**المطلب الثاني : الأحكام الموضوعية و الإجرائية لدعوى موت المفقود**

 إذا لم يظهر الشخص المحكوم بفقدانه بعد مدة زمنية محددة قانونا يحكم بموته بناء على طلب الورثة ،أو النيابة العامة أو ذي مصلحة ، و يتم تسجيل الحكم بموت المفقود بسجلات الحالة المدنية أي تسجيل المنطوق في سجل عقود الوفيات ، و على هامش عقد زواجه إن كان متزوجا و على هامش عقد ميلاده ، بينما الحكم بالفقدان فلا يخضع لهذه الإجراءات و تترتب عن الحكم بموت المفقود آثارا قانونية نبينها بعد التطرق إلى القواعد الخاصة التي تحكم دعوى موت المفقود و تميزها عن دعوى الفقدان .

 وسنتناول في هذا المبحث الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في ( المطلب الأول ) بينما نتناول

في ( المطلب الثاني ) آثار الحكم بموت المفقود .

**الفرع الأول : الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود**

 لدعوى موت المفقود إجراءات خاصة بها يجب احترامها فهي لا تختلف عن دعوى الفقدان من حيث الجهة القضائية المختصة نوعيا ، و لا من حيث أطراف الخصومة فالأطراف التي أعطى لها المشرع الحق في رفع دعوى الفقدان هي نفسها التي يحق لها رفع دعوى موت المفقود سواء في قانون الأسرة أو في القوانين الخاصة ، غير أن التساؤل الذي قد يتبادر إلى الذهن بصدد هذه المسالة يكمن في مدى اشتراط أن ترفع دعوى موت المفقود من الشخص نفسه الذي رفع دعوى الفقدان .

إننا نرى أنه لا يمكن الاجتهاد مع صراحة النص ، فبما أن النص جاء عاما و صريحا فلا يمكن تقييده باشتراط أن ترفع دعوى موت المفقود من الشخص نفسه الذي رفع دعوى الفقدان ، و بذلك لا يكون للقاضي أن يثير انتفاء صفة المدعي من تلقاء نفسه ، بل يطبق أحكام المادة 114 من قانون الأسرة في دعوى موت المفقود بصورة مستقلة عن تطبيقها في دعوى الفقدان.

 لكن يكمن الاختلاف في كون الجهة القضائية المختصة محليا بنظرها محددة بنص خاص ، خروجا بذلك عن القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية ، كما اشترط المشرع مرور مدة زمنية معينة تختلف بحسب حالة الفقدان للحكم بموت المفقود و هذا ما سنوضحه فيما يلي ، كما ستطرق لدراسة الأحكام القانونية التي جاءت بها القوانين الخاصة بحالة مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 و زلزال 21 ماي 2003 .

 **أولا ـ الجهة القضائية المختصة محليا بنظر دعوى موت المفقود و شروط قبولها**

 نصت المادة 89 فقرة 01 من الأمر 70 ـ 20 المتضمن قانون الحالة المدنية " يجوز التصريح قضائيا بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب وكيل الدولة أو الأطراف المعنيين " .[[1]](#footnote-2)

كما حددت المادة 91 من الأمر 70-20 الجهة القضائية التي تختص محليا بنظر دعوى موت المفقود و قد جاء فيها :

" يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة.

إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج و كذا بالنسبة للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعتيادية .

إذا لم يتوفر غير ذلك فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة.

إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة ، فإلى محكمة مدينة الجزائر".

و من خلال نص هذه المادة يتضح أن الاختصاص المحلي يتحدد بصفة الأشخاص المفقودين كالتالي:

**1 ـ بالنسبة للأشخاص المولودين في التراب الجزائري .**

 إذا كان الأشخاص المفقودون مولودين في الجزائر فإن الاختصاص بنظر دعوى الفقدان ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الولادة ، فإن لم تتوفر هذه الحالة إنعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر.

**2 ـ بالنسبة للأشخاص من جنسية جزائرية و لدوا في الخارج و الأجانب**:

 إذا كان الأشخاص المفقودون جزائري الجنسية ولدوا في الخارج أو كانوا أجانبا فإن الاختصاص بنظر دعواهم ينعقد للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المفقود أو مقر إقامته المعتاد فإن لم يتوفر ذلك انعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر .

**3 ـ بالنسبة للأشخاص المفقودين في نفس الحادث:**

 إذا تعلق الأمر بأشخاص فقدوا في نفس الحادث فإن الاختصاص بدعوى الفقدان ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان وقوع الفقدان ، فإن لم توجد محكمة في هذا المكان انعقد الاختصاص بذلك لمحكمة مدينة الجزائر .

و لكي تقبل هذه الدعوى يجب على المدعي أو المدعين الذين يطلبون الحكم بوفاة المفقود أن تكون عريضة افتتاح الدعوى مسببة مؤرخة و موقعة من المدعي أو المدعين أو موقعة من وكيلهم و تتضمن العريضة حتما هوية الشخص المفقود و الظروف التي فقد فيها قدر الإمكان و يرفق بعريضة افتتاح الدعوى إما حكم الفقدان أو شهادة معاينة الفقدانـ في الحالات الاستثنائية و شهادة ميلاد المفقود ، شهادة ميلاد المدعي أو المدعين أو عقد الزواج أو شهادة الحالة العائلية أو الفريضة أو أي وثيقة رسمية تثبت صفة و أهلية و مصلحة المدعي أو المدعين و صلتهم بالمفقود أو المفقودين هذا إن كانت الدعوى لم ترفع من طرف النيابة العامة ، إذ في هذه الحالة ترفق بالطلب شهادة ميلاد المفقود و شهادة معاينة الفقدان فحسب.[[2]](#footnote-3)

**ثانيا ـ المدة اللازمة للحكم بموت المفقود :**

 لم يرد نص من القران الكريم أو السنة النبوية يحدد الزمن الذي يحكم بمضيه بموت المفقود ، لذلك اختلف الفقهاء في ذلك فذهب أبو حنيفة و الشافعي إلى أن المفقود يبقى حيا إلى أن يموت أترابه أي من هم في سنه ، أما الإمام أحمد فقال إذا كانت غيبة الغائب يغلب فيها الهلاك كأن يكون قد شارك في حرب مثلا فإنه ينتظر أربع سنوات ثم يحكم بوفاته .[[3]](#footnote-4)

بينما المشرع الجزائري فإنه سلك مسلكا خاصا يكاد يقترب من موقف الحنابلة بحيث جاء في نص المادة 113 من قانون الأسرة : " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات 04 بعد التحري ، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات ".

و يتبين من خلال هذا النص أن المدة الواجب انقضائها للحكم بموت المفقود تختلف باختلاف الحالة التي فقد فيها الشخص ، و كما سبق الحديث عنه و ذكرته المادة السالفة فإن حالات الفقدان هي إما حالة حرب أو حالة استثنائية أو حالة تغلب فيها السلامة ، و يكون حساب المدة كالتالي :

**1 ـ المدة الضرورية للحكم بموت المفقود في حالة الحروب و الحالات الاستثنائية :**

إذا رفعت دعوى موت المفقود و تبين للقاضي و تأكد من أن المعني قد فقد في حالة يغلب فيها الهلاك كأن تكون حالة حرب أو حالة استثنائية ، فإنه يمكن له الحكم بموته إذا ثبت مضي أربع سنوات (04) من فقدانه بعد التحري. [[4]](#footnote-5)

**2 ـ المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الحالات التي تغلب فيها السلامة :**

ترك المشرع الجزائري في نص المادة 113 من قانون الأسرة السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير المدة اللازمة للحكم بموت الشخص الذي فقد في حالة تغلب فيها السلامة فيكون للقاضي الرجوع لوقائع القضية المعروضة عليه [[5]](#footnote-6) ، و يستخلص من خلال ظروف الفقدان و حالة الشخص المفقود أي سنه ، و جنسه ، و ظروفه الصحية المدة التي يعتمد عليها للحكم بموت المفقود ، لكن سلطة القاضي في ذلك مقيدة بشرط مرور مدة تزيد عن أربع سنوات من يوم البحث و التحري ، و هو أمر منطقي ذلك انه إذا كان المشرع قد اشترط للحكم بموت المفقود في حالة فقدان يغلب فيها الهلاك مرور مدة أربع سنوات،

فمن المنطقي أن تكون المدة في حالة الفقدان التي تغلب فيها السلامة أطول من ذلك ، كما يجوز للقاضي إذا ارتأى له أن الوفاة غير ثابتة على الوجه الكافي أن يأمر بإجراء تحقيق تكميلي و لا سيما التحقيق الإداري عملا بنص المادة 92 من قانون الحالة المدنية.

**ثالثا ـ** **الإجراءات الخاصة بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 وزلزال 21 ماي 2003:**

 خص المشرع الجزائري من خلال الأمر 02/03 المؤرخ في 25 فيفري 2002 المتعلق بمفقودي الفيضانات و قانون 03/06 المؤرخ في 14 جوان 2003 المتعلق بمفقودي الزلزال المفقودين خلال هذه الكوارث الطبيعية بأحكام خاصة ، و تتمثل هذه الخصوصية في كونه أخرج إثبات الفقدان عن القواعد العامة المقررة في قانون الأسرة كما سبق و ذكرنا ، بحيث أجاز إثبات حالة الفقدان بواسطة محاضر معاينة الفقدان فقد نصت المادة 02 من الأمر 02/03 على 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 أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة "، بينما نصت المادة 02 من قانون 03/06 المتعلق بمفقودي الزلزال على ما يلي :" تعد الضبطية 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 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة " وقد سبق و أشرنا إلى ذلك .

إضافة إلى إثبات الفقدان بموجب محاضر الضبطية القضائية يلاحظ أن مدة تسليم المحضر لذوي الحقوق محددة و تختلف بين الحالة الأولى و الثانية ، و لم يبين المشرع الغاية من تحديد هذه المدة خاصة و أن المادة التالية أي المادة 03 من كل قانون نصت على دعوى موت المفقود ، وعليه يمكن تفسير ذلك بأنها المدة اللازمة لإثبات الفقدان أي أن ضباط الشرطة القضائية ملزمون بإثبات واقعة الفقدان خلال هذه المدة الزمنية ، و إلا لم يعتبر الشخص من مفقودي الزلزال أو الفيضانات.

كما أن المشرع أعطى الحق للورثة ، و لكل شخص ذي مصلحة و للنيابة العامة أن يرفع دعوى موت المفقود و هو بذلك لم يخرج عن القواعد العامة المقررة في المادة 114 من قانون الأسرة .

في المادة الثالثة (03) سواء من الأمر 02/03 أو قانون 03/06 حدد المشرع مدة الفصل في دعوى موت المفقود ، و ألزم القاضي أن يفصل في أجل لا يتعدى شهر واحدا من تاريخ رفع الدعوى اليه ، و يصدر الحكم بصيغة ابتدائية نهائية ، لا يجوز الطعن فيه إلا بطريق الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا و في ذلك خروج أيضا عن القواعد العامة أم المحكمة العليا فقد ألزمها القانون في مادته الثانية الفقرة الرابعة ، أن تفصل في الطعن المرفوع أمامها في أجل لا يتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الطعن أمامها.[[6]](#footnote-7)

و تجدر الإشارة إلى أنه في جميع الحالات التي يصدر فيها الحكم بموت المفقود فإن النيابة العامة تسهر على تنفيذه متى أصبح نهائيا ، وذلك بتسجيل منطوقه في سجلات الحالة المدنية لمكان الولادة ، و عند الاقتضاء في سجلات آخر مكان أقام فيه المتوفي ، فيسجل المنطوق في سجل عقود الوفيات ، و على هامش سجل ميلاد المتوفى و سجل عقد الزواج إن كان متزوجا .[[7]](#footnote-8)

وهذا الجدول نقارن من خلاله بين مختلف الإجراءات القانونية المتعلقة بأحكام الفقدان في القوانين الخاصة:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **الأمر 02 ـ 03** | **قانون 03 ـ 06** | **القانون 06 ـ 01** |
| إثبات الفقدان بمحضر معاينة | إثبات الفقدان بمحضر معاينة | إثبات الفقدان بمحضر معاينة |
| تعد الضبطية محضر معاينة في مدة 4 أشهر | تعد الضبطية محضر معاينة في مدة 8 أشهر | تعد الضبطية محضر معاينة في مدة سنة  |
| من له الصفة في رفع الدعوى " النيابة ، من له مصلحة ، الورثة" | من له الصفة في رفع الدعوى " النيابة ، من له مصلحة ، الورثة" | من له الصفة في رفع الدعوى " النيابة ، من له مصلحة ، الورثة " |
| يصدر القاضي حكم ابتدائي نهائي في مدة شهر من رفع الدعوى | يصدر القاضي حكم ابتدائي نهائي في مدة شهر من رفع الدعوى | يصدر القاضي حكم ابتدائي نهائي في مدة شهرين من رفع الدعوى |
| يمكن الطعن في الحكم في مدة شهر | يمكن الطعن في الحكم في مدة شهر | يمكن الطعن في الحكم في مدة شهر |
| يفصل القاضي في الطعن بالنقض في مدة 3 أشهر | يفصل القاضي في الطعن بالنقض في مدة 3 أشهر | يفصل القاضي في الطعن بالنقض في مدة 6 أشهر |
| تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون | تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون | تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون |
| تتولى النيابة قيد الحكم في سجلات الحالة المدنية | تتولى النيابة قيد الحكم في سجلات الحالة المدنية | تتولى النيابة قيد الحكم في سجلات الحالة المدنية |
| لا ترتب على محضر الضبطية القضائية نفس الآثار المترتبة على حكم الفقدان في الأوضاع المنصوص عليها في قانون الأسرة | لا ترتب على محضر الضبطية القضائية نفس الآثار المترتبة على حكم الفقدان في الأوضاع المنصوص عليها في قانون الأسرة | لا ترتب على محضر الضبطية القضائية نفس الآثار المترتبة على حكم الفقدان في الأوضاع المنصوص عليها في قانون الأسرة |
| يترتب على الحكم بوفاة المفقود نفس الآثار المترتبة على الوفاة الحقيقية | يترتب على الحكم بوفاة المفقود نفس الآثار المترتبة على الوفاة الحقيقية | يترتب على الحكم بوفاة المفقود نفس الآثار المترتبة على الوفاة الحقيقية |

و نصت المادة 93 من قانون الحالة المدنية فقرة 02 على أنه إذا كان الحكم جماعيا فترسل ملخصات فردية من منطوق الحكم إلى ضابط الحالة المدنية لمكان الولادة ، أو لضابط الحالة المدنية للأخر مكان سكن كل واحد من المفقودين قصد التسجيل.

وحسب الفقرة الأخيرة من هذه المادة تحل أحكام التصريح بالوفاة محل عقود الوفاة ويمكن للغير أن يعارض فيها والحصول فقط على التصحيح طبقا للمواد من 49 إلى 54 من هذا الأمر.

و نصت المادة 46 من قانون الحالة المدنية على تبطل العقود عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ولو أن العقد في حد ذاته كان صحيحا شكلا.
كما يجوز أيضا إبطال العقد عندما يكون محررا بصورة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة.

جاء في نص المادة 48 من قانون الحالة المدنية :" يجوز طلب الإبطال من قبل الأشخاص المعنيين أو من قبل النائب العام لداعي النظام العام ، و يسجل المقرر النهائي في سجلات الحالة المدنية و يشار إليه في هامش العقد المقرر إبطاله" .

و من خلال نص هذه المادة يتضح لدينا أن الحكم الذي قضى بموت المفقود هو حكم قابل للإبطال متى ظهر الشخص حيا بعد ذلك ، فيكون له أن يرفع دعوى إبطال هذا الحكم ، كما يجوز للنيابة العامة ذلك ، و يسجل منطوق الحكم القاضي بالإبطال في سجلات الحالة المدنية أي يتم التأشير به على هامش العقد المقرر إبطاله.

**الفرع الثاني** :**آثار الحكم بموت المفقود**

عند صدور الحكم بموت المفقود ، و صيرورته نهائيا ، تترتب كافة الآثار القانونية الناجمة عن أية وفاة ، فيكون للورثة الحصول على أمواله و اقتسامها بينهم على اعتبارها ميراثا لهم كما يجب على زوجته أن تعتد عدة المتوفي عنها زوجها ، كما قد يظهر المفقود المحكوم بموته فتترتب عن ذلك آثار قانونية أخرى و هذا ما سنوضحه فيما يلي :

**أولا ـ** **آثار الحكم بموت المفقود على الأموال**

بصدور الحكم القاضي بوفاة المفقود وهي ما يسمى بالوفاة الحكمية ، تتحول هذه الأموال إلى تركة و تقسم على ورثته بحسب نصيب كل واحد منهم .

**1 ـ انتقال الأموال إلى الورثة :**

اتفق الفقهاء على أن أموال المفقود لا تعتبر ميراثا حتى يتم التحقق من وفاته بالطرق الشرعية للإثبات أو يحكم بموته فإذا حصل ذلك وزعت تركته على ورثته الموجودين يوم ثبوت موته أو الحكم بوفاته عن طريق القضاء .[[8]](#footnote-9)

 الأموال الخاصة بالمفقود المحكوم بموته تنتقل إلى الورثة و توزع بينهم على أساس أنها ميراث لهم، على شرط أن يثبت وجودهم وقت الحكم بوفاته لأنه يعتبر كأنه مات يوم صدور الحكم ، فالحكم بموت المفقود كان بناءً على القرائن و الظروف التي أحاطت بفقده بعد التحري و البحث عنه بكافة الوسائل الممكنة أي أنه حكم بموته بناء على اجتهاد القاضي ، و الحكم بالموت هنا منشئ لا مظهرا و في هذه الحالة يعتبر المفقود ميتا موتا حكميا لا حقيقيا من وقت الحكم بوفاته لا قبل ذلك .[[9]](#footnote-10)

أما ورثته الذين ماتوا بعد فقده أي بعد صدور الحكم المثبت للفقدان وقبل صدور الحكم بوفاته فلا يرثون ، وقد أكد المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال نص المادة 115 من قانون الأسرة و التي جاء فيها :" لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته".

أما بالنسبة للأموال التي كان يمكن أن يرثها من غيره ، أو يستحقها بموجب وصية أو هبة فإن المفقود يعتبر ميتا من تاريخ فقده ، فلا يرث نصيبه الذي أوقف له من تركة مورثه ، و لا ما يستحقه من وصية أو هبة ، و يتم ردها إلى مستحقيها من ورثة المورث الأصلي ، و ذلك لأن الشخص المحكوم بموته يعتبر بالنسبة لميراثه من غيره ميتا من تاريخ الحكم بفقدانه فلا تدخل تلك الأموال ضمن التركة.

**2 : أثر ظهور المفقود المحكوم بموته على الأموال :**

كما جاء في نص المادة السالفة الذكر أنه في حالة رجوع المحكوم بموته أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها ، فالعائد بعد صدور الحكم بموته له أن يسترجع مابقي عينا من أمواله ، و ما كان قائما منها يأخذه ، و أما الأموال التي تم التصرف فيها من قبل الورثة فلا يسترده و لا يمكنه مطالبتهم بالضمان ذلك لأنهم تملكوا هذه الأموال بطريق قانوني و شرعي ، حيث آلت إليهم عن طريق حكم قضائي ، وبذلك أصبح كل واحد منهم ما أذون له شرعا بأن يتصرف فيما آلت إليه و بالتالي لا ضمان على الوارث فيما تصرف فيه .[[10]](#footnote-11)

فيما يتعلق بالأموال الموقوفة للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان و التي سقطت عنه عند صدور الحكم بموته ، فلم يتطرق المشرع لمصير هذه الأموال ، ولم يعالج أمرها بنص صريح الأمر الذي يجعل المجال واسعا لتطبيق نص المادة 115 و التي جاء فيها "و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

فالأموال التي أوقفت له بعد الحكم بفقدانه و التي أوصي بها له أو وهبت له تدخل ضمن مفهوم الأموال الخاصة به ، وقد نصت المادة على إمكانية استرجاعه لأمواله بصيغة عامة و مطلقة وهو ما يتسنى لنا تفسير هذ النص تفسيرا واسعا ،خاصة وأن الفقه الإسلامي قد أجمع على أنه يحق للشخص المحكوم بموته بعد ظهوره حيا أن يسترجع الأموال التي كانت موقوفة أو محجوزة له من إرث أو صية.

**ثانيا ـ أثر الحكم بموت المفقود على الزوجة** :

 لم ينص المشرع الجزائري على أثار الحكم بموت المفقود بالنسبة لزوجته في الفصل السادس من قانون الأسرة ، و المخصص لأحكام المفقود و الغائب ، لكنه نص على أثر من آثار هذا الحكم في الفصل الثاني المخصص لآثار الطلاق فيما يتعلق بالعدة كما لم يعالج وضعية زوجة المفقود عند ظهوره حيا بعد الحكم بموته و بناء على ذلك نتعرض لدراسة :

ـ عدة زوجة المفقود المحكوم بموته

ـ أثر ظهور المفقود المحكوم بموته حيا على الزوجة

**1 ـ عدة زوجة المفقود المحكوم بموته:**

 يعتبر موت المفقود موتا حكميا من تاريخ الحكم بالنسبة لزوجته ، فتعتد عدة المتوفى عنها زوجها و هي أربعة أشهر و عشر أيام من تاريخ التصريح بالحكم الصادر عن المحكمة [[11]](#footnote-12)، و قد جاء في نص المادة 59 من قانون الأسرة " تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ الطلاق أو الوفاة ".

و من خلال هذا النص القانوني يلاحظ الغموض في تحديد بداية حساب عدة زوجة المفقود المحكوم بموته إذ ذهب البعض إلى القول بأن تعتد زوجة المفقود بعدة المتوفي عنها زوجها أي بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بفقدهو استدلوا على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود" هي امرأة أبتليت فلتصبر ، لا تنكح حتى يأتيها يقين موته".

ولكن الحكم بالفقدان طبقا للقانون الجزائري لا يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بقوة القانون، والنص المذكور يخص عدة المتوفى عنها زوجها حقيقة أو حكما ، والمفقود لا يعتبر ميتا إلا بعد صدور الحكم بموته من القضاء ، وعليه فان الزوجة المقصودة في النص هي زوجة المفقود المحكوم بموته .

و قد اختلف الفقهاء أيضا بخصوص زوجة المفقود فالحنفية يرون ان المفقود حي في حق نفسه فلا يورث ماله و لا تبين منه امرأته فلا تعتد زوجته حتى يتحقق موته ، استصحابا لحال الحياة السابقة ، أما المنعي إليها زوجها أو التي أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات ، أو طلقها ثلاثا أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق ، فلا بأس أن تعتد و تتزوج ، و قال المالكية و الحنابلة تنتظر امرأة المفقود أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر و عشرة أيام ، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلا غاب عن امرأته و فقد فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له ذلك فقال " تربصي أربع أشهر و عشرا ، ففعلت ، ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل ، فجاؤوا به فقال : طلقها ، ففعل ، فقال عمر تزوجي من شئت .[[12]](#footnote-13)

**2 ـ أثر ظهور المفقود المحكوم بموته على الزوجة:**

اختلف الفقهاء في حالة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته و ما إذا كان له الحق في إرجاع زوجته أم لا و على العموم يمكن حصر هذه الآراء الفقهية في رأيين :

حيث ذهب المالكية و الحنابلة و الشافعية إلى أن المفقود أحق من غيره بزوجته ما لم يدخل بها الزوج الثاني ، و إذا دخل بها تفوت على زوجها الأول في المشهور عند المالكية و عند الحنابلة و الشافعية في قول قديم يخير الزوج الأول بين زوجته و صداقها ، أما أصحاب الرأي غير المجيز لزوجة المفقود طلب التفريق من زوجها المفقود بسبب فقده ، و هم الحنفية ، الإمامية ، و الشافعي في قول جديد و الزيدية و الظاهرية و لكل مذهب بعض التفصيلات لا تخلو من الاختلافات الفقهية و يرون أنه إذا عاد المفقود ترد إليه زوجته سواء كانت في العدة أو خارجها أو كانت متزوجة بثان أو غير متزوجة أو كان الزوج الثاني داخلا بها أم لم يدخل بها .[[13]](#footnote-14)

1. ـ الأمر رقم 70 ـ 20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة 21 ذو الحجة 1389 . [↑](#footnote-ref-2)
2. ، بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 27 . [↑](#footnote-ref-3)
3. ـ العربي بختي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري** ، المرجع السابق ، ص 209 . [↑](#footnote-ref-4)
4. ـ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص 192 . [↑](#footnote-ref-5)
5. نفس المرجع و نفس الصفحة . [↑](#footnote-ref-6)
6. ـ بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص ص 23 ، 24 . [↑](#footnote-ref-7)
7. ـ نفس المرجع ، ص 30 . [↑](#footnote-ref-8)
8. ـ العربي بختي ، المرجع السابق ، 318 . [↑](#footnote-ref-9)
9. ـ محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 306 . [↑](#footnote-ref-10)
10. ـ نفس المرجع ، ص 306 . [↑](#footnote-ref-11)
11. ـ عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص 335 . [↑](#footnote-ref-12)
12. ـ عبد القادر بن حرز الله ، المرجع السابق ، ص 335 . [↑](#footnote-ref-13)
13. ـ هادي محمد عبد الله ، المرجع السابق ، ص 265 و ما يليها [↑](#footnote-ref-14)