**المبحث الثانـي**

**الأحكــام القانــونية لدعوى الفقدان و دعوى موت المفقود في القانــون الجزائـــري**

ضبط المشرع الجزائري حالة الفقدان بقواعد قانونية محدّدة فقد نفت المادة 109 من قانون الأسرة اعتبار الشخص الغائب الذي لا يعرف موطنه و لا حياته أو مماته مفقودا إلا بصدور حكم قضائي يثبت ذلك ، أي أن الحكم القضائي هو شرط جوهري لاعتبار الشخص مفقودا ، و هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإضفاء صفة المفقود على الشخص طبقا لما جاء في نص هذه المادة ، و لاستصدار هذا الحكم أجاز المشرع للورثة و للنيابة العامة و لكل ذي مصلحة أن يرفع دعوى قضائية يطالب من خلالها الحكم بفقدان الشخص عملا بنص المادة 114 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة ، أو النيابة العامة ".

و سنتناول في هذا المبحث القواعد الموضوعية و الإجرائية لدعوى الفقدان في ( المطلب الأول ) بينما نتناول في ( المطلب الثاني ) القواعد الموضوعية و الإجرائية لدعوى موت المفقود .

**المطلب الأول: القواعد الموضوعية و الإجرائية لدعوى الفقدان**

نظرا إلى أن المفقود لا تعرف حياته من مماته فإنه يمكن الحصول على حكم من القاضي بإثبات فقده ومتى صدر الحكم ثبتت حالة الفقدان ، و هي حالة تخضع في أحكامها لقانون الآجال الشخصية و هي أحكام مستمدة في مجملها من الشريعة الإسلامية .[[1]](#footnote-2)

و سنتناول في هذا المطلب إجراءات رفع دعوى الفقدان في ( الفرع الأول ) و آثار دعوى الفقدان في ( الفرع الثاني ).

**الفرع الأول**: **إجراءات رفع دعوى الفقدان**

كما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن الإجراء القانوني الذي ترفع به الدعاوى القضائية يتمثل في عريضة مكتوبة و موقعة من المدعي أو وكيله بعدد النسخ يساوي عدد الأطراف " وفقا للمادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "، ويجب أن تشمل على البيانات الجوهرية المنصوص عنها و المتعلقة بوجوب تحديد اسم ولقب المدعي و المدعى عليه و موطنه ، ثم عرض موجز للوقائع مع تقديم الطلبات التي يرغب المدعي في القضاء له بها " وفقا للمادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " .[[2]](#footnote-3)

كما ألزم المشرع بضرورة تبليغ المدعى عليه غير أن ما يميز دعاوى الفقدان هو أن المدعى عليه في هذه الدعوى شخص مفقود لا يعلم له موطن مما يشكل حاجزا يحول دون تكليفه بالحضور و تمكينه من الدفاع عن نفسه ، الأمر الذي دفع بالبعض إلى القول بأن الدعوى المقصودة بنص المادة 114 من قانون الأسرة هي عمل ولائي للقاضي ، إذ يقضي بالفقدان بناء على طلب بموجب أمر ولائي ، إلا أن نص المادة 109 من قانون الأسرة تضمنت مصطلح **الحكم** " لا يعتبر مفقودا إلا بحكم " و ليس " **الأمر**" و الحكم يصدر في خصومة قضائية ، أي أن طلب الفقدان يكون في شكل دعوى قضائية ترفع وفقا للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك بإيداع عريضة افتتاح دعوى عادية .

إن الاختصاص بنظر الدعوى ينعقد للمحكمة لأنها صاحبة الولاية العامة في جميع القضايا حيث يصدر القاضي حكما ابتدائيا قابلا للاستئناف إلا ما استثني من ذلك بنص خاص .

أما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي فينعقد للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن أو مقر إقامة الشخص المطلوب الحكم بفقدانه ، وقد حددت المادة 38 من القانون المدني في فقرتها الأولى موطن الغائب و المفقود بموطن من ينوب عنهما قانونا ، ونظرا لأن المشرع الجزائري لم ينص على قواعد النيابة على الغائب و المفقود قبل الحكم بفقدانه فإن الاختصاص بذلك ينعقد للجهة القضائية الواقع بدائرة اختصاصها آخر موطن للمفقود .[[3]](#footnote-4)

و قضت المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء آجال البحث عليه ، ولما ثبت ـ في قضية الحال ـ أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان و الموت في آن واحد ، فإن ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة مما يستوجب إبطال قرارهم المنتقد " .[[4]](#footnote-5)

أما النصوص الخاصة المذكورة سابقا فلم تشر إلى دعوى الفقدان لعدم ضرورة رفعها لاستصدار حكم الوفاة والاكتفاء فقط بمحضر ضبطية قضائية يثبت حالة الفقدان خلال الكارثة الطبيعية أو الأزمة الأمنية.[[5]](#footnote-6)

**أولا**: **صفة المدعي عليه في دعوى الفقدان:**

ذكرت المادة 114 من قانون الأسرة الأشخاص الذين تثبت لهم الصفة في رفع دعوى الفقدان ، و حصرتهم في الورثة و كل ذي مصلحة و النيابة العامة ، بحيث يجوز لهؤلاء رفع دعوى قضائية للمطالبة بإعلان حالة فقدان الشخص [[6]](#footnote-7) ، فالورثة هم ذوي حقوق المفقود من أفراد عائلته و أقاربه و يرفعون دعوى الفقدان بناء على مصلحة خاصة ، و كذلك كل ذوي المصلحة كالدائنين و الشركاء أو الموصى لهم مثلا في حين لم يحدد نص المادة صفة المدعى عليه الذي ترفع عليه الدعوى .

و بالرجوع للقواعد العامة للإجراءات و التي تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي ، أي الشخص المراد الحكم بفقدانه هو المدعى عليه في دعوى الفقدان ، ولكن هذا الشخص اعتراه مانع و هو الغياب فلا يمكنه مباشرة أعماله القانونية بنفسه ، ومادام انه لا يستطيع الدفاع عن نفسه فإن المنطق القانوني يقتضي أن لا ترفع دعوى الفقدان على المفقود مباشرة ، وأمام هذا الوضع عملت بعض الجهات القضائية على إيجاد حل لذلك بحيث قبلت دعوى الفقدان التي ترفع على أحد أقارب الشخص المراد الحكم بفقدانه كأن يكون إبن المعني أو زوجته ، في حين قبلت جهات قضائية أخرى دعاوى فقدان رفعت على وكيل الجمهورية باعتباره ممثل الحق العام طبقا للمواد 99 و 114 و 182 من قانون الأسرة و بعض مواد القوانين الخاصة كالمادة 32 من أمر رقم 06 ـ 01 . [[7]](#footnote-8)

وذلك رغم عدم وجود نص خاص يجيز للنيابة أن تكون طرفا أصليا في دعوى مدنية آنذاك ، بخلاف 114 السالفة الذكر و التي خولت لها حق رفع الدعوى فحسب ..

لكن يبدو أن الإشكال قد حل بصدور الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984 و المتضمن قانون الأسرة و الذي كرس في المادة 03 مكرر منه صفة الطرف الأصيل للنيابة العامة في تطبيق أحكام قانون الأسرة .

**ثانيا :إثبـات الفقــدان**

إثبات الفقدان هو إقامة الدليل على أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا في نظر القانون، و قد جاء في نص المادة 109 من قانون الأسرة بأن لا يعتبر الشخص الغائب مفقودا إلا بحكم قضائي، أي أن الحكم القضائي هو الوسيلة الوحيدة التي بموجبها تثبت للشخص صفة المفقود ، و هو إجراء إلزامي للحكم بعد ذلك بموت المفقود حكميا وذلك بعد مرور مدة زمنية معينة ، و لكن يشترط للاستصدار حكم يقضي بالفقدان أن يرفع المدعي دعوى قضائية يثبت فيها غياب الشخص ، و اختفائه ، و جهل أثره .

و يرى علماء الشريعة الإسلامية أن الحكم بالفقدان يتم بواسطة شهادة شهود فيقضى له بالفقدان ، و هذا ما جرى عليه العمل في مختلف الجهات القضائية .[[8]](#footnote-9)

لكن خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بأن لا فقدان إلا بحكم قضائي أجاز المشرع بموجب نصوص خاصة إثبات الفقدان بواسطة محاضر الضبطية القضائية ، و أعطى للورثة و للنيابة العامة و لكل ذي مصلحة أن يلجأ للقضاء مباشرة و استنادا إلى هذه المحاضر للاستصدار حكم يقضي بموت المفقود و هذا ما نصت عليه المادة 02 من قانون 02/03 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 ( **الجزائر العاصمة- باب الواد**) و التي جاء فيها : " تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ، و يسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود ، أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة 04 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة ".

كما جاء في نص المادة 02 من قانون 03/06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21/05/2003 ( **بومرداس** ) ما يلي : " تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، و يسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود ، أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى ثمانية 08 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة".

من خلال النصين المذكورين يتبين أنه في الحالات المنصوص عليها في قانون الأسرة يوجب القانون استصدار حكم يقضي بالفقدان قبل رفع دعوى قضائية للحكم بموت المفقود ، بينما في القوانين الخاصة و المتعلقة بحالتي مفقودي الفيضانات و الزلازل فإنه يكفي أن يحرر محضر الضبطية القضائية الذي يثبت بموجبه فقدان الشخص بعد التحري و البحث ، أي يتولى ضباط الشرطة القضائية مهمة إثبات فقدان الأشخاص بسبب الفيضانات أو الزلزال خلال الفترة المحددة قانونا وكذا حالة المأساة الوطنية .

ومن هنا لكي يحكم القاضي بموت المفقود ينبغي إثبات ذلك لذلك أسند المشرع مهمة إجراء التحريات للضبطية القضائية ، التي حدد لها المشرع في القانون 03 ـ 06 مدة 08 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة لإتمام التحريات بكل الوسائل القانونية ، و تحرير محضر بذلك يتضمن المعاينات و تصريحات الشهود وكل ما توصلت إليه من أدلة وقرائن تخص المفقودين في الكارثة الطبيعية و تثبت فيه على الخصوص وجود الشخص المفقود في أماكن وقوع الزلزال و لم يظهر له أي اثر ولم يعثر على جثته إثر التحري و يسلم محضر المعاينة الفقدان لذوي حقوق المفقود ، أو لمن له صفة أو مصلحة في أجل ثمانية أشهر من وقوع الكارثة و هذا المحضر يرفق بعريضة افتتاح الدعوى ، و شهادة ميلاد المفقود للإثبات ، وغني عن البيان أن القاضي يمكنه في كل الحالات المعروضة عليه إجراء تحقيق عند الاقتضاء لإثبات الوفاة أو نفيها قبل إصدار الحكم ولكن يجب أن يفصل القاضي في القضية المعروضة عليه في أجل لا يتجاوز شهرا من تاريخ رفع الدعوى .[[9]](#footnote-10)

وتجدر الإشارة أن هذه المعاينة أو المعاينات لها حجيتها الكاملة وتعد الوثيقة الأساسية الأولى في ملف دعوى الحكم بوفاة المفقود أو في تكوين الملف الخاص بالتعويض إذا تعلق الأمر بمفقود المأساة الوطنية المقرر لذوي الحقوق ، لذلك أكد على أن يحرر هذه الشهادة الضابط بصفته المهنية و الشخصية ، إذ يذكر لقبه و اسمه وصفته " ضابط للشرطة القضائية " و مكان عمله و هو ما يبين الأهمية التي أعطاها المشرع لإجراءات إثبات الفقدان لما ينجر عنها من أثار .[[10]](#footnote-11)

**الفرع الثانـي : الآثار القانونية للحكم بالفقــدان**

اعتبر القانون أن المفقود يعتبر حيا بالنسبة للأحكام التي تضره و هي تتوقف على ثبوت موته فلا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ إيجاراته ويعتبر ميتا بالنسبة للأحكام التي تنفعه و تضر غيره ، وهي المتوقفة على ثبوت حياته فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية و ذلك طبقا لأحكام المادة 115 من قانون الأسرة.[[11]](#footnote-12)

أوجبت المادة 111 من قانون الأسرة على القاضي عندما يحكم بالفقدان بضرورة أن يقوم بحصر أموال المفقود إن وجدت له أموال ، وهذه مسألة فنية من اختصاص أهل الخبرة ، و عليه يكون على القاضي أن يأمر بموجب حكم تمهيدي بتعيين خبير قضائي تسند له مهمة حصر الأموال من منقولات وعقارات .

و من ناحية أخرى نصت المادة نفسها على تعيين مقدم عن المفقود لإدارة أمواله ، كما تناول القانون الآثار المترتبة على الفقدان بالنسبة لأموال المفقود الخاصة ، و بالنسبة لماله من غيره ، و حق الزوجة في طلب التطليق عملا بنص المادتين 112 ، 53 من قانون الأسرة .

**أولا ـ تعيين المقدم لإدارة أموال المفقود**

نصت المادة 111 من قانون الأسرة على تعيين مقدم من أقارب الشخص المفقود أو غيرهم لتسير أموال هذا الأخير ، و نصت في الأخير على مراعاة أحكام المادة 99 من القانون نفسه ، و بالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تتعلق بأحكام التقديم ، و تعرف المقدم بأنه الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها .

**ثانياـ آثـــار الحكم بالفقدان على أموال المفقــود**

إذا كان للشخص الذي صدر ضده حكم يقضي بالفقدان أموال يعين له القاضي مقدما ليسهر على تسييرها عملا بنص المادة 111 من قانون الأسرة و التي جاء فيها :

" على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود و أن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود و يتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكـــام المادة (99) من هذا القانون ".

و للمقدم أن يتصرف فيها كتصرف الولي في أموال القاصر، دون أن تكون محلا للتقسيم أو للتملك عن طريق الميراث لاعتباره حيا ، و باعتباره حيا يثبت له الميراث من غيره و يوقف إلى غاية رجوعه حيا أو يحكم بموته عملا بنص المادة 133 من قانون الأسرة و بناء على ذلك نفرق بين :

ـ أثر الفقدان على أموال المفقود الخاصة

ـ أثر الفقدان على مال غيره **.**

**1** ـ **أثر الحكم بالفقدان على أموال المفقود الخاصة " توريث غيره منه " :**

فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يقسم ماله من فور فقده ، سواء في حالة يغلب فيها الهلاك أو السلامة ، بل يعتبر حيا في حق نفسه ، و يوقف ماله على ملكه حتى يتبين أمره ، أو يحكم بموته لأن من شروط الميراث موت المورث حقيقة أو حكما ، و موت المفقود غير محقق ، فإن تحقق موته أو حكم القاضي بموته ورثه من كان حيا و قت تحقق ذلك .[[12]](#footnote-13)

إن الشخص المحكوم بفقدانه يعتبر من الناحية القانونية حيا ، فإن كان ذا مال سواء كانت منقولات أو عقارات استمرت ملكيته لها ، فلا تعتبر أمواله إرثا و لا يكتسبها الغير عن طريق الميراث [[13]](#footnote-14) ، وهو ما نصت عليه المادة 115 من قانون الأسرة و التي جاء فيها : " لا ُيَوَرثُ ألمفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

و علة ذلك تكمن في كون الإرث لا يستحق إلا بثبوت موت المورث حقيقة أو حكما فإذا حصل ذلك وزعت تركته على ورثته الموجودين يوم ثبوت موته أو الحكم بوفاته عن طريق القضاء [[14]](#footnote-15) ، وهو ما نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة .

و للمقدم أن يتصرف في مال المفقود كتصرف الولي أو الوصي في مال القاصر، فتكون له سلطة إدارة المال دون التصرف فيه ، و ليس له أن يعقد إيجارا خارج المدة المحددة قانونا ، حيث أن له أن يؤجر المال لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، و إن تجاوزت مدة الإيجار ذلك أو كان العمل الذي قام به من أعمال التصرف المحددة في المادة 88 من قانون الأسرة فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا إلا ما أجازه القاضي بإذن مسبق فإنه يعتبر صحيحا ، و إن وجدت لدى المفقود أموال سريعة التلف و الفساد بطبيعتها يكون للمقدم أن يستأذن القاضي في بيعها و يحتفظ بثمنها فإن ظهر المفقود حيا أخذه ، و إن حكم بموته دخلت ضمن التركة و حقت لورثته .

هذا و قد نصت المادة 115 من قانون الأسرة على أن لا تقسم أموال المفقود فإن كان مالك على الشيوع فلا تتخذ ضده إجراءات القسمة .

و يكون على المقدم أن ينفق على أولاد المفقود ، و زوجته التي هي في عصمته من مال المفقود لوجوبها عليه .

و عموما يتولى المقدم تسيير أموال المفقود ، فيتسلم ما استحقه من ميراث يوقف له أو تبرع ، و عند انتهاء مهمته سواء بالعزل أو الموت ، أو برجوع المفقود عليه أن يقوم بتسليم الأموال التي في عهدته ، و يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص المفقود إذا رجع أو إلى ورثته ، و ذلك في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته و هذا ما نصت عليه المادة 97 من قانون الأسرة .

**02 ـ** **أثر الحكم بالفقدان بالنسبة لميراث المفقود من غيره:**

حق المفقود في الإرث ثابت في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 133 منه : " إذا كان الوارث مفقودا ، و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون ".

فيكون المشرع بذلك قد اعتبر المفقود حيا بالنسبة لمال غيره ، و قرر له الحق في الميراث أخذا برأي جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و الشيعة الأمامية حيث يجب إيقاف حصته من تركة كل من توفي من أقاربه الذين يستحق إرثا من تركتهم لو كان موجودا فإذا عاد حيا بعد ذلك تسلم ما أوقف له و إذا لم يعد حيا وزع ما أوقف له على ورثته الموجودين يوم وفاته ، فإذا عاد المفقود حيا بعد الحكم بوفاته واقتسام تركته ، فإنه يسترد ما كان له من أموال ، وما استحق من ارث من أقاربه المتوفيين قبله من أيدي الورثة إن كان المال مازال موجودا فإن استهلك لم يسترد منهم شيئا [[15]](#footnote-16)، و خلافا لما جاء به الإمام أبو حنيفة رحمه الله و الذي يرى أن المفقود يعتبر ميتا في حق غيره لا يرث ممن مات حال غيبته فإذا مات أحد مورثيه تقسم التركة على الأحياء من الورثة و من ثم لا تثبت له حقوق إيجابية من غيره و لا يرث لعدم تحقق شرط الإرث فيه و هو تحقق حياته ، و حياة المفقود غير محققة لوجود احتمال موته.[[16]](#footnote-17)

لكن نص المادة المذكور أعلاه لم يبين كيفية توريته ، و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء يرون أنه إذا مات أحد أقارب المفقود قبل أن يتبين موته حقيقة أو حكما أوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله كما هو الحال بالنسبة للحمل فإن ظهر حيا أخذ هذا النصيب و إلا رد إلى الورثة الآخرين كل منهم بنسبة سهامه ، و بالتالي فإن الورثة الآخرين يأخذ الواحد منهم أقل النصيبين ، نصيبه باعتبار المفقود حيا ، و نصيبه باعتبار المفقود ميتا هذا إذا كان وجود المفقود ينقص أنصبة الورثة الآخرين ، أما إذا كان يحجبهم حجبا كليا وجب ألا يعطى أحدهم شيئا من التركة بل توقف التركة كلها حتى يتبين موته أو حياته و هذا مذهب أكثر الفقهاء و منهم الحنفية .[[17]](#footnote-18)

و حالات توريث المفقود لا تخرج كما سبق و قلنا عن ثلاث حالات :[[18]](#footnote-19)

الحالة الأولى : أن يكون المفقود غير وارث بحال ، و عندئذ تقسم التركة من غير توقف ، مثال ذلك مات عن زوجة ، إبن إبن ، أخ مفقود ففي هذه الحالة تقسم التركة على الأحياء لأن الإبن يحجب الإخوة مطلقا .

الحالة الثانية : أن يكون الورثة محجوبون على فرض حياة المفقود ، و عندئذ لا يعطون شيئا و توقف التركة كلها حتى يتبين حاله أو يحكم بموته ، فإن ظهر أنه حي أخذ المال كله ، و إن حكم القاضي بموته أخذ الورثة التركة كل بحسب نصيبه .

الحالة الثالثة: أن يكون المفقود مشاركا للورثة في الميراث و عندئذ تقسم التركة على فرض أنه حي و على فرض أنه ميت فمن يرث على كل حال و لا يتغير نصيبه أعطي حقه كاملا ، ومن اختلف نصيبه أعطي أقل الصيبين ، و احتفظ بالموقوف إلى أن يعلم حال المفقود أو يحكم بموته.

و كان على المشرع أن يضيف فقرة ثانية للمادة 133 من قانون الأسرة لتكون صياغتها كالتالي :

"يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا أخذه و إن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، أما إذا ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه بأيدي الورثة " .

3 ـ **أثر الحكم بالفقدان بالنسبة لزوجة المفقود**

أما بالنسبة لزوجة المفقود فقد ذهب فقهاء المالكية و الحنابلة إلى انه إذا غياب الزوج عن زوجته مدة طويلة أو سجن بحيث يلحقها الضرر يحق لها طلب الطلاق بسبب الغيبة أو الحبس بينما لا يرى فقهاء الحنفية و الشافعية صحة ذلك ، و يرى المالكية و الحنابلة أن القاضي لا يطلق زوجة الغائب و المفقود إلا بعد الإعذار إن عرف له مكان ، و إلا فإنه يعفى من هذا الإجراء وقال الحنابلة لا يفرق بينهما إذا كانت الغيبة لعذر على خلاف المالكية فقالوا بالتفريق سواء لعذر أو بدون عذر .[[19]](#footnote-20)

أما الحنفية فيرون أن المفقود حي في حق نفسه فلا يورث ماله و لا تبين منه زوجته و لا تعتد حتى يتحقق موته ، استصحابا لحال الحياة السابق ، أما المنعي إليها زوجها أو الذي أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا أو أتاها كتاب على يد ثقة بالطلاق فلا بأس أن تعتد و تتزوج .[[20]](#footnote-21)

و علة التفريق للغيبة عند المالكية و الحنابلة هو أن الغيبة الطويلة تستوحش منها المرأة و تتضرر و إن تيسرت لها النفقة لأن إقامة الزوجة بعيدا عن زوجها مدة طويلة يجعلها كالمعلقة فلا هي زوجة تتمتع بحقوقها ولا هي مطلقة تجد في كنف زوج آخر السعادة ، و أيضا تصبح محافظتها على العفة و الفضيلة أمرا لا تحتمله الطبيعة البشرية ، وهذا ضرر بالغ يجب العمل على إزالته ، ولأن ذلك يفوت الإمساك بالمعروف فيجب التسريح بالإحسان ، بينما يرى الحنابلة الغيبة سببا للتفريق إذا كانت ستة أشهر أخذا من توقيت عمر رضي الله عنه للجند في المغازي ، بينما المالكية لم يميزوا بين ما كان غياب لعذر أو بدون عذر و إنما قدروا المدة بسنة .[[21]](#footnote-22)

أما في القانون فالفقد أو الغياب سبب يجيز على أساسه لزوجة كل منهما أن تطلب التطليق للغيبة بشرط مرور سنة على الغائب أو المفقود بدون عذر يبرر الغياب ولا نفقة وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة التي أجازت لزوجة لمفقود أو الغائب أن تطلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة ، و التساؤل الذي يطرح هنا هو متى يبدأ في حساب مدة السنة هو من تاريخ الفقد أو الغيبة أم من تاريخ الحكم باعتبار المفقود مفقودا أو الحكم باعتبار الغائب غائبا ، و التفسير الصحيح لنص المادتين يميل إلى أن السنة المشار إليها في المادة 112 من قانون الأسرة تبدأ من تاريخ الحكم باعتبار الشخص مفقودا أو باعتباره غائبا لأن هذا التاريخ هو الذي يثبت قانونا الفقد أو الغيبة ، ومن هذا الثبوت تبدأ مدة السنة وبانتهاء مدة السنة يبدأ حق الزوجة في طلب التطليق من زوجها المفقود أو الغائب.[[22]](#footnote-23)

و عليه فإذا طلبت التطليق لضرر الغياب ، فإن كان زوجها غير معلوم المكان أو كان لا تصل إليه الرسائل فرق القاضي بينهما في الحال ، بعد أن يتأكد من الشروط القانونية الواردة بالمادة 53 / 05 من قانون الأسرة أما إذا كان في مكان معلوم و يمكن الاتصال به أو وصول الرسائل إليه يطلب القاضي منه بأن يحضر لزوجته أو يأخذها إليه و يضرب له أجلا معينا ، فإذا مضى الأجل ولم يفعل و لم يبين عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما لرفع الضرر عن الزوجة و يكون التطليق عند مالك طلاقا بائنا و عند أحمد بن حنبل فسخا .[[23]](#footnote-24)

ومن هنا فإنه يجب أن يكون الغياب و الفقدان دون عذر ولا نفقة بعد مرور ما يزيد عن سنة من يوم مغادرة الزوج لمسكن الزوجية و يتم الإثبات بكل الوسائل لتعلق الأمر بواقع مادية و لا يحكم بالتطليق إلا بعد التأكد من الغيبة بواسطة تكليف الزوج بالحضور في العنوان المعروف له إن كان له عنوان و إن كان عنوانه مجهول فإن التكليف بالحضور يتم تعليقه في لوحة الإعلانات بالمحكمة و بمقر بلدية الموطن المعتاد للمفقود و الغائب .[[24]](#footnote-25)

1. ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 19 . [↑](#footnote-ref-2)
2. ـ دليلة براف **، أحكام المفقود** ، رسالة المسجد العدد الخامس شوال 1424 الموافق لـ ديسمبر 2003 ، ص 37 . [↑](#footnote-ref-3)
3. ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 39 . [↑](#footnote-ref-4)
4. ـ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 466 . [↑](#footnote-ref-5)
5. ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص ص 23 ، 24 . [↑](#footnote-ref-6)
6. ـ طاهري حسين ، المرجع السابق، ص 190 . [↑](#footnote-ref-7)
7. ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 29 . [↑](#footnote-ref-8)
8. ـ العربي بختي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ، ص 209 . [↑](#footnote-ref-9)
9. ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص ص 23 ، 24 . [↑](#footnote-ref-10)
10. ـ نفس المرجع ، ص ص 26 ، 27 . [↑](#footnote-ref-11)
11. ـ نفس المرجع ، ص ص 19 ، 20 . [↑](#footnote-ref-12)
12. ـ محمود عبد الله بخيت ، محمد عقلة العلي ، المرجع السابق ، ص 148 . [↑](#footnote-ref-13)
13. ـ طاهري حسين ، المرجع السابق ، ص 190 . [↑](#footnote-ref-14)
14. ـ العربي بختي ، **نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة** ، الجزائر : مؤسسة كنوز الحكمة ، 2013 ، ص 318 . [↑](#footnote-ref-15)
15. ـ العربي بختي ، **نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة** ، المرجع السابق ، ص 318 . [↑](#footnote-ref-16)
16. ـ محمود عبد الله بخيت ، محمد عقلة العلي ، المرجع السابق ، ص ص 148 ، 149 . [↑](#footnote-ref-17)
17. ـ محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص ص 307 ، 308 . [↑](#footnote-ref-18)
18. ـ محمود عبد الله بخيت ، محمد عقلة العلي ، المرجع السابق ، ص 149 . [↑](#footnote-ref-19)
19. ـ محمد حمودة و محمد مطلق عساف ، **فقه** **الأحوال** **الشخصية** ، الأردن : مؤسسة الوراق ، 2000 ، ص ص 187 ، 188 . [↑](#footnote-ref-20)
20. ـ عبد القادر بن حرز الله ، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق " في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له "** ، الجزائر : دار الخلدونية ، 2007 ، ص 335 . [↑](#footnote-ref-21)
21. ـ أحمد فراج حسن ، **أحكام** **الأسرة** **في** **الإسلام** ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2004 ، ص 142 . [↑](#footnote-ref-22)
22. ـ أحمد نصر الجندي ، **شرح** **قانون** **الأسرة** **الجزائري** ، مصر : دار الكتب القانونية ، 2009 ، ص 192 . [↑](#footnote-ref-23)
23. ـ بلحاج العربي ، ا**لوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " مقدمة ـ الخطبة ـ الطلاق ـ الميراث ـ الوصية "** ، الجزء الأول ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994، ص 299 . [↑](#footnote-ref-24)
24. ـ لحسن بن شيخ آث ملوثيا ، **قانون الأسرة نصا و شرحا** ، الجزائر: دار الهدى ، 2014 ، ص 107 . [↑](#footnote-ref-25)