الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الوادي

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإنسانية

شعبة العلوم الإسلامية

أحـكام المفقود في الفقه المالكي
دراسة مقارنة بالقانون الجزائري

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية - تخصص: الشريعة والقانون.

إعداد:

جيلاني بلابل

حذيفة دربال

موسى شوية

إشراف:

الأستاذ: أحمد خويلدي

السنة الجامعية: 2014/2013م.1435/1434هـ

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الوادي

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإنسانية

شعبة العلوم الإسلامية

أحـكام المفقود في الفقه المالكي
دراسة مقارنة بالقانون الجزائري

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية - تخصص: الشريعة والقانون.

إعداد:

جيلاني بلابل

حذيفة دربال

موسى شوية

إشراف:

الأستاذ: أحمد خويلدي

السنة الجامعية: 2014/2013م.1435/1434هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه

إلى من أشرقت بولادته شمس المعرفة لتخرج البشرية من الظلمات الى النور قدوتنا وسيدنا وحبيبنا رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من قال فيهما الله عز وجل: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾

إلى آبائنا وأمهاتنا الأعزاء. حفظهم الله ورعاهم...

ونسأل الله تعالى أن تقر أعينهم بنا وبعملنا هذا...

إلى إخوتنا وأخواتنا... جزاهم الله خيرا على ما أسدوه لنا من يد العون...

إلى كل من كان له فضل تربيتنا وتعليمنا...

إلى كل من استفدتنا منه لفظة...أو جمعنا به وداد لحظة...

من الأرحام والأحباب والأصحاب...

إلى الأصدقاء والزملاء الأوفياء الكرماء...

إلى أحبابنا وأصحابنا كل باسمه...

إلى كل عزيز من قريب أو بعيد نهدي هذا العمل.

جيلالي بلابل

حذيفة دربال

موسى شويرة

شكر وتقدير

لا يسعنا – بعد حمد الله تعالى – إلاّ أن نتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتنا الأفاضل الذين غمرونا بعلمهم وفضلهم.

ونخص بالذكر أستاذنا الفاضل وقدوتنا في المستقبل الأستاذ "**أحمد خويلدي**" حفظه الله ورعاه، الذي تفضل بإشرافه على هذه الرسالة.

وتحية وتقدير خالصين إلى كل من أسهم وساعد في إخراج هذا الجهد، من قريب أو بعيد كما لا ننسى كل من ساعدنا ومد لنا يد العون؛ فبارك الله في الجميع.

والله نسأل أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم، وأن يجازيهم عنا خير الجزاء يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

الملخص

فـي هـذه المـذكرة تناولنـا موضـوع أحكـام المفقـود فـي الفقـه المـالكي مقارنـة بالقـانون الجزائري، انطلاقا من الإشكالية الآتية: ما مدى الانسجام بين الأحكام المتعلقة بالمفقود في القانون الجزائري مقارنة بالفقه المالكي؟ استلزم علينا هذا تحديد تعريف المفقود في كل من الفقه المالكي والقانون الجزائري واللذان اتفقا على أنه الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، إلا أن هناك اختلاف في إضافة المشرع الجزائري أن يكون ذلك حكم الفقدان بصدور حكم قضائي، ثم تناولنا أقسام المفقود بشكل مقارن بين الفقه المالكي والقانون الجزائري، حيث قسمه فقهاء المالكية الى مفقود في بلاد المسلمين و مفقود في أرض الشرك و مفقود في أرض الوباء اما القانون الجزائري لم يعتمد هذا تقسيم، بل اعتمد تقسيم اخر، اما في ما يخص الاحكام الاخرى المتعلقة بالمفقود والتي في مجملها جزء منها يتعلق بزوجة المفقود في حكم تطليقها وعدتها وزواجها الثاني، وجزء اخر يتعلق بمال المفقود من حيث التصرف فيه والنفقة الواجبة عليه وميراثه. وفي ختام هذا البحث نجد الإجابة على التساؤل: بالقول أن المشرع لم يوافق ما ذهب إليه الفقه المالكي في أحكام المفقود إلا في بعضها، وبإحالة القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية على هذا الوجه العام دليل على عدم تقيده بالمذهب المالكي، وبمطابقة نصوص المواد المتعلقة بأحكام المفقود في القانون الجزائري بأحكام الشريعة نجدها تتوافق مع الفقه الحنبلي، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

Résumé

Dans notre mémoire, nous avons abordé le sujet des dispositions des disparus dans Maliki fiqh par rapport à le droit algérien, sur la base du problème suivant:Quelle est la relation entre les dispositions des disparus dans le droit algérien a comparé de jurisprudence Maliki? Nous nécessitions à déterminer la définition des disparus dans tous Maliki fiqh et le droit algérien et les deux convenus que une personne qui ne connaît pas son endroit , sa vie ou sa mort, mais il y a une différence à dans législateur algérien d'être que la règle de la perte de la délivrance d'une ordonnance d'un tribunal, nous avons abordé aussi les classes des disparus dans le fiqh – Maliki et le droit algérien d'une façon comparative avec le droit algérien, où les chercheurs de serment de fiqh Maliki les ont composé à manquer dans les pays musulmans, et qui manque dans le pays du piège et disparus dans le pays de l'épidémie soit la loi algérienne ne supporte pas cette division, mais invoqués divisé l'autre, soit en termes des autres dispositions relatives des disparus qui dans son intégralité partie par rapport à la femme disparue de la règle et a promis de lui et son second mariage divorce, et une autre partie vient d'où l'argent manque pour en disposer, la pension alimentaire qui lui est due et son héritage. A l'issue de cette recherche, nous trouvons la réponse à la question: dire que le législateur n'a pas approuvé le point de vue de la fiqh al-Maliki dans les dispositions des disparus, mais certains d'entre eux, et de

renvoyer le juge aux dispositions de la loi islamique sur le visage public de la preuve de l'absence d'adhésion à la doctrine d'al-Maliki, et correspondant aux textes des articles relatifs aux dispositions des disparus droit algérien les dispositions de la loi est jugée compatible avec le fiqh Hanbali, Dieu le bénisse et le guider vers le chemin.

مقـدمـة

الحمد لله الذي بفضله أكمل لنا الدين، وأتم علينا برحمته النعمة ببعثة النبي الأمين الذي لا ينطق عن الهوى، إن هو إلا وحي يوحى، صلى الله وسلم عليه وعلى أصحابه أولي النهى وأقمار الدجى، ومن سار على نهجه واقتفى أثره.

وبعد:

إن من فضل الله تعالى على عباده ولطفه بهم، أن شرع لهم من الأحكام ما به صلاحهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة، وذلك من خلال إنزاله الشرائع المختلفة التي ختمت بشريعة الإسلام.

ومن خصائص هذا الدين الحنيف الذي ارتضاه الله تعالى لنا ديناً أنه امتاز بعمومه لكل الناس وشموله لسائر حاجاتهم، فقد غطى بأحكامه كل ما يخص العباد في الحياة وبعد المعاد، ونظم أمورهم في البر والبحر، والسفر والحضر، والعسر واليسر، والحرية والأسر، والحرب والسلم، والصداقة والعداوة، والحضور والغياب، وكان في كل ذلك منسجماً مع الفطرة مستجيباً للمصلحة، مراعياً للحاجات، محققاً للحضارة ومستجيباً لتقدم الحياة، آخذاً بزمام المبادرة، مصطبغاً بروح الحكمة، متجنباً عوامل الإثارة، وتلاعب الأهواء، وردود الأفعال، نائياً عن العصبية محققاً للعدالة، وما ذاك إلا لأنه من رب العباد الذي لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء، ولا تغيب عنه أين تكمن المصلحة للعباد مهما خفيت في أي زمان أو مكان.

والناظر في أحكام الشريعة الإسلامية، يجد حرصها على تحقيق المصالح ودرء المفاسد، والمحافظة على الأنفس والحقوق والأموال في توازن دقيق ينظم أمور الناس وكل ما يواجههم في حياتهم اليومية ومعاملاتهم من مشاكل وقضايا.

وتعد الأحكام المتعلقة بالمفقود واحدة من تلك الجوانب الحياتية التي عالجها الإسلام وفصل فيها الأحكام ، لتكون لبنة من لبنات الصرح الفقهي الإسلامي الشامخ، إذ تتناول تنظيم الشرع لهذه الحالة التي تمس شريحة كبيرة من الناس الذين يغادرون أوطانهم، طوعاً بقصد السياحة أو العلم أو العمل، أو قسراً تحت وطأة الإبعاد أو التهجير أو الأسر من محتل غاشم، أو هرباً بالعقيدة والفكر من سطوة ظالم، أو فراراً من جناية يخشون العقوبة عليها،

وغير ذلك، وقد تبعد غيبة هؤلاء أو تقرب، ويحدث أن تصل أخبارهم أو تنقطع، أو تعلم حياتهم أو تجهل، مما يؤثر على كثير من الأحكام المتعلقة بالقضاء، والمال، والزوجة، وغير ذلك.

وقد تطرق القانون الجزائري لحالة المفقود، ووضع له أحكاما تنظمه، من خلال نص المادة 31 من القانون المدني (تسري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي) وغيرها من النصوص القانونية.

وتأتي هذه الدراسة – بعون المولى عز وجل– لبيان تلك الأحكام، مستعينين بالله عز وجل على ذلك، سائلين إياه العون والتوفيق للحق، والهدى إلى الصواب، إنه ولي التوفيق والسداد، وأكرم مسؤول وخير مجيب.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذه الدراسة في الأمور الآتية:

1.معرفة مدى ارتباط وتوافق القانون الجزائري في احكامه مع الفقه المالكي.

2.التعلق المباشر لهذه الدراسة بشريحة كبيرة من الناس في هذا العصر الذي انتشرت فيه ظاهرة الهجرة والسفر للعمل أو الدراسة، وكثر فيه نشوب الحروب واندلاع الفتن الداخلية والخارجية.

3.وتتضح أهمية البحث . إضافة لما سبق . من خلال إظهاره سعة وشمول الفقه الإسلامي الذي ينظم حياة الإنسان في مختلف حالاته، سواء أكان حاضراً أم غائباً، وبيانه للمكانة الرفيعة التي يتمتع الإنسان بها من خلال حمايته، والمحافظة على حقوقه وأمواله وعدم الاعتداء عليه وإن كان غائباً، بل إن مكانته السامية تتجلى بشكل أوضح من خلال تقدير حياته وإن كان مفقوداً وانقطعت أخباره، مما يحفظ عليه حقوقه وأمواله.

الإشكالية:

ومن خلال هذه الأهمية الكبيرة للموضوع يتبادر إلى أذهاننا الإشكال الآتي:

ما مدى الإنسجام بين الأحكام المتعلقة بالمفقود في القانون الجزائري مقارنة بالفقه المالكي؟ وذلك من خلال تبيان، ما مفهوم المفقود؟ ومدى ضرورة صدور حكم بالفقد لإعتبار الشخص مفقودا؟ وماهي الآثار المترتبة عن اعتبار الشخص مفقودا؟

أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى:

1.معرفة مدى ارتباط وتوافق القانون الجزائري في احكامه مع الفقه المالكي.

2.تحديد مفهوم الغائب والمفقود، وتحديد الفوارق بينهما.

3.بيان أحكام المفقود، سواء منها ما كان متعلقاً به من جهة حياته وموته والمحافظة على حقوقه، أم تلك المتعلقة بالغير من زوجة وورثة، وإظهار أثر الفقدان على عقوده وتصرفاته المختلفة وما يترتب على عودته بعد الحكم بموته.

الدراسات السابقة حول الموضوع:

لا نزعم بهذه الدراسة الأسبقية المطلقة في هذا المجال بشكل عام، وأنها الأولى دون منازع، فقد بحث الفقهاء الأجلاء هذه المسائل في ثنايا كتبهم، وتطرق إليها العديد من الأساتذة والشيوخ، وثمة دراسات وكتابات حديثة تناولت مسائل من هذه الدراسة بالتفصيل، متمثلة في مؤلفات لشيوخ وأساتذة فضلاء، بالإضافة إلى رسالات وأطروحات جامعية.

1.أطروحة لأحكام المفقود ،ليوسف عطا محمد حلو.

2.مذكرة لأحكام المفقود في لقانون الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، للطالبة شرابن إبتسام.

أسباب إختيار البحث:

1.ظهور عدد كبير من المفقودين ،خلال زلزال بومرداس وفيضانات باب الوادي وفيضان ولاية غرداية مؤخرا.

2.بيان عظمة التشريع الإسلامي وسعته وسموه الذي لم يترك مسألة من مسائل الفقه إلا أولاها العناية الخاصة بها.

3.كثرة الحروب والنزاعات والكوارث الطبيعية التي تؤدي إلى تجدد ظاهرة الفقد باستمرار.

4.التغيير الحاصل في علاقات الدول بعضها مع بعض ،فأصبح بالإمكان البحث والتحري عن شخص مفقود في معظم بلاد العالم، نتيجة لتطور العلاقات بين هذه الدول.

5.التطور الحاصل في مجال المواصلات والاتصالات الذي يدعونا إلى إعادة النظر في الأحكام التي وضعت بناء على استخدام وسائل النقل التقليدية ، ومقاييس لم تعد تتناسب مع هذا التغيير الحاصل.

المناهج المتبعة:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي الذي تفرضه المواضيع الفقهية من جهة، وعلى المنهج المقارن من خلال المقارنة بالقانون الجزائري من جهة أخرى .

ولابد من ذكر أهم النقاط التي اتبعناها في كتابة هذا البحث:

1.إقتصرنا في هذه الدراسة على القانون الجزائري من دون القوانين الاخرى.

2.التزمنا بالرجوع في أقوال الفقهاء إلى الفقه المالكي دون غيره، وهذا لاتباعنا لهذا الفقه.

3.إقتصرنا في كل المسائل على المذهب المالكي ، وقارنا ذلك بالقانون الجزائري.

4.أوردنا في الاستدلال للمذهب المالكي الأدلة من القرآن الكريم والسنة.

وكان من **أهم الصعوبات التي واجهناها في هذا البحث**، كثرة الفروع المتعلقة بهذا الموضوع، وقد حاولنا جاهدين استيعابها بالبحث مما استغرق وقتاً وجهداً إضافياً. ولذلك إقتصرنا في الدراسة على المذهب المالكي فحسب، بالمقارنة مع القانون الجزائري.

وقد جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

خطة البحث

مبحث تمهيدي

أولاً: تعريف المفقود.

ثانياً: أقسام المفقود.

ثالثاً: الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه المالكي و القانون الجزائري.

الفصل الأول: أحكام المفقود في الفقه المالكي.

المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه المالكي

المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.

الفرع الأول: المفقود في بلاد الإسلام .

الفرع الثاني: المفقود في بلاد الشرك .

الفرع الثالث: المفقود في بلاد الوباء.

المطلب الثاني: تاريخ الحكم بموت المفقود:

الفرع الأول: ضبط تاريخ موت المفقود

الفرع الثاني: الفقد بعد سن الحكم فيها بموته

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في الفقه المالكي
المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود في الفقه المالكي
الفرع الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته
الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته
المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في الفقه المالكي
الفرع الأول: الإبقاء على ملكية المال والتصرف فيه وإدارته لفائدة المفقود
الفرع الثاني: النفقات الواجبة على المفقود
الفرع الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث
المبحث الثالث: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في الفقه المالكي
المطلب الأول: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته
الفرع الأول : ظهوره حيا قبل نكاح زوجته من غيره
الفرع الثاني : ظهوره حيا بعد نكاح زوجته من غيره سواء دخل بها
المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على أمواله.
الفرع الأول : إذا كان مال المفقود لا يزال قائما.
الفرع الثاني : إذا كان مال المفقود أتلف أو أنفق.
الفصل الثاني: أحكام المفقود في القانون الجزائري
المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في القانون الجزائري
المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.
الفرع الأول: حالات الفقدان التي تغلب فيها السلامة
الفرع الثاني: حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك
الفرع الثالث: حالات الفقدان الخاصة
المطلب الثاني: تاريخ الحكم بموت المفقود:
الفرع الأول: ضبط تاريخ موت المفقود
الفرع الثاني: الفقد بعد سن الحكم فيها بموته
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في القانون الجزائري
المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود في القانون الجزائري

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في القانون الجزائري

الفرع الأول: الإبقاء على ملكية المال والتصرف فيه وإدارته لفائدة المفقود

الفرع الثاني: النفقات الواجبة على المفقود

الفرع الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث.

المبحث الثالث: ظهورالمفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في القانون الجزائري

المطلب الأول: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته.

المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على أمواله.

خاتمة: وفيها أهمُّ النتائج المتوصل إليها.

مبحث تمهيدي

ويتضمن ثلاثة عناصر:

أولاً: تعريف المفقود.

ثانيًا: أقسام المفقود.

ثالثًا: الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه المالكي و القانون الجزائري.

أولاً: تعريف المفقود

1. تعريف المفقود في اللغة:

اسم مفعول مشتق من الفقد، وهو من قولك فقد الشيء، يفقده فقدانا(بفتح الفاء) و فقدانا(بكسر الفاء) وفقد (بضم الفاء) وهو مفقود و فقيد أي عدمه و افقده الله اياه، و الفقدان ضد الوجدان[1].

وفي التنزيل قال تعالى:

﴿وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيۡرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلۡهُدۡهُدَ أَمۡ كَانَ مِنَ ٱلۡغَآئِبِينَ ﴾[2].

وهذا الاسم من الأضداد، يقول الرجل: فقدت الشيء: أي أضللته، وفقدته: أي طلبته. وكلا المعنيين يتحقق في المفقود.[3]

2. تعريف المفقود اصطلاحا:

ـ تعريف المفقود في الفقه المالكي:

عرف المالكية المفقود بأنه: من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه، إذ قال " ابن عرفه": " المفقود من انقطع خبره وممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه.[4] و الذي لم يعلم له موضع ولا حياة[5]".

و من سافر في البحر فانقطع خبره فسبيله سبيل المفقود[6].

---

[1]ـ أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي: تفسير البغوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1993م، ص369.

[2]. سورة النمل، آية رقم 20.

[3]. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، ج3، دار صادر، بيروت، لبنان، ص337.

[4]ـ الصادق عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2000م، ط1، ص101.

[5]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، ج4، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1، 1996م ، ص487.

[6]ـ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، دار الكتب ،العلمية بيروت، لبنان،ط1، 1995م، 496.

من خلال هذا التعريف نجد ان الفقه المالكي جعل العبرة في انقطاع خبر المفقود مع إمكان الكشف عنه، فأخرج بذلك من نطاقه الأسير الذي يجهل موضعه، والاسير هو الذي أسره الحربيون وذهبوا به إلى بلادهم .

حيث جاء في باب الأسير في المدونة الكبرى " قلت: أرايت الأسير في أرض العدو أهو بمنزلة المفقود في قول" مالك " قال: لا والأسير لا تتزوج إمراته إلا أن ينتصر أو يموت قال فقيل لمالك فإن لم يعرفوا موضعه ولا موقعه بعدما اسر (قال): ليس هو بمنزلة المفقود قال لأنه في أرض العدو وقد عرف انه أسر ولا يستطيع الوالي أن يستخبر عنه في ارض العدو فليس هو بمنزلة من فقد في أرض الإسلام[1].

يستخلص مما سبق أن المفقود في الفقه المالكي هو الشخص الذي يجهل حياته وموته ومكانه، وبالتالي العبرة هي بعدم معرفة المكان الذي يوجد فيه من جهة، وعدم معرفة ما إذا كان على قيد الحياة أم وافته المنية من جهة ثانية.

ـ تعريف المفقود في القانون الجزائري:

رغم أن القانون المدني الجزائري تولى تبيان الأحكام العامة للمفقود، إلا أنه لم يورد تعريفا له بل نص في المادة 31 منه أن:(تجري على المفقود والغائب والأحكام المقررة في التشريع العائلي)، فتولى قانون الأسرة تعريف المفقود في المادة 109.

عرّف المشرع الجزائري في قانون الأسرة لسنة 2005 المفقود بأنه: "يعتبر مفقودا كل إنسان لم يظهر في اقامته منذ اكثر من سنة والذي يكون وجوده غير محقق"[2]، ثم عدل بموجب قانون الأسرة في المادة109 بنصه أن: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

فمن خلال هذا النص تستشف الشروط الواجب توافرها لتعريف المفقود وهي:

– غياب الشخص والجهل بمكان تواجده و الجهل بأمر حياته أو وفاته.

---

[1]. ابو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي: التهذيب في فقه الإمام الشافعي، المجلد6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1 ،1996م، ص273.

[2]. Hanifi (louisa) :l'absence et la disparition en droit privé algerien. mémoire de magister Université d' alger. Institute de droit et des sciences administratives. Alger.1981.p11.

بالنسبة لمصطلح الغائب يجب التوضيح حيث أن نص المادة 110 من قانون الأسرة عرفت الغائب بأنه: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

وعليه يمكن تعريف الغائب بأنه: "الشخص الذي يغيب عن موطنه وقد يكون له محل إقامة معروف خارج موطنه – أو لا يكون، ولكن الثابت يقينا– أن الغائب حيا و حياته معلومة"؛ فلا يعد الغائب مفقودا ولا يؤثر غيابه على شخصيته القانونية وكل ما في الامر أنه إذا ترتب على غياب الغائب أن تعطلت مصالحه أو مصالح الغير معه، جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة أن تعين له وكيلا يتولى شؤونه القانونية إلى حين عودته[1].

فمن خلال المادة 110 من قانون الأسرة نستنتج من هذا التعريف أنه لكي يعتبر الشخص غائبا لابد من توفر شروط تتمثل في: عدم وجود الشخص في محل اقامته، ووجود ظروف قاهرة منعت الشخص من الرجوع، وعدم قدرة الشخص على تسيير شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل، ومرور سنة على غيبة الشخص، وصدور حكم قضائي يقضي بالغيبة.

فمن خلال نصي المادتين[2] 109و110 من قانون الأسرة نلاحظ أنه عرف المفقود بالغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته، ومن جهة أخرى جعل الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة كالمفقود أي في حكمه، رغم التحفظ عن هذه الصياغة الخاطئة تماما نظرا للاختلاف الكبير بين الغائب والمفقود، فيستنتج من هذا أن هناك صورتين:

- الصورة الاولى: الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته هو مفقود
- الصورة الثانية: الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من العودة الى محل إقامته فهو كالمفقود.

[1]- عباس الصراف و جورج حزبون: المدخل الى علم القانون – نظرية القانون– نظرية الحق، دار الثقافة، عمان، الأردن،2008م، ص 172.

[2]- المادة 109، 110 من الأمر رقم 05–02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 المؤرخ 27 فبراير سنة 2005.

ثانياً: أقسام المفقود.

أقسام المفقود في الفقه المالكي:

لم يتفق فقهاء المالكية على عدد أنواع المفقود فمنهم من قال: ثلاثة، ومنهم من قال: أربعة، ومنهم من قال: خمسة، لكن عند جمعها جميعا نجدها تتمحور حول ثلاثة أقسام.

إذًا فقد قسم فقهاء المالكية المفقود الى ثلاثة أقسام:

1. المفقود في بلاد المسلمين:

فقد يفقد الشخص في أرض الإسلام في حالة الرخاء أي السلام ، وذلك سواء كان مسافرا للتجارة أو للعمل أو لطلب العلم أو للسياحة أو نحو ذلك، فيغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره[1]، كمن فقد في زلزال أو سيل أو نحو ذلك[2]، وقد يفقد الشخص في أرض الإسلام لكن ليس في زمن الرخاء بل في زمن الفتنة واقتتال المسلمين فيما بينهم[3].

المفقود في أرض الشرك:

فقد يفقد الشخص في أرض الشرك أو في بلاد غير المسلمين، وذلك سواء كان ذهابه إلى تلك البلاد للتجارة أو طلب العلم أو للسياحة أو للعمل أو غيرها من الأسباب الكثيرة لتوجه المسلمين إلى بلاد الشرك، وذلك قد يكون في زمن السلم أي أن يذهب الشخص إلى بلاد ليس بينها وبين المسلمين حرب، وقد يتوجه إلى بلاد الشرك للقتال أو ما يسميه الفقهاء المعترك بين الصفين؛ وقد اختلف الفقهاء في أمر الأسير فمنهم من اعتبره في حكم مفقود أرض الشرك وذلك في البقاء مدة التعمير، ومنهم من يخرج الأسير من ذلك الحكم وتبريرهم أن الأسير يحجر عنه ويمنع من الإياب والذهاب[4].

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق،ج3، ص 429 .

[2]. جمال عبد الوهاب عبد الغفار : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، دراسة فقهية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، مصر، 2002م ، ص 505 .

[3]. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي:مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق،ج5،ص505 .

[4] . محمد بن عبد الله علي الخرشي المالكي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط1، 1997م ، ص132.

2. المفقود في أرض الوباء:

والمقصود بأرض الوباء ، هي التي ينتشر فيها وباء معين كالكوليرا أو الطاعون ، أو أرض أصابه موت جماعي بزلزال أو فيضان أو إعصار أو غير ذلك من الكوارث الطبيعية. قال اللخمي[1]: من فقد ببلده زمن الطاعون أو ببلد توجه إليه فيه وباء ما، حكمه حكم الموت لقول مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال يموت الرجل في سفره ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة، تتزوج نسائهم ويقسم مالهم[2].

أقسام المفقود في القانون الجزائري

حددت المادة 113 من قانون الأسرة حالتين للفقدان، أولهما الحالة التي يغلب فيها الهلاك وهي إما حالة الحرب أو الحالة الاستثنائية، وثانيهما حالة تغلب فيها السلامة ولقد جاءت القوانين الخاصة التالية لقانون الأسرة بحالات خاصة للفقدان، ويتعلق الأمر بمفقودي الكوارث الطبيعية (الزلزال– الفيضانات) وبناء عليه نعالج كل حالة على حدى.

1. حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك:

يتعلق الامر بحالة الحرب وحالات الاستثنائية التي يفقد خلالها الاشخاص ولا يعرف لهم مصير، وحالة الحرب نصت عليها المادة 96 من دستور1996 حيث جاء فيها: يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات " ذلك لأن الحرب هي خطر يهدد كيان الدّولة وعمل المؤسسات الدستورية للجمهورية، ويمس سلامة ووحدة تراب الدولة واستقلالها وقد اشترط المؤسس الدستوري لقيام حالة الحرب أن يتوجه رئيس الجمهورية بخطاب للأمة يعلن من خلاله عن حالة الحرب، ويعلق العمل بالدستور على اثر ذلك، ومن البديهي والمنطقي أن تشكل حالة الحرب احدى حالات الفقدان لأنها تتسبب في إختفاء الاشخاص، وعدم معرفة مصيرهم .

بينما فيما يتعلق بالحالات الاستثنائية فقد نصت عليها المادة 93 من الدستور والتي جاء فيها:" يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن

---

[1]. ترجمة الخمي: هو ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، اصولي حافظ، من اهل غرناطة كان من ءائمة المالكية ،من كتبه: الموافقات في اصول الفقه، والمجالس، شرح لكتاب البيوع لكتاب البخاري ،والاعتصام في اصول الفقه. توفي رحمه الله سنه790 (انظر الزركلي ،الاعلام75/1)

[2]. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،ج5، مرجع سابق،ص506.

يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها"، فالنص جاء عاما بحيث يمكن أن يشمل حالة استثنائية وحالة الطوارئ[1]، التي تؤدي إلى تقييد الحريات العامّة وذلك لوقوع مس خطير بالنظام العام، ولذا تمنح اختصاصات إضافية لمرفق البوليس لإستتباب الوضع الأمني، ومن البديهي كذلك أنّ الحالة الاستثنائية تؤدي الى فقدان العديد من الاشخاص، فالوضع الأمني السائد في الجزائر منذ بداية التسعينات يشكل حالة استثنائية أدت إلى فقدان الاشخاص خاصة فيما يتعلق بالمختطفين من طرف الجماعات الارهابية والذين لم يظهر عليهم أي خبر، مما دفع بذويهم الى اللجوء للقضاء لاستصدار أحكام تقضي بفقدانهم ووفاتهم، وفعلا استجاب القضاء لطلباتهم واعتبرهم مفقودين عملا بأحكام المادّة 113 من قانون الأسرة[2].

2. حالات الفقدان التي تغلب فيها السلامة:

حالة الفقدان التي تغلب فيها السلامة هي حالة اختفاء وفقدان الشخص في ظروف طبيعية وعادّية، كمن يسافر خارج الوطن طالبا للعلم أو العمل فيختفي أثره ويجهل مصيره، ويطول الحال ولا يدري وفاته من مماته، وهذه الحالة أمر تقديرها متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهي مسألة واقع يكون فيها للقاضي أن يقدر ما اذا كانت الحالة تغلب فيها السلامة أو غير ذلك ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك، وعلى القاضي أن يبين طبيعة الحالة التي فقد فيها الشخص وذلك عند تسبيبه للحكم بالوفاة، كون أنّ المدّة القانونية للحكم بوفاة المفقود لحالة لحرب أو الحالة الاستثنائية حددتها المادّة 113 من قانون الأسرة بأربعة سنوات من تاريخ فقدانه بينما المدة في الحالة التي تغلب فيها السلامة ترك أمر تقديرها للقاضي ليحكم بوفاة المفقود.

3. حالات الفقدان الخـــــاصة:

تعتبر حالة الفقدان بسبب الفيضانات التي حلت بباب الواد بالجزائر العاصمة في 10نوفمبر 2001م، والزلزال الذي ضرب مدينة بومرداس في21 ماي 2003م حالات فقدان خاصة، لأنها غير مستمرة وجاءت لفترة وجيزة ترتب عنها الفقدان للعديد من الأشخاص،

---

[1]. مرسوم رئاسي رقم 196/91 صادر، ت.1991/06/04م، اثر حالة الطوارئ في الجزائر.

[2]- حكم صادر من قسم الاحوال الشخصية لمحكمة الحجار – مجلس قضاء عنابة، ت. 2003/04/19م، تحت رقم 2003/302م.

حيث أصبح يجهل مصيرهم، فقام الاحتمال الأكبر على فقدانهم وموتهم بسبب هذه الكوارث، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار كل من الأمر03/02 المؤرخ في25 فيفري2002م الذي نظم بموجبه وضعية المفقودين بسبب الفيضانات وسن القانون رقم 06/03 المؤرخ في14جوان2003 والذي تضمن أحكاما خاصة بمفقودي الزلزال ولقد جاء كل قانون بقواعد قانونية خاصة تخرج عن الأحكام العامة المكرسة في قانون الأسرة.

وما تجدر الاشارة إليه هنا أن كلا من الكارثتين تعتبران من الحالات الاستثنائية التي نصت عليها المادة 113 من قانون الأسرة، إلا أن المشرع وكما سبق الذكر عالج أحكامها بنصوص خاصة، ذلك لأن الأمر استدعى التعجيل، ولكون الوفاة في هذه الحالات أكثر ترجيحا من الحياة، فلو انتظرنا مرور أربع سنوات لزاد الأمر تعقيدا، ولأصيب أهالي المفقودين بأضرار كبيرة .

إن النصين اللذين جاءا بمناسبة الكارثتين يسريان ويطبقان لفترة محددة، وينقضي اثرهما بمرور فترة الفيضانات والزلازل، وعلى القاضي إذا ما عرضت عليه دعوى الفقدان لإحدى الحالتين المذكورتين أن يبين في حكمه طبيعة الحالة التي فقد فيها الشخص، أي عليه أن يبين أن الشخص قد فقد في أماكن وقوع الفيضانات أو الزلزال .

ذلك لأن النصين الخاصين اشترطا أن يفقد الشخص في الأماكن التي وقعت فيها الكارثة الطبيعية، ويقع عبء إثبات ذلك على من يرفع دعوى الفقدان، أي على ذويه أو على النيابة العامة وكل ذي مصلحة أن يقيم الدليل على أن الشخص المراد الحكم بفقدانه كان متواجدا بمكان الفيضانات أو الزلازل[1].

وفي الأخير يعود تقدير ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي له أن يستخلص ذلك من الوقائع المطروحة عليه ويستعين في ذلك بجميع وسائل الاثبات لأن المسألة مسألة واقع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك.

[1]- حكم صادر عن قسم الاحوال الشخصية لمحكمة برحال – مجلس قضاء عنابة، ت.2004/07/06 م، تحت رقم 2004/70م.

ثالثاً: الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه المالكي و القانون الجزائري.

أ – الفرق بين الغائب و المفقود في الفقه المالكي

قبل أن نتطرق الى الفرق بين الغائب والمفقود نعرف الغائب:

تعريف الغائب:

الغيبُ: الشك، وجمعه غياب وغيوب؛ والغيب: كل ما غاب عنك، وما غاب عن العيون وإن كان محصلا في القلوب، نقول: غاب الرجل غيبا ومغيبا وتغيب: سافر، أو بان وقومٌ غُيَّبٌ وغياب، غَيَبٌ: غائبون وامرأة مغيبٌ ومغيبةٌ، وغيبة: غاب بعلها أو أحد من أهلها[1].

وذهب الفقهاء إلى أن المعنى اللغوي هو نفسه المعتمد عند حديثهم عن الغياب و الغيبة وهو السفر والبعد.

وقد قسم الفقهاء الغيبة إلى نوعين[2]:(غيبة انقطاع، وغيبة ارتجاع).

وقد اختلفت بعض المسميات لهذه الغيبة ولكنها كلها في المعنى نفسه.

وغيبة الارتجاع هي: الغيبة القريبة التي تتقطع فيها اخبار هذا الغائب.

وتقسم هذه الغيبة أيضا إلى قسمين:(غيبة بعيدة، وغيبة قريبة).

أما غيبة الانقطاع: فهي الغيبة التي سافر فيها صاحبها مسافة بعيدة مثل الذين يخرجون للمغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا اليها[3] مثل: الاندلس أو افريقية أو طنجة.

وقد ذكر القاضي عياض في حد المسافة المسافة البعيدة على أنه: لا ترد فيها القوافل في السنة إلا مرة؛ لأن الخاطب ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها[4].

ثم إن هذه الغيبة المنقطعة تقسم إلى قسمين:

. من لم تنقطع أخباره، وحياته معلومة ومكانه معلوم.

. من جهل مكانه وحياته وموته، فهذا هو المفقود.

---

[1]. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، مرجع سابق،ج1، ص655 .

[2]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ،مرجع سابق،ج2، ص113.

[3]. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج3،ص435.

[4]. يوسف عطا محمد حلو: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس ، فلسطين، 1424هـ، 2003م ، ص 22.

فالمفقود هو نوع من أنواع الغائب ، وهو من غاب وانقطعت أخباره حتى لو كان في غيبة قريبة أو في داخل البلاد وانقطعت أخباره فهذا هو المفقود؛ فالغيبة أعم وأشمل من الفقد[1].

ب – الفرق بين الغائب و المفقود في القانون الجزائري.

عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود بالشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتر مفقودا إلا بحكم قضائي، فالمشرع بذلك لم يميز بين المفقود والغائب، بل عرف المفقود بأنه شخص غائب يجهل مكانه ولا يعرف إن كان حيا أو ميتا، فكل شخص اختفى عن الأنظار وغادر مقره، وأهله، سواء بإرادته أو رغما عنه ولم يعلم اتجاهه ومقصده ومستقره، وأصبح حاله في علم الغيب فلم يتبين أمر حياته من مماته يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري [2].

بينما فيما يتعلق بالغياب فقد نصت المادة 110 من قانون الأسرة: الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود؛ فالمشرع بذلك لم يعرف الغياب والغائب على غرار ما نص في المادة 109 سالفة الذكر، بحيث عرف المفقود بأنه شخص غائب ، وإنما جعل الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته لمدة سنة في حكم المفقود.

فنستنتج من خلال ذلك أن الغياب أشمل من الفقدان، بل إن الفقدان هو إحدى صور الغياب وهنا تصح المقولة "أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود" وهذا يدل على أنّ المقنن ميز بين مفهوم المفقود ومفهوم الغائب وما يؤكد ذلك هو نص المادة 112 والتي جاء فيها: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"[3].

---

[1]. أبو القاسم الرافعي القزويني: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد المجيد، دار الكتاب العربي، لا.ط ،لا.ن ،ج4 ، ص484 .

[2]. الجريدة الرسمية : العدد 15، ت.02/28/ 2002م.

[3]. المرجع نفسه.

الفصل الأول:

أحكام المفقود في الفقه المالكي.

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه المالكي
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود و أمواله في الفقه المالكي
المبحث الثالث: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في الفقه المالكي

المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه المالكي

إن للحي أحكاما وللميت أحكاما أخرى، والمفقود هو حالة لا نعرف فيها يقينا حياته أو موته، فكان من الضروري معرفة متى يعتبر هذا المفقود ميتا حتى نطبق عليه أحكام الأموات في أمواله، وأن يكون للقضاء رأي في هذا الموضوع لينهي الأمر ويحسم الخلاف بالنسبة لهذا المفقود فيحكم بموته.

المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

سبق وأن بينّا أن فقهاء المالكية قد قسموا المفقود إلى أقسام ومن خلال هذا التقسيم بنوا الحكم بموت المفقود بناء على نوع ذلك الفقد، وهذا بإعتبار مكان الغيبة.

الفرع الأول: المفقود في بلاد الإسلام .

وهذ المفقود وقع الخلاف في الحكم بموته بين زوجته وماله؛ أما بالنسبة لزوجته: فإنها تعتد بعد مضي أربع سنين من حين الإنتهاء من البحث والتفتيش عنه.

أما بالنسبة لأمواله فلا يحكم بموت المفقود في بلاد الإسلام ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش مثله وهي مدة التعمير[1].

فقد قال الإمام مالك في ذلك: لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلا مثله فيقسم ميراثه من ذلك اليوم؛ وهذا القول محمول على المفقود في بلاد الإسلام والمفقود في بلاد الشرك؛ لأن الغالب على هؤلاء أنهم غابوا في غيبة ظاهرها السلامة[2].

أما ما يخص مفقود حروب المسلمين مع بعضهم بعضاً فإنه يحكم بموته بعد إنفصال الصفين، ويورث ماله حينئذ، واختلفوا في التلوم له (مدة الإنتظار) والراجح أنه يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة أو قربه، وأقصى أجل في ذلك سنة من آخر يوم إلتقاء الصفين، وهو يوم الإنفصال[3].

---

[1]. أحمد بن غنيم بن سالم المالكي النفراوي :الفواكه الدواني ،ج2، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، 1415هـ، ص42.

[2]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق، ج5 ، ص452.

[3]. أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري : التاج والإكليل ، دار الفكر ، بيروت ،لبنان ، 1398هـ ، ج4 ، ص161.

الفرع الثاني: المفقود في بلاد الشرك

وهذا المفقود لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت البينة على ذلك، فإن لم تظهر بينة على موته فإنه يحكم بموته بعد أن تمضي سبعون سنة من يوم ولد وهو سن التعمير عند المالكية.
واختار بعضهم ثمانين سنة وحكم بخمس وسبعين سنة.
ومعنى سن التعمير أو بقائه للتعمير أي لا تتزوج إمرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد[1]، وهذه المدة(سبعون سنة)التي يحكم فيه بموت المفقود جاءت إستنادا إلى الحديث المشهور الذي يقول فيه ﷺ:"أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّيْنْ إِلَى السَّبْعِينْ، وَأَقَلُّهُمْ مَنْ يُجَوِّزُ ذَلِكَ"[2].

وأما مفقود حروب المسلمين والكفار في هذه البلاد، فإنه يحكم بموته بعد مضي سنة من فقده، بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عليه، ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره للحاكم وليس بعد إنتهاء التفتيش والنظر فيه[3].
ويشترط هنا أن تشهد البينة العادلة أنها رأته حضر الصف، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقط فحكمه حكم المفقود في بلاد الإسلام[4].

الفرع الثالث: المفقود في بلاد الوباء

ففي مفقود هذه البلاد قال اللخمي: من فقد ببلده زمن الطاعون أو ببلد توجه إليه فيه وباء ما، حكمه حكم الموت لقول مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال يموت الرجل في سفره ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة، تتزوج نسائهم ويقسم مالهم[5].

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح، مرجع سابق ، ج2 ، ص482.

[2]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج4 ، ص130، وهذا الحديث أخرجه الترمذي في الزهد، باب: ما جاء في أعمار هذه الأمة...6/6، وقال: (هذا حديث حسن غريب) من حديث أبي صالح عن أبي هريرة، وقد روي من غير وجه عن أبي هريرة. وابن ماجه في الزهد، باب: الأمل والأجل:2 / 1415، وصححه الحاكم: 2 / 427 على شرط مسلم، و وافقه الذهبي، و ابن حبان في موارد الظمآن برقم (2467) ص 611، و البيهقي في السنن: 370/3، و حسن الحافظ إسناده في الفتح:240/11، انظر: فيض القدير للمناوي: 11/2، سلسلة الأحاديث الصحيحة:397/2.

[3]. أبو العباس أحمد الصاوي : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف ، ج2 ، ص694.

[4]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص182.

[5]ـ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5 ، مرجع سابق، ص506.

فالمفقود في بلاد الوباء أمره بين إما أن ينجو ويكون مع الأحياء عندما ينجلي الأمر، أو يكون قد مات فتعتد زوجته عدة وفاة[1].

المطلب الثاني: تاريخ الحكم بموت المفقود

بعض الفقهاء وضعوا مدة محددة تحل بعد مرورها زوجة المفقود لأزواج ويقسم ماله بمرورها في بعض الصور، وهذا الموضوع يحدد لنا الوقت الذي يبدأ حساب هذه المدة منه، كذلك أن الفقهاء قالوا لا يجوز أن يرث أحد بالشك والمفقود لا يرث بهذا الإعتبار. لأن حياته مشكوك فيها، فإذا مات من يرثه المفقود فهل يعطي له نصيبه هذا أم لا، على إعتبار أنه مفقود؟ وهل تفتقر هذه المدة لضرب القاضي لها؟

ونوضح المسألة كما يلي :

الفرع الأول: ضبط تاريخ موت المفقود

سئل الإمام مالك رحمه الله عن الأربع سنين من يوم الفقد أما من يوم الإياس ؟ فقال من يوم الإياس[2].

فإذا رفعت الزوجة أمر زوجها إلى الحاكم فإنه يرسل في النواحي للكشف عنه فإن انتهى الكشف عنه فحينئذ يضرب له الأجل، وليس المراد أنه يضرب له الأجل بمجرد الرفع بعد تمام الكشف والعجز عن خبره[3].

قال في المدونة: قال مالك: لو أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين.

فقيل لمالك: هل تعتد بعد الأربع سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من غير أن يأمرها السلطان بذلك ؟ قال نعم مالها وللسلطان في الأربعة أشهر التي هي العدة[4].

فبعد إنقضاء الأجل المضروب تعتد زوجة المفقود كعدة زوجة الميت أربعة أشهر وعشراً ولا تحتاج إلى إذن من القاضي في العدة أو في الزواج بعد إنتهاء العدة[5].

---

[1]. الصادق عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مرجع سابق ، ج3 ، ص 102 .

[2]. أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري: التاج والإكليل، مرجع سابق ، ج4 ، ص155.

[3]. أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي إبن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص39.

[4]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج5، ص450.

[5]. أحمد بن غنيم بن سالم المالكي النفراوي: الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2، ص41.

أما من فقد في حروب بين المسلمين والكفار فإن زوجته تعتد بعد سنة، ويبدأ حساب السنة هذه من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد إنتهاء النظر والتفتيش فيه، وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه[1].

أما من فقد في حرب المسلمين بعضهم بعضا ومثله المرتحل لبلد الطاعون أوفي زمنه، فإن زوجته تعتد يوم إنفصال الصفين، وبعد ذهاب الطاعون، بعد أن تكون قد استقصت أمره واستبرأت خبره[2].

الفرع الثاني: الفقد بعد سن الحكم فيها بموته

قال ابن عرفة[3]: على إبن السبعين إذا فقد لها، زيد له عشرة أعوام وكذا إبن الثمانين في قول مالك؛ وإن فقد إبن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وإن فقد إبن مائة إجتهد فيما يزاد له[4].

وتجوز شهادتهم على التقدير إن لم يعرف الشهود تاريخ الولادة؛ ويأخذ بالأقل إن اختلف في الشهادة وحلف الوارث إذا شهدوا على التقدير، ولا يمين لأن شهدت البينة بتاريخ الولادة[5].

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص483.

[2]. المرجع نفسه ، ج2 ، ص482.

[3] ترجمة ابن عرفة: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، ابو عبد الله: امام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، لقد كان مولده ووفاته فيها تولى امامة الجامع الاعظم سنة750هـ وللفتوى سنة 773هـ من كتبه المختصر الكبير في فقه المالكية والمختصر الشامل في التوحيد والمبسوط في الفقه، توفي سنة803. (انظر للزركلي،ص43).

[4]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص482.

[5]. أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري: التاج والإكليل ، مرجع سابق ، ج4 ، ص161.

المبحث الثاني:الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في الفقه المالكي

إن الفقد لا يؤثر على الشخص المفقود وحده بل كون هذا الأخير فردا في جماعة تترتب على احتكاكه بالآخرين حقوق وواجبات فإن الفقد يؤثر على غيره أيضا، ولأن الزوجة من أكبر المتضررين بفقد زوجها، وكذلك صعوبة تحديد آثار الفقد بالنسبة لكل من تربطه بالمفقود علاقة فإن التركيز يكون على حق الزوجة في التطليق للفقد وحقها في النفقة من أموال المفقود.

المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود في الفقه المالكي

إن فقدان الزوج يحول دون تحقق معاني المودة والرحمة والسكن التي يحققها الزواج، بحيث بغياب الزوج عن زوجته ورغم توفر كل مستلزمات الحياة المادية إلا أن الزوجة تستوحش من البقاء وحدها خاصة وهي لا تعلم إن كان زوجها حي أم ميت، ولا تعرف مكان تواجده، وقد ذكر الله سبحانه وتعالى أن السكن يكون بالزواج حيث قال تعال﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ ﴾[1].

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته

من خلال هذه الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته سنتعرف على مدة تربص زوجة هذا الأخير، كذلك حق هذه الزوجة في التطليق .

أولا: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود

بما أنه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة ما يبين لنا كم من الزمن يمكن أن تبقى هذه الزوجة معلقة لا تعرف لها حالا تستقر عليه، اجتهد علماء المسلمين في هذا الموضوع بناء على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين وما توصلوا إليه من اجتهاد أو رأي، نوضحها بتوفيق الله تعالى كالتالي:

سبق وأن بينا أن المفقود عند المالكية يقسم إلى ثلاثة أقسام، وسنبين حكم زوجته من خلال هذه الأقسام على النحو الآتي:

[1]. سورة الروم : الآية رقم 21.

1. المفقود في بلاد الإسلام :

فهذا يضرب لإمرأته أجل أربع سنين بإجماع الصحابة، فإذا رفع أولياؤه أمره للحاكم فإنه يسأل عن معارف هذا الرجل وجيرانه وأقاربه وأهل سوقه، ثم يرسل للبلد الذي خرج إليه، ويكتب في كتاب إسم هذا الرجل ووصفه ومهنته، فإذا عاد إليه الخبر بعدم معرفة مكانه وموضعه ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام، والحق أن التأجيل بأربعة أعوام تعبدي أجمع عليه الصحابة[1]؛ وبالنسبة لإبتداء المدة، فإنه يبدأ حساب المدة من حين العجز عن خبره بعد البحث عنه، فإن انتهى الكشف عن حياته وموته فجهل ذلك ضرب له الحاكم الأجل، فإن انتهت المدة (السنوات الأربع) إعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت للأزواج، وقد صرح في المدونة وغيرها بأنها تعتد الأربعة أشهر وعشرا دون أمر الإمام بالعدة؛ حتى لو لم يبن بها[2].

واستندوا في ذلك لما رواه عبد الجبار عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرب للمفقود من يوم جاءته إمرأته أربع سنين ثم أمرها أن تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ثم تصنع في نفسها ما شاءت إذا إنقضت العدة[3].

هذا إذا دامت نفقتها في هذه المدة وإلا طلقها عليه لإعساره بالنفقة من غير تأجيل إلى أربع سنين وذلك بعد أن يحلفها أنها لم تقبض منه نفقة هذه المدة وأسقطتها عنه؛ وقيل إن هذه المدة وضعت لأنها أقصى مدة الحمل، وقيل لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات[4] في بلاد الإسلام ذهابا وإيابا[5].

أما مفقود حروب المسلمين مع بعضهم، فإن زوجته تعتد بعد انفصال الصفين، لأنه الأحوط، وحكمه حكم المقتول دون تلوم (مدة الانتظار) له وهو قول سحنون، وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك هو سنة من

---

[1]. أبو بكر محمد بن علي الحدادي العبادي : الجوهرة النيرة ، المطبعة الخيرية للنشر ، لا.ط ، ج2 ، ص22.

[2]. أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي إبن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج4 ، ص40.

[3]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص448,451 .

[4] . وهي الرسائل التي تبعث الى الاشخاص بأعيانهم او المنشورات العامة التي توجه الى اهالي القرى والمدن ومن يراها من المسلمين.

[5]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص479.

آخر يوم التقاء الصفين قاله، ابن القاسم؛ وقال سحنون: لا يتلوم له، وحكمه حكم المقتول دون تلوم[1].

2. المفقود في بلاد الشرك:

فحكم زوجة المفقود عندهم حكم زوجة الأسير، فتبقى للتعمير إن وجد ما ينفق عليها منه؛ وإلا فلها التطليق، كما يجوز لهما طلب الفرقة أو خشيتا على أنفسهما الزنا حتى لو وجدت النفقة[2]. وقال صاحب حاشية الصاوي: "أنها تطلق للضرورة وهي أولى من معدومة النفقة كذا قال الأشياخ"[3].

ومعنى بقاءه للتعمير أي أن لا تتزوج إمرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد[4].

وأما مفقود حروب المسلمين مع الكفار في هذه البلاد، فإن زوجته تعتد بعد مضي سنة من فقده، وذلك بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عليه؛ ويبدأ حساب السنة من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش عنه[5].

وقد روي هذا القول عن الإمام مالك، وقال يضرب لإمرأته أجل سنة من وقت النظر لها، وتنكح بعد انقضاءها؛ وقضى بهذا في غزاة الأندلس[6].

3. المفقود في بلاد الوباء :

ومثل المفقود في حروب المسلمين المرتحل لبلد الطاعون أوفي زمانه، فإذا فقد تعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون بعد أن يكون قد استقصي أمره وبحث عن خبره[7].

---

[1]. يوسف عطا محمد حلو : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص57.

[2]. أحمد بن غنيم بن سالم المالكي النفراوي :الفواكه الدواني ، مرجع سابق ، ج2 ، ص42.

[3]. أبو العباس أحمد الصاوي : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج2 ، ص694.

[4]. خليل بن إسحاق بن موسى المالكي : مختصر خليل ، تحقيق أحمد علي بركات ، دارالفكر ، بيروت، لبنان ، 1415هـ ، ج1،ص157.

[5]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص482.

[6]. أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري : التاج والإكليل ، مرجع سابق ، ج4 ، ص161.

[7]. أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي إبن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص40.

ثانيا: التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج

سنتطرق بعون الله تعالى في هذا العنصر إلى ثلاث نقاط وهي: طلب الزوجة التفريق لعدم النفقة، وطلب الزوجة التفريق للغيبة، واشتراط حكم الحاكم لتربص الزوجة ووقوع الفرقة.

1. طلب الزوجة للتفريق لعدم النفقة:

دلَّ كتاب الله سبحانه وتعالى، والسنة والإجماع على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن[1].

أما الكتاب العزيز فقوله تعالى:﴿لِيُنفِقْ ذُوسَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾[2]، وغيرها من الآيات.

أما من السنة المشرفة قول النبي ﷺ لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان "خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوف"[3]، ولو لم تكن النفقة واجبة لما يحتمل أن يأذن لها النبي صلى الله عليه وسلم بالأخذ من غير إذنه.

أما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن.

فلما كان للزوجة على زوجها حق النفقة كما بين، فما الحكم إذا امتنع هذا الزوج عن الإنفاق على زوجته أو أعسر بالنفقة أو غاب عن زوجته ولم يترك لها مالا تنفق منه.

مذهب الإمام مالك أن الإعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه وبين أن تقيم معه بلا نفقة[4].

والغائب عن زوجته يطلق عليه للعسرة بالنفقة، لأن هذا النوع ملك تستحق به النفقة فكان للإعسار بها تأثير في إزالته كملك اليمين، سواء دخل بزوجته أم لم يدخل وسواء دعي إلى الدخول أم لا على المعتمد؛ فالدعوة والدخول شرط للنفقة على الزوج إذا كان حاضرا لاغائبا، أما غريب الغيبة كثلاثة أيام فإنه يرسل إليه إما أن تنفق عليها أو يطلق عليك[5].

---

[1]. أبوبكر علاء الدين بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط2، 1406هـ ،ج4،ص15.

[2]. سورة الطلاق : الآية رقم 7.

[3]. أبوعبد الله محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري ، تحقيق: مصطفى ديب البنا، دار ابن كثير "اليمامة" ط3 ، بيروت، لبنان ، 1407هـ ، كتاب البيوع ، ج2 ، ص769.

[4]. سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح الموطأ ، مرجع سابق ، ج4 ، ص132.

[5]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج5 ، ص520.

وأما إذا لم يعلم موضعه أو كانت غيبته على عشرة أيام فيتلوم له، فإن وجد الزوج ما يمسك الحياة خاصة يطلق عليه إذ لا صبر لها عادة على مثل ذلك، فإن قدرت على القوت كاملا ولو من خشن المأكول أو خبز بغير أدم ووجد من الكسوة ما يواري العورة ولو من خشن الصوف أو ما دون ما يلبسه فقراء ذلك المكان فلا يطلق عليه وإن كانت غنية.

وإن أعسر بالنفقة واختارت الفرقة فقد روي عن مالك (يؤجل الشهر والشهرين).

قال القاضي أبو محمد[1]: قيل يؤجل الشهر، وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها، وهذه الرواية رواها ابن حبيب[2] عن مالك أنه قال: "ما علمت أنه يضرب أجل في النفقة إلا الأيام اليسيرة".

واشترطوا لجواز طلبها التفريق أن تكون تزوجته على الغنى أما إذا علمت حين العقد فقره فليس لها الفسخ بالإعسار بالنفقة إلا أن كان مشهورا بالعطاء وانقطع، وكذلك إذا علمت أنه من السؤال فليس لها الفسخ إلا إذا تركته فلها الفسخ، ووجه ذلك أنها راضية بعيبه فقد أقدمت على الزواج وهي تعرف حاله كمشتري السلعة بها عيب يعلمه فلا ترد بهذا العيب.

وتباع عروضه وداره في نفقتها إن لم يكن له مال غيرها، حتى لو احتاج هذه الدار للسكنى، وقد صرح بذلك في المدونة حينما سئل هل تكسر عروضه في نفقتها في قول الإمام مالك؟ قال: نعم، وقال لا يأخذ منها حملا كفيلا بما دفع إليها من نفقة حذار أن يدعي الزوج عليها حجة، فإذا قدم فهو على حجته فإن ادعى مسقطاً للنفقة فإن أثبته رجع عليها بما أنفق عليها[3].

2. طلب الزوجة التفريق للغيبة

ذكر المالكية على أنه إذا طالت غيبة الزوج عن زوجته، وتضررت بها الزوجة، فإن هذه الغيبة تصلح سببا لطلبها التفريق، ولو ترك لها الزوج ما تحتاج إليه من نفقة مدة غيبته؛ لأن

---

[1] . هو القاضي ابو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي : هو الفقيه الحافظ تفقه عن كبار اصحابه، كأبن قطار وابن الجلاب والباقلاني، تولى القضاء في عدة جيهات من العراق ثم توجه الى مصر، فحمل لواءها وملأ ارضها وسماءها ، توفي وهو قاضي بها سنة422هـ

[2]- ترجمة ابن الحبيب: أبو مروان عبد الملك بن الحبيب السلمي القرطبي، روى عن الغازي فوزياد بن عبد الرحمن له الواضحة في الفقه، والسنن وتفسير الموطأ توفي رحمة الله في 238 هـ (انظر: محمد بن مخلوف ، شجرة النور الزكية74/1)

[3]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج5 ، ص521.

إقامتها بعيدة عن زوجها مع محافظتها على عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتماله، ويفوت على الزوجة مصالح النكاح ، وهو ضرر بالغ يجب رفعه، والقاعدة الفقهية تقول "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارْ"[1]، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ﴾[2]، وقال أيضا: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[3].

فإن لم يأخذها الزوج حيث هو يقيم، ولم يحضر إليها، فيفرق بينهما لرفع هذا الضرر؛ ولأن هذا ليس إمساكا بمعروف فيتعين التسريح بإحسان فإن لم يقم به هو قام به القاضي مقامه فيه.

أما شروط التفريق للضرر فهي:

- أن تمضي مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلا؛ لأن الفرقة بسبب الضرر الواقع، لا الضرر المتوقع فقط.
- لا بد أن تخشى الزنى على نفسها ويعلم ذلك من قولها وتصدق في دعواها حيث طالت مدة الغيبة، أما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها.
- الإرسال إلى الزوج إن علم مكانه وأمكن وصول الرسائل إليه.
- أن تكون الغيبة بغير عذر[4].

أما بالنسبة للمدة التي يحق للزوجة بعدها طلب الفرقة:

فعند المالكية في ذلك قولان: قول إنها سَنَة وهو القول المعتمد، وقول إنها ثلاث سنوات[5].

---

[1]- هذه القاعدة اعتبرت إحدى القواعد الخمس التي ترجع جميع مسائل الفقه إليها ، أنظر الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، ج1، ص7و9 و38 ، وهي حديث للرسول ﷺ أخرجه الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي في الموطأ،ج2 ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التؤاث العربي ، لا.ط .س، مصر، ص547 .

[2]. سورة البقرة : الآية رقم 231.

[3]. سورة البقرة : الآية رقم 229.

[4]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص431.

[5]- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، مرجع سابق ، ج4 ، ص156.

3 . إشتراط حكم الحاكم ونوع الفرقة الحاصلة بسبب الغيبة والعجز عن النفقة

نصّ المالكية على أنه للزوجة الفسخ بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة أو كسوتها[1]،فإن ارتجعت كانت رجعية موقوفة، فإن أيسر في العدة صحت رجعته وإذ لم يوسر حتى انقضت العدة بطلت الرجعة، وبانت منه بانقضاء العدة والله سبحانه وتعالى أعلم[2].

ومثل النفقة الحاضرة النفقة المستقبلة إذا أراد السفر، فإنه إذا قصد السفر فلها مطالبته بنفقة المستقبل إلى قدومه ليدفعها لها معجلة أو يقيم كفيلا يدفع لها على حسب ما كان الزوج يدفع لها[3].

أما الفرقة بسبب غيبة الزوج فهي فرقة طلاق لا فرقة فسخ، فقد جاء في المدونة عن الإمام مالك كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فهي رجعية[4].

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته

إذا كان الحكم بوفاة المفقود يرتب على الصعيد المادي تقسيم أمواله، فإنه يرتب على الصعيد الشخصي إعتداد زوجته عدة وفاة بمضي المدة المحددة شرعا، ويكون ذلك إنطلاقا من تاريخ معين.

أولا: إعتداد زوجة المفقود عدة وفاة

إتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها، ولعل الفرقة بين الزوجين بسبب الوفاة أحد أهم أسبابها، ولذلك فإن صدور الحكم بوفاة المفقود يحتم اعتداد زوجته؛ لأن الوفاة الحكمية تقوم مقام الوفاة الطبيعية، وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب اعتداد زوجة المفقود بعد تبين أمره والحكم بوفاته عدة المتوفى عنها زوجها لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﷺ﴾[5]، والدليل من السنة، ما روي أن المتوفى عنها زوجها لما جاءت إلى رسول الله صلى

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص520.

[2]. سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح الموطأ ، مرجع سابق ، ج4 ، ص133.

[3]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص520.

[4]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج6 ، ص31.

[5]. سورة البقرة : الآية رقم 234.

الله عليه وسلم تستأذنه في الإكتحال قال: " قَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الجَاهِلِيةِ إِذَا تُوُفِّى عَنْهَا زَوْجُهَا قَعَدَتْ فِي شَرِّ أَحْلَاسِهَا حَوْلاً ثُمَّ خَرَجَتْ فَرَمَتْ كَلْبَةً بِبَعْرَةٍ أَفَلَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا"[1]. فزوجة المفقود تعتد أربعة أشهر وعشرا وبعدها تحل لغيره من الأزواج وهذا قال به الصحابة عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين، وبهذا أخذ الفقه المالكي[2].

ثانيا: تاريخ بدء إحتساب عدة زوجة المفقود

يجب التفريق بين عدتها إذا أتاها خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه، وبين عدتها إذا لم يأتها عنه خبر، وهذا ما سنبينه في هذا العنصر كالتالي:

1. عدتها إذا أتاها خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه:

إذا أتى المرأة خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه، فحكمها حكم سائر نساء المسلمين، وهو أن تعتد من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

وإن لم تعلم، ولم يبلغها خبر موته أو طلاقه حتى تمضي عدة الطلاق والوفاة لم يكن عليها عدة، وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة، وإنما هي مدة تمر عليها، فإذا مرت فليس عليها مقام مثلها؛ وهذا ما عليه جمهور الفقهاء.

وقد ورد هذا القول عن غير واحد من أصحاب النبيﷺ "أنها تعتد من يوم يكون الطلاق أو الوفاة".

فقد ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر قال: "تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها من يوم طلق، ومن يوم توفى عنها زوجها".

وعن داود بن أبي عاصم قال: سمعت سعيد بن المسيب يقول: "إذا قامت البينة فمن يوم مات أو طلقها"[3].

---

[1]. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، ج5، ص2042.

[2]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج4 ، ص151.

[3]. مرجع نفسه ، ج2 ، ص12.

2. عدتها إذا لم يأتها عنه خبر:

إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة ولم يصلها أي خبر عن حياته ولا موته، ولا تعلم مكانه فإن هذه الزوجة تعتد من زوجها بعد الحكم بموته وتعمل في العدة كأنه مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته، فالموت الحكمي يعتبر كالحقيقي[1].

[1]. يوسف عطا محمد حلو : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص100.

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في الفقه المالكي

ومن خلال هذا المطلب سنتعرف على أحكام المال الذي خلَّفه هذا المفقود بعد غيبته عليه، بكيفية التصرف وإدارة هذا المال، وهل تبقى ملكيته عليه؟ كفرع أول، والتعرف على النفقات الواجبة عليه كفرع ثانٍ، وأحكامه المتعلقة بالميراث كفرع ثالث.

الفرع الأول: الإبقاء على ملكية المال والتصرف فيه وإدارته لفائدة المفقود

أولا: بقاء ملكية المفقود على ماله

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

وقد حرم الله أخذ الأموال إلا بأسباب نصبها، ولا يجوز أخذ شيء إلا بحقه ولا صرفه إلا لمستحقه[1].

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

وبذلك تبقى أموال المفقود له، وعلى ذمته مالم يطرأ عليها أي تصرف يزيل ملكه عنها؛ وبما أن المفقود عاجز عن النظر لنفسه وبما أن حفظ المال هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وضرورة من الضرورات الخمس، وقد شرع الإسلام العقوبات على أخذ مال الغير بدون مسوغ شرعي من قطع وغيره.

فقد وجب على القاضي المحافظة على أمواله وأملاكه لأنه مكلف شرعا بالنظر لكل من لا يستطيع لنفسه كالصبي والمجنون[2].

ثانيا: التصرف وادارة أموال المفقود

إذا كان للمفقود وكيل، وكان المفقود قد كلفه بإدارة أمواله والمحافظة على مصالحه قبل أن يسافر هذا المفقود ، فإن هذا الوكيل يقوم بالمحافظة على هذه الأموال والتصرف بها بما يراه مصلحة للمفقود، ولا ينعزل هذا الوكيل بالفقد.

---

[1]- أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، لا ط.س ، ج1 ، ص236.

[2]. يوسف عطا محمد حلو : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص130.

أما إذا لم يكن له وكيل فإن القاضي هو الذي يدير هذه الأموال ويحافظ عليها وذلك على النحو الآتي:

1. ينصب القاضي وكيلا يقوم بحفظ ماله واستيفاء حقوقه وقبض غلاته، والديون التي أقر بها غرماؤه، ولا يدع أحدا يفسد هذا المال أو يبذره، ولكنه لا يخاصم في دين لم يقر به لغريم ولا في نصيب له في عرض أو عقار في يد غيره، لأنه ليس بمالك ولا نائبا عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وله أن يخاصم في عقد أجراه هو بلا خلاف.

2. يبيع ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه؛ لأن ذلك حفظ له معنى، ولا يأخذ المال الذي في يد مودعه أو مضاربه لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظا بحفظه، فلا حاجة لحفظ القاضي.

3. ينفق على زوجته من ماله، إذا كان عالما بالزوجية؛ لأن الإنفاق عليها إحياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ المال.

4. ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء والزمنى[1] من الذكور والفقيرات من الإناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين؛ لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية، إحياء لهم وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه وكله، فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم، وبما أنه عاجز عنه بنفسه فيقوم به القاضي.

5. أما بالنسبة لأمواله التي في أيدي الناس من دين أو إجارة أو وديعة أو إعارة متاع أو سكنى داره فالحكم فيها كما يلي:

أما الإجارة[2]: فلا يعرض لها السلطان أو وكيله حتى تتم الإجارة؛ لأنها وإن كانت تنفسخ الإجارة لموت المؤجر أو المستأجر لكن المفقود لم يثبت موته وهو حي في إبقاء ما كان على ما كان.

أما العارية[1]: فإن كان لها أجل فلا يعرض للعارية حتى يتم الأجل وأما ما كان من دور أسكنها فلا يعرض لها السلطان حتى يتم سكناه، وإذا مضت مدة الإجارة والسكن للدار وغيرها فإن السلطان يحرزها على الغائب.

---

[1]- الزمنى: مفردها الزمن ، وهو المبتلى بعاهة ، لأنه جنس للبلايا التي يصابون بها ، أنظر لسان العرب ، ج13 ، ص199.

[2]. الإجارة: هي تم تمليك منفعة رقبة بعوض ، أنظر فتح الباري ، ج4 ، ص439.

ولا يبرأ المستأجر والمدين بدفع المال إلى زوجة المفقود وأولاده أو أحد ورثته، لأنهم لم يرثوه بعد؛ ولأنه دفع مال الغير إلى الغير بغير إذنه، إلا إذا كان الدفع بأمر القاضي[2].

الفرع الثاني: النفقات الواجبة على المفقود

النفقات جمع نفقة، وهي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته[3].

وأسباب وجوب النفقة ثلاثة: النكاح والقرابة والملك[4].

فنفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[5].

وأما السنة: ما رواه جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[6].

وأما الإجماع: فاتفق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن[7].

والمفقود مكلف ومخاطب بالإنفاق بالأدلة السابقة، ولم يرد ما يخصص المفقود بعدم النفقة، وهنا نذكر كيفية إنفاق المفقود على من تجب عليه نفقتهم وذلك حسب حالة المفقود من يسار وإعسار:

---

[1]. العارية: هي إباحة الإنتفاع بعين من أعيان المال ، أنظر المغني ، ج5 ، ص128.

[2]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص454.

[3]. عبد الرحمان الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، 2002م ، ص1074.

[4]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص508.

[5]. سورة البقرة : الآية رقم233.

[6]. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري : صحيح مسلم ، كتاب الحج ، ج2، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، لا.ط ، بيروت، لبنان، ص.889

[7]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص508.

أولا: في حال كون المفقود ميسور الحال

1. نفقة الزوجة:

إذا كان المفقود ميسورا واختارت زوجته المقام والصبر حتى يتبين أمره، فلها النفقة ما دام حيا وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره، لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته[1].

ولو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا فإن نفقتها في هذه السنين الأربعة تكون من مال زوجها بإتفاق[2].

أما في فترة العدة فليس لها فيها النفقة عند المالكية، ووجه قولهم أن إلتزامها حكم العدة رضا بالفرقة، فلم يكن لها النفقة.

وبناء عليه لو أرادت زوجة المفقود البقاء على عصمة المفقود لم يكن لها ذلك بعد انتهاء العدة لأنها أبيحت لغيره وهي على حكم الفراق حتى تظهر حياته[3].

2. نفقة الأقارب:

كما تلزم المفقود نفقة زوجته، تلزمه أيضا نفقة أولاده الصغار، والزمنى الكبار وأبكار بناته ووالديه.

ودليل وجوب هذه النفقات ما يلي:

أ. نفقة الأولاد: لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[4]، إذ إيجاب الأجرة لإرضاع الأولاد يقتضي إيجاب مؤونتهم.

أما دليل وجوب نفقة الوالدين فهو: قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾[5].

---

[1]. موفق الدين وشمس الدين ابني قدامة المقدسي : المغني والشرح الكبير ، دار الفكر، ط1، بيروت، لبنان، 1404هـ، ج8، ص109.

[2]. سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح الموطأ ، مرجع سابق ، ج4 ، ص93.

[3]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج2 ، ص32.

[4]. سورة الطلاق : الآية رقم 6.

[5]. سورة الإسراء : الآية رقم 23.

فقد جعل الله سبحانه وتعالى الإحسان للوالدين قرينا لتوحيد الله وعبادته من الإعلان بتأكيد حقهما والعناية بشأنهما ما لا يخفى ، ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند الحاجة[1].

أيضا مما يضاف في هذا الجانب: أن مالكا سئل عن المفقود إذا كان له ولد صغار ولهم مال ينفق عليهم من مال أبيهم؟ قال لا ينفق عليهم من مال أبيهم؛ لأن مالكا قال: إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على نفقته[2].

ثانيا: في حال إعسار المفقود

1. نفقة الزوجة:

لا تسقط نفقة الزوجة بكون الزوج معسرا ، بحيث يرى فقهاء المالكية أن الغائب وبما فيه المفقود كالحاضر في وجوب النفقة عليه[3].

2. نفقة الأقارب:

إذا كان الولد معسرا والوالدان معسران، فليس عليه نفقتهما؛ لأنهما لما استويا في الحال لم يكن أحدهما بإيجاب النفقة على صاحبه بأولى من الآخر، فلا تجب عليه النفقة لأقربائه إلا أن يجد من النفقة ما يفضل عن قوته وقوة عياله يومه وليلته[4].

ثالثا: بيع عقار المفقود وعروضه في النفقات الواجبة عليه

اتفق الفقهاء على أن القاضي ينفق على من ذكرنا وهم زوجة المفقود وأولاده وأبواه من مال المفقود إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما هو من جنس حقهم ومن بيع ما يتسارع إليه الفساد أو دين له عند مقر أو غيره .

أما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فقد نص جمهور العلماء ومن بينهم المالكية على أن:

تفرض نفقة الزوجة والأولاد والوالدين المعسرين من مال ولدهما الغائب إذا كان هذا المال عروضا أو عقارا، إذا لم يجد ما ينفق عليهم سواه ، فيباع في ذلك عقاره وتكسر عروضه[5].

وقال صاحب حاشية الدسوقي: وتباع داره في نفقتها إن لم يكن له مال غيرها ولو احتاج

---

[1]. يوسف عطا محمد حلو : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص137.

[2]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص452.

[3]. وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر المعاصر ، دمشق ، سوريا ، ط4 ، 1997م ، ج6 ، ص7403.

[4]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص364.

[5]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج4 ، ص261.

إليها لسكناه[1].

وقال أيضا صاحب مواهب الجليل: يحمل بيع العروض على ما عدى الأصول إستحسانا على غير القياس؛ لأن القياس أن لا ينفق عليهما في مغيبة بشيء من ماله، إذ لا يؤمن من أن يكون قد مات أو قد استدان من الديون ما هو أحق به من نفقة أبويه، ولا يبيع الحاكم الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لهذه الدار، وتشهد البينة أن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم[2].

الفرع الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث

من خلال ما تعرفنا عليه في ذكر المفقود على أنه هو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته، تترتب على هذه الغيبة والفقد آثارا على أمواله الخاصة والأموال التي تعود إليه من الغير، وهذا ما سنقوم بدراسته في هذا الفرع.

أولا : شروط تحقق حياته لتملكه الإرث

من المقرر في شريعتنا الإسلامية السمحة أن عدم اليقين في الوجود من حجج التوقف عن صرف المال، وقد قال الإمام مالك في هذا الأخير:لا ينبغي أن يرث أحد أحدا بالشك، ولا يرث أحد أحدا إلا بيقين[3].

لأن من شروط الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت مورثه.

والمفقود متردد بين الوجود والعدم ، فلا نعلم يقينا حياته ولا موته، والإستصحاب هو حجة لإثبات ما كان وهو حجة دافعة لا حجة مثبتة، فيصلح لمنع قسمة ما له بين ورثته بناء على استصحاب حال الحياة، ولا يصلح؛ لأن يعتبر حجة لإمتلاكه الإرث من غيره ، فعند موت أحد مورثي المفقود نحجز لهذا المفقود نصيبه حتى يتبين حاله بيقين من موت أو حياة[4].

ونوضح ذلك من خلال: الإرث من المفقود و إرث المفقود من غيره.

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص520.

[2]. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، مرجع سابق ، ج4 ، ص203.

[3]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : موطأ مالك ، مرجع سابق ، ج2 ، ص521.

[4]. يوسف عطا محمد حلو : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص150.

1. الإرث من المفقود:

المفقود يعتبر حيا في حق أمواله حتى يثبت موته حقيقة أو حكما؛ وقد قال الإمام مالك رحمه الله: لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان مالا يحيا إلى مثله، فيقسم ميراثه من يوم يموت[1].

فقد أجمع الفقهاء في هذا الصدد على وضع قاعدة فقهية تحدد حكم المفقود فاعتبروه "حيا في حق نفسه ميت في حق غيره"[2] وبالتالي تقسم أمواله.

2. إرث المفقود من غيره:

إذا مات من يرثه المفقود في مدة التربص وقبل الحكم بموت المفقود أو ظهور البينة على ذلك، وقفنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود، وإن كان له وارث آخر غير المفقود توقفنا في نصيب المفقود وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسوأ من تقدير حياة المفقود أو موته؛ فمن نقص حقه بحياته قدر في حقه حياته، ومن نقص حقه بموته قدر في حقه موته، ومن لم يختلف نصيبه، ومن سقط منهم بالمفقود لم يعط شيئا حتى يتبين حاله[3].

وهو كذلك كالمجهول وقت موته، فإن من جهل وقت موته منع من الإرث للشك في تأخر موته عن موت مورثه. وإنما وقف له هذا النصيب رجاء تحقق حياته بعد موت مورثه[4].

فإن أتى هذا المفقود كان أحق بما وقف له وإن لم يأت وبلغ من السنين مالا يحيا إلى مثلها رد المال الموقوف إلى الذين ورثوا مورثه يوم مات هذا المورث؛ لأنه لم تتحقق حياته التي هي شرط الإرث، ولا يجوز أن يرث أحد بالشك[5].

ثانيا: حالات توريث المفقود وكيفياتها

إذا مات شخص وله تركة وورثة يرثونه ومن بين هؤلاء الورثة شخص مفقود، فنميز بين ثلاث حالات:

---

[1]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص452.

[2]. أبوبكر علاء الدين بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ج5 ، ص287.

[3]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص452.

[4]. محمد بن عبد الله علي الخرشي المالكي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، مرجع سابق ، ج8 ، ص 225.

[5]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص452.

الحالة الأولى: أن يكون المفقود لا يرث بحال؛ لأنه محجوب حجب حرمان من أحد الورثة الموجودين وفي هذه الحالة تقسم التركة بين الورثة الموجودين عند وفاة المورث دون أي إعتبار للمفقود[1]، مثال ذلك كما لو كان المفقود إبن إبن مع وجود الإبن.

الحالة الثانية : أن يكون المفقود هو الوارث الوحيد، ويحجب من معه حجب حرمان فتوقف التركة بأكملها للمفقود حتى يظهر حاله، إن كان حيا أخذ كل شيء وإن ثبت أنه مات قبل موت المورث أو حكم القاضي بموت المفقود أخذ الورثة التركة كل بحسب نصيبه، ومثال ذلك كما لو مات شخص عن أخ شقيق وإبن مفقود، فالإبن يحجب الأخ الشقيق على تقدير أن المفقود حي، وعلى تقدير وفاته تكون التركة للأخ الشقيق فيوقف المال حتى يتبين الأمر أو يصدر الحكم[2].

الحالة الثالثة: أن يشارك المفقود الورثة الموجودين في الميراث فتكون طريقة العمل في هذه الحالة أن تقوم فريضة على أساس حياته ثم فريضة على أساس موته، ثم يوفق بين الفريضتين بعد المقارنة، يأخذ كل واحد من الورثة الأحياء الحاضرين أصغر العددين بالنظر للفريضتين ويوقف الفرق[3].

---

[1]. محمد الزحيلي : الفرائض والمواريث والوصايا ، دار الكلم الطيب ، دمشق ، سوريا ، ط1 ، 2001م ، ص306.

[2]. بدران أبو العينين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، الزواج والطلاق ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، لا.س ، ص291.

[3]. محمد العمراني : الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، 2000م ، ص188 . 189.

المبحث الثالث: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في الفقه المالكي

إذا ما غاب الشخص وخفي أثره بحيث لا تعلم له حياة أو موت ولم يعلم له مكان يستقر فيه، فهو يعتبر مفقودا، وبالتالي يكون حكمه حكم الميت وتطبق عليه أحكامه، ولكن بعد فترة من الزمن، وبعد أن سرت عليه أحكام الميت، رجع هذا المفقود فما الحكم في ذلك؟ وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث .

المطلب الأول: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته

وسنتناول من خلال هذا المطلب فرعين اثنين:

الفرع الأول: ظهوره حيا قبل نكاح زوجته من غيره.

الفرع الثاني: ظهوره حيا بعد نكاح زوجته من غيره سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا.

وهو ما سنوضحه كالتالي:

الفرع الأول : ظهوره حيا قبل نكاح زوجته من غيره

إذا ظهر المفقود سواء كان بالحضور أو بالعلم على أنه على قيد الحياة، فإن حكم زوجته إذا لم تتزوج غيره أنها له وتبقى زوجته كما كانت في السابق، سواء كانت تعتد من الحكم بوفاته أو بعد العدة؛ ويكون رجوع الزوجة عاديا بدون عقد جديد، وترجع له وكأنه غاب عليها لسفر أو حاجة ثم رجع؛ وهذا باتفاق جميع الفقهاء.

كذلك أن مجرد العلم من قبل الزوجة على ظهور المفقود فإن هذا يمنعها من الزواج من زوج آخر، فهي مرتبطة بزوجها الأول[1].

الفرع الثاني : ظهوره حيا بعد نكاح زوجته من غيره سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا

لا خلاف في أنه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها، وإنما الخلاف في فواتها على الزوج الأول بعد العقد[2].

والحكم يختلف بحسب الدخول أو عدمه كما يلي :

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص481.

[2]. سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح الموطأ ، مرجع سابق ، ج4 ، ص94.

أولا: إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وقبل دخول الثاني بها

فقد كان الإمام مالك رحمه الله يقول : "إذا تزوجت زوجة المفقود ولم يدخل بها ثم عاد زوجها الأول فلا سبيل لزوجها الأول إليها".

ثم عاد عن ذلك قبل موته بعام أو نحوه فقال: "إن زوجها الأول أحق بها مالم يدخل بها زوجها الثاني".

وتكون عند زوجها الأول على حالها الأولى من عدد الطلقات فلا ينقص بهذا العقد عدد طلقاتها؛ وتمنع المرأة من النكاح بعد الأربعة أشهر وعشر إذا جاء أن زوجها حي ، وبعدما نكحت وقبل أن يدخل بها يفرق بينها وبين زوجها الثاني وتقيم على الزوج الأول؛ وما تقدم من نكاح دون دخول فكأنه لم يكن[1].

ثانيا: أن تكون قد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني

قال الإمام مالك: أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء في الصداق، أو في إمرأته.

وهذا الإنكار يحتمل وجهين، بحيث أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر، ولكنهم لا يرونه ولا يعملون به، وذلك أن من بنى بإمرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل له إلا المهر.

والوجه الثاني، أنهم ينكرون الرواية، وهذا قد رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر وعثمان قضيا في المفقود أن إمرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا بعد ذلك ثم تتزوج، فإذا جاء زوجها الأول خير بين إمرأته والصداق.

وقد قال بعضهم يغرمه الزوج، وقال آخرون تغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال فلا يمتنع أن تنكر على رواتها، فإن معمرا قد روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه وهم في كثير منها، وقد تنكر الرواية على الثقة إذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ[2].

---

[1]. أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص449.

[2]. سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح الموطأ ، مرجع سابق ، ج4 ، ص94.

المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على أمواله

يترك المفقود عند غيابه أموالا سواء عينية أو شخصية، فتسري عليها أحكامها خلال مدة الفقد، ويحكم بموته بعد انتهاء المدة، وتقسم أمواله على ورثته، فإذا رجع قبل قسمة أمواله ما الذي يمكن أن نفعله؟ وإذا رجع بعد تقسيم هذه الأموال ما الذي يمكن أن نفعله أيضا؟ وهذا ما سنقوم ببيانه ان شاء الله تعالى.

الفرع الأول: إذا كان مال المفقود لا يزال قائما

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فإن كانت تركته لم تقسم بين ورثته، وكذلك نصيبه الموجود له من الميراث (إذا توفي من يرثه المفقود) أخذ ماله ونصيبه الذي وقف له. وإذا ظهر بعد قسمة أمواله لم يمض القسم لتركته ويرجع له متاعه[1].

الفرع الثاني: إذا كان مال المفقود أتلف أو أنفق

إذا رجع المفقود بعد تقسيم المال على ورثته، فإن جمهور العلماء ومن بينهم المالكية يرون أنه لا ضمان على الورثة فيما استهلكوه من أموال مورثهم المفقود[2].

لأنه قسِّم لهم بحق وجاز لهم التصرف فيه بأمر من الحاكم، وكأنهم تعاملوا مع إرث لميت حقيقة.

أما لو أنفقت المرأة على نفسها وعلى أولادها الصغار من مال المفقود في الأربع سنين أو بعدها ثم جاء الخبر أنه قد كان مات قبل ذلك، فترد ما أخذت من ماله من يوم توفي فكان لها الميراث وكذلك ولده فيما أنفق عليهم[3].

---

[1]. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي : حاشية الدسوقي على الشرح ، مرجع سابق ، ج2 ، ص482.

[2]. جمال عبد الوهاب عبد الغفار : أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية ، دراسة فقهية مقارنة ، مرجع سابق ، ص135.

[3]. سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح الموطأ ، مرجع سابق ، ج4 ، ص94.

الفصل الثاني:

أحكام المفقود في القانون الجزائري

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في القانون الجزائري
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في القانون الجزائري
المبحث الثالث: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في القانون الجزائري

المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في القانون الجزائري

عالج القانون الجزائري[1] المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود (المطلب الاول) واجراءات الحكم بموته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود

انتهج قانون الأسرة الجزائري مسلكا مقاربا لرأي الحنابلة إذ نصت المادة 113 منه على: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر الى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات)، فيتجلى من هذا النص أن المدة اللازمة للحكم بوفاة المفقود تختلف بحسب الحالة التي يفقد فيها سواء كانت فقد يغلب عليه فيها الهلاك (الفرع الاول) و فقد يغلب فيها السلامة (الفرع الثاني) والحالات الخاصة للفقد (الفرع الثالث)

الفرع الأول: حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك

المفقود الذي يغلب عليه الهلاك حسب القانون هو المفقود في الحروب، والحالات الاستثنائية حيث نصت المادة 113 من قانون الأسرة على: (يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري....) وهذا متوافق مع تقدير المدة التي ينتظر فيها الحكم للمفقود بوفاته هي أربع سنوات اقتداء بالمذهب الحنبلي.

الفرع الثاني: حالات الفقدان التي تغلب فيها السلامة

حالة الفقدان التي تغلب فيها السلامة هي حالة اختفاء وفقدان الشخص في ظروف طبيعية وعادية، كمن يسافر خارج الوطن طالبا للعلم أو العمل فيختفي أثره ويجهل مصيره. ويطول الحال ولا يدري وفاته من مماته، فتترك المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في حالة التي تغلب فيها السلامة لتقدير قاضي الموضوع، بحيث أن القاضي الذي يفصل في هذه الدعوى يحدد المدة تبعا لوقائع القضية وظروف الفقدان وحالة المفقود من صحة ومرض وتقدم في السن، فيقوم القاضي بالتثبيت من أمر المفقود بكل الطرق وله أن يحكم بموته دون أن يلزمه القانون بمدة معينة، إلا أنه لا يمكنه أن يحكم بموته قبل انقضاء مدة أربع سنوات من الفقد، ذلك أنه حسب نص المادة 113:(يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب

[1] ـ المادة 113 من قانون الاسرة:(يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري ،وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر الى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات)

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) فيجب التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف يغلب عليه فيها السلامة، وهو مسلك يقارب ذلك الذي انتهجه جانب من الفقه الحنبلي.

الفرع الثالث: حالات الفقدان الخاصة:

تعتبر حالة الفقدان بسبب الفيضانات التي حلت بباب الواد بالجزائر العاصمة في 10نوفمبر 2001، والزلزال الذي ضرب مدينة بومرداس في21 ماي2003 حالات فقدان خاصة؛ لأنها غير مستمرة وجاءت لفترة وجيزة ترتب عنها الفقدان للعديد من الاشخاص، بحيث أصبح يجهل مصيرهم، فقام الاحتمال الأكبر على فقدانهم وموتهم بسبب هذه الكوارث، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار كل من الأمر 03/02 المؤرخ في 25 فيفري2002 الذي نظم بموجبه وضعية المفقودين بسبب الفيضانات وسن القانون رقم06/03 المؤرخ في14جوان2003 والذي تضمن أحكاما خاصة بمفقودي الزلزال ولقد جاء كل قانون بقواعد قانونية خاصة تخرج عن الأحكام العامة المكرسة في قانون الاسرة.

وما تجدر الإشارة اليه هنا أن كلا من الكارثتين تعتبران من الحالات الاستثنائية التي نصت عليها المادة 113 من قانون الأسرة، إلا أن المشرع وكما سبق الذكر عالج أحكامها بنصوص خاصة ذلك؛ لأن الأمر استدعى التعجيل، ولكون الوفاة في هذه الحالات أكثر ترجيحا من الحياة، فلو انتظرنا مرور أربع سنوات لزاد الأمر تعقيدا، ولأصيب أهالي المفقودين بأضرار كبيرة .

إن النصين اللذان جاءا بمناسبة الكارثتين يسريان ويطبقان لفترة محددة، وينقضي أثرهما بمرور فترة الفيضانات والزلازل، وعلى القاضي إذا ما عرضت عليه دعوى الفقدان لإحدى الحالتين المذكورتين أن يبين في حكمه طبيعة الحالة التي فقد فيها الشخص، أي عليه ان يبين أن الشخص قد فقد في أماكن وقوع الفيضانات أو الزلزال[1].

ذلك، لأن النصيين الخاصين اشترطا أن يفقد الشخص في الأماكن التي وقعت فيها الكارثة الطبيعية، ويقع عبء إثبات ذلك على من يرفع دعوى الفقدان، أي على ذوي المفقود أو على

[1]- حكم صادر عن قسم الاحوال الشخصية لمحكمة برحال – مجلس قضاء عنابة، ت.2004/07/06 م، تحت رقم 2004/70م.

النيابة العامة وعلى كل ذي مصلحة أن يقيم الدليل على أن الشخص المراد الحكم بفقدانه كان متواجدا بمكان الفيضانات أو الزلازل.

و في الاخير يعود تقدير ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي له أن يستخلص ذلك من الوقائع المطروحة عليه ويستعين في ذلك بجميع وسائل الاثبات؛ لأن المسألة مسألة واقع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك.

المطلب الثاني: اجراءات الحكم بموت المفقود

إن دعوى الحكم بوفاة المفقود وفقا للقواعد العامة(فرع الأول) لا تختلف عن غيرها من الدعاوى إلا في جزئيات بسيطة إلا أن القوانين الخاصة قد أوردت إجراءات خاصة(الفرع الثاني) بهذه الدعوى نظرا للخصوصية التي تكتسيها.

الفرع الأول: اجراءات الحكم بموت المفقود وفقا للقواعد العامة

هذا ما أقره قانون الأسرة في المادة 114 أنه يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة، وبالتالي فاستصدار حكم بوفاة المفقود يكون بناء على دعوى قضائية وفقا للإجراءات القانونية.

يشار هنا أنه لا فرق بين دعوى الحكم بالفقدان ودعوى الحكم بالوفاة من حيث شروط استعمال الدعوى إذ خول القانون في رفع الدعويين لنفس الأشخاص.

لذلك سنكتفي بتبيان فيما يتعلق بالاختصاص القضائي لدعوى الحكم بالوفاة بشقيه الاختصاص النوعي (أولا) والاختصاص الإقليمي (ثانيا).

أولا: الاختصاص النوعي لدعوى الحكم بالوفاة

إن قانون الاجراءات المدنية والإدارية لم يورد أي نص خاص يبين الاختصاص النوعي لدعوى الحكم بوفاة المفقود، إلا أنه يمكن إدراجه ضمن النص العام المتعلق بالاختصاص النوعي للأقسام إذ أن المادة 423 من هذا القانون تنص في فقرتها الخامسة على أن (قسم شؤون الأسرة بالمحكمة يختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم).

بما أن العبارة(الفقدان) في هذه المادة وردت عامة فيرجح أنه يدخل في نطاقها دعوى الحكم بوفاة المفقود، لاسيما وأن مسألة إثبات وفاة المفقود من مسائل الأحوال الشخصية لتعلقها بإنهاء شخصية إنسان، وعليه فإن الاختصاص النوعي لدعي الحكم بوفاة المفقود هو لقسم شؤون الأسرة.

إلا أنه خروجا عن هذه القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن هناك من خول هذا الاختصاص في دعوى وفاة المفقود لرئيس المحكمة، فإذا كان

المفقود جزائريا وحصل الفقدان داخل الجزائر أو خارجها، فإن طلب الحكم بوفاته يقدم من الأشخاص المعنيين لرئيس المحكمة[1].

إلا أن الطلب إذا كان مقدما ممن لهم مصلحة مثل الورثة فلا يمكنهم توجيهه إلى رئيس المحكمة المختصة إلا عن طريق وكيل الجمهورية بها الذي يحيله إلى المحكمة بعد التحقيق اللازم، وذلك تطبيقا لنص المادة 90 من قانون الحالة المدنية[2].

بالرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة في هذه المسألة يتبين أنها تصدر عن قسم شؤون الأسرة[3]، وذلك فالرأي السابق الإشارة له منتقد ومن الأولى تطبيق القواعد العامة التي جاءت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في ما يتعلق بالاختصاص النوعي لدعوى الحكم بوفاة المفقود.

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 91 من قانون الحالة المدنية على:(يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية إذا لم يتوفر غير ذلك، فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة.

أما إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان وإذا لم توجد فإلى محكمة مدينة الجزائر).

باستقراء هذه المادة فإنه إذا كان المفقود جزائريا سواء حصل الفقدان داخل الجزائر أو خارجها فإن طلب الحكم بالوفاة يقدم إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان ولادة

---

1. عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 1995م، ص181، 182.

2- أمر رقم70- 20 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريد الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد21، 1970، تنص المادة 90 من قانون الحالة المدنية على:(عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجمهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة).

3. القرار رقم 118621 مؤرخ في 1995/05/02 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد2، 1995، جاء في حيثياته (حيث أن قضاة الموضوع فعلا أخطئوا في تطبيق المادتين 109 و133 من قانون الأسرة لأنه لا يمكن إصدار حكم بالموت في مثل قضية الحال إلا إذا صدر قبله حكما بالفقد....)، القرار رقم 08/ 2908 مؤرخ في 2002/04/10 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد1، 2003، ص 372- 374 جاء في إحدى حيثياته(عن الوجه الوحيد المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن المادة113 من قانون الأسرة تحيل الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي 4 سنوات بعد التحري.

المفقود، وإذا لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف بالجزائر يقدم إلى محكمة مدينة الجزائر العاصمة[1].

أما الجزائيين المولودين في الخارج والأجانب يعود الاختصاص المحلي لمحكمة موطن المفقود أو مقر إقامته المعتاد، وفي حالة عدم وجود محكمة في الموطن أو مقر الإقامة المعتاد يعود الاختصاص إلى محكمة مدينة الجزائر[2].

بناء على هذا النص فإن قانون الحالة المدنية جاء بحكم عن الحكم الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي لدعوى الحكم بوفاة المفقود على عكس دعوى الحكم بالفقدان، في حين يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يخولون الاختصاص في دعوى الحكم بالوفاة إلى القاضي، والوالي، وإلا فلجماعة المسلمين[3] وذلك في محكمة محل إقامة المدعى عليه بصفته الاختصاص الاقليمي الأصيل[4] فلا يوجد ما يبين ورود استثناء على القاعدة العامة في ما يتعلق بدعوى الحكم بوفاة المفقود.

الفرع الثاني: اجراءات الحكم بموت المفقود وفقا للقواعد الخاصة

قصرت القوانين الخاصة آجال إعداد محاضر المعاينة بفقدان الأشخاص في أماكن وقوع الفيضانات والزلزال ونفس الشيء بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية، وحددت هذه الآجال في نصوص كما جاءت في النصوص الخاصة، وهذا ما لم تحدده بالنسبة لمدة الحكم بالوفاة وفقا بعض هذه القوانين الصادرة في ظروف استثنائية.

اكتفى القانون بموجب نص المادة الثانية من أمر رقم 02-03 لسنة يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر لسنة2001 بتحديد مدة الفصل في دعوى الوفاة بأجل لا يتعدى شهرا واحدا من تاريخ رفع الدعوى أمامه[5]، هناك من يرى أن هذا الأجل الممنوح للقضاء قصير جدا ليس فقط مقارنة بالقواعد العامة بل حتى بالنسبة للأجل الممنوح

---

1. عبد العزيز سعد: نظام المدينة في الجزائر، مرجع سابق، ص181، 182.

2. عبد العزيز سعد: نظام المدينة في الجزائر، مرجع سابق، ص182.

3. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عيد الرحمن المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج5، ص495.

4. عبد الكريم زيدان: نظام القضاة في الشريعة الاسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان، ط3، 1997، ص107.

5. تنص المادة 02 على: (..يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في أجل لا يتعدى شهرا ولهذا ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى أمامه)

للشرطة القضائية لإعداد محضر الفقد وكأن كل العمل هنا يجري بمعرفة الشرطة القضائية أساسا وأن حكم القاضي يغدوا في هذا الوضع مجرد شكلية لابد من إتمامها في حين أن الأمر يتعلق بالوفاة مما يستوجب من القاضي القيام بجهد في التحقيق وعدم الاكتفاء بمجرد الموافقة على ما تم على يد الشرطة القضائية، ولم تكن هناك حكمة مؤكدة في التريث لما أعطت القواعد العامة للقاضي مدة أربع (04) سنوات لإصدار الحكم حتى في الحالات الاستثنائية جدا حيث تسود غلبة الهلاك (كما في الزلزال مثلا) وهذا الأجل القصير يخالف حتى ما جاء في عرض الأسباب من أن الأمر يستهدف "منح القاضي أجلا كافيا لدراسة القضية من جميع جوانبها بجدية..."[1].

نفس الأمر بالنسبة لنص المادة الثانية من قانون رقم 03-06 لسنة 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي لسنة2003[2].

غير أنه في أمر 06-01 لسنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالح الوطنية في المادة31 التي حددت المدة اللازمة لرفع دعوى الوفاة بستة (06) أشهر ابتداءا من تاريخ تسليم محاضر معاينة الفقدان[3].

1. عبد المجيد زعلاني: تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد4، 1999، ص202.

2. تنص المادة31 على: (يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة(06) أشهر ابتداءا من تاريخ تسليم محضر معاينة لفقدان).

3. عبد المجيد زعلاني: تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001،مرجع سابق، ص202.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في القانون الجزائري

للمفقود احكام تتعلق بزوجته وماله حافظ عليها القانون الجزائري وهي انفرادا أحكام تتعلق بالزوجة (المطلب الاول) وأحكام تتعلق بالأموال (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود في القانون الجزائري

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته

اولا: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود

فالغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، هي المدة التي تنتظرها الزوجة، زوجها المفقود؛ ومن هذا يفهم أن الغيبة التي تقل مدتها عن سنة لا تمنح للزوجة حق المطالبة في التطليق والنفقة، ولكي تقبل الدعوى التي ترفعها الزوجة للمطالبة بحقها في النفقة عليها وعلى أولادها وكذا حقها في التطليق؛ لذا يجب أن تكون قد مرت سنة على غياب الزوج وقت رفع الدعوى، والمرجع في تحديد هذه المدة بسنة هو المذهب المالكي الذي حدد فترة الغيبة من سنة الى 3 سنوات[1].

و لمعرفة المخاطب بنص الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الاسرة نرجع الى نص المادة 110 من نفس القانون التي تعرف المفقود بأنه الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر لحق الغير.

ثانيا: التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج

تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق بغياب زوجها بدون عذر ودون أن يترك لها نفقة باعتبارها حق لها مشروع، إلا أن النقد الموجه في هذه النقطة أنه لم يكن من الضروري النص على عدم الانفاق في الفقرة5 من المادة53 من قانون الأسرة لأنه قد نص عليها في الفقرة الأولى من نفس المادة.

---

[1]ـ نعيمة تبودوشة: رسالة ماجستير حول موضوع الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، بن عكنون ،الجزائر، 2000-2001م، ص146.

بالإضافة الى ما سبق فإن أحكام الفقرة 5 من المادة 53من قانون الأسرة تسعى إلى معاقبة الزوج الغائب لأضراره بزوجته، وذلك لتركها مدة سنة بدون عذر شرعي مقبول، في حين بالاستناد الى المادة 112من القانون الاسرة نجد أن التطليق سببه رفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الاضرار بها، وهذا يبين لنا مدى الاختلاف بين النصين في السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد في الاجراء[1]

زيادة على ذلك فإن التطليق بموجب الفقرة 5من المادة 53من قانون الأسرة يقتضي أن يكون الزوج معلوم المكان وأمر حياته محقق، في حين أن المفقود لا يعرف مكانه ولا يعرف أنه ميت أو لا يزال على قيد الحياة.

كما أن المفقود معذور على كل الاحوال إلى حين عودته لأن غيبته قد تكون بسبب الحروب والفتن والكوارث والاوبئة وغيرها من مسببات للفقد، وبالتالي لا يمكن أن ينطبق عليه الشرط المتعلق بالغياب بدون عذر التي جاءت به الفقرة 5من المادة 53من قانون الأسرة، فالمفقود معذور إلى حين إثبات العكس[2].

فهذا ما يدعمه التفريق الذي اعتمده البعض بين التطليق للغياب والتطليق للفقد[3].

ويمكن أن تطالب بالتفريق وذلك نظرا لغيبة زوجها المفقود والذي نجم عن غيابه ضررا ماديا ومعنويا وهنا نخص بالذكر الضرر المعنوي الذي يلحق الزوجة لمدة غياب قد تطول وتزيد عن حولا كاملا وهذا ما اكدت عليه المادة 53 في فقرتها05 و 06 من قانون الأسرة والاتي نصها:" ..... – الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة – كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما اذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (08 ، 37).

الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته

إن الحكم بوفاة المفقود هو بمثابة الموت الحقيقي للشخص من حيث الآثار المترتبة من جراءه؛ ولأن زوجة المفقود من أكثر المتضررين من فقدان زوجها فهذا الحكم يخول لها اعتداد زوجة المفقود عدة الوفاة **(أولا)**، تاريخ بدء احتساب عدة زوجة المفقود(ثانيا).

---

[1]. عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في القانون الجزائري ، مرجع سابق،ص269.

[2]. دليلة براف: أحكام المفقود، ص37، منشور في الموقع: www.mrwakf.dz.org، تاريخ التصفح: 2014/04/05م.

[3]. اليزيد عيسات : التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، بن عكنون، الجزائر، 2002.2003م، ص136.

أولا: إعتداد زوجة المفقود عدة الوفاة

أخذ الفقه المالكي[1] بنفس ما سارت عليه المادة 59 من قانون الأسرة التي نصت على :(تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة وكذا زوجة المفقود....)، وبناء على هذا النص تعتد زوجة المفقود المحكوم بوفاته أربعة أشهر وعشرة أيام وبمرور هذه المدة يمكن لها أن تتزوج[2].

إذا كان الحكم بوفاة المفقود يرتب على الصعيد المادي تقسيم أمواله فإنه يرتب على الصعيد الشخصي اعتداد[3] زوجته عدة وفاة بمضي المدة المحددة شرعا و هذا ما تناولناه في الفصل الاول وسنتعرض له هامنا وفق القانون الجزائري

فمن وجهت نظر القوانين الخاصة حسب التشريع الجزائري والصادرة في الظروف الخاصة، نصت في كل من المادة الثالثة من أمر رقم02-03 لسنة 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات10نوفمبرسنة2001، والمادة الثالثة من قانون رقم03-06 لسنة2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال21 ماي سنة2003، الفقرة الثانية من المادة36 من أمر رقم06-01 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على تطبيق أحكام قانون الأسرة في هذه المسألة.

بدخول المرأة في العدة تصبح أجنبية على زوجها كأنها مطلقة وبالتالي فذلك يفوتها على زوجها على احتمال حياته، ولها أن تتزوج بمجرد خروجها من العدة، لكن إذا جاء الزوج المفقود قبل دخول الزوج الثاني بها كان المفقود أحق بها، فإذا دخل بها الثاني غير عالم بحياة الزوج الأول، فاتت على الأول نهائيا ولا سبيل له عليها[4].

إذ انكشف أمر المفقود أثناء الأجل المضروب للمرأة أو أثناء العدة قبل خروجها منها، انتقض الحكم الذي حكم به القاضي، بالإذن لها في الزواج بعد العدة ووجب العمل بمقتضى

---

1. مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص151.

2. GhaoutiBenmelha: Le droit Algerien de la famille op-cit,p145

3. العدة مأخوذة من العد والحساب وجمع العدة عدد وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر غالبا؛ نقلا عن: رمضان علي السيد الشرباصي: أحكام في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002م، ص289.

4. الصادق عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، ص103

ما انكشف من الأمر، فإن اكتشفت موته اعتدت المرأة من تاريخ الوفاة، وإن الكشف أنه موجود بقيت زوجة له.

أما إذا انكشف الأمر بعد خروج زوجته من العدة بأنه مات قبل ذلك من مدة وجب على زوجته أن تعتد من تاريخ وفاته، فلو تبين أنها تزوجت في وقت عدتها منه كان نكاحها ناطلاً، لأنه نكاح في العدة، وعليه إن اكشف الأمر أنه مات بعد خروجها من العدة، أو أنه كان حيا بعد خروجها من العدة فإن الحكم بطلاقها منه ينتقض ويتنقض ما ترتب عليه.

ما تجدر الإشارة إليه إلى أن زوجة المفقود في فترة العدة المقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام لا تستحق نفقته من مال زوجها المفقود[1].

هذه الأحكام التي يتناولها القانون وبالتالي وبناء على نص المادة 222 من قانون الأسرة يجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وكان من الأجدر تكريس نص قانوني يتناول هذه الأحكام خاصة المتعلقة بأثر عودة المفقود حيا على زوجته المعتدة فكان ليكون كما يلي:(إذ عاد المحكوم بوفاته قبل الزواج زوجته من غيره في عدتها أو انقضت العدة ولم تتزوج غيره فإنها تعود لزوجها المفقود، لأنها باقية على نكاحه.

أما إذا عاد الزوج بعد زواج زوجته من غيره فله أن يخير بين زوجته وبين صداقها)[2].

ثانيا : تاريخ بدء إحتساب عدة زوجة المفقود

تنقطع أخبار المفقود ولا تعلم حياته أو موته فيرفع أمره إلى القضاء وبعد التحري واثبات وفاته يحكم فيه بوفاته، ولن يكون ذلك إلا بمرور مدة زمنية اختلفت باختلاف الفقد واختلاف المذاهب الفقهية واختلاف القانون بين أحكامه العامة الواردة في قانون الأسرة والأحكام الخاصة الواردة في القوانين الخاصة، بطبيعة الحال بما أن فترة العدة تبدأ بعد الحكم بوفاة المفقود فبداية احتسابها تختلف حسب المدة التي حكم بعدها بوفاته، ولكن يبقى الحكم بالوفاة، هو المرجع الزمني الذي يبتدئ احتساب العدة منه، لذلك فإنه إذا كان اتفاق الفقهاء على عدم جواز أقسام مال المفقود بمجرد انتهاء مدة التعمير بل يكون ذلك بعد الحكم بوفاته

1. مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج4، ص157.

2. جمال عبد الوهاب عبد الغفار: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص120إلى 130، وهذا هو الرأي الراجح وهو مذهب الحنابلة عملا بقضاء عمر وعثمان رضي الله عنهما.

وذلك قطعا للخلاف أو النزاع الذي قد يقوم بين الورثة[1]، فمن باب أولى أن لا يبدأ حساب مدة العدة إلا بعد الحكم بوفاة المفقود، وفي هذا الصدد يتبين أن نص المادة59 من قانون الأسرة ورد مخالفا لهذا الحكم إذ نص على:(تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشر أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحم بفقده)، فباستقراء هذا النص يتبين التناقض الكبير الوارد، حيث أن الحكم بالفقد لا يرتب اعتداد زوجته، وذلك وفقا للقاعدة الفقهية التي مفادها أن:(المفقود قبل الحكم بوفاته حي بالنسبة للأحكام التي تضره وميت بالنسبة للأحكام التي تنفعه وتضر غيره)، وتفويت زوجة المفقود عليه بالاعتداد والاستحلال لغيره من الأزواج بالغ الضرر عليه ومنه فالأصح أن ينص القانون على أن تعتد زوجة المفقود ابتداء من تاريخ صدور الحكم بوفاته[2].

1. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص387.
2. بن شويخ رشيد: الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص177.

المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في القانون الجزائري

ان القانون الجزائري حافظ على اموال المفقود وابقاءها على ملكيته والتصرف فيها لفائدته(الفرع الاول) ولمستحقيها النفقة الواجبة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الإبقاء على ملكية المال والتصرف فيه وإدارته لفائدة المفقود

أولا: حصر أموال المفقود

غياب المفقود وعدم معرفة حاله من الهلاك والسلامة وعادة ما يأتي الفقدان فجأة يخلف وراءه أموال ومصالح وسواء قلت هذه الاموال او كثرت فلا مناص من حصرها لتيسير حفظها فيما بعد، فالفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه لم يبين ولم يتطلب حصر أموال المفقود بل اكتفى بضرورة حفظها، إلا أن المادة 111 من قانون الأسرة نصت على: (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود....)، فيلاحظ أن هذا الإجراء يعد ضروريا للحفظ مال المفقود.

وهذا بعد تقديم له رافع الدعوى جردا لأموال المفقود وإلا كان على القاضي إصدار حكما تمهيديا بتعيين خبير توكل له مهمة إعداد تقرير شامل يتضمن أموال المفقود العقارية، والمنقولة ويمنحه لذلك أجلا محدد يقوم بعد مروره باستئناف الدعوى وحصر أموال المفقود والحكم بالفقد فيها.

بالرجوع إلى الأحكام القضائية التي أصدرت تقضي بالفقد نلاحظ أن القاضي يقوم بتعيين من يحصر أموال المفقود ولا يقوم القاضي بذلك شخصيا، فنجد القضاة في أحكامهم يعينون موثق لحصر أموال المفقود[1].

1- قضية رقم 117/ 2003 المرفوعة أمام محكمة غرداية التي ورد في منطوق الحكم ما يلي: (حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علنيا حضوريا ابيا الحكم بفقد المسمى(س) مع تكليف الأستاذ(خ) الموثق الكائن مقره بغرداية لحصر أموال المفقود في محضر رسمي في مهلة شهر من تبليغه بنسخة من هذا الحكم مع تعيين شقيقه(ل) لتسيير أمواله والمحافظة عليها) ، قضية رقم 256/ 05 المرفوعة أمام محكمة غرداية ورد في منطوق الحكم ما يلي(حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علنيا وحوريا ابتدائيا بقبول شكلا وفي الموضوع القضاء بفقدان المدعو (و) ومن ثمة تعيين المدعية وهي زوجته مقدمة عنه لإدارة وتسيير أمواله إلى حين ظهوره أو الحكم بموته مع تعيين الأستاذ (ك)الموثق بغرداية لحصر أموال المفقود، وتحرير محضر بذلك، سلم للمقدمة لاستعماله طبقا للقانون).

كما نصت المادة 11 من قانون الأسرة على هذا الإجراء كما يلي: (على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود...)،

فقهاء المالكية الذين قالوا بتنصيب وكيل عن المفقود لحفظ ماله فإنه يرجح أن يكون في نظرهم كامل الأهلية ولو لم يكن كذلك لكانوا قد قالوا تعيين وصي أو ولي والله أعلم"

بالرجوع إلى المادة 44 من القانون المدني التي تنص على: (شخص المفقود هو شخص كامل الأهلية إلى غاية الحكم بموته).

ثانيا: كيفية إدارة أموال المفقود

رغم أن القانون لم يبين الكيفية التي تحفظ بها أموال المفقود إلا أنه بناء على نص المادة 222 من قانون الأسرة يمكن تطبيق أحكام الفقه الاسلامي، ومن نصبه القاضي وكيلا بقبض مال المفقود وحفظه يقوم بذلك.

يجوز للمكلف بحفظ مال المفقود ببيع ما يتسارع إليه الفساد من الأموال كالثمار ونحوها ويحفظ ماليتها، أما ما لا يتسارع إليه الفساد سواء كان عقارا أو منقولا فلا يجوز له بيعه، إذ أنه مأمور بحفظ مال المفقود فقط، والحفظ يتناول الصورة والمعنى، وفي البيع ترك حفظ الصورة[1].

و يجوز للوكيل بيع ما يتسارع إليه الهلاك لأجل أن ينفق منه على زوجة المفقود وولده، ومن تلزمه نفقته[2].

وينفق القاضي من مال المفقود على زوجته و اصوله وفروعه فقط، وينصب القاضي وكيلا عنه يقبض ديونه ويحفظ ماله[3]

إن الأعمال التي يقوم بها الوكيل غير واردة على سبيل الحصر إذ يدخل في إطارها كل ما عجز المفقود عن إدارته من شؤونه.

---

1. شمس الدين السرخي: المبسوط،الجزء11، مرجع سابق، ص39.

2. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسقي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ص276.

3. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الميراث والوصية،ج2،لا.ط،ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ، ص200.

فنص المادة 111 من قانون الأسرة أوكل للمقدم تسيير أموال المفقود، فجاء في نفس النص أن للمقدم أن يستلم ما استحقه المفقود من ميراث أو تبرع.

وعلى المقدم عند انتهاء مهمته أن يسلم الأموال التي كانت في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى المفقود إن راجع أو إلى ورثته في مدة لا يتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته[1].

الفرع الثاني: النفقات الواجبة على المفقود

باعتبار النفقة هي ما يصرفه الزوج على زوجته ومن طعام وكسوة و مسكن، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج، فعلى الرغم من عدم وجود نصوص خاصة بنفقة زوجة المفقود في قانون الأسرة الجزائري، الا انها تخضع للقواعد العامة للنفقة من حيث الاحكام العامة **(أولا)**، و بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا الى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لأحكام الخاصة بنفقة زوجة المفقود **(ثانيا)**.

اولا: الاحكام العامة للنفقة في القانون

فرض القانون الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على زوجته؛ لأن الزوجة هي اقوى اسباب استحقاق النفقة[2].

فحكم نفقة الزوجة واجبة على الزوج مادامت الزوجة في طاعته وهذا مقابل احتباسها لمصلحته وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح[3]، بحيث يسند القانون في وجود النفقة الزوجية لقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[4].

---

1. المادة97 من قانون الأسرة 2005.

[2]- بلقاسم شتوان: الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة اكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة والنشر ،الجزائر ،2007م،ص261.

[3]- بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2002،ص170.

[4]. سورة الطلاق: الآية 7.

هذا ورد في المطلقات اثناء العدة، فحق الزوجات في حال قيام الزوجية أوجب، أما بالسنة فمنها قوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع:"وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وكِسْوتهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"[1].

ونصت المادة74 من قانون الاسرة على:(تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه ببينة مع مراعاة المواد 78و79و80 من هذا القانون).

وبالرجوع الى هذه المواد يستنتج أن:

1-نفقة الزوجة مبدئيا واجبة على زوجها سواء كان موسرا أو معسرا ومن حق الزوجة أن تطالبه بها في كل وقت مادامت في عصمته شرعا، ومادام الزوج قائما ولم يصدر حكم قضائي بانحلاله، واذا توقف الزوج على الانفاق عن زوجته المدخول بها فان من حقها ان ترفع دعوى امام القضاء ضده وتطلب الحكم عليه بالإنفاق[2].

2- أن شروط استحقاق النفقة الزوجية هي الدخول بالزوجة اي بمعنى الجلوة الصحيحة، والعقد الصحيح أي أن يكون الزواج صحيحا استوفى أركانه حسب المادة 09 من قانون الأسرة[3] وأن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة ولتحقيق أغراض الزواج، فإن كانت الزوجة صغيرة مثلا لا تصلح للاستئناس أو الخدمة لم تجب لها النفقة[4].

3-اتفق الفقهاء على ان النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية بلا اسراف ولا تقشير في حدود طاقة الزوج وهذا عملا بقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[5]، وتنص المادة 79 من قانون الأسرة على:(يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم).

---

[1]. أخرجه مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، لا.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج2، باب حجة النبي ﷺ، ص886.

[2]. عبد العزيز سعد : الزواج والطلاق في القانون الجزائري ، مرجع سابق،ص223.

[3]. تنص المادة 9 من قانون الأسرة على(ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)

[4]. بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1 ، مرجع سابق،ص171.172.

[5]. سورة الطلاق: الآية 7.

ثانيا: استحقاق زوجة المفقود للنفقة في القانون

لم ينص قانون الأسرة صراحة على مسألة استحقاق زوجة المفقود للنفقة، إلا أن وجود نص المادة 222 من نفس القانون يسمح بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية الواردة في هذا الشأن، وبما أن المذهب 'المالكي' هو المطبق في بلادنا فإن تطبيق الأحكام التي جاء بها فقهاء المالكية في هذه المسألة، أن الزوجة التي لم تمتنع من تمكين نفسها لزوجها المفقود أذا ما حضر كانت لها النفقة، ويكون إقرارها بذلك أمام القاضي، الذي يتولى الحكم للزوجة من مال زوجها إذا كان له مالا حاضرا أما إذا كان للمفقود مال غير حاضر يجوز للوكيل بيع ما يتسارع إليه الهلاك لأجل أن ينفق منه على زوجة المفقود وولده، ومن تلزمه نفقته.[1]

وينفق القاضي من مال المفقود على زوجته و أصوله وفروعه فقط[2]

أما بالنسبة للنصوص الخاصة فليس هناك أحكام تتعلق باستحقاق زوجة المفقودين في تلك الظروف للنفقة ولا حتى إحالة إلى قانون الأسرة في هذا الشأن.

الفرع الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث.

إن ميراث المفقود يقع في إرث الغير منه وارثه من الغير أو حكم المفقود بالنسبة لماله (أولا) ولمال غيره (ثانيا).

حكم المفقود بالنسبة لماله:

القاعدة العامة إن مال المفقود لزوجته وأولاده فلا حق أن تقتطع منه ما يكفيها لانسداد حاجياتها خلال مدة غيابه أو فقدانه، وينصب القاضي وكيلا على أمواله، هذا لا خلاف فيه، وإذا ثبت امام القاضي موت المفقود ببينة شرعية أو بأوراق رسمية، إن وفاته تثبت من التاريخ التي اسندت البينة أو الأوراق الرسمية اليه وفاته، لأن حكمه في ذلك: يرثه من كان موجود من ورثته من هذا التاريخ، ويحرم منه من مات قبل ذلك ولو كان موجودا وقت فقده، لأن شرط الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت الموروث، إلا أنه إذا لم تثبت وفاته بقيت أمواله كما هي إلى حين الحكم بوفاته[3].

---

1. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسقي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ص276.

[2]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الميراث والوصية، ج2ل،لا.ط، ديوان المطبوعات الجامعية 1994م، ص200.

[3]. فشار عطاء الله: أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص202.

ويحصل الحكم بوفاته إذا طلب ذو الشأن أو أحدهم من القاضي ذلك، وعلى القاضي أن يتحرى عنه باستخدام جميع الوسائل التي تمكنه من الوصول الى معرفة كونه حيا أو ميتا.

وما دام المفقود اعتبر ميتا 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 اثناء نظر الدعوى، كذلك لو حدث الارث بعد صدور الحكم بزوال المانع عنه،

وإذا وزعت تركته على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم، ثم ظهر حيا، فليس له من ماله الذي قسموه بينهم، إلا ما يجدهم في أيديهم، أما ما هلك أو استهلك، فلا حق له في الرجوع به عليهم، لانهم تملكوه بحكم قاضي، وتصرفوا فيه بمقتضى هذا الحكم بنص المواد 113 و115 قانون الأسرة.

حكم المفقود بالنسبة لمال غيره:

وقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور، حيث نص في المادة 133 قانون الأسرة، بأنه إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 قانون الأسرة[1].

ولاحتمال أن يكون المفقود حيا وقت وفاة مورثه، يوقف له نصيبه إلى أن تتبين حقيقة أمره بظهوره حيا أو بحكم القضاء بوفاته.

فإذا ظهر حيا أخذ نصيبه المحجوز له، وإن حكم القاضي بموته، فان حكمه هذا يكون بناء على دليل أو اجتهاد القاضي.

فإذا كان على دليل من بينة أو أوراق رسمية وكان تاريخ وفاته متأخر عن تاريخ وفاة مورثه، استحق النصيب المحجوز وقسمة وورثته الموجودين وقت وفاته، في التاريخ الذي حدده الحكم مع أمواله الأخرى[2].

وإن كان تاريخ وفاته سابقا على موت مورثه، فإن النصيب الذي كان محجوزا له يستحقه بل يعود الى مستحقيه من ورثة الأخرين، لعدم تحقق شرط الإرث فيه وهو حياة الوارث وقت موت المورث.

أما إذا كان حكم القاضي بموته جاء بناء على اجتهاده بما ترجم لديه من قرائن الأحوال ودلائل الامرات، فإنه يعتبر ميت من حين فقده لأن حياته وقت موت مورثه مشكوك فيها،

---

[1]. العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص202.

[2]. فشار عطاء الله: أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص203.

والمراث لا يثبت بالشك، وحكم القاضي وإن كان قد أثبت موته واعتبره من تاريخ صدوره، الا إن العلم بتحديد تاريخ موت المفقود يبقى مجهولا ومشكوك فيه فلا يرث، وعلى ذلك فلا يكون مستحقا لشيء من تركة مورثه، ويرد المفقود للورثة الأخرين.

طريقة توريث المفقود:

الأصل في طريقة توريث المفقود أن يفرض للمسألة فرضان:

فرض على أنه حي وفرض على أنه ميت، ثم ينظر الى أنصبة الورثة الذين معه فيعطي كل وارث أقل نصيبين ويوقف بمفقود ما هو خير له، مع فروق أنصبة باقي الورثة، فإن ظهر حيا أخذه كاملا، وإن ثبت موته أو حكم به رد المحجوز للورثة.

وإذا كان المفقود هو الوارث الوحيد، وقفت له التركة كلها[1].

[1]. فشار عطاء الله: أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع نفسه، ص204.

المبحث الثالث: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في القانون الجزائري

جعل القانون الجزائري من أحكام الشريعة مورد لبعض أحكامه التي لم يجد لها حكما يقيد نشوء الاحداث وكثرت اختلافها.

المطلب الأول: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته

وأما إذا ظهر الزوج المفقود المحكوم بموته سواء قبل أن تتزوج زوجته بغيره أو بعد فتلك مسألة لم يتطرق لها القانون الجزائري.

واستنادا لنص المادة222 من قانون الأسرة فإنه يتسنى لنا الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية فنجد أن الإجماع قد تم على اعتبار التفريق بين الزوجين استنادا للحكم بالموت لم يكن بموجب حكم أصلي، بل التفريق تبع للحكم بالوفاة، فإذا تبين بطلان الحكم بطل ما بني عليه مع مراعاة الدخول، أي أنه إذا عاد المفقود المحكوم بموته:

ـ وكانت زوجته لم تتزوج بعد فإنها تعود إليه بدون عقد جديد لبطلان الحكم بالموت وهذا الحكم يسري على الزوجة التي تم العقد عليها إلا أنه لم يتم الدخول بها فإنها كذلك تعود لزوجها الاول.

ـ و أما إذا تزوجت غيره وهي في عدة الأول فإن زواجها من الثاني يفسخ وتعود لزوجها الأول.

ـ أما إذا تزوجها الثاني وهو يعلم بحياة زوجها الأول فيكون زواجه حينئذ زواجا باطلا ذلك لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة لا تزال في عصمة رجل أخر وهو يعلم بذلك.

وقد جاء عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه قال:" وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها، فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول إليها " ، وقال :" وإن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها "[1].

[1]ـ أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي : المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج5 ، ص449.

المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على أمواله

فإذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم وقسمت تركته بين الورثة رد اليه ما بقي من أمواله في أيدي ورثته .

وأما ما هلك من أمواله في أيديهم أو استهلكه الورثة، فلا يرجع عليهم بشيء من ذلك، لأن الورثة تملكوه بحكم قضائي وتصرفوا فيه بمقتضى هذا الحكم[1].

[1] . العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص202,201.

خاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات وبفضله وتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات.

فبعد دراستنا للمفقود الذي قست عليه الظروف فأبعدته على أهله وأحبابه، وجعلته عاجزا عن التصرف في أمواله و تسييرها، وخشية ضياع مصالحه ومصالح الغير الذي تربطه بالمفقود علاقات شخصية أو مالية، وبغية تسوية وضعيته استقر الفقه والقانون على جواز الحكم بوفاته للإنهاء مسائله العالقة وذلك لن يتم إلا بمراعاة الاحكام التي تحكمه.

رغم أن الفقه الإسلامي قد تناول أحكام المفقود بإستفاضة فلم يكد يترك مسألة تتعلق بهذا الأخير لم يفصلها، إلا أن القانون الجزائري لم يتناول أحكامه بنوع من الجدية والمسؤولية فوردت الأحكام المتعلقة بالمفقود في قانون الأسرة يشوبها الكثير من النقص، فجاءت هذه الدراسة لجمع أحكام المفقود في الفقه المالكي ومقارنتها بالقانون الجزائري، ومن خلالها حاولنا إكمال النقص الموجود في القانون، و تم التوصل الى النتائج التالية:

1ـ بداية بالتعريف حيث عرف الفقه المالكي المفقود على أنه الشخص الذي يجهل حياته و موته ومكانه، أما القانون الجزائري فقد عرفه بالشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم.

2ـ بالنسبة لحالات وأقسام المفقود، فقد قسمه المالكية إلى مفقود في بلاد المسلمين ومفقود في أرض الشرك ومفقود في أرض الوباء، فاتفقوا على أن مدة الحكم بوفاة الأول هي أربع سنين ويبدأ الحساب من يوم الإياس، وهذا بالنسبة لزوجته وتعتد بعدها، وماله لا يورث حتى تنتهي مدة التعمير (70سنة)، ومفقود حروب المسلمين فيما بينهم في هذه البلاد يحكم بموته بعد انفصال الصفين، ومدة الإنتظار سنة، وتعتد الزوجة بعدها، أما الحكم بوفاة الثاني فإنه لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت البينة على ذلك، فإن لم تظهر، يحكم بموته بعد مضي سن التعمير، وتعتد الزوجة بعد تمام هذه المدة، ومفقود حروب المسلمين مع الكفار في هذه البلاد يحكم بموته وتعتد زوجته بعد مضي سنة من يوم الفقد، ويبدأ الحساب من يوم رفع

الأمر للحاكم، أما الحكم بوفاة الثالث فإنه يحكم بموته مباشرة، وتبدأ زوجته بالإعتداد من يوم انتهاء الطاعون؛ أما حالات وأقسام المفقود في القانون الجزائري فقد توافقت مع أقسام المفقود التي أقرها الفقه الحنبلي، و ذلك بأن قسم المفقود الى مفقود في ظروف تغلب على غيبته السلامة و مفقود يغلب على غيبته الهلاك، فجعل مدة الحكم بوفاة الأول خاضعة لتقدير القاضي أما مدة الحكم بوفاة الثاني فقدرها بأربع سنوات وذلك تماشيا مع الفقه الغالب، أما القوانين الخاصة فقد كرست حالات استثنائية عن حالة المفقود التي يغلب عليه الهلاك و حكمها بأحكام خاصة تختلف عن ما ورد في الفقه الاسلامي.

3ـ الإعسار بالنفقة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه وبين أن تقيم معه، وطلبها للتفريق يكون لطول غيبة الزوج وتضررها بهذه الغيبة، هذا بالنسبة للفقه المالكي؛ أما القانون الجزائري فقد أعطى للزوجة حق التطليق في المادة 112 من قانون الأسرة، بحيث تمنح لزوجة المفقود أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من نفس القانون ، و بالرجوع الى أحكام المادة 53 من قانون الأسرة يتبين أنها تشترط لتمكن زوجة المفقود من طلب التطليق الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر، وهنا تجدر الأشارة الى أن المفقود معذور في غيبته، بالإضافة الى ما سبق فإن أحكام الفقرة 5 من المادة 53 من قانون الأسرة تسعى الى معاقبة الزوج الغائب لإضراره بزوجته، و ذلك لتركها لمدة سنة بدون عذر شرعي مقبول.

4ـ بالنسبة لأموال المفقود فهي تحفظ في الفترة السابقة للحكم بوفاته وذلك بإجماع الفقهاء ونص القانون الجزائري على أن أموال المفقود لا تقسم على ورثته قبل ذلك، فلا يتصرف بماله قبل معرفة خبره، أو الحكم بموته إلى أن ينكشف حاله؛ وبالنسبة لميراثه من الغير فعلى القاضي المحافظة على حقوق المفقود لإحتمال أن يكون حيا حال وفات مورثه، و ذلك بوقف نصيبه من التركة التي خلفها مورثه افتراضا أثناء فقده، إلى أن يتضح أمره بعودته حيا فيأخذ نصيبه أو يحكم القاضي بوفاته فيعود نصيبه إلى بقية الورثة الموجودين معه.

5ـ بالنسبة لحق زوجة المفقود في النفقة لم ترد نصوص تتعلق بهذه المسألة فكان من الأجدر أن ينص القانون على حق زوجته في النفقة بناء على ما أورده الفقه المالكي على

أن الزوجة متى لم تمتنع من التمكين لزوجها المفقود إذا ما حضر كانت لها النفقة ، و يكون إقرارها بذلك أمام القاضي، هذا الأخير الذي يتولى الحكم للزوجة من مال زوجها إذا كان له مالا حاضرا أما إذا كان للمفقود مالا غير حاضر أو كان عقارا أو غيره تصرف فيه لكي ينفق على الزوجة منه، و إذا لم يكن به مال تستدين الزوجة من الشخص الذي كان من المفروض أن ينفق عليها لو لم تكن متزوجة، وعند عودة المفقود يرجع عليه وإن مات أو حكم بموته سددت له ذلك من حقها في الميراث.

6ـ في حالة رجوع المفقود أو ضهوره حيا، فإن زوجته إذا لم تتزوج غيره فإنها ترجع إليه من دون عقد جديد، أما اذا تزوجت غيره، فإنها اذا لم يدخل بها ترجع لزوجها الأول، وإذا دخل بها الزوج الثاني فإن زوجها الأول يخير في الصداق أو في امرأته، وهذا بالنسبة للفقه المالكي، أما القانون الجزائري لم ينص على أثر عودة المفقود حيا في مدة العدة أو بعد الخروج منها ولذلك وجب اتباع ما جاء به الفقه الإسلامي.

وبالنسبة لأموال المفقود فاستقر فقهاء المالكية على أنه إذا لم تقسم أمواله ونصيبه من الميراث من غيره بين ورثته أخذ ماله ونصيبه الذي وقف له، وإذا أستهلك ماله أو أنفق فإنه لا ضمان على الورثة فيما استهلكوه؛ أما القانون الجزائري في هذه الحالة قد ساير موقف المذهب الحنبلي و لم يوافق رأي جمهور الفقهاء الذي يخول للمفقود العائد حيا أن يسترجع إلا ما بقي عينا في يد ورثته في حين يمكن للمفقود استرداد ما بيع من تركته.

فكانت هذه اهم النتائج و الاقتراحات التي تم التوصل اليها.

وختاما: نسأل الله العلي القدير أَن يجعل عملنا هذا خالصا لوجهه الكريم وأن يرجح به ميزان حسناتنا يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وأن يغفر لنا خطيئاتنا وجهلنا وإسرافنا في أمرنا وما هو أعلم به منا، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمّد، وعلى آله وصحبه وسلم.

الفهارس العامة

وتتضمن الفهارس التالية:

- **فهرس الآيات القرآنية.**
- **فهرس الأحاديث النبوية.**
- **فهرس الآثار.**
- **فهرس المصادر والمراجع.**
- **فهرس الموضوعات.**

فهرس الآيات القرآنية

شطر الآية – السورة ورقمها	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة [2]		
﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ﴾	231	26
﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾	229	26
﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا ...﴾	234	28
﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾	233	31
سورة الإسراء [17]		
﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعۡبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ ...﴾	23	33
سورة النمل [27]		
﴿وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيۡرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلۡهُدۡهُدَ ...﴾	20	08
سورة الروم [30]		
﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا ...﴾	21	22
سورة الطلاق [65]		
﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ﴾	06	33
﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ﴾	07	24-54-55

فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	رقم الصفحة
أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّيْنْ إِلَى السَّبْعِينْ...	18
خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوف.	24
لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارْ.	26
قَدْ كَانَتْ إِحْدَاكُنَّ فِي الجَاهِلِيةِ إِذَا تُوُفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا...	28
وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رزْقُهُنَّ وكسْوتهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.	32

فهرس الآثار

طرف الأثر	الراوي	رقم الصفحة
على إبن السبعين إذا فقد لها...	ابن عرفه	20
ما علمت أنه يضرب أجل ...	مالك بن أنس	26
تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها...	عبد الله بن عمر	28
إذا قامت البينة فمن يوم مات أو طلقه..	سعيد بن المسيب	28
إذا تزوجت زوجة المفقود ولم يدخل...	مالك بن أنس	39
إن زوجها الأول أحق بها مالم...	مالك بن أنس	39

فهرس المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: الكتب

1. الأصبحي، أبو عبد الله مالك بن أنس: الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التؤاث العربي، لا.ط .س، مصر.

2. البخاري، أبوعبد الله محمد بن إسماعيل: صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البنا، دار ابن كثير "اليمامة" ط3، بيروت، لبنان، 1407هـ .

3. بدران، بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، لا.س .

4. البغوي، أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء، تفسير البغوي: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1993م.

5. الجزيري، عبد الرحمان: الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2002م.

6. حزبون، جورج و الصراف، عباس: المدخل الى علم القانون – نظرية القانون– نظرية الحق، دار الثقافة، عمان، الأردن،2008م.

7. خليل، بن إسحاق بن موسى المالكي: مختصر خليل، تحقيق أحمد علي بركات، دارالفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ .

8. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح ، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، ط1، 1996م.

9. الرافعي، أبي القاسم القزويني: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد المجيد، دار الكتاب العربي، لا.ط، لا.ن.

10. إبن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان.

11. الزحيلي، محمد، الفرائض والمواريث والوصايا: دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، ط1، 2001م.

12. الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، ط4، 1997م

13. زعلاني، عبد المجيد: تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001م.

14. السلمي، أبومحمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا ط.س.

15. سعد، عبد العزيز: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 1995م.

16. الشرباصي، رمضان علي السيد: أحكام في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002م.

17. الصاوي، أبو العباس أحمد: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، بيروت، لبنان.

18. الكاساني، أبوبكر علاء الدين بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط2، 1406هـ .

19. ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان.

20. النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي: الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415هـ.

22. ابن قدامة، موفق الدين وشمس الدين المقدسي: المغني والشرح الكبير، دار الفكر، ط1، بيروت، لبنان، 1404هـ.

23. القشيري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم، كتاب الحج، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لا.ط ، بيروت، لبنان.

24. العبادي، أبو بكر محمد بن علي الحدادي: الجوهرة النيرة ، المطبعة الخيرية للنشر، لا.ط، لا.ن.

25. بن عبد الرحمان، أبي عبد الله محمد بن محمد المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب ،العلمية بيروت، لبنان،ط1، 1995م.

26. العبدري، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم: التاج والإكليل ، دار الفكر ، بيروت ،لبنان ، 1398هـ .

27. العربي، بلحاج: الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الثاني، الوصية والميراث، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2002م.

28. العربي، بلحاج: الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2002م.

29. الخرشي، بن عبد الله علي محمد المالكي: حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ط1، 1997م.

30. العمراني، محمد: الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 2000م .

31. عطاء الله، فشار: احكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، لا.ط، 2009م.

32. الغرياني، الصادق عبد الرحمان: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 2000م.

32. Hanifi (louisa) :l'absence et la disparition en droit privé algerien.mémoire de magister Université d' alger. Institute de droit et des sciences administratives. Alger.1981.

33. GhaoutiBenmelha: Le droit Algerien de la famille op-cit

ثالثا: النصوص القانونية.

1. أمر رقم70- 20 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1970م المتضمن قانون الحالة المدنية، الجريد الرسمية للجمهورية.

2. الجريدة الرسمية : العدد 15، ت.02/28/ 2002م.

3. حكم صادر من قسم الاحوال الشخصية لمحكمة الحجار – مجلس قضاء عنابة، ت. 2003/04/19م، تحت رقم 2003/302م.

4. الدليل العملي لتطبيق الامر 06-01 المؤرخ في 28 محرم 1427هـ الموافق 27 فبراير 2006م المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، المؤسسة الوطنية للنشر والاشهار، الرويبة، الجزائر، 2006م.

5. مرسوم رئاسي رقم 196/91 صادر، ت.1991/06/04م، اثر حالة الطوارئ في الجزائر.

6. قانون الأسرة الجزائري رقم: 48-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984م والمتضمن لقانون الأسرة المعدل والمتمم للأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005م.

7. القرار رقم 118621 مؤرخ في 1995/05/02م، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد2، 1995م.

رابعا: المقالات والبحوث والرسائل الجامعية.

1. شتوان، بلقاسم: الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الاسرة الجزائري، دار الفجر، لا.ط، الجزائر،2007م.

2. محمد حلو، يوسف عطا: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس ، فلسطين، 1424هـ، 2003م.

3. نعيمة، تبودوشة: رسالة ماجستير حول موضوع الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، بن عكنون،الجزائر، 2000-2001م.

4.عبد الغفار، جمال عبد الوهاب: أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002م.

5.عيسات، اليزيد: التطليق بطلب من الزوجة في القانون الاسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، بن عكنون،الجزائر ،2003.2002م.

خامسا: المراجع الإلكترونية والبرمجيات:

1. دليلة، براف: احكام المفقود، ص37، منشور في الموقع: www.mrwakf.dz.org.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
رقم الصفحة	
إهداء.	
شكر وتقدير.	
الملخص.	
مقدمة.	أ
مبحث تمهيدي:تعريف المفقود وأقسامه والفرق بينه وبين الغائب	6
أولا: تعريف المفقود.	7
ثانيا: أقسام المفقود.	10
ثالثا:الفرق بين الغائب والمفقود في الفقه المالكي و القانون الجزائري.	14
الفصل الأول: أحكام المفقود في الفقه المالكي.	16
المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في الفقه المالكي	17
المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.	17
الفرع الأول: المفقود في بلاد الإسلام .	17
الفرع الثاني: المفقود في بلاد الشرك .	18
الفرع الثالث: المفقود في بلاد الوباء.	18
المطلب الثاني: تاريخ الحكم بموت المفقود	19
الفرع الأول: ضبط تاريخ موت المفقود	19
الفرع الثاني: الفقد بعد سن الحكم فيها بموته	20
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في الفقه المالكي	21
المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود في الفقه المالكي	21

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته	21
الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته	27
المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في الفقه المالكي	30
الفرع الأول: الإبقاء على ملكية المال والتصرف فيه وإدارته لفائدة المفقود	30
الفرع الثاني: النفقات الواجبة على المفقود	32
الفرع الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث	35
المبحث الثالث: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في الفقه المالكي	38
المطلب الأول: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته	38
الفرع الأول : ظهوره حيا قبل نكاح زوجته من غيره	38
الفرع الثاني : ظهوره حيا بعد نكاح زوجته من غيره سواء دخل بها	38
المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على أمواله.	40
الفرع الأول : إذا كان مال المفقود لا يزال قائما.	40
الفرع الثاني : إذا كان مال المفقود أتلف أو أنفق.	40
الفصل الثاني: أحكام المفقود في القانون الجزائري	41
المبحث الأول: الحكم بموت المفقود في القانون الجزائري	42
المطلب الأول: المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود.	42
الفرع الأول: حالات الفقدان التي تغلب فيها الهلاك	42
الفرع الثاني: حالات الفقدان التي يغلب فيها السلامة	42
الفرع الثالث: حالات الفقدان الخاصة	43
المطلب الثاني: إجراءات الحكم بموت المفقود	45
الفرع الأول : إجراءات الحكم بموت المفقود وفقا للقواعد العامة	45
الفرع الثاني: إجراءات الحكم بموت المفقود وفقا للقواعد الخاصة	47
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود وأمواله في القانون الجزائري	49
المطلب الأول: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود في القانون الجزائري	49

الفرع الأول: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود قبل الحكم بموته	49
الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بزوجة المفقود بعد الحكم بموته	50
المطلب الثاني: الأحكام المتعلقة بأموال المفقود في القانون الجزائري	54
الفرع الأول: الإبقاء على ملكية المال والتصرف فيه وإدارته لفائدة المفقود	54
الفرع الثاني: النفقات الواجبة على المفقود	56
الفرع الثالث: أحكام المفقود المتعلقة بالميراث.	58
المبحث الثالث: ظهورالمفقود حياً وأثر ذلك على زوجته وأمواله في القانون الجزائري	61
المطلب الأول: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على زوجته.	61
المطلب الثاني: ظهور المفقود حياً وأثر ذلك على أمواله.	62
خاتمة	63
الفهارس العامة.	66
فهرس الآيات القرآنية.	67
فهرس الأحاديث النبوية.	68
فهرس الآثار.	69
فهرس المصادر والمراجع.	70
فهرس الموضوعات.	75