مجلة الدراسات القانونية والسياسية

المجلد 09 العدد 01 جانفي 2023 | ص ص:78-95

أهلية المفقود بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

Eligibility of the missing between Islamic Fiqh and Algerian

بوفاتح الطيب *

جامعة عمار ثليجي بالأغواط

t.boufataeh@lagh-univ.dz

- تاريخ الإرسال: 2022/08/16 - تاريخ القبول: 2022/12/30 - تاريخ النشر: 2023/01/05

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الشخص المفقود ومدى اعتبار أهليته وصلاحيته في إثبات الحقوق له سواء الايجابية منها أو السلبية ومدى مسؤوليته في عقوده المبرمة، وكذلك في أحواله الشخصية كالزوجة وما يتعلق بها من حقوق وواجبات، والمدة الزمنية المعتبرة شرعا وقانونا لإثبات الفقد، وافق المشرّع الجزائري المذهب المالكي في أغلب أحكامه، إلا في بعض الحالات جنح فيها للمذاهب الإسلامية المعتبرة، لإثبات أهلية المفقود استصحابا لحياته، لأن ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين، فحياة المفقود ثابتة بيقين وموته مشكوك فيه، فلا يترك اليقين للشك، لأن اليقين لا يزول بالشك.

الكلمات المفتاحية:الأهلية، المفقود، الفقه الإسلامي، التشريع الجزائري

ABSTRACT:

This study aims to shed light on the missing person and the extent to which his eligibility and validity to prove his rights, whether positive or negative, and the extent of his responsibility in his concluded contracts, as well as in his personal conditions such as the wife and related rights and duties, and the legally considered period of time to prove the loss The Algerian legislator approved the Maliki doctrine in most of its provisions, except in some cases in which the considered Islamic doctrines misdemeanour, to prove the eligibility of the missing person for his life, because what is proven with certainty is only raised with certainty, the life of the missing is fixed with certainty and his death is doubtful, it does not leave certainty doubt, because certainty is not removed by doubt

key words :Eligibility, missing ,Islamic Fiqh ,Algerian legislation

* -المؤلف المرسل:

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان أم بعد.

خلق الله الإنسان وكرّمه، وميّزه بالعقل الذي يعتبر مناط التكليف، فلا تكليف ولا مسؤولية دون عقل يميز فيه الإنسان بين المصالح والمفاسد، وفي المقابل قد يكون هذا الإنسان ضعيفا إما لصغره، أو جنون... أو غيرها من العوارض والموانع التي تمنعه من مباشرة حقوقه وتصرفاته، فالشريعة الإسلامية السمحة وسائر التشريعات اتفقت على شرط لصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق، ألا وهي الصفة الانسانية، وهذا ما يسمى بأهلية الوجوب، لأن الإنسان في هذه المرحلة يكون ضعيفا، فتحفظ حقوقه بقوة الشريعة والقانون، وفي بعض الأحيان قد يكون الشخص كامل الأهلية بقسميها، فتعرض له حوادث تضعف مكانه الشرعي والقانوني وصلاحيته في اكتساب الحقوق والتحمل الالتزامات وهذا ما يسمى بأهلية الوجوب، وكذلك قدرته على مباشرة وتحمل المسؤولية من خلال أهلية الأداء، ومن هؤلاء المفقود شخص غاب عن وطنه وأهله لا تعرف حياته من موته، ترك خلفه زوجة وأولاد ووالديه وأمواله ومسؤوليات تعلقت بذمته، تكلم الفقهاء وأهل القانون عن المفقود والغائب وعن الحالات فُقد فيها، منها ما يغلب عليه فيها السلامة وما يتعلق بها من أحكام، والحالات التي فُقد فيها الشخص وهي مظنة الهلاك وما يتعلق بها من أحكام، ثم تكلموا عن المدة الزمنية المعتبرة شرعا وقانونا التي يجب انتظارها للبحث والكشف عن الشخص المفقود، فمع ضُعف مكانة الشخص المفقود وتزعزع مركزه الشرعي والقانوني في اكتساب الحقوق ومباشرة، فنجد أن الناس تنازعوا في أهليته بين مثبت لها بإطلاق، ومنهم من قصرها في أهلية الوجوب، ومنهم من متعه بالحقوق السلبية دون الايجابية، والسؤال الذي ينبغي أن يطرح **ما موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من أهلية المفقود؟ وهل هناك أوجه اتفاق أو اختلاف بين المذاهب الإسلامية والتشريع الجزائري في أحوال المفقود والغائب أم لا؟**

المبحث الأول: مفاهيم حول الأهلية.

الأهلية في الشريعة الاسلامية وفي التشريع الجزائري تعتبر الركن الأساسي لتصرفات الإنسان سواء في تمتعه بحقوقه أو ما يلتزم به من واجبات أو مباشرتها ولذا وجب تعريف الأهلية والتطرق إلى أنواعها في ظل الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الأهلية.

الوقوف على حدّ الأهلية في نظر الفقهاء والمشرع الجزائري من أهم المقدمات التي تبيّن مدى الاتفاق والاختلاف بين الفريقين.

الفرع الأول: تعريف الأهلية لغة.

هي من مادة " أهّل" كما جاء في لسان العرب ولها معان عدة نذكر أهم المعاني الأقرب للمعنى الاصطلاحي.

أولها الأهل: وهم أهل الرجل عشريته وقرابته فأهل الرجل أخص الناس به.[1]

ثانيها المستوجب والاستحقاق: هو أهل لكذا أي مستوجب له ويقال أهلته لهذا الأمر تأهيلا.[2]

ثالثها الكفاء والصلاحية: مؤنث الأهلي والأهلية للأمر الصلاحية له.[3]

وفي ظني أنّ هذه المعاني الثلاثة كلها قريبة للمعنى الاصطلاحي فالأهل هم أولى الناس بالإلزام والالتزام، وأما المعنى الثاني المستوجب والاستحقاق فهي تتناول القسم الأول من الأهلية ما يسمى بأهلية الوجوب وأما المعنى الثالث والأخير فهي تمثل القسم الثاني من الأهلية ألا وهو أهلية الأداء ومدى صلاحية الشخص للالتزام بهذا الأمر فالأهلية تشمل جميع المعاني اللغوية التي بها يتمحور المعنى الاصطلاحي كما سيأتي معنا.

الفرع الثاني: تعريف الأهلية عند الفقهاء.

تعددت وتنوعت تعاريف علماء الإسلام للأهلية بين مجمل ومفصل حسب تصورهم للأهلية

عرفها عبد العزيز البخاري الحنفي[4] بقوله:" صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له ".[5] ومما يعاب على هذا التعريف رغم تقدمه في المرحلة الزمنية أنه ليس تعريفا جامعا حيث إنه اقتصر على أهلية الوجوب دون أهلية الأداء .

وهناك تعريفات شملت الأهلية بقسميها نذكر منها :

تعريف **أبي زهرة** حيث قال رحمه الله :" صلاحية الشخص للإلزام والالتزام".[6]

وعرفها محمد مصطفى شلبي بتعريف قريب منه فقال:" صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق وتثبت عليه الواجبات وتصح منه التصرفات".[7]

الجامع بين التعريفين السابقين هو تناولهما الأهلية بقسميها وكان تعريف محمد مصطفى أكثر تفصيلا وشمولا من غيره ولكن به إطناب وهذا يعاب في التعاريف والحدود التي من شأنها الدقة والاختصار.

والتعريف المختار هو تعريف مصطفى الزرقا حيث قال :" صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي".[8] وسبب اختياري لهذا التعريف أنه جامع مانع حيث قال فيه:

---

[1] –ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1419هـ/1999م، ج1 ص254. مادة أهل.

[2] – الفراهيدي، العين، تحقيق إبراهيم السمرائي، مؤسسة دار الهجرة، ط2، دون تاريخ النشر، ج1 ص96.

[3] – معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر القاهرة، ط4، 1425هـ/2004م، ص 32.

[4] – عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين من بلد بخارى فقيه اصولي توفي سنة 730هـ /1330م جاءت ترجمته في كتاب الأعلام، للزركلي، دار علم الملايين، ط15، 2002، ج4 ص13.

[5] – عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة ودن تاريخ، ج4 ص237.

[6] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر، دون طبعة، سنة 1996م، ص261.

[7] – محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، دار الجامعية، بيروت لبنان، ط1، 1405هـ/1985هـ، ص490.

[8] – مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، ط1، 1998م، ج1 ص783.

"**صفة يقدرها الشارع**" وتختلف هذه الصفة من شخص إلى آخر وهذا ما يسمى بأدوار الأهلية وهي تمر بخمس مراحل دور الجنين، ودور الطفولة (عدم التمييز)، ودور التمييز، ودور البلوغ، ودور الرشد.[1]

"**تجعله محلاً صالحا لخطاب تشريعي**" أي الحكم الشرعي من عبادات أو التزامات.[2]

وبناء على ما سبق يتبين أن تعريف مصطفى الزرقا من أدق التعاريف كما تعريف جامع لكل قيود الأهلية مانعا لكل دخيل عليها.

الفرع الثالث: تعريف الأهلية قانونا.

بعد التعريف اللغوي للأهلية وحصر معانيها القريبة للمعنى الشرعي بقي معنى تعريف الأهلية في اصطلاح أهل القانون للوقوف على أهم الفروق الحاصلة بين هذه التعاريف.

عرفها السنهوري: إنّ الشخص سواء كان طبيعيا أو اعتباريا ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون عليه حقوق وعليه واجبات".[3]

ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع قسم الأشخاص إلى قسمين شخص طبيعي وآخر اعتباري كما جاء هذا كذلك في القانون المدني الجزائري، فحسب نص المادة 25 من القانون المدني :" تمر الشخصية القانونية تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة، ولقد عبرت عن هذه المادة 25 "المعدلة " من القانون المدني بقولها :" تبدأ شخصية الأنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

وأما الشخص الاعتباري هو فمجرد ثبوت الشخصية القانونية له تكون له أهلية وجوب وأهلية أداء كاملة ولكنه لا يمارسها بنفسه بل يكون له نائب يمثله ويعبر عن إرادته، وبديهي أن الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي من حيث أن هذا الأخير له أهلية وجوب نسبية كالجنين، كما أنه لا تطرأ عليه عوارض الأهلية كالإنسان مثلا، ولا يمر بمرحلة التمييز وعدم التمييز لأن مناط هذه الأهلية هو الحياة أو الصفة الإنسانية[4]، فتبدأ الشخصية الطبيعية منذ المرحلة من تكوّن الإنسان جنينا بخلاف الشخصية الاعتبارية تبدأ أهليتها بتاريخ صدورها في الجريدة الرسمية كالولاية مثلا أو تاريخ اعتمادها كالمؤسسات والشركات وغيرها من الشخصيات الاعتبارية.

ومن خلال ما سبق من التعريفات للأهلية بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري نخلص إلى أهم الفروق بينهما.

---

[1] – وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا دمشق، ط4، دون تاريخ نشر، ج4 ص2967.

[2] – مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص783.

[3] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الإلتزام"، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان بيروت، ط3، دون تاريخ نشر، ج1 ص238.

[4] – مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص408.

1- الشخصية تبدأ في فقهنا الاسلامي منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت بينما في القانون المدني الجزائري في المادة 25 تبدأ بتمام ولادة الإنسان حيا، وتنتهي بموته.

2- كذلك من الفروق الواضحة بين التعريف الفقهي للأهلية وتعريف التشريع الجزائري أن التعريف الفقهي كان أشمل وأعم من حيث شمل العبادات والمعاملات وغيرها من الحقوق والواجبات بينما التعريف القانوني اقتصر فيه على الجانب المتعلق بالمعاملات وما يترتب عليها من حقوق وواجبات.

3- من الفروق كذلك أن القانون تكلم عن أهلية الشخصية الاعتبارية وهذا ما لم نجده بالتفصيل في كتب الفقهاء القدماء الذين اقتصر كلامهم على الشخصية الطبيعة عبر مراحلها الخمس.

المطلب الثاني: أقسام الأهلية.

اتفق أهل الشريعة والقانون أن الأهلية تنقسم إلى قسمين أساسين هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء ولكل منهما مناط وأنواع وأقسام كما سيأتي معنا.

الفرع الأول: أهلية الوجوب.

أولا: تعريف أهلية الوجوب.

اتفق الفقهاء من أهل الشريعة والقانون على تعريف أهلية الوجوب واختلفوا في بعض تفاصليها كما سيأتي معنا.

1- تعريف أهلية الوجوب في الفقه الاسلامي:

هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه بثمن المبيع وعوض القرض، أي أن لهذه الأهلية عنصرين:

أولا: عنصر إيجابي: وهو صلاحية كسب الحقوق بأن يكون دائنا، وهو عنصر الإلزام أو الدائنية.

ثانيا: عنصر سلبي: وهو صلاحية تحمل الواجبات أو الالتزامات بأن يكون مدينا، وهو عنصر الالتزام أو المديونية.[1]

2- تعريف أهلية الوجوب في التشريع الجزائري.

جاء في كتاب علي فيلالي ما نصه "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والواجبات".[2]

والمتأمل في تحديد معنى أهلية الوجوب عند أهل الفقه من الشريعة والقانون يلاحظ في بداية الأمر توافقا بينها ولكن بعد التعرّف على مناط الأهلية عند كلا من الفريقين يلاحظ تلك الفروق المهمة التي يجب الوقوف عندها كما سيأتي معنا.

[1] - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج4 ص:2961.

[2] -علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر "الجزائر" دون طبعة، 2011، ص 203.

3- مناط أهلية الوجوب.

مناط أهلية الوجوب عند الفقهاء هي "الصفة الانسانية" ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، بل كل إنسان في أي طور كان أو صفة، حتى الجنين والمجنون، يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب هذه.[1]

وجاء في القانون المدني الجزائري ما نصه في المادة 25:" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".[2]

4- أنواع أهلية الوجوب.

إذا كانت أهلية الوجوب تعني صلاحية الشخص للإلزام والالتزام فهي أهلية وجوب كاملة، أما إذا كان الشخص صالحا للإلزام دون الالتزام فهي أهلية وجوب ناقصة .

أ- أهلية الوجوب الكاملة.

وهي تثبت للإنسان من حين ولادته وتستمر معه في جميع أطوار حياته[3]، وبموجبها تثبت له جميع الحقوق، وتجب عليه بعض الواجبات قبل البلوغ كالزكاة والضمان والنفقة، وتجب عليه جميع الواجبات بعد البلوغ، وأهيلة الوجوب الكاملة لاتخوّل للإنسان صلاحية التعامل لا تكفي لاعتبار أقواله وأفعاله ما لم تتحقق فيه أهلية الأداء.[4] وكذلك التشريع الجزائري اعتبر سن التميز شرطا أساسيا في قبول التصرفات وهذا ما نصت عليه المادة 82 من القانون المدني الجزائري .

ب-أهلية الوجوب الناقصة.

هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط أي تؤهله للإلزام ليكون دائنا لا مدينا. وتثبت للجنين في بطن أمه قبل الولادة. وسبب نقص أهليته أمران: فهو من جهة يعد جزءا من أمه، ومن جهة أخرى يعد إنسانا مستقلا عن أمه، متهيئا للانفصال عنها بعد تمام تكوينه. لذا فإنه تثبت له بعض الحقوق الضرورية النافعة له: وهي التي لا تحتاج إلى قبول، وهي أربعة أنواع : النسب والميراث والوصية له، والوقف له.[5] وهنا نلاحظ الفرق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري حيث أن الفقهاء أثبتوا للجنين حقوقا ضرورية لا تحتاج إلى قبول فإن ولد حيا كانت من نصيبه وإن ولد ميتا انتقلت إلى ورثته، بينما المشرع الجزائري اعتبر أن جميع الحقوق لا ثبت للجنين إلا بعد ولادته حيا وهذا حسب نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري:" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن

[1] - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، ص785.

[2] - أمر رقم 58-75، المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975م.

[3] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي: ص166.

[4] - محمد مصطفى شلبي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، درا الخير، دمشق سوريا، ط2، 1427هـ، 2006م، ج 1 ص493.

[5] - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته:ج4 ص 2962.

الجنين يتمتع بجميع الحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".[1] إن الجنين له ذمة ناقصة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق فقط، وليست له ذمة كاملة صالحة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات.

الفرع الثاني: أهلية الأداء.

إذا كانت أهلية الوجوب لا يشترط فيه العقل والإدراك والتمييز للإلزام والالتزام لأن مناطها الصفة الانسانية، فإن أهلية الأداء تختلف عنها تماما في الحد والمناط كما سيأتي معنا.

أولا: تعريف أهليه الأداء.

عرّفها فقهاء الاسلام بقولهم:" هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها ومباشرتها) على وجه يعتد به شرعا، وهي ترادف المسؤولية، وتشمل حقوق الله من صلاة وصوم وحج وسواها، والتصرفات القولية أو الفعلية الصادرة عن الشخص. فالصلاة ونحوها التي يؤديها الإنسان تسقط عنه الواجب، والجناية على مال الغير توجب المسؤولية."[2]

وقيل:" هي صلاحية المكلف لأن تعتبر أقواله وأفعاله سواء كانت في العقيدة أم في العبادات أم العقوبات وهذه الأهلية تساوي المسؤولية".[3]

أهلية الأداء الفقهاء تشمل جميع جوانب عبادات كانت أو معاملات أو حتى العقوبات وهذا ما لا نجده في التشريع الجزائري من القانون المدني.

وتعريف أهلية الأداء في القانون الجزائري:" قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية التي تكسبه الحقوق وتحمله بالالتزامات لحساب نفسه"،[4] ومن خلال التعريفات السابقة تبيّن أن هناك بعض الفروق بين التعريف الفقهي والقانوني في النقاط الآتية:

- أنّ التعريف الفقهي أعمّ من التعريف القانوني لأن التعريف الفقهي شمل العقيدة والعبادات والمعاملات والعقوبات، بينما المشرع الجزائري اقتصر على الجانب المعاملات دون العقيدة والعبادات.
- كذلك التعريف عبّر بلفظ "صلاحية" لأنّ أهلية الأداء تشمل حتى الطفل المميز دون سن البلوغ كما سيأتي معنا في أنواع أهلية الأداء، بينما عبّر المشرع الجزائري بالقدرة التي ربما تسقط بعض الأشخاص الذين لديهم قدرة وهي أهلية أداء الكاملة.
- كذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل في أحكام العقيدة والعبادات كما فصلها فقهاء الإسلام .

[1] – أمر رقم 58-75، المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975م.

[2] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي: ج4 ص2965.

[3] – مصطفى شلبي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: ص493.

[4] – مصطفى شلبيك، المدخل للعلوم القانونية، مصالح الجامعة المفتوحة، ليبيا طرابلس، ط1، 2005م، ص 194.

ثانيا: مناط أهلية الأداء.

أساس ثبوتها أو مناط هذه الأهلية هو التمييز أو العقل والإدراك، فمن ثبتت له أهلية الأداء صحت عباداته الدينية كالصلاة والصوم، وتصرفاته المدنية كالعقود.[1]

ولا وجود لهذه الأهلية للجنين أصلا، ولا للطفل قبل بلوغ سن التمييز وهو تمام سن السابعة. فقبل التمييز تكون هذه الأهلية منعدمة، والمجنون مثل غير المميز لا تترتب على تصرفاتهما آثار شرعية، وتكون عقودهما باطلة، إلا أنهما يؤاخذان ماليا بالجناية أو الاعتداء على نفس الغير أو على ماله. ويقوم الولي (الأب أو الجد) أو الوصي بمباشرة العقود والتصرفات التي يحتاجها الطفل غير المميز أو المجنون، [2] وهذا ما جاءت به المادة 42 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: أنواع أهلية الأداء.

أهلية الأداء الناقصة: هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر، وهي التي يتوقف نفاذها على رأي غيره، وهذه الأهلية تثبت للشخص في دور التمييز بعد تمام سن السابعة إلى البلوغ لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "ّ: مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين".[3] ففي هذا السن يستطيع الصبي أن يميز فيه بين معنى ألفاظ العقود في الجملة ويعرف المراد منها عرفا.[4] بينما المشرع الجزائري قال بأن أهلية الأداء الناقصة تبدأ من سن التمييز وتنتهي بسن الرشد وهذا ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري :" سن البلوغ ثلاث عشرة سنة وسن الرشد بتسع عشرة".[5]

أهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعا دون توقف على رأي غيره. وتثبت لمن بلغ الحلم عاقلا أي للبالغ الرشيد، فله بموجبها ممارسة كل العقود، من غير توقف على إجازة أحد.[6] أحد.[6]

المبحث الثاني: مفاهيم حول المفقود وأهليته.

الكلام عن الأهلية وأقسامها يجرنا الحديث إلى الموانع التي تحول بين الشخص ومباشرته لحقوقه التي يحق له مباشرتها مثل الفقدان والغيبة ومدى تأثيرها على الأهلية.

المطلب الأول: مفهوم المفقود والغائب.

---

[1] – سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح مصر، بدون طبعة بدون تاريخ،ج2 ص 164.

[2] – مصطفى شلبي، الوجيز:ص493.

[3] – سنن أبي داوود، تحقيق محي الدين، المكتبة العصرية، بيروت صيد، دون طبعة ودون تاريخ، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم: 494، ج1 ص133.

[4] – محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص270.

[5] – الشوقي الباسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2010م ص 335.

[6] – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي:ج5 ص2966.

تناول الفقهاء من أهل الشريعة والقانون مفهوم المفقود والغائب وذكروا فروقا بينهما كما سيأتي معنا.

الفرع الأول: مفهوم المفقود والغائب شرعا.

قبل تعريف المفقود والغائب في الشرع لابدّ من الوقوف التعريف اللغوي الذي تضبط به المعاني وتقربها للمعنى الاصطلاحي.

أ- تعريف المفقود لغة وشرعا.

- **لغة:**

جاء في لسان العرب:" الفقدان في اللغة على وزن فعلان، واسم المفعول مفقود, أصل الكلمة من الفعل فقد، فقد الشيء بفقده فقداً وفقودا".[1] وكلمة مفقود من الكلمات التي تطلق على الأضداد، يقول الأصفهاني " الفقد عدم الشيء بعد وجوده، فهو أخص من العدم"، لأن العدم بعد الوجود أي فهو أعم والفاعل فاقد، ويقول ابن فارس:" الفاء والقاف والدال أصل يدلُّ على ذهاب الشيء وضياعه".[2] فيقال فقدت الشيء إذا ضللته، أو ضاع منك، ولها معنى آخر وهو الطلب فقدت فلانا أي طلبته، وكلا المعنيين متحقق في الفقد والفقدان، وفقد بكسر القاف بمعنى ضل عن أهله وهم في طلبه.[3] ولعل معنى الضياع والضلال أقرب المعاني للمعنى الاصطلاحي وقد استعملها الفقهاء في حدّهم لمعنى المفقود شرّعا.

- **اصطلاحا:**

اختلف علماء الإسلام في تعريف المفقود وهذا بناء تصوراتهم في تحديد مفهوم المفقود ويظهر الاختلاف جلياً في تطبيقات الأهلية على أحوال المفقود وإليك بعض هذه التعريفات:

أ- المفقود عند الحنفية:" اسم لشخص غاب عن بلده لم يدر موضعه ولا أثره ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت".[4]

ب- وعرّفه المالكية بأنه :" من انقطع خبره مع إمكان الكشف عنه" .فيخرج من هذا التعريف الأسير لأنه لم ينقطع خبره، والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه".[5]

ت- وعند الشافعية هو :" من انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها وله مال".[6]

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، ط4، 2005م، ج11 ص205 مادة فقد.

[2] – أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية – دمشق بيروت، ط1- 1412 ه، ص641.

[3] – مجمع اللغة العربية، المجمع الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994م، ص477.

[4] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406ه، 1986م، ج6 ص 196.

[5] – الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، دون طبعة، دون تاريخ، ج2 ص693.

[6] – النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412ه، 1991م، ج6 ص34.

ث- وحدّه علماء الحنابلة ب:" من لا تُعلم له حياة ولا موت، لانقطاع خبره".[1]

من خلال ما سبق من تعريفات الفقهاء تبين الآتي:

1- أن المفقود هو الذي غاب وانقطعت أخباره.

2- أن الحياة والممات متساوية في حق المفقود.

3- أخرج المالكية الأسير والمحبوس من دائرة المفقود لأن الأسير تعلم أخباره، والمحبوس لا يمكن الكشف عنه.

4- كما أضاف الشافعية قيدا وهو أن يكون لهذا المفقود مالا تتعلق به الذمم.

ب- تعريف الغائب لغة وشرعا.

لغة: يقول ابن فارس:" الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تستر الشيء عن الأعين، يقال غابت الشمس غربت واسترت عن الأعين".[2] ويقال امرأة مغيب أو مغيبة، غاب بعلها أو أحد من أهلها.[3]

وغاب الشيء يغيب، غيبا وغيابا بالكسر، وغيوبا ومغيبا: بعد، فهو غائب، والجمع غيب وغياب وغيب.[4]

شرعا: الغائب هو من غادر مكانه لسفر ولم يعد إليه وحياته معلومة.[5]

ومن خلال تعريف الغائب تبيّن أنه يختلف عن المفقود في أن الغائب معلومة حياته بينما المفقود أكثر مجهولية من الغائب لأنه لا يعلم حياته من موته.

الفرع الثاني: مفهوم المفقود والغائب قانونا.

والجدير بالذّكر أن المشرّع الجزائري قد أحال مسألة المفقود والغائب الى قانون الأسرة الجزائري كما نصت عليه المادة 31 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها :" تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".[6] حيث نظم قانون الأسرة أحكام المفقود والغائب في الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية في الفصل السادس من المواد 109 إلى 115 ق.أ.ج.

أولا: مفهوم المفقود قانونا.

---

[1] – البهوتي، كشاف القناع،دار الكتب العلمية، دون طبعة، ودون تاريخ نشر، ج4ص 464.

[2] – أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4 ص433.

[3] – ابن منظور، لسان العرب، ج3ص3321.

[4] –الفيومي، المصباح، ص457.

[5] – الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، د ط، 2002م، ص356.

[6] – الأمر75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م،يتضمن القانون المدني المعدل والتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007م،الجريدة الرسمية، عدد31، ص 03.

عرّف المشرع الجزائري المفقود في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري حيث قال:" هو الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".[1] يتبن من خلال نص هذه المادة أن المفقود في نظر المشرع الجزائري لا يعتبر مفقود إلا بشرطين أساسين شرط موضوعي هو من غاب عن أهله وانقطع أثره وخبره، وجهل مكان وجوده، ولا يعلم إن كان على قيد الحياة أو هو ميت، وشرط إجرائي وهو صدور حكم قضائي يعلن حالة الفقد.[2]

ثانيا: مفهوم الغائب قانونا.

وعرّف المشرع الجزائري في تعريفه للغائب في نص المادة 110 ق.أ.ج بأنه :" 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]

ومن خلال ما سبق تبين أن المراد بالغائب هو الشخص الذي تكن حياته معلومة ولكن لا يوجد له محل إقامة ولا موطن معلوم، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج البلاد حالت ظروف قاهرة دون إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة.[4]

- الغائب شخص تعلم حياته، ولا يوجد له محل إقامة ولاموطن معلوم خارج البلاد
- منعت ظروف قاهرة إدارة شؤون حياته بنفسه أو بواسطة.
- إذا تجاوز الغائب مدة سنة وتضرر الغير بغيابة فحكمه كحكم المفقود.

المطلب الثاني: مدة انتظار المفقود بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

تناول الفقهاء من علماء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية المدة التي ينبغي أن تُضرب كمدة انتظار للمفقود والغائب فاختلفت أراؤهم بين موسع لأهليته في ذلك، وفي المقابل هناك من ضيق في ذلك مراعيا حقوق الغير التي تضررت بهذا الغياب كما سيأتي معنا.

الفرع الأول: مدة انتظار المفقود في الفقه الإسلامي.

من المعلوم أن الفقد من حيث هو فقد لا يؤثر في الرابطة الزوجية إلا بعد تجاوز المدة التي حددها الشرع أو القانون، فزوجة المفقود تبقى على ذمة زوجها، وكذلك مال المفقود يبقى محفوظا إلا ما وجب عليه من حقوق تعلقت به، والسؤال المطروح إلى متى يبقى مال المفقود وزجته على هذه الحالة؟ وماهي الأهلية القائمة في حالة الفقد؟.

[1] – القانون 84-11 المؤرخ في 09يونيو1984 والمتضمن قانون الأسرة العدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي2007، الجريدة الرسمية، عدد31، ص03.

[2] – شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوصفي الجزائري، ص 23

[3] – المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] – محمد سعيد بعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني، دار هومة الجزائر، ط 1 ،سنة 2011 ص 323.

أولا: مدة انتظار زوجة المفقود وتقسيم ماله.

أ- تربص زوجة المفقود.

اختلف فقهاء الشريعة في المدة التي تتربصها زوجة المفقود أثناء الفقد على أراء عدة نذكر منها.

- **مذهب الحنفية:** وهم أكثر المذاهب توسيعا لأهلية المفقود حافظوا على كل روابطه، ومن أهمها الرابطة الزوجية حيث قالوا بأجل التعمير، يعني أن المرأة تتربص مدة تعمير زوجها في العادة، اختلف فيها علماء الحنفية أنفسهم ولعل أرجحها أنه يحكم بموت المفقود بموت أقرانه، فإذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته لأن بقاء المفقود بعد موت جميع أقرانه هي مسألة نادرة وبناء الأحكام الشرعية تكون على الغالب لا على النادر،[1] وتبقى زوجة المفقود كل هذه المدة على ذمته حتى يظهر حاله إما برجوعه إلى أهله أو يتبين أمر وفاته.[2] واستدلوا بأثر عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه في قوله :" امرأة المفقود، ابتليت فلتصبر، لا تُنكح حتي يأتيها يقين موته".[3]

- **مذهب الشافعية:** نظر الشافعية للضرر الواقع على الزوجة من الغيبة مدة التعمير فضيقوا في أهلية المفقود فضربوا لذلك أجلا وهو مدة أربع سنين لهم فيه سند إلى سيدنا عمر الخطاب رضي الله عنه حيث قال:" أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنما تنتظر أربع سنين، ثم تعتدُ أربعة أشهر وعشرا، ثم تحلُ".[4]

- **مذهب التفصيل:** ورواد هذا المذهب المالكية[5] والحنابلة[6]، فقد فصلوا المدة التي تنتظرها زوجة المفقود حسب حسب الظروف التي فقد فيها الزوج ومكانه، فهناك حالات تتربص فيها زوجة المفقود أجل التعمير، وظروف أخرى تتربص فيها الزوجة أربع سنين، وأكثر المذاهب تفصيلا المذهب المالكي فقد قسموا حالات المفقود إلى خمسة أقسام حسب درجة الفقد من حيث السلامة والهلاك،[7] وقسمه الحنابلة قسمين قسم لمفقود انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة وقسم آخر لغيبة ظاهرها الهلاك، فإن كانت الغيبة ظاهرها السلامة تتربص زوجة المفقود أجل التعمير، وإن

[1] – الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6 ص 196.

[2] – السرخسي، أصول السرخسي، مرجع سابق، ص39.

[3] – البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 1424هـ،2003م، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم ...، رقم الحديث:15574، ج7 ص734.

[4] – مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1406هـ، 1985م، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، رقم الحديث:52، ج2ص575.

[5] – الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث،مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،2006، ص 102- ص 10.

[6] – البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، د ط، دون تاريخ، ج4 ص465.

[7] – خالد بو شمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 219-220.

كانت الغيبة ظاهرها الهلاك تتربص زوجته أربع سنين، وهناك قول عند المالكية أنه يضرب له أجل سنة بعد النظر والبحث عنه في بعض الحالات التي يغلب فيه الهلاك.[1]

ب- مدة الانتظار في مال المفقود.

- ذهب الجمهور[2] الى أن مال المفقود لا يقسم حتى تثبت البيّنة بوفاته، أو بمرور أجل التعمير، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يظهر الدليل بخلافه.[3]

- وذهب المالكية والحنابلة أن مال المفقود يقسم في الوقت الذي تؤمر فيه بالعدة بعد الوفاة، لأن من اعتدت زوجته عدة وفاة قسم ماله، لأن في تأخير تقسيم أموال المفقود فيه ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال.[4]

- كما اتفق أئمة المذاهب أنّ أهلية المفقود قائمة بنوعيها، فأهلية الوجوب تظهر في إلزامه والتزامه كالنفقة والزكاة والوقف وغيرها، وأهلية الأداء كذلك ثابتة في حقه كالإجارة والوكالة وغيرها من تصرفاته وأقواله ومسؤوليته باقية حتى يتبين أمره أو يحكم القاضي فيه بوفاته.

وبناء على اثبات أهلية المفقود استصحابا حياته يترتب ما يلي:

- لا يقسم ماله بين ورثته، إنما ينفق القاضي من ماله على ما كان له الحق في إنفاقهم قبل الفقد، لأن من تجب نفقته لا تسقط بحضور أو غياب وهذه أهلية الوجوب.

- لا تفسخ عقوده كالإجارة وغيرها، وكل تصرفاته حيث ينصب القاضي له وكيلا عنه يقبض ديونه ويحفظ أمواله، إلى أن يتبين حاله[5]، وهذه أهلية الأداء، لأن القاعدة الفقهية المقررة عند الفقهاء "ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين" والحياة ثابتة بيقين في حق المفقود والموت طارئ ومشكوك فيه، فلا نترك اليقين لأجل الشك، واليقين لا يزال بالشك، فلا يقسم مال المفقود، حتى نتيقن من وفاته، أو تمر مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، أو يحكم القاضي بموته.[6]

الفرع الثاني: مدة انتظار المفقود في التشريع الجزائري.

لقد جاء في القانون الجزائري في المادة 113 ق.أ.ج أن المدة التي يحكم بها بوفاة المفقود هي بمضي أربع سنوات في الحروب والحالات الاستثنائية بعد عمليات تحري وبحث يجريها القاضي في شأن المفقود، وفي الحالات تغلب عليها

[1] – الصادق عبد الرحمان الغريان، المرجع نفسه، ص 105 .

[2] – أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، دون تاريخ نشر، ج4 ص478.

[3] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي وأدلته، دار الفكر،ط2، 1405هـ، 1985م، ص420.

[4] – ابن قدامة، المغني، تحقيق طه محمد الزيني، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، دون طبعة، 1388هـ، 1968م، ج8 ص11.

[5] – وهبة الزحيلي، الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق ص420.

[6] – الزركشي، المنثور فيالقواعد الفقهية، تحقيق: تيسسير فائق أحمد محمود، دار الكويت، ط2، 1305هـ، 1985م، ص135.

السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تحديد المدة التي يقضي بها بموت المفقود، وذلك بعد أن تمضي أربع سنوات من الفقدان وبعد عمليات التحري والبحث عليه بكافة الطرق والوسائل التي يمكن أن تؤدي إلى الكشف عليه.

فنجد أن قانون الأسرة الجزائري أخذ بمذهب المالكية في تقدير المدة التي يحكم بها بوفاة المفقود حين فصلوا تفصيلا عجيبا في حالة الفقدان خمسة أقسام فيها حالات يغلب عليها الهلاك ومنها حالات يغلب عليه السلامة، فالحالات التي يغلب عليها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تحديد المدة التي يقضي بها بموت المفقود وقد حددها المالكية حسب ظروف المكان والزمان، ما على القاضي إلا أن ينزل على تلك الحالات على حالة المفقود التي بين يديه، فسلطة التقدير للقاضي حيث ترك مدة الحكم بموته إلى أمر القاضي حسب ما تبين لديه من أدلة وإثباتات.

وأما في الحالة التي يغلب هي مظنة الهلاك فحكم المشرع الجزائري بحكم المالكية في المفقود في أرض الحرب أو الفتن ... وهي حالات يغلب فيها الهلاك وضربوا مدة للبحث والتحري ثم يحكم بها بوفاته بمضي أربع سنوات كما نص على ذلك المشرّع الجزائري.

الخاتمة:

بعد هذه الرحلة العلمية القصيرة التي سلطت فيها على الضوء على أهلية المفقود ومدى اعتبارها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري نخلص إلى أهم النتائج المتوصل إليها وهي كالآتي:

1-الأهلية تبدأ في فقهنا الاسلامي منذ بدء تكون الجنين في الرحم وتنتهي بالموت بينما في القانون المدني الجزائري في المادة 25 تبدأ بتمام ولادة الإنسان حيا، وتنتهي بموته.

2-كذلك من الفروق الواضحة بين التعريف الفقهي للأهلية وتعريف التشريع الجزائري أن التعريف الفقهي كان أشمل وأعم من حيث شمل العبادات والمعاملات وغيرها من الحقوق والواجبات بينما التعريف القانوني اقتصر فيه على الجانب المتعلق بالمعاملات وما يترتب عليها من حقوق وواجبات.

3-من الفروق كذلك أن القانون تكلم عن أهلية الشخصية الاعتبارية وهذا ما لم نجده بالتفصيل في كتب الفقهاء القدماء الذين اقتصر كلامهم على الشخصية الطبيعة عبر مراحلها الخمس.

4-المشرع الجزائري لم يفصل في أهلية الشخص المتعلقة بالعقيدة والعبادات كما فصلها فقهاء الإسلام .

5-لم يفرّق المشرع الجزائري بين المفقود والغائب في الأحكام، بينما نجد أن الفقهاء جعلوا لك واحد منهما أحكام خاصة به.

6-لا يسمى المفقود مفقودا إلا بحكم قضائي باتفاق الفقهاء والمشرّع الجزائري.

7-- في الفقه الإسلامي مذهب الحنفية أكثر المذاهب توسيعا لأهلية المفقود حافظوا على كل روابطه، ومن أهمها الرابطة الزوجية حيث قالوا بأجل التعمير، ثم بعدهم الشافعية قالوا تتربص زوجة المفقود أربع سنين.

8- والمشرّع الجزائري أخذ برأي المالكية والحنابلة قالوا حسب الظروف التي اختفى فيها المفقود، إن كان ظروف يغلب عليها السلامة نحكم عليه بأجل التعمير، وإن كانت ظروف يغلب عليها الهلاك نقول تتربص زوجة المفقود أربع سنين.

9-بالنسبة لمال المفقود لا يقسم حتى تثبت البيّنة بوفاته، أو بمرور أجل التعمير، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يظهر الدليل بخلافه وهو رأي أغلب العلماء لأن أهليته قائمة.

10-بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى أن مال المفقود يقسم في الوقت الذي تؤمر فيه بالعدة بعد الوفاة، لأن من اعتدت زوجته عدة وفاة قسم ماله، لأن في تأخير تقسيم أموال المفقود فيه ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال.

11-اتفقت المذاهب الفقهية والمشّرع الجزائري على أن نفقة زوجة الغائب واجبة في ماله .

12-الشافعية والحنفية أثبوا للمفقود الأهلية الكاملة من خلال الحفاظ على ماله ورابطته الزوجية، وأن الغيبة ليست سبب شرعي للتطليق وتقسيم أموال المفقود.

13- ذهب الحنابلة أنه يجوز لزوجة المفقود أن تطلب التطليق من القاضي إذا تجاوزت غيبة المفقود أكثر من ستة أشهر بشرط أن تكون الغيبة بدون عذر.

14-ذهب المالكية في المعتمد عندهم، أنه يجوز لزوجة المفقود أن تطلب التطليق إذا تجاوزت مدة الغياب سنة كاملة، وفي رواية أخرى ثلاث سنوات ولو كانت الغيبة بلا عذر، فترفع أمرها للقاضي لطلب التطليق لرفع الضرر الواقع عليها بسبب الغيبة، حتى ولو كان للمفقود مالا تنفق منه على نفسها، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب المالكية في المشهور عندهم، واحتلفوا بعض الجزئيات هو كما واضح من خلال الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق أ ج.

15-أخذ المشرّع الجزائري برأي جماهير العلماء في إثبات الحقوق الإيجابية والسلبية للشخص المفقود خلافا للحنفية الذين أثبتوا للمفقود الحقوق السلبية دون الايجابية.

وفي الأخير يمكن أن نقدم بعض التوصيات والاقتراحات التي تساهم في ضبط أحكام المفقود وأهليته في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

- نهيب بالجامعات ومراكز البحث عقد ملتقيات وأيام دراسية في البحث عن حالات المفقود وصوره المعاصرة مع التطور التكنولوجي.

- لم يتكلم المشرّع الجزائري عن الأهلية في العقيدة والعبادات بل حصرها في المعاملات والتصرفات، فيجب أدراج مواد تتكلم عن أهلية الأداء في العقيدة والعبادات وتحمل المسؤولية عنها أمام القانون والشرع.

- يجب على فقهاء الإسلام الحديث عن الشخصيات الاعتبارية في الفقه الإسلامي وكيفية تكيفيها، بجعل لها أهلية وجوب، وأهلية أداء.

- المواد المتعلقة بالمفقود والغائب قليلة جدا في التشريع الجزائري، لا تفي بالغرض من الصور الكثيرة والمتنوعة للمفقودين في بلد الجزائر.
- إدراج مادة ضمن قانون الأسرة تتناول وضعية زوجة المفقود وماله عند ظهوره حيا.
- أقترح على المشرّع الجزائري تعديل نص المادة 59من قانون الأسرة، والمتعلق بعدة زوجة المفقود، حيث جعل المشرّع الجزائري بداية عدتها من يوم الحكم بالفقدان، والصحيح شرّعا أن العدة تبدأ من يوم الحكم عليها قضائيا بالوفاة.
- يجب على المشرّع الجزائري أن يفرّق بين المفقود والغائب في الأحكام القضائية كما فرّق بينهما فقهاء الإسلام.

المصادر والمراجع

- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية – دمشق بيروت، ط1- 1412 ه
- أبو عبد الله محمد بن أحمد الحسني التلمساني المالكي، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، تحقيق محمد علي فركوس، المكتبة المكية – مكة المكرمة، مؤسسة الريان – بيروت لبنان، ط1، 1419 ه - 1998 م
- أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، دون تاريخ نشر
- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 1424ه،2003م
- باديس ذياب، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى الجزائر، 2007
- – بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013 ص 604.
- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق، ط1، 1427 ه - 2006 م
- محمد مصطفى شلبي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، درا الخير، دمشق سوريا، ط2، 1427ه، 2006م
- مصطفى شلبيك، المدخل للعلوم القانونية، مصالح الجامعة المفتوحة، ليبيا طرابلس، ط1، 2005م
- ابن حزم الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، دون طبعة، ودن تاريخ نشر.
- ابن قدامة، المغني، تحقيق طه محمد الزيني، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، دون طبعة، 1388ه، 1968م.
- ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1419ه/1999م، ج1
- البهوتي، كشاف القناع،دار الكتب العلمية، دون طبعة، ودون تاريخ نشر
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، د ط، دون تاريخ

- الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، دار الكويت، ط2، 1305هـ، 1985م
- السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية –بيروت، 1416هـ - 1995 م
- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح مصر، بدون طبعة بدون تاريخ
- سنن أبي داوود، تحقيق محي الدين، المكتبة العصرية، بيروت صيد، دون طبعة ودون تاريخ
- الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، د ط، 2002م
- الشوقي الباسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2010م
- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوصفي الجزائري
- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2006
- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، دون طبعة، دون تاريخ
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الإلتزام"، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان بيروت، ط3، دون تاريخ نشر
- عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة ودن تاريخ
- عبد القادر بدران، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط2، 1401هـ
- علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر "الجزائر" دون طبعة، 2011
- الفراهيدي، العين، تحقيق إبراهيم السمرائي، مؤسسة دار الهجرة، ط2، دون تاريخ النشر.
- القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، دون طبعة، دون سنة نشر
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ، 1986م
- مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1406هـ، 1985م
- مجمع اللغة العربية، المجمع الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994م،
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر، دون طبعة، سنة 1996م
- محمد سعيد بعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني ، دار هومة الجرائر، ط 1 ،سنة 2011

- محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، دار الجامعية، بيروت لبنان، ط1، 1405هـ/1985هـ
- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، ط1، 1998م
- معجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر القاهرة، ط4، 1425هـ/2004م
- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق الشريعة والقانون، دار الهدى الجزائر، 2010
- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412هـ، 1991م
- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، الطبعة الأولى دار دجلة، الأردن، سنة 2010م.
- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا دمشق، ط4، دون تاريخ نشر
- اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس سطيف، 2003

القوانين والمواد

- أمر رقم 58-75، المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975م.
- أمر رقم 58-75، المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975م.
- الأمر75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م،يتضمن القانون المدني المعدل والتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007م،الجريدة الرسمية، عدد31، ص 03.
- القانون 84-11 المؤرخ في 09يونيو1984 والمتضمن قانون الأسرة العدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي2007، الجريدة الرسمية، عدد31، ص03.
- المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري.