جامعة آكلي محند أولحاج ـ البويرة ـ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الأحكام التنظيمية الخاصة بالشخص المفقود والغائب في إطار القانون العادي والقوانين الاستثنائية

مذكرة نيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: قانون أسرة

من إعداد الطالب:

طالب عمر

إشراف الأستاذة :

د.ربيع زهية

لجنة المناقشة:

الأستاذ: د.بن قوية مختار..... رئيسا

الأستاذة: د.ربيع زهية .....مشرفة ومقررة

الأستاذ: أ.قاسم حكيم.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: يوم 02 أكتوبر 2019

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد والشكر والثناء لله وحده أولا وآخرا على نعمته المسداة واعترافا مني بالفضل والتقدير للجهود المبذولة، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر وخالص الامتنان إلى الأستاذة الفاضلة "ربيع زهية" التي تكرمت بالإشراف على عملي هذا، والتي كانت فيه نعم الموجه وخير الرشيد فشكرا خاصا وامتنانا لها.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أشكر أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل.

كما لا أنسى أن أقدم امتناني وتقديري إلى كل من قدم لي يد العون من قريب وبعيد وحفزني على إتمام هذا العمل ولو بدعوة في ظهر غيب.

طالب عمر

الإهـــــداء

إلى من لا يمكن أن توفيهم الكلمات حقهما

ويعجز اللسان أن يعد فضائلهما

" الوالدين الكريمين ".

إلى من امتزجت روحي بروحهم وربطتني بهم صلة الرحمان وجمعني بهم الحب والحنان

"أخواتي الأعزاء".

إلى من سعدت برفقتهم طيلة دراستي.

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي.

طالب عمر

قـــــــائمة المختصرات:

الكلمة المختصرة	دلالة الكلمة المختصرة
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.إ.ج	قانون الإجراءات الجزائية
ق.ح.م	قانون الحالة المدنية
ب.ط	بدون ذكر طبعة
ب.س.ن	بدون ذكر سنة النشر
ج	الجزء
ج.ر	الجريدة الرسمية
ب.ن	بدون ناشر
ق.م.ع	قرار المحكمة العليا
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ق.أ.ش	قانون أحوال الشخصية

مقدمة

قال الله تعالى: ﴿**كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ** ﴾[1]، وقوله جل وعلا: ﴿ **الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْغَفُورُ** ﴾[2]. وقوله أيضا: ﴿**كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ** ﴾[3]. فالموت من قدر الله، والموت ينهي قوة القوي وضعف الضعيف، وصحة الصحيح ومرض المريض، ينهي وسامة الوسيم ودمامة الدميم، بنهي غنى الغني وفقر الفقير، فالموت يسوي بين الخلق جميعا .

الموت هو الطريق الوحيد لنهاية شخصية الإنسان[4]. سواء الطبيعية كانت، أو القانونية. وباعتباره فردا في أسرة، شخصا في مجتمع ككل. ولكن الموت الطبيعي وحده لا يكفي لزوال شخصية الإنسان، فهناك الموت الاعتباري الذي ليس بالأمر الجديد علينا أو على القضاء الجزائري والفقه الإسلامي ككل، فالموت الحقيقي والموت الحكمي هما وجهان لعملة واحدة وهي زوال شخصية الإنسان. فالأول يكون طبيعيا، والثاني بناءا على حكم القاضي وفق واقعة فقدان الشخص وغيابه[5].

قد يخرج الإنسان للعمل أو للدراسة فهو يمارس انتماءه الاجتماعي، ولكن قد لا يرجع إلى أهله بإرادته أو رغما عنه، ويختفي عن الأنظار ولا يعرف عنه شي. ليس هذا فقط وإنما قد يختفي بسبب الكوارث الطبيعية، كزلزال الذي هز ولاية بومرداس، وفيضانات باب الواد سنة 2001، بومرداس في 2003، وهنا تدخل المشرع الجزائري وبين مركزه القانوني الذي إهتز بفعل غيابه وفقده.

---

[1] سورة الرحمان، الآية 26.

[2] سورة الملك، الآية 2.

[3] سورة آل عمران، الآية 74.

[4] نصت المادة 1/25 من ق.م.ج على :" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته".

[5] نصت المادة 111 من ق.أ.ج على:" على القاضي أن يحكم بالفقد".

إن ظاهرة الفقدان والغياب ليست وليدة هذا العصر، وإنما اهتم بها الفقه الإسلامي و عالج كل الجوانب المحيطة بهذه الواقعة، وعلى غرار التشريعات العربية المقارنة فقد نظم أحكامها المشرع الجزائري بجملة من القواعد واكبت الشخص المفقود والغائب داخل الأسرة الجزائرية، فلم تنظم أحكامهما قانون الأسرة فقط وإنما القوانين الخاصة التي جاءت في ظروف غير طبيعية فكان لها تارة الدور الموضوعي، وتارة الدور الإجرائي مسايرة لوضع المفقود والغائب داخل الأسرة. بالإضافة إلى القانون الجزائري، كان للقضاء الجزائري نصيب التصدي لهذه الظاهرة وهذا راجع للأثر السلبي الذي يوقعه الفقدان والغياب بشخصية المفقود والغائب وعلاقاته بأسرته (من زوجية، وولاية، وحضانة ونفقة...) ، وكذلك الحال وتصرفاته القانونية (من مديونية وميراث وغيرهما..)، فسهر القضاء على محاولة تدارك هذا الدور السلبي عن طريق وسيلة التقاضي التي منحها لكل من مسه ضرر، أو له مصلحة عن طريق استصدار موت حكمي.

ولأن موضوعنا في هذا العمل هو الأحكام التنظيمية الخاصة بالشخص الغائب والمفقود فقد عالجنا هذا الموضوع للأسباب التالية:

1- التخصص الذي أدرسه يفتح لي الطريق الواسع إلى هذا الموضوع، والإحاطة بكل جوانبه خاصة الجانب الخاص بالأحوال الشخصية.

2- الفقدان والغياب أصبحت من ظواهر العصر، وذلك لتغير محسوس في معاملات المجتمع و زيادة الآفات الاجتماعية، التي أدت بدورها إلى مشاكل أصبحت تتخبط فيها الأسر الجزائرية إن لم نقل المجتمع، لأنها اللبنة الأولى في تكوينه.

3- حساسية المركز القانوني للمفقود والغائب خاصة وأن شخصيته القانونية مرتبطة بمجموعة من الحقوق، والواجبات على عاتقه. فالفقدان والغياب قد يؤثر نوعا ما من استقرار معاملاته لذا حاولنا الاستعانة بالفقه الإسلامي والقانون الجزائري للخروج بنتيجة.

4- الفقدان والغياب له صبغة قانونية خاصة، لأن الدور الأسمى للقانون معالجة مثل هذه الظواهر وإعطاءها محل من الإعراب.

ومن هذه الأسباب نرى مدى أهمية الموضوع على الواقع المعاش وعلى التكوين القاعدي لي في قانون الأسرة الجزائري، والإلمام بهذه الصعوبات يعودني على معالجة أي ظاهرة تندرج تحت الأحوال الشخصية وهي:

1- للموضوع أهمية عملية تتلخص في معرفة ضبط القانون لوضع المفقود والغائب.

2- ووقوع الكثير في الخلط بين المصطلحين بما فيهم المشرع الجزائري.

3- للفقدان والغياب أهمية على الحياة اليومية خاصة أنه كل منا معرض للفقدان والغياب إن قدر الله، وبذلك فالخوض في مثل هذه المواضيع تثري الزاد القانوني و يزيد المكسب المعرفي.

4- تبقى الرغبة في الولوج إلى أي الموضوع كان هي المحرك الأول في العملية العلمية.

ومنه يكمن طرح الإشكالية الآتية التي ستبين لا محال المغزى من بحثنا هذا، و سنحاول فكه بفصلين كاملين وفق خطة محكمة وعليه:

فيما تبرز الأحكام القانونية التي يستند إليها شخص المفقود والغائب؟، والآثار المتولدة عن فقدان الشخص وغيابه؟

كل هذا سأحاول الرد عليه بالاعتماد على الإحكام التي جاء بها القانون الجزائري، والفقه الإسلامي بسلوك المنهج التحليلي في تحليل المواد المتعلقة فالفقدان والغياب قانون الأسرة الجزائري، وكذلك القوانين الاستثنائية، وبالإضافة إلى رأي فقهاء الشريعة الإسلامية. والمنهج الوصفي في وصف واقعة الفقدان والغياب والأحكام المطابقة لهما، وتارة المقارن في معرفة اتجاه القوانين الأخرى في ذات السياق.

وعليه فقد قسمنا هذا البحث إلى فصلين: الفصل الأول سأتطرق فيه بحول الله إلى الوضع القانوني للشخص المفقود والغائب، والذي قسمناه إلى مبحثين اثنين، الأول جاء فيه الإطار المفاهيمي الخاص بالشخص المفقود والغائب، الذي تناولنا في المطلب الأول مفهوم الشخص المفقود والمطلب ثاني لمفهوم الشخص الغائب، والمبحث الثاني خصصته للإطار الإجرائي لتقرير الموت الحكمي الذي قسمناه إلى مطلب أول كيفية ممارسة دعوى الفقدان في ظل قانون إ.م.إ والقوانين الاستثنائية ، أما الفصل الثاني فخصصته للآثار المتعلقة بالمفقود والغائب ، ففي المبحث الأول تطرقت إلى الآثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان والمطلب الثاني آثار الفقدان والغياب في فترة الموت الحكمي، والمبحث الثاني خصصته لأثر ظهور المفقود حيا

والذي بدوره قسمته إلى المطلب الأول أثر عودة المفقود على ماله و المطلب الثاني أثر عودة المفقود بالنسبة لزوجته .

الفصل الأول

الوضع القانوني للشخص المفقود والغائب في القانون الجزائري

إن مسالة المفقود والغائب من المسائل الحساسة التي طرقت باب القضاء الجزائري واهتم بها الفقه الإسلامي، وحتى فقهاء القانون، وحاولوا إعطاء مركز قانوني للشخص الغائب والمفقود. والإلمام بكل جوانب وأحكام المتعلقة بهما بغيه الوصول إلى حلول للمشاكل التي يكتنفها فقدان الشخص وغيابه خاصة من الجانب الأسري.

كما حاول القانون الجزائري إيجاد الحلول لحالات الفقدان خاصة في الظروف الاستثنائية وذلك بفرض جملة من الإجراءات تكون تحت طائلة البطلان كل خروج عنها، وتكون واجب الإتباع من طرف كل ذي مصلحة. وهذا من أجل استصدار حكم بالفقدان، ثم حكم بالوفاة[1] وهذا بغية الوصول إلى تحديد وضعية المفقود القانونية.

ولهذا ارتأينا معالجة ظاهرة فقدان والغياب، وكل ما يتعلق بها من أحكام يفرض علينا التطرق إلى مفهوم كل من المفقود والغائب من تعريف وحالات، ونهاية كل من الفقدان والغياب. وبما أن الفقدان والغياب وجهان لعملة واحدة وهي فقدان الشخص، وجب علينا التوقف عند التمييز بينهما وتبيان الإجراءات الخاصة بهما والتي تثري من هذا الموضوع وتعطيه صبغة قانونية بحتة. ويكون هذا عبر مرحلتين أساسيتين هما صدور الحكم بالفقدان تليها مرحلة صدور الحكم بالموت.

فللمفقود والغائب جانب مفاهيمي يختص به كل واحد عن الأخر، وأحكام يحتكم بها دون الآخر (المبحث الأول)، وكون الفقدان والموت الحكمي واقعتان قانونيتان فرض القانون وسائل إجرائية لثبوتهما، وقيدها المشرع بمدة زمنية معينة كي تكون منتجة لكامل آثرها في مواجهة الغير(المبحث الثاني).

[1] نصت المادة 114 من ق.أ.ج على:" يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

المبحث الأول: الإطار ألمفاهيمي الخاص بالشخص المفقود والغائب

تتنوع الأسباب وتختلف التي تؤدي إلى غياب الشخص عن أهله وأقاربه وأمواله، مما يجعل وضعه يتغير بالنسبة لهم، فتختلف الغيبة حسب نوع الغياب القريب أو البعيد أو المعلوم مكانه أم غير معلوم، فلا يمكن معرفة أخباره ، فيختفي عن أهله فيصبح في هذه الحالة مفقودا.

حيث أولى فقهاء الشريعة الإسلامية، والمشرع الجزائري، للشخص المفقود والغائب أهمية بالغة، وحاولوا لإلمام بكل جوانبهما وأحكامهما للوصول إلى حل لحالة الفقدان، وذلك بفرض مجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها لكل ذي مصلحة وهذا بهدف تحديد وضعية المفقود القانونية.

وأقر الفقه الإسلامي اعتبار الشخص غير معلوم الحياة أو الموت، والغير معلوم مكان تواجده مفقودا، وذلك لا يستقيم مع القانون، ذلك أن المشرع الجزائري لا يعطي صفة مفقود لأي شخص ما، إلا إذا صدر حكما قضائيا بفقدانه[1].

لهذا حاولنا دراسة ظاهرة الفقدان والغياب وكل ما يتعلق به، وذلك بالتعرض إلى التعريفات التي جاء بها فقهاء الشريعة والقانون، تبيان المركز القانوني لكل من الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وعليه فإنه يتمحور هذا المبحث كل دراسة الجانب ألمفاهيمي المتعلق بكل من الشخص المفقود (المطلب الأول)، والغائب (المطلب الثاني). والمقارنة بين المفهومين بوجهة نظر القانون والفقه الإسلامي.

[1] نصت المادة 109 من ق.أ.ج على:" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم ".

المطلب الأول: مفهوم الشخص المفقود

لا تقتصر دراسة أي موضوع على فهم أحكامه والإلمام بها فحسب، وإنما يقتضي ذلك بالضرورة تسليط الضوء على الجانب ألمفاهيمي والتنقيب على مقصوده ومدلوله. وتتبعها يعين دون أدنى شك في الوصول إلى ما يصبو إليه الباحث.

ويقتضي تحديد مفهوم الفقدان والغياب كواقعة مادية التعرض لبيان تعريفه، وذلك من أجل توضيح معناه. ولهذا يتعين علينا الوقوف عند تعريفه (الفرع الأول) سواء عند أهل اللغة، والفقه الإسلامي والقانوني، كما أنه معلوم أن المفقود تطرأ على فقدانه حالات تعرض لها المشرع الجزائري (الفرع الثاني)، وإن هذه الحالات لها نهاية بطبيعة الحال وهذا ما سنشير إليه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف شخص المفقود

لقد وردت العديد من التعريفات للمفقود، وذلك سواء من الجانب اللغوي، والاصطلاحي وكذلك القانوني. و لهذا سأتطرق إلى تعريفه في اللغة أولا، و شرعا ثانيا، و قانونا ثالثا.

أولا: التعريف اللغوي للمفقود:

المفقود في اللغة مشتق من فَقَد الشيء أفقده فقدا و فقدانا . فهو اسم مفعول من المصدر فقد: من باب ضرب و كذلك من المصدر فقدانا و فقدانا بضم و كسر الفاء و اسم المفعول هو مفقود و فقيد . و يأتي في اللغة عدة معاني منها: الضائع ، المعدوم ، المطلوب عند الغيبة[1].

المفقود في اللغة و الفقيد بمعنى واحد ، وهو اسم مفعول ، من فقد الشيء أي ضاع منه[2]. ويقال فقد الكتاب و المال نحوه ،خسره وعدمه، ويقال فقد الصديق و فقدت المرأة زوجها فهي فاقد و المفعول به مفقود و فقيد و هذا يعني أن المفقود مشتق من الفقد في اللغة من الأضداد

[1] القيومي محمد بن أبي بكر، المصباح المنير، تحقيق يحي مراد، ج2، ط1، مؤسسة المختار، القاهرة، 2008، ص288.

[2] ابن المنظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج37، دار المعارف، القاهرة، (ب.س.ن)، ص3443.

يقال مثلا : فقدت الشيء أي أضللته و فقدته أي طلبته و كلا المعنيين متحققان في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه.[1]

والتفقد فهو تطلب ما غاب من الشيء[2]، وقوله تعالى : ﴿ وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ﴾[3].

ثانيا : تعريف الفقه الإسلامي للمفقود:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ضبط تعريف للمفقود، بحيث ذهبت كل طائفة منهم إلى تعريف مغاير لما ذهب إليه الآخرون. ولهذا سوف نتعرض إلى تعريف كل مذهب على حدا.

1. المذهب الحنفي:

عرف **شمس الدين السرخسي** الشخص المفقود على أنه : "اسم موجود هو حي باعتباره أول حالة، ولكنه خفي الأثر كالمشي وباعتبار المال وأهله في طلبه لا يجدون، والخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، ربما يتأخر اللقاء إلى يوم التنادي"[4].

2. المذهب المالكي:

المفقود هو الذي :" غاب وانقطع خبره ولم يعلم له موضع ولا حياة "[5].

---

[1] طحطاح علال، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، ج3، عدد 32، جامعة الجيلالي بونعامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، حوليات جامعة الجزائر، سبتمبر 2018، ص28.

[2] عبد القادر عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1418هـ- 1996م ص 216.

[3] سورة النمل، الآية 20.

[4] شمس الدين السرخسي ، كتاب المبسوط ، ج11، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 24.

[5] طحطاح علال، المرجع السابق، ص28.

3. المذهب الحنبلي:

أقر فقهاء الحنابلة وعلى رأسهم **منصور بن يونس بن إدريس البهوتي** بأنه :" أن تطلب الشيء فلا تجده، والمراد بها هنا:" من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره، وقالوا أيضا " هو من خفي خبره بأسر أو سفر ،ويدخل ضمن تعريف الأسير"[1].

4. المذهب الشافعي:

عرف الشافعية المفقود بأنه:"هو من انقطع خبره وجهل حاله في السفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره "[2].

ثالثا: التعريف القانوني للمفقود:

1. قانون الأسرة الجزائري:

أحالت المادة 31 من القانون المدني الجزائري بخصوص مسألة المفقود و الغائب إلى قانون الأسرة الجزائري. وجاء في فحوى نصها: " تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي "[3].

ولقد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري :" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته. ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم "[4].

---

[1] منصور بن إدريس بني إدريس البهوتي ، كشاف الأقناع عن متن الإقناع، ج4، (ب.ط)، عالم الكتاب، بيروت،(ب.س.ن)، ص 464.

[2] الإمام أبي قاسم عبد الكريم بن عمد عبد الكريم الشافعي ، العزيز : شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ص 525 .

[3] أمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975. المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 05–10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005،ج.ر، عدد 44، صادر بتاريخ 20 يونيو سنة 2005.

[4] قانون رقم 84 . 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 ،المتضمن قانون الأسرة ،معدل و متمم بموجب أمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ر ، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.

ومن الملاحظ بتمعن من خلال فحوى المادة 109 من ق.أ.ج و بالنظر إلى التعريف الشرعي للمفقود الأنف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي و خالف المذاهب الأخرى.

2. القوانين الاستثنائية الجزائرية:

أ- تنص المادة 1/02 من الأمر رقم 02 -03 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 على أنه:" ...يصرح المتوفى، بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ..."[1].

ب - تنص المادة 1/02 من قانون رقم 03- 06 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي زلازل 21 مايو 2003 على أنه: " ...يصرح المتوفى، بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ..."[2].

ج - كما تنص المادة 30 من المرسوم 06- 01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية على أنه: " يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره، ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى "[3].

---

[1] أمر رقم 02 – 03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فيفري سنة 2001، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، ج.ر، عدد 15 ، صادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2002.

[2] قانون رقم 03- 06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلازل 21 مايو 2003 ج.ر، عدد 37، صادر بتاريخ 15 يونيو سنة 2003.

[3] أمر رقم 06- 01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية، ج.ر، عدد11، صادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2006.

3. القوانين العربية المقارنة:

أ. القانون العراقي: عرف المشرع العراقي المفقود بأنه :" الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته"[1].

بـ . في القانون السوري: عرف المشرع السوري المفقود في المادة 201 من ق.أ.ش :" كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان، ويعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه أكثر من سنة و تعطلت بذلك مصالحه ومصالح غيره"[2].

جـ . القانون الليبي: عرفه المشرع الليبي :"هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته"[3].

د. القانون الأردني: عرفه المشرع الأردني في المادة 571 من ق.أ.ش:" من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت بحكم بكونه مفقودا بناءا على طلب ذوي الشأن "[4].

هـ . القانون التونسي: عرف القانون التونسي المفقود في الفصل 81 من الكتاب الثامن من ق.أ.ش:" كل من انقطع خبره و ممكن الكشف عنه حيا "[5].

الفرع الثاني: حالات الفقدان الواردة في قانون الأسرة و القوانين الاستثنائية

انطلاقا من كون المفقود هو الغائب الذي يجهل مكانه ولا تعرف حياته أو موته، فقد تناول المشرع حالات الفقدان فقط ولم يتعرض إلى حالات الغياب حسب نص المادة 110 من

[1] هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود (دراسة مقارنة)، ط1، دار دجلة، عمان، 2010، ص 21.

[2] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 21.

[3] نفس المرجع، ص21.

[4] شراين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في إطار مدرسة دكتوراه ،فرع: عقود ومسؤولية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق، 2009-2010، ص23.

[5] هادي محمد عبد الله ، المرجع السابق، ص22.

ق.أ.ج[1]. في حين حددت المادة113 من ق.أ.ج حالات الفقدان، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة. أما القوانين الخاصة فهي بدورها لها أحكام لا تستجيب لها أحكام قانون الأسرة نظرا لطابعها الإستعجالي، وبِاعتبارها جاءت في ظروف وجيزة وطارئة والمتمثلة أساسا في فيضانات باب الواد سنة2001، وزلزال بومرداس2003 وكذلك المأساة الوطنية.

أولا: حال المفقود بِاعتبار غيبته:

قد يفقد الشخص في ظروف عادية يكون مرجحا احتمال بقاءه على قيد الحياة أكبر من احتمال هلاكه هذا من جهة، وقد يفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك من جهة أخرى.

1. حالة المفقود التي تغلب فيها السلامة:

يقصد بحالة عدم غلبة الهلاك أن تكون غيبة لمفقود وإختفاؤه في ظروف تغلب فيها السلامة والأمن كمن سافر لتجارة، أو لطلب علم، أو سياحة، ثم إنقطعت أخباره فلم تعلم حياته من مماته[2], وتقدير ما إذا كانت الظروف التي غاب فيها المفقود يغلب فيها الهلاك أو لا يغلب عليه أمر يستدل عليه القاضي من أحوال الناس[3]، أي هذا الأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية لقاضي الموضوع (لا رقابة المحكمة العليا على ذلك)[4]. وبالرجوع إلى نص المادة 113 من ق.أ.ج نجد أنها تنص على:" وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة...."[5].

---

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] حسن كيرة، مدخل إلى القانون، القانون بوجه عام (النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق)، (ب.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، (د.س.ن)، ص 553.

[3] أنور العمروسي، الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري في القانون المدني، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006، ص65.

[4] محمد بعلي الصغير، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق) دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص168.

[5] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

2. حالة المفقود التي يغلب عليها الهلاك:

ويقصد بالحالات التي يغلب عليها الهلاك, أي الظروف التي يفقد فيها الشخص ويغلب فيه اِحتمال وفاته على اِحتمال حياته، كالذي يفقد في الكوارث الطبيعية أو في الحروب، وقد عبر المشرع الجزائري عن الحالات التي يغلب فيها الهلاك، (الحروب والحالات الاستثنائية) وذلك أن الحرب خطر يهدد كيان الدولة وعمل المؤسسات الدستورية بالجمهورية، وليس سلامة ووحدة تراب الدولة واِستقلالها.

وحتى تقوم حالة الحرب لابد أن يتوجه رئيس الجمهورية بخطاب، يعلن من خلاله حالة الحرب، ومن المنطقي أن تشكل حالة الحرب إحدى حالات الفقدان؛ لأنها تتسبب في اختفاء الأشخاص وعدم ومعرفة مصيرهم[1].

فالنص جاء عاما بحيث يمكن أن يشمل الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ[2]، والتي بدورها تؤدي إلى تقييد الحريات العامة؛ ولذلك لوقوع خطير بالنظام العام، تمنح اختصاصات إضافية لمرفق البوليس الوضع الأمني، ومن البديهي كذلك أن الحالة الاستثنائية تؤدي إلى فقدان العديد من الأشخاص، فالوضع الأمني السائد في الجزائر منذ التسعينات يشكل حالة استثنائية أدت إلى فقدان العديد من الأشخاص، خاصة فيما يتعلق بالمختطفين من طرف الجماعات الإرهابية والذين لم يظهر لهم أي أثر مما دفع بذويهم للجوء إلى القضاء، لِاستصدار أحكام تقضي بفقدانهم ووفاتهم، وفعلا اِستجاب القضاء لطلباتهم واِعتبرتهم مفقودين[3]، عملا بأحكام المادة 113 من ق.أ.ج[4].

---

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في النظرية، ج2، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011 ص324.

[2] المرسوم الرئاسي رقم 196/91 صادر بتاريخ 1996/04/04 إثر حالة طوارئ الجزائر.

[3] بيرجيالو خضرة، الفقدان والغياب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص:تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012/2012، ص23.

[4] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

ثانيا: حالة المفقود باعتبار مكان غيبته:

إن اختلاف حال المفقود متعلق أساس بالمكان الذي تم فقد فيه. مما سبق ذكره في الفرع الأول، أن المشرع في المادة 113من ق.أ.ج قد كرس تقسيم أحوال المفقود باعتبار الغيبة ذاتها، إلا أن النصوص الخاصة قد كرست تقسيم أحوال المفقود على ما يلي:

1. المفقود في مكان وقوع الفيضانات 10 نوفمبر 2001:

من بين الشروط اعتبار الشخص مفقودا وفقا أحكام الأمر 02-03 المتعلق بمفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001[1] في منطقة باب الواد بالجزائر العاصمة، أن يثبت وجوده في أماكن وقت الفيضانات وهذا ما نصت عليه المادة 02:" يصرح متوفى بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أمكان وقوع الفيضانات 10نوفمبر 2001. يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري جميع الطرق القانونية".

2. المفقود في المأساة الوطنية:

إن المفقودين بسبب الأوضاع الأمنية, التي عاشتها البلاد منذ بداية التسعينات كالمختطفين من قبل الجماعات الإرهابية وبصفة عامة الحالات المعاقب عليها في المواد 87 مكرر إلى 87 مكرر10 من ق.ع.ج[2] .هم مفقودي في ظروف خاص يغلب عليها الهلاك بالإضافة إلى كونهم مفقودين. وقد وضح ذلك في المادة 27 من الأمر06-01 المتضمن تنفيذ السلم وميثاق المصالحة الوطنية[3]، حيث نصت على:"يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم في المأساة التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على ميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية.

[1] قانون رقم 03-02 المرجع السابق.

[2] أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بموجب قانون 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر. ، عدد 84، صادرة بتاريخ 20 ديسمبر سنة 2006.

[3] أمر رقم 06-01، المرجع السابق.

و نصت الفقرة الثانية تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على إثر عمليات بحث دون جدوى "[1].

و جاء في المادة 28 من نفس الأمر:"تخول صفة ضحية المأساة الوطنية الحق في التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي ".

وخلاصة القول أن الآمر 06-01 قد كرس تقسيم المفقود حسب مكان الغيبة وهو في الجزائر أثناء المأساة الوطنية رغم عدم التصريح بذلك.

3. المفقود في مكان وقوع زالزال 02 ماي 2003:

كذلك في أحكام قانون 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال ماي 2003 الذي هز مدينة بومرداس والمناطق المجاورة قد كرس التقسيم على أساس مكان الفقد حيث نصت المادة02/02

"يصرح بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري جميع الطرق القانونية"[2].

وبالتالي كل شخص فُقِدَ وكان ثابتا وجوده في منطقة الزلزال, وهي ولاية بومرداس والمناطق المجاورة لها، التي أحدث فيها الزلزال أضرار مادية، وبشرية يأتي الشروط المنصوص عليها في المادة المشار إليها فإنه يعتبر مفقودا بحكم القانون[3].

[1] أمر رقم 06- 01 ، المرجع السابق.

[2] قانون رقم 03- 06 ، المرجع السابق.

[3] شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص35.

الفرع الثالث: انتهاء حالة الفقدان

تنتهي حالة الفقدان بإحدى الحالات الثلاثة:

الحالة الأولى: تنتهي حالة الفقدان بظهور المفقود حيا وعودته إلى أهله ووطنه كذلك الحال فظهوره قرينة تنفي جهالة موته أو حياته[1].

الحالة الثانية: موت المفقود حقيقة، فإذا ما ثبت بالبينة بأن المفقود قد مات، فقد انتهت حالة الفقدان، ولابد من ثبوت موته أمام القاضي.إلا أن الشافعية لا يشترطون الحكم بذلك ومن ثمة يكمن للورثة أن يدعو موت المفقود. ويقدموا البينة لإثبات ذلك، ويختار القاضي وكيلا عن المفقود يخاصم الورثة، فإذا أثبت بالبينة موته قضى القاضي بذلك.

وإنه في ظل تقنين الأسرة الجزائري لابد من صدور حكم بالوفاة المفقود حتى في هذه الحالة أي الموت الحقيقي، تطبيقا لقاعدة توازي الأشكال فطالما نشأت حالة الفقد بحكم لا تزول إلا بحكم[2].

الحالة الثالثة: الحكم بموت المفقود بناءً على نص المادة 114 من ق.أ.ج[3]، وهذا ما يقتضي توافر مجموعة من الشروط والإجراءات[4].

المطلب الثاني: مفهوم الشخص الغائب

إن موضوع الغياب في هذا البحث المطروق يكتسي أهمية بالغة كونه يتناول جانب مهم من الأحكام المتعلقة بالغائب، وهذا الأخير نادرا ما يتم التطرق إليه، باعتبار أن الفقدان يأخذ القسط الأكبر في الجانب القانوني والإجرائي.

---

[1] مؤمن أحمد ذياب شويدح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود، رسالة ماجستير في الفقه والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، عمادات الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، 1427هـ . 2006م.ص27.

[2] طحطاح علال، المرجع السابق، ص32.

[3] قانون رقم 84-11، نفس المرجع السابق.

[4] مؤمن أحمد ذياب شويدح، المرجع السابق، ص27.

لذا سوف نتناول مدلول مصطلح الغائب في اللغة، والفقه الإسلامي، والقانون الجزائري في (الفرع الأول)، وتوضيح صور الغائب التي تعرض لها القانون الجزائري في (الفرع الثاني) ولأن الفقه الإسلامي والقانون الجزائري يقعان دائما في خلط بين الغائب والمفقود، هذا ما يؤدي بنا إلى التمييز بينهما من الجانب الفقه الإسلامي، والقانون في (الفرع الثالث). وهذا قصد التقرب أكثر إلى المقصود بالشخص الغائب.

الفرع الأول: تعريف الغائب

لقد أورد أهل اللغة، والفقه الإسلامي، وكذلك القانون تعريف للغائب كما يلي:

أولا: التعريف اللغوي للغائب:

الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تستر الشيء على العيون[1].

يقال غاب الشيءُ، يِغِيبُ، غَيْبَا وغَيْبَةً وغِيَابًا بالكسر، وغُيُوبًا ومَغِيبِا: بَعُدَ، فهو غائب، والجمع غُيَّبٌ وغيَّابٌ، وغَيْبٌ[2].

يقال: سمعت صوتا من وراء الغيب، أي من موضع لا أراه، وامرأة مُغِيبٌ ومُغيبَةٌ، غاب بعلها أو أحد من أهلها[3].

و في التنزيل الحكيم قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ ﴾[4]. وقوله أيضا:﴿ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَهُم مِّنَ السَّاعَةِ مُشْفِقُونَ ﴾[5]. أي يؤمنون بكل ما اخبر به النبي صلى الله عليه وسلم مما لا تهتدي إليه العقول، فهم يؤمنون أن

[1] أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة،ج4، (ب.ط)، ص433.

[2] أحمد بن محمد علي المقري الفيومي، المصباح المنير، (ب.ط)، دار الفكر، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن)،ص457.

[3] ابن المنظور، لسان العرب، ج3، (ب.ط)، دار المعارف القاهرة، ص3321.

[4] سورة البقرة، الآية 3.

[5] سورة الأنبياء، الآية 49.

لهم ربا قادرا يجاري على الأعمال، فهم يخشونه في سرائرهم وخلواتهم التي يغيبون فيها عن الناس بإطلاعهم عليهم[1].

وورد في السنة عن جابر بن عبد الله رضي الله قال: " كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غَزَاةٍ، فلما قدمنا إلى المدينة، ذهبنا لندخل فقال:" أمهلوا حتى ندخل ليلا أي عشاء كي تمتشط الشعتة، وتستحد المغيبة"[2].

ثانيا: تعريف الفقه الإسلامي للغائب:

يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح (الغيبة) في غيبة الزوج عن زوجته، ويريدون بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة، وفيما يلي تعريف الغيبة عن فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري.

1. تعريف الأحناف:

المراد بالغائب عند الحنفية:"كل من بعد عن مجلس الحكم "[3].

2. تعريف المالكية:

"الغائب من غاب عن امرأته فيُعلم الموضع الذي هو فيه "[4].

3. تعريف الشافعية:

"الغائب هو الذي يكون متصل الأخبار، معلوم الحياة، أو تعلم زوجته مكانه "[5].

---

[1] أبو عبد الله ين أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ج1، (ب.ط)، مؤسسة الرسالة، (ب.ب.ن)، 1427هـ . 2006م،252.

[2] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج3، ط1، المكتبة السلفية، ص398.

[3] ابن العابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج5، ط خاصة، دار عالم الكتاب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ . 2003م، ص326.

[4] أبو عمر يوسف بن عبد الله ين محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ب.س.ن)،ص261.

[5] أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البارودي، الحاوي الكبير، ج11، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ . 1994م، ص316.

4. تعريف الحنابلة:

" الغائب هو من تعرف خبره، ويأتي كتابه"[1].

5. تعريف الظاهرية

يطلق الظاهرية الغيبة على كل من غاب، فيدخل في ذلك الغائب والمفقود، وغيرهم من الغائبين. قال **ابن حزم:** " وليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان، وهي أيضا قصيرة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان، فمن غاب عامين إلى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة إلى من غاب نصف عام إلى مصر، وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة إلى من غاب عشرة أعوام إلى الهند، وهكذا في كل زمان ومكان"[2].

ثالثا: التعريف القانوني للغائب:

1. قانون الأسرة الجزائري:

عرفت المادة 110 من ق.أ.ج الغائب بقولها: " 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 هذا النص نرى أن المشرع الجزائري لم يعرف الغائب صراحة على غرار نص المادة 109. بحيث عرف المفقود بأنه شخص غائب وإنما جعل الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته لمدة سنة في حكم المفقود[4]. وبذلك فالمشرع جاء بصورتين:

الصورة الأولى: الغائب الذي لا تعرف حياته أو موته فهو مفقود.

---

[1] الشيرازي، المجموع شرح المهذب، ج19، (ب.ط)، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (ب.س.ن)، ص445.

[2] ابن قدامة، المغني، ج11، ط3، دار عالم الكتاب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ . 1997م، ص248.

[3] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، (ب.ط)، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر،(ب.س.ن)، 261.

الصورة الثانية: الغائب الذي منعته الظروف من الرجوع إلى محل إقامته وتسيير شؤونه مدة سنة فهو يعتبر كالمفقود[1].

ولاعتبار الغائب في حكم المفقود في نص المادة 110 سالفة الذكر يجب توافر شروط:

الشرط الأول: عدم رجوع الشخص إلى محل إقامته لمدة سنة لظروف قاهرة منعته من ذلك.

الشرط الثاني: عدم وجود نائب ينوب عن الغائب في إدارة شؤونه التي لا يستطيع حتما إدارتها بنفسه بحكم غيابه.

الشرط الثالث: أن يتسبب غيابه في ضرر للغير[2]، والغير هو سواء من الأقارب الملزم بنفقتهم من زوجة و الأولاد أو أصوله، أو من الغير كالدائنين، أو الشركاء أو أرباب العمل.

2. القوانين العربية المقارنة:

أ. القانون السوري:

أشار المشرع السوري إلى من هو الغائب في صدد تعريفه للمفقود:"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه أكثر من سنة وتعطلت مصالحه أو مصالح غيره"[3].

بـ . القانون المصري:

عرف المشرع المصري الغائب في المادة 74 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 بقوله:" تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر، على غيابه ويترتب على ذلك تعطيل مصالحه:

أولا: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

[1] سامية علاوة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007، ص15.

[2] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، ط1، (ب.د.ن)، الجزائر، 2003، ص94.

[3] هدي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص21.

ثانيا: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه، أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها"[1].

جـ . المحاكم الحسبية للأحوال الشخصية:

نصت المادة 50 من قانون المحاكم الحسبية أن :" الغائب هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضيا أو مرغما أو حالت ظروف قاهرة دون إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وترتب على ذلك ان تعطلت مصالحه أو مصالح غيره "[2].

الفرع الثاني: صور الغياب

لقد تختصر المشرع الجزائري الغيبة في ثلاث صور:

1/الصورة الأولى: الفقدان:

وجاء بيان هذه الصورة في نص المادة 109 من ق.أ.ج:" المفقود هو الشخص الغائب الذي لا تعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته..".

وتجدر الإشارة أن لهذه الصورة من الغيبة حالات ذكرها المشرع في نص المادة 113 من ق.ا.ج بقوله:" يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات من التحري، ومن الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات"[3].وهذه الحالات هي:

---

[1] نفس المرجع، ص22.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (ب.س.ن)، ص284.

[3] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

الحالة الأولى: حالة الحرب، فمن البديهي أن يترتب عن هذه الحالة فقدان الشخص بحيث لا يعرف مصيرهم

الحالة الثانية: الحالة التي تغلب فيها السلامة، ويغيب فيها الأشخاص في ظروف طبيعية وعادية، كالسفر خارج البلاد للعمل أو الدراسة مثلا[1].

الحالة الثالثة: الحالات الاستثنائية، وهي التي تكوم بسبب العوامل الطبيعية كالفيضانات والزلازل، ومثال ذلك الفيضانات التي حلت بباب الواد بالجزائر العاصمة في10 نوفمبر 2001[2] والزلزال الذي ضرب ولاية بومرداس في 21 ماي 2003[3].

2/الصورة الثانية: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة

وسواء كان فيها الغائب معلوما أو مجهول المكان، مع بقائه على قيد الحياة[4]. ولقد أشارت المادة 5/53 بقولها:" الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"[5].

الفرع الثالث: التمييز الفقهي والقانوني بين الغائب والمفقود

يتداخل مفهوم الغائب مع مفاهيم أخرى مشابهة له على غرار المفقود، ولأن موضوعنا هو دراسة المفقود والغائب، وكذلك إختلاف الفقه والقانون الجزائري الحاصل عليهما.

لهذا سوف نتطرق لتبيان تمييز كل هذه المفاهيم من خلال رأي الفقه والقانون الجزائري.

---

[1] أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة،(ب.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين امليلة، الجزائر،2007، ص107.

[2] أمر رقم 02 – 03، المرجع السابق.

[3] قانون رقم 03– 06، المرجع السابق.

[4] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص71.

[5] قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

أولا: موقف الفقه من تمييز المفقود عن الغائب:

إنه وبالنظر إلى الفقه الإسلامي والأحكام التي جاء بها شأن الشخص المفقود والغائب، نجد أنه لم يفرق أساسا بين الغائب والمفقود كما سبق القول[1]. وهذا ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور **جميل الشرقاوي** بأن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الغائب والمفقود، وكلاهما لا تعرف حياته أو مماته.

وإن هذا يخالف ما يأخذ الفقه الحنفي, الذي فرق بين الغائب والمفقود. واِعتبر المفقود صورة من صور الغياب، وهو أخص مطلقا من الغائب ثم إن للغائب وحده أحكاما كثيرة تدخل في معظم أبوب الفقه، كإبرام العقد، والفقه والتفريق والحكم على الغائب وغير ذلك من الأحكام[2]، هذا من الجانب الفقه الإسلامي.

أما من جانب الفقه القانوني نجد أنه يعتبر فكرة الغياب أوسع من فكرة الفقدان، أي بصريح العبارة أن كل مفقود غائب ولكن ليس كل غائب يصح أن يكون مفقودا[3].

فالغائب قد يكون مفقودا أو قد لا يكون مفقودًا، إذا انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته، ويكون غير مفقود إذا كانت حياته مؤكدة ولكن مجهول الإقامة أو الموطن، أو كانت جهة إقامته معلومة ولكن غاب عن موطنه الأصلي فتعذر عليه مباشرة شؤونه بنفسه أو من يشرف على من ينوب عنه في إدارتها[4].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تمييز بين المفقود والغائب:

إن المشرع الجزائري باستقراء نص المادتين 109 و 110 من ق.أ.ج[5]، قد سوى في الحكم بين الغائب والمفقود. ولو أن الغائب شخص لا يزال قيد الحياة لا يجيز بتاتا إنهاء الشخصية

[1] عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية، ط1، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، 2009، ص167.

[2] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص27-28.

[3] بيرجيالو خضرة، المرجع السابق، ص18.

[4] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص524.

[5] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

القانونية[1]؛ حيث نصت المادة 110بصريح العبارة: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه لنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وسبب غيابه ضرر للغير يعتبر كالمفقود ".

فالمفقود رغم تغليب احتمال وفاته على حياته من خلال نص109 من ق.أ.ج، فإن هذا الشخص الغائب يكون في حكم المفقود إذا ما توافرت الشروط سابقة الذكر[2].

وقد ذهب جل شراع القانون إلى تطبيق نفس الأحكام على الحالة الغياب رعاية لمصالح الناس، إلى أن التسوية في الحكم بينهما قد كانت محل انتقاد عند بعض الفقهاء. فيمكن التسوية بينهما فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانونا وكذل حق الزوجة في الطلاق والنفقة وغيرها من المسائل[3]، ولكن هناك مسائل لا يمكن بتاتا التسوية بينهما (كالحكم فالفقدان). 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[4].

بِاستقراء نص المادة 110 من ق.أ.ج نجد أن مدة الغياب حددت بسنة واحدة لِاعتبار الشخص مفقودًا. غير أنّه بالرجوع إلى القوانين الخاصة نجد أنه يجوز الحكم بموت المفقود في ظروف معينة بمضي أربع سنوات (04) بعد التحري وفي بعض الحالات للقاضي السلطة التقديرية في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات (04)[5].

ومن الملاحظ أيضا أن الغياب يحدث ضررا للغير وهو ما جاءت به المادة 110 من ق.أ.ج في لم يقترن حال المفقود بإحداث ضرر للغير جراء ضرر[6].

---

[1] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص324.

[2] بيرجبالو خضرة، المرجع السابق، ص18.

[3] متيجي حسينة، أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص: تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018، ص17.

[4] شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص17.

[5] حميش فطيمة، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق: تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص40.

[6] شرابن ابتسام، المرجع نفسه، ص17.

ومن خلال عرض أهم أوجه التفرقة بين الغائب والمفقود في الفقه والقانون الجزائري ومن خلال المادتين 109 و110 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري وحد بين الغائب والمفقود من حيث إجراءات الحكم بالفقدان والغياب وآثار هذه الأحكام – وسوف نتطرق لذلك كمبحث مستقل–[1].

كما أخلط بينهما في كثير من المواد في ترجمتها بالفرنسية، نذكر منها على سبيل المثال في نص المادة 111 التي جاء على ذكر مصطلح **أموال المفقود**، التي قابلتها بالفرنسية **أموال الغائب**[2]، وكذلك نص المادة 114 من نفس القانون بشأن «الحكم بالفقدان»، الذي قابله في النص المترجم بالفرنسية «الحكم الغيابي»[3]. وكذلك حصل نفس الخلط في الترجمة إذ نجد عبارة المادة 115 من ق.أ.ج "**لا يورث المفقود**" وبالرجوع على النص المترجم باللغة الفرنسية نجد أنها "**لا يورث الغائب**"[4].

المبحث الثاني: الإطار الإجرائي لتقرير الموت الحكمي في القانون الجزائري

لاشك أنه عندما تنقطع أخبار المفقود عن أهله وكل من تربطه به علاقة شخصية أو مالية، فإن هذه العلاقات تنتج وضع شائك بالنسبة للحقوق والالتزامات التي تتوقف على المفقود بشخصه، بالرجوع إلى الفقه القانوني فقد اعتبروا المفقود حيا في الأحكام التي تضره وهي متوقفة على ثبوت موته. كما اعتبروه ميتا فيما ينفعه ويضر غيره وهو ما يتوقف على حياته.

وعليه فإن لكل شخص يدعي حقا لنفسه في مواجهة المفقود جراء غياب هذا الأخير، ويرد رفع الضرر عن نفسه. ولا يكون ذلك إلا بالتقاضي أمام القسم المختص، ويكون بطبيعة الحال وفق دعوى قضائية مستوفية الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. وبمقتضى المادة 114 من ق.أ.ج ان هذا الحق الذي سبق والتحدث عليه

---

[1] حميش فطيمة، مرجع نفسه، ص14.

[2] نص المادة 111 من ق.أ.ج بالفرنسية: « le juge pronounce le jugement d'absence

[3] نص المادة 114 من ق.أ.ج بالفرنسية: .« le jugement d'absence ou de décés du disparu

[4] نص المادة 115 من ق.أ.ج بالفرنسية: .« La succession de l'absent

يتقرر فقط بناءا على طلب الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة باعتبارها الطرف الأصيل.

وعلى ضوء هذا المبحث سوف نتطرق إلى الطريق القضائي للموت الحكمي الذي عَّبده المشرع الجزائري بجملة من الإجراءات لا غنى عنها في ثبوت صفة مفقود سواء في الحالات العادية أو الحالات الخاصة (المطلب الأول)، والحكم بموته قضائيا بعدة مدة زمنية معينة يراعيها القاضي في الحكم بالموت الاعتباري للمفقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الوسائل الإجرائية لثبوت صفة المفقود

إن اعتبار المفقود ذلك الشخص الغائب الذي لا تعلم حياته أو موته، ولا يعلم مكان تواجده أصلا، غير كافي لمخاصمته قضائيا، واعتبار صاحب الحق في الدعوى المرفوعة أمامه لاستيفاء حق من الحقوق أو لرفع ضرر تقرر بناءا على غيابه. إذ يجب إثبات واقعة الفقدان واستصدار حكم قضائي، وهذا الأخير يستوجب دعوى قضائية وفقا للإجراءات المحددة لذلك.

وفي هذا الشأن سنتطرق إلى دعوى الحكم بالفقدان التي تخضع للقواعد العامة في شروط رفعها أمام القضاء (الفرع الأول)، وسنتطرق إلى طرق ممارسة دعوى الفقدان في ظل القوانين الاستثنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية ممارسة دعوى الفقدان في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ترفع دعوى الفقدان وفق شروط معينة وبإتباع مجموعة من الإجراءات التي لا غنى عنها، وسيأتي توضيح ذلك من خلال النقاط التالية:

أولا: أطراف الدعوى:

1- المدعى: وهو رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية، ولقد نصت المادة 114 من ق.أ.ج على أنه: "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الوراثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة"[1].

حددت المادة 114 أصحاب الحق في طلب الحكم بالفقدان وهم:

أ- الوارث: وهو كل قريب للشخص المفقود، سواءً بسبب الرابطة الزوجية أو بالدم، وجعل له القانون نصيبا محددًا في التركة وأخذ نصيبه منها[2]. واستثناءً في نص المادة 114 فإنه يجوز لكل وارث اللجوء إلى القضاء والمطالبة بصدور حكم بالفقدان.

ب- من له مصلحة: أي هو كل شخص يهمه تقسيم التركة واستيفاء حقه منها[3].

ج- **النيابة العامة:** يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى أمام القضاء للمطالبة باستصدار حكم يقضي بفقدان الشخص وهذا حسب ما ورد في نص المادة 114 من ق.أ؛ وفي هذه الحالة هي لا تدعي حقا ذاتيا خاصا بها، وهي بذلك تخالف شرط الصفة في المادة 13من ق.إ.م و إ[4]. إلا أن القانون وخروجا عن هذه القاعدة تحول لها الصف في رجع دعوى الفقدان إذ تعتبر طرق أصلي في هذه الدعوى[5]. حيث تنص المادة 03 من القانون الأخيرِ على تفقد النيابة العامة طرفا أصليا[6] في جميع القضايا الإلزامية التي تطبق أحكام هذا القانون[1]. وذلك تجدر الإشارة أن النيابة العامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة التي هي فوق كل اعتبار.

---

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] محمد سعيد جعفور، المرجع سابق، ص328.

[3] محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص328.

[4] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، صادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2008.

[5] عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03مكرر من قانون الأسرة، مقال منشور بالمحلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2005، ص35.

[6] لا يكمن اعتبار النيابة العامة أن تكون طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بمنازعات الأسرة، بل يمكنها أن تكون على سبيل الاستثناء في بعض القضايا (المواد 114، 102، 182)، ماعدا ذلك لا يمكن ان تكون طرفا أصليا في أية قضية

2-المدعى عليه: لم يحدد نص المادة 114 السالف الذكر صفة المدعى عليه، لذا فالرجوع للقواعد العامة نجد أنه الشخص المطلوب الحكم في مواجهة طلبات المدعى عليه[2]، وبالتالي فهو الشخص المفقود نفسه، وهذا الأخير لا يمكنه مباشرة أعماله بنفسه بسبب غيابه، كما لا يمكنه الدفاع عن نفسه.

كما لا يمكن أن ترفع الدعوى عليه مباشرة، وإنما ترفع ضده بحضور وكيل الجمهورية[3]، كما قبلت الجهات القضائية أن ترفع دعوى الفقدان ضد وكيل الجمهورية، باعتباره ممثل الحق العام[4].

ثانيا: شروط قبول الدعوى:

نصت المادة 13 من ق. إ. م و إ على أنه:"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم يكن له صفة ومصلحة قائمة ومحتملة يقرها القانون "[5].

1- الصفة: يقصد بها تلك العلاقة المباشرة بين أطراف الدعوى بموضوع النزاع، أو هي السلطة الممنوحة قانونا لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لحماية هذا الحق[6].
ويجب أن تتوافر الصفة في أطراف الدعوى إذ نصت الفقرة الثانية في المادة 19:"يثير القاضي انعدام الصفة في المدعى عليه "؛ وهذا يؤكد أن الصفة من النظام العام أو يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بعدم القبول الدعوى من حيز ذي الصفة، أو على غير صفة، كما أن

أخرى، لأنه ذلك يتناقض و كبيعة دورها في المجتمع، فلا يمكنها مثلا أن ترفع دعوى مطالبة بالطلاق والتطليق. نقلا عن عمر زودة، المرجع السابق، ص35.

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، المكتبة القانونية، منشورات بغدادي، 2009، ص36.

[3] محكمة باب الوادي، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 2007/07/17 قضية رقم 212/1994، نقلا عن شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص100.

[4] محكمة المدية ، قسم الأحوال الشخصية، حكم بتاريخ 2001/11/13 قضية رقم 212/1994، نقلا عن شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص111.

[5] قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[6] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية – الخصومة- التنفيذ والتحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص51.

شرط الصفة مطلوب من أطراف الدعوى أو الخصومة عبر مراحل الدعوى إلى غاية الفصل في الدعوى[1].

2- المصلحة: هي المنفعة التي يسعى أطراف النزاع إلى تحقيقها؛ وهي الدافع لرفع الدعوى، كما عرفت بأنّها الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من جراء رفعه لها، حتما لأشغال القضاء كموفق بدعوى لا طائل أو فائدة منها[2]. ويجب أن توافر في المصلحة خصائص وهي: أن تكون **قانونية** أي يقرها القانون، و **مباشرة** للدعوى، و**قائمة** أي أنها لم تزل وقت رفع الدعوى و**محتملة**.

ثالثا: الاختصاص النوعي والإقليمي:

1/ الاختصاص النوعي:

بالرجوع إلى نص المادة 5/423 نجد أنّها تقضي بأنّ دعاوى الفقدان هي من اختصاص قسم شؤون الأسرة بالمحكمة[3].

2/ الاختصاص الإقليمي:

يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معروف فللجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له. وفي حالة تعدد موطن فيؤول للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار[4]، وهذا طبقا لنص المادة 37 من قانون إ.م.إ.ج.

وبالرجوع إلى نص المادة 38 من ق.م.ج، فأن موطن المفقود والغائب هو الموطن من ينوب عنهم قانونا؛ أي أن القانون يحدد لهما موطن حكمي أو قانوني هو موطن المقدم، وهو

[1] نبيل صقر، نفس المرجع السابق، 2009، ص51.

[2] عادل بوضياف، المرجع السابق، ص28.

[3] قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[4] عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص329.

الذي يعتد به في الاختصاص الإقليمي[1]، فموطن المفقود هنا لا علاقة له بمحل إقامته؛ لأنّه يخاطب مخاطبة قانونية الشخص الغائب عنه، إذا حدد القانون موطنه بمحل أخر موطن هذا النائب، وبهذا الحكم الخاص يكون المشرع قد أخذ بالتصوير الحكمي للموطن، إذا لا تقوم فكرة الموطن على أساس السكن أو الإقامة، ولكن على قرينة مقتضاها أن الشخص المراد تحديد موطنه يوجد مقر سكناه الاعتيادي حكما لدى من يمارس عليه سلطة القوامة[2].

ونظرا لعدم نص المشرع الجزائري على قواعد النيابة على الغائب والمفقود قبل الحكم بفقدانه، فإن الاختصاص ينعقد للجهة القضائية التي يقع بدائرة اختصاصها أخر موطن للمفقود؛ لأنه أثناء رفع الدعوى يكون المقدم لم يعفى بعد وهذا الأخير يعينه القاضي عندما يحكم بالفقدان وعلى هذا القول يمكن القول أن موطن المفقود هو موطن المقدم[3] .

رابعا: إجراءات رفع الدعوى:

نصت المادة 14 من ق.إ.م.إ:"ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعى أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"[4].

ومن خلال نص المادة 14 يمكن لكل من له صفة ومصلحة في رفع دعوى الفقدان بعد مرور سنة على فقدان الشخص؛ أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا بموجب عريضة[5]مكتوبة، موقعة من المتقاضي أو وكيله أو محاميه ومراعيا التاريخ ويجب إيداعها بأمانة ضبط المحكمة كما هو متعارف إجرائيا، من أجل تسجيلها بعدد من النسخ تكون مساوية لعدد أطراف الدعوى، وتصبح الدعوى منتجة لأثارها بمجرد تسجيلها وإيداع الرسم ومن ذلك

[1] نبيل صقر، المرجع السابق، ص67.

[2] محمد سعيد جعفور من المرجع السابق ص 453.

[3] شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص27.

[4] قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[5] نموذج من عريضة افتتاحية مرفق بالملحق، نقلا عن إيمان عبادي، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق: تخصص: قانون الأسرة، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017، ص 95.

تحدد لها جلسة فورا[1]، ولكن ما يجب الإشارة إليه أن المادة 15 من ق.إ.م.إ، قيدت هذه العريضة التي تسمى بعريضة افتتاح الدعوى بجملة من الشروط تحت طائلة عدم قبولها شكلا:

1. الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
2. اسم ولقب المدعى عليه .
3. اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن– معلوم، فالأخر موطن له.
4. الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
5. عرض موجز بالوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
6. الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

وبعد أن يتقدم المدعى بعريضته الافتتاحية يقوم كاتب الضبط بتسجيلها في سجل خاص تبعا لورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم وبعد يقوم بإعطاء رقم القضية وتاريخ أول جلسة لها. وبعدها يقوم بتسليم العريضة إلى المدعى؛ بغرض التبليغ الرسمي للمدعى عليه[2]، وهذا ما تم النص عليه في المادة 16 في ق.إ.م.إ[3].

ومن خلال عرضها لهذه الإجراءات يتوصل إلى أنه توافرت هذه الشروط، وثبت للقاضي أن طلب الحكم بالفقدان مؤسس استنادا إلى الحجج والوثائق المقدمة للقضاء وبعد التحقيق، فإنه حالة الفقدان تتقرر بموجب حكم يصدره القاضي. بالإضافة إلى دور شهادة الشهود قي إثبات واقعة الفقدان وهذا ما جاء في الحكم 2001/1/19[4].

[1] (ب.ن)، محاضرات في الوجيز في المشرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية– الجزء الأول– جامعة عنابة، كلية الحقوق، ألقيت على طلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة سنة 2006/2005.

[2] مجدي فتحي، محاضرات في مقياس قانون إ. ج. م.وإ ، جامعة الجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، ماستر (دولة ومؤسسات) السنة أولى 2008–2009 .ص 160.

[3] قانون رقم 08–09 ، المرجع السابق.

[4] محكمة المدية: بتاريخ 2003/11/19، نقلا عن شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص112.

الفرع الثاني: إجراءات إعلان حالة الفقدان في القوانين الاستثنائية

تقضي القاعدة العامة بأنه لا يعتبر الشخص مفقودا إلا بناءا على صدور حكم قضائي، ولكن ورد استثناء على هذه القاعدة؛ محتواه هو إمكانية اعتبار الشخص مفقودا بموجب محضر معاينة تعده الضبطية القضائية دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي، نظرا للظروف العامة التي فقد فيها الشخص، وهي كالآتي:

أولا: بالنسبة لمفقودي لفيضانات باب الواد سنة 2001:

نصت المادة 2 من الأمر 02-03 في فقرتها الثانية:"تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي الحقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة هي أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة"[1].

وعليه إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 2 استبدل الحكم القضائي بمحضر معاينة تعدّه الضبطية القضائية عند انتهاء الأبحاث، وهو شرط جوهري لاعتبار الشخص مفقودا. إذ يتم إعلان حالة الفقدان بمقتضى هذا المحضر؛ على أن لا تتجاوز من بداية الأبحاث إلى وقت تحرير محضر الفقدان مدة أربعة أشهر، وبعد التحري والأبحاث تعد الضبطية هذا المحضر ويتم تسليمه لذوي الحقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة في أجل أربعة أشهر من وقوع الكارثة، وبما أن الكارثة وقعت بتاريخ 10نوفمبر 2011 وهو نفس الوقت الذي حدده المشرع لدخول النص حيز التنفيذ لا تتجاوز شهر مارس 2002[2].

---

[1] أمر رقم 02 – 03 ، المرجع السابق.

[2] عبد المجيد زعلاني، تعليق على الأمر المتضمن الأحكام المضافة علي في فيضانات 10نوفمبر 2001 ،(د.س.ن)، ص201.

ثانيا: بالنسبة لمفقودي زلزال بومرداس سنة 2003:

نصت المادة 2 من القانون 03-06 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 وهي الكارثة"[1].

وبالرجوع إلى الأمر 03-06 في مادته 2 وبالمقارنة مع المادة 2 من القانون 02-03 نجد أنه بالنسبة لمفقودي زلزال بومرداس نفس الشيء فيما يخص الإجراءات، والاختلاف فقط في الآجال بما يتوافق والوضعية الخاصة للمفقودين اثر الزلزال إذ يتم تسليم محضر الضبطية القضائية للمعنيين في أجل أقصاه ثمانية أشهر من تاريخ وقوع الكارثة[2]. 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[3].

ثالثا:بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية 2006:

1-محضر معاينة الفقدان:

بالرجوع إلى أحكام الأمر06- 01 الذي جاء نتيجة لظروف خاصة مرت هي الجزائر آنذاك، وطرقت استثناءات على القواعد المقررة في قانون الأسرة، فيما يخص الإجراءات والمواعيد. فاستبعدت شريطة الحكم القضائي لإثبات الفقدان، وأيضا انتظار مهلة أربع سنوات

[1] قانون رقم 03- 06 ، المرجع السابق.

[2] شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص 57.

[3] شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، ص30.

للحكم بالوفاة. واكتفى المشرع الجزائري هنا باعتبار الشخص مفقودا بموجب محضر معاينة اثر البحث الممارس من طرف الضبطية القضائية دون جدوى[1].

نصت المادة 27 من الأمر 06-01 في فقرتها الثانية على أنه:" تترتب صفة ضحية المأساة الوطنية على معاينة الفقدان تعدها الشرطة القضائية على اثر عملية بحيث دون جدوى". وعليه من خلال ما تضمنته أحكام هذه المادة نصل إلى أن صفة ضحية المأساة الوطنية لا تترتب إلا بعد معاينة الفقدان تعدها الضبطية القضائية بعد عملية بحث توجت بدون جدوى. كما نصت المادة 02 من المرسوم الرئاسي 06- 93 على أنه:" يعتبر ضحية المأساة الوطنية كل شخص مفقود في إطار الأحداث المذكورة في الميثاق، و كان موضوع معاينة فقدان تعدها الشرطة القضائية على اثر عمليات البحث التي قامت بها "[2].

2-أصحاب الحق في المحضر الضبطية:

حددت المادة 9 من المرسوم 06-93 أصحاب الحق في استلام المحضر بناءا على المادة 2/30 من الأمر 06-01 وهم:

- الأزواج.
- أبناء الهالك البالغون سنا أقل من 19 عاما، أو 21 عاما على الأكثر، إذا كانوا يزاولون الدراسة، وإذا كانوا يتابعون التمهين. وكذا أبناء المكلفون طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط نفسها المتعلقة بأبناء الهالك.
- الأبناء مهما كان سنهم، الذين يوجدون بسبب عجز أو مرض مزمن، في وضعية استحالة دائمة على ممارسة نشاط مأجور.
- البنات بلا دخل، مهما كان سنهن، اللاتي كان يكفلهن الهالك فعلا وقت فقدانه.
- أصول الهالك[3].

[1] أمر رقم 06- 01 ، المرجع السابق.

[2] مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج.ر ، عدد 11، صادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2006.

[3] شبايكي نزهة، المرجع السابق، 31.

3-الفترة المحددة لتسليم محضر معاينة الفقدان:

نصت الفقرة الثانية من المادة 30 من نفس الأمر[1] على أنه يجب على الشرطة القضائية تسليم محضر معاينة فقدان الشخص إلى ذوي حقوق المفقود أو أي شخص ذي مصلحة في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية، أي خلال الفترة من أول مارس 2006 إلى أواخر فيفري 2007[2].

المطلب الثاني: إجراءات استصدار حكم موت المفقود في القانون العادي والقوانين الاستثنائية

بعد صدور الحكم بالفقدان، فإن الطريق الإجرائي لتقرير الموت الحكمي لم يصل إلى منتهاه بعد، إذ يستمر البحث والتحري عن المفقود، فإن لم يظهر له أي أثر بعد مرور مدة محددة قانونا. وبعدها يكمن للقاضي إصدار حكم ثاني يقضي بموته، وهو نهاية الطريق الإجرائي للوصول إلى الموت الاعتباري، إذ لا يمكن إصدار الحكم بالفقدان والموت في آن واحد، لأن هذا الأخير يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة. وبالتالي يحق لمن يمسه الأمر أن يرفع دعوى أمام القضاء، مطالبا الحكم بوفاة المفقود.

إذ إن دعوى الحكم بوفاة المفقود وفقا للقواعد العامة لا تختلف عن غيرها من الدعاوى، إلا في جزئيات بسيطة. إلا أن القوانين الخاصة قد أوردت إجراءات خاصة بهذه الدعوى نظرا للخصوصية التي تكتسبها. وإن هذا الحكم له مدة معينة اختلف الفقهاء في تحديد العمر الذي يحكم بمروره على المفقود بالوفاة، وتعددت الآراء والتوجهات إلا أن القانون الجزائري على اختلاف أحكامه العامة قد حسم المسألة بتحديد المدة اللازمة للحكم بموت المفقود.

وعلى ضوء هذا ارتأينا معالجة إجراءات استصدار حكم موت المفقود في (الفرع الأول)، و المدة القانونية اللازمة للموت الحكمي (الفرع الثاني).

[1] أمر رقم 06- 01 ، المرجع السابق.

[2] شبايكي نزهة، المرجع السابق، 32.

الفرع الأول: الإجراءات المتعلقة برفع دعوى موت المفقود

ترفع دعوى موت المفقود وفق إجراءات خاصة لا بد من احترامها، وسنتعرض أولا إلى هذه الإجراءات في القانون العادي وثانيا في القوانين الاستثنائية.

أولا: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القانون العادي

1- أطراف دعوى موت المفقود:

أ- صفة المدعى:

خول القانون بمقتضى المادة 114 من ق.أ[1] الحق في رفع دعوى إثبات وفاة الشخص المفقود لنفس الأطراف التي لها الحق في رفع الدعوى والتي تقضي بأنه يصدر الحكم بالوفاة بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة[2].

ولم تشترط المادة السابقة أن ترفع دعوى الحكم بوفاة المفقود من نفس الشخص الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان بل أعطت هذه الصفة في الدعوى إلى الورثة ولكل من له مصلحة وللنيابة العامة. وبالنظر في نص المادة 89 من ق.ح.م على أنه:" يجوز التصريح قضائيا لوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر، بناء على طلب وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين ". وأكدت المادة 90 من نفس القانون انه:" عندما يكون الطلب غير صادر من وكيل الجهورية يحال بعد التحقيق بواسطة هذا الأخير إلى المحكمة "[3].

ومن خلال هذين النصين نجد أن المادتين 89 و 90 من قانون الحالة المدنية قد وافقتا المادة 114 من ق.أ.ج في صفة المدعي، حيث انه يجوز تقديم الطلب بوفاة المفقود من طرف

---

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] أحمد لعور، نبيل صقر، المرجع السابق، ص108.

[3] أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير سنة ، ج.ر، عدد 02، صادر بتاريخ 11 يناير سنة 2017.

وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين، وفي حالة عدم صدور الطلب ممن ليس لهم مصلحة يحال إلى المحكمة المختصة عن طريق وكيل الجمهورية بعد التحقيق[1].

ب – المدعى عليه:

هي نفس صفة المدعى عليه في دعوى الفقدان، التي سبق ذكرها في المطلب الأول.

2-الاختصاص النوعي والإقليمي لدعوى موت المفقود:

أ- الاختصاص النوعي:

إن دعوى موت المفقود يؤول الاختصاص فيها إلى قسم شؤون الأسرة، كون المسألة من مسائل الأحوال الشخصية[2] وهذا ما جاء في نص المادة 423 من ق.أ.ج. وهناك من يرى أن إثبات وفاة المفقود يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب من وكيل الجمهورية أو من لهم مصلحة، إلى رئيس المحكمة لاستصدار الحكم بعد إجراءات التحقيق. وهذا ما قضت به المادتين 89 و90 في سابق ذكرهما. وهو معمول به في المحاكم الجزائرية إذ إن الدعاوى تكون أمام قسم شؤون الأسرة[3].

ب- الاختصاص الإقليمي:

يتحدد الاختصاص الإقليمي لدعوى موت المفقود بتحديد صفة الأشخاص المفقودين، و بالرجوع إلى نص المادة 91 من ق.ح.م الجهة المختصة محليا في النظر بدعوى الحكم بموت المفقود إذ جاء فيها:

---

[1] عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، 1995، ص181-182.

[2] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص328.

[3] أزرو مريم، عتيق زينة، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري وقانون المصالحة الوطنية، مذكرة نخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع:القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015، ص48.

- **الأشخاص المفقودين المولودين في الجزائر:** تختص بالنظر في الدعوى المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكان ولادة المفقود[1].

- **إذا كان الأشخاص المفقودين من جنسية جزائرية ولدوا في الخارج وكذا الأجانب:** هنا الاختصاص بنظر دعاواهم يكون للمحكمة الموجودة في دائرة اختصاصها مسكن المفقود أو محل إقامته المعتاد. فان لم يتوفر ذلك تكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة. وكذلك بالنسبة للشخص المفقود الأجنبي فلا يقبل طلب الحكم بوفاته إلا إذا ثبت فقدانه في الجزائر أو على ظهر سفينة أو طائرة جزائرية. فيقدم الطلب إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مسكن أو محل إقامة المفقود الأجنبي. وان لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف فيقدم الطلب إلى محكمة مدينة الجزائر[2].

- **إذا شمل الفقدان عدة أشخاص في نفس الحادث:** في هذه الحالة يؤول الاختصاص المحلي إلى المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الفقدان، فان لم توجد ينعقد الاختصاص لمحكمة مدينة الجزائر. وهي التي تتولى التحقيق في الحادثة[3].

ونشير في الأخير إلى إن إجراءات التصريح القضائي بالوفاة لا يتضمن أي مرحلة إدارية مسبقة لتقديم طلب إلى المحكمة وذلك من اجل التسهيل للأطراف المعنية للحصول على حكم لإثبات الوفاة. ومع ذلك لابد من تدخل السلطات الإدارية من اجل تقديم المعلومات الكافية حول ظروف الفقدان وهذا ما نصت عليه المادة 92 من ق.ج.م[4].

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص182.

[2] شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص67.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص182.

[4] شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص35.

3- إجراءات رفع الدعوى:

هي الإجراءات نفسها المتبعة في ممارسة دعوى الفقدان، مع مراعاة المواد 13، 14،15 16 من ق.إ.م.إ[1].

ثانيا: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القوانين الاستثنائية:

لقد أحاط المشرع الجزائري الحالات الاستثنائية الخاصة لمفقودي فيضانات باب الواد وزلزال بومرداس، وكذلك ضحايا المأساة الوطنية، بسياج إجرائي نتعرض إليه كالتالي:

1- إجراءات الحكم بوفاة مفقودي فيضانات باب الواد2001:

طبقا لنص المادة 3 من الأمر 02-03 فإنه يصدر الحكم بوفاة المفقود بناءا على طلب أحد الورثة، أو من كل شخص له مصلحة من ذلك، أو من النيابة العامة[2]. وبذلك لم يخرج المشرع عن القواعد العامة في المادة 114 من ق.أ[3]. وترفع هذه الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة. ويكون التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي يكون ابتدائيا ونهائيا[4].

وتمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على أحد الورثة، وكل شخص له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، وهذا ما جاء في نص المادة 5/3. وتتولى النيابة العامة تسجيل الحكم النهائي للوفاة في سجلات الحالة المدنية م 6/3[5].

[1] قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[2] أمر رقم 02 - 03، المرجع السابق.

[3] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص35.

[5] أزرو مريم، عتيق زينة، نفس المرجع السابق، ص49.

2- إجراءات الحكم بموت مفقودي زلزال بومرداس2003:

وكذلك الشأن بالنسبة للحكم بموت مفقودي زلزال بومرداس، ترفع الدعوى بناءا على طلب أحد الورثة، أو من لهم مصلحة، أو من النيابة العامة. وهذا ما نصت عليه المادة 3/2 من القانون 03-06[1]. ويفصل القاضي المختص بالحكم ابتدائيا ونهائيا، كما تمنح المساعدة القضائية بقوة القانون بناءا على نفس المدعي وهذا ما قضت به المادة 5/2. و تتولى النيابة العامة سلطة قيد الحكم النهائي في سجلات الحالة المدنية[2].

3- إجراءات الحكم بموت مفقودي ضحايا المأساة الوطنية 2006:

إن دعوى الحكم بوفاة مفقودي المأساة الوطنية تكون وفق نفس الشروط، والإجراءات الخاصة برفع الدعاوى أمام قسم شؤون الأسرة. وبالنسبة للأطراف التي تحق لها رفع الدعوى، هي نفس الأطراف التي خولت في ق.أ في رفع دعوى الحكم بوفاة المفقود[3]، وهذا طبقا لنص المادة 32 من الأمر رقم 06- 01[4]. ولقد حدد نفس الأمر أجل الدعوى أمام الجهة القضائية وهي ستة أشهر ابتداءا من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان، وهذا حسب نص المادة 31. ولكن بالرجوع إلى نص المادة 2/30 من الأمر 01/06، نجد أنها تنص على أن لذوي حقوق المفقود أو أي شخص ذي مصلحة في ذلك في أجل لا يتجاوز سنة واحدة ابتداءا من نشر الأمر في الجريدة الرسمية[5].

وفي الأخير من خلال هذه النصوص الاستثنائية نلاحظ انه تم الجمع بين الفقدان والوفاة في إطار دعوى قضائية واحدة تتوج بصدور حكم قضائي بوفاة المفقود. وهذا الاستثناء خرج

---

[1] قانون رقم 03- 06، المرجع السابق.

[2] شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص36.

[3] جاء في نص المادة 114 من ق.أ.ج:" يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة ".

[4] أمر رقم 06- 01، المرجع السابق.

[5] إيمان عبادي، المرجع السابق، ص44.

عن القاعد المقررة في التشريع العائلي، إذ لابد من رفع دعوى فقدان وبعد صدور الحكم بالفقدان، يتم استصدار حكم ثان عن طريق دعوى موت المفقود، وهذا بعد انقضاء الآجال القانونية المقررة للبحث عن المفقود[1].

الفرع الثاني: المدة القانونية اللازمة للحكم بموت المفقود

عالج القانون الجزائري مسألة المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، على خلاف بين المفقود في الحالات العادية وهو ما نضمه قانون الأسرة، والمفقود في الظروف الخاصة والذي بدوره نضم أحكامه في نصوص خاصة.

أولا: المدة التي يحكم بمرورها وفاة المفقود في قانون الأسرة:

انتهج قانون الأسرة الجزائري مسلكا مقاربا لرأي الحنابلة إذ نصت المادة 113 على المدة التي تلزم القاضي للحكم بوفاة المفقود وهذا بحسب الحالة التي يفقد فيها سواء كانت غيبية يغلب فيها السلامة (أ) أو غيبته يغلب عليها الهلاك(بـ).

1- المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة تغلب فيها السلامة:

إن ما نصت عليه المادة 113 من ق.أ، بترك المدة اللازمة للحكم بموت المفقود في الحالة التي تغلب فيها السلامة لتقدير القاضي، أي أن هذا الأخير يفصل في هذه الدعوى ويحدد المدة تبعا لوقائع القضية، وظروف الفقدان، وحالة المفقود في صحة أو مرض، وتقدم في السن، فيقوم القاضي بالتثبت من الآمر المفقود بكل الطرق وله أن يحكم بموته قبل انقضاء مدة أربع سنوات من الفقد، ذلك أنه حسب المادة 113 يجب التقيد بهذه المدة لمن غاب في

[1] شبايكي نزهة، المرجع نفسه، 37.

ظروف عادية لا في طابع هلاك، فالتقيد بها لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى[1].

2- المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في غيبة يغلب عليه الهلاك:

المفقود الذي يغلب عليه طابع الهلاك حسب القانون هو المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، فقد تكاد تجمع القوانين العربية على تقدير المدة التي ينتظر فيها المفقود للحكم بوفاته هي أربع سنوات. وهذا ما نصت عليه المادة 113 من ق.أ.ج[2].

ثانيا: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في القوانين الاستثنائية:

قصرت القوانين الخاصة آجال إعداد المحاضر المعاينة بفقدان الأشخاص في أماكن وقوع الفيضانات والزلازل، ونفس الشيء بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية، وحددت هذه الآجال في نصوصها كما سبق الإشارة إليه في الجانب الإجرائي لها وهذا ما لم تحدده بالنسبة لمدة الحكم بالوفاة وفقا لبعض هذه القوانين الصادرة في ظروف استثنائية[3].

اكتفى القانون بموجب نص المادة 3/2 من أمر 02-03 لسنة 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 بتحديد مدة الفصل في دعوى الوفاة بأجل لا يتعدى شهرا واحدا من تاريخ رفع الدعوى أمامه[4]، وهو نفس الشيء بالنسبة لنص المادة 3/2 من قانون رقم 03-06 لسنة ، أي يفصل القاضي المختص بحكم ابتدائي ونهائي في اجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى أمامه[5].

---

[1] شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص73.

[2] بيرجبالو خضرة، المرجع السابق، ص39.

[3] شرابن ابتسام، المرجع السابق، ص 74.

[4] أمر رقم 02 – 03 ، المرجع السابق.

[5] قانون رقم 03- 06، المرجع السابق.

غير أنه في الآمر 06-01 لسنة 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية في المادة 31 حددت المدة اللازمة للرفع دعوى الوفاة بستة أشهر من تاريخ تسليم محاضر معاينة الفقدان[1].

نتائج الفصل:

من خلال عرضنا لهذا الفصل المعنون ب: الوضع القانوني للشخص المفقود والغائب في القانون الجزائري توصلنا إلى النتائج التالية:

- إن مصطلح مفقود يختلف عن مصطلح غائب، إذ من خلال مختلف التعريفات (لغوية، قانونية، وفقهية) رأينا أن لكل واحد منهما منبع معجمي يستقل بيه عن الآخر، واتجاهات فقهية وقانونية عالجت الجانب المفاهيمي للفقدان وحده، والغياب أيضا لوحده

- إن حالات الفقدان تختلف عن تلك حالات الغياب، إذ أن الأول جزء لا يتجزأ من هذا الأخير. وهذا ما سبق الإشارة إليها.

- إن الفقدان ذو طابع إجرائي بامتياز، إذا كما سبق الحديث عليه فيمر من له مصلحة من الفقدان على طريقين، الأول هو الخوض في إجراءات الفقدان أمام المحكمة المختصة، والثاني استصدار حكم ثاني هو بمثابة حكم بالموت على الشخص المفقود، فينهي كل كلام وكل ضرر جراء هذا الفقدان. ولكن الغياب ذو طابع إجرائي ضئيل إذ ما قورن بإجراءات ممارسة دعوى الفقدان.

- إنه بطبيعة الحال فاقد الشيء لا يعطيه، ولكنه هنا المشرع الجزائري أعطى مما لم يعطيه المفقود جراء غيابه، وشد إحكام الآثار التي قد تنجر عن هذا الفقدان بجملة من القواعد يدخل حيز تنفيذها كل من مسه هذا الفقد، والتي سنعالجها في الفصل الثاني.

[1] أمر رقم 06- 01، المرجع السابق.

الفصل الثاني

الآثار القانونية المرتبطة بالشخص المفقود والغائب

من خلال تعرضنا في الفصل الأول لمفهومي المفقود والغائب، والإطار الإجرائي الخاص بالأحكام القضائية للفقدان والغياب كوسيلة إثبات لحالة الفقدان. وكذلك الموت الحكمي ومنه فإن الشخص المفقود لا يعتبر مفقودا إلا بحكم، وذلك بجملة من الإجراءات جرى على من له مصلحة بإتباعها. وعليه فإن الشخص المفقود هو الشخص الغائب وفقا لنص المادة 110 من ق.أ.ج "يعتبر كمفقود "، فإن الآثار القانونية المرتبطة بهما واحدة وهذا ما جاء في نص المواد 111 و112 و115، حيث إن المشرع الجزائري قد جمع بين الغائب والمفقود في كثير من الحالات الواردة في الأحكام التي جاءت في المواد السابقة الذكر.

وتتمحور هذه الآثار في معرفة مصير الشخصية القانونية لكل من المفقود والغائب، من حيث الأهلية، وكذلك وضعه القانوني باعتباره زوجا تجاه زوجه الباقي على قيد الحياة، وكذلك للحكم بالفقدان و الموت الحكمي الأثر البالغ على الرابطة الزوجية، فقد تنحل وقد تولد جملة من الحقوق للزوج المتأثر من الواقعة وليس هذا فقط، وإنما قد تؤثر هذه الواقعة القانونية على أموال المفقود وبالطبع الورثة.

وقد يكون المفقود والغائب أطرافا في دعاوى قضائية، فتتأثر هذه الأخيرة بمجرد الحكم بالفقدان والموت الحكمي.

وهذه الآثار يختلف حكمها من فتره الحكم بالفقدان والحكم بالموت المفقود. لأنه في فترة الفقدان تكون حياه المفقود غير واضحة المعالم، أما في فترة الحكم بموته فتنتهي قانونا ويأخذ حكم اعتبار الشخص ميتا مجرى الموت الحقيقي. فتوزع أمواله على ورثته، وتعتد زوجته عدة الوفاة إن لم تكن قد طلبت التطليق جراء الغياب.

ولكن قد يحدث ويظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته، هنا تأخذ هذه الآثار مجرى آخر من سواء على أمواله أو زوجه.

وهذا ما يقتضي منا التعرض إلى بيان أثر الفقدان في فترتي الحكم بالفقدان والحكم بالموت (المبحث الأول)، وأثار ظهور المفقود حيا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: آثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان و الحكم بموت المفقود

إذا غاب شخص واختفى أثره بحيث لا تعلم حياته ولا موته، فيعتبر مفقودا بالمفهوم الفقهي، إلى أنه هذا المعنى يعد ناقصا وضئيلا بالنسبة للمعنى القانوني. وذلك أنه لاعتبار الشخص مفقودا يشترط استصدار حكم بالفقدان طبقا لنص المادة 115 من ق.أ.ج، ولكن المفقودين في ظل القوانين الاستثنائية تكون فقط وفق محاضر معاينة، المُعدة من طرف الضبطية القضائية لاعتبار الشخص مفقودا.

ولكن هذا لا يؤثر على شخصية المفقود والغائب، بل تبقى قائمة إلى حين صدور الحكم بالموت. فيعامل في الفترة الممتدة من تاريخ صدور الحكم بالفقدان، إلى غاية صدور الحكم بموته معامله الشخص الحي سواء بالنسبة لأمواله أو زوجه.

ولكن تنتهي هذه الشخصية بمجرد الحكم عليه بالموت، فيعامل معاملة الشخص الميت حقيقة وتوزع أمواله على الورثة وتنحل الرابطة الزوجية لوفاة أحد الزوجين، وتعتد الزوجة عدة الوفاة. وعليه فإن آثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان غير الآثار المترتبة عن الحكم بموت المفقود.

وهذا ما سنتطرق إليه في (المطلب الأول) آثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان وفي (المطلب الثاني)، وبما أنه هنالك دعوى موت المفقود فبطبيعة الحال هي مقترنة بآثار في هذه الفترة، التي سنرى مدى تأثير الفقدان والغياب عليها.

المطلب الأول :آثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان

عند صدور الحكم بالفقدان و قبل صدور الحكم بالموت، ومادامت شخصيته القانونية قائمة خلال الفترة مابين الحكم بالفقدان و الحكم بالموت. يعتبر المفقود حيا بالنسبة لجميع الأحكام دون تفرقة بين الأحكام التي تضره وتنفع غيره، و الأحكام التي تنفعه و تضر غيره كما تجدر الإشارة إلى أنه للحكم بالفقدان أي أثر على شخصية المفقود القانونية.

و بناءا على ذلك تبقى أموال المفقود الخاصة بهم ملكا لهم فلا توزع على الورثة مما ينبغي على القاضي المختص تعيين مقدم لحفظ أمواله وحسن تسييرها ، و تظل التصرفات التي قام بها قبل الفقدان ثابتة، أضف إلى ذلك تكون النفقة واجبة عليه من ماله على زوجته و أقاربه وقد يكون للمفقود أولاد قصر يدخلون في ولايته في فترة الحكم بالفقدان، كما أن زوجة المفقود تظل في ذمته، ولها الحق في أن تطلب التطليق.

وبهذا سنعالج أثر الفقدان والغياب على أهلية المفقود في (الفرع الأول)، وما حكم زوجته باعتباره مفقودا أو غائبا (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى زوجته هو نفس الشأن بالنسبة لأولاده القصر الذين هم في ولايته فأولى لهم المشرع نصيب من الاهتمام جراء غيبا أو فقد وليهم (الفرع الثالث)، وبالطبيعة الحال الجانب المادي من أموال و إلى غير ذلك في (الفرع الرابع).

الفرع الأول : حكم أهلية المفقود وإجراءات تعيين مقدم

باعتبار الأهلية هي من العناصر التي ترتكز عليها شخصية المفقود، ولأن شخصية المفقود تتأثر بفعل فقده وغيابه لأننا لا نعلم عنه شيئا، فإن أهلية المفقود تحدث أثرا بالغا داخل شخصيته (أولا)، لذا كان لزاما تعيين مقدم عنه قضائيا (ثانيا).

أولا: حكم أهلية المفقود:

بالرجوع إلى نص المادة 44 من ق.م.ج[1] أنها جعلت فاقدو الأهلية وناقصيها يخضعون لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة و ذلك يكون وفقا للقواعد المقررة قانونا.

وفي ذات السياق نصت المادة 99 من ق.ا.ج أن المقدم يكون من تعيين المحكمة في حالة عدم وجود وصي أولي على فاقد الأهلية و ذلك بناءا على طلب الورثة أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

ومن هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد قيد تعيين المقدم بالشخص الناقص الأهلية أو فاقدها ولكن الشخص المفقود هنا هو شخص كامل الأهلية وإرادته كاملة، ولكن بالرغم من اكتمالها إلا أنه لا يمكن له إدارة شؤونه بنفسه وذلك راجع لغيبته التي بدورها تعوقه عن مباشرتها منفردا[2]، لذا قرر القانون في المادة 99 من ق.أ.ج وجوب تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات ويساعده في مباشرتها، وذلك حتى لا تتعطل مصالحه ومنها التي مرتبطة بمصالح الناس.

ومنه نستشف بأن المشرع كيف الغياب بأنه مانع مادي[3]، الذي يحول دون قدرة الشخص على إجراء التصرفات التي تترجم أهلية الأداء لديه[4]، وليس عارضا من عوارضها[5].

---

[1] أمر رقم 58-75، المرجع السابق.

[2] محمد حسين منصور وهمام محمد محمود، مبادئ القانون ،المدخل للقانون والالتزامات، (ب.ط)، الناشر منشأة المعارف، مصر.ص163.

[3] إضافة إلى المانع المادي المتمثل في الغيبة، وهناك المانع القانوني وهو الحكم على شخص بعقوبة جزائية، وكذلك المانع الطبيعي وهو الإصابة بعاهتين أو العجز الجسماني الشديد، راجع محمد حسين منصور ،المرجع المذكور أعلاه،ص163.

[4] محمد السعيد جعفور، نفس المرجع السابق،ص 581.

[5] تتمثل عوارض الأهلية في الجنون والعته، الغفلة، والسفه. وتشترك عوارض الأهلية وموانعها في كونها تعني الشخص الذي بلغ سن الرشد وتؤثر على أهلية أدائه، ولكنهما تختلفان من حيث السبب، فعوارض الأهلية تستند إلى تمييز الشخص فتؤثر فيه بدرجات متفاوتة، فقد تعدمه أو تنقص منه وبحسب الحالة يكون الشخص عديم الأهلية أو ناقصها. أما موانع الأهلية فليس لها علاقة بتمييز الفرد الذي يتمتع فعلا بكل قواه العقلية، بل مردها القانون فهو الذي يمنع الشخص تبعا لظروف معينة من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه. نقلا عن محمد حسين منصور، ص160 وما يليها.

1 – شروط اعتبار الغياب مانعا ماديا لأهلية المفقود:

لكي تعتبر الغيبة من قبيل المانع المادي لمباشرة أهلية الأداء، لابد من:

أ- أن يكون الشخص الغائب كامل الأهلية: فلا يعتد بالغياب كمانع مادي من موانع الأهلية إلا إذا كان المفقود كامل الأهلية. فإذا كان ناقص الأهلية أو عديمها كانت الولاية على ماله ثابتة في الأصل لممثله القانوني من ولي أو وصي[1]. فبرغم من غيابه في هذه الحالة إلا أنه لا يوجد ما يمنع من مباشرة شؤونه، إذ يباشرها عنه ممثله القانوني.

ب- استمرار الغياب مدة سنة أو أكثر: فلا يمكن للمحكمة المختصة أن تعتبر الشخص غائبا قانونا[2]، ولا أن تعين عنه وكيلا إلا إذا غاب مدة تساوي أو تفوق السنة[3].

ج- تعطل مصالح الغائب: تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب يتولى شؤونه إذا ترتب على غياب الشخص تعطيل لمصالحه أو حصول ضرر للغير من هذا الغياب طبقا لنص المادة 115 من ق.أ.ج[4]، وإذا لم يكن لغياب الشخص يد في تعطيل مصالحه ولا وجود لضرر على غيره جراء غيابه فلا مصلحة من اللجوء إلى القضاء أصلا[5].

2- آثار الغياب:

إن القاضي ملزم قانونا في حالة غياب الشخص و توفر الشروط سالفة الذكر ليكون هذا الغياب مانع مادي لأهلية أداءه، بتعين مقدما، هذا في حالة إذا لم يترك المفقود وكيلا عنه. أما إذا ترك المفقود و كيلا قبل فقده فهنا ما على القاضي إلا تثبيت هذا الوكيل، وتظل وكالته

---

[1] الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة 2013-2014، ص14.

[2] بالرجوع إلى نص المادة 110 من ق.أ.ج نجد أنها تنص على 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". نقلا عن قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] محمد حسين منصور وهمام محمد محمود، نفس المرجع السابق، ص163.

[4] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[5] محمد السعيد جعفور، نفس المرجع، ص592.

قائمة و في حدود الاختصاصات المخولة له بمقتضى الاتفاق أو القانون ولا يجوز له الخروج عنها[1].

ثانيا: إجراءات تعيين مقدم:

جاءت المادة 99 من ق.أ.ج السابق ذكرها، يقدم طلب تعيين المقدم[2]، إلى المحكمة المختصة بناءا على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة قانونية أو من النيابة العامة باعتبارها الطرف الأصلي " المادة 3 مكرر من ق.أ.ج"[3].

وبالنظر في أحكام المادة 470 من ق.إ.م.إ: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة "[4]. وعليه من هذا النص يمكن القول بأنه يمكن تقديم الطلب بواسطة عريضة افتتاحية، ومنه يمكن للنيابة العامة أيضا تقديمه بشكل عادي شريطة أن تتوافر في هذا الطلب الافتتاحي الشروط القانونية المنصوص عليها من ذات القانون[5]. و يقوم القاضي بدوره تعيين المقدم في نفس الحكم المتوج بالفقدان[6].

---

[1] شبايكي نزهة، نفس المرجع السابق، ص63.

[2] المقدم هو الشخص الذي تعيينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمحجور عليه، كما أنه وطبقا لنص المادة 111 من ق.أ.ج يعيينه القاضي في حكمه لتسيير أموال المفقود وتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع، وبناءا على نص المادة 100 من نفس القانون و الحكم الصادر بتاريخ 2001/11/19 الذي قضت من خلاله المحكمة بتعيين زوجة المفقود مقدما على تسيير أمواله، فإن المقدم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، فالشروط الواجب توافرها في الوصي، وكذلك سلطاته وواجباته، وأسباب إنهاء مهامه كلها تصدق على المقدم، وهي الإسلام والبلوغ وكمال الأهلية، والقدرة ،إضافة إلى شرط الأمانة وحسن التصرف. وللإشارة أنه تنتهي مهمة المقدم بموته وزوال أهليته واستقالته وعزله ونهاية مهام التي من اجلها قامت القوامة أو بموت المفقود.

[3] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

[5] عادل بوضياف، المرجع السابق، ص464.

[6] محكمة المدية بتاريخ 2001/11/19، نقلا عن شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص 111.

الفرع الثاني: حكم زوجة المفقود و الغائب

إن العلاقة الزوجية تستمر بعد الحكم بالفقدان، وتبقى قائمة بقيام شخصية الغائب والمفقود، فيثبت بذلك للزوجة حقان:

أولا: حق زوجة الغائب و المفقود في النفقة:

إنه من المعلوم شرعا أن نفقة[1] الزوجات على أزواجهم واجبة، وهذا ما جاء به كتابه سبحانه وتعالى و سنة رسوله صلى الله عليه وسلم و كذلك الإجماع، ففي القران الكريم قوله تعالى ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]، والمقصود هنا هو المهر و النفقة، و قوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾[3].

أما من السنة الشريفة حديث بنت عتبة زوجة أبي سفيان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:{ خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف}[4].

وبالرجوع إلى ق.أ.ج فإن النفقة واجبة على الزوج، وفي هذا الصدد قضت المادة 74 من ذات القانون[5]، بأنه تجب نفقة الزوجة على زوجها ويكون بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة المواد 78،79،80 من نفس القانون.

وعليه فإن زوجة المفقود و الغائب التي تجب نفقتها على زوجها هي الزوجة المدخول بها إلى بيت الزوجية، أما المعقود عليها فلا نفقة لها على زوجها إلا في حالة العقد الرسمي، و تواطأ

---

[1] النفقة لغة بمعنى النفوق وهو الهلاك، وأما النفاق وهو الرواج، ويسمى المال الذي ينفقه الإنسان على غيره نفقة، لما في ذلك من هلاك المال ورواج الحال. أما شرعا فهي اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن .أما قانونا، فلم يعرف المشرع الجزائري النفقة، لكنه أورد الأصناف الذين تجب لهم النفقة وهم :الزوجة، الأولاد، والأقارب، كما تعرض إلى مشمولات هذه النفقة بنص المادة 78 من ق.أ.ج وهي: الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن أو أجرته. نقلا عن سليمان ولد خسال: الميسر في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص115.

[2] سورة البقرة، الآية 228.

[3] سورة الطلاق، الآية 7.

[4] يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس 1424 هـ – 2003 ، ص68.

[5] قانون رقم 84–11، المرجع السابق.

من الزوج في الدخول بها لسبب غير جدي أو غير معروف أو غير شرعي[1]. و بالتالي إذا طالبت زوجة المفقود والغائب بالنفقة استحقتها[2]، لأن النفقة واجبة على حاضر كان أو غائب و مادام العقد صحيحا. وفي حالة تأكد القاضي من وجود مال لدى زوجها المفقود و الغائب كما نصت المادة 80 من ق.أ.ج، فإن مطالبة الزوجة بالنفقة يكون بأثر رجعي أي من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه لمدة سنة قبل رفع الدعوى، وهذا الحكم يكون مشمولا بالنفاذ المعجل[3].

ثانيا: حق زوجة المفقود و الغائب في طلب التطليق:

اختلف الفقه الإسلامي من حيث موقفه في مدى أحقية الزوجة بالتطليق كلّ من الغائب والمفقود، إذ انقسموا إلى فريقين، أحدهما يعترف للزوجة بالحق في التطليق، والثاني يرفض هذه الفكرة تمامًا، ولكن المادة 5/53 من ق.أ.ج كذلك كان لها الحكم في هذا الحق بناءا رأي الفقه الإسلامي.

1-موقف الفقه الإسلامي من التطليق للغياب:

تضاربت الآراء الفقهية، من حيث إجازة التفريق للضرر لتغيّب الزوج، فمنهم من أجاز ذلك، ومنهم من لم يُجز، سواء كانت الغيبة بعذر أو بدون عذر، وطالت أم قصرت.

أ-عدم إجازة التفريق للغياب: يرى **الحنفية** و**الشافعية** و**الظاهرية**[4] أنّه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها، وإن طالت غيبته، وذلك لعدم قيام الدليل الشرعي على

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 224.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ص180.

[3] نفس المرجع، ص180، 181.

[4] الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، (ب.ط)، دار الكتب العلمية ،لبنان، 1374هـ 1955. ص442.

الحق في التفريق لم يتحقق، فإن كان مكانه معلوما بعث الحاكم لحاكم بلدته ويلزمه بدفع النفقة فهم يرون أنه إذا كانت الغيبة لعذر كالهجرة من اجل الدراسة أو العمل فمهما طالت لا يجوز التفريق ما دامت نفقة الزوجة حاضرة.

وقال **ابن حزم:** "لا يجوز فسخ نكاح احد بمغيبته ولا إيجاب عدة ممن لا تصح موته ولا أن يطلق أحد عن غيره".

قال **ابن قدامه** في المغني: " إذا غاب الزوج عن الزوجة لا يخلو من حالتين: إحداهما أن تكون غيبته غير منقطعة، يعرف خبره و يأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم"[1].

ودليل أن الذي جاء به أصحاب هذا الرأي أن الزوج إذا دخل بزوجته ووطئها ولو مرة واحدة فقد أعطاها حقها في المباشرة، لان الزواج يثبت للمرأة الحق في الوطء مرة، والخيار في فسخ الزواج إنما ثبت لتفويت الحق المستحق للمرأة، ولم يوجد هذا التفويت لحقها، ومن ثم إذا أصبح الزوج عنينا أو اعترض بعد إصابته للمرأة فلا يفرق بينهما.

فكذلك لا يفرق بغيبة لأنه يقوم بواجبه بالإنفاق عليها ولم يفوت عليها إلا المباشرة، وهي ليست حقا لها قضاءً، و إن كانت تجب ديانةً، لأنه مأمور بحسن العشرة، ومن الجماع إن كان قادرا عليه[2].

ب-إجازة التفريق للغياب:

يرى **الحنابلة** و**المالكية** أّنه يجوز للمرأة طلب التطليق بسبب غياب زوجها عنها إذا تضرّرت من ترك الوطء، وخشيت على نفسها الزنا، ومقتضى ذلك أنّ ترك الوطء، وإن كان بعذر وتضرّرت منه المرأة يخول لها حق طلب التفريق، حتى ولو ترك لها مالا تنفقه على

[1] ابن قدامة، المغني مكتبه الجمهورية العربية،ج7، مكتبه الكليات الأزهرية، مصر،(د،ت،ن)، ص 31.

[2] نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: عقود ومسؤولية (القسم الخاص)، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012/2011، ص30.

نفسها، إلا أنّ القاضي لا يوقع الطلاق مباشرة إلا بعد أن يكتب إليه، وذلك إذا كان له مكان معلوم، فيطلب منه الحضور لزوجته، أو يلحقها به، أو يطّلق إن لم يكن له شأن بها، فإذا لم يستجب قام القاضي وطّلقها عليه.

ولكن بالرغم من اتفاق المالكية والحنابلة حول هذا المبدأ، وهو حق الزوجة في طلب التطليق لرفع الضرر الناجم عن غياب زوجها، إلا أّننا نجدهم اختلفوا في نقاط عديدة مثل نوع الغيبة ومدّتها، وفي نوع الفرقة.

-**في رأي المالكية** :لا فرق بين نوع الغيبة، بين أن تكون بعذر كطلب العلم، أو عامل بالسفارة أو للتجارة، أو للعمل، أو بدون عذر.

كما جعلوا مدّة الغيبة الطويلة سنة على الراجح، وقيل ثلاث سنين فما فوق. قال **الدردير**: " لكن الغالب لا بد من طول غيبته سنة فأكثر، ولابد من الكتابة إليه. إما أن يحضر، أو ترحل امرأته إليه إن علم محله وأمكن، ولابد من خوف على نفسها، ويعلم ذلك من جهلها، ولا يكفي مجرد شهوتها للجماع"[1].

- **أما المذهب الحنبلي**: فيرى أنه يُشترط في الغياب الموجب للتفريق أن يكون لغير عذر، أما الغياب الذي يكون لعذر فإنه لا يستجاب لها ولو تضررت.

و حد الغيبة عند **أحمد** سّتة أشهر فأكثر، فهي حسب رأيهم المدّة التي يمكن فيها للزوجة أن تصبر على زوجها الغائب، وذلك من المأثور أخًذا بعمل عمر رضي الله عنه[2].

2-موقف الفقه الإسلامي من التطليق للفقدان:

لقد اتخذ فقهاء الشريعة الموقف نفسه من إجازة وعدم إجازة التطليق في حال الفقدان، واختلفوا فيه مثلما رأينا بالنسبة لموقفهم من الغياب ,فالرأي المؤيد يمثله المالكية والحنابلة، أمّا

[1] الدردير، سيدي احمد الدردير، على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزاره الشؤون الدينية، الجزائر، 1413 هـ ، 1992، ص430،431.

[2] نجية زيتوني، المرجع السابق، 31.

الرأي المخالف فيمثله الحنفية والشافعية والظاهرية مع عمل كلّ فريق على إثبات رأيه بأدلة من الكتاب السنة والأثر، فلهذا يجدر بنا التعرض إلى كل الرأي وأدلة التي استدلوا بها.

أ-عدم إجازة التفريق للفقدان:

يرى أصحاب هذا الرأي، وهم **الحنفية** و**الشافعية** و**الظاهرية**، أنه لا يحق التفريق بين المفقود زوجته حتى يعلن موته أو لا يبقى أحد منا أقرانه على قيد الحياة.

-**بالنسبة إلى الحنفية:** يرى **الكاساني:** أن حال المفقود في عبارة مشايخنا رحمهم الله على حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره, معنى هذه العبارة أنها تسري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، فلا يورث ماله ولا تبين امرأته، كأنه ميت حقيقة، وتطبق عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرثه أحد فهو بمقام الميت حقيقة[1].

إلى أن هناك من فقهاء **الحنفية** من قال بالتفريق بين المفقود وزوجته إذا مضى على فقده 4 سنين لتحقق الضرر.

-**بالنسبة إلى الظاهرية:** فيرى **ابن حزم:** " انه من فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف في حرب أو في غير حرب وله زوجة لم ينفسخ بذلك أبدا وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي"[2].

وسبب الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية كما قال ابن رشد ومعارضه استصحاب الحال للقياس، وذلك أن استصحاب الحال بموجب أن لا تنحل عصمته إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك، وأما القياس فهو تشبه الضرر اللاحق من غيبته بالإيلاء والعنة، فتكون ليها الخير، كما يكون في هاذين[3].

---

[1] الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج6، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص 196.

[2] ابن حزم، المحلى، ج 10، دار الجيل، بيروت، (د.ت.ن)، ص 133-134.

[3] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1409هـ /1989م، ص84.

ب-إجازة التطليق للفقدان:

يرى أصحاب هذا الرأي وهم المالكية والشافعية والحنابلة، أنه يجوز التفريق بين الزوجين لفقدان الزوج.

إذ يقول **الدردير:** " ولزوجة المفقود ببلد الإسلام الرفع للقاضي أو الوالي أي حاكم السياسة و والي الماء وهو الساعي أي جابي الزكاة إن وجد واحد منهم، وإن لم يوجد فلجماعة المسلمين، ولها أن لا ترفع وترضى بالمقام معه في عصمته حتى يتضح أمره أو تموت فيؤجل الحر أربع سنين إن دامت نفقتها من ماله و إلا طلقت عليه لعدم النفقة"[1].

وقال **ابن قدامه** (في القسم الثاني): أن تكون في غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد بين أهله ليلا ونهارا، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع، أو يمضي إلى مكان قريب يقضي حاجته ولا يظهر له خبرا، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفاقه.

أما مذهب **أحمد**، فالظاهر عنه أن زوجة المفقود تتربص أربعة سنين أكثر مدة الحمل، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج[2].

3-موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للفقدان والغياب:

لقد حسم المشرع الجزائري في مسألة حق الزوجة في طلب التطليق، وبالرجوع إلى نص المادة 112 من ق.أ.ج[3]، نرى أنه قد منح المشرع الجزائري الحق للزوجة في طلب التطليق إذ لها هذا الحق بموجب المادة 53 من ق.أ.ج.

ولكن كفل هذا الحق ببضعة شروط إذا توفرت تحقق هذا الحق و هي:

---

[1] الإمام سيدى احمد الدردير، على مختصره شرح الصغير أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزاره الشؤون الدينية، الجزائر، 1413 هـ./1992م، ص200.

[2] ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير، ج7، المرجع السابق، ص489.

[3] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

أ- أن تمضي سنة فأكثر على غيبة الزوج المفقود و الغائب[1]. وهنا يتبين أن المشرع الجزائري حذا حذو **المالكية**، وذلك ابتداء من يوم الغياب إلى يوم رفع الدعوى وبمفهوم المخالفة لا يمكنها رفع دعوى تطليق إذا لم تصل المدة سنة كاملة[2].

ب - أن يكون الغياب وقع من الزوج فعلا بدون عذر مقبول ولا سبب شرعي، إذ يكون متعمدا و وقد ألحق الأذى بزوجته. فلو كان الغياب مثلا لأداء خدمة عامة، أو خدمة عسكرية في مكان بعيد، أو من أجل التعليم خارج الوطن ففي هذه الحالة لا يقبل من الزوجة المطالبة بالتطليق وهذا ما بتوافق مع رأي **الحنفية**[3].

ج - أن يكون غياب الزوج عن زوجته لمدة سنة دون أن يترك لها ما تنفق منه عليها وعلى الأولاد[4].

وبالتالي فإن زوجة المفقود لها الحق في طلب التطليق، عملا بالمادتين 112 و53 من ق.أ.ج[5]. وعليها عبء إثبات حالة غياب زوجها لمدة تفوق سنة، و انتقاء عذر للغياب، أو الاستمرار فيه، و بدون أن يترك لها النفقة.

الفرع الثالث: حكم ولاية المفقود و الغائب عن أولاده القصر

نصت المادة 87 من ق.أ.ج على أنه في حالة غياب الأب، أو حصول مانع مادي له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة بالأولاد. وبما أن الغياب كما و سبق الإشارة إليه فهو يعتبر بمثابة مانع مادي يطرأ على أهلية أداء لدى الشخص المفقود أو الغائب في ممارسة

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص297. 298.

[2] بيرجربالو خضرة، المرجع السابق، ص65.

[3] اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة شهادة ماجستير في القانون، جامعه الجزائر1، بن عكنون، 2002-2003، ص182،181.

[4] سامية علاوة ،المرجع السابق، ص35،34.

[5] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

ولايته على أولاده القصر الذين هم بدورهم تحت ولايته. وعليه فإنه بمجرد غياب الأب تنتقل الولاية وتصبح في حكم الأم من دون الحاجة إلى رفع دعوى إلى القضاء المختص[1].

الفرع الرابع: آثار الحكم بالفقدان على أموال المفقود و الغائب

أن شخصية الشخص المفقود تبقى قائمة حتى وإن صدر حكم فقدانه وهنا يتبين لنا جليا أن المشرع الجزائري حذا حذو المذهب الحنبلي[2]، فإن كان لهذا المفقود أموال خاصة تدخل في ملكيته، كأن يكون له منقولات أو عقارات فان ملكيته عليها تبقى وتستمر، وبما أنها تبقى في ملكيته إلى غاية صدور حكم بموته، فإن هذه الأموال لا تعتبر من قبيل الميراث مطلقا، ومفاده أنه لا يمكن للغير أن يكتسبها عن طريق الميراث، عملا بنص المادة 115 ومراعاة لأحكام المادة 127 من ق.أ.ج. أي أن الإرث لا يُستحق إلا بثبوت موت المورث حقيقة أو حكما.

كما تنبغي الإشارة إلى أنه للوصي، نفس سلطة الولي في التصرف في أموال القاصر[3] وفقا لأحكام المواد 88، 89، 90 من ق.أ.ج[4]. وبالتالي يكون لهذا المقدم سلطة إدارة المال دون التصرف فيه[5]، فيكون له الحق أن يُؤجر لمدة لا تتجاوز 3 سنوات، ويكون هذا العمل تحت طائلة البطلان إذا تجاوز المدة القانونية. وهو فعلا ما جاء في المادة 4/88.

ولكن تجب الإشارة إلى أنه قد تكون للمفقود أموال سريعة التلف و الفساد بطبيعتها كالثمار ونحوها، فيجوز له بيعها بعد استئذان القاضي و يحتفظ بثمنها إلى غاية ظهور المفقود حيا، فإذا مات دخلت ضمن تركته. وفي حالة ما إذا كان المال لا يتسارع إليه الفساد سواء كان

---

[1] بيرجربالو خضرة، المرجع السابق، ص 57.

[2] وما يؤكد أن المشرع الجزائري اعتبرا المفقود حيا قبل صدور الحكم بموته حسب رأي الإمام احمد بن حنبل في المواد: من 115،127،133 من ق.أ.ج، نقلا عن قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة، وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص237.

[4] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[5] حيث تنص المادة 468 من ق.م.ج: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص قضي بخلاف ذلك".

عقارا أو منقولا، هنا لا يجوز لمقدم بيعه لان له ولاية على أموال شخص غائب وهو مأمور بحفظ مال هذا الأخير[1]. وقد نصت المادة 115 على أنه:" لا تقسم أموال المفقود"[2]، فإن كان ماله على الشيوع فلا تتخذ ضده إجراءات القسمة.

وعموما يتولى المقدم تسيير أموال المفقود، فيسلم ما يستحقه المفقود من ميراث أو وقف له أو تبرع، وعند انتهاء مهمته سواء بالعزل أو الموت أو برجوع المفقود، يتوجب عليه تسليم الأموال التي في عهدته، ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه على أموال الشخص المفقود إذا رجع إلى ورثته، وذلك في مدة لا تتجاوز شهرين من انتهاء مهمته وهذا ما نصت عليه المادة 97 من ق.أ.ج[3].

المطلب الثاني: آثار الفقدان والغياب في فترة الموت الحكمي

تنتهي شخصية المفقود ابتداءا من تاريخ صدور الحكم باعتباره ميتا، ومن هذا التاريخ يصبح الشخص المحكوم عليه بالموت معدوم الشخصية، فتنقضي الرابطة الزوجية التي تربطه بزوجته بحيث يحل لها الزواج بغيره بعد انقضاء عدة الوفاة.

وبالنسبة إلى أمواله الخاصة، فتفتح تركته، وتوزع أمواله على الورثة الموجودين وقت الحكم، أما من مات من الورثة قبل صدور حكم موت المفقود فلا نصيب لهم من الميراث. وبشان الشخص الغائب، فلا أثر للغياب في إنهاء شخصيته مادامت حياته مؤكدة، ومن لم تستمر شخصيته القانونية والشخص المفقود فقط، هو من يعنيه الموت الحكمي فقط دون الغائب، وبالتالي فالآثار القانونية تسري فقط على الشخص المفقود.

[1] سامية علاوة، المرجع السابق، ص36، 38.

[2] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[3] سامية علاوة، المرجع السابق، ص38.

و تكون هذه الآثار طبقا لقانون الأسرة الجزائري، هي نفسها الآثار المترتبة على الحكم بوفاة مفقودي فيضانات باب الواد، وزلزال بومرداس، وكذلك الشأن بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية.

و تتمثل هذه الآثار في أن الأموال تنتقل إلى المورثة شريطة سداد الديون (الفرع الأول) وتعتد زوجته بالمدة التي حددها القانون والشريعة الإسلامية على حد سواء(الفرع الثاني)، أما التصرفات القانونية فللموت الحكمي الأثر البليغ عليها (الفرع الثالث)، إلى جانب حق التقاضي المخول لأي شخص قانونا، فإن للمفقود دعاوى قضائية يرتب عليها الموت الحكمي حزمة من الآثار (الفرع الرابع)، ولا ننسى القوانين الخاصة التي لها نصيب في التنصيص على هذه الآثار (الفرع الخامس).

الفرع الأول: انتقال الأموال إلى الورثة

تماشيا مع قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون[1]، فإن لاستحقاق ورثة المفقود المحكوم بموته من حقهم في تركة، كان الأصل تسديد الديون القائمة على ذمة المتوفى أولا ثم انتقال الأموال إلى ورثة الشخص المفقود المحكوم عليه بالموت ثانيا، و سنتطرق إلى الآلية التي انتهزها المشرع الجزائري في تنظيم كيفية سداد ديون الميت ثم بعدها انتقال الأموال إلى ورثة المفقود بعد الحكم بموته مباشرة.

أولا: الديون الحاصلة في ذمة المفقود:

يتم سدادها من تركة المفقود بعد الحكم بموته، إذ بصدور هذا الأخير مباشرة يكون للورثة الحق في استحقاق هذا الإرث. وهذا ما نصت عليه المادة 127 من ق.أ.ج، لكن قبل تقسيم التركة وفقا للأحكام المقررة في ذات القانون لابد من سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى

[1] نصت التشريعات العربية على أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام للمتعاقدين كقاعدة عامة مع مراعاة قواعد الميراث، ذلك أن التزامات المتعاقد المتوفى، أي ديونه، قد تنتقل إلى الورثة في بعض القوانين كالقانون الفرنسي، أما في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية للمواريث: الجزائر، مصر وسوريا والعراق، وتونس. فالمبدأ فيها انه لا تركة إلا بعد سداد الديون. وبالتالي لا تنتقل التزامات السلف إلى الخلف العام إلا في حدود التركة. نقلا عن أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ط5 مزيدة ومنقحة، شركة ناس للطباعة، 2012، ص440.

حيث تنص المادة 180 من ق.م[1] على أنه ": يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع،
- الديون الثابتة في ذمة المتوفى،
- الوصية"[2].

ثانيا: انتقال الأموال إلى ورثة المفقود:

إن الأصل في الإنسان أن تستمر حياته إلى أن يقوم الدليل على موته، سواء كان دليلا على موته الحقيقي أو الحكمي، فإذا انعدم الدليل اعتبر الإنسان حيا رغم صدور حكم بفقده، ولذلك فالحكم الصادر باعتباره ميتا يكون منشأ للموت الحكمي لا كاشفا عنه مما يعني أن المفقود لا يعتبر ميتا إلا من تاريخ صدور الحكم[3].

وفي هذا الصدد وبمفهوم المخالفة من نص القانون 115 من ق.أ.ج التي تقضي بأنه لا يورث ولا تقسم أمواله إلا بعد الحكم بموته، إذ أن أمواله الخاصة تنتقل إلى الورثة بشرط أن يثبت وجودهم وقت الحكم بوفاته لأنه يعتبر ميتا يوم صدور الحكم لا العقد، ويحرم من ميراث من مات منهم قبل صدور الحكم بالوفاة وحتى إن كان موته أثناء النظر في الدعوى، لأن شرط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت مورثه. وهذا ما يفهم من نص المادة 127 من ق.أ.ج، أنه لا يستحق الإرث إلا بموت المورث حقيقة أو حكما، وللحديث عن انتقال الأموال إلى الورثة فقد يكون للمفقود ورثة أو قد لا يكون. وهنا سيأتي في هذه النقاط التالية:

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة ،(ب،ط)، دار الهدى، موسوعة الفكر القانوني، الجزائر،2007، ص130

[3] محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص 340.

1- حالة إذا ترك المفقود ورثة:

إن إثبات موت المفقود يكون ببينة شرعية، فإنه يعتبر ميتا في الوقت الذي ثبت فيه أنه قد مات فيه[1]، لأن حكمه في ذلك حكم الموت الحقيقي، وبالتالي يرثه ورثته الموجودين على قيد الحياة في ذلك الوقت[2].

وقد يكون موت المفقود إثر حكم يصدره القاضي بعد المدة القانونية، ويعتبر ميتا من وقت صدور هذا الحكم، وكذلك يرثه الورثة الموجودين وقت صدور الحكم فقط، وإذا أسند الحكم بالموت إلى وقت سابق على صدوره، ورثه من كان وارثا له وقت إسناد الحكم بالموت على المفقود[3].

أما الأموال التي آلت إلى المفقود في الفترة بين الحكم بفقده والحكم بموته تدخل في تركته إذ تعتبر ملكا خاصا له ولا ترد إلى تركة المورث، إذ هنا حكم باعتباره ميتا بعد ثبوت حقه فيها. وإذا كان تاريخ وفاته سابقا على موت مورثه فان النصيب الذي كان محجوزا له لا يستحقه بل يرد لورثة المورث الآخرين لعدم تحقق شرط الإرث، وهو حياة الوارث وقت موت المورث، أما ورثة المفقود فلا يستحقون إلا أمواله الأخرى[4].

ونشير إلى أنه إذا كان الشخص المفقود هو امرأة متزوجة، وانتظر الزوج إلى حين صدور الحكم القضائي بموتها، فهنا يكون له الحق في إرثها لوجود سبب الإرث، وهو الزوجية طبقا لنص المادة 126 من ق.أ.ج. أما إذا لم ينتظر الحكم بوفاة المفقودة وطلقها بغرض الزواج من أخرى، وهذا في حالة ما إذا كان متزوجا من أربعة المفقودة إحداهن، ففي هذه الحالة لا ارث له من المفقودة لأن حكم بموتها لعدم وجود سبب الإرث وقت الحكم بالوفاة وهو الزوجية[5].

---

[1] صالح جحيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، بدون ذكر السنة، ص 186.

[2] فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص207.

[3] أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث، الدار الجامعية، بيروت، بدون ذكر الطبعة، بدون ذكر السنة، ص50 .

[4] محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص341.

[5] المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان،ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص109.

2- حالة إذا لم يترك المفقود ورثة:

بالرجوع إلى نص المادة 773 من ق.ج نجد أن الدولة هي المالك عن أموال المفقود في حالة موته من غير وارث له وتعتبر أمواله ملكا من أملاك الدولة[1]. وبالنظر في المادة 180 من ق.أ.ج نجد أنه إذا لم يوجد ذو فروض[2] أو عصبة[3]، آلت التركة إلى ذوي الأرحام[4]. فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة. ولكن لكي تؤول أمواله إلى الخزينة العامة لابد من توافر شروط:

أ- انعدام من يرث بالتعصيب وصاحب الفرض النسبي: فإذا وجد أي من هؤلاء كانت له التركة أما تعصيبا أو فرضا وردا.

بـ- انعدام من يرث من ذوي الأرحام مطلقا: فعند وجود وارث من ذوي الأرحام يسقط حق الدولة في امتلاك أمواله، سواء كان لوحده أو مع أحد الزوجين، كانت له إما التركة كاملة آو ما بقي منها بعد نصيب احد الزوجين.

جـ- انعدام احد الزوجين: تكون لأحد الزوجين التركة كاملة فرضا و ردا، إذا انعدم من يرث بالفرض والتعصيب، ومن كان من ذوي الأرحام[5].

وللإشارة أنه عند انعدام هؤلاء جميعا، نكون أمام حالة شغور التركة. وتأخذ الدولة هذا المال على أساس أنه من الضوائع، لا يعرف لها مالك وليس على أساس أنها ورث، ويكون

---

[1] تنص المادة 773 من ق.م.ج:" تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص اللذين يموتون من غير وارث أو الذين تُهمل تركتهم". نقلا عن أمر 58-75، المرجع السابق.

[2] ذو الفرض هم الورثة الذين قدرت لهم الشريعة الإسلامية أنصبة معينة، وهو يتصدرون المرتبة الأولى في الاستحقاق. سليمان ولد خسال و عبد القادر عزوز، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة ، باب الزوار، الطبعة الثانية، 1434هـ . 2013م، ص22.

[3] العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفرض حقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيْ لهم ، والعصبة بالنفس ثلاث: عصبة بالنفس . العصبة بالغير . عصبة الغير، المادة 150 و151 من ق.أ.ج.

[4] ذوي الأرحام هم من لا يرث من الأقارب كالعمة وبنات الأخ، وكل جدة أدلت بأنثى والخالات، وأولاد الجميع.سليمان ولد خسال وعبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص88.

[5] محمد محده، التركات والمواريث، دار الفجر، القاهرة، طبعة أولى، 2004، ص 78.

المال حقا لجميع المسلمين في الجزائر، وينفق في المصالح العامة للدولة[1]. وهذا ما نصت عليه المادة 3/177 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427[2].

كما نصت المادة 51 من قانون رقم 90-30[3]: «إذ لم يكن للعقار مالك معروف، أو توفي مالكه دون أن يترك وارثا، يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا، أمام الهيئات القضائية المختصة بحكم يصرح بانعدام الوارث، يصدر حسب الشروط والأشكال السارية على الدعاوى العقارية. ويتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة، ويترتب على الحكم بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام المراسلة القضائية، مع مراعاة المواد 827 الى 829 من القانون المدني و بعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح انعدام الوارث، يمكن للقاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط والأشكال المقررة في القانون و التصريح بتسليم أموال التركة كلها[4]».

الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود المحكوم بموته

يرى الحنفية أن المفقود حي في حق نفسه، فلا تعتد زوجته حتى يتحقق موته. أما الزوجة التي جاءها خبر أن زوجها الغائب قد مات، أو إذا طلقها ثلاثا، وأتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق فلا بأس أن تعتد وتتزوج، هذا في رأي الحنابلة[5]. أما في رأي المالكية والحنابلة أن تنتظر أربع سنين، ثم تعتد عدة[6] الوفاة.

---

[1] سليمان ولد خسال و عبد القادر عزوز، المرجع السابق، ص 96.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 12. 427 مؤرخ في 2 صفر عام 1434 الموافق 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط و كيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج.ر،عدد 69، صادر بتاريخ 16 ديسمبر سنة 2012.

[3] قانون رقم 90-30 مؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر.عدد52، صادر بتاريخ 1 ديسمبر سنة 1990.

[4] نفس القانون.

[5] الكاساني، المرجع السابق، ص196.

[6] العدة لغة: مأخوذة من العد وهي مصدر للفعل عد كما تفيد عن الإحصاء والحساب، جمع العدة عدد وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأفراد والأشهر غالبا، كما تطلق في اللغة على أيام حيض المرأة =

وهي أربعة أشهر وعشرة أيام[1]. واستدلوا على قوله جلا وعلا: **"وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"**[2].

وأيضا من روى على سيدنا **عمر بن الخطاب** رضي الله عنه، فعن الإمام مالك بن يحيى بن سعيد بن سعيد بن المسيب بن عمر بن الخطاب قال: " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل "[3]. وروي مثل هذا عن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وعبد الله ابن عباس رضي الله عنه، وسواء كانت الزوجة مدخول بها أو العكس[4].

فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة، ولم يصلها أي خبر عن حياته، أو موته ومكانه، فإنه و بعد الحكم بموته تعتد من زوجها كان مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته يموت، إذ إن الموت الحكمي يعتبر كالموت حقيقي[5].

= لقوله تعالى :﴿ وَإِن تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ اللَّهَ لَغَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾.سورة إبراهيم، الآية 34. أما العدة اصطلاحا: مدة تتربصها المرأة عند وقوع الفرقة، فتمتنع عن التزويج بها، وبانقضائها يزول ما بقي من رحمها من أثار التحريم. نقلا عن عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص101-102.

وقوله تربص أي: انتظار المرأة المدة المعلومة، وقد سمي التربص عدة لأن المرأة تحضي الايام المضروبة عليها وتنتظر الفرج الموعود لها. ووضعت شرعا للتعرف على براءة رحم وهي على ثلاثة أضرب، الحيض والشهور ووضع الحمل ،فالحيض يجب الطلاق والفرقة في النكاح الفاسد الوطء بشبهة النكاح، وإما الشهور فعلى ضربين منها يجب بدلا من الحيض الصغيرة والآيسة، أو الضرب الثاني هو الذي يلزم المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا، ويستوي فيه المدخول بها وغير مدخول بها، إذا كان النكاح صحيحا، أما اذا كان نكاحها فاسدا فعدتها فيها الحيض في الفرقة و الموت. نقلا عن ليلى حسن الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، (ب.ط)، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، (ب.س.ن)، ص28.

[1] ابن قدامة، نفس المرجع السابق، ص489.

[2] سورة البقرة، الآية 234.

[3] محمد محمد تامر، المنتقى شرح موطأ مالك، ج5، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، بدون ذكر الطبعة2004، ص349.

[4] الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي، الجزء الثالث، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423 هـ 2002 م، ص102.

[5] يوسف محمد عطا الله حلو، المرجع السابق، ص102.

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 59 من ق.أ.ج فإنه: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشر أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"[1]. وهنا يتضح لنا أن زوجة المفقود تعتد عدة الوفاة شأنها شأن زوجة المتوفى حقيقة، و تخضع الزوجتان لنفس القاعدة فيما يخص العدة، وهي أربعة أشهر و عشرة أيام. وبانقضاء هذه المدة يحل للزوجة الزواج ثانية. ولكن الاختلاف الحاصل يكمن في بدء سريان مدة العدة، باعتبار أن مدة عدة زوجه المفقود يبدأ حسابها من يوم صدور الحكم بالفقدان، خلافا لعدة زوجة المتوفى حقيقة التي تبدأ من يوم الوفاة. والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد أخطأ في بداية سريان عدة زوجة المفقود، أي الأصح أنه تسري مدة حساب العدة من يوم الحكم بموت المفقود لا الحكم بالفقدان، لأن هذا الأخير لا يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية، والمفقود يظل حيا في الفترة الممتدة بين الحكم بالفقدان و صدور الحكم بموت المفقود، ولا يعتبر ميتا إلا بعد صدور حكم قضائي بالموت[2].

الفرع الثالث: التصرفات القانونية التي باشرها المفقود قبل فقدانه

قد يكون للمفقود تصرفات قانونية قد باشرها في الفترة التي ما قبل فقده و لكن إثر صدور الحكم يقضي بموته فإن هذا الحكم له أثر بليغ على هذه العقود فقد يؤدي إلى إنهاء بعض العقود منها دون الأخر وهي كالتالي:

أولا:الوصية[3]: وهنا ينبغي التمييز بين ما إذا كان المفقود موصى أو موصى له.

1- إذا كان المفقود موصى: في هذه الحالة إذا كان المفقود قد أوصى إلى شخص ما قبل فقدانه ثم صدر حكم يقضي بموته، فإن الشيء الموصى به يكون من حق الموصى له، ويستحقه من يوم صدور الحكم بالموت، لأن الوصية هنا تحقق بموت الموصى وهو المفقود.

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة ثالثة، 1996،ص288.

[3] عرفت المادة 184 من ق.أ.ج الوصية بأنها:" الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ". في حين أكدت المادة 185 على أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، ولكن إذا زادت عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة.

وتتحقق حياة الموصى له وقت الوصية ووقت الموت الموصي، وبالتالي يكون للموصى له الحق في قبول الوصية صراحة أو ضمنيا[1]، وهذا ما قضت به المادة 197 من ق.أ.ج. فإن قبل الوصية كان الشيء الموصى له به من نصيبه.

2 - إذا كان المفقود موصى له: إذا صدر حكم باعتباره ميتا بعد موت الموصي أو بعد ثبوت الحق في الوصية، فإن الموصى له به يكون ملكا خاصا به، ويدخل ضمن تركته ويوزع على ولرثته، ولا يعاد إلى تركة في الموصي، وهذا ما نصت عليه المادة 111 من ق.أ.ج. ولكن إذا كان المفقود موصى له وصدر الحكم بموته و كان الموصى حيا، هنا تكون باطلة ولا يستحقها الموصى له[2] وهذا ما نصت عليه المادة 201 من ق.ا.ج.

ولكن في حاله صدور حكم بموت المفقود، ثم ظهر حيا، فإنه يسترجع نصيبه أو ما بقي عينا بالمطابقة مع نص المادة 115 من ق.أ.ج[3].

ثانيا: الهبة[4]: إن القبول يصدر من المقدم. فإذا صدر الحكم بموت المفقود الموهوب له قبل أن يصل القبول إلى علم الواهب، فإن القبول هنا يبقى قائما، وينتج التعبير أثره إذ يتصل بعلم الواهب فتتم الهبة بالرغم من موت الموهوب له، وبالتالي على ورثة الموهوب له القيام بما يرتبه العقد من آثار.

---

[1] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص227.

[2] تسوح حمو، المرجع السابق، ص45.

[3] أحمد لعور، نبيل صقر، المرجع السابق، ص108.

[4] عرفت المادة 202 من ق.أ.ج أن : " الهبة تمليك بعوض"، وبالمقارنة مع المادة 486 من التقنين المدني المصري بان:" الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ". ويكمن القول هنا أن عقد الهبة يتكون من عنصرين: العنصر المادي وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض، والعنصر المعنوي هو نية التبرع.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، العقود التي تقع على الملكية، المجلد2، الهبة و الشركة والقرض الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، (ب.ط)، (ب،ذ،س)،ص3.

ثالثا: الوديعة[1] : يجب على المودع لديه أن يحفظها[2]. فإذا حكم القاضي بموت المفقود المودع لديه رجع المودع على ورثة المحكوم بموته بردها[3]. أما إذا كان هذا الأخير هو المودع في حد أصله رجع ورثته بعد الحكم الاعتباري بموته على المودع لديه،(حوالة الحق).

رابعا: الإيجار[4]: بالرجوع إلى نص المادة 469 من ق.م.ج بقولها: " ينتهي الإيجار بقوة القانون و بانقضاء حق الاستعمال والسكن". ومفاد القول هنا أنه لا ينتهي هذا العقد بصدور الحكم الرامي إلى وفاة المفقود، بل بانقضاء حق الاستعمال والسكن. كما ينتهي أيضا بانقضاء المدة المتفق عليها قانونا. وهذا ما نصت عليه المادة 469 مكرر 1.

خامسا: العارية: بخلاف عقد الإيجار فإن عقد العارية ينتهي بصدور الحكم بموت المفقود، و هذا ما يوافق نص المادة 538 من ق.م.ج[5]. وكاستثناء ومدام العقد شريعة المتعاقدين[6]، فإنه إذا وجد اتفاق يقضي باستمرارية العارية رغم وفاة أحد الطرفين، أو يقضي بانتهائها لسبب أخر، فهنا تستمر العارية على الرغم من صدور الحكم اعتباري بوفاة المفقود.

---

[1] نظم المشرع الجزائري عقد الإيداع بوصفه من العقود الواردة على العمل، حيث عرفته المادة 590 من ق.م.ج: " الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة، وعلى ان يرده عينا". وتقابلها المادة 718 من ق.م.م:" الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يستلم شيئا آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء و على أن يرده عينا".

[2] وحفظ الشيء المودع هو الغرض الأساسي من عقد الوديعة وهو الالتزام الجوهري فيها، فيلتزم المودع عنده ببذل العناية في حفظ الشيء المودع عنده وهو الالتزام الجوهري الذي يرتب هذا العقد، وكان عقد الوديعة على رأس عقود الحفظ والأمانة. نقلا عن عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج8، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة و الحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص701.

[3] إن الأصل في الرد أن يكون عينا، وقد يكون الرد بمقابل، ويجب أيضا رد الثمار.فعند انتهاء العارية يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع إلى المودع. والأصل أن يكون عينا، أي أن يرد نفس الشيء المودع هذا بالنسبة إلى القيميات. وهو نفس الشيء على المثليات وكان يهلك بالاستعمال فيرد، والمودع وحده هو من يتحمل عبء إثبات ذاتية الشيء إذا حصل خلاف ذلك ويكون هذا الإثبات وفقا للقواعد العامة. عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع أعلاه، ص719-720.

[4] عرفت المادة 467 من ق.م.ج الإيجار بأنه:" الإيجار عقد يلتزم بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

[5] نصت المادة 538 :" العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال". نقلا عن أمر 58-75، المرجع السابق.

[6] بالرجوع إلى نص المادة 106 من ق.م.ج: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

الفرع الرابع : الدعاوى القضائية المتعلقة بالمفقود

قد يحدث و يكون المفقود في طرفا دعاوى قضائية، ثم غاب ولم يعرف مصيره وصدر بعدها حكم قضائي يقضي بوفاته، فإن هذه الدعاوى التي منها ما يستمر، ومنها ما ينقضي و هذا راجع إلى الطبيعة القانونية لهذه الدعاوى:

أولا: إذا كان المفقود المحكوم بموته طرفا في دعوى مدنية:

وهنا يجدر بنا التمييز بين ما إذا كانت هذه الخصومة قابلة للانتقال أم لا:

1. إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال: بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 210 منه، والتي تقضي بأن الخصومة تنقطع[1] في القضايا الغير مهيأ لها للفصل فيها للأسباب الآتية: وفاة احد الخصوم إذا كانت الخصومة للتنازل. وهنا الموت الحكمي يعد سببا من أسباب الانقطاع ويقع عبء إثبات وقوع الوفاة على من يدعيها، والقاضي يفصل في حدوثها أو من عدمها ، ولا يمكن التعرف على حدود الوفاة إلا من تاريخ تبليغها للخصوم أو القاضي ويتم اتخاذ إجراءات سير الخصومة لانقطاعها. ولأن الخصومة ليست من الأمور اللصيقة بالشخصية، يشترط أن تكون غير قابلة للانتقال للورثة[2].

وإذا كانت شخصيه المفقود محكوم بموت محل اعتبار فبزوال هذا الاعتبار شأنه أن ينهي الخصومة. ولكن إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال، فبمجرد صدور الحكم بالوفاة يكون للورثة حق إجراء تصحيح إجراءات الدعوى، و بالتالي العودة إلى سريانها[3].

فالوفاة هنا تعد إحدى الحالات الطارئة على الدعوى، والتي تؤدي إلى التأثير في سيرها وتؤدي إلى انقطاع الخصومة. إذ مجمل القول هنا إذا حكم بوفاة المفقود وكان طرفا في الدعوى، فهنا لا تنقضي الدعوى وإنما تنقضي الخصومة. وبعد تحديد ورثة المفقود يقوم أحدهم مقام المفقود و

---

[1] يقصد بانقطاع الخصومة وقف السير فيها بقوة القانون لقيام سبب من أسباب الانقطاع في حقها، وهذه الأسباب وردت في القانون على سبيل الحصر، فلا يجوز الإضافة إليها أو القياس عليها. نبيل صقر، المرجع السابق، ص234.

[2] عادل بوضياف، المرجع السابق، ص245-246.

[3] سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه وشرحه وتطبيقه وما إليه،ج1، ط1، دار الهدى، 2011، ص329.

يستأنف الدعوى من نقطة التوقف[1] وهذا ما جاء في نص المادة 211 من ق.إ.م.إ، أي أن القاضي يدعو شفاهة فور علمه بسبب انقطاع الخصومة، كل من له صفة ليقوم باستئناف السير فيها أو له الحق في اختيار محام جديد ينوب عنهم. كما يمكن للقاضي دعوة الخصم الذي لا يعنيه الاستئناف سير الخصومة عن طريق التكليف المباشر[2].

ب . إذا كانت الخصومة غير قابله للانتقال: هنا تنقضي الخصومة لوفاة احد الخصوم، ولا ينقطع. وهذا ما نصت عليه المادة 220 من ق.إ.م. إ.

ثانيا: إذا كان المفقود المحكوم بموته طرفا في دعوى عمومية:

1. إذا كان المفقود متهما: إذا صدر حكم بموت الشخص المفقود بعد تحريك الدعوى العمومية ضده، فان هذه الدعوى تنقضي إعمالا بالمبدأ القانوني العام وهو شخصية العقوبة وتفريد العقاب[3]. وبالرجوع إلى أحكام الدستور الجزائري نجد: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأ الشرعية والشخصية "[4].

وعليها فتنقضي الدعوى العمومية دون متابعة المتوفى أو ورثته وهذا عملا بنص المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية :"تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم "[5].

وعليه وجب علينا التمييز بين حالتين:

---

[1] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص241.

[2] عادل بوضياف، المرجع السابق، ص246.

[3] عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية التحري والتحقيق، ط6، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص135.

[4] قانون رقم 16-01 المؤرخ في 26جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري،ج.ر عدد 14، صادر بتاريخ 6مارس سنة 2016.

[5] أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بقانون رقم 18-06 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10يونيو سنة 2018، ج.ر، عدد 34، صادر بتاريخ 10 يونيو سنة 2018.

أ. إذا صدر حكم وفاة المتهم المفقود قبل تحريك الدعوى العمومية: فلا يجوز هنا تحريك الدعوى العمومية أصلا، ولأن للنيابة العامة سلطة حفظ الملف فتصدر أمر بحفظ أوراق القضية وذلك بسبب الوفاة[1].

بـ . إذا صدر حكم بوفاة المتهم المفقود بعد تحريك الدعوى العمومية: أي قبل صدور الحكم فيها هنا تصدر الجهة المعروض عنها النزاع بأنه لا وجه للمتابعة وتنقضي الدعوى العمومية لوفاة المتهم طبقا لنص المادة 06 سالفة الذكر. لأن الحكم الصادر فيها يعتبر حكما صادر في دعوى عمومية غير قائمة أصلا[2].

جـ . إذا صدر حكم بالوفاة بعد صدور الحكم الجزائي: هنا يسقط الحكم وتسقط معه العقوبة المقررة عليه.

د . ظهور المتهم حيا بعد الحكم بانقضاء الدعوى العمومية لوفاته: إذا قضت المحكمة المختصة بنظر بانقضاء الدعوى لوفاة المفقود، ثم تبين بعد ذلك أن المتهم المفقود لا يزال حيا، فهنا ما على النيابة إلا مباشرة السير في الدعوى من جديد. لان هذا الحكم لا يعد فاصلا في الموضوع، وإنما في الشكل[3].

هـ . استمرار المحكمة بالنظر في الدعوى العمومية لجهلها بوفاة المتهم المفقود: في هذه الحالة يكون الحكم منعدما لعدم قيام الدعوى أصلا وقت إصدار هذا الحكم، وذلك لمخالفة أحكام المادة 6 من ق.إ.ج، والتي تقضي بانقضاء الدعوى العمومية لوفاة المتهم[4].

2. إذا كان المفقود ضحية: إذا كان المفقود ضحية في دعوى عمومية واشترط القانون تقديم شكوى من قبله لتحريك الدعوى العمومية، وكان المفقود قد قدمها فعلا قبل أن يفقد فلا يؤثر

---

[1] عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص135.

[2] عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، ص135.

[3] عبده جميل غضوب، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الوطنية للدراسات والنشر والتوزيع، 1432هـ – 2011، ص246.

[4] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص74.

الحكم هنا بوفاته، أما إذا فقد دون تقديم شكوى ثم صدر الحكم بوفاته، هنا لا ينتقل الحق تقديم الشكوى إلى الورثة[1].

الفرع الخامس: أثر حكم موت المفقود في ميثاق السلم والمصالحة الوطنية

إضافة إلى الآثار العامة المترتبة على الحكم بموت المفقود والتي حددها قانون الأسرة الجزائري، هناك آثارا خاصة جاء بها ميثاق السلم والمصالحة الوطنية. وبالرجوع إلى الأمر 06-01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، وأيضا المرسوم الرئاسي 06-93 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية نجد أنه يترتب على صدور الحكم بموت المفقود الآثار التالية:

أولا: قيام وكيل الجمهورية المختص بتسخير موثق لإعداد عقد الفريضة تأسيسا على الحكم بالوفاة خلال شهر واحد ويعفى هذا العقد من حقوق الطابع والتسجيل، وهذا تطبيقا لنص المادة 35 من الأمر 06-01[2].

ثانيا: تعويض ذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية، فزيادة على الحقوق والمزايا المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، فيحق لذوي حقوق ضحايا المأساة الوطنية والحائزين على حكم نهائي بوفاة الهالك الحصول على تعويض تدفعه الدولة وهذا ما جاء في المادة 37 من الأمر 06-93[3] ، كما أن الحصول على هذا التعويض يحول دون الحصول على تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدولة، وهذا ما قضت به المادة 38 من الأمر 06-01.

وقد نصت المادة 39 من الأمر 06-01 على أنه:" تطبق لاحتساب ودفع التعويض المذكور في المادة 37 أعلاه الأحكام المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما لصالح الضحايا المتوفين بسبب الإرهاب. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"[4].

---

[1] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص241.242.

[2] أمر رقم 06- 01 ، المرجع السابق.

[3] مرسوم رئاسي رقم 06-93 ، المرجع السابق.

[4] شبايكي نزهة، المرجع نفسه، ص84.

المبحث الثاني: الآثار القانونية الناشئة عن ظهور المفقود المحكوم بموته.

إن الحكم بوفاة المفقود غالبا ما يكون اعتباري لا حقيقيا، لأنه لا يصدر بعد التيقن من موت المفقود وإنما يحكم القاضي بذلك تغليبا لوفاته على حياته، ولكن إذا ظهر المفقود حيا أو علمت حياته قبل موته فان هذا الحكم يسقط وتزول آثاره، على أن لا يضر هذا السقوط بحقوق الغير.

فيعتبر الحكم بموته كأنه لم يكن أصلا، بل يعتبر المفقود كأنه لم يكن مفقودا قط، فاليقين يرفع الشك، ويسترد شخصيته القانونية بأثر رجعي. وهنا يتبين أن الحكم بموت المفقود لم يبن على يقين وإنما مجرد احتمال وتغليب وفاته على حياته بعد مدة. وقد قصدت المادة 94 من ق.ج.م هذا المعنى بقولها: «إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الدولة أو كل معني إبطال الحكم ضمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها، ويسجل بيان إبطال التصريح بالوفاة على هامش قيده في السجل ».

وبهذا سوف نتطرق إلى آثار ظهوره حيا بعد الحكم بموته في المطلب الأول: بالنسبة لأمواله، وفي المطلب الثاني: بالنسبة لزوجته. وهذا على النحو الآتي:

المطلب الأول: حكم ظهور المفقود المحكوم بموته حيا بالنسبة لأمواله

جاء في نص المادة 115 من ق.أ.ج: «وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا، يسترجع ما بقي من أمواله أو قيمة ما بيع منها »[1]. أي إن المفقود يسترجع أمواله، ولكن هذا الاسترداد قيده المشرع الجزائري باعتبارات عملية (الفرع الأول)، حيث يمتنع على المفقود استرداد ما استهلكه الورثة من أموال أو هذا النصيب(الفرع الثاني)، فلا يكون على المفقود إلا استرداد الباقي في أيديهم وحسب آو قيمة ما بيع منها.

الفرع الأول: الأموال التي يمكن للمفقود المحكوم بموته استردادها

إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فالأصل أن له الحق في استرداد أمواله التي وزعت على ورثته[2]، ولكن خروجا عن هذا الأصل قرر المشرع الجزائري أن المفقود بعد ظهوره حيا يسترد ما يلي:

- يسترد ما بقي من أمواله في يدي ورثته، والذين اعتبروا كذلك نتيجة الحكم بموته.
- يسترد قيمة الأموال التي يكون ورثته قد تصرفوا فيها بالبيع[3]. وقد يطرح الإشكال هنا بما أن المشرع اقتصر على كلمة البيع فهل نفهم من ذلك أن كل تصرف آخر ماديا كان(الاستهلاك) أو قانونيا، غير البيع الذي لا يدخل تحت هذا الحكم وبالتالي لا يخول أي للمفقود أي إزاءه[4].

وتجدر الإشارة إلى انه في حالة ظهوره حيا قبل الحكم بموته، فان جميع أمواله الموقوفة تدخل في ملكه، مثل النصيب الموقوف عليه من ميراث مورثه، وكذلك الوصايا الموصى بها إليه، فهذه الأموال تدخل في ملكه وان لم يعد بالفعل، ومفاد ذلك بأنه لو كان المفقود حيا ثم مات بعد ذلك ودخلت هذه الأموال في ملكه وتصير ضمن تركته من حق ورثته، لان شرط

---

[1] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[2] مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية، نظرية الحق)، (د.ط)، منشورات حلبي الحقوقية، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن)، ص536.

[3] محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص345.

[4] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، ط1، (د.د.ن)، الجزائر، 2003 ، ص96.

الميراث فيه أولا قد تحقق، وهو ثبوت حياته وقت موت مورثه، ولا يشترط فيه عودته حيا، بل يكفي وجوده على قيد الحياة، وكذلك شرط الوصية حياة الموصى له[1].

أما في حالة ظهوره حيا بعد الحكم بموته يأخذ ما بقي من نصيبه في أيدي الورثة، ذلك أن الورثة يجوز لهم وضع اليد على أموال المفقود بعد صدور الحكم بموته[2]. ولكن نجد أن المشرع الجزائري لا يفرق بين حالة ظهوره قبل الحكم بموته وبعد الحكم بموته، وهذا ما جاء في نص المادة 115 من ق.أ[3]، ولكن هذه الحالة تطبق في حالة رجوع المفقود أو ظهوره حيا بعد الحكم بموته، أي في فترة الحكم بالفقدان فالقاضي هو من يعين للمفقود مقدما عن أمواله بينما بعد الحكم بالوفاة يمكن للورثة وضع اليد على أمواله. بالإضافة إلى ذلك فالمشرع الجزائري اعتبر المفقود حيا قبل صدور الحكم بوفاته حسب نص المادة 111 من ق.أ.ج، بهذا فأموال المفقود في فترة الحكم بفقدانه تظل ملكا له، تحت إدارة المقدم إلى أن يعود أو يحكم بوفاته قضائيا كما سبق الإشارة إليه[4].

الفرع الثاني: الأموال التي لا يمكن للمفقود المحكوم بموته استردادها

لا يسترد المفقود بعد ظهوره حيا، قيمة الأموال التي يكون ورثته قد تصرفوا فيها بطريق آخر غير البيع، أو المقايضة، إذ إن المقايضة تلحق بالبيع طبقا لأحكام المادة 415 من ق.ج[5]. ولا يسأل هؤلاء الورثة في مواجهته عن تعويض قيمة ما هلك بفعلهم، والسبب في ذلك أن عدم استرداد المفقود لأمواله راجع إلى أن يد الورثة كانت يدا شرعية على المال الذي تصرفوا فيه، فلا ضمان على الورثة باعتبار أن أموال المفقود التي دخلت في ملكهم، وأذنوا

---

[1] جمال عبد الوهاب غفار، المرجع السابق، ص133.

[2] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه من عمل بالمحاكم، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص 223.

[3] قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[4] بيرجبالو خضرة، المرجع السابق، ص74.

[5] أمر رقم 58-75، المرجع السابق.

بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي وهو الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا. أي لا يطالب احد منهم بما ذهب لأنهم استولوا عليه بحكم قضائي، فلا يكون معتديا وينتفي عليه الضمان[1].

ولكن قد يكمن الإشكال في حاله التصرف بسوء النية، أي يتصرف الوارث وهو يعلم هذا حياة المفقود رغم صدور حكم قضائي بموته، فان المفقود بعد ظهوره يستطيع استرداد أمواله في هذه الحالة. لأن الغش يفسد كل أمر والوارث سيء النية لا يستحق أية حماية[2].

أما إذا كان للميت ورث فان الأموال التي آلت إلى الخزينة العمومية طبقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر. وعملا بالمادة 92 من المرسوم التنفيذي رقم 91 – 454 المؤرخ في 23 نوفمبر1992 [3]، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة المشار إليها سابقا، تعود إليه أو يسترجع قيمتها.

أي أنه إذا آلت أموال المفقود إلى الخزينة العامة في حالة عدم وجود أي وارث لهذا المفقود بعد الحكم بالموت طبقا لنص المادة 180 من ق.أ.ج. لا يعني أن يسقط حق المفقود بعد ظهوره حيا في استرجاع أمواله أو قيمتها، ولأن نص المادة 92 من المرسوم التنفيذي رقم 91– 454 أحال إلى الأحكام الخاصة والتي هي قانون الأسرة. وفي حالة رجوع المفقود أو ظهوره حيا. وبالتالي تطبق المادة 115 من ق.أ.ج[4].

وعليه فإذا ظهر المفقود حيا عادت إلى ملكه جميع أمواله الأصلية منها، والطارئة. وإذا كان قد تم تقسيم تركته فانه يرجع إلى ورثته بما ينبغي من عين ماله من أيديهم، وأما أتلفوه فانه يضمنهم ذلك. أي لا يطالب أحد منهم بما ذهب، لأنهم استولوا عليه بحكم قضائي فلا يكونوا معتدين، فلا يضمن ما يستهلك بحكم قضائي، بينما ما تصرف فيه الورثة بالبيع فيكون للعائد أن تسترجع قيمته وهذا بالموافقة مع نص المادة 115 من ق.أ.ج[5].

---

[1] حسن كيرة، المدخل إلى القانون،(ب.ط)، منشأة المعارف، دار الكتب، الإسكندرية، 2003، ص536.

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص173.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 91– 454، المرجع السابق.

[4] أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق،ص115.

[5] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص262.

المطلب الثاني: حكم ظهور المفقود المحكوم بموته حيا بالنسبة لزوجته

إذا ظهر المفقود وعاد حيا إلى أهله وبلده، ووجد زوجته في انتظاره ولم تتزوج فلا إشكال في ذلك، فيعود المفقود إليها. أما إذا رجع المفقود فوجدها قد تزوجت ثانية، وهنا ينتج ظهور المفقود حيا أثره على رابطة زوجيتهما. ولكن لم يتطرق المشرع الجزائري لذلك فاسحا المجال للشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 من ق.أ.ج[1]. وبالتمعن في المادة 1 من الشريعة العامة للقوانين، فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الاحتياطي الأول، يرجع إليه قاضي الموضوع إن لم يجد نص يفك غموض النزاع المعروض أمامه.

وبالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الشأن نميز بين حالتين، حالة عدم تزوج زوجه ثانية في (الفرع الأول)، وحالة زواج الزوجة الثانية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالة عدم زواج زوجة المفقود المحكوم بموته ثانية

في حاله رجوع الزوج المفقود حيا إلى أهله وبلده، ولم يجد زوجته وقد تزوجت غيره، فتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كما في سابق عهدها. فتكون له دون عقد جديد أو مهر، و هذا ما يفهم منه دون أن تكون قد طلقت منه استنادا إلى غياب زوجها إعمالا بالمادتين 112، و5/53 من قانون الأسرة الجزائري، اللتان تجيزان طلب التطليق بعد فوات سنة بلا عذر ولا نفقة[2].

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا عاد في فترة الحكم بالفقدان أي فترة تربص الزوجة. فإنها على زوجيتها له، لأنه لا يوجد ما يقطع الزواج[3]. وكذلك نفس الشأن إذا ما قد خرجت من مدة التربص وبدأت في العدة، ورجع أثناء العدة أو بعدها قبل أن تخطب أو تتزوج غيره فهي على

---

[1] أمر رقم 58-75، المرجع السابق.

[2] عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص71.

[3] بوسحابة لعيد ، آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، ماجستير حقوق جامعة النعامة، كلية الحقوق، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 2، الجزائر، جوان 2015/شعبان 1436، ص 470.

نكاحه وزوجة له. أي أنه إذا عاد المفقود الحكم بموته حيا وكانت زوجته لم تتزوج بعد، فإنها تعود إليه دون عقد جديد لبطلان الحكم بالموت هنا، فهذا الحكم يسقط ويزول أثره لأنه ما بني على باطل فهو باطل، فإذا تبين بطلان الحكم بطل ما بني عليه وهو ما أكدته المادة 94 من ق.ح.م[1]. حيث إن وكيل الجمهورية أو كل معني يتابع إبطال الحكم القضائي، الذي نص على موت المفقود، وذلك وفقا للأشكال المقررة في المواد 46 وما يليها[2].

وبالرجوع إلى هذه المواد 46، و47، و48 نجدها تقضي ببطلان العقود التي في غير محلها، أو المزورة . وتجدر الإشارة أن الجهة التي خول لها القانون هذه الصفة هي محكمة مكان الذي حرر أو سجل فيه العقد، أو بصفة فرعية أمام المحكمة التي يرفع إليها نزاع يتناول العقد المشطوب بالبطلان، وهذا ما قضت به المادة 2/47 من ق.ح.م[3].

الفرع الثاني: حالة زواج زوجة المفقود المحكوم بموته ثانية

ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد هذا الأمر بين الفرضين، فرض عودة المفقود بعد البناء و قبل الدخول بزوجته أولا، وعودة المفقود بعد البناء والدخول لزوجته ثانيا.

أولا: عودة المفقود بعد البناء وقبل دخول الزوج الثاني بزوجته

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية عودة الزوجة إلى الزوج الأول في حاله ما إذا وجد زوجته تم العقد عليها، إلى انه لم يتم الدخول. هنا يفسخ العقد الثاني وتعود الزوجة إلى زوجها الأول حيث ذهب جمهور من الفقهاء إلى أنه ترجع إلى زوجها الأول، وينقطع النكاح الثاني، لأنه إنما أبيح لها التزويج بناء على ظاهر حال زوجها المفقود وهو أنه قد مات. فإذا ظهر حيا بطل هذا الاجتهاد[4]. وذهب المالكية في رواية عنهم، انه إذا تزوجت زوجة المفقود بعد انقضاء عدتها

[1] أمر رقم 70-20، المرجع السابق.

[2] بيرجبالو خضرة، المرجع السابق، ص 74.

[3] أمر رقم 70-20، المرجع السابق.

[4] بوسحابة لعيد، المرجع السابق، 472.

فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول عليها ولكنه رجع الإمام مالك عن هذا قبل موته بعام وقال: "لا يفتيها على الأول إلا دخول الثاني غير عالم بحياته "[1]. وهذا إتباع لما قاله **عمر بن الخطاب** رضي الله عنه: " وان أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها "[2].

وعلى هذا النحو فان زوجة المفقود التي تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثاني، فان العقد الثاني يسقط وترجع إلى زوجها المفقود[3].

ثانيا: عودة المفقود بعد البناء ودخول الزوج الثاني بزوجته

إذا كانت عوده المفقود بعد أن بنى بها الثاني ودخل عليها ، فهذا اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيه و انقسموا على ثلاثة أراء:

1. الرأي الأول: ذهب الحنابلة والشافعية أن المفقود هذه الحالة يخير بين زوجته وصداقها لما روي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم، قد روى عن هؤلاء من الصحابة ذلك، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماع[4].

2. الرأي الثاني: ذهب الحنابلة والشافعية في الجديد عنهم، أن الزوج الأول المفقود هو أحق بها من زوجها الثاني، واستدلوا في ذلك على انه لما ظهر المفقود حيا تبين أن المزاه تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هي من المحرمات في حق سائر الناس، كما قال الله تعالى: "**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ** " فكيف يستقيم تركها مع الثاني[5].

3. الرأي الثالث: ذهب المالكية إلى أن الزوج الثاني أحق بها، وقد فاتت على زوجها الأول بدخول الزوج الثاني بها[6].

---

[1] بيرجبالو خضرة، المرجع السابق.ص 77.

[2] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 256.

[3] بوسحابة لعيد، المرجع السابق، ص 471.

[4] شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص 91.

[5] هادي محمد عبد الله، المرجع السابق، ص269.

[6] بوسحابة لعيد، المرجع السابق، ص471.

وعلى اعتبار المشرع الجزائري انه يأخذ غالبا برأي الفقه المالكي فالأرجح هو الرأي المالكي، وعلى ذلك فإن زوجة المفقود ليست للزوج الأول "المفقود " وليس له الحق في إعادتها إليه بل تظل مع الزوج الثاني إذا توافر شرطان:

أ. الشرط الأول: إذا كان الزوج الثاني قد دخل بها[1].

بـ . الشرط الثاني: إذا كان الزوج الثاني حسن النية، أي لم يكن يعلم بحياة الزوج الأول، ولم يكن باستطاعته أن يعلم، إذ ما بذل جهدا معقولا في البحث و التحري بحياة زوج الأول[2].

نتائج الفصل:

بعد ان عرضنا في هذا الفصل المعنون بـ: الآثار القانونية المرتبطة بالشخص المفقود والغائب، وتطرقنا إلى كل الجوانب المالية والغير المالية التي قد تنشأ بمجرد الحكم بالفقدان، و أخرى بمجرد الحكم بالموت الاعتباري وعليه نلخص أهمه في النقاط التالية:

– إن الآثار المترتبة عن الحكم بالفقدان غير تلك التي تنبثق عن الحكم بموت المفقود، بالحكم بالفقدان سابق عن الحكم بالوفاة .

– إن المشرع الجزائري في الحكم بالفقدان والوفاة بالنسبة إلى مفقودي الحالات الخاصة، أخضعها المشرع الجزائري لقانون الأسرة فقط، دون تلك القوانين التي رأينا المشرع الجزائري يأخذ بها في إجراءات رفع الدعوبين.

– إن الحكم بالفقدان تنجر عنه أثار مالية، وأثار غير مالية، وهي زوجة المفقود وأهليته، أخرى مالية كمآل أموال المفقود وتعيين مقدم عنخ لاستحالة مباشرة أعماله بنفسه.

– إن الحكم بموت المفقود له الأثر البليغ على زوجيته، وأمواله، وكل تصرفات القانونية، باعتبار أن هذا الحكم يقطع كل الروابط الأسرية، وكذلك المالية لأن الحكم هنا حكم نهاية شخصية قانونية إن لم نقل طبيعة.

---

[1] بوسحابة لعيد، المرجع السابق، ص472.

[2] بيرجبالو خضرة، المرجع السابق، ص80.

الخاتمة

بعد أن تناولنا من دراسة أحكام المفقود والغائب في القانون الجزائري سواء قانون الأسرة والقوانين الخاصة، فإنه قد خلصت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي يمكن حصرها في الآتي:

يعتبر مفقودا حسب قانون الأسرة الجزائري كل من انقطع خبره، فلم يعد معروفا مكانه ولا حياته من مماته، ولا يمكن اعتباره مفقودا إلا إذا صدر حكم يقضي بفقدانه، كما يعتبر الشخص مفقودا في التنظيمات الخاصة إذا توافرت نفس الشروط الواردة في قانون الأسرة ، إضافة إلى شرط آخر وهو تواجد الشخص في مكان وقوع الكارثة أو في الظرف الخاص الناجم عن المأساة الوطنية، ويكمن الاختلاف بينهما في أنه لابد من صدور حكم بالفقدان في ظل قانون الأسرة، بينما يمكن إثبات الفقدان في التنظيمات الخاصة بموجب محضر معاينة فقدان تعده الشرطة القضائية، دون حاجة لصدور حكم بذلك.

وهناك حالات مشابهة للمفقود تتمثل في كل من الأسير والغائب، فأما الأسير فيأخذ حكم المفقود إذا انقطعت أخباره وجهل مصيره ولم يعد معروفا حياته من مماته، وأما الغائب هو الذي منعته الظروف من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة مما أدى إلى الإضرار بالغير، ولقد سوى المشرع بينه وبين المفقود في الحكم واعتبر الغائب كالمفقود، في حين أن الغياب هو أوسع معنى من الفقد، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، كما أن الشخصية القانونية للغائب تبقى قائمة ولا يؤثر الغياب فيها، ويكون المدار في الفرق بينهما على الجهل بالحياة من عدمه، كما أخلط المشرع بين كل من مصطلح الغائب والمفقود في بعض المواد في صياغتها بالفرنسية، كالمادة 113 و 115.

و يتقرر الموت الحكمي للشخص المفقود عبر مرحلتين متتاليتين هما:

مرحلة تقرير حالة الفقدان التي تكون بموجب حكم قضائي، وتحرك الدعوى بطلب من كل شخص له مصلحة على أن تتوافر فيه الصفة والمصلحة لقبول دعواه، وتقام ضد المفقود بحضور وكيل الجمهورية أو ضد أحد أقاربه، تليها مرحلة تقرير موت المفقود التي تكون

بموجب حكم ثاني، بعد انقضاء آجال البحث عليه، ولا يمكن الحكم بالفقدان والموت في آن واحد بل لابد من انتظار مهلة أربع سنوات في الحالات الاستثنائية، أما في الحالات العادية فيفوض الأمر للقاضي في تحديد المدة المناسبة للحكم بموته على ألا تقل هذه المدة عن أربع سنوات، ولم يكن المشرع واضحا بخصوص بدء سريان مدة الأربع سنوات هل من يوم الفقدان أم من يوم صدور الحكم بالفقدان، مما أدى إلى الخطأ في تطبيق المادة 113 وتفسيرها على أساس أن هذه المدة تبدأ في السريان من يوم الفقدان، في حين أن الأصح هو من يوم صدور الحكم بالفقدان.

كما أن مدة الأربع سنوات التي حددها المشرع للحكم بعد فواتها بموت المفقود طويلة لا تتلاءم مع الحالات الاستثنائية خاصة مع تطور وسائل الاتصال والمواصلات التي سهلت من عملية البحث والتحري عن المفقودين. يمكن إعلان حالة الفقد في التنظيمات الخاصة بموجب محضر معاينة فقدان تعده الضبطية القضائية، ويتم تسليمه لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة، ويكون لهذه المحاضر حجية مطلقة إذ تحل محل الحكم القضائي، فلا تسقط حجيتها إلا بالطعن فيها بالتزوير، بعدها يصدر حكم ابتدائي نهائي بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو كل ذي مصلحة أو النيابة العامة، وتتميز هذه التنظيمات عن قانون الأسرة ببساطة الإجراءات وتقصير الآجال بعد صدور الحكم بالفقدان وقبل صدور الحكم بالموت، يعتبر المفقود حيا بالنسبة لجميع الأحكام وتظل شخصيته القانونية قائمة، فيعين القاضي في حكمه مقدما لتسيير أمواله، وتظل زوجته على عصمته وإن كان لها أن تطلب التطليق، كما يرث من غيره وتصح الوصية والهبة له، وأيضا يبقى محملا بالنفقة الواجبة عليه لزوجته وأولاده.

إن الحكم الصادر بموت المفقود هو حكم منشئ وليس كاشفا، وبصدوره تنتهي شخصيته من تاريخ الحكم لا من تاريخ الفقد، وبالتالي توزع تركته، كما تعتد زوجته عدة الوفاة، ورأينا أنه بناء على المادة 59 قانون الأسرة يبدأ حساب مدة العدة من تاريخ صدور الحكم بالفقدان في

حين أن الأصح هو بدء حسابها من تاريخ صدور الحكم بالوفاة، لأن الحكم بالفقدان لا يؤدي إلى حل الرابطة الزوجية.

و يترتب على الحكم بموت المفقود في ظل التنظيمات الخاصة كل الآثار المنصوص عليها في التشريع المعمول به، إضافة إلى الحصول على تعويضات تدفعها الدولة وهذا بالنسبة لذوي حقوق الأشخاص ضحايا المأساة الوطنية.

وإذا صدر حكم بموت المفقود ثم ظهر أنه لا يزال حيا، فإنه يسترد ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها، ولم يبين المشرع حكم ظهور المفقود حيا بعد صدور حكم بموته، بالنسبة لزوجته التي تتزوج من غيره. إذن على الرغم من أن المشرع قد عالج أحكام المفقود إلا أنه لم يبين هذه الأحكام بشكل مفصل، إذ نجد بعض الثغرات والنقائص، كما أغفل بعض المسائل ولم يتطرق إليها، ومن أجل سد هذه الثغرات يمكن اقتراح الملاحظات التالية:

1-ينبغي على المشرع رعاية لمصالح الغائب، أن يكتفي بتعيين وكيل عنه يدير شؤونه دون الحاجة إلى اعتباره كالمفقود ومن ثم الحكم بموته، ولذا نقترح إعادة النظر بالمادة 110 ، وأيضا ضبط مصطلح الغائب والمفقود في المواد 109 و 110.

2-النص على بدء سريان المدة اللازمة للحكم بموت المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقدان في المادة 113 من قانون الأسرة .

3-النص على مدة أقصر من أربع سنوات للحكم بموت المفقود في الحالات الاستثنائية .

إعادة النظر بخصوص بدء حساب مدة العدة الوارد النص عليها بالمادة 59 وجعلها من يوم صدور الحكم بالوفاة بدلا من يوم صدور الحكم بالفقدان.

4-إدراج المادة 115 من قانون الأسرة في الكتاب الثالث الخاص بالميراث بدلا من موضعها الحالي لأنها تتحدث عن ميراث المفقود.

5-إضافة فقرة بخصوص حكم ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، بالنسبة لزوجته التي تتزوج من غيره.

الملاحق

الملحـــق

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 118621 قرار بتاريخ 1995/05/02
قضية (ب.خ) ضد (فريق ب)

حالة الحكم بوفاة الغائب- وجوب إصدار حكم مسبق يقضي بفقدانه- ثم إصدار حكم ثاني بموته بعد انقضاء أجال البحث عنه.

المادتين 109-113 من قانون الأسرة.

المبدأ: من المقرر قانونا أن الشخص الغائب، يعتبر مفقودا بعد صدور حكم قضائي يشهد بذلك، ومن ثم يمكن إصدار حكم ثاني يقضي بموته بعد انقضاء أجال البحث عليه، ولما ثبت من قضية الحال- أن قضاة الموضوع حكموا بالفقدان والموت في أن واحد، فان ذلك يجعل من الإجراءات المتبعة باطلة مما يستوجب إبطال قراراهم- المنتقد.

ـــــــــــــــــــ المجلة القضائية العدد الثاني، سنة 2005.ـــــــــــــــــــ

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 290808 قرار بتاريخ 2002/04/10
قضية (ب.ف) ضد (النيابة العامة)

الموضوع: مفقود- إثبات تاريخ الفقدان- من تاريخ النطق بالحكم(لا).

المبدأ: إن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطا في تطبيق القانون.

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون.

- بدعوى أن المادة 113 من قانون الأسرة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، إن التحريات تمت وثبت قطعا بواسطة حكم قضائي أن الفقدان كان بتاريخ 1994/09/24 وهو التاريخ الذي يبدأ حسابه لمهلة 04 سنوات، وليس تاريخ النطق بالحكم عكس ما اعتبره القضاة أن سريان الفقدان يبدأ من تاريخ الحكم القاضي بالفقدان وهذا خطأ في تطبيق المادة 113 من قانون الأسرة مما ينقض القرار.

- حيث أنه فعلا وبالرجوع إلى القرار المنتقد يتبين أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على المادة 113 من قانون الأسرة وأيدوا الحكم المستأنف في حين أن هذه المادة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية وهما ظرفان يجعلان الفقدان يثبت من تاريخ فقد المفقود الذي تم التحري بشأنه.

- وحيث أن ظروف فقدان المعني بهذا الملف ثابتة منذ سنة 1994 وهي الفترة الحقيقية للفقدان كان على قضاة المجلس أن يجروا تحقيقا لمعرفة ذلك سواء بواسطة النيابة التي لها صلاحية إخطار ملفات

الشرطة القضائية أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك وعليه فالوجه مؤسس مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس.

ـــــــــــــــــــــــ المجلة القضائية العدد الأول 2003.ـــــــــــــــــــــــــــــ

3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 435190 قرار بتاريخ 2008/12/24 قضية(ف.ق ومن معه) ضد (ش.ي ومن معه).

الموضوع: فقدان – مفقود- مقدم.

قانون الأسرة: المادة 115.

- حيث يستخلص من وقائع الملف والقرار المطعون فيه أن دعوى الحال ترمي إلى طلب المطعون ضده إبطال عقد البيع المبرم بين المدخلة في الخصام والطاعنين بتاريخ 1998/10/14 والمشهر بالمحافظة العقارية بتاريخ 1999/02/10 والمنصب على قطعتين أرضيتين كائنتين بقسنطينة تحت رقم 112-114 على أساس أنهما محبستان بموجب عقد الحبس التوثيقي المؤرخ في 1988/03/12 وحيث أن المقرر شرعا وقانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق وانه لا يجوز التصرف في العين المحبسة بأي تصرف ناقل للملكية.

- وحيث أن المقرر أيضا انه يجوز لورثة المفقود وضع اليد على أمواله ولكن بعد صدور الحكم بموته.

- وحيث أن الثابت- في قضية الحال- أن المدخلة في الخصام تصرفت بالبيع في عقارات المطعون ضده بناء فقط على الحكم الصادر بفقدانه بتاريخ 1993/06/13 ومن ثم فان تصرفاتها هذه باطلة حتى وان تحصلت على إذن قضائي بالبيع، ذلك أن تصرف المقدم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بالموت وهو ما لم يتوفر في قضية الحال.

- وحيث أن الاحتجاج بمخالفة قضاة المجلس أحكام المادة 2/115 من قانون الأسرة التي تنص على انه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فانه يسترد الموجود من أمواله أو قيمة ما بيع منها- في غير محله، ذلك أن الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم يصدر حكم بموته مثلما سبق شرح ذلك أعلاه ومن ثم لا مجال لتطبيق هذه الفقرة من المادة المذكورة على دعوى الحال.

- وحيث أن جهة الاستئناف المحالة عليها القضية بعد النقض طبقت قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا والمنوه عنها أعلاه وذلك وفقا لما تقتضيه أحكام المادة 268 من قانون الإجراءات المدنية لذا تعين رفض الوجهين المثارين لعدم تأسيسهما وبالنتيجة رفض الطعن.

ـــــــــــــــــــــــ مجلة المحكمة العليا- العدد الثاني2009.ـــــــــــــــــــــــــــــ

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 482011 قرار بتاريخ 2009/02/11 قضية (وكيل الجمهورية) ضد (س.ع).

الموضوع: مفقود- وفاة- ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

أمر رقم 06-01 المادتان 27-30.

المبدأ: يتم في إطار تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، التصريح بوفاة الشخص المفقود، بموجب حكم قضائي، اعتمادا على محضر معاينة فقدان الشخص المعني، المعد من طرف الشرطة القضائية وليس اعتماد على شهادة الشهود.

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون:

حيث أنه يتبين من المادتين 27 و30 من الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، أن التصريح بوفاة الشخص، الذي تنقطع أخباره، ولم يتم العثور على جثته، يتم بموجب حكم قضائي، استنادا إلى محضر معاينة فقدان له تعده الشرطة القضائية على اثر عمليات البحث بدون جدوى، في حين أن قاضي محكمة سيدي بلعباس، قد اكتفى في حكمه بوفاة المدعو(س.ع) بالاستناد فقط إلى مجرد شهادة الشاهدين(ب.ع)،(ب.هـ) دون الاستناد إلى محضر المعاينة المذكور الذي لا وجود له بملف الدعوى الحالية، مخالفا بذلك المادتين27 و30 من الأمر رقم 06-01 السالف الذكر.

وعليه فان الوجه المثار من قبل السيد وكيل الجمهورية، يعد مؤسسا، ويتعين استناد إليه القضاء بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه، وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المحكمة المشكلة من قاضي أخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

فلهذه الأسباب:

قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث: بقبول الطعن شكلا وموضوعا، وبنقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة سيدي بلعباس بتاريخ 2007/01/14، وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المحكمة مشكلة من قاضي آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وبتحميل المطعون ضدها بالمصاريف القضائية.

5- محكمة باب الوادي، قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم:2002/1394، حكم بتاريخ 2002/07/17

بين (م.خ) و(م.ش).

- حيث التمس المدعي الحكم بفقدان المدعى عليها وذلك يوم 2001/11/10 تاريخ سقوط الأمطار الطوفانية التي ضربت البلاد، والأمر بتسجيلها بسجل الوفيات.

- حيث أن المدعى عليه حضر بالجلسة وطلب الحكم بوفاة أخته.

- حيث أن المدعى عليه تغيب وانه لا يوجد بالملف ما يثبت صحة تبليغه شخصيا بالتكليف بالحضور لذا وجب القضاء في حقه بحكم غيابي طبقا لنص المادة 2/35 من القانون.

- حيث وأن المحكمة ثبت لها بان المدعوة (م.أ) فقدت بتاريخ 2001/11/10 كما هو ثابت من المحضر المعد من طرف الضبطية القضائية المحرر بتاريخ 2002/06/22.

- حيث أن المادة 03/02 تسمح بإصدار الحكم بوفاة المفقودة (م.أ) وذلك بحكم ابتدائي ونهائي، وعليه فان الدعوى الحالية المتعلقة بوفاة المفقودة المذكورة أعلاه مؤسسة قانونا، لذا يستوجب الحكم بوفاتها وتسجيلها بالحالة المدنية.

لهذه الأسباب ومن أجلها:

حكمت المحكمة علنيا، حضوريا، نهائيا بوفاة المفقودة مع الأمر بتسجيل وفاتها ليوم 2001/11/10 بسجلات الحالة المدنية.

ـــ حكم غير منشور.ـــ

6- محكمة باب الوادي، قسم الأحوال الشخصية، قضية رقم 2002/947، بتاريخ 2002/06/25

حكم بين (ط.ع) و(ط.ج)

في الموضوع:

- حيث أن المدعي يهدف من الدعوى الحكم بفقدان ابنه الذي ضاع في فيضانات 2001/11/10.

- حيث أن المدعى عليه غاب خلال سير الدعوى بالرغم من صحة التكليف بالحضور مما يتعين البث في الدعوى غيابيا طبقا للمادة 35 من قانون الإجراءات المدنية.

- حيث الثابت للمحكمة أن المدعى عليه كان متواجدا في أماكن وقوع فيضانات 2001/11/10 ومنذ ذلك التاريخ لم يرجع إلى أهله ولم يعثر على جثته بالرغم من البحث والتحري كما هو ثابت من خلال محضر معاينة فقدان محرر بتاريخ 2002/04/17.

- حيث أن النيابة اطلعت على القضية طبقا للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والتمست تطبيق القانون .

- حيث يستخلص من خلال محضر المعاينة للضبطية القضائية ومن خلال معطيات الملف أن المدعى عليه المفقود في فيضانات 2001/11/10 يغلب على الظن الهلاك فيها مما يتعين الحكم بوفاته بناءا على طلب المدعي والده وطبقا للمادة 01-03 الأمر 02-03 المؤرخ في 2002/02/25.

- حيث أن الحكم يصدر ابتدائي نهائي طبقا للمادة 03 من الأمر 02-03.

- حيث أن المصاريف القضائية تتحملها الخزينة العمومية في إطار المساعدة القضائية طبقا للمادة 05 من الأمر 02-03 المذكور أعلاه.

لهذه الأسباب ومن أجلها:

حكمت المحكمة علنيا ،غيابيا، ابتدائيا، نهائيا، حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية بقبول الدعوى شكلا.

وفي الموضوع: بوفاة المدعى عليه وذلك في فيضانات 2001/11/10 بباب الوادي والأمر بقيد ذلك في سجلات الحالة المدنية وتحميل الخزينة العمومية المصاريف القضائية.

ـــ حكم غير منشور.ـــ

7– محكمة المدية، قسم الأحوال الشخصية، رقم الجدول 2001/330، بتاريخ 2001/11/19.

(ف- م) ضد وكيل الجمهورية.

- حيث أن المدعية التمست الحكم بفقدان زوجها الذي اختفى في ظروف غامضة منذ سنة 1994 تاركا لها ثلاثة أطفال.

- حيث أجاب وكيل الجمهورية بالتماسه الحكم بفقدان المدعو (م-أ) .

-حيث ثبت لمحكمة الحال أن المدعية هي زوجته .

-حيث ثبت لمحكمة الحال بعد سماع الشاهدين أن زوج المدعية اختطف من مدرسة حيث يعمل وذلك خلال عام 1994 من طرف جماعة مجهولة الهوية وفي ظروف غامضة وأنه إلى يومنا لم يظهر عليه أي خبر، وعليه يتعين الاستجابة إلى طرف المدعية والحكم بفقدان المدعو (م- أ) عملا بأحكام المواد 109، 111، 114،113، 115 من قانون الأسرة.

لهذه الأسباب :

قضت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية علانيا ابتدائيا حضوريا بفقدان (م- أ) وتعيين زوجته مقدما لتسيير أمواله.

ـــ حكم غير منشور.ـــ

8- محكمة الجلفة، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول 10/03816 ، بتاريخ 2011/02/03.

(ب- ص) ضد (ج- ه) والنيابة العامة

- حيث أن المدعي رافع المدعى عليها ملتمسا الأمر بتسجيل وفاة المفقود مع تسجيل وفاته سنة 1956 بالجلفة.

- حيث أن المدعى عليها التمست نفس طلبات المدعي

- حيث أن النيابة العامة التمست تطبيق القانون

- حيث أن موضوع دعوى الحال يتعلق بالحكم بوفاة المفقود

-حيث أن المقرر قانونا وطبقا لأحكام المادة 113 من قانون الأسرة يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمرور أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات .

- حيث ثبت لمحكمة الحال قطعا أن فقدان المسمى (ب- د) كان خلال سنة 1952 بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء الجلفة بتاريخ 2010/02/10 ، وطالما أن سن هذا الأخير تجاوز 83 سنة ومدة غيابه التي تجاوزت هي الأخرى 58 سنة دون أي خبر عنه، الأمر الذي يرجح وفاته، مما يتعين القضاء بوفاته.

- حيث أن المدعي التمس بجلسة التحقيق المنعقدة بتاريخ 2011/01/23 بجعل وفاة أخيه المفقود أن تكون منذ سنة 1956 طبقا لأحكام المادة 113 من قانون الأسرة

- حيث أنه يتعين على القضاء أن موضوع دعوى المدعي هي القضاء بوفاة المفقود مما يجعل الحكم القاضي بالوفاة هي وفاة حكمية وليست قطعية مما يجعل من طلب المدعي تسجيل وفاة قطعية أو عقد مغفل الأمر الذي لا يستقيم وأحكام المادة 113 من قانون الأسرة، مما يتعين القضاء برفض طلبه الإضافي لعدم التأسيس.

ولهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة، علنيا ابتدائيا حضوريا بـ: القضاء بموت (ب- د) والمفقود منذ سنة 1952 بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء الجلفة بتاريخ 2010/02/10 .

أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الجلفة بقيد هذه الوفاة بسجلات الحالة المدنية.

رفض الطلب الإضافي لعدم التأسيس.

ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ حكم غير منشور ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ

9– محكمة المدية، فرع شؤون الأسرة، رقم الجدول 06/590، بتاريخ 2006/09/12.

(س- م) ضد (م- ي)

- حيث أن المدعية تلتمس الحكم بموت المدعى عليه بصفتها زوجته ولها مصلحة في طلب ذلك.

- حيث أن المدعى عليه تخلف عن الحضور مما يتعين القضاء غيابيا في حقه.

- حيث أن ممثل الحق العام التمس تطبيق القانون.

– حيث ثبت للمحكمة من خلال دراسة وقائع الدعوى وتفحص أوراق ملف القضية فقدان المدعى عليه كما يثبت ذلك محضر معاينة فقدانه المحرر من طرف الأمن الوطني والسالف الإشارة إليه بوقائع الدعوى الذي يشير في طيه على معاينة فقدان المدعى عليه.

-حيث يتعين على المحكمة القضاء بالاستجابة لطلب المدعية الرامي إلى القضاء بموت المدعى عليه طبقا لنص المواد: 27، 29، 30، 32 من الأمر رقم 06- 01 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة فصلا في مسائل شؤون الأسرة: علانيا، غيابيا، ابتدائيا، نهائيا بالتصريح بوفاة المدعى عليه من تاريخ النطق بالحكم مع الأمر بتسجيله لدى الحالة المدنية لبلدية المدية وجعل المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العمومية.

ـــــــــــــــــــــــــــــ حكم غير منشور ـــــــــــــــــــــــــــــ

10- محكمة عين بوسيف، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول 10/00130، بتاريخ 2010/04/27.

قضية (ع- م) ضد (م- ي)

- حيث أن المحكمة استمعت الى المدعى عليه بتاريخ 2010/04/06 وصرح بأن المفقود هو شقيقه وأنه اختفى منذ سنة 1994 وأنه قبل اختفائه كان يشتغل تاجر زجاج في محله التجاري وفي أحد أيام سنة 1994 حضر عناصر من درك شلالة العذاورة بغرض إلقاء القبض عليه الا أنه لاذ بالفرار ومن يومها لم يسمع عنه أي خبر ولم يتلق منه أي اتصال وأنه صدر حكم بالفقدان سنة 2005 وعليه فهو يطالب باصدار حكم بوفاته.

– حيث أن المحكمة استمعت كذلك للمدعية بنفس التاريخ والتي أكدت نفس تصريحات المدعى عليه مضيفة أنها زوجة المفقود.

-حيث أنه ثبت للمحكمة من خلال الاطلاع على حكم الفقدان المؤرخ في 2005/11/30 المذكور أعلاه أن زوج المدعية مفقود منذ سنة 1994.

حيث أنه وطبقا لأحكام المادة 113 من قانون الأسرة، فانه يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بعد مضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر للقاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.

– حيث أن سنوات التسعينات الماضية التي مرت على البلاد، تعتبر من الحالات الاستثنائية بمفهوم المادة 113 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه وطالما أن زوج المدعية و أخ المدعى عليه مفقود منذ سنة 1994 فقد مرت على فقدانه مدة ستة عشر سنة، أي فاقت بكثير المدة المحددة قانونا.

حيث أنه ومتى كان ذلك، فإن المحكمة تستجيب إلى طلب المدعية الرامي إلى الحكم بموت زوجها المفقود لتأسيسه قانونا مع الأمر بتسجيل وفاته بالحالة المدنية لشلالة العذاورة.

ولهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا ابتدائيا: بوفاة المفقود مع الأمر بتسجيل وفاته بالحالة المدنية لبلدية شلالة العذاورة.

ـــــــــــــــــــــــــــــــ حكم غير منشور ـــــــــــــــــــــــــــــــ

قائمة المراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الأحاديث النبوية الشريفة

ثالثا: القواميس والمعاجم:

1- ابن المنظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج37، دار المعارف، القاهرة، (ب.س.ن).

2- أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة،ج4، (ب.ط).

3- القيومي محمد بن أبي بكر، المصباح المنير، تحقيق يحي مراد، ج2، ط1، مؤسسة المختار، القاهرة، 2008.

رابعا: المؤلفات

1- أبو عبد الله ين أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ج1، (ب.ط)، مؤسسة الرسالة، (ب.ب.ن)، 1427هـ . 2006م.

2- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج3، ط1، المكتبة السلفية.

3- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البارودي، الحاوي الكبير، ج11، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ . 1994م.

4- أبو عمر يوسف بن عبد الله ين محمد بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (ب.س.ن).

5- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج3، ط1، المكتبة السلفية.

6- ابن قدامة، المغني، ج11، ط3، دار عالم الكتاب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ . 1997م.

7- ابن حزم، المحلى، ج 10، دار الجيل، بيروت،(د.ت.ن).

8- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1409هـ /1989م.

9- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

10- أحمد بن محمد علي المقري الفيومي، المصباح المنير، (ب.ط)، دار الفكر، (ب.ب.ن)، (ب.س.ن).

11- أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث، الدار الجامعية، بيروت، بدون ذكر الطبعة، بدون ذكر السنة.

12- أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة،(ب.ط)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين امليلة، الجزائر،2007.

13- الإمام احمد الدردير، على مختصره شرح الصغير أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزاره الشؤون الدينية، الجزائر، 1413 هـ./1992م.

14- أنور العمروسي، الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري في القانون المدني، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2006.

15- بعلي الصغير، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق) دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

16- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، المكتبة القانونية منشورات بغدادي، 2009.

17- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق طبعة 2002، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

18- الدردير، سيدي احمد الدردير، على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، مؤسسة المنشورات الإسلامية، وزاره الشؤون الدينية، الجزائر، 1413 هـ ، 1992.

19- حسن كيرة، مدخل إلى القانون، القانون بوجه عام (النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق)، (ب.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، (د.س.ن).

20- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج6، دار الكتاب العربي، بيروت 1982.

21- مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم، النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية، نظرية الحق) (د.ط)، منشورات حلبي الحقوقية، الإسكندرية، مصر، (د.س.ن).

22- المغاوري محمد عبد الرحمن الفقي، التفريق القضائي بين الزوجين للغياب والفقدان،ط1 مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.

23- منصور بن إدريس بني إدريس البهوتي ، كشاف الأقناع عن متن الإقناع، ج4، (ب.ط) عالم الكتاب، بيروت،(ب.س.ن).

24- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في النظرية، ج2، ط1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2011.

25- محمد حسين منصور وهمام محمد محمود، مبادئ القانون ،المدخل للقانون والالتزامات (ب.ط)، الناشر منشأة المعارف، مصر.

26- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية – الخصومة- التنفيذ والتحكيم، دار الهدى، الجزائر، 2009.

27- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه وشرحه وتطبيقه وما إليه،ج1، ط1، دار الهدى، 2011،

28- عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية التحري والتحقيق، ط6، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

29- عبده جميل غضوب، الوجيز في قانون الإجراءات الجزائية ، (دراسة مقارنة)، ط1 المؤسسة الوطنية للدراسات والنشر والتوزيع، 1432هـ - 2011.

30- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى كليك للنشر، الجزائر،2012.

31- عبد القادر عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 1418هـ .1996م.

32- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج8، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة و الحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964.

33- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، ج1 دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (ب.س.ن).

34- عبد الله هادي محمد ، أحكام المفقود (دراسة مقارنة)، ط1، دار دجلة، عمان، 2010 ص216.

35- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة، (ب.ط)، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر،(ب.س.ن).

36- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

37- عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية، ط1، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر 2009.

38- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومة، الجزائر، 1995.

39- صالح جحيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، بدون ذكر السنة.

40- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2006.

41- شمس الدين السرخسي ، كتاب المبسوط ، ج11، (د.ط)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

42- الشيرازي، المجموع شرح المهذب، ج19، (ب.ط)، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، (ب.س.ن).

خامسا: المذكرات والرسائل الجامعية

1- أزرو مريم، عتيق زينة، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري وقانون المصالحة الوطنية، مذكرة نخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق فرع:القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016/2015.

2- إيمان عبادي، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق: تخصص: قانون الأسرة، جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018/2017.

3- الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق،بن عكنون، سنة 2013-2014.

4- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة شهادة ماجستير في القانون، جامعه الجزائر1، بن عكنون، 2002-2003.

5- بيرجيالو خضرة، الفقدان والغياب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص:تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012/2012.

6- حميش فطيمة، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق: تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017.

7- متيجي حسينة، أحكام المفقود في قانون المصالحة الوطنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص: تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.

8- سامية علاوة، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة تخرج بالمدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007.

9- شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في إطار مدرسة دكتوراه ،فرع: عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، 2009-2010.

10- مؤمن أحمد ذياب شويدح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود، رسالة ماجستير في الفقه والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، عمادات الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، 1427هـ . 2006م.

11- يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، نابلس، 1424 هـ – 2003.

12- نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: عقود ومسؤولية) القسم الخاص(، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2012/2011.

سادسا: المقالات:

1- علال طحطاح، ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري، جامعة الجيلالي بونعامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، حوليات جامعة الجزائر، العدد 32 ،ج3، سبتمبر 2018.

2- عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03مكرر من قانون الأسرة، مقال منشور بالمحلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2005.

3- بوسحابة لعيد، آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته، ماجستير حقوق جامعة النعامة، كلية الحقوق، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 2، الجزائر، جوان 2015/شعبان 1436.

سابعا: المحاضرات:

1- محاضرات في الوجيز في المشرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية –الجزء الأول– جامعة عنابة، كلية الحقوق، ألقيت على طلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة سنة 2006/2005.

2- مجدي فتحي، محاضرات في مقياس قانون إ. ج. م.وإ ، جامعة الجلفة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، ماستر (دولة ومؤسسات) السنة أولى 2008-2009.

ثامنا: النصوص القانونية:

- **القوانين:**

1- قانون رقم 84 . 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بموجب أمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ر، عدد 15، صادر بتاريخ 27 فبراير سنة 2005.

2- قانون رقم 03- 06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلازل 21 مايو 2003 ج.ر، عدد37، صادر بتاريخ 14 يونيو سنة 2003.

3- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج، عدد 21، صادر بتاريخ 25 فبراير سنة 2008.

4- قانون رقم 16-01 المؤرخ في 26جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري،ج.ر عدد 14، صادر بتاريخ 6 مارس سنة 2016.

- **الأوامر:**

1- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بقانون رقم 18-06 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10يونيو سنة 2018، ج.ر، عدد 34، صادر بتاريخ 10 يونيو سنة 2018.

2- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية، معدل ومتمم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير سنة ، ج.ر، عدد 02، صادر بتاريخ 11 يناير سنة 2017.

3- أمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975. المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005،ج.ر، عدد 44، صادر بتاريخ 20 يونيو سنة 2005.

4- أمر رقم 02 – 03 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فيفري سنة 2002، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001، ج.ر، عدد 15 صادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2002.

5- أمر رقم 06- 01 المؤرخ في 28 محرم 1427 الموافق 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم و المصالحة الوطنية، ج.ر، عدد11، 2006 صادر بتاريخ 27 فبراير 2006.

- **المراسيم:**

1- المرسوم الرئاسي رقم 196/91 صادر بتاريخ 1996/04/04 إثر حالة طوارئ الجزائر.

2- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب الأول عام 1417 الموافق 7 سبتمبر سنة 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل دستوري، مصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج.ر ، عدد 76، صادر بتاريخ 7 سبتمبر سنة 1996.

3- مرسوم تنفيذي رقم 12. 427 مؤرخ في 2 صفر عام 1434 الموافق 16 ديسمبر 2012، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج.ر،عدد 69 صادر بتاريخ 16 ديسمبر 2012.

4- مرسوم رئاسي رقم 06-93 مؤرخ في 29 محرم عام 1427 الموافق 28 فبراير سنة 2006، يتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج.ر، عدد 11، صادر بتاريخ 28 فبراير سنة 2006.

الفهرس

الفهرس

قائمة المختصرات.

الشكر والتقدير.

الإهداء.

مقدمة.....1

الفصل الأول: الوضع القانوني للشخص المفقود والغائب.....5

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للشخص المفقود والغائب.....6

المطلب الأول: مفهوم الشخص المفقود 7

الفرع الأول: تعريف المفقود 7

أولا: التعريف اللغوي للمفقود 7

ثانيا: التعريف الفقه الإسلامي للمفقود 8

ثالثا: التعريف القانوني للمفقود 9

الفرع الثاني: حالات الفقدان 11

أولا: حالة الفقدان باعتبار غيبته 12

ثانيا: حالة الفقدان بإعتبار مكان غيبته 14

الفرع الثالث: انتهاء حالة الفقدان 16

المطلب الثاني: مفهوم الشخص الغائب 16

الفرع الأول: تعريف الغائب 17

أولا: التعريف اللغوي للغائب 17

ثانيا: التعريف الفقه الإسلامي للغائب 18

ثالثا: التعريف القانوني للغائب 19

الفرع الثاني: صور الغياب 21

أولا: الفقدان 21

ثانيا: الغيبة بمضي سنة بدون عذر ولا نفقة 22

الفرع الثالث: التمييز الفقهي والقانوني بين الغائب والمفقود 23

أولا: موقف الفقه من تمييز الغائب عن المفقود 23

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تمييز الغائب عن المفقود 24

المبحث الثاني: الإطار الإجرائي لتقرير الموت الحكمي في القانون الجزائري.....25

المطلب الأول: الوسائل الإجرائية لثبوت صفة مفقود 26

الفرع الأول: كيفية ممارسة دعوى الفقدان في ظل ق.إ.م.إ.....26

أولا أطراف الدعوى 27

ثانيا: شروط قبول الدعوى 28

ثالثا: الاختصاص النوعي والإقليمي 29

رابعا: إجراءات رفع الدعوى.....30

الفرع الثاني: إجراءات إعلان حالة الفقدان في القوانين الاستثنائية 32

أولا: بالنسبة لفيضانات باب الواد.....32

ثانيا: بالنسبة لزلزال بومرداس 33

ثالثا: بالنسبة لضحايا المأساة الوطنية 33

المطلب الثاني: إجراءات استصدار حكم موت المفقود 35

الفرع الأول: الإجراءات المتعلقة برفع دعوى موت المفقود.....36

أولا: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القانون العادي.....36

ثانيا: الإجراءات الخاصة بدعوى موت المفقود في القوانين الاستثنائية.....39

الفرع الثاني: المدة القانونية اللازمة للحكم بموت المفقود.....41

أولا: المدة التي يحكم بمرورها وفاة المفقود في ق.أ.....41

ثانيا: المدة التي يحكم فيها بموت المفقود في القوانين الاستثنائية.....42

نتائج الفصل الأول.....43

الفصل الثاني: الآثار القانونية المرتبطة بالشخص المفقود والغائب في ق.ج.....44

المبحث الأول: آثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان والحكم بموت المفقود.....45

المطلب الأول: آثار الفقدان والغياب في فترة الحكم بالفقدان.....46

الفرع الأول: حكم أهلية المفقود وإجراءات تعيين مقدم.....46

أولا: حكم أهلية المفقود.....47

ثانيا: إجراءات تعيين مقدم 49

الفرع الثاني: حكم زوجة المفقود والغائب.....50

أولا: حق زوجة الغائب والمفقود في النفقة.....50

ثانيا: حق زوجة المفقود والغائب في طلب التطليق.....51

الفرع الثالث: حكم ولاية المفقود والغائب عن أولاده القصر.....56

الفرع الرابع: آثار الحكم بالفقدان على أموال المفقود والغائب.....57

المطلب الثاني: آثار الفقدان والغياب في فترة الموت الحكمي.....58

الفرع الأول: انتقال الأموال للورثة.....59

أولا: الديون الحاصلة في ذمة المفقود.....59

ثانيا: انتقال الأموال إلى ورثة المفقود.....60

الفرع الثاني: عدة زوجة المفقود المحكوم بموته 63

الفرع الثالث: التصرفات القانونية التي قد باشرها المفقود قبل فقدانه.....65

أولا: الوصية.....65

ثانيا: الهبة 66

ثالثا: الوديعة 67

رابعا: الإيجار.....67

خامسا: العارية.....67

الفرع الرابع: الدعاوى القضائية المتعلقة بالمفقود.....68

أولا: إذا كان المفقود طرفا في دعوى مدنية.....68

ثانيا: إذا كان المفقود طرفا في دعوى عمومية.....69

الفرع الخامس: أثر الحكم بموت المفقود في ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.....71

المبحث الثاني: الآثار القانونية الناشئة عن ظهور المفقود المحكوم بموته حيا.....72

المطلب الأول: حكم ظهور المفقود المحكوم بموته حيا بالنسبة لأمواله.....73

الفرع الأول: الأموال التي يمكن للمفقود المحكوم بموته استردادها.....73

الفرع الثاني:الأموال التي لا يمكن للمفقود المحكوم بموته استردادها.....74

المطلب الثاني: حكم ظهور المفقود المحكوم بموته حيا بالنسبة لزوجته.....76

الفرع الأول: حالة عدم زواج زوجة المفقود المحكوم بموته ثانية 76

الفرع الثاني: حالة زواج زوجة المفقود المحكوم بموته ثانية.....77

أولا: عودة المفقود بعد البناء وقبل الدخول.....77

ثانيا: عودة المفقود بعد البناء وبعد الدخول.....78

نتائج الفصل الثاني.....79

الخاتمة 80

الملاحق.....83

قائمة المراجع.....91