالات التي تغلب فيها السلامة

إذا فقد الشخص في أحوال عادية كمن سافر للعمل أو العلم أو السياحة، فإن المشرع الجزائري وضح من خلال نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري أنه في الأحوال العادية يفوض الحكم بالوفاة للسلطة التقديرية للقاضي شريطة أن لا تقل المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في هذه الحالة عن أربع سنوات، علما أن القاضي ملزم خلال هذه المدة بالتحري والبحث عنه بجميع السبل والوسائل التي توصل إلى معرفة حياته من عدمها<sup>1</sup>.

وعليه فإن المشرع الجزائري حذا حذو معظم التشريعات العربية في ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير المدة اللازمة للحكم بتمويت الشخص الذي فقد في حالة تغلب فيها السلامة، فللقاضي الرجوع لوقائع القضية محل الحكم واستخلاص من الظروف التي فقد فيها الشخص وحالته الشخصية والصحية المدة التي يؤسس عليها للحكم بموته<sup>2</sup>، ويجب أن لا تكون هذه المدة أقل من أربع سنوات.

إن الملاحظ أن التمييز بين الحالتين هو تمييز شكلي ففي كليهما يجب مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد، لكن الواضح من مقصود النص أن القاضي يحكم وجوبا في الحالة الأولى-أي حالة الحروب والحالات الاستثنائية-وجوازا في الحالة الثانية التي أعطاه القانون سلطة تقديرية في تقدير المدة بعد مرور أربع سنوات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر: دليلة براف، المرجع السابق، ص: 41.

<sup>2</sup>- أنظر: قياسية فاطمة، المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرجن المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، تحت إشراف: بن سعد رابح عزيز، 2006، ص: 32.

<sup>3</sup>- طحطاح علال، المرجع السابق، ص: 38.

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

## الفرع الثاني: في القوانين الخاصة

غض المشرع الجزائري الطرف عن قانون الأسرة الجزائري في القوانين الخاصة التي جاءت تنظم حالات استثنائية مرت بها الجزائر، حيث سنتطرق إلى المدة التي جاء بها كل قانون أو مرسوم للحكم بموت المفقود فيها على النحو التالي:

**أ- في الأمر 03-02 المؤرخ في 2002/02/25 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001**

جاء في المادة الثانية من الفقرة الثالثة أن الحكم بوفاة المفقود يصدر من القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهر واحد ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه، أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فنصت على أن الضبطية القضائية تعد محضرا بفقدان الشخص المعني بعد انتهاء الأبحاث ويسلم المحضر لذوي حقوق المفقود في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة<sup>1</sup>، وبالتالي إذا رفع من له الحق في رفع دعوى فقدان الشخص الذي يثبت وجوده في أماكن فيضانات باب الوادي من اليوم الذي يسلم له محضر معاينة بفقدان الشخص المعني فتكون المدة التي فيها يحكم بموت المفقود هي: خمسة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة على الأكثر.

**ب- في القانون 06-03 مؤرخ في 14 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003**

ورد في المادة الثانية من هذا القانون الفقرة الثالثة أن الحكم بوفاة المفقود في الزلزال المذكور يكون بناء على حكم يصدره القاضي المختص في أجل لا يتعدى شهرا من تاريخ رفع الدعوى أمامه، أما الفقرة الثانية فنصت على أن الضبطية القضائية تعد محضر معاينة بفقدان

---

<sup>1</sup> - أمر 03-02 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 (الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، العدد: 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 الموافق 28 فبراير 2002)، المادة الثانية منه: "بغض النظر عن أحكام القانون الأسرة الجزائري، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001: 1- 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.

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

3- يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه."

الباب الأول: الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم لذوي الحقوق أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة<sup>1</sup>، وبالتالي فإن المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في حالة عدم تماطل ذوي الحقوق أو من له مصلحة في رفع دعوى وفاة المفقود هي: تسعة أشهر من تاريخ وقوع الزلزال على الأكثر.

**ج- في الأمر 06-01 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2006 يتضمن تنفيذ أحكام ميثاق السلم والمصالحة الوطنية**

جاء هذا المرسوم لمعالجة الظرف الخاص الذي عاشه الشعب الجزائري بما يسمى العشرية السوداء، حيث جاء في المادة 32 منه<sup>2</sup> أن القاضي يحكم بموت المفقود في أجل شهرين من تاريخ رفع الدعوى، كما أن المادة 31 منه<sup>3</sup> نصت على وجوب رفع الدعوى في أجل ستة أشهر من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان، أما المادة 30 الفقرة الثانية<sup>4</sup> جاء فيها على أن الشرطة القضائية تعد محضر معاينة بفقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث

1- القانون 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37، مؤرخة في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003)، المادة الثانية منه: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الجزائري، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه:

1- يصرح متوفى بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن هذا الزلزال، ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية.

2- تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة.

3- يصدر الحكم بوفاة المفقود بناء على طلب من أحد الورثة أو من كل شخص له مصلحة، أو من النيابة العامة، يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه.

2- أمر 06-01 مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 11، مؤرخة في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير 2006)، المادة 32 منه: "يصدر الحكم القاضي بوفاة المفقود بناء على طلب أحد ورثته أو من كل شخص ذي مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة.

يفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز شهرين (2) ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"

3- أمر 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 31 منه "يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام القاضي المختص في أجل لا يتجاوز ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة بالفقدان".

4- أمر 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 30 منه الفقرة الثانية "... تعد الشرطة القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو إلى أي شخص له مصلحة في ذلك في أجل ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان".



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود  
ويسلم إلى ذوي حقوق المفقود أو أي شخص له مصلحة في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء  
من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية أي سنة ابتداء من تاريخ: 2006/02/28،  
وبالتالي فإن الفترة القصوى للحكم بموت المفقود في هذا الظرف الخاص هي عشرين (20) شهرا  
ابتداء من تاريخ 2006/02/28.

## تعليق

إن المدة المقررة للحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية والمقدرة بأربع  
سنوات أصبحت في مجملها طويلة لا تتناسب مع الأحوال الاستثنائية، أي لا تف بالغرض  
الذي شرعت من أجله، كما أنه في وقتنا هذا توفرت وسائل الإعلام والاتصال كثيرا مما يختلف  
عن الزمان السابق اختلافا شاسعا وجوهريا<sup>1</sup>.

كما أنه يبدو جليا من الأمر 03-02 والقانون 06-03 اللذين أصدرهما المشرع  
الجزائري لمعالجة حالات استثنائية سببه عجز قانون الأسرة عن معالجتها، وهي إشارات  
ومعطيات تدفعنا إلى التفكير، ولما لا إعادة النظر في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود،  
وخاصة في الأحوال الاستثنائية<sup>2</sup>.

والملاحظ أن بعض التشريعات العربية عالجت هذا الأمر، فالمشرع المغربي قلص هذه  
المدة إلى سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياة أو ممات المفقود في الأحوال  
الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك<sup>3</sup>، ومن التشريعات العربية من جعلها سنة من تاريخ الفقد،  
وأن المشرع المصري جعلها 30 يوما فقط في حالة إذا كان المفقود على ظهر سفينة غرقت أو  
طائرة سقطت، و لذلك ما يبرره في الفقه المالكي، إذ يعتبر المالكية أن المفقود في بلاد الوباء  
وما شابها ميت دون تلوم، وعليه ينبغي على بعض التشريعات العربية أن تعيد النظر في  
المدة الدنيا التي يجوز للقاضي بناء عليها الحكم بموت المفقود في الحالات التي يكون فيها  
احتمال نجاته يكاد يكون منعدما، وفي هذا الصدد نقترح على المشرع الجزائري أن يراجع نص  
المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري حتى تكون صالحة لمعالجة الحالات الاستثنائية مهما

1- أنظر: بلحاج العربي، تعليق على قرار، مرجع سابق، ص: 116.

2- أنظر: بلحاج العربي، تعليق على قرار، نفس المرجع، ص: 117.

3- قانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 327 منها "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 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".

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود  
كان نوعها و حجمها، دون حاجة إلى تدخله كل مرة بقوانين خاصة واستثنائية، وفي هذا الباب  
نقترح أن يكون التعديل كما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية  
بمرور سنة من تاريخ الفقد بعد التحري، ويمكن للقاضي تقليص هذه المدة لأقل من سنة إذا  
كان الفقد في زلزال أو كارثة طبيعية، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى  
القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد".

### **المطلب الثالث: أثر الظروف الاستثنائية على تقليص مدة تمويت المفقود**

مرت بعض الدول العربية بظروف استثنائية نتج عنها آلاف المفقودين وبينت عجز  
القواعد القانونية لاسيما المتعلق منها بالمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، مما دفع المشرع  
إلى مراجعة هذه القواعد، لذا سنأخذ في هذا المطلب كل من مصر والجزائر كعينتين.

### **الفرع الأول: الظروف والحالات الاستثنائية التي مرت بها مصر وأثرها على مدة تمويت المفقود**

ألمت سنة 2006 بمصر حادثة أليمة تمثلت في غرق عبارة السلام يوم: 03 فبراير  
2006 نتج عنها مئات المفقودين مما دفع المشرع وبالنظر إلى حجم الكارثة وبصفة استعجاليه  
إلى تعديل القانون 25 لسنة 1929، حيث أصدر القانون 02 لسنة 2006 لمعالجة مفقودي  
هذه الكارثة<sup>1</sup>، بالإضافة إلى ذلك شهدت مصر ثورة 25 يناير وحادث سقوط الطائرة نوع  
إرباص سنة 2016.

" مثلت ثورة 25 يناير 2011 أحد المفاسل في تاريخ مصر الحديث والمعاصر، وقدمت  
نموذجاً متميزاً في الوحدة الوطنية والالتفاف الشعبي الجارف والسلوك الحضاري السلمي في  
إسقاط الرئيس مبارك ونظامه"<sup>2</sup>.

بتاريخ: 30 يونيو 2012 محمد مرسي يصبح أول رئيس مدني منتخب ديمقراطياً في  
تاريخ مصر بعد فوزه في الانتخابات الرئاسية بنسبة: 51.70% من الأصوات<sup>3</sup>، لكن لم يعمر  
كثيراً حيث تم الانقلاب عليه، ففي مساء 3 يوليو 2013 أعلن وزير الدفاع تولي رئيس

1- عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص: 152.

2- باسم جلال القاسم وريبع محمد الدنان، مصر بين عهدين مرسي والسياسي-دراسة مقارنة-، مركز الزيتونة للدراسات  
والاستشارات، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2016م-1434هـ، ص: 07.

3- أنظر: مجلة عرب 48: مجلة -العرب- 48/مجلة-العرب- 48/2017/01/23 /أبرز الأحداث-في مصر -منذ -اندلاع-  
ثورة -25-يناير: <https://www.arab48.com/> ، يوم: 18/01/2019، على الساعة: 11سا.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

المحكمة الدستورية العليا إدارة شؤون البلد إلى غاية تنظيم انتخابات رئاسية مبكرة وتم تعطيل العمل بالدستور<sup>1</sup>، ومنذ هذا الانقلاب دخلت مصر في حالة استثنائية من لا استقرار نتج عنها آلاف القتلى والمفقودين من المدنيين وغير المدنيين، ضف إلى ذلك حادث تحطم الطائرة المصرية نوع إرباص في شهر مايو 2016 والتي كانت في رحلة من باريس إلى القاهرة والتي راح ضحيتها 66 قتيلًا<sup>2</sup>، ونظرا لعدم ملاءمة القواعد القانونية المتعلقة بالمفقود لهذا الظرف الاستثنائي مما دفع السلطة سنة 2017 إلى إصدار القانون رقم: 140 لسنة 2017 الذي يعدّل القانون رقم: 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وهذه مقارنة بين النص القديم و النص الجديد في مجال المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود:

### أولا) في النص القديم قبل تعديلي سنة 2006 و 2017<sup>3</sup>

- يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ الفقد.

- يعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقدته في حالة ثبوت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

- في حالة ثبوت وجود المفقود على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت، فإن رئيس مجلس الوزراء يصدر قرارا بأسماء المفقودين المعتبرين أمواتا بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، أما إن كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية فإن وزير الدفاع يصدر قرارا بأسماء المفقودين المعتبرين أمواتا طبعا بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، وفي كلا الحالتين يحلّ القرار محل الحكم بموت المفقود.

- في الحالات الأخرى (أي التي تغلب فيها السلامة) يفوض الأمر للقاضي في تحديد المدة شريطة ألا تقل عن أربع سنين من تاريخ الفقد، وبعد التحري بجميع الوسائل الممكنة.

<sup>1</sup>- أنظر: عزمي بشارة، ثورة مصر الجزء الثاني -من الثورة إلى الانقلاب-، المركز العربي للأبحاث والدراسات السياسية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، مايو 2016، ص:368.

<sup>2</sup>- أنظر: مجلة الطيران العربي، حوادث الطيران العربي، مجلة الطيران العربي، الهيئة العربية للطيران العربي، العدد:29 يوليو 2017، ص:48.

<sup>3</sup>- أنظر: مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1929 المتضمن بعض أحكام الأحوال الشخصية المصري، المعدّل، السالف الذكر، المادة: 21 منه قبل تعديل 2017.

## ثانياً) في تعديلي 2006 و2017<sup>1</sup>

بعد التعديلين اللذين أجراهما المشرع المصري سنتي 2006 و2017 أصبحت الأحكام التي تحكم المفقود في مجال مدة تمويته كالتالي:

- يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ الفقد.

- يعتبر المفقود ميتاً بعد ثلاثين يوماً على الأقل من تاريخ فقده في حالة ثبوت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت<sup>2</sup>، أو بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا كان من أفراد القوات المسلحة وقد أثناء العمليات الحربية، أو من أعضاء هيئة الشرطة وفقد أثناء العمليات الأمنية.

- في حالة ثبوت وجود المفقود على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت، فإن رئيس مجلس الوزراء يصدر قراراً بأسماء المفقودين المعتبرين أمواتاً بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، أما إن كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية فإن وزير الدفاع يصدر قراراً بأسماء المفقودين المعتبرين أمواتاً طبعاً بعد التحري واستظهار القرائن التي يغلب معها الهلاك، في حين إن كان من أفراد الشرطة فإن وزير الداخلية يصدر قراراً بأسماء المفقودين المعتبرين أمواتاً وفق ما ذكر أعلاه، وفي كل الحالات المذكورة في هذه الفقرة يحلّ القرار محل الحكم بموت المفقود.

- في الحالات الأخرى (أي التي تغلب فيها السلامة) يفوض الأمر للقاضي في تحديد المدة شريطة ألا تقل عن أربع سنين من تاريخ الفقد، وبعد التحري بجميع الوسائل الممكنة.

---

<sup>1</sup>- أنظر: القانون رقم:140 لسنة 2017 بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم:25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية (الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العدد:29 مكرراً الصادر في:22 يولييه سنة2017)، المادة الأولى منه.

<sup>2</sup>- خفض المشرع هذه المدة في تعديل 2006 إلى 15 يوماً ثم تراجع عليها بعدما ثبت له أنها غير كافية للتحري بغية إصدار الحكم القاضي بتمويت المفقود/ أنظر: القانون 2 لسنة 2006 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 الخاص ببعض الأحوال الشخصية (الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العدد 6 مكرر الصادر في 15/02/2006)، المادة الأولى منه.

### ثالثاً) المقارنة

من خلال التعديلين الجديدين (2006 و 2017) فإن المشرع المصري قلّص مدة اعتبار المفقود الذي يثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت ميتا إلى مدة ثلاثين يوماً من تاريخ فقدته، وأدخل أفراد الشرطة الذين يفقدون في العمليات الحربية ليشملهم الاستثناء الذي يحكم أفراد القوات المسلحة بعدما كانوا يخضعون للفقرة الأولى أي لا يحكم بموتهم إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد، إذ أن هذه الفئة فقدت الكثير من أفرادها خلال الحالة الاستثنائية التي عاشتها مصر بعد الانقلاب على الرئيس مرسي، أما الحالات الأخرى فلم يمسّها التعديل.

ومن ثم نستنتج أن حالة لا استقرار التي عاشتها مصر منذ سنة 2013، وكذا حادثتي غرق العبارة المصرية سنة 2006 وتحطم الطائرة المصرية في مايو 2016، هي حالات استثنائية دفعت المشرع المصري إلى مراجعة أحكام المفقود، حيث راجع القواعد التي تحكم المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بما يعالج الحالات الاستثنائية بصفة عامة بما فيها الحالة التي مرت وتمر بها مصر، إلا أن ما يعاب على المشرع المصري هو حصر الحالات التي يعتبر فيها المفقود ميتا في المدة الدنيا التي لا تقل عن ثلاثين يوماً في حالتين هما: المفقودون جراء تحطم الطائرات أو المفقودين جراء غرق السفن، حيث كان عليه أن يوسعها لتشمل جميع المفقودين جراء الكوارث الطبيعية كمفقودي الزلازل مثلاً.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

## الفرع الثاني: الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر وأثرها على مدة تمويت المفقود

مرت الجزائر بحالات استثنائية خلال الجيل الأخير راح ضحيتها آلاف الأشخاص ونتج عنها آلاف المفقودين، هذه الحالات دفعت المشرع الجزائري إلى خصصها بقوانين تعالجها، وهذا ما يدفعنا إلى التعريف بهذه الحالات أولاً ثم التطرق إلى أثرها على مدة تمويت المفقود.

### أولاً) الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر

مرت الجزائر خلال الفترة الممتدة من سنة 1992 إلى سنة 2003 بظروف استثنائية تمثلت في: المأساة الوطنية وزلزالي باب الوادي وبومرداس، حيث نتج عن هذه الظروف آلاف المفقودين، لذا سنتطرق لكل ظاهرة على حدة.

#### 1) المأساة الوطنية

بعد استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد سنة 1992، وتوقيف المسار الانتخابي، دخلت الجزائر في دوامة من الاقتتال راح ضحيتها آلاف الأشخاص مدنيين وعسكريين، ونتج عنه آلاف المفقودين، وباعتلاء الرئيس عبد العزيز بوتفليقة لسدة الحكم بعد الانتخابات التي جرت في شهر أفريل 1999 وعد الجزائريين بحقن الدماء وتعميم الأمن والاستقرار في كافة أنحاء البلاد، حيث صدر القانون رقم: 99-08 المتعلق بالوثام المدني<sup>1</sup>، وقد جاء هذا القانون بتدابير خاصة للأشخاص المورطين والمتورطين في أعمال إرهابية و تخريبية، ويرغبون في التوقف عن هذا النشاط الإجرامي<sup>2</sup>، إذ تتمثل التدابير التي جاء بها هذا القانون في الاستفادة من إحدى التدابير التالية حسب الحالة: الإعفاء، أو الوضع رهن الإرجاء، أو تخفيف العقوبات<sup>3</sup>، ثم بعد انتخاب عبد العزيز بوتفليقة لعهدة ثانية وبعد استفتاء الشعب الجزائري حول ميثاق السلم و المصالحة الوطنية أصدر الأمر 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

إن من بين الأهداف التي جاء بها ميثاق السلم والمصالحة الوطنية هو معالجة إجراءات دعم سياسة التكفل بالمفقودين، والتكفل بمصير جميع الأشخاص المفقودين مع ما يتبعها من

---

<sup>1</sup> - قانون رقم: 99-08 مؤرخ في: 29 ربيع الأول عام 1420 الموافق 13 يوليو 1999، يتعلق بالوثام المدني (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46، المؤرخة في: 29 ربيع الأول عام 1420 الموافق 13 يوليو 1999).

<sup>2</sup> - أنظر: قانون رقم 99-08 المتعلق بالوثام المدني، السالف الذكر، المادة الأولى منه.

<sup>3</sup> - أنظر: قانون رقم 99-08 المتعلق بالوثام المدني، السالف الذكر، المادة الثانية منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود  
إجراءات ضرورية<sup>1</sup>، حيث غض المشرع الطرف عن قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>، وخص مفقودي  
المأساة الوطنية بأحكام خاصة، وهذا يثبت أن المشرع رأى أن قواعد قانون الأسرة المتعلقة  
بالمفقود لا تتماشى وهذه الحالة الاستثنائية مما دفعه إلى إصدار نص خاص.

## (2) فيضانات باب الوادي

بتاريخ: 2001/11/10 غمرت فيضانات حي باب الوادي الكائن بالجزائر العاصمة،  
حيث ذهب ضحية هذه الكارثة الطبيعية أكثر من 900 شخص بين ميت ومفقود<sup>3</sup>، ولتتكفل  
الدولة بملف المفقودين ونظرا لعدم ملاءمة قواعد قانون الأسرة المنظمة لمسألة المفقود،  
بالإضافة إلى حجم الكارثة، اضطرت السلطة التنفيذية في إطار مهامها التشريعية التي يمنحها  
لها الدستور إلى إصدار الأمر رقم: 02-03 المؤرخ في: 25 فبراير سنة 2001 الذي يتضمن  
الأحكام التي تطبق على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، حيث غض المشرع فيه  
الطرف عن قانون الأسرة<sup>4</sup>، وبموجب هذا الأمر قلّص المشرع المدة التي يحكم بعدها بموت  
المفقود في هذه الكارثة إلى 05 أشهر من تاريخ وقوع الفيضانات كما ذكرنا سابقا في حالة عدم  
تقاعس من له الحق في رفع دعوى الحكم بموت المفقود الذي ثبت وجوده في مكان وقوع هذه  
الكارثة.

## (3) زلزال بومرداس

بتاريخ: 2003/05/21 ضرب زلزلا مدينة بومرداس، حيث ذهب ضحية هذه الكارثة  
الطبيعية 2278 شخص<sup>5</sup>، أمام حجم الكارثة ونظرا لعجز قواعد قانون الأسرة في معالجة ملف  
مفقودي هذه الكارثة الطبيعية، تدخل المشرع و بصفة استعجالية بإصدار القانون رقم: 03-06

<sup>1</sup> - أنظر: وزارة الداخلية و الجماعات المحلية الجزائرية، ميثاق السلم والمصالحة الوطنية: html ملفات/243-ميثاق السلم و  
المصالحة الوطنية/ [www.interieur.gov.dz/index.php/ar](http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar) ، يوم: 2019/01/19 على الساعة: 11:25 سا.

<sup>2</sup> - الأمر 01-06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، السالف الذكر، المادة: 29 منه.

<sup>3</sup> - أنظر: وزارة الداخلية و الجماعات المحلية الجزائرية، فياضانات باب الوادي: فياضانات باب الوادي

[www.interieur.gov.dz/index.php/ar.component/search/?searchword=](http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar.component/search/?searchword=) ، يوم: 2019/01/19 على  
الساعة: 12:20 سا.

<sup>4</sup> - أنظر: الأمر 03-02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، السالف الذكر، المادة  
الثانية منه.

<sup>5</sup> - أنظر: وزارة الداخلية و الجماعات المحلية الجزائرية، زلزال بومرداس: زلزال بومرداس

[www.interieur.gov.dz/index.php/ar.component/search/?searchword=](http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar.component/search/?searchword=) ، يوم: 2019/01/19 على  
الساعة: 12:23 سا.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود المؤرخ في: 14 يونيو سنة 2003 يتضمن الأحكام التي تطبق على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، حيث غض النظر فيه على أحكام قانون الأسرة<sup>1</sup>، إذ قلص هذا القانون المدة التي يحكم بعدها بتمويت من ثبت وجوده في مكان الزلزال ولم يظهر له أثر إلى تسعة أشهر كمدة دنيا من تاريخ وقوع هذه الكارثة.

### ثانياً) أثر الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر على مدة تمويت المفقود

نص قانون الأسرة الجزائري أن المدة الدنيا التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية هي أربع سنوات، وجاء اجتهاد المحكمة العليا ليبين أن احتساب هذه المدة يكون من تاريخ الفقد، غير أن الحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر في الآونة الأخيرة والمتمثلة في فيضانات باب الوادي، وزلزال بومرداس جعلت المشرع الجزائري يصدر قوانين خاصة غض فيها الطرف عن قانون الأسرة، حيث جاء في المادة الثانية من الأمر 02-2003<sup>2</sup>: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الجزائري، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001"، ونفس الأمر ورد في المادة الثانية من القانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 يونيو سنة 2003<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ذلك فإن المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في فيضانات باب الوادي في حالة عدم التماطل في رفع الدعوى قدرت ب(05) خمسة أشهر على الأكثر من تاريخ وقوع الكارثة، أما بالنسبة للمدة التي يحكم فيها بموت المفقود في زلزال بومرداس هي (09) تسعة أشهر على الأكثر من تاريخ وقوع الزلزال، وهذا في حالة عدم التماطل في رفع الدعوى.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري رأى مسبقاً أن هذه الحالات يتيقن فيها هلاك المفقود وأن احتمال نجاته منعدم ولا جدوى أن ننتظر أربع سنوات كاملة للحكم بالوفاة<sup>4</sup>، وهنا تساءل البعض: هل حلت هذه القوانين الخاصة المشكل؟ نقول: لا، لأن هذه القوانين تعتبر حلاً للحالات الاستثنائية التي شرعت من أجلها كونها قوانين محددة المكان والزمان<sup>5</sup>، وبظهور حالة

<sup>1</sup> - أنظر: قانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، السالف الذكر، المادة الثانية منه.

<sup>2</sup> - أنظر: أمر 03-02 المتضمن الأحكام المطبقة على فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، السالف الذكر، المادة 2 منه.

<sup>3</sup> - قانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على زلزال 21 مايو سنة 2003، السالف الذكر، المادة الثانية منه: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة الجزائري تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة الأولى أعلاه".

<sup>4</sup> - أنظر: دليلة براف، المرجع السابق، ص: 41.

<sup>5</sup> - أنظر: عثمان دشششة، المرجع السابق، ص: 32.



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

استثنائية جديدة ستخضع إذن لقانون الأسرة ومن ثم يستوجب على المشرع استصدار قانونا جديدا يعالج هذه الحالة، لأنه يعلم سلفا أن قواعد قانون الأسرة في هذا المجال لا تتوافق مع هذه الحالات.

إن الظروف والحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر بينت أن المدة التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة للحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية والمقدرة بأربع سنوات من تاريخ الفقد أصبحت لا تصلح لمعالجة الحالات التي شرّعت من أجلها، فالزلازل الذي ضرب بومرداس، والفيضانات التي غمرت باب الوادي كلّها حالات استثنائية دفعت المشرع إلى غض النظر عن قانون الأسرة وإصدار قوانين خاصة تطّبق على مفقودي الحالات التي سنت من أجلها، وإن كان المشرع محقا في إصدار الأمر 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية لخصوصية الأحكام التي تضمنها إلا أنه يعاب عليه غض النظر عن قانون الأسرة بإصداره الأمر 02-03 و القانون 03-06، حيث كان بإمكانه تعديل أحكام قانون الأسرة بشيء من الواقعية وجعل أحكامها صالحة لمعالجة مفقودي أيّ كارثة أو حالة استثنائية مهما كانت بدل التدخل كل مرة بإصدار قوانين خاصة، خاصة أن المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري الشطر الأول جاءت بحكم يخص تمويت المفقود في الحروب أو الحالات الاستثنائية لكنها لم تصلح لما شرّعت له، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري لم يسلك مسلك المشرع الجزائري رغم الظروف والحالات الاستثنائية التي مرت بها مصر وكان صائبا حينما عمد إلى تعديل النص الأصلي الذي يحكم المفقود بما يصلح للمفقودين في الحالات الجّد استثنائية بدل إصدار نصوص خاصة كما فعل المشرع الجزائري.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

## الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

إذا غاب الشخص وانقطعت أخباره فمن البديهي أن أهله ومن الوهلة الأولى يقومون بالبحث عليه بكل الوسائل والسبل الممكنة، فإن لم يتوصلوا إلى معرفة مكانه ولا حقيقة أخباره، فلا يمكن ترك الحال على ما هو عليه لأن الشخص المفقود عليه واجبات وله حقوق.

إن المفقود قد يكون له دائنون وعليه ديون، وله ورثة وموصى لهم، وأولاد وزوجة، وكل هؤلاء محتاجين لإثبات حالة الفقد لتترتب عليه أحكامها<sup>1</sup>، فلا بد من استصدار حكما بالفقد أولاً، وحتى يحكم بفقدان الشخص لابد لمن له الحق في رفع الدعوى اللجوء إلى القضاء بإتباع إجراءات قانونية محددة لاستصدار حكم من المحكمة المختصة يقضي بفقدان الشخص، وبعد البحث والتحري عنه بجميع الوسائل الممكنة فإن لم يظهر له أثر يمكن اللجوء إلى المحكمة المختصة لاستصدار حكم يقضي بموته بإتباع إجراءات معينة، ولمعرفة ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول: إجراءات الحكم بالفقدان في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: إجراءات الحكم بموت بالمفقود في التشريع الجزائري

---

<sup>1</sup> - أنظر: سيد عبد الله علي حسين، المرجع السابق، ص 1634.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

## المبحث الأول: إجراءات الحكم بالفقدان في التشريع الجزائري

إن من المعلوم قانونا حتى يحكم بفقدان شخص يستوجب الأمر اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بذلك، ولا يكون ذلك إلا للأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى الفقدان، وينبغي أن ترفع هذه الدعوى أمام محكمة مختصة، وتتوافر الشروط المطلوبة يجوز للقاضي أن يحكم بالفقد، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: الحق في رفع دعوى الفقدان.

المطلب الثاني: المحكمة المختصة في دعوى الفقدان.

المطلب الثالث: صفة المدعى عليه في دعوى الفقدان.

المطلب الرابع: إثبات حالة الفقد.

المطلب الخامس: الحكم بالفقدان ومشمولاته.

### المطلب الأول: الحق في رفع دعوى الفقدان

اشترط المشرع الجزائري على أي شخص يريد أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحق يدعيه أن يتوفر فيه شرطان هما: الصفة والمصلحة<sup>1</sup>.

" الصفة: هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي<sup>2</sup> ".

أما المصلحة فيقصد بها الفائدة المرجوة من صاحب الدعوى وقت اللجوء إلى القضاء، فهي إذن تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها<sup>3</sup>، كما عرفت أنها الفائدة العملية التي ترجع على من رفع الدعوى من جراء رفعه لها منعا لإشغال القضاء كمرفق عام بدعاوى لا فائدة منها<sup>4</sup>، وقد حددت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المصلحة قد

---

<sup>1</sup> - قانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 08 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 21 مؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل سنة 2008)، تنص المادة 13 منه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

<sup>2</sup> - بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، باش جراح-الجزائر، طبعة الثالثة، 2011، ص: 40.

<sup>3</sup> - أنظر: بريارة عبد الرحمان، نفس المرجع، ص: 43.

<sup>4</sup> - بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، كليك للنشر، المحمدية-الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، ص: 28.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري  
تكون قائمة أو محتملة، فالمصلحة تكون قائمة في حالة الاعتداء الفعلي على حق أو مركز  
قانوني فيتم اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق أو المطالبة بجبر الضرر أو دفع العدوان<sup>1</sup>.  
أما المصلحة المحتملة التي يقرها القانون هي التي تهدف إلى دفع ومنع وقوع ضرر  
محتمل<sup>2</sup>، كما أنها لا تكون حالة وإنما يحتمل وقوعها، وهذا الأخير قريب من التحقق من  
عدمه<sup>3</sup>.

إن المصلحة مقترنة بالصفة، فصفة التقاضي كشرط في لرفع الدعوى، تصبح غير ذي  
جدوى ما لم تقترن بشرط المصلحة<sup>4</sup>.

إن المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري حصرت الأشخاص الذين يحق لهم رفع  
دعوى للمطالبة بالحكم بالفقدان، حيث جاء نصها كما يلي: " يصدر الحكم بالفقدان أو بموت  
المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة<sup>5</sup> ".  
وبناء عليه فإن الأشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى الفقد هم:

- 1-الورثة: وهم ذوي المفقود من أفراد عائلته وأقاربه.
- 2-كل ذي مصلحة: كل من له مصلحة في ذلك كالدائنين والشركاء.
- 3-النيابة العامة: وهذا بصفتها طرفا أصليا في قانون الأسرة<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: المحكمة المختصة في دعوى الفقدان

إن القضاء الجزائري يعمل بنظام الازدواجية القضائية، قضاء عادي وقضاء إداري، وقد  
جعل المشرع معايير تحدد اختصاص كل قضاء، ونحن في هذا الباب نتحدث عن الاختصاص  
داخل القضاء العادي، فهو نوعان: اختصاص نوعي يعتبر من النظام العام، واختصاص  
إقليمي لا يعتبر كذلك، إذا فلا بد لمن كفل له القانون حق رفع دعوى الفقدان أن يتقدم بعريضة

---

<sup>1</sup>- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول-الخصومة القضائية أمام المحكمة-، دار الهدى،  
عين مليلة-الجزائر، ص: 15 و16.

<sup>2</sup>- أنظر: بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 44.

<sup>3</sup>- بوضياف عادل، نفس المرجع، ص: 31.

<sup>4</sup>- سائح سننوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية -نصا- شرحا-تعليقا -تطبيقا، الجزء الأول، دار الهدى، عين  
مليلة-الجزائر-، طبعة جديدة منقحة ومزينة، 2011، ص: 46.

<sup>5</sup>-قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 114 منه.

<sup>6</sup>- أنظر: قانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 3 مكرر.

**الباب الأول:** \_\_\_\_\_ **الفصل الثالث:** الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري تتضمن طلب الحكم بفقدان، إذ يستوجب الأمر أن ترفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا، وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب.

### الفرع الأول: الاختصاص النوعي

نصت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

- 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى البيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.
- 2- دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.
- 3- دعاوى إثبات الزواج والنسب.
- 4- الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
- 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغيات والفقدان والتقديم<sup>1</sup>.

ومنه فإن قسم شؤون الأسرة بالمحكمة هو المختص نوعيا في دعاوى الفقد، فلهذا يستوجب على المدعي تقديم عريضة تتضمن طلب الحكم بالفقد، ويجب أن تستوفي كل الشروط القانونية المطلوبة وتقديمها لقسم شؤون الأسرة بالمحكمة، لكن هنا يثار السؤال التالي: ما هي المحكمة المختصة إقليميا؟

### الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

نظرا لعدم وجود نص خاص يعقد الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقدان لجهة قضائية معينة يتم تطبيق القواعد العامة في الاختصاص الإقليمي والتي وردت في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي<sup>2</sup>:

- 1- موطن المدعى عليه، أي موطن المفقود.
- 2- إن لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له، أي آخر موطن له قبل فقده.
- 3- في حالة اختيار المفقود موطن له قبل فقده يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرتها الموطن المختار.

<sup>1</sup> - القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر، المادة 423 منه.

<sup>2</sup> - قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر، المادة 37 منه تنص على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### المطلب الثالث: صفة المدعى عليه في دعوى فقدان

إذا كان المشرع الجزائري قد حصر صفة المدعى في: ورثة المفقود، أو النيابة العامة، أو كل ذي مصلحة، فإنه لم يشر إلى صفة المدعى عليه، ونظرا لأن من مبادئ القضاء: " أن الدعوى ترفع من كل ذي صفة على كل ذي صفة"<sup>1</sup>، وبناء على قاعدة أن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعى، أي الشخص المراد الحكم بفقدانه<sup>2</sup> ومادام أن الدعوى تخص طلب الحكم بفقدان شخص لا يعرف له مكان ولا تعرف حياته من مماته، فمن تثبت له صفة المدعى عليه في هذه الدعوى؟

اختلف القضاء الجزائري في من ترفع ضده دعوى فقدان، ومن خلال استقراء المواد القانونية وما استقر عليه تطبيقها الفعلي على مستوى الجهات القضائية نستنتج أربع فرضيات:

**1- رفع الدعوى ضد وكيل الجمهورية:** في هذه الحالة تثبت صفة المدعى عليه للنيابة العامة بصفقتها طرفا أصليا في قانون الأسرة<sup>3</sup>، حيث عملت بعض المحاكم على قبول هذه الدعاوى والفصل فيها، فعلى سبيل المثال: فصلت محكمة جيجل في قضية رفعت على وكيل الجمهورية بتاريخ: 2001/09/29 وقضت باعتبار الشخص مفقودا<sup>4</sup>، ونفس الحكم صدر من محكمة المسيلة بتاريخ: 2009/11/04 مرفوعة ضد وكيل الجمهورية أيضا<sup>5</sup>، ونفس الاتجاه سار عليه مجلس قضاء المدية حينما قضى في دعوى مرفوعة ضد النيابة العامة وكانت محل طعن لدى المحكمة العليا بخصوص مدة احتساب الأربع سنوات<sup>6</sup>، ونفس الأمر في حكم صدر في دعوى مماثلة ضد وكيل الجمهورية لمحكمة تلمسان<sup>7</sup>.

لكن هذه الفرضية لا تصلح للتطبيق في حالة إذا كانت النيابة العامة هي المدعى، إذ يحق لها ذلك بناء على نص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه لا يمكن للنيابة العامة أن تكون مدعى ومدعى عليها في آن واحد.

<sup>1</sup>- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص:40.

<sup>2</sup>- نوي عبد النور، المرجع السابق، ص:71.

<sup>3</sup>- قانون 84-11 المعدل والمتمم، المادة 3 مكرر منه "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

<sup>4</sup>- أنظر: عثمان دشيثة، المرجع السابق، ص:64.

<sup>5</sup>- أنظر: عثمان دشيثة، نفس المرجع، ص:65.

<sup>6</sup>- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار بتاريخ: 2002/04/10، ملف رقم: 290808، فهرس رقم: 324.

<sup>7</sup>- مجلس قضاء تلمسان، محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ: 2006/10/01، قضية رقم: 06/4129، فهرس رقم: 06/1489.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه فإن النيابة العامة وطبقا لنص المادة 258 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لها الحق في الاطلاع على ملف الدعوى بالفقدان وإبداء رأيها فيه<sup>1</sup>.

2- رفع الدعوى على النائب القانوني: بناء على المادة: (38) من القانون المدني التي تنص على أن موطن الغائب والمفقود هو موطن من ينوب عنهم قانونا<sup>2</sup>، غير أن المقدم يعينه القاضي في منطوق الحكم بالفقد<sup>3</sup>، وهذا ما يحول دون رفع دعوى الفقد على النائب القانوني، ولكن يمكن رفع دعوى الفقد على النائب القانوني للمفقود في حالتين:

أ- الحالة الأولى: أن يكون المفقود قبل سفره أو غيابه قد عين نائبا قانونيا لإدارة أمواله.

ب- الحالة الثانية: إذا كان المفقود فاقدا للأهلية أو ناقصها وكان له ولي أو وصي أو

مقدم ترفع الدعوى حسب الحالة<sup>4</sup>.

تجدر الإشارة أن هناك من يرى أن الحل يكمن في إقدام من كفل لهم القانون رفع دعوى الفقدان أن يطلبوا من القاضي تعيين وكيل لتمثيل المفقود أمام القضاء ومن ثم اعتباره مدعى عليه<sup>5</sup>، حيث لا أتفق معه في ذلك لأن المفقود لا يأخذ هذه الصفة إلا بعد الحكم بفقده.

3- رفع الدعوى على المفقود شخصيا: وفي هذه الحالة يتم التبليغ بالحضور وفق

الإجراءات المحددة في المواد من 410 إلى 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>6</sup>، حيث يترتب على ذلك حكم غيابي بالفقدان.

1- شرابين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، تحت إشراف أ.د بلقاسم أعراب، 2010/2009، ص:40.

2- أنظر: أمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 ديسمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:78، مؤرخة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975)، المعدل والمتمم، آخر تعديل بالقانون 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو 2007 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، العدد:31 مؤرخة في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007)، المادة: 38 منه.

3- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 111 منه: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم..."

4- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 99 منه: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو من له مصلحة أو من النيابة العامة".

5- شرابين ابتسام، نفس المرجع، ص:46.

6- أنظر: قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السالف الذكر، المواد من 410 إلى 412.



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري  
وخلافا لهذه الفرضية قضت محكمة المشرية بشطب القضية رقم: 14/00915 من الجدول لأن  
الدعوى رفعت على الشخص المطلوب بفقده، حيث بررت هذا الشطب كونه لم يتم تبليغه  
بالرغم من مركزه القانوني كمدعى عليه، وأنه كان على المدعى رفعها على أحد الورثة، لذا ثبت  
للمحكمة أن الخصومة في دعوى الحال لم تتعد أصلا<sup>1</sup>.

4-رفع الدعوى على أحد الورثة أو أحد الأقارب: وهذا ما ذهبت إليه محكمة المشرية  
والتي قضت بفقده الشخص م.ص بناء على الدعوى المقدمة من شقيقه م.م ضد شقيقه م.ع<sup>2</sup>،  
ثم قضت أيضا بموته<sup>3</sup> ونفس النهج سارت عليه محكمة تلمسان حيث أصدرت أحكاما متعددة  
مماثلة منها:

دعوى من ابن شخص مفقود ضد أمه طالبا الحكم بفقده وأبيه وقد قضت المحكمة  
بفقده<sup>4</sup>، وكما قضت محكمة تلمسان بالفقده في دعوى مقدمة من أم المفقود ضد صهره<sup>5</sup>،  
ولكن ماذا لو كان للمفقود قريب واحد وكان هو المدعى، فعلى من ترفع الدعوى؟  
وعليه أرى في ذلك أن الفرضية الثالثة هي الراجحة وبالتالي ترفع الدعوى على المفقود  
شخصيا ويصدر ضده حكم غيابي بالفقده، فإن ظهر بعد الحكم فله حق المعارضة أمام نفس  
الجهة التي أصدرت الحكم، ومن المعلوم قانونا أن المعارضة تجعل الحكم الغيابي كأن لم يكن.

---

<sup>1</sup> - مجلس قضاء سعيدة، محكمة المشرية، قسم الشؤون الأسرة، حكم بتاريخ: 2014/12/25، رقم الجدول: 14/00387، رقم  
الفهرس: 14/00915.

<sup>2</sup> - مجلس قضاء النعامة، محكمة المشرية، قسم الشؤون الأسرة، حكم بتاريخ: 2015/06/15، رقم الجدول: 15/00230،  
فهرس رقم: 15/00556.

<sup>3</sup> - مجلس قضاء النعامة، محكمة المشرية، قسم الشؤون الأسرة، حكم بتاريخ: 2019/12/04، رقم الجدول: 19/00874،  
فهرس رقم: 19/01141.

<sup>4</sup> - مجلس قضاء تلمسان، محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ: 2006/07/08، قضية رقم: 06/2141،  
فهرس رقم: 06/1221.

<sup>5</sup> - مجلس قضاء تلمسان، محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ: 2006/04/23، قضية رقم: 06/1081،  
فهرس رقم: 06/692.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### المطلب الرابع: إثبات حالة الفقد

من المعلوم أنه على المدعي أن يقدم للقاضي ما يثبت ادعائه، لهذا فعلى من يرفع الدعوى المتضمنة طلب الحكم بالفقدان إرفاق دعواه بالوسائل التي أسس عليها دعواه بما فيها المستندات والوثائق الثبوتية<sup>1</sup>، فإثبات الفقدان يعني إقامة الدليل أمام القضاء حتى يعتبر الغائب مفقوداً<sup>2</sup>، وحتى يتم إقناع القاضي لاستصدار حكم بالفقد، إذ لا يعتبر الشخص مفقوداً إلا بحكم<sup>3</sup>.

إن غياب الشخص لمدة زمنية واختفاء أثره وعدم معرفة موته من حياته واقعة مادية، والواقعة المادية تثبت بجميع طرق الإثبات، وقد جرى العمل في الجهات القضائية على إثبات حالة الفقدان بشهادة الشهود<sup>4</sup>.

إن إثبات حالة الفقد تختلف حسب صور الفقد وحسب التشريع الذي تخضع له الحالة:

#### **أولاً) إثبات حالة الفقد الخاضعة لقانون الأسرة الجزائري**

طبقاً للقانون الأسرة توجد حالتان:

**الحالة الأولى:** تخص المفقود المنصوص عليه في المادة 109 من قانون الأسرة،

تتطلب هذه الحالة تقديم الإثباتات اللازمة أمام القاضي بخصوص:

- غياب الشخص

- عدم معرفة مكانه

- عدم معرفة حياته من مماته

وهذا حتى يتم إثبات حالة الفقد.

**الحالة الثانية:** تخص المفقود حكماً، وهنا ينبغي إثبات:

- غياب الشخص ووجود ظروف قاهرة منعه من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه

بنفسه أو بواسطة.

- أن تكون مدة الغياب سنة فأكثر بصفة مستمرة غير منقطعة.

- أن غيابه تسبب في ضرر للغير.

1- عثمان ديشيشة، المرجع السابق، ص: 68.

2- قياصة فاطمة، المرجع السابق، ص: 17.

3- أنظر: القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 109 منه.

4- أنظر: قياصة فاطمة، نفس المرجع، ص: 17.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

## ثانيا) إثبات حالة الفقد الخاضعة للقوانين الخاصة

لاعتبار الشخص مفقودا في القوانين الخاصة لابد أن تعدّ الضبطية القضائية محضرا بفقدان الشخص المعني بعد التحري، يسلم لذوي حقوق المفقود ولكلّ ذي مصلحة، حيث يحل هذا المحضر محلّ الحكم بالفقدان الذي يشترطه قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، وفي ذلك توجد ثلاث حالات:

**الحالة الأولى:** تخص مفقودي المأساة الوطنية والتي نص عليها الأمر 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية<sup>2</sup>، حيث أن صفة مفقود تكتسب بالتصريح أن الشخص فقد في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، على أساس معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى.

**الحالة الثانية:** الأحكام الخاصة التي جاء بها الأمر 02-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي 10 نوفمبر 2001<sup>3</sup>، حيث لاكتساب الشخص صفة مفقود ينبغي إثبات للضبطية القضائية أن الشخص الغائب كان موجودا في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001، حيث على إثر ذلك تعدّ الضبطية القضائية محضر معاينة بالفقدان.

**الحالة الثالثة:** هذه الحالة تشبه سابقتها وهي تخص المفقودين الخاضعين لأحكام في القانون 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على زلزال 21 مايو سنة 2003، إذ ينبغي إثبات للضبطية القضائية أن الشخص الغائب كان متواجدا في أماكن وقوع الزلزال لتعدّ الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان المعني عند انتهاء البحث عنه<sup>4</sup>.

1- أنظر: عثمان ديشيشة، المرجع السابق، ص:57.

2- أنظر: الأمر 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 27 منه.

3- أنظر: الأمر 03-02 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، السالف الذكر، المادة 2 منه.

4- أنظر: قانون 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، السالف الذكر، المادة 2 منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### المطلب الخامس: الحكم بالفقد ومشمولاته.

لا شك أن أموال المفقود لا تترك للضياع، ولا بد من تعيين من يديرها، وهو بالفعل ما تعرضت له المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة(99) من هذا القانون". وبالرجوع إلى المادة 99 من ق.أ.ج فإنها تنص على أن المقدم هو الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها<sup>1</sup>، وبالنظر إلى فحوى المادتين المذكورتين أعلاه فإن الحكم بالفقد لا بد أن يشمل في منظوقة ما يلي:

1- حصر أموال المفقود: أوجب القانون على القاضي حصر أموال المفقود عند الحكم بالفقد، والقاضي لا يقوم شخصيا بحصر أموال المفقود وإنما يعين من يحصرها<sup>2</sup>، " عند تطبيق هذا النص فيما يتعلق بحصر أموال المفقود نجد اختلافات كثيرة هل حصر هذه الأموال يتضمنها الحكم القاضي بإثبات حالة الفقد أم أن تعيين الخبير هو الذي يجب أن يتضمنه الحكم؟<sup>3</sup>"، في هذا أرى أنه يتعين على القاضي قبل ذلك تعيين خبير لحصر كل أموال المفقود.

2- أن يعين القاضي مقدا في حالة عدم وجود ولي أو وصي لتسيير أموال المفقود، إن المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري أحالتنا على المادة 109 من نفس القانون، حيث أن هذه الأخيرة تتحدث عن تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي لفاقد الأهلية أو ناقصها ومن ثم و باستقراء المادتين نجد صورتين:

أ- الصورة الأولى: وهي حالة المفقود الكامل الأهلية وفي هذه الحالة يتعين على القاضي تعيين في حكمه مقدا من أقارب المفقود أو غيرهم.

إن تعيين المقدم في هذه الحالة لا يعتبر أنه يمس أهلية الشخص المفقود وإنما إعتبارا ومراعاة لعدم وجود من يسير ماله<sup>4</sup>، فوجب إذن بحكم القانون اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ وتسيير هذا المال.

1- أنظر: قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 99 منه".

2- شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص:50.

3- أنظر: عثمان دشيثة، المرجع السابق، ص:69.

4- أنظر: قياصة فاطمة، المرجع السابق، ص:20.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

ب- الصورة الثانية: وهي حالة المفقود الفاقد الأهلية أو ناقصها<sup>1</sup>، وفي هذه الحالة يتأكد القاضي قبل تعيين مقدم من عدم وجود ولي أو وصي، فإن وجد أحدهما لا حاجة لتعيين المقدم.

إذا لم يظهر المفقود، وبعد مرور المدة المنصوص عليها قانونا يمكن تقديم دعوى إلى المحكمة المختصة تتضمن طلب الحكم بموت المفقود، حيث أن ذلك يتطلب إجراءات وهو ما نتطرق له في المبحث الموالي، وتجدر الإشارة أنه " من تاريخ صدور الحكم بالفقد يعتبر الشخص مفقودا وتترتب في حقه الآثار التي تتجم عن هذا الوضع"<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: إجراءات الحكم بموت المفقود في التشريع الجزائري

حتى يحكم بموت المفقود يتطلب الأمر انتظار مدة معينة حددها المشرع الجزائري في المادة 113 من قانون الأسرة بأربع سنوات كاملة، وبمرور هذه المدة يمكن للأشخاص الذين لهم الحق في رفع الدعوى وهم نفس الأشخاص الذين لهم حق رفع دعوى فقدان رفع دعوى لإنهاء حالة فقدان إما بإثبات الوفاة أو المطالبة بالحكم بها، كما أن الحكم بوفاة المفقود يبنى على قرائن وشروط يلزم توفرها، ولهذا سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: حالات إنهاء الفقد.

المطلب الثاني: القاعدة العامة لإجراءات طلب الحكم بموت المفقود

المطلب الثالث: الاستثناءات التي جاءت بها النصوص الخاصة

المطلب الرابع: شروط الحكم بموت المفقود وكيفية إبطاله.

### المطلب الأول: حالات إنهاء الفقد

ينتهي فقدان بإحدى الحالات التالية: عودة المفقود حيا، أو ثبوت موته حقيقة، أو الحكم بموته تقديرا.

### الفرع الأول: عودة المفقود حيا

تنتهي حالة فقدان برجوع المفقود حيا يرزق، فإذا ما ظهر ورجع حيا وعاد إلى وطنه وأهله فقد زالت حالة فقدان، حيث أن المفقود هو الغائب المجهول الحياة أو الممات، وبظهوره

<sup>1</sup> - أنظر: قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المواد من 88 إلى 111.

<sup>2</sup> - شراين ابتسام، المرجع، السابق، ص:48.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

تنتفي هذه الجهالة<sup>1</sup>، فإن انجلت الغمة وعاد المفقود حيًا إلى بلده وأهله ووجد امرأته صابرة في انتظاره فلا إشكال في ذلك فإنه يعود إلى زوجته مثله مثل الغائب المعلوم الغيبة<sup>2</sup>.

أما إذا وجدها قد طَلقت منه ولم تتزوج فيرى الأستاذ مصري ميروك أنه من الأحسن الأخذ بمذهب الحنابلة الذي يرى أنه إذا حضر الزوج من غيبته بعد أن طلقت زوجته فللزوج حق المراجعة ما دامت المرأة في عدتها، حيث أن التفريق إنما وقع لرفع الضرر وبحضور الزوج يزول هذا الضرر<sup>3</sup>، أما إذا كان وجدها قد تزوجت فلم يتعرض المشرع الجزائري لذلك وسنفضل في كلّ هذا في الباب الثاني الخاص بالأحكام المتعلقة بزوجة ومال المفقود.

### الفرع الثاني: موت المفقود (الموت الحقيقي)

وهو أن تثبت موت المفقود حقيقة أثناء فقدته بأن تقوم بينة بوفاة بتاريخ محدد ومعين<sup>4</sup>، أو يشهد رجلان عدلان بموته بتحديد يوم ومكان الوفاة، أو يشهد رفقائه في السفر بأنه مات معهم ودفنوه<sup>5</sup>.

" الموت الحقيقي يثبت بالمشاهدة لمن عاينه، وبالبينه لمن لم يشاهده ولا يتوقف الحكم بموته حينئذ على مضي زمن بعد فقدته، فيستوي أن تثبت البينة الشرعية وفاته بعد فقدته بشهر أو سنة أو أكثر أو أقل لأن وفاته حقيقية وليست حكمية<sup>6</sup> "، وبالتالي فإن الوفاة الحقيقية تتم بموجب تصريح لدى ضابط الحالة المدنية ووفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية<sup>7</sup>.

1- مؤمن أحمد زياب شويدح، المرجع السابق، ص: 33.

2- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص: 120.

3- أنظر: مصري ميروك، المرجع السابق، ص: 357.

4- أنظر: عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص: 390.

5- أنظر: جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص: 102.

6- عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص: 1452.

7- أمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق 19 فبراير سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة السابعة، العدد: 21 المؤرخ في: 21 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق 27 فبراير سنة 1970)، المعدل، المواد من: 78 إلى 94.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### الفرع الثالث: الموت المرجح أو الحكمي

الموت الحكمي هو أنه في حالة عدم التحقق من موت الشخص ولكن يكون من المرجح موته، في هذه الحالة يحكم القضاء باعتبار الشخص ميتا حكما، بحيث يتوقف هذا الموت على صدور ذلك الحكم<sup>1</sup>، حيث أن القاضي يصدر حكما اجتهاديا بموت الشخص بناء على ما ترجح لديه من الظروف والقرائن والأحوال المرجحة للموت<sup>2</sup>، وتجدر الإشارة أن في الموت الحكمي يمكن أن يظهر الشخص حيا فيبطل هذا الحكم.

وبالتالي إن لم يظهر المفقود ولم تثبت موته بالبينة والأوراق الرسمية كما أشرنا سابقا فقد أجاز المشرع لأهل المفقود، النيابة العامة، وكل من له مصلحة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالوفاة وهذا بعد مضي المدة القانونية المحددة.

### المطلب الثاني: القاعدة العامة لإجراءات طلب الحكم بموت المفقود

من البديهي أن المفقود له أهل تترب عليه اتجاههم واجبات، وله أموال تتعلق بها حقوق يتوقف الاستفادة منها أو التصرف فيها ثبوت وفاته حقيقة أو تقديرا، فبعد صدور الحكم القاضي بفقدان الشخص يستمر البحث والتحري عنه إلى حين مرور مدة زمنية من فقدانه<sup>3</sup>، فإن لم يظهر بعد مرور المدة المحددة قانونا وهي أربع سنوات، أجاز القانون لمن لهم حق رفع الدعوى طلب الحكم بموت المفقود اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك.

إن دعوى موت المفقود لا تختلف عن دعوى الفقدان من حيث من لهم الحق في رفع الدعوى وأطراف الخصومة، وكذا المحكمة المختصة محليا، حيث أن الاختلاف يقع فقط في الاختصاص الإقليمي لوجود نص خاص، لذا سنتطرق في هذا المطلب للاختصاص الإقليمي، ثم نتطرق لوجوب التحقيق قبل إحالة طلب الحكم بموت المفقود إلى القاضي، ثم الإجراءات الجديدة التي جاءت بها القوانين الخاصة.

<sup>1</sup> - مصطفى مجدي مرجة، الأشخاص والأموال في القانون المدني، دار محمود، القاهرة-جمهورية مصر العربية-، ص: 35.

<sup>2</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص: 44.

<sup>3</sup> - دليلة براف، المرجع السابق، ص: 40.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي

خلافا لما تم التطرق إليه في الاختصاص الإقليمي في دعوى فقدان والتي تطبق عليها القاعدة العامة، فقد خص المشرع الجزائري دعوى موت المفقود بنص خاص حيث جاء في الأمر 20-70 المادة: 89<sup>1</sup> "يجوز التصريح قضائيا بوفاة كلّ جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنية.

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

أما المادة 91 فقد جاء فيها<sup>2</sup>: "يقدم الطلب إلى محكمة الولادة.

إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية.

إذا لم يتوفر 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".

وعليه ومن خلال نصي المادتين المذكورتين أعلاه فإن الاختصاص الإقليمي ينعقد حسب صفة الأشخاص المفقودين على النحو التالي:

#### أولا: بالنسبة للأشخاص الجزائريين المولودين في الجزائر

إذا كان الشخص المفقود جزائري مولود في الجزائر فإن الاختصاص الإقليمي في دعوى موت المفقود ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ولادة الشخص المفقود.

#### ثانيا: بالنسبة للأشخاص الجزائريين المولودين في الخارج وكذا الأجانب

إذا كان الشخص المفقود أجنبيا أو جزائريا مولودا في الخارج فإن الاختصاص الإقليمي ينعقد كما يلي:

1- محكمة موطن المفقود أو إقامته الاعتيادية.

2- إذا لم يكن للمفقود موطن أو إقامة اعتيادية فينعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر.

<sup>1</sup> - أمر 20-70 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 89 منه.

<sup>2</sup> - أنظر: أمر 20-70 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 91 منه.



الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### ثالثا: بالنسبة للأشخاص المفقودين في نفس الحادث

إذا تعلق الأمر بأشخاص فقدوا في نفس الحادث فإن الاختصاص الإقليمي لدعوى طلب الحكم بموتهم ينعقد ل:

1- محكمة مكان وقوع الفقدان.

2- إذا لم توجد في مكان الفقدان محكمة فينعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر.

إن من خلال تحليل نص المادتين 89 و 91 من قانون الحالة المدنية الجزائري المذكورتين أعلاه يتضح جليا أنه فعلا لدعوى طلب تمويت المفقود قواعد خاصة تنظمها من حيث تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا بنظرها<sup>1</sup>، وفي جميع الحالات فإن التصريح قضائيا بالوفاة سواء كان بناء على طلب وكيل الجمهورية أو ممن له مصلحة، وسواء كان الطلب المقدم إلى المحكمة المختصة طلبا فرديا أو جماعيا يتعلق بعدد من المفقودين في حادث واحد، فإن الحكم القاضي بالوفاة يجب أن يحدّد تاريخ الوفاة<sup>2</sup>، رغم أن المادة 92 تشير إلى أن تحديد تاريخ يكون اعتمادا على القرائن التي يمكن أن تستخلص من ظروف الحادث<sup>3</sup> وهذا لا يستقيم مع قضايا الفقدان كون أن الحكم فيها هو تمويت لذا وجب أن يكون تاريخ الحكم هو تاريخ الوفاة.

### الفرع الثاني: وجوب التحقيق في طلب الحكم بموت المفقود

" إن الطريق الوحيد لإثبات وفاة المفقود عن طريق القضاء ينحصر في توجيه طلب مكتوب إلى رئيس المحكمة المختصة لاستصدار حكم في هذا الأمر<sup>4</sup> "، غير أنه إذا لم يكن الطلب صادر من وكيل الجمهورية فإن الطلب يحال إليه للتحقيق، وبعد التحقيق يحيله إلى الجهة المختصة وهذا ما نصت عليه المادة 91 من قانون الحالة المدنية<sup>5</sup>، وفي حالة إذا لاحظ القاضي أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز له أن يقرر كل تدبير للتحقيق التكميلي

1- قياسية فاطمة، المرجع السابق، ص: 29.

2- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر-وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها-، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، طبعة الثالثة، ص: 133 و 134.

3- أمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 92 منه الفقرة الثانية: "...وإذا صرح بالوفاة فيجب تحديد تاريخها مع مراعاة القرائن المعتبرة من ظروف الحادث، في حالة عدم بيان اليوم ولا يجوز أن يكون هذا التاريخ غير محدد".

4- عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص: 132.

5- أمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 90 منه: "عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة".

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري  
لاسيما التحقيق الإداري حول ظروف فقدان<sup>1</sup>، وبالتالي فإن التحقيق وجوبي في دعوى طلب  
الحكم بموت المفقود إذا لم يكن الطلب صادر من وكيل الجمهورية.

### المطلب الثالث: الاستثناءات التي جاءت بها القوانين الخاصة

نصت القوانين التي جاءت تعالج حالات استثنائية على إجراءات خاصة غير منصوص  
عليها لا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا في قانون الأسرة تتمثل في:  
- محضر المعاينة بالفقدان.

- تحديد آجال الفصل في دعوى الحكم بموت المفقود.

### الفرع الأول محضر المعاينة بالفقدان

نصت القوانين الخاصة التي جاءت لتعالج حالات استثنائية مرت بها الجزائر إلى  
وجوب إعداد الضبطية القضائية لمحضر معاينة بفقدان الشخص المعني وتسلمه إلى ذوي  
المفقود أو كل ذي مصلحة، وقد حدد آجال للضبطية القضائية لتسليم هذا المحضر<sup>2</sup>، وقد  
حكمت المحكمة العليا أن التصريح بوفاة المفقود بموجب حكم قضائي يكون بناء على محضر  
معاينة بفقدان الشخص المعني، المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتمادا على شهادة  
الشهود، حيث جاء نص القرار على النحو التالي: "...حيث أنه يتبين من المادتين 27 و 30  
من الأمر 01-06 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة  
الوطنية، أن التصريح بوفاة الشخص الذي تنقطع أخباره، ولم يتم العثور على جثته، يتم بموجب  
حكم قضائي استنادا إلى محضر معاينة فقدان له تعده الشرطة القضائية على اثر عمليات  
البحث بدون جدوى، في حين أن قاضي محكمة سيدي بلعباس، قد اكتفى في حكمه بوفاة  
المدعو(س-ح) بالاستناد فقط إلى مجرد شهادة الشاهدين(ب-ع) و (ب-هـ)، دون الاستناد إلى

1- أمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 92 الفقرة الأولى: "تعفى من الطابع جميع العقود وتسجل مجانا، وإذا ارتأت المحكمة أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي فيجوز لها أن تقرر كل تدبير للتحقيق التكميلي ولاسيما التحقيق الإداري حول ظروف الفقدان".

2- أنظر: قانون 03-06، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، السالف الذكر، المادة 02 منه/ أمر 02-03، المتضمن الأحكام المطبقة على فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، السالف الذكر، المادة 02 منه / أمر 01-06، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، السالف الذكر، المادة 30 منه.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري  
محضر المعاينة المذكور، الذي لا وجود له بملف الدعوى الحالة، مخالفاً بذلك المادتين 27  
و30 من الأمر 06-01 السالف الذكر...<sup>1</sup> .

وبناء على ما ذكر يتبين لنا أن محضر المعاينة الذي تعده الضبطية القضائية يعتبر وثيقة وجوبه في ملف دعوى طلب الحكم بموت المفقود في الحالات الخاصة والاستثنائية التي جاءت تعالجها هذه القوانين، في حين أن لا قانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا على ذلك، وهو ما يعتبر إجراء جديدا جاءت به القوانين المذكورة.

إن محاضر المعاينة التي تحررها الضبطية القضائية كافية لتقرير حالة الفقد طبقا لما تضمنته القوانين الخاصة، فهي إذن كافية لتقرير حالة الفقد وبذلك هي تقوم مقام الحكم بالفقدان، إلا أنها لا تتضمن في مضمونها حصر أموال المفقود وتعيين المقدم، مما يستوجب من كل ذي مصلحة اللجوء إلى العدالة لهذا الغرض<sup>2</sup>، علما أن هذه القوانين حددت آجالا للضبطية القضائية لتسليم هذا المحضر لذوي الشأن، فحدد الأجل ب 04 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة بالنسبة لمفقودي فيضانات باب الوادي، و08 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة بالنسبة لمفقودي زلزال بومرداس فيما حدد ب سنة من تاريخ نشر الأمر في الجريدة الرسمية بالنسبة لمفقودي المأساة الوطنية<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: تحديد آجال الفصل في دعوى

مراعاة كون هذه الحالات هي حالات استثنائية وأن المفقودين فيها تغلب عليهم حالة الهلاك على السلامة، وللفضل في دعوى طلب الحكم بموت المفقود في آجال قصيرة، فقد حدّد المشرع الجزائري مدة شهر للقاضي لإصدار الحكم بوفاة المفقود في زلزال بومرداس، أو فيضانات باب الوادي وذلك ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/02/11، ملف رقم: 482011، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد رقم: 01، ص: 290.

<sup>2</sup> - نوي عبد النور، المرجع السابق، ص: 125-126.

<sup>3</sup> - أنظر: شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص: من 29 إلى 32.

<sup>4</sup> - أنظر: قانون 03-06، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003، السالف الذكر، المادة الثانية منه الفقرة الأولى/ أمر 02-03، المتضمن الأحكام المطبقة على فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، السالف الذكر، المادة الثانية منه الفقرة الثانية.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

أما في حالة إذا كان الشخص قد فقد في المأساة الوطنية فقد حدد المشرع الجزائري مدة شهرين للقاضي لإصدار الحكم بوفاة الشخص المفقود ابتداء من تاريخ رفع الدعوى أمامه<sup>1</sup>. وبالتالي فإن المشرع الجزائري حدّد في القوانين الخاصة مدة معينة للقاضي للفصل في دعوى الحكم بموت المفقود، بينما هذا الإجراء لم ينص عليه قانون الأسرة الجزائري ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي يعتقد أن المشرع اعتبر أن هذه القضايا تكتسي طابعا استعجاليا بغرض التكفل بعائلات الضحايا.

#### المطلب الرابع: شروط الحكم بموت المفقود وكيفية إبطاله

حتى يتم الحكم بموت المفقود يجب توفر جملة من الشروط من جهة أما إذا حكم بموت المفقود وظهر حيا وجب عليه طلب إبطال الحكم القاضي بموته.

#### الفرع الأول: شروط الحكم بموت المفقود

لقد شرع المشرع الجزائري رفع دعوى للحكم بوفاة المفقود رفعا للحرّج في ماله وزوجته فلا يعقل أن يترك ماله عرضة للإهمال والضياع، وخاصة إذا تعلقت به حقوق زوجته دون إنهاء لعلاقتها الزوجية، وحقوق الغير من شركاء ودائنين<sup>2</sup>.

ولكن حتى يحكم القاضي بوفاة المفقود لا بد من توفر جملة من الشروط تتلخص فيما يلي:

1- أن يصدر حكم سابق بالفقد، حيث حكمت المحكمة العليا بأن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه<sup>3</sup>.

2- أن تمضي مدة أربع سنوات على الأقل من تاريخ الفقدان.

3- أن يتم التحري على المفقود بكل الطرق الممكنة حتى يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا.

<sup>1</sup> - أنظر: أمر 06-01، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، السالف الذكر، المادة 32 منه.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، تعليق على قرار، مرجع سابق، ص: 108 و 109.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1995/05/02، ملف رقم: 118621، فهرس رقم: 268.

الباب الأول: \_\_\_\_\_ الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في القانون الجزائري

### الفرع الثاني: إبطال حكم موت المفقود

في حالة ظهور المفقود حيًا بعد الحكم بموته فلا بد من تسوية وضعيته الإدارية اتجاه القانون، حيث عليه التوجه إلى المحكمة لطلب إبطال حكم الوفاة، حيث يقدم الطلب من المعني أو وكيل الجمهورية، أو كلّ ذي مصلحة وهذا ما نصت عليه المادة 94 من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها "إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائياً مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الجمهورية أو كل معني إبطال الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المادة:46 وما يليها<sup>1</sup>".

إن طلب الإلغاء يقدم بعريضة من النيابة العامة أو من أي شخص له مصلحة في ذلك، ويكون ذلك إما بطريق الادعاء المباشر أمام المحكمة التي توجد في دائرتها البلدية التي سجلت أو قيدت في سجلاتها حكم الوفاة محل طلب الإلغاء، وإما بطريق طلب عارض أمام المحكمة التي تنظر في دعوى أقيمت أمامها بسبب نزاع تضمن من جملة ما تضمن الحكم القاضي بتمويت المفقود والمشوب بالبطلان<sup>2</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 47 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها: "يقدم الطلب إما بصفة أصلية أمام محكمة المكان الذي حرر أو سجل فيه العقد وإما بصفة فرعية أمام المحكمة التي رفع إليها نزاع تناول العقد المشوب بالبطلان<sup>3</sup>".

عندما يصبح القرار نهائياً فإنه يجب عندئذ أن يسجل في سجلات الحالة المدنية، ويهّمش في الوثيقة الملغاة ذاتها<sup>4</sup>، أي على هامش عقد الوفاة المقرر بإبطاله.

وتجدر الإشارة كما تطرقنا سابقاً أن صفة المدعى عليه تطرح إشكالا قانونياً، وهنا نشير أنه في حالة إذا لم ترفع الدعوى على المفقود شخصياً فالغاء الحكم القاضي بتمويته يتطلب إتباع الإجراءات المذكورة آنفاً، أما في حالة إذا رفعت الدعوى على المفقود شخصياً و صدر في حقه حكماً غيابياً يقضي بموته فيكفي بعد ظهوره حيًا معارضة هذا الحكم فيصبح كأن لم يكن.

1- أنظر: أمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر، المادة 94 منه الفقرة الأولى.

2- أنظر: عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 165.

3- أمر 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري، السالف الذكر 20، المادة 47 منه.

4- عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص: 165 و166.

الباب الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة ومال المفقود.

إن للأحكام المتعلقة بالمفقود أثرا على زوجه وماله لذا سنقسم هذا الباب إلى

فصلين:

الفصل الأول: نخصه للأحكام المتعلقة بزواج المفقود.

الفصل الثاني: نخصه للأحكام المتعلقة بمال المفقود.

الفصل الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود



إذا فقد الشخص ولم يظهر له أثر فثم حكمان أساسيان يتعلقان بحاله، أولهما الحكم بفقدانه، والثاني الحكم بموته، ولكليهما أثر على زوجته لهذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر الحكم بالفقد على زوجة المفقود.

المبحث الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على زوجته.

المبحث الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته على زوجته.

## المبحث الأول: أثر الحكم بالفقد على زوجة المفقود

لقد جعل الله سبحانه وتعالى الزواج سكناً حيث قال في كتابه العزيز:

" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١﴾".

فإن غاب الزوج وانقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته سيوقع لا محالة آثاراً نفسية ومادية على زوجته وستتضرر من جراء غيابه، وتزداد معاناتها ووحشتها كلما طال غيابه فينتابها اليأس من رجوعه لخفي أثره وانقطاع خبره، فهل في هذه الحالة تجبر المرأة على البقاء على ذمة زوجها المفقود؟ أم لها الحق في طلب التطلاق؟ وإن بقيت على ذمته فهل لها حق النفقة؟

سنترق لذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حق زوجة المفقود في طلب التطلاق.

المطلب الثاني: وقوع الفرقة بسبب الفقد.

المطلب الثالث: حق زوجة المفقود في النفقة.

### المطلب الأول: حق زوجة المفقود في طلب التطلاق

قد يفقد الشخص وتطول غيبته لفترة طويلة فتتضرر زوجته من البقاء كالمعلقة، فلاهي مع زوجها تنعم بكامل حقوقها، ولاهي حرة فتحصن نفسها بالزواج بآخر<sup>2</sup>، فقد يلحقها الضرر حتى لو ترك لها مالا تنفق منه طيلة غيبته.

إن المعاشرة حق وواجب لكل من الزوجين في اتجاه بعضهما البعض شرعاً وقانوناً، فللزوجة الحق أن تعيش في ظل وكنف زوجها وتزيل وحشتها بوجوده، فإن حرمت من ذلك خشيت على نفسها من ارتكاب خطيئة لا تغتفر<sup>3</sup>، فالدين شرع لرفع الحرج عن الناس ولا يكلف مخلوق إلى بحسب طاقته، " كما أن الزوج ملزم بالاتصال بزوجه مثلما هي ملزمة بتمكين زوجها منها<sup>4</sup>."

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية: 20.

<sup>2</sup> - حميد سلطان، حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية صفي الدين الحلبي، جامعة بابل-العراق، -، عدد: 01، المجلد الأول، كانون الأول، 2009، ص: 119.

<sup>3</sup> - حميد سلطان، نفس المرجع، ص: 119.

<sup>4</sup> - هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، 125.

وعليه هل يحق لزوجة المفقود أن تطلب التطلاق بسبب الفقد؟

للإجابة على ذلك سنتعرض لهذا الحق في الفقه الإسلامي ثم نبين موقف التشريعات العربية.

### الفرع الأول: حق زوجة المفقود في التطلاق في الفقه الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع لموقف المذاهب الأربعة ثم للفتاوى والاجتهادات المعاصرة.

#### **أولاً: موقف فقهاء المذاهب الأربعة في مسألة التطلاق للفقد**

انقسم فقهاء المذاهب الأربعة في مسألة التطلاق للغيبة أو الفقد إلى قولين:

#### **1- القول الأول: قول المالكية والحنابلة**

يقضي هذا القول بأن امرأة المفقود لها الحق في طلب التطلاق مع تفصيل في ذلك، وقد

فرقوا بين التطلاق للغيبة والتطلاق للفقد.

#### **أ- التطلاق للغيبة**

ذهب المالكية أن لزوجة الغائب الحق في طلب التطلاق إذا طال غيبة الزوج

وتضررت الزوجة بتترك الوطء وخافت على نفسها الزنا<sup>1</sup>، ووضعوا لذلك شروطاً هي:

\* أن تمضي مدة على غياب الشخص حددت بسنة عند المالكية وفي قول ثلاث سنوات،

وستة أشهر عند الحنابلة<sup>2</sup>.

\* الإرسال إلى الزوج إن كان في مكان معروف وذلك إما أن يحضر أو تسافر إليه

زوجته وإما أن يطلق، فإن امتنع أمهله الحاكم ثم حكم عليه بالطلاق<sup>3</sup>.

\* أضاف الحنابلة شرطاً ثالثاً وهو ألا تكون الغيبة لعذر مقبول<sup>4</sup>.

#### **ب- التطلاق للفقد**

ذهب المالكية إلى القول أن امرأة المفقود في بلاد المسلمين مخيرة بين أن تختار

فراقه أو تقيم على ما هي عليه<sup>5</sup>، فإن لم ترض بالصبر والبقاء في عصمة زوجها المفقود إلى

أن تموت أو يرجع إليها، لها أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يبحث عنه فإن لم يجد له أثر،

<sup>1</sup> - الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرج السابق، ص: 378.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الثامن، مرجع سابق، 508 و509.

<sup>3</sup> - الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص: 379.

<sup>4</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ص:

358.

<sup>5</sup> - عبد الوهاب البغدادي، ص: 820.

ضرب لها أجل أربع سنين تبتدئ من تاريخ العجز عن البحث عنه، ثم تعدد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا، وبدخولها في العدة تصبح أجنبية عن زوجها المفقود كأنها مطلقة، فلا ترثه إذا مات بعد ذلك<sup>1</sup>، أما في أنواع المفاqid الأخرى فامرأته تعدد عدة وفاة بعد مدة التبرص والتي سنعرض لها لاحقا فيما يتعلق بعدة امرأة المفقود، وبمعنى آخر أن كل واحدة من زوجات المفاqid الأربع يضرب لها الأجل المقرر شرعا، وتبقى في عصمة زوجها المفقود إلى أن يتبين حاله شريطة إدامة النفقة عليها من ماله، فإن لم تدم بأن كان له مال ونفذ، أو لم يكن له مال أصلا فلها أن تطلب التطلاق منه بسبب عسر النفقة إن شاءت، ولها حق التطلاق أيضا إن تضررت من ترك الوطء وخشيت على نفسها الوقوع في الزنا ولو كان له مال ينفق منه عليها في الأجل المضروب<sup>2</sup>.

أما الحنابلة فيفرون بين مفقود في غيبة ظاهرها السلامة فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته أو تمضي عليه مدة التعمير تمام تسعين سنة من يوم فقد، ومفقود قي غيبة ظاهرها الهلاك تترص امرأته أربع سنين ثم تعدد عدة وفاة أربعة أشهر وعشر وتحل للأزواج<sup>3</sup>، وسنتطرق لهذا بأكثر تفصيل عندما نتطرق للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

## 2- القول الثاني: قول الشافعية والحنفية

يرى أصحاب هذا القول أن زوجة المفقود ليس لها طلب التفريق القضائي بسبب فقد زوجها وإنما عليها الصبر حتى يستبين أمره وتعلم أحي هو أم ميت<sup>4</sup>، والظاهر أنه لا يجوز لها أن تتكح غيره حتى يتحقق طلاقه أو موته<sup>5</sup>، وقد استدّل أهل هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم " امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"<sup>6</sup>، والبيان يحصل بثبوت موت أو طلاق<sup>7</sup>، " لأن

<sup>1</sup> - الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص: 493 و 494

<sup>2</sup> - أنظر: عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، المرجع السابق، ص: 106 و 107.

<sup>3</sup> - أنظر: أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ص: 113 و 114.

<sup>4</sup> - أنظر: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، المرجع سابق، ص: 374.

<sup>5</sup> - الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص: 400.

<sup>6</sup> - أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، السنن الصغرى، الجزء الثاني، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1999، ص 177. /أخرجه الدررطني في كتاب النكاح (الحديث: 212/3)، وذكره الزيلعي في "نصب الراية"(الحديث: 473/3)، وذكره السيوطي في "جمع الجوامع" (الحديث: 4403)، وذكره الهندي في "كنز العمال" (الحديث: 44760).

<sup>7</sup> - أنظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الحادي عشر، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، 1979، ص: 34 و 35

النكاح عرف بثبوته، والغيبية لا توجب الفرقة والموت حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك<sup>1</sup>، - أي أن المفقود نكاحه ثابت قبل فقدته وأن غيابه لا تتحل به الرابطة الزوجية وأن المفقود محتمل الحياة ومحتمل الممات-، ووجه الدلالة في ما استدل به أصحاب هذا القول هو أن امرأة المفقود تبقى على الزوجية مهما طال الزمن وخفي أمر زوجها، فلا يفرق بينه وبين زوجته إلا إذا ثبت هلاكه<sup>2</sup>.

### 3) الرأي الراجح:

انصبت الدراسات الأكاديمية حديثاً على هذه المسألة لذا نذكر بعض ما توصلت إليه بعض البحوث، ثم في الأخير سنستنبط ونرجح الرأي الذي يتماشى وعصرنا هذا. ذهب محمد عبد الرحيم في كتابه -زوجة الغائب- وهي دراسة مقارنة، أن لزوجة المفقود حق طلب التطليق إن لم يترك لها نفقة، أو في حالة إن خافت على نفسها الزنا بعد مرور مدة لا تقل عن ستة أشهر، أما في الحالات الأخرى فلا تطلق إلا بعد مرور مدة التربص حسب الحالة<sup>3</sup>.

وفي دراسة أكاديمية تحت عنوان "دعوى التفريق بين الزوجين للغيبية والضرر" رجح صاحبها قول المالكية والحنابلة حيث من بين تبريراته لذلك ما يلي: "إن هذا الدين يسر يرفع الحرج عن الأمة، ولا يكلف الناس إلا وسعهم، وفي الغيبة عن الزوجة يقع الحرج والمشقة والعذاب، فالقول بالتفريق يتوافق مع أصول ديننا الحنيف ويتوافق مع يسره"<sup>4</sup>.

وفي دراسة أخرى ذهب صاحبها إلى: "يستنتج من استعراض أدلة الطرفين ومناقشتها أنه لم يثبت لدى أي طرف دليل قطعي يدل على ثبوت مدعاه بحيث لا يقبل الشك والنقاش وبناء على ذلك على القاضي أن يرجع إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تقضي برفع الضرر عن الطرف المتضرر بناء على طلبه، وعلى ضوء ذلك يكون الرأي الراجح عندنا الذي

<sup>1</sup> - أنظر: محمد بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، المرجع السابق، ص: 365.

<sup>2</sup> - عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، قسم القضاء الشرعي، غزة - فلسطين، -، 2004، ص: 115.

<sup>3</sup> - محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية بما ثبت بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية - دار السلام - مصر، -، الطبعة الأولى، 1990، ص: 20 و 21.

<sup>4</sup> - عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبية والضرر - دراسة فقهية وقانونية مقارنة -، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، -، إشراف: جمال الكيلاتي، ص: 14.

يجوز لزوجة المفقود طلب التفريق بينها وبين المفقود وإن كان له مال تنفق منه على نفسها إذا كانت تخشى على نفسها الفتنة<sup>1</sup>.

وعلى ذلك فإني أوافق هذا الرأي الأخير، وأرى الأخذ من حيث المبدأ بما ذهب إليه المالكية والحنابلة بحق المرأة في طلب التفريق بسبب فقد زوجها بعد مرور مدة معينة ودون شرط أو قيد.

### ثانيا: الفتاوى والاجتهادات المعاصرة في مسألة التطلق للفقد

ذهب مجلس الإفتاء التابع لرابطة علماء أهل السنة<sup>2</sup> إلى أن لامرأة المفقود أن تطلب فسخ النكاح إن أصابها ضرر من جراء غياب زوجها، وألا يكون ذلك إلا بعد مرور سنة من تاريخ الفقد لقلّة الضرر قبلها<sup>3</sup>، وأسّسوا قولهم على قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup> وعلى القاعدة الفقهية " الضرر يزال"، ونفس الحكم أخذ به المجلس الإسلامي السوري<sup>5</sup>.

وفي فتوى للشيخ أبي عبد المعز محمد علي فركوس<sup>6</sup> على موقعه الرسمي: " أن لزوجة المفقود الحق في الأخذ بمبدأ التفريق-إن رغبت فيه- لفوات الإمساك بالمعروف لغيبة الزوج وفقدانه، فتعيّن التسريح بإحسان إن طلبته الزوجة لأنه حقها<sup>7</sup>"، وقد أسس ذلك على: " أن غيبة المفقود تسبب لزوجته ضررا مؤكدا، لكون فقدانه يفوت على الزوجة أغراض الزواج، والضرر يزال عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: ( لا ضرر و لا ضرار) فيدفع قبل الوقوع ويرفع بعده،

<sup>1</sup> - هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص:134.

<sup>2</sup> - سبق تعريفها، أنظر: رابط علماء أهل السنة، النظام الأساسي: <https://www.rabtasunna.com/3>.

<sup>3</sup> - رابطة أهل السنة، فتوى مجلس الإفتاء حول الغائب والمفقود: <http://www.rabtasunna.com/t-3544>.

بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 11:25 سا.

<sup>4</sup> - أخرجه ابن ماجة في باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: 2341/ أنظر: ابن ماجة، سنن ابن ماجة المجلد الثالث، شرح أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، بحاشيته تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة للإمام البوصيري، حقق أصوله وخرّج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحت الأشراف الشيخ خليل مأمون شيخا، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الخامسة، 1430هـ/2009م.

<sup>5</sup> - المجلس الإسلامي السوري، فتوى أحكام زوجة الغائب والمفقود: فتوى أحكام زوجة المفقود، -<http://sy>-

<http://sy>، بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 10:15 سا.

<sup>6</sup> - شيخ السلفية في الجزائر.

<sup>7</sup> - الموقع الرسمي لأبي المعز محمد علي فركوس، في أحكام تخص زوجة المفقود: في أحكام تخص زوجة

المفقود، <http://ferkous.com/home/?q=fatwa-200>، يوم: 2018/12/19 على الساعة: 11:09 سا.

وإذا كان تشريع الإيلاء والتفريق بسبب عدم الإنفاق على الزوجة أو لعنة الزوج لدفع الضرر عنها، فالتفريق لفقد الزوج أحق و أولى بالأخذ، ولها الخيار بين الحقين السابقين، والأفضل أن ترجح ما يدفع الضرر ويحقق لها مصلحتها<sup>1</sup>.

في فتوى على الموقع الرسمي للسيد محمد حسين فضل الله<sup>2</sup> أن زوجة المفقود إذا خافت الوقوع في الحرام ولو مع الإنفاق عليها لها أن ترفع أمرها للقاضي طالبة التفريق، حيث يضرب لها أجل أربع سنين يبدأ من تاريخ رفع الدعوى<sup>3</sup>.

من خلال الفتاوى المذكورة أعلاه ورغم اختلافها في المشرب والمذهب إلا أنه يتضح أنها اتفقت من حيث المبدأ وهو أن لزوجة المفقود الحق في طلب التفريق للضرر، وهذا القول الراجح في الفقه الإسلامي كما بينا سابقاً، وأني أوافق ما أفتى ما به الشيخ فركوس من أحقية زوجة المفقود طلب التطليق للفقد لأن الضرر مؤكد ومفترض ولا أرى حاجة في تقييد طلبها بأن تتضرر من جراء الفقد، إلا أن هذا الحق لا يجب أن يكون على إطلاقه، لذا وجب تقييد الحق في طلب التفريق بمرور مدة زمنية وهي المدة التي يمكن للمرأة العادية أن تصبر فيها عن المعاشرة الزوجية، ولعل المدة التي جاءت في فتوى مجلس الإفتاء لرابطة علماء أهل السنة أقرب للمعقول وهو مؤسس على رأي المالكية.

---

<sup>1</sup> - الموقع الرسمي لأبي المعز محمد علي فركوس، في أحكام تخص زوجة المفقود، نفس المرجع.

<sup>2</sup> - محمد حسين فضل الله هو مرجع شيعي جعفري لبناني من أعلام حركة التراث الإسلامي، يعتبر من أكثر الشيعة انفتاحاً على التيارات الأخرى/ ويكيبيديا، محمد حسين فضل الله، محمد حسن فضل الله، <https://ar.wikipedia.org/wiki/الله>، يوم: 2018/12/19، على الساعة: 11:35س.

<sup>3</sup> - الموقع الرسمي لمؤسسة السيد محمد حسين فضل الله، أحكام المفقود زوجه: أحكام المفقود زوجها <http://arabic.bayynat.org.lb/HumISecondary.aspx?id=9727>، يوم: 2018/12/19، على الساعة: 11:35س.

## الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في التطلق في التشريعات العربية

نتطرق أولاً لحق زوجة المفقود في التطلق للفقد في التشريع العربي المقارن ثم في التشريع الجزائري ثانياً.

### أولاً: التفريق للفقد في التشريعات العربية المقارنة

اختلفت التشريعات العربية في مسألة حق الزوجة في طلب التطلق بسبب فقد زوجها إلى ثلاثة اتجاهات.

### الاتجاه الأول: القائلون بجواز التطلق للفقد وإن ترك لها نفقة

أجاز المشرع السوداني لزوجة المفقود طلب التطلق من زوجها بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب<sup>1</sup>، وعلى هذا سار المشرع القطري الذي أجاز لزوجة المفقود طلب التطلق دون تأجيل ولو كان له مال<sup>2</sup>، وكذا المشرع الإماراتي حيث أجاز لامرأة المفقود طلب التطلق للفقد إذ لا يحكم لها بذلك إلا بعد مرور سنة من تاريخ رفع الدعوى<sup>3</sup>، وعلى هذا سار المشرع العراقي بتجويزه لامرأة المفقود طلب الفرقة بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد<sup>4</sup>، ونفس الحكم نص عليه المشرع البحريني<sup>5</sup>.

كما أجاز المشرع الأردني لزوجة المفقود أن تطلب فسخ زواجها لتضررها من بعده ولو ترك لها مالا تتفق على نفسها منه مع تحديد أجل يضرب لها بحسب الحالة التي فقد فيها زوجها، فإن فقد في حالة يغلب فيها الهلاك ضرب لها القاضي أجلاً لا يقل عن سنة ابتداء من

<sup>1</sup> - أنظر: قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة: 189 منه.

<sup>2</sup> - قانون 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأحوال الشخصية القطري، السالف الذكر، المادة 144: "للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود، أو الغائب لجهة مجهولة، لمدة لا تقل عن سنة، ويفرق القاضي بينهما دون تأجيل ولو كان له مال. وإذا عاد المفقود، أو تبين أنه حي، فزوجته له، ما لم يدخل بها الزوج الثاني، غير عالم بحياة الأول، وإلا كانت للثاني".

<sup>3</sup> - قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السالف الذكر، المادة 130: "لزوجة المفقود والذي لا يعرف محل إقامته طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد التحري والبحث عنه ومضي سنة على تاريخ رفع الدعوى".

<sup>4</sup> - قانون 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المعدل، المادة 43 الفقرة الثالثة عشر "رابعاً"-1: "لزوجة المفقود الثابت فقده بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقده، وعلى المحكمة أن تنتهت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقده ثم تصدر حكماً بالتفريق".

<sup>5</sup> - قانون 19 لسنة 2017 المتضمن قانون الأحوال الشخصية البحريني، السالف الذكر، المادة: 111 "لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته، طلب التطلق، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد أو الغياب".



تاريخ فقده، وإن فقد في حالة لا يغلب على الظن هلاكه ضرب لها أجل ثلاث سنوات من تاريخ فقده<sup>1</sup>

### الاتجاه الثاني: القائلون بجواز التطليق للفقد بشرط

يبدو أن المشرع الموريتاني رأيه متداخلا بين إجازة التطليق للفقد وبين عدم الإجازة، حيث أجاز لامرأة المفقود - ما لم يفقد في بلاد العدو - التطليق بعد مرور أربع سنوات من تاريخ رفع أمرها للقاضي ما لم تخش فسادا ولا ضياعا وهي القاعدة العامة، وإن خشيت فسادا وضياعا يمكن تطليقها قبل مرور الأربع سنوات استثناء، أما إن فقد الزوج في أرض العدو بقيت زوجته في انتظاره مدة التعمير ما لم تخف ضياعا أو فسادا<sup>2</sup>، أما المشرع العماني فقد كفل لزوجة المفقود إن تضررت أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من تاريخ الفقد<sup>3</sup>، والطلاق هنا لرفع ضرر الوحشة والخشية من الوقوع في الفاحشة لبعث الزوج عنها<sup>4</sup>.

### الاتجاه الثالث: عدم خص هذه المسألة بنص

ذهب المشرع المغربي إلى النص على جواز التفريق للغيبه<sup>5</sup> في حين لم ينص على التفريق للفقد وبالرجوع إلى المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية<sup>6</sup> تحيلنا إلى الراجح من الفقه

<sup>1</sup> - أنظر: قانون رقم: 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة: 147 منه.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 2001-052 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة 107: "إذا فقد الزوج لم تخش زوجته فسادا ولا ضياعا فإن تطليقها لا يتم إلا بعد مرور أربع سنوات بعد رفعها الأمر إلى القاضي، تعدد بعدها عدة وفاة ثم تحل للأزواج.

إذا قدم الزوج ووجد زوجته قد تزوجت بعد مراعاة الترتيبات السابقة ودخل بها الزوج الثاني فإنها لا تعود إليه.

إذا فقد الزوج في أرض العدو بقيت زوجته مدة تعميره، إن لم تخف ضياعا أو فسادا ."

<sup>3</sup> - مرسوم سلطاني رقم: 97/32 بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني، السالف الذكر، المادة: 111: "لزوجة المفقود أو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا محل إقامته طلب التطليق للضرر، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ الغياب أو الفقدان".

<sup>4</sup> - المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، المرجع السابق، ص: 115.

<sup>5</sup> - قانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 104 الفقرة الأولى: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق..."

<sup>6</sup> - قانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 400: "كل مالم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

المالكي، وهذا الأخير يجيز التفريق للفقد كما ذكرنا آنفاً، وقد سار على ذلك المشرع السوري<sup>1</sup>، علماً أن المادة 305 منه نصت على أنه ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من الفقه الحنفي، وبالرجوع إلى المذهب الحنفي نجد أن الحنفية لا يجيزون الفرقة بسبب الفقد، وعلى هذا سار المشرع المصري بنصه على التطلاق للغيبة ولم ينص على التطلاق للفقد<sup>2</sup>، ونفس المنهج سلكه المشرع اليمني حينما نص على حق زوجة الغائب في فسخ زواجها<sup>3</sup> بينما لم يخص زوجة المفقود بنص، وكذا المشرع الكويتي حينما نص على جواز طلب الزوجة التفريق بسبب غياب زوجها ولو كان له مال تتفق منه<sup>4</sup> بينما لم ينص على التفريق للفقد، وأما المشرع التونسي فلم يخص لا الغيبة ولا الفقد بنص وإنما كفل للزوجين حق طلب الطلاق للضرر<sup>5</sup>، وهذا ما يدفعنا إلى الرجوع إلى المذاهب التي تحيل عليها هذه القوانين لاستنباط الحكم.

وعليه نستخلص أن التشريعات العربية على غرار فقهاء المذاهب الفقهية انقسمت في مسألة التفريق للفقد إلى ثلاثة:

- للزوجة الحق في طلب التفريق للفقد وهذا أخذاً برأي المالكية والحنابلة، وهذا ما أخذت به معظم التشريعات العربية.
- حق زوجة المفقود في التطلاق للضرر وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، وقد أخذت بهذا الرأي بعض التشريعات العربية، لاسيما المشرع الموريتاني والعماني.

---

<sup>1</sup> - مرسوم التشريعي رقم: 09 المؤرخ في: 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل، السالف الذكر، المادة 109 الفقرة الأولى: "1- 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 تستطيع الإنفاق منه".

<sup>2</sup> - مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1929 المعدل المتعلق ببعض الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر، المادة 12: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه".

<sup>3</sup> - القرار الجمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة بشأن قانون الأحوال الشخصية اليمني، المعدل، السالف الذكر، المادة 42: "لزوجة الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ نكاحها بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق وبعد سنتين للمنفق على أن تنصب الحكمة الأقرب فالأقرب ليتمكن من إعلان الغائب في محل معلوم في ظرف شهر بأي وسيلة".

<sup>4</sup> - قانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل، السالف الذكر، المادة: 136 منه.

<sup>5</sup> - أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المعدل، السالف الذكر، الفصل 31 الفقرة الثانية: "يحكم بالطلاق: 2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل من ضرر".

- ليس للزوجة الحق في طلب التطليق وقد أخذ بهذا الموقف المشرع السوري بعد الإحالة على المذهب الحنفي.

### ثانياً): التفريق للفقد في التشريع الجزائري

كفل المشرع الجزائري لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق للفقد متى توافرت شروط ذلك، حيث جاء في المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وبالرجوع إلى المادة: 53 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الخامسة نجد أن المشرع أجاز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب غيبة الزوج بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة<sup>1</sup>.

إن المشرع الجزائري استنبط هذه الفقرة من مذهب الإمام مالك، وكذا مذهب الإمام أحمد، وذلك لتجويزهما لزوجة الغائب طلب التطليق دفعا للضرر عنها لكن المشرع الجزائري أضاف "ولا نفقة" رغم أن الإمام مالك يرى أن للزوجة الحق في التطليق حتى لو ترك لها مالا تتفق منه<sup>2</sup>، إذ يعاب عليه تعليق حق المرأة في طلب التطليق في حالة غيبة زوجها بأن لا يترك لها مالا فكان ينبغي عليه الاستغناء عن هذا الشرط والاكتفاء بالمدة وانعدام العذر<sup>3</sup>.

وعليه فإن المشرع الجزائري أجاز لزوجة المفقود اللجوء إلى القضاء وطلب التفريق القضائي متى توافرت الشروط التالية:

1- أن تكون غيبة الزوج لسنة فأكثر، مستمرة دون انقطاع وهذا ابتداء من يوم غيابه إلى تاريخ رفع الدعوى، في حين إذا لم تمض على غيابه هذه المدة فلا يحق لها رفع الدعوى<sup>4</sup>.  
فالمشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري نص على وجوب أن تمضي على غيبة الزوج سنة كاملة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة: 53/الفقرة: 5 منه: "يجوز لزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: 5-الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة".

<sup>2</sup> - أنظر: باديس ذباني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، ص: 45.

<sup>3</sup> - أنظر: تشوار(م) حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، عدد: 10، سنة 2010، ص: 127.

<sup>4</sup> - منصوري نورة، المرجع السابق، ص: 41.

<sup>5</sup> - عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions ENCYCLOPEDIA، الجزائر، ص: 52.

2- أن يكون الغياب لغير عذر مقبول، والغياب غير المبرر للزوج يعني أنه تعمد الإضرار بها<sup>1</sup>.

هذا الشرط لا يصلح مع المفقود لأن المفقود ربما يكون قد فقد في زلزال أو في حرب، أو فقد عقله أو ذاكرته فلم يتمكن من العودة إلى أهله وهو في ذلك على العموم يكون غيابه معذورا<sup>2</sup>.

3- ألا يترك لها نفقة وهذه الحالة تخضع لتقدير القاضي ويتأكد منها بجميع الوسائل والطرق<sup>3</sup>.

وعلى أساس ما ذكر أعلاه يتبين لنا أنه لا يجوز لزوجة المفقود طلب التفريق إلا إذا توافرت الشروط الثلاثة المذكورة، وفي دفعة واحدة، فقد يترك لها الزوج النفقة وتطول غيبته، وهنا قد تتضرر من ترك الوطء فتقع في الحرج، وفي هذا الباب أقترح على المشرع الجزائري التأسيس على مذهب الإمام مالك الذي هو المرجعية الدينية للجزائر، وكذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية في النص على التفريق للفقد دون قيد أو شرط، ومسايرة ما ذهبت إليه الدراسات الحديثة، وبعض الفتاوى والاجتهادات المعاصرة لعلماء السنة، وتعديل المادة 112 من ق.أ.ج كالتالي:

"1-يجوز لزوجة الغائب أن تطلب التطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

2-لزوجة المفقود طلب التطلاق بعد مرور سنة من تاريخ الفقد."

<sup>1</sup> - بن شويح رشيد، المرجع السابق، ص: 200 و 201.

<sup>2</sup> - بن شويح رشيد، نفس المرجع، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> - أنظر: منصور نورة، المرجع السابق، ص: 42.

### المطلب الثاني: وقوع الفرقة بسبب الفقد.

الفرقة نوعان فإما طلاق وإما فسخ، ولكل أثره على العقد، لهذا نبين أولاً الفرق بين فرقة الطلاق وفرقة الفسخ، ثم نبين نوع الفرقة بسبب الفقد وأثرها على العقد.

### الفرع الأول: الفرق بين فرقة الطلاق وفرقة الفسخ.

من المعلوم شرعاً وقانوناً أن كلاً من الطلاق والفسخ ينحلّ بهما الميثاق الغليظ، إلا أنهما وإن كانا يؤديان إلى نتيجة واحدة وهي فكّ الرابطة الزوجية فإنهما يتميزان عن بعضهما بما يلي:

1- الفرق في حقيقتهما، فحقيقة الطلاق توجب إنهاء عقد النكاح الصحيح، أما حقيقة الفسخ فإنه عارض يمنع بقاء النكاح، أو يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء عقد الزواج فجعله غير لازم، والفسخ قسمان أحدهما فسخ ينقض العقد من أصله، والثاني فسخ لا ينقض العقد من أصله<sup>1</sup>.

2- الطلاق تنحلّ به الرابطة الزوجية في الحال أو المآل، أي في الحال إذا كان بائناً وفي المآل إذا كان رجعيًا، أما الفسخ فتتحلّ به الرابطة في الحال لا في المآل<sup>2</sup>.

3- "الفسخ يكون بسبب أمر عارض على العقد يمنع بقاءه واستمراره (كفسخ الزواج بسبب ردّة الزوج)، أما الطلاق فيعتبر إنهاء لعقد الزواج<sup>3</sup>".

4- فرقة الطلاق تحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما فرقة الفسخ فلا تحسب من عدد الطلقات<sup>4</sup>.

5- في فرقة الطلاق قبل الدخول للزوجة نصف المسمى أو المتعة إذا لم يسم لها، أما في الفسخ قبل الدخول فليس لها شيء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 277.

<sup>2</sup> - المصري مبروك، المرجع السابق، ص: 45.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة-الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية) الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، -، 1999، ص: 206.

<sup>4</sup> - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، -، 2012، ص: 82.

<sup>5</sup> - المصري مبروك، المرجع السابق، ص: 45.

6- " إذا وقع الطلاق في العدة من فرقة الطلاق فإنه يلحق الزوجة وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وإن وقع في العدة من فرقة الفسخ الذي يعد نقضا للعقد من أصله فلا يلحق الزوجة<sup>1</sup> ."

للتفرقة بين فرق الفسخ وفرق الطلاق، وضع الفقهاء ضوابط لذلك على النحو التالي<sup>2</sup>:  
الحنفية: الطلاق ما كان من الزوج، والفسخ إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة.  
المالكية: كل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه جاز، تكون الفرقة فيه طلاقاً، وإذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه لم يجز، فتكون الفرقة فيه فسخاً.  
الشافعية: كل فرقة يوقعها الزوج أو من يقوم مقامه تعد فرقة طلاق، وما سواه فهو فسخ.  
الحنابلة: تكون الفرقة فرقة طلاق إذا كانت بلفظ الطلاق وتطبيق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق لسبب الإيلاء، وما سواها فهو فسخ.

### الفرع الثاني: نوع الفرقة بسبب الفقد

سنبين أولاً نوع الفرقة بسبب الفقد في الفقه الإسلامي، ثم نبين ثانياً نوعها في التشريعات العربية المقارنة، وفي الأخير نبين موقف المشرع الجزائري.

### أولاً) نوع الفرقة بسبب الفقد في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وبالأخص مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل اللذان يجوزان التفريق بسبب الفقد، فإن الفرقة عند المالكية تقع طلاقاً، أما الحنابلة فيرونها فسخاً وذلك للأسباب التالية:

### **1) نوع الفرقة للفقد عند المالكية**

يرى المالكية أن الفرقة تقع طلاقاً بائناً، لأن الضابط عندهم أنه إذا كان بإمكان الزوجين الإبقاء على هذه الحياة الزوجية فالفرقة فيه فرقة طلاق<sup>3</sup>، وكونه بائناً لأن عند المالكية أن كل طلاق يوقعه القاضي فهو يقع بائناً ماعدا الطلاق بالإيلاء ولعسر بالنفقة، فإنه وإن كان يقع بالحكم يكون رجعيًا لا بائناً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون وموزعون-الأردن-، الطبعة الثالثة، 2010م-1431هـ-، ص:172.

<sup>2</sup> - انظر: المصري مبروك، نفس المرجع، ص: من 49 إلى 53.

<sup>3</sup> - أنظر: أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع سابق، ص: 70.

<sup>4</sup> - أنظر: عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، المرجع السابق، ص: 70.

## 2) نوع الفرقة للفقد عند الحنابلة

يرى الحنابلة أن الفرقة بسبب الفقد هي فرقة فسخ<sup>1</sup>، لأن الطلاق عند الحنابلة ما يلفظ به الزوج، وهذه الفرقة بطلب من الزوجة فهي فسخ<sup>2</sup>.  
ذهب الأستاذ مصري مبروك أن مذهب الحنابلة هو الراجح لأن الزوج لم يطلق، وقد جعل الله الطلاق بيده، ومن ثم إن الزوج إذا حضر من غيبته بعد أن طلقت زوجته فيرى أن يكون للزوج حق مراجعة زوجته مادامت لم تنقض عدتها لأن التفريق إنما وقع لرفع الضرر عنها بسبب فقد زوجها، وبحضوره يرتفع هذا الضرر<sup>3</sup>، ونفس الترجيح ذهبت إليه معظم الدراسات الأكاديمية<sup>4</sup>، ونحن نؤيد ذلك، فالقول أن الفرقة بسبب الفقد فسخ لا طلاق أقرب إلى روح التشريع القائم على المصلحة والتيسير، ويظهر أثر ذلك فيما لو أعاد الزوج زوجته بعد وقوع الفرقة<sup>5</sup>، كما أنه إذا حضر ووجد زوجته بانته منه وكان قد طلقها اثنتين قبل فقده فيكون له حق مراجعتها بعقد جديد لأن الفسخ كما بينا سابقا لا ينقص من عدد الطلاقات التي يمتلكها الزوج، أما إذا اعتبرناها فرقة طلاق على مذهب المالكية وإن كان طلقها مرتين كما ذكرنا أعلاه فتفوقته بمجرد تطليقها بسبب فقده.

### ثانيا: نوع الفرقة بسبب الفقد في التشريعات العربية

وفقا للمنهج المتبع سنبين نوع الفرقة بسبب الفقد في التشريعات العربية المقارنة التي تجيز الفرقة بسبب الفقد ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

#### 1) في التشريعات العربية المقارنة

اختلفت التشريعات العربية التي أجازت حق الزوجة في الفرقة بسبب الفقد في مسألة نوع هذه الفرقة بسبب الفقد، فمنهم من جعلها فسحا، ومنهم من سماها تطليقا، إلا أنهم اتفقوا على أن التفريق للفقد يقع بائنا، وبهذا انقسمت التشريعات العربية في هذا الباب إلى اتجاهين.

<sup>1</sup> - أنظر: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء العاشر، مرجع سابق، ص: 240 و241.

<sup>2</sup> - أنظر: المصري مبروك، المرجع السابق، ص: 49 إلى 53.

<sup>3</sup> - المصري مبروك، نفس المرجع، ص: 357.

<sup>4</sup> - عمار مرزوق ملحم ظاهر، المرجع السابق، ص: 24.

<sup>5</sup> - العربي مصطفى باشا، المرجع السابق، ص: 68.

### الاتجاه الأول: القائلون أنها فرقة فسخ

جعل المشرع القطري ضابطاً للفرقة بين الفسخ والطلاق وبذلك اعتبر أن كل فرقة تقع بحكم القضاء تعتبر فسخاً<sup>1</sup>، وعليه تكون الفرقة بسبب الفقد عنده فسخاً، وقد بين في المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup> آثار الفقد كما ذكرنا، حيث أكد من خلال هذه المادة على أن تطبيق القاضي فسخاً، وقد سار على ذلك المشرع الأردني الذي نص صراحة في المادة 143 من قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup> أن لزوجة المفقود طلب فسخ عقد زواجها لتضررها من بعده.

### الاتجاه الثاني: القائلون أنها فرقة طلاق

جعل المشرع البحريني أن الفرقة بحكم القضاء تكون إما تطليقاً أو فسخاً أو تفريقاً<sup>4</sup>، ونص في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية على أن الفرقة بسبب الفقد هي تفريق<sup>5</sup>، وهذا ما يفهم منه أنه جعل فرقة الفقد فرقة طلاق، أما المشرع العماني فنص في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية<sup>6</sup> على أن لزوجة المفقود طلب التطلاق للضرر، فيما حصر حالات الفسخ في المادتين 117 و118 وهي: اشتغال عقد الزواج على مانع يتنافى ومقتضيات العقد، إذا طرأ على العقد ما يمنع استمراره، اختلال أحد أركان العقد، الزواج بإحدى المحرمات واللعان، ومن ثم إن فرقة الفقد عنده هي فرقة طلاق، أما المشرع السوداني فاعتبر الفرقة بحكم

<sup>1</sup> - قانون رقم: 22 لسنة 2006 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري، السالف الذكر، المادة: 101: "تقع الفرقة بين الزوجين: 1- بإرادة الزوج، وتسمى طلاقاً. 2- بتراضي الزوجين، وتسمى مخالعة. 3- بحكم القضاء، وتسمى فسخاً. 4- بوفاة أحد الزوجين".

<sup>2</sup> - قانون رقم: 22 لسنة 2006 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري، السالف الذكر، المادة: 105: "الفسخ هو نقض عقد الزواج لخلل صاحب نشوءه، أو عارض طارئ مانع لبقائه. والفسخ فرقة بائنة، ولا رجعة فيها، ولا ينقص عدد الطلاقات. وكل فرقة بحكم القضاء تعتبر فسخاً".

<sup>3</sup> - قانون رقم: 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة: 143: "لزوجة المفقود الذي لا تعرف حياته ولا مماته الطلب من القاضي فسخ عقد زواجها لتضررها من بعده ولوترك لها مالا تتفق على نفسها منه....".

<sup>4</sup> - قانون 19 لسنة 2009 المتضمن قانون الأسرة البحريني، السالف الذكر، المادة: 83: "تقع الفرقة بين الزوجين: أ) بإرادة الزوج تسمى طلاقاً. ب) بطلب من الزوجة وموافقة من الزوج مع بذل العوض وتسمى مخالعة. ج) بحكم القضاء وتسمى تطليقاً أو فسخاً أو تفريقاً".

<sup>5</sup> - أنظر: قانون 19 لسنة 2009 المتضمن قانون الأسرة البحريني، السالف الذكر، المادة 143 منه.

<sup>6</sup> - أنظر: المرسوم السلطاني رقم: 97/32 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العماني، السالف الذكر، المادة: 111 منه.



القاضي تكون إما فسخاً أو تطليقاً<sup>1</sup>، ونص في المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup> على أنه يجوز لزوجة المفقود طلب التطليق من زوجها، وهذا ما يفهم منه أنه اعتبر فرقة الفقد فرقة طلاق لا فسخ، أما المشرع الإماراتي فلم يشر صراحة على ذلك وإنما باستقراء المادتين 2/98 و 130 يفهم أن الفرقة بسبب الفقد هي فرقة طلاق<sup>3</sup>.

بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص صراحة في المادة:45 من قانون الأحوال الشخصية أن التفريق بسبب الفقد يعتبر طلاقاً بائناً<sup>4</sup>، بينما اعتبر المشرع الموريتاني كل طلاق أصدره القاضي بائناً إلا إذا كان من الإيلاء أو عسر النفقة<sup>5</sup>، ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المغربي باستقراء المواد:78،71، 104 و 122 من مدونة الأسرة المغربية<sup>6</sup>، وكذا المشرع المصري باستقراء المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية.

## 2- نوع الفرقة بسبب الفقد في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على أن عقد الزواج ينحل إما بالطلاق أو الوفاة<sup>7</sup>، ويبيّن كذلك على أن الطلاق يكون إما بإرادة الزوج، أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة<sup>8</sup> في حدود الحالات المذكورة في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري، وقد جاء في المادة 53 منه أن

---

<sup>1</sup> - قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 127: " تقع الفرقة بين الزوجين بأي من الوجوه الآتية: أ-إرادة الزوج تسمى طلاقاً ب-إرادة الزوجين تسمى خلعاً أو طلاقاً على مال. ج-حكم الطلاق وتسمى تطليقاً أو فسخاً د-وفاة أحد الزوجين."

<sup>2</sup> - أنظر: قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 189 منه.

<sup>3</sup> - قانون اتحادي رقم:28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السالف الذكر، المادة:2/98 و 130 منه

<sup>4</sup> - قانون 188 لسنة 1959 مؤرخ في: 1959/12/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي(الوقائع العراقية، العدد: 280 المؤرخ في:1959/12/30)، المعدل، المادة الخامسة والأربعين: " يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد: الأربعين، الحادي والأربعين، الثانية والأربعين، الثالثة والأربعين، طلاقاً بائناً بينونة صغرى."

<sup>5</sup> - قانون رقم:2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة:101 و 117 منه.

<sup>6</sup> - قانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، المعدل، السالف الذكر، المواد:71، 78، 104، و 122 منه.

<sup>7</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 47 منه: " تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

<sup>8</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 47 منه: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."

لزوجة الغائب طلب التطلاق بعد غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة، وهو السبب الذي يبنى عليه التطلاق للفقد كما بينا سابقا وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري، في حين أن المشرع نص على بعض حالات الفسخ في المادتين 133<sup>1</sup> و 34<sup>2</sup> من قانون الأسرة الجزائري وهي: الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي، والزواج بإحدى المحرمات، وبالتالي فإن المشرع الجزائري لم يبين نوع الفرقة بسبب الفقد وبناءا على المادة 222 يتم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، حيث أن الفقهاء منهم من جعلها فرقة فسخ ومنهم من اعتبرها طلاقا، والراجح كما ذكرنا آنفا هو القول بأنها فرقة فسخ.

### المطلب الثالث: حق زوجة المفقود في النفقة

" المراد بالنفقة ما يصرفه الرجل على زوجته فيما تحتاج إليه من طعام وكسوة وعلاج وخدمة وأثاث وغيرها من لوازم الحياة ومتطلباتها الضرورية منها والحاجية والتحسينية، وترك تفصيلها وتحديدها إلى الأعراف وحالة المجتمع والزوج من رخاء أو ضيق، يسر أو عسر<sup>3</sup> ".  
وتعتبر النفقة من أهم الحقوق التي تجب للزوجة فهي من آثار الزواج الصحيح، وقد نص المشرع الجزائري على وجوب نفقة الزوجة على الزوج في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة<sup>4</sup>.

لكن قد يفقد الزوج وتنقطع أخباره، فهل تبقى نفقة زوجته واجبة عليه؟

---

<sup>1</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 33 منه: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

<sup>2</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، السالف الذكر، المادة 34 منه: " كلّ زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

<sup>3</sup> - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص: 169.

<sup>4</sup> - أنظر: قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 78 منه.

### الفرع الأول: حق زوجة المفقود في النفقة في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد في المسألة صورتين:

1- إذا فقد الزوج وترك مالا.

2- إذا فقد الزوج ولم يترك مالا.

**أولاً: في حالة إذا ترك الزوج مالا**

أجمع الفقهاء أن زوجة المفقود ينفق عليها من ماله، و" النفقة حق للزوجة فلا تسقط بعد وجوبها على الزوج إلا بالأداء أو الإبراء<sup>1</sup> ".

فالمفقود يلزمه نفقة زوجته من ماله طيلة مدة غيابه وإن لم يستمتع بها لأن المنع من الاستمتاع إنما هو من جهته لا من جهتها<sup>2</sup>.

"ولما كانت الزوجة محبوسة عن التكسب لحق الزوج، وجب عليه إنفاقها، وإلا تعرضت للضرر وهو ممنوع شرعاً، فلا ضرر ولا ضرار، ومعلوم أن كلّ إنسان حبس لأجل منفعة غيره وجبت نفقته على من كان حبسه لأجله<sup>3</sup>".

ينفق على الزوجة من مال زوجها المفقود من يوم فقده حتى يعلم يقين وفاته<sup>4</sup>، والزوجة هنا تستحق النفقة وإن كانت غنية لأن استحقاقها للنفقة بالعقد والاحتباس<sup>5</sup>، ولها النفقة من مال زوجها المفقود مادام لم يتبين حاله فإن تبين أنه مات أو فارقها رجع عليها بما بعد ذلك من النفقة<sup>6</sup>.

" ويجب على القاضي تمكينها من ذلك، ويجوز إن لم يكن للمفقود نقوداً أن يبيع ما يتسارع إلى الفساد لينفق عليها منه لأن هذا تمكين من القاضي للمستحق من أخذ حقه<sup>7</sup> ".

1- رمضان على السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-، ص: 212.

2- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع السابق، ص: 70.

3- عبد الله عبد الرحمان السعيد، آثار امتناع الزوج الغائب على نفقة زوجته، مجلة شبكة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، 2008، ص: 176.

4- محمد بن إدريس الشافعي، المرجع سابق، ص: 609.

5- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 135.

6- أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ص: 114.

7- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، نفس المرجع، ص: 70.

وعليه وبالاستناد إلى ما ذكر أعلاه من استحقاق زوجة المفقود للنفقة من مال زوجها طيلة فترة غيابه نرى ما يلي:

أ- إن لم يصدر حكم بفقد الزوج، وكان ماله تحت يد الزوجة فلها أن تنفق على نفسها بما يكفيها لحديث عائشة رضي الله عنها عن هند بنت عتبة قالت: "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذ منه وهو لا يعلم، فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>1</sup>، فإن لم يكن تحت يدها تلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك.

ب- إن صدر حكم بفقد الزوج فإن تسيير مال المفقود يوكل إلى المقدم الذي يعينه القاضي، ومن ثم فإن نفقة الزوجة تدخل ضمن تسيير هذه الأموال.

### ثانياً): في حالة إذا لم يترك الزوج مالا

تعتبر النفقة من أهم الحقوق التي تجب للزوجة على زوجها، فإن غاب الزوج أو فقد ولم يترك لزوجته مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها، فهل للزوجة أن تستدين؟ وهل لها الحق في طلب التفريق؟

انقسم فقهاء الشريعة إلى اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** يرى فقهاء الحنفية، وأنصار هذا الاتجاه أن ليس للزوجة حق طلب التفريق، إنما لها حق الاستدانة على الزوج، والقاضي يأمر من تجب عليه نفقتها -لولا زوجها- بإقراضها ثم يعود بذلك على زوجها إن شاء<sup>2</sup>، فإن لم يوجد من تستطيع الاستدانة منه يأمر القاضي بالإنفاق عليها من بيت مال المسلمين<sup>3</sup>، وقد استدلت أصحاب هذا القول بقوله تعالى: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ"<sup>4</sup>، وكذا قوله تعالى: "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ومعه من هدي الساري، شرح غريب صحيح البخاري للإمام ابن حجر العسقلاني، تحقيق خليل مأمون شيجا، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 2010، ص: 1375.

<sup>2</sup> - أنظر: عبد الله عبد الرحمان السعيد، المرجع السابق، ص: 184.

<sup>3</sup> - أنظر: الشيخ أحمد إبراهيم، نظام النفقات، مجلة المحاماة الشرعية، مصر، العدد السابع، 1978، ص: 561 نقلا عن حميد سلطان، المرجع السابق، ص: 126.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية: 279.

<sup>5</sup> - سورة الطلاق، الآية: 07.

**الاتجاه الثاني:** يرى جمهور الفقهاء بأن زوجة الغائب والمفقود لها حق التفريق القضائي بسبب تعذرها على النفقة من زوجها، وهي في ذلك على الخيار إن شاءت اختارت البقاء على الزوجية واستدانت عليه وإن شاءت رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق، وهذا الأخير يجيئها إلى ذلك إما في الحال أو بعد التلوم (الانتظار) للزوج<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في النفقة في التشريعات العربية

يتم التطرق في هذا الفرع لحق زوجة المفقود في التشريع العربي المقارن، ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

#### **أولاً) في التشريع العربي المقارن**

اتفقت التشريعات العربية على أن النفقة الزوجية هي من آثار الزواج الصحيح، فنفقة الزوجة واجبة على الزوج، لكن قد يفقد الزوج، فهل تبقى النفقة واجبة عليه؟ وهل يمكن للزوجة إذا أرادت البقاء في العصمة الزوجية أن تستدين عليه؟، سنوضح ذلك مقتصرين الدراسة على التشريعات العربية التالية: التشريع المغربي، التشريع المصري، التشريع العراقي والتشريع الكويتي.

#### **1- التشريع المغربي.**

أوجب المشرع المغربي نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء وكذلك إن مكنته من نفسها بعد العقد<sup>2</sup>، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 194 من مدونة الأسرة المغربية<sup>3</sup>، "وعليه فإذا كان عقد الزواج عقداً منجزاً يترتب كافة آثاره في الحال، فإنه يتضح من مقتضيات المادة 194 السالف ذكرها أن نفقة الزوجة لا تستحق إلا من وقت البناء بها أو بالدعوة إليه من طرفها، سواء بنى الزوج أو رفض البناء - يشترط فقط أن تكون الزوجة صالحة للبناء -"<sup>4</sup>.

تطرق المشرع المغربي لمسألة نفقة الغائب على زوجته في الفرع الخاص بالتطليق لعدم الإنفاق<sup>5</sup>، فلزوجة الغائب أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق، ويظهر من خلال المادتين 102

<sup>1</sup> - أنظر: عبد الله عبد الرحمان السعيد، المرجع السابق، ص: 185 / حميد سلطان، المرجع السابق، ص: 126.

<sup>2</sup> - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص: 422.

<sup>3</sup> - قانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالفة الذكر، المادة 194 منه "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء بها، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها".

<sup>4</sup> - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية - الكتاب الأول عقد الزواج وآثاره-، مرجع، سابق ص: 445.

<sup>5</sup> - أنظر: قانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالفة الذكر، المواد 102 و 103.

و103 من المدونة المغربية أن المشرع فرّق بين أن يكون الزوج غائبا في مكان معلوم وبين أن يكون غائبا في مكان مجهول، فإن كان محل غيبة الزوج معلوما يتم اتخاذ الإجراءات التالية:

1- فإن تبين للمحكمة أن للزوج المدعى عليه مالا منقولاً أو عقارا يمكن لها أن تحصل النفقة منه، فإنها لا تستجيب لطلب التطلق وإنما تحدد في حكما طريقة لتنفيذ النفقة<sup>1</sup>.

2 - إذا ثبت للمحكمة أن الزوج عاجز عن الإنفاق فلا تطّلق عليه في الحال، وإنما تمهله أجلا لا يتعدى ثلاثين يوما وتأمره أن ينفق على زوجته خلالها، فإن لم يفعل طلّقت عليه، باستثناء حالة عدم الإنفاق لظرف قاهر واستثنائي والسلطة التقديرية في ذلك للمحكمة<sup>2</sup>.

3- إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق ولم يثبت عجزه رغم ملاءة ذمته، طلّقت المحكمة عليه، فصدور الحكم بالإنفاق مع امتناع الزوج عنه يعتبر علّة موجبة للتطبيق لعدم الإنفاق<sup>3</sup>.

أما إن كان الزوج مجهول المحل<sup>4</sup> فللمحكمة إجراء بحث للتأكد من ذلك ثم تبث في دعوى طلب التطلق، فإذا ثبت لها أن الزوج لا ينفق عليها ولم يترك لها ما تنفق منه، فإنها تحكم بتطبيق المدعية بسبب عدم الإنفاق وليس الغيبة الواردة في المادة 104 من المدونة<sup>5</sup>، ومنه فإن الزوج الغائب في مكان غير معلوم كالأسير والمفقود، فإن أثبتت زوجته إخلاله بالنفقة، إذ لم يترك لها مالا، ولم يبعث لها بشيء، ولم يترك من ينوب عليه في ذلك، فإن المحكمة بعد تأكدها من ذلك، ومن صحة الدعوى، وعلى ضوء ما توصلت إليه بعد البحث واستنادا على محتويات الملف، يمكنها أن تحكم بالتطبيق رفعا للضرر<sup>6</sup>.

وعلى أساس ما ذكر أعلاه فإذا فقد الزوج فيظهر من فحوى المادتين 102 و103 من مدونة الأسرة المغربية أن لزوجته الحق في النفقة من ماله فإن لم يترك لها مالا، فلها الحق في

1- عبد السلام زويير، المرجع السابق، ص:156.

2- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص:148.

3- محمد الأزهر، المرجع السابق، ص:288.

4- أنظر: قانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالفة الذكر، المادة: 103 الفقرة الثانية: "إذا كان محل غيبة الزوج مجهولا تأكدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك، ومن صحة دعوى الزوجة ثم تبث في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف".

5- عبد السلام زويير، نفس المرجع، ص:158.

6- عبد الله ابن الطاهر السوسي الثاني، مدونة الأسرة في إطار الفقه المالكي وأدلته-دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيح دون تعصب لقول مذهب-الكتاب الثاني: الطلاق-، إمارسي مطبوعة فنون القرن 21، الدار البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ص:170.

طلب التطليق لعدم الإنفاق وهذا ما يتفق مع المذهب المالكي الذي تحيل عليه المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية.

## 2- في التشريع العراقي

نص المشرع العراقي على وجوب نفقة الزوجة على زوجها المفقود عليها بعقد صحيح من حين العقد، وحتى ولو كانت في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى البيت الزوجية وامتنعت، وهذا ما نصت عليه المادة 23 الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي و التي جاء فيها: "تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مأكثة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت"، وقد عالج مسألة أحقية زوجة المفقود في النفقة في المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية العراقي<sup>1</sup> والتي نستنبط منها الأحكام التالية:

1- إذا رفعت الزوجة دعوى على زوجها المفقود، يحكم لها القاضي بالنفقة من تاريخ رفع الدعوى، بعد أن تثبت ذلك، وتحلف أن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها.

2- فإن لم يكن للزوج المفقود مال يأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج للضرورة والحاجة.

أما إن تعذر على الزوجة تحصيل النفقة من الزوج المفقود فلها الحق في طلب التفريق بسبب عدم الإنفاق<sup>2</sup>.

يتضح من نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي أنه نهج منهج جمهور الفقهاء وجعل من بين الأسباب التي تبرر للزوجة طلب التفريق هو تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب فقده<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - قانون 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المعدل، السالف الذكر، المادة 29 منه: "إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى بعد إقامة البينة الزوجية وتحليف الزوجة أن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها، ويأذن لها بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة".

<sup>2</sup> - قانون 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المعدل، المادة 43/أولا الفقرة 8 منه: "أولا) للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب التالية: 8- إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد عن سنة".

<sup>3</sup> - هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 142.

### 3- في التشريع الكويتي

نص المشرع الكويتي على وجوب نفقة الزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ولو كانت موسرة ومختلفة مع زوجها في الدين، حيث جاء في المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالعقد الصحيح، ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين، إذا أسلمت نفسها إليه ولوحكما"، أما إذا فقد زوجها ولم يترك لها نفقة ولم يكن له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه فللزوجة الحق في طلب التقريق بسبب عدم الإنفاق حيث يطلق عليه القاضي في هذه الحالة بلا إمهال وهذا رفع للضرر الواقع على الزوجة، وقد نص المشرع الكويتي على ذلك في المادة 107 الفقرة (ج) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء نصها كالتالي:

" إذا كان الزوج غائبا في مكان مجهول أو مفقودا وليس له مال ظاهر، طلق عليه القاضي بلا إمهال".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي بخصوص المادة 107 المشار إليها أعلاه أن الطلاق لعدم الإنفاق مؤسس على رأي جمهور الفقهاء، وأن الغائب في مكان معلوم يمهل القاضي، أما الغائب في مكان مجهول والمفقود فيعذر إعدارهما، وإمهالها لا ينتج غير إضرار الزوجة فيطلق عليهما في الحال.

### 4- في التشريع المصري

نص المشرع المصري على وجوب نفقة الزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما، حتى ولو كانت موسرة ومختلفة مع زوجها في الدين<sup>1</sup>، فإن غاب الزوج ولم يترك لزوجته مالا تتفق على نفسها منه، وليس له مال ظاهر ينفذ فيه الحكم القاضي بالنفقة، فإن كانت غيبته قريبة أعذر القاضي ليرسل لزوجته النفقة أو يحضر للنفقة عليها ويضرب له أجلا، فإن لم يفعل طلق عليه<sup>2</sup>، أما إن كان الزوج بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تتفق منه الزوجة طلق عليه

<sup>1</sup> - أنظر: مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1920 المتضمن بعض الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر، المادة الأولى منه.

<sup>2</sup> - محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 347 و 348.



القاضي<sup>1</sup>، وعليه فإن المشرع المصري كفل لزوجة المفقود حق التطلاق لعدم الإنفاق ما لم يترك لها مالا تنفق منه أو يكون له مال ظاهر تنفد منه النفقة، وتجدر الإشارة أن المشرع المصري اعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع الوجوب<sup>2</sup>، واعتبر أن دين نفقة الزوجة له الامتياز عن باقي ديون النفقة الأخرى<sup>3</sup>.

### ثانياً) في التشريع الجزائري:

على غرار التشريعات العربية فقد جعل المشرع الجزائري نفقة الزوجة واجبة على زوجها<sup>4</sup>، وقد وافق المشرع رأي جمهور الفقهاء بتجويض التطلاق بسبب الإعسار عن النفقة، إلا أن ما يأخذ عليه أنه نص على "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه" وكأن النفقة لا تجب على الزوج إلا بموجب حكم قضائي، رغم إقراره لوجوبها على الزوج بموجب نص المادة 74 المشار إليها أعلاه<sup>5</sup>، حيث جاء في المادة 53/الفقرة 1: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

" إن اشتراط إثبات عدم الوفاء بالنفقة بواسطة حكم قضائي وصيرورة هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به فيه غبن للزوجة وكان عليه ترك ذلك إلى حكم القواعد العامة للإثبات<sup>6</sup>، ومن ثم إذا رفعت الزوجة دعوى النفقة وكان العقد صحيحاً وأثبتت أنه دخل بها أو دعت إلى الدخول ولم يفعل، فإن القاضي يصدر حكمه بإلزام الزوج بالنفقة، وفي حالة امتناعه بعد أن أصبح الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ، يعد مرتكباً لجنحة الامتناع عن التسديد والمعاقب

1- مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1920 المعدل المتضمن بعض الأحوال الشخصية المصري، السالف الذكر، المادة 05 الفقرة الثانية: "... فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق من الزوجة طلق عليه القاضي".

2- مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1920 المعدل المتضمن بعض الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر، المادة الأولى الفقرة الرابعة "تعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء".

3- مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1920 المعدل المتضمن بعض الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر، المادة الأولى الفقرة الخامسة "... ويكون لدين الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويترتب في مرتبته على ديون النفقة الأخرى".

4- أنظر: قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة: 74 منه.

5- مصري مبروك، المرجع السابق، ص: 297.

6- عمر زودة، المرجع السابق، ص: 48.

عليها قانوناً<sup>1</sup>، فالمشرع إذن جعل حماية قانونية للنفقة حيث يعاقب من امتنع عن آدائها بعد صدور بموجبها حكم بإلزام الزوج بدفعها<sup>2</sup>.

أما في مسألة فقد الزوج فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك ولم يبين كيفية الإنفاق على زوجته، " فقد يكون الزوج مفقوداً أو أصابه عجز بالتالي فإن مشكل النفقة يكون مطروحا للزوجة وأولادها، لهذا كان على المشرع ألا يغفل عن هذه المسألة، ويجد حلاً لها من باب تحقيق الحماية القانونية للأسرة<sup>3</sup> ".

وعليه فإن المشرع الجزائري أجاز التفريق لعدم الإنفاق وهو رأي جمهور الفقهاء وهو الرأي الراجح الذي أخذ به الكثير من المعاصرين<sup>4</sup>، فزوجة المفقود من حقها النفقة، فإن لم يترك لها نفقة جاز لها طلب التظليق بناء على القاعدة العامة التي نص عليها المشرع في المادة 1/53 من قانون الأسرة الجزائري، لكنه لم يبين كيفية التعامل مع مسألة نفقة زوجة المفقود، وبناء على المادة 222 يتم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وقد بينا ذلك أعلاه، لكن كان عليه حسم هذه المسألة على غرار ما فعل المشرعان المصري والعراقي، وعليه نقترح على المشرع الجزائري إضافة مادة تتعلق بنفقة زوجة المفقود وكيفية تحصيلها، غير أن الزوجة إذا اختارت البقاء على الزوجية وانتظار عودة زوجها ولم تجد نفقة كان على المشرع أن يراعي هذه الحالة حماية للأسرة وسدا للذرائع، لذا نقترح توسيع دائرة تطبيق القانون رقم: 15-01 المتضمن إنشاء صندوق النفقة ليشمل زوجات المفقودين وبشروط محددة سلفاً.

---

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أما المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014، ص: 198 و 199.

<sup>2</sup> - فتحة حابي، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص: 47 و 48. / أمر 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية السنة الثالثة، العدد 49 المؤرخة في 21 صفر 1386 هـ الموافق 11 يونيو سنة 1966م)، المعدل والمتمم، المادة: 331 منه.

<sup>3</sup> - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص: 148.

<sup>4</sup> - عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، القبة القديمة - الجزائر، الطبعة الأولى، 1428 هـ/ 2007م، ص: 278.

### المبحث الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على زوجته

لا شك بأن وفاة المفقود يوجب على زوجته العدة ولكن السؤال المطروح متى تعدد زوجة المفقود؟، كما أنه قد يظهر بعد ذلك حياً يرزق فما سبيله إلى زوجته؟  
سنعرض في المطلب الأول لعدة امرأة المفقود وفي المطلب الثاني نتطرق لأثر ظهور المفقود حياً على زوجته.

#### المطلب الأول: عدة زوجة المفقود

سنبين عدة امرأة المفقود في الفقه الإسلامي، ثم نتعرض لما جاء به التشريع العربي في هذا الشأن.

#### الفرع الأول: عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي

إن العدة واجبة شرعاً على المرأة سواء عند طلاقها من زوجها أو بعد وفاته<sup>1</sup>، فإذا فقد الزوج وغاب غيبة منقطعة عن زوجته ولم يصلها أي علم عن حياته ولا موته، ولم تتمكن من الوصول إلى معرفة مكانه فإن هذه الزوجة تجب عليها العدة من زوجها بعد الحكم بتمويته حيث تعدد كأنه مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته، فالموت الاعتباري يعتبر كالحقيقي فتعد بعد الأربع سنين عند من يرى أنها تتربص مدة أربع سنوات، وعند انتهاء مدة التعمير عند القائلين به<sup>2</sup>.

#### الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود في التشريع العربي

شرع القانون لامرأة المفقود حق طلب التفريق لمجرد الفقد لمن يجيزه، أو لانعدام النفقة، أو في حالة الضرر وقد تطرقنا لذلك في حق امرأة المفقود في الفرقة بسبب الفقد، وقد تأس من انتظاره لغلبة الظن على وفاته فلها حق رفع أمرها إلى القاضي طالبة الحكم بوفاته، وهذا الحق ليس لها وحدها فقد كفله القانون للورثة أيضاً ولكل من لحقه ضرر، وعندئذ تكون السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بتمويته، فلا شك أن هذا الحكم يرتب على الزوجة العدة، فهل نصت التشريعات العربية على ذلك؟

<sup>1</sup> - أنظر: **جسام محمد**، حكم عدة المرأة من زوجها المفقود، مجلة الفتح، كلية القانون، جامعة ديالي، العدد الخامس والثلاثون، سنة 2008.

<sup>2</sup> - **يوسف عطا الطلو**، المرجع السابق، ص: 100.

### أولاً) عدة امرأة المفقود في التشريع العربي المقارن

اتفقت التشريعات العربية على أن عدة امرأة المفقود المحكوم بموته عدة وفاة وهي أربع أشهر وعشر، فمنهم من خصها بنص خاص ومنهم من ترك ذلك للأحكام العامة التي تحكم العدة، إلا أن التشريعات التي نصت على عدة زوجة المفقود بنص خاص كان لكل خلفياته المذهبية.

إن المشرع الموريتاني نص على أن زوجة المفقود التي لم تخش فسادا ولا ضياعا فإن تطبيقها لا يتم إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ رفع أمرها للقاضي، حيث تعتد بعده عدة وفاة ثم تحل للأزواج<sup>1</sup>، وكأنه فرق بين تمويته بالنسبة لزوجته وتمويته بالنسبة لماله أخذا برأي المالكية، لكن إذا كان هذا الأمر يستقيم في الحالات التي تغلب فيها السلامة، فلا تستقيم مع الحالات الاستثنائية والتي يجوز فيها الحكم بتمويت المفقود بعد مرور سنة من تاريخ اليأس من البحث عنه، ونفس الحكم نص عليه المشرع العراقي في المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، رغم أنه جعل المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في ظروف يغلب فيها هلاكه سنتين من تاريخ إعلان فقده وأربع سنوات في الحالات الأخرى<sup>3</sup>، أما المشرع التونسي فنص على أن زوجة المفقود تعتد عدة وفاة من تاريخ صدور الحكم بفقدانه، فيبدو أنه جانب الصواب والأنسب هو من تاريخ الحكم بوفاة لا من تاريخ الحكم بفقدانه<sup>4</sup>، أما المشرع الأردني فحسنا فعل عندما نص على أن الحكم بموت المفقود يرتب على زوجته عدة الوفاة من تاريخ الحكم<sup>5</sup>، وعلى ذلك سار المشرع المصري في المادة 22 من قانون الأحوال الشخصية<sup>6</sup> علما أن

1- قانون رقم: 2001-052 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة: 107 منه.

2- قانون 188 لسنة 1959 المتضمن قانون لأحوال الشخصية العراقي المعدل، السالف الذكر، المادة 43 الفقرة 15: «تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام».

3- قانون 78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادة: 93 منه.

4- أمر علي مؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل 36: - «تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة بعد صدور الحكم بفقدانه».

5- قانون 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 252 منه.

6- مرسوم بقانون رقم: 25 لسنة 1929 الخاص ببعض الأحوال الشخصية المصري، المعدل، المادة: 22: «عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع أو قرار وزير الداخلية باعتباره ميتا على الوجه المبين في المادة 21 من هذا القانون، تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسّم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية، كما تترتب كافة الآثار الأخرى».

احتساب العدة يكون ابتداء من تاريخ الحكم بالنسبة للمفقود المدني، أو ابتداء من نشر القرار إذا كان المفقود شرطياً أو من القوات المسلحة.

تجدر الإشارة أن المشرع البحريني كان أكثر دقة حين ما نص في المادة 109 من قانون الأسرة أن زوجة المفقود المحكوم بموته تعدت عدة وفاة من وقت صيرورة الحكم نهائياً<sup>1</sup>.

### ثانياً) عدة امرأة المفقود في التشريع الجزائري

وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا التشريعات العربية حيث نص على عدة امرأة المفقود في المادة: 59 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "تعدت المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ الحكم بفقده".

والملاحظ في نص المادة أنه ورد خطأ حيث أن زوجة المفقود تعدت مدة أربعة أشهر وعشر من تاريخ الحكم بموت المفقود وليس من تاريخ الحكم بالفقد كما جاء في المادة السالفة الذكر، كما كان عليه أن يكون أكثر دقة وأن ينص على احتساب العدة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً عملاً بما نص عليه المشرع الأردني.

---

<sup>1</sup> - قانون رقم: 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة البحريني، السالف الذكر، المادة: 109 الفقرة ب- "إذا صدر حكم بموت المفقود تعدت زوجته عدة وفاة من وقت صيرورة الحكم نهائياً".

## المطلب الثاني: أثر ظهور المفقود حيًا بعد الحكم بموته على زوجته

إذا ظهر المفقود حيًا بعد الحكم بموته فلا شك أن ذلك له آثار على زوجته لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: أثر ظهور المفقود حيا على زوجته في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أثر ظهور المفقود حيا على زوجته في التشريعات العربية

### الفرع الأول: أثر ظهور المفقود حيًا على زوجته في الفقه الإسلامي

إذا ظهر المفقود المحكوم بموته، وعاد حيًا إلى أهله وبلده فإما أن يجد زوجته في انتظاره ولم تتزوج فلا إشكال في ذلك فيعود المفقود إليها، وأما إذا رجع ووجدها قد تزوجت فهنا يثور السؤال التالي: هل هو أحق بها، أم لا سبيل له إليها؟، لذلك سنتطرق أولاً لأقوال المذاهب الفقهية ثم إلى ما ذهب إليه الاجتهادات المعاصرة.

#### أولاً: أقوال فقهاء المذاهب الفقهية

اتفق الفقهاء على أنه إذا جاء المفقود ووجد امرأته لم تتزوج أو تزوجت ولم يدخل بها فهي زوجته<sup>1</sup>، أما إذا دخل بها الزوج الثاني فقد اختلفوا فيه على النحو التالي:

#### **1) قول الحنفية**

يرى الحنفية أنه إذا عاد الزوج المفقود بعد الحكم بموته فوجد زوجته قد تزوجت سواء دخل بها أو لم يدخل بها فهي زوجته بكل حال، ولكنه لا يقربها حتى تنتهي عدتها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة<sup>2</sup>.

#### **2- قول المالكية:**

يختلف عند المالكية حكم زوجة المفقود إذا ظهر حيًا بحسب دخول الثاني بها من عدمه.

#### **أ- إذا عاد الزوج الأول قبل دخول الثاني بها**

إذا عاد الزوج الأول قبل دخول الثاني فهي امرأته، يفرق بينها وبين زوجها الثاني وتبقى تحت عصمة زوجها الأول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: من 256 إلى 266.

<sup>2</sup> - أنظر: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص: 37.

<sup>3</sup> - مالك بن أنس الأصبحي، الكبرى الجزء الثاني، ص: 30.

## ب- إذا عاد الزوج الأول بعد دخول الثاني بها

إذا عاد الزوج الأول بعد دخول الثاني بها فيختلف الحكم بحسب العلم بحياة الأول من عدمه، ومن ثم توجد حالتان:

### 1- الحالة الأولى: إذا كان الزوج الثاني عالماً بحياة الأول

إذا تزوجها الثاني ودخل بها وهو عالم بحياة الزوج الأول فهي زوجة الأول<sup>1</sup>، وهذا لبطلان الزواج الثاني، لأن من شروط صحة الزواج خلو المرأة من الزواج أي أن لا تكون محصنة<sup>2</sup>، وبعلمه بحياة الزوج الأول يكون قد تزوج امرأة على عصمة رجل آخر<sup>3</sup>.

### 2- الحالة الثانية: إذا كان الزوج الثاني غير عالم بحياة الأول

إن دخل الزوج الثاني بزوجة المفقود غير عالم بحياة الزوج الأول فانت على الزوج الأول نهائياً ولا سبيل له إليها، ولها الحق في الصداق كاملاً منه وإن لم يدخل بها قبل فقده، لأن المفقود يعتبر كالميت فيما يخص أحكام الصداق والعدة، فيجب على زوجته أن تعتد عدة وفاة ولها منه الصداق كاملاً ولو لم يدخل بها<sup>4</sup>.

### 3- قول الشافعية.

يرى الشافعية في الجديد من قولهم أنه إذا ظهر المفقود حيّاً فهي زوجته بكل حال، فإن نكحت لم يطأها المفقود حتى تنقضي عدتها من الثاني<sup>5</sup>، " ولو اعتدت بأمر حاكم أربع سنين، ثم أربعة أشهر وعشراً، أو نكحت ودخل بها الزوج، كان حكم الزوجية بينها وبين زوجها الأول بحاله، غير أنه ممنوع من فرجها بوطء شبهة، ولا نفقة لها من حين نكحت، ولا في حين عدتها من الوطء الفاسد، لأنها مخرجة نفسها من يديه، وغير واقفة عليه، ومحرمة عليه بالمعنى الذي دخلت فيه، وإذا وضعت فلزوجها الأول أن يمنعها من رضاع ولدها إلا اللبا<sup>6</sup>".

<sup>1</sup> - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص: 480.

<sup>2</sup> - أنظر: دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة - انعقاد الزواج - منشورات دار الخلدونية، القبة -

الجزائر -، 2016، ص: 175/ جواهر بنت كسار نيتول الرويني، المرجع السابق، ص: 86.

<sup>3</sup> - جواهر بنت كسار نيتول الرويني، نفس المرجع، ص: 86.

<sup>4</sup> - الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص: 495 و 496.

<sup>5</sup> - الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الثامن، مرجع السابق، ص: 402.

<sup>6</sup> - أبو ابراهيم اسماعيل يحي المزني، مختصر كتاب الأم للشافعي، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2004، ص: 10.

#### 4- قول الحنابلة.

يفرق الحنابلة في حكم زواج امرأة المفقود بين الدخول من عدمه، فإذا تربصت واعتدت ثم تزوجت ثم ظهر زوجها الأول حياً قبل وطء الثاني ردت إليه ولا صداق على الثاني<sup>1</sup>، وهذا لبطلان زواج الثاني لأنه صادف امرأة ذات زوج، أما إذا كان الثاني قد دخل بها خير الأول بين أخذها منه فتكون زوجته بالعقد الأول وبين تركها مع الثاني وله الصداق<sup>2</sup>، أي يأخذ الزوج الأول قدر الصداق الذي أعطاه لزوجته من الثاني ويعود الثاني على الزوجة بما أخذ منه<sup>3</sup>.

#### 5- قول الإباضية.

قال الإباضية أن زوجة المفقود إذا عاد زوجها ووجدها قد تزوجت خير بينها وبين أخذ أقل الصداقين<sup>4</sup>، أي الأقل بين صداقها منه، وصداقها من نكاحها الثاني.

#### الرأي الراجح:

انكبت الدراسات الأكاديمية في الآونة الأخيرة حول مسألة عودة المفقود حيا وأثره على زوجته وهذا لكثرة النزاعات والحروب الأهلية في كثير من البلدان العربية، لذا سأعرض ما توصلت إليه بعض الدراسات في هذه المسألة ثم أدلي بما استقر في ذهني. في مقال تحت عنوان " الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني" توصل صاحب المقال إلى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه المالكية في أن زوجة المفقود إذا دخل بها الثاني غير عالم بحياة الزوج الأول فهي للثاني ولا سبيل له إليها، والعلة في ذلك أن دخول الثاني يهدم العقد الأول من جهة، ولارتكاب أخف الضررين من جهة أخرى<sup>5</sup>، وإلى هذا الرأي توصلت دراسة أخرى تحت عنوان " أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري-دراسة مقارنة-<sup>6</sup>.

فيما ذهب باحث آخر في رسالة ماجستير تحت عنوان " أحكام زوجة المفقود -دراسة تأصيلية -أنّ الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم والقاضي: أن المفقود يخير

<sup>1</sup> - أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ص: 113.

<sup>2</sup> - ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ص: 89.

<sup>3</sup> - أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، نفس المرجع، ص: 113 و 114.

<sup>4</sup> - ضياء الدين عبد العزيز التميني، المرجع السابق، ص: 53 و 54.

<sup>5</sup> - عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص: 312.

<sup>6</sup> - أنظر: عثمان ديشيشة، المرجع السابق، ص: 275.



بين زوجته وبين أخذ الصداق، وأرجع السبب في ذلك أن هذا القول مروى على كبار الصحابة<sup>1</sup>.

وعليه أقول أن القول الذي ذهب إليه المالكية ومن وافقهم في الطرح والاجتهاد القاضي بأن زوجة المفقود له ما لم يدخل بها الثاني غير عالم بحياة الأول هو الرأي الراجح الذي يتماشى وعصرنا هذا ويدفع الضرر عن الزوجة بصفتها الطرف الأضعف، لأننا لو قلنا أن زوجة المفقود تعود إليه في كل الأحوال لعزف الرجال عن التزوج بالنساء اللواتي فقدن أزواجهن، لذا وجب سد هذه الذريعة، كما أن الزوج الثاني قد يتزوجها ولها أبناء فيكفلهم ويرعى مصالحهم، ويحفظهم من الضياع، أفلا يحفظ له الشرع هذا أم أن كل ما بني ينهدم بظهور الزوج الأول الذي حكم بموته بعد اليأس من البحث عنه لاحتمال وفاته. كما أنه إذا سلمنا بأن زوجة المفقود تعود إليه في كل الأحوال فمن يقبل بالتزوج بها ليعيش في قلق لاحتمال عودة زوجها الأول وعندئذ تنزع منه، أي أن ذلك سيؤدي إلى قلة الرغبة بالتزوج بمن فقد زوجها<sup>2</sup>.

### ثانياً: في الفتاوى والاجتهادات المعاصرة

أصدر مجلس الإفتاء لرابطة علماء أهل السنة فتوى بتاريخ 18 سبتمبر سنة 2017 تخص امرأة المفقود هذا نصها: "فإن حكم القاضي بوفاته فتعدت امرأته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً، تبدأ من يوم إعلان وفاته، ويحل لها بعد انتهاء العدة أن تتزوج، ولورثته قسمة ماله، فإن ظهر أنه حي بعد ذلك: فيحق له أن يطالب بعودة امرأته إليه، فيفسخ القاضي النكاح الثاني، وتعدت المرأة منه (بثلاث حيض)، ثم ترجع لزوجها الأول بعقد جديد، وإن لم يرغب في عودتها فله استرداد المهر الذي دفعه لها من زوجها الثاني، وأي الخيارين اختار، فليس له الرجوع عنه"<sup>3</sup>.

يبدو أن هذه الفتوى أخذت بقول الحنابلة، وهي صعبة التطبيق فقد تلد أطفالاً مع زوجها الثاني بينما لم يكن لها أولاد مع زوجها المفقود، وبالتالي فسخ الزواج في هذه الحالة قد يترتب عنه ضرر أكبر، كما اشترط في الفتوى أن ترجع إلى زوجها الأول بعقد جديد وهذا لم يقل به فقهاء المذاهب، علماً أن العقد يكون برضا الطرفين فما العمل إن لم توافق الزوجة على العقد

<sup>1</sup> - جواهر بنت كسار الرويلي، المرجع السابق، ص: 92.

<sup>2</sup> - أنظر: المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، المرجع السابق، ص 108 و 109.

<sup>3</sup> - رابطة علماء أهل السنة، فتوى مجلس الإفتاء حول أحكام زوجة الغائب والمفقود: أحكام زوجة الغائب والمفقود، <http://www.rabtasunna.com/t-3544>، بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 11:25 سا.

الجديد، وقد سار على هذا المجلس الإسلامي الأعلى السوري في فتوى له<sup>1</sup>، حيث كان من الأجر الأخذ بالراجح من المذاهب الأربعة وهو قول المالكية.

في فتوى للشيخ أبي عبد المعز محمد فركوس<sup>2</sup> على موقعه الرسمي ذهب إلى أن المفقود إذا حكم بموته ثم ظهر حيًا فإن زوجته له بالعقد الأول حتى ولو دخل بها الثاني<sup>3</sup>، وهذه الفتوى مطابقة لمذهب الحنابلة.

وفي فتوى على الموقع الرسمي لمؤسسة محمد حسين فضل الله<sup>4</sup> إذا رجع الزوج إلى بيته بعد انقضاء الأجل الذي ضربه الحاكم لزوجة المفقود، فإن كان أثناء العدة تخير بين الرجوع إليه وبين إبقائها حتى تنقضي عدتها فتبين منه، وإن كان بعد انقضاء عدتها فقد بانته منه ولم يكن له عليها سبيل إلا بعقد جديد<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup>-المجلس الإسلامي السوري، فتوى أحكام زوجة الغائب والمفقود: فتوى أحكام زوجة الغائب والمفقود، <http://sy-sic.com/?p=5495>، بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 10:15 سا.

<sup>2</sup>- سبق تعريفه.

<sup>3</sup>- الموقع الرسمي لأبي المعز محمد علي فركوس، في أحكام تخص زوجة المفقود: في أحكام تخص زوجة المفقود، <http://ferkous.com/home/?q=fatwa-200>، يوم: 2018/12/19 على الساعة: 11:09 سا: " إن كانت عودة الزوج المفقود بعد أن تزوجت زوجته: فإما أن يكون دخل بها الزوج الثاني أم لا: فإن كان قبل الدخول فتزد إلى زوجها الأول بنكاحها الأول كما لو لم تتزوج، لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن، فلما ظهر المفقود فإن النكاح صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا. وإن كانت عودته بعد الدخول بها فله التخيير بين أخذها - فتكون زوجته بالعقد الأول لأن نكاح لأن نكاح الثاني كان باطلاً في الباطن، ويجب على زوجها الأول اعتزالها حتى تنقضي عدتها من الثاني. وبين أخذ صداقها فتكون زوجة الثاني ويرجع بالصداق الذي أصدقها هو، فإن لم يدفع إليها صداقاً فلا يرجع بشيء، وهذا الحكم مذهب عمر وعثمان رضي الله عنهما، وقضى به ابن الزبير رضي الله عنهما، ولم يُعزَف لهم مخالفت في عصرهم فكان إجماعاً. على أن الزوجة إن عادت إلى الأول فلا يرجع الثاني على الزوجة بما أخذ منه، وهو أظهر القولين "

<sup>4</sup>- محمد حسين فضل الله هو مرجع شيعي جعفري لبناني من أعلام حركة التراث الإسلامي، يعتبر من أكثر الشيعة انفتاحاً على التيارات الأخرى. /مأخوذ من موقع ويكيبيديا، يوم: 2018/12/19، على الساعة: 11:35 سا.

<sup>5</sup>- الموقع الرسمي لمؤسسة محمد حسين فضل الله، أحكام المفقود زوجها: أحكام المفقود

زوجها، <http://arabic.bayynat.org.lb/HumISecondary.aspx?id=9727>، يوم: 2018/12/19، على

الساعة: 11:35، " إذا علمت حياة الزوج أو رجع إلى بيته، بعد الفحص عنه وانقضاء الأجل الذي ضربه لها الحاكم، فإن كان قبل الطلاق فهي زوجته، وإن كان أثناء العدة تخير بين الرجوع إليها وبين إبقائها حتى تنقضي عدتها فتبين منه، وإن بعد انقضاء عدتها فقد بانته منه ولم يكن له عليها سبيل إلا بعقد جديد."

وعليه فإن الفتاوى المعاصرة لم ترق إلى مرحلة الاجتهاد وإنما هي مجرد نقل وتوضيح لما ورد في المذهب الذي عليه المفتي، ومن ثم أرجح هذه الأقوال والذي يتماشى مع المنطق ويراعي مصلحة الزوجة والزوج والأولاد معا هو ما ذهب إليه المالكية.

### الفرع الثاني: أثر ظهور المفقود حيا على زوجته في التشريعات العربية

إذا كان الفقه الإسلامي اختلف في مسألة زوجة المفقود إذا ظهر زوجها حيا ووجدها قد تزوجت ودخل بها الثاني، فهل استقرت التشريعات العربية على رأي واحد أم اختلف باختلاف المذاهب والمشارب؟

### أولا: في التشريعات العربية المقارنة

اختلفت التشريعات العربية في مسألة أثر عودة المفقود حيا بعد الحكم بموته على زوجته إلى عدة اتجاهات:

**الاتجاه الأول:** زوجة المفقود زوجته ما لم تتزوج ويدخل بها الثاني غير عالم بحياة الأول، أخذ بهذا المشرع القطري<sup>1</sup>، المشرع البحريني بالنسبة للفقه السني<sup>2</sup>، والمشرع الكويتي<sup>3</sup> مع إضافة شرط ألا يكون الزوج الثاني عقد عليها في عدة وفاة زوجها الأول، وهذا الاتجاه سار على قول المالكية.

**الاتجاه الثاني:** زوجة المفقود له ما لم يدخل بها الثاني، وهنا لم يذكر ركن العلم، وبالتالي جاءت المادة على عمومها سواء كان الثاني عالما أو غير عالم بحياة الأول، وقد أخذ بهذا المشرع الموريتاني<sup>4</sup>، السوداني<sup>5</sup> والعماني<sup>6</sup>، والمشرع المغربي<sup>7</sup>، وهو كذلك قول مأخوذ من أقوال بعض المالكية.

<sup>1</sup> - قانون رقم: 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة: 114 منه.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة البحريني، السالف الذكر، المادة 110 منه الفقرة الأولى.

<sup>3</sup> - قانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة: 147 منه.

<sup>4</sup> - قانون رقم: 2001-052 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر

<sup>5</sup> - قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 266/ب منه.

<sup>6</sup> - مرسوم سلطاني رقم: 97/32 بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني، السالف الذكر،

<sup>7</sup> - قانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر

**الاتجاه الثالث:** هو ما ذهب إليه المشرع الإماراتي الذي فصل في المسألة، حيث جاء في المادة 239 من قانون الأحوال الشخصية<sup>1</sup>: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً. 1 - عادت زوجته إليه في الأحوال الآتية:

أ - إذا لم يدخل بها زوجها الثاني في نكاح صحيح.

ب - إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول.

ج - إذا تزوجها الثاني أثناء العدة."، وقد وافق المشرع الإماراتي رأي المالكية.

**الاتجاه الرابع:** زوجة المفقود زوجته ما لم تخرج من عدتها، نص على هذا المشرع البحريني بالنسبة للفقهاء الجعفري<sup>2</sup>.

**الاتجاه الخامس:** إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته تعتبر زوجته باقية في عصمته، وقد نص على هذا المشرع اليمني في المادة 140 من قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، وهذا مأخوذ من منهج الشافعية في الجديد من قولهم وكذا الحنفية.

**الاتجاه السادس:** الفصل بين حالتين: الأولى: حالة إذا كان قد حكم بتفريق الزوجة بسبب الفقد، والحالة الثانية إذا حكم بوفاته ثم تزوجت وقد فصل في هذا المشرع اللبناني. فرّق المشرع اللبناني في مسألة حكم زوجة المفقود في حالة ظهوره حياً إلى حالتين: حالة إذا حكم بتفريقها بسبب فقدان زوجها وتزوجت بآخر، وحالة إذا حكم بوفاته ثم تزوجت<sup>4</sup>، وهذا تفصيلهما كما يلي:

الحالة الأولى: إذا حكم بتفريق امرأته بسبب فقدانه:

إذا تزوجت امرأة المفقود بعد الحكم بتفريقها بسبب الفقد ثم ظهر زوجها الأول، فظهوره لا يوجب فسخ الزواج الأخير وهذا ما نصت عليه المادة 128 من قانون حقوق العائلة<sup>5</sup>، " فمن

<sup>1</sup> - قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 19/11/2005 المتضمن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، السالف الذكر، المادة 239 منه.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة البحريني، السالف الذكر، المادة: 110 منه الفقرة الثانية: " ... وفقا للفقهاء الجعفري إذا جاء المفقود أو تبين أنه حيّ فهو أحق زوجته ما لم تخرج من العدة، فإن خرجت من العدة فقد بانته منه".

<sup>3</sup> - قانون رقم: 20 لسنة 1992 المضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، المعدل، السالف الذكر، المادة: 140: " إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه: أ- يستحق جميع ماله - ب- تعتبر زوجته باقية في عصمته".

<sup>4</sup> - نادر عبد العزيز شافي، أحكام المفقود، مجلة الجيش تصدر عن الجيش اللبناني، العدد رقم: 297، السنة السادسة والعشرون، أدار 2010، ص: 59.

<sup>5</sup> - قانون حقوق العائلة (المناكحات) اللبناني الصادر بتاريخ: 1917/10/25 المعدل، المادة 128 منه.

حق الزوجة أن تطلب تفريقها عن زوجها المفقود بعد أن يئست من الوقوف على خبر حياته من مماته، خصوصا في ظروف يغلب فيها طابع الهلاك كالحرب والغرق، ويكون ذلك أمام المحكمة المختصة، ثم يكون من حقها أن تتزوج من آخر وفق الأصول<sup>1</sup> .

الحالة الثانية: إذا حكم بوفاة الشخص ثم تزوجت امرأته:

إذا تزوجت امرأة المفقود بعد الحكم بموت زوجها الأول ثم ظهر حيا فإن الزواج الثاني يفسخ وهذا ما نصت عليه المادة 129 من قانون حقوق العائلة<sup>2</sup>، وهو مأخوذ من قول الحنفية والشافعية.

"إن الوفاة تؤدي إلى انحلال عقد الزواج، ويكون من حق الزوجة أن تتزوج من غيره بعد انقضاء عدتها الشرعية ووفقا للأصول، وبالتالي وفي هذه الحالة إذا ظهر زوجها السابق يعتبر الزواج الثاني مفسوخا لأنه بني على سبب الوفاة وليس على سبب التفريق كما في الحالة الأولى، ويكون عليها في هذه الحالة أن ترد ما قبضته من إرث ومن حقوق شرعية باستثناء النفقة<sup>3</sup> ."

### ثانيا: في التشريع الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته على زوجته، وبناءا على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري يتم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن القول الراجح هو ما ذهب إليه المالكية، والمرجعية الدينية للجزائر هو مذهب الإمام مالك، و إن هذا الرأي أخذت به معظم التشريعات العربية مع اختلاف طفيف في النص، حيث منهم من اشترط أن لا يكون الزوج الثاني عالما بحياة الأول، ومنهم من ترك النص على عمومته، كما تجدر الإشارة أن المشرع اللبناني تفتن لمسألة زواج امرأة المفقود بعد تطليقها بسبب الفقد، وهي مسألة في غاية الأهمية غفلت عنها معظم التشريعات العربية، وعليه نقترح على المشرع الجزائري إضافة مادة تنص على:

- إذا عاد المفقود بعد الحكم بموته فزوجته له ما لم تتزوج زواجا صحيحا بعد الحكم بموته ويدخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الأول.

<sup>1</sup> - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

<sup>2</sup> - قانون حقوق العائلة (المناهجات) اللبناني الصادر بتاريخ: 1917/10/25 المعدل، المادة: 129 منه.

<sup>3</sup> - نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص: 59.

وبهذا تخرج حالة زوجة المفقود التي تزوجت بعد تطلقها بسبب الفقد قبل الحكم بموته.

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمل المفقود

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

إن المال هو عصب الحياة وزينتها، وإن انتقاله إلى الوارث هو أحد الأسباب والطرق المشروعة للتملك، حيث يخلف الوارث مورثه في تركته بكيفية إجبارية لا يد له فيها، فهي خلافة إجبارية للمال بين المورث والوارث جبرا على الجميع<sup>1</sup>.

إن المفقود غائب لا تعلم حياته ولا موته، وفي فترة فقده لا بد أنه ترك مالا، ومن الممكن أن يموت أحد أقاربه فيكون هذا المفقود أحد وراثته، كما أن بعد الحكم بموته لا بد أن توزع تركته على وراثته، وفي حالة ظهوره حيًا فهل يمكنه استرجاع ماله؟ وهو ما نبينه في أربعة مباحث:

المبحث الأول: أثر الحكم بالفقد على مال المفقود.

المبحث الثاني: تقسيم تركة المفقود بعد الحكم بموته.

المبحث الثالث: وصية المفقود

المبحث الرابع: أثر ظهور المفقود حيًا على ماله

---

<sup>1</sup> - عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010، ص:09.



### المبحث الأول: أثر الحكم بالفقد على مال المفقود

إن المفقود شخص يتردد بين احتمالين متناقضين وهما الوجود والعدم، أيّ الوجود لاحتمال حياة المفقود والعدم لاحتمال موته، وهما احتمالان يمثل كلّ واحد منهما شرطاً من شروط الميراث<sup>1</sup>، فبتحقق حالة الفقد والحكم باعتبار الشخص مفقوداً هل يؤثر ذلك على ماله الذي في ملكه وعلى ميراثه من غيره؟

### المطلب الأول: أثر الحكم بالفقد على مال المفقود الخاص

من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأموال لا تنتقل ملكيتها من شخص لآخر إلا بسبب من أسباب انتقالها بالبيع أو الهبة أو الوصية أو الميراث أو غير ذلك، لكن إذا صدر الحكم بفقد الشخص فما مصير أمواله؟ ومن يسيّرهما؟ وهل توزع على ورثته؟ وما هي النفقات الواجبة من أمواله؟

### الفرع الأول: مصير أموال المفقود

إن القضاء شرع لحفظ الحقوق والمفقود يحتاج لرعاية حقوقه لعدم وجود من ينب عنه، لذا وجب على القضاء حفظ حقوق المفقودين ورعايتها إلى غاية اتضاح حالهم إما بالحضور فترجع إليهم أموالهم أو بالموت فتنتقل إلى ورثتهم<sup>2</sup>، لذا سنبين مصير أموال المفقود طيلة فترة فقده بدءاً بما جاء في الفقه الإسلامي ثم في التشريعات العربية.

### أولاً) مصير أموال المفقود في الفقه الإسلامي

اعتبر الفقهاء أن المفقود يعتبر حياً بالنسبة إلى أمواله مدة فقده استصحاباً منهم لحال الحياة التي كان عليها ولا يورث إلا بعد قيام الدليل على هلاكه أو صدور حكم قضائي بوفاة<sup>3</sup>، وهم يرون في ذلك أن المفقود لا يورث، أي لا يرث غيره منه قبل أن يتبين أمر موته حقيقة أو حكماً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قحطان هادي عبد الفرغولي، المرجع السابق، ص: 171.

<sup>2</sup> - ناصر بن إبراهيم المحميد، حفظ حقوق الغائب والمفقود، مجلة العدل، الملكة العربية السعودية، العدد الثاني والعشرين، ربيع الآخر 1425هـ، ص: 182.

<sup>3</sup> - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص: 190.

<sup>4</sup> - سليمان بن عيسى آكلي، الفريضة العادلة - الوصايا والموارث على المذاهب الخمسة -، المطبعة العربية، غرداية - الجزائر -، 2010، ص: 334.

## الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

فالمفقود يعتبر حيًا وترتب عليه أحكام الأحياء مادام لم يثبت موته ولم يحكم بتمويلته<sup>1</sup>.  
وقد قال الفقهاء: "يعتبر المفقود حيًا في الأحكام التي تضره وتترتب على ثبوت موته،  
ويعتبر ميتًا في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته"<sup>2</sup>.

وفي هذا قال الحنفية: أن المفقود حكمه أنه حي في حق نفسه، لا يقسم ماله ولا تتزوج  
امرأته، ولا يتم فسخ إجارته، لأن ملكه كان ثابتًا في ماله، وغيبته لا توجب فرقة زوجته، والموت  
محتمل فلا يزول بالاحتمال ما كان ثابتًا باليقين<sup>3</sup>، ونفس القول ذهب إليه الإباضية حيث جاء  
في كتاب شرح النيل وشفاء العليل "وهو دون مدته (أي قبل تمام مدة الفقد) حي في الحكم ينفق  
زوجته وعبيده من ماله ويرث من مات من ورثته"<sup>4</sup>.

أما الشافعية فاعتبروا أن من فقد وانقطع خبره وله مال أراد ورثته قسمته ترك ماله ولا  
يقسم حتى تقوم بينة بموته، أو ما يقوم مقامها بأن تمر على فقهه مدة يعلم أو يغلب على الظن  
أن المفقود لا يعيش فوقها<sup>5</sup>.

في حين يرى الحنفية أنه إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي أم ميت،  
نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه، لأن القاضي نصب ناظر لكل عاجز  
عن النظر لنفسه، والمفقود بهذه الصفة، وصار كالصبي والمجنون<sup>6</sup>، بينما عند المالكية فمال  
المفقود يبقى تحت ماله وأن تقسيمه وانتقاله إلى الورثة يكون وفق أوجه الفقد الأربعة وهي:

1-مفقود في بلاد المسلمين: لا يقسم ماله بين الورثة حتى يعلم موته يقينًا، أو تمضي  
على غيابه مدة يظن أنه لا يعيش إلى مثلها، يطلق عليها مدة التعمير، وهي -لمن فقد وعمره  
أقل من سبعين سنة-سبعون سنة على الصحيح<sup>7</sup>.

---

1- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار  
القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990، ص:237.

2- عبد الوهاب خلاف، نفس المرجع، ص:237.

3- أنظر: عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، مرجع السابق، ص: 503.

4- ضياء الدين عبد العزيز التميمي، المرجع السابق، ص: 46.

5- أنظر: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص:518.

6- أنظر: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسين، المرجع السابق، ص: 357.

7- الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 497.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

2- مفقود في بلاد الحرب: لا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يمر عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله<sup>1</sup>، أي نفس حكم المفقود في بلاد المسلمين بينما يختلفان في حكم زوجة المفقود.

3- مفقود في صف المسلمين في قتال العدو: في ذلك ثلاثة أقوال<sup>2</sup>:

القول الأول: رواية ابن قاسم عن مالك، لا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يمر عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله.

القول الثاني: رواية أشهب عن مالك: يأخذ حكم المقتول بعد تلوم سنة من رفع أمره إلى الحاكم ثم يقسم ماله.

القول الثالث: قول ابن الموار رعاية، لا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء إلى مثله.

4- مفقود في حرب المسلمين في الفتن: حكمه حكم المقتول دون تلوم، وقيل بتلوم له يقدر ذلك بحسب بعد المكان الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك سنة<sup>3</sup>، ومثله من فقد في بلاد الإسلام في زمن الطاعون الذي ظهر في بلد هو به، أو سافر إلى بلد كثر فيها مرض الطاعون<sup>4</sup>.

### ثانياً) مصير أموال المفقود في التشريعات العربية

سنتطرق لمصير أموال المفقود في التشريعات العربية المقارنة ثم في التشريع الجزائري.

#### 1- مصير أموال المفقود في التشريعات العربية المقارنة

هذا التشريع العربي حذو الشريعة الإسلامية في اعتبار المفقود حياً في حق ماله فلا تقسم أمواله إلا بعد الحكم بموته، فمن القوانين العربية من نص على ذلك صراحة ومنه من ذهب إلى هذا السياق دون التصريح بذلك، " فقد تكون للمفقود أموال سواء كانت عقارات أو منقولات فلا تقسم بين ورثته حتى يحكم القاضي بموته سواء في الأحوال العادية أو الاستثنائية<sup>5</sup>".

1- أنظر: أبي الوليد بن محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الجد، المرجع السابق، ص: 342.

2- أنظر: أبي الوليد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الجد، نفس المرجع، ص: 342.

3- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص: 52.

4- أنظر: عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، المرجع السابق، ص: 105.

5- محمد رياض، أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأسرة المغربية، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، الطبعة الأولى، 2014، ص: 78.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

جاء في المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية " المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد حكم القاضي بتمويته...<sup>1</sup> " ، ونفس الحكم ذهب إليه المشرع الموريتاني في المادة 239 من مدونة الأحوال الشخصية والتي جاء فيها " يعتبر المفقود في حكم الحي بالنسبة لحقوقه المالية فلا تقسم إلا بعد الحكم بتمويته...<sup>2</sup> " ، أما المشرع العراقي فقد نصت المادة 96 من قانون رعاية القاصرين<sup>3</sup> على: " تقسم تركة المفقود المحكوم بموته وفق المادة(95) من هذا القانون على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته" ، وبمفهوم المخالفة فإن أموال المفقود تبقى تحت ملكه إلى غاية الحكم بوفاته.

بالنسبة للمشرع القطري فنص في المادة 291 الفقرة:05 من قانون الأسرة القطري على<sup>4</sup>: "... ويعتبر المفقود ميتا بعد صدور الحكم بموته، من تاريخ فقدته في حق مال الغير، ومن تاريخ صدور الحكم بموته في حق ماله الخاص" ، وهذا ما يستتبط منه أن ماله يبقى تحت ملكه ولا يخرج من ملكه إلا من تاريخ الحكم بوفاته.

وتجدر الإشارة على أن التشريعات العربية الأخرى ذهبت إلى ما نصت إليه التشريعات المذكورة أعلاه من خلال نصها على تعيين مقدم لإدارة أموال المفقود وهو تصريح ضمني على أن أموال المفقود تبقى تحت ملكه إلى غاية الحكم بوفاته، وبالتالي يمكن القول أن التشريعات العربية أجمعت على أن أموال المفقود تبقى تحت ملكه طيلة مدة فقدته، فهل وافق المشرع الجزائري ذلك؟

## 2- مصير أموال المفقود في التشريع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء حيث اعتبر أن المفقود يعتبر حيا بالنسبة إلى أمواله الثابتة ملكيتها له، وفي حقوقه الأخرى حتى صدور الحكم الذي يقضي بموته<sup>5</sup>، حيث نصت المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على أنه لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- قانون 03-07 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 326.

<sup>2</sup>- قانون 2001-052 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، السالف الذكر، المادة:239.

<sup>3</sup>- قانون رقم:78 لسنة 1980 الخاص برعاية القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادة 96 منه.

<sup>4</sup>- قانون رقم:22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة:241.

<sup>5</sup>- بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص:386.

<sup>6</sup>- أنظر: القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المادة 115 منه.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

إن العلة في اعتبار المفقود حي بالنسبة لأمواله هو عدم توفر شرط من شروط الميراث وهو موت المورث حقيقة أو حكما والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 127 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

ونص المشرع في المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري على أن إدارة أموال المفقود توكل إلى مقدم يعينه القاضي من الأقارب أو غيرهم في حالة عدم وجود ولي أو وصي على المفقود.

### الفرع الثاني: إدارة أموال المفقود:

إن المفقود قد يترك أموالا فمن المنطق والمعقول أن لا تترك للضياع والإهمال، فالمصلحة تقتضي رعاية هذا المال لأنه بالحفاظ عليه نحفظ حقوق المفقود من جهة والحقوق المحتملة للورثة والخزينة العامة بصفتها وارث من لا وارث له من جهة أخرى<sup>2</sup>، " فالمفقود إذا كانت له أموال فإنها في حاجة ماسة لمن يحفظها ويقوم بشأنها، فالقاضي ينظر في مال المفقود ويحفظه ولا يدع أحدا يفسده، لأن المفقود عاجز عن النظر لمصلحة نفسه<sup>3</sup>."، إذن فهل راعت الشريعة الإسلامية مسألة حفظ وإدارة أموال المفقود؟، وما موقف التشريعات العربية؟

### أولا) إدارة أموال المفقود في الفقه الإسلامي.

ذهب الحنفية إلى أن القاضي ينصب من يحفظ مال المفقود ويقوم عليه ويستوفي حقوقه، " إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحى أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه، لأن القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي و المجنون<sup>4</sup>"، وجاء في المبسوط في حديثه عن المفقود " ...فإن كانت له غلة جعل القاضي فيها من يحفظها لأنه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه

<sup>1</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المادة 127 منه "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي".

<sup>2</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المادة 180 منه: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب التالي: 1- مصاريف التجهيز بالقدر المشروع، 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى، 3- الوصية. فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الارحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

<sup>3</sup> - الطيب احمد محمد الطيب، المرجع السابق، ص: 23.

<sup>4</sup> - كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 133/ محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف، المرجع السابق، ص: 357.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضي في غلاته من يجمعها و يحفظها...<sup>1</sup>، إذن إن القاضي ينصب من يحفظ مال المفقود إن لم يكن له وكيل وهذا بقولهم "ويقيم القاضي من يحفظ ماله ويستوفي غلاته فيما لا وكيل له فيه"<sup>2</sup> .

سار المالكية في نفس ما ذهب إليه الحنفية حيث جاء في شرح مختصر خليل "وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوقفه كان بيد وارث أو غيره، ويوكل من يرضى وإن كان من ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه له، وينظر في قراضه وودائعه ويقبض ديونه..."<sup>3</sup> .  
وعليه فإن فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا على أن القاضي يقيم للمفقود وكيلاً يحفظ أمواله، لكن اختلفوا في مسألتين: الأولى إن ترك المفقود وكيلاً فمنهم من يرى أن القاضي ينصب له وكيلاً ولو كان له وكيل، والثانية في مسألة قبض واستفاء ديون المفقود.<sup>4</sup>  
**ثانياً) إدارة أموال المفقود في التشريعات العربية.**

إذا كانت الشريعة الإسلامية نصت على أنه يتعين على القاضي أن يحفظ أموال المفقود، فما موقف التشريعات العربية من ذلك؟، سنبين أولاً ما جاء في التشريعات العربية المقارنة ثم نوضح موقف المشرع الجزائري.

### **1- إدارة أموال المفقود في التشريع العربي المقارن.**

نص المشرع العراقي في المادة في المادتين 88 و90 من قانون رعاية القاصرين إلى أن المحكمة تعين قيماً لإدارة أموال المفقود إن لم يكن له وكيل، وبين في ذلك أن أموال المفقود تدار على غرار أموال الصغير<sup>5</sup>، ومن ثم فإنه " لا يخلو الحال في إدارة مال المفقود من أحد الأمرين: إما أن يكون قد ترك المفقود وكيلاً عنه أو لم يترك وكيلاً، وفي الحالة الثانية ألزم القانون القاضي بنصب قيّم له وهذا الأخير حتى يقام عن المفقود يلزم أن تتوفر فيه شروط شرعية أو قانونية، وكذا الحكم في الوكيل إذ يقوم القاضي بتثبيته إذ وجد فيه شروط القيّم"<sup>6</sup>، كما

1- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص:38.

2- عبد الله بن محمد الموصلي، الاختيار لتعليل المختار الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 503 / عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكلبولي، المرجع السابق، ص:537-538.

3- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف: الحطّاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل- الجزء الخامس-، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م، ص:497.

4- الطيب أحمد محمد الطيب، المرجع السابق، ص:23،24،25.

5- قانون رقم:78 لسنة 1980 الخاص برعاية أموال القاصرين العراقي، السالف الذكر، المادتين: 88 و90 منه.

6- هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص:149.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

نصت المادة 90 الفقرة الثانية من القانون المذكور أعلاه أنه إذا عينت المحكمة قيماً فتكون إدارة أموال المفقود تحت إشراف مديرية رعاية القاصرين، أما في حالة عدم وجود قيم على المفقود فقد جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن مديرية رعاية القاصرين تكون هي المختصة في إدارة أموال المفقود.

إن حلول اختصاص مديرية رعاية القاصرين في إدارة أموال المفقود يتصور في حالتين<sup>1</sup>:

- إن لم يترك المفقود وكيلاً ولم يتم نصب قيم عليه.
- إن ترك المفقود وكيلاً وعزلته المحكمة لعدم توفر شروط الوصي فيه.

وفي كلتا الحالتين تدار أموال المفقود من مديرية رعاية القاصرين.

وفي نفس الصياغ ذهب المشرع القطري حينما نص على أن المفقود إذا لم يترك وكيلاً وانقضت سنة على فقده تكون الهيئة العامة لشؤون القاصرين وكيلاً له<sup>2</sup>، أما في حالة ترك المفقود وكيل عام يحكم القاضي بتثبيته إذا توفرت فيه شروط الوصي المختار وإلا عينت بدلاً عنه<sup>3</sup>.

أما المشرع السوري فنص في المادة 204 من قانون الأحوال الشخصية<sup>4</sup> أنه إذا ترك المفقود وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت له وكيلاً قضائياً، "، يبدو أن المشرع السوري استعمل كلمة وكيل قضائي بدلاً من قيم، " والوكيل القضائي هو النائب الشرعي عن المفقود والغائب، لعجزهما عن التصرف بأموالهما للغيبة و الفقد<sup>5</sup> "، وأنه خص من تعينه المحكمة لرعاية أموال المفقود و الغائب باسم: "الوكيل القضائي"، ليميزه عن المقدم الذي تعينه المحكمة لإدارة أموال عديمي الأهلية وناقصيها<sup>6</sup>.

1- هادي محمد عبد الله، نفس المرجع، ص: 168 و 169.

2- قانون رقم: 40 لسنة 2004 بشأن الولاية على أموال القاصر القطري، (الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد: 02 بتاريخ: 2005/02/15)، المادة: 36 منه.

3- أنظر: قانون رقم: 40 لسنة 2004 بشأن الولاية على أموال القاصر القطري، السالف الذكر، المادة: 37 منه.

4- المرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل، السالف الذكر، المادة: 204 منه.

5- أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص: 123.

6- أنظر: مرسوم تشريعي رقم: 59 بتاريخ: 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل، السالف الذكر، المواد من 200 إلى 207 منه.

## الباب الثاني: الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

وعلى ذلك سار المشرع السوداني في المادة 260 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين<sup>1</sup>، والمشرع الإماراتي في المادة 234 من قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، المشرع اليمني في 114 من قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، المشرع العماني في المادة 191 من قانون الأحوال الشخصية<sup>4</sup>، أما المشرع التونسي وإن كان قد سار على نفس النهج بنصه في الفصل 83 من مجلة الأحوال الشخصية على أن القاضي يقدم ناظرا لمال المفقود في حالة عدم وجود وكيل<sup>5</sup> إلا أنه حينما نص في هذه المادة أن من تعينه المحكمة يدير مال المفقود تحت إذن القاضي إلى غاية ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه والأصح هو إلى غاية صدور الحكم بموته، فيما يبدو أن المشرع الأردني في المادة 247 من قانون الأحوال الشخصية اشترط تقديم طلب إلى القاضي لتعيين قيم لتسيير أموال المفقود<sup>6</sup>.

أما المشرع المغربي فقد عمد إلى إيكال تسيير أموال المفقود إن لم يترك وكيلًا إلى كاتب ضبط - موظف عام بالمحكمة- وهذا بنص الفصل 263 من المسطرة المدنية<sup>7</sup> والتي جاء فيها "يمكن لكل شخص يثبت أن له مصلحة مشروعة أو النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية تقديم مقال عند وجود ضرورة تسيير كل أو بعض أموال شخص افترضت غيبته بسبب انقطاع أخباره دون أن يترك وكالة لأحد إلى المحكمة الابتدائية لمحل آخر موطن أو آخر محل إقامة

1- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991 المؤرخ في: 1991/07/24، السالف الذكر، المادة: 260 منه: "إذا لم يكن للغائب والمفقود وكيل فيعين القاضي قيمًا لإدارة أمواله."

2- قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 235 منه: "إذا لم يكن للغائب والمفقود وكيل يعين له وكيل قضائي لإدارة أمواله."

3- قرار جمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمني، السالف الذكر، المادة 114 منه "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل يعتمد له القاضي مقدما لإدارة أمواله."

4- مرسوم سلطاني رقم: 97/32 بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني، السالف الذكر، المادة 191: "إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل يعين القاضي له وكيل قضائي لإدارة أمواله."

5- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل 83: "إذا فقد الإنسان ولم يكن له وكيل له فإن الحاكم يحصر ماله ويقدم من قرابة المفقود أو غيرهم من ينظر فيه تحت إذنه إلى ظهور موته من حياته أو يصدر الحكم بفقدانه."

6- قانون رقم: 36 لعام: 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة: 247: "أيعين القاضي بآء على الطلب قيمة لإدارة أموال الغائب والمفقود."

7- ظهير شريف بمثابة قانون رقم: 1.74.477 بتاريخ: 11 رمضان 1394 (28 شتمبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية السنة الثالثة والستون، العدد: 3230 مكرر المؤرخة في: 13 رمضان 1394 الموافق 30 شتمبر 1974)، الفصل: 263 منه.



الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود من تفترض غيبته وإلا فالى المحكمة التي توجد الأموال بدائرتها قصد الأمر باتخاذها إجراءات التسيير اللازمة وخاصة تعيين كاتب ضبط يكلف بهذا التسيير ضمن الشروط التي تحددها المحكمة..."، وهذا النص هو نص عام في كيفية تسيير أموال المفقود سواء كان مفقودا في الأحوال العادية أو الاستثنائية<sup>1</sup>.

## 2- في التشريع الجزائري

وافق المشرع الجزائري أقوال الفقهاء وما أخذت به مختلف التشريعات العربية في أن القاضي يعين من يحفظ أموال المفقود، حيث نص المشرع الجزائري أن القاضي يجب عليه عندما يحكم بالفقدان أن يعين مقدا لإدارة أموال المفقود، حيث جاء في 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 وتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون"، وقد فسرت المادة 99<sup>2</sup> أن تعيين المقدم يكون في حالة إذا لم يكن للمفقود وليا أو وصيا، كما حدّد المشرع الجزائري مهام القيم وحدود صلاحياته في المواد من 88-89-90-96-97 من قانون الأسرة الجزائري.

وعليه فإن التشريعات العربية وافقت الفقه الإسلامي في وجوب أن يعين القاضي من يحفظ أموال المفقود، وإن اختلفت الألفاظ في تسمية القائم على حفظها، فسمّاه فقهاء الشريعة وكيلًا، فيما اختلفت التشريعات العربية في تسميته، فمنهم من جعله وكيلًا، ومنهم من سمّاه قيما، ومنهم من أطلق على تسميته ناظرا، ومنهم من وصفه بالوكيل القضائي، وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي أحسن صنعا حينما أوكل حفظ مال المفقود إلى كاتب الضبط وهو موظف بالمحكمة ومساعد قضائي وبالتالي سهل من مهمة الرقابة القضائية على مال المفقود، وبذلك يكون قد سدّ باب النزاعات، وأن المشرع العراقي جعل الرقابة على أموال المفقود تكون تحت رعاية مديرية رعاية القاصرين، وأنه يمكنها إدارة أمواله مباشرة في حالات حدّدها القانون، ومنه فإن هذين التشريعين يشكلان نموذجين يمكن الاقتداء بهما لتحقيق رعاية خاصة لأموال المفقود.

<sup>1</sup> - محمد رياض، المرجع السابق، ص: 79.

<sup>2</sup> - قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدّل، السالف الذكر، المادة 99: "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 من له مصلحة أم النيابة العامة".

### الفرع الثالث: النفقات الواجبة من أموال المفقود

النفقة شرعا هي: "كفاية من يمونه بالمعروف قوتا وكسوة ومسكنا وتوابعها"<sup>1</sup>، والنفقة إما أن تكون واجبة للإنسان على نفسه أو على غيره بأسباب وجوبها<sup>2</sup> على النحو التالي:

- نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وهي مقدمة على نفقة غيره<sup>3</sup>.
- نفقة واجبة على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة: الزوجية، القرابة، والملك<sup>4</sup>.

إن المفقود قد يترك أسرة وأقارب تجب نفقتهم عليه، فمن هم؟ وما هي مشتملات النفقة؟

#### أولاً) الأشخاص الواجبة نفقتهم من مال المفقود

سنبين الأشخاص الواجبة نفقتهم من مال المفقود في الشريعة الإسلامية، ثم نبيّن موقف التشريعات العربية.

#### 1-الأشخاص الواجب نفقتهم من مال المفقود في الشريعة الإسلامية

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن نفقة زوجة الغائب واجبة من مال زوجها إن ترك لها مالا ظاهرا، فيما اختلفوا في حالة إذا لم يترك لها مالا ظاهرا<sup>5</sup>.

قال المالكية: "وينفق على امرأة المفقود في التأجيل من ماله ولا نفقة لها في العدة، ولولده النفقة ما كانوا صغارا إن لم يكن لهم مال"<sup>6</sup>.

سار الحنابلة في نفس المنهاج حيث قالوا أنّ امرأة المفقود إن اختارت الصبر والبقاء على عصمة زوجها حتى يتبين أمره فلها النفقة من ماله مادام حيا<sup>7</sup>.

أما الحنفية فالقاعدة عندهم أن كلّ من وجبت نفقته في حال حضرته بغير قضاء وجبت كذلك في حال غيابه، حيث جاء في الاختيار لتعليل المختار في كتاب المفقود " وينفق من

<sup>1</sup> - صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، الجزء الثاني، دار بن حزم، القاهرة -الجمهورية العربية المصرية - الطبعة الأولى، 1430 هـ / 2010م، ص: 478.

<sup>2</sup> - أنظر: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، دار بن حزم، بيروت-لبنان-، 1428هـ/2007م، ص: 341.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثالث، دار الكلم الطيب، دمشق-سوريا-، صفحة مصححة ومنقحة، 1431هـ/2010م، ص: 302.

<sup>4</sup> - محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص: 133 و 134.

<sup>5</sup> - أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد، نفس المرجع، ص: 151.

<sup>6</sup> - أبي سعيد البراذعي خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، المرجع السابق، ص: 431.

<sup>7</sup> - أنظر: منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، كشاف الفناع عن متن الإقناع الجزء الخامس، دار عالم الكتب، بيروت - لبنان-، 1403هـ/1983م، ص: 432. .

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

ماله على من تجب عليه نفقته حال حضرته بغير قضاء، كزوجته وأولاده وأبويه، لأنه إعانة لهم<sup>1</sup>.

وعلى ذلك قال الشافعية بنفقتها من مال زوجها المفقود من وقت فقده حتى يعلم يقين موته، وإن ضرب لها حاكم أربع سنين أنفق عليها فيها من مال زوجها، وكذا ينفق عليها من ماله في عدتها أربعة أشهر وعشر<sup>2</sup>.

أما في مسألة إن لم يترك لها مالا ظاهرا فهل لها أن تستدين عليه؟، تطرقنا لها في الفصل المتعلق بالأحكام الخاصة بزوجة المفقود في الحديث عن أحقيتها في النفقة. إذا كان الفقهاء قد أجمعوا على وجوب نفقة زوجة المفقود من ماله فهل تجب النفقة كذلك على فروعه وأصوله؟

إن وجوب نفقة الفروع على الأصول والأصول على الفروع بشروطها بسبب جزئية أحدهما للآخر<sup>3</sup>، وفي ذلك اختلف الفقهاء في وجوبها قضاء أم بغير قضاء فذهب الحنفية إلى أن كل من وجبت عليه نفقتهم في حضرته وجبت في غيبته وأنه لا يجوز عندهم القضاء على الغائب، أما جمهور الفقهاء فيجوز عندهم القضاء على الغائب بنفقة أقاربه<sup>4</sup>، لتوضيح ذلك نسرد أقوال الحنفية في المسألة على النحو التالي:

" وينفق على زوجته وأولاده من ماله، وليس هذا الحكم مقصورا على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد، والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتع...<sup>5</sup> "، والمقصود عندهم بقرابة الولاد أي من حيث الولاد، وهو فروع المفقود وإن نزلوا، وأصوله وإن علوا، لأن نفقتهم واجبة بلا قضاء القاضي، ولا ينفق على من لا يستحق

1- عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 506.

2- أنظر: محمد بن إدريس الشافعي، المرجع سابق، ص: 609.

3- محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص: 163.

4- أنظر: هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 110 و 111.

5- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 135.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

النفقة إلا بقضاء القاضي كالأخ والأخت وغيرهم من ذوي الرحم المحرم غير الولاد لأنه لا قضاء على الغائب<sup>1</sup>.

وفي الأخير نستنتج أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على وجوب نفقة زوجة المفقود من مال زوجها دون حاجة إلى قضاء ودون شرط ولا قيد، أما نفقة أصوله و فروعها فلا تجب عليه شرعا إلا بشروط استحقاقهم لها، ومن ثم اختلف الفقهاء في بشأنها حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن استحقاقها لا يكون إلا قضاء، والقضاء على الغائب جائز في حين يرى الحنفية أن القضاء عليه يندم وأن من وجبت عليه نفقتهم في حضرته تجب في غيبته كما ذكرنا أعلاه، وفي ذلك أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأن استحقاق الأصول والفروع للنفقة يكون بتوفر جملة من الشروط وأن القاضي له السلطة في تقديرها.

## 2- الأشخاص الواجب نفقتهم من مال المفقود في التشريعات العربية

وفقا للمنهج المتبع يتم التطرق للأشخاص الواجب نفقتهم من مال المفقود في التشريعات العربية المقارنة ثم نبين موقف المشرع الجزائري.

### أ- في التشريعات العربية المقارنة

تباينت التشريعات العربية في مسألة النفقات الواجبة من مال المفقود فمنهم من خصها بأحكام خاصة ومنهم من تركها للقواعد العامة التي تحكم النفقة.

نص المشرع العراقي على وجوب نفقة زوجة المفقود من مال زوجها، وإن لم يترك لها مالا فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يحكم لها بذلك<sup>2</sup>، أما المشرع الإماراتي فيفهم من فحوى نص المادة 125 من قانون الأحوال الشخصية على وجوب نفقة زوجة المفقود من ماله الذي ترك له، أو القضاء عليه بالأخذ من ماله إذا لم يكن تحت يد زوجته<sup>3</sup>، أما المشرع

<sup>1</sup> - أنظر: عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكليبولي، المرجع سابق، ص: 538/ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 135.

<sup>2</sup> - قانون رقم: 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المعدل، السالف الذكر، المادة: 29: "إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب أو فقد حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزا، ولا مطلقة انقضت عدتها، ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج".

<sup>3</sup> - قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 125 منه " - إذا كان الزوج غائبا في مكان معلوم. فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله. وإن لم يكن له مال

## الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

المصري فذهب إلى أن زوجة المفقود إن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة منه<sup>1</sup>، في حين دقق المشرع الأردني في هذه المسألة حيث نص على أنه إذ فقد الزوج ولم يترك لزوجته نفقة يحكم القاضي بنفقتها من يوم الطلب بعد أن تحلف أن زوجها لم يترك لها نفقة<sup>2</sup>، ويفرض لها النفقة من ماله أو على مدينه أو على مودعه أو من في حكمهما<sup>3</sup>، وتجدر الإشارة أن المشرع اللبناني وضّح هذه المسألة حينما نص في المادة 131 من قانون الأحوال الشخصية للموحدين الدروز<sup>4</sup> على أن القيم ينفق من مال المفقود على من تجب عليه نفقته وعلى ما يقتضيه حفظ أموال المفقود، وأما باقي التشريعات العربية لم تخصص نفقة زوجة المفقود بنص خاص لذا يتم الرجوع إلى الأحكام العامة التي تحكم النفقة والتي أوجبت نفقة الزوجة على زوجها.

أما بالنسبة لنفقة فروع وأصول المفقود لم تخصصهم التشريعات العربية بنصوص خاصة لذا يتم فيها الرجوع إلى النصوص العامة التي تحكم نفقة الأقارب حسب درجة القرابة وبشروطها.

---

ظاهر أعذره القاضي وأمهله مدة لا تزيد على شهر مضافاً إليها مواعيد المسافة المقررة فإن لم ينفق ولم يحضر النفقة طلق عليه القاضي بعد مضي المدة. 2- إن كان غائباً في مكان مجهول أو لا يسهل الوصول إليه، أو كان مفقوداً وثبت أيضاً أنه لا مال له يمكن أخذ النفقة منه، طلق عليه القاضي".

1- مرسوم بقانون 25 لسنة 1920 المتضمن أحكام النفقة وبعض الأحوال الشخصية المصري، المعدل، السالف الذكر، المادة: 04: إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فأن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فأن لم يرسل ما تتفق 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 مفقوداً وثبت أنه لا مال له تتفق منه الزوجة طلق عليه القاضي".

2- قانون رقم: 36 لعام: 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 68: "إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل قريب أو بعيد أو فقد يحكم القاضي من يوم الطلب بناءً على البيينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزاً ولا علم لها بأنها مطلقة انقضت عدتها".

3- قانون رقم: 36 لعام: 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 69 "يفرض القاضي من حين الطلب نفقة لزوجة الغائب أو المفقود في ماله أو على مدينه أو على مودعه أو من في حكمهما إذا كانوا مقرين بالمال والزوجية أو منكرين لهما أو لأحدهما وبعد تحليفها في جميع الحالات اليمين الشرعية المنصوص عليها في المادة 86 من هذا القانون".

4- قانون مؤرخ في 1948/02/24 يضمن قانون الأحوال الشخصية لطائفة الموحدين الدروز- اللبناني-، السالف الذكر، المادة 131 منه.

## ب- في التشريع الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري في الفصل السادس (المفقود والغائب) من الكتاب الثاني (النيابة الشرعية) على النفقات الواجبة من مال المفقود، ولكن بالرجوع إلى الكتاب الثاني (انحلال الزواج) الفصل الثالث (آثار الطلاق) الباب الثالث تحت عنوان: النفقة، نجد أن المشرع نص على وجوب نفقة الزوجة، الأولاد، الأصول والفروع، وقد وضع لذلك ضوابط سنتطرق لها على النحو التالي:

### 1- نفقة الزوجة:

إن نفقة الزوجة واجبة على الزوج وهي من آثار الزواج الصحيح، وقد نص المشرع الجزائري على وجوبها في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، وقد تطرقنا لذلك في حق زوجة المفقود في النفقة، وكما قلنا إن المشرع لم يخص مسألة نفقة زوجة المفقود بنص، وبناء على المادة: 222 من قانون الأسرة الجزائري يتم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على وجوب نفقة زوجة المفقود من مال زوجها، لكن على المشرع أن يبين كيفية تمكينها من النفقة على غرار ما فعلت بعض التشريعات العربية.

### 2- نفقة الأولاد:

تجب نفقة الأولاد على الأب بشرطين<sup>1</sup>:

1- أن يكونوا صغاراً، فالنسبة للذكر تجب نفقته إلى البلوغ وعلى الأنثى تستمر إلى الدخول بها، أما بالنسبة للمجنون والأعمى، والمريض مرضاً مزمناً عاجزاً عن الكسب فيستمر وجوب نفقتهم بعد البلوغ.

2- أن لا يكون لهم مال فإن كان لهم مال سقطت نفقتهم.

وتسقط نفقة الأولاد على الأب بالاستغناء عنها بالكسب، وفي حالة عجز الأب تجب نفقتهم على الأم إن كانت قادرة، وقد نص المشرع الجزائري على نفقة الأولاد في المادتين 75 و76 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاء في المادة 75<sup>2</sup>: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

<sup>1</sup>- أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص: 302 و303.

<sup>2</sup>- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 75 منه.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

أما المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري فقد جاء فيها<sup>1</sup>: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

### أ3- نفقة الوالدين:

تجب نفقة الأب والأم على الابن بشرط أن يكونا فقيرين، ولا يشترط لوجوب النفقة عليهما أن يكونا عاجزين عن الكسب<sup>2</sup>.

" فإن كان الولد معسرا والوالدان معسران فليس عليه نفقتهما، لأنهما لما استويا في الحال لم يكن أحدهما بإيجاب النفقة على صاحبه بأولى من الآخر<sup>3</sup> ".

وقد نص المشرع الجزائري على وجوب هذه النفقة في المادة من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها<sup>4</sup>: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول بحسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

ولا يقضى بالنفقة من مال المفقود إلا لزوجته وأولاده ووالديه<sup>5</sup>، فيلزمه نفقة آباءه وإن علو وأولاده وإن نزلوا وفق الشروط المذكورة آنفا.

أما الإخوة والأخوات، والأعمام والعمات وغيرهم فلا يقضى لهم بالنفقة من مال قريبهم المفقود<sup>6</sup>.

وختام ذلك نستنتج أن المشرع الجزائري لم ينص على مسألة النفقات الواجبة من مال المفقود بنص خاص وإنما تركها للقواعد العامة التي تحكم النفقة، ومن ثم كان عليه تفصيل هذه المسألة ذات الأهمية كما فعلت بعض التشريعات العربية.

1- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 76 منه.

2- أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء الثالث، نفس المرجع، ص: 303.

3- يوسف عطا محمد الحلو، المرجع السابق، ص: 139.

4- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المادة 77 منه.

5- أنظر: محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، المرجع السابق، ص: 360.

6- يوسف عطا محمد الحلو، نفس المرجع، ص: 140.

### المطلب الثاني: إرث المفقود من غيره

خلال فترة الفقد قد يموت أحد أقارب المفقود ويكون من بين ورثته، والقاعدة تقتضي وجوب تحقق حياة الوارث حتى يورث، والمفقود مجهول الحياة أي حياته مشكوك فيها، فهل يرث المفقود غيره في الشريعة الإسلامية؟ وما موقف القوانين العربية من ذلك؟، هذا ما نبينه أدناه.

### الفرع الأول: توريث المفقود في الشريعة الإسلامية

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن المفقود يرث ويوقف له نصيبه في التركة لكنهم اختلفوا في العلة في ذلك، حيث يرى جمهور الفقهاء أن المفقود يرث غيره لأن الأصل حياته<sup>1</sup>. أما الحنفية فيرون أن حياة المفقود ليست محققة وإنما هي اعتبارية فلا تترتب عليه الأحكام التي يشترط فيها التحقق من الحياة، وعلى هذا لا يرث فعلا من مورثيه، لأن الشرط لاستحقاقه التحقق من حياة الوارث بعد موت مورثه، وبما أن المفقود حياته ليست محققة وإنما معتبر حي فقط فلا يرث فعلا ولكن لاحتمال حياته يوقف له منابه من الميراث الذي يستحقه لو كان محقق الحياة<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن الفقهاء اختلفوا في علة توريث المفقود لكنهم اتفقوا في أنه يفرز له نصيبه كما لو كان حيا حتى يتبين حاله، ولمعرفة طريقة وكيفية توريثه نتعرض لآراء المذاهب الفقهية في ذلك. وهذا النوع من الميراث يسمى الإرث بالاحتياط وهو إرث غير مؤكد<sup>3</sup>.

ذهب الحنابلة إلى أن ميراث المفقود من غيره يوقف له إما للتلازم أو المصلحة، فإن كان هو الوارث الوحيد أو يحجب غيره حجب حرمان وقفت التركة كلها للتلازم حتى يتبين أمره، حيث يلزم من كونه الوارث الوحيد وقف كل التركة دون أن يترتب عليه ضرر، أما إن كان معه ورثة آخرون فيعطى كل واحد أقل النصيبين على فرض الحياة والممات ويوقف الباقي حتى يتبين أمر المفقود أو يحكم القاضي المجتهد العدل بتمويلته<sup>4</sup>.

وجاء في كتاب الإنصاف: "...فإن مات مورثه في مدة التبرص دفع إلى كل وارث اليقين، ووقف الباقي<sup>5</sup>"، واليقين هنا يعني النصيب الذي يتيقن من استحقاق الوارث له وهو

<sup>1</sup> - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المرجع السابق، ص: 188 إلى 191.

<sup>2</sup> - أنظر: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص: 237.

<sup>3</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص: 148.

<sup>4</sup> - عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المرجع السابق، ص: 191 و192.

<sup>5</sup> - علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ص: 327.



الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود  
طبعاً أقل النصيبين، وعن كيفية التوريث جاء فيه " وطريقة العمل في ذلك: أن تعمل المسألة  
على أنه حيّ، ثم على أنه ميتّ، ثم تضرب إحداهما-أو فقها-في الأخرى، واجتزئ بإحدهما  
إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتدفع إلى كلّ وارث اليقين، ومن سقط في إحداهما لم يأخذ  
شيئاً<sup>1</sup> ."

أما الحنفية فوافقوا الحنابلة في ما ذهبوا إليه بوقف نصيب المفقود من ميراثه من غيره  
إلى غاية أن يتبين أمره مشبهين ميراثه بميراث الجنين في بطن أمه، جاء في المبسوط في باب  
كتاب المفقود "...وإن كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف إلى  
أن يتبين حاله لأنه غير محكوم بموته ولكنه يشتبه الحال بمنزلة الجنين في البطن فيوقف  
نصيبه فإن ظهر حيّاً كان ذلك مستحقاً له وإن لم يظهر حاله فذلك مردود إلى ورثة صاحب  
المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتاً...<sup>2</sup>، ومن ثم فإن الحنفية  
ذهبوا في كيفية توريث المفقود من غيره إلى وقف كلّ التركة إن كان يحجب غيره حجب  
حرمان، أما إن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود حجب حرمان يعطى ذلك الوارث أقل  
النصيبين ويوقف الباقي حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته<sup>3</sup>.

على غرار الحنابلة والحنفية فقد ذهب الشافعية إلى نفس الطريقة في توريث المفقود من  
غيره " فإذا مات له قريب قبل الحكم بموته، نظر إن لم يكن له وارث إلاّ المفقود، توقفنا حتى  
يبين أنه كان عند موت القريب حيّاً أو ميتاً، وإن كان له وارث غير المفقود، توقفنا في نصيب  
المفقود، وأخذنا في حق كلّ واحد من الحاضرين بالأسوأ، فمن يسقط منهم بالمفقود، لا يعطى  
شيئاً حتى يبين حاله، ومن ينقص حقه بحياته، يقدّر في حقه حياته، ومن ينقص حقه بموته،  
يقدّر في حقه موته، ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته، يعطى نصيبه<sup>4</sup> ."

سار المالكية على نفس النهج في توريث المفقود من غيره حيث جاء في مواهب الجليل "...وإن  
مات مورثه قدرّ حيّاً وميتاً، ووقف المشكوك فيه فإن مضت مدة التعمير كالمجهول...<sup>5</sup> ."

1- علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادوي المرجع السابق، نفس الصفحة.

2- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص: 43 و 44.

3- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية  
شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 140.

4- الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 35.

5- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطّاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل-  
الجزء الثامن-، مرجع سابق، ص: 609.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

## الفرع الثاني: توريث المفقود في التشريعات العربية

سننظر في كيفية توريث المفقود في التشريعات العربية المقارنة، ثم في التشريع الجزائري.

### أولاً) في التشريعات العربية المقارنة

أجمعت التشريعات العربية على أن المفقود إذا مات أحد مورثيه قبل أن يستبين أمره أو يحكم بوفاته يوقف له نصيبه في الميراث إلى غاية أن تستبين حالته أو يحكم القاضي بوفاته، ولكنهم اختلفوا في طريقة توريثه على النحو التالي:

1- النص صراحة على أن يوقف للمفقود من تركة مورثة نصيب فيها على تقدير حياته، حيث نص على هذا المشرع القطري في المادة 292 من قانون الأسرة القطري<sup>1</sup>، المشرع الإماراتي في المادة 353 من قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، والمشرع السوداني في المادة: 1/401 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين<sup>3</sup>.

2- النص على وقف للمفقود نصيبه في التركة، وهذا يعني أن يكون ذلك على تقدير حياته لأن كلمة " نصيبه" تعني ما يؤول له من تركة مورثة، حيث نص على هذا المشرع التونسي في الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>4</sup>، المشرع الكويتي في المادة 332 من قانون

---

<sup>1</sup>- قانون رقم: 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 292: "يوقف للمفقود من تركة مورثة نصيبه فيها على تقدير حياته، فإن ظهر حيا فيأخذه، وإن حكم بموته، فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة، وقت موت المورث...".

<sup>2</sup>- قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 الخاص بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 353 "يوقف للمفقود من تركة مورثة نصيبه فيها على تقدير حياته، فإن ظهر حيا أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من ورثته وقت الحكم".

<sup>3</sup>- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 401(1) يوقف للمفقود من تركة مورثة نصيبه فيها على تقدير حياته، فإن ظهر حيا فيأخذه، وإن حكم بموته، فيرد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث..".

<sup>4</sup>- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376(13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل 151: "يوقف للمفقود من تركة مورثة نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة..".

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

الأحوال الشخصية<sup>1</sup>، والمشرع السوري في المادة 302 من قانون الأحوال الشخصية السوري<sup>2</sup>، وهذه الحالة مماثلة لسابقتها.

3- النص على وقف من ميراث غيره الحظ المشكوك فيه، وهو ما يعني حل المسألة كما ذكرنا في أقوال الفقهاء على فرض أن المفقود حيّ ثم على أنه ميت ويعطى كل وارث أقل النصيبين ويوقف الباقي حتى يتبين أمر المفقود أو يحكم بموته، وذهب إلى هذا الطرح المشرع الموريتاني في المادة 239 من مدونة الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، المشرع المغربي في المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية<sup>4</sup>.

4- عدم النص على كيفية توريث المفقود من غيره، وفي هذا ذهب المشرع البحريني في المادة 909 من القانون المدني إلى أن مسائل الميراث تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية<sup>5</sup>، أما المشرع الأردني فنص في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية على أنه ما لم يذكر في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية فإن لم يوجد ففي

---

1- قانون رقم: 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة: 332 "أ-يوقف للمفقود

من تركه مورثه نصيبه فيها، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه."

2- مرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل، المادة 302

1-يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه."

3- قانون رقم: 052-2001 بتاريخ: 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، السالف الذكر،

المادة 239: "يعتبر المفقود في حكم الحي بالنسبة لحقوقه المالية فلا يقسم ماله إلا بعد الحكم بتمويلته ومحتمل الحياة في حقه وفي حق غيره فيجب توقيف الحظ المشكوك فيه حتى يبيت في شأنه."

4- قانون 07-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 326: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، إلا

يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم بتمويلته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبيت في أمره."

5- مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني (ملحق الجريدة الرسمية لدولة البحرين

العدد: 2476 المؤرخة في 09 مايو 2001م)، المادة 909: "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية."

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة لنص القانون<sup>1</sup>، أما المشرع العراقي فلم ينص على توريث المفقود من غيره، وبناء على المادة الأولى من القانون الأحوال الشخصية العراقي<sup>2</sup> تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لقانون الأحوال الشخصية.

وبناء على ما ذكر أعلاه يمكن القول أنّ التشريعات العربية اختلفت في مسألة توريث المفقود من غيره بين وقف نصيبه في التركة على فرض حياته، وبين تقسيم التركة على فرض حياة المفقود وبين فرض مماته ومقارنة أنصبة الورثة وإعطاء كلّ واحد أقل النصيبين والاحتفاظ بالباقي إلى غاية ظهور أمره أو الحكم بتمويلته، فأبي الطريقتين أدق وأحفظ لحقوق المفقود والورثة معاً، للإجابة على ذلك نأخذ مثلاً نحلّه بالطريقتين معاً ونستنتج أيهما أدق.

مثال: هلك هالك عن: زوج - أخت شقيقة - أخ لأب مفقود وأخت لأب.

الطريقة الأولى: توقيف للمفقود نصيبه على فرض حياته.

يأخذ الزوج: 2/1، الأخت الشقيقة: 2/1، والباقي للأخ لأب والأخت لأب تعصياً.

إذن أصل المسألة من 2، يأخذ الزوج: سهم واحد (1)، تأخذ الأخت الشقيقة: سهم واحد (1)، وبالتالي لم يبق شيء للأخ والأخت لأب.

في هذه الحالة وفي حالة الحكم بتمويل المفقود تأخذ الأخت لأب 6/1 تكملة ل 3/2، لكن لم يحفظ شيئاً وبالتالي تتضرر من هذه القسمة.

الطريقة الثانية: حلّ المسألة على فرضيتين وإعطاء كلّ واحد أقل النصيبين والاحتفاظ بالباقي.

1- حلّ المسألة على فرض حياة المفقود: أنظر الحالة الأولى.

2- حلّ المسألة على فرضية وفاة المفقود:

الزوج: 2/1، الأخت الشقيقة: 2/1، الأخت لأب 6/1 تكملة للثنتين.

أصل المسألة من 6، يأخذ الزوج: 03 أسهم، الأخت الشقيقة: 03 أسهم، والأخت لأب: سهم واحد، وبالتالي تؤول المسألة إلى: 07.

<sup>1</sup> - قانون رقم: 36 لعام: 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 325 منه / كانت تنص المادة 183 من القانون رقم: 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل، الملغى بالقانون رقم: 36 لسنة 2010 على "ما لا نذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة".

<sup>2</sup> - قانون رقم: 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المعدل، السالف الذكر، المادة الأولى/2: "2- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لأحكام هذا القانون".

الورثة	فرضية حياة المفقود	فرضية وفاة المفقود
	$14 = 7 * 2$	$14 = 2 * 7$
الزوج	$7 = 7 * 1$	$6 = 2 * 3$
أخت ش	$7 = 7 * 1$	$6 = 2 * 3$
أخ لأب مفقود	0	0
أخت لأب	0	$2 = 2 * 1$

**الاستنتاج:** يأخذ الزوج والأخت الشقيقة اقل النصيبين لكل واحد منهما 06 أسهم من أربعة عشر، ويحتفظ بسهمين فإن ظهر المفقود حيا لا يعطى شيئا ويتم تكملة أنصبة الأخت الشقيقة والزوج لكل واحد سهما، أما إن حكم بوفاته فتعطى السهمان للأخت لأب.

وعلية وعلى أساس ما ذكر أعلاه نجد أن الطريقة الأولى والتي يتم بموجبها تقسيم التركة على أساس حياة المفقود والاحتفاظ بنصيبه إلى غاية ظهور أمره وإن كانت صالحة لمعظم الحالات إلا أنها غير دقيقة حيث بينا قصورها في المثال المذكور أعلاه، وعليه فإن الطريقة المثلى التي تحفظ حق المفقود والورثة معا هي الطريقة الثانية المبينة أعلاه والتي أخذ بها أغلب فقهاء الشريعة.

### ثانيا- في التشريع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور حيث نص في المادة 133 من قانون الأسرة الجزائري على<sup>1</sup>: "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون".

ولكن المشرع الجزائري وإن نص على توريث المفقود منتهاجا في ذلك منهج الجمهور إلا أنه لم يبين كيفية توريثه على غرار المشرع البحريني، العراقي والأردني، وبناء على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائر وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء بينوا كيفية توريث المفقود كما ذكرنا سابقا.

<sup>1</sup>- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 133 منه.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

بإسقاط أحكام الفقه الإسلامي على توريث المفقود فإن المسألة لا تخرج من ثالث احتمالات: إما أن يكون المفقود الوارث الوحيد وحاجبا لغيره، أو يكون محجوبا حجب حرمان، وإما أن يكون وارثا ولا يحجب غيره<sup>1</sup>، ومنه يمكن حصر مسألة توريث المفقود في حالتين

**1- الحالة الأولى:** إن كان المفقود هو الوارث الوحيد للشخص الميت، أو يحجب من معه من الورثة حجب حرمان، فلا تقسم التركة بل توقف كلها للتلازم حتى يظهر أمر المفقود، إذ يلزم من كونه الوارث الوحيد لقريبه الميت وقف كل التركة، حيث أن وقفها لا يلحق أي ضرر بأحد<sup>2</sup>.

بمعنى في هذه الحالة توقف كل التركة حتى يتضح حال المفقود، فإن ظهر حيا أخذها، وإن حكم بتمويته أو ثبت موته يقينا آلت التركة إلى من يستحقها<sup>3</sup>.

**2- الحالة الثانية:** إن كان المفقود معه ورثة آخرون.

يفرض للمسألة فرضان، فرض على أساس أن المفقود حي وفرض على أساس أنه ميت، ثم ينظر إلى أنصبة الورثة الذين معه فيأخذ كل وارث أقل النصيبين ويوقف فروق الأنصبة مع ما حجز للمفقود حتى يتضح أمره<sup>4</sup>، فإن ظهر حيا أخذ نصيبه وأكملت أنصبة باقي الورثة على فرض الحياة، وإن حكم بموته رد المحجوز للورثة المستحقين له.

**الفرع الثالث: تطبيقات على ميراث المفقود**

**المثال الأول:** توفي شخص وترك ابن مفقود فقط.

الابن المفقود هو الوارث الوحيد، توقف التركة كلها، فإن ظهر حيا أخذها و إن حكم بموته آلت إلى الخزينة العامة عملا بأحكام المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على<sup>5</sup>: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية.

<sup>1</sup>- سعيد بوزيدي، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، -، 1995، ص:166.

<sup>2</sup>- عبد الكريم بن علي محمد النملة، المرجع السابق، ص: 191.

<sup>3</sup>- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص: 192.

<sup>4</sup>- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص 208.

<sup>5</sup>- أنظر: القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 180 منه.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة."

**المثال الثاني:** توفي شخص عن ابن مفقود، وأخوين لأم.

المفقود يحجب الأخوين لأم حجب حرمان، فتوقف التركة كلها فإن ظهر حياً أخذها، وإن حكم بموته آلت التركة إلى الأخوين لأم.

**المثال الثالث:** مات عن أخ شقيق مفقود، وابن عم.

الأخ الشقيق يحجب ابن العم، فتوقف التركة كلها للمفقود، فإن ظهر حياً أخذها كلها، وإن حكم بموته آلت التركة إلى ابن العم.

**المثال الرابع:** مات عن زوجة، أم، أخ لأب، أخ شقيق مفقود.

**أ- حل المسألة على فرض الحياة:**

أصل المسألة	زوجة	أم	أخ لأب	أخ شقيق
12	¼	6/1	محجوب	الباقي تعصيباً
	3	2	0	7

**ب- حل المسألة على فرض الممات:**

أصل المسألة	زوجة	أم	أخ لأب	أخ شقيق
12	¼	3/1	الباقي تعصيباً	معتبر ميت
	3	4	5	0

**ج- المقارنة:**

/	أصل المسألة	زوجة	أم	أخ لأب	أخ شقيق
فرض الحياة	12	3	2	0	7
فرض الممات	12	3	4	5	0

**د- الاستنتاج:** -تأخذ الزوجة ثلاثة أسهم من اثني عشر.

- تأخذ الأم أقل النصيبين وهو سهمان من اثني عشر.

- يوقف سبعة أسهم من اثني عشر، فإن ظهر المفقود حياً أخذها، وإن حكم

بموته يضاف سهمان إلى الأم تكملة لأربعة، ويأخذ الأخ لأب خمسة أسهم .

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

**المثال الخامس:** ماتت عن زوج، أختين لأب، وأخ لأب مفقود.

**أ- حل المسألة على فرض الحياة:**

أصل المسألة	زوج	أختين لأب	أخ لأب
2 وتصح من 8	$\frac{1}{2}$	$4=4 \times 1$ (للأختين سهم لكل واحدة، وللأخ لأب سهمان)	عصبة
	$4=4 \times 1$		

**ب- حل المسألة على فرض الممات:**

أصل المسألة	زوج	أختين لأب	أخ لأب
6 يؤول إل 7	$\frac{1}{2}$	$\frac{3}{2}$	معتبر ميت
	3	4 لكل واحدة سهمين	0

**ج- المقارنة:**

/	أصل المسألة	زوج	أختين لأب	أخ لأب
فرض الحياة	$56 = 7 \times 8$	$= 7 \times 4$ 28	$14 = 7 \times 2$	$14 = 7 \times 2$
فرض الممات	$56 = 8 \times 7$	$= 8 \times 3$ 24	$32 = 8 \times 4$	0

**ملاحظة:** 56 هو مضاعف المشترك الأصغر بين العددين 8 و7.

**د- الاستنتاج:** -يؤحد أصل المسألتين للحصول على المضاعف المشترك الأصغر وهو 56، وتحسب الأنصبة على أساس أصل المسألة الجديد.

- يأخذ الزوج أقل النصيبين وهو أربعة وعشرون سهما من ستة وخمسين.

- تأخذ الأختان لأب أقل النصيبين وهو أربعة عشر سهما من ستة وخمسين لكلّ

واحدة سبعة أسهم.

- يوقف ثمانية عشر سهما من ستة وخمسين، فإن ظهر المفقود حيّا أخذ أربعة

عشر سهما وتضاف أربعة أسهم إلى الزوج، وإن حكم بموته تضاف ثمانية عشر سهما إلى

الأختين لكل واحدة تسعة أسهم، ليصبح نصيب كل واحدة ستة عشر سهما.



الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

المثال السادس: مات عن زوجة، جدة، أب، بنت ابن، ابن ابن مفقود.

أ- حل المسألة على فرض الحياة:

أصل المسألة	زوجة	جدة	أب	بنت ابن	ابن ابن
24	8/1	6/1	6/1	الباقي تعصيبا	
	3	4	4	13	
تصح من 72	9	12	12	13	26

ب- حل المسألة على فرض الممات:

أصل المسألة	زوجة	جدة	أب	بنت ابن	ابن ابن
24	8/1	6/1	6/1 + الباقي تعصيبا	1/2	معتبر ميّت
	3	4	5=1+4	12	0

ج- المقارنة:

/	أصل المسألة	زوجة	جدة	أب	بنت ابن	ابن ابن
فرض الحياة	72	9	12	12	13	26
فرض الممات	=3×24 72	9=3×3	12=3×4	15=3×5	36=3×12	0

ملاحظة: المضاعف المشترك الأصغر بين العددين: 24 و 72 هو 72 لأنه يقبل القسمة عليه.

د- الاستنتاج: -يُوجد أصل المسألة للحصول على المضاعف المشترك الأصغر وهو 72، وتحسب الأنصبة على أساس أصل المسألة الجديد.

- تأخذ الزوجة تسعة أسهم من اثنين وسبعين.

- تأخذ الجدة اثني عشر سهما من اثنين وسبعين.

- يأخذ الأب أقل النصيبين وهو اثني عشر سهما من اثنين وسبعين.

- تأخذ بنت الابن أقل النصيبين وهو ثلاثة عشر سهما من اثنين وسبعين.

- يوقف ستة وعشرون سهما، فإن ظهر المفقود حيا أخذها، وإن حكم بموته تضاف

ثلاثة أسهم إلى الأب وثلاثة وعشرون سهما إلى بنت الابن.

### الفرع الرابع: مسألة توريث المفقود عن طريق الوصية الواجبة

نصت بعض التشريعات العربية على الوصية الواجبة والتي تعرّف قانونا بأنها "مقدار من التركة لا يزيد عن ثلثها، يعطى بحكم القانون وفق شروط خاصة، إلى أحفاد الميت الذين مات أبوهم معه، أو قبله، لحجبهم من الميراث"<sup>1</sup>، في حين خصها المشرع الجزائري بإسم التنزيل وبهذا عرفه البعض هو: "إحلال الأحماد الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيًا بالشروط القانونية"<sup>2</sup>، علما أن التنزيل في اصطلاح الفقهاء يختلف عن ذلك، وحسنا فعل المشرع المغربي الذي فرق بين المصطلحين حينما نص على الوصية الواجبة على حدة والتنزيل على حدة، حيث جاء في المادة 315 من مدونة الأسرة المغربية: "التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته"، أما المادة 369 والتي نصت على الوصية الواجبة جاء فيها "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث التركة وصية بالمقدار و الشروط التالية...".

ويشترط لاستحقاق الوصية الواجبة أو التنزيل في مقابلها في بعض التشريعات العربية الشروط التالية<sup>3</sup>:

\* أن لا يكون الأحماد وارثين للأصل جد أو جدة.

\* عدم منح الأصل لهم هبة أو وصية أثناء حياته.

\* أن يكون أسهم الحفدة بمقدار حظ أصلهم حيًا في حدود الثلث.

وقد تطرق المشرع الجزائري لمسألة التنزيل في المواد من 169 إلى 172<sup>4</sup>.

إن المشرع الجزائري لم يتعرض لكيفية توريث المفقود في مواد التنزيل، ولم يتعرض لها الفقهاء أيضا، ولهذا تم قياس ذلك على أساس القواعد العامة للميراث. وعليه تجدر الإشارة أن مسائل التنزيل التي فيها أحد الحفدة مفقود تطبق عليها القواعد العامة للميراث الخاصة بالمفقود<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص: 213.

<sup>2</sup> - جمال ليشاني، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة (الموارث)، مجلة الموثق، جويلية 1999، العدد: 07، ص 42.

<sup>3</sup> - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: من 157 إلى 169.

<sup>4</sup> - أنظر: القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المواد من 157 إلى 169.

<sup>5</sup> - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: 199.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

**مثال:** مات وترك: 3 أبناء، 3 أبناء ابن منزلين أحدهما مفقود.

**أ- حل المسألة على فرض الحياة**

أصل المسألة	3 أبناء	3 أبناء ابن
4	3	1
تصح من 12	9 لكل واحد 3 أسهم	3 لكل واحد سهم

**ب- حل المسألة على فرض الممات**

أصل المسألة	3 أبناء	3 أبناء ابن (2 أحياء+1 معتبر ميت)
4	3	1
تصح من 8	6 لكل واحد 2 سهم	2 لكل واحد سهم و لا شيء للمفقود.

**ج- المقارنة**

أصل المسألة	3 أبناء	3 أبناء ابن	L
فرض الحياة	$24=2 \times 12$	$18=6+6+6$	$6=2+2+2$
فرض الممات	$24=3 \times 8$	$18=6+6+6$	$6=0+3+3$

**ملاحظة:** لاستخراج المضاعف المشترك الأصغر بين العدد: 8 و 12 نحلها إلى جداء عوامل، حيث أن المضاعف المشترك الأصغر هو حاصل جداء العوامل المشتركة بأكبر قيمة والعوامل غير المشتركة وبالتالي:

$$3^2=2 \times 2 \times 2=8$$

$$2^2 * 3=3 \times 2 \times 2 =12$$

وبالتالي المضاعف المشترك الأصغر هو  $24=3 \times 3^2$

**د- الاستنتاج:**

- يأخذ الأبناء ثمانية عشر سهما من أربعة وعشرين، لكل واحدا منهم ستة أسهم.
- يأخذ ابني الابن أقل النصيبين وهو سهران من أربعة وعشرين لكل واحد، ويوقف سهران لابن الابن المفقود، فإن ظهر حيا أخذهما، وإن حكم بموته أضيف سهما لكل ابن ابن تكملة لثلاثة.

### المبحث الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على ماله

من شروط التوريث ثبوت موت المفقود حقيقة أو حكماً<sup>1</sup>، وكذلك المفقود لا يجوز توريثه وتقسيم ماله بين ورثته ما لم تقم بيّنة على موته أو يحكم بذلك القاضي، لأن قسمة مال المفقود مع احتمال حياته فيه ضرر بالغ له<sup>2</sup>.

إذا حكم القاضي بموت المفقود قسمت تركته بين ورثته، هنا يثار السؤال التالي: ما هو التاريخ الذي على أساسه يتم حصر الورثة وتقسيم التركة؟ لقد ذكرنا سابقاً أن وفاة المفقود إما أن تكون حقيقية أو حكومية، ومن ثم فإن تاريخ توزيع التركة يكون حسب الحالة.

ففي حالة الوفاة الحقيقية، إذا ثبت أمام القاضي وفاة المفقود بالبيّنة أو بأوراق رسمية فإن موته يكون من التاريخ التي أسندت البيّنة أو الأوراق الرسمية إليه وفاته، وعليه يرثه من كان موجوداً على قيد الحياة من ورثته في هذا التاريخ ويحرم من مات قبل تاريخ الوفاة ولو كان موجوداً وقت فقده<sup>3</sup>، أما في حالة الموت الحكومية فثمة إشكال في التاريخ الذي يعتبر منه المفقود ميتاً، فهل من تاريخ الحكم؟ أم تاريخ الفقد؟ أم تاريخ رفع الدعوى؟، هذا ما سنبيّنه بدءاً بالفقه الإسلامي، ثم نتطرق لما نصت إليه التشريعات العربية المقارنة، وفي الأخير نستعرض موقف المشرع الجزائري.

### المطلب الأول: تاريخ تحديد الورثة وتقسيم مال المفقود في الفقه الإسلامي

إن مال المفقود نوعان ماله الذي تحت ملكه، والمال الموقوف في تركة من يرثه المفقود والذي يردّ إلى ورثة مورثه، وعليه نستعرض أولاً التاريخ الذي يعتمد في تحديد ورثة وتقسيم مال المفقود في الفقه الإسلامي ثم في التشريعات العربية.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في أن تاريخ تحديد ورثة المفقود هو تاريخ الحكم بموته لكنهم اختلفوا في تاريخ تقسيم ماله، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا حكم بموت المفقود قسّم ماله، فيما ذهب المالكية في مسألة المفقود بلاد المسلمين إلى التفريق في الحكم بين ماله وزوجته، وهو ما سنوضحه أدناه.

<sup>1</sup> - سعيد بوزيدي، المرجع السابق، ص: 18 و 19.

<sup>2</sup> - يوسف عطا محمد الحلو، المرجع السابق، ص: 152.

<sup>3</sup> - أنظر: فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص: 207.

الباب الثاني: الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

### الفرع الأول: القائلون بتاريخ الحكم لتقسيم تركة المفقود

اعتبر جمهور الفقهاء إلى أن تاريخ الحكم هو تاريخ تحديد الورثة وتقسيم التركة، وفي ذلك ذهب الحنفية إلى أنه إذا حكم بموت المفقود ورثته المورثين وقت الحكم إذ جاء في البناية شرح الهداية: "وإذا حكم بموته اعتدت امرأته من ذلك الوقت، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة<sup>1</sup>". وعلى ذلك سار بعض المالكية حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "... ولا يكفي مضي مدة التعمير من غير حكم حاكم للخلاف فيها حتى إن مات من ورثة المفقود بعد مضيها وقبل الحكم فلا شيء له من مال المفقود كما أفتى به النازري وغيره...<sup>2</sup>"، وقد وافق الإباضية هذا الرأي بقولهم: "يحكم على مفقود بموت إذا مضت عليه أربع سنين من يوم فقده ويقسم ماله<sup>3</sup>".

### الفرع الثاني: القائلون بتقسيم تركة المفقود بعد بلوغه سن التعمير

خص المالكية المفقود في بلاد المسلمين بحكمين اثنين: حكم يخص زوجته إذ بعد أن يضرب لها أجل أربع سنين من يوم رفع أمرها إلى الحاكم تعدد عدة وفاة، وحكم يخص ماله فلا يقسم إلا بعد بلوغه سن التعمير<sup>4</sup>، وبرر المالكية ذلك بقولهم: "لا يقسم ماله بين ورثته إلا بتيقن موته لأنه ضرر في تبقيته وهو مفارق لزوجته، فإن أتى عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله مؤت بالتعمير وقسم ماله بين ورثته<sup>5</sup>".

إن من خلال تحليلنا لأقوال فقهاء المالكية نستنتج ثلاث فرضيات:

1- القاضي يصدر حكمين، حكم بتمويت المفقود بالنسبة لزوجته وحكم بتمويت المفقود

بالنسبة لماله، وهذه فرضية غير سوية من الناحية العملية.

1- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، المرجع السابق، ص: 367/ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 138 و 139.

2- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ص: 487.

3- ضياء الدين عبد العزيز التميمي، المرجع السابق، ص: 38 و 39.

4- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص: 52.

5- عبد الوهاب البغدادي، المرجع السابق، ص: 823.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

2- اعتبار أن الأجل المضروب للزوجة هو أجل لتلقيها بسبب الفقد، وأن حكم التمويث يكون بعد بلوغ المفقود سن التعمير، وعلى أساس ذلك لا ترثه زوجته لأنها طلقت قبل تمويته، وفي ذلك إجحاف لحقها.

3- حكم التمويث واحد فيه شقين، الشق الأول يخص رفع الضرر عن الزوجة يحكم بموته بمرور الأجل المضروب، والشق الثاني يخص مال المفقود إذ لا يقسم إلا بعد مرور مدة معينة من تاريخ الحكم بتمويته قياساً على مدة تعميره، فمثلاً أن ينص الحكم على أن لا يقسم ماله إلا بعد مرور عشر سنوات من تاريخ الحكم.

وعليه فالأرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء باعتبار تاريخ الحكم بموت المفقود تاريخاً لاعتداد زوجته وتقسيم ماله.

### المطلب الثاني: تاريخ تحديد الورثة وتقسيم مال المفقود في التشريع العربي

نبيّن أولاً تاريخ تقسيم مال المفقود في التشريع العربي المقارن ثم نبيّن موقف المشرع الجزائري.

#### الفرع الأول: تاريخ تحديد الورثة وتقسيم مال المفقود في التشريع العربي المقارن

أجمعت التشريعات العربية على أن تركة المفقود تقسم على ورثته الأحياء وقت الحكم بموته، وذلك بنصها على أن المفقود يعتبر ميتاً ابتداءً من تاريخ الحكم بموته، تجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات العربية دقت في ذلك حيث اعتبرت المفقود ميتاً من تاريخ الحكم بوفاته في حق نفسه ومن تاريخ الفقد في حق غيره، ومن ثمّ نسجل في موقف التشريعات العربية اتجاهين:

\*الاتجاه الأول: نص على الحكم العام الذي تنقضي به شخصية الإنسان وتنتقل أملاكه إلى ورثته جبراً.

\*الاتجاه الثاني: اشترط المشرع الإماراتي حتى تقسم أموال المفقود أن يحكم القاضي بموته وأن تمضي 15 سنة من تاريخ إعلان فقده<sup>1</sup>، ويبدو أن المشرع الإماراتي جانب الصواب فما فائدة الحكم بالموت دون حق في توزيع التركة.

<sup>1</sup> - قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 19/11/2005 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة: 237: "1- على القاضي في جميع الأحوال أن يبحث عن المفقود، بكل الوسائل، للوصول إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً قبل أن يحكم بوفاته. 2- يحكم القاضي بموت المفقود إذا قام دليل على وفاته. 3- للقاضي أن يحكم بموت المفقود في أحوال يغلب فيها هلاكه، إذا مضت سنة على إعلان فقده بناءً على طلب ذوي الشأن، أو إذا مضت أربع سنوات في الأحوال العادية. 4- لا توزع أموال المفقود الذي حكم بموته إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إعلان فقده".

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

### الفرع الثاني: تاريخ تحديد الورثة وتقسيم مال المفقود في التشريع الجزائري

حذا المشرع الجزائري حذو جمهور الفقهاء وما استقرت عليه التشريعات العربية حيث نص على أن المفقود لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته<sup>1</sup>، فإذا لم تصل تحريات القاضي إلى معرفة حال المفقود واستنبط من القرائن والأمارات التي بين يديه غلبة هلاكه أصدر حكما بموته اعتباريا، وحكم القاضي بموت المفقود اعتباريا منشئ للوفاة، ولذلك لا يعقل ولا يصح أن يسند إلى وقت سابق على صدوره لأنه أنشأ موتا اعتباريا<sup>2</sup>، ومادامت القرائن تقديرية كانت الوفاة من تاريخ الحكم<sup>3</sup>.

" إن حكم القاضي بموت المفقود حكما اجتهاديا على ما ترجح لديه من القرائن والأحوال والظروف ومن ثم يرثه وورثته من تاريخ الحكم فقط<sup>4</sup> ."

ومادام المفقود اعتبر ميتا من وقت صدور الحكم، فإن الذي يرثه من كان حيا من ورثته وقت صدور الحكم، ويحرم من ميراثه من مات منهم قبل صدوره ولو كان موته أثناء نظر الدعوى<sup>5</sup>.

إن المؤمنين اجتماعيا في حالة وفاتهم تصرف لهم منحا لذوي الحقوق، بالإضافة إلى ذلك نص المشرع الجزائري على تعويضات مالية لفائدة عائلات مفقودي المأساة الوطنية<sup>6</sup>، وكذا فيضانات باب الوادي وزلزال بومرداس، فهل تعتبر هذه التعويضات جزء من التركة؟

نصت المحكمة العليا أنه لا تعد منحة الوفاة عنصر من التركة، حيث أن هذه المنحة تصرف من طرف صندوق الضمان الاجتماعي أو الصندوق الوطني للمعاشات لذوي حقوق المؤمن له اجتماعيا عند وفاته، وأن هؤلاء محددین على سبيل الحصر في المادة 67 من القانون 83-11 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية<sup>7</sup>، وبالتالي فإن

<sup>1</sup>-قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، المادة: 115 منه.

<sup>2</sup>- عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق، ص: 1452.

<sup>3</sup>- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 500.

<sup>4</sup>- أنظر: بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص: 386.

<sup>5</sup>- فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص: 207.

<sup>6</sup>- أنظر: المرسوم الرئاسي رقم: 06-93 المؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006 يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية (الجريدة الرسمية العدد: 11 مؤرخة في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006).

<sup>7</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/07/29، ملف: 450050، م.ق، 2010، عدد02، ص: 340 و 341.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود  
التعويضات التي تمنحها الدولة لذوي حقوق الأشخاص المفقودين المحكوم بموتهم لا تعتبر جزءاً من التركة.

### المبحث الثالث: وصية المفقود

شرع الدين الإسلامي للشخص أن يوصي من ماله ما يشاء لمن يشاء بشروط وضعها الشرع والقانون لاستحقاق الوصية، والمفقود قد يوصي بوصية قبل أن يفقد فما حكمها؟ كما قد يوصي شخص لشخص ويفقد هذا الأخير قبل موت الموصي فهل يستحق الوصية؟، لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

#### المطلب الأول: تعريف الوصية

المطلب الثاني: استحقاق الموصى له للوصية في حالة فقد الموصي.

المطلب الثالث: مصير الوصية إذا فقد الموصى له.

#### المطلب الأول: تعريف الوصية

إن الوصية ليست موضوعاً بذاتها وإنما الغرض في التعرض لها هو بيان استحقاقها في حالة فقد الموصي أو الموصى له، لذا سنقتصر في هذا المطلب على تعريف الوصية في الفقه الإسلامي ثم إلى تعريفها في التشريعات العربية.

#### الفرع الأول: تعريف الوصية في الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء الشريعة على أن الوصية هي تصرف في التركة على سبيل التبرع وإن اختلفت تعاريفهم لها، "إلا أنه اختلاف شكلي لا يمس الجوهر والمضمون"<sup>1</sup>، فتعريفات الفقهاء للوصية متقاربة في المعنى والمقصد وإن كانت متفاوتة في الدقة والضبط<sup>2</sup> فعند المالكية عرفها ابن عرفة على أنها: "عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"<sup>3</sup>، في حين جاء في مواهب الجليل لشرح مختصر خليل على أن الوصية "تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>4</sup>.

1- أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص:133.

2- هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص:207.

3- محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي الجزء العاشر، صححه ونقحه وعلق على هوامشه حافظ عبد الرحمان محمد خير، مركز الفاروق - الإمارات العربية المتحدة-، الطبعة الأولى، 1435هـ/2014م، ص:418.

4- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل الجزء الثامن، مرجع سابق، ص:513.



الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

وعرفها عبد الوهاب خلاف " الوصية عقد يفيد تملك عين أو دين أو منفعة بلا عوض تملكها مضافا إلى ما بعد موت الموصي"<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الوصية في التشريع العربي

لم تختلف التشريعات العربية في تعريفها للوصية عما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فعرفها المشرع التونسي في الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>2</sup>: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة" ويكون بهذا قد وافق تعريف بعض المالكية، أما المشرع المغربي فعرف الوصية بتعريف ابن عرفة أي أن الوصية "عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته"<sup>3</sup>، أما المشرع المصري فعرف الوصية على أنها " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"<sup>4</sup>، ونفس التعريف ذهب إليه المشرع الإماراتي في المادة 240 من قانون الأحوال الشخصية<sup>5</sup>، والمشرع السوري في المادة 207 من قانون الأحوال الشخصية<sup>6</sup>، والمشرع الكويتي في المادة 213 من قانون الأحوال الشخصية<sup>7</sup>، والمشرع الأردني في المادة 254 من قانون الأحوال الشخصية<sup>8</sup>، في حين عرفها المشرع القطري على أنها: " تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي"<sup>9</sup> ونفس التعريف نص عليه المشرع السوداني في المادة 286 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين<sup>10</sup>، والمشرع العماني في

1- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص: 255.

2- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل: 171.

3- قانون 70-20 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 277 منه.

4- قانون رقم: 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية المصري (الوقائع المصرية، السنة: 117، العدد: 65 بتاريخ: 02 شعبان 1365هـ/01 يولييه 1946)، المادة الأولى منه.

5- قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19 الخاص بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 240: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي".

6- المرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر، المادة 207: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

7- قانون رقم: 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة 213: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

8- قانون رقم: 36 لعام: 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 254: " الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد موت الموصي".

9- قانون رقم: 22 لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 206 منه.

10- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 286: " الوصية تصرف على وجه التبرع، مضاف إلى ما بعد وفاة الموصي".

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

المادة 198 من قانون الأحوال الشخصية<sup>1</sup>، أما المشرع العراقي فعرف الوصية بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك والتبرع"<sup>2</sup>، أما المشرع الجزائري فقد وافق المشرع العراقي حيث عرّف الوصية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطرق التبرع"<sup>3</sup>، بيد أن المشرع الموريتاني عرفها بأنها "تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان عينا أو منفعة"<sup>4</sup>، أما المشرع البحريني فترك تعريفها للشريعة الإسلامية حيث نص في المادة 910 من القانون المدني أن الوصية تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية<sup>5</sup>.

### المطلب الثاني: استحقاق الموصى له للوصية في حالة فقد الموصي:

إذا أوصى شخص لشخص آخر بجزء من ماله وفقد، فما مصير هذه الوصية؟ ومتى يستحقها الموصى له؟، سنبين أولاً موقف الفقه الإسلامي ثم موقف التشريعات العربية؟

### الفرع الأول: استحقاق الموصى له للوصية في حالة فقد الموصي في الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن نفاذ الوصية يكون بعد وفاة الموصي، فإذا فقد الموصي والموصى له على قيد الحياة فثمة إشكال، فالموصي المفقود غير معلوم الحياة والوفاة.

إن المفقود حيّ في حق نفسه مدة فقدته اصطحاباً لحالته السابقة التي كان عليها، ومن ثم تجري عليه أحكام الأحياء باتفاق العلماء -كما ذكرنا في الفصل السابق- ومنه تبقى أمواله تحت ملكه ولا تنفذ وصيته حتى يموت حقيقة أو حكماً<sup>6</sup>، جاء في شرح مختصر خليل "... وإن أقام رجل البينة على أنه أوصى له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته فإذا قضى بمدته

1- مرسوم سلطاني رقم: 97/32 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان، السالف الذكر، المادة 198 منه: "الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف إلى ما بعد موت الموصي".

2- قانون رقم: 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المعدل، السالف الذكر، المادة 64 منه.

3- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 184 منه.

4- قانون رقم: 2001-052 بتاريخ: 19 يوليو 2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، السالف الذكر، المادة 203 منه.

5- مرسوم بقانون رقم: 19 لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني، السالف الذكر، المادة 910: "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية".

6- هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص: 89.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود بحقيقة أو تعميم جعل للوصي وصية وأعطت للموصى له وصيته إن كان حيا وحملها الثالث وإلا أعيدت البينة<sup>1</sup> .

ومنه فلا يستحق الموصى له الوصية إلا إذا ثبت حقيقة وفاة الموصي المفقود في هذه الحالة يشترط ثبوت حياة الموصى له بعد التاريخ المقيد للوفاة، أما إذا حكم تمويته فيشترط أن يكون الموصى له حيا بعد هذا التاريخ.

### الفرع الثاني: استحقاق الموصى له للوصية في حالة فقد الموصي في التشريعات العربية

سنبين في هذا الفرع استحقاق الموصى له الوصية في حالة فقد الموصي في التشريعات العربية المقارنة أولاً، ثم في التشريع الجزائري ثانياً.

#### **1) في التشريعات العربية المقارنة**

لم تخص التشريعات العربية هذه المسألة بنص خاص، لكنها اتفقت على أن الموصى له لا يستحق الوصية إلى بعد وفاة الموصي من جهة، ومن جهة أخرى اتفقت على أن أموال المفقود تبقى تحت ملكه إلى غاية ظهور أمره أو الحكم بموته وقد بيّنا ذلك سابقاً، وفي هذا نص المشرع التونسي في الفصل 181 مجلة الأحوال الشخصية" الموصى له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي"<sup>2</sup> ، كما نص المشرع الإماراتي في المادة: 256 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي"1 - يملك الموصى له المعين الموصى به من تاريخ وفاة الموصي بشرط القبول"<sup>3</sup>، أما المشرع السوري فنص في المادة 230 من قانون الأحوال الشخصية"1-إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت"<sup>4</sup>، وعليه فإن التشريعات العربية اتفقت على أنه من شروط نفاذ الوصية:

#### **1-موت الموصي قبل وفاة الموصى له**

<sup>1</sup> - عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطّاب الرعيني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل الجزء الخامس، مرجع سابق، ص:497.

<sup>2</sup> - أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376(13 أوت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل 181 منه.

<sup>3</sup> - قانون 2005/28 الخاص بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة:256.

<sup>4</sup> - مرسوم التشريعي رقم:59 بتاريخ:07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر، المادة 230 منه.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

2- أن يكون الموصى له موجودا بعد وفاة الموصي أي أن وفاة الموصى له قبل وفاة الموصي تبطل الوصية.

وعليه إذا كان الموصي مفقودا يبقى ماله تحت ملكه ولا يستحق الموصى له الوصية إلا بثبوت موت المفقود حقيقة أو حكم القاضي بتمويته وعندئذ يستحق الموصى له الوصية من تاريخ الوفاة في الحالة الأولى ومن تاريخ الحكم بتمويته في الحالة الثانية شريطة أن تتوفر فيه شروط استحقاقه للوصية المذكورة في القانون، فإن مات الموصى له بعد وفاة الموصي حقيقة أو حكما كانت الوصية لورثته.

## (2): في التشريع الجزائري

جاء في المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي<sup>1</sup>، أما المادة 195 من نفس القانون فجاء فيها " إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدّد ما يستحقه كلّ منهم ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي فالوصية كلّها للحي منهما...<sup>2</sup> "، و باستقراء هاتين المادتين يتبين لنا أن الموصى له لا يستحق الوصية إلى بعد وفاة الموصي، وعليه نقول أنه فقها وقانونا إذا كان الموصي مفقودا فماله يبقى تحت ملكه بما فيه الشيء الموصى به حتى تثبت وفاته حقيقة أو يحكم القاضي بتمويته، وحينئذ يستحق الموصى له الوصية إن كان حيا، أما إذا مات الموصى له بعد التاريخين المذكورين فالوصية لورثته، وفي حين إن مات الموصى له قبل ثبوت وفاة الموصي حقيقة أو حكما فتبطل الوصية.

<sup>1</sup> - أنظر: قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، المادة: 197 منه.

<sup>2</sup> - أنظر: قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل، المادة: 195 منه.

### المطلب الثالث مصير الوصية إذا فقد الموصى له

لفقد الموصى له ثلاث حالات: فإما أن يكون ذلك قبل وفاة الموصي، أو بعد وفاة الموصي وقبل قبوله للوصية، أو بعد وفاة الموصي وبعد قبوله للوصية، هذه الأخيرة لا إشكال فيها تنفذ الوصية وتدخل ضمن أموال المفقود، لذا سنبين مصير الوصية في الحالتين الأولى والثانية.

#### الفرع الأول: فقد الموصى له قبل وفاة الموصي

إذا فقد الموصى له قبل وفاة الموصي ثم ثبتت وفاته حقيقة أو حكم القاضي بموته والموصى له على قيد الحياة فتبطل الوصية فقها وقانونا، لأن من مبطلات الوصية موت الموصى له قبل موت الموصي.

أما إذا مات الموصي والموصى له مفقودا، فالراجح في الفقه الإسلامي أنه يوقف ما يستحقه من وصية غيره إلى غاية ظهوره أو الحكم بموته، فإن حكم بموته أعطي ما وقف لورثة الموصي لأن المفقود المحكوم بموته بالنسبة لها يعتبر ميتا من تاريخ فقده<sup>1</sup>، أما التشريعات العربية فلم تنص على ذلك وأن ما ورد في التشريعات العربية حول ذلك:

#### **1- في التشريع الموريتاني:**

نصت المادة 223 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني<sup>2</sup> على: "إذا فقد الموصى لهم فالموجود منهم عند وفاة الموصي أخذ غلة الموصى به، ويشاركه في ذلك كل من طرأ منهم حتى اليأس من وجود الباقيين، وحينئذ يقسم الموجودون عين الموصى به ويعطى نصيب من مات منهم لورثته"، ومن خلال تحليلنا لهذه المادة نستنتج أن المشرع الموريتاني يقصد إذا كانت العين الموصى بها مشتركة بين عدة أشخاص منه مفقودون وأن الموصي لم يحدّد نصيب كلّ منهم، حيث أن المشرع حسم مسألة الغلة والتي يستحقها الموجودين فقط، أما العين فلا تقسم إلا بين الحاضرين أو ورثة من مات منهم بعد وفاة الموصي طبعاً بعد اليأس من وجود المفقودين، ويبدو أنه جانب الصواب فكان عليه أن ينص على تقسيمهم للوصية بعد الحكم بموت المفقودين.

<sup>1</sup> - قحطان هادي القرغولي، المرجع السابق، ص: 173.

<sup>2</sup> - قانون 2001-052، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة 223.

## 2- في التشريع اللبناني

نص المشرع اللبناني في المادة 38 من قانون الإرث لغير المحمدين أن المفقود إذا ظهر حيا أخذ المعلق له من الوصية<sup>1</sup>، ومن ثم يستنتج أن المشرع اللبناني وافق موقف الراجح في الفقه الإسلامي إذ يوقف مقدار الوصية إلى غاية ظهور أمر المفقود فيأخذه أو يحكم بموته فيستحقه ورثة الموصي.

أما التشريعات العربية الأخرى فلم تخص مسألة فقدان الموصي له بنص خاص وبالقياس على الأحكام العامة التي تنظم مسألة أثر فقدان الشخص على ماله ومال غيره، فإنه تقاس الوصية على أحكام ميراث المفقود من غيره والتي ذكرناه سابقا.

### الفرع الثاني: فقد الموصي له بعد وفاة الموصي وقبل قبوله للوصية

حتى يمكن استنباط الأحكام الخاصة بهذه المسألة يتطلب الأمر التعرض أولاً للمدة المحددة شرعا وقانونا للموصي حتى يقبل الوصية أو يردّها، ثم نستنتج في الأخير الحكم الموافق لهذه الحالة.

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن قبول أو ردّ الوصية يكون بعد وفاة الموصي ولا اعتبار لقبولها في حياة الموصي ولم يخالفهم إلا زفر في مسألة الردّ<sup>2</sup>، "واتفقوا على أن القبول أو الرد لا يشترط فور وفاة الموصي، بل يثبت على التراخي"<sup>3</sup>، ويرى بعض الفقهاء أن الورثة وبعد أن يعلم الموصي له بالوصية ومطالبتهم له بإبداء قبوله أو رده يمكنهم رفع الأمر إلى القاضي لمطالبة الموصي له بإبداء رأيه<sup>4</sup>.

أما التشريعات العربية فقد وافق معظمها موقف جمهور الفقهاء إذ نصت على أن قبول الوصية لا اعتبار له إلا بعد وفاة الموصي، حيث جاء في المادة 1/299 من قانون الأحوال الشخصية السوداني<sup>5</sup>: "لا يكون قبول الوصية أو ردّها معتبرا، إلا بعد وفاة الموصي"، وقد سار

<sup>1</sup> - قانون مؤرخ في 1959/06/23 المعدل، المتضمن قانون الإرث لغير المحمدين اللبناني، المعدل، السالف الذكر، المادة 38 منه.

<sup>2</sup> - أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص: 147 و148.

<sup>3</sup> - محمد أبوزهرة، شرح قانون الوصية-دراسة مقارنة بمصادره الفقهية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة-جمهورية مصر العربية-، ص: 18.

<sup>4</sup> - هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص: 233.

<sup>5</sup> - قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 1/299 منه.

## الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

على ذلك المشرع السوري في المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية<sup>1</sup>، المشرع الكويتي في المادة 230 من قانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، المشرع الموريتاني في المادة 214 من قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>، المشرع الأردني في المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية<sup>4</sup>، المشرع المغربي في المادة 290 من مدونة الأسرة<sup>5</sup>، المشرع التونسي في المادة 214 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>6</sup>، المشرع اليمني في المادة 233 من قانون الأحوال الشخصية<sup>7</sup> والمشرع المصري في المادة 20 من قانون الوصية<sup>8</sup>، وقد وافق المشرع الجزائري ذلك بنصه في المادة 197 من قانون الأسرة على أن قبول الوصية يكون صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي، فيما ذهبت بعض التشريعات العربية أن قبول الوصية يكون إما بعد وفاة الموصي أو حال حياته واستمراره على قبولها بعد وفاته، وبالتالي فالعبرة بالرد أو الاستمرار على القبول بعد الوفاة، حيث نص على ذلك المشرع الإماراتي في المادة 252 من قانون الأحوال الشخصية<sup>9</sup>، والمشرع القطري في المادة 217 من قانون الأسرة<sup>10</sup>.

- 1- مرسوم تشريعي رقم: 59 بتاريخ: 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر، المادة 227: "1- يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي...".
- 2- قانون رقم 51 لسنة 1984 المعدل، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، السالف الذكر، المادة: 230: "تلتزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي".
- 3- قانون 052-2001، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة 214: "تزد الوصية برد الموصى له المعين الكامل الأهلية وينتقل حقه فيها لورثته بموته ولا يعتبر الرد إلا بعد وفاة الموصي".
- 4- قانون رقم: 36 لعام 2010، خاص بالأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 257: "تلتزم الوصية بقبولها من الموصي صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي وتزد بردها صراحة بعد وفاة الموصي".
- 5- قانون 70-20 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 290: "لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي".
- 6- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956)، بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل: "214 تزد الوصية برد الموصى له المعين الكامل الأهلية وينتقل حقه فيها لورثته بموته ولا يعتبر الرد إلا بعد وفاة الموصي".
- 7- قرار جمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992، المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، المعدل، السالف الذكر، المادة 258: "للموصى له رد الوصية أو قبولها بعد وفاة الموصي لا قبله...".
- 8- قانون 71 لسنة 1946، المتضمن قانون الوصية المصري، السالف الذكر، المادة 20: "تلتزم الوصية بقبولها من الموصي له صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي".
- 9- قانون اتحادي رقم: 28 لسنة 2005، في شأن الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 252: "1- يشترط في الوصية لشخص معين، قبولها بعد وفاة الموصي، أو حال حياته واستمراره على قبولها بعد وفاته".
- 10- قانون رقم: 22 لسنة 2006، بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 217: "يشترط في الوصية لشخص قبوله بعد وفاة الموصي أو حال حياته واستمراره على قبولها بعد وفاته".

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

أما من حيث المدة المحددة قانوناً للقبول أو الردّ فانقسمت التشريعات العربية إلى اتجاهين:

1- **الاتجاه الأول تحديد مدة للقبول:** ذهب بعض التشريعات العربية إلى تحديد مدة زمنية للموصى له لقبول الوصية أو ردّها شريطة العلم بها، حيث حدّد المشرع الإماراتي ثلاثين (30) يوماً بعد علمه بالوصية لإبداء رأيه وأن سكوته فيها قبولاً لها، وتمدد المدة إلى خمسين (50) يوماً في حالة إذا كانت الوصية معلقة على تنفيذ التزام، ما لم يكن هناك مانع معتبر يحول دون ردّه<sup>1</sup>، في حين اعتبر المشرع السوداني سكوت الموصى له ثلاثين يوماً بعد علمه بالوصية قبولاً لها<sup>2</sup>، وقد وافقه المشرع القطري في ذلك<sup>3</sup>، أما المشرع السوري فزاد على ذلك أن وفاة الموصى له خلال الثلاثين يوماً دون ردّ ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلاً لها وكانت تركة لورثته<sup>4</sup>.

2- **الاتجاه الثاني عدم تحديد مدة للردّ:** ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن للموصى له التراخي في الردّ والقبول وهذا أخذاً برأي جمهور الفقهاء، ذهب كلّ من: المشرع الجزائري<sup>5</sup>، المغربي<sup>6</sup>، والتونسي<sup>7</sup>، والمشرع الموريتاني<sup>8</sup> إلى أنه يشترط في القبول أو الردّ أن يكون بعد وفاة الموصي ودون تحديد زمن لذلك، إلا أن بعض التشريعات العربية الأخرى والتي سارت على هذا النهج وتقطنت لمسألة ضرر التراخي في الردّ على ورثة الموصي فجعلوا لذلك حلاً، فنص المشرع الأردني إلا أن لورثة الموصي إذا استطل عليهم ردّ أو قبول الموصى له إعداره عن طريق المحكمة التي تحدّد له أجلاً لا يتجاوز ثلاثين يوماً فإن لم يجب ولم يكن له عذر

1- قانون اتحادي رقم: 28 لسنة 2005، في شأن الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 253 منه.

2- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 299/ منه.

3- قانون رقم: 22 لسنة 2006، بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 218: "لا يشترط قبول الوصية فور وفاة الموصي، ويعتبر سكوت الموصي له ثلاثين يوماً بعد علمه بالوصية قبولاً لها".

4- مرسوم تشريعي رقم: 59 بتاريخ: 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر، المادة 227 منه.

5- قانون 84-11 المعدّل، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، المادة 197 منه.

6- قانون 70-20 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، المادة 290 منه.

7- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956)، بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل 214 منه.

8- قانون 052-2001، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني، السالف الذكر، المادة 214 منه.



الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود  
مقبول بطلت الوصية<sup>1</sup>، وفي نفس السياق ذهب المشرعين المصري<sup>2</sup> و الكويتي<sup>3</sup> مع اختلاف  
طفيف في الإجراءات، أما المشرع اليمني فقد نص أن الموصي له إذا علم بالوصية ولم يحضر  
القسم، وطلبه الورثة عند القاضي فامتنع عن الحضور حكمت المحكمة باعتباره رادًا<sup>4</sup>.  
وعليه فلا الشرع ولا القانون بيّن مسألة مصير الوصية إذا فقد الموصى له قبل القبول،  
وبناء على ما ذكر أعلاه وقياسا على الأحكام القانونية التي نصت على مسألة رد الوصية أو  
قبولها نتوصل إلى ما يلي:

- 1- إذا فقد الموصى له بعد فوات المدة المحددة في القوانين التي تنص على ذلك فالأمر  
مفصول فيه قانونا إما باعتبار السكوت قبولا أو رداً.
- 2- أما بالنسبة للتشريعات التي تعطي الموصى له الحق في التراخي في الرد، أو في  
حالة فقدان الشخص قبل فوات المدة المحددة قانونا بالنسبة للتشريعات التي تنص على ذلك،  
فالمسألة فيها حلان: إمّا استحقاق الموصى له للوصية دون حاجة إلى قبول بناء على بعض  
الآراء الفقهية التي تعتبر أن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة ولا تحتاج إلى قبول، أو وقف  
الوصية إلى غاية ظهور أمر المفقود، فإن ظهر حيّا كان له قبول الوصية أو ردها وإن حكم  
بموته انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته، لذا فعلى المشرع الجزائري استدراك هذه المسألة بمواد  
قانونية تعالج مسألة المفقود بصفته موصي أو موصى له.

---

<sup>1</sup> - قانون رقم: 36 لعام 2010، خاص بالأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 261 منه.

<sup>2</sup> - قانون 71 لسنة 1946، المتضمن قانون الوصية المصري، المادة 22 منه.

<sup>3</sup> - قانون رقم 51 لسنة 1984، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل، السالف الذكر، المادة: 232 منه.

<sup>4</sup> - قرار جمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 المعدل، المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، السالف الذكر، المادة  
258 منه.

### المبحث الرابع: أثر ظهور المفقود حيًا على ماله

إن حكم القاضي بتمويت المفقود بعد مرور المدة الزمنية التي اشترطها الفقه والقانون لم يكن مبناه اليقين بل ما غلب على ظنه بعد البحث والتحري، إذن فهو وليد الاجتهاد، ومن لوازم الاجتهاد احتمال الخطأ، بمعنى أنه قد يظهر المفقود بعد ذلك حيًا يرزق<sup>1</sup>.

إذا عاد المفقود قبل توزيع التركة فلا إشكال في ذلك، فتعود إليه أمواله ويتصرف فيها، أما إن ظهر المفقود حيا بعد توزيع التركة على الورثة، فهل له أن يسترجعها منهم؟ للإجابة على ذلك سنتطرق لموقف الفقه الإسلامي، ثم موقف التشريعات العربية.

### المطلب الأول: أثر ظهور المفقود حيًا على ماله في الفقه الإسلامي

نتطرق أولاً لقول جمهور الفقهاء ثم لقول الحنابلة.

#### الفرع الأول: قول جمهور الفقهاء

يرى الحنفية أن المفقود إذا عاد حيًا بعد الحكم بموته أقرانه فالظاهر أنه كالميت إذا أحيي و المرتد إذا أسلم، فيأخذ ما بقي في أيدي الورثة ولا يطالبهم بما ذهب<sup>2</sup>، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والمالكية، حيث أنه إذا ظهر المفقود حيًا بعد الحكم بموته وبعد أن قسمت تركته استرد ما وجده من أمواله قائما بين أيدي ورثته ولا يطالبهم بما استهلك أو هلك منها<sup>3</sup>، أي ترد إليه أمواله التي لم يتصرفوا فيها، أما الأموال التي تم التصرف فيها من قبل الورثة فلا يمكنه أن يرجع عليهم بشيء ولا يحق له مطالبتهم بها وليس عليهم ضمانها<sup>4</sup>، فالورثة لا يضمنون ما تصرفوا فيه لأنهم تصرفوا فيه على أساس أنه ملك لهم بحكم قضائي شرعي سليم<sup>5</sup>، فالورثة تملكو هذه الأموال بطريق شرعي حيث آلت إليهم بموجب حكم قضائي، وعليه صار كل واحد من الورثة مأذونا له شرعا بأن يتصرف في ما آل إليه من أموال، وبالتالي لا يضمنون ما تصرفوا فيه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر: هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص: 175.

<sup>2</sup> - شمس الدين التمرتاشي، رد المحتار على الدر المختار حاشية بن عابدين على شرح الشيخ علاء الدين محمد بن علي الحصكفي لمتن "تتوير الأبصار" الجزء السادس، مرجع سابق، ص: 456.

<sup>3</sup> - سليمان بن عيسى آكلي، المرجع السابق، ص: 338.

<sup>4</sup> - محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص: 306.

<sup>5</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 501.

<sup>6</sup> - محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم شافعي، نفس المرجع، ص: 494.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

### الفرع الثاني: قول الحنابلة

يرى الحنابلة أن المفقود إذا قدم حيًا بعد قسمة تركته أخذ ما وجد عينا في أيدي الورثة لتبين عدم انتقال ملكه عنه، ورجع عليهم بالباقي أي بقيته لتعذر رده عينا<sup>1</sup>. وبالتالي فإن الحنابلة يرون أن على الورثة ضمان ما استهلك من المال بعد توزيع التركة<sup>2</sup>.

وأرى أن الرأي الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، إلا أن الورثة قد يتصرفوا فيما آل إليهم من تركة مورثهم المفقود بسوء نية خشية ظهوره، وعلى ذلك يمكن التوفيق بين الرأيين، ولذلك أقترح الرأي التالي: إذا رجع المفقود حيًا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي عينا في أيدي الورثة، ولا يرجع عليهم بما استهلكوه إلا ما كان بسوء نية.

### المطلب الثاني: أثر ظهور المفقود حيًا على ماله في القانون

وفقا للمنهج المتبع نبين أثر ظهور المفقود حيًا على ماله في التشريع العربي المقارن ثم نوضح موقف المشرع الجزائري.

### الفرع الأول: في التشريع العربي المقارن

وافقت معظم التشريعات العربية رأي جمهور الفقهاء في أن المفقود إذا ظهر حيًا أخذ ما بقي في أيدي الورثة، فيما أخذت بعض التشريعات بموقف الحنابلة، وتجدر الإشارة أن المشرع اللبناني فصل في المسألة، بينما لم تتص بعض التشريعات الأخرى على هذا المسألة محيلة الأمر إلى الشريعة الإسلامية، وعليه يمكن تقسيم موقف التشريعات العربية إلى أربعة اتجاهات. **أولاً) الاتجاه الأول - موافقة رأي جمهور الفقهاء -**

نص المشرع السوداني إلى أن المفقود إذا ظهر حيًا بعد الحكم بموته يستحق ما بقي من ماله في أيدي الورثة<sup>3</sup>، ونفس الحكم ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية<sup>4</sup>، وسار على نفس النهج أيضا المشرع المصري بنص المادة 45 من قانون

1- ابراهيم بن محمد بن سالم الضويان، المرجع السابق، ص: 89.

2- يوسف عطا محمد الحلو، المرجع السابق، ص: 176.

3- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991، السالف الذكر، المادة 266 منه.

4- أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 (13 أوت 1956)، بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، السالف الذكر، الفصل 151: "يوقف للمفقود من تركة مورثة نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه و إن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه بأيدي الورثة".

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

الميراث<sup>1</sup>، وجاء موقف المشرع الأردني في نفس الصياغ حينما نص على أن المفقود إذا ظهر حياً يرجع على ورثته بتركته ما عدا ما استهلك منها<sup>2</sup>، بينما جاء موقف المشرع الكويتي أكثر دقة حينما نص على عدم أحقية المطالبة بما خرج من أيدي الورثة حيث جاء نص المادة 333 من قانون الأحوال الشخصية على النحو التالي<sup>3</sup>: "إذا حكم بموت المفقود واستحق ورثته تركته، ثم جاء هذا المفقود، أو تبين أنه حيّ، فله الباقي من تركته في يد ورثته، ولا يطالب بما ذهب من أيديهم"، أما المشرع الإماراتي فلم يدقق اللفظ حينما نص على أن المفقود إذا ظهر حياً بعد الحكم بموته رجع على ورثته بتركته عدا ما هلك منها<sup>4</sup>، فلفظ ما هلك يعني أن الهلاك كان بسبب خارج عن إرادة الورثة ويبدو أنه يقصد ما استهلك منها، فيما جاء موقف المشرع القطري أكثر دقة حينما نص في المادة 292 الفقرة الثانية<sup>5</sup> من قانون الأحوال الشخصية أن المفقود إذا رجع حياً بعد الحكم بموته يأخذ ما بقي في يد الورثة من نصيبه في تركة مورثه، فيما نصت المادة 293<sup>6</sup> أنه يأخذ ما بقي في يد ورثته من تركته ولا يعود عليهم بما فات.

إن السبب في استرداد المفقود بعد ظهوره حياً لأمواله الموجودة في أيدي ورثته هو أن ملكيته لها ثابتة من قبل وأن زوالها وانتقالها إلى غيره لم يكن على أساس سليم، أما سبب عدم أحقيته في استرداد ما استهلك منها فذلك لأنهم تسلطوا عليه بموجب حكم قضائي، والقاضي أصدر حكمه بموجب ولايته العامة وبناء على القانون فلا يكون متعدياً<sup>7</sup>.

إن ما يلاحظ أن بعض نصوص التشريعات المذكورة أعلاه لم تكن دقيقة في لفظها إذ اقتصر على مال المفقود على نصيبه من مورثه، بينما أن ماله يشمل تركته ونصيبه من مورثه وهو ما تفتن له المشرع القطري.

1- قانون رقم 77 لسنة 1943 المعدل، المتضمن قانون الميراث المصري، المادة 45 منه.

2- قانون رقم: 36 لعام 2010، خاص بالأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر، المادة 203 منه.

3- قانون رقم 51 لسنة 1984 المعدل، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، السالف الذكر، المادة: 333 منه.

4- قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 2005/11/19، في شأن الأحوال الشخصية الإماراتي، السالف الذكر، المادة 239 منه.

5- قانون رقم: 22 لسنة 2006، بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 292 منه.

6- قانون رقم: 22 لسنة 2006، بإصدار قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، المادة 293 منه.

7- هاني الطعيمات، الرجوع السابق، ص: 175.

### ثانياً) الاتجاه الثاني - موافقة رأي الحنابلة-

وافق المشرع اليمني رأي الحنابلة حيث نص في المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية اليمني على<sup>1</sup>: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حياً فإنه: أ-يستحق جميع ماله"، ويبدو أن هذه المادة كانت قبل التعديل موافقة لرأي الجمهور ومعظم التشريعات العربية وأن المشرع أعاد النظر فيها أخذاً بمذهب الزيدية<sup>2</sup> وكذا الحنابلة.

### ثالثاً) الاتجاه الثالث - موقف المشرع اللبناني-

فصل المشرع اللبناني في مسألة أثر ظهور المفقود حياً على ماله فقد جاء في المادة 38 من قانون الإرث لغير المحمديين ما يلي<sup>3</sup>: "إذا ظهر المفقود حياً خلال خمس سنوات بعد الحكم بوفاته أخذ جميع أمواله من أيدي الورثة، المعلق له من إرث غيره، ومن الوصية، وإن ظهر حياً بعد مضي المدة أخذ ما بقي بأيدي الورثة، ولا يحول ذلك على استرداد ما اتصل إلى الغير من أمواله بسوء النية"، وعليه نستنتج من هذه المادة أحكام تخص حالتين:

1- الحالة الأولى: في حالة ظهور المفقود حياً خلال فترة خمس سنوات من تاريخ الحكم بموته له الحق في استرجاع كامل تركته التي اقتسمها ورثته، وكذا نصيبه الذي كان محتفظاً به من تركته مورثيه بالإضافة ما يستحقه من الوصية.

2- الحالة الثانية: في حالة ظهور المفقود حياً بعد مرور خمس سنوات من تاريخ الحكم بموته يأخذ ما بقي في أيدي الورثة، وله الحق في المطالبة ما اتصل إلى الغير بسوء نية، أي بمفهوم المخالفة أنه لا يطالب الورثة بما استهلكوه بحسن نية.

---

<sup>1</sup> - قرار جمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992، المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني، المعدل، السالف الذكر، المادة 120 منه.

<sup>2</sup> - عبد الحكيم محسن عطروش، المرجع السابق، ص: 79.

<sup>3</sup> - قانون مؤرخ في 23/06/1959، المتضمن قانون الإرث لغير المحمديين اللبناني، المعدل، السالف الذكر، المادة 38 منه.

## الفرع الثاني: في التشريع الجزائري

سلك المشرع الجزائري مسلك الحنابلة حيث نص في المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري على<sup>1</sup>: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلى بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيًا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

تجدر الإشارة أن معظم الدراسات التي تطرقت لهذا الموضوع ذهبت في تفسيرها لهذه المادة إلى أن المفقود إذا ظهر حيًا بعد الحكم بموته أخذ مالم يستهلك ويرجع على الورثة بقيمة ما تصرفوا فيه بالبيع، أما ما تم التصرف فيه بغير البيع كالهبة والوصية فلا ضمان فيه<sup>2</sup>، وفي ذلك لا أوافقهم الرأي إذ كيف يقتصر الضمان على ما تم التصرف فيه بالبيع فقط، وعليه يبدو أن المشرع الجزائري استعمل كلمة ما بيع منها، والظاهر من فحوى النص أن المقصود هو ما استهلك منها، وبالتالي إذا رجع المفقود حيًا أخذ ما لم يستهلك من أمواله، أما ما استهلك منها فيرجع على الورثة بقيمته، فإن رفضوا ذلك يمكنه رفع ضدهم دعوى الاسترداد، أما عن كيفية استرجاع قيمة الأموال المستهلكة فيحق له أن يرفع على الورثة دعوى الاسترداد وفقا للإجراءات التي نص عليها القانون<sup>3</sup>.

إن الورثة تملكوا مال المفقود بحكم قضائي شرعي سليم وتصرفوا فيه كونه ملك لهم على هذا الأساس فلا ضمان عليهم<sup>4</sup>، " ولأنهم عندما تصرفوا فيه تصرفوا باعتبارهم مالكين بمقتضى الحكم الذي حكم بموت المفقود<sup>5</sup>"، كما أن الضمان يكون إما بالعقد وإما بالتعدي، وفي هذه الحالة لا عقد يوجب الضمان ولا تعدي<sup>6</sup>، وبالتالي لا وجود لسبب يبني عليه لمطالبة الورثة بقيمة ما استهلكوه، ومن خلال مقارنة التشريعات العربية التي وافقت في معظمها أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية نستنتج ما يلي:

<sup>1</sup>- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل، السالف الذكر، المادة 115 منه.

<sup>2</sup>- أنظر: علال طحطاح، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1- الجزائر، العدد: 32، الجزء الثالث، سبتمبر 2018، ص: 47. / نوي عبد النور، المرجع السابق، ص: 360 و 361. / شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص: 85. / شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص: 80.

<sup>3</sup>- أنظر: نوي عبد النور، المرجع السابق، ص: 360 إلى 364.

<sup>4</sup>- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 501.

<sup>5</sup>- عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص: 182.

<sup>6</sup>- محمد أبوزهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، ص: 224.

الباب الثاني: \_\_\_\_\_ الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

1- جلّ التشريعات العربية لم تكن دقيقة في وصف مال المفقود فمنهم من قال يأخذ نصيبه وكأنه حصر ذلك فيما وقف للمفقود من ميراث غيره، ومنهم من أشار إلى تركته وكأنه أهمل إرثه من غيره، وتنوّه في هذا بموقف المشرعين اللبناني والقطري اللذين فصّلا في ذلك، كما أحسن المشرع اليمني صنعا عندما جمعها في كلمة "ماله" وهو ما نص عليه المشرع الجزائري أيضا.

2- إن التشريعات العربية في مجملها أخذت إما برأي الجمهور وهو أن المفقود إذا رجع حيا أخذ ما بقي في أيدي الورثة، أو برأي الحنابلة الذي يرى أن الورثة يضمنون ما استهلكوه، أما المشرع اللبناني فإنه أخذ بالرأيين بتقسيمه للفترة التي قد يرجع فيها المفقود، إلا أن ما جعل موقفه جدير بالدراسة هو نصه على حق المفقود في استرداد ما استهلك بسوء نية.

وعليه نقترح على المشرع الجزائري التعديل التالي: "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي من أمواله في أيدي الورثة، ولا يعود عليهم بما استهلكوه إلا ما كان بسوء نية"، بالتالي يكون قد أخذ بالتفسير الإيجابي لرأي جمهور الفقهاء، لذا وجب على القاضي عند تفسيره للنصوص التشريعية المبنية على رأي الجمهور الأخذ بالقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، وأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إثراء الورثة على حساب المفقود، وخاصة إذا أضحى معسرا بسبب اقتسام تركته<sup>1</sup>، علما أن سوء النية يحتاج إلى اثبات.

<sup>1</sup> - قحطان هادي عبد القرغولي، المرجع السابق، ص: 175 و176.





## الخاتمة

## الخاتمة:

إن ظاهرة فقدان قد تكون بسبب ظواهر طبيعية منها الزلازل والفيضانات، أو اجتماعية والتي منها ظاهرة الحرق، أو نتيجة نزاعات مسلحة، فمعظم البلدان العربية شهدت في العشرية الأخيرة نزاعات مسلحة نتج عنها آلاف المفقودين، والجزائر من بين الدول التي عرفت في العقدين الأخيرين كوارث طبيعية، وظواهر اجتماعية نتج عنها كذلك آلاف المفقودين، وشغلت هذه الظاهرة مساح القضاء، وصفحات الجرائد، إلا أن هذا الموضوع ورغم تعرض الباحثين له في الآونة الأخيرة في دراسات وبحوث قانونية دورية إلا أنه لا يزال يحتاج إلى بحوث دقيقة في بعض الجزئيات، فالملاحظ أن واضعي القانون لم يعطوا لهذا الموضوع حقه ولم يترجموا هذه البحوث إلى قواعد ثابتة تعالج هذا الموضوع بصفة جذرية تتماشى والتطور الحاصل في وسائل البحث و التحري، فإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى اجتهدوا أنذاك في وضع قواعد وأحكام تنظم حالة فقدان بما يتماشى ووسائل البحث المتوفرة آنذاك لانعدام نص من القرآن والسنة لاسيما بخصوص مدة التمويت، فإن التشريعات العربية وضعت أحكاما تخص المفقود بقيت في معظمها حبيسة اجتهادات المذاهب الفقهية القديمة رغم إجراء بعض التعديلات لكنها غير كافية، علما أن الفقه المعاصر فتح باب الاجتهاد والتقدير في بعض أحكام المفقود لاسيما مدة التبرص، وهو ما تبناه المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة عام 1434هـ.

إن الظروف الاستثنائية التي مرت بها بعض الدول العربية لاسيما الجزائر ومصر دفعت واضعي القانون إلى مراجعة بعض الأحكام بما يتماشى وهذه الحالات، فالمشرع المصري نجح في تعديل بعض المواد لجعلها تتماشى والحالات الاستثنائية ولها في الشريعة الإسلامية ما يبررها لاسيما في الفقه المالكي، أما المشرع الجزائري فبدل أن يعدل بعض مواد قانون الأسرة لجعلها تعالج وتتلاءم مع الحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر والتي منها فيضانات باب الوادي وزلزال بومرداس عمد إلى إصدار قوانين خاصة تعالج كل ظاهرة على حدة، فكان لهذه القوانين الأثر الظرفي ولم يعالج المشكل من أساسه، فإذا حلت حالة استثنائية جديدة يستوجب على المشرع معالجتها من جديد لقصور قواعد قانون الأسرة في احتوائها.

## أولاً) النتائج المتوصل إليها

إن من خلال معالجاتي لهذا الموضوع توصلت إلى جملة من النتائج أخصها فيما يلي:

1- تطرق فقهاء الشريعة لمسألة فقدان في بابين باب النكاح وباب الميراث، وقد سارت التشريعات العربية على هذا المنهج حيث عالجت مسألة المفقود في قوانين الأحوال الشخصية، باستثناء المشرعين العراقي والليبي، فقد عالج المشرع العراقي مسائل المفقود ضمن قانون خاص يسمى: قانون رعاية القاصرين بالإضافة إلى بعض الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع الليبي فنص عليه أيضا في قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم بالإضافة إلى بعض الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية، والملاحظ أن ما ذهب إليه المشرعين العراقي والليبي هو عين الصواب خاصة إذا تم توسيع دائرة هذا القانون ليشمل جميع أحكام المفقود، كما تجدر الإشارة أن معظم التشريعات العربية تحيل إلى مذهب معين في ما لم يوجد فيه النص، فعلى سبيل المثال: يحيل المشرع المغربي إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام، المشرع القطري: يحيل إلى الراجح من المذهب الحنبلي، المشرع المصري: بالنسبة للمسلمين يحيل إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، المشرع الموريتاني: يحيل إلى المشهور من مذهب مالك، المشرع الإماراتي: يحيل إلى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب أحمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب أبي حنيفة، أما المشرع الجزائري فترك السلطة التقديرية للقاضي حينما أحال فيما لم يوجد فيه نص على مبادئ الشريعة الإسلامية.

2- تقاطعت تعريفات التشريعات العربية للمفقود مع تعريفات الفقه الإسلامي في مجملها، مع الإشارة أن التعريف الأكثر دقة هو تعريف الحنفية والذي أخذت به بعض التشريعات العربية لاسيما المشرع الجزائري، وبالتالي أن تعريف المفقود هو شخص غائب لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، مع الإشارة أن التشريع الجزائري هو التشريع العربي الوحيد الذي اشترط صدور حكم قضائي لاعتبار الشخص مفقودا، وأرى في ذلك عين الصواب لأنه بالحكم القضائي يتم ضبط تاريخ فقدان الذي يبني عليه سريان بعض الأحكام.

3- إن لفظ المفقود يتداخل مع الغياب، لذا كان لزاما التفرقة بينهما، فإذا كان الفقه الإسلامي فرّق بين المفقود والغائب، فإن معظم التشريعات العربية لم تعط تعريفا خاصا للغائب، باستثناء المشرع السوداني، الإماراتي، الليبي، والعماني، والتي وإن عرّفت الغائب إلا أن تعريفاتها جاءت قاصرة، وما يعاب على المشرعين الجزائري والسوري أنهما نصا على اعتبار

الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقر إقامته وتسبب ذلك في ضرر للغير يأخذ حكم المفقود وهو اجتهاد يجانب الصواب.

4- من حيث الإجراءات اشترط المشرع الجزائري أنه لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بحكم، بعد تقديم دعوى من ورثته، النيابة العامة، أو كل ذي مصلحة، حيث يختص قسم شؤون الأسرة نوعيا للفصل في الدعوى، أما الاختصاص الإقليمي فيؤول إلى محكمة موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف فآخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن فيؤول الاختصاص إلى محكمة الموطن المختار، لكن لم يبين المشرع على من ترفع الدعوى، مما جعل القضاء يختلف في ذلك إلى أربعة آراء: أحد الورثة، النيابة العامة، والمفقود نفسه، أو النائب القانوني، وهذا ما يؤدي في كثير من الأحوال إلى رفض الدعوى شكلا.

5- يظهر من خلال استقراء أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية أن ضرب الأجل يكون بحكم حاكم وهذا ما يعبر عنه في وقتنا هذا بصدور حكم قضائي يقضي بالفقدان، وبالتالي لا اعتبار الشخص مفقودا لزم صدور حكم قضائي يقضي بذلك، وهذا ما نص عليه المشرعين الجزائري والعراقي، فيما غفلت عنه التشريعات العربية الأخرى، رغم أن لهذا الحكم أهمية بالغة في تحديد تاريخ الفقدان والذي تبنى عليه باقي الأحكام.

6- إن للحكم بالفقدان أثر على انتقال بعض الحقوق الأسرية منها حق الولاية في النكاح و حق الحضانة، وهو ما لم تتعرض له الدراسات الأكاديمية، فبالنسبة لمسألة انتقال حق الولاية في النكاح بسبب فقدان الولي الأقرب فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا في انتقال هذا الحق من حيث المبدأ، لكنهم اختلفوا في ترتيب من ينتقل إليه هذا الحق من جهة ووفق شروط معينة وبين انتقاله إلى السلطان من جهة أخرى، أما التشريعات العربية التي كانت محل مقارنة- التشريع المغربي، الكويتي والجزائري- فيلاحظ أن التشريعين المغربي والجزائري أعطيا الحرية الكاملة للمرأة الراشدة في عقد نكاحها دون حاجة إلى ولي، وأن الولاية مقتصرة على القاصر وأن نكاحه لا يكون إلا للضرورة، وبترخيص من القضاء وقد رتبنا من لهم الحق الولاية، إلا أنهما لم يتطرقا إلى فقدان الولي، وبتطبيق الأحكام العامة فإن غاب الولي الأقرب انتقلت إلى من يليه، أما المشرع الكويتي فقد اشترط مباشرة العقد من طرف الولي سواء كانت الزوجة بالغا أو قاصرا، بكرا أو ثيبا.

أما بالنسبة لانتقال حق الحضانة، فإن فقد الحاضن انتقلت إلى من يليه في الترتيب شرعا وقانونا، رغم أن القانون لم ينص على قواعد تخص فقدان الحاضن، لكن يتم تطبيق الأحكام

العامة الخاصة بالحضانة، وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي تقطن لمسألة عدم وجود حاضن أو من لا تتوفر فيه شروط الحضانة فكفل للقضاء النظر في إسناد الحضانة لمن تتحقق معه مصلحة المحضون وفي حالة عدم توفر ذلك يمكن للمحكمة اختيار إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك، في حين أغفل المشرع الجزائري هذه المسألة.

7- إن المفقود قد يكون موظفا عاما مدنيا أو عسكريا ومن ثم قد يفقد أثناء تأدية مهامه فيكون لفقده أثر على علاقته بوظيفته وحقه في إعالة عائلته، حيث أن هذا الباب ورغم أهميته إلا أن الدراسات الحديثة لم تتطرق له، ومن خلال مقارنة التشريعات العربية التالية: اللبناني، المصري، المغربي والجزائري نجد ما يلي:

أ- بالنسبة للوظيفة العامة: اعتبر المشرع اللبناني مدة الفقد مدة عمل فعلية وفي تلك الفترة تصرف للمفقود رواتبه إلى غاية أقرب الأجلين بلوغه سن التقاعد أو انقضاء عشر سنوات من تاريخ فقدانه أو الحكم بتمويلته، وعلى أساس ذلك تصفى حقوق الورثة، أما المشرع المصري فلم ينص على أثر فقدان الموظف على علاقة العمل وإنما كفل قانون التأمين الاجتماعي معاشا مؤقتا لذوي حقوقه إلى غاية ثبوت وفاته أو الحكم بتمويلته أو مرور أربع سنوات من تاريخ الفقد، بعد ذلك يصفى معاشه باعتبار أن تاريخ الفقد هو تاريخ تقدير جميع الحقوق، أما المشرعين المغربي و الجزائري فلم يخصص هذه الحالة بنصوص.

ب- بالنسبة للوظائف العسكرية: كفلت القوانين العربية للمفقودين العسكريين حقوقهم بسبب فقدانهم أثناء تأدية مهامهم، حيث أن المشرع الجزائري من بين القوانين العربية التي كفلت للعسكري المفقود استمرار علاقته بوظيفته ونصت على كيفية تصفية حقوقه لذويه رغم وجود بعض الثغرات التي هي بحاجة إلى سدّها.

8- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، فالحنفية والشافعية قيّدوها بمدة التعمير، أما المالكية فجعلوا المدة تختلف باختلاف نوع المفقود، في حين أن الحنابلة قسموا المفقود إلى قسمين: مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك وقد جعلوا مدة التمويت أربع سنوات، أما في الغيبة التي ظاهرها السلامة فلا يحكم بموت المفقود إلا بمرور مدة التعمير، أما الاجتهادات المعاصرة فاعتبرت أن المدة قابلة للاجتهد وتركت أمر تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي حسب نوع كلّ حالة، أما التشريعات العربية فمعظمها أخذ بتقسيم الحنابلة للمفقود واختلفوا في المدة التي يحكم بعدها بموته في الحالة التي يغلب فيها الهلاك، فمنهم من جعلها أربع سنوات أخذا برأي الحنابلة ومنهم من جعلها أقل من ذلك تأسيسا على

منهج المالكية، ويبدو أن تطور وسائل البحث والتحري لها الأثر البين في تقليص هذه المدة، أما المشرع الجزائري فأجاز للقاضي الحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات ابتداء من تاريخ الفقد إذا فقد الشخص في حالة يغلب عليها الهلاك وبعد التحري بكل الوسائل الممكنة، أما إن فقد في حالة يغلب فيها السلامة فترك تقدير المدة للقاضي بعد مضي أربع سنوات من يوم فقده وبعد التحري طبعاً، وما يلاحظ أن الظروف الاستثنائية التي مرت بها بعض الدول العربية كان لها الأثر في تعديل بعض الأحكام لجعلها ملائمة لهذه الحالات، فالمشرع المصري مثلاً: قلّص المدة إلى 30 يوماً في حالة فقدان الشخص بسبب غرق سفينة أو تحطم طائرة إلا أنه يعاب عليه حصرها في الحالتين المذكورتين بيد أنه كان بإمكانه توسيعها لتشمل كل مفقودي الكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات، أما المشرع الجزائري فعوض أن يعدل أحكام قانون الأسرة غض الطرف عن ذلك وعمد إلى إصدار قوانين خاصة لمعالجة الحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر، وقلّص المدة بما يتماشى والحالة المراد معالجتها، وهذا في حد ذاته اعتراف منه بقصور قواعد قانون الأسرة التي وضعت لمعالجة موضوع المفقود.

9- إن للمفقود أحكام تتعلق بزوجته سواء في فترة فقده أو بعد الحكم بموته، وكذا في حالة

ظهوره حيّاً نلخصها في ما يلي:

أ- حق زوجة المفقود في طلب التطلق: أجاز المالكية والحنابلة لزوجة المفقود طلب التطلق للفقد من حيث المبدأ و رفعاً للضرر الذي قد يصيبها من جراء فقدان زوجها، وقد عززت الفتاوى و الاجتهادات المعاصرة ترجيح هذا الحق فقرروا أن لزوجة المفقود حق التطلق ولو ترك لها مالا تتفق منه نظراً لأن الضرر مفترض، وقد سارت معظم التشريعات العربية على هذا المبدأ بين مضيق وموسع، لكن المشرع الجزائري ورغم نصه على ذلك غير أنه علّقه بشروط، إذ أجاز لزوجة المفقود أن تطلب التطلق في حالة غياب زوجها سنة بلا عذر ولا نفقة، وفي نظري قد جانب الصواب في هذا، لأنه في حقيقة الأمر هذا تطلق لانعدام النفقة و ليس تطلق للفقد، وما تجدر الإشارة إليه أن كلّ التشريعات العربية تغاضت عن مسألة: إذا أرادت الزوجة البقاء على عصمة زوجها المفقود ولكنها لم تجد نفقة فهنا وجب على الدولة ضمان نفقتها حماية للأسرة.

ب- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في نوع الفرقة بسبب الفقد بين الطلاق والفسخ، والأرجح أنها تعتبر فسخاً، وقد سارت التشريعات العربية على هذا الخلاف، أما المشرع

الجزائري فسكت عن هذا الأمر مما يستوجب على القاضي المعروض عليه النزاع الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وترجيح أحد الرأيين.

ج- أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن نفقة زوجة المفقود واجبة على زوجها، فإن لم يترك لها مالا ذهب جمهور الفقهاء أن لها الخيار بين البقاء على الزوجية أو طلب التفريق بسبب انعدام النفقة، أما التشريعات العربية فسارت في هذا الاتجاه حيث من خلال تطرقنا لهذه المسألة في التشريعات التالية: المغربي، المصري، الكويتي والعراقي تبين أن كلها عالجت هذه المسألة وبيّنت كيفية تحصيل النفقة و أحقية زوجة المفقود في التفريق بسبب انعدام النفقة ، أما المشرع الجزائري فسكت عن النص على نفقة زوجة المفقود خلال فترة فقده، رغم أنه نص على وجوب نفقة الزوجة على زوجها بصفة عامة في باب النفقة.

د- إذا حكم بموت المفقود تعدت زوجته عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا باتفاق الفقهاء، وقد وافقت التشريعات العربية هذه المسألة، وأن أدقها ما نص عليه المشرع البحريني في أن عدة المحكوم بموته هي أربعة أشهر وعشرا من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا.

هـ- إذا رجع المفقود حيا بعد الحكم بموته ففي المسألة صورتين:

**الصورة الأولى:** إذا كانت زوجته قد تطلّقت منه بسبب الفقد وانقضت عدتها فإن معظم الدراسات أغفلت عن هذه المسألة، ولم تتطرق لها التشريعات العربية أيضا في حيث تقطن لها المشرع اللبناني.

**الصورة الثانية:** في حالة إذا بقيت زوجة المفقود تحت عصمته إلى غاية الحكم بموته ثم رجع زوجها حيا بعد ذلك فحكمها كالتالي:

\* إن وجدها لم تتزوج فهي زوجته باتفاق الشرع والقانون.

\* إن وجدها قد تزوجت فاختلف فقهاء الشريعة في ذلك وأن أرجحها قول المالكية أنها زوجته إلا إذا دخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الأول فلا سبيل له إليها عندئذ، أما الاجتهادات المعاصرة فلم ترق إلى مرتبة الاجتهاد وإنما بقيت حبيسة مرجعيتها المذهبية، أما التشريعات العربية فإن معظمها أخذ بقول المالكية، وتجدر الإشارة أن المشرع اللبناني فصل في مسألة زواج زوجة المفقود إن كان ذلك بعد التطلاق أو بعد الحكم بموته، في حين أن المشرع الجزائري لم يخص المسألة بنص.

10- كما أن للمفقود أحكام تتعلق بزوجته، له أيضا أحكام تتعلق بأمواله نلخصها في ما

يلي:

أ- أجمع الفقه الإسلامي أن أموال المفقود تبقى تحت ملكه إلى غاية ظهوره أو الحكم بموته، و أن القاضي ينصب له من يحفظ أمواله، وسارت على ذلك كلّ التشريعات العربية التي أجمعت على أن المفقود يعتبر حيّ في حق ماله فلا تقسم أمواله على ورثته إلا بعد الحكم بموته، وأجمعوا على أن القاضي يعيّن من يدير ويحفظ أمواله في حالة إذ لم يترك وصيا قبل فقده، وقد اختلفوا في تسميته فمنهم من سمّاه قيّما ومنهم من أطلق عليه اسم الوكيل القضائي، ومنهم من أطلق عليه اسم ناظر، وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي أوكل هذه المهمة إلى كاتب الضبط بالمحكمة وبالتالي يكون بذلك سهل من مهمة الرقابة القضائية على أموال المفقود، وهو اجتهاد صائب لسدّ باب النزاعات، في حين أن المشرع العراقي أحال مسألة إدارة أموال المفقود في حالة: إذا لم يترك المفقود وكيلا، أو تركه وعزلته المحكمة، أو في حالة عدم نصب قيّم إلى مديرية رعاية القاصرين، أما المشرع الجزائري فقد أوجب على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود، وأن يشمل الحكم تعيين مقدا في حالة عدم وجود وصي أو ولي لتسيير أموال المفقود، لكنه لم يبين كيفية حصر أموال المفقود وقد استقر القضاء على تعيين خبير يتولى هذه المهمة.

ب- خلال فترة الفقد هناك نفقات واجبة من مال المفقود، فقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها دون حاجة إلى قضاء، فيما اختلفوا في نفقة أصول و فروع المفقود حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن استحقاقها لا يكون إلا قضاء، أما التشريعات العربية فبالنسبة لنفقة الزوجة سارت على ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية إذ أن منهم من خصها بنص ومنهم من تركها للقواعد العامة التي تحكم النفقة ولكلّ خلفيته المذهبية رغم اتفاقهم على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، في حين لم يخصصوا نفقة أصول وفروع المفقود بنصوص خاصة و تركوا ذلك للأحكام العامة التي تحكم النفقة أو عن طريق الإحالة على مذهب معيّن، أما المشرع الجزائري فلم يخص النفقات الواجبة من مال المفقود بنص و ترك ذلك للأحكام العامة التي تحكم النفقة من جهة و كذا الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية بناء على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وما يعاب عليه أنه جعل استحقاق نفقة الزوجة على زوجها لا يكون إلا بحكم.



ج- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أنه إذا مات أحد مورثي المفقود فإنه لا يرث حقيقة مع اختلافهم في علة ذلك، لكنهم اتفقوا على أنه يوقف له نصيب من التركة، وقد بينوا ووضحوا كيفية ذلك، فقررروا أنه يتم حلّ المسألة على فرضيتين: فرضية حياة المفقود وفرضية موته، ويقارن بين المسألتين فيعطى كلّ وارث أقلّ النصيبين و يحتفظ بالباقي، فإن ظهر المفقود حيًا أخذ نصيبه على فرضية الحياة وأكملت أنصبة باقي الورثة، وإن حكم بموته أكملت أنصبة الورثة على فرضية مماته، أما التشريعات العربية فمنهم من نص على حفظ نصيب المفقود على تقدير حياته، ومنهم من وافق ما ذهب إليه الفقهاء، ومنهم من ترك الأمر للمذهب المحال عليه في ما لم يرد فيه نص، والأدق والأحفظ لمصلحة المفقود والورثة معا هي اعتماد الطريقة التي أجمع عليها فقهاء الشريعة الإسلامية، أما المشرع الجزائري فلم يخص المسألة بنص.

د- إذا حكم بموت المفقود قسّم ماله على ورثته الموجودين وقت الحكم باتفاق الفقهاء باستثناء في أحد أنواع فقدان عند المالكية فقد فرّقوا في الحكم بين الزوجة والمال، وسارت على ذلك التشريعات العربية، باستثناء المشرع الإماراتي الذي اشترط مرور 15 سنة من تاريخ الفقد حتى توزع تركة المفقود المحكوم بموته.

و- إن المفقود قد يكون موصيا وقد يكون موصى له، ففي الشريعة الإسلامية تسري على وصية المفقود أحكام توريث هذا الأخير من غيره أو قسمة ماله على ورثته، غير أن جلّ التشريعات العربية أهملت هذه المسألة، وأن المشرعين الوحيدين اللذان أشارا إلى أحد صورها، هما المشرع الموريتاني والذي نص على أنه إذا فقد الموصى لهم فالموجود منهم عند وفاة الموصي أخذ غلة الموصى به، ويشركه في ذلك كلّ من طرأ منهم حتى اليأس من وجود الباقيين، وحينئذ يقسّم الموجودون عين الموصى به ويعطى نصيب من مات منهم لورثته، أما المشرع اللبناني فنص في قانون الإرث لغير المحمديين على أن المفقود إذا ظهر حيا أخذ المعلق له من الوصية.

هـ- إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يأخذ ما بقي بأيدي الورثة، بينما يرى الحنابلة أنه يأخذ ما بقي بأيدي الورثة و يرجع عليهم بما استهلكوه لأنهم يرون أن الورثة يضمنون ما تصرفوا فيه، أما التشريعات العربية فقد سارت على هذا الخلاف، حيث منهم من أخذ برأي الجمهور ومنهم من أخذ برأي الحنابلة، فيما يبدو أن المشرع اللبناني أخذ بالرأيين معا مع الاجتهاد فيهما، وأنه جاء بجديد في هذه المسألة بما يدعو للتبصر

وهي عبارة: "إذا استهلك الورثة ما أخذوه بسوء نية"، أما المشرع الجزائري فيبدو أنه انحاز إلى رأي الحنابلة دون أن يقيّد ذلك.

### ثانياً) التوصيات

إن من خلال هذه الدراسة المتواضعة لموضوع المفقود دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات العربية المعاصرة لاسيما التشريع المغربي، المصري والجزائري، بدا لي جليا أن المشرع الجزائري لم يعالج هذا الموضوع معالجة جذرية بوضع تقنين يصلح لمعالجة هذه الظاهرة في كلّ الحالات الممكنة والمتوقعة، وهذا ما جعله يتدخل كلما وقعت كارثة طبيعية، أو حالة استثنائية بإصدار قوانين خاصة بغض فيها النظر عن قانون الأسرة، لأنه أدرك أن بعض المواد التي وضعت في قانون الأسرة لمعالجة ظاهرة فقدان ثبت عجزها في معالجة مفقودي هذه الظواهر، وخاصة المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الحالات التي تغلب فيها الهلاك والمقدرة بأربع سنوات، والتي أصبحت لا تتماشى ووسائل الاتصال والبحث والتحري في وقتنا الحاضر، ضف إلى ذلك عدم نصه وسكوته على مسائل كثيرة مما يلزم على القاضي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط الحكم فيجد أن بعض الأحكام خلافية بين الفقهاء، وعلى أساس ذلك توصلت إلى جملة من التوصيات قد تفيد المشرع الجزائري بالأخص، وكلّ من يهمه الأمر في معالجة هذا الموضوع، وهي كالتالي:

1- إن تقنين أحكام المفقود في نص خاص أصبح ضرورة قد تمكن المشرع من تدارك كلّ النقائص، والنص على كلّ الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع من جهة كما تسهل على فئات المجتمع الاطلاع عليها بسهولة، وفي هذا يمكن الاستعانة بتجربة المشرعين العراقي والليبي في هذا الباب.

2- إن الفقد والغياب يتداخلان فيما بينهما، لذا وجب التفرقة بينهما، فإذا كان المشرع الجزائري دقيقا في تعريف الفقد، فعليه أن يستدرك عدم تعريف الغائب، والاستفادة من التشريعات العربية التي عرّفته، وفي هذا الباب أقترح إضافة مادة كما يلي:

" الغائب هو الشخص الذي ترك موطنه - اختيارا أو اضطرارا- إلى مكان آخر وأقام فيه، وحياته معلومة، وأخباره موصولة ولم تنقطع إجمالا وتسبب ذلك في ضرر للغير".

3- إن إلحاق المشرع الجزائري الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وتسبب غيابه في ضرر للغير بالمفقود، و أخذه أحكام المفقود كلّها بجانب الصواب، فكيف يمكن الحكم بموت شخص معلوم الحياة وتقسيم ماله،

وبالتالي ينبغي إلغاء المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري، واستبدالها بمادة تنص على أحكام خاصة بالغايب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وتسبب غيابه في ضرر للغير، و اقتصار هذه الأحكام على تعيين مقدم لإدارة أمواله، وحق زوجته في طلب التظليق للغياب أو بسبب انعدام النفقة.

4-إن القضاء الجزائري لم يصل إلى حلّ موحد في الشخص الذي تثبت له صفة المدّعي عليه في دعوى فقدان، ضف إلى ذلك ضرورة النص على كيفية إثبات واقعة فقدان، مع الإشارة إلى وجوب النص على محضر الضبطية القضائية في ملف الدعوى، كلّها أمور تستوجب تدخل المشرع بوضع قواعد إجرائية خاصة بذلك.

5-ما يحسب للمشرع الجزائري هو نصه على أن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا بحكم حيث أصاب في ذلك، وهي مسألة تستحق أن يحتذى بها.

6-ضرورة إحداث قواعد قانونية تنص على انتقال حق الولاية لاسيما في النكاح بسبب فقدان الولي الأقرب، وكذا بالنسبة لانتقال حق الحضانة بسبب فقدان الحاضن، كما ينبغي النص على إسناد الحضانة إلى مؤسسة مؤهلة في حالة عدم وجود حاضن أو من تتوفر فيه شروط الحضانة قياسا على ما نص عليه المشرع المغربي.

7-على المشرع الجزائري تعديل الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومي وإحداث قواعد تحفظ للموظفين حقوقهم في حالة فقدانهم وهم يزاولون مهامهم، وفي ذلك يمكن الاستفادة من النصوص التي وضعها المشرع اللبناني.

8- إن مدة الأربع سنوات المنصوص عليها قانونا للحكم بعدها بموت المفقود في الحالات التي تغلب فيها الهلاك أصبحت لا تتماشى والتطور الحاصل في وسائل الاتصال وكذا وسائل البحث و التحري، وقد بينت الحالات الاستثنائية التي مرت بها الجزائر قصور هذه القواعد، مما دفع به إلى إصدار قوانين خاصة رغم أنه كان بإمكانه تعديل الأحكام الواردة في قانون الأسرة الجزائري، مثل ما فعل المشرع المصري، لذا وجب عليه الاستفادة من التشريعات العربية التي قلصت هذه المدة لاسيما: المشرعين المصري و المغربي ، وتأسيس ذلك على المذهب المالكي الذي هو المرجعية الدينية للجزائر من جهة وعلى الاجتهاد الفقهي المعاصر الذي ترك تحديد المدة للسلطة التقديرية للقاضي حسب كلّ واقعة، لذا نقترح تعديل المادة 113 من ق.أ.ج على النحو التالي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحالات التي يغلب فيها الهلاك بمضي سنة من تاريخ الفقد وبعد التحري، ويمكن للقاضي أن يقلص هذه المدة إلى

ثلاثة أشهر إن كان الفقد في زلزال أو كارثة طبيعية أو الحالات الاستثنائية المشابهة لهما، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد و بعد التحري".

9- نص المشرع الجزائري على وجوب تعيين مقدم لتسيير أموال المفقود في حالة عدم وجود ولي أو وصي، لكنه لم يدرج قواعد تبرز كيفية تسيير هذا المال، ولم ينص على النفقات الواجبة منه، وكيفية تقديرها، وهي أمور تستوجب تنظيمها بنص.

10- أجاز المشرع الجزائري لزوجة المفقود أن تطلب التطبيق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج وبشروط لا تتوافق مع القصد من ذلك هو رفع الضرر عن الزوجة، لذا وجب الأخذ برأي المالكية والاجتهادات المعاصرة، وهو ما أخذت به معظم التشريعات العربية وتعديل المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: لزوجة المفقود أن تطلب التطبيق بعد مرور سنة من تاريخ الفقد.

كما يجب على المشرع أن يبين نوع الفرقة، وهل تقع بائنة أم رجعية؟، وهل للزوجة أن تستدين إن لم يترك لها نفقة؟ وبالتالي ينبغي تدارك هذا النقص والاستفادة من بعض التشريعات العربية التي وفقت في ذلك.

11- إن نفقة زوجة المفقود واجبة على زوجها شرعا وقانونا كما بينا ذلك، وأن معظم التشريعات العربية المقارنة بينت كيفية تحصيل نفقة الزوجة من مال زوجها المفقود وأحقيتها في التفريق بسبب انعدام النفقة، لذلك يجب على المشرع الجزائري ترجمتها إلى قواعد قانونية، كما عليه أن يراعي أن الزوجة إذا أرادت البقاء على عصمة زوجها ولم تجد نفقة فوجب على الدولة ضمان نفقتها لذا أقترح عليه تعديل القانون 01-15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة وإضافة مادة تنص على نفقة زوجة المفقود التي لم تجد نفقة.

12- إعادة صياغة وتصحيح المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري لتصبح على النحو التالي: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا امرأة المفقود من تاريخ صيرورة الحكم القاضي بموته نهائيا".

13- استدراك عدم النص على أثر ظهور المفقود حيّا على زوجته، والأخذ برأي المالكية حيث يكون نص المادة كالتالي: "إذا رجع المفقود حيا بعد الحكم بموته فزوجته له ما لم تكن: \*تطلّقت قبل الحكم بموته وانقضت عدتها.

\*تزوجت بعد الحكم بموته بعقد صحيح ودخل بها الثاني غير عالم بحياة الأول".

14- الثابت فقها و قانونا أن أموال المفقود تبقى تحت ملكه شرعا و قانونا، وأن إدارتها توكل إلى من يحفظها، وأن ما شدّ انتباهي هو ما ذهب إليه المشرع المغربي بتكليف كاتب الضبط لدى المحكمة بإدارة أموال المفقود وهي تجربة يمكن الاستفادة منها، كما أن المشرع العراقي نص على هيئة خاصة لتسيير ذلك هي: مديرية رعاية أموال القاصرين والمفقودين، لذا أقترح على المشرع الجزائري أن يوكل مهمة إدارة أموال المفقود إما إلى كاتب ضبط لدى المحكمة أو إحداهن هيئة تابعة للمحكمة تقوم برعاية شؤون القاصرين والمفقودين، وأن يؤسس لها مورد مالي.

15- إن حصر أموال المفقود يتطلب ذوي الخبرة لذا نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود بعد إجراء خبرة، وأن يعين في حكمه مقدّما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة(99) من هذا القانون".

16- إن للمفقود نفقات واجبة عليه شرعا وقانونا، وهو ما يوجب على المشرع الجزائري وضع قواعد قانونية توضح كيفية تحصيل استحقاق النفقات الواجبة من مال المفقود وكيفية تحصيلها وله في ذلك أن يعتمد على بعض القواعد القانونية التي نصت عليها بعض التشريعات العربية لاسيما في نفقة زوجة المفقود.

17- ضرورة إضافة مادة تنص على كيفية توريث المفقود من غيره والتي اتفق الفقهاء عليها وأخذت بها جلّ التشريعات العربية، حيث يكون نص المادة كالتالي: " يوقف للمفقود من مورثه النصيب المشكوك فيه، فإن ظهر حياّ أخذه وأكملت أنصبة باقي الورثة على أساس تقدير حياته، وإن حكم بموته أكملت أنصبة الورثة على أساس تقدير وفاته".

18- ضرورة تحديد تاريخ تقسيم تركة المفقود المحكوم بموته، وذلك بإضافة مادة نصها كالتالي: " إذا حكم بموت المفقود يرثه من كان حياّ عند تاريخ الحكم، ولا تقسم تركته إلا بعد أن يصبح الحكم القاضي بتمويته نهائيا".

19- وجوب إحداث مواد قانونية تنص على مصير الوصية إذا كان المفقود موصيا وكذا إن كان موصى له، حيث أن هذا الأمر تغاضت عنه كلّ التشريعات العربية، وهو أمر بالغ الأهمية.

20- ضرورة إعادة النظر في صياغة المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا تعديلها وذلك بالتوفيق بين آراء الفقهاء، والاستفادة من الاجتهاد الذي جاء به المشرع اللبناني،

حيث يصبح نص المادة كالتالي: " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلى بعد الحكم بموته وصيرورة هذا الحكم نهائياً، وفي حالة رجوعه حيّاً:

أ- خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم بموته أخذ ما بقي من أمواله في أيدي الورثة وقيمة ما استهلك منها، وكذا نصيبه من تركة مورثيه وما يستحقه من وصية.

ب- بعد مرور خمس سنوات من تاريخ الحكم بموته أخذ ما بقي من أمواله وما بقي مما كان يستحقه من وصية في أيدي ورثته وورثة مورثيه، وله الحق أن يطالبهم بما استهلكه بسوء نية".

\*وفي الأخير يمكن القول أن موضوع المفقود وإن كان فقهاء الإسلام القدامى تطرقوا له وعالجوه بوضع أحكام مبنية على أساس الوسائل المتوفرة آنذاك، إلى أن الاجتهادات المعاصرة لم تعط لهذا الموضوع حقه واقتصرت على تبين وترجيح قول على آخر، بيد أنه كان عليهم البدء من حيث انتهى من سبقوهم، لذلك فإن هذا الموضوع أصبح يستدعي اهتماماً أكثر من جانب الباحثين للوصول إلى معالجته من كلّ الزوايا، وإبداء وجهات نظر متعددة لعلها توجه واضعي القانون إلى مراجعة القواعد الموضوعية والإجرائية لموضوع المفقود وسدّ بعض الثغرات الموجودة وتكملة ما نقص منه أو زيادة ما لم ينص عليه القانون أصلاً، وتدقيقها وضبطها لجعلها صالحة لكلّ زمان، وذلك لا يكون إلاّ بتفعيل الاجتهاد الفقهي المعاصر والتأسيس عليه.

## الملخص

تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لموضوع المفقود، فبالرغم من عدم وجود نصوص من الكتاب والسنة تنظمه إلا أنهم أحاطوا به من كلّ جانب بناء على اجتهاداتهم آنذاك بما يتناسب والظروف المحيطة بهم وبالاعتماد على وسائل البحث والتحري المتاحة في ذلك الوقت، حيث أن التشريعات العربية أسست الأحكام القانونية الخاصة بالمفقود بناء على اجتهادات بعض فقهاء المذاهب دون أن تعمّد إلى تعديلها بما يتلاءم مع التطور الحاصل في وسائل البحث والتحري، فمن خلال معالجتني لهذا الموضوع بدءاً بالتمهيد له بالتعرض لتعريف المفقود وكذا الغائب، وجدت أن التشريعات العربية تطابقت مع تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للمفقود وإن كان أدق هذه التعاريف هو تعريف الحنفية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، إلا أن معظم التشريعات العربية لم تتطرق لتعريف الغائب رغم أنه أمر بالغ الأهمية لتفريقه عن المفقود، وفي هذا الباب فإن المشرعين الجزائري والسوري جانباً الصواب عندما ألحقا الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته بالغائب، بعدها عالجت الموضوع في بابين، فضلت أن أخصص الباب الأول للأحكام الخاصة بشخص المفقود، أما الباب الثاني فخصصته للأحكام الخاصة بمال و زوجة المفقود.

عالجت في الفصل الأول من الباب الأول الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية، فبينت مدى لزومية صدور حكم يقضي بالفقدان لاعتبار الشخص مفقوداً، ثم بينت أثر الحكم بالفقدان على انتقال بعض الحقوق الأسرية، موضحاً انتقال حق الولاية في التزويج بسبب فقد الوليِّ الأقرب، وكذا انتقال حق الحضانة بسبب فقد من له هذا الحق، مبرزاً اشكالية عدم وجود حاضن أو من تتوفر فيه شروط الحضانة، كما عالجت أثر الحكم بالفقد على الوظيفة سواء كانت مدنية أو عسكرية مبرزاً سكوت القوانين الأساسية للوظيفة العامة على النص على هذه المسألة خلافاً للقوانين المنظمة للوظيفة العسكرية، ثم تطرقت للمدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، حيث بينت أثر تطور وسائل البحث والتحري على مراجعة هذه المدة، وكذا أثر الظروف الاستثنائية على تقليصها مقارنة بين الجزائر ومصر كعينتين، لأصل في الأخير إلى ضرورة فتح باب الاجتهاد فيها ومراجعتها بما يجعلها تتلاءم مع كلّ الظروف الاستثنائية وهو ما توصل إليه اجتهاد المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي.

الباب الثاني خصصته للأحكام المتعلقة بزوجة ومال المفقود مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية العربية، حيث أن لكلّ فترة أحكامها فمنها ما يخص فترة الفقد، ثم



الحكم بالتمويت وكذا رجوع المفقود حيًا بعد الحكم بموته، فمن حيث الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود فهي تخص أولاً: الحق في النفقة والحق في التطليق وهنا تم إثارة مسألة مهمة هي ضمان الحاكم نفقه المرأة الصابرة على البقاء على الزوجية ولم تجد نفقة، وثانياً: ما يتعلق بالعدة بعد الحكم بموت الزوج المفقود، وفي الأخير تم توضيح مدى أحقية الزوج في زوجته إذا رجع حيًا بعد الحكم بموته لاسيما إذا وجدها قد تزوجت ودخل بها، وعلى غرار الأحكام التي تخص زوجة المفقود تم التطرق للأحكام التي تتعلق بمال المفقود، من حيث بقاء ماله تحت ملكه طيلة فقده وتعين من يحفظه، وكذا الاحتفاظ له بما ينوب له من مورثيه احتياطاً باعتماد الطريقة المثلى لذلك، وكذا مصير أمواله -بما فيها ما كان محتفظاً به للاحتياط- بعد الحكم بموته، وما تجدر الإشارة إليه هو التطرق لوصية المفقود على فرضيتين باعتباره موصياً أو موصى له وهي مسألة بالغة الأهمية تجاهلتها التشريعات العربية، وفي الأخير تمت معالجة أحقية المفقود في استرجاع ماله في حالة ظهوره حيًا بعد الحكم بموته.

وعليه فإن التشريعات العربية في معظمها وضعت أحكاماً للمفقود مستقاة من الشريعة الإسلامية لكنها لم تطوّر في هذه الأحكام واكتفت بسن بعض القواعد في قوانين الأحوال الشخصية والسكوت عن بعض المسائل رغم أهميتها، ورغم قيام بعض التشريعات بتعديل الأحكام بما يستجيب للظروف الاستثنائية التي مرت بها إلا أنها لم تراجع هذا الموضوع بصفة شاملة وكاملة بسبب نقص الاجتهاد فيه، وهنا بات لزاماً على الفقهاء المعاصرين التعرض لهذا الموضوع بالاجتهاد بما يتماشى وعصرنا هذا، ومن ثم ينبغي على المشرع العربي لاسيما الجزائري وضع تقنين خاص بأحكام المفقود بعد الإحاطة به من كل جانب.

الملخص باللغة الفرنسية

## Résumé

Les anciens juristes de la charia islamique ont abordé la question de « disparus », malgré l'absence des textes du Coran et de la Sunna qui la réglemente, ils l'ont passée en revue et ce en fonction de leur jurisprudence de l'époque d'une manière proportionnée aux circonstances qui les entouraient et en s'appuyant sur les moyens de recherche et d'enquête disponibles à cette époque-là où la législation arabe a établi les dispositions juridiques concernant la personne disparue basée sur la jurisprudence de certains juristes des écoles de pensée sans délibérer d'une manière compatible avec l'évolution des moyens de recherche et d'enquête.

A travers notre recherche, nous avons commencé par la définition du « disparu » et du « contumace », nous avons remarqué que la définition de la personne disparue évoqué par les législations arabes était conforme à la définition des juristes des droits islamiques, même si elle est plus exactement la définition des « Hanafias » qui a été abordée par le législateur algérien, mais la plupart des législations arabes ne traitaient pas la définition de l'absent, malgré l'importance du sujet pour faire la distinction entre les deux.

Dans ce chapitre les législateurs algérien et syrien, sont d'accord lorsqu'ils ont désigné l'absent comme ayant été empêché par des circonstances impérieuses de rejoindre son lieu de résidence du contumace.

Nous avons traité le sujet en deux chapitres, le premier est consacré aux dispositions de la personne disparue, tandis que le deuxième chapitre est consacré aux dispositions relatives au patrimoine et au mari du disparu.

Dans la première section du premier chapitre, nous avons examiné le jugement sur la perte et ses effets sur certain droits personnels, et nous avons montré la nécessité d'énoncer un jugement de la perte de la personne disparue, puis nous avons indiqué l'effet du jugement sur la perte et la transmission de certains droits familiaux, et nous expliquons la succession du droit de testament à se marier en raison de la perte du tuteur le plus proche, ainsi que l'aliénation du droit à la garde, en raison de la perte de celui qui a ce droit, et nous soulignons la problématique de la carence de la garde ou ce qui remplit les conditions du gardiennage, et nous avons traité l'impact du verdict de la perte sur la profession civile ou militaire, et nous citons le mutisme des lois fondamentales de

la fonction publique sur cette interrogation contraire aux lois qui régissent la fonction militaire, puis nous avons abordé la période après laquelle le disparu est jugé décédé, et nous avons exposé l'incidence du développement de méthodes de recherche et d'investigation sur la révision de cette période, ainsi que l'effet des circonstances exceptionnelles sur sa réduction, par rapport à l'Algérie et l'Égypte en tant que deux échantillons, afin de parvenir à la nécessité d'ouvrir la porte à la diligence en celle-là et de la réviser pour la rendre compatible avec les circonstances exceptionnelles, ce qui a été réalisé par la jurisprudence du Conseil de Jurisprudence Islamique affiliée à la Ligue Mondiale Musulmane.

Le deuxième chapitre a été consacré aux dispositions relatives au mari et aux biens des perdus, en comparant la loi islamique et les lois positives arabes, étant donné que chaque période a ses décisions, dont certaines se rapportent à la période de perte. Ensuite, après la décision de mort, ainsi que le retour de la personne disparue vivante après la décision dans son intégralité, en ce qui concerne les dispositions relatives à l'épouse des disparus, cela concerne d'abord: le droit à la pension alimentaire et le droit au divorce et là une question importante a été soulevée qui est la garantie du souverain la pension alimentaire de la patiente pour rester sur le mariage et ne pas trouver de pension alimentaire, et Deuxièmement: ce qui est lié à « l'idda » après la décision sur la mort du mari disparu, et à la fin, il est nécessaire de clarifier l'étendue du droit du mari à sa femme, s'il revient vivant après le jugement de sa mort, en particulier s'il constate qu'elle s'est mariée et qu'il l'a conclu, et semblable aux dispositions qui sont fermées avec le patrimoine du disparu, en termes d'argent restant sous sa propriété tout au long de sa perte, il a dû nommer quelqu'un pour le protéger, ainsi que pour garder ce qu'il a légué à ses héritiers afin de le protéger l'adoption de la méthode optimale pour cela, ainsi que le sort de son argent, y compris ce qui était réservé après la décision de sa mort, et ce qui mérite d'être noté c'est la discussion du commandement de la personne disparue sur deux hypothèses en tant que testament ou témoignage de lui et c'est une question très importante qui a été ignorée par la législation arabe, enfin, nous avons traité du droit du disparu dans la récupération de son argent s'il apparaît vivant après sa condamnation à mort.

En conséquence, la plupart des législations arabes ont établi des dispositions pour la personne disparue dérivées de la charia arabe, mais

elles n'ont pas été développées à partir de ces dispositions, et n'ont édicté que certaines règles dans les lois sur le statut personnel mais se sont tues sur certaines questions malgré leur importance, et malgré certaines législations modifiant les dispositions pour répondre aux circonstances exceptionnelles qui se sont produites .On n'a pas examiné cette question de manière générale et complète en raison de l'absence d'ijtihad. Ainsi, les juristes contemporains ont dû aborder cette question avec la diligence d'une manière cohérente avec notre époque, puis le législateur arabe, en particulier Algérien, a dû mettre un règlement spécial sur les dispositions des disparus après en avoir pris de façon exhaustive.

قائمة المراجع والمصادر

## قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أ-المؤلفات: (مرتبة ترتيباً أبجدياً)

### أ1-المؤلفات المتخصصة:

1-المغاوري محمد عبد الرحمان الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقد، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-جمهورية مصر العربية-، الطبعة الأولى، 2011.

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

3-هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي، دار مجلة، عمان-المملكة الهاشمية الأردنية-، الطبعة الأولى، 2010.

4-محمد عبد الرحيم محمد، زوجة الغائب-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية بما ثبت بالصيغ الشرعية وأهم أحكام القضاء والمحاكم المتعلقة بها والشريعتين المسيحية واليهودية والقوانين الوضعية-، دار السلام - مصر-، الطبعة الأولى، 1990.

5-عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه دراسة مقارنة في بعض النظم المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-جمهورية مصر العربية-، 2014.

6-علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي، 1984/ نقلا عن عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه دراسة مقارنة في بعض النظم المعاصرة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-جمهورية مصر العربية-، 2014.

### أ2-المؤلفات العامة:

#### أ2-1-المؤلفات الفقهية

1-الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء السادس، السابع والثامن، إشراف زهير الشاوش، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان -، الطبعة الثالثة، 1412هـ/1991م.

- 2-الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة الريان، نسخة مزيدة ومضاف إلى حاشيتها مقارنات المذاهب في أهم مسائل الخلاف، دار بن حزم، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1436هـ/ 2006 م.
- 3-الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الأسرة، دار بن حزم، بيروت-لبنان-، 1428هـ/2007م
- 4-الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان-الجزء الأول-، ضبطه وصححه عبد الطيف حسين عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1421هـ/2000
- 5-الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته الجزء الرابع، مؤسسة المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1426هـ/2005م.
- 6-الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر بن الحاجب في فقه الإمام مالك - المجلد الرابع-، تحقيق محمد عثمان، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2011.
- 7-أبو إبراهيم إسماعيل يحيى المزني، مختصر كتاب الأم للشافعي، دار المعرفة، بيروت -لبنان- ، الطبعة الأولى، 2004.
- 8-إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، الجزء الثاني، تحقيق زهير شاوش، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان-، الطبعة الخامسة، 1402هـ/1982م.
- 9-إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر شرح الأبحر، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1998.
- 10-أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود بن عرفة، القدس للنشر والتوزيع، القاهرة - جمهورية مصر العربية -، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.
- 11-أبي القاسم عبد الكريم بن محمد عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير-الجزء التاسع-، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م.
- 12-أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ومعه من هدي الساري، شرح غريب صحيح البخاري للإمام ابن حجر العسقلاني، تحقيق خليل مأمون شيجا، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 2010.



- 13- **أبي الوليد محمد بن أحمد المعروف بابن رشد الجد**، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام، المجلد الخامس، ضبط نصها وخرّج أحاديثها محمد تامر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة-جمهورية مصر العربية-.
- 14- **أبي عبد الله مالك بن أنس**، المعونة على مذهب عالم المدينة-الجزء الأول، تصنيف القاضي أبي محمد عبد الوهاب علي نصر المالكي، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.
- 15- **أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي**، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني-الجزء الثاني -، ضبطه وصححه وخرّج آياته عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.
- 16- **أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار اشرفية، الجزائر.
- 17- **أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير**، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، بحاشية أحمد بن محمد الصاوي، دار المعارف، القاهرة-جمهورية مصر العربية-.
- 18- **أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي**، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الرابع، دار المعرفة، بيروت-لبنان-.
- 19- **أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي**، السنن الصغرى، الجزء الثاني، تحقيق خليل مأمون شيجا، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1999.
- 20- **أبي زكريا يحيى بن سعيد**، كتاب الإيضاح في الأحكام - الجزء الثالث-، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1984.
- 21- **أحمد بن حمد الخليفي**، الفتاوى-النكاح-الكتاب الثاني، وزارة الشؤون الدينية، سلطنة عمان، 2019.
- 22- **أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف: الحطّاب الرعيني**، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل-الجزء الخامس والثامن-، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.

- 23- أحمد بن حنبل الشيباني، **المستقنع في اختصار المقنع**، المتن لشرف الدين أبي النجا بن أحمد الحجاوي، شرح منصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1414هـ/1994م.
- 24- أبي سعيد البراذعي خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني، **التهذيب في اختصار المدونة الجزء الثاني**، دراسة وتحقيق محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي-الإمارات العربية المتحدة-، الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م.
- 25- أبي الإصبع عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبلي، **ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكّام**، تحقيق يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية-، 1428هـ/2007م.
- 26- ابن ماجة، سنن بن ماجة المجلد الثالث، شرح أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، بحاشيته تعليقات مصباح الزجاجية في زوائد بن ماجة للإمام البوصيري، حقق أصوله وخرّج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحت الأشراف الشيخ خليل مأمون شيخا، دار المعرفة، بيروت- لبنان-، الطبعة الخامسة، 1430هـ/2009م.
- 27- وهبة الزحيلي، **الفقه المالكي الميسر**، الجزء الثالث، دار الكلم الطيب، دمشق-سوريا-، صفحة مصححة ومنقحة، 1431هـ/2010م.
- 28- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، الجز الثامن، دار الفكر، دمشق-سوريا-، الطبعة الثالثة، 1438هـ/2013م.
- 29- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ تأليف برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء الثالث والسادس، علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب مهدي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2003.
- 30- محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، الجزء السادس، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة-جمهورية مصر العربية-، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.
- 31- مالك بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى الجزء الثاني**، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، ويليها مقدمات بن رشد لما اقتضته المدونة من الأحكام لأبي

- الوليد محمد بن أحمد بن رشد، ضبط وخرّج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005م.
- 32-مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الثالث، رواية سحنون بن سعيد التتوحي عن عبد الرحمان بن القاسم العتيقي، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.
- 33-محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين، البناية شرح الهداية، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2000.
- 34-محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى ما يقابلها في الشرائع الأخرى، دار الطلائع، القاهرة-جمهورية مصر العربية-.
- 35-محمد بن محمد بن سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرّ في هتك أسرار المختصر-المجلد الرابع-، تصحيح وتحقيق دار الرضوان، نواكشوط-موريتانيا-، الطبعة الأولى، 1436هـ/2015م.
- 36-منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع الجزء الخامس، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان-، 1403هـ/1983م.
- 37-محمد بن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي الجزء العاشر، صححه ونقحه وعلق على هوامشه حافظ عبد الرحمان محمد خير، مركز الفاروق - الإمارات العربية المتحدة-، الطبعة الأولى، 1435هـ/2014م.
- 38-موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي و أحمد محروس جعفر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-.
- 39-موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة، المغني - الجزء التاسع والعاشر-، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض- المملكة العربية السعودية-، الطبعة الثالثة، 1417هـ/1997م.
- 40-سليمان بن عيسى آكلي، الفريضة العادلة -الوصايا والمواريث على المذاهب الخمسة-، المطبعة العربية، غرداية-الجزائر-، 2010
- 41-عبد الله بن محمود الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، الجزء الثاني، حققه وضبط نصه وخرّج أحاديثه وآثاره شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، دمشق - الجمهورية العربية السورية -، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.
- 42-علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-.

- 43- **عبد الوهاب البغدادي**، المعونة على مذهب عالم المدينة "الإمام مالك بن أنس"، الجزء الثاني، تحقيق حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت - لبنان، -1419هـ / 1999م.
- 44- **عبد العزيز بن عبد الله بن باز وآخرون**، جامع أحكام المواريث-موسوعة شاملة في فقه المواريث تشمل جميع أحوال الميراث من خلال رسائل وشروح وأسئلة وفتاوى نخبة من العلماء-، دار بن حزم، القاهرة-جمهورية مصر العربية-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م.
- 45- **عبد الكريم زيدان**، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء الحادي عشر، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 1993.
- 46- **عبد الوهاب خلاف**، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990.
- 47- **عبد الكريم بن علي بن محمد النملة**، تيسير مسائل الفقه شرح الروض المربع وتنزيل الأحكام على قواعدها الأصولية وبيان مقاصدها ومصالحها وأسرارها وأسباب الاختلاف فيها-المجلد الرابع-، مكتبة الرشد-ناشرون-، الرياض-المملكة العربية السعودية-، الطبعة الأولى، 1427هـ/2007م.
- 48- **عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي**، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، المجلد السادس، المطابع الأهلية للأوقاف، الرياض-المملكة العربية السعودية-الطبعة الأولى، 1399هـ.
- 49- **عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري**، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الغد الجديد، المنصورة-جمهورية مصر العربية-، طبعة جديدة ومنقحة وملونة.
- 50- **عصام حداد، حسان جعفر**، المنبع الموسع، دار صبح، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2011.
- 51- **عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي**، سراج السالك شرح أسهل المسالك، الجزء الثاني، مؤسسة المنشورات الإسلامية العصر، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر.
- 52- **علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل-الجزء السابع-، صححه وحققه محمد حامد الفريقي، الطبعة الأولى، 1375هـ-1957م

- 53- عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر و معه الدرّ الملتقى في شرح الملتقى الجزء الثاني، خرج آياته و أحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.
- 54- صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، دار بن حزم، القاهرة-الجمهورية العربية المصرية -، الطبعة الأولى، 1430 هـ / 2010م.
- 55- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-.
- 56- شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الحادي عشر، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، 1409هـ/1989م.
- 57- شمس الدين التمرتاشي، ردّ المختار على الدرّ المختار، حاشية بن عابدين على شرح الشيخ علاء الدين محمد علي الحصكفي لمتن تنوير الأبصار، الجزء الخامس والسادس، ومعه تقارير الرافعي وضعت على الهامش زيادة في المنفعة، تحقيق عبد المجيد طعمه حلبي، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 1432هـ/2011م.
- 58- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الجزء الثالث، على متن منهاج الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، الطبعة الرابعة، 1431هـ/2010م.
- 59- شهاب الدين عبد الرحمان محمد بن عسكر المالكي البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، بهامشه تقارير لإبراهيم بن حسن الأنباني، مكتبة برهام كانو.
- 60- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثاني، بهامش وتقارير محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة - مصر -.
- 61- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب، عمدة السالك وعدة الناسك، تحقيق عبد المجيد طعمه حلبي، دار المعرفة، بيروت - لبنان -، الطبعة الثانية، 1428هـ/2007م.
- 62- ضياء الدين عبد العزيز التميني، كتاب النيل وشفاء العليل، مع شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش، الجزء السابع، مكتبة الإرشاد، جدة-المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية: 1392هـ-1972م.

## أ2-2- المؤلفات القانونية

- 1- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر.
- 2- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- 3- أحمد الأمراتي، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، دار القلم، الرباط-المملكة المغربية-، الطبعة الأولى، 2011.
- 4- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية (الأهلية، والنيابة الشرعية، والوصية، والوقف، والتركات)، منشورات جامعة دمشق، دمشق-سوريا-، 1436-1437هـ/2015-2016م.
- 5- أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى-مصر-، 2010.
- 6- أحمد السعيد الزرقد، المدخل للعلوم القانونية -النظرية العامة للحق-، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر.
- 7- باديس زيان، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر.
- 8- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات، دار الخلدونية، القبة-الجزائر-، الطبعة الأولى، 2008.
- 9- بن شويخ رشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية-، دار الخلدونية-الجزائر-، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م.
- 10- بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010.
- 11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 12- بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، دار النشر مطبعة المنار، سطيف-الجزائر-، الطبعة الأولى، 2011.

- 13- **بوضياف عادل**، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزء الأول، كليك للنشر، المحمدية-الجزائر-، الطبعة الأولى، 2012.
- 14- **بربارة عبد الرحمان**، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداددي، باش جراح-الجزائر-، طبعة الثالثة، 2011.
- 15- **دغيش أحمد**، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
- 16- **دليلة فركوس وجمال عياشي**، محاضرات في قانون الأسرة -انعقاد الزواج-، منشورات دار الخلدونية، القبة -الجزائر-، 2016.
- 17- **هاني الطعيمات**، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2007.
- 18- **محمد أبو زهرة**، شرح قانون الوصية-دراسة مقارنة بمصادره الفقهية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة-جمهورية مصر العربية.
- 19- **محمد الأزهر**، شرح مدونة الأسرة-الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها-، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الرابعة، 2010.
- 20- **محمد الكشبور**، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية-الكتاب الثاني: انحلال ميثاق الزوجية وآثاره-، مطبعة النجاح، الدار البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الثانية، 2009/1430.
- 21- **محمد الكشبور**، الوسيط في شرح مدونة الأسرة المغربية-الكتاب الأول: عقد الزواج وآثاره-، مطبعة النجاح، الدار البيضاء-المملكة المغربية-، الطبعة الثانية، 1430هـ/2009م.
- 22- **محمد علي السرطاوي**، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، الطبعة الثالثة، 2010م/1431هـ.
- 23- **منصوري نورة**، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة -الجزائر-، 2010.
- 24- **مصطفى مجدي مرجة**، الأشخاص والأموال في القانون المدني، دار محمود، القاهرة-جمهورية مصر العربية-.
- 25- **محمود علي السرطاوي**، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون وموزعون، الأردن، الطبعة الثانية، 2010.

- 26- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق والقانون بوجه عام "الأشخاص والأموال والإثبات في القانون الجزائري"، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 27- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي (الجزائر، المغرب، ليبيا، موريتانيا)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش-المملكة المغربية-، الطبعة الأولى، 2009.
- 28- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية-الجزائر-.
- 29- محمد رياض، أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأسرة المغربية، دار الكلمة للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر-، الطبعة الأولى، 2014.
- 30- محمد عليوي ناصر، الحضارة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-المملكة الهاشمية الأردنية-، الطبعة الأولى، 1439هـ/2010م.
- 31- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة- جمهورية مصر العربية-، الطبعة الثانية.
- 32- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، القاهرة- جمهورية مصر العربية-.
- 33- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة الميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان-، الطبعة الأولى، 2007.
- 34- محمد الهادي بن عبد الله، مجلة الأحوال الشخصية معلق عليها من خلال التشريع والفقه والقضاء، دار الإسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2015.
- 35- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، المجلد الرابع، دار السلام، جمهورية مصر العربية.
- 36- سعيد بويزري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر- 1995
- 37- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزء الأول-الخصومة القضائية أمام المحكمة-، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر-.



- 38- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية -نصا- شرحا- تعليقا -تطبيقا، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليه-الجزائر-، طبعة جديدة منقحة ومزودة، 2011.
- 39- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 40- عبد اللطيف فايز دريان، فقه المواريث في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد الثالث، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان -، الطبعة الأولى، 2006.
- 41- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر-وثائق الحالة المدنية والحالات التي تطرأ عليها-، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، طبعة ثالثة.
- 42- عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة - الزواج، الطلاق-التطليق-، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، الرباط-المملكة المغربية-، العدد: 07، نوفمبر 2008.
- 43- عمر زودة، طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Editions Encyclopedia، الجزائر.
- 44- عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار الفقه المالكي وأدلته-دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيح دون تعصّب لقول مذهب- الكتاب الثاني: الطلاق-، إمارسي مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء- المملكة المغربية-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م.
- 45- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أما المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2014.
- 46- عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، القبة القديمة - الجزائر-، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م.
- 47- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
- 48- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.

- 49- **فتيحة حابي**، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 50- **قحطان هادي عبد الفرغولي**، الإرث بالتقدير والاحتياط دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، الطبعة الأولى، 1435هـ/2014م.
- 51- **غنية قري**، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليطلة، المحمدية-الجزائر-، الطبعة الأولى، 1432هـ/2011م.
- أ2-3- **المعاجم والكتب الأخرى**
- 1- **أنطوان نعمة وآخرون**، المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت-لبنان-، طبعة أولى، 2003.
- 2- **باسم جلال القاسم وربيع محمد الدنان**، مصر بين عهدي مرسي والسيدي - دراسة مقارنة-، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت-لبنان-، الطبعة الأولى، 2016م/1434هـ.
- 3- **جرجي شاهين عطية**، معجم المعتمد، راجعه سعدي ضناوي وآخرون، إشراف اميل يعقوب، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، الطبعة الثانية، 2011.
- 4- **جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور**، لسان العرب، المجلد الأول والثاني، حققه وعلّق عليه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، الطبعة الأولى، 2005.
- 5- **محمد شريف عميروش**، الجديد في التربية المدنية للسنة الرابعة متوسط، ديوان المطبوعات المدرسية، الجزائر.
- 6- **محمد علي القوزي**، نشأة وسائل الاتصال وتطورها، دار النهضة الحديثة، بيروت- لبنان-، الطبعة الأولى، 2007.
- 7- **سليم عبد النبي**، الإعلام التلفزيوني، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، الطبعة الأولى، 2010م.
- 8- **عصام نور الدين**، معجم نور الدين الوسيط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان-، الطبعة الثانية، 2009.
- 9- **عباس مصطفى صادق**، الإعلام الجديد - المفاهيم والوسائل والتطبيقات-، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان-الأردن-، 2008.

10- عمروني راضية، الإعلام الآلي-تكوين المعلمين السنة الثانية-، وزارة التربية الوطنية - مديرية التكوين-.

**ب- الأطروحات: (مرتبة ترتيباً أبجدياً)**

01- الطيب أحمد الطيب، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر-مصر-، تحت إشراف الدكتور: محمد مصطفى شحاتة الحسيني، 1400هـ/1980م.

02- العربي باشا مصطفى، الغيبة وأثرها في التطبيق-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، تحت إشراف الدكتور: حوالم عكاشة، 2013/2012.

03- بوسحابة لعيد، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، جامعة طاهري محمد-بشار-، كلية الحقوق، تحت إشراف الأستاذ: حملي صالح، 2014/2013.

04- جواهر بنت كسار نيتول الرويلي، أحكام المفقود -دراسة تأصيلية مقارنة-، رسالة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة والقانون، تخصص: شريعة وقانون، جامعة نايف للعلوم الأمنية- الرياض-، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، تحت إشراف أ.د: أحمد المدني بوساق، 1436هـ/2015م.

05- يوسف عطاء محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين-، تحت إشراف الدكتور مروان علي القدومي، سنة 2003.

06- مؤمن أحمد زياب شويدح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، غزة-فلسطين، 2006.

07- عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، قسم القضاء الشرعي، غزة-فلسطين-، 2004.

08- عايدة سليمان أبو سالم، الحضارة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة الإسلامية بغزة-فلسطين-، تحت إشراف الدكتور: أحمد نياح شويح، 1424هـ/2003م.

09- عثمان ديشيشة، أحكام المفقود بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، تحت إشراف الدكتور: حميد بن شنياتي، جامعة الجزائر 01- يوسف بن خدة-، كلية الحقوق، 2015/2016.

10- عابد كمال، تكنولوجيا الإعلان والاتصال وتأثيرها على قيم المجتمع الجزائري-الشباب الجامعي لتلمسان نموذجاً-، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: علم الاجتماع والاتصال، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-، كلية العلوم الإنسانية الاجتماعية، تحت إشراف الأستاذ الدكتور: سعدي محمد، السنة الجامعية: 1437-1438هـ/2016-2017م.

11- عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر-دراسة فقهية وقانونية مقارنة-، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين-، إشراف: - جمال الكيلاتي.

12- نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور: عبد الفتاح تقية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012/2013.

13- شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، تحت إشراف أ.د بلقاسم أعراب، 2009/2010.

14- شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون -فرع العقود والمسؤولية-، تحت إشراف: خليفي لويظة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014/2015، ص: 44.

#### ت-المقالات:( مرتبة ترتيباً أبجدياً)

01- الشيخ أحمد إبراهيم، نظام النفقات، مجلة المحاماة الشرعية، مصر، العدد السابع، 1978.

02- بلحاج العربي، تعليق على قرار، مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01.

- 03- **بوغرارة صالح**، انتشار فيروس كورونا بسبب أجنبي لدفع المسؤولية" تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة"، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزائر، المجلد 34، عدد خاص: القانون وجائحة كوفيد 19، جويلية 2020.
- 04- **جمال ليشاني**، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة (المواريث)، مجلة الموثق، جويلية 1999، العدد 07.
- 05- **جسام محمد**، حكم عدة المرأة من زوجها المفقود، مجلة الفتح، كلية القانون، جامعة ديالي، العدد الخامس والثلاثون، سنة 2008.
- 06- **دليلة برف**، أحكام المفقود، رسالة المسجد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، العدد الخامس، شهر ديسمبر، 2003.
- 07- **حميد سلطان**، حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي، مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية صفي الدين الحلبي، جامعة بابل-العراق-، عدد 01، المجلد الأول، كانون الأول، 2009.
- 08- **حسين آث ملويا**، حكم المفقود في قضاء المحكمة العليا - تعليق على قرار قضائي-، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد: 20، جويلية 2008.
- 09- **نادر عبد العزيز شافي**، أحكام المفقود، مجلة الجيش تصدر عن الجيش اللبناني، العدد رقم: 297، السنة السادسة والعشرون، أدار 2010، ص 09.
- 10- **عبد الله عبد الرحمان السعيدي**، آثار امتناع الزوج الغائب على نفقة زوجته، مجلة شبكة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، 2008.
- 11- **ناصر بن ابراهيم المحميد**، حفظ حقوق الغائب والمفقود، مجلة العدل، الملكة العربية السعودية، العدد الثاني والعشرين، ربيع الآخر 1425هـ.
- 12- **عبد الله محمد ربابعة**، الآثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتا في الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، جامعة الشارقة، المجلد: 12، العدد: 01، شعبان 1436هـ/يونيو 2015م.
- 13- **عبد الرحمان سوامية**، استخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة وانعكاسها على نمط الحياة في المجتمع الريفي، دراسة ميدانية بقرية بسكارة، بلدية القيقية، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة باتنة-الجزائر، العدد: 21/ديسمبر 2015.

- 14- عبد الحكيم محسن عطروش، أحكام المفقود في قانون الأحوال الشخصية اليمني-دراسة مقارنة-، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية-العراق-، العدد6، تشرين الثاني 2006.
- 15- فراس سعدون فاضل، غيبة الولي، وأثرها على عقد النكاح-دراسة مقارنة-، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة الموصل-العراق-، المجلد السادس، العدد الثاني عشر، 1433هـ/2012م.
- 16- تشوار(م) حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، عدد:10، سنة 2010.
- 17- طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد:32، الجزء الثالث، سبتمبر، 2018.

### ث-المذكرات

- 01-قياسة فاطمة، المفقود في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، تحت اشراف بن سعد رابح عزيز، 2006.

### المحاضرات:

- 01-هشام بوبكر، محاضرات في مقياس مؤسسات الإعلام والاتصال للسنة الأولى ماستر علاقات عامة، جامعة محمد الصديق بن يحي-جبل-، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم علم الاجتماع، السنة الجامعية:2016/ 2017

ج-القوانين: مرتبة ترتيبا تنازليا وحسب درجة القوة:

### قوانين جزائرية:

- 1-القانون 08-09 المؤرخ في 08 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد:21 مؤرخة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق 23 أبريل سنة 2008).
- 2-قانون رقم: 03-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 37 مؤرخة في 14 ربيع الثاني 1424 الموافق 15 يونيو 2003).

**3-قانون رقم:99-08** مؤرخ في 29 ربيع الأول 1420 الموافق 13 يونيو 1999، يتعلق بالوثام المدني (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:46، المؤرخة في 29 ربيع الأول 1420 الموافق 13 يونيو 1999).

**4-قانون رقم: 84-11** مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 24 مؤرخة في 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو 1984)، المعدل بالأمر رقم: 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 15 مؤرخة في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005).

**5-أمر 06-03** المؤرخ في: 19 جمادى الثانية 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46 المؤرخة في: 16/07/2006).

**6-أمر 06-02** مؤرخ في 29 محرم عام 1427 هـ الموافق 28 فبراير سنة 2006م، المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية السنة الثالثة والأربعون، العدد: 12 المؤرخة في أول صافر 1427 هـ الموافق أول مارس 2006م)، المعدل.

**7-أمر رقم :06-01** مؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 11 مؤرخة في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير 2006).

**8-أمر رقم :02-03** مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد: 15 مؤرخة في 16 ذي الحجة عام 1422 الموافق 28 فبراير 2002).

**9-الأمر 75-58** مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية العدد: 78 مؤرخة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 37 سبتمبر 1975) المعدل والمتمم، آخر تعديل بالقانون 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428

- الموافق 13 مايو سنة 2007 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد: 31 مؤرخة في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007).
- 10-الأمر 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970، يتعلق بالحالة المدنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية السنة السابعة العدد: 21 المؤرخة في: 21 ذي الحجة عام 1389 الموافق 27 فبراير سنة 1970).
- 11-مرسوم رئاسي رقم: 96-51 مؤرخ في 02 رمضان 1416هـ الموافق 22 يناير سنة 1996، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 06، المؤرخة في 04 رمضان 1416هـ / الموافق 24 يناير سنة 1996).
- 12-مرسوم رئاسي رقم: 06-93 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتعلق بضحايا المأساة الوطنية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 11 مؤرخة 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير 2006).
- 13-مرسوم تنفيذي رقم: 17-321 مؤرخ في 13 صفر 1439 الموافق 2 نوفمبر سنة 2017، يحدد كفاءات عزل الموظف بسبب إهمال المنصب (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 66 المؤرخة في: 23 صفر 1439 الموافق 12 نوفمبر 2017).

### قوانين مغربية:

- 1-قانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم: 22-04-01 صادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق 03 فبراير 2004 (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد رقم: 5184 المؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004)، المعدل.
- 2-ظهير شريف بمثابة قانون رقم: 1.74.477 بتاريخ: 11 رمضان 1394 (28 شتمبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية السنة الثالثة والستون، العدد: 3230 مكرر المؤرخة في: 13 رمضان 1394-30 شتمبر 1974-).
- 3-قانون 71-011 المؤرخ في 12 ذي القعدة 1391 هـ الموافق 30 دجنبر 1971م، يحدث بموجبه نظام المعاشات والتقاعد المدنية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية العدد: 3087 المؤرخة في 13 ذي القعدة 1391 هـ الموافق 31 دجنبر 1971م)، المعدل.



- 4-ظهير شريف رقم:71-17-1 صادر في 28 من جمادى الأولى 1439 الموافق 15 فبراير 2018، يتعلق بإعادة تنظيم قوات المساعدة وتحيد النظام الأساسي الخاص بأفرادها (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد:6696 الصادرة في 14 شوال 1439 الموافق 28 يونيو 2018).
- 05-ظهير شريف رقم:50-12-1 الصادر في 29 من جمادى الآخرة 1434 الموافق 10 ماي 2013، بمثابة النظام الأساسي الخاص بضباط القوات المسلحة الملكية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد:6152 الصادرة في 05 رجب 1434 الموافق 16 ماي 2013).
- 06-ظهير شريف رقم:008-58-1 المؤرخ في:04 شعبان 1377 هـ الموافق 24 فبراير 1958م، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية المغربية (الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد رقم:237 بتاريخ:21 رمضان 1377 الموافق 1 أبريل 1958)، المعدل.

### قوانين مصرية

- 01-قانون رقم:140 لسنة 2017، المتضمن تعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم:25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المصري (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد رقم:29 مكرر مؤرخة في:22 يولييه سنة 2017).
- 02-القانون رقم:01 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري.
- 03-قانون رقم:79 لسنة 1975 مؤرخ في:28/28/1975 بإصدار قانون التأمين الاجتماعي المصري، المعدل.
- 04-قانون رقم:123 لسنة 1981 بإصدار قانون خدمة ضباط الشرف وضباط الصف والجنود بالقوات المسلحة المصرية (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد:29 تابع المؤرخة في:22 يولييه سنة 1981)، المعدل.
- 05-قانون 90 لسنة 1975 بإصدار قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة المصرية (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد:35 مكرر مؤرخة في:30 أغسطس سنة 1975)، المعدل والمتمم.
- 06-قانون رقم:232 لسنة 1959 في شأن شروط الخدمة والترقية لضباط القوات المسلحة المصرية (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد:21 مكرر المؤرخة في:08 أكتوبر سنة 1959)، المعدل.

07- قانون رقم: 71 لسنة 1946 بإصدار قانون الوصية المصري (الوقائع المصرية، السنة: 117، العدد: 65 بتاريخ: 02 شعبان 1365هـ/01 يوليه 1946).

08- مرسوم بقانون 25 لسنة 1929 خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المصري (الوقائع المصرية، العدد: 27 المؤرخ في: 25 مارس سنة 1929)، المعدل.

09- المرسوم بقانون رقم: 119 لسنة 1952، المتعلق بشأن الولاية على المال للجمهورية المصرية (الوقائع المصرية، العدد: 18 مؤرخة في: 1952/08/24).

10- قرار رئيس الجمهورية المصرية بالقانون (18) لسنة 2015 بإصدار قانون الخدمة المدنية (الجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد: 11 المؤرخة في: 12 مارس سنة 2015).

### قوانين عراقية

01- قانون رقم: 78 لسنة 1980 المتضمن قانون رعاية القاصرين العراقي (الوقائع العراقية، العدد: 2772 بتاريخ: 1980/05/05).

02- قانون 188 لسنة 1959 مؤرخ في: 1959/12/19 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي (الوقائع العراقية، العدد: 280 المؤرخ في: 1959/12/30)، المعدل.

03- القانون رقم: 40 بتاريخ: 1951/08/08 المتضمن القانون المدني العراقي (الوقائع العراقية، العدد: 3015 بتاريخ: 1951/09/08).

### قوانين لبنانية

01- قانون مؤرخ في 1959/06/23، المتضمن قانون الإرث لغير المحمديين اللبناني (الجريدة الرسمية اللبنانية، العدد: 31 المؤرخ في: 1959/06/24)، المعدل.

02- قانون مؤرخ في 1959/06/23، المتضمن قانون الإرث عند المحمديين اللبناني.

03- قانون مؤرخ في: 1948/02/24 المتضمن قانون الأحوال الشخصية اللبناني لطائفة الموحدين الدروز (الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية العدد: 09 بتاريخ: 1948/03/03).

04- قانون حقوق العائلة (المناكحات) اللبناني الصادر بتاريخ: 1917/10/25، المعدل.

05- مرسوم اشتراعي رقم: 102 بتاريخ: 1983/09/16، الخاص بقانون الدفاع الوطني اللبناني (الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية العدد رقم: 44 المؤرخة في: 1983/11/03)، المعدل.

06- المرسوم الاشتراعي رقم: 112 بتاريخ: 1959/06/12 المتضمن نظام الموظفين اللبناني (الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية العدد: 27 المؤرخة في: 1959/06/16)، المعدل.

### قوانين أردنية

01- قانون 36 لعام 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

### قوانين بحرينية

01- قانون رقم: 19 لسنة 2017 بإصدار قانون الأسرة لمملكة البحرين (الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، ملحق العدد: 3323 الخميس 20 يوليو 2017).

02- مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 بإصدار القانون المدني البحريني (ملحق الجريدة الرسمية لدولة البحرين العدد: 2476 المؤرخة في 09 مايو 2001م)

### قوانين قطرية

01- قانون رقم: 22 لسنة 2006 المؤرخ في 29/06/2006 الموافق 03/06/1427 بإصدار قانون الأسرة القطري (الجريدة الرسمية لدولة قطر، عدد: 08، مؤرخة في 28/08/2006 الموافق 04/08/1427هـ).

### قوانين إماراتية

01- قانون اتحادي رقم: 28 مؤرخ في: 19/11/2005 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد: 439 المؤرخة في: 30/11/2005)، المعدل.

### قوانين موريتانية

01- قانون رقم: 2001-052 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الموريتاني (الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية العدد: 1004، مؤرخة في 15 أغسطس 2001).

### قوانين ليبية

01- قانون رقم: 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي (الجريدة الرسمية دولة ليبيا، العدد: 36 لسنة 1992، السنة الثلاثون).

### قوانين يمنية

01- القرار الجمهوري بالقانون رقم: 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمني المعدل (الجريدة الرسمية للجمهورية اليمنية، العدد: 06 لسنة 1992).

### قوانين سودانية

01- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991.

### قوانين كويتية

01-القانون 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي (الجريدة الرسمية - الكويت اليوم-العدد:1570 بتاريخ:24 شوال 1404 هـ الموافق 1984/07/23، السنة الثلاثون)، المعدل.

### قوانين سورية

01-المرسوم التشريعي رقم:59 المؤرخ في:07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل.

### قوانين تونسية

01-أمر علي مؤرخ في:06 محرم 1376 الموافق 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد:66 الصادر في 17 أوت 1956)، المنقح.

### قوانين عمانية

01-مرسوم سلطاني رقم:97/32 المؤرخ في:28 محرم سنة 1418 الموافق 4 يونيو 1997، بإصدار قانون الأحوال الشخصية العماني (الجريدة الرسمية لسلطنة عمان رقم:601 صادرة في 15/06/1997).

### ح-قرارات قضائية

1-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 11/02/2009، ملف رقم:482011، المجلة القضائية، 2009، عدد:01.

2-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار بتاريخ:10/04/2002، ملف رقم:290808، فهرس رقم:324

3-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 02/05/1995، ملف رقم:118621، فهرس رقم:268.

4-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/12/1988، ملف رقم:51894.

5-مجلس قضاء النعامة، محكمة المشرية، قسم الشؤون الأسرة، حكم بتاريخ: /12/2019، رقم الجدول:00874/19، فهرس رقم:01141/19.

6-مجلس قضاء النعامة، محكمة مشرية، قسم شؤون الأسرة، حكم بتاريخ: 2015/06/04، رقم الجدول رقم: 00230/15، فهرس رقم: 00556/15.

7-مجلس قضاء سعيدة، محكمة مشرية، قسم شؤون الأسرة، حكم بتاريخ: 2014/12/25، رقم الجدول رقم: 00387/14، فهرس رقم: 00915/14.

8-مجلس قضاء تلمسان، محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ: 01/10/2006، قضية رقم: 06/4129، فهرس رقم: 06/1489.

9-مجلس قضاء تلمسان، محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ: 08/07/2006، قضية رقم: 2141/06، فهرس رقم: 1221/06.

10-مجلس قضاء تلمسان، محكمة تلمسان، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ: 2006/04/23، قضية رقم: 06/1081، فهرس رقم: 06/692.

#### خ-مواقع الأنترنت:

01-مجلة عرب48: مجلة -العرب-48/مجلة-العرب: 23/01/2017/48 / أبرز الأحداث-في مصر- منذ -اندلاع-ثورة -25-يناير: <https://www.arab48.com/> ، يوم: 18/01/2019، على الساعة: 11سا.

02- موقع ويكيبيديا: رابطة العالم الإسلامي، [ar.wikipedia.org/wiki/](http://ar.wikipedia.org/wiki/) ، يوم: 19/02/2020، على الساعة: 19:05 ساو 19:05 سا.

03-موقع ويكيبيديا، محمد حسين فضل الله: محمد حسين فضل الله [ar.wikipedia.org/wiki/](http://ar.wikipedia.org/wiki/) ، يوم: 2018/12/19 على الساعة: 11:35 سا.

04-موقع وزارة الداخلية والجماعات المحلية الجزائرية: html ملفات/243- ميثاق السلم و المصالحة الوطنية [www.interieur.gov.dz/index.php/ar/](http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/) ، يوم 2019/01/19، على الساعة: 11:25 سا.

05-موقع وزارة الداخلية والجماعات المحلية الجزائرية: فيضانات باب الوادي: فيضانات باب الوادي [www.interieur.gov.dz/index.php/ar component/search?searchword=](http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/component/search?searchword=) الوادي ، يوم 2019/01/19، على الساعة: 12:20 سا و 12:23 سا.

06-موقع وزارة الداخلية والجماعات المحلية الجزائرية: زلزال بومرداس: فيضانات باب الوادي

، [www.interieur.gov.dz/index.php/ar\\_component/search?searchword=](http://www.interieur.gov.dz/index.php/ar_component/search?searchword=)

يوم 2019/01/19، على الساعة: 12:23 سا.

07-الموقع الرسمي لأبي المعز محمد علي فركوس، في أحكام تخص زوجة المفقود: في أحكام

تخص زوجة المفقود، <http://ferkous.com/home/?q=fatwa-200>، يوم: 2018/12/19

على الساعة: 11:09 سا.

08-الموقع الرسمي لمؤسسة محمد حسين فضل الله،

<http://arabic.bayynat.org.lb/HumISecondary.aspx?id=9727>، يوم: 2018/12/19،

على الساعة: 11:35 سا.

09-اللجنة الدولية للصليب الأحمر، اجتماع في الأردن لتعزيز البحث عن المفقودين:

[https://www.icrc.org/ar/document/push-improve-search-missing-people-](https://www.icrc.org/ar/document/push-improve-search-missing-people-dead-sea-meeting)

[dead-sea-meeting](https://www.icrc.org/ar/document/push-improve-search-missing-people-dead-sea-meeting)، يوم: 2018/12/18، على الساعة: 11 سا.

10- / صاحب برنامج أبحاث-في فائدة العائلات-أر/ [echoroukonline.com](http://echoroukonline.com)،

يوم: 2020/02/19 على الساعة: 19:52 سا.

11-رابطة علماء أهل السنة، النظام الأساسي، <https://www.rabtasunna.com/3>،

بتاريخ: 2020/04/30 على الساعة: 12:05 سا.

12-رابطة علماء أهل السنة، فتوى مجلس الإفتاء حول أحكام الغائب والمفقود: أحكام زوجة

الغائب والمفقود، <https://www.rabtasunna.com/3544>، بتاريخ: 2018/12/19 على

الساعة: 11:25 سا.

13-المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي يناقش في

جلسته الثانية: مدة انتظار المفقود: <http://ar.themwl.org/node/31>،

بتاريخ: 2018/12/19 على الساعة: 09:38 سا.

14-المجلس الإسلامي السوري، فتوى أحكام زوجة الغائب والمفقود: فتوى أحكام زوجة الغائب

والمفقود، <http://sy-sic.com/?p=5495>، بتاريخ: 2018/12/19، على الساعة: 10:15 سا.

15-رابطة علماء أهل السنة، فتوى مجلس الإفتاء حول أحكام زوجة الغائب والمفقود: أحكام زوجة

الغائب والمفقود، <http://www.rabtasunna.com/t-3544>، بتاريخ: 2018/12/19، على

الساعة: 11:25 سا.

16-ميم/مجلة المرأة العربية، مصر: حملة فيسبوك تتجح في استعادة مئات الأطفال المختطفين  
والمفقودين: [https :meemmagazinenet.wpcomstaging.com/2018/02/05/](https://meemmagazinenet.wpcomstaging.com/2018/02/05/)، تاريخ  
التصفح : 2019/09/20 على الساعة:11سا.

الفهرس



## الفهرس

الموضوع	الصفحة
- المقدمة.....	01.....
- الفصل التمهيدي: ماهية المفقود.....	07.....
- المبحث الأول: تعريف المفقود وتبين أنواعه.....	08.....
-المطلب الأول: تعريف المفقود لغة.....	08.....
- المطلب الثاني: تعريف المفقود اصطلاحا.....	09.....
- الفرع الأول: تعريف المفقود عند المالكية.....	09.....
- الفرع الثاني: تعريف المفقود عند الحنفية.....	10.....
- الفرع الثالث: تعريف المفقود عند الحنابلة.....	11.....
- الفرع الرابع: تعريف المفقود عند الشافعية.....	11.....
- الفرع الخامس: تعريف المفقود عند الإباضية.....	12.....
- الفرع السادس: التعريف الفقهي الراجح.....	12.....
- المطلب الثالث: التعريف القانوني للمفقود.....	13.....
- الفرع الأول: تعريف المفقود في بعض التشريعات العربية.....	13.....
- الفرع الثاني: تعريف المشرع الجزائري للمفقود.....	15.....
- المطلب الرابع: أنواع المفقود.....	17.....
- الفرع الأول: أنواع المفقود في الشريعة الإسلامية.....	17.....
- الفرع الثاني: أنواع المفقود في القانون.....	19.....
- المبحث الثاني: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.....	21.....
- المطلب الأول: تعريف الغائب لغة.....	21.....
- المطلب الثاني: تعريف الغائب اصطلاحا.....	21.....
- المطلب الثالث: تعريف الغائب قانونا.....	22.....
- المطلب الرابع: أنواع الغيبة.....	24.....
- المطلب الخامس: الفرق بين الغائب والمفقود.....	25.....
- المبحث الثالث المفقود حكما.....	27.....
-المطلب الأول: التشريعات العربية التي نصت على المفقود حكما.....	27.....

- المطلب الثاني: شروط اعتبار الغائب مفقودا في التشريعين الجزائري والسوري.....28
- الباب الأول: الأحكام المتعلقة بشخص المفقود.....30
- الفصل الأول: الحكم بالفقد وأثره على بعض الحقوق الشخصية.....32
- المبحث الأول: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا.....34
- المطلب الأول: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا في الفقه الإسلامي.....34
- الفرع الأول: في المذهب الحنفي.....34
- الفرع الثاني: في المذهب الشافعي.....34
- الفرع الثالث: في المذهب المالكي.....35
- الفرع الرابع: في المذهب الحنبلي.....36
- المطلب الثاني: لزوم حكم القاضي لاعتبار الشخص مفقودا في التشريعات العربية.....37
- الفرع الأول: في التشريعات العربية المقارنة.....37
- الفرع الثاني: في التشريع الجزائري.....39
- المبحث الثاني: أثر الحكم بالفقد على انتقال الحقوق الأسرية.....41
- المطلب الأول: حق الولاية على النفس.....41
- الفرع الأول: ترتيب الأولياء في النكاح.....41
- الفرع الثاني: انتقال حق الولاية بسبب فقد الولي الأقرب.....48
- المطلب الثاني: حق الحضانة.....52
- الفرع الأول: ترتيب من لهم حق الحضانة.....52
- الفرع الثاني: انتقال حق الحضانة بسبب فقد الحاضن.....58
- المبحث الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة.....62
- المطلب الأول: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة المدنية.....62
- الفرع الأول: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة في التشريعات المقارنة.....62
- الفرع الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العامة في التشريع الجزائري.....64
- المطلب الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية.....65
- الفرع الأول: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية في التشريعات المقارنة.....65
- الفرع الثاني: أثر الحكم بالفقد على الوظيفة العسكرية في التشريع الجزائري.....69
- الفصل الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.....71

- المبحث الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الفقه الإسلامي.....73
- المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في المذهب الفقهية.....74
- الفرع الأول: عند الحنفية.....74
- الفرع الثاني: عند المالكية.....75
- الفرع الثالث: عند الشافعية.....77
- الفرع الرابع: عند الحنابلة.....77
- الفرع الخامس: عند الإباضية.....78
- المطلب الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في الاجتهادات المعاصرة.....79
- المبحث الثاني: دور وأثر وسائل الاتصال الحديثة في البحث عن المفقود وأثرها على مدة تمويته.....81
- المطلب الأول: التعريف بأهم وسائل الاتصال الحديثة.....81
- المطلب الثاني: دور وسائل الاتصال الحديثة في البحث والكشف عن المفقود.....83
- المطلب الثالث: أثر وسائل الاتصال الحديثة في الكشف عن المفقود وفي تقليص مدة تمويته.....86
- المبحث الثالث: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في القانون.....87
- المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريعات العربية المقارنة.....87
- الفرع الأول: حالة الغيبة التي ظاهرها الهلاك.....88
- الفرع الثاني: حالة الغيبة التي ظاهرها السلامة.....93
- المطلب الثاني: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في التشريع الجزائري.....95
- الفرع الأول: في قانون الأسرة الجزائري.....95
- الفرع الثاني: في القوانين الخاصة.....98
- المطلب الثالث: أثر الظروف الاستثنائية على تقليص مدة تمويت المفقود ..... 101
- الفرع الأول: الظروف الاستثنائية التي مرت بها مصر وأثرها على مدة تمويت المفقود.....101
- الفرع الثاني: الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر وأثرها على مدة تمويت المفقود.....105
- الفصل الثالث: الإجراءات الخاصة بالمفقود في التشريع الجزائري.....109
- المبحث الأول: إجراءات الحكم بالفقدان في التشريع الجزائري.....111
- المطلب الأول: الحق في رفع دعوى الفقدان ..... 111
- المطلب الثاني: المحكمة المختصة في دعوى الفقدان ..... 112
- المطلب الثالث: صفة المدعى عليه في دعوى الفقدان.....114

- 117.....- المطلب الرابع: إثبات حالة الفقد
- 119.....- المطلب الخامس الحكم بالفقدان ومشتملاته
- 120.....-المبحث الثاني: إجراءات الحكم بموت المفقود في التشريع الجزائري
- 120.....-المطلب الأول: حالات إنهاء الفقد
- 122.....- المطلب الثاني: القاعدة العامة في إجراءات الحكم بموت المفقود
- 125.....-المطلب الثالث: الاستثناءات التي جاءت بها القوانين الخاصة
- 127.....-المطلب الرابع: شروط الحكم بالفقدان وكيفية ابطاله
- 129.....-الباب الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة ومال المفقود
- 131.....- الفصل الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود
- 133.....- المبحث الأول: أثر الحكم بالفقد على زوجة المفقود
- 133.....-المطلب الأول: حق زوجة المفقود في طلب التطليق
- 134.....- الفرع الأول: حق زوجة المفقود في طلب التطليق في الفقه الإسلامي
- 139.....- الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في طلب التطليق في التشريعات العربية
- 144.....- المطلب الثاني: وقوع الفرقة بسبب الفقد
- 144.....- الفرع الأول: الفرق بين فرقة الطلاق وفرقة الفسخ
- 145.....-الفرع الثاني: نوع الفرقة بسبب الفقد
- 149.....-المطلب الثالث: حق زوجة المفقود في النفقة
- 150.....- الفرع الأول: حق زوجة المفقود في النفقة في الفقه الإسلامي
- 152.....- الفرع الثاني: حق زوجة المفقود في النفقة في التشريعات العربية
- 158.....-المبحث الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على زوجته
- 158.....-المطلب الأول: عدة زوجة المفقود
- 158.....-الفرع الأول: عدة زوجة المفقود في الفقه الإسلامي
- 158.....-الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود في التشريعات العربية
- 161.....-المطلب الثاني: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته على زوجته
- 161.....-الفرع الأول: أثر ظهور المفقود حيا على زوجته في الفقه الإسلامي
- 166.....-الفرع الثاني: أثر ظهور المفقود حيا على زوجته في التشريعات العربية
- 170.....-الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بمال المفقود

- المبحث الأول: أثر الحكم بالفقد على مال المفقود.....172
- المطلب الأول: أثر الحكم بالفقد على مال المفقود الخاص.....172
- الفرع الأول: مصير أموال المفقود.....172
- الفرع الثاني: إدارة أموال المفقود.....176
- الفرع الثالث: النفقات الواجبة من أموال المفقود.....181
- المطلب الثاني: إرث المفقود من غيره.....187
- الفرع الأول: توريث المفقود في الشريعة الإسلامية.....187
- الفرع الثاني: توريث المفقود في التشريعات العربية.....189
- الفرع الثالث: تطبيقات على ميراث المفقود.....193
- الفرع الرابع: توريث المفقود عن طريق الوصية الواجبة.....197
- المبحث الثاني: أثر الحكم بموت المفقود على ماله.....199
- المطلب الأول: تاريخ تحديد ورثة المفقود وتقسيم ماله في الفقه الإسلامي.....199
- الفرع الأول: القائلون بتاريخ الحكم لتقسيم تركة المفقود.....200
- الفرع الثاني: القائلون بتقسيم تركة المفقود بعد بلوغه سن التعمير.....200
- المطلب الثاني: تاريخ تحديد ورثة المفقود وتقسيم ماله في التشريعات العربية.....201
- الفرع الأول: تاريخ تقسيم تركة المفقود في التشريع العربي المقارن.....201
- الفرع الثاني: تاريخ تقسيم تركة المفقود في التشريع الجزائري.....202
- المبحث الثالث: وصية المفقود.....203
- المطلب الأول: تعريف الوصية.....203
- الفرع الأول: تعريف الوصية في الفقه الإسلامي.....203
- الفرع الثاني: تعريف الوصية في التشريعات العربية.....204
- المطلب الثاني: استحقاق الموصى له الوصية في حالة فقد الموصي.....205
- الفرع الأول: في الفقه الإسلامي.....205
- الفرع الثاني: في التشريعات العربية.....206
- المطلب الثالث: مصير الوصية إذا فقد الموصى له.....208
- الفرع الأول: فقد الموصى له قبل وفاة الموصي.....208
- الفرع الثاني: فقد الموصى له بعد وفاة الموصي وقبل قبول الوصية.....209

- المبحث الرابع: أثر ظهور المفقود حيا على ماله.....213
- المطلب الأول: أثر ظهور المفقود حيا على ماله في الفقه الإسلامي.....213
- الفرع الأول: قول جمهور الفقهاء.....213
- الفرع الثاني: قول الحنابلة.....214
- المطلب الثاني: أثر ظهور المفقود حيا على ماله في القانون.....214
- الفرع الأول: في التشريعات العربية المقارنة.....214
- الفرع الثاني: في التشريع الجزائري.....217
- الخاتمة.....219
- الملخص باللغة العربية.....234
- الملخص باللغة الفرنسية.....237
- قائمة المراجع والمصادر.....241