جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالبين: **رمـــاضنة تـــارزي**
زواوي مـراد

يوم: 2022/06/27

أحكام الغائب في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

لجنة المناقشة

الأستاذ:محدة فتحي	أ. مح أ	جامعة بسكرة	رئيسا
الأستاذ:سقني صالح	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
الأستاذ:جروني خالد	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021 - 2022

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

شكر و تقدير

الحمد و الشكر و الثناء لله وحده لا شريك له أولا وآخرا على نعمته المسداة

والصلاة والسلام على أشرف المرسلين

اعترافا مني بالفضل و التقدير للجهود المبذولة، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر و خالص الامتنان إلى كل من علمني حرفا في هذه الدنيا،إن قلت شكرا فشكري لن يوفيكم حقكم،حقا سعيتم فكان السعي مشكورا،وإن جف حبري عن التعبير يكتبكم قلب به صفاء الحب تعبيرا.

أشكر أساتذة قسم الحقوق وأخص بالذكر كل من درسني خلال مشواري العلمي إلى هذا المستوى.

كما أشكر الأستاذ الفاضل "سقني صالح "الذي تكرم بالإشراف على عملي هذا.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل

و لا أنسى أيضا أن أقدم امتناني و تقديري إلى كل من قدم لي يد العون و من شجعني من قريب أو بعيد و حفزني على إتمام هذا العمل و لو بدعوة في ظهر غيب.

رمـاضنة تـارزي

إهـــــــــداء

أهدي ثمرة عملي هذا :

إلى من لا يمكن أن توفيهم الكلمات حقهما و يعجز اللسان عن عد فضاءلهما إلى من قال الله تعالى فيهما "واعبدوا الله ولا تُشْرِكُوا به شَيْئًا وبالوالدين إِحْسَانًا"

إلى روح أبي الغالي تغمده الله برحمته الواسعة وأسكنه فسيح جنانه.

إلى أمي الحنونة التي لا أجد كلمات يمكن أن تمنحها حقها، فهي ملحمة الحب وفرحة العمر، ومثال التفاني والعطاء.

إلى زوجتي التي هي أسمى رموز الإخلاص والوفاء ورفيقة الدرب و التي ملأت حياتي بالتحدي،وتخطي الصعاب.

إلى روحي و قرة عيني و نبض فؤادي وفلذات كبدي أبنائي الأعزاء متمنيا أن يكون هذا الإنجاز العلمي محفزا لهم على طلب العلم و المثابرة للنجاح في شتى مجالات الحياة.

إلى شقيقي و صديقي ومحفزي دائما أخي عبد السلام الذي علمني أن الحياة من دون ترابط وحب وتعاون لا تساوي شيئا،وإلى زوجتك الكريمة وأبنائك أحباب قلبي.

إلى أختي الكبرى و أمي الثانية كنت عضدي و سندي و الحضن الدافئ، لك مني و لأبنائك الأعزاء أسمى تقدير وأغلى إهداء.

إلى أختي لينـدة أهديك قلبي ولا أزايد وأفديك بروحي ولا أبالي اللهم أرزقها قصرا في الجنة و عوضها عما حرمت منه في الدنيا.

إلى كل أخلائي و أحبائي وكل من قدم لي الدعم و النصح ولم يبخل عليا ولو بالدعاء أهديكم خلاصة هذا العمل وأرجو من الله أن يحوز إعجابكم.

رمـاضنة تـارزي

قائمـــــة المختصـــرات

المختصرات	دلالة الكلمة المختصرة
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
ج.ر	الجريدة الرسمية
د.ط	دون طبعة
د.ب	دون بلد
د.ت.ن	دون تاريخ النشر
ج	الجزء
ص	الصفحة
ط	الطبعة
م	المجلد

مقدمة

مقدمة

إن الانسان بطبعه كثير التنقل و السفر ،سواء لطلب العلم أو طلب الرزق أو هروبا من ظرف معيشي كالفقر أو القهر أو للجهاد في سبيل الله،كما جاء في قوله تعالى« لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ (1) إِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ (2)....»(سورة قريش الآية الأولى و الثانية)

وقد يحدث أن تبعد غيبته أو تقترب كما قد تصل أخباره أو تنقطع وكذلك يمكن أن تعلم حياته أو تجهل،تاركا وراءه مصالحا أو علاقات سواء مالية أو اجتماعية أو أسرية والتي تستلزم الاهتمام بها و المحافظة عليها درءا للمفسدة ،و من فضل الله تعالى على عباده أن شرع لهم من الأحكام ما به صلاح و فلاح لهم في حياتهم و تنظيم لعلاقاتهم من خلال دينه الحنيف و سنة نبيه الكريم،وهذا ما دفع بفقهاء الشريعة الإسلامية إلى أخذ موضوع الغيبة على محمل الجد نظرا لما تقتضيه المصلحة و ما ينتج عن الغياب من ضرر سواء لمصالح الغائب في حد ذاته أو من كان له مصلحة معه أو شأن كالأهل أو الغير،حيث خاضوا في كل ما يتعلق به إلى أن أصدروا أحكاما خاصة به،وباعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون الجزائري خاصة فيما يتعلق بقضايا الأسرة و تنظيم شؤونها،حيث نجد أن المشرع الجزائري قد اهتم أيضا بمسألة الغائب لما لها من تداعيات على الأسرة الجزائرية و العلاقات الاجتماعية من خلال مجموعة من القواعد الموضوعية و الاجرائية التي تضبط ظاهرة الغياب و ما يترتب عنها من آثار محاولا الأخذ بما جاءت به الشريعة الاسلامية و المذهب المالكي كونه المذهب السائد في الدولة الجزائرية خاصة .

-أهمية الدراسة

تبرز أهمية هذه الدراسة في:

1-علاقة الموضوع بالتخصص تكمن في فتح المجال للتعمق في معرفة مختلف الأحكام المتعلقة بالغائب في الأحوال الشخصية.

2-ارتباط الموضوع بشريحة كبيرة من المجتمع الذي انتشرت فيه ظاهرة الهجرة سواء القانونية،أو الهجرية السرية والسفر سواء للعمل أو الدراسة كما كثرت فيه الحروب والفتن وظاهرة هجرة الأدمغة.

3-إبراز مدى شمولية الفقه الاسلامي في تنظيم الحياة الاجتماعية للإنسان في مختلف حالاته و المحافظة على حقوقه وأمواله،وحقوق وأموال الغير،وتبيان مدى توافقه و القانون الجزائري في تشريعاته المتعلقة بالغائب.

أسباب الدراسة

1-الأسباب الموضوعية

-علاقة الموضوع بالتخصص المتعلق بالأحوال الشخصية و انتشار ظاهرة الغياب في المجتمع الجزائري و مدى تأثيرها في الحياة الأسرية.

-حساسية المركز القانوني للغائب وارتباط شخصيته القانونية بالآثار المترتبة عن حالة الغياب.

2-الأسباب الشخصية

-ميولاتنا الشخصية لفهم الظاهرة،وفهم مدى ضبط الفقه و القانون الجزائري لها و معرفة الآثار التي تترتب عن الغياب في حال كنا إحدى هذه الحالات .

-أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى:

1-تحديد الوصف الدقيق للغائب وتمييزه عن المفقود خاصة.

2-بيان أحكام الغائب و بيان الآثار المترتبة عنه.

3-بيان مدى توافق التشريع الجزائري مع ما جاء في الشريعة الإسلامية من أحكام.

-الصعوبات

أما عن الصعوبات التي واجهتنا خلال دراستنا، أولا هي صعوبة الظاهرة في حد ذاتها وكذا صعوبة الحصول على المراجع و قلة الدراسات خاصة فيما يتعلق بالغائب بوجه الخصوص في الجانب القانوني لأن الاهتمام الأكبر كان من نصيب المفقود.

-الدراسات السابقة

لا يمكننا القول أن هذه الدراسة لها الأسبقية في هذا المجال إلا أن معظم الدراسات السابقة والتي أمكننا الاطلاع عليها قد تناولت موضوع الغائب بصفة موجزة أو ركزت على المفقود الذي أخذ القسط الكبير سواء من حيث الدراسة أو الأحكام خاصة في القوانين الوضعية ومن أمثلة هذه الدراسات:

-نوي عبد النور(أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري)أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

-عبد المنعم سقا(أحكام الغائب و المفقود في الفقه الإسلامي)دراسة مقارنة-أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق.

- شبايكي نزهة (أحكام المفقود في القانون الجزائري)مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،فرع العقود و المسؤولية،كلية الحقوق،جامعة الجزائر01.

- يوسف عطا الله محمد حلو،أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية،رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح الوطنية،نابلس،فلسطين.

إن دراسة هذا الموضوع و الالمام بجميع جوانبه لا يكون إلا بطرح الإشكالية التالية:

هل وفق المشرع الجزائري في الأخذ بالأحكام الخاصة بالغائب في الفقه الاسلامي؟

-المنهج المتبع

وللإجابة عن هاته الإشكالية اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي لآراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري لاستخلاص مدى توافق المشرع الجزائري مع ما جاء في الفقه الاسلامي من أحكام خاصة بالغائب،مقسمين دراستنا إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول الأحكام الموضوعية للغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري،أما في الفصل الثاني فتطرقنا إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بالغائب والآثار المترتبة عنها.

الفصل الأول

الفصل الأول:الأحكام الموضوعية للغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

نظرا لكون موضوع الغائب من بين المواضيع ذات الأهمية البالغة التي لقيت اهتماما كبيرا من قبل الفقه الإسلامي و القانون الوضعي وصولا إلى الأحكام المتعلقة به وجب علينا أولا أن نوضح للقارئ المعنى العام للغائب وبيان أقسامه وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفصل الذي قسمناه إلى مبحثين متناولين في المبحث الأول ماهية الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري،أما في المبحث الثاني فسنتطرق إلى أقسام الغائب في الفقه و القانون الجزائري.

المبحث الأول:ماهية الغائب

تتضمن ماهية الغائب ،كل من التعريف اللغوي لدى علماء اللغة و الاصطلاحي الذي اعتمده فقهاء الشريعة الاسلامية،و التعريف القانوني لدى فقهاء القانون و المشرعين.

المطلب الأول:مفهوم الغائب

سنتناول فيه التعريفات الثلاث (لغة، فقها وقانونا) تمهيدا للقارئ لفهم ماهية الغائب قبل التعمق في الموضوع.

الفرع الأول:تعريف الغائب في اللغة

الغائب:كما جاء في القاموس المحيط لفيروز أبادي بأنه :اسم فاعل من غاب يغيب بمعنى:بان وبعد عن المكان،والمصدر غيب،وجمع الغائب:غيّبٌ وغيّابٌ وغائبونَ[1]،وامرأة مغِيبٌ،ومغْيِبٌ،ومغِيبَةٌ،غاب عنها بعلها أو أحد من أهلها ،ويتغايبون أي يغيبون،وأغاب القوم دخلوا في المغيب[2] .

1-مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،تحقيق محمد نعيم العرقسوسي ،مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع بيروت،لبنان،ط8سنة 2005 ص 121،أنظر أيضا محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي،مختار الصحاح مجلد1،مكتبة لبنان،دط،سنة 1986،ص 203.

2-ابن منظور جمال الدين محمد بن جلال الدين الخزرجي المصري،لسان اللسان،تهذيب لسان العرب ج2،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،دط سنة 1993،ص 288.

ومنه قوله تعالى [يُؤْمِنُونَ بِالغَيْبِ] [1] أي؛يؤمنون بما غاب عنهم مما أخبرهم به النبي صلى الله عليه و سلم من أمر البعث والجنة والنار.

قال تعالى{ وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى ٱلْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ ٱلْغَآئِبِينَ}[2]

ويقال أيضا:غيابة الجب،أي قعره[3]،ويطلق الغيب أيضا على كل ما غاب عن العيون وإن كان محصلا في القلوب.

ويقال أيضا كما جاء في لسان العرب:غاب الرجل غيباً ومغيباً، وتغيَّبَ:سافر.

الفرع الثاني:تعريف الغائب اصطلاحا

أولا:الغائب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

أ-عند جمهور الفقهاء

لا يعدو أن يكون المعنى الاصطلاحي للغائب عند الفقهاء إلا صورة من صور المعنى اللغوي فهو يعتمد عليه من حيث المبدأ ويتفق الفقهاء في أن الغائب:هو كل من غاب عن النظر وهو إحدى المعاني اللغوية وهذا القدر من التعريف لا خلاف فيه بين الفقهاء،ولكنهم اختلفوا من حيث الضابط الذي يعتد به حكم الغائب حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغائب يشمل كل من غاب عن النظر،سواء أعلم موضعه و خبره وأتى كتابه،أم فقد و انقطع خبره ولم يعلم موضعه كما وقد جاء في تعريف الحنابلة:" الغائب هو من تعرف خبره، ويأتي كتابه"[4]

1-سورة البقرة الأية03.

2-سورة النمل الآية 20.

3-أبو نصر إسماعيل بن حمادي الجوهري الفرابي،الصحاح،ج1،تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،دار العلم للملايين،بيروت لبنان ط4، سنة 1987، ص 96.

4- محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي ج19، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية د.ط د.ت.ن ص 445 .

ب-أما الغائب عند الظاهرية

فيطلق الظاهرية مصطلح الغيبة على كل من غاب،فيدخل في ذلك الغائب والمفقود،وغيرهم من الغائبين،قال **ابن حزم:** "وليس في العالم غيبة إلا و هي طويلة بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان و المكان وهي أيضا قصيرة إلى ما هو أطول منها في المكان و الزمان،فمن غاب عامين إلى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة على من غاب نصف عام على مصر،وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة على من غاب عشرة اعوام على الهند،وهكذا في كل زمان و مكان"[1]

كما ورد في كتاب أحكام الزواج في الشريعة الاسلامية للدكتور أحمد فراج حسن"انتقال الزوج بدون زوجته إلى موطن آخر غير الموطن الذي كان فيه بيت الزوجية"[2]

نجد أن المالكية خالفوا جمهور الفقهاء في قولهم:إن الغائب في اصطلاح الفقهاء هو من علم موضعه[3]عند حديثهم عن الفرق بين الغائب و المفقود.

ثانيا:الغائب في القانون الجزائري

أشار المشرع الجزائري في نص المادة 110 من ق.أ.ج بقوله:"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود[4]" ومن خلال هذا النص نرى أن المشرع الجزائري لم يعرف الغائب صراحة على غرار المادة 109 من نفس القانون بحيث عرف المفقود بأنه شخص غائب،وهو قريب إلى حد كبير من المشرع السوري في اعتبار الشخص الغائب الذي

1- أبو محمد،عبد الله بن أحمد،المعروف بابن قدامة،المغني على مختصر الخرقي ج11،دار عالم الكتاب ،الرياض المملكة العربية السعودية ط3،سنة 1997،ص.248.

2-أحمد فراج حسن أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر، ط2004 ص265.

3- أبي بركات أحمد الدردير،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 4،دار إحياء الكتب العربية بيروت،دط،د ت ن ص118.

4-قانون رقم84.11المؤرخ في9رمضان عام1404الموافق9يونيو سنة1984المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بموجب أمر02-05ج.ر،عدد15،صادر بتاريخ27فبراير سنة2005.

منعته ظروف قاهرة من الرجوع على محل اقامته و تدبير شؤونه سواء بنفسه أو عن طريق وكيله في حكم المفقود من خلال نص المادتين (202 -203)من قانون الأحوال الشخصية السوري فقد جاء في نص المادة 203 منه "يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة و تعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره"[1] كما اعتبرته المادة 202 على أنه نوع من أنواع المفقود[2].

إن المتمعن في نص المادة 203 من قانون الأحوال الشخصية السوري يجد أنها اعتبرت الشخص الغائب مفقودا فأعطته نفس الحكم،كما أنها حددت المدة لاعتباره غائبا و ذلك بمضي أكثر من سنة وفي نظر المادة أن الشخص الذي لم يعد إلى موطنه دون ظرف قاهر لا يعد غائبا كما لم تشترط أن يكون معلوم المكان و الحال أو يمكن وصول خطابه من عدمه،كما ربطته بتعطل مصالحه أو مصالح غيره،و هو تقريبا ما ذهب إليه المشرع الجزائري إلا أنهما يختلفان فقط من حيث المدة لاعتبار الغيبة،حيث أن المشرع الجزائري اعتمد مدة سنة لاعتبار الشخص غائبا في حين ان المشرع السوري اشترط مضي أكثر من سنة للغائب.

بخلاف المشرع المصري الذي لم يعطي تعريفا للغائب في نصوصه القانونية بل اكتفى بالإشارة إليه في بعض مواده المتعلقة بأحكام الأحوال الشخصية مثل التطليق لغيبة الزوج أو حبسه في نص المادة 12 " إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها تطليقا بائنا إذا تضررت من بعد ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[3] وكذا نص المادة 13 و 14 من نفس الباب.وكذا في الفصل الثاني المتعلق بمسائل الولاية عن المال في تحديث إجراءات جرد حماية تركة وأموال الغائب وعديم وناقص الأهلية و الحمل المستكن من المواد 26- 48 من قانون الأحوال الشخصية المصري.

1-هشام القاسم،مدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، مطبعة الإسكان العسكرية ط2سنة 1987 ص 309.

2- قانون رقم 59-53، بتأريخ 4-7-1953،والمعدل بالقانون رقم 34-75 الصادر بتاريخ 31-12-1975، متضمن قانون الأحوال الشخصية السوري

3- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2000.

كما يلاحظ على المشرع الجزائري أيضا عدم تطرقه إلى نقطتين:

النقطة الأولى: العلم بمحل إقامة الغائب من عدمه.

النقطة الثانية: التأكد من وصول الكتاب من وإلى الغائب من عدمه.

على العموم فإن الغائب:هو من غادر موطنه وأهله، أو ترك مكان إقامته وعمله لأي سبب كان ولم يعد إليه بحيث تعذر عليه تدبير شؤونه أو إدارة أمواله والإشراف عليها، سواء أكانت حياته وأخباره معلومة أم مجهولة.

الملاحظ على هذا التعريف يشمل مختلف أنواع الغياب، فهو يشمل المفقود الذي لا تعلم حياته أو وفاته وكذلك يشمل من كانت حياته محققة، ولكن تعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه نظرا لبعده عن وطنه أو مكان عمله.[1]

المطلب الثاني:تمييز الغائب عن المفقود

إن موضوع دراستنا هو أحكام الغائب غير أنه لا يمكننا ألا نتحدث عن المفقود رغم أنه نال القسط الكبير من الدراسات، وهذا قصدا منا لإثراء الموضوع، ويعود ذلك أيضا لمدى تداخل المفهومين كما أن المفقود يعد أحد صور الغياب على حسب بعض الفقهاء وما جاء في التشريع الجزائري،وهذا ما يدفعنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول مفهوم المفقود لغة واصطلاحا وصولا إلى الفرع الثاني الذي نميز فيه بين الغائب و المفقود.

الفرع الأول:المفقود من حيث المفهوم اللغوي و الاصطلاحي

أولا:المفقود في اللغة

المفقود من الفقد والفقد هو العدم والضياع والغياب ويقال فقد الشيء يعني عدمه،أو أضاعه،أو

1- عبد المنعم سقا،أحكام الغائب و المفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة (أطروحة الدكتوراه) كلية الشريعة،جامعة دمشق سنة 2004 ص4.

غاب عنه[1]،وفقدت الشيء: إذا طلبته فلم تجده،ومن ذلك قوله تبارك وتعالى[قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ][2]

و الفاقد من النساء أي التي يموت زوجها أو ولدها أو حميمها،و أنشد الليث:

كأَنَّها فاقِدٌ شَمطَاءُ مُعْوِلَةٌ نَاحَتْ،وجاوَبَها نُكْدٌ مَناكِيدُ

المفقود أيضا:ما طلبناه فلم نجده، فقد عدم[3]ويقال:فقدت الشيء أي طلبته، وأفقده فقداً وفقداناً، وتفقَّده أي:طلبه عند غيبته.

المفقود من أسماء الأضداد في اللغة، يقول الرجل:فقدت الشيء، أي:أضللته، وفقدته أي: طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود؛ فقد ضل عن أهله وهم في طلبه.[4]

ثانيا:المفقود اصطلاحا

أ-المفقود لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

عرف الفقهاء شخص المفقود تعريفات عدة واهتموا بتعريفه أكثر من الغائب سنذكر منها:

-عرفه جمهور الفقهاء بأنه:"الغائب الذي لم يدر موضعه، ولم يدر أحي هو أم ميت"

1- أبو الفتح،ناصر بن عبد السيد المطرزي المغرب في ترتيب المعرب، ،دار الكتاب العربي،بيروت،لبنان،دط،د.ت.ن،ص 354.

2-سورة يوسف الآية72.

3- ابن منظور مرجع سابق، ص 337.

4- شمس الدين أبو بكر،بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي،المبسوط للسرخسي المجلد 11،دار المعرفة ،بيروت،لبنان د.ط،سنة 1986،ص 34.

-كما وقد عرفه أبو حفص النسفي بأنه:"من غاب فلم يوقف على أثره، ولم يوصل إلى خبره."[1]

-كما وقد عرفه آخرون بأنه الغائب الذي لا يدر حيلته ولا موته،أي من غادر مكانه ولم يعد إليه و جهلت حالته.[2]

وقد عرف المالكية المفقود بأنه:"من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه" فيخرج عن هذا التعريف الأسير لأنه لم ينقطع خبره ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه[3].

كما جاء في ضوء الشموع لمحمد الأمير المالكي بأنه:"هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره."[4]

كما جاء تعريفه في المدونة الكبرى للإمام مالك بأنه:"الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان،قد أضل أهله وإمامه في الأرض فلا يدرى أين هو،وقد تلوموا في طلبه والمسألة عنه فلم يوجد"[5]

1- عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل نجم الدين،أبو حفص النسفي،طلبة الطلبة،دار الطباعة العامرة،مكتبة المثني،بغداد د.ط،د.ت.ن ص 95-96.

2- جمال عبد الوهاب عبد الغفار أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية طبعة،2003 ص 16- 17- 18.

3-أحمد الدردير ج2 مرجع سابق ص479.

4- محمد الأمير المالكي،ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي ج4،دار يوسف بن تاشفين،مكتبة الغمام مالك نواكشط،موريتانيا،ط1،سنة 2005،ص 504.

5- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،المدونة الكبرى،ج5،تحقيق زكريا عميرات،دار الكتب العلمية بيروت،لبنان،دط،سنة 2012،ص 451.

أما الشافعية فتدور تعريفاتهم للمفقود على انقطاع خبره والجهل بحاله، فعرفه بعضهم بأنه: "من انقطع خبره وجهل حاله، فلا يدرى أحي هو أم ميت، وسواء كان في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة"[1].

أما المفقود عند الحنابلة: "هو من لم تعلم له حياة ولا موت؛ لانقطاع خبره"[2]

وعرفوه أيضا بأنه: "من انقطع خبره ولم يعلم موضعه"[3]

ولقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للمفقود، فكانت تعريفاتهم تدور تارة حول جهل مكانه وتارة حول الجهل بحياته، وأخرى حول انقطاع خبره وغير ذلك.

و منه نخلص إلى التعريف التالي: **المفقود:**هو الإنسان الحي بالنظر إلى أول حاله غاب في جهة ما فانقطعت أخباره، وبعد مضي مدة من الزمن في البحث عنه بمختلف الوسائل لم يعرف حاله أحي هو أم ميت.

وهذا التعريف يحقق ما رآه أغلب الفقهاء في المفقود،فالمفقود إنسان تأرجح الحكم في حقه،فلا يمكن الجزم بحياته،كما يتعذر الحكم بوفاته لعدم توافر الأدلة التي تشير إلى ذلك.

ب-المفقود في القانون الجزائري

عرفه بعض القانونيين بأنه:الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره، ولا يعرف أحي هو أم ميت [4]

1- الشيخ سليمان الجمل حاشية الجمل على شرح المنهاج،فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب ج4،دار الفكر د.ط،د.ت ص 29.

2- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،ج2،عالم الكتب بيروت، لبنان ط1،سنة 1993 ص 542. أنظر أيضا البهوتي ،كشاف القناع على متن الإقناع ج 4-دار الكتب العلمية بيروت لبنان،دط،د ت ن ص،465.

3- ابن قدامة،مرجع سابق،ص106.

4-هشام القاسم مرجع سابق ص 309.

أحال القانون المدني الجزائري في المادة31 منه إلى قانون الأسرة بخصوص مسألة المفقود والغائب فقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف المفقود من خلال ما ورد في نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بقوله:"المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

و من خلال تحليل هذا النص فإن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا إذا توافرت عدة شروط مثل اختفائه أو غيابه والجهل بمكانه و كذا الجهل بحياته أو موته ،كما لا يعتبر مفقودا إلا بصدور حكم قضائي بذلك،و هو ما أخذ به المالكية لاعتبار الشخص مفقودا،على غرار المشرع السوري الذي عرف المفقود بأنه: من غاب فلم تعلم حياته من موته، أو كانت حياته محققة، ولكن لا يعرف له مكان[1] كما جاء في نص المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

ما يلاحظ على تعريف القانون السوري للمفقود أنه خالف الفقهاء في ذلك، فقد أدخل فيه من علمت حياته ولم يعرف له مكان، وهذا لا يعد مفقودا عند أحد من الفقهاء، إنما هو إنسان حي مجهول الإقامة، وهو غير المفقود.

وهذا الخلط في القانون السوري ناجم في جزء منه عن القانون الفرنسي الذي خلط بين الغائب والمفقود،إلا أن القانون الفرنسي لم يدخل مع المفقودين أولئك الذين علمت حياتهم ولم يعرف لهم مكان،بل نص صراحة على عدم تطبيق الأحكام التي وردت في شأن الغائبين على أولئك الأشخاص وقرر لهم قوانين خاصة[2].

إن أولى التعريفات بالاختيار هو التعريف الذي يشرح ماهية الفقدان فالمفقود:"هو الإنسان الحي بالنظر إلى أول حاله، غاب في جهة ما فانقطعت أخباره وبعد مضي مدة من الزمن في البحث عنه بمختلف الوسائل لم يعرف حاله أحي هو أم ميت.

1–قانون الأحوال الشخصية السوري ،أنظر أيضا مصطفى السباعي،أحكام الأهلية والوصية،ج1 مطبعة دمشق،سوريا دط،سنة 1961 ص 38.

2– علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، د.ط، سنة 1984، ص31.

وهذا التعريف يحقق ما رآه أغلب الفقهاء في المفقود،فالمفقود إنسان تأرجح الحكم في حقه،فلا يمكن الجزم بحياته،كما يتعذر الحكم بوفاته،لعدم توافر الأدلة التي تشير إلى ذلك فعنصر الشك الذي يكتنف مصير هذا الشخص هو الذي يجعل الغائب مفقودا لا الجهل بمكانه،ويشهد لذلك ما قرره أغلب الفقهاء من أن المسلم إذا وقع أسيرا في يد العدو،ولم يدر أحي هو أم ميت،وتعذر الإطلاع عليه،فإنه يعد مفقودا،مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب أو أرض العدو،بل لو علم على وجه الدقة مكان هذا الأسير في أرض العدو وكان الجهل والغموض يحيطان بمصيره،فإن ذلك لا يخرجه عن كونه مفقودا؛لأن معرفة مكانه لا يرفع الجهالة بحاله ولا يلزم عنه العلم بحياته أو موته،مع أن الغالب أن يقترن الجهل بحياة الشخص مع الجهل بمكانه.[1]

وعليه: يخرج من هذا التعريف الأسير الذي علمت حياته؛ لظهور خبره ،وإن لم يكشف عن مكانه،وهذا ما يتناسب و العصر الحاضر،لإمكان الإطلاع على أحوال الأسير من خلال الاتصال به هاتفيا بل ومحادثته ورؤيته في آن واحد،أو من خلال شريط مسجل.

أما إن خفيت أحواله،واكتنف الجهل مصيره، فهو بحكم المفقود؛ لأنه حقق الشرط الأساسي في المفقود، وهو عدم إمكان الحكم بحياته.

ويخرج من هذا التعريف أيضا السجين فالسجين لا يدخل في تعريف المفقود، سواء أطالت مدة سجنه أم قصرت،عرف مكان سجنه أم لا؛لأنه معلوم الحياة بداية عند سجنه، ومآله ظاهر بعد السجن،فالأصل في حالة السجين الحياة،ويستطحب هذا الأصل ويعد حيا حتى يصدر بيان رسمي بموته،كما أن أخبار السجين يمكن الإطلاع عليها، فهو ظاهر الحال معلوم المكان في أكثر الأحيان".[2]

1-عبد المنعم سقا،مرجع سابق ص16.

2-عبد المنعم سقا،مرجع سابق ص4.

الفرع الثاني:الفرق بين الغائب و المفقود اصطلاحا

من خلال ما سبق تناوله من تعريفات لغوية واصطلاحية لكل من الغائب والمفقود لا يسعنا إلا أن نتطرق إلى تبيان أوجه التشابه والاختلاف و بيان العلاقة القائمة بين المصطلحين.

أولا:الفرق بينهما في الفقه الإسلامي

أ-عند الحنفية

السمة العامة لمذهبهم عدم التفريق بين الغائب والمفقود، فقد عبر الحنفية عن المفقود بلفظ الغائب عند كلامهم عن النفقة على زوجته وأولاده، فقالوا: "إن من لا يستحق النفقة في حضرته إلا بالقضاء، لا ينفق عليه من ماله في غيبته؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع".[1]

إلا أن هذا الأمر لا يسري بشكل مضطرد في جميع فروع الفقه الحنفي،فالحنفية يميزون المفقود عن غيره بأن غيبته منقطعة[2]،وتفيد بعض عباراتهم التفريق بينهما،ومن تلك العبارات:

"المفقود بمنزلة الغائب في مسألة القضاء بالنفقة "[3]وفي ذلك إشارة واضحة إلى أن حكم الغائب يختلف عن حكم المفقود إلا أنهما بمنزلة واحدة في مسألة القضاء بالنفقة.

ويظهر تفريق الحنفية بين الغائب والمفقود أيضا في حديثهم عن تنصيب الوصي من قبل القاضي،فقد قالوا: "ينصب- أي القاضي- الوصي على الصغير لإثبات حق له عند غيبة

1-الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ج1،دار الفكر،بيروت،لبنان،تصوير عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق،مصرط2،د ت،ص550.

2-علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج،3 دار الجيل، بيروت لبنان،ط1،سنة 1991،ص 35- 36.

3- زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم،البحر الرائق شرح كنز الدقائق،ج 5،تكملة البحر للطواري،دار الكتاب الإسلامي،د.ب،ط2 د.ت.ن،ص176.

أبيه،إذا كانت غيبة الأب منقطعة وإلا فلا،وينصب وصيا عن المفقود لحفظ حقوقه،ولا ينصب عن الغائب"[1].

وأوضح ما وجدت من عبارات تفيد التفريق ما ذهب إليه **ابن نجيم** عندما حاول التوفيق بين الروايات المختلفة في المذهب الحنفي في مسألة نفاذ القضاء على الغائب، فرأى أن الفتوى بالنفاذ خاصة بما إذا كان الحكم على مفقود، لا في مطلق غائب[2]، وهذا يدل على الفرق بينهما.

ب-عند المالكية

ميز المالكية بين الغائب والمفقود بشكل واضح، فالمفقود عند المالكية لا يسمى غائبا وقد نصوا على ذلك فقالوا: "والمفقود لا يسمى غائباً في اصطلاح الفقهاء؛ لأن الغائب في اصطلاحهم من علم موضعه، والمفقود من لم يعلم موضعه "[3]

ويقول صاحب التاج و الإكليل: "والغائبون عن أزواجهم خمس .....، الخامس غائب خلف نفقة ولم يشترط لامرأته، وهو مع ذلك غير معلوم المكان، فهذا هو المفقود"[4]

هذا النص مع إشارته إلى أن المفقود غائب عند المالكية، إلا أنه يتفق مع مبدأ المالكية في أن المفقود من جهل مكانه.
مناط التمييز عندهم هو كون الغائب معلوم الموضع، على حين أن المفقود مجهول المكان ولكل أقسامه العديدة.

1-ابن نجيم،مرجع سابق، ج 6 ص 296.

2- ابن نجيم،نفس المرجع، ج7 ص 17.

3- أحمد الدردير مرجع سابق،ص 302.

4-عبد الله محمد بن يوسف العبدري،الشهير بالمواق،التاج والإكليل لمختصر خليل،ج7،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،د.ط د.ت.ن،ص 495.

جـ-عند الشافعية

تشير عبارات الشافعية إلى أن الغائب أعم من المفقود،يقول الإمام الشافعي[1] رحمه الله"ولا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء وأولى منه حي غائبا كان أو حاضرا بعيد الغيبة منقطعها مؤيسا منه مفقودا أو غير مفقود وقريبها مرجو الإياب غائبا وإذا كان الولي حاضرا فامتنع من التزويج فلا يزوجها الولي الذي يليه في القرابة ولا يزوجها إلا السلطان الذي يجوز حكمه "

ففي قوله:بعيد الغيبة منقطعها... مفقودا أو غير مفقود، دلالة على أن الغائب أعم من أن يكون مفقودا؛ لأنه ذكر بعد ذلك نوعا آخر هو قريب الغيبة مرجو الإياب.

ومما يؤكد أن الغائب أعم ما جاء أيضا في إعانة الطالبين: "المعتمد أنه متى امتنع من الإنفاق وهو قادر على نفقة المعسرين يمتنع الفسخ مطلقا، حضر أو غاب، انقطع خبره أو لا"[2]

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

الفارق ما بين الغائب والمفقود هو:أن الغائب يشمل من لم ينقطع خبره وأمكن الوقوف على حاله، إضافة إلى من انقطع خبره وجهل مصيره، أما المفقود فيقتصر على من انقطع خبره ولم يوقف على حاله.

د-عند الحنابلة

يعد المفقود عند الحنابلة قسما من أقسام الغائب، فإذا غاب الشخص عندهم لم يخل من دخوله في إحدى حالتين:

1- عبد المنعم سقا،مرجع سابق،ص 26.

2- عبد المنعم سقا،نفس المرجع،ص 26.

الأولى:أن تكون غيبته غير منقطعة، ويعرف خبره، ويأتي كتابه.

الثانية:أن تكون غيبته منقطعة، وتكون بأن يفقد وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع. [1]

يشترط الحنابلة في المفقود انقطاع الغيبة والخبر، وهذا يجعله فردا من أفراد الغائب الذي يضم أيضا من كانت غيبته غير منقطعة وخبره معلوما، وحاله مكشوفا.

وعلى العموم نجد: أن الغائب لدى فقهاء الشريعة أعم من المفقود، فهو عندهم يشمل الغائب حقيقة، والغائب حكما وهو المفقود، إلا أنه إذا أطلق الغائب في الاستخدام الفقهي، فإنه ينصرف إلى من كان غير موجود لأي سبب، وكانت حياته معلومة، وكذلك أخباره، ولا يصرف هذا اللفظ إلى المفقود في كثير من الأحيان إلا بشرط إضافة صفة أو قيد إليه، كأن يوصف بالغائب غيبة منقطعة، ولابد من الإشارة إلى أن استخدام الفقهاء لاصطلاح الغيبة المنقطعة لم يكن مقتصرا على المفقود وحسب، إنما استخدموه أيضا في بعض الأحيان للغائب الذي سافر إلى بلد واستقر فيها قاصدا الاستيطان، أو لذلك الذي بعدت غيبته، وانقطع عن العودة إلى أهله مع أن حياته معلومة.

ثانيا:الفرق بينهما في التشريع الجزائري

باستقراء نص المادتين 109 و110 من ق.أ.ج ،نجد أن المشرع الجزائري قد سوى في الحكم بين الغائب والمفقود رغم أن الغائب شخص لا يزال على قيد الحياة فلا يجوز إنهاء شخصيته القانونية[2]حيث نجد أن نص المادة 110 صريح في قول أن"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"[3]

1- ابن قدامة ج6،مرجع سابق ص 263،أنظر أيضا البهوتي مرجع سابق ج2،ص 402.

2-محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية دروس في النظرية،ج 2،دار هومة للطباعة والنشر،الجزائر،ط1 سنة 2011 ص324 .

3-قانون الأسرة الجزائري .

بالرغم من أن المفقود في غالب الأمر تغلب وفاته على حياته من خلال نص 109 من ق.أ.ج فإن هذا الشخص الغائب يكون في حكم المفقود إذا ما توافرت الشروط المتمثلة في عدم معرفة مكانه و عدم التأكد من حياته بناءا على نص المادة 109 سالفة الذكر [1].

و باستقراء نص المادة 110 ق.أ.ج نجد أن مدة الغياب حددت بسنة واحدة لِاعتبار الشخص غائبا،غير أنه بالرجوع إلى القوانين الخاصة نجد أنه يجوز الحكم بموت المفقود في ظروف معينة بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي بعض الحالات للقاضي السلطة التقديرية في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات[2]،كما أن المشرع الجزائري لم يذكر حدوث ضرر للغير من المفقود في نص المادة 109 بخلاف ما جاء في المادة 110 بالنسبة للغائب.

كما أخلط بينهما في كثير من المواد في ترجمتها بالفرنسية نذكر منها على سبيل المثال:

في نص المادة 111 التي جاءت على ذكر مصطلح **أموال المفقود** التي قابلتها بالفرنسية «أموال الغائب» كذلك نص المادة 114 من نفس القانون بشأن «الحكم بالفقدان » الذي قابله النص المترجم بالفرنسية «الحكم الغيابي» ونفس الخلط وقع في نص المادة 115 ق.أ.ج في عبارة **لا يورث المفقود** المترجم بالفرنسية «لا يورث الغائب» [3]

و هذا ما ذهب إليه جل شراع القانون إلى تطبيق نفس الأحكام على الغائب رعاية لمصالح الناس إلا أن التسوية بينهما في الحكم قد كانت محل انتقاد عند بعض الفقهاء،فيمكن التسوية بينهما فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانونا و كذلك حق الزوجة في التطليق والنفقة وغيرها من المسائل لكن هناك مسائل لا يمكن التسوية فيها بتاتا مثل الحكم بالفقدان.

1-بيرجيالو خضرة،الفقدان والغياب في قانون الأسرة الجزائري مذكرة ماستر في القانون الخاص،تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلو م السياسية جامعة البويرة سنة 2012 ص 18.

2-حميش فطيمة،ميرا ث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)مذكرة ماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية،سنة 2017 ص 40.

3-أفلالاي صبرينة،خيموزي عزيزة،مرجع سابق،ص 20.

وبالرجوع إلى الشخص الغائب بصفة عامة نجد أن الغياب لا يؤثر في شخصيته القانونية في حين الشخص المفقود يؤثر على شخصيته القانونية إذا حكم بوفاته.[1]

"يبدو من تعريف الغائب أنه لم يتضمن إلا طائفة واحدة من الغائبين، وهي التي تدخل تحت مصطلح المفقود،أما تعريف المفقود،فقد ساوى المشرع فيه بين الفقدان والموت، وقد أظهرت القوانين المتتالية التي صدرت بشأن المفقود أنها تخص الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يمكن القطع فيها بوفاتهم، أو يكون من شأنها أن تعرض حياتهم للخطر،أما اصطلاح الغائب فلا ينصرف في نصوص القانون إلا إلى الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يغلب على الظن بقاؤهم فيها سالمين، كمن يسافر للسياحة أو للتجارة ثم تنقطع أخباره، بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت،مما يجعل التفرقة التي أقامها المشرع بين الغائب والمفقود تفرقة ظاهرية؛ لأن كلا من هذين الاصطلاحين ينصرف إلى أشخاص يحيط الشك بحياتهم.

غاية ما في الأمر أن الاصطلاح الأول ينصرف إلى من يفقد في ظروف ظاهرها الهلاك، في حين يسري الاصطلاح الثاني على من يفقد في ظروف ظاهرها السلامة.

يشمل الغائب في هذا البحث كل شخص ترك وطنه أو أهله،أو مكان إقامته،أو مركز عمله لأي سبب كان،راضيا أم مرغما،واستحال عليه تدبير شؤونه بنفسه، أو إدارة أمواله والإشراف على أعماله، أو متابعة أموره، سواء أكانت حياته معلومة أم مجهولة و سبب غيابه ضررا لمصالح الغير.

في حين يشمل المفقود كل شخص ترك وطنه وأهله، أو مكان إقامته، لأي سبب كان وانقطعت أخباره، وبعد مضي مدة من الزمان في البحث عنه لم يعرف حاله.

بناء على ذلك فإن الأسير أو السجين إذا كان أي منهما مجهول الحال، فإنه يدخل في هذا القسم، وإلا فهو محض غائب"

1–طالب عمر، الأحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في إطار القانون العادي والقوانين الاستثنائية مذكرة ماستر في قانون الأسرة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة آكلي محند أولحاج،البويرة سنة 2019 ص 24.

المبحث الثاني:أقسام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

المطلب الأول:أقسام الغائب في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري

لم يحدد الفقهاء تقسيما معينا للغائب و إنما تظهر هذه الأقسام من خلال المسائل الفقهية المطروحة والمناقشة فقد تعددت التقسيمات واختلفوا فيها ما بين مسألة وأخرى بل اختلفوا أحيانا كثيرة في المسألة الواحدة.

الفرع الأول: أقسام الغائب في الفقه الإسلامي

قسم الفقهاء الغائب إلى ثلاثة أقسام كما يلي:

أولا:أقسام الغائب بحسب مدة الغياب وحال الغائب

أ-**عند الحنابلة** قسمان:

1-الغائب غيبة غير منقطعة:وهو الشخص الذي يعرف خبره ويأتي كتابه.

2-الغائب غيبة منقطعة:وهو الشخص الذي يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع.[1]

هذا ما سار عليه الشافعية في تقسيمهم أيضا، إلا أنهم لم يشترطوا في القسم الثاني جهل الموضع، إنما اكتفوا بجهل حاله حتى يتوهم موته[2]وهذا التقسيم السابق يظهر أن الغائب يقسم إلى غائب معلوم الحياة وغائب مجهول الحياة مقطوع الخبر،وهو المفقود.

ب-**عند المالكية**:ذهب المالكية إلى القول بجواز التفريق إذا تضررت المرأة بغياب زوجها الطويل وهذا يفيد أنهم يفرقون بين الغياب القصير والغياب الطويل.

ثانيا:أقسام الغائب بحسب بعد المسافة

أ-**المالكية:** قسموا الغائب إلى ثلاثة أقسام بحسب المسافة

1-ابن قدامة ج8 ،مرجع سابق ص105-106.

2-أبو زكريا،يحيى بن شرف النووي،روضة الطالبين مجلد 8،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،ط1 سنة 1994 ص 400.

1-الغائب قريب الغيبة:وهو الغائب الذي يبعد عن موطنه مسافة يوم إلى ثلاثة أيام مع الأمن.

2-الغائب متوسط الغيبة:وهو البعيد عن موطنه مسافة عشرة أيام ونحوها مع الأمن أو يومان مع الخوف.

3-الغائب منقطع الغيبة:وهو الغائب في بلدة بعيدة جدا كالقيروان،وموضع الحكم أو الموطن في المدينة ونحوها،وقدرها بعض المالكية بمسافة أربعة أشهر.[1]

ب-بعض الشافعية والحنابلة

في قولهم المعتمد، اشترطوا أن يبعد الغائب مسافة القصر[2].

جـ-الشافعية والحنابلة:

ذهب جمهور الشافعية وبعض الحنابلة إلى أن الغائب قسم واحد إلا أن الشافعية لم يجيزوا الحكم على الغائب، إلا إذا كان قد خرج من مكان إقامته مبكرا، ولم يتمكن من العودة إليه في أول الليل.[3]

ثالثا:أقسام الغائب بحسب العذر

أ-قسمه الحنابلة إلى قسمين:

1-أن تكون غيبة الزوج **لعذر**، ولو طالت مدة الغياب.

1- أبو عبد الله محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك،دار المعرفة،بيرت،لبنان،د.ط.د.ت.ن ص301.

2- أبو زكريا، يحيى بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الألفاظ ،ج6، دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان ط1،سنة 2000 ص 136.

3- علاء الدين علي، أبو الحسن بن سليمان المرداوي ،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،ج11،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان،ط1،سنة1958،ص244.

2-أن تكون غيبة الزوج **لغير عذر**، فيملك القاضي أن يفرق بين الغائب وزوجته في الحالة الثانية دون الأولى.

يلاحظ من هذا التقسيم الذي اعتمده الحنابلة أنه راجع لمصلحة الزوج ،أي من أجل ألا يتضرر،فإن غاب من أجل طلب العلم أو رزق أو ما شابه ذلك ،فإن التفريق بينه و بين زوجته يكون إجحافا في حقه وإضرارا به،قال صاحب الإنصاف:"قد صرح الإمام أحمد-رحمه الله-بما قاله:فقال في رواية بن هانئ، وسأله عن رجل تغيب عن امرأته أكثر من ستة أشهر،قال:إذا كان في حج أو غزو، أو مكسب يكسب على عياله، أرجو ألا يكون به بأس، إن كان قد تركها في كفاية من النفقة و محرم رجل يكفيها"[1]

ب-أما المالكية فلا يشترطون ذلك و للمرأة حق طلب التفريق عندهم إذا طالت غيبة الزوج لعذر أم لغير عذر على السواء.[2]

الفرع الثاني:أقسام الغائب في القانون الجزائري

يتجلى مما سبق ذكره من النصوص القانونية السابقة و التعريفات التي اعتمدها المشرعون بالنسبة للغائب أن له أربعة أقسام أو صور على النحو التالي:

أولا:الغائب بإرادة حرة

وهو الشخص الغائب الذي ترك محل إقامته برضاه بحثا عن تحقيق مصالحه المرجوة خارج موطنه و هذا ما جاء في تعريف الفقه القانوني المصري الحديث.[3]

ثانيا:الغائب بسبب الظروف القاهرة

و هو الشخص الذي اضطرته الظروف القاهرة من العودة إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو عن طريق وكيل و تسبب في ضرر للغير و هو ما نصت عليه أغلب القوانين مثل

1-فتوى رقم77173 حول عدم جواز الغياب عن الزوجة أكثر من ستة أشهر ليس على إطلاقه، أنظر الموقع الإلكتروني https://www.islamweb.net/ar/fatwa التاريخ 23-05-2022،التوقيت 17:20 h.

2- رمضان علي السيد الشرنباطي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ج1 دار النشر،بيروت،لبنان،ط1،د.ت.ن ص359.

3-عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت،د.ط، د.ت.ن ص236.

القانون السوري في مادته 203 من ق.أ.ش.س و القانون الجزائري في مادته 110 من ق.أ.ج.

ثالثا:الغائب المعلوم حياته

وهو الشخص الغائب الذي منعته الظروف القاهرة أو بمحض إرادته من العودة لموطنه وحياته محققة.

رابعا:الغائب المفقود

وهو الشخص الغائب الذي يجهل مكانه ولا يعرف حياته من موته و هو في حكم المفقود كما جاء في نص المادة 109 من ق.أ.ج.

المطلب الثاني:أقسام المفقود في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري

الفرع الأول:أقسام المفقود في الفقه الإسلامي

أولا:عند الحنفية و الشافعية

المفقود عندهم نوع واحد بغض النظر عن الظروف التي أحاطت بفقده أو المكان الذي فقد فيه[1]،وقد أسسوا رأيهم بناءا على ما ذهب إليه مجموعة من الصحابة كعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وغيرهم من الصحابة الكرام رضوان الله عليهم أجمعين،حيث أن كلا من الحنفية والشافعية يعتبرون الشخص مفقودا لعدم معرفة حياته أو وفاته ،أم الجهل بمكانه أو الجهل بحال فقده سواء في الحرب أو السلم فلا يعتدون بها.

ثانيا:عند المالكية والحنابلة والإباضية

فقد قسموا المفقود إلى عدة أقسام بحسب ظروف غيبتهم،أو الأرض التي فقدوا فيها أو الظروف والأحوال التي أحاطت حالة الفقدان على النحو التالي:

1-عبد المنعم سقا،مرجع سابق ص4.

أ-المالكية

المفقود عند المالكية أكثر من نوع،فقد قسموه إلى عدة أقسام بحسب المكان الذي فقد فيه،والأحوال والظروف التي أحاطت بفقده،واختلفت الآراء عندهم في عدد هذه الأقسام،فبعضهم رأى أنه ثلاثة أقسام[1]،وذهب آخرون إلى أنه أربعة،وفرع بعضهم على تلك الأقسام مما زادها إلى خمسة عند البعض وإلى ستة عند آخرين،ويرجع هذا التقسيم في حقيقته إلى الأقسام الأربعة الآتية[2]:

1-المفقود في بلاد المسلمين : وهو الشخص الذي يكون ظاهر غيبته تغلب عليها السلامة،فهنا يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي أو تبقى في عصمة زوجها الغائب،و إذا رفعت أمرها للقاضي يضرب له أجل أربع سنين ثم يحكم بوفاته ويقسم ماله وتعتد زوجته.

2-الأسير والمفقود في بلاد الحرب والمحبوس:هذا ينتظر حتى يمضي من الزمن ما يظن أنه لا يعيش إليه؛ أي يضرب له أجل مدة التعمير.

3-المفقود في قتال الكفار : والمفقود هنا يحكم له بحكم المقتول،وتؤجل زوجته سنة في القول المشهور من يوم رفع أمرها للقاضي.

4-المفقود في الفتنة بين المسلمين :وهذا لا يضرب له اجل حيث يفترض موته إذا لم يرجع إلى أهله أو لم يظهر له خبر بعد أخر يوم من المعركة.

ب-الحنابلة: يقسم المفقود عند الحنابلة إلى قسمين بحسب نوع الغيبة وظرفها:

1-المفقود في غيبة ظاهرها السلامة[3]بأن يغلب على الظن بقاؤه حيا كالمسافر طلبا للعلم،أو للتجارة،أو للسياحة،أو للعبادة،ونحو ذلك،ولم يعلم خبره.

1-أبو الوليد،سليمان بن خلف الباجي الأندلسي،المنتقى شرح الموطأ،ج4،مطبعة السعادة،مصر،تصوير عن ط1سنة 1332هـ،ص93-94.

2- أحمد الدردير،مرجع سابق ص 479.

3- البهوتي ج2، مرجع سابق ص42.

2-المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك[1]:بأن يغلب على الظن موته،كالذي يفقد بين أهله كأن يخرج للصلاة أو لقضاء حاجة قريبة له،فلا يعود ولا يعلم خبره،وكالجندي يفقد بين الصفين في القتال،أو أن تتكسر السفينة التي هو فيها فيغرق بعض رفقته ويسلم البعض،أو أن يفقد في مفازة مهلكة،كأن يفقد في صحراء مهلكة.

جـ-الإباضية:ذهب الإباضية إلى تقسيم المفقود إلى خمسة أنواع[2]،وما سواها فهو غائب:

1-من أحاط به ماء سواء وقع من سفينة أو غرق مركبه ولم يمكن إنقاذه.

2-من أحاط به حريق،دون ظهور أثر لجثته.

3-من أحاط به رجال بحرب وكان في الصف الأول.

4-من تخلف عن رفاقه وإن لم تعلم أخباره، وكذلك من هدم عليه جدار أو جمحت به دابته.

5-من خرج من منزله ولم يعد، سواء أخرج ليلا أم نهارا.

نستخلص مما سبق أن الفقهاء اقتسموا إلى فريقان،**الفريق الأول:**لم يفرق بين مفقود وآخر،فالمفقود عندهم نوع واحد،وهو رأي الحنفية والشافعية،**أما الفريق الثاني:**وهو المالكية والحنابلة والإباضية،فقد فرقوا بين المفقودين وقسموهم إلى عدة أقسام،ونظروا في تفريقهم بين مفقود وآخر إلى ما آل إليه حال المفقود ومدى الشك في حياته أو موته وذلك بناء على نوع الغيبة أو مكانها،والظروف التي رافقتها.

الفرع الثاني:أقسام المفقود في القانون الجزائري

نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري على أن:"المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"،كما نصت المادة 113 من نفس القانون على أنه:"يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية

1- البهوتي ج 4 مرجع سابق،ص465.

2- محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش، شرح النيل و شفاء العليل،ج7،مكتبة جدة،السعودية،ط3،سنة 1985،ص27-28.

بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات"[1]

ومن خلال هاتان المادتان نرى أن المشرع الجزائري قد قسم المفقود إلى أربعة أقسام:

أولا-مفقود مجهول المكان:وهو الشخص الغائب سواء بإرادته أو دون ذلك، الذي انقطعت أخباره ولا يعرف محل إقامته.

ثانيا-مفقود مجهول الحال:وهو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكان إقامته بالإضافة إلى عدم معرفة حاله إن كان حيا أو ميتا.

ثالثا:مفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية: كحدوث كارثة طبيعية مثل الفيضانات والزلازل أو مفقودي المأساة الوطنية.

رابعا-مفقود في الحالات التي تغلب فيها السلامة:مثل المعتقلين والمسجونين والأسير.

وهنا نجد أن المشرع الجزائري في تقسيمه للمفقود قد أخذ برأي الحنابلة اللذين قسموا المفقود بحسب حال غيابه وليس بحسب مكان غيابه كما فعل المالكية في تقسيمهم للشخص المفقود ويشاركه في هذه التقسيمات جل التشريعات العربية.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر المفقود إحدى صور الغائب،على ضوء ما جاء في نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري ،غير أن وجه الاختلاف بينهما هو أن المفقود مجهول المكان،مجهول الحال و لا يمكن اعتباره كذلك إلا بحكم قضائي وفق إجراءات قانونية ،وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني.

1- قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الجوانب الإجرائية لدعوى الغياب

تتمثل الجوانب الاجرائية لدعوى الغياب في الشكل القانوني الذي ترفع به أمام القضاء والشروط المقررة **فقها و قانونا** لقبولها؛ففي **الفقه** لم يفرق **الظاهرية** بين الدعوى على الحاضر والدعوى على الغائب،واكتفوا بشروط الدعوى على الحاضر ذاتها،ذلك أن القضاء على الغائب كالقضاء على الحاضر،أما **جمهور الفقهاء** فكان لهم رأي آخر،عندما اشرطوا بعض الشروط الإضافية فذهب الشافعية إلى أن سماع الدعوى على الغائب يشترط فيها الشروط العامة لصحة الدعوى وهي :**بيان المدعى به،وبيان قدره ونوعه ووصفه،والمطالبة بالمدعى به**[1]، غير أنهم لم يكتفوا بتلك الشروط العامة في الدعوى على الغائب،فأضافوا زيادة على ذلك الشرطين الآتيين:

1- أن يملك المدعي حجة تثبت صحة ادعائه على الغائب؛لأن الهدف من الدعوى إثبات الحق،وطريق ذلك محدد بالإقرار،أو اليمين المردودة،أو البنية،والإقرار واليمين متعذران لغياب المدعى عليه،مما يجعل البينة متعينة لإثبات الحق.

ولا تسمع الدعوى على الغائب بلا بينة سابقة للدعوى؛لأن الدعوى ليست مما يفوت،فإذا وجدت الحجة أوجدت الدعوى،إلا أن البلقيني لم يسلم بذلك،واعترض على اشتراط البينة لصحة سماع الدعوى،وقال بصحة الدعوى وإن لم يكن ثمة بينه،غير أن القاضي لا يحكم إلا أن يستند قضاؤه إلى حجة من شاهدين،أو شاهد ويمين،أو علم القاضي،فالحجة عنده شرط لحكم لا لسماع الدعوى.

هذا وقد وافق المالكية والحنبلية، الشافعية في شرطهم هذا وعلل الحنبلية ذلك، بأن الدعوى دون بينة على الغائب، لا فائدة منها؛ لأنه لا يوجد ما يثبتها، والحكم دون إثبات غير ممكن.

1- عبد المنعم سقا مرجع سابق ص31.

وخالف ذلك إصبغ من المالكية،وذهب إلى سماع القضية إذا كانت ترجى له الحجة،وذلك قياسا على الحاضر الذي لا يشترط لسماع الدعوى عليه،أن يظهر المدعي البينة قبل الادعاء.

2- يجب أن يذكر المدعي في دعواه جحود المدعى عليه للحق، وأنه يلزمه تسليمه وأنه يطالبه بذلك، وهذا ما اشترطه الشافعية.[1]

أما من الناحية القانونية فسنتحدث عن الصفة و المصلحة والأهلية ،و تحديد الجهة القضائية المختصة محليا و نوعيا بنظرها اضافة الى وسائل اثبات حالة الغياب للحكم به وذلك ما سنركز عليه ونبينه في المبحثين التاليين،متناولين في المبحث الأول رفع دعوى الغياب من خلال تبيان شروط رفع الدعوى و الجهة المختصة بالنظر فيها،أما في المبحث الثاني فسنتطرق إلى الفصل في الدعوى مع بيان الآثار المترتبة على الحكم بالغياب.

المبحث: الأول رفع دعوى الغياب

لكي تثبت صفة الغياب للشخص الغائب يستوجب ذلك رفع دعوى من أجل الحكم بذلك وفق الإجراءات والشروط المحددة لذلك وهو ما سنتكلم عنه من خلال المطلب الأول كما أنه يجب تحديد الجهة القضائية المختصة بالدعوى بالطرق والوسائل المحددة قانونا وهو ما سنتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط رفع الدعوى

المقصود من الدعوى،هو المطالبة باستعادة حق أو حمايته وهي وسيلة من بين الوسائل المشروعة من أجل تعبير الشخص عن رغبته في الدفاع عن حقوقه[2]وسنتعرض من خلال هذا المطلب إلى الشروط اللازم توافرها في رافع الدعوى.

1- عبد المنعم سقا مرجع سابق ص32.

2- بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية،دار بغدادي للطباعة و النشر والتوزيع،الجزائر،ط2 سنة 2009،ص32 .

الفرع الأول: شرط الصفة

ويقصد بها صلة أطراف الدعوى بموضوعها أي صلة الحق أو المركز المدعى به للشخص نفسه و ليس للغير في مواجهة الطرف السلبي (المدعى عليه)الموجه له الطلب القضائي وهو صاحب الصفة السلبية و الذي يعتدى عليه أو يهدد بالاعتداء عليه،كما تنص عليه المادة 13 من قانون رقم 08 – 09 "لا يجوز لأي شخص،التقاضي ما لم تكن له صفة... "[1]و النص هنا شمل كل الأشخاص سواء الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي كالشركات والمؤسسات سواء الخاصة أو العامة،فمصطلح "شخص "هو أوسع يشملهما وهذا الشرط يثيره القاضي من تلقاء نفسه في اثبات الصفة من عدمها كما له الحق في اثارة الإذن في رفع الدعى تلقائيا إذا ما اشترطه القانون حسب ما جاء في الفقرة الثانية والثالثة من نفس المادة لاعتباره من النظام العام.

يقصد بأطراف الدعوى هم أصحاب الصفة القانونية في رفعها حسب ما جاء في نص المادة 114 من ق.أ.ج وهم (الورثة،النيابة العامة،صاحب المصلحة) هم من يوجه الإدعاء باسمهم بناءا على ما لهم من صفة ومصلحة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدعى به،ودعوى الغياب مثل باقي الدعاوى الأخرى تستلزم أن يكون فيها طرفان متخاصمان مدعي ومدعى عليه مع إمكانية إدخال طرف ثالث إلى جانب أحد الطرفين الأصليين أو تدخله بإرادته في الخصومة[2]

وهذا ما سنبينه فيما يلي بالتفصيل:

أولا: المدعي في دعوى الغياب

المدعي هو من له صفة إيجابية في الدعوى وهي عادة ما تكون صفة صاحب الحق أو المركز القانوني[3] والدعوى تعني لهذا الأخير حقه في طرح ادعاءاته القانونية أمام القضاء من أجل

1- قانون رقم08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2- نوي عبد النور أحكام المفقود في ظل القانون و الاجتهاد القضائي الجزائري،رسالة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة الجزائر سنة 2012-2013 ص65.

3- عوض أحمد الزعبي،أصول المحاكمات المدنية ج2 دار وائل للنشر والتوزيع الأردن ط2،سنة 2006ص391.

إثبات هذا الحق وتأكيده في مواجه شخص أخر بناءا على واقعة قانونية معينة[1] والغرض من الادعاء استصدار حكم يقضي بغياب شخص معين للمحافظة على مصالح هذا الأخير ومصالح الغير المرتبطة به.

ومن خلال ما نصت عليه المادة السالفة الذكر فإن من لهم الحق في الادعاء في دعوى الغياب هم(الورثة،من له مصلحة،النيابة العامة)وسنوضح كل عنصر على حدى بالتفصيل فيما سيأتي :

أ-الورثة:

والوارث هو الشخص الحي بعد موت مورثه،أو الملحق بالإحياء كالجنين[2] وعلى ضوء ما جاء في نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري التي بينت أسباب الإرث والمتمثلة في القرابة والزوجية،و استحقاقه الذي لا يتم إلا بموت المورث حقيقة أو اعتباريا بصدور حكم قضائي حسب نص المادة 127 من ذات القانون دون مانع من موانع الميراث.

الورثة هم الأقارب والمتمثلين في فروع الشخص الغائب وأصوله وحواشيهم كما تم تحديدهم في قانون الأسرة، وكذلك زوج الشخص الغائب وهو أحد الورثة، حيث أن هؤلاء هم من لهم الحق في رفع الدعوى على الشخص الغائب.

ب-من له مصلحة:

أما بالنسبة للطرف الثاني الذي يحق له رفع دعوى الغائب فإن المادة 114 من قانون الأسرة نصت على أن كل من له مصلحة يمكنه رفع الدعوى باعتبار المصلحة مناط الدعوى وشرط أساسي لرفعها سواء كانت محققة أو محتملة أي سواء وجد الاعتداء الفعلي أو هناك تهديد به فيجب أن تكون المصلحة قائمة وحالة و ليس مجرد احتمال بعيد التحقق بل أن يكون التهديد ظاهر ووشيك و إلا أثارها القاضي من تلقاء نفسه مما يدفعه لرفض الادعاء لعدم

1- بوبشير محند أمقران قانون الإجراءات المدنية ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط03 سنة 2008 ص 27.

2- مصطفى مسلم مباحث في علم المواريث، دار المنارة للنشر و التوزيع،جدة،السعودية، ط05 سنة 2004 ص 11.

التأسيس[1] وهو ما أشارت إليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري السالفة الذكر.

جـ-النيابة العامة:

حسب ما جاء في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري فإن النيابة العامة كطرف ثالث باعتبارها ممثلا للحق العام و طرف أصيل في الشؤون المتعلقة بالأسرة يمكنها أن ترفع دعوى الغياب حيث نصت المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على أنه : "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون"[2]

كما نصت المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم "[3] كوظيفة أساسية للنيابة العامة تمارسها في القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفا أصليا وأصبحت تقوم بهذا الدور في شؤون الأسرة،كونها تدعى باسم الحق العام لحماية النظام العام،فهي حامية الحقوق والحريات الخاصة في مسائل الأسرة وكرست لها المادة 03 مكرر من قانون الأسرة صفة الطرف الأصلي في الدعوى فيحق للنيابة العامة أن تحضر كل إجراءات القضية والتحقيق،ويمكن أن تقف موقف المدعي أو المدعى عليه بحسب الأحوال،وهو ما يسمى بحق الإدعاء أو الدفاع[4]

ولها أن تطلب باسم النظام العام تعيين مقدم على أموال الغائب،ولها أن ترفع دعوى الغياب طبقا للمادة 114 من قانون الأسرة،وباعتبارها طرفا أصليا في الدعوى يجب أن تتوفر

1-بربارة عبد الرحمان مرجع سابق ،ص38

2- قانون الأسرة الجزائري.

3- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

4-عمر زودة،طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة،المجلة القضائية،العدد2،سنة 2005 ص 35.

فيها شروط قبول الدعوى في حالة إدعائها طبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من صفة ومصلحة وأهلية.[1]

عند استقراء كل هذه النصوص نجد أن هناك غموضا عند تطبيق أحكام المادة114

من قانون الأسرة إذ أنه لو رفعت النيابة العامة دعوى الفقدان طبقا لهذا النص فهل ترفعها على نفسها ؟عملا بأحكام المادة 03 مكرر من هذا القانون إذ لا نتصور أن ترفع النيابة العامة الدعوى ضد نفسها فتكون مدعية ومدعى عليها في آن واحد،وحل هذه الإشكالية تكمن في نص المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه" :يمكن للقاضي ولو من تلقاء نفسه،أن يأمر أحد الخصوم عند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية بإدخال من يرى أن إدخاله مفيدا لحسن سير العدالة أو إظهار الحقيقة[2] "

وهذا ما يسمى بالإدخال الإجباري في الخصام ويعني رفع دعوى غير مباشرة ضد شخص ليس طرفا فيها وإجباره على الدخول فيها وتكليفه بالحضور إلى جلساتها فللقاضي أن يأمر النيابة العامة باعتبارها مدعيا بإدخال أحد أقارب الغائب من الورثة في الخصام كمدعى عليه،كما يمكن أن ترفع الدعوى ضد أحد الورثة من جهة والنيابة العامة من جهة أخرى،سوءا رفعت من قبل أحد أقارب الغائب أو زوجه أو من طرف من له مصلحة حسب المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري[3] .

كما تكون طرفا منظما، وذلك لأن القانون يوجب إبلاغها بالدعوى المرفوعة حسب نص المادة 256 ق.إ.م.إ.ج.

1-الشيخ إسماعيل،دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة،مذكرة تخرج،المدرسة العليا للقضاء،سنة 2006،ص 13.

2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3- أفلالاي صبرينة،خيموزي عزيزة،المركز القانوني للمفقود والغائب في قانون الأسرة الجزائري،رسالة ماستر،كلية الحقوق جامعة جيجل سنة 2015-2016 ص 33.

ونصت المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه" : تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام[1] وفي جميع الحالات فإن كل من المادتين 257 و 260 من القانون نفسه أجازت للنيابة العامة أن تتدخل تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو من أجل الدفاع عن النظام العام،أو القضايا التي ترى في تدخلها أمرا ضروريا لذلك.

فالدعوى التي ترفع من طرف النيابة العامة كأصل عام الهدف منها الحصول على حكم ايجابي من القضاء،الغرض منه تحقيق الصالح العام.

ثانيا : المدعى عليه في دعوى الغياب

المدعى عليه هو من له صفة سلبية في الدعوى كصفة المدين[2] أو هو الشخص المسؤول قانونا عن الحق المدعى به،والدعوى بالنسبة للمدعى عليه تعني حقه في مناقشة مدى صحة ما يدعيه الطرف المدعي والرد عليه[3]،غير أن القانون لم يحدد من هو المدعى عليه في دعوى الغياب هل ترفع هذه الدعوى ضد الغائب أو ضد أحد أقاربه؟ سنجيب عنه فيما يلي:

أ-في الفقه:

ذهب بعض الحنفية إلى القول بالجواز، فللقاضي أن يقيم وكيلا عن الخصم إذا اختفى في بيته ولم يحضر إلى مجلس القضاء، واشترطوا لذلك أن يتم إعلامه، وإفادته بأنه سيحكم عليه إن لم يحضر، وهذا هو المذهب عندهم. إلا أن ثمة فتوى منقولة عن محمد،أجاز فيها نصب المسخر عن الغائب عن البلد دون شروط أما المتأخرين من الحنفية فقد ذهبوا إلى جواز إقامة البينة على المسخر،شرط ألا يعرف القاضي أنه مسخر،فإن علم لم يجز له سماع

1- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2-عوض احمد الزعبي مرجع سابق ص392 .

3- بوبشير محند أمقران،مرجع سابق ،ص 27.

البينة،أما جمهور الفقهاء فذهبوا لعدم إلزام القاضي بتنصيب مسخر ذلك أن الغائب ربما يكون مقرا بالحق،فيكون إنكار المسخر كذبا،ومقتضى هذا عدم جواز تنصيب الوكيل[1]

ب-في القانون:

وبرجوعنا إلى القواعد العامة للإجراءات فإننا نجد أنها تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات الطرف المدعي وبتطبيق هذا المبدأ فإن المدعى عليه في دعوى الغياب هو الشخص الغائب أصلا،غير أن عدم إمكانيته من مباشرة الدعوى المرفوعة ضده بنفسه تقتضي مباشرتها من طرف من ينوب عنه قانونا،وهو ما يستشف من نص المادة 38 من القانون المدني في فقرتها الأولى بقولها :"موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا"[2]

حيث أنه ومن خلال ما تنص عليه هذه المادة فإن موطن الغائب هو موطن من ينوب عنه قانونا،ونائبه أو وكيله القانوني هو من يدير أمواله و ينوب عنه في كافة تصرفاته القانونية بما فيها الدعاوى المرفوعة ضده.

الفرع الثاني:شرط الأهلية

تنص المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي : " يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ، كما يجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض للممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي " وهي المادة التي فصلت في طبيعة هذا الشرط و الآثار المترتبة عن عدم توفره فنلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر للأهلية ضمن المادة 13 تحت فصل " شروط قبول الدعوى " بل في القسم الرابع ضمن العنوان " في الدفع بالبطلان" ، فهذا الشرط لا يخص شروط الدعوى القضائية فقط بل هو شرط عام يتعين أن يتوفر في الشخص الذي يباشر أي عمل قانوني ، لذا لم يضعه المشرع في نفس المادة ، ففقه المرافعات المدنية لا يعتبر شرط

1-عبد المنعم سقا،مرجع سابق ص40.

2-أمر رقم 75-58 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو سنة 2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 46.

الأهلية شرطا لقبول الدعوى وإنما هو شرط لصحة المطالبة القضائية ، فإذا رفع شخص دعوى بدون أن يكون لديه أهلية التقاضي وإلا بطل العمل الإجرائي لأن رفع الدعوى يعتبر عملا قانونيا و يتطلب القانون في الشخص القائم به أهلية معينة وهي أهلية التقاضي وهو الرأي الذي ذهب إليه المشرع الجزائري ، وفصل هذا الشرط و حذفه من المادة الخاص بشرط الدعوى ووضعه في المكان المناسب أي المادة 64 – 65 وأشار أن حالات بطلان العقود غير القضائية تكون على سبيل الحصر في حالة انعدام الأهلية للخصوم "مدعي و مدعى عليه". الأهلية : هي صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني ومباشرة إجراءات الخصومة القضائية و هي نوعان:

أ– أهلية الاختصام أو أهلية الوجوب:

تعني صلاحية الشخص بأن يتمتع بالحقوق ويتحمل التزامات وهي تقترن بوجود الشخص من الناحية القانونية سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا و تثبت أهلية الوجوب للشخص الطبيعي بتمام ولادته حيا و تنتهي بوفاته و للشخص المعنوي حسب القانون فشركات التجارية تثبت أهليتها بقيدها في السجل التجاري و تنتهي بحلها.

ب– أهلية التقاضي أو الأهلية الإجرائية:

مرتبط بأهلية الأداء وهي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية لأن مناطها العقل أي القدرة على التميز ،فلا يكفي توافر أهلية الوجوب بل يشترط لصحة الإجراءات أن يكون الشخص أهلا للقيام بها وحددت المادة 40 من القانون المدني أن أهلية التقاضي محددة ببلوغ الشخص 19 سنة ،فإذا لم يحز الشخص الأهلية الإجرائية فلا يجوز له أن يقوم بالأعمال الإجرائية وإنما يشترط أن يقوم بها شخص يمثله و يسمى بالتمثيل الإجرائي و يقوم به من ينوب ناقص الأهلية.

كما أكد المشرع في ذات المادة على الصفة الإجرائية أو ما يسمى بالتمثيل أو التفويض،وهو التعديل المهم أيضا الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية و والإدارية لأنه يجوز للمحكمة إثارة عدم توفر هذا الشرط سواء في الشخص الطبيعي أو المعنوي ،ويترتب عن ذلك

بطلان الإجراء القانوني مع العلم أنه يمكن تصحيح ذلك وفقا لنص المادة 66 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث:شرط المصلحة

المصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته كلها أو بعضه[1] فهي الحاجة إلى الحماية القضائية، فإذا اعتدي على حق شخصي ما أو كان حقه مهددا بالاعتداء عليه تهديدا جديا تحققت المصلحة المشروطة لقبول الدعوى وذلك حسب نص المادة 13 من ق .إ. م. إ ويشترط في المصلحة أن تكون قانونية وشرعية طبقا للمادة 612 من ق ا م ا التي تنص على " يجب أن يسبق التنفيذ الجبري التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي في اجل خمسة عشر يوما"،ويجب أن تكون ايجابية وملموسة حتى تقبل الدعوى وذلك طبقا للمادة 24 من ق.إ. م. إ والتي تنص على" يسهر القاضي على حسن سير الخصومة، ويمنح الآجال ويتخذ ما يراه لازما من إجراءات"[2].

المطلب الثاني:الجهة المختصة بنظر دعوى الغياب وآليات الإثبات أمامها

الاختصاص القضائي من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والإقليم [3] وتعتبر دعوى الغياب كباقي الدعاوى الأخرى، إذ يجب تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر

و الفصل في الدعوى وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنتحدث عن آليات الإثبات في هذه الدعوى.

1- مصطفى عبد النبي،إجراءات رفع الدعوى الإدارية م7 مجلة الدراسات القانونية و السياسية جامعة غرداية العدد1،سنة 2021 ص128.

2- قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

3-بربارة عبد الرحمان،مرجع سابق ص 74.

الفرع الأول:الاختصاص النوعي و المحلي في رفع دعوى الغياب

أولا: الاختصاص النوعي في رفع دعوى الغياب

يقصد بالاختصاص النوعي؛ من هي المحكمة صاحبة سلطة الفصل في النزاع أو الدعوى بحسب نوعها أو طبيعتها، حيث أن ضابط إسناد الاختصاص لمحكمة ما وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع ،وبعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر ولايتها جهة قضائية معينة وفقا لنوع الدعوى المطروحة[1] وبالنسبة لدعوى الفقد فإن الاختصاص النوعي فيها يمكننا أن نستنتجه من خلال نصي المادتين 32 و 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث تنص المادة 32 على أن : "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة، تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا...." أما فيما يخص اختصاص قسم شؤون الأسرة فقد نصت عليه المادة 423 في نصها:"ينظر قسم شؤون الأسرة في الدعاوى الآتية:.....5- الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها، الحجر، الغياب و الفقدان والتقديم" [2]

ومن خلال ما ورد في نصي المادتين نستنتج أن الاختصاص النوعي في دعاوى الغياب ينعقد لقسم شؤون الأسرة بالمحاكم العادية،باعتبار أن المحاكم هي صاحبة الولاية بالنظر في الدعاوى القضائية، وفي حالة عدم وجود قسم شؤون الأسرة في المحكمة يتم رفع الدعوى أمام القسم المدني،وإذا وقع خطأ في توجيه الدعوى إلى القسم المختص بالفصل فيها يتم إحالتها على القسم المختص من طرف كتابة الضبط ولا ترفض لعدم الاختصاص، ذلك أن تقسيم المحكمة إلى أقسام لا يرتكز على أساس الاختصاص النوعي، وإنما هو مجرد تقسيم إداري

1-بربارة عبد الرحمان،نفس المرجع،ص 74.

2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الهدف منه ضمان حسن سير مرفق القضاء والفصل في الدعاوى من طرف قضاة متخصصين[1]

ثانيا:الاختصاص المحلي في رفع دعوى الغياب

يقصد بالاختصاص الإقليمي تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى علاقة النزاع بحدود سلطتها الإقليمية والمكانية[2] أو هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي[3]وفيما يخص دعاوى الغياب فالمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المتعلقة بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة لم تنص على تحديد الاختصاص الإقليمي لدعاوى الغياب،ولذا فإنه يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة للاختصاص الإقليمي والتي تنص عليها المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه،وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له،وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار،ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"حيث أن القاعدة العامة والتي بموجبها ينعقد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية، يكون للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الشخص المدعى عليه،وإن كان موطنه غير معروف فالاختصاص يعود لمحكمة أخر موطن له،أما في حالة اختيار موطن فإن محكمة الموطن المختار هي التي تكون مختصة إقليميا.

وعليه ينعقد الاختصاص الإقليمي في دعوى الغياب للجهة القضائية التي يقع فيها موطن الشخص الغائب،فإن لم يكن له موطن معروف فينعقد الاختصاص لمحكمة أخر موطن

1-نوي عبدا النور،مرجع سابق ص78.

2-عوض أحمد الزعبي مرجع سابق،ص 311-312.

3-بربارة عبد الرحمان،مرجع سابق،ص 83.

له، وفي حالة اختيار الغائب لموطن معين قبل غيابه يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها هذا الموطن المختار[1]

الفرع الثاني:آليات إثبات حالة الغيبة أمام القضاء

الإثبات:هو إقامة الدليل على حقيقة غيبة الشخص كإجراء لازم من أجل استصدار حكم قضائي على أن الشخص الغائب بعد مرور مدة معينة و التي أقرها القانون بسنة مع وجود الضرر حسب نص المادة 110 ق.أ.ج.

وهو أن يقوم المدعي برفع دعوى قضائية يثبت فيها غياب الشخص واختفاء أثره،والجهل بمكانه أو حاله،وهنا نكون أمام واقعة مادية،والواقع المادية،التي تشمل الوقائع الطبيعية،كالغياب و الوفاة التي يترتب عليها الحق في الميراث،كما تشمل الأفعال المادية التي تصدر عن الإنسان كالفعل الضار الذي يترتب عليه نشوء الحق للمتضرر في التعويض[2] وكما هو معروف تثبت بجميع طرق الإثبات[3].

في دعوى الغياب والفقد ومن خلال ما جرى العمل به من طرف الجهات القضائية فإن الغياب يثبت إما بواسطة شهادة الشهود و إما بواسطة محاضر المعاينة التي تعدها مصالح الضبطية القضائية.

أولا:شهادة الشهود

يقوم القاضي بإجراء تحقيق عن طريق شهادة الشهود وفق الإجراءات المحددة لذلك وهذا من أجل إثبات حالة الغياب المطروحة أمامه،وهذا ما سنحاول توضيحه في الآتي:

1-نوي عبد النور مرجع سابق، ص 79.

2-منصور محمد حسين، مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، د.ط، سنة 2002، ص 45.

3-قياسة فاطمة المفقود في القانون الجزائري،مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء،الدفعة14سنة 2005 -2006،ص 17.

أ :ماهية الشهادة

1-تعريف الشهادة

الشهادة:هي إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة[1]،أو هي تعبير عن مضمون الإدراك الحسي أمام الهيئة القضائية بعد القيام بأداء اليمين القانونية بقول الحقيقة كاملة دون أي تغيير،يؤديها الشخص الذي شهد الواقعة بأحد حواسه ويجب أن يكون ممن تقبل شهادتهم قضائيا[2] والإثبات بالشهادة هو إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود وبعد أدائهم اليمين القانونية[3] أما عن الشهادة في الفقه فتعرفها مجلة الأحكام العدلية في المادة 1648 بأنها:"الإخبار بلفظ الشهادة أي القول:أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور القاضي و مواجهة الخصمين،ويقال للمخبر شاهد،ولصاحب الحق مشهود له،وللمخبر عليه مشهود عليه،وللمخبر به،مشهود به[4] .

نجد أن الشريعة و القانون يتفقان في أن تكون الشهادة شفوية و أن تكون أمام مجلس القضاء،غير أنهما يتعارضان من حيث أن القانون يشترط اليمين قبل أداء الشهادة في حين لم يشترط الفقه الاسلامي ذلك ولم يقل به أي من الفقهاء.[5]

1-مصطفى مجدي هرجه الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية مصر، دط، سنة 1992،ص 257.

2-براهيمي صالح الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية،رسالة دكتوراه في العلوم،كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو سنة 2012،ص 15.

3-عبده جميل غصوب الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دراسة مقارنة،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،لبنان، ط1،سنة 2010،ص 309.

4-حيدر علي،درر الحكام شرح مجلة الأحكام،دار الجيل،بيروت،لبنان، ط1،سنة 1991،ص 345.

5-محمد عبد الله الرشيدي،الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات،دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة و القانون،رسالة ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة الشرق الأوسط سنة 2011،ص 21.

2-خصائص الشهادة

من خلال ما سبق من تعريفات يمكن استخلاص الخصائص التالية للشهادة:

-الشهادة لا تكون إلا في مجلس القضاء.[1]

-أن الشهادة تصدر عن شخص ليس خصما في الدعوى أو ذا صلة بأحد الخصوم كما جاء في نص المادة 153 ق.إ.م.إ.ج.

_تعتبر الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة،حيث تخضع لتقدير القاضي في مدى حجيتها بغض النظر عن عدد الشهود.

-الشهادة حجية غير قاطعة؛ لأن ما يثبت من خلالها يقبل النفي بشهادة أخرى، بخلاف الإقرار و اليمين حيث يعتبران حجة قاطعة.

-الشهادة دليل مقيد، حيث أن مجالها محصور وذلك نظرا لخطورتها وما قد ينجم عنها من أضرار بسبب الكذب والنسيان وما إلى ذلك من عيوب.[2].

_الشهادة تعتبر حجة متعدية،أي أن ما يثبت بواسطتها يعتبر ثابتا بالنسبة للغير على خلاف الإقرار واليمين اللذان يعتبران حجة قاصرة على من صدر منه الإقرار.

وعن مشروعيتها فقد اتفق عليها الفقهاء و استدلوا على ذلك بالكتاب و السنة و الاجماع و المعقول.

من القرآن:

قوله تعالى:"وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُواْ اللهَ وَيُعَلِّمُكُمْ اللهُ وَاللهُ بِكُلِ شَيءٍ عَلِيمٌ" [3]

1- محمد عبد الله الرشيدي،مرجع سابق،ص21.

2-حسين خضير الشمري،دور الشهادة في الإثبات المدني،منشورات زين الحقوقية،بغداد،ط 01 ،د.ت.ن،ص 30.

3-سورة البقرة، الآية 283.

من الحديث:

روى الأشعث بن قيس:كان بيني و بين رجل خصومة في بئر، فاختصمت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال:"شاهدك أو يمينه" فقلت أنه إذن يحلف و لا يبالي،فقال:"من حلف على يمين يقتطع بها حال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله و هو عليه غضبان"[1]

من المعقول:

الشهادة ضرورية لإثبات الحقوق و إلا ضاعت، فشرعت الشهادة لتحفظ الأموال و توثق الحقوق وتسهل أعمال القضاء في رد الحقوق لأصحابها[2]

أما في القانون الجزائري فقد تحدث عنها المشرع في المواد من 150-159 ق.إ.م.إ.

3-صور الشهادة

تتخذ الشهادة عدة صور تتمثل فيما يلي:

-الشهادة المباشرة

و يطلق عليها أيضا بالشهادة الأصلية[3]،إن الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة،حيث يقول الشاهد في التحقيق ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة،ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء لكي يروي ما رآه أو سمعه من الوقائع التي تخص موضوع الدعوى،كما أنه في بعض الظروف الاستثنائية قد يكتفي بتلاوة شهادته المكتوبة أمام الهيئة القضائية،أو تضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للأخذ بها[4]،وتستمد الشهادة قوتها من الاتصال المباشر بين حواس

1- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، صحيح البخاري ج2،تحقيق مصطفى ديب البغا،دار ابن كثير اليمامة،بيروت،لبنان،ط5،سنة1993،ص 851.

2- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن علي بن أبي القاسم فرحون اليعمري،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الإسلام ج1، بيروت،لبنان، طبعة مصطفى الحلبي،سنة 1958 ص 209.

3-محمد عبد الله الرشيدي مرجع سابق،ص 27.

4-مصطفى مجدي هرجه مرجع سابق،ص258.

الشاهد والواقعة التي يشهد عليها،ويمكن للشاهد أن يخطئ في تقديره لما سمعه أو شاهده وهذا ما يؤثر على القيمة التي يعلقها القاضي على الشهادة[1]

-الشهادة السماعية

يطلق عليها في الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة،والشهادة السماعية أو الشهادة الغير مباشرة هي شهادة من علم بواقعة ما من الغير، حيث لا يشهد الشخص بما وقع تحت سمعه أو بصره مباشرة،وإنما تكون شهادته بما سمعه من الغير[2] الذي شهد الواقعة مباشرة، وهي أقل درجة من الشهادة المباشرة وتخضع من حيث مدى قيمتها في الإثبات لتقدير القاضي،وقد قيل أن هذه الشهادة لا يعول عليها كثيرا بسبب أنها لا تنشأ عن إدراك مباشر،ولا يخفى أن الأخبار كثيرا ما تتغير عند النقل، غير أنه لا يؤخذ دائما بعدم قبول هذه الشهادة،فإذا مات الشاهد الأصلي الذي شاهد الواقعة بشكل مباشر، أو أن أمر شهادته استحال لأي سبب من الأسباب ،فإن القاضي يمكنه الأخذ بشهادة الشخص الذي سمع الواقعة بشكل مباشر من الشاهد الأصلي[3] .

-الشهادة بالتسامع

الشهادة بالتسامع هي غير الشهادة السماعية وتعرف على أنها شهادة بما يتسامعه الناس،حيث تبنى على الرأي الشائع لدى الناس عن الواقعة المراد إثباتها وتختلف الشهادة بالتسامع عن الشهادة السماعية كون السماعية تقوم على ما سمعه الشاهد من الشاهد الأصلي الذي رأى الواقعة بعينه أو سمعها بأذنه،أما الشهادة بالتسامع فكما قلنا تقوم على الرأي الشائع بين الناس،و بما أن الشهادة بالتسامع صعبة الإثبات حيث من الصعب تحري وجه صحتها من عدمه،فإنها لا تلقى قبولا كبيرا في المسائل الجنائية، وإن كان القضاء قد قبل بها في المسائل

1-براهيمي صالح مرجع سابق،ص 20.

2-ابن قيم الجوزية،محمد بن أبى بكر الزرعي،الطرق الحكمية،دار البيان،بيروت،دط، د.ت.ن ،ص 17.

3-مصطفى مجدي هرجه مرجع سابق ،ص 259 ،أنظر أيضا حسين خضير الشمري مرجع سابق،ص 23.

التجارية على سبيل الاستئناس كما أن الفقه الإسلامي قبل هذه الشهادة في بعض المسائل كالشهادة بالنسب وبالموت وبالنكاح وبالدخول[1]

وفيما يخص القضايا المتعلقة بالغائب و المفقود فإن القاضي يطلب إحضار شاهدين على أقل تقدير من بين الأشخاص الذين يعرفونه معرفة جيدة،لكي يشهدوا أمامه بأن الشخص الغائب لم يظهر له أي خبر منذ مدة أو تاريخ معين،أو منذ وقوع حادثة محددة[2]"

ب-شروط أداء الشهادة

هناك عدة شروط لأداء الشهادة منها ما هو خاص بالشاهد، ومنها ما هو خاص بالشهادة في حد ذاتها، وهذا ما سنفصل فيه فيما يلي.

1-الشروط الخاصة بالشاهد

يشترط المشرع جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهد حتى تقبل شهادته وهي:

_الأهلية

حسب ما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي نصت على أنه:"تقبل شهادة باقي الأشخاص ما عدا ناقصي الأهلية" يتبن لنا أنه يجب أن تتوفر في الشاهد الأهلية القانونية وهي بلوغه سن الرشد المحدد بتسعة عشر(19) سنة كما ورد في المادة 40 من القانون المدني الجزائري،وأنه لا يعتريه أي عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها.

-عدم وجود رابطة القرابة والمصاهرة

تنص المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي:"لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مع أحد الخصوم،لا يجوز سماع شهادة زوج

1-مصطفى مجدي هرجه، مرجع سابق ص260 .

2-نوي عبد النور، مرجع سابق ص 97.

احد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا،لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم،غير أن الأشخاص المذكورين في المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق"

وما يفهم من هذه المادة أن المشرع يعتد في عدم أهلية الشاهد للشهادة برابطتين هما رابطة الدم أو القرابة ورابطة المصاهرة،ويجب أن نشير إلى أن المشرع أورد استثناءا على القاعدة التي تقضي بعدم جواز سماع شهادة الأشخاص الذين تربطهم قرابة أو مصاهرة بأحد الخصوم،ويتمثل هذا الاستثناء في السماح لكل الأشخاص المذكورين ما عدا الأبناء بالشهادة في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص والطلاق،وذلك حسب ما جاء في المادة المذكورة أعلاه وما نستخلصه من جملة القواعد العامة التي ذكرناها أنه فيما يخص إثبات حالة الغياب بواسطة شهادة الشهود لا يعتد بها إلا بشرط واحد هو شرط الأهلية القانونية باعتبار أن شرط عدم وجود رابطة القرابة أو المصاهرة لا يعتد به في مسائل حالة الشخص وهذا الأمر يجد سنده القانوني من خلال ما جاءت به المادة153 استثنت هذا الشرط صراحة،حيث عبرت عن ذلك بقولها في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص،وحالة الشخص هي مجموعة الصفات اللصيقة به والتي تحدد مركزه وكل ما تعلق به من تاريخ ميلاده إلى تاريخ وفاته وهذا بحسب ما تم النص عليه في قانون الأسرة والقانون المدني وقانون الحالة المدنية وكذا قانون الجنسية الجزائريين والغياب يندرج ضمن حالة الشخص وبالتالي يمكن أن تسمع شهادة أقارب وأصهار الشخص الغائب من أجل إثبات حالته[1]

2-الشروط الخاصة بالشهادة[2]

و تنقسم الشروط المتعلقة بالشهادة إلى شروط موضوعية و شروط شكلية،تتمثل فيما يلي:

1-نوي عبد النور،مرجع سابق ص 98-99.

2-نوي عبد النور نفس المرجع ص 100-101.

-**الشروط الموضوعية**:قبل أن يقوم القاضي بالاستجابة إلى طلب الإثبات بشهادة الشهود، يجب أن يتأكد من توافر جملة من الشروط هي:

-أن تكون الواقعة من الوقائع التي يجيز القانون إثباتها بشهادة الشهود.

-أن تكون الواقعة المراد الإشهاد بشأنها منتجة في الدعوى ومتنازعا فيها.

-أن تكون الواقعة مما يجوز إثباته،حيث لا يجوز إثبات ما هو مخالف للنظام العام.

وفيما يتعلق بقضايا الفقد فإن كافة الشروط المذكورة متوفرة، حيث أن واقعة الفقد تعتبر من بين الوقائع المادية والتي يجوز إثباتها لأنها ليست مخالفة للنظام العام، والشهادة بشأنها منتج في الدعوى على اعتبار أنه يترتب عليه الفصل في الدعوى.

- **الشروط الشكلية**:وتتمثل الشروط الشكلية فيما يلي:

-وجوب تأدية الشهادة أمام الهيئة القضائية وبمقر الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى.

-علانية وشفاهة الشهادة،وهذا من أجل أن يستطيع القاضي ملاحظة الشاهد وهو يقوم بالإدلاء بشهادته أمامه للتمكن من الوقوف على صحة ما شهد به وهذا حسب ما ورد في المادة 158من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

بالنسبة لقضايا الغياب فإنه يتم استدعاء الشهود أمام القاضي الذي فتح التحقيق ليتم سماعهم داخل قاعة المحكمة علانية وشفاهة،المادة 155 ق.إ.م.إ"إذا أثبت الشاهد أنه استحال عليه الحضور في اليوم المحدد له،جاز للقاضي أن يحدد له أجلا آخر أو يتنقل لتلقي شهادته"[1]

إذا قامت المحكمة بتأسيس حكمها على نتيجة التحقيق فلا بد أن تضمن حكمها ما يدل على مراجعتها لأقوال الشهود وذلك ببيان مضمون أقوالهم، حيث أنه إذا جاء حكم المحكمة خاليا من هذا التسبيب يكون معيبا بقصور التسبيب والذي يعتبر وجها من أوجه الطعن

1- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ولمحكمة الموضوع كامل الاستقلالية والحرية في تقدير أقوال الشهود وترجيح شهادة على أخرى بحسب قناعتها وما تطمئن إليه، على أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب ترجيحها لشهادة على شهادة أخرى، وفي دعاوى الفقد يكون للقاضي نفس السلطة في تقدير شهادة الشهود،وهذا كله يتم في حدود احترام المحكمة لقواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية[1]

ثانيا:محاضر المعاينة

تعد المعاينة من طرق الإثبات نظرا لاتصالها المباشر اتصالا ماديا بالواقعة المطلوب إثباتها و التي تتيح للقاضي فرصة التعرف على الواقعة مباشرة[2]

اتفق أهل الفقه و القانون على مشروعية المعاينة و مباشرة الكشف عن محل النزاع لتتجلى الحقيقة أمام القاضي فيسود العدل في القضاء،فنصوص الشرع متضافرة على تحري الحق و العدل لما فيه من الحفاظ على مصالح العباد و عدم ضياع حقوقهم،فكل ما من شأنه أن يؤدي إلى مصلحة فهو محمود شرعا،وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى مفسدة فهو مذموم شرعا.[3]

أ-طبيعة المعاينة

الثابت أن طبيعة المعاينة في القانون دليل من أدلة الإثبات قائم بذاته،أما في الفقه فقد اختلف الفقهاء على رأيين:فمنهم من رآها دليل إثبات في الدعوى هدفها التدليل على صحة الوقائع المدعى بها،يعاينها القاضي بنفسه و يتعرف عليها[4]و الجانب الآخر من الفقه رآها وسيلة إجرائية لتقييم أدلة الإثبات في الدعوى،وبرر هذا الجانب من الفقه بأن المعاينة لا تهدف

1-نوي عبد النور، مرجع سابق، ص 103.

2-الفيضي،أوان عبد الله،المعاينة في نطاق الدعوى المدنية،م1،بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق،السنة الثامنة،سنة 2003،العدد 19،ص 37.

3-جمال الكيلاني،الإثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه و القانون،المجلد 16،مجلة جامعة النجاح للأبحاث،نابلس،فلسطين،ط1 سنة 2002،ص 283.

4-فرج توفيق حسن، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، سنة 1982 ص 186.

في الأساس لإثبات وجود أو صحة أو نفي واقعة معينة،و لكنها وسيلة لتقرير عنصر الإثبات في الدعوى بمعنى أنها وسيلة لتقييم الدليل المقدم للمحكمة[1] .

و قد جاء في نص المادة 146 من ق.إ.م.إ.ج أنه:"يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك"[2]

كما نصت المادة149 من ذات القانون على أنه"يحرر محضر عن الانتقال إلى الأماكن، يوقعه القاضي وأمين الضبط، ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط"

ب-أهمية المعاينة

تكمن أهمية المعاينة في:[3]

-أن القاضي يقف على حقيقة النزاع و يتوصل إلى الحكم في أقرب وقت وأحسن وجه،ذلك أنه يعاين بنفسه الشيء المتنازع فيه.

-فهم الدعوى على حقيقتها فالأصل في القاضي أن يفهم الدعوى عن طريق الخصوم ومن الأدلة المقدمة أمامه ولذلك لا يقضي القاضي بعلمه، غير أنه في حالة المعاينة يتفهم القاضي الواقع بشكل أوضح وبمواجهة الخصوم.

-تكوين قناعة لدى القاضي في القضية محل النزاع أو الخصومة،إذ أن تكوين القناعة والاطمئنان لدى القاضي هو الاساس لبناء الحكم القضائي،وغني عن البيان أن الانسان يقتنع بما رآه رأي العين أكثر مما سمعه أو يسمعه.

1-مسلم أحمد،أصول المرافعات، دار الفكر العربي،القاهرة،مصر، دط،سنة 1972 ص 629.

2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3-صلاح مالك حمود العزاوي،المعاينة ودورها في الحكم القضائي في الدعوى المدنية(دراسة مقارنة)رسالة ماجستير،كلية الحقوق،جامعة الشرق الأوسط،الأردن،سنة 2020،ص 31-32.

-المعاينة أقوى من طريق الشهادة أو الكتابة التي تتوارد عليها الظنون،فالشهود ربما يكونون شهود زور والوثيقة قد تكون طاولتها يد التزوير ومن ثم تتوارد الظنون عليهما.

-تكتسب المعاينة أهمية بالغة من خلال بعض الحالات التي يخشى فيها ضياع واقعة معينة.

وقد تكون المعاينة وفق طلب أصلي عن طريق رفع دعوى إثبات حالة للمحكمة، وقد تكون بطلب فرعي أثناء سير الدعوى، وبموجب أمر يصدره قاضي الموضوع، ويعود أمر تقديره له فهو غير ملزم بالانتقال للمعاينة و لو طلبه أحد الخصوم[1]

جـ-خصائص المعاينة[2]

-من خصائص المعاينة أنها إجراء قضائي يقرره القاضي أما بنفسه، أو بناء على طلب الخصوم والإجراء القضائي يعد من الاعمال القانونية التي يرتب عليها القانون أثر إجرائي معين حتى يكون جزءا من الخصومة يساهم في سير الدعوى .

-إن القيام بمعاينة محل النزاع لا يكون إلا بعد رفع دعوى أمام المحكمة فالمعاينة تحتاج إلى قرار قضائي وهذا لا يتأتى بلا دعوى.

-إن قرار المعاينة يخضع لسلطة المحكمة التقديرية،فلها أن توافق أو أن ترد الطلب المتعلق بهذا الخصوص،كما أن لها أن تبادر من تلقاء نفسها بإجراء المعاينة.

-المعاينة تتم على جميع الأموال المنقولة منها وغير المنقولة.

-من خصائص المعاينة أنها من أدلة الاثبات المباشرة التي تنصب على الواقعة المنشئة للحق المدعى به مباشرة،فيكون القاضي اقتناعه من ملامسة الوقائع ذاتها،وذلك من خلال معاينته محل النزاع مباشرة بنفسه اذ يقوم باستنتاج الدليل من معاينته المباشرة.

1-صلاح مالك حمود العزاوي،مرجع سابق،ص 34.

2- صلاح مالك حمود العزاوي،نفس المرجع،ص 36-37.

د-ضوابط المعاينة[1]

أما ضوابط المعاينة فمن خلال الرجوع للنصوص القانونية يمكن استخلاص ضوابط المعاينة المدنية بما يأتي:

-أن المعاينة تكون بقرار قضائي و إلا لما اختلفت عن حكم القاضي بعلمه.

-أن يكون قرار المعاينة مسبقا لإجرائها،وذلك حتى يتم تبليغ الخصوم بها.

-أن تكون وفق مصلحة حسم الدعوى،وإلا لما كان لها داعي ولاتم الاكتفاء بالأدلة المقدمة للقضاء.

-تنظيم محضر بالمعاينة لتدوين الملاحظات،وذلك كي تكون إجراءات المعاينة ونتائجها ثابتة يمكن الارتكاز عليها والرجوع اليها في الدعوى.

-الاستعانة بخبراء إذا كان الأمر يتطلب معرفة فنية متخصصة،وفي الغالب تتم الاستعانة بالخبراء حتى يتغلب القاضي على الصعوبات الفنية أو العلمية المتعلقة بموضوع النزاع فالخبرة تساعد القاضي في تكملة معلوماته وتزويده بما يحتاج اليه من وسائل بشأن تكوين قناعته في الدعوى المنظورة امامه،وذلك بالاستعانة بذوي الاختصاص في النواحي العلمية والتطبيقية.

-إذا كانت المعاينة على الأشخاص فيجب أخذ جميع الاحتياطات الواجبة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته،وتكون المعاينة على الشخص في حال ما إذا أرادت المحكمة معرفة مدى التشويه الذي أصاب وجه أو جسم المدعي لإثبات الضرر الذي حدث نتيجة خطأ المدعى عليه.

1- صلاح مالك حمود العزاوي،مرجع سابق،ص 37-38.

هـ-أهمية محضر المعاينة[1]

-أنه يمكن الرجوع لمحضر المعاينة في الدفوع وفي الأحكام القضائية.

-أن عدم تحرير محضر المعاينة اثناء إجرائها يعرض المعاينة للإبطال.

-أنه لو تم تحرير محضر المعاينة بعد إجرائها فلا يعتد بها للإثبات لأنها تكون مبنية على الذاكرة لا على المشاهدة الحسية.

يحرر محضر تذكر فيه أعمال القضاة من وقت توجههم إلى إجراء المعاينة إلى وقت تسليم المحضر أمانة كتابة الضبط للمحكمة، ويتضمن محضر إجراء المعاينة الأمور التالية:

-تثبيت المسائل التي اقتضتها إجراءات المعاينة.

-تثبيت الحالة.

-تدوين أقوال الأطراف.

-تدوين أقوال من رأت فيه المحكمة لزوما لسماع أقواله للاستيضاح منه عن الواقعة كمحل المعاينة والأوراق والمستندات اللازمة مع بيان جميع الملاحظات.

و في حالة الغياب و الفقد تكون المعاينة من خلال انتقال من عينه القضاء بصفة رسمية إلى محل إقامة الغائب أو المفقود أو وقوع الكارثة، من أجل جمع المعلومات وسماع التصريحات قصد إثبات حالة الغياب أو الفقد.

حيث نجد نص المادة 2 من القانون رقم 03-06[2] تنص على أنه ":تعد الضبطية القضائية محضر محاسبة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو بكل شخص له مصلحة في أمل يتعدى ثمانية أشهر من تاريخ الكارثة "

1-صلاح مالك حمود العزاوي،مرجع سابق،ص 45-46 .

2- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003،جريدة رسمية عدد 37 سنة 2003.

وبالرجوع إلى أحكام الأمر 06-01 التي جاءت نتيجة المأساة التي مرت بها الجزائر آنذاك واستثناءا على القواعد المقررة في قانون الأسرة،فيما يخص الإجراءات والمواعيد فاستبعدت شرط الحكم القضائي لإثبات الفقدان،وأيضا انتظار مهلة أربع سنوات للحكم بالوفاة واكتفى المشرع الجزائري هنا باعتبار الشخص مفقودا بموجب محضر معاينة إثر البحث الممارس من طرف الضبطية القضائية دون جدوى[1] .

يتم تسليم محضر الضبطية القضائية للمعنيين في أجل أقصاه ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة ويكون لهذه المحاضر الحجية المطلقة،إذ تحل محل الحكم القضائي فلا تسقط حجيتها إلا بالطعن فيها بالتزوير ،ويتم تسلم هذه المحاضر كما سبق القول لذي حقوق الشخص المفقود أو لكل شخص له مصلحة،وبعد أن تسلم تقفل بذلك كل الإجراءات ويستطيع كل ذي مصلحة أن يرفع دعوى للحكم بوفاة المفقود،وبالتالي تنطلق مرحلة إعلان الموت الحكمي.

نستخلص مما سبق أن دعوى الغياب تمر بمجموعة من القواعد الإجرائية قبل الفصل فيها،بدءا برفع الدعوى،وفق الشروط التي أقرها القانون،و المتمثلة في شرط الصفة،شرط الأهلية،شرط المصلحة،توجه الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة نوعا و محلا طبقا للقانون،مستعينة قبل الفصل في الدعوى بإجراءات التحقيق لإثبات حالة الغياب وإصدار الأحكام المتعلقة بالغائب وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني:الفصل في دعوى الغياب و بيان آثارها

المطلب الأول:نظر دعوى الغياب

بعد استفاء جمع الشروط القانونية اللازمة لرفع الدعوى ،سواء الشكلية منها أو الموضوعية طبق ما نص عليه القانون في المواد السالفة الذر خاصة منها: المادتان 12-459-من ق.إ.م.إ والمادة40 من القانون المدني الجزائري،تحت طائلة عدم القبول و بطلان الإجرات،ننتقل إلى مرحلة إصدار الحكم بالغياب وهو ما سنتناوله في الفرع الأول.

1-طالب عمر،مرجع سابق،ص 33 .

الفرع الأول:الحكم بالغياب

الحكم هو القرار الذي يصدره القاضي في دعوى مرفوعة إليه[1]، وذلك وفق القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث أن القاضي وبعد مضي المدة اللازمة التي يحكم بعد انقضائها بالغياب، وكذا انتهاء كافة الإجراءات المتعلقة برفع دعوى الحكم بالغياب، يقوم بتفحص أدلة الإثبات الموجودة بين يديه، ثم بعد ذلك يقوم بإصدار حكمه والقاضي غير مقيد بآجال معينة في إصدار حكمه إلا ما كان منصوص عليه في نص خاص.

بالإضافة إلى البيانات الإجرائية يجب أن يتضمن حكم القاضي البيانات التالية:[2]

-يجب على القاضي أن يقوم بتحديد الظرف أو الحالة التي كان الغياب ناتجا عنها سواء كانت حالة عادية أو استثنائية.

-يجب الإشارة في الحكم إلى أن المدة الواجب انتظارها،والمقدرة بسنة ،قد مضت حتى تتبين حالة الغياب ثم الحكم بها.

-يجب على القاضي أن يقوم بتحديد تاريخ الغياب في حكمه.

كما حدد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري سلطات القاضي في تحديد موضوع النزاع على النحو التالي:

-"لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات و المرافعات، وهو ما نصت عليه المادة" 26 من ق.إ.م.إ.ج.

-يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف الصحيح دون التقييد بتكييف الخصوم.يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة في المادة 29 ق.إ.م.إ.ج.

1-عبده جميل غصوب،مرجع سابق ، ص 338 .

2-رقدة محمد الأمين أحكام المفقود في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري مقارنة مع بعض التشريعات المغاربية،رسالة ماستر،كلية الحقوق،جامعة الجلفة سنة 2014-2015 ص 81.

-يكون الحكم حضوريا إذا حضر الخصوم شخصيا أو ممثلين بوكلائهم أو محاميهم أثناء الخصومة.....ولم يبدو أي ملاحظات شفوية.المادة 288 من نفس القانون.

و قد نصت المادة 292 من ذات القانون على أنه"إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا."مما يجعل الحكم قابلا للمعارضة، والأصل في الدعوى هنا أنها ضد شخص غائب للحكم بحالة غيابه مما يمنحه الحق في الطعن، في الحكم بطرق الطعن و هذا ما سنأتي عليه في الفرع التالي.

الفرع الثاني الطعن في الحكم بالغياب

تتمتع الأحكام القضائية وبمختلف انواعها بحق الطعن فيها وهذا طبقا لما تقرره قواعد ونصوص قانون المرافعات والطعن في الأحكام هي أهم وسيلة من وسائل الرقابة التي تمارسها الجهات القضائية الأعلى على الجهات القضائية الأدنى.

لقد دأب فقهاء المرافعات على تقسيم طرق الطعن في الأحكام إلى:طرق الطعن العادية وطرق الطعن غير العادية.

وعلى كل فإن أسباب طرق الطعن العادية لا يوردها المشرع في القانون ولا يوضح مسبباتها وعلى هذا فإن اثارة الدفوع تكون خالية من التقييد او الحصر بل وتوسع لأبعد حد يراه الطاعن في الحكم سببا في ذلك فقد يكون الحكم معيبا إجرائيا وقد يساء تطبيق القانون الى غير ذلك من العيب.

ومن جهة أخرى فإن المشرع حصر طرق الطعن غير العادية وبينها على وجه التحديد وعليه يتعين أن يقوم الطعن على أحد الحالات،ومنه يمكننا ايجاز الفرق بينهما كما يلي:

-في طرق الطعن العادية فان الطاعن يؤسس طعنه على اي حالة دون قيد بينما في طرق الطعن الغير عادية فإن الطاعن عليه أن يؤسس طعنه على أحد العيوب المذكورة حصرا

-في الطعون العادية تعيد الجهة الناظرة في الطعن النظر في موضوع النزاع برمته من جديد بينما في الطعون غير العادية لا ينظر إلا في العيب محل الطعن او الاثارة فقط.

-للطعون العادية لها أثر موقف في التنفيذ إلا اذا نص القانون على خلاف ذلك ،أما

الطعون غير العادية فليس لها أثر موقف في التنفيذ إلا اذا نص القانون على خلاف ذلك.

–وطرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة أما طرق الطعن الغير عادية فهي التماس اعادة النظر والطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة وتصحيح الأخطاء المادية[1].

وقد بين المشرع طرق الطعن في المواد المقرر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من المادة 313 إلى المادة 322.

الطعن بالمعارضة لا يكون إلا ضد الأحكام الغيابية وترفع المعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم الغيابي وتهدف المعارضة الى مراجعة الحكم أو القرار ويفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح الحكم أو القرار كأن لم يكن إلا إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل (حالة الأوامر الاستعجالية)المادة 327 ق.إ.م.إ،ولا عيب في ذلك لأن المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي إنما أصدرته دون أن تستمع إلى أقوال الخصم المعارض وبالتالي فلا مانع من إعادة النظر في حكمها وتعديله أو إلغاؤه.

لا تقبل المعارضة في الحكم الغيابي من طرف الخصم الغائب إلا مرة واحدة المادة 331 من ق إ م إ وإذا تخلف الخصم المعارض عن الحضور مرة أخرى فلا يجوز له الطعن بمعارضة جديدة والمعارضة في الحكم تلغي الحكم برمته ويعاد فيه النظر من جديد.

والمعمول به الآن في المحاكم وأجهزتها الإدارية،أن يحفظ كل ما يتعلق بالقضية في سجلات تتضمن إجراءات الدعوى والمرافعات،وسماع الشهود وأسماءهم،وأسماء الخصوم،وكل ما يتعلق بالدعوى بشكل عام.[2]

1– بحث عن أحكام المفقود في القانون الجزائري أنظر الرابط الإلكتروني https://www.mohamah.net/law بتاريخ 25-05-2022،13:56 h.

2–عبد المنعم سقا،مرجع سابق،ص 94.

لا تخلو عودة الغائب من أن تكون واحدة من صورتين: فإما أن تكون عودته بعد رفع الدعوى عليه، وقبل صدور الحكم، أو أن تكون بعد الحكم، فهل ثمة أثر يترتب على عودته فيما يخص إمضاء الحكم ونفاذه أم لا.

سنأتي على بيان ذلك في كل صورة بشكل مستقل فيما يأتي:[1]

الصورة الأولى:أن يقدم الغائب قبل الحكم وبعد الدعوى،وهنا تعد عودته مانعة من إصدار الحكم،ويوقف لحين حضوره إلى مجلس القضاء،فإن حضر وجرح الشهود،أو ادعى قضاء الحق،أو الإبراء منه،وأثبت ذلك ببينة،سقطت الدعوى،وإلا حكم القاضي عليه بعد تعديل الشهود.

في حالة طلب المدعى عليه من القاضي مهلة أعطاه القاضي مدة ثلاثة أيام، فإن طعن في الشهود وأثبت ذلك سقطت الدعوى، وإلا حكم عليه، هذا ما ذهب إليه الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب، وليس فيه خلاف يذكر.

الصورة الثانية:أن يقدم الغائب بعد صدور الحكم فإن طعن بالبينة وجرح الشهود بأمر كان فيهم قبل الشهادة نقض الحكم.

أما إن جرحهم بأمر طرأ عليهم بعد أداء الشهادة يمنعهم منها فلا يؤبه بهذا الجرح،ولا ينقض الحكم،وكذلك إذا جرحهم وأطلق دون بيان وقت لم يقبل القاضي جرحه؛لأنه يجوز أن يكون جرحه لهم قد طرأ عليهم بعد الحكم.

1-عبد المنعم سقا،مرجع سابق،ص 95.

أما بالنسبة لعودة الغائب و حقه في الطعن في نظر الفقه:

يرى فقهاء الشريعة في أنه إذا عاد الغائب وحضر مجلس القضاء أطلعه القاضي على بينة خصمه، وقرأ عليه شهاداتهم وأسمائهم، وأماكن إقامتهم، سواء أكان ذلك قبل الحكم أم بعده،ولكن لا يجاب طلبه إذا ما طلب إعادة سماع الشهود في حضوره[1]؛لأن الشهادة قد أديت.

وقد نص المالكية على وجوب التصريح بأسماء الشهود الذين يثبت بهم الحكم على الغائب، ليتمكن من رد شهادتهم في حال عودته[2] فإذا لم يسم القاضي المشهور بعدالته الشهود ولم يسجل أسماءهم، وكان هؤلاء الشهود معروفين بالعدالة عند القاضي، لم يقبل فيهم طعنا ولا ينقض الحكم.

أما إن لم يكن الحاكم مشهورا بالعدالة والفضل،فإن عدم تسمية الشهود يتيح لمن بعده أن يتعقب الحكم،وأن يطالب بنقضه[3].

هناك رواية أخرى عند المالكية باستحباب التسمية ونفاذ الحكم[4]سواء أسجل أسماء الشهود وصرح بهم أم لم يفعل إلا أنها رواية مطروحة عند قضاة المالكية.

إن نقض الحكم يترتب عليه استرداد الحق بذاته إن كان قائما بيد المدعي،أو التعويض عنه إن تعذر الاسترداد بما يحقق إعادة الحق إلى نصابه،وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء بشكل عام،وإن لم ينصوا على ذلك صراحة فيما اطلعت عليه.[5]

1- أبو العباس القليوبي حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج،ج4 دار الفكر،بيروت،لبنان،د.ط،د.ت.ن ص 314.

2- أبي بركات أحمد الدردير،مرجع سابق،ص 162.

3-فتح العلي المالك لعليش،ج 2،مرجع سابق ص 297،أنظر أيضا بن فرحون،ج1،مرجع سابق،ص 99.

4- أبو عبد الله،محمد بن عبد الله الخرشي المالكي شرح الخرشي على مختصر خليل،ج7،دار الفكر للطباعة،بيروت،لبنان د.ط.د.ت.ن، ص 173.

5-عبد المنعم سقا مرجع سابق،ص 95.

المطلب الثاني:الآثار المترتبة على الحكم بالغياب

من المتفق عليه أن الأحكام القضائية لها آثار على أطراف الدعوى فيترتب على صدور الحكم القضائي إنهاء النزاع بشأن الحق موضوع الدعوى و بعد صدور الحكم القضائي تقرر المحكمة فيه لمن الحق المدعى به، ويختلف أثر هذا الحكم بحسب طبيعته،و هذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين،حيث سنتناول في الفرع الأول،الآثار المترتبة عن الحكم بالغياب بالنسبة لأسرة الغائب،أما في الفرع الثاني سنتحدث عن الآثار بالنسبة لأموال الغائب.

الفرع الأول:بالنسبة لأسرة الغائب

أولا:رأي الفقه الإسلامي في آثار الغياب من حيث الوطء و النفقة

مما لا مناص منه أن الزواج أو الحياة الزوجية مبنية على التشارك و الاقتران بين المرأة و الرجل،فإذا غاب هذا الأخير،اختلت عماد الأسرة،فهو حاميها وراعيها و مؤنسها،ومنفقها فهو القيم على أهله و باعث الدفئ فيها،و الزوجة إذا غاب عنها زوجها،تعتبر فاقدة لعماد زواجها ويحدث الضرر من ناحية الإنفاق.

يرى الفقه أن غيبة الزوج–غير المنقطعة–لا تخلو من أن تقترن بإحدى الحالتين:[1]

الأولى:أن يغيب الزوج تاركا لها ما يكفيها من نفقة، أو أن يرسل لها نفقة تكفيها.
الثانية: فأن يغيب الزوج دون أن يترك أو يرسل لها أي نفقة.

اختلف الفقهاء في حكم التفريق للضرر الناشئ عن غياب الزوج على قولين: فرأى بعضهم أنه لا حق لها في ذلك،على حين أجاز آخرون التفريق لهذه العلة،وفيما يأتي بيان ذلك:[2]

1–عبد المنعم سقا، مرجع سابق، ص 141.

2–عبد المنعم سقا، نفس المرجع ،ص 142 .

1-القول الأول:عدم التفريق بين المرأة وزوجها بسبب الغياب مطلقا سواء أطالت هذه المدة أم قصرت،وسواء أكانت بعذر أم بغير عذر،ما دام قد ترك لها ما تنفق منه على نفسها.

وهو ما ذهب إليه كل من الحنفية، الشافعية، والحنابلة في قول.

2-القول الثاني:جواز التفريق للضرر بسبب الغيبة إلا أن فيه تفصيلا:

ذهب **المالكية** إلى أن الإعسار بالنفقة و المؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه و بين أن تقيم معه بلا نفقة[1]،كما ذهبوا بالقول بجواز التفريق إذا تضررت المرأة بغياب زوجها مدة طويلة وخشيت الوقوع في الزنا،و ما تحتاجه الزوجة لحفظ عفتها و دفع الشك والاتهام حول من يؤنس وحشتها في مدة غيابه خاصة إن طالت المدة وانقطع الخبر،فتخشى أن تقع في غيابات الانحراف و الرذيلة.

سواء أكانت غيبته بعذر أم بغير عذر؛ فالقصد من التفريق عندهم هو رفع الضرر عن الزوجة؛ لأنها لا تستطيع الصبر على بعد زوجها، فلا أثر لقصد الزوج هنا ويطلق عليه ولو لم يقصد الضرر.

أما **الحنابلة** فقد نظروا إلى سبب الغيبة وفرقوا في الحكم بناءا عليها،فإذا كانت غيبة الزوج لعذر حاجة لم يفرق بينهما،وإن طالت مدة الغياب،مادام قد ترك لزوجته نفقة،ومن أمثلة ذلك غيابه في طلب العلم،أو طلب الرزق الضروري أو الجهاد في سبيل الله،أو الحج وغيره أما إن كانت غيبته لغير عذر،وتضررت المرأة،وطالبت بالتفريق فرق القاضي بينهما.

ويبدو أن التفريق هنا كان لإصرار الزوج على الغياب، قاصدا الإضرار بزوجته؛ لأنه غاب دون سبب وجيه فكان التفريق عقوبة له مقابل قصده.[2]

1-يوسف عطا الله محمد حلو،أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية،رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح الوطنية،نابلس،فلسطين2003،ص 73.

2-عبد المنعم سقا،مرجع سابق،ص 142-143.

وقد أوجب الحنفية النفقة على الزوج للمعتدة منه بسبب الفرقة الناجمة عن طلاق،سواء أكان رجعيا أم بائنا،ولا فرق في ذلك بين كون الزوجة حاملا أو حائلا.

ويستوي في ذلك أيضا أن تكون الفرقة من قبل الزوج أو المرأة، ويستثنى من ذلك أن تكون الفرقة من قبلها بمعصية، فتسقط نفقتها عندئذ.

وحجة الحنفية في ذلك:أن الاحتباس في الصور السابقة قائم بعد نكاح صحيح.

أما الجمهور فقد أوجبوا النفقة للمطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا إذا كانت حاملا لبقاء حق الزوج؛لانشغالها بمائه، فصار كالاستمتاع بها في حال الزوجية،أما الحائل البائن،فلا نفقة لها لزوال الزوجية مع أن الاحتباس مستمر[1] .

ثانيا:رأي المشرع الجزائري في آثار الغياب من حيث الوطء و النفقة

تستمر العلاقة الزوجية بعد الحكم بالغياب و تبقى قائمة،يثبت بذلك للزوجة حقين:

-الحق في النفقة.

-الحق في طلب التطليق.

أ-حق الزوجة في النفقة

نص المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الاسرة على أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ،و هو الرأي الذي أخذ به المالكية وعليه فإن لزوجة الغائب الحق في النفقة من ماله إذا ما أثبتت وجود علاقة زوجية قائمة بينهما بموجب عقد صحيح[2]،و بعد تحليفها يمين الاستثاق (يمين الاستثاق أن يحلف القاضي الزوجة بأنها لم تطلق و انتهت عدتها وليست ناشزا)فتنفق الزوجة من مال زوجها الغائب،وإن أنفقت من مالها على نفسها يكون ذلك بمثابة الدين في ذمة زوجها[3] و بناء على ماسبق يحق للزوجة أن ترفع دعوى

1-أبو عبد الله،محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي،القوانين الفقهية،دار الكتب العلمية،بيروت،د.ط د.ت.ن ص 147.

2-قانون الأسرة الجزائري.

3- أفلالاي صبرينة،خيموزي،مرجع سابق،ص 62.

النفقة و يقضي لها القاضي بذلك بعد التأكد من وجود مال لدى زوجها الغائب و ليس له ان يأمر ببيع العقارات بل له أن يأمر بنفقة الزوجة من إيجار هذه العقارات وقد حدد قانون الأسرة الجزائري عناصر النفقة في نص المادة 78 فهي تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و كل ماهو من الضروريات في العرف و العادة[1] ،أما فيما يخص نفقة الأولاد فقد جاء في مضمون نص المادة 75 من ق.أ.ج أنها تجب على الأب ما لم يكن له مال،وفي حال عجزه تجب على الأم إذا كانت قادرة بحسب نص المادة 76 من نفس القانون.

ب-حق الزوجة في طلب التطليق

تطرق المشرع الجزائري إلى حق الزوجة في طلب التطليق في نص المادة 112 من قانون الأسرة التي أحالت ذلك على المادة 53 معدلة في فقرتها الخامسة والتي جاء في فحواها أنه يمكن للزوجة ان تطلب التطليق لغيبة الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ونفقة،وفي ذلك مراعاة لمصلحة الزوجة درءا للضرر فأجاز لها القانون أن تلجأ للقاضي طالبة تطليقها منه و لكن قيد المشرع الجزائري هذا الحق بثلاث شروط وهي [2]:

-أن تستمر مدة غيبة الزوج سنة كاملة.

-أن يكون غيابه لغير عذر مقبول.

-أن لا ينفق الزوج على زوجته لمدة سنة كاملة.

الشرط الاول :

غياب الزوج لمدة سنة يسري على الغائب و المفقود على اعتبار ان المشرع لا يفرق بين المصطلحين،و هو أن لا تدري الزوجة مكان زوجها و حاله ،ذلك بأن يغادر بيت الزوجية فلا يظهر له اثر لمدة سنة كاملة.

1-قانون الأسرة الجزائري.

2- بحث عن أحكام المفقود في القانون الجزائري أنظر الرابط الإلكتروني https://www.mohamah.net/law بتاريخ 25-05-2022، 13:56 h.

الشرط الثاني:

أن يكون غيابه بلا عذر لان ذلك يبين تعمد الزوج إضرار و إيذاء زوجته فيعتبر إنسانا مهملا لعائلته، ومتهربا من واجباته، ومخلا بالتزاماته، فغياب العذر المقبول والسبب الشرعي في العادة يؤدي إلى الإضرار بالزوجة و إيذائها، ولهذا فقد نص الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج وإنذاره بالعودة و إلا طلقت عليه زوجته، فإذا كان معلوم المكان و لم يجب طلق عليه بلا إعذار[1]،مما يجيز تطليقها منه،بينما لو غادر الزوج طالبا العلم أو بحثا عن العمل فيعتبر ذلك عذرا مقبول و لا تقبل دعوى تطليقها منه،وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع و الضرر الناتج عنه.

الشرط الثالث:

اشترط المشرع أن لا ينفق الزوج الغائب على زوجته مدة سنة كاملة،ذلك لان الإنفاق هو شرط احتباس الزوج لزوجته و نيته في الإبقاء عليها تحت عصمته،فمتى ثبت أن الزوج ينفق على زوجته خلال السنة مع الملاحظ أن حالة الغياب بدون ترك النفقة، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يتأكد منها بكل الطرق و الوسائل و ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، ووضعيته التي أصبح فيها خلال مدة الغياب، وما إذا كان التحويل النقدي ممكنا وغير ذلك يتأكد هل عدم إنفاقه أو عدم بعث الأموال إلى عائلته فعل متعمد و إرادي فهو إذن إهمال عائلي، أم أن ما يرسله من أموال كنفقة لا تصل إلى الزوجة بسبب خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري، أو في العنوان، فيكون ذلك عذرا شرعي[2] ويدخل تحت طائلة الأسباب القاهرة الخارجة عن إرادته و أسباب و ظروف غير متوقعة حال ذلك دون تطليقها منه رغم أن هذا الشرط لم يأخذ به الإمام مالك رضي الله عنه و أجاز تطليق الزوجة إذا غاب عنها زوجها لمدة سنة كاملة و لو ترك لها مال تنفق منه اعتبارا للضرر الذي يلحق بها.

1-اليزيد عسات بلمامي،التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري،رسالة ماجستير كلية الحقوق،جامعة الجزائر،سنة 2002-2003،ص 126.

2-فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق،ج1 المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،سنة1985،ص 294.

عندما ترفع الزوجة دعوى التطليق للغيبة على القاضي أن يتأكد من توافر الشروط السابقة الذكر،و أن ينظر ما اذا كان الزوج الغائب معلوم المكان فيضرب له أجلا و يعذره بأن يحضر للإقامة مع زوجته،أو ينقلها إليه أو يطلقها،فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم بذلك حكم القاضي بتطليق زوجته منه طلاقا بائنا،و إن لم يكن الزوج معلوم المكان يحكم القاضي بتطليق زوجته في الحال دون حاجة لإعذاره[1].

والملاحظ على نص المادة 53 الفقرة الخامسة من قانون الأسرة أنه لا يمكن تطبيقه على مفهوم الغيبة المقصودة في نص المادة 109 والمادة 110 من قانون الأسرة فما جاء في نص الفقرة الخامسة يخص الغائب الذي تعلم حياته وكان ذلك أن الغيبة المقصودة في نص المادة53 غيابه بدون عذر ولا نفقة وتسبب غيابه في ضرر للزوجة مما استوجب تطليقها بناءا على طلبها.

في حين أن الغيبة المقصودة في المادتين 109 و 110 تخص المفقود والغائب اللذان كان غيابها بعذر مقبول، وتسبب غيابهما في إحداث ضرر للزوجة،بالتالي إذا طبقنا نص المادة 53 فلا يحكم القاضي بالتطليق على اعتبار أن الضرر الواقع على الزوجة كان بسبب عذر مقبول وهو القوة القاهرة بالنسبة للغائب والجهل بحاله[2]المفقود،فلا مجال لتطبيق نص المادة 112 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى نص المادة 5/53 من نفس القانون.

ونقترح أن يتم تعديل نص المادة 112 وأن يحيل إلى نص المادة 53 فقرة10 التي تجيز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، إذ أن هذا الشرط عام والمشرع الجزائري لم يحدد المقصود به، وترك الأمر للاجتهاد القضائي.

1-بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، طبعة1999 ص299.

2-أفلالاي صبرينة،خيموزي،مرجع سابق،ص 65.

إضافة إلى عمومية هذا الشرط فهو ينسجم مع آراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا أن الفقد والغياب يرتبان ضررا يجيز للزوجة طلب التطليق، على اعتبار أن الزوجة تدخل في حكم الغير المتضرر من الغياب، حتى وإن لم يكن المقصود إلحاق الضرر.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتحدث في الفصل الثالث المتعلق بالنفقة عن مسقطاتها بالنسبة للزوجة إلا ما جاء في نص المادة 75 بالنسبة لنفقة الولد،أو ما جاء في نص المادة 76 من ذات القانون في حالة عجز الأب عن الانفاق حيث ينتقل وجوبها إلى الأم إذا كانت قادرة ،و لم يتحدث عن وجوب النفقة من عدمه بالنسبة للزوجة غير المدخول بها من عقد صحيح سواء كان عدم الدخول بها لعذر أو بدون عذر،و لم ينص هل للقاضي حق التقدير في ذلك أم لا مما يدفع بالغموض في النصوص القانونية خاصة من حيث التطبيق فقد يحدث أن يغيب الزوج عن زوجته قبل الدخول بها،فالمشرع لم يوضح لنا الأحكام الخاصة بغير المدخول بها من عقد صحيح بخلاف ما ذهب إليه الفقه،فنلتمس من المشرع إعادة النظر في النصوص الواردة في قانون الأسرة لتوضيحها أكثر و رفع اللبس عنها .

أما بالنسبة للعدة :لم يذكر المشرع عدة المطلقة في دعوى الغائب بشكل صريح،بل ذكر عدة المحكوم بفقد زوجها من تاريخ صدور الحكم بفقده و أعطاها حكم عدة المتوفى زوجها وهي اربعة أشهر و عشرة أيام و هو ما جاء في نص المادة 59 ق.أ.ج،و باعتبار أن المشرع قد أعطى الغائب نفس حكم المفقود (كما يعرف في اللغة بالمعدوم) كما جاء في نص المادة 110"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة.....يعتبر كالمفقود"[1]على عكس تعريف المادة 109 للمفقود، فالغائب هنا قد يكون معلوم الحال معلوم المكان لكن حال دون عودته الظروف القاهرة، وهو ما جاء في التعريفات السابقة للغائب،كما أن الحكم بالغياب يكون بعد مضي سنة بخلاف المفقود بمضي أربع سنوات بعد التحري في الحالات التي تغلب فيها السلامة،يفوض الأمر بعدها للقاضي في تقدير المدة المناسبة،فلا يمكن أن نعطيهما نفس حكم العدة،و عليه

1- قانون الأسرة الجزائري.

نرجوا من المشرع إعادة النظر في ذلك و تعديل النصوص السالفة الذكر،كما لم ينص المشرع الجزائري صراحة على عودة المطلقة للغياب أو الفقد بعد ظهور المفقود أو الغائب من عدمها"

حالة ظهور المفقود حيا:

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته سواء حضر أو لم يحضر فإن ذلك يؤدي إلى ثبوت حقه في زوجته قائم ما لم تتزوج دون عقد جديد.

–و إن كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم وبعد انتهاء عهدتها و لم يدخل بها،فإنها تعود إلى المفقود لأن زوجيته قائمة،و ظهر أن الأساس الذي قام عليه الحكم غير صحيح بل باطل فتعود إليه.

–أما إذا كان الثاني قد دخل بها و كان حسن النية أي أنه لا يعلم،و يجهل قيام حياة المفقود وقت العقد فإن الزوجة تكون له لأنه تزوجها بعقد شرعي بناءا على حكم قضائي وبالتالي لا يفسخ العقد.

–أما إذا كان دخل بها و ثبت أنه سيئ النية،أي أنه كان يعلم بأن المفقود حيا و سيعود يوما وعلمه بحياة المفقود وقت العقد فإنها تكون للمفقود وهذا هو ملخص رأي الإمام مالك"[1]

الفرع الثاني:بالنسبة لأموال الغائب

إذا كان للغائب أموال يعجز في إدارتها لسبب غيبته سواء بنفسه أو بواسطة فلا بد لها إلى من يقوم بحفظها وإدارة شؤونها والإشراف عليها خشية تعرضها للهلاك أو الضياع،وذلك حرصا على أن لا تمتد إليها يد عابث،أو تتطلع إليها نفس راغب،وقد ترتبط بمال الغائب بعض الحقوق التي يتوجب إخراجها منه، وذلك كسداد ديونه التي يحل وقتها خلال غيابه،ونفقة زوجته وأولاده.

1–اليزيد عسات بلمامي،مرجع سابق،ص 132.

أولا:من الناحية الفقهية

يرى الفقه أنه إن لم يكن للغائب وكيل أو نائب فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة النظر في حفظ أمواله بما يحقق المصلحة له[1]فيقيم من يحفظ أمواله ويستوفي غلاته ويعمر عقاره ويسقي زرعه ويقطف ثمره ويرعى شؤونه؛لأن القاضي نصب لتحقيق مصالح المسلمين،ومنها النظر لمن عجز عن التصرف بنفسه كالصبي والمجنون إذا لم يكن لهما ولي فكذلك الغائب إذا كان عاجزا عن حفظ ماله والتصرف فيه بنفسه لغيابه وبعده عنه،فهو بحكم الصبي أو المجنون لعجزه عن التصرف،فإذا دعت الحاجة لذلك كأن خيف على المال،أو أشرف على الضياع،أو أصبحت الحاجة ماسة في استيفاء حق ثبت على الغائب،فإن الشرع يسلط الحاكم على مال الغائب[2] في حدود ما يحقق حفظ هذا المال وتعهده حين الحاجة،أو بإخراج حق ثبت على صاحبه ويشترط في ذلك كله أن تمتد الغيبة وتعسر المراجعة.

أما إن كان للغائب وكيل أقامه بنفسه قبل غيبته أو بعدها وأثبت الوكيل ذلك،فإن هذا الوكيل هو الذي يقوم –وفي حدود الوكالة فقط–بإدارة شؤون الغائب وأعماله،وحفظ أمواله واستيفاء حقوقه ورعاية مصالحه[3]،ويستمر في أداء المهام الموكولة إليه إلى أن يعزله الموكل.

ثانيا–من الناحية القانونية

عندما يحكم القاضي بالغياب أو الفقدان يتوجب عليه طبقا لأحكام المادة 111 من قانون الأسرة أن يقوم بحصر الأموال إن وجدت،وهذه مسألة فنية من اختصاص أهل الخبرة وعليه يكون على القاضي أن يأمر بموجب حكم تمهيدي بتعيين خبير قضائي تسند له مهمة حصر الأموال من منقولات وعقارات.

1– أحمد الدردير ،مرجع سابق،ص243،البهوتي،مرجع سابق ص 27.

2–زين الدين عبد العزيز المليباري،فتح المعين ج4،دار الفكر ،بيروت،لبنان،دط،د.ت.ن،ص 245.

3–ابن فرحون،مرجع سابق،ص 162–163.

بعد حصر أموال المفقود والغائب يعين القاضي في حكمه مقدما لحفظ وإدارة أموالهما وتنص المادة 111 من قانون الأسرة على ما يلي" :على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون "

أ-تعيين المقدم

حيث يستنتج من هذه المادة أن الحكم بالفقد والغياب يجب أن يتضمن تعيين مقدم لإدارة مصالحهما،سواء كان من الأقارب أو غيرهم[1] وبالعودة إلى نص المادة 99 من قانون الأسرة،فإنها تنص على ما يلي" :المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقاربه،أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة " و هو ما نصت عليه المادة 182 من نفس القانون.

كما تنص المادة 100 من نفس القانون على أنه" :يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام " بالتالي فالمقدم يخضع لنفس أحكام الوصي،مما يستوجب الرجوع إلى نص المادة 93 من قانون الأسرة التي تنص على أنه ":يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا،بالغا،قادرا،أمينا،حسن التصرف،وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة "

ب-شروط المقدم

1-أن يكون مسلما

فإذا كان المفقود أو الغائب المراد إخضاعه للتقديم مسلما فإن ذلك يفرض أن يكون المقدم بدوره مسلما لأنه لا ولاية لغير مسلم على المسلم و هذا هو المتفق عليه عند فقهاء

1-أحمد سي علي،مدخل للعلوم القانونية،النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،دط،سنة 2013 ص 54.

الشريعة الإسلامية،والهدف من ذلك ألا يكون لاختلاف الدين بين المقدم والمفقود أو الغائب أي أثر من حيث الحالة الدينية لهما.[1]

2-أن يكون عاقلا

يجب أن يكون المقدم عاقلا فلا يثبت التقديم للمجنون ونحوه لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه، فلا يولى شؤون غيره.

3-أن يكون بالغا

أن يكون المقدم بالغا سن الرشد،أي متمتعا بقواه العقلية ذو أهلية أداء كاملة ولم يحجر عليه فلا يثبت التقديم للصبي لأنه قاصر ولا يهتدي إلى وجود المصلحة أو المنفعة،وهو بنفسه يحتاج إلى من يقوم على شؤونه وهو ما أكدته المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص على : "يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر"

4-أن يكون قادرا

فالمقدم يجب أن يكون قادرا على أداء المهام الموكلة إليه أي أن يكون قادرا على حماية وحفظ مال المفقود والغائب وإدارته ويجب أن يكون ميسور الحال وذا وسيلة مشروعة للكسب والعيش فلا يمكن في هذا الصدد أن يكون الشخص الذي تم اختياره أو تعيينه محكوما عليه بالإفلاس إلا إذا رد إليه اعتباره .[2]

5-أن يكون أمينا وحسن التصرف

فالخائن ليس أهلا للثقة، فالإشراف على مصالح الغير يتطلب استقامة وثقة وحرصا وتصرفا بالحكمة تصرف الرجل الحريص، وذلك ضمانا لعدم تبديد أموال المفقود والغائب، لذا

1-هادي محمد عبد الله أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي دار دجلة الأردن، ط1، سنة 2010 ص 154.

2-محمد سعيد جعفور،مرجع سابق،ص 616.

لا يمكن اختيار أو تعيين من هو سيئ السيرة والتصرف مقدما ليتولى شؤون المفقود والغائب ويسير أمواله .

واشترطت المادة 471 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط رضا المقدم بهذه المهمة،حيث نصت على ما يلي" :يعين القاضي المقدم ...بعد التأكد من رضاه "

إذا توفرت هذه الشروط[1]،يعين القاضي الشخص الذي يدير مصالح المفقود، وهو الولي أو الوصي أو المقدم إذا كان ناقص الأهلية أو فاقدها، أما إذا كان كامل الأهلية فيعين له مقدم وعادة ما يكون هو المدعي نفسه،وفي حالة ما إذا ترك الشخص المفقود أو الغائب وكيلا قبل فقده أو غيابه، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي تثبيته كمقدم إذا توفرت فيه الشروط السابقة الذكر ما لم يعترض على ذلك الورثة .

وفي حال لم يقم القاضي بتعيين مقدم من تلقاء نفسه، يجوز للأقارب أو من له مصلحة أو النيابة العامة حسب المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري تقديم طلب تعيين مقدم في شكل عريضة أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة.

ومن مهام المقدم إدارة الأموال بالمحافظة عليها و التصرف فيها فيما يراه من مصلحة الغائب،وهو يملك نفس سلطة الولي بحسب نص المادة 95 من ق.أ.ج.

وبالرجوع إلى نص المادة 88 من نفس القانون نجدها تنص على ما يلي" :على الوصي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص،ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام،وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

-بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

-استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

1- أفلالاي صبرينة،خيموزي،مرجع سابق،ص 51.

-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

يلاحظ على هذه المادة أن هناك مجموعة من الأعمال لا يمكن للمقدم أن يباشرها من تلقاء نفسه إلا بعد الحصول على إذن من القاضي، وذلك رعاية لمصلحة، الغائب والحفاظ على أمواله، نظرا لما قد ينتج من خطورة التصرفات على أموال الغائب أو المفقود و التي ذكرتها المادة 88 على سبيل الحصر.

وأضافت المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري شرطا آخر وهو أن:"على القاضي أن يراعي في الإذن:حالة الضرورة والمصلحة،وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني "والغاية من ذلك حماية مصالح الغائب والمفقود وتفادي حصول الغبن في بيع العقار.

فيقوم المقدم بجميع الأعمال اللازمة لحفظ أموال الغائب كجمع الغلات وحفظها،ودفع زكاتها والمطالبة بحقه لدى الغير إذا حل أجلها وتسديد ما على المفقود والغائب كأقساط التأمين على ممتلكاته وإدارة المحلات التجارية والمشاريع ...إلخ.[1]

ويلتزم المقدم بتقديم تقارير دورية تتضمن عرضا عن هذه الإدارة وهذا تطبيقا لنص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا بالنسبة لإدارة أموال الغائب، أما بالنسبة للدعاوى الشخصية كالطلاق، أو الدعاوى الجزائية فلا يمكن للمقدم مباشرتها لتعلقها بمبدأ شخصية العقوبات.

جـ-إنهاء مهام المقدم

عند الرجوع إلى نص المادتان 96 و 115 من قانون الأسرة الجزائري نستنتج أن مهام المقدم تنتهي بأحد الأسباب التالية:

1- أفلالاي صبرينة،خيموزي،مرجع سابق،ص 56.

-عودة الغائب إلى محل إقامته المعتاد،أو ظهور المفقود حيا إذ يحق لهذين الأخيرين تقديم طلب إلغاء مهام المقدم ويسترجعا إدارة الأموال الخاصة بهما وشؤونهما.

-صدور الحكم بوفاة المفقود وفي هذه الحالة تصبح تركته من حق الورثة،ولهم طلب إنهاء مهام المقدم.

-زوال أهلية المقدم كأن يصيبه عارض من عوارض الأهلية أثناء تأديته المهام أو موته.

كما تنص المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه" :يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي،عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة."

-قبول عذره بالتخلي عن مهامه.

-عزله بناء على طلب من له مصلحة إذ ثبت من أعماله ما يهدد مصلحة المفقود أو الغائب ،إضافة إلى ما نصت عليه المادة 97 من قانون الأسرة على أن المقدم إذا انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته إلى المقدم الجديد أو الورثة،ويقدم عنها حسابا بالمستندات في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته،وفي حالة وفاة المقدم أو فقده فعلى ورثته تسليم الأموال بواسطة القضاء إلى المعني.

ما يلاحظ على هذه المواد 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 و بذلك يكون المشرع عندما أخضع الغائب و المفقود لأحكام التقديم قد جعله في مركز ناقص الأهلية أو فاقدها ،و هذا أمر لا يمكن الجزم عليه خاصة و أنه بالرجوع للفقه الإسلامي نجد اختلافا في الآراء،بحيث ذهب البعض إلى القول بأن المفقود بهذه الصفة صار كالصبي

والمجنون[1]

في حين ذهب البعض الأخر إلى القول أن الغائب شخص كامل الأهلية و لكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه و مصالح الناس[2] وذهب البعض الأخر إلى القول بأن هناك حالات يستكمل فيها الشخص أهليته و لكن لا يمارس تصرفاته لغياب أو فقد فيعين له القاضي وكيلا قضائيا يدير شؤونه.

كما أن هناك مجموعة من الحقوق التي تثبت للغائب والمفقود خلال فترة الغياب والفقد وقبل صدور الحكم بوفاة المفقود ومنها ما يثبت لهما عن طريق الميراث،ومنها ما قد يثبت لهما عن طريق التبرعات كالهبة والوصية، الوقف،وقد يبرم الغائب أو المفقود مجموعة من التصرفات التي تنشئ في حقه التزامات تبقى قائمة حتى بعد الفقد أو الغياب، والمقصود بهذه الالتزامات هو ما يثبت على الغائب والمفقود من حقوق للغير ويمكن أن تنشأ عن عقود تبادلية كالإيجار والقرض والبيع...، حيث يقوم المقدم بتنفيذ كل الالتزامات كنقل الملكية للشيء المبيع وتسليمه إلى المشتري، وضمان العيوب الخفية،إذا كان الغائب أو المفقود هو البائع، أما إذا كان هو المشتري فيقوم المقدم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كتسليم الثمن وتسلم الشيء المبيع.

إن القراءة المنطقية للمادتين 99 و 111 من قانون الأسرة الجزائري تستقيم لو كان الشخص المحكوم بفقدانه ناقص الأهلية لصغر سنه أو فاقدها لجنون،و لم يكن له ولي أو وصي فيحكم القاضي بتعيين مقدم عنه يتولى تسيير أمواله،رغم أن هذا التحليل يجعلنا نطرح تساؤلا أخر حول إمكانية تعيين مقدم مع وجود الولي أو الوصي،كون أن المادة 99 تشترط

1-أحمد نصر الجندي،مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما،م1،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر،ط2،سنة 1978،ص 955.

2-معوض عبد التواب،موسوعة الأحوال الشخصية،ج2، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع المنصورة،مصر،ط4،سنة 1988،ص 1012.

للحكم بتعيين مقدم أن لا يوجد ولي أو وصي،و قد جرت العادة على أن يتقدم الولي بطلب تعيينه مقدما فيقضي له القاضي بذلك.[1]

على العموم لا يجب الخلط بين الحكم بفقد الشخص والحكم باعتباره ميتا، ذلك أن المفقود يعتبر حيا قبل صدور الحكم باعتباره ميتا وبالتالي يعامل معاملة الغائب، فليس للحكم بالفقد أي أثر على الشخصية القانونية للمفقود، ومنه تبقى التزامات وحقوق كل منهما قائمة.

1- بحث عن أحكام المفقود في القانون الجزائري أنظر الرابط الإلكتروني https://www.mohamah.net/law بتاريخ 25-05-2022، 13:56 h.

خاتمـــة

خاتمة

وبذلك نكون قد أتممنا دراستنا الوجيزة لأحكام الغائب من الناحية الموضوعية التي تحدثنا فيها عن ماهية الغائب وبيان أقسامه والفرق بينه و بين المفقود في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري والناحية الإجرائية التي اعتمدنا فيها على الآراء الفقهية والنصوص القانونية حول رفع دعوى الغياب و الآثار المترتبة عن الحكم بالغياب التي التمسنا فيها قلة النصوص القانونية المتعلقة بالغائب و الغموض الذي يشوبها خاصة من حيث التطبيق .

وما أثبتته هذه الدراسة هو:

أولا:نتائج الدراسة

1-أن الغائب:هو من غادر موطنه وأهله، أو ترك مكان إقامته وعمله لأي سبب كان ولم يعد إليه بحيث تعذر عليه تدبير شؤونه أو إدارة أمواله والإشراف عليها، سواء أكانت حياته وأخباره معلومة أم مجهولة،وهو أعم من المفقود فهو يشمل الغائب حقيقة،والغائب حكما وهو المفقود،إلا أنه إذا أطلق الغائب في الاستخدام الفقهي،فإنه ينصرف إلى من كان غير موجود لأي سبب،وكانت حياته معلومة،وكذلك أخباره،ولا يصرف هذا اللفظ إلى المفقود في كثير من الأحيان إلا بشرط إضافة صفة أو قيد إليه،كأن يوصف بالغائب غيبة منقطعة.

2-لابد من الإشارة إلى أن استخدام الفقهاء لاصطلاح الغيبة المنقطعة لم يكن مقتصرا على المفقود وحسب،إنما استخدموه أيضا في بعض الأحيان للغائب الذي سافر إلى بلد واستقر فيها قاصدا الاستيطان،أو لذلك الذي بعدت غيبته،وانقطع عن العودة إلى أهله مع أن حياته معلومة.

3-أما في نظر المشرع الجزائري فإنه لم يتضمن إلا طائفة واحدة من الغائبين، وهو الذي منعته الظروف القاهرة من العودة إلى محل إقامته ويدخل تحت مصطلح المفقود، أما تعريف المفقود، فقد ساوى المشرع فيه بين الفقدان والموت وقد أظهرت القوانين المتتالية التي صدرت بشأن المفقود أنها تخص الأشخاص الذين يفقدون في ظروف يمكن القطع فيها بوفاتهم.

4-كما يلاحظ أيضا على تعريف المشرع الجزائري للغائب أنه جاء ناقصا بخلاف تعريف المفقود في المادة 109 "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا تعرف حياته أو موته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم حيث لم يتطرق في تعريفه للغائب إلى نقطتين:

النقطة الأولى:العلم بمحل إقامة الغائب من عدمه.

النقطة الثانية:التأكد من وصول الكتاب من وإلى الغائب من عدمه.

و هو ما جاء به الفقه الاسلامي في تعريفاته للشخص الغائب خاصة المذهب المالكي الذي يعد مرجعا للتشريع الجزائري حيث خالف المالكية جمهور الفقهاء في قولهم:إن الغائب في اصطلاح الفقهاء هو من علم موضعه عند حديثهم عن الفرق بين الغائب و المفقود.

5-باستقراء نص المادة 110 ق.أ.ج نجد أن مدة الغياب حددت بسنة واحدة لِإعتبار الشخص غائبا،وهذا رأي بعض الفقهاء و البعض الآخر لم يعتد بهذه المدة،غير أن المشرع في تعريفه للمفقود في المادة 109 لم يحدد مدة الفقد،ثم جاء في المادة 113 نجد أنه أجاز الحكم بموت المفقود في ظروف معينة بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي بعض الحالات للقاضي السلطة التقديرية في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات،فما هي مدة الحكم بالفقد قبل الحكم بموت المفقود،هل أغفلها المشرع ؟كما أن المشرع الجزائري لم يذكر حدوث ضرر للغير من المفقود في نص المادة 109 بخلاف ما جاء في المادة 110 بالنسبة للغائب التي جاء في آخرها واعتبر الغائب كالمفقود،فإن كان المفقود لا يحدث ضررا،فالغائب كذلك و على اعتبار المفقود هو الشخص الغائب كما عرفته المادة 109 فيفهم ضمنيا أن مدة الفقد هي نفسها مدة الغياب و هي سنة كاملة على حسب نص المادة 110.

6-أثبتت هذه الدراسة أن الشخص لا يعتبر غائبا أو مفقودا إلا بحكم قضائي بعد مرور المدة القانونية،بموجب دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة للمحكمة الواقعة في دائرة اختصاص موطن الغائب أو المفقود من طرف الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة حسب نص المادة 114 ق.أ.ج.

7-يتم الإثبات في دعوى الغياب عن طريق شهادة الشهود ومحاضر الضبطية القضائية و للقاضي السلطة التقديرية في تقديرها(قبولها أو رفضها)و بناء حكمه عليها.

8-لم يحدد قانون الأسرة الجزائري في حال عودة الغائب ما هي طرق الطعن الواجبة الاتباع في مثل هذه المسائل و لم يحل ذلك لأي من القوانين الأخرى،مما يحيلنا ضمنيا إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،و لم نجد إلا طريق الطعن بالمعارضة على اعتبار الحكم صادر في حق الغائب.

9-لم ينص المشرع على أثر رجوع الغائب من غيبته وأكتفى بنصه على أثر رجوع المفقود حيا و حقه في استرداد أمواله أو قيمة ما بيع منها،في حين سكت عن أثر الرجوع بالنسبة للزوجة المطلقة ،هل له الحق في استرجاعها و خاصة إن تزوجت من غيره بخلاف ما جاء به الفقه الإسلامي.

10-كما أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج التي اشترطت مرور سنة دون عذر و لا نفقة في حين كان للفقه آراء متباينة ما بين جواز التفريق بينهما من عدمه سواء كان هناك عذر أم لا،بينما الملاحظ على المشرع الجزائري أنه أجزم على عدم وجود عذر بالإضافة إلى الأسباب الأخرى للتطليق،إلا أن الغيبة المذكرة في المادة 5/53 لا تتحدث عن الظروف القاهرة لعدم تمكين الغائب من عودته بخلاف نص المادة 110 وهذا ما يوقع اللبس في فهم بعض المواد.

11-اتفق المشرع الجزائري في وجوب النفقة للزوجة مع رأي المالكية بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة وفق زواج صحيح على ضوء نص المادة 74 من ق.أ.ج،و الزوجة لها الحق في رفع دعوى المطالبة بالنفقة وللقاضي أن يحكم لها باستحقاقها لمدة لا تتجاوز السنة بناء على بينة و هو ما جاءت به المادة 80 من ق.أ.ج.

12- لم يذكر المشرع عدة المطلقة في دعوى الغائب بشكل صريح، بل ذكر عدة المحكوم بفقد زوجها من تاريخ صدور الحكم بفقده و أعطاها حكم عدة المتوفى زوجها وهي أربعة أشهر و عشرة أيام و هو ما جاء في نص المادة 59 ق.أ.ج.

13- إن القراءة المنطقية للمادتين 99 و 111 من قانون الأسرة الجزائري تستقيم لو كان الشخص المحكوم بفقدانه ناقص الأهلية لصغر سنه أو فاقدها لجنون،و لم يكن له ولي أو وصي فيحكم القاضي بتعيين مقدم عنه يتولى تسيير أمواله،رغم أن هذا التحليل يجعلنا نطرح تساؤلا أخر حول إمكانية تعيين مقدم مع وجود الولي أو الوصي،كون أن المادة 99 تشترط للحكم بتعيين مقدم أن لا يوجد ولي أو وصي،و قد جرت العادة على أن يتقدم الولي بطلب تعيينه مقدما فيقضي له القاضي بذلك.

ثانيا:المقترحات والتوصيات

1-حبذا لو يقوم المشرع الجزائري بتعديل نص المادة 110 من قانون الأسرة التي سوى فيها في الأحكام بين الغائب و المفقود الذي لا تعرف حياته من موته بخلاف الغائب الذي يجب أن يخصه القانون بتعريف خاص به و فصله عن المفقود الذي هو إحدى صور الغياب أصلا وضبط المصطلحات لتفادي الخلط حلال المقارنة باللغة الفرنسية.

2-نلتمس من المشرع إعادة النظر في نص المادة 112 من ق.أ،التي تحيل طلب تطليق الزوجة للغيبة إلى الفقرة الخامسة من المادة 53،والتي تجيز التطليق للغيبة بدون عذر بخلاف نص المادة 110 التي نصت أن غيبة الغائب تعود إلى ظروف قاهرة خارجة عن إرادة الغائب،كما أنه لا يعقل من كان تحت ضغط الظروف القاهرة أن يتعمد إحداث الضرر للغير.

3-حبذا لو يقوم المشرع بإضافة فقرة لنص المادة 111 أو نص جديد فيما يخص أموال الغائب من حيث حصرها و مقدما عليها كما نص على ذلك بالنسبة للمفقود و هذا لرفع اللبس و الغموض فيما يخص الغائب.

4-حبذا لو يستحدث المشرع نصا يخص فيه نفقة زوجة الغائب و المفقود خلال فترة الغياب و الفقد وبعد الحكم بذلك.

5-تعديل نص المادة 59 التي تنص على أن زوجة المفقود تعتد من تاريخ صدور الحكم بالفقد والأجدر أو الأصح من تاريخ صدور الحكم بالوفاة.

6-استحداث نص يبن فيه متى ترفع زوجة الغائب دعوى النفقة و دعوى التطليق ودعوى الغياب و أيهم ترفع أولا و بيان عدتها، لأنه إذا اعتمدنا على نص المادة 110 التي تعتبر الغائب كالمفقود،ولم ينص المشرع صراحة على عدة المطلقة للغائب،مما يفهن أنها تعتد عدة المفقود زوجها و هذا غير معقول،لذا يجب الفصل بينهما لرفع الغموض في تطبيق المواد.

7-إعادة النظر فيما يخص المقدم و ربطه بنفس أحكام الوصي خاصة فيما يتعلق بدعوى الغائب و المفقود، لأن المقدم الذي نصت عليه المادة 99 من ق.أ.ج يكون في حال عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها ،بينما الوصي يكون على القاصر،أما المقدم الذي تعنيه المادة 111 هو الذي يعين لتسيير أموال المفقود،لذا نقترح استحداث نص خاص بأحكام المقدم بالنسبة للغائب و المفقود على حدا و فصل أحكام المادة 99 عن المادة 111 تفاديا للخلط.

8-حبذا لو يستحدث المشرع نصا خاصا بالغائب العائد من غيبته فيما يخص استرداد أمواله و زوجته.

9-إضافة فقرة للمادة 115 فيما يخص زوجة المفقود العائد بعد فقده و التي تطلقت منه و تزوجت غيره و التي سكت عليها المشرع الجزائري بخلاف ما جاء في الفقه الإسلامي.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا:المصادر

من القرآن الكريم برواية ورش.

من الحديث:

– محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، صحيح البخاري ج2،تحقيق مصطفى ديب البغا،دار ابن كثير اليمامة،بيروت،ط5،سنة 1993.

القـوانيـن:

1- أمر رقم 75-58 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في يونيو2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد46.

2- قانون رقم11.84المؤرخ في9رمضان عام1404الموافق9يونيو سنة1984المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بموجب أمر02-05ج.ر،عدد15،صادر بتاريخ27فبراير سنة2005.

3-قانون رقم08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4-قانون رقم 03-06 مؤرخ في 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003،جريدة رسمية عدد 37 سنة 2003.

5- قانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة1929 المتضمن الأحوال الشخصية المصري المعدل بالقانون رقم 100 لسنة1985 المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2000.

6-قانون رقم 59-53بتاريخ 4-7-1953، والمعدل بالقانون رقم 34-75 الصادر بتاريخ 31-12-1975، متضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

ثانيا:المراجع

القواميس و المعاجم

1-أبو نصر إسماعيل بن حمادي الجوهري الفرابي،الصحاح،ج1،تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،دار العلم للملايين،بيروت لبنان،ط4،سنة 1987.

2-ابن منظور،جمال الدين محمد بن جلال الدين الخزرجي المصري لسان اللسان،تهذيب لسان العرب ج2،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،دط،سنة 1993.

3-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي،مختار الصحاح،مجلد1،مكتبة لبنان،دط،سنة 1986.

4-مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي،تحقيق محمد نعيم العرقسوسي مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت،لبنان، ط8، سنة 2005.

الكتب.

الكتب العامـة:

1-أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي الدمشقي الحنبلـي المعـروف باسـم «ابـن قـيم الجوزيـة»،الطـرق الحكميـة،دار البيان،بيروت،لبنـان،دط د.ت.ن.

2-أبو عبد الله،محمد بن عبد الله الخرشي المالكي شرح الخرشي على مختصر خليل ج7 دار الفكر للطباعة،بيروت،لبنان دط،د.ت.ن .

3-أبو محمد،عبد الله بن أحمد،المعروف بابن قدامة،المغني على مختصر الخرقي ج11،دار عالم الكتاب ،الرياض المملكة العربية السعودية، ط3،سنة1997.

4-أبو الفتح،ناصر بن عبد السيد المطرزي المغرب في ترتيب المعرب،دار الكتاب العربي بيروت،لبنان،د.ط.د.ت.ن.

5-أبو عبد الله محمد بن أحمد،فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك،دار المعرفة،بيروت،لبنان،د.ط.د.ت.

6-أبو زكريا،يحيى بن شرف النووي،روضة الطالبين مجلد 8،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان ط1 سنة 1994.

7-أبو الوليد،سليمان بن خلف الباجي الأندلسي،المنتقى شرح الموطأ ج4،مطبعة السعادة مصر تصوير عن ط1 لسنة1332هـ.

8-أبو زكريا،يحيى بن شرف النووي،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ ،ج 6دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان، ط1،سنة 2000.

9-أبو العباس القليوبي حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج،ج4 دار الفكر ،بيروت،لبنان،د.ط،د.ت.

10-أبو عبد الله،محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي،القوانين الفقهية دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،د.ط،د.ت.ن.

11-أبي بركات أحمد الدردير،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 4،دار إحياء الكتب العربية بيروت،لبنان،دط.د.ت.ن.

12-أحمد فراج حسن أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر ط4، سنة 2000.

13-أحمد نصر الجندي،مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، م1 دار الفكر العربي القاهرة مصر ، ط2 سنة 1978.

14-الشيخ سليمان الجمل حاشية الجمل على شرح المنهاج،فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهاج الطلاب ج4،دار الفكر ،بيروت،لبنان د.ط،د.ت.ن.

15-الفتـــاوى الهنديـــة فـــي مـــذهب الإمـــام الأعظـــم أبـــي حنيفـــة النعمـــان ج1،دار الفكر،بيروت،تصوير عن طبعة المطبعة الأميرية ببولاق،مصر،ط2،د ت.ن.

16-برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن علي بن أبي القاسم فرحون اليعمري،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الإسلام ج1، ،بيروت،لبنان، طبعة مصطفى الحلبي ،سنة 1958.

17-جمال عبد الوهاب عبد الغفار أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر طبعة 2003.

18-حيدر علي،درر الحكام شرح مجلة الأحكام،ط1،دار الجيل،بيروت،لبنان،دط،سنة1991.

19-رمضان علي السيد الشرنباطي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ج1 دار النشر بيروت،لبنان،ط1 .د.ت.ن.

20-زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج 5 وتكملة البحر للطواري،دار الكتاب الإسلامي،القاهرة،مصر،ط2 د.ت.ن.

21-زين الدين عبد العزيز الملياري،فتح المعين ج4،دار الفكر،بيروت،لبنان،دط،د.ت.ن.

22-شمس الدين أبو بكر،بن أحمد بن أبي سهيل السرخسي،المبسوط للسرخسي المجلد 11 دار المعرفة ،بيروت،لبنان،د.ط،سنة .1986

23-عبد الله محمد بن يوسف العبدري،الشهير بالمواق،التاج والإكليل لمختصر خليل ج7،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،د.ط د.ت.ن.

24-عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،دار القلم الكويت،د.ط د.ت.ن.

25-علاء الدين علي،أبو الحسن بن سليمان المرداوي،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ج11،دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان، ط1،سنة 1958.

26-علي حيدر،درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج3 دار الجيل بيروت،لبنان،ط1،سنة 1991.

27-عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل نجم الدين،أبو حفص النسفي،طلبة الطلبة،دار الطباعة العامرة،مكتبة المثني القاهرة،مصر ،بغداد د.ط،د.ت.ن.

28-مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني،المدونة الكبرى،ج5،تحقيق زكريا عميرات،دار الكتب العلمية بيروت،لبنان،دط،2012.

29-محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش،شرح النيل و شفاء العليل،ج7،مكتبة جدة السعودية ط3 سنة 1985.

30-محمد الأمير المالكي،ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي ج4،دار يوسف بن تاشفين،مكتبة الغمام مالك نواكشط،موريتانيا،ط1،سنة 2005.

31-محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي ج19، مكتبة الإرشاد جدة المملكة العربية السعودية، د.ط د.ت.ن.

32-مصطفى مسلم،مباحث في علم المواريث،دار المنارة للنشر و التوزيع، جدة، السعودية ط05 سنة .2004

33-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،ج2،عالم الكتب بيروت،ط1،سنة 1993.

34-منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلى،كشاف القناع على متن الإقناع ج 4-دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،دط،د ت ن.

الكتب المتخصصة في القانون

1-أحمد سي علي،مدخل للعلوم القانونية،النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية،دط،الجزائر،سنة .2013

2-بربارة عبد الرحمان شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،دار بغدادي للطباعة و النشر والتوزيع،الجزائر،ط2سنة2009 .

3-بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج 1 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،طبعة1999 .

4-بوبشير محند أمقران قانون الإجراءات المدنية ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،ط3 سنة 2008 .

5-جمال الكيلاني،الإثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه و القانون،المجلد 16،مجلة جامعة النجاح للأبحاث،نابلس،فلسطين،ط1،سنة 2002.

6-حسين خضير الشمري،دور الشهادة في الإثبات المدني،منشورات زين الحقوقية،بغداد،ط1 د.ت.ن.

7-عبده جميل غصوب الوجيز في قانون الإجراءات المدنية دراسة مقارنة،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،بيروت،لبنان ط1، سنة2010.

8-عوض أحمد الزعبي،أصول المحاكمات المدنية ج2 دار وائل للنشر والتوزيع الأردن ط2 2006 .

9-علي سيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود، دار النهضة العربية القاهرة، مصر د.ط، سنة 1984.

10-فرج توفيق حسن،قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية،مصر ،دط،سنة 1982.

11-فضيل سعد،شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق،ج1 المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر ،دط،سنة 1985.

12-محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية دروس في النظرية،ج2 ،دار هومة للطباعة والنشر ،الجزائر، ط1 سنة2011 .

13-مسلم أحمد،أصول المرافعات،دار الفكر العربي،القاهرة،مصر دط،سنة 1972.

14-مصطفى مجدي هرجه الإثبات في المواد الجنائية في ضوء أحكام محكمة النقض،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،مصر، دط،سنة 1992.

15-منصور محمد حسين،مبادئ الإثبات وطرقه،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،دط،سنة 2002

16-مصطفى السباعي،أحكام الأهلية والوصية،ج1 مطبعة دمشق،سوريا،دط،سنة .1961

17-معوض عبد التواب،موسوعة الأحوال الشخصية ج2،دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع المنصورة،مصر ط4 1988.

18-هشام القاسم،مدخل إلى علم القانون،منشورات جامعة دمشق،مطبعة الإسكان العسكرية ط2 سنة 1987.

19-هادي محمد عبد الله أحكام المفقود،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي دار دجلة الأردن، ط1، سنة 2010.

الرسائل والمذكرات

1-عبد المنعم سقا، أحكام الغائب و المفقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه كلية الشريعة، جامعة دمشق، سنة 2004.

2-نوي عبد النور أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،سنة 2012-2013.

3-براهيمي صالح الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية،رسالة دكتوراه في العلوم،كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو،سنة 2012.

4-اليزيد عسات بلمامي،التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري،مذكرة لنيل الماجستير،كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر،سنة 2002-2003.

5-محمد عبد الله الرشيدي،الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات،دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة و القانون،رسالة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة الشرق الأوسط سنة 2011

6-صلاح مالك حمود العزاوي،المعاينة ودورها في الحكم القضائي في الدعوى المدنية(دراسة مقارنة)رسالة الماجستير ،جامعة الشرق الأوسط،الأردن،سنة2020.

7-يوسف عطا الله محمد حلو،أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية،رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح الوطنية،نابلس،فلسطين،سنة 2003.

8-الشيخ إسماعيل،دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة،مذكرة تخرج،المدرسة العليا للقضاء،سنة 2006.

9-قياسة فاطمة المفقود في القانون الجزائري ،مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء،الدفعة14 سنة 2005-2006.

10-أفلالاي صبرينة،خيموزي عزيزة،المركز القانوني للمفقود والغائب في قانون الأسرة الجزائري،رسالة الماستر ،كلية الحقوق،جامعة جيجل،سنة 2015-2016.

11-بيرجيالو خضرة،الفقدان والغياب في قانون الأسرة الجزائري مذكرة الماستر في القانون الخاص:تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق والعلو م السياسية جامعة البويرة،سنة 2012.

12-رقدة محمد الأمين أحكام المفقود في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري مقارنة مع بعض التشريعات المغاربية،رسالة الماستر ،كلية الحقوق،جامعة الجلفة،سنة 2014-2015 .

13-حميش فطيمة،ميرا ث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة) مذكرة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية ،سنة 2017.

14-طالب عمر،الأحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في إطار القانون العادي والقوانين الاستثنائية مذكرة نيل شهادة ماستر في قانون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة آكلي محند أولحاج،البويرة،سنة 2019 .

المقالات و المجلات

1-الفيضي،أوان عبد الله،المعاينة في نطاق الدعوى المدنية،بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق،م أول،السنة الثامنة،العدد19،سنة 2003.

2-عمر زودة،طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة،المجلة القضائية،العدد2،سنة 2005.

3-مصطفى عبد النبي،إجراءات رفع الدعوى الإدارية م7 مجلة الدراسات القانونية و السياسية جامعة غرداية العدد،2021.

المواقع الإلكترونية

1-فتوى رقم77173 حول عدم جواز الغياب عن الزوجة أكثر من ستة أشهر ليس على إطلاقه،أنظر الموقع الإلكتروني-https://www.islamweb.net/ar/fatwa

2-بحث عن أحكام المفقود في القانون الجزائري أنظر الرابط الإلكتروني
https://www.mohamah.net/law

الفهـــرس

الفهـرس

الموضوع.....**رقم الصفحة**

الشكر و التقدير...../

الإهـــداء...../

قائمة المختصرات...../

مقدمـــة.....أ،ب،ج،د

الفصل الأول:الأحكام الموضوعية للغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....**1**

المبحث الأول مـاهيـــة الغائب.....1

المطلب الأول مفهـوم الغائـب.....1

الفرع الأول تعريف الغائب في اللغة.....1-2

الفرع الثاني تعريف الغائب اصطلاحا.....2

أولا الغائب عند فقهاء الشريعة الاسلامية.....2

أ-عند جمهور الفقهاء.....2

ب-الغائب عند الظاهرية.....2

ثانيا:الغائب في القانون الجزائري.....2 -5

المطلب الثاني:تمييز الغائب عن المفقود.....5

الفرع الأول:المفقود من حيث المفهوم اللغوي والاصطلاحي.....5

أولا:المفقود في اللغة.....5-6

ثانيا:المفقود اصطلاحا.....6

أ-المفقود لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.....6-8

ب-المفقودة في القانون الجزائري.....8-10

الفرع الثاني:الفرق بين الغائب و المفقود اصطلاحا.....11

أولا:الفرق بينهما في الفقه الإسلامي.....11

أ-عند الحنفية.....11-12

ب-عند المالكية.....12

ج-عند الشافعية.....13

د-عند الحنابلة.....13-14

ثانيا:الفرق بينهما في التشريع الجزائري.....14-16

المبحث الثاني:أقسام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....17

المطلب الأول:أقسام الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....17

الفرع الأول:أقسام الغائب في الفقه الإسلامي.....17

أولا:أقسام الغائب بحسب مدة الغياب وحال الغائب.....17

أ-عند الحنابلة.....17

ب-عند المالكية.....17

ثانيا:أقسام الغائب بحسب بعد المسافة.....17

أ-المالكية.....17-18

ب-بعض الشافعية والحنابلة.....18

ج-الشافعية والحنابلة.....18
ثالثا:أقسام الغائب بحسب العذر.....18
أ- الحنابلة.....18-19
ب-المالكية.....19
الفرع الثاني:أقسام الغائب في القانون الجزائري.....19
أولا:الغائب بإرادة حرة.....19
ثانيا:الغائب بسبب الظروف القاهرة.....19-20
ثالثا:الغائب المعلوم حياته.....20
رابعا:الغائب المفقود.....20
المطلب الثاني:أقسام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....20
الفرع الأول:أقسام المفقود في الفقه الإسلامي.....20
أولا:عند الحنفية والشافعية.....20
ثانيا:عند المالكية والحنابلة والإباضية.....20
أ-عند المالكية.....21
ب-الحنابلة.....21-22
ج-الإباضية..... 22
الفرع الثاني أقسام المفقود في القانون الجزائري.....22-23
أولا:مفقود مجهول المكان.....23

ثانيا:مفقود مجهول الحال.....23

ثالثا:مفقود في الحروب والحالات الاستثنائية.....23

رابعا:مفقود في الحالات التي تغلب فيها السلامة.....23

الفصل الثاني:الجوانب الإجرائية لدعوى الغياب.....24-25

المبحث الأول:رفع دعوى الغياب.....25

المطلب الأول:شروط رفع الدعوى.....25

الفرع الأول:شرط الصفة.....26

أولا:المدعي في دعوى الغياب.....26-27

أ-الورثة.....27

ب-من له مصلحة.....27-28

ج-النيابة العامة.....28-30

ثانيا:المدعى عليه في دعوى الغياب.....30

أ-في الفقه.....30-31

ب-في القانون.....31

الفرع الثاني:شرط الأهلية.....31-32

أ-أهليه الإختصام أو أهلية الوجوب.....32

ب-أهليه التقاضي أو الأهلية الإجرائية.....32-33

الفرع الثالث:شرط المصلحة.....33

المطلب الثاني:الجهة المختصة بنظر دعوى الغياب وآليات الإثبات أمامها.....33

الفرع الأول:الاختصاص النوعي والمحلي في رفع دعوى الغياب.....34

أولا:الاختصاص النوعي في رفع دعوى الغياب.....34-35

ثانيا:الاختصاص المحلي في رفع دعوى الغياب.....35-36

الفرع الثاني:إثبات حالة الغيبة أمام القضاء.....36

أولا:شهادة الشهود.....36

أ-ماهية الشهادة.....37-41

ب-شروط اداء الشهادة.....41-44

ثانيا:محاضر المعاينة.....44

أ-طبيعة المعاينة.....44-45

ب-أهمية المعاينة.....45-46

ج-خصائص المعاينة.....46

د-ضوابط المعاينة.....47

هـ-اهمية محضر المعاينة.....48-49

المبحث الثاني:الفصل في دعوى الغياب وبيان أثارها.....49

المطلب الأول:نظر دعوى الغياب.....49

الفرع الأول:الحكم بالغياب.....50-51

الفرع الثاني:الطعن في الحكم بالغياب.....51-54
المطلب الثاني:الآثار المترتبة عللى الحكم بالغياب.....55
الفرع الأول:بالنسبة لأسرة الغائب.....55
أولا:رأي الفقه في آثار الغياب على الزوجة من حيث الوطء والنفقة.....55-57
ثانيا:رأي المشرع الجزائري في آثار الغياب على الزوجة من حيث الوطء والنفقة.....57
أ-حق الزوجة في النفقة.....57-58
ب-حق الزوجة في طلب التطليق.....58-62
الفرع الثاني:بالنسبة لأموال الغائب.....62
أولا:من الناحية الفقهية.....63
ثانيا:من الناحية القانونية.....63-64
أ-تعيين مقدم.....64
ب-شروط المقدم.....65-67
ج-إنهاء مهام المقدم.....67-70
خاتمة.....71-75
قائمة المصادر والمراجع.....76-84
الفهرس.....85-90
ملخص.....91

ملخص

إن الهدف الرئيسي من هذه الدراسة هو معرفة مدى ارتقاء المشرع الجزائري لما أخذ به الفقه الإسلامي من أحكام خاصة بالغائب،و لقد اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي والاستقرائي للآراء الفقهية و النصوص القانونية والتي استنتجنا منها أن تعريف المشرع للغائب جاء ناقصا بخلاف المفقود وقد ساوى بينهما في نفس الأحكام ،بخلاف ما اثبتته الدراسة أن الأول أعم من الثاني كما أخطأ في عدة المفقود زوجها التي ساوى بينها وبين عدة المتوفي زوجها من تاريخ الحكم بالفقد والتي من المفروض أن تكون من تاريخ الحكم بالموت ،كما ركز في أغلب نصوصه الواردة في الفصل السادس على المفقود دون الغائب ،ولهذا نقول أن المشرع لم يوفق كثيرا في الأخذ بالأحكام التفصيلية التي جاء بها الفقه الاسلامي .

الكلمات المفتاحية :أحكام الغائب،المفقود،العدة،الحكم بالفقد.

Summary

The main objective of this study is to know the extent of the rise of the Algerian legislator to the provisions of Islamic jurisprudence regarding the absent. In the same rulings, contrary to what the study proved, the first is more general than the second, as he erred in the waiting period of her missing husband, who equated her with the waiting period of her deceased husband from the date of the judgment of loss, which is supposed to be from the date of the death sentence, as he focused in most of his texts contained in Chapter Six of The family law applies to the missing rather than the absent, and for this we say that the legislator did not succeed much in adopting the detailed provisions that were brought by Islamic jurisprudence.